**“海上瑯環：域外案例研修”系列讲座**

**行政法案例分析（四）**

主讲人：黄卉教授

主持人：郑春燕教授

时间：2017年11月19日下午

地点：之江校区曾楼102

记录人：邢通

这些年我在研究裁判的问题。我的任务是为现在的法官和未来的法官服务、教学的。通过前面的案例分析，大家知道我们是有框架的。一般来讲，这是一种训练法律适用的技能。法律适用是整个裁判过程的第二步的工作。我把所有裁判都视为查明案件事实，适用法律和撰写裁判文书这三步工作。

在整个的法律培训当中，法律适用应该被提到第一位，这个原因在于我们的立法。成文法国家的法律适用是特别复杂的，如果没有法律适用的技能，法官连事实查定都是会有问题的。那么它的步骤是很通用的，适用于所有的部门法。不光行政法要从原告的视角找到支持他的一个法律基础，民法也一直在讲请求权，因为他们的权利就是请求权。不过在行政法当中，再用请求权法律基础就不太准确，因为请求权只是给付请求中的一种类型，而行政诉讼99%是撤销之诉。但我们还是可以说它是诉请基础，就要从原告的视角找到支持他的依据。

然后是分解构成要件。我们现在做的分解原则上都是遵循法律原文，但是在法律结构上需要法教义学的支持。比如说国家赔偿法有赔偿的构成要件，如果随便拿一个法律来分解，会比较困难。这是个理论，你需要先去理解这个法律基础，然后再看这个法条。如果法条跟你的这个理论不一样的话，那你的工作就变成了考虑到底问题出在哪里。是对该法律有多种理解，我学了另外一种，还是我学习的这个理论可能缺了最重要的立法上的东西。但是你的立法如果只是零碎的现象的描述，把和这个事实有关的每个制度这么摘除下来然后再来做归置，那你就缺少了很大一块。所以在重大的立法当中，我们都需要做法教义学的填补。因为各种各样的原因，立法总是回避一些最大的矛盾。法教义学不是每个法官都敢做，这个任务是交给我们的最高法做司法解释的。但如果我们做司法解释的法官在这个问题上也不是很清晰的，它也是零碎的表象，没在最基础的问题上加以解决，或者回避了基础问题，那么这会造成更大的困难。

## 法学方法论是关于解释的方法的规则

要件这个词是需要解释的。比如刚才我们那个案件，国家安全监管机构这个词就需要解释。可能几个要件当中有很多要解释，也有可能只有一个两个解释，这个解释就是运用法学方法论的过程。我们的法教义学，我把它列为教学部门法的法理学。但是也有人把一切都归为法教义学，教义有广义的有狭义的，我认为教义和法学方法论是两个事情。

法学方法论是关于解释的方法的规则。解释的规则和框架在每一个部门法领域都是一样的。但具体的运用须根据具体情况，比如民法的解释当中没有类推就不能运作，但是在行政法和刑法当中类推是非常慎重的。还有，我在研究法学方法论的过程中发现，在目的解释当中有一个扩大解释，有时候常规词语的涵义可以把它扩大一点边界，在模糊地带扩大到最大的情况下，好像还留存着一点原词的旨意。

按现在最新的方法论的研究理论，这种扩大解释就是类推。但这是两个不同的概念。类推是逻辑学的概念。逻辑学当中讲类推，要从古希腊开始寻找源头。但是扩大解释是诠释学这门学科的概念。它用扩大解释就是目的上的解释扩大结果或者限缩结果。其实这两个是殊途同归的。然而到了法学诠释时候，或者说法学解释的时候，就把这两个解释分开了，就变成了类推，好像是类推解释里法官的权力用得更大。可目的解释好像还在解释学许可的范畴里面。这个现象是德国教授发现的。德国教授一直争议德国的刑法，教授们总是把这个问题说成是扩大解释，因为扩大解释有合法性，从而使得刑法案件解释有合法性。后来他们发现类推和扩大解释间这种“殊途同归”的联系。那么问题是还能不能对刑法做扩大解释，教授就认为不能。既然我们已经知道扩大解释和类推间这种内在的关联，那在罪刑法定原则下，在解释当中，如果扩大解释对当事人造成不利的是不应被允许的。在教学系统里，我们还是分开的，但实际上类推和扩大解释是一回事。

## 建立法律的解释框架和思考框架

现在的问题是我们的法学方法论教材都是民法教授们写的，所以从规范理论到解释的整个思路都受民法解释方法的影响，我们缺少一个从公法视角出发的法学方法论。我们的立法情况也跟德国完全不一样。在立法的质量水平还完全不一样的情况下，法官的解释幅度是需要谨慎考虑的。此外解释应当有一个框架，这个框架不是能一蹴而就构建起来的。德国的解释框架是从帝国时期开始发展的，从培养好的法官开始就在想办法。德国人用哲学的这种思维方式来找出它的一套办法，就是德国民法。

刑法逻辑的和侵权法相似，是国家赔偿法的一个框架。德国的民事侵权法的所谓的三要件、三阶层的框架是从刑法里面来的。他们早就不再关注主观方面、客观方面的构成要件。民法是一个最重要的部分，民法上基本都是请求权之诉，虽然也有确认之诉，但基本上忽略不计。在大量的练习当中，学生在低年级的时候都是寻求请求权基础，其实就是我们第二部分，法律适用。而在公法领域，必须是两部分，一是案件能不能送进公法法院，另外一个是法院能不能在实际上给予支持。两步都要从一开始就训练的。

德国民法发展到现在，对于请求权基础已经有大致的一个程式。首先需要找到一个请求权基础，因为德国的民法典条款太多，所以它们教学就是把重要的请求权基础条款都找了，学生通过案例理解这个请求权基础到底是什么，以及和其他请求权基础制度的关系。通过这个训练只是为了让你能够了解这个复杂的立法结构问题。那么首先请求权找到以后，我们需要去看案件事实是否满足规范的构成要件。请求权基础在民法当中我们又叫做原权利，就等于说其他权利是原权利当中生成的，比如合同。如果我有一个买卖合同的话，就有一个要求你交付的权利，这是原权利。如果你违约，然后有一个新的权利，请求对方就自身权利的损害承担赔偿责任。所以原权利和救济权利是分开的。所以你一开始构成要件找到请求权基础，他是个原权利。还要问一下到底权利有没有消灭，民法里可能有专门的条款规定合同关系或者债权债务关系什么时候终止，在这个过程当中有可能当事人已经履行了交付义务，或者是当事人已经解除合同了等等。一些这样的集中规定和分散规定，都需要通过这个训练教给学生。集中规定如何理解，分散规定又有哪些是很重要需要加以关注的。以及抗辩权，我们知道抗辩权是要当事人主张的，比如时效抗辩、不安抗辩等等，也有人会主张说权利的成立，权利的消灭两部分。

我们在主张一个事实的时候，思考的方式应当是这个权利是否存在、权利是否有变化、一般权利和例外。所有的学生一定要有这个思路，不能只看对你的主张有利的意见，最重要的在于看反对你的意见，这些反对意见你是否能够反驳掉。德国框架是这样的，把支持意见，反对意见以及部分支持部分反对的意见放成一种既定格式，顺着逻辑梳理，非常科学。一个案件本身就可能会让你的观点有点变化，这种观点的集成在整个法体系中如何妥帖地引入需要慎重考虑。至于为何引入，可以是我们的社会主义法制原则要求我们的，因为我们是一个依法裁判而且统一裁判的国家。这是我们宪法的要求。当然领导人的意见也可以作为一个支持。我们要统一的正确的独立的按照法律来裁判案件。法官是权利救济的最后一道程序，不存在法官对于行政行为有一种解释，行政机关又有另一种解释，到底谁说了算的问题。如果在一个有完整法治的国家，你在某个条文里规定法院行使最后的纠纷解决的权力，这个问题就解决了。

如果你有另外的解决方案和思考方案，那我们要把自己的思路放到更大层面上，思考法治本身的逻辑。在我们的社会治理当中，法治不像西方一样铺开到全面的，而是在一个环节当中。我们一般来讲就是法治体系，然后道德体系，可能还有一个规范体系。每个国家在不同的阶段有不同的规范体系，我们的这个秩序当中可能有一部分是法治，有一部分是家庭，有一部分是别的，德国早就把这个都合三为一了，但我们还没有建立这样一个大的框架。

如果我们只是套用德国的逻辑，跟外学科的人来讨论政治学的时候，显得我们特别“法治”，好像除了法治之外我们不知道别的可能的治理手段，就显得特别的可笑。他们会觉得我们特别狭隘。你要我讲法治，我知道法治只是很小的一个功能，但是在法治里是这样的做法。你可以说不要法治，但是我们对法治了解得更多。至于法治这个功能要扩展到全面还是狭窄，这是全国人大决定的。全国人大听习主席一个人的还是要听若干个政治局的，那是另外一回事情。公民就在这个大环境里。

在我们这个小环境里，宪法是最高的。我们听从宪法的规定。德国也一样。一切机构、所有基本权利条款都要立法、行政机关起作用。你看看我们的拿指，我们规定了安全，立法机关、行政机关、司法机关这三个权力 ，但是对武装力量、各政党各社会团体、个人是否都有第三人效力我们并没有明确的规定。我们确实缺少一点立法的技术。

## 形式法治与实质法治的平衡

我们都是以形式法治来比对人治，也就是说要依法裁判。那么依法裁判，是要一直要严格坚守形式法治，还是要兼顾实质法治。这个问题其实已经不存在了，没有一个国家可以忍受不考虑实质正义的形式法治。难点在于平衡度在哪里，以及谁来做平衡。通常来讲我们承认的法律效果和社会效果，换一个法言法语，其实就是在讲形式法治和实质法治之间的平衡问题。作为法律人我们可以说两个都要，但是一个案子出来没有形式法治也没有实质法治的时候，这种平衡点又在哪里？

我们首先要知道，法官是由实现个案正义来维持法律，他需要裁减掉所有的枝节，为了让它足够的抽象。抽象的好处是可以平等。因为只要构成要件一符合就可以做出裁判。我们看到了好处，那我们也要知道它的坏处。坏处就是对个案来说，很相似的案件一个细节不同，这个案件就可能是不一样的。所以这是在这个问题当中法官要做的形式正义。

实现形式法治，一是需要立法，二是立法背后要有法教义学的基础。没有法教义学的话，你这个立法意旨就不能被解读。如果没有法教义学或法理学和部门法理学作为支撑，那么对法律的理解就会是一个很大的问题。所以它有它的一个技术，这是形式法治。个案正义给了你工具。法学方法论的话，对于法律的解释有各种的方法，你可以选择。

民法有目的解释，我们刑法、行政法也有目的解释，但是要有利于当事人的权利保护。它要引入价值判断的实质合理性，这在个案当中是非常需要的，也是我们的法学方法论的一个基础框架。法律解释其实分成两大块，狭义的就是专注词句的文义解释，广义的其实漏洞填补，法外续造。法外续造基本上就是个立法了。在一个宪政国家，法外续造，一般只能由宪法法院在宪法视角下进行合宪性审查，因为法律续造有可能会突破现行法制，等于是立法。这个工作不能给一般的法官来做。如果法律上有规定得很清楚的条款，但是法官说这违反了实质正义，要另外来做，那这就是枉法裁判了。但是漏洞补充其实法官是需要的。那么但是这个我们讨论说该不该的东西，这个问题本身没有任何意义。需要去看我们的法律判决，拿这个框架来学习，到底在那里他是怎么犹疑的。

比如我们法学方法论当中的续造，需要补白，类推是最重要的一个东西。拉伦茨认为，类推首先要核心的元素需要相似，然后核心的不能不不相似。实际上最重要的是到底什么是核心的什么是不核心都是你的价值判断在主导，这才是关键。每一个环节都是价值判断。法教义学当中都是有竞争的，你是这么想的，我是那么想的，你怎么选择你要学习的学说。这个时候都是价值判断在主导，如果不是价值判断在主导你，那就是你的法教育水平比较差，你根本就不知道，就随便选一个，这当然不是我们正常需要的。

案件事实的裁剪。诉讼法一个是为了保障权利，第二个是为了让诉讼有一个时间截止点。你虽然是职权主义，但你不能没完没了的查案件事实。查一件事时有个大致，什么时候这个案例查不出了，要不要为了为了保护一个权利去动用关系来查这个案件，这都是价值判断。对老百姓来说公民特别特别重要的案件事实，你稍微再费一点劲就能查到的，你不查了，到审判委员会去讨论的时候，是没有人要求你查那么多，没有人看那么多的。你不查了，那就打住了，这都是价值判断。

## 案例研习的分析方法

我们的裁判真正的三大关系在哪里？三大关系就在于法教义学、法学方法、价值判断这三者的关系。如果我们的行政庭要做指导案例的话，无非就指导这三个方面。一个点是法教义学，一个判决当中背后的法理。比如，什么叫做听证？是听证还是听证会？是一个概念还是怎么样？就要知道我们法律怎么理解它。学行政法的看民法的东西会很累，是因为民法的法教义学与行政法的法教义学不一样。反过来是一样的。郑春燕老师上课总是要补充一点，说我们国家是这样的，这就是我们在学习行政法过程中要有的法教义学。

法学方法。法学方法只是框架，并没有说我们一定要学过四个解释方法，也没有一个最好的解释方法。但是疑难案件大多最后采用了目的解释。为什么？疑难案件中，文义解释、意思解释、体系解释都无法起作用，还是要目的解释。而目的解释中，是谁解释目的？法律它有自己的意志，但法律这个意思需要法官再做解释。我们说这是客观目的解释，因为是法律在解释，这是个不动的客观的东西。但客体的解释其实它比主观还要主观，这其实是解释者的一个主观意见。但是要考虑到上诉人还有法学家的评论。法官其实受到了整个共同体的一个钳制，受到各方的质疑。但是这个钳制都是需要在指导的方法上钳制，去质疑。要说明是法教义学错了，法学方法论错了，还是价值判断错了。

裁判问题在于我们需要找到一个方法，让这些重要的元素在一个非常清晰的案件的裁判当中呈现出来。律师在同一个层面讲话，不能我在讲构成要件的时候，你去讲孔子讲康德然后讲美国。在过去拉伦茨的年代，法学方法论是可以帮助你，给你一个最对的答案。现在没有最对的答案。最对的答案就是最高法讲的答案，因为它是国家机关。那么这个法学方法论就变成了一个很可笑的东西。随便判，判了之后，把方法一贴，我是这么解释的，然后你应该怎么解读。不是这样的。它的功能没有这么简单。分析案件需要这样一个框架，他要把双方分歧以及法官对双方分歧的解释都清晰地呈现出来。这个框架就是我们的鉴定式案例分析方式。它结合了逻辑思维的过程以及法律解释方法，是统一的。

刚才沙万女士的案件，要找到我支持这个女士的原因。撤销之诉当中，要找到可以要求撤销之诉的条款，然后撤销之诉的前提条件、构成要件和合法性要件。行政机关或者这个大学是合法的做出了这个行政行为或者行政处罚，那么就没有撤销的权利。证明它是违法的，或者证明它合法是一样的方法。合法需要所有的东西都合法，而违法只要一个东西违法就已经违法了。我可以给大家一个这样的一个指导案例。所有的案例慢慢地集中出来，拿案例来做案例研习方法是非常好的。

德国是这样的，学生用一年去学习，其中构成要件占90%的功课，这些教授们都已经给你准备好。他只是教你一个方法和思维，对于法教义学，这样的案件有一个现成的框架可供教学、分析。在中国，老师带着学生学，几乎是带着学生一起研究，因为不知道教学框架在哪里，要师生一起讨论学习解释方法。所以困难在这，我们有点分不清楚到底是在案例教学还是案例研究。如果要带着学生来做这一套裁判方法的话，是非常累的。

很多人问案例研习方法是什么。这没有什么固定的方法，要看你的目的。如果是社会学方向的研究，那研究的方法就不一样。如果是裁判方法，那用案例解析方法来研究是比较好的。如果还要研究指导案例制度，那么还要加一点别的元素。这就完全是目的导向的。

研究指导案例，我是一般分成这几步，供大家来参考。第一步我自己通过指导案例编写一个案件事实，虽然会缺少一点东西。不知道为什么，我们的指导案例那么节省主义，是说我们的法官没有时间，但是如果没有条理，写得再短法官看的都是很累的。如果有条理的话长一点也没有关系。所以我要自己编写，提出问题来。这个问题就是德国式的案例问题：原告赢不赢，你支持不支持原告诸如此类。

第二步我就撰写自己的案例分析报告，跟学生一起按步骤写，然后在具体案件里我们一步步过这个步骤，就会发现有没有问题。

第三步是对比现实的裁判，拿指导案例的案件来对比。我能够清楚裁判的逻辑，清晰地知道他们在说些什么，理由是怎么论证的。如果读了足够数量的案例判决，我们就会知道问题在哪里。

那么基于我目前的阅读量，我的结论是很多时候法官的裁判思路是没有框架的。大多数的时候他不知道在讨论哪个点，是讨论实体的还是程序的。还有比如法官会写当事人的法律观点、一审、二审法官的说法等等。我们在论证的时候你可以兼顾当事人的理解，但这其实是不需要写的。而我们在二审再审的文书中，大多是内容是一审两审的内容，这需要改革。

到了第二步的时候，开始拆分构成要件，在正确的法教义学的指导下，采取了正确的构成要件，查缺补漏，然后一个一个解释，一个一个要件来。要件有问题就需要解释了。以默克尔总理的案例为例，这时候就要解释什么是监察机构、什么是安全国家安全的监察机构，国家安全的监察机构一般是什么机构，通说是什么，等等。这是我们通常的结构。但是本案还有功能解释，虽然解释错了，但是它的路数是这样的。在特殊的案件当中，比如像本案的时候，你要考虑到其实还可能有其他的解释方式，所以我认为在本案当中可以有功能性的扩展。

法院认为，默克尔女士她作为联邦总理，就是一个国家安全监察机构。所有的人都很清楚，在这个点上法院的创新开始了，它的漏洞填补出现了问题。这时候所有人都可以来反对你。上诉人可以说，我们只要求审这个解释。法院就要向上诉人解释，上诉人的意见、被告方的意见，法院的解释以及为何这样解释。这些都在要件中。

那么关于事实的争议，有两种文书的方法。一种文书的方法，事实争议不放在事实报告中。事实争议如何认定、证据规则怎么认定也是个法律适用问题，可以放在法律适用来讨论的。还有，在证据规则当中，当事人是有争议的，提出了不同证据。那么法院认为本案事实是另外一回事，那么要不要采纳当事人的意见就要仔细考虑。另一种方式，事实争议可以放到前面，但是也要构成要件来指导。没有构成要件，只写争论是没有意义的。上面的事实争议的写作也受到下文的指导，所以我们才有法律适用。这个教学大学进来第一步就应该做，不能工作中你在事实中连法律的大前提都不明白，也没有稳定的框架。我们跟英美法系是不一样，没法一节课45分钟只讲案件。虽然后面部分教学可以用到，但一开始就用是不对的。

## 对指导案例制度的思考

我们的指导案例它的功能是要统一法律适用。学界实务界都在研究指导案例，也提了一些意见，比如指导案例要有监督机构、判决要旨的提取问题，还有案例适用的方法，等等。我们都是法律适用的方法，那么既然我们要有指导案例，那么也可以有案例适用的方法。比如也要一个区分数，但是这点要引进英美法系的区分法参考。

首先是审判统一的问题。第一个，正确审判才有统一的必要性。这个正确不是结果正确。正确是三个要素，法教义学，法学方法论和价值判断的正确。其中价值判断正确性很难讲，一般以最高法院为准。很多案件，下面法院的裁判是有偏颇的，上面纠正的是对的，价值判断是对的。但是它对价值观的纠正的说理做的不好。很多案件，当事人是会有一些突如其来的主张的。比如鲁潍案当中，当事人，提出执法主体错误，程序违法，认定事实错误，适用法律错误，执法目的错误。那么执法目的错误这个说法本身就是错误的。如果法官不清楚，只能忽略它。如果要跟着转，法官就更不知道框架在哪里。然后法院忽略它，行政机关单位忽略它，说事实也是对的，法律执行和适用也是对的，就两句话。但当事人是可以随意主张的。律师也有问题。我是律师的话，我不会写出这样毫无方向的话来。那么要统一的话就是通过法教义学的指导，不能够稀里糊涂就做裁判。

第二个是法学方法论的扩大。对于法律的解释要让人接受。最近的一个案件，一位律师没有年检，他在调查一起婚姻案件的时候，需要申请民政局的一些信息，民政局以他没有年检为由就不允许他调查。这就变相的说他是不合格的一个律师。但是律师有这个调查权，这其实也是特殊的信息公开。法院认为，年检和有没有律师执照、律师执照是否有效这个是两码事情，民政局的做法是违法行为。但是判决书的整个说理一塌糊涂。它价值判断是对的，指导案例里面很多的价值判断都是对的，但是说理太差。那么我们要在制作指导案例的时候，有歧义的地方就需要多做解释。教法官的话，要告诉现有的几种法学理论，我们采纳的是哪种理论。在谈及方法论的时候要非常清晰的说构成要件是采用了什么解释，为什么用这种解释。比如我的目的解释为什么是目的解释，目的为什么是这样的。你写的很清楚，他们再参考，这样再实际的判决中他们也会比较清楚。价值判断的说理也是必要的。

统一是三个要素都统一。三个要素当中不统一的强行统一，会有巨大的问题。那就相当于立法了。法律裁判的统一，可以分为硬件和软件。硬件是说立法机构要统一的立法，立法检查不统一的等等。还有建立数据库等都是硬件。但其实软件在我们现阶段才是最重要的，如果我们都不知道裁判是这三个要素在里面转，那只建设硬件是本末倒置的一个事情。

案例的适用的问题叫区别技术，在我们大陆法系，没有区别技术，或者说我们不需要区别技术。在英美法学，区别技术非常重要，他们法院90%的工作是区别技术。在我们的大陆法系的法院当中，区别技术有也只有最多10%的功能。为什么，因为我们其实是拆分构成要件，找到请求权基础或者诉请基础。

在拆分构成要件的时候，如果解释发生了歧义，这时候我们要做的就是看这个要件，法院是怎么判的，最高法院有没有这样的案件？行政庭有没有这样的审判案例？什么都没有的话，我看看别的法院有没有？国外有没有？学术界又是什么观点？这些都是说理，也是拆分构成要件的方法。然后证据规则的问题，在这拆分构成要件的过程中就基本上消解掉了。你有了拆分构成要件的技术，其他没有关系。

现在我们有一个趋势，要赋予最高法院的指导案例法律效力。我们是有位阶的，指导案例之上是司法解释，然后是法律。你指导案例提出来的，不会贴到立法里去。

我们和英美法系的案例分析方法上有所不同。大陆法系国家的案例，他一定要回溯到规范的构成要件，每一个案例即便是指导案例，它一定是要先回到那个规范的构成要件，它才能够发挥作用。而实际上你再次回到这个案例的时候，其实是规范的这个构成要件在这里发生作用。

德国教授他们没有这个所谓的区别技术。可以有大空间共建，就是他想不出来。那你不可能说它没有这个技术就不行。像提交的指导案例，我是知道案例最后的结论是什么。六年这87个案例，里面还有1/3的案例，其实是一个重复性的案例。然后还有不大好的案例等等，这样那即便你案例更多也起不到作用。你是可以通过方法来调整，是裁判得到统一的。如果你的案件当中告诉法官方法，你用87个非常漂亮的案件说裁判的每部分是怎么回事，那我们法官就等于说上了87堂课。所以说我们的指导案例、审判案例的一个目标就是提供个案当中的规范，但是更重要的任务是要把它打造成一个法官学院和法学院，这是一个根本性的目标。我们的法学教育包括法官教育可能都还很欠缺，而正确的使用和统一的使用其实是需要从立法法学教育开始的.没有这个基础，只用案例是没法起到很好的效果的。