第49卷第5期
2019年9月

浙江大学学报(人文社会科学版)
Journal of Zhejiang University (Humanities and Social Sciences)

Vol. 49, No. 5
Sept. 2019

DOI: 10.3785/j.issn.1008-942X.CN33-6000/C.2018.12.253

类型化视野下行政行为“适用法律、法规错误”的再认识

邵亚萍

(浙江大学城市学院 法学院, 浙江 杭州 310015)

[摘　要] 行政行为“适用法律、法规错误”的内涵尚存学术争议,应采抽象概念抑或类型化的思维进行界定,仍有待研究。《最高人民法院公报》案件的实践运用显示,法官已经无意识地在采用类型化的思维方式,并将依据要素和解释要素作为判断的核心要素,而部分案件的归类问题则反映了抽象概念思维下的弊端。“适用错误”兼具实践依法行政原则及作为司法审查基准的双重功能,类型化的思维既可体现其独立内涵,亦未固化各撤销要件之间的界限,从而有助于整体把握“行政违法”概念和司法实践需求,进而实现其功能。在类型化视角下,应从对应性、合法性和完整性确立对“依据错误”的司法审查标准,而对“解释错误”的审查则需结合个案,并通过行政审判实践进行完善。

[关键词] 行政行为; 适用法律、法规错误; 依法行政; 司法审查; 类型化

一、引　言

行政行为“适用法律、法规错误”(以下简称“适用错误”)是我国《行政诉讼法》规定的法院撤销行政行为的情形之一①。相较于程序违法、超越职权等其他撤销要件,有关“适用错误”的学术争议似乎相对较少。然而,伴随着近年来对撤销要件体系的深入研究,“适用错误”的法律面貌渐趋模糊,与其他撤销要件之间的界限、其自身的内涵界定均有待进一步明晰。具有代表性的观点认为,“适用错误”仅仅表达了一个合法的标准(以法律、法规为限),“可以说是其他要素违法的原因,而不是要素本身”,故“不宜单独作为一个合法要件(审查根据)”[1]65;而“适用错误”与“行政超越职权”[2]285、“滥用职权”亦存在一定的交叉[3]97,其适用范围不甚清晰。在具体的表现形式上,“未引用具体法律条款”属于典型的“适用错误”还是未尽说明理由义务的程序瑕疵②,“解释错误”是“适用

[收稿日期] 2018-12-25
[在线优先出版日期] 2019-09-06
[本刊网址·在线杂志] http://www.zjujournals.com/soc
[网络连续型出版物号] CN 33-6000/C

[作者简介] 邵亚萍(https://orcid.org/0000-0002-9030-1047),女,浙江大学城市学院法学院副教授,法学博士,主要从事宪法学、行政法学研究。

① 1989年《行政诉讼法》第五十四条第二项第二目将“适用法律、法规错误”作为法院撤销行政行为的情形之一,2014年11月1日修正的《行政诉讼法》第七十条保留了原有立法规定。

② 有的学者认为“未引用具体法律条款”为典型的“适用错误”,有的则认为属于未尽说明理由义务的程序瑕疵。参见张亮《对行政行为未引用具体条款的司法审查:兼评指导案例41号》,载《政治与法律》2015年第9期,第152页。

错误”的表现形式还是导致“适用错误”的原因等，也不乏学术分歧①。研究亦显示，包括“适用错误”在内的原有撤销要件体系立法模式使得有些违法形态难以归入其中，给司法实践造成了困难[4]27。

本文认为，学界对“适用错误”等行政行为撤销要件一直存在纷争的原因在于，在研究方法上未区别“抽象概念”和“类型化”两种不同的思维方式。一个完整的法体系主要由内部体系（法律原则所构成的开放体系）与外部体系（以抽象概念为核心构成的规则体系）构成②，而介于两者之间的则是发挥“联系桥梁”作用的“类型”。抽象概念由于对调整对象采用了个别化、孤立化提取要素的建构方法，从而具备高度的精确性和封闭性以确保法体系的安定性，但其外延的空洞和非此即彼的特征不足以把握生活现象或法律语境中意义脉络的多样性③。面对驳杂多样的生活世界，法体系的建构需要引入类型化的思考方式。类型化思考是将具体事物的诸要素相互关联从而整体把握，它是对事物外延的描述定义，而非抽象定义（内涵定义）④，由此便能对人类法律行为实践活动的丰富多样性予以把握。尽管类型的构造以事物整体上或结构上的基本特征为基础，但这些特征并非绝对，在不同的情势下它们可能有强弱之分，甚至出现某些特征的缺失，不同的类型之间会因为某些特征的混同产生混合类型、中间类型⑤。因此，类型化思维是流动的、无法严格界定界限的思维，可以弥补抽象概念无法把握生活关系中的多样形态的缺陷。行政诉讼司法实践中的行政行为撤销要件是通过对违法现象进行描述定义而成的，具有典型的流动性和无法严格界定界限的特征，如一个“超越职权”的行政行为可能同时又构成了“适用错误”违法，而“未引用具体法律条款”又可能因在不同的程序阶段而归于不同的撤销要件范畴。因此，如果以抽象概念的思维方式对此进行评判，必然会得出各种撤销要件之间交叉或重叠、逻辑不周延等结论，这正是学界关于“适用错误”研究的误区所在。

在法学方法论的意义上，行政行为撤销要件属于典型的类型而非抽象概念，这一特征亦鲜明地体现在司法实践中法官认定“适用错误”的过程中，即法官对“适用错误”的把握采用了类型化思维。本文拟借助类案进行分析，尝试揭示这一类型建构现象，进而对学界关于“适用错误”的争议做出回应，以澄清某些认识误区。

---

① 如江必新法官认为“解释错误”应纳入“适用错误”范畴，参见姜明安《行政法与行政诉讼法》，（北京）北京大学出版社、（北京）高等教育出版社 2002 年版，第 379－380 页。姜明安和邹荣则认为“解释错误”是“适用错误”的原因，参见姜明安《行政诉讼法学》，（北京）北京大学出版社 1993 年版，第 201 页；应松年《行政诉讼法学》，（北京）中国政法大学出版社 1994 年版，第 255 页。

② 有关法体系的构成之内部体系与外部体系的关系，参见 Alexy R.，*A Theory of Constitutional Rights*，trans. by Rivers J.，Cambridge：Oxford University Press，2002，pp. 44－80。

③ 抽象化思考对法的“外部体系”的形成具有重要意义，通过对调整对象的诸要素不同程度的提取，可以形成不同抽象程度的概念；将抽象化程度较低的概念不断地“涵摄”于抽象化程度高的概念之下，最终可以将大量的法律素材归结于少数“最高”的概念之下，由此形成了抽象、一般概念式的法“外部体系”。按照概念法学的观点，这种体系不仅可以保障最大可能的概观性，同时亦可以保证法安定性，因为假设这个体系是“完整的”，那么在体系范围内的任何法律问题都可以凭借逻辑思考得以解决，且逻辑推演出的所有结论彼此并不矛盾，这个体系使法学具有了纯粹科学之学术概念意义下的“学术性”。然而，自概念法学衰落以及利益法学、评价法学创建以来，这个体系的完整性、逻辑上的封闭性，乃至用涵摄问题排斥价值评价、以形式逻辑取代目的论和法伦理学等诸多问题均遭到了质疑和批判。参见[德]卡尔·拉伦茨《法学方法论》，陈爱娥译，（北京）商务印书馆 2005 年版，第 42－50 页。

④ 有关外延式定义和内涵式定义的说明，参见 Kahane H.，*Logic and Philosophy*，Belmont：Wadsworth Publishing Company，1990，p. 322。

⑤ 例如，大陆法系民法关于契约的规定就是一种典型的类型化思考，根据具体契约的基本特征设置各种“有名契约”（如买卖契约、消费借贷契约），建立契约在立法上的“主导形象”以调整社会生活中驳杂多样的具体契约形态。但不同的“有名契约”仍然同中有异，实践中，也可能会出现兼具两种或多种“有名契约”特征的“混合契约”类型，如融资性租赁，参见黄茂荣《法学方法与现代民法》，（北京）法律出版社 2011 年版，第 584－590 页。

二、判决书中的“适用错误”:基于《最高人民法院公报》案件的分析

为了解人民法院在行政审判实务中对“适用错误”的诠释,本文以《最高人民法院公报》(以下简称《公报》)所刊载的行政案件为选取范围,对1985年以来截至2018年6月底的115个案件进行了研读,发现共有27个案件以“适用错误”为判决理由,其刊发时间和案件名称如表1所示。

表1 1985年至2018年6月底的27个“适用错误”类《公报》案件基本情况

序号	刊发时间	案件名称
1	1991年第3期	梁宝富不服治安行政处罚复议决定案
2	1992年第2期	陈迎春不服离石县公安局收容审查决定案
3	1993年第1期	谢培新诉永和乡人民政府违法要求履行义务案
4	1993年第3期	任建国不服劳动教养复查决定案
5	1999年第4期	田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证案
6	2000年第3期	宿海燕不服劳动教养决定案
7	2001年第6期	点头隆胜石材厂不服福鼎市人民政府行政扶优扶强措施案
8	2002年第3期	路世伟不服靖远县人民政府行政决定案
9	2002年第5期	罗伦富不服道路交通事故责任认定案
10	2003年第1期	丰祥公司诉上海市盐务局行政强制措施案
11	2003年第4期	吉德仁等诉盐城市人民政府行政决定案
12	2003年第6期	陈莉诉徐州市泉山区城市管理局行政处罚案
13	2004年第4期	宣懿成等18人诉衢州市国土资源局收回土地使用权行政争议案
14	2004年第9期	何文良诉成都市武侯区劳动局工伤认定行政行为案
15	2005年第8期	益民公司诉河南省周口市政府等行政行为违法案
16	2006年第2期	许文庆与国家知识产权局专利复审委员会、第三人邢鹏万宣告发明专利权无效决定纠纷案
17	2006年第5期	孙立兴诉天津园区劳动局工伤认定行政纠纷案
18	2006年第9期	夏善荣诉徐州市建设局行政证明纠纷案
19	2008年第1期	杨庆峰诉无锡市劳动和社会保障局工伤认定行政纠纷案
20	2011年第9期	王长淮诉江苏省盱眙县劳动和社会保障局工伤行政确认案
21	2012年第4期	劲牌有限公司与国家工商行政管理总局商标评审委员会商标驳回复审行政纠纷案
22	2012年第7期	甘露不服暨南大学开除学籍决定案
23	2014年第8期	陈爱华诉南京市江宁区住房和城乡建设局不履行房屋登记法定职责案
24	2015年第2期	定安城东建筑装修工程公司与海南省定安县人民政府、第三人中国农业银行定安支行收回国有土地使用权及撤销土地证案
25	2016年第11期	白象食品股份有限公司与国家知识产权局专利复审委员会及第三人陈朝晖外观设计专利权无效行政纠纷案

续表 1

序号	刊发时间	案件名称
26	2018 年第 5 期	西峡龙成特种材料有限公司与榆林市知识产权局、陕西煤业化工集团神木天元化工有限公司专利侵权纠纷行政处理案
27	2018 年第 6 期	丹阳市珥陵镇鸿润超市诉丹阳市场监督管理局不予变更经营范围登记案

研读上述案例可以发现，法官对这一撤销要件的理解具有明显的特征：对各类案件中“适用错误”的不同表现形式进行类分和描述，进而勾勒出这一要件的整体形象。概而言之，法院事实上已经无意识地在采用类型化思维，即主要通过“未引用依据”“依据效力存在问题”“适用依据错误”“引用不全、引用笼统”及“解释错误”这五类具体表现形态以描述和界定“适用错误”要件的整体形象和适用边界（除第 3 号和 18 号案件较难归类外，其他 25 个案件的归类见表 2），这与学界[①]与实务界[②]的主流看法并无区别。学界的主要疑问在于“适用错误”与其他撤销要件的重叠，进而质疑其独立性，而这正是采用抽象概念思维与类型化思维的区别所在（为行文方便，下文中均以序号来代替案件）。

表 2　《公报》案件中“适用错误”的分类情况

分类情况	对应《公报》案件	分类情况	对应《公报》案件
未引用依据	8、12、15	适用条款错误	无
依据效力存在问题	4、5、11、23、27	引用不全、引用笼统	6、7、9、13
适用依据错误	2、10	解释错误	1、14、16、17、19、20、21、22、24、25、26

从表现形态的角度诠释“适用错误”显然有助于直观地理解其规范领域，但上述五类具体表现形态只是类型化思维的结果——形象化地、无遗漏地把握了现实中“适用错误”违法行政行为的多种形态。类型建构的要旨在于提取与描述事物驳杂多样的表现形式中的基本要素。透过形式，是否可以发现法官对“适用错误”基本要素的把握呢？笔者发现，依据要素和解释要素是法官考量“适用错误”的基本要素。

（一）依据要素

依法行政原则要求行政行为须有法律规范依据，否则将影响行为的合法性，这是“适用错误”这一撤销要件的逻辑出发点。上述案例显示，法官主要从三个方面对行政行为的法律规范依据进行审查。

1. 是否有依据

无依据即无行政，这是法官在判决书中宣示的基本立场，行政决定书中未引用或说明依据即为

① 类分“适用错误”的表现形式并做出解释是行政法学界早期较为一致的研究方式，其较早见于应松年教授主编的 1994 年版《行政诉讼法学》，其中邹荣教授提出了 8 种形式。参见应松年编《行政诉讼法学》，（北京）中国政法大学出版社 1994 年版，第 255 页。其他学者如叶必丰、姜明安、关保英、张淑芳等也有类似研究，只是类分的形式并不完全一致。

② 司法实践中，以蔡小雪法官为代表，认为“适用错误”的表现形式包括：适用法律、法规性质错误，适用法律、法规条文错误，适用了没有效力的法律规范，未适用应当适用的法条，以及没有适用法律规范条文中必须适用而适用了不应适用或者选择适用的内容等五种形式。参见蔡小雪《具体行政行为适用法律、法规错误的表现形式》，载《人民司法》1997 年第 3 期，第 15－17 页。

典型的错误形式。如第8号案件中,法官认为"被上诉人县政府的靖政发〔1999〕172号文件,没有说明作出该具体行政行为的法律依据",从而判定其适用法律不当。

2.依据是否合法

以合法有效的法律规范作为依据是行政机关进行法适用的基本义务,否则即适用错误。如第4号案件中,法官认为"《山西省人民政府关于保护企业厂长、经理依法执行职务的规定》第八条第二项,把劳动教养的适用范围作了扩大的规定",致使其与上位法相抵触,因而不符合依据合法性要求。

3.依据是否准确和充分

正确、合法和及时是法适用的基本要求,引用错误、引用不完整和引用笼统均偏离了正确的方向而可能导致行政违法。如第9号案件中,被告交警队据以做出道路交通事故责任认定的法律依据是《道路交通事故处理办法》第十九条①,该条规定有三款内容,分别规定了在有一方、两方、三方或多方当事人情况下的责任认定问题,交警队只笼统适用第十九条,而没有指出具体适用哪一款,从而被法院认定为适用法律错误。

(二)解释要素

法律适用的核心要义在于法律解释,"要得到妥当的法适用,必须有妥当的法律解释"[5]194。法律解释的任务在于澄清文字疑义、阐明法律规范各自的适用范围,从而为法律适用提供适切的"大前提",错误的法律解释可能导致行政行为适用法律法规的谬误。将解释错误纳入"适用错误"是《公报》案件中基本的共识,且多与不确定的法律概念有关。如第1号案件涉及《治安管理处罚条例》②第十六条"可以从轻或者免予处罚"的理解问题。根据该条第二项的规定,违反治安管理的人"主动承认错误及时改正的",可以"从轻或者免予处罚"。本案中,侵害人在纠纷发生后,虽能主动承认错误,但未及时改正,复议机关的处理则将"从轻或免予处罚"理解成"不处罚",从而被法院认为适用错误。第17、19、20号均为工伤案件,分别涉及"因工作原因""事故伤害发生之日""工作场所"的理解问题,第22号案件则涉及对"剽窃、抄袭他人研究成果"的理解。基于解释错误而被判为"适用错误"的共11个案件,占总数的41%,这亦表明了法解释对法适用正确与否的重要影响。

应该说,上述以依据、解释为基本要素的判断标准较为成功地建构起"适用错误"这一类型。行政行为做出过程中的"适用错误"在外观上必然表现为"行为欠缺规范依据""引用的规范依据不合法"与"引用规范依据错误、不完整和过于笼统"等与法律适用的"大前提"形成直接关联的形式特征,因而以规范依据为要素,提取这一撤销要件的一般形式特征无疑是正确的。

从法学方法论的角度看,"适用错误"乃是对规范依据的理解错误所致。适用规范依据的前提是对其形成正确的理解,进而生成适切的关于"大前提"的陈述,这一过程就是法律解释,所谓"无解释即无适用"。因此,"适用错误"的实质特征可归结于法律解释错误。上述通过案例所归纳出的"适用错误"形式特征的具体表现形态,都可以在本源上归结于适用者对规范依据的错误理解与解释。因此,以法律解释为要素提取"适用错误"的实质特征,足以使得类型的建构具有稳定性。当

---

① 《道路交通事故处理办法》第十九条规定,一方当事人的违章行为造成交通事故的,有违章行为的一方应当负全部责任,其他方不负交通事故责任。两方当事人的违章行为共同造成交通事故的,违章行为在交通事故中作用大的一方负主要责任,另一方负次要责任;违章行为在交通事故中作用基本相当的,两方负同等责任。三方以上当事人的违章行为共同造成交通事故的,根据各自的违章行为在交通事故中的作用大小划分责任。根据《中华人民共和国道路交通安全法实施条例》(国务院令第405号)第一百一十五条的规定,本办法已于2004年5月1日废止。

② 2005年8月28日,《中华人民共和国治安管理处罚法》经中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过,自2006年3月1日起施行,《中华人民共和国治安管理处罚条例》同时废止。

然，在行政诉讼司法实践中，法律适用者基于解释错误做出的行政行为并不完全适用“适用错误”这一撤销要件。法律解释是一个以个案事实为前提、目光在规范与事实之间“往返流转”的过程，这个过程中法律适用者所做的错误解释，并不仅仅简单地体现为对“大前提”进行陈述的错误，亦可能发生在对案件事实认知方面。就行政行为做出过程而言，因法律适用者错误地理解、解释法规范而可能产生的违法情形包含了“认定事实不清”“违反法定程序”“滥用职权”等多种可能性，即一个“适用错误”的违法行政行为可能会与其他违法形态或撤销要件竞合。因此，以解释错误为实质特征界定“适用错误”，必将面临与其他行政行为违法表现或撤销要件界限不清、相互混同的疑问。这一现象亦体现在当下的司法实践中。

在前述案例中，笔者也发现了司法实务中对“适用错误”的运用与其他违法形态或撤销要件相混同，导致这一撤销要件指向模糊的情形。

第一，将“违反法律规定”作为“适用错误”的具体表现。“违反法律规定”是对行政行为违法的笼统指称，它可能是指认定事实方面违反法律规定，也可能指职权、程序方面违反法律规定。以“违反法律规定”指称“适用错误”的表现形式，将导致其外延的不适当扩张。如第 5 号案件中，法官认为校方的处分违反了法律、法规、规章的规定，其论证理由之一是校方对“考试作弊”的处理方法明显重于《普通高等学校学生管理规定》[①]第十二条的规定。处理方法重于上位法规定显然不符合法治要求，但这是从何种意义上对接“适用错误”，则需要进一步判明，毕竟，从文义解释的角度看，“违反法律规定”可以包含所有不符合法律的情形，而不仅仅是法适用上的问题。

第二，部分案件的判断标准不明，撤销要件之间存在混用。在第 2 号案件中，法院认为原告“没有轻微违法犯罪行为，而且既不是不讲真实姓名、住址、来历不明的人，也不是有流窜作案、多次作案、结伙作案嫌疑需收审查清罪行的人”，可见原告不属于应予收容审查的对象，法院最终以“适用错误”和“违反法定程序”为由撤销了行政行为。从判决书对案件事实的认定看，其内容聚焦于公安机关对原告违法事实认定的错误，因而以“主要证据不足”为撤销理由更为妥帖。当然，本案中行政机关错误地将原告认定为应予收容审查的对象，确实在客观上导致了案件适用法律规范的错误，但法院以“适用错误”为撤销理由显然缺乏合理、适切的论证，致使案件的说理、事实认定与裁判结论相脱节。又如第 3 号案件中，法院认为被告向原告提取的费用违反了国务院和四川省有关规定所确立的原则，其判决理由包括“适用法规错误，超越职权和滥用职权”。分析该案案情可以发现，该案的行政违法性主要体现于收费行为的任意性和随意性，滥用职权的特点更为明显，尽管在客观上本案也属于“适用法规错误”，但法官简单地将几项撤销理由并用，显现出司法实务中对“适用错误”与其他撤销理由边界认知的模糊。而第 10 号案件的核心是职权问题，其判决理由却是“认定事实不清，适用法律、法规错误”。第 18 号案件中，被告根据伪造的规划许可证复印件颁发验收合格证的行为更属“主要证据不足”，但“适用错误”仍成为附随的理由。

上述情形在《公报》案件之外的案件中也同时存在，如“周乙诉上海市人力资源和社会保障局案”涉及对法规范中“社会稳定”一词的解释，法院认为行政机关的解释错误，从而以“适用错误”为由做出撤销判决[②]。而在朱芒教授看来，“行政机关在定义‘社会稳定’概念的过程中，考虑了并不

① 《普通高等学校学生管理规定》（教育部令第 41 号）已于 2017 年 9 月 1 日实施，本案适用的《普通高等学校学生管理规定》（教育部令第 21 号）已随之废止。

② 该案的基本案情是：2009 年 8 月 14 日，原告周乙向上海市人力资源和社会保障局申请获取“2008 年度上海卫生系列执行高评委专家名单”，社保局经上报上海市人民政府办公厅后，认为此公开可能危及社会稳定，该政府信息不属于公开的范围。周乙不服，经行政复议后诉至法院。2010 年 4 月 28 日，一审法院认定被诉具体行政行为事实不清，主要证据不足，适用法律错误，判决撤销和重新做出具体行政行为。社保局对此不服提出上诉。2010 年 8 月 11 日，二审法院做出判决。

应该考虑的不相关事项,而考虑了不相关事项的具体行政行为,也可归入滥用职权的类别之中"[6]97。又如,在"樵彬诉中华人民共和国天津出入境检验检疫局案"①中,法院认为本案的争议焦点为被告是否具有对其受理且查实的举报予以奖励的法定职责,同时认定其应履行奖励的法定职责,但最后仍以"适用法律法规错误"为判决理由,存在着两种违法形态的混淆运用。

三、类型化视角下"适用错误"的内涵厘定

通过上述类案分析可知,法院对于"适用错误"撤销要件的运用体现了类型化思维的典型特征,从而完成了对这一违法类型的较为完整的"指导形象"的建构。但这种基于法官个体的司法经验、凭借法感与直觉的类型化思维的运用,在法律适用的整体意义上难免缺乏融贯性,尚需从法学方法论的理论层面予以梳理和厘定,才能建立一个合理、适切的有关"适用错误"的类型建构,从而回应司法实践的需要。

行政诉讼司法实践的功能在于通过践行依法行政原则从而解决行政纠纷,"适用错误"作为行政行为违法的具体形态和撤销理由,在司法实践中必须是一个富有实践操作意义的技术型概念,它必须在形形色色的个案中为法官提供具体、形象的判断标准。在法学方法论上,类型化思维具备让"构成要素维持其结合的状态,仅系利用这些要素来描述(作为要素整体的)类型"之特征[7]338,故类型建构所形成的概念各要素之间不是非此即彼、逻辑严谨的关系,而是在完整、形象的意义上把握概念整体特征,从而实现对调整对象的具体的、无遗漏的规整。以这种方式建构的"适用错误"概念,可以对司法实践中丰富多样的"适用错误"个案实现灵活的、无须严格界定界限的有机调整。当然,类型化思维的无严格界限、外延描述的特征,使得"适用错误"必然与其他撤销要件(如超越职权、滥用职权、违反正当程序)在具体案件中重叠,但这并不表示"适用错误"类型的规范领域模糊不清。类型化思维是一种在把握事物基本要素前提下的特征描述,其与抽象概念建构在第一阶段并无区别,即从有关具体事物中区分出一般的特征、关系与比例,并分别赋予其名称[7]338,因此,类型化思维建构的概念仍然具有稳定的结构与明确的规范领域。两者之间的区别在于,抽象概念思维以孤立的方式确立这些要素,并通过从中不断提取更为抽象的要素以形成越来越一般性的概念;而类型化思维则使所提取的要素处于相互结合的状态以把握生活世界中具体事物的"丰盈性"和整体形象。故通过类型建构形成的法律概念能够以富有弹性的、灵活的方式对调整对象进行规整。如"适用错误"类型建构乃是以依据要素与解释要素为基础,从而形成较为明确的内涵与调整范围,但作为"适用错误"实质性特征的解释要素又使其具备相当的开放性与灵活性,即任何形态的"适用错误"在方法论意义上都可归结于法律适用者对法规范的解释错误,但解释错误亦可能引起其他违法撤销要件援引(如因解释错误导致行政行为违反法定程序或认定事实错误等),这就使得"适用错误"在诸多情形中或多或少地与其他违法类型(撤销要件)发生重合。尽管这种现象被学界诟病为概念建构的逻辑不清,但从法律实践的角度看,违法类型(撤销要件)之间的弹性界分、特征的重叠或流动,实际上有助于对行政过程中驳杂多样、变动不居的违法行政行为形成整体意义上的、无遗漏的调整。当然,如何在类型化思维的范围内阐释"适用错误"与违法类型(撤销要件)之间的合理界限,也是"适用错误"类型建构的题中应有之义。本文将在类型化视角下,尝试对"适用错误"的含义与机理做出阐释与厘定。

① 天津市第二中级人民法院《行政判决书》,(2016)津02行终180号。

（一）将“依据错误”作为“适用错误”的形式特征

法律适用过程中的基本要素在于两个方面，“一个是法律因素，一个是事实因素。这两个因素密切联系，不可分离”[8]714。行政过程中特定行政行为的做出，实际上就是一个在事实和法律之间目光流转的过程，案件越复杂，流转的次数越多。与此相对应，导致行政行为违法的原因亦可分为事实问题违法和法律问题违法，事实错误与适用法律错误可以视为两种基本的违法形态。但在法学方法论上，对事实问题和法律问题的界分始终是一个“斩不断、理还乱”的难题，就行政行为的违法状态而言，绝对精确地界分事实问题违法和法律问题违法也是不可能的。如行政机关完全可能因认定事实错误而导致适用错误的法律，如此，违法的原因和表现形式就不可避免地呈现出交叠、重合的状态，在现实中，并不存在绝对的事实问题违法与法律问题违法。因此，事实错误与适用法律错误这两种基本的违法形态只能视为认知行政行为违法的“理想类型”，而其他违法形态如超越职权、滥用职权、不作为违法、内容违法等也不可避免地、或强或弱地兼具事实问题违法与法律问题违法的某些要素，成为介于两种理想类型之间的混合类型或中间类型，它们之间的交叠与重合亦属当然，由此便形成了一个违法类型谱系。这一谱系的两端分别是事实问题违法与法律问题违法，其他违法形态根据其要素与特征，有的接近事实问题违法，有的接近法律问题违法，至于它们在何种程度上具有理想类型的基本要素则不必绝对精准，只需把握每一种违法类型的核心要素就可以对其进行富有弹性的、相对确定的把握。在这一违法类型的谱系中，“适用错误”显然是比较接近法律问题违法的违法形态。正如前文所述，在形式特征上，“适用错误”必然直观地体现为“未引用依据”“依据效力存在问题”“适用依据错误”“适用条款错误”及“引用不全、引用笼统”等“依据错误”的具体表现形态。因此，将依据错误作为“适用错误”撤销要件的形式特征是比较合理的，这也与将依据要件作为行政合法要件的学界共识一致，与《公报》案件中的实践立场基本吻合。事实上，从世界各国对行政行为违法具体形态的处理倾向看，尽管各国法制对具体类型的把握呈现出令人眼花缭乱的差别，但从法律适用的角度进行的归纳与分类仍不外乎主体、职权、内容、法律依据及事实根据等方面，而法律依据要件均为行政法上合法性判断的必备内容之一。因此，以依据错误为“适用错误”的核心内涵具有理论和实践的合理性。

（二）“解释错误”与其他违法类型的界分

基于法律适用与法解释之间的密切关联，将“解释错误”排除出“适用错误”，而“只把眼光聚焦在行政决定的法条援引上，虽说不上是本末倒置，至少属于目光过于狭窄”[9]340。正如上文所言，解释要素乃是建构“适用错误”类型的实质性特征。然而，由于法解释在整体行政过程中的广泛性及其与职权、程序等各要素之间的关联性，将带有解释错误的所有可能均纳入“适用错误”，将导致解释错误与其他违法形态的交叉。法律解释错误正是“适用错误”这一类型与其他违法类型的共有特征，这就使得“适用错误”类型建构具备了开放性，从而形成完备的、具有较强适应性的规范领域。但是，违法类型之间的交叠亦容易引起司法实践中操作上的困难。于此，适切的应对方法应当是，基于司法实践功能主义视角或司法技术的便宜性，以行政行为的核心要件为基准，将涉及行政职权、行政程序、行政不作为等核心要件陈述的解释错误分别归为“职权违法”“违反法定程序”“行政不作为违法”等违法形态，无法归类的则纳入“适用错误”，如对不确定法律概念的解释显然归入“适用错误”较为合适，涉及行政行为内容违法的解释错误也应归入“适用错误”。这种方案充分考虑到司法操作的便宜性，因为对正当程序遵循与否的审查是法官所熟谙的，如果出现与程序有关的法律解释错误，亦较容易辨识；至于出现职权与其他违法形态并存的法律解释问题，可以用主体资格优先说来解决。正如吴庚大法官所言：“行政机关作成一项行政处分所须遵循之事项甚多，首先应先

注意是否属于其本身之职权范围。”[10]244即使出现事实认定中的解释错误原因,司法实践表明,“对事实问题的审查是法官最为重视,也最有底气的”[1]63。

四、类型化视角下司法审查“适用错误”的基本方向

在类型建构的思路下,依据要素和解释要素的界定使得“适用错误”既具备明确、稳定的规范领域,又呈现出开放性与适应性。但理论上的构想需要在司法实践中付诸实施。尽管目前司法实践对“适用错误”的审查基本呈现出浓厚的类型化思维倾向,但呈现的问题表明仍需在类型化的方向继续完善其审查要素,以获得更有质量的判决。对此,笔者认为可确立以下审查方向。

(一)确立以“依据错误”为核心要素的司法审查标准

在依据错误为“适用错误”形式特征的结论下,司法审查的主要任务应该是对这一特征进行细化以应对变动不居的行政行为违法现象,而法律解释错误要素的功能主要体现为“适用错误”与其他违法类型的界分方面。以依据错误为司法审查的核心要素,除了需要遵循“是否有依据、依据是否合法以及是否遵循依据适用规则”之审查内容,尚需建构以下审查标准。

1.对应性标准。对应性是指行政行为的法依据是否与所认定的事实具有最大限度的关联性。就行政机关而言,基于行政领域的熟悉性,找到对应的部门规范应当不属于难事。齐佩利乌斯也认为,“通常情况下法律人马上就能知道,应到哪里去寻找相应的法律规范。这也就是说,他们即使不能直接通过联想找到应适用之规范,至少能够找到相应之法律部门(即应‘拉入视野’的法律领域)”[11]127。因此,适用准确的难点在于找到合适的、对应的条文,并在引用多个条文时关注到内在的逻辑关系。对于对应性的审查,可以分两步走。

(1)行政行为是否有法依据。行政行为没有法依据显属缺乏对应性,亦不可能保证其合法性和准确性。对于行政行为是否有法依据的审查主要是一种形式审查,即行政决定书上是否载有依据,而该依据能否作为依据以及依据本身是否合适和正确,则属于其他标准审查内容。实践中,随着依法行政理念的深入,行政行为没有依据的情形日益减少,但仍在一定程度上客观存在。在此,需要区分行政过程中未予说明依据和行政决定书中未予载明依据的情形,前者属于违反说明理由的程序违法,后者属于缺乏对应性。同时,如果行政行为没有实定法具体规则可供引用,也应在行政决定书中体现法律原则和法律精神的适用。《最高人民法院关于当前形势下做好行政审判工作的若干意见》(法发〔2009〕38号)就明确指出:“在对规范性文件选择适用和对具体行政行为进行审查时,充分考虑行政机关为应对紧急情况而在法律框架内适当采取灵活措施的必要性,既要遵循法律的具体规定,又要善于运用法律的原则和精神解决个案的法律适用问题。对于没有明确法律依据但并不与上位法和法律原则相抵触的应对举措,一般不应作出违法认定。”

(2)依据是否与案件相对应。关于对应性问题,王利明认为,“裁判过程中的有效连接并不在于条款的多少,关键在于条款和案件事实的对应性。与事实没有对应的条款援引得再多,也不过是无用的堆砌”[12]222。在行政领域,对于依据与行为的对应性要求已明示在司法个案中,如在“始兴县飞马汽车客运有限公司与始兴县交通运输局交通运输案”中,一审法院即认为“被告作出本案被诉行政行为没有依法适用所依据的规范性文件,被诉行政行为存在对应适用的、法律条款应当适用而没有适用,属于适用法律法规错误,依法应予撤销”①。

2.合法性标准。对依据的合法性审查涉及司法权与行政权的关系,也涉及司法审查的强度和

① 广东省高级人民法院《行政裁定书》,(2017)粤行申523号。

方式。故而这里的“合法性标准”是指人民法院对行政行为所适用的依据有否违反上位法及其能否作为行政依据问题进行审查，进而对法律适用错误与否做出判断。依据合法要求意味着，“如果行政机关没有尽到合法性判断义务，则构成依据要件违法”[2]139，并当然导致适用法律错误。司法判断依据合法与否的依据之一是《立法法》，2004 年《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》也是可以参考的司法认定规则。当然，有关合法性标准背后的“不一致”“相抵触”等问题尚需学界进一步跟进研究，法院对于违反合法性要求的依据的处理亦需依法进行。

3. 完整性标准。“行政法律的总框架是由所有必要的法律条文和各项细则规定组成的，以确保政府（行政），作为一个法律体系、一个组织体系，从整体上能够与一般行政法律原则以及公认的组织理论原则相符合。”①因此，行政行为需关注到与事实有关的所有依据，且这些依据能在处理中被考虑。对完整性的审查主要包括依据是否齐全及依据之间是否具有内在的逻辑关系。

将上述三个标准对应到“依据错误”的具体表现形式，其符合标准情况见表 3。

表 3　“依据错误”表现形式与司法审查标准的对应情况

司法审查标准	“依据错误”表现形式				
	未引用依据	依据效力存在问题	适用依据错误	引用依据笼统	引用依据不全
对应性	N	N	N	N	N
合法性	N	N	Y、N 并存可能	Y、N 并存可能	Y
完整性	N	N	N	N	N

注：符合的用“Y”表示，不符合的用“N”表示。

（二）确立通过行政审判实践发展行政违法理论的理念和制度

相较于依据错误较为明晰的审查标准，解释错误及其他违法情形的审查需要借助更灵活的标准，如对法律概念的理解是否违反立法目的等，这也需要法院在其审判权的界限内更好地发挥能动性。基于现实的复杂性，确立相对开放的违法形态理论，有助于法官更好地行使司法审查权。事实上，从世界范围看，各国的做法一般也都是在经验意义上做出并非逻辑严谨的类型划分，目的在于为实践提供“指导形象”，达成对违法现象无遗漏的、整体性的掌握。因此，在我国现有的立法框架下，通过审判实践发展行政违法理论是补强立法滞后的重要方向，有关指导性案例制度的推进和完善值得期待。

五、结　语

分析至此，作为本文研究切入点的 27 个《公报》案件能否对应上述观点？笔者以表 4 作为回应。

囿于案例数量的局限性，本文对行政行为“适用错误”内涵的探索可能并不全面。区别于“应该是什么”的研究思路，本文更接近于方法论下的方向性解决路径。或许类型化理论在此的运用尚存诸多不成熟之处，但仍希望本文能对依法行政有所贡献。

① 参见 Rusch W.，"Administrative Procedures in EU Member States，" 2009 - 03 - 28，http://www.sigmaweb.org/publicationsdocuments/42754772.pdf，2019 - 05 - 06。

表4 27个《公报》案件处理情况的评价与建议

适用错误类分	司法审查标准	对应案件序号	司法认定评价	问题案件处理建议
依据错误	对应性	2、8、12、15	除第2号案件的处理有待商榷外,其他案件的处理全部正确	第2号案件应以“主要证据不足”或“其他行政违法情形”为裁判理由
	合法性	4、5、11、23、27		
	完整性	6、7、9、13		
解释错误	个案标准	1、14、16、17、19、20、21、22、24、25、26	全部正确	无
其他	个案标准	3、10、18	有待商榷	以职权、事实为审查的核心要素

[参 考 文 献]

[1] 何海波:《行政行为的合法要件:兼议行政行为司法审查根据的重构》,《中国法学》2009年第4期,第59-72页。[He Haibo, "The Essential Constituents of a Lawful Administrative Action: Reconsidering the Basis of Judicial Review of Administrative Action," *China Legal Science*, No. 4 (2009), pp. 59-72.]

[2] 章剑生:《现代行政法基本理论》,北京:法律出版社,2008年。[Zhang Jiansheng, *The Basic Theory of Modern Administrative Law*, Beijing: Law Press·China, 2008.]

[3] 施立栋:《被滥用的“滥用职权”——行政判决中滥用职权审查标准的语义扩张及其成因》,《政治与法律》2015年第1期,第93-101页。[Shi Lidong, "The Overused Term of 'Abuse of Authority': Semantic Expansion of Examination Criteria for Abuse of Power in Administrative Decisions and Its Causes," *Political Science and Law*, No. 1 (2015), pp. 93-101.]

[4] 杨登峰:《行政行为撤销要件的修订》,《法学研究》2011年第3期,第27-37页。[Yang Dengfeng, "Amendment of the Requirements for Annulling a Specific Administrative," *Chinese Journal of Law*, No. 3 (2011), pp. 27-37.]

[5] 梁慧星:《民法解释学》,北京:中国政法大学出版社,1995年。[Liang Huixing, *The Hermeneutics of Civil Law*, Beijing: China University of Political Science and Law Press, 1995.]

[6] 朱芒:《什么是或者不是“社会稳定”:(2010)沪二中行终字第189号行政判决评析》,《华东政法大学学报》2011年第3期,第96-101页。[Zhu Mang, "Defining Social Stability," *Journal of the East China University of Political Science and Law*, No. 3 (2011), pp. 96-101.]

[7] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,北京:商务印书馆,2005年。[Larenz K., *Methodology of Jurisprudence*, trans. by Chen Ai'e, Beijing: The Commercial Press, 2005.]

[8] 王名扬:《美国行政法》,北京:中国法制出版社,1995年。[Wang Mingyang, *American Administrative Law*, Beijing: China Legal Publishing House, 1995.]

[9] 胡建淼、朱新力编:《行政违法问题探究》,北京:法律出版社,2000年。[Hu Jianmiao & Zhu Xinli (eds.), *Research on Violation of the Administrative Law*, Beijing: Law Press·China, 2000.]

[10] 吴庚:《行政法之理论与实用》,北京:中国人民大学出版社,2005年。[Wu Geng, *Theory and Practice of Administrative Law*, Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2005.]

[11] [德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,北京:法律出版社,2009年。[Zippelius R., *Methodology of Jurisprudence*, trans. by Jin Zhenbao, Beijing: Law Press·China, 2009.]

[12] 王利明:《法学方法论》,北京:中国人民大学出版社,2012年。[Wang Liming, *Legal Methodology*, Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2012.]

Rethinking of "Error of Law" of Administrative Actions: A Typological Analysis

Shao Yaping

(*Law School, Zhejiang University City College, Hangzhou* 310015, *China*)

Abstract: The reason why there is still academic disagreement on whether "error of law" is an independent element of the revocation of an administrative action is that scholars do not distinguish between "abstract concepts" and "typology" in their research methods. In terms of jurisprudence methodology, a complete legal system is composed of the "internal system" constituted of legal principles and the "external system" with the abstract concept as the core, and between them is the "type" which plays the role of "a connecting bridge". The method of "abstract concept" ensures the high degree of accuracy and closeness of the concept by extracting elements of the adjustment objects individually and separately to maintain the stability of the legal system. However, this method cannot satisfy the diversity of meanings in life or legal contexts, because it is always in pursuit of universalization of concepts. Whereas the method of typology aims to grasp the overall characteristics of concepts, so it is able to regulate the adjustment objects specifically and integrally. In administrative litigations, revocation elements of administrative actions are defined by describing the illegal phenomenon, and therefore, revocation elements belong to typical types rather than abstract concepts since they are characterized by liquidity and inability to strictly define boundaries. There may be overlapping or logical non-periodic issues among various revocation elements from the perspective of typology, but typology helps to adjust the various illegal administrative actions in the administrative process, so as to realize the function of judicial review.

"Error of law" belongs to administrative violation. *The Gazette of the Supreme People's Court* shows that judges have unconsciously adopted the method of typology, and taken the "justification elements" and "interpretative elements" as core elements of judgment. However, the classification of some cases shows that it is necessary to construct reasonable types in theory.

According to the basic elements of the legal application process, "factual illegality" and "legal illegality" belong to the "ideal type" of administrative illegality in the "pedigree" of administrative violations, while other forms of illegality are "mixed types" or "intermediate types" between "factual illegality" and "legal illegality". "Error of law" is close to "legal illegality" and has its normative field. It is the concrete manifestation of the "justification error" in its form, and the "interpretation error" as its substantive feature is the commonness shared with other types of violations. In such a sense, the type of "error of law" reflects its independent connotation, but does not solidify the boundaries between the elements of revocation, therefore formes a complete and highly adaptable normative field, which can effectively adjust the various cases of "error of law" in judicial practice. At the same time, in order to avoid difficulties in judicial practice caused by the overlap of illegal types, core elements of administrative actions can be used as the benchmark, and "interpretation errors" at different levels can be classified corresponding to other illegal types. Those errors that cannot be classified can be included in "error of law". From the perspective of typology, the judicial review criteria for the "justification error" should be established based on the principles of correspondence, legitimacy and completeness, while the

review of the "interpretation error" should be combined with individual cases and should be improved through administrative trial practice.

Key words: administrative actions; error of law; administration by law; judicial review; typology

"近代中国大学与教科书研究"工作坊在浙江大学顺利召开

2019年6月29日上午,由浙江大学教科书研究中心主办的"近代中国大学与教科书研究"工作坊在浙江大学西溪校区顺利召开。来自清华大学、上海交通大学、上海社科院、吉林省社科院、上海师范大学、杭州师范大学、浙江大学等国内知名高校和研究机构的20余位专家学者参与了本次工作坊研讨。

浙江大学教科书研究中心主任刘正伟教授致开幕辞。他指出,大学史和教科书的研究是教育、历史研究领域的重要议题。从大学创立之初起,课程和教科书便都是其重要的构成要件,从教科书的编写和使用,可以看出一所大学的办学水平;从大学的系科和课程设置,则可以看出大学对学科与知识的系统选择和编排。举行此次工作坊的目的在于更加集中地探讨近代中国大学发展与教科书的关系。本次工作坊分三场论文报告会进行汇报。

第一场报告由教科书研究中心副主任屠莉娅主持。浙江大学历史系肖如平教授的报告还原和梳理了战后中央大学的复员决策、回迁之路、校区的接收、修复和扩建,力求对中央大学的战后复员过程进行完整的史实叙述。上海社会科学院历史研究所何方昱研究员的报告聚焦现代学科体系下的浙大史地学系。她指出,民国时期,各大学多将历史学系与地理学系分而设置,但竺可桢、张其昀等学人则主张科学与人文并行不悖,坚持史地合一的教育观,合力创建起浙大史地学系,体现了竺、张在面对西方现代分科体系的影响和冲击时,对传统学术的坚守和创新。

第二场报告由刘正伟教授主持。清华大学历史系黄振萍副教授探讨了现代性的分科体制对政教合一的传统学术的戕害。上海交通大学历史系任轶副教授将震旦大学的立案注册全过程分为四个时期,并进行了详尽考证。浙江大学教育学院博士生翟瑜佳探究了现代著名教育学者、戏剧家及外交家张彭春的中学课程思想和实践。浙江大学教育学院博士生水鑫怡的报告论述了"教育实干家"鲁继曾的教育理念,并结合其在私立大夏大学中领导的教务革新,探讨其治校经验。

第三场报告由浙江大学教育学院汪辉副研究员主持。浙江大学历史学系张凯副教授从学术思想史的视角出发,历时性地考察了竺可桢教育理念之演化及其实践。浙江大学"百人计划"研究员刘超老师的报告探讨了20世纪30—60年代中国原子能科学的发展历程,以期深入剖析中国大学在原子能事业发展中的地位和作用,以及这一进程中所凸显出来的大学与社会、国家之间的关系。浙江大学教育学院博士生陈金慧的报告主要探讨了浙江大学第二任校长邵裴子的大学治学理念及其实践,以及他对国立浙江大学初期建设所做出的重要贡献。浙江大学教育学院博士生胡昌翠的报告讨论了浙江大学第四任校长郭任远的大学治校理念和实践。

工作坊现场学术研讨气氛活跃,各位专家学者围绕近代中国大学史、课程史和教科书研究的重要议题展开了热烈的讨论和交流,会场中频频迸发出思维的火花和学术的创见。通过工作坊的主题分享和交流,与会学者加深了对大学史、教科书和课程史研究的理解。

(翟瑜佳 饶鼎新 供稿)