

烈士评定条款的适用及其漏洞填补

侯嘉淳 孟鸿志*

内容提要：新冠肺炎疫情期间死亡的医护人员能否被评定为烈士引发巨大争议，其根源在于和平时期烈士认定的标准不清。烈士评定行为属于包含价值判断的行政确认行为，烈士评定条款的适用应当符合行政法释义的内在逻辑要求。《烈士褒扬条例》第8条规定了烈士评定的法定情形，综合各种法律解释方法可以确定烈士评定条款的规范标准，包括牺牲情节特别突出、值得褒扬和宣传、具有烈士精神品质。经过法律解释后的烈士评定条款的规范标准仍存在法律漏洞，需要通过政策填补和学理填补的方式初步实现漏洞填补，获取烈士评定的非规范标准。透过司法对烈士评定条款的漏洞填补，烈士评定的具体标准可进一步概括为自愿性、有突出事迹、非义务性、利他性、排除意外事件等。

关键词：烈士评定 行政确认 《烈士褒扬条例》

一、问题的提出

2011年国务院制定的《烈士褒扬条例》废止了1980年颁布的《革命烈士褒扬条例》，并在2019年经过两次修订，成为当前我国烈士评定的主要法律依据。但是，进入和平发展时期后，烈士评定行为的具体确认标准并不明确，滥用烈士评定事件时有发生。譬如，一篮球运动员在训练中病逝，被认定为“革命烈士”，让公众难以接受。^{〔1〕}2020年疫情暴发，许多平民英雄为保卫祖国和人民牺牲，烈士评定行为激增，但被评定为烈士的却是少数。不少学者和媒体呼吁“医护人员因公殉职不应当只评定为工伤，还应当评定为烈士”^{〔2〕}，“在防疫工作中牺牲

* 侯嘉淳，东南大学法学院博士研究生；孟鸿志，东南大学法学院教授。

本文为2020年国家社科基金重大项目“突发重大公共卫生事件防控的法治体系研究”（20&ZD189）、2020年江苏省研究生科研创新计划项目“疾病预防控制机构职能法治改革研究”（KYCX20_0065）的阶段性成果。

〔1〕 参见戴佳：《烈士评定，别让人“雾里看花”》，载《检察日报》2012年7月30日，第5版。

〔2〕 陈云良：《建议评定防疫一线牺牲的医护人员为烈士》，载 <http://www.chinawsf.com/xwdt/469.html>，最后访问时间：2021年3月21日。

的志愿者也应评定为烈士”〔3〕。根据媒体统计,截至2020年4月3日,在疫情防控期间牺牲的医护人员、民警、志愿者等约有3500人。〔4〕但根据官方披露,2020年4月湖北省人民政府评定牺牲在疫情一线人员为烈士的只有14名。〔5〕

早期烈士评定仅限于革命年代和军事领域,涉及面窄、政治性强,评定对象多属军人、警察群体,以至于法学理论上对烈士评定行为的研究并不多见。学者们主要聚焦于烈士评定之后对“烈士群体”的法律保护。〔6〕然而,进入和平时期后,烈士评定的条件发生了巨大的变化,烈士评定条款如何准确适用亟待研究。《烈士褒扬条例》第8条规定了五项烈士评定的情形,基于文义解释的理解,可能得出这样的结论:只要符合法条中任何一项情形都应当评定为烈士。〔7〕换言之,每一项法定情形都构成烈士评定的充分条件。有学者认为“我国《烈士褒扬条例》对公民评为烈士提供了详细的条件,对哪些人属于烈士有明确规定”〔8〕。但事实上,以《烈士褒扬条例》第8条第2项“抢险救灾或者其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产牺牲”为例,烈士评定条款的规范内涵十分宽泛。以文义解释的方法分析,公民只要参与了抢险救灾等情形不幸牺牲,就应当评定为烈士。规范上的烈士评定条款难以明确烈士评定的具体标准,给烈士评定工作带来困难,不可避免地造成烈士评定滥用、误用等混乱局面。

如何避免烈士评定被滥用、误用?烈士评定是否有人数的限制,是否有身份的要求?烈士评定的具体标准有哪些?诸如此类的疑问,已为烈士评定条款的理解与适用带来了挑战。对此,本文拟采取法释义学方法,在明确烈士评定行为法律性质的基础上,论证烈士评定条款的适用及其漏洞填补,具体研究分为三个步骤:第一,通过法律解释方法论证烈士评定条款的规范标准;第二,通过法律漏洞填补的方法进一步确立烈士评定条款的非规范标准;第三,在案例中获取司法对烈士评定条款的漏洞填补内容,提炼烈士评定的具体标准。

二、烈士评定的法律性质

如何评定烈士,烈士评定行为是否应遵循行政法解释的逻辑要求,首先应当明确烈士评定行为的法律性质。如果烈士评定行为是一项国家的政治行为,〔9〕则本质上未形成法律上的权利义

〔3〕 吴元中:《志愿者因“疫”牺牲,也应评定为烈士》,载《新京报》2020年2月19日,第A02版。

〔4〕 参见邹莹:《3500个不能忘却的纪念》,载 <https://static.nfapp.southcn.com/content/202004/04/c3364929.html>,最后访问时间:2021年3月21日。

〔5〕 参见《湖北14名新冠肺炎疫情防控一线牺牲人员被评定为首批烈士》,载《人民日报》2020年4月3日,第6版。

〔6〕 法学界的研究,主要集中在烈士特殊人格权保护问题上:第一,从解释论的角度,阐述《民法典》第185条中烈士人格权特殊保护的内涵;第二,从诉讼制度的角度,探究烈士人格权保护在公益诉讼制度上的建构;第三,从侵权损害赔偿的角度,确定侵犯烈士人格权的民事责任。参见刘颖:《〈民法总则〉中英雄烈士条款的解释论研究》,载《法律科学》2018年第2期;黄忠顺:《英烈权益诉讼中的诉讼实施权配置问题研究——兼论保护英雄烈士人格利益的路径抉择》,载《西南政法大学学报》2018年第4期;王叶刚:《论侵害英雄烈士等人格权益的民事责任——以〈民法总则〉第185条为中心》,载《中国人民大学学报》2017年第4期。

〔7〕 《烈士褒扬条例》第8条规定:“公民牺牲符合下列情形之一的,评定为烈士……”

〔8〕 康天军:《英烈保护司法实务问题探析》,载《法学论坛》2018年第6期,第127页。

〔9〕 烈士评定行为长期以来是一项面向革命事业牺牲者褒扬的政治行为,这也使得法学上对烈士评定的规范研究颇为鲜见。时至今日,烈士评定仍常被误解为一项只面向军人群体的政治行为,这也是为什么学者、媒体对疫情期间因公殉职医护人员评定烈士进行呼吁的原因。

务关系，难以进一步研究其合法性问题。早期烈士评定具有革命化、政治化色彩，1980年制定的《革命烈士褒扬条例》并未规定公民烈士评定的资格，烈士评定不是公民依申请评定而是行政机关依职权评定，评定程序规范也几乎空白。而且烈士评定情形集中在对敌作战、执行革命任务等革命牺牲情形。^{〔10〕}事实上，能够被评定为烈士的只有军人群体，受特别权力关系理论的影响，烈士评定属于军人内部管理事务，排除司法审查。如果烈士评定是行政机关依职权作出的裁定奖励，或是其他行政机关最终裁决的行政行为，也将难以进行司法的审查。^{〔11〕}现行《烈士褒扬条例》确定的烈士评定是否为行政行为？是什么类型的行政行为？是否具有可诉性？这些问题攸关烈士评定行为的法律性质，决定了烈士评定行为研究的必要性和可行性。笔者认为，申请烈士评定是一项公民的法定权利，烈士评定是一个包含价值评定的行政确认行为，具有可诉性，公民和烈士评定机关之间形成了法律上的权利义务关系。

第一，从公民的角度看，申请烈士评定是一项公民的法定权利。依据《民法典》第13条的规定，自然人的民事权利始于出生，终于死亡。烈士评定发生在公民死亡后，其是否仍享有相应的民事权利存在争议。但承认死者生前的人格财产权益保护，将死者生前人格上之无形财产权，由继承人继承的观点在域外判例学说上已获确认，在我国司法实践上也有所体现。^{〔12〕}此外，《民法典》第185条专门规定了对英雄烈士群体人格权利的特殊保护。虽然烈士评定发生在自然人死亡后，但从权利保障的角度而言仍有必要将其认定为一项公法上的权利。我国《宪法》第45条第2款规定：“国家和社会保障残废军人的生活，抚恤烈士家属，优待军人家属。”这一条款规定的国家对烈士家属的社会补偿制度，是指因战争、自然灾害和公共突发事件对公民造成损害所进行的补偿。^{〔13〕}《宪法》上并未直接将烈士评定规定为公民的法定权利，但从这一条款可以看出，当公民因为在战争、突发公共事件中牺牲，符合评定烈士情形时，国家应当承担起对烈士遗属抚恤的责任。这也就意味着，当公民牺牲符合烈士评定标准时，死者生前所在单位或死者遗属等组织、公民可代为向烈士评定机关请求牺牲者被评定为烈士，从而使烈士遗属获得国家抚恤待遇。《烈士褒扬条例》第8条进一步规定，公民在特定情形下牺牲应评定为烈士。只要牺牲公民符合烈士评定法定情形，行政机关应当履行依法进行烈士评定的义务。

第二，从行政行为的角度看，烈士评定属于行政确认行为。实践中，地方政府在政务服务网站将“烈士评定”的事项类型标注为行政确认。^{〔14〕}行政确认行为是指，行政主体根据法律、法规的规定，依职权或当事人的申请，对一定的法律事实、法律关系、权利、资格或法律地位进行评定、甄别、证明并予以宣告的行政行为。^{〔15〕}简言之，行政确认行为是确认某人的权利或者具

〔10〕《革命烈士褒扬条例》（已废止）第3条规定：“有下列情形之一的，批准为革命烈士：（一）对敌作战牺牲或对敌作战负伤后因伤死亡的；（二）对敌作战致成残废后不久因伤口复发死亡的；（三）在作战前线担任向导、修建工事，救护伤员，执行运输等战勤任务牺牲，或者在战区守卫重点目标牺牲的；（四）因执行革命任务遭敌人杀害，或者被敌人俘虏、逮捕后坚贞不屈遭敌人杀害或受折磨致死的；（五）为保卫或抢救人民生命、国家财产和集体财产壮烈牺牲的。”

〔11〕例如我国《行政诉讼法》第13条规定，国防外交行为、行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定、法律规定由行政机关最终裁决的行政行为，不是行政诉讼的受案范围。

〔12〕参见张红：《死者生前人格上财产利益之保护》，载《法学研究》2011年第2期。

〔13〕参见蔡定剑：《宪法精解》，法律出版社2004年版，第244页。

〔14〕参见浙江政务服务网，载 <http://www.zjzfw.gov.cn>，最后访问时间：2021年6月20日。

〔15〕参见周佑勇：《行政法原论》，北京大学出版社2018年版，第261页。

有法律意义的资格的行为。^{〔16〕} 烈士评定行为是典型的行政确认行为。但理论上对于行政确认的法律性质认定却存有分歧。一种观点认为,行政确认行为是“准行政行为”,只能间接产生行政法律效果,具有预备性、中间性及阶段性等特征,原则上不可诉。^{〔17〕} 另一种观点认为,行政确认可以分为“独立的行政确认”和“附属性的行政确认”,附属性行政确认是指基于其他行政目的的需要,作为其他行政行为成立的必要前提的行政确认行为,典型情形是行政许可必须以申请人的相关资格进行行政确认作为先决条件。^{〔18〕} 附属性行政确认符合“预备性、中间性及阶段性”等准行政行为的特征,被认为研究意义不大。^{〔19〕} 而“独立的行政确认”则对特定的行政相对人的权利义务产生实质性影响,是行政机关依法行使职权作出“意思表示”的行为,具有可诉性。^{〔20〕} 烈士评定确认牺牲者是否为烈士时,直接产生了资格认定的法律效果,决定了牺牲者遗属能否获得相应的物质抚恤。可见,烈士评定应属独立的行政确认行为,具有可诉性。

行政确认行为意味着,烈士评定应当依照法律和相关规定对特定的法律事实进行确定,只要符合烈士评定的法律事实就应当确认为烈士。由于烈士评定赋予了牺牲者特殊的荣誉称号,极易与行政奖励行为混淆。烈士评定虽然在法律后果上对烈士进行褒扬并对烈士遗属提供一定的物质抚恤,但并不属于行政奖励。如果烈士评定是行政奖励行为,那么就有可能出现“竞争中获胜”^{〔21〕} 的做法,即烈士评定被设定为事先有名额限制的评选。在这种情况下,烈士评定只能从基本的行政程序、原则上加以规制,其结果难以获得司法救济。^{〔22〕} 而行政确认行为属于羁束行政行为,^{〔23〕} 必须严格依照法律规定进行,确保符合条件者应评尽评,不能事先限制烈士评定的人数。

第三,从司法审查角度看,烈士评定争议属于行政诉讼的受案范围。虽然行政确认行为的可诉性有过争议,^{〔24〕} 但由于独立的行政确认行为对行政相对人的权利义务产生实质影响,学界通说也趋于将行政确认行为纳入行政诉讼的受案范围。从《革命烈士褒扬条例》到《烈士褒扬条例》的立法变迁来看,烈士评定的程序逐渐规范化、精细化,烈士评定从依职权行政行为转变为依申请行政行为。如前文所述,烈士评定不属于行政奖励的范畴,相关争议具有纳入行政诉讼受案范围的法律基础。烈士评定作为典型的行政确认类型,相关的司法案例早已有之。截至 2021 年 3 月,笔者以“烈士评定”“烈士认定”“《烈士褒扬条例》第八条”为关键词,在中国裁判文书网、北大法宝等司法案例数据库中进行检索,搜到相关案例约 40 个。正所谓“有权利必有救

〔16〕 参见〔德〕哈特穆特·毛雷尔:《行政法总论》,高家伟译,法律出版社 2000 年版,第 207 页。

〔17〕 参见皮宗泰、王彦:《准行政行为研究》,载《行政法学研究》2004 年第 1 期。

〔18〕 参见应松年主编:《当代中国行政法》(第四卷),人民出版社 2018 年版,第 1337 页。

〔19〕 参见刘志坚:《行政法原理》,兰州大学出版社 1998 年版,第 207 页。

〔20〕 参见前引〔18〕,应松年主编书,第 1338 页。

〔21〕 参见崔卓兰:《行政奖励若干问题初探》,载《吉林大学社会科学学报》1996 年第 5 期。

〔22〕 例如地方创设的见义勇为奖,行政机关对若干相对人进行表彰,某人认为自己作出的贡献最大,而未得到应得的奖励而向法院提起诉讼。由于这种类型的行政奖励的依据并非国家或地方立法,而是由有关行政主体依据自由裁量权作出,相对人与行政主体之间没有形成法律上的权利义务关系。参见林莉红:《行政奖励诉讼初探》,载《法学杂志》2002 年第 2 期。

〔23〕 参见姜明安:《行政法》,北京大学出版社 2017 年版,第 387 页。

〔24〕 参见孟昭阳、李伊龄:《论交通事故责任评定的不可诉性》,载《公安研究》2003 年第 4 期;陈建平:《论生产安全事故调查中事故责任评定的性质及可诉性》,载《社科纵横(新理论版)》2008 年第 3 期;戚建刚:《反恐行政评定行为的不可诉性商榷》,载《中外法学》2018 年第 4 期。

济”，一个人获得了救济也就获得了权利。^{〔25〕}烈士评定争议纠纷可获得司法救济，意味着申请烈士评定已经成为一项公法上的权利。如何正确地适用烈士评定条款，作出准确的行政确认，解决烈士评定争议，不仅考验着行政机关，同时也考验着司法机关。行政确认对司法判决发挥辅助性作用，减轻法院认定事实的负担，但行政确认对法院一般不具有拘束力。^{〔26〕}烈士评定案件是否被依法受理，行政机关是否依法作出确认，司法审判机关有权进行审查。

综上所述，烈士评定属于行政确认行为，公民与行政机关之间构成法律上的权利义务关系，烈士评定行为具有可诉性，烈士评定的过程应当符合行政法的内在逻辑要求。据此，行政确认中烈士评定条款的适用及其漏洞填补的规范分析得以展开。

三、烈士评定条款的规范标准

法律的适用离不开对法律条款的解释，对于法律条款的不同情形，可针对性地采取相应的解释方法，以获取对法律条款的规范内涵。萨维尼对法律解释总结为“四个基本要素”，即“语法要素”“逻辑要素”“体系要素”和“历史要素”。^{〔27〕}四个基本要素衍生为不同的法律解释方法，为探求法律条款的规范内涵提供了解释路径。在依法治国背景下，烈士评定首先需要“选择从事法律判断及形成终局案件事实之基础的法条”^{〔28〕}。烈士评定情形条款属于“被类型化了的生活事实”^{〔29〕}，也是行政机关和法官在具体案件中的判断基础。《烈士褒扬条例》第8条、^{〔30〕}《军人抚恤优待条例》第8条^{〔31〕}是我国烈士评定的直接依据，分别规定公民和军人评定烈士的情形。和平时期烈士评定问题的争议焦点是公民的烈士评定情形，2020年新冠肺炎疫情期间死亡的医护人员能否被评定为烈士的系争条款为《烈士褒扬条例》第8条。因此，对烈士评定条款的规范分析将

〔25〕 在英国1703年的“阿什比诉怀特案”中，首席大法官宣称：“如果原告拥有一项权利，他就必然要有维护和保持该权利的方法，如果他在行使权利时遭到侵害则必须要有救济……对权利的需求和对救济的需求是相互的……一个人得到救济，也就得到了权利；失去救济，也就失去了权利。”胡建森：《外国宪法案例及评述》（下卷），北京大学出版社2004年版，第501—502页。

〔26〕 参见前引〔23〕，姜明安书，第391页。

〔27〕 参见〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春等译，法律出版社2005年版，第304页。

〔28〕 〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，五南图书出版公司2013年版，第168页。

〔29〕 〔德〕亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，颜阙安审校，吴从周译，新学林出版股份有限公司2016年版，第105页。

〔30〕 《烈士褒扬条例》第8条规定：“公民牺牲符合下列情形之一的，评定为烈士：（一）在依法查处违法犯罪行为、执行国家安全工作任务、执行反恐怖任务和处置突发事件中牺牲的；（二）抢险救灾或者其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产牺牲的；（三）在执行外交任务或者国家派遣的对外援助、维持国际和平任务中牺牲的；（四）在执行武器装备科研试验任务中牺牲的；（五）其他牺牲情节特别突出，堪为楷模的。现役军人牺牲，预备役人员、民兵、民工以及其他人员因参战、参加军事演习和军事训练、执行军事勤务牺牲应当评定烈士的，依照《军人抚恤优待条例》的有关规定评定。”

〔31〕 《军人抚恤优待条例》第8条规定：“现役军人死亡，符合下列情形之一的，批准为烈士：（一）对敌作战死亡，或者对敌作战负伤在医疗终结前因伤死亡的；（二）因执行任务遭敌人或者犯罪分子杀害，或者被俘、被捕后不屈遭敌人杀害或者被折磨致死的；（三）为抢救和保护国家财产、人民生命财产或者执行反恐怖任务和处置突发事件死亡的；（四）因执行军事演习、战备航行飞行、空降和导弹发射训练、试航试飞任务以及参加武器装备科研试验死亡的；（五）在执行外交任务或者国家派遣的对外援助、维持国际和平任务中牺牲的；（六）其他死难情节特别突出，堪为楷模的。现役军人在执行对敌作战、边海防执勤或者抢险救灾任务中失踪，经法定程序宣告死亡的，按照烈士对待。批准烈士，属于因战死亡的，由军队团级以上单位政治机关批准；属于非因战死亡的，由军队军级以上单位政治机关批准；属于本条第一款第六项规定情形的，由中国人民解放军总政治部批准。”

以《烈士褒扬条例》第8条为核心,通过综合运用多种法律解释方法,全面掌握烈士评定条款的规范标准。

(一) 单一的文义解释造成烈士评定标准过宽

文义解释是获得法律条文规范内涵的首要方式。《烈士褒扬条例》第8条规定了对公民评定烈士的五项情形,包含四种具体情形,以及“其他牺牲情节特别突出,堪为楷模的”兜底性条款。四类烈士评定的具体情形规整地体现了烈士褒扬的价值精神之要求,使得烈士评定条款具备较高的指引作用。但是,如何理解与适用烈士评定具体情形与兜底条款之间的关系,却左右着烈士评定的标准。在规范主义的立场上,司法机关在裁判中很容易形成“《烈士褒扬条例》第8条界定了可以批准为烈士的五种情形,只要符合任何一种法定条件即应评定为烈士”^[32]的结论。如此一来,烈士评定的条件可转化为《烈士褒扬条例》第8条的任一项情形。

法律论证的核心范围(涵摄到法律或其他法规则之下)显示了三段论的结构,^[33]即“从大前提(法律规范)、小前提(法律事实)到结论”的逻辑推论。若认为“符合任一情形即可评定为烈士”,则法律三段论的大前提可以限缩为《烈士褒扬条例》第8条中的任何一项情形。以《烈士褒扬条例》第8条第2项“抢险救灾或者其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产牺牲的”为例,其规范构成要件要素可分为“抢险救灾”(P1)、“其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产”(P2)、“牺牲”(P3)。这一法律规范语句的逻辑可表达为:P1或P2且P3→结论(烈士评定)。评定烈士的判断,只需要通过涵摄的方式,将外延较窄的概念划归外延较宽的概念之下,就能推定事实是否符合法律规范语义的范畴。^[34]通过文义解释可知,“抢险救灾”是指在任务重、危险大等事件中抢救和保卫公民生命财产安全、为国家和集体财产而奋斗的行为,多与自然灾害相关。“抢险救灾”是“其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产”行为的代表。“牺牲”即在抢救行为过程中不幸遇难死亡。新冠肺炎疫情作为突发重大公共卫生事件,具有任务重、危险大的特征,在疫情中抢救、保护公民的行为符合“抢救、保护公民生命”的规范含义,若不幸牺牲,则应当评为烈士。

然而,单从文义解释上对烈士评定进行判断却存在很大的问题。从字面含义看,第8条第2款“抢险救灾或者其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产牺牲的”只是对突发应急事件的概括性规定。新冠肺炎疫情属于典型的突发应急事件,但由于疫情暴发并蔓延至全国,所有政府部门乃至社会各行各业人员都参与到防控疫情的任务中来。不同于自然灾害中参与抢险救灾而牺牲的情形,新冠肺炎疫情具有传播速度快、感染范围广、防控难度大的特点,人人都有感染离世的风险。不仅是医护人员、社区工作者、民警等职业群体,在疫情防控地区内的超市导购员、出租车司机、外卖员等普通行业公民亦面临巨大风险,他们在疫情防控期间工作,都为救治病人、维持医护人员以及患者们生活付出了巨大的努力,其行为均可以解释为“保护公民的生命财产”。是否参与到疫情防控中的所有公民,因病毒感染或其他原因不幸离世,都能评定为烈士呢?若单纯对第8条第2项进行文义解释,仅从客观结果上认定是否属于烈士评定情形,

[32] 参见安徽省宣城市中级人民法院(2016)皖18行终115号行政判决书。

[33] 参见〔德〕乌尔夫里德·诺伊曼:《法律论证学》,张青波译,法律出版社2014年版,第18页。

[34] 参见〔德〕阿图尔·卡夫曼:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2013年版,第180-186页。

无疑会得出这样一个荒谬的结论：所有在疫情中因公殉职的公民，都符合烈士评定的情形。

事实上，《烈士褒扬条例》第8条第2项一直存在被滥用的危险。由于公务人员的工作内容具有公共利益属性，公务人员因公殉职符合文义上“为了保护国家财产而牺牲”的规范意义。依照单一条款对烈士评定进行判断，存在着对烈士评定工作简单化、群体化、脸谱化和宽松化的问题。不考虑立法本意、法条上下的逻辑关系，仅从文义上片面地理解、引用单一规范条款作为烈士评定的判断依据，无疑是烈士评定被误用和滥用的根源。

（二）论理解释方法阐明烈士评定的规范标准

在烈士评定条款的适用过程中，单一的文义解释方法使一些明显违背烈士精神要求的情形也被纳入烈士评定范围。这反映出文义解释的空泛，昭示了单一烈士评定情形无法准确得出烈士评定结果的局限性。通过论理解释^{〔35〕}的相关解释方法，则可以进一步获得烈士评定条款的规范标准。

1. 牺牲情节特别突出

烈士评定情形需要满足标准统一的要求，利用体系解释的方法，“使法条与法条之间，法条前后段间，以及法条内各项、款间，相互补充其意义，组成一个完整的规定”^{〔36〕}。《烈士褒扬条例》第8条规定的五项烈士评定情形中只有兜底条款对牺牲情节的事实情形作出了价值化判断的规定，需要达到“特别突出”的程度，而前四项情形却没有具体价值判断的要求。烈士评定的具体条件是符合相应的情形即可，还是需要满足对牺牲情节的价值要求，存在疑义。

从体系解释来看，烈士评定的兜底性条款应该理解为对前四项评定情形的概括和总结。即前面四项烈士评定情形只是对烈士评定的描述性列举，而兜底性条款则概括了烈士评定的实质要求。《烈士褒扬条例》第8条第2项“抢险救灾或者其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产牺牲”的适用需要与第5项“其他牺牲情节特别突出，堪为楷模”相结合。易言之，第2项烈士评定情形仍需要符合“牺牲情节特别突出，堪为楷模”的要求。如此方能实现烈士评定标准的统一。

此外，《军人抚恤优待条例》规定的烈士评定条件也是体系解释的重要考量依据。《军人抚恤优待条例》第7条对依法可享受抚恤的军人死亡区分为病故、因公牺牲和烈士三种类型，烈士是最高荣誉性称号。军人因公死亡，但死难情节尚未达到烈士认定标准的，不能评定为烈士，而是认定为“因公牺牲”。在统一的法律体系下，公民烈士评定应参照《军人抚恤优待条例》的评定标准，需要考虑牺牲情形的壮烈程度，而不能仅以牺牲结果作为评定依据。换言之，烈士评定的实质标准需要满足“牺牲情节特别突出，堪为楷模”的规定。

2. 值得褒扬和宣传

“法律的适用自非只是单纯逻辑的机械推演，而是带有某种程度之评价作用与创造成分的思维过程。”^{〔37〕}从烈士评定的目的来看，应当考虑牺牲者是否具有值得褒扬和宣传的事迹。《烈士

〔35〕 论理解释，是指参考法规范制定的成因和目的、法理、法规范历史沿革等等与法律相关的因素，阐明行政法规范的意义的方法。不拘泥于法律条文文字，带有浓厚的价值判断色彩，包括体系解释、目的解释和历史解释三种。参见高秦伟：《行政法规范解释论》，中国人民大学出版社2008年版，第54页。

〔36〕 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社2013年版，第107页。

〔37〕 李建良：《行政法：第十一讲——行政裁量与判断余地》，载《月旦法学教室》2010年第98期，第36页。

褒扬条例》第2条和《英雄烈士保护法》第2条,作出了“在保卫祖国和社会主义建设事业中牺牲”与“为了争取民族独立和人民解放,实现国家富强和人民幸福,促进世界和平和人类进步而毕生奋斗、英勇献身”的规定,体现了我国对评定烈士的价值要求。^[38]从《烈士褒扬条例》的立法目的来看,具有超乎常人的品质和为了集体牺牲自我的事迹,能激励我国公民为建设祖国、保卫祖国而贡献力量,为实现中华民族伟大复兴而奋斗的,才值得褒扬并被评定为烈士。唯有为了国家和人民的利益,主动舍弃自己生命的行为,才称得上“牺牲”。牺牲者的事迹和精神是决定烈士评定的核心标准。单纯将烈士评定解释为描述性规范,无疑会扩大烈士评定范围,放宽烈士评定标准。不对牺牲者的具体情形和事迹进行实质的价值判断,会出现损害烈士英雄形象的不良后果。现实中存在这样的案例,一群人结伴游玩,同伴不幸落水,而救助同伴者也不通水性,溺水身亡。^[39]这种情形虽然也符合《烈士褒扬条例》第8条第2项规定“抢救公民生命财产而牺牲”的情形,但同伴之间结伴出行存在救助义务,与烈士褒扬的精神要求存在一定差距,尚未达到“值得褒扬和宣传”的立法目的。判断是否“值得褒扬和宣传”,可以参照社会主义核心价值观。在疫情防控期间,习近平总书记强调:“我们弘扬社会主义核心价值观,全国各族人民风雨同舟、和衷共济,爱国主义、集体主义、社会主义精神广为弘扬,涌现出大批英雄模范,铸就起团结一心、众志成城的强大精神防线。”^[40]以大批英雄模范的典型事迹为参照,依照目的解释的方法,可以最大限度地避免烈士评定被滥用,损害烈士的荣誉和形象。

3. 符合历史上烈士评定制度的价值要求

历史上的烈士评定制度为当代烈士评定制度提供了参照,基于对烈士评定制度的历时性考察,探寻法律发展所遵循的并将继续遵循的路线,可以将法律的稳定与法律的变化统一起来。^[41]

新中国成立以来,我国烈士评定制度经历了去革命化、去职业化的变迁,但烈士的精神价值却一直传承下来。为了国家独立和民族解放投入革命而牺牲的革命先驱们,集中体现了爱国主义、集体主义的精神。建国初期,国家便着手开展对革命烈士的褒扬优抚工作。1950年12月,原内务部公布了《革命军人牺牲、病故褒恤暂行条例》《革命工作人员伤亡褒恤暂行条例》《民兵、民工伤亡抚恤暂行条例》,奠定了我国烈士褒扬制度的基础。评定为烈士者,是为国家独立和民族解放伟大事业而牺牲的人。1980年《革命烈士褒扬条例》规定评定烈士应属于“壮烈牺牲”的情形,凸显了对牺牲情节“特别突出,堪为楷模”的内在要求。2011年颁布的《烈士褒扬条例》删除了“壮烈”一词,并非《烈士褒扬条例》不再考虑牺牲情节,而是因为“壮烈”一词不是规范的法律术语,这是为了规范立法语言而作的删改。^[42]《革命烈士褒扬条例》第3条规

[38] 《烈士褒扬条例》第2条规定:“公民在保卫祖国和社会主义建设事业中牺牲被评定为烈士的,依照本条例的规定予以褒扬。烈士的遗属,依照本条例的规定享受抚恤优待。”《英雄烈士保护法》第2条第2款规定:“近代以来,为了争取民族独立和人民解放,实现国家富强和人民幸福,促进世界和平和人类进步而毕生奋斗、英勇献身的英雄烈士,功勋彪炳史册,精神永垂不朽。”

[39] 参见广东省揭阳市中级人民法院(2016)粤52行终6号行政判决书。

[40] 《中共中央召开党外人士座谈会 习近平主持并发表重要讲话》,载 http://www.xinhuanet.com/2020-05/08/c_1125958977.htm, 最后访问时间:2021年6月25日。

[41] 参见[美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,商务印书馆2017年版,第14-15页。

[42] 参见民政部优抚安置局、民政部政策法规司、国务院法制办公室政法人力资源社会保障法制司编著:《〈烈士褒扬条例〉释义》,中国社会科学出版社2012年版,第29页。

定，除了四项与革命战争相关的烈士评定情形外，还明确了在和平年代“为保卫或抢救人民生命、国家财产和集体财产壮烈牺牲”的情形可评定为烈士，为革命年代转向和平年代的烈士评定工作提供了制度衔接条款。革命烈士精神价值在和平年代得以传承，和平年代保卫国家财产和人民生命而牺牲的情形，成为烈士精神价值的新体现。

通过对烈士评定制度的历史梳理可以发现，从革命年代到和平年代，随着时代特征的改变和立法技术的提高，立法规范中的烈士评定情形不断地细化和完善，烈士精神也传承至今。烈士评定具有一定的价值要求，烈士的事迹和精神应当是人民学习的典范。符合烈士评定情形只是申请评定为烈士的条件，行政机关还需要根据牺牲的具体情节作出行政确认。烈士评定机关可以通过历史解释的方法，以历史上烈士评定的立法规范和烈士评定的人物事迹作为参照，分析牺牲者是否具有同等值得褒扬的情节和事迹，再作出评定。

四、烈士评定条款的非规范标准

通过法律解释的方法，可以探求到规范原本要表达的内容，但也仅限于法律条款规范的文字本身，而不能对条款的规范内涵进行增减。^{〔43〕}诚然，综合运用多种法律解释方法，可以获得规范性的法律意义，但无论如何准确地解释法律，仍不能确保法律规范的内涵可以对具体的事件提供答案，而必然存在法律漏洞。因为，法律漏洞是伴随着法律的产生而出现的法律现象。^{〔44〕}前文虽然通过法律解释方法排除了以《烈士褒扬条例》第8条中任一项情形就确认为烈士的错误评定方式，并进一步论证出烈士评定应包含牺牲情节特别突出、值得褒扬和宣传、符合历史上烈士评定制度的价值要求等规范标准。但是，这些规范标准并不能对评定烈士提供精准的指引，此外烈士评定所依据的“法律事实”也具有强烈的主观价值判断色彩。烈士评定条款的规范标准包含价值性不确定法律概念，不仅需要进行具体化解释，更需要通过法律漏洞填补的方式补充规范标准之外的“非规范标准”。

理论上法律漏洞类型^{〔45〕}具有不同的分类标准，其填补方式^{〔46〕}也各有不同。依据法律解释方法所获取的《烈士褒扬条例》第8条的规范标准的特征，可以将其归类于“开放的法律漏洞”，

〔43〕 参见前引〔28〕，卡尔·拉伦茨书，第219页。

〔44〕 参见孔祥俊：《裁判模式、自由裁量与漏洞填补》，载《法律方法论》第3卷，人民法院出版社2007年版，第1395页。

〔45〕 如拉伦茨将法律漏洞分类总结为“真正的漏洞”和“不真正的漏洞”、“规范漏洞”和“规整漏洞”、“开放的漏洞”和“隐藏的漏洞”、“自始的漏洞”和“嗣后的漏洞”。参见前引〔28〕，卡尔·拉伦茨书，第218-290页。学者李秀芬将法律漏洞分为宪法漏洞、法律漏洞、行政法规漏洞、地方性法规漏洞等；从部门法学来看，分为刑法上的漏洞、行政法上的漏洞、民商法的漏洞等；根据法律语言的构成要素，分为概念漏洞、修辞漏洞与格式漏洞。参见李秀芬：《法律漏洞的特征与填补路径》，载《华东政法大学学报》2019年第6期。

〔46〕 王利明将填补法律漏洞的方法分为类推适用、目的性扩张和目的性限缩、基于习惯法的漏洞填补、基于比较法的漏洞填补和基于法律原则的漏洞填补五种类型。参见王利明：《法律解释学导论：以民法为视角》，法律出版社2017年版，第583页。梁慧星将法律漏洞填补的方法分为依习惯填补、依法理填补、依判例填补三类。参见梁慧星：《民法解释学》，法律出版社2015年版，第271页。拉伦茨依据不同的法律漏洞类型将漏洞填补方式总结为类推适用、目的论限缩、目的论扩张等不同方式。参见前引〔28〕，卡尔·拉伦茨书，第290-312页。李秀芬将法律漏洞填补方式分为立法填补、司法填补、法官的裁量与学理填补。参见前引〔45〕，李秀芬文。刘作翔将法律漏洞的填补方式总结为习惯、司法解释、指导性案例、国家政策、权利推定五种方式。参见刘作翔：《司法中弥补法律漏洞的途径及其方法》，载《法学》2017年第4期。

在“法律内法的续造”下，主要可通过政策填补和学理填补两种方式填补相关法律漏洞，进而总结出烈士评定条款的非规范标准。

（一）烈士评定条款漏洞的政策填补

由于成文法具有有限性、模糊性、滞后性等弊端，将成文法视为法治的唯一圭臬容易陷入形式法治的牢笼，难以适应社会秩序的动态发展。烈士评定立法的规范条款同样存在这样的弊端。为克服成文法弊端，狄骥提出“规则行为说”，认为公法上的行政规定和特许行为中的规章条款具有弥补实定法的价值。^{〔47〕} 德沃金在批判法实证主义时提出“规则—原则—政策”法律模式（渊源）理论。^{〔48〕} 可见，政策填补是法律漏洞填补重要方式。行政机关制定的行政规范性文件属于狄骥所言“弥补法律漏洞的行政规定”，在法律基础上对法律漏洞进行政策填补，可以将法律上抽象的政策目标明确化和细致化。^{〔49〕}

曾主管烈士评定的民政部颁布过一系列烈士评定政策文件，为烈士评定提供了具体的政策指引，一定程度上实现了对烈士评定条款的漏洞填补。民政部出台行政解释文件对《革命烈士褒扬条例》中“壮烈牺牲”“因战牺牲”“受折磨致死”“事迹特别突出”等概念作出进一步的解释。^{〔50〕} 例如，“壮烈牺牲”是指“为保卫或抢救人民生命、国家财产和集体财产，勇于献身，给人民群众树立了堪为学习榜样的”。此外，行政机关颁布了两个文件专门就《革命烈士褒扬条例》第3条“因执行革命任务遭敌人杀害”的条款规定增列具体情形。^{〔51〕} 在《烈士褒扬条例》颁布后，民政部颁布文件对第2条的“牺牲”作出解释，即“被评定为烈士的，应当死难情节突出，堪为楷模”^{〔52〕}。

2020年退役军人事务部及时发布了针对新冠肺炎疫情防控期间烈士评定的政策指引。退役军人事务部提出，“医务人员和防疫工作者因履行防控工作职责感染新冠肺炎以身殉职，或者其他牺牲人员，符合烈士评定（批准）条件的，应评定（批准）为烈士”^{〔53〕}。该文件从三个方面提出了疫情防控期间的烈士评定要求：第一，明确了疫情防控期间烈士评定褒扬的精神价值为“舍弃个人安危，敢于担当，勇于作为，英勇奋战”；第二，在把握烈士评定条款的规范内涵下，进一步限缩了烈士评定的范围，提出以“直接接触”为具体认定范围；第三，聚焦赴湖北的医疗救援人员牺牲情形的烈士评定。

这些行政规范性文件结合了时代变迁特点在一定程度上填补了烈士评定规范标准的不足，在统一的法秩序下创制了新的评定标准，更好地指引烈士评定工作展开。烈士评定工作在行政政策

〔47〕 参见〔法〕狄骥：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆1962年版，第236页。

〔48〕 参见张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社2006年版，第320-323页。

〔49〕 参见鲁鹏宇：《法政策学初探——以行政法为参照系》，载《法商研究》2012年第4期。

〔50〕 参见《民政部关于贯彻执行〈革命烈士褒扬条例〉若干具体问题的解释》（民发〔1980〕63号）（已废止）。

〔51〕 参见《民政部关于对〈革命烈士褒扬条例〉第三条第（四）项“因执行革命任务遭敌人杀害”的解释》（民〔1982〕优26号）（已废止）；《民政部关于对〈革命烈士褒扬条例〉第三条第（四）项“因执行革命任务遭敌人杀害”的补充解释》（民〔1983〕优89号）（已废止）。

〔52〕 《民政部、人力资源社会保障部、财政部、总政治部关于贯彻实施〈烈士褒扬条例〉若干具体问题的意见》（民发〔2012〕83号）。

〔53〕 《退役军人事务部 中央军委政治工作部关于妥善做好新冠肺炎疫情防控牺牲人员烈士褒扬工作的通知》（退役军人部发〔2020〕6号）。

的填补下，评定范围更为明确。

（二）烈士评定条款漏洞的学理填补

学理填补是一项非正式填补，不具有应然的效力，一般是指由学者或其他个人及组织对法律规定所作的不具有法律约束力的填补。^{〔54〕}学理填补虽然不具备有权机关进行法律漏洞填补的效力，但从学理角度阐明规范漏洞填补的思路和方向，具有重要的借鉴意义。学者通过论文写作、立法建议等方式阐明实定法的缺陷，可以为立法填补法律漏洞做准备。疫情中因公殉职医护人员曾引发“应评定为烈士而非工伤”的呼吁。从《工伤保险条例》和《烈士褒扬条例》的规定看，两者在保障待遇、名誉价值和优待范围上都有所差别。从某种意义上而言，烈士评定是对工伤死亡评定的进一步优抚。评定为烈士者不仅有更多财产补偿，^{〔55〕}而且还具有特殊名誉权，烈士人格权受法律特殊保护，^{〔56〕}烈士遗属享有多方面的优待^{〔57〕}。事实上，我国《宪法》以及多个部门法都有抚恤烈士的规定，构成完备的烈士优抚制度体系。^{〔58〕}

为何法律需要对烈士制定如此优厚的抚恤保障？烈士优抚与历史上人类早期军事冲突密切相关，由于军人对国家政权的取得和巩固具有重要地位，历代统治者都将优抚军人特别是阵亡烈士视为激励军人忠勇作战、维护军队稳定的国策加以推行，并逐步向法制化方向发展。^{〔59〕}为烈士提供丰厚待遇保障的理论基础，可以从行政征收补偿理论“特别牺牲说”中获得支持。奥托·迈耶提出，对于特定人所遭受的特别牺牲，应由全体成员负担而对之进行补偿，如此才能符合公平正义的精神。^{〔60〕}“对于因公共福祉而牺牲权利及利益之人，国家应予补偿。”^{〔61〕}虽然“特别牺牲说”主要适用于行政征收补偿领域，但从某种意义上来说，烈士可以视为国家对人的“征用”。在国家和民族危难之际，正是需要个人为社会和国家挺身之时，能够自告奋勇身往困境，因此不幸牺牲者，堪为世人楷模。国家对个人的财产征收征用都必须予以补偿，为了公共福祉而牺牲宝贵生命者，更应当予以补偿，乃至优抚。故而，出于对烈士精神品质的褒扬，法律赋予烈士显著高于工伤评定的财产抚恤，并对烈士名誉权予以特殊保护。

烈士褒扬制度表明，烈士优抚不只是对客观上牺牲结果的利益补偿，也是对烈士主观精神价值的褒扬。与一般的行政确认事项不同，烈士的评定不只是对牺牲的客观结果确认，还包含着对牺牲情形主观价值层面的评定。

〔54〕 参见前引〔45〕，李秀芬文。

〔55〕 一般公民烈士评定待遇主要规定在《烈士褒扬条例》第14条至17条中，包括：（1）烈士褒扬金；（2）遗属特别补助金；（3）一次性工亡补助金；（4）烈士遗属定期抚恤金。

〔56〕 《民法典》第185条规定：“侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉，损害社会公共利益的，应当承担民事责任。”

〔57〕 《英雄烈士保护法》第21条第1款规定：“……英雄烈士遗属按照国家规定享受教育、就业、养老、住房、医疗等方面的优待。……”

〔58〕 我国烈士抚恤制度的相关规定包括《宪法》第45条第2款、《兵役法》第56条、《国防法》第66条、《耕地占用税法》第7条第4款、《邮政法》第15条第2款等。

〔59〕 参见周士禹、李本公主编：《优抚保障》，中国社会科学出版社1996年版，第5页。

〔60〕 参见曹亮辉：《国家赔偿法立法与案例研究》，台湾三民书局1988年版，第9页。

〔61〕 翁岳生主编：《行政法》，台湾翰芦图书出版公司2000年版，第1429页。

五、司法对烈士评定条款的漏洞填补

在德国法学家卡尔·拉伦茨看来,法官在审理案件过程中采取超越解释界限的“法的续造”是法律漏洞的填补方式之一,法官不仅能进行“法律内法的续造”,还能进行“法律外法的续造”。^{〔62〕}这反映在司法上,可以归纳为两条法律漏洞填补路径:规则引入(有规则填补)与规则创设(无规则填补)。^{〔63〕}司法对法律漏洞的填补具有更大的自由裁量空间。在私法领域,法官往往直接承载着对法律漏洞填补的任务,在判例法国家中,法官作出的判决具有确立先例的效力,司法填补成为法律漏洞填补最主要的方式。案例是法治的细胞,对于烈士评定条款的漏洞填补来说,审视烈士评定案件中司法形成的个案裁判规则,对填补烈士评定条款漏洞具有重要价值。实践中,司法机关处理烈士评定纠纷可以分为两类,第一类是对革命烈士追认的历史遗留问题,第二类是在和平时期各种意外身亡能否评定为烈士的纠纷,如在刑事犯罪中被害、^{〔64〕}在见义勇为中牺牲、^{〔65〕}公职人员在执行公务时因意外事件丧生^{〔66〕}等情形。与革命烈士评定相比,和平时期的烈士评定情形具有多元性、复杂性和差异性。

(一) 烈士评定纠纷的司法审查模式

1. 程序标准审查为主

烈士评定的程序规定在《烈士褒扬条例》第9条,包含受理(县级政府退役军人事务部门)、初审(县级政府退役军人事务部门)、申办(县级政府)、审核(省级政府退役军人事务部门)、申报(省级政府退役军人事务部门)、评定(省级政府)、告知与备案(各个部门)等程序,《烈士褒扬条例》对不同情形的烈士评定作出具体化规定,形成规范化、体系化的烈士评定程序制度。由于烈士评定程序规定不涉及行政机关的专业评定,属于完全的规范解释范畴,法官在处理涉及烈士评定纠纷中的程序问题时进行全面审查。譬如,在“刘云卿与河南省人民政府案”中,法院通过对《烈士褒扬条例》第9条的解释,指出“刘乃龙所在单位直接向被告河南省人民政府提出评烈申请不符合《烈士褒扬条例》规定的申报程序,被告不具有直接受理刘乃龙评烈申请并予以批准的职权”^{〔67〕}。在“罗山县人民政府、张明涛民政行政管理案”中,罗山县政府因为未履行《烈士褒扬条例》第9条“逐级上报”的制度规定导致败诉。^{〔68〕}需要说明的是,行政机关在烈士评定纠纷案件中败诉,不意味着应当对申请人的烈士评定申请作出肯定答复,只是需要按照规定规范烈士评定的受理、评定和答复工作。

行政确认本质是行政机关行使职权的行为,法院可以纠正,但是不方便直接代为行使行政职权,可以选择作出确认违法判决,并责令行政机关重新作出行政行为。法院对烈士评定的行政确

〔62〕 参见前引〔28〕,卡尔·拉伦茨书,第278页。

〔63〕 参见黄泽敏:《法律漏洞填补的司法论证》,载《法学研究》2020年第6期。

〔64〕 参见河南省郑州市中级人民法院(2017)豫01行终354号行政判决书。

〔65〕 参见广东省高级人民法院(2017)粤行申4号行政裁定书。

〔66〕 参见湖南省怀化市中级人民法院(2017)湘12行终38号行政判决书。

〔67〕 河南省郑州市中级人民法院(2016)豫01行初312号行政判决书。

〔68〕 参见河南省高级人民法院(2016)豫行终2155号行政判决书。

认行为往往只是进行形式审查，而不进行实质审查。

2. 弱实质标准审查为辅

实践中，司法机关对烈士评定纠纷作出判决类型以确认判决、撤销判决为主，鲜少直接作出责令行政机关确认烈士身份的实体性履行判决。譬如，“刘某等诉郑州市金水区民政局不履行法定职责案”载明，司法机关对是否评定为烈士的情节进行了论证，并倾向原告所提供的申请材料足以评定亡者的烈士身份，然而，即使司法机关对烈士评定材料作出了实质的审查，在判决中还是告知烈士资格“由相应审批权的行政机关进行审核批准”，而并未直接作出确认烈士身份评定的判决。^{〔69〕}只要行政机关事实上履行了烈士评定事项的答复，并且评定程序符合法律规定，其烈士评定的判断结果通常都能获得法院的尊重。

（二）司法有限审查凸显行政评定结果的价值性

烈士评定本质上是行政机关基于亡者生前事迹材料，形成对牺牲者烈士品质的确认。根据大陆法系司法审查的一般理论，事实的判断只是认知问题，法院具有完全的司法审查权，^{〔70〕}依此逻辑，法院似乎应当对烈士资格的确认保持弱尊重，可以根据自己对相关规范的解释判断推翻行政机关对烈士的评定。然而，规范条款中包含着价值性不确定法律概念，行政机关对事实的确认渗透着行政权威和价值判断，因而享有该领域内的“判断余地”，法院应对此保持相当程度的尊重。

在德国，法院对行政机关的“判断余地”的类型化，具体包括考试法或公务员法中考试成绩评分或高度属人性决定、文化法领域的决定、地方自治机关所为合法性判断的审查、环保法和计划法制等判断余地类等，^{〔71〕}基于“权限分配”“功能最适”“民主正当”“规范授权”等理论，法院仅能对行政机关评定事项进行有限度的审查。^{〔72〕}美国“谢弗林案”确立了法院对行政机关司法审查的限度，提出“国会在立法对行政机关行为未进行明确规定或规定的概念模糊时，法院不可简单以自己的解释，而应判断行政机关的解释是否为法律所准许，只要行政解释是合理的，法院就应当予以尊重”^{〔73〕}。法国行政法院奉行不干预行政政策（l'opportunité），但不允许政策与行政道德的原则相违背。^{〔74〕}在行政机关享有“绝对的”裁量权领域，行政法院通常在一般原则的基础上，判断是否有干预行政行为的权限，确保行政机关无法律上或事实上的错误，以及没有“权力挪用”，当没有这一权限时法院不能干预行政机关的专业判断，因为“行政法官不是行政主体的上级”^{〔75〕}。

〔69〕 参见河南省郑州市中级人民法院（2018）豫01行终350号行政判决书。

〔70〕 参见林锡尧：《行政法要义》，台湾三民书局1998年版，第215页。

〔71〕 参见张志伟：《专家知识作为行政决定的关键因素——以委员会组织之判断余地类型为检视对象》，载《东吴法律学报》2019年第1期。

〔72〕 参见盛子龙：《行政法上不确定法律概念具体化之司法审查密度——德国实务发展与新趋势之分析》，载《法令月刊》2000年10期。

〔73〕 Chevron, U. S. A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U. S. 837 (1984).

〔74〕 参见〔英〕L·赖维乐·布朗、约翰·S·贝尔、〔法〕让-米歇尔·加朗伯特：《法国行政法》，高秦伟、王锴译，中国人民大学出版社2006年版，第242页。

〔75〕 前引〔74〕，L·赖维乐·布朗、约翰·S·贝尔、让-米歇尔·加朗伯特书，第243-245页。

我国《行政诉讼法》规定，只有在行政机关作出行政行为合理性存在“明显不当”^{〔76〕}时，法官才能进行撤销判决，确立了以合法性审查为主、有限的合理性审查为辅的司法审查模式。烈士评定作为行政确认行为，关键问题是审查烈士评定情形的事实评定。而在我国行政诉讼中，事实评定的核心是自由裁量权的问题。法院在司法审查中对事实问题审查的实质是合理性问题，^{〔77〕}应“切忌以自己认为正确的事实结论‘代替’行政主体的事实结论”^{〔78〕}。

实践中司法机关审理烈士评定纠纷的审查模式也主要集中在审理法律适用和烈士评定程序的问题，呈现出“程序标准审查为主，弱实质标准审查为辅”的司法审查模式。行政机关凭借专业知识、经验和政策所作的解释，只要不是严重违背法律原则、明显缺乏合理性，法院应予尊重。^{〔79〕}面对烈士评定这一事实问题，由于行政机关拥有专业性的判断，其所提出烈士评定标准的观点往往成为具体案件中牺牲者能否被评定为烈士的最终标准。就此而言，法院在烈士评定纠纷案件中，对于行政机关作出的烈士评定行为进行回应和认可，既形成个案中烈士评定的具体标准，也是对烈士评定条款的司法填补。

（三）司法案例中烈士评定的具体标准

行政机关虽然通过政策填补的方式弥补了烈士评定条款的规范漏洞，使烈士评定工作更具操作性，但在实践中依旧存在新的情形需要行政机关对烈士评定工作说明理由。评定为烈士除了需要在形式上满足《烈士褒扬条例》第8条中所列举的情形外，还需要符合“牺牲情节突出，堪为楷模”的具体标准。有学者提出，行政机关在具体行政行为中形成的说明理由内容，是“具体行政行为的解释”，即具体行政行为作出后，行政机关对该具体行政行为的内容进行解释。^{〔80〕}从司法判决中法院对行政机关解释的确认来看，可以构建出个案中烈士评定应当遵循的具体标准。

1. 对“突出事迹”的具体化解释

符合评定为烈士的情形必须是牺牲情节突出堪为后人楷模的情形。若牺牲情节不够突出而被评定为烈士，不仅有违烈士称号的严肃性，而且容易造成不良的社会影响，违背烈士褒扬的本意。在“王某某诉连山壮族瑶族自治县民政局行政确认纠纷案”中，法院认定“评定邓某在维护社会治安过程中的见义勇为行为不具有‘英勇搏斗’等特征”，因而“不符合追认为革命烈士的条件”^{〔81〕}。在“张开富诉麻阳苗族自治县民政局等撤销案”中，一名政府值班巡逻人员不幸被撞身亡，民政局做出不予评定为烈士的答复，提到“张刚同志的牺牲情节没有感人肺腑的情景，达不到牺牲情节十分突出，堪为楷模的烈士评定条件”^{〔82〕}。从这些判决中可以看出，在满足烈士评定情形的前提下，死难情节包含突出事迹是实践中烈士评定的重要实质标准。

〔76〕《行政诉讼法》第70条规定：“行政行为有下列情形之一的，人民法院判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出行政行为：……（六）明显不当的。”

〔77〕参见朱新力：《司法审查的基准：探索行政诉讼的裁判技术》，法律出版社2005年版，第430页。

〔78〕前引〔77〕，朱新力书，第431页。

〔79〕参见何海波：《具体行政行为的解释》，载《行政法学研究》2007年第4期。

〔80〕参见前引〔79〕，何海波文，第3页。

〔81〕广东省高级人民法院（2017）粤行申4号行政裁定书。

〔82〕湖南省怀化市中级人民法院（2017）湘12行终38号行政判决书。

2. 烈士评定“利他性”的要求

评定为烈士者应当具有崇高的精神品质，集中表现出为国家、集体或他人的利益而献身，即“舍生取义”的精神，其重要特征之一是“利他性”。“利他性”在烈士评定的情节中应作狭义理解，指牺牲情节与牺牲者本人无直接利益关联，如疫情中为拯救他人生命而奔赴疫区的医护人员，在地震、火灾等灾害中拯救他人的战士、消防员、志愿者们，而若拯救的他人生命是亲属、朋友则不满足“利他性”的要求。譬如，在“庞敬高、陈丽坚烈士评定纠纷案”中，庞宗钊在广州市为抢救晕倒在井下的姑丈张有兴而中毒窒息，后经抢救无效死亡。法院在判决书中认为，“庞宗钊救助相邻居住且又是近亲属的姑丈，具有明显道义上的救援义务，不符合烈士评定的价值要求”^{〔83〕}。

3. 烈士评定“自愿性”的要求

符合评定为烈士的情形必须是能体现敢于牺牲精神的情形。在保卫祖国和社会主义建设事业中为了国家和人民的利益，勇于献出自己生命的行为，是一种主动献身的行为，死难情节中应包含直面危险、奋不顾身、敢于牺牲的主观态度和具体行为表现。在“刘某等诉郑州市金水区民政局不履行法定职责案”中，行政机关认为“沈某某被杀害时并不知道对方是抢劫犯，打斗中不知道罪犯的动机，主观上不存在保护集体财产的意愿；整个事件过程中，沈某某表现也仅能评定为自我防卫，其死亡原因不能算是因抢险救灾或者其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产牺牲”^{〔84〕}。而法院的最终判决也强调《烈士褒扬条例》第8条第2款的“牺牲”应当是“勇于献出自己的生命，体现敢于牺牲的精神，是一种主动献身的行为”。可见，在烈士评定的实质标准中，主观上认识到危险，仍旧自愿献身的精神方符合烈士评定的实质标准。

4. 烈士评定“非义务性”的要求

正如里格斯诉帕尔默案（Riggs v. Palmer）中法官所确立的“无人应当从他自己的错误中获得好处”^{〔85〕}原则一样，能够评定为烈士的事迹应当是非因本人过错造成的情形。易言之，若因自身错误或履行义务而亡，死难情节难以堪称楷模。在一起结伴出游救助落水同事而身亡的事件中，行政机关提出：“评定烈士要考虑系列因素：参与抢救或者保卫的死难人员与被救对象是否有利害关系或救援义务，特别是那些恋爱期间的男女犯险相救，好朋友好伙伴之间的犯险相救，主观上与奋不顾身抢救和保卫人民群众生命安全有一定的距离，必须慎重对待。”^{〔86〕}该解释最终获得法院的认可。现实中因救助落水者而牺牲的事件较为典型，实践中也有不少地方将牺牲者评定为烈士。^{〔87〕}从烈士评定的严肃性和目的性来看，存在救助义务者应当排除在烈士评定的情形之外，非义务性应作为实践中评定烈士的具体标准之一。

〔83〕 广西壮族自治区玉林市中级人民法院（2018）桂09行终31号行政判决书。

〔84〕 山东省济南市中级人民法院（2016）鲁01行初123号行政判决书。

〔85〕 本案提出，不允许一个谋杀了立遗嘱的遗产继承人，享有遗嘱收益。参见〔美〕本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆2019年版，第20-21页。

〔86〕 广东省茂名市茂南区人民法院（2016）粤0902行初43号行政裁定书。

〔87〕 2011年10月22日上午，为抢救相约外出游玩溺水同伴而牺牲的张世鸿，被广东省人民政府批准评定为烈士。参见王漫琪等：《饶平14岁少年被追认为革命烈士》，载《羊城晚报》2013年8月8日，第6版。

需要特别说明的是,“义务性”应当与“职务性”相区分。打击犯罪、抢险救灾和拯救公民生命是警察、消防员、医护人员等职业人员的职务要求,但这并不影响其牺牲时评定为烈士。在烈士评定案件审核过程中,行政机关提出“非义务性”标准应作狭义理解,即因自身先行为产生的义务,由于本可以避免的个人过失造成自身死亡的,不能评定为烈士。例如,在森林中某人不小心丢弃烟头引发火灾,随后进行救灾时不幸牺牲。单从牺牲的情形来看,完全符合《烈士褒扬条例》第8条第2项“抢险救灾而牺牲”的情形,但因牺牲情节不符合“非义务性”的具体标准而不应当评定为烈士。

5. 排除意外事件

符合评定为烈士的情形应当与意外死亡的情形严格区分。符合评定烈士情形的,应该是在执行相应任务中导致的牺牲情形,牺牲情形的发生是由所执行的任务直接导致或者与所执行的任务直接相关的,而不是在执行任务过程中因其他原因导致的或者与执行任务间接相关的。因此,符合评定烈士的情形,就不包括执行任务的途中或者在执行任务过程中因意外事件死亡以及因病猝死的情形。^{〔88〕}譬如,在一起交通事故中,大足县养路段安全办公室负责人李明玖在执勤过程中被强行撞岗的汽车碾压身亡,单位申请评定为烈士,大足区政府批复高度认可了李明玖同志的事迹,但认为根据有关条例的规定,李明玖同志尚不符合追认烈士的条件。^{〔89〕}可见,烈士评定实质标准应排除意外事件情形。

六、结 语

新冠肺炎疫情期间死亡的医护人员能否被评定为烈士引发的讨论,暴露出和平时期烈士评定条款的解释与适用问题。避免烈士评定被滥用、误用需要以烈士评定条款为前提,论证烈士评定的规范标准,并透过法律漏洞填补的方法明确烈士评定的非规范标准,在司法中进一步明确个案中烈士评定的具体标准。经过分析可知,烈士评定是包含价值评定的行政确认行为,不属于行政奖励的范畴,因而不能限制烈士评定人数。烈士评定经过去革命化、去政治化的制度变迁后,已经不再限制评定者的身份。疫情防控期间,并不只是医护人员牺牲才可以评定为烈士,也不是所有牺牲的医护人员均可评定为烈士。部分人员在保卫祖国和社会主义建设事业中,因正常执行公务而殉职,虽然其精神也值得弘扬,但其牺牲情节与烈士的要求还有一定的距离,不宜评定为烈士。^{〔90〕}烈士评定标准应当采取“形式上从宽,实质上从严”的方式,减少因程序问题而导致无法评定为烈士的情况,严格把关烈士评定的实质标准,避免烈士评定泛化。法律不外乎人情,因公殉职人员即便达不到烈士评定标准,也可以通过其他表彰形式追授相关荣誉。在疫情中不幸感

〔88〕 参见前引〔42〕,民政部优抚安置局、民政部政策法规司、国务院法制办公室政法人力资源社会保障法制司编著书,第53页。

〔89〕 参见重庆市大足区人民法院(2017)渝0111行初18号行政裁定书。

〔90〕 参见前引〔42〕,民政部优抚安置局、民政部政策法规司、国务院法制办公室政法人力资源社会保障法制司编著书,第54页。

染病毒或者因其他原因去世的同胞们，都值得纪念和缅怀。^{〔91〕}

Abstract: Whether the medical staff who died during the corona virus disease epidemic can be assessed as a martyr has caused great controversy, which rooted in the unclear standards for martyrs assessment in peacetime. Martyrs assessment is an act of administrative confirmation including assessment of value, and the application of the clause of martyrs assessment should meet the inherent logic requirements of administrative law interpretation. The article 8 of Regulations on Honoring Martyrs stipulates legal circumstance of martyrs assessment, and normative standards of the clause of martyrs assessment can be determined by synthesizing legal interpretation methods, including particularly outstanding sacrifice plots, worthy of praise and publicity, and spiritual qualities of martyrs spirit. After legal interpretation of normative standards of the clause of martyrs assessment, there remain law loopholes which require to be filled preliminary by policies and theoretical analysis, in order to capture the non-normative standards of martyrs assessment. By means of loophole filling of the clause of martyrs by judiciary, the specific standards for martyrs assessment can be further summarized as voluntary, having outstanding deeds, non-obligation, altruism, exclusion of accidents and so on.

Key Words: martyrs, administrative affirmation, Regulations on Honoring Martyrs

(责任编辑：于文豪 赵建蕊)

〔91〕 在2020年5月21日，全国政协十三届三次会议开幕式上，全体政协委员为新冠肺炎疫情牺牲烈士和逝世同胞默哀一分钟。参见《全国政协十三届三次会议在京开幕》，载《人民日报》2020年5月22日，第1版。