

全国法院第二十届学术讨论会论文集

(下册)

建设 公正高效权威的 社会主义司法制度 研究

□ 万鄂湘 主编

JIANSHE
GONGZHENG GAOXIAO QUANWEI DE
SHEHUIZHUYI SIFA ZHIDU
YANJIU

· 人民法院出版社

全国法院第二十届学术讨论会论文集

(下册)

建设 公正高效权威的 社会主义司法制度 研究

□ 万鄂湘 主编

JIAN SHE
GONGZHENG GAOXIAO QUANWEI DE
SHEHUIZHUYI SIFA ZHIDU
YANJIU

人 民 法 院 出 版 社

目 录

下 册

(七) 行 政 诉 讼

论行政诉讼和解制度的构建

——非正式制度安排向正式制度安排的变迁

..... 山东省聊城市中级人民法院 周公法 (583)

行政行为合理性的司法审查:走出“禁区”

——兼析我国行政诉讼司法审查的强度

..... 海南省高级人民法院 熊大胜 (594)

行政诉讼起诉不停止执行原则之反思与重构

..... 广东省广州市中级人民法院 卜晓虹 (606)

我国行政公益诉讼制度构建之研究

..... 山西省运城市盐湖区人民法院 王晓红 (619)

(八) 强 制 执 行

执行阶段实体裁判职能的配置

——兼论执行权分权运行机制的完善

..... 上海市第一中级人民法院 崔 婕 (627)

直接强制执行:抵押权实现之新路径与制度构建

..... 福建省厦门市思明区人民法院 曾永兴 (636)

违法建筑强制执行中的法律问题

..... 吉林省长春市中级人民法院 陈海彪 (648)

民事执行程序中有限责任公司股权强制执行的法律问题探究

..... 广东省珠海市中级人民法院 管文超 (656)

民事违法执行引发国家赔偿的几点思考

..... 辽宁省高级人民法院 郑国美 赵英伟 (665)

职权优化与职能回归：我国非诉行政执行体制改革初探

..... 江苏省南京市中级人民法院 李 彬（671）

六、多元化纠纷解决机制论

无需诉讼的秩序

——行业纠纷解决的法社会学分析

..... 福建省厦门市中级人民法院 王铁玲（680）

寻求化解纠纷新途径：律师和解制度研究

..... 福建省福州市中级人民法院 陈真珍（690）

劳动争议多元化纠纷解决机制的检讨与完善

——以劳动法秩序价值的实现为视点

..... 山东省东营市中级人民法院 牛金臣 李 敏（700）

七、案例指导制度论

合理与合法之间

——中国案例指导效力的论证

..... 江西省高级人民法院 胡 媛（709）

中国案例指导制度运行机制研究

——以构建和完善案例裁判规则运用制度为目标

..... 陕西省西安市中级人民法院 孙海龙 姚建军（718）

对接与回应：我国的判例制度与法律的统一适用

——以法律适用技术为视角

..... 广东省珠海市中级人民法院 董 峰 贺晓翊（730）

当前指导性案例适用中的矛盾心理分析及干预机制

——以某中级人民法院的心理问卷调查为视角

..... 陕西省西安市中级人民法院 康保奇 杜豫苏 阿尼沙（741）

案例指导，路在何方？

——对我国案例指导制度运行态势的调查

..... 江苏省南通市中级人民法院 马志相 沈 杨（756）

指导性案例的影响力研究

——以20个公报案例为样本

..... 江苏省南京市中级人民法院 黄伟峰（767）

中国案例指导运作机制研究

..... 山西省高级人民法院 张 虎 (777)

恪守与超越:指导性案例裁判要旨的价值及其实现

——以最高人民法院公报案例为研究对象

..... 湖南省高级人民法院 邓志伟 陈 健 (787)

行政诉讼中法律适用的实质性渊源

——行政判例(案例)的司法适用性研究

..... 重庆市第一中级人民法院 林道庆 周 俊 (798)

八、信访制度改革论

司法与信访:从冲突走向融合

——涉诉信访机制的价值结构、制度缺陷及改革路径

..... 山东省汶上县人民法院 赵贵龙 (806)

涉诉信访处理权运行之思考

——从基层法院内部之解决途径为视角

..... 浙江省宁波市鄞州区人民法院 徐力英 (816)

认真对待本土资源

——论“变法”中的人民信访制度

..... 陕西省西安市灞桥区人民法院 田 雷 (824)

缠诉的透视

——以涉诉信访当事人与法院的博弈技术为视角

..... 湖南省高级人民法院 邓志伟 江 华

湖南省芷江县人民法院 舒东龙 (835)

看得见的效果

——心理疏导机制在涉诉重复访中的运用

..... 江西省赣州市中级人民法院 钟健生 李贤森 (846)

第二编 民商事法律适用

一、物 权 篇

论不动产预告登记的效力

- 解读《物权法》第20条第1款
..... 福建省明溪县人民法院 张志历 (859)
- 冲突与协调:不动产登记公信力与登记错误更正之逻辑解构
——兼论登记公信力与司法审查权之关系
..... 广东省深圳市龙岗区人民法院 阳贤文 (869)
- 机动车所有权转移标准及相关问题的研究
——兼论《物权法》第24条、第106条的法律适用
..... 北京市平谷区人民法院 郝鹏飞 张国红 (879)
- 行政特许经营收费权质押的法律问题研究
..... 湖南省石门县人民法院 张 平 (888)
- 我国农村妇女离婚后居住权实现机制研究
——以696件基层法庭审理的离婚案件为研究蓝本
..... 广东省广州市花都区人民法院 龙碧霞 胡德华 (897)
- 村民自治权力滥用的民法衡平
——集体成员撤销权
..... 福建省三明市尤溪县人民法院 张文旺 (906)

二、债 权 篇

(一) 合同之债

- 关于“一房二卖”的法律救济
——兼论信赖利益保护原则对违约赔偿之介入
..... 广西壮族自治区玉林市中级人民法院 陈景光 (917)
- 地震无情 民法有爱
——论不可抗力免责视角下的司法人文关怀
..... 安徽省马鞍山市中级人民法院 刘鸿飞 赵庆飞 (926)

(二) 侵权之债

- 现实扩张与理性规制:无意思联络的数人侵权之责任形态
..... 广东省佛山市禅城区人民法院 肖启明 (935)
- 以“法规目的”界分直接结合与间接结合
——对《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第3条的司法理解与操作

.....	北京市通州区人民法院	欧彦峰 (945)
侵权行为垫付责任的系统反思		
——兼论法律伦理的便利性选择		天津市高级人民法院 赵文艳 (954)
雇主责任归责原则之比较法研究		
——兼评《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第9条的规定		天津市高级人民法院 黄砚丽 (963)
工伤补偿与人身损害赔偿请求权的竞合研究		
.....	新疆兵团农七师中级人民法院	张莲凤 (972)
道路交通事故责任主体及责任类型新论		
——兼论“运行支配与运行利益”学说的矫正及补充责任的全面引入		河南省新郑市人民法院 靳四梅 高 魁 (981)
浅议非事故原因造成的铁路旅客损害赔偿		
.....	郑州铁路运输法院	黄喜安 (990)
人身损害赔偿项目计算模式化研究		
.....	福建省福州市中级人民法院	余秋萍 (999)
清算损害赔偿诉讼中的法律问题研究		
.....	安徽省高级人民法院	张红生 (1010)
我国离婚损害赔偿制度适用效果的调查与分析		
.....	黑龙江省哈尔滨市香坊区人民法院	冯玉堂 (1020)
敢问路在何方		
——论中小校园不堪学生伤害事故之重压的困境与出路		贵州省贵阳市白云区人民法院 何正柏
.....	贵州省贵阳市白云区第二小学	刘文霞 (1030)

三、知识产权篇

选择与回应：知识产权“三审合一”实务模型构建与探究		
.....	云南省昆明市中级人民法院	曹 军 (1038)
论知识产权权利冲突及其解决规则		
——源于“七匹狼”案与“可立停”案的思考		福建省龙岩市中级人民法院 林 雅 (1048)
建立知识产权损害赔偿的“最大程度确定”规则		

- 以损害赔偿计算的客观化、科学化发展为进路
..... 北京市第二中级人民法院 周晓冰 (1057)
- 辨识与慎查：对知识产权恶意诉讼的司法认定及其规制
- 司法适度保护原则下的实证分析
..... 四川省成都市高新技术产业开发区人民法院 张 薇 (1068)

四、商主体与商行为篇

- 我国公司法中的表决权研究
..... 宁夏回族自治区西吉县人民法院 靳 利 (1077)
- 股东知情权司法救济研究
..... 青海省高级人民法院 杨智建 (1083)
- 公司僵局及其救济
- 兼谈《公司法》修订后第 183 条之得失
..... 吉林省桦甸市人民法院 刘育林
吉林省高级人民法院 程 志 (1092)
- 公司法人格否认制度实务问题探析
..... 湖北省高级人民法院 曹 志 (1100)
- 我国操纵证券市场民事责任构成的有关难点问题研究
..... 四川省成都铁路运输法院 宋为民 陈 洲 (1110)
- 司法实践中债权人申请破产的难题及对策
..... 上海市黄浦区人民法院 卞爱生 陈 红 (1119)
- 论劳务派遣的法律规制
- 以实证研究为分析方法
..... 云南省昭通市中级人民法院 余德厚 陆 瑜 (1127)
- 附：全国法院第二十届学术讨论会获奖名单 (1135)

(七) 行政诉讼

论行政诉讼和解制度的构建

——非正式制度安排向正式制度安排的变迁

山东省聊城市中级人民法院 周公法

引言

《行政诉讼法》规定行政案件不适用调解，而事实上人民法院（特别是基层法院）却日益偏好以协调促成和解由原告撤诉方式结案。法院的协调实为法外调解，和解机制这一实务上的智慧的应用，使得司法实践早已暗渡陈仓，悄然突破了行政案件禁止调解这一正式制度安排的约束。随着实践的发展，“能调（协调）则调、和解结案”已成为法院和行政法官普遍接受的审判理念，成为一种非正式制度安排，发挥着事实上的规范效力。一方面是法律的禁止性规定，另一方面是审判实践的反其道而行之。法律与实践的这一背离不应被漠然忽视，研析行政诉讼和解理念的形成及其正当性基础并探讨行政诉讼和解制度的构建，对于增进行政诉讼制度的科学性而言，无疑具有重要的现实意义。

一、非正式制度安排的形成：审判理念中的行政诉讼和解

“每个社会问题都可能同时具有多个学科的维度。”^①新制度经济学对于制度的研究已获得丰硕成果，行政诉讼和解问题也可以应用新制度经济学的相关研究成果予以考察。

（一）制度安排与制度变迁^②

新制度经济学认为，制度能提供有用的服务，制度选择及制度变迁可以用“需求——供给”这一经典的理论构架来进行分析。

制度或制度安排是指管束特定行动模型和关系的一套行为规则。制度安排可区分为非正式制度安排和正式制度安排，价值观、伦理规范、习惯、道德等属于非正式制度安排，法律则是典型的正式制度安排，一个社会中正式的和非正式的制度安排的总和即为

^① 朱苏力：《经济学帝国主义？》，载《中国民商法律网》首页·理论法学·法经济学，上传时间2003年6月24日。

^② 本文关于制度安排及制度变迁的理论，主要参考了经济学家林毅夫先生的经典著作：《关于制度变迁的经济学理论：诱致性变迁与强制性变迁》，载R·科斯等著，胡庄君等译：《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》，上海三联书店、上海人民出版社1994年版。

该社会的制度结构。在非正式制度安排中,规则的变动和修改纯粹由个人完成,用不着也不可能由群体行动完成。起初,个别创新者将被其他人认为是违犯了现行规则。当这种创新被逐渐接受,社会中的大多数人放弃了原来的制度安排并接受新制度安排时,制度安排发生了变换。在正式制度安排中,规则的变动或修改,需要得到其行为受这一制度安排管束的一群(个)人的准许,其变迁需要创新者去组织、谈判,并得到这群(个)人的一致性意见。

所谓制度变迁,是指一种制度向另一种制度的转化。制度变迁可分为诱致性变迁和强制性变迁两类。“诱致性制度变迁指的是现行制度安排的变更或替代,或者是新制度安排的创造,它由个人或一群(个)人,在响应获利机会时自发倡导、组织和实行。”^①诱致性制度变迁必须由某种在原有制度安排下无法得到的获得机会引起,是一种由需要引出动机,再引发行行为的自发变迁过程。诱致性制度变迁逐渐引起非正式制度安排的变动,并对正式制度安排产生影响。当诱致性制度变迁满足不了社会对制度的需求的时候,国家就可能通过实施强制性的制度变迁来弥补制度供给的不足。

(二) 行政诉讼和解理念的诱致性变迁

审判理念是法院、法官基于对法律内在精神和司法客观规律的认识而形成的一系列理性信念,属于价值观范畴,是一种非正式制度安排,对审判行为起着重要的指导作用。行政诉讼和解理念,就是法院、法官在行政案件禁止调解这一现行正式制度安排下无法满足的司法需求引起,经自发的诱致性变迁而形成的非正式制度供给。一开始,少数法院和法官创新的行政诉讼和解会被认为是违反了现行法律规定,但因其能够满足现实的司法需求而不断被扩散、分享,最终被各地法院、法官广为接受,成为一种通行的审判理念。

1. 彻底解决纠纷,实现案结事了

诉讼和解以当事人的真实意思为基础,基于自我承诺的作茧自缚效应,且诉讼程序的终结往往以和解协议的完全履行为前提,参加和解的各方当事人均能积极履行协议的约定。因此,诉讼和解可以彻底解决纠纷,实现案结事了。

2. 降低诉讼成本,提高审判效率

以和解方式解决行政争议,相应的审判程序自可省略;对于法官而言,也免去了复杂的裁判论证,简化了文书撰写工作。由此,诉讼成本得以降低,审判效率得以提高。尤其是在处理一些原告人数众多的共同诉讼方面,和解结案无论是对当事人还是法官而言,均可节约大量的时间和精力。

3. 优化司法环境,促进行政诉讼健康开展

在当前人民法院司法权威尚待提升的现实状况下,过多地以刚性判决方式处理行政案件特别是行政机关败诉的案件,容易使人民法院遭受强势部门的挤压和非议,从而使

^① 本文关于制度安排及制度变迁的理论,主要参考了经济学家林毅夫先生的经典著作:《关于制度变迁的经济学理论:诱致性变迁与强制性变迁》,载 R·科斯等著,胡庄君等译:《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》,上海三联书店、上海人民出版社 1994 年版,第 383 页。

行政审判工作的开展陷于不利境地。以和解方式处理,由原告撤诉结案,有助于消除行政机关对法院司法审查的抵触情绪,有利于改善外部司法环境,促进行政诉讼健康开展。

4. 满足当事人诉讼愿望,契合社会的司法功能期待

作为被告的行政机关,面对极可能被法院判决撤销或变更的行政行为,为体面地结束诉讼,自然乐于接受和解。对于相对人而言,和解能维护其自身的合法权益,且能缓和因纠纷而与行政机关之间产生的隔阂和不快,和解亦无可。行政诉讼和解有效地降低了行政案件的“涉法上访”事件,也契合了社会对于司法维护社会稳定、促进社会和谐的功能期待,得到了党委、政府和社会各界的大力支持。

在上述各种现实司法需求的刺激下,行政诉讼和解作为一种有效供给,产生了强大的学习效应,从而不断被扩散和自我增强。当前,行政诉讼和解理念这一非正式制度安排,事实上发挥着指导审判的规范效力。

(三) 行政诉讼和解理念与相关制度安排的相互影响

社会制度结构中的各种制度安排是彼此关联的,某个特定制度安排的变迁将会因此引起其他相关制度安排的变迁。^①行政诉讼和解理念这一非正式制度安排的诱致性变迁,促进了制度结构内相关的行政诉讼撤诉制度、行政复议制度等正式制度安排的强制性变迁。这些正式制度安排强制性变迁的反作用,又进一步强化了行政诉讼和解理念的形成。

1. 和解理念与行政诉讼撤诉制度的强制性变迁

在现行制度结构内,行政诉讼和解的结案方式是以撤诉形式出现的,而传统的撤诉制度并不能完全包容和解的法律问题。行政诉讼和解理念这一非正式制度安排的诱致性变迁,直接使法定的撤诉制度产生新的服务需求。

由于诉讼和解不是一种法定制度,案件只能撤诉结案,当事人和解协议的法律效力无法保障。一方面,一审当事人的和解协议不能否定行政行为的效力,若原告撤诉后被告或第三人反悔,行政行为的效力仍然存在,而原告以同一事实、理由再次起诉的权利已丧失,原和解协议又不具有强制执行力,原告的合法权益无法保障;另一方面,二审当事人的和解协议不能阻却一审判决的效力,若一方撤诉后他方反悔,一审判决已生效,撤诉方当事人的合法权益也难免落空。

和解实践产生的上述问题,迫使法院、法官改革创新,将传统的仅仅解决程序问题的行政撤诉裁定,改造为同时解决实体问题(即确认和解协议效力并阻却原具体行政行为或原有判决效力)的新型撤诉裁定。^②基于全国各地法院的实践,最高人民法院公布了《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》于2008年2月1日起施行,规定可以视情在裁定理由中载明和解内容并明确被诉具体行政行为或原裁判全部或者部分不再执行,赋予了撤诉裁定特定的实体效力,完成了行政诉讼撤诉制度的强制性变迁。^③

① 本文关于制度安排及制度变迁的理论,主要参考了经济学家林毅夫先生的经典著作:《关于制度变迁的经济学理论:诱致性变迁与强制性变迁》,载R·科斯等著,胡庄君等译:《财产权利与制度变迁—产权学派与新制度学派译文集》,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,第389页。

② 笔者所在的中级法院于2006年7月12日制定了《行政案件协调工作试行规则》,山东省高级法院于2006年12月20日下发了《行政诉讼和解暂行规定》,其中均包含了创新撤诉裁定的规定。

③ 载《最高人民法院公报》2008年第2期。

2. 和解理念与行政复议制度的强制性变迁

因为制度结构由一个个制度安排构成,许多制度安排是紧密相关的。一个特定制度安排的变迁,将会渐渐地传到其他制度安排上去。^①行政诉讼与行政复议同为解决行政争议的纠纷解决机制,行政诉讼理念与行政复议理念在某种程度上是相通的。行政诉讼和解非正式制度安排的形成,也将和解理念渐渐传到了行政复议制度中,促成了行政复议制度的强制性变迁。2007年8月1日起施行的国务院《行政复议法实施条例》第40条规定,对行政裁量行为申请行政复议的,申请人和被申请人在复议决定作出前,可自愿达成和解;第50条规定,复议机关可以按自愿、合法原则对行政裁量行为、行政赔偿和行政补偿纠纷进行调解。该《实施条例》以强制性变迁方式,确立了行政复议中的和解制度。

3. 行政诉讼和解理念的反向强化

如上所述,某个制度结构中制度安排的实施是彼此相联的。行政诉讼撤诉制度、行政复议制度等正式制度安排的强制性变迁的反作用,又进一步强化了行政诉讼和解理念的形成。对于法院和行政法官而言,浅显的一个逻辑是:行政复议可以和解,行政诉讼当然也可以和解。在《行政诉讼法》修订之前,《行政复议法实施条例》的上述规定事实上为行政诉讼和解提供了参考性法律依据。最高人民法院公布的《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》,实际上就是一个规范行政诉讼和解的司法解释,而且通过撤诉裁定的变革,清除了困扰行政诉讼和解的如何确认和解协议效力这一实质障碍,使得行政诉讼和解的适用更为便利、实用。可以说,行政诉讼和解理念已成为司法实务界的共识。

二、制度变迁的内生需求:正当基础上的行政诉讼和解

行政诉讼和解理念的诱致性制度变迁是无可否认的事实,但已形成的某种价值观等非正式制度安排却并不必然是值得提倡、鼓励,甚至需要由法律予以确认的。非正式制度安排能否得到国家的强制力扶持,关键在于其本身是否具备正当基础。行政诉讼和解成为新型审判理念,并得到最高人民法院司法政策的大力支持^②,正是因为其具备了正当基础。

(一) 行政诉讼和解的行政法学分析

首先,依法行政与灵活执法并非是鱼与熊掌不可兼得的对立排斥关系。“依法行政是现代法治国家政府行使权力时所普遍奉行的基本准则。”^③然而,由于现代社会变迁迅速,社会关系极为复杂,法律不得不赋予行政机关裁量权限,使其可以因时因事区别对待各种情况,灵活处理,以便立法上的普遍公正通过行政而转化为个案上的现实公正。

^① 本文关于制度安排及制度变迁的理论,主要参考了经济学家林毅夫先生的经典著作:《关于制度变迁的经济学理论:诱致性变迁与强制性变迁》,载R·科斯等著,胡庄君等译《财产权利与制度变迁—产权学派与新制度学派译文集》,上海三联书店·上海人民出版社1994年版,第389页。

^② 最高人民法院在其《关于加强和改进行政审判工作的意见》等司法文件中,强调要积极探索行政案件处理新机制,协调处理行政案件;并颁布实施《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》,推进行政诉讼和解工作。

^③ 应松年:《依法行政论纲》,载《中国法学》1997年第1期,第34页。

在裁量范围内,行政机关拥有一定的判断和选择自由。法律对行政裁量的约束程度相应降低,行政机关合理的判断和选择均不属权力滥用。“合理的判断和正确的判断不同,正确的判断可能只有一个,而合理的判断可能同时存在几个。”^①若行政机关在裁量权限内,于诉讼中同相对人商定某一合理解决方案,这一灵活执法方式并不等于放弃职权,不违背依法行政原则。

其次,将公民权利溶入行政权的运行是现代民主行政的要求。行政权来源于公民权利,行政权力在设定、目的及运行上充分实现公民权利是法的精神的内在要求,也是根本意义上的依法行政。^②行政管理不应仅仅是行政机关单方意志的体现,“在一个民主、多元、现代(专业化)的社会中,行政部门于个案裁决或政策拟订时,须加强与人民之间的沟通与协调。”^③民主行政过程中公民权利的渗入,要求行政机关需在与相对人的征询、协商、沟通的互动之中,使行政行为能更切合实际地作出。这种互动与变通,可以在行政程序中完成,也可以在当事人起诉以后继续进行。在行政合同、行政裁量、给付行政等领域,若依其实体法律关系性质,可以由行政机关与相对人以协商形式处置的,允许当事人于诉讼中以协议方式依法重新界定实体法上的权利义务关系,符合民主行政的法律精神。

最后,现代国家的行政职能已发生重大转变,积极主动地为人民提供最大的服务及照顾,已成为国家责无旁贷的任务,旨在为国民提供生活保护与服务的给付行政在现代法治国家中的地位日益提升;^④即便是治安、环保、公共卫生、建筑及土地管理等传统的秩序维持行政,以现代国家的宪法理念来分析,也不应将其看作是仅限于追求抽象的公共利益的权能,归根到底,这些权能是为了防止国民的健康、安全、自由、财产等受到危害而实施的为国民谋福利的活动,可以说所有的现代行政都是以最终让国民受益为目的、为国民提供公共服务的活动。^⑤在服务行政理念下,私法规则逐渐引入公法领域,权力行政与非权力行政的界线难以截然分开,更多的行政需要行政机关与相对人双方合作,以便节约成本,提高效率,圆满实现行政目的,保障相对人享受行政机关提供的优质服务。服务行政与行政的合作,并不因诉讼程序的启动而发生变化。行政机关与相对人在诉讼中达成妥协,消弭争议,使相对人获得恰当的服务与受益,只要不损害公共利益,不损害他人权益,自无不当。

(二) 行政诉讼和解的诉讼法学分析

其一,和解符合行政诉讼的解决纠纷目的。作为社会纠纷的解决机制,行政诉讼的直接目的仍是解决纠纷。所谓纠纷的“解决”,其最直观的效果便是纠纷在形式上的化解

① 王名扬:《美国行政法》(下),中国法制出版社1995年版,第685页。

② 方世荣:《行政相对人的概念及作用研究》,载罗豪才主编:《行政法论丛》(第3卷),法律出版社2000年版,第131页。

③④ 翁岳生:《行政的概念与种类》,载翁岳生编:《行政法》(上册),中国法制出版社2002年版,第21页,第30页。

⑤ 杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第107~108页。

和消除。为了实现这一目的,应在一定前提下,允许当事人之间进行必要的妥协和礼让。^①行政诉讼中,在行政机关享有处分权限时,当事人之间在法庭的主持下自愿协商,达成协议,即可解决行政纠纷。而且,在相当多的情形下,诉讼和解所能发挥的彻底平息纠纷、保护相对方合法权益的功效,是法院裁判方式所无法达到的。“在完善诉讼程序的进程中,与其信奉诉讼学理中的某种原则和逻辑,还不如实际分析具体的诉讼程序到底在何种程度上能使冲突易于解决。”^②对诉讼程序的功利评价,应依据于该程序在解决社会纠纷方面的实际效果。行政诉讼和解理念的通行,充分说明了和解在解决行政纠纷中所具有的独特意义,应予肯定。

其二,和解不悖行政诉讼的监督行政目的。行政诉讼的目的之一在于监督行政权力的行使,促进依法行政。对于经和解结案的案件,人民法院无需再就被诉行政行为的合法性作出评价,行政机关似乎循和解路径,规避了法律监督。然而,在诉讼和解过程中,行政机关之所以同意退让,最根本的原因是其认识到被诉行政行为为违法或不当,若不同意和解,将会被依法判决撤销或变更。^③法律作为一种行为规范,具有可预测性。行政机关和相对人均可能依据相关法律规定,确立各自的行为预期,并据以选择适用程序手段。当行政机关根据其预期判断而选择接受和解时,法律实际上已被变通适用。在法院的审查下和解结案,行政机关规避的只是被法院判决撤销或变更的显性诉讼结果,法律的原则和精神却已暗中实现。在诉讼和解中,行政行为的合法性已被“预审”了一遍,监督行政以保障相对人合法权益的目的亦已达成。

其三,和解结案具有广泛的社会认同基础。“调解功能的发挥以及调解的适用范围,始终同社会文化状况相联系。”^④调解制度在中国有着独特的文化背景,传统的儒家“仁学”体系追求“无讼”境界,崇尚“和为贵”,强调以调和作为解决纠纷的最佳途径,因而调解制度在我国长盛不衰。^⑤作为解决纠纷的一种方式,行政诉讼的和解也易于被社会接受。司法实践中,大量行政案件经法院协调和解处理,这一现象正说明了行政诉讼和解的社会认同程度。引入具有广泛社会认同基础的、且具有彻底平息纠纷优势的诉讼和解制度,无疑可以强化行政诉讼的纠纷解决能力,实现案结事了,有利于消除政府与人民之间的矛盾。

(三) 行政诉讼和解的比较法学分析

英美法系国家,涉及政府活动的合法性的案件由普通法院裁决。英国1977年改革了有关行政案件的诉讼程序,由高等法院王座分庭负责审理针对公共机构提起的司法审查案件;2000年王座分庭设立了拥有专家法官的行政法庭,司法审查案件主要由该行政法庭按照特定程序审理,有关行政案件的审理程序与民商事案件并不完全相同。^⑥但是,按照普通法的传统,行政当局就其主体地位而言,在法律上与一般私人没有本质的区别,

^{①②④} 柴发邦主编:《体制改革与完善诉讼制度》,中国人民公安大学出版社1991年版,第12页,第35页,第23页。

^③ 王彦:《调解与行政诉讼制度创新》,载最高人民法院行政庭编:《行政执法与行政审判》总第10集,法制出版社2004年版,第52页。

^⑤ 胡旭晟:《无讼:“法”的失落——兼与西方比较》,载《比较法研究》1991年第1期。

^⑥ 张越编:《英国行政法》,中国政法大学出版社2004年版,第56页、59页、168页。

适用于普通私人的民事诉讼形式，原则上也同样适用于公共当局。^①因此，在英国，民事诉讼的和解在适宜的行政案件中也有其适用余地。

英美法系的澳大利亚，其在行政决定的司法审查中非常注重庭前程序中的调解。行政决定法庭在开庭之前，须依法通知当事人参加指导会议、计划会议、案件会议等庭前程序，庭前程序的目的均在于为当事人提供指导、缩小争议范围、明确证据的提供，并尽可能达成庭外和解。特别是对于根据1989年信息自由法案和1998年隐私及个人信息保护法案提出的司法审查申请，在正式开庭之前，法庭通常会主持召开计划会议，并以书面形式列出三种选择，即召开正式的预备会议、进行调解、直接将案件交付庭审，供当事人考虑以解决争议。上述三种选择中，除了调解外，预备会议的目的之一也在于寻找当事人就部分或全部争议达成协议的可能性。^②

大陆法系的德国，其行政法院法第106条规定，诉讼当事人可以依法达成和解，以便全部或部分终结诉讼。诉讼和解既是一种诉讼行为，又是一种公法合同。当事人可以在处理该案的法院，或者在指定的或受委派的法官面前作成和解笔录，也可以在法院以书面形式一致接受法院的和解建议达成和解。有效成立的和解等价于一个相应的法院裁判，依据行政法院法第168条第1款第3项的规定具有执行力。^③

我国台湾地区1998年修订新“行政诉讼法”，专设一节以十条规定，规范诉讼和解制度。该法规定，当事人就诉讼标的具有处分权并不违反公益者，行政法院得试行和解；诉讼和解须在受诉法院（包括受命或受托法官），由诉讼当事人就系属之诉讼事件为之；和解成立者，应作成和解笔录；成立的和解与法院确定判决具有同一效力，得为执行名义。^④

两大法系的行政诉讼大相径庭，但均有和解（调解）的存在。这也说明行政诉讼与和解制度并非是截然排斥的，在不损害公益与他人利益的情况下，行政纠纷也可以由当事人依法和解解决。

三、正式制度安排的构建：规则之治下的行政诉讼和解

法律须贴近社会生活，方能有效调整社会关系。在司法需求的刺激下，经自发诱致性变迁形成的行政诉讼和解理念具备正当基础，法律对此不予承认，难免与社会脱节。行政诉讼和解理念的诱致性变迁促成了行政复议制度的强制性变迁，在法律规则上已出现行政复议允许一定程度的和解而行政诉讼禁止和解的失衡状态。在行政诉讼法的修订中，应承认并改造现实存在的行政诉讼和解这一非正式制度安排，以法律强制性变迁方式确立和解规则，构建行政诉讼和解制度。

行政诉讼和解制度，是指在行政诉讼过程中，当事人就有关诉讼标的之事项达成协

① 张越编：《英国行政法》，中国政法大学出版社2004年版，第685页。

② 丁晓华：《澳大利亚行政法庭》，载《人民法院报》2004年7月2日第7版。

③ [德] 弗里德赫尔穆·胡芬，莫光华译、刘飞校：《行政诉讼法》，法律出版社2003年版，第576～577页。

④ 刘宗德、彭凤至：《行政诉讼制度》，载翁岳生编：《行政法》（下册），中国法制出版社2002年版，第1463页以下。

议,经人民法院认可后全部或部分地终结诉讼。行政诉讼和解具有双重性质,一方面,诉讼和解是一种诉讼行为,其以全部或部分终结诉讼程序为目的,可直接对诉讼程序发生法律效力;另一方面,诉讼和解又是一种公法上的契约,其使当事人就实体法上的权利义务关系达成合致。行政诉讼以合法性审查为原则,法治国家依法行政原则也不允许行政机关随意处置其法定职权,行政诉讼成立和解的空间必然是有限的,和解并非可适用于所有的行政案件。行政诉讼和解的成立须符合特定的程序要件与实质要件,有效成立的诉讼和解具有相应的法律效力。

(一) 行政诉讼和解的程序要件

1. 诉讼和解的主体为和解标的所及的当事人

诉讼和解是就相关诉讼标的之事项达成协议,一般而言,和解主体应为起诉的原告和被起诉的被告。如果和解须由诉讼第三人参与才能达成,第三人亦为和解主体;若诉讼当事人一致认同案外第三人参与以便达成协议,亦应允许。德国行政诉讼和解中,在第三人同意情况下可以成立一个“为第三人施加负担的”诉讼和解;已受传唤的第三人,可以依据行政法院法第106条第2句的规定参加法庭和解。^①我国台湾地区“行政诉讼法”第219条第2项也规定,行政法院可依声请或依职权,许可或通知第三人参加和解。^②

2. 诉讼和解须在判决确定前进行

行政诉讼和解作为一种以全部或部分终结诉讼程序为目的的诉讼行为,在诉讼程序实施终了之前,即在判决确定之前,均可为之。德国行政法院中,“在判决具有既判力之后,就再也不可能达成和解”^③,诉讼和解在判决之前均是允许的。我国台湾地区“行政诉讼法”规定,只要在法院就诉讼事件判决确定前,“无论何种诉讼种类,亦无论进行至如何之诉讼程度,行政法院认为适当时,于准备程序、言词辩论期日,甚至法律审程序行言词辩论时,均得随时试行和解,甚至不分本案诉讼程序或暂时权利保护程序,皆有其适用”。^④在行政诉讼各审理程序中,只要是在裁判文书送达之前,适宜和解的案件均可进行和解,以实现彻底解决纠纷之目的。

3. 诉讼和解须经法院审查确认并制作和解笔录或和解书

诉讼和解须经人民法院审查确认,依法制作和解笔录或和解书,方可成立。当事人在诉讼过程中可以自行达成和解协议,人民法院也可以主持当事人的和解活动并可以提出和解建议供当事人协商时参考。“司法者公正的疏导性提议,能够引起冲突主体各方的重视,并可能由此成为调解或和解的基础。”^⑤无论以何种形式进行和解,成立诉讼和解均须在处理该案的法院,由将受诉讼和解拘束的全部当事人参加,依法作成和解笔录或和解书。和解笔录或和解书的制作,应准用民事诉讼法关于制作调解笔录或调解书的相关规定。

^{①③} [德] 弗里德赫尔穆·胡芬,莫光华译,刘飞校:《行政诉讼法》,法律出版社2003年版,第577页,第576页。

^{②④} 刘宗德、彭凤至:《行政诉讼制度》,载翁岳生编:《行政法》(下册),中国法制出版社2002年版,第1467页,第1464页。

^⑤ 柴发邦主编:《体制改革与完善诉讼制度》,中国人民公安大学出版社1991年版,第48页。

（二）行政诉讼和解的实质要件

1. 当事人就和解事项具有处分权

诉讼和解是当事人以缔结公法契约、互相让步方式终结其法律上的争讼事件，因而当事人就和解事项具有处分权是成立诉讼和解的前提要件。和解事项必须是与诉讼标的相关的事项，当事人针对与诉讼标的的无关事项达成的协议不具有终结诉讼程序的效力。就和解事项具有处分权，是指当事人就和解事项事实上处分的可能，法律上有处分的权限。

一般而言，私人一方当事人，若其系所主张的某一权利的权利主体，或者因实体法授权而对他人某一权利享有处分权，则于该权利涉诉时，只要具备事实上的处分可能，即享有处分权。对于行政机关而言，对和解事项享有管辖和处理权限（法律上有处分的权限），且可依缔结契约的方式行使其权力（事实上处分的可能），方享有处分权。

涉及婚姻关系、身份关系的行政案件，以及其他依案件性质当事人法律上无处分权限、事实上无处分可能的行政案件，不可能成立和解。

2. 和解协议不违法

诉讼当事人于个案中，纵使就和解事项享有处分权，其达成和解协议的内容仍不得违反法律规定。对和解协议的要求是不违法，而不是必须合法。这是因为，和解协议往往是经当事人协商，在一方或双方做出适当退让后达成的。退让的过程，不可避免地有一方或双方放弃了原本依法属于自己的某些权益。此种退让或放弃，虽不可能要求当事人均有法律上明文依据，但不得违法仍是其当然的底线。

和解协议违法的，诉讼和解不能成立。违法情形通常包括以下几方面：（1）侵害国家利益、社会公共利益。一般而言，经由和解，可以终结诉讼、维持法律秩序的安定性，尤其可使一项争议中的行政行为获致存续力时，即可认定此种和解不违反公益。但是，存在行政机关明显的滥用裁量权、对重大公益的保护未予斟酌、给付与对待给付，亦即当事人相互让步的范围明显不成比例等情形时，即应认定此种和解违反公益。^①（2）侵害案外第三人利益。诉讼当事人的和解不得侵害案外人的利益，对案外第三人施加负担的诉讼和解，须由该案外第三人参加和解并征得其同意，否则即属违法。（3）违背当事人真实意思。诉讼和解须由当事人自愿为之，因欺诈、胁迫、乘人之危等情形，违背当事人真实意思的和解属于违法。（4）违反法律、行政法规的禁止性规定。

（三）行政诉讼和解的法律效力

“有效的诉讼和解等价于一个相应的法院裁判”，^②与法院确定判决有同一效力。行政诉讼和解的效力范围一般仅及于诉讼当事人，对案外第三人施加负担的诉讼和解，只得在该第三人参加和解并同意前提下，和解的效力方能及于该案外第三人。诉讼和解的效力，具体表现于以下几方面：

^① 刘宗德、彭凤至：《行政诉讼制度》，载翁岳生编：《行政法》（下册），中国法制出版社2002年版，第1466～1467页。

^② [德] 弗里德赫尔穆·胡芬，莫光华译，刘飞校：《行政诉讼法》，法律出版社2003年版，第577页。