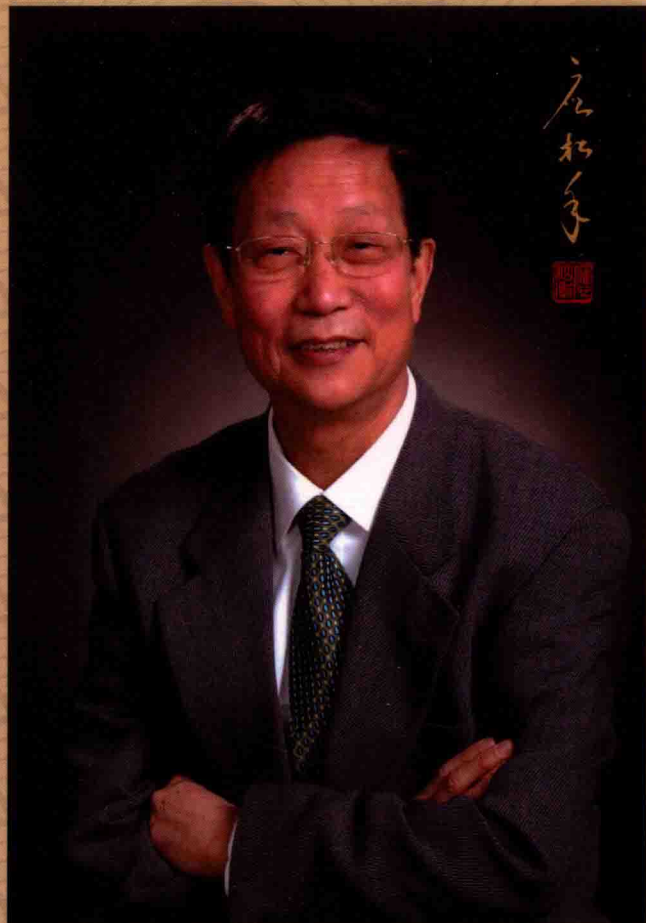


当代中国 行政法的使命

马怀德◎主编



【下册】

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

当代中国 行政法的使命

【下册】

马怀德◎主编



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

当代中国行政法的使命 / 马怀德主编. —北京: 中国法制出版社, 2017. 5

ISBN 978-7-5093-6225-9

I. ①当… II. ①马… III. ①应松年-纪念文集
IV. ①K825. 46-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 007780 号

策划编辑 马 颖

责任编辑 侯 鹏

封面设计 李 宁

当代中国行政法的使命

DANGDAI ZHONGGUO XINGZHENGFA DE SHIMING

主编 / 马怀德

经销 / 新华书店

印刷 / 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 / 787 毫米 × 960 毫米 16 开

版次 / 2017 年 5 月第 1 版

印张 / 108 字数 / 1543 千

2017 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-6225-9

定价: 299.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 66026508

邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66060794

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)



谨以本书
贺应松年教授八十华诞



中国行为法学会
民营企业合法权益及法律保护课题成果

目 录

下 册

■行政监督与救济

行政诉讼司法体制改革重述	赵大光	(951)
行政复议适用法律问题之研究	应松年 董 峰	(964)
浅议日本《行政不服审查法》的修订及其启示	方 军	(972)
行政诉讼架构分析		
——行政行为中心主义安排的反思	杨伟东	(987)
开放合作型行政审判模式之建构	章志远	(999)
有无必要通过司法审查约束行政被告的上级行政机关		
——复议机关做行政诉讼被告的制度变化及理据分析	莫于川	(1032)
司法学视角下的新行政诉讼法述评	蒋惠岭	(1045)
论作为行政诉讼法基础概念的“行政行为”	闫尔宝	(1059)
行政裁决的救济制度及其改革	傅士成	(1071)
修改后行政诉讼法实施的几点思考与建议	吕立秋	(1095)
行政检察的基本体系	张步洪	(1105)
一并审理民争议案件的审理规则		
——对修改后的《行政诉讼法》第 61 条的理解	郭修江	(1126)
司法复议制度初论	杨临宏	(1141)
指导性案例“参照”问题的实证研究	石 磊	(1152)

制度变革与审判实践

——以行政诉讼法修改为视角 李琳平 (1162)

中国行政审判法官的知与行

——行政诉讼法实施状况调查报告·法官卷 林莉红 宋国涛 (1172)

关于行政案件事实认定方法论走向的思考 高家伟 (1211)

“有错必纠”的界限

——基于焦志刚诉和平区公安分局治安管理

处罚决定行政纠纷案展开的分析 章剑生 (1244)

中国行政复议法的修改与完善 王成栋 (1274)

行政督查思考 刘善春 (1295)

日本行政救济制度法律分类及功能解读 曾祥瑞 (1305)

行刑衔接中的刑事优先原则反思 练育强 (1311)

论我国行政问责的法治化及其路径选择 曹 蓂 (1324)

我国政府采购专业性行政救济机制及其完善

——基于对台湾地区经验的借鉴 陈又新 (1342)

《行政诉讼法》修改后的证据规定评析 金成波 (1360)

■其 他

教育法学的理论体系与学科建设 湛中乐 (1373)

广告法修订草案中全面禁止烟草广告的有关问题 于秀艳 (1397)

高等教育领域行政法问题研究之回顾与前瞻 程雁雷 (1402)

证券监管措施:挑战与应对 张 红 (1414)

高等学校行政争议解决机制研究 姚金菊 (1436)

Uber 等出租汽车平台公司的中国法律难题 王 静 (1453)

当代美国行政法发展的重心流变 骆梅英 (1465)

司法谦抑的倒影

——试论澳门回归后的司法审查 王凌光 (1480)

[下篇 散文篇]

大椿不老 古柏常青	江必新 (1497)
遇有如此导师何其幸也	
——贺应松年老师八十华诞	马怀德 (1499)
蓦然回首之光	
——应松年教授八十华诞有感	刘 莘 (1503)
智慧人生,笑看生活	
——记与应松年老师交往的二三事	许安标 (1510)
应松年教授与政府法治建设	周继东 (1513)
一座图书馆	叶必丰 (1519)
我与老师二三事	董 峰 (1521)
我心中的五者:应松年老师素描	莫子川 (1525)
我心目中的应老师	薛刚凌 (1529)
我印象中的应老师	方 军 (1535)
魏公村的那些事儿	
——与应老相处的日子	张 越 (1539)
我与应松年老师的三十年	孟鸿志 (1547)
海纳百川 有容乃大	
——应老师八十寿辰回忆	吕立秋 (1554)
二十五载师生缘,行政法治续新篇	杨解君 (1557)
应松年行政组织法制思想研究	金国坤 (1560)
电视剧里的应老师	王敬波 (1576)
应老师引我走上行政法研究之路	傅士成 (1580)
润物细无声	
——忆与应松年教授交往的点点滴滴	高文英 (1584)

启蒙与启迪

- 忆应松年先生与我的经济行政法研究之路 王克稳 (1589)
- 追随恩师求学致学点滴 杨伟东 (1592)
- 与应松年先生的学缘 余凌云 (1597)
- 岁月沧桑 吾师依旧 于秀艳 (1599)
- 跟随应老师学习行政程序法 王万华 (1603)
- 应老师引领我走上行政法学教学科研之路 胡 东 (1609)

爱才·敏行·尚简

- 应松年老师印象 刘 丹 (1614)
- 伊犁散记 刘 飞 (1621)
- 仰之弥高,钻之弥坚 蔡文斌 (1625)
- 能为师生是缘分 何海波 (1632)

感 念

- 写在应松年老师八十寿诞 宋雅芳 (1640)

恩重如山 没齿难忘

- 记我的导师应松年先生 周 实 (1645)
- 感恩吾师三春暖,启明人生四海宽 石 磊 (1649)
- 老人家二三事 王 静 (1654)
- 在应老师身边读博的美好时光 张迎涛 (1662)
- 应老师的若干“关键词” 曹 鑒 (1666)
- 我的应老师 汤佃瑾 (1673)

时光可逆,真情永驻

- 写给八十高龄但仍然年轻的应老师 吴 陶 (1675)

相识七载,受益终身

- 记我与应松年教授相处点滴 王建新 (1680)

- 后 记 (1688)

行政诉讼司法体制改革重述

赵大光*

不同国家和地区公权力之下的权利救济模式有所不同，普通法系国家由普通法院审理各类案件包括行政案件，诸如美国、英国和澳大利亚等。大陆法系国家和地区普遍采用行政法院的模式，如法国、德国等及我国台湾、澳门地区。还有一些国家选择在普通法院中设立专门审理行政案件的审判庭模式，如中国大陆等。司法体制或模式由各国根据具体国情加以选择，但从发展趋势看，在行政变得越来越复杂、越来越专业的情况下，行政法院模式似乎更具适应性。^① 这项改革对于中国大陆而言，尤其具有紧迫性及现实可行性。

一、行政法院模式的可适应性

自行政法院在法国出现二百多年以来，呈现出不断蔓延扩展的趋势。据不完全统计，在世界 200 多个国家、地区和国际组织中，至少已有 75 个设有行政法院或者专门行政法院。不仅多数的大陆法系国家和地区如此，一些传统的伊斯兰法系国家，如土耳其、黎巴嫩、伊朗和沙特阿拉伯亦在其列。在

* 赵大光，男，原最高人民法院行政审判庭庭长。

① 在德国，独立的行政法院被看作法治国家中不可替代的一种限制国家权力的形式。参见[德]弗里德赫尔穆·胡芬著：《行政诉讼法》，莫光华译，法律出版社 2003 年版，第 5 页。

一些大国中,如俄罗斯的行政法院已呼之欲出,中国大陆也在研究考虑是否设立行政法院的问题。普通法系国家如美国也曾讨论过这个问题,理论界和实务界呼声强烈,由普通法院审理各类案件包括行政案件的传统抑或产生动摇。由于行政案件的专业性越来越强,出现了借鉴大陆法系经验的趋势。例如,英国的行政裁判所已经实现了从行政裁决机制向初审行政法院的角色转变;澳大利亚则在地方层面上开始出现若干初审行政法庭;美国的行政法官制度实质上已经起到了初审行政法院的功能。1983年,在法国最高行政法院倡导下,最高行政法院国际协会(International Association of Supreme Administrative Jurisdiction)成立,目前共有80多个正式成员国(含地区),还有30个观察员和邀请国,设有16个理事席位。中国最高人民法院于2013年4月首次当选理事。行政法院之所以广受青睐并大行其道,是由其具有较强的可适应性决定的。

(一) 有益的理论基础

对行政法院的产生具有助推作用的理论很多,其中比较有影响的有公私法二元论、福利国家理论和基本权利理论。

公私法二元论虽然对行政法院的产生并没有决定性的作用,但是对于行政法院制度的完善却创造了有利条件,是划分行政法院和普通法院管辖范围的基础理论,至今仍在发挥作用。如德国《行政法院法》第40条第1款规定:“一切未被联邦法律划归为属其他法院管辖的非宪法性质的公法上争议,对之均可提起行政诉讼。”这一理论要求针对公私法的不同特点建立不同的公法争议和私法争议解决机制。在这个意义上,行政诉讼法实际上就是解决公法上法律争议的法院程序法,也是通过各种具体的裁判去实现宪法和行政法的方式。事实上,如果没有这样一套诉讼机制,有关实体性公法(宪法和行政法)的高度专业化知识将毫无用处。^② 公私法理论在各国行政法院都得

② [德] 弗里德赫尔穆·胡芬著:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社2003年版,第5-6页。

到了积极运用,使得行政法院的管辖范围能够与时俱进,不断满足社会日益增长的司法需求。如法国行政法院早期采用“公权力机关行为”的主体标准,自1873年Blanco案件开始,又增加了公务标准,将同时具备“公权力机关所为”和“满足公共服务”两个要件的公共服务纳入了受案范围,其后,“公权力机关所为”这一要件不断降低门槛,近年来扩大到几乎消失的地步。^③

西方国家由2个世纪前的自由国家到1个世纪前的行政国家再到“二战”前后的福利国家,行政机构在此过程中不断膨胀,行政职能不断扩张,国家不仅要提供个人需要的社会安全,为公民提供作为经济、社会和文化等条件的各种给付和设施,还必须对社会和经济进行全面干预,承担生存照顾的职能。^④福利国家已不再局限于仅“从外部”或者“自上而下”地干预社会财富的分配,事实上,它早已通过福利国家的转化体系,通过生活救济和环保措施,卷入了这些分配冲突之中。^⑤与过去相比,行政争议的形态变得更加复杂,基于自由法治国家传统逐一解决个案的审判模式无法适应新的需要。与普通法院相比,行政法院的专业性特点使得以德、法等国为代表的各国很快适应了新的形势,随着新的诉讼类型的不断产生和完善,行政法院能够使其审查职能与社会需求保持同步。

由于基本权利对于现代国家和人民的极端重要性,各国在宪法上不仅赋予基本权利以对抗私人侵犯的效力,更强调其对抗国家侵害的效力。德国着眼于“二战”时期希特勒国家社会主义强权式的统治之痛,特别在《基本法》第1条强调基本权利被视为“可直接适用的法律”,直接拘束立法、行政和司法,即直接拘束国家权力。^⑥按照传统理论,宪法的主要功能之一,便是保障

③ [英] L. 赖维乐·布朗、[英] 约翰·S. 贝尔著:《法国行政法》(第五版),高秦伟、王锺译,中国人民大学出版社2006年版,第121-123页。

④ [德] 哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第17页。

⑤ [德] 弗里德赫尔穆·胡芬著:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社2003年版,第8页。

⑥ 陈新民:《德国公法学基础理论》(上册),山东人民出版社2001年版,第290页。

人民的基本权利。^⑦ 基本权利不仅得到宪法法院或者宪法委员会的保障，也离不开行政诉讼乃至行政复议制度的保障。基本权利倘若不能在日常行政实践中受到尊重，将变得毫无意义。从德国以及类似的国家情况看，行政法院已经成为实施基本权利最重要的机关。在行政审判中，以基本权利作为判决基础的情况屡见不鲜。如从《宪法》第2条关于只有与合乎宪法的秩序相一致（即形式和实体上的法律）的国家行为，才有权干涉个人自由之规定中，可以推导出一种个人请求权，如果缺乏这样的干预基础，被诉行政行为就应当撤销。反过来说，如果个人以许可保留满足了一个预防性禁令的条件，则《基本法》第22条规定的一般行动自由权就赋予了他进行相应活动的权利，据此则应当认为其提起的义务之诉具备理由。作为基本权利在行政诉讼中反复应用的结果，比例原则、实际协调（*praktische konkordanz*）、交互作用（*wechselsehwirkung*）等审查标准已经如此巩固，以至于可将它们视为对某些法律空白的合乎宪法的补充。^⑧

（二）中央事权的属性

中央事权是在界定中央与地方各自的管辖范围时使用的一个概念。如果说某一事务领域属于中央管辖范围，就可以说它属于中央事权。单一制国家实行中央事权的推定，只要法律没有将某一事务领域授权地方管辖，就属于中央事权；联邦制国家则相反，只要法律没有将某一事务领域授权中央（联邦）管理，则属于地方（州）事权。司法事务属于典型的中央事权。在单一制国家，司法系统负责法律在全国范围内的统一适用，维护法律的位阶秩序，确保以国家法律为核心的高级法的贯彻实施。在联邦制国家，联邦司法体系负责联邦法律在全国范围内的实施，在地方（州）法院体系适用越权的

^⑦ 陈新民：《德国公法学基础理论》（上册），山东人民出版社2001年版，第287页。

^⑧ [德] 弗里德赫尔穆·胡芬著：《行政诉讼法》，莫光华译，法律出版社2003年版，第9-10页。

地方(州)法律或者不适当地运用司法权,妨碍联邦法律适用时加以干预,以维护联邦法律的权威性。世界各国行政诉讼都属于司法事务,当然也都属于中央事权。从各国行政法院制度的设计来看,显然也都考虑了中央事权的要求,但程度并不完全相同,具体有两种不同情形:

一是中央包办的模式,即行政诉讼事务完全由最高行政法院以及中央在地方设立的各级行政法院管辖。法国是一个典型代表。法国行政法院最初是中央和地方分设的体制,地方行政法院是对省参事院进行几次重大变革,一方面要去地方化,另一方面加强司法化发展而来。1953年以后各级行政法院的成員的管理,由最高行政法院的秘书长负责。每个法院由一位最高行政法院的普通职行政法官掌管。当行政法庭和行政上诉法院的某位成员行使这些职能时,他就被任命为最高行政法院的普通职行政法官。^⑨ 行政法院人员录用和办公经费均由最高行政法院统筹安排,并统一由最高行政法院与总理直接交涉。而普通法院的人员录用以及日常经费则要由司法部门管理。包括维谷卢副院长在内的法国行政法院的法官们一再强调,理解法国行政法院的独立地位,把握住它的整体性是非常重要的。^⑩

二是中央与地方合作的模式,即基层的行政诉讼事务由地方高层控制,再由最高行政法院控制地方高层。德国是典型代表。德国各级行政法院法官的产生有两种情形:联邦行政法院的法官经联邦行政法院法官选举委员会选举产生之后,由联邦总统任命。根据各州宪法的规定,高等行政法院和初等行政法院的法官,均由该州司法部长在州选举委员会选举产生之后任命。行政法院院长对本院的行政法官有监督权,除此之外,高等行政法院院长对初等行政法院也有监督权,并被认为是最重要的监督机构。^⑪ 关于财政保障,联邦行政法院的经费由联邦政府承担,高等行政法院和初等行政法院的

⑨ 胡建淼主编:《世界行政法院制度研究》,中国法制出版社2013年版,第35页。

⑩ 王振宇、阎巍:《德国与法国行政审判制度观察与借鉴》,载《法律适用》2013年第10期。

⑪ 胡建淼主编:《世界行政法院制度研究》,中国法制出版社2013年版,第152页。

经费则由各州承担。在行政诉讼事务管辖方面,联邦行政法院是行政案件的最终也是最权威的裁判机关,这一点与上述体制相结合,就可以产生中央与地方合作,促进中央事权实现的效果。

(三) 职权主义色彩

与其他国家相比,设立行政法院的国家,其行政诉讼职权主义的特点更为突出。法国行政诉讼职权主义特点主要体现在:一是纠问式审理方式。所谓纠问式,主要是指程序“不是在双方当事人而是在法官的掌控之下”。^⑫在行政诉讼尤其是预审阶段的所有主要问题包括是否要求当事人补充信息、是否启动正式调查和现场勘查、是否进行询问和进一步询问等,完全由法院依职权决定。通常当事人只需按照法庭的要求作出相应的诉讼行为即可。二是书面审理。法国的刑事诉讼和民事诉讼比普通法国家更多地运用书面程序,行政诉讼中这一特点更为明显,案卷因此就显得特别重要(芬兰也是如此),最高行政法院几乎不存在辩护律师进行口头辩论的情况。在下级行政法院,诉讼程序规则允许双方当事人以个人名义或者通过律师提交口头评论,范围仅限于在诉讼程序中的笔录阶段已经出现的问题。这种评论通常较为简短,但有时可能直击案件事实的要害,尤其是在审判长提问双方当事人时。行政法院不同于民事法院,因为一方当事人会遇到书面的“答辩摘要”或权威性的总结与结论。三是政府专员(也是行政法官)充当重要角色。当行政机关与原告都聘请了律师,案件就采用原告、被告、法官三方辩论的形式,这与其他国家两造对抗的方式存在很大不同。

德国行政诉讼的职权主义色彩有所缓和,但还是存在不少职权主义的印记,其中较为明显的有两点:一是依职权调查。法院调查时不受参加人的陈

^⑫ R. Chapus, Droit du contentieux administratif, 6th edn. (Paris, 1996), no. 718. 转引自 The Government and Politics, 3rd edn. (1989), 100-101, 转引自 [英] L. 赖维乐·布朗、[英] 约翰·S. 贝尔著:《法国行政法》(第五版),高秦伟、王锴译,中国人民大学出版社2006年版,第82、92页。

述与举证申请的拘束,如同在刑事程序、财政和社会法院程序中所表明的那样,一个正确的行政决定代表公共利益的前提,就是它客观上的正确性和全面的事实调查。因此行政法院法的出发点是:假设存在一个客观先在的事实,必要时它可以不依赖于当事人双方得到“查证”。这一立足点不同于民事诉讼中通行的“提出原则”(你提供事实,我就给你权利)。因此可以说,法院承担着多方面的促进、引导和主持功能。这也要求法院必须消除行政机关进行的有关事实调查中存在的瑕疵,并促使案件的“裁判时机成熟”。二是法院对于诉讼途径的选择给予指导。按照当事人主义的观点,应当尊重当事人对诉讼路径的选择,如果选择错误,也应由当事人自己承担后果。在德国如果出现这样的情况,就会认为法官没有尽到职责。按照行政法院法的规定,法官首先应当对诉状作出解释或者必要时可以直接转换,至少也要给当事人一个具体的指示,使之成为一个适当的诉讼种类。^⑬

(四) 解决争议的专业优势

由于行政案件往往涉及行政领域专门业务或者技术问题,在普通法系国家如美国,将行政争议分为事实问题和法律问题,事实问题由于涉及专业性和技术性,法院只审查法律问题,而事实问题留给行政法官。其中主要的原因就是,普通法国家的法官可以审理各类案件,审理行政案件并不需要特殊的资质和资历,这导致法官不具备解决行政争议相应的专业能力,在很大程度上限制了司法审查作用的发挥。与此相比,行政法院制度下的法官对行政领域较为了解,这对于行政争议的实质解决至关重要。如法国的行政法官具有丰富的行政经验:一是知识背景不同。行政法官的来源有三种:(1)国立行政学院的优秀毕业生;(2)政府任命的其他行政部门的官员;(3)直接招聘的法律专家。其中通过前两种途径进入行政法院系统的法官占法官总数的

^⑬ [德] 弗里德赫尔穆·胡芬著:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社2003年版,第204页。

70%以上。值得一提的是,在进入行政法院之前,有些人并不是法律专家,也不要求具有法律文凭和有法院的工作经历,即使是个工程师也可以被任命为法官。行政法院看重的是他们的基础学历和在行政机构甚至在民营机构的工作经历,因为这些经历可以使他们对上述机构的工作内容和方式有所了解,从而有助于行政法院对行政命令据以作出的经济、社会方面的情况了如指掌。^⑭ 二是与行政机关之间的交流。最高行政法院共有 300 多位成员,其中三分之二的人在法院工作,三分之一的人被派往其他行政机构,在政府各部、委员会巡回,担任各部部长的助手。另外,行政法官在正式担任法官职务之前都须到基层行政机关锻炼,以便于谙熟行政业务。行政法官能够充分认识到困扰政府的特殊问题,他们在行政领域都是专家,并因此而受到政府官员的广泛尊重。这使得司法控制变得更容易。^⑮

其他国家和地区虽然没有像法国那样突出行政法官的行政背景,但也注意到其特殊的专业性要求。德国专家普遍认为,行政诉讼和其他诉讼差异明显,对法官审理行政案件有比较高的专业领域的要求,这种要求超出了普通法院法官的能力,行政法院审理行政案件是有保障的,其原因就在于行政法官具备专业化的优势。为了保障行政法官对行政专业的了解,建立了非常广泛的外调制度,使得行政法官有充分的机会在司法部等各种行政机关任职。^⑯ 奥地利宪法对行政法院成员的任职条件作了明确规定,要求所有成员必须具备修完宪法学和政治学的学历。我国台湾地区明确要求行政法院法官除具备法官资格外,还必须具有一定的行政法背景。希腊国家法官学院负责选拔教育未来的刑事、民事和行政法官,以及未来的最高行政法院和国家审计法院的法官,并对现任法官进行继续教育。

⑭ 王振宇、阎巍:《德国与法国行政审判制度观察与借鉴》,载《法律适用》2013年第10期。

⑮ [英] L. 赖维尔·布朗、[英] 约翰·S. 贝尔著:《法国行政法》(第五版),高秦伟、王锴译,中国人民大学出版社2006年版,第41页。

⑯ 王振宇、阎巍:《德国与法国行政审判制度观察与借鉴》,载《法律适用》2013年第10期。