

袁裕来 著

对『行政诉讼法(修改建议稿)』 若干条款的质疑

中国检察出版社



对 XING ZHENG SU SONG FA
XIU GAI JIAN YI GAO RUO GAN TIAO KUAN
DE ZHI YI

矢

对《行政诉讼法(修改建议稿)》 若干条款的质疑

袁裕来 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

对《行政诉讼法 (修改建议稿)》若干条款的质疑/

袁裕来著. —北京: 中国检察出版社, 2006. 11

ISBN 7 - 80185 - 675 - 9

I. 对… II. 袁… III. 行政诉讼法—研究—中国

IV. D925. 304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 138239 号

对《行政诉讼法 (修改建议稿)》若干条款的质疑

袁裕来 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 8.75 印张

字 数: 237 千字

版 次: 2006 年 12 月第一版 2006 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 7 - 80185 - 675 - 9/D · 1651

定 价: 20.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换



作者简介

袁裕来，男，1966年4月出生，浙江奉化人，1989年毕业于浙江大学，获工学学士学位。1995年从事专职律师工作。近几年，每年承办行政案件上百起，不少案件引起行政法界的关注，素有“浙江行政诉讼第一人”之称，是我国第一个专门承办行政案件的律师。现为中华全国律师协会行政法专业委员会委员、浙江省律师协会行政法专业委员副主任、浙江之星律师事务所副主任。

2003年8月、2004年7月，出版《特别代理：民告官手记》（I、II、III），引起很大反响，并被《法治的脚步声：中国行政法大事记（1978~2004）》一书列入中国行政法25年来的大事。

走



责任编辑：王 冕

技术编辑：张郑元

封面设计：红十月设计室

RED OCTOBER STUDIO
TEL: 412031102314
hongshiyue@vip.sina.com

此为试读, 需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

谨将此书献给关心中国行政法治
建设的朋友们

自 序

2005年8月，不少媒体报道了《行政诉讼法（修改建议稿）》（以下简称《建议稿》）在北京与部分实务界官员及专家见面的消息，说是在去年出炉的修改建议稿的基础上又一次“大修稿”，吸纳了六家高校专家版本的精髓，可谓亮点纷呈。

作为一个专门承办行政案件的律师，对《行政诉讼法》的修改，我当然格外关心。12月17日，中华全国律师协会行政法专业委员会2005年年会暨行政诉讼法修改理论与实务研讨会在广西南宁召开。12月14日，专业委员会给我发来了《建议稿》，告诉我中国行政法学会应松年会长、最高人民法院行政庭赵大光庭长、全国人大法工委行政法室李援主任将出席研讨会，希望我能有所准备。12月16日下午，我刚好在杭州，决定从杭州直接飞往南宁。到萧山机场时，还有三个多小时的待机时间，我利用这三个多小时以及在飞机上的时间，运用自己几年来的实务经验认真地阅读和研究了《建议稿》的条文，看看那些实践中经常碰到的问题，《建议稿》有没有作出规定，规定的是否理想。我将自以为设计得不尽理想的条文进行了统计，结果发现竟至少有50多个条文存在这样那样的问题。这是一个让人十分吃惊的数据，因为《建议稿》一共只有198条。然而这种情况并没有出乎我的意料，因为一方面我们的法学教育、法学研究甚至业已颁布实施的法律，与实践存在着两张皮的现象，早已不是什么秘密。而且，行政法领域，比其他领域来得更加严重。另一方面，如果把当事人到法院里打官司比作到医院里看病的话，那么《行政诉讼法》及其他相关法律的规定，就是医生用来治病的处方。这些“处方”是否有效，专门承办行

政案件有着丰富实务经验的我，当然是最有发言权了。我是一个特别喜欢研究法律漏洞的人，拙作《特别代理：民告官手记》（Ⅰ、Ⅱ、Ⅲ）对法律问题作出了不少思考，也已经获得了不错的评价。这几年，我还曾阅读了大量行政法方面的理论专著，尤其是台湾地区学者的专著，因此对于一些比较前沿的理论研究成果和立法，也有着相当程度的了解。其实，有不少办案和研究行政法时碰到的问题，就是从这些专著中找到答案的。

2006年春节期间，我着手撰写质疑意见，决定将这些意见形成文字寄给全国人民代表大会法制工作委员会，也算是自己为我国的行政法治建议尽一份力。可谁知越写越多，提出质疑的条款有近70条，字数超过了10万，于是就有了出版这本小册子的打算，原本打算每年出一本的《办案手记》只好暂时缓一缓。这几年我承办了上千件行政案件，形成了不少想法，也确实很想进行一下系统的总结。

我认为提出的一些意见是值得立法机关重视的。譬如，《建议稿》对于什么是行政行为下了定义，以此作为对象可以起诉的限定。我认为，这种做法是不可取的，在行政诉讼中，只要一个行为有着公权力或者说行政权力的因素，就应该是可诉的，至于这个行为按照法律判断能否称之为行政行为，不是应该考虑的问题；相反，行政诉讼的对象更多的应该是违法的行政行为，行政诉讼的目的很大程度就是为了监督和纠正不合法的行政行为。又譬如，根据现行法律规定，对于复议案件只要简单地维持原行政行为，行政复议机关可以避免做被告，行政复议机构就可以不得罪下级行政机关首长，从而导致了行政复议不负责任的维持原具体行政行为的泛滥。《建议稿》为了扼制这种现象，规定经过行政复议的案件，一律以复议机关为被告。以农村里的一个风俗习惯为例，夫妻俩吵架后，喜欢找娘舅评理，行政复议机关一定程度上就是娘舅，《建议稿》的规定就相当于规定夫妻双方如果对于娘舅的表现不满，只能撇开原来的矛盾，到外公处告娘舅。对此，我提出了不同的看法，并针对行政复议可能作出的几种结论进行比较详细的分析。再

譬如，现实中有不少地方政府作出了规定，行政首长应该亲自出庭应对行政诉讼，以示对行政诉讼的重视，《建议稿》吸收了这一做法，也作出了同样的规定。我们暂且不说硬性规定行政首长亲自出庭应诉，是否能够获得理想的效果，反分析一下由立法机关作出的这种规定就不难看出显然是不符合权力分立原则的，指派什么人出庭作证，终究是行政机关的日常工作之一，应该由行政机关来决定。这样的问题有很多。

当然，这是一份递交全国人民代表大会法制工作委员会的《建议稿》，还只是“原坯”，形成《草案》直至变成法律和颁布，还有一个严谨的加工和修改的过程。因此，我在撰写这本小册子的时候，除了对《建议稿》条文表述了质疑意见之外，又大量借鉴了最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》、最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》的内容，用了不少笔墨研究了这两个司法解释。本书的很多内容，可以认为是从实务的角度对现行《行政诉讼法》以及司法解释的质疑。又，由于《建议稿》在某种角度集中了理论界对某些问题的主流观点，本书也可以看做是对于这些主流观点的检讨。

略感遗憾的是，由于笔者能力有限，我的文字基本停留在“质疑”的程度，而没有更多的创造和建树。不过，只要自己的观点能够引起大家的注意、思考和讨论，我的目的就达到了。法律的制定和修改过程应该成为一个普法的过程，从这个角度来说，这本小册子还是有一些意义的。

袁裕来

2006年9月10日

目 录

第一章	总则	(1)
第二章	受案范围	(13)
第三章	管辖	(16)
第四章	诉讼参加人	(20)
第五章	证据	(40)
第六章	起诉和受理	(61)
第七章	审理和裁判	(95)
第八章	执行	(151)
第九章	行政赔偿诉讼	(155)

附录：

中华人民共和国行政诉讼法（修改建议稿）	……	(169)
中华人民共和国行政诉讼法	……	(217)
最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政 诉讼法》若干问题的解释	……	(229)
最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的 规定	……	(250)

第一章 总 则

1

第十二条 【专用术语的含义】本法所称行政机关，是指行使公共行政职权、履行公共行政职责的各级人民政府及其职能部门，以及依法行使行政职权的社会组织或者公务人员。

本法所称行政行为，是指行政机关行使公共行政职权、履行公共行政职责，产生法律效果的行为，包括作为和不作为。

本法所称行政争议，是指公民、法人或者其他组织与行政机关之间发生的因行政机关实施行政行为而产生的法律上的争执。

据权威人士的介绍，本条是应学者们的要求，特意加上的。学者们的理由是，只有对“行政机关”、“行政行为”、“行政争议”等概念作出明确的界定，才能对行政诉讼的受案范围作出准确的界定。“行政机关”的概念，决定谁有资格成为行政诉讼的被告，决定什么行为能够成为行政诉讼审理的对象。

笔者认为，学者们的这一提议是不科学的。本条设置第2款的目的是，以行政行为作为标准确定行政诉讼的受案范围。可是，这已经被实践证明是不科学的。行政诉讼受案范围的界定标准，在我国大概经历了几个变革过程。1989年颁布的《行政诉讼法》第2条规定：“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。”也即规定，只有具体行政行为才能提起行政诉讼。1991年，最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《若干问题的意见》）第1条

对于“具体行政行为”作出了明确的定义：“国家行政机关和行政机关工作人员、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织或者个人在行政管理活动中行使行政职权，针对特定的公民、法人或者其他组织，就特定的具体事项，作出的有关该公民、法人或者其他组织权利义务的单方行为。”从而使这一界定更加明确、具体。可是，按照学界的通说，行政机关行使公权力行为或者说与行使公权力有关的行为，可以分成法律行为、准法律行为和事实行为。这里引用马怀德教授在论文《行政诉讼范围研究》的论述，这一论述比较有代表性：

有的学者将民法上法律行为和意思表示的概念引入行政法领域，把行政机关的行为划分为“以意思表示与观念表示为要素之行政行为”和“事实行为”；并进而将前者划分为“法律行为之行政行为”和“准法律行为之行政行为”。“法律行为之行政行为”以意思表示为要素，相当于民法上的法律行为，即典型的行政处分；“准法律行为之行政行为”就具体事实以观念表示为要素，通常包括确认行为、公证行为、通知行为与受理行为。“此种观念表示，并非从新创设公法上之权义关系，而系仅就已存在或形成之权义关系，予以观念上之认识或澄清而已，虽有加强法律效果之作用，要与创制权义关系之行为本身有别。”简言之，准行政行为就是欠缺行政法律行为的个别要素的行为。关于行政法律行为的要素，大体上可以概括为四项：主体要素、法律依据要素、意思表示要素和效果要素。主体要素是指作出行政行为的主体是行政主体。法律依据要素是指行政行为的权限、实体和程序依据是行政法律规范。准行政行为与行政法律行为的区别，主要表现在意思表示要素和效果要素两方面的不同。

1. 意思表示要素是指行政主体通过行动（如交通警察以手势指挥交通）、语言文字、符号（如人行横道线、交通禁行标志）、信号等行为对外表示其意志，对相对人进行某种规制。凡是没有意思表示要素的行为，像气象部门的天气预报、交通部门埋设道路界

碑、环保部门清理垃圾等，都不具备规制的性质，一般不构成行政法律行为，是事实行为。行政机关所做的带有“通知”、“评价”、“解释”性质的行为。例如，行政机关对某个事实的叙述或理由说明、事件办理进度的告知、研究或鉴定报告的提出、对上级机关指示或其他行政机关意思的转达、对相对人提出疑问的规范性文件、规则的解释、法律救济途径的告知、税务机关催促办理纳税申报的通知等，其意图一般仅是告诉相对人关于某种事实或状态的信息，并不涉及相对人权利义务的取得、丧失或变更。因而，在性质上不是行政法律行为的意思表示。

2. 效果要素是指行政法律行为通过行政主体的意思表示，对外直接发生法律效力。如果对内发生法律效力或间接发生法律效力，或者不发生法律效力，就不具备行政法律行为的效果要素，因而不构成行政法律行为。

这种关于效果的意思表示不仅在“事实上”对外发生效力，或者可以发生效力，而且必须在“法律上”发生这种效力时，才算对外发生法律效力。一般行政行为的法律效果不仅仅表现为公法上的法律效果，有时也直接发生私法上的法律效果。例如，行政机关实施的房屋产权登记、机动车买卖过户登记等行为均发生私法上的法律效果，在德国行政法上称为“私法形成的行政行为”，台湾地区学者称为“私法形成之行政处分”。

效果意思有直接和间接之分。一般行政行为的效果意思是一种直接的效果意思，即行为依照行政主体的意思表示（而不是法律的具体规定，或者依赖于新的事实出现），对相对人权利、义务（产生、变更或消灭）发生直接的法律效果。相反，准行政行为的效果意思是一种间接的效果意思，即该行政行为虽然由行政主体作出，但是要依照法律的具体规定，或者依赖于新的事实出现（而不是行政主体的意思表示），才能对相对方的权利、义务发生法律效力，而且该法律效果是间接的法律效果。换句话说，准行政行为本身并不产生必然的、确定的、即刻的法律效果，只有当新的事实出现时，或者其他主体作出与该事实相关的行为时，处于休眠状态

的效果意思才表现出其“对外”的法律效果特性。

根据上面的分析，如果包含行政法律行为的全部要素行为就是一般的行政行为；如果欠缺行政法律行为的个别要素，它就可能是事实行为或者准行政行为。由于有些准行政行为并不对相对方的权利义务的产生、变更和消灭发生直接的法律效果，也就是说不直接对权利义务产生实质性影响，因而它不具有可诉性。但是，当它可能以“间接的形式”加强了新的主体对相关事实处分的效果，或者对抗该效果时，就意味着开始对权利义务产生直接的、实质性影响，这时它就具有了可诉性。^①

可是，我国《行政诉讼法》以及司法解释中的“具体行政行为”，不仅没有包括“准法律行为”和“事实行为”，实际上也没有包括所有的法律行为，譬如抽象行政行为、行政合同等，就没有包括在内。故此以“具体行政行为”作为行政诉讼受案范围的标准是不能符合实践需要的。

首先，在这一点上进行突破的是1994年5月颁布的《国家赔偿法》，该法第3条规定：“行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯人身权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：……（三）以殴打等暴力行为或者唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或者死亡的；（四）违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的；（五）造成公民身体伤害或者死亡的其他违法行为。”第9条又明确规定：“赔偿义务机关对依法确认有本法第三条、第四条规定的情形之一的，应当给予赔偿。赔偿请求人要求赔偿应当先向赔偿义务机关提出，也可以在申请行政复议和提起行政诉讼时一并提出。”第4条规定：“行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯财产权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：……（四）造成财产损害的其他违法行为。”这些规定，实际上将行政诉讼的受案范围从具体行政行为扩大到了行政机

① 中国论文下载中心。

关与行政职权有关的行为（《国家赔偿法》称非具体行政行为，实际上包含了准法律行为和事实行为）。1997年4月，最高人民法院《关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》（以下简称《若干问题的规定》）第1条更加明确了这一点：“《中华人民共和国国家赔偿法》第三条、第四条规定的其他违法行为，包括具体行政行为和与行政机关及其工作人员行使行政职权有关的，给公民、法人或者其他组织造成损害的，违反行政职责的行为。”只不过这一标准仅局限于行政赔偿的范围内。

2000年3月，最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《若干问题的解释》）将上述标准从行政赔偿领域扩大到了其他领域，该司法解释第1条规定：“公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服，依法提起诉讼的，属于人民法院行政诉讼的受案范围。”最高人民法院行政审判庭原庭长江必新随后出版的《中国行政诉讼制度之发展·行政诉讼司法解释解读》一书认为，司法解释已经将事实行为和行政合同纳入行政行为范围，也即已经纳入行政诉讼的受案范围：

通过以上几个方面的规定，行政诉讼受案范围在《若干问题的规定》的基础上有哪些扩大呢？

第一，从法律行为扩大到了事实行为。法律行为和事实行为是行政法上的一对重要概念。所谓法律行为是指行政主体以实现某种特定的法律效果为目的而实施的行为，如行政处罚、行政许可、行政命令等。而事实行为是指行政机关或其工作人员在行使行政职权过程中而实施的不以发生特定的法律效果为目的，而且行为作出以后对行政管理相对人没有法律上的约束力的行为，比如检查、搜身、打人、损坏物品等行为。《若干问题的意见》没有将事实行为纳入行政诉讼的受案范围，后来最高人民法院有关审理行政赔偿案件的司法解释规定，行政管理相对人因事实行为受到损害而要求赔偿的，可以先向行政机关请求确认，行政机关不予确认、不予赔偿

的，行政管理相对人可以到法院提起赔偿诉讼。法院在审理行政赔偿案件的时候，在判决理由部分可以对事实行为的合法性进行评价，然后在判决主文作出是否赔偿的决定。这种处理办法有两个问题：一是必须以行政机关的先行处理为条件，对当事人来说很不便利，即使行政机关愿意作出赔偿也需要相当时间，不利于及时保护当事人的权益，事实上，对事实行为造成损害的，行政机关自动履行赔偿责任的很少；二是法院在裁决理由部分进行确认事实行为的合法性也有些不伦不类，对一个行为的合法性进行了判断，却又不能进入裁判主文，这是不严肃的。《若干问题的解释》基于诉讼经济原则，直接把事实行为纳入行政诉讼范围。比如警察打了人，到底打人的行为是否存在，是不是合法，可以直接提起行政诉讼，而不需要先到行政机关请求确认，再到法院来提起赔偿诉讼。

第二，从单方行为扩展到双方行为。根据《若干问题的解释》对具体行政行为所下的定义，具体行政行为是行政主体单方意志的体现，这就将行政诉讼的受案范围限制在（单方）行政行为的范围之内。但是，根据行政诉讼法的规定，双方行为并没有被排除在受案范围之外。从外国的审判实践来看，有许多与行政职权有关的双方行为都纳入了公法诉讼的范围……^①

最高人民法院行政审判庭编著的《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法若干问题的解释〉的释义》的观点（第5~6页）也是如此。正如在序言中特别强调的，该书是专门用来指导下级法院审判工作的。该书认为，理解最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第1条第1款，需要注意以下几个问题：

第二，应当准确把握行政行为的内涵和外延。关于行政行为的

^① 江必新：《中国行政诉讼制度之发展·行政诉讼司法解释解读》，金城出版社2001年版，第31~32页。

概念，学术界曾经有不同的理解。本解释虽然没有给行政行为为一个完整的定义，但从本条第二款所排除的情形来看，本解释所指行政行为，是指具有国家行政职权的机关、组织及其工作人员，与行使国家行政权力有关的，对公民、法人或者其他组织的权益产生实际影响的行为以及相应的不作为。对行政行为的这种理解，主要是基于以下几个方面的考虑：一是，《行政诉讼法》第十一条所列举的行政行为，不仅包括作为，也包括不作为；不仅包括单方行为，也包括双方行为；不仅包括法律行为，而且包括非法律行为。二是，我国《国家赔偿法》在确定行政赔偿范围时，使用的概念是与行使行政职权有关的行为的。也就是说，只要造成侵害的行为与行使国家行政管理职权有关，就属于国家行政赔偿的范围。三是，随着国家管理职能的扩大，行政行为方式也将逐步增加，行政行为的内容将会越来越丰富，行政行为的内涵和外延也将随之发展。^①

最高人民法院的司法解释扩大了行政诉讼的受案范围，在一定程度上满足了实践的需要，对维护相对人的合法权益起到了积极作用。但在理论界对于司法解释将准法律行为和事实行为纳入行政行为的范畴，是否科学或者说是否符合业已建立的行政法理论体系是有争议的。在最高人民法院行政审判庭法官内部也有着同样的争议。譬如，该司法解释的主要起草人之一的甘文博士就认为，事实行为不是行政行为，也不属于行政诉讼的受案范围，在《行政诉讼法司法解释之评论》（第18页以下）一书中，甘文博士是这样陈述的：

第三种批评意见认为，行政行为通常是指行政主体在实施行政管理活动、行使行政职权中作出的具有法律意义的行为。可诉的行政行为是在行使行政职权过程实施的行为。行政行为是行政主体行

① 最高人民法院行政审判庭编：《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释的释义》，中国城市出版社2000年版，第5~6页。