

莫于川 主编

建设法治政府 需要司法更给力

行政诉讼法修改问题研究及专家建议稿

清华大学出版社

014054661

D925.304

37

建设法治政府 需要司法更给力

行政诉讼法修改问题研究及专家建议稿

主 编 莫于川



清华大学出版社



北航

C1744521

D925.304

37

133320310

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

建设法治政府需要司法更给力:行政诉讼法修改问题研究及专家建议稿 / 莫于川主编.
—北京:清华大学出版社,2014
ISBN 978-7-302-35940-1

I. ①建… II. ①莫… III. ①行政诉讼法—研究—中国 IV. ①D925.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 066044 号

责任编辑:朱玉霞
封面设计:傅瑞学
责任校对:王荣静
责任印制:宋林

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:三河市君旺印务有限公司

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:23.75 字 数:381千字

版 次:2014年8月第1版 印 次:2014年8月第1次印刷

定 价:48.00元

产品编号:049134-01

作者简介与撰稿分工

莫于川：法学博士，中国人民大学宪政与行政法治研究中心执行主任、中国行政法研究所所长、教授、博士生导师，中国行政法学会研究会副会长兼法治政府建设专业委员会副主任。撰写代序、第一章，附录一和附录二执笔人，全书修改、统稿。

林鸿潮：法学博士、博士后，中国政法大学法治政府院副教授，撰写第二章、第四章。

刘继萍：教育学博士，中国人民大学法学院法学博士后、副教授，撰写第三章。

曹飞：中国人民大学法学院博士生，撰写第五章、第十章，协助统稿。

乔亚南：南华工商学院法律系讲师，中国人民大学法学院博士生，撰写第六章。

雷振：中国人民大学法学院博士生，撰写第七章第一节、第九章，附录一执笔人，协助统稿。

唐璨：法学博士，北京师范大学法学院讲师，撰写第七章第二节、第三节、第四节，第八章。

代序 以现代法治精神修改完善《行政诉讼法》

莫于川

《行政诉讼法》是我国行政法制建设进程中的一个里程碑,也是公民合法权益的一道重要保障线。这部法律已施行 23 年,至今未进行过修改,但由最高人民法院先后出台过一系列司法解释(包括“司法解释九十八条”、“证据八十条”、三个涉外行政诉讼解释、关于协调和解的意见、管辖规定、撤诉规定、适用法律规范纪要、信息公开案件规定等数十个),来辅助其具体实施,这使得我国的行政诉讼法律规范由少到多、由粗到细、逐渐丰富,对依法解决行政争议,保护公民合法权益,全面推进依法行政,加快建设法治政府,发挥了特殊的积极作用,应当利用修法的机会将这些司法解释中符合法治精神和立法指导思想的主要内容选择纳入《行政诉讼法》,这是现行《行政诉讼法》需要发展的部分。

经过 23 年的司法实践,这部法律的诸多缺陷已显露出来,亟须克服和修正。比如,其立法宗旨、目的等随着经济社会的发展和人们认识的转变,就日益显现出其不符合现代法治精神,不利于推动行政法治和保护公民利益的一面,一些在品格上具有不恰当倾向性的各色文本以及滞后条款甚至与立法原意相冲突的个别条款不断进入并停留在人们的视野中(这包括其他单项立法和司法解释),这些对于建设我们的法治国家和法治社会是非常不利的,应当利用修法的机会对这些不适当的内容,系统地进行审视和删改。可见,如何顺应时代发展要求、符合现实国情地修改《行政诉讼法》,通过行政审判制度、机制和方法创新,推动我国行政法治发展和法治政府建设,已成为紧迫的社会需求。

在我国宣布社会主义法律体系形成之后,“修旧法”的任务与“立新法”的任务并重,《行政诉讼法》的修改工作已纳入立法计划,人们对此寄予很高的期望。党的十八大政治报告指出,要“进一步深化司法体制改革,确保审判机关、检察机关依法独立公正行使审判权、检察权”。2013 年 11 月中共十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》强调,要深化司法体制改革,加快建设公正高效权威的社会主义司法制度,维护人民权益,让人民群众在每一

个司法案件中都感受到公平正义;要确保依法独立公正行使审判权检察权,健全司法权力运行机制,完善人权司法保障制度。在这样的形势下,如何通过《行政诉讼法》的修改来推动司法改革、实现司法公正,促进法治政府建设,更成为一项重大而紧迫的行政法制革新课题。

尽管司法实践早已表明我国《行政诉讼法》亟须进行修改,但其出路是什么?宜作大改、中改还是小改?修改过程中应遵循什么原则?主要从哪些方面着手修改?这些问题都亟须系统地作出回答。面对如此重大的现实课题和系统工程,总结《行政诉讼法》多年施行的经验教训,结合行政法治发展的客观要求,笔者以为该法的立法精神和基本框架现在仍然可行,无须根本否定;但部分内容已不适应行政法治发展的要求,亟须加以修改补充。简言之,把那些已看清楚问题症结并就解决思路形成共识的内容(包括通过司法解释已在行政诉讼实践中尝试得到检验的内容)加以调整修改补充,也即采用适度修改的中改方案,可能是比较适宜的。笔者认为,在修法过程中应注重研究解决如下制度革新完善的课题。

一、贯彻优先保护公民合法权益的原则

《行政诉讼法》第一章第1条开宗明义地规定:“为保证人民法院正确、及时审理行政案件,保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护和监督行政机关依法行使行政职权,根据宪法制定本法。”这里的表述顺序是行政诉讼立法的直接目的、终极目的、间接目的、立法依据。我认为,有必要对行政诉讼立法目的之内容和表述顺序进行调整完善,在《行政诉讼法》第1条按照行政诉讼立法的终极目的、间接目的、直接目的、立法依据之顺序进行表达。故建议将《行政诉讼法》第1条修改为:“为保护公民的合法权益,监督行政机关依法行政,保证人民法院正确及时审理行政案件,根据宪法制定本法。”将行政诉讼立法的终极目的即首要目的“保护公民的合法权益”在法律文本开篇就鲜明地提出来,表现出本法的基本品格,有助于统领整个法律文本的体系建构和内容安排。

二、应扩大行政诉讼受案范围

《行政诉讼法》关于“受案范围”的规定存在明显不足:一是受案范围过窄,只限于“具体行政行为”;二是《行政诉讼法》第11条列举的八类具体行政行为的标准不统一,从立法技术上讲存在瑕疵;三是“肯定列举”的叙述模式不利于保

护公民合法权益。因此,笔者认为行政诉讼的受案范围须要扩大,有必要通过明确赋予诉权并简化诉由的方式来扩大行政诉讼受案范围,适宜采用概括式肯定规定加上列举式否定规定,再把抽象行政行为纳入审查范围,并根据检察监督原则增加公益行政诉讼,这样的受案范围更能体现出司法权与行政权的新型关系,能够加大对公民合法权益的保护力度。具体来说,建议在《行政诉讼法》中明确规定:“公民有权就行政争议向人民法院提起诉讼。行政争议是指公民与行政机关之间产生的需要通过法律调整的争议。”“公民就行政争议依法向人民法院提起诉讼的,属于行政诉讼的受案范围。”上述规定的要点在于:首先,以“行政争议”代替“具体行政行为”作为界定行政诉讼受案范围的基准;其次,以“肯定概括加否定列举”模式代替“肯定列举加否定列举”模式,来叙述受案范围;最后,实际上将规章以下的行政规范性文件也纳入了行政诉讼的附带审查范围。作此修改的主要理由在于:

其一,《宪法》第41条规定:“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员,有提出批评和建议的权利;对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为,有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利。”“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有依照法律规定取得国家赔偿的权利。”这是我国公民具有行政诉权的宪法依据。《宪法》第123条规定:“中华人民共和国人民法院是国家的审判机关。”这可看作是人民法院受理行政诉讼案件、行使行政审判权的宪法依据。《行政诉讼法》作此修改的设计意图,主要是从公民诉讼权利和法院的司法审判权力两个方面,以及从二者之间的良性互动关系的角度,来审视和建构行政诉讼制度。

其二,具体行政行为,行政行为,行政争议,这些概念中哪一个能够更好地与行政诉讼范围相衔接呢?对此,法学界和法律实务界一直在进行探讨。众所周知,《行政诉讼法》以“具体行政行为”作为界定受案范围的基准,司法解释已用“对行政行为不服”概括了行政诉讼的受案范围,没有使用“具体”二字^[1];而“具体行政行为”也好、“行政行为”也好,实际上最终都是因为引起了行政争议而被起诉到法院。鉴于行政争议的提法具有更大的包容性,而且在着力保障公民权利和扩大行政诉讼范围这一点上现已达成较多共识,故以“行政争议”作为界定受案范围的

[1] 《行政诉讼法》第2条、第5条使用的是“具体行政行为”的概念,《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条将“具体行政行为”改为“行政行为”,其意蕴颇深。

基准能更好地与现有法律话语系统衔接,在《行政诉讼法》第一章总则中对此共识予以认同并加以规定是必要的。此项修改的设计理念在于确立一种以行政争议为中心、以公民的诉权和法院的审判权为重点的起诉—受理(审理)模式,有利于实现三者之间(指公民与法院、公民与行政机关、行政机关与法院之间)诉讼法律关系的合理安排。这就有利于保证受到行政行为侵害的公民合法权益获得有效救济,同时促进依法行政。

其三,《行政诉讼法》以“肯定列举”模式来叙述受案范围,不利于最大限度地保护相对人权益;而且,这种对“具体行政行为”的列举不可能穷尽,分类标准不一致,容易在法律实践中导致交叉和混乱。而以“肯定概括”模式来叙述受案范围,较有弹性,在必要时能够最大限度扩大受案范围,保护公民合法权益。

三、应扩大行政诉讼参加人范围

从多年的实践效果看,《行政诉讼法》关于诉讼参加人的规定存在一些突出问题。主要表现为:行政诉讼原告的范围狭窄,资格的确立规则不明确;未规定行政公益诉讼,在国家利益或社会公共利益受到损害、又无行政相对人起诉的情况下,不能有效维护国家利益和社会公共利益;行政诉讼第三人的确立规则不明确,第三人的范围比较狭窄;未建构诉讼代表人制度,在当事人众多的情况下不利于诉讼的顺利进行等。故亟须进一步明确行政诉讼原告资格的确立规则和范围,建构行政公益诉讼制度,明确行政公益诉讼原告的范围,明确行政诉讼第三人的确立规则并扩展其范围,规定行政诉讼代表人制度及其具体内容。

建议在《行政诉讼法》中明确规定:“认为行政行为侵害其权益或对其造成不利影响的公民有权提起行政诉讼。但是,公益行政诉讼的原告资格不受上述规定的限制。”“人民检察院认为行政行为侵害国家利益或社会公共利益的,可以提起公益行政诉讼。在人民检察院不提起公益行政诉讼的情况下,公民认为行政行为侵害国家利益或社会公共利益的,可以提起公益行政诉讼。”“同提起诉讼的行政行为或者诉讼结果有利害关系的其他公民可以作为第三人申请参加诉讼,或者由人民法院通知参加诉讼。”作此修改的理由在于:

其一,行政诉讼的原告首先应当包括行政行为的相对人,提起行政诉讼的事由既包括行政行为对相对人的权益直接造成侵害,也包括非直接造成侵害(即行政行为对行政相对人的权益带来了不利影响),同时应包括《最高人民法院关于

《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》)第12条规定的情形:与具体行政行为有法律上利害关系的公民对该行为不服的,可以依法提起行政诉讼。

其二,行政机关在作出行政行为时有可能对国家利益或社会公共利益造成损害,但有时并无直接、具体的相对人因为受到伤害提起诉讼。在此情形下,为更好地保障国家利益和社会公共利益,有必要规定公益行政诉讼。公益行政诉讼制度中的一个重要问题是确定原告范围。当今许多国家都建立了公益行政诉讼制度,有必要对国外公益诉讼的原告范围加以考察借鉴。在英国,法律对于公益的司法救济相对来说比较保守,但在当事人起诉资格自由化方面也有了一些发展,总体而言行政法上的救济手段是朝着统一和宽泛的起诉资格方向发展(例如检察总长为了公共利益可以主动请求司法审查,在私人没有起诉资格时还可以帮助私人申请司法审查,作为居民利益代表的地方政府为了保护本地区的居民利益也有资格申请司法审查)。在美国,通过司法判例的方式不断降低原告资格要求,自然人、法人、社会组织和政府机关都可以提起公益行政诉讼。在日本,规定了类似于公益行政诉讼的民众诉讼,对于原告资格要求也很宽泛。^{〔2〕}我国在建构公益行政诉讼制度时,对于原告资格当下宜作适度限制。众所周知,在国家利益或者公共利益受到损害时,往往也会直接或间接地对公民带来程度不等的不良影响,如果赋予其提起公益行政诉讼资格,会有利于国家利益或公共利益的保护。但由于多种原因,公民在国家利益或社会公共利益受到损害时有可能不敢、不愿、不会提起公益行政诉讼;这时,首先由检察机关出于维护国家利益和社会公共利益的职责提起公益行政诉讼,这是必要的、适当的、高效的。当然,从操作实务考虑,有必要将公益行政诉讼的提起主体分为两个序列,由检察机关作为第一顺序,其他提起主体作为第二顺序。也即在人民检察院由于某些主客观原因不提起公益行政诉讼的情况下,社会组织、公民认为行政行为侵害国家利益或社会公共利益的,可由其提起公益行政诉讼。

其三,《行政诉讼法》第27条规定的第三人的基本要件是:“同提起诉讼的具体行政行为有利害关系”。从比较法的视角来考量,其他国家和地区(如法国、德国、奥地利、日本、我国台湾地区)关于行政诉讼第三人的规定虽然不同(例如称

〔2〕 胡建森:《比较行政法——20国行政法评述》,64~388页,北京,法律出版社,1998。

谓、种类及相关法律条文表达有所差异),但行政诉讼第三人的范围大同小异,往往不仅包括与被诉行政行为有利害关系的第三人,还包括与诉讼结果有利害关系的第三人;而且,所谓“与诉讼结果有利害关系”,并不能完全为“与行政行为有利害关系”这一概念所包容。例如以民事法律关系为中介的第三人,很大一部分是与诉讼结果有利害关系。因此在第三人的确立规则中应该增加“与诉讼结果有利害关系的其他公民”。

四、行政诉讼救济应扩大范围、简化程序

从各国行政诉讼制度实践来看,行政诉讼救济范围和力度是逐渐扩大的。影响这一进程的因素很多,例如一个国家经济、政治、文化、社会的发展,司法资源的增加,诉讼理念的演进,等等。从我国的司法实践来看,随着改革开放的进程,进一步扩大行政诉讼救济的范围,除了违法侵权责任以外,将行政合同违约责任、行政指导过错责任、公共营造物致损责任以及补偿责任等纳入救济范围,同时简化程序、便利当事人、提升救济效率,已是客观要求和社会共识。故笔者就此提出如下建议和意见:

(一)建议在《行政诉讼法》中明确规定:“行政机关在行使行政职权过程中因违法或者过错对公民合法权益造成损害的应当承担赔偿责任。行政机关在合同履行过程中的违约行为应当承担赔偿责任或参照民法相关规定承担责任。行政机关实施行政指导的过程中由于故意或重大过失对公民合法权益造成损害的应当承担责任。行政机关的合法行政行为对公民合法权益造成损害的应当承担补偿责任。公民单独就损害赔偿、补偿提出请求应当先由行政机关解决,对行政机关的处理不服或行政机关逾期不予答复的,可向人民法院提起诉讼。”

作此修改的理由是:其一,在我国《民事诉讼法》的条文中,没有对赔偿责任进行规定,其原因在于《民法通则》第六章“民事责任”中已经对民事赔偿责任的有关问题作出了规定;而相比之下,却没有与《行政诉讼法》相配套的统一的行政实体法,因此在《行政诉讼法》中对赔偿责任进行统一规范是必要的。其二,赔偿责任的理由不应仅限于侵权,还应包括违约、过错、风险等。随着现代行政行为方式的多元化,行政合同、行政指导已成为广泛运用的广义行政行为,行政实务中频频出现的行政合同违约、行政指导致损等现象,却往往由于法律规定的欠缺而不能得到及时有效的救济。本条的主要设计思想是将行政合同违约的赔偿责任和行政

指导致损的过错责任包容进来,使行政合同行为、行政指导行为规范地成为《行政诉讼法》的调整对象。其三,建议将行政补偿也纳入《行政诉讼法》。具体理由在于:(1)行政权力的行使有合法与违法两种情形,由于行政权力本身具有强制性和危险性,即使是合法行使也存在对公民个人造成伤害的危险,故有必要将行政补偿制度纳入《行政诉讼法》。补偿的理论基础为“公平负担原则”,补偿制度的基本功能在于调整公共利益与私人利益或团体利益、全局利益与局部利益的关系。而我国在立法上已对此作出了一定的回应。^{〔3〕}(2)行政补偿与行政赔偿有如下共同点:第一,都是合法权益受到损害;第二,都是行政权的行使造成的结果;第三,都是对受损合法权益的弥补方式;第四,弥补损失都可以采用金钱给付方式。基于以上共同点,在《行政诉讼法》中规定行政补偿适用行政赔偿的程序是可行的。相应地,行政机关承担责任的归责原则也需作补充,即建立以违法或过错责任为主、无过错责任或补偿责任为辅的多元归责体系。过错主要针对形式合法但实质不合理的行政行为;无过错责任原则是针对公共营造物设置管理不当而承担的赔偿责任。(3)适时地将行政补偿制度纳入《行政诉讼法》,有助于完善我国行政救济法律体系。

(二)建议在《行政诉讼法》的执行一章中明确规定:“各级政府设立与行政诉讼相配套的国家专项赔偿准备金,由各级财政直接统一管理。人民法院作出的有支付内容的判决生效后,同时签发支付令。胜诉的当事人持判决书和支付令到被告所属一级政府的国家专项赔偿准备金指定代管银行领取赔偿金。财政经费管理机构从被告行政机关下一年度财政拨款中直接扣减。”

作此修改补充的理由是:我国现行的行政诉讼赔偿制度架构不尽合理而造成赔偿渠道不顺畅,导致每年大量的行政赔偿金闲置未用,而胜诉的行政相对人却得不到及时赔偿,其权利最终得不到实际救济,生效裁判文书等同空头支票,形成“司法白条”,不经过又一个高成本案件(执行案件)的漫长、艰巨过程就没有得到执行的可能,大大伤害了公民对法律的信仰,严重影响有关国家机关的信用和权威。建立法院支付令制度,就能完善国家专项赔偿金制度,更有效地保障公民合

〔3〕例如,过去已有部分法律分散地规定了国家对合法行为致害予以补偿的条款。2004年修宪已通过两个条款对补偿法作出了更明确的规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。(宪法修正案第20条)”“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。(宪法修正案第22条)”又如2004年7月1日起施行的《行政许可法》专门设立了信赖保护和行政补偿条款(第8条)。

法权益,也有助于避开行政机关的阻力,提高行政赔偿的直接性、通畅性、有效性和权威性,克服执行生效裁判文书需另行立案才能执行这一严重浪费司法资源、造成巨大社会成本的不合理现象,与其他方案相比具有较强的可操作性。笔者建议专门建立国家赔偿专项准备金制度和法院支付令制度,法院支付令的制度设计可参考英国的特权令(prerogative orders)之一的执行令(mandamus)制度。^{〔4〕}主要内容是:第一,各级人民政府应当设立与行政诉讼相配套的国家专项赔偿、补偿准备金,存入指定银行,由各级财政直接统一管理。第二,人民法院作出的有金钱给付内容的判决(包括行政赔偿判决和行政补偿判决)生效后,若被诉行政机关在法定期限内拒绝履行,权利人可以向人民法院申请支付令。指定银行应按照支付令向权利人支付赔偿金。第三,指定银行在支付赔偿金后三日内通报本级政府和败诉行政机关,由败诉行政机关向有故意或重大过失的具体责任人追偿。这一制度设计有利于提高执行效率,减少社会成本,从而提升人民法院裁判的权威和公信力。

五、行政诉讼立法应兼顾公平与效率

公平与效率的关系是公法制度和公法学的一个永恒话题,也是行政诉讼法制实践和《行政诉讼法》修改工作中的一个难题。笔者认为,在逐渐形成共识的几个程序性制度环节,应果断决策、积极创新,努力协调公平与效率的关系,更有效地保护公民合法权益。例如,诉讼期间原则上停止所争议行政行为的执行,一部分案件适用调解方式和简易程序,等等。具体的修改建议和意见是:

(一)建议在《行政诉讼法》中明确规定:“诉讼期间,停止所争议行政行为的执行,并由人民法院制作决定书。但有下列情形之一的,不停止行政行为的执行,并告知当事人:(1)原告同意执行的;(2)经被告或有利害关系的第三人申请,经人民法院审查,认为停止行政行为的执行会对国家或社会重大公共利益或第三人利益造成不可弥补的损失;(3)规范性文件已经生效的;(4)法律、法规规定不停止执行的。”

作此修改的理由是:行政诉讼原告、被告之间的实际地位悬殊,不停止执行可能给原告带来利益损害,并影响其起诉的积极性,故应规定一般情形下停止执行为原则,同时规定例外情形。实际上,在当下的行政诉讼制度实践中,许多行政诉

〔4〕 王名扬:《英国行政法》,184页,北京,中国政法大学出版社,1997。

讼案件一审法院在不损害社会公益等法定情形和要求提供担保等前提下,在审判实践中已大量采取了“诉讼期间停止执行所争议行政行为”的做法,且并未产生明显的负面影响。再则,由于行政行为的公定力、拘束力等特性及行政效率的要求,停止执行所争议行政行为应由法院决定,并允许当事人提出异议;而不停止执行所争议行政行为是一种常态,则不必由法院决定,但也应给予当事人救济机会。

(二) 建议在《行政诉讼法》中明确规定调解、和解制度:“人民法院审理行政案件,在双方自愿、被告行政机关对诉讼标的享有自由裁量权、不损害国家、社会公共利益及第三人利益的情形下,可以适用调解,可以双方和解,并以此结案。”

作此修改的理由是:《行政诉讼法》现行规定的立论基础是行政职权不得放弃,被告对于诉讼标的不享有处分权;但实际上有些引起争议的行政行为属于行政机关的自由裁量行为,被告在一定幅度内享有一定的自由裁量权,也即可以作出一定的让步,这些情形下可以适用调解,可以双方和解。这样既可及时解决纠纷,又可缓解双方的对立冲突,节约诉讼成本。调解、和解的纠纷解决方式具有许多长处,现在不仅适用于私法领域,在公法领域也日益广泛地适用,例如刑事法律制度实践中的控辩交易和附带民事赔偿诉讼和解。显然,旨在解决法律纠纷、补救受损权益、缓解官民矛盾的行政诉讼制度,在实践中也可积极和适度地采用调解、和解等非诉讼解决纠纷的操作方式。

(三) 建议在《行政诉讼法》中明确规定简易程序:“中级人民法院和基层人民法院审理下列一审行政案件,可以适用简易程序,可以由法官独任审判:(1)诉讼标的额在1000元以下的行政案件;(2)用简易程序作出的行政处罚、行政许可案件;(3)初步审查有可能在程序上驳回起诉的案件;(4)事实认定无异议,仅对法律适用或程序有异议的案件;(5)不服行政机关违法要求履行义务的案件;(6)双方当事人合意选择并申请适用简易程序的案件。”

作此修改的理由是:原被告之间的权利义务较明确、争议较小的行政案件,一些采用独任审判的简易程序也可以满足当事人追求公正的基本要求,同时可以降低司法成本、提高诉讼效率。过去采取“一刀切”、一律不适用简易程序的做法,使得行政诉讼制度缺乏机动灵活性,未必符合法律经济学原理。作此修改后,突出尊重当事人的程序选择权,双方合意可以适用简易程序,并从形式要件上规定了适用简易程序的条件,具有较强的操作性。这既保证了当事人意思自治,又保证了行政诉讼效率,有利于保护公民合法权益。

六、行政争议解决机制应坚持司法最终性

《行政诉讼法》第3条规定：“人民法院依法对行政案件独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”这一条将审判机关、行政机关、社会组织和个人之间的关系作了界定，但从我国行政诉讼实践的效果来看还有所不足。故建议在这一条增加一款：“行政争议由人民法院行使最终裁决权。”这一规定包含两层含义：其一，所有行政行为（除法律另有明确规定的个别情形除外）均应有机会受到司法审查；其二，司法裁决应当得到有效执行，司法权威理应受到行政机关的尊重。此规定能够更好地体现行政争议解决机制中的司法最终性，保证由司法机关对于行政机关的行政管理行为作最终裁决，也符合当今行政法治发展的世界潮流，有助于更有效、可靠地保护公民的合法权益。作此修改的具体理由在于：

其一，从宪法所规定的行政权与公民权利的关系来看，对于行政机关的行政行为，公民有权向法院提起行政诉讼，要求司法审查；从行政权与审判权的关系来看，司法权对行政权进行监督和制约也是基本的宪法原则。因此，从国家宪政结构的完整性来考虑，应当确立司法的最终裁决权。

其二，从我国未来行政法和行政诉讼法的发展方向来看，如果仍然存在（甚至大量存在）一般的行政管理行为由行政机关运用行政权作最终裁决的制度设计，这与世界发展潮流不符。特别是我国已经加入WTO，如果作为世界贸易组织成员而不信守承诺，就会在国际上造成不良影响，损害政府机关的形象。

其三，目前，我国《公民出境入境管理法》第15条、《外国人入境出境管理法》第29条、《行政复议法》第14条和第30条规定的部分情形中，行政机关仍有终局裁决权。但是，行政相对人对行政机关的信任，并不能保证行政终局裁决的公正性，可见上述规定与公民权利保障及法院审判权行使的发展趋势并不吻合。我国在专利和商标等方面也曾有行政终局裁决的规定，但随着《专利法》、《商标法》的修改，这种行政终局裁决的规定已相继取消，这也印证了司法最终裁决才是发展趋势。随着我国法治发展的进程，一般的行政管理行为发生行政争议由司法权进行最终裁决已是大势所趋，也是常规状态下最可靠地保障公民合法权益的一种理性选择。

七、应将符合法治精神的司法解释选择纳入法律文本

《行政诉讼法》施行23年来，为了保证行政审判工作的有效开展，陆续出台了

很多司法解释,包括立法性的规范性文件和关于具体案件的答复意见。例如:为确保世贸组织规则在成员方的有效实施,世贸组织协定对成员方的司法审查提出了明确要求。我国加入WTO之后,已经按照世贸组织规则的要求,修订和制定了大量的法律法规,建立和完善了相应的司法审查制度,将与货物贸易、服务贸易、知识产权及外商直接投资相关的具体行政行为纳入司法审查的范围,大大拓宽了行政审判领域,为行政审判注入了新的内容。可以说,在人民法院所有审判工作中,行政审判受到加入世贸组织的挑战和影响最为直接。2002年8月29日,最高人民法院公布了《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》。该司法解释是最高人民法院为了适应我国加入WTO后全国法院行政审判面临的新形势而出台的第一部有关人民法院审理与WTO规则相关的国际贸易行政案件的重要的司法解释。2002年12月3日,最高人民法院公布了《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》和《关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》。以上三部司法解释的公布是我国行政审判开始全面调节国际贸易法律关系的重要标志。

行政法具有开放的品格,既调整国内经济管理中的法律关系,也调整国际经济交往中的法律关系。记得刚开始恢复关贸总协定(GATT)缔约方地位谈判时,许多人想当然地认为这只是一个经济问题,后来才知道实际上大量的是法律问题,随后进一步发现其中存在许多的行政法问题,例如怎样认知并合理调整政府规制行为的广度、频度、力度、透明度。这涉及经济行政管理行为的法治化,涉及经济行政管理法律制度如何调整改革。人们形象地将其比喻为“入世之后面临最大考验的既是企业组织,更是政府机关”。

在现代社会,一个国家和地区必然要同其他国家和地区发生千丝万缕、日益频繁的经济联系,随着经济交往日益频繁和多样化推进,不当的经济行为和难免的经济纠纷也会日益增多。特别是在全球化背景下,中国作为最大的转型发展国家,在经济快速成长的和平崛起过程中,与其他经济体的贸易摩擦也会日益增多。因而需要遵循统一的交往规则,需要通过多样化的行政手段加以规制,于是难免发生行政争议,并且需要加以行政解决,最后需要通过行政诉讼等机制加以司法解决,以免留下口实而被封杀、围剿、妖魔化和边缘化。

经过长达15年的复关谈判和入世谈判,我国终于从2001年12月11日起正式成为世贸组织(WTO)成员。作为负责任的大国和最大的新兴经济体国家,我

国在入世之后须采取实际步骤来兑现对于 WTO 的各项承诺。但由于我国行政诉讼法一直没有作过修改,不完全适应行政审判工作的客观要求,故通过司法解释来积极调节国际贸易法律关系就成为一种理性选择。这是最高人民法院于 2002 年推出关于国际贸易、反倾销、反补贴行政案件三个司法解释文件的基本背景。

这些司法解释契合现代市场经济的客观规律和我国的现实国情,体现出制度创新和方法创新精神,例如:确立了货物贸易、服务贸易、有关知识产权及其他国际贸易行政案件的一体解决和分类处理机制,提高了第一审国际贸易行政案件管辖级别,扩大了反倾销、反补贴行政案件受理范围,确立了审理案件适用条文的一致原则,实行了反倾销、反补贴行政行为的案卷记录和审查制度,完善了审理反倾销、反补贴行政行为的举证责任分配机制,确立了参照有关涉外民事诉讼程序审理行政案件机制,等等。实践证明,上述司法解释的创新内容具有重大的行政法治发展意义,有助于解决国际经济交往活动和涉外行政审判工作的现实难题,能够依法保障我国市场经济的稳健发展。因此,应当利用修法之机将其中的主要内容选择纳入《行政诉讼法》。

八、把不符合法治精神的司法解释予以排除

司法解释的制度创新意义如前所述。但司法解释是否存在以及存在哪些负面效应?人们有着不同的看法。多年来的行政审判工作中,不断出现一些司法解释超出了创设法律规范的职权界限,引发了对于上位法的矛盾冲突,须予以重视、妥善解决。特别是最高人民法院曾经作出关于审判工作中不得适用宪法规范的涉宪解释,关于山东齐玉苓案件如何作出裁判的涉宪解释,关于“因违反法定程序,责令被申请人重新作出具体行政行为,不受《行政诉讼法》第 55 条规定的限制”的涉法解释,一再引起理论界和实务界的许多非议,因此,司法解释“过于积极”、“伸手太长”、“曲解立法”、“蚕食立法”、“涉嫌违宪”、“司法机关变成了最终立法机关、最高立法机关”等批评意见一直不断。因此,应否以及如何《行政诉讼法》修改之际一并解决上述矛盾,排除那些越权规定,提升司法解释的法治化水平,就成为不容回避的重大现实课题。

这里有必要检讨关于行政诉讼公益功能的一个认识误区和错误解释。亚当·斯密从经济社会学角度论述过市场这只“看不见的手”的作用,认为任何经济行为都有公益性,个人利益会在市场机制的作用下自动促进公共利益的实现,这

类似于“主观为自己、客观为大家”的意思。应当说,公共利益与私人利益各有其内涵和界限,各有存在和发展的空间;但二者的关系、界限并不是绝对的,而是你中有我、我中有你、相互体现。例如城市规划与拆迁,当然是出于公共利益需要而作出的行政规划并据此采取的一系列有关行为,但拆迁后建设开发的最后结果,在回迁或补偿能够到位的情况下,往往使得该区域的生产、生活条件和城市形象得到改善,更多的市民得到实惠,他们的私人利益得到更充分实现,也即经由公共利益促进了私人利益。再如“民告官”的行政复议、行政诉讼,看起来是公民为了维护个人利益而采取的行为,是一种私益诉讼,但他们主张个人权利的同时,也发动了行政复议、行政诉讼这样的行政监督救济程序,使得违法的行政行为能够受到审查纠正,产生了促进依法行政的社会效果,也即经由私人利益促进了公共利益,私益诉讼具有一定的公益功能。正因为如此,笔者认为与此有关的如下司法解释是值得认真反思、检讨的。

《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》,也即俗称“司法解释九十八条”的第54条第2款规定,因违反法定程序,责令被申请人重新作出具体行政行为,不受《行政诉讼法》第55条规定的限制,也即作为“被告不得以同一的事实和理由做出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为”之第二类除外情形。这一司法解释的规定引起较多争议,不但涉及行政审判实务中行政程序违法诉讼案件下降是否由此引起的争议,而且涉及学界多年争论的行政相对人就行政程序违法提起行政诉讼具有一定公益效应之应否给予回报的问题,司法解释作此规定似乎并不符合《行政诉讼法》的立法原意,不利于公民依法行使行政诉讼权利。这里所说的公益效应,是指行政相对人为维护自身权益而提起行政诉讼发动司法审查程序后,具有引起审判机关运用司法权力审查行政机关行使行政权力的过程,促使行政机关依法行政特别是依照行政程序法行政的某种社会效益。而从实际效果来看,做出上述司法解释之后产生了非常消极的法规范实施效果,自2000年以来针对行政程序违法行为提起的行政诉讼案件日益减少,不利于促进行政机关严格依照行政程序法办事。因此,笔者认为制度创新要有利于调动行政相对人就行政程序违法提起行政诉讼的积极性,建议在修改《行政诉讼法》时将其修改规定为:“人民法院以违反法定程序为由,决定撤销具体行政行为,责令被告重新作出具体行政行为的,被告重新作出的具体行政行为,应当较之原具体行政行为更有利于原告。”同时笔者建议有权机关通过修改《行政复议法》