



XINGZHENG SUSONG RUOGAN WENTI YANJIU

# 行政诉讼 若干问题研究

黄学贤 陈 仪 著

苏州大学法学院  
诉讼法学文丛

SUZHOU DAXUE FAXUEYUAN SUSONG FAXUE WENCONG

主编  
胡亚球



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS



苏州大学法学院  
诉讼法学文丛

SUZHOU DAXUE FAXUEYUAN SUSONGFAXUE WENCONG

XINGZHENG SUSONG RUOGAN WENTI YANJIU

# 行政诉讼 若干问题研究

黄学贤 陈仪 著



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

**图书在版编目(CIP)数据**

行政诉讼若干问题研究/黄学贤,陈仪著. —厦门:厦门大学出版社,2008.9  
(苏州大学法学院诉讼法学文丛/胡亚球主编)

ISBN 978-7-5615-3085-6

I. 行… II. ①黄…②陈… 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(2008)第 140053 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门大学 邮编:361005)

<http://www.xmupress.com>

[xmup@public.xm.fj.cn](mailto:xmup@public.xm.fj.cn)

三明地质印刷厂印刷

2008年9月第1版 2008年9月第1次印刷

开本:787×960 1/16 印张:14.75 插页:2

字数:257千字 印数:0001~3 000册

定价:21.00元

如有印装质量问题请与承印厂调换

## 文丛序言

苏州大学王健法学院渊源于1915年创设的“东吴大学法学院”。当时的东吴大学法学院突出“英美法”教学模式和高级法律人才的培养,以其科学的培养目标和鲜明的教学特色,赢得了“南东吴,北朝阳”的美誉,培养了王宠惠、吴经熊、倪征燠、李浩培、潘汉典、杨铁樑等一大批现当代著名的法学专家,使东吴大学的法学教育一度饮誉海内外,成为中国法学教育家园中的一朵奇葩。从1952年院系调整起,学院历经风雨,几经坎坷。1982年经国务院批准,学院由“江苏师范学院”易名为“苏州大学”,同时恢复法学教育,成为全国最早恢复法学教育的院校之一。2000年学院校友王健教授次子王嘉廉先生慷慨出资捐建苏州大学法学楼,设立奖学金,以推动苏州大学法学院的法学教育 and 研究。苏州大学法学院同年更名为王健法学院,成为全国第一个由海外专项基金参与建设的公办法学院。

学院现有法学博士点一个,法学一级硕士学位授予点,同时具有法律专业硕士学位的授予权。2000年学院获得诉讼法专业的硕士学位授予权,2001年开始招收诉讼法专业硕士研究生。学院现有从事诉讼法学教学研究的教师近10名。我们在努力提高诉讼法学教学品质的同时,始终密切关注诉讼法学科发展的最新动态,开展对诉讼法前沿问题的研究,积极参与中国诉讼法律制度的改革和完善活动。近10年来,我们先后出版了20余部著作,发表了百余篇学术论文,内容涉及刑事诉讼、民事诉讼、行政诉讼、替代型纠纷解决机制及司法改革等方面,在诉讼法学界产生了较大的影响。

为了进一步提升我院的诉讼法学教学和研究水准,促进诉讼法学科的发展,并加快我国诉讼法制改革和完善的步伐,我组织编写这套“苏州大学法学院诉讼法学文丛”。本文丛以诉讼法学的基本理论为研究对象,主要分为《民事诉讼原理》、《刑事诉讼原理》、《民事证据原理研究》、《刑事证据原理》、《民事诉讼制度的理论基础》、《民事司法方法论》、《审判机制的困境与出路》、《公证



制度基本原理》等8种,预计在近年内出版完毕。

本丛书的编写得到了苏州大学王健法学院领导和教师的支持,也得到了部分其他院校的诉讼法学同仁和实务部门的一些专家学者的支持,在此表示感谢。本丛书的出版耗费了厦门大学法学院齐树洁教授、张榕教授和厦门大学出版社施高翔先生的大量心血,没有他们的大力支持、帮助和鼓励,本丛书无法得以顺利付梓,在此一并表示最真诚的感谢。

尽管我们为本丛书倾尽了心智,但限于作者的学识和学术境界所限,本丛书的缺陷和谬误在所难免,恳请学界同仁、朋友和读者提出最善意、最尖锐的批评。

**胡亚球**

2008年春谨识于姑苏城外

# 目 录

## 文丛序言

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| 1 官民争讼谁诉谁其实并不重要            | 1   |
| 2 行政诉讼与刑事诉讼之间的关系及其处理       | 5   |
| 3 行政公益诉讼:研究现状与值得进一步探讨的若干问题 | 17  |
| 4 行政诉讼原告资格若干问题探讨           | 42  |
| 5 行政诉讼中应当赋予原告管辖异议权         | 56  |
| 6 行政诉讼调解制度研讨的学术梳理          | 58  |
| 7 行政诉讼中的自由心证制度与证明标准问题探讨    | 86  |
| 8 行政诉讼中暂时性法律保护制度研究         | 109 |
| 9 行政诉讼证据交换制度及其完善           | 129 |
| 10 行政诉讼中的证明妨碍制度探讨          | 138 |
| 11 行政诉讼中的情况判决研究            | 153 |
| 12 对“对判决书上网制度基础的追问”的追问     | 164 |
| 13 中国行政审判模式的重构             | 167 |

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| 14 我国台湾地区行政诉讼基本原则探析                     | 176 |
| 15 我国台湾地区行政诉讼中的和解<br>制度探讨               | 183 |
| 16 我国台湾地区“行政程序法”关于正当<br>法律程序及其违反后果的规定评析 | 188 |
| 17 由两起简单的行政不作为案件引起的<br>法律思考             | 210 |
| 18 行政事实行为具有可诉性                          | 216 |
| 19 拼车该不该处罚                              | 219 |
| 20 对一起手机作弊案的法律思考                        | 221 |
| 后 记                                     | 229 |

## 1

## 官民争讼谁诉谁其实并不重要

〔内容提要〕 行政诉讼与行政法治之间的关系已经不需要再作太多的讨论了。但是如何发挥行政诉讼在行政法治中的作用则需要进一步的研究。有学者认为我国行政诉讼需要在现行“民告官”的模式中再加上“官告民”的模式,以求得官民平等。有学者则认为,根本没这个必要。其实,官民争讼,谁诉谁并不重要。

我国《行政诉讼法》自1990年10月1日实施以来,在促进行政机关依法行政,保障行政相对人合法权益,推进我国政治文明建设等方面发挥的积极作用是有目共睹的。随着我国法治建设的不断加强,《行政诉讼法》在促进政治文明建设方面的积极意义将更加显现。当然徒法不足以自行。特别是像《行政诉讼法》这样的具有自身特殊性的法律,其功能的有效发挥尚需各方面的共同努力。

就如何发挥行政诉讼制度的应有功能,在学术界曾经有过关于行政诉讼模式的讨论。有学者针对我国现行行政诉讼“民告官”的诉讼模式,主张应同时建立“官告民”的诉讼模式。通过“官告民”将行政机关从为所欲为的权力宝座上拉下来,与老百姓平起平坐。该学者认为,如果说提倡“官告民”就是赋予了国家机关更多的“对付”公民的手段的话,这种手段才是真正符合法治要求的手段,才是法治条件下政府应该学会的基本的管理国家和社会的方法,是现代政府的一项基本功。不管是“民告官”还是“官告民”,只要到了法院,双方就是平等的。公民不因自己势单力薄而受到不利的待遇,政府也不因自己有权有势而得到特殊的关照。“官告民”主要是为了保证国家机关的行为合宪合法、合情合理。而不同意“官告民”模式的学者则认为,行政机关在行政管理的领域必须享有某些必要的“特权”。因此,中国行政法治的实现,主要不是靠剥夺行政固有或者应有的实体权力(当然,不该赋予的权力应该依法收回),而是更多依靠从实体和程序方面予以规范,并加强有效的法律监督(包括司法审查)。可见,两种主张的宗旨都是要通过诉讼这一官民平等的手段来实现行政法治。分歧在于在官民纠纷的诉讼中,谁当原告,谁当被告。

对于上述关于诉讼模式的争论,我们首先感到的是,在中国这样一个有着几千年封建社会历史的国家,公开探讨官民之间的纠纷如何解决,而且还要寻找出一个是谁告民还是民告官,抑或既可以民告官,也可以官告民的有效途径来,确实表明了历史的巨大进步。进一步讲,这也是《行政诉讼法》颁布施行以来的积极成果之一,同时也是学者们意欲进一步推进和完善行政诉讼制度的良苦用心之表现。但是,我们认为在解决官民纠纷的诉讼中,原告、被告的地位也即谁诉谁的问题其实并不重要,重要的是行政机关(即我们这里所谈的“官”)如何看待自己的权力和因行使权力而引起的诉讼,行政相对人是否真正成为行政法律关系的主体,法院能否真正独立裁判。

任何行政机关及其职能部门都拥有相应的职权,以便对国家事务和社会事务进行有效的管理。问题在于如果行政权的拥有者认为这种权力是其天然享有的,因而是无边无际的,也是为所欲为而又无须承担任何后果的,那么,无论是民告官还是官告民,其结果都是可想而知的。中国行政权力的特别庞大,行政诉讼制度以及与此相关的行政赔偿制度在实践中所遇到的种种艰难,很值得人们去深思一些法律制度背后的东西。

对行政权的认识,直接关系到人们尤其是作为“官”的行政机关对行政诉讼的认识。在我们国家,行政诉讼在很长时期内不为人们所认识,甚至在《行政诉讼法》实施已经近 20 年的今天,无论是行政机关还是行政相对人,对行政诉讼的认识从总体上来讲仍然很不到位。一些行政机关视提起行政诉讼的行政相对人为刁民,进而采取各种手段百般刁难,对已经进入诉讼程序的案件甚至不惜代价迫使原告撤诉。行政机关不答辩、不出庭,对行政判决不执行的情况并不罕见。行政首长出庭应诉的更是少得可怜。至于行政相对人一方不知道告、不愿告、不敢告的情形更是普遍。在任何诉讼中作为争端裁决者的法院都处于决定性的位置。如果法院不能本着公正司法的精神来解决官民纠纷,而仅仅是从“维护行政机关依法行政”,甚至从“维护政府形象”出发来看待官民争讼,那么,无论是采用“民告官”还是“官告民”的方式,行政相对人的合法权益都不能得到真正的维护。实践中一些法院刻意缩小行政案件的受案范围,法院的角色过于积极主动,甚至代替行政机关调取证据以证明被诉行政行为的合法性,强化庭外活动而淡化庭审职能等,恐怕还不是个别现象。

因此,要想通过诉讼的方式来解决官民纠纷进而推动官民关系的平等化,看来问题确实不在于谁告谁。在中国这样一个官民关系等级森严的国家,我们现行的行政诉讼制度赋予行政相对人以原告的资格,从理论上讲,应当说是推动官民关系平等化的有效手段。但是行政诉讼十余年来的实践使得我们

对此并不乐观。而使得这些不容乐观的问题得以根本改变的出路,也不是在现有的“民告官”的模式下再加上一个“官告民”。因为从形式上来讲,似乎民可以告官,官可以告民,使官民关系真正平等起来了。但是如果行政机关、法院、行政相对人没有从意识深处正确对待官民诉讼,还是抱着一些不正确的观念,再加上一些制度上的欠缺,那问题并不能在实质上得到解决,甚至官告民的方式还会进一步强化行政机关的官意识,弱化行政相对人的诉讼意识。

就政府来讲,首先要充分认识到一切权力都来自于人民,并不是其天生固有的。其所做出的行政行为也不是天然就合法合理的。因此,所有行政机关及其工作人员在作出任何一个行政行为时,都应当从主体、证据、依据、程序等法律要件方面来考虑问题,该作为时就不能不作为,不该作为时就不能乱作为,而且必须考虑行为的法律后果。用一句现今大家都耳熟能详的话来讲,就是市场经济条件下的政府是有限政府、是责任政府,是以为市场主体服务为宗旨的“服务者”,而不是“领导者”。

就行政相对人来讲,在市场经济条件下无论是公民个人还是法人或者其他组织都是以独立的主体身份而出现的,在与政府所形成的行政法律关系中是与行政主体相对应的另一方主体。作为主体一方的行政相对人无论是在行政管理关系中,还是在行政诉讼关系中都享有法律规定的权利,同时也承担法律规定的义务。一句话,市场经济条件下的行政相对人是主体而不是客体。更通俗一点讲,市场经济条件下老百姓是“公民”,而不是“臣民”。

就法院来讲,无论是处理私权利之间的纠纷,还是处理公权力与私权利之间的纠纷,都要始终将自己定位在中立的公断者的地位。尤其是在处理行政机关与行政相对人之间的纠纷时,不能有丝毫的“官官相护”之意念。依法裁判是其唯一的准则。我们常说司法是一个社会最后的保障,是因为人们之所以将纠纷诉诸法院,说明他已经别无他途了。法院是最后的也是最关键的哨岗。也就是说,在处理任何纠纷尤其是公权力与私权利之间的纠纷时,法院的角色是“天平”,而绝不能是“花瓶”。

因此,如果行政机关、行政相对人、法院对自身的定位以及对行政诉讼的认识发生错位,那么,不管赋予官与民哪一方以原告的地位,都不能达到公正解决纠纷的目的。从这个意义上来说,赋予行政机关还是行政相对人以原告的地位确实显得不那么重要。当然,在这个问题上设计相应的制度,还要考虑到一个国家法律文化传统、行政权运行状况、法院的体制及其承载能力以及现有相关法律制度等因素。英美法系适用普通法律,通过普通法院来解决行政机关与行政相对人之间的纠纷,大陆法系适用行政诉讼法,通过行政法院来解

决行政机关与行政相对人之间的纠纷,人们很难评说谁是谁非。因为从法律渊源上来说,他们确有各自的特点,而且更为重要的是从总体上来说,他们的法治状况还是令人满意的。

基于以上分析,我们认为,在我国不管是为了维护和监督行政机关依法行使职权,还是为了保障行政相对人的合法权益,还是为了保证法院准确及时地审理行政案件,以维持现行行政诉讼模式为佳,只是我国现行的行政诉讼制度尚需要在许多具体方面进一步发展和完善。而这一重要的任务自然是我们广大理论工作者一项义不容辞的义务。随着我国法治建设进程的加快,现有行政诉讼制度确实已经面临着诸多的挑战,例如在受案范围上除了抽象行政行为、公益诉讼等已经渐渐明朗化的问题外,能否顺应世界潮流,建立起“以所有行政行为均具有可诉性为原则,以法律明确排除为例外,禁止任何扩大解释”的受案标准;在管辖问题上除了提高管辖级别外,能否在异地管辖方面有更大的进展;在当事人问题上能否与受案范围的扩大相适应进一步放宽原告资格,与行政主体范围的扩大相适应进一步放宽被告资格的限制;在证据制度上如何进一步完善庭前证据交换制度;在审理程序中简易程序、调解制度应否运用、如何运用;在判决方式上能否建立起与诉讼的类型化相应的判决方式的类型化等等。应当说在我国法治建设尤其是行政法治建设的历史性进程中,理论工作者作出了巨大的贡献。面对我国行政法治建设的未来,广大理论工作者应当拿出当年促成《行政诉讼法》的诞生时的巨大勇气,不辜负时代赋予我们的历史责任,将我国行政诉讼制度从而也将我国的行政法治建设推上一个新的台阶。



## 2

行政诉讼与刑事诉讼之间的关系  
及其处理

〔内容提要〕 行政诉讼和刑事诉讼在一般情况下是两种相互独立的诉讼法律关系。但行政诉讼和刑事诉讼会基于不同的原因而发生交织。在两种诉讼交织的情形中又有不同的情况。一种是行政诉讼与刑事诉讼不仅交织而且冲突,在交织与冲突中有时行政诉讼是刑事诉讼的前提,有时刑事诉讼是行政诉讼的前提。另一种是行政诉讼与刑事诉讼只交织但并不冲突。对行政诉讼与刑事诉讼之间的关系,必须根据不同的情形作不同的处理。

从诉讼法律关系的角度来讲,由于行政诉讼与刑事诉讼在产生争议的原因、调整的对象、诉讼的主体地位以及举证责任等方面均存在着较大的差异,所以一般情况下行政诉讼与刑事诉讼是两种相互独立的诉讼法律关系,两者之间并不会出现诉讼效力的大小以及何为先何为后的问题。但是这并不意味着行政诉讼和刑事诉讼之间就绝对不可能出现交织与冲突。事实上,在审判实践中行政诉讼和刑事诉讼之间由于种种原因而产生交织和冲突的情形还是存在的。如果处理不好就会造成行政诉讼和刑事诉讼相矛盾的结果。这不仅会造成诉讼资源的浪费、影响诉讼效率,严重的还会造成法律秩序甚至社会的不稳定。因此,研究行政诉讼和刑事诉讼之间交织与冲突的情形,寻找解决两者冲突的出路,在理论和实践上都具有重要的意义。

行政诉讼与刑事诉讼之间的关系有两种情况,一种是行政诉讼与刑事诉讼之间交织并冲突。另一种是行政诉讼与刑事诉讼之间只交织但并不冲突。在这两种情况中前者更为复杂,其处理方式及其结果对实践的影响也更为重要。行政诉讼和刑事诉讼交织并冲突的情形主要有以下几种:

行政诉讼是刑事诉讼之前提的相互交织与冲突。所谓行政诉讼是刑事诉讼的前提,是指刑事诉讼中的被告是否构成犯罪、构成何种罪以及如何量刑等要以行政审判的结果为前提。在这种情形下法院是否对刑事诉讼中的被告定

罪、定什么罪、如何量刑均取决于行政行为是否合法。例如,甲乙两人原是夫妻,因感情不和而离婚。不久甲与另一单身女人同居。乙对此很是不满,遂以离婚程序违法到婚姻登记机关要求撤销离婚决定,遭到婚姻登记机关的拒绝。于是乙向法院提起行政诉讼,要求法院撤销婚姻登记机关的离婚登记行为。同时乙又向法院提起刑事自诉状告甲犯有重婚罪。很显然,在这一案件中甲是否构成重婚罪要以婚姻登记机关的离婚登记行为是否违法为前提。

行政诉讼是刑事诉讼之前提的情形虽然主要发生于刑事自诉案件中,但是在刑事公诉案件中也会出现这种情况。例如,2000年10月27日,陈某驾驶一辆二轮摩托车在转弯时与相向行驶的许某所驾的二轮摩托车(后载徐某)相撞,造成许、徐受伤后经抢救无效而死亡、陈某九级伤残的重大交通事故。交警大队在交通事故责任认定中认定陈某负本次事故的主要责任,许某负事故的次要责任,徐某免负事故责任。陈某不服,向当地交警支队申请重新认定,该支队作出维持原责任认定的决定,但是未告知陈某诉权和起诉期限。2001年2月26日当地公安局以陈某涉嫌交通肇事罪对其立案侦查,陈某被取保候审。同年3月14日,陈某以交警大队对其所作的责任认定事实不清、证据不足、程序违法、适用法律错误为由提起行政诉讼,请求撤销责任认定,法律对陈某的起诉立案受理。次日,检察院以陈某违反交通管理法规,发生重大交通事故,致二人死亡,情节特别恶劣,依法应按交通肇事罪追究刑事责任为由提起公诉,法院也立案受理。<sup>①</sup>在本案中行政诉讼与刑事公诉发生了明显的冲突。<sup>②</sup>很显然,陈某是否构成交通肇事罪,交警大队的责任认定是具有决定意义的证据。因此,本案中陈某涉嫌交通肇事罪的刑事诉讼必须以陈某所提起的行政诉讼之结果为前提。

有学者将由公安机关的刑事侦查行为引起的行政诉讼与刑事诉讼的交织作为两种诉讼交织的一种单独情形。<sup>③</sup>尽管最高人民法院《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《若干解释》)第1条第2款

① 案件来源:web@rmfyb.com,访问日期:2001年5月28日。

② 对本案涉及的事故责任认定的可诉性问题,暂且不谈。虽然有关规定规定了对事故责任认定不能提起行政诉讼,但是由于该类规定不符合行政法基本原理,不利于保护当事人的合法权益,故受到理论界的强烈批评。实践中有些法院也从有效维护当事人的合法权益出发,受理该类行政诉讼,如本案中的法院。笔者认为这是符合行政法治发展趋势的。

③ 参见王振清主编:《行政诉讼前沿实务问题研究》,中国方正出版社2004年版,第287~289页。

第2项规定:“公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为”不属于法院行政诉讼的受案范围,但是实践中由于公安机关享有行政执法和刑事侦查的双重职权,有时对公安机关的行为究竟是行政行为还是刑事侦查行为很难从表面上予以区分。而且有些公安机关往往以刑事侦查之名行行政为之实,而当当事人对其所实施的有关行为提起行政诉讼时,则以其所实施的行为是刑事侦查行为为理由予以抗辩。这时不可避免地产生行政诉讼与刑事诉讼的交织。在这种情形下最为有效的方法一般是先进行行政诉讼,在确认该行为是行政行为时则适用行政诉讼法对其进行合法性审查。所以,由公安机关的刑事侦查行为引起的行政诉讼与刑事诉讼冲突的情形,实际上还是属于行政诉讼是刑事诉讼之前提两种诉讼冲突的情形。

以下情形也是行政诉讼是刑事诉讼之前提的一种类型。即有时仅仅是行政处罚还达不到有效制止和惩罚违法行为人之目的,而必须在一定的行政处罚之后,再对违法行为人通过刑事诉讼处以刑事制裁。例如《刑法》第201条第1款规定:“纳税人采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证,在帐簿上多列支出或者不列、少列收入,经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报的手段,不缴或者少缴应纳税款,偷税数额占应纳税额的百分之十以上不满百分之三十并且偷税数额在一万元以上不满十万元的,或者因偷税被税务机关给予两次行政处罚又偷税的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处偷税数额一倍以上五倍以下罚金。”上述规定中如果行为人因偷税被税务机关给予两次行政处罚又偷税的,就会被处以相关刑事制裁。但是如果行为人在刑事诉讼的过程中又对行政处罚提起行政诉讼,要求撤销税务机关对其实施的行政处罚,则不可避免地产生了行政诉讼与刑事诉讼的交织与冲突。很明显在这一冲突中刑事诉讼必须以行政诉讼为前提。因为行政诉讼的结果如何,即对行为人的行政处罚是否成立,决定了要不要对行为人追究刑事责任。

刑事诉讼是行政诉讼之前提的相互交织与冲突。所谓刑事诉讼是行政诉讼的前提,是指行政诉讼要以刑事诉讼的结果为前提。某一行为究竟是一般的违法行为还是犯罪行为,不同的机关往往会作出不同的认定。当出现这种交织情形时由于法院刑事审判组织最具权威性,行政审判组织对行政行为合法性的审查必须在刑事审判组织对行为人是否构成犯罪的定性作出之后进行。也就是说,行政诉讼对行政行为合法性的审查要以刑事诉讼为前提。刑事诉讼是行政诉讼之前提的情形主要有以下几种:第一,行政诉讼与提起公诉的刑事诉讼相交织并冲突。这种情形又有两种情况:一是法院行政审判组织在行政诉讼的过程中认为原告或者第三人的行为已经构成犯罪,需要将有关

材料移送有关机关按照刑事诉讼程序进行处理。这种情况常见于行政处罚案件中。二是在行政诉讼过程中检察机关认为行政诉讼原告的行为已经构成犯罪而启动刑事诉讼程序。

第二,行政诉讼与刑事自诉的交织并冲突。根据我国《刑法》和《刑事诉讼法》的有关规定,刑事自诉案件包括三大类:告诉才处理的案件;被害人有证据证明的轻微刑事案件;被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当追究刑事责任,而公安机关或者检察机关不予追究被告人刑事责任的案件。由于刑事自诉案件必须由当事人自己起诉才会启动司法程序,因此对这类犯罪如果受害人不主动提起刑事自诉,司法机关则不能主动追究侵害人的犯罪行为。法院在审理行政案件的过程中即使发现可能存在由受害人提起刑事自诉的犯罪行为,也不能将相关材料直接移送有关机关而启动刑事诉讼程序。是否追究侵害人的犯罪行为完全取决于受害人的意志。由于法院很难预料受害人在什么时候提起刑事自诉,因此,行政诉讼与刑事自诉相交织的情形就更加复杂。一般来讲行政诉讼与刑事自诉相交织并冲突的情形主要有以下两种:一是当事人在提起行政诉讼的同时又提起刑事自诉。如果法院既受理行政诉讼案件,又受理了刑事自诉案件,就有可能产生相互矛盾的判决结果。因为行政诉讼可能认定侵害人的行为属于一般的违法行为,而判决维持或者变更行政处罚。但刑事诉讼可能认定侵害人的行为已经触犯了刑法,从而构成犯罪。二是当事人在行政诉讼的过程中提起刑事自诉。例如,在行政处罚案件中,受害人认为行政处罚过轻而对行政机关提起行政诉讼,在行政诉讼过程中又对侵害人提起刑事自诉。或者侵害人不服行政处罚而提起行政诉讼,在行政诉讼进行中受害人又对侵害人提起刑事自诉。这两种情况均会导致行政诉讼和刑事诉讼判决结果的冲突。对于上述情形中当事人在提起行政诉讼的同时,或者在行政诉讼的过程中提起刑事自诉,从而发生行政诉讼与刑事诉讼交织并冲突的情形,一般认为应作为刑事诉讼是行政诉讼之前提的情形处理。但是,实际上这里的情况是比较复杂的,笔者也先作这样的处理,在后面将对此作进一步的分析。

有学者将行政处罚和刑事处罚衔接时以及行政处罚和刑事处罚竞合时引起的行政诉讼和刑事诉讼冲突的情形作为两种诉讼冲突的单独情形,即针对违法行为的行政处罚引起的行政诉讼与针对该行为的刑事诉讼的交织并冲突。所谓行政处罚和刑事处罚衔接,是指根据当事人违法程度的不同,法律一般规定对轻微的违法行为只给予行政处罚,对违法情节严重的则给予刑事处罚。这就会导致行政诉讼与刑事诉讼的衔接。例如某工商行政管理部门根据

《中华人民共和国公司登记条例》第58条“办理公司登记时虚报注册资本,取得公司登记的,由公司登记机关责令改正,处以虚报注册资本金额百分之五以上百分之十以下的罚款;情节严重的,撤销公司登记,吊销营业执照。构成犯罪的,依法追究刑事责任”之规定,以虚报注册资本对某行政相对人处以吊销营业执照之处罚,该行政相对人对工商部门的行政处罚不服而提起行政诉讼。在行政诉讼期间公安机关认为该行政相对人构成虚报注册资本罪,故立案作为刑事案件进行侦查。由此而产生行政诉讼与刑事诉讼的交织。所谓行政诉讼与刑事诉讼竞合,是指对某一违法行为,法律也会规定可以同时适用行政处罚和刑事处罚。例如《中华人民共和国道路交通安全法》第101条第1款规定,违法道路交通安全法律、法规的规定,发生重大交通事故,构成犯罪的,依法追究刑事责任,并由公安机关交通管理部门吊销机动车驾驶证。根据该规定,如果当事人的上述行为构成犯罪,在被追究刑事责任的同时还要被处以吊销驾驶证的行政处罚。如果当事人对被吊销驾驶证的行政处罚行为不服而提起行政诉讼,则必然会出现行政诉讼与刑事诉讼的交织并冲突。<sup>①</sup>对于这两种情形的行政诉讼与刑事诉讼的冲突,笔者认为实际上并不成其为单独的情形,而应当归于刑事诉讼是行政诉讼之前提的情形。在所谓行政处罚与刑事处罚衔接时而引起的行政诉讼和刑事诉讼冲突的情形中,如果行政相对人不服行政处罚而提起行政诉讼,在行政诉讼的过程中,公安机关或者检察机关认为被诉的行政处罚所涉及的原告或者第三人的行为不是一般的违法行为,因而不能仅仅给予其行政处罚,否则,就不足以惩戒其违法性,必须立案进入刑事诉讼程序。这时就必须以刑事诉讼为前提,即如果通过刑事诉讼认定该行为为犯罪,则给予其刑事制裁而不再给予其行政制裁。如果通过刑事诉讼认定该行为不构成犯罪,则由行政机关处理,对于行政机关的处理如行政相对人不服而提起行政诉讼的,则由法院行政审判组织对行政行为的合法性进行审查。在所谓行政诉讼与刑事诉讼竞合的情形中,<sup>②</sup>实际上也是以刑事诉讼为前提的。如上述《道路交通安全法》规定的情形,只有当事人的行为构成犯罪,才会被追究刑事责任并被处以吊销驾驶证的行政处罚。

理论上和实践中有这样的一种情况是值得关注的,就是在行政诉讼的过

---

① 参见王振清主编:《行政诉讼前沿实务问题研究》,中国方正出版社2004年版,第286~287页。

② 严格地讲,这种情形不能称为竞合,因为在这种情形下行政处罚和刑事处罚是同时进行的。

程中,公安机关认为受具体行政行为处理的原告的行为已经构成犯罪而对其启动刑事诉讼程序。具体又有两种情况,一是作为行政诉讼被告的公安机关在行政诉讼期间对原告采取刑事强制措施,有的公安机关甚至当庭拒捕行政诉讼原告,有的在二审期间将行政诉讼原告予以刑事拘留或者逮捕;二是公安机关认为行政诉讼的原告有犯罪嫌疑而对其采取刑事强制措施。<sup>①</sup>笔者认为,公安机关作为一种特殊的行政机关兼有行政和一定条件下的刑事双重职能,为了真正体现行政诉讼中原告、被告的地位平等,更好地保护行政诉讼中原告的权益,在行政诉讼中应当不允许公安机关以任何借口对行政诉讼的原告主动启动刑事诉讼程序,尤其是有权启动刑事诉讼程序的公安机关恰恰又是正在进行中的行政诉讼中的被告。否则,很难杜绝公安机关在行政诉讼进行之中对原告采取刑事措施。只有法院在行政诉讼的过程中认为有关当事人的行为已经构成犯罪而将有关材料移送给公安机关后,公安机关才可以针对行政诉讼中的原告启动刑事诉讼程序。

上述两种情形无论是行政诉讼是刑事诉讼之前提而引起的两种诉讼的交织,还是刑事诉讼是行政诉讼之前提而引起的两种诉讼之交织,其共同点是两种诉讼不仅交织而且冲突,即两种诉讼不仅交织在一起,而且作为前提的诉讼如果没有结果,则另一诉讼就无法开展。但是,有时行政诉讼和刑事诉讼虽然交织,但却不发生冲突,即一个诉讼并不以另一个诉讼之结果为前提。这种只交织而不冲突的情形有的学者称之为行政诉讼与刑事诉讼的非冲突性连接。这种非冲突性连接的特点是:第一,刑事犯罪问题是在行政诉讼进行过程中发现的,由此产生需要刑事诉讼加以处理解决的前提条件。第二,行政诉讼与刑事诉讼连接进行,这种连接表现为两种诉讼处理同一案件事实中发现的不同性质的问题,在诉讼程序上可以是并行连接的,也可以是先后连接的。第三,两种诉讼无论在程序上,还是在实体处理结果上都不会发生冲突,即刑事诉讼对行政诉讼的进行并不产生任何影响。<sup>②</sup>

行政诉讼与刑事诉讼只交织而不冲突的情形主要以下几种:一是法律、法规分别规定了对违法行为人的行政处罚和刑事处罚,两种处罚之间不存在联系,从而由此而引起的行政诉讼和刑事诉讼虽然是同一违法行为引起的,但是两者之间并不存在何者为前提的问题。行政诉讼和刑事诉讼只存在交织并不

<sup>①</sup> 参见马怀德主编:《行政诉讼原理》,法律出版社2004年版,第53页。王振清主编:《行政诉讼前沿实务问题研究》,中国方正出版社2004年版,第284页。

<sup>②</sup> 参见胡建森主编:《行政诉讼法学》,高等教育出版社2003年版,第318~319页。