

当代中国行政法

第八卷

应松年 主编



 人民出版社

当代中国行政法

第八卷

应松年 主编



 人民出版社

| 第四十二章 |

行政诉讼

国家行政学院法学部教授、博士生导师，中国政法大學法学博士，劍橋大學、倫敦大學訪問學者。獨著有《行政行為司法審查強度研究——行政審判權縱向範圍分析》《權力結構中的行政訴訟》和《政府信息公開主要問題研究》；譯著有《英國行政法教科書》《法律與行政》（主譯），並參與過多部學術著作的撰寫，《元照英美法詞典》“憲法行政法”相關詞條的專業作者，並在《法學研究》《中國法學》《政法論壇》等刊物上發表論文近百篇。

行政诉讼,是行政法制度重要的、不可或缺的组成部分。现代行政法的发展表明,无行政诉讼,则无现代行政法。我国行政诉讼制度,对推动中国行政法的发展功莫大焉。近年来,随着我国行政法制度的发展,行政诉讼的理论和制度出现了新发展和变化。本章主要对行政诉讼涉及的重大问题展开分析。

第一节 行政诉讼的特点

一般认为,行政诉讼是法院解决行政争议的法律制度。^①这一界定是基于对行政诉讼本质特征的理解而作出的概括性分析。由于法律传统的差异、国情的不同等诸多因素的影响,事实上每个国家的行政诉讼制度都有自己的特点,甚至用语也存在区别。本节通过对行政诉讼相关要素的分析,揭示行政诉讼的特征。

一、解决的主体是法院

行政诉讼是法院解决争议的制度,解决主体是法院,属于司法活动,适用的程序为司法程序。这一点使行政诉讼区别于行政复议等其他解决行政争议的制度。不过,行政诉讼都是法院来解决行政争议,但解决行政争议的法院却不尽相同,存在着行政法院和普通法院之别,其背后的观念有巨大差异。

在大陆法系国家,有专门的行政法院负责行政诉讼。行政法院与普通法院并存,且自成体系。追本溯源,这一安排源于奠定大陆法系行政

^① 参见应松年主编:《行政诉讼法学》(高等政法院校规划教材),中国政法大学出版社2002年版,第1页;金俊银等:《行政诉讼概论》,人民出版社1990年版,第7页。

诉讼制度基础的法国。由于法国大革命时期普通法院对进步行政的阻挠,和认为行政诉讼即是行政本身的认识,法国排除了普通法院对行政案件的管辖权,另设隶属于行政机关的机构专事行政案件的审理。经过漫长的历史发展,法国行政法院已摆脱了依附于行政机关的地位,发展成为具有独立地位的行政法院系统,并形成了普通法院与行政法院并驾齐驱的局面。^①法国的做法为其他大陆法系国家接纳,且建立了独立于行政系统的行政法院。例如,德国的行政法院保持着与行政的完全分立的地位^②。

英美法系没有“行政诉讼”“行政审判”等类似用语,与此大体对应的是“司法审查”(judicial review)^③。一向注重平等和司法独立的英美系国家,曾认为法国行政法院是保护官吏的制度,有违官民平等这一基本原则,由普通法院统一解决包括行政案件的所有案件,是英美法系的基本理念和基本制度,它强调的是行政与司法两权的分立和司法对行政的有效控制。置于行政系统内的行政法院可能赋予行政太大的权力,使行政失去控制^④,为英美法系人所忧虑。由此,英美法系形成了由普通法院解决行政争议的制度。

① 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第535页。

② 参见[德]弗里德赫穆·胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社2003年版,第5页。在德国,独立的行政法院被认为是法治国家的“支柱”或者“基石”。

③ 在英国等国家存在裁判所,这些裁判所具有一定的独立性,裁判所成员多是专业成员,其解决行政争议的程序采用准司法程序,因此与大陆法系的行政诉讼在形式上具有相似性,以致造成国内有学者误认为英美法系国家的行政裁判制度即为大陆法系的行政诉讼。但裁判所毕竟不是法院,它所解决的争议也不限于行政争议,还包括民事纠纷,同时,行政裁判所裁决不具有最终性,原则上必须接受司法审查,因而将其归入或等同于行政诉讼并不恰当。

④ See Peter L. Strauss: An Introduction to Administrative Justice in the United States, Carolina Academic Press, 1989, p. 211.

从名称上看,我国行政诉讼法^①使用的是“行政诉讼”一词;从历史发展来看,中国的确存在普通法院和行政法院共存的二元司法体制安排^②。但是,我国现行行政诉讼制度采用的是由普通法院解决行政争议的制度,不过法院内部通过设立专门的行政审判庭负责行政诉讼案件的审理。在行政诉讼法此次修订过程中,学术界曾就是否建立中国行政法院制度引发了讨论。^③然而,立法最终并没有采纳。

二、解决的争议为行政争议

行政诉讼解决的是行政争议,这是行政诉讼的本质特征。行政争议是行政机关和法律、法规授权的组织因行使行政职能或公共职能实施活动而发生的争议,既不同于民事争议,也不同于刑事案件。正是争议的性质特点,决定了行政诉讼有别于刑事诉讼和民事诉讼。

对于行政争议,德国、我国地区等则使用“公法争议”或者“公法上争议”^④。除用词的不同,更为重要的是,行政争议的范围在不同国家

① 参见《中华人民共和国行政诉讼法》(1989年4月4日第七届全国人民代表大会第二次会议通过,根据2014年11月1日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议《关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》修正)。

② 1914年《平政院编制令》所确立的平政院,被认为是中国第一个行政法院。

③ 相对早期的讨论有:马怀德、解志勇:《行政诉讼案件执行难的现状及对策——兼论建立行政法院的必要性与可行性》,《法商研究》1999年第6期;陈红:《论建立我国行政法院体制的必要性和可行性》,《浙江学刊》2001年第4期;刘飞:《建立独立的行政法院可为实现司法独立之首要步骤》,《行政法学研究》2002年第3期;等等。近年来的文章有:尹华容:《设置行政法院:行政诉讼突围中的重大误区》,《甘肃政法学院学报》2006年第1期;杨伟东:《建立行政法院的构想及其疏漏》,《广东社会科学》2008年第3期;江必新:《中国行政审判体制改革研究——兼论我国行政法院体系构建的基础、依据及构想》,《行政法学研究》2013年第4期;马怀德:《行政审判体制改革的目标:设立行政法院》,《法律适用》2013年第7期;等等。

④ 参见[德]弗里德赫穆·胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社2003年版,第3页;陈清秀:《行政诉讼法》,翰芦图书出版有限公司1999年版,第58页。

或地区的行政诉讼中存在着不同。对行政争议的范围，有三点值得关注：一是行政争议中最核心争议，是行政机关或行使公共职能的组织与公民、法人或者其他组织之间。在一些国家，行政主体之间的争议也被纳入行政争议范围，并通过行政诉讼加以解决。^①二是随着公共行政或公共管理的发展，行政争议主要引发者已不限于行政机关或者行政主体，越来越多行使公共职能的组织卷涉其中。三是整体来看，随着发展行政争议的范围呈拓宽之势。

三、原被告地位特殊性

根据我国现有行政诉讼制度的安排，行政诉讼的原告为公民、法人或者其他组织，被告为作为行政主体的行政机关和法律、法规授权的组织，双方地位恒定，不能改变。作为行政主体的行政机关和法律、法规授权的组织不能起诉作为被管理对象的公民、法人或者其他组织，在公民、法人或者其他组织提起的行政诉讼中也无反诉权。行政诉讼原被告恒定的特点，是目前我国行政诉讼制度的重要特点。围绕这一特点有两方面的问题需要分析。

（一）我国非诉行政执行的审查并非行政诉讼

本质而言，行政诉讼的存在是为了保护公民的权益，因此行政诉讼的启动者应为公民，行政机关无权启动行政诉讼追究公民责任。我国行政诉讼法确立了原告被告地位恒定这一规则，正是基于这一理念。然而，从现代行政法治来看，行政权并非一项独立自强的权能，这具体表现为行政决定权与行政执行权的分离。不过，分离程度在两大法系有所不同。大陆法系国家一般承认行政执行权是一种独立的权力，需要法律单独授予，但最终往往仍授给了行政机关；而在英美法系国家，行政决定的最终执行权往往授予了法院。我国目前采取的是行政机关与法院共享执行权的体制。一旦行政决定需有法院来执行，就会存在法院是否审查被执行的行政行为的合法性问题。就此问题，我国行政法学界曾进行了相当大

^① 参见王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1989年版，第681页。

的争论。最高人民法院颁布的《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》^①（以下简称《行政诉讼法执行解释》）确立了对被执行行政行为进行实质性审查的制度，《行政强制法》也确认了这一点^②；而美国确实也将法院对被执行行政行为的审查，归入当事人获得司法审查的途径。“这一切会让人们产生行政审判庭对非诉行政执行案件的审查似乎也可以归类于行政诉讼范畴的观点，进而对通行的行政诉讼的概念产生动摇。”^③

非诉行政案件执行中的审查，究竟是否可归入行政诉讼，最终仍需回归到行政诉讼的本质属性来分析。第一，行政诉讼的启动者应不是行政职权的行政机关。诉讼的本质是解决争端，行政诉讼也不例外。某一主体对行政行为的合法性提出异议，与行政机关意见相左，形成争端，并由该主体向法院提出，是行政诉讼产生的前提。作为行使行政职权的行政机关，无权也无需主动要求法院确认其行为的合法性。第二，行政诉讼中的审理必须符合法定形式。开庭审理是行政诉讼审查的实质性要求。第三，法院的裁判与当事人的请求密切相关。非诉行政案件执行中的审查，虽然从相当意义上导致的是对行政行为审查，但此种审查只是执行过程中的附带产品，法院裁定不执行行政行为本质上并不是针对当事人作出的，而是对申请人请求的否定。同时，就目前我国的设计而言，执行中的审查是一个审查程度较弱的审查，无法与行政诉讼相比较，不宜纳入行政诉讼范畴之中。

① 1999年11月24日，最高人民法院审判委员会第1088次会议通过，自2000年3月10日起施行。

② 《行政强制法》第五十七条规定：“人民法院对行政机关强制执行的申请进行书面审查，对符合本法第五十五条规定，且行政决定具备法定执行效力的，除本法第五十八条规定的情形外，人民法院应当自受理之日起七日内作出执行裁定。”第五十八条第一款规定：“人民法院发现有下列情形之一的，在作出裁定前可以听取被执行人和行政机关的意见：（一）明显缺乏事实根据的；（二）明显缺乏法律、法规依据的；（三）其他明显违法并损害被执行人合法权益的。”

③ 杨寅：《行政诉讼概念重解》，《中国法学》2002年第4期。

（二）行政主体能否起诉公民、法人或者其他组织

从国外行政诉讼来看，的确存在行政主体起诉公民、法人或者其他组织的情形。例如，美国的执行诉讼。在公民、法人或者其他组织不执行行政机关的决定，行政机关向法院提起诉讼请求法院裁判执行时，当事人主张行政决定违法作为抗辩理由，法院可以审查行政决定是否合法。^①

在此次修订行政诉讼法过程中，学术界针对我国行政诉讼是否需要改变原被告地位恒定安排时曾有过讨论。其源于因行政合同诉讼纳入行政诉讼受案范围后，基于合同双方地位的平等性，既然公民、法人或者其他组织可以行政机关违约或不履约起诉行政机关，自然公民、法人或者其他组织违约或不履约，行政机关也有权起诉。不过，修正后的《行政诉讼法》虽然把行政合同纳入行政诉讼范围，但未改变原被告地位恒定的安排。《行政诉讼法》第十二条第一款第（十一）项规定，法院受理公民、法人或者其他组织“认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的”而提起的行政诉讼。

第二节 行政诉讼目的

行政诉讼应当按照何种目的进行设计和运作，是行政诉讼中十分重要的问题，不仅攸关行政诉讼理论建构，更关乎行政诉讼理想制度架构^②，以及行政诉讼的成效。

一、行政诉讼目的界定

一般认为，“所谓目的，并不是指某种客观的趋势、自然的指向，不是指那种由自然的原因所引起的自然的结果，而是指那种通过意识、观

① 王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社1995年版，第581页。

② 参见翁岳生编：《行政法》，翰芦图书出版有限公司2000年版，第1127页。

念的中介被自觉地意识到了的活动或行为所指向的对象和结果。”^① 因此，行政诉讼目的，当是指以观念形式表达的国家进行行政诉讼所期望达到的目标，是国家基于对行政诉讼固有属性的认识预先设计的关于行政诉讼结果的理想模式。^②

行政诉讼目的与行政诉讼的作用有关，甚至存在着明显的内在关联，二者有本质不同，不能混同。行政诉讼目的特指创设该制度的国家所设定的目的，这种目的的设定源于国家自觉的、有意识的对行政诉讼结果的价值评判和选择，其构成具体诉讼活动的起点。作用通常指某一项事项或活动对他人或他物所产生的影响。行政诉讼的作用指作为客观存在的行政诉讼其具体的实践活动对相关事项所产生的实际影响。

行政诉讼目的与行政诉讼作用内在关联在于：行政诉讼目的是行政诉讼目的作用的动因和指针；行政诉讼的作用包含着行政诉讼的目的，行政诉讼中含有正向价值的那一部分与行政诉讼的目的取向具有同一性；而行政诉讼作用是制定行政诉讼目的的参考因素，对行政诉讼目的的衡量及其调整离不开对行政诉讼作用的评判。

然而，行政诉讼目的与行政诉讼作用存在明显的区别。第一，行政诉讼目的是国家构建行政诉讼制度的前提，带有预先设计性，是国家对行政诉讼所产生的结果预期或者设计；而行政诉讼的作用是行政诉讼实际运作结果的表现。第二，行政诉讼目的的确定虽然带有对行政诉讼固有属性的考虑，但其确定本质仍是国家意志的反映，是国家对行政诉讼价值选择的产物，带有一定的主观性和价值取向性；而行政诉讼作用属客观后果，并不以任何人的意志为转移，具有客观性和中立性。第三，行政诉讼目的主要对国家和决策者而言，而行政诉讼作用的对象则具有多元性，包括行政机关、公民和组织等。^③

① 夏甄陶：《关于目的的哲学》，上海人民出版社1982年版，第227页。

② 参见宋英辉：《刑事诉讼目的论》，中国人民公安大学出版社1995年版，第3页。

③ 参见杨伟东：《行政诉讼目的探讨》，《国家行政学院学报》2004年第3期。

二、可能的目的及相关争议

如同民事、刑事诉讼目的存有异议一样，如何确定行政诉讼的目的或者理解行政诉讼目的，在行政法学界一直存有争议。

修正前的《行政诉讼法》第一条规定：“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。”围绕此规定，并基于对行政诉讼性质的解读，形成了行政诉讼目的的不同认识。

目的一：保护权益。行政诉讼的目的在于，通过校正行政管理中公民、法人或者其他组织与作为管理者的行政主体之间的不对等，给予公民、法人或者其他组织提出异议、进而获得权利救济的权利。在行政程序之中，公民处于被动、弱势的地位，而行政机关却是强势的。因而，当公民、组织认为自己的正当利益受到行政机关侵害时，在没有私力救济的能力和条件下，只有向法院寻求帮助，故行政诉讼是弱势者对强势的法院的一种信赖和依靠。^①

目的二：监督行政。从行政诉讼运作来看，大多数的行政诉讼案件是通过法院对行政机关行使行政职权的行为审查得以进行的。在行政诉讼中，法院审查行政行为是否合法并作出裁判。行政诉讼构造与行政法治具有亲缘性，行政诉讼是法院行政机关遵守法律的有力工具，没有行政诉讼行政法治等于一句空话。^②

目的三：解决争议。行政法治与依法行政是对行政最基本的要求，但这一要求并不能从根本上保证行政行为一定合法有效。与立法权和司法权相比，行政具有主动性和积极性，是“面向未来的连续性社会形成

① 参见谭宗泽：《行政诉讼目的的新论——以行政诉讼结构转换为维度》，《现代法学》2010年第4期。

② 参见王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社1995年版，第566页。

活动”^①。行政的此种特性有助于保障行政的高效性和国家政策的实施，为行政管理和现实所需。不过，行政活动的主动性和塑造性也使行政机关的活动有一定的进攻性和入侵性，提高了行政机关违法的可能性，为行政机关侵害公民的权利提供了机会，由此可能诱发公民对行政活动的不满，产生行政争端。

目的四：维护行政。法院对行政行为的审查，违法的予以撤销或确认违法，合法的予以维持。前者是对公民、组织权益的保护，后者是对行政机关的维护。“行政诉讼立法的目的在于保障和维护、公民的合法权益”，“但同时强调行政诉讼立法的目的还在于保障行政机关依法行使权力，认为保护公民的合法权益和保障行政机关依法行使权力不是对立的，而是统一的。”^②

对于上述四种目的，遭到明显质疑的是第四项目的。这一带有历史印迹的目的设定，显然与行政诉讼的本质不符，因而应当予以摒弃，这在行政法学界是很早就达成的共识。不过，对余下的三项目的，如何理解和处理，则形成了不同看法。有学者认为，行政诉讼应当是多重目的；有学者认为，则应当把保护权益作为唯一目的。^③

三、目的的协调

客观而言，保护权益、监督行政与解决争议，三目的密不可分。保护公民、法人或者其他组织的权益，需要解决行政争议和监督审查行政行为得以实现，三者事实上相互交织。然而，深入分析可以发现，三目的之间存在微妙差异，且这些差异可能导致行政诉讼制度设计重大不同。

① 德国学者福尔斯托霍夫语，转引自[日]南博方：《日本行政法》，杨建顺、周作彩译，中国人民大学出版社1988年版，第8页。

② 张树义：《〈行政诉讼法（草案）〉若干争论问题再思考》，《法学》1989年第3期。

③ 参见马怀德主编：《行政诉讼原理》，法律出版社2003年版，第70页。

保护权益以保护公民、组织权益为中心,属主观诉讼的范畴。它强调行政诉讼的程序设计和运作机制主要围绕着当事人的权利损害与救济展开;监督行政的主要目的在于促进良好行政和正当行政,当归入客观诉讼之理念。诉讼的关键问题不是当事人的权利或利益是否受到侵犯,而是行政行为是否存在违法^①;而解决争议以消弭纷争为己任,行政行为是否违法或许不是关键,不过通过和解、调解能让争议双方达成一致,但有可能违反公共利益或者导致无法对行政行为是否违法作出评判。

消除三目之间潜存的不一致,理想的方法是行政诉讼类型化。行政诉讼的类型化,是在承认行政争议的多样性和当事人诉讼请求不同的基础上,针对不同类型的请求和案件确立不同的起诉条件、审理规则和裁判方式等的安排。

修正后的行政诉讼法没有实行行政诉讼类型化安排,但是对行政诉讼的目的作出了调整。修正后的《行政诉讼法》第一条规定:“为保证人民法院公正、及时审理行政案件,解决行政争议,保护公民、法人和其他组织的合法权益,监督行政机关依法行使职权,根据宪法,制定本法。”

与之前的目的规定相比,修正后的行政诉讼法有两个重要变化:一方面,删除“维护”行政机关行使职权的规定。此规定或目的的删除是自然的结果,相应的修正后的行政诉讼法在判决方式明确删除了“维持判决”。另一方面,增加“解决行政争议”目的。作为解决争议的制度,行政诉讼的运转需要维持诉讼的基本架构,致力于消除争议。

修正后的行政诉讼法对行政诉讼目的的协调方式,是通过对三重目的的优先顺序安排处理的,即强化行政诉讼的权利救济和争议解决的功能。

^① 参见杨伟东:《行政诉讼目的探讨》,《国家行政学院学报》2004年第3期。

第三节 行政诉讼基本原则

根据我国《行政诉讼法》第一章总则的规定，一般认为我国行政诉讼的基本原则包括以下内容：人民法院依法独立行使行政审判权原则；保障公民、法人和其他组织的起诉权利；以事实为根据、以法律为准绳的原则；行政行为合法性审查原则；当事人的法律地位平等原则；使用民族语言文字原则；辩论原则；合议、回避、公开审判和两审终审原则；人民检察院实行法律监督原则。在法律中规定基本原则，在相关法学研究中描述和解释基本原则，在我国司空见惯。行政法和行政诉讼法领域亦是如此。但对如何识别法律的基本原则，行政诉讼有哪些基本原则等问题，行政法学界虽然给予了一定的关注，但这些关注多集中于法律条文的语义分析，而缺乏对行政诉讼法规定的批判性研究，本节希望能透过法律规定对行政诉讼基本原则作一重新认识。

一、行政诉讼基本原则的界定

在法学中，对基本原则进行研究和总结具有十分重要的意义。面对千姿百态的社会生活和数目繁多的法律规则，用原则或基本原则指导立法或对规则加以提炼和概括，是法律演进和法学研究中必不可少的工作。

对基本原则或原则的概括和把握，有两个基本模式。一种模式就是，把基本原则或原则当作一个先验的公理，具体融于法律条文和具体规定之中；另一种模式是，通过（司法）经验和裁判总结和提炼基本原则或原则。前一种主要体现在大陆法系之中，后一种模式则主要运用于英美法系国家。庞德曾对后一种模式作出了解释：“一个原则是一种用来进行法律论证的权威性出发点。各种原则是法律工作者将司法经验组织起来的产品，他们将各种案件加以区别，并在区分的后面定上一条原则，以及将某一领域内长期发展起来的判决经验进行比较，为了便于论证，或者把某些案件归之于一个总的出发点，而把其他一些案件归之于某个其

他出发点，或者找出一个适用于整个领域的更能包括一切的出发点。”^①

在立法文件中规定基本原则是我国立法的重要特色。与此相关的，局限于以立法中的某些规定为依据解释分析某一部门法的基本原则，构成了我国法学研究的基本特点。我国诉讼法学和行政法学界主流的观点认为，（行政）诉讼基本原则是指贯穿于（行政）诉讼始终，对整个（行政）诉讼活动起着指导和支配作用的基本准则。法定性、普遍性、概括性和指导性，被确定为（行政）诉讼基本原则的基本特征或识别标准。^② 诉讼法学和行政法学界通常以刑事、民事和行政诉讼立法总则中的规定为依据对基本原则进行分析。近年来，学术界开始对此种观点和做法进行反思。概括性和指导性是基本共识，而普遍性和法定性均遭到不同程度的质疑。“普遍性”即贯穿始终性标准受到异议，有学者将基本原则界定为对诉讼全过程或主要阶段起指导作用的基本准则^③；民事訴訟法学界一些学者已开始超越民诉法的规定，对民事诉讼基本原则进行重建，基本原则的“法定性”标准实际被搁置。视“法定性”为法律基本原则的要求的认识攸关行政诉讼基本原则的范围及研究视野，有必要予以澄清。

毫无疑问，包括法律中的原则在内的任何原则，都必须以一定方式加以表达和阐释。因为原则是一种规律性东西的宣示，代表了一项工作或某一事物运作的原理，它是人们对某一事物或工作进行长期摸索和研究的结晶，“与一门学科的理论部分相关”^④。“当原则被系统表述时，所

① [美] 庞德：《通过法律的社会控制》，商务印书馆 1984 年版，第 85 页。

② 参见罗豪才、应松年主编：《行政诉讼法学》，中国政法大学出版社 1990 年版，第 22—23 页；杨海坤主编：《行政法与行政诉讼法》，法律出版社 1992 年版，第 196 页；柴发邦主编：《民事诉讼法学》（修订本），北京大学出版社 1992 年版，第 61 页；刘恒：《行政救济制度研究》，法律出版社 1998 年版，第 183 页；等等。

③ 如见薛刚凌主编：《行政诉讼法学》，华文出版社 1998 年版，第 58—59 页；江伟主编：《民事诉讼法学原理》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 304 页。

④ Henry Campbell Black: Black's Law Dictionary, 6th edition, St Paul, Minn. West Publishing Co., 1990, p.1193.

表述的是蕴含于活动自身的某种东西。原则通过系统表述得以明确，并因而成为明智行为的基础。随之而来的是，原则和以其为原则的活动，构成了一种逻辑关系。从事这些活动就应该是按照它们的原则行事。”^①

判别基本原则的本质特性关键在于其是否反映了事物的本质规律和根本性，表达方式并不起决定性作用。从法律基本原则的发展源头来看，往往是思想原则在先，而法律原则在后，即往往是学者经过对某一法律部门或法律现象进行长期而深入的研究之后，总结出其规律，并加以系统化，先形成思想原则，最终才逐步转化为法律原则的。如司法独立和无罪推定最先都是学者作为体现新的法律价值和现代法治精神被提出了的思想准则，构成了各国刑事诉讼程序规则新体系的基础，历经挫折最终才载入一些国家的宪法和刑事诉讼法之中的。因此，把基本原则引入法律之中，转化为法律原则无可非议。但这并不意味着只有法律规定的的基本原则才能构成某一部门法的基本原则。法定性并不是基本原则的基本特性。本章对行政诉讼基本原则的研究，关注但不局限于立法中的规定。

本章对行政诉讼基本原则的分析基于这些认识和考虑：第一，客观性和本土制度的统一。行政诉讼基本原则的确定必须反映行政诉讼制度本身及其发展的共有规律，但必须考虑到行政诉讼制度在我国运作的特殊性。第二，共同性和特殊性的统一。行政诉讼与刑事、民事乃至宪法诉讼共同构成了诉讼制度体系，它们既有共同的原理和一般规律，也有各自的特点和特殊规律。对行政诉讼基本原则的确定和研究，要在遵循和反映诉讼制度的共同原理和一般规律的基础上，突出其特殊性。第三，法定性和完善性的统一。鉴于我国对法律基本原则的研究立意在于指导和完善立法，并通过立法指导实践，法定性和完善性必须合理兼顾。本章的研究侧重于研究行政诉讼的特殊原则并立足于完善我国行政诉讼的基本原则。

① [英] A.J.M.米尔恩：《人的权利与人的多样性——人权哲学》，夏勇、张志铭译，中国大百科全书出版社1995年版，第26—27页。

二、合法性审查原则

（一）合法性审查原则的基本内涵

合法性审查构成我国行政诉讼特有的基本原则，在我国法学界并无异议。我国《行政诉讼法》第六条对该原则作了如下规定：“人民法院审理行政案件，对行政行为是否合法进行审查”。据此，学者认为合法性审查原则的内涵有：

1. 在行政诉讼中，司法权有高于行政权的效力。法院根据行政诉讼法的规定取得了对行政机关的行政行为进行受理、调查、审理和判决等各项审判权力。人民法院有权接受公民、法人或者其他组织对行政机关的（具体）行政行为效力提出异议，有权对被告（具体）行政行为进行审查，并依法确认该行为是否合法，肯定或者否定（具体）行政行为原有的效力。^①由此，可以认为该原则是我国行政诉讼法建立司法审查制度的明显标志。^②

2. 司法权此种高于行政权的效力具有范围和程度的限制。第一，法院审查的对象须受受案范围限制，而不能涵盖全部行政行为；第二，法院对行政行为的审查原则上只限于合法性，而不包括合理性；^③第三，合法性审查原则决定法院的一审判决，主要采用确认违法、撤销或履行判决形式，变更判决必须有严格限制^④，否则有司法替代行政之嫌。

因此，学者普遍认为，“合法性审查既是法律对司法权监督和制约行政权的授权，也是对司法权监督和制约行政权的限制，人民法院也可以只有在合法性审查的前提下对行政权进行监督和制约，超越合法性审查

① 参见肖峋：《试论人民法院审查具体行政行为合法性的原则》，《中国法学》1989年第4期。

② 参见姜明安：《行政诉讼法学》，北京大学出版社1993年版，第43页。

③ 参见姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社1999年版，第306—307页。

④ 参见应松年：《论行政行为的司法监督》，《政法论坛》1990年第6期。