

上海市高原学科（上海政法学院）资助

行政诉讼的足迹与未来

著名中青年学者近十年行政诉讼研究述评

黄学贤 梁 玥 ◆ 主编



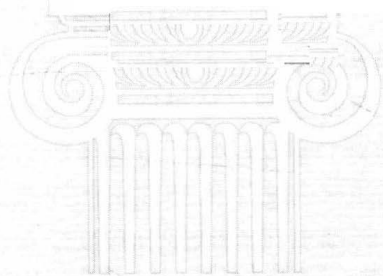
苏州大学出版社
Soochow University Press

上海市高原学科（上海政法学院）资助

行政诉讼的足迹与未来

著名中青年学者近十年行政诉讼研究述评

黄学贤 梁 玥 ◆ 主编



苏州大学出版社
Soochow University Press

图书在版编目 (CIP) 数据

行政诉讼的足迹与未来：著名中青年学者近十年行政诉讼研究述评 / 黄学贤，梁玥主编. —苏州：苏州大学出版社，2018.4

上海市高原学科（上海政法学院）资助

ISBN 978-7-5672-2407-0

I. ①行… II. ①黄… ②梁… 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 (2018) 第 078112 号

行政诉讼的足迹与未来

著名中青年学者近十年行政诉讼研究述评

黄学贤 梁 玥 主编

责任编辑 倪浩文

苏州大学出版社出版发行

(地址：苏州市十梓街 1 号 邮编：215006)

镇江文苑制版印刷有限责任公司印装

(地址：镇江市黄山南路 18 号润州花园 6-1 号 邮编：212000)

开本 700 mm×1 000 mm 1/16 印张 17.75 字数 300 千

2018 年 4 月第 1 版 2018 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5672-2407-0 定价：55.00 元

苏州大学版图书若有印装错误，本社负责调换

苏州大学出版社营销部 电话：0512-65225020

苏州大学出版社网址 <http://www.sudapress.com>

前言

行政诉讼的理论及其制度实践在很大程度上体现了一个国家或地区行政法治的发展水平。我国《行政诉讼法》颁行以来，风雨兼程，一路前行，有力地推动着我国行政法治的前进历程。同时，行政法治的实践又反过来促进了行政诉讼制度的不断完善。在这一历史进程中，广大行政法学者功不可没，他们孜孜以求，吸取中外行政法治建设的理论智慧和实践经验，使中国的行政诉讼从无到有并不断完善。马怀德教授、章剑生教授、余凌云教授、何海波教授、章志远教授是这支强大队伍中的佼佼者。多年来，他们探求不息，笔耕不辍。其行政诉讼方面的研究成果为学界和实务部门所认可。他们近十年来对行政诉讼理论与实践的研究成果代表了学界的前沿性水平，也展示了我国行政诉讼的发展轨迹，在很大程度上引领了我国行政诉讼的发展方向。为了进一步推进我国行政诉讼制度的完善，使其成为我国法治政府建设的加速器，总结、研究、推广其学术成就，便有了自不必说的理论与实践意义。

本书具有以下几个方面的特征：

1. 研究对象的代表性。马怀德教授、章剑生教授、余凌云教授是生于20世纪60年代的行政法学界中研究行政诉讼成果丰硕的杰出代表。而何海波教授、章志远教授则是生于70年代的行政法学界中研究行政诉讼成果丰硕的杰出代表。他们的研究继承了老一辈的思想精髓，但又摆脱了老一辈的思想束缚；具备年轻一代的开拓进取精神，但又没有年轻人的盲目草率之举。

2. 研究成果的前沿性。本书系统梳理了五位教授近十年来发表的行政诉讼方面的文章和学术著作。近十年既是我国行政诉讼法学理论迅速发展的十年，也是我国行政诉讼实践丰富多彩的十年。特别是近几年来围绕《行政诉讼法》的修改，学界有诸多争鸣。他们的研究也一直是基于理论与实践的最新进展而展开。本书则是他们前沿性研究的集中体现。

3. 研究方法的特殊性。本书针对个别对象，采用系统梳理、述论结合的研究方法，将各位研究对象近十年来行政诉讼方面的前沿性研究成果

应有尽有地收集、完整系统地整理、史论结合地评述，从而使得本书既不是简单的资料汇编，也不是纯粹的坐而论道。

4. 成果运用的广泛性。1989年4月4日第七届全国人民代表大会第二次会议通过《行政诉讼法》，1990年10月1日起施行。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》第一次修正。根据2017年6月27日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉和〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》第二次修正。《行政诉讼法》的修改既是行政法治实践的推动，也是广大理论工作者不懈努力的结果。深入推进依法行政，加快法治政府建设的时代要求，在召唤着行政诉讼制度的努力践行和进一步完善。该成果是广大理论工作者教学与科研的重要参考书，是广大行政法爱好者进一步学习行政诉讼的重要参考读物，是广大行政审判工作者从事行政审判工作的重要参阅资料，是广大立法工作者进一步完善我国行政诉讼制度必要的基础性资料。

本书研究的资料主要基于五位教授自2005年前后至2016年期间的行政诉讼研究成果。这十年间我国行政法治的理论与实践都有了飞速的发展，《行政诉讼法》也作了修订。行政公益诉讼在经过试点并取得成功后，也已通过《行政诉讼法》的第二次修订而入法。为了体现五位教授学术研究的心路历程，对其研究成果的梳理完全保持其原有状态。本书内容由安冉、徐恒婧、刘益浒、张震、杨东升完成初稿，主编修改定稿。张震协助主编做了大量的工作。

编者

2017年10月

目 录

第一章 马怀德教授行政诉讼研究述评 /1

- 一、马怀德教授近十年行政诉讼研究成果 /2
- 二、马怀德教授对中国法治发展的认识 /3
- 三、马怀德教授对行政诉讼制度完善的建议 /7
- 四、马怀德教授对1989年《行政诉讼法》修改建议 /14
- 五、马怀德教授对《行政诉讼法》修改后的意见及建议 /53
- 结 语 /58
- 参考文献 /59

第二章 章剑生教授行政诉讼研究述评 /61

- 一、行政诉讼法修改的基本立场 /62
- 二、行政诉讼主体 /68
- 三、行政诉讼客体 /76
- 四、行政诉讼行为 /80
- 五、行政诉讼证据 /85
- 六、行政诉讼审判依据 /87
- 七、行政诉讼裁判 /99
- 八、行政诉讼的其他问题 /114
- 结语 /122
- 参考文献 /122

第三章 余凌云教授行政诉讼研究述评 /124

- 一、行政诉讼、行政诉讼法与行政法的关系 /124

- 二、行政诉讼受案范围 /129
- 三、行政诉讼参加人 /134
- 四、行政诉讼裁判问题 /142
- 五、行政诉讼其他问题 /149
- 结语 /152
- 参考文献 /153

第四章 何海波教授行政诉讼研究述评 /155

- 一、行政诉讼制度的功能 /155
- 二、行政诉讼受案范围 /157
- 三、诉讼当事人 /161
- 四、管辖法院 /166
- 五、行政行为的合法要件 /173
- 六、行政诉讼中的正当程序 /178
- 七、行政证据 /186
- 八、法律依据 /188
- 九、判决和裁定的适用 /191
- 十、判决之外的处理方式 /195
- 十一、诉讼中的其他程序 /197
- 十二、行政行为对民事审判的拘束力 /203
- 十三、对 2014 年《行政诉讼法》修改的总结 /208
- 结语 /211
- 参考文献 /211

第五章 章志远教授行政诉讼研究述评 /213

- 一、行政诉讼类型和研究 /213
- 二、预防性不作为诉讼 /232

- 三、行政确认诉讼的运作规则 /236
- 四、行政诉讼司法建议制度 /241
- 五、行政诉讼中的行政撤销权 /244
- 六、行政诉讼补正判决 /247
- 七、司法判决中的行政不作为 /248
- 八、行政公益诉讼热的冷思考 /252
- 九、检察机关提起行政公益诉讼制度正式试水 /258
- 十、论我国行政法学研究的转型：基于新《行政诉讼法》
的视角 /259
- 十一、新《行政诉讼法》实施对行政行为理论的发展 /263
- 十二、行政诉讼“双被告”制度 /269
- 结语 /274
- 参考文献 /275

第一章

马怀德教授行政诉讼研究述评

近年来,马怀德教授的研究主要围绕“法治 GDP”“法治”“突发事件应对”“行政诉讼法”“国家赔偿”“城市执法完善”“立法问题”“高校管理”“信访”“反腐”等主题。文章类型包括专业学术论文、会议讲话、期刊访谈等形式。在“法治”思想的指导下,马怀德教授关注中国特色法治体系建设,参与国家法律制定;关注现实矛盾,探讨信访制度的规范,积极引导群众走出“信访不信法”的困境;关注司法现状,积极助推改革,力促审判独立、法官独立的实现。

针对修改前的《行政诉讼法》,马怀德教授从行政诉讼的目的、行政诉讼类型化、行政法院设立、原被告资格等方面提出建议。他认为,行政诉讼法的根本目的在于保护公民、法人和其他组织的权益。针对行政诉讼受案范围,他认为,修改前的受案范围存在划分不合理、保护不周全、标准不统一等问题,建议采用“肯定概括+否定列举”的方式确定,在表述上,以“行政争议”取代“具体行政行为”。另外,建议将部分抽象行政行为纳入行政诉讼受案范围之中,并对可纳入的抽象行为范畴进行具体阐述。针对当事人诉讼资格和法律地位问题,他建议对原告资格进行拓展,有法律上的利害关系的人均可起诉。建议增加公益诉讼原告资格的规定,检察机关可进一步探索扩大公益诉讼范围。针对被告资格问题,建议以作出行政行为的行政机关或组织为被告,遵循“谁行为,谁为被告”的原则。经复议的案件,确定复议机关为被告。对行政诉讼第三人资格的确定,建议采用“有法律上的利益”为确定标准。针对原法规定的管辖问题,建议提高行政级别管辖,扩大地域管辖中的选择范围,确定管辖权单向转移原则。针对诉讼时限问题,建议延长诉讼时限,增加时限延长、中断等规定。建议进一步完善证据规则。建议增加我国行政诉讼类型,划分为撤销诉讼、课予义务诉讼、给付诉讼、确认诉讼、公益诉讼、机关诉

讼、当事人诉讼七类。针对行政判决裁定执行难的问题，建议在提高执行法院审级的基础上，强化行政机关首长的法律责任，并增设对行政机关相关人员追究刑事责任的规定。建议改革非诉执行制度，建立“官告民”的简易诉讼制度，完善行政诉讼程序，允许调解、和解结案。针对立案难问题，建议当事人可以向上级法院起诉或者上诉，也可请求人民检察院支持起诉，对“立案登记制”所造成的法院工作压力应通过法院系统内部制度改革实现配套。

一、马怀德教授近十年行政诉讼研究成果

我们对马怀德教授近十年中（2006—2016）参与编撰的书籍进行粗略统计约40本，其中与《行政诉讼法》及行政诉讼制度相关书目主要包括《中国行政诉讼法》《行政法与行政诉讼法》《行政诉讼制度的发展历程》《行政诉讼原理》《行政诉讼法学》《新编中华人民共和国行政诉讼法释义》《行政诉讼案例教程》等近14部著作，占比接近1/3。马怀德教授对行政诉讼制度颇为关注。以上书籍中的部分，如《行政法与行政诉讼法》《行政诉讼原理》《行政诉讼法学》等书籍在十年内多次再版发行。书中结合行政诉讼制度的新的发展成果不断补充完善，对法学教育产生重要影响。综合以上书目，马怀德教授分别从不同角度对我国行政诉讼制度现状、发展历史、法学原理、法条注释、实践案例进行介绍，我们选择其中由马怀德教授撰写的具有代表性的章节，将其中所包含的修改意见加以汇总整合，以供本文使用。

此外，值得关注的是由马怀德教授主持的国家社科基金项目“司法改革与行政诉讼制度完善”的研究成果：《司法改革与行政诉讼制度的完善——〈行政诉讼法〉修改建议稿及理由说明书》。该书于2004年由政法大学出版社出版，是该课题研究成果的系统汇编。该书分为上下两篇，上篇介绍司法制度改革，从法院独立和法官独立两方面，探讨我国目前司法体制所存在的问题，穿插借鉴域外经验，对法院和法官制度的改革提出建议，主张建立独立行政法院系统，实现司法独立。下篇介绍《行政诉讼法》修改建议稿及理由说明书，主要从总则、受案范围、管辖、诉讼参加人、证据、起诉和受理、审理与裁判、执行、行政赔偿诉讼、涉外行政诉讼程序的特别规定等方面展开，逐条逐句地提出细致的修改意见，主要结合域外行政诉讼制度及民事诉讼制度对我国《行政诉讼法》提出修改

完善建议。我们认为，该书中所提建议，条文规定过于细致，其中值得商榷的地方有：（1）该书的核心观点为行政法院系统的独立设置，但后文中的方案设置时而与行政法院相衔接，时而在原有法院制度中修改完善，前后修改意见不统一，态度在彻底改革与守旧之间摇摆。（2）新增条文多复制《民事诉讼法》内容，特别是诉讼当事人、证据、执行、涉外行政诉讼程序的部分，多将《民事诉讼法》条文原文复制。我们认为，诉讼制度的共性条文可以通用，采用“准用”方式规定即可，不必另行将相同条文再次填充进《行政诉讼法》，否则会生冗长之感，适当精简更优。（3）在新制度设计中，检察机关过多被当作兜底机关，但凡相关诉讼制度缺乏主体，义务难以实现时，均将相关诉讼义务委于检察机关。我们认为，此种设计会不当加大检察机关工作压力，可行性有待论证。（4）部分条文修改设置多种方案，对策周全考虑的同时会导致核心观点不明朗，缺乏突出的最佳修改建议。然而不可否认的是，该书总体上对《行政诉讼法》修改提出许多有价值的建议，并多为2014年的修法所采纳。考虑该书对总则、受案范围、管辖、诉讼参加人、起诉和受理、审理和裁判等部分的核心修改意见与马怀德教授相关论文中的观点一致，将在下文中一并整合阐述，对该书中观点不再单独评述。

二、马怀德教授对中国法治发展的认识

指导思想影响研究方向。近十年中，马怀德教授在“法治”的指导思想下，关注中国特色法治体系建设，参与国家法律制定，为中国法治建设做出贡献；关注现实矛盾，分析现阶段社会发展进程中的矛盾及解决方式，积极引导群众走出“信访不信法”的现状，规范信访制度，引导争议进入行政诉讼中规范解决；关注我国司法现状，积极助推司法改革，实现司法独立、法官独立。

（一）马怀德教授对“中国特色社会主义法治体系”的认识

马怀德教授认为，党的十八届三中全会提出的全面深化改革的总目标是发展完善中国特色社会主义制度，推进国家治理体系、治理能力的现代化。党的十八届四中全会提出全面推进依法治国的总目标，建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家。相对于党的十八届三中全会而言，四中全会所强调的“法治体系”不同于以往的“法律体系”，其在前者的基础上进步并被赋予新的内涵。“法治体系”突出表现为国家治理

思想的转变,包含国家价值追求取向,不仅强调法律制度的完备,而且强调切实的遵守与执行,具有相应的监督保障机制,为动态系统;而“法律体系”仍停留在静态系统,强调规范完善。相对而言,“法治体系”的表述更加全面、立体和完整。

马怀德教授认为,全面推进依法治国的总目标,就是要建设具有中国特色社会主义法治体系。社会主义法治体系通常包含五个体系,即完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系和健全的法规制度体系。建成社会主义法治体系要求坚持中国共产党的领导,坚持中国特色社会主义制度,贯彻中国特色社会主义法治理论,从而形成依法治国、依法行政、共同推进法治国家、法治社会、法治政府一体建设的局面。另外,要坚持人民主体地位,坚持法律面前人人平等,坚持依法治国和以德治国相结合,坚持从中国实际出发,拓展法治认知层面,全方位、多角度、多层面促进法治发展,建成社会主义法治体系^{〔1〕}。

(二) 马怀德教授对司法改革的认识及建议

在坚持中国特色社会主义法治体系思想的指导下,司法改革为马怀德教授关注的重要议题。法律真正能够发挥作用,依赖于良好的司法环境的保障,在我国突出表现为司法独立问题。在行政权、司法权、社会团体等多重权力的对比中,司法机关在我国权力机构中仍处于相对的弱势地位,司法若是不能独立,就难以发挥公正裁判的作用。聚焦于行政诉讼制度,由于地方法院财权、人事、组织机构关系设置等重要问题握于地方政府手中,导致地方法院在很大程度上依赖于地方政府,从而在涉及地方政府的行政诉讼时,法院难以完全独立而不受行政权影响。因此,马怀德教授认为,《行政诉讼法》的修改始终应建立在司法改革的前提和基础之上。在其相关论著中,在提出法律修改意见前,他多从我国司法制度现状入手,从大布局及整体观之中探索司法制度的基础性问题,继而提出细节方面的修改意见。

司法制度完善主要包括司法独立和法官独立两个核心问题,实现二者的独立需要从制度上进行变革,但由于我国社会主义法治体系初步建成,法律根基及制度的扎根尚且不稳,司法改革的实现难以采取“大刀阔斧”的方式将现有制度推倒重建,因此如何在现有法律体系下寻找成本最小的改革路径值得思考。“在选择改革方案时,既要慎重,又要有策略,尤其

〔1〕 参见马怀德:《什么是中国特色社会主义法治体系?》,载《现代人才》2014年第5期。

要选择好改革的突破口，而突破口选择的标准应当是‘急需’和‘低代价’。换言之，应当在现行司法制度最急需、改革成本最低、改革方案最容易实现的领域首先进行改革。”〔1〕辩证看待，事物均具有两面性，经过改造的“受限者”亦可作为权力的“制约者”。马怀德教授认为，在我国目前的制度背景下，行政诉讼制度相对而言更加脆弱也更需完善。行政诉讼制度非常重要，但法院生存的处境影响此种制度作用的发挥，通过对该制度的改造可实现司法独立甚至实现对行政权力的有效制约。行政诉讼的案件数量在我国三大诉讼中较少，此种情况延续至今，所以制度变革不会产生较大震荡，并且行政诉讼制度发展起步时间较短、相对不完善，换个角度看，其改革的空间更大，以行政诉讼制度完善推进司法改革不失为明智选择。可以此为突破口实现法官改革、法院改革和法律改革。马怀德教授建议，以行政诉讼制度改革为司法改革之切入点，实现司法的真正独立。

为了增强司法机关的现实作用，以司法改革促进法治国家建设，法院系统率先进行改革尝试。在最高人民法院于2015年2月4日发布的《最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要（2014—2018）》（以下简称《意见》）的指导下，全国法院系统的改革如火如荼进行。该《意见》提出了全面深化人民法院改革的总体思路，确定了全面深化人民法院改革的基本原则，详细确定了全面深化人民法院改革的主要任务。主要任务包括，建立与行政区划适当分离的司法管辖制度。马怀德教授建议的设立最高人民法院巡回法庭、探索设立跨行政区划的法院、改革行政案件管辖制度、健全公益诉讼管辖制度等均在《意见》中有所体现。任务还包括建立以审判为中心的诉讼制度，优化人民法院内部职权配置，健全审判权力运作机制，构建开放、动态、透明、便民的阳光司法机制，推进法院人员的正规化、专业化、职业化建设，确保人民法院依法独立公正行使审判权等内容〔2〕。司法改革进行时间较短，实效难以确定；另外，由于目前我国处于过渡时期，各地方试点众多，改革

〔1〕 马怀德：《司法改革与行政诉讼制度的完善》，载《法律适用》2005年第8期。该文为《司法改革与行政诉讼制度的完善——〈行政诉讼法〉修改建议稿及理由说明书》一书代序部分内容，参见马怀德主编：《司法改革与行政诉讼制度的完善——〈行政诉讼法〉修改建议稿及理由说明书》，中国政法大学出版社2004年版，第1-9页。

〔2〕 参见法律法规中心编：《中华人民共和国行政诉讼法》（注释本），法律出版社2015年版，第8-24页。

试验方式也不尽相同，导致短时间内各地区司法系统工作方式不完全一致的局面。但改革即“破旧立新”，变动是为构建更好的制度做准备，但改革效果仍需时间的检验。

（三）马怀德教授对社会矛盾的认识及建议

马怀德教授在《社会矛盾化解与行政诉讼制度发展》《预防化解社会矛盾的治本之策：规范公权力》等文中均对中国现阶段矛盾予以关注，并进行详细分析，思考如何以法治规范公权力。当前社会矛盾纠纷的特点可归纳为：一是矛盾纠纷的参与主体多元，涉及领域广泛，“官民冲突”是矛盾的主要形态；二是社会矛盾纠纷的表达方式趋于极端化、暴力化，容易引发群体性事件；三是社会矛盾往往通过网络表达，形成无形抗争；四是社会矛盾的解决方式过分依赖行政手段，解决难度日益加大。社会矛盾纠纷产生激化的原因：一是社会政策和法律制度滞后；二是政府违法决策和处置突发事件不当；三是行政执法不规范，法律实施不良；四是行政不作为，信息不公开。进而提出，规范公权力要从源头上预防减少社会矛盾纠纷：一要明确权力边界，规范权力行使，预防社会矛盾纠纷；二要规范立法权力，完善法律制度，减少社会矛盾纠纷；三要健全程序规则、规范决策和执法行为，避免“官民冲突”〔1〕。

马怀德教授建议，首先，针对我国现阶段矛盾的特点，应当慎用行政手段，畅通法定救济渠道，将矛盾引入司法规范解决渠道中去，从而有效化解社会矛盾纠纷。其认为在矛盾解决过程中长期使用的“信访”手段仍为“人治”的表现方式，利弊兼有，虽可及时解决矛盾，但其突破制度与规则，不利于我国法治建设，应逐渐转变其作为争议解决主要手段的现状。法治国家的建设应引导群众充分信任并广泛使用法定救济渠道化解矛盾。法定救济渠道是经过历史检验的规范化、制度化成果，作为纠纷解决的高级形态，具有公开透明、公正可信、长期稳定等特征，是解决纠纷的权威渠道。虽然目前我国存在法定救济渠道不畅通、司法不公等现象，但不能因此轻易否定该种渠道的价值，可通过扩大诉讼受案范围、增加诉讼审级、增强裁判说理、构建多种解决渠道衔接机制等方式，畅通法定救济渠道。另外，要慎用行政手段，充分信任各种法定的纠纷解决机制，落实中央关于“完善矛盾纠纷排查化解机制，引导群众依法表达合理诉求，切

〔1〕 马怀德：《预防化解社会矛盾的治本之策：规范公权力》，载《中国法学》2012年第2期。

实维护群众权益”的要求〔1〕。

其次，重视发挥诉讼、复议等法定救济渠道化解社会矛盾纠纷的作用，行政诉讼在化解社会矛盾方面具有独特性。1989年《行政诉讼法》建立的行政诉讼制度是我国三大诉讼制度之一，是解决行政争议的基本制度，也是化解社会矛盾特别是官民社会矛盾的主要渠道。行政权力在社会主要三类矛盾中均存在，并且伴随着社会矛盾的各种特征，行政权力的作用力可能加大，因此更要重视行政诉讼的争议解决作用。然而，行政诉讼在化解社会矛盾方面也存在问题。如行政机关对行政审判不予配合、行政相对人对司法不信任、行政审判法官难独立、行政案件审判质量有待提高等。因这些问题的存在，行政相对人提起行政诉讼也存在潜在风险，为避免诉讼风险，上访途径成为其解决争议的备用选项，但此种方式容易引发新的更为严重的社会冲突〔2〕。

再次，应当完善司法救助制度，在法治的框架内提供社会救助。加快社会救助法的立法及司法救助制度的建立，建立司法救助基金，丰富司法救助资源，扩大司法救助范围，扩大法院的司法救助对象等〔3〕。

三、马怀德教授对行政诉讼制度完善的建议

我国司法环境对行政诉讼制度作用的发挥具有决定性作用，因此行政诉讼制度若要达到预期设置的效果，首先应当保证法院的独立性及法官的独立性。面对我国目前的司法环境，司法改革势在必行。

（一）行政诉讼制度完善之法院审判体制改革

司法不独立直接影响到行政诉讼制度功能的发挥。司法救济渠道不畅通阻塞群众权利诉求渠道，以致开辟其他非法定救济方式，此种现象是我国法治建设道路上的绊脚石。马怀德教授也并非完全否定诉讼外救济方式，但方式选择的混乱导致该问题始终难以规范，进而偏离法治体系的建立主旨。马怀德教授认为，行政诉讼制度面临困境的最主要原因在于行政审判体制出现问题。由于行政争议的特殊性，行政审判体制所暴露的问题

〔1〕 参见党的十七届四中全会《中共中央关于加强和改进新形势下党的建设若干重大问题的决定》，<http://cpc.people.com.cn/GB/64093/64094/10128764.html>，2009-09-28。

〔2〕 马怀德：《社会矛盾化解与行政诉讼制度发展》，载《中国党政干部论坛》2011年第9期。

〔3〕 马怀德：《预防化解社会矛盾的治本之策：规范公权力》，载《中国法学》2012年第2期。

相较于我国司法体制一般性问题具有独特性，这些问题严重限制了行政诉讼功能的发挥。具体表现有：一是行政审判难以排除干预，法院人事及财务受制于地方政府，行政审判庭受制于法院内部行政化，严重影响行政审判公正性；二是行政诉讼执行面临行政机关抵制，裁判内容难以实现，裁判沦为形式；三是行政审判质量难保证，程序及法律适用存在问题，导致群众对法院和行政诉讼的不信任、不认可；四是司法权威缺失，法院受制于多方力量，难以实现公正裁判^{〔1〕}。

1. 法院审判体制改革的可选方案

面对以上法院审判体制存在的问题，改革法院审判体制亟待进行。马怀德教授提出三种方案：方案一（比较现实但又不够彻底）提高行政案件的审级，增加选择管辖和指定管辖的情形，允许原告选择原、被告所在地以外的第三地法院管辖。同时提高法院的审级，凡以政府为被告的，原告有权要求与被告上级政府同级的法院管辖该案。方案二（相对理想的方案）在现有行政审判体制基础上，设立最高人民法院和省高级人民法院的巡回法庭，旨在发挥巡回法庭的“特效性”和“及时性”优势，解决当事人诉讼不便、基层法院拒绝受理应当受理的行政案件，执行机关拖延执行判决和行政机关抗拒执行的案件。“巡回法庭”具有直接审判执行与审判监督的双重属性。方案三（最理想的方案）借鉴许多大陆法系国家的经验，设立相对独立的行政法院。行政法院直属于最高人民法院的审判机关，承接人民法院的全部行政审判职能，取消各级人民法院行政庭，取消其他业务庭的与行政机关有关的案件审判职能。各级行政法院只接受上级行政法院的业务指导，完全独立于地方各级人民法院和地方各级权力机关。地方各级行政法院分为基层行政法院、中级行政法院和高级行政法院。地方各级行政法院的设置不与现在行政区划重叠。可以根据实际需要，按自然地域划区设置，在交通不便的边远地区，可以采取由基层行政法院设立派出行政庭的方式加以解决。

2. 建议设立行政法院

马怀德教授进一步分析，由于现在行政审判体制暴露出的全面性的危机，在选择改革路径时必须选择整体性的结构化改革，虽然第一种方案和第二种方案较为现实，但难以根本性解决问题，设立行政法院才是改革的根本出路。我国现有的行政审判体制将行政审判组织设于普通的司法组织

〔1〕 马怀德：《行政审判体制改革的目标：设立行政法院》，载《法律适用》2013年第7期。

当中。现实表明,此种设计无法发挥行政审判的功能与作用,应设立行政法院对我国目前行政审判体系进行根本变革。现实中,新《行政诉讼法》基本采纳提级管辖方式,以县级及以上人民政府为被告的案件由中级人民法院审理,并且新《行政诉讼法》第18条的开放性规定为管辖改革留下空间,实践中积极探索跨区域行政诉讼管辖试点,铁路法院、跨区管辖等均在试点实践中,可见趋势。

马怀德教授论述行政法院设立具有必要性。其一,有利于提高司法权的权威性和公正性。可打破目前司法权对行政权角力中的弱势局面,从整体上逐步扭转司法权与行政权在国家权力中的地位对比,提高司法权的权威地位,有助于法院重新树立司法的权威性和公正性,从整体上改善我国法治的现状。其二,设立行政法院是推进行政诉讼制度发展的突破口。从发展行政诉讼制度的全局来看,行政法院的设立关系到行政诉讼制度的内容、步骤与方向的改革。行政诉讼制度的发展因受到诸多因素制约始终难以推进,行政法院设置为推进其发展的合适突破口。其三,设立行政法院是克服行政审判体制障碍的需要。保障司法机关的独立性和权威性是行政审判公正有效的必要条件,通过设立行政法院,可以为行政法院行使司法监督权提供保障,使行政法院有能力拒绝行政机关的非法干预,同时使行政审判接受社会各界的监督与评价,有利于防止司法不公和司法腐败。其四,设立行政法院可以有效处理专业性较强的行政争议。随着行政争议专业化程度的提升,由法院行政庭审理行政案件的体制存在不适应。而设立行政法院可更加专业地解决此类问题,对行政法院法官有针对性地培养,形成特定职业经验,更好地适应解决行政争议的需要,保障行政审判队伍的稳定性。

行政法院设立具有可行性。其一,设立行政法院没有宪法和法院组织法上的障碍。虽《宪法》和《人民法院组织法》中没有关于“行政法院”的专门规定,但可通过解释“专门法院”为行政法院设置提供合宪性基础;另外,可借修改《行政诉讼法》的契机,将原《行政诉讼法》第3条第二款:“人民法院设行政审判庭,审理行政案件”改为“设立专门法院审理行政案件”,从而消除设置行政法院的法律障碍,并在《行政诉讼法》中确立行政法院的性质、地位、职权、组织等事项。其二,设立行政法院的成本并不会太大。行政审判的长期实践培养了大量行政审判实务人员,20多年行政法学教育也培养出相当数量的理论研究人员,行政法院所需的专业审判人才储备充足,人员招募困难小;另外,可将现行体制下