

“中国地方法制研究与开发研究基地”项目书系 中国地方法制研究中心书系



中国当代公法研究文丛

ANALYSIS OF CONTEMPORARY CHINESE PUBLIC LAW

# 中国行政诉讼的 法律实效研究

*Zhongguo Xingzheng Tisong de Falü  
Shixiao Yanjiu*

梁 潇 / 著



中国政法大学出版社

“中国地方法制研究与开发研究基地”项目书系 中国地方法制研究中心书系



中国当代公法研究文丛

ANALYSIS OF CONTEMPORARY CHINESE PUBLIC LAW

# 中国行政诉讼的 法律实效研究

*Zhongguo Xingzheng Tisong de  
Falü Shixiao Yanjiu*

梁 潇 / 著



中国政法大学出版社

2018 • 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

## 图书在版编目（C I P）数据

中国行政诉讼的法律实效研究/梁潇著. —北京:中国政法大学出版社, 2018. 9  
ISBN 978-7-5620-8556-0

I. ①中… II. ①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 217204 号

---

- 出 版 者 中国政法大学出版社  
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号  
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088  
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)  
电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)  
编辑邮箱 zhengfadch@126.com  
承 印 固安华明印业有限公司  
开 本 720mm×960mm 1/16  
印 张 14.5  
字 数 240 千字  
版 次 2018 年 9 月第 1 版  
印 次 2018 年 9 月第 1 次印刷  
定 价 49.00 元



## 总 序

不少学者断言，21 世纪是公法的时代，笔者不知道这种判断是否妥帖，但讨论公法的问题在近几年的确变成了某种学术时尚，而对当代公法问题的研究显然属于其中的焦点。择主要者就有：罗豪才先生主持的“公法名著译丛”“行政法论丛”“现代行政法论著丛书”；梁治平君主持的“宪政译丛”；贺卫方教授主持的“司法文丛”；夏勇君主持的《公法》；谢晖教授主持的“公法研究”；张树义教授主持的“公法论丛”；陈兴良教授主持的“刑事法评论”等。各文丛均有所侧重，一部部重头的著作，使得中国法学的学术一时间似乎进入了“公法时代”，这一切当然令吾辈欢欣鼓舞。

众所周知，公法与私法的划分最早可以追溯到古罗马时期。古罗马法学家乌尔比安首先提出：“公法是关于罗马帝国的法律，私法是关于个人利益的法律。”查士丁尼对这一经典性的定义加以肯定：“法律学习分为两部分，即公法与私法。公法涉及罗马帝国的政体，私法涉及个人利益。”罗马法学家这种关于法的部门的划分对后世产生了极大的影响，这种划分在法律技术方面使立法变得无比清晰。作为古代世界最完善、最发达的法律体系，罗马法对后世法律制度最重要的贡献就是公法、私法分立的理念及其制度安排。按德国学者梅迪库斯在其《德国民法总论》中的说法，当今各国对整个法律材料所做的一个根本性的划分几乎无一例外地就是将法律分为公法和私法。可以说，公法与私法的区分是当今整个法律制度基本的分类，当然也是首要的分类。宪法、刑法、行政法、国际法为公法；民法，广义上包括商法、劳

动法和其他民事特别法为私法。笔者以为公、私法的划分乃是人类社会文明发展的重大成果。德国著名学者基尔克断言，公法和私法的区别是现代整个法秩序的基础，日本学者美浓部达吉也认为，公法和私法的区分是现代法的基本原则。

相当长的一段时间，由于受到苏联的影响，我国法学界对划分公法、私法的问题大多持否定或回避的态度。至少在笔者读大学的那个年代，就不接受这种划分。主要原因是列宁1922年说过的一段话：“目前正在制定新的民法。……我们不承认任何‘私人的’东西，在我们看来，经济领域中的一切都属于公法范围，而不是什么私人的东西。”<sup>〔1〕</sup>现在看来，这种认识受到了单一的公有制和计划经济思想的影响。改革开放以来，人们的思想解放，特别是市场经济体制确立后，许多法律问题突显出来：市场经济的法律基础是什么？国家宏观调控属于什么性质的法律规范？建立社会主义市场经济法律体系究竟应以什么作为基本结构？如何规范公权力？法治政府该如何实现？法治政体又该如何架构？在此情况下，公私法之分重新被摆上了法学论坛。时至今日，公法和私法的划分传统为当今各国普遍接受并被视为立法科学中的常识。这种划分传统是立法实践的历史的产物，也是立法实践的历史的选择。

但笔者认为，当下的公法是不发达的，与我们正在进行着的宏业不相匹配。自由、平等、正义、民主、秩序、效率这些大词，不仅没有认真地解构，更没有好好地实践，我们为人类公法思想的宝库并没有做出多大的贡献。中国正在努力担负大国的责任，正在跨越“百年民族悲情”年代；而“思在历史，心在当下”正是公法学人应有的态度。为此，我校宪法与行政法学科提出“阅读经典，关注现实”的学科发展思路，并在法律出版社和中国政法大学出版社的支持下公开出版了两套丛书——“中国近代公法丛书”和“中国当代公法研究文丛”。“经典”是人类思想的结晶，是伟大思想家给人类留下的一座座思想“富矿”。牛顿把自己在科学领域的

〔1〕《列宁全集》（第36卷），人民出版社1984年版，第587页。

成就归于站在巨人的肩膀上，我们也可以站在前人经典之作的肩膀上，通过阅读文化经典或者经典解读，提升我们自己的人文素养。素质不是知识，是仁义礼智，是孟子的四心，即：是非之心、羞恶之心、恻隐之心、辞让之心。深入经典，学术才有宽厚坚实的基础。而关注现实，学术才有正确的指向。体悟生活，思想才能打动人心。有生命的思想是需要讨论的，思想争论是一个民族、一个国家走向成熟的标志，不管是左还是右，是新还是旧。我们欣赏也期待带有强烈中国问题意识的公法思想表达。公法思想是人类法学思想的精华，也是精神标杆，它高居于人类法学思想的金字塔尖，如果它缺失了，就是人类法学思想高度的缺失。

西南政法大学宪法与行政法学科于1992年经国务院学位委员会批准获得硕士学位授予权，属于全国较早一批设立硕士学位授予点的法学二级学科。本学科于1996年被确定为校级重点学科，2000年被重庆市确定为省部级重点学科，2004年被批准为博士学位授权点，2005年开始单独招收博士研究生，2009年开始招收博士后研究人员，是重庆市“十五”和“十一五”重点学科。学校历来重视宪法与行政法学科点的建设，在王连昌教授、贺善征教授、郑传咸教授、姚登魁教授、文正邦教授等老一辈学者的创建、经营、带动和培养下，薪火相传，生生不息。经过多年的辛勤劳作，本学科点造就了一批优秀的教学科研人才，并持续保有一支具有探索精神的学术梯队，在中国近代公法制度、行政法基础理论、行政程序法、比较行政诉讼法等领域做出了自己的贡献，形成了自己的专业特色。

目前我校宪法与行政法学科下设有两个校级研究中心：一个是“人大与宪政制度研究中心”，另一个是“中国地方法制研究中心”。

“中国地方法制研究中心”成立于1994年7月，是一个以公法制度为主要研究领域的学术机构，中心成员以西南政法大学宪法和行政法两个教研室的教师为主，并邀请了国内外部分公法学家加盟，中心首任主任是新中国行政法学创始人之一的王连昌先生。成立十多年来，中心倡导对于公法制度进行跨学科、多角度的综合研究，强调学术研究与司法实践之间的对话与互动，力求通过中心的研究成果及学术活动推动公法研究领域的学

术繁荣。这套“中国当代公法研究文丛”正是展现中心研究成果及国内外公法制度研究成果的窗口。2009年3月12日，中心申报了中央与地方共建项目——“地方法制研究与开发研究基地”，并于同年9月获得批准。“中国当代公法研究文丛”的出版获得了中心及该项目的大力支持。该“公法研究文丛”是一个持续性的园地，入选作者以西南政法大学宪法与行政法学科学者为主，同时也欢迎国内外公法学界符合中心学术旨趣和成果标准的优秀成果，本文丛的宗旨和学术理念是“用真方法、解真问题、求真作品、做真学问”。

其实，生命的个体往往渺小，而思想则能直达苍穹。我们都是从原点出发去感悟着属于自己的人生。一本书，一个傍晚，一杯清茶，或窗前，或树下，随着书页唰唰翻过的声音，享受着那属于自己的流淌的生命，此为人生最为高远的快意。

唯愿此文丛于我国公法之建设，有所贡献！

是为序。

王学辉

2012年11月4日于重庆渝北回兴

# C 目 录

## CONTENTS

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| 总 序                       | 001 |
| 导 论                       | 001 |
| 一、写作背景和意义                 | 001 |
| 二、研究现状                    | 004 |
| 三、研究方法                    | 009 |
| 四、本书的主要观点和创新              | 011 |
| 第一章 行政诉讼法律实效的一般理论         | 018 |
| 一、行政诉讼法律实效的概念解析           | 018 |
| 二、影响行政诉讼法律实效的主要因素         | 024 |
| 第二章 行政诉讼立法目标的实效考察与制度因素的分析 | 033 |
| 一、对行政诉讼立法目标的揭示            | 034 |
| 二、行政诉讼立法目标的现实考察           | 038 |

|     |                                                 |     |
|-----|-------------------------------------------------|-----|
|     | 三、利益平衡机制下行政诉讼立法目标的实践偏移·····                     | 046 |
|     | 四、小结·····                                       | 060 |
| 第三章 | 行政诉讼独立性的实效考察与权力因素的分析·····                       | 062 |
|     | 一、立案选择主义：行政诉讼中司法与行政的默契·····                     | 062 |
|     | 二、行政诉讼司法实践中的“胜诉难”·····                          | 075 |
|     | 三、权力结构下的行政诉讼·····                               | 080 |
|     | 四、权力结构下的行政审判法官·····                             | 088 |
|     | 五、小结·····                                       | 091 |
| 第四章 | 行政诉讼各方诉求的实效考察与主体因素的分析·····                      | 093 |
|     | 一、行政审判法官的理想与回应·····                             | 094 |
|     | 二、律师的理想与回应·····                                 | 104 |
|     | 三、行政人员的理想与回应·····                               | 112 |
|     | 四、普通民众的理想与回应·····                               | 121 |
|     | 五、行政诉讼运作中各方的参与逻辑·····                           | 128 |
|     | 六、小结·····                                       | 136 |
| 第五章 | 行政诉讼结案方式的实效考察与实施环境因素的分析·····                    | 137 |
|     | 一、无法落实的生效判决：以“吴某某等人请求确认南山区住建局不予备案的行为违法案”为例····· | 138 |
|     | 二、面对现实的行政诉讼与柔性司法的兴起·····                        | 141 |
|     | 三、行政诉讼柔性司法解决机制的成因分析·····                        | 147 |
|     | 四、小结·····                                       | 155 |
| 第六章 | 改善行政诉讼法律实效的路径分析·····                            | 157 |
|     | 一、完善法律实效的一般方法·····                              | 157 |
|     | 二、树立行政审判的权威·····                                | 160 |

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| 三、规范司法实践中的“和解撤诉” .....    | 170 |
| 四、提升行政裁判的社会认同 .....       | 179 |
| 五、尊重行政诉讼发展的阶段性 .....      | 184 |
| 六、顺应社会治理模式的发展 .....       | 190 |
| 七、小结 .....                | 200 |
| 参考文献   .....              | 203 |
| 附 录   .....               |     |
| 行政诉讼运作状况调查问卷（普通民众卷） ..... | 213 |
| 行政诉讼运作状况调查问卷（律师卷） .....   | 216 |
| 行政诉讼运作状况调查问卷（行政人员卷） ..... | 219 |
| 后 记   .....               | 222 |



## 一、写作背景和意义

理论研究表明,实践逻辑与形式逻辑是存在很大区别的。形式逻辑分析注重分析法律文本的内在关系,追求法条之间的逻辑严密性;而实践逻辑分析更注重分析法律实践的过程,探讨法条在现实社会中与各种因素之间的复杂关系。“实践”有着与“理论”不同的独特性。其一,实践是模糊的。实践中的行为往往是随性的,而不是明确的认识和理性的计算,是难以预测的。其二,实践是总体的呈现。布迪厄说,“由于实践已经被习惯赋予了可以融入各种区别的相关性和系统性”,因此,法律实践是具有整体性的,不能根据学科和专业被人为地分裂和破坏,而应该把法律实践当成“整体性社会事实”中的一种。<sup>[1]</sup>其三,实践是相对独立的。实践不会完全等同于静态的理论规划,实践有时候可能不会和理论规划预计的因素完美融合,却反而会和预计之外的因素巧妙地结合。其四,实践是紧迫的。实践与几乎不受时间影响和空间限制的静态理论不同,不会建立一套普适的模式,留充足的时间让人们深入思考和分析。因为实践总是处在不断变化之中。故而,我们要把握事物的本来面目就不能满足“表达”的层面,而应把目光转向实践的过程本身,探讨和发掘其内在的、隐秘的,通常是未经表达的逻辑。这一思路对于法律探讨尤为重要。我们之所以要关注法律的实践:一方面是因为法律是人类建构的最主要的,也是最具有普适意义的规则体系,其在实践中究竟如何运作关涉到每一个社会成员的切身利益;另一方面,理论的逻辑与实践发生混淆的常见领域是法律领域,特别是在目前我国处在法律移植的高峰期,直面法

---

[1] [法]皮埃尔·布迪厄、[美]华康德:《实践与反思——反思社会学导引》,李猛、李康译,中央编译出版社1998年版,第24页。

律的实践过程,找出其内在的深层逻辑,对于反思我们的法治建设具有非常重要的现实意义。

《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)虽然只是一部部门法律,但它却承载着中国的法治梦想,其实施状况自然也应该成为一个倍受关注的问题。那么,《行政诉讼法》自1989年颁布以来是否充分地发挥了功能并担负起了这个重任?要想客观地回答这个问题,必须首先对《行政诉讼法》的实施现状进行考察。通过对收集资料的考察和案例的分析,笔者发现我国《行政诉讼法》的实际执行情况和国家颁布现行行政法律规定的目的之间存在着偏差,行政诉讼制度的运作状况离我们对之寄予的厚望还存在差距,行政诉讼的实际运作情况并没有完全符合国家颁布的现行法律法规的规定。有学者认为我国的行政法律制度运作已经出现了“困顿”状态,<sup>[1]</sup>法律的规定和司法的实践是不一样的。那么,为什么会出现这样的情况?任何一部法律都是社会中各种取向和诉求碰撞而最后形成的一种博弈结果,那么,行政诉讼在实际运行的过程中到底受到了哪些因素的影响和制约?面对中国《行政诉讼法》的运行现状,诉讼的实际参与各方(法官、行政机关、行政相对人、律师)有什么样的评价和意愿?在实践中他们倾向于怎样操作,有什么样的想法和感受?行政诉讼在经过各种现实的洗礼和交集之后,能达成什么样的共识,最终会朝向什么样的方向发展?行政诉讼怎样才能回应社会的各种诉求,怎样才能适应现实社会?西方国家的经验是否完全适用于中国?中国行政诉讼运行的现状能不能用西方的法治理论来解释?行政诉讼的运行现状是否还有改进和完善的空间?如果有,应该如何改进和完善?这些问题都很现实地摆在我们面前,需要引起我们对这方面问题的重视和思考。在法学理论上,这些问题被统称为法律实效。法律实效分析是法律实践逻辑研究的重要内容,研究法律,不但应该研究静态的法律条文,更应该研究动态的法律运作过程和状态。只有从法律实效的角度分析研究法律,才能让我们跳出法律制度框架的藩篱,在更宽的空间和时间视野下去考察法律,更深入地理解法律。如何能够客观地反映法律实效,如何提升法律实效,让已经制定的法律变为行动中的法律,是各国学者长久以来探求的问题之一。

事实上,在法理学界,关于法律实效的问题早已成为关注的重点。自从

[1] 何海波:“困顿的行政诉讼”,载《华东政法大学学报》2012年第2期。

美籍奥地利法学家、纯粹法学派创始人凯尔森 19 世纪末 20 世纪初在其著作《国家与法的一般理论》一书中提出了法律效力和法律实效的关系理论以来,法律实效作为一个重大的理论命题和实践课题,在西方学术界引起了广泛的关注与重视。无论是分析实证主义法学派还是现实主义法学派,都从不同方面对这个问题进行了探索,特别是法社会学派,更是将法律实效问题作为其研究领域的重点问题。

总的来说,研究行政诉讼法律实效至少有如下三个方面的意义:

(1) 研究行政法律实效可以更好地了解 and 把握行政诉讼实施的情况。关注法律实效的目的不仅仅是为了强调法律的实施,而是为了有的放矢地根据法律的现实运作情况对现有法律制度进行调整、修正,并最终让法律制度得以完善。国学大师瞿同祖曾说过:“虽然说研究法律不能离开对条文的分析,因为这是研究法律的根据。但是如果仅仅局限于对条文的研究是远远不够的,还必须对法律的实效问题进行研究。因为,实践中,可能条文的规定是一回事,法律的实施又是另一回事,甚至,有些法律还可能得不到执行,形同空文。法律条文与社会现实之间总是存在这样或那样的差异。因此,我们有必要了解和把握法律在社会上运行的真实情况,是否被实施,是否有效,会对人们的生活产生怎样的影响等。”<sup>〔1〕</sup>可见,法律的制定和法律的执行是两回事。立法目的能够在多大程度上予以实现,现实的运行是否都能达到预期的目标,必须要通过实践的检验。霍姆斯在其著作《普通法》一书中开门见山地说:“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”尽管法律的实践过程跟其他事物一样,其产生和发展都具有一定的因果关系,但是绝不是如公式推理一样机械地呈现出来。当下,我国的法律制度已经日趋健全,2011 年全国人大常委会委员长吴邦国曾说:我们已经基本建立了比较完善的社会主义法律体系。因此,从实践逻辑出发把法学研究的重点从立法转向法律的执行是很有必要和意义的。

(2) 研究行政诉讼法律实效可以更好地揭示影响行政诉讼实施现状的原因。“法律作为一种社会制度和社会规范,是社会的产物,与社会的关系非常密切。法律既是某一社会、某一时期的社会结构的反映和体现,也能够维护现有的伦理、道德以及制度等价值观念。分析法学派忽略其他社会关系,把

〔1〕 瞿同祖:《中国法律与中国社会》(第 2 版),中华书局 2003 年版,第 2 页。

法律看作一种孤立存在是存在缺陷的。无论在哪个社会,法律制定的目的都是为了保障社会的制度和秩序。因此,只有在深刻理解法律产生的社会背景的前提下,才能真正把握这些法律的价值和作用。”<sup>〔1〕</sup>法律,作为社会子系统之一与整个社会系统之间是统一对立、相互影响的。那么,到底是哪些因素具体影响了法律的实施?法律实施的现状为什么会呈现某种状态?对这些问题的研究,在法理学上就是对影响法律实效因素的研究。新中国成立以来,虽然经过了几十年轰轰烈烈的立法,法律制度已经比较完备,但是法律执行的效果还差强人意,公民对法律治理的认可度仍然较低,行政法治的理想与现实还存在差距,故而在我国这样一个以成文法为主要法律渊源的国度,法律实效自然就成了较为突出的问题。

(3) 研究行政诉讼法律实效能够促进行政诉讼法律制度和法律体系的调整和完善。通过研究法律实效,我们可以发现法律在现实中到底有没有被施行和适用,究竟有没有完成立法宗旨和预期目标,是哪些原因或者因素导致了这样的结果。并在此基础上进一步探究,怎样回避和克服影响法律实施的消极因素,怎样利用和配置影响法律实施的积极因素,从而改善法律实施的环境,让法律功能得以更好地发挥,立法目标得以更好地完成,法律制度得以良性地发展。而对这个问题的研究,实质上就是对提升和改善法律实效途径的研究。

总之,从实践的逻辑出发,考察中国行政诉讼的法律实效,分析行政法治理想与现实运作之间的关系和差异,从“本土”和“中国特色”的角度看待和理解中国行政诉讼的现状,并尝试在遵循法律自身发展规律的基础上改善行政诉讼的法律实效,逐步完成行政法治的历史目标和使命,将是学界长期面临的课题之一。但目前国内这方面的研究还很缺乏,除了几篇学术论文之外,还没有一本关于法律实效的专著,系统研究行政诉讼法律实效的成果更是鲜见。这可能是因为对法律实效的研究不仅仅要研究法律本身,更要研究其实际运作;不但是一个理论问题,更是经验问题。尽管如此,已有的研究成果仍然为我们提供了宝贵的素材和有效的研究模式。

## 二、研究现状

考察中国行政诉讼法律实效,就要关注现行《行政诉讼法》实施的实证

〔1〕 瞿同祖:《中国法律与中国社会》(第2版),中华书局2003年版,第1页。

研究成果。就目前收集的资料来看,大抵可以归为三类:第一,对中国各级法院已经公布的行政审判资料和统计数据进行整理收集,以此分析行政诉讼当前的适用情况,对行政审判的案件受理、和解撤诉、结案情况进行分析研究。比如我国年轻学者何海波在论文“行政诉讼撤诉考”<sup>〔1〕</sup>以及“行政诉讼受案范围:一页司法权的实践史(1990-2000)”<sup>〔2〕</sup>中对行政诉讼撤诉状况和受案范围的考察和分析;山东省高级人民法院行政审判庭在《行政法学研究》2002年第4期上发表的“2001年山东省行政机关败诉情况的调查报告”;张志勇在《行政法学研究》1995年第4期上发表的“试析我国行政诉讼的现状对策”;高树德、王光辉发表的“河南省《行政诉讼法》实施状况和发展调查报告”;<sup>〔3〕</sup>费丽芳在《浙江社会科学》2005年第3期上发表的“我国行政审判现状管窥——以湖州市两级法院十五年行政诉讼案件调查为例”;贺欣在《法学家》2012年第5期上发表的“法院推动的司法创新实践及其意涵——以T市中级人民法院的行政诉讼为例”;朱春华2013年发表在《清华法学》第4期上的“行政诉讼二审审判状况研究——基于对8家法院3980份裁判文书的统计分析”;黄启辉在《清华法学》2013年第4期上发表的“行政诉讼一审审判状况研究——基于对40家法院2767份裁判文书的统计分析”等。第二,学者通过田野调查、设计问卷、调研访谈等方式收集资料勾勒出行政诉讼实际运用的情况。如北京大学教授龚祥瑞老先生于1993年主编的《法治的理想与现实》,该书用调查和统计的方法对1989年《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)颁布到1993年间《行政诉讼法》的实施状况进行了描述和分析;方宁在对苏北某法院1995年至1999年之间200多件案件的撤诉及判决种类进行数据统计和对江苏省多个地方进行了关于行政诉讼实施状况的问卷调查与实地访谈后在《东吴法学》上2001年发表的题为“理性的呼唤:中国《行政诉讼法》实施现状调查报告”的调研报告;程金华在《中国社会科学》2009年第6期上发表的“中国行政纠纷解决的制度选择——以公民需求为视角”;应松年、薛刚凌在中国法制出版社2003年出版的《诉讼

〔1〕 何海波:“行政诉讼撤诉考”,载《中外法学》2001年第2期。

〔2〕 何海波:“行政诉讼受案范围:一页司法权的实践史(1990-2000)”,载《北大法律评论》2001年第2期。

〔3〕 高树德、王光辉:“河南省《行政诉讼法》实施状况和发展调查报告”,载应松年、袁曙宏主编:《走向法治政府:依法行政理论研究和实证调查》,法律出版社2001年版,第555~584页。

法学研究》第4、5卷发表的“中国行政审判制度改革调查报告”；汪庆华、应星等学者从社会学的角度通过访谈、对案卷材料的分析等对《行政诉讼法》实施现状进行研究和考察，得出了许多独到的见解和结论；<sup>〔1〕</sup>以及2014年出版的由武汉大学法学院教授林莉红主持的中荷合作项目“中国行政诉讼制度改革的理论与实践”，该项目运用调查问卷、访谈、统计等方法对中国《行政诉讼法》的现状做了比较全面和准确的描述，如此大规模的调查是迄今为止中外学者都没有做过的，里面包括大量有意义的实证研究和颇具价值的资料数据。这些成果最后集大成于林教授主编的《行政法治的理想与现实——〈行政诉讼法〉实施状况实证研究报告》一书中，该项目的研究成果堪称一个富矿，值得每一个学者去细细阅读和用心挖掘。第三，学者们对收集的行政审判案例进行考察，分析行政审判的现状和未来的发展。如孙林生、邢淑艳在《行政法学研究》1996年第3期发表的“行政诉讼以撤诉方式结案为什么居高不下——对365件撤诉行政案件的调查分析”；徐晨、余翠兰通过对武汉市洪山区人民法院典型案例与统计数据的收集，梳理了该区法院从1987年到2009年间行政诉讼的运用和行政审判的发展；<sup>〔2〕</sup>林莉红教授在《河南财经政法大学学报》2013年第2期发表的“中国行政诉讼的历史、现状与展望”等。

通过对收集数据和案例的分析，我们会发现我国《行政诉讼法》的实际运作情况和国家颁布的现行行政法律法规之间是存在偏差的，行政诉讼法律实效还不够理想。比如行政诉讼的高撤诉率问题，通过对历年行政诉讼撤诉案件的统计，近年来行政诉讼中撤诉结案的比例竟然高达40%到60%之间，<sup>〔3〕</sup>徐军、江厚良在《法律适用》2012年第2期上发表的“透视撤诉率行政诉讼中实践与表达的背离——以法院法官的行动选择为视角”等论文也印证了行政诉讼的实际撤诉率和《行政诉讼法》的规定是有偏差的；而对变更判决的运用，尽管1989年《行政诉讼法》第54条对此有明确规定，却几乎名存实亡。<sup>〔4〕</sup>章剑生教授在其论文中对最高人民法院1985年到2008年公布的典

〔1〕 汪庆华、应星编：《中国基层行政争议解决机制的经验研究》，上海三联书店2010年版；汪庆华：《政治中的司法：中国行政诉讼的法律社会学考察》，清华大学出版社2011年版。

〔2〕 徐晨、余翠兰：《武汉市洪山区法院行政审判实务研究1987-2009》，中国社会科学出版社2010年版。

〔3〕 何海波：“困顿的行政诉讼”，载《华东政法大学学报》2012年第2期。

〔4〕 梁潇：“试论‘协同行政诉讼模式’在我国的建立”，载《河北法学》2013年第8期。

型案例进行分析,指出:“最高人民法院公报上公布的有关违反法定程序的典型案件中,判决理由及判决主文与《行政诉讼法》的规定和学理解释之间存在着较大的差异。”<sup>〔1〕</sup>事实上通过笔者对案例的考察和收集发现,现实中行政诉讼运作现状和《行政诉讼法》规定不一致的地方还远远不止这些:比如对“课以义务”判决的执行,根据1989年《行政诉讼法》,原告可以请求人民法院针对行政机关没有正当理由拒绝作出或者停止作出行政行为的情形,作出履行具体、特定行政行为的课以义务判决。课以具体义务诉讼针对的行政行为不仅仅是行政主体的“法定职责”,还包括行政承诺、行政合同、行政先行行为所导致的行政义务等。课以义务诉讼比其他诉讼类型赋予了法官更大的裁量权。<sup>〔2〕</sup>但是行政判决的种类规定和行政判决的能力是两回事。尽管1989年《行政诉讼法》第96条规定,对于行政机关拒不履行法院判决、裁定、调解书的情形,一审人民法院有权采取通知银行划拨以抵消款额;对行政机关负责人予以罚款;对行政机关拒绝履行的情形予以公告;提出司法建议;对负责人拘留甚至追究刑事责任的手段。但由于在我国司法权并没有凌驾于行政权之上的权利,既不能对行政裁量权事项作出判断,也不能依法强制执行,所以即便法官作出了课以义务的判决,行政机关也可能阳奉阴违。在笔者对西南某省份C高院法官进行访谈时,该院行政庭的W法官也特别提出了这点,并表达了对这个问题的无奈。再比如行政协议的现实处理问题。按照行政法学理论,行政协议与民法合同和商法合同不同,行政机关在行政协议中是享有“行政优益权”的,而这个“行政优益权”又是基于行政机关的公权力。所以,至少由于行政机关行使“行政优益权”而单方面解除、变更合同引起的行政争议是应该由行政庭受理的。作为大陆法系代表的德国与法国,行政协议也属于行政诉讼的受案范围,行政法院可以解决由行政协议引起的行政争议。对于行政协议可以提起行政诉讼,是没有太大疑义的,<sup>〔3〕</sup>2015年修改的《行政诉讼法》也将行政协议纳入受案范围。但是行政审判的现状却

〔1〕 章剑生:“对违反法定程序的司法审查:以最高人民法院公布的典型案例(1985-2008)为例”,载《法学研究》2009年第2期。

〔2〕 江必新、梁凤云:《行政诉讼法的理论与实务》(下卷),北京大学出版社2009年版,第1180~1181页。

〔3〕 江必新、梁凤云:《行政诉讼法的理论与实务》(上卷),北京大学出版社2009年版,第224页。