

王旭军◎著

# → 法治视野下的行政诉讼

JUDICIAL REVIEW AND THE RULE OF LAW

The law can not make all men equal ,  
but they are all equal before the law .

法律不能使人人平等，但是  
在法律面前人人是平等的。

——[英]波洛克

人民法院出版社

D915.404/2

2008

法院审判理论与实务研究丛书

# 法治视野下的行政诉讼

王旭军 著

人民法院出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

法治视野下的行政诉讼/王旭军著. —北京:人民法院出版社,2008.6

(法院审判理论与实务研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 80217 - 683 - 6

I. 法… II. 王… 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 087309 号

## 法治视野下的行政诉讼

王旭军 著

---

责任编辑 赵作棟

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)85250526(责任编辑) 85250516(出版部)  
85250558 85250559(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail [courtpress@sohu.com](mailto:courtpress@sohu.com)

印 刷 保定市中国画美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

---

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 215 千字

印 张 8

版 次 2008 年 6 月第 1 版 2008 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 683 - 6

定 价 20.00 元

---

版权所有 侵权必究

## 序

旭军是我在英国伦敦大学的研究生,他在校期间,刻苦钻研,写出了许多非常有价值的文章。今天听到他的专著付梓,欣然为他作序。

伴随着中国市场经济的引进和实行,尤其在加入 WTO 以后,中国制定了很多法律和规章制度,作出了很多司法解释,这对于变化着的社会中现存的和发展着的各方面的关系——公民之间、国家与公民之间乃至国家机构之间的关系,产生着越来越大的影响。从政治观点看,法律和规章制度是贯彻政治决定的重要手段。可以看到,为了实现其执政,中国政府越来越依靠法律和制度,而不是按照个案采取非正式的方式或作出决定。

同时,法院的审判以及政府权威都要受到法律限制。法律优先于任何的、所有的其他政治手段。政府和法院都不能采取任何与宪法相抵触的行动。

在这本书里,旭军以一个法官的视野告诉我们什么是法治?它的意义是什么?中国现阶段行政执法及行政诉讼中存在的问题、成因,以及解决的路径。

Michael Palmer<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> Michael Palmer 教授是笔者在英国伦敦大学留学期间的导师。系英国伦敦大学的教授,法学院院长,东南亚法律研究中心主任。

## Preface

Xujun is my student in the University of London from 2006 to 2007. He studied very hard and wrote many good paper. Today, I am so glad to hear that his works will born, and give the preface for his book.

Alongside with introduction and implementation of market economy and especially following China's accession to the WTO, numerous laws, regulations and interpretations have been enacted that become more and more influential for the manifold relationships existing and developing in a society being in flux – not only between citizens, but also between state and citizen or even between two state organizations. From a political point of view, laws and regulations are important means to implement political decisions – as can be seen, in order to put its ruling into practice the Chinese government more and more relies on the instead of informal ways and decisions from case to case.

Courts of justice as well as government authorities are bound by the law. The law takes precedence over any and all other governmental measures. Neither government authorities nor law courts may take any action in contravention of an Act of Constitution.

In this book, author will tell you what is rule of law through a judge's perspective, what is its significance and basic? What's the problems and reasons of administration and judicial review in Chinese current situation, and how to resolve them.

Michael Palmer

# 目 录

|                                        |       |
|----------------------------------------|-------|
| <b>第一章 行政诉讼理论</b> .....                | (1)   |
| 第一节 程序正义——法治与恣意而治的分水岭 .....            | (1)   |
| 第二节 从起诉条件谈行政不作为案件的<br>可诉性及其处理 .....    | (11)  |
| 第三节 现代司法理念框架下的行政审判<br>监督制度重构 .....     | (20)  |
| 第四节 法律运行的不确定性与再审制度理念改革 .....           | (29)  |
| 第五节 法律追问:谁来监督监督者 .....                 | (44)  |
| 第六节 和谐:穿行于 WTO 视野下的<br>司法审查新境界 .....   | (47)  |
| <b>第二章 行政诉讼实务</b> .....                | (67)  |
| 第一节 拆迁中的平等保护——公法与私法的<br>交锋与契合 .....    | (67)  |
| 第二节 情理、法理与常理的博弈——直接<br>损害赔偿的检讨 .....   | (84)  |
| <b>第三章 司法理念与能力</b> .....               | (96)  |
| 第一节 以现代司法理念探寻法治的核心价值<br>取向——司法为民 ..... | (96)  |
| 第二节 信访应对——博弈于冲突与和谐<br>之间的能动 .....      | (107) |

2 法治视野下的行政诉讼-----

|                                   |       |
|-----------------------------------|-------|
| 第三节 自由心证——游弋于事实与逻辑<br>之间的思索 ..... | (124) |
| 第四章 行政法治 .....                    | (131) |
| 第一节 制度完善——行政法治的根基 .....           | (131) |
| 第二节 政府败诉与法治的辩证 .....              | (156) |
| 第三节 行政许可——法治的晴雨表 .....            | (167) |
| 第五章 英国法治考察 .....                  | (176) |
| 第一节 英国司法制度考察 .....                | (176) |
| 第二节 英国当代司法改革见闻 .....              | (197) |
| 第三节 英国内阁制政府制度考察 .....             | (205) |
| 第四节 英国裁判所制度对我国司法审查<br>模式的启示 ..... | (210) |
| 第五节 英国律师制度考察 .....                | (226) |
| 第六节 法治的英国经验 .....                 | (230) |
| 参考书目 .....                        | (237) |
| 后记 .....                          | (246) |

# Contents

|                                                                                                       |             |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| <b>Chapter 1 Theory of Judicial Review .....</b>                                                      | <b>(1)</b>  |
| 1. Procedural Justice: Boundary between the<br>Rule of Law and Abuse .....                            | (1)         |
| 2. Debate of Administrative Omission and<br>Legal Remedy under the Rule of Law .....                  | (11)        |
| 3. Reform of Judicial Review Supervision<br>under Modern Judicial Conception .....                    | (20)        |
| 4. Break out of Encirclement: Debate from the<br>Uncertainty of Law .....                             | (29)        |
| 5. Question: Who can Supervise Supervisor? .....                                                      | (44)        |
| 6. Harmony: the Best Effect of Judicial Review<br>after Entry of WTO .....                            | (47)        |
| <b>Chapter 2 Practice of Judicial Review .....</b>                                                    | <b>(67)</b> |
| 1. Equal Protection in Planning Case: Conflict and<br>Harmony between Public Law and Civil Law .....  | (67)        |
| 2. Lingering Affection Jurisprudence and Common<br>Sense: Problem of Direct Loss .....                | (84)        |
| <b>Chapter 3 Judicial Conception and Ability .....</b>                                                | <b>(96)</b> |
| 1. To Find the Core Orientation of the Rule of Law<br>and Litigation: Judicature for the People ..... | (96)        |

4 法治视野下的行政诉讼-----

|                                                                                         |              |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| 2. To Deal with Letter and Visit Cases; Judge<br>Annotate the Nature of Judiciary ..... | (107)        |
| 3. Freely Inference; Between Fact<br>and Logic .....                                    | (124)        |
| <b>Chapter 4 The Rule of Law of Administration .....</b>                                | <b>(131)</b> |
| 1. Perfect System; Foundation for the Rule<br>of Law of Administration .....            | (131)        |
| 2. Dialectic between Government Failure<br>and the Rule of Law .....                    | (156)        |
| 3. Administrative Licensing Act; Weatherglass<br>for the Rule of Law .....              | (167)        |
| <b>Chapter 5 The Rule of Law in UK .....</b>                                            | <b>(176)</b> |
| 1. Investigation of the Judicial System in UK .....                                     | (176)        |
| 2. Judicial Reform in UK .....                                                          | (197)        |
| 3. Investigation of Cabinet System of UK .....                                          | (205)        |
| 4. Revelation of Tribunal System for Chinese<br>Judicial System .....                   | (210)        |
| 5. Investigation of Lawyer System in UK .....                                           | (226)        |
| 6. Experience of the Rule of Law in UK .....                                            | (230)        |
| <b>Bibliography .....</b>                                                               | <b>(237)</b> |
| <b>Postscript .....</b>                                                                 | <b>(246)</b> |

# 第一章 行政诉讼理论

法律不能使人人平等,但是在法律面前人人是平等的。

——【英】波洛克

## 第一节 程序正义——法治与恣意而治的分水岭

程序先于权利;正义不仅要实现,而且要以人们看得见的方式实现。

——西方法谚

程序正义(Procedural Justice),又称诉讼正义,是指法律适用或执法阶段的正义,也是社会利益冲突之解决上的正义。它起源于古老的“自然公正”原则,而这一原则又是起源于自然法观念,在近代英国,“自然公正”概念,通常表示处理纷争的一般原则和最起码的公平标准。<sup>①</sup> 作为程序正义,它可以通过程序运作的好坏,以正义为衡量尺度,去客观地评价一部诉讼法律,它可以填补法律空白,可以作为纠正法律失误的力量,也可以作为法律解释的标准。程序正义还可以推动法律精神的进化,法律地位的提高,法律内部结构的完善。从程序与正义的辩证关系来说,正义的不变内容主要是程序性的,严格的程序可以排斥不正义。所以程序法的完善,程序法成为法律体系的重要组

---

<sup>①</sup> 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社1999年版,第340页。

成部分应当归功于正义。<sup>①</sup>而“正义”只有通过良好的法律才能实现,因为“法是善和正义的艺术”。而回顾我国《行政诉讼法》颁布以来的诉讼实践,这部法律的确对我国的民主与法制建设产生了不可估量的影响,在我国的政治经济和社会生活中发挥了十分重要的作用,但在其实际运作中,已不可避免地暴露出诸多不合时宜的弊端;从诉讼意义上讲,表现为“程序正义”的迷失。既然说,现代的程序法已从传统的诉讼程序延伸至立法和行政领域,用严格的程序限制立法与行政行为的主观任意性来实现正义。<sup>②</sup>那么,笔者就立足于“程序正义”的视角,针对目前行政诉讼中几个较为突出的问题,谈一谈对我国《行政诉讼法》完善的几点意见,试图用程序正义这一理论去纠正不良立法和不良行政,使这部诉讼法律在我国的法律生活和社会生活中形成一种良性运作,并最终使其归于一种完全的法的正义。

### 一、从立法上拓宽行政诉讼的受案范围,强化司法审查权,是实现程序正义的“绿色通道”

行政诉讼的程序正义从法律意义上要求相对人在受到行政行为的非正义的时候可以通过法律途径获得救济,其最直接的法律表现形式便是行政诉讼受案范围(即司法审查权的范围),它规定人民法院受理一定范围内的行政案件的权限。作为一个开放的系统,它是实现程序正义的第一道关口,是诉讼从程序上走向正义的绿色通道,其范围的大小,决定着正义通道的畅通与否。从我国司法实践以及加入WTO等综合分析,我国行政诉讼的受案范围亟待拓宽,司法审查权必须强化。具体表现在以下几个方面。

#### (一)可受审查救济的权利范围要加大

我国《行政诉讼法》第11条第1款第(1)至第(8)项规定的具体行政行为,一般被理解为只涉及相对人的人身权、财产权。这一规定,

① 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社1999年版,第256页。

② 同上,第250页。

长期以来似乎从行政诉讼法学理论上一直禁锢着可受审查救济的权利范围的扩展。但我们知道,权利是正义的载体,如果我们从程序上就限制了载体的范围,那么正义岂不成了一句空话?程序的公平价值,又何从体现?在司法实践中,行政行为侵犯的除了人身权与财产权外,还常有行政相对人的政治权利、劳动权、休息权、文化权、受教育权。<sup>①</sup>这些权利都是公民的宪法权利,有着神圣不可侵犯的法律属性,包括行政行为的侵犯。如果我们不尽快从立法上拓宽可受审查救济的权利范围,这些被侵犯的正义,就会永远被拒之于法律的保护之外。用程序去救济正义的想法,只能徘徊在理论的概念中,而无法付诸实践。这就从根本上削弱了行政诉讼自身的价值。

## (二)抽象行政行为应当纳入司法审查的范围

程序正义可能因其抽象性和一般性特点,从而导致个案中的实质不正义。<sup>②</sup>行政诉讼法理论把行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令定义为抽象行政行为,用政治经济学观点来看,它是对市场经济的一种行政管理,某种意义上讲,它代表的是先进生产力的发展要求,而从逻辑上又不难推断,抽象行政行为同样具有抽象性和一般性的特点,这也必然决定了即便它非常的客观公正,也不可能对每一种个别的情况都能完全预料,从而不可避免地导致个案的非正义,各国诉讼实践证明,对抽象行政行为进行司法审查,<sup>③</sup>既可以对行政权力进行良好的制约和监督,又可避免因同一行政行为的重复诉讼而造成司法资源的浪费。更能体现出法律对一切非正义的司法救济理念,同时也符合宪法对“一切违反宪法和法律的行为,必须依法加以追究”的原则要求。另外,《服务贸易总

① 甘文:《行政诉讼法司法解释之评论——理由、观点与问题》,中国法制出版社2000年版,第48页。

② 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社1999年版,第256页。

③ 曹建明主编:《行政法理论与审判实务研究——全国法院系统第十二届学术讨论会文选》,第53~55页。

协定》(GATS)规定行政机关的政策、具有普遍约束力的决定和命令,依据申请者的请求,可以提起司法审查。如果申请人的请求合理,成员国还将提供相应的救济。因此,将抽象行政行为纳入司法审查的范围是我国行政诉讼制度发展的必然趋势。

(三)对于行政终局性裁决的行为,人民法院仍应有权行使司法审查权

我国《行政诉讼法》第12条第(4)项规定法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为,人民法院不予受理。这就从程序上排除了司法权对行政权的审查与监督,从正义理论上讲,任何一种权力没有了制约必将产生非正义。试问终局裁决机关能保证把每一个行政行为实施的没有任何瑕疵吗?WTO一些贸易协定同样也证明了这种程序规定的非正义,例如,《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)第41条第4款规定,对于行政部门的终局决定或裁决,在任何情况下,都应使当事人有机会要求司法审查。因此,要从立法上赋予人民法院对行政终局裁决行为的司法审查权,这是程序正义的必然要求。

## 二、从立法上充分保障诉讼权是从程序上确定了正义的落脚点

诉讼权是指公民认为自己的合法权益受到侵犯时,享有的提起诉讼、要求国家司法机关予以保护和救济的权利,即司法保护请求权,它体现的就是民众能感到法律与解决诉讼的法院的存在,并且能够利用它。<sup>①</sup>诉讼权保证了诉讼主体的主动性,而后者恰恰是构成程序正义原则的重要组成部分。可以说诉讼权的确立从程序上使正义成为一种可能,也只有从立法上充分保障诉讼权,才能从程序上确定正义的落脚点。反过来说,程序正义是权利平等的前提,英美法系认为“程序优于权利”,即权利基于程序而产生,权利保障主要依靠程序。程序正义能促使权利被实际享受,义务得到切实履行,纠纷得

<sup>①</sup> 左卫民:《人权、法治、国家》,载《人民法院报》2002年1月14日。

到解决。<sup>①</sup> 而我国《行政诉讼法》在有些程序上缺乏对诉讼权正义的有效保障。因此,应进行以下几方面的完善。

(一)行政诉讼的起诉条件应当放宽,原、被告适格理论应进一步发展

诉讼权保障了权利遭受侵害时,接受司法救济的机会,在起诉条件方面,就是采取普遍的开放性接受案件及相应的低起诉条件的做法,在美国,几乎所有的争端都可以且往往实际上变为法庭的争议。而我国行政诉讼的起诉条件过于严格,它要求公民起诉要件为具体权益受到损害,有明确的被告,有具体的事实和理由,属人民法院管辖,《行政诉讼法》第38条至第40条还规定了起诉期限等限制条件,在立案审查时还常常不可避免地使用了实质审查的方式,对于原告这一弱势群体来讲,无疑是从程序上为其设置了实现正义的重重障碍。这其中原、被告资格问题矛盾尤为突出,我国行政诉讼理论把原告资格的取得条件限定为行政机关具体行政行为的相对人,而与具体行政行为有利害关系的人只能作为诉讼第三人。那么如果行政相对人不提起诉讼,第三人自然没有资格作为原告启动诉讼程序。<sup>②</sup> 他追求的正义也就无法从程序上得到实现。这一现象说明,我国《行政诉讼法》对于原告资格的规定,尚不足以从程序上保障诉讼权正义。笔者认为,从程序正义角度讲,应当只要与具体行政行为有法律上的利害关系,就可以成为行政诉讼的适格原告。另外,对于被告适格的问题,笔者建议应首先完善我国行政主体理论,重点把握实质主体与形式主体责、权的统一,才能构建起完善的被告适格制度。

可以看出,我国《行政诉讼法》对于起诉条件的规定以及原、被告资格的界定等许多方面存在着很大的缺陷,当务之急,要求我们必须从立法上消除这种缺陷,充分体现出程序正义的秩序价值和自由

① 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社1999年版,第341页。

② 甘文:《行政诉讼法司法解释之评论——理由、观点与问题》,中国法制出版社2000年版,第62~64页。

价值,确定以纠纷和争议的出现以及与具体行政行为有法律上的利害关系为起诉要件,而不是必须认为其合法权益受到行政行为侵害为起诉要件,并放宽在实践中令行政相对人常常困惑,使人民法院难以操作的关于起诉期限的各种规定,取消当事人难以履行的必须有具体的事实和理由的规定,从立案上取消对起诉的实质性审查,科学合理地放宽原告资格的取得条件,准确地确定被告,从立法上确立由职权主义向当事人主义的转变,从而从程序上保障正义的启动权。

## (二) 应充分细化当事人在诉讼过程中的权利

作为正义载体的权利,它在法律上的规定是对正义最有力的保障。我国《行政诉讼法》在总则、诉讼参加人、证据、起诉、受理、审理和判决等章节对当事人在行政诉讼中的权利均作出了相应的规定,但相对而言还不够完善,至少不能尽善尽美地保护诉讼权的正义。而 WTO 规则与原则体系对于当事人在行政诉讼中权利的规定则非常的明确具体,反映出法律对正义最大限度的保护,其在 TRIPS 第 42、43 条中规定:原告有权依有关秩序维护自己的权利,被告应获得及时、内容完整的书面报告,双方均有权以独立的法律顾问充当代理人;不应增加双方额外的经济负担,双方应有充分陈述的机会,对纠纷中必要的秘密信息应有保密措施,应有权责令掌握证据的一方提供证据,应使被侵权人有获得信息权;在被告滥用执法程序时,应使被告承担损害赔偿;应有在不进行补偿的情况下将已发现的侵权商品排出商业渠道等。<sup>①</sup> TRIPS 这些规定从程序正义的原则上保障了诉讼主体的法律地位,为我国从程序上充分保障诉讼权正义提供了良好的参考。

## 三、从立法上建立司法审查权与行政权运行的良性互动关系,从程序上寻求正义的理性平衡

我国《行政诉讼法》第 5 条规定:“人民法院审理行政案件,对具

<sup>①</sup> 甘文:《WTO 与司法审查的标准》,载《人民司法》2001 年第 9 期。

体行政行为是否合法进行审查。”这一规定原则上在给予行政机关自由裁量权以充分尊重的同时,也限制了人民法院对具体行政行为是否正当、合理进行司法审查的权力,尽管该法第54条第(4)项规定:行政处罚显失公正的,可以判决变更,但毕竟这种规定在司法实践中给予人民法院的权力空间有限,而且对其他行政自由裁量权的合理性无法实施审查与监督。笔者认为,我们在建构或排除一种程序时,首先应考虑到它的正义性,否则便不符合程序正义的要求。美国学者施瓦茨曾经说过:“无限的自由裁量权是残酷的统治,它比其他人为的统治手段对自由更具破坏性。”实践证明,“一切有权力的人都很容易滥用权力。”行政自由裁量权的恶性膨胀常常是导致不正义的罪魁祸首,因为它可以在法律规定的范围内合法但不合理的滥用,在执法幅度内无原则地任意伸缩,更隐蔽地侵犯着相对人的正义,亵渎着社会的正义,正义表现为非理性的失衡。救济这些正义的唯一途径,就是建构一个正义的程序,即对行政自由裁量权的司法审查程序。缘何其说呢?因为正义的程序是权力制衡的机制,它可以通过抑制、分工、间隔等功能对权力进行制约。<sup>①</sup> 它可以帮助法律适用者进行理性的选择,在社会经济生活要求国家自由裁量权相对扩大的今天,实体法规则的控权功能有所缩减,因此正义程序的控权功能大大增长,正义的程序以其特有的功能,补充了实体法控制权力的不足,达到了权力与权利的平衡,效率与自由的协调,形式合理性与实体合理性的结合,可以说从立法上确立司法审查权对行政自由裁量权的制衡已势在必行。尤其是WTO协定中的许多规定,对合法性审查原则也提出了更高的要求。GATS与GATT中均规定,凡符合WTO的规则和原则体系的要求,可以提起司法审查的行政行为,各成员国的司法机关在对其进行司法审查时,不能仅限于以合法性审查为标准,而需更侧重于客观与事实上的公正;即要求是一种实质上的公正与合理。应该说对行政自由裁量权合理性审查标准的确立,

---

① 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社1999年版,第941页。

是程序正义发展的必然要求。当然,我们在强化司法审查权的同时,必须充分考虑到由于合理性标准的复杂性和可变性,依据这些标准监督行政自由裁量权,同样面临着司法权被滥用的可能性,因为毕竟我国行政法官的业务水准及公正意识良莠不齐,而且对于技术性较强的行政管理领域所认定的事实与法官自身的事实判断常常存在一定距离,因此在实践中应当尊重行政机关的合理性决定,并合理地确定司法审查的范围和力度。从立法上建立起司法审查权与行政权运行的良性互动关系,从程序上寻求正义的理性平衡。

#### 四、从立法上建立行政诉讼调解制度,是从程序上为正义找到了一条最理想的解决途径

《行政诉讼法》第50条规定:“人民法院审理行政案件,不适用调解。”其立法本意主要是考虑行政机关作为被告,其职权是法定的,其中包含着公共利益和国家利益,行政机关有依法行使职权的义务,而没有随意处分或放弃职权的权力,也禁止公权力与私权利的交易。从程序正义的层面上讲,一个程序的设置应当能最大限度地体现法的正义,否则它就是非正义的。我们说法定职权不能随意处分或放弃,无可非议,但以此排除调解程序未免有失偏颇,因为权力是国家赋予的,行政机关是权力的载体,权力运作的好坏直接决定着权力作用对象的正义与非正义。用辩证法的观点说没有人能保证把每个权力都运作到最理想的状态,法律虽不允许随意处分或放弃法定职权,但却赋予了行政机关以自由裁量权,这就说明,在法定权力范围内行政机关理性地处置、变更行政职权是合法的,是正义的。有的学者提出处置权力的程序也应当是正义的,但笔者想问,在诉讼中适用调解程序,处置、变更行政职权与人民法院经过司法审查最后判决、撤销、变更具体行政行为岂不是殊途同归?难道说非由别人指出的错误才是错误吗?在诉讼中认识到自己作出的具体行政行为的非正义,通过调解程序,主动依职权作出纠正,不是更符合程序正义效益原则的要求吗?难道用温和的方式找回到正义就是非正义吗?要