

XING ZHENG SHEN PAN YI NAN WEN TI XIN LUN

XING ZHENG SHEN PAN YI NAN WEN TI XIN LUN

行政审判疑难问题新论

人民法院出版社



XING ZHENG SHEN PAN YI NAN WEN TI XIN LUN

行政审判疑难问题新论

——全国法院系统第八届学术
讨论会优秀论文选

第八届学术讨论会论文评选委员会编

人民法院出版社

责任编辑/郭继良

封面设计/王小丹

行政审判疑难问题新论

第八届学术讨论会论文评选委员会编

出版发行/最高人民法院出版社

社址/北京市东交民巷27号(最高人民法院机关大院内)

邮编/100745 电话/65136849 65299981 65134290

开户银行/中国工商银行北京王府井分理处

开户名称/人民法院出版社 帐号/046061-68

(通过本社邮购另加15%邮费)

经销/各地新华书店和其他书店 印刷/保定市大丰彩印厂

开本/850×1168毫米 大32开 印张/18.5 字数/462千

版次/1996年12月第1版 印次/1996年12月第1次

印数/0001--3000 定价/28.00元

书号/ISBN 7-80056-459-2/D·531

版权所有 侵权必究

说 明

由中国高级法官培训中心、全国法院干部业余法律大学、中国应用法学研究所和人民法院出版社联合举办的全国法院系统第八届学术论文讨论会于1996年12月6日—8日在海南省海口市举行。本届学术讨论会对行政审判中的疑难问题进行了充分的研讨，大会共收到各省、自治区、直辖市高级人民法院选送的论文256篇，论题范围涉及到行政法的基本理论、行政诉讼受案范围（即某一种行政行为的可诉性问题）、行政处罚的有关问题、行政赔偿的有关问题及行政审判方式改革的有关问题。

这次学术讨论会的主办单位成立了由最高人民法院副院长、法学教授罗豪才担任主任委员，由中国高级法官培训中心办公室主任、全国法院干部业余法律大学专职副校长梁宝俭，全国法院干部业余法律大学专职副校长方光成，人民法院出版社副社长闵治奎，中国应用法学研究所副所长潘克靖为委员的组织委员会；组成了由最高人民法院副院长罗豪才为论文评选委员会主任，由最高人民法院行政审判庭杨克佃副庭长、江必新副庭长和最高人民法院赵大光、罗锁堂、蔡晓雪、杨临萍、杨洪逵、金俊银、刘德权、赵建华、孙际泉、龚稼立为委员的论文评选委员会。

本届学术讨论会评委会首先以马列主义、毛泽东思想和邓小平同志关于建设有中国特色的社会主义理论为指导，坚持党的四项基本原则，制定出第八届学术讨论会的评选规则，确定了统一评选标准。对大会收到的参选论文采取分类、分组评选的方法，每一篇获奖论文的产生，都要经过小组委员初评和复评，最后经过评选委员会大会定评。对获奖论文的评选决议，实行少数服从多

数的原则。

本届学术讨论会共评选出一等奖论文六篇、二等奖论文四十一篇、三等奖论文七十五篇。

本届学术讨论会的获奖论文，其立论均有一定的创新，论述比较充分、翔实，具有较高的学术水准，对我国的现行立法和司法实践均具有一定的参考价值和借鉴意义，基本上反映和代表了全国法院系统的行政法和行政诉讼法学研究水平。为介绍和交流本届学术讨论会的研究成果，本届学术讨论会的主办单位决定将获一等奖、二等奖的论文结集出版，供广大法学同仁对行政审判疑难问题进行进一步研究和探讨。

收入本书的论文，一律保持原貌，仅对明显的错讹之处作了少量必要的技术处理。

第八届学术讨论会论文评选委员会

1996年12月

目 录

一 等 奖

- 行政审判方式改革之构思 赖忠孝 (1)
- 对行政处罚显失公正的认定及司法变更权的行使 北京市东城区人民法院行政审判庭 (15)
- 关于劳动教养制度的法律思考 张学磊 (30)
- 行政合同案件应适用行政诉讼程序 田 健 (45)
- 行政机关不申请人民法院强制执行行为可诉性构成之探讨 许闻安 (64)
- 试论设定行政诉讼原告资格与行政诉讼受案范围的互动逻辑关系 刘 峥 (80)

二 等 奖

- 试论行政执法中的法与理的统一
..... 南京市中级人民法院行政审判庭 (92)
- 对行政诉讼受案范围的理论思考 龚英明 (108)
- 论行政职务行为的确认 钟心廉 (122)
- 我国行政赔偿制度若干问题研究 徐善敏 (136)
- 事实行为行政赔偿案件审理之初探 陆 琴 (150)
- 起诉不停止执行难的成因及其对策 王靖高 (160)
- 试论法院对不作为行政案件的审理 秦 力 (168)
- 我国建立行政法院势在必行 柴立军 谭建林 (181)
- 拆迁纠纷有关法律问题研究 崔剑平 (190)

代表人行政诉讼初论	余文唐 (200)
行政独任审判及简易程序的可行性	
研究	江金贵 赵永纯 (214)
行政审判方式改革的基本思路	韦武斌 (228)
试论行政诉讼法庭事实调查阶段改革	
的法律思考	吴政权 (239)
行政诉讼确认判决刍议	潘银荣 李佩德 (249)
试论行政自由裁量权的司法监督	杨志斌 (259)
行政审判中的司法变更	张峻峰 (271)
试论行政自由裁量权控制中的司法能	
动性	丁良喜 方龙华 (283)
关于审查具体行政行为合法性原则的思考	李 军 (296)
试论对具体行政行为的适当性审查及	
处理	姚仁安 侯爱民 (305)
不履行法定职责行政案件之探析	吴偕林 (314)
试论对行政程序违法案件的认识与处理	王振峰 (327)
审理土地确权行政案件存在的问题及其探讨	林玉棠 (342)
论我国行政程序法创制的有关问题	蒙剑光 唐旭卫 (351)
行政审判中适用驳回诉讼请求初探	章禾舟 (363)
行政裁决的特点、法律适用及法律设定之	
我见	刘忠奎 (370)
浅谈一事不再罚原则	王学义 (382)
试论我国行政诉讼证据制度的完善	高若敏 邱建民 (395)
对界定行政处罚显失公正的理论思考	李玉国 (407)
对行政处罚与刑事处罚衔接若干问题的研究	
——兼及行政处罚制度的建立	李云峰 (421)
办理非诉行政执行案件的几点意见	金代权 (431)
试论行政强制执行权	郑 刚 倪建新 (442)

非诉行政执行审查刍议	兰万安 (452)
将部分抽象行政行为纳入司法审查范围的 设想	胡立新 周 人 (464)
不服行政裁决诉讼案件的性质和程序探讨	刘伟光 (479)
行政附带民事诉讼若干问题的探讨	刘景文 (492)
浅议审理侵犯企业经营自主权案件的几个 问题	孔 平 宋国钦 (509)
扩大行政诉讼受案范围初探	朱国雄 (523)
行政合同诉讼探析	吴登龙 (536)
要求履行法定职责诉讼案件的几个法律问题	刘耀国 (550)
析国有土地出让行政案件的法律属性	王 海 (559)
具体行政行为相关人刍议	陆为民 张冠群 (569)
附：全国法院系统第八届学术讨论会 三等奖名单	(579)

— 等 奖

行政审判方式改革之构思

赖忠孝

我国的三大诉讼法中，唯独行政诉讼法没有具体操作规程方式规定，这给行政审判方式改革带来“天然”式的困难。由于行政审判曾经是民事审判的一部分，加之行政诉讼法又没规定具体审判方式，所以一直没形成独立的审判方式。从严格意义上讲，当前亟待解决的是探索并确立一套适应行政审判特点的行政审判方式。行政审判方式尚未在全国统一确立，哪来的这一方式“改革”？但各地行政审判的实践，都根据最高人民法院《关于贯彻执行行政诉讼法若干问题的意见（试行）》第115条关于“可以参照民事诉讼的有关规定”的规定，参照民事审判方式而拟定各自的行政审判方式。这种各自为政的行政审判方式，显然不是法制统一国家所要求的，从此角度讲，行政审判方式改革已显十分迫切了。本文试图通过分析行政审判方式改革之必要性，从行政诉讼自身特点着手，探索行政审判方式改革的基本原则，实现基本职权转变，构思行政审判方式改革的具体操作内容，对行政审判方式改革作些粗浅探讨。

一、从现状看行政审判方式改革之必要

由于没有确立全国统一的行政审判方式，各地行政审判参照和套用民事诉讼规定的程序、方式和形式，带有较为普遍的民事化

特色。虽然一些地方做了些改革,但也未能从行政诉讼自身特点的根本得到出路。审理行政案件,特别在庭审方式上,除不适用调解没有设定外,基本上与民事审判方式无异。目前,较为普遍且十分突出的与行政诉讼特点不相适应的表现主要有以下几方面:

(一) 审理的重心和方向偏离。由于没有把审理具体行政行为合法性作为行政审判的中心,不是以审查具体行政行为作为主线,而是以审原告的行为是否违法作为重心。突出表现在庭审中,采取询问原告为主的“审原告”方式。这种审查对象的偏差导致审理方向偏离,背离了行政诉讼的宗旨。

(二) 举证方式错位。不能把握应由被告举证来证明具体行政行为合法性的基本方法,首先是进行大量的庭外调查,其次是开庭中包揽举证责任,把行政机关提供的连同法院调查的证据都由法院出示宣读。这种举证责任的错位,导致社会上认为行政诉讼是由法院负举证责任,也不利加强行政机关举证的责任感。

(三) 未能真正体现双方当事人诉讼中的平等法律地位。因往往“审原告”及法院包揽举证责任,使原告方产生思想压力,认为法院与行政机关“官官相护”,从而未敢大胆行使诉讼权利,不利行政审判工作正常开展。

(四) 庭审功能未能发挥。行政诉讼审查证据的方法是十分特殊的,即法庭审查属实是唯一方法。实践中往往没有充分发挥这样的庭审功能,把庭审作为可有可无的形式,突出表现在未经法庭出示、质证的证据也予以采用,开庭后再取证就直接采用,违背了行政诉讼审查证据的方式规定,直接影响办案质量。

以上表现所产生弊端已显而易见,已明显阻碍行政审判工作的正常开展,改革这些不利因素已成为行政审判工作的当务之急。

二、从自身特点找出路

刑事、民事、行政三大诉讼系统,都是我国诉讼制度的组成

部分。三大诉讼之间的联系和共同之处明白可见，如审判权都由法院行使，诉讼都包括一审、二审、再审，解决争议的最终形式是裁判等等。但三大诉讼之间的区别也是明显的，行政诉讼与刑事诉讼之间相互混淆的可能性很小，实践中，行政诉讼最多是受刑事诉讼“审罪犯”方式的影响，使一些地方留有一些痕迹而由法院与被告共同审原告，造成不良影响，改变这一方式做法易使人接受。但行政诉讼受民事诉讼的影响则由来已久，由于行政诉讼是从民事诉讼脱胎而来，民事诉讼特点对行政诉讼的影响可谓根深蒂固，行政审判民事化的倾向较为普遍。要解决这一问题，就要找出行政诉讼与民事诉讼不同的特点，从中得到行政审判方式改革的基本启示。

(一) 诉讼客体不同。行政诉讼以被诉具体行政行为为诉讼客体。民事诉讼则是以双方当事人争议的权利或民事关系为诉讼客体。所以，行政审判首要的是把具体行政行为作为审查对象。

(二) 审查内容不同。行政诉讼中只对具体行政行为的合法性进行审查，除行政处罚可审查是否显失公正外，其他具体行政行为不审查适当性与合理性。因而，审查具体行政行为的合法性是审理行政案件的中心，更是庭审的中心。而民事诉讼则针对当事人的诉讼请求进行审查，确认民事权利和义务，制裁民事违法行为，保护合法民事权益。

(三) 举证责任不同。行政诉讼由被告负举证责任，被告作出具体行政行为应有事实根据和法律依据，如果不举证或所举证据不足，就要承担败诉的后果。这是区别于其他诉讼的本质特征之一。具体行政行为合法性是由被告举证来证明的。这就启示我们，法院不需也不必进行庭外调查取证，法院虽有调查取证的权利，但并非义务，法院始终应成为真正的“审查者”。这不仅仅为提高效率，也是行政诉讼特征所要求的。民事诉讼则是采取谁主张谁举证的原则，对自己的诉讼主张、请求都应提供相应的证据。

(四) 审查证据方法不同。行政诉讼的证据必须经法庭审查属实, 才能作为定案的根据。所以, 法庭和庭审必须成为审查证据的唯一场所和方式, 没有经过开庭审查的证据都是无效的。民事诉讼则强调, 证据必须经查证属实, 才能作为认定事实的根据, 比之行政诉讼审查证据方法条件放宽的多。

(五) 举证时限不同。行政诉讼举证的时限是在第一审庭审结束前。被告凡在第一审庭审结束前不提供或不能提供证据的, 均应承担败诉风险。这种举证时限的规定突破了我国诉讼法体系没有举证时限规定的历史。民事诉讼则无举证时限规定。

(六) 限制取证不同。行政诉讼的被告, 在诉讼过程中, 不得自行向原告和证人收集证据, 这是“先取证后裁决”行政法准则的具体运用。民事诉讼同样没有限制被告取证的规定。

(七) 当事人诉权不同。行政诉讼的被告没有起诉权, 更没有反诉权。民事诉讼的双方当事人都可提起诉讼, 原告起诉后, 被告有反诉权。所以, 行政审判不必考虑审理反诉的程序方式。

(八) 当事人在实体法上的地位不同。行政诉讼与民事诉讼的当事人, 在诉讼中的法律地位都是平等的。但在实体法的地位则有所不同, 行政诉讼中的当事人双方在实体法中是管理者与被管理者的不平等的法律地位, 民事诉讼中的当事人双方在实体法中的地位则是平等的。人民法院应始终把握在行政诉讼中当事人双方法律地位平等原则, 绝不允许把行政诉讼被告在实体法上享有的管理者地位延续或延伸到诉讼中来。

(九) 解决争议方式不同。对实体问题的解决, 行政诉讼排斥调解及和解方式。民事诉讼不仅可用判决方式解决争议, 也可用调解方式结案。所以, 法院在行政审判方式上不允许调解程序及方式。

(十) 适用的程序不同。行政诉讼只能用普通程序来审理行政案件, 必须实行合议制。民事诉讼不仅可适用普通程序, 基层法

院及派出法庭对简单的民事案件还可适用简易程序，还有对几类特殊案件适用的特别秩序。

(十一) 审判职权不同。行政诉讼中，法院仅对显失公正的行政处罚有变更权，这种有限的变更权是审查具体行政行为合法性原则的体现和补充。在行政审判方式上，除审查行政处罚适当性、合理性外，对具体行政行为只有合法性审查的程式。民事诉讼中，法院对行政权利义务则拥有完全的变更权。

(十二) 审限不同。行政诉讼要求法院审理行政案件的期限是一审三个月，二审二个月。同时规定了较为严格的延长审限的审批权，高级法院审理的，由最高法院审批，其他行政案件则由高级法院审批，基层和中级法院无此权。与此相对应，民事诉讼适用普通程序审理案件的审限相对较长，延长审限审批权较宽松，一审六个月，第一次延长审限审批权是本院院长，审批权为六个月，再次报延的，由上级法院审批；二审三个月，延长审限的审批权是本院院长。行政诉讼较严格的审限及延长审限审批权规定，是与行政管理高效、迅速、及时的特点相吻合的，不允许久拖不决。因此，快速审结行政案件是行政审判方式改革应考虑的重要方面。

另外，行政诉讼还有其他与民事诉讼不同的特点，如不能强制被告到庭，对拒不履行判决裁定的当事人采取措施时，对被告采取与对原告采取的措施不同的措施，对拒不到庭的原被告应经两次合法传唤方可依法作出裁判(民事诉讼只须传票传唤即可)等等。但以上十二方面的特点基本体现了行政诉讼的本质，直接决定及影响着行政审判方式的确立和改革。

三、探索行政审判方式改革基本原则，实现基本职权转变

行政审判方式是法院审理行政案件所采取的方式和形式。审理行政案件采取什么方式和形式是法院的职权之一。行政审判方式改革的目的，在于确立体现行政诉讼特点和能依法、及时、正

确审理行政案件的方式和形式，即建立一套适合行政审判的操作规程。从上述行政审判现状存在弊端的表现及行政诉讼自身特点的剖析，笔者认为，要达到行政审判方式改革的目的，行政审判方式改革应遵循以下五条基本原则和实现四个基本职权转变：

五条基本原则是：

一是与行政诉讼的审理对象相适应的原则。这是行政审判的中心，离开这个中心的行政审判方式是不成功的。行政诉讼审理对象是行政机关的具体行政行为，审查具体行政行为的合法性便成为行政审判的重点，它体现在审判的全过程，特别是庭审过程的每一环节、步骤都应围绕审查具体行政行为是否合法而进行。

二是体现被告负举证责任特点的原则。作出具体行政行为的，正是行政诉讼的被告而非原告或他人，由被告举证是合乎情理的。整个审判过程，对具体行政行为举证的应是被告，不是原告，更不应是法院或其他人，特别反映在庭审中，就应表现为法院引导或责令被告出示作出具体行政行为的证据和依据。这一原则还排斥法院庭外大量调查取证、代替行政机关取证、举证及“审原告”等行为方式。法院的主要精力应放在引导被告举证及原告、第三人质证上。这一原则，同时还派生出限被告在一审庭审结束前举证和不允许被告在诉讼中再取证的两个要求。

三是体现当事人诉讼地位平等原则。法院行政审判中应特别注意保护原告在诉讼地位上与被告平等，杜绝迁就、照顾被告的行为倾向，更不能对原告造成压力，使之不敢大胆行使行政诉讼权利，体现法院公正形象。

四是体现法院是审查者地位原则。这是树立法院司法公正形象的必然要求，也是建立适应行政诉讼特点的行政审判方式必不可少的要求。审查具体行政行为合法性的审查任务在法院，而举证、质证、辩论等都应引导当事人进行，法院不能把自己混同于当事人，而应使自己始终作为审查者。

五是体现一切证据经庭审原则。行政诉讼要求一切证据要经法庭审查属实，方可作为定案根据。庭审便成为审查具体行政行为合法性的唯一的和重要的方式。审查具体行政行为合法性的一切活动都在法庭进行，举证、质证、辩论等无不例外，形成有话在庭上讲，有问题在庭上解决的局面。

四个基本职权转变是：

一是由审原告向审被告转变。传统审判方式往往以谁主张谁举证为由，要求原告举出“不服”具体行政行为的证据，转而针对原告的违法行为是否属实而展开，使原告成了“刑事被告”，而被告人则成了“公诉人”，使人产生双方诉讼地位不平等的感觉。既审原告，又审被告，则是长期套用民事审判方式而形成的一种审理形式，既审原告的违法行为，又审被告的具体行政行为，往往以原告行为的定性来判定被告具体行政行为的合法性，产生只要原告违法行为存在，被告具体行政行为都予以维持的倾向，如仅一张决定书而行政机关无举证也予以维持。这种“审原告”的传统做法及影响，长期困扰着行政审判工作。审理方式从“审原告”向“审被告”的转变，这是最根本的转变，没有这个转变，就无法实现行政审判方式改革的目的。法院不再以审原告违法行为为主，不再包揽举证责任，使审理行政案件的中心转向审查被告所作出的具体行政行为的合法性，整个审理过程都围绕审查具体行政行为进行。这样，审理方向正确，被告也增强了举证责任感与紧迫感，也给社会以司法公正的良好印象。

二是由庭外审向庭内审转变。法庭是法院行使国家审判权的场所。行政诉讼证据需经法庭审查属实，法庭在行政诉讼中更重要，离开法庭，可以讲审查证据就失去场所。传统的审判方式往往是“行政机关一张纸，人民法院跑断腿”，待所有问题已有底了才开庭，使庭审走过场，弱化了庭审功能，把审查证据的唯一场所当作可有可无。这种吃力不讨好的庭外审方式如不改变，很

难使行政诉讼正常开展。发挥庭审功能，必须实现由庭外审向庭内审的转变，实现这一职权转变应抓好二件事：第一，法院基本杜绝庭外调查。法院虽有调查取证权，但并非义务，行政诉讼没把法院取证权置于同行政机关举证同等的地位，法院在开庭前主要是审阅行政机关的举证材料及原告所交材料，熟悉案情，做到心中有数，但这个“数”是为庭审作准备，而真正“有数”是在庭审之后。法院应杜绝庭前取证，但对庭审中有争议的证据，在庭审后可进行必要的调查核实工作，法院取证的权利，主要应限制在这方面，如有新证据，则需再次开庭，经举证、质证，审查属实方可适用，第二，快速决定庭审日期。法院在立案后，法定要求五日内将起诉状副本发送被告，这里的五日不一定要等到最后一天，一般要求当天或第二天就发送被告。被告收到诉状副本后十日内提出答辩状及有关材料。法院在收到答辩状之日起五日内，将答辩状副本发送原告，这里的五日，同样不必等到最后一天。如此程序后，在立案后的 25 日左右便是开庭的日期，还可根据情况决定在更短的期限内就开庭，让当事人一切问题在庭审中解决。

三是由调查者向审查者转变。行政诉讼要求审查具体行政行为的合法性，这已表明法院是“审查者”的地位已由法律确定。充当调查者的传统审理方法应迅速改变，法院应把自己置于审查者地位，“官司”是当事人之间打，法院作为中立、公正者，应处于超脱地位。法院主要任务是“审查”，稳坐静听，负责指挥、引导当事人举证和质证，掌握审查具体行政行为的方向。

四是审查方法由包揽和操纵式向引导当事人对抗或辩论式转变。由于传统的审判方式，自然或不自然地使法院在审理行政案件中，特别是开庭时始终扮演主宰者的角色，一切事项由法官包揽，使当事人特别是被告无事可做，所以并不是双方当事人在打“官司”，而是与法官打“官司”，这种把自己推向矛盾焦点的审理

方法，其裁判的公正性、合理性自然使群众疑惑。审理方法从包揽和操纵式向引导当事人对抗或辩论式转变，就可以使法院始终处于中立状态，真正成为审查者，法庭上对抗的并不是法官与当事人之间，法官应引导当事人之间就行政争议进行争辩，矛头全力指向对方。

四、行政审判方式改革的具体操作内容构思

综上分析，现有的行政审判方式由于存在诸多弊端，与行政诉讼特点极不适应，必须加以改革，建立起适应行政诉讼特点的行政审判方式，从而为实现行政诉讼的宗旨服务。下面是对行政审判方式改革的具体操作内容的粗略构思。

行政审判包括行政案件审理全过程，行政审判方式改革也应包括审理全过程，包括一审、二审和审判监督三大程序，但二审程序除适用二审特有的少数一般规定外，基本上是适用一审程序，审判监督程序除提起再审程序外，还是适用一、二审程序，并没有自己独立的程序。所以一审程序便成为行政审判方式改革所涉及方式、方法、内容的重点，勾画出审判一审行政案件的程序改革方式，便使行政审判方式改革的线条大体拟定。法院审判案件都需经受理、准备、开庭、裁判四大阶段来完成，因而本文设计的行政审判方式改革的具体操作内容也是对这四大阶段分别叙述。

（一）起诉和受理阶段。这一阶段基本不涉及改革问题。法院在收到行政诉状后，应依法律规定的受理条件进行审查，在七日内立案或作出不予受理的裁定。但这一阶段要特别强调的是，不予受理的裁定要经合议庭合议才能作出，以适应行政诉讼的审判组织必须实行合议制的特点。

（二）审理前的准备阶段。这一阶段必要的准备工作有：送达起诉、答辩文书，告知当事人有关诉讼权利义务，组成合议庭并