

普通高等院校人文社会科学重点研究基地基金资助

普通高等院校人文社会科学重点研究基地基金资助

“诉讼原理研究”课题成果之四

项目主持人：樊崇义

行政诉讼原理

行政诉讼原理

THEORY ON ADMINISTRATIVE
PROCEDURE

主编·马怀德

三

马怀德



法律出版社



法律出版社
LAW PRESS

普通高等学校人文社会科学重点研究基地基金资助

“诉讼原理研究”课题成果之四

项目主持人：樊崇义

行政诉讼原理

THEORY ON ADMINISTRATIVE
PROCEDURE

主编·马怀德



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

行政诉讼原理/马怀德主编. —北京:法律出版社,
2003.4

ISBN 7-5036-4323-4

I. 行… II. 马… III. 行政诉讼法—法的理论—
研究 IV. D925.301

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 046373 号

法律出版社·中国
责任编辑/王扬

装帧设计/王际勇

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑/法律教育出版中心
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2003年4月第1版

印张/15.5 字数/479千
印次/2003年4月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

电话/010-63939796
传真/010-63939622

法律教育出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn
读者热线/010-63939660

传真/010-63939701

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
传真/010-63939777
网址/www.Chinalaw-book.com

销售热线/010-63939792
010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4323-4/D·4041 定价:29.00元

主编简介

马怀德,中国政法大学法学院院长,教授,博士研究生导师,国家人文社科重点研究基地诉讼法研究中心副主任,校学术委员会委员。中国法学会行政法研究会理事兼副秘书长,中国监察学会常务理事,建设部、福建省、青岛市人民政府法律顾问。毕业于北京大学和中国政法大学,系我国首位行政诉讼法博士。曾赴美国波士顿大学、耶鲁大学作高级访问学者。

主要著作有《行政法制度建构与判例研究》、《国家赔偿法的理论与实务》、《行政许可》等多部。

曾直接参与《国家赔偿法》、《行政处罚法》、《行政复议法》、《行政许可法》(试拟稿)等多部法律的起草。

撰稿人及其写作分工:

(以撰写章节先后为序)

马怀德(中国政法大学教授、法学院院长、博士生导师),第一至五章、七章

薛刚凌(中国政法大学教授、博士生导师),第九章

刘 莘(中国政法大学教授、硕士生导师),第十章

王万华(中国政法大学副教授、硕士生导师),第六章

宋炉安(河南省高级人民法院法官、法学博士),第八章

张 红(中国政法大学研究生),第一、三章

司品华(北京市第一中级人民法院法官),第五章

王亦白(国家工商总局市场经济监督管理研究中心),第二、七章

说 明

教育部人文社会科学重点研究基地——中国政法大学诉讼法学研究中心第一批重大科研项目——诉讼原理研究,于2000年9月18日立项,历经三载,几易其稿,终于面世。

研究诉讼原理势在必行。根据我国民主与法治建设的进程,按照诉讼法学研究发展的规律,从规范诉讼法学走向理论诉讼法学,这是诉讼法学发展的必然趋势。因为诉讼法学的表现形式既包括对三大诉讼法法条的诠释,又包括对法理的阐释,前者为规范诉讼法学,后者为理论诉讼法学。从规范诉讼法学走向理论诉讼法学,这就是法学工作者经常所论:走出注释法学的樊篱,迈向理论法学的自由王国。任何一个部门法学,从“自在”走向“自由”,必须实现这一转变。这一转变的过程就是本学科发展、深入和走向科学的象征。诉讼原理研究就是出于这一目的而立项并深入展开的。

什么叫原理?什么叫诉讼原理?诉讼原理的内涵外延是什么?诉讼原理的阐释与诉讼法条是什么关系……对这一系列问题的思考贯穿于我们研究的全过程。课题组成员关起门来查阅国内外资料,走出门去调查研究,还组织专家学者和实务部门工作者进行专题研讨。当然,人们看法种种,见解不一。我们总结了来自各方面的意见,吸收了国内外最新的成果,梳理编织成书。为了学习和使用上的方便,在成果体例上分列为四个部分:把三大诉讼的共性原理单列一卷,称《诉讼原理》;刑事诉讼的特有原理单列一卷,称《刑事论原理》;民事诉讼的特有原理单列一卷,称《民事论原理》;行政诉讼的特有原理单列一卷,称《行政论原理》。诚然,有关诉讼原理的研究才刚刚起步,而且,由于立项题目内容工程巨大,我们对共同原理和特有原理的概括、抽象是否符合法学理论之规格和要求,是否挂一漏万,作者实有风险之感。说句心里话,我

们的研究只是为了抛砖引玉,求教同仁。

“诉讼原理研究”从立项到结项,得到了各位同行专家、学者及实务工作者的支持和帮助,得到了普通高等学校人文社会科学重点研究基地的资助,得到了法律出版社的支持,在此一并表示真诚的谢意。

项目主持人:樊崇义

2003年1月

目 录

第一章 行政争议与三大诉讼关系论	(1)
一、行政诉讼概述	(1)
(一)诉讼与行政诉讼.....	(1)
(二)行政诉讼基本结构.....	(4)
二、行政争议论	(9)
(一)问题的产生.....	(9)
(二)公法与私法的二元分立.....	(11)
(三)行政争议及其判定标准.....	(13)
(四)关于建立权限争议解决机制的建议.....	(20)
三、行政诉讼与民事诉讼之间的关系	(21)
(一)行政诉讼与民事诉讼的关系概述.....	(21)
(二)域外经验.....	(25)
(三)两种处理方式及其划分标准.....	(30)
(四)处理方式之一——行政诉讼与民事诉讼分别进行.....	(31)
(五)处理方式之二——行政附带民事诉讼.....	(33)
四、行政诉讼与刑事诉讼的关系	(48)
(一)现行法律规定及弊端.....	(48)
(二)行政诉讼与刑事诉讼分别进行.....	(49)
(三)审判前提问题.....	(51)
第二章 行政诉讼目的论	(55)
一、行政诉讼目的研究的理论价值和现实意义	(55)
二、目的与诉讼目的	(56)
(一)目的概念的哲学解说及辨析.....	(57)
(二)诉讼目的.....	(59)
(三)刑事诉讼目的.....	(60)
(四)民事诉讼目的.....	(62)

三、行政诉讼与行政诉讼目的:在应然与实然之间·····	(63)
(一)行政诉讼是什么和应当是什么·····	(64)
(二)行政诉讼目的之学理分析·····	(66)
(三)中国行政诉讼的惟一目的:保护相对方合法权益·····	(69)
四、从实现行政诉讼目的的角度看中国行政诉讼实践:问题与对策·····	(72)
五、行政诉讼目的与法院审理原则及审查对象·····	(78)
六、行政诉讼目的与撤诉·····	(84)
七、行政诉讼目的与当事人及受案范围的确定·····	(91)
八、行政诉讼目的与司法变更权问题·····	(100)
(一)行政诉讼中设立司法变更权的必要性·····	(100)
(二)改良:显失公正行政处罚的司法变更·····	(102)
(三)突破:扩展行政诉讼中司法变更权的适用范围·····	(106)
九、结语·····	(108)
第三章 行政诉讼类型论 ·····	(109)
一、行政诉讼类型概述·····	(109)
(一)行政诉讼类型及其机能·····	(109)
(二)行政诉讼类型划分的标准·····	(110)
(三)对我国现行行政诉讼类型的反思与完善·····	(115)
二、撤销诉讼的构建·····	(121)
(一)撤销诉讼及其起诉条件·····	(121)
(二)撤销诉讼与可撤销行政行为·····	(124)
(三)撤销诉讼的审理与判决·····	(126)
三、课予义务诉讼的构建·····	(131)
(一)课予义务诉讼及其起诉条件·····	(131)
(二)课予义务诉讼的判决方式·····	(135)
(三)课予义务诉讼是否会造成司法权侵越行政权·····	(137)
四、给付诉讼的构建·····	(138)
(一)给付诉讼概述·····	(138)
(二)给付诉讼的起诉条件·····	(141)
(三)给付诉讼与调解原则·····	(143)
五、确认诉讼的构建·····	(145)

(一)确认诉讼概述·····	(145)
(二)确认诉讼的起诉条件·····	(147)
(三)确认诉讼与撤销诉讼的关系·····	(150)
六、公益诉讼的构建·····	(151)
(一)公益诉讼概述·····	(151)
(二)公益诉讼的起诉条件·····	(156)
(三)公益诉讼的适用范围·····	(157)
七、机关诉讼的构建·····	(159)
(一)机关诉讼概述·····	(159)
(二)机关诉讼的必要性与可行性·····	(162)
(三)机关诉讼的条件·····	(164)
(四)机关诉讼的审理规则·····	(165)
八、各种诉讼类型之关系·····	(166)
第四章 行政诉讼范围论 ·····	(168)
一、行政诉讼法规定受案范围的意义·····	(168)
二、海外行政诉讼制度中关于受案范围的规定及经验·····	(169)
(一)法国的行政审判范围·····	(169)
(二)美国司法审查的范围·····	(172)
(三)英国的司法审查范围·····	(173)
(四)日本行政诉讼的范围·····	(174)
(五)我国台湾地区行政诉讼范围·····	(174)
三、我国行政诉讼法关于受案范围的规定·····	(176)
四、概括和列举方式存在的问题·····	(177)
五、现行司法解释的补救规定·····	(181)
六、行政诉讼范围与内部行政行为·····	(182)
七、行政诉讼范围与公安机关“刑事侦查行为”·····	(186)
八、行政诉讼范围与抽象行政行为的可诉性·····	(189)
九、行政诉讼范围与准行政行为·····	(196)
(一)准行政行为与行政法律行为·····	(196)
(二)证明性行政行为的可诉性·····	(199)
(三)预备或者阶段性行政行为的可诉性·····	(202)
第五章 行政诉讼当事人论 ·····	(204)

一、行政诉讼原告	(204)
(一)行政诉讼原告资格概述	(205)
(二)域外对原告资格的界定标准	(209)
(三)我国行政诉讼法关于原告资格的规定	(215)
(四)现行司法解释的补救措施	(218)
(五)现实中需要关注的几个关于原告资格确定的问题	(230)
二、行政诉讼被告	(235)
(一)关于确定行政诉讼被告规则的思考	(235)
(二)对几种不同情形中的行政诉讼被告确认问题的分析	(240)
三、行政诉讼第三人	(248)
(一)行政诉讼第三人的确定规则	(248)
(二)行政诉讼第三人的种类	(253)
第六章 行政诉讼证据论	(257)
一、行政诉讼举证	(258)
(一)举证责任的界定	(259)
(二)原告在行政诉讼中举证责任承担问题	(261)
(三)行政诉讼举证责任分配与行政程序举证责任分配的关 系	(270)
(四)自认与司法认知	(271)
(五)原告、被告举证规则	(273)
二、证据调取、调查	(276)
(一)证据调取制度	(276)
(二)证据调查制度	(277)
(三)法国与我国台湾地区相关制度及对我国现行规定的反 思	(278)
三、行政诉讼质证	(281)
(一)概述	(281)
(二)不同种类证据的质证规则	(283)
四、行政诉讼认证	(287)
(一)认证的界定	(287)
(二)认证规则概述	(288)
(三)行政诉讼认证规则	(289)

五、行政诉讼证明标准	(300)
(一)概述	(300)
(二)外国行政诉讼证明标准比较研究	(302)
(三)中国行政诉讼证明标准	(306)
第七章 行政审判体制论	(309)
一、研究中国行政审判体制问题的理论前提	(309)
(一)审判体制的概念	(309)
(二)司法公正	(310)
(三)司法的权威性	(311)
(四)司法独立	(313)
二、中国行政审判体制的宏观分析	(315)
(一)中国审判体制的客观描述	(315)
(二)中国行政审判体制的特殊性	(317)
(三)中国行政审判体制的主要问题及司法改革的必要性	(319)
三、增强法院的行政审判权威	(321)
四、行政诉讼案件执行难与司法的地方化	(326)
五、司法的行政化:从非诉行政执行谈起	(332)
六、审判独立的重构及制度性保障	(338)
七、着眼于根本的改革:中国行政法院制度的建构	(346)
(一)设立行政法院的必要性及可行性	(346)
(二)西方的行政法院制度	(349)
(三)中国设立行政法院的制度设计	(351)
第八章 审理程序论	(354)
一、起诉	(354)
(一)行政诉讼与行政复议的关系	(354)
(二)起诉期限	(360)
(三)对起诉的受理	(373)
二、审判程序	(378)
(一)现行行政审判程序的特点	(378)
(二)存在的问题	(382)
(三)关于行政审判程序改革的建议	(389)
三、对法的适用和审查	(397)

(一)法作为审理依据·····	(397)
(二)法律作为审理的对象·····	(399)
(三)作为法治保障的法院·····	(402)
四、再审程序的改革·····	(406)
(一)现行再审程序的特点·····	(406)
(二)再审程序存在的问题·····	(408)
(三)再审程序的改革·····	(411)
第九章 行政判决论·····	(415)
一、行政判决概述·····	(415)
(一)行政判决的概念与性质·····	(415)
(二)行政判决的分类·····	(417)
二、行政判决的种类与适用条件·····	(419)
(一)维持判决及适用条件·····	(419)
(二)撤销判决及适用条件·····	(420)
(三)履行判决及适用条件·····	(422)
(四)变更判决及适用条件·····	(423)
(五)确认判决及适用条件·····	(424)
(六)驳回诉讼请求判决及适用条件·····	(424)
(七)情况判决及适用条件·····	(425)
三、行政判决种类的重构·····	(426)
(一)国外行政判决种类的设定情况·····	(426)
(二)我国行政判决种类存在的问题·····	(430)
(三)影响行政判决种类设定的因素·····	(432)
(四)完善行政判决种类的构想·····	(433)
四、行政判决的效力·····	(436)
(一)研究行政判决效力的必要性·····	(436)
(二)行政判决的成立、生效及合法要件·····	(436)
(三)行政判决的效力内容·····	(440)
(四)行政判决效力制度的完善·····	(443)
五、行政判决书的改革·····	(443)
(一)行政判决书的现状及其问题·····	(443)
(二)改革行政判决书的必要性和可行性·····	(444)

(三)行政判决书的改革思路·····	(445)
第十章 行政执行 ·····	(447)
一、行政执行概述·····	(447)
(一)行政执行的定义及分类·····	(447)
(二)相关概念的比较研究·····	(448)
(三)执行权的性质分析·····	(452)
二、行政诉讼执行·····	(456)
(一)行政诉讼执行概述·····	(456)
(二)行政诉讼执行的完善·····	(460)
三、非诉行政执行·····	(472)
(一)非诉行政执行概述·····	(472)
(二)非诉行政执行的若干具体问题·····	(475)
(三)非诉行政执行的完善·····	(478)

第一章 行政争议与三大 诉讼关系论

行政诉讼是关于通过诉讼程序解决行政争议的制度。“通过诉讼程序解决行政争议”表明行政诉讼作为诉讼的一种,与刑事诉讼、民事诉讼具有共同性,应当遵循诉讼的基本原理和规则;“解决行政争议”则表明行政诉讼的审理对象为行政争议,由于行政争议既不同于民事争议,也不同于作为刑事诉讼审理对象的被告人是否有罪的问题,导致行政诉讼又有其特性,要遵循不同于刑事诉讼、民事诉讼的规则。因此,如何认识行政争议成为建构行政诉讼制度的关键。此外,在实际生活中,行政争议有时并非单独出现,而是与其他性质的争议交织在一起,如何为不同性质争议相互关联的情形寻找科学、合理的解决途径,对于维护法律适用的统一性、提高诉讼效率、降低诉讼成本具有重要意义。本章作为本书立论之基础,意在解决上述问题,阐明行政争议的特性,以及行政诉讼与刑事诉讼、民事诉讼的关系,为行政诉讼原理的阐述及制度的建构提供探讨的基础。

一、行政诉讼概述

(一) 诉讼与行政诉讼

作为一种社会现象的纠纷必须符合以下三个条件:第一,纠纷的主体不能是我们观念中的不特定的人,而必须是具体且特定的行为主体;第二,纠纷形成的机制不能是感情或是竞技状态下的产物,而必须植根于实际生活中真正的利害关系的对立。第三个条件是最为重要的,即双方当事人必须相互意识到对方的行为而实施一定的行为,如果当事人相互之间对对方的行为毫不在乎,任意地调整自己的行为则不能叫做纠纷。因此纠纷的实质在于主体之间必须是相互意识到对方的行为,而且纠纷的主体本身应该是

相互具有利害关系且这种利害关系又必须是发生在现实生活中。^{〔1〕}

既然产生了对立,而且是围绕利害关系产生的对立,那么势必会造成既有关系的失衡,即秩序的失衡。从微观的角度而言,这种失衡是纠纷主体之间利益关系的失衡,从宏观的角度而言,这种失衡则是社会整体利益关系局部发生了失衡。纠纷主体尽管相互意识到与对方的对立,但如果他们并没有寻求解决时,纠纷就失去了外化为社会性问题的条件,它仅仅在纠纷主体之间发生影响。只有当纠纷外化为需要动员主体以外的力量来解决的问题时,纠纷才进入了社会过程,成为影响社会程序的纠纷。

然而,从人类社会生活的历史来看,并非有了纠纷就能依靠各种机能各异的机制来处理,也并非有了解决纠纷的机制就有了诉讼机能。包括诉讼在内的社会纠纷解决机制是随着各个社会以及各个时代政治、经济以及文化的条件变化而逐渐发展起来的。在人类社会初期,社会规范的实施主要依靠社会成员全体的遵守,对于违反社会规范的行为轻则通过教育的方式予以纠正,重则采取强制手段。而对于某一成员的行为是否违反了社会规范,则主要采取“神判”等方式来判断。若私人之间发生争执则全凭自力救济,其结果则为“强凌弱众暴寡”,正当的权利有时无从保护。到后来,私权之间的争议有了国家权力的介入。早在公元前5世纪,罗马就已经制定了《十二铜表法》,当符合成文法规定的事件发生后,人们为实现法律所规定的效果而向法院提起诉讼。^{〔2〕}

近代意义的诉讼制度是自法国1806年民事诉讼法典得以确立的,此后,以法国、德国为代表的大陆法系国家的法典编纂和法律制度的确立,为近代诉讼制度奠定了坚实的基础。虽然近现代社会为纠纷所提供的解决机制呈现多元状态,而在众多的纠纷解决机制中,诉讼机制由于其公正性以及特有的国家强制力背景,在社会纠纷解决体系中占据了极为重要的地位。民事诉讼作为“为保护私法上权利,请求国家司法机关确定其权利存在之法定程序”,^{〔3〕}是诉讼体系中最早产生的,而刑事诉讼、行政诉讼均从民事诉讼脱胎而来。

〔1〕 此为日本东京大学教授六本佳平关于纠纷实质的分析,转引自刘荣军著:《程序保障的理论视角》,法律出版社1999年版,第4页。

〔2〕 [日]中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚等译,法律出版社2001年版,第19页。

〔3〕 王甲乙、杨建华、郑健才著:《民事诉讼法新论》,三民书局1983年版,第1页。

行政诉讼制度是关于行政上法律关系争议判断的裁判制度,其产生及构成悠关各国的历史背景、政治文化,因而反映出各国浓郁的国情色彩。

法国在大革命后基于对三权分立原则的特殊理解,为防行政权遭受司法权之干涉而设置了国家顾问会议(Conseil d'Etat),从而确立了由司法法院审理民事、刑事案件,而行政法院审理行政案件的行政诉讼制度。到了19世纪前半叶,法国沿革行政权与司法权的行政法原理,随着拿破仑的败退而逐渐传入德意志,瓦解了日耳曼法公私法不分之单一体系,德国学者一度为是否设置单独的行政法院而展开了长达半个世纪之久的论争。1863年巴登邦开始设置行政法院,最后各邦普遍设立了行政法院,成为二元裁判体系之开端。日本在明治宪法时代设置了隶属于行政权内部的行政法院以管辖行政事件,而到二战以后,由于深受英美法思想的影响而废除了行政法院,采行一元裁判体制,一切法律上的争议均由司法法院管辖,但基于行政诉讼之特殊性质而颁布了《行政案件诉讼法》,行政案件的裁判适用不同于一般民事诉讼的程序。以英国和美国为代表的普通法系国家具有与大陆法系国家不同的特征。英国由于长期受日耳曼法的影响,不承认公私法的划分,行政案件不是由行政法院而是由普通法院管辖,且适用与民事诉讼相同的程序。英国的司法审查是指普通法院对于行政机关的决定、行政裁判所的裁决是否合法进行审查的活动,也是公民在其权利受到行政机关的违法行为侵害时,向法院诉请救济的一种救济。它是普通法上的制度,不需要制定法的授权。

有学者认为“行政裁判制度并非必然,法国的行政裁判制度则系因历史上诸情事之竞合而生,非基于实际的理由而存留”。^{〔1〕}换言之,行政诉讼制度在其对于行政活动加以司法控制这一意义而言,固然符合法治主义的要求,但就其产生而言,纯系基于历史的或政治上的因素。此论断虽有合理之处,但过于极端,忽视了人类理性在行政诉讼从民事诉讼中分化出来所起的作用。我们认为,行政诉讼脱离于民事诉讼主要是由于以下因素:其一,给予人民权利以特殊的保护,国家公权力在对社会事务实行管理过程中不可避免地会对人民权利造成损害或不利影响,由于法律上地位的悬殊,人民在此情况下无法与强大的公权力相抗衡,因此在行政领域有必要给予公民权

利以特殊保护。其二,公共利益之保障或公共秩序之维护。公民个人之间所发生的民事争议(私权争议)往往只涉及到个体之间个别的权利义务,而公权力的行使则与公共利益有关,若依靠民事诉讼来达到维护公共利益的目的似乎显得有些力不从心。其三是出于诉讼经济的考虑。如果诉讼分化所带来的利益(如有利于合理地解决纠纷)高于因诉讼分化所带来的不利益,则有必要考虑诉讼的分化。此外,对于某些存在专门技术要求事务行政领域所产生的争议也对裁判提出了较高的要求。

新中国建立之后相当长时间内不承认行政诉讼。最早授予行政相对人提起行政诉讼权利的法律是1980年《中外合作经营企业所得税法》和《中外合资经营企业所得税法》。这两部法律明确规定:外国组织、公民对我国税务机关的行政行为不服或者纳税决定不服可以到法院提起诉讼。此后,越来越多的法律法规作了类似的规定。1982年《民事诉讼法(试行)》规定,人民法院受理行政案件适用民事诉讼法的规定。从此,人民法院开始受理行政案件,但随着行政案件的日益增多,便有了制定专门的行政诉讼法的必要,于是有了1989年《中华人民共和国行政诉讼法》的诞生,它标志着我国行政诉讼制度的正式确立。

(二)行政诉讼基本结构

美国著名社会学家帕森斯认为,所谓分化是指“社会中原有的位置相对确定的一个单元或子系统分离成诸个单元或系统,它们对于更大的母系统而言,在结构和机构的意义上都彼此不同”。^{〔1〕}结构的分化和功能的专门化被社会学家们认为是现代化的基本指标。从民事诉讼中分化出来的行政诉讼制度,由于其关涉对公民个人权利的特殊保护以及司法权对行政权的监督与制约而具有了独立存在的价值。

理解行政诉讼的基本结构才能真正懂得行政诉讼制度的真谛,从而提出针对中国行政诉讼现状的制度设计。我们认为行政诉讼的基本结构关系有两类,一类是行政审判权与行政权之间的关系结构,另一类是行政审判权与诉讼当事人诉权之间的关系结构。

基本结构之一:行政审判权与行政权之间的关系

在阐述行政审判权与行政权关系结构之前,有必要提及作为其重要理

〔1〕 转引自王福华著:《民事诉讼基本结构》,中国检察出版社2002年版,第3页。