

总第18集

【本刊特稿】

行政诉讼基本原则论要——以行政诉讼的核心原则为视界 / 江必新 梁凤云

【行政审判实务探讨】

行政程序的司法审查 / 王振宇

【争鸣】

关于规划行政处罚的若干问题研究 / 王太高

【疑难案例评析】

关于物价局收费许可行为性质的理论分析——某市开发公司诉物价局收费许可案评析 / 龙飞

【行政审判动态】

最高人民法院副院长奚晓明在贵州考察时强调行政审判要为构建和谐社会提供司法保障

行政执法与行政审判

Administrative Regulation and Judicial Review

中华人民共和国最高人民法院
行政审判庭 / 编

2006年第2集 • 总第18集

行政执法与行政审判

Administrative Regulation and Judicial Review

中华人民共和国最高人民法院
行政审判庭 / 编

主 编：奚晓明
编 委：赵大光 杨临萍 李广宇
周红耕 蔡小雪 甘 文
执行编辑：梁凤云



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政执法与行政审判. 2006年第2集·总第18集/
最高人民法院行政庭编. —北京:法律出版社, 2006. 9
ISBN 7-5036-6560-2

I. 行… II. 最… III. ①行政执法—中国—参考资料
②行政诉讼—审判—中国—参考资料 IV. D925.3

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第089235号

©法律出版社·中国

责任编辑/肖逢伟

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×960毫米 1/16

印张/12.5 字数/225千

版本/2006年11月第1版

印次/2006年11月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6560-2/D·6277

定价:35.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

行政执法与行政审判(总第18集)目录

●【本刊特稿】

- 001 行政诉讼基本原则论要
——以行政诉讼的核心原则为视界 江必新 梁凤云

●【行政诉讼理论】

- 018 浅议行政法官法律推理中的价值判断 樊 非 王 彦
030 行政不作为概念的厘清 马 龙 王惠奕
040 行政案件事实认定的思维取向与证明标准 马小莉

●【行政审判实务探讨】

- 050 行政程序的司法审查 王振宇
071 关于劳动争议仲裁法律救济途径的若干思考 施建红 姜 斌
077 调解解决司法赔偿案件的可行性探讨
..... 云南省昆明市中级人民法院行政审判庭
084 论国家赔偿标准 刘 洋
093 论地理标志的商标法律保护制度 林民华

●【行政审判调查研究】

- 108 江苏省行政执法现状、发展趋势及对策的调查研究
..... 江苏省高级人民法院
133 广州市两级法院审理高校行政案件的探索 窦家应

●【争鸣】

- 140 关于规划行政处罚的若干问题研究 王太高

●【疑难案例评析】

- 149 关于物价局收费许可行为性质的理论分析
——某市开发公司诉物价局收费许可案评析 龙 飞
155 关于商品房预售合同的登记备案行为的可诉性
——吕高成诉沛县房产管理局商品房预售合同登记管
理案评析 祁贵明
159 推荐性标准在判定产品质量中的适用及处罚

- 环城铝材经营部诉淮安市淮阴区工商局行政处罚
案评析 岳仁申 刘 敏 冯景明
- 164 先天性心脏病发作死亡能认定为工伤吗
——谢维九、刘英诉东莞市社会保障局工伤认定案评析
..... 王相东
- 【行政审判动态】
- 170 最高人民法院副院长奚晓明在贵州考察时强调行政审判
要为构建和谐社会提供司法保障
- 172 山东省委政法委发文要求进一步加强全省行政审判工作
- 175 江苏省高院出台关于以省人民政府为被告的行政诉讼若
干问题的讨论纪要
- 176 陕西省高院分析农村土地行政处罚执行案件的特点
- 177 江苏省苏州市两级法院试行行政案件类型化审理
- 178 江苏省盐城市行政诉讼败诉案件 11 名责任人受到执法
过错追究
- 【域外撷英】
- 179 德国行政诉讼漫游之旅 刘天华
- 【行政审判资料】
- 192 2005 年全国法院审理行政案件情况

【本刊特稿】

行政诉讼基本原则论要

——以行政诉讼的核心原则为视界

◆江必新 梁凤云

导论

在法治社会,诉讼的基本原则承载着法律的精神内核,表征着法治的重要理念,反映着法律条文或者判例的基本准则。我国诉讼法律一般在总则部分规定基本原则,以基本原则作为统率整部法律的指针和方向。有的学者考证,法律上的“原则”一词产生于近代,意为规则之源或者根本规则。^①在法学意义上,原则是指可以作为规则的基础或本源的综合性和稳定性原理和准则,是构成一个法律体系的立足点或基干的根本规则。“原则”一词的拉丁文是 principiorum,意为基础、原理等,同时有一句拉丁法谚曰:principiorum nin est ratio,意为“基本原则毋须论证”。英美法系的“原则”(principle)含有两层意思:法律规则或者学说的基础或者来源;诉讼规则、程序以及法律判决的原理或者前提。^②在诉讼法律中有类似基本原则的规定的,最早出现在法国的民事诉讼法中。在法国的诉讼法学界,行政诉讼法学者维兹奥兹(Vizioz)于1955年在其著作中首次提出了“诉讼指导”,其后,让·佛瓦耶(Jean Foyer)以及果尔如(Cornu)继续发展了这一概念,并使其成为民事诉讼法上的规定。法国人说,这些原则来自于传统,它们甚至在拉丁语的格言和中世纪罗马法学家的著作中都有相应的表述。这些诉讼指导原则为确立诉讼的特殊动因机制,为保障诉讼民主运作起到了极为重要的作用。^③我国在诉讼法的立法中集中明确规定基本原则主要是仿效前苏联的做法。1932年的苏俄民事诉讼法明确规定了基本原则。后来的苏联和东欧国家在民事诉讼法中都规定了基本原则。例如,南斯拉夫议会于1976年12月4日通过的《南斯拉夫行政诉讼法》在总则部分用5个条文规定了基本原则。^④2000年法国行政诉讼法典也专编规定了行政诉讼的基本原则。^⑤我国1982年的民事诉讼法(试行)以及1989年制定的行政诉讼法沿用了这种方式。

我国学界对于行政诉讼基本原则的理解还存在差异。通论以为,

①徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性的克服》,中国政法大学出版社1992年版,第7页。

②参见《布莱克法律辞典》(英文版),西方出版社1979年版,第1074页。

③[法]让·文森、塞尔日·金沙尔:《法国民事诉讼法要义》,罗结珍译,中国法制出版社2001年版,第545~552页。

④参见《行政诉讼参考资料汇编》,中国政法大学出版社1988年版,第112页。

⑤法国的行政诉讼法典在首部设立专门一编,明确规定了10条基本原则。主要包括三类:一类是重申既有原则并将其

扩大适用于最高行政法院。例如,政府专员独立原则、判决说明理由原则、判决可执行原则。第二类是合并既存条款的结果。例如,行政决定不停止执行原则、公开辩论原则、判决公开并应注明法官姓名原则。第三类是没有法律明确规定从若干条文归纳出的原则。例如,判决以合议庭名义作出原则、预审辩论原则等。

⑥孙国华主编:《法理学教程》,中国人民大学出版社1994年版,第362页。

⑦例如,法国的学者认为诉讼基本原则对于诉讼进程中辩护权利的行使、诉讼结果中救济途径的说明以及直接引述宪法条款起着重要作用。参见[法]让·文森、塞尔日·金沙尔:《法国民事诉讼法要义》,罗结珍译,中国法制出版社2001年版,第551页。

⑧江必新:《行政诉讼法——疑难问题探讨》,北京师范大学出版社1991年版,第56页。

⑨江必新:《行政诉讼法——疑难问题探讨》,北京师范大学出版社1991年版,第55页。

行政诉讼基本原则是指由宪法或者法律规定的,反映行政诉讼的基本特点,对于行政诉讼有普遍指导意义的,在审理和解决行政纠纷过程中必须遵循的基本准则。概念是一系列特征的集合体。上述概念包含了行政诉讼基本原则的几个特征:(一)基本原则的法定性。基本原则在性质上属于诉讼法规范的重要组成部分。在诉讼法上,基本原则与定义性规范(用以确定法律概念)、一般性规范(用以确认重要的可以作为法的基础的事实)、业务性规范(用于设定、废止、推广或者延长规范的效力)共同构成了法律规范类型。^⑥当然,与一般性法律规范相比,基本原则通常规定得比较抽象。这种抽象正是对一般性法律规范起到指导和涵纳功能的体现。一些国家的诉讼基本原则对诉讼进展、诉讼结果都起着非常重要的指引(directive)作用。^⑦例如,我国行政诉讼法在总则部分对辩论原则进行了规定,以法律的形式确认当事人在诉讼中的辩论权利。这种法定权利保障当事人进行“有秩序的争辩”,这是当事人最为基本的法定权利。^⑧(二)基本原则的强行性。基本原则具有强行性的主要缘由在于行政诉讼法本身具有的强行法特征。有关诉讼程序的规定,一般将其分为训示规定和效力规定。前者主要针对法院的职务行为,这类规定比较少,而且对诉讼程序或者诉讼行为的效力没有影响;后者则意味着如若违反,诉讼程序或者诉讼行为的效力将受到影响。有关效力规定的内容贯穿整个行政诉讼法,法院和其他行政诉讼法律关系主体都必须遵循,不得任意排除或者合意排除。例如,大陆法系通行的争议恒定原则认为,行政诉讼一经提起,其各项要素与诉讼范围均不得变更,不能用第三人取代某一当事人,不能改变诉讼当事人的身份,不能变更“开始诉讼的请求”的标的,或者提出新的诉讼请求。再如,行政诉讼法规定的合法性审查原则,排除的是合理性审查的效力。(三)基本原则的涵纳性。行政诉讼基本原则具有巨大的涵摄力和吸纳力。基本原则是对整个诉讼制度的高度概括,同时引领整个行政诉讼法的主旨和精神。基本原则的设立既要考虑其在整部法律中的生命力,还要对鲜活的诉讼现象具有解释力。例如,诉讼权利平等原则不仅源自于《人权宣言》宣示的“法律面前人人平等”原则,而且对我国行政诉讼法中的一些制度也有相当的解释力。基于行政程序中的不对等性的事实和诉讼权利平等原则,行政诉讼程序中要求被告对作出的具体行政行为的合法性举证就是一种在诉讼中寻求平等的具体体现。否则,管理与被管理的关系延续到诉讼阶段,就会妨碍诉讼公正合法地进行。^⑨而且,从司法实践的意义上讲,基本原则的涵纳性减弱了对落后于司法实践的技术性规定对立法原意的冲击,并使法官在判断案件时有了更广泛的视野。

行政诉讼基本原则具有的三项特征,反映了行政诉讼基本原则具有的独特的作用和效能。一般而言,行政诉讼基本原则主要包括以下四个方面的功能:(一)探知立法意旨功能。行政诉讼法制定时,必须

以行政诉讼的价值目标和行政诉讼的基本原则作为根本的参照系。通过对基本原则的考量,就会对行政诉讼法的立法意旨有准确的了解。基本原则确定下来就意味着整部法律有了总的坐标,行政诉讼的具体制度也将丰富起来。对于行政诉讼具体制度中的歧义,可以通过基本原则的含义予以明确。(二)总揽程序准则功能。行政诉讼程序是围绕基本原则而确定的,两者都具有强行法性质。违反基本原则就会导致失权等诉讼后果。与具体的诉讼程序不同的是,违反基本原则的情形只出现在诉讼程序没有明确规定的时候。(三)拓展司法解释和司法活动的功能。基本原则具有的高度的抽象性实际上为司法解释的创制和法官的司法活动留有了空间。对于滞后的诉讼程序以及尚未规定的诉讼制度,最高人民法院可以根据全国人大的授权制定相应的司法解释。行政法官也可以根据司法实践发展的需要,对行政案件作出与时俱进的合乎基本原则要求的裁断。(四)传播行政诉讼基本理念的功能。通俗的说法认为,行政诉讼法是民告官的法,这实际上就是行政诉讼法上诉权保护原则的浅近含义。行政诉讼法的基本原则是行政诉讼基本原理和基本精神的凝练,是现代民主法治精神的集中体现,并通过具体的制度加以落实。无论是学术研究还是司法实践,无论是法官还是普通公民,基本原则承载的这些重要功能都是不容忽视的。

就行政诉讼基本原则的分类而言,大体有如下几种分类:(一)根据基本原则的具体内容分为审判权行使的基本原则和诉讼基本结构的基本原则。前者是关于司法组织、审判方式、审级制度等的内容,后者则是从当事人与法院在诉讼中的地位、作用和相互关系出发,处理有关诉讼主导等方面的问题。^①(二)根据规定基本原则的法律不同,可以分为宪法、法院组织法规定的基本原则、行政诉讼法规定的基本原则以及其他法律规定的的基本原则。宪法、法院组织法规定的基本原则一般适用于各类诉讼;行政诉讼法规定的基本原则主要反映行政诉讼的特点;其他法律主要是民事诉讼法规定的基本原则适用于行政诉讼的,也是行政诉讼的基本原则。(三)根据基本原则的性质,可以分为组织原则和职能原则。前者是指人民法院在行政诉讼中的组织活动;后者是指行政诉讼活动必须遵循的基本准则等。(四)根据适用范围,可以分为一般原则和特有原则。前者是指适用于各类诉讼的基本原则;后者为行政诉讼特有的基本原则。(五)根据行政诉讼法规定的内在联系,分为保障行政相对人合法权益原则、维护公共利益原则、平衡行政相对人合法权益和公共利益原则、保证人民法院正确审理行政案件原则等。以上分类从不同角度对基本原则进行了整合,有利于深化基本原则的研究。笔者认为,基本原则因其规定于行政诉讼法的总则部分而成为“基本”原则,因其在诉讼中的不同层次而呈现差异。正是这种差异性,这种对于重要原则和一般原则的分野,将使行政诉讼基本原则的研究更接近论题的本质。根据基本原则在行政诉讼法中的地位以及对行

①于安、江必新、郑淑娜编著:《行政诉讼法学》,法律出版社1999年版,第72页。

①顾昂然：“行政诉讼法起草情况和主要精神”，载《行政诉讼法专题讲座》，人民法院出版社1989年版，第26～27页。
胡康生：“《行政诉讼法》立法过程中的若干问题”，载《行政诉讼法专题讲座》，人民法院出版社1989年版，第41～42页。当然，参与立法的学者对于合法性与合理性有不同的看法。胡康生认为，合法性审查原则意味着对具体行政行为是否适当基本不管。所谓基本不管就是除了行政机关滥用自由裁量权和行政处罚显失公正的以外，对具体行政行为是否适当的问题，一般通过行政机关行政复议解决。

②王桂源：“论法国行政法中的均衡原则”，载《法学研究》1994年第3期。

政诉讼的具体制度的涵摄强度的不同，可以将行政诉讼基本原则分为核心性的基本原则和一般性的基本原则。核心性的基本原则就是核心原则，是指在整个基本原则体系中，最能够深刻揭示行政诉讼基本精神，对其他基本原则的实质含义和具体内容能够起到引领和统率作用的基本原则。一般性基本原则，即一般原则，是指在基本原则体系中处于揭示某方面立法意旨、诉讼理念的，以核心原则为指导的基本原则。在行政诉讼中，核心原则是合法性审查原则和保障诉讼权利原则，以下将分别进行阐述。

一、行政诉讼的核心原则之一：合法性审查原则

几乎所有的著作和教材都将对被诉具体行政行为的合法性审查原则作为行政诉讼的最主要的基本原则或者特有原则。所谓对具体行政行为的合法性进行审查是指人民法院通过依法受理、审理行政案件，对具体行政行为的合法性进行审查，并作出判决。审查具体行政行为的合法性不仅包括案件的审理过程，还包括对于案件的受理、法律适用以及判决等诸多环节。其中，判决或者裁定是审查的终结，也是具有决定意义的环节。

合法性审查原则是行政诉讼法的最具有特色的基本原则。这个原则成为其他基本原则的渊源或根据，可以说，行政诉讼的所有程序和基本制度就是围绕这个核心原则建立起来的。根据参与立法的一些学者的介绍，中国行政诉讼法确立合法性审查原则主要基于以下原因：首先，行政权和司法权有一定界限。依法行政既包括行政机关依照羁束性的法律行使行政权，还包括行政机关依照享有自由裁量权的法律行使职权。后者涉及合理性问题，法院原则上不要干预。其次，行政管理涉及的专业性较强，需要丰富的行政工作经验和专业知识。法院审判人员不可能具备各方面的专业知识。因此，要求审判人员对行政行为是否适当进行审查，作出决定，有些是难以承担的。其三，法院如果对具体行政行为的适当性进行审查，进行干预，等于多了一个行政上级，可能妨害行政机关有效地进行行政管理。^①最后，人民法院长期进行审判活动，对于适用法律最有经验，对法律问题容易作出正确的评价。如果由行政机关最终解决合法性问题就会导致行政专横和法制混乱。实际上，不仅在中国，几乎所有的法治国家都确立了类似对具体行政行为进行合法性审查的原则。例如，英国的越权无效原则，法国的行政法治原则和均衡原则，^②德国的法律优先、法律保留和比例原则，美国的正当法律程序原则等。一般而言，法治国家都将审查行政行为的合法性置于极为重要的地位，也是首位的原则。只有在特别的情况下，才承认对行政行为的合理性进行审查。笔者认为，即便主张将对行政行为进行合法性审查列为基本原则，也并不妨碍对行政行为合理性审查的探

讨,因为有原则就应当有例外。从这个意义上讲,有的学者提出的“着重审查具体行政行为合法性”原则的论述无疑是精当的^⑬。因此,合法性审查原则作为核心原则仍然具有较强的理论支撑和实践基础。

按照现行行政诉讼法的规定,对被诉具体行政行为进行合法性审查原则,主要包括以下三项内容。

(一)人民法院在行政诉讼中的直接审查对象是被诉具体行政行为

何谓具体行政行为,至今仍然仁者见仁。最初的权威定义有二:一种认为是指行政机关进行行政管理时,对特定的具体的个人或者组织采取的单方行为^⑭。另外一种一种是《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《贯彻意见》)第一条中所阐释的,是指国家行政机关和行政机关工作人员、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织或者个人在行政管理活动中行使行政职权,针对特定的公民、法人或者其他组织,就特定的具体事项,作出的有关该公民、法人或者其他组织权利义务的单方行为。有的学者曾经将这个定义作了进一步分解和研究,认为被诉具体行政行为应当具备以下几个条件:作出的主体必须是行政主体;必须是在行政管理活动中行使职权的行为;必须针对特定人、特定的具体事项;必须是单方面的行政行为;必须确定公民法人或者其他组织的权利义务关系。^⑮这个定义对于厘清具体行政行为与民事行为、犯罪行为以及抽象行政行为等的区别起到了促进作用。但是缺陷也是非常明显的,例如,“作出的”行政行为将不作为行为排除在外,“单方行为”将双方行为以及多方行为等排除在外,“行使行政职权”、“权利义务”将行政事实行为排除在外等。^⑯《贯彻意见》对于受案范围的限制性解释在《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《若干解释》)中得到了纠正,该解释将行政诉讼中对被诉具体行政行为合法性审查的含义恢复到行政诉讼法的规定上来。《若干解释》在第一条明确规定,公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关及其工作人员的行政行为不服,依法提起诉讼的,属于人民法院行政诉讼的受案范围。这个规定明确界定了可诉性行政行为的外延。可诉性行政行为必须具有三个要素:必须是拥有行政管理职权的机关、组织和个人所实施的行为;必须是与行使行政职权有关的行为;必须是对公民、法人或者其他组织的权利义务产生实际影响的行为。这个概念使得“可诉性行政行为”的概念更加接近行政诉讼法上规定的“被诉具体行政行为”的概念。首先,这个概念将法律行为扩大到了事实行为。在司法实践中,许多事实行为不是行政诉讼排除的对象。但是在对事实行为的合法性作了判断之后,不能进入裁判主文。基于诉讼经济的原则,事实行为不必经过行政先行确认程序。其次,从单方行为扩展到双方或者多方行为。通过摒弃相对人理论,将行政行为的概念理

^⑬该论述从平衡公共利益和行政相对人合法权益的需要为出发点认为,判断公共利益和行政相对人的合法权益何者需要保护,如何平衡的标准就是法律。法律不仅为公共利益的实现赋予了行政机关以相应的职权,同时,国家制定的法律确认了行政相对人的权利和自由并予以保护。因此,法律既是行政机关活动的依据,也是行政相对人保护合法权益的武器,更是人民法院对行政行为进行审查判断的标准。参见张尚鷟主编、张树义副主编:《走出低谷的中国行政法学——中国行政法学综述与评价》,中国政法大学出版社1991年版,第408页。

^⑭顾昂然:“行政诉讼法起草情况和主要精神”,载《行政诉讼法专题讲座》,人民法院出版社1989年版,第21页。

^⑮蔡小雪著:《行政审判中的合法性审查》,人民法院出版社1999年版,第6~13页。

^⑯当然,也有学者认为单方行为和确定的权利义务应当成为被诉行政行为的重要标

准。前者的确定排除了行政合同行为是适当的,因为双方行为是行政主体与行政相对人共同的意思表示,因此不存在侵犯行政相对人合法权益的问题;后者将事实行为排除在外,因为事实行为可以通过国家赔偿的途径获得救济。参见蔡小雪著:《行政诉讼中的合法性审查》,人民法院出版社1999年版,第11~13页。

①具体内容参见江必新:《中国行政诉讼制度之发展——行政诉讼司法解释解读》,金城出版社2001年版,第31~33页。

②石红心:“论抽象行政行为的司法审查”,载《研究生法学》1996年第2期。

③江必新:《行政诉讼问题研究》,中国人民公安大学出版社1989年版,第65页。

④高鸿:“抽象行政行为可诉性研究”,载《行政法学研究》1997年第3期。

⑤胡建森主编:《行政诉讼法学》,法律出版社2004年版,第33~34页。

解为既包括单方行为,还包括诸如土地转让合同等双方行为。一些在民事诉讼程序中难以解决的包含有行政权力因素的民事争议必须通过正当的行政诉讼程序来进行审查和确认。第三,从涉及人身权和财产权的行政行为扩展到除政治权以外的所有其他权益的行政行为。尤其是包括社会性权利和经济性权利,包括社会保障权、受教育权、劳动权、休息权等,这些权利实际上或多或少、直接或间接地包括人身权和财产权的内容。^⑥

当然,行政诉讼的直接审查对象是否仅限于具体行政行为,在学术界尚存争论。有的学者认为,对于部分抽象行政行为的合法性也可以审查。将抽象行政行为作为审查对象的理由包括:此类规范性文件也存在合法性问题;存在损害公民、法人和其他组织权益的可能;排除诉讼标的,审查对象和审查依据的合法性审查就无从谈起。另外一个重要的问题是哪些规范性文件可以作为诉讼标的。这里有一个对行政诉讼受案范围扩大过程的分析,就目前的规定而言,抽象行政行为作为诉讼标的的数量为零,即对于抽象行政行为一概排除。随着行政法治进程的发展,尤其是考虑到与行政复议法的对接问题,规章以下(不包括规章)的规定性文件势必会纳入受案范围,这也正是行政诉讼法学的近期目标之一。对部分抽象行政行为纳入受案范围的必要性还表现在:人民法院作为国家审判机关的宪法地位决定了可以将抽象行政行为纳入受案范围,否认法院这一权力,就是否认法院审判权的完整性;^⑦我国虽然实行人民代表大会制度,但这种法制并不排除法院审查抽象行政行为的合法性;^⑧从抽象行政行为与具体行政行为的共性及其在行政管理活动中运用的实际情况出发,决定了抽象行政行为应接受司法审查监督。^⑨从司法实际来看,法院无审查抽象行政行为之权,便无从审理行政案件,不利于保障相对人的合法权益;无审查抽象行政行为之权便无法与行政复议法的规定相衔接。而有的学者认为,人民法院对具体行政行为合法性进行审查原则并不意味着人民法院对于抽象行政行为不能间接审查。因为在现行法律框架下,行政复议法第七条和立法法第九十、九十一条在一定程度上保证了对抽象行政行为监督制约的可操作性。此外,行政诉讼法规定的“参照规章”属于人民法院间接对规章审查的制度。^⑩当然,还有诸如部分内部行为等行为应当进行合法性审查的观点也受到极大重视。

笔者认为,现行行政诉讼法关于被诉具体行政行为的合法性审查原则是在计划经济时代确立的,在许多地方已经不能满足现时司法实践和学术研究的需求。在行政诉讼法尚未修改之前,应当尽量对具体行政行为的概念作出较为宽泛的解释,不宜将此概念作限缩理解。实际上,将具体行政行为理解为法律行为或者事实行为的统称,将具体行政行为理解为包括影响利害关系人宪法上基本权利的行政处分行为,将具体行政行为理解为非法律、法规行为,将具体行政行为理解为大陆

法系国家通行的公权力行为等都有可以商榷可以进行学术创见的巨大空间。这个问题无疑太过宽广,容后文阐述。

(二) 人民法院着重审查被诉行为的合法性

中国的传统行政诉讼法理论认为,法院对被诉行为的审查仅仅局限于合法性。理由主要包括:合法性审查属于法院管辖范围,合理性属于行政机关的裁量范围;法院对于合法性审查更有经验,行政机关对于合理性更具专业知识等。有的学者认为,法院对于行政机关的合法性评价是监督审查性的,不具有惩处制裁和完全的对等性。重心是在对合法性作出判断,而对于行政行为操作性的维护和矫正则由行政机关自身来实施完成。这是由于:人民法院与行政机关都是代表公共利益的机关,利益基础和政策目标的一致性决定了相互之间的和谐性和共存性;行政机关由法律拟制成立,只能在国家财政允许的范围内承担赔偿责任,不能让行政机关成为破产人或者以禁治产人的方法承担责任;行政机关是不可选择、不可转让、职能不可中断的垄断性社会组织 and 法律主体,对违法行为的矫正不能采取替代执行、财产抵偿、人身和财产惩罚、取消合法地位等手段,只能采取间接监督的方式。^②有的学者进一步认为,人民法院根据行政诉讼法第五十四条的规定,审查被诉具体行政行为是否证据确凿、适用法律法规是否正确、是否符合法定程序,以及是否存在超越职权、滥用职权和不履行法定职责其一情形。对于行政主体在法律、法规规定的范围内根据其裁量权所作的具体行政行为是否适当的问题,原则上应由行政复议等行政监督和救济途径解决,人民法院一般不得也不宜代替行政机关作出判断。^③有的行政诉讼法建议稿中,建议将滥用职权、显失公正等合理性问题纳入合法性审查的范围,使法律规定更加严密,并保持先后一致。^④当然,也有的学者认为行政行为的合理性审查在一定范围内应当允许适用。特别是,参与行政诉讼法制定的一些学者认为,法院不是不进行合理性审查,而是原则上不进行合理性审查。在两种情况下,法院要管:一是滥用职权的,法院可以判决撤销;二是行政处罚显失公正的,法院可以判决变更。^⑤笔者认为,法院对于合理性问题原则上不予审查,在例外的情况下可以进行审查。以合法性审查为原则并不意味着在制度设计上与其严丝合缝,没有一种制度是绝对的。实际上,在司法实践中,合法性与合理性只是程度上的区别,严重不合理的行政行为就成为违法的行政行为。实践中关于将合法性和合理性严格界分的尝试已经失败。将合法性与合理性视为对立起来的两个概念本身就不是科学的。法与理从来就没有成为非此即彼的关系。因此,将合法性审查原则理解为排斥合理性审查的理由在逻辑和实践上都是站不住脚的,同时对人民法院审查具体行政行为的合法性造成了人为障碍。

对于合法性审查的研究,应当从合法性审查本身观察。根据行政

②于安主编:《行政诉讼法通论》,重庆出版社1989年版,第26~27页。

③胡建森主编:《行政诉讼法学》,法律出版社2004年版,第34页。另见王汉斌:《关于〈中华人民共和国行政诉讼法(草案)〉的说明》。

④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93页。

⑤顾昂然:“行政诉讼法起草情况和主要精神”,载《行政诉讼法专题讲座》,人民法院出版社1989年版,第27页。

②⑥ 张树义主编：
《寻求行政诉讼制度发展的良性循环》，中国政法大学出版社2000年版，第256页。

②⑦ 即，对于起诉被告不作为理由不能成立的，判决驳回原告诉讼请求。

诉讼法第五十四条的规定，多数的学者认为，合法性审查原则体现于对于事实是否确凿、适用法律法规是否正确以及是否遵守法定程序等方面。如果证据确凿，适用法律法规正确，符合法定程序的，判决维持；如果不符合上述情形之一或者超越职权、滥用职权的，判决撤销或者重作等。行政诉讼法的上述规定强化了一种意识，即对行政行为的合法性的判断包括两个方面：合法的抑或违法的。合法的就维持，违法的就撤销、重作或者变更。实际情况并非如此。合法性审查在司法实践中应当作适法性理解，即法院对于行政行为合乎法律的状况予以判断。有的学者研究认为，合法与违法之间并非非此即彼的关系，被诉具体行政行为不违法并不意味着它就合法，合法是有较为严格的法律要求的。^{②⑥} 适法性实际上包括合法、违法以及不违法的状况。所谓合法即证据确凿，适用法律法规正确，符合法定程序等；违法则各具形态，在此不列举；不违法则是没有触犯法律的禁止规定。由上可见，合法是具有比较严格的条件的，违法则不可列举。由对于判决适用条件的规定可以认为，行政诉讼法确立的合法性审查原则似乎只能作出这两种适法判断。实际上对于合法性的判断还应当包括不违法的情形。例如，向工商机关申请税务登记，工商机关不予受理，相对人起诉要求工商机关履行法定职责。法院经审理认为，工商机关的不予受理行为不违法，驳回原告的诉讼请求。此种情况下，对工商机关的行为不能认定为合法，同样不能认定为违法，只要认定工商机关不违法即可。《若干解释》颁布后，驳回原告诉讼请求的判决进一步确立了这种适法性状态^{②⑦}。那么，适法性是否仅仅包括对于行政行为的适法状态呢？《若干解释》根据司法实践的需要对适法性的状态作了进一步的扩展。即对于不适宜判决维持或者驳回原告诉讼请求的，法院可以作出确认行政行为有效的判决。也就是说，适法性还包括对行政行为效力的评判。根据《若干解释》第五十六、五十七、五十八条的规定，人民法院可以根据案件的具体情况对行政行为的效力作出确认有效、确认无效等的判决。

此外，合法性审查原则还包括人民法院依法适用法律法规的含义。行政诉讼法第五十二条规定了审查被诉具体行政行为合法性的依据以及参照根据。关于行政案件的法律适用问题，在此不详述。

(三) 对合法性的审查不仅包括审理阶段，而且贯穿于行政诉讼的全过程

行政诉讼是一个由各个阶段组成的连贯的过程，但这并不意味着行政诉讼必须由起诉、受理、审理、裁判和执行等过程构成。一般的教材和著作将对具体行政行为合法性的审查局限于审理过程，稍显偏狭。对被诉具体行政行为进行合法性审查之所以成为基本原则，正是因为此原则贯穿于行政诉讼的全过程。实际上，无论是在立案过程中还是执行（尤其是非诉行政执行）过程中都存在合法性审查问题。就立案

程序而言,公民向人民法院提起行政诉讼,按照行政诉讼法的规定,应当具备以下条件:原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民;有明确的被告;有具体的诉讼请求和事实根据;属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖等。原告起诉后面临两种结局:裁定不予受理或者受理。裁定受理而后进入正常行政诉讼程序自不待言。裁定受理后又驳回起诉或者裁定不予受理是否经过了合法性审查在理论上存在争议。有人认为裁定不予受理或者裁定受理后又驳回起诉,起诉人和法院虽然都有了意思表示,但是法院的意思表示却是否定的,法院没有对具体行政行为的合法性进行审查。笔者认为,中国行政诉讼法确立的是对被诉具体行政行为进行合法性审查的原则,何谓“被诉具体行政行为”,不是经过法院确认的属于真正的具体行政行为,而是起诉人认为的具体行政行为。这种根据起诉人主观意思确定起诉的做法实际上在行政诉讼法第二条的规定中得到了肯定。只要法院对被诉的而不是已经为诉讼所系属的具体行政行为进行了适法性审查,就应当认为是对被诉具体行政行为的合法性进行了审查,不需要狭义地坚持“审查”就必须“审理”的论点。就非诉行政执行而言,行政诉讼法和《若干解释》第九十三条规定了人民法院受理行政机关申请执行其具体行政行为的案件后,应当在30日内由行政审判庭组成合议庭对具体行政行为的合法性进行审查。有人认为,非诉行政执行不是行政诉讼,所以此处不能进行合法性审查。笔者认为,从严格意义上讲,由于非诉行政执行的当事人一方仅仅是申请执行的行政机关,没有形成两相对抗的格局,不是典型的行政诉讼。但是,关于非诉行政执行的合法性审查是行政诉讼法的重要组成部分。根据行政诉讼法和《若干解释》第六条的规定,中国法院的行政审判庭的职责有两项:审理行政案件和审查行政机关申请执行其具体行政行为的案件。广义上的行政诉讼包括了后者。尤其是,许多国家设置的执行诉讼实际上与我国的对非诉行政执行的合法性审查有相当的类似性,其间亦有主张设置执行诉讼者。^②另外,在司法实践中,许多地方的法院已在非诉行政执行案件的审查中引入听证程序,其实质也是为了公平起见,赋予已经丧失诉权的相对人以类似诉讼主体的地位。

二、行政诉讼的核心原则之二:保障诉讼权利(力)原则

行政诉讼法保障诉讼权利(力)原则主要包括以下几项:

(一)人民法院独立审判权原则

人民法院独立审判权原则也称独立审判原则。我国现行宪法第一百二十六条和人民法院组织法第四条均有规定,人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。行政诉讼

② 薛刚凌:《行政诉讼权研究》,华文出版社1999年版,第180~181页。

法规定,人民法院依法对行政案件独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。人民法院在行政诉讼中独立行使审判权不仅是行政诉讼的一项基本原则,同时也是一项宪法性原则。审判独立的基本内容是,作为解决行政纠纷的行政法官只能根据事实和法律作出判断,不受外界的干预,自主地作出决定。这种独立性要求在司法环境方面应当为行政法官创造没有现实存在或者潜在的干预,能够保证法官根据自己的内心判断,理性自由地作出决定。在行政诉讼中,审判独立的重要价值显得更为重要。因为:行政诉讼的被告是作为行政主体的行政机关,它有条件动员各种力量,从各个方面对主持审判的人民法院施加影响;行政机关控制法院的人财物等工作条件,影响有一定的物质基础;行政诉讼的标的是具体行政行为的合法性,一些人便可以“维护稳定”等借口进行干涉。可以说,行政诉讼中外来干涉的广泛、严重和复杂程度远远超过其他诉讼所受到的影响。^⑨

在行政诉讼中,审判独立主要包括以下两个方面的独立:

1. 法院系统外部独立是审判独立的第一要义

联合国《关于司法独立的基本原则》第一条规定:“各国应保证司法机关的独立,并将此项原则正式载入其本国的宪法或者法律之中。尊重并遵守司法机关的独立,是各国政府机构及其他机构的职责”。^⑩在我国,法院系统外部独立是指审判独立的外部关系,即法院的行政审判不受其他国家机关、社会团体和个人的干涉。国家的行政审判权力由人民法院独立行使。国家在人民法院内部设立行政审判庭审理行政案件。我国在法制传统上与大陆法系相近,有人主张设立行政法院。^⑪独立审判的主体是人民法院,即审判独立是指人民法院独立行使审判权,而不是法官或者法院内部审判组织的独立。这就是说,只有人民法院才是国家行政审判权力的唯一体现者。国家没有给予其他任何行政机关、社会团体和个人干涉行政审判的权力,行政机关、社会团体和个人更不得违法干预行政审判活动。在行政诉讼法的制定过程中,曾有人建议对此作更为明确的有别于其他诉讼法规定的强调,但是这个意见没有被采纳。现在的表述主要是为了与宪法和其他诉讼法上的规定相一致。在司法实践中,要特别注意坚持党的领导和接受国家权力机关的监督。根据宪法的规定,各级法院应当接受同级人大及其常委会的监督,坚持党的领导。党的领导是路线、方针、政策的领导,而不是审批具体案件、干涉具体案件的审判。实际上,一些地方党委发文要求支持行政审判工作,对行政审判工作的独立有效开展创造了良好的外部条件。当然,个别地方也有发文干涉法院行政审判的事例。国家权力机关通过质询等法定程序也可以对法院行政审判进行监督。

2. 法院系统内部独立是审判独立的第二要义

就现行行政诉讼法规定的行政审判体制而言,法院独立审判不仅是指从宏观上作为一个整体的法院体系的独立,同时,对某一具体案件

⑨江必新:《行政诉讼法——疑难问题探讨》,北京师范学院出版社1991年版,第59页。

⑩程味秋等编:《联合国人权公约和刑事司法文献汇编》,中国法制出版社2000年版,第212页。

⑪武楠:“我国应当设立行政法院”,载《法制日报》2004年10月15日。

行使审判权的具体法院也是应当独立的。也就是说,法院在审理行政案件时不受上级或者同级法院的非法干预。按照宪法和人民法院组织法的职权划分,上下级法院之间的关系是监督关系而非领导关系,各级法院对于最高人民法院的司法解释、决定以及上级法院的决定应当执行。但是,就具体案件的审判而言,各人民法院的行政审判权又是独立的,各自对自己所作的审判结论负责。

(二)法律平等原则

我国宪法第三十三条规定,中华人民共和国公民在宪法和法律面前一律平等。我国刑事诉讼法、民事诉讼法都规定了相应的制度。值得注意的是,行政诉讼法关于法律平等的规定与刑事诉讼法和民事诉讼法的规定有一些不同。刑事诉讼法第六条规定,对于一切公民,在适用法律上一律平等,在法律面前,不允许有任何特权。民事诉讼法第八条规定,民事诉讼当事人有平等的诉讼权利。人民法院审理民事案件,应当保证和便利当事人行使诉讼权利,对当事人在适用法律上一律平等。可以看出,刑事诉讼的法律平等不是指被告与公诉机关的平等,而是指一切公民在适用法律上一律平等;民事诉讼中的法律平等则是指当事人之间的诉讼权利的平等和对应。我国行政诉讼法规定的法律平等是指当事人在行政诉讼中的法律地位平等。这个含义比刑事诉讼和民事诉讼的含义更为广泛和深刻。与刑事诉讼不同,行政诉讼的法律平等是指当事人在诉讼中的法律地位是平等的,而非仅指被告一方的适用法律平等;与民事诉讼不同,行政诉讼当事人之间的诉讼权利和义务并非处于相同之地位。正如有的学者所称,平等毋宁称为对等。^②由于中国目前行政诉讼针对的主要对象是被告具体行政行为的合法性,而非行政纠纷本身,因此,在保障当事人实质平等方面有许多有特色的制度设计。

1. 被告对作出的具体行政行为的合法性负举证责任

这个原则无疑是具有中国特色的,因为任何国家都没有类似的规定。许多西方国家的学者对中国这一制度赞誉有加。有的学者曾经论述,被告对作出的具体行政行为的合法性负举证责任是“谁主张谁举证”在行政诉讼中的具体体现。理由是:行政诉讼审查的是被告具体行政行为的合法性而非原告行为的合法性。因此,如果被告不能证明其行为合法,法院就推定原告的行为或者诉讼主张合法,原告无须为自己的行为举证。被告不仅要证明原告在行政程序中的违法状况,而且必须提供确凿的证据证明自己的行为合法。只有被告提供了充分确凿的证据证明了自己行为合法以后,原告如果还主张被告行为违法,例如提出被告滥用职权行为侵犯其合法权益,这时才由原告负举证责任。^③这就是说,在行政诉讼中,行政机关对作出的具体行政行为的合法性负举证责任,对于不作为等行为不负举证责任。有的学者认为,在行政诉

②江必新:《行政诉讼法——疑难问题探讨》,北京师范学院出版社1991年版,第54页。

③张树义:《冲突与选择——行政诉讼的理论与实践》,时事出版社1992年版,第170~173页。类似的观点,参见姜明安:《行政诉讼法学》,北京大学出版社1993年版,第145页。

③张树义:《冲突与选择——行政诉讼的理论与实践》,时事出版社1992年版,第173页。

④第一项内容中的除外条款实际上是吸收了《贯彻意见》的内容;第二项的内容中关于不作为案件的举证问题还有争议,因为涉及被告不作为的许多事实不需要证明,如是否提出申请,是否符合条件,被告方是否存在不作为等;第四项内容中,如在事实行为被诉的情况下原告必须证明事实行为的存在。参见江必新:《中国行政诉讼制度之发展——行政诉讼司法解释解读》,金城出版社2001年版,第127页。

⑤参见张树义主编:《寻求行政诉讼制度发展的良性循环》,中国政法大学出版社2000年版,第150页。

⑥参见《行政诉讼证据规定》第四条。

⑦参见《行政诉讼证据规定》第六条。

⑧该部分参考了江必新:《中国行政诉讼制度之发展——行政诉讼司法解释解读》,金城出版社2001年版,第12页等的相关内容。

讼中应当由行政机关负主要的举证责任,同时,相对人负必要的举证责任。内容包括:合法权益受到损害的证据以及证明申请行为存在的证据等。^⑧《若干解释》颁布后,对于举证责任的规定有了明确的规定,在重申被告对作出的具体行政行为的合法性负举证责任的基础上,对原告的举证责任作了明确的规定:原告对证明起诉符合法定条件(但被告认为原告起诉超过起诉期限的除外)、在起诉被告不作为的案件中证明其提出申请的事实;在一并提起的行政赔偿诉讼中证明因受被诉行为侵害而造成损失的事实;其他应当由原告承担的举证责任的事项^⑨。这一规定实际上将行政诉讼法的规定作了清晰化处理。该司法解释颁布后,学界对原告是否承担举证责任展开了热烈讨论。比较典型的观点认为,被告承担举证责任应当作强调,不能与原告的证明责任作等量齐观。有的学者认为,将原告承担的责任称之为初步证明责任可能更为妥当。^⑩之后,《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》(以下简称《行政诉讼证据规定》)对被告负举证责任作了强调,对原告负举证责任作了模糊处理。对于原告举证责任的规定相应地更改为“提供其符合起诉条件的相应的证据材料”。^⑪并且对原告提供证据作为一项权利来表述,即原告可以提供证明被诉具体行政行为违法的证据。但是同时强调,原告提供的证据不成立的,不免除被告对被诉具体行政行为合法性的举证责任。^⑫由此可见,我国行政诉讼制度对于举证责任的规定实际上还是由被告承担了大部分事项的举证责任。因为被诉具体行政行为绝大多数还是作为行为。行政诉讼制度对于举证责任的设计,实际上是为了保障行政诉讼当事人实质意义上的平等。这个制度既有中国特色,而且反映了行政诉讼的共通的特点,是一项非常优良的制度设计。

2. 强化当事人诉讼程序权利^⑬

行政诉讼法对于当事人的诉讼程序权利规定得比较笼统。与民事诉讼不同,行政诉讼法不可能也不能将当事人的权利绝对对等化,那将导致实质上的不平等。根据司法实践,最高人民法院颁布的《若干解释》和《行政诉讼证据规定》对当事人的诉讼程序作了适当强化,以进一步推进当事人在行政诉讼中的实质平等。主要是:第一,赋予当事人更多的提出异议、申请复议和上诉的权利,强化当事人对审判权的监督制约机制。例如,《若干解释》第十、四十七、四十八、六十三条的相关规定赋予了上述权利。第二,赋予当事人更多的选择权利,在可能的范围内强化当事人的处分权利和意思自治。例如,《若干解释》第二十三条在事实上赋予了起诉人选择被告的权利;第五十条在事实上赋予原告选择审理和裁判客体的权利等。第三,强化必须听取利害关系人的意见的正当程序规则,增加利害关系人到庭质证的机会。例如,《若干解释》第二十四条的相关规定。第四,赋予特定当事人口头诉讼代理人的权利。例如《若干解释》第二十五条的规定。第五,明确规定被告