

冲突与选择

——行政诉讼的 理论与实践

张树义 著
时事出版社

冲突与选择

——行政诉讼的理论与实践

张树义 著

时事出版社

京新登字153号

冲突与选择
——行政诉讼的理论与实践
张树义 著

●
时事出版社出版发行
(北京海淀万寿寺甲2号)

邮政编码: 100081

北京市昌平区东旭印刷厂印刷
新华书店总店北京发行所经销

●
开本: 850×1168 1/32 印张: 9 字数: 225千字
1992年12月第1版 1992年12月第1次印刷

印数: 1—6000

ISBN7-80009-181-3/D·79 定价: 5.80元

前 言

没有哪一部法律的产生，会像中国行政诉讼法这样，涉及到如此广泛的领域，诱发如此众多的问题，牵动如此复杂的情感。正是在种种的矛盾与冲突之中，行政诉讼法诞生了。它的出台开了中国历史上“民告官”的先河。古人不曾想，前人不曾见，甚至并非今人都知晓的事情变成了现实，这不能不说是一种历史的进步。

我国行政诉讼法的出台，是一部充满冲突与选择的历史。不难想像，这样一部具有深刻社会意义的法律，自然会对社会的政治、经济、乃至于人们的思想观念产生强大的冲击，各种矛盾、冲突纷至沓来，现实中的矛盾、冲突反映在行政诉讼法中就是，几乎每一个条文的产生，其中都蕴涵着或多或少的不同意见，或大或小的争论。从行政诉讼的立法目的到行政诉讼的受案范围，从行政案件的审理程序规则到行政案件的结案方式，都有各种不同观点的碰撞。对行政机关具体行政行为的合法性审查更像贯穿整部行政诉讼法的一条主线，人们对此聚讼不已。行政诉讼法就是在各种矛盾、冲突基础上的一种选择。

应当看到，我国行政诉讼法可以说先天存有不足，它既无历史的渊源，在许多人看来，也无现实的基础，以致理论界的探讨也不能说充分。因此，行政诉讼法实施后，种种问题扑面而来。其中既有对行政诉讼法如何理解与适用的问题，也有对许多未曾预料到的情况如何处理的问题，更有因行政诉讼法的实施而诱发的新问题，对理论研究提出了种种新的挑战。光怪陆离的社会总是把有些人们意料不到或者不愿提到的问题无情地摆在你的面前，仿佛是在有意为难人们。和行政诉讼法的制定相仿的是，

几乎每一个条文都在实施中遇到需要解决的问题。因此，行政诉讼法实施后，种种矛盾与冲突使人们又面临着一场新的冲突与选择。

从某种意义上说，我国行政诉讼法是在实践基础并不丰厚的条件下制定，由此不难想像其不完善之处在所难免，实施过程中产生各种问题自在意料之中。但对于这一问题，有的人抱怨行政诉讼法出台太早，以致超前。我以为，与其将行政诉讼法的制定视为一种结果，不如将其视为一种过程。行政诉讼法并非顶峰，实际上是通向顶峰的一个台阶。没有迈上这一台阶，我国的民主与法治似乎缺少点什么，但迈上了这一台阶，并不意味着我国的民主与法治就已完善，可以就此休也。确切地说，行政诉讼法像一把双刃之剑，它那锋利的一面，深掘着封建专制的老根，将民主与法治作为一种现实呈现于人们的面前；而它那另一面，却剖开了现实生活中层面，将新的矛盾与冲突展现于人们的面前，迫使人们冷静地思考、分析，作出新的选择。

冲突是人类走向文明的凭藉，选择是社会得以发展的手段。冲突迫使人们作出选择，选择中蕴涵着社会的进步，而进步又将新的冲突诱发。冲突—选择—进步—冲突，循环不止、生生不息。没有冲突就没有选择，而没有选择也就没有进步。人类的文明、社会的进步，正是在这种循环往复的冲突与选择中获得。人类社会如此，行政诉讼法亦然。这也正是本书名为“冲突与选择”的缘由所在。

本书是对行政诉讼的理论与实践进行探讨的专著。行政诉讼法是历史的产物，它也将随着历史的进程而不断完善，这一切取决于人们的努力。行政诉讼法制定和实施过程中提出的种种问题，为行政诉讼的发展与完善提供了机遇。本书的意图在于，忠实地记录行政诉讼法制定中的冲突与选择，深刻分析它目前所面临的新的冲突与选择。其中既涉及到行政诉讼实践中遇到的复杂疑难问题，更侧重于对重大理论问题的分析。因为实践中的种种

问题，使我越来越感到，行政诉讼在基础理论方面的欠缺。相比于丰富的行政诉讼实践，行政诉讼理论则显得有些贫乏。因此，对行政诉讼的理性把握，应是行政法学界的一项重要任务。

行政诉讼所涉及的问题比较复杂。本书是从以下几个方面来把握行政诉讼的理性的。（1）从实践中遇到的问题，上升到理论的高度加以分析、认识；（2）不囿于行政诉讼法的规定，而把这种规定作为分析、评价的对象；（3）不局限于行政诉讼程序，很多问题最终归结于行政实体法，从行政实体法的角度进行分析；（4）主要以中国行政诉讼为对象，必要时同其他国家行政诉讼作横向比较。只有从多种角度认识行政诉讼法中的问题，才能对许多问题得到比较全面、正确的结论。

当然，对行政诉讼的理性把握只是作者的良好愿望，真正能够实现还需众多同仁的努力。本书只能算作作者对中国行政诉讼法理论的发展的一点奉献。

张树义

目 录

前 言	(1)
第一章 行政诉讼的基本理论	(1)
一、对行政诉讼的基本认识	(1)
二、行政诉讼的主线：权利—权力	(8)
三、行政诉讼的目的与作用	(12)
四、行政诉讼的基本原则	(18)
第二章 行政诉讼中的自由裁量问题	(26)
一、自由裁量权的提出	(26)
二、合法性、合理性与自由裁量的关系	(32)
三、自由裁量的基本内容和标准	(34)
四、对自由裁量权运用的制约	(38)
第三章 行政诉讼与行政复议	(42)
一、行政诉讼与行政复议的基本理论	(42)
二、行政诉讼程序与行政复议	(53)
第四章 行政诉讼受理机构	(62)
一、行政诉讼受理机构面临的主要问题	(62)
二、两种模式采取的主要措施	(66)
三、我们面临的问题与对策	(74)
第五章 行政诉讼的受案范围	(86)
一、对行政诉讼受案范围的总体评价	(87)
二、几个实际问题的认识、辨析	(92)
三、行政诉讼受案范围确定的标准	(100)
第六章 行政诉讼中几类行政行为的区分	(107)
一、具体行政行为与抽象行政行为的划分	(107)

二、内部行为与外部行为的划分·····	(116)
三、关于行政机关的司法性行为·····	(120)
第七章 行政诉讼中的原告 ·····	(129)
一、原告资格·····	(129)
二、几个实际问题的辨析·····	(134)
第八章 行政诉讼中的被告 ·····	(142)
一、应当以谁为被告·····	(142)
二、行政诉讼中被告的确认·····	(148)
三、行政诉讼中被告确认的规则·····	(157)
第九章 审理程序中的若干理论问题 ·····	(164)
一、起诉的诉讼时效·····	(164)
二、关于举证责任问题·····	(170)
三、关于撤诉问题·····	(176)
第十章 行政诉讼的审理依据 ·····	(185)
一、现状与问题·····	(185)
二、抽象行政行为与行政诉讼·····	(189)
三、抽象行政行为的性质·····	(191)
四、抽象行政行为在行政诉讼中的地位·····	(193)
五、抽象行政行为的审查·····	(197)
第十一章 行政诉讼与行政行为的效力 ·····	(204)
一、行政行为的原本效力·····	(204)
二、行政诉讼的提起与行政行为的效力·····	(208)
三、行政案件的审理与行政行为的效力·····	(215)
四、行政诉讼的结案与行政行为的效力·····	(219)
第十二章 人民检察院在行政诉讼中的地位 ·····	(227)
一、人民检察院在行政诉讼中的地位·····	(227)
二、检察机关审判监督程序中的几个问题·····	(233)
第十三章 关于行政诉讼中的强制执行 ·····	(238)
一、对行政机关的强制执行措施·····	(238)

二、关于申请执行案的处理.....	(245)
第十四章 行政赔偿研究简论	(252)
一、归责原则.....	(252)
二、行政赔偿责任的构成要件.....	(255)
三、赔偿主体、义务机关与求偿权.....	(263)
四、赔偿范围和方式.....	(267)
五、行政赔偿程序.....	(269)

第一章 行政诉讼的基本理论

一、对行政诉讼的基本认识

行政诉讼在我国的出现，激发了人们对它的种种复杂情感：有的怀抵触情绪，认为行政诉讼碍手碍脚，将对行政机关的管理活动形成障碍；有的冷眼观之，认为行政诉讼不过是糊弄百姓，在现行体制下，很难产生实际效用；有的抱着试一试的心理，认为有了说理的地方，伺机状告行政机关。出现这些复杂心态，毫不奇怪。问题在于，对行政诉讼究竟应当持一种什么态度。误解、曲解，不理解，终应有解。

我们对行政诉讼，可以说有喜亦有忧，喜而不敢过于乐观，忧而不至过于悲观，正所谓喜忧参半。这种矛盾心理来自于对中国社会基础的分析。

首先，我国行政诉讼法的制定并不是中国历史上的一个偶然事件。它的出现有其客观上的必然性。这种必然性就源自于中国近几年的改革，来自于中国体制改革所造就的新的社会基础。行政诉讼法与改革有着难分难解之缘。

在体制改革之前，中国实行的是高度集中的体制。高度集中并非仅就经济领域而言，而是泛指社会的所有领域。经济活动固然是高度集中，但谁又能否认其他社会活动领域不是高度集中呢？传统的高度集中的体制之所以需要改革，就在于它扼杀了社会生活中各种组织和个人的积极性、主动性，大家都对上等、靠、要，等政策、靠钱物拨付、要待遇。在经济领域的政企不分，使企业丧失了活力，在其他领域的政事不分、政群不分、党

政不分，则使社会失去了活力。在这种一切不加区分的体制之下，行政诉讼没有产生和存在的基础。传统体制下，当纠纷产生后人们的习惯说法是：“找领导去，”“上单位去，”“找主管部门去”，正是在这种体制下人们正常的心理反映。因为当每一个人都分别隶属于不同的行政单位时，人们相互之间产生纠纷后的解决，也必然是通过诉诸于共同的上级单位。在人们受某种行政隶属关系支配之时，产生纠纷也自然要通过行政系统解决。传统体制下信访系统的强大其根源在于此。行政诉讼难以出现的根源正在于此。行政诉讼在传统体制中无存身之地。

体制改革以来，我国的社会结构已经潜移默化地发生或正在发生着巨大的变化。正是在这种体制、乃至社会结构的变化中，蕴涵着对法律的需求，对行政诉讼的需求。

我国的体制改革始于经济领域中的政企分开，不管政府和企业分开到何种程度，政企分开本身就意味着一种社会结构的变化。传统体制下政府和企业之间的关系是行政隶属关系，企业一切活动要听命于上级行政机关或者主管部门，毫无独立的主体地位。政企分开却意味着政府和企业将要成为两个身份不同的主体。政府成为国家行政权力的享有者，其主要职能在于维持公共秩序，包括经济活动的秩序，而不是直接组织、指挥经济活动。企业则成为具有相对独立地位的**商品生产者**，它主要面对的是市场，根据市场的需求来决定自己的**活动**，而不是一切向主管部门负责。尽管企业仍然要服从行政机关的管理，但此时的服从已不是基于行政隶属关系的服从，这就如同行政机关仍要管理，但此时的管理也不是基于行政隶属关系的管理一样，政府和企业之间的关系是一种法律关系。根据社会秩序的要求，法律确定了行政机关的权力规则，以及企业活动的规则，二者都必须在法定范围内，按照法律规则开展活动。企业作为商品生产者具有独立的利益，如果行政机关的管理损害其合法权益，企业就要加以维护。而企业维护其合法权益的方式或途径就是提起行政诉讼。由此看

来，对于政企分开的意义的理解，我们既不能将其局限于经济领域，也不单纯是体制上的某种变化，应当说是社会结构这个更深层次上的变迁。正是在这种社会结构的变迁中，对行政诉讼提出了必然的要求。如果说维系传统体制的媒介是行政命令的话，那么，维系新体制的媒介则必须是法律；如果说信访是与传统体制相适应的解决纠纷的方式的话，那么，与新体制相适应的解决纠纷的方式则是行政诉讼。正因为如此，我们才说行政诉讼在我国产生不是偶然的。它既不是哪一个决策者的恩赐，也并非单靠专家学者们的极力倡导所能奏效。我国行政诉讼的产生其根源深埋在体制改革之中，实在是我们顺应体制的变化所作的一种明智选择。只有认识到这一点，从更深的层次上把握行政诉讼制度，我们才会对行政诉讼制度有清醒的认识，也才能理解行政诉讼法实施之后给我们所带来的各种难解的困扰。

行政诉讼法实施后，存在着这样两种截然相反的观点。一部分人对行政诉讼持不理解的态度，认为行政诉讼法太超前了，在中国实行时尚早。但更多的人认为行政诉讼法并不超前，两种不同的观点都有生活中大量的事例予以说明，并足以动摇对方的观点。那么，究竟应当怎样看待行政诉讼法的超前与滞后呢？

通过前面对行政诉讼法产生背景的分析，我们不难看出得出结论。行政诉讼在中国的出现并非超前，它反映着中国社会的现实要求，也有其存在的现实基础。如果我们深入到社会之中进行分析，从中国社会发展的客观需要来把握行政诉讼法的出台既不超前，亦不算太早。我们没有理由在中国社会现实需要之时，而不建立行政诉讼制度，我们也没有理由在现实生活需要之时，却去批评、指责它的产生，因为现实生活中某些不适应的因素而称之为“为时尚早”。

当然，持有“为时尚早”、“超前”观点的人并非毫无道理。在某种意义上，它也是中国现实情况在人们心理、思想上的反映。这也正是人们对行政诉讼持有一种较为复杂、矛盾的心理的

缘由所在。

客观地说，中国行政诉讼制度的建立与实施存在着种种困难。首先是公民的思想心理障碍。自古以来，民不告官的传统意识根深蒂固，因为官手中掌握着权力。如果民告官，将招致很多麻烦。传统的思想意识是绝不会因一纸法律文书而烟消云散的。其次是行政机关的抵触情绪。我们某些行政机关及其工作人员认为行政诉讼碍手碍脚，不利于行政活动顺利进行。由此产生了某种不利于行政诉讼法贯彻实施的行为。但是，中国行政诉讼最主要的困难还是存在于体制之中，最大的障碍就在于我国体制改革正在进行之中，并未完全到位。公民的畏难心理很大程度上是因为现实中很多方面还受制于行政机关，对行政机关还存在许多依附之处，独立的人格没有形成，故而瞻前顾后。体制改革方面的居现阶段造就的是中国现实的矛盾状况：一方面是政企分开对行政诉讼法的需求；另一方面是政企还未彻底分开，许多情况下的藕断丝连又使行政诉讼举步不前。公民之所以不敢提起行政诉讼，除去受传统思想意识的制约，更为实在的考虑是因为体制上对行政机关的依附关系。在许多方面，公民都有求于行政机关，可以说行政机关掌握着公民生杀予夺的大权，因而即使对行政机关的违法的、损害自己的合法权益的行为不满，也不能采取太过于刺激的方式。近几年，行政诉讼法实施后出现的几个社会现象颇能引人深思。

其一，行政诉讼法实施后，按照人们的正常预计，人民法院受理行政案件的数量会激增，在行政诉讼法制定的过程中，这是应考虑在内的基本国情之一。因为实际生活中公民合法权益受到侵害的现象屡见不鲜，行政诉讼的大门一敞开，公民提起行政诉讼就会像潮水般涌来。故而在行政诉讼法的制定中对受案范围作了一定的限制。但是，实际情况远出于人们的意料。行政案件的绝对数字在增长，但其相对数字却不容乐观，甚至是下降趋势。所谓相对数字是指法院新增设行政审判庭的数目和行政案件增长

的比例，不但没有上升，反而下降。是公民的合法权益未受到侵犯吗？不是！我们看一看各级信访机构收到的接近于天文数字的来信来访的数量就可知道。是公民不愿意维护自己的合法权益吗？也不是！因为中国公民的诉讼意识虽然淡薄，不习惯或不愿意通过诉讼途径来维护自己的合法权益。但十几年法制建设的熏陶，诉讼意识已多少获得中国公民的认同，开始通过诉讼途径维护自己的合法权益。只不过在提起诉讼之前，公民还要考虑一下后果，设想是否还有其他比诉讼更为妥善的方式或途径，正是在与其他方式的比较考虑之中，行政诉讼被人们敬而远之。

其二，就人民法院受理的行政案件的数量而言，1988年，治安行政案件占第一位，土地行政案件居第二位；1989年，土地行政案件大有跃居第一位之势，治安行政案件则呈下降趋势。总之，治安行政案件和土地行政案件总是居高不下。至于其他类型的行政案件，如工商、税务、环保、食品卫生等行政案件，与前两种的数量相差悬殊。仔细分析起来，上述现象颇能反映出人们对行政诉讼所持的心理状态。土地是人们赖以谋生的基本条件，人们的衣食住行均取之于斯，因而也就被人们视之为命根子。一旦在土地方面产生纠纷，人们不得不抛弃任何顾虑，与行政机关对簿公堂。由此反映了人们对行政诉讼持有的最原始的心理：是否提起行政诉讼，取决于所争议的标的对其生存条件的决定程度。土地作为人们生存的基本条件，由此产生纠纷自然是无路可退。因此，中国公民对行政诉讼持有一种得过且过的心理，能忍则忍，能不诉则不诉，实在忍无可忍，则法庭上见。

其三，就公民提起行政诉讼所涉及的行政领域而言，大多是属于无隶属关系的领域。例如，土地、工商、税务、环保、标准计量、食品卫生领域，这些行政机关大多属于改革以来新成立的部门，他们所履行的职能主要属于宏观调控，更多的是监督职能。因而这些行政机关均无下属单位，没有哪一个企事业单位附属于监督部门。由于没有隶属关系的存在，企事业单位的合法权

益受到损害，敢于通过诉讼的途径来维护自己的合法权益。因为相对于存在一定隶属关系的行政机关，企业的顾虑相应也就少一些。因此，行政诉讼制度的发展状况还与中国体制上隶属关系是否存在、以及存在的范围有着直接的联系。

通过对上述三个方面问题的概括和分析，我们可以得出基本结论，中国行政诉讼制度的兴起、停滞、发展的主要决定因素在于体制。它的命运拴在中国体制改革这架“战车”上，为体制改革所支配。正所谓“成也萧何，败也萧何”。

许多人根据上述情况得出结论，认为行政诉讼法的制定与实施太超前了，理由为中国并不具备实施行政诉讼法的条件。那么，究竟如何看待这一问题，行政诉讼法是否真的像某些人说的那样“超前”了呢？

笔者以为，判断行政诉讼法是否超前应有客观的、统一的标准，这个标准就是中国现实生活中是否存在着行政机关及其工作人员损害公民合法权益的现象，而不能是其他。至于其他因素，例如具备的条件是否充分等，固然应在考虑之列，但不能作为判断的标准。因为行政诉讼是解决行政机关与公民之间所产生的行政纠纷的制度。只要行政纠纷存在，就有必要建立解决行政纠纷的行政诉讼制度。从这一角度审视，我国行政纠纷不仅存在，而且数量巨大。面对数量巨大的行政纠纷，我们没有理由不建立行政诉讼制度。问题的提法似乎正好应该相反，行政诉讼制度的建立不仅不是为时尚早，而是为时晚矣，好在亡羊补牢，犹为未晚。至于“尚早”论所持的理由虽然不无道理，客观上确实许多条件并不具备。但是，任何一种制度都不可能是条件完全具备之时建立，因为条件完全具备，该项制度实在也就没有存在的必要。就行政诉讼制度而言，如果等到条件具备时再建立行政诉讼制度，恐怕也就永无此日。在某种意义上说，阻碍行政诉讼制度的因素是需要通过建立行政诉讼制度才能克服的。例如，公民行政诉讼意识淡薄是较为普遍的问题，它是我国行政诉讼目前难以为继这

一状态的主要因素。但这种意识的存在不正是我们几千年封建古国“官为本”，行政权力强大这种客观存在在人们心理上的反映吗！反之，建立起行政诉讼制度，公民的合法权益一旦受到侵害就向法院提起行政诉讼，在活生生的诉讼实践中，公民不是就会逐步形成或提高行政诉讼意识吗？再比如，行政诉讼目前最大的阻碍来自于现存体制，那么，究竟是应当让行政诉讼法去适应、迁就体制中不合理的因素呢？还是应该改变体制中不合理的因素去适应行政诉讼的需要呢？结论自然应当是明确的。而且，行政诉讼制度的建立将会使我们体制上不合理的因素充分显露，它本身就包含着这样一种机制，即促使人们尽快改革体制中不合理的因素。因为，如果对体制中不合理的因素加以改变，将意味着下次还要因此而作被告。

因此，我以为，客观状况是一种事实，大家有目共睹。问题在于究竟应当如何看待，或从什么角度看待这些困难。相同的对象，由于人们观察的角度不同，所得出的结论亦不同。不应当是让行政诉讼去迁就不合理的现实，而应当利用行政诉讼法的制定与实施所提供的良机去改革不合理的现实。这是我们在行政诉讼法与现实的矛盾冲突中所应持有的态度。如果因不合理因素的存在使行政诉讼法实施存在一定的困难而抱怨行政诉讼建立为时尚早，这是一种本末倒置。

当然，“为时尚早”的观点亦有可取之处，因为它并非多虑。这种观点提醒我们，中国行政诉讼制度的建立注定要走一条中国式的道路，一条艰难曲折的道路。行政诉讼法的实施需要许多配套措施作为条件，绝非行政诉讼异军突起所能奏效。为使行政诉讼法能够顺利实施，使行政诉讼在我国现实生活中能够起到应有的作用，我国还需要在许多具体制度上有所变革，观念、思想上亦有一个逐步适应并改变的过程。因此，我们常常把行政诉讼法的制定与实施视为一种历史为我们提供的新契机，而不是过多地注重于它对以往历史的终结。

二、行政诉讼的主线：权利—权力

在行政诉讼法的实施中，经常可以见到以下几种现象：

其一，某些行政机关及其工作人员对行政诉讼法存有抵触情绪，认为行政诉讼法的制定是对行政机关的不信任，由于行政诉讼法的实施造成行政权力运用不灵，而处处、事事、时时地被诉妨碍了行政机关的正常活动。因此，对行政诉讼法的实施采取消极的态度。为了不作被告，对许多应管之事放任不管。

其二，某些行政机关及其工作人员对行政诉讼法持有不正确的态度，认为“民告官”是犯上作乱。因此，在行政诉讼法实施后，对提起行政诉讼的公民或者企业，或者以语言威胁，使其不敢诉或起诉后撤回诉讼，或者以手段报复，致使公民产生不敢告、不愿告的畏难情绪，使本来在实施方面就存在许多困难的行政诉讼法凭添一层人为的因素。

上述问题的产生，重要的根源在于对行政诉讼法产生的基础不了解，虽然发生于个别行政机关及其工作人员，但却向我们提出了挑战，必须对行政诉讼有一个深刻的了解，才能自觉地配合行政诉讼法的实施，采取相应的措施。

权利与权力，这是贯穿整部行政诉讼法的一条主线，上述问题的存在，我以为正是因为对权利与权力之间的关系缺乏正确的认识所致，因此，我们必须深入剖析二者的关系。

首先需要指出的是，由于中国经历了几千年的封建社会，权利意识在人们的思想观念中非常淡薄。封建社会以无视人们的权利为特征，因为在封建社会讲的是臣服于皇帝、君主。普天之下，莫非王土，率土之滨，莫非王臣，即是其生动写照，以人格的独立为前提条件的权利没有存在的余地。人们也就不会从臣属的关系中衍生出权利的观念。但是，对于行政诉讼制度而言，权利观念是它产生并存在的前提条件，没有人们的权利，也就不需