

# 行政诉讼问题研究

江必新 著

中国人民公安大学出版社

## 序

行政诉讼制度的建立和发展是依法治国的重要标志。因此，行政诉讼是我国健全社会主义法制，发展社会主义民主的一个极为重要的步骤。然而，要建立切实能够解决我国实际问题的、科学的行政诉讼制度，没有深入的理论探讨、科学的比较研究，以及切合实际的可供选择的解决具体问题的方案，是不可能作出正确选择的。江必新同志在这方面进行了一些探索，付出了一定的心血，提出了他认为比较合理的解决问题的方案，我以为这是他对行政诉讼立法的一份奉献。

在我看来，与其说本书的价值在于得出了若干问题的结论，不如说在于它提供了一种研究解决立法上的若干问题的有价值的思路。这种思路具有把问题和原理、实践与理论紧密结合起来的特点。尽管它并未解决行政诉讼过程中所有的甚至于重要的问题，但它给读者提供了解决重大疑难问题的一个思路，搭起了理解和把握行政诉讼法精神实质的桥梁。在这个意义上，它是值得一读的。

当然，作为一种探讨性的著作，它不可避免地打上作者个人思维模式的印记，其中的某些结论和观点还不尽成熟，原则上只属于作者本人。希望作者不要停留在自己的脚印上，为了进一步健全我国行政诉讼制度，坚持不懈地探讨行政诉讼的理论与实践。

马 原

1989年2月

# 目 录

## 序

|                           |        |
|---------------------------|--------|
| <b>第一章 行政诉讼的基础</b> .....  | ( 1 )  |
| 一、行政权与行政诉讼.....           | ( 1 )  |
| 二、行政行为合法性与行政诉讼.....       | ( 3 )  |
| 三、公民权利与行政诉讼.....          | ( 5 )  |
| <b>第二章 行政审判权</b> .....    | ( 9 )  |
| 一、行政审判权产生的基础.....         | ( 9 )  |
| 二、行政审判权的性质与特征.....        | ( 13 ) |
| 三、行政审判权的基本内容.....         | ( 15 ) |
| 四、审判机关的职责.....            | ( 17 ) |
| <b>第三章 目标模式及其实现</b> ..... | ( 19 ) |
| 一、目标模式的概念及类型.....         | ( 19 ) |
| 二、决定行政诉讼目标模式的基本要素.....    | ( 20 ) |
| 三、论我国行政诉讼目标模式的选择.....     | ( 22 ) |
| 四、实现行政诉讼目标的条件.....        | ( 23 ) |
| <b>第四章 基本原则</b> .....     | ( 29 ) |
| 一、行政诉讼的基本原则概述.....        | ( 29 ) |
| 二、对某些“特有原则”的质疑.....       | ( 30 ) |
| 三、应当设定的几项原则.....          | ( 36 ) |
| <b>第五章 行政诉讼的范围</b> .....  | ( 42 ) |

|                                 |              |
|---------------------------------|--------------|
| 一、行政诉讼范围的性质·····                | (42)         |
| 二、决定行政诉讼范围的几个主要变量·····          | (43)         |
| 三、制约行政诉讼范围的因素·····              | (45)         |
| 四、行政诉讼范围的法律表述·····              | (47)         |
| 五、我国目前行政诉讼的范围·····              | (48)         |
| 六、扩大行政诉讼范围的必要性与紧迫性·····         | (51)         |
| 七、如何确定行政机关的终局裁决权·····           | (56)         |
| 八、扩大行政诉讼范围的基本思路·····            | (62)         |
| 九、涉及行政诉讼范围的几个有争议的问题·····        | (64)         |
| <b>第六章 当事人不服行政机关居间裁决的诉讼性质··</b> | <b>(71)</b>  |
| 一、行政机关以第三者身份进行裁决的基本类型·····      | (71)         |
| 二、确定案件属性的基本标准·····              | (73)         |
| 三、对几个论据的质疑·····                 | (75)         |
| <b>第七章 行政诉讼机构·····</b>          | <b>(77)</b>  |
| 一、设立行政诉讼机构的基本原理·····            | (77)         |
| 二、设立我国行政诉讼机构的可行性论证·····         | (87)         |
| <b>第八章 行政诉讼的管辖·····</b>         | <b>(90)</b>  |
| 一、管辖的意义·····                    | (90)         |
| 二、确定管辖的一般原则·····                | (91)         |
| 三、我国行政诉讼法生效前的管辖·····            | (93)         |
| 四、设定新的管辖制度的设想·····              | (95)         |
| <b>第九章 审级·····</b>              | <b>(97)</b>  |
| 一、各种可供选择的方案·····                | (97)         |
| 二、对各种方案的评价·····                 | (102)        |
| <b>第十章 行政复议与行政申诉立法·····</b>     | <b>(104)</b> |

|                             |       |
|-----------------------------|-------|
| 一、关于是否制定独立的行政申诉法的问题·····    | (105) |
| 二、申请复议的条件·····              | (106) |
| 三、申诉的管辖问题·····              | (108) |
| 四、申诉层级的设定·····              | (110) |
| 五、行政机关终局裁决权·····            | (113) |
| <b>第十一章 原告资格</b> ·····      | (116) |
| 一、设定行政诉讼原告资格的原理·····        | (116) |
| 二、有关行政诉讼原告资格的几个亟待解决的问题····· | (122) |
| <b>第十二章 适格被告</b> ·····      | (127) |
| 一、是“被告”还是“应诉人”·····         | (127) |
| 二、是公职人员还是行政机关·····          | (128) |
| 三、是原处理机关还是复议机关·····         | (131) |
| 四、行政职权发生转移情况下的被告的确定·····    | (138) |
| <b>第十三章 第三人</b> ·····       | (141) |
| 一、不可回避的难题·····              | (141) |
| 二、不能不提出的反思·····             | (143) |
| 三、能否如是回答·····               | (144) |
| <b>第十四章 审理范围的模式选择</b> ····· | (147) |
| 一、是法律审还是法律兼事实审·····         | (147) |
| 二、是仅就诉讼请求进行审理还是全案审理·····    | (150) |
| 三、是超出卷宗范围还是局限于卷宗·····       | (151) |
| <b>第十五章 审理方式</b> ·····      | (154) |
| 一、是合议审理还是独任审理·····          | (154) |
| 二、是开庭审理还是书面审理·····          | (156) |

|                                             |       |
|---------------------------------------------|-------|
| 三、是公开审理还是秘密审理·····                          | (159) |
| 四、是依法裁判还是调解处理·····                          | (161) |
| <b>第十六章 行政诉讼的事实审查</b> ·····                 | (166) |
| 一、法院要不要对事实问题进行审查·····                       | (166) |
| 二、法院应该如何审查事实·····                           | (168) |
| 三、法院审查证据的范围·····                            | (171) |
| <b>第十七章 行政诉讼中的证明</b> ·····                  | (174) |
| 一、证明对象·····                                 | (174) |
| 二、证明责任·····                                 | (178) |
| <b>第十八章 行政诉讼中的法律适用</b> ·····                | (187) |
| 一、如何确定行政法规的溯及力·····                         | (187) |
| 二、什么样的规范才能作为裁判的依据·····                      | (190) |
| 三、怎样选择适用冲突规范·····                           | (195) |
| <b>第十九章 行政决定在行政诉讼中的效力</b> ·····             | (203) |
| 一、当事人起诉对行政决定的影响·····                        | (203) |
| 二、行政机关能否在行政诉讼过程中变更或<br>撤销其所作的决定·····        | (209) |
| 三、行政决定程序上或形式上的违法是否影<br>响行政决定的效力·····        | (214) |
| 四、当事人在法定期间之内不起诉是否就意<br>味着行政决定具有绝对的法律效力····· | (218) |
| <b>第二十章 行政诉讼中的肯定裁判</b> ·····                | (220) |
| 一、采用何种形式进行裁判·····                           | (220) |
| 二、驳回诉讼请求（或维持行政裁决）的条<br>件·····               | (223) |
| <b>第二十一章 行政诉讼中的撤销</b> ·····                 | (227) |

|                                                   |              |
|---------------------------------------------------|--------------|
| 一、无变更手段的撤销·····                                   | (227)        |
| 二、与变更手段共存的撤销·····                                 | (231)        |
| <b>第二十二章 行政诉讼中的司法变更权问题·····</b>                   | <b>(233)</b> |
| 一、从行政法理论看司法变更权的可得性·····                           | (234)        |
| 二、从我国具体情况看司法变更权的必要性·····                          | (241)        |
| 三、司法变更权适用的条件与范围·····                              | (250)        |
| <b>第二十三章 行政自由裁量权与司法控制·····</b>                    | <b>(257)</b> |
| 一、行政自由裁量权的确切内涵·····                               | (257)        |
| 二、行政机关行使自由裁量权的基本准则·····                           | (259)        |
| 三、司法机关监督行政自由裁量权的可得性<br>与必要性·····                  | (263)        |
| 四、司法机关监督行政自由裁量权的范围与<br>程序·····                    | (259)        |
| 五、行政自由裁量权司法监督模式的选择·····                           | (277)        |
| <b>第二十四章 行政诉讼附带民事诉讼·····</b>                      | <b>(279)</b> |
| 一、出现两个以上不同性质但又相互关联的<br>诉讼请求的可能性·····              | (279)        |
| 二、采取附带方式解决两个以上不同诉讼性<br>质的诉讼请求的必要性与优越性·····        | (281)        |
| 三、提起行政诉讼附带民事诉讼的条件·····                            | (283)        |
| 四、附带民事诉讼的当事人·····                                 | (284)        |
| 五、附带民事诉讼的审理和判决·····                               | (285)        |
| 六、行政诉讼附带民事诉讼判决的执行·····                            | (287)        |
| <b>第二十五章 行政诉讼强制措施对国家公职人员<br/>        的适用·····</b> | <b>(289)</b> |
| 一、行政诉讼强制措施能否适用于国家公职                               |              |

|                             |       |
|-----------------------------|-------|
| 人员·····                     | (289) |
| 二、如何对妨害诉讼的国家公职人员适用强制措施····· | (299) |
| 后记·····                     | (305) |



# 第一章 行政诉讼的基础

一项宏伟的建筑有赖于基础的稳固，一个完善的制度也需要其稳固的理论或实践上的根据。建立行政诉讼制度，制定行政诉讼法，不可不研讨其基础之所在、根据之所在。这个问题直接关系到我们对行政诉讼的信念和决心，直接关系到司法审查的范围和程度，也直接关系到行政诉讼立法的成败。

## 一、行政权与行政诉讼

行政权是行政机关施加于管理相对人的一种影响力和支配力。一个社会如果没有这种支配力或影响力，这个社会就会陷入混乱。但是“行政权”本身并不是一个理想的代名词，因为，经验告诉我们，如果不对这种权力加以限制和控制，它就可能发生异化，就会变成一种非社会的东西。这是因为：

首先，就行政权本身的属性来说，它同其他权力一样，是凭借物质力量在有序结构中运行的人对人的精神性的强制支配力。它客观上具有较强的渗透性和扩张性，如果不为它设定法律上的边界，它随时都可能利用其控制的财富和暴力，不适当地膨胀起来，从而得以超越或凌驾于社会成员之上。

其次，就行政权的效应来看，同其他权力一样，行政权力具有使权力所指向的对象服从权力掌握者的功能。正是这

种服从的效应，使它有可能成为攫取利益的工具，有可能被当作满足个人私欲的手段。从这个意义上说，权力本身就存在着腐化的自然趋向。

再次，从行政权力的实现过程看，同其它权力一样，行政权只有通过掌权者才能实现，甚至它必须通过多层政府机构才能实现，也就是说，它必须通过众多的工作人员的活动才能实现。然而，作为行政权力实现的导体或中介的个人，由于认识、感情、品德或其它方面的不完善性，不可能百分之百地、绝对正确无误地按照行政权的应有目的来运用它，这就是说，行政权随时都可能被滥用或误用。

最后，从行政权力的作用机制看，同其它权力一样，行政权力本身产生于社会，它是在社会发展中凝聚而成的。但是它一经形成，就具有相对的独立性，并且有追求尽可能多的独立性的趋向，从而产生两种不相等的力量的交互作用，而行政权力的作用方向并非是固定的、单向的，它既可以起推动社会进化的作用，也可以沿着相反方向起作用，甚至可能给经济发展造成巨大的损害，并能引起大量的人力和物力的浪费。

从上述分析可以看出，行政权本身并不代表一种绝对的价值，它本身是一个中性的，或潜藏着若干可能性的影响力或支配力。这种观点可以而且应当使我们得出如下结论：

第一，不能把行政权解释为一种神圣不可侵犯的圣物。它是任何社会所必需的，但它又可能与社会相对立。第二，行政权正确地实现它自身的目标是有条件的，而不是无条件的。第三，在设定制度的时候，与其假定它是绝对正确的，不如假定它可能被滥用和误用；与其假定它具有一种自我完

善的趋向，不如假定它具有腐化的趋向。正是在这个意义上，无数政治家都提醒我们：不受制约的权力会导致腐败，绝对的权力产生绝对的腐败。这种论断的基础不仅仅在于这种估计可能促使人们主动地、积极地创造权力正确行使的条件，而且在于它是经过无数次客观检验的经验事实。由此，我们得出的第四个结论是：只有建立完善的制约机制才有可能避免权力（包括行政权）的腐化。

当然，任何权力体系内部都可以形成一种自我监控或调整机制。问题是这种机制的有效性或是否能足以防止该种权力的腐化趋向。经验告诉我们，当外部监控机制尚未形成或力度不够的时候，内部监控制约机制就不能有效地发育和成长。由此，我们得出的第五个结论是：建立系统的强有力的稳定的外部制约机制，是防止行政权腐化的必备条件。

当然，外部的制约力量是多元的。但是，如外部的制约力量过于分散或混乱，一方面可能因为势单力薄而无力制约；另一方面可能因为无序而造成非法干预。因此，要真正实现制约的效果，必须使制约规范化、程序化、系统化。于是我们得出第六个结论是：行政诉讼是解决行政权腐化趋向的最有效的手段。

## 二、行政行为合法性与行政诉讼

行政行为是行政机关实施的、影响相对人权利和利益的行为，行政行为之所以能够得到普遍实施，在于行政机关拥有强大的支配力或影响力。

但是行政行为的这种影响和支配只有在它摆脱了偶然性和任意性的支配的时候，才能对社会或个人发生有益的影响。

响。客观事实是，行政行为永远也不可能完全摆脱偶然性和任意性的支配。然而要避免这些情况的发生，就有必要让行政行为服从一定的规则（这种规则不仅要表现人民和行政机关共同生存的条件，而且也表现一定历史阶段的客观必然性）。这种规则就是摆脱任意和偶然的法律。也就是说，行政机关必须按照一定的规则（这种规则必须为全社会所公认并为全社会所接受）来实施它对公民发生影响力和支配力的行政行为。这就是当今文明世界所公认的依法行政。

当然，这些规则的基本框架或基本价值取向，不能为行政机关自己所设定，而只能由立法机关所创设。立法机关创设法律，而行政机关依法行政，已经成为现代国家分工的基本模式。于是在英国，出现了“每一个政府权力行为，即影响任何人的法律权力，责任或自由的行为，必须表明它有严格的法律根据。”<sup>①</sup>的原则；在德国，出现了“行政行为必须服从于确定的和不可动摇的宪法原则和基本价值要求”的实质意义的法治原则，以及“行政行为不得超越宪法和法律之上”的形式意义上的法治原则；在法国，出现了“行政活动不得超越其权限”以及“越权无效”的原则，等等。

但是，指望行政机关完全准确无误地依法行政是不现实的。从历史发展的情况来看，没有也不可能有任何现实的政府的任何官员都对法律绝对地忠诚。于是客观上必须产生行政行为的合法性的问题。那么继之而来的问题是：谁来判断行政行为的是否合法呢？显然，行政行为的合法性不能由行政机关自己来作终局判断。能否让立法机关来进行判断？从

---

① 〔英〕H·W·R·韦德《行政法》（英文版）1982年版，第22页。

理论上来说并无不可，但从实践来看却不可能。因为行政行为频繁复杂，如果立法机关事必恭亲，必伤立法之大计，更何况由于它自身是立法者，也难于超脱，甚至有可能滋长法律解释的任意性。

于是，就需要一个专门的相对独立的机关来作判断。即由司法机关来进行行政行为的合法性审查。所以，独立的法院审查行政行为的合法性被认为是法治原则的基本含义之一，没有司法审查，依法行政就是一句空话。

现代国家普遍接受的法治原则要求，行政机关必须受法律的控制。从这一原则而派生出来的一个原则是：行政机关应当接受法院的司法审查并服从适用法律的审判机关法院的判决。可见，服从法院监督是服从法律的应有之义。因为如果不服从法院，那么服从法律就成为一句空话。从这一原则而派生出来的另一原则是，法院审查行政行为必须以法律为准绳，法官除了法律就没有别的上司，法官审查行政行为不能服从任何个人（包括他自己）的意志和感情，而只能服从法律和法的精神。

### 三、公民权利与行政诉讼

人们相互依存的关系使人们需要有一个社会，而一个社会要和谐地生存、维持并有所发展，客观上需要一个强有力的政府。于是产生了政府与社会每一个成员的关系。这种关系的文明状态是通过权利与义务、职权与职责等范畴来确定公民和政府各自的行为边界。因为，如果整个社会各种利益都由国家吸收并由政府代表，那么，在政府以外就不存在真实的法律权利。所以法治文明国家的一个基本特征就是承认

国家利益以外的相对利益的存在，并且通过“权利”的形式加以法定化。

人们建立政府的目的是为了让政府保障公民最大限度的自由，从而使每个人得以最大限度地实现自己的利益和愿望。因为这些权利和自由是人类福利的来源和保障。因此人们本能地希望政府最大限度地满足其权利要求。

但是，“有权利必有救济”，“无救济的权利是无保障的权利”，而无保障的权利恰似“不发光的灯”、“不燃烧的火”。如同公民有可能滥用自己的权利一样，政府也有可能滥用职权或者不履行自己应当履行的职责。于是就可能超越其权限范围，而违法地侵害公民的权利。从实践理性来看，这是一个经验事实。不管一个政权如何从结构上和程序上进行调整，也不管选择何人来进行权力更迭，也不管管理机构本身如何自我标榜，终因人的认识上的局限性和差异性而使侵权行为难以避免。这样，政府就违背了它自身存在的目的。这种量的积累，势必导致人民对政府的不信任或反抗，人民甚至以极端的手段推翻它。因此，作为长治之策，政府自身必须形成一种自我调节机制和补偿机制，以便使人民的愤怒情绪得以及时得到排遣，使人民遭受损害的权利得到恢复。

而作为这种自我调节机制和补偿机制的必备条件是：必须赋予管理相对人以控告政府的权利。但是作为一个被管理者，他在实体行政法律关系中处于一种从属地位，而作为被控告一方的管理机关不仅在实体法律关系中处于支配地位，而且拥有来源于全社会的影响力或支配力。这就使它在这种争议中处于事实上的优势。甚至使它有可能凭借它所拥有的支配力或影响力，使相对人服从于自己的权势。

在这种情况下，社会要实现它的公平正义，要使相对人的权益得到保障，客观地需要一个第三者，一个地位比较超然，并有可能摆脱任何一方的支配力或影响力的独立机关。因为：只有第三者的判断，才能给相对人产生一种信念和确信；只有在一个独立的第三者的主持下，才有可能让争议和解决最终取决于是非曲直，而不取决于强力的支配；只有在第三者主持的情况下，纠纷也才能得以迅速平息。这或许是“任何人不得为自己案件的法官”的真谛吧。

当然，在一般情况下，管理机关的上级机关相对说来也具有一定的独立性。但是由于下列原因，上级行政机关一般不能作为终局裁决的法官：

首先，就行政体制的层级制的特点而言，上下级之间的关系比较紧密，下级机关本身必须对上级机关负责，而下级机关的行政行为在很大程度上与上级机关的行为具有千丝万缕的联系。有些下级机关的行为本身是受上级机关的指令或完成上级机关所交给的任务而实施的。因此，上级行政机关很难说是一个完全独立的第三者。

其次，如果让同一个机关担负“执行”和“救济”两种职能，它在客观上就具有二重人格，而由于行政管理任务的艰巨性和重要性，加上行使管理职能所形成的职业上的“动力定型”，使得上级管理机关有一种重管理而轻救济的自然趋向。因此，如果在“权利救济”问题上完全寄希望于上级机关是不合理的。

最后，由于行政管理需要效率，因此行政程序不可能建立一套完整的司法程序，否则，不仅紊乱了分工区别，而没有完整的司法程序，也就很难保障诉讼的公平。

正是上述理由和原因，迫使人们把行政争议案件拿到与行政机关相对独立的机关——法院去解决。

以上我们从行政权的行使、行政行为的合法性以及公民权利的保障三个方面揭示了行政诉讼的理论和实践的基础。这种基础是稳固的、深远的。从上述分析不难看出，行政诉讼并非建立在司法官员比行政官员高明，或者司法权比行政权优越的基础上的。行政诉讼之所以必需，在于它是防止行政权力腐化的润滑剂，是依法行政的必要条件，是公民权利的有效保障。



## 第二章 行政审判权

当我国第一个法律授权人民法院受理行政诉讼案件的时候，一种新的审判权——行政审判权便应运而生了。可以说，行政诉讼立法的核心就是解决行政审判权的权力边界问题，因此，行政审判权对于行政诉讼立法和行政审判来说是必须研究的课题。

### 一、行政审判权产生的基础

行政审判权为何得以或必须产生，有其理论和宪法基础：

#### （一）理论基础。

国家行政机关要对整个社会实施有效的管理，必须拥有一定范围的处理权和一定范围的自由裁量权。但是，如果没有相应的监督力量，与之伴随，便难于纠正它在处理问题时可能发生的偏差，特别是当某些越权行政或滥用职权现象发生时难予及时得到处理。同时由于行政机关职权与行政管理相对人（即公民和组织）的权利有着不可分割的联系，行政机关越权或滥用权力，势必直接或间接地损害行政相对人的合法权益。为了预防这种情况的发生，在可能的限度内弥补因越权或滥用职权的行为给行政相对人，即公民和法人的权益所造成的损害，在客观上也需要采取一定的监督手段和补救