

三、
二七
毕；在学
位士学衡
五、
六、与的
《攻作发
务

律师实用丛书

夏锦文 刘 俊 著

行政诉讼代理 方略

江苏人民出版社

律师
实用
丛书

图书在版编目(CIP)数据

行政诉讼代理方略/夏锦文等著. —南京:江苏人民出版社, 2001. 12

(律师实用丛书)

ISBN 7-214-03109-4

I. 行... II. 夏... III. 行政诉讼—代理(法律)—中国 IV. D925.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 083824 号

书 名 行政诉讼代理方略

著 作 者 夏锦文 刘 俊

责任编辑 姜克强

责任监制 王列丹

出版发行 江苏人民出版社(南京中央路 165 号 210009)

网 址 <http://www.jspph.com>

<http://www.book-wind.com>

经 销 江苏省新华书店

印 刷 者 南京通达彩色印刷有限公司

开 本 850×1168 毫米 1/32

印 张 11.625 插页 2

印 数 1—5125 册

字 数 280 千字

版 次 2002 年 1 月第 1 版 2002 年 1 月第 1 次印刷

标准书号 ISBN 7-214-03109-4/D·492

定 价 20.00 元(软精装)

(江苏人民版图书凡印装错误可向本社调换)

前 言

第七届全国人民代表大会第二次会议于1989年4月4日通过了《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》),该法第75条规定:“本法自1990年10月1日起施行。”这是我国第一部“民告官”的基本法,它的颁行标志着中国基本法律的立法任务初步完成,中国基本法律的框架结构已经形成。就中国社会政治与法律生活来说,该法的颁行是中国走向法治的标志,是中国法制现代化的新纪元,是中国立法史上的一个重大创举。

首先,《行政诉讼法》的制定必须以“依法行政”观念或“行政法治”理论为思想基础和精神指导,确立了行政权应当受监督的法律形式,是我国社会主义民主的重大发展。计划经济体制下的行政关系是一种简单的命令和服从关系,行政权力得不到法律监督;如果政府机关及其工作人员的行为得不到监督,公民的权利得不到保障,也就谈不上民主了。因而,没有监督就没有民主。建立行政诉讼制度,就是要规范行政行为,监督行政权力,实现行政法治,推动中国依法行政和诉讼法制现代化的进程。

其次,《行政诉讼法》突破了长期以来的极左思维方式,即:执政者以“民”自居、官民不分,“小我”与“大我”不分,公私不分,政府权力与公民权利不分,治者(管理者)与被治者(被管理者)不分。这种思维方式的结果便是“有权就有一切”,内无分权制衡机制,外无人民对政府的控制。《行政诉讼法》这部“民告官”的法律在立法上突破了“权力高于一切、决定一切”的传统人治主义,是中国法制

史上的一个新的里程碑,是旧传统死亡与新观念再生的分水岭。^①

再次,《行政诉讼法》的颁行,有利于改革中国社会现有权力结构,缓解权力与权利之间的紧张冲突,转变政府职能;有利于增强公民等社会主体的权利意识,保护公民、法人和其他组织的合法权益。通过行政诉讼,可以化解行政机关与行政相对人之间的矛盾,化解人民群众与某些行政机关之间的对立情绪,增进政府与公民之间的信任;同时,公民、法人和其他组织可以通过行政诉讼解决争议,通过正当的法律程序获得司法救济,保护自身的合法权益。

最后,从《行政诉讼法》施行 11 年的实践看,行政诉讼事实上已经成为解决行政纠纷的重要方式。行政诉讼这种法律形式以及由这种法律形式所代表的观念意义,已经根植于中国大多数民众的思想观念之中,并已经逐渐开始与中国人的行为取向相吻合。我们必须承认这样一个现实:中国公民对他们与政府、与政治权力的关系从事实上和从观念上都正在发生着静悄悄的变革。政府从神坛走下,成了民众心目中的凡夫俗子;政治权力从脱缰的野马,开始转变成温良驯兽。虽然这种转化不是瞬间所能完成的,但是《行政诉讼法》的颁行则为这种变化提供了一个契机——架设了一座由此达彼的桥梁。^②

尽管在行政诉讼立法之初通过艰苦的宣传和鼓动,我国行政诉讼有过一阵短暂的辉煌,然而现在已经出现了一些令人担忧的局面。1990 年全国法院一审案件为 13 006 件,1991 年上升 97.35%,达 25 667 件,1992 年以后则开始下降。有些地方甚至出现负增长,

^① 参见龚祥瑞主编:《法治的理想与现实》,中国政法大学出版社 1993 年 10 月第 1 版,第 2 页。

^② 参见龚祥瑞主编:《法治的理想与现实》,中国政法大学出版社 1993 年 10 月第 1 版,第 26 页。

法院行政庭无案可办,出现行政庭和经济庭争案源的反常现象。^①由于各种因素的影响,从全国范围看,行政诉讼的实施状况并不平衡。不仅行政诉讼案件呈逐年减少趋势,而且民告官的案件少于官告民(行政机关申请人民法院强制执行)的案件。这一方面说明公民不执行行政决定的现象比较严重,另一方面,也说明公民不起诉的情况比较严重。一些地方开展行政审判工作十分困难,形成了一些法院有案不收、撤诉率高、久拖不结等问题。

之所以会出现这些问题,原因是多方面的。有行政审判队伍素质不高、司法体制存在缺陷、法院缺乏应有的权威等方面的原因,更主要的原因是我国正处于转轨时期,旧的体制、旧的机制、旧的传统、旧的观念还在起着负面的作用。具体表现为:

一是传统人治观念对现代行政诉讼仍有强大的影响力。中国千百年来形成的“官贵民贱”、“权大于法”等传统法律文化观念还在很大程度上留存于现代社会,有的行政机关对原告采取威胁、恐吓、打击报复等手段,干扰、阻碍行政诉讼,有的行政机关对行政审判不理不睬,甚至用行政职权进行对抗,从而严重制约着我国行政诉讼的发展。

二是传统的行政与司法合一的体制对现代行政诉讼造成巨大冲击。司法在人、财、物方面受制于行政,官官相护等现象在行政诉讼中时常出现,有的法院在受理原告起诉后,非但没有开庭审理反而积极地动员原告撤诉;有的法院在受理原告起诉后勉强开庭审理却在审理过程中一味偏袒被告;更有甚者,有的人民法院对原告的起诉干脆不予受理。这些现象削弱了法律的权威,动摇了公民对行政机关依法行政和行政诉讼法治的信仰。

^① 参见杨建顺:《我国行政诉讼法应作修改》,载《中国经济时报》,1998年2月5日第4版。

三是法律意识的淡薄和传统的“无讼”思想阻碍着我国行政诉讼现代化的进程。有的原告明知自己的合法权益受到侵害却不知道去告；有的原告知道“民可告官”，但因缺乏法律知识而不知如何去告，或怕行政机关日后报复而不敢告，或受“无讼”思想的影响而不愿告；有的行政机关担心有损政府形象和权威不愿当被告，而采取诸如不出具决定书、指令法院不予受理等不正当措施以避免诉讼。

此外，行政案件具有特殊性，往往是社会关系的矛盾焦点，涉及审判权与行政权的关系，政府与公民的关系，还可能涉及与民事、刑事之间的交叉关系。这些关系往往交织着新旧事物之间的冲突与碰撞，矛盾的复杂性给行政诉讼实践带来阻力和困难。^①

行政诉讼法实施中存在的上述问题和整个法制现状，也使律师从事行政诉讼代理工作面临困境。一方面，它们能够提供给律师的伸展空间远远不够；另一方面，由律师行业的特殊性所决定，律师这一群体实际上并不主宰或支配任何价值资源，因而仅凭良好的职业道德和高超的个人技能并不能使律师的诉讼活动完全取得成功。难怪有许多律师认为，律师在行政诉讼中发挥不了多大作用。有些律师发出了“做律师难，做行政诉讼代理律师更难”的感慨。在实践中，他们也不大愿意承接行政诉讼案件，从而造成了律师群体的主观价值与其行为取向之间的矛盾，增加了律师从事行政诉讼代理工作的难度。

但是，作为原告或被告的法律帮助者，作为行政诉讼代理人，律师本身应该是代表民间社会一种维护权利与主持正义的力量，他们应当克服各种困难，走出困境，凭借自己的道德与良知，运用

^① 罗豪才：《民主与法制建设的一大成果——纪念行政诉讼法颁布十周年》，载《法制日报》1999年4月2日第1版。

自己的智慧和才能,仗义执言,以维护被代理人的合法权益,彰显法律正义,鞭挞社会邪恶,弘扬社会正气,推动我国行政诉讼法制现代化的进程。应当指出的是,在行政诉讼实践中,为了更好地开展行政诉讼代理工作,实现行政诉讼代理的预定目标,律师不仅需要熟练掌握丰富的行政法与行政诉讼法理论知识,而且能够充分运用多方面的行政诉讼代理技能。对于律师职业来说,就某种意义上而言,行政诉讼代理技能和经验比行政诉讼知识和理论更为重要。例如,如何把握委托人的诉讼心理,如何处理代理律师与当事人及法官之间的关系;又如,律师在起诉阶段如何审查起诉,在应诉阶段如何研究诉状、分析案卷、审查证据;再如,代理律师如何做好出庭准备,怎样根据不同的委托人撰写各具特点的代理词;还如,如何进行法庭质证和法庭辩论,有哪些质证和辩论的方式和技巧,等等。掌握这些基本的代理技能和方略,对于从事行政诉讼代理的律师来说是十分重要的。

知识和理论在法学院的课堂里是可以学到的,而技能与经验则需要在行政诉讼代理的实践中反复提炼和不断总结。《行政诉讼代理方略》一书就是我们在长期的行政诉讼代理实践和诉讼法学教学研究中积累的一些心得和体会,书中部分案例也是我们单独或合作办理过的。应当指出,许多年来,我们一直将“在社会中研究法律,通过法律考察社会”作为一项长期的学术目标,并努力追求着、实践着。本书以《方略》为名,就是想通过《方略》这一视角,来深刻记载我们对行政诉讼法律制度的学术研究成果;通过行政诉讼代理这一社会实践过程,来充分展现我们对行政诉讼司法实践的理论探索所获。例如,对行政诉讼制度的特点、代理律师在行政诉讼中的地位以及律师与委托人及法官的关系之把握;又如,对“法律上利害关系”、行政程序违法以及行政处罚显失公正等理论问题的研究;再

如,对行政诉讼主体资格的适格性、具体行政行为的合法性以及事实证据和法律依据的充分性之探讨;还如,对法庭质证的方式和重点、具体证据的质证要求以及法庭辩论的技巧与忌避之分析,等等。因此,本书实际上体现了行政诉讼法学理论和司法实践的紧密结合,凝聚着我们多年来对行政诉讼法制的理性思考和实证分析。如前所述,行政诉讼的艰难与困惑导致了现实中行政诉讼案件的较少,加上行政诉讼代理方面资料的缺乏,增加了我们写作本书的难度,书中的观点难免有一定的片面性和局限性,甚至也可能存在一些错误,祈请读者批评指正。

在本书的撰写过程中,江苏省高级人民法院和南京市中级人民法院的许多同志给我们提供了很多案例和资料帮助;南京师范大学法学院诉讼法学硕士研究生徐英荣、刘洪文为本书的撰写进行了资料搜集和整理工作;江苏人民出版社姜克强先生为本书的顺利出版付出了不少的辛劳。在此,谨向他们表示诚挚的感谢。我们坚信,随着当代中国司法改革的不断深入,社会主义法治国家建设进程的日益推进,在依法行政的行政机关工作人员、秉公执法的法官和仗义执言的律师共同努力下,中国的行政诉讼定将走出困境,走向法治,实现现代化。

夏锦文 刘俊

2001年11月于南京师范大学法学院

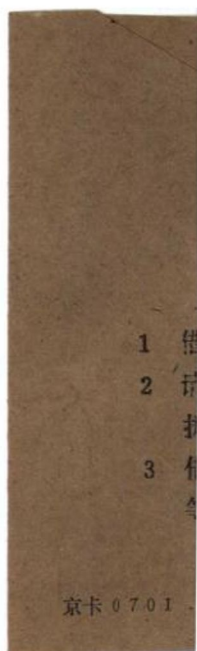


夏锦文 男, 1964年

生, 江苏省宜兴市人。1986年毕业于南京大学法学院, 1999年7月中国人民大学法学院博士研究生毕业, 并获法学博士学位。现为南京师范大学法学院副院长、教授、博士生导师, 江苏南京永衡律师事务所南师大所律师, 国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心兼职研究员、江苏省人民检察院专家咨询委员会委员、江苏省WTO法律实务咨询中心顾问委员、南京市中级人民法院法学专家咨询委员、南京市人民检察院专家咨询委员会委员、南京市依法治市领导小组专家咨询委员。

主要从事法制现代化和现代诉讼司法理论的教学与研究工作, 以及行政诉讼代理、刑事辩护、民事代理等律师业务。在《Annual Survey of International & Comparative Law》(U.S.A)、《法学研究》、《中国法学》等期刊发表学术论文90余篇; 出版《社会变迁与法律发展》、《刑事诉讼法学》等著作26部。1997年被评为江苏省“333工程”跨世纪学术带头人培养人选, 1999年获第二届全国十大杰出中青年法学家提名奖, 2000年被评为江苏省十大优秀中青年法学家。

丛书策划：姜克强
装帧设计：汤慧丽



刘俊 男，1964年生，江苏省如东县人。1986年7月于南京师范大学本科毕业，获法学学士学位；1998年9月至2001年7月在职攻读南京师范大学法学院诉讼法学专业硕士学位并毕业，获诉讼法学硕士学位。现为南京师范大学法学院副教授，南京永衡律师事务所南师大所律师、副主任。

主要从事诉讼法学、律师与公证制度的教学与研究。已出版《合同法的理论与实践》、《法学通论》、《法律效益论》、《教育行政法的理论与实践》等著作十余部，在各类刊物上发表论文十多篇。律师业务以行政、经济代理为主。

目 录

第一章 行政诉讼制度与律师代理	(1)
一、行政诉讼制度的特征	(1)
二、行政诉讼律师代理的概念和特征	(4)
三、行政诉讼中代理律师的地位和作用	(6)
四、律师代理行政诉讼案件的范围	(9)
五、律师代理行政诉讼的权利和义务	(15)
六、行政诉讼代理律师的工作原则	(20)
第二章 律师与委托人及法官	(24)
一、了解委托人心理是做好代理的前提	(25)
二、理解和尊重是取得当事人信任的基础	(29)
三、独立与高效是建立律师与委托人良好关系的保障	(34)
四、合理合法是处理律师与法官关系的基本准则	(38)
第三章 起诉阶段的律师工作及其代理	(43)
一、审查案件	(43)
二、起诉准备工作	(57)
三、代理起诉及代为其他诉讼行为	(65)
第四章 应诉阶段的律师代理	(70)
一、分析诉讼成因,把握争议焦点	(70)
二、研究案卷,进行调查了解	(82)
三、寻找诉状破绽,找准应诉切入点	(85)

四、研究诉状遣词用句,判断对手诉讼实力	(88)
五、决定提交的证据、依据及是否提交答辩状	(90)
六、与委托人协商,是否进行其他行为	(94)
第五章 代理律师的出庭准备	(97)
一、全面阅卷,深入研究案件	(97)
二、熟悉法律,研究司法先例	(102)
三、告知庭审程序,交待开庭注意事项	(108)
四、准备代理词和出庭证据,预测庭审问题	(114)
五、庭审前的其他准备工作	(116)
第六章 行政诉讼代理词	(119)
一、代理词的作用和特点	(119)
二、行政诉讼代理词的基本内容	(125)
三、原告诉讼代理词	(135)
四、被告诉讼代理词	(142)
五、第三人诉讼代理词	(148)
第七章 法庭质证的方式与重点	(151)
一、法庭质证的重要意义	(152)
二、法庭质证的方式与技巧	(157)
三、法庭质证的重点	(166)
第八章 对具体证据的质证	(173)
一、对书证的质证	(173)
二、对物证的质证	(176)
三、对视听资料的质证	(180)
四、对证人证言的质证	(183)
五、对当事人陈述的质证	(187)
六、对鉴定结论的质证	(189)
七、对勘验笔录、现场笔录的质证	(193)

第九章 法庭辩论	(196)
一、法庭辩论的角度选择.....	(196)
二、法庭辩论的技巧.....	(208)
三、法庭辩论的忌避.....	(218)
第十章 二审和再审的律师代理	(228)
一、二审的律师代理.....	(228)
二、再审的律师代理.....	(243)
第十一章 行政赔偿诉讼的律师代理	(249)
一、审查案件,决定是否接受委托.....	(250)
二、调查核实,制定缜密的起诉方案.....	(257)
三、起诉和应诉.....	(266)
四、出庭与调解.....	(272)
第十二章 执行程序中的律师代理	(278)
一、执行代理委托的接受.....	(278)
二、申请执行.....	(285)
三、执行阻却的处理.....	(289)
四、执行和解.....	(296)
五、执行救济.....	(299)
第十三章 涉外行政诉讼的律师代理	(303)
一、行政诉讼案件的涉外性.....	(303)
二、涉外行政诉讼代理的特殊原则.....	(307)
三、涉外行政诉讼程序中的特殊问题.....	(314)
附 录	(324)
中华人民共和国行政诉讼法.....	(324)
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.....	(334)
中华人民共和国国家赔偿法.....	(352)

第一章 行政诉讼制度与律师代理

行政诉讼制度(在英美法系国家称之为司法审查制度)是专门处理解决行政案件的法律制度,是一种“民告官”的制度。它与处理解决民事案件的民事诉讼和处理解决刑事案件的刑事诉讼并列为三大基本诉讼制度。与民事诉讼制度和刑事诉讼制度相比,行政诉讼制度的产生发展有其特殊的条件,运行有其特殊的法律规定,作为行政诉讼当事人的代理律师在行政诉讼中,也有与行政诉讼制度相适应的,不同于民事诉讼代理和刑事诉讼辩护的特殊的法律地位。代理律师应当充分、准确地了解行政诉讼制度的法律规定及其诉讼的特点,准确地把握自己在行政诉讼中的角色和法律地位,才能尽心尽力的完成代理律师的角色职责。

一、行政诉讼制度的特征

何谓行政诉讼?由于各国的法律制度不一样,在世界范围内没有统一的行政诉讼概念。行政诉讼制度发源于法国的行政法院制度,但是其他国家的相应制度并未按照法国的模式来构建,各国在行政诉讼的范围、受理行政诉讼的机构和行政诉讼的运作程序以及能够提起行政诉讼的主体等方面的法律规定不尽一致,导致了行政诉讼制度的多样性和差异性。

在大陆法系国家,行政诉讼是指行政法院根据当事人的申请对行政活动的合法性进行审查。但大陆法系国家行政法院的性质也不一样,在法国,行政法院隶属于政府,行政法院行使的行政审

判权属于行政权,法国行政法院的主要职能表现在四个方面:(1)为政府提供咨询;(2)审理行政案件;(3)裁决行政系统内部管辖权事务;(4)上级行政法院指导下级行政法院工作。在法律适用上,行政法院审理行政案件,优先适用特别法,无特别法才适用普通法。在德国、瑞士、瑞典、比利时、意大利、芬兰等国,行政法院都属于司法系统。如德国,德国行政法院属于普通法院^①中的五种法院(一般法院、行政法院、劳动法院、财政法院和社会法院)类别之一,德国行政法院行使的行政审判权属于司法权。

在普通法系国家,所有的行政案件(除法律有特别规定外)都由普通法院统一审理,并不存在行政诉讼的概念,对行政主体行政活动合法性与否的审理、裁决,称之为司法审查。行政案件的审理程序适用普通诉讼程序;适用的规则以适用普通法为原则,以特别法为另外。

在我国,行政诉讼是指公民、法人或者其他组织在认为行政主体的行政行为侵犯其合法权益,依照法律规定向人民法院提起诉讼,由人民法院对该行政行为进行审查并作出裁判的活动。^②由此可见,在我国,人民法院是受理并审理行政案件的惟一审判机构,人民法院受理并审理行政案件严格按照行政诉讼法规定的程序进行,人民法院行使的行政审判权是司法权。

行政诉讼制度虽然由于各国的具体国情和法律制度不同而迥然有别,但是从行政诉讼制度在各国的具体运作情况看,他们还是具有许多共性,这些共性揭示了行政诉讼(或司法审查)的本质,明确了行政诉讼制度和其他诉讼制度的差别。正是这些共性让我们

^① 德国的“普通法院”是相对于“宪法法院”而言,与法国的普通法院相对于行政法院而言涵义不同。

^② 胡玉鸿主编:《行政诉讼法教程》,法律出版社1997年7月1版,第28页。

明确了行政诉讼制度的以下特点：

第一，各国的法律规定表明，行政诉讼是一种诉讼活动，是按照审判程序而进行的受理和审理行政案件的诉讼活动。

第二，行政诉讼是针对行政主体的行政行为所进行的诉讼，其中心任务是通过诉讼程序来审查行政行为是否合法、适当，并作出相应的裁判的活动。

第三，行政诉讼的原告一方永远是与行政行为有法律上利害关系的行政相对人^①，被告一方是作出行政行为的行政主体。行政管理活动的特定性决定了行政主体不能因为行政相对人不服从其意志而向法院提起对行政相对人的诉讼，因为行政主体是代表国家执行公务的，在行政管理中拥有优先权、强制权，督促行政相对人履行义务是其职责所在，即使当事人拒不履行义务，行政主体还可以依法强制执行或申请法院强制执行。在行政诉讼进行中，作为被告的行政主体也不能因原告有未处理的违法行为而向法院提起反诉。因为，在此时，被告只需要作出一个新的行政行为即可以达到维护行政法制、制裁原告违法行为的目的。

第四，行政诉讼审查依据的法定性。行政机关作出的行政行为可能依据的规范性文件很多，有法律、行政法规、规章、一般规范性文件等。这些规范性文件的制定机关不同，法律效力不一样。对于一个行政行为而言，不等于有依据就是合法的。在行政诉讼中，法院判断行政行为是否合法，不是看行政行为的作出有没有规范性文件依据，而是看依据是否符合法律、行政法规的规定，也就是说，法院审查行政行为是否合法的依据是法律、法规。

^① 行政相对人分为直接行政相对人和间接行政相对人，直接行政相对人是指行政主体行政行为直接作用的人，比如被强制拆迁案件中的房屋所有权人；间接行政相对人是受行政主体行政行为间接影响的人，如强制房屋拆迁案中的房屋租赁人。