

纠纷解决与合法审查之间

——行政诉讼基本制度研究

陈骏业 著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

纠纷解决与合法审查之间

——行政诉讼基本制度研究

陈骏业 著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

纠纷解决与合法审查之间：行政诉讼基本制度研究 /
陈骏业著. —杭州：浙江大学出版社，2014. 11
ISBN 978-7-308-13355-5

I. ①纠… II. ①陈… III. ①行政诉讼—司法制度—
研究—中国 IV. ①D925.310.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 121912 号

纠纷解决与合法审查之间：行政诉讼基本制度研究 陈骏业 著

责任编辑 石国华
封面设计 星设计
出版发行 浙江大学出版社
(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)
(网址: <http://www.zjupress.com>)
排 版 杭州星云光电图文制作有限公司
印 刷 杭州杭新印务有限公司
开 本 710mm×1000mm 1/16
印 张 11.5
字 数 220 千
版 次 2014 年 11 月第 1 版 2014 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-308-13355-5
定 价 35.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部联系方式:0571-88925591; <http://zjdxcs.tmall.com>

前言

我国行政诉讼领域长期存在一种非常奇怪的现象,就是行政诉讼制度与行政诉讼目的乖离,行政诉讼目的、行政诉讼制度与诉讼实践脱节。

行政诉讼的目的是监督行政主体依法行政和保护行政相对人的合法权益,但大量行政纠纷根本没有进入行政诉讼,或者进入了也无法有效实现行政诉讼的目的。首先,行政诉讼受案范围的狭窄,导致大量的行政纠纷被排除在行政诉讼之外。我们知道行政纠纷乃是指行政主体行使行政权力产生的纠纷,不仅包括行政行为引起的纠纷,还包括行政事实行为引起的纠纷;不仅包括具体行政行为引起的纠纷,还包括抽象行政行为引发的纠纷;不仅包括外部行政行为引起的纠纷,还包括内部行政行为引起的纠纷;不仅包括侵犯个体利益引发的纠纷,也包括侵犯公共利益引发的纠纷。但是,我国行政诉讼在具体制度设置上,仅将不服具体行政行为引发的纠纷纳入行政诉讼受案范围,又通过受案范围的否定性规定对不服具体行政行为的可诉范围进一步压缩。不仅如此,由于奉行实体意义当事人概念和采用严格的当事人适格标准,又从当事人适格角度进一步收窄了行政纠纷进入行政诉讼的入口,导致我国行政诉讼案件的受理数量长期处在低位徘徊,与实际发生的行政纠纷数量严重不成比例,大量行政纠纷被挤进了申诉上访之途。其次,有幸进入行政诉讼程序大门的行政纠纷,常常又因为审理手段的单一,审查力度的自限和法院对行政权力的忌惮,导致实际监督力度的乏力和对相对人权益保护的不到位。从而导致监督行政主体依法行政和保护行政相对人合法权益之诉讼目的,只是看上去很美而已。

鉴于现行行政诉讼目的,我国行政诉讼具体制度基本上是以合法性审查为核心设置的,规定了主要证据不足、适用法律法规错误、违反法定程序、超越职权、滥用职权、不履行拖延履行法定职责等诸多违法标准,配置了撤销、重作、限期履行、确认违法、变更、赔偿等一系列判决方式,并明确禁止对行政案件进行调解。可谓不遗余力地去实现监督行政主体依法行政和保护行政相对人合法权益之目的。然而,现实的情况却是除个别年份外,每年以撤诉方式结案的行政案件数量超过了当年案件受理数量的三分之一,有些年份甚至超过50%。业内人士都知道,所谓以撤诉方式结案,实际上差不多都是法院在幕后进行调解的结果。由于行政诉讼法禁止调解,在案卷中也只能以被告变更或撤销自己的

具体行政行为,原告撤诉这样为行政诉讼法所认可的方式结案。能够进入行政诉讼的有限行政案件,真正通过诉讼得以化解行政纠纷的,恐怕也主要体现在这类所谓以撤诉方式结案的案件上。也就是说,制度规定的是一回事,制度具体运行时又呈现出另一番景象与意蕴。

之所以出现这类奇怪现象,根源在于行政诉讼法自身。首先,行政诉讼目的过于单一,忽视诉讼解决的原始本能,错将合法性审查当作处理行政纠纷的唯一手段,对行政纠纷的复杂性认识不足。其次,在具体制度设置上将大量的行政纠纷排除在行政诉讼范围之外,使行政诉讼这一监督行政主体依法行政、化解行政纠纷以及保障行政相对人合法权益的司法利器和最终手段在面对海量的行政纠纷时变成了陪衬和应景之物。第三,在程序设置上过于单一,企图用一套单一的合法性审查程序处理一切纷纭复杂的行政案件,难免捉襟见肘。特别是无视行政纠纷化解的现实需求,使行政纠纷的解决长期游离于体制之外。

为此,我们认为出路在于:首先,重新界定行政诉讼的目的,将解决行政纠纷作为行政诉讼的重要目的之一,将行政诉讼从以合法性审查为核心的制度设置中解放出来,形成合法性审查与解决行政纠纷并重的双核诉讼体系。其次,引入多种诉讼类型,打破单一不服具体行政行为诉讼,根据不同诉讼类型的需要设置与之配套的诉讼程序。由此,既可以迅速扩大行政诉讼受案范围,又可以将行政诉讼类型建构成处理相应类型行政案件的高效功能单元。第三,在当事人制度、证据制度、审理程序、法律适用、结案方式等方面都应该进行满足行政诉讼目的和诉讼类型需要的观念更新与制度创新,特别是以解决行政纠纷为目的的行政诉讼调解,亟须在制度予以确立和创新。本书重点将围绕前两点进行,并对扣一方面作有选择的研究。

作 者

2014年5月

目 录

第一章 合法审查与行政纠纷解决之间	(1)
一、问题的提出	(1)
(一)呈上升态势的总量与低位徘徊的绝对数量	(1)
(二)居三大诉讼之首的再审率	(4)
(三)居高不下的撤诉率	(5)
(四)情况判决的推出与广泛采用	(7)
(五)小 结	(8)
二、行政诉讼法定目的之偏差	(10)
(一)一元目的论与多元目的论	(10)
(二)合法性审查与行政纠纷解决	(11)
三、行政诉讼目的与手段之偏离	(17)
偏离之一:保障法院正确及时审判行政案件目的与手段	(18)
偏离之二:监督行政机关依法行政目的与手段	(19)
偏离之三:保障行政相对人合法权益目的与手段	(19)
四、完善我国行政诉讼制度之路径选择	(21)
(一)行政诉讼制度完善之时代背景	(21)
(二)行政诉讼法的三个成疑之前设	(29)
(三)行政诉讼制度完善之路径选择	(36)
第二章 行政诉讼类型化问题	(43)
一、类型与法律类型	(43)
(一)类型概要	(43)
(二)法律类型	(45)
(三)类型在法律中的意义	(47)
二、行政诉讼类型诸说及评析	(48)
三、行政诉讼类型化的路径选择	(50)

四、行政诉讼类型化的价值衡量	(53)
(一)路径依赖与创新	(53)
(二)本土特色与移植	(55)
(三)开放与封闭	(56)
(四)粗与细	(56)
五、中国行政诉讼类型系列之探索	(56)
(一)已有行政诉讼类型方案及评析	(56)
(二)中国现有行政诉讼类型雏形考察与改造	(58)
(三)新增行政诉讼类型的方案与论证	(61)
 第三章 行政诉讼受案范围问题	(68)
一、受案范围价值定位的反思	(68)
二、影响受案范围的因素再论	(71)
三、从类型化视角看受案范围的扩大问题	(74)
四、受案范围制度与实务上若干疑难问题探讨	(75)
(一)具体行政行为与抽象行政行为	(75)
(二)外部行政行为与内部行政行为	(79)
(三)行政行为与行政事实行为	(89)
 第四章 行政诉讼当事人问题	(94)
一、当事人概念反思	(94)
(一)我国行政诉讼“当事人”制度定位考察	(94)
(二)现行行政诉讼当事人制度检讨	(96)
(三)建立新型行政诉讼当事人制度展望	(100)
二、行政诉讼原告	(102)
(一)适格原告的标准与理解	(102)
(二)适用原告标准的若干疑难问题	(107)
三、行政诉讼被告	(110)
(一)经过行政复议案件的被告问题	(110)
(二)法律法规规章授权组织的被告资格问题	(112)
(三)间接授权情况下的被告问题	(113)
四、行政诉讼第三人	(115)

(一)第三人制度检讨	(115)
(二)第三人制度愿景	(116)
第五章 行政规定的诉讼适用及其法律地位	(118)
一、行政审判依据与行政规定	(118)
二、行政规定的准行政法法源地位	(121)
(一)行政权与立法权绝然分立的神话	(122)
(二)行政规定:成文法不足之克服	(126)
(三)行政规定:行政自由裁量权之法治化	(128)
(四)行政规定:行政法安定性的减震器	(132)
三、低位阶行政规定优先适用的成因分析	(133)
(一)更强的适用性与规范作用	(134)
(二)行政科层制的诉求	(135)
(三)形式公正与实质公正的携手	(137)
(四)行政公正与行政效率的联姻	(139)
四、低位阶行政规范优先适用规则的排除与监督	(140)
(一)两种不同的视野	(140)
(二)明显冲突除外规则	(142)
(三)低位阶行政规范优先适用规则与法制统一之间张力的消解	(143)
五、行政规定与行政法治的演进	(144)
(一)行政规定的解释学诠释	(144)
(二)多层级、开放的规范体系与制度创新的契机	(146)
(三)制度创新的动力与行政法治的演进	(149)
第六章 行政诉讼调解问题	(152)
一、法律与现实的冲突	(152)
(一)刚性禁止的调解立法	(152)
(二)积极活跃的调解现实	(153)
(三)冲突的评价与选择	(153)
二、形式合法与实质合法的互补	(156)
(一)形式合法性的危机	(156)

(二)形式合法与实质合法的互补	(157)
三、封闭的合法性审查与开放的合意解决	(159)
(一)自我封闭的合法性审查程序	(159)
(二)开放的合意性纠纷解决机制	(160)
四、行政诉讼调解的未来	(161)
(一)状况性与规范性的结合	(161)
(二)建构开放型行政诉讼调解机制	(163)
参考文献	(165)
索 引	(172)
后 记	(174)

第一章 合法审查与行政纠纷解决之间

一、问题的提出

与法律通常充当一种保守力量不同,自1990年10月1日实行至现今的《中华人民共和国行政诉讼法》却在很大程度上充当着法制与社会变革的促进力量,不仅促使了包括行政复议法、行政处罚法、行政许可法和政府信息公开条例等一系列蕴含现代法治精神的法律与法规的出台,而且随着这些法律法规的施行,极大地推动了行政权力的法治化进程和公民的权利意识的提升。然而,行政诉讼法实施20多年来虽然成就巨大,但不尽如人意之处甚多,时常暴露出其面对中国现实需求捉襟见肘的一面。^①

(一)呈上升态势的总量与低位徘徊的绝对数量

考虑到行政诉讼法是1990年10月1日才生效,当年数据不具有样本意义,我们将对1991年至2011年共计21年的一审行政案件收案数量予以统计与分析。

根据《中国法律年鉴》和最高人民法院网站公布的统计数据,^②我们将这21年的一审行政案件收案数据整理在表1.1中。

^① 一些学者将行政诉讼法实施中出现的问题主要归结为中国社会落后,尚不具备行政诉讼法充分发挥作用的社会基础,因此其有效的实施有待社会环境的逐步完善(参见陈晓霞、李俊霞:《解析行政诉讼制度之社会基础》,载《重庆工学院学报》2004年第5期)。但这种从社会而不是从法律自身寻找问题根源的做法,扭曲了法律与社会的关系,似乎存在可以超越相应社会现实的衡量法律好坏的标准,法律实施的问题不在法律自身而在社会现实,要求社会去适应法律而不是法律去适应社会的需要。虽然法律在一定时期和一定程度上可以充当社会变革的力量,但这是有限度的非常态现象,从根本上讲法律是一种保守的力量,法律应该根据其所在社会情况去制定,并随着社会的发展而作出相应改变。

^② 以上数据参见中国法律年鉴社出版的1992年至2012年出版的《中国法律年鉴》“统计资料部分”,并参见最高人民法院网站“司法数据”栏目(<http://www.court.gov.cn/qwfb/sfsj/>)。

表 1.1 1991—2011 年一审行政诉讼案件收案数量统计

年份	收案数量(件)	年份	收案数量(件)	年份	收案数量(件)
1991	25667	1998	98350	2005	96178
1992	27125	1999	97569	2006	95617
1993	27911	2000	85760	2007	101510
1994	35083	2001	100921	2008	108398
1995	52596	2002	80728	2009	120312
1996	79966	2003	87919	2010	129133
1997	90557	2004	92613	2011	136353

根据上表,可以进一步绘制出我国法院受理一审行政诉讼案件的趋势图(见图 1.1)。从图表中我们可以清楚看出:从行政诉讼法实施以来,我国行政诉讼案件数量总体呈上升趋势,从期初的 25667 件上升到期末的 136353 件,数量增加了约 4.3 倍,对监督行政机关依法行政和保护行政相对人合法权益来说,成绩是很大的。

但是,从绝对数量看,即使是最高年份的 2011 年所收行政案件也不过 136353 件,21 年年均受理案件 84298 件,而 2011 年民事案件的收案数量高达 6614049 件,同期年均受理案件 3891852 件,后者年均件数是前者的 46 倍多,两者相差甚远。

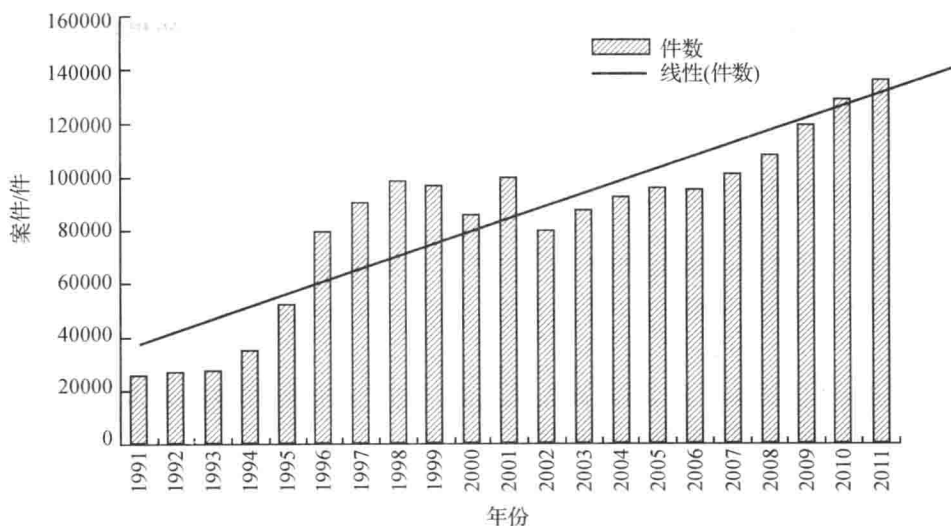


图 1.1 1991—2011 年行政案件量与趋势

也许有人争辩说行政案件有自身的特点,与民事案件不具有可比性,那么我们不妨与国外法治发达国家受理行政案件的情况做个横向比较。以德国为例,德国法院 1999 年受理的非宪法性公法案件高达 50 多万件,^①按其八千多万

^① 刘飞:《中文版导读——中德行政诉讼制度比较分析概述》,载[德]弗里德赫尔姆·胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社 2003 年版。

人口计算则是约每 160 人中就有一人提起行政诉讼。反观中国情况,也以 1999 年为例,当年受理的行政案件数量是 97569 件,人口是 125909 万,据此计算则是约 12905 人中有一人提起行政诉讼。两者相差接近 80 倍!

显然,相对于我国海量的行政执法案件,相对于现阶段大量存在且比较尖锐的官民利益冲突而言,如此少的行政诉讼案件数量很难说是正常现象。

行政案件数量长期徘徊于低位的原因是多方面的,^①总体看来不外乎三方面:一是民众不敢告与不愿告,二是行政机关抵制与干扰,三是法院不敢审、不愿审与不能公正审判。显然,这些因素既相对独立又相互影响,而且将长期存在。第一个因素的长期存在,常常是第二、三个因素影响的结果;而第三个因素的存在,很大程度上是第二个因素作用的结果;而第二个因素之所以长期不会消失,除了制度架构缺陷、行政主体实际上的强势地位等原因外,也因第一个与第三个因素的负向激励而得以强化。

但我们更应该看到,随着时间的推移和行政诉讼的展开,这些因素在影响行政案件数量增长上的权重也在发生变化。最明显的变化莫过于原告不起诉的原因,已从早期的“不敢告”为主演化为现在的“不愿告”为主。最明显的证据莫过于面对行政争议时,民众“信访不信法”现象的广泛存在。2012 年年初广东省人代会审议“两院”报告时,代表们热议民众“信访不信法”问题,颇具戏剧性的是在省人大代表惠州市委书记黄业斌刚刚谈到要引导群众信法不信访时,来自同组的省人大代表林春涛当面就向黄反映了一个问题,并向黄递交了有关信访材料。^②身为省人大代表者,竟然也要利用省人代会开会的机会,向与会官员现场信访,让广大信访庶民又情何以堪!更值得关注的是林春涛本人对此的解释:“之所以选择在分组讨论会议上‘现场信访’,不是不信法,而是法律途径都在走,但是问题一直没解决。‘我也是代表,实在没办法了,法律程序都走了。’”^③

其实,林春涛所做的解释中涉及的问题是具有一定代表性的——在行政争议领域尤为突出,民众起诉时常常是满怀希望,但结案时常常是失望而归,久而久之,谁还会相信司法?谁还会相信法律?这就将问题引向司法与法律本身。也就是说,因为司法不公和法律不能解决民众所关切的行政争议问题,导致民

① 王占魁:《浅析当前行政诉讼案件少的原因》,载《行政法学研究》2000 年第 1 期。

② 刘春林、游星宇、王卫国:《信访不信法引热议 代表建议适时取消信访》,载《新浪网》“新浪广东”栏目。网址:<http://news.gd.sina.com.cn/news/20120117/1229075.html>。

③ 刘春林、游星宇、王卫国:《信访不信法引热议 代表建议适时取消信访》,载《新浪网》“新浪广东”栏目。网址:<http://news.gd.sina.com.cn/news/20120117/1229075.html>。林春涛反映的是其妻子蔡惠玲涉嫌虚开增值税发票被税务机关行政处罚,在行政复议期间又转而追究刑责一案(参见胡服:《蔡惠玲涉嫌虚开增值税发票受审》,载《西子湖畔》,网址:<http://city.xizi.com/n/o/201109/45684.shtml>)。

众对司法和法律失去了信任,民众宁愿长期信访与上访,甚至进行体制外的抗争,也不愿提起行政诉讼。

(二)居三大诉讼之首的再审率

如果说行政案件数量长期偏低的原因应归咎于司法与行政,行政案件再审率长期偏高则将问题进一步引向行政诉讼法自身。

图 1.2 是 1991—2011 年三大诉讼再审率的折线图,历年的百分数是根据当年再立案数占当年新收一审行政案数的百分比计算出来的。从图中我们可以看出,行政案件的再审率一直是民事案件再审率的两倍以上;自 1998 年后,除个别年份外,也远远高于刑事诉讼的再审率。

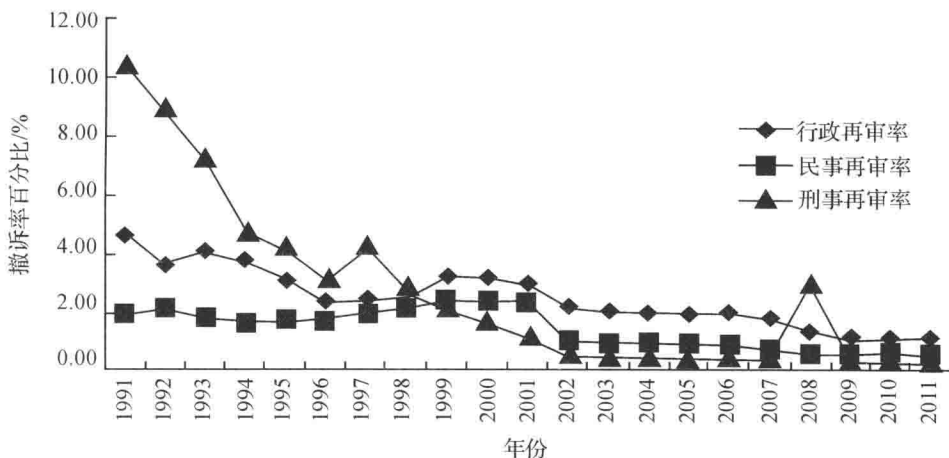


图 1.2 1991—2011 年三大诉讼案件再审率分析

我们知道,行政案件的数量远远不及民事案件和刑事案件,并不存在因案件数量过多负担过重而影响审判质量的问题,在再审率上却遥遥领先于民事案件与刑事案件,似乎令人费解。

究其原因,可以找到很多:法院屈服于被告的压力,作出了错误判决;法官素质不高,作出了错误判决;法官枉法裁判作出了错误判决……

然而,当我们将行政案件再审的改判率与民事、刑事的进行对比,却发现一个更加令人困惑的现象,那就是除个别年份外行政案件再审的改判率在三大诉讼中是最低的。图 1.3 是 1991—2011 年三大诉讼改判率的折线对比图,是根据各年份改判案件数占再审结案数的百分比绘制出来的。从图中我们可以清楚地看到这一现象。

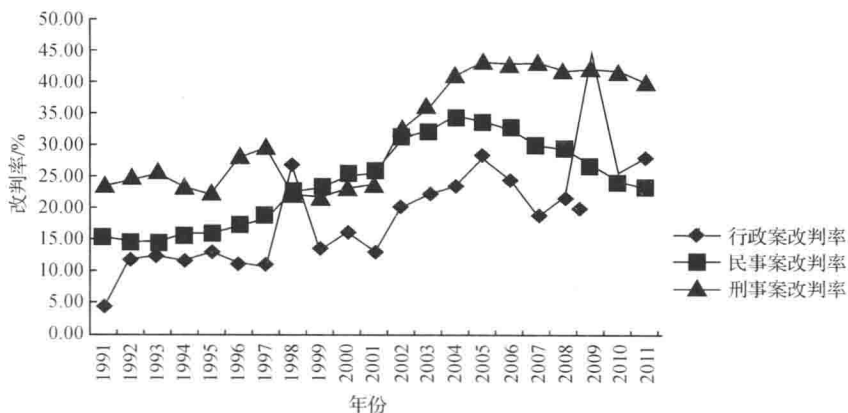


图 1.3 1991—2011 年三大诉讼再审案件改判率分析

综合图 1.2 和图 1.3, 我们就可以得出行政案件再审率高、改判率低的结论。再审率高, 意味着当事人对生效裁判不满的比例高; 改判的比例低, 说明生效裁判的质量高、错误率低。既然生效裁判质量高, 为什么当事人对生效裁判不满意的比例反而高呢?

对上述问题我们不妨换一种说法: 虽然大多数情况下法院依法作出了正确裁判, 但当事人仍然对其裁判不满。由此, 问题的根源就非常明显: 问题出在行政诉讼法自身, 行政诉讼法不能满足民众需求, 与中国社会现实存在较大脱节。

如果说行政案件数量偏低和再审率偏高, 从消极的一面揭示出问题的根源在于行政诉讼法自身, 下面两点则从积极的一面进一步证实了行政诉讼法难以满足中国现实需求结论的真实性。

(三) 居高不下的撤诉率

撤诉, 在行政诉讼制度设计中是原告行使诉讼处分权的体现, 是主要结案方式的一种例外与补充, 但在行政诉讼实践中却成了一种最主要的结案方式, 这肯定是立法者始料未及的。

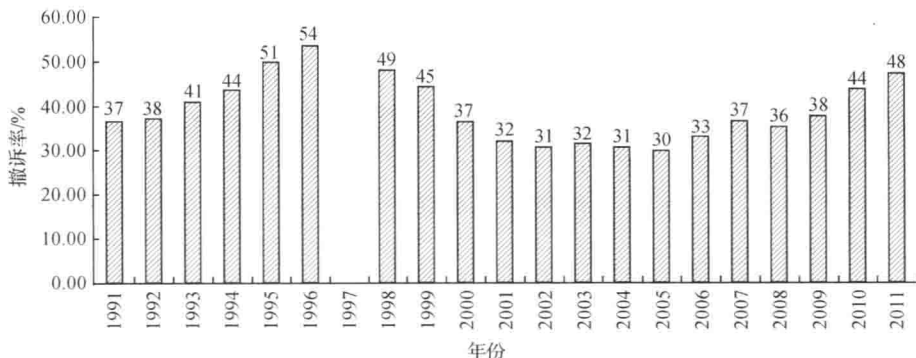


图 1.4 1991—2011 年行政案件撤诉率分析

图 1.4 是对 1991—2011 年共计 20 年间行政案件撤诉情况的统计与分析^①。图中清楚显示,我国行政案件撤诉率,最低年份的 2005 年也到达了 30%,最高年份的 1996 年则高达 54%,超过了已结案件数的一半。也就是说,在以上统计的 20 年中,行政案件的撤诉率一直盘踞于高位。从发展阶段看,经历了“两上一下”的历程,从 1991 年到 1996 年这六年时间里,撤诉率逐年上升,1996 年达至顶点;从 1998 年开始,基本上是逐年下降,2005 年到达最低点;从 2006 年开始,基本上又是逐年上升,到 2011 年又接近 50%,而且还有继续上升的势头。

熟知我国行政诉讼实务的人都知道,虽然《行政诉讼法》第 50 条明确规定法院审理行政案件不适用调解,但以撤诉方式结案的行政案件大多数属于变相调解。具体操作流程通常是:受诉法院经过审查发现行政主体作出的被诉行政行为存在违法或不当,于是动员被告行政主体自行撤销或改变已经作出的行政行为,然后动员原告撤诉,进而作出准许撤诉的裁定,从而结束整个行政诉讼进程。由此可以看出,法院在其中发挥着积极能动的调解作用,只是碍于《行政诉讼法》第 50 条禁止性规定,这一调解过程不会有只言片语记录于案卷材料而已。既然法律明令禁止调解,为什么这一为变相调解所支撑的结案方式还能在我国行政诉讼中大行其道呢?这既是现实需求的产物,也是行政诉讼法不能满足现实需求的一种表现。

从现实需求层面看,原告、被告和法院都有通过妥协结束行政诉讼争端的愿望与动力。就原告来说,由于担心被告秋后算账和法院不能公正审判,常常不敢或不愿向法院提起行政诉讼,如果能以基本达成起诉目的又不至于过分得罪被告行政机关的妥协方式结束诉讼,自然是求之不得了;就被告而言,常将当被告看作丢面子的事情,一旦败诉不仅影响权威,而且可能影响行政机关的政绩考评,因此也有通过妥协化解行政争议的愿望与动力。就法院来讲,在国家权力架构中与行政机关相比不仅处于相对弱势地位,而且现行法律制度并没有为其提供在行政诉讼中抵制行政干扰与压力的防火墙。面对棘手的行政争议,能不予受理就不受理,受理后千方百计为行政机关开脱,也不失为一种明哲保身的选择。但司法的职责与良心,公众与媒体的压力,又使其陷入左右为难的境地。此时,法院主动出面调解,建议被告行政机关改变、撤销或重作正在接受司法审查的存在违法或不当的行政行为,进而动员原告撤诉,就成了处在两难境地法院的最佳选择了,原被告双方此时往往也能一拍即合。有鉴于此,行政诉讼撤

^① 图 1.4 中数据是根据中国法律年鉴社出版的《中国法律年鉴(1992—2012)》“统计资料部分”和最高人民法院网站“司法数据”栏目(<http://www.court.gov.cn/qwfb/sfsj/>)中历年撤诉案件数与该年份结案数计算出来的,由于 1997 年的撤诉数据包括在“裁定”项目中没有单独列出,无法将其从中剥离开来,因此图表中没有包括该年度的撤诉率。此外,为了图表显示方便,撤诉率小数点后的数字用四舍五入法进行了处理。

诉率历年畸高不下也就没什么奇怪了。

也就是说,一些涉及违法、不当行政行为的行政案件没有循着行政诉讼法所设置的撤销判决、变更判决、确认违法判决等主要结案方式结案,反而从作为结案方式之例外与补充的撤诉“侧门”蜂拥而出,显然不是出自制度设计者的初衷,而是司法机关与双方当事人迫于各自处境的“合谋”。由此可以证实,立法者的行政诉讼制度设计与中国现实需求之间存在较大的脱节。

如果说通过撤诉方式结案,是在行政诉讼法不能满足现实需要情况下司法机关与双方当事人不得已而合谋的结果,情况判决则是司法机关能动地改造行政诉讼法以满足现实需求的产物。

(四)情况判决的推出与广泛采用

最高人民法院发布实施的《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第58条规定:“被诉具体行政行为违法,但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决,并责令被诉行政机关采取相应的补救措施;造成损害的,依法判决承担赔偿责任。”由此,设立了中国行政诉讼中的情况判决制度。

情况判决起源于日本,其构思最初体现在1932年《日本行政诉讼法案》第174条,1948年的《日本行政案件诉讼特例法》第11条对其作了明确规定,并在1962年《日本行政案件诉讼法》第31条中予以沿袭和完善。^①自1948年《日本行政事件诉讼特例法》起至1962年《日本行政案件诉讼法》施行止,情况判决的典型判例有18件,自1962年《日本行政事件诉讼法》施行至2005年典型司法判例为14件。^②我国台湾1998年对《行政诉讼法》进行了全面翻修,该法第198条借鉴日本增设了情况判决制度,自2000年7月1日施行至2005年底,五年半时间共审结一审情况判决案件5件。^③

我国自2000年3月10日施行情况判决制度起至2011年止,仅“北大法宝”数据库记载的情况判决案例就高达51件之多。^④相比较于日本与我国台湾对情况判决的谨慎,我国大陆的情况判决可谓高歌猛进。

在我国确立情况判决之前,仅日本和我国台湾建立了情况判决制度,将其

① [日]盐野宏:《行政救济法》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第132页。又见行政立法组编译:《外国国家赔偿、行政程序、行政诉讼法规汇编》,中国政法大学出版社1994年版,第411页及第417页以下。

② 富燕萍:《中日行政诉讼情况判决制度之比较研究》,华东政法大学2008年硕士学位论文,第25页。

③ 李建良:《台湾行政诉讼法制的沿革、演进与发展课题》,载汤德宗、王鹏翔主编:《“两岸四地”法律发展》(上册),“中央研究院”法律学研究所2007年版,第284、289页。

④ 刘平:《情况判决制度初探——以判例研读为视角》,浙江工商大学2012年硕士论文,第16页。

作为撤销判决的例外与补充,而且以此方式审结的案件日渐稀少。在这样的背景下,我国为什么还要引进这种制度呢?而且在司法实践中似乎有成为一种主流结案方式的趋势,又当如何理解呢?

归根结底,就是中国有这样的现实需求。这几年全国各地大规模进行房地产开发和各类基础设施建设,涉及集体土地征收、国有土地使用权转让、房屋拆迁、建筑规划许可、建设工程开工许可、环境行政许可等一系列行政行为。这类行政行为常常涉及公共利益与私人利益之间的冲突,一旦行政机关违法作出这类行政行为且公共利益的巨额投入已为既成事实时,法院审理原告请求的撤销诉讼就会陷入两难境地:若是依照行政诉讼法作出撤销判决,就得恢复原状,巨额的公共投入就会打了水漂;若为维护公共利益驳回原告的诉讼请求,不仅于法无据而且损害原告的合法权益。行政机关在这类行为中违法现象的多发性和法院面对这类行为的弱势地位,使法院在审理这类案件时的处境颇为尴尬。有鉴于此,最高人民法院借司法解释之途创设了我国的情况判决制度。甫一建立就获得广泛运用,也就不会令人意外了。^①

当然,情况判决制度先天就具有两面性:从消极一面看,即使法院判决没有不当扩大情况判决的适用范围,也有致使法治主义原则空洞化的危机,^②还会损害民众对行政审判的信心;从积极一面看,可以防止了国家利益和公共利益免遭采用撤销判决可能带来的重大损害。同时,情况判决制度也有可能成为对原告合法利益的有力保护。^③

显然,情况判决制度是最高人民法院在行政诉讼法不能提供当公共利益与个人利益发生冲突时如何作出合理判决背景下能动司法的结果。虽然该制度不乏消极性,且在司法实践中已有被滥用的嫌疑,但其也恰恰证明了行政诉讼法在这类现实问题上的无能为力,亟须变革。

(五)小 结

综上所述,行政案件收案量的长期偏低与再审率的长期偏高,说明行政诉讼法与当下中国社会现实的严重脱节;行政案件撤诉率居高不下和情况判决制度的设立与大量采用,既说明实践力量在寻求摆脱行政诉讼法的僵化束缚和积极寻找新的突破口的努力,也证实了行政诉讼法具有对中国现实的不适

^① 当然,鉴于我国法院的弱势地位,这些案件中肯定不乏法院偏袒行政机关,夸大了撤销违法行政行为给国家利益或公共利益带来损失的可能——甚至有时是为了保全开发商的巨大利益,从而不当扩大了情况判决的适用范围。

^② [日]盐野宏:《行政救济法》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第135页。

^③ 有一定行政诉讼经验的人都知道,囿于法律制度的限制,原告所提出的撤销请求未必是其最佳利益的体现,也未必是其真实的追求。确认违法的同时赔偿其经济损失,有时正是其最佳利益的实现。