

本书出版获得湘潭大学
诉讼法研究中心的大力资助

顾问：陈光中
主编：胡肖华
执行主编：黄先雄

权利与权力的博弈

行政诉讼法修改纵横谈

中国法制出版社

本书出版获得湘潭大学诉讼法研究中心的大力资助

权利与权力的博弈

——行政诉讼法修改纵横谈

顾 问：陈光中

主 编：胡肖华

执行主编：黄先雄

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

权利与权力的博弈/胡肖华主编. —北京:中国法制出版社, 2005. 3

ISBN 7 - 80182 - 210 - 2

I. 权… II. 胡… III. 权利 - 权力 - 博弈
IV. D630.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 029984 号

权利与权力的博弈

QUANLI YU QUANLI DE BOYI

主编/胡肖华

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880×1230 毫米 32

印张/14.125 字数/370 千

版次/2005 年 3 月第 1 版

2005 年 3 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80182 - 210 - 2/D·1176

定价:25.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66070041

网 址:<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话:66012216

编辑部电话:66032924

读者俱乐部电话:66026596

邮购部电话:66033288

对于法律最高来说,再没有什么东西比一切公民有权对政府官员在普通法院中提起诉讼更重要了。

——[美]约翰·迪金森

序

行政法学与行政诉讼法学与其他公法学科一样近年来在我国成了“显学”，这一现象的出现不是偶然的。因为公法越来越显现其重要性，这是现代法律制度发展的必然趋势。美国当代法学家 E·博登海默有一句使人耳熟能详的名言：“法律是人类最大的发明，别的发明使人类学会了驾驭自然，而法律让人类学会了驾驭自己。”行政诉讼法的特殊要义在于实现法治和宪政，在于公民能够驾驭自己的政府，使管理者首先得到法律的有效管理。行政诉讼制度作为一种初级的司法审查制度，它是实现中国社会主义法治的重要起步，其最终目标是把中国建设成为一个社会主义宪政国家。最近笔者在研究苏州大学前身东吴大学法学院的著名法学大师杨兆龙先生的法学思想时发现上世纪三十、四十年代国内就曾经展开过关于法治与宪政关系的讨论。杨兆龙先生把当时学者们的见解概括为三种：第一种观点认为宪政国家是一个具有民主精神的法治国家，而法治国家不过是一个遵从法律而未必具有民主精神的国家；第二种观点认为，宪政国家与法治国家都是重法而具有民主精神的国家，它们名异而实同；第三种观点则认为，宪政国家与法治国家的区别，不在于民主精神的有无，而在于民主精神的多寡，宪政国家的民主精神较丰富于法治国家。杨兆龙先生本人倾向于第一种和第三种观点，他认为：宪政国家便是“法治国家加上法律的民主化”。在他看来，宪政比法治更重要，如果实行宪政，首先应该实行法治。将近一个世纪快要过去了，今天关于法治与宪政关系的讨论似乎与当年的讨论有某些相似之处。目前我国讨论宪政与法治的关系，大体也是三种观点，一种观点认为宪政就是法治，宪政国家就是法治国家；第二种观点认为宪政是法治的基础，是法治的前提；第三种观点则认为法治是宪政的基础的前提。受杨兆龙先生观点的启发，笔者认为宪政应该是法治的高级形态，法治与法制有区别，宪政与法治也

有区别。法治之于法制，必有民主因素在焉；宪政之于法治，必有丰富之民主精神在焉。法治社会应该包括公共权力受到法律的制约；而宪政国家更加强调国家最高权力受到法律的制约。法治包括政府受到法律的制约，而宪政则更强调包括政党，尤其是执政党必须受到法律的制约。因此，政府受到法律的制约，公共权力的行使受到司法的审查，是建设法治社会的开始，其目标是建设法治国家。行政诉讼制度的意义即在于此，探讨行政诉讼制度的意义更在于此。

今年6月25~27日，在我国《行政诉讼法》实施的第15个年头里，在南国莲城——湖南湘潭（大学）召开了中国法学会诉讼法学研究会行政诉讼专业委员会首届理论研讨会，这是我国诉讼法学史和行政诉讼法学发展史上又一件值得纪念的具有特殊意义的事情。因为，行政诉讼制度在我国的发展经历曲折，但不断进步。十几年来，行政诉讼理论的研究人员也从无到有，从少到多；研究领域不断拓展，研究成果日渐丰硕，研究结论愈见深刻……今年，召开全国行政诉讼专业委员会首届理论研讨会，正当其时。其讨论的中心课题是如何总结十多年来我国行政诉讼制度的成功经验和存在的问题，为全面修改现行行政诉讼法提供理论准备。首届理论研讨会的召开，对于行政诉讼理论研究队伍的专门化和行政诉讼理论研究的深入进行，对于法治国家和宪政国家的构建，都将有着非常重要的意义。我们欣喜地看到：在我国经济、政治、社会和文化生活深刻变化、社会主义民主法治建设不断推进、公民权利意识日益增长的今天，人民群众对行政诉讼的期望值越来越高，加上WTO有关法律文件对我国司法审查提出了新要求，今年颁布的宪法修正案又明确重申了保障人权的立场和宪政理念，这些，都为我国行政诉讼注入了大量新内容，提出了许多新课题。新的形势，迫切需要一支专门化的行政诉讼理论研究队伍来为行政审判实践提供理论指引。而客观地说，与刑事诉讼、民事诉讼理论研究队伍相比，行政诉讼理论的研究人员还相当缺乏，力量显得单薄；与行政诉讼的司法实践和社会发展提出的要求相比，行政诉讼理论的研究还非常浅薄。因此，构建一个独立的相互交流的平台，提供一个集中的互相学习的机会，以吸引更多学者加入行政诉讼理论的研究行列，便成为首届理论研讨会的主要目的之一。

湘潭是中国现代史上出伟人的地方，毛泽东、彭德怀都生于斯，因此这是值得去的地方。而我对于湘潭的感情又因为在“文革”爆发前，作为人民大学的本科生在“文科教学要以社会为工厂”的口号下以“四清”工作队员的名义在湘潭农村生活过十个月，留下了青年时代深刻的记忆而加深。因此，湘潭大学的同行们一旦提出，他们愿意承办这次研讨会，我就在阔别四十年后的怀念之情驱动之下表示欣然前往。湘潭大学的同行们确实做得不错，他们不仅积极热情搞好会务和接待工作，而且在学术讨论方面进行了精心准备。他们工作的特点是一丝不苟，有始有终。尤其没有想到的是，他们非常珍惜这次会议的成果，在会后还乐意把此次会议的成果结集出版。在这里，我要衷心地感谢湘潭大学法学院的领导和同行们，尤其是感谢湘潭大学诉讼法学研究中心的全体教师。正是由于他们的努力，此次首届理论研讨会的论文集能以最快速度、最好质量出版。当然，不可否认，摆在大家面前的这本论文集并不是我国目前行政诉讼理论研究现状的全面反映，它的出版，更多地具有标志性的意义，即标志着我国对行政诉讼理论研究开始形成一支独立的队伍，他们的研究已经开始走上一条独立、繁荣的发展道路。

今年湘潭之行令人难忘，乐为之序，以为纪念。

中国法学会诉讼法学研究会行政诉讼专业委员会主任

中国法学会行政法学研究会副会长

苏州大学法学院教授、博士生导师

杨海坤

2004 年冬

前 言

古希腊哲人亚里士多德曾言：“人是政治性的动物”。人不可能离开政治而生活，政治性是人类社会的基本属性。而政治社会于当今世界最典型的特征乃政治民主化，政治民主化已成为世界政治发展不可逆转的潮流，且其在本质上即蕴含着以“法律至上”和“有限政府”理念为核心的宪政法治精神。不论是西方大多数国家的资本主义民主政治，还是中国特色的社会主义民主政治，都需要解决人在政治状态下如何生存，政府如何管理以及管理者与被管理者之间的关系问题；简言之，即政府与公民如何通过权利与权力的博弈机制达至——有效合作与良性互动——“双赢”结果的问题。宪政实践表明，通过立法赋予公民诉权，使其具备与“强权”政府抗衡之能力，并通过诉讼程序的正当运行彰显公民实体权利价值，乃上述问题破解的关键所在。

一般认为，行政诉讼作为一项独立的诉讼法律制度，其扎根于中国法治土壤始于1989年《中华人民共和国行政诉讼法》的颁布实施。该制度的正式确立，并非历史演进的偶然际遇，而是社会转型的必然结果；它标志着公民主体意识的觉醒，折射出自由、平等价值于社会心态层面的提升和民众对宪政法治理想的热望与渴求。然而，我们亦须清醒地认识到，行政诉讼就其产生根源而言，是西方文化传统的内生现象，是西方文化长期衍生的历史积淀，其饱含西方社会对人与国家、人与社会关系的理解，渗透着西方社会国民对行政诉讼制度本身的感知与领悟。行政诉讼之于中国则完全是一种“文化舶来品”，尽管我们亦有厚重笃实的文化底蕴和一以贯之的人文追求，但至少在20世纪80年代以前不曾有过独立的行政诉讼法律制度——这是不可回避的既成史实。

我们认为，之所以在长达五千年的中华文明史上未能成功获求行政诉讼的本土印迹，其迷津症结乃在于高度集中的权力政治体制根本

不可能为以监督行政权力和保护公民权利为根本宗旨的行政诉讼提供赖以成长的制度空间。而 20 世纪 90 年代的行政诉讼立法及此后的司法实践,尽管谱写了中国宪政法治建设的新篇章,但其运行历史毕竟极为短暂,加之封建专制思想的余孽残存、国人“官本位”意识的根深蒂固,该制度在立法阶段即“先天不足”,司法实践则呈现出种种“后天失调”:行政权力不断扩张乃至恶性膨胀,公民权利相对缩减且羸弱卑微;“有权力无责任”、“有权利无救济”,暴力反抗或自戕往往成为相对人的无奈选择,权利与权力的“双损”似乎已成二者博弈结果的惯性表达。“法治先治法”,行政诉讼法的修改与完善已成为中国宪政法治建设亟待解决的“瓶颈”难题。

《权利与权力的博弈——行政诉讼法修改纵横谈》一书系 2004 年 6 月 25 日至 6 月 27 日由中国法学会诉讼法学研究会行政诉讼专业委员会与湘潭大学诉讼法学研究中心、湘潭大学法学院联合举办的首届全国行政诉讼理论研讨会研究成果的结集出版。行政诉讼法的修改与完善即该理论研讨会的中心议题,与会代表既有行政诉讼法学界的知名学者,又有其他部门法学科的权威专家,还有司法实践部门的相关人士,其所提交的论文涵盖行政诉讼法内容或形式上的诸多瑕疵与缺陷,其中某些观点立意深刻、见解独到、富于创新,体现了较高的理论素养与学术水准,并具有相当的实践指导意义。根据论题所涉范围,我们将本书分为五篇:(1)基础篇:以宪法与行政法的关系维度为视角,集中阐释了行政诉讼法修改必须厘定的若干基础性、前提性理论范畴,如行政诉讼与宪法、行政诉讼与宪政、行政诉讼的目的等;(2)现状篇:以现行行政诉讼法运行的实然状况为出发点,深入剖析了我国行政诉讼制度困境的成因,并提出了相关解决措施;(3)修改篇:以行政诉讼的制度缺失为立足点,具体论证了行政诉讼法的修改定位、行政诉讼的调整范围、受案范围、被告资格、举证责任、司法变更权等问题;(4)建构篇:以制度创新为基本宗旨,突破现行行政诉讼法的文本范式,通过吸收、借鉴西方国家行之有效的做法与经验,尝试性地提出了建立行政公益诉讼、行政诉讼有限调解、行政判例等制度构想;(5)其他:主要汇集了上述内容之外却又与行政诉讼法修改、完善相关的意见或建议。

首届全国行政诉讼理论研讨会的圆满召开和本书的顺利付梓系多方努力之成果，在此，当由衷感谢中国法学会诉讼法学研究会行政诉讼理论研究工作的大力支持与积极推进；感谢该会会长、中国政法大学博士生导师陈光中教授的热情关怀与真诚鼓励；感谢中国法学会诉讼法学研究会行政诉讼专业委员会主任、苏州大学法学院博士生导师杨海坤教授长久以来的密切关注与有益指导；感谢所有关心、关注中国行政诉讼制度发展的学者同仁和各界代表，没有诸位的帮助与提携，实难玉成此书。

如果说行政诉讼法的制定是特定历史条件下民主政治的法律确认，那么，行政诉讼法的修改则是已变换时空背景下民主政治的必然要求；而这一要求产生的内在动因乃权利与权力的理性博弈及由此而生的权利与权力的动态平衡。我们期待并坚信，以行政诉讼法修改为契机的中国行政法治建设必将在宪政的康庄大道上越走越宽！

胡育华
谨识

2004年11月28日于湘潭大学南阳寓所

目 录

中国法学会诉讼法学研究会行政诉讼专业委员会首届理论

研讨会综述·····	(1)
一、行政诉讼法修改的必要性与修改定位·····	(1)
二、行政诉讼的调整范围·····	(2)
三、行政诉讼的类型化·····	(2)
四、行政公益诉讼制度之构建·····	(3)
五、行政诉讼的受案范围·····	(5)
六、行政诉讼的其他问题·····	(7)
七、行政法院的设立·····	(9)

基 础 篇

行政诉讼与宪法关系之辨·····	(11)
一、宪法：行政诉讼之制度基石·····	(12)
二、行政诉讼：宪法之规则化与实证化·····	(15)
三、行政诉讼与宪法：互补共济与良性互动·····	(16)
论行政诉讼的宪政机理·····	(21)
引 言·····	(21)
一、行政诉讼是民主政治的产物·····	(22)
二、行政诉讼以法治为理念前提·····	(24)
三、行政诉讼以分权为机制保障·····	(26)
四、行政诉讼以人权为发展动力和价值追求·····	(28)
结 语·····	(30)
论行政诉讼目的的惟一性·····	(31)
一、现行行政诉讼法立法目的的多元化·····	(31)
二、从对行政诉讼目的的价值判断看行政诉讼法立法	

的目的	(34)
三、行政诉讼法立法目的二元化表述及其弊端	(39)
四、行政诉讼法立法目的二元化的原因及其实质	(42)
五、作用和功能的不可替代性是决定行政诉讼立法目的 惟一性的现实基础	(44)
六、从程序设计看行政诉讼法目的的惟一性	(46)
七、“保护公民、法人和其他组织的合法权益”应是行 政诉讼的惟一目的	(47)

现 状 篇

对我国行政诉讼的实证考察及分析	(49)
一、问题的提出	(49)
二、实证考察	(50)
三、问题的原因	(57)
四、尾 论	(60)
论行政诉讼突围与行政法院	(62)
一、当前行政诉讼制度存在的主要问题	(62)
二、行政诉讼步入今日之困境的根本原因	(66)
三、设置行政法院不能从根本上解决当前行政诉讼存在 的主要问题	(70)
论我国行政诉讼困境之成因	(74)
一、国家权力的配置模式是问题的关键	(74)
二、具体制度设计的缺陷是其促成要件	(78)
三、经济社会发展水平较低是其存在根源	(80)
四、文化观念落后更难辞其咎	(83)

修 改 篇

行政诉讼法修改定位	(86)
一、行政诉讼法宝贵精髓——体现现代行政法治思想	(86)
二、行政诉讼法修改必然——中国社会的深刻变化	(88)
三、行政诉讼法目的定位——救济权利与监督权力并重	(90)

四、行政诉讼法修改设想——全面精细与完善·····	(91)
行政诉讼调整范围的检讨与重构·····	(94)
一、行政诉讼调整范围的界定·····	(94)
二、传统行政诉讼的调整范围·····	(95)
三、影响行政诉讼调整范围的因素·····	(98)
四、行政诉讼调整范围的重构·····	(101)
反思与重构：我国行政诉讼类型化之研究·····	(105)
一、我国行政诉讼类型化之缘由·····	(105)
二、我国行政诉讼类型化现状之反思·····	(109)
三、我国行政诉讼类型化之重构·····	(113)
结 语·····	(118)
关于《行政诉讼法》中几个问题的探讨·····	(120)
一、关于案件管辖·····	(120)
二、关于被告出庭应诉的问题·····	(122)
三、关于起诉期限·····	(123)
四、关于行政合同案件·····	(124)
行政诉讼受案范围界定标准研究·····	(128)
一、正确认识我国现行《行政诉讼法》受案范围的界定 标准·····	(128)
二、确立行政诉讼受案范围界定标准的理论根据·····	(130)
三、重新确立我国行政诉讼受案范围标准·····	(133)
政府采购行政诉讼受案范围之缺失·····	(141)
一、受案范围仅限于投诉·····	(141)
二、受案范围明确排除政府采购合同·····	(145)
我国行政诉讼受案范围逐步扩大之机理与构想·····	(149)
行政诉讼原告举证责任管窥·····	(162)
一、举证责任概说·····	(163)
二、行政诉讼原告举证责任之机理分析·····	(165)
三、行政诉讼原告举证责任之实证检讨·····	(168)
四、行政诉讼原告举证责任之制度完善·····	(171)
行业组织行政诉讼被告资格探析·····	(176)

一、行业组织诉讼地位概述	(176)
二、行业组织行使公权力决定了其应当具有行政诉讼被告资格	(177)
三、确定行业组织具有行政诉讼被告的地位符合中国的现实状况	(185)
行政机关和授权组织之作为行政诉讼第三人的若干问题	(188)
一、行政机关和授权组织作为民事主体时的第三人问题	(189)
二、行政主体之作为行政诉讼第三人的容许性	(191)
三、行政主体之作为行政诉讼第三人的可能情形	(194)
论起诉不停止执行	(197)
一、起诉不停止执行之立法规定	(197)
二、起诉不停止执行之理论基础	(197)
三、起诉不停止执行之反思	(199)
四、起诉不停止执行之立法选择	(202)
行政程序司法审查完善刍议	(206)
一、现行行政程序司法审查立法的精髓	(206)
二、完善行政程序司法审查立法之考虑因素	(208)
三、完善行政程序司法审查立法的若干思考	(209)
略论行政合同案件的司法审查原则	(214)
一、合法性审查原则的坚守——行政法治的要求	(214)
二、合理性审查原则的确立——基于双方行为的考量	(216)
三、违约性审查原则的引入——违约责任的体现	(220)
行政变更判决研究	(222)
一、变更判决存在的必要性	(222)
二、域外立法之评介	(224)
三、我国现行规定之反思	(227)
论行政诉讼司法变更权的改革与完善	(233)
一、行政诉讼司法变更权所面临的理论困境和现实尴尬	(234)
二、行政诉讼司法变更权改革与完善的几点建议	(237)

建 构 篇

行政诉讼客观化及其对中国的启示	(243)
一、客观诉讼：行政诉讼的新趋势	(243)
二、客观诉讼：特征分析	(245)
三、行政诉讼客观化：路径分析	(248)
四、行政诉讼客观化：中国的启示	(253)
我国应建立行政公益诉讼制度	(259)
一、行政公益诉讼：概念、特点与价值内涵	(259)
二、我国建立行政公益诉讼之必要性分析	(261)
三、我国建立行政公益诉讼之可行性论证	(263)
四、建立我国行政公益诉讼制度之初步设想	(266)
行政公益诉讼的概念辨析	(269)
一、西方语境中的行政公益诉讼概念	(269)
二、我国学者对行政公益诉讼的认识	(274)
三、行政公益诉讼概念之界定及特点剖析	(276)
行政公益诉讼探微	(283)
一、几个基础性的法理问题	(283)
二、现代行政违法侵害公共利益问题的常见类型	(286)
三、我国目前的行政公益问题的解决方式及其缺陷	(287)
四、建立完善的行政公益诉讼制度	(288)
五、结 语	(294)
关于增设公益性行政诉讼原告之管见	(295)
一、公益维权之诉对行政诉讼原告资格制度的反思意义	(295)
二、行政诉讼原告资格制度应兼顾个人利益和公共利益	(296)
三、公益性行政诉讼原告资格制度的特殊规定性	(298)
论公益组织提起行政公益诉讼的资格	(301)
一、赋予公益组织提起行政公益诉讼的理论基础	(302)
二、公益组织提起行政公益诉讼的可行性	(303)
三、公益组织提起行政公益诉讼中的方式	(306)
四、公益组织进行行政公益诉讼的保障措施	(307)

行政公益诉讼中的社会权力因素	(309)
一、行政公益诉讼概念之界定	(310)
二、社会权力介入行政公益诉讼之必要性分析	(312)
三、社会权力介入行政公益诉讼之可行性分析	(317)
四、社会权力介入行政公益诉讼之限制	(318)
行政规范的司法审查	(321)
一、为何审查	(322)
二、如何审查	(325)
三、结 语	(331)
有限调解在行政诉讼中的确立	(332)
一、前 言	(332)
二、行政诉讼中不适用调解的理由及质疑	(333)
三、我国建立行政诉讼有限调解制度的必要性	(336)
四、我国行政诉讼有限调解制度的确立	(337)
五、结 语	(342)
论我国行政诉讼简易程序的构建	(343)
一、行政诉讼简易程序的概念与特征	(343)
二、在行政诉讼中设立简易程序的必要性	(344)
三、在行政诉讼中设立简易程序的可行性	(346)
四、行政诉讼简易程序的构建	(348)
行政判例在我国行政诉讼中的定位	(354)
一、建立行政判例制度的必要性	(355)
二、行政判例制度在我国推行的可行性分析	(358)
三、行政判例在我国行政诉讼中的定位	(360)

其 他

我国行政诉讼的发展趋势	(365)
一、行政诉讼从单一的主观诉讼发展到主观诉讼与客观 诉讼并重	(366)
二、行政诉讼的受案范围呈不断扩大化趋势	(367)
三、原告资格的“门槛”逐步降低	(369)

四、行政诉讼类型多样化	(370)
五、公民权利的保护范围日益增大	(372)
行政诉讼外救济手段之比较研究	(374)
一、向部长申诉、行政裁判所救济与“行政救济”	(374)
二、议会救济	(376)
三、行政监察专员与调解专员	(377)
四、对我国的借鉴意义	(378)
“依据”抑或“参考”	(380)
一、内涵之剖析	(380)
二、功能之申述	(382)
三、路径之选择	(384)
四、未来之展望	(387)
对弱者权益不能如此漠视	(390)
政府采购的程序规范与控制	(397)
一、政府采购的性质定位：德国行政法“双阶”理论的 运用	(397)
二、对采购管理行为的程序规制	(401)
三、对采购协商行为的程序规制	(407)
从直接管制到混合管制	(411)
一、环境问题的产生与政府直接管制	(411)
二、直接管制与政府失灵	(413)
三、走向混合管制	(415)
四、结 语	(419)
论学生受教育权利的法律救济	(420)
一、受教育权法律救济现状及其存在的主要问题	(420)
二、受教育权救济机制的完善建议	(423)