

中国司法审查制度

主 编	罗豪才		
副主编	姜明安	湛中乐	
编 委	罗豪才	姜明安	湛中乐
	袁曙宏	江嘉禧	

北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国司法审查制度/罗豪才主编.-北京:北京大学出版社,1993.11

ISBN 7-301-02409-6

I. 中...

II. 罗...

III. 司法-制度-中国

IV. D926

著作责任者:罗豪才

责任编辑:张晓秦

出版者地址:北京大学校内

邮政编码:100871

排印者:北京大学印刷厂

发行者:北京大学出版社

经销者:新华书店

版本记录:850×1168毫米 32开本 18.625印张 465千字

1993年12月第一版 1996年3月第三次印刷

定 价:19.50元(平装)

序

在我国实行司法审查制度，是一个新事物。正如世间一切事物的出现必须具备一定的客观条件一样，我国十多年改革开放的伟大进程，社会主义民主政治突飞猛进的发展，为司法审查制度的确定奠定了坚实的客观基础，准备了充分的历史条件。司法审查制度的诞生是改革开放的产物，是社会主义民主与法制建设的硕果，是逐渐步入法制现代化的一个标志。正因为是新事物，就必然要有一个完善和发展的过程，必然会遇到一些阻力和困难。人们对实行这个进步的制度还很不了解、不习惯、不适应，甚至心存隔膜，加以排斥。这就给学者和司法工作者提出了一个义不容辞的任务，即用他们的智慧和学识，向社会各界介绍和宣传这个制度，为它的顺利实施和健康发展做一些不可替代的、不可缺少的工作。小常识之类的“豆腐块”文章固然需要，全面地系统地论著同样需要。罗豪才教授主编的这本《中国司法审查制度》属于后者。

这本书是集体劳动的结晶。它的写作过程很特别、很有趣。60名有志于我国司法审查工作，并有一定行政审判实践经验的法官于1991年秋走进北大校园，用一年的时间进行行政法学的深造。罗豪才教授等专家学者给他们授课，他们与老师们共同研讨、切磋学问。师生有一个共同的心愿，大家一起动手，写一本专著，将研究和学习的成果奉献给社会。这个学者与司法工作者相结合，以学者为主、教授与学员联手以教授为核心的写作队伍，这个边教学、边学习、边著述的写作过程，决定了这本书的特点，那就是理论与实际的有机结合，既有相当的理论深度，又有很强的针对性、实用性。特别值得一提的是，这本书从一个新的角度、新的思路论述司法审

查制度,路数清晰,内容全面,结构完整,逻辑性强,这样构建我国的行政法学体系,是罗豪才教授的创意,这无疑是个有益的探索和尝试。另外,这本书文风朴素,比较好读,易于领会。我想,读者会喜欢它的。

我不是行政法学专家,对这方面的知识知之甚少,本不该写序的。只因为本书的大多数作者是中国高级法官培训中心的学员,我又是培训中心的一名负责人,感到有责任对他们的辛勤劳动说几句话。罗豪才教授等老师们对培训中心一向给予很大的支持,和我本人又相知多年,对他们为培养学员而作出的贡献,我一直抱有感激的心情。基于这些考虑,我便不揣冒昧写了上面这些话,权为序。

祝铭山

1992年8月27日

前 言

1990年10月1日开始实施的《中华人民共和国行政诉讼法》，标志着我国司法审查制度的正式确立，标志着我国社会主义民主和法制建设的发展进入了一个新的阶段。实践证明，建立和完善我国的司法审查制度，对于保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护和监督行政机关依法行政，促进我国政治、经济和社会的稳定发展，具有重大的现实意义和深远的历史意义。

行政诉讼法内容丰富，涉及面广，但其核心是司法审查具体行政行为。《行政诉讼法》第二条和第五条规定，公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼；人民法院有权对具体行政行为是否合法进行审查。这就正式确认了人民法院对被诉具体行政行为的司法审查权，包括受理权、审理权、判决权、责令被告赔偿权和执行权。行政诉讼法还对司法审查的对象、司法审查的范围、司法审查的方式、司法审查的标准、司法审查的法律法规依据，以及司法裁决的形式和效力等问题作了具体的规定。所有这些规定涉及到公民与政府、审判权与行政权的两个基本关系，又同民主原则、法治原则、权力制约原则和人权保障紧密联系在一起。而这些关系和原则则是司法审查的客观基础和理论依据。

我国《行政诉讼法》颁布以来，我本人以及同一些研究生合作先后发表了几篇文章，从不同角度，对我国司法审查制度作了

一些分析和阐述。^①在这过程中，我一直有个想法，能否以司法审查为核心来构造一个新的符合我国实际的行政法学体系。行政法学体系应有多种选择，应有多种构造法。何种构造法、何种选择更趋向合理、更趋向科学，这是要考虑的主要问题。目前我国行政法学教材体系的构成，多数是按“二段论”的模式安排的，即除绪论或称导论部分阐述行政法学的基本概念、基本原则、基本制度等外，主要分行政行为和监督行政行为两部分，再加上行政责任和行政赔偿等章节，具体阐述有关内容。这种体系的优点是“条块”清楚，亦符合行政关系发生、发展以及受监督的客观过程，查找方便。但亦存在难于克服的缺点：结构性重复，前半部分已较全面地讲了行政行为，后半部又要重述行政行为，显得累赘。而且易于出现概念化，在概念上推导和转圈子。而以司法审查为核心构造起来的行政法学体系，把行政关系和监督行政关系紧密地统一起来，并以监督主体为主导，对所涉及到的各种关系分门别类地展开论述。这种体系上的安排似乎比较简明、清晰和合乎逻辑。当然，本书在理论体系上的构造，仅仅是一种尝试，有待读者评价。

中国高级法官培训中心，为了培养高职级的行政法法官，委托北京大学于1991年秋—1992年夏举办第二期一年制的高级法官行政法专业班。这个班共有六十名学员，均是全国各地中级法院行政庭正副庭长以上的干部，具有多年的行政审判实践经验。同第一期一样，该班学员先后学习了十多门必修或选修课程，听取了一系列讲座和有关实际部门负责同志的报告。他们认真学习，刻苦钻研，并按计划对行政法学内容进行了深入的探讨。接着，师生

^① 《把握行政诉讼法的核心，完善司法审查制度》，见《中国法学》1990年增刊。《中国司法审查制度的确立及其主要特色》，见《政府法制》1991年5-6期。《中国的司法审查制度》，见《中外法学》1991年第6期。

一道按共同商定的体系,逐章讨论,分别执笔,注意总结司法审查中的理论与实践问题。又经主编和部分行政法教师 and 研究生反复修改,最后由主编定稿,完成了《中国司法审查制度》一书的写作。

本书的体系安排(按章先后顺序排列)如下:第一章,司法审查制度概述;第二章,司法审查制度的宪法依据和理论基础;第三章,司法审查的对象;第四章至第十三章,司法审查的范围;第十四章,排除司法审查的行政行为;第十五章至第二十章,司法审查的标准;第二十一章,司法审查的法律依据;第二十二章,司法审查中的参照规章;第二十三章,司法审查与冲突规范的选择适用;第二十四章,司法审查的程序;第二十五章,司法审查的判决、裁定和决定;第二十六章,司法审查制度的现状与展望。

从上述关于本书体系结构及内容的介绍可知,本书不是司法审查论文汇编,而是一本以司法审查为核心,比较全面、比较系统地阐述行政法的基本内容,结构较完整,体系较严密的教材。这本教材虽以司法审查为核心,但它并不像西方国家的某些行政法教材,把行政法归结为司法权控制行政权、过分渲染个人权利的“控权法”。相反,它是以“平衡论”即行政机关与相对方权利义务平衡为其理论基础。根据我国行政诉讼法以及其他行政法律、法规的立法精神,我国的行政法不应该是只强调行政权,不强调公民权,视行政法为管理公民的工具的“管理法”或称“管制法”,也不应该是“控权法”,而是“平衡法”。以“平衡论”来作为我国行政法的理论基础,比较符合我国的国情和行政法制的实际情况。这点,本人以及本人同一些研究生合作,先后发表了几篇文章,作过一些探讨,在本书的有关章节中也有所反映,此处就不再赘述。^①

^① 《行政法律关系刍议》,载《行政法学研究丛书》第3期,中国政法大学出版社1991年版。《现代行政法的理论基础》,载《中国法学》1993年第1期。

本书在编写过程中，得到中国高级法官培训中心办公室和北京大学法律系的指导和帮助，得到北京大学出版社和高级法官行政法专业班（第二期）党支部、班委会的支持和帮助，参考了同行写的有关书和文章，在此一并谨致谢忱。

参加本书编写的学员是（按学号顺序排列）：张进铁、张海棠、蔡绍祥、徐亚丽、吕法荣、郝福振、石迎春、袁保俊、冯自典、于雪峰、丁荣、徐东荣、潘庆云、段英茹、矫寿本、梁培基、李同才、刘守芝、李云峰、王慎海、应杰、王学义、朱丽娜、杨公财、蔡晓勋、孙凤鸣、鲁绪堂、杨传海、宋小平、苏更生、刘全德、侯建中、李东相、单金铎、王远乐、范德浩、谢定孝、任建生、王声元、胡兴儒、徐敏、陈国月、张本贵、陈燕蒙、陈永达、王育君、朱维达、胡顺六、符六文、王希发、付桂荣、陈泽亮、陆建平、安赞京、陈海仙、王云祥、涂序凑、蔡公乐、覃启成、伍俊卿。参加本书讨论、修改的教师和研究生有张焕光、姜明安、湛中乐、江嘉禧、王天成、袁曙宏、程雁雷、张晓玲、蒋朝阳、吉罗洪、高晓凌、刘元保、沈岍、温辉、刘革新、刘新伟等。

司法审查制度在我国是一个发展中的制度，实践有限，内容广泛，我们对它的研究还不够，加上写作时间较短，因此，本书缺点错误在所难免。还有，本书是集体的作品，在撰写风格和体例上，甚至在个别提法上有不一致之处，也是可能的。敬请读者批评指正。

罗豪才

1993年5月9日

目 录

序.....	(1)
前 言.....	(3)
第一章 中国司法审查制度概述.....	(1)
第一节 《中华人民共和国行政诉讼法》与司法审查制度.....	(1)
第二节 中国司法审查制度的概念.....	(2)
第三节 我国司法审查制度的作用.....	(6)
第二章 司法审查的宪法依据与理论基础.....	(9)
第一节 司法审查的宪法依据.....	(9)
第二节 司法审查的理论基础.....	(11)
第三章 司法审查的对象.....	(15)
第一节 司法审查对象概述.....	(15)
第二节 受司法审查的具体行政行为.....	(23)
第三节 具体行政行为的合法性审查.....	(33)
第四章 司法审查的范围.....	(40)
第一节 司法审查范围概述.....	(40)
第二节 我国目前的司法审查范围.....	(51)
第三节 与司法审查范围有关的几个问题.....	(54)
第五章 对行政处罚行为的司法审查.....	(64)
第一节 审查行政处罚行为概述.....	(64)
第二节 对行政处罚行为的审查.....	(76)
第三节 几个需要探讨的问题.....	(92)
第六章 对行政强制措施司法审查.....	(100)
第一节 行政强制措施概述.....	(100)
第二节 对行政强制措施的司法审查.....	(106)
第三节 对审查行政强制措施中几个有关问题的探讨.....	(116)

第七章	对侵犯经营自主权行为的司法审查	(124)
第一节	经营自主权概述	(124)
第二节	对侵犯经营自主权行为的司法审查	(133)
第八章	对行政许可的司法审查	(145)
第一节	行政许可的概念、特征及种类	(145)
第二节	对拒绝许可和不予答复行为的司法审查	(154)
第九章	对行政不作为的司法审查	(168)
第一节	行政不作为的概念、特征	(168)
第二节	行政不作为司法审查的范围	(171)
第三节	行政不作为司法审查的内容	(177)
第四节	行政不作为司法审查的结果	(181)
第五节	需要探讨的几个问题	(182)
第十章	对行政确认的司法审查	(187)
第一节	行政确认概述	(187)
第二节	行政确认的种类、原则和效力	(194)
第三节	对行政确认的司法审查	(202)
第四节	有关行政确认司法审查的几个主要问题	(206)
第十一章	对行政裁决的司法审查	(213)
第一节	行政裁决的概念、特征及其历史发展与种类	(213)
第二节	对行政裁决司法审查的必要性及其意义	(221)
第三节	司法审查行政裁决的内容	(225)
第四节	司法审查行政裁决的特点	(236)
第十二章	对行政合同行为的司法审查	(240)
第一节	行政合同概述	(240)
第二节	审查的依据和原则	(250)
第三节	行政合同争议的司法审查	(255)
第四节	行政合同司法审查的法律后果	(265)
第五节	司法审查中应注意的几个问题	(271)
第十三章	对行政侵权赔偿责任的司法审查	(275)
第一节	对行政侵权赔偿责任构成要件的司法审查	(275)

第二节	对行政侵权赔偿责任主体的司法审查	(279)
第三节	对行政侵权赔偿方式和范围的司法审查	(287)
第四节	对行政侵权赔偿责任减、免责事由的司法审查	(290)
第五节	司法审查行政侵权赔偿责任的程序特点	(292)
第十四章	司法审查的排除	(299)
第一节	司法审查的排除概述	(299)
第二节	司法审查排除的范围	(307)
第三节	司法审查排除中应予注意的几个问题	(316)
第十五章	司法审查的标准(一)	
——	证据是否确凿充分	(324)
第一节	行政诉讼证据概述	(324)
第二节	证据的审查	(330)
第三节	审查证据的若干问题	(342)
第十六章	司法审查的标准(二)	
——	适用法律法规是否正确	(350)
第一节	适用法律法规错误的含义及导因	(350)
第二节	适用法律法规错误的表现形式	(354)
第十七章	司法审查的标准(三)	
——	是否符合法定程序	(364)
第一节	行政程序概述	(364)
第二节	对行政程序的司法审查	(373)
第三节	行政程序司法审查有关问题探讨	(381)
第十八章	司法审查的标准(四)	
——	是否超越职权	(387)
第一节	超越职权概述	(387)
第二节	超越职权的表现形式与司法审查	(389)
第三节	对超越职权进行司法审查应注意的几个问题	(400)
第十九章	司法审查的标准(五)	
——	是否滥用职权	(405)
第一节	滥用职权概述	(406)

第二节	对滥用职权行为司法审查的必要性	(411)
第三节	对滥用职权进行司法审查应注意的几个问题	(414)
第二十章	司法审查的标准(六)	
	——是否显失公正	(424)
第一节	显失公正概述	(424)
第二节	显失公正的表现形式、认定原则及司法裁判	(429)
第三节	如何审查行政处罚是否显失公正	(435)
第二十一章	司法审查的法律依据	(443)
第一节	司法审查法律依据概述	(443)
第二节	司法审查法律依据的类别	(447)
第三节	适用法律依据应注意的几个问题	(457)
第二十二章	司法审查中的“参照规章”	(461)
第一节	“参照规章”概述	(461)
第二节	参照规章的范围	(464)
第三节	对规章的鉴别	(469)
第四节	目前行政审判中参照规章存在的问题及其对策	(476)
第二十三章	司法审查与规范冲突	(479)
第一节	规范冲突有限性司法审查的必要性	(479)
第二节	人民法院选择适用冲突规范的性质、特点及步骤	(487)
第三节	规范冲突的适用原则	(494)
第四节	司法审查实践中遇到的问题及对策	(497)
第二十四章	司法审查的程序	(502)
第一节	司法审查程序的特点	(502)
第二节	司法审查的审理程序	(508)
第二十五章	司法审查的判决、裁定和决定	(527)
第一节	司法审查判决	(527)
第二节	司法审查裁定	(538)
第三节	司法审查决定	(549)
第四节	司法审查裁判中几个需要探讨的问题	(554)
第二十六章	我国司法审查制度的现状与展望	(565)

第一节	对中国司法审查制度现状的评估	(565)
第二节	加强和完善有中国特色的司法审查制度的设想	(571)
第三节	逐步扩大司法审查范围和适当扩大司法变更权的 思考	(579)

第一章 中国司法审查制度概述

第一节 《中华人民共和国行政诉讼法》 与司法审查制度

司法审查是现代民主国家普遍设立的一项重要法律制度，是国家通过司法机关对其它国家机关行使国家权力的活动进行审查，对违法活动通过司法活动予以纠正，并对由此给公民、法人权益造成的损害给予相应补救的法律制度。由于各国的宪政体制、历史文化及法律传统不同，具体行使司法审查权的机关、司法审查的范围、司法审查的依据以及具体的补救方式也不完全相同。1989年4月4日由全国人民代表大会通过的《中华人民共和国行政诉讼法》建立了我国系统、完整的司法审查制度。

《行政诉讼法》是我国三大诉讼法之一。它与《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》共同构筑了我国完整的诉讼法律体系。但是，《行政诉讼法》又不单单是一部程序法。它包含着许多极其重要的实体性规范条款以及应当从实体法的角度加以理解的表现为程序形式的条款。这类条款可以归纳为以下两个方面：

（一）有关人民法院对行政机关行使权力进行监督、制约的条款。这类条款及主要内容有：第五条规定人民法院有权对具体行政行为的合法性进行审查；第十一、十二条规定了人民法院受理行政案件的范围；第三十四条规定人民法院有权向有关行政机关收集证据；第四十四条规定在特定情况下，人民法院可以裁定停止原具体行政行为的执行；第四十八条规定被告无正当理由拒不到庭时，人民法院可以缺席判决；第五十四条规定人民法院可

对具体的行政行为做出维持原判、撤销或部分撤销并判决行政机关重新做出具体行政行为、判决行政机关履行职责以及变更原行政处罚等判决；第六十五条规定人民法院有权对拒不履行生效判决裁定的行政机关采取相应的强制执行措施。这些条款赋予人民法院在审理具体行政案件时，对作为被告的行政机关行使相应的权力。这些权力包括受理权、取证权、审理权、裁定权、判决权以及强制执行权。

（二）有关行政机关义务的条款。这类条款包括：第七条规定行政机关在行政诉讼中与行政相对人具有相同的法律地位；第三十三条规定行政机关在诉讼过程中不得自行向原告和证人收集证据；第四十三条规定行政机关须向人民法院提交作出原具体行政行为的有关材料和答辩状；第五十五条规定人民法院判决被告重新作出具体行政行为的，原行政机关不得以同样理由就同一事实作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为；第六十五条规定行政机关必须履行人民法院发生法律效力的裁定和判决。这些条款从整体上确定了行政机关在诉讼中与作为普通公民的对方当事人平等的法律地位，行政机关的活动受到一定限制，并失去了其原有的强制特性。

综合上述两个方面的规定，我们可以得出一个结论：《中华人民共和国行政诉讼法》在我国确立了一套完整的司法审查制度。就其实质而言，这是一套建立在我国基本的政治制度——人民代表大会制度基础上的权力制约制度，即国家司法机关通过法定的司法程序对国家行政机关的监督、制约制度。

第二节 中国司法审查制度的概念

《中华人民共和国行政诉讼法》第二条、第五条、第五十二

条规定：“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼”，人民法院有权“对具体行政行为是否合法”依据“法律、行政法规和地方性法规”的规定“进行审查”。依据这些规定，我国的司法审查可以表述为：人民法院依法对具体行政行为的合法性进行审查的国家司法活动。

这一概念包含着下列四个要素：

（一）行使司法审查权的主体是人民法院

依据我国宪法的规定，人民法院是国家的审判机关。它以国家的名义独立行使审判权，不受任何行政机关、团体和个人的干涉。《行政诉讼法》规定：人民法院内设置行政审判庭审理行政案件，即人民法院独立行使司法审查权。对具体案件的审查，由审判员或审判员与人民陪审员组成的合议庭承担。

相对于以法国为代表的大陆法系国家的司法审查制度，我国由人民法院承担司法审查职责的制度，避免了在欧洲大陆国家经常发生的普通法院与行政法院在具体案件管辖上的冲突，可以有效地避免在适用法律上的不一致；而与英美法系国家的司法审查制度相比，我国在普通法院内设置行政审判庭又可以使行政审判组织和人员专业化，避免出现英美国家普通法官行政专业知识不足所产生的弊端。

（二）司法审查的对象是具体行政行为的合法性

以具体行政行为的合法性为司法审查的对象包含着两层意思：

第一，以具体的行政行为为直接的审查对象

相对于一些西方国家的司法审查，我国的司法审查范围比较窄。国家权力机关的立法行为、中央行政机关的抽象行政行为——制定行政法规和规章的行为以及地方权力机关制定地方性法规的行为均不在司法审查之列。司法审查机关只对行政机关及其工作