

行政诉讼法与行政复议法的

修改和完善

应松年◇主编



中国政法大学出版社

中国政法大学出版社

行政诉讼法与行政复议法的 修改和完善

主 编 应松年

撰稿人（以姓氏笔画为序）

马怀德 王万华 方世荣 刘 莘 杨小军
杨伟东 邹 荣 余凌云 沈 岍 胡卫列
莫于川 董 皞 曹 鏊



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目(CIP)数据

行政诉讼法与行政复议法的修改和完善 / 应松年主编. -- 北京 : 中国政法大学出版社, 2013. 9

ISBN 978-7-5620-5011-7

I. ①行… II. ①应… III. ①行政诉讼法—研究—中国②行政复议—行政法—研究—中国 IV. ①D925.304

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第215526号

- 书 名 行政诉讼法与行政复议法的修改和完善
XINGZHENG SUSONGFA YU XINGZHENG FUYIFA DE XIUGAI HE WANSHAN
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮政编码100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908433(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 720mm×960mm 16开本 18.25印张 340千字
- 版 本 2013年9月第1版 2013年9月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-5011-7/D·4971
- 定 价 49.00元
- 声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

主编简介

应松年，浙江宁波人，我国著名行政法学家，现任中国政法大学终身教授、博士生导师，第九届、第十届全国人大代表，内务司法委员会委员，全国人大法工委行政立法研究组副组长，北京市第十届、十一届、十二届、十三届人大代表、法制委员会副主任，第十四届北京市人大常委会法制建设顾问，享受政府特殊津贴。兼任中国行政法学会研究会名誉会长，国家减灾委员会专家委员会成员，中国法学会理事及学术委员会委员，最高人民法院、最高人民检察院、公安部特约咨询员、特约监督员，北京市、天津市、福建省人民政府法律顾问等。曾两度获北京市优秀教师奖，并获中央国家机关“五一劳动奖章”、“百名法学家百场报告会最佳宣讲奖”、“2006年度法治人物”、日本名古屋大学名誉法学博士等。

应松年教授是我国最早从事行政法学理论研究和教学的工作者之一，是新中国行政法学科的创始人和带头人。50多年来在理论研究、培养人才、行政法制建设、提高干部和群众的行政法律意识以及国际学术交流方面作出了开创性的贡献。应松年教授已发表文章300余篇，撰写和主编著作数十种。此外，还主持完成“行政行为法研究”、“行政程序立法”、“行政组织法研究”、“行政诉讼法修改”、“行政复议法修改”等多项重大研究课题。

应松年教授作为全国人大法工委行政立法研究组的负责人，长期从事并积极推进行政立法研究。先后组织或参与《行政诉讼法》、《国家赔偿法》、《行政处罚法》、《立法法》、《行政许可法》、《行政强制法》等法律的研究起草工作，并参与众多法律、法规草案的咨询论证。

应松年教授还是一位活跃的法学活动家。从中国法学会行政法学会研究会成立伊始，先后担任副会长兼秘书长、会长职务。创办国内第一份部门法学刊物《行政法学研究》，成立国内第一个行政法研究机构——国家行政学院行政法研究中心以及国内第一个行政法援助中心——大道行政法援助中心。与海内外同仁一道，发起和组织东亚行政法学会、海峡两岸行政法研讨会、两岸四地行政法学会研讨会等定期学术交流机制。设有以他命名的“应松年行政法奖学基金”。

序
Preface

我国现代行政法治建设，始于1990年《行政诉讼法》的制定与实施。随后，又于1994年制定《国家赔偿法》，1999年制定《行政复议法》（此前为1990年的《行政复议条例》），行政救济的法律体系率先基本形成。二十多年来，中国的法治建设，尤其是行政法治建设，取得了巨大的进展。但同时，随着经济社会的发展，法治环境的变化，三大法律都迫切需要修改，《国家赔偿法》已于2012年修改，现在迫切需要完善的是《行政诉讼法》和《行政复议法》。当前，中国的法治建设正面临一个新的发展期，十八大已明确提出，2020年实现全面建设小康社会的宏伟目标，同时要实现“依法治国的基本方略全面落实，法治政府基本建成，司法公信力不断提高，人权得到切实尊重和保障”，为实现这一目标，加快《行政诉讼法》和《行政复议法》的修改进程，扩大和增强对公民权益的保护，进一步加强和促进行政机关依法行政，应该是当前法治建设中的重要内容之一。关于此二法的修改，多年来学术界和实务界已经多次研究讨论，2011年和2012年，我们又对诉讼和复议二法的修改进行了多次集中讨论，并最后形成了“《行政诉讼法》修改建议稿”和“《行政复议法》修改建议稿”。本书则将这二法的修改建议稿和参与起草“修改建议稿”的各位学者的理由说明，汇集成册，期望能为立法机关提供一些可资参考的意见。

二法在第1条中都明确了相同的立法宗旨和目标：保护公民权益，监督和促进行政机关依法行使职权。^{〔1〕}毫无疑问，这是正确的。但二法都没有提到：诉讼和复议的直接目标是解决行政争议。诉讼和复议，都始于争议的发生，终于争议的解决。没有争议，不是为了解决争议，何来诉讼与复议！正是通过解决行政

〔1〕《行政诉讼法》规定为“维护和监督行政机关依法行使行政职权”，对“维护”两字，学术界已取得共识，都认为是不必要的，应该在修改时省去。

争议,达到保护公民权益和监督、促进行政机关依法行政的目的,而这也正是复议制度与用行政权直接保护公民权益、直接进行上下级监督的不同之处,它的优点是更加对症下药,更能落实到受损害的具体个人,也就更能促进公平正义社会的构建。

不仅如此,解决争议本身还涉及到维护社会稳定,构建和谐社会。稳定与和谐,都直接与社会纠纷和矛盾相连。一是纠纷、矛盾多发;二是发生后没有畅通的公正解决的渠道和途径,或是虽有而不得力。这就需要,一方面,要从源头上着力减少纠纷和矛盾的产生,另一方面要建设好、疏通好公正解决纠纷矛盾的通道。前者是行政权的职责,后者,行政诉讼和行政复议正是解决行政争议的最重要的渠道。明确二法的这一目标,定位于这一功能,在此基础上设计好公正解决行政争议的诉讼和复议的制度体系,并付诸实施,就是对维护社会稳定与和谐作出了积极贡献。

二

《行政诉讼法》第2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。”这一条规定,至少有两个问题需要讨论。

一是,与第27条相对应,行政诉讼的被告是行政机关。^{〔1〕}在当时实践中,有许多并非具有该职权的组织在行使该职权,比较混乱。为了帮助并促使改正这种情况,《行政诉讼法》立法时将不具有该项职权但却在行使该权力的组织分为两类,一类是法律法规授权的,一般都是其他机关或组织,可以用其自己的名义行使且承担法律后果,其他的全部纳入行政机关委托的,必须以委托的组织为被告,并由其承担法律责任。实践证明,委托组织为了不致乱当被告并承担责任,就必须约束自己的委托行为。这一规定在实践中起了很好的作用。近几年来,公共治理和公共行政迅速发展,已经使单以行政机关或再加上法律法规授权的组织为被告这一范围显得过于狭窄。众多社会组织和基层自治组织是社会管理中极为重要的主体,它们对其内部成员的管理,都属于公共行政的范围,是社会管理创新中不可或缺的部分。例如行业组织对其内部成员的自律管理,高等院校对其教职员工的学生的管理,村委会、社区对其内部成员的管理,都带有行政性,都是

〔1〕《行政诉讼法》中写上“行政机关工作人员”,主要是考虑当时公民对行使行政权力的工作人员,其属于哪一行政机关,有可能并不清楚,起诉时可能以工作人员当被告,法院不应拒绝,而应帮助找出所属行政机关。但此次修法,这一问题已不存在,可以不必再加上“工作人员”。

公共行政的一部分，是社会治理和社会稳定极为重要的组成部分。在这些公共行政中产生的矛盾纠纷，除可以规定由其内部设置的纠纷解决机制解决外，也应该纳入行政复议和行政诉讼的轨道。这在国外已经不是问题，我国实践中也已有许多案例。此次二法修改，应该适应现实发展的需要，充分考虑这一情况。

由于我国公共组织的法律规制尚不成熟，实践中将带来很多困惑。例如，公共组织能成为适格被告，是要经法律法规授权，还是所有的公共组织都可被提起行政诉讼？是否需要界定？这就是一个难题。

二是，诉讼的标的是具体行政行为，这是立法时不得已采用的一个词语，由于受案范围采取了肯定列举和否定列举的模式，使具体行政行为与抽象行政行为的分界，以及列举肯定与列举否定的行为中间留下的灰色地带，成为实践中的难点，此次修法，改为全面肯定再加否定列举的模式，已成为共识。全面肯定可否用“行政行为”，还是要改为别的名称，实践中仍有争论，如有的学者认为行政行为在德国法中是指具体行为，我国应与其一致。但我认为，二十多年来，我国行政法中关于行政行为及其分类的理论，已形成共识，且实践中常用，不宜再改，以免引起混乱。

三

关于行政复议与行政诉讼的关系。

在解决社会矛盾纠纷的司法制度中，设一个由一方当事人主持的解决纠纷的机制，不服再提起诉讼，在三大诉讼中，只有解决行政争议才有这种特殊性。这是因为，作为行政争议一方当事人的行政机关，是主动行使行政公权力的国家机关，它有责任，也有权力来主动解决因其自身行为引起的争议；它的多层次、多部门结构和由此形成的监督关系，也使这种主动解决争议成为必要和可能，正因此，当社会发展到因政府干预的社会事务增加，行政争议大量发生，且案件的专业性技术性也大大增加时，司法机关在解决行政争议方面就明显感觉到了压力，类似复议的制度开始逐步形成。从世界范围看，各国采取的具体制度各不相同，却都建立了类似的制度。由行政机关解决行政争议的制度都具有较行政诉讼快捷、廉价、范围宽、专业性强等特点，有其优势。但由于类似复议的制度，是行政系统内部解决争议的机制，这就产生一个复议机关是否能公正解决争议的问题。人类的历史证明，所有解决纠纷、争议的制度，第一要点是公正，否则，不仅原有的纠纷解决不了，还会产生新的纠纷。要达到公正，一是处理这一纠纷的机构和人员必须是中立的、无偏私的、不受干预的；二是要遵循保证公正的程序，如回避、公开、参与等。无疑，复议要达到这一要求，要比行政诉讼困难，

因为复议毕竟是在行政系统内部，这大概也是世界性难题。各国都建立了类似复议的制度，大都几经变化，不断改革，目的就是追求公正。而凡是取得成功的国家，几乎都有过不断变革、持续追求公正的历程。

但必须指出的是，只要这一解决争议的机制设于行政系统以内，其公正性总有可能受到质疑。因为，它毕竟与行政相连，人们总会有所猜嫌。因此，在复议与诉讼的关系上，还是需要贯彻司法最终裁决的原则。如果当事人对复议裁决不服，还可以起诉到法院，由法院最终裁决。一个公正司法的存在和司法最终解决原则的确立，将促进和保证行政复议努力做到公正，同时也会提高和增强人们对行政复议公正性的信心。

如何使我国的行政复议制度达到公正的要求，应该是这次修改《行政复议法》最重要、最核心的目标。这需从机构、人员和程序多方面考虑。对此，这几年来，国务院法制办已经作了极大努力，在全国很多地方试行建立行政复议委员会，吸收一定数量的专家、学者参加复议委员会；加强复议人员的培训；通过《行政复议法实施条例》对复议程序按公正要求作了改进，等等。

我国在建立解决行政争议的复议机构时采用行政复议委员会制度，是符合国情的。建国以后，我们就在一些单行法中规定了对行政决定不服、可以向行政机关申请复议、复核、复审等名称的复议制度。1990年《行政复议条例》将之统一，建立起了行政复议制度。延续至今，已经成为公众所接受的法律制度。在此基础上加以完善，建立复议委员会，应该比较符合国人的思维习惯、易于收效且又成本较低的改革。而且，这是在东亚，如韩国、我国台湾地区已行之有效的制度。

在修改《行政复议法》时，应该及时总结国务院法制办在各地试点的经验，按公正的要求，完善行政复议委员会制度和审理程序，使公众明确看到这一机构和人员是能够保证办案公正的，达到“看得见的正义”，从而在公众中建立起“公信力”，这是把行政复议打造成解决行政争议主渠道的最重要途径。

建立行政复议委员会，就必然影响到行政复议中其他一些制度的改革。

一是，按现行《行政复议法》第12条第1款规定：“对县级以上地方各级人民政府工作部门的具体行政行为不服的，由申请人选择，可以向该部门的本级人民政府申请行政复议，也可以向上一级主管部门申请行政复议。”建立行政复议委员会后，如果一级政府内建立几十个行政复议委员会，显然不可能，既无此人力资源，也浪费人力、物力，这势必应改为在县以上地方各级人民政府中设立一个行政复议委员会。且一级政府集中复议，也有利于政府首长更多地了解各部门的工作情况。实际上，一级政府内设立各个部门是政府内部分工所需，各部门都代表政府并向政府负责。公民对部门所作行为不服，理应由政府进行复查、复

审。当然，垂直领导的部门可以例外。其实，这一制度也应适用于行政诉讼。在诉讼中，现在的制度是由作出具体行政行为的各部门当被告。既然各部门都是代表政府的，就应该是各级政府当被告。诉讼有代理辩护制度，并不会忙坏首长，相反，将有利于加强政府对各部门的监督。但目前还难以实现。

二是，建立行政复议委员会后，复议机关当被告的制度也必须改变，因为复议行政案件的是一个由专职与非专职人员组成的委员会，具有相当的中立性，其任务只是对行政争议作出裁决，显然不能当被告。被告只能是作出原行为的行政机关，这和一审法院进入二审时不当被告的情况是一样的。

三是，既然行政复议是为了解决行政争议，那就必须在程序上体现公开原则；当事人之间可以展开辩论。这是任何解决争议的机制必须遵循的程序。公开审理，让所有的人看到本次争议是如何解决的，这是公正裁判的起码要求。用书面审的办法来审理争议，难免暗箱操作之嫌。公开审理时必须允许双方当事人进行辩论，辩论充分，才能使所有的证据、理由、依据公之于众，是非自然分晓，复议委员会也才能据此作出正确、公正的裁决。这同样也是解决争议所必须遵循的基本规则。

强调行政复议必须公正。公正是设置行政复议制度成败的关键。而实践中，公正正是司法的特点，司法代表公正。而司法能够公正，也是因为有许多实体和程序的制度作保证。因此，学术界常常用司法化来标志公正。前一时期有关行政复议司法化、准司法化的讨论，就是希望在行政复议的制度设计中，引入一些在司法活动中所用的已经证明有效的保证公正的基本制度。设置复议委员会，就是追求复议公正的重要努力之一。

四

关于受案范围。

受案范围从本质上说，涉及的是司法对公民权利保护的范围和司法对行政进行监督的范围，毫无疑问，除非有什么特别的理由，并由法律明确规定，司法的保护和监督应该是全面的。行政诉讼制度建立之初，由于客观环境的制约，在受案范围的规定上采用了列举肯定与列举否定的模式，使公民权益只有一部分受到司法保护，且这种规定由于所划定的边界的模糊性，成为司法实践中不断发生争议的领域，对此，最高人民法院在2000年发布的司法解释中作出新的规定，将列举肯定改为全面肯定，然后再作出列举否定。

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》第1条明确：“公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其

工作人员的行政行为不服,依法提起诉讼的,属于人民法院行政诉讼的受案范围。”然后作列举否定:“公民、法人或者其他组织对下列行政行为不服提起诉讼的,不属于人民法院行政诉讼的受案范围。”共列举六项。无疑,最高法院这一司法解释确立的受案范围模式,是符合实际需要的。修改《行政诉讼法》时,可按此模式进行。于《行政诉讼法》之后制定的《行政复议条例》和《行政复议法》都沿袭列举肯定的模式,此次修改,也应该改为全面肯定和列举否定的模式。

对于不予受理的行政行为,也存在着诸多争议。其中,抽象行政行为可否受理,是二法修改时存在的一个共性问题。抽象行政行为包括行政法规、规章和其他规范性文件(行政规定)。

现行《行政诉讼法》只规定了对具体行政行为可以起诉,对“行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令”〔1〕的诉讼不予受理。但实际情况是,侵犯公民、法人或其他组织合法权益的“行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定命令”并不鲜见,且其损害范围超过具体行政行为,因此,将抽象行政行为纳入受案范围的呼声很高,首先突破的是《行政复议法》。1999年实施的《行政复议法》第7条采用了下述规定:公民、法人或者其他组织认为行政机关具体行政行为所依据的下列规定不合法,在对具体行政行为申请行政复议时,可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查申请:(一)国务院部门的规定;(二)县级以上地方各级人民政府及其所属工作部门的规定;(三)乡镇人民政府的规定。〔2〕

《行政复议法》将行政规定纳入复议范围,但限定在具体行政行为所依据的行政规定范围内。现在的争议是:第一,对不合法的行政规定,是否任何人都可以申请复议,还是必须与其自身权益有直接影响的公民、法人或者其他组织才可申请复议?第二,其他抽象行政行为,除行政规定外,规章甚至行政法规可否纳入复议范围?对第一个问题,本修改建议稿已有妥善设计。第二个问题则涉及法律适用问题。

五

关于法律适用。

在行政诉讼和行政复议中,都有一个法律适用问题。行政诉讼法律适用的特

〔1〕《行政诉讼法》第12条(2)。

〔2〕此处将《行政诉讼法》所称的具有普遍约束力的决定、命令,细化为三项规定。

点在于，行政机关作出具体行政行为，是行政机关对公民、法人或者其他组织所作行为是否合法的适用法律的结果。而行政诉讼则是法院对行政机关所作具体行政行为中适用法律是否合法的再审查，是第二次法律适用。这第二次适用首先是对该具体行政行为有无法律依据，适用法律、法规是否正确等的合法性审查。其次是，如果具体行政行为所依据的是规章，《行政诉讼法》进一步规定：人民法院审理行政案件，以法律、法规为依据，参照规章。参照的含义就是要审查该规章是否合法。这就是说，对作出的具体行政行为所依据的规章本身，人民法院也应对其是否合法进行审查。这一点，《行政诉讼法》已经明确。但《行政诉讼法》对此有两点没有明确：除规章外，如果具体行政行为是根据“具有普遍约束力的决定、命令”等其他规范性文件（俗称红头文件，本文称为行政规定）作出的，怎么办？有一种意见认为，一律视为无法律依据，撤销！显然，这是不可能的。制定各种行政规定，是政府实施行政管理所必需的。合法的行政规定当然可以作为具体行政行为的依据。但如果行政规定不合法，据此作出的具体行政行为当然应该撤销。因此，对行政规定，其实应该与规章同样对待，法院应该对之进行合法性审查。问题是，对不合法的规章和行政规定，法院应该如何处理？一是，直接在判决中宣布撤销；二是，对规章和行政规定区别对待。对规章，按照《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》的规定处理，向制定该规章的政府或部门，或者其上级机关提出司法建议；对行政规定判决撤销。第二种意见认为，都向其制定机关或其上级机关提出司法建议。

另一点是，《行政诉讼法》只说了人民法院审理行政案件，以法律、法规为依据，有没有对法律、法规的审查问题？依据法律，是法律适用的前提和基本要求。对于任何案件，法院都必须依据法律规定加以定性和处理，而不能拒绝适用法律。这是由我国政治体制决定的。在我国国家权力中，人民代表大会的立法权是至高无上的，行政权和司法权的行使都必须服从立法机关制定的法律。但行政法规、地方性法规与法律不同。根据《宪法》和《立法法》确立的法律保留和法律优先原则，行政法规必须在自己的职权范围内制定，并与法律保持一致；地方性法规必须在自己的职权范围内制定，并与法律、行政法规保持一致，对超越权限或同宪法、法律相抵触的法规，《立法法》设定了针对违宪、违法的行政法规和地方性法规，向全国人大常委会提出进行审查的途径。

毫无疑问，在行政诉讼中，法院不能适用违宪违法的法规。在对具体行政行为审查时，法院必须确认该行为依据的行政法规或地方性法规是在其职权范围内并与宪法、法律保持一致的。这就是说，法院在审理行政案件、适用法律规范时，同样要对法规进行审查。这一点在《行政诉讼法》中没有明确规定，但在实践中都是必须这样做的。

如果发现作为依据的地方性法规、行政法规超出法定权限或未与法律保持一致，法院怎么办？这种情况实践中已有案例。这也是《行政诉讼法》应该明确的。

《行政复议法》的修改面临同样的问题。《行政复议法》已规定：公民、法人或者其他组织在对具体行政行为申请复议时，可以对据以作出该行为的行政规定申请复议。其实，复议机关在审查该具体行政行为是否合法时，当然也必须对据以作出该行为的行政规定进行审查。问题是，复议机关在审查后可否在复议裁决中直接宣布该行政规定违法，予以撤销？鉴于复议带有上级对下级行政机关监督的性质，应该有权可以撤销。但可能仍需经过一定的程序。这一点与行政诉讼不同。在行政诉讼中，如果法院要取得直接宣布行政规定无效的权力，还必须必须有法律，即《行政诉讼法》的明确授权。

规章和复议的关系，与行政规定应该大致相同，不过对规章的审查权在国务院，更需要对规章纳入复议范围后可能产生的受案情况作出足够的估计。

我个人的意见是，在行政诉讼中，法院在个案中审查行政决定的合法性时，应该对规章和法规是否违宪违法，根据《立法法》规定的法律保留和法律优先原则作出审查，发现违法的，向最高人民法院报告，最高人民法院审查后，对违法的规章送国务院处理，对违法的法规，送全国人大常委会处理。再由法院对具体案件作出裁判。

在行政复议中，在个案审查中发现规章、法规有违法的，可全部送国务院，由国务院作出处理，再由复议机关对具体案件作出裁决。

六

此次修改中，我们还对下述一些重要问题进行了研讨，提出了修改建议：

一是现行《行政诉讼法》确立了两项基本制度，即是起诉不停止执行；不适用调解。

起诉不停止执行建立在向行政权倾斜的基础之上。实践证明，在很多情况下，在已经执行的现实中，当事人面对既成事实，即使提起诉讼，也已毫无意义。更重要的是，起诉不停止执行，违反司法最终裁决这一基本原则。实际上不利于保护公民、法人或者其他组织的合法权益。因此有必要改为起诉停止执行。但可设置一些例外情况，如涉及公共利益及第三人利益，或行政机关认为必须不停止执行的，行政机关可向法院申请，经法院审查同意，可以不停止执行。比较一下，如果在不停止执行原则下，由公民申请停止执行，或是停止执行原则下，由行政机关申请不停止执行，这两种机制哪一种更有利于保护公民的合法权益？

显然还是停止执行更有利。因此,《行政诉讼法》关于起诉不停止执行的规定应该修改。

但这一修改有一定困难。因为有很多法律已经规定了不停止执行。因此,可否考虑另一方案作为选择:改为以停止执行为原则、不停止执行为例外。例外就是法律已有规定不停止执行的,从其规定。但是,这一例外只限于法律规定,且在此规定通过后,已规定不停止执行的法律,仍应再次检查研究是否要保留起诉不停止执行的规定。

《行政诉讼法》规定不适用调解,主要考虑行政诉讼涉及的是行政机关的公权力。公权力不能自由处分,因此不能调解,除非属于裁量范围。《行政诉讼法》规定裁量的合理性审查只限于行政处罚和行政赔偿,同时,《行政诉讼法》还设计了一项撤诉制度,如果行政机关在当事人提起诉讼后,改变其所作的具体行政行为,原告可以申请撤诉,但是否准许,要由法院决定。为什么申请撤诉,还要经法院批准,主要考虑是,原告申请撤诉,是否可能是因为行政机关胁迫,或行政机关以损害公共利益为条件换取撤诉。

但实际情况是,行政机关的裁量权的范围极其广泛,与制定《行政诉讼法》时考虑的情况不一样。这就为调解留下了广阔空间。但行政调解与民事调解毕竟不同,其中一方代表的是公权力,它存在着超越权限,以及危害公共利益或损害他人利益的可能性,因此,《行政诉讼法》关于不适用调解的规定应改为可以调解,但必须是在当事人有权处分的范围以内,且不得违反法律规定,不得损害社会公共利益和他人合法权益。法院对双方的调解协议应该进行审查。

二是行政与民事交叉。行政与民事交叉,在行政诉讼中是经常遇到的,尤其是由行政机关裁决、确权、登记、确认的一些民事关系的案件。在制定《行政诉讼法》时,这个问题有过争论。一种意见认为,这些案件的根子是民事关系,可以迳由民庭判决,行政决定自行失效。另一种意见认为,这些民事关系经过行政机关处理,行政机关的决定代表公权力,是具有法律效力的决定,非经有权机关按法定程序撤销,不可能自行失效。因此必须先经行政诉讼,行政附带民事。两种意见争论不下,最后是《行政诉讼法》对此没有作出规定。实践中相当混乱,其结果是有的案件,如焦作房产案几经起诉、判决,始终未能解决,大大增加了当事人的讼累。更重要的是,案例证明,有的案件中,公民、法人打赢了行政官司,但民事问题久拖不决,其实体利益仍未得到保护。此次修改,必须对此作出明确规定。

从根本上说,法院内部设置民庭和行政庭,原是为了方便当事人更好解决其纠纷,如果这一设置反而增加其讼累,法院就应该主动加以完善。本是民事问题,但很多情况下需要行政机关登记、确认或确权,甚至有的纠纷需要行政裁

决，这在现代社会是十分普遍的现象。由此引发诉讼，也十分正常。应该设计一套符合法治理念的便民、快捷、有效的处理纠纷的制度。法院民事判决后，行政决定自行失效的构想似不符合我国国情，因此，对诸如裁决、确认、登记、确权一类的案件，行政机关已经介入，应该先提起行政诉讼，一并解决民事纠纷，建立一套行政附带民事的制度。

如果在审理上有什么困难，审理此案件的合议庭可以由行政案件的审判员和民事案件的审判员共同组成。如果此类案件数量较多，甚至可以单独成立行政附带民事的审判庭。

这种构想也可以适用于行政复议，规定裁决、确认、登记、确权等案件都可以先申请复议，这也将有助于行政复议制度的发展。

三是诉讼类型与判决种类问题。学习国外行政诉讼类型化的经验，进而在我国行政诉讼中也建立诉讼类型化的意见，时有所闻。行政诉讼类型化确有很多优点。它使诉讼的目标和要求更明确、更精细，有利于促进依法行政，也能提高法院的审判质量。但也有其不足之处，对一般的公民而言，在起诉时就要选择、确定诉讼类型，没有行政诉讼的专业知识，恐怕很难做到。如果提得不准确，就可能被拒之门外。为不被拒之门外，就必须请法院帮助、纠正或指导，而这又将大大增加法院的负担。总之，在中国目前情况下，这并不是一个便民的措施，还不如提起诉讼时，直白要求撤销、改变、确认、赔偿、补偿、给付等等。而法院在审理过程中可以将其归类，并作出准确的裁判。类型化对法院审理案件应该很有助益。从世界各国看，英美法系国家并不采用行政诉讼类型化。日本采用类型化已久，但他们仍认为不便于原告起诉。

四是公益诉讼问题。公益诉讼无疑是《行政诉讼法》修改中应予关注的问题。在行政管理过程中，有些行政机关作为或不作为，并不或不直接、不明显损害某一特定的公民、法人或者其他组织的权益，但对社会公共利益、经济社会秩序造成严重后果，却无人起诉，这就需要提起公益诉讼。这将是促进依法行政的重要方面。从中国目前情况看，此类诉讼最好能够有序进行。由于我国的社会组织尚需有一个成长和成熟的过程，我认为，最可行的是：第一，由专职法律监督机构——检察机关担负起这一责任，可以确定一定的范围，如有关自然资源、生态环境的，食品药品等公共安全的，加剧垄断、干扰社会经济秩序的，以及涉及行政规定的，等等。在程序上，可以由公民、法人或者其他组织申请，也可以由检察机关自行提出。检察机关认为应该起诉的，可以先将建议发给有关行政机关，促进行政机关自我改进，有关行政机关不予改进的，再提起诉讼。有争议的是，是否有必要再提起复议。我认为可以向复议机关提出，这有利于促进依法行政。第二，其他社会公益组织是否可提起公益诉讼？鉴于我国社会组织的具体情

况，目前可否设定一定条件，如必须是法律法规授权的公益组织？

五是关于申请人民法院强制执行问题。《行政诉讼法》明确了我国独具特色的行政强制执行体制，以申请人民法院强制执行为原则，以行政机关自行执行为例外。例外就是要有法律的特别规定。这一体制已为最近实施的《行政强制法》再次确认，但有两个问题没有规定清楚：

第一，行政机关向人民法院申请强制执行，人民法院经审查后要作出是否同意的裁判，这一审查是实质审还是形式审？其实，建立申请人民法院强制执行这一制度的初衷就是要对强制执行这一极大、极强烈影响公民、法人或者其他组织合法权益的行为加强司法监督。因此，法院对行政机关的申请就应该是实质审。如果仅为形式审，那申请有什么必要！按现行办法，由法院具体组织实施，法院岂不成了行政机关强制执行的助手！

第二，申请人民法院强制执行，法院同意强制，谁去组织实施？现在的办法是法院去组织实施，但按照行政法最重要的原则之一——裁、执分离。两个不同环节的权力，必须适当分离，互相协调，互相制约，才能保证权力不被滥用。《行政处罚法》在执行程序中已明确了这一点，行政机关作出处罚决定，罚款由银行收缴。实践证明，效果很好。同样，法院在作出强制执行决定后，应由行政机关组织实施。何况，从行为本身看，执行应该是一种行政性质的活动，而不是对争议的裁决。

上述两点，在《行政强制法》中也没有明确，应该在修法时规定清楚。

《行政诉讼法》和《行政复议法》是两部关系极为紧密的法律，当然有相异处，但存在更多相同点，尤其是其中某些制度紧密相连，因此，建议在修改这两部法律时最好一起研究、审议，以充分考虑到某些制度的衔接和影响，使二法修改得更加完善！

应松年

2013年8月6日于世纪城春荫园

说明

Instruction

作为两项最为重要的行政救济制度,《行政诉讼法》和《行政复议法》的修改已经非常紧迫和必要。我们组织了全国范围内一批著名行政法学者,经过两年之久的研究和讨论,最终形成了行政诉讼法和行政复议法修改的建议稿及其理由说明,旨在为即将在国家层面启动的修法工作提供理论支持和对策建议。

参与“《行政诉讼法》修改建议稿”及其理由说明的学者依次为:

- 马怀德 中国政法大学副校长、教授,中国行政法学会研究会会长;
方世荣 中南财经政法大学法学院院长、教授,中国行政法学会研究会副会长;
杨小军 国家行政学院法学部副主任、教授,中国行政法学会研究会副会长;
邹荣 华东政法大学教授;
杨伟东 国家行政学院法学部教授;
胡卫列 国家检察官学院党委书记兼院长、教授;
董皞 广州大学副校长、教授,中国行政法学会研究会副会长。

参与“《行政复议法》修改建议稿”及其理由说明的学者依次为:

- 刘莘 中国政法大学法学院教授,中国行政法学会研究会副会长;
余凌云 清华大学法学院副院长、教授;
沈岍 北京大学法学院副院长、教授;
王万华 中国政法大学诉讼法学研究院教授;
杨伟东 国家行政学院法学部教授;
莫于川 中国人民大学法学院教授,中国行政法学会研究会副会长。

统稿人:

- 应松年 中国政法大学终身教授、中国行政法学会研究会名誉会长;
曹 臻 中国政法大学法治政府研究院讲师。

上 篇

“《中华人民共和国行政诉讼法》修改建议稿”及其理由说明

《中华人民共和国行政诉讼法》修改建议稿	2
“《中华人民共和国行政诉讼法》修改建议稿”理由说明	46
关于“总则”的修改说明（马怀德）	47
关于“行政诉讼受案范围”的修改说明（方世荣）	58
关于“行政诉讼管辖”的修改说明（杨小军）	74
关于“行政诉讼参加人”的修改说明（杨小军）	83
关于“行政诉讼证据”的修改说明（邹 荣）	88
关于“起诉与受理”的修改说明（杨伟东）	94
关于“审理与裁判”的修改说明（邹 荣）	99
关于“行政诉讼法设置特别程序”的说明（杨伟东）	110
关于“行政公益诉讼”纳入行政诉讼法的说明（胡卫列）	114
关于“行政诉讼执行”的修改说明（杨小军）	126
关于“行政赔偿和补偿以及涉外行政诉讼”的修改说明（董 皞）	136