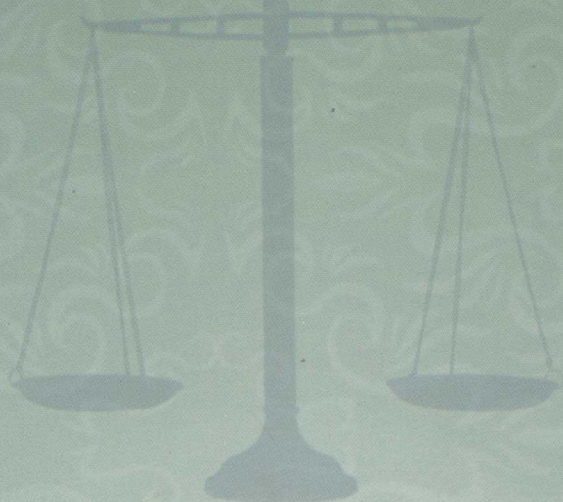


XINGZHENGQUAN
DE SIFA KONGZHI

电子科技大学中央高校基本科研业务费项目成果



行政权的司法控制

——行政诉讼热点问题专题研究

吴卫军 樊 斌 等著



电子科技大学出版社

专题研究

电子科技大学中央高校基本科研业务费项目成果

——行政诉讼热点问题专题研究

吴卫军 樊 斌 等著

www.5step.com.cn 頁 主

电子邮箱: nestcp@nestcp.com.cn

mm 0d2 x mm 381 市外品類

第一集 1951年10月 灾 灾

期太一第日四第02：次 四

13814-8-7-2043-1125 : 号 件

。與斷門佩印回賓客，如雷百華，與婦，而歸齊賦詩本 ◆



电子科技大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政权的司法控制: 行政诉讼热点问题专题研究 /

吴卫军等著. —成都: 电子科技大学出版社, 2011.12

ISBN 978-7-5647-1122-1

I. ①行… II. ①吴… III. ①行政诉讼—研究—中国

IV. ①D925.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 037501 号

电子科技大学中央高校基本科研业务费项目成果

行政权的司法控制——行政诉讼热点问题专题研究

吴卫军 樊 斌 等著

出 版: 电子科技大学出版社 (成都市一环路东一段 159 号电子信息产业大厦 邮编: 610051)
策划编辑: 谢应成
责任编辑: 谢应成
主 页: www.uestcp.com.cn
电子邮箱: uestcp@uestcp.com.cn
发 行: 新华书店经销
印 刷: 成都火炬印务有限公司
成品尺寸: 185 mm×260 mm 印张 22.75 字数 526 千字
版 次: 2011 年 12 月第一版
印 次: 2011 年 12 月第一次印刷
书 号: ISBN 978-7-5647-1122-1
定 价: 58.00 元

■ 版权所有 侵权必究 ■

- ◆ 本社发行部电话: 028-83202463; 本社邮购电话: 028-83208003。
- ◆ 本书如有缺页、破损、装订错误, 请寄回印刷厂调换。

目 录

第一章 行、民争议的竞合及其解决机制	1
一、行政争议、民事争议及其竞合	1
(一) 行政争议与民事争议	1
(二) 行、民争议的竞合	3
(三) 解决行、民争议竞合的必要性	7
二、域外解决行、民争议竞合情况的考察及借鉴	8
(一) 法国	8
(二) 德国	10
(三) 日本	10
(四) 英国	12
(五) 我国台湾地区	13
(六) 小结	14
三、我国解决行、民争议竞合情况的现状	14
(一) 历史沿革	14
(二) 立法现状	16
(三) 现有解决机制及其存在的问题	17
四、我国解决行、民争议竞合情况的制度构建	19
(一) 确定行、民争议竞合解决机制应考虑的因素	19
(二) 具体机制之构建	20
第二章 行政法院在中国之构建	27
一、行政法院概述	27
(一) 行政法院的概念与特征	27
(二) 行政法院的历史演进	28
二、我国构建行政法院的必要性与可行性	34
(一) 我国行政审判体制的现状与问题	34
(二) 我国构建行政法院的理论争议	39
(三) 我国构建行政法院的必要性	42
(四) 我国构建行政法院的可行性	45
三、我国构建行政法院的模式选择	47
(一) 域外行政法院的基本模式	47
(二) 我国构建行政法院应考虑的因素及模式选择	51
四、我国创设行政法院的基本构想	53
(一) 行政法院的组织体系	54

(二) 行政法院的受案范围.....	56
(三) 行政法院与普通法院的管辖权争议及其处理.....	58
第三章 行政诉讼第三人资格.....	61
一、行政诉讼第三人资格概述.....	61
(一) 行政诉讼第三人与行政诉讼第三人资格.....	61
(二) 行政诉讼第三人资格的功能.....	63
(三) 行政诉讼第三人资格的应然特征.....	65
(四) 行政诉讼第三人资格的理论基础.....	66
二、域外行政诉讼第三人资格比较研究.....	69
(一) 相关国家(地区)的立法与实践.....	70
(二) 小结与启示.....	73
三、我国行政诉讼第三人资格的立法现状.....	75
(一) 我国行政诉讼第三人资格立法规定.....	75
(二) 我国行政诉讼第三人资格存在的缺陷.....	76
(三) 我国行政诉讼第三人资格存在问题的原因.....	80
四、我国行政诉讼第三人资格之重构.....	83
(一) 重构行政诉讼第三人资格的指导思想.....	84
(二) 重构行政诉讼第三人资格之设想.....	85
第四章 行政诉讼时效制度.....	96
一、行政诉讼时效制度概述.....	96
(一) 时效制度的概念及历史沿革.....	96
(二) 行政诉讼时效的概念.....	97
(三) 行政诉讼时效的分类.....	103
(四) 行政诉讼时效制度之内容.....	104
(五) 行政诉讼时效制度之意义.....	109
(六) 行政诉讼时效制度之理论基础.....	110
二、域外行政诉讼时效制度之比较.....	113
(一) 英美法系.....	113
(二) 大陆法系.....	114
(三) 小结与启示.....	117
三、我国行政诉讼时效制度之现状.....	117
(一) 我国行政诉讼时效制度的立法现状.....	117
(二) 现行行政诉讼时效制度存在的问题.....	118
四、我国行政诉讼时效制度之改革完善.....	121
(一) 行政诉讼时效制度的立法模式.....	121
(二) 行政诉讼时效制度的适用原则.....	122
(三) 完善我国行政诉讼时效制度的立法举措.....	123
第五章 行政诉讼费用制度.....	127
一、行政诉讼费用制度的基本理论.....	127
(一) 诉讼费用与行政诉讼费用.....	127

(二) 行政诉讼费用的法理基础.....	129
(三) 行政诉讼费用制度的功能.....	134
二、域外行政诉讼费用制度的比较考察.....	136
(一) 行政诉讼费用的征收制度.....	136
(二) 行政诉讼费用的负担制度.....	137
(三) 行政诉讼费用的救济制度.....	138
(四) 行政诉讼费用援助与保险制度.....	139
三、我国行政诉讼费用制度现状分析.....	141
(一) 我国行政诉讼费用制度的历史沿革.....	141
(二) 我国行政诉讼费用制度的立法现状及问题.....	141
(三) 我国行政诉讼费用制度立法之总体评价.....	148
四、重构我国行政诉讼费用制度之设想.....	149
(一) 设置行政诉讼费用制度的基本原则.....	149
(二) 我国行政诉讼费用具体制度的完善.....	149
第六章 行政诉讼简易程序.....	155
一、行政诉讼简易程序概述.....	155
(一) 简易程序与行政诉讼简易程序.....	155
(二) 行政诉讼简易程序的特征.....	156
(三) 我国行政诉讼简易程序的立法演进.....	157
(四) 刑诉、民诉、行诉简易程序的关系.....	159
二、我国增设行政诉讼简易程序的必要性与可行性.....	161
(一) 我国增设行政诉讼简易程序的必要性.....	161
(二) 我国增设行政诉讼简易程序的可行性.....	164
三、域外行政诉讼简易程序立法评介.....	166
(一) 法国.....	166
(二) 德国.....	167
(三) 荷兰.....	168
(四) 英国.....	169
(五) 我国台湾地区.....	170
(六) 小结与启示.....	171
四、我国行政诉讼简易程序之构建.....	172
(一) 行政诉讼简易程序的立法模式.....	172
(二) 行政诉讼简易程序的适用范围.....	173
(三) 行政诉讼简易程序的管辖法院.....	174
(四) 行政诉讼简易程序的启动.....	175
(五) 行政诉讼简易程序的证据规则.....	176
(六) 行政诉讼简易程序的审理与裁判.....	176
第七章 行政自由裁量权的司法审查.....	180
一、行政自由裁量权司法审查概述.....	180
(一) 行政自由裁量权.....	180

——行政诉讼热点问题专题研究	
(二) 行政自由裁量权司法审查	183
二、行政自由裁量权司法审查的广度	187
(一) 行政自由裁量权司法审查广度之界定	187
(二) 域外相关立法之评介	187
(三) 我国行政自由裁量权司法审查广度存在的问题及完善	191
三、行政自由裁量权的合法性审查	193
(一) 行政自由裁量权合法性审查的含义	193
(二) 行政自由裁量权合法性审查的内容	194
(三) 行政自由裁量权合法性审查的依据	195
四、行政自由裁量权的合理性审查	198
(一) 行政合理性原则与合理性审查	198
(二) 行政自由裁量权合理性审查的标准	199
(三) 我国行政自由裁量权合理性审查存在的问题及完善	199
第八章 案卷排他性原则在行政诉讼中的适用	203
一、案卷排他性原则的基本理论	203
(一) 案卷排他性原则的内涵	203
(二) 案卷排他性原则的特征、功能	204
(三) 案卷排他性原则的产生背景及理论基础	207
(四) 案卷排他性原则在行政诉讼中的适用	209
二、案卷排他性原则在行政诉讼中的适用：域外的考察	210
(一) 美国	211
(二) 英国	211
(三) 德国	213
(四) 法国	213
(五) 日本	214
(六) 小结与启示	214
三、案卷排他性原则在行政诉讼中的适用：我国的现状	217
(一) 国内立法现状	217
(二) 存在的问题	220
(三) 产生问题的原因	221
四、案卷排他性原则在行政诉讼中的适用：我国的制度设计	222
(一) 必要性与可行性分析	222
(二) 立法模式	223
(三) 立法的具体规定	225
第九章 行政诉讼证明标准	229
一、行政诉讼证明标准概述	229
(一) 证明标准	229
(二) 行政诉讼证明标准	233
二、域外行政诉讼证明标准评述	235
(一) 大陆法系	235

(二) 英美法系.....	237
(三) 小结.....	239
三、我国行政诉讼证明标准的立法现状及问题.....	240
(一) 我国行政诉讼证明标准的立法现状.....	240
(二) 我国行政诉讼证明标准现存问题.....	241
四、重构我国行政诉讼证明标准的思考.....	243
(一) 确立行政诉讼证明标准应考虑的相关因素.....	243
(二) 我国行政诉讼证明标准的具体构建.....	245
(三) 我国行政诉讼证明标准之适用体系.....	249
第十章 机关诉讼在中国之构建	253
一、行政权限争议与机关诉讼.....	253
(一) 行政权限争议.....	253
(二) 行政权限争议解决现状.....	255
(三) 机关诉讼的概念.....	258
(四) 机关诉讼的特征.....	259
二、机关诉讼的基本理论.....	261
(一) 机关诉讼的理论基础.....	261
(二) 构建机关诉讼的必要性.....	264
(三) 构建机关诉讼的可行性.....	267
三、域外机关诉讼之比较研究.....	269
(一) 域外机关诉讼的立法与实践.....	269
(二) 域外有关机关诉讼规定的共性分析.....	273
四、我国机关诉讼的构建.....	274
(一) 立法思路选择.....	274
(二) 具体制度构建.....	274
第十一章 执行诉讼在中国之构建	284
一、非诉行政执行制度的现状：困境与出路.....	284
(一) 非诉行政执行概述.....	284
(二) 非诉行政执行制度的现状.....	286
(三) 非诉行政执行制度存在的问题.....	288
(四) 对非诉行政执行制度的改造.....	290
二、构建我国行政执行诉讼的基本理论：分析与展开.....	293
(一) 行政执行诉讼的理论基础.....	293
(二) 构建我国行政执行诉讼的必要性.....	299
(三) 构建我国行政执行诉讼的可行性.....	300
三、域外行政执行诉讼的现状：比较与评鉴.....	303
(一) 美国.....	303
(二) 英国.....	305
(三) 法国.....	306
(四) 小结与启示.....	306

四、我国行政诉讼的构建：原则与制度	308
(一) 构建行政诉讼的原则	308
(二) 构建行政诉讼的具体制度设计	309
第十二章 柔性行政行为的司法控制	314
一、柔性行政行为的界定	314
(一) 柔性行政行为的概念	314
(二) 柔性行政行为的特点	314
(三) 柔性行政行为产生的背景	315
(四) 我国柔性行政行为的立法概况	316
二、柔性行政行为司法控制的必要性	317
三、我国柔性行政行为司法控制存在的主要问题	318
(一) 部分柔性行政行为被排除在司法审查之外	318
(二) 缺乏针对柔性行政行为的特殊程序设计	319
四、我国柔性行政行为司法控制之改革思路	319
(一) 将全部柔性行政行为纳入行政诉讼的范围	319
(二) 针对柔性行政行为设置特殊的程序制度	320
第十三章 特殊行政行为的法律规制	324
一、行政接管	324
(一) 行政接管问题的由来	324
(二) 行政接管性质的界定	324
(三) 我国行政接管的立法现状及模式选择	326
(四) 行政接管法律规制的基本思路	326
二、区域限批	329
(一) 问题的缘起	329
(二) 区域限批的性质	330
(三) 区域限批的合法性问题	331
(四) 区域限批立法规制的构想	333
三、行政裁决	335
(一) 行政裁决的特点和比较优势	335
(二) 我国行政裁决制度的现状剖析	336
(三) 我国行政裁决制度的改革完善	338
四、行政决策咨询	340
(一) 行政决策咨询制度法治化的价值	340
(二) 我国行政决策咨询制度法治化的必要性	342
(三) 我国行政决策咨询制度法治化的初步思考	343
五、突发事件中的政府信息公开	346
(一) 突发事件中政府信息公开的应然要求	346
(二) 我国突发事件中政府信息公开的立法缺憾	349
(三) 完善我国突发事件中政府信息公开立法规定的构想	351
后 记	355

第一章 行、民争议的竞合及其解决机制

一、行政争议、民事争议及其竞合

（一）行政争议与民事争议

1. 行政争议与民事争议的含义

行政争议是指行使行政权力的主体在行使公权力过程中与相对人（公民、法人和其他组织）之间发生的，依据公法可以解决的法律争议。行政争议是一种具体的法律争议，它不同于行使行政权力的主体以民事主体的身份而与相对人发生的民事争议，其属于公法争议的一种。民事争议又称民事纠纷、民事冲突，是法律纠纷和社会纠纷的一种，是平等主体之间发生的，以民事权利义务为内容的纠纷，如著作权争议等。

2. 行政争议与民事争议的判断标准

行政争议与民事争议的判断标准，在司法实践与理论上还没有一个统一的标准。大多数学者认为判断行政争议和民事争议的标准不可能是唯一的，要准确对行政争议和民事争议进行判断就必须从不同角度予以考虑。因此笔者认为要对行政争议和民事争议进行判断，应该要考虑主体因素、公权力因素、法律依据等。

一是主体因素。主体因素是判断某一争议是否为行政争议或民事争议时的前提条件。发生行政争议的双方当事人，如果其中一方为行政权力的行使者，那么另一方必定是作为行政相对人的公民、法人或其他组织。我们一般将行政权力的行使者分为三种，主要包括国家与地方的行政机关、公务法人及被授权的组织或个人。国家与地方的行政机关在我国是最主要的行政权力行使者，而公务法人又包括公共机构与公法社团两种，被授权的组织或个人指的是执行特定行政任务的私法主体，这个概念与目前我国立法界和理论界一般使用的“法律法规授权的组织”概念是不一样的。

根据《民法通则》的规定，我国将法人分为企业法人、机关法人、事业单位法人以及社团法人这几种。“在各种法人中除了公司、企业等依民法设立的民事主体即行政机关已经有了确定的法律地位和救济途径外，事业单位法人及社团法人的法律地位及性质并不明确，对其成员之间的关系属性也缺乏定性，自然对它们之间的争议也缺乏明确的救济途径。”^①因此有学者主张应将事业法人以及社会公共团体归类为公法人，将诸如学校、图书馆、科研机构、文化团体界定为公务法人^②。公务法人不是一个单一的民事主体，它不仅包括一些以社员为基础而组成的公法组织，如行业协会等，还包括负担特定目的提供专门服务的一些行政机构，因此公务法人的范围是很宽泛的。公务法人与其成员之间发生的争议以及公务法人与其被利用者之间发生的争议都属于行政争议的范畴，因此

^{①②} 马怀德：《公务法人问题研究》，载《中国法学》2000年第4期。

我们在实践中应该适用行政诉讼的程序来解决这一问题。判断争议究竟是行政争议还是民事争议，最关键的是看行政权力的行使者在其所开展的活动中与相对人的地位是否平等，是否有行使公权力的行为。

二是公权力因素。行政争议双方当事人的构成中一方为行政权力的行使者，另一方为行政相对人。但是我们不能认为争议的一方当事人为行政权力的行使者的就一定是行政争议，这时我们还需借助第二个因素，即公权力因素来加以认定。行政根据其所适用的法律性质不同，又可以分为公权力行政与私经济行政两种。公权力行政，在我国传统的观念是将其认定为国家行政。但随着社会的发展，世界变化日趋多样性与复杂化，国家行政这一概念已不能适应社会的要求，因此应将其概念扩展为公共行政领域。“主张管理社会公共事务的最优选择是由政府直接运用行政权进行管理，政府可以采取各种强制手段实现管理目标，其结果是造成政府规模大、事务杂、成本高、效能低。”^①行政权力的行使者行使公权力时作出的行政行为引起了与相对人之间的争议时，这时就应当把争议归为行政争议；当公权力的行使者以意思自治为基础，出于和相对人平等的地位作出的行为所产生的争议就应该归为民事争议。

三是法律依据。公权力行使者行使行政权力的法律依据为公法时，这时产生的争议就应被认定为行政争议；相反的，公权力行使者行使行政权力的法律依据为私法时，这时产生的争议就应被认定为民事争议。我们需要注意的是，公权力的行使者是否适用公法还必须由解决纠纷的主体来作出判断。如果行政权力的行使者认为应当适用私法的情形，作为解决纠纷的主体通过判断认为客观上应当适用公法时，此时行政权力行使者的行为所引起的争议也属于行政争议。由此可见，纠纷解决主体可以对行政权力行使者适用法律的行为作出客观的判断。

四是权利义务的特殊性。行政法律关系是指依行政法而成立的法律关系，它与民事法律关系最大的不同在于后者解决的是平等主体间的权力义务关系，而行政法律关系解决的是行政权力的行使者与行政相对方之间的不平等的权利义务关系。

五是公共利益。现代行政的一个基本特征是公共利益，“公益在现代国家，是以维持和平之社会秩序，保障个人之尊严、财产、自由及权利，提供文化发展的有利条件等为其内容；行政主体的行政活动必须以公益为目的，若背离了公共利益而掺入一些不正当的考虑，则该主体的行政活动将丧失正当性。”^②民事活动中则没有这个要求。

综上所述，在对某一争议进行判断，看其是行政争议或是民事争议时，应从不同角度进行考虑，如主体因素、公权力因素、法律依据、权利义务的特殊性以及公共利益等，其中最重要的是法律依据这一因素。某一行为主体是不是行政主体，其行为是不是行使公权力的行为一般是由相关法律法规的实质内容来决定的。因此，在对争议性质进行界定时首先应考虑的就是其所依据的法律规范。

① 石佑启：《公共行政改革与行政法学范式的转变》，载罗豪才《行政法论丛》（第四卷），法律出版社2001年版，第116页。

② 马怀德：《行政诉讼原理》，法律出版社2003年版，第20页。

(二) 行、民争议的竞合

1. 行、民争议竞合的含义及特征

目前,我国多数学者对行、民争议竞合的现象持认同态度,但究竟应如何定义,尚无统一结论。我国学术界对这个现象的定义很混乱,有行政附带民事诉讼、行政民事交叉案件、行政争议与民事争议相互关联案件、竞合诉讼及民事诉讼中的行政附属问题等,虽然是从不同角度对行、民争议竞合的现象进行定义,但都不能完整概括此现象的特征。

学术界对此现象下的第一种定义为:行政附带民事诉讼,“是指在行政诉讼过程中,人民法院根据当事人或利害关系人的请求,受理与被诉具体行政行为密切相关的民事权益争议,将两种性质不同的争议并案审理,在解决行政争议的同时,附带解决民事争议的活动”^①。也有人认为行政附带民事诉讼是指“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作出的行政行为提起行政诉讼的同时,请求人民法院一并解决与该行政行为密切相关的民事争议,人民法院在审理行政案件解决行政争议的过程中,附带解决民事争议的活动”。^②还有人认为:“行政附带民事诉讼是指行政诉讼的当事人或利害关系人,提出了若干个分属于不同诉讼系列但又具有一定关联性的诉讼请求,人民法院将这些不同性质的诉讼请求并案处理的情况。也即在行政诉讼过程中,人民法院在审查和确认具体行政行为合法性的同时,根据当事人的请求,附带解决与被诉具体行政行为在法律上有关联的民事争议活动。”^③从以上定义可知,即使大家认为此现象为行政附带民事诉讼,但在各自给出的定义上还是有很大不同。

第二种定义称这种现象为民事行政交叉案件。该观点认为:“在审判实践中,经常出现民事争议与行政争议相互交叉(或牵连)、相互影响的案件,即在法律事实上相互联系,在处理结果上互为因果、互为前提的案件。”^④

第三种定义把这种现象称为行政争议与民事争议相互关联案件,该观点由马怀德提出。“当有一个主体的行为分别损害了两个或两个以上法律部门所调整的社会关系的,就会形成两种或两种以上不同性质的法律关系,产生两种或两种以上不同性质的争议,这两种或两种以上法律争议可能分别由不同的审判组织审理,因此就会产生在审理上谁先谁后的问题以及将不同性质的争议合并审理”^⑤。

第四种定义将其称为重合诉讼。它是指“在人民法院受理的行政和民事案件中,行政争议和民事争议重合、交织在一起的案件有相当数量,并呈增长趋势”^⑥的一种现象。

第五种定义称其为民事诉讼中的行政附属问题。“附属问题是指一个案件本身的判决依赖于另一个问题,后面这个问题不构成诉讼的主要标的,但决定判决的内容称为附属

①② 程宗璋:《行政附带民事诉讼问题探析》,载《黑河学刊》1998年第1期,第43页,第44页。

③ 汪家乾,黄金波:《行政附带民事诉讼若干问题研讨》,载《三峡大学学报》2001年第4期。

④ 杨荣馨:《民事诉讼原理》,法律出版社2003年版,第729页。

⑤ 马怀德:《行政诉讼原理》,法律出版社2003年版,第21页。

⑥ 彭诚信,彭贵才:《民事与行政纠纷竞合之诉讼问题研究》,载《吉林大学学报(社科版)》2001年第3期,第37页。

问题。民事诉讼中的附属问题,即指在民事诉讼中,民事诉讼标的解决,以解决某个问题为前提,该前提问题并不是当事人直接争议的主要标的,但它决定着案件的性质或判决的结果,因该前提问题附属于民事诉讼而存在,故称其为民事诉讼中的附属问题。”^①如土地侵权案件,一方当事人是否构成侵权,取决于权利主张人是否取得合法的土地使用权。

第六种定义是江伟对民事行政争议关联案件的观点,是指行政争议与民事争议因在法律事实上相互联系,在处理上互为因果或互为前提、相互影响的一种案件形式。^②

以上各种定义都是从不同角度对行、民争议竞合现象进行的概念界定,各自都反映了这一法律问题的某些特点。但笔者认为:所谓附带就必然有主诉,但无论是行政附带民事,还是民事附带行政,都有以偏概全的问题;重合也不能全面、准确地概括二者的关系;而民事诉讼中的附属问题更是只讲了问题的一个方面。^③因此,笔者认为应将这一现象定义为行、民争议竞合的案件,里面不仅包含民事争议成为行政争议附属问题的情形,也包括行政争议成为民事争议的附属问题这种情况在内。因此,笔者认为行政争议与民事争议竞合的案件是指法院审理案件的过程中,同时存在需要解决的民事争议与行政争议,在法律事实上有一定的竞合,处理结果存在关联关系的一种案件形式。

2. 行、民争议竞合的成因

行政争议与民事争议之所以出现竞合主要有以下几方面的原因:

一是现代社会行政权的扩张。从20世纪初期开始,行政权一直都在不断地加速扩张。其有利的作用在于,行政权加大了其在经济和社会范围内的影响,从中起着主动的,实际的干预作用;而其不利的作用是由于政府扩张程度太大,以至于政府的权力大大地超出了其本应该行使的界限,并逐步干涉立法与司法,从某种意义上讲具有了准立法权和准司法权的性质。^④随着这种扩张的持续,各种各样的民事活动都受到了政府的影响,社会活动特别是商业领域中行政的干预也更加加强了。为了保护公共利益,行政管理所包含的内容中需要有各种营业活动。有关的行政权一定要对社会上的民事法律行为的实施进行监管。在我国,如土地、矿藏、山林、草原、水以及商标、专利等知识产权引起的争议,大多与行政权的行使有关。我国自20世纪80年代中期至今,先后有20部法律法规设定了行政裁决制度:如《土地管理法》、《食品卫生法》、《药品管理法》、《森林法》、《商标法》、《专利法》等。平等主体之间的民事争议因为行政权的介入变得更加的复杂,诉讼双方当事人对行政机关对民事争议作出的裁决不服而向法院提起附带诉讼请求解决该行政争议。

① 苏西刚,付文华:《民事诉讼中行政附属问题探析》,载《行政法学研究》2000年第1期,第59页。

② 江伟,范跃如:《民事行政争议关联案件诉讼程序研究》,载《中国法学》2005年第3期,第165页。

③ 杜承秀:《民事与行政争议交叉案件处理机制研究》【硕士学位论文】,广西民族大学2007年。

④ 马怀德,吴华:《对我国行政诉讼类型的反思和重构》,载《政法论坛》2001年第5期,第70页。

二是不同性质诉讼的区分。从司法制度角度来说,是因为民事诉讼和行政诉讼的分工导致了争议竞合现象的出现。在大陆法系国家,对公法、私法进行了划分。他们不但拥有自己固有的法律原则,还适用不同的诉讼程序和规则来解决公、私法纠纷。行政决定的效力问题属于公法问题,我们应当适用公法特有的诉讼原则和规则来解决此问题。具体而言,就是指行政决定的效力问题应该通过行政诉讼程序来解决。大陆法系国家大多实行双轨制的司法制度,行政争议和民事争议由普通法院和行政法院按照各自的诉讼程序审理。普通法院在审理民事案件时碰到行政决定,就产生了到底由普通法院还是由行政法院进行审理的管辖权问题。而英美法系国家,没有普通法院和行政法院之分,只有普通法院,因此行政决定的效力问题由普通法院依照民事诉讼程序来进行审查。在英美法系国家,审理民事案件过程中遇到行政决定的效力问题需要决定时,普通法院也可以直接解决,不会出现大陆法系国家的管辖权问题,因而行、民争议的竞合现象也就不会产生。我国虽然属于大陆法系,但是并没有采取二元制的司法体系,普通法院与行政法院属于同一系统,但存在民事诉讼与行政诉讼的分工,两种诉讼分别由同一法院系统下的民事审判庭和行政审判庭进行审理,因此,民事诉讼中必然会遇到行政决定的适法与否问题,从而产生了行、民争议的竞合现象^①。

三是对当事人行为评价的多样化。当事人的行为是指当事人的同一个行为既触犯了行政法律的规定又违反了相关民事法律规定。现实生活中最常见的情况是当事人实施一种违法行为,同时触犯了两种或两种以上的法律规范,因而必须承担多种法律责任。而行、民争议竞合的情形是指,当事人实施一种行为,同时违反了行政法和民法的相关规定,造成了两个不同的法律结果,因此既要承担行政责任又要承担民事责任。

四是民法与行政法的相互渗透。在我国,民法和行政法虽然在调整对象、调整手段等方面有着根本区别,但它们之间的部分法律规范存在着相互交叉和竞合的情形。例如在民事法律规范中,有关行政机关的登记行为就是民事法律行为成立的法定程序要件。

这种情况的出现带来了实践中的几个问题:(1)使案件的审理增加了难度:行、民争议的竞合给审判工作增加了难度,面对竞合的争议,法官不得不对更多、更复杂的问题作出判断;(2)使现行法律规则出现了破绽:竞合的诉讼案件如果依照我国现行相关立法的规定来进行审理是无法很好的对该问题进行解决的。所以这就要求我国尽快对现行立法进行修改,对此问题予以完善;(3)造成两种争议处理结果相互冲突:依据我国目前对竞合问题的立法,相竞合的行政争议与民事争议是由行政审判庭和民事审判庭分别进行审理。这种审理方式不仅影响了争议的迅速解决,给审判工作带来了混乱,也使司法的权威性和法律的统一性受到了损害。

3. 行、民争议竞合的判断标准

判断行、民争议竞合的标准有以下几个:(1)诉讼程序的复合性,即指法院在审理一个争议的过程中,出现另一个必须适用其他诉讼程序审理的争议。一个是行政诉讼,那么另一个就是民事诉讼。(2)法律事实及处理结果的竞合性,两种争议之间必须存在

^① 方世荣,羊琴:《论行政行为作为民事诉讼先决问题之解决》,载《中国法学》2005年第4期,第19页。

内在联系,即行政争议及民事争议必须基于同一法律事实引起,一个争议的解决取决于另一个争议的解决,在解决前提争议的基础上再对另一争议进行处理,具体是指,平等主体之间的民事行为产生了民事争议,由于行政权力的介入,使行政纠纷和民事纠纷纠缠在一起,形成了行、民争议的竞合。这样一旦进入司法程序,一个争议的解决就必须以另一个争议的解决为前提。(3)当事人在诉讼法律地位上具有双重性,行、民争议竞合的当事人必须具有吻合性,行政争议的被告必须为行政主体,但其他当事人一般为民事争议的原告、被告或者诉讼第三人;民事争议的当事人是行政争议的原告、第三人,反之亦然。具备双重身份的当事人在行政诉讼和民事诉讼中分别具有不同的诉讼权利和义务。一个争议的当事人必须是另一个争议的当事人,这是竞合案件必不可缺的条件之一。

4. 行、民争议竞合的基本类型

行、民争议竞合的案件,在审判实践中的表现形式多种多样,不能逐一列举。“归纳起来,行政与民事争议竞合案件的基本类型可以划分为以下三类”^①:以行政争议为主、涉及民事争议的竞合案件;以民事争议为主、涉及行政争议的竞合案件;行政争议与民事争议并重的竞合案件。

一是以民事法律关系为主的竞合。以民事争议为主、涉及行政争议的竞合案件,通常出现在民事诉讼过程中。它是因民事纠纷而引起的诉讼。在民事诉讼中,民事争议的解决取决于具体行政行为的合法性时,具体行政行为即成为民事争议处理的前提条件。这类案件因民事争议而引起,其实质是民事争议。目前,民事诉讼涉及具体行政行为合法性这一问题的主要有:涉及房屋、山林等不动产产权的归属而发生的侵权纠纷案件,经行政许可的行为侵犯第三人权益所引起的纠纷案件等。总的来说,这类竞合案件主要目的是解决民事争议,行政主体与相对方的矛盾不是主要矛盾,主要由行政确认与行政许可而形成。

这类案件具有以下的特点:

(1)这类争议案件发生在平等主体之间,是由民事行为而不由具体行政行为引起,因而在本质上属于民事争议案件。但是由于具体行政行为的介入,民事争议变得更为复杂。

(2)“这类案件的审理中,行政问题具有重要地位,是民事审判的前提。不解决具体行政行为的合法性问题,民事诉讼程序无法进行。”^②

二是以行政法律关系为主的竞合。以行政争议为主,涉及民事争议的竞合案件通常出现在行政诉讼中。它是因“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具体行政行为不服而提起行政诉讼的同时,请求法院审理平等主体之间民事争议的诉讼形式。”^③通常表现为提起行政诉讼后再提起民事诉讼。例如,行政机关依申请对平等主体之间的民事争议做出裁决,当事人对裁决不服,在提起行政诉讼的同时,请求法院附带解决其民事争议。这类案件具有以下的特点:

^{①②} 杨荣馨:《民事诉讼原理》,法律出版社2003年版,第731~732页,第720页。

^③ 江伟,范跃如:《民事行政争议关联案件诉讼程序研究》,载《中国法学》2005年第3期,第166页。

(1) 这类案件中既有行政争议,也有民事争议,但行政争议处于核心地位,民事争议只是作为附带问题出现。

(2) 这类案件中的行政争议与民事争议具有内在的关联性。

(3) 这类案件可以分开审理,行政审判不以民事争议的解决为前提,但民事案件的解决以行政案件的解决为先决条件。

三是行政、民事法律关系并重的竞合。行政争议与民事争议并重的竞合案件,是指因同一法律事实而引发的行政争议和民事争议之间相对独立的案件。对同一违法事实,法律分别规定可以追究行政违法责任,也可追究民事责任的,如果对违法事实已经做出法定的结论的,发生的行政诉讼与民事诉讼可各自独立进行。^①此类案件具有以下特点:

(1) 行政争议与民事争议相对独立,一案的处理结果并不影响对另一案的处理。

(2) 法院完全可以分别审理,分别审理时一案可不以另一案的处理作为定案根据。^②

综上所述,此类竞合案件既可能发生在行政诉讼中也可能发生在民事诉讼中。而法律对此类行、民争议竞合的案件究竟如何审理没有明确规定,因此迫切需要探讨解决行、民争议竞合案件的方法。

(三) 解决行、民争议竞合的必要性

随着法制的完善与公民法律意识的增强,行政争议与民事争议的冲突不可避免,这类案件在司法实践中也逐渐增多。由于我国相关制度的缺失,使得我国司法实践中做法各异,行、民争议竞合案件成为一个急需解决的问题。因此,解决该问题非常必要,具体体现在以下几个方面:

一是实现诉讼经济,提高诉讼效率的需要。行、民争议竞合的案件,如果采取附带审理的模式,将两种争议一并审理,就能提高法院的审判效率,有利于法院公正、迅速地解决全部纠纷。对当事人而言,合并审理不但有利于案件的尽快解决,还能节约当事人的时间,减少诉讼成本,实现当事人维护自己合法权益的目的。解决行、民争议竞合案件可以为国家和诉讼当事人节省人力、财力和时间,减少讼累的发生,提高诉讼效率。

二是理顺行政诉讼和民事诉讼关系,维护司法统一的需要。我国在司法实践中,处理行、民争议竞合案件的方式各异:有的法院由行政庭审理,通过行政附带民事诉讼的方式,将民事争议与行政争议一起解决。有的法院采取由行政庭和民事庭分别审理的方式,但是审理具体做法又各不相同,有“先行后民”、“先民后行”以及行政裁判和民事裁判分别作出等。行政诉讼与民事诉讼在程序规则上有许多差异,如果不能正确对争议的性质进行界定并采取适当的处理方式,不但会影响争议的解决,还会造成诉讼程序的混乱,无法实现对公民合法权益的保障。司法实践中审理的混乱是因为行、民争议经常纠缠在一起,而我国目前理论上却没有判断争议性质的一个统一标准。法官不但在争议性质的认定上具有很大的自由裁量权,而且适用解决争议的程序上也体现出很大的随意性。

三是当事人合法权利得以实现的需要。对当事人而言,公正和迅速地解决纠纷是其

^{①②} 江伟,范跃如:《民事行政争议关联案件诉讼程序研究》,载《中国法学》2005年第3期,第166页。

进行诉讼的最终目的。我们建立程序规则的宗旨就是为了查明案件事实、保护当事人的合法权利。程序规则不完善,法院的自由裁量权不受约束,当事人的诉权得不到合法的尊重,这都是不符合法治国家要求的。“人民权利之保障,行政救济之加强,对行政法治之安定影响很大。”^①通过构建合理的程序,不但有利于案件的尽快解决,还能节约当事人的时间,减少诉讼成本,实现当事人维护自己合法权益的目的。

二、域外解决行、民争议竞合情况的考察及借鉴

诉讼竞合现象并不是我国司法实践中所独有的。其他国家和地区在理论上和实践上是如何处理行、民争议竞合案件的,我们有必要了解一下,寻求可供我国借鉴的成熟经验。

(一) 法国

法国实行普通法院与行政法院分离的司法制度,与这个问题相对应的理论和司法实践在法国被称为“附属问题”。法国的附属问题分同一系统内部法院之间的附属问题和不同系统法院之间的附属问题,也分附属法规问题和附属行政决定问题,而在德国、日本、我国台湾地区只研究后者,即只研究不同法院系统之间的附属行政决定问题。^②

对这一问题的研究,王名扬的《法国行政法》和古斯塔夫·佩泽尔的《法国行政法》都有专门的论述。^③法国实行的是普通法院与行政法院分离的司法制度,因此存在两个不同的审判系统。由于实行的是双轨制,有时会出现一个行政争议的解决必须要依赖于另一个普通法院进行管辖的情况。反之,也会出现另外一种情况,就是指一个普通法院诉讼的解决,又必须依赖于另外一个属于行政法院管辖的问题。以上两种情况都有一个共同点,一个案件本身的解决必须依赖于另一个问题的解决,即一个争议的解决以另一个争议的解决为前提。在法国被称为附属问题的情形就是指虽然后一个问题不能构成诉讼的主要标的,但是它能对判决的内容起决定性的作用,因此后一个问题就成为前一个问题的附属问题。

附属问题的管辖权受两个原则支配:第一个是先决问题原则,是指将附属问题作为先决问题而由受理诉讼案件的法院决定。“在法国诉讼法中,有一格言:案件本身的法官也是案件例外的法官,根据这个原则,有权管辖主要诉讼标的的法官,也有权管辖附属问题。”^④为了保持诉讼案件管辖权的完整,一般没有赋予附属问题的管辖权以独立的存在。司法实践中的一般做法是将附属问题的管辖权合并到诉讼案件本身的管辖权以内,作为先决问题由对诉讼的主要标的具有管辖权的法院受理,并对其予以审判解决的。先决问题原则一般将其适用的范围限制在同一系统内部的两个法院之间。第二个是审判前

① 《“司法院”行政诉讼制度研究修证资料汇编(一)》,中国台湾地区“司法院”印,1995年,第369页。

② 郭永昌:《行政争议与民事争议的交织及处理》【硕士学位论文】,郑州大学2006年,第23页。

③④ 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第590页,第591页。