

 使用大字体察看本文
阅读次数: 933

我国行政诉讼制度的完善

袁曙宏 李洪雷

引言

行政诉讼制度自1914年在有着长期专制统治传统的中华古国尝试建立¹，已有80多年的历史。在这样一个漫长的时间段中，行政诉讼制度的命运随着中国经济、社会、政治以及文化的急剧变迁而变化。在新中国成立以前，由于缺乏法治成长的政治基础、经济基础、文化基础及和平环境，行政诉讼制度只能作为一个纸面上的法存在，并未发挥多少实在的功能，对中国社会的影响微乎其微²。新中国成立后，由于长期受计划经济体制和依政策治国观念的束缚，行政诉讼制度没有得到重视。改革开放后，随着经济体制改革的深入开展，市民社会在国家之外逐渐得以发育，个人获得越来越多的自主空间，要求国家保护其利益的愿望愈益强烈，权利意识大为增强。而在政治体制的改革中，强调党政分工和国家机关之间的合理分工，为司法机关监督行政机关扫清了体制障碍。行政诉讼制度的基础从多方面得以奠定。1989年4月，在此前所颁布的大量涉及行政诉讼的单行法律、法规以及行政审判实践的基础上，第七届全国人大第二次会议通过了《行政诉讼法》，并于1989年10月1日起开始施行。行政诉讼法的制定和实施标志着中国社会主义行政诉讼制度最终得以确立并走向成熟，是社会主义中国民主法治建设中的一件具有里程碑意义的大事，诚如有学者指出的，在中华民族近两千年的成文法历史中，在中国法律现代化的进程中，该法的颁行意味着“一场静悄悄的革命”的开始。³

行政诉讼法实施十年来，对于保障公民权利，促进行政管理的法治化，推进市场经济体制的确立，推动宪政和法治建设，均作出了重要贡献。但行政诉讼制度在实践当中也暴露出了很多的问题，从而导致行政诉讼制度的公信力不足，社会各界对行政诉讼的期望值下降。在抽样调查中，有66%的群众对法律能够保障公民与政府地位平等表示怀疑；有25%的法官、40%的律师、21%的行政官员认为行政审判仅是一种形式，不能解决实际问题。行政诉讼处于困境之中已成为不容回避的现实，并引起了各界人士的广泛关注。行政诉讼实践中的问题主要表现在以下几个方面⁴：（1）行政案件数量偏低，增幅减慢，部分地区出现负增长。造成这一问题的原因是多方面的：如行政诉讼法规定的受案范围比较狭窄，法院对有关起诉的规定又作了很多限制性的解释和理解，导致很多与人民群众利益息息相关、具有重大社会意义的纠纷，如涉及农民负担、计划生育、企业经营自主权、土地征用和房屋拆迁等争议不能或难以通过行政诉讼得到解决⁵；因法律知识欠缺，有的相对人不知道运用行政诉讼来保护自己的权利；行政机关对原告打击报复，相对人的诉讼安全得不到保障，导致原告不敢告；行政审判公正性不能确保，导致原告不愿告等。（2）行政案件撤诉率高，并且其中有很大一部分是非正常撤诉。在近年人民法院受理的行政案件中，以原告撤诉方式结案的占百分之五十以上，并呈逐年上升趋势。这其中有很大一部分属于非正常撤诉，即原告撤诉并非因为其对原具体行政行为或重作的具体行政行为不再有异议，而是基于外力的影响而不得不撤诉。⁶（3）行政审判质量不高。行政审判的重点应当是被诉行政行为的合法性，但在实践中却常常出现法院与行政机关在法庭上一起审原告的场面；由于常常受到政府不适当的干预，行政审判的公正性难以保证；法院对行政行为在事实与法律问题上的审查力度缺乏明确的认识；行政判决不规范，内容过于简单，缺乏说理性和说服力。（4）行政判决执行难。执行是行政诉讼的最后一环，只有将判决的内容付诸实施，行政纠纷才能最终得到解决。但在实践中，行政判决常常得不到执行，有些行政官员甚至公然藐视法院判决。因此，反思我国现行行政诉讼制度的内在缺陷并提出改革的构想，是我们不能不重视的重大课题和重要使命。

美国著名法学家弗里德曼将法律制度区分为三个方面，其一是实在规则，由实体性规则以及有关机构运作的规则所组成；其二是结构，指一贯的、持久的法律制度框架，它是“持久的模型，体制性的架构，是将程序保持在轨道之内的坚硬的骨骼”，笔者将其理解为体制问题；其三是法律文化，指全体或部分公众对法律的态度、评价、意见或预期，它是“一般文化中的习惯、意见、做法或想法，这些因素使社会势力以各种方式转向法律或背离法律”。⁷笔者认为，弗里德曼的区分是具有启发性的，对于我们深入分析法律制度具有参考价值。下面笔者即主要依据这一框架，从行政诉讼的法律规则、体制和文化三个方面，

一、行政诉讼规则的缺陷及克服

我国行政诉讼法实施10年来的实践表明,行政诉讼法的诸多具体规则存在缺陷;这其中的一部分已由最高人民法院通过司法解释的方式予以完善⁸,但尚有相当部分需要通过立法等方式进一步完善。

(一) 受案范围的扩充

民众有获得司法救济和公正审判的权利是现代法治国家的一项基本特征,也是司法权威和尊严的力量来源。⁹我国行政诉讼法在制定时,考虑到行政诉讼制度处于初创时期,法院审判经验不足,以及我国民主法制建设尚不完备,因而对行政诉讼的受案范围作了较为严格的限制。实践证明,如果行政诉讼法对民众的行政诉讼限制过严,对保障公民、法人合法权益和维护行政法治秩序均很不利。为了与建设社会主义法治国家的治国方略和宪法原则相适应,有必要对行政诉讼受案范围的规定作较大幅度调整。

1. 关于抽象行政行为的审查

仅能针对具体行政行为提起行政诉讼并非为我国所独有,大陆法系的很多国家,如德国和日本等都曾长期将行政诉讼的审查对象限定在行政处理上,而行政处理的一个成立要件就是规制内容的具体性。虽然在二战以后各国对受案范围一般改采概括性的规定,将所有公法上的争议在原则上都纳入行政诉讼的受案范围,但是在解释学上往往通过对法律争议概念的解释,将具有抽象性的法规命令排除在行政诉讼的受案范围之外。¹⁰但是我国目前行政立法较为混乱,迫切需要寻找一个行之有效的解决途径。既有的监督方式由于多种原因并未能真正发挥功能。法院作为解释和适用法律的权威机关,对于行政立法合法性的判断最具权威性,也比较超脱,能够更好地实现对抽象行政行为的监督职能,应当允许相对人对行政立法提起行政诉讼。有的学者认为,抽象行政行为不会对当事人产生直接的损害,但实际上很多抽象行政行为直接对私人的权利和义务加以限制,并不需要具体行政行为的中介;¹¹而且即使能够通过提起具体行政行为对抽象行政行为进行审查,由于只能针对个案而不能否定整个抽象行政行为的效力,因此并不是一种经济的制度选择。¹²在外国法上,法国和英国的法院都可以对具有抽象性质的行政行为进行监督¹³,取得了保障公民权利的良好效果,值得我们借鉴。

2. 关于特别权力关系的救济

特别权力关系理论通行于二战前的德国和日本等国家。所谓特别权力关系,作为一般权力关系的对称,是指在特定的行政领域内私人对国家具有较强附属性的关系。适用特别权力关系的行政领域可以分为如下几类:(1)公法上的勤务关系,如公务员或军人与国家的关系。(2)公共营造物(公共机构)的利用关系,如公立学校的学生与学校的关系,监狱服刑人与监狱的关系,被强制治疗的传染病患者与医疗机构的关系。(3)公法的特别监督关系,如自治团体、特许事业、专门职业执业人员或公权力的被授权人等与国家之间的关系。在这些行政关系中,不适用一般情形下所应遵循的法律保留与权利保护等原则,行政机关可以自行制定行政规则对特别权力关系的形成进行必要的调整;可以在没有法律授权的情况下实施干预私人基本权利的行为;私人只能忍受特别权力人所施加的不利行为而缺乏法律救济途径。因此,特别权力关系实际上形成了一个没有救济的空间,构成法治国家的漏洞。随着时代的发展,人们越来越认为特别权力关系应当被废除。现在德国行政法学界已经普遍抛弃特别权力关系的提法,但由于传统上承认存在特别权力关系的行政领域在客观上有其特殊性,需要符合其特性的法律调整,因而不同的学者提出了“特别法律关系”、“行政法上的特别关系”、“特别地位关系”、“个人合同关系”等概念,以彰显其与传统特别权力关系的区别。学者和司法实务界并提出了不同的理论对传统的特别权力关系理论加以修正,以便既能遵循法治国家的原则,又能照顾部分行政领域的特性。其中由著名学者乌勒(Ule)提出的基础关系与经营关系理论¹⁴由于平衡了基本人权的保障及行政管理目标的有效达成,从而得到多数学者和司法实务界的接受。¹⁵

我国虽然没有明确采纳特别权力关系的理论,但法律规定和实际运作与特别权力关系理论存在相似之处。如在行政诉讼法中将行政机关对其工作人员的奖惩、任免等决定绝对地排除在受案范围之外。在监狱管理关系上普遍将其作为刑事法律关系加以对待,不允许提起行政诉讼。¹⁶在公立学校与学生之间的关系上,因为不承认公立学校的行政主体性,故一般视之为民事法律关系¹⁷。笔者认为,应当顺应各国将这些争议纳入行政诉讼受案范围的潮流,将其纳入我国行政诉讼的受案范围之内。当然这其中并非全属立法的问题,也有法律解释的问题。

3. 关于行政诉讼法所保障的权利

根据行政诉讼法第11条第1款第8项的规定,我国行政诉讼保护的权益范围一般仅包括相对人的人身权与财产权,这种权益保护范围的限制并无多少正当性可言。人身权和财产权(以及兼具人身权和财产权性质的知识产权)是对私法权利所作的基本分类,基本上可以囊括司法所保障的所有权范围。但在公法(宪法与行政法)上,公民的合法权益并非人身权和财产权所能涵盖。在现代社会,诸如受教育权、政治权利、劳动权和文化权等对公民同样重要,离开这些权利公民的生存与全面发展即面临巨大的威胁。对这些权利不提供行政诉讼的保护,一方面可以看作是受到私法权利分类的影响,是对私法权利分类的一种简单照搬;另一方面与我国行政诉讼制度不完善直接相关。目前很多法院在受理案件时,对人身权和财产权作扩大解释,并将其与民法上的含义分离,例如将知识产权和受教育权也包括在内,这显然符合我国行政诉讼法保障公民权利的根本精神和我国社会主义法治的发展方向;在未修改现行行政诉讼法的情况下,从更有效保护相对人合法权益的目的出发,也可考虑将劳动权、文化权等未超越人身权和财产权文义范围的权利,通过扩大解释纳入行政诉讼所保护的权益范围之内。其他一些权利由于已经超越了人身权和财产权的文义范围,而且在目前中国法官的素质参差不齐、且缺少判例制度的条件下,为了维护法制的统一,通过修改行政诉讼法扩大行政诉讼对权利的保护范围,无疑是一种更佳的选择。

(二) 行政诉讼的类型化

行政诉讼的类型化具有提供适当的权利保护类型、统一处理和筛选适当的诉讼方式以及调整行政权与司法权的功能。我国行政诉讼的类型化尚很不发达,限制了行政诉讼制度功能的充分发挥。下面参考大陆法系国家对行政诉讼类型的划分,提出完善我国行政诉讼类型化的建议。

1. 主观诉讼与客观诉讼¹⁸

主观诉讼是指以保护主观个人权益为目的的诉讼,原告的起诉资格取决于是否存在对其实体法上权益加以保护的必要。而客观诉讼是为了维持客观公法秩序,如纠正违法行政行为、维护公益和解决机关之间的权限争议等而进行的诉讼。一般认为,客观诉讼因与个人利益无关,本不属于法律上的争讼,不属于法院管辖,只是在从政策角度分析,用司法权来解决更为妥当时,在有法律承认的范围内才例外地允许提出。客观诉讼的种类在国外有民众诉讼¹⁹、利他的团体诉讼和机关诉讼²⁰等。我国行政诉讼法仅规定了主观诉讼,对客观诉讼未予涉及,在其他的单行法中也罕见对此作出规定者²¹。笔者认为,行政诉讼不仅可以用来保障公民组织的合法权益,也可以用以保障国家的行政法律秩序。为了更充分地发挥行政诉讼制度的功能,应当通过完善行政诉讼法和相关的单行法,来建立客观型行政诉讼。(1) 民众诉讼。对于涉及环境保护等事关公共利益的事件,可以考虑允许公民以纳税人的身份提起行政诉讼。民众诉讼也可以形成对村民和居民委员会财政支出的一种有效控制。(2) 团体诉讼。社团的主要功能是对成员利益和公共利益的维护,以及对政府活动的参与和监督,对行政诉讼的参与则是社团实现这一功能的途径之一。²²当社团成员的普遍利益受到侵害时,社团应有资格以自己的名义提起行政诉讼。(3) 行政公诉。当行政机关的违法行为侵犯国家利益或公共利益时,应当由特定的国家利益代表人提起行政诉讼,要求撤销违法的行政行为或强制行政机关履行职责。在我国目前的体制下,由检察院作为公共利益的代表人较为适宜。

(4) 机关诉讼。我国目前各级行政机关之间的关系尚未完全理顺,离法治化的要求还有很大距离;司法途径并非解决这种争议的最佳途径。但这一诉讼类型对我们也有重要的启示意义,例如它表明中央对地方政府的监督与控制也可以通过司法的途径来完成,而并非仅有行政一种途径,这可能为正确调整中央与地方关系提供新的手段。

2. 形成、给付与确认诉讼

这是仿照民事诉讼,根据行政诉讼判决的内容或原告起诉要求的内容所作的分类,是行政诉讼的基本类型。(1) 形成诉讼。是以请求法院形成(变更或撤销)一定法律关系为目的的诉讼,包括撤销诉讼和变更诉讼(如我国行政诉讼法规定对显失公正的行政处罚可以予以变更)。(2) 给付诉讼。是指原告对被告主张一定的给付请求权而请求法院判令被告为给付的诉讼,可以分为科以义务诉讼和一般给付诉讼。1) 科以义务诉讼。或称“应作行政处理诉讼”,是请求法院命令行政机关应作成行政处理,或应作成特定内容的行政处理的行政诉讼。科以义务诉讼可分为反拒绝诉讼与不作为诉讼,前者是指对行政机关驳回私人申请所提起的义务诉讼;后者是指对行政机关根本未作出行政处理时所提起的义务诉讼。2) 一般给付诉讼。是指基于公法上的原因,请求行政法院判令被告为特定给付的诉讼。这里的给付,包括作为、不作为与容忍,既可以是财产上的给付,也可以是非财产上的给付,但不包括行政处理的作成。(3) 确认诉讼。确认诉讼是请求行政法院确认行政处理为无效,或确认行政法律关系成立或不成立的诉讼。确认诉讼的目的不在于满足原告的实体法请求权,而在于对现存的实体法请求权提供一种特别形式的权利保护。

我国行政诉讼法规定了形成诉讼(撤销与变更诉讼)和给付诉讼,对确认诉讼未予规定,但确认诉讼在司法实践中得到承认,并在最高法院新的司法解释中得到确认。因此,从总体上来看,这三种诉讼类型

均已具备。但我国行政诉讼法仍存在欠缺，主要体现在仅注意到各种诉讼判决内容的不同，而未能全面考量各种诉讼类型在适法要件、举证责任、诉讼时效等诉讼规则上的差异。行政诉讼法和司法解释在程序规则的设计上主要着眼于撤销诉讼，对其他类型诉讼的程序规则的特殊性注意不够，例如无效确认诉讼，这一诉讼形式在国外没有诉讼期限的限制，但在我国司法解释中并没有得到体现；又如给付诉讼的举证责任，与撤销诉讼也存在重要的差别，我国行政诉讼法对此未予重视。另外，各种诉讼类型之间的关系（互斥、并存抑或或补充）未予明确，对各种诉讼类型所适用的范围规定得也并不完全合理。这些缺陷都需要通过修改行政诉讼法的方式加以克服。

3. 抗告诉讼与当事人诉讼

这是根据行政诉讼与公权力的关系所作的分类。抗告诉讼是指不服公权力行使的诉讼，是行政诉讼的主要形态，例如撤销诉讼、行政处理的无效确认诉讼、不作为违法确认诉讼和给付诉讼等。当事人诉讼是指国家与公民之间处于对等的地位所进行的诉讼，其构造与民事诉讼相似，又可分为实质性当事人诉讼和形式性当事人诉讼，前者是指公法上的法律关系的诉讼，如损失补偿的请求诉讼，基于行政合同的给付诉讼等；后者是关于确认或形成当事人之间法律关系的处分或者裁决，以该法律关系的当事人一方为被告的诉讼，如根据日本《土地征用法》，对基于土地征用给予损失补偿的征用委员会的裁决不服时，应由业者以土地所有人或关系人为被告提起减额请求诉讼，或者由土地所有人或关系人以业者为被告提起增额请求诉讼。我国行政诉讼法对行政诉讼的理解基本上限于抗告诉讼，对当事人诉讼未能引起重视。随着行政诉讼案件纳入行政诉讼的受案范围，探讨当事人诉讼的具体规则颇有必要，日本法上的形式当事人诉讼对于我国行政裁决纠纷的解决也具有启发意义。

（三）行政与民事法律关系并存案件的处理

由于现代社会行政权的扩张，以及行政机关对民事活动干预的增强，在现实中存在大量行政与民事法律关系并存的案件。但我国行政诉讼法对于这类案件处理未有明确规定，最高法院的司法解释也不能尽如人意，导致在实践中各个法院自行其是，对当事人权益的保障、诉讼经济的保证等都非常不利；因此，应当在立法中明确这类案件的处理程序。由于行政与民事法律关系并存案件有不同的类型，其审理程序需要分别进行考察。

1. 直接对行政机关的权属确认不服发生的纠纷

行政机关对权属的确认是一种具有私法效力的行政行为，在实践中主要是行政机关对房地产、山林等不动产权（所有权和使用权）归属的确认。对此类纠纷的处理应区别对待：相对人申请确认行政机关不予答复的，相对人可以向法院提起行政诉讼；如果行政机关以已经有人登记或另外也有人提出申请驳回申请，则这时存在一个民事法律纠纷，行政机关对这类纠纷如有裁决权则加以裁决，如没有裁决权则相对人应向法院提起民事诉讼；如果行政机关仅以申请人不符合条件为由驳回申请，则相对人应提起行政诉讼。

2. 民事诉讼中，一方当事人以行政机关的确权行为违法为由进行抗辩²³

此时实际上在诉讼当事人之间发生了权属争议，对此处理要区分两种情形：一是法律规定对权属争议应当先由行政机关裁决的，则应先向行政机关申请裁决；二是法律没有对行政裁决作出规定，或者规定既可以申请裁决也可以提起民事诉讼²⁴，这时法院可以直接对权属进行确认。那么业已作出的确认行为处于什么地位呢？在第一种情形下，可以视为法律要求行政机关对前一个行为进行重新审查；在第二种情形下，法律的规定实际上意味着承认法院对权属的判断优于行政机关的判断，因此法院判决的效力当然优于行政确认的效力。

3. 行政裁决案件

行政裁决案件主要有民事侵权赔偿裁决、（土地、房屋等）权属纠纷裁决以及关于征用补偿的裁决等。在这类案件中原始的纠纷是民事争议，行政机关裁决的目的也在于解决民事纠纷，但因为民事争议的当事人对行政机关的裁决不服又产生了行政争议。对这类案件到底是作为行政案件还是民事案件，抑或作为行政附带民事诉讼案件，尚有很大争论，主要有以下几种观点：（1）作为行政诉讼中的撤销诉讼处理。将行政机关作为被告对行政行为的合法性进行审查必然增加审理的难度，无法通过授予法院对这类案件的完全管辖权或作出变更判决所能克服。（2）作为行政附带民事诉讼处理，显然在这一方式中行政诉讼的弊端并未解决。（3）作为民事诉讼处理。以民事诉讼来解决的优点在于，由于这类争议在本质上是民事争议，民事法官对此类案件的审理特别是对法律的适用更为熟练，而且由于此类裁决的争议与既存的民事纠纷存在密切联系，因而作为民事诉讼可能更为简便经济。在行政裁决案件中，对当事人来说具有意义的是民事争议的解决，在此虽涉及行政机关的裁决行为，但并非必须以行政机关为被告提起诉讼，正如

当事人不服一审法院的民事判决向上级法院提起上诉并不是以一审法院为被上诉人一样。但是作为民事诉讼处理亦有其弊端，即不能利用行政机关的专业知识和经验，行政机关耗费人力、物力调查取得的证据也不能发挥作用。（4）作为当事人诉讼处理。日本的（形式）当事人诉讼适用的一种情形即在于当事人对行政机关就土地征用所作裁决提起诉讼，它有两个特征：一是虽属于行政诉讼案件，但行政机关不是作为被告，原被告双方都是私人；二是行政机关以第三人的身份参加诉讼，这样既可以利用行政机关在行政裁决中所调查收集的证据和行政机关的行政管理知识，又可以使在判决中撤销违法行政裁决的效力，也不存在障碍。对上述四种方案的利弊综合加以权衡，笔者更倾向于以当事人诉讼的形式来解决这种争议。

4. 在行政诉讼中要求解决民事争议

实践中主要是相对人对行政处罚决定不服提起行政诉讼，同时要求解决民事赔偿问题。对此若被处罚人不服，这类案件中存在两种争议并且可以分离（一种争议的解决并不以另一种争议的解决为前提），两种诉讼的结果之间不存在必然的联系，但其间又具有内在的关联并且行政争议处于核心地位。对此应当区分两种情形：一是行政机关在处理行政违法的同时已经对民事侵权进行过处理，如公安机关在作出治安管理处罚决定的同时要求被处罚人给予受害人一定数额的赔偿，对此若被处罚人不服，则应提起两种行政诉讼，一个是撤销诉讼，一个是当事人诉讼，可以合并审理；二是行政机关仅处理了行政违法，对民事侵权未作处理，这类案件与刑事附带民事诉讼适用的情形非常相似，作为行政附带民事诉讼来处理并无争议。

（四）第三人参加诉讼的完善

第三人参加行政诉讼，具有多方面的意义：给第三人维护与该项诉讼标的有关的权益的机会；使更多了解案件事实的人参加诉讼活动，有助于确保裁判的公正性；将确定判决的既判力及于第三人，符合程序经济和法律安定原则；可以避免同一诉讼标的产生相互冲突的两个裁判，有利于保证裁判的权威性。我国行政诉讼法对于第三人参加诉讼规定得较为简略，未能充分发挥这一制度的机能，应当借鉴法治先进国家的经验加以完善。

在日本以及我国台湾地区，第三人参加诉讼一般分为如下几类：（1）必要参加。这是指诉讼标的对于第三人及当事人必须合一确定时，法院应以裁定命该第三人参加诉讼。根据德国行政诉讼上通说的见解，如果裁判的作出直接且不可避免地涉及第三人的权利，则属于诉讼标的对于第三人及当事人必须合一确定，如针对有第三人效力的行政处理提起的行政诉讼即是。²⁵（2）独立参加。如果法院认为第三人的权利或法律上的利益将受到行政诉讼结果的影响，则可以依职权命其参加诉讼或根据第三人的申请裁定允许其参加。（3）辅助参加。指行政机关或利害关系人有辅助一方当事人必要时，法院可以命其参加诉讼。行政机关参加诉讼的情形，主要是因为除被告以外的行政机关与成为诉讼标的的行政行为具有密切的联系（如在多阶段的行政处理中，做成前一阶段处理的行政机关），能够有效地提供相关的知识、经验和资料来证明行政行为的合法性，但也不排除行政机关为了私人的利益而参加行政诉讼；另外，即使未参与原行政行为作成的行政机关，如果具有该诉讼事项的专业知识，并且裁判结果可能影响其执行行政任务时，也可以作为第三人参加诉讼。利害关系人的辅助参加，只要其具有一般法律上的利害关系即可，而不以其权利或法律上的利益受侵害为必要。

我国行政诉讼法对第三人规定得非常简略，仅第二十七条规定与案件有利害关系的公民、法人或其他组织组织可以作为第三人参加诉讼，对第三人的种类、诉讼上的权利义务以及行政机关参加诉讼都缺少规定，未能充分发挥第三人参加诉讼制度的功能，有必要参照国外的规定加以完善。

三 行政诉讼体制的不足与优化

我国目前行政诉讼所面临的困境和问题，在很大程度上暴露出我国行政诉讼司法体制和结构存在很多不完善之处。

（一）司法独立的保障

公正是司法的生命，司法独立是公正的基础。在现代国家权力结构中，司法系统必须被赋予一种独立的地位。司法独立的功能在于排除司法活动中的法外干涉，保证“法官根据他们自己对证据、法律和正义的认识对案件进行裁判时独立于政府权力和私人的压力、诱惑、干涉和威胁”。²⁶我国作为一个行政权长期占据优势、司法权威一直未能确立的国家，更需要采取切实有效的措施强化司法的权限，提高法官的威信，以及在此基础上确立组织上和职能上的司法独立。

与民事审判和刑事审判相比,行政审判对司法独立的要求更显迫切。行政审判作为司法机关对行政机关的权力加以监督和制约的一种制度,如果作为监督者的司法机关不独立,特别是相对于被监督者的行政机关不独立,那么这一制度的命运也就可想而知了。实际上在造成目前行政审判难的诸多因素中,由于司法不独立而造成的执法不公正是最核心也是最为棘手的一环。我国现行宪法和组织法都明确规定,人民法院独立行使审判权,不受行政机关、社会团体与个人的干涉。但这一规定因为严重的司法体制障碍而不能得到有效贯彻落实。就法院来说,除了在法官的任免等人事管理方面须受地方党政机关的领导外,在编制、经费的预算、拨给方式、基础设施和装备等司法行政事务方面也受制于行政机关。就法官个人来说,由于资格认定、身份保障等一系列规章制度尚不健全,个人无法抵御庞大的关系网,无法与掌握着各种资源分配权的行政权相抗衡。²⁷这一体制导致在我国行政诉讼实践中,有的地方党委、行政机关对行政诉讼的受案范围加以限制,造成法院有案不能收,群众起诉难,特别是对乱处罚、乱摊派、侵犯企业经营自主权等较为敏感的案件,往往以维护大局、便于政府工作为由,规定法院不得受理此类案件。有的地方甚至规定法院受理行政案件要经过党委、人大、政府或政法委的批准。

目前无论是理论界还是实务界对司法体制的改革都非常重视,提出了很多有价值的建设性意见²⁸。解决行政审判独立问题的途径可以有两种方案,一种是将行政审判的独立问题与民事、经济审判等一同解决;另一种方案则是通过建立独立的行政法院系统单独解决行政审判的独立问题。考虑到司法改革涉及问题的广度和难度,并兼顾行政审判的专业性,笔者更倾向于后一方案,在设立行政法院的同时对现行的行政审判体制进行改革与重构,并将其作为我国司法体制改革的先锋队和试验田。关于行政法院的设置问题,在行政诉讼法立法审议时即已引起探讨和争论,而最后的结果是在法院内部建立行政审判庭作为具体负责审判行政案件的机构。这一选择在很大程度上是一种“路径依赖”,因为在行政诉讼法制定以前全国已经建立了众多的行政审判庭受理行政案件,而并不一定是最优的方案。目前重提行政法院的设置问题,主要在于可以此为突破口进行行政诉讼司法体制的改革,并更有力地保障司法独立。

笔者参考国内现有的研究成果,拟对我国建立行政法院审判体制提出下列设想:

1. 行政法院的设置。行政法院共分为三级,最高行政法院、高级行政法院和初级行政法院。为保障司法的统一,最高行政法院是隶属于最高法院的正部级专门法院,享有独立的审判权和终审权。高级行政法院的设置不按行政区划设置,而是根据各地的经济、地理与人文等因素,从方便民众诉讼的角度加以设置。全国高级行政法院可设置10个左右,这样辖区增大有利于减少行政机关的干预;每个高级行政法院还可以另设两个左右的分院以方便当事人诉讼;高级法院与其分院一般仍应设在各省的政治经济中心。²⁹高级行政法院主要是作为上诉法院而存在。我国目前的绝大多数行政案件都是由基层法院一审、中级法院终审,审判法院级别过低是造成案件审理质量不高和产生地方保护主义的重要原因之一。针对这一问题,笔者认为,应当取消基层法院审理行政案件,而设置相当于中级法院级别的初级行政法院。初级行政法院作为行政案件的一审法院,其设置思路与高级法院相同,即不按行政区划设置,每一初级行政法院一般管辖几个省辖市和地区,每个大城市可设立一个初级行政法院,在农村可以设分院或巡回法庭代行初级法院的职能。

2. 行政案件的审级原则上仍为二审终审制,但最高行政法院对具有重大法律意义的案件可实行有条件的三审终审。第二审与第三审均为法律审。第三审为书面审。绝大多数行政案件由初级行政法院进行一审,但可以对抽象行政行为进行审查的案件、对省级人民政府及其职能部门以及国务院及其部门的具体行政行为进行审查的案件,划归高级行政法院进行一审。

3. 各级行政法院的活动经费由中央财政直接拨付,行政法院的人、财、物权由最高法院集中掌握,不受行政机关的控制,设在地方的行政法院不向地方人大负责和报告工作。

4. 提高行政法官的素质。应当以精英化、专业化为指导思想建设行政法官队伍,确立和实行统一、严格的法官任用和考核标准。具体可从以下几个方面考虑:(1)控制行政法官的来源。结合行政法院的建立,从优秀律师、具有法律专业知识的行政官员和行政法学教授中选拔行政法官。现有行政法官中经验丰富、具有一定理论素养的予以保留,其他人员可以转到其他部门工作,一部分可以作法官助理。高级行政法院和最高行政法院的法官从下级行政法院的行政法官中选任。(2)限制行政法官的数量。在中国目前的法律教育水平之下,要维持法官的高素质必须限制法官的数量。将行政法官保持在一个较小的数量内,大量事务性的工作由法官助理和书记员去做。(3)提高行政法官的待遇。只有提高法官的待遇才能吸引高素质的人才进入行政法院系统。在减少法官数量提高法官素质的基础上,提高法官待遇的障碍和阻力就会减少。

(二) 法律解释体制的完善

在报章杂志中我们经常看到要求对现行法作更加具体、详细和明确规定的呼吁。这虽然有相当的合理性,但更应注意的是,由于法律文字本身的模糊性和立法者的局限性,同时为了给具体的法律实施留有灵活的空间,因而机械适用法律的要求是难以实现的。“无论立法者多么高明,规章条文也不能网罗一切行为准则,不能覆盖一切具体案件。因此,在某种意义上可以认为,法律本身的局限性就是法律解释学的根源。”³⁰结合行政诉讼中的特殊问题,可以将我国目前的法律解释体制存在的主要弊病归纳如下:

(1) 抽象解释与具体解释不协调。由于最高法院将法律解释权作为一项独立的权力,导致其在实践中过分重视对法规范进行脱离具体案例的抽象解释,而对结合个案的具体解释多有忽视,在行政诉讼法领域同样如此。最高法院长期以来致力于对行政诉讼法进行抽象解释,耗费了大量的精力;但抽象解释的性质实际上即为一种立法活动,因而立法行为自身所具有的局限性也不可避免地出现在司法解释中。例如“115条”对具体行政行为概念所作的解释,为使得这一概念变得明晰,反倒不合理地排除了一些本应包含在此概念中的若干行为形式,如行政合同等。而国外由法官通过判例结合个案所作的法律解释的优点,恰恰就是运用经验主义的点滴积累,弥补理性主义的规则建构的不足,值得我们重视。(2) 行政解释与司法解释界限不清,并且行政解释在很大程度上优越于司法解释。第五届全国人大常委会1981年通过的《关于加强法律解释工作的决议》规定,不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题,由国务院及主管部门解释。但是何为属于法院审判工作中的具体应用法律的问题,何为不属于,规定得并不明确。在行政诉讼中,法院对法规范的适用是二次适用,是对行政机关在行政管理过程中适用法律活动的再审查;因此,对其中涉及的法律的解释权由谁来行使,或者何者的解释具有优先地位,显然十分重要。另一方面,在现行的法律解释体制中,行政法规的解释权属于国务院及其主管部门³¹,地方性法规具体应用问题的解释权属于相应的地方政府主管部门³²,而法律的解释权顺着“法律—实施细则—实施细则的解释”的“流向”也进入了政府主管部门的职能范围³³;另外,根据行政诉讼法第53条规定,法院认为规章之间相互冲突的,法院对其适用并无最终决定权,而是要由最高法院送请国务院作出解释或裁决。这些都在总体上消蚀了司法解释权的范围,使司法裁判在很大程度上面临着一种不能不接受既存的行政解释的状况。而由于行政机关对法律的解释一般更注重对公共利益的维护,同时现实中的部门保护主义和地方保护主义十分严重,这就使得政府及其主管部门的解释对公民、法人的权益往往重视不够,对个案的解释尤其如此。“在行政机关与法院之间意见出现分歧时哪一种解释优先,是一个涉及司法地位和法律解释原则的根本性问题”³⁴,我们有必要对现行体制进行反思。(4) 立法解释适用情形不明,并处于主导地位。在其他国家的法律实践中,法律解释一般是指法律适用者与其在个案中的适用法律相联系的一种活动。但在我国,除了法律适用的解释以外,还特别重视立法解释,人们普遍承认的一种观念是“有权制定法律,就有权解释法律”,并赋予立法解释更高的地位。而立法解释所适用的范围一般是对法律条文本身需要进一步明确界限的情形,³⁵但是现有的认识和规定存在很大的缺陷。首先,在立法解释与行政解释、司法解释之间,在“条文本身”与“具体应用”之间,并无一条真实的界限。因为法律条文由于其自身的抽象性与概括性,其对“条文本身”的解释需要是没有穷尽的,而对法律条文本身进行解释的需要,只能产生于适用法律的过程中,产生于法律的“具体应用”中。其次,“有权制定法律,就有权解释法律”³⁶的命题并不具有认识上的合理性。因为具体法律条文在制定过程中的原初涵义,由于立法活动的复杂性以及立法材料的欠缺,并不容易把握,而且从法治原则所要求的法律安定性来看,只能假定立法者原意已经体现在法律条文之中,而不能在法律条文本身的涵义之外再去寻求所谓的立法原意;因此,作为立法者并不天然地具有法律解释权,它的解释并不天然地具有更高的效力;实际上,由立法者之外的实施者解释法律,尤其是由作为法律专家的法官在多方利害关系人的充分参与下解释法律,更符合客观公正地适用和理解法律的需要。³⁷立法解释处于主导地位在行政诉讼实践中的一个重要弊端是,最高法院对于法律文义的含义有疑义需要解释,或者认为法规与法律的规定相冲突时,总要征求全国人大常委会(实际上是其法制工作委员会)的意见,而由于法工委人手有限,事务繁多,往往导致行政案件审理被长期延宕。

现行的法律解释体制已经给行政诉讼制度的发展造成了很大的障碍,需要进行改革。根据前面的分析,笔者提出以下几点改革的思路:(1) 使各级法院和法官的司法解释正当化和合法化,并通过判决书的改革促使法官提高法律解释的水平。适用法律的前提是解释法律。解释法律的体现就是判决书中对判决理由的详尽说明。“在学术性、合理性较强的法律体系下,判决书不阐述和论证把法律适用于案件事实的理由的事情是绝对无法想象的”³⁸。但现阶段我国法院判决恰恰如此,判决的内容过于简单粗糙,虽然有要件事实的叙述和法律根据的援引,但大多缺乏充分的研析、论证、推理以及作为决定根据的命题讨论,也即没有真正的判决理由。因此,应当对判决书进行改革,加强说理成分,要将有无充分正确的判决理由作为衡量判决是否合格的一个主要标准。(2) 探索建立判例制度,强化司法解释的司法裁判背景。判例制度并非英美法系的专利,大陆法系各国对判例也都予以高度重视。在行政法领域,由于行政法调整范围的广泛性和复杂性,无法制定一个统一完整的法典,因而判例更是发挥了重要的作用。在我国,不仅承认判例事实上的拘束力没有障碍,承认最高法院判例的法律拘束力也不存在理论和实践上的障碍。1981年《关于加强法律解释工作的决议》明确承认最高法院的司法解释权;最高法院于1997年7月发布的《关于司法解释工作的若干规定》,则明确赋予了最高法院的司法解释具有法律效力。虽然以往对司法解释的理解主要是从抽象解释的角度,但判例作为司法机关最能发挥其功能和结合个案所进行的法律解释,赋予其法律效力同样无法理上的障碍,同时还可以赋予高级法院判例以法律效力。如果建立行政法院体系,则可以赋予最高行政法院和高级行政法院的判例以法律效力。(3) 明确法律解释的涵义和司法解释的优越地

位。法律解释是指法律实施者在适用法律前对法律涵义进行理解的活动。立法者在法律制定完成后，除非运用修法的形式，否则无权再对法律的涵义进行解释。法院对于其在适用法律过程中遇到的法律文义的模糊等问题，也无需征求立法机关的意见（但可以索取相关的立法资料作为自己解释的根据）。考虑到行政机关所拥有的丰富的行政管理知识与经验，法院对行政机关的解释应当予以尊重，但这种尊重不能取代法官作为法律专家对法律解释与适用所拥有的主导地位。（4）提高法官的素质。“法律是一门艺术，在一个人能够获得对它的认识之前，需要长期的实践和学习。”只有精英化和专业化的法官才能承担起法律解释的任务。

（三）行政诉讼构造模式的选择

行政诉讼的构造，是指由一定的诉讼目的所决定并由主要诉讼程序所体现的行政诉讼主体（原告、被告和法院）的法律地位和相互关系。行政诉讼的构造可以分为职权主义和当事人主义两种基本模式³⁹。英美法系由于不强调公私法的划分，司法审查程序基本上适用普通民事诉讼的规则，因此与民事诉讼一样适用当事人主义。大陆法系国家，如法国和德国等均采用职权主义。大陆法系国家认为，行政诉讼由于事关公共利益，法院应当依职权调查事实关系，不受当事人主张的拘束，“撤销诉讼的当事人，一为公权力主体之政府机关，一为人民，两造不仅有不对等之权力关系，且因政府机关之行政行为恒具专门性、复杂性及科技性，殊难为人民所了解。又政府机关之行政行为，每涉及公务机密，人民取得有关资料亦属不易，为免人民因无从举证而负担不利之效果，爰规定行政法院于撤销诉讼应依职权调查证据，以资解决。又行政诉讼以保障人民权益及确保行政权之合法行使为主要目的，故遇与公益有关之事项，行政法院亦应依职权调查取证，期得实质之真实”。⁴⁰可见，行政诉讼在事实关系的调查和证据收集上应采取职权探知主义并由此决定了其整体构造的职权主义。日本在二战前采取职权主义，二战后受美国的影响改采当事人主义。⁴¹我国行政诉讼虽然从微观上看也有当事人主义的成分，但其构造模式（特别是从实际运行来看）应属职权主义⁴²。

我国目前行政诉讼程序（主要是审判程序）的运作过程还存在若干很多问题，例如法官与当事人的责任混淆，法官的角色过于积极，甚至代替行政机关举证，与行政机关一起审被告；法官庭外活动过多，庭审职能淡化，庭前调查取证并进行实体审查等；对此，很多法官和学者都将其归结为我国行政诉讼所采取的职权主义构造模式，并希望参考民事诉讼领域进行的当事人主义的改革来转换我国的行政诉讼模式。笔者认为，首先应当明确，不能把目前行政实践中的问题都归结到行政诉讼构造上，很大一部分是在于法院不遵守法律规定以及法院内部结构上的缺陷。而我国行政诉讼构造的理想模式，笔者认为应当以借鉴大陆法系职权主义模式为基础，同时注意明确职权主义的界限，并结合中国的实际对其加以弱化和限制。

1. 我国行政诉讼构造仍应以职权主义为基础。这主要是因为当事人主义的正常运行建立在双方当事人参与能力大体对等的前提下⁴³。但在我国行政机关拥有强大的行政权，并且常以保密等各种理由拒绝公民、法人获得证据，公民、法人调查事实、收集证据以及对法律掌握的能力都无法与行政机关相抗衡，而且由于大多数行政诉讼的代理费用较少，并且阻力和压力大，不能吸引更多的律师（特别是优秀律师）作为代理人参与诉讼；因此，如果实行当事人主义，必将严重影响行政审判的实体公正，不利于对相对人权益的有力保护。以职权主义为基础应当体现在下列方面：（1）法院对行政行为合法性的审查，不以原告所主张事实为限，而应当从行政行为合法性的要件出发对其进行全面审查。（2）法院对于有助于查明被诉行政行为违法的证据，应当依职权进行积极全面的调查。⁴⁴（3）当事人的自认对于法院没有拘束力。所谓自认是指一方当事人所主张的事实对他方当事人不利，但他方当事人对该事实的真实性予以承认。在当事人主义（辩论主义）下，自认具有排除事实提出者举证责任的效果；而在职权主义（职权探知主义）下，法院仍应当调查必要的证据。

2. 应当充分调动原告主张和举证的积极性。法院在原告因为正当原因不能提供证据时可以进行调查取证，但不应完全取代原告的取证，这样既影响诉讼效率，也不利于原告积极性的发挥；因此，应当通过设定原告的协力义务，来减轻法院的负担。职权探知原则也未免除当事人依法提出证明及证据的责任，当事人的行为在实际上构成了法院调查的界限。因为法院不可能漫无目标地探知事实关系和调查取证，法院调查的强度和界限范围在很大程度上取决于当事人的陈述主张。特别是该项必须查明的事实属于原告所了解的领域更是如此。如果原告对于行政机关的意见未予答辩，则法院仅依照卷宗资料审查行政行为在事实与法律上有无瑕疵，即已尽其调查义务。

3. 完全的职权主义有其弊端，应当加以必要的修正和限制。行政诉讼中采取职权主义的主要目的，是保障作为弱者的原告能够与行政机关形成有效的对抗。如果法院在行政审判活动中为行政行为合法性提供事实和证据加以支持，则将造成相对人更大的困难，并使其对提起行政诉讼视为畏途，这在我国行政案件偏少、相对人诉讼意识淡薄的情形下是应当加以克服的。为此，应当明确行政诉讼中职权探知主义的单方性，即法院调查的事实和证据只能用以证明行政行为的违法性，而不能用来证明行政行为的合法性。这与典型的职权探知主义存在很大的区别。在典型的职权探知主义下，法院对判断行政行为合法性的所有事实和证据，无论是对原告有利还是对被告有利，都应当进行调查，而限于对被告不利的证据。不仅如此，

法院还可以依职权对被诉行政行为的理由（包括事实认定和法律适用）进行替换，通过用合法的理由对非法理由的代替来治愈被诉行政行为的瑕疵并作出驳回诉讼请求判决。⁴⁵笔者认为，这一规定的主要优点在于保证行政行为，但弊病在于不能达到有效全面控制行政行为的目的⁴⁶，并且容易给公民、法人留下法院和行政机关共同对付自己的印象。规定职权探知的单方性则没有这方面的弊病，这似乎对保护公共利益不利

（大陆法系国家在行政诉讼中采取职权主义的主要理由之一即在于公共利益的维护），但是笔者认为，行政机关的能力已经足够收集到其所作的证据，法院不协助被告举证，对实体真实的发现一般并无影响。

三、行政诉讼文化的畸形和重塑

我国目前行政诉讼文化的缺陷，主要体现在公务员宪政和法治意识的缺乏、民众诉讼意识的淡薄以及法院和法官角色意识的错位。“进行任何形式的改革，必须辅之以观念的变革。制度的变化或许在一朝一夕之间就可以完成，但是观念的变革往往需要一代人甚至几代人的努力。”⁴⁷我们不是文化和观念决定论者，但对于久远的民族传统以及长期运行的体制给人们观念所造成的影响应当予以充分的重视，对于在深层次支配人们行为的那些陈旧落伍的观念应当存有足够的警惕，对阻碍行政诉讼制度发展的畸形法律文化应当尽力加以改造和重塑。

（一）公务员的宪政与法治意识

在目前的行政诉讼中，一些行政机关及其工作人员表现出对行政诉讼制度强烈的排斥和抵触心理，这是导致行政诉讼制度陷入困境的主要原因之一。有些行政机关成为被告后，不应诉，不出庭，不举证，不移送材料，不履行法院裁判。一些行政机关利用本系统所掌管的人财物的权力对法院行政审判施加压力，法院如判决其败诉，就对法院的工程建设、人员待遇、办公设备添置、车辆申请等设置种种不便。有的行政机关在法院审理过程中找领导说情或借助党委、人大的力量对法院施加压力。⁴⁸宪政与法治的精髓在于通过限制政府及其官员的权力来保障公民权利。宪政与法治意识即是指政府及其官员对其权力的有限性有清醒的认识，对公民权利予以足够的尊重。我国公务员宪政和法治意识的缺乏，既有传统的因素，也有现实的原因。从传统上看，我国经历了长期的封建专制统治，在官民关系上官员有高高在上的优越感，欠缺为人民服务的公仆意识。在新中国成立后，由于实行计划经济体制和集中化的权力体制，国家权力无所不在地支配着社会的一切，权力一直缺少制度化的制约。虽然在意识形态上强调为人民服务，但官员享有的种种特权以及政府支配和垄断社会的一切资源，又从另一方面助长了权力无限的意识。一些行政官员对自己的权力应受到宪法与法律限制没有认识，不能忍受自己的权威受到挑战，对宪法和法律缺乏应有的尊重，更勿谈信仰。改革开放以来，虽然政府在一定范围内退出了社会经济领域，但仍然在很大程度上保留了原有体制下的权力，而长期形成的观念更是很难在短期内得到扭转。另外，在我们普及法律的宣传活动中，习惯于强调对公民进行守法教育，对政府以及官员守法宣传不够。有的地方在进行普法活动后，官员反映：“老百姓听话多了”，“工作好做了”，这就使将普法教育当成了“听话教育”，官员的法律意识、守法观念没有得到应有提高。

要树立行政机关及其工作人员的宪政和法治意识，首先，要进一步转变政府职能，政府应从众多经济社会领域退出；因为如果民众生存所必须的资源都由行政机关操纵和控制，行政机关必然会有一种高高在上的主人意识，权力有限的观念就不可能真正树立。其次，要对政府官员进行宪政与法治观念的宣传，使其明确法治的精髓在于依法治官而非依法治民，依法治权而非依法治事，依法治己而非依法治他人，认清权力的法律界限（包括实体与程序）。在对官员的教育上，不仅要重视为人民服务的政治教育，也要进行尊重公民权利的法律教育，以免用空泛的政治口号取代实在的法律保障，以抽象的人民置换具体实在的个人。最后，在公务员考试中应加强贯彻现代法精神的法律课程的比重。这方面日本的做法值得我们借鉴。日本通过“资格任用制”把掌握法律知识和技能的程度作为录用和使用公务员的标准，使现代法的精神渗透到官制管理之中，从而对日本行政法治程度的提高作出了重要贡献。

（二）民众的行政诉讼意识

行政诉讼制度一方面有助于培养公民的权利意识、主体意识，建立以个人人格、个人主观自由为基础的民族心理结构；⁴⁹但另一方面，权利意识和主体意识的欠缺又阻碍了我国行政诉讼制度功能的发挥⁵⁰。我国行政诉讼受案率偏低，一个很重要的原因在于公民诉讼意识不强，不愿通过行政诉讼的途径来保障自己的合法权益。造成公民诉讼意识淡薄的原因，可以归结为如下几个方面：（1）行政诉讼案件的审判质量缺乏有力保障。（2）行政机关的打击报复。（3）公民权利意识的欠缺。前面两个方面前文已有论述。下面仅对权利意识问题进行详细探讨。

权利意识是对抗和克服人治、制约权力的重要自觉力量，是实现依法治国、依法行政的重要社会基础。只有确立起普遍的权利意识，才能更有效地实现法律的权威性，公民的主体地位和理性自由才能得到

更可靠的保障。社会主义法治国家也才能最终建立。德国法学家耶林有句名言，为权利而斗争就是为法律而斗争。在耶林看来，斗争是法和权利的生命，为权利而斗争是国民法感情的体现，国民不应胆小怕事、息事宁人地回避权利遭受侵害的事实，而应勇敢地主张自己的权利。⁵¹但可惜的是，由于长期的专制统治、传统文化和主流意识形态的影响，我国公民心目中个人权利的观念仍然极为淡薄。改革开放以来，在私法领域个人的权利意识虽有了一定程度的增强，但从总体上看仍然缺乏与建立市场经济和法治国家相适应的权利意识，特别是在与政府交往时，官贵民贱的观念仍然根深蒂固。造成这种状况的原因在很大程度上还是由于政府仍控制着经济、社会中各种资源的分配，市民社会与政治国家的二元分离尚未最终完成，从而缺乏个人权利发育的社会基础；但从另一个角度来看，公民权利意识的欠缺在很大程度上也构成了中国社会进一步发展的障碍。我们且不谈文革国人所表现出来的对权势者的盲从和对同胞斗争的残酷与无情，就是在改革开放二十年中，以言代法、以权代法、权力滥用等现象层出不穷，也表明了国人对于法上权力、法外权力以及权力不合目的性运作的宽容，表明了国人对自身自由和权利的一定程度的疏忽。⁵²

对民众诉讼意识的改造，需要作以下几个方面的工作：首先，要通过行政诉讼制度改革推动民众诉讼意识的提高。公民在其正当权益受到侵犯后不提起行政诉讼，不能一概地责备其权利意识的欠缺，而只能承认这在很大程度上是理性选择的结果：如果对行政机关的大量违法行为根本不能提起行政诉讼，司法公正不能得到保障，如果即使胜诉也未必能够得到执行，如果在一个案件中的胜诉却导致以后受到行政机关的各种打击报复，我们又怎能苛求他们必须提起诉讼？从行政诉讼的角度来看，必须扩大行政诉讼的受案范围，保障民众出现诉讼需求时能够获得法律的支持；通过司法体制改革保障司法的独立与公正，以免破坏民众对司法脆弱的信赖；采取切实有效的措施对行政机关打击报复原告的行为进行有力的惩处，以保障民众的诉讼安全。其次，进一步完善市场经济体制。实践证明，市场经济最能体现平等利益关系和相应的权利要求。市场经济要求建立一个权力有限的政府，一个保障权利充分行使的政府。通过市场经济体制的确立，市民社会与政治国家相对分离，社会利益主体趋向多元，个人主体地位得以确立，民众的权利意识、主体意识和公民意识必然不断强化，从而形成对国家权力扩展的有效制衡机制。最后，要对民众进行新法律观的教育。我国以往在宣传提高人民群众的“公民意识”时，过于重视公民的义务意识，而不太强调公民的权利意识，⁵³这是对现代法的价值定位在认识上存在偏差的表现。现代法的精神是公民权利的保障书，法治教育不应当是训练公民成为法律的顺民，而应唤醒公民的权利意识，鼓励公民利用法律的武器来保障自己的合法利益。应当通过各种途径，包括学校教育、普法宣传、新闻媒介等加强对公民权利意识的宣传。法律意识和权利意识的启蒙是一项崇高、伟大的事业，在我国现阶段仍然是一个尚未完成的使命。

（三）行政法官的角色意识

在目前的行政诉讼实践中，一些行政法官与行政机关一起审原告，为被告的行为千方百计寻找理由，对原告施加压力促使其撤诉，对于法律的解释往往求助于立法者或对于行政解释无条件地予以服从；以考虑“社会效果”为名往往不正当地限制了当事人的诉讼权利和实体权利，等等。造成这种现象的原因是多方面的，但与行政审判人员未能树立正确的角色意识，未能摆正自己的位置有很大的关系。

行政法官的角色意识是指行政法官对自己充当的社会角色所要肩负的使命的认识。行政法官的角色使命是通过准确地适用法律（包括实体法与程序法）来监督行政行为，实现公平正义。行政法官的这一角色使命意味着他是法律的专家，是法律内涵的权威判断者，法官应当根据自己的知识和经验对法律的涵义进行解释和判断，并合理使用自由裁量权；意味着法官仅对法律负责，而不应向权力低头；意味着法官不应当仅仅是某一种利益的维护者，无论是公共利益还是个人利益，而应当通过适用法律实现各种利益之间的平衡；意味着法官应当对行政行为的合法性进行监督，而非代替或帮助行政机关寻找论证行政行为合法性的事实与法律根据。从行政诉讼实践可以看出，我国目前行政法官角色意识的最大缺陷在于将自己的角色混同于行政官员。造成这一现象的原因主要有以下几个方面：（1）传统法律文化的影响。传统上我国不存在立法、行政与司法的划分，“行政兼领司法”，解决纠纷、惩罚犯罪是政府对整个社会进行统治的一部分内容，从而构成了“全能型衙门”的政治结构。⁵⁴（2）法院定位的偏差。虽然根据我国法律规定，法院是平行于行政机关的一个独立部门，但具体体制的运行以及功能定位都呈现出强烈的行政机关的色彩。一方面，法院的内部管理体制行政化，法院与行政机关的管理不存在实质性的差别；另一方面，改革开放以后，虽然我们不再或很少提司法机关是无产阶级专政的工具或“刀把子”，但我们对法官的教育往往过多强调考虑办案的社会效果，要求法律在政策和现实需要面前让步。法院定位的行政化导致法官往往将自己作为公共利益的维护者，对于行政机关具有一种天然的亲和力，而对于作为原告的相对人却具有排斥甚至厌恶（视为刁民）的心理，在政策与法律相抵触时则往往倾向于遵循政策。（3）法官选任的非专业化。将法官等同于普通的“国家干部”，大批没有经受过正规法学教育的人员得以畅通无阻地进入法院，甚至担任较高级别的领导。从事法官职业却没有扎实的法学专业知识和丰富的法律实践经验，就不可能深刻体会自己作为法律专家的身份，对行政机关进行监督也缺乏信心和勇气。（4）法院对行政机关的依附。法院的财政、人事等均控制在行政机关手中，法院对行政机关这种体制上的依附性，导致法官难以具有作为中立的裁判者所应当具备的超脱意识。

为端正行政法官的角色意识，笔者认为可以着手以下几个方面的工作：（1）将法院定位为中立的裁判者而非公共利益的代表。“在法治社会中，之所以将司法独立定位为一种宪法原则，正是因为司法既要调整社会关系，维持生活秩序，又必须能够有效地抑制和制裁发生于广泛机构的违法行为。司法决定的执行固然有国家的强制力作为后盾，但这种强制力不只是针对一般公民，同样也针对官方组织与其他团体。”⁵⁵法院应当是居于政府与民众之间的中立的仲裁人，法院不是政府的一个部门，也不应当实际从事政府部门的工作。法院与法官所追求的价值目标也与行政机关不同，行政机关的使命是公共利益至上，法官的任务在于准确适用法律，实现公平正义。（2）保障法官职业的专业化和精英化。法官职业是一个具有极高专业化要求的职业，只有具有深厚的法学理论功底和长期的法律实践经验的人才能胜任司法裁判的工作，也才能具有通过自己的判断实现正义的勇气与信心。（3）进行司法体制改革，按照司法职能的本来性质建构司法内部管理体制，并保障法院独立行使审判权。

结语

由上可见，造成我国目前行政诉讼制度困境的原因是多方面的，既有行政诉讼法律规则本身的缺陷，也有行政诉讼体制（实际上是国家宪政体制的一个重要环节）的弊端，还有落后的法律文化的影响；因此，要真正走出困境，必须从多方面对现有的行政诉讼制度加以完善，从规则、到体制、再到法律文化都有许多工作亟待去做。我们确实应该承认我国行政诉讼制度的完善是一个艰巨复杂的系统工程。不仅如此，行政诉讼制度的现状是与国家整体的经济、政治和文化的整体发展水平相适应的，行政诉讼法的很多问题必须将其放置到中国整体社会结构的大背景中加以审视才能深刻理解。中国的经济、社会和文化正处在转型期的实际情况，决定了我国行政诉讼制度的道路必然是艰难而曲折的；但我们不能坐等执法环境的变化，而应积极创造良好的条件。所谓的系统工程不能成为我们消极无为的遁词，而必须寻找改革的突破口。有学者认为：“国家主导的有目的的社会变革是一个极其复杂的系统工程，不可能一蹴而就。而各项改革措施之间的功能关联性非常强，如果没有其他制度条件的配合，一项改革措施往往不能见效。关键在于正确地选择突破口，适当地决定应当采取的改革措施的顺序和日程。为此首先需要能够缩减社会复杂性并能使改革设想转换成容易操作的形态的某种方法或方式。”⁵⁶笔者认为，就行政诉讼而言，目前的突破口可以定位在司法体制的改革上。这一方面是因为司法制度已经成为我国法治建设的瓶颈，司法改革与规则建构相比具有更大的严重性与紧迫性：如果司法不能保证公正，则规则无论多么完美先进也没有意义，“在政府仍然控制司法活动，在民众仍然把司法机构视为政府的一个部门的地方，强把问题‘纳入法律轨道’的办法并不能起到减轻社会振荡的作用，因为法院实际上不可能真正以‘法律的方式’解决问题”⁵⁷；另一方面是因为法律文化的建设是一个长期积累的结果，对其改造工作很难在短期内获得成果，而且法律文化的变化在很大程度上也必须依赖于制度建构提供其生长的土壤和环境。

袁曙宏，国家行政学院法学部教授，博士生导师

李洪雷，法学博士，中国社会科学院法学研究所宪法与行政法室研究人员

1. 1914年5月18日北京政府公布《行政诉讼条例》，仿效法国的Conseil d'Etat 设立平政院受理行政诉讼。1933年11月17日国民党政府公布《行政诉讼法》和《行政法院组织法》，第二年9月行政法院成立，开始受理行政案件。

2. 在平政院时期，平政院每年接案不及十件，无案可审，被讥为“贫症院”。行政法院时期，每年受案也仅百件左右。参见翁岳生：《行政诉讼制度现代化之研究》一文，载其所著：《行政法与现代法治国家》一书，1990年第9版，第390页。

3 龚祥瑞主编：《法治的理想与现实》，中国政法大学出版社1993年版，第5页。

4 薛刚凌：《行政诉权研究》，华文出版社1999年版，第213页以下。

5 杨海坤：《摆脱行政诉讼困境的出路》，《中国法学》1994年第3期，第52页。

6 彭贵才：《关于行政诉讼困境的法律思考》，《法制与社会发展》1998年第3期，第14页。

7 弗里德曼：《法律制度》，中国政法大学出版社1994年版，第16页以下；《法治、现代化与司法》，《北大法律评论》第1卷第1辑，第298页。

8 最高人民法院于1991年发布了《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试

行)》(因该意见共有115条,行政法学界习称之为115条),今年又对原来的意见作了较大的修正和补充,发布了《关于执行<中华人民共和国行政诉讼法>若干问题的解释》。

9 参见周汉华:《论建立独立、开放与能动的司法制度》,《法学研究》1999年第5期,第12页。

10 如日本和我国台湾地区的学者一般认为,关于抽象法规的争议,原则上尚非具体的公法上的争议范围,无法提起行政诉讼。德国行政诉讼法对于法规命令的审查范围也受到很大的限制,只有高级行政法院才可以对依据建筑法制定的自治规章和法规命令以及其他邦法律位阶之下的法规命令的有效性加以直接审查(附带审查是法院当然的权力)。

11 参见崔卓兰:《行政规章可诉性之探讨》,《法学研究》1996年第1期,第141页。有的学者所主张的抽象行政行为只有通过具体行政行为才能发生法律效力,是着眼于必须通过行政强制执行才能够实现抽象行政行为所处以的义务。但实际上下命性的具体行政行为(具体行政行为可分为下命行为、形成行为和确认行为三种。下命行为是以命令或禁止的形式对相对人设定特定作为、不作为或容忍义务的行政行为。下命行为所设定的行为义务,相对人如果不履行即无法达成目的,因而具有强制执行的必要。形成行为,即用以设定、变更或废止具体法律关系的行政行为。许可与特许属于形成行为。确认行为,指确认权利或义务,或确认在法律上具有重要性的人或物的法律性质的行政行为)所确定的义务也必须通过强制执行才能保障得到贯彻。

12 当然如果将抽象行政行为纳入行政诉讼的受案范围,必须要对抽象行政行为进行类型化的处理,其中行政机关内部颁布的行政规则(关于行政规则的概念,参见盐野宏著、杨建顺译:《行政法》,法律出版社1999年版,第72页以下;于安著:《德国行政法》,清华大学出版社1999年版,第84页以下),因为不具有法的效力,不直接涉及相对人的权利义务,对法院也没有拘束力,在原则上不能纳入行政诉讼的范围。

13 在法国,利害关系人认为条例违法,可以向行政法院提起越权之诉,请求撤销不合法的条例。在英国,法院可以用确认判决宣告违法的行政管理法规的无效。

14 乌勒在传统的特别权力关系内区分基础关系(外部关系)与经营关系(内部关系),前者是指有关特别权力关系的产生、变更与消灭,如公务员的任免与退休,公立学校学生的入学与退学;后者则是指公行政主体为达成特定权力关系的目的而采取的“管理规则”,如长官对下属的勤务指示和考绩,公立学校对学生的服装、仪表和作息时间等所作的规定等。根据基础关系与经营关系理论,基础关系对相对人利益影响较大,应适用法律保留原则与司法救济以保障相对人的基本权利;与经营关系有关的事项,应视为行政内部的指示,对相对人利益影响较小,无须法律规定,也不存在法律救济,以此来维持行政内部秩序和达成行政目的。

15 德国特别权力关系理论变迁的契机是联邦宪法法院于1972年3月14日的“刑事执行判决”。联邦宪法法院在该判决中认为,在监狱服刑的囚犯也享有基本法规定的基本权利,对其通讯自由等基本权利的限制只能用法律或根据法律的授权进行,而不能仅根据监狱的管理规则。宪法法院明确宣称,“认为刑罚执行作为特别权力关系的主张,把刑事囚犯的基本权利置于不确定的状态,这是不能接受的。”此后司法实务界和学术界都认为,基本权利保护、法律保留和司法救济对传统的特别权力关系应当适用。

16 将监狱管理机关作为司法机关,将监狱管理行为作为司法行为,这是我国法律界对司法概念滥用的一个方面的体现。司法在本质上是中立机构依据严格的法律程序对法律争议进行被动裁决的活动,公安机关和监狱管理机关的活动虽然与司法活动具有密切的联系,但其行为的性质和特点决定了其只能是行政职能。当然这并不意味着行政行为都应纳入行政诉讼的范围,对于那些适用刑事诉讼法、与刑事职能具有密切关系、并且受到法院直接控制的行为可以作为例外加以排除。

17 将公立学校作为所谓的事业单位与行政机关并列,并排除在行政主体的范围之外,这是我国行政法学界对实践缺乏反思的一个表现。行政机关、企业和事业单位、社会团体的划分,是传统单位体制的一种表现,是为了编制管理的需要所作的一种分类。而从法律的角度来看我国的事业单位,可以将其分为下列几种类型:其一为企业组织,如所谓实行企业化经营的事业单位;其二是行政机关,如中国证监会,名义上是事业单位,但在实质上与国务院其他机构并无区别;其三是提供公共服务的公共机构(公共营造物),其实质也是行政主体,如公立学校这样的组织,实际上从事的活动也是一种行政活动,虽然它较传统的高权色彩(当然也有例外,例如对学生的惩戒),而提供的是服务,但行政的内涵在现代已经有了很大的拓展,并非只从事高权活动的才是行政,服务行政(给付行政)也是行政的一个重要类型。

18 此处是根据德国和日本对主观诉讼与客观诉讼概念的理解,与法国的概念不同。关于法国行政法

(学)上这一对概念的含义,参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第641页以下。

19 根据日本案件诉讼法第5条的规定,民众诉讼是请求国家或公共团体的机关的违法行为的诉讼,是以选民资格以及其他与自己的法律利益无关的某种资格进行的诉讼。民众诉讼在日本有选举无效诉讼、当选无效诉讼、居民诉讼等。美国联邦和州法均承认纳税人诉讼,允许纳税人对政府的财政行为提出司法审查。参见施瓦茨著、徐炳译:《行政法》,群众出版社1986年版,第424页以下。美国法院判例还确认了公民具有公共利益代表人的资格,建立起私人检察总长制度。参见王名扬:《美国行政法》(下),中国法制出版社1995年版,第628页。

20 根据日本行政案件诉讼法第6条的规定,机关诉讼是指国家或公共团体的机关相互间就权限存否或其行使的纠纷的诉讼。其目的在于保障分权、地方自治和维护公法秩序。日本地方自治法第146条规定,主管大臣与都道府县知事的争议、都道府县知事和市町村长的争议可以通过机关诉讼解决。在法国,一个行政机关在其利益受到其他行政机关决定的侵害,而其本身不能撤销或改变该决定时,可以向行政法院提起越权之诉。这种诉讼可以发生在同一行政主体内部机关之间,也可以发生在不同的行政主体之间。德国行政法院法对于机关诉讼未设明文规定,但通说和判例均承认机关诉讼。

21 我国《专利法》的规定是一个例外,根据该法第41、42和43条的规定,任何单位或者个人认为发明专利权的授予不符合该法规定条件的,都可以请求专利局撤销该专利权;如果专利局驳回该请求,请求人可以申请专利复审委员会复审;如果对复审决定仍不服,可以提起行政诉讼。

22 参见黎军:《社团在行政诉讼中的作用》,《法商研究》2000年第1期,第86页。

23 参见建设部《城市房地产转让管理规定》(1995年8月7日)第7条。与此有关的一个案例是高永善诉焦作市电子光源总店房产纠纷案。1993年5月原告提起民事诉讼,要求被告搬离其营业场所,其理由为该房屋已经由其向焦作市纺织集团公司购得,并取得了市房产管理局颁发的房屋所有权证。被告认为市房产局发证错误,拒不承认原告对该房屋拥有合法所有权。参见《中外法学》1998年第2期。

24 例如建设部《城市房屋产权产籍管理暂行办法》第21条规定:“因房屋产权引起的纠纷,可以由当事人共同协商解决,也可以申请房地产仲裁机构申请仲裁或者诉请人民法院裁决。”

25 有第三人效力处理(verwaltungsakte mit Drittwirkung),是指一个行政处理除对相对人(Adressat),即其内容中所指定的人产生法律效果外,同时对第三人产生法律效果。它既包括对相对人授益而对第三人增加负担的行政处理,也包括对相对人增加负担而对第三人授益的行政处理。可能受行政处理影响的第三人有建筑法和公害防治法上的相邻人和同业竞争者等,在商标与专利权案件中也往往涉及第三人的利益。

26 参见章武生、吴泽勇:《司法独立与法院组织机构的调整》(上),《中国法学》2000年第2期。

27 石佑启、周佑勇:《试论市场经济条件下行政诉讼制度的发展》,《法商研究》1995年第3期,第12页。

28 这些建议可以分为两类。第一类观点主张通过法院财政人事制度的改革来解决司法独立的问题,不涉及法院设置的调整。持这种观点的学者基于司法不独立的起因在于地方党委、人大和行政机关在法院人、财、物等方面享有决定权这一事实,主张通过把这些权力收归中央或较高级别机关,来克服司法权力地方化和不独立的弊病,保障国家法制的统一。第二类观点则将改革的目标直接指向各级法院的设置。这种观点认为,地方法院司法区域与行政区域的重合,是滋生地方保护主义并从而导致司法不能独立的制度性根源,因而改革现行司法体制的关键是打破现行法院体系,对各级法院进行重新设置。参见:章武生、吴泽勇:《司法独立于法院组织结构的调整》(上),《中国法学》2000年第2期。

29 对高级行政法院设置的构想,参考了章武生等对高级法院设置的建议。同前引文。

30 季卫东:《法律解释的真谛——探索实用法学的第三条道路》,载其所著:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第87页—88页。

31 国务院办公厅于1993年3月发布的《关于行政法规解释权限和程序问题的通知》规定,凡属于行政工作中具体应用行政法规的问题,按照现行做法,仍由有关行政主管部门负责解释。

32这是1981年全国人大常委会通过的《关于加强法律解释工作的决议》的规定，这里应当注意的是在此处没有区分司法与行政工作中具体应用的解释。另外，在单行的地方性法规中有时也规定对具体应用问题由本级政府解释或由本级政府法制部门解释。

33 这是指在法律中一般总是授权有关机关制定实施规定，这些机关包括国务院、国务院主管部门、省级人大常委会、省级政府等，而这些实施规定又进一步按照行政法规、地方性法规或行政规章的方式，对解释问题作出规定。参见张志铭：《法律解释操作分析》，中国政法大学出版社1999年版，第224页。

34 季卫东：《中国法文化的蜕变和内在矛盾》，载于李盾编：《法律社会学》，中国政法大学出版社1999年版，第226页。

35 根据1981年《关于加强法律解释工作的决议》，凡属法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由全国人大常委会解释；凡属于地方性法规条文本身需要进一步明确界限或作出补充规定的，由制定地方性法规的地方人大及其常委会进行解释。国务院办公厅1993年的通知规定，凡属于行政法规条文本身需要进一步明确界限或作出补充规定的，由国务院作出解释。

36 这里的解释法律，不包括用立法的形式所进行的解释。立法者当然可以通过立法的形式对其所制定的法律条文进行解释，但是如果它不采取这样一种立法的解释形式，就需要从“解释活动本身的规定性出发”来衡量其正当性。参见张志铭前引书，第250页。

37 张志铭，前引书，第251页。

38 季卫东：《法律职业的定位——日本改造权力结构的实践》，载其所著：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年版，第229页。

39 职权主义和当事人主义的核心问题在于把诉讼的主动权交给法院还是当事人，采取前者的是职权主义，采取后者的是当事人主义。对职权主义和当事人主义可以从宏观和微观两个方面来把握。职权主义和当事人主义宏观上的含义是指作为两种不同的诉讼模式。职权主义诉讼模式在民事诉讼领域的代表是前苏联的诉讼模式，而西方大陆法系和英美法系的民事诉讼均采用当事人主义的诉讼模式；在刑事诉讼领域，大陆法系国家一般采用职权主义诉讼模式，而英美法系国家则采用当事人主义诉讼模式。由于在行政诉讼中举证责任的配置所面临的问题与民事诉讼存在更大的相似之处，因此本文主要是根据民事诉讼领域展开讨论。

作为微观意义上的职权主义和当事人主义，与不同的诉讼事项相联系。（1）诉讼程序的运行。分为当事人进行原则和职权进行原则。这是当事人主义和职权主义在诉讼程序运行上的分别体现，前者是指诉讼程序运行的主导者是当事人，法院只负责最后作出判决来终结诉讼，其他程序全部由当事人进行；而后者则是指诉讼程序的主导者是法院，一旦进入诉讼，当事人必须通过法院来向对方提出自己的要求和主张。决定开庭辩论的日期也属于主审法官的专有权限，一旦决定了日期，双方当事人都不能随意改变。各国民事诉讼程序一般采用职权进行的原则，但也有例外，如日本的家事审判。（2）诉讼的开始和终结。在民事诉讼中，诉讼的开始和终结一般采取当事人主义，此即所谓的处分权主义。在处分权主义下，诉讼程序的开始、审理对象的内容、诉讼标的的变更和诉讼终止等问题都由当事人决定。处分权的主体是原被告双方，而其客体则是请求或诉的内容本身。处分权主义也为各国的民事诉讼立法所保障，但有时也受到一定的限制。（3）诉讼资料的收集。当事人主义在诉讼资料收集（具体事实主张和举证）上体现为辩论原则，它包括三个方面的含义：第一，由当事人提出并加以主张的事实，法院才能予以认定；也就是说，作为法院判决基础的诉讼资料只能由当事人提供，法院不得随意改变或补充当事人的主张。第二，对双方当事人没有争议的事实，法院必须照此予以认定。这种事实被称为自白事实，法院受自白事实的拘束。第三，法院原则上只能就当事人提出的证据进行调查。职权探知原则是职权主义在诉讼资料收集这一层次上的体现，其内容包括：即使是双方当事人均未主张的事实，法院也能予以认定；法院的行为不受当事人自白的拘束；可以依职权广泛地调查证据。参见谷口安平著、王亚新等译：《程序的正义与诉讼》，中国政法大学出版社1994年版，第101页以下；张卫平：《民事诉讼基本模式：转换与选择之根据》，载《现代法学》1996年第6期，第4页以下。

40 引自我国台湾地区行政诉讼法立法理由书，其针对的是该法第133条的规定：“行政诉讼于撤销诉讼，应依职权调查证据；于其他诉讼，为维护公益者，亦同。”

41 日本《行政案件诉讼法》第24条规定：“法院在认为必要时，可以依据职权进行调查”。也就是说，由于当事人举证的不充分，法院无法得到有关争论中事实部分公正的心证时，可以依据职权传唤证人，督促提出物证，以自己的职权进行证据调查。但通说认为，对于当事人之间无争议的事实，仍不允许法院扩大自己纷争的范围进行审理。日本行政法学界有很多学者对现行行政诉讼制度进行批判，认为应借

鉴以德国为代表的大陆法系国家的规定。

42 这体现在法院在行政诉讼中，对于事实认定不限于当事人主张的范围，即使当事人未提出的事实法院也可以认定；法院为了查清案件事实，可以积极主动地调查取证；当事人的自认对于法院没有拘束力。

43 陈瑞华：《刑事审判原理论》，北京大学出版社1997年版，第332页。

44 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29条规定：“有下列情形之一的，人民法院有权调取证据：（一）原告或者第三人及其诉讼代理人提供了证据线索，但无法自行收集而申请人民法院调取的；（二）当事人应当提供而无法提供原件或者原物的。”这一规定体现了对法院调取证据的限制，但是若将所列两点作为法院能够调取证据情形的穷尽列举则是不恰当的，与职权主义的精神不合，是否与行政诉讼法规定契合也令人怀疑（行政诉讼法第34条规定：“人民法院有权要求当事人提供或者补充证据。人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据”，这其中蕴藏的精神应是职权主义）。我国民事诉讼法第64条第二款规定：“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认定审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。”这一规定适用于行政诉讼倒是合适的。

45 如德国通说认为，行政法院在判断行政行为是否合法时，应当斟酌被诉行政行为的一切法律的上理由和事实，而不以被告在作出行政行为时所依据的事实和理由为限。但也有少数学者对此持不同意见，如Kopp即认为，在法院已经确认行政行为是通过足以影响其决定的瑕疵程序作出，或作为行政机关决定基础的事实和法律上的考虑错误有瑕疵时，即应撤销该行政行为，而不许考虑行政行为是否可以根据其他的事实与理由合法作成。参见陈清秀：《行政诉讼法》，第392页以下。

46 我国对行政行为合法性的判定，不仅在于最后的处理结果（例如处罚的数额，是否予以许可等），还包括其事实认定和法律适用，而德国法则认为审查的对象即是最后的处理结果，如果处理结果正确而事实认定和法律适用有瑕疵，行政机关或法院变更或追加理由后该瑕疵即可治愈。

47 陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题》，中国人民大学出版社，1999年版，第401页。

48 根据北京大学法律系和高级法官培训中心联合进行的调查，这些情况在各地普遍存在。参见姜明安主编：《中国走向行政法治进程》，法律出版社1997年版。另参见江必新：《行政相对人的权利救济》，载夏勇主编：《走向权利的时代——中国公民权利发展研究》，中国政法大学出版社2000年版。

49 陈端洪：《中国行政法》，法律出版社1998年版，第127页。

50 梁漱溟先生指出：“西方法的精神在保护个人的权利，但这种法律移植中国之后因不合中国人情，反为祸甚烈。柔懦怕事甘心吃亏以消极为良善的中国人，则于他这种法律下，享不着一点权利保护。……法官是不能自作主张，扶弱锄强的。”梁漱溟：《我们政治上第一个不通的路》，载《梁漱溟全集》，山东人民出版社第5卷，第166页。

51 耶林著，胡宝海译：《为权利而斗争》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（第2卷），法律出版社1994年版。

52 参见马长山：《公民意识：中国法治进程的内驱力》，载《法学研究》第18卷第6期（总第107期），第5页。

53 郭道晖：《法的时代精神》，湖南出版社1997年版，第525页以下。

54 参见贺卫方：《中国司法管理制度的两个问题》，载《中国社会科学》1997年第6期。

55 参见贺卫方：《通过司法实现社会正义》，载夏勇主编《走向权利的时代》，中国政法大学出版社2000年版，第184页。

56 季卫东：《法律程序的意义》，载于《法治秩序的建构》，第66页。

57 梁治平：《转型时期的法律与社会公正》，载李盾编：《法律社会学》，中国政法大学出版社1999年版，第350—351页。

（本文发表在《行政法论丛》第4卷）

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话：64022187 64070352 邮件：law-culture@163.com
地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720