

行政诉讼制度改革中的焦点问题 ——目标、方案与理由

□莫于川等 [中国人民大学 法学院,北京 100872]

时间:2005年11月28日,周一

地点:中国人民大学贤进楼

论坛主持人:莫于川

论坛参与者:莫于川(中国人民大学法学院教授、博士生导师,宪政与行政法治研究中心执行主任)

林鸿潮(中国人民大学法学院宪法学与行政法学博士研究生)

哈书菊(中国人民大学法学院宪法学与行政法学博士研究生)

王 错(中国人民大学法学院宪法学与行政法学博士研究生)

张艳丽(中国人民大学法学院宪法学与行政法学博士研究生)

张步峰(中国人民大学法学院宪法学与行政法学博士研究生)

郭庆珠(中国人民大学法学院宪法学与行政法学博士研究生)

田文利(中国人民大学法学院宪法学与行政法学博士研究生)

刘 颖(中国人民大学法学院宪法学与行政法学博士研究生)

牛文展(中国人民大学法学院宪法学与行政法学博士研究生)

主持人语:欢迎各位积极参加我们宪政与行政法治研究中心专门组织的博士论坛。今天的讨论是我们论坛的

第二期,主题是当前我国《行政诉讼法》修改过程中的一些热点、难点和疑点问题。《行政诉讼法》的修改是当前学术界和实务界都普遍关心的一个问题,大家作为研究宪法学与行政法学的博士研究生,想必对此也是关注已久。今天的讨论,希望大家畅所欲言,充分提出和阐述自己的观点,最好能够以对抗的、辩论的方式进行讨论。

科学、民主、高效且良好运行的行政诉讼制度,是一个国家宪政和行政法治的重要组成部分,是建设法治国家和法治政府的必由之路。如何修改完善已经施行了十余年的我国行政诉讼法典,已成为学界和实务界的共识和正式列入议程的重要立法任务。此前,我们研究中心按照全国人大常委会工委行政立法研究组的要求,在大家的积极参与下完成提交了关于修改《行政诉讼法》的专家建议稿。我们希望通过这次讨论,能够把这个修改建议稿的基本思路和框架加以深入讨论。

考虑到《行政诉讼法》修改过程中涉及到的问题很多,每一个条款大家都可能有不同见解,我们这次讨论先适当集中一下主题,就目前各界最关心、也是行政诉讼制度中最主要的几个方面展开讨论。我想主要可以围绕这几个方面来进行:一是行政诉讼的基本原则和受案范围;二是诉讼中的各方主体,也就是管辖法院的确定和当事人资格的认定;三是证据规则和法律适用;四是审理程序和判决类型;最后是其他一些普遍关心的问题,比如执行问题、赔偿诉讼问题等。

论题之一:行政诉讼的基本原则与受案范围

莫于川:我们首先讨论行政诉讼的基本原则。行政诉讼作为我国的三大诉讼之一,在它的原则体系当中,有些是和其他诉讼共有的,比如司法公正原则、回避原则、两审终审原则、使用本民族语言诉讼原则、检察院监督原则等等;有些则是行政诉讼所独有的,比如合法性审查原则;还有一些虽然是三大诉讼共有的,但在行政诉讼中有着特殊的意义,比如司法独立原则。我们应当重点关注的是后面两类原则,这些原则在《行政诉讼法》的修改中是否有被修正的必要呢?如果有,又应当如何修正它们呢?请大家就此谈谈看法吧。

张艳丽:对于司法独立原则,它虽然是三大诉讼的共有原则,但在行政诉讼中有其特殊意义,因为行政诉讼审查的正是行政权的行使。因此,行政诉讼中的司法独立应着眼于解决好司法权与行政权之间的关系。现有的法律

只是规定“人民法院依法对行政案件独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”,这一规定并没有完整地司法权与行政权做出界分,只有将司法独立于行政和司法谦抑,还有司法最终裁判结合起来才能更好地解决这一问题。因此,我认为,应当在现有法律的基础上进一步规定“人民法院审理行政案件不得干涉行政机关依法行使行政权力”,即规定司法谦抑原则;同时增加规定“行政争议由人民法院行使最终裁判权”,即司法最终裁判原则。

增加司法谦抑原则的理由在于:首先,在行政案件的审判当中,必然涉及到法院与行政机关之间的关系,司法权谦抑可以避免司法权对于行政权的行使进行不必要的干预和限制,这有利于合理安排行政权与司法权之间的关系;其次,提出司法权对行政权的尊重,有利于减少在审判过程中法院与行政机关的冲突,这也有利于减少行政机关

对审判活动的非法干预。

增加司法最终裁判原则主要是基于如下考虑:首先,从宪法所规定的行政权力与公民权利的关系来看,对于行政机关的行政行为,公民有权向法院提起行政诉讼要求司法审查;从行政权与审判权的关系来看,司法权对行政权进行监督和制约也是基本的宪法原则。其次,从我国未来行政法和行政诉讼法的发展方向来看,如果大量存在行政权作最终裁决的制度设计,这与世界发展潮流不符。特别是我国已经加入了WTO,如果作为世界贸易组织的成员而不信守承诺,将会在国际上造成不良影响。再次,我国在专利和商标等方面曾有行政终局裁决的规定,但随着《专利法》和《商标法》的修改,这种行政终局裁决的规定已相继取消,这也印证了司法最终裁判才是发展趋势。目前,我国《公民出境入境管理法》第十五条、《外国人入境出境管理法》第二十九条、《行政复议法》第十四条和第三十条规定的部分情形中,行政机关仍有终局裁决权。但是,行政相对人对行政机关的信任,并不能保证行政终局裁决的公正性,可见上述规定与公民权利保障及法院审判权行使的发展趋势并不吻合。随着我国法治进程的加快,由司法权进行最终裁判已是大势所趋。

对于合法性审查原则,现行法律规定“人民法院审理行政案件,对具体行政行为是否合法进行审查”。但现实中,有些行政行为虽然在形式上并不违法,却存在着严重的不合理性问题,对于这些行为如果法院不做审查,难免会留下行政恣意的空间。尽管根据宪法规定的司法权与行政权之间的关系,以及司法权谦抑的原则,司法权最好只对行政案件的合法性进行审查而不审查其合理性。但是,如果对任何的合理性都置之不顾,也会对那些极为不合理或者说表面上合法而实际上不合法、不合理的行政行为失去控制,因此法院适当涉及合理性的问题还是有必要的。因此,我认为应当进一步丰富合法性审查原则的内容,规定“行政机关滥用职权,或者行政行为显失公正的,视为违法”,从而将这些行为也纳入司法审查的范围。

林鸿潮:我基本同意张艳丽的观点。实际上对于这些问题,目前学界应当说也形成了基本的共识。对于合法性审查原则的扩展,我想提出一个问题,就是到底应当将什么样的合理性问题纳入司法审查范围?这些被纳入司法审查范围的所谓“合理性”问题到底还是不是一些单纯的合理性问题?为什么法律要规定法院只审查行政行为的合法性呢,我觉得从根本上讲是由法院的性质所决定的。法院是什么,说到底一句话,是法律的适用者,法律管到哪,法院就管到哪,法律不管的,法院就不能管。那法院只有在什么情况下可以对行政行为的合理性问题进行审查呢,我认为,只有在这些行为违反了行政合理性原则的情况下才可以。什么是违反了合理性原则的行政行为呢?就是严重不合理的行为,是连最起码的合理标准都达不到的行为。合理性原则作为行政法的一项基本原则,它的要求是行政行为应当达到最起码的合理,最低标准的合理,而不是尽善尽美的合理。合理性原则从比较宽泛的意义上讲,可以包括以正常理智行事、平等对待、考虑相关因素而不考虑无关因素,行政手段的采用以必要为限度等方面,这些要求都是对一个行为起码正常、起码合理的要求。如果一个行政行为连这些要求都达不到,它就违反了行政合理性原则。合理性原则是行政法的一个基本原则,法的

基本原则本身就是法律渊源的组成部分,违反了法律原则也就是违了法,这时候,法院对一个违反法律原则的行为进行审查,难道还不是合法性审查吗!因此,我认为严重的不合理其实就是不合法,因为法律已经通过行政合理性原则把这些行为纳入了自己调整的范围了,在这个范围之内,法律就要管,法院也就可以管,超出了这个范围的,法院就不能管。当然,法院不管不等于没有人管,复议机关可以管。

还有一个小的问题,就是对于滥用职权的行为应当如何界定?如果行政机关滥用职权实施了违法行为,那已经是不折不扣地违法了,又何须“视为违法”呢?因此,这里的滥用职权应当明确为滥用裁量权更准确一些,滥用裁量权的行为是貌似合法,实质违法,“视为违法”的表述方才合理。

莫于川:对于这个问题,我想张艳丽和林鸿潮的观点已经比较明确具体。我们知道,行政诉讼的基本原则一般在法典的总则中规定,而总则除了规定这些基本原则之外,还应当有一个重要条款用于规定行政诉权。诉权的规定实际上起到了确立受案原则的作用,并与下面受案范围的具体规定相呼应。受案范围的问题称得上是这一次行政诉讼法修改的首要热点,受案范围的扩大已经是学界的共识,但到底它应该扩到多大?扩大后新的标准又是什么?希望大家就此发表见解。

林鸿潮:我先提出一个应当注意的问题。正如刚才莫老师所讲到的,受案范围确定的标准实际上并不都规定在法典的第二章里,总则里边关于诉权的规定本身也为受案范围设定了一些标准,我们在提出修改方案的时候,应当注意这两者的协调,避免产生矛盾。现在的法典就存在这个问题,它的第二条提出被侵犯合法权益的人就可以起诉,到了第二章的第十一条,又规定必须是侵害人身权和财产权的才可以起诉,到了2000年的《若干解释》(即《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》,以下均称《若干解释》)又规定被侵害公平竞争权的也可以起诉,这种规定莫衷一是,我们的修改方案中应当避免这个问题。

张艳丽:林鸿潮提出的问题确实值得考虑,下面我就谈一谈总则里有关行政诉权的规定吧。现有的规定是“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。”也就是说,在诉权这里就已经将受案范围局限于具体行政行为了,而受案范围的扩大首先就面临着对具体行政行为的突破。我认为,无论是具体行政行为,还是抽象行政行为,甚至行政事实行为,只要是行政机关和其他有权的组织机构及其工作人员在行使行政职权、履行行政职责时,与公民、法人或者其他组织之间产生的法律上的争议,可以合称为行政争议,而对行政争议原则上都应当可以提起行政诉讼。因此,有关行政诉权的规定应当修改为“公民、法人或者其他组织有权就行政争议向人民法院提起诉讼。”至于行政争议中确需排除的部分,可以在受案范围一章中以列举方式排除。

之所以提出扩大行政诉权从而扩大受案范围,主要是考虑到:首先,《宪法》第四十一条规定“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员,有提出批评和建议的权利;对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行

为,有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利”;“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有依照法律规定取得国家赔偿的权利”。这是我国公民具有行政诉讼权的宪法依据。其次,具体行政行为、行政行为,行政争议,这几个概念中哪一个能够更好地与后面的行政诉讼范围相衔接呢?对此,法学界和实务界一直在进行探讨。鉴于行政争议的提法具有更大的包容性,而且在着力保障公民权利和扩大行政诉讼范围这一点上现已达成较多共识,在总则中对此共识予以认同并加以规定是十分必要的。这种设计的思想在于确立一种以行政争议为中心、以公民的诉权和法院的审判权为两轴的起诉—受理及审理模式,用这种立体的、动态的方式来表述,有利于实现三者之间,即公民与法院、公民与行政机关、行政机关与法院之间诉讼活动的合理安排。

张步峰:我基本赞同林鸿潮和张艳丽就诉权这一条提出的意见,下面我就针对受案范围的具体规定谈一些自己的意见。现在的《行政诉讼法》对于受案范围的规定主要存在这样几个问题:第一是受案范围过窄,只限于“具体行政行为”,这个问题大家刚才已经谈过了;第二是法典第十一条所列举的八类具体行政行为的分类标准不统一,从立法技术上讲存在瑕疵;第三是现有“肯定列举加否定列举”的叙述模式不利于保护行政相对人的权益。结合刚才的讨论,我认为这一部分可以考虑做这样的修改:第一,以“行政争议”代替“具体行政行为”作为界定行政诉讼受案范围的基准;第二,以“肯定概括加否定列举”模式代替“肯定列举加否定列举”模式来叙述受案范围;第三,将规章以下的行政规范性文件纳入行政诉讼的附带审查范围。这样一来,就适当地扩大了受案范围,受行政行为侵害的公民权利就能够得到更有效的救济,有利于促进依法行政,从立法技术上讲这一部分的条款也将更具有可操作性。

具体而言,受案范围一章可以由三个法条构成,一个是肯定式概括的规定,一个是否定式列举的规定,一个是附带式审查的规定。

肯定式概括这一条就是一句话,“公民、法人或者其他组织就行政争议依法向人民法院提起诉讼的,属于行政诉讼的受案范围”。原来的法典用“肯定列举”模式来叙述受案范围,不利于最大限度地保护相对人权益,这种对“具体行政行为”的列举也不可能穷尽,分类标准不一致,容易在法律实践中导致交叉和混乱。实际上,“具体行政行为”也好,“行政行为”也好,实际上最终都是因为引起了行政争议而被起诉到法院的,因此以“行政争议”作为界定受案范围的基准,以“肯定概括”模式来叙述受案范围,较为有弹性,在必要的时候能够最大限度扩大受案范围,保护相对人权益。至于引起行政争议的行政行为,这一概念的内涵与外延在行政法学界已有较多共识,其内涵是指行政主体运用行政权力实施行政管理针对相对人做出的行政行为,其外延包括行政主体制定规范性文件的行为和行政主体具体针对某相对人做出的行政行为。

在否定式列举这一条,根据我国法治发展的进程和当今多数国家的普遍做法,建议将以下行为排除出行政诉讼的受案范围,一是国防、外交等国家行为;二是行政机关制定具有普遍约束力的规范性文件的行为,即抽象行政行为;三是行政机关的内部管理行为,主要是对人事关系的处理;四是公安、国安等行政机关根据《刑事诉讼法》的授

权实施的刑事侦查行为。考虑到行政诉讼法的目的是为了了解行政相对人与行政主体之间发生的、具体而且现实的、适合司法权介入并有权加以有效解决的纷争,因此从现阶段情况来看,高度政治性的国家行为、行政机关制定具有普遍约束力的行政规范性文件的的行为、纯粹的行政机关内部管理行为、公安等行政机关根据《刑事诉讼法》的明确授权实施的行为,应当暂不直接纳入行政诉讼受案范围为宜。当然,对于规章以下的抽象行政行为,可以通过附带审查的方式来审查它的合法性,也就是说,只要是作为被诉行政行为依据的、效力在规章以下的规范性文件,就可在案件提起的同时或案件提起后附带提出对其进行司法审查,这是下面一个条款要解决的问题。

关于附带式审查这一条,可以规定为“公民、法人或者其他组织就行政争议提起诉讼时,认为引起争议的行政行为所依据的行政规范性文件违法的,可以同时申请人民法院对该文件进行审查”,当然,对国务院制定的一些法律文件,包括行政法规和其他决定、命令,以及对行政规章的审查,应当排除在本条之外而另外适用《立法法》规定的审查机制来解决。

林鸿潮:张步峰对受案范围一章重新设计的方案已经十分详细了,也可以说是一个比较大胆的改革方案,尽管对于他提到的许多观点我都表示赞同,但我自己的观点还是倾向于保守一些。“肯定式概括加否定式列举再加附带性审查”的框架我是赞成的,但在肯定式概括这一条上是不是还应当增加某些限制条件呢?也就是说,是不是所有因为行政机关行使职权、履行职责而与公民、法人或其他组织发生的争议都应当纳入行政诉讼的受案范围呢?如果不是,又应当通过什么标准来区分其中的哪些属于这个范围,而哪些又不属于这个范围?

我的观点是,并非所有的行政争议都应当被纳入行政诉讼的受案范围。属于法院受理的行政纠纷至少还应当符合另外两个条件,一个是公权力的条件,一个是行为处分性的条件。

公权力的条件,指的是只有行政机关在履行职责的时候动用了公权力而引起的纠纷,才属于行政纠纷。我们知道,行政机关为了完成自身职责,实现行政目标,大部分情况下都需要运用公权力,但也有一部分行为无需运用或无需完全运用公权力就可以实现,最典型的如行政合同。判断行政机关是否运用公权力的标准,我想最主要的还是看行政机关和相对方的地位是否平等。比如,行政机关从行政合同的开始缔结到履行完毕,需要实施一系列的行为,在这些行为中有些运用了公权力而有些则没有。行政机关在缔约过程中的多数行为都需要运用公权力,这个时候它和相对方处在不平等的地位,比如在政府采购中到底适用哪种采购方式,这就是行政机关依据它的权力来决定的,相对方根本没有表达其意志的自由,这种行为引起的纠纷就属于行政纠纷。比如,有人提出行政机关适用的采购方式是违法的,把应当公开招标的采购适用了竞争性谈判从而使自己丧失了缔约机会,那就可以提起行政诉讼。而合同一旦缔结并开始履行,行政机关履行合同的行为一般就无所谓运用公权力了,此时它与相对方处于平等地位,比如行政机关不给付价款引起的纠纷就不能说是行政纠纷,而是应当适用民事诉讼来解决。当然,在合同履行的过程中,行政机关有一定的优益权,甚至可以对相对方

在履行中的违法行为给予惩罚,这当然可以引起行政诉讼,但这个时候被诉的是实施惩罚的行为,而不是合同履行本身的行为了。因此,行政机关是否运用公权力这一点,对于判断一个行政机关作为当事一方的纠纷是不是属于行政纠纷,是十分重要的。

行为处分性的条件,指的是引起纠纷的行政行为所产生的法律效果。换句话说,就是行政行为是否确实使当事人的权利义务关系发生了变动,有没有使权利义务关系产生、变更或者消灭,产生了这种效果的行为就有处分性,可以提起行政诉讼,否则就相反。我们知道,行政机关做出一个行为,这个行为可能直接变动了法律关系;也有可能需要结合一定条件才能变动法律关系;或者它只是作为另外一个法律关系变动的根据而已。对于后面两者情况,当事人就未必一定能够提起行政诉讼。比如某甲和开发商签订了期房买卖合同,然后到有关部门做了备案登记,后来某甲发现这个房子是违章建筑,认为是行政机关登记错误造成了自己的损失,要提起行政诉讼,我认为这就不属于法院的受案范围,因为行政机关的备案登记这时候根本不对买卖双方的合同关系产生任何影响,因为不管你登记与否、登记对错,合同都是成立和生效的。但如果此时结合另外一个条件,比如说另有法律规定房地产买卖合同需要以登记作为生效要件,这个时候某甲就可以提起行政诉讼了,因为正是这种错误登记导致了他和开发商的买卖合同生效了,如果行政机关经过审查不予登记,合同就不会

生效,某甲就不会遭受损失。又比如甲和乙两人驾车追尾,交警做了一个交通事故责任认定书要求甲负全责,如果甲不服交警的认定能否提起行政诉讼呢?我认为不能。因为这个认定书只认定了一个事实,就是甲撞了乙,但没有直接认定甲乙两人之间的任何权利义务关系,没有确定甲应当向乙如何赔偿,但它为可能产生的赔偿法律关系提供了一个根据,甲乙双方根据责任认定书经过协商、或者调解、或者民事诉讼之后再产生赔偿法律关系。此时,对交通事故责任认定书提起行政诉讼是完全没有必要的,甲如果对此认定不服,可以就赔偿问题提起民事诉讼,这个认定书在民事诉讼中就转化为证据,甲完全可以通过提出其他相反的证据来推翻它的效力,根本无需对其提起行政诉讼。因此,引起纠纷的行政行为是否确实使当事人的权利义务关系发生了变动,是考虑受案范围时应当注意的另外一个条件。当然,现在也有不少学者对此持相反的观点,认为交通事故责任认定书势必引起有关法律关系的变动,应予司法审查和救济。

行政诉讼受案范围的扩大是大势所趋,但也绝对不能盲目,如果不顾及法律关系本身的内在逻辑而将过多的案件纳入行政诉讼,不但加大了法院的负担,还有可能在行政诉讼与民事诉讼之间造成一些混乱和重叠,将一个诉讼掰开作为两个来处理,既浪费了司法资源,也带来一些新的问题。

论题之二:行政诉讼中的各方主体

莫于川:刚才就行政诉讼基本原则和受案范围的问题,林鸿潮、张艳丽和张步峰几位同学都积极地发表了自己的见解,有些问题也讲得比较透,并形成了一定的交锋。我们下一个讨论的主题是行政诉讼活动中的各方主体,具体而言,包括管辖法院的确定,包括原被告资格的认定,还包括第三人和诉讼代表人、诉讼代理人等问题。其中,管辖制度的改革,原告资格的扩大,以及被告的确定标准,都是近年来学界讨论较多、争议较大的问题,希望大家对此发表看法。

哈书菊:那我就先谈一谈管辖的问题吧。管辖权是裁判权实现的前提,目前,司法地方化现象带来的管辖方面的诸多问题,大大制约了裁判权的实现。为了解决行政诉讼管辖应当遵循便民利民原则和保障审判权原则的平衡点问题,我认为法典中的管辖一章可以按照以下思路做一些调整:首先,级别管辖方面要兼顾便民和效益,在我国人口数量、地域分布现实状况的客观要求下,管辖的设置应考虑方便行政相对人,一审法院的级别不能太高,另外,提高一审法院的级别对法院来讲会增加中级法院的负担,而且也不能完全摆脱地方化的弊端。当然,在中级法院和高级法院的管辖上可以适当做出一些调整。其次,地域管辖方面要兼顾利民与公正:为达到司法公正、真正摆脱地方的行政干扰,应当增加管辖权确定的连接点,赋予相对人在起诉时的最大选择权,打破原有的地域限制;同时,作为一种备选方案,也可取消上级法院原有的、当然的二审权力,在各地地方设立直接隶属于最高法院的上诉行政法院,作为行政案件的终审法院,它们专门审理不服一审法院判决的上诉案件,其级别类似于高级人民法院。

我先具体谈一谈级别管辖的问题。首先,对于基层法

院而言,因为它的分布较广、人员较多,为了方便当事人诉讼,还是应当坚持由基层人民法院管辖第一审行政案件的原则。其次,中级法院可以管辖如下一审案件,包括海关处理的案件,被告是县级人民政府或与其级别相当的其他行政机关的案件,重大的涉外或涉及香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区的案件,以及其他本辖区内重大、复杂的案件。再次,高级法院应当管辖的案件包括被告是设区的市人民政府、省级人民政府或与其级别相当的其他行政机关的案件,以及其他本辖区内重大、复杂的案件。最后,最高法院仍然管辖全国范围内重大、复杂的第一审行政案件。这个方案主要是调整了管辖法院与被诉行政机关的级别对应关系,原则上使得管辖法院的级别高于被诉行政机关的级别。

林鸿潮:在你的方案中,为什么中级法院不再管辖专利行政案件了呢?

哈书菊:主要是考虑到对知识产权应当平等保护,原来的法典规定确认发明专利的案件由中级法院管辖,这样就使得专利行政案件与商标行政案件和著作权行政案件管辖法院的级别不一致了,对性质相同的权利不适用同等的司法保护,似乎有失公正与平等。

林鸿潮:对这个问题我倒有一点不同看法。审理专利和商标案件的专业要求还是比较高的,著作权案件则基本上不存在这个问题。实际上,现行的制度——主要是一系列司法解释的规定,已经是由中级法院管辖绝大部分专利和商标行政案件了,确认发明专利的案件固然如此,其他专利案件如实用新型、外观设计的专利案件也是如此,商标行政案件也大多如此,只有不服地方工商局具体行政行为的案件才是由基层法院管辖。也就是说,基层法院长期

以来主要不管辖专利和商标行政案件,如果现在把制度改了,恐怕大多数基层法院并没有这个审判能力,再加上专利和商标行政案件被告的行政级别一般较高,由基层法院审理也不符合你这个方案中提高管辖级别的基本思路。

所以,我的建议是专利和商标案件原则上还是由中级人民法院来管辖,作为一种补充,法律可以授权最高法院指定一些有审判能力的基层法院来管辖一部分此类案件。

莫于川:你们两位的观点都有一定道理,我们对具体制度的修改方案如何与法院当前的现实条件相协调确实是一个必须注意的问题。

哈书菊:对于管辖制度我还想谈三个方面的问题。

第一个问题是地域管辖。现在的制度规定行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地法院管辖,经复议改变的案件则原机关所在地法院和复议机关所在地法院都可以管辖,对限制人身自由的行政强制措施不服提起的案件由被告所在地或者原告所在地法院管辖,因不动产提起的案件由不动产所在地法院管辖。我的建议主要是,应当规定一般的行政案件都可以由原告所在地或被告所在地法院管辖,这主要是从审判公正的角度出发设计的,这样可以使受理行政诉讼案件的法院免受当地行政机关的干扰。另外,将选择权交给当事人也有利于增强当事人对裁判结果是否公正的信服力,减少上诉,达到息讼的效果。而不动产案件由不动产所在地法院专属管辖这一条还是不变。

第二个问题是关于裁定管辖中的管辖权转移。现在的规定是上级法院有权审判下级法院管辖的第一审案件,也可以把自己管辖的第一审案件移交下级法院审判,而下级法院对其管辖的第一审案件认为需要由上级法院审判的,可以报请上级法院决定。这里边关于上级法院可将管辖权下移的规定与我们关于提高管辖级别的考虑不一致,为了防止随意放权,避免地方干扰,我认为应该取消这一规定。但同时可以规定,对于下级法院应当受理而不受理的案件,上级法院在受理后可以将案件移交给下级法院审判,除了这种情况,其他情况下都不应当允许上级法院将管辖权下移。

第三个问题是关于上诉管辖。作为一种可供考虑的方案,我建议可以取消上级法院当然的二审管辖权,可以由最高法院在各地设立若干上诉行政法院专门管辖二审案件。这种方案的基本考虑是在我国审判组织体制不发生重大调整变化的情况下,通过设立上诉行政法院(它与地方政府、地方财政不发生任何关系),有助于摆脱地方干扰、做出公正裁判。具体的设想是,上诉行政法院应当跨省、自治区、直辖市的区域设立,根据实际情况灵活地在一省(较大的省、自治区、直辖市)设立若干个,或者在若干省(较小的省、自治区、直辖市)设立一个,其级别相当于高级法院。因此,建议上诉行政法院的院长、法官由最高法院院长提名报全国人大常委会任命。上诉行政法院直接隶属于最高法院,不与地方发生任何隶属关系、人事关系、财政关系,其财政经费来自于中央的直接拨款。

林鸿潮:我觉得哈书菊最后提出的关于设立上诉行政法院的建议是一个非常值得考虑的方案。如果采用这个方案作为上诉管辖体制,那么一审的管辖也可以相应调整,对基层法院管辖的原则进行变通的空间就更大。在这种上诉管辖体制下,完全可以授权最高法院决定某些地

区的中级法院集中管辖本辖区或者本辖区内部分地区的一审案件,因为目前大部分地区的行政诉讼案件还是很少的,这样做可以因地制宜尽可能地提高一审的管辖级别,也并不会给中院带来太大的负担。这主要包括三种情况:一种是个别地区中级法院和基层法院的辖区是重合的,如广东省的东莞等地,这时候由中院将全部行政案件管辖起来就可以了,反正二审也不是它来管。第二种是一些面积不大而且只辖区不辖县的地级市,这种地区现在越来越多,也可以由中院集中管辖。第三种是一些边远的农村地区,这些地区的基层法院一年受理的行政案件往往不足十件,甚至只有一两件,一个法官每年一般也就承办两三个案子,没事的时候就到民庭去客串审理民事案件,这种情况下就可以考虑将它们的行政案件集中到中院来审理。当然,对于第三种情况,考虑到便利当事人的问题,可以允许原告在基层法院起诉,再由基层法院将案卷移交到中院,必要的时候由中院派出法官到县里去审理也可以。

莫于川:管辖主要涉及司法审查的法院内部分工和权限,但也与行政相对人的诉讼权利如何实现密切相关。看来管辖的问题引起了不少争论,很好。下面我们转入对诉讼参加人的讨论。

田文利:我先对这个问题谈一点总的看法。现行《行政诉讼法》关于诉讼参加人的规定,从多年来的司法实践来看,存在着一些比较突出的问题。主要表现为行政诉讼原告的范围狭窄,资格的确立规则不明确;没有规定行政公益诉讼,在国家利益或公共利益受到损害,而又没有行政相对人起诉的情况下,无法有效维护国家利益和公共利益;行政诉讼第三人的确立规则不明确,第三人的范围比较狭窄;诉讼代表人制度不够完善,在当事人众多的情况下,不利于诉讼的顺利进行。我认为这次修改应当进一步明确行政诉讼原告资格的确立规则和范围;应当建构行政公益诉讼制度,明确行政公益诉讼原告的范围;还应当明确行政诉讼第三人的确立规则,扩展其范围;也需要规定行政诉讼代表人制度及其具体内容。

郭庆珠:我同意田文利的看法,下面我想就原告资格的问题谈一些具体的意见。

首先,是一般情况下原告资格的认定。扩大行政诉讼原告的范围是这几年司法解释不断努力的一个方向,理所当然应在这次修改中被确立下来,也就是说,只要是与被诉行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织,都应当有权提起行政诉讼。行政诉讼的原告,首先应该包括行政行为的相对人,相对人提起诉讼的事由既包括行政行为对他的权利和利益直接造成侵害,也包括非直接造成侵害,即行政行为对他的权利和利益带来了不利影响。同时,原告也应当包括《若干解释》第十二条规定的情形,即其他与行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织。同时,对原告资格的继承,尤其是对公民原告资格的继承应当更加宽泛一些,应当规定有权提起诉讼的公民失踪或死亡的,其近亲属及该公民抚养、赡养的其他无劳动能力人都可以以自己的名义提起诉讼,这里所讲的近亲属可以包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女,还可以包括其他和死者或失踪人具有抚养、赡养关系的亲属。

其次,是公益诉讼原告资格的认定。现行法典并没有规定行政公益诉讼,但行政行为却很有可能对国家利益或

公共利益造成损害,在这种情况下如果没有直接的利害关系人,那么,为了更好地保障国家利益和公共利益,规定公益诉讼就是十分必要的。公益诉讼制度中的一个重要问题是确定原告范围。当今许多国家都建立了公益诉讼制度,有必要对国外公益诉讼的原告范围加以考察借鉴。英国法律对于公益的司法救济相对保守,但在当事人起诉资格自由化方面也有一些发展,总体而言,行政法上的救济手段是朝着统一和宽泛的起诉资格方向发展,检察总长为了公共利益可以主动请求司法审查,在私人没有起诉资格时还可以帮助私人申请司法审查;此外,地方政府代表居民利益,为了保护本地区的居民利益也有资格申请司法审查。美国通过司法判例的方式不断降低原告资格要求,自然人、法人、社会组织和政府机关都可以提起公益诉讼。日本规定了类似于公益诉讼的民众诉讼,对于原告资格要求也很宽泛。我国在建构公益诉讼制度时,对于原告资格也不宜过多限制。众所周知,在国家利益或者公共利益受到损害时,往往也会对公民、法人或其他组织带来不利影响,他们也会及时发现,如果赋予他们提起公益诉讼的资格,会有利于国家利益或公共利益的保护。但由于种种原因,公民、法人或社会组织在公益受到损害时,有可能不愿或不敢提起诉讼,这时借鉴刑事公诉制度的做法,由检察机关出于维护公益的职责而提起行政诉讼,这是必要的、适当的。当然,公民、法人或者其他组织认为行政行为侵害了公益的,可以申请人民检察院提起公益诉讼,在人民检察院不提起诉讼的情况下,公民、法人或者其他组织也可以自己提起公益诉讼。

莫于川:设立行政公益诉讼确实势在必行,看来,将公益诉讼的原告资格规定为两个层次,即将检察机关起诉的程序前置,或许比较符合我国国情。相对于原告资格的确定,被告的认定在当前的制度中似乎更加复杂一些,现在主要还是通过认定行政主体资格来确定被告的,这种规定给原告的起诉带来了一定困难,许多学者也曾对此提出改革方案,不知道各位对这方面有些什么看法?

郭庆珠:通过主体标准确定被告资格确实使问题复杂化了,由于原告一般缺乏专门的法律知识,告错被告的事情也经常发生。我的意见是将“谁主体,谁被告”的标准换成“谁行为,谁被告”,也就是采用行为标准来确定被告,由作出行政行为的行政机关作为被告,这样就直接、简便得多了。如果是两个以上行政机关共同作出行政行为的,就是共同被告;而由法律、法规授权的组织作出行政行为的,该组织就是被告;由行政机关委托的组织作出行政行为的,委托的行政机关作为被告;行政机关被撤销或改组的,继续行使其职权的行政机关是被告;没有继续行使其职权的行政机关的,就以作出撤销或改组决定的行政机关或原行政机关的直接上级机关作为被告。

在被告方面,还有一个重要的问题,就是经过行政复

议的案件如何确定被告。现在的规定是复议维持的以原行政机关为被告,复议改变的以复议机关为被告。但在实践中,一些复议机关为了避免当被告,对于一些本应纠正的引起争议的行政行为,也简单维持了事,这样做的弊端早已有目共睹。人们对此最直接的感受就是行政相对人不信任复议机关和复议制度,行政复议案件大大少于行政诉讼案件;而从许多国家的经验来看,正常状态应当是行政复议案件多于行政诉讼案件,复议制度解决了大多数的行政争议。因此,我认为经过复议的案件,无论复议的结果如何,只要当事人仍然起诉的,都应当以复议机关和作出原行政行为的机关作为共同被告。这样做有助于促使复议机关纠正那些本应纠正的行政行为,及早平息争议,并强化复议机关的责任,树立复议机关的权威。

田文利:有的学者也曾提出要强化复议机关的责任,要求只要经过复议就应当以复议机关为被告,但这样一来由于复议机关没有实际参与前面的行政程序,它在诉讼中举证就会很困难,如果是做共同被告,那么复议机关的责任也强化了,举证的问题也解决了。

郭庆珠:我想就第三人和诉讼代表人的问题谈一点意见。

首先谈谈第三人。现行法典规定第三人的基本要件是同提起诉讼的具体行政行为有利害关系。但从比较法的视角来看,其他国家和地区关于行政诉讼第三人的规定往往不仅包括与行政行为有利害关系的第三人,还包括与诉讼结果有利害关系的第三人。在法国、德国、奥地利、日本、我国台湾地区,尽管行政诉讼第三人的称谓、种类及相关法律条文表述有所差异,但行政诉讼第三人的范围大同小异,既包括与被诉行政行为有法律上的利害关系,也包括与诉讼结果有利害关系的人。与诉讼结果有利害关系并不能完全为与行政行为有利害关系这一概念所包容。例如,以民事法律关系为中介的第三人,很大一部分是与诉讼结果有利害关系。因此在第三人的确立规则中应该增加与诉讼结果有利害关系的其他公民、法人或者其他组织。

对于诉讼代表人,现在的制度也不太完善,只有《若干解释》规定了同案原告为5人以上的,应当推选1至5名诉讼代表人参加诉讼,在指定期限内未选定的,法院可以依职权指定。我认为这次修改应该在此基础上规定对诉讼代表人的更换以及诉讼代表人诉讼行为的效力,为了使诉讼代表人能够忠实地代表原告们的意志,应该允许经原告全体同意可以更换推选的或法院指定的诉讼代表人;对于法院指定的诉讼代表人,如确有必要,法院也可以依职权更换。而诉讼代表人的诉讼行为对其所代表的当事人都发生法律效力,但被代表的当事人明确提出反对意见的除外。这样既保证了诉讼的顺利进行,又保证被代表人能够充分表达自己的意愿。

论题之三:行政诉讼的证据规则与法律适用

莫于川:接下来我们讨论第三个方面的问题,就是诉讼证据和法律适用的问题,主要是谈谈证据规则。证据制度对于诉讼活动的重要性不言而喻。行话说,打官司就是打证据。打行政官司也一样。现行法典中关于证据的规定仅有六条,实践中操作起来有困难;2000年的《若干解

释》增加了一些内容;到了2002年的《证据规定》(即《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》,以下均称《证据规定》)又大大丰富了这一内容,规定了八十条。因此,司法解释对证据问题的规定已经比较详尽,其中的许多条款应该会在这次《行政诉讼法》的修改中被采纳。当

然,对于证据规则中的许多问题,尤其是举证责任的分配,还有举证时限、证据效力等问题,仍然存在一些争论,司法解释中有待改进之处也仍然不少,各位不妨对此发表自己的见解。

林鸿潮:我讲一点自己的看法。首先讲我对行政诉讼证据规则一个总的认识。应当说,从总体上看,行政诉讼的证据规则和民事诉讼有许多共同之处,对于这些共同点,我认为行政诉讼法可以不做详细规定,用一个准用条款,参照民事诉讼法的规定即可,这样在立法上才显得比较经济。行政诉讼法必须重点规定的,应当是行政诉讼证据的特殊部分。特殊在什么地方呢?我认为最重要的是必须体现原被告双方的差别。因为在行政程序中,行政方处于强势地位而相对方处于弱势,那么双方到了诉讼程序里边,法律就必须把双方的这种地位给颠倒过来,以达到他们在整体上权利义务的平衡。也就是说,在诉讼程序中,对原告应当增加其权利、减少其限制,以将其置于优势地位,对被告则应限制其权利、增加其限制,以将其置于劣势地位。而这种权利义务不均衡的配置,最主要的就是在证据规则中体现出来。

具体而言,原被告双方——准确一点讲,原告一方还应当包括原告型第三人,而被告一方还应当包括被告型第三人——他们在证据规则中的差别至少应当体现在如下几个方面:一是举证责任,应当由被告承担绝大部分的举证责任,而原告承担举证责任的情况应当规定为例外;二是举证期限,被告在各个诉讼阶段的举证期限都应明显严格于原告;三是证据的调取,法院只能依原告申请而不得依被告申请而调取证据;四是证据效力,有一些证据在效力上只能用于证明原告的诉讼主张,而不得被用于证明被告的诉讼主张,也就是说,在行政诉讼中会存在一些只有部分证明力的证据。

莫于川:你的这个看法有一定道理,对于你刚才提到的几个问题,能否谈一些具体的看法呢?

林鸿潮:好的。首先我讲一下举证责任。现行法典中规定被告应当对作出的具体行政行为负有举证责任,应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件,也就是规定了被告的举证责任,但没有规定原告的举证责任,因此有人讲行政诉讼是举证责任倒置,或者叫原告主张、被告举证。这个说法其实并不准确,因为行政诉讼中除了作出具体行政行为的事实和依据要证明之外,还有可能存在其他的事项也需要证明,对这部分举证责任法律就没有说全部分配给被告。我们也看到,后来的《若干解释》和《证据规定》都规定了一些要求原告举证的事项,应当说这是一个进步,结合现有的规定,我认为这次修改应当规定下列几个事项由原告承担举证责任:

第一是起诉时的初步证明责任。就是说,公民、法人或者其他组织向法院起诉的,应当提供与其符合起诉条件相应的证据材料,这也是目前司法解释的规定。所谓证明自己符合起诉条件,简单一点说,就是要证明自己是适格原告,证明有适格的被告,证明案件属于法院受案范围并由受案法院管辖,有明确的诉讼请求并提出事实根据。所以说这只是个初步证明责任,是因为这种证明只是形式上的而不是实质上的,如果说是实质上的证明责任那就等于要求原告承担全部举证责任了。比如说,原告起诉的时候,提出了一个诉讼请求,为什么提出这个请求呢,他得提

出一些事实来,否则他的请求就没有道理、没有依据,但是这些事实是不是真的呢?未必。需不需要原告在起诉的时候就把这些事实证明清楚呢?不需要。这就是所谓的初步证明。

第二是部分程序性问题的证明责任。指的是当事人在行政诉讼中就诉讼程序问题提出主张的,应当提供证据,“谁主张,谁举证”。也即,如果这个主张是原告提出的,那就由原告举证。我们讲,行政诉讼主要是由被告证明它做出的行政行为合法,那是就实体问题而言,如果当事人主张的是关于诉讼程序的问题,这些问题虽然与被诉行政行为的合法性并没有直接关系,但能够影响行政诉讼的进程,那就必须和民事诉讼一样,实行“谁主张,谁举证”的举证原则,原告提出的主张也不例外,这一点是现在的司法解释所没有的,应该补充进去。比如原告提出某个法官应该回避,那他就得自己举证,而不是由被告来证明这个法官不需要回避;比如原告提出应当中止诉讼,那也得自己证明出现了必须中止诉讼的事由,而不是由别人来证明不需要中止诉讼。

第三是起诉行政不作为的申请证明责任。在起诉被告不作为的案件中,原告应提供其在行政程序中曾经提出申请的证据,但被告应当依职权主动履行法定职责的,或者原告因被告受理申请的登记制度不完备等正当事由而不能提供证据的情形例外。这一条是《证据规定》的现行规定,因为我们都知道,要证明一个人干过什么事情比较容易,要证明他没干过什么事情就比较难了,要证明别人没干过什么事情就更难,因此法律不可能要求被告去证明原告没有向自己申请过履行职责。

第四是损害或损失证明责任。当原告或者第三人提出行政赔偿或行政补偿的诉讼请求时,应当对被诉行政行为造成损害或者损失的事实提供证据。《证据规定》已经提出在赔偿诉讼中原告应当证明自己的损失,考虑到补偿诉讼也可能被此次修改纳入《行政诉讼法》的调整范围,而且原告型的第三人也可能提出赔偿请求或补偿请求,并不局限于原告,因此增加了第三人提出诉讼请求的规定。这种情况下之所以要求受害人自己证明损害或者损失,而不是由加害人证明没有损害或者没有损失,原因和前面的申请证明责任类似,证明自己没有给别人造成损害或损失是十分困难的。

第五是对新主张事实的证明责任。如果原告或者第三人在诉讼程序中,提出了被告在行政程序中并未作为行政行为的依据、但与被诉行政行为有关的事实,应当由自己提供证据。在诉讼中,原告或第三人提出这种事实是完全可能的,这些事实是被告在做出行政行为时并不知晓或者虽然知晓但未予考虑的,而如果被告当时知晓、或者考虑了这些事实,就可能影响其行政行为的做出。因此,这些事实到了诉讼中就可能对行政行为的合法性产生影响,由于被告对这些事实原先并不知情,所以应当由提出这个事实的原告或第三人举出证据来证明它的存在。

莫于川:对于举证责任分配这个问题,学术界和实务界都有一个在认识上不断深化的过程。《行政诉讼法》上并没有规定原告的举证责任,《若干解释》开始规定了一些,到了《证据规定》又进一步对此进行了明确,刚才林鸿潮又提出一些要由原告举证的事项,也有一定道理。那么,除此以外是不是还有一些事项的举证责任需要分配给

原告呢?现在可能还没有发现,但随着实践的发展,可能会越来越多地提出这方面的问题。当然,做这样的修正型司法解释本身是否存在合法性问题,另当别论。

林鸿潮:从《证据规定》上的许多规定来看,我们可以发现它对原告、被告双方的权利义务都做了有差别的配置,这些规定应当说基本上还是比较合理的,修改后的《行政诉讼法》完全可以采纳。比如举证时限的问题,被告举证的时间只有10天,而原告或第三人可以等到开庭或者庭前证据交换的时候;对于证据的补充也是如此,无论是在一审、二审、还是再审中,原告或第三人可以补充的证据都要比被告的多一些;再如证据的调取,原告和第三人都可以在特定情况下申请法院调取证据,而被告就不行。这些差别化的规定,随着实践中提出新的问题,完全可以在法典修改之后通过司法解释适当地加以微调,以适应实际需要。

最后我还想谈的一个问题是关于证据效力的。证据的效力一般来说无非就是两种情况,要么有效,要么无效,所谓无效的证据在其他诉讼法中都没有做进一步区分的必要,只要这个证据是无效的,无论哪个当事人把它提出来,对所主张的事实都不具备证明作用。但行政诉讼中的无效证据却有进一步区分的必要,我认为可以分成完全无效的证据和部分无效的证据。所谓完全无效,就是这些证据不能用于证明任何当事人的诉讼主张,既不能证明被诉的行政行为合法,也不能证明它违法,比如与被证明事实无关的证据、严重违法法定程序收集的证据、当事人无正当理由超出举证期限提供的证据、以违反法律禁止性规定的方法取得的证据、以侵犯他人合法权益的方法取得的证据,等等。这种无效证据的列举通过借鉴民事诉讼法的规定一般就可以得到,没有什么特殊之处。

而所谓部分无效的证据,指的是这种证据只能用于证明原告或第三人的诉讼主张,但不能证明被告的诉讼主张,也就是说,它可以证明被诉行政行为违法但不能证明它合法。行政诉讼中之所以会存在这类证据,归根结底在于行政诉讼证据与行政证据(或称行政程序证据)的关系。被告在诉讼中提出的证据大多数是由它在行政程序中的行政证据转化而来的,而被告在行政程序中收集证据是受到一定限制的,是需要具备一定合法条件的,如果这些证据不能满足作为行政证据的合法条件,那它在诉讼程序中就不得被用于证明行政行为合法,但原告和第三人如果利用这些证据反过来证明被诉行政行为违法,则是可以的。之所以这些证据的效力会如此特殊,我想主要的原因就在这里。判断行政机关在行政程序中的证据,起码要符合两个条件:一个是程序正当,一个是有证在先,或者说是证据在先、决定在后,不符合这两个条件的证据都不得用于证明行政行为合法。因此《证据规定》列举了四种此类证据:一是原告或者第三人在诉讼程序中提供的、被告在行政程序中未作为行政行为依据的证据;二是被告在行政程序中非法剥夺公民法人或者其他组织享有的陈述、申辩或者听证权利所采用的证据;三是被告及其诉讼代理人在做出行政行为后或者在诉讼程序中自行收集的证据;四是复议机关在复议程序中收集和补充的证据,或者做出原行政行为的组织在复议程序中未向复议机关提交的证据。这其中

的第一、三、四种证据是违反了行政有证在先的原则,第二种是违反了正当程序,因此失去了证明被诉行政行为合法的效力。

这里还有一个问题,就是被告在行政程序中已经收集但没有用于作为行政行为根据的证据,它的效力如何呢?被告在诉讼中能否提出此类证据用于证明行政行为合法呢?《证据规定》并没有将此类证据排除,我认为应当在此次修改中将其补充进去。因为此类证据的效力其实在行政程序中已经被被告自己排除了,否则被告就应该把它作为其行政行为的根据,对于被告自己在行政程序中已经排除的证据,法院又怎么能够在诉讼程序中反过来采纳它呢?

莫于川:对于证据的问题,刚才林鸿潮谈了不少,主要还是围绕举证责任和证据效力的问题谈了一些观点。行政诉讼与其他诉讼一样,必须遵循以事实为根据、以法律为准绳的原则,正因为要以事实为根据,所以规定了许多证据规则;正因为要以法律为准绳,因此行政诉讼法还规定了一些法律适用规则,事实与法律都是法院对行政案件做出裁判的凭据。

林鸿潮:我再接着谈一谈法律适用的问题吧。行政诉讼的法律适用之所以具有特殊性,主要是因为行政法的法律渊源本身比较复杂,法院在审理案件的时候,面临着对一个对不同效力等级的规范如何对待的问题。对于法律适用,现在的法典和司法解释已经做了不少规定,但有些地方也还需要完善。

哪些规范应当成为法院审理行政诉讼案件的依据呢?现行的规定是法院审理行政案件,以法律和行政法规、地方性法规为依据;地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件;审理民族自治地方的行政案件并以该自治地方的自治条例和单行条例为依据。这一条在我看来暂无修改的必要,但有一个问题需要解决,就是这些规范之间也存在着效力高低的问题,如果法院在审理的过程中发现下位的规范比如地方性法规,与上位的规范比如法律或者行政法规互相冲突了,应当如何处理呢?现在的法律并没有规定这个问题,是应当报请有关部门裁决并等待裁决结果出来之后再行判决呢?还是法官有权直接做出判断,适用上位规范审理案件呢?我认为应当选择后者。因为既然《宪法》与《立法法》已经确立了这些规范的效力等级,那么,法官作为法律的适用者就应当有权做出判断。当然,法官在选择上位规范审判案件的时候,并不能对低位规范的效力做出否定性的评价,因为根据我国现行的体制,法官并没有这样的权力。

王锴:我想谈谈《民事诉讼法》在行政诉讼中的地位问题。大家都知道行政诉讼与民事诉讼有许多相似之处,对于它们共通的法律规范,《行政诉讼法》就不需要再做规定了,直接适用《民事诉讼法》的规定就可以了,这样可以避免立法条文重复,也是许多国家立法的通例。因此,可以增加一个条款作出规定:“人民法院审理行政案件,适用本法规定,本法没有规定的,适用民事诉讼法的相关规定。”这样也把《民事诉讼法》作为行政诉讼法这个法律部门的法律渊源之一这个地位给明确下来了。

论题之四：行政诉讼的审理程序与判决类型

莫于川：下面我们讨论行政诉讼的审理程序和判决类型。对于行政诉讼的审理程序，大家都知道行政诉讼没有简易程序和调解程序，只有一般的一审、二审和再审程序，这些程序中的大多数规定与民事诉讼也基本类似。现在提出行政诉讼中要增加简易程序和适用调解的呼声也很高，也是这几年学界讨论的热门话题，大家就此谈谈自己的看法吧。

王锴：我觉得现在的《行政诉讼法》在审理部分存在的弊端主要有这样几点。一是在程序的规定上，没有根据不同程序分别予以规定，条文简略，内容粗疏，操作性不强。二是强调维护行政机关行使职权，而较少考虑原告及其他诉讼参与人的权益保护，规定了不适用调解和诉讼不停止争议行政行为的执行。三是在重视实体公正的同时，对效率缺乏关注，没有规定简易程序。四是仅仅强调实事求是、有错必纠，不注意维护生效判决的既判力，再审的启动主体和启动程序规定得不完善。

这一次修改行政诉讼法典，我认为在审理部分要立足于以下几点进行考虑：一是保护当事人的诉权，强调当事人是诉讼的主体；二是要追求有效率的司法公正；三是要强调正当程序的保障作用；四是依照司法审查权有限原则，要明确司法权的界限。

下面我就这几个方面谈一点具体的看法吧。先讲一讲各个审理程序中的共同问题。首先是诉讼期间是否停止执行被诉行政行为的问题，现在的规定是以不停止执行为原则，以停止执行为例外。只有在如下几种特殊情况下才停止被诉行政行为的执行：一是被告认为需要停止执行的；二是原告申请停止执行，法院认为执行会造成难以弥补的损失，并且停止执行不损害社会公共利益，裁定停止执行的；三是法律、法规规定停止执行的。但是，考虑到原告、被告的实际地位悬殊，不停止执行可能给原告带来利益损害，并影响其起诉的积极性，所以我认为这条规则应当颠倒过来，应当规定一般情形下停止执行为原则，同时规定不停止执行的例外情形。不停止执行的例外可以包括：原告同意执行的；经被告或有利害关系的第三人申请，由法院审查，认为停止行政行为的执行会对国家或社会重大公共利益或第三人利益造成不可弥补的损失；规范性文件已经生效的；或者法律、法规规定不停止执行的。同时应当规定，法院做出停止执行所争议行政行为的决定，或者不做出停止执行所争议行政行为的决定，当事人不服的，可以向上一级法院申请复议一次，但复议期间不停止法院决定的执行。这是考虑到由于行政行为的公定力、拘束力等特性及行政效率的要求，停止执行必须由法院决定，并允许当事人提出异议；而不停止执行是其常态，则不必由法院决定，但也应给予当事人救济机会。

另外就是行政诉讼是否适用调解的问题。现在的规定是法院审理行政案件不适用调解，这个规定立论的基础是行政职权不得放弃，被告对于诉讼标的的享有处分权，实际上有些争议行政行为属于行政机关的裁量行为，被告享有一定的裁量权，这些情形下是可以适用调解的。适用调解既可及时解决纠纷，又可缓解双方的对立冲突，能够降低诉讼成本和社会成本。所以建议将这条规定修改为“人民法院审理行政案件，在双方自愿、被告对诉讼标的的享

有裁量权，并不损害国家、社会公共利益及第三人利益的情形下，可以适用调解。”

还有就是法院能否判决加重对原告处罚的问题。现在的法典里头没有这一条，《若干解释》规定了不能加重对原告的处罚，这次法典的修改应该将这一条吸收进去。考虑到司法审查权的有限性，以及司法与行政的区别，法院显然不宜代替行政机关做出决定。根据禁止不利变更的原则，法院不得加重对原告的处罚，同时，法院审理行政案件还不得对行政机关未予处罚的人直接给予处罚。

林鸿潮：对不得加重对原告处罚的问题，是不是还应当注意一种特殊情况。就是在行政处罚案件里头，如果是有受害人的，那么加害人作为受处罚者当然可以作为原告起诉，而受害人也可以作为原告起诉，这时候案件就有两个不同的原告。如果法院经过审理，认为对加害人这个原告的处罚确实轻了，我认为应当还是可以加重的，否则作为受害人的原告，他的诉求便决无被满足的可能，就使其诉权失去了意义。更为特殊的情况是，如果是两个人互相对对方造成损害，都受到了行政处罚，两个人都作为原告起诉，而诉讼请求是要求加重对对方的处罚的话，在这样的案子里头，双方在对方的诉讼请求里都是处于加害人的角色。如果法院经过审理，发现对双方的处罚都轻了，那么，这个时候法院可以判决对两个原告都加重处罚，这个时候每一个原告的诉讼请求都得到了满足。当然，这是一种极为特殊的情况，但是立法的时候也应当考虑。

莫于川：林鸿潮提到的这个细节问题确实值得注意。但由法院通过此类判决行使变更权，代替行政机关作出如此专业性、纯行政性的决定，特别是所涉争议如果并非行政处罚显失公正的情形，这是否恰当，可能需要再加斟酌。下面请王锴接着谈一谈对简易程序的具体设计。

王锴：好的。现在的《行政诉讼法》在简易程序上是个空白，如果这次修改要增加这个规定，就应当有个全面的设计。当然，民事诉讼中的简易程序可以给我们提供一些参考。

首先，要规定简易程序的适用范围。我认为下面一些案件都可以考虑适用简易程序：一是诉讼标的额在1000元以下的行政案件；二是用简易程序做出的行政处罚案件；三是经初步审查有可能在程序上驳回起诉的案件；四是当事人对事实认定没有异议，仅对法律适用或程序有异议的案件；五是不服行政机关违法要求履行义务的案件；六是双方当事人一致同意并申请适用简易程序的案件。这种设计既从形式要件上规定了适用简易程序的条件，具有较强的操作性，又突出了尊重当事人的程序选择权，当事人双方合意可以选择适用简易程序。从另一个方面来看，简易程序以效率为导向，而一些特殊案件的审理需要更多地体现公正价值，故不宜适用简易程序。因此，对此要作出一些限制，例如下面一些行政案件就不得适用简易程序：一是公益诉讼案件；二是二审法院发回重审的案件；三是再审案件；四是其他法院认为不宜适用简易程序进行审理的案件。

其次，要规定简易程序的起诉和受理。从原告起诉、立案时限、送达时限等方面都要体现简易程序比普通程序快捷的特点。应当规定，对适用简易程序审理的行政案

件,原告既可以书面形式也可口头起诉,原告口头起诉的,法院应当将当事人的基本情况、联系方式、诉讼请求、事实及理由予以准确记录,将相关证据予以登记;同时,法院应当在收到起诉状或口头起诉3日内裁定是否立案。法院立案之后,应当在立案之日起3日内将起诉书副本或言词起诉笔录复印件送达被告;而被告应当在收到起诉书副本或言词起诉笔录复印件之日起5日内,向法院提交作出行政行为的证据及答辩状,法院应当在收到答辩状之日起3日内,将答辩状副本送达原告。

再次,要规定适用简易程序的审理和判决。从简化审判组织的角度来体现简易程序特点,可以规定为“人民法院适用简易程序审理行政案件,由一名审判员独任审理。”适用简易程序的案件,一般来说案情比较简单、双方争议不大,为提高司法效率以减轻当事人讼累,应限制开庭次数,并以当庭宣判为主,否则简易程序的设立将失去意义。因此可以规定:“适用简易程序审理的行政案件,原则上开庭审理一次。除人民法院认为不宜当庭宣判的以外,应当当庭宣判。择期宣判的应在开庭后5日内宣判。”较之普通程序,简易程序的审限也应适当缩短。可以考虑,适用简易程序审理的行政案件,应当在立案之日起30日内作出第一审判决,而且审限不得延长。

最后,还要规定简易程序和普通程序的关系。首先是要对普通程序和简易程序的转换做出规定,如果当事人就适用简易程序提出异议,法院认为异议成立的,或者法院在审理过程中发现不宜适用简易程序的,应当裁定转入普通程序,并通知当事人。而已适用普通程序审理的行政案件不得转入简易程序。还要规定简易程序对普通程序的参照,可以规定法院适用简易程序审理的行政案件,除适用简易程序的特殊规定外,均适用第一审普通程序的有关规定。

莫于川:看来王锴同学对审理与判决这一部分还是比较有研究,谢谢你发表的独到见解。下面咱们来讨论一下其他的诉讼程序问题。

刘颖:我来谈一谈审判监督程序,也就是有关再审案件的问题。

首先是当事人申请再审的问题。现行法典已经规定当事人对已经发生法律效力判决、裁定,认为确有错误,可以向原审法院或上一级法院申请提起再审程序,但没有规定当事人申请再审的期限。我认为应当补充规定,当事人申请再审,应当在判决、裁定发生法律效力之日起两年内提出,以维护生效裁判的既判力。而且,对于何谓生效裁判“确有错误”,现在也没有规定,难以把握,我认为应当将这个问题明确规定出来,下面几种情况理应属于这里所讲的“确有错误”:一是适用法律错误的;二是原判决、裁定认定事实的主要证据不足的;三是违反法定程序可能影响裁判结果的;四是审判人员存在贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判等违法行为的;五是作为裁判依据的另一裁判或行政机关的决定已经被撤销或确定无效的。对于调解书,同样有一个申请再审的问题,可以采纳《若干解释》的内容,规定“当事人对已经发生法律效力的调解书,提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的,可以在调解协议生效之日起两年内申请再审。”这一规定也和前面有关调解的规定相照应。

其次是检察院抗诉引起再审的问题。现在只规定检

察院对生效的判决、裁定,发现违反法律、法规规定的,有权按照审判监督程序提出抗诉。但哪些情况才是这里所讲的“违反法律、法规规定”呢?我想也应当采纳《若干解释》的规定,主要包括如下几种:一是原判决、裁定适用法律错误的;二是违反法定程序可能影响裁判结果的;三是判决、裁定的结果损害社会重大公共利益的;四是审判人员存在贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判等违法行为的。此外,考虑到法律秩序的安定,抗诉也宜设定期限,避免随时随意消解终审裁判的既判力,但对于特殊情况的处置也应留下余地,不过这种特别抗诉权应从严掌握于最高检察院。因此可以规定“人民检察院提出抗诉,应当在判决、裁定发生法律效力之日起两年内提出。超出两年,但人民检察院认为已经发生法律效力判决、裁定确有错误,有必要抗诉的,可逐级报请最高人民检察院决定是否提起抗诉。”

最后还应当明确再审案件的适用程序、审理时限和裁判效力。是不是也应当考虑参照《若干解释》的方案,分为几种具体情况来规定:第一种情况,法院审理再审案件,发生法律效力判决、裁定是第一审人民法院作出的,按照第一审程序审理,自立案之日起三个月内审结,所作的判决、裁定当事人可以上诉;第二种情况,发生法律效力判决、裁定是第二审人民法院作出的,或者发生法律效力判决、裁定第一审人民法院作出,但再审由上级法院提审的,按照第二审程序审理,自立案之日起两个月内审结,所作的判决、裁定是最终生效的裁判。

莫于川:这一部分还有一个重要的问题,就是行政诉讼判决的类型。我们知道,在大陆法系的许多国家和地区采用的都是划分诉讼类型的做法,原告起诉的时候应当对诉讼类型做出选择,比如日本和我国的台湾地区。而我们的《行政诉讼法》并没有采用这种做法,只是在判决的时候由法院选择判决的类型,现在也有一些学者提出我们应当借鉴国外的做法,也对行政诉讼的类型做一个划分,当然反对的声音也有。到底哪一种模式更加合理,大家能否就这个问题也谈一点看法。

王锴:确实,我国行政诉讼法没有采取诉讼类型的划分,而是采用了判决类型的做法,也就是说,原告在起诉的时候不需要选择诉讼形式,而作出什么样的判决完全由法院根据对案情的分析来决定。这虽然从表面上来看降低了原告起诉的门槛,但另一方面也无形中给予了法院在行政诉讼中的巨大权力。法院不仅可以全面审查行政主体的行为和决定,而且还可以指示甚至代替行政主体作出什么样的行为和决定。这种司法权对行政权的僭越,在某种程度上是我国强调行政诉讼的“司法监督行政”功能的产物。虽然要在短时间内改变这种思想很难,而且建立什么样的诉讼类型制度在学理上尚缺乏深入的研究,所以,唯一现实的做法是先仿照行政诉讼类型来完善我们现有的判决类型制度,待经过一定的实践后,通过总结经验教训,引起对诉讼类型划分的重视。《行政诉讼法》规定的判决类型共有五种:维持判决、撤销判决、履行判决、变更判决、赔偿判决,《若干解释》又根据实践中的发展,增加了两种:确认判决和驳回诉讼请求。这样,我国的判决类型一共有七种。虽然从表面上已经大致涵盖了国外的诉讼类型的种类,但从适用的条件和适用的过程来看,仍有许多不尽合理的地方,主要在于:(1)体系较为混乱,不同的判决类

型之间是什么样的关系,为什么做这样的划分,仍然很薄弱;(2)适用范围较窄,随着行政诉讼范围的扩大,《若干解释》将《行政诉讼法》中的“具体行政行为”改为“行政行为”,实际上意味着一些非具体行政行为已经纳入了行政诉讼的受案范围,而对于这些新的行为如何作出有效的判决,仍然是一个难题;(3)判决没有围绕原告的诉讼请求展开,对司法权与行政权的关系协调做得不够。

经过此次修改,我们需要建立完善的行政诉讼判决类型体系,并且大致划定每种判决类型的适用范围,为以后的判决类型转向诉讼类型做好准备。我国的判决类型的体系应为:(1)形成判决,包括撤销判决和变更判决;(2)给付判决,包括课予义务判决(履行判决)和一般给付判决。一般给付判决又包括财产性给付判决和非财产性给付判决,财产性给付判决包括赔偿判决和补偿判决,非财产性给付判决包括请求作为判决和请求不作为判决;(3)确认判决,包括确认违法判决和确认无效判决;(4)驳回诉讼请求。

下面,我联系《行政诉讼法》的具体条文谈几点看法:

第一,关于《行政诉讼法》第五十四条第一项的“维持判决”。我国的“维持判决”比较有地方特色,但却不合理。原因在于,无论是行政诉讼还是其他诉讼形式,法院的判决必须首先围绕原告的诉讼请求进行,也就是说以解决纠纷为第一目的。虽然行政诉讼还带有司法权对行政权进行合法性监督的性质,但是这种监督性质不能恣意扩张,而形成司法权取代行政权的局面。因为,毕竟司法与行政的目的、功能均不相同,行政的专业性、主动性、与社会的密切接触性,都是司法所不能胜任的。因此,我们国家才确立了行政诉讼只进行“合法性审查”的原则。所以,法院无视当事人的诉讼请求,而判决与当事人“诉讼请求”无关的“维持原行政行为”,这是不妥的。同时,这种所谓的“维持”也禁锢了行政主体再作进一步行为的能力,如果行政机关认为原行政行为在合理性上存在欠缺而欲修改,也忌于“维持判决”的效力而不敢擅自变动,在某种程度上说,司法机关判决“维持”已经逾越了自己的权力界限。因此,应将维持判决改为驳回诉讼请求。

第二,关于《行政诉讼法》第五十四条第二项的撤销判决。撤销判决是行政诉讼判决类型的核心。撤销判决(包括全部撤销和部分撤销)针对违法且具有可撤销性的具体行政行为。《行政诉讼法》第五十四条第二项中撤销理由存在以下缺陷:(1)适用法律、法规错误,由于原文中只将法律、行政法规、地方性法规作为审理行政案件的依据,而规章只是参照,表现出对规章的不信任。但实际上,如果是合法的规章,也可以作为行政行为的依据。所以,没有理由将“参照”排除在外,当然,本条中“适用法律错误”的“法律”是作广义的理解,不限于全国人大及其常委会制定的法律。(2)对于违反法定程序的情形,原文中一概作出否定,但根据《若干解释》第五十四条第二款的规定,人民法院以违反法定程序为由判决撤销被诉具体行政行为的,行政机关重新作出具体行政行为不受行政诉讼法第五十五条规定的限制。可见,如果仅是轻微的程序瑕疵而判决撤销,由于不影响最终结果,行政主体必然作出与原先行政行为一样的行政行为,而如果原告不服再诉,将陷入无穷尽的诉讼怪圈,不利于诉讼效率。所以,对于轻微的程序瑕疵,人民法院应责令行政主体补正,不补正的再予以

撤销。(3)原文中还规定法院可以在撤销的同时,判决行政主体重新作出行政行为。国外并未见相同的立法例。实际上,一般来说,行政主体的行政行为被撤销后,必然导致其行政目的无法实现,所以,基于行政目的的需要,它必然会重新作出行政行为。立法者当初在设计该处条文时,可能是出于充分保护当事人权利的考虑,担心行政机关关于撤销后不再作为,那么,对于一些给付性质的行为,当事人当然因为受领不到而再次受到侵害,不利于纠纷的彻底解决。这种考虑不能说没有道理,但是,后者的功能在国外是由另一种判决形式——“给付判决”来实现的。所谓“给付判决”,是公民、法人或其他组织与行政主体之间发生财产上的或者非财产上的给付纠纷的情形,财产性质的比如行政赔偿诉讼、行政补偿诉讼均是,非财产性质的包括积极给付和消极给付,积极给付是指要求行政主体积极作出某种行为,如给付信息,消极给付也称作“禁令判决”,是对行政主体即将作出的可能危害当事人的行为的提前禁止。所以,我们应当在判决类型中增加“给付判决”,而非设置“重新作出行政行为”,这种“重新作出”,如果属于行政主体必须作出,实际上可以通过法院的给付判决来实现;如果属于行政主体的裁量范围,那么法院根本无权要求行政主体作出何种行为,而只能是一种方向上的指示,没有实质意义。

第三,关于《行政诉讼法》第五十四条第三项的履行判决。履行判决在国外被称为“课予义务判决”,是专门针对行政主体的“应作为而不作为”或者“应作为而拒绝作为”的情况的,原文中的“拖延履行”意思不明,如果是在法定期限内的拖延履行,属于行政机关的裁量权,法院将无权责令其限期履行,只有经过法定期限后,才能以“不履行”的名义要求其履行。但“课予义务判决”不仅针对“不履行”的情况,也针对“拒绝履行”的情况,即在法定期限对原告的申请直接给与拒绝,对此也应当纳入“履行判决”的范围。同时,此处的“履行判决”根据是否属于行政主体的裁量权的不同,包括两种形式:(1)对于羁束行为,法院可直接指明履行的内容、形式等问题,不构成对行政权的僭越。(2)对于裁量行为,出于对行政权的尊重,法院只能要求行政主体应为履行,至于如何履行、履行的程度则交由行政主体自己判断。

第四,关于《行政诉讼法》第五十四条第四项的变更判决。原文中的变更仅针对“行政处罚显失公正的情况”,范围过于狭窄,实际上对于一些应当撤销但具有羁束性的行为,即行政主体只能作出特定的行政行为的,法院可以依法直接代替行政主体作出,这实际上并不违反司法谦抑的原则,而是从诉讼经济的考虑出发,虽然这也可以通过给付判决予以实现,但是,假如行政主体不予给付,又会重新引发诉讼,而且对当事人来说,不仅没有获得救济,而且费时费力,所以,在这种情况下,由法院直接变更的做法是适宜的。

第五,关于《若干解释》第五十七条的“确认判决”。确认判决包括确认违法判决、确认无效判决、确认法律关系存在。确认判决主要针对发生情势变更的可撤销行政行为、不具有可撤销性的行政事实行为和无效行政行为,《若干解释》中还规定了“确认合法”、“确认有效”两种判决形式。这是不恰当的。行政行为不存在确认有效的问题,如果原告请求法院确认行政行为无效,而法院认为该行为有

效,则应驳回原告的诉讼请求。至于确认合法,如果法院认为行政行为合法,则应驳回原告的诉讼请求。同时,由于无效行政行为自始无效、当然无效,所以不应受诉讼时效的限制,当事人可以随时提起对无效行政行为的审查。

第六,关于给付判决,我国《行政诉讼法》并没有系统的给付判决的规定,只有第九章“侵权赔偿责任”规定了“赔偿判决”,实际上,“赔偿判决”只是给付判决的一种。大部分给付判决的功能在我国是由撤销诉讼的附带“责令重新作出行政行为”来完成的,但这种“撤销判决”附带“责令重新作出行政行为”的模式不仅使得撤销判决变得异常复杂,而且也没有理顺撤销判决与变更判决、给付判决之间的关系。所以,应当发展独立的给付判决。给付判决的内涵非常广泛,广义的给付判决包括了课予义务判决和一般给付判决。本条中的给付判决是狭义的给付判决,即一

论题之五:行政诉讼制度改革中的其他焦点问题

莫于川:现在,我们来讨论一下这次《行政诉讼法》修改过程中的其他一些焦点问题。现行《行政诉讼法》颁布16年来,学界对这部法律中方方面面的问题大多给予了足够的关注和讨论。除了我们刚才谈到的这些问题,其他如行政诉讼裁判执行的问题、赔偿诉讼的问题、诉讼费的问题等等,都值得关注,大家也可围绕这些问题发表见解。

田文利:那我就谈一点赔偿诉讼和补偿诉讼方面的问题吧。现在的法律规定:公民、法人或者其他组织的合法权益受到行政机关或者行政机关工作人员作出的具体行政行为侵犯造成损害的,有权请求赔偿;公民、法人或者其他组织单独就损害赔偿提出请求,应当先由行政机关解决,对行政机关的处理不服,再向法院提起诉讼;同时规定赔偿诉讼可以适用调解。

对于目前这个制度,我有这样一些意见。首先,由于我们缺少与《行政诉讼法》相配套的统一的行政实体法,所以应当在《行政诉讼法》中系统地规定赔偿责任。我们知道,在《民事诉讼法》的条文中,并没有对赔偿责任进行规定,其原因在于《民法通则》第六章“民事责任”中已经对民事赔偿责任的有关问题做出了规定,而《行政诉讼法》却没有与其相配套的统一的行政实体法,因此在《行政诉讼法》中对赔偿责任进行规范是必要的。

其次,考虑到行政法体系的逐步完备,建议扩充赔偿责任的理由,增加行政合同赔偿责任、行政指导赔偿责任以及公共营造物损害赔偿,而不仅仅是侵权赔偿责任。随着现代行政行为方式的多元化,作为广义行政行为方式之一的行政合同,已在行政实务中广泛运用,也频频出现行政合同违约或缔约过失现象,但是,往往由于法律规定的欠缺,而不能得到及时有效的救济。本条的主要设计思想是将行政合同违约或缔约过失的赔偿责任包容进来,使行政合同行为规范地成为行政诉讼法的调整对象。当然,鉴于行政主体与合同相对方在合同履行和合同缔约过程中的不同关系,应当适用不同的责任形式和诉讼机制来解决在这两个过程中发生的不同类型的纠纷。同样作为广义行政行为方式之一的行政指导,也在行政实务中广泛运用,难免出现一些具有变相强制力的行政指导行为及其产生的行政争议,也存在产生损害、需要救济但按照现有法律规定却难以救济的问题,有必要通过《行政诉讼法》的修改加以规定,以符合依法行政的要求。

般给付判决,一般给付判决与课予义务判决的区别在于,课予义务判决以行政主体负有法定的给付义务为前提,即行政主体应为而不为或拒绝作为,而一般给付判决则不要求行政主体负有先前的义务为前提,所谓给付不过是法院在审理过程中,认为行政主体只有作出这种给付,才更能补救当事人的损失的缘故。因此,一般来说给付判决是弥补撤销判决的不足,可与撤销判决一并作出。这也就是它取代重新作出行政行为的原因。同时,独立规定给付判决为我国的补偿判决的发展也奠定了基础,补偿制度在我国的许多行政法单行法律和法规中都有存在,但是一直以来却没有纳入到诉讼途径中来。《若干解释》第五十八、五十九条规定的“补救措施”带有补偿的含义,但却没有指明,应该借“给付判决”的契机将补偿判决纳入到行政诉讼中来,从而完善国家责任体系。

最后,鉴于目前多部法律对行政补偿做出了散在的规定,以及行政补偿与赔偿之间的共性,《行政诉讼法》有必要从程序法上做出回应,规定行政补偿适用行政赔偿的相关条款,所以建议将行政补偿也纳入这一章同时加以规定。因为行政权力的行使有违法和合法两种结果,由于行政权力本身具有强制性,即使是合法行使也存在对公民个人造成伤害的危险,所以将行政补偿制度纳入这一章是非常必要的。补偿的理论基础为“公共负担平等原则”或“平均损失原则”,其制度功能在于调整公共利益与私人利益或团体利益、全局利益与局部利益的关系。事实上,我国在立法上分散规定了国家对合法行为致害予以补偿的条款,特别是宪法修正案第二十二条明确规定了“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”;又如《行政许可法》第八条也规定了补偿条款。行政补偿与行政赔偿也有许多共同点:都是当事人的合法权益受到损害;都是行政权的行使或实际作用影响而造成的结果;都是对受损合法权益的弥补方式;弥补损失基本上都可以用金钱给付方式。基于以上共同点,在这一章中规定行政补偿适用行政赔偿的程序是可行的。相应地,行政机关承担责任的归责原则也需作补充,即建立以违法或过错责任为主,以无过错责任或补偿责任为辅的多元归责体系。过错责任主要针对形式合法但实质不合理的行政行为;无过错责任原则主要针对公共营造物设置管理不当而承担的赔偿责任。

因此,我认为修改后的《行政诉讼法》在行政赔偿与行政补偿问题上可以这样规定:首先规定行政机关或其工作人员在行使行政职权过程中因违法或者过错对公民、法人或者其他组织的合法权益造成损害的,应当承担赔偿责任;再规定行政机关或其工作人员在行政合同履行过程中对公民、法人或者其他组织的合法权益造成损害的,当事人应当提起民事诉讼;而行政机关或其工作人员在行政合同缔约过程中对公民、法人或者其他组织的合法权益造成损害的,当事人可以提起行政诉讼。其次规定行政机关或其工作人员的合法行政行为对公民、法人或者其他组织的合法权益造成损害的,应当承担补偿责任。接着还应规定赔偿或补偿程序,公民、法人或者其他组织单独就赔偿或补偿提出请求的,应当先由行政机关处理,对行政机关的处理不服可以向人民法院提起诉讼,这基本上是沿用了现

有的规定。最后,还是沿用赔偿诉讼与补偿诉讼可以适用调解的制度不变。

林鸿潮:如果将赔偿和补偿的范围加以扩大,如何能够保证受害人真正获得赔偿金或者补偿金呢?在这方面是否也应当考虑一下具体的制度设计。

牛文展:是的。可以考虑通过国家专项赔偿准备金制度和赔偿支付令制度来保障受害人的利益,以建立一种切实可行的赔偿制度。我们研究中心曾有研究生撰写学位论文专门研讨过行政赔偿准备金制度构想,很有参考价值。我们现行的行政诉讼赔偿制度架构不尽合理,造成赔偿渠道不顺畅,导致每年大量的专用行政赔偿金闲置不用,而胜诉的行政相对人却又得不到及时赔偿,其权利最终得不到实际救济。这次修改可以考虑由各级政府设立与行政诉讼相配套的国家专项赔偿准备金,由各级财政直接统一管理。而在法院作出的有支付内容的判决生效后,同时签发支付令,胜诉的当事人持判决书和支付令到被告同级政府的国家专项赔偿准备金指定代管银行领取赔偿金即可。这种机制的主要特点在于直接性和通畅性,这种直接管理模式有利于避开行政机关的阻力,与其他方案相比具有较强的可操作性,其中,执行令的设计参考了英国古代的执行令制度。

莫于川:文展同学的意见比较具有制度架构参考价值,在实际操作中应当也是比较可行的。但是,这一制度创新也需要考虑当下我国的国情,加以全面考量、系统研究、精心设计。不久前个别地方出现了法官提供空白判决书与金融企业合作编造假案件套取国家财产的现象,就值得引以为戒,如果国家专项赔偿准备金制度和赔偿支付令制度存在某些设计缺陷,极易造成巨大的国有资产流失漏洞。

田文利:我想谈一点有关诉讼费的问题。我的考虑是,鉴于行政诉讼的特殊性质和功能,行政诉讼应当以不收或少收诉讼费为宜。现在的法律规定是行政复议不收费,但法院审理行政案件要收取诉讼费用,诉讼费用由败诉方承担,双方都有责任的由双方分担。这种规定基本上是民事诉讼收费制度的翻版,鉴于行政诉讼与民事诉讼在性质上的不同,应当对此加以区分。实际上,行政诉讼与民事诉讼在性质和功能上是不同的,民事诉讼的制度是为解决平等主体间的利益纠纷,根据受益者负担原则,就应当由当事人承担诉讼费用;而行政诉讼制度的最终目的是保障自然人、法人和其他组织的合法权益,但其间接目的还在于监督和维护国家行政机关依法行使行政权力。原告提起行政诉讼的行为,对于行政权力行使过程发挥着民主监督、社会监督的作用,实际上具有一定的公益性,仅就这一点而言,概由原告承担公益效益的成本是不合理的。还要看到,不收或少收行政案件诉讼费,有助于推动公民与政府和谐关系的建立。而且,如果被告行政机关败诉,由其承担诉讼费用,实际上不过是从行政机关的帐户划到法院或者说公共财政的统一帐户中,收取诉讼费用没有实际意义。但如果原告败诉,原告通过其诉讼仍然起到

一定的监督行政权力的作用,这样由原告负担全部诉讼费用就不尽合理了。

此外,现行的《人民法院诉讼收费办法》的法律依据实际上早已失效了,其本身的合法性就值得怀疑。这个收费办法是依据1982年的《民事诉讼法(试行)》而制定的。由于该法已经失效,《人民法院诉讼收费办法》的法条依据也随之失效,从而使该办法的根基发生了根本性动摇,该办法的合法性值得推敲,这也是我建议不收或者少收诉讼费的一个理由。

对于这个问题,我有两个设计方案,一个是不收的方案,一个是少收的方案。对于不收的方案,可以规定:人民法院审理行政诉讼案件,不收取案件受理费;但勘验费、鉴定费、公告、翻译费等可先由申请人预付,并在判决后由败诉方根据国家有关部门的收费标准计算后支付;如果法院认定原告恶意诉讼的,还可以责令原告补偿有关的合理费用;而诉讼过程中发生的鉴定费、勘验费、公告费、翻译费、证人、鉴定人、翻译人员的交通费、住宿费、生活费、误工补贴费,复制庭审记录材料和法律文书所需要的费用等,由法院根据国家规定的收费标准或按实际成本收取。少收的方案可以规定为:人民法院按件收取案件受理费,每件50元,不预收诉讼费用;诉讼费用由败诉方承担,以调解结案的由双方分担;原告交纳诉讼费用有困难的,可以向法院提出减交、缓交和免交的申请。当然,收取诉讼费的具体办法,法律完全可以授权最高法院另做详细规定。

莫于川:由于时间的关系,我们今天的讨论就到此为止了。在今天的讨论中,大家提出了不少独到的见解,主要体现出三个特点:第一,讨论的涉及面较广。大家围绕行政诉讼的主要制度、主要焦点展开讨论,涉及诉讼原则、受案范围、管辖制度、诉讼参加人、证据规则、法律适用、审理程序、判决类型、赔偿与补偿,还有诉讼费等问题,内容比较丰富。当然,由于时间限制,对于有些问题,比如起诉时限、诉讼裁判的执行等都未能涉及,希望有机会的时候我们可以就这些问题再作一次讨论。第二,讨论得比较深入。每一个问题的主要发言人都能够对相应的制度做比较深入的剖析,提出较为详细的制度设计方案,具有一定的理论和实践价值。第三,形成了一定的争论与交锋。在几个问题上,大家都能够提出补充意见或者不同意见,尽管这样的讨论可能还未能使大家消除分歧、达成共识,但却可以引起大家对这些问题更深层次的思考,以利于将来形成更加深刻全面的认识。

今天是我们博士论坛的第二期,虽然距离第一期的时间已久,但各位都是有感而发,准备充分,相信大家的意见和建议能够为我国行政诉讼法典的修改完善提供有价值的参考,希望大家以后能够继续热情参与我们研究中心博士论坛的活动,也希望有更多的同学积极加入进来。希望在大家的共同努力下,我们的每一期论坛都能够有新的进步,取得新成果。再次谢谢各位!

(莫于川、林鸿潮整理)

