

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文
阅读次数: 1159

中国行政诉讼调解制度的现状与课题

高秦伟

摘要: 对制度的设计者来说, 建立完备的行政纠纷解决方式的体系, 是保障行政相对人的合法权益, 促进行政机关依法行政的必然要求。为制度的使用者考量, 也应建立多种纠纷解决方式, 从而落实当事人的程序选择权。面对行政诉讼调解制度出现的困境, 中国行政诉讼制度的重构需要解决一些重要的课题, 如在调解中怎样实现自愿与平等协商, 如何实现调解与审判的协调, 如何保障当事人的反悔权利以及和解契约的拘束力问题等等。

关键词: 行政诉讼; 调解; 合意; 和解; 公法契约

一、现状分析

中国行政法因强调“公权不可处分”而在实定法上明确禁止对行政诉讼案件进行调解。于是就有了《行政诉讼法》第50条的规定:“人民法院审查行政案件, 不适用调解。”确切地说, 中国是没有行政诉讼调解制度的。但是审判实践中, 大量案件是原、被告在法院默许乃至动员下通过“协调”解决的。这种异化了的方式是调解制度在现实中最为生动的写照, 为解释这一客观存在的现象, 学者们也是颇费周章, 如有人指出:“审查行政案件不适用调解原则并不能排除人民法院在审理的过程中对双方当事人进行一些说明教育工作”。[[1]]有人指出:“法院不能调解, 但是原、被告可以和解。”[[2]]还有人把法院在审查某些行政案件时, 在依据现行法律难以作出公正判决, 或者依法作出的公正判决生效后显然容易被曲解的情况下, 建议被告改变具体行政行为, 动员原告撤诉, 从而终结诉讼所进行的一系列沟通活动称为“行政审判协调”, 同时还强调了其与调解的区别。[[3]]笔者认为与其如此, 不如从解决纠纷, 接近正义, [①]实现行政诉讼目的的角度出发考虑问题, 只要“协调”过程和结果不违反法律, 不侵害公共利益, 应予以准许。在现实中, 学者们对于建立行政诉讼调解制度的呼声也因此愈来愈高。

(一) 实定法与学理上的考察

在中国, 最早作出有关行政诉讼不得调解规定的, 是1985年最高人民法院在《关于人民法院审理经济行政案件不应进行调解的通知》所作出的, 通知指出:“审查和确认主管行政机关依据职权所作的行政处罚决定或者其他行政决定是否合法、正确”, “不同于解决原、被告之间的民事权利、义务关系问题”, “因此, 人民法院不应进行调解, 而应在查明情况的基础上作出公正的判决。”1987年最高人民法院在《关于审理经济纠纷案件具体适用〈民事诉讼法(试行)〉的若干问题的解答》中, 再次就不适用调解明确作了规定; 1989年颁布的《行政诉讼法》更加明确了这一点。在这样的前提下, 理论界只好采取“存在就是合理”的态度, 承认行政诉讼不适用调解, 既不能将调解作为行政诉讼过程中的一个必经阶段, 也不能将调解作为结案的一种方式。许多教科书甚至把“行政诉讼不适用调解”作为行政诉讼的特殊原则之一, 并作详细分析。[②]

学者们在论述行政诉讼之所以排除调解制度时, 主要是认为因调解原则在诉讼活动中得以成立的前提是当事人能够自由处分其权利, 而行政诉讼的被告是代表国家行使管理权的, 这个职权是以法定程序赋予

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

的,往往是特定的,行政主体对特定的行政职权没有处分权,当事人应受处罚就必须处罚,不应处罚就不能处罚,应该处罚的不能通过调解而不予处罚,否则就损害了公共利益或他人利益,损害了法制的严肃性。该规定的本意应是防止行政主体任意处分其无权处分的行政管理权,其防范的对象应当是作为被告的行政主体。但这样的学理无疑忽视了现代行政不再拘泥于传统的高权行政而包涵了行政指导、行政合同等非权力行政的客观事实;忽视了某些行政行为并不具有公共性或者公共性极为微弱的客观事实;〔3〕忽视了行政主体依法享有很大的行政裁量权的客观事实;〔4〕忽视了行政相对人有权依法自由处分自己权利的客观事实;忽视了行政主体与相对人的关系已从一种利益冲突、对立或对抗、互不信任的关系发展到一种利益一致、服务合作、相互信任的关系的客观事实。很显然,实定法与学理需要重新反思自己的价值取向,与变迁中的行政理念相契合。

(二) 司法实践上的考察

《行政诉讼法》实施十余年来,尽管实定法上严禁行政案件适用调解,但调解毕竟是中国的一项优良司法传统,号称为“东方经验”,在这样的状况下,加之行政诉讼本身脱胎于民事诉讼,于是行政诉讼适用调解便成了行政审判中一个“公开的秘密”。客观地讲,行政诉讼适用调解虽有悖于立法规定,但是在许多情况下,却取得了较好的社会效果。在下面的案例中,如果法院适用调解,当事人真正达成和解,其结果往往会出现合作博弈的帕累托最优状态,即法院少了讼累、当事人之间少了对抗,三方各得其所,这也正是现代社会所极力倡导的协商、协力与协调的理念。〔4〕

农民胡某,全家仅5口人,已有4间房屋,由于做生意赚了钱,通过不正当途径,获得建房证,在承包地上建起5间占地200平方米的新房。县土地管理局得知这一情况,作出拆除违章房屋的决定。胡某认为处罚太重,向法院起诉。诉讼中,被告提出,可以撤销原处罚决定,不拆新房,但要求胡某拆除旧房。胡某认为这样合算,遂申请撤诉。〔5〕

在本案中,我们可以看出行政诉讼的调解实践并不同于一般的调解实践,其是一种有限的调解,即应受到某些要件约束的调解。首先,本案中,胡某与县土地管理局达成合意,在其申请撤诉时,法官要审查其调解内容是否损害了国家、集体或他人利益;〔6〕其次,胡某可用以处分或放弃的只能是诉讼权利,通过放弃诉讼权利,实现保护实体权利的目的;第三,被告即县土地管理局处分或放弃的权利限定在法定权限范围内,通过变更、撤销被诉的具体行政行为,达到依法行政的目的;第四,如果被诉的具体行政行为完全合理合法,原则上没有调解的余地。在本案中,县土地管理局作出的处罚虽然是依法而为,符合法定要件,但仍有裁量的余地,所以适用调解。总而言之,适用调解,使原告、被告与法院三方都能受益:一是可以使原告在较短的时间实现起诉目的;二是被告行政机关意识到被诉行为确有错误时,可以作出对己较为有利的选择,主动改变具体行政行为;三是可以缓解社会矛盾,减轻法院的压力。

但在实践中较大的问题在于,由于没有实定法上的依据,行政诉讼调解显得有些过于随意,并使之异化成为某些法官手中的权力,“和稀泥”、“以压促调”、“以判压调”、“以劝压调”、“以诱促调”、“以拖压调”等等现象不容忽视。这种“和稀泥”式的无原则调解及压服式的非自愿性调解最直接的表现和结果无疑是多年来撤诉率、尤其是非正常撤诉率的居高不下。〔5〕下面这组数据可能给人以比较直观的印象:1994年撤诉率为44.3%,其中原告主动撤诉率为62.4%;1995年撤诉率为50.6%,其中原告主动撤诉率为57.7%;1996年撤诉率为54.0%,其中原告主动撤诉率为51.7%;1997年撤诉率为57.3%,其中原告主动撤诉率为56.6%;1998年撤诉率为49.8%,其中原告主动撤诉率为60.7%;1999年撤诉率为45.0%,其中原告主动撤诉率为64.6%;2000年撤诉率为37.8%,其中原告主动撤诉率为69.0%。在诸多的撤诉案件的案卷中,我们往往看不出原告撤诉的原因,也看不出合议庭对撤诉申请的审查过程。据某高院反映,从三个案件的案卷中发现,原告申请撤诉的日期比立案日期还早,可见部分法院处理撤诉案件的随意性很大。〔6〕通过调查,我们发现撤诉一般有三种情况:一是原告起诉后,认识到行政机关作出的处罚或处理决定正确,因而主动申请撤诉;二是诉讼过程中,被告改变原行政行为,原告同意并申请撤诉;三是法官发现行政行为违法,为避免判决行政机关败诉而“影响关系”,主动找行政机关“交换意见”,建议行政机关改变原行政行为,以促成原告申请撤诉。有的法官还配合被告作原告撤诉的动员工作。〔7〕第三种撤诉方式实际上就是调解,为规避法律又能自圆其说,其常被称为“协商”、“协调”、“庭外做工作”等。与其让这种变相的调解、协调处理成为规避法律的工具,不如从制度上进行规范,使之成为保护行政相对人合法权利、促进行政主体依法行政的重要方式。随着调解制度在域外的不断积淀,〔7〕以及全球范围内“非诉讼纠纷解决方式”(Alternative Dispute Resolution, ADR)的兴起,〔8〕中国行政审判的实践不得不进行反思与检讨,很显然,在中国行政诉讼制度的重构过程中,应该将适用调解写入实定法之中,从而消解因制度空缺带来的不良因素。

二、面临的课题

世界范围内调解的出现是公民主权、市场法则以及社会多元化、复杂化的必然结果，反映了某种更加彻底的以解决问题为目的、非对抗性的当事人主义。当事人的程序选择权是其中一个十分重要的概念与理念，最近几年来，中国的司法改革特别是民事诉讼制度改革凸显了这一重要的理念，行政诉讼制度则因为与整个国家的宪政体制、自由民主的构建进程密切相关，所以立法者、政策制定者在处理行政诉讼制度的改革上体现了严谨且观望的态度，这样的态度对于政治体制的渐进发展是极有益处的，不至于发生传统上出现的过于激烈的运动或者震荡，但笔者认为对于一些涉及到技术规范的制度还是有值得借鉴的必要，因此，下面就构建中国行政诉讼上调解制度的一些课题进行探讨，以求大方。需要指出的是，构建中国行政诉讼上调解制度是一个系统工程，涉及方方面面，诸如是否需要全面修改现行行政诉讼法或者以司法解释的方式发展行政诉讼法，是否需要建立行政诉讼的简易程序从而与调解制度进行配合等等。

（一）合意的贫困与平等协商

一般而言，调解分为诉讼外调解与诉讼上调解。前者如人民调解、行政调解以及仲裁程序中的调解等；后者指法院调解。诉讼上调解制度是当事人行使处分权与法院行使审判权结合的产物，立法者将调解纳入诉讼程序是基于这样的构想——通过法院调解既可以获得与判决相同或者相近的法律上正确的处理结果，同时又可以避免判决所具有的高成本和强制性。但问题在于审判权介入调解，则会影响当事人自由合意的形成，造成“合意的贫困化”。[[8]]这恐怕也是许多人反对行政纠纷实行调解的一大主要原因。合意应该是当事人的真实意愿，包括以调解方式解决纠纷的意愿和达成调解协议的自愿。前一自愿是程序上的自愿，后一自愿是实体上的自愿。只有自愿才能达成合意，只有平等协商才能促成和解，在国外，合意与平等协商问题在调解制度中是特别受到关注的，“只有在纠纷——如环境纠纷——的调解双方当事人都拥有同等的协商能力，或基于所采用的主张能成功进行诉讼的情况下才能实现正义，如果环境保护主义者没有掌握使对方得以信服的救济手段，我们不怎么希望通过调解帮助他们。”[[9]]在行政诉讼中，当事人双方在力量和资源上存在很大差距，所以构建行政诉讼上的调解制度一个主要的课题就是如何使作为原告的行政相对人与作为被告的行政主体如何实现平等协商，不至于出现合意的贫困化问题。

从实践方面来看，合意的贫困有两个层面的内容：其一是当事人特别是原告并没有调解的自愿，其或受被告或受法院的强迫；其二是当事人虽有和解的意愿，但原告与被告的地位并不平等，且在掌握行政信息方面显然不够充足，往往难以与被告平等对话协商，据此签订的和解协议也未必能够充分保障原告的利益。“合意在大多数场合是在相互妥协的基础上形成的，而妥协的公正性主要以当事人各方地位平等为前提”，[[10]]建立行政诉讼调解制度的一个关键就是要使制度的构建充分体现当事人双方的共同意愿，同时能够保障原告有与被告平等协商的能力，特别是行政机关提供必要的行政信息，只有这样才能通过对话达成合意，这一争议解决的过程与情境接近哈贝马斯所提出的“真之合意论”。[[11]]在平等协商与自愿的情形下，（1）所有人都有权参加论辩，任何命题都可以提出，并提交论辩；（2）论辩时可以赞成也可以反对该命题，并且任何人提出的命题或论断都是可接受批判的；（3）不允许有强迫或不着边际的想象；（4）参与对话的当事人必须诚实、始终如一；（5）他们不能从事策略性行为；（6）除非论据正当，任何人不能基于任何理由以威胁、允诺等其他方式试图说服他人；（7）任何人也必须能够在论辩中设身处地地站在他人的位置，以便从他们的视角看问题；（8）任何人随时都可介绍任何相关的论点，论辩没有时间的限制。[[12]]当然这样一种理想的合意情境在现实中是不可能达到的，但是，越是接近这种理想情境，调解就越容易达成合意的结果。在如何消除合意的贫困以及实现平等协商方面，有学者对建议以域外的诉讼和解替代法院调解制度，[[13]]诉讼和解是国际上通行的、发生于诉讼过程中，以当事人合意解决诉讼上纠纷的解决方式。诉讼和解与中国法院调解的共同之处在于：首先，两者都可在诉讼的任何阶段或主要阶段发生；其次，两者都可通过某种途径获得类似判决的效力；第三，在两种程序中，法官都要主持协商活动并对当事人进行说服。区别则在于立足点不同，诉讼和解立足于当事人说明以合意解决纠纷，而法院调解则是以法院为基点解释以合意解决纠纷。事实上这两种制度的差异并不是很大，在国外，诉讼和解也出现了“调解化”的倾向，这种法律制度同化与融合的趋势，反映了“一方面要求承认和强化个人的自由和自主权，但另一方面为让新的‘社会权力’交给大众，需要‘积极国家’这种思想”，问题的关键不在于法官能否应该进行调解，而在于要使法院调解制度体现当事人之自愿与平等，在于能否通过设计正当程序来消除法官调解带来的副作用。而就法官的调解活动而言，其仅仅在于帮助当事人沟通信息，进而结合未来的政府信息公开法、行政程序法等，实现当事人之间在协商对话上的平等。总之，合意是构建行政诉讼调解制度的终点问题，也是起点问题，必须认真对待。

（二）调解与审判的关系

调解是以自愿为基础的，判决是以强制为特征的，它们原本是性质上完全不同的解决纠纷的方式，即两种不同的解决纠纷的理想类型。[[14]]构建中国行政诉讼上调解制度面临的一个课题就是要正确处理好调解与审判的关系，否则二者的特长都无法充分发挥。关于调解、审判之间的关系，在民事诉讼制度改革中体现得特别鲜明，两种方案迥然不同，一种是在现行民事诉讼制度调审结合的框架内进行改革，采取一系列具体措施，进一步落实“自愿、合法”的法院调解原则，如通过强调审判与调解并重，适当降低调解

结案率；通过落实自愿原则，防范和抑制强制性调解；改让谅解型调解为公平型调解，以强化对民事权益的保护；改不公开的庭前、庭外调解为公开的庭上调解，以增加调解的透明度和规范法官在调解中的行为。另一种方案是将调解过程与审判过程相分离，将法院调解从民事诉讼中分离出去，作为与审判相独立的、以预防诉讼为目的的解决民事、经济纠纷的制度。通过两者的分离，纯化审判程序与调解程序。[[13]]行政诉讼虽脱胎于民事诉讼，但有根本性的不同，有鉴于此，有学者提出了“调审分离，审前调解”的模式，[[14]]即把调解从行政诉讼的审判程序中分离出来，使调解成为独立于行政审判以外的处理行政争议的一种诉讼方式。受理前，由法院的调解法官主持调解，若审前调解达成协议，就不再进入审判程序；若调解不成，则转入审判程序。这样的调解模式有利于当事人合意的形成，因为实行了主审法官与调解法官分离的制度，主持调解的法官不得参与审判案件，不持审判的法官不再对案件进行调解，避免了调解与诉讼的相互干扰。这样的调解模式还有利于提高纠纷解决的效率和效率，节约诉讼成本。此模式仅适用于第一审程序，避免了二审及再审重要调解而浪费人力、物力和财力等问题。很明显，以上设计基本上是针对目前民事诉讼中调解存在的问题而提出的，特别是强调主审法官与调解法官分离可以消解法院强调本身隐含的强制的契机，有人甚至进一步主张可借鉴日本经验，从社会人士中选任一定数额的民间调解员，备成手册置于法院，由申请调解的当事人挑选，原主持调解的法官不得向主审法官透露有关信息。但这里调解法官与主审法官如何区分如何选任，民间调解员的选任资质、任职期限、权利和义务、两类调解人员的职权划分、调解的具体程序、瑕疵调解的救济等问题，还需要在充分论证的基础上通过专门立法予以明确。[11]再者，仅将调解限于第一审程序，显然是剥夺了当事人的程序选择权，而且是对诉讼中调解的否定，[12]当事人自愿参与并以撤诉为结案标志，当事人之间有和解愿望的，法院应当在任何阶段予以允许，事实上这也是域外行政诉讼调解制度的成功经验。[13]可见，如何弥补调解制度留下的空缺，使一部分案件仍然能用和解的方式息诉，从而纯化审判程序和调解程序，是亟待进一步解决的课题。

调解与审判的关系还有一个层面，即二者如何衔接的问题。一般地，如果调解达成协议，经法院确认，只要符合行政诉讼调解适用范围，且不损害国家、集体与第三人的利益，法院作成调解书，便具有同判决的法律效力，不予履行的话可以申请法院强制执行。除法定原因外，不得重复起诉。如果调解未达成协议，法院不得强行调解，应进入审判程序或继续审判程序。调解不成开始审判程序或者继续审判程序，在调解过程中已达成的共识、妥协、收集的证据、调解人员形成的心证等在审判程序有无效力，这是调解与审判在衔接时应着重解决的问题。如果不予承认，显然有利于保证审判的公正性，但导致了诉讼资源的消耗，诉讼效率势必会降低。但如果承认其效力，则又会使判决成为调解的继续，诉讼的公正性因此也将受到质疑，明显不利于当事人权利的保护。如何处理将是未来中国行政诉讼构建调解制度需要的又一个课题。

（三）调解反悔与公法契约的拘束力

调解不可能保障百分之百的运行无误，因此有必要建立相应的救济制度，当事人的反悔权制度即是其中之一。一般状况下，只要合意是自愿的、平等的、真实的，当事人反悔就不是经常发生的普遍现象而是例外的现象。法官强制调解、威压调解、诱骗调解、违法调解、偏袒一方的调解和一方当事人强迫调解的情况越严重，当事人反悔的比例就越高。当事人对调解的反悔包括两种情况：（1）调解书送达前的反悔，其是指当事人双方虽然经过法院的调解最终达成协议，但是当事人一方或者双方又推翻协议的全部内容或部分内容，或者调解送达时拒不接受调解书，要求重新调解或判决的情形。如果调解书送达前或者送达时当事人拒绝签收的，调解书不发生法律效力，法院要及时通知对方当事人并对案件及时进行判决。

（2）调解书送达后反悔，其是指当事人在调解书送达后，对已经收到的调解书反悔要求法院重新处理的情形。由于调解书自当事人签收时生效（当事人双方不在同一时间签收的，以后收到调解书的当事人签收的时间为调解书生效的时间），调解书送达后当事人反悔的，应告知当事人如确有证据证明调解违反自愿原则或者协议内容违法的，可以向法院申请再审。在民事诉讼改革的建议有对于反悔权的保留问题有正反两种建议，保留者说其是对当事人合法权益的一种保障，反对者则认为反悔权使民事关系变得过于随意，并建议取消当事人反悔权，明确规定双方自愿达成的调解协议经法院认可后即发生与确定判决同等的法律效力，同时，还建议将民事诉讼中调解生效的时间进行修改，确立以双方当事人、审判人员等在调解协议笔录上签字或盖章的时间为调解生效时间，当事人是否签收调解书不影响调解协议的效力。当事人一方不按协议履行的，另一方可申请法院强制执行。[[15]]行政诉讼中，特别是对于原告是否要有反悔权的问题，也是值得探讨的。反悔权从形式上看，是一项调解否决权，但从调解协议已经达成情况看，它也是一项救济权。任何一项制度如果没有救济渠道是根本无法顺畅运行的，特别是在行政纠纷中，原告毕竟处于弱势地位，设立反悔权为其获得充分救济和援助提供了可能。但是，应当注意的是如果承认确立这一制度，对于个别原告故意先达成调解协议，过后即反悔而不签收调解书，以此试探被告，揣摩法官对案件可能作出的处理结果，将调解当作谈判中讨价还价的砝码的现象如何遏制，确实是制度建构时面临的一个重要课题。较为妥当的处理办法可能是，调解协议一经双方签字，就应对双方当事人具有法律约束力，必须全面履行协议的规定，任何一方不可反悔。这仅意味着取消了调解书送达前的反悔，但送达后的反悔并未废除，立法方面应明确调解协议无效或可撤销的认定标准，从而防止可能发生的错误调解造成的不公正后果。[14]此外关于请求继续审判的期限问题、第三人提起宣告调解无效或撤销调解之诉问题、瑕疵调解带

来的信赖保护问题、出现新证据对于调解协议效力影响的问题、情势变更对于调解协议影响的问题等都有待立法进行规定。

“行政诉讼上之和解，为同时具有诉讼程序与实体法律效果之公法契约行为，有关其行为之有效性，除行政诉讼法之相关规定外，并适用有关公法契约之规定。” [15]尽管学界现在对于行政合同问题研究颇多，但在立法与实务运作中问题仍然不少。首当其冲的便是中国目前尚无一部行政程序法或关于规制行政合同的法律法规，即便是行政程序法的草案也未将这种和解协议视为是行政合同，[16]因此说，要想真正建立行政诉讼上的调解制度，还需要扩大研究的视角，取得外部法治环境的支持，如此才能彻底解决问题。

对峙式的行政诉讼制度给中国描绘了一幅美好的法治场景，十余年的事实证明了这一点，其以审判为核心，以国家强制力为保障，充分实践了实体法的要素。在这一过程中，任何削弱或替代审判因素的存在都有碍于这一制度的最大效用，本文论述的调解自然也不例外。但我们生活在一个多样化、多元化的社会，各国司法实践中广为使用的不经过正式的审判程序而解决纠纷的仲裁、调解、谈判、案件评估、法院微型审判、由法官主持的和解会议等ADR却引人省思：中国行政纠纷解决方式是否也需要引入这样的理念？如果需要，面临什么样的课题、需要构建什么样的机制？

建立多种纠纷解决方式，赋予当事人程序选择权，从法律上保护当事人对程序或实体上权益的处分，不仅是妥善解决纠纷、节约社会资源的需要，同时也意味着国家对公民基本自由的尊重以及相关制度保障机制的完善。尽管如此，笔者仍要特别指出的是：行政诉讼调解制度的构建需要得到健全而完善的行政诉讼制度的支持，甚至需要整个行政法治大背景的支持，而且作为一种辅助性的行政纠纷解决方式其作用也不宜过分夸大。

On status and task of the mediation system in administrative litigation in China

Gao Qin-wei

(Law School of Renmin University China, Beijing 100872)

Abstract: From the view of system designers, it is essential to establish the self-constrained system of administrative dissension resolve, which can protect rights and interests of private party in the administrative process, put up administrative agencies into administrating according to law. From the view of system users, it is indispensable to establish many ways in dissension resolve, which can fulfill both parties' procedure selective rights. Confrontation with the plight in the mediation system in administrative litigation, the system of administrative litigation in China must reconstruct some important task, such as, how to realize unconstraint and equality in mediation, how to assort with mediation and adjudgement, how to protect both parties' regret rights and how to realize the constraint of settlement contract.

key words: administrative litigation; mediation; consent; settlement; contract of public law

作者简介：高秦伟（1973-），国家行政学院教师，中国人民大学法学院宪法与行政法学博士研究生。

[①] 卡佩莱蒂、加斯两位教授将一系列的“通向正义之路”改革（即接近正义，access to justice）的三个浪潮表现如下：第一，对经济上的弱者进行法律援助的规定；第二，“集团性”扩散利

益如集体代表诉讼或公共利益等的代表诉讼；第三，对纷争处理制度、程序关心的加强。参见[意]莫诺·卡佩莱蒂. 福利国家与接近正义[M]. 刘俊祥等译, 北京: 法律出版社, 2000. 125. 于是ADR等方便人们接近正义的制度与程序愈来愈受到重视。

[②] 参见罗豪才, 应松年. 行政诉讼法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1990. 319—320. 胡建森. 行政诉讼法教程[M]. 杭州: 杭州大学出版社, 1990. 53. 皮纯协, 胡锦涛. 行政诉讼法教程[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1993. 58. 姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京: 高等教育出版社, 1997. 265-266. 刘恒. 行政救济制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 1998. 190. 张正钊. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 1999. 343.

[③] 如治安管理处罚中对于一般轻微的人身伤害所作出的行政处罚, 这类行为直接涉及的往往是加害人与受害人两者之间的关系, 对此类行为的处理, 很难说一定损害社会和国家及他人利益。

[④] 只要法律、法规赋予行政主体一定幅度或范围的行政裁量权, 也即行政相对人应履行的义务具有变动的可能性, 应该说就是可以和解的。

[⑤] 转引自何海波. 行政诉讼撤诉考[J]. 中外法学. 2001(2).

[⑥] 在国外诉讼阶段的和解是在法院的监督下进行的, 和解如果不合理或者不合法, 将会得到及时阻止与纠正。中国《行政诉讼法》第51条的规定就是立法赋予法院对行政行为和解监督权的依据。

[⑦] 法、德、中国台湾和香港地区行政诉讼皆以法条明文规定和解制度。日本、瑞士等国虽无明文规定, 但是可以间接从法律推知或由判例发展。关于此可参见蔡志方. 行政诉讼经济制度研究[A]. 蔡志方. 行政救济与行政法学(二)[C]. 台湾: 三民书局, 1994. 350-351.

[⑧] 应该说ADR的兴起与中国式的人民调解制度有着密切的关系, 面对这种新型理念, 调解制度的回应显然更加突出了尊重权利与合意的意思表示, 中国民事诉讼、刑事诉讼调解制度的改革没有理由不促动行政诉讼司法实践的变革。

[⑨] James E. Herget, Contemporary German Philosophy, University of Pennsylvania Press, 1996, p. 47. 转引自齐树洁. 民事司法改革研究[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2000. 53-54.

[⑩] 在民事诉讼制度改革中, 这样的设计很多, 可参见章武生, 吴泽勇. 法院调解制度之重塑[A]. 樊崇义. 诉讼法学新探[C]. 北京: 中国法制出版社, 2000. 679. 在行政诉讼制度改革中, 这样的提法是不多见的, 以至于有学者言称自己是“大胆地提出行政诉讼可试图建立和解制度”的构想, 参见郑艳. 论行政诉讼中的和解[J]. 浙江省政法管理干部学院学报. 2001(6).

[11] 调解的合法性有两个内容, 程序合法与实体合法, 但在此二者相比, 程序合法在调解中占的重要性要更大一些。参见李浩. 关于建立诉讼上和解制度的探讨[A]. 马俊驹. 清华法律评论(第2辑)[C]. 北京: 清华大学出版社, 1999. 214. 可见调解程序的建构是极其重要的。

[12] 按照调解所处的位置, 调解又分诉讼前调解与诉讼中调解, 显然建议是保留诉讼前调解而取消了诉讼中调解。

[13] 中国台湾现行行政诉讼法第219条规定当事人得以随时试行和解。德国行政法院法第106条也有类似的规定, 参见[德]弗里德赫尔德·胡芬. 行政诉讼法[M]. 莫光华译, 北京: 法律出版社, 2003. 576-577.

[14] 关于和解无效与撤销问题可参见[日]南博方. 行政诉讼中和解的法理(下)[J]. 杨建顺译, 环球法律评论. 2001. 冬季号.

[15] 蔡志方. 行政救济法新论[M]. 台湾: 月旦出版社股份有限公司, 1995. 148. 又参见刘宗德, 彭凤至. 行政诉讼制度[A]. 翁岳生. 行政法(下)[A]. 北京: 中国法制出版社, 2002. 1468. 行政诉讼中和解的法理(上)[J]. 杨建顺译, 环球法律评论. 2001. 秋季号. 陈桂明, 李仕春. 诉讼契约论[A]. 马俊驹. 清华法律评论(第2辑)[C]. 北京: 清华大学出版社, 1999.

[16] 以中国法学会行政法学会2003年8月提供的《中华人民共和国行政程序法》(试拟稿)为例, 其第159条以列举的方式表明了中国行政合同的种类, 显然是不包括和解契约的。这与中国大陆的行政管理中没有“和解”理念是相联系的。而相反, 在中国台湾地区其行政程序法第136规定: “行政机关对于行

政处分所依据之事实或法律关系，经依职权调查仍不能确定者，为有效达成行政目的，并解决争执，得与人民和解，缔结行政契约，以代替行政处分。”

[17] 刘恒. 行政救济制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 1998. 191.

[18] 刘善春. 行政诉讼原理及名案解析[M]. 北京: 中国法制出版社, 2001. 644.

[19] 张步洪, 王万华. 行政诉讼法律解释与判例述评[M]. 北京: 中国法制出版社, 2000. 370-372.

[20] 杨建顺. 行政强制中的和解——三环家具城案的启示[J]. 南通师范学院学报(哲学社会科学版). 2002(1).

[21] 何海波. 行政诉讼撤诉考[J]. 中外法学. 2001(2).

[22] 甘文. 我国行政诉讼制度发展进程调查报告[A]. 应松年, 袁曙宏. 走向法治政府——依法行政理论研究_{与实证调查}[C]. 北京: 法律出版社, 2001. 466.

[23] 姜明安. 中国行政法治发展进程调查报告[M]. 北京: 法律出版社, 1998. 352.

[24] [日]棚濑孝雄. 纠纷的解决与审判制度[M]. 王亚新译, 北京: 中国政法大学出版社, 1994. 69-73.

[25] [意]莫诺·卡佩莱蒂. 福利国家与接近正义[M]. 刘俊祥等译, 北京: 法律出版社, 2000. 18.

[26] [日]棚濑孝雄. 纠纷的解决与审判制度[M]. 王亚新译, 北京: 中国政法大学出版社, 1994. 7.

[27] [德]哈贝马斯. 交往与社会进化[M]. 张博树译, 重庆: 重庆出版社, 1989.

[28] 强世功. 调解、法制与现代性: 中国调解制度研究[M]. 北京: 中国法制出版社, 2001. 导言. 8.

[29] 李浩. 民事审判中的调审分离[A]. 江平. 民事审判方式改革与发展[C]. 北京: 中国法制出版社, 1998. 204.

[30] 朱福惠, 刘伟光. 我国行政审判中调解制度的改革与完善[J]. 现代法学. 2002(5).

[31] 宁杰、张传军. 论民事诉讼调解制度之完善[A]. 曹建明. 程序公正与诉讼制度改革[C]. 北京: 人民法院出版社, 2002. 608.

文章来源: 《河南省政法管理干部学院学报》2004年第1期

相关文章:

[行政机关法解释的审查基准](#)

[正当行政程序的判断模式](#)

[宪政建构的理性主义与经验主义](#)

[行政私法及其法律控制](#)

[宪政的现代性与后现代性问题探析](#)

[欧洲一体化与欧盟制宪——一种宪法学的解读](#)

