

行政诉讼二审的代理策略、技巧 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E8_A1_8C_E6_94_BF_E8_AF_89_E8_c122_480760.htm 行政诉讼本与民事诉讼有很多不同之处，行政诉讼的二审又增加了一些不同，认真研究行政诉讼的特殊性，对代理行政诉讼是十分有益的。现结合行政诉讼二审，详谈代理策略、技巧。

一、两个程序 民事活动基本上没有程序要求，在民事诉讼中，也无对民事主体进行民事活动的程序要求。而现行行政法律、法规对行政机关的行政程序有明确规定，要求行政机关做出具体行政行为时必须严格遵守行政程序。如果行政机关不遵守行政程序，即使其做出的行政行为具有充分的事实依据和法律依据，该项行政行为同样要被撤销或被确认违法。行政法律、法规把行政程序提到了与行政实体一样的高度，充分说明行政程序的重要地位和作用。因此，做为行政诉讼的代理的，无论代理行政机关还是代理行政行为的相对人、利害关系人，都必须举证行政行为是否符合行政程序的证据。行政诉讼的举证责任在行政机关，因此，举证行政行为符合行政程序的证据，是行政机关的法定义务。在以往的行政诉讼中，行政机关往往注重实体证据的举证，忽视程序证据的举证，而人民法院对行政机关的程序瑕疵甚至明显的程序违法不予重视甚至视而不见，这都是重实体轻程序的传统的惯性在起作用，随着国家法制建设的加快这些都将取代。虽说在行政诉讼中行政机关负有举证程序证据的义务，但《行政诉讼法》并没有否定行政行为的相对人、利害关系人关于被诉行政机关行政程序违法的举证权。只所以说是行政行为相对人、

利害关系人的权利，是因为《行政诉讼法》明确规定，他们举证的证据如果能够证明行政程序违法则可以得到人民法院采信，如果不能证明行政程序违法，仍然不免除行政机关证明其行政程序合法的义务。在以往的行政诉讼中，行政行为对相对人、利害关系人有的不但不充分利用行政程序违法的举证权，甚至不提出行政程序违法的抗辩，这对其是十分不利的。依照《行政诉讼法》第5条，显然人民法院对具体行政行为的合法性进行审查当然应该包括对行政程序的审查，而且按照《行政诉讼法》第54条第（二）款的规定，“违反法定程序的”人民法院应当“判决撤销或部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为，”在司法环境不理想而且是难度较大的“民告官”的行政诉讼中，轻易放弃甚至没有想到行政程序的抗辩权和举证权绝不是一个称职的行政诉讼的代理人所取代的，这方面的经验教训是十分深刻。行政程序有些规定有国家的法律、行政法规、部门规章、地方政府规章、地方性法规以及各类规范性文件之中，行政行为相对人、利害关系人了解这些行政程序并不困难，只需依照这些法律规定指出行政机关的行政行为在行政程序上的不合法之处依法抗辩即可。有些行政程序，行政行为相对人、利害关系人往往难以知晓，难以提出相应的程序抗辩，这时需要代理人依法向人民法院提出依职权调查取证申请甚至证据保全申请。依照最高人民法院关于《行政诉讼法》若干问题的解释第67条的规定，第二审人民法院审理上诉案件，应当对原审人民法院的裁判和被诉具体行政行为是否合法进行全面审查。根据《行政诉讼法》第61条第（三）款，一审判决认定事实不清，证据不足的，二审法院可以裁定撤销原判，发回原

审人民法院重审，也可以查清事实后改判。前述法律规定的事实不清证据不足当然包括行政机关行政程序方面的事实和证据。换言之，无论行政行为相对人、利害关系人在一审时是否提出行政程序抗辩，在二审仍然依法享有对行政机关做出具体行政行为时的行政程序提出抗辩。但鉴于司法环境不理想及“民告官”的难度，笔者建议行政行为相对人、利害关系人还是应尽量在一审中就提出相应的程序抗辩。只所以说是二个程序，是除了上述与民事诉讼不同的行政程序之外，还有一个与民事程序相同的一审审判程序问题。按照前述《行政诉讼法》第61条第（三）项之规定，一审判决违反法定程序可能影响案件正确判决的二审法院可以裁定撤销原判决发回重审，或查清事实后改判。做为行政诉讼的二审当事人，应就一审法院的审判程序及行政机关的行政程序存在的问题一并提出上诉。而在以往的行政诉讼中，有些行政诉讼代理人并没有两个程序的清晰概念，在二审中仅就审判程序或行政程序提出抗辩，这不利于全面维护当事人的合法权益。笔者在此特别指出一个行政诉讼过程中的特殊程序问题。根据《行政诉讼法》若干问题的解释第44条第（一）款第（十）项规定，“诉讼标的为生效判决的效力所羁束”而当事人又提起行政诉讼的，应驳回其起诉。此时，必须有“生效判决”首先做为证据被举证，才能证明“诉讼标的”被其“效力所羁束。”此时，生效判决既然是做为证据被举证的，人民法院就应首先审查该生效判决的效力。那人民法院应如何审查生效判决的效力呢？《关于行政诉讼证据的若干问题的规定》第68条第一款虽规定“已经依法证明的事实”“法庭可以直接认定”，但在该条第二款却有“当事人有相反证

据足以推翻的除外”的“但书”规定。该解释第70条也做了与上述规定相同的规定，同时，该条还明确规定：“如果发现裁判文书或者裁决文书认定的事实有重大问题的，应当中止诉讼，通过法定程序纠正后恢复诉讼。”根据前述司法解释规定，在以往的行政诉讼过程中容易产生的程序错误是：其一、当事人不将“生效判决”做为证据举证，人民法院一般也不开庭对其质证后认证，而是径行认定、采信其效力。其二、受诉法院不给原告举证“生效判决”有“重大问题”的证据的机会，原告往往也不积极举证此类证据，从而也不存在受诉法院对此的质证、认证问题。其三、更为重要的错误是，人民法院遇到此类问题时一般也不中止诉讼，而是以“生效判决未被撤销当事人有异议可以另行申请再审”为由径行判决受诉案件。这样，就使得一份证据采信的问题，演变为一个重要的程序问题。对此程序问题的处理，不仅事关当事人的诉权、实体权益，同样还涉及当事人诉累，人民法院应严格依法处理，而相关当事人更应积极依法主张权利或提出相应抗辩，维护自己的程序、实体权益。

二、二个法律依据

《行政诉讼法》第23条规定，行政机关不但对其所做具体行政行为负有举证责任，还负有举证“所依据的规范性文件”的义务。该法第43条进一步明确规定，行政机关应当在收到起诉状副本之日起十日内向人民法院提交“作出具体行政行为的有关材料。”《行政诉讼法》若干问题的解释第26条第2款规定，行政机关应提交“作出具体行政行为时的证据、依据”。而最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第1条则规定行政机关应提交“被诉具体行政行为的全部证据和所依据和规范性文件。”上述法律、司法解释对行

政机关除提出了举证要求外，还提出了“规范性文性”、“相关材料”、“依据”的“提供”要求。那么，这些法律、司法解释所要求的“规范性文件”、“有关材料”、“依据”到底是指什么呢？笔者以为其实质是指的广义上的法律，包括法律、行政法规、地方性法规、部门规章以及地方政府规章。因为根据《行政诉讼法》第52条及53条的规定，法律、行政法规、地方性法规是人民法院的判案依据，而部门规章、地方政府规章是人民法院的参照依据。规范性文件不是法律，也不是人民法院的判案依据。对行政机关依法行政的基本要求也是要求行政机关严格按照法律的规定行事。因此，《行政诉讼法》及其司法解释中相应的“规范性文件”、“有关材料”、“依据”应再做进一步区分，如果是法律的，则应明确表述为“法律依据”，除“法律依据”之外的，包括“规范性文件”，则应明确表述为“证据”。《行政诉讼法》及其上述司法解释，均将上述“规范性文件”，“有关材料”及“依据”规定在“证据”章、节中，也与“规范性文件”，“有关材料”及“依据”的实质内容以及《行政诉讼法》的实质要求不一致，当然这些已超出了本文的论述范围，不再复述。既然《行政诉讼法》及其司法解释均规定了被诉行政机关提供法律依据的义务，且对其提供时间也有明确的限制性规定，无论是做为行政机关还是行政行为相对人、利害关系人的代理人，均应注重法律依据的“提供义务”及对此义务的相关抗辩。事实是，被诉行政机关往往不能“提供”尤其是不能在法定期间提供相关法律依据，甚至有些被诉行政机关错误地认为，在《行政答辩状》中已详述了被诉具体行为的法律依据而无需再提供了。依照《行政诉讼

法》及其司法解释规定，被诉行政机关不提供或者不在法定期间提供其所作具体行政行为的法律依据，依法视为没有法律依据，仅凭此便足以撤销行政机关所做具体行政行为或确认其违法。面对被诉行政机关如此重大的诉讼失漏，有些行政行为相对人、利害关系人没有依法提出抗辩，不能不说也是重大失误和损失。根据前述《行政诉讼法》若干问题的解释第26条第2款，对被诉行政机关应提供的法律依据的范围也做了限制性规定，即必须是“作出具体行政行为时”所依据的法律依据，这里包括两层含义：其一、被诉行政机关作出具体行政行为时必须依据法律，如果没有依据法律，或是仅仅依据了规范性文件，依法应当视为没有法律依据。其二、被诉行政机关当时依据的什么法律依据，在行政诉讼中就应提供什么法律依据，不能提供当时所作具体行政行为所依据的法律依据之外法律。否则，依然视为没有法律依据。笔者在此强调说明的是，行政机关做出行政行为时依据一套法律，在行政诉讼中向人民法院提供的却是另外一套法律依据，这在行政诉讼的实践中并不鲜见，此种做法除被前述法律规定直接确认为没有法律依据的原因注定败诉之外，还因先后做法的自相矛盾而注定失败。试想一下，被诉行政机关在行政诉讼中举证另一套法律依据的后果是什么？是直接否认了其在作出具体行政行为当时所依据的法律依据，否则，行政机关依法依理在两个不同的阶段都应举证完全相同的法律依据。这也应成为行政诉讼双方代理人不可忽视的重要问题。根据前述《行政诉讼法》第4条、5条及54条第2款之规定，无论行政行为相对人、利害关系人是否对行政机关被诉具体行政行为所依据的法律依据提出抗辩，人民法院都应对其适用

的法律依据是否合法进行审理。也正如前所述的司法环境不理想及“民告官”的困难，建议行政行为相对人、利害关系人代理人在行政诉讼中对此积极提出抗辩，尤其是在行政诉讼的一审时就提出相应抗辩，以避免代理工作陷入被动甚至诉累。说两个法律依据，是说除行政机关所做具体行政行为的法律依据外，在行政诉讼二审中还有一个一审法院所做一审判决、裁定所适用的法律依据。如前所述，一审法院适用法律、法规错误的，二审法院可以依法改判。正如对两个程序没有清晰的认识一样，在以往的行政诉讼中，双方当事人对二个法律依据同样也没有清晰的认识，往往仅就其中一个提出上诉，而未能针对两方面均可能存在的适用法律错误提出上诉，这同样是行政诉讼代理人在今后的行政诉讼中需引以为借的重要方面。

三、四种证据 除非被诉具体行政行为没有证据，在行政诉讼中的确少见被诉行政机关不举证所做具体行政行为的证据的情况，尤其是很少出现因被诉行政机关失误而不举证的情况。同时，也很少出现行政行为相对人、利害关系人不就被诉行政机关所做具体行政行为的事实依据即证据提出抗辩的情况。这是证据方面的问题与程序、法律依据方面的问题不相同的地方。这当然是一种好现象，说明行政诉讼的双方当事人、利害关系人都很重视证据的作用，在打官司被普遍视为打证据的今天，这一现象甚至可以说是难能可贵的可喜现象。但在行政诉讼的证据方面还是存在一系列其它相关问题，现详述如下：根据前述《行政诉讼法》司法解释第26条第2款之规定，被诉行政机关必须在法定期间向人民法院举证其“作出具体行政行为时”的证据，这与其所依据的法律依据的要求是完全一致的。笔者在此特别指出

的是，《行政诉讼法》及其司法解释还做出了与法律依据要求不同的更为严格的对举证证据的限制性规定：其一、按照《行政诉讼法》司法解释第30条之规定，“被告及其诉讼代理人在作出具体行政行为后”不能再调查取证；其二、按照《行政诉讼法》第33条规定，“在诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人”调查取证。违反这两条禁止性规定取得的证据，不能做为认定被诉具体行政行为合法的根据。这两条禁止性规定的法律用意也是十分明显的，行政机关不能先入为主做决定后找证据，必须根据证据实事求是依法作决定。最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第6条规定，行政诉讼原告可以提供证明被诉具体行政行为违法的证据，但原告提供的证据不成立的，不免除被告对被诉具体行政行为合法性的举证责任。关于程序性证据是如此，关于实体性证据也是如此。但《行政诉讼法》及其司法解释对行政诉讼原告的举证期限也做了具体规定，即在开庭审理前或人民法院指定的交换证据之日。除原告人可以举证外，行政诉讼的第三人也可以举证。但《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第60条规定，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具体行政行为依据的证据，不能做为认定被诉具体行政行为合法的依据。换言之，被诉具体行政行为虽有事实依据，但被诉行政机关作出时并没有依据这些依据，仍然视为被诉具体行政行为没有依据，依法应被撤销或被确认违法。除前述行政诉讼的原告、被告、第三人等三种诉讼参与人可以举证外，依据《行政诉讼法》第34条规定，人民法院有权依职权调查取证。但鉴于《行政诉讼法》及其司法解释对当事人、第三人的举证责任、期限已做了限

制性规定，《行政诉讼法》及其司法解释对人民法院依职权调查取证也相应地做出了限制性规定。《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。”此种情形仅限于原件无法调取及原告、第三人提出申请，而不包括被告。《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第22条规定：“根据行政诉讼法第三十四条第二款的规定，有下列情形之一的，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：（一）涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实认定的；（二）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。”此种情形仅限于程序及国家利益、公共利益事项。既然《行政诉讼法》及其司法解释已规定原告、被告、第三人在被诉具体行政行为做出后搜集、举证的证据不能做为认定行政行为合法的依据，依同理，人民法院依职权调查的被诉具体行政行为做出后的证据，也同样不能做为认定被诉具体行政行为合法的事实依据。否则，就会产生诉讼参与人不能为已做出的具体行政行为找证据在诉讼过程中人民法院却能为其找证据论证其先入为主的行政行为合法的怪现象！甚至由此引发司法腐败与司法不公，使本就困难的“民告官”变得雪上加霜更加困难。困难的结果是“民”望行政诉讼而生畏；生畏的结果是行政行为缺乏有效的司法监督，从而使依法行政落了空，最终受损的还是国家和人民的利益。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com