

不断总结探索，充分发挥律师在行政业务中的作用 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_B8_8D_E6_96_AD_E6_80_BB_E7_c122_484843.htm

行政诉讼、行政非诉讼业务的开拓与代理是律师业务中不可或缺的工作，由于行政业务的特殊性，该业务的开拓与代理一直是困扰律师界的难题。笔者在行政诉讼业务的开拓与代理方面取得了一定成绩。我们积极开拓行政诉讼和行政非诉讼业务，使我所的行政业务无论是案件的数量还是收费额都有了明显的上升，主要有五个特点：1. 律师所代理的行政案件，在同期我所代理的案件中占较高比例。2. 律师代理行政诉讼案件的种类较多，已涉及到的有20余种行政管理行为。3. 律师代理行政业务取得了明显的效果，受到社会各界的关注。4、整体收费和个案收费幅度明显提高。5、通过法律顾问工作和非诉讼活动，促进了行政机关依法行政的水平，减少了不必要的行政诉讼。我们在参与行政业务活动中也和大家一样遇到了实际困难和问题：（一）行政管理相对人仍普遍存在“告官难”、“怕告官”的心理，当合法权益受到侵害时，不敢或不愿委托律师提起诉讼。（二）行政立法不健全、不完善，给律师代理行政机关参与行政诉讼和担任行政机关法律顾问的工作带来很大困难。（三）来自行政机关的干扰，律师代理原告到有关行政机关调查取证，经常受到无理阻碍和拒绝，有时律师的人格和尊严也遭侵犯，代理活动受到影响。（四）我们的一些律师对开展行政诉讼代理工作仍怀有各种顾虑和担心，参与行政诉讼工作不够积极、主动,另外业务素质不能适应形势发展的需要，对行政诉讼涉及的诸多法律关系和法律

问题缺乏深入的研究，对有关专业知识缺乏了解，在代理工作中显得力不从心。（五）行政机关认为律师在行政活动中的作用不大，在做出具体行政行为的时候很少征询律师的意见。针对上述问题，我们采取了以下措施：（一）到行政机关举办讲座，进一步开展对《行政诉讼法》等法律、行政法规、规章等的宣传活动，提高行政管理相对人依法保护自身合法权益的意识以及行政机关及其工作人员依法行政的自觉性。几年来，我们受邀到政府机关、政府各职能部门进行行政理论讲座达20余次，受到广泛好评，行政机关亦充分认识到律师在行政业务中的作用，既宣传了律师自己，也为开拓行政诉讼业务打下了良好的基础。（二）进一步提高认识，打消各种顾虑，积极投身到行政业务活动中去。积极采取措施，尽快扭转自身行政业务理论水平和业务素质不适应客观需要的状况，为充分发挥我们在行政业务活动中的作用而努力。

一、律师参与行政诉讼的经验和做法。（一）担任原告代理人参加诉讼。律师在接受委托前，首先，要审查委托人是否有提起诉讼的资格；其次，要审查委托人的诉讼请求是否属于人民法院行政诉讼受案范围；再次，要审查委托人的诉讼请求是否属于必须先复议的范围；最后，还要审查当事人的诉讼请求是否已超过诉讼时效。在此之后才能决定是否接受委托。同时律师还应对委托人诉讼请求的实体问题进行审查。例如：行政机关的侵权事实需要原告举证。去年遇到这样一个案例，某开发区政府将其管辖区域内以生产氯化钙的厂子强制拆迁（理由是该企业严重污染环境），但是原告没有证据证实政府的拆迁行为，原告将政府的职能部门作为被告起诉到人民法院，法院以原告没有证据证明行政机关

实施侵权行为为由驳回了原告的起诉。后来，原告在律师的帮助下，通过律师搜集证据，起诉某开发区政府行政行为违法，法院就支持了原告的诉讼请求，维护了其合法权益。因此，我们在接受委托的时候，一定要认真分析案情，当确认行政机关具体行政行为合法有效时，应建议委托人息讼；如果委托人坚持起诉，律师应拒绝代理，这样既能维护行政机关行政行为的严肃性，又能避免加重委托人的经济负担。律师一经接受委托，就必须及时做好证据材料的收集工作，以免因各种因素影响取证。此外，对于需要鉴定的证据事实、可能灭失或以后难以取得的证据材料需要及时保全以及具体行政行为的执行需要停止等情况，应及时告之原告，及时采取措施，以维护原告的合法权益。在诉讼开始之后，原告代理律师可以从以下六个方面对具体行政行为的合法性进行审查：

- 1、事实是否清楚，证据是否充足；
- 2、适用法律、法规是否正确；
- 3、程序是否合法；
- 4、是否超越职权；
- 5、是否滥用职权；
- 6、是否不履行或拖延履行法定职责。

当确认被告的具体行政行为违法或不当时，律师应根据法律、事实正确出具法律意见，以求法院判决撤销或变更该具体行政行为。（二）担任被告代理人参加诉讼。1、师在接受委托之前，首先要对委托人员是否是适格被告进行审查，其次要查明案件的法律性质和该案件所适用的法律规范。根据被告在行政诉讼过程中不得自行向原告和证人收集证据这一诉讼特点，律师代理工作的重点应是对被告作出具体行政行为所认定的事实、证据，适用的法律、法规及处理程序进行审慎、全面的审查。当被告代理律师确认被告作出的具体行政行为合法、有效时，应主要从以下几个方面出具代理意见并进行举证：（1

）作出具体行政行为的主体合法；（2）具体行政行为是在法定职权内做出的；（3）对行政管理相对人的主体资格、行为事实的认定符合法律规定的条件，并且证据充分；（4）适用法律、法规正确；（5）行政机关作出具体行政行为的意思表示真实，符合立法目的；（6）符合法定程序和形式。当被告代理律师认为被告作出的具体行政行为违法或不当时，应建议被告在法庭宣判前自行撤销或变更该具体行政行为，并做好善后工作。

2、关于被告代理律师调查取证权的问题。《行政诉讼法》第三十三条规定：在诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人收集证据。《最高人民法院关于贯彻若干问题的意见（试行）》第26条规定：作为被告的诉讼代理人的律师同样不得自行向原告和证人收集证据。据此，有的人认为，被告及其代理律师在诉讼过程中不能向原告和证人收集证据。但有的人认为，《行政诉讼法》和最高人民法院的司法解释只是规定被告及其代理律师不得“自行”向原告和证人收集证据，而不是“不能”。根据《行政诉讼法》第34条的规定：人民法院有权要求当事人提供或者补充证据，也就是说，如果经法院许可或根据人民法院的要求，被告及其代理律师是可以向原告和证人进行调查取证的。另外，法律和司法解释只是规定被告及其代理律师不能向原告和证人收集证据。但被告及其代理律师是可以向原告、证人以外的人收集证据，并进行鉴定和勘验等活动。

（三）代理第三人参加诉讼。在接受委托之前，律师首先要对第三人的主体资格进行审查。凡具备第三人主体资格的，都应勇于接受委托，不应拒之门外，对于不符合第三人主体资格的，应耐心说明情况，进行行政诉讼法律宣传。对两个以上第三人的共同委托

，要注意审查其“利害关系”的性质，防止或避免代理中可能出现的法律关系的混乱,另外,也不能违反执业利益冲突。

在行政诉讼中，律师应根据不同情况进行代理：（1）对于要求撤销或变更具体行政行为的第三人，律师应侧重证明具体行政行为不合法或不公正。（2）对于要求维护具体行政行为的第三人，代理律师在取得第三人实体上的特别授权后，有权对争议的标的提出主张，反驳原告诉讼请求或者代为放弃或变更诉讼请求。（3）对于那些只为了证明自己行为合法，从而摆脱诉讼结果可能对自己产生不利影响的第三人，代理律师应通过举证、辩论、反驳等诉讼权利的行使，充分陈述第三人的意见。

二、积极开拓为行政机关担任法律顾问工作等非诉讼业务。我认为，律师在参与行政诉讼过程中，除了要
做好行政诉讼代理这一主要工作外，还应积极开展为行政机关担任法律顾问工作等非诉讼业务，以促进行政机关依法行政的水平和减少不必要的行政诉讼。

（一）律师为行政机关担任法律顾问的主要做法是：1、通过举办行政诉讼法知识讲座和培训班等形式，向行政机关及其工作人员进行行政诉讼法知识的宣传和普及，促使他们增强依法行政的意识和自觉性，提高依法行政的水平。2、对行政机关的行政决定是否合法进行论证和审查，协助行政机关在实施具体行政行为时做到合法与规范。3、协助行政机关对相对人的申办事项进行审查,提出可否准许的法律意见。4、协助行政机关做好行政复议工作；为行政机关处理行政纠纷提供法律咨询，解答行政争议所涉及的法律、法规问题，提出解决争议的办法、途径的法律意见；为行政机关处理行政纠纷进行专门的调查，收集证据，提供第一手材料。

（二）律师开展非诉讼业务的

主要做法：1、代理参加调解。即律师接受委托，以代理人的身份参与由上一级行政机关主持的行政调解活动，依法维护委托人的合法权益并促成调解成功。2、代理参加和解。即律师接受委托，参加行政争议和解工作，利用特定身份说服行政机关改变不当行政行为；或者说说服行政管理相对人放弃复议或诉讼请求，达到息讼解纷之目的。3、代理参加行政复议，主要工作是：（1）为申请人提供法律咨询。（2）为申请人代写复议申请书。（3）接受申请人的委托，作为代理人参与行政复议活动。三、行政侵权赔偿业务的开拓与研究有侵权侵害，就必有赔偿责任，这是渊源流长的一条法则

。1994年我国颁布《中华人民共和国国家赔偿法》，将我国宪法所规定的国家赔偿的原则落实为具体的法律制度，也为行政侵权损害赔偿责任的界定提供了法律依据。（一）行政侵权赔偿 所谓行政侵权赔偿指的是国家机关和国家机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其它组织的合法权益造成的损害而引起的国家赔偿。在我国国家赔偿法中明文规定国家机关作为赔偿主体的范围，即人身权和财产权。首先是对人身权的赔偿。人身权的赔偿并不是指所有人身权中的具体内容，如人身自由权、人格尊严权、婚姻自由权、荣誉权、生命健康权等等。国家只针对人身权中关于公民人身权、生命健康权予以赔偿。也就是说，在人身权益内容方面，国家赔偿要比民事赔偿的范围小得多。其次，是对财产权的赔偿。赔偿，就其本意来讲是赔偿受害人的财产损失，包括金钱损失和其他财产的损失，故在财产权内容方面，国家赔偿范围是全面的和穷尽的，也不应有何限制。对于法人和其它组织来讲，由于国家实质上只赔偿其财产权而不赔偿人身权

，使得财产权的国家赔偿责任显得尤为重要和突出。（二）行政侵权赔偿诉讼 由行政侵权赔偿所引起诉讼活动称之为行政赔偿诉讼，它是公民、法人或者其他组织的合法权益在受到行政机关工作人员所作的具体行政行为侵犯并造成损害的情形下，请求人民法院判令行政机关给予一定的赔偿的诉讼形式。行政赔偿诉讼作为行政诉讼的一种，它与一般的行政诉讼有着共同点，但与其它行政诉讼相比有着明显显著的区别：1、起诉的原因不同。一般行政诉讼的提起，是因为公民、法人或其他组织认为行政机关具体行政行为已经给行政相对人的合法权益造成了事实的损害。前者是当事人带有主观性认定，即认为具体行政行为侵犯了他们的合法权益，而是否真的侵害，有待法院司法审查，后者则有一定的客观标准，只有在具体行政行为被宣布为违法或不当时，当事人的赔偿请求才可望满足。2、起诉的前置条件不同。一般的行政诉讼中，除法律、法规规定必须先由行政机关复议的外，原告既可选择先行复议，也可直接向人民法院提起诉讼；而后者中，公民、法人或者其他组织单独损害赔偿提出请求的，必须先由行政机关解决，对行政机关处理不服的，再向人民法院起诉。3、审理方式不同。行政诉讼法第50条规定：“人民法院审理行政案件，不适用调解。”排除了在一般的行政诉讼中进行调解或以调解方式结案的可能，而行政赔偿诉讼则可适用调解。行政诉讼法第67条第3款规定：“赔偿诉讼可以适用调解”，因而，对于行政赔偿既可通过判决形式，也可通过调解方式进行处理。4、有关人员承担责任和方式不同。行政诉讼法第56条规定：“人民法院在审理行政案件中，认为行政机关的主管人员，直接责任人员违反政纪的，应当将

有关材料移送该行政机关或者其上一级行政机关或者监察、人事机关；认为有犯罪行为的，应当将有关材料移送公安，检察机关。”这就是说，对于不涉及赔偿问题的一般行政诉讼来说，对有关人员追究的是行政或刑事责任，但行政赔偿诉讼则不完全一样。国家赔偿法第14条规定：“赔偿义务机关赔偿损失后应当责令有故意或重大过失的工作人员或者受委托的组织或个人承担部分或全部赔偿费用”，“对有故意或者重大过失的责任人员，有关机关应当依法给予行政处分，构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。”在这里，有关责任人员除可能承担行政、刑事责任外，还必须承担赔偿责任。在申请赔偿程序方面，行政赔偿诉讼直接适用行政诉讼法的规定。1、申请行政赔偿的前置条件问题，行政诉讼法第67条第2款规定：“公民、法人或者其他组织单独就损害赔偿提出请求，应当由行政机关先行解决。对行政机关的处理不服的，可以向人民法院提起诉讼。”在这里将赔偿义务机关的先行处理程序作为前置条件。但是，国家赔偿法第9条规定，行政赔偿请求人要求赔偿既可以先向赔偿义务机关提出，也可以在申请行政复议和提起行政诉讼时一并提出，不以赔偿义务机关先行处理为原则。从表面上看两部法律一门规定了先行处理，一门规定一并处理，以予有所不同，仔细分析起来，两者实质上无差别。若具体行政行为被宣布为违法，则受害人自然无法将赔偿请求与行政诉讼一并提出。具体行政行为为行政机关的终局裁决。但受害人对赔偿问题仍有异议的，只能按照诉讼法及国家赔偿法规定，先由赔偿义务机关处理，当事人对赔偿义务机关处理不服或赔偿义务逾期不作处理的，再向人民法院行政赔偿诉讼。2、申请行政赔偿的期

限问题。赔偿请求人请求国家赔偿时效为两年，自国家机关及其工作人员行使职权行为被依法确认为违法之日起计算，但被羁押期间不计算在内。（三）行政侵权赔偿举证责任 所谓举证责任，是指当事人为了认定事实和证明所应负的提供证据的责任。作为被告的行政机关在行政诉讼中负主要举证责任。但仅限于被告在审查具体行政行为是否合法过程中负举证责任，而原告在确认具体行政行为违法后的阶段中负举证责任在附带的行政赔偿诉讼中，行政诉讼部分由行政机关负举证责任，附带赔偿部分应依照谁主张谁举证的原则，由原告负举证责任。原告负举证责任现主要集中在以下几个方面：1、有关损害事实的举证。原告应就行政机关及其工作人员行使职权时的违法行为造成损害的真实存在、范围等方面提供证据材料。2、损害事实与违法行为间因果关系的举证。原告应就赔偿义务机关在何时何地实施何种违法行为以及这种违法行为确系损害结果的证明材料。3、赔偿数额问题的举证。原告对于赔偿义务机关给予赔偿数额有异议，或在人民法院进行调解时，原告对被告给予赔偿标准不服的，可根据国家赔偿法第四章规定，提出证据证明自己的索赔请求的合法性、合理性。诉讼，也不得提起请求国家赔偿的诉讼。但内部行政行为被确认违法后，可依照行政程序请求国家赔偿。行政侵权赔偿是我国国家赔偿法中的重要组成部分。我国国家赔偿制度起步较西方国家为晚，与其赔偿制度相比仍有许多值得商榷及借鉴的东西，由此对有益成分的合理吸收，对我国国家赔偿制度是重大的完善与发展。行政诉讼、非诉讼业务的代理和开拓方面是我们面临的重要课题，我们只有通过行政业务理论的研究，在实践中不断总结经验，充分

发挥律师在行政业务中的作用，积极开拓案源，提高律师的知名度，扩大律师在行政业务中的影响，为建设和谐社会贡献力量。 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