

【行政诉讼法学】

行政诉讼中民事诉讼规范之“适用”

——基于《行政诉讼法》第101条展开的分析

章剑生

【摘要】行政诉讼与民事诉讼之间的关系决定了行政诉讼中民事诉讼规范有一定的适用空间。在我国,民事诉讼规范在行政诉讼中的适用,经历了适用——参照——适用的一个制度史变迁过程。2015年经修正后实施的《行政诉讼法》第101条规定了民事诉讼规范在行政诉讼中的适用,其内容可以分为“诉讼程序”和“检察监督程序”两部分。在“诉讼程序”中,立法以“等”作不完全列举的例示性规定。从判例中我们可以看到,与原告法定代表人资格确定、二审裁判方式等相关的民事诉讼规范,也都在可以“适用”之列。毕竟,行政诉讼和民事诉讼的立法目的各异,所以,在行政诉讼中适用民事诉讼规范,应当确立不抵触立法目的和补充性两条规则。

【关键词】行政诉讼;民事诉讼规范适用;不抵触立法目的

【作者简介】章剑生,浙江大学光华法学院教授(杭州 310008)。

【原文出处】《行政法学研究》(京),2021.1.65~76

引言

行政诉讼是一种从民事诉讼中发展出来的诉讼制度,它与民事诉讼之间便有一种天然的“血缘”关系,所以,在制定行政诉讼法过程中,就有“独立论”^①和“适用论”^②之争。《行政诉讼法》第101条规定:“人民法院审理行政案件,关于期间、送达、财产保全、开庭审理、调解、中止诉讼、终结诉讼、简易程序、执行等,以及人民检察院对行政案件受理、审理、裁判、执行的监督,本法没有规定的,适用《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定。”从这一法条内容看,《行政诉讼法》采纳了“适用论”,同时对《民事诉讼法》可以适用到行政诉讼的内容作了“限定”。对于此种立法方案,本文姑且称之为“有限适用论”。

《行政诉讼法》第101条是一个法技术性条款,

但它的工具性背后并非没有法价值取向。我们知道,行政诉讼立法目的不同于民事诉讼。^③虽然中国法学并无公、私法二元论的传统观念,但我们也必须承认,在不少法律问题的处理中,我们并非没有受到公、私法二元论的影响。本文所涉的论题似乎是两个诉讼法之间——行政诉讼法“适用”民事诉讼法——某些法规范的适用问题,但它的背后不能说没有一点实体法的观念。正是这种实体法观念,影响我们创制与理解行政诉讼“适用”民事诉讼规范的规则。基于上述考虑,本文首先考察了行政诉讼中适用民事诉讼规范的制度变迁,然后对《行政诉讼法》第101条作解释论的分析,并尝试整理出一个行政诉讼中适用民事诉讼规范的制度框架;同时,通过对相关判例分析,讨论了《行政诉讼法》第101条中“等”可能包含的民事诉讼规范。同

时,对民事诉讼规范是否可以作为评介被诉行政行为合法性的依据等问题也一并加以关注。基于上述论证,本文最后提炼出行政诉讼适用民事诉讼规范的两大规则,以期对司法实务有所实益。

一、民事诉讼规范的适用变迁:适用——参照——适用

行政诉讼适用民事诉讼规范,在中国行政诉讼法史上有一个制度史的变迁。在国家法制重建初期,相对于行政诉讼来说,人们更熟悉刑事诉讼、民事诉讼,因此,当有行政案件需要依法审理但又没有可以适用的“行政诉讼法”时,法院只能在刑事诉讼和民事诉讼之间作出选择。在过去四十余年中,民事诉讼规范在行政诉讼中究竟居于何种地位,大致可以分为以下几个阶段:

(一)适用(1982—1991)

为了适应对外开放的需要,1980年9月10日第五届全国人大第三次会议通过了《中外合资经营企业所得税法》《个人所得税法》等法律,其中规定了合营企业或者个人与税务机关发生纳税争议时可以提起行政诉讼。^④但是,当时法院要审理这类行政案件时,没有法律规定相关的诉讼程序。1982年《民事诉讼法(试行)》第3条第2款规定:“法律规定由人民法院审理的行政案件,适用本法规定。”之所以有这样的规定,是因为“由于行政案件与民事案件的性质比较近,因而在行政诉讼刚开始时,自然要借用一些在民事诉讼制度中已被证明行之有效的制度和办法,如辩论制度、回避制度等等。”^⑤这个学理解释是有说服力的,也符合当时的实际情况。据统计,截止到1989年《行政诉讼法》颁布,共有130多部法律、行政法规规定了当事人提起行政诉讼的权利。自《民事诉讼法(试行)》生效到临近《行政诉讼法》施行的1990年6月,全国各级法院共受理一审行政案件31626件,审结29423件。^⑥《最高人民法院公报》公布的“郑太发不服土地管理行政处罚案”^⑦“支国强不服税务行政处罚案”^⑧和“上海环球生物工程公司不服药品管理行政处罚案”^⑨

等几起典型行政案件,法院都是直接依照《民事诉讼法(试行)》进行审理和裁判的。此阶段初始的民事诉讼规范“适用”是将行政案件当作一类“民事案件”,法院根据行政案件的特性和审理的需要,适用相关的民事诉讼规范。但在此阶段后期的行政诉讼实践中,出现了如下几种不能适用或者不太适合适用民事诉讼规范的情形:(1)维持判决方式。对于被诉行政行为经审查合法,依照《民事诉讼法》规定,法院可以作出驳回原告诉讼请求的判决,但是,在《最高人民法院公报》发布的“郑太发不服土地管理行政处罚案”等几个案例中,法院“创制”了“维持判决”的裁判方式。(2)经济行政案件不适用调解。人民法院审理这类行政案件,不同于解决原、被告之间的民事权利义务关系问题,而是要以事实为根据,以法律为准绳,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处理决定是否合法、正确。因此,人民法院不应进行调解。^⑩(3)治安行政案件“一审一核”程序。1987年1月1日实施的《治安管理处罚条例》第39条规定,被裁决受治安管理处罚的人或者被侵害人不服上一级公安机关裁决的,可以在接到通知后五日内向当地人民法院提起诉讼。当事人不服人民法院的裁定,可在五日内向上一级人民法院申请复核一次。^⑪这种“一审一核”诉讼程序,在当时的《民事诉讼法(试行)》中是找不到依据的。(4)铁路运输法院不受理治安行政案件。对于铁路公安机关裁决的治安行政案件,经上一级公安机关裁决之后,可向最先作出裁决的公安机关所在地的基层法院提起诉讼。^⑫《民事诉讼法(试行)》中关于管辖的规定,不能适用于这类行政案件。从上述几种情形看,行政诉讼无条件适用民事诉讼规范显然已经不能满足行政诉讼的要求。

(二)参照(1991—2015)

1988年11月10日全国人大常委会公布征求意见的《中华人民共和国行政诉讼法(草案)》第49条规定:“本法没有规定的,适用有关民事诉讼的法

律规定。但是,关于和解、反诉、简易程序的规定不予适用。”这是一个较早的关于行政诉讼中民事诉讼规范地位的立法表述。在1989年2月第七届全国人大常委会第六次会议上,王汉斌在《关于〈行政诉讼法(草案)〉修改情况的说明》中提道:“不少地方、法院提出,行政诉讼法是同刑事诉讼法、民事诉讼法并列的一个基本法律,对行政诉讼的基本程序应当作出比较完整的规定。因此,草案修改稿对行政诉讼中的辩论原则、指定管辖和移送管辖、诉讼代理人、律师的地位权利、起诉条件、请求赔偿的程序、涉外行政诉讼等都增加了规定,并增加规定,为实施本法,最高人民法院可以根据本法和民事诉讼法关于回避、证据、期间、送达、开庭审理、二审、审判监督、执行程序等规定,制定实施办法。”^⑩由此可见,到了制定行政诉讼法时,对于行政诉讼中如何适用民事诉讼规范,立法决策层已经注意到了这个问题。正如有学者指出:“出于立法技术上的考虑,一些在民事诉讼和行政诉讼中通用的原则、制度,民事诉讼法已经作了详细规定,行政诉讼法中对此就不一定要再作详细规定,则最高人民法院可以根据行政诉讼法的原则规定和民事诉讼法的有关规定,制定实施办法,这样就使得则最高国家权力机关制定的行政诉讼法典显得精炼,不繁琐重复。”^⑪但是,在1989年3月9日提交第七届全国人大第二次会议审议的《中华人民共和国行政诉讼法(草案)》中,对于这个问题只保留了“最高人民法院可以根据本法制定实施办法”,其他内容已经删除。令人不解的是,在正式通过的《中华人民共和国行政诉讼法》中连这一条都删除了。在笔者可以查阅到的立法史料范围之内,未见有关的原因说明。对此问题,后来的一本较为权威的行政诉讼法教科书这样写道:“行政诉讼法为了在立法上更简练,通常只重点规定行政诉讼活动所具有的特殊问题,对一些行政诉讼与民事诉讼相同的程序问题则简略化了,并通过相应的法律条文或司法解释说明当行政诉讼在处理这些问题时,适用或者参照民

事诉讼法的相应规定。”^⑫

然后,关于行政诉讼适用民事诉讼规范的问题并不因为《行政诉讼法》没有规定而消失。当时的实际情况是,人民法院审理行政案件时,《行政诉讼法》75个条文难以为法院提供一套具有可操作性的、较为严密的诉讼程序。对此,1991年最高人民法院《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)》(以下简称《若干意见》)第114条规定:“人民法院审理行政案件,除依照行政诉讼法的规定外,对本规定没有规定的,可以参照民事诉讼的有关规定。”之后的2000年《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》(以下简称《若干解释》)第97条规定:“人民法院审理行政案件,除依照行政诉讼法和本解释外,可以参照民事诉讼的有关规定。”从最高法院这先后两条的司法解释看,有以下几点内容值得关注:(1)将《民事诉讼法(试行)》规定中的“适用”改为“参照”。在《行政诉讼法》没有制定之前,法院审理行政案件时没有诉讼程序的“框架”,所以没有参照民事诉讼规范的基础,只能直接适用民事诉讼法。(2)“可以”参照宜解释为司法解释赋予了法官在个案中适用民事诉讼规范的裁量权。当然,对于“不参照”的判定,法官有说明裁判理由的负担。(3)哪些民事诉讼规范可以“参照”,无论是《若干意见》还是《若干解释》都没有作出明确的列举,由法官在个案中裁量。(4)“参照民事诉讼的有关规定”不同于“参照规章”。对于“参照规章”,当时的立法原意是,“规章与法律、法规的地位和效力不完全相同,有的规章还存在一些问题。因此,草案规定法院在审理行政案件时,参照规章的规定,是考虑了上述两种不同的意见,对符合法律、行政法规规定的规章,法院要参照审理,对不符合或不完全符合法律、行政法规原则精神的规章,法院可以有灵活处理的余地。”^⑬法院对于民事诉讼的有规定的“参照”,显然没有这种合法性审查权。但也有学者在论及《若干意见》第114条中的“参照民事诉讼的

有关规定”时认为：“按照通常的理解，参照某种规定，必须在本法及其司法解释中找不到明确适用的法律规范，在符合本法基本原则的情况下进行。参照表示首先要审查有关规定的合法性及审查该项规定是否适用于现实情况，如不合法或不适合现实情况，则不适用；如果合法并适合实现情况，则可适用。”^⑩这个观点是值得商榷的。民事诉讼规范是由全国人大创制的，即使它本身不合法，法院也无权审查。因此，最高人民法院“参照民事诉讼的有关规定”中的“参照”，并没有也不应该有赋予法院就参照的民事诉讼规范作合法性审查。

(三)适用(2015-)

2015年实施的《行政诉讼法》第101条规定：“人民法院审理行政案件，关于期间、送达、财产保全、开庭审理、调解、中止诉讼、终结诉讼、简易程序、执行等，以及人民检察院对行政案件受理、审理、裁判、执行的监督，本法没有规定的，适用《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定。”从这一规定看，在对待行政诉讼中民事诉讼规范应置于何种位置的问题上，《行政诉讼法》去掉了文义上很有争议的“参照”，改为“适用”，但这个“适用”显然又不同于《民事诉讼法(试行)》中的“适用”，这种不同主要体现在：(1)《民事诉讼法(试行)》中的“适用”是基于没有统一的行政诉讼法，且也并未注意到这两种诉讼制度之间的差异的情况下作出的立法例，所以，法院审理行政案件可以适用全部民事诉讼规范。《民事诉讼法(试行)》中的“适用”可以解释为“全部适用”。(2)2015年《行政诉讼法》中的“适用”是基于有相对比较完善的统一行政诉讼法，且已经意识到了这两种诉讼制度之间的差异性的情况下，为避免重复立法，便以“例示+等”的立法模式，在行政诉讼中将民事诉讼规范确定为“补充适用”。

在相同的立法问题上，尤其是诉讼程序可以适用或者准用已有的同位阶法条是成文立法的一种惯例。如中国台湾地区“行政诉讼法”采用每一节的最后一条规定准用《民事诉讼法》的具体条文序

数。^⑪日本《行政事件诉讼法》第7条规定：“关于行政事件诉讼，本法没有规定的事项，依照民事诉讼之例。”我们《行政诉讼法》如仿日本，在附则中作一个总的规定，这也是一种行政诉讼法“准用”的立法方式。上述两种立法技术都可以减轻《行政诉讼法》的立法负担，不重复已有的《民事诉讼法》相关条文，节约立法成本。以下几个与《行政诉讼法》第101条相的问题，值得我们进一步关注：

第一，修改理由解读。首先，行政诉讼和民事诉讼之间有着一种天然的联系，因此不可能完全割断两者之间的关联性。“在我国，行政诉讼是从民事诉讼中分离出来的，在《行政诉讼法》实施以前，行政诉讼适用的就是民事诉讼程序规则，就是现在有了专门的《行政诉讼法》，人民法院审理行政案件仍然要补充适用《民事诉讼法》。而且，行政诉讼法作为一个独立法律部门，它的许多规范也是从民事诉讼法中借用过来或经过某些变通借用过来的。”^⑫对此判断，学界基本上是可以达成一种共识的。其次，是保留“参照”还是改为“适用”。由于“参照”本身的模糊性，且避免与“参照规章”的混用，《行政诉讼法》改用“适用”也是十分妥当的。再次，用列举还是概括方式。在《行政诉讼法》修法过程中，有的同志提出，行政诉讼法虽然脱胎于民事诉讼法，但应当具有独立性和特殊性，不应完全参照民事诉讼法。而且经过二十多年的发展，最高人民法院针对行政诉讼中出现的问题出台了一系列司法解释，逐步摆脱了当初不参照民事诉讼法就无法可依的尴尬局面。建议行政诉讼法对审判组织、诉讼参加人、回避、开庭审理、诉讼中止、诉讼终结、财产保全、期间、送达等作出符合其自身特点的规定。^⑬从立法技术上看，将所有可适用于行政诉讼的民事诉讼法规定都纳入这次修法不合适。如何取舍，建议把握以下原则：一是属于行政诉讼法基本框架的重要程序制度的，要补充进来；二是两法中制度名称相同但内容略有不同的，要写清楚。除此之外，可以通过“一揽子”规定来解决。^⑭《行政诉讼法》第

101条听吸收了各方的意见,至少从目前看还是比较妥当的。

第二,行政协议案件审理中的“参照”。在《行政诉讼法》改用“适用”来处理法院审理行政案件如何对待民事诉讼规范之后,最高人民法院在2019年《关于审理行政协议案件若干问题的规定》(以下简称《行政协议解释》)中,就法院审理行政协议案件过程中如何对待民事诉讼规范时又使用了“参照”。因涉及它与《行政诉讼法》第101条之间的关系,甚至关涉它的合法性,必须予以重视。《行政协议解释》相关条款涉及两个问题:(1)诉讼时效。即《行政协议解释》第25条规定:“公民、法人或者其他组织对行政机关不依法履行、未按照约定履行行政协议提起诉讼的,诉讼时效参照民事法律规范确定;对行政机关变更、解除行政协议等行政行为提起诉讼的,起诉期限依照行政诉讼法及其司法解释确定。”(2)其他诉讼程序。即《行政协议解释》第27条第1款规定:“人民法院审理行政协议案件,应当适用行政诉讼法的规定;行政诉讼法没有规定的,参照适用民事诉讼法的规定。”在这里,我们需要关注的问题是:(1)《行政协议解释》为何使用“参照”而不是“适用”?从最高人民法院公开的一些相关材料看,没有看到对这个问题的解释。(2)《行政协议解释》第27条第1款中“参照适用”,对此当如何解释?是否还存在一种非参照适用的情形?(3)《行政协议解释》这两个条款是否构成了抵触《行政诉讼法》第101条,如果不是,那理由是什么?这些问题有待于我们进一步思考。

第三,修改可能有的意义或功能。《行政诉讼法》改《若干解释》的“参照”为“适用”,可以解读为立法机关想表达一种不同于《若干解释》的立法旨意。最高人民法院《若干解释》使用“参照”,为法院在审理行政案件时是否适用《民事诉讼法》相关法条保留了裁量空间,即“有条件适用”或者“有特别理由可以不适用”,《行政诉讼法》改为“适用”,可以理解为它收缩了法院的裁量空间,即法院必须无条

件适用明确规定的《民事诉讼法》具体法条。由此可否得出一个结论:在行政诉讼是否适用以及多大范围内适用民事诉讼规范,立法进一步限缩了法院的裁量空间。这样的立法政策是否妥当,尚需要对司法实务作进一步观察。

二、民事诉讼规范适用框架

《行政诉讼法》第101条明确规定了“期间、送达、财产保全、开庭审理、调解、中止诉讼、终结诉讼、简易程序、执行等,以及人民检察院对行政案件受理、审理、裁判、执行的监督”的诉讼程序,若《行政诉讼法》没有规定的,适用《民事诉讼法》的相关规定。从这一规定中我们可以看出:“期间、送达、财产保全、开庭审理、调解、中止诉讼、终结诉讼、简易程序、执行等”涉及法院审理行政案件的诉讼程序,属于不完全列举的例示性规定。在适用过程中,有学者认为:“由于上述内容是不完全列举,对于其具体表述不应当作限缩解释。”^②“人民检察院对行政案件受理、审理、裁判、执行的监督”则属于完全列举的例示性规定。

(一)法定框架:诉讼程序

诉讼程序,即与“期间、送达、财产保全、开庭审理、调解、中止诉讼、终结诉讼、简易程序、执行等”相关的民事诉讼程序。这类诉讼程序与诉讼立法目的没有直接关联性,它可以适用于民事案件,也可以适用于行政案件。对于“期间、送达、财产保全、开庭审理、调解、中止诉讼、终结诉讼、简易程序、执行”程序理解与适用,一般来说争议不大,问题的难点在于如何确定“等”的内容。以下本文从相关判例切入,解释此处“等”中可能应有的内容。

第一,原告法定代表人资格确定。《行政诉讼法》第25条第1款规定:“行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织,有权提起诉讼。”因法人是拟制的“人”,所以当行政诉讼原告是法人时,其法定代表人代表法人行使诉权。但是,当法定代表人身份发生争议时,如何确定合格的法定代表人呢?《行政诉讼法》没有作

出具体规定。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第60条规定,法人的法定代表人以依法登记为准。法定代表人已经变更,但未完成登记,变更后的法定代表人要求代表法人参加诉讼的,人民法院可以准许。在四川科泰特种水产试验中心申请郫都区市场和监督管理局行政赔偿案中,法院认为,肖登连以其作为起诉人“注册资金101万的唯一合法法定代表人”而代表起诉人起诉,其并未提交起诉人现已经变更其为法定代表人之决议或者其他证据,或者其已获得起诉人授权代理起诉的证据,其以起诉人名义提起行政诉讼无事实和法律依据。^③本案中,谁是原告没有争议,但谁是原告法定代表人资格成为本案的争点。肖登连没有证据证明他是变更之后的法定代表人,依照《民事诉讼法》司法解释的相关规定,法院不予认可其法定代表人资格。

第二,二审裁判的方式。《行政诉讼法》第89条规定了法院对上诉行政案件的四种裁判方式,但是,对于一审判决结论正确,但适用法律有瑕疵的情形,二审法院当如何裁判,《行政诉讼法》第89条没有作出具体规定。如在创博亚太科技(山东)有限公司与国家工商行政管理总局商标评审委员会、原审第三人张新河商标异议复审行政纠纷案中,一审法院以被异议商标构成《商标法》第10条第1款第8项规定的情形为由,判决认定被异议商标不应予以核准注册,虽然二审法院认定一审判决结论正确,但关于被异议商标构成《商标法》第10条第1款第8项规定的情形的认定不当。对于此种情况二审法院应当如何裁判,《行政诉讼法》未作出明确规定。《民事诉讼法》第170条第1款第1项规定,第二审人民法院对上诉案件,经过审理,原判决、裁定认定事实清楚,适用法律正确的,以判决、裁定方式驳回上诉,维持原判决、裁定。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第334条规定,原判决、裁定认定事实或者适用法律虽有瑕疵,但裁判结果正确的,第二审人民法院可以在判

决、裁定中纠正瑕疵后,依照民事诉讼法第170条第1款第1项规定予以维持。基此,最高人民法院认为,二审判决应当依照和参照上述规定,纠正一审判决适用法律瑕疵后维持一审判决。^④本案中,一审法院认定异议商标符合商标法第10条第1款第8项规定的情形,不应予以核准注册,但二审法院认为一审法院引用法条不当。如果依照《行政诉讼法》第89条第1款第2项规定作出改判、撤销或者变更,都不是十分精当。因此,在再审中,二审判决获得了再审法院的支持。

第三,非诚信诉讼。诉讼必须诚实信用,不得滥用诉权。近十年以来,在行政诉讼中“非诚信诉讼”时见报端。但是,《行政诉讼法》对此行为如何处理却没有作出相应的规定。在胡亚芬与宁波市海曙区人民政府鼓楼街道办事处等法定职责履行行政纠纷再审申请案中,是否缴纳诉讼费,原告胡亚芬最为清楚,若缴款手中就有凭据,一审法院在当事人未提交缴款单据的情况下,开庭时向胡亚芬本人进行核实,但她拒不正面回答,也未在法庭规定的时间内将相关情况予以告知,对此,法院认为,诉讼参与者应诚信诉讼。诚信诉讼要求诉讼参与方在诉讼过程中,如实陈述和举证,合法合理行使诉权。根据《人民法院法庭规则》等的相关规定,当事人和其他诉讼参与人必须听从审判长或者独任审判员的统一指挥,遵守法庭纪律,维护法庭秩序,回答法庭正常提问。本案胡亚芬诉讼费是否正常缴纳,关系到诉讼能否正常进行,法庭应予以查实。胡亚芬的行为明显违反诉讼诚信规则,也违反相关庭审纪律,应承担相应不利后果。故一审法院在上述情形下,确认胡亚芬未按规定的期限预交案件受理费而裁定作撤诉处理并无不当。据此,再审法院认为一审法院按照撤诉处理的裁定事实认定清楚,程序合法,适用法律正确。胡亚芬的再审申请不符合行政诉讼法91条规定的情形。依照行政诉讼法第101条、民事诉讼法第204条第1款之规定,裁定驳回胡亚芬的再审申请。^⑤因《行政诉讼

法》没有规定,所以法院认为《民事诉讼法》第13条可以适用本案。对此,谭星光法官在评述此案时认为:“胡亚芬拒不正面回答法庭的提问,如果其控制语气和表达,似乎表面上不会触犯法庭审理纪律和规则。这也是这类当事人自以为法律对其无可奈何而任性胡为的根本原因。但事实上,如前所述,诚信诉讼是新民事诉讼法规定的法定义务和基本原则,行政诉讼法参照民事诉讼法的规定适用该原则,不应存在任何逻辑障碍,因此,如果当事人的行为构成非诚信诉讼行为,在判决中直接确认其违反诚信原则并作为主要的判决理由,则是顺理成章的事情。”^④

第四,公证证据。关于公证证据的效力如何,《行政诉讼法》没有作出规定,但《民事诉讼法》第69条对此作出规定:“经过法定程序公证证明的法律事实和文书,人民法院应当作为认定事实的根据,但有相反证据足以推翻公证证据的除外。”那么,它是否可以适用到行政诉讼中呢?在北京世纪百强家具有限责任公司与国家知识产权局专利复审委员会无效宣告请求审查决定案中,宣毅公司提交的证据2系依照法定程序作出的公证证明,该公证书中显示有对比设计的网页载明的发布时间为2011年7月8日,百度快照显示的时间为2011年7月8日。世纪百强公司认为可以从后台进行编辑修改网站的发表时间,且百度快照所显示的时间从技术上也存在修改的可能。对此,法院认为,虽然电子证据本身具有易于灭失和修改的特点,但结合本案百度网作为中立的第三方互联网平台,运用相关技术呈现的百度快照具有一定的客观性和中立性。按照行政诉讼法及民事诉讼法的相关规定,在没有其他相反证据足以推翻公证证明的情况下,公证书所证明的事实可以作为定案的依据。据此,法院对世纪百强公司的诉讼理由不予支持。“被诉决定认定证据2中所公开的对比设计可以作为现有设计来评价本专利的结论于法有据,本院予以支持。”^⑤本案涉及的是作为证据的电子数据,该电子

数据经过了法定程序的公证。世纪百强公司对此提出异议,但它只提出了观点,没有足够的证据推翻公证证据。因此,法院依据《民事诉讼法》第69条的规定,对世纪百强公司的诉讼理由不予支持。

第五,涉外案件的审限。《行政诉讼法》第九章规定了“涉外行政诉讼”,但对于一审涉外行政诉讼案件审理期限是否适用《行政诉讼法》第81条的规定,没有作出明确的规定。如《民事诉讼法》(2013)第149条规定,人民法院适用普通程序审理的案件,应当在立案之日起六个月内审结。有特殊情况需要延长的,由本院院长批准,可以延长六个月;还需要延长的,报请上级人民法院批准。第270条规定,人民法院审理涉外民事案件的期间,不受本法第149条、第176条规定的限制。根据这一规定,法院审理涉外行政案件是否可以适用《民事诉讼法》规定呢?在沈阳新松医疗科技股份有限公司等与中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会商标权无效宣告请求行政纠纷案中,法院认为,此案为涉外案件,故本案的审理期限不受六个月的限制。原审法院于2015年2月5日受理本案,于2016年11月30日作出原审判决未违反相关法律规定。新松医疗公司的相关上诉理由缺乏事实及法律依据,法院对此不予支持。^⑥本案中,法院以《行政诉讼法》没有规定涉外行政案件审限为由,适用《民事诉讼法》第149条规定,否定新松医疗公司的上诉理由。

(二)法定框架:检察监督程序

《行政诉讼法》第11条规定:“人民检察院有权对行政诉讼实施法律监督。”但是,除了《行政诉讼法》第93条关于人民检察院抗诉和检察建议外,其他没有具体的程序性规定。对此,《行政诉讼法》第101条规定,人民检察院对行政案件受理、审理、裁判、执行的监督,适用《民事诉讼法》的相关规定。《行政诉讼法》对人民检察院监督行政案件仅作出了原则性规定,对相关的程序规定,不再作与《民事诉讼法》相同的程序性规定。在《行政诉

讼法》修改过程中,也有常委会委员认为,除了法院审理行政案件外,检察机关办理行政抗诉案件也应适用相关的民事诉讼程序。^②这个意见得到了立法机关采纳。

2017年《行政诉讼法》修改增加行政公益诉讼之后,《行政诉讼法》第101条适用也遇到了新问题。检察机关提起行政公益诉讼程序分为检察建议程序和诉讼程序,检察建议程序属于非诉程序,与《行政诉讼法》第101条没有关联性,但是,关于检察机关提起诉讼以及之后的诉讼程序,在现有法律框架下大都是不明确的,这个问题只能有待于今后通过判例加以明确化。

(三)民事诉讼规范与行政行为合法性审查

《行政诉讼法》第101条适用的情形是,在缺少法院审理行政案件和人民检察院监督行政诉讼时,法院和检察院可以适用《民事诉讼法》的相关条款。但是,民事诉讼规范能否作为法院审查行政行为合法性的依据呢?从既有的判例看,答案似乎是肯定的。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第130条第1款规定,向法人或者其他组织送达诉讼文书,应当由法人的法定代表人、该组织的主要负责人或者办公室、收发室、值班室等负责收件的人签收或者盖章,拒绝签收或者盖章的,适用留置送达。那么,在办公室主任拒绝签收的情况下由委托代理人签收是否符合法律规定呢?在喀左县中三家金矿与朝阳市人力资源和社会保障局劳动行政确认案件中,法院认为:“中三家金矿认为的只有法定代表人或负责人签收才有法律效力的答辩意见无法律根据,62号决定书的送达程序并无不当,视为在2016年12月8日完成了送达。”^③本案中,法院引用民事诉讼法司法解释关于法院送达诉讼文件的规定,对被诉行政行为即62号决定书送达程序作出了合法性评介。不过,本文认为,这种情形不属于《行政诉讼法》第101条调整的范围,而应是《行政诉讼法》第63条规定之适用。^④但就行政诉讼法整体而言,的确存在

着这一不可避免的问题。

三、民事诉讼规范适用规则

毕竟民事诉讼和行政诉讼是两种不同性质的诉讼制度。行政诉讼所解决的是公法争议,民事诉讼所解决的是私法争议,两者争议性质必然在诉讼程序之间体现出很多的差异性。所以,在民事诉讼规范适用于行政诉讼过程中,需要遵循如下规则:

(一)不抵触立法目的规则

立法目的是一种法律精神或者法律理想,它以法规作载体加以具体化。为了实现立法目的,基于立法目的而形成的法规之间必须保持一体性,所有的法规必须与立法目的保持一致。因此,适用《行政诉讼法》第101条,必须确立不抵触立法目的规则。所谓“不抵触立法目的规则”,即在行政诉讼中所适用的民事诉讼规范不得与行政诉讼立法目的相抵触。由此,凡有损于行政诉讼法整体性目的的民事诉讼规范,应当排除在适用范围之外。不抵触立法目的规则在适用《行政诉讼法》第101条时,至少有如下两点需要进一步明确:(1)因立法者在立法过程中已有所考量,所以,只要是明确例示民事诉讼规范部分,《行政诉讼法》没有规定的,法院就可以直接适用。因为从《行政诉讼法》的规定看,立法并没有赋予法院在这个问题上有选择适用权。(2)对于“等”外的部分,应该解释为法院必须在本规则之下选择适用其他民事诉讼规范。在这部分民事诉讼规范的适用中,法院对所要适用的民事诉讼规范是否与《行政诉讼法》立法目的相抵触,需要作出判断,并根据判断的结果决定适用与否。如行政诉讼中的最长诉讼保护期限,它是参照《民法通则》规定设计,但因为行政法律关系的特殊性,排除了《民法通则》第137条关于“有特殊情况,人民法院可以延长诉讼时效期间”的适用。因此,在一个判例中,法院认为,“在撤销之诉中,不存在适用民事诉讼最长诉讼时效的空间,也不存在诉讼时效中止、中断、延长的可能。”法院基于“行政法律关系的特殊性”得出了在撤销之诉中,

不存在适用民事诉讼最长诉讼时效的空间,也不存在诉讼时效中止、中断、延长的可能性,排除了诉讼时效适用。^③

在比较法上,如中国台湾地区“行政诉讼法”第307-1条规定:“民事诉讼法之规定,除本法已规定准用者外,与行政诉讼性质不相抵触者,亦准用之。”需要注意的是,中国台湾地区“行政诉讼法”所使用是“行政诉讼性质”,与本规则采用“行政诉讼目的”有所不同,中国大陆也有学者采用“行政诉讼性质”一词。如有学者认为:“适用需要满足与行政诉讼性质不相冲突的条件。这一条件,包括两层含义:(1)即使上述十个方面的内容在行政诉讼法中没有规定,也并非不加区别地、一概能够适用。(2)除了上述十个方面以外的部分,也并非一概适用或者一概不予适用。如果与行政诉讼性质相冲突,人民法院也不能适用民事诉讼法的有关规定。”^④实务中,也有法院认为,作为解决行政争议的行政诉讼毕竟有其特有性质,民事诉讼法的一些规定并不能适用于行政诉讼。^⑤本文认为,不同性质的诉讼法,取决于诉讼法的立法目的,也就是说,诉讼法的性质主要是由该法的立法目的决定的。所以,行政诉讼适用民事诉讼规范问题,无论是用“不抵触立法目的”还是“行政诉讼性质不相冲突”,两者并没有多少实质性差异。

(二)补充性规则

行政诉讼是从民事诉讼中分离出来的一种诉讼制度,可以说,行政诉讼是民事诉讼的一种特别诉讼。因此,从节约立法资源、简化诉讼立法角度出发,民事诉讼中部分规范可以不需要在行政诉讼法重复规定,行政诉讼可以适用这部分民事诉讼规范。从行政诉讼立法史看,“1989年颁布的《行政诉讼法》,主要是根据实行行政诉讼以来的审判经验和行政法的一般规则,对民事诉讼法不能解决而为行政法和行政诉讼所需要的特殊问题作了规定。”^⑥因此,《行政诉讼法》第101条本质上是一个技术性条款。其功能是,当审理行政案件

所需要的诉讼程序《行政诉讼法》欠缺规定时,指引法院到民事诉讼法中去寻找。此为补充性规则之要义。

对于补充性规则,《行政诉讼法》作了两个限定:(1)补充民事诉讼规范限于条文中所列事项。因所列事项采用“例示+等”立法模式,似乎因“等”而导出补充民事诉讼规范范围的不确定性,这是一个不正确的结论。因为,即使立法用了“等”,例示之外的民事诉讼规范仍应当受前述“不抵触立法目的规则”限制,且对于“等”的解释,在解释方法上也是有限定的。^⑦(2)所补充的诉讼规范限于民事诉讼法,不及民事实体法。因《行政诉讼法》第101条立法本意是解决行政诉讼程序上的重复民事诉讼程序立法的问题,所以,在“诉讼规范限于民事诉讼法”上没有进一步可以扩大解释的空间。对于民事实体法,并非不可以出现在行政诉讼中,如作为合法性审查的依据,《民法典》中的不少条款都有这样的功能。在这里,只不过它不是补充性规则中应有之义而已。

结语

对于行政诉讼中民事诉讼规范的“适用”,我们曾经历了“适用——参照——适用”的立法史变迁过程,这也是一个我们对行政诉讼与民事诉讼关系认识逐步深入的过程。为了强调行政诉讼法独立的主体性,我们可能会更在意与民事诉讼法的不同性,进而基于这种不同性设计行政诉讼程序。本文在这里需要指出的是,过分强调两者的不同性未必妥当。比如,同样是撤诉问题,行政诉讼与民事诉讼所设计的诉讼程序制度差异不小,这种设计是否合理,不是没有问题。对此有学者指出:“原告撤诉之后,如果有正当理由且在法定起诉期限之内,应当允许其再行起诉。过分强调行政诉讼与民事诉讼的不同、过分强调保证撤诉的严肃性的主张,将会导致限制再行起诉的标准过于严苛,在充分保护当事人诉权和防止当事人滥用诉权之间有欠平衡。”^⑧相反,如果我们强调行政诉讼法是民事诉讼

法的特别法,我们可能会更加在意与民事诉讼法的相同性,进而扩大行政诉讼中民事诉讼规范适用范围。这种倾向也可能会消解行政诉讼的目的,如调解。^⑧所以,正确把握行政诉讼与民事诉讼的不同点与相同点,不越过可能导致质变的那条边界,正是我们理解与适用《行政诉讼法》第101条的基本态度。

注释:

①“行政诉讼法作为三大基本诉讼法,应当有一套完整的程序规定,参照民事诉讼法不够严肃。”全国人大常委会法制工作委员会行政法室编:《行政诉讼法立法背景与观点全集》,法律出版社2015年版,第398页。

②“因为大陆法系多数国家或地区的行政诉讼法都是脱胎于民事诉讼法,所以在行政诉讼法中缺乏细致入微的程序性规定是一个正常现象,因此有必要在行政诉讼法中规定准用民事诉讼法的问题。”全国人大常委会法制工作委员会行政法室编:《行政诉讼法立法背景与观点全集》,法律出版社2015年版,第41页。

③《行政诉讼法》第1条规定:“为保证人民法院公正、及时审理行政案件,解决行政争议,保护公民、法人和其他组织的合法权益,监督行政机关依法行使职权,根据宪法,制定本法”。《民事诉讼法》第2条规定:“中华人民共和国民事诉讼法的任务,是保护当事人行使诉讼权利,保证人民法院查明事实,分清是非,正确适用法律,及时审理民事案件,确认民事权利义务关系,制裁民事违法行为,保护当事人的合法权益,教育公民自觉遵守法律,维护社会秩序、经济秩序,保障社会主义建设事业顺利进行。”

④参见《中外合资经营企业所得税法》(已失效)第15条、《个人所得税法》第13条(本条在1993年修改时删除)。

⑤马原主编:《中国行政诉讼法教程》(修订版),红旗出版社1995年版,第33页。

⑥何海波、晏舛、严驰恒:《法治的脚步声——中国行政法大事记(1978-2014)》,中国政法大学出版社2015年版,第17-18页。

⑦参见《最高人民法院公报》1989年第2期。

⑧参见《最高人民法院公报》1989年第2期。

⑨参见《最高人民法院公报》1989年第4期。

⑩最高人民法院《关于人民法院审理经济行政案件不应进行调解的通知》(法[经]发[1985]25号)。

⑪最高人民法院《关于印发〈人民法院审理治安行政案件具体应用法律的若干问题的暂行规定〉的通知》(法[研]发[1986]31号)。

⑫最高人民法院《关于铁路运输法院是否受理治安行政案件的批复》(法[研]复[1987]34号)。

⑬何海波:《行政法治奠基时——1989年〈行政诉讼法〉史料荟萃》,法律出版社2019年版,第80页。

⑭马原:《中国行政诉讼法教程》(修订版),红旗出版社1995年版,第33-34页。

⑮应松年主编:《行政诉讼法学》,中国政法大学出版社1994年版,第11页。

⑯王汉斌:《关于〈中华人民共和国行政诉讼法(草案)〉的说明》,载何海波编:《行政法治奠基时——1989年〈行政诉讼法〉史料荟萃》,法律出版社2019年版,第108页。

⑰杨海坤:《行政诉讼法学》,中国广播电视大学出版社1994年版,第8页。

⑱如我国台湾地区“行政诉讼法”第20条规定:“民事诉讼法第三十三条至第三十八条之规定,除第三十六条之抗告期间外,于本节准用之。”

⑲姜明安:《行政诉讼法》(第三版),北京大学出版社2016年版,第21页。

⑳全国人大常委会法制工作委员会行政法室编:《行政诉讼法立法背景与观点全集》,法律出版社2015年版,第157页。

㉑全国人大常委会法制工作委员会行政法室:《行政诉讼法立法背景与观点全集》,法律出版社2015年版,第333页。

㉒梁风云:《新行政诉讼法讲义》,人民法院出版社2015年版,第503页。

㉓四川省都江堰市人民法院[2019]川0181行赔初字第6号行政裁定书。

㉔最高人民法院[2016]最高法行申字第3313号行政裁定书。

⑮浙江省宁波市中级人民法院[2016]浙02行申字第12号行政判决书。

⑯谭星光:《诉讼行为违反诚信规则可裁定驳回起诉》,载《人民司法》(案例)2016年第35期。

⑰北京知识产权法院[2015]京知行初字第6681号行政判决书。

⑱北京市高级人民法院[2017]京行终字第4038号行政判决书。

⑲全国人大常委会法制工作委员会行政法室编:《行政诉讼法立法背景与观点全集》,法律出版社2015年版,第31页。

⑳辽宁省朝阳市中级人民法院[2018]辽13行终字第109号行政裁定书。

㉑《行政诉讼法》第63条第1款规定:“人民法院审理行政案件,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。”

㉒最高人民法院[2017]最高法行申字第3010号行政裁定书。

㉓梁风云:《新行政诉讼法讲义》,人民法院出版社2015年版,第503页。

㉔最高人民法院[2017]最高法行申字第3010号行政裁定书。

㉕于安、江必新、郑淑娜:《行政诉讼法学》,法律出版社1997年版,第37页。

㉖参见最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》(法[2004]96号)。

㉗李成斌、谭红:《行政诉讼原告撤诉之后再行起诉的理解与适用》,载《人民司法》(案例)2018年35期。

㉘章剑生:《行政诉讼“解决行政争议”的限定及其规则——基于〈行政诉讼法〉第1条展开的分析》,载《华东政法大学学报》2020年第4期。

The Application of Civil Litigation Norms in Administrative Litigation: Analysis Based on Article 101 of the Administrative Procedure Law

Zhang Jiansheng

Abstract: The relationship between administrative litigation and civil litigation determines that there change of application-reference-application. Article 101 of the "Administrative Procedure Law" that was implemented in 2015 after amendment stipulates that civil litigation norms shall be applied in administrative litigation, and the content can be divided into two parts: "litigation procedure" and "prosecutorial supervision procedure". In the "litigation procedure", the legislation uses etc. as an illustrative provision that is not fully enumerated. From the previous cases, we can see that the civil litigation norms related to the determination of the qualification of the legal representative of the plaintiff and the second-instance judgment method are also "applicable". After all, the legislative purposes of administrative litigation and civil litigation are different. Therefore, in the application of civil litigation norms in administrative litigation, two rules should be established: do not contradict the legislative purpose and be supplementary.

Key words: Administrative litigation; The application of Civil Litigation Norms; Do not Contradict the Legislative Purpose