

## 行政诉讼中强制代理的可行性研究

马超

浙江工商大学法学院 浙江杭州

**【摘要】**强制代理制度在一定程度上对于当事人的诉讼权利有所限缩，但其本身也具有不可忽略的优势，有助于保护当事人权益，加强当事人的诉讼力量，其在域外法及我国的刑事诉讼法中都得到了广泛的运用。在我国现有的行政诉讼体系中引入这一制度有利于改善行政诉讼原告的弱势地位，保障行政诉讼的效率。这一制度的引入也需要在正视强制代理制度所存在的问题基础上，通过借鉴域外法经验进行本土化改造，完善相应配套措施从而发挥强制代理的应有价值。

**【关键词】**行政诉讼；强制代理；制度设计

### Feasibility Study of Compulsory Agency in Administrative Litigation

Chao Ma

Zhejiang Gongshang University, School of law, Hangzhou, Zhejiang

**【Abstract】** To a certain extent, the compulsory agency system has limited the litigation rights of the parties, but it also has its own advantages that cannot be ignored, helping to protect the rights and interests and strengthen the litigation power of the parties, which has been widely used in extraterritorial law and China's criminal procedure law. The introduction of this system in China's existing administrative litigation system is conducive to improving the weak position of the plaintiff in administrative litigation and ensuring the efficiency of administrative litigation. The introduction of this system also needs to face up to the problems of the compulsory agency system, based on the experience of foreign law to localize the transformation, improve the corresponding supporting measures to play the value of compulsory agency.

**【Keywords】** Administrative Litigation; Compulsory agency system; System Design

强制代理制度是指当事人进行诉讼行为时必须委托律师代理诉讼。<sup>[1]</sup>“当事人或其法定代理人进行诉讼必须由律师担任诉讼代理人，否则行为不发生效力。”<sup>[2]</sup>在德国、法国、日本、我国台湾地区乃至我国的刑事诉讼法领域都规定在一定条件下应当实行强制代理。律师在诉讼中的介入也有利于加强诉讼环节的专业性，提升诉讼效率，保障当事人权益。在我国的司法实践中，对于刑事诉讼和民事诉讼的强制代理制度讨论较多，而对于行政诉讼是否可以强制代理的讨论较少。在行政诉讼中，当事人面对强势的行政机关，面对繁杂的行政事务纠纷，其权益更易受到损害，在行政诉讼中是否可以引入强制代理制度，又该如何寻找保护当事人权益

与维护当事人主体地位之间的平衡，本文将在参考域外法及我国刑事诉讼法经验的基础上，围绕这些关于强制代理制度的争议，对于我国是否应当在行政诉讼中引入强制代理制度，在行政诉讼中又该如何适用该制度的问题进行相应的分析讨论。

#### 1 围绕强制代理制度的争议

与强制代理相对的是当事人主义诉讼模式，当事人主义诉讼模式是指诉讼的提出、发展都主要取决于当事人或其法定代理人的诉讼行为，而强制代理制度则在形式上要求由诉讼代理人强制介入当事人的诉讼行为之中，当事人必须委任诉讼代理人代理诉讼行为，其诉讼行为也必须通过代理人的行为来进行，未经代理的诉讼行为不发生效力。而在我

国诉讼改革越来越重视当事人主义审判模式的当下，强制代理显然不符合当事人主义审判模式的要求，自然也引发了关于强制代理可能会破坏当事人诉讼主体地位、当事人意思自治等原则的担忧。

### 1.1 强制代理制度对当事人诉讼权利的损害

当事人对自己诉讼权利的处分中包括是否选择诉讼代理人的权利，权利既可以被行使，也可以被放弃，当事人既然可以选择诉讼代理人代理，自然也可以选择放弃这项权利，这尤其体现在注重意思自治的民事诉讼中。“民事权利的处分只能由民事权利主体来行使，作为解决民事权利争议的民事诉讼程序也必须充分尊重当事人对实体权利和诉讼权利的处分。”<sup>[3]</sup>强制代理制度要求当事人的诉讼活动必须经由诉讼代理人代理，这在实质上限缩了当事人权利行使的范围，损害了当事人的诉讼权利。

### 1.2 强制代理制度忽视了当事人在诉讼中的主体地位

根据法的主体性原则的要求，诉讼法应该在一定范围内肯定当事人的主体性地位，当事人在诉讼中所具有的主体地位正是这一原则的体现，当事人作为诉讼的主体，其有权选择是否委托诉讼代理人进行诉讼活动。同时当事人之所以能成为诉讼的主体，很大原因在于其是诉讼纠纷的亲历者，对于案件事实有着最真实的了解和认知，而诉讼代理人的专业知识是否有利于当事人对于案件事实的准确阐述仍然存疑。强制代理制度无疑是在一定情形下限制了当事人的主体意志，是对于法的主体性原则的否定。

### 1.3 强制代理制度破坏了代理服务的契约自由

诉讼代理人提供的代理服务属于法律服务，代理人与当事人之间以代理合同为基础形成的代理关系属于契约关系的一种。而是否需要签订合同，是否需要法律服务都应当由当事人自己决定，强制代理制度明显破坏了这一默契，使得双方之间的合意行为被单一的强制代理所代替，破坏了契约自由。同时强制代理制度也必然导致诉讼成本的上升，造成司法资源不必要的浪费，这些成本难免不会转嫁到当事人身上，不利于当事人诉讼积极性的提高，不利于当事人权益的保护。

## 2 强制代理制度的理论依据和现实基础

围绕强制代理制度虽有众多争议，但无论是域

内外司法实践中对其的大量运用，还是方兴未艾的本土理论界对其的研究，都证明了这一制度本身具有可取之处。强制代理制度已经在我国刑事诉讼中得到确认，民事诉讼中也存在着引入强制代理制度的呼声，对于行政诉讼而言，建立行政诉讼强制代理制度也具有一定的理论依据和现实基础。

### 2.1 强制代理制度的理论依据

#### (1) 行政诉讼法保护行政相对人诉权的需要

民事诉讼对于当事人意思自治的追求和对当事人主体地位的保护都是基于民事诉讼中当事人双方诉讼地位平等的现状，而在行政诉讼中作为被告的行政机关明显处于优势地位，行政相对人处于明显的不利地位。在现行行政诉讼法第一条中就有规定制定行政诉讼法的目的就是要“保护公民、法人和其他组织的合法权益”和“监督行政机关依法行使职权”，这项规定对于行政当事人和行政机关明显采取了“区别对待”，行政诉讼法更为倾向于对行政相对人权利的保护。而对于处于弱势地位的行政相对人，采取强制代理制度无疑是加强行政相对人力量、保护行政相对人诉讼权利的一个直接有效的方法。

#### (2) 行政诉讼对于诉讼代理人要求的提高

现有行政诉讼法第三十一条中已经删除了“经人民法院许可的其他公民可以委托为诉讼代理人”的规定。“黑中介”“公民代理”等缺少必要专业素养的法律从业人员长期游走于法律的灰色地带，极易导致权力寻租等腐败现象的发生，不利于保障当事人的合法权益。行政诉讼法的修改也正是为了防止此类人员扰乱正常的司法秩序，这在侧面反映了行政诉讼法对于诉讼代理人要求标准的提高，行政诉讼需求的是更加专业化、职业化的诉讼代理人。除此之外在行政诉讼法第三十二条中规定了律师相对于其他诉讼代理人享有的向有关组织和公民调查收集证据的权利，以及在保密前提下查阅、复制涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私材料的权利，行政诉讼法赋予律师的权利在某些方面已经超过了当事人的诉讼权利，对于涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私等特殊案件中，律师作为诉讼代理人具有不可替代的作用，在此类案件中为了保证当事人的权益律师的诉讼参与恐怕也是必不可少的。

#### (3) 武器平等原则的要求

民事诉讼中存在着武器平等原则，实质意义上的武器平等是指当事人在法院面前实质程序地位和诉讼行为能力的平等，法院应当从当事人之间的实质差异出发，通过对事实上不平等的调整，在一定程度上实现实质的平等。<sup>[4]</sup>武器平等原则对于行政诉讼也具有参考意义，以律师为代表的专业诉讼代理人作为通过法律职业资格考试并依法取得相应从业资格的法律服务人员，其具有基本的法律知识和法律素养，诉讼代理人在行政诉讼中的全程参与，有助于在诉前筛选具有起诉价值的案件，避免当事人诉权的滥用；在诉中帮助法官了解案件法律关系，聚焦案件争议焦点，有效定分止争；在诉后律师的专业意见和法律咨询也有助于当事人理解并接受法院的裁判结果；<sup>[5]</sup>总体而言诉讼代理人的存在有助于纠纷在法律框架内得到最终的解决，实现行政诉讼法“解决行政争议”定分止争的目标。

## 2.2 强制代理制度的现实基础

### (1) 行政诉讼案件的专业性与复杂性

对于案件当事人而言，应对行政诉讼既需要处理法律问题也需要了解行政问题，这超出了一般当事人的能力范畴，尤其是在实践中，行政机关往往处于强势的地位，在各项资源上都占据压倒性的优势，无形中又拉大了两者间的实力差距，这对于行政相对人的保护极为不利。同时无论是作为原告的行政相对人还是作为被告的行政机关都并非专门从事法律工作的人员，缺乏专业有效的应诉技能，这极易导致庭审程序的混乱，妨碍程序公正的实现，最终导致原告或被告的权益都难以得到有效的维护。而伴随着我国律师行业的快速发展，律师队伍的壮大，职业诉讼代理人群体已经初见规模，诉讼代理专业化、职业化已经成为了当下的趋势，这也在一定程度上为强制代理制度的实现提供了条件。<sup>[6]</sup>

### (2) 行政诉讼案件数量过多，效率提高的需要

2015年行政诉讼法改革将解决立案难问题作为重要的突破口，修改后的行政诉讼法第五十二条规定了立案登记制。在第十二条受案范围中将行政诉讼的受案范围从原来的八项增加为十二项。立案登记制的确立、受案范围的扩张都使得行政诉讼案件数量出现了增长，公民的诉讼权利得到了更大程度的保护，但这也无疑增大了法院行政审判的压力。除了立案登记制改革之外，还有致力于避免行政干

预的行政诉讼管辖改革，行政诉讼管辖改革虽然通过提级管辖、异地管辖等改变行政诉讼管辖的方式显著降低了行政干预司法情况的发生，却也导致了此类案件上诉率畸高的问题。<sup>[7]</sup>而面对欠缺相应法律知识的当事人，要想加快诉讼流程，提升诉讼效率，有效保护当事人的权益，强制代理制度是值得考虑的解决办法。

### (3) 我国刑事诉讼强制代理制度的良好效果

根据2021年最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释第四十五条和四十七条的规定，我国已经实际上建立起了刑事诉讼中的强制代理制度。从实践效果来看这一制度也有力地保障了刑事诉讼被告人的权益，实现了刑事诉讼法保障人权惩罚犯罪的目的。行政诉讼与刑事诉讼相似，都面临着一方当事人处于实质上的弱势地位的问题，对于刑事诉讼的成功经验可以加以参考运用于行政诉讼中。

### (4) 域外经验成熟，制度移植成本低

行政诉讼强制代理作为律师代理制度的一种特殊形式在我国目前的司法实践中虽然没有得到普及运用，但是在与我国同属大陆法系的德国、法国、日本乃至我国的台湾地区都有着相关的制度规定，并取得了较好的效果。在我国社会主义法律体系建立的过程中大量参考了上述国家和地区的制度构造，借鉴域外强制代理制度的制度成本更低，制度“排异性”也更小。

## 3 德国行政诉讼法中的强制代理制度

德国、法国、日本等国都对强制代理制度进行了规定，其中德国的强制代理制度较为典型。德国《德意志联邦共和国民事诉讼法》第78条第1款中就规定了当事人在州法院和所有上级审法院中都应当由受诉法院所许可的律师作为诉讼代理人代行诉讼。德国在民事诉讼之外，在行政诉讼领域对强制代理制度也进行了详尽的规定，参考德国行政诉讼法中强制代理制度的成熟经验有助于我们更进一步了解这一制度。

德国行政诉讼中的强制代理制度主要规定于德国联邦行政法院法中，德国联邦行政法院法在第七节一般程序规定中第六十七条规定凡提出申请的参与者必须委托全权代理人，且全权代理人必须为律师或德国高校老师，而公法法人及行政机关则可以

委托公务员或者雇员作为其代理人，但必须是担任高级职务的具有法官资格或法律大学本科学历的公务员或雇员。<sup>[8]</sup>这一规定包含着两项内容，一是凡提出申请的参与人必须委托全权代理人的强制代理制度，二是该强制代理人必须为律师或德国高校老师等的具体资格限制，该条规定确立了德国行政诉讼中的强制代理制度。

同时根据德国行政法院法第一百七十三条中准用民事诉讼法的规定，行政诉讼中排除强制代理的情形适用德国民民事诉讼法的相关规定，依据德国民民事诉讼法的规定，强制代理制度有以下几种例外的适用情形：一是在书记官面前进行的诉讼行为；二是有关费用确定的程序；三是在受托法官和受命法官前进行的程序；四是在诉讼之外进行的实体法律行为；五是尚未选任诉讼代理人时，言词辩论之外的领受声明和送达。可以看出除上述五种情形外强制代理制度广泛适用于德国行政诉讼体系之中，但在较为简易的诉讼程序及事务性流程如费用确定等可以排除强制代理的适用。

为了弥补强制代理导致的诉讼成本增加问题，德国还建立了律师收费“固化”制度，律师费用严格依据固定标准进行计算，通过固定标准限制律师费用的膨胀，避免了“天价律师费”情况的出现。同时在行政法院法第一百五十四条中还规定了“全额费用转移规则”，即由败诉方承担另一方当事人的诉讼费用，这保证了胜诉方的利益。而完全无法负担诉讼费用的当事人还可以向法院提出救济申请，由法院进行审查，无论胜诉败诉当事人都无需承担律师代理费用，只有在救济未获成功时，方承担有关费用。同时由于律师收费的固定化和标准化，德国的诉讼保险也得到了快速的发展，通过发达的诉讼保险制度对法院费用和律师费用进行保险，有效地减少了当事人的后顾之忧。

考察德国行政诉讼法中的强制代理制度可以看出这一制度是德国行政诉讼法对于传统当事人意思自治理论的有限度的突破。这一制度广泛适用于德国整个行政诉讼体系。德国的强制代理制度通过严格的法律职业资格审核保证了诉讼代理人的专业性，确保了强制代理制度下当事人诉讼的武器平等，并通过对律师收费的限制规定减轻了当事人的诉讼负担，在一定程度上保证了社会公平，在公平与效

率之间寻找到了平衡点。

#### 4 行政诉讼强制代理制度的制度构想

强制代理制度本身具有其积极的一面，但无论是对于本土刑事诉讼中强制代理制度的借鉴，还是对于域外法成功经验的参考，都应立足于行政诉讼法的实际，保持审慎的态度，针对我国行政诉讼法的特点对其进行相应的改造以使其符合我国行政诉讼的要求，并与原本的行政诉讼制度相协调，在这一过程中既要防止原有制度体系的“排异”，又要警惕新引入制度的“异化”。

##### 4.1 强制代理适用范围的确定

德国行政诉讼法的强制代理制度在整个行政诉讼体系中都得到了广泛的适用，但回到我国行政诉讼法的语境之中，我国行政诉讼中的一审主要为事实审，二审则主要为法律审，对于一般当事人而言，在一审中进行有关事实的陈述并不存在能力上的困难，但要在上诉审中指出一审判决中有何违反法律之处并依法表达自己的上诉理由是存在一定技术门槛的，同时在行政诉讼上诉费用较低的情况下，当事人往往倾向于上诉，这就导致了行政诉讼上诉率畸高但上诉胜诉率较低的问题，当事人的权益无法得到有效保障而法院审判压力大，司法资源浪费却无法取得相应的效果。

因此我国的《行政诉讼法》也可以参照德国行政法院法的规定在二审、再审等技术难度大的诉讼程序中规定强制代理制度，在这些诉讼程序中通过诉讼代理人的法律专业知识，协助维护当事人的合法权益，减轻法院的审理压力，提高行政诉讼效率。而在一审案件中出于提高诉讼效率、节省司法资源的考虑，可以不适用强制代理制度，但对于部分涉及重大公共利益或者社会影响较大、涉及到当事人重要生存发展权利的，如房屋拆迁、土地征收等案件，或对于当事人由于经济困难等原因主动申请的，可以规定强制代理制度或与法律援助制度相结合为当事人提供律师代理的服务。

##### 4.2 律师管理制度的革新

律师是诉讼代理人中的最大群体，同时也是强制代理的最理想对象。律师参与作为一种外部机制，能够平衡当事人诉讼能力、保障诉讼程序的顺利进行，并且不会破坏诉讼结构的平衡。<sup>[9]</sup>在行政诉讼中，原告比被告更倾向于聘请律师，行政机关在上

诉案件中也有聘请律师代理的强烈意愿。<sup>[10]</sup>一方是强烈的需求,一方是积极性不高,出现这样矛盾情况的主要原因有以下几个:行政案件数量少,对律师吸引力较低;行政诉讼相较于民事或刑事诉讼诉讼费用较低,利小而事难为;行政诉讼中往往要面对行政干预,诉讼难度大,发挥自由度小。<sup>[11]</sup>行政诉讼本就具有较强的专业性与复杂性,而律师的缺席进一步导致行政诉讼制度不能高效地运转,陷入了恶性循环之中。

强制代理制度不仅要求当事人必须在特定情形下由诉讼代理人代理进行诉讼,更要求能够及时有效地提供法律服务,强化诉讼代理人参与行政诉讼的积极性,需要制度上的革新。对于作为被告的行政机关可以探索建立政府法律顾问、公职律师制度,严格公职律师的准入和培训机制,落实聘任、顾问建议采纳等配套制度建设。而对于原告的保护,则可以参考德国的律师管理制度,严格把控法律职业群体的准入机制以保证律师等法律职业队伍的专业性,采用律师登记制度,规范法律服务市场,提供有效渠道使当事人能够及时有效地获得法律资源。

#### 4.3 诉讼费用与法律援助

强制代理制度无疑会增加诉讼费用,加大当事人的诉讼成本,我国律师代理服务收费与德国相似,都具有统一的收费标准,“固化”律师收费有利于减轻当事人负担,平衡法律服务的成本与产出。但相较于行政案件低廉的案件受理费,律师费仍然显得过于高昂,不利于当事人诉讼积极性的提升,因此我国行政诉讼法中规定了“诉讼费用由败诉方承担”的费用转移制度,这一行之有效的规定也应当在强制代理案件中继续加以沿用,以提高行政相对人的诉讼积极性。

在强制代理制度的构建中更应当关注的是对于弱势群体的司法制度保护,对于弱势群体的关怀直接影响到社会公正的实现,因此完善法律援助机制,建构诉讼费用救助制度就显得尤为关键。早在2014年10月,党的十八届四中全会作出的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中就指出,“对不服司法机关生效裁判、决定的申诉,逐步实行律师代理制度。对聘不起律师的申诉人,纳入法律援助范围。”在现有行政法律援助的基础上可以考虑建立诉讼保险制度。当事人通过购买诉讼

保险,由保险公司通过理赔的方式向投保人支付包括律师费用在内的诉讼费用,如此便可使得自己在与行政机关发生行政诉讼时的经济风险有所保障。<sup>[12]</sup>用诉讼保险等措施来补强法律援助制度,通过构建多层次的保障体系关怀弱势群体,方能实现保证公正司法、提高司法公信力的目标。

#### 5 结语

行政诉讼的目的在于监督行政机关依法行使职权并保障公民的合法权益,然而在司法实践中,行政相对人往往处于弱势地位,在没有律师代理的情况下,公民的法益往往得不到充分的保护,通过引入经过本土化改造的强制代理制度有助于改善这一状况,提高诉讼效率,助力行政诉讼目的的实现。

#### 参考文献

- [1] 赵泽君.论强制律师代理诉讼的合理性基础与制度设计[J].昆明理工大学学报(社会科学版),2007(07):80-85.
- [2] 丁启明.德国民事诉讼中的强制律师代理制度评析[J].司法改革论评,2015(01):313-323.
- [3] 张卫平.诉讼构架与程式[M].北京:清华大学出版社,2000:55.
- [4] 杨锦炎.武器平等原则在民事证据法的展开[M].北京:中国政法大学出版社,2013:20.
- [5] 吕立秋.新《行政诉讼法》实施中的律师作用发挥及展望[J].中国法律评论,2016(03):155-158.
- [6] 张婷婷.论我国行政诉讼强制代理制度的确立[J].怀化学院学报,2015,34(04):80-82.
- [7] 丁瑶,唐瑾.行政诉讼“上诉率畸高”病理深层透析与矫治路径[J].山东审判,2017,33(04):48-53.
- [8] [德]平特纳.德国普通行政法[M].朱林,译.北京:中国政法大学出版社,1999:279.
- [9] 苏志强.民事诉讼强制代理:当事人主义诉讼模式的一种修正机制[J].政治与法律,2019(12):14-24.
- [10] 顾大松.行政诉讼中的律师与律师眼里的行政诉讼——《行政诉讼法》实施状况调查报告·律师篇[J].行政法学研究,2013(03):77-85+144.
- [11] 周圣,张珂.行政诉讼中律师参与的重要性[N].上海法治报,2018-02-14(B05).
- [12] 陈文曲,郑宁.论我国民事强制律师代理制度之确立[J].学海,2008(06):147-152.

**收稿日期:** 2022年6月15日

**出刊日期:** 2022年7月25日

**引用本文:** 马超, 行政诉讼中强制代理的可行性研究[J], 科学发展研究, 2022, 2(2): 156-161

DOI: 10.12208/j.sdr.20220061

**检索信息:** RCCSE 权威核心学术期刊数据库、中国知网 (CNKI Scholar)、万方数据 (WANFANG DATA)、Google Scholar 等数据库收录期刊

**版权声明:** ©2022 作者与开放获取期刊研究中心 (OAJRC) 所有。本文章按照知识共享署名许可条款发表。<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



**OPEN ACCESS**