

目 录



东南法学

(第三辑)

科技法学专题

- 1 “基因编辑婴儿事件”的生命法学思考
..... / 刘长秋
- 18 劳动法之于人工智能的应然性回应
..... / 杨三正 苏泽儒
- 32 数字化时代民事权利制度的挑战与展望
..... / 汪渊智 席 斌
- 56 自动驾驶汽车交通犯罪中刑法规制研究
..... / 康兰平 王紫函

理论前沿

- 70 行政负责人出庭的规范分析与制度反思
..... / 王世涛
- 86 中国人权发展道路的机理阐释——基于国家人权行动计划及评估报告的分析
..... / 刘红春 唐梦玲
- 102 突发公共卫生事件中隐私权保护探究——以新冠肺炎疫情为视角
..... / 杨红文 官明昌

行政负责人出庭的规范分析与制度反思

王世涛^{*}

摘要：行政机关负责人出庭应诉制度迎合了实质性化解纠纷的现实需求，但由于依托行政诉讼调解，该制度从产生伊始便蕴藏着合法性危机。该制度将行政诉讼信访化，将诉讼的实效寄望于行政权力而非司法程序，不但有悖于宪法的民主与法治原则，也不符合首长负责制、行政组织法、诉权和处分权原则。该制度与行政诉讼代理制度、行政诉讼责任制度也不相容。该制度规范自相矛盾，效力自我否定。而且对该制度的司法解释也有自我设权、超越职权的违宪之虞。行政机关负责人出庭应诉制度被确立和维系的原因在于被期待的社会效果，而实际呈现的却是缺乏实效的政绩模式和指标数据。为此应当进行实证考察，撩开“高出庭率”的面纱，揭示“出庭不出声”的真相，破解强加给原告的“告官要见官”的诉求，探究这一制度在我国“一枝独秀”的奥秘。从根本上，行政机关负责人出庭应诉是制度选择的错误，因此，应当将这一制度从《中华人民共和国行政诉讼法》中删除。

关键词：行政诉讼；行政机关负责人；出庭应诉

引言

2014年修改的《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）确立行政机关负责人出庭应诉制度后，最高人民法院先后三次发布相关司法解释，即2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》、2018年《最高人民法院关

^{*} 作者简介：王世涛，男，1966年生，辽宁抚顺人，大连海事大学法学院教授、博士生导师，主要研究宪法学、行政法学。

于适用《中华人民共和国行政诉讼法》的解释》(以下简称《解释》)、2020年《最高人民法院关于行政机关负责人出庭应诉若干问题的规定》(以下简称《规定》),进一步明确和强化了行政机关负责人出庭应诉的义务。这一制度从产生伊始便饱受质疑。制度产生的真正动因是什么?制度设计存在哪些问题,其宪法依据和法理基础是什么?“高出庭率”背后的真正原因是什么?“出庭不出声”是否证明该制度实施效果缺失?“告官要见官”是原告真实的诉求吗?为什么中国独有而世界上其他国家特别是法治成熟国家都没有这一制度?既然这一制度已经如此不堪,还有必要勉强维系下去吗?对这些问题,都需要认真面对、理性分析,并做出明确回答。

当下,法教义学被视为法学研究的不二法门。作为研究方法,法教义学以保持对现有法律规范的基本尊重为前提,使法学研究基于法律文本。因此,行政机关负责人出庭应诉制度在法律文本中一旦被确定,便成为法学教义,而不应当对其进行价值判断甚至否定性评价。然而,法教义学对实定法的基本尊重的前提是实定法值得尊重。因此,对这一问题的研究既要从法律文本出发,又不应局限于法律文本。而应当对其法理依据、生成背景、实施效果进行综合分析,更需要进行田野调查和实证分析。只有这样,才能判定制度生成的逻辑,揭示制度的本质,认清制度的法理,识别制度的实效,最终做出理性的抉择。

一、制度生成的合法性危机

我国本土化内生的行政机关负责人出庭应诉机制实质上是一种法院提出建议,政府强力推动,机关负责人被迫执行的被动型模式,这种被动型模式不可避免地出现了形式主义的倾向。^①1999年,陕西省合阳县人民政府和县人民法院联合下发《关于贯彻行政首长出庭应诉制度的实施意见》,在我国最早建立“行政首长出庭应诉制度”。主要起因是,当地行政诉讼中被告经常缺席,为了走出这种尴尬的困境,县法院向县政府提出了行政首长出庭应诉的司法建议,得到了县政府的认可。在县政府的大力支持下,这项机制最终正式实施。^②此后这一制度逐渐在全国各地推广,在实践中摸索出“法院倡导、党委领导、行政主导”的所谓“江苏模式”。^③在构建和谐社会的政策背景下,国务院于2010年发布的《国务院关于加强法治政府建设的意见》中,将行政机关负责人出庭应诉作为“依法化解社会矛盾纠纷”的重要机制。各地针对涉及社会稳定的行政案件,也设定行政首长必须出庭应诉的强制性义务,最主要的考虑因素是通过行政首长的出庭促使案件的协调和解,而非单纯判断行政行

① 李昊天:《反思行政机关负责人高出庭率》,载《上海政法学院学报》2013年第5期,第21页。

② 李昊天:《反思行政机关负责人高出庭率》,载《上海政法学院学报》2013年第5期,第21页。

③ 江苏省高级人民法院行政庭:《拓展 服务 优化——推进行政审判司法环境良性循环的“江苏模式”》,载《法律适用》2008年第10期,第86页。

为的合法性与否,由此在根源上实质性地化解行政纠纷。^①

2014年《行政诉讼法》的修改,其主要目的之一就是“解决行政争议”,而行政机关负责人出庭应诉正契合了这一修法目的,因而被纳入《行政诉讼法》之中。质言之,《行政诉讼法》对行政机关负责人出庭应诉的规定,主要目的是促成案件的实质性解决,做到案结事了,以此压低上访率,从而使其发挥出与信访同质化的功能。^②原告通过“告官”终于可以见到通过信访不易见到的“官”,起诉只是手段,法官起到的不过是中间人、联络人的作用。当然,行政诉讼司法实践中纠纷的实质性解决主要依托的是诉讼调解。而诉讼调解的前提是双方当事人有权处分自己的权利,因此才需要行政负责人出庭。这一以调解为主导的行政诉讼模式,庭审的效果不是基于法官的审判而是取决于被告负责人的决断。如果行政机关负责人不到庭,出庭的只是行政机关的普通工作人员或者代理律师,就无法调解,也就不可能实质性地化解纠纷。这便是我国行政诉讼中要求行政负责人出庭应诉的实质原因^③,也被认为是这一制度的现实合理性的基础。根据帕森斯与默顿的结构功能主义理论,社会行动在整个系统中朝向正确的目标,保证社会系统发展的和谐秩序,一致性的价值规范是必不可少的,其构成了社会秩序的基础。斯图尔特也曾说,只要争议依然保留两极的形式和性质——公民对政府,就依然可以把行政法设想为一种解决政府权力主张和私人自治主张冲突的方式。然而,传统模式的扩展把更为广泛的利害关系人纳入进来,已经改变了行政诉讼的结构,并且使限制政府权力的简单观念很大程度上失去了效用。^④可以说,这种结构功能主义是一种目的论学说,以效用作为评价一项制度的主要依据,往往忽略了制度生成的机理。

然而,我国《行政诉讼法》规定的是行政诉讼不适用调解,也就是说,行政诉讼的调解是不合法的。但由于政策导向,行政诉讼的调解却大行其道,调解率始终居高不下,甚至司法实践中几乎没有一个行政案件没有经过调解的。近年来学界与实务部门终于开始正视这一现象,并拟将行政诉讼中的“调解”改头换面后重新包装为所谓的“协调”“和解”等。^⑤行政诉讼适用调解会产生的问题是,行政诉讼调解的目的是定分止争、案结事了,以实质性解决争议为导向,但司法机关对行政违法行为的审查和监督的功能却被忽视了。法官更关注的是社会效果——当事人的满意度,而不是法律效果——审判的合法和公正。有时为换取当事人的息诉甚至不惜以牺牲法律原则和公共利益为代价。2014年修改后的《行政诉讼法》

① 卢超:《行政诉讼行政首长出庭应诉制度:司法政治学的视角》,载《北方法学》2015年第4期,第116页。

② 余凌云:《进一步推动行政机关负责人出庭》,最高人民法院行政审判庭公众号“行政执法与行政审判”2020年6月23日发布。

③ 2014年修改《行政诉讼法》前夕,在全国人大常委会法工委组织的修改《行政诉讼法》的调研和座谈会上,支持者认为:行政机关负责人出庭应诉的效果不错,调解的成功率很高。参见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。

④ [美]理查德·B.斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岷译,商务印书馆2011年版,第133页。

⑤ 参见张曼慧等:《司法协调化解行政争议的价值》,载《人民司法》2007年第4期,第60页。

仍然明确规定：“人民法院审理行政案件，不适用调解。”同时规定：“行政赔偿、补偿以及行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权的案件可以调解。调解应当遵循自愿、合法原则，不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益。”然而，目前行政诉讼的司法实践仍然存在不适用调解的案件进行调解，适用调解的案件强行调解的普遍现象。质言之，2014年《行政诉讼法》的修改保留了原来行政诉讼案件不适用调解的规定，却纳入了以调解为依托的行政机关负责人出庭应诉制度，这在立法规范的价值选择上是自相矛盾的。因此，2014年《行政诉讼法》确立和保留行政诉讼案件不适用调解规定的前提下，再规定行政机关负责人出庭应诉制度，是规范选择的错误。可以说，行政机关负责人出庭应诉制度从产生伊始便蕴藏着合法性危机，是一个先天畸形的制度产儿。

二、制度设计的规范性疏漏

2014年修订的《行政诉讼法》规定：“被诉行政机关负责人应当出庭应诉。不能出庭的，应当委托行政机关相应的工作人员出庭。”笔者认为，“被诉行政机关负责人应当出庭应诉”本身是强制性规范，课以行政机关负责人出庭应诉的法定义务，但后面的但书“不能出庭的，应当委托行政机关相应的工作人员出庭”却将行政机关负责人的出庭义务消解了。也就是说，但书其实为行政机关负责人出庭应诉附加了一个条件，即能出庭应诉的，才出庭应诉。如果行政机关负责人有“不能出庭的”理由，这一义务自然就解除了。实践中，行政机关负责人不能出庭有各种各样的正当理由和合理借口，这实际上使行政机关负责人出庭应诉义务规范失去了强制性，导致行政机关负责人出庭应诉的强制性规范事实上变成了任意性规范。这实质上是规范效力的自我否定。这是因为这一制度一开始就无法摆脱的现实困境，即一方面强制行政机关负责人出庭，另一方面行政机关负责人又出不了庭、不愿意出庭。为了缓解上述规范的自相矛盾，2020年《规定》将“不能出庭的”情况明确化，列举了允许不出庭的正当事由，包括“不可抗力”“意外事件”“需要履行他人不能代替的公务”“无法出庭的其他正当事由”等，从而限制行政机关负责人以各种借口不出庭。但“需要履行他人不能代替的公务”“无法出庭的其他正当事由”仍然属于“口袋条款”，不够明确、失之宽泛。^①为此，《规定》进一步要求，行政机关负责人有正当理由不能出庭的，应当提交相关证明材料，并加盖行政机关印章或者由该机关主要负责人签字认可。法院应当对该理由以及证明材料进行审查。由此《规定》最终将行政机关负责人出庭义务的履行落实于法院的审查之上，将行政组织的自主决定权转变为司法审查权。

显然，制度设计者已经预想到完全让“行政首长”出庭不太现实。因此，代之以“行政机

① 这也纯属无奈，因为无论如何不可能将行政机关负责人不能出庭应诉的正当事由进行详尽列举。

关负责人”的规定,允许副职负责人出庭。2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第5条规定:“行政机关负责人”,包括行政机关的正职和副职负责人。但在法律实施的过程中,法官发现让正、副职负责人出庭仍然无法满足应诉的需求。于是2018年《解释》将“行政机关负责人”的范围扩大到“其他参与分管的负责人”。也就是说,“分管的负责人”可以是有副职的级别但不一定有实职,或者只要分管相关工作即可以作为负责人出庭。2020年《规定》对行政机关负责人再进一步作扩大解释,“行政机关负责人”包括“正职、副职负责人,参与分管被诉行政行为实施工作的副职级别的负责人以及其他参与分管的负责人”。实践中甚至出现了纪检书记、工会主席、办公室主任、调研员出庭的现象。两次扩大解释的结果使行政机关负责人出庭变得有名无实。本来该制度设立是为了适应行政案件调解的需要,由有决定权的负责人出庭,进而当庭实质性地化解纠纷。但由具有负责人身份或级别而不具有负责人职权的人出庭,背离了这个制度设立的初衷。司法解释对行政机关负责人的范围不断扩大和一再退让显露出由于这一制度设计的错误而导致的制度实施的困境和尴尬。可以说,由于立法上的规范错置,司法解释注定无法以拾遗补阙的方式来圆通,也无法从根本上克服制度实施的障碍。

“司法场域是一个围绕直接利害相关人的直接冲突转化为由法律规制的法律职业者通过代理行为进行的辩论而组织起来的社会空间。”^①正因为司法的公正性与司法的专业化程度存在高度的勾连,所以许多西方国家的行政诉讼都实行律师强制代理制度。^②在法国,提起行政诉讼,原则上必须由律师代理,由于法律问题比较复杂,没有律师的参与,当事人很少能够进行诉讼。^③在德国,《行政法院法》第67条第1款规定:“提出申请的参与人,必须委托律师或德国高校老师在联邦行政法院及高等行政法院作为其全权代理人。”^④我国《行政诉讼法》第31条也规定:“当事人、法定代理人,可以委托一至二人作为诉讼代理人。”其中“诉讼代理人”包括律师。由于社会的专业化分工,诉讼代理制度对当事人参与诉讼是一种解脱。也就是说,诉讼代理人本身就是代理当事人诉讼的。可是,《行政诉讼法》在确立诉讼代理制度的同时,却同时规定当事人的强制出庭义务。因此,行政机关负责人出庭应诉制度显然是与诉讼代理制度相矛盾的。根据上述规定,当事人(被告行政机关)和法定代理人(行政首长)可以委托诉讼代理人出庭,这也就意味着法定代理人(行政首长)可以不出庭,否则诉讼代理制度的设立就没有任何意义。虽然《行政诉讼法》规定的是行政机关负责人

① [法]布迪厄:《法律的力量——迈向司法场域的社会学》,强世功译,法律出版社2000年版,第518页。

② 参见吕尚敏:《行政首长应当出庭应诉吗?——在司法的技术、权能与功能之间》,载《行政法学研究》2009年第4期,第100页。

③ 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第640-641页。

④ [德]平特纳:《德国普通行政法》,朱林译,中国政法大学出版社1999年版,第278页。

而不是行政首长的强制出庭义务,但行政机关负责人包括行政首长,因此不可能消解其中的内在矛盾。值得注意的是,2018年《解释》规定,行政机关负责人不能出庭的,应当委托行政机关相应的工作人员出庭,不得仅委托律师出庭。即政府负责人不能出庭的,至少由工作人员出庭,政府机关不能将行政诉讼的出庭应诉完全委托给律师。显然,这一司法解释与《行政诉讼法》的诉讼代理制度是相抵触的。而且,由于行政机关负责人出庭的同时,有工作人员或者诉讼代理人在场,也为行政机关负责人“出庭不出声”埋下了隐患。可见,行政机关负责人出庭应诉制度的立法规定和司法解释存在始终未能消解的内在矛盾。

三、制度理据的合宪性存疑

有学者认为,行政机关负责人出庭应诉制度蕴含民本文化思想,它借用行政诉讼中“告官见官”的契机,以实现民意表达、共识凝聚与纠纷化解的任务,意味着行政机关负责人出庭应诉制度在实现功能回归路途中获得了新的方向和动力。^①笔者认为,民本文化与民主精神迥异,中国古代有民本文化却无民主精神。两者的根本区别在于,民本之“民”只有工具性价值,而民主之“民”则具有目的性价值。实际上,“行政首长出庭应诉是以首长个人的重视、偏好为基础的价值定位,很大程度上带有人治色彩”^②。这不但符合宪法的民主原则,也与法治政府与依法行政的原则相背离。在法治意义上,行政诉讼的本质在于司法权对行政权的制约。行政机关负责人出庭应诉显现的是我国当下司法不独立以及司法权威服膺于行政权的宪制危机。^③

有学者认为,从根本上来说,我国宪法所确立的“行政首长负责制”是行政首长出庭应诉制度的理论基础。行政首长出庭应诉本身就是行政首长负责制的题中应有之意。^④笔者认为,我国宪法所确立的首长负责制的基础是民主集中制以及权责统一原则。从字面上看,首长负责制是行政首长个人最后决断因而最终负责。但行政首长负责制是以民主集中制为前提的,行政首长的决定权并不是绝对的。对于重大问题,必须要在集体民主讨论的基础上,才能由首长最终决定。^⑤行政首长出庭应诉所进行的权利处分,有些关涉行政机关的重大利益,如对原告巨额赔偿请求的承认(对于行政机关而言应当属于“重大问题”),需要由行政机关集体民主讨论,不能由行政首长当庭决断。更不用说,在司法实践中出庭应诉的绝大

① 喻少如:《功能主义视阈下的行政机关负责人出庭应诉制度》,载《法学评论》2016年第5期,第39页。

② 高春燕:《行政首长出庭应诉:价值重估与技术改良》,载《行政法学研究》2015年第2期,第102页。

③ 参见吕尚敏:《行政首长应当出庭应诉吗?——在司法的技术、权能与功能之间》,载《行政法学研究》2009年第4期,第102页。

④ 章志远:《行政首长出庭应诉制度的理论基础探析》,载《人民法院报》2012年4月25日,第1页。

⑤ 蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年版,第391页。

多数是行政机关副职负责人^①,本身并不具有最终决定权。众所周知,行政首长负责制并不意味着要由行政首长具体实施以政府名义做出的所有公务行为。行政首长作为政府机关的领导者、指挥者,不可能也没有必要事必躬亲。根据行政首长负责制,恰恰不应当是行政首长自己必须出庭应诉,而是让行政首长决定由谁出庭应诉。需要指出的是,“行政首长出庭应诉”的提法并未被《行政诉讼法》所采纳。我国《行政诉讼法》确立的并不是“行政首长”出庭应诉制度,而是“行政机关负责人”出庭应诉制度。而且在司法实践中,“行政首长”作为“行政机关负责人”的出庭应诉率极低。^②因此,即便“行政首长出庭应诉”的宪法依据是“行政首长负责制”,也不能说我国《行政诉讼法》确立的“行政机关负责人出庭应诉”的宪法依据是“行政首长负责制”。不仅如此,“行政首长负责制”确立的是一种责任,“行政首长出庭应诉”是指一种诉讼行为。行政首长出庭应诉的行为后果可能会产生责任,但其出庭应诉行为本身不是一种责任,与首长“负责制”不是一回事,没有直接的对应关系。因此,将“行政首长负责制”作为“行政首长出庭应诉”制度的宪法依据是对宪法和《行政诉讼法》的误读,而且在逻辑上也是不成立的。

我国现行宪法第3条规定,中华人民共和国的国家机构实行民主集中制的原则。国家行政机关、审判机关“都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督”。也就是说,行政机关之所以受人民代表大会的监督,是因为行政机关的权力来源于人民代表大会。宪法第27条规定,一切国家机关“实行工作责任制”。工作责任制是指国家机关和国家机关工作人员,以法律和规章制度的形式明确各自的职责权限,以使其各司其职、各尽其责。^③这表明行政机关与司法机关有各自的职权范围,行政机关作为法律执行机关,依法行使行政权,并且在法律规定范围内的职权具有一定的自主性。宪法第107条规定,县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限,管理本行政区域内的行政工作,“发布决定和命令,任免、培训、考核和奖惩行政工作人员”。可以说,由谁来代表行政机关出庭应诉本属行政组织系统内部的权力。我国宪法还规定:“中华人民共和国人民法院是国家的审判机关。”法院作为审判机关,在行政诉讼中行使的是对行政机关的事后监督权。法院有权审查行政机关已经做出的行政行为的合法性,但行政机关派员应诉不应当成为法院审查的对象。质言之,司法机关无权干涉行政机关应诉人员的自行选择权,否则就是法院对审判权的滥用。但颇具讽刺意味

① 实践中行政机关首长很少出庭,绝大多数为行政机关副职负责人出庭。笔者对大连两级法院被告负责人出庭状况的调研结果显示:出庭的负责人基本上是副职,“大机关”正职领导没有出庭的,有个别职能部门如海关、卫生检疫、环保由于担心社会影响而对行政诉讼比较重视的,正职领导才会出庭。也有的部门正职领导虽然不出庭,但会到法院进行协调。

② 有学者统计,在相关140件行政机关负责人到庭的案件中,行政机关的正职负责人出庭应诉的案件仅有7件,仅占负责人出庭案件总数的5%。参见李淮:《行政机关负责人出庭应诉:现状与展望——兼对新〈行政诉讼法〉第3条第3款之检讨》,《甘肃行政学院学报》2016年第4期,第121页。

③ 蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年版,第225-226页。

的是,法院始终是行政机关负责人出庭应诉的发起人和推动者。在《行政诉讼法》确立行政机关负责人出庭应诉之后,最高法院先后出台三个司法解释,但一些规定已经超出了司法解释的权限,存在自我设权的问题。如2020年《规定》将强制行政机关负责人出庭的情况分为两类,一是法院应当通知出庭的,也是行政机关负责人必须出庭应诉的(包括“涉及食品药品安全、生态环境和资源保护、公共卫生安全等重大公共利益,社会高度关注或者可能引发群体性事件等的案件”)。二是由法院裁量是否通知出庭的(比如,“被诉行政行为涉及公民、法人或者其他组织重大人身、财产权益的”、行政公益诉讼)。根据《规定》,行政机关负责人是否出庭应诉、在什么情况下出庭应诉取决于法院对案件类型的认定以及法院对是否通知行政机关负责人出庭应诉的最终决定。而行政机关完全处于被动的地位。不仅如此,《规定》第3条规定:“有共同被告的行政案件,可以由共同被告协商确定行政机关负责人出庭应诉;也可以由人民法院确定。”这一规定存在严重的问题。不同于其他案件,经过复议的行政案件,作为共同被告的是上下级行政机关。我国宪法第108条规定:“县级以上地方各级人民政府领导所属各工作部门和下级人民政府的工作,有权改变或者撤销所属各工作部门和下级人民政府的不适当的决定。”因此,应当由上级行政机关决定出庭应诉的行政机关负责人。而《规定》作为司法解释却规定由上下级行政机关“协商确定”,这显然有违宪法所确立的行政组织原则。更有甚者,《规定》中“也可以由人民法院确定”的规定明显超越法院作为审判机关的司法权限,这是因为法院无权对行政系统内部事务进行裁断,司法机关无权干预属于行政机关的自主决定权。因此,《规定》的上述内容有违宪之虞。

可以说,行政机关负责人出庭应诉不但与宪法不相符合,是错位的职能配置,也不符合行政组织法原理和行政主体论。^①基于行政法理论,行政诉讼存在行为主体(公务员)与行政主体(行政机关)的分离以及行政主体(行政机关)与责任主体(国家)的分离。由于行为主体与行政主体的分离,行政机关负责人不能成为行政诉讼的被告,而只能作为法定代理人或者委托代理人参与行政诉讼。这是因为,行政主体作为行政诉讼的被告是具有一定职权的机关、机构或组织。^②质言之,行政机关才是适格的诉讼主体,至于由谁来代表行政机关应诉,是组织内部的事项,由行政机关自主决定。强制行政机关负责人出庭不符合行政主体理论。何海波教授从实质法治角度出发,指出了我国行政诉讼被告制度以“行政组织体”面目出现的局限性。^③他认为,在行政实体法和诉讼法上,是“行政组织体”而不是行政首长或

① 杨建顺:《行政首长出庭应诉不宜强制》,载《检察日报》2014年5月28日,第1页。

② 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,法律出版社2006年版,第415页。

③ 何海波:《实质法治:寻求行政判决的合法性》,法律出版社2009年版,第207页。何海波教授提出了我国行政法治应当从形式法治过渡到实质法治,但何海波教授最终却将实质法治寄望于“法律共同体”,特别是“法律共同体的领导”。由此其所谓的“实质法治”蜕变成为“实证法治”。

公务员被赋予了行政权力,行政行为是以“行政组织体”的名义做出的。这实际上遮蔽了行政权力做出的实际过程。行政行为在“行政组织体”之内由谁做出、如何做出之内部行政程序,正从“内部”走向外部,也变成了法院司法审查的对象。由此,构成行政首长和行政机关之间的藩篱的最后一堵墙被拆掉了。^①也就是说,“行政组织体”由谁出庭的内部决定也理应被纳入司法审查的范围。这一观点非常令人疑惑。王名扬先生认为,行政主体概念的提出便是为了区分行政主体与公务员之间的权力性质和责任归属。因为,行政职务由公务员来执行,公务员有执行行政职务的权力,并不负担由此而产生的法律效果。公务员由于实施行政职务而产生的权利和义务并不归属于自己,而归属于一个中心,这个中心把众多的、先后不同的公务员的行为统一起来,承担由于各公务员的行为而产生的权利和义务,被称为行政主体。如果没有行政主体的概念,每一个公务员的行为只能归属于自己,就不可能有统一的协调一致的行政活动。因此,行政主体概念是使行政活动具有统一性和连续性的一种法律技术,是行政组织的法律理论基础。^②因此,行政主体与公务员之间不能混淆,只有明确行政主体不同于公务员的公法人身份,才能厘清行政主体与司法机关以及行政主体与公务员的关系。模糊行政主体与公务员之间的关系,进而将行政主体与公务员之间的内部关系外部化,并将行政组织体内部的职权完全置于司法审查之下,有违行政机关与司法机关之间权力配置的宪法原则,也不符合行政组织法的原理。^③

作为当事人的一项诉讼权利,诉权如何行使理应由当事人自行决定,法律不宜对此作过多限定。^④行政机关派员出庭应诉属于诉权的范畴,是由诉权衍生的当事人的处分权。根据诉讼处分原则,当事人可以自由支配或者处分自身的诉讼权利,行政诉讼被告的应诉权是与原告的起诉权相对应的一项诉讼权利,而非义务。^⑤当然,行政诉讼的特殊性在于被告的行政行为受到监督,其作为当事人的诉讼权利与原告有所不同。若权利自身非纯粹私权性质时,处分就要受到限制。^⑥行政诉讼独特的功能属性决定了其有别于民事诉讼中赋予当事人选择是否亲自出庭应诉的自由,也不同于刑事诉讼那样严格地要求被告到庭。^⑦质言之,作为行政诉讼,行使公权力的被告的处分权应当受到一定的限制,但这不能因此改变处

① 于立深:《审判中心视角下的行政诉讼制度构造》,载《法学论坛》2020年第3期,第72页。

② 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第40-41页。

③ 有学者基于革新行政主体理论的目的,提出解除行政主体与行政诉讼被告之间的连带关系,按照“谁行为谁被告”的原则简化行政救济,以有利于更好地保护相对人的合法权益。参见王敬波:《面向整体政府的改革与行政主体理论的重塑》,《中国社会科学》2020年第7期,第119页。

④ 吕尚敏:《行政首长应当出庭应诉吗?——在司法的技术、权能与功能之间》,载《行政法学研究》2009年第4期,第102页。

⑤ 参见李淮:《行政机关负责人出庭应诉制度运行省思》,载《北京行政学院学报》2019年第5期,第100页。

⑥ 张卫平:《转换的逻辑:民事诉讼体制转型分析》,法律出版社2007年版,第306页。

⑦ 王敬波:《基于公共选择理论分析〈行政诉讼法〉的修改》,载《法学杂志》2015年第3期,第38页。

分权的权利属性。正是在这个意义上,有学者明确提出,行政负责人出庭应诉不宜由行政诉讼法将其确立为统一的强行法规范。^①可以说,行政机关负责人出庭应诉制度将被告的处分权转变为强制性义务,有悖于诉讼法原理和处分权原则。也就是说,作为一种处分权,被告有权选择是否出庭,也可以选择出庭的人员和方式。当然,被告应当承担就此产生的法律责任。《行政诉讼法》第66条规定被告经传票传唤无正当理由拒不到庭的或者未经法庭许可中途退庭的,人民法院可以将其拒不到庭或者中途退庭的情况予以公告并可向监察机关或被告的上一级行政机关提出依法给予其主要负责人或者直接责任人员处分的司法建议。需要说明的是,这一规定是对行政机关负责人不出庭应诉的事后追责而不是事前干预。这表明,行政机关负责人出庭应诉制度与《行政诉讼法》诉讼责任制度也不相符合。

四、制度实施的现实性窘困

行政机关负责人出庭应诉制度具有一定的积极意义和社会效果。被告负责人出庭应诉能够实现争议双方“面对面”协商,消解原告的积怨,增加争议解决结果的可接受性,从而避免矛盾的升级扩大。而且行政机关负责人出庭能够真正掌握政府机关依法行政存在的问题,了解行政机关败诉的原因,从而有利于逆向督促行政机关自我纠正各种不当或者违法的行为方式或者行为结果。^②但所有这些社会效果都是设想的和预期的,而制度实施的结果与预想的效果大相径庭。

(一) 政绩效应:“高出庭率”的面纱

2018年2月7日,最高人民法院原副院长江必新在《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》的新闻发布会上介绍,新行政诉讼法规定的行政机关负责人出庭应诉制度在司法实践中已经取得初步成效。如,山东法院2015年开庭审理的行政案件中,行政机关负责人出庭应诉达1637人(次),比2014年增长4倍多;北京市平谷区人民法院2015年审理的行政案件中,行政机关负责人出庭应诉96件,出庭应诉率为63.6%。另外,从2015年各省市政府工作报告和法院工作报告中可以看出各地行政机关负责人出庭应诉的成绩单。上海市全年行政机关负责人出庭应诉共759人次,同比上升67.2%;浙江全省法院开庭案件行政机关负责人的出庭应诉率约为31%,同比上升16个百分点;甘肃行政机关负责人出庭应诉率为33%;湖南株洲全市法院行政诉讼收案548件,行政机关负责人出庭应诉190件,占到了1/3;安徽宣城全市法院行政机关负责人出庭应诉170件,出庭应诉率达41.98%。更有甚者,宁夏行政机关负责人实际出庭率达到80%以上;湖北荆州2014

① 杨建顺:《行政首长出庭应诉不宜强制》,载《检察日报》2014年5月28日,第1页。

② 李淮:《行政机关负责人出庭应诉制度运行省思》,载《北京行政学院学报》2019年第5期,第98页。

年达到 100%,2015 年 1 至 8 月也保持在 100%。^①

可以说,一些地方法院的行政机关负责人高出庭率是基于“法院倡导、党委领导、行政主导”三方联动以及科层压力和政绩动力“双轮驱动”的结果。各地纷纷出台的行政首长出庭应诉的规定中几乎均存在相应的量化考核条款,将行政机关负责人出庭次数作为衡量依法行政的标准,或将出庭次数与绩效考核挂钩。行政机关负责人出庭应诉工作基本上被纳入“年度依法行政工作考核范围”“年度绩效管理考评体系”,出庭一次加积分,不出庭扣积分。^②“出庭应诉率”被标准化、计量化,形成“法治 GDP”指标的重要参数。然而,值得关注的是,从历年数据看,出庭应诉率与依法行政水平之间并不存在统计学意义上的相关性。^③

根据上述统计情况,高出庭率毕竟只出现在全国范围内的少数地方,是否具有普遍性呢?而且上述数据只反映了《行政诉讼法》修改后确立行政机关负责人出庭应诉制度后第一年即 2015 年的情况,2015 年以后这些地方仍保持高出庭率吗?带着上述疑虑,笔者对大连两级法院近年来行政诉讼案件被告行政机关负责人出庭应诉情况进行了调研,从中揭示这一制度实施的实际情况、存在的问题以及背后的真实原因。与少数地方高出庭率形成强烈反差,大连两级法院行政机关负责人出庭率却很低,而且连续几年都在低位徘徊。在大连两级法院行政诉讼中,2015 年,行政机关负责人出庭案件共 78 件,出庭率为 8.37%;2016 年,行政机关负责人出庭人数 119,出庭率为 11.12%;2017 年,行政机关负责人出庭人数 186,出庭率为 11.32%;2018 年,行政机关负责人出庭次数 193,出庭率为 13.84%;2019 年,行政机关负责人出庭次数 210,出庭率为 12.45%(如表 1 所示)。从上述数据可以看出,大连两级法院行政诉讼案件被告行政机关负责人出庭率从 2015 年的 8.37% 到 2018 年的 13.84%,呈稳定增长的态势,但涨幅很小,然而到 2019 年却又小幅下降。^④而且行政机关负责人出庭率在各基层法院之间非常不平衡。如大连高新园区法院行政机关负责人出庭率达到 84.21%(开庭 19 次,负责人出庭 16 次),而多数法院低于 10%,长海县法院的出庭率竟然为 0。从总体上看,大连两级法院行政机关负责人出庭率偏低。而且就出庭的案件来看,呈现出部门负责人少、政府负责人多,正职少、副职多的“两少两多”现象。行政机关负责人出庭应诉制度远未达到制度设计预期的目标和效果。

① 喻少如:《功能主义视阈下的行政机关负责人出庭应诉制度》,载《法学评论》2016 年第 5 期,第 34 页。

② 喻少如:《功能主义视阈下的行政机关负责人出庭应诉制度》,载《法学评论》2016 年第 5 期,第 33 页。

③ 高春燕:《行政首长出庭应诉:价值重估与技术改良》,载《行政法学研究》2015 年第 2 期,第 102 页。

④ 造成大连 2019 年行政机关负责人出庭率小幅下降的一个重要原因,是 2018 年机构改革和重组,政府部门变动后至今关系还没有理顺,职能仍不甚清晰。机构重组后的负责人由于分管工作的变动也不愿意出庭应诉。

表 1 2015—2019 年大连两级法院行政诉讼案件被告行政机关负责人出庭统计表

年份	开庭数	出庭数	出庭率/%
2015 年	932	78	8.37
2016 年	1070	119	11.12
2017 年	1643	186	11.32
2018 年	1395	193	13.84
2019 年	1687	210	12.45

在此期间,2018 年《解释》的公布大幅度提高了被告行政机关负责人出庭应诉义务的强制性程度。如设定了四类应当出庭的案件,即“涉及重大公共利益、社会高度关注或者可能引发群体性事件等案件以及人民法院书面建议行政机关负责人出庭的案件”。但实践的效果却不尽如人意。到 2019 年底,大连市两级法院行政机关负责人出庭率不升反降,比 2018 年降低了 1.39 个百分点。根据调研,行政机关负责人是否出庭以及出庭率的高低基本上取决于当地党政领导人是否重视以及重视程度,如果党政机关领导人重视程度不够,也很难奏效。2018 年大连市中级人民法院行政审判白皮书第一次比较详细地指出了行政机关负责人出庭应诉存在的问题,而且大连市委首次召开会议专门听取白皮书内容,主要领导比较重视(笔者注:是主要领导而不是正职领导,是比较重视而不是非常重视)。当年行政机关负责人的出庭率较上一年仅有 2.52 个百分点的增幅。然而,第二年大连市委主要领导没有关注,大连两级法院行政诉讼被告行政机关负责人出庭率亦小幅下降。

大连两级法院始终保持行政机关负责人出庭率的低位状态,除了与领导的重视程度直接相关,还有一些具体的原因,如,行政机关负责人特别是正职负责人公务繁忙,没有时间出庭;行政机关负责人在观念上仍不愿意接受作为被告“出庭受审”的事实;而且行政机关负责人不出庭也不会担责,没有太大压力。虽然 2018 年《解释》确立了行政机关负责人不出庭的说明义务,甚至明确不出庭应诉的法律后果,即人民法院应当记录在案并在裁判文书中载明,可以依照《行政诉讼法》第 66 条第 2 款的规定予以公告,建议任免机关、监察机关或者上一级行政机关对相关责任人员严肃处理。^①但在大连两级法院审理的行政诉讼案件中,行政机关负责人仍多以“公务在身”“参加会议”等原因推脱。为什么有了司法解释的强力推动,被告行政机关负责人的出庭率仍没有显著改善呢?其根本原因在于,司法解释对政府机关没有直接的约束力,甚至可以说,地方政府官员很少甚至从不在意司法解释。用大连市中级人民法院行政审判庭一位法官的话说,政府官员从来都不把司法解释当回事。司法解释并未真正对行政机关负责人构成硬约束。因此,行政机关负责人不出庭不会有实质性风

① 梁风云:《〈行诉解释〉重点条文理解与适用》,载《法律适用》2018 年第 11 期,第 8 页。

险,而出庭后败诉可能会担责。这种正向与反向激励也导致行政机关负责人不愿意出庭。

(二) 实效缺失:“出庭不出声”的尴尬

普遍的低出庭率显现行政机关负责人出庭应诉制度没有达到预期的目标,“出庭不出声”更是制度设计者始料未及的。可以说,形式化的出庭率仅仅是表明政绩的数据,对公正的司法审判和实质性地化解纠纷没有实际意义,在少数所谓高出庭率地方普遍的“出庭不出声”更是雪上加霜。据报道,温州市中级人民法院相关负责人称,总体上看,温州市行政机关在执行出庭应诉方面还存在“走过场”“重形式”的现象,九成以上的行政机关负责人“出庭不出声”。^①根据笔者的实证考察,近五年大连两级法院行政责任人“出庭不出声”的现象也非常普遍,甚至超过90%。从普遍的低出庭率到普遍的“出庭不出声”印证了行政机关负责人出庭应诉制度实施效果不容乐观。

为什么行政机关负责人“出庭不出声”呢?笔者认为主要有下述几方面原因:行政机关负责人公务繁忙,无暇了解案情,在法庭上不知道说什么^②;行政负责人往往对案件相关法律依据并不熟悉,在法庭上想说怕说错^③;行政机关负责人大多是迫不得已出庭应诉的,只要出庭就完成了出庭的考核指标,说不说没关系。

为了解决“出庭不出声”的问题,2020年《规定》特别要求:“行政机关负责人或者行政机关委托的相应工作人员在庭审过程中应当就案件情况进行陈述、答辩、提交证据、辩论、发表最后意见,对所依据的规范性文件进行解释说明。”而且要求,“行政机关负责人出庭应诉的,应当就实质性解决行政争议发表意见。”将行政机关负责人“出声”作为一种强制性义务,而且强化行政机关负责人对实质性解决行政争议参与度。然而,这不可能从根本上解决问题。因为,法律或司法解释可以强行要求行政机关负责人“发表意见”,但不可能要求其发表具体意见,即可以规定其必须说话但无法规定其说什么话。因此,“出声”未必比“不出声”更有利于制度预期效果的实现。

对大连两级法院的调研情况显示,不但行政机关负责人普遍“出庭不出声”,而且出声的行政机关负责人对案件的实质参与程度很低。表现为,庭审前准备不充分,超期提供证据、证据提供不全面,甚至遗漏必要证据。所谓“出声”,只是念答辩状。从总体上看,大连两级法院行政诉讼案件中行政机关负责人出庭率低、参与度低,效果较差,与这一制度设立的初衷相去甚远。

① 芮文正:《九成一把手“出庭不出声”》,载《温州商报》2012年6月13日。

② 对大连两级法院的调研情况显示,多数行政机关负责人不了解案情,甚至不能陈述案件的基本事实,为此有的干脆拒绝回答法庭的提问。

③ 对大连两级法院的调研情况显示,有的行政机关负责人只会照本宣科地念答辩状,除此之外基本上一言不发。

（三）目的虚设：“告官要见官”的一厢情愿

行政诉讼本身就是民告官，在传统观念中，政府机关工作人员相对于民而言皆为“官”。也就是说，行政机关任何人出庭都代表官一方，皆可以称为“官”。江必新曾指出，要明确“行政机关工作人员”的含义，确保“告官见官”。即，《行政诉讼法》第3条第3款规定的“行政机关相应的工作人员”，包括该行政机关具有国家行政编制身份的工作人员以及其他依法履行公职的人员。被诉行政行为是地方人民政府作出的，地方人民政府所属法制工作机构的工作人员，以及被诉行政行为具体承办机关工作人员，可以被视为被诉人民政府相应的工作人员。因此，不是一定要由行政机关负责人出庭才满足“告官要见官”的要求。然而，行政机关负责人出庭应诉制度要实现的直接目的——“告官要见官”中的“官”显然是狭义的“行政机关负责人”。

然而，所谓“告官要见官”是原告的真实诉求吗？在行政机关负责人和相应的工作人员均可以出庭应诉的情况下，原告更愿意见到行政机关负责人吗？颇具讽刺意味的是，作为行政机关负责人高出庭率的楷模，江苏省某地的原告出庭率却不高。2015年，江苏省行政机关负责人出庭应诉率达86.10%，全省41个县（市、区）行政机关负责人出庭应诉率达100%。而江苏省苏州市姑苏区人民法院于2015年5月1日至2016年5月1日的95份判决中，原告共105人中本人出庭的仅51人，占比48.57%。^①如果将“告官要见官”作为原告的诉求，那么原告见官的合理期待是什么？在行政诉讼中，“见官”比“不见官”对原告更有利吗？“民告官”追求的是“见官”还是胜诉的结果？众所周知，被告负责人出庭最大的负面效应在于，其相对于原告的强势话语权以及相对法官的优势地位从而导致对原告权利救济的不利影响。可以说，“告官要见官”是制度设计者强加给原告的主观臆断。有学者认为，“告官见官”满足了原告与行政机关负责人直接对话，也实现了对司法的基本尊重。^②但笔者认为，“告官见官”潜在的寓意是，“民”到法院打官司，还是希望见到政府位高权重的“官”为自己做主（通过诉讼的信访化，使诉讼实现了信访的功能）。因此，“告官见官”满足的不是官民直接对话，而是官为民做主的期待；而且“告官见官”不但不能实现对司法的基本尊重，相反是对司法的轻视。因为，“告官见官”浸淫于官本位的观念之中。有学者所谓其自身表现出的“中国智慧、本土经验”——“老大难，老大重视就不难”^③仍弥漫着权力崇拜。因

① 吴小同：《行政机关负责人出庭应诉制的反思与重塑——基于〈行政诉讼法〉第三条第三款的解释》，载《福建行政学院学报》2017年第4期，第52页。

② 有学者认为，行政机关负责人出庭应诉制体现出我国行政诉讼构造一直试图回归“审判中心性”的努力。参见于立深：《行政诉讼如何实现“以审判为中心”》，载《法学论坛》2020年第3期，第72页。但笔者认为，恰恰相反，行政机关负责人出庭应诉制度是以行政权为中心，实质性地化解纠纷依赖于行政权力而不是司法程序。法庭只不过是双方协商的场域。2009年最高人民法院在《关于当前形势下做好行政审判工作的若干意见》中便明确提出“通过推动行政机关法定代表人出庭应诉制度，为协调、和解提供有效的沟通平台”。真是一语道破玄机！

③ 章志远：《行政机关负责人出庭应诉制度的法治意义解读》，载《中国法律评论》2014年第12期，第149页。

此,所谓行政机关负责人出庭应诉的民主正当性纯属无稽之谈。

根据我国《行政诉讼法》的规定,在诉讼中原告、被告双方的法律地位平等。也就是说,在诉讼阶段,“官”的身份应当被“当事人”的身份所替代,这是保证行政诉讼公正审理的前提。也就是说,行政机关无论谁出庭,其身份是当事人,在诉前行政程序中作为管理者的优越的地位已不复存在。无论是行政首长出庭,还是一般公务员出庭,抑或是作为代理人的律师乃至政府法律顾问出庭,都没有什么本质区别。然而,强调行政诉讼被告行政机关负责人出庭无疑在强化被告“官”的地位,其打破了原被告双方在诉讼中的平等关系,不但违反了行政诉讼的基本法律原则,也不符合行政诉讼权利救济的宗旨。正如杨建顺教授所言,“从长远来看则并非有助于行政诉讼制度的健康发展,甚至与行政诉讼的根本价值目标相悖”^①。

(四) 普适性背离:“一枝独秀”的疑惑

我国行政机关负责人应当出庭应诉,这在世界上恐怕也是唯一的规定。^②英国早期的司法审查实行名义被告制度,由于被指定出庭的名义被告可能与本案毫无关联,因此其诉讼积极性也往往成为问题。在著名的“亚当斯诉内勒案”中,由于英王不能作为被告,国防部不得不指定工程师内勒作为名义被告。^③而内勒并不是行政首长,只是一个技术工程师。在法国,国家作为当事人时,通常由有关部门的部长代表,省作为当事人时由省议会主席代表,市镇作为当事人时由市长代表。^④与中国的行政体制迥然不同,法国出庭应诉的代表不是以行政首长的身份出现而仅仅是参与诉讼的当事人的代表。而且法国政府机关很少设副职甚至干脆不设副职,不存在中国式的所谓“领导班子”,政府涉诉后除了由“领导”代表几乎别无选择。最为关键的是,在法国,领导代表诉讼只是通常的做法,而不是法律的强制性规定。我国有行政法学学者竟然从美国的司法判例中挖掘我国“行政首长出庭应诉的行政法理”,认为,我国的行政首长出庭应诉不仅仅是在法律监督关系上司法权优位于行政权的体现,而且是行政首长亲历和亲自作出行政决定之公法义务的本质要求;并举例说美国“摩根案”和“肯德基国家管理公司案”等,确立了重要的行政法规则和判例原则:虽然法院对行政首长如何作出行政决定的思考过程无权进行司法审查,但是法院有权要求作出行政行为的“决定者必须听证”(he who decides must hear)。^⑤笔者认为,“决定者必须听证”是指行政机关负责人作出行政决定之时有义务主动听取对方的证词;而我国的行政机关负责人

① 杨建顺:《行政首长出庭应诉不宜强制》,载《检察日报》2014年5月28日,第1页。

② 应松年:《行政诉讼法律制度的完善、发展》,载《行政法学研究》2015年第4期,第7页。

③ 参见胡建森主编:《外国行政法规与案例评述》,中国法制出版社1997年版,第456页。

④ 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第643页。

⑤ 于立深:《审判中心视角下的行政诉讼制度构造》,载《法学论坛》2020年第3期,第72页。

出庭应诉制度是指行政机关负责人作出行政决定之后被动接受法官审判。前者发生于诉前的行政程序,属于对行政行为合法性的事中控制;后者出现于诉讼程序中,属于对行政合法性的事后控制。“决定者必须听证”的要求是,行政决定必须建立在合法证据之上。该判例实际确立的是案卷排他性原则,即决定者只能以在听证中所确定的事实来作为决定的依据,而不能根据听证之外的事实材料。该原则司法审查中就体现为案卷是法官审查行政决定是否合法的唯一依据,即只能审查作决定当时考虑的相关事实,而不能把作决定之后新的事实、材料作为审查依据。因此,美国“摩根案”和“肯德基国家管理公司案”所确立的“决定者必须听证”的原则与我国的行政机关负责人出庭应诉制度风马牛不相及。

根据哲学辩证法,个性与共性是相辅相成的,共性寓于个性之中,并通过个性表现出来。个性不是绝对的,没有完全超脱于共性的个性。值得思考的问题是,各国的法治发展道路所展现的个性都是以法治共性为前提的,其蕴涵着共同的法律理性和法治原则。政治哲学家施特劳斯认为,我们所生活的世界永远不可能存在一种真正的、纯粹的普世主义(cosmopolitanism),但这世界上一定要有一些价值判断是独立于人的,也独立于任何由人制定的规范和制度。^①如果法律制度的设计只有独一无二的个性,却与法治的普适性价值相悖,或者说一种制度只在一国有,而在其他国家特别是法治发达国家都不曾有也不会有,这意味着什么呢?

结语

“行政诉讼的存在及其运作无时不涉及权力的配置、冲突及协调……必须把行政诉讼置于宏观的权力结构图景中加以考察,又必须仔细入微地观察行政诉讼具体运作中的权力关系,否则难以实现对公民权利进行救济和行政权力予以制约的目的。”^②行政机关负责人出庭制度面临的问题虽然出现于司法实践中,但其根本的原因在于立法上制度设计的选择性错误。这一制度的实施可以赢得暂时的、局部的“利”,但牺牲的是长远的、整体的“利”。因此,应当将行政机关负责人出庭应诉制度从《行政诉讼法》中删除。当然,这一条款删除后,行政机关负责人出庭不再作为一种强制性规范,行政机关负责人是否出庭由政府机关根据实际情况自己决定。^③这样行政机关负责人的出庭率未必会更低,而且由于并非被迫出庭,出庭的行政机关负责人对庭审的参与度会提高,对促进政府的依法行政和法院的公正审判的效果会更好。

① [美]列奥·施特劳斯:《自然权利与历史》,彭刚译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第69页。

② 杨伟东:《权力结构中的行政诉讼》,北京大学出版社2008年版,第202页。

③ 有人建议将行政机关负责人出庭应诉规定保留,但将其从强制性规范变成任意性规范。这没有必要。因为删除等于不规定,但不规定不是禁止。也就是说,删除并不是绝对禁止负责人出庭,只是否定目前将其作为一种强制性规范。不规定实际上起到任意性规范的作用。