

• 湘潭大学法学文丛 •

行政诉讼 基本理论问题 研究

• 胡肖华 著

• 湖南人民出版社

*The study of basic theory
of administrative lawsuit*

ISBN 7-5438-2242-3



9 787543 822429 >

ISBN 7-5438-2242-3

D·293 定价: 21.60 元

· 湘潭大学法学文丛 ·

行政 基本理论问题 研究

· 胡肖华 著

· 湖南人民出版社

责任编辑:邓胜文
装帧设计:尹文君

行政诉讼基本理论问题研究

胡肖华 著

湖南人民出版社出版、发行

(长沙市银盆南路 78 号 邮编:410006)

湖南省新华书店经销 湖南省湘潭彩印厂印刷

1999 年 12 月第 1 版第 1 次印刷

开本:850×1168 1/32 印张:15.25

字数:377000 印数:1-3000

ISBN7-5438-2242-3
D·293 定价:21.60 元

前言

在而立与不惑之年的中间时段，本人不揣简陋，几易其稿，终于完成了《行政诉讼基本理论问题研究》一书的全部工作。其学术价值及水平如何姑且不论，但我私下以为首次真正找到了向业内人士真诚地汇报我执教 10 余年来的“心得体会”以及讨教的契机；并同时声明：本书的观点永远是开放式的，我诚挚地希望得到各位学长、读者的批评乃至批判，并愿意就其中的观点与同仁进行商榷和对话。

与年代久远、理论研究较为透彻的刑事诉讼制度、民事诉讼制度相比较，行政诉讼实在显得年轻而幼稚。最近 10 年来，我一直从事这门课程的教学与科研工作，并办理了若干起行政诉讼案件。从这些并不丰富的经历中，本人深切地感到：行政诉讼理论研究的匮乏以及立法的滞后是导致教学内容刻板、空洞乏味的重要原因，也是造成我国行政诉讼制度陷入困境的深层根源。在行政诉讼的司法实践和教学、科研过程中，人们面对该领域呈现出来的许多在立法上无法找到恰当的依据，于法理上又得不到合理解释的新现象、新问题颇感困惑。正是基于此，本人萌发了撰写此著的念头。时至今日，终能付梓，本该十分欣慰，但欣慰之余，更多的是羞愧与恐慌：与同龄人所拥有的累累硕果相比，此书可谓为本人的首部专著，故曰之“羞愧”。（但我深信，日后会倍加努力）理论上的粗糙和某些观点的偏颇可能会给理论界及实践界朋友产生误导，故曰之“恐慌”。（但我声明：书中观点仅供

参考)

在许多人看来,过度的谦逊旨在抬举自身,因而显得多余,但以下表述却是我的肺腑之言:在本书出版之际,我要由衷地感谢我的几位研究生朱端时、彭海鹏、江国华以及湖南莲城律师事务所的程琼小姐等的无私帮助。同时我的诸多法学理论界和出版发行部门的朋友对本书的写作和出版倾注了满腔的热情,特别是我的夫人陈爱月女士付出了艰辛的劳动,在此一并谨致谢忱!

目录

● 前言

● 行政诉讼目的论

导言

一、行政诉讼与目的

二、多维视野里的行政诉讼目的

三、中国行政诉讼现实与目的的背与合

● 合法性审查原则研究

一、合法性审查原则的本体涵义：法律审与事实审

二、域外行政诉讼中对合法性审查原则的适用

三、我国合法性审查之内容与标准

四、合法性审查之对象：具体行政行为与抽象行政行为

五、合法性审查与合理性审查关系检讨

● 行政诉讼原告资格问题研究

一、引言

二、受案范围与原告资格

三、西方国家对受案范围之漠视

四、限制司法审查范围乃普适性问题

五、西方法治国家漠视受案范围的原因

六、西方国家原告资格演进轨迹及其诠释

七、原告资格制度的保障

八、我国原告资格制度的现状

目录

九、我国原告资格审查制度的差距及其完善	/130
---------------------	------

十、原告资格的认定	/138
-----------	------

●被授权和受委托组织在行政诉讼中的法律地位	/140
-----------------------	------

一、行政授权和行政委托	/140
-------------	------

二、被授权和受委托组织	/148
-------------	------

三、“两组织”在行政诉讼中的法律地位和责任	/154
-----------------------	------

四、行政授权和行政委托的法制化	/171
-----------------	------

●行政诉讼第三人问题研究	/179
--------------	------

引言	/179
----	------

一、关于“利害关系”	/181
------------	------

二、关于第三人与被诉具体行政行为	/184
------------------	------

三、关于行政诉讼第三人与行政诉讼审理结果的利害关系	/193
---------------------------	------

四、第三人与共同诉讼人	/200
-------------	------

五、关于行政诉讼法第 27 条	/208
-----------------	------

六、关于行政诉讼第三人的概念、特征及其他	/219
----------------------	------

七、行政诉讼第三人的类型	/236
--------------	------

八、行政诉讼第三人与民事诉讼第三人之比较	/244
----------------------	------

●抽象行政行为之可诉性研究	/247
---------------	------

一、抽象行政行为的内涵界定及其分类	/248
-------------------	------

目录

二、对抽象行政行为进行司法审查的理论依据——兼评抽象行政行为为不可诉讼	/261
-------------------------------------	------

三、他山之石——对抽象行政行为进行司法审查的事实依据	/270
----------------------------	------

四、将抽象行政行为纳入司法审查范围的可行性及实践操作程序	/275
------------------------------	------

●行政诉讼管辖 /288

一、行政诉讼管辖制度比较	/288
--------------	------

二、对确定地域管辖之一般原则——原告就被告存在理由的批判	/291
------------------------------	------

三、级别管辖之检讨	/299
-----------	------

四、通过改革管辖制度克服司法不公正的构想	/304
----------------------	------

●行政诉讼中的法律冲突及其解决

一、行政诉讼中常见的法律冲突	/309
----------------	------

二、行政诉讼法律冲突产生的原因	/315
-----------------	------

三、行政诉讼法律冲突的预防	/321
---------------	------

四、法律冲突的选择适用	/326
-------------	------

五、行政冲突规范	/330
----------	------

●行政诉讼举证责任研究 /337

一、举证责任	/337
--------	------

二、行政诉讼举证责任	/352
------------	------

三、行政诉讼举证责任分配	/365
--------------	------

四、三大诉讼举证责任之比较研究	/384
-----------------	------

目录

●行政审判中的司法变更权问题研究

/393

一、司法变更权与法官自由裁量权

/393

二、行政诉讼中设立司法变更权之必要性

/397

三、行政诉讼中司法变更权的适用条件和范围

——兼谈对行政处罚“显失公正”的确认

/400

四、司法变更不加重对原告处罚原则的探讨

/412

●行政赔偿诉讼研究

/417

一、行政赔偿诉讼化的历史演变

/417

二、行政赔偿的构成要件

/422

三、对行政赔偿范围几个问题的思考

/431

四、赔偿请求人和赔偿义务机关

/437

五、行政赔偿诉讼程序

/444

●行政诉讼特别程序研究

/455

一、关于执行诉讼问题

/455

二、关于预防性行政诉讼问题

/463

三、关于行政诉讼附带民事诉讼问题

/472

行政诉讼目的论

导 言

什么是行政诉讼的目的？行政诉讼制度是为了什么而设置的？这是行政诉讼法学理论所不可回避的一个基本的前提性的理论问题。对于这个前提性的理论问题的基本观点和诠释，便构成了行政诉讼目的论的灵魂和核心；而行政诉讼目的论又是整个行政诉讼法学理论的一个基础性和前提性的理论。

目的论作为诉讼法学的一块基石在民事诉讼理论界受到高度重视并已研究得相当深入，形成了诸如“私法权利保护说”、“私法秩序维持说”、“纠纷解决说”、“程序保障说”等代表性的学说，从而使目的论与诉权理论、诉讼结构理论以及既判力理论等共同擎起辉煌的民事诉讼理论的圣殿。但是，如此重要的一个基本的前提性的理论——目的论，在我国行政诉讼法学界却长时间地被忽视和冷落。似乎直到最近才出现了若干以行政诉讼目的为题材的论文^①，但大多数是寥寥数语，泛泛而论；这与民事诉讼目的论的“学派林立，众说纷纭”的繁荣景象相比，实在是冷清得寂寞，平静得死寂。究其原因，首先在于学术界对目的论的价值或者说意义认识不够；其次是源于功利主义或实用主义法学观

① 如刘莘《行政诉讼目的刍议》，刘学辉《行政诉讼目的新论》等。

的障碍；其三是目的论本身是个涉及面极广，理论性很强的课题。

我们说法学是实践性很强的科学。这种实践理性在功利主义或者实用主义法学研究者眼里便成为庸俗的为“司法实践提供直接的具体的指导”，“为解决司法实践中的具体问题而研究”的东西。或许正是这种头痛医头、脚痛医脚的实用观点，直接成为我国行政诉讼法学理论不成气候的根本原因。

事实上，对诉讼法学基础理论的研究，是任何诉讼具体问题的研究的前提，而目的论又是诉讼法学基础理论的前提性的理论。其他诸如诉权理论、诉讼结构理论等都是建立在一定的目的论的基础之上，至少不能绕过目的论而自行其是。许多学者对诉讼法律具体问题的研究，也都是以某种目的论作为自己的理论前提；他们把这种前提性的理论假设作为一种理所当然的逻辑起点，一种可以证明或推论其他论题的公理，而对“公理”本身的研究却缺乏必要的热情和足够的认识，因而不愿或不肯或不屑或无暇投注过多的时间和精力。

不可否认，目的论的确很抽象，因而很容易被人看成是一种距离现实很远的“空论”。目的论也的确很难为司法实践提供直接的具体的指导，因而常常被人理解为一种“吃力不讨好”的研究。但是，这些并不能否认目的论的理论价值和现实意义。

（一）理论上的价值

在一个有着数千年“官本位”意识传统的土壤里成长起来的行政诉讼法学，与其他诉讼法学相比，更需要基础理论的支持和指导。在“官僚气息”至今依然很浓的中国，对行政诉讼基本理论的研究，不仅是行政诉讼法学得以健康成长，形成完整体系和独立品格的迫切需要；也是法制建设和依法治国的需要。诚如某学者指出的那样，基础理论的研究正如工业生产中的基础工业、

基础设施,虽其本身不能为社会提供某种直接的消费产品,但基础工业、基础设施发展不足必然造成制约工业整体发展的“瓶颈之忧”。正是由于基础理论研究的滞后,才使我国行政诉讼法学的发展深受“瓶颈之忧”之困扰,而仰仗于行政法学的发展和推动,从而使一个独立的行政诉讼法学成为行政法学理论的附庸。要让行政诉讼法学真正从行政法学中独立出来,形成独立的品格,最艰巨且最有效的工作就是加强行政诉讼法学基础理论的研究,而目的论正是行政诉讼法学基础理论之基础。它一方面为整个行政诉讼法学理论研究指明方向,另一方面又为其他理论研究和具体制度的研究提供坚实的理论基础。因此说,目的论是整个行政诉讼法学的出发点和立足点,目的论研究的深化必然会推动整个行政诉讼法学的研究的繁荣和深化。

(二) 现实的意义

目的论研究对于行政诉讼实践的意义主要在于它可以为行政诉讼制度设计提供一种基本概念。作为应用科学的诉讼法学,理论研究当然不是最终目的,再完善的理论构建,如果对现实没有任何指导意义,就会失去其存在的价值。行政诉讼法学理论研究是为了指导行政诉讼的实践,而目的论起着为行政诉讼制度设计提供基本理论或曰“指导方向”的作用。基于不同的目的论观点,定会有不同的行政诉讼制度设计。^①具体而言,有不同的诉讼目的论,就会有不同的行政诉讼受案范围的规定,就会有不同的诉讼程序设置,就会有不同的当事人制度,就会有不同的诉讼模式和判决方式。正是在这个意义上说,目的论,在行政诉讼实

^① 当然这里的“设计”只是一种假设,因为从本质上讲,法律制度是一定社会经济基础的产物,而非法学家设计的作品,但不应否认,法学理论对法制建设的影响,尤其在法制转轨时期,这种影响可能还更为重要。

实践中同样具有不可替代的作用和价值。

正因为目的论在行政诉讼法学理论和实践中有着基础性和向导性的作用和价值,而学术界对之研究又十分薄弱,笔者才不揣冒昧,拟用并不深厚的理论功底来研究这个需要很深厚的理论功底才能完成的课题,恳请学界同仁指正。

一、行政诉讼与目的

目前,国内行政诉讼法学界对行政诉讼目的的研究仅仅局限于对行政诉讼法的目的之研究。仅有的几篇“关于行政诉讼目的”的论文,几乎全部都是“关于行政诉讼法的目的”的学说。如果有不同观点的话,也仅仅是对行政诉讼法第1条的不同诠释。那么,行政诉讼法的目的就是行政诉讼的目的么?行政诉讼法就是行政诉讼么?如果不是,那么,行政诉讼法是什么以及行政诉讼制度是什么?行政诉讼法学是什么?只有在回答了这些问题以后,才有可能来论述什么是行政诉讼。

但是,对行政诉讼作出必要的界定之后,未必就能顺利着手于行政诉讼目的论的研究,因为“目的”一词常常被使用却又常常被滥用,但对于什么是“目的”、目的与人性、目的与手段、目的与功能、目的与价值等等这些基本范畴如何界定,却常常被忽略,如果对这些基本范畴不作必要的研究,那么,对于目的论的研究依然无从下笔。

(一) 若干范畴之辨析

1. 目的与人性

可以说任何目的都是人的目的,只有作为主体的人的活动,才具有目的性。因此,作为法哲学范畴,目的是指主体在认识客体的过程中,按照自己的需要和对象本身的固有属性预先设计,

并以观念形态存在于主体意识之中的某种结果，它体现了主体对自身的需求和客观对象之间的内在联系。人与动物最基本的区别在于人的活动是有目的的。^①马克思说：“蜂蛛与织工的活动相似，蜜蜂建筑蜂房的本领使人间的许多建筑师感到惭愧。但是，最蹩脚的建筑师从一开始就比最灵巧的蜜蜂高明的地方是他用蜂蜡筑蜂房以前，已经在自己的头脑中把它建成了。劳动过程结束所得到的结果，在这个过程的开始之时就已经在劳动者的表象中存在着，即已经现实地存在着。他不仅使自然物发生形式变化，同时，他还在自然物中实现自己的目的，这个目的是他所知道的，是作为规律决定着他的活动的方式和方法的，他必须使他的意志服从这个目的。”^②这就是说，目的性是与人性相关联的一个范畴，只有自知自觉的具有人性的动物，才能给它的活动和行为设定特有的目的和目标。而这种人性是植根于人类认识和改造客观物质世界的反复实践中，体现为主体认识自身需要和作为客体的对象所固有的属性的能力和通过认知和运用客体的规律性来实现其目的的品格。

人是有目的的，有目的的人就是理性人。对于期望在某个社会生活更好的理性人来说，目的性是其最本质的也是最崇高的品格。理性人运用目的来统帅自己的思想和行为，用符合其目的的逻辑去推导合理的原则和规则；在目的的指导下去发现和收集可以实现目的的信息和方法；为目的的最终实现设定程序、制定计划。并以自己的目的为轴心，去寻找一切可以围绕这个轴心旋转的理论，并与偏离这个轴心的观点或学说进行斗争。

而所有与目的相关的可以获得的信息，正是作为理性动物的人在特定情景中能够感觉到和把握到的全部信息中的有机部分。

① 李祖军、田毅平：《民事诉讼目的论纲》，载《现代法学》1998年第5期。

② 参见《马克思、恩格斯全集》第23卷第202页。

这就是说目的体现了人的选择性。这种选择性即表现为目标设计上的方案选择,也表现为对与实现目的相关的信息的选择,因而也表现为对实现目的的手段和方法的选择。

因此,目的不是人的本能,而是人的本能的升华,是人的理性。只有受理性支配的人而不是受本能支配的人才具有哲学意义上的目的。

人的理性是复杂的,它是一个多元的思维集合体,受此支配的目的也应当是一个多元的观念的存在。这就意味着人们从事活动或建立制度,可能而且通常抱有不止一个目的。当这些目的发生冲突时,人就有必要对之进行调和或者平衡。可见一个最终目的的形成必然体现着人的调和性和平衡性。

我们说人是主体,人的主体性充分展示在其认识世界、改造世界的主动性和能动性之中,而这一主动性和能动性的直接动力正是源自于人的目的性。只有有目的的人,才会具有作出行动的主动性和能动性,因而才真正具有主体的地位。同样,只有具有主动性和能动性的人的主动的能动的行动,才能真正将目的付诸实现。

人和目的、目的与人性、人性与理性这种错综交织的关系,使目的天然地充满着人性的成分,也使目的天然地打上了理性的痕迹;同时,也使人性自然地流露在目的身上,也使理性自然地展示在目的身上。理性人的目的集中地体现为自由,而法律正是以维护自由为天职。因此,“一个遵循理性指导的人,为了过一个更自由的生活起见,愿意维持国家的公共法纪。”^①这便是目的与人性的关系。

2. 目的与手段

① 斯宾诺莎:《伦理学》,第262—263页。

② 斯宾诺莎:《伦理学》,第262—263页。

正因为目的是受理性支配的，它体现了人的选择性，这种选择性本身又内在地包括了目的设计的方案选择和实现目的的手段和方法的选择，目的与手段才具有千丝万缕的联系。简单地说目的就是行为者预计要达到的行为结果。它是行为主体对其对象性活动将要创造出来的未来的对象的一种超前反映。而手段，是行为者为实现其行为目的而采取的途径和方法。^① 如何理解目的与手段的关系，不仅攸关目的的设计和实现，也攸关手段的选择和价值评判，而手段的选择和价值评判又直接关系到目的本身的价值。

在处理目的与手段的关系问题上存在着两种基本的截然对立的观点，一个是目的决定论，一个是手段决定论。

(1) 目的决定论在西方的著名代表人物是马基雅弗利(1469—1527)。他是文艺复兴时期意大利著名的政治家和思想家，也是近代西方法律政治、思想史上具有较大影响的人物之一。他的《君主论》(《霸术》)被视为影响西方历史发展的16本名著之一。^② 他宣扬强权即是公理，强权即是道德。只有强权才能决定真理和公正的价值，只要成功就是正当和善的行为。这就意味着在他看来，目的本身对手段的道义性没有任何的约束，只要目的正确和正当，就可以不择手段，不存在什么“卑鄙的”手段和“神圣的”方法的区别；行为选择的最高原则是手段的效用性，至于手段或程序或方法是否符合正义和道义的要求，则是可以置之不理的。他说：“目的总是证明手段是正确的。在政治上只应关心什么是有效的，什么是有害的，而不必过问什么是正当

① 参阅唐凯麟：《伦理学教程》，湖南师范大学出版社1992年版，第334页。

② 见美·罗伯特·唐斯：《影响世界历史的16本书》，上海文艺出版社1986年版。