

# 行政救济构造研究

——以司法权与行政权之关系为路径

黄启辉 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS  
武汉大学出版社



# 行政救济构造研究

——以司法权与行政权之关系为路径

黄启辉 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

行政救济构造研究:以司法权与行政权之关系为路径/黄启辉著. —武汉:武汉大学出版社,2012.11

ISBN 978-7-307-10321-4

I. 行… II. 黄… III. ①行政复议—研究—中国 ②行政赔偿—研究—中国 ③行政诉讼—研究—中国 IV. ①D925.304 ②D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 280697 号

责任编辑:钱 静

责任校对:黄添生

版式设计:马 佳

---

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:湖北金海印务有限公司

开本: 720×1000 1/16 印张:12 字数:171 千字 插页:1

版次:2012 年 11 月第 1 版 2012 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-10321-4/D·1200 定价:26.00 元

---

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

本书系教育部青年项目“原则与妥协——行政救济中司法权与行政权关系研究”的研究成果，亦获武汉大学70后学术团队“可持续发展战略下的环境法治”项目资助。



# 序

现代国家是行政国家。行政不仅涉及人们的衣食住行、生老病死，而且伴随人们从摇篮到坟墓。行政需求越旺，管理越多，侵犯公民权益的可能性越大。有侵害，必有救济。为受行政权力侵害者提供公正、有效、迅速和无漏洞的救济，是法治的应有之义，也是法制建设的重要内容。

造成公民权益受损的行政活动，不仅包括行政法律行为，还有行政事实行为；不仅有违法的行政行为，还有失当的行政行为。行为方式与状态的多样化，导致行政纠纷极其复杂。针对纷繁复杂的行政纠纷设置的救济机制构筑成了行政救济体系。1989年4月4日，我国《行政诉讼法》诞生之后，《国家赔偿法》、《行政复议法》以及《信访条例》等与行政救济相关的法律、法规先后出台。行政信访、行政复议、行政诉讼等组成了我国现行的行政救济体系。虽然从制度上看，我国行政救济体系已基本搭建起来，但该体系如何能为合法权益受行政权力侵害之人提供公正、有效、迅速且无漏洞之救济，值得学界深入探究。

《行政救济构造研究——以司法权与行政权之关系为路径》一书便是以完善的行政救济体系为目标，以司法权与行政权之关系为逻辑起点，论证行政救济应为完整的有机体。

在我看来，本书在以下方面做了一些尝试：

第一，论证行政救济应当是有机整体。民事救济可以通过私力救济，也可以诉求公力救济，还可以借助社会救济。各救济方式之间是相互排斥的，选择了其中一种，一般不得再诉诸其他。行政纠纷，因行政权力而起，提供救济管道者，只能是权力，因此被救济行为会影响救济管道的选择，各管道之间相互补充，相互协调。

第二，以司法权与行政权之关系作为建构行政救济体系的出发点。行政权与司法权的分离决定了司法有司法的裁判空间，行政有行政的形成余地。依法行政要求司法权审查行政权行使的合法性。行政合理原则排除司法对行政权进行合理性审查。两者的上述矛盾关系决定了行政复议的存在，也构造了行政复议与行政诉讼的关系。

第三，尝试将行政信访、行政复议和行政诉讼程序整合为一有机体系。基于司法与行政之关系，行政信访作用于失当行政行为之侵害；行政复议则定位于行政体系之内部纠错，以防司法过度审查；行政诉讼则顺应行政活动性质之别，以类型化为核心构筑程序。

尽管书中对上述尝试所作的论证有些还不够充分，甚至需要进一步推敲，但这种探求对于当下行政法学界行政救济研究过“冷”来说，无疑值得鼓励和肯定。

黄启辉是我的学生。他在中南财经政法大学毕业后考入武汉大学法学院，因机缘巧合跟随我学习行政诉讼法，此后便与行政法和行政诉讼法学结下不解之缘。攻读硕士、博士学位六年时间，他潜心学问，刻苦专研，阅读兴趣浓厚，涉猎广泛，打下了坚实的基础。这本书是他在博士学位论文的基础上修改、充实而来的。作为他博士论文的指导老师，听闻论文出版，深感高兴和欣慰，并期待他有更多的优秀成果面世。

是以为序。

林莉红

2012年12月1日

# 目 录

|                      |    |
|----------------------|----|
| 绪 论                  | 1  |
| 一、研究缘起               | 1  |
| 二、研究意义               | 2  |
| 三、研究对象、思路与方法         | 4  |
| 第一章 行政救济构造之基础理论      | 6  |
| 一、行政救济概念之辨析          | 6  |
| (一) 行政救济的含义          | 6  |
| (二) 行政救济的分类          | 13 |
| (三) 相关概念的区分          | 17 |
| 二、行政救济构造之界定          | 19 |
| (一) 行政救济构造的含义        | 20 |
| (二) 行政救济构造的内容        | 22 |
| (三) 行政救济构造的功能        | 24 |
| 三、影响行政救济构造之因素        | 26 |
| (一) 权力之间的关系          | 26 |
| (二) 争议行为的属性          | 30 |
| (三) 救济主体的性质          | 35 |
| (四) 救济程序的定位          | 42 |
| 四、建构行政救济构造之原则        | 44 |
| (一) 救济途径与被审查行为相适应原则  | 44 |
| (二) 救济及时、有效、完整与可接近原则 | 46 |
| (三) 公共利益优先原则         | 48 |
| (四) 司法救济最终且有限原则      | 55 |

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| 第二章 四国行政救济构造之探究 .....   | 61  |
| 一、法国行政救济构造分析 .....      | 61  |
| (一) 议会救济 .....          | 61  |
| (二) 行政内救济 .....         | 62  |
| (三) 司法救济 .....          | 66  |
| (四) 行政救济构造 .....        | 70  |
| 二、德国行政救济构造分析 .....      | 71  |
| (一) 议会救济 .....          | 71  |
| (二) 行政内救济 .....         | 72  |
| (三) 司法救济 .....          | 73  |
| (四) 行政救济构造 .....        | 78  |
| 三、英国行政救济构造分析 .....      | 80  |
| (一) 议会救济 .....          | 80  |
| (二) 行政内救济 .....         | 81  |
| (三) 司法救济 .....          | 86  |
| (四) 行政救济构造 .....        | 86  |
| 四、美国行政救济构造分析 .....      | 88  |
| (一) 议会救济 .....          | 88  |
| (二) 行政内救济 .....         | 89  |
| (三) 司法救济 .....          | 91  |
| (四) 行政救济构造 .....        | 92  |
| 五、四国行政救济构造之比较 .....     | 95  |
| (一) 行政救济构造的共性 .....     | 95  |
| (二) 行政救济构造的差异 .....     | 97  |
| 第三章 我国现行行政救济构造之剖析 ..... | 101 |
| 一、我国行政救济之发展 .....       | 101 |
| (一) 行政内救济为主阶段 .....     | 101 |
| (二) 民事司法救济为主阶段 .....    | 101 |
| (三) 行政诉讼救济为主阶段 .....    | 102 |

|                      |         |
|----------------------|---------|
| 二、我国行政救济制度之分析        | 103     |
| (一) 救济制度的梳理          | 103     |
| (二) 救济制度的比较          | 108     |
| 三、我国行政救济构造之解析        | 111     |
| (一) 缺乏整体性考虑, 制度衔接不畅  | 111     |
| (二) 以行政行为为轴心, 救济体系不严 | 112     |
| (三) 代表机关救济缺位         | 113     |
| (四) 行政内救济定位不准        | 114     |
| (五) 司法救济无个性          | 114     |
| 四、建构我国行政救济构造之设想      | 115     |
| (一) 审查对象的系统化         | 115     |
| (二) 救济目的的系统化         | 116     |
| (三) 救济程序的系统化         | 117     |
| <br>第四章 我国行政内救济构造之整合 | <br>119 |
| 一、整合行政内救济构造之思路       | 119     |
| (一) 行政内救济的定位         | 119     |
| (二) 行政终局裁决权的质疑       | 121     |
| (三) 事实终局权的确立         | 124     |
| 二、信访定位之反思            | 125     |
| (一) 信访的现状            | 125     |
| (二) 信访的困境            | 127     |
| (三) 信访的改造            | 128     |
| 三、行政复议之重构            | 128     |
| (一) 行政复议的缺漏          | 128     |
| (二) 复议司法化的反思         | 130     |
| (三) 复议与诉讼的衔接         | 133     |
| <br>第五章 我国行政诉讼构造之完善  | <br>139 |
| 一、诉讼类型化为构造之基础        | 139     |
| (一) 类型化之必要           | 139     |

|                      |     |
|----------------------|-----|
| (二) 类型化之现状 .....     | 141 |
| (三) 类型化之建构 .....     | 144 |
| 二、职权探知主义为构造之根基 ..... | 145 |
| (一) 现行诉讼模式的分析 .....  | 145 |
| (二) 职权探知主义的引入 .....  | 147 |
| (三) 职权探知主义的适用 .....  | 148 |
| 三、行政诉讼与民事诉讼的衔接 ..... | 150 |
| (一) 两大诉讼之异同 .....    | 150 |
| (二) 两大争议之交织 .....    | 157 |
| (三) 两大法典之衔接 .....    | 163 |
| 结    语 .....         | 168 |
| 参考文献 .....           | 169 |

# 绪 论

## 一、研究缘起

现代国家里，行政权已从干预行政之下“最小政府是最好的政府”，转变为福利行政之下“伴随人们从摇篮到坟墓”。作为提供“生存照顾”之权力，行政权力急剧膨胀，其触角已经伸向市民社会生活的每个角落。与之相随，行政权力侵犯相对人权利的可能性和危险性也必然大增。“有权利必有救济”，“为相对人提供完整且有效的救济”，是当代法治的应有之义。

梳理当下世界各国行政救济体系，作者发现：与起源较早的民事救济程序相比，行政救济程序甚为复杂、多元和精细，且各国行政救济程序设置的差别甚大。大陆法系国家一般为公法、私法二元救济体系，英美法系则为一元救济模式。法国在行政体系内设置行政法院；德国的行政救济程序有行政异议以及行政法院提供的行政诉讼；日本有行政体系内部的案件不服审查程序与内设于普通法院的行政诉讼；我国有行政复议和行政诉讼；美国设有独立管制委员会、司法审查等；而英国有行政裁判所与司法审查等。除了行政体系内部救济与诉讼救济之外，许多国家正兴起一场议会专员热，以补充上述救济制度的缺漏。

行政救济程序与民事救济程序怎会有这般差别？行政体系内设置救济程序违背了“自己不得作自己法官的原则”吗？行政体系内救济与司法救济关系如何，怎么协调？议会专员的缘起何在？如何组织这些复杂救济机制？这些现象与差异的背后是否潜行着共通之理？

行政救济是对行政权侵犯公民权利的救济，所以行政权是行政救济研究的逻辑起点。行政诉讼，是司法权对行政权的审查，是最程序化、最规范、最严谨的行政救济，也是行政救济程序中的最后一道安全阀，是行政救济构造的轴心，更是研究行政救济的重中之重。行政权与司法权之关系横亘行政诉讼始末，也定然会左右整个行政救济构造。因此，以行政权与司法权之关系为轴心来研究行政救济之构造成为了本书的主旨。

## 二、研究意义

行政权是执行法律权，积极主动行使，具有塑造性。司法权是适用法律权，消极被动实现，具有确认性。虽然于个案中司法权能对行政权行使之合法性加以审查已成为共识，但是这种审查的基础、审查范围与力度，却一直备受质疑。

将行政救济结构的搭建建立于行政权与司法权关系之上，意义在于：

### 1. 再次验证与诠释分权理论

以行政救济程序为背景，让活化的、运行中的权力状况来昭示权力分立与分工的发展与划分标准，是一种探索，一种尝试，当然更是一种推断，一种验证。盼此研习能为研究与讨论分权提供一条新路径。行政司法化与司法行政化是分权理论在当代的发展，也是分权原则向社会现实需求的妥协。“目的是最佳的创造者”，存在即有一定合理性。洞悉原则与妥协背后的机理，是对现实的回应与反思，更是对分权理论的再次验证与诠释。

### 2. 从系统论角度整合行政救济构造程序

以提供救济主体为标准，行政救济程序大体可分为行政体系内救济程序、司法救济程序和议会救济程序。提供救济的主体不同，救济制度在程序设计、权限范围、审查力度等各方面也存在区别。但是从系统论出发，法治原则要求，救济程序一方面要给寻求救济人提供便捷、完整与有效的救济，另一方面不得闲置与重复设置救济资源，造成无端浪费。理清行政权与司法权在行政救济程序中的

运行规律后，可以认识各种救济程序的特质，把握各自功能，并确定彼此在救济程序体系中的位置，进而在进行程序搭建之时，能做到分工明确、权责明晰，避免救济的真空与程序间的重叠，使各项救济程序协调划一，建构出一个有机、和谐、高效的行政救济机制。

### 3. 准确定位行政内救济的功能

不同于行政复议，美国的行政法官与独立委员会、英国的行政裁判所，为大陆法系各国以及我国展示了全新的行政体系内救济模式，拓宽了行政救济研究者的视野，更为行政权司法化扬起大旗。在其逐渐发达，并为我们所熟知后，效仿其体制成为关注焦点。行政复议司法化的呼吁这些年成为行政救济研究中的热点便是最好的例证。为什么英、美会存在如此不同的救济程序？是否有行政权僭越司法权之嫌疑？怎样对待行政复议司法化？行政复议程序如何完善？性质决定目的与功能，只有穿透表象，找到了行政体系内救济的本质，方可消弭上述疑惑。

### 4. 理清行政内救济与司法救济的关系

正当程序对行政的渗入，行政权、司法权的变迁，两者关系的转化，带来两权功能与彼此制约范围和强度的变化，从而导致行政体系内救济与司法救济程序使命的变革。

关于“法院”、“法官”和“司法的”概念存在数千种可能的定义，任何具有比较法头脑的人不会坚持认为哪一个定义是绝对的。然而，在现代社会中也确实存在某种一致，唯有当具备如下两项特性者，方得承认为“法官”和“法院”：（1）裁判机构，即特定的组织保障；（2）组织程序，即在该机构的裁判活动中必须遵循的某种基本的程序规则。

行政体系内救济也满足上述两要求，是否也应认为是司法救济？法国的行政法院、美国的行政法官与英国的行政裁判所，特别是后两者与司法审查的衔接，似乎给了我们肯定的答案。

果真如此，重新定位两者的关系，确有必要，也是必需。

### 三、研究对象、思路与方法

行政救济由众多行政救济制度组成。单个行政救济制度具有相对独立性，是一个小整体，有各自的目的，发挥各自功能。各救济制度结构以及救济制度之间的关系是本书考察、分析与探讨的对象。

行政救济程序是当行政权力侵犯公民权利，损害救济寻求者可能利用与引发的所有救济程序的总称。它是一个集合，一个有机整体，一个系统，可以进一步分为：行政体系内救济程序、司法救济程序与议会专员救济程序。议会专员救济一般针对行政失当行为，较为特殊，而且，这种救济在一定程度上不具有法律上的实效性、规范性与严格的程序性，其制度设计与我国的信访有相似之处。

世界各国行政体系内救济程序纷繁多样，德国有行政异议，日本有行政不服审查，美国有行政法官与独立管制委员会，英国有行政裁判所等。司法救济程序皆为诉讼，但是各国关于行政诉讼的审判机构设置、具体程序设计以及审判权限不大相同。

行政体系内救济程序，实际上是行政权自我约束，自我复查，相当于“自己作自己的法官”，行政权的运行特点决定了这类救济程序的特色。但是随着行政公开化、程序化、专业化的推进，行政体系内救济程序越来越趋于接近司法程序，以致出现行政体系内救济程序“司法化”的声音。

诉讼遵循不告不理，司法权被动地启动，法官不偏不倚地在诉讼程序中听取双方当事人陈述与辩论，然后作出判断。司法审查行政活动的合法性，实质是司法权对行政权的制约，但两权却又各自分立，各司其职，行政不能僭越司法，司法也不得代替行政。这就是司法救济中一对贯穿始终的矛盾：行政权与司法权之间的二律背反。该矛盾不仅左右了司法能在多大范围内对行政进行审查，也影响司法对行政加以控制的强度，如法官能在多大程度上变更行政行为的具体内容，或者法官能否判令行政主体作出一具体内容的行政行为等。另外，虽然消极、被动、中立是司法运行规则，但行政诉

讼中，特别是涉及行政行为合法性问题时，法官却往往可突破这些限制，积极主动为之，以便发现行政违法，监督行政权，展露出积极性，乃至形成性。

从系统论角度而言，司法救济是终局的，司法救济程序可以对行政体系内救济予以再审查。如何协调司法救济与行政体系内救济，避免救济资源重复设置，与其说是一个程序衔接问题，不如说是一个程序功能定位问题。蕴藏于此问题后面的，也是行政权与司法权的关系。

总体而言，对上述程序进行考量、对比、剖析，找出大陆法系与英美法系不同程序设计背后所蕴含的行政权与司法权关系，以期为建构我国行政救济构造提供借鉴，是本书的大体思路。

本书的研究主线在于透过认识行政救济构造的发展与变化以及行政救济程序体系内各程序之间的关联，把握导致这些变化与关联的原理。

推演上文所言的思路，本书运用的研究方法有：归纳法、对比的方法、系统论的方法。

# 第一章 行政救济构造之基础理论

行政相对人权益遭行政权侵害时，可以通过各种救济手段除却违法现状，恢复原来状态，并填补损害。这些救济手段就是行政救济。行政救济由多项单个行政救济制度组成。我国行政救济主要包括行政信访、行政复议、行政诉讼和国家赔偿等。故而，构造行政救济程序是一个浩大的系统工程。搭建大厦之前，清理与夯实大厦之根基是前提。于此，厘清行政救济概念，了解行政救济结构，分析行政救济构造理论，建筑行政救济体系则是顺理成章之事。

## 一、行政救济概念之辨析

概念是学术研究与沟通的媒介和桥梁。正确界定学术概念，是研究学问的第一步，也是建立学术体系的逻辑起点与根基。分析行政救济构造之前，准确定义与把握行政救济的内涵和外延，是首要之举。

### （一）行政救济的含义

行政救济概念在国外被行政法学界广泛使用，随着行政法学的深入，近些年来，这一概念也逐渐为我国行政法学者所用。可是，“何谓行政救济，学界尚乏一公认之定义。”<sup>①</sup>

#### 1. 语义上之界定

简单从外形上看，“行政救济”与“司法救济”的组成结构相

---

<sup>①</sup> 蔡志方：《行政救济法新论》，元照出版公司2000年版，第2页。

同,但实质上两者的构词方式却相去甚远。司法救济为主谓短语,司法是主语,指司法权,救济为谓语,整个短语的意思是指权利或者权益受侵害者,通过国家司法权力获得救济的途径的总和。行政救济却为“行政侵害的救济”的缩写,乃名词短语,指涉受行政权侵害的救济途径。

“行政救济”由“行政”与“救济”两词组合而成,欲准确界定行政救济,须了解何为“行政”,把握什么是“救济”。“行政”虽被行政法学者认为是仅能描述而不能定义的概念,但对“行政”的基本特征,学者之间却并无较大分歧。<sup>①</sup>只是在某些灰色地带,难以将行政与其他权力截然区分开来。因此“行政”定义的不确定性并不阻碍对行政救济含义的认识。

汉语中,“救济”是指用金钱或者物质帮助灾区或生活困难的人<sup>②</sup>,为“帮助”或“接济”之意。如《孟子·尽心上》中“穷则独善其身,达则兼济天下”。

“救济”的英文为“remedy”或“relief”。“remedy”是“纠正、矫正或者改正已发生的不当行为或业已造成损害或损失的行为。救济可以采取多种方式,主要有宽恕行为、政治救济方法以及法律救济方法。法律救济包括行政救济和民事救济,行政救济可通过向更高级行政官员或大臣申诉取得,或通过向特殊行政机构或法庭、仲裁庭提出申诉取得;民事救济可通过在民事法庭进行诉讼取得,也可以在可能的情况下通过当事人之间的磋商取得,或者通过对他方威胁要提起诉讼的方式取得。在法律救济制度中,向更高级的法院上诉本身也可称做一种法律救济方法。”<sup>③</sup>而“relief”,指“法律尤其是法院所能给予的补偿、帮助、利益或者保护等。尤其

---

① “尽管实质意义上的行政的概念充满疑义,提出其典型特征仍然是必要的。”参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第6页。相关讨论还可参见翁岳生编:《行政法》(2000),中国法制出版社2002年版,第2~13页。

② 《现代汉语词典》(2002年增订本),商务印书馆2002年版,第677页。

③ 薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第1177页。