



江财法治协同文库

行政诉讼制度的解释学发展进路 ——以行政诉权为视角

方颀琳◎著

XINGZHENG SUSONG ZHIDU DE
JIESHIXUE FAZHAN JINLU
YI XINGZHENG SUQUAN
WEI SHIJIAO

非外借



中国政法大学出版社



江财法治协同文库

行政诉讼制度的解释学发展进路 ——以行政诉权为视角

XINGZHENG SUSONG ZHIDU DE
JIESHIXUE FAZHAN JINLU
YI XINGZHENG SUQUAN
WEI SHIJIAO

方颀琳◎著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

行政诉讼制度的解释学发展进路：以行政诉权为视角/方颐琳著. —北京：
中国政法大学出版社，2017.6
ISBN 978-7-5620-7508-0

I. ①行… II. ①方… III. ①行政诉讼—司法制度—研究—中国
IV. ①D925.310.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第120726号

出版者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮 箱	fadapress@163.com
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	9
字 数	210 千字
版 次	2017 年 6 月第 1 版
印 次	2017 年 6 月第 1 次印刷
定 价	37.00 元

本丛书受法治江西建设协同创新中心资助

目 录

CONTENTS

► 导 论 / 1

第一节	研究背景：不精致的立法论引发行政诉讼 法学方法论的反思	1
第二节	研究对象：作为行政诉讼法学方法论变革 支点的行政诉讼权	14
第三节	文献综述	18
第四节	研究思路与研究方法	21
第五节	研究意义	25

► 第一章 行政诉讼权理论渊源与我国行政诉讼 建构之反思 / 28

第一节	诉讼法领域之诉权研究	29
第二节	诉权理论的转型与行政诉讼权的孕育	41
第三节	我国行政诉讼权建构之反思	53
本章小结		71

► 第二章 行政诉讼权建构模式的比较法考察 / 73

第一节	多头并进的日本建构模式	74
-----	-------------------	----



第二节 多方密切协作的德国建构模式	93
第三节 建构路径的揭示：经由解释论达致 精致化的立法论	112
本章小结	117

► 第三章 行政诉权建构之基础：宪法解释论 / 119

第一节 行政诉权的宪法保障机制	120
第二节 行政诉权的国家义务	145
第三节 行政诉权的宪法保障内涵	153
本章小结	164

► 第四章 行政诉权建构之重心：行政法解释论 / 166

第一节 行政诉讼的功能设定对行政诉权 类型之影响	168
第二节 当事人适格	180
第三节 狭义诉之利益	200
本章小结	206

► 第五章 我国法院对行政诉权的形成功能 / 212

第一节 分析对象的总述	213
第二节 我国法院对行政诉权的形塑成效	230
第三节 行政诉权裁判实务的规律探寻	240
本章小结	255

► 结 论 / 258

► 参考文献 / 265

导 论



第一节 研究背景：不精致的立法论引发行 政诉讼法学方法论的反思

一、我国行政诉讼法学的研究现状与问题

本书要回答的一个基本问题是：行政诉讼法学研究应该采取什么样的方法论，在此方法论的基础上行政诉讼制度应该如何实现变革？过去的学说在解决这一问题时似乎局限于“社会问题→制度变革”这样的短板思维。中国行政诉讼法学可以说是伴随着《中华人民共和国行政诉讼法》的制定与实施而发展起来的，行政诉讼法学的存在状况可谓与行政诉讼制度休戚相关：行政诉讼法学的展开形式主要表现为针对具体行政诉讼制度的研究，其价值追求主要设定为为实现行政诉讼制度的完善提供立法建议。

有学者将我国行政法学（当然包括行政诉讼法学）的研究范式归纳为“立法法学”，并认为从20世纪80年代中期开始，立法法学几乎主宰了整个行政法学的研究。这种研究范式在行政法学初创时期即已初露端倪，而其兴盛则正是源于《行政诉讼法》的制定，并在该法制定后开始了不断的发展。立法法学的显著特征是学者大力推动、广泛参与有关行政的立法，这种研究范式下行政法学的研究主题与方法主要是：“呼吁制定某个



法律,讨论、研究立法中的政策性问题,法律出台后发表注释,提出修改、完善的方案,冀望再次立法,开始一个新的过程。”立法法学的研究范式不仅在学界的研究中清晰可见,且在多数硕士、博士学位论文中亦留下了清晰的痕迹,尤其是较早期的学位论文基本上逃不出对某一具体制度建设的探讨。立法法学的研究范式甚至还体现在我国学者在翻译或撰写外国行政法学著作的取向上,早期引进的此类著作都志在介绍相关国家“最先进”的、最新的制度和理念,这一现象体现的目标取向是:通过对法治发达国家的制度介绍促进我国的立法发展,行政法学的研究应主要服务于立法的需求。^[1]

另有学者将我国于20世纪80年代重建的行政法学的特征归纳为“以规范性研究为中心”,并认为大多数行政法学者在其中担当的角色既不是社会学家,也不是法官(波斯纳称之为“影子法院”),而是更像“影子立法者”,“他们更多从完善‘立法’的角度,带着‘应当立什么样的法’这一问题去开展研究、发表观点”。^[2]也就是说,行政法学者主要考虑法律应当是什么样的,并将研究重心投注在立法的修改与完善上。此从已发表的期刊论文、会议论文、学位论文等的研究主题与研究旨趣即可见一斑,尤其是时逢《行政诉讼法》施行××周年纪念之时(通常以5年、10年为周期),更是掀起了行政诉讼实定法、行政诉讼制度修改与完善的讨论热潮。正如学者所言,“为《行政

[1] 何海波:“中国行政法学研究范式的变迁——问题、方法与知识”,载中国法学会行政法学研究会编:《中国行政法之回顾与展望——“中国行政法二十年”博鳌论坛暨中国法学会行政法学研究会2005年年会论文集》,中国政法大学出版社2006年版,第386~388页。

[2] 金自宁:“直面行政法学研究中的‘价值’问题——反思‘以规范性研究为中心’的中国行政法学”,载罗豪才主编:《行政法论丛》(第6卷),法律出版社2003年版,第100页。

诉讼法》修改鼓与呼是近年来研究者所持的主要立场”。^{〔1〕}除局部修改建议之外,学界还出现了数次全面修改《行政诉讼法》的大讨论,并涌现了多个“大修”《行政诉讼法》的修改稿。行政法学者对立法倾注的热情与努力由此可见。“立法法学”与“以规范性研究为中心”的表述虽然并不一致,但它们共同说明了一个问题:我国以往的行政法研究侧重纯粹的制度性研究,着重从立法论的角度展开讨论。

不可否认,“立法法学”的研究范式在我国具有相当的合理性。从各国行政法学发展史来看,作为一门独立学科的行政法学的出现一般都晚于行政法制度的存在,因此,行政法学的任务主要即为“客观地”“经验地”研究“行政法”这一社会现象。而我国的情形则并非如此,中国行政法学的出现与行政法制度的制定与实施基本上是同时起步的,这决定了早期中国行政法学者不可能以社会学家或法官的角色研究实然的行政法。相反,行政法制度的形成尚需要学者们的“精英”作业,于是,“白手起家”的中国行政法学者们不能不重视行政法的“规范性”,不得不以应然的中国行政法为研究中心。这种研究旨趣的定位不应该被视为学者个人的研究偏好,而是他们对特定历史情境下社会需求的回应,是对当时更具有规范色彩的问题的解答。^{〔2〕}

行政法学中立法论的大量展开对中国行政法学的创立乃至初创时期的发展均功不可没,如今中国行政法律体系早已脱离“一穷二白”的境地而愈趋完善,至少从行政法学的发展阶段来

〔1〕 章志远:“晚近十年的中国行政诉讼法学研究——回顾、反思与前瞻”,载《清华法学》2015年第1期。

〔2〕 金自宁:“直面行政法学研究中的‘价值’问题——反思‘以规范性研究为中心’的中国行政法学”,载罗豪才主编:《行政法论丛》(第6卷),法律出版社2003年版,第101~103页。



看,行政法学的研究对象——行政法体系——已是较为完善了,这不得不归功于立法法学的努力与成就。但是,身处这样的发展阶段中,如果仍然坚守立法法学的研究范式而没有任何反思意识的话,那么将是非常危险的。因为尽管在我国行政法学的特殊发展情境下立法法学大展其功能,但从各国行政法学(法制)的发展历程来看,立法法学(或者说立法论)绝不足以独力推动行政法学与行政法制度的长远发展,行政法学与行政法制度的长足发展主要不是由立法论主导的,而应有其他的发展动力。或者说,行政法制度的发展固然直接地受益于立法论的贡献,但立法论本身又是需要“被”充实与完善的,否则可能呈现出“鼓呼有余而论证不足”“热点有余而共识不足”“观点有余而论争不足”的隐忧。^[1]总之,单纯的立法法学研究范式或者单纯的立法论的展开具有重大的内在缺陷,它只能在一定程度上推动行政法学与行政法制度的发展,当此种程度的发展已经实现时,则必然面临动力缺失的问题,这已在我国目前行政法学理论的发展以及行政法律制度的完善中有所体现。如今我国行政诉讼制度难以实现实质性突破,为解决这一困境行政法学者(以立法论的研究范式)可谓作出了不懈的努力,但至今仍未取得实质性突破。虽然这一现状能够归因于诸多因素,但行政(诉讼)法学研究仍然应当作出反思。

立法法学或者立法论的研究范式采用的是“社会问题→制度变革”这样的短板思维,并将诉讼制度问题与实定诉讼法进行短路对接。这样的思维方式必然导致其存在如下内在缺陷:立法论下的行政诉讼理论不能实现精致化与体系化,其直接影

[1] 章志远:“晚近十年的中国行政诉讼法学研究——回顾、反思与前瞻”,载《清华法学》2015年第1期。

影响到行政诉讼法学理论体系的发展与完善，并进而使得行政诉讼法律制度的真正完善（静态层面）以及行政诉讼法律制度的有效运行（动态层面）均大打折扣。^{〔1〕} 前述行政法学与行政诉讼法制度的发展瓶颈即源于该精致化与体系化的欠缺。^{〔2〕} 进言之，立法法学或立法论的研究本身是没有任何问题的，它也是法学与法律制度发展的推动力之一，但若仅有立法法学或立法论“一枝独秀”，从而导致法学理论欠缺精致度与体系性，则将对法学与法制度的发展不利。也就是说，应当反思或归咎的是“独大”的、不精致的立法法学或立法论，而不是要将立法法学或立法论一网打尽、全部推倒，将“洗澡水和孩子一起倒掉”。

我国已有学者注意到行政诉讼法学中立法论的不完善与不精致：“有关修改《行政诉讼法》的诸多议论往往只限于强调其如何必要，而疏忽于对其可行性进行深入研究”，而这正是在探讨制度改革问题时必须尽可能避免的情形。就行政诉讼受案范围而言，尽管扩大受案范围已是学界和实务界的共识，但在这一问题上却存在着如下矛盾：“一方面是要求扩大行政诉讼受案范围的呼声一浪高过一浪；另一方面却是对包括行政诉讼受案

〔1〕 不仅如此，我国法律思维中甚至还存在着一种“泛立法论”的倾向，这种倾向在行政法领域中尤其突出。“泛立法论”是指一旦公民权益因法律未有规定而未受到政府的有效保护，即有应完善立法对政府职责的明确规定之应对策略。这种“泛立法论”的论调不仅无助于行政法学的发展，而且对于政府责任的完善与责任政府的建构均相当不利。参见梁景辰、褚文学、程计山：“‘泛立法论’不利于打造责任政府”，载《检察日报》2005年6月27日。

〔2〕 如有学者举例言之，扩大行政诉讼受案范围是建立“全面而无漏洞的”行政诉讼制度的必然选择，但是，不同种类的行为和争议究竟如何统合进法律之中，如何保持法律规范之间的前后一致和整体上的结构顺畅，都是研究者在提出相关建议主张时所应当考虑的问题。否则，对策性的研究最终可能就会停留在建议层面而无法转化为活生生的法律规范。参见章志远：“晚近十年的中国行政诉讼法学研究——回顾、反思与前瞻”，载《清华法学》2015年第1期。



范围在内的行政诉讼诸问题的研究极不深入，欠缺明确的问题意识和可行性分析。”^{〔1〕}

立法法学或立法论下行政诉讼理论欠缺精致度与体系性的根源在于解释论在其中的缺位。在评价我国的行政诉讼制度时，“时常听到立法滞后的呼声，时常看到法制建构的新论，其实很多都属于法律解释问题”。^{〔2〕}毋庸置疑，解释论的发达将促成法学理论的精密度与精致度，而体系性的欠缺其实是与解释论的缺位互为表里的，因为体系性思维必然要求法学理论的精密度与细致度。也就是说，不精致的立法论因其缺乏解释论的充实与支撑，而立法论下理论体系的不精致将导致体系化研究无法进行。

简单地说，立法论就是“从立法者的立场出发，面向未来研究和思考最理想的制度，即思考和研究最理想的法条是什么，并进行具体的条文设计”的研究方式；而解释论则是“站在法官的立场，在现行法的框架内通过对现行法律进行逻辑推论，针对现实生活中发生的法律问题、法律纠纷等推导出最为妥善、最有说服力的结论”的研究方式。它们是两种不同的法学思维。^{〔3〕}我国有学者根据韦伯对法学思维方法论的描述，将立法论的思考理解为“关于法律的思考”，而将解释论（作者也将其称为司法论）的思考理解为“根据法律的思考”。^{〔4〕}该理解大

〔1〕 杨建顺：“行政诉讼的类型与我国行政诉讼制度改革的视角”，载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第4期。

〔2〕 叶必丰：“法院在行政诉讼个案中对法律的解释——以行政诉讼的受案范围为视角”，载《华东政法学院学报》2007年第2期。

〔3〕 [日] 铃木贤：“中国的立法论与日本的解释论——为什么日本民法典可以沿用百多年之久”，载渠涛主编：《中日民商法研究》（第2卷），法律出版社2004年版，第538页。

〔4〕 陈兴良：“立法论的思考与司法论的思考——刑法方法论之一”，载《人民检察》2009年第21期。

抵符合立法论与解释论的内容，且清晰地揭示出了法学研究者与法律的关系。必须明确的是，本书所谓立法论与解释论均为法学方法论，即在本书语境下二者被设定为作为法律方法的立法论与解释论。此与注重法官法律解释的能动司法与积极司法虽然有所联系，但两者间的关涉重心并不相同。后者的关涉重心应当在于如何在现有体制内创造并保障法官司法解释的空间与机制，而其具体的解释技术则与前者密切相关，并在很大程度上有赖前者提供。

法学理论以及法律制度的发展需要立法论与解释论这两种不同的法学研究方式进行协力，且立法论与解释论在其中充当的角色与发挥的作用各不相同。制度的发展需要理论的支撑，而一门学科及其理论体系发展是否成熟的判断标准则看其是否实现了“精细化”与“精密度”。毫无疑问，我国目前行政诉讼制度与理论可谓框架、轮廓已具，但精密度却是相当成问题的。为了提高其精密度与精细化，仅靠原有的立法论发展进路显然是不够的，在此之外须大力发展解释论。我国目前具体行政诉讼制度的进一步发展必须借力于解释论的成果，若仍依循此前采取的“就制度论制度”的说理方式，仍局限于一般的、抽象的分析，将无助于问题的解决，必然无法取得实质性突破。

行政诉讼法制度与理论的发展是通过不断地细化与解释来实现的，而这样的细化与解释发展到一定阶段，就形成了行政诉讼法制度与理论的体系化。体系化思维对制度与理论的发展极为重要，我们之所以对有些问题的研究难以取得突破，瓶颈即在于我们往往只是认识到这一个问题，却没有发现其背后其实还有一系列相关联的问题。就好比当我们想拔除一棵杂草时，我们只看到了地表的那部分，却忽视了盘根错节的地下部分，自然难以根除。唯有通过解释论的不断充实，并进而形成行政



诉讼法制度与理论的体系化,才能使立法论实现精致化,从而实质性地推动行政诉讼制度的发展。

二、民法法学与刑事法学的发展动向与启示

放眼整个法学研究领域,不仅行政(诉讼)法学中出现了专事立法论的“跛足”现象,民法法学与刑事法学中其实也不同程度地存在这一问题。可以说整个法学研究中都存在着过于偏执立法论的问题。如有学者即认为,“长期以来,我国法学研究的重心在于对现行法律的批判以及对未来法律的建构”。^{〔1〕}我国法学研究对立法论与解释论的运用不仅有失偏颇,而且通常混淆两者,没有基本的区分意识,讨论者往往连其本人也没有明确地意识到其究竟采取的是哪种立场与思维方式,而常常在两种立场之间以一种“为我所用”的态度进行灵活的跳跃。^{〔2〕}上述问题的存在使得法学研究面临着这样的尴尬:一方面,多数法学研究者都习惯于从立法论出发思考问题,他们站在立法者的立场,相对自由地追求国家的制度目标,从而使法律的主观性受到冷落。而且在这种研究立场下,符合研究者期待的制度设定才是最关键的,实定法本身的连贯性与体系性反而不被重视。另一方面,在立法论盛行的同时,当然也不乏热衷解释论的研究者所做之努力。但是,在法学研究群体中绝大多数人致力于立法论的研究环境下,解释论的研究者们的立场总是难以贯彻始终。因为可资利用的资料实在少之又少,解释论的研究往往只能停留在理论层面的“解释学”上,而难与部门法进行呼应,不能直接为部门法学所用。正因如此,解释学

〔1〕 傅郁林:“法学研究方法由立法论向解释论的转型”,载《中外法学》2013年第1期。

〔2〕 陈兴良:“立法论的思考与司法论的思考——刑法方法论之一”,载《人民检察》2009年第21期。

上的研究成果不受部门法学者的重视,从而难以转化为部门法解释论上的成果。最终正宗的解释学功夫无用武之地,只能无奈地以“解释权和解释体制”这类话题搪塞。^{〔1〕}

所幸,法解释论在我国法学研究与司法实务中已逐渐引起关注,虽然其存在形态更多地带有启蒙性质,而较少具有技术成分,但聊胜于无。且不可否认的是,即便是起步初期的法解释论也在司法实务中产生了日益明显的影响与效果,其中贡献最大的当属民法法与刑事法这两大部门法。^{〔2〕}

改革开放以来,中国民法学主要充任着“为立法服务”的角色,民法学研究主要围绕着立法论展开,为民事立法提供理论支持成为中国民法学的主要任务。^{〔3〕}已有民法学者针对民法学研究中过分侧重制度性研究的缺陷进行了反思。该论者认为我国民法学研究过分侧重制度性研究,且该制度性研究停留在简单地就制度论制度层面,单纯地采用法律的逻辑分析方法展开研究。这样的研究状况还表现为另一相关特征,即侧重“面向立法的民法学”,而相对忽视“面向司法的民法学”。如此展开的民法学研究必然导致以下两个后果:其一,民法学研究者“自说自话”,在民法学内部无法进行交流与积累;其二,民法学研究者“自我封闭”,无法与相关法学科及其他人文学科进行交流。为了克服以上缺陷,民法学界必须致力于构建两个学术平台:第一个平台为民法学内部的学术平台,主要通过遵循体

〔1〕 熊静波:“理解中国法解释论的三个分析框架”,载《法商研究》2010年第5期。

〔2〕 姜福东:“返回方法论的法律解释学”,山东大学2009年博士学位论文。

〔3〕 高圣平:“立法论视野下的中国民法学:兴起与繁荣——以改革开放三十年民法学之发展为中心”,载《法学杂志》2009年第1期。



系强制的要求,即采取体系化的思考方式来实现;^[1]第二个平台为民法学者与其他学科(包括其他法学科与其他人文学科)学者之间的学术平台,该平台通过民法原理与民法学方法来建构。总之,民法学研究应当舍弃以往那种就制度论制度、单纯采用法律的逻辑分析方法的制度性研究模式,转而进行采用体系化思考方法的制度性研究。只有如此,中国民法学才不会是没有根基的、零散的,提升中国民法学的研究水平才有可能实现。^[2]

民法学研究应当舍弃单纯的就制度论制度的模式,而采用体系化思考方式的制度性研究模式之论断无疑与上述行政(诉讼)法学研究应经解释论而达致理论的精致化与体系化之主张目标暗合。如今,已有越来越多的民法学研究者认识到民法学应当注重解释论的研究进路,甚至提出了“民法学的重要任务就是以民法为研究对象,以解释论的探讨为其重要内容”的论断,并认为(民事)法学研究将“从注重立法论的研究转向注重解释论的研究”。^[3]而在民法学的各个分支中,如物权法^[4]、侵权责任法^[5]解释论的展开也已被学者们提上日程。

民事诉讼法学者同样对我国以往的民事诉讼法学研究过于

[1] 关于民法学者在价值取向多元的背景下,如何能够经由理性的讨论,就具体的价值判断问题寻求相互理解,进而达成价值共识,进行民法学内部的交流,可参见王轶:“民法价值判断问题的实体性论证规则——以中国民法学的学术实践为背景”,载《中国社会科学》2004年第6期。

[2] 王轶:“对中国民法学学术路向的初步思考——过分侧重制度性研究的缺陷及其克服”,载《法制与社会发展》2006年第1期。

[3] 王利明:“论法律解释学”,载《中国法学教育研究》2010年第1期。

[4] 如王利明:“物权法解释论的时代已经到来”,载《法制日报》2013年3月6日,第11版;王利明:“一个解释论的时代已经到来”,载《北京日报》2013年3月18日,第20版等。

[5] 如张新宝:“侵权责任法学:从立法论向解释论的转变”,载《中国人民大学学报》2010年第4期;麻昌华:“《侵权责任法》的解释论与立法论”,载《法商研究》2010年第6期等。

侧重立法论的研究方式进行了反思。其认为我国民事诉讼法学长期以来过于侧重立法论而忽视解释论,如此展开的研究成果基本上与司法实践无涉,这既无利于制定真正缜密的法律,真正推动立法发展,也不利于为法律的良好适用提供有益的理论支撑。单一的立法论研究范式使得民事诉讼法学者与法官之间无法展开交流,学术研究成果因此缺乏建设性,也逐步失去了指引法律实践的能力,民事诉讼法学理论的魅力也因此大打折扣。一言以蔽之,单一的立法论研究范式既不利于民事诉讼法学理论本身的完善,也不能够建构良好的法律制度。在民事诉讼法学领域,唯有从立法论的研究方法转向解释论的研究方法,建构“面向司法”的法学理论体系,才能彰显民事诉讼法学研究的魅力,充分发挥其功能。^[1]

刑法学研究中立法论研究范式与解释论研究范式间的失衡同样引起了刑法学者的关注与反思。如张明楷教授认为:“在过去的十多年里,刑法学实际上演变为刑事立法学,而不是刑法解释学。”^[2]自1989年起,我国刑法学研究基本上是围绕着刑法的修改与完善这一中心议题展开的,刑法学研究基本上呈现为刑事立法学的局面。在这样的研究格局下,立法论的思考大行其道,解释论的思考则受到遮蔽,刑法解释学进展缓慢。我国刑法解释学的研究是在2000年以后才真正开始的。^[3]偏重立法论研究范式的后果与前述民事诉讼法学领域几乎一致,即一方面,在刑事立法中,刑法典等法律规范的立法技术不高,立

[1] 肖建国:“从立法论走向解释论:《民事诉讼法》修改的实务应对”,载《法律适用》2012年第11期。

[2] 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第3页。

[3] 陈兴良:“立法论的思考与司法论的思考——刑法方法论之一”,载《人民检察》2009年第21期。