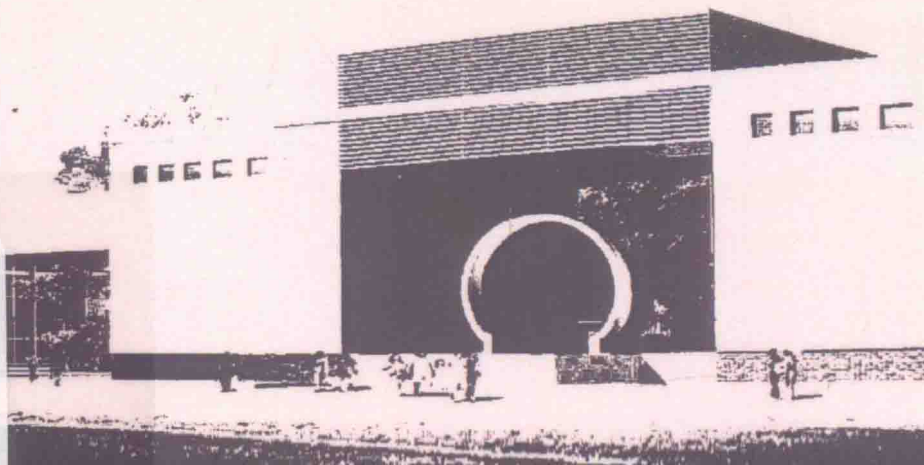


東吳法學文叢·博導文叢

行政訴訟法學 研究的新視野

章志遠 著



江蘇高校優勢學科建設工程資助項目
A Project Funded by the Priority Academic Program
Development of Jiangsu Higher Education Institutions

行政訴訟法學 研究的新視野



章志遠 著

國家圖書館出版品預行編目資料

行政訴訟法學研究的新視野／章志遠著.

-- 初版. -- 臺北市：元照， 2012.12

面；公分

ISBN 978-986-255-268-1 (平裝)

1.行政訴訟法 2.論述分析

588.16

101023847

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

行政訴訟法學研究的新視野

5X017PA

2012年12月 初版第1刷

作者	章志遠
出版者	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網址	www.angle.com.tw
定價	新臺幣 480 元
專線	(02)2375-6688
傳真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-268-1

自序

如果從2002年初完成博士學位論文時算起，作者步入行政法學界已經整整十一年了。諸多的偶然因素促使博士畢業時就開始關注行政訴訟法領域，並一直延續到現在。在作者公開發表的近百篇論文中，行政訴訟法方面的作品就占了近四成之多。單從產出數量上看，可以稱得上是中國大陸在行政訴訟領域用力甚勤、熱情不減的年輕學者之一。對行政訴訟的研究熱情既緣於自己教學工作的實際需要，也是自己所處學術空間的必然要求，更是自己出生平民家庭、渴望社會公正的情懷使然。

頗有意思的是，當作者最初關注行政訴訟領域時，主張修改現行行政訴訟法的呼聲就不絕於耳；如今，伴隨著刑事訴訟法、民事訴訟法修改步伐的加快，修改現行行政訴訟法的各種主張再度高漲。那麼，除了呼籲全面修改法典、呼籲司法體制改革之外，行政訴訟法學領域是不是就沒有可以值得研究的問題了呢？正是帶著這樣的追問，作者在行政訴訟法研究領域進行了一些探索。除了與導師楊海坤教授一起主編國內第一部行政訴訟法學研究綜述《行政訴訟法專題研究述評》（中國民主法制出版社2006年版）和第一部行政判例研究著作《行政判例研究》（中國民主法制出版社2007年版）之外，作者圍繞行政訴訟的類型構造、模式轉換及判例分析進行了持續不懈的努力。值此臺灣元照出版公司與蘇州大學法學院合作推出博導文叢之際，作者從近幾年來公開發表的行政訴訟論文中精選出具

有一定學術影響的篇目，結集成「行政訴訟法學研究的新視野」予以公開出版，算是對自己十年來研習行政訴訟法的一個小結。

在作者看來，收入本書的二十二個篇目之所以冠之以「新視野」為書名，或者說，本人的研究與其他學者有什麼不同之处的話，主要體現在以下三個方面：

首先，「新視野」體現在作者對新問題、前沿問題的關注上。21世紀初的十年，正值中國大陸社會急劇變遷、司法政策大調整的時期，行政訴訟作者的制度面臨著諸多挑戰和全新的時代課題。在收入本書的一些篇目中，傳統撤銷訴訟之外的諸種新類型行政訴訟都引起過作者的研究興趣，對這些訴訟基本特徵和運作規則的探討不僅能夠演繹出「訴訟類型化」的學術命題，而且還能夠為行政訴訟法的修改提供新的實施方案。同時，對透過行政團體訴訟實現群體性事件有效化解的論證則有助於司法正統地位的恢復；對司法建議、簡易程序等邊緣性課題的研究則能夠管窺當下行政審判模式可能的轉向。上述主題的研究有些是以往比較陌生的，有些則是以往比較忽略的，這樣的研究能夠增強行政訴訟法的前瞻性，為中國式行政審判模式的革新提供新的制度元素。

其次，「新視野」體現在作者對新材料、新方法的運用上。近年來，實證研究方法逐漸興起於法學研究之中，成為法學研究回應社會現實需求的生動寫照。在收入本書的一些篇目中，判例元素的引入成為作者從事行政訴訟法學研究的一大特色。這些判例的來源相當廣泛，既有《最高人民法院公報》、《人民法院案例選》等主管道的「典型」案例，也有來自基層

法院審理的「非典型」案例，更有大量公之於世的事例；這些判例的分析方法也是多元的，既有抓住一個問題的「群案式」研究，也有抓住一個案例的「孤案式」研究，甚至還有引出問題脫離個案的「全景式」研究；這些判例的研究價值同樣是多元的，既有對理論學說、法律文本的檢驗、修正乃至發展，也有對制度改進、規則重構的佐證。同時，統計資料、司法政策等新的元素也走進作者的研究視野，成為論文觀點創新、制度展望的重要支撐。這些新方法、新材料的運用在很大程度上改變了行政訴訟法學研究「空對空」的現象，為枯燥的行政法學理論抹上了一絲亮色。

最後，「新視野」體現在作者對新觀點、新思路的堅守上。除了關注新問題、運用新材料和新方法之外，作者還對某些似有定論的問題進行了冷靜的學術思考，並在此基礎上提出了頗具個性化的學術主張。在收入本書的一些篇目中，作者對所謂的行政公益訴訟的批判式分析、對異地管轄負面效應的深刻揭示、對行政行為概念純潔性的堅持、對暫時性權利保護機制和預防性權利保護機制的論證充分體現了學術創新的旨趣。這些研究結論未必就一定正確，甚至未必比主流觀點高明多少，但在一片喧囂之聲中至少表明作者還在堅持獨立思考。這些新觀點、新思路的提出在一定程度上改變了行政訴訟法學研究缺乏爭鳴的沉悶局面，為更為深入的學術對話提供了某種可能。

當然，由於個人研究能力有限，這些「新視野」的探討是否能夠推動相關問題的研究還需要經受時間的檢驗。不過，只要有更多的學界同仁都能夠在深入研究的基礎上提出一家之

言，並透過真誠的學術對話，中國大陸行政訴訟法學研究的尷尬境況就一定能夠得到改變。如果本書的某些學術見解能夠引發學界先進更為深入的思考，則作者心滿意足矣。

順便提及的是，此次結集在元照出版公司出版這本「新視野」可能還具有三層意義：一是展示中國大陸行政訴訟法學研究的現狀，促進海峽兩岸行政法學研究的深度交流；二是展示蘇州大學法學院及其行政法學科建設的成就，促進臺灣高校及學術機構與京外地方院校的學術交流；三是展示大陸「70後」年輕行政法學者在行政訴訟法領域的研究成果，促進兩岸年輕行政法學人之間的學術交流。每思至此，作者內心深感不安，惟恐自己不實的功力辜負了如此美好的學術創議。不過，對於作者而言，每思自己過去十年來艱難地行走於居所與學校之間、艱難地行走於持家與研究之間，認真且滿懷激情地寫下屬於自己的每一個文字時，心中就不再惶恐。在此，作者虔誠地期待學界前輩師長、同輩學友及讀者諸君批評指教。

蘇州大學法學院教授

章志遠

2012年新春

於姑蘇城外新景苑寓所

目 錄

自 序

行政行為概念的重新界定

一、行政行為概念界定的緊迫.....	1
二、域外行政行為學說的沿革.....	3
三、中國大陸行政行為通說的困境.....	6
四、重構行政行為概念的嘗試.....	10

行政行為公定力的理論闡釋

一、為行政行為公定力理論正名.....	17
二、行政行為公定力的概念釐定.....	18
三、行政行為公定力的社會基礎.....	21
四、行政行為公定力的法理依據.....	23
五、行政行為公定力的邏輯展開.....	29

行政證明行為的可訴性研究

一、一起罕見行政案件引發討論契機.....	35
二、醫院出具死亡證明行為的法律屬性.....	37
三、行政證明行為的可訴性分析.....	40
四、行政訴訟受案範圍規範模式與實質標準的重構.....	42

行政訴訟類型化的模式選擇

一、行政訴訟類型化的法律機能.....	45
二、行政訴訟類型化的基本模式.....	51
三、中國大陸行政訴訟類型化的再造.....	62

行政給付訴訟的運作規則

一、給付行政興起引發討論契機.....	71
二、行政給付訴訟的基本特徵.....	73
三、行政給付訴訟的亞類形態.....	76
四、行政給付訴訟的起訴規則.....	85
五、行政給付訴訟的審理規則.....	87
六、行政訴訟類型化時代的開啓.....	90

信息公開訴訟的運作規則

一、信息公開第一案引發討論契機.....	91
二、信息公開訴訟的基本特徵.....	93
三、信息公開訴訟的起訴條件.....	97
四、信息公開訴訟的審理規則.....	102
五、從信息公開訴訟到反信息公開訴訟.....	106

預防性不作為訴訟的運作規則

一、預防性不作為訴訟的基本特質.....	109
二、預防性不作為訴訟的理由證成.....	113
三、預防性不作為訴訟的運作機理.....	116
四、回應可能的質疑.....	122

課予義務訴訟的運作規則

一、課予義務訴訟的基本特徵.....	127
二、課予義務訴訟的起訴規則.....	131
三、課予義務訴訟的審理規則.....	139

行政確認訴訟的運作規則

一、司法解釋的冷遇與行政審判的熱盼.....	149
二、行政確認訴訟的基本特徵.....	153
三、無效確認訴訟的運作規則.....	157

四、違法確認訴訟的運作規則.....	165
五、法律關係確認訴訟的運作規則.....	171

行政訴訟類型化的障礙及其消解

一、行政訴訟類型化的研究緣起.....	175
二、行政訴訟非類型化的成因.....	179
三、行政訴訟類型化的有利條件.....	183

行政公益訴訟的批判分析

一、語義模糊的行政公益訴訟.....	190
二、行政公益訴訟並非國外通例.....	192
三、公益訴訟並非當下行政訴訟的急迫問題.....	196
四、公益訴訟與行政訴訟目的的背離.....	199
五、檢察機關緣何不宜提起行政公益訴訟.....	201
六、行政訴訟客觀化模式建構的可能路徑.....	204

團體訴訟：群體性事件有效化解的一種新思路

一、群體性事件頻發呼喚有效化解機制的建立.....	207
二、團體訴訟之於群體性事件化解的比較優勢.....	209
三、群體性事件團體訴訟化解機制的建構.....	213
四、回歸訴訟正途有效化解群體性事件.....	220

行政訴訟異地管轄改革的憂思

一、行政訴訟異地管轄的合法性質疑.....	224
二、行政訴訟異地管轄的負面效應.....	226
三、行政訴訟管轄制度的變革之道.....	230

行政救濟與司法審查的程序銜接

一、行政救濟與司法審查程序銜接的現制反思.....	234
二、行政救濟與司法審查程序銜接的比較考察.....	243
三、行政救濟與司法審查程序銜接的模式重構.....	253

行政訴訟暫時性權利保護機制的重構

- 一、曠日持久的原則與例外爭論..... 259
- 二、以司法裁量取代原則與例外的爭論..... 262
- 三、司法審查二重標準的建構..... 268

行政訴訟簡易程序的反思

- 一、行政訴訟簡易程序的運作現狀..... 271
- 二、行政訴訟簡易程序的興起原因..... 275
- 三、《通知》有關規定的學理評析..... 276
- 四、行政訴訟簡易程序的完善構想..... 278

行政訴訟再審程序的改造

- 一、行政訴訟再審程序的現狀..... 284
- 二、行政訴訟再審程序的檢討..... 291
- 三、行政訴訟再審之訴的再造..... 296

工傷認定行政法規範解釋的司法審查

- 一、研究緣起與樣本說明..... 301
- 二、工傷認定行政法規範解釋司法審查的對象..... 306
- 三、工傷認定行政法規範解釋司法審查的原則..... 314
- 四、結 語..... 324

行政不作為的司法審查

- 一、研究緣起與樣本說明..... 327
- 二、行政不作為的司法判斷基準..... 330
- 三、行政不作為的司法裁判方式..... 343
- 四、結 語..... 355

行政訴訟中的司法建議制度研究

- 一、行政訴訟司法建議地位的變遷 359
- 二、司法建議風行於行政訴訟的成因分析 364
- 三、行政訴訟中司法建議的四種類型 367
- 四、行政訴訟司法建議有效性的保障機制 373

司法政策變遷與行政訴訟法學的新課題

- 一、從「是非曲直型」到「糾紛解決型」 380
- 二、從「損害修復型」到「民生保障型」 383
- 三、從「封閉對抗型」到「開放合作型」 387

行政訴訟法修改的定位

- 一、制度變遷的模式：強制性變遷抑或誘致性變遷 391
- 二、制度資源的整合：本土經驗與域外規律之並舉 395
- 三、與民事訴訟的關係：共性抑或個性 399
- 四、目的的定位：權利救濟抑或監督行政 401
- 五、行政審判功能的預期：司法能動主義抑或司法克制主義 403

後 記

行政行為概念的重新界定*

行政行為不僅是中國大陸行政法學中的一個基礎性範疇，而且還是中國大陸現行行政訴訟受案範圍的直接決定因素。可以說，行政行為概念的清晰和科學直接關係到行政訴訟制度的發展和民眾權利的有效司法保護。然而，在中國大陸行政法學研究的進程中，行政行為又是一個聚訟紛紜、迄今為止仍無定論的概念。為此，本文將在行政行為概念學術史整理的基礎上，提出重構的基本設想。

一、行政行為概念界定的緊迫

自中國大陸第一部行政法學教材《行政法概要》首先使用「行政行為」一詞以來，¹幾乎所有的行政法學論著都相繼沿用了這一概念。但在行政行為概念的具體界定上，學者們則存在很大分歧，先後形成了最廣義說、廣義說、狹義說和最狹義說。²進入90年代以後，狹義說逐漸得到了多數學者的認可，時至今日，該說已經成為中國大陸行政法學界的通說。

以現行《行政訴訟法》對「具體行政行為」這一學術名詞的吸納為標誌，行政行為在中國大陸逐漸成為特定的法律術語。最高人民法院1991年6月11日發布的《關於貫徹執行〈中華人民共和國行政訴訟法〉若干問題的意見〈試行〉》（以下簡稱《意見》）首次對具體行政行為的內涵作出了明確解釋。《意見》第1條規定：「具體行政行為是指國家行政機關和行政機關工作人員、法律法規授權的組織、行

* 本文曾以〈行政行為概念之科學界定〉為題發表於《浙江社會科學》2003年第1期，後被《中國行政法學精萃》2004年卷，高等教育出版社2004年版全文收錄，此次彙編時略作文字改動。

¹ 王瑋燦：《行政法概要》，法律出版社1983年版，第97頁。

² 楊海坤：《中國行政法基本理論》，南京大學出版社1992年版，第252頁。

2 行政訴訟法學研究的新視野

政機關委託的組織或者個人在行政管理活動中行使行政職權，針對特定的公民、法人或者其他組織，就特定的具體事項，作出的有關該公民、法人或者其他組織權利義務的單方行爲。」該條規定除了引發學界對具體行政行爲與抽象行政行爲劃分標準的廣泛討論之外，定義本身還遭到了很多學者的非議。最典型、最深入的批評者當屬方世榮教授。他認爲，第一，該定義僅對外部具體行政行爲進行解釋，忽視了內部具體行政行爲的存在；第二，將具體行政行爲僅視爲行政主體行使職權所作的行爲，忽略了行政主體履行職責所作的行爲和未履行職責的不作爲行爲也是具體行政行爲；第三，把具體行政行爲的對象限於兩個（人和事）同時具備的特定性是不準確的；第四，限於單方行爲，將行政合同排除在外。³

作爲一種司法回應，最高人民法院在2000年3月8日發布的《關於執行〈中華人民共和國行政訴訟法〉若干問題的解釋》（以下簡稱《若干解釋》）中又對此重新作出了全面的解釋。《若干解釋》第1條放棄了界定具體行政行爲概念的努力，而是籠統地使用「行政行爲」的概念，其意圖顯然是在於擴大其內涵，進而拓展行政訴訟的受案範圍以滿足司法實踐的需要。從保障行政相對人權益的角度觀之，這種處理問題的方法不失爲一條救急的捷徑。然而，圍繞這一解釋所引發的諸多問題又無法迴避：作爲一個法律術語，行政行爲的內涵究竟應當如何界定？其外延又如何劃清？原先的具體行政行爲概念是否仍然保留？如是，則其內涵是什麼？反之，否定其存在的理由又是什麼？

從更廣闊的視野來看，行政行爲已經成爲中國大陸行政法學研究中一個極爲混亂的基本範疇。儘管學界圍繞這一概念進行過較大規模的爭辯，但在很多問題上仍然難以形成共識。這種狀況顯然亟待改變。對於已經走過初創期的中國大陸行政法學而言，反思和重構行政行爲這一範疇尤顯重要。行政行爲概念的明晰，不僅是構築科學的行政行爲法理論體系的邏輯前提，而且更是行政執法和司法審查實踐的迫切需要。

³ 參見方世榮：《論具體行政行爲》，武漢大學出版社1996年版，第6-12頁。

二、域外行政行為學說的沿革

從世界範圍內來看，行政行為概念因大陸法系國家行政訴訟制度的需要而衍生。相形之下，英美法系國家由於不存在獨立的行政法律體系，因而其行政法著述中鮮有關於行政行為概念的討論。根據臺灣學者翁岳生教授的考證，行政行為一詞濫觴於法國行政法上的Acte Administratif的概念，後經德國學者繼受，稱之為Verwaltungsakt。日本學者從德國引進之後，將其直譯為行政行為。

在法國大革命之後，Acte Administratif一詞是學者用以說明行政機關在法律之下，與司法並行，類似法院之判決，為處理具體事件而逐漸形成的概念。自1810年起，該詞即普遍為法國學者所接受，並視其與法院判決具有同等地位。⁴在當代法國行政法上，對行政行為存在著三種不同的識別標準，即行為機關標準、行為性質標準和行為作用標準。其中，行為作用標準是通說。照此理解，行政行為是指行政機關用以產生行政法上的效果的法律行為，以及私人由於法律或行政機關授權執行公務時所採取的某些行為。⁵

自1826年起，德國學者從法國引入了行政行為概念。此後，德文Verwaltungsakt逐漸成為行政法學上的重要範疇。根據德國行政法學的開山始祖奧托·麥耶的理解，行政行為是指行政機關於個別事件中，規律何者為法，而對人民所為具有公權力之宣示。由於這一界定並不明確，致使嗣後的學者對行政行為的詮釋差異很大。例如，學者柯俄曼起初曾將行政行為界定為國家機關或公共團體的所有行為。後來，受民法理論的影響，他又將私法行為、事實行為及準法律行為一一排除，而僅以具有意思表示即法效意思作為行政行為固有的特質。這一理論曾一度受到其他學者的認同而成為德國傳統行政法學的主流觀點。至魏瑪憲法時代，著名學者葉立尼克主張行政行為指行政機關對特定人所為，具有公權力之意思表示。同時，他還對借民法理論說明

⁴ 翁岳生：《行政法與現代法治國家》，臺灣大學法學叢書編輯委員會1979年版，第3頁。

⁵ 王名揚：《法國行政法》，中國政法大學出版社1988年版，第135-137頁。

公法行爲提出了質疑。⁶爲了盡可能地統一對行政行爲概念的認識，德國自1925年起就開始了艱難的立法嘗試，經數度變遷，終於在1976年通過的《聯邦德國行政程序法》中對行政行爲作出了明確的界定。根據該法第35條的規定，行政行爲是指行政機關爲規範公法領域的個別情況採取的具有直接對外效力的處分、決定或其他官方措施；一般處分是一類行政行爲，它針對依一般特徵確定或可確定範圍的人，或涉及物的公法性質或公眾對該物的使用。這一極具權威性的定義得到了學界的普遍認同，如德國當代著名行政法學者毛雷爾教授即認爲，行政行爲指「行政機關對具體事實做出的具有直接外部法律效果的處理行爲。」⁷

在日本行政法學的發展過程中，學者們起初對源自德國的行政行爲概念也是眾說紛紜。根據戰後著名學者田中二郎的分析，行政行爲的概念可以分爲最廣義、廣義、狹義及最狹義四種。其中，廣義說在日本早期頗爲盛行，狹義說在戰後也曾一度成爲通說。田中氏本人則積極宣導最狹義說，認爲行政行爲指行政機關就具體事項所爲公法上單方行爲，即將立法行爲、公法契約、合同行爲等排除於行政行爲概念之外。由於此說把握了德國Verwaltungsakt概念的原初意義及其成文化的事實，因而使得德日兩國在行政行爲的理解上趨於一致。同時，日本現行《行政程序法》中的「行政處分」內涵亦與此說相同，從而實現了法律用語與學術用語的趨同。事實上，最狹義說已經後來居上，逐漸取得了通說地位。⁸在當今日本行政法學界，眾多知名學者對行政行爲都有著類似於田中氏的界定。例如，南博方認爲，行政行爲指「行政廳爲了調整具體事實，作爲公權力的行使，對外部採取的產

⁶ 翁岳生：《行政法與現代法治國家》，臺灣大學法學叢書編輯委員會1979年版，第3-4頁。

⁷ [德]哈特穆特·毛雷爾：《行政法學總論》，高家偉譯，法律出版社2000年版，第182頁。

⁸ 翁岳生：《行政法與現代法治國家》，臺灣大學法學叢書編輯委員會1979年版，第5-6頁。

生直接法律效果的行為。」⁹室井力也認為，行政行為指「行政機關作為公權力的行使，對外部賦予具體規範的法律行為。」¹⁰

臺灣承襲日本，亦將德國Verwaltungsakt一詞譯為行政行為。儘管對行政行為概念的理解也存在最廣義說、廣義說、狹義說與最狹義說之分，但自採納日本早期通說（廣義說）以後，行政行為已成為一個特定的概念，即指行政機關公法上的行為，包括行政命令、行政處分、公法契約等。其中，「行政處分是行政機關行政行為中與人民發生最密切關係的一種行為形式，是行政法行為形式體系之支柱以及實現廣泛行政事務之中心手段。」¹¹為此，臺灣《行政程序法》第92條第1款特別規定：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事項所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」可見，在臺灣行政法學理上，行政行為是行政處分這一法律用語的上位概念，而行政處分的概念則與德日行政行為概念的表述基本一致。

綜上可以看出，在大陸法系國家行政法的發展史上，行政行為無疑是一個極具爭議性的動態概念。究其原因，主要在於行政行為起初只是一個學術用語而非實定法上的概念，因而各國在不同的歷史時期自然就形成了不同的認識。然而，伴隨著大陸法系國家行政程序法典化的興起及其行政訴訟法制的健全，行政行為日漸成為具有特定內涵的法律用語。當今德、日諸國理論及實務上的行政行為用語已基本同義，而且對行政行為內涵的理解又回歸到其確立之初的原始意蘊。德國《行政程序法》第35條的經典定義及其廣泛影響便是極好的佐證。由此可見，從實用主義的角度界定行政行為的內涵至今仍然是德、日諸國的主流觀念。

⁹ [日]南博方：《日本行政法》，楊建順等譯，中國人民大學出版社1988年版，第33頁。

¹⁰ [日]室井力主編：《日本現代行政法》，吳微譯，中國政法大學出版社1995年版，第81頁。

¹¹ 陳春生：《行政法之學理與體系(一)——行政行為形式論》，臺灣三民書局1996年版，第52頁。