

行政诉权研究

XING ZHENG SU QUAN YAN JIU

薛刚凌 著

华文出版社

行政诉权研究

薛刚凌 著

华文出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政诉权研究/薛刚凌编著. —北京: 华文出版社,
1999.5

ISBN 7-5075-0858-7

I. 行… II. 薛… III. 行政诉讼-权利-研究-中国 IV.
D925.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 16589 号

EK98/11

华文出版社出版

(邮编 100800 北京市西城区府右街 135 号)

电话 (010) 63096781 (010) 66063891

新华书店经销

北京忠信诚胶印厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 8.5 印张 190 千字

1999 年 5 月第 1 版 1999 年 5 月第 1 次印刷

印数: 0001—2000 册

定价: 18.00 元

序

《行政诉权研究》，又一朵行政法学百花园中引人注目的奇葩！诉权问题是诉讼法学中带有根本性、基础性的问题之一，对此我国学术界一直缺乏深入研究；对行政诉权问题的研究更属匮乏。本书是迄今研究行政诉权的第一本专著，是填补学术空白的可贵之作。

作者从诉权及行政诉权概念的界定入手，探索了行政诉权的起源及形成的历史过程，论证了行政诉权存在的正当性和合理性，阐述了行政诉权的直接价值和间接价值，研究了行政诉权的多种类型，探讨了行政诉权的运作和如何保障行政诉权的实现。从理论到实践，全面、系统地揭示了行政诉权的性质、价值及其运作。自1989年行政诉讼法公布以来，关于行政诉讼的学术著作不断涌现，理论探讨也日益深入，但本书以其对行政诉权的深入的、专门的探索，无疑将大大推进行政诉讼研究的广度和深度。当代的行政法学工作者，犹如精卫填海，为我国行政法学的发展铺设着一块块奠基石，《行政诉权研究》则正是其中又一块坚实的基石。

作者原就擅长于理论思辨，本书更显示此一特色，处处闪烁着哲理探索的光彩。因而有人称此书为“法哲学著作”，或行政诉讼法哲学著作。这对于常偏重制度研究的我国行政法学界而言，也许可视为一个新的催化：更多作深入的理论思考。

刚凌可以说是行政法学界新人中的老人，从教数年，攻读博士又数年，营造了坚实的功底，她的脱颖而出，崭露头角，自是意料中事。近年来，作者著述日丰，每言必有新意，这种学术上

的锐进，也再次证明成就缘于勤奋！本书可以看作是作者长期勤于思考探索的阶段成果，期待着作者向新的高峰攀登！

《行政诉讼权研究》的出版，正值行政诉讼法颁布十周年，这当然只是巧合，但就本书的理论深度而言，足以视为作者献给行政诉讼十年的最好、最丰厚的礼物！

应松年

1999年4月于北京为公桥畔

导 言

行政诉讼在我国 80 年代的出现，绝非历史的偶然，而是社会发展的必然结果。行政诉讼作为一项法权，具有重要的宣示和实践意义。它标志着中国人主体意识的觉醒，意味着自由价值在社会心态中的提升，^①表现出中国社会对法治的渴望。它预示着旧时代的结束，新时代的到来。

一、研究行政诉讼的理由

对行政诉讼进行系统和理性的研究是出于多方面的考虑：

第一，行政诉讼对中国社会的变革具有深刻影响。无可置疑，行政诉讼不是源于我国的文化传统，但行政诉讼的确立及其实践对中国社会的影响深远。行政诉讼不仅是个人自我保护的手段，而且是个人与政府对峙的权利。行政诉讼既保护个人的自由和权利，同时也是行政法治的重要保障。行政诉讼存在的重要意义决定了对其研究的必要。

第二，行政诉讼是行政诉讼制度的基础。行政诉讼与行政诉讼的关系，可以说是目的和手段的关系。行政诉讼是目的，而行政诉讼制度则是行政诉讼得以实现的手段。另外，从结构上说，行政诉讼包含诉和审两大部分。其中，诉是起点，并存在于行政诉讼全过程。没有诉也就没有法院的审判，而诉之所以能够发动和推进是源于行政诉讼的存在。因此，对行政诉讼的研究至关重要。

^① 陈端洪著：《对峙——从行政诉讼看中国的宪政出路》，《中外法学》，1995 年第 4 期。

第三，行政诉权的实践面临许多困难。在我国，由于法治本土资源缺乏，行政诉权的生长和发展极其艰难。行政诉权意识的欠缺以及行政诉权保障机制的不完善，都严重地制约着行政诉权的发展。固然，造成这一状况的原因有多种，但行政诉权研究的薄弱无疑是其中的重要原因之一。行政诉权的实现和行政诉讼制度的完善，都有赖于对行政诉权的研究。

第四，行政诉权研究是深化行政诉讼理论研究的需要。新中国的行政诉讼制度建立于20世纪80年代末期。由于行政诉讼制度直接从国外移植而来，并且在中国确立的时间不长，因而，对该制度的研究呈现出表层化的特征。在行政诉讼法制定以前，由于立法所需，学者们对行政诉讼的研究多集中在制度架构方面。如，设置行政法院还是由普通法院主持行政诉讼、如何设定行政诉讼的受案范围等。而在行政诉讼法颁布实施后，对行政诉讼的研究又多局限于行政诉讼的具体制度，如当事人制度、证据制度、行政判决制度等。虽然近年来学术界对行政诉讼的理论问题已给予相当关注，但深层次的研究仍显不足。行政诉讼的许多基本问题至今仍没有得到理论上的论证。如个人为什么能够诉政府？行政诉权存在的合理性和正当性何在？政府是否也享有行政诉权？政府能否诉个人？政府行使行政诉权的目的是为何？要达到什么目标？为什么要用司法审判的方式来解决行政争议？另外，行政诉讼在西方社会究竟起到何种作用，占有什么样的地位？等等。对这些问题的研究，如果仍沿袭传统的就制度论制度的陈规，很难得出令人满意的结论。因而，需要调换视角。本书的研究正是这方面的尝试，即从法权的角度研究行政诉讼制度。

二、行政诉权的研究范围

行政诉权既涉及理论问题又具有极强的实践性。因而，对行政诉权的研究应包含理论和实践两部分。但因篇幅所限，本文侧

重探讨行政诉讼的理论问题。虽然在本文的后半部分也涉及一些行政诉讼的具体实践，但仍倾向于理论分析。具体地说，对行政诉讼的理论探讨包括四个方面：

第一，行政诉讼是什么？这是行政诉讼研究首先要回答的问题。行政诉讼的界定是一个很有争议的问题。有学者认为，行政诉讼就是起诉权，且为相对人享有。也有人认为，行政诉讼是行政诉讼权利的总称。本文则将行政诉讼提升到基本权利的高度，认为行政诉讼是诉权主体按照法律预设程序，请求法院对有关行政纠纷作出公正裁判的程序权利。行政诉讼既为个人及其延伸组织享有，也为政府享有。对个人来说，行政诉讼是人权的一部分。对政府来说，行政诉讼则是取得司法支持，维护其合法行为和实现行政目标的手段。

第二，为什么会出现行政诉讼？行政诉讼存在的理论基础是什么？行政诉讼作为一种法权，是人类历史发展到一定阶段的产物。在行政诉讼的起源方面有许多问题值得研究，如行政诉讼起源的时间。一般认为，行政诉讼在资产阶级革命胜利以后才逐步形成。这种观点并不完全正确。行政诉讼起源于中世纪，产生于资产阶级革命以前，只不过在资产阶级革命后，行政诉讼得到迅速发展。另外，还需要研究行政诉讼产生的原因。至于行政诉讼存在的理论基础，也是不能回避的问题。从本质上说，行政诉讼为人的主体性所要求。行政诉讼是主体人保障其人格完整和意志自由的手段。行政诉讼也是维护法治、确保权力制衡的手段。此外，司法所具有的自治的内在品质，也决定了通过司法程序解决行政纠纷的合理性，决定了行政诉讼存在的必要。

第三，行政诉讼的功能和价值是什么？行政诉讼在人类社会的出现，是由于它在国家治理中具有重要功能。行政诉讼的最初功能是维护王权、解决行政纠纷、保障国家法律的实施和统一。随着行政诉讼的发展，行政诉讼又有了保障个人自由和权利的新

的功能。但原有的维护法律秩序的功能并没有消失，相反，伴随着现代社会法治程度的提高而得到加强。关于行政诉讼权的价值，尤其需要从理论的高度加以研究。对中国来说，行政诉讼权的出现无疑具有重要价值：首先，行政诉讼权具有文化价值。行政诉讼权所强调的对个人人格和自由的尊重，所强调的对抗、平等和理性，将有助于对中国传统文化的改造，有助于新的民族心理结构的构建；其次，行政诉讼权具有宪政价值。行政诉讼权可以促进宪政理念的形成和宪政制度的完善。宪政所包含的个体自由、民主政体和法治主义都与行政诉讼权息息相关；再次，行政诉讼权对我国市场经济的建立、健全具有保障作用。在市场经济中，无论是市场主体还是政府，都有自己的活动空间或权利（权力）范围，市场主体权利的保障、市场秩序的维护都离不开行政诉讼权。

第四，行政诉讼权如何实现？这是一个集理论与实践于一体的重要课题，直接关系到行政诉讼制度的架构：首先，行政诉讼权的不同功能和价值取向，决定了行政诉讼类型化发展的必要。行政诉讼权所保护的利益不同，所解决的行政纠纷的性质不同，决定了对司法程序的不同要求，因而，行政诉讼应作类型化处理；其次，行政诉讼权的有效行使是行政诉讼权得以实现的基础。因而，有必要研究行政诉讼权的行使条件、行政诉讼权的行使方式、行政诉讼权的行使原则、行政诉讼权行使对法院审判的制约等；再次，行政诉讼权的实现有赖于制度和环境等多方面的保障，包括立法的、司法的、思想意识的保障等。此外，经济体制、宪政体制作为外部环境对行政诉讼权的实现，也有着重大的推动和保障作用。

三、行政诉讼权研究的角度

本文以行政诉讼权为研究内容，在文章中行政诉讼权多处与行政诉讼制度交织一起，因而有必要在这里对行政诉讼权的研究角度作出交代。行政诉讼权研究，虽然最终可归结到行政诉讼研究的范

畴，但有其独特的研究角度。

第一，行政诉权研究是从法权的角度进行研究。行政诉权作为一种法权，有其自身的内涵和目的，有其特定的产生和发展规律，有其存在的正当性和合理性，这都需要从理论上加以探讨。在我国以往的行政诉讼制度研究中，往往侧重于制度层面的分析，如怎样从总体上构建行政诉讼制度、如何完善行政诉讼当事人制度、行政审判制度等等。和以往的研究相比，行政诉权研究更具有基础性研究的意义。前揭所述，行政诉权与行政诉讼是目的与手段的关系。缺乏对行政诉权的深刻把握，也就无法合理建构行政诉讼制度。而没有健全的行政诉讼制度以及相应的体制保障，行政诉权也就无法真正得以实现，行政诉权的功能也就无法得到全面发挥。

第二，行政诉权研究注重行政诉讼要素分析。行政诉讼由诉和审两部分构成，这两部分都与政诉权密切相关。从行政诉权的角度考察诉与审，具有独特的意义。就诉而言，需要研究谁有权诉？自然，相对人享有行政诉权。政府是否也享有行政诉权？政府享有行政诉权的意义何在？诉是行使行政诉权的方式，那末，一个完整的行政之诉应包含哪些要素？就审来说，为保障行政诉权的实现，需要探讨确立何种审判结构？设定哪些审判程序？等等。行政诉权研究是从行政诉讼的要素出发探讨行政诉讼制度，可以说这是一种新的思路，是对传统制度研究的突破。

需要说明的是，行政诉权研究在许多方面与行政诉讼制度往往难解难分，如行政诉权的形成、行政诉权的价值等。行政诉权的实现依赖于行政诉讼制度的保障。因而，行政诉权的形成过程，也就是行政诉讼制度的形成过程。行政诉权所具有的价值，也在行政诉讼制度中得到充分体现。

目 录

导 言	(1)
一、研究行政诉权的理由	(1)
二、行政诉权的研究范围	(2)
三、行政诉权研究的角度	(4)
第一章 诉权与行政诉权的界定	(1)
一、诉权的一般理论	(1)
(一) 诉权概念的历史与现状	(1)
(二) 确立广义诉权概念的必要性	(5)
(三) 广义诉权的定义	(7)
(四) 广义诉权的性质	(9)
二、行政诉权的概念探讨	(12)
(一) 界定行政诉权的意义	(12)
(二) 对行政诉权的几种不同定义	(13)
(三) 行政诉权的界定	(15)
三、行政诉权的性质与意义分析	(18)
(一) 行政诉权的性质	(18)
(二) 行政诉权的意义	(20)
四、行政诉权与相关概念的比较	(25)
(一) 行政诉权与民事诉权、刑事诉权	(25)
(二) 行政诉权与行政诉讼	(29)
(三) 行政诉权与行政之诉	(32)
(四) 行政诉权与行政诉讼权利	(33)
(五) 行政诉权与行政审判权	(35)
第二章 行政诉权的形成	(38)
一、行政诉权的起源	(38)

(一) 行政诉讼权在英国的出现·····	(38)
(二) 行政诉讼权在法国的产生·····	(41)
(三) 行政诉讼权起源的几点分析·····	(43)
二、行政诉讼权的发展·····	(47)
(一) 行政诉讼权在西方的演进·····	(47)
(二) 行政诉讼权的两大保障模式·····	(54)
(三) 影响行政诉讼权发展的因素·····	(56)
(四) 行政诉讼权的发展趋势·····	(62)
三、行政诉讼权在中国·····	(64)
(一) 行政诉讼权在中国的历史发展·····	(64)
(二) 行政诉讼权在中国出现较晚的原因·····	(65)
(三) 行政诉讼权在中国产生的背景·····	(67)
第三章 行政诉讼权的理论基础 ·····	(69)
一、人的主体性原理·····	(70)
(一) 人的主体性意识的历史沿革·····	(70)
(二) 人的主体性意识的理论研究·····	(74)
(三) 人的主体性原理的基本内容·····	(79)
(四) 人的主体性与行政诉讼权·····	(83)
二、法治原理·····	(85)
(一) 法治原理的沿革·····	(85)
(二) 法治原理的基本内容·····	(89)
(三) 法治原理与行政·····	(92)
(四) 法治原理与行政诉讼权·····	(95)
三、权力制衡原理·····	(97)
(一) 权力制衡原理与近现代宪政·····	(97)
(二) 权力制衡原理的基本内容·····	(99)
(三) 权力制衡原理与行政·····	(102)
(四) 权力制衡原理与行政诉讼权·····	(103)

四、司法自治原理·····	(104)
(一) 司法功能与正义·····	(104)
(二) 司法自治原理的基本内容·····	(107)
(三) 司法自治与行政诉讼·····	(112)
第四章 行政诉讼的价值 ·····	(113)
一、行政诉讼的直接价值·····	(114)
(一) 行政诉讼对相对人行政权益的保护·····	(114)
(二) 行政诉讼对行政权的控制·····	(118)
(三) 行政诉讼对法律秩序的维护·····	(120)
二、行政诉讼的间接价值·····	(121)
(一) 行政诉讼的文化价值·····	(122)
(二) 行政诉讼的宪政价值·····	(129)
(三) 行政诉讼对市场经济的保障·····	(136)
第五章 行政诉讼与行政诉讼类型 ·····	(140)
一、行政诉讼与行政诉讼类型的关系·····	(140)
(一) 行政诉讼类型以行政诉讼权分类为基础·····	(140)
(二) 行政诉讼类型化对行政诉讼权发展的意义·····	(145)
二、国外行政诉讼类型比较研究·····	(147)
(一) 各国行政诉讼类型化的发展状况·····	(147)
(二) 各国行政诉讼类型比较研究·····	(166)
三、我国行政诉讼类型分析·····	(170)
(一) 我国行政诉讼的类型化现状·····	(170)
(二) 我国行政诉讼非类型化的原因分析·····	(171)
(三) 行政诉讼非类型化的弊端·····	(172)
四、我国行政诉讼类型化发展的基本构想·····	(174)
(一) 个人救济诉讼·····	(175)
(二) 公法秩序诉讼·····	(179)
第六章 行政诉讼权的行使 ·····	(182)

一、行政诉讼权的行使条件·····	(182)
(一) 个人行使行政诉讼权的条件·····	(183)
(二) 政府行使行政诉讼权的条件·····	(193)
二、行政诉讼权的行使方式——行政之诉·····	(195)
(一) 行政之诉的涵义·····	(195)
(二) 行政之诉的要素·····	(197)
三、行政诉讼权行使对审判的制约·····	(203)
(一) 行政诉讼权行使对行政审判程序的制约·····	(203)
(二) 行政诉讼权行使对行政审判实体的制约·····	(206)
第七章 行政诉讼权的保障 ·····	(211)
一、行政诉讼权实践存在的问题·····	(211)
(一) 行政诉讼权实践的行使范围狭小·····	(211)
(二) 行政案件起诉难·····	(213)
(三) 行政案件撤诉率高·····	(219)
(四) 行政案件审判质量不高·····	(221)
(五) 行政裁判执行难·····	(224)
二、行政诉讼权存在问题的原因分析·····	(224)
(一) 行政诉讼权意识欠缺·····	(225)
(二) 行政诉讼权的立法不完善·····	(227)
(三) 行政诉讼权的司法保障体制不健全·····	(229)
(四) 阻碍行政诉讼权实现的其他因素·····	(237)
三、行政诉讼权的保障·····	(237)
(一) 行政诉讼权的立法保障·····	(237)
(二) 行政诉讼权的司法保障·····	(241)
(三) 保障行政诉讼权实现的其他条件·····	(249)
主要参考书目 ·····	(251)
后记 ·····	(256)

第一章 诉权与行政诉权的界定

在人类历史上,诉讼制度的产生和发展是与诉权的出现与不断扩展相适应的。例如,行政诉讼制度就是对行政诉权的肯定和对行政诉权的保障。但到目前为止,诉权理论尚不成熟。这一研究的滞后,严重地制约着诉讼制度的发展,因而我们有加强对诉权研究的必要。诉权涉及的问题很多,这里仅探讨诉权与行政诉权的概念、性质和意义,并对行政诉权与相关概念进行比较分析。

一、诉权的一般理论

(一) 诉权概念的历史与现状

诉权概念最早起源于罗马法。罗马最高裁判官享有至高无上的权力,有权决定提供法律保护的前提条件,^①也就是决定诉权是否存在。和这种历史渊源相关,诉权在大陆法系的民事诉讼理论中占有重要地位。也是大陆法系民事诉讼法学理论中一个恒常的主题。^②诉权理论后延展到前苏联并传入我国。从以往诉权研究的状况来看,诉权仅在狭义上使用,限于民事诉权。

1. 大陆法系国家对诉权的认识

在大陆法系国家,对民事诉权的认识经历了从私法诉权到公法诉权的发展过程。典型的观点有:

^① 顾尔维奇(俄)著:《诉权》,中国人民大学出版社1958年出版,第5页。

^② 张卫平、陈刚编著:《法国民事诉讼法导论》,中国政法大学出版社1997年版,第56页。

(1)私法诉权说。该说认为,诉权是“私法”上的权利,由权利主体指向义务主体。^①这一学说的创始人是历史法学派鼻祖萨文尼。萨文尼认为,在提起诉讼以实现诉权以前,诉权只是某种潜在能力,只是债的法律关系的胚胎,这种胚胎只有在提起诉讼之后,才变成为真正的债。这种理论把诉权看成是实体权利的一个阶段,即只有在通过诉讼实现它的时候才出现的一个阶段。^②

围绕着诉权与实体权利的关系,私法诉权说还有其他的解释。如德国学者温德雪德主张诉权为实体权利的组成部分。德国学者翁格则认为诉权是民事权益的固有的强制属性。^③

私法诉权的概念产生于19世纪中叶,在19世纪末为其他理论所取代。私法诉权说的积极意义在于强调诉权对公民民事权益的保护,不足之处在于认为实体权利的有无是诉讼程序应否开始的依据,从而颠倒了诉讼前提与诉讼结果的关系。另外,私法诉权说认为诉权是权利主体对义务主体主张权利,这显然与事实不符。事实是原告向法院提出保护的要求,而不是直接向被告请求。

(2)公法诉权说。该说认为,诉权是公法给予公民的个人权利。即把诉权理解为“公法”上的权利,而且为程序权利,与实体上的诉权正好相反。公法诉权的概念为德国学者穆特尔创造,^④后为其他学者继承和发展,并在西方国家得到普遍承认。

在承认诉权为公法权利的前提下,对诉权的内涵又有不同理解。具体有三种认识:

第一,抽象诉权说。该说认为,诉权是发动诉讼程序的权利。即以起诉而求得诉讼开始或诉讼实施的权能。至于是否求得

① 江伟、单国军著:《关于诉权的若干问题的研究》,《诉讼法论丛》第一卷,法律出版社1998年版,第214页。

② 同上书,第6至7页。

③ 同上书,第152页。

④ 同上书,第10页。

有利于自己的判决，则不过问。所以，无论何人，都应无条件地享有诉权。^① 抽象诉权的渊源是法治国家的思想，即向法院提出请求的权利是社会主体享有的公法上的权利，国家对公民承担着法律保障的责任。但由于抽象诉权只限于诉讼程序的发动，与诉讼的结果不相关联，因而十分空洞。

第二，具体诉权说。又称胜诉权说，权利保护请求权说。该说认为诉权不仅限于发动诉讼程序，还包含依照实体法的规定得到胜诉的判决。由于具体诉权理论没有很好区分审理过程和审理结果的关系，对审理结果的期望值过高，由此提高了诉权行使的条件，因而受到许多学者的批判。

第三，判决请求权说。该说居于抽象诉权与具体诉权之间。认为诉权是发动诉讼程序，以及就诉讼当事人主张的实体得到裁判的权利。这种裁判包含胜负在内。该说在大陆法系国家较为流行。如《法国新民事诉讼法》第30条第1款规定：“诉权是提出诉讼主张的人有权就主张的实质得到审理并由法官宣告主张有无依据的权利。”第30条第2款规定：“把此项权利推广适用于被告。”^②

2. 前苏联对诉权的理解

前苏联没有直接继承私法诉权或公法诉权的观点，而是建立了一种新的诉权概念，即二元诉权，将诉权分为程序意义上的诉权和实体意义上的诉权。对程序意义上诉权的认识，观点较为一致，一般认为是要求法庭对案件进行审判的权利，即起诉权。但对实体意义上诉权的理解，却存在分歧。顾尔维奇认为实体意义上的诉权是处于成熟状态的民事权利，另有学者主张实体意义上

^① 柴发邦主编：《民事诉讼法学》，法律出版社1987年版，第199页。

^② 沈明达编著：《比较民事诉讼法初论》，中信出版社1991年版，第214页。