



行政诉讼制度专题研究： 中德比较的视角

刘 飞 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

行政诉讼制度专题研究： 中德比较的视角

刘飞 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政诉讼制度专题研究:中德比较的视角 / 刘飞著.
—北京:法律出版社,2016.8
ISBN 978-7-5118-9940-8

I. ①行… II. ①刘… III. ①行政诉讼—司法制度—
对比研究—中国、德国 IV. ①D925.310.4②D951.621

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第214200号

行政诉讼制度专题研究:中德比较的视角

刘 飞 著

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

©法律出版社·中国

开本 A5

印张 9 字数 217 千

版本 2016年8月第1版

印次 2016年8月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9940-8

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书是笔者主持的国家社会科学基金(青年项目,批准号:07CFX012)“德国行政诉讼制度的理论与实践研究”的最终成果

本书的出版受到了教育部“新世纪优秀人才支持计划”(2011年)的资助

前 言

一、成书缘起

我国《行政诉讼法》自 1989 年出台以来,在保护公民、法人和其他组织的合法权益、监督行政机关依法行使行政职权、解决行政纠纷等方面,起到了重要的不可替代的作用。《行政诉讼法》出台之后,随着行政复议、国家赔偿等一系列带有权利救济性质的法律法规的推出,我国公法权利救济制度已然具备基本完整的体系。在此基础上,规范实体性行政权力的法律规范如《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》等亦相继推出,使得我国行政法规范体系趋于成型。在这样一个行政法规范体系逐渐塑造成型的过程中,《行政诉讼法》无疑起到了最为重要的推动作用。对此,实务界与学术界均有浓墨重彩的阐述,在此不再赘述。笔者也曾经总结认为,在中国行政法治的发展进程中,以《行政诉讼法》所创设的司法权对行政权的

控制机制,乃是中国行政法治发展的最为重要的动力源泉。^①

经过二十余年的司法适用,行政诉讼原有制度设计中存在的一些问题已经逐次显现,一些原本中肯地反映立法之时规范需求的条款也与今日之现实形成了一定程度的脱节,修改《行政诉讼法》的呼声不绝于耳。在官方的正式修改程序启动之前,北京大学、中国人民大学与中国政法大学等高校的著名行政法学者已经分别提出了修改建议稿。《行政诉讼法》官方修改程序正式启动之后,笔者密切关注并参与了部分研讨。清华大学法学院何海波教授组织的“理想的行政诉讼法”系列研讨会,使得笔者对于行政诉讼相关主题的制度有了更为深入系统的理解。全国人大法工委组织的由部分行政法学者与民法学者专门就“行政协议”应否写入新法的讨论,使得笔者对于思考行政法问题的不同方法与路径有了更为清晰的认识。最高人民法院行政审判庭在珠海召开的新《行政诉讼法》司法解释研讨会,更让笔者深切体会到了行政法官们对于推进我国行政诉讼制度所贡献的心力与智慧。笔者所在的中国政法大学中欧法学院,也在新法即将推出之际的2014年10月23日,与中国政法大学法治政府研究院协同举办了“中欧行政法国际研讨会”,专门针对“行政诉讼法二稿修正案”进行探讨。会议议题有四:“行政诉讼中如何处理复议决定与原决定的关系”“行政合同诉讼的适用范围与起诉期限”“如何认定具体行政行为自始无效”“应否增加新的判决类型”等。在筹划、组织会议的过程中,以及在会场激烈的探讨之中,笔者得以与新法的执笔工作人员、法官、学者以及律师们进行沟通交流,

① Fei Liu, Die gerichtliche Verwaltungskontrolle als Entwicklungsfaktor des chinesischen Verwaltungsrechts. Eine vergleichende Untersuchung zwischen China und Deutschland, Hochschulschriften zum Staats- und Verwaltungsrecht, Verlag Dr. Haenssel-Hohenhausen 2003. 刘飞:《司法权对行政权之控制系中国行政法发展之动力:中德比较研究》,德国亨泽尔—霍恩豪森出版社“高校国家法与行政法论著系列”,2003年10月版。

受益匪浅。

行政诉讼制度一直是笔者最为关注的领域。2007年初,笔者以《德国行政诉讼制度的理论与实践研究》为题申请国家社会科学基金(青年项目)的项目支持。在获得了立项之后,笔者即按照原定研究计划进行研究。原定基本思路是以比较法的视角,在分析德国行政诉讼制度的历史发展、宪政环境、制度设置、制度功能实现程度等背景的基础上,对德国行政诉讼制度中的部分重要制度作出专题研究。

2012年9月,在上述五个专题的全文初稿完成之后,为深入探讨本书中所涉及的具体内容,笔者邀请德国著名行政法学家、奥德河畔法兰克福大学法学院派纳教授(Prof. Franz-Joseph Peine)到访北京。在为期近两个月的停留期间,笔者常与派纳教授朝夕相处,获益良多,不仅丰富充实了本书的内容,而且对许多其他的公法问题进行了更为深入的思考。2013年5月,本书初稿顺利通过了国家社科基金组织的结项评审。与此同时,同法律出版社商定的出版合同也已经签订。然而也正是在这个时期,《行政诉讼法》的修改已经是箭在弦上,等待新法出台之后再出版本书,似乎也就成为了一种更为合适的选择。

2014年11月1日,全国人大常委会通过了《关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》,对原法75个条文中的大多数条文做出了修改,并增添了部分新的内容。新法的出台,无疑为学界增添了更多值得继续研究的专题与领域,也为本书的推出排除了一个至关重要的不确定因素。然而由于新法相对于旧法而言的改动幅度较大,本书原稿中需要修改的内容较多,使得本书的出版在新法出台之后仍一拖再拖。当然,更为重要的是由于本书内容之外的其他种种客观原因,尤其是自己的懈怠,使得本书迟至今日才得以完成。在本项课题研究所赖以为基础的国家社科基金项目早已结项的情况下,所幸笔者还可以在教育部“新世纪优秀人才支持计划”(2011年)的资助下完成这一任务。

从一定意义上来说,本书的内容也是笔者以往所进行研究的一个总结与延续。笔者在德国学习期间,曾有数年时间致力于中德行政诉讼制度之间的比较研究。学位论文《司法权对行政权之控制系中国行政法发展之动力:中德比较研究》已经于2003年出版。^① 汉堡大学法学院罗尔夫·施托贝尔教授(Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Rolf Stober)在《公共行政(Die Oeffentliche Verwaltung)》杂志中专门撰文对之作出了评述。^② 除此之外,笔者与本书直接相关,且部分内容被本书所吸收的前期研究成果还有:

1. 《建立独立的行政法院可为实现司法独立之首要步骤——从德国行政法院之独立性谈起》,载《行政法学研究》2002年第3期;
2. 《中德行政诉讼制度比较分析概述》,载胡芬著、莫光华译《行政诉讼法》,法律出版社2003年版;
3. 《行政诉讼类型制度探析——德国法视角》,载《法学》2004年第3期;
4. 《试论我国行政诉讼类型制度之构建》,载最高人民法院行政审判庭编《行政执法与行政审判》2007年第1期,人民法院出版社2008年版;
5. 《德国行政法院法中的“诉讼停止执行原则”》,载中国法学会行政法学会研究会编:《财产权与行政法保护——中国法学会行政法学会研究会2007年年会论文集》,武汉大学出版社2008年版;
6. 《关于设立中国的独立行政法院的若干思考(Ueberlegungen zur

^① Fei Liu, Die gerichtliche Verwaltungskontrolle als Entwicklungsfaktor des chinesischen Verwaltungsrechts. Eine vergleichende Untersuchung zwischen China und Deutschland, Hochschulschriften zum Staats- und Verwaltungsrecht, Verlag Dr. Haensel-Hohenhausen 2003. 刘飞:《司法权对行政权之控制系中国行政法发展之动力:中德比较研究》,德国亨泽尔—霍恩豪森出版社“高校国家法与行政法论著系列”,2003年10月版。

^② Stober, DOeV 2005, 171.

Errichtung einer unabhaengigen Verwaltungsgerichtsbarkeit in China)》,载《中国法杂志(Zeitschrift fuer chinesisches Recht/ZChinR)》(德文)2008年第1期;

7.《德国“法官造法”的功能解构》,载《华东政法大学学报》2009年第1期(全文转载于中国人民大学复印报刊资料《诉讼法学、司法制度》2009年第5期);

8.《行政诉讼受案范围之确定模式、确定标准与排除标准——中德比较分析》,载《诉讼法学研究》(第15卷),中国检察出版社2009年版;

9.《德国公法权利救济制度》,北京大学出版社2009年版;

10.《变迁中的德国行政诉讼制度——问题、对策与展望》,载姜明安主编:《行政法论丛》(第13卷),法律出版社2011年版;

11.《行政诉讼类型制度的功能》,载《法学研究》2013年第5期。

笔者翻译的两部著作,即奥托·迈耶著《德国行政法》^①与科里奥特、施莱希著《德国联邦宪法法院:地位、程序与决定》^②,也与本书的研究内容密切相关。

近年来,随着我国行政诉讼实践经验的日益丰富,学者们从不同角度对行政诉讼制度进行了深入细致的研究,取得了令人瞩目的研究成果。仅在自2009年至今推出的论著中,江必新、梁凤云著《行政诉讼法理论与实务》对我国行政诉讼的理论和制度做出了深入细致的系统梳理,形成了篇幅长达172.8万字的巨著。^③马怀德主编的《行政诉讼制度的发展历程》对我国行政诉讼制度的形成背景、源动力、存在的问题

① [德]迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版。

② [德]施莱希、科里奥特著:《德国联邦宪法法院:地位、程序与决定》,刘飞译,法律出版社2007年版。

③ 江必新、梁凤云:《行政诉讼法理论与实务》(上下卷),北京大学出版社2009年版。

以及未来走向作出了非常有价值总结与探讨。^① 解志勇著《论行政诉讼审查标准——兼论行政诉讼审查前提问题》(修订版)对于行政诉讼审查标准问题作出了深入且富有启发的研究。^② 韩春晖著《现代公法救济机制的整合——以统一公法学为研究进路》^③虽然并非完全以行政诉讼制度为研究对象,但却在更为宏观的中观层面,提出了“我国公法救济机制的发展与完善必须重视和遵循‘整合’这一基本方向”^④的论题。王天华著《行政诉讼的构造:日本行政诉讼法研究》则对日本行政诉讼法的基本构造作出了深入研究与精确的点评。^⑤ 何海波著《行政诉讼法》“采用了全新的体系,从司法审查这个窗口透视整个行政法,把现有的行政法规范和理论做了体系化的整理。”^⑥王振宇著《行政诉讼制度研究》从行政审判的视角,紧密结合审判实务中的前沿问题对行政诉讼制度中的许多重要制度作出了较为深入的研究。^⑦

新法出台之后,一系列重要论著也应运而生,如袁杰主编《中华人民共和国行政诉讼法解读》(中国法制出版社 2014 年版)、江必新主编《贯彻〈中华人民共和国行政诉讼法〉专题讲座》(人民法院出版社 2015 年版)、李广宇著《新行政诉讼法逐条注释》(上下)(法律出版社 2015 年版)、莫于川等著《新〈行政诉讼法〉条文精释及适用指引》(中国人民大学出版社 2015 年版)、梁凤云著《新行政诉讼法讲义》(人民法院出版社 2015 年版)

① 马怀德主编:《行政诉讼制度的发展历程》,北京大学出版社 2009 年版。

② 解志勇:《论行政诉讼审查标准——兼论行政诉讼审查前提问题》(修订版),中国人民公安大学出版社 2009 年版。

③ 韩春晖:《现代公法救济机制的整合——以统一公法学为研究进路》,北京大学出版社 2009 年版。

④ 韩春晖:《现代公法救济机制的整合——以统一公法学为研究进路》,北京大学出版社 2009 年版,第 203 页。

⑤ 王天华:《行政诉讼的构造:日本行政诉讼法研究》,法律出版社 2010 年版。

⑥ 江必新语,载何海波:《行政诉讼法》(第 2 版),法律出版社 2016 年版,第Ⅲ页。

⑦ 王振宇:《行政诉讼制度研究》,中国人民大学出版社 2012 年版。

等。这些最新的学术资料,是笔者在撰写本书过程中的重要参考文献。

二、本书主体内容

本书探讨的主体内容是中国行政诉讼制度中的重要制度内容,而以德国行政诉讼制度的理论与实践作为主要参照对象。从研究行政诉讼制度中的行政法院的独立性、受案范围、诉讼类型、暂时权利保护制度与判例制度等基本诉讼制度入手,以紧密结合中国实践需求的比较法视角来分析行政诉讼制度。

对于行政法院的独立性,德国行政诉讼制度中在法院组织上的独立性与法官独立两方面予以保障,其核心为法官事务上的独立性。本书结合我国国家权力结构中由于权力分立制度的缺失而形成的行政权过于强大的弊端,提出了应在我国设置独立的行政法院来对行政权进行制约,并且以此来弥补宪政层面上因缺乏权力制约机制所导致的弊端观点。然而就实然层面来说,对于我国现实司法环境之下应否设立行政法院,以及设立行政法院能否解决现实中存在的问题,笔者持谨慎怀疑的态度。就行政诉讼受案范围来说,设定德国行政诉讼受案范围的基本前提之一是五家“专门法院(Fachgerichte)”并存的现状,与我国司法机关的组成不同,因此在作相关比较研究时应以此区别为基础。为此,论及德国行政诉讼受案范围,还应对专门行政法院(普通行政法院和财政法院、社会法院两个特别行政法院)和承担一定范围内行政审判任务的普通法院,以及在一定范围内对行政活动进行司法审查的宪法法院的管辖范围作出研究。就诉讼类型制度来说,尽管其为设定德国行政诉讼程序制度的基础之一,但对于我国行政诉讼制度中具体如何引入与推进诉讼类型制度的问题,还需要作更为深入的研究。就暂时法律保护制度来说,德国行政诉讼中的暂时法律保护制度因其坚持“诉讼停止执行”原则而对于公民权利的保护起到了重要作用。形成鲜

明对比的是,我国《行政诉讼法》中所确定的“诉讼不停止执行”已经在实践中对于公民权利形成了一定程度的不利影响,是否应当在修改《行政诉讼法》时参考德国制度的问题,还有待于深入研究。就行政诉讼判例制度来说,判例在德国行政诉讼中起到了关键性的作用,但是我国学界对其还缺乏了解。如何正视德国行政诉讼制度中判例制度所起到的作用,可以作为我国行政诉讼中的案例指导制度的参考之一。

在中德两国行政诉讼制度进行对比的过程中,难以解决的一个矛盾是:如何能够在我国权力分立体制缺位的前提条件下逐步建立起对行政权力进行有效制约的法律制度。从德国的法治理论和实践来看,对行政权进行司法控制是现代国家法治发达的基本标志之一。其基本性的观点是:如果没有分权体制作为前提,就不可能存在真正能够承担控权功能的行政诉讼制度。这与我国现行公法理论之间似乎有着不可调和的矛盾。笔者所持的基本观点是:权力分立的宪政体制在德国而言是行政法的前提,在我国而言则是宪政改革的动力。从应然的层面来说,我国可以考虑在现有体制之下通过建设独立的行政法院以及一定形式的宪法监督制度的方式来完善权力制约机制;当然,从实然的层面来说,这些制度构建的举措可能还需要假以时日以求更好的时机。

本书并非旨在对行政诉讼制度作出全面系统的研究,因此在体例安排上并不以系统完整为目标。在这一点上,本书不同于以前出版的相关论著,如胡芬著《行政诉讼法》^①与彭凤至著《德国行政诉讼制度及诉讼实务之研究》^②。从一定意义上来说,笔者于2009年出版的《德国公法权利救济制度》一书^③已经承担了系统介绍德国行政诉讼制度的功

① [德]胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社2003年版。

② 彭凤至:《德国行政诉讼制度及诉讼实务之研究》,台北行政法院1998年6月。

③ 刘飞:《德国公法权利救济制度》,北京大学出版社2009年版。

能。该书的第三章《行政诉讼法》共十一节内容中,述及德国行政诉讼制度的基本体系与宪法框架、行政法院的组成及其独立性、受案范围、管辖、证据、诉讼类型、主要审查内容、暂时法律保护制度、裁判形式、上诉程序与执行等内容。

从分析路径上来说,本书较为接近王天华著《行政诉讼的构造:日本行政诉讼法研究》一书(以下简称“王著”)。也正是出于此原因,笔者数次通读王著,获益不少。尽管其纯粹基于日本法学术背景,但仅就从王著中传达出来的信息而言,日本行政诉讼法的学说与理论体系、制度构架乃至学者的思维模式,都与德国法颇有相通之处。以王著中所阐释的在本书论述范围之外的部分内容为证,诸如“中止医院开设行为的劝告是否为行政指导”(第52~54页)、“国家法人说”(第69~71页)、“撤销判决的效力与行政行为的效力之间的内容区别”(第186~187页)等,无不清晰且完整地体现出了德式法律思维与规范适用模式。不仅如此,王著的体例编排也与德国学术著作相同,即目录之后,正文之前录有参考文献目录,正文之后附有“事项索引”。这些信息一方面印证了笔者以前形成的一些判断,另一方面也使得笔者在本书许多方面都不由自主地去与王著做比较。或许即便撇开上述考虑不谈,这样的比较也是具有学术意义的。因为本书与王著的基本共同点都在于依托大陆法系学术背景研究行政诉讼制度,而“行政诉讼”观念本身即为大陆法系所独有。与王著相比,本书限定的范围更窄一些:本书的目的不在于阐释行政诉讼制度的整体构造,而是在试图尽量准确把握德国行政诉讼制度理论体系与实践经验的基础上,基于比较法的视角来研究中国行政诉讼制度构造中的某些组成部分。具体来说,本书的探讨对象仅限于直接与行政诉讼制度的构造与本质相关的五项重要制度内容,即行政法院的独立性、受案范围、类型制度、暂时权利保护制度与判例制度。作者以为,这些内容是德国行政诉讼制度中颇为成功的、值得我

国借鉴的制度内容。至于其他的重要制度内容,则只有留待以后陆续进行了。

笔者最初考虑研究五个专题为受案范围、审查强度、举证责任制度、暂时法律保护制度与案例指导制度。经过前期资料收集与初步研究,基于研究兴趣、所掌握的资料与研究能力方面的综合考虑,笔者将原定研究计划中确定的专题研究内容作了一定调整。经调整后的五个研究专题确定为行政法院的独立性、受案范围、诉讼类型、暂时权利保护制度与行政诉讼中的判例制度。具体来说,原定五个专题中的审查强度与举证责任制度,被置换成了行政法院的独立性与暂时权利保护制度,其他三个专题基本没有作改动。至于审查强度与举证责任制度,以及笔者比较感兴趣的诸如公益诉讼问题、法官的规范解释权问题、行政协议诉讼的审理规则问题、公益代表人制度、诉讼中的和解制度、无效性确认之诉等,都还有待于深入研究。笔者将在今后的科研工作中,陆续对这些制度作出专门研究。

本书所附的《行政法院法》译本,系笔者在撰写本书过程中依据最新文本译出。将该法全本译出曾是笔者多年前的一个心愿。早在2000年,笔者曾建议胡芬著《行政诉讼法》一书^①的译者莫光华将该法译成中文,附在书后供读者参考。莫光华当时提出,应由笔者来翻译更为合适。后来由于种种原因,笔者未能完成此项任务。其中主要原因在于,德国《行政法院法》是一部篇幅较长的法规,如果动手翻译会需要占用不少时间。^②此次终于可以将德国《行政法院法》全文译出,也算是了却一桩“旧案”吧。《行政法院法》法律原本取自德国联邦司法与消费者保

① [德]胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社2003年版。

② 德国《行政法院法》全文译成中文后共计近四万字,从篇幅来说远大于新修订之后的《行政诉讼法》。即便将《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》计算在内,两部规范总计仅两万字。

护部官方网址(www.bmju.de)公布的最新文本,其最近一次修订的时间为2015年12月21日。全文附在本书之后,不仅可以作为读者阅读本书的重要参考,而且可以为以德国《行政法院法》为参照的比较研究提供一个新的参考文本。

目 录

第一专题 行政法院的独立性 001

- 一、引言 001
- 二、法院组织上的独立性 003
- 三、法官独立 004
- 四、我国建立独立行政法院的必要性 012
- 五、我国建设独立行政法院的体制可能性 017
- 六、结论与修法之后的展望 024

第二专题 受案范围 031

- 一、引言 031
- 二、行政诉讼受案范围的立法模式 033
- 三、行政诉讼受案范围的界定标准 039
- 四、排除范围的确定 054
- 五、结论 057

第三专题 行政诉讼类型制度的功能 061

- 一、问题的提出 061
- 二、可以拓展受案范围 062

- 三、有利于行政诉权的扩展 071
- 四、有利于行政诉讼结构与程序的完善 083
- 五、行政诉讼类型制度的功能 094
- 六、结论 104

第四专题 暂时权利保护制度 107

- 一、问题的提出 107
- 二、“停止执行”原则的适用范围 109
- 三、第 80 条确立“停止执行”原则的原因 113
- 四、“停止执行”原则的效力内容 117
- 五、对我国的参考意义 119

第五专题 判例在行政诉讼中的意义 122

- 一、问题的提出 122
- 二、判例法的形成——兼评梅利曼著《大陆法系》中的讹误 126
- 三、判例法的功能 132
- 四、判例法的渊源效力——规范效力抑或事实上的拘束力 142
- 五、法官造法的限制 150
- 六、结论 154

附录一 变迁中的德国行政诉讼制度 157

- 一、引言 157
- 二、简化程序的努力 158
- 三、欧盟法的影响 171
- 四、结论 176