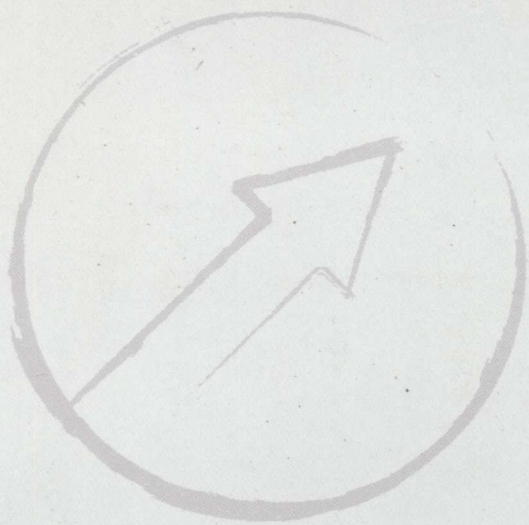


新视点法学丛书

总主编 | 张文显 王利明

行政诉讼判决 之选择适用

梁风云 / 著



人民法院出版社

新视点法学丛书

行政诉讼判决之选择适用

梁风云 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政诉讼判决之选择适用/梁风云著. - 北京: 人民法院出版社, 2007. 12

(新视点法学丛书)

ISBN 978 - 7 - 80217 - 510 - 5

I. 行… II. 梁… III. 行政诉讼—判决—研究 IV. D915.418.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 189197 号

行政诉讼判决之选择适用

梁风云 著

责任编辑 吴秀军 陈建德

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010)85250578 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中画美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 268 千字

印 张 15.375

版 次 2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 510 - 5

定 价 29.00 元

版权所有 侵权必究

《新视点法学丛书》编委会

编

委：(按姓氏笔划为序)

马怀德	卞建林	王利明	王振民
田平安	孙长永	朱 勇	江 平
江 伟	余劲松	吴汉东	吴合振
张文显	张明楷	张锦同	李汉昌
汪建成	沈德咏	陈光中	周叶中
罗玉珍	姜建初	姜明安	胡建森
徐显明	常 怡	黄 进	童兆洪
潘剑锋	宋随军(执行)		

丛书总主编：张文显 王利明

总主编助理：宋随军

总 序

由于众所周知的历史原因，我国的法制建设和法学研究经历了诸多曲折环节，在这段历程中，我们这一辈的人深刻感受到历史的吊诡：我国在解放前基本上实行的是西方资产阶级的法学教育，解放后则全面转向社会主义法律资源，其后是法律虚无主义，再后是法治和法学的复生、发展，直至今日，我们基本上走的是与世界接轨的法律和法学之路。这道弯转得大了，似乎隐含了经典作家所说的“否定之否定”，无论如何，我们看到历史的轨迹转向了正确的方向，与此相应，我国的法治事业和法学研究正呈现出蒸蒸日上的好气象。作为一名年长的法学教育工作者，我对此甚感欣慰。

然而，我在欣慰之余，我也有些失望。我感到，由于传统、历史和文化等原因，也由于一些学者欠缺自主意识和理性自觉意识，尽管近些年有一些振聋发聩之作品的问世，但从整体上看，与法治发达国家和地区相比，我国理论法学的研究大体上还是处于浅层次，没有在深入分析、认识和理解传统并借鉴外学的基础上自觉形成针对我国现实的问题意识，没有在深入挖掘、抽象和总结法学自身规律的同时自觉运用和借鉴其他学科的知识和方法，正是因为有这样的缺憾，能清晰阐明我们“应当怎么样”、“为何这么样”和“怎么这么样”的著述比较罕见，这不仅导致我国法学家在国际法学界基本上是集体失语，这种状况与我们泱泱大国的风范极为不符；更重要的是，这还导致实践操作上的人文式微和无力。

我希望新一代法学研究者在进行研究时，首先要敢于立足法学前沿问题，至少是某一突出的热点问题，敢想人之不敢想，敢言人之不敢言，敢提出有创建性的见解和建构性的思想；其次还要在熟练运用法学自身方法

外，尽量运用哲学、社会学、经济学等其他学科的方法和知识，使得法学能从其他学科汲取营养。如是以来，在百花齐放、百家争鸣中，中国的法学和法治事业势将有大的作为和大的突破。

《新视点法学丛书》给新一代法学研究者提供了展示自身实力的平台，以上寥寥数语算是我给它的寄语，希望它因入选的新一代法学研究者而扬名，也希望新一代的法学研究者因他而增辉！套用一句老话，诚可谓馨香而祝之矣！

是为序。

江 平

2005 年 8 月

编者的话

(一)

中国法制的近代转型始于清末改制。自清末改制以降，中华法系的传统法制逐步解体，西方的法学概念、法学理论以及法律制度开始在中国落地生根。迄今，中国法制近代转型的历程已逾百年。在这百年间，中国法制尽管有所中断、顿挫，但是，其基本方向却一直未变，即借鉴西方法律文明，推动中国法律制度从传统法制到现代法治。

从历史的纵向发展看，中国法制的近代转型经历了移植、磨合、融合、发展四个阶段。但是，从历史的横断面看，中国法制的近代转型在不同法域却表现出不同的发展状况。其中，在我国台湾地区，在继承清末改制的历史遗产基础上，已经能够较好地融合外来法律文化与中国传统文明，并根据自身的社会现实条件在求进一步的发展。在我国香港，在英国普通法传统的影响下，已经形成了自己较为稳定的法律制度和风格。在我国澳门，法律制度则呈现出较明显的大陆法系传统。在我国大陆地区，新中国建立后，法制建设经历了诸多顿挫与波折。其中，由于人为中断了法律制度、法律文化的历史继承，我国大陆地区现今的法律制度建设、法学发展面临着双重的问題：一方面，必须面向过去“继承”、“补课”；另一方面，又必须回应现在“创新”。就前者而言，只有将我国法制建设置于中国法制近代转型的历史视野中，才能清楚地看到我国法制建设的历史使命、发展方向以及自身的真实状况和不足；而就后者而言，通过借鉴我国其他法域的经验 and 尝试，可以减少不必要的周折和成本。

近年来，随着我国大陆地区社会经济条件的变化，尤其是基于社会主义市场经济的客观需要，法律制度正在经历着一场新的变革：社会生活对法律可预测性的要求越来越高；现代都市化生活对法律制度提出了新的需求。因此，通过对法律制度自身变革应当注意问题研究与探讨、司法实践经验的总结与体认、热点学术问题的争鸣与争锋乃至对其他法域法律制度

的研究,不仅有助于我国自身不同法域间的相互了解,为我国大陆地区法律制度的发展完善提供较为可行的借鉴方案,而且,还将在一定程度上推动我国不同法域之间的融合。

(二)

自党的十一届三中全会以来,在伟大的法治实践和时代精神的召唤下,我国法律研究工作者解放思想,推陈出新,在理论法学方面进行了广泛而有益的工作,极大地推动了我国法制实践和理论建设的前进步伐,也颇有成效地丰富和拓展了法学研究的领域和视野。

然而,由于传统及历史的原因,也由于一些学者自主意识和主体意识的匮乏和理性自觉意识的迷失,我国的理论法学研究总体来说始终停留在浅层次中:尽管理论法学的研究已逐渐成为许多人神往和关注的对象,但真正深入地剖析其理论改革和精神旨趣,从而在全面、深刻地分析、认识、理解传统并借鉴外学的基础上而能清晰地阐明我们法制现状及基础条件如何(既若何)、法制改革应当怎么样(应若何)和法制改革怎么才能这样(怎若何)的著述却甚为罕见,至于实践操作上的人文式微和无力也更是不言而喻的了。

这样说,可能有点吹毛求疵,也可能有点急于事成,法制事业的进展和法学研究的开展,不是一蹴而就的容易事,它需要几代人脚踏实地地辛勤工作。然而,“一万年太久,只争朝夕”,我们必须有正视自己弱项的勇气和视野,并尽快为弥补弱项而努力。新一代法学研究者绝不能只是在前人铺就的轨道进行简单承继和发展,而是要立足于深刻变迁的时代背景,掌握实践需求的动向,凭借理论敏感、社会良知和责任意识,借助古今中外的研究成果,运用多学科的方法技巧,走出属于自己的道路,真正践行自己的应有使命和贡献。当然,这也绝不是说打倒前人、从头再来。

尤应强调指出的是,由于法原本存在于人的社会生活之中及人的观念中,立法者、法官和法学家的任务不是制造法律,而是从现实社会生活中和人的理念中去发现法律,然后运用条文的形式、判例的形式或学说的形式将其表现出来。在这个意义上,我们的历史传统、我们所处的变革时代以及众多在场和不在场的“人民群众”给了我们一个学术的“富矿”,也让我们肩负起历史的重担。因此,法学研究从本土出发,从司法实践中体认并总结其经验教训,不断地从最新、最丰富的实践中汲取营养,丰富自己、修正自己、发展自己,是这门科学发展的必然要求。可喜的是,近些年来,许多年轻学者在各自的研究领域里做出了许多有益的探索,取得了

相当的成就。

(三)

有鉴于上述不太成熟的认识,编者以《新视点法学丛书》为平台,按照如下要求选辑出版了这套书目:

论文要注重研究中国问题,能立足于我国法学研究前沿,或至少是部门法学、或是实践中的突出热点问题,有创见性见解。它们要或能显示出有利于学术发展的价值,展拓我们的视野;或能立足于现状,就制度性缺陷提出建构性思路或设想。

论文的研究要是跨学科的,特别注意不要为我们的学科所限定,应当注意交叉学科的法学研究。根据特定的研究对象,尽量从社会学、人类学、经济学、哲学等学科的不同视角来研究中国法律问题。

论文的研究是运用多种方法进行的。

在我们的设想中,这是一个致力于推动我国法学理论研究的更生与繁荣、法律制度改革与完善的开放性学术文库。

易言之,她的宗旨是:立足于深刻变迁的时代要求和实践需要,凡足以反映某一流派学术观点、某一学科的建树、某一问题新的方法以及其他足资长期参阅的作品,均拟收录之,而结论的对错本身无需立现,只要言之有理,立之有据即可,端赖于在百花齐放、百家争鸣的争辩中展示出材料、方法论乃至思维定式,以此企求能对我们这个时代的学术风气、学术习惯有些许触动,并期望广大读者能够就著述者观点展开激烈争鸣,以有益于法学学术之研讨而取便于我国社会法制改革的进步。

《新视点法学丛书》书稿依照以下方法选定:初步选题首先由各高校知名法学教授参照选辑标准从本校遴选,然后由编委会综合各方面意见,最后根据我国现阶段学术发展及司法实践需要组织相关专业知名专家匿名评审而定。

鉴于各高校知名专家难以全部详耘相关书稿的实际情况,编委会特从北京大学法学院、中国人民大学法学院、中国政法大学、中国社会科学院法学研究所、清华大学法学院、华北电力大学等单位邀约了十余位不同学科、具有博士学位的青年学者参与初稿评审,先由他们对初定书稿详阅后就学术价值、市场前景提出审读意见供评审组专家参考。为保证书稿质量,编委会对遴选书稿实行评阅人、推荐人评语负责制,专家推荐意见署名附录相关书稿封后,供市场及广大读者检验。

《新视点法学丛书》从策划、选稿至今已经历时两年多,由于出版的

原因一直拖至今日。其间，我们也曾和有关出版社达成出版协议，但由于种种原因，原先选定的部分书稿一直未能面世，致使有的作者另转他处出版，不能不说是我们心中难以忘却的痛。当然编者因此也更加感受到人民法院出版社对我们支持的宝贵，在此，谨对人民法院出版社的领导以及责任编辑陈建德博士表示感谢。

最后，借用江平先生的鼓励作为结束语，与广大法学研究者和爱好者共勉：《新视点法学丛书》是给新一代法学研究者提供了展示自身实力的平台，希望她因入选的新一代法学研究者而扬名，也希望新一代的法学研究者因她而增辉！

编 者

2005 年 8 月 18 日

目 录

总序	(1)
编者的话	(1)
导 论	(1)
一、行政诉讼判决研究的主题	(1)
二、行政诉讼判决研究的方法论	(6)
第一章 判决概述	(14)
第一节 诉讼与纠纷解决机制	(15)
一、诉讼历史与纠纷解决机制	(15)
二、诉讼结果与纠纷解决	(18)
三、诉讼程序设计 with 纠纷解决机制	(22)
第二节 判决的意义	(25)
一、判决作为国家态度之存在	(25)
二、判决作为原告裁判请求权利对应物之存在	(27)
三、判决作为纠纷解决手段之存在	(29)
第三节 判决制度的历史发展维度和宗教(伦理)背景	(31)
一、西方判决制度的历史发展	(31)
二、中国判决制度的历史发展	(34)
三、判决历史的进一步思索——判决的宗教(伦理)背景	(39)
第二章 行政诉讼判决概述	(45)
第一节 作为国家司法权力的行政诉讼判决	(46)
一、司法权力独立于整个国家权力架构的历程鸟瞰	(46)
二、司法权力与行政公权力的平衡与制约	(50)
第二节 行政诉讼判决与行政诉讼目标模式	(56)
一、行政诉讼目标模式概述	(56)
二、行政诉讼判决与行政诉讼目标模式的实现	(65)

第三节 行政诉讼判决的效力	(70)
一、拘束力	(72)
二、确定力	(77)
三、形成力	(80)
四、执行力	(82)
第三章 形成类判决	(84)
第一节 撤销判决和重作判决	(86)
一、撤销判决在我国行政诉讼体系中的地位及其 评价	(86)
二、撤销判决的裁判基准时	(93)
第二节 变更判决	(110)
一、变更判决在我国行政诉讼判决体系中的地位 及其评价	(111)
二、变更判决的裁判基准时	(115)
第三节 舍弃、认诺判决	(122)
一、行政诉讼中舍弃、认诺判决之评价及其实益	(122)
二、舍弃、认诺判决的裁判基准时	(124)
第四章 给付类判决	(128)
第一节 一般给付判决	(129)
一、一般给付判决的现实载体及其评价	(129)
二、给付判决的裁判基准时	(137)
第二节 课以义务判决	(145)
一、课以义务判决之前提——诉之合法性	(145)
二、课以义务判决的裁判基准时	(152)
第三节 禁令判决	(158)
一、禁令判决之评价及其实施	(158)
二、增设禁令判决对完善我国行政诉讼法的重要意义	(159)
第五章 确认类判决	(161)
第一节 一般确认判决	(162)
一、一般确认判决在我国行政诉讼判决体系中的确立 及其评价	(162)
二、一般确认判决的裁判基准时	(172)
第二节 驳回原告诉讼请求判决	(181)
一、驳回原告诉讼请求判决在我国行政诉讼体系中的地位	

及其评价	(181)
二、驳回原告诉讼请求判决的裁判基准时	(187)
第三节 情况判决	(193)
一、我国行政诉讼制度中的情况判决及其评价	(194)
二、情况判决的裁判基准时	(198)
第四节 维持判决	(204)
一、维持判决在我国行政诉讼判决体系中的确立及其评价	(205)
二、维持判决的裁判基准时	(210)
余 论	(216)
参考书目	(218)
后 记	(230)

导 论

一、行政诉讼判决研究的主题

(一) 现实主题——我国二十年来行政诉讼判决制度的衍变

行政诉讼判决制度是行政诉讼法制度中最关键、最重要的部分，行政诉讼法中所有的规定都是围绕能够作出公正、合法和合理的判决展开的。本书将就行政诉讼法关于行政判决的制度进行实证讨论，并在实证研究的基础上提出一种相对明晰的方法论。将判决制度作为研究对象有别于学术界盛行的理论架构方法。从实证法学的角度研究行政诉讼判决，包含了近年来我对判决制度整体性的一些初步的看法。根据行政诉讼判决制度整体性研究的分析理路，判决制度之源流、民事判决制度之展延、行政诉讼判决制度之衍变，均在观察的范围之内。通过对行政诉讼判决制度的研究，用较为规范的法学术语去证实一些我们以为已经证明，但实际上远未证明的现象。我在本书中将就行政诉讼判决制度这个关键节点证实有关行政诉讼术语、行政诉讼理念，打通行政诉讼法学中几个极为重要的理论领域。

行政诉讼判决制度仅仅是一种法律制度。制度是一种共守的约定，约定的信仰性围范着制度。制度是特定历史时期有关政治、经济、文化、社会的约定形式。制度是一个时间性的概念，将随历史条件的变更而变更；制度是一个空间性的概念，集体确定的信仰和行为方式组成其间架。^① 选择行政诉讼判决制度作为研究主题，主要是基于：判决制度是一种行政法治变迁的标尺，记录着行政法治变迁中的最后“博弈”结果；行政诉讼判决制度是行政法治资源的组合符号，标示社会成本中的最大额度；行政

① 例如迪尔凯姆认为，一切由集体所确定的信仰和行为方式称为“制度”(institution)，社会学其实就是关于制度及其产生与功能的科学。参见[法]E·迪尔凯姆：《社会学方法的准则》，狄玉明译，商务印书馆1995年版，第二版序言，第19页。

诉讼制度还是一种有内生性变异特征的实体，它甚至脱离当初设计者的初衷并按照自己的运行逻辑展延。截取了制度这一横断面，便使我们找到了研究行政诉讼判决的最初底质：行政诉讼判决是行政诉讼制度中最为关键和核心的观念之一。当然，我们的制度范围也有一个限定。

这个“法律制度”是一个多层次的组合体。首先是一种社会制度。我们的分析并不探入社会主义与资本主义的意识形态，我们只介入其公法与私法的论析，公法制度与私法制度并非两种隔离迥异的制度，而只是存在深层结构性困境的两种现实存在。我们分析理路强调不同的知识系统在中国社会法治变迁过程中的相互遭遇，这种遭遇支持不同知识系统的沟通和转换。制度中容纳了非同质的融合。此外，这种“制度”并未局限于政策方略、宪法、法律、行政规章等典章化事实，而是进一步追究了这些事实背后藏隐的社会认知、政策跟随等一系列深层原因。因此，我们这里所讲的“制度”是一种从广泛意义上进行观察的原始底色，尽管这种底色在运行中折射出多种光泽。

任何制度都是历史性的，是规则的延续及生成过程。作为一种学术态度，立论上的头脑冷静、论证上的心态客观至关重要。所以，作为本书现实主题的“行政诉讼判决制度”，首先源于行政诉讼法的颁布和实施。这是我们研究的起始点。行政诉讼制度仍然在变迁，但制度已显现出拥有多种选项的多元化格局。当制度变迁中出现法律规则时，“行政诉讼判决”这种判决形式、这种概念便产生了。我们研究行政诉讼判决实际上更多的是研究行政诉讼判决在法治状态下的运行规则。当然，对于行政诉讼判决制度的研究不仅限于法律制度，仍然涉及到诸如政策、社会规则、习惯、伦理道德等等方面的探究。

（二）学术主题——主要是行政诉讼法学视野中的行政诉讼判决

本书的学术主题是如何从行政诉讼法学视角去观测行政诉讼判决。这种观测必须有一个合适的坐标，然后用这种坐标去丈量和勘测行政诉讼判决的基本理念和基础理论。我首先选取的是现有的法律规定，其中包括西方国家和我国的规定。在之后的阐述中，对于各个国家以及各个时代的行政诉讼判决制度都将有所阐述。在此基础上，我将探讨行政诉讼判决的历史源流、学术意蕴、核心概念、适用条件、裁判基准时等重大问题，进而在分析和研究这些问题的过程中，透过对已转变为“学术性常识”的理论、分析性概念和框架的反思和批判，建构一种可能解释这些问题的理论分析框架。

行政诉讼法学体系包括理论研究、实证研究和对策研究三大部分。一种有效的方法论,应当在提出概念、观察实践和解决现实问题方面具有坚实的基础。在法律变迁理论中,昂格尔曾经与中国的历史经验相对应,建立了分析法与社会关系类型论的概念框架,即“习惯的或相互作用的法”、“官僚的或管理的法”以及“法秩序或法体系”。这种理论框架令人称道的地方是洞烛先机地为后现代主义法学思考提供了支撑点,但其关于中国社会规则中概念的认识却不够洗炼。认为“习惯法”与“官僚法”可进行某种短路式接合更是西方人的外观理解。实际上,解读中国行政诉讼法学必须采用中国的暗码体系。这些暗码体系是中国行政诉讼法学理论研究特有包涵:在心理学层面上,表现为欲望和理性的纠葛;在认识论层面上,表现为理论和事实的二律悖反;在政治实践层面上,表现为规则与价值、政策与法律的区别和内在紧张情势。

在理论研究领域,中国行政诉讼法学中控权与维权之争不会给行政诉讼法理论注入生机与活力,也将不会给行政诉讼法学带来繁荣与兴盛。我认为,中国行政诉讼法学界建立一种联系实证和对策研究相结合的学术传统尤为重要。这种学术传统是一种知识的传承,还是一种在既有的学术传统中所展开的知识增量和在此一传统外对之进行反思的工作。当然,这种学术传统的精核在于对现有认识的批判及在批判基础上汲取性的创新。学术主题的意图在于遵循一种反思和批判的理路。在某种意义上即是 Pierre Bourdieu 所主张的对已形成的“学术性常识”(Scholarly Common Sense)进行反思性整合。他说:“要构建一种科学的对象,首当其冲的是要与常识划清界限。也就是说,与那些被大家共同持有的见解划清界限,不管它是日常生存状态里的老生常识,还是一本正经的官方见解。这些常识性东西往往嵌入在制度之中,从而既体现在社会组织的客观性上,又反映在社会组织参与者的思想里。预先构建之物无所不在,……”^①

但是,我们的“学术性常识”在哪里?行政诉讼法学界匮乏一种学术积淀,缺乏一种在共识语境下的理论争鸣,大多数是在独自声喊,鲜有针对性的论驳。因此,对于维权与控权的观念不是建立学术性常识的关键路途。学术性常识是一系列真知灼见的相互叠加而非重复研究。从制度意义上而非从纯粹的理念意义上研究行政诉讼法学有助于建立这种学术性常识。不盲目崇拜制度,不率性无视制度,方为学术之途。论述到此,我不得不谈谈学术界的两种奇怪心理:自卑心理和冒失心理。自卑心理是这样

^① P. Bourdieu and L. T. Wacquant, *Invitation to Reflexive Sociology*, p. 235 ~ 238.

一种态势：以为中国行政诉讼法学无法构筑自足体系，只有拣拾国外行政诉讼法学的牙慧才可求得生存。这样，持有自卑心态的行政诉讼法学者走入了两个误区：一个误区是不假思索地接受西方行政诉讼法学的东西，甚至不惜用西方行政这把剪刀去裁剪中国现实，动辄以国外理论“匡正”中国的现实，以国外行政诉讼法理论为主臬，遑论质疑。另外一个误区是陷入法律规定不能自拔。行政诉讼法学教科书中多数不是谈法学理论，而是抄录法律条文。不准备把握行政诉讼法学规律的学者统统接受了这种简单易得的手工劳动，从而形成一种“法律拜物教”、“法律教义学”的倾向。对于此种倾向，德国学者考夫曼（Arthur Kanfmann）有深刻的批揭：“什么是教义学，依照康德的意思，认为‘对于本身之能力不予预先批判之纯粹理性的独断手续’。教义学者，通常从一个前提出发，即对一事物不加考虑，而以预先赋予（Ex datis）之真理加以接受。法律教义家通常不提出疑问，即：法律究竟是什么？法律的认识是不是存在？在何种情形下而存在？在何种范围，以何种方式而存在？不过这并不是说，法律教义学是在毫无批判之情况下进行，当法律教义学在进行批判性的研究时，譬如对法律之规范加以批判性的检讨时，法律教义学也是从体制内部（Systemimmanent）的问题进行论证，而不及于现行体制之是非上着眼。在法律教义学之领域内，这种态度，完全属于正统方式，但是这种态度之危险性，乃在于法律教义学认为法律哲学与法律理论学之非教义性的思考方式是一种不必要的做法，是一种‘纯理论性’的方式，从而否定其科学之性格。”^① 自卑心理其实也是懒惰心理和保守心理在作怪。而另外一种心理——冒失心理则是出于无视和短见。怀冒失心理的行政诉讼法学者大多倡言行政诉讼法学要进行整体改革。这种心理贬低了学术界已存有的学术积累，脱离了行政诉讼法学渐进发展的客观轨迹。实际上，行政诉讼法学的发展是一个渐进的叠加过程，而不是学术界的暴动过程。任何知识都是从有限认识蔓延为更大广度和深度的有限认识的。包括行政诉讼制度在内的所有法律制度的发展应当置于一种稳定和连续的过程之中，而不是将其随意打断或恣意摧毁。法律与革命事实上存在一种悖律关系。正如伯尔曼在《法律与革命》中指出的：“……一种法律制度的根本转变是一件自相矛盾的事情，因为法律的基本目的之一是提供稳定性和连续性。此外，所有社会中的法律都从它以外的某些东西获得权威性，如果一种法律

① [德] Arthur Kanfmann:《论法律哲学、法律理论学与法律教义学》（合刊），《法学丛刊》第114期。