

国家社会科学基金项目资助
上海市教育委员会科研创新重点项目资助
中国行为法学会部级法学研究课题资助

宪
政
论
丛

行政行为可诉性研究

——理论重构与制度重构的对接

本书是作者多年从事行政行为可诉性研究的理论成果，系作者主持的国家社会科学基金项目“行政行为可诉性研究”（0406003）的阶段性成果。本书在作者多年从事行政行为可诉性研究的基础上，结合我国行政法治建设的实际，对行政行为可诉性的理论问题进行了系统的梳理和深入的研究。本书在理论层面，对行政行为可诉性的概念、特征、范围、标准等问题进行了深入的探讨；在制度层面，对行政行为可诉性的程序、救济等问题进行了系统的研究。本书的出版，对于完善我国行政法治理论，提高行政行为可诉性的研究水平，具有重要的理论意义和实践价值。

茅铭晨 著

Stability of Administrative Actions:
Joining Theoretical and Institutional Reconstructions

北京大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

行政行为可诉性研究:理论重构与制度重构的对接/茅铭晨著. —北京:北京大学出版社,2014.9

(宪政论丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 24568 - 2

I. ①行… II. ①茅… III. ①行政诉讼—法律行为—研究—中国
IV. ①D925.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 170787 号

书名:行政行为可诉性研究——理论重构与制度重构的对接

著作责任者:茅铭晨 著

策划编辑:周 菲

责任编辑:李昭

标准书号:ISBN 978 - 7 - 301 - 24568 - 2/D · 3638

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://www.pup.cn>

新浪微博:@北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电子信箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者:三河市北燕印装有限公司

经 销 者:新华书店

965 毫米×1300 毫米 16 开本 17.25 印张 265 千字

2014 年 9 月第 1 版 2014 年 9 月第 1 次印刷

定 价:39.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

前 言

行政行为可诉性,也被称为行政行为“可审查性”(reviewability)^①,是指行政主体作出的行政行为可以被诉诸法院进行行政诉讼或司法审查的属性。对行政相对人而言,行政行为可诉性即行政相对人对行政行为提起行政诉讼或请求司法审查在法律上的可能性^②;对法院而言,行政行为可诉性即法院对行政行为进行审查的权限的合法性;对行政机关而言,行政行为可诉性即行政机关对法院就其作出的行政行为进行审查、作出裁判的服从性^③;对行政诉讼制度而言,行政行为可诉性则反映了制度设计者对行政行为接受法院审查必要性的考量。

根据我国《行政诉讼法》关于行政诉讼受案范围的概括式规定,行政行为是可诉的。在域外,无论是大陆法系国家还是英美法系国家,除法律特别规定的极个别情

^① See Ernest Gellhorn and Ronald M. Levin, *Administrative Law and Process*, 4th edition, West Academic Publishing, 1997, pp. 342—346.

^② 当然,行政相对人对行政行为提起行政诉讼或请求司法审查仍需符合一定条件。例如,我国《行政诉讼法》规定,提起行政诉讼应当符合下列条件:(1)原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织;(2)有明确的被告;(3)有具体的诉讼请求和事实根据;(4)属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖。

^③ 行政机关对法院就其作出的行政行为进行审查、作出裁判,只能接受和遵守,不可拒绝和对抗。

形外,行政行为也是可诉的。^①从法治国家的要求讲,行政行为也应当被纳入司法审查的范围。这是因为:第一,在法治国家,行政权是国家宪法、法律赋予行政机关执行法律、实施行政管理活动的权力。作为执行法律、实施行政管理活动的行政行为,自然应当受到法律监督,且除了行政机关自我纠正外,唯有通过法律监督,才能裁断是非,纠正、制止和追究违法的行政行为。第二,行政权来源于公民权利,并被要求以维护、发展公民权利为己任。因而,当公民权利受到行政行为侵害时,公民自然应当拥有排除侵害、维护自身权益的请求权。第三,现代行政权存在于民主和法治的环境之中,受到行政诉讼或司法审查制度的约束。民主和法治赋予公民对行政行为有通过行政诉讼或司法审查进行监督的权利。如果公民面临能够对其法律上的权利义务产生影响的行政行为却没有救济的司法途径,或者法院面临一个违法的行政行为却没有司法监督的权力,这样的国家就谈不上是一个法治国家。因此,在法治的视角下,可诉性应当是行政行为的法治属性。这本来是一个不需要讨论的问题。但在《行政诉讼法》及其司法解释最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《若干问题的解释》)关于行政诉讼受案范围的具体条款中,许多行政行为却被排除出了行政诉讼受案范围。^②实践中,更有大量行政行为被法院以不属于行政诉讼受案范围为由不予受理。理论界甚至常常把行政行为划分为“可诉行政行为”与“不可诉行政行为”这一对“基本范畴”。^③

行政行为可诉应然性与实然性的分离,导致大量行政行为游离于司法审查之外,对行政法治原则构成了现实威胁,成为中国建设社会主义法治国家进程中亟待破解的一个理论问题和亟待解决的一个实际问题。2009年

^① 在法国,行政行为作为行政诉讼的“通道”,属于行政诉讼受案范围。在德国和其他一些大陆法系国家和地区,可诉行为除了行政处分外,还包括除法律特别规定外的一切非宪法性公法争议。英美法系国家虽然没有像大陆法系国家行政法学中那样严格的行政行为概念,但原则上,行政机关的行为也是可诉的。

^② 这固然有当时我国行政诉讼制度刚刚起步、条件尚不够成熟的原因,但随着法治的发展,拓展行政诉讼受案范围、实现行政行为可诉性,已经成为时代对行政诉讼制度发展的要求。

^③ 参见胡建森主编:《行政行为基本范畴研究》,浙江大学出版社2005年版,第253—267页。

12月,全国哲学社会科学规划办公室将“行政行为可诉性研究”列于2010年度国家社科基金项目指南条目中,向全国发出课题申报通知。这说明,“行政行为可诉性”在我国不仅不是“一个不是问题的问题”,而且还是一个从国家层面急需研究解决的重大问题。

绝非偶然,在全国哲学社会科学规划办公室2009年12月发出《关于做好2010年度国家社会科学基金项目申报工作的通知》(社科规划办通字[2009]29号)前夕,最高人民法院先后发出了《关于当前形势下做好行政审判工作的若干意见》和《关于依法保护行政诉讼当事人诉权的意见》。这两个《意见》的核心内容是:要“畅通行政案件受理渠道”,“切实解决行政诉讼有案不收、有诉不理的问题”。这再次说明,我国《行政诉讼法》概括式规定可诉的行政行为,在司法实践中其实未必都实现了可诉;行政行为可诉性问题,不仅是一个亟需解决的理论问题,而且也是一个迫切需要解决的司法实践问题。

出于对“行政行为可诉性”研究价值的深度理解,也鉴于笔者在这个领域的研究基础和对这个领域的研究兴趣,笔者以“行政行为可诉性研究——理论重构与制度重构的对接”为题申报了这个课题,并有幸被全国哲学社会科学规划办公室批准立项。作为研究的起点,我想在《前言》中就我对本课题的基本理解和基本研究思路,作一些必要的说明性交代。

与民事案件、刑事案件统归人民法院管辖不同^①,由于我国行政诉讼实行人民法院特定主管原则,即人民法院只主管法律规定的那一部分行政案件,因而,对行政诉讼而言,人民法院主管行政案件的范围,即“受案范围”,是一个特别突出和重要的问题。因为,它涉及一项行政争议能否诉诸法院寻求解决,涉及司法权与行政权的关系,涉及行政诉讼制度与其他监督行政制度的关系,涉及司法对公民、法人和其他组织权利救济的广度。

至今形成的有关行政诉讼受案范围概念的通说,即行政诉讼受案范围

^① 平等主体的公民、法人和其他组织之间发生合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以申请仲裁。但这些案件本身是属于人民法院管辖的,只是当事人合意选择仲裁,才导致由仲裁机构管辖。

“是指哪些具体行政行为应当接受人民法院的司法审查,也就是说,人民法院对哪些行政案件拥有审判权”^①,与我国《行政诉讼法》第二章“受案范围”表述的内涵一致。但是,笔者近来在对行政行为可诉性问题的研究中发现,有必要将行政诉讼受案范围概念分为狭义和广义两种。因为,我国《行政诉讼法》在第九章“侵权赔偿责任”中明确规定,“公民、法人或者其他组织的合法权益受到行政机关或者行政机关工作人员作出的具体行政行为侵犯造成损害的,有权请求赔偿。……可以向人民法院提起诉讼”,虽然此类诉讼被学界称为“行政赔偿诉讼”,但其毕竟是由《行政诉讼法》规定的。因而,广义地讲,行政赔偿诉讼也属于行政诉讼,行政赔偿范围也属于行政诉讼受案范围。于是,笔者以为,就目前而言,行政诉讼和行政诉讼受案范围,均存在广义和狭义两个概念:狭义的行政诉讼不包括行政赔偿诉讼,广义的行政诉讼包括行政赔偿诉讼;狭义的行政诉讼受案范围不包括行政赔偿范围,广义的行政诉讼受案范围包括行政赔偿范围。从既有教科书和学术论著来看,过去我们讲行政行为可诉性,一般都是针对狭义行政诉讼而言的。通说认为,我国《行政诉讼法》和《若干问题的解释》是以行政行为(实际上是以具体行政行为)作为这两部法律文本“受案范围”通道的,即从狭义的行政诉讼受案范围讲,人民法院只主管因行政行为(实际上只限于具体行政行为)引起争议的案件。因而,作为与狭义的行政诉讼受案范围相关的行政行为可诉性研究,其“可诉性”之“诉”迄今都是指狭义的行政诉讼。但笔者认为,对行政行为可诉性的认识应当从狭义走向广义。因为任何属于广义的行政诉讼也都是法院对行政的监督制度,都是行政法的救济制度,都由行政诉讼法加以规定。例如,根据我国《行政诉讼法》并结合《国家赔偿法》关于赔偿范围的规定,行政事实行为具有行政赔偿诉讼意义上的可诉性,因而,广义地讲,行政事实行为也是可诉的。本书在后面的研究中还将提出,为充分实现行政行为的可诉性,我国应当构建行政诉讼类型,以便将某些特殊行政行为纳入与其相适应的行政诉讼类型。例如,行政合同、行政法规和行政

^① 罗豪才主编:《行政法学》,北京大学出版社2001年版,第286页。

规章之外的行政规范性文件(行政规定)都可以被纳入到一定的诉讼类别中来。总之,本书将从实现“除法律明确排除的外,行政行为均具有可诉性”的目标出发,超越过去局限于狭义行政行为可诉性的羁绊,从广义行政行为可诉性的视角展开研究。也就是说,本书对迄今为止行政行为可诉性问题的阐释,针对的是“通说”所指的行政诉讼,即狭义的行政诉讼;而展望将来行政诉讼制度的发展前景、对行政诉讼制度未来发展的研究则着眼于广义的行政诉讼。笔者以为,这是本书研究行政行为可诉性需要预先交代清楚的一个问题,提请读者注意。

导致行政行为不可诉的因素相当复杂,包括行政行为理论因素、行政诉讼制度因素和行政诉讼司法环境因素等。行政行为理论直接影响行政行为的可诉性质,但行政行为可诉性的实现又与行政诉讼制度和行政诉讼司法环境密切相关。因此,在我国这样一个行政行为可诉性实现程度不高的国家,要充分实现行政行为可诉性,需要既从理论层面、又从制度层面和司法环境层面展开研究,探寻解决路径,通过行政行为理论重构、行政诉讼制度重构、行政诉讼司法环境的改善以及这几个方面的相互对接、相互协调和相互支持才能解决。这是本书解决行政行为可诉性的基本思路。由于本课题的研究主题是通过行政行为理论重构和行政诉讼制度重构的对接解决行政行为的可诉性问题,因此,本书在篇幅上将较多着眼于理论重构和行政诉讼制度重构及两者的对接研究。

在大陆法系代表性国家,德国学者创造了狭义而精细的“行政行为”(Verwaltungsakt,又译为“行政处分”)概念;同时,为适应宽泛的行政诉讼受案范围,联邦德国《行政法院法》又以“一切非宪法性质的公法上争议”来表述因行政行为和行政机关的其他非宪法性质的公法行为引起的争议。而法国学者则以“行政行为”(Acte Administratif)指称行政机关进行活动的法律手段;同时,该术语又担负行政诉讼“通道”的功能,其外延随行政诉讼受案范围的不断拓展被拓至甚大。

我国行政法的理论架构和制度框架,主要受大陆法系的影响。由于在汲取域外学说时未足够重视各国“行政行为”的差异,致使将接近于德国行

政行为学理概念的“具体行政行为”去担负类似于法国行政诉讼“通道”的制度功能,导致行政诉讼“通道”狭窄及行政行为内涵、外延、可诉性混乱。

为界清和拓展行政诉讼受案范围,多年来,我国行政法学界对行政行为及其可诉性开展了一些研究,取得了一定学术成果。这些成果主要见诸于:胡建森:《行政诉讼法学》,高等教育出版社2003年版;陈咏梅、孙丽峰:《试论抽象行政行为的可诉性》,载《人大研究》2005年第10期;江必新:《是恢复,不是扩大——谈〈若干解释〉对行政诉讼受案范围的规定》,载《法律适用》2000年第7期;章志远:《行政行为概念之科学界定》,载《浙江社会科学》2003年第1期;叶必丰:《行政行为的分类:概念重构抑或正本清源》,载《政法论坛》2005年第5期;张娟:《窘境与化解:行政行为概念之重构》,载《安徽农业大学学报(社会科学版)》2007年第1期;朱新力、高春燕:《行政行为的重新定位》,载《浙江大学学报(社会科学版)》2003年第6期;郝明金:《行政行为的可诉性研究》,中国人民公安大学出版社2005年版等。但现有研究存在以下不足:

其一,绝大多数研究者仅就某一类行政行为的可诉性展开研究,系统性研究较少。例如,有的分别研究了行政机关对公务员作出的人事管理决定、抽象行政行为或准行政行为的可诉性,有的则在同一篇论文中同时表达了作者对准行政法律行为、行政事实行为、抽象行政行为、双方行政行为、行政不作为可诉性的见解。这些研究尚未从整体上重视我国当下行政行为理论的缺陷,也未能从重构行政行为体系的角度打开解决问题的思路。

其二,虽有研究者注意到现行行政行为概念因在理论及实践上存在诸多误区,对其进行反思与重构已经极为迫切,但多年的反思似乎只热衷于套用“法国模式”或“德国模式”对我国行政行为概念进行抛弃式重构。“法国说”主张,应当摒弃行政行为的法律效果要素,将其定位为所有行政权作用下的行为。这不仅使行政行为概念过于宽泛,而且超越我国行政诉讼制度的现状和在可预见的将来的可能的发展。“德国说”主张,对行政行为概念,应当秉承严格主义的立场,坚持外部法律效果要素,缩减其外延与内涵,将法规命令、行政合同、内部行为、行政指导、行政计划、事实行为作为与其同

一位阶的概念,一道列入行政诉讼之中。这一主张虽然维护了行政行为理论的精细性,但却丧失了行政行为概念的理论涵盖性和制度功能。还有学者试图兼采法国行政行为概念的制度功能和德国式精细的行政行为理论,主张在将行政行为作为一个包容性很强的、担负诉讼“通道”功能的概念的基础上,另创与德国“行政处分”相当的“行政处理”概念来概括具有法律行为特征的具体行政活动。然而,这一“兼收并蓄”的主张并未就如何重构行政行为理论作具体的、系统的阐释,也未充分注意行政行为理论重构与行政诉讼制度重构的对接问题。

其三,另有为数不多的研究者试图对行政行为的可诉性问题作系统性研究,但基本上只是对现有理论和制度进行教科书式的介绍和解释。

其四,目前理论界的相关研究,主要侧重于行政诉讼制度重构和行政诉讼司法环境的改善,较少从行政行为理论重构的角度展开研究,更缺乏从这几个方面的相互对接、相互协调和相互支持的角度展开系统性研究。

由于研究方法存在缺陷,所以现有研究提出的对策建议难以成为解决行政行为可诉性的妥善方案。

现有研究的不足和缺陷,令本书的研究有了填补和拓展的空间。

本书研究的主要内容包括:

(1) 中国大陆外“行政行为”概念考。这部分内容将分别考察法国、德国、日本、中国台湾地区、英国和美国的行政行为概念,分析、比较各国或地区行政行为概念的共同点和差异,研究各国或地区行政行为概念的相互影响或承接关系,以便为重构中国大陆行政行为体系寻求域外理论借鉴。

(2) 中国大陆外可诉“行政”行为的制度设计。这部分内容将分别考察法国、德国、日本、中国台湾地区、英国和美国可诉“行政”行为的制度设计,以便为重构中国大陆行政诉讼制度、并将其与重构的行政行为理论对接吸收域外经验。

(3) “行政行为”在中国大陆。这部分内容将分别考察中国大陆行政行为的法律概念和学理概念、中国大陆可诉行政行为的制度设计、行政行为的制度功能,并与其他国家或地区进行比较,目的是分析现今中国大陆行政行

为概念以及涉及行政行为可诉性的制度设计存在的缺陷。

(4) 中国大陆行政行为及其可诉性研究综述。这部分的研究将主要涉及:中国大陆关于行政行为理论在行政法学体系和行政法制度中的地位的研究;关于中国大陆行政行为概念与大陆法系国家或地区行政行为概念的比较研究;关于中国大陆具体行政行为概念与德国行政处分概念的比较研究;关于行政法律行为与行政事实行为、准行政法律行为及其可诉性的研究;关于具体行政行为与抽象行政行为及其可诉性的研究;关于外部行政行为与内部行政行为及其可诉性的研究;关于单方行政行为与双方行政行为(行政合同)及其可诉性的研究。这部分研究的目的是挖掘迄今为止中国大陆行政行为及其可诉性研究的成果,分析研究存在的缺陷,探寻突破现有研究局限性之路。

(5) 中国大陆行政行为打开的诉讼通道不畅之因。这部分内容将分别从理论缺陷、制度缺陷和司法环境缺陷三个方面,分析造成中国大陆行政行为打开的诉讼通道模糊而狭窄的原因,为下面研究中国大陆实现行政行为可诉性的路径做好铺垫。

(6) 中国大陆实现行政行为可诉性的路径。这部分内容是全书的重点和集中反映作者思想的部分,字数篇幅超过全书的五分之二。由于内容比较庞大,故将其分为两章,分别从理论重构、制度重构两方面展开研究,通过理论重构与制度重构的对接提出中国大陆实现行政行为可诉性的路径。

(7) 结语。本部分内容将对本书的研究方法、研究逻辑、研究进路、主要观点和思想进行概要梳理和总结,以使读者在读完全书后能够对本书的研究脉络、框架和主要观点、思想有一个更加清晰的了解。

笔者将借助于文本分析、规范分析、实证分析和比较分析等方法,通过以上环环相扣、层层递进的七个部分,展开理论研究和制度分析。其中,前四部分内容主要是为后面的研究作国内、国际以及理论、制度的参照和背景;第五部分内容主要是为后面的研究揭示问题背后的理论、制度和司法环境原因;第六部分内容是本书研究的落脚点,主要是提出中国大陆实现行政行为可诉性的路径和方案;第七部分内容主要是对本书的研究结论

进行总结。

本书的核心思想是,重构概念更加宽泛、边界更加清晰的行政行为体系和受案范围更加宽泛、明确的行政诉讼制度,并实现两者的对接。这是界清和拓展我国可诉行政行为边界、充分实现行政行为可诉性的治本之举。具体来说,由于现今我国概念狭窄的“具体行政行为”担负着行政诉讼“通道”的制度功能,因而要界清和拓展行政诉讼受案范围,就需要对我国业已形成的行政行为体系进行改良式而非抛弃式的理论重构,界清和拓展行政行为的概念和范畴,并以概念更加宽泛、边界更加清晰的“行政行为”取代制定法中的“具体行政行为”;同时,也要改革行政诉讼受案范围的立法方式,修改涉及行政诉讼受案范围的相关法律规定,构建行政诉讼类型,拓展对滥用自由裁量权的审查,扩张可诉权利,建构受案范围更加宽泛、明确的行政诉讼制度,从而通过行政行为理论重构、行政诉讼制度重构以及两者的对接,解决行政行为可诉性问题。关于解决行政诉讼司法环境问题,本书主要将从行政诉讼制度的执行和行政诉讼司法资源两个方面进行研究,并概括性地提出解决方案。

目 录

绪论 / 1

第一章 中国大陆外“行政行为”概念考 / 3

一、法国 / 3

二、德国 / 7

三、日本 / 13

四、中国台湾地区 / 16

五、英国和美国 / 20

第二章 中国大陆外可诉“行政”行为的制度设计 / 22

一、法国 / 24

二、德国 / 32

三、日本 / 34

四、中国台湾地区 / 36

五、英国 / 39

六、美国 / 42

第三章 “行政行为”在中国大陆 / 46

- 一、中国大陆行政行为的法律概念 / 47
- 二、中国大陆行政行为的学理概念 / 49
- 三、中国大陆“可诉行政行为”的制度设计 / 54
- 四、行政行为的制度功能:中国大陆与其他国家或地区的比较 / 59

第四章 中国大陆行政行为及其可诉性研究评述 / 67

- 一、关于行政行为理论在行政法学体系和行政法律制度中的地位的研究 / 68
- 二、关于中国大陆行政行为概念与大陆法系国家和地区行政行为概念的比较研究 / 69
- 三、关于中国大陆具体行政行为概念与德国行政处分概念的比较研究 / 71
- 四、关于行政法律行为与行政事实行为、准行政法律行为及其可诉性的研究 / 72
- 五、关于具体行政行为与抽象行政行为及其可诉性的研究 / 87
- 六、关于外部行政行为与内部行政行为及其可诉性的研究 / 92
- 七、关于单方行政行为与双方行政行为(行政合同)及其可诉性的研究 / 97

第五章 中国大陆行政行为打开的诉讼通道不畅之因 / 106

- 一、理论缺陷 / 110
- 二、制度缺陷 / 123
- 三、司法环境缺陷 / 128

第六章 中国大陆实现行政行为可诉性的路径(一):

理论重构 / 134

- 一、行政行为的诉讼制度功能 / 136
- 二、行政行为的理论重构 / 142
- 三、理论重构后的行政行为体系 / 161

第七章 中国大陆实现行政行为可诉性的路径(二):

制度重构 / 164

- 一、受案范围立法模式的改革 / 164
- 二、行政诉讼类型的构建 / 169
- 三、对滥用自由裁量权审查的拓展 / 223
- 四、可诉权利的扩张 / 229

结语 / 247

参考文献 / 256

后记 / 260

绪 论

行政行为这个概念,在行政法这个部门法中具有特别重要的意义。虽然各国行政法的制度存在差异,但一般来说,无论是大陆法系国家,还是英美法系国家,“某种行为是不是行政行为,往往构成司法审查的先决条件,因为只有行政行为才能成为司法审查的对象。不是行政行为就不能予以审查,从而也就谈不到撤销。”^①在大陆法系国家,行政行为(行政处分)是行政法学理论的一个基本范畴,是行政法学研究的核心问题。虽然,英美法系国家并未形成如同大陆法系国家那样的行政行为概念,但其对行政的司法审查也无法回避对行政行为的考量。

我国行政法制度和行政法学理论带有比较明显的大陆法系色彩,因而,行政行为也是我国行政法学理论的一个基本范畴和行政法学研究的核心问题。与此同时,行政行为在我国还是一个行政法的法律概念,承担着行政诉讼“通道”的制度功能。但一方面,我国现今概念上的“行政行为”,仅仅是行政诉讼的“必要”条件,而非行政诉讼的“充分”条件,即唯有行政行为才属于我国行政诉讼的受案范围,但并非举凡行政行为均属于我国行政诉讼的受案范围。在我国,可诉的行政行为并不包括所谓的抽象行政行为、内部行政行为、终局性行政行为、驳回

^① 龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社2003年版,第433页。

当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为。^① 另外,仅涉及合理性而不涉及合法性的行政自由裁量行为,原则上也不属于人民法院行政诉讼受案范围。不仅如此,在司法实践中,即使一般情况下属于可诉的行政行为,如果遇到涉及公共利益,涉及人身权、财产权之外的权利等情况,也难以被纳入司法救济的范围,甚至被解释成不具有可诉性。涉及民事法律关系的行政纠纷则往往在民事案件立案和行政案件立案之间相互推诿,即可诉的行政行为还与行政行为涉及的权利性质有关。此外,行政合同等行为的可诉性问题在我国也是有待明确的“疑难问题”^②。另一方面,在我国,关于行政行为的概念及边界,各种观点自圆其说,自成体系,迄今并无统一的学理认识。行政行为仅仅是我国行政诉讼受案范围的必要条件,而非充分条件,甚至还是一个可以被人任意拿捏的“面团”,于是就产生了所谓可诉行政行为与不可诉行政行为的区分、行政行为和非行政行为的鉴别问题。由于立法不够周延、学理认识存在差异,与法治相对比较健全的国家 and 地区相比,我国可诉行政行为的范围不仅狭小,而且界限不清,造成了我国司法对受公权力行为侵害的权利救济范围不仅狭窄、而且救济范围混乱不清的现状,既限制了公民权利的法律救济,也影响了国家法治的统一和司法的严肃性。与此同时,由于准行政法律行为、行政事实行为被通说排除在行政行为概念之外,大量行政主体作出的能够对公民、法人和其他组织的合法权益产生实际影响的行为因不属于“行政行为”(故笔者只能暂且将上述行为称为“‘行政’行为”,或“行政之行为”),导致司法的行政监督和权利救济功能明显不足。因此,研究行政行为及其可诉性问题,是我国法治建设对行政法学研究提出的一项迫切任务。

“行政行为”概念,源自域外。因此,研究中国行政行为可诉性问题,需要进行比较法研究。

^① 参见我国《行政诉讼法》第2、5、11、12条,最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第1条。该法律和司法解释还规定,国家行为,公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为,不具有强制力的行政指导行为,调解行为以及法律规定的仲裁行为,对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为,不属于人民法院行政诉讼受案范围。由于这些行为在我国现今并不属于行政行为范畴,因此,笔者不在此处正文中列举这些行为。

^② 参见胡建森主编:《行政诉讼法学》,高等教育出版社2003年版,第44—46页。