

行政诉讼制度功能研究

——行政诉讼制度在宪政和行政法治中的功能定位

曹达全 著



中国社会科学出版社

行政诉讼制度功能研究

——行政诉讼制度在宪政和行政法治中的功能定位

曹达全 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政诉讼制度功能研究/曹达全著. —北京: 中国社会科学出版社, 2010. 12

ISBN 978-7-5004-9370-9

I. ①行… II. ①曹… III. ①行政诉讼—司法制度—研究—中国 IV. ①D925.310.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 236214 号

责任编辑 赵 丽

责任校对 石春梅

封面设计 郭蕾蕾

技术编辑 王 超

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010—84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京君升印刷有限公司 装 订 广增装订厂

版 次 2010 年 12 月第 1 版 印 次 2010 年 12 月第 1 次印刷

开 本 880×1230 1/32

印 张 10 插 页 2

字 数 251 千字

定 价 23.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

序 言

二十多年前，正是中国刚刚走向法治之路，大张旗鼓宣传1982年宪法实施的时候，当时，有识之士提出应该制定中国的行政诉讼法。建议刚一提出，就得到行政法学界的热烈响应。当时行政法学者极少，可以形容为寥若晨星，但大家都以极其饱满的热情全身心地投入工作。记得比较行政法学的老前辈王名扬先生亲口对我说：中国能立这个法，非常了不起，她的意义越往后越能看得清楚。龚祥瑞先生不顾年迈，亲自带领学生到各处进行社会调查。中国行政法学会首届会长张尚鸾先生到处奔走，不辞辛劳进行宣传本法的意义。罗豪才先生曾把制定《行政诉讼法》称之为中国司法审查制度的初步建立。应松年、朱维究、皮纯协、姜明安等老师都是最早一批起草该法和宣传该法的先锋和骨干。我当时正处年富力强的中年，也非常荣幸地投入了为草稿奉献意见和宣传该法的大潮，当时的欣喜之情记忆犹新、历历在目。而转眼间，《行政诉讼法》实施已经二十余载了。回顾过去，总结经验，可以毫不夸张地说：《行政诉讼法》是我国民主法治发展史上的一块里程碑，更是我国实行依法行政、建设法治政府的良好开端。在我看来，该法最显著的意义至少反映在以下几

方面：

首先，《行政诉讼法》的颁布实施，明显促进了我国保护公民权利，抑制公权力的过度扩张的行政法治理念、理论和意识的树立和形成，启动并加快了我国各级政府法治建设的步伐。一些成功的案例表明：通过行政诉讼这一救济手段，确实强化了公民的法律意识，也提高了行政机关依法行使行政职权的意识，强化了公务人员的服务意识、责任意识、依法行政意识。显而易见，《行政诉讼法》的效果和力度还在于司法机关对行政机关行政行为合法性审查深度和广度的加强。随着行政诉讼合法性审查不断深入，行政诉讼受案范围不断扩大，公民会逐步提高对公权力的要求，直接感悟到我们需要一个什么样的政府，因此他们的民主意识、权利意识、法律意识随之增强，这是《行政诉讼法》最可宝贵的价值。

其次，《行政诉讼法》的颁布实施，推动了我国国家权力配置朝合理方向发展，使我国权力结构模式逐步趋向完善。《行政诉讼法》的核心功能在于设立一种新型诉讼制度，以解决公民、法人或其他组织与行政机关之间因行政机关违法行为侵犯公民、法人或其他组织的合法权益而引起的行政纠纷。通过行政诉讼，建立了公民与政府可以平等“对簿公堂”的法律平台。司法机关有权力适用行政法律、法规对行政纠纷进行审理，反映了我国行政权与司法权关系的逐步调整，并由此在全社会树立起行政权力必须受到有效控制的现代法治理念，为今后一切公共权力纳入法治轨道奠定了基础、积累了经验，有利于今后建立起更科学、更合理的权力结构模式。

再次，《行政诉讼法》的颁布实施，加快了我国行政立法体系的完善。《行政诉讼法》第一次使行政机关行为的合法性成为人民法院的审查对象，明确提出了合法行政行为的要件。这一要

求，促使立法机关和行政机关都意识到规范行政行为的紧迫性，从而把有关行政行为的立法更快提上议事日程。二十年来，为实施《行政诉讼法》我国陆续制定颁布了对行政法治建设起了重大作用的法律、法规，如《国家赔偿法》、《公务员法》、《行政监察法》、《行政复议法》、《行政许可法》、《治安管理处罚法》、《政府信息公开条例》等，初步形成并逐步完善了我国行政立法体系。

最后，《行政诉讼法》的颁布实施，也推动了我国行政法理论体系的建立。行政法理论研究从最初研究人员屈指可数，高质量研究成果寥寥无几，到现在老中青三代研究者共同活跃在行政法治理论研究前沿、高质量的研究成果不断推出；从最初研究对象集中于行政行为理论，到现在对行政过程、行政法律关系、行政规制等各方面理论研究的齐头并进；从围绕行政诉讼的事后救济研究拓展到行政程序、行政违法、行政责任为重的事前预防机制研究等。行政法学研究方法也向多元方向发展，引入了社会学、管理学、经济学、统计学等多学科的研究方法和研究成果，强化了实证研究的实施效果。可以说，经过二十年努力，我国行政法研究体系已基本构建，我国行政法学理论的成就令世人刮目相看。

《行政诉讼法》和其他任何一部法律一样，其生命力体现在实施过程中，这部法律由于其民主性比一般的法律更鲜明更强烈，因此必然遭遇到比其他法律更多的瓶颈和困难问题。二十年，在漫长的法治化历史进程中可以说仅仅是短暂的瞬间，但该法的实施，已经给了我们太多的反思和启示。

《行政诉讼法》的实施深刻反映了我国社会转型时期的社会矛盾并显示了中国司法体制所存在的问题。目前《行政诉讼法》实施中的困难比我们预想的更多、更复杂，甚至更严重，其原因不外乎司法的外部环境和内部运作两个方面。首先，这部法实施

所遇到的社会环境还有很不理想的方面。《行政诉讼法》实施所遇到的社会环境浓缩了我国政府和市场、社会之间的关系。目前,在我国改革过程中,市场已在逐步从高度集权的总体性体制中分离,但是当前一种以权力重组市场要素、以权力的扩张占领社会领域、企图以独大的权力包揽一切的趋势仍然十分明显。当前中国实施《行政诉讼法》遇到的是“强权力、弱市场”的大环境,社会矛盾非常突出。《行政诉讼法》在改善社会环境、制约行政权力方面往往显得力不从心,甚至有杯水车薪、捉襟见肘之感。我认为:学者们从文本和规范研究《行政诉讼法》存在的问题固然重要,但功夫可能更在法外,必须从该法与外部社会环境相适应,特别是从外部法治环境的极大改善,使民众信仰这部法律,使官员敬畏这部法律,这样才可能使这部法律产生实效。其次,从内部原因而言,若要司法权真正对行政权有所监督,还必须极大提高司法的公正性和权威性,其中首先包括《行政诉讼法》自身的改进和完善。不必讳言,我国《行政诉讼法》目前的实际实施效果总体上并不理想。在那么多的“官”民之间的纠纷乃至群体性事件中,行政诉讼制度在预防、消解和解决这些社会矛盾过程中所起实际作用还相当有限,离当年起草和颁布这部法律的初衷还有很大距离。这是需要我们认真思考的问题。我一直认为,我们必须“两条腿走路”,一是通过经济体制和政治体制的进一步改革,通过全社会法治环境的改善从外部来推进《行政诉讼法》的实施;二是加强对《行政诉讼法》的研究,并通过《行政诉讼法》自身的修订和行政诉讼制度的逐步完善,使这部法应有的积极作用完全可以发挥出来。只有通过内外两个方面结合起来的努力,方能奏效。基于此,我对于一切研究我国《行政诉讼法》的学术成果非常重视并倍加珍惜,我更愿意看到行政法学界的后起之秀能深入开展对于《行政诉讼法》的研究。在这方

面，我的许多学生，包括本科生、硕士生、博士生都作出了很多宝贵的研究，尽管他们的研究角度、研究深度各不相同，但他们的孜孜不倦、薪火相传的研究精神非常值得提倡。

在众多学生中曹达全博士是相当突出的一位。他同许多研究者一样，对于《行政诉讼法》充满期待，同时又自觉扛起研究《行政诉讼法》的重任。他认为：我国行政诉讼制度建立已经有二十余载，《行政诉讼法》对于保障人权和维护法治无疑已经发挥了重要的作用。但由于实践经验积累不足，在制度层面上也有相当多不足之处。近年来，行政诉讼制度所赖以生存和发展的环境已经发生了相当大的变化，势必对行政诉讼制度提出了新的更高的要求。如社会中存在信访不信法问题、诉讼效率低下与人民对司法权期待值提高之间的矛盾问题，等等。如何应对当前的社会需要以及法治发展的需要仍是一个值得进一步深入探讨的问题，行政诉讼制度如何进一步完善已经是重大而现实的理论课题。在行政诉讼制度理论研究方面，不可否定学界积累了大量的理论成果，但在研究深度和广度方面仍有待进一步拓展。在对行政诉讼制度基础性研究方面，与域外行政诉讼制度比较也仍有相当的拓展空间。因此，他把自己博士生导师论文的研究方向定在行政诉讼制度的功能问题上，对此，我大加赞许，我认为这个选题具有十分重要的意义。多年来，他也一直专注于该选题，并不断有新的成果出炉，放在读者目前的这本著作就是他在该课题研究方面的结晶。

作为推荐者，我认为本书在研究内容和方法运用方面都有值得赞赏之处。其一，该书不是采用简单的拿来主义，而采用批判的眼光审视域外有关公法理论，在此基础上努力建构自己的理论体系；其二，该书从历史的角度对两大法系行政诉讼制度加以梳理，不仅还原了大量行政诉讼制度发展的历史原貌，而且归纳总

结了行政诉讼制度发展的基本规律；其三，在我国学界，对于行政诉讼制度功能理论的探讨，大多限于讨论其社会功能，并将行政诉讼制度功能概念与行政诉讼制度的目的问题、价值目标问题混为一谈。该作者则是以“结构功能主义”为分析工具，将行政诉讼制度放在宪政和法治环境中加以讨论，探讨行政诉讼制度与其他公法制度之间的功能分担问题。这对行政诉讼制度功能理论体系的建构具有十分积极意义。

本书为我国行政诉讼制度研究提出了一些新的值得关注的观点。例如，认为行政诉讼制度，特别是其判例制度，并非是建构性制度，而是依赖于司法品质的培养而逐步形成的；认为行政诉讼制度功能受制于其所赖以生存的环境，尤其是宪政和行政法治环境。在宪政和行政法治逐步多元化的今天，我国行政诉讼制度不仅要扩大功能，更要转变在宪政与行政法治中的功能定位，重视与其他公法制度之间的协调关系；认为在法的形式不断丰富的今天，我们不仅要关注如何丰富法的形式（如软法、判例法）问题，而且应当更加关注各种法之间的关系问题；认为单纯的分权并不能作为行政诉讼制度与行政内部审查机制权限划分的理论基础；认为行政诉讼制度的原告资格制度应当从依据“利害关系”转向依据“谁最适合担当原告”为标准，等等。

行政诉讼法学是一门具有丰富内涵的学问，探讨未有尽期。本书中还提出了一些有价值的新课题，需要包括本书作者在内的年轻学者的进一步探讨。例如，本书直接以行政诉讼的价值目标、行政诉讼的审查范围以及行政诉讼的合法性基础三大主题作为探讨行政诉讼制度功能的分析框架是否妥当值得探讨；虽然作者提出了行政诉讼制度需要通过类型化以达到实现不同价值目标的问题，但究竟如何进一步类型化，还有讨论的空间；行政诉讼制度如何通过具体制度的设计培养来显示自身的优良品质，以及

如何在制度层面上具体落实行政诉讼制度的审查范围和合法性基础等问题，都还有相当大的研究空间。也许成果的好坏并非仅仅完全决定于它是否已经得出一个完美的结论，还在于该成果能否提出若干提醒人们进一步探讨有价值的课题。从这种意义上来说，本书也是值得充分肯定的。

曹达全博士出生于安徽省，在安徽大学攻读硕士学位后考取了我的博士生；在获得博士学位后，他一方面在江苏省委党校（江苏省行政学院）从事教学工作，另一方面继续学习，在南京大学师从王太高教授，从事博士后研究工作。从这个经历就可以看出他锲而不舍的勤奋精神。曹博士为人诚实，学习刻苦，“勤能补拙”在他身上有很好的体现，这也是我最欣赏他的优点。我相信，这本小书只是他学术道路上的一份“成人礼”，是他研究行政法学初步走向成熟的标志。今后的路很长，我相信只要坚持不懈，保持一步一个脚印的踏实态度，将来定能取得更大的成就。这也是我对曹达全博士，以及对我所有学生的由衷希望。中国的法治建设道路崎岖而漫长，需要后来者不断的奋斗，其中研究者的任务绝不轻松。让我们共同努力，争取让古老中国尽早进入法治新时代！

是为序。

杨海坤

（苏州大学法学院教授、
中国行政法学会副会长、
江苏省行政法学会会长、
全国政协委员）

目 录

引言	(1)
一 研究行政诉讼制度功能的理论与实践意义	(1)
二 行政诉讼制度功能的基本概念	(3)
三 本书研究行政诉讼制度功能问题所聚焦的 三大主题	(4)
四 本书的基本结构和基本观点	(7)
 第一章 两大法系行政诉讼制度功能理论之实证考察	(9)
第一节 英国有关司法审查制度功能的基本理论	(9)
第二节 美国有关司法审查制度功能的基本理论	(33)
第三节 大陆法系国家有关行政审判制度功能的 基本理论	(45)
第四节 两大法系有关行政诉讼制度功能理论的共同 话语与观点异同	(74)
 第二章 两大法系行政诉讼制度功能变迁之实证考察	(85)
第一节 英国司法审查功能变迁之实证考察	(85)

第二节	美国司法审查制度功能变迁之实证考察·····	(100)
第三节	大陆法系国家行政审判制度功能变迁之实证 考察·····	(116)
第三章	两大法系行政诉讼制度功能之类型化比较·····	(133)
第一节	功能迥异的三种行政诉讼制度的历史类型·····	(133)
第二节	两大法系行政诉讼制度之实质性差异及 共同发展趋势·····	(155)
第三节	当前各国行政诉讼制度所面临的机遇与挑战 ——以公共行政改革所引发的难题为例·····	(167)
第四章	我国行政诉讼制度功能之实证考察·····	(188)
第一节	我国行政诉讼的基本制度·····	(188)
第二节	我国行政诉讼制度功能定位之不足·····	(208)
第三节	行政诉讼制度功能问题研究成果述评·····	(220)
第五章	我国行政诉讼制度功能之重新定位·····	(241)
第一节	行政诉讼制度功能重新定位的基本方向·····	(241)
第二节	类型化设定行政诉讼制度的价值目标·····	(242)
第三节	理性界定行政诉讼的审查范围·····	(248)
第四节	协调与统合行政诉讼的合法性基础·····	(265)
第五节	完善行政诉讼程序制度以保证其功能的充分发挥 ——以规范司法权行使过程为例作进一步 分析·····	(285)
主要参考文献·····		(291)
后记·····		(306)

引言

一 研究行政诉讼制度功能的理论与实践意义

作为宪政和行政法治重要一环的行政诉讼制度，在当今的民主法治国家里存在已经是一个不争的事实。但在这些国家里，人们却同样面临诸多共同的难题，例如，国家机关可以被送到“被告”席接受审查，但法院或法官是否能够公正而有效地解决纠纷或冲突？能否有效地保护受害者的权益？能否在真正意义上维护法治的权威？进一步的问题是：为何要将这些解决纠纷、维护受害者的权益，甚至维护法治的任务交付给行政诉讼（司法机关）而不是其他的国家机关？是否因为司法机关具有相对于其他国家机关来说某些独特的品格让人看重？等等。

对于这些看似简单的问题，如果要想给出一个圆满的答案并不容易。这不仅需要充分考虑到行政诉讼制度自身的能力，而且应当充分考虑行政诉讼所处的法治环境。这不仅因为社会关系的复杂化，使得行政诉讼制度无法应对所有的这些问题；而且，在一个法治建设有一定高度的国度里，能够承担以上任务的并非仅仅为行政诉讼制度，也可能由其他公法机制处理更为合适；即使是直接赋予行政诉讼制度如此功能，那也应当充分考虑法治环境对行政诉讼制度的影响。简而言之，对于以上问题的作答不仅关

涉行政诉讼制度能否承担如此功能，而且关涉行政诉讼制度在宪政和行政法治中的功能定位问题。

其实，对于以上问题的回答不仅是宪政和行政法治领域重大的理论和实践课题之一，也是一个永恒的话题。在西方国家，几乎所有的宪法和行政法基础理论均无法回避对该问题的回答，对该问题的讨论也可以说是经久不衰（本书也正是建立在这些理论观点的基础之上展开的）。如果从实践的角度考察也会发现，不仅在不同国家而且在同一国家的不同历史时期，行政诉讼制度在宪政和行政法治中的功能定位以及行政诉讼制度设计也没有绝对统一的模式，而这也进一步增加了对以上问题回答的难度。

在中国，同样面临这样的难题。《行政诉讼法》自出台至今也已经有二十余载，虽然对我国法治建设中作出了令人欣喜的贡献，但自身制度设计所存在的不足仍相当明显，行政诉讼功能的发挥也直接受整体法治环境的影响。在此期间，无论是理论界还是实践领域都在积极探索行政诉讼制度进一步发展的路径，到目前为止，笔者认为，我国有关这方面的探索仍远远不够。与其他国家比较，我国学界基本表现出了对行政诉讼具体制度设计的关注，而对行政诉讼与宪政和行政法治环境之间关系的研究仍显相当不足；^①即使在宪政领域，人们已经开始以考察司法权宪政法律地位、考察司法权的运行方式将行政诉讼制度作为考察对象，但独立考察行政诉讼审判权的成果仍不多见（行政审判权与民事审判权以及刑事审判权之间的本质区别是我们应当看到的）；在行政法治领域，也有类似情形。学界虽然已经展开对行政诉讼制度价值目标的研究（本书将之定性为行政诉讼的社会功能），如

^① 参见杨海坤、曹达全《渐进发展中的行政诉讼法学研究》，《浙江学刊》2006年第6期，第119页。

对行政诉讼价值和目的的研究等，但却对行政诉讼制度在整体宪政和行政法治中的功能定位关注不够（这实际上也反映学界有仅仅将行政诉讼制度功能限定在价值目标的定位上的倾向）。

正是从以上诸多方面的考虑，笔者选定了本书的主题。本书将从梳理现存有关行政诉讼功能定论的基本理论以发现其关注的焦点问题及本质异同；并实证考察各国历史形态中的行政诉讼制度功能发挥状况，以发现其基本规律，找寻行政诉讼制度发展的基本走向。

二 行政诉讼制度功能的基本概念

功能一词具有相当丰富的内涵和外延，在实践中甚至被作为一个不够严谨的概念而得以广泛运用。据考，第一次系统地建构功能概念的学者是迪尔凯姆，1895年，他在论述社会学方法的规则时就提醒我们，要注意将事物的存在原因与事物的功能区别开来。^① 迪尔凯姆认为，一个社会制度的“功能”就是这个制度与社会机体的要求相合拍。对于迪尔凯姆的这种界定，人类学功能学派的代表人物拉德克利夫·布朗进行了修正，他将功能、结构与过程三个要素联系起来，提出了一个更简捷的定义：“功能是指局部活动对整体活动所作的贡献。这种局部活动是整体活动的一个组成部分。”^②

但“行政诉讼制度的功能”一词的内涵和外延仍是相当宽泛，甚至可以将之扩展至整个社会学领域，因此本书只能将之再限定在一定的范围之内。

① [法] 迪尔凯姆：《社会学方法的规则》，胡伟译，华夏出版社1999年版，第77页。

② [英] 拉德克利夫·布朗：《原始社会的结构与功能》，潘蛟等译，中央民族大学出版社1999年版，第203页。

具体到本书所要回答的主题，行政诉讼制度的功能，那就是：行政诉讼制度如何与其他宪政和行政法律制度相互协调衔接，以共同完成宪政和行政法治（以下某些场合简称公法）所应当承担的社会任务，行政诉讼制度应如何发挥其最大效用。据此，行政诉讼制度功能主要回答以下两大主题：一是行政诉讼制度的社会价值目标，这可以界定为行政诉讼制度的社会功能（笔者认为，这与整个公法制度的功能定位是一致的）；另一是如何最大限度地使得行政诉讼制度与其他公法制度之间的关系相互配合，以最大效用地发挥行政诉讼制度在公法制度中的功效问题，以保证整体公法制度社会价值目标的实现。本书侧重于讨论后一主题。

三 本书研究行政诉讼制度功能问题所聚焦的三大主题

由于行政诉讼制度功能涉及的问题相当宽泛，即使是仅谈论行政诉讼制度如何与其他公法制度之间关系的问题。因此，有必要对本书的主题再次作一定范围的限制。如果从行政诉讼制度本身来看，本书主要关涉以下三大主题：

1. 行政诉讼的价值目标定位问题。这可以归入行政诉讼制度的社会功能范畴。也就是回答行政诉讼制度所保护的利益形态问题。如果依据学界所预设的行政诉讼基本价值目标，这种利益形态包括权利、控制权力、法治、公共利益等。本书将进一步讨论，若将行政诉讼制度的价值目标定位到保护权利，那么行政诉讼所保护的是什么样形态的权利？若将之定位为控制权力，那么能够控制哪些权力以及如何控制权力；若定位为维护法治，那么维护的法治形态如何，行政诉讼制度是否具有保护公共利益的功能，等等。对于这些问题的回答，不仅存在不同的理论观点，而且有不同的行政诉讼制度实践。笔者将在梳理各种理论对此问题

看法的基础上，实证考察各国在不同历史时期对行政诉讼制度价值目标的定位，找寻行政诉讼价值目标定位的内在发展规律。

2. 行政诉讼的审查范围问题。行政诉讼审查范围，又可以称作行政诉讼审查权的范围，是指能够被纳入行政诉讼机制而加以审查的案件的范围。确定行政诉讼的审查范围需要考虑行政案件的性质和案件的状态两个方面。案件的性质在我国主要落实于受案范围的具体规定，^①而案件的状态主要具体落实于行政诉讼与其他公法审查机制之间的权限划分与协调关系之中。其中包括：行政诉讼与行政内部审查机制^②之间的权限划分与协调，行政诉讼与民事审判制度之间的权限划分与协调，行政诉讼制与其他公法审查机制之间的分工和协调问题等。对于这些问题的回答，不同的公法理论也存在观点上的差异。从实证的角度考察，各国的行政诉讼制度审查范围也是处于一种不断变化的历史发展过程之中。本书对影响行政诉讼审查范围设计的主流观点加以评析，并找寻行政诉讼审查范围合理设计的基本理论依据。如果从功能的角度对其加以解读，行政诉讼的审查范围既包括监督行政和保护权利等社会功能的基本内容，也包括如何与其他公法制度

① “审查范围”与我国行政诉讼制度中所确立的“受案范围”含义不同。“受案范围”是指法院能够受理的行政争议的案件范围，是从行政行为本身性质或形式以及权利角度加以界定的；而本书所提出的“审查范围”，不仅需要考虑是否属于受案范围，还需（而且是重点）行政诉讼考虑与其他公法审查机制之间的协调问题。例如，具体行政行为属于行政诉讼的受案范围，但它还可能需要经过行政内部审查程序才可以提起诉讼；确定行政诉讼的审查范围不仅需要考虑前者，更注重考虑后者。这将在后文作进一步讨论。

② “行政内部审查机制”与“行政内部权利救济机制”、“行政内部监督机制”、“行政内部纠纷解决机制”之间并非是一概念，也存在功能上的差异；但若从机制本身的结构设置角度考察，后几个概念可以统合到“行政内部审查机制”概念之中来。为了叙述的方便，本书不再将之作进一步区分，而是统一使用“行政内部审查机制”的概念。在某些场合下为表达更为准确，笔者也会使用其他概念。