

行政诉讼法 理论与实务

THEORY & PRACTICE
ON ADMINISTRATIVE LITIGATION LAW

下卷

江必新 梁风云 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

行政诉讼法 理论与实务

THEORY & PRACTICE
ON ADMINISTRATIVE LITIGATION LAW

下卷

江必新 梁风云 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

凡 例

- 凡属于国家法律的,均简称为“《某法》”。例如,《中华人民共和国行政诉讼法》简称为《行政诉讼法》,《中华人民共和国行政复议法》简称为《行政复议法》。
- 凡属于法规及法规以下规范性文件的,均简称为“《某法规》”。例如,《中华人民共和国政府信息公开条例》简称为《政府信息公开条例》。
- 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(已失效),均简称为《贯彻意见》。
- 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》,均简称为《若干解释》。
- 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》,均简称为《民诉意见》。
- 最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》,均简称为《行政诉讼证据规定》。
- 最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》,均简称为《座谈会纪要》。
- 最高人民法院《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》,均简称为《撤诉规定》。
- 最高人民法院《关于行政案件管辖若干问题的规定》,均简称为《管辖规定》。

简 目

(上下卷)

基础理论编

第一章	行政诉讼和行政诉讼法	3
第二章	行政诉讼的基本原则	30
第三章	行政诉讼的目标模式及其实现	49
第四章	行政诉讼法律关系	64
第五章	中国行政诉讼制度的历史发展	80

受案范围编

第六章	行政诉讼受案范围概述	115
第七章	可诉性行政行为	149
第八章	不可诉行政行为	235

诉讼主体编

第九章	法院	289
第十章	行政诉讼原告	320
第十一章	行政诉讼被告	373
第十二章	行政诉讼第三人	418
第十三章	诉讼代理人	439

诉讼证据编

第十四章	行政诉讼证据概述	451
第十五章	举证责任	481
第十六章	证据的提供要求、调取和保全	549
第十七章	质证	580
第十八章	认证	615

诉讼程序编

第十九章 起诉和受理	665
第二十章 第一审程序	754
第二十一章 第二审程序	902
第二十二章 审判监督程序	928
第二十三章 对妨害行政诉讼的强制措施	968
第二十四章 期间、送达和费用	977

法律适用编

第二十五章 法律适用基础理论	1005
第二十六章 “依据法律、法规”的理论与实践	1022
第二十七章 “参照规章”的理论与实践	1031
第二十八章 其他规范性文件的法律地位和效力	1053
第二十九章 法律规范冲突的选择适用	1068
第三十章 行政诉讼中的法律解释方法	1094

行政裁判编

第三十一章 行政诉讼判决概述	1117
第三十二章 形成类判决	1149
第三十三章 给付类判决	1174
第三十四章 确认类判决	1191
第三十五章 裁定	1233
第三十六章 决定	1240

执行活动编

第三十七章 行政诉讼执行概述	1245
第三十八章 行政诉讼生效裁判的执行	1290
第三十九章 非诉行政执行	1306

主题词索引	1347
-------	------

法律法规索引	1357
--------	------

司法解释索引	1359
--------	------

详 目

(下卷)

诉讼程序编

第十九章 起诉和受理	665
第一节 诉	665
一、概述	665
二、诉的构成理论以及辨正	672
三、诉讼类型	680
四、诉的变更、诉的合并与诉的分离	699
五、行政诉讼与民事诉讼、刑事诉讼的交叉	703
第二节 起诉	721
一、起诉的概念和起诉要件	721
二、起诉条件与行政复议	727
三、起诉条件与起诉期限	736
四、起诉的效力	746
第三节 受理	751
一、审查起诉	751
二、对起诉的处理	752
第二十章 第一审程序	754
第一节 第一审程序概述	754
一、第一审普通程序的特点	754
二、行政诉讼的审理对象	755
三、行政诉讼审理范围的模式选择	762
第二节 审前准备程序	768
一、开庭审理前的准备工作	768
二、审前准备程序的若干问题	771
第三节 开庭审理程序	775
一、开庭审理的概念和特征	775

2 行政诉讼法理论与实务

二、开庭审理的方式	775
三、开庭审理的程序	777
四、关于开庭审理中的几个问题	781
第四节 简易程序	784
一、简易程序的必要性	784
二、简易程序的可行性	786
三、简易程序的适用范围	787
四、简易程序的若干基本程序	788
第五节 审理中的各项制度	790
一、行政诉讼不适用调解	790
二、撤诉	802
三、缺席判决	820
四、诉讼保全	835
五、先予执行(先行给付)	856
六、诉讼不停止执行	870
七、延期审理、诉讼中止和诉讼终结	892
八、案件移送	897
第二十一章 第二审程序	902
第一节 第二审程序概述	902
一、第二审程序的概念	902
二、第二审程序的意义	904
第二节 上诉和上诉的受理	906
一、上诉	906
二、上诉的受理	909
第三节 上诉的审理	910
一、第二审程序的审查范围	911
二、第二审程序的审理程序	914
三、附带上诉和不利变更禁止	917
四、第二审程序的裁判	919
第二十二章 审判监督程序	928
第一节 审判监督程序概述	928
一、审判监督程序的概念和特点	928
二、审判监督程序的历史沿革	931
第二节 审判监督程序的提起	934
一、提起审判监督程序的条件	934
二、再审程序的启动	940

第三节 再审案件的审理	961
一、审理范围	961
二、审理程序	962
三、裁判程序	964
第二十三章 对妨害行政诉讼的强制措施	968
第一节 概述	968
一、强制措施的概念和特点	968
二、强制措施的意义	969
第二节 妨害行政诉讼行为的种类和构成	970
一、妨害行政诉讼行为的概念和种类	970
二、妨害行政诉讼行为的构成	973
第三节 强制措施的种类和适用	974
一、训诫	974
二、责令具结悔过	974
三、罚款	974
四、拘留	975
第二十四章 期间、送达和费用	977
第一节 期间	977
一、期间的概念和意义	977
二、期间的分类和计算	978
三、期日	981
第二节 送达	982
一、送达的概念和意义	982
二、送达的方式	983
第三节 费用	990
一、行政诉讼费用的概念和意义	990
二、行政诉讼费用种类和标准	991
三、行政诉讼费用的预交、负担和缓减免	997

法律适用编

第二十五章 法律适用基础理论	1005
第一节 法律适用概述	1005
一、法律适用的概念	1005
二、行政诉讼中的法律适用	1006
第二节 行政诉讼的法源	1007
一、宪法	1008

4 行政诉讼法理论与实务

二、法律	1008
三、行政法规	1009
四、地方性法规、自治条例和单行条例	1010
五、规章	1014
六、国际条约、协定	1018
七、司法解释	1019
第二十六章 “依据法律、法规”的理论与实践	1022
第一节 法律依据	1022
一、法律作为依据的基本理由	1022
二、法律的依据地位	1023
三、法律适用的方式	1024
第二节 行政法规依据	1025
一、行政法规的立法权力来源	1025
二、行政法规作为适用依据的理由	1026
三、行政法规的效力及其适用规则	1026
第三节 地方性法规依据	1028
一、地方性法规作为适用依据的理由	1028
二、地方性法规的适用规则	1028
第二十七章 “参照规章”的理论与实践	1031
第一节 参照规章概述	1031
一、参照规章的历史演化进程	1031
二、“参照”规章的具体含义	1032
第二节 参照规章的法律规则	1037
一、合法有效的规章应当具备的条件	1037
二、确认规章合法、有效性的几个问题	1042
第二十八章 其他规范性文件的法律地位和效力	1053
第一节 其他规范性文件概述	1053
一、其他规范性文件的概念和范围	1053
二、其他规范性文件的法律地位	1056
第二节 法院对于其他规范性文件的合法性审查	1060
一、对其他规范性文件进行合法性审查的方式	1060
二、对其他规范性文件进行合法性审查后的处理	1061
三、关于行政解释和行政规则	1062
第二十九章 法律规范冲突的选择适用	1068
第一节 下位法与上位法相抵触情形下的选择适用	1071

一、对于“抵触”的判断	1071
二、“抵触”的主要情形	1072
第二节 特别规定与一般规定的选择适用	1078
一、特别规定与一般规定	1078
二、特别规定与一般规定不一致时的适用规则	1079
第三节 新旧法律规范的选择适用	1081
一、新旧法律规范选择适用的几种方式	1081
二、法律规范的溯及力	1082
第四节 地方性法规与部门规章以及规章之间冲突的选择适用	1085
一、地方性法规与部门规章冲突的选择适用	1085
二、规章冲突若干情形下的选择适用	1088
第三十章 行政诉讼中的法律解释方法	1094
第一节 法律解释概述	1094
一、行政诉讼中法律解释方法概述	1094
二、法律解释方法的分类	1094
第二节 文义解释	1097
一、专业术语的优先性	1097
二、同一术语的解释	1098
三、通常语义的解释	1102
第三节 体系解释	1102
一、体系解释概述	1102
二、同一法律规范内部的体系解释	1103
三、不同位阶的法律规范外部的体系解释	1105
第四节 历史解释、目的解释和例示解释	1106
一、历史解释	1106
二、目的解释	1109
三、例示解释	1112

行政裁判编

第三十一章 行政诉讼判决概述	1117
第一节 判决的意义和分类	1118
一、判决的意义	1118
二、判决的分类	1123
第二节 判决制度的历史发展	1125
一、西方判决制度的历史发展	1125
二、中国判决制度的历史发展	1128

6 行政诉讼法理论与实务

第三节 作为国家司法权力的行政诉讼判决	1132
一、司法权力独立于整个国家权力架构的历程鸟瞰	1132
二、司法权力与行政公权力的平衡与制约	1134
第四节 行政诉讼判决的效力	1138
一、拘束力	1139
二、确定力	1143
三、形成力	1145
四、执行力	1147
第三十二章 形成类判决	1149
第一节 撤销判决和重作判决	1149
一、撤销判决在我国行政诉讼体系中的地位及其评价	1149
二、适用撤销判决的必备条件	1157
第二节 变更判决	1161
一、变更判决在我国行政诉讼判决体系中的地位及其评价	1161
二、适用变更判决的必备条件	1164
第三节 舍弃、认诺判决	1169
一、行政诉讼中舍弃、认诺判决之评价及其实益	1169
二、适用舍弃、认诺判决的必备条件	1171
第三十三章 给付类判决	1174
第一节 概括的给付判决	1174
一、概括的给付判决的现实载体及其评价	1174
二、适用给付判决的必备要件	1177
第二节 课以具体义务判决	1180
一、课以具体义务判决之前提——诉之合法性	1180
二、适用课以具体义务判决的必备条件	1185
第三节 禁令判决	1189
一、禁令判决之评价及其实益	1189
二、增设禁令判决对完善我国行政诉讼法的重要意义	1190
第三十四章 确认类判决	1191
第一节 一般确认判决	1191
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	1192
二、适用确认判决的必备条件	1199
第二节 驳回原告诉讼请求判决	1205
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	1205
二、适用驳回原告诉讼请求判决的必备条件	1208
第三节 情况判决	1214

一、我国行政诉讼制度中的情况判决及其评价	1214
二、适用情况判决的必备条件	1218
第四节 维持判决	1222
一、维持判决在我国行政诉讼判决体系中的确立及其评价	1223
二、适用维持判决的必备条件	1227
第三十五章 裁定	1233
第一节 裁定概述	1233
一、裁定的概念	1233
二、裁定的特征	1233
第二节 裁定的种类及适用条件	1234
一、口头裁定和书面裁定	1234
二、各类裁定的适用条件	1235
第三节 行政裁定的形式和效力	1238
一、行政裁定的形式	1238
二、行政裁定的效力	1239
第三十六章 决定	1240
第一节 概述	1240
一、决定的概念	1240
二、决定的特点	1240
第二节 决定的种类及适用范围	1240
第三节 决定的形式和效力	1241
一、决定的形式	1241
二、决定书的内容	1242
三、决定的效力	1242

执行活动编

第三十七章 行政诉讼执行概述	1245
第一节 执行概述	1245
一、执行的概念	1246
二、执行的意义	1249
第二节 执行主体	1250
一、执行机关	1251
二、执行当事人	1252
三、协助执行人	1253
第三节 执行名义	1253
一、执行名义的概念	1253

8 行政诉讼法理论与实务

二、执行名义的种类	1253
三、执行名义的效力	1258
第四节 执行措施	1262
一、对不履行人民法院生效裁判的强制执行措施	1262
二、非诉行政执行中的强制执行措施	1272
第五节 执行开始、中止、暂缓 and 终结	1273
一、执行开始	1273
二、执行中止	1276
三、执行暂缓	1280
四、执行终结	1282
五、关于执行和解	1285
第三十八章 行政诉讼生效裁判的执行	1290
第一节 对公民、法人或者其他组织拒绝履行判决、裁定的执行	1290
一、行政诉讼生效裁判的执行机关	1290
二、人民法院强制执行生效判决	1292
三、行政机关依法强制执行生效判决	1293
第二节 对行政机关拒绝履行判决、裁定的执行	1294
一、执行程序的发起	1294
二、对于行政机关拒绝履行生效裁判的审查	1295
三、人民法院对行政机关拒绝履行裁判的执行措施	1296
第三十九章 非诉行政执行	1306
第一节 非诉行政执行概述	1306
一、“在法定期限内不提起诉讼又不履行”的含义	1307
二、行政机关对非诉行政行为的执行	1309
三、人民法院对非诉行政执行的管辖和法律性质	1311
第二节 行政非诉执行程序	1316
一、非诉行政执行的申请	1316
二、非诉行政执行的合法性审查	1324
三、非诉行政执行的实施	1336
四、对于非诉行政执行行为的司法救济	1339
五、非诉行政执行制度的完善	1341
主题词索引	1347
法律法规索引	1357
司法解释索引	1359

第十九章 起诉和受理

第一节 诉

“诉”不仅是人民法院审理和裁判的客体,而且是诉讼当事人争讼的焦点;不仅是各个诉讼主体得以共处于一个诉讼过程中的纽带,而且是整个诉讼过程的主旋律;它是整个诉讼过程得以展开的前提,又是全部诉讼活动所要解决的中心问题。^① 行政诉讼中的诉,作为诉讼客体,自然有其不同于民事诉讼的特点。

一、概述

关注诉的基本理论问题,首先应当关注诉的概念和内在法律特征,尤其是对行政诉讼中的诉必须有一个准确的定位和认识。

(一) 诉的概念和法律特征

在我国古代,“诉”与“讼”的含义是不同的。“诉者,谓有冤抑之事而陈告也;讼者,谓有争论之事而陈告也。”根据郑玄对“两造禁民讼”的注释,争财曰讼,争罪曰狱。中国古代的诉讼制度的终极目的在于实现无讼。“听讼,吾犹人也。必也使无讼乎!”^②其隐含的基础观念是,民讼是一种失范的缺乏道义的行为,应当越少越好。诚如《周易·讼卦》所称“讼,终凶”由是,“讼不可妄兴”、“讼不可长”。可见,中国古代社会对于诉和讼的认识存在历史的局限。

近代以来的诉讼法理论,虽然与“诉”这个词的古老含义相去甚远,但各国的诉讼法学者对于诉的概念仍然见仁见智。例如,苏联的诉讼法学者克列曼认为,诉是请求司法保护的主观权利,是法律秩序和法律规范的诉讼上的手段。日本诉讼法学者板仓认为,诉是当事人请求法院用判决保护其私法上的利益的申请。山田认为,诉是原告、被告按照一定的形式,对法院主张有权利保护请求权(判决请求权),就一定的权利或者法律关系,要求为有利于自己的判决的诉讼行为,而开始判决程序的诉讼法律关系。旧中国的诉讼法学者余觉认为,诉者,求为利己判决之声明,因以开始判决程序者也。^③ 在我国诉讼法学界,有的学者认为诉是当事

① 参见江必新:《行政诉讼法——疑难问题探讨》,北京师范学院出版社1991年版,第73页。

② 《论语·颜渊》。

③ 转引自江必新:《行政诉讼法——疑难问题探讨》,北京师范学院出版社1991年版,第74页。

人向人民法院提出保护实体权益的请求。有的学者认为,诉是特定的原告对特定的被告,要求特定的人民法院用判决保护其特定的民事权利或者法律关系的请求,即当事人向一定之法院,就一定之权利或法律关系主张有诉权存在,求为利己判决之声明,法院因而为判决程序之进行者,谓之诉。^① 还有的学者提出,对于诉,应当从两个方面进行分析:① 程序意义上的诉,即当事人依法向人民法院提出的发生在诉讼程序中的请求;② 实体意义上的诉,即当事人依照实体法的规定,向人民法院提出的保护其实体权益的请求。^② 可见,对于诉的概念,有的学者从诉讼请求的角度来阐述,有的从诉讼行为的角度阐述,角度各有不同。上述关于诉的概念的理解,一般都是基于民事诉讼作出的概括。在行政诉讼中,由于诉讼标的、诉讼宗旨与民事诉讼有极大的不同,因此必须对诉的概念进行重新界定。

笔者认为,行政诉讼中的诉是指特定的行政相对人要求特定的法院用判决确认特定的行政主体行为的合法性或者行政法律关系,从而保护其在行政法上的权益或者形成对其有利的法律关系的意思表示。这一概念包括以下三个方面的内涵:

(1) 诉是行政相对人向法院作出的一种意思表示。从诉的法律性质而言,诉是一种具有法律意义的意思表示,而非仅仅具有事实意义的观念表示。观念表示并非诉讼法上的法律行为,不产生诉讼法上的法律后果;而意思表示则是一种以发生特定法律效果为目的的行为。诉一经向人民法院作出,就产生了特定的法律后果。

(2) 诉的基本内容是要求人民法院以判决确认行政主体行为的合法性或者行政法律关系,从而保护其行政法上的权益或者确认对其有利的行政法律关系。这是行政诉讼和民事诉讼的基本区别点。行政诉讼中“诉”直接指向的是行政主体的行为。当事人或要求确认以作为形式出现的行为违法而予以撤销或者变更;或要求以不作为形式出现的行为违法而判决行政主体为一定的行为;或要求人民法院判令行政主体为一定的给付行为或者不作出特定的行为;或要求人民法院确认一定的行政法上的权利或者行政法律关系的存在或者不存在;或要求变更或者消灭现存的行政法律关系;等等。

(3) 诉必须是特定的。这里的“特定”主要包括四个方面:① 诉必须由特定的行政相对人提出。如果不由特定的行政相对人提出,则属于民众诉讼。② 诉必须向特定的人民法院提出,只有具备管辖权的人民法院才能受理诉。③ 诉讼标的是行政主体的行为或行政法律关系,如果不是行政主体的行为或行政法律关系而是政治行为、国家行为、司法行为或者立法行为,则不符合诉讼特定性的标准。这里的诉讼标的的特定性并非是指行政主体行为或行政法律关系进入诉讼之后就处

① 参见《云五社会科学大辞典·法学》,台北商务印书馆1983年版,第314页。

② 参见杨荣新主编:《民事诉讼法学》,中国政法大学出版社1997年版,第65页。

于定着状态,在特定的情况下,被诉行政主体行为在诉讼中仍然可以变更。④ 诉讼理由的特定性。行政诉讼所要解决的是行政主体行为的合法性,诉的理由通常是认为行政主体的行为违法或侵犯行政相对人合法权益。诉的特定性,要求当事人的主张必须是特定的,不能附加条件,亦不能模棱两可。如果不特定化,法院就无法作出判决,当事人也就无法进行诉讼活动。

与民事诉讼中的诉相比,行政诉讼中的诉具有如下特点:

(1) 当事人及其诉讼地位的特定性。行政诉讼中的原告原则上只能是行政法律关系中的行政相对人或者行政相关人;而一审中的被告只能是作出行为或者拒不作出、不作为的行政主体。例如,根据《行政诉讼法》的规定,依照本法提起诉讼的公民、法人或者其他组织是原告。公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的,作出行政行为的行政主体是被告。由于行政主体拥有一定的行政管理权,如果在诉讼中发现对原告有遗漏的事项需要处理,有权自行开始调查和处理,无须经得法院同意亦无须凭借司法权力达到目的。行政诉讼法规定,人民法院对行政案件作出判决或者裁定前,被告改变其所作的具体行政行为,原告同意并申请撤诉的,是否准许,由人民法院裁定。对于行政行为是否改变以及改变的内容,行政主体有权进行酌处。因此,原则上,行政诉讼中的当事人及其诉讼地位具有特定性、固定性和单向性,没有民事诉讼中的反诉制度。正因为如此,当事人的诉讼地位呈现出一定程度的恒定状态。

(2) 诉讼标的的可变性。行政诉讼的标的,从根本上讲是基于行政主体的行为发生的法律关系。这种法律关系不是一成不变的。因为在诉讼过程中,在满足特定条件的基础上,行政主体可以改变原行为。如果这种改变不能导致行政诉讼的终结,当事人的诉讼请求就应当作相应的调整,而诉讼标的也就发生变化。例如,《若干解释》第50条规定,原告或者第三人对改变后的行为不服提起诉讼的,人民法院应当就改变后的具体行政行为进行审理。被告改变原具体行政行为,原告不撤诉,人民法院经审查认为原具体行政行为违法的,应当作出确认其违法的判决;认为原具体行政行为合法的,应当判决驳回原告的诉讼请求。根据上述规定,显然将是否启动对改变后的行政主体的行为的审查权利交与原告,但是,如果原告要求审理原行政主体的行为的,由于原行政主体的行为在法律上已经不存在,即便是合法的,法院亦不能作出维持判决,只能作出驳回原告诉讼请求的判决。这反映了在行政诉讼中诉讼标的具有一定的可变性。

(3) 诉讼理由的有限性。诉讼理由是原告为支持自己的诉讼请求所提出的事实和法律上的依据。诉讼理由是诉成立的条件之一,是任何具体的诉讼都不可缺少的要素。由于行政诉讼所要解决的中心问题是行政主体行为的合法性问题。因此,一般而言,行政诉讼的诉讼理由应当是行政主体行为违法并且侵犯行政相对人的合法权益的事实。如果诉讼理由是行政主体行为不合理或者虽然侵犯其

合法权益但是不属于行政行为的,均不能在行政诉讼中获得救济。^①

(二) 诉权

1. 诉权的概念及其学说

(1) 诉权的概念,所谓诉权,又称为诉之自由或者判决请求权,是指私人对于国家司法机关,要求依判决为保护行为之权利。^②也就是说,诉权是当事人提起诉讼的权利或者权能。广义上的诉权泛指公民向国家机关提出请求,依法保护自己合法权益。广义上的诉权与审判权相对应。审判权是法院进行诉讼活动的基础,诉权则是当事人进行诉讼活动的基础。狭义上的诉权是指提起诉讼和反诉的权利。本书采狭义上的诉权。

诉权与诉讼权利不同。诉权是诉讼法上的基本权利,从纠纷发生到诉讼程序结束时消灭。正因为如此,诉权实际上反映了诉的本质。^③诉讼权利是诉讼法上的具体权利。不同的诉讼权利发生在不同的诉讼阶段。

(2) 诉权的学说。国家限制私人进行自力救济,私人在认为自己的合法权益受到侵犯的时候,应当保障其获得公力救济的权利。在古罗马时代,由于实体法和诉讼法合一,因而,实体法上的请求权和诉讼法上的诉权并没有区分,诉权实际上包括了实体法上的请求权和诉讼法上的诉权两种含义。近代以来,随着实体法和诉讼法的逐渐分离,诉权才具有了独立的意义。关于诉权的学说,在历史上曾经出现过以下几种:

① 私法诉权说。私法诉权说主要盛行于德国普通法时代。主要代表人物是萨维尼和温德雪德。萨维尼认为在提起诉讼之前,诉权是某种潜在的能力,是债的法律关系的胚胎,这种胚胎只有在提起诉讼之后,才变成真正的债。温德雪德认为,诉权对于我们而言只是权利的影子——一种完全溶化于债权之中的东西。^④可见,私法诉权说是基于诉讼不过是借助于国家的力量实现权利的单纯技术而已,将诉权看成是实现实体权利的一个手段。这实际上将诉权问题纳入实体法问题中研究了,不符合诉讼的实际。因此,现在持有这种观点的学者非常少。

② 公法诉权说。公法诉权说是随着法治国家的倡行,尤其是强调国家有义务保护国民的权利的观念以及行政法的兴起而兴起的。公法诉权说肇始于德国,并在德国成为通说。之后,奥地利、法国、苏联等国家都不同程度上接受了该学说。该学说认为,法院和当事人在法院发生的关系不是私法性质而是公法性质的关系。这种关系的依据是当事人享有的国家公法上的请求权。当事人要求法院作

① 参见江必新:《行政诉讼法——疑难问题探讨》,北京师范学院出版社1991年版,第76—77页。

② 参见《云五社会科学大辞典·法律学》,台北商务印书馆1983年版,第325页。

③ 参见[德]奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,第212页。

④ 参见顾尔维奇:《诉权》,中国人民大学出版社1958年版,第6页。