

Xing Zheng Su Song Cheng Xu De Gai Ge Yu Wan Shan
Xing Zheng Xing Wei Si Fa Shen Cha Biao Zhun Wen Ti Yan Jiu

行政诉讼程序的改革与完善

行政行为司法审查标准问题研究

刘东亮 / 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

Xing Zheng Su Song Cheng Xu De Gai Ge Yu Wan Shan
Xing Zheng Xing Wei Si Fa Shen Cha Biao Zhun Wen Ti Yan Jiu

行政诉讼程序的改革与完善

行政行为司法审查标准问题研究

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

行政诉讼程序的改革与完善：行政行为司法审查标准问题研究/刘东亮著. —北京：中国法制出版社，
2010.9

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2178 - 2

I. ①行… II. ①刘… III. ①行政诉讼 - 诉讼程序 - 研究 - 中国 IV. ①D915.180.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 176742 号

策划编辑 马颖

封面设计 周黎明

行政诉讼程序的改革与完善：行政行为司法审查标准问题研究

XINGZHENG SUSONG CHENGXU DE GAIGE YU WANSHAN;

XINGZHENG XINGWEI SIFA SHENCHA BIAOZHUN WENTI YANJIU

著者/刘东亮

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/9 字数/192 千

版次/2010 年 9 月第 1 版

2010 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2178 - 2

定价：30.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：66034242

市场营销部电话：66017726

邮购部电话：66033288

序

收到东亮博士《行政诉讼程序的改革与完善——行政行为司法审查标准问题研究》一书的初稿，我初略读过这本书的目次，马上被其内容所吸引：它不是一篇结构散漫、触角四面八方而没有中心讨论主轴的论文，而是一篇以现代法治国家所横亘在公法理论，也就是以严整的法律规范来实现正义，尤其是社会正义，而呈现在行政诉讼法上的专门问题的研究论文。要撰写这种既重视国内外新兴学理，亦即“应然面”，又不偏废国家具体法律规范的“实然面”，需要的是作者缜密的思虑功夫，还有博览群籍的强记能力，东亮博士都达到了这个严格要求。

我认识东亮大概已有十年之久。一九九八年夏秋之际，我二度应邀前往刚刚更名的浙江大学法学院（之前还是杭州大学法学院）担任客座教授。学校方面循往例替我安排一位勤奋且热心的研究生助理。那时我便发现了东亮的才华：他仿佛是一块外有灰质蒙皮的美玉，一经琢磨后，必然会散发出璀璨的亮光。在他的全程督促下，我的论文集《德国公法学基础理论》稿件在杭州经过缮打、校正，最后在二〇〇一年三月由山东人民出版社出版。这本上、下两册

的论文集是我最早呈现在大陆读者面前的论著，几年来似颇蒙受学界朋友们的厚爱，常见不弃援引。东亮当年所耗费的精力，应当是这本书在大陆成功推展最不可缺的因素。

东亮随后在攻读博士学位以及从事教职，开始在学术界崭露头角。这块琢磨去皮后的璞玉，已经散出一丝丝亮光，共同形成中国大陆公法学界在近年来所散发的一片闪烁之光芒，美不胜收。我谨祝贺东亮在这近年来学术上的杰出表现，但我衷心的期许，仍是一句老生常谈：学海无涯，惟勤是岸！

的确，仍处于继受欧、美先进法治国家公法理念的中华神州，我们有必要虚心：不要有任何民族主义的虚伪浮夸风，来阻碍吸取国外注重人权、维系法律尊严的法律思想与实证法律体制，一步一步朝向建立具有“中华特色”的公法体系。当然，这个具有中华特色的公法体系，应当在维护社会正义与保障人性尊严，以及人民福祉的有效性上，能够与欧、美传统公法体制有“一搏高下”的实力。

我谨以这个小序，以及这个伟大的期许，来祝贺东亮博士学术成果的“初试啼声”，我当期待日后还有更多的“天籁”，由宝岛西方的彩霞中，源源的飘来！

陈新民

序于台湾·台北·天母·百补堂书室

二〇〇九年清明时分

目 录

Contents

第一章 行政行为司法审查标准概述	1
第一节 行政行为司法审查标准的含义	1
第二节 确定司法审查标准的理念基础	4
一、权力分工原则	4
二、权利保障原则	8
三、行政自主原则	9
四、司法最终原则	12
第三节 影响司法审查标准的事实与观念因素	13
一、影响司法审查标准的事实因素	13
二、影响司法审查标准的观念因素	16
第四节 本书的研究目标与框架结构	22
第二章 各国行政行为司法审查标准比较	25
第一节 各国行政行为司法审查标准之发展	25
一、美国：联邦行政程序法司法审查条款与正当 法律程序	25
二、英国：越权原则的扩张解释与自然公正原则 的演变	75
三、法国：行政诉讼的类型化及其司法审查标准 的差异	139

2 行政诉讼程序的改革与完善

四、德国：行政行为合法性、行政裁量、不确定 法律概念与行政计划之审查	154
五、WTO 关于行政行为司法审查标准的要求	180
第二节 各国行政行为司法审查标准之比较	192
一、确定司法审查标准的前提：法律问题和事实 问题的区分	192
二、法院和行政机关在法律解释问题上权力分配 关系的调整	195
三、两大法系对事实问题的审查从两个极端向中 间（合理性）的靠拢	198
四、行政程序问题的审查与正当程序原则的兴起	202
五、行政裁量问题的审查与合理性标准的客观化	204
六、各国行政行为司法审查标准体系的三元化发 展趋势	209
第三章 我国行政行为司法审查标准研究	212
第一节 我国关于司法审查标准的立法规定与理 论认识	212
一、合法性审查原则的确立	212
二、是否存在合理性审查的争议	214
三、具体适用性审查标准的规定	215
第二节 我国行政诉讼实践中司法审查标准的操 作问题	222
一、法院对事实问题的审查	222
二、法院对法律问题的审查	224
三、法院对行政程序问题的审查	228
四、法院对行政裁量问题的审查	229

第三节 我国行政行为司法审查标准的反思与重构	230
一、我国现行司法审查标准“合法性审查”之质疑	231
二、我国现行司法审查标准“正确性审查”之反思	234
三、我国行政行为司法审查标准体系之重构	237
第四章 两种行政诉讼特别程序中的司法审查标准问题	242
第一节 非诉讼行政执行程序中的司法审查标准	242
一、什么是非诉讼行政执行程序	242
二、非诉讼行政执行程序中的合法性审查问题	245
三、非诉讼行政执行程序司法审查标准的确定	247
四、我国非诉讼行政执行程序的改造与完善	251
第二节 抽象行政行为审查程序中的司法审查标准	255
一、关于抽象行政行为司法审查的共识和争议	255
二、抽象行政行为司法审查标准的特殊性	258
三、抽象行政行为司法审查的判决效力问题	266
主要参考文献	269
后记	280

第一章 行政行为司法审查标准概述

行政行为诉至法院以后，法院应当怎样对其进行审查，或者说，法院应当根据什么样的准则对行政行为作出最终评价，是行政诉讼（行政行为的司法审查）的核心问题。^①对于这一问题，我国行政法学界称之为“司法审查的标准”。在一国行政诉讼制度中，司法审查标准的确立是否恰当、合理，决定着法院对行政行为进行司法审查的效果，并最终影响着行政诉讼制度的各项功能能否充分、有效地发挥。因而，研究行政行为的司法审查标准具有重要的理论意义和实践价值。

第一节 行政行为司法审查标准的含义

在我国，司法审查标准这一概念最早是由学者在介绍美国的

^① 严格地说，大陆法系的“行政诉讼”（la juridiction administrative; Verwaltungsprozess）和英美法系（行政行为的）“司法审查”（judicial review）在含义上有着细微的差别，但是从法律功能的意义上，我们把大陆法系的行政诉讼和英美法系的司法审查看作是同一种东西，因为它们是不同法律文化中的功能等值物（functional equivalents）。因此，本文对“行政诉讼”和“司法审查”不作严格区分，根据不同语境的需要选择使用某一概念，行政行为的司法审查标准即行政诉讼的审查标准。

司法审查制度时引入的。^① 相对于我国行政法学的发展，这一概念的出现比较晚。盖因司法审查标准问题在我国行政诉讼制度建立初期并未引起特别关注。行政诉讼在我国作为一种从无到有的全新的制度，在其与社会的磨合期，人们更多关注的是诸如原告资格、受案范围这类问题，因为这类问题直接关系到司法审查的大门能否开启。在大门能否开启还成为问题之前，当然难以顾及那些登堂入室后的深层次的问题。因此，对于司法审查标准，我国早期的行政诉讼法学著作都仅在行政诉讼的基本原则和判决理由部分略有提及，而未作更深入的研究。

司法审查标准概念在我国行政法学上的明确建立，肇始于罗豪才教授主编的《中国司法审查制度》。^② 其后，这一概念为我国行政法学界所普遍接受。

自20世纪90年代中期以来，司法审查标准概念为我国行政法学界所接受并被广泛使用，但学者对司法审查标准概念的含义一般都没有作出具体解释。盖因从字面意义上来说，司法审查标准概念的含义并不复杂。所谓“标准”，是指衡量事物的准则。^③ 所谓“司法审查标准”，即是指法院对被诉行政行为的性质（法

^① 参见姜明安主编：《外国行政法教程》，法律出版社1993年版，第308页；姜明安：《行政诉讼法学》，北京大学出版社1993年版，第24页。——司法审查标准系由英文中的“the standard of judicial review”以及“test for review”翻译而来。美国行政法学讨论原则性的司法审查标准时常使用前者，而论及具体适用的审查标准时则多使用后者。

^② 参见罗豪才主编：《中国司法审查制度》，北京大学出版社1993年版。

^③ 参见《现代汉语词典》，商务印书馆1983年第2版，第70页。

律效果)进行审查、判断并作出最终评价时所依据的准则。^①

在行政诉讼中,法院对行政行为的性质进行审查、判断时为什么要依据一定的准则?法院的审查、判断应当依据什么样的准则?讨论司法审查标准问题,不能不从司法审查的强度说起。

周知,从诉讼法的角度来说,行政诉讼以解决行政纠纷为首要的、直接的目的,但行政诉讼同时也是司法权监督、制约行政权的一种法律制度(英美法系的司法审查对这一制度的功能定位更为明确)。行政诉讼是分权制衡的一种表现形式。基于两种国家权力性质的不同以及权力分工原则,司法权对行政权的监督和制约不可能是无限度的,而是存在一定界限。这一界限,也就是司法权对行政权可以介入和干预的程度,我国行政法学称之为“司法审查的强度”。所谓司法审查强度,也称为司法审查的程度或者司法审查的深度,简单地来说,就是指司法审查以达到何种程度为宜。确定司法审查的强度,既要防止司法权对行政权制衡不足,又要避免司法权对行政权干预过度。^②换言之,确定并提

① 由于受到我国《行政诉讼法》第5条规定的影响和认识水平的限制,我国行政法学界一般都把对行政行为的审查表述为“合法性审查”。由于“合法性审查”的内涵比较狭窄,解志勇博士将其表述为“进行诉讼法上性质的判断”。解志勇博士指出了问题所在,但其关于“进行诉讼法上性质的判断”的表述其含义不容易理解(参见解志勇:《论行政诉讼审查标准——兼论行政诉讼审查前提问题》,中国人民公安大学出版社2004年版,第26页)。笔者认为,对行政行为进行审查,实际上就是对行政行为的性质即对行政行为的法律效果进行判断。所以笔者将司法审查标准的概念表述为“法院对被诉行政行为的性质(法律效果)进行审查、判断并作出最终评价时所依据的准则”。

② 参见杨伟东:《行政行为司法审查强度研究——行政审判权纵向范围分析》,中国人民大学出版社2003年版,应松年教授序言。

高司法审查强度的合理性，避免“过”与“不足”的双重危险，关系到能否减少司法权与行政权的冲突和磨擦，从而从根本上建立起司法权和行政权的协调关系。这对于国家权力机器的正常运转和司法审查制度功能的充分发挥，有着至关重要的作用。

然而，司法审查强度是一个抽象的学术概念，其意义难以捉摸，实践中不好把握。所以，法院在进行司法审查时一般依据司法审查强度的外化标尺——司法审查标准进行操作。

司法审查标准的作用是双向的。一方面，司法审查标准是司法审查制度这架天平上司法权用以衡量行政行为性质（法律效果）的“砝码”，另一方面，它又是限定司法权自身界限的权力“界标”。司法审查标准既用以判断行政行为，又用以约束司法权自身。这是司法审查标准在司法审查制度中的双重功用。

第二节 确定司法审查标准的理念基础

司法审查标准的确定不是随意的，而是要受到多种因素的制约。我们首先研究确定司法审查标准的法理根据，或者说它在宪法层面的理念性基础。

一、权力分工原则

如前所述，司法审查标准是司法审查强度的外化标尺。司法审查强度问题的提出建立在这样一种假定之上，即法院无权对行政行为进行彻底的审查，司法权对行政权的介入存在一定限度。对这一假定的论证必须回到司法权与行政权之间的关系这一根本

问题上。^①

周知，“三权分立”是资本主义国家普遍实行的宪法基本原则。三权分立原则实际上包含分权与制衡两方面内容。所谓分权，是指把国家权力分为立法、行政、司法三个部分，分别由三种国家机关独立行使；所谓制衡，是指这三种国家机关在行使权力的过程中保持一种相互制约的关系，以实现权力之间的平衡。三权分立原则是根据近代分权学说建立起来的。近代分权学说首先由洛克（John Locke）倡导，孟德斯鸠（C. L. Montesquieu）总结完成，汉密尔顿（Alexander Hamilton）等人又作了进一步发展。三权分立的理论基础是和社会契约论相结合的近代自然法学说；它的事实根据是英国的君主立宪制政体；其中心思想是以权力制约权力，反对君主专制制度。^②

与资本主义国家不同，社会主义国家不采取三权分立原则。社会主义国家普遍确认的是权力统一和民主集中制原则。这一原则首先由巴黎公社所创建，并为后来的社会主义政治制度所充实和具体化。它在理论上确认国家权力的不可分割性，在实践中以人民的代表机关作为统一行使国家权力的机关。一切国家机关都

^① 参见杨伟东：《行政行为司法审查强度研究——行政审判权纵向范围分析》，中国人民大学出版社2003年版，第15页。

^② 参见许崇德主编：《中国宪法》，中国人民大学出版社1996年版，第49页。

向人民的代表机关负责并接受它的监督。^①

“三权分立”和“民主集中制”在政治原则层面的差异我们无意在此多加讨论。从管理学的角度来说，无论是资本主义国家的“三权分立”，还是社会主义国家的“民主集中制”，其中都贯穿着权力分工的思想。因为任何一个国家机关，即使是最高国家权力机关，也不可能在事实上行使所有的国家权力。权力分立（Separation of powers）是一个政治原则，而职能分立（Separation of functions）是一个行政（管理）原则。^②

职能分立要求权力上的分工。从这层意义上来说，任何一个国家，无论其国家性质如何，其国家权力在事实上都可以分为三

^① 参见魏定仁主编：《宪法学》，北京大学出版社1999年版，第23页。——关于社会主义国家的政权组织原则，理论界有不同的认识。早期的通说认为社会主义国家的政权组织原则是“议行合一”。“议行合一”概念本身，马克思主义创始人和其他思想家都没有直接使用过，它是我国学者根据卢梭和马克思、列宁的有关论述概括出来的一种描述立法机关与执行机关职权或者权限混合不分状态的提法。半个多世纪以来，“议行合一”学说经历了一个从占支配地位到逐渐式微的过程。它的正当性和合理性一度是毋庸置疑的，但目前基本上已被我国宪法学界所否定。日益深入的研究和越来越多的证据表明，“议行合一”不符合当代中国的实际，也不代表国家权力配置的一般趋势和社会主义国家政权组织形式的发展方向。我国学界目前的通说认为，社会主义国家的政权组织原则是“民主集中制”。关于“议行合一”学说的发展与演变，可参见童之伟等：《法学界对“议行合一”的反思与再评价》，《江海学刊》2003年第5期，第114页。——笔者认为，“民主集中制”实际上是一种领导体制，是一种比较具体的、微观层面的制度，尚不能说是指导国家权力配置的政权组织原则（宏观体制）。社会主义国家的政权组织原则界定为“权力统一原则”可能较为适当。

^② 参见王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社1995年版，第101页。

种形式：立法权、行政权和司法权。^①抛开立法权暂且不提，就行政权和司法权的关系而言，这两种国家权力经历了从混沌一体到分离开来的演变过程。^②这种演变历程，一方面说明了行政权和司法权具有一定的相似性（同是执行法律的权力），另一方面也说明了司法权和行政权仍然具有本质上的不同，司法权与行政权的区分有其历史的必然性。^③

按照权力分工原则，司法权和行政权分别承担不同的国家职能，二者各有自己的职权范围。这意味着法院的司法审查权力不是无限的。虽然根据分权原则的另一项内容，即权力制约原则，司法权在行政诉讼中可以对行政权进行监督与制约，但这种监督与制约是有一定限度的。权力分工原则要求法院的审查必须进行自我抑制。司法权除了监督与制约行政权外，还应该尊重和支持行政权，因为实施行政行为是行政机关的法定权力，法院不能完

① 例如，我国《宪法》第58条规定：“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。”我国宪法学理论也认为，民主集中制并不排斥国家权力各部门之间的分工，但以代表人民意志的立法权作为主导。参见魏定仁主编：《宪法学》，北京大学出版社1999年版，第23页。

② 周知，中国古代实行“行政兼理司法”，行政权和司法权是合为一体的；洛克的分权学说名义上是“三权分立”（立法权、执行权和对外权），实质上则为“两权分立”，司法权是融合在行政权之中的。直至孟德斯鸠，理论上才把司法权从行政权中独立出来。参见[英]洛克：《政府论》（下册），瞿菊农、叶启芳译，商务印书馆1964年版，第91页；[法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1959年版，第156页以下。

③ 在国家权力结构中，行政权与司法权虽然同属执行权，但两者大有区别。它们之间最本质的区别在于：司法权以判断为本质内容，是判断权，而行政权以管理为本质内容，是管理权。参见孙笑侠：《司法权的本质是判断权——司法权与行政权的十大区别》，《法学》1998年第8期，第34页。

全无视行政机关的决定。司法权对行政权应当保持一定程度的尊重，这是权力分工原则的内在要求。法院对行政机关既要进行监督制约，又应保持一定程度的尊重。这种分寸的拿捏要求司法审查标准的设置必须体现两方面的合理性。

二、权利保障原则

权力分立或者权力分工本身都不是目的，而是达到某种目的的一种手段。确切地说，其目的在于实现权力之间的制约与平衡（Checks and Balances），以防止权力专断和暴政的发生。^①

进一步说，制约与平衡也不是分权的根本目的，分权的根本目的是为了保障公民权利。保障公民权利，或者称为人权保障，是各国公认的宪法基本原则。

如果进一步推论，重要的也不是权利保障，而是权利保障的有效性。行政诉讼制度作为贯彻落实宪法上权利保障原则的具体制度，必须满足这一要求。

中国“有效权利保障”要求法院的司法审查必须具有实效性（实

效性）。

（注：① 参见《美国宪法》第 1 条第 1 款第 1 项：“立法权属于众议院，并由参议院与众议院共同行使；行政权属于总统；司法权属于最高法院及由国会设立的下级法院。”）

② 参见《美国宪法》第 1 条第 1 款第 1 项：“立法权属于众议院，并由参议院与众议院共同行使；行政权属于总统；司法权属于最高法院及由国会设立的下级法院。”）

③ 参见《美国宪法》第 1 条第 1 款第 1 项：“立法权属于众议院，并由参议院与众议院共同行使；行政权属于总统；司法权属于最高法院及由国会设立的下级法院。”）

④ 社会主义国家的民主集中制原则也并不排斥国家权力之间的制约与平衡，只不过它是在国家权力的统一和人民代表大会居于主导地位前提下的制约与平衡。参见魏定仁主编：《宪法学》，北京大学出版社 1999 年版，第 23 页。

际效果)。^①这种实效性要求体现在行政诉讼制度的多个方面,其中一个非常重要的方面就是司法审查的强度及其外化标尺(司法审查标准)。法院对行政行为的审查必须达到一定程度,而不能是“蜻蜓点水”或者“浮光掠影”,否则就不能实现对公民权利保障的有效性。

三、行政自主原则

行政自主原则是由权力分工原则衍生出来的一个子原则。根据权力分工原则,法院和行政机关各有一定的职权范围。在其职权范围内,行政机关有权自主决定有关事项,不受法院干涉。虽然根据权力制衡原则,法院对行政机关的行政行为有权进行审查监督,但是法院不是被监督行政机关本身,也不是被监督机关的上级行政机关,更不是一个“超级行政机关”(super-administrative agency),法院对行政行为的审查,如果涉及到行政机关有权自主决定的事项时,要受到范围(scope)上的严格限制。

① 德国《基本法》第19条第4款规定:“任何因公权力之行使而使权利受侵害者,均得向法院申请救济。”德国法学界普遍认为,该条款不仅确认了行政诉讼作为一种形式上的权利保障方式,更要求行政诉讼必须是一种“有效的权利保障(Effektiven Rechtsschutz)”方式。为了实现“有效权利保障”,德国法学界进行了深入的讨论,推论出一系列对行政诉讼制度的要求:(1)禁止运用法律上或者事实上的方法妨碍救济渠道;(2)禁止对救济渠道的运用附加不必要的限制;(3)必须符合正当法律程序的最低要求;(4)应当提供适当的救济形式;(5)应当提供及时的权利救济。有德国学者认为,可以把对行政诉讼制度的这些要求概括为两方面:一是开放法院救济管道,二是法院审查程序的实效性。参见陈爱娥:《“有效权利保障”与“行政决定空间”对行政诉讼制度的影响》,载施启扬主编:《行政诉讼论文汇编》,台湾“司法院”印行,1998年版,第58页。