

# 监督行政对权利的影响

## ——以《行政诉讼法》第 1 条为基础的解释学展开

沙卫鹏\*

### 目次

#### 引论

#### 一、单一合法性审查：分析与转换

##### （一）对监督式司法的反思

##### （二）“多元说”为何实为单一说？

#### 二、请求权基础的思考径路

#### 三、纠纷导向的诉讼模式之合理性

##### （一）原告为何“陪跑”法院？

##### （二）一个朴素之追问：为何要起诉？

#### 四、“监督行政”的解释论再造

##### （一）误读缘何发生？

##### （二）对第 1 条的最终解释

#### 五、相应条款的衍生诠释与应用

##### （一）对第 2、第 6 条又应如何理解？

##### （二）第 12 条是受案范围吗？

#### 结论

**摘要** 从实质性解决行政争议的角度来考察，不难发现脱离诉讼请求的合法性审查，理论上无法构建体系化的诉讼模式，实务上也充斥着程序空转的“陪跑”悖论。昔时掺杂浓厚司法与行政两权对抗的司法审查技术，可以尝试以请求权基础来构建一套较为统一与温和的行政诉讼法体系，即对以《行政诉讼法》第 1 条为起始的诉讼目的进行全新的解释学阐微。相对弱化而非否定合法性审查作为诉讼要件的地位，将诉讼请求作为一独立的诉讼标的予以分析，可消解监督行政异化为权力衡平之术的质变，亦定分止争而尘埃落定。与第 1 条休戚相关的第 2 条与第 12 条也应做出相应解读，前述两条中的“认为”句式表征了此处应一致解释为原告的诉讼理由，或者是第 49 条所指明的拥有具体诉讼请求的表现。而第 6 条可限缩解释为与诉讼请求有关的行政行为的合法性问题。诉讼请求框定了案件审理范围，是诉讼类型化的依据，对行政行为的审查根源于此、受制于此，而不是来自监督行政的需要。以请求权基础为核心的纠纷解决模式可容纳司法审查的裁判模式来直面争议，促进实现案结事了诉讼新格局。

**关键词** 诉讼请求 请求权基础 合法性审查 实质性解决争议 诉讼标的

\* 清华大学法学院硕士研究生。

## 引 论

缘何要重启探讨行政诉讼目的?特别是在实证分析方法方兴未艾之今时,于此探讨本就是一个形而上(Metaphysics)的评断,无疑会遭受脱离司法实践的批评抑或老生常谈的诘难。但从理论价值而言,在一个有着数千年浓厚“官本位”传统意识的土壤里生长起来的行政诉讼法学,与其他诉讼法学相比,更需要基础理论的支撑和指导。不可否认,立法目的作为实定法条文,自身也是法律制度的一部分。<sup>〔1〕</sup>对于目前而言,促使行政诉讼法学健康成长和发展的最艰巨且最有效的工作就是加强行政诉讼法学基础理论的研究,而目的论,恰是行政诉讼法学基础理论之基础。<sup>〔2〕</sup>在这里,行政诉讼目的,就是以观念形式表达的国家希望通过行政诉讼所要达到的目标,是统治者按照自己需要与固有认识预设的理想模式。<sup>〔3〕</sup>它不仅关系行政诉讼的功能定位,更关系行政诉讼制度的体系安排、运转成效,是构建行政诉讼制度的基点。<sup>〔4〕</sup>

揆诸当下,行政法学界主要把行政诉讼的立足点置于对行政行为合法性进行司法审查的单一说,<sup>〔5〕</sup>或权利救济、纠纷解决与司法审查的多元说。<sup>〔6〕</sup>虽百家争鸣、众说纷纭,但对于行政诉讼即是“审被告”的论点,<sup>〔7〕</sup>学界都不会予以否认,而在诉讼请求与请求权基础<sup>〔8〕</sup>是否是一独立的诉讼标的,<sup>〔9〕</sup>以及其可否与合法性审查并行不悖地构成一个审理对象这两个问题上不置可否。

〔1〕 徐晨:《行政法理论与判解研究——以司法审查为中心》,中国政法大学出版社2017年版,第2页。

〔2〕 胡肖华:《行政诉讼目的论》,载《中国法学》2001年第6期,第50—55页。

〔3〕 马怀德:《行政诉讼原理》(第2版),法律出版社2009年版,第65页;胡卫列:《行政诉讼目的论》,中国检察出版社2014年版,第25页。

〔4〕 付荣、江必新:《论私权保护与行政诉讼体系的重构》,载《行政法学研究》2018年第3期,第3—13页。

〔5〕 就笔者所查阅的资料,零星孱杂于基本原则中讨论行政诉讼司法审查的论述汗牛充栋。但开辟专章来论述的著作并不多见。主要是章剑生:《现代行政法基本理论》,法律出版社2008年版,第510页;何海波:《实质法治:寻找行政判决的合法性》,法律出版社2009年版,第189页;章志远:《行政法学总论》,北京大学出版社2014年版,第288页;余凌云:《行政法讲义》(第2版),清华大学出版社2014年版,第149页;何海波:《行政诉讼法》(第2版),法律出版社2016年版,第255页;罗豪才、湛中乐:《行政法学》(第4版),北京大学出版社2016年版,第515页。

〔6〕 就多重说而言,有学者认为行政诉讼功能主要是解纷、监督和救济三项(姜明安:《行政诉讼功能和作用的再审视》,载《求是学刊》2011年第1期,第81—88页);亦有学者认同救济功能和保障公法秩序功能的双重目标说。(见薛刚凌:《行政诉讼法修订基本问题之思考》,载《中国法学》2014年第3期,第229—246页);还有一种意见认为,保护公民的合法权益和保障行政机关依法行使权力不是对立的,而是统一的(见张树义:《〈行政诉讼法(草案)〉若干争论问题再思考》,载《法学》1989年第3期,第8—10页)。

〔7〕 见前注〔5〕,何海波文,第38页。

〔8〕 作为本文的核心术语,请求权基础考察的工作在于探寻支持一方当事人向他方当事人有所主张的法律规范和依据。有学者将请求权基础的运用称为“找法”,即寻找该请求权的实体法依据,尤其是现行法律依据。参见王利明:《民法案例分析的基本方法探讨》,载《政法论坛》2004年第2期,第119—129页。王泽鉴教授亦言:请求权方法,系指处理实例应该以请求权基础或者请求权规范基础为出发点(见王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第35页)。其核心意旨在于寻找法律依据,对于本就脱胎于民事诉讼的行政诉讼,也应该是适用的。因为一个理智的原告显然应当指出其主张的法律依据,来说服裁判者。

〔9〕 诉讼标的(objection of action)在行政诉讼中被讨论得较少,这个源于德国的概念(Streitgegenstand)主要见诸民事诉讼领域。简单来说,可将这个在诉讼法中被广泛使用的概念理解为诉讼客体,即审理对象,论者在此从之。参见〔日〕谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社2002年版,第3页;王亚新、陈杭平等:《中国民事诉讼法重点讲义》,高等教育出版社2017年版,第10页;张卫平:《民事诉讼法》(第3版),中国人民大学出版社2015年版,第144页。

窃以为,上述目的论之诸见及建立在其上的整个诉讼逻辑,暂且不论其述说内容,从方法论的根基上说就并非不可怀疑。在理论研究上不可不察的一点在于:以上这些观点的基本论证思路在于,先给出某一非出于条文的超规范论断,再援用条文予以佐证。而当条文与其相龃龉之时,一无外乎就是修法仍有未了之愿、未尽之事,二则直言不讳地批评一顿,忙于“公车上书”,塞入心目中“理想的行政诉讼”<sup>[10]</sup>,嗣后再竭力期待下次修法来实现其主张。拉伦茨教授于其经典之作中曾经开宗明义:法学是以在历史中形成的法秩序为基础及界限,借以探求法律问题之答案的学问。<sup>[11]</sup>所论之关键在于要以此法秩序为基础或者理论的出发点,亦以为界限。但从刻下回溯之,行政法学者就是以改革者而不是以保守主义者和法典注释者的面貌出现,行政法学从一开始就是以立法论而不是解释论的形式出现。<sup>[12]</sup>这样的方法至今都几乎还是主流。

并非笔者一味强调方法论主义的研究,即使是以问题导向的思考径路,目前对于《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》),理论总体倾向于立法论的基调,或者说是一种“立法对策学”的范畴,核心意旨始终以法律的制定、修改和完善作为归宿。<sup>[13]</sup>然至今日,我们却仍然要通过分析和解释法律文本确定法律条款的规范内涵,<sup>[14]</sup>吾国也系为数不多的有独立诉讼法法典的国家,<sup>[15]</sup>那么思考与评判恐怕也是从其出发方为合理。

特别是在对行政诉讼的目的论进行解读之时,如前所述,囿于其价值判断浓厚的先天特征,学术讨论往往更容易脱离于规范之外,故亟须一致的对话起点。颇为关键的地方在于,对诉讼目的之评断,将直接决定我们采取何种诉讼模式,而采取权利保护说抑或司法审查说的具体裁判技术,自然也将受制于此,故在此强调一番方法论上的彻底性亦非赘言。而且,若缺少了正确的解释,就没有正确的批评,更不会有成功的立法。<sup>[16]</sup>

以立法导向的学说似乎忽略了,时至今日即使轮番修法,<sup>[17]</sup>在司法审查上我们仍然是在避重就轻,不敢直面实质争议。<sup>[18]</sup>我们不得不反思,从开始就设定监督行政与司法审查的公理确信来推演整个诉讼逻辑,是否有着先入为主的偏见,因为它很有可能并不是通过对行政诉讼法的教义解释能够得出来的唯一结论。退而求其次,我们也并非就只能允许一种解释的存在。

[10] 余凌云:《行政法讲义》(第3版),清华大学出版社2019年版,第459页。

[11] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第19页。

[12] 见前注[5],余凌云书,第49页。

[13] 陈瑞华:《刑事诉讼的中国模式》(第3版),法律出版社2018年版,第3页。

[14] 张翔:《基本权利的规范构建》(增订版),法律出版社2017年版,第2页。

[15] 据何海波教授等的研究,目前有行政诉讼法成文法典的国家和地区并不多见,主要有《俄罗斯联邦行政诉讼法典》《法国行政诉讼法典》《日本行政事件诉讼法》《德国行政法院法》,还有我国台湾地区的“行政诉讼法”。普通法国家行政诉讼法典化的程度一般不高,主要规定散落在多部法律和海量判例之中。(见何海波主编:《中外行政诉讼法汇编》,商务印书馆2018年版。)此外,对比两个邻国韩(1996)、日(1993),我国通过《行政诉讼法》(1989)的时间也算很超前了。

[16] 参见易延友:《刑事诉讼法——规则、原理与应用》(第4版),法律出版社2013年版,第5页。

[17] 对于修法前后最前沿的讨论,可参见何海波:《〈行政诉讼法〉修改的理想与现实》,载《中国法律评论》2014年第4期,第138—142页;何海波:《从全国数据看新〈行政诉讼法〉实施成效》,载《中国法律评论》2016年第3期,第145—149页;何海波:《一次修法能有多少进步——2014年〈中华人民共和国行政诉讼法〉修改回顾》,载《清华大学学报(哲学社会科学版)》2018年第3期,第26—43页。耿宝建:《新〈行政诉讼法〉实施一年回顾与展望》,载《法律适用》2016年第8期,第8—14页;另有专著,参见林莉红:《行政法治的理想与现实——〈行政诉讼法〉实施状况实证研究报告》,北京大学出版社2014年版。

[18] 具体实务表现,下文将详述,在此按下不表。

## 一、单一合法性审查：分析与转换

### (一) 对监督式司法的反思

对于旨在监督行政的司法审查说,无论叫不叫司法审查并不重要,关键在于它显然是以行政控权为目的的,<sup>[19]</sup>当然其主要也是来自英美司法审查中的控权思想。<sup>[20]</sup>控权也深入到了行政法的每一个细胞。<sup>[21]</sup>从实体法角度而言,立足于私权与行政权力的实力差距,把控权作为行政法的一个基调未尝不可,这也符合公法的基本原理,但是却并不一定也要反映到诉讼法上来。而此番希冀于把《行政诉讼法》改造成带有浓厚权力对抗(confrontation of powers)色彩的审查模式,起初颁布之时,受到行政机关的抵触自不待言。而在现行《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)所确立的“强行政、弱司法”的权力配置格局下,这样的行政诉讼模式表现出浓郁的理想主义情结,其象征意义要远大于现实意义。<sup>[22]</sup>

缘由在于,把《行政诉讼法》解释为审查法,恰恰是没有把握其“私权—公权”二元对峙结构及由此定分止争的初衷,转而成为“司法—行政”的两权平衡之术。在敏感的现有体制下,审判机关在诉讼过程中如履薄冰,判决结论瞻前顾后于司法与行政间巨大的实力差距。这并非是在私权与公权之间来讨论的“平衡说”<sup>[23]</sup>。

审查说在实务上的影响极大,法官之论述不乏有例。如有人认为行政诉讼法规定的监督是全方位的监督,不受原告诉讼请求和理由的限制。一旦被诉行政行为确定之后,人民法院对被诉行政行为的审查是全面的、彻底的,不仅要对原告提出质疑的部分进行审查,也要对原告未提出质疑的部分进行审查。之所以如此,是因为行政诉讼的对象——被诉行政行为原则上都直接与国家利益、公共利益相联系。<sup>[24]</sup>

依据公共利益概念来论证司法审查说之合理性的观点俯拾皆是,但是,这样的逻辑实质上是不成立的。此处的被诉对象,即行政行为,即使并非被诉于法院,其实也都是与公共利益相关的——除非有以权谋私等非法路径,从未见过有行政机关会做出不与公共利益相关的行为或者认为自己并非是朝着公益行动。如果行政行为本身不与公共利益相关,那么就符合了《行政诉

---

[19] 值得一提的是,此处的“司法审查”(judicial review)在普通法系亦可被翻译为“司法复审”,而自罗豪才教授将其引入到行政法后,“司法审查”某种程度上几乎成了行政诉讼的代名词。(参见罗豪才:《中国司法审查制度》,北京大学出版社1993年版,第3页。)有人可能会有疑问,司法审查是否简单等于监督行政?不可否认,二者确有差异,但正如朱维究教授所论:其实质都是对行政行为的司法监督。(朱维究:《行政行为的司法监督》,山西教育出版社1997年版,第302页。)就笔者看来,当诉讼请求并未被当作一个单独的审查标的之时,在客观效果上说司法审查只是在监督行政,并无不妥。

[20] 前注[4],胡卫列书,第130页。

[21] 参见前注[12],余凌云书,第5页。

[22] 章志远:《行政法学总论》,北京大学出版社2014年版,第393页。

[23] 我国行政法学上的行政法平衡理论之滥觞,可参见罗豪才、甘雯:《行政法的“平衡”与“平衡论”范畴》,载《中国法学》1996年第4期,第48—55页;罗豪才主编:《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社1997年版;沈岷:《平衡论:一种行政法认知模式》,北京大学出版社1999年版,第68—78页;何海波:《对行政法上平衡原则的思考》,载《法学杂志》1996年第4期,第19—21页。

围绕“行政权—公民权”这一基本矛盾,罗豪才教授等学者将行政法理论基础划分为管理论、控权论与平衡论三个模式。这里的两个平衡对象,罗豪才教授等人指出的是“行政—公民”,但司法审查论者最终在讨论审查限度之时,却无一例外地变成了“司法—行政”的平衡。

[24] 郭修江:《监督权力、保护权利、实质化解行政争议——以行政诉讼法立法目的为导向的行政案件审判思路》,载《法律适用》2017年第23期,第8—16页。

讼法》第70条所述的“滥用职权”或“明显不当”，难道还有其他理由足以支撑行政行为的合法性？质言之，行政行为是否与公共利益相关是一项审查标准，而不是可以超越于诉讼请求来进行司法审查的理由，否则就是同义反复(tautology)。

用公共利益说来支持可以超出诉讼请求进行审理，带来的衍生问题还在于，原告起诉后给予被告答辩之时的不对称。嗣后径行超过原告起诉之事实与理由来审查，被诉之人很难再做出有针对性的应诉准备，若法院超出诉讼请求进行合法性审查，莫不是真的变成了行政机关与法院争夺对案件事实的定性权。

完全性的合法性审查说未尝不是把自己所主张的权利救济的前提，不经意间又给消灭掉了，转而生出法院与行政机关的“账外”纠纷。如此这般，恐怕私权才真正是在司法、行政相争之下“于夹缝中求得生存”，原告的诉讼请求与请求权基础是被抹去讨论空间了的。法院在严格适用法律完成对行政行为的合法性审查后，其任务即宣告终结，至于原告的诉求是否真正得到解决，则不构成其审理和判决的内容。<sup>[25]</sup>

诉讼请求未经实现，那么一个案件三个月之内结案，法律程序是完了，纠纷却没有解决。若法院判决撤销行政机关的决定，让行政机关重做，当事人对行政机关重做的决定不服，又得打官司。<sup>[26]</sup>

不仅如此，如果要达到监督行政之目的，通过诉讼来纠正现实之中的行政滥权，最优选择是法院主动出击，因为现实中有大量的违法行政需要纠正，不能等到原告起诉了才去审查。显然，这是荒谬的，因为“不告不理”维系着司法运作的基本原理，也是它区别于行政的核心与关键。即可见，任何行政决定的合法性并不需要经过确实的司法审查后才能被终局肯定，同样地，未被起诉或者进入司法程序的行政行为也并不意味着就一定合法。

我们不可能将所有涉及法律的争议都首先交给法院，<sup>[27]</sup>我们也显然无法替当事人决定是否行使诉权。没有人会比利害关系人更了解自己的需求与主张方式，<sup>[28]</sup>如果交由利害关系人决定，有限的司法资源往往会流向最具价值的地方。<sup>[29]</sup>想象一个不利行政决定如果未被起诉至法院，要么意味着他们放弃了权利，要么他们有着更好的解决途径——即使是法外途径亦未尝不可。但放弃诉求也并不意味着就是负效用，因为在个人衡量下，可能胜诉带来的日后掣肘之处确实比当下忍气吞声要严重。按照这一逻辑，诉是因为原告有解决纠纷的强烈需求而成立的，而不是行政有被监督的需要而启动的。与此相联系的，诉权或诉愿也就是原告向法院提起的，要求法院做出本案判决从而解决纠纷的权利。<sup>[30]</sup>

## （二）“多元说”为何实为单一说？

行政诉讼目的多重说也并不是没有问题。如果认为行政诉讼应该是一种兼具以下三重身份的制度：解决行政争议、对行政行为进行司法审查、对相对人的救济，<sup>[31]</sup>那么可以做如下推理：解决行政争议是通过对行政行为的司法审查进行的，争议平息了，行政违法行为纠正和追责了，相对

[25] 王万华：《行政复议法的修改与完善——以“实质性解决行政争议”为视角》，载《法学研究》2019年第5期，第99—117页。

[26] 何海波：《行政审判体制改革刍议》，载《中国法律评论》2014年第1期，第63—68页。

[27] 张千帆：《宪政原理》，法律出版社2011年版，第210页。

[28] 参见[德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克：《德国民法总论》（第33版），张艳译，中国人民大学出版社2012年版，第54页。

[29] [美]托马斯·索维尔：《经济学的思维方式》（第5版），吴建新译，四川人民出版社2018年版，第21页。

[30] 见前注[9]，张卫平书，第9页。

[31] 姜明安：《行政诉讼法》（第3版），北京大学出版社2016年版，第79页。

人也就获得了相应的救济。<sup>[32]</sup>

但是,这只是一种朴素的、似是而非的直觉推理。事实上,这三种目的间完全可以毫无关系,而且皆而有之的话,反而一个目的都实现不了,<sup>[33]</sup>还会给法院提供避重就轻、回避实质争议焦点的机会。不以诉讼请求为回应对象的判决,在审理结果上,与司法审查的单一合法性审查说没有不同之处。其实,保护公民权利与监督行政机关依法行使职权,是要通过解决行政争议才能实现的。而没有争议,又何来诉讼!<sup>[34]</sup>而且,于理论走向而言,这样的多重目的说中的任意一个,在实践运行之中都不尽如人意。嗣后学界对于立法、修法的呼声与活跃程度,也是要远比对法律的解释强得多。<sup>[35]</sup>

美国经济学家索维尔教授的论述或许值得我们重视:这是一个权衡取舍的世界,不是所有问题都能得到解决,并且无论我们怎么权衡取舍,“未满足的需要”总会存在。<sup>[36]</sup>我们要清楚的是,司法的功能始终是有限的,它只有有所不为,方能更好地有所为。

问题的关键在于,虽然大量的行政案件涉及行政行为的合法性,但是公民、法人或其他组织更关注的是其合法权益、切身利益能否得到司法保护。<sup>[37]</sup>诉讼制度的属性在于救济,行政相对人的关注点不在于其是否可能对行政法律秩序构成监督,而在于行政相对人自身合法利益的保护。<sup>[38]</sup>这也是其行使诉权的根本原因。如果我们忽略掉这一点,而遵循单纯的“审被告”,那么将导致现实中行政诉讼功能目的与行政相对人预期相差甚远,公众也会逐渐失去对诉讼救济的耐心与信任。<sup>[39]</sup>也许民众的厌诉只是因为诉讼的行径并不会达到原本的预期。换句话说,他们并非排斥在行政纠纷中求诸诉讼,而仅仅是排斥某种类型的诉讼。<sup>[40]</sup>

德国行政法学者胡芬教授(Friedhelm Hufen)曾言:获得法律保护的条件(诉的适法性)不是违法事实本身,而是理由具备性。如《德意志联邦共和国基本法》中言,有人权利受到侵害这句话本身就已表明,其并非是客观的合法性审查,而是司法意义上的个人权利保护。<sup>[41]</sup>若采监督式司法,那么从诉讼请求这一边来看法院的判决方式,基本可以总结为是答非所问了。

一番审视即可明了,所谓多重说的本质仍然是单一的监督行政说,因为此时的诉仍然不受诉讼请求的约束。事实上,只有相对人的权利获得救济,即其诉讼请求得到回应或支持,其提起本诉而形成的法律纠纷才算获得平息,而不是行政行为先要获得纠正、追责后方才如此。质言之,行政行为的司法审查部分,与原告诉讼请求是否得到支持,是完全可以分离来讨论的。只要原告的诉讼请求具备请求权基础,于法有据,法院可以径行支持,何必绕一大弯先去审查被告呢?特别是对

[32] 见前注[31],姜明安文,第80—96页。

[33] 此处就好比一国的货币政策的实施,在促进就业与稳定币值二者上是不可能同时满足的。所以各国家,如德、日等只是单用稳定币值为工作核心。而自言要实现五重目标的我国《中国人民银行法》,其实在稳定币值上的乏力有目共睹。参见李国平:《解码金融:了解金融的逻辑》,北京大学出版社2013年版,第69页。

[34] 参见应松年:《与法同行:应松年口述》,何海波整理,中国政法大学出版社2015年版,第96页。

[35] 余凌云教授在其所著《行政法案例分析和研究方法》中就直接指出:行政法上的法的阐释学始终是不发达的。据我所知(作者语),行政法上基本上没有“行政法解释学”的说法。见余凌云:《行政法案例分析和研究方法》,中国人民大学出版社2008年版,第103页。

[36] 见前注[29],索维尔书,第33页。

[37] 江必新、梁风云:《行政诉讼法理论与实务》(第3版),法律出版社2016年版,第32页;梁风云:《新行政诉讼法讲义》,人民法院出版社2015年版,第6页。

[38] 苏海雨:《行政诉讼功能的理性归位》,载《广西社会科学》2018年第12期,第140—144页。

[39] 汪庆华:《中国行政诉讼:多中心主义的司法》,载《中外法学》2007年第5期,第513—533页。

[40] 参见张泰苏:《中国人在行政纠纷中为何偏好信访》,载《社会学研究》2009年第3期,第139—161页。

[41] [德]弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》(第5版),莫光华译,刘飞校,法律出版社2003年版,第11页。

于裁量行为的审理,本就是一个无解的难题,如果法院非要高高在上地去审查一番,受到行政机关的抵触、阻挠恐怕也并不是偶然的。所以,那种认为行政诉讼的主要内容是解决行政争议,而其是通过对于行政行为的司法审查来实现的<sup>[42]</sup>这一说法,无疑是把司法审查作为唯一诉讼标的,而实际上就其意旨而言又不免自相矛盾。

## 二、请求权基础的思考径路

承接上文之论。更重要的是如果审查范围真的可以超越于原告的诉讼请求,那么应该是增大了审查力度与密度,对行政机关提出了更高的合法要求,从而增加了原告的胜诉概率。但结果却恰恰相反。自不待言,原告胜诉就是自己的诉讼请求被支持,如果诉讼请求没有被支持,也谈不上胜诉。那么司法审查说就会得出一个有趣的诉讼怪象:被告败诉不等于原告胜诉,或者说完全会出现,在原告的诉讼请求未尽实现的前提下,法院仍然可以判决被告(行政主体)败诉而了结诉讼!仔细思考一番,行政机关其实不是败诉于原告,而是败诉于法院之审查。此举又有何问题呢?论者将用两个案例予以说明。因实务中不乏有例,故此以真实案例为基本,以“乙肝歧视第一案”<sup>[43]</sup>为第一例,兹述如下:

2003年6月,原告张某在人事局报名参加安徽省公务员考试,报考职位为县委办公室经济管理专业。经过笔试和面试,综合成绩在报考该职位的三十名考生中名列第一,按规定进入体检程序。2003年9月17日,张某在市人事局指定的铜陵市人民医院的体检报告显示其乙肝“小三阳”,主检医生依据《安徽省国家公务员录用体检实施细则(试行)》确定其体检不合格。

2003年10月18日,张某在接到不予录取的通知后,表示不服,向安徽省人事厅递交行政复议申请书。2003年10月28日,安徽省人事厅做出皖人复字(2003)1号《不予受理决定书》。

2003年11月10日,原告张某以被告市人事局的行为剥夺其担任国家公务员的资格,侵犯其合法权利为由,向法院提起行政诉讼。请求法院依法判令被告认定原告体检“一、五阳”不符合国家公务员身体健康标准,并非法剥夺原告进入考核程序资格而未被录用到国家公务员职位的具体行政行为违法,并恢复录用。

法院认为,人事局作为招录国家公务员的主管行政机关,仅依据解放军八六医院的体检结论,认定原告张某体检不合格,做出取消原告张某进入考核程序资格的行政行为主要证据不足,依照《行政诉讼法》第54条第2项第1、2目之规定,应予撤销,但鉴于2003年安徽省国家公务员招考工作已经结束,张某报考的职位已由该专业考试成绩名列第二的考生递补,所以被告具体行政行为不具有可撤销内容。原告报考的位置已被别人顶替,因此对原告要求被录用至相应职位的请求不予支持。

实际上,本案被告虽然败诉,但原告既没有实现自己起诉最重要的诉讼目的或诉讼请求,即恢复录用程序,也没有得到任何实质性的救济。可能有人会认为是否恢复录用或录用程序应该让行政机关自行判断,司法不能僭越。然适用法律本乎法院之职责与分内之事,于法判决,何来僭越之说?否则司法也没有必要存在了。若原告诉讼请求完全于法有据(该当作为请求权基础),为何不

[42] 见前注[31],姜明安书,第80页。

[43] 张先著诉芜湖市人事局公务员招考行政录用决定纠纷案,安徽省芜湖市新芜区人民法院(2003)新行初字第11号行政判决书。

能予以支持?更何況,要是能够在行政内部解决,也不至于还要起诉于法院,徒增变数。可见,单一的司法(合法性)审查说理论,除了增大了法院权限,对原告权利救济治丝益棼,南辕北辙。

要知道,其实大多数真正落实基本权利之保障者,主要依赖行政部门之具体措施,而非立法或司法部门。<sup>[44]</sup>而行政机关在行动之时,也自然只是依据是否符合法律要件予以取舍。换言之,对行政机关做出之决定的法律依据,法院也要予以援用。这里关键就是要看原告用以抵抗被告的请求权是否成立,这才是法院要回答的。不审查诉讼请求的合理性、合法性,在很多情况下就无法对权利救济请求(尤其是各种具体的给付请求)做出精准到位的回应。<sup>[45]</sup>

有人亦认为,本案暗含的是《安徽省国家公务员体检实施细则(试行)》的违宪。其违反了《宪法》所保护的平等权,这一点众所周知。问题是芜湖法院并没有权力宣告《安徽省国家公务员体检实施细则(试行)》违宪或是废除,而审理该案的法官从自身考虑也不可能去做这样的宣告,否则他们将面临与“河南种子案”的李慧娟法官一样糟糕的境遇。<sup>[46]</sup>但笔者认为,这样的分析思路就有很大的偏差了,而且也未免走得过远。

关键在于,法院确实没有宪法审查权,其实它也并不需要拥有。因为倘此规定果真不符合上位法,即当局并不能通过此规定限制张某担任公职人员的权利,那么原告请求权基础就可以在其上位法成立。在撤销原行政决定的公定力后,监督工作业已完成,但对于原告而言,却因为法院未能径行支持诉讼请求,所以只是完成一个“陪跑”法院审查的过程。故,此规定之违宪或违法之争论,并不是法院职责范围内之事,无论此规定合法与否,并不妨碍张某请求权基础的成立。司法判决不能总是避重就轻地扔一些“烟雾弹”,不去实质性解决问题,而把案件变回一个“击鼓传花”的轮回。

一旦执意于司法审查说,把判断行政行为的合法性作为做出判决的唯一要件,对于此规定的合法性判断法官又将绕不过去了。把诉讼结构的标的偏安于行政行为的司法审查之一隅,很容易导致相对人的诉讼请求无法得到有效响应,客观的法秩序也无法得到有效保障。<sup>[47]</sup>

将诉讼请求作为一个独立的诉讼标的后,双重标的论还可以解决另外一个问题。有学者认为,行政诉讼中,对于原告行为的合法性,法院是无法做出回答的,故有时会发生与公众的期待相左的现象。<sup>[48]</sup>如果囿于合法性审查的司法模式,确实会如此。但如果原告之主张果真有请求权基础(法律依据),那自然就是合法的可以予以支持的诉讼请求,如果客观上该当作为合法要件,又何必苦苦追问原告内心之动机。我们不过只要将诉讼解释为法院应该对原告的请求权基础是否成立做出回应,那么其实本诉既能达到其目的,也能正确回应公众的法感情。

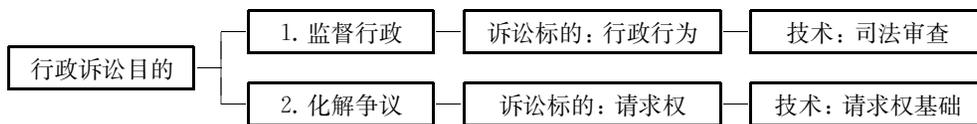


图1 笔者提倡的诉讼结构(双重审理对象)

[44] 吴庚:《行政法之理论与实用》(增订8版),中国人民大学出版社2005年版,第89页。

[45] 李广宇、王振宇:《行政诉讼类型化:完善行政诉讼制度的新思路》,载《法律适用》2011年第5期,第9—14页。

[46] 岳巧轶:《“宪法司法化”的路径——对“张先著诉芜湖市人事局案”的再思考》,载《社会科学论坛》2005年第10期,第156—157页。

[47] 薛刚凌、杨欣:《论我国行政诉讼构造:“主观诉讼”抑或“客观诉讼”?》,载《行政法学研究》2013年第4期,第29—37页。

[48] 参见前注[7],何海波书,第25页。

另有一案，法院即牢牢以解释法律为中心展开，意在否定原告的请求权基础，此案对于进一步说明上图诉讼结构，颇有用处。这里的关键在于应当掌握谁得依何向谁主张何种权利的请求权分析思维方式。

2015年6月23日，孙某与其“男朋友”胡某在相识一年后去民政局登记结婚，工作人员以《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）规定一男一女方可结婚为由拒绝。<sup>〔49〕</sup>年底，孙某起诉民政局，他认为《婚姻法》中的“一夫一妻”是指身份而非男女性别要求。终审人民法院判决认为：

本案孙胡二人的诉讼请求是请求判令芙蓉区民政局为其办理结婚登记。根据《婚姻法》第2条、第5条、第8条等相关规定，办理结婚登记的必须是男女双方。二上诉人均为男性，明显不符合法律规定的办理结婚登记的条件，其要求判令被上诉人为其办理结婚登记，理由不成立。根据《行政诉讼法》第69条“原告申请被告履行法定职责或者给付义务理由不成立的，人民法院判决驳回原告的诉讼请求”的规定，其诉讼请求应予驳回……上诉人提出《婚姻法》中的“男女平等”应当解释为男女可以平等地和男方结婚，也可以平等地和女方结婚等，其理解明显超出婚姻法相关规定中“男女”的文义范围，属于曲解法律，不予采信……综上，上诉人的上诉理由均不能成立，其上诉请求没有法律依据，不予支持。

同性婚姻得以保护与否是纯粹立法论的问题，至少我们看到其实《婚姻法》中的一男一女就不可能有其他解释，职是之故，原告的诉讼请求于法无据，不具备请求权基础。由是观之，行政行为的合法性问题也不是构成一个行政诉讼的唯一要件，在行政行为完全合法的情况下，法院并非径行判决驳回即可，要想彻底消弭纠纷，还需一次性对其请求权基础予以释明，又由于司法的终结性，基本可以案结事了。

### 三、纠纷导向的诉讼模式之合理性

#### （一）原告为何“陪跑”法院？

诉讼是根据国家审判权做出的公权性的法律判断，是以解决当事人之间的纠纷为目的的。<sup>〔50〕</sup>民事诉讼的纠纷处理色彩之浓厚无须赘述，以至于而今ADR(Alternative Dispute Resolution)的内涵即是替代司法的纠纷解决措施，至于无论如何都很难与纠纷解决相联系的刑事诉讼，如今的理论认识到了一定阶段后，自然也不再被单纯当作追诉机制看待。因为就其根本来看，刑事诉讼与民事诉讼一样，首要目标仍然是解决纠纷，这也是“恢复性司法”“合作性司法”的些许要义。<sup>〔51〕</sup>只不过这种纠纷通常表现为由代表国家的政府提起、以公民为另外一方。<sup>〔52〕</sup>

我们大可不必把行政诉讼改造成完全不同于其他诉讼的例外。无论从历史渊源，还是从程序结构的当事人主义基调这一共同性来看，这些不同性质的诉讼、审判制度都是以民事诉讼为蓝本的。<sup>〔53〕</sup>小至交通罚款、治安警告，大至拆迁征收、学位授予，理想的行政权运行状态自然是追求“无讼”之和

〔49〕 孙文麟、胡明亮诉长沙市芙蓉区民政局不履行婚姻登记法定职责纠纷案，湖南省长沙市中级人民法院（2016）湘01行终452号行政判决书。媒体称之为是同性婚姻第一案，参见宋凯欣：《同性恋婚姻维权第一案 孙文麟：我也渴望婚姻》，载南方网，[http://news.southcn.com/china/content/2016-01/13/content\\_140680011.htm](http://news.southcn.com/china/content/2016-01/13/content_140680011.htm)。

〔50〕 梁慧星：《裁判的方法》（第3版），法律出版社2017年版，第42页以下。

〔51〕 见前注〔13〕，陈瑞华书，第68页。

〔52〕 见前注〔16〕，易延友书，第66页。

〔53〕 [日]谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新等译，中国政法大学出版社2002年版，第10页。

谐,但公民与行政主体的争议是客观存在的,也正是如此,在纠纷解决途径多样的前提下,当且仅当公民将之起诉于法院时,我们方对其定性为一个诉。即,其已形成法律上的纠纷。<sup>[54]</sup>

表 1 笔者认为诉讼的基本构造原理

诉讼类别	民事诉讼	刑事诉讼	行政诉讼	宪法诉讼(宪法审查)
参与主体	平等主体(公民、法人、非法人组织)	公民与国家(公诉机关代表)	公民与国家(行政主体代表)	提起机关、一般公民
诉讼主张	双向	单向	单向	单向
目的	解决纠纷	解决纠纷	解决纠纷	合宪性问题
纠纷解决主体	法院	法院	法院	特定机构

实务中亦不乏有理论深度的裁判文书指出:“‘无诉则无判’,诉乃发动审判权的前提……诉最终能否获得审理判决还要取决于诉的内容,即当事人的请求是否足以具有利用国家审判制度加以解决的实际价值和必要性。”<sup>[55]</sup>依此逻辑而言,此时,诉的面向自然就只会是以定分止争为核心。换句话说,因行政行为而产生的争议,之所以最终会被推进司法程序,显然是因为原告主动行使诉权。法院囿于“不告不理”不会主动出发,而不是依据可能已经不复存在的规则权威来进行司法审查。

而要加以总结的经验是,司法救济程序并非是建立在“法院比行政机关高明”这一基础上,<sup>[56]</sup>它最大的旨趣在于赋予原告一个可以依托运作上可预期的司法权去质疑行政决定合法性的选择。多年以来,行政机关对行政诉讼制度的抵触情绪并未根除,一直想方设法排除司法机关的审查,尽可能将行政纠纷保留在行政系统内部解决。<sup>[57]</sup>质言之,行政诉讼的立论根基是相对人权利救济的非行政路径之必要,而不是因为司法活动本身有能力去纠正行政违法。<sup>[58]</sup>

通说所主张的以合法性审查为核心来展开的逻辑,忽视了司法审查的正当性(legitimacy)是来自对个别正义的重视:它意味着对原告要求的积极正面响应,而不是转而监督行政以完成客观法秩序的实现。否则就具体个案的裁量空间而言,相比于墨守成规的司法裁决,行政处理其实是能够做到更公正的,<sup>[59]</sup>司法裁决并不会比它有更强的可接受性。

此时,就纠纷解决的司法终局原理获得的经验是,法院也不一定非要正确才得以终局,而是因为终局才正确。<sup>[60]</sup>但是,既然都是权力的行使,司法当然不能被期待会是完全不同于行政权力的例外:

[54] 见前注[7],何海波书,第25页。

[55] 中华人民共和国最高人民法院行政裁定书,(2016)最高法行申5034号。

[56] 江必新、梁风云:《行政诉讼法理论与实务》,北京大学出版社2009年版,第17页。

[57] 见前注[22],章志远书,第394页。

[58] 结合《行政复议法》第2、5、6、7条与《行政诉讼法》第13条以及最高法的司法解释来看,就我国的复议与诉讼的两种申诉方式而言,不难得出任何可以进入司法途径的行政案件无一例外的都是可以通过行政复议来解决的结论。

[59] E. F. Albertsworth, *Judicial Review of Administrative Action by the Federal Supreme Court*, 35 *Harvard Law Review* 127 (1921-1922).

[60] “We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final.” — Associate Supreme Court Justice Robert H. Jackson, discussing the Supreme Court of the United States’ role as a court of last resort, in *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953).

在都是适用法律来对具体案件予以裁决的三段论模式下,是看不出来它们谁更公正的。<sup>[61]</sup> 总不能因为司法带了个“法”字或更频繁适用法律,就否定行政其实也是依法运作的事实。而且,除非法律适用或事实认定上出现重大偏差,理论上,对于原告的任何一个在司法上能被予以支持的主张,都应该允许其在行政内部的救济中得以实现——原告的一切主张,都需要于法有据(具备请求权基础)。

《乡土中国》中有言,本来理想的球赛是裁判员形同虚设,因为每个人都应当事先熟悉规则。<sup>[62]</sup> 成文法的公开化早已是一个不争的事实,<sup>[63]</sup> 所不同的是,如今犬牙交错的行政部门在频繁适用自己专业领域的法律时,往往比法院有着更大的规则权威,如果单是为了正确适用法律以实现依法履职的话,<sup>[64]</sup> 行政内部的复议足矣。而且,就审查过程来看,行政诉讼的审查对象是行政机关的行政决定,行政决定本身就是一种将法的一般规范适用于特定行政相对人或事的活动,是法的“第一次适用”。法院对行政决定合法性的审查,也就是对行政机关适用法的过程进行审查,它所审查的事实是行政机关做出行政决定时已经认定的事实,它所审查的法律是行政决定所依据的立法,因此行政诉讼是法的“第二次适用”。正因如此,英美法中将司法审查称为“司法复审”,从而使行政诉讼具有某些上诉审的特点。<sup>[65]</sup>

我们不能违背事实地认为这第二次的事实认定与法律适用会比第一次更接近真相与法理。质言之,司法途径的最大权威来源其实不再是对法律运用技术的娴熟与精确,也非事实确证的清楚,而是日益依赖于它的中立定位(neutral or detached position)。而这一点,恰恰就是行政的积极行动色彩所欠缺的,故而学界和实务中就司法进行更多地控权展开讨论才具有可能——司法是在对比下,才成为一个相对的“最小危险部门”。

而现有案件却片面强调对具体行政行为合法性的审查,忽略了诉讼的基本理论——诉讼首先是对诉进行审查,确定其是否有事实依据、请求是否成立,而行政诉讼法的规定却跨过了这一程序。<sup>[66]</sup> 我们的司法审查说指导下的行政裁判模式是可以无视原告请求,而在径行审查行政行为后直接做出判决的。现实中相比于行政,本来弱势的法院本就无法主动去监督行政,更没有权限去直接撤销其行政决定。<sup>[67]</sup>

退一步讲,即使认为《行政诉讼法》授权允许法院撤销、<sup>[68]</sup> 变更行政决定,<sup>[69]</sup> 允许其在具体诉

[61] 凯尔森认为,正如司法裁判一般,行政命令亦为立法之个别化与具体化,国家行政者,其职能与司法并无二致。所区别者只在法官之独立性为行政机关所欠缺。参见[奥]凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第89页。而作为海洋法系的英美学者也指出,在职能方面,司法与行政“本质上是没有区别的”。见[英]詹尼斯:《法与宪法》(中译本),龚祥瑞译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第165页以下。

[62] 费孝通:《乡土中国》,江苏文艺出版社2011年版,第59页。

[63] 《行政处罚法》在第4条第3款更是开宗明义,未经公布的规定不得作为处罚的依据,示为典范。

[64] 见《行政诉讼法》第1条立法目的。

[65] 见前注[4],付荣、江必新文。

[66] 潘昌锋:《试论我国行政判决形式的局限性及其完善》,载《行政法学研究》1997年第3期,第67—71页。

[67] 依据我国《宪法》第89条第13项与第14项,国务院有权改变或者撤销各部、各委员会发布的不适当的命令、指示和规章;改变或者撤销地方各级国家行政机关的不适当的决定和命令。而于1982年颁布实施的《国务院组织法》第3条,国务院行使宪法第89条规定的职权,也只是准用了宪法条款。除此之外能够去直接干预行政机关的决定、命令的,也就只剩下全国人大常委会与地方各级人大常委会了。

[68] 《行政诉讼法》第70条规定人民法院可以判决撤销或者部分撤销行政行为,并可以判决被告重新做出行政行为。

[69] 《行政诉讼法》第77条规定行政处罚明显不当,或者其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误的,人民法院可以判决变更。

讼之中来监督,可更不能忽视的是,它对行政行为的审查也完全是基于当事人主张或者主张成立后的基础上。<sup>[70]</sup>此时,与其说是法院进行司法审查后做出决定,莫不如直接指出就是原告的请求权成立。这样的解释在司法实务中,反而可能有着更强的可接受性,受到来自被告的阻力相对也会小得多,因为其基本立足点不再来自法院对行政的否定性评价。不能因为是“民告官”,就违背基本的诉讼法理,反而,恰恰就是因为“民告官”,所以更应当遵守基本的诉讼共识。而当学者们将其论述为审查标准之时,其走的并不再是诉讼法路径,而是宪法审查式的路径。

## (二) 一个朴素之追问:为何要起诉?

有学者不无风趣地阐述道:大道至简。行政诉讼的目的本来不需要烦琐论证,只需问一下普通路人:你认为“民告官”的行政诉讼是干什么的?他的回答通常是保护老百姓。<sup>[71]</sup>对法院的行政监督职能与由此衍生出的司法审查,立法中也不是没有质疑,2017年8月31日下午,在全国人大常委会分组审议《人民法院组织法》修订草案时,涉及监督行政机关依法行使职权应不应当是法院职能这一问题的时候,郎胜、张鸣起、杨卫等常委会委员认为监督行政机关依法行使职权,似乎不太贴切,不能因审判行政诉讼案件,而将审判职能异化。审判行政诉讼案件说到底也是解决人民群众告政府的问题,不能说有这个就是监督活动,审判活动和监督活动还是有本质区别的。<sup>[72]</sup>行文至此,我们认为《行政诉讼法》第1条(如无例外,以下简称“第1条”)所言的“监督行政机关依法行使行政职权”,应当是立法者从自己的立场出发的宣言,而不是赋予人民法院监督行政的权力的条款,结合其后的“根据宪法,制定本法”,都是立法者从自己的角度要去监督。法院在诉讼中的职权是前部分“解决行政争议……保护合法权益”<sup>[73]</sup>。整个行政诉讼都应当是建立在诉的构造逻辑上来解决公民对行政活动的争议,而不是一味引导法院去审查、监督行政权。

此外,如果诉讼目的在于司法审查以监督行政依法履职,而不是因为要响应诉讼请求,那让原告缴纳诉讼费的正当性就值得怀疑了,因为原告是在维护客观法治,既然公益色彩浓厚,或许就应该一律允许缓交、免交。只有我们从原告是在利用国家司法资源以完成个人权利救济的角度上,上述的谬误才说得清。而且,若采此种目的,就不应准许有撤诉的存在空间,特别是逾期不缴纳诉讼费视为自动撤诉的情形,因为它阻碍了法院去发现客观真实,我们总不能认为只有认定行政不合法才是监督。

只要把第1条理解为上述之意,对于有学者指出的在认知和宣传层面简单地将行政诉讼等同于“民告官”,而法院构建的却是以“合法性审查”为典型的、客观导向的诉讼规则,由此产生的“内错裂”的问题,<sup>[74]</sup>现在就可换个路径来解释。

职是之故,行政判决是人民法院审理行政案件终结时,根据事实和法律,就行政案件的实体问

---

[70] 不可否认,事实上原告基本不关心被告法律适用是否正确和证据确凿与否,程序正当与否等问题,他更关注的是依据何种理由主张权利法院会予以支持。

[71] 参见刘东亮:《行政诉讼目的的研究:立法目的和诉讼制度的耦合与差异》,中国法制出版社2011年版,第35页。

[72] 王姝:《全国人大常委会委员追问:法院该不该“监督行政机关行使职权”?》载新京报网, <http://www.bjnews.com.cn/news/2017/09/01/456588.html>。

[73] 《行政诉讼法》第1条:为保证人民法院公正、及时审理行政案件,解决行政争议,保护公民、法人和其他组织的合法权益,监督行政机关依法行使职权,根据宪法,制定本法。显然,就文本上来说,如果认为监督行政机关的主语或者主体是法院的话,那么其后的“依据宪法,制定本法”的主体自然也是法院,但是于基本法理不通,故此,显然法院的职权只是第一句话的“审理案件、解决争议”,而非“监督行政机关”。

[74] 见前注[47],薛刚凌、杨欣文。

题所作的处理决定。<sup>[75]</sup> 它的诉讼标的(诉讼对象)从一开始就应该定位在原告的诉讼请求上,整个受诉逻辑就是“听讼”的三方构造,它需要考察行政行为的合法性,但行政行为却只是请求权所指向的部分内容。

一个直奔审查被诉行政行为合法性的判决活动,脱离了它响应诉讼请求、争议解决的中心论理,本身可以是人们想到的任何其他事物,但却不会是诉讼活动,因为它缺少对原告要求与实体争议的正面评价,也正是无心于探究实体定性,才会出现案了事不了、纠纷难以实质性解决<sup>[76]</sup>的境况。避开对争议的定性,许多案件的审理只是数量的累积,而不会形成新的规则。同样的实体争议,比如涉及高校学位授予与撤销等之中的“抄袭”“情节严重”,以及征地补偿之中的“合理”“公共利益”等,法院只可能是在避重就轻了。

这样的审理现状实际上是难以出现判决的“涟漪效应”的,特别在同样的纠纷事实反复出现、司法先例成为法官判决的重要参考依据(非正式法源)<sup>[77]</sup>的今天,某种程度上是对司法资源与法官精力的极大浪费,有法官就认为是“一次消费型的裁判”<sup>[78]</sup>。

在法院适用正当法律程序判决的涉及高校的几个案件之中,“于艳茹诉北京大学撤销博士学位案”<sup>[79]</sup>判决书在归纳争议焦点之时,避开对实体上的是否构成抄袭或者即使抄袭也是否得以成为撤销业已颁发的学位要件的争议,而这刚好是原被告双方所争议的实体内容与上诉请求,法院却把争议焦点转移到程序瑕疵上去了,其他问题以一句不属于本案审理范围一笔带过,而且显然有点对程序吹毛求疵之意味。它刚好与我国历来“重实体、轻程序”的做法形成了相对立的反差局面,实质上是理论与实务回避问题的一种“鸵鸟姿态”。基本相似的案情,在甘露诉暨南大学开除学籍决定再审行政判决书中,<sup>[80]</sup>最高人民法院(以下简称“最高法”)破天荒地《普通高等学校学生管理规定》条文中<sup>[81]</sup>的“抄袭”做出了解释,表明了其态度——如无更强理由,应当作为下级法院之后审理案件的参考,但这也是基本以对实体争议做出响应为前提的。

## 四、“监督行政”的解释论再造

### (一) 误读缘何发生?

若支持本文主张的围绕诉讼请求进行合法性审查的诉讼逻辑,由于核心转向了回应诉讼请求与纠纷解决,那么监督行政的明文应该如何处理呢?对此必须正面回答。考据源流,最大的问题还在于“监督”一词的主体在我国法律语境下被放大使用。但其所系论争却都与权力运行相关,或许回归到宪制规范与原理上鸟瞰一番,应该大有裨益。

行政权被普遍认为是最为活跃的国家权力之一角,但何为行政却并不一定能说得清。我们认为把行政定位在除立法、司法后的剩下区域的“除外说”是可行的,毋庸讳言,此处的“三权”只是功

[75] 应松年:《行政诉讼法学》,中国政法大学出版社2002年版,第202页。

[76] 见前注[7],何海波书,第25页。

[77] 朱新力:《论行政法的不成文法源》,载《行政法学研究》2002年第1期,第29—36页;章剑生:《作为行政法上非正式法源的“典型案件”》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2007年第3期,第159—165页。

[78] 参见李广宇:《理性诉权观与实质法治主义》,法律出版社2018年版,前序。

[79] 参见于艳茹诉北京大学撤销博士学位案,北京市第一中级人民法院(2017)京01行终277号行政判决书。

[80] 甘露不服暨南大学开除学籍决定案,最高人民法院(2011)行提字第12号行政判决书。

[81] 《普通高等学校学生管理规定》第52条:学生有下列情形之一,学校可以给予开除学籍处分。其中,第5项规定:学位论文、公开发表的研究成果存在抄袭、篡改、伪造等学术不端行为,情节严重的,或者代写论文、买卖论文的。

能意义上实践论的说明：无论何国，立法、执法、司法的三种基本职能当为国家之必需，就此达到最低限度的理性共识，亦非难事。质言之，此处并非须参照于某个具体的国家方可讨论。

追根溯源之，一国即使没有行政法相关法律的存在，其实也并不妨碍其职能部门在社会生活之中发挥支配作用。事实论上的属性而言，行政职能的出现远早于立法机关，更早于司法职能。在人类文明之初，就出现了部落首领、国王和皇帝，直到近代才出现了制约他们的立法机关。<sup>〔82〕</sup>不过在当时，行政权的发生不是由法支配，而是由人支配罢了。<sup>〔83〕</sup>只有在人们掌握了成熟的规范学科后大胆引入“无法律则无行政”的法治原理，才显现出先有授权、后有行政的表象。<sup>〔84〕</sup>

恩格斯曾言：文明国家的一个最微不足道的警察，都拥有比氏族社会的全部机关加在一起还要大的“权威”<sup>〔85〕</sup>。倘将其所言之“警察”宽泛理解为行政的一个典型代表，用来描述近代行政国家兴起后的状况则再切合不过了。在对无限扩张的行政权力的约束之构想中，起初，基于议会主权与代表理论，依赖法律保留与法律优位的立法上制约是人们所能想到的最好方法。此法之实质在于强制性地使行政权力来源依附于立法机关而存在，根本上在于将最高权力置于选民手里。<sup>〔86〕</sup>故此，法律保留原则的良好特质就在于其能够做到对一定范围内的行政自行作用之排除。<sup>〔87〕</sup>

此番对三权的论述并非赘言。论者要强调的是这样的事实：从作为根本法的《宪法》来看，监督行政机关等的权力行使，即使是嗣后，也本是一个只有人大及其常委会才享有的职权，司法职能只应该是解决争议。但是苦于日益扩张的行政权力与对公民权利屡禁不止的非法克减，而作为核心监督主体的权力机关却始终处于高度自我谦抑的消极主义立场，<sup>〔88〕</sup>过去的立法实践与学界可能由此出现了某种程度的急于求成：不是致力于积极推动人大制度的改革或者呼吁其积极履行宪法职权，而是让本就处于弱势地位的法院来担此监督大任。但是，业已通过实施的《中华人民共和国监察法》（以下简称《监察法》），在第1条就非常明确地指出，监察委员会是对所有行使公权力的公职人员的监督，<sup>〔89〕</sup>而非以其他国家机关为监督对象。<sup>〔90〕</sup>

背后潜藏的理论倾向或许在于，在我国现有的国家机构中，学界有意无意地视法院为法治的核心，把大量的精力倾注到对法院的研究上，而人大扮演的角色却很少被关注。<sup>〔91〕</sup>甚至被直接跳过去了。

〔82〕 [美] 迈克尔·G. 罗斯金：《政治科学》（第12版），林震等译，中国人民大学出版社2014年版，第251页。

〔83〕 [日] 南博方：《行政法》，杨建顺译，中国人民大学出版社2009年版，第6页。

〔84〕 如果说无法律限制的权力行使与继往所述的“主权无限说”相呼应，亦非不可。“主权无限说”提倡国家行使权力，在道义上可以不顾私人的利益与目的，国家权力只受到事实上的限制而无道义上的限制，换句话说，国家对于人民，事实上能支配到什么程度，就可以支配到什么程度（参见王世杰、钱端生：《比较宪法》，商务印书馆2010年版，第43页）。这种理论将民众视为国家之附庸，诚非现代法学所能接受。

〔85〕 [德] 恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，载《马克思恩格斯选集》（第4卷），人民出版社1972年版，第168页。

〔86〕 参见[美] 卡尔·罗温斯坦：《现代宪法论》，王锴、姚凤梅译，清华大学出版社2017年版，第184页。

〔87〕 参见[德] 奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆2004年版，第22页。

〔88〕 林来梵：《合宪性审查的宪法政策论思考》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2018年第2期，第37—45页。

〔89〕 《监察法》第1条：为了深化国家监察体制改革，加强对所有行使公权力的公职人员的监督，实现国家监察全面覆盖，深入开展反腐败工作，推进国家治理体系和治理能力现代化，根据宪法，制定本法。

〔90〕 参见林来梵：《宪法学讲义》（第3版），清华大学出版社2018年版，第281页。

〔91〕 何海波：《法学论文写作》，北京大学出版社2014年版，第32页。

自然，欲实现法院对行政机关的监督之目的，那么对于唯一能够赋予其实在法依据的《行政诉讼法》，就必须首先在解释上将其改造成准监督法，竭力强调其不同于民事诉讼纠纷解决式的独特构造。《行政诉讼法》在目的上，就被改造成了行政控权法，基本理论上就有点行政实体法的意味了。

## （二）对第 1 条的最终解释

学界与实务的观点或多或少始终无法跳出行政诉讼即监督行政的认识桎梏，而理由多是对《行政诉讼法》第 1 条进行立法目的之解读后，由此衍生出的行政诉讼的目的说。<sup>[92]</sup> 的确，就条文的一般列举而言，乍看之下，这第 1 条似乎确实是在赋予人民法院通过诉讼程序监督行政机关的权力，再结合而后第 2 条、第 6 条中的合法性审查，几乎可以给出一个结论：行政诉讼通过对行政行为的司法审查来实现监督行政活动。自然，理论上的体系建构与解释方向也就与此保持一致，进而演绎出了如今之通说。司法实务的理论导向也就自不待言。

美国学者凯斯·R·孙斯坦教授曾言：法律领域的解释性争议指的是关于何种解释能够产生最好的法律制度的不同看法。<sup>[93]</sup> 可以说，关键在于是否能够讨论出一种形态（诉讼形态），从而比另外一种形态更好。<sup>[94]</sup>

有必要指出的一点是，因为法律一旦开始适用，就会发展出固有的实效性。<sup>[95]</sup> 故笔者在这里所讨论的立法目的，自然限于从成文法典的解读与诠释中所发现的，或者说业已通过条文表达出来的客观目的。<sup>[96]</sup> 对于嗣后的适用与解释者而言，不仅立法主观目的本身并不可考，而且若一味找寻立法者之所想，会导致法失去它的客观与固定，我们转而就又退回到人治上去了。且社会状况与价值观念的改变，必然产生旧法律规范如何适应新现实的问题。<sup>[97]</sup> 显然，如果此处的解释是要遵循主观目的的话，那么就是变迁社会事实来屈就业已过去的史料，立法反而更滞后了。

笔者须直言不讳的是，由于学者参加立法研讨颇为常见，故嗣后在释法之时，很容易把起草者观点当作立法者观点，希冀一锤定音。但张明楷教授之所言就甚为妥当：国民是生活在成文法律的统治下，而不是生活在立法机关成员的统治下，不是生活在人大代表的统治之下，更不是生活在法律起草者的统治之下。<sup>[98]</sup> 如果规则依赖于立法者或起草者来解读的话，此时，立法者便不再受其制定的法的制约，因为他们是可以任意决定规则内容的——作为基本指导原则的立法目的，自然也不是例外。

文字自身是没有意义的，除非我们通过解释赋予它意义。<sup>[99]</sup> 这自然是一种有目的但有约束的建构过程。对第 1 条所言的“监督行政机关依法行使行政职权”的解释，只要始终明确是立法者

[92] 如前所述，在这里，笔者指称的所谓行政诉讼目的，是指国家设立行政诉讼制度所希望达到的理想目标。（参见王贵松：《行政诉讼目的论解释》，载《行政法论丛》第 9 卷，法律出版社 2006 年版，第 148—177 页。）

[93] [美] 凯斯·R·孙斯坦：《法律推理与政治冲突》，金朝武、胡爱平等译，法律出版社 2004 年版，第 202 页。

[94] 参见[英] 李特尔：《福利经济学评述》，陈彪如译，商务印书馆 2016 年版，第 334 页。

[95] [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 198 页。

[96] 有学者在论述立法目的之时，认为立法目的一经立法者确认，它在整个立法过程中将出现指导性功能。（详见前注[5]，章剑生书，第 499 页。）显然，作者在这里所讨论的此主观目的不能约束司法者与执法者，因为嗣后对其而言，此主观目的不可考的同时，还会与立法后的客观性条文所框定的规则相冲突。但是，作者在下文又言可以指导司法活动，笔者认为此论还有待商榷。

[97] 参见蔡小雪：《审判业务专家是怎样炼成的》，法律出版社 2017 年版，第 9 页。

[98] 张明楷：《刑法分则的解释原理》（第 2 版），中国人民大学出版社 2011 年版，第 3 页。

[99] Jay M. Feinman, *Law 101*, Oxford University Press, 2010, p.21.

从自己的立场出发的宣言,并不是直接赋予人民法院监督行政的职责与权力的条款即可。

此话何以确信呢?仔细解读第1条前半部分“为保证人民法院公正、及时审理行政案件,解决行政争议,保护公民、法人和其他组织的合法权益”,即使不认为法院的职权只是第一句话的“审理案件、解决争议”,但也不可否认的是,“为”字一词足以表征:其实整个条文都是在说立法者自己的立法初衷,我们完全可以在前述中加入一个主体“本立法者(人大常委会)”进去,而不发生任何扞格之处。与此相应,再考据参照《刑事诉讼法》第1条,“为了保证刑法的正确实施,惩罚犯罪,保护人民,保障国家安全和社会公共安全,维护社会主义社会秩序,根据宪法,制定本法”,自然发现,此“为……”句式条款并非是授权条款,而是宣言条款。

再来看一下此条文的后半部分:“监督行政机关依法行使职权。”逻辑上,一个被诉诸法院的行政行为,若要达到监督从而使其依法的目的,首先就必须假定行政决定是违法的,才能在诉讼监督后再去依法行使职权。倘行政决定本身就合法有效,何谈监督从而使其依法?此时明了,监督行政只是诉讼的客观效果,无须刻意追求。它注定是诉讼过程的副产品,不能作为我们展开行政诉讼结构的依据。

故此,就目前而言,可窥见一个朴素的道理:最有能力去制约行政权力的,莫过于立法机关。它有着事先的约束与指引,可以广泛展开监督,亦有着嗣后的追责机制。<sup>[100]</sup>构成监督权的一个必要条件是必须具有主动权力,如此方能真正将其解释为监督。

## 五、相应条款的衍生诠释与应用

### (一)对第2、第6条又应如何理解?

如果说法院对于同类案件致力于先就程序进行审查,意在体现程序法治,这本身没有错。<sup>[101]</sup>但是,行政诉讼的程序设计和运作机制主要是围绕着当事人的权利损害与救济展开的,所以,在主观公权利保护模式下,诉判关系问题成为整个诉讼的基本问题。因此,行政诉请与判决的“同一”是行政诉讼的一个基本原则。<sup>[102]</sup>而且,缺少对个案的诉讼目标审理,就无法凸显此案与彼案的特性,也就无法容纳原告与原告之间相区别的诉讼请求了:法院永远可以以不变应万变的姿态与理由来应对,因为对程序合法与否等问题的审理是致力于维护客观法秩序(比如正当程序)的监督行政,而非救济权利的主观诉讼的大量审查与运用,因而对此屡试不爽。

要注意的是,行政诉讼之中审查行政程序的意旨并非是在权力行使违法之时给予其“程序性制裁”<sup>[103]</sup>,而只是在判断诉讼请求是否于法有据之时的判决理由。它谈不上是一个对被告的审查标准——即使审查也是对原告诉讼请求之请求权基础的审查,此时又与司法审查毫不相关,因为

---

[100] 我国《宪法》第67条规定:全国人大常委会监督国务院、中央军事委员会、国家监察委员会、最高人民法院和最高人民检察院的工作;撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令。《地方人大组织法》第8条:县级以上人大常委会撤销本级人民政府的不适当的决定和命令;保护社会主义的全民所有的财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的合法财产,维护社会秩序,保障公民的人身权利、民主权利和其他权利。专门讨论人大执法监督的佳文,可参见林彦:《从自我创设,到政治惯例,到法定权力——全国人大常委会执法检查权的确立过程》,载《清华法学》2009年第3期,第5—25页。

[101] 比如在河北省平山县劳动就业管理局诉平山县地方税务局行政处理决定案中,法院撤销被告行为的理由是:程序违法便可以撤销,无须继续对实体性争议进行审理。参见《最高人民法院公报》1997年第2期。

[102] 邓刚宏:《我国行政诉讼诉判关系的新认识》,载《中国法学》2012年第5期,第61—72页。

[103] 参见陈瑞华:《程序性制裁理论》(第3版),中国法制出版社2017年版,第101页。

司法审查是对权力行使的审查。<sup>〔10〕</sup> 若总是倚重于某一个审查标准而对实体定性采取避而远之的态度,某种程度上可以说是对个别公正的冷漠。<sup>〔105〕</sup>

如前所述,即使是司法审查,其正当性也来自对个别正义的重视:它意味着对原告要求的积极正面响应,而不是转而监督行政以完成客观法秩序的实现。而且必须提及的是,《行政诉讼法》在原告资格上,严格要求必须是有具体“利害关系”的公民、法人等才有起诉资格,<sup>〔106〕</sup>可判决标准上却又逃逸于此初衷了。

事实上,单纯以审查合法性为中心的诉讼构造,必定会让法院在不少案件中感觉“用错力”,让原告感觉法院其实是“答非所问”。<sup>〔107〕</sup> 而将焦点放在诉讼请求之时,是审查行政行为的合法还是合理以及对自由裁量权的审查限度等的争议就变得不必要了:只要原告积极举证、质证,指出行政行为的不合法或显失公正<sup>〔108〕</sup>之处,促使法官内心得以确信,即使最后认定行政行为存在违法或明显不当等,那也是有着相应的证据、请求权基础支撑的极大说服力的,而不是法院纯粹从法律解释与价值权衡上来把握的。

一言以蔽之,这种涉及实质法治与自由裁量的争论,从原告要求的角度来看,是要比法院从自身角度从头到尾把行政行为审查一遍要合理得多。后者其实是法院把自己置于行政的地位来遍历了一番行政活动的过程,用自己的判断替代了行政机关的判断,相比之下,只会让人看到司法的自以为是。<sup>〔109〕</sup> 所谓合理不合理,其实“关键看老乡”。

于此,问题基本明了。其实对于《行政诉讼法》第6条(以下简称“第6条”)所规定的“人民法院审理行政案件,对行政行为是否合法进行审查”中的行政行为,应当依据第2条的“公民、法人或其他组织认为……”来进行体系解释,从而知道此处的行政行为不是被告所做出的客观真正行为,而是起诉人认为的行政行为<sup>〔110〕</sup>——更为明了地说,是诉讼请求所指向的行政行为。

作为主观感受的概念,根本上来说,立法者在这里所要表达的是原告在行政案件中的诉讼请求,那第6条自然就是对诉讼请求的审查,而之所以要对诉讼请求进行审查而非一般审理,可以认为是因为立法者察觉到行政案件中的诉讼请求作为公法上的请求权(基础),遵循

〔10〕 See George P. Fletcher & Steve Sheppard, *American Law in a Global Context*, Oxford University Press, 2005, p.132.

〔105〕 何海波:《正当程序原则的正当性——一场模拟法庭辩论》,载《政法论坛》2009年第5期,第95—106页。

〔106〕 见《行政诉讼法》第25条第1款、第49条第1项。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(法释〔2018〕1号)第12条。

〔107〕 参见杨伟东:《行政诉讼一审判决的完善》,载《广东社会科学》2013年第1期,第28—34页。

〔108〕 如司法实践中,经常有原告依据行政先例,举证被告的同案不同判来加强自身请求的说服力,成效显著。如在王忠生等诉云南省安宁市烟草专卖局行政处罚案之中,终审法院昆明中院就此认定被告没有做到对同样违法事实的同罚而有失公正[参见云南省昆明市中级人民法院,(2001)昆行终字第36号行政判决书];无独有偶,在李姣诉登封市公安局公安行政处罚决定一案中,一审法院登封市人民法院认为因原告在案件当中殴打他人的行为情节较轻,被告对其做出拘留8日并处罚200元的行政处罚显失公正,故判决变更为对李姣拘留5日的处罚[参见登封市人民法院,(2010)登行初字第21号行政判决书]。

二审法院郑州中院认为一审判决以处罚显失公正为由变更登封市公安局对李姣的处罚理由不当,但因登封市公安局放弃上诉权利,故一审判决应予以维持。我们看到,要解决裁量的正当与否,其实由原告被告积极举证可能现实的多,法院自己做出行政处罚显失公正的判断其实是完全没有理由的,非常牵强[参见河南省郑州市中级人民法院,(2010)郑行终字第203号行政判决书]。

〔109〕 见前注〔7〕,何海波书,第102页。

〔110〕 见前注〔38〕,江必新、梁风云书,第54页。

法定而非自治。<sup>〔11〕</sup>故有必要予以公法上的严格拘束,从而让它区别于私法诉讼。但还是要明确指出,审查行为根本上要约束的是行政机关在诉讼中的任意处分权,而非原告私权。

对于行政行为可以被理解为是诉讼请求,可能提出的质疑是:既然行政诉讼中的行政行为(诉讼请求)是个完全主观感受的概念,那行政行为的客观性理论岂非就没有意义了吗?对此,其实也是可以说明的。《行政诉讼法》说到底也是一部公法,其规范的对象是法院的诉讼活动,对当事人没有必然的约束力。换句话说,其对话的直接受众是司法机关,而不是当事人。这就意味着在诉讼上的行政行为是高度开放的(诉讼请求),它并不排除类型化行政行为理论的客观存在与必要性,但这更多的是实体法的精心构建与论证,面向的主体同时也包括了行政主体自身。只要把诉讼程序与实体法理论适当分离来考虑,逻辑上并没有不妥之处。

于此,《行政诉讼法》第8条中当事人在行政诉讼中的法律地位平等才说得通:如果被告在诉讼中还保留了行政权,那又何来的平等?而只有此点成立,《行政诉讼法》第10条规定的辩论主义才有发挥的空间,径直审查被诉行为是在让被告与法院展开辩论。此外,依据约束性辩论原则,对案件的事实应当由当事人推动,法院不得依职权另作判断,<sup>〔12〕</sup>可司法审查的立论根基却又是与第10条相矛盾的。

用狄骥的分类法,把我国的行政诉讼定性为主观诉讼(subjective litigation),其意在探究所告争权利之存否,<sup>〔13〕</sup>而非客观诉讼(objective litigation),以维护客观法律秩序的目标、促进法制统一之维持,这并非不妥。若完全由原告发起诉讼过程,法律的首要目标将不再是维持法律体系的纯洁与不可侵犯性,而是开始致力于保护个人权利。<sup>〔14〕</sup>同时要说明的是,监督式司法与救济性司法也并非完全对立而不可有重合,只是二者的侧重点完全不同。比如调解往往标志着行政纠纷的成功解决,但不意味着调解的内容必定合法。<sup>〔15〕</sup>当然,这还是前述对代表了公益的被告之处分权的限制问题。

## (二) 第12条是受案范围吗?

既然行政诉讼中审查行政行为并非唯一标的,那么依据行政行为理论而产生的受案范围问题,自然也就更值得商榷。目前而言,其中最大的理论障碍就来自抽象行政行为理论与《行政诉讼法》第12条的列举主义。

顺着我们前文的逻辑,第6条根本上来说属于诉讼请求的表达范畴,其实是一个主观的行政行为概念,第12条中的“不服”“认为”更是可以体系地佐证这一点。行政诉讼受案范围将不再取决于被诉行为是否是行政行为,而取决于公民权利救济的诉讼必要性,因为认定行政决定违法不是根本目的,而是在确认相对人权利的请求权基础成立后,通过判决认定决定违法而予以说理。杨伟东教授更是指出:毫无疑问,在相当多的情况下,行政诉讼原告的实体请求是否成立是需要以

---

〔11〕 我们之所以认为必须严格法定,是因为公法诉讼必须区别于民事诉讼的处分原则、辩论原则等。王亚新教授等对此的说明就非常明确:处分原则是民商事意思自治的原则在程序法上的反映,而与权利的自由处分原则相对的就是国家干预原则;而与诉讼中的实体形成的非当事人主义(职权主义)相符的也就是非辩论主义(参见前注〔9〕,王亚新、陈杭平等书,第12、21页)。

〔12〕 参见〔日〕高桥宏志:《民事诉讼法:制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第329页;〔日〕三ヶ月章:《日本民事诉讼法》,汪一凡等译,五南图书出版有限公司1997年版,第185页;前注〔9〕,王亚新、陈杭平等书,第22页;前注〔9〕,张卫平书,第44页。

〔13〕 范扬:《行政法总论》,中国方正出版社2005年版,第213页。

〔14〕 陈虎:《刑事程序的深层结构》,中国政法大学出版社2018年版,第43页。

〔15〕 见前注〔7〕,何海波书,第42页。

审查判定(具体)行政行为是否合法为前提或为中介的,但(具体)行政行为只是介质,而非目标指向。<sup>〔116〕</sup> 审查行政行为是行政诉讼的非唯一要件。如若诉讼请求不成立,直接判决驳回即可,法院其实亦不必声嘶力竭论证行政决定的合法性。

除此外,1989年颁布的《行政诉讼法》在立法上所采用的具体行政行为概念,理论上其实是没有经过深入的解释即开始被使用的。即便不说抽象与具体是一对哲学范畴,而不是法学范畴,<sup>〔117〕</sup> 大陆法系的行政行为也并不是抽象行政行为的对称。仔细观察通说所指向的抽象行政行为,则会发现,所涵括的基本就是国务院受委任之立法与其他行政机关基于《宪法》《中华人民共和国立法法》之授权行使分层次立法权的行为。

针对此,叶必丰教授指出:这种行政立法(抽象行政行为)是一种委任立法,不是行政行为而是宪法行为……是作为一种法的渊源;<sup>〔118〕</sup> 杨建顺教授指出对于行政行为中的“抽象”概念,完全可以从行政作用的角度入手,以行政立法或授权立法形式展开研究。<sup>〔119〕</sup> 而且传统理论体系的抽象行政行为概念无非就是制定行政法规、规章的过程,但是,这一行为绝对不可能是抽象的,它实际上是立法职能的行使,这已经超出了行政法控权的范围,是宪法学涉及之领域。于此,行政法的调整范围不能如此大而无当。而学者所言的“抽象”,是规范性文件的效力,但行为又如何等于效力呢?逻辑上是讲不通的。一言以蔽之,抽象行政行为概念是把立法效力之抽象性误解成了行为之抽象性。

对行政公权的行使来说,救济范围的制度构建需要借助于行政行为的分类,但绝不取决于行政行为的分类。行政诉讼确立的事实在于当事人是否真的有诉的利益之存在而取得原告资格,且是否应由法院来充当救济的角色。通过仔细梳理《行政诉讼法》第13条与《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第2条,可归纳出人民法院不受理的诉讼:(一)国防、外交等国家行为;(二)行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令。其实并不是因为它们为抽象行政行为,而是因为涉及对立法法的审查问题,自然不能让法院来予以审理。它们本身都不是行政的内容。

笔者认为,传统理论依据行政行为从而演绎出的诉讼受案范围的问题,在根本上就背离了诉的纠纷解决的出发点,不仅容易流于形而上的思辨,更无法解决行政在模糊地带的边界权属。且对于监督行政机关依法行使行政职权的问题,笔者认为只有从人大与宪制的角度来讨论才有意义——行政诉讼只有有所不为才能有所为。

## 结 论

收笔之际,仰思行政诉讼的全程之艰难,并非可完全归咎于立法的“犹抱琵琶”与地方的“土政策”,反而有可能是我们对诉讼法的解释出现了根本方向的偏差:概观上总是先有理论论断,而后再有规范条文——是条文受制于理论而变动,而非相反。刻下,从纯粹的诉讼构造与请求权分析上来看法院与行政机关的微妙关系之时,法院在审理行政案件时的小心翼翼,无非就是因为不必要地把审判权与行政权对立起来了。而实际上在诉讼中法院不是在审行政权,只是在平等的原告主张与被告抗辩之中求取独立判断,诉讼过程不是权力角斗场,诉讼法学亦非权力衡平术。

〔116〕 见前注〔107〕,杨伟东文。

〔117〕 胡建森:《行政与法治》,国家行政学院出版社2014年版,第34页以下。

〔118〕 叶必丰:《行政行为原理》,商务印书馆2013年版,第33页。

〔119〕 杨建顺:《关于行政行为理论与问题的研究》,载《行政法学研究》1995年第3期,第7—11页。

诸多论断不仅取决于对方法论的反思,在纯粹的问题导向的层面,本文也不避讳怀有的根深蒂固的实用主义出发点。通过对第1条进行客观目的解释,本文认为,由于诉的本质在于定分止争、实质性解决争议,因而必须回答能否对原告的诉讼请求予以支持的问题。故此条并非授权法院监督行政机关的条款,而是宣言条款。监督行政只是诉讼的客观效果,无须刻意追求。它注定是诉讼过程的副产品,而不能作为我们展开行政诉讼结构的依据。而后在此基础上,通过分析《行政诉讼法》第2条、第6条、第12条中所提及的核心概念——行政行为,本文认为其并非属于客观存在的事实论范畴,而是原告为实现诉讼目的的价值论范畴。法院的审查标的抑或审理对象,应当是与诉讼请求有关的行政行为的合法性。此处的行政行为无法游离于诉讼请求之外。职是之故,包括第12条在内的《行政诉讼法》条文并没有涉及限制受案范围的问题,与《行政诉讼法》第49条联系起来看,它们只是意味着原告可以据此提出具体的诉讼请求。一言以蔽之,受案范围与行政行为的关系并非须臾不可分离。

用请求权基础与纠纷解决模式来替代司法审查是否得以确信,很大程度上,也将取决于我们是否把国民放在其合适的法治角色上来演绎我们的理论体系,以及抱有的是何种关怀。唯愿本文能起到抛砖引玉的作用。

---

**Abstract** From the perspective of substantively resolving administrative disputes, it is not difficult to find that the legality review of the request for dismissal is theoretically impossible to construct a systematic litigation mode. In practice, it is also full of the paradox of “nonstriker”. In the past, judicial review techniques with strong judicial and administrative powers can try to construct a more uniform and moderate procedural law based on the right of claim, that is, a new interpretation of the purpose of litigation based on the first article. After relatively weakening rather than denying the status of legality review as a litigation requirement, the litigation request can be analyzed as an independent litigation subject, which can eliminate the qualitative change of supervising administrative alienation into a power balance, and also settle disputes. The second and twelfth articles related to the first article should also be interpreted accordingly. The “reckon” sentence patterns in the first two terms represent the reasons for the plaintiff’s lawsuit or the performance of a specific claim specified in Article 49. The sixth limit is interpreted as the legality of the administrative action related to the claim. The litigation request framed the scope of the trial, which is the basis for the type of litigation. The examination of the administrative behavior is rooted in this and subject to this, but not from the need to supervise the administration. The dispute resolution model with the core of the claim right can accommodate the judicial review mode to face the dispute and promote the new litigation pattern of the case.

**Keywords** Litigation Request, Basis of Claim, Legality Review, Substantive Settlement of Dispute, Litigation Objection

---

(责任编辑:蒋红珍)