

行政诉讼制度功能展开的 宪法基础重思

翟国强*

摘要 定位中国行政诉讼的性质和功能,需要从宪法解释学的角度探究其法理基础。根据一般公法理论,行政诉讼的主要宪法依据是《宪法》第41条。该条款为行政机关作被告提供了宪法依据,但无法由此推导出公民向司法机关提请审查行政行为合法性的行政诉讼制度。中国宪法结构中司法与行政的功能定位不同于一般的权力分立模式,由司法来审查行政行为合法性并非不证自明的公理。追问中国行政诉讼制度的合宪性,必须超越传统的法治观念,结合中国宪法价值秩序的演变,对宪法文本进行与时俱进的解释。现行宪法秩序中的法治原则、基本权利体系以及依法审判条款共同构成了行政诉讼制度的宪法依据,进而塑造了行政诉讼法律关系的基本结构:相对人权利保障、行政机关依法行政和司法机关合法性审查。在新的法治发展阶段,追问行政诉讼宪法依据并非为了纯粹的法律概念推演,而是要从宪法层面讲清楚行政诉讼背后的制度原理,构建具有融贯性的公法理论体系。

关键词 行政诉讼 功能 宪法基础

一、问题的提出

近年来,随着行政诉讼制度的发展完善和行政法解释学体系的精致化,中国行政诉讼理论和实践开始借鉴国外主观诉讼与客观诉讼的理论来寻求中国行政诉讼制度的功能定位。^{〔1〕}行政

* 中国社会科学院国际法研究所研究员。本文系中国社会科学院创新工程重大科研规划项目“国家治理体系和治理能力现代化研究”(项目编号:2019ZDGH014)的阶段性成果。

〔1〕 有关中国行政诉讼性质和功能定位的争论,参见赵宏:“保护规范理论的误解澄清与本土适用”,《中国法学》2020年第4期,第167—185页。有关司法判例可参见刘广明诉张家港市人民政府行政复议案,最高人民法院(2017)最高法行申169号。

诉讼的性质和功能主要是保护主观权利,还是维护客观法秩序,理论界和实务界对此见仁见智,争论不休。^{〔2〕} 这些理论上的分歧也导致了诸如原告资格、审查强度等具体操作层面的制度设计缺乏基本原则指引。主观诉讼论与客观诉讼论的分歧是当前中国行政诉讼理论研究的一个重要争论点。但如果回到中国语境,类似的争论只是表象,其背后更深层次的问题是:如何解释中国行政诉讼的宪法基础以及如何在宪法层面证成其合法性?

宪法是法治体系的根基所在,行政诉讼作为一项基本法律制度,必须要有宪法依据。但如果单纯从法律形式上来看,行政诉讼缺乏明显的宪法依据。中国宪法确认的权力框架体系不同于西方国家的权力分立制衡模式,人民代表大会制度是中国宪法确立的基本制度框架,行政机关和司法机关都由人民代表大会选举产生,并对其负责。至于二者究竟是何种关系,无论是在宪法文本中还是传统的社会主义宪法理论中,并无明确结论。而且,行政诉讼法涉及司法机关与行政机关之间的职权分配,在宪法文本中并未明确规定,尤其需要从宪法上证成其合法性。根据中国的宪法,法院如何审查行政机关行为的合法性,需要超越行政诉讼法的条文和解释学说,从宪法层面做出正本清源的回答。宪法是法治体系的基本框架,行政诉讼在宪法上的规范基础,决定了行政诉讼在主观诉讼和客观诉讼之间的功能取向,决定了司法审查行政行为的积极或消极立场,也决定了司法审查行政行为合法性的限度和强度,以及行政诉讼的审查方法、标准、强度以及判决的形态等具体制度实施的价值立场。对此,简单套用西方的公法学理论显然无法有效作答,必须在中国宪法的框架秩序中来解释中国行政诉讼的制度实践。为此,本文试图立足中国的宪法秩序来寻求中国行政诉讼的根本规范基础,进而在法解释学意义上为构建中国的公法体系提供融贯性的理论方案。

二、基本权利规范作为宪法依据及其限度

宪法依据问题是行政诉讼制度建立过程中立法者面对的一个重要理论问题。从公开的立法资料来看,主流的立法观念将其上位法依据定位于《宪法》第41条。根据王汉斌在第七届全国人民代表大会第二次会议上所作的《关于〈中华人民共和国行政诉讼法(草案)〉的说明》,行政诉讼的宪法依据是《宪法》第41条规定的基本权利条款。^{〔3〕} 即,公民“对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为,有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利”,“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有依照法律规定取得赔偿的权利”。

〔2〕 代表性的研究成果有于安:“行政诉讼的公益诉讼和客观诉讼问题”,《法学》2001年第5期,第16、17—37页;梁凤云:“行政诉讼法修改的若干理论前提——从客观诉讼和主观诉讼的角度”,《法律适用》2006年第5期,第72—75页;薛刚凌、杨欣:“论我国行政诉讼构造:‘主观诉讼’抑或‘客观诉讼’?”,《行政法学研究》2013年第4期,第29—37、78页;刘艺:“构建行政公益诉讼的客观诉讼机制”,《法学研究》2018年第3期,第39—50页;成协中:“论我国行政诉讼的客观诉讼定位”,《当代法学》2020年第2期,第75—86页。

〔3〕 根据参加行政诉讼法起草的立法机关工作人员编写的《行政诉讼法讲话》。行政诉讼的目的是为了实施《宪法》第41条。因为宪法规定公民权利过于原则,因此只有通过具体部门法才能落实。参见吴高盛、金邦贵、扈纪华、郑淑娜、高志新:《行政诉讼法讲话》,机械工业出版社1989年版,第63页。

《行政诉讼法》颁布实施至今,一般的行政诉讼法释义理论也都将行政诉讼的宪法依据归结为《宪法》第41条。〔4〕

(一)行政诉讼宪法依据的原旨主义解释

如果从制度发生史角度看,中国行政诉讼制度萌芽可以追溯到百年以前。〔5〕但新中国成立以后的很长一段时间,行政诉讼制度并未实际建立起来。〔6〕从制度的实效性来看,中国现行的行政诉讼制度是在改革开放以后逐步发展成型的。文革期间,法制遭到严重破坏。文革结束后,在重构法治秩序的历史课题下,立法机关开始研究构建行政诉讼制度。1980年,时任全国人大常委会副委员长彭真指出:“群众告行政机关的问题,我们没有经验,但行政机关不能随便侵犯公民权利,侵犯了公民权利,公民要有告状解决的途径。现在制定行政诉讼法一时办不到,但是可以用民事诉讼的程序来解决行政诉讼的问题,这有利于保障公民的权利。”〔7〕1981年4月14日,起草《民事诉讼法》时,彭真在听取民事诉讼法起草小组汇报时又将该问题提出。他说:“群众反应,公家告个人一告一个准,个人告公家没门儿,这个问题如何解决,党、政府、司法机关要下功夫研究一下。”〔8〕随后,《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》第3条第2款规定,法律规定由人民法院审理的行政案件,适用本法规定。这正式以法律的形式确立了中国的行政诉讼制度。

虽然《民事诉讼法》明确规定了行政诉讼制度,但受到当时问题导向的立法观念影响,立法者并未研究行政诉讼的合宪性问题。文革结束以后,重构法律体系成为法治建设的重要任务。在此期间,立法机关采取的基本立法策略是经验主义和问题导向。〔9〕即立法首先考虑解决

〔4〕 江必新、邵长茂:《新行政诉讼法修改条文理解与适用》,中国法制出版社2015年版,第21页。

〔5〕 早在清末立宪运动中,清政府试图借鉴大陆法系的行政诉讼经验建立中国的行政诉讼制度,起草了《行政裁判院官制草案》。参见胡建森、吴欢:“中国行政诉讼法制百年变迁”,《法制与社会发展》2014年第1期,第30页。

〔6〕 虽然法律体系中也有一些关于行政诉讼的零散规定,比如1949年12月《中央人民政府最高人民检察署试行组织条例》第3条规定:“(最高人民检察署)对于社会与劳动人民利益有关之民事案件及一切行政诉讼,均得代表国家公益参与之。”1951年9月《中央人民政府最高人民检察署试行组织条例》第3条第6款和《各级地方人民检察署组织通例》第2条第6款规定:“检察机关代表国家公益参与有关社会和劳动人民利益有关之重要民事案件及行政诉讼。参见最高人民法院研究室:《检察制度参考资料》(第三编),人民检察出版社1980年版,第12—16页。

〔7〕 为此,彭真要求法工委研究行政诉讼的范围和程序。法工委认为可以采取单行法律规定的方式,解决公民对哪些行政行为可以提起诉讼的问题。此外还认为,有些国家开始启动行政诉讼的问题,也没有专门的行政诉讼法,暂时适用的是民事诉讼法,这个做法我们可以借鉴。参见《彭真传》编写组:《彭真传》,中央文献出版社2012年版,第1565—1566页。

〔8〕 同上注,第1563页。

〔9〕 邓小平和彭真强调,立法不要等待“成套设备”,要成熟一条,制定一条。这种观念成为大规模立法时代的主流。参见邓小平:“解放思想,实事求是,团结一致向前看”,载《邓小平文选》第二卷,人民出版社1994年版,第147页。根据杨景宇的总结,问题导向的立法观念的主要表现是:“改革开放和社会主义现代化建设进程中出现了需要用法律手段加以解决的问题,那就深入调查研究,认真总结实践经验,经验基本成熟的,至少有了科学的而不是主观臆造的典型经验,才能立法,需要并且成熟一个,抓紧制定一个。”杨景宇:《法治实践中的思考》,中国法制出版社2008年版,第126页。

实际问题,其次考虑体系化。立法的体系化要求被问题导向的立法观念冲淡,行政诉讼是否有宪法上的依据,并未成为立法者考量的首要问题。立法机关开始研究行政诉讼的宪法依据问题不是基于立法体系化建构的需要,而是在一次偶然事件中被提出来的。1983年3月,《海上交通安全法》草案中关于处罚不服能否起诉到法院的问题,交通部对此有不同意见,认为交通部代表国家,不能成为行政诉讼的被告。针对交通部的质疑,时任全国人大常委会副委员长的彭真代表立法机关正式提出了行政诉讼的宪法依据。^[10]此时,彭真代表立法机关明确提出,公民告行政机关的依据是《宪法》第41条。^[11]由此,行政诉讼的宪法依据成为一个摆在立法机关面前的理论问题。

从制度形成的时间点来看,行政诉讼制度在1982年《民事诉讼法》中已经正式确立。^[12]该法是第五届全国人民代表大会常务委员会第22次会议于1982年3月8日通过,自1982年10月1日起试行。此时,1982年《宪法》尚未颁布实施,严格从规范逻辑出发,行政诉讼的宪法依据并非1982年《宪法》。《民事诉讼法》起草制定时,正值新旧两部宪法交替的时候。因为1978年《宪法》已经无法适应新的政治局势,中央也已经就宪法修改达成共识。文革以后,立法机关更倾向于根据“第一部宪法”^[13]来设计法律制度。在此背景下,立法者有意或无意的回避行政诉讼的宪法依据问题自然就是情理之中的事情。但是,《海上交通安全法》立法起草时,正值1982年《宪法》刚刚颁布,宪法实施成为新宪法制定以后的首要任务。^[14]在宣传贯彻实施宪法的关键时期,拿宪法来说理,明确提出“行政诉讼的宪法依据”,就成为了理所当然的事情。

(二)《宪法》第41条作为合宪性依据的由来

如前所述,行政诉讼制度是在1982年《民事诉讼法》中正式确立的,当时有效的宪法是1978年《宪法》。1978年《宪法》第55条的规定是“公民对于任何违法失职的国家机关和企业、事业单位的工作人员,有权向各级国家机关提出控告。公民在权利受到侵害的时候,有权向各

[10] 参见林彦:“通过立法发展宪法——兼论宪法发展程序间的制度竞争”,《清华法学》2013年第2期,第42页。

[11] 在听取交通部长的说明和讨论以后,彭真指出:公民有上告的权利。一个公民没有十年到十五年的经验,是当不了船长的。所以,一下子吊销了人家的执照,在我们看来是件小事情,在他看来则是件大事情。这类事情,一切公民对国家机关和国家机关工作人员都有上诉的权利。参见《彭真传》编写组:《彭真年谱》(第五卷),中央文献出版社2012年版,第181页。

[12] 但该法并非最早确立行政诉讼的法律。比如,1980年9月10日通过的《中外合资经营企业所得税法》和《中外合作经营企业所得税法》规定,外国组织或外国公民对中国税务机关的行政行为不服,或者对纳税行为不服的,可以向人民法院提起行政诉讼。有关中国行政诉讼的溯源性研究,参见胡建森等,见前注[5],第28—45页。

[13] 1979年5月3日,彭真在谈及地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法的修改时指出,要根据第一部宪法来修改该法。参见《彭真传》编写组,见前注[11],第13页。

[14] 这也是中国宪法实施的一个惯常做法。参见翟国强:“中国宪法实施的双轨制”,《法学研究》2014年第3期,第82—94页。

级国家机关提出申诉。对这种控告和申诉,任何人不得压制和打击报复。”从法律规范逻辑来看,1978年《宪法》第55条无法构成行政诉讼的宪法依据。因为如果将1978年《宪法》第55条作为一个整体来解释,公民控告的对象是“工作人员”,而非“国家机关”。如果进一步追溯,1978年宪法的规定,沿用了1954年《宪法》第97条规定,即“中华人民共和国公民对于任何违法失职的国家机关工作人员,有向各级国家机关提出书面控告或者口头控告的权利。由于国家机关工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有取得赔偿的权利。”

从比较法的源流来看,上述条款系借鉴苏联宪法的规定而来。在1954年宪法起草制定的时候,主流法治理论以苏联的理论与制度作为模板。其背后的宪法原理是,不承认国家利益和个人利益的对立,反对公法和私法的划分。^[15]故个人没有针对国家享有的基本权利。因此,严格按照这种逻辑,无法推导出对行政行为的司法审查制度。受上述宪法原理影响,苏联所谓的“行政诉讼”制度,其主要法律渊源是《对公职人员侵害公民权利的非法行为向法院控告的程序法》。^[16]无论是根据苏联宪法,还是根据1954年的中国宪法,公民控告的对象是国家机关工作人员,而不是国家机关本身。按照上述宪法逻辑,其控告的对象是公职人员,而非国家机关(因此这种程序自然可以准用民事诉讼的规定)。

1975年《宪法》和1978年《宪法》,都沿用1954年《宪法》,定位为“国家机关工作人员”。如前所述,这是受到苏联国家法学说的影响。但到改革开放以后,主张学习苏联经验已经不是主流的法治观念,反而是西方成熟法治国家的经验成为重要参考对象。立法者起草法律时,注重研究外国法律,将西方发达国家的有关法律规定作为立法的参照制度,而苏联国家法学说的影响此后逐渐式微。^[17]而1982年《宪法》第41条有关公民申诉控告权利的规定将公民申诉控告的对象定位为“国家机关”,显然是对苏联国家法学说原理的反思与超越。这也是新中国宪法史上的一个重要变化。^[18]在制度原理上超越了苏联宪法的国家法学说,在宪法上将公民与国家机关作为法律关系的对等主体,让行政机关作为被告在宪法关系上成为可能,为建立行政诉讼制度提供了重要的宪法依据。

(三)《宪法》第41条作为合宪性依据的限度

1982年《宪法》第41条申诉和控告的权利属于公民参与国家管理的基本权利,在宪法学通说上被认为是“监督权”,其内涵是“公民依据宪法和法律规定监督国家机关及其

[15] 参见(苏)B·M·马诺辛等:《苏维埃行政法》,黄道秀译,江平校,群众出版社1983年版,第71页。

[16] 参见长河:“苏联行政诉讼简介”,《中外法学》1989年第5期,第62—64页。

[17] 根据王汉斌的解释,改革开放以后立法机关开始大量参考借鉴外国立法材料,“这些(立法)参考资料主要是西方国家的有关法律的资料。他们搞法制几百年了,法律比较系统、完备。当时参考苏联、东欧国家的法律很少,“因为他们不重视法律,可参考的东西不多”。王汉斌:《王汉斌访谈录:亲历新时期社会主义民主法制建设》,中国民主法制出版社2012年版,第43页。

[18] 有关该条款的发展变化,参见许崇德:《中华人民共和国宪法史(下)》,福建人民出版社2005年版,第390页。

工作人员活动”。^{〔19〕} 为了保障该基本权利的实现,《宪法》第 27 条第 2 款规定了国家机关及其工作人员的义务,即“一切国家机关和国家工作人员必须依靠人民的支持,经常保持同人民的密切联系,倾听人民的意见和建议,接受人民的监督,努力为人民服务”。^{〔20〕} 从第 41 条第 1 款的规范结构来看,“批评建议权”实际上是一种政治性的表达自由,^{〔21〕} 从手段的监督强度来看,属于比较轻微的、外围的监督手段。比较而言,该权利与“申诉、控告、检举”整体上呈现出一种强度递增的格局。监督权是一种积极性的参政权,其功能定位是一种“接近国家的权利”,申诉、控告或检举的对象是国家机关及其工作人员的“违法失职行为”,因此该条款的目的是为了实现国家机关及其工作人员“依法履职”,为了维护合法秩序,具有较强的公益属性,而不是为了公民个人利益的实现。正因如此第 41 条第 1 款最后还特别强调“不得捏造或歪曲事实进行诬告陷害”。据此,除非对第 41 条作出目的论的扩张解释,该项权利的内容很难解释为具有寻求司法救济属性的裁判请求权,因此无法导出以保障公民基本权利为价值目标的行政诉讼。

从立法原意来看,从公民基本权利出发来论证行政诉讼的合宪性论证逻辑如下,根据《宪法》第 41 条,公民有向国家机关(a)控告国家机关(b)及其工作人员的基本权利。因此,公民有权利到法院提起诉讼,控告行政机关。但问题是,公民可以控告国家机关,并不必然可以推导出以下结论:当国家机关(b)为行政机关时,接受控告的国家机关(a)就一定是司法机关。质言之,公民针对行政机关的行为“向各级国家机关申诉、控告或检举”,不一定是“向人民法院”,且以“诉讼”的方式提出。在宪法体系中,第 41 条基本权利的保障和实施,除了以诉讼方式之外,还可以有其他选择:行政监督(行政复议制度、信访制度等)、人大监督、监察监督、检察监督以及其他国家机关的监督。

如果从保障公民监督国家机关及其工作人员的角度看,接受这种申诉控告的功能由监察机关或检察机关承担显然更合适。在现行宪法体制下,由检察机关受理申诉、控告或检举更符合宪法制度的设计原理。因为根据宪法,检察机关是专门的法律监督机关。从制度运作的传统与现状来看,对于公民监督权的实现,监察制度更具优越性。^{〔22〕} 特别是监察体制改革之后,由独立于行政机关和司法机关的监察委员会受理公民申诉控告,在理念和制度上并无障碍。而且由监察机关来受理申诉和控告在法制建设史上并不缺乏制度实践。比如,华北人民

〔19〕 参见《宪法学》编写组:《宪法学》,高等教育出版社、人民出版社 2011 年版,第 231 页。

〔20〕 也有学者认为,《宪法》27 条第 2 款也是第 41 条的补充论据。参见朱维究:“试论我国的行政诉讼”,《法学研究》1984 年第 4 期,第 14—20 页。

〔21〕 参见杜强强:“基本权利的规范领域和保护程度——对我国《宪法》第 35 条和第 41 条的规范比较”,《法学研究》2011 年第 1 期,第 3—14 页。

〔22〕 根据原监察部法规司编写的《中华人民共和国行政监察法学习问答》,《宪法》第 41 条也是《行政监察法》的立法依据。参见监察部法规司:《中华人民共和国行政监察法学习问答》,中国方正出版社 2010 年版,第 47 页。

政府设立的人民检察院的职权之一就是受理行政诉讼。^[23] 如果从宪法上权力的源流关系来看,对行政机关最理想的监督者应该是选举产生它的权力机关。因为行政机关是权力机关的“执行机关”,应当接受其监督。现行的人大监督制度整体上即体现了这种宪法理论逻辑。由人大审查行政机关的合法性,从制度和理念上并没有障碍。因此,保障公民对公权力监督的价值目标也不足以证成行政诉讼的宪法正当性,因为检察机关和监察机关以及其他国家机关也可实现这种功能。

总而言之,《宪法》第 41 条为作为主观权利保障功能的行政诉讼制度提供了重要的宪法依据,但是从行政诉讼的组织构造来看这种宪法依据并不充分,需要在解释学意义上寻求其他规范依据,进行补充和强化。因此,证成行政诉讼的宪法依据,必须跳出单纯围绕《宪法》第 41 条的合宪性论证,通过对宪法的体系解释来证成司法审查行政的合宪性。

三、司法审查合宪性论证的理论困境

中国宪法确立的国家权力组织体系不同于西方宪法模式,司法审查行政并非不证自明的公理。从宪法的角度证成行政诉讼的正当性基础需要回答的问题是:根据中国宪法,司法机关的功能定位究竟为何,以及司法与行政的职权分工有何不同? 与此相关,法院究竟在何种程度上可以审查行政机关的合法性,以及这种审查是否具有对抗性? 上述问题,根据行政诉讼的一般原理,在现行《行政诉讼法》上或许可以轻易找到答案。但从合宪性的角度,需要在宪法层面加以证成。

(一) 政治化的司法功能

根据宪法,中国的司法机关是否可以审查行政行为的合法性? 首先需要看中国的司法机关在宪法上究竟应该发挥什么样的功能? 在社会主义宪法传统下,司法的功能定位具有高度政治化的特征。即,强调人民法院是政法机关,是政权的工具。^[24] 因此,人民司法理念一直是社会主义法律传统中的主流观念。^[25] 人民司法理念认为,人民司法是巩固人民民主专政的一种武器。^[26] 在上述理论脉络中,没有所谓的权力分立,有的只是为了实现共同的目标,

[23] 具体而言,华北人民检察院的职权主要是:行使检查检举权,人民监察委员会不仅可以检查各级行政机关、司法机关和公营企业的工作情况,而且可以检举上述机关工作人员的违法失职等行为;行使行政诉讼的受理权,即接受人民对有关机关和人员的控诉和揭发;行使一定的行政处分权;行使调查权。参见周磊:“新民主主义革命时期行政监察法制的探索与实践”,《国家行政学院学报》2016年第5期,第85—90、143页。

[24] 这种理念可以追溯到马克思主义的国家法学说:“法庭是政权的工具。”(苏)列宁:“关于布尔什维克领袖出庭受审的问题”,载《列宁全集》(第25卷),人民出版社1958年版,第164页。

[25] 人民司法的制度实践源于1940年代,中国共产党在陕甘宁边区的政权建设中,逐渐形成的。在司法方式上强调司法审判走群众路线,最具代表性的就是“马锡五审判方式”。参见侯欣一:“陕甘宁边区司法制度的大众化特点”,《法学研究》2007年第4期,第116—130页。

[26] 参见公丕祥:“董必武司法思想述要”,《法制与社会发展》2006年第1期,第3—16页。

采取必要有效的措施,实现更高的政治目的。^[27]因此在主流的法治观念中,也一直将公、检、法、司等称为“政法机关”,俗称“刀把子”。^[28]相应的,法院功能定位“是国家上层建筑的重要组成部分,是人民民主专政的重要工具”。^[29]人民司法的理念在现行宪法文本中体现为,司法机关需要保持与人民的政治联系(第27条),^[30]司法机关需要接受人民代表大会的监督(第67条)以及将法院、检察院和公安机关并列规定(第140条)等。

1982年《宪法》全面修改是新中国历史上一个重要的“宪法时刻”。此时的中国社会正处在转型时期,法治体系整体上从属于政治系统,司法机关被认为是政治机关,主要发挥专政功能。在这种理论框架下,司法机关的基本功能定位具有高度政治性。^[31]这种高度政治化的司法与行政诉讼背后的法治原理之间具有高度紧张关系。因为行政诉讼是以法律的程序来规范行政行为,从而将司法作为与政治部门对应的法律机关,进而实现“法律对行政的控制”。所以,行政诉讼主要是一种合法性审查机制,不同于代议机关对行政权的政治控制。因为在法律系统中,合法非法的判断是司法的核心功能。但如果将人民法院的功能简单定位于专政机关,可能并无司法审查的立足之地,因为作为专政工具,司法机关并无任何优越地位,与行政机关一样都是贯彻代议机关的意志,都是执行机关,都受到代议机关监督。这种政治化的司法理念很难证成行政诉讼的宪法依据。因为从宪法理论上证成行政诉讼的合宪性,必须超越政治化的司法观念,从法治的逻辑出发去寻求行政诉讼的宪法依据。否则,在人民民主专政的逻辑下,也可以推导出行政审查司法的正当性,因为行政在实现“专政”目的意义上要比司法更优越。

(二)司法与行政的同质性理论

根据传统的社会主义国家法学说,法治过程大体上可以分为三个部分,即法律制定(立法),法律实施(执法)和法律监督。^[32]在上述理论体系中,司法机关和行政机关本质上没有

[27] 人民司法的理念迄今对我国司法实践仍有影响。最高人民法院院长周强在调研中,指出“大力弘扬人民司法优良传统,牢记全心全意为人民服务的根本宗旨”。参见宁杰:“弘扬人民司法传统,深入推进司法改革,为经济社会发展营造良好法治环境”,载《人民法院报》2016年8月27日,第1版。

[28] “军队是党和人民手中的‘枪杆子’,政法部门是党和人民手中的‘刀把子’。”参见“中共中央关于维护社会稳定加强政法工作的通知”,载中国社科院马列毛泽东思想研究所编:《中国共产党党内法规制度手册》,红旗出版社1997年版,第686页。

[29] 乔石:《乔石谈民主与法制》,人民出版社、中国长安出版社2012年版,第280页。

[30] 《宪法》第27条第2款规定,一切国家机关必须“依靠人民的支持,经常保持同人民群众的密切联系,倾听人民群众的意见和建议,接受人民群众的监督,努力为人民服务。”据此,人民法院也应该履行上述宪法义务,为公民监督提供一种制度渠道。

[31] 从世界范围比较来看,高度政治化的司法体制是转型国家的一个普遍特点。翟国强:“转型社会宪法修改的模式与功能”,《法学评论》2020年第2期,第90—96页。

[32] 参见(苏)苏联科学院法学研究所主编:《苏联国家法教程》,彭健华译,大东书局1950年版,第56页。

区别,都是代议机关的执行机关,其主要功能在于实施代议机关已经制定的法律。^[33] 如果在中国语境下进一步追溯,这种理论也是对经典马克思主义将政治过程分为决定和执行两个部分的“议行合一”理论的进一步发展。^[34] 上述观念对社会主义中国司法传统的影响可以追溯到陕甘宁边区的宪法制度。在陕甘宁边区的宪法体制中,各级司法机关必须在政府的统一领导下,实行司法与行政合一的原则。根据陕甘宁边区组织法的规定,法院受边区参议会的监督,受边区政府的领导。^[35] 1943年的《陕甘宁边区简政纲要》中明确提出:“边区政权既是人民自己的政权,则行政与司法的分立也就没有意义。”^[36] 上述司法与行政混同的制度模式下,并无行政诉讼制度的存在空间。因此,陕甘宁边区虽然在法律文本层面有行政诉讼的零星规定,^[37] 但缺乏行政诉讼的法治实践。^[38] 在上述宪法传统之下,所有国家机关承担的功能都是实施已经制定的法律,司法机关没有特殊地位,甚至和行政机关的功能没有区别。^[39] 受司法与行政同质性观念的影响,一直到新中国成立以后很长时间内,在法治体系中都没有行政诉讼制度的立足空间。

从制宪历史来看,1954年制宪时的制度设计体现了将司法机关和行政机关都作为权力机关的执行机关的思路。^[40] 1982年《宪法》的全面修改是以1954年《宪法》作为模版完成的,这部宪法继承了1954年《宪法》的“过渡宪法”性质,将司法与行政都作为权力机关的执行机关。受此影响,《宪法》规定行政机关是“国家权力机关的执行机关”。司法机关也是法律的执行机关,^[41] 与行政的执行功能并未作明确区分,且并没有相互监督的关系。从《宪法》法确立的监

[33] 有学者认为,这种观念可以追溯至卢梭的行政权吸纳司法权的理论,这种观念有别于洛克主张的司法独立。参见张泽涛:“法院向人大汇报工作与司法权的行政化”,《法学评论》2002年第6期,第18—23页。

[34] 参见翟国强:“中国语境下的‘宪法实施’:一项概念史的考察”,《中国法学》2016年第2期,第105—120页。

[35] 参见丛文胜:《中国共产党的法制理论与实践》,白山出版社1997年版,第189—190页。

[36] 艾绍润主编:《陕甘宁边区法律法规选编》,陕西人民出版社2007年版,第320页。

[37] 比如陕甘宁边区《户籍条例》第二十八条规定:“关于户籍或人事登记纠纷事件,以乡市政府之处分为不当或违法者,得用书面或口头诉愿于县政府,县政府接受书面或言词诉愿时,认为该诉愿无理由者,应以决定驳回之;有理由者,应以决定令该乡政府变更或撤销处分诉愿之决定,应送达于该乡市政府及诉愿人。诉愿人不服县政府之决定者,应向民政厅提起再诉愿,如抗议愿人再不服民政厅之决定者,应向边区政府提起再诉愿,必要时得向司法机关依法提起诉讼。”参见“陕甘宁边区户籍条例”,载甘肃省社会科学历史研究室编:《陕甘宁革命根据地史料选辑》第一辑,甘肃人民出版社1981年版,第465页。

[38] 参见黄东海:“陕甘宁边区司法的机构、运行和审级”,载耿化敏主编:《青年党史学者论坛》第3辑,社会科学文献出版社2015年版,第105—120页。

[39] 彭真概括的更加简练:“社会主义法制,一个是有法可依,二是要依法办事。”彭真:“关于社会主义精神文明建设指导思想的几个问题”,载中共中央文献编辑委员会编辑:《彭真文选》,人民出版社1991年版,第579页。

[40] 参见韩大元:《1954年宪法制定过程》,法律出版社2014年版,第279页。

[41] 比如,彭真曾为最高人民法院办公楼题词:“严肃执法”。参见《彭真传》编写组,见前注[11],第339页。

督体系来看,司法审查之上,还有人大的“全方位”监督,以及对抽象司法解释的审查,构成了中国行政诉讼不同于西方司法审查的宪法框架。因此,在中国宪法上证成行政诉讼制度的正当性,必须面对这种司法与行政的同质化理论,寻求司法机关在宪法上独立于行政机关的法律地位。

(三)国家权力之间的非对抗模式

不同于西方典型的权力分立模式,“民主集中制”是社会主义宪法的一个重要原则。究其背后的制度原理,主要是为了能够发挥社会主义制度的优势性,即“集中力量办大事”。因此在法律制度设计上要防止牵扯过多,议而不决。1982年《宪法》全面修改时,国家机构组织的一个重要原则就是“使各个国家机关更好地分工合作、相互配合”。^[42]整体而言,无论在横向还是纵向的权力分配格局上,中国宪法确认的权力分工格局是一个“重分权,轻制衡”的非对抗模式。

从历史发展来看,上述权力结构的非对抗模式也经历了一个发展演变的过程。在新中国政权建立初期,国家机关之间的制衡理念也曾被主流政治观念所接受,主张不同国家机关之间要“唱对台戏”“找岔子”。当时的主流政治观念,尝试提出了所谓的“唱对台戏”的理论主张。毛泽东、周恩来、邓小平等认为“要唱对台戏”。^[43]毛泽东认为,这样有利于中央从不同角度考虑问题。^[44]但到了1982年《宪法》颁布实施以后,唱“对台戏”的主张逐渐退出主流观念,^[45]“不唱对台戏”成为处理横向国家权力关系的一个重要原则。^[46]后来甚至强调不同的国家机关之间要“同唱一台戏”,尽量避免出现不同国家机关对抗的局面。^[47]因此现行的宪法体制特别强调协调,在不同机关的关系处理中,特别注重“给面子”“不伤和气”,避免对立。就算是出现了矛盾和不一致,也尽量通过协调来达成一致。仅仅从宪法文本规定来看,司法与行政机关,以及相关国家机关之间没有明显的对抗性。就司法与行政关系而言,司法与行政的

[42] 根据宪法草案说明,“我们国家可以而且必须由人民代表大会统一地行使国家权力;同时在这个前提下,对于国家的行政权、审判权、检察权和武装力量的领导权,也都有明确的划分,使国家权力机关和行政、审判、检察机关等其他国家机关能够协调一致地工作。……国家机构的这种合理分工,既可以避免权力过分集中,又可以使国家的各项工作有效地进行。”彭真:“关于中华人民共和国宪法修改草案的报告”,见前注[39],第456页。

[43] 参见《彭真传》编写组,见前注[7],第1575页;参见中共中央文献编辑委员会:《周恩来文选(下卷)》,人民出版社1984年版,第208页。

[44] 参见秦立海:《从〈共同纲领〉到“五四宪法”》,人民出版社2017年版,第268页。

[45] 参见《彭真传》编写组,见前注[7],第1578页。

[46] 参见致远:“陈丕显力倡人大监督”,《中国人大》2011年第1期,第46页。2009年人大常委会委员长吴邦国3月9日上午向十一届全国人大二次会议作全国人大常委会工作报告时强调,人大监督与“一府两院”的工作,目标是完全一致的,不是相互掣肘,不是唱“对台戏”。

[47] 在监督法起草过程中,有关领导人反复多次强调的就是“人大和‘一府两院’是‘同唱一台戏’”“人大不可越权,但要发挥监督作用”“人大要进行监督,但应注意方式方法”“人大和一府两院之间不是对立的,是在中国共产党领导之下的分工合作,都是为了共同的目标”。参见李鹏:《李鹏日记:立法与监督》,新华出版社、中国民主法制出版社2006年版,第531—560页。

合作大于对抗。^[48]然而,行政诉讼的基本原理是以承认司法与行政一定程度的“对峙”,^[49]但传统宪法的理念以及宪法文本中并没有提供这种司法与行政直接对抗的宪法依据。

四、行政诉讼合宪性基础的阐释与重构

现行宪法颁布实施以来,中国经历了一个大规模立法阶段。在中国特色社会主义法律体系建设初期,一个明显的特点就是坚持问题导向,但缺乏体系化构建。在法律体系逐渐完善过程中,主流的法治观念开始重视体系思维,强调法律体系的合宪性,强调立法的宪法依据。^[50]对此,彭真曾指出“立法必须有理论作依据,宪法是有系统的理论作依据的,是有完整的体系的,前后一贯,体系严密。”^[51]然而,作为法律依据的宪法不是静止不动的,而是处于不断发展变化之中。迄今,行政诉讼的宪法依据已经不是1982年颁布实施的《宪法》,而是经过发展变化后的“现行宪法”。这个现行宪法包括1982年全国人大通过的《宪法》及后来通过的52条宪法修正案组成的宪法规范体系。对这个现行宪法文本的含义,需要依据社会的宪法观念变化进行重构与解释。因为宪法文本是固定不变的符号,宪法规范却不应僵化不变,对宪法文本的解释应该符合当时的主流宪法观念和社会的价值共识。^[52]随着社会发展,宪法内在的价值秩序也在发生变化,这构成了超越实证宪法之上的“根本规范”,是宪法规范本身的正当性依据。

随着中国法治化进程的推进与拓展,与行政诉讼制度初创当时的宪法相比较,宪法文本与宪法内在的价值秩序以及社会的主流价值观念已经发生了变化。因此对宪法的理解需要在一定程度上结合制宪者的原意,对宪法文本作出与时俱进的解释。^[53]前文

[48] 因此在法治实践中,“两高”与公安部、司法部乃至其他国务院部委之间的联合发文现象十分普遍。不仅如此,这种联合发文甚至可以横跨立法、司法、行政机关。比如最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部和全国人大常委会法制工作委员会2012年12月27日联合发布《关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》。

[49] 行政诉讼的基本原理是:对权力的最好控制办法是以权制权,司法权与行政权通过对峙而合作完成社会的整体目的。参见陈端洪:“对峙——从行政诉讼看中国的宪政出路”,《中外法学》1995年第4期,第1—9页。正因这种“对峙”关系在宪法文本上缺乏明确依据,有学者认为行政诉讼制度是对宪法的发展。参见林彦:“通过立法发展宪法——兼论宪法发展程序间的制度竞争”,《清华法学》2013年第2期,第41—43页。

[50] 李鹏,见前注[47],第282页。

[51] 彭真:“要努力学习马克思主义的基本理论”(彭真同全国人大常委会机关负责同志的谈话),见前注[39],第529页。

[52] 在中国,对宪法的解释甚至还需考虑执政党的宪法观念最新发展。比如1993年《中国共产党中央委员会关于修改宪法部分内容的建议的说明》提到:“党的十四大报告中对社会主义市场经济作了阐述。必要时可以据此对社会主义市场经济的具体内涵作出宪法解释。”

[53] 如拉伦茨所言,“法律解释的最终目标只能是探求法律在今日法秩序的标准意义,并且同时考虑历史上立法者的规定意向及其具体的规范想法,而不是完全忽视它,如此才能确定法律在法秩序上的标准意义。”(德)卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第199页。

已述,从中国的宪法传统观念以及1982年《宪法》的制宪者原意来看,都无法推导出司法审查行政的合宪性。对行政诉讼的宪法依据问题的回答,必须超越传统的宪法理念,立足于中国当下的宪法秩序,寻求中国行政诉讼制度在现行宪法上的规范依据,在宪法解释学意义上重构行政诉讼的合宪性基础。

(一)公法诉权的宪法证成

行政诉讼的功能在于为公民提供一个司法救济的渠道,即所谓的“民告官”或“个人告公家”(彭真语)。虽然一般政治理论和法律学说都不否认公民有这项主观权利。但在宪法解释学意义上,公民是否有该项权利,并非不证自明。因此,论证行政诉讼的合宪性依据,首先需要证成的是,公民有针对行政机关向司法机关提请诉讼的基本权利,即公法上的诉权。但在宪法文本中并无有关诉权的明确规定,《宪法》第41条是否可以推出公法上的诉权?以及宪法权利体系中是否包含诉权?对此,必须从解释学的角度对诉权的宪法基础进行重构。立法原意倾向于从第41条出发做合宪性论证。但仅仅由《宪法》第41条规定的“申诉、控告或者检举”,直接推导出公民的裁判请求权,论据显然不够充分。如果从宪法实施的角度看,《宪法》第41条的实现方式不一定是通过法院的诉讼程序来进行。^[54]法律逻辑上,如果要证成接受申诉控告和检举的国家机关是人民法院,首先要证成公民基于宪法所享有的诉讼请求权。

从宪法文本规定来看,与诉权相关最直接的宪法条文是《宪法》第139条的规定:“各民族公民都有用本民族语言文字进行诉讼的权利。”但从“运用少数民族语言进行诉讼的权利”推导出“公民提起诉讼的权利”,这种解释学的论证显然不够有说服力。有鉴于诉权在中国宪法文本中没有明确规定,法学界不少学者主张诉权入宪。^[55]在宪法没有明确规定诉权的前提下,是否可以推导出宪法没有明确规定的权利?上述问题在宪法解释学上,构成所谓的“宪法未列举权利”问题。依据一般的宪法解释原理,宪法对基本权利的列举不可能穷尽所有类型的权利,可以从概括性的基本权利中推导出宪法文本没有列举的基本权利。^[56]在2004年《宪法修正案》第24条将“国家尊重和保障人权”作为基本权利体系中的概括条款,为宪法未列举权利的推定提供了规范上的依据。对该条款的解释学分析,不难得出如下结论:对于那些宪法没有作出明示性规定但却非常重要的人权,就同样也必须给予尊重和保障。^[57]就一般法理而言,主观公权利首先表现为公民在实体法上的请求权,是公民在实体法上相对于国家的法地

[54] 2017年8月全国人大常委会会议审议人民法院组织法修订草案时,有的常委会委员就认为,法院的任务主要是行使审判权,解决矛盾,定分止争,保护当事人的合法权益,惩罚危害社会的行为。至于监督行政机关依法行使职权,似乎不太贴切,不能因审理行政诉讼案件,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。参见孙佑海:“如何把《人民法院组织法》修改好?”,《中国法律评论》2017年第6期,第14—22页。

[55] 参见周永坤:“诉权法理研究论纲”,《中国法学》2004年第5期,第13—26页。

[56] 参见张卓明:“中国的未列举基本权利”,《法学研究》2014年第1期,第17—21页。

[57] 参见林来梵、季彦敏:“人权保障:作为原则的意义”,《法商研究》2005年第4期,第64—69页。

位;这种实体请求权投射于行政诉讼中就是行政诉权。^[58]因而诉权作为一项被国际人权公约所普遍确立的基本人权,^[59]属于一般宪法保障基本权利的重要类型。该项基本权利可以从我国《宪法》第5条第1款、第130、131、132和139条获得宪法解释上的支持,在宪法文本层面获得更加坚实的基础。^[60]而且,对于宪法文本中权利体系的解释需要以社会主流的宪法观作为理论依据。在“人权的司法保障”^[61]已经成为法治新共识的阶段,从宪法基本权利体系中推导出公民寻求司法救济的诉权,证成行政诉讼的宪法正当性,无论是宪法文本上,还是在宪法观念上都有充足的规范基础。因此,在现行宪法规范体系中,以“国家尊重和保障人权”为概括条款的基本权利体系整体上构成了行政诉讼制度在宪法上新的规范依据。该条款可以推导出国家的保护义务,即国家为了保护公民的基本权利不受行政机关侵犯,并为权利救济提供法律途径,需要建立行政诉讼制度来实现。

(二)司法功能的宪法解释学重塑

传统政治化的司法理念固然无法证成行政诉讼的宪法依据。然而随着国家政治秩序逐渐步入正轨,专政司法理念逐渐式微,司法作为一种法律机制逐渐获得相对独立的地位与运作逻辑。在政治功能之外,司法的法律功能逐渐凸显。司法甚至在一定范围内成为解决政治问题的渠道。文革结束后,中国的司法机关办理的最重要的政治案件,是对“林彪、江青反革命集团案件”的审判,该案为司法解决政治问题树立了典范,甚至被视为中国走上了依法治国道路的标志。^[62]

随着依法治国作为一项主要宪法原则载入《宪法》,强化司法的法律功能成为宪法实施的基本趋势。新的法治原则下,人民司法的政治理念已经内化为具体的司法制度,以法律化的方式得以贯彻落实。相应的,司法的政治功能主要是通过法律机制来实现,而非直接介入政治过程。据此,对《宪法》相关条文作出与时俱进的解释逐渐成为宪法学的主流通说。比如,《宪法》第27条第2款规定,一切国家机关必须“依靠人民的支持,经常保持同人民群众的密切联系,倾听人民群众的意见和建议,接受人民群众的监督,努力为人民服务”。在解释《宪法》上述条款的时候,人民法院与人民群众的密切联系主要是通过法律诉讼的方式来实现。换言之,行政

[58] 参见赵宏,见前注[1],第167—185页。

[59] 参见吴英姿:“诉权的人权属性——以历史演进为视角”,《中国社会科学》2015年第6期,第112—130、207—208页。

[60] 参见张卓明,见前注[56],第17—21页。

[61] 参见《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过)、《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过)。

[62] 根据1980年11月21日(最高人民法院特别法庭公开开庭审理林彪江青反革命集团案件次日)的《人民日报》特约评论员文章,两案的审判标志着我们国家已经走上依法治国道路。也是在这篇文章中,主流话语体系中第一次出现了“依法治国”4个字。参见本报特约评论员:“社会主义民主和法制的里程碑——评审判林彪、江青反革命集团”,载《人民日报》1980年12月22日,第1版。

诉讼制度也是“倾听人民群众的意见和建议,接受人民群众的监督”的一种重要手段。《宪法》颁布实施四十年来,其中有关司法机关的条款没有任何变化。但司法审判^[63]的含义已经悄然发生了变化,中国司法机关的功能定位更加趋于法律化。司法机关不仅仅要发挥专政机关的政治功能,同时也在法治体系中发挥保障“依法行政”的功能。在主流宪法观念上,人民法院的功能定位是独立于行政权的判断权。^[64]其本质在于将抽象规则适用于具体纠纷从而作出法律上的判断和评价,并根据《宪法》第131条塑造融贯的法体系。^[65]

在现行宪法秩序下,现行《宪法》第5条已经成为行政诉讼的重要宪法依据。所谓“依法治国的关键是依法行政”,作为法律机关的法院对政府行为进行合法性审查成为宪法的要求。而且,司法对行政的审查不仅仅局限于一种消极意义上的划界限,也包含了积极意义上的合法化功能。换言之,在纠正违法行政行为的同时,维护合法行政行为的正当性,保障在法律范围内发挥“执行机关”的作用。这种实质法治的价值理念需要一个更加积极的司法角色。受此影响,行政诉讼的范围和强度也在逐步扩大。然而,在具体的受案范围和审查强度方面与西方司法审查仍有很大区别。因为中国宪法所确立的法治体系并非西方式的司法中心主义法治模式,司法机关在保障依法行政方面的作用也不同于西方的司法审查模式。在西方法治国家,司法不仅仅解决合法性问题,还积极承担着合宪性控制的功能。^[66]虽然中国的司法无法直接审查行政行为的合宪性,但从宪法实施的视角,司法机关也可以在立法机关主导的合宪性控制体系中发挥更积极的作用。特别是对于抽象行政行为的合法性、合宪性控制方面,可以采取更加积极的立场,在保障依法行政的同时,对行政规则体系的合宪性进行清理和优化。

(三)司法与行政:横向权力关系的再定位

《宪法》第41条出发的论证模式不足以证成行政诉讼的宪法依据。在现行宪法上寻求行政诉讼的宪法依据,必须在解释学意义上厘清中国宪法对于司法机关与行政机关之间的职权分配和功能定位。根据中国传统宪法的原理,权力分工是以立法为中心,行政和司法的作用都是执行法律,将立法机关制定的抽象法律规范适用于个别具体的场合来发挥法律实施机构的

[63] 一般来说,狭义的司法权主要是指的是法院的审判权。陈瑞华:“司法权的性质——以刑事司法为范例的分析”,《法学研究》2000年第5期,第30—58页。

[64] 建立符合职业特点的司法人员管理制度,在深化司法体制改革中居于基础性地位,是必须牵住的“牛鼻子”。司法活动具有特殊的性质和规律,司法权是对案件事实和法律的判断权和裁决权,要求司法人员具有相应的实践经历和社会阅历,具有良好的法律专业素养和司法职业操守。参见习近平:“在中央政法工作会议上的讲话”,载《人民日报》2014年1月9日,第1版。

[65] 参见王建学:“地方各级人民法院宪法地位的规范分析”,《法学研究》2015年第4期,第59—70页。

[66] 在西方法治国家,无论行政法院模式,还是司法审查模式,行政诉讼都发挥了合宪性审查的功能。比如,法国的行政法院同时对行政的合宪性进行审查,美国的司法审查模式本来就包括着对合宪性的附带审查。但中国的司法机关无法直接处理合宪性问题,需要特定的转接机制,交给有权机关处理。参见翟国强:《宪法判断的方法》,法律出版社2009年版,第268页。

作用。这种法律观念与近代立法中心主义的宪法理念一脉相承。^{〔67〕} 十七世纪西方经典分权理论也认为,国家权力只有两种:制定法律的权力和执行法律的权力。^{〔68〕} 在这种近代宪法的理论框架下,司法权只是执行权的一部分。二战以后,司法权的扩张成为世界宪法发展的一个普遍趋势。相应的,立法中心主义宪法原理的影响逐渐式微。比较而言,行政权发挥了更加重要的作用,甚至分担了部分立法功能。^{〔69〕} 为了实现对立法权和行政权的制约,司法审查制度应运而生。反观当下中国,由于近代宪法的历史课题尚未完成,社会观念对立法机关仍抱有强烈的规范性期待,宪法的基本框架更倾向于采取近代立法中心主义的宪法原理。然而事实上,行政权又属于国家权力体系中的强势权力,也同样需要法律的制约。在此意义上,由相对独立的司法机关对行政权进行监督和制约具有宪法正当性。

比较来看,中国宪法的组织规范主要侧重纵向的权力源流的规定。比如,规定各个国家机关权力来源以及如何产生,但是对横向权力之间的关系界定不清。不仅仅是司法审判,立法、监察、检察的权限范围,也都需在理论上进行解释与建构。中国宪法虽然拒绝采纳权力制衡体制,但并不否认权力的合理分工。虽然传统宪法学说认为中国宪法体制是“议行合一”,但实际上中国宪法确认了不同机构之间的权限和分工,议行之间有着明显分工。这也是《宪法》颁布实施以来的一个重要发展趋势。^{〔70〕} 这种国家权力的合理分工主要侧重纵向的“权力的监督与制约”,即“决策权、执行权、监督权”之间的分工与制约。^{〔71〕} 这种监督主要通过政治化的方式(比如报告工作、执法检查等)来承担政治责任。在法治体系中,对于权力监督制约的实现方式是通过司法机关作出合法、非法的判断来实现依法规范权力的目标。相应的,主流宪法理念中司法与行政的职权和功能得以重新定位。也就是说,司法机关依据法律作出合法或非法的判断,实现对行政权的法律规范,进而保障公民的基本权利。上述对法治原则、国家尊重和保障人权以及依法审判条款的解释学论证,共同构成了行政诉讼的宪法依据,由此也塑造了行政诉讼法律关系的三角结构:相对人(权利保障)、行政机关(依法行政)和司法机关(法律判断)。

(四)主观诉讼和客观诉讼的功能定位

宪法上司法权与行政权的功能分配决定了行政诉讼的性质究竟是主观诉讼或者客观诉讼。从宪法上来看,中国没有分权制衡的宪法结构,中国行政诉讼并非采取对抗模式。司法虽

〔67〕 参见(日)杉原泰雄:《宪法的历史:比较宪法学新论》,吕昶、渠涛译,社会科学文献出版社2000年版,第35页。

〔68〕 参见(英)M·J·C·维尔:《宪政与分权》,苏力译,三联书店1997年版,第27、51、129页。

〔69〕 参见杉原泰雄,见前注〔67〕,第129页。

〔70〕 杨景宇:“人民代表大会制度实行的是议行合一,还是议行分开?”,《中国人大制度理论研究会刊》2017年第1期,第73页。

〔71〕 有关论述可参见习近平:“在首都各界纪念现行宪法公布施行30周年大会上的讲话”,载《人民日报》2012年12月5日,第1版。

然独立于行政,但不是对抗、制衡行政。法律系统内外各种协调机制,^[72]可以消除司法与行政之间的对抗,不会出现宪法上的僵局。因此,在司法与行政同属法律实施机关的视角下行政诉讼可能偏向于客观诉讼模式,即司法机关监督行政机关依法行政,进而维护客观法秩序。然而从国家监督体系的分工来看,中国行政诉讼制度发挥的监督功能也是有限的。在国家监督体系中,最高国家权力机关负有对行政和司法进行全方位的合法性监督。比如,行政法规和司法解释的备案审查制度。对行政机关的合法性监督,除了诉讼监督之外,还有人大常委会监督和检察监督。在2018年宪法修正案通过,监察体制改革完成后,还有独立的监察机关对行政过程的监督。《宪法》第41条关于监督权的规定,不同于一般宪法权利的规范结构,而是以主观权利的规范形式,表述了维护客观法秩序的价值取向。公民通过行使该项权利参与国家的政治和法律秩序,进而实现宪法和法律规范设定的价值目标。上述宪法确立的框架体系决定了中国行政诉讼制度的宪法原理,也决定了行政诉讼审查范围和审查强度都不同于西方权力制衡制度模式下的司法审查。^[73]因此,中国的行政诉讼是一种有限度的司法审查,行政诉讼要“依据行政法规,参照规章”,对行政行为司法审查强度也不同于西方国家,司法尽可能尊重行政机关的自由裁量权。在此意义上,传统的行政诉讼更倾向于发挥客观诉讼的功能。

但比较来看,中国宪法的制度体系中从来不缺乏维护客观法秩序的制度,真正缺乏的恰恰是保护主观权利的法律机制和解决公私纠纷的法律程序。换言之,维护客观法秩序的制度供给十分充足,保护主观权利的制度体系有待补强。而且从中国法律文化传统来看,传统中国的诉讼是国家为了维护治理秩序,具有强烈的客观诉讼的色彩,诉讼制度对主观权利保护的功能严重不足。^[74]就今天的法治发展阶段而言,如果过于强调客观诉讼的功能定位,会稀释行政诉讼平衡公权和私权的制度功能,容易导致“法院和被告一起审原告”。将司法审查范围控制在个案纠纷解决,可以节制司法的政策形成功能,避免司法过度政治化。因此,将行政诉讼的功能更多偏向主观诉讼更符合中国宪法制度的发展趋势。行政法主流学说也认为,对基本权利的保障理应成为行政诉讼的首要目标,行政诉讼制度的整体构造应偏向主观权利保护。^[75]从宪法层面看,上述两种价值取向并非水火不容。在具体制度设计上,通过适度扩大原告主体资格、坚持合法性全面审查、严格审查标准等,也可以在一定程度上弥合行政诉讼主、客观诉讼的争议。^[76]在司法裁判实践中,如果将“此案”中的主观权利界限的判断扩展到“彼案”中,进而形成裁判规范体系,那么判断主观权利的界限与判断行政行为的合法性不过是“一枚硬币的

[72] 比如全国人大常委会作为协调机构对司法机关在行政诉讼中的法律问题进行答复。参见何海波:《实质法治:寻求行政判决的合法性》,法律出版社2009年版,第100页。

[73] 有学者认为“严格的受案范围,有限的审查强度”是中国行政诉讼的主要特征。参见杨伟东:《权力结构中的行政诉讼》,北京大学出版社2008年版,第79页。

[74] (日)夫马进:《中国诉讼社会史研究》,范愉等译,浙江大学出版社2019年版,第400页。

[75] 参见赵宏,见前注[1],第167—185页。

[76] 参见刘广明诉张家港市人民政府行政复议案,最高人民法院(2017)最高法行申169号。

两面”。在宪法层面,如果将基本权利本身视为一种客观法规范,并以此为依据审查行政行为的合法性,则保障基本权利和保障合宪法律秩序这两种价值之间也可实现统一,主观诉讼和客观诉讼两种功能之间并不存在非此即彼的选择难题。

五、余 论

从比较法的视角来看,对行政行为进行司法审查几乎已经成为西方法学理论中一个不证自明的公理。如果简单套用西方法治理论来解释中国法治实践,中国的行政诉讼制度很容易与西方的司法审查制度相提并论。但中国的法治体系毕竟不同于一般西方法治国家。特别是,作为法律体系根本依据的宪法,其背后的制度原理与一般西方法治国家差异较大。当前,中国的法学研究必须立足中国,已经成为法学界的普遍共识。但整体而言,中国法学理论远未形成自洽的理论体系,各部门法原理之间缺乏协调,造成了理论相互割据的状态。不注重从宪法层面推敲具体行政法制度的存在理由,是理论研究的一个普遍性问题。^{〔77〕}因此,行政诉讼在中国法治体系中是否具有宪法基础,需要在中国宪法的语境下去追问和求证。

毋庸讳言,当今法学界也不乏借鉴西方司法审查理论来完善中国公法制度的理论主张。不可否认,二者之间具有共性,大胆借鉴国外法治的理论资源对于构建中国法治理论具有积极意义。但如果不考虑中国宪法确立的制度框架,简单将国外司法审查原理与中国行政诉讼制度对接,不仅会导致外国法原理的错误运用,还会导致法解释学理论体系的碎片化,无助于构建和谐统一的法学理论体系。因此,迫切需要对支离破碎的法理进行整合,进而完成法律制度原理的体系化建构。在法治体系中,作为框架秩序的宪法恰好可以提供统合法治体系的基本坐标,为构建中国的法解释学体系提供了最权威、最直接的根本规范。在宪法解释学的意义上论证行政诉讼的宪法依据,对于构建中国的法学理论体系,让公法学理论更好的返回中国实践、面对中国问题具有重要的理论意义。

本文追问中国行政诉讼的宪法依据,其实是一个四十年前就已经提出的老问题。在行政诉讼制度开始建立之初,1982年《宪法》尚未颁布实施,如果严格从规范逻辑出发,当时行政诉讼的宪法依据并非这部宪法。1982年《宪法》颁布实施以后,由于一个偶然的事件,行政诉讼的宪法依据才成为一个宪法理论问题摆在立法机关面前。时至今日,重新讨论和研究行政诉讼的宪法依据问题,要解决的是公法体系乃至整个法治体系的融贯性问题,将行政诉讼制度背后的基本法理讲清楚、讲通透。因为法律体系的内在统一性必然要求其背后的原理也必须是一个具有融贯性的理论体系。在中国法律制度体系的发展和形成过程,立法者采取的是一种以问题为导向的经验主义立法理念。在上述经验主义立法观念主导的法律体系形成过程中,法律制度设计缺乏内在一致的理论体系作为支撑,我国各部门法理论之间也缺乏充分的对接

〔77〕 参见王天华:《行政诉讼的构造:日本行政诉讼法研究》,法律出版社2010年版,第188页。

协调,由此也造成了整个法学理论体系缺乏融贯性。在此意义上,论证行政诉讼在中国宪法上的依据,并非纯粹法教义学的概念游戏,而是要为中国的行政法提供宪法学理论上的解释方案,从整体上推进“依法行政”向“依宪行政”的转型与升级。

Abstract: Defining the nature and function of administrative litigation in China requires exploring its basic principles from the perspective of constitutional law. According to the widely accepted theory, the main constitutional foundation for administrative litigation is Article 41 of the PRC Constitution. This article does provide the constitutional foundation for the defendant position of administrative bodies, but it cannot justify the legality of the administrative litigation system. China's constitutional structure differs from the Western model of separation of powers, so the legitimacy of judicial review is not self-evident in the Constitution. To justify the constitutionality of China's administrative litigation system requires to go beyond traditional notions of rule of law and interpret constitutional text in accordance with the evolution of constitutional values. The constitutional principle of rule of law, the system of fundamental rights and the provisions of trial according to law together constitute the constitutional foundation of the administrative litigation system, and determine the basic structure of administrative litigation: the protection of fundamental rights, administration according to law and judicial review. In the new constitutional order, rethinking the constitutional foundation of administrative litigation does not aim to perform deductive inference among legal concepts, but to construct the constitutional theory of Chinese administrative litigation, so as to build a coherent system of public law theory.

Key Words: Administrative Litigation; Function; Constitutional Foundation

(责任编辑:彭 鐸)