

论行政诉讼补救判决的请求权基础

陈思融*

摘要 2015年5月1日开始实施的新《中华人民共和国行政诉讼法》第76条、第78条明确规定了一种“新”的行政诉讼判决形式——行政诉讼补救判决。上述法条用“可以”和“或者”对补救判决的作出予以规范,即以授权性规则形式赋予了法院在补救判决适用中的司法裁量权需要有一项合理原则标准予以规范,明确行政诉讼补救判决的请求权基础则可以为该司法裁量权的行使提供一项合理原则标准。作出行政诉讼补救判决的请求权基础包括信赖利益保护请求权和结果除去请求权。

关键词 行政诉讼 补救判决 信赖利益保护请求权 结果除去请求权

引言

2015年5月1日开始实施的新《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称新《行政诉讼法》)第76条、第78条规定:“人民法院判决确认违法或者无效的,可以同时判决责令被告采取补救措施”,“被告不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除本法第12条第1款第11项规定的协议的,人民法院判决被告承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等责任”。其明确规定了一种“新”的行政诉讼判决形式——行政诉讼补救判决,但补救判决的作出在法条中是以“可以”和“或者”两词予以规范的,这表明立法中的补救判决是一个“两可”判决,表面上似乎是以授权性规则,赋予法院在补救判决适用中的司法裁量权,但由于上述法条仅就补救判决的适用情形和内容作了简单规定,再加上对补救判决的执行以及补救行为的可诉性等问题均未涉及,这就可能导致在司法实践中,法官们可能存在或是因为没能认识到补救判决存在的独特功能,而经受对于是

* 浙江财经大学法学院讲师。本文为国家社科基金一般项目“民事行政交叉案件审理问题研究”(项目编号12BFX067)的阶段性成果。

否作出补救判决思考和判断的煎熬;或是由于没能意识到作与不作之间的差异,因而随意作出没有理由的补救判决的情形。英国学者威廉·韦德认为:“自由裁量权并不是授予一个人想怎么做就怎么做的权力,他必须在行使其权力时去做他不愿意做而他应该去做的事情。换句话说,他必须通过使用他的判断找到合理原则所指明的路线,并照此行事。”〔1〕按照韦德的“合理原则”标准,法官们适用的补救判决规则至少应对“该作”与“不该作”的标准有一定的认识,明确行政诉讼补救判决的请求权基础则可以为适用补救判决提供一项合理原则标准。

请求权概念界定了权利遭受侵害而产生诉讼之前的实体形态,其标记出权利人的整个法律地位,通过请求权的实体形式,权利人的抽象权利演化为具体当事人、具有具体内容的权利形态。〔2〕请求权的概念同样也渗透到了公法中,行政法上的请求权是基于基础性公法权利(原权),请求特定行政主体为或不为一定行为的权利。〔3〕这种请求既可以直接向行政机关提出,也可以通过法院向行政机关提出。〔4〕如果当事人通过法院向行政机关提出,则当事人享有相应的请求权是获得法院支持判决的前提。从民事诉讼中给付判决的经验来看,给付判决包括两个方面的内容,即“确认原告对被告的权利,并命令被告向原告支付”,〔5〕给付判决实际上包含有两项要素:一为请求权之确认,一为给付之下命。〔6〕补救判决作为一项具有给付性质的判决,其实际上也包含两项要素:请求权的确认以及给付的下命。在给付之诉中,法院必须首先对给付请求权是否存在做出判断。〔7〕因此,可以说当事人相应请求权的存在是作出补救判决的前提,补救判决是对相应请求权进行确认并加以实现的判决形式。

笔者认为,依据被诉行政行为种类的不同,作出补救判决的请求权基础则不同,存在三种情形:①对于行政行为的相对方来说,当被诉行政行为是授益性行政行为时,〔8〕享有“信赖利益保护请求权”是作出补救判决的前提;②对于行政行为的相对方来说,当被诉行政行为是负担性行政行为时,享有“结果除去请求权”是作出补救判决的前提;③当被诉行政行为是具有第三人效果的行政行为时,即表现为具有第三人负担效果的授益性行政行为或者表现为具有第三人受益效果的负担性行政行为的,可能发生相对人的信赖利益保护请求权或结果除去请求权,与第三人的结果除去请求权或信赖利益保护请求权并存的现象,则需依据前述两项规则同时考虑相对人和第三人是否存在结果除去请求权或者信赖利益保护请求权,以作为补救判决

〔1〕 (英)威廉·韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,页66。

〔2〕 朱岩:“论请求权”,《判解研究》2003年第6期。

〔3〕 徐以祥:“行政法上请求权的理论构造”,《法学研究》2010年第6期。

〔4〕 王锴:“行政法上请求权的体系及功能研究”,《现代法学》2012年第5期。

〔5〕 (德)奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》,周翠译,法律出版社2003年版,页184。

〔6〕 吴庚:《行政争讼法论》,三民书局1999年版,页185。

〔7〕 李龙:《民事诉讼标的理论研究》,法律出版社2003年版,页37-38。

〔8〕 与授益性行政行为相对应的是负担性行政行为。我国行政法学界根据行政行为的内容对行政相对方的利益影响的不同,将行政行为分授益行政行为与负担行政行为。前者是指行政主体为行政相对方设定或确认权利或法律上利益的行政行为,如行政许可、行政奖励、废止不利的负担行为等;后者是指行政行为的效果以课以相对人义务或产生法律上的不利益的行政行为,如课税、征收、拒绝授益等。参见胡建森:《行政行为基本范畴研究》,浙江大学出版社2005年版,页212-213。

作出的前提。(见图1)

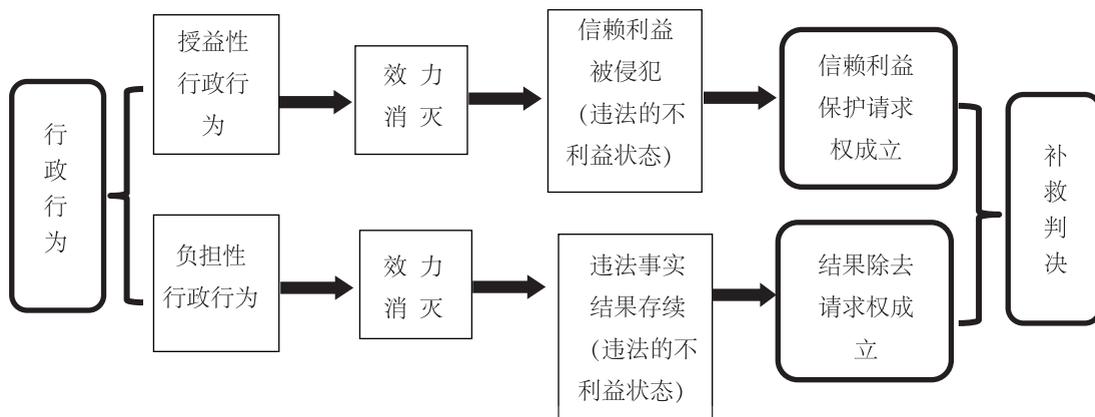


图1 行政诉讼补救判决的请求权基础

一、信赖利益保护请求权与行政诉讼补救判决

对于行政行为的相对方来说,当被诉行政行为是授益性行政行为时,享有“信赖利益保护请求权”是作出补救判决的前提。而明确何为信赖利益保护请求权,需从分析已被理论学界所公认的信赖保护原则入手。

(一) 信赖保护原则与信赖利益保护请求权

公法领域日益强调法治理念,强调在保障国家有效管理的同时,尽力保障人民的政治、经济、文化等各方面的权利,保障人民因信赖国家立法、执法或司法行为而取得的权益,信赖保护原则由此应运而生。信赖保护原则作为当代法治国家中的一项重要原则,面对国家不同的公权力领域,信赖保护原则的具体要求各有不同,从而使得人民的信赖在公权力的运行过程中得以受到适当的考虑。在立法领域,信赖保护原则可具体化为法律不溯及既往原则,以此检视国家的立法行为是否违宪。在行政领域,信赖保护原则可具体化为行政主体不得任意撤销、变更或废止授益性行政行为,即行政主体在改变原来的法律状态时,要考虑行政相对人对原法律状态的正当信赖。在司法领域,^{〔9〕}信赖保护原则可具体化为法院在各争议案件中,援用可使

〔9〕 对于信赖保护原则是否适用于司法领域,理论上是有争议的:德国学者巴杜拉教授认为,信赖保护原则分别针对立法者和行政机关的信赖保护,对于法院的司法活动或者法院所持的法律观点,原则上不存在信赖保护问题。但他同时也承认,形成这一通说的原因并不完全清楚。参见刘飞:“信赖保护原则的行政法意义——以授益行为的撤销与废止为基点的考察”,《法学研究》2010年第6期。而我国台湾地区学者林三钦教授则认为,司法行为可以成为适格的信赖基础。参见林三钦:《法令变迁、信赖保护与法令溯及既往》,台湾新学林出版股份有限公司2008年版,页2以下。笔者赞同“对于法院的司法活动或者法院所持的法律观点,原则上不存在信赖保护问题”的观点,因为在我国,法院的裁判不具有规范上的拘束力,下级法院的裁判不受上级法院裁判的拘束,最高审级法院也不受其自身裁判的拘束,因此,人民对法院裁判的信赖不受保护。但这并不代表说信赖保护原则在司法领域没有适用的余地,信赖保护在司法领域应该具体的表现为如何通过个案的审判,以保护人民对立法者以及行政主体行为产生的信赖。

“信赖”受到适当保护的既有法律规则或原则。^{〔10〕}从公民的角度来说,在司法领域,信赖保护原则可具体化为公民有理由就其正当信赖利益的损失寻求司法权力的支持。^{〔11〕}

在我国,对于立法领域的信赖保护原则,法律已经对其进行了明确规定,2000年通过的《中华人民共和国立法法》第84条规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往,但为了更好的保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”^{〔12〕}对于行政领域的信赖保护原则,在理论上,信赖保护原则已经作为行政法上的一项基本原则被写进大部分行政法教科书中。^{〔13〕}在我国行政程序法的制定过程中,多数学者也提出要将信赖保护原则纳入其中。^{〔14〕}并且,2003年通过的《中华人民共和国行政许可法》第8条^{〔15〕}也第一次对其进行了明确法律化表述,该条规定:“公民、法人或者其他组织依法取得的行政许可受法律保护,行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,行政机关应当依法给予补偿。”虽然该条的规定只是适用于行政许可领域,但法院可以通过一定的司法技术、利用信赖保护的性质等将对相对人之信赖的保护扩大到其他行政领域。对于司法领域的信赖保护原则,实际上也有相应法律规范对其进行了规定,2000年公布的《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(下称《解释》)第59条规定:“根据行政诉讼法第54条第(二)项规定判决撤销违法的被诉具体行政行为,将会给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成损失的,人民法院在判决撤销的同时,可以分别采取以下方式处理:……(二)责令被诉行政机关采取相应的补救措施;……”该条中“他人合法权益”的损失,在被诉行政行为是授益性行政行为时,其主要指的实际上就是相对人的信赖利益损失,对相对人信赖利益的损失,在司法领域可以通过补救判决的形式予以保护,

〔10〕 关于信赖保护原则在不同国家公权力领域的具体化表现的论述,可参见陈阳升:《信赖保护原则之具体化》,台湾大学法律学院法律学研究所2009年硕士毕业论文,页40—140。

〔11〕 莫于川、林鸿潮:“论当代行政法上的信赖保护原则”,《法商研究》2004年第5期。

〔12〕 对于立法领域的信赖保护原则,笔者在此不再进行过多讨论,因为其不在本文所讨论的信赖利益保护的范畴内。

〔13〕 马怀德:《行政法与行政诉讼法》,中国法制出版社2000年版,页52—68;应松年:《行政法与行政诉讼法》,中国法制出版社2008年版,页52—57;姜明安:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2010年版,页73—74;关保英:《行政法与行政诉讼法》,中国政法大学出版社2011年版,页16—17等等。

〔14〕 姜明安:“我国行政程序立法模式和调整范围之抉择”,载《法制日报》2002年8月11日,第3版。

〔15〕 笔者认为,《中华人民共和国行政许可法》第69条第4款实际上也体现了信赖保护原则,其规定:“依照本条第1款的规定撤销行政许可,被许可人的合法权益受到损害的,行政机关应当依法给予赔偿。依照本条第2款的规定撤销行政许可的,被许可人基于行政许可取得的利益不受保护。”该款第一句中的“合法权益”受到损害,实际上指的就是信赖利益受到损害,而该款第二句中的“利益”不受保护,其实际上就是因为被许可人存在故意利用违法行政行为的过错,而使得其信赖不值得保护,即此时相对人不存在信赖利益。

这实际上体现了在司法领域对相对人的信赖予以保护的原则。^[16]

从上述法条表述可以看出,信赖保护原则作用于法律状态变更之际。^[17]其作用表现在两个方面:

第一,限制变更法律状态的行为。以行政行为的撤销这一变更法律状态的行为为例,此时实际上存在两个前后相继的行为。如果前一个违法行为是授益性行政行为,并且相对人对此行为产生了信赖,则有权主体撤销这一违法行政行为的行为应受信赖保护原则的限制。此处的有权撤销主体一般包括行政主体和法院。行政主体依据职权,以授益行政行为成立之初存在瑕疵为由,使其失去效力,为职权撤销。根据行政相对人对行政行为不服的申请,法院经过审查撤销该行政行为而使其失去效力,为争讼撤销。在职权撤销方面存在两个行为:前一个行为为行政主体作出的授益性行政行为,后一个行为是行政主体作出的撤销行为;在争讼撤销中也存在着两个行为:前一个授益行政行为由行政主体作出,行政相对人产生了正当合理的信赖,与职权撤销不同的是,后一个撤销行为由法院作出。无论是行政主体撤销违法的授益行政行为,还是法院撤销,撤销主体的撤销行为均须受到信赖保护原则的限制。即信赖保护原则要求行政主体,也要求法院在撤销授益行政行为时,须考虑该授益行政行为的受益人对原法律状态的正当信赖。当然,对于单纯的授益行政行为,信赖的主体即行政相对人是不会向法院提出撤销请求的,此时没有信赖保护原则适用的余地。但对于具有第三人负担效果的授益行政行为而言,当第三人向法院提出撤销该行政行为时,争讼撤销主体如果撤销该行政行为,则有可能侵害相对人的信赖,此时即有信赖保护原则适用的余地。

第二,保护相对人的正当信赖。保护相对人的正当信赖意味着,当行政主体或法院可能作出变更法律状态的行为时,如撤销违法的授益行政行为,除了其须主动考虑相对人的信赖之外,相对人还有权请求行政主体或法院保护其因该违法的授益行政行为所产生的信赖利益,即相对人享有“信赖利益保护请求权”。实际上,信赖保护原则“限制变更法律状态的行为”的作用,其更多的是强调信赖保护原则课予行政主体或法院承担不能任意撤销行政行为的义务,其是从义务面向体现信赖保护原则,而信赖保护原则“保护人民的正当信赖”的作用,其更多地是强调信赖保护原则赋予相对人可以要求行政主体或法院保护其信赖利益的权利,是从权利面向体现信赖保护原则。也正是在这一意义上,有学者将信赖保护表述为“公民的主观权利”,^[18]信赖保护是公民的一种权利,即信赖保护权利。^[19]因此,我们可以说,“限制变更法

[16] 认为《解释》第59条体现了信赖保护原则的学者有:黄学贤:“行政法中的信赖保护原则”,《法学》2002年第5期;莫于川等,见前注[11]等。

[17] 王贵松:《行政信赖保护论》,山东人民出版社2007年版,页111。

[18] Jürgen Schwarze, *European Administrative Law*, London: Sweet & Maxwell, 1992, pp.946—948.

[19] 马怀德,见前注[13],页56;朱维究、王成栋:《一般行政法原理》,高等教育出版社2005年版,页99。

律状态的行为”以及“保护人民的正当信赖”是信赖保护原则的一体两面,“信赖利益保护请求权”是信赖保护原则权利面向的体现。

(二)信赖利益保护请求权作为补救判决的请求权基础

前文分析已经表明,无论是职权撤销还是争讼撤销,均须受到信赖保护原则的限制。不过,值得注意的是,信赖保护原则对职权撤销和争讼撤销中撤销主体撤销行为的限制内容并不相同,对于职权撤销中行政主体的撤销行为,信赖保护原则要求其不得任意改变或撤销行政行为,即便该行政行为违法;而对于争讼撤销中法院的撤销行为,信赖保护原则并不限制撤销行为本身,或者说法院是否作出撤销判决以撤销某一行政行为,是不受信赖保护原则限制的。因为假如仅以维持信赖利益为由,继续维持某一违法行政行为不予撤销,而仅确认为违法,从而维持了违法行政行为的效力,这不仅相当于剥夺了原告通过司法途径发泄不满的权利,其造成的“行政行为违法与有效并存”的诉讼特例还可能会对法治行政构成颠覆性的威胁。^[20]但这并不意味着法院在判决撤销行政行为时,不受信赖利益保护原则的限制。信赖保护原则也要求法院在撤销授益行政行为时,须考虑该授益行政行为的受益人对原法律状态的正当信赖,只是受益人的信赖利益的存在并不会导致法院不撤销违法的行政行为。如果受益人的信赖利益确实存在并值得保护,法院则应当在撤销违法行政行为的同时,通过其它判决形式保护受益人的信赖利益,补救判决形式即是理想的保护受益人信赖利益的判决形式。

根据信赖利益保护请求权的成立要件,^[21]可以发现能够引起相对人信赖利益产生的信赖基础通常表现为行政主体在行政过程中实施的授益性行政行为。当授益性行为作出后,相对人基于对行政主体授益行政行为的信赖,而对自己的生活作出了一定的安排,并且其信赖是正当的,此时相对人即享有了信赖利益保护请求权,相对人的信赖利益保护请求权既可以向行政主体请求,也可以向法院请求。行政诉讼因原告认为行政主体的行政行为对其有不利影响诉诸法院而启动,单纯的授益行政行为不会成为法院审理的对象,因此向法院请求信赖利益保护主要存在两种情形:①相对人认为行政主体职权撤销、废止或变更授益行政行为的行为违法,侵犯了其信赖利益,而向法院请求撤销行政主体的职权撤销、废止或变更行为,以保护其信赖利益。②第三人对于具有第三人负担效果的违法授益行政行为,向法院请求撤销该授益行政行为时,相对人即可行使信赖利益保护请求权。

[20] 正因为如此,笔者并不赞同有学者提出的,在《解释》第58条中增加因可能给个人利益造成重大损害而将本应撤销的违法行政行为确认为违法。即便基于公益的理由而对法院撤销权予以限制,其也是与民主的法治理念相悖的,其并不具有天然的合理性。如果对之过分强调,则会导致行政诉讼制度的虚置和弱化,同时助长行政机关违法行政的倾向。因此,《解释》第58条中基于公益的理由而对法院撤销权的限制,也只能局限于狭小的领域,除非确有必要,否则不得为之。

[21] 信赖利益保护请求权的成立要件问题,其实质即为信赖利益保护的构成要件,理论上对其主要存在“四要件说”和“三要件说”的争议。“四要件说”认为信赖利益保护的构成要件包括信赖基础、信赖表现、信赖值得保护以及信赖利益与公共利益的权衡;“三要件说”认为信赖利益保护的构成要件只需满足上述构成要件的前三个要件即可成立。

在上述第一种情形中,对于相对人来说,行政主体的撤销、废止或变更授益行政行为的行,实质上是一种负担性行为,经法院审查会出现以下两种情况:①经法院审查认为该负担性行政行为合法,但同时认为行政主体在撤销、废止或变更授益行为时,未对相对人的信赖利益损失进行补偿。即被诉行政行为是合乎形式合法性的,并无任何违法之处,只是该行为侵犯了当事人的信赖,造成了当事人的损失。由于合法行为造成的损失,按通说一般认为应当发生的是补偿问题,对于该损失当事人可以通过国家赔偿的途径予以解决。^[22] ②经法院审查认为该负担性行政行为违法,则可判决撤销该负担性行政行为,该负担行政行为所撤销、废止或者变更的授益行政行为的效力得以存续。通常情况下,相对人的信赖利益即获得了保护,但如果行政主体的负担性行政行为已经被执行,那么此时法院仅判决撤销该负担性行政行为,不能完全满足相对人信赖利益保护的请求。此时,法院即须进一步作出补救判决,要求行政主体采取措施除去负担性行政行为造成的违法事实结果,即对相对人信赖利益造成的不利益状态。例如,相对人基于行政主体颁发的建设许可证修建完成了房屋,后行政主体以建设许可证的颁发超越职权为由撤销了该建设许可证,并以相对人的房屋缺乏建设许可证为由拆除了房屋。相对人起诉认为行政主体撤销建设许可证的行为违法,并侵犯了其信赖利益,法院审查认为行政主体的撤销行为违法,此时如果法院仅判决撤销行政主体撤销建设许可证的行为,行政主体的撤销行为对相对人的信赖利益造成的违法事实结果仍然存在,即房屋已经被拆除,此时法院还应该作出补救判决,要求行政主体采取补救措施以除去其撤销建设许可证这一违法行为的后果,从而完全保护相对人的信赖利益。事实上,由于行政主体的行为是一种比较特殊的负担性行政行为,此时相对人既存在信赖利益保护请求权,同时也享有结果除去请求权,^[23]即信赖利益保护请求权与结果除去请求权发生了竞合。

对于具有第三人负担效果的违法授益行政行为,当第三人向法院请求撤销具有第三人负担效果的授益行政行为时,经法院审查会出现以下两种情况:①经法院审查认为该行为合法,则法院应该作出不予支持第三人诉讼请求的判决,该行为的效力得以存续,相对人的信赖利益得以保护;②经法院审查认为该行为违法,则法院应当作出支持第三人诉讼请求的判决,一般应当判决撤销该行为,对于相对人的信赖利益,法院则可通过补救判决,要求行政主体采取相应的补救措施予以保护。同时,如果第三人的结果除去请求权也符合其构成要件而成立,则法院

[22] 按照目前我国行政法学界的通说,以行为的合法、违法作为区分补偿和赔偿的标准,但理论上的这一区分已经逐渐受到学者们的质疑,认为随着“结果违法说”的兴起、过失的客观化以及赔偿与补偿理论基础的趋同,赔偿与补偿的界限正在消弭。参见王凯:“从赔偿与补偿的界限看我国《国家赔偿法》的修改方向”,《河南省政法管理干部学院学报》2005年第4期。2010年修改后的《中华人民共和国国家赔偿法》第2条的修改似乎也间接的支持了该观点,“修改前的国家赔偿法规定,国家机关或国家机关工作人员行为的违法性,是国家承担赔偿责任的前提,修改后的国家赔偿法第2条删除了‘违法’二字,这意味着哪怕是国家机关的合法行为,只要造成了相对人的权益损害,受害人都有可能获得国家赔偿。”王太高:“国家赔偿法修正案亮点与不足”,《检察风云》2010年第12期。

[23] 关于结果除去请求权,笔者将在本节第二个问题中予以详细论述。

也可通过补救判决,要求行政主体采取相应的措施扭转违法行政行为造成的不利益后果。

二、结果除去请求权与行政诉讼补救判决

在被诉行政行为是违法的授益性行政行为时,该行为可能对相对人造成违法后果,即表现为在撤销该行为时对相对人信赖利益的侵害,对此相对人可以通过信赖利益保护请求权除去该授益行政行为的违法后果。但当被诉行政行为为负担性行政行为时,对于该行为造成的违法后果,相对人可基于何种请求权排除违法后果呢?

就行政主体行为对人民权利的影响而言,可以分为“侵害”和“损害”两种类型。在“侵害”的情况下,行政行为使人民权利受到限制、剥夺或课予人民义务,而其加害作用仍在持续中,或即将开始;在“损害”的情况下,行政行为在侵害人民权利之外,也已经造成人民财产上或非财产上的损害或损失。^[24]行政主体对于相对方的“侵害”有许多类型,其中之一是行政主体为相对方带来事实上的不利益结果。例如物品因被没收而移转由行政机关占有,土地被行政机关的越界建筑所占等等。这些事实上的不利益结果,可能是出于自始违法的行政行为,也可能是出于自始合法、但其后失去效力的行政行为。如果这些事实上的不利益结果尚有排除的可能性,则对相对方而言,排除这一对其不利的结果以恢复其权利的原始状态,是相当重要的诉求。如果这些事实上的不利结果已经无法除去,则就不只是侵害的问题,而且涉及损害填补的问题。对于损害填补,相对方可以透过行政赔偿请求权的主张,通过行政赔偿诉讼得以寻求填补;对于除去事实上的不利结果的诉求,在德国以及我国台湾地区提出了公法上的“结果除去请求权”的概念,通过行政诉讼得以实现这一诉求。^[25]“结果除去请求权”作为一项行政法上的实体性权利,在国内尚未被普遍熟知,目前也只有少部分学者对此有简单提及。^[26]因此,笔者下面将先介绍德国以及我国台湾地区已有研究成果中对公法上“结果除去请求权”的意义,其存在基础为何,该请求权的成立要件以及法律效果为何等内容,然后分析这一请求权

[24] 林三钦:“公法上‘结果除去请求权’之研究”,载翁岳生教授祝寿论文编辑委员会编辑:《当代公法新论(下)——翁岳生教授七秩诞辰祝寿论》,台湾元照出版公司2002年版,页236—237。

[25] 对于行政诉讼和行政赔偿诉讼的关系,我国通说将行政赔偿诉讼视为行政诉讼。但有学者指出,将行政赔偿诉讼视为行政诉讼,这并不符合域外关于行政赔偿诉讼的一般定位,也不契合行政赔偿诉讼的本质,行政赔偿诉讼在法治机理司法推理进程与审判内容、证据规则等方面与司法审查体制中的行政诉讼显然不同,在本质上更接近于民事侵权赔偿诉讼,因此我们应当改变传统观念,依照行政赔偿诉讼的民事诉讼本质来重构行政赔偿诉讼制度,建立区别于行政诉讼的行政赔偿诉讼类型。参见陈国栋:“行政赔偿诉讼是行政诉讼吗?——从比较的角度看我国行政赔偿诉讼制度重构”,《政治与法律》2009年第10期。

[26] 如邵燕芬在分析适用给付判决时对原告请求基础的审查时,认为结果除去请求权是一种基于先前行为的请求权。参见邵燕芬:“行政诉讼给付判决研究”,载章剑生主编:《行政诉讼判决研究》,浙江大学出版社2010年版,页337;徐以祥、王锴在分析干扰防御请求权的构成内容时认为,在行政机关行为撤销或停止后,公民还享有违法后果消除请求权请求行政机关消除对公民自由和财产不利的违法后果,回复自由和财产未受侵害或干扰的状态,这一结果除去请求权是干扰防御请求权的构成内容之一。参见徐以祥,见前注[3];王锴,见前注[4]。

概念的中国化问题以及其何以作为补救判决作出的请求权基础。

(一) 结果除去请求权的意义及其存在基础^[27]

所谓结果除去请求权,是指对于公权力行政行为违法干预人民权利,所造成、且仍持续存在的违法事实状态,受害人民得请求行政机关排除此一违法事实状态,并请求恢复到受侵害前所存在状态的行政法上实体权利。^[28] 结果除去请求权所欲追求的,是排除公权力行政行为所造成之违法事实状态,并对此一违法状态进行修复,而将此状态恢复到受违法侵害前原来所存在的状态。这一请求权与相对人经行政诉讼程序所主张的“排除侵害行为”不同,结果除去请求权所欲处理的是“行政行为所造成的侵害后果(违法事实状态)之排除”。^[29] 前者如请求撤销没收财产的行政行为,撤销违法的变更登记行为;后者如撤销没收财产的行政行为后对于该财产的返还问题,撤销违法的变更登记后,将其恢复至登记前状态的问题。由于该侵害后果是由违法或者无效行政行为所造成的,即结果欠缺合法基础,相对人当然可以要求排除此违法后果。同时,由于结果除去请求权的主要目的在于排除行政行为所造成的违法后果,以恢复相对人权利的原状,这使得该实体权利与侵害行为排除请求权一样均具有权利防卫的功能,应将其归类为“第一次权利保护”的机制。相对于此,国家赔偿制度则是以填补公权力行政行为已经造成的损害为目的,应归属于“第二次权利保护”的机制。在德国以及我国台湾地区行政法理论中,依据结果(不法状态)发生原因的不同,将结果除去请求权进一步分为两类:“执行结果除去请求权”和“一般结果除去请求权”。前者指“结果”是由行政处分的执行所造成的,则排除此种结果的请求权,学上说称为执行结果除去请求权;后者指“结果”是由行政处分以外之其他公权力行政行为所导致,特别是由行政事实行为所导致,则排除此种结果的请求权,学上说称为一般结果除去请求权。

德国以及我国台湾地区的学者对于结果除去请求权存在基础的论证方法不一,主要有以下四种观点:

[27] 对德国以及我国台湾地区行政法学界对结果除去请求权意义、存在基础、构成要件等内容的分析,主要参考了以下文献:(德)哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,页779—789;林三钦,见前注[24],页236—265;李建良:“无效行政处分与公法上结果除去请求权”,《月旦法学教室》2001年第70期;刘淑范:“公法上结果除去请求权之基本理论”,《政大法学评论》,2002年第72期;程明修:“公法上回复原状请求权的实现管道”,《台湾法学杂志》2010年第157期;程明修:“国家责任体系之漏洞:结果除去请求权”,《台湾法学杂志》2009年第136期;程明修:“‘公法上结果除去请求权’之突破性发展”,《台湾法学讲座》2010年第2期;程明修:“公法上结果除去请求权在国家责任体系中的地位”,载台湾行政法学会主编:《国家赔偿与征收补偿·公共任务与行政组织》,元照出版有限公司2007年版,页143—185。

[28] 吴庚:《行政争讼法论》,三民书局1999年版,页129;陈敏:《行政法总论》,新学林图书出版公司2007年版,页1095;李建良,同上注;林三钦,见前注[24],页239。

[29] 我国学者王锴也有较类似的见解,其将相对人享有的防御请求权分为两类:不作为请求权和排除请求权,并进一步将排除请求权分为“侵害行为排除请求权”和“结果除去请求权”两类。结果除去请求权一般是作为对侵害行为排除请求权的补充,即侵害行为排除请求权是对侵害行为的法律状态(即法律效力)的除去,而结果除去请求权是对侵害行为造成的事实状态(该事实状态并非一定存在)的除去。参见王锴,见前注[4]。

第一,认为结果除去请求权源自于“正义”的要求。“正义”体现在公法领域,一般是指每一个行政行为都必须有其正当性基础,且行政机关必须合理分配利益与负担。行政行为所造成的不法侵害后果对于当事人而言是欠缺正当性基础,而且也是不应由其独自承受的不利结果,因此需通过结果除去请求权予以排除。

第二,认为结果除去请求权的存在以“法治原则”为依据。此处的法治原则主要是指法律保留原则。依据法律保留原则,国家作成课予人民不利益的公权力行为时必须要有法律的授权依据,若行政机关的公权力行为引发不法的结果,这即表示该结果缺乏合法的依据,即可认为违反了法律保留原则,因此需通过结果除去请求权予以排除。

第三,认为应由具体受侵害的“基本权利”导出妨害排除请求权,再由此一妨害排除请求权作为结果除去请求权的依据。基本权的防御功能,是指国家不得任意侵害人民的基本权利,而且人民得主张国家“不得侵犯其基本权利”,以保障基本权利的完整性。基本权的这一防御功能可以衍生出种种请求权:^[30]当国家即将采取侵害人民基本权利的措施时的不作为请求权;^[31]当侵害措施已经作成时的停止侵害措施并排除侵害行为的请求权;若国家有再侵犯人民权利之可能时的停止后续侵害请求权;当侵害基本权的措施已经造成损害时的损害赔偿或损失补偿请求权;以及当该侵害措施造成对人民不利的结果,且该结果可以被排除时的结果除去请求权。

第四,认为结果除去请求权存在的依据应在基本权利以外,加上类推适用民法“物上请求权”的规定。该主张认为,基本权利作为结果除去请求权发生的背景原因,但当进一步探寻结果除去请求权的成立要件及其法律效果为何时,基本权利的防御权并不能提供确切的答案。因此除了引用基本权利作为结果除去请求权的发生原因外,关于其成立要件与法律效果应类推适用民法“物上请求权”的具体规定。

对于结果除去请求权,以“正义”或者“法治原则”作为其存在基础,均不能回答对于发生不法侵害结果的案件究竟应如何处理的问题,而单以“基本权利之防御功能”作为其存在基础,又无法解决该请求权的成立要件与法律效果问题,因此,本文赞同第四种观点,认为应将“基本权利之外再加上类推适用民法物上请求权的规定”作为结果除去请求权存在的基础。

(二)结果除去请求权概念的中国化

结果除去请求权是德国用于针对国家公权力的违法侵害而请求国家恢复侵害发生前事实

[30] 我国学者也对基本权的防御功能包含的请求权进行了分析,其认为自由和财产权这两项基本权利的防御功能主要包括以下请求权:撤销行政机关行为的请求权、停止作为请求权、违法后果消除请求权、预防性的干扰防御请求权、损害赔偿请求权(包括补偿请求权)。参见徐以祥,见前注[3]。

[31] 对于不作为请求权的实现问题,我国已有学者提出了其观点:有学者从行政诉讼类型研究的视角提出我国应建立预防性行政诉讼,以阻止违法行政行为的实现,参见胡肖华:“论预防性行政诉讼”,《法学评论》1999年第6期。有学者提出应增加“禁令判决”或者“禁止判决”,禁止行政机关实施一定的行为,其主要针对行政机关的事实侵权行为,参见薛刚凌:“行政判决制度研究”,《河南省政法管理干部学院学报》2003年第2期;章剑生:《行政程序法基本理论》,法律出版社2003年版,页171。有学者建议引入预防的不作为诉讼,而判决形式适用一般给付判决,参见吴华:《行政诉讼类型研究》,中国政法大学法学院2003届博士学位论文。

状态的一种制度。我国台湾地区的学者也针对其国家责任体系的漏洞,认为结果除去请求权在我国台湾地区加以适用的必要,^[32]在司法实务界也出现了支持结果除去请求权存在的案例。^[33]那么,在我国大陆是否需要发展运用结果除去请求权制度?大陆的法律环境土壤是否适合结果除去请求权的存在和适用?

关于是否需要发展运用结果除去请求权制度这一问题,在我国台湾地区司法实践中也曾存在着争议。在我国台湾地区,对于执行结果除去请求权的存在和适用,由于台湾《行政诉讼法》第196条的规定,在理论和司法实践中均不存在较大争议。但对于一般结果除去请求权是否有存在的必要和适用的空间,则在司法实践中存在较大争议。在我国台湾地区司法实践中,存在支持一般结果除去请求权的判决,也存在反对适用该制度的判决。如我国台湾地区“台北高等行政法院”九五年诉字第一八五九号判决即主张:^[34]

公法上结果除去请求权仅得依国家赔偿法作为实体上之请求,不得循行政诉讼法第8条一般给付诉讼救济之。盖相较于德国法制,我国国家赔偿法第7条但书就赔偿方法允许以回复原状为之,当事人非无救济之途,从而,结果除去请求权在我国不如德国法般迫切。且我国关于结果除去请求权之学说,主要系继受德国学理,学者尚未建立一套符合国情之论述。由于国情不同,如贸然援用,将造成行政诉讼范围过度宽广。

这一裁决主张反映了争议的关键点,即由于德国的国家赔偿中仅限于金钱赔偿,因此需要发展结果除去请求权弥补国家责任体系漏洞,而我国台湾地区的“国家赔偿法”中有回复原状的规定,因此无需再援用结果除去请求权制度。对于此种论述思路,有学者进行了驳斥:我国台湾地区多数学者对国家赔偿法上回复原状的解释,采极为狭隘限缩的解释,仅限于类似可替代物之回复主张,以至于在损害赔偿与公法上回复原状中间形成一个相当大的权利保障漏洞;^[35]“我国台湾地区学者普遍接受,就非行政处分所造成之结果除去请求权,可以提起一般给付诉讼”^[36]等。直到2009年我国台湾地区“最高行政法院九九年度三月第一次庭长法官联席会议决议”^[37]作出之后,这一争议应该在司法实践中有所平息,我国台湾地区“最高行政法院”在此决议中,“直接根据基本权设立人民之回复原状请求权,并具体指出行政诉讼法第8

[32] 对于创设结果除去请求权的实意,我国台湾地区大多数学者普遍采取承认的态度。参见林起卫:《公法上结果除去请求权之研析》,台湾东吴大学法学院法律学系2011年硕士毕业论文,页7。

[33] 如我国台湾地区“最高行政法院九四年度判字第一七〇八号判决”、“最高行政法院九七年度裁字第四八四一号裁定”、“最高行政法院九七年度判字第三期四号判决”,等判决中,均承认结果除去请求权的存在或肯认了当事人的结果除去请求权。参见程明修:“‘公法上结果除去请求权’之突破性发展”,《台湾法学讲座》2010年第2期。

[34] 洪家殷:“公法上结果除去请求权”,《台湾法学杂志》2007年第94期。

[35] 程明修:“国家责任体系之漏洞:结果除去请求权”,《台湾法学杂志》2009年第136期。

[36] 洪家殷,见前注[34]。

[37] “最高行政法院庭长法官联席会议”之决议“原虽仅具整合内部法律见解之作用,而非必可以直接承认作为行政法之法源,然其对于法院所产生之‘事实上拘束力’,实际上却不下于法规范(甚至凌驾),同时在释宪实务上亦可被接受作为违宪审查之对象,其重要性不可忽略。”参见程明修,见前注[33]。

条之一般给付诉讼为其权利实现管道。”^[38]这一具有对于法院产生“事实上拘束力”的决议承认了一般结果除去请求权在我国台湾地区的适用。

在我国大陆地区发展适用结果除去请求权,可能也会产生与我国台湾地区一样的争议。大陆地区的《国家赔偿法》第32条与我国台湾地区“国家赔偿法”第7条相类似,均规定了恢复原状制度。那么,大陆地区国家赔偿法中的恢复原状制度是否可完全发挥结果除去请求权的作用呢?如前所述,我国学者对于国家赔偿法中的“恢复原状”的理解不一,司法实践中也没有统一的标准,但就笔者查阅大量关于行政赔偿的案例来看,司法实践中较少有适用“恢复原状”方式弥补当事人的权益损害,而在适用“恢复原状”方式的案例中,也仅限于修复或给予相同品质之物,这也正如我国台湾地区学者程明修所指出的,对恢复原状的狭隘限缩理解,使得实践中“在损害赔偿与公法上回复原状中间形成一个相当大的权利保障漏洞”,即在大陆地区,也存在着除了需要通过修复或给予相同品质之物的恢复原状保护当事人权利的情形外,还存在着国家赔偿法中的恢复原状所不能涵盖的需要恢复原状的情形。司法实践中也存在着通过国家赔偿法以外的方式恢复原状的案例,典型的即为“董兰诉郑州市社会保险事业管理局企业养老保险待遇纠纷案”,^[39]通过行政诉讼中的补救判决实现恢复原告董兰按事业单位调整养老保险待遇地位的原状。但司法实践中的这种通过补救判决实现恢复原状的方式是缺乏相应理论指导的,对于在何种情况下可适用该判决恢复原状没有任何界定。

事实上,我国现有的公法权利救济体系确实存在需要弥补的漏洞,即在公法上现有的各种保护权利机制中,尚缺乏以“排除不法结果事实状态以恢复权利标的原状”为诉求的保护机制。现有的公法权利救济体系中,有针对权利侵害“行为”排除的,最典型的为通过撤销判决得以实现的撤销权;有针对既成损害赔偿的,主要是通过行政赔偿判决得以实现的国家赔偿请求权;有针对损失补偿的,例如通过履行判决得以实现的土地征收补偿请求权,^[40]但唯独缺乏权利遭受“公权力行为所造成的违法侵害事实状态”干扰时的救济请求权。因此,笔者认为,在我国大陆地区同样有必要发展适用“公法上结果除去请求权”,并建立完善实现该请求权的机制,以填补公法上权利保护机制的空缺,同时也为我国补救判决的适用提供理论指导和支持。接下来需要讨论的是,我国的法律环境土壤是否适合结果除去请求权的存在和适用?

如前所述,结果除去请求权的存在基础在于“基本权利导出的妨害排除请求权,再加上类推适用民法物上请求权的规定”,这两项存在基础在我国的法律环境土壤中同样存在着。

根据宪法学的一般原理,防御功能是最基本权利最基本、最原始的功能。宪法规定基本权利的最初目的就是保障一个个人私生活不受侵犯的领域,排斥任何公权力的干预。^[41]然这种概况更多体现的是西方资本主义宪法强调个人自由以及个人与国家的对立的立宪主义精神。

[38] 程明修:“公法上回复原状请求权的实现管道”,《台湾法学杂志》2010年第157期。

[39] 具体案情见:河南省郑州市中级人民法院(2012)郑行终字第93号。

[40] 我国行政补偿方面的立法主要集中在土地征收补偿方面,但是公民其他财产权的征收补偿也很早就为立法关注。参见王太高:《行政补偿制度研究》,北京大学出版社2004年版,页177—180。

[41] 张翔:《基本权利的规范构造》,高等教育出版社2008年版,页48。

我国宪法属于社会主义宪法,其基本精神更多强调的是个人利益与国家利益、社会整体利益的一致性以及在国家帮助下个人的发展与价值实现。于是,“排除国家干扰”意义上的基本权利的防御功能与我国的宪法理念是否相容,或者说我国宪法对基本权利的规定能否导出基本权利的防御功能,这便成为了一个仍需讨论的问题。从我国《宪法》的规定来看,防御功能作为基本权利的基本功能,同样体现于我国宪法的规定中,这些条文主要体现为确定公民自由权的宪法第35条至40条以及47条第1句,例如,第37条规定:“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯”、“任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体”,这些以“禁止国家行为”、“不得(作为)”的规定方式来确保公民的自由,就是个人防御国家侵害的权能。另外,我国宪法中规定公民选举权、被选举权、检举控告等权利以及规定公民社会经济文化权利的宪法条款中,都体现了基本权利的防御功能。^[42]

民法上的“物上请求权”,是基于物权而产生的请求权,指物权的圆满状态受到妨害或者有被妨害的可能时,权利人为恢复其物权的圆满状态,得请求妨害人为一定行为或者不为一定行为的权利。^[43]我国民法学者虽然对物上请求权的性质认识不一,^[44]但对物上请求权的范围认识较为一致,我国的《物权法》第33条至37条设定了我国物上请求权的种类,包括确认请求权、返还原物请求权、恢复原状请求权、排除妨害请求权、消除危险请求权以及损害赔偿请求权。^[45]因此,我国结果除去请求权的构建过程中对于其成立要件与法律效果也可以类推适用民法“物上请求权”的具体规定。除此之外,我们还可以借鉴德国以及我国台湾地区发展相对成熟的结果除去请求权的成立要件与法律效果理论,以发展完善我国的结果除去请求权制度。实际上,在我国有相当数量的实体法中是规定了相对人的结果除去请求权的,如《中华人民共和国治安管理处罚法》第111条规定:“行政拘留的处罚决定被撤销,……公安机关收取的保证金应当及时退还交纳人”;《中华人民共和国海关法》第63条规定:“海关多征的税款,海关发现后应当立即退还;纳税义务人自缴纳税款之日起一年内,可以要求海关退还”等等。以上两个法条中行政机关的退还义务所对应的其实就是当事人所享有的结果除去请求权,只是在理论上我们没有对诸如此类的相对人享有的权利进行归纳分析而已。

综上所述,一方面,我国的权利保护体系存在的漏洞使得我们需要发展相应理论制度予以弥补,而结果除去请求权能回应这一需求;另一方面,结果除去请求权在我国的适用并不存在法律环境土壤不服的问题,我国的基本权利所能推导出的防御权功能,能够成为结果除去请求权在中国存在的基础和依据,民法上对物上请求权的规定以及德国和我国台湾地区相对成熟的理论,也能成为结果除去请求权构成要件和法律效果的借鉴。因此可以说,我国大陆地区既

[42] 同上注,页53—54。

[43] 梁慧星、陈华彬:《物权法》,法律出版社1997年版,页63。

[44] 分别有“债权说”、“准债权说”、“物权权能说”、“物权效力所生的请求权说”以及“物权派生的请求权说”,参见段厚省:《民法请求权论》,人民法院出版社2006年版,页236—237。

[45] 杨立新:《物权法》,中国人民大学出版社2013年版,页30。

需要发展结果除去请求权,也可以发展结果除去请求权。

对于我国大陆地区所应该发展的结果除去请求权的内涵、存在基础、构成要件以及法律效果等,都可以直接借鉴前述笔者分析的德国以及我国台湾地区的理论。但笔者以为,在我国,没有区分执行结果除去请求权与一般结果除去请求权的必要,在德国以及我国台湾地区,区分两者的一个很重要的原因在于其存在诉讼类型的划分,不同的权利应该以不同的诉讼类型得以实现,执行结果除去请求权是以撤销诉讼附带一般给付诉讼的形式实现,而一般结果除去请求权是直接以一般给付诉讼得以实现。我国因为没有诉讼类型的划分,而是通过判决形式保护实现相对人权利的。无论是执行结果除去请求权还是一般结果除去请求权,由于结果除去请求权所要实现的功能与我国补救判决的功能不谋而合,因此,只要当事人符合前述结果除去请求权的构成要件而享有该请求权,那么法院则可适用补救判决满足当事人的请求。

另外,值得注意的是,针对违法事实结果的除去,如因不能满足“得为除去”这一构成要件时,则受害人的结果除去请求权主张,是否得以请求权转换的方式,由“结果补偿请求权”另为之?德国学者巴候夫认为:结果除去请求权的内容应该包括对于违法行政处分被撤销后,仍然存续的违法侵害或妨害的排除请求权,同时也包括对因违法行政处分执行而存续状态的恢复原状请求权,并进而恢复原状已属不可能时,取而代之将结果除去请求权转化为金钱赔偿的结果补偿请求权。^[46]并且,自从德国联邦行政法院在1989年一则裁判中,以德国民法第251条第1项^[47]导出此一转换的正当性后,将结果补偿请求权作为结果除去请求权的延长存立,已成为近期学说与实务的主流见解。^[48]但笔者以为,在我国实无借鉴发展“结果补偿请求权”的必要,当违法事实结果的除去不能满足“得为除去”这一构成要件时,即结果除去已无可能时,我们可以在现有的权利救济机制中找到解决的办法,即可以通过国家赔偿请求权或者损失补偿请求权得以解决,而无需将结果除去请求权内涵作变异解释而推导出结果补偿请求权,在我国发展结果补偿请求权,还会造成结果除去请求权与国家赔偿请求权或者损失补偿请求权之间的混淆。因此,将结果除去请求权和国家赔偿请求权以及损失补偿请求权作为地位平等、功能互异的两种权利救济机制予以发展是比较妥当的做法。

(三)结果除去请求权作为补救判决的请求权基础

分析结果除去请求权的构成要件,^[49]可以发现结果除去请求权成立的一个重要构成要件即为违法行政行为造成的侵害事实状态是一种对当事人不利的事实状态变更,这就决定了

[46] Vgl. Otto Bachof, Verhandlungen des 47 DJT (Sitzungsbericht), Bd. I, 1968, S.57,74. 转引自程明修:“公法上结果除去请求权在国家责任体系中的地位”,载台湾行政法学会主编:《国家赔偿与征收补偿·公共任务与行政组织》,元照出版有限公司2007年版,页152。

[47] 德国民法典第251条第1项规定:“恢复原状事实上不可能或不足以补偿当事人之损害时,得请求金钱赔偿之。”

[48] BVerwG, NJW 1989, 2484ff. 转引自刘淑范,见前注[27]。

[49] 依据德国以及我国台湾地区学说见解的整理归纳,结果除去请求权成立要件有三:一是对于受保护之法律地位造成高权性的干预,二是该违法之权利侵害状态,三是违法侵害状态持续且得为除去。参见程明修,见前注[46],页170-177。

引起结果除去请求权产生的行政行为一定是负担性行政行为。因此,当行政行为为负担性行政行为时,且该行为已经被执行而对当事人法律地位形成了侵害事实状态,当事人向法院起诉要求除去执行负担性行政行为已经形成的侵害事实状态,此时法院须先审查该负担性行政行为的合法性与效力性,然后才能准确判断侵害事实状态是否“违法”。经法院审查会出现以下四种情况:①经法院审查认为被诉行为合法,且当事人对执行合法行政行为所形成的对其法律地位的侵害事实状态有忍受义务;②经法院审查认为被诉行为合法,但当事人对执行合法行政行为所形成的对其法律地位的侵害事实状态已经不再存在忍受义务;③经法院审查认为被诉行为违法,当事人对执行违法行政行为所形成的对其法律地位的侵害事实状态已经不再存在忍受义务。在第二、三种情况下,当事人的结果除去请求权均可以成为补救判决的请求权基础。

对于上述第一种情况,法院应当作出不予支持当事人诉讼请求权的判决,在我国行政诉讼现有的判决类型中,驳回诉讼请求判决可以担当此任。

对于上述第二种情况,即为典型的行为合法但结果不法的情况,例如当负担性行政行为为一个附解除条件或者附终期限的行政行为时,^[50]在条件成就前或者期限到来前,由于该行为是合法的,此时,当事人对执行一合法行政行为造成的对其法律地位的侵害事实状态是存在忍受义务的,但一旦条件成就或者期限届满,该合法行政行为的效力即消灭,而此时如果该行为所造成的侵害事实状态将持续,则当事人对依据效力已经消灭的行为所生的侵害事实状态不再存在忍受义务。如行政机关依据《中华人民共和国突发事件应对法》第52条的规定征用应急救援所需房屋一间用于安置受灾群众,该征用行为应该是一个附停止条件的负担行政行为,该行为的内容应当包括当突发事件处理完毕后,将房屋整理交还屋主之意,因此,在突发事件处理完毕前,当事人对执行合法征用行为产生的占用房屋的侵害事实状态存在忍受义务,而当突发事件已经处理完毕,征用行为效力即消灭,但如果此时受灾群众仍然继续占用该房屋,则此时当事人对该占用房屋的侵害事实状态即不再存在忍受义务。当事人向法院请求除去该违法侵害事实状态,法院应当作出满足当事人请求的判决,在我国行政诉讼现有判决类型中,法院对征用行为可采用确认合法的判决,对违法侵害事实状态的排除则可采用补救判决,即法院可在确认合法的同时附带判决行政主体采取补救措施,要求行政主体排除受灾群众仍然占用该房屋这一违法事实结果。

对于上述第三种情况,其主要是指负担性行政行为违法,如果仅撤销违法的负担性行政行为或仅确认其违法或无效,并不能消除该负担性行政行为造成的违法侵害事实状态。例如行政机关作出行政处罚没收相对人财产并已经执行,被没收的财产已由行政机关掌控,法院如仅判决撤销违法的行政处罚行为,没收的财产仍由行政机关掌控的违法侵害事实状态仍然持续。当事人向法院请求除去该违法侵害事实状态,法院应当作出满足当事人请求的判决,在我国行政诉讼现有判决类型中,法院对负担行政行为可采用撤销判决或确认判决消灭其效力,对违法

[50] 行政法学界将行政法上的附条件、附期限、附负担以及废止权保留的行政行为,统称为“行政行为附款”,关于负担性行政行为的附条件或附期限的容许性问题,参见王麟:《行政附款问题研究》,中南大学宪法与行政法专业2011年博士毕业论文,页44。

侵害事实状态的排除则可采用补救判决,即法院可在撤销判决或确认判决后同时附带判决行政主体采取补救措施。

另外,当被诉行政行为为负担性行政行为时,有两种特殊情况需要注意:①当该负担性行政行为并非单纯的负担性行政行为,而是具有第三人受益效果的负担性行政行为时,相对人向法院提出撤销该行为,经法院审查认为该行为合法,法院作出不支持相对人诉讼请求的判决,第三人的信赖利益得以保护,相对人如果对合法行为造成的结果已经不再存在忍受义务,则法院还需要考虑相对人的结果除去请求权;经法院审查认为该行为违法,则法院需依据上述第三种情况在考虑相对人的结果除去请求权的同时,考虑第三人的信赖利益保护请求权是否成立的问题。②被诉负担性行政行为表现为撤销、变更或者废止授益性行政行为,当该行为违法时,相对人的结果除去请求权和信赖利益保护请求权发生竞合。^[51]

三、结 语

信赖利益保护请求权和结果除去请求权是作出行政诉讼补救判决的请求权基础,该请求权基础的明确可以为适用补救判决提供一项合理原则标准。被确认违法或以其他形式被否定的被诉行政行为对当事人造成了不利益,还并不是法院依请求作出补救判决的充分条件,法院还需进一步明确当事人享有了排除这种不利益后果的公法上的信赖利益保护请求权或者结果除去请求权,以此明确行政主体的补救义务。因此,可以说当事人信赖利益保护请求权或结果除去请求权的存在是作出补救判决的前提,补救判决是对信赖利益保护请求权或结果除去请求权进行确认并加以实现的判决形式。

Abstract: There is a new form of judgment—remedial judgment, is provided by the new "Administrative procedure law of the people's Republic of China". The above articles use "can" and "or" to regulate the remedial judgment, it gives the judicial discretion to the judges by the authorization rules, we need the reasonable standard principle to regulate the judicial discretion, and explicitly the basis of claim right in remedial judgment can be a reasonable standard principle. The basis of claim right in remedial judgment includes the right to protect trust interests and the right to remove illegal consequences.

Key Words: Administrative Litigation; Judgment of Remedy; the Right to Protect Trust Interests; the Right to Remove Illegal Consequences

(责任编辑:章永乐)

[51] 具体论述参见前文论述“信赖利益保护请求权作为补救判决的请求权基础”中的第一种情形。