

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2016.03.022

欢迎按以下格式引用:王春业. 行政诉讼受案范围引入负面清单模式的思考[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2016(3):165-172.

Citation Format: Wang Chunye. Reflection on introducing the negative list mode into the case scope of administrative litigation[J]. Journal of Chongqing University (Social Science Edition), 2016(3):165-172.

行政诉讼受案范围引入 负面清单模式的思考

王春业

(河海大学 法学院, 江苏 南京 210098)

摘要:负面清单模式体现了法无禁止即自由的法治理念,体现了对公民权利的充分保护。行政诉讼受案范围归根到底是对行政相对人合法权益的保护,体现了公民行政诉讼权的性质,理应以符合权利属性的方式来表述。当下,行政诉讼受案范围虽不断扩大可诉范围,但其设计模式存在问题,难以实现对公民权利充分保护的目,必须引入负面清单模式进行重新设计。先以肯定的方式对受案范围作概括性规定,然后将不予受案的各类事项以排除方式明确列举,而未予排除的其他所有符合概括性规定的行政案件,均在应受理范围之内。

关键词:负面清单模式;行政诉讼权;行政诉讼受案范围

中图分类号:DF74 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2016)03-0165-09

2015年5月1日实施的修改后的行政诉讼法中对受案范围的修改值得关注。新行政诉讼法的受案范围虽然作了扩展,但只是一种改良性的修正,而非革命性变动,因此仍存在诸多问题。作为学者,发现其中的问题与不足,以一种自认为有价值的负面清单理论和制度模式进行分析并提出有价值的建议,为今后的再次修改提供方向,是研究者应有的责任。

一、负面清单模式体现出对权利充分保护的法治价值

(一)负面清单在外商投资领域中的运用

在中国,上海自贸区首次运用负面清单模式。自2013年8月国务院批准设立上海自贸区后,自贸区积极创新管理模式,制定了《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》(以下简称为《自贸区办法》),明确规定了负面清单管理模式,即《自贸区办法》第11条规定“自贸试验区实行外商投资准入前国民待遇,实施外商投资准入特别管理措施(负面清单)管理模式”。之后又制定了《中国(上海)自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)》,规定了“对负面清单之外的领域,将外商投资项目由核准制改为备案制(国务院规定对国内投资项目保留核准的除外)”^①。负面清单模式的实施,被认为是上海自贸区在外商投资领域管理的一种创新模式,一种具有法治价值的管理模式。这里涉及到对投资主体准入的制度设计问题。实践中,对外商投资准入有两种不同的制度模式:一是肯定式列举模式,即由法律法规作出明确的列举,在列举范围

修回日期:2015-06-30

基金项目:中央高校基本科研业务费专项资金(2014B19414)

作者简介:王春业(1970-),男,安徽明光人,河海大学法学院教授,法学博士后,硕士研究生导师,江苏省淮安市人民检察院挂职干部,主要从事行政诉讼法学研究。

^①详见 <http://www.shanghai.gov.cn/shanghai/node2314/node2319/node12344/u26ai37036.html>。

内的,外商才可以投资,不在范围内的,则外商不能投资。这种模式限制了外商投资的自由和领域,属于管制型的管理模式。二是明确的禁止性列举,即法律法规明确列举了限制或禁止外商投资的范围,只要不在此限制或禁止范围的,外商皆可以自由选择进行投资。这种模式体现了开放的管理模式。而负面清单模式属于后一种管理模式。由此可见,负面清单是指仅将法律法规禁止的事项进行列举,而法律法规没有明确禁止的事项,则属于允许的事项。“负面清单作为一种国际通行的外商投资管理办法,其特征以否定性列表的形式标明外资禁入的领域”^[1]。显然,负面清单模式更有利于投资商投资权利的保护和充分行使,更有利于贸易自由化的推行。

实际上,负面清单制度在国外早有运用。美国与日本1953年签订的《友好通商航海条约》第7条规定“缔约方应当给予另一方的国民或企业国民待遇,以在其境内从事商贸、工业、金融和其他商业活动,但公用事业、造船、空运、水运、银行等行业除外”,开始使用了负面清单的方式来规定国民待遇问题^[2]。1992年8月12日美加墨三国签署1994年1月1日生效的《北美自由贸易协定》被认为是具有典型意义的运用负面清单的国际协定^②。目前,负面清单制度被各国广泛运用于外商投资领域,有70多个国家采用“准入前国民待遇和负面清单”管理模式,成为一种国际通行的外商投资管理办法^③。

(二) 权利保护需要相应的法治模式

对外商投资到底应当实行什么模式,与各国对外资的管理传统与理念密切相关。法治发达的国家或地区倾向于开放性的负面清单模式,而管制较多的国家,出于多重考虑,不敢放开,往往规定了较为狭小的投资范围。但哪一种模式更好呢?我们不能武断地说,不能因为发达国家大多实行了负面清单模式,就一定说它就是一种最好的模式,关键要找到其存在的理论依据。

权力与权利是相对应的一对概念。权力指的是公权力,主要是政府的权力^④，“权力的一般概念,是掌权者强制其从属者服从其意志的能力”^{[3]54};权利是私权利,主要是公民的权利,是公民可以为或不为一行为的自由。对政府的权力和公民的权利应当如何设计规制模式才更有利于其良性发展,是历代理论家苦苦研究的问题。历史经验表明,权力具有扩张的本性,具有挤压公民权利的倾向。在早期,崇尚政府管得越少越好,政府成为守夜人,政府起着消极作用。但现代社会,政府变得异常积极主动,行政权几乎渗透到公民从生到死的所有领域,在对公民具有保护作用的同时,由于其不断扩张、渗透、膨胀的特性,也由此对公民权利造成很大侵害。“今天,对个人自由形成威胁的不是民主议会可以有效运用的权力,而是民主议会移交给实现具体目标的行政当局的权力”^{[4]166}。由此,对政府权力与公民权利所采取的不同规制方式也形成了共识。“法无授权不可为,法不禁止即自由”的法谚便是极好的表达。对公权力机关而言,所有权力都来源于法律明确赋予,“法无授权不可为”,没有法律明确授权,公权力机关不可从事行政行为,尤其是不能作出对公民减少权利和苛以义务的行为,只有坚持明确授权原则,才能保证“政府所有的一切权力……不应该是专断的和凭一时高兴的,而是应该根据既定的和公开的法律来行使”^{[5]86}。“法无禁止即自由”是在古希腊的政治准则中最早得以表达的理念^[6]。对公民而言,法无禁止即可为,只要法律没有明文禁止,就可以从事一切行为,而无需法律明确授权。

随着经济的发展,作为经济主体的企业性组织逐步发展,公民的权利逐步扩展到作为拟制公民的组织权利。在中国,外商投资企业,是依中国法律规定的、在中国成立的、由中外投资者共同投资或仅有外国投资者投资的经济实体,属于此类组织中的一部分。外资企业属于市场经营主体,本身就是私法主体,尤其是国外,由于没有所谓的国有经济实体,不存在公权力的参与,其实体都是具有私人性质的经营实体,其拥有的权利不同于公权力,是一种具有私权利性质的内容。虽然其不同于作为自然人的公民,但却与自然人在权利方面具有相似的特点。因此,在法律上,对于这些没有生命的组织被赋予拟制的公民,其所享有的权利与义务,比照公民的特点进行设计。其权利的规则自然也遵循法无禁止即可为的原则,负面清单模式

^②在国际贸易和/或投资协定中通常用“不符措施”(non-conforming measures)条款来体现“负面清单”的内容。NAFTA的不符措施是一系列对国民待遇、最惠国待遇以及其他义务的例外措施。除非NAFTA成员明确表示保留某些措施不适用,否则该服务贸易就应非歧视地开放。

参见龚柏华《中国(上海)自由贸易试验区外资准入“负面清单”模式法律分析》(《世界贸易组织动态与研究》,2013年第6期第23-33页)。

^③参见MBA智库百科“负面清单”。

^④在国家权力演变过程中,逐渐形成了决定权、执行权(包括行政权和审判权)等不同形式的权力。其中行政权力是最活跃、最富有渗透性的权力,其对社会活动和人们日常生活的影响几乎无所不在。

即为这种理念提供恰当的载体。

可见,无论对公民的权利还是对拟制自然人的外商投资企业的权利,负面清单模式体现了法无禁止即可为的权利运用的基本要求。

(三)负面清单模式实现了对权利的充分保护

负面清单模式对作为权利行使的主体而言,可以享有更大的权利空间。与负面清单模式相对应的是正面清单,正面清单以明确的方式列举了公民可以从事的范围。以这种方式,如果列举过少,则权利行使的空间更为狭小,公民的自由受到极大限制;或如果尽可能对权利行使的情形力图详尽,对其范围不断扩展,但毕竟难以穷尽,常会有挂一漏十之现象,总会存在诸多灰色地带、模糊地带,使得权利的保障难以尽如人意。而负面清单模式,仅仅列出了不可为的范围,这些不可为的列举毕竟属于少数,限制或禁止之外的空间非常之大,公民皆可以从事。显然,公民可以从事的空间范围将远远大于不可为的空间范围,对公民自由权的行使显然有益。

同时,负面清单模式对公权力而言,极大地限制了公权力运用的范围。负面清单模式不单单是从公民权利赋予的角度,更是从对公权力的限制角度。正面清单模式下,公民可为的空间仅限于明确列举的,而没有列举的,则公权力常常在此出没,其不但限制或禁止公民权利的介入,而且还常常对明确列举公民可为的领域进行有意无意的缩减。由于公权力的扩张,使本来就不大的公民权利范围受到更多的挤压。而负面清单模式,明确列明的限制或禁止公民从事的范围,实际上是公权力可以管理的领域,而没有限制或禁止的领域,也宣告了公权力不可干预。如此,公权力可以干预的范围异常狭窄,极大地规范和控制了公权力,尤其是行政权的恣意。将公权力关在一个透明的笼子里,可以更有利于对公民权利的保护。

由此可见,负面清单模式不仅仅是制度设计上的转变,更是法治价值理念上的转变,体现了对不同主体权力或权利的导向,体现了对公权力的限制和控制,体现了对权利保护的程序更为充分。

二、行政诉讼受案范围更多体现的是公民权利性质

(一)从行政诉讼的立法宗旨看行政诉讼受案范围的性质

行政诉讼立法宗旨“既是立法政策问题,更体现法律价值判断;既关系到行政诉讼制度的设计,更影响到《行政诉讼法》的实施”^{[7]20}。新行政诉讼法第1条规定了行政诉讼的宗旨有四个:(1)保证人民法院公正、及时审理行政案件;(2)解决行政争议;(3)保护公民、法人和其他组织的合法权益;(4)监督行政机关依法行使职权。其中,最重要、最根本、最核心的目的是“保护公民、法人和其他组织的合法权益”。没有这个宗旨,其他宗旨就没有存在的价值,而且其他宗旨都是为该宗旨服务的。因此,尽管行政诉讼有多个宗旨,但归根到底是为了保护公民、法人或其他组织(以下简称为公民)的合法权益。公民合法权益的保护是出发点,也是归宿点,其他宗旨只是附带的衍生物。而实现行政诉讼保护公民合法权益的立法宗旨,除了放宽起诉条件外,就是通过行政诉讼受案范围的扩大来实现,尽可能将更多的行政行为纳入受案范围。受案范围有多大,公民合法权益的保护程度就有多大。如果将少数情况较为特殊的行政行为排除在受案范围之外,其余行政行为皆属于行政诉讼受案范围,那么,行政诉讼的最终立法宗旨将得到充分实现。由此可见,行政诉讼受案范围实际上是公民权利在行政诉讼中实现的范围,体现更多的是具有公民权利性质的行政诉权。

(二)从行政诉讼受案范围本身的功能看其法律属性

行政诉讼受案范围的确定具有多重功能:(1)从法院角度讲,受案范围是法院受理行政案件、裁判行政争议的范围,也是法院对行政行为进行司法审查,对行使行政权进行司法监督的范围;(2)从行政相对人角度讲,受案范围是相对人不服行政行为而向法院提起诉讼,请求权利保护和权利救济的范围;(3)从行政机关角度讲,受案范围是行政机关实施的行政行为中要接受相对人提起诉讼、接受司法审查的范围^{[8]37}。这三个功能哪一个最重要,或者说哪一个功能是行政诉讼受案范围的最主要功能?因为主要功能的定位将决定着受案范围的性质问题。实际上,这里也需要联系行政诉讼法的立法宗旨和目的来分析。正如上述分析,行政诉讼法最重要的立法宗旨是公民合法权益的保护,由此可见,三个功能中,行政相对人的权利救济功能更为重要,其他两个功能,无论是法院司法审查范围的确定还是行政行为接受监督范围的确定,都要充分考虑公民权利的救济,归根到底是公民权利的问题。因此,行政诉讼受案范围的确定更多的是具有公民权利的性质。

(三)从公民行政起诉权的角度看行政诉讼受案范围的性质

对起诉权研究较多的是民事诉讼法,实际上,在行政诉讼领域,同样存在着行政诉权问题。行政诉权是

相对人或其他利害关系人当其合法权益受到违法的行政行为侵害而向人民法院寻求救济的权利。由于行政诉讼的特殊性,享有行政起诉权的只有相对人或其他利害关系人,即原告,而行政主体却不享有该权利。行政起诉权是行政诉权的一个重要的组成部分,而“行政诉权作为公民自然权利的延伸,不可剥夺。因为反抗外来压迫和专制强权为人类理性所要求。剥夺了这种反抗的权利,人性就会遭到扭曲,人就不再拥有独立的、完整的人格,人也就不会得到健康的发展”^{[9]19}。那么,受案范围在公民行使行政起诉权中的作用是什么呢?“行政诉权是一种公法上的权利,因而其义务主体是国家”,“国家通过不断扩展行政诉讼范围,完善行政诉讼程序来确保行政诉权的实现”^{[9]17}。可见,行政诉讼受案范围在公民行政诉权尤其是行政起诉权实现中具有重要作用。公民在多大范围可以请求法院解决行政争议、可以请求司法机关对行政权的行使进行审查、可以要求司法机关对其受到行政机关侵犯的权利进行救济等,都体现了公民权利的特点。受案范围有多大,意味着公民行政起诉权行使的充分程度就有多大。

将行政诉讼受案范围与公民权利紧密联系起来,为我们重新审视行政诉讼范围的大小和制度的设计开启了新的视野。由于传统思维的影响,我们习惯于规定权利主体该干什么,并以此推出他们权利行使的范围,实际上这是将公民的权利行使与行政权力行使相混淆,不符合权利行使的法治原则。对更多体现公民权利性质的行政诉讼受案范围而言,应遵循公民权利行使的原则,不应对权利的行使采取明文规定的方式,而应采取“法无禁止即可为”的方式来规定,尤其是当下权利保护越来越得到重视的趋势下,采取这种模式更符合社会发展潮流。

需要说明的是,在行政诉讼法制定的20世纪80年代,由于对行政行为的认识不够成熟,对哪些行政行为应当纳入行政诉讼受案范围还处于摸索阶段。在这种情况下,能提起行政诉讼的行政行为是有限的,采取列举方式进行规定可以理解,也行得通;再加上当时对行政诉讼受案范围性质的认识还存在不足,没有按照其权利行使范围的属性来对待,而是采取了对待公权力的方式来理解,以至于出现以肯定列举方式来规定。然而,随着行政法学理论的不断成熟以及实践经验的积累,对行政行为的认识日趋成熟,将更多的行政行为纳入受案范围的时机已经具备,将行政诉讼受案范围作为公民权利实现的范围已成为必需。

行政诉讼法中仍以肯定式的列举模式来规定行政诉讼受案范围已经不能适应社会发展的需要,尽管新行政诉讼法已努力将尽可能多的行政行为纳入受案范围,但旧瓶不能装新酒,难以实现公民对行政诉讼的现实需求,改用新的模式来设计行政诉讼受案范围已势在必行。

三、当下行政诉讼受案范围的设计模式难以充分保护公民行政诉权

(一)新的行政诉讼法使受案范围得到扩大

新行政诉讼法对受案范围的表述仍然采用概括式加上肯定列举式、否定列举式的方式,即首先在第2条概括式地规定“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起诉讼”;然后在第12条以肯定的方式列举了12种受案范围的内容;最后在第13条以否定式的方式列举了不予受理的事项。虽然基本结构与旧法相同,但在内容上确有较大变化。

1. 在概括式的表述中将“具体行政行为”改为“行政行为”

虽然只是两个字的差别,但在范围上却具有天壤之别,极大地扩大了行政诉讼受案范围。根据行政法理论,按照所针对的对象是否特定,可将行政行为分为具体行政行为和抽象行政行为,旧行政诉讼法中“具体行政行为”概念的运用,在概括式表述时使行政诉讼受案范围缩小了一半,而改为“行政行为”也同样有将受案范围比旧行政诉讼法扩大一倍的可能。按行政相对人是否与行政机关具有行政上的隶属关系,可将行政行为分为外部行政行为和内部行政行为,新行政诉讼法的“行政行为”也为将内部行政行为纳入受案范围留下了余地。特别值得肯定的是,新法将“具体行政行为”改为“行政行为”,在现实中消除了处于具体行政行为与抽象行政行为之间的模糊地带,有效防止了法院以不属于具体行政行为为借口而不予受理的现实尴尬,为解决立案难问题打下了很好的基础。

2. 在肯定式的受案范围中,扩大了司法审查的行政行为的范围

在新法第12条中,不仅将可以提起行政诉讼的行政行为由旧法的8项增至12项,增加了“对行政机关作出的关于确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的决定不服”“对征收、征用决定及其补偿决定不服”“认为行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争”“认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协

议”等四种行为;而且即使是以前的条款,也增加了相应的内容。例如,在行政处罚行为中,增加了“暂扣”许可证和执照、“没收违法所得”及“警告”等行政处罚种类的内容;在行政强制行为中增加了“行政强制执行”行为;将旧行政诉讼法中的“颁发许可证和执照”扩张到整个行政许可行为;将侵犯经营权的的行为扩展到侵犯“农村土地承包经营权、农村土地经营权”的行为;将“违法集资、摊派费用”等行为明确纳入了违法要求履行义务的范围;将行政给付行为由“支付抚恤金”扩展到“最低生活保障待遇或者社会保险待遇”。

3. 将所有的人身权、财产权的行政行为都纳入了受案范围

该项是关于人身权、财产权的兜底条款。所谓人身权是以人格和身份利益为内容的权利,包括人格权和身份权两大类。前者如姓名权、名誉权、肖像权、隐私权、自由权、生命权、健康权等;后者如亲权、监护权、配偶权、继承权等。财产权是以财产利益为内容的权利,财产权由物权和债权两种基本类型的权利构成。物权包括所有权和他物权,他物权包括用益物权和担保物权。债权一般都具有经济利益的内容,请求对方为一定行为或不为一定行为^{[10]79-80}。由于人身权、财产权的范围非常广泛,难以列举穷尽,为此,第12条第1款第12项的“认为行政机关侵犯其他人身权、财产权等合法权益”的规定,将除了11种涉及人身权、财产权作为受案范围外,所有与人身权、财产权有关的全部行政行为纳入了受案范围。即11种已经列举的,加上没有列举的,只要属于人身权、财产权范围且不属于不予受理情形的合法权益,都可以作为行政诉讼受案范围。这实际上是扩大了行政诉讼受案范围,使几乎所有与人身权、财产权有关的行政行为都纳入了行政诉讼受案范围。当然,根据该条,该项仅对人身权、财产权的行政行为进行规定,而不属于人身权、财产权的,不适用该项规定。

4. 将人身权、财产权以外的行政案件也纳入了受案范围

新法第12条第2款规定,“除前款规定外,人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件”,这是对旧法相关条款的沿用,但在此处却有了新的含义和作用。因为,新法第12条第1款通过11项的明确列举和第12项的兜底项的规定,已经把所有的侵犯人身权、财产权的行政案件纳入了行政诉讼受案范围,而该第2款规定的是除前款规定外的“其他行政案件”,已经突破了人身权与财产权的范围。只要是法律法规规定可以提起行政诉讼的,即使不属于人身权、财产权的范围,也属于行政诉讼受案范围。这充分体现了十八届四中全会关于“有案必立、有诉必理,保障当事人诉权”的要求。当然,这是以“法律、法规规定”为前提,实际上是为法律、法规根据现实发展需要随时将新的行政行为纳入受案范围留下了充分的空间。

(二) 新行政诉讼法在受案范围上存在的不足

新行政诉讼法虽然对受案范围作了较大幅度的修改,扩大了受案范围,但由于其所采用的模式不是最优的,因此修改后的行政诉讼受案范围仍难以摆脱窠臼,难以适应实践的需要。

1. 概括式与列举式之间存在着逻辑问题

关于行政诉讼受案范围的规定,实际上由三个部分组成,一是第2条的总括,即“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起诉讼”;二是第12条所作的肯定式列举,涉及到人身权、财产权等合法权益以及法律法规规定的其他行政行为;三是第13条所作的否定式列举的四种情形。合乎逻辑的条件是,肯定式的列举与否定式的列举之和必须等于概括式的内容。然而,由于肯定式的列举难以穷极所有可诉的行政行为,否定式的列举也难以列举不可诉的行政行为,这样必然会出现在肯定式列举与否定式列举之外存在着大量中间的空白地带,这些地带既不是肯定式列举的行为,也不是否定式列举的行为。其结果是,这些处于中间地带的行政行为是否可诉,就成为争议的问题,而实践中法院常常也会以法律没有规定或没有明确规定属于可诉行政行为为由而拒绝受理,实际上架空了第2条概括式的条款,使行政诉讼受案范围变成了仅限于第12条所明确列举的狭小的范围;而且即使明确列举的范围也常常遭到适用中的缩水,对应当受理的行政案件而不予受理,违背了立法的初衷,客观上成为“立案难”的重要原因。

2. 有些应该列举的行政行为没有在肯定式列举中明确列出

例如,没有将政府信息公开的行政行为明确列入第12条的受案范围之中,而在该法第七章第三节的简易程序中,却将政府信息公开的行政案件作为适用简易程序的案件来列举。政府信息公开的案件作为受案范围是不争的事实,但在行政诉讼法受案范围中却为何没有得到列举?有人对此不以为然,认为此种情况可以按照法律、法规规定的“其他行政案件”来理解。笔者认为,这种观点是不准确的。因为其他法律法规

规定可以提起行政诉讼的情形很多,为何有的在受案范围中列出而有的却未列出?例如,就法律规定而言,行政处罚法、行政许可法等都有对行政处罚、行政许可等行为不服时可以提起行政诉讼的规定,但行政诉讼受案范围中还是对其进行了明确列举;就法规而言,国务院颁布的《国有土地上房屋征收与补偿条例》第26条第3款规定,“被征收人对补偿决定不服的,可以依法申请行政复议,也可以依法提起行政诉讼”,而行政诉讼受案范围里也做了明确的规定。为何政府信息公开的案件就不能在受案范围里进行明确列举而要适用法律、法规规定的“其他行政案件”呢?笔者认为,如果对肯定的受案范围采取列举的方式,就应当将目前已经能够明确的行政行为都进行列举,不能采取有的列举而有的不列举的方式,这样会给人一种列举不全的感觉,给行政诉讼的司法实践带来争议,也暴露了列举式方式所存在的弊端。而“其他行政案件”更多是为目前还难以列举或不明确的情形留下以后解释的空间。

造成上述问题的原因是,对于具有权利性质的行政诉讼受案范围,不是采取适合有利于保护权利的立法方式来促进,而是采取对待公权力的方式,表面上是扩大了受案范围,实际上仍束缚了公民权利的实现。

四、对行政诉讼受案范围采取负面清单的模式

在国外,已经有了对行政诉讼受案范围^⑤采取负面清单模式的例子可以借鉴。例如,在美国,联邦行政程序法对司法审查范围作了明文规定,以政府的行政行为接受司法审查为一般,不接受司法审查为例外^⑥,即对行政诉讼范围先以概括式进行规定,肯定了司法机关拥有对政府所有行政行为进行司法审查的权力,然后,又进一步列举出不予司法审查的事项,这些事项包括外交和国防、军队的内部管理、总统任命高级助手和顾问、国家安全、追诉职能。在德国,《联邦德国行政法院法》第40条第1款规定:“一切未被联邦法律划归为属其他法院管辖的非宪法性质的公法争议,对之均可提起行政诉讼。”^⑦将除了其他法院管辖的宪法性质以外的所有公法争议纳入行政诉讼范围,然后列举了不能进行司法审查的范围包括:(1)国家行为;(2)国家的恩惠行为;(3)根据《联邦德国行政法院法》第40条第2款的规定^⑧;另外,不得提起有关反对政治利益、文化利益和宗教利益的行政诉讼^[11]。

中国对受案范围的规定模式没有遵循权利行使应有模式,实际上反映了立法者对改革的一种胆怯心理。尽管新的行政诉讼法对肯定式受案范围的列举努力使之全面,但面对这具有全面放开特点的负面清单式的设计方式,立法者还是有点不敢放开。

行政诉讼受案范围的负面清单模式,就是对不予受理的事项进行明确列举,而除了列举的行为不能提起行政诉讼外,列举之外的事项,只要公民具备原告资格,都可以提起行政诉讼。为此,可作为如下修正。

1. 保留第2条对受案范围肯定概括式规定并进行完善

这种肯定性概括式规定覆盖了公民可以提起行政诉讼的范围,即行政行为,同时,也为不予受理事项的负面清单的列举提供准确的前提。但目前,对行政行为的理解还需要进一步明确。为了避免理解上歧义,可以对行政行为的概念作出解释,特别是界定行政行为与其他行为的区别,确保行政诉讼的对象都是行政行为。关于行政行为的含义,应松年教授早就说过,“行政行为是行政法中最重要、最复杂、最富实践意义、最有中国特色,又是研究最为薄弱的一环”^[12],现在仍然是这样。一般认为,行政行为的概念最早由德国法学家奥托·迈耶提出,后被各国行政法学所采用。但对何为行政行为,一直存有争议,以至于出现了行为主体说、行政权说、公法行为说等多种不同的观点^⑨。笔者认为,从实用角度来讲,行政诉讼法中对行政行为的界定主要是为了当事人和法院便于对某些行为是否是行政行为进行识别。因此,可以将行为主体说与行政

^⑤世界各国对行政诉讼受案范围这一概念有不同的表述,法国将行政诉讼受案范围称之为“行政法院的审判权范围”,美国则将其表述为“司法审查的可行性”。尽管表述不同,但实质内容是一样的,即法院对行政机关行政行为所享有的司法审查权限的大小。

^⑥美国联邦行政程序法第702条是对司法审查范围的肯定性概括,第701条第1款则是对司法审查范围的否定性排除。见郝明金《行政诉讼范围的反思与重构》(《行政法学研究》,2003年第1期第1-6页)。

^⑦详见《联邦德国行政法院法》,http://www.docin.com/p-611590001.html。

^⑧根据《联邦德国行政法院法》第40条第2款的规定:“因为公益作出牺牲而生的请求权,因公法上财产保管而生的请求权,不涉及公法合同的因违反公法义务而生的赔偿请求权,均由普通法院管辖。有关公务员的特别规定,以及因撤销违法行政行为而生的财产上不利的赔偿的诉讼途径,不在此限。”

^⑨行为主体说认为,行政行为是指行政机关的一切行为;行政权说认为,只有行使行政权的行为,即运用行政权力的行为才是行政行为;公法行为说认为,行政行为是具有行政法(公法)意义或效果的行为。参见姜明安《行政法与行政诉讼法》(北京大学出版社,2011年版第150-151页)。

权说结合在一起界定行政行为的含义,即行政机关及其工作人员行使行政权所作出的一切行为。这样,当一个行为出现后,根据其作出的主体,再结合是否是行政权的行使,就可以很便捷地判断出是否是行政行为。

2. 对不予受理行政行为的列举必须把握的几个原则

由于实施负面清单模式的关键之处是对否定性内容作出明确列举,列举得是否完整和科学,直接关系到负面清单模式的运用,更关系到行政诉讼受案范围设计成功与否。笔者认为,这个否定性列举要具有如下特点:(1)在表述上,对不予受理的事项要明晰。所谓明晰,就是相关事项必须非常具体、客观、含义明确,是普通人从外在形式上可以明确作出判断的事项,最好不要模棱两可、见仁见智。而新行政诉讼法中第13条不予受理事项中的“国家、外交等国家行为”就缺乏明晰性,实践中可能造成解释的任意性。(2)不予受理的事项范围必须具有封闭性。通常在立法过程中,为防止在对某类事项因列举而出现不全面的弊端,在法律条款表述中,往往留有兜底条款,以应对将来可能出现的新情况,这是立法技术的恰当运用。但对不予受理事项的规定则不宜采取这种兜底条款式的表述,而要对其范围采取封闭性的规定。封闭性要求不予受理的事项必须是一定范围的特定的事项,有多少就列举多少,不能用“等其他事项”的表述,不能属于一种可以做出宽泛解释的事由,不能给人以一种开放性的理解和延伸。而且,除了已经明确规定的不予受理的事项外,不能在其之外寻找事项。如果今后真的出现应当作为不予受理的事项需要进行补充的,也需要用法律明确规定的方式来完善,而不可采取开放性规定。(3)对不予受理的事项应以确实必要为前提。也就是说,被列入不予受理的事项必须以确实不需以行政诉讼方式来解决争议为前提,或者以其他方式解决可能比司法途径解决的效果更好,或由司法方式解决将会严重影响国家其他权力的行使等。(4)不予受理的清单要尽量详细。新行政诉讼法对肯定受案范围补充和增加的内容较多,而对不予受理的行政行为则没有修改。如果实行负面清单模式来设计受案范围,现行的否定性列举显然不适合实践需要。

3. 对不予受理的行政行为进行详细列举

目前,新行政诉讼法第13条列举的不予受理的行政行为中,第(一)、(三)、(四)项可以保留,即保留“国防、外交等国家行为”,并对其含义作出立法解释^⑩,保留“行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定”,“法律规定由行政机关最终裁决的行政行为”属于不予受理的情形;而鉴于新行政诉讼法已经允许原告在对行政行为提起行政诉讼的同时,可以附带提出对该行政行为所依据的规范性文件进行审查的要求,实际上允许有条件地对规章以下的规范性文件进行司法审查,为此,在第(二)项中,应在“行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令”前加上“专门针对”的限定语,以与旧行政诉讼法中对规范性文件绝对不允许司法审查的情形相区别。

此外,为了防止目前无法预料但今后可能会出现一些不予受理的事项,可加上第(五)项“其他法律规定或国家权力机关决定不予受理的情形”。这项规定表面上看像兜底条款,但又不同于通常的立法兜底条款,因为它对不予受理事项的增加严格限于两种方式:一是明确规定是“法律”规定的情形,这里的“法律”是狭义的法律,是由全国人大及其常委会制定的规范。对今后出现了新的行政行为,如果认为该行政行为不应由法院进行司法审查,可以在立法中直接作出规定。二是明确规定需由国家权力机关作出决定,即全国人大及其常委会以决定的形式来规定,这往往是对于因形势发展需要而作出的个别或临时性的调整。可见,该项的规定,可以为未来可能对某些行政行为不纳入司法审查留有空间的同时,也严格限制了对不予受理情形解释的任意性,维护了不予受理事项规定的严肃性和稳定性,解决了原则性与灵活性问题。

结合新行政诉讼法,不予受理的行政行为应当为:(1)国防、外交等国家行为;(2)行政法规、规章或者专门针对行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令;(3)行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定;(4)法律规定由行政机关最终裁决的行政行为。(5)法律规定或者国家权力机关决定的其他不予受理的行政行为。

五、结语

行政诉讼受案范围应先以肯定概括的方式作原则性的总体规定,同时删除行政诉讼法中关于肯定式的

^⑩主要是指国务院、中央军事委员会、国防部、外交部等以国家名义实施的有关国防和外交事务的行为,以及有关国家机关宣布紧急状态、实施戒严和总动员等行为。

具体列举条款,然后将不予受理的各类事项以排除的方式明确作出列举,使不予受理的事项封闭于有限的几种情形,不可任意扩大,而没有排除列举的其余所有符合原则性总体规定的行政案件,均在应受理的范围之内,这是受案范围负面清单模式的精髓。当然,新行政诉讼法已经作了修改,其受案范围的模式仍沿用了旧法的正面清单的立法模式,没有作出实质性的修改,不能不说是一件遗憾的事。新法在短时间内是不会修改的,但采取负面清单模式来设计行政诉讼受案范围是一种必然趋势,也是许多法治发达国家多采用的模式。这种负面清单的受案范围的设计模式,可以有效避免目前受案范围的困境,从根本上扩大了受案范围,充分促进了公民行政诉讼权的行使,也是促使行政机关依法行政的最佳助力。

参考文献:

- [1]王利明.负面清单管理模式与私法自治[J].中国法学,2014(5):26-40.
- [2]任清.负面清单:国际投资规则新趋势[J].中国中小企业,2013(12):70-71.
- [3]王惠岩.政治学原理[M].长春:吉林大学出版社,1989.
- [4]哈耶克.自由宪章[M].杨玉生,译.北京:中国社会科学出版社,1999.
- [5]洛克.政府论(下)[M].叶启芳,瞿菊农,译.北京:商务印书馆,1996.
- [6]龚柏华.“法无禁止即可为”的法理与上海自贸区“负面清单”模式[J].东方法学,2013(6):137-141.
- [7]江必新,邵长茂.新行政诉讼法修改条文理解与适用[M].北京:中国法制出版社,2014.
- [8]姜明安.行政诉讼法教程[M].北京:中国法制出版社,2011.
- [9]薛刚凌.行政诉讼权研究[M].北京:华文出版社,1999.
- [10]刘凯湘.民法总论[M].第3版.北京:北京大学出版社,2011.
- [11]吴红樱.中外行政诉讼受案范围比较研究[D].北京:对外经济贸易大学,2005:14-15.
- [12]应松年.行政行为法[M].北京:人民出版社,1993.

Reflection on introducing the negative list mode into the case scope of administrative litigation

WANG Chunye

(School of Law, Hohai University, Nanjing 210098, P. R. China)

Abstract: The negative list mode shows the concept of the rule of law of “absence of legal prohibition means freedom” and shows the full protection to civil rights. Essentially, the case scope of administrative litigation is to protect the legitimate rights and interests of the administrative counterpart, and its expression should accord with right attribute. At present, the mode of the case scope is difficult to achieve the purpose of full protection to the citizen’s rights. The negative list mode should be introduced into the case scope of administrative litigation. Firstly, general provision of the case scope should be prescribed in a positive way, and then the excluded matters should be listed clearly. And all other cases that are not excluded belong to the case scope of the administrative litigation.

Key words: negative list mode; administrative litigation; the case scope of administrative litigation

(责任编辑 胡志平)