

## 论行政的首次判断权

程皓楠\*

**内容提要：**尊重行政的首次判断权意味着行政诉讼的上诉审类似性。行政诉讼制度建立初期，公法权利体现为不受非法侵害的自由，由相对独立的机关审查并撤销违法的行政行为即可维护秩序、保障自由，但权利保护理念的高扬与公法权利内涵的扩张使得法院不能止步于行政行为的合法性审查，尊重行政首次判断权不复是一种内嵌于诉讼构造中的先验性诫命，而是尊重行政权判断优势的个案考量。首次判断权的最小行使单位是行政行为的理由，法院是否要在其他理由上进行替代性判断取决于权利保护实效性的要求、法院的事实发现能力以及行政裁量余地。可以依据诉讼类型分类讨论行政首次判断权的展开：撤销诉讼以行政行为为中心，排除违法行政行为即可保护原告的自由，变更行政处罚判决只能是一种极个别的例外情形；给付诉讼则聚焦于法律关系，服务于实体公法权利的实现，因此要为尊重行政的首次判断权提供更实质的理由，这通常是行政在事实调查上具有不可替代的优势，或保有无法进一步压缩的裁量。

**关键词：**首次判断权 合法性审查 行政裁量 诉讼类型化 争议解决

### 一、引言：行政首次判断权的问题所在

尽管“行政的首次判断权”所描述的问题也存在于德国法<sup>〔1〕</sup>上，但该术语是由日本学者田上穰治、雄川一郎、田中二郎等人在课予义务诉讼和预防性不作为诉讼的容许性争议中正式提出的。<sup>〔2〕</sup>

\* 程皓楠，中国人民大学法学院博士研究生。

本文受到国家留学基金2021年国家建设高水平大学公派研究生项目（202106360142）的资助。

〔1〕 Vgl. Johannes Buchheim, Das Vorrecht des ersten Zugriff auf das Rechtsverhältnis, Die Verwaltung 49 (2016), 55, 64 - 68.

〔2〕 参见王丹红：《日本行政诉讼类型法定化制度研究》，法律出版社2012年版，第146 - 147页；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195、197页；肖军：《田中二郎的行政法思想》，载《行政法学研究》2010年第1期。

这一概念被引入我国后也在学术讨论和司法实务中被频频提及。<sup>〔3〕</sup>然而，其内涵与功能并不清晰，因而引发种种困惑：有时行政的首次判断权同司法权的事后性划等号，用以否定给付诉讼尤其是预防性诉讼的容许性。<sup>〔4〕</sup>那么给付诉讼以及反信息公开诉讼在实定法上的确立是否会使得该理论丧失意义？如果不会，该理论又将如何影响给付诉讼的裁判？有时行政的首次判断权又被用以描述司法权的有限性，进而否定法院的代替性判断。<sup>〔5〕</sup>那么，尊重行政的首次判断权又是否只是尊重行政裁量的同义反复？又如何同实质性解决行政争议的诉讼目的相协调？如是种种都要求对行政的首次判断权展开更深入的探讨。本文拟结合作为我国行政行为理论与行政诉讼理论始源之一的德国学理，探讨行政首次判断权理论的实质与基础、构造与边界，并结合实定法规范探讨尊重行政首次判断权在我国行政诉讼中的展开。

## 二、行政首次判断权的实质

需要明确的是，尽管同司法权的事后性及行政裁量都存在概念与功能上的亲近，但行政首次判断权的概念绝非赘余或同义反复。行政首次判断权理论描述的问题既不是司法审查的时机，也不是司法审查的范围，而是行政诉讼的上诉审类似性。

### （一）行政行为同行政裁判之间的同质性

首先从对行政首次判断权的界定入手。雄川一郎提出“行政机关具有以行政行为对某种法律关系进行调整的权限，意味着这种行政法律关系的形成与确认，一般而言应当首先由行政机关以行政行为来进行，而非法院的判断”<sup>〔6〕</sup>。这种界定将行政法律关系的首次调整权交由行政机关以行政行为来进行，法院的任务不是对有争议的法律关系进行首次调整，而是对行政机关的首次调整结论进行复审。这可以同我国最高人民法院的界定相印证，即尊重行政的首次判断权要求“对于行政机关职权范围内未予判断处理的事项，应待行政机关先行处理后，法院再对其是否合法以及明显不当进行审查”<sup>〔7〕</sup>。因此，行政诉讼或者司法审查就具有类似于上诉审的特征。

对行政诉讼上诉审类似性的论述可以追溯至奥托·迈耶（Otto Mayer）。迈耶的理论中，行政机关的行政行为与行政法院的判决之间存在很强的同质性。这一方面体现为行政行为同司法判

〔3〕 截至2024年1月17日，笔者以“首次判断权”为全文关键词在“北大法宝司法案例”上检索，共有行政裁判文书977件，执行裁定文书8件，行政赔偿裁判文书191件。

〔4〕 参见王克稳：《论行政拒绝行为及其司法审查——以郑广顺申请规划认定案为例》，载《安徽大学法律评论》2009年第2辑，安徽大学出版社2010年版，第123页；郭庆珠：《预防性不作为诉讼：行政规划救济的路径选择——从城市规划中强制拆迁自力救济悲剧说起》，载《内蒙古社会科学（汉文版）》2010年第4期；阎巍：《行政诉讼禁止判决的理论基础与制度构建》，载《法律适用》2012年第3期；徐信贵、康勇：《论食品安全领域权利救济的预防性行政诉讼》，载《重庆理工大学学报（社会科学）》2015年第3期；熊勇先：《行政给付诉讼研究》，法律出版社2016年版，第108页。

〔5〕 参见杨建顺：《论行政裁量与司法审查——兼及行政自我拘束原则的理论根据》，载《法商研究》2003年第1期；杨建顺：《行政诉讼的类型与我国行政诉讼制度改革视角》，载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第4期；高秦伟：《行政行为司法审查范围的比较研究》，载《湖北行政学院学报》2003年第5期；高卫明：《论行政裁量的司法统制范围——从过程论的视角》，载《法律适用》2013年第11期；王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社2016年版，第148页；梁君瑜：《行政诉讼变更判决的适用范围及限度》，载《法学家》2021年第4期。

〔6〕 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195页。

〔7〕 最高人民法院（2017）最高法行申317号行政裁定书。

决都是“向人民就什么是个案中的法（所为）的高权宣示”〔8〕。行政判断同法院判断一样，都是将所认定的事实涵摄（或等置）入法律规定的法适用过程，行政行为的存续力类似于司法判决的确定力，只能经由特定程序废除，在被废除前自行生效。只不过在行政判断中存在更广泛的、应予尊重的裁量。这种构造使得行政行为与行政程序也具有一种具体化的功能，即承接并执行立法者的意志，将抽象的法具体化为个案中的适用结论，〔9〕法院的法律适用权并不排他，甚至要在行使次序上让位于行政。〔10〕而另一方面体现为行政裁判究其本质更接近于行政系统的自我纠错。行政裁判是一种“司法形式化的”行政活动，与行政行为没有本质差异。〔11〕从当时裁判机关的组织 and 人事上来看，行政法院被划归入行政组织，行政法院与行政机关之间的机构分离仅限于较高层级，在较低层级中行政程序和行政争议解决程序往往仍彼此纠缠，由行政官员兼任行政法官的情形在较小的州中仍然常见。〔12〕从当时的裁判程序来看，行政裁判并未完全建立起两造平等的、当事人主导的、对抗性的诉讼程序。〔13〕南德地区在相当长的时间里受法国法影响，不承认国家可以作为被告，因此行政救济程序欠缺对抗性，与民法上的诉（Klage）相区别，如《巴伐利亚邦行政法庭法》（BayVGHG）将行政法院的救济命名为“异议申诉”（Beschwerde），并将行政法院的终审结论命名为“决定”（Entscheidung）而非“判决”（Urteil）。相较之下，北德地区虽然受格贝尔（Carl Friedrich von Gerber）与拉班德（Paul Laband）的国家法人理论影响，将行政机关作为法人的机关与公民相对置，行政法院的救济程序更具两造对抗的特性，但行政法官往往也被授予独立的调查取证权来查明事实，具有更浓郁的职权主义色彩。〔14〕

## （二）“争议处理”作为区分基准

既然同为高权机关在个案中进行的法宣布，哪些事务应由行政机关以行政行为进行，哪些事务又应由行政法院以行政裁判进行？迈耶与弗莱纳（Fritz Fleiner）将行政争议事务（Verwaltungsstreitsachen）分为原初性的行政争议事务与事后性（nachträglich）的行政争议事务，分别对应原初性的行政司法（Verwaltungsrechtspflege）与事后性的行政司法，也分别对应行政机关与行政法院的管辖范围。原初性的行政争议事务是“个体在个案中的权利义务究竟是什么”，高权机关或者依公民申请而发动权限，或者依职权发动权限，此即原初性的行政司法，通常由行政机关以行政行为进行。〔15〕不服原初性行政司法中的决定就会产生事后性的行政争议，

〔8〕 Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 131.

〔9〕 Vgl. Stefan Haack, Der Eigenwert der Verwaltungsentscheidung, Archiv des öffentlichen Rechts 133 (2008), 44, 47 – 48; 赵宏：《法治国下的目的性创设——德国行政行为理论与制度实践研究》，法律出版社2012年版，第55页。

〔10〕 Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes; Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 117 – 118; Johannes Buchheim, Das Vorrecht des ersten Zugriff auf das Verwaltungsrechtsverhältnis, Die Verwaltung 49 (2016), 55, 60.

〔11〕 行政裁判是“属于行政的机关像法院一样地活动，即像法院判决民事争议一样地活动”。Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 131.

〔12〕 Vgl. Karl-Peter Sommermann, B. Schaffarzik (Hrsg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, 2019, S. 84 – 85, 879 – 880.

〔13〕 如同迈耶所指出的，行政裁判中没有真正的两造（Partei），只有程序的主导人（Prozessführer）。Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 150 – 151.

〔14〕 Vgl. Karl-Peter Sommermann, B. Schaffarzik (Hrsg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, 2019, S. 90, 100 – 101, 882, 885.

〔15〕 Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 151 – 152.

即“初次处理（即行政行为）是否合法有效”，对这一争议的处理通常由行政法院以上诉审（Berufung）或复审（Revision）的方式进行，即对被诉行政行为中涉及的事实问题与法律问题进行全面审查或仅对其涉及的法律问题进行法律审。<sup>〔16〕</sup>行政诉讼中的一审实际上相当于其他诉讼中的上诉审，这是行政诉讼区别于其他诉讼的特殊性所在。在行政机关被授予首次判断权的范围内，请求行政法院进行首次判断的起诉就会因缺乏权利保护必要性而被移交回行政机关。<sup>〔17〕</sup>

这与当时普鲁士的立法相一致。1875年颁布的相关法规范<sup>〔18〕</sup>以程序的“争议性”为基准，将非争议性程序中的判断权委诸行政机关，将争议性程序中的判断权委诸行政法院。<sup>〔19〕</sup>此处的“争议”指的显然是事后性的行政争议，因为1876年与1883年先后颁布的两部管辖权法律中以列举的方式逐一说明在济贫、学校、道路等22项事务中的管辖机关及不服决定时的起诉要件，这既是以列举主义的方式明确行政诉讼的受案范围，也是进行事务领域的机构分工，将行政法院的管辖权约束在对事后性行政争议处理的范围内。<sup>〔20〕</sup>而行政法院处理争议的方式通常仅限于撤销有争议的行政决定，无论该行政决定是侵害性的，还是对申请的拒绝。因为如果涉及“个人在个案中的权利义务究竟是什么”，那这样的判决处理的就不再是事后性的行政争议，而是原初性的行政争议。因此，以这一对概念区分行政机关与行政法院的管辖权时，就不可能容认撤销判决以外的判决类型，即使偶尔容认行政法院可以处理原初性行政争议，这也是基于行政法院作为行政机关时的“原始管辖权”（„ursprüngliche“ Verwaltungsgerichtsbarkeit）。<sup>〔21〕</sup>

### 三、行政首次判断权的理论基础及其转变

上诉审类似性是行政诉讼的万代不移的本质还是只是特定历史时期选择与规范的塑造？有必要对行政首次判断权的理论基础予以考察。如将行政诉讼的主要功能定位为权力监督与秩序维护，则行政诉讼的上诉审类似性就是绝对的、先验的。但如将行政诉讼的主要功能定位为权利救济，则为保障公法权利在自由防御之外的保护权能与受益权能，行政诉讼的上诉审类似性就会弱化，尊重行政首次判断权就是国家权力合理分工的要求。这种转折在德国与我国都有迹可循。

#### （一）服务于自由保障的秩序维护

限制与防御国家高权以保障自由曾被视为法治国家原则的核心，<sup>〔22〕</sup>对应行政诉讼的权力监督、秩序维护功能。排除违法的（负担性）行政行为即可保障私人“不受非法侵害”的消极自

〔16〕 Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 151 – 152; Fritz Fleiner, Institution des deutschen Verwaltungsrechts, 3. Aufl, 1913, S. 240.

〔17〕 Vgl. BVerwGE 21, 270 (270); BVerwGE 25, 280 (280).

〔18〕 Vgl. Gesetz betreffend die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren vom 3. Juli 1875.

〔19〕 Vgl. Martin Ibler, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999, S. 214 – 215.

〔20〕 Vgl. Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden vom 26. Juli 1876 und Anwendung auf die Entscheidungen der Polizeibehörden, Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden vom 1. August 1883.

〔21〕 由于组织上的分离不彻底，有时行政法院仍承担着一定的行政任务，在贸易法上的许可证颁发与撤销、道路法上的道路建设与维修、学校法上的校舍建造等方面，法院享有“原始管辖权”。Vgl. Martin Ibler, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999, S. 241 – 245, 265 – 272.

〔22〕 Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staats Rechts, 3. Aufl, 2006, Band 2, § 26, Rdn. 13.

由，权力监督与权利保障这对目的之间的张力并不明显。行政的首次判断权内嵌在撤销诉讼合法性审查的构造中，不言自明。二战前的德国与2014年修改《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）前的我国都比较强调行政诉讼的这一面向。

### 1. 服务于秩序维护的行政审判制度

“法治国家就是良序行政法的国家。”<sup>〔23〕</sup>德国的法治国家原则包含主观地位秩序与客观功能秩序两个面向，前者涉及公民的公法权利，后者则涉及国家权力的分配秩序，行政审判制度是二者的一个交汇点。<sup>〔24〕</sup>可以从两个角度观察秩序维护、自由保障的目的对行政审判的要求。

就公法权利而言，传统认识具有以下两个特点。其一是公法权利对实定法规范的强烈依赖。个体自由与权利并未被理解为先于国家的自然权利或者可以约束立法者的基本权利，而只是现行法秩序的创造，<sup>〔25〕</sup>公法权利要从实定法的内容和立法者的意志中导出，如耶利内克（Georg Jellinek）将“现行法秩序所明确或默示认可的个人利益”视为公法权利的判断基准，<sup>〔26〕</sup>布勒（Ottmar Bühle）又额外增添了“法规范的强制性”这一判断要件。<sup>〔27〕</sup>其二是公法权利内涵的狭窄，仅被消极地理解为人身与财产不受侵害的自由。<sup>〔28〕</sup>尽管在19世纪末出现了一系列保护劳工、社会保险、济贫补贴方面的立法，《魏玛宪法》甚至规定了不少社会经济性基本权利，但这更多被视为一种基于“国家理性”的政策或一种纲领性的国家目标，公民不能借此向国家主张给付与授益。<sup>〔29〕</sup>既然公法权利依附于法规范，是免于违法干预的自由，那不违反实定法规范的行为就不会侵害权利，撤销违法的干预即可恢复受损的法秩序并实现包蕴其中的公法权利，侵权性的判断就会被违法性的判断吸收，保护权利的目的可以借助维护法秩序顺带实现。<sup>〔30〕</sup>

就国家权力分配秩序而言，权力的区分与分离被视为保障“国家权力行使可测度性”的必要措施。<sup>〔31〕</sup>但此时强调的是立法权与执行权的分离，分别对应国家意志的形成与实现，而司法权（Justiz）同行政权都是执行权的组成部分。<sup>〔32〕</sup>执行权需要服从于法的统治。迈耶认为依法律裁判的司法权可堪模板，因此一方面通过法律优位、法律保留及法律的法规创造力构成的法治三原则向行政权提出依法律行政的要求，另一方面模仿司法裁判提炼出行政行为这一概念作为行政权

〔23〕 Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 58.

〔24〕 Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staats Rechts, 3. Aufl, 2006, Band 2, § 26, Rdn. 46.

〔25〕 如迈耶将公法权利界定为“为其利益而通过法秩序授予权利人的，对一部分公共权力的权能（Macht）”。Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 104; 〔德〕米歇尔·施托莱斯：《德国公法史：国家法学说和行政学（1800—1914）》，雷勇译，法律出版社2007年版，第502页。

〔26〕 Vgl. Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1919, S. 69.

〔27〕 Vgl. Otto Bühler, Die Subjektive öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtssprechung, 1914, S. 36.

〔28〕 Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 70.

〔29〕 Vgl. Dieter Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 150 – 155; Peter Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und sozialen Rechtsstaat, 1966, S. 11 – 12.

〔30〕 Vgl. Karl-Peter Sommermann, B. Schaffarzik (Hrsg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, 2019, S. 902; Hartmut Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986, S. 100.

〔31〕 参见〔德〕卡尔·施米特：《宪法学说》（修订译本），刘锋译，上海人民出版社2016年版，第166页。

〔32〕 Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl, 1924, S. 56.

的行使方式。<sup>[33]</sup>至于行政权与司法权的关系，尽管普遍承认为预防和矫正行政违法需要对行政权予以监督和控制，但这种控制应如何进行，则存在以贝尔（Otto Bähr）为代表的普通法院管辖与以格奈斯特（Rudolf von Gneist）为代表的行政法院管辖这两种迥异的方案。这两种方案的核心区别并不只是法官的中立性与独立性，更多恐怕在于对行政审判功能的定位。贝尔认为，行政与司法分离的意义不仅在于分工原则，更是因为“由此获得的司法对行政的管辖是法治国家的本质性条件”<sup>[34]</sup>。作为原告的公民和作为被告的行政机关是平等的两造，行政审判就同民事诉讼一样，是服从于权利实现的、真正的诉讼。<sup>[35]</sup>只不过因为公法权利主要是消极的自由且依附于实定法规范，权利的保护可通过违法性审查而实现。而格奈斯特则主张行政审判应当是“由不属于司法机关的特别行政机关（行政法院）以普通法院的方式建立，以类似于普通法院的程序（行政争议程序）进行争议解决活动”<sup>[36]</sup>，此时行政审判就不能被视为由独立第三方主持的两造对审的诉讼，而只是行政权内部的自我纠错，一种“通过形式性对抗性程序强化了异议申诉”<sup>[37]</sup>，如果开启这一程序的公民因违法行为被排除而受益，那也只是顺带性的。

格奈斯特的方案最终成为普鲁士近代行政审判制度所立基的原理，固然是因为该方案避免了使行政权丧失独立性的诟病，<sup>[38]</sup>予以行政权更强尊让而博得二元制下实权君主的青睐，但不可否认的是，由具有一定独立性和权威的机关以类司法的程序进行合法性审查并撤销违法行为即可满足法治国家的要求，<sup>[39]</sup>私人的公法权利（主要是自由与财产）可经由法秩序维持而得到保护，<sup>[40]</sup>作为司法机关的法院与真正的诉讼程序显得并不那么要紧。

## 2. 对行政首次判断权的绝对尊重

此时行政审判的上诉审类似性或者说对行政首次判断权的司法尊重就是题中之义，因为究其根本，行政法院在组织和人事上的分离与独立、公民在裁判程序中的参与和对抗充其量只是使行政裁判成为一种更公正、更容易为人信服的监督手段，正所谓“行政裁判是为了使因受政治影响而腐败的诉愿程序重新转化为完全独立于政治影响的形式而实施的一种变革”<sup>[41]</sup>。区分行政机关与行政法院各自的管辖权就与国家权力的分配无关，<sup>[42]</sup>只是出于机构分工以提高效率的考量。<sup>[43]</sup>行

[33] Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1924, S. 61–63.

[34] Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1924, S. 12, 54.

[35] 需要指出的是，围绕（民事）诉讼的目的存在争议，但在贝尔生活的19世纪中期，诉讼的目的通常被认为是实现私权。参见〔德〕米夏埃尔·施蒂尔纳编：《德国民事诉讼法学文萃》，赵秀举译，中国政法大学出版社2005年版，第16页。

[36] Gerhard Anschütz, Justiz und Verwaltung, in: R. Stammler (Hrsg.), Systematische Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1913, S. 383.

[37] Rudolf von Gneist, Der Rechtsstaat, 1872, S. 274–276, 149.

[38] 行政法院是一个“在很大程度上照顾到在不超越行政权限方面的个人利益，但又不损害在履行行政职责方面共同利益”的调和性方案。Vgl. Gerhard Anschütz, Justiz und Verwaltung, in: R. Stammler (Hrsg.), Systematische Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 1913, S. 383.

[39] 参见〔德〕卡尔·施米特：《宪法学说》（修订译本），刘锋译，上海人民出版社2016年版，第167页。

[40] 需要说明的是，尽管存在以符腾堡为代表的南德模式与以普鲁士为代表的北德模式之间的区分，南德模式更强调私人权利保护，在法官独立性、诉讼形式以及原告资格方面与民事诉讼更为类似，但未能改变公法权利对实定法的极度依赖，也就不能超出法秩序维护而保护公法权利。事实上，由于消极的法院严格解释权利，救济的实效性反而降低。参见〔日〕原田尚彦：《诉的利益》，石龙译，中国政法大学出版社2014年版，第271–279页。

[41] Philipp Zorn, Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Verwaltungsarchiv 2 (1894), S. 74, 146 ff.

[42] Vgl. Johannes Poppitz, Die Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Fortsetzung), Archiv des öffentlichen Rechts, 73 (1944), 3, 10–12.

[43] 亚当·斯密指出“生产效率的增进，来源于劳动分工”，后来分工的理念从经济学溢出，成为组织管理学上的一般性原则。参见〔法〕亨利·法约尔：《工业管理与一般管理》，迟力耕、张璇译，机械工业出版社2007年版，第22–23页。

政诉讼客观法律监督的功能同行政诉讼上诉审类似性之间的连结在近代日本行政法中也有体现，美浓部达吉同样认为行政审判只适用于对公正有较强要求以至于需要引入独立第三方以进行合法性审查的情形，<sup>〔44〕</sup>而抗告诉讼自然是一种以行政行为存在为前提的复审。<sup>〔45〕</sup>以事后性作为司法权界限的观点在二战后仍保有影响，妨碍课予义务诉讼及预防性诉讼的建立。

同样地，我国1989年制定的《行政诉讼法》格外强调行政诉讼的权力监督功能，行政诉讼的上诉审类似性被包蕴在“具体行政行为合法性审查”原则（1989年《行政诉讼法》第5条）中。通说认为，该原则划定了司法审查权的内容与边界，即限于“具体行政行为”而非“抽象行政行为”，限于“合法性审查”而非“适当性审查”。<sup>〔46〕</sup>值得注意的是，通说对该原则的解读还包含着一种意味深长的前理解，即将法院对行政诉讼的审理与法院对行政行为的合法性审查划等号，<sup>〔47〕</sup>被诉行政行为合法与否得到判断，法院审理即告结束，涉案法律关系如何调整，则交由行政权决定。<sup>〔48〕</sup>这种前理解来自行政法作为权力监督法的功能定位，如若认为行政法与行政诉讼的功能主要在于经由规范行政权的行使而维护人民权益，那借履行判决排除违法拒绝履行或不予答复形成的法状态就足以实现该功能，此时私人诉求也能因为判决重作而得到部分实现，至于未能实现的部分，就不在行政诉讼功能范围之内。<sup>〔49〕</sup>这也能解释，为何履行判决的适用对象在很长一段时间内都被认为仅限于不予答复这种不行为，<sup>〔50〕</sup>以及为何其审理模式与判决要件也曾被认为是围绕行政行为的合法性展开，同撤销判决并无质的不同。<sup>〔51〕</sup>

## （二）服务于权利保障的权力分配

权利保障理念的高扬使得秩序维护不复是行政裁判的首要功能，而公法权利在侵害防御之外新发展出的干预请求与授益请求功能又使得法院不能止步于行政行为的合法性审查，否则不足以实现权利保障。基于此，对行政首次判断权的司法尊重不复是一种内嵌于行政诉讼构造中的先验性诫命，而是基于权利保障实效性的个案考量。这一转折在德国法上体现为二战后行政审判制度

〔44〕 参见〔日〕原田尚彦：《诉的利益》，石龙潭译，中国政法大学出版社2014年版，第64页。

〔45〕 参见〔日〕盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社1999年版，第303、304页。

〔46〕 这基本是当时的通说，具体论述可见参见肖岫：《试论人民法院审查具体行政行为合法性的原则》，载《中国法学》1989年第4期。

〔47〕 参见王汉斌：《关于〈中华人民共和国行政诉讼法（草案）〉的说明》，载《中华人民共和国最高人民法院公报》1989年第2期；韦宗、阿江：《行政诉讼立法要论》，载《中国法学》1988年第6期；皮纯协、刘永志：《略论行政审判权的构成》，载《法律学习与研究》1989年第1期；江嘉禧：《行政审判中的司法变更权研究》，载《中国法学》1988年第6期；最高人民法院《行政诉讼法》培训班编：《行政诉讼法专题讲座》，人民法院出版社1989年版，第61页（皮纯协撰写）。

〔48〕 参见最高人民法院《行政诉讼法》培训班编：《行政诉讼法专题讲座》，人民法院出版社1989年版，第82页（皮纯协撰写）。

〔49〕 参见最高人民法院《行政诉讼法》培训班编：《行政诉讼法专题讲座》，人民法院出版社1989年版，第42页（胡康生撰写）。

〔50〕 在1989年《行政诉讼法》初颁行时即有人持此立场：“不履行或拖延履行是指行政机关没有作出行为，如对申请许可证的人不予理睬。不履行或拖延履行指的不是行政机关的否定行为，否定行为是已经有了一个行为，如驳回对营业执照的申请……”肖岫：《试论人民法院审查具体行政行为合法性的原则》，载《中国法学》1989年第4期，第35页。后来亦有人持此立场，参见章剑生：《行政诉讼履行法定职责判决——基于〈行政诉讼法〉第54条第3项规定之展开》，载《中国法学》2011年第1期。

〔51〕 如基于1989年颁布的旧法，有观点围绕拒绝作为或不作为的合法性构建课予义务诉讼理由具备性阶段的审查对象，即“行政机关拒绝作为或不作为是否违法、原告权益是否因此遭受损害以及案情是否已经达到可为裁判的程度”。章志远：《行政诉讼类型构造研究》，法律出版社2007年版，第150-151页。2014年修法后，仍有观点以撤销诉讼的审查框架将履行判决适用的条件归纳为六点：（1）被告负有履行某项义务的法定职责；（2）在需要依申请才能作出行政行为的情况下，原告向行政机关提出了合法申请；（3）被告不履行法定职责；（4）被告未履行法定职责没有法律所规定或认可的理由；（5）被告有履行的能力；（6）判决被告履行对原告仍有意义。参见江必新、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2014年版，第270页。

的司法化变革。我国虽未发生类似的断裂与革新，但 2014 年修法与 2015 年的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称 2015 年《行诉法解释》）促进了诉讼类型化，为行政首次判断权理论基础的转变提供契机。

### 1. 服务于权利保障的行政诉讼制度

在德国，二战后各占领区依据 1946 年第 36 号《军政府法令》（MRVO）设置的行政法院具备真正法院管辖的所有特征，包括法官在人员和事务上的独立性、维护所有参与人法定听审的司法形式的程序，<sup>[52]</sup>《基本法》及后续的《行政法院法》则将行政审判划归司法权，<sup>[53]</sup>并接受了英占区与美占区行政法院法令<sup>[54]</sup>中新增的诉讼类型，在《行政法院法》第 42 条与第 113 条中规定了同撤销诉讼相并列的课予义务诉讼，使得行政法院可以同民事法院一样作出所有的三种类型的判决。行政法院在管辖方式和判决类型上实现了司法化。这可以说是对贝尔司法型法治理念的接续。“德国新建的行政管辖的知识祖先既不是汉斯·凯尔森，也不是鲁道夫·冯·格奈斯特，而是奥托·贝尔。我们选择了司法国家的解决方案，通过司法诉讼实现法治国家。”<sup>[55]</sup>司法权有别于立法权和行政权，其合法性立基于以一种追溯性的、个体化的方式保护私人权利，也就是保障个人自决的实现，<sup>[56]</sup>因此行政法院的司法化标志着行政诉讼的主观化，即行政诉讼的功能焦点从法秩序维护转移到权利保护，两种功能之间的主从关系发生了颠倒。<sup>[57]</sup>

而在我国，虽然行政诉讼一直被划归司法权，但 2014 年的修法也对行政诉讼的目的作出了以下两点调整：其一是明确了行政诉讼“解决行政争议”的功能；其二是删去“维护和监督依法行使职权”中的“维护”，增强法院的中立性。这促使权利救济的目的与争议解决的目的凸显出自身的独立性与重要性。2014 年针对判决类型的修法与 2015 年《行诉法解释》中针对履行判决与给付判决作出要件的说明，可以视为“单向度的‘行为诉讼’转向多向度的‘关系诉讼’”<sup>[58]</sup>的标志，也可视为对诉讼目的与功能变迁的回应。<sup>[59]</sup>

这是因为公法权利在两个方面都发生了转变。一方面，纳粹统治与残酷战争的教训催使自然法思想回潮，基本权利构成对立法者的拘束，这打破了公法权利对实定法的依赖。基本权利不是实定法秩序的创造物，相反，实定法秩序要依托对基本权利的保障而获得正当性。<sup>[60]</sup>并且基本权利作为一种客观价值秩序对国家权力的行使提出要求。既然权利的存在不完全依附于实定法，则

[52] Vgl. Otto Bachof, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz, Süddeutsche Juristen-Zeitung, 4 (1949), 377, 379; Christian-Friedrich Menger, System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 52 – 55.

[53] Vgl. Otto Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2. Aufl., 1968, S. 18 – 19; Christian-Friedrich Menger, System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 60 – 62.

[54] Vgl. Militärregierungsverordnung Nr. 141 über die Gerichtsbarkeit in Verwaltungssachen in der britischen Zone (Art. I Nr. 1 lit. b und Art. III Nr. 2); VGG der amerikanischen Zone § 35 Abs. 1 und 2.

[55] Karl August Bettermann, Das Verwaltungsverfahren, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 17 (1958), S. 166.

[56] 公法权利是通过定义权利范围来保护所有人的个人自决的一般规则，司法机构被期望作出个别性的决定，其正当性来自个人的自决要求。Vgl. Christoph Möllers, Die drei Gewalten, 2008, S. 100 – 106; Bernd Grzeszick, Die Teilung Der Staatlichen Gewalt, 2013, S. 65.

[57] Vgl. Winfried Brohm, Verwaltungsgerichtsbarkeit im modernen Sozialstaat, Die öffentliche Verwaltung, Heft 1, 35 (1982), 1, 2.

[58] 梁凤云：《不断迈向类型化的行政诉讼判决》，载《中国法律评论》2014 年第 4 期，第 152 页。

[59] 参见李广宇、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》2012 年第 2 期。

[60] 参见〔德〕康拉德·黑塞：《联邦德国宪法纲要》，李辉译，商务印书馆 2007 年版，第 231 页。

侵权性判断就不能被违法性判断完全吸收。而另一方面,社会利益与社会力量的分化促生了越来越多的对私人自由的非国家侵害,个人的生存越来越仰赖国家的给付与照顾,国家与社会之间的界限正在变得模糊,国家通过法律更加积极地形成与塑造社会。<sup>[61]</sup> 公法权利在排除非法侵害之外还衍生出请求保护和受益权能。所谓请求保护权能,指由于对自由权的威胁越来越多来自第三人和自然力引发的灾害,自由权在防御功能(Abwehrfunktion)外的保护权能(Schutzfunktion)逐渐凸显。<sup>[62]</sup> 保护请求权与国家保护义务作为一般法理在我国的规范与学说上也得到容认,呼应“国家尊重和保障人权”[《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第33条第3款]要求,第三人的要求干预或请求保护的公法权利崭露头角。<sup>[63]</sup> 所谓请求受益权能,主要指以生存保障、福祉提高为内容的生存权。在德国,自由权作为分享请求权的面向同社会法治原则结合,弥补了《基本法》在社会基本权利方面的留白。在我国,尽管《宪法》上规定的劳动权(第42条)、休息权(第43条)、获得物质帮助权(第45条)、受教育权(第46条)等是否应被视为规范意义上的基本权利仍有争议,但反对者并非否定生存权的保障必要性,而是强调这类权利的实现程度受制于国家给付能力,将其委诸立法者的裁量或许更为合适。<sup>[64]</sup> 当立法者通过相关领域的专门立法为生存权的实现配置了财政、组织与程序保障时,也就塑造了私人请求国家依法受益的请求权。<sup>[65]</sup>

## 2. 对行政首次判断权的相对尊重

行政诉讼权利保障功能的强化与公法权利保护权能及受益权能的凸显动摇了行政诉讼的上诉审类似性。毕竟私人的权利不只是“不受非法侵害”的自由,保护权能与受益权能的实现依赖于行政的积极作为,因此,至少在原告请求国家保护或受益的给付诉讼中,“对诉讼的审理等同于对涉案行政行为的合法性审查”这一默认的前提就应当予以检讨和修正,否则无法回应原告的诉求以解决纠纷,也不能实现对原告请求权的充分救济。对行政首次判断权的司法尊重得以相对化,不复是行政审判的本质性特征,而是需要提供实质性理由证成。

这种理由通常是行政机关相对于法院的判断优势。即基于实定法的权力分配,行政机关在组织、人员、程序、权限等方面相较于法院更具事实发现或法律判断上的优势,可以更好地适用法律,<sup>[66]</sup> 因此应由行政机关首次判断,课予行政机关具体义务的判决缺乏裁判成熟性。<sup>[67]</sup> 鉴于“行政裁量的历史可以说是行政裁量日益窄化的历史……司法权借助于立法的助推,逐渐从形式和实质上加强对行政裁量的审查”<sup>[68]</sup>,对行政首次判断权的绝对尊重就随着“自由裁量不予审

[61] Vgl. Dieter Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, S. 75 – 77; 陈新民:《公法学札记》,中国政法大学出版社2001年版,第51–54、93–96页。

[62] Vgl. Volker Epping, *Grundrechte*, 9. Aufl., 2021, Rdn. 16, 122; [德] 康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第234–235页。此即对基本权利的国家保护义务,对自由权“防御国家的侵害”到“请求国家的保护”这一转折较经典的说明可参见[日] 小山刚:《基本权利保护的法理》,吴东镐、崔东日译,中国政法大学出版社2021年版,第43–78页。

[63] 对此的具体论述可参见王世杰:《行政法上第三人保护的权能基础》,载《法制与社会发展》2022年第2期。

[64] 此类观点可参见刘康磊:《权利·义务:现行宪法社会权的理解与反思》,载《西南政法大学学报》2012年第3期;刘馨宇:《宪法社会权性质的教义学探析》,载《中外法学》2022年第3期。

[65] Vgl. Andreas Funke, *Falldenken im Verwaltungsrecht. Ein systematisches Studienbuch*, 2020, S. 38.

[66] 此即功能主义的分权理论。Vgl. Christian Bickenbach, *Das Bescheidungs Urteil als Ergebnis einer Verpflichtungsklage*, 2006, S. 92.

[67] 参见[德] 弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社2003年版,第444页。

[68] 王贵松:《行政裁量的构造与审查》,中国人民大学出版社2016年版,第144页。

查”一道成为历史，在不存在裁量或者裁量收缩为零的情形下，法院可以就个案中如何适用法律作出代替性判断，此时就是由法院行使首次判断权。我国《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》（2018）（以下简称2018年《行诉法解释》）第91条规定，履行判决的作出取决于是否“尚需被告调查或裁量”，亦可表明对行政首次判断权的尊重不复是一个先验的命题，而是要放到个案中进行具体判断。从这个角度看，将行政首次判断权的理论基础归结于“法官恪守权力界限”“法官缺乏行政历练”“行政专业知识与经验使行政机关具有优越性”<sup>〔69〕</sup>，也不能说是错误。但是，至少要在行政诉讼的上诉审类似性得以反思和修正，诉讼类型化在规范上得以容认后，法院超越合法性审查、进行代替性的首次判断才具备现实可能，才谈得上以上述理由论证法院有必要尊重个案中的行政首次判断权。

#### 四、对行政首次判断权的司法尊重

既然对行政首次判断权的司法尊重只是缓和而非消弭，那就仍有必要研究这种司法尊重在当下法秩序中的展开。以下首先探讨首次判断权的载体，这是司法尊重的对象，然后考察有哪些因素影响尊重的强度，构成司法尊重的边界。

##### （一）司法尊重的对象

既然尊重行政首次判断权通常是因为案件中仍保有行政的调查与裁量余地，那尊重行政首次判断权是否就等于尊重行政裁量？行政的首次判断权是否因此退化为一种概念上的阑尾？这就有必要探讨在提及“尊重行政的首次判断权”时尊重的到底是什么。

行政判断是一个法适用的过程，大致包含四个步骤：案件事实的调查与确认，法规范选择与解释，将事实涵摄（或等置）入法规范，法律效果的选择。<sup>〔70〕</sup>所选择的法律效果经由行政行为外部化，也就是说行政行为是对判断结论的宣布与实现。理由（Begründung/Gründ）则是行政判断过程与行政行为之间的连结，可以分为（事实）证据采信理由、（法律）依据选择理由与行政裁量理由。其中行政裁量理由最为重要，因为这是对行政机关行使裁量权时着眼点和个别基准的展现，行政机关据此说服相对人，法院据此审查行政裁量。同一行政行为可能由多个裁量理由支持，举例而言，依据《中华人民共和国治安管理处罚法》第72条第3款，“对某甲处以二百元罚款”是一个行政行为，“某甲吸食少量鸦片”或“某甲为缓解病痛而吸食鸦片”均可构成行政机关认定“情节较轻”的理由。因此可以区分“判断和决定过程中的首次判断权与作用和行为层面的首次判断权”，分别对应行政行为的理由与作为规律（Regelung）的行政行为，理由是行政首次判断权的最小行使单位。<sup>〔71〕</sup>

裁量决定的理由说明了行政机关行使裁量权的着眼点，但未必穷尽说明了所有的着眼点，此时行政机关只是在其裁量所依据的理由上行使了首次判断权。因此所谓“尊重行政的首次判断权”指的是尊重同一行政行为（可能有）的其他理由上尚未进行的行政判断。如同同一行政行为 X

〔69〕 黄先雄：《行政首次判断权理论及其适用》，载《行政法学研究》2017年第5期，第117-118页。有的法院也持类似观点，参见江苏省宿迁市中级人民法院（2016）苏13行终第7号行政判决书。

〔70〕 参见王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社2016年版，第47页。

〔71〕 参见〔日〕山本隆司：《诉讼类型、行政行为与法律关系》，王贵松译，载《法治现代化研究》2020年第6期。

可由相互独立的理由 A、B、C、D 支持，行政机关以 A 为理由作出 X 行为时，行政机关在 B、C、D 上仍保有首次判断权。法院对理由 A 中的行政判断予以尊重是尊重行政裁量，法院只审查理由 A 而不对理由 B、C、D 作判断则是尊重行政的首次判断权。可见，尽管尊重行政的首次判断权同尊重行政裁量有关，但二者发挥着不同的功能，前者不能被后者吸收。

在绝对尊重行政首次判断权的立场下，行政法院的审判就被严格地限缩于对给出的理由上已进行的行政判断的合法性审查：行政行为是否有事实根据、证据确凿，是否正确适用法律，是否妥当地选择了法律效果。<sup>〔72〕</sup>至于涉案的其他事实能否适用其他的法律、选择什么法律效果更加妥当，法院对此不作判断，而是发回行政机关重新决定。而行政首次判断权原理缓和化后，行政法院的审判就可能溢出行政机关给出的理由而触及案件涉及的整体法律关系，就案件事实如何认定、如何解释并适用法律、如何选择法律效果代替行政机关作出判断。变更判决与课予特定义务判决是法院代替行政机关进行首次判断的典例。预防性的禁止作为判决则有些特殊，相当于在行政行为作出之前，法院通过庭审中的两造对抗预先了解并审查了该行政行为所有可能立基的理由，然后对该行政行为的合法性予以否定，但案件中的法律关系应如何调整，仍留给行政机关决定。

## （二）司法尊重的强度

这一研究得以开展的前提是排除行政诉讼审理等于合法性审查的前理解，当上诉审查性不再是行政审判的本质性特征时，尊重行政的首次判断权才不复是先验性的绝对原则，才产生探讨司法尊重强度的可能。一般而言，以下三项因素会对司法尊重的强度产生影响。这三项因素之间存在递进关系，即首先因为权利保护的实效性产生了由法院进行代替性判断的需要，然后才有必要考虑法院的事实发现能力及个案中的行政裁量。

### 1. 权利保护的实效性

如果交由行政机关首次判断会显著危及权利保护的实效性，法院就有必要超越违法性审查直接调整涉案法律关系。而权利保护的实效性又可以进行两个维度的评估。

一是待保护权利的位阶。基本权利位阶秩序理论认为，即使同为权利，彼此之间也存在位阶上的高低，有必要予以某些权利相较于另一些权利更为优先的保障。<sup>〔73〕</sup>在保障上，生存权优先于发展权，不可恢复的权利优先于可恢复的权利。这样的逻辑也适用于行政诉讼。《行政诉讼法》第 57 条规定对“抚恤金、最低生活保障金和工伤、医疗社会保险金”的先予执行制度，第 56 条规定在“该行政行为的执行会造成难以弥补的损失”时可以停止执行，显然也是出于区分待保护法益位阶的考量。因此，如果原告寻求救济的权利是最低生活保障金、医疗保险金给付请求权这类关乎生存的权利，或人身自由权、隐私权这类受损后不可恢复的权利，对行政首次判断权的司法尊重程度就有必要减弱。二是权利保护的方式。权利具有不同的功能，对应不同类型的国家义务，有时国家消极的不予侵害即可实现权利保护，有时却需要进行积极的给付或干预。<sup>〔74〕</sup>这种

〔72〕 参见姜明安：《行政法》（第 5 版），法律出版社 2022 年版，第 279—284 页。关于形式合法性与实体合法性各自包含的内容，不同学者之间存在些许差异，但司法审查应覆盖的范围基本重合，如毛雷尔认为形式合法性包含管辖权、程序、形式及说明理由，实质合法性包含符合现行法律与原则、有授权根据、裁量没有瑕疵、符合比例原则与确定性原则、符合其他合法要件。参见〔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，第 235—240 页。

〔73〕 参见张翔：《基本权利的规范建构》（增订版），法律出版社 2017 年版，第 300—302 页。

〔74〕 参见张翔：《基本权利的规范建构》（增订版），法律出版社 2017 年版，第 69—70 页。

分野对应行政诉讼法上的撤销诉讼与给付诉讼。<sup>〔75〕</sup>如果原告主张的权利通过撤销违法行政行为即可实现，那就无需突破对行政首次判断权的尊重，去考察有无其他理由可支持该行政行为的合法性。相反，如果原告请求被告干预或给付，此时对行政首次判断权的司法尊重就有必要减弱，因为仅撤销违法的拒绝行为并不足以保护权利。

## 2. 法院的事实发现能力

正确地认识事实是后续判断展开的前提，在涉案基础事实不清、缺乏证据的情况下，法院对行政在新事实上的首次判断权的尊重取决于法院的事实发现能力。

法院的事实发现能力不能同行政机关相比，因为行政机关获取的信息通常来自行政调查，是第一手的，而法院获取的信息则大多来自案卷，是第二手的，并且行政官员在事实判断上具有法官所不具有的专家知识及行政经验，尤其是涉及专利、关税、食药等具有专业技术性的事务领域。但法院并非在事实发现上完全无能为力。一方面，案卷主义的缓和容许案件两造在诉讼中补充行政程序中未使用的证据，如允许原告与第三人进行证据补充，允许行政机关进行理由的追加与变更。法院可能因此获知行政行为所依据理由之外的事实。另一方面，立法者可能通过职权调查原则或释明权条款赋予法院主动收集信息以发现案件真实的能力。职权调查原则与辩论主义相对，标志着法院可不受当事人陈述或证据调查申请的拘束，依职权主动调查事实或要求诉讼参与人释明，并利用各种证据手段判断事实的真实内容（如德国《行政法院法》第86条第1款）；而采取辩论主义的诉讼制度中，对自由主义诉讼观的反思也凸显出法院行使释明权促进实质正义与当事人程序保障的必要性，<sup>〔76〕</sup>即容许法院通过发问、晓谕、过议等方式促进当事人明确诉讼请求、去除或变更不当的诉讼请求并补充证据资料。<sup>〔77〕</sup>我国行政诉讼制度中也有关于释明权的相关规定，容许法院通过敦促当事人举证（《行政诉讼法》第39条）、质询专家证人（《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第48条）与向当事人发问（2018年《行诉法解释》第44条）的方式促进案件真实的发现。当然，即使具备事实发现能力，法院是否要去主动查明案件真实还是需要结合案件的复杂性、审理效率等因素进行综合权衡。

## 3. 行政的裁量余地

案件事实清楚的情况下，还需考虑行政裁量的问题。“行政法的精髓在于裁量”，司法不能完全取代行政裁量“一方面是解决事务的能力界限，另一方面是法官所不知晓的行政政策上的考虑”，这使得“法院以‘个人权利自由’之名，一切都服从于自己的优越性判断，这样的做法即便不是不可能，但也是不妥当的”<sup>〔78〕</sup>。

但司法尊重的强度也会有差异。因为裁量广泛存在于行政判断的每一个环节，即使法律效果的选择是羁束性的，行政机关仍可能就案件事实的调查方式及证明程度、不确定法律概念的解

〔75〕 同狭义与广义的“行政给付”相对应，狭义给付诉讼指以金钱财物为给付对象的“行政给付诉讼”，广义给付诉讼的给付对象不仅包括行政行为、事实行为与金钱财物，甚至可能包括行政不作为。参见江必新、梁凤云：《行政诉讼法理论与实务》（第3版），法律出版社2016年版，第1638-1639页。本文在广义范畴上使用“给付诉讼”这一概念。

〔76〕 参见张力：《阐明权研究》，中国政法大学出版社2006年版，第16-28页。

〔77〕 参见蔡虹：《释明权：基础透视与制度构建》，载《法学评论》2005年第1期。这是日本行政诉讼法采取的路径。参见〔日〕盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社1999年版，第348-351页。

〔78〕 〔日〕田悦村一：《自由裁量及其界限》，李哲范译，中国政法大学出版社2016年版，第112、216页。

释、决定所需的时间、采取的程序具有裁量余地。因此有必要区别不同类型的行政裁量，进而将司法尊重的强度予以阶梯化。大致可以认为：事实发现上的裁量、时期上的裁量、程序上的裁量对行政判断的内容影响不大，如果行政裁量仅存在于这些方面，那通常不能据此要求法院尊重；要件裁量上的代替性判断相较于效果裁量上的代替性判断更容易被接受，因为作出法的宣告是法院的原始功能，并且当下保护基本权利的迫切需求使得行政机关在解释不确定法律概念时的判断余地越来越窄，不确定法律概念被进一步分为经验性不确定法律概念与价值性不确定法律概念，可以分别通过预设一定的价值与去价值化来将其转化为较易审查的构成要件；<sup>〔79〕</sup> 效果裁量“是行政机关在法律要件补充充足之后适当选择的自由”<sup>〔80〕</sup>，被认为是属于行政权的核心领域，不宜轻易由司法权代替行使。因此存在效果裁量时的司法尊重比只存在要件裁量时更强。

即使存在效果裁量，还需考虑裁量收缩的可能性。法效果选择上的裁量空间可能因为行政介入请求权与国家保护义务的存在而被压缩，有时甚至只存在“唯一合法的法律后果”，此时裁量的权力转化为履职的义务。<sup>〔81〕</sup> 典例就是危险防御的情形中，有极高盖然性发生对私人重大法益的严重侵害，且行政机关可以预见危险并有职权采取回避危险的措施时，就应当采取这种措施。

## 五、行政首次判断权的诉讼展开

经过以上分析，探讨尊重行政首次判断权在诉讼中的展开就有了抓手。对撤销诉讼与给付诉讼进行分类讨论是一种比较妥当的思路，因为撤销诉讼与给付诉讼中的原告具有不同的诉求。

### （一）在撤销诉讼中的展开

撤销诉讼是行政审判最古典的形态，承担了更多的法秩序维护与监督行政的功能，审查并撤销违法行政行为即可救济受损的私人自由。在我国，撤销诉讼的提起、审查、判决全程都是围绕行政行为构建的：撤销诉讼的受案范围通过列举行政行为的种类加以描述；原告资格来自同行政行为的利害关系（《行政诉讼法》第 25 条）；判决要件在于行政行为的合法性（《行政诉讼法》第 70 条）；判决的禁止反复效力限于被诉行政行为所依据的事实与理由（《行政诉讼法》第 71 条）。可以说，尊重行政首次判断权的要求或者说行政诉讼的上诉审查性内嵌在撤销诉讼的构造中。

即使不考虑学理脉络中行政首次判断权同撤销诉讼的亲缘，仅考虑上述三项因素，法院仍应保有较强的尊重。首先就权利保护的实效性而言，撤销违法的侵益性行政行为即可实现对原告的权利保护，至于有无其他的理由支持该行为，并非原告所关怀，也不宜由法院代替判断，否则会剥夺两审终审制下原告的初审诉讼权利。<sup>〔82〕</sup> 其次就法院的事实发现能力而言，侵益性行政行为通常由行政机关依职权进行，行政程序中的证据也基本来自行政机关主动进行的调查，即使案

〔79〕 参见王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 60 - 63 页。

〔80〕 王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 46 页。

〔81〕 关于裁量收缩论的具体展开可参见王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 190 - 250 页。

〔82〕 Vgl. Gregor Marx, Das Herbeiführen der Spruchreife im Verwaltungsprozeß. 1995. S. 144 - 145.

情并不涉及复杂的专业性判断，法院也难以复现案情重新调查，获取更多的信息。再次就行政裁量而言，以行政处罚为代表的侵益性行政行为中通常存在着广泛的效果裁量，能否以及如何压缩裁量还欠缺共识与标准，<sup>〔83〕</sup>而且效果裁量中的幅度裁量很难被压缩为零。

唯一的例外是《行政诉讼法》第77条规定了对行政处罚的变更判决，法院可以在行政处罚“明显不当”时代位行使行政的首次判断权。但法规范本身并未规定明显不当的判断标准、法院在决定是否作出变更判决时的考虑因素及进行变更所依据的标准，这为变更判决的适用带来很多不确定性。1989年制定《行政诉讼法》时，是否应设立变更判决争议很大，甚至在1989年3月七届全国人大二次会议分组审议时，仍有代表基于避免法院侵夺行政机关的权限与维持合法性审查原则的立场，否认法院的变更权。<sup>〔84〕</sup>站在被告行政机关的立场上，相较于至少还维持了法院判决与行政行为之间界限的履行判决，变更判决则是由法院判决取代了行政行为，对行政权的侵夺更为直接。站在原告公民的立场上，变更判决也属诉判不一致，行政处罚是典型的侵益性行政行为，撤销该行政行为才是原告的诉请，变更判决不仅并未实现原告诉请，还相当于剥夺了原告请求一审救济的机会。当然，这也能说明在行政处罚领域容许变更判决显然是出于一次性、实质性解决行政争议的目的，避免两造在事实清楚、法律选择与解释正确、涵摄/等置正确的案件中围绕具体罚款数额反复争讼。但也应当意识到，这一目的的实现是以显著损害法院与行政机关之间的权力分工、公民的程序权利为代价，因此变更行政处罚判决应属于绝对的例外，仅在实质性解决行政争议具有极高必要性，且原被告双方都认同变更结果的情形下才得容许。

## （二）在给付诉讼中的展开

给付诉讼与利害调整型行政法相对应，<sup>〔85〕</sup>有别于撤销诉讼，其构造是围绕实体法上请求权的成立性而展开，可以用请求权模式（Anspruchsmodell）加以构造。<sup>〔86〕</sup>我国实定法绕过行政行为，将“法定职责”的不履行与“给付义务”的存在规定为履行判决和给付判决的判决要件，使得这两条具备承载公法权利义务分析的可能性，给付类诉讼的审理也就可以不局限于对行政行为合法性的审查。忽视诉讼构造上的区别，以尊重行政的首次判断权为由直接拒绝受理案件或拒绝作出履行判决显然是不足的，法院需要为司法尊重提供更实质的说理。

具体到本土，首先需要探讨的是实定法是否容认了行政法上的给付诉讼，换言之就是《行政诉讼法》第72、73条规定的履行判决与给付判决课予行政机关的义务能否包含实体性内容。对此的回答是肯定的，对于原告请求被告作为的诉讼请求，法院以实体性判决予以回应才能实现“实质性解决行政争议”的立法目的。<sup>〔87〕</sup>即使因为“尚需被告调查或者裁量”而尊重被告的首次

〔83〕 学理上对行政裁量收缩的研究通常限于危险防止领域和给付行政领域，参见王贵松：《行政裁量的构造与审查》，中国人民大学出版社2016年版，第190-192页。

〔84〕 参见何海波编：《行政法治奠基时：1989年〈行政诉讼法〉史料荟萃》，法律出版社2019年版，第112、119、121页。

〔85〕 参见王贵松：《作为利害调整法的行政法》，载《中国法学》2019年第2期。

〔86〕 这一进路在德国颇具影响力。Vgl. Andreas Funke, Falldenken im Verwaltungsrecht. Ein systematisches Studienbuch, 2020. 中国学者的零星论及参见赵宏：《规划许可诉讼中邻人保护的权利基础与审查构造》，载《法学研究》2022年第3期。

〔87〕 在德国，一度有观点主张课予义务判决课予被告的仅是重作义务。Vgl. Otto Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2. Aufl., 1968, S. 18-19; Christian-Friedrich Menger, System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 62, 193. 这种理解使得履行判决仍然处于撤销判决的延长线上，只不过是本身就包含在撤销判决拘束力效果中的重新处理义务加以明确宣示，不符合战后行政审判司法化的变革趋势，也不利于权利救济与争议解决，故而逐步被抛弃。

判断权，课予被告的也绝非程序性的重作义务，而是受判决意旨拘束的重作义务。

具体来说，在原告请求被告履行法定职责的理由成立时，2018年《行诉法解释》第91条以是否“尚需被告调查或者裁量”为界，区分了履行具体义务判决与履行重作义务判决（又称“答复判决”），分别对应对行政首次判断权较弱和较强的尊重。该条文中的“调查”对应案件事实发现，“裁量”对应规范解释与法效果选择，这与前文列举的影响因素相契合。就事实发现而言，给付诉讼中的法院比撤销诉讼中的法院更具优势，因为给付诉讼中涉及的行为通常以相对人的申请为前提，相对人有义务提供证据或协助调查，如提供全面且真实的说明（如《行政许可法》第31条第1款），如果相对人不协作或者欺诈隐瞒，不仅要承担可能的不利后果，还可能承担法律责任（如《行政许可法》第78、79条）。相对人在行政程序中提交的证据也是其在诉讼提交的证据，并且案件的事实状态通常可以从申请时延续到审理时，仅就案件信息获取而言，法院与行政机关处于同一水平线上。因此，除非待调查的事实非常复杂，如需要专家经验、多机关的协助、专门的程序等才能查明，法院有必要通过调取证据或行使释明权在诉讼中查明案情。而就裁量而言，法院不仅有必要考察是何种类型的裁量并结合权利保护的需求考察有无收缩的可能，还需考虑利害调整型行政任务的特殊性，如对第三人利益的考虑要求、程序的公正透明性等等，即使不能据此将裁量收缩为零，但也有必要在判决中予以提示，如此，答复判决课予被告的就是“依判决要旨答复”的义务，行政机关在重作时的裁量受到判决意旨的拘束。<sup>〔88〕</sup>

答复判决“遵守判旨”的拘束力同撤销判决的禁止反复效力既有联系，亦有区别。二者的相似性在于都承认对判决主文提供支撑的主要判决理由也对被告的重作具有拘束力。这不仅从《行政诉讼法》第71条与《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》（2002）第70条中得到佐证，也在最高人民法院的判决中有所体现。<sup>〔89〕</sup>二者的区别在于：禁止反复效力的拘束是单一的，仅禁止被告“以同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的行政行为”；而“遵守判旨”效力的拘束是双重的，不仅禁止被告对于法院在判决中认定成立的请求理由及其基础事实作出相反的判断，还将被告重作时的判断余地限缩在法院认为“尚需被告调查与裁量”的事项上。<sup>〔90〕</sup>答复判决“遵守判旨”的效力可以更精细地分割给付诉讼中法院与行政机关各自的权限，在不侵夺行政机关首次判断权的情况下促进争议的实质性解决。<sup>〔91〕</sup>

〔88〕 德国法上称之为“答复判决”。参见〔德〕弗里德赫尔穆·胡芬：《行政诉讼法》，莫光华译，法律出版社2003年版，第446页。2016年最高人民法院在“郭某欣诉山东省巨野县人民政府等征收补偿决定及复议决定案”中借鉴德国法上的界定，引入“答复判决”的概念。“如果这种事实调查过于繁重，或者存在行政裁量或判断余地之情形，法院也可以作出一种答复判决，即法院不是直接宣布行政机关的义务，而是责令行政机关按照法院的法律观重新作出决定。”最高人民法院（2016）最高法行申2621号行政判决书。

〔89〕 参见最高人民法院（2017）最高法行申265号行政裁定书。

〔90〕 Vgl. Christian Bickenbach, Das Bescheidungs Urteil als Ergebnis einer Verpflichtungsklage, 2006, S. 206; Marcus Hödl-Adick, Die Bescheidungsklage als Erfordernis eines interessengerechten Rechtsschutzes, 2001, S. 79-80. 最高人民法院法官撰写的司法解释书采取了类似立场：“被告违法拒绝履行或者无正当理由逾期不予答复的，法院实际上已经表明了自己的‘法律观’，即原告的请求理由是成立的，而被告采取了违法拒绝履行或者无正当理由逾期不予答复的方式，法院在判决理由中已经肯定了原告的诉讼请求，并且否定了被告不履行法定职责的行为，只是由于被告对相应的行政事项尚具有裁量空间、调查空间、判断空间，法院才不作出具体判决，而交由行政机关按照法院的‘法律观’或者‘司法意旨’作出相应的行政行为。”江必新、梁风云：《最高人民法院新行政诉讼法司法解释理解与适用》，中国法制出版社2015年版，第186-187页。

〔91〕 将答复判决视为撤销加重作判决的观点（如王明喆：《行政诉讼履行判决的类型与适用——基于“不履行法定职责”类型化的分析》，载《环球法律评论》2023年第3期），忽视了遵守判旨效力同禁止反复效力之间的区别，应予反驳。

## 六、结 语

尊重行政的首次判断权意味着行政审判的上诉审类似性，但这并非行政诉讼的本质属性，而是时代的产物。在行政诉讼制度初建时期，公法权利依赖于实定法，主要表现为“免于非法侵害”的消极自由，则由特别行政机关（行政法院）以类司法的程序审查并排除非法的行政干预即可实现秩序维护与权利保障。权利保护理念的高扬使得行政诉讼从合法性审查制度转型为权利救济制度，公法权利权能的扩张又使得仅进行合法性审查不能满足权利保障的需要，给付诉讼的分化与并立成为大势所趋，此时尊重行政的首次判断权是行政权判断优势的体现。可见，诉讼的类型化并不会抹消行政的首次判断权原理，只是使之缓和化。尊重行政的首次判断权等于尊重行政机关在行政行为理由上未行使的调查与裁量，同尊重行政裁量虽有联系，更有区别，法院是否要在其他理由上进行替代性判断取决于权利保护实效性的要求、法院的事实发现能力以及行政裁量余地。据此可以依据诉讼类型分别讨论行政首次判断权的展开。撤销诉讼围绕侵害行为的合法性展开，法院原则上不宜代替行政机关首次判断。给付诉讼则聚焦于原告实体法上的请求权是否成立，法院要为尊重行政的首次判断权提供更具实质性的理由。

---

---

**Abstract:** Respecting administrative primary judgement implies the similarity of the appellate trial of administrative litigation. At the early stage of the administrative litigation system, public right was embodied in the freedom from unlawful infringement, and cancellation of unlawful administrative acts by a relatively independent organ could maintain order and safeguard freedom. The concept of rights protection and the expansion of the connotation of public rights makes the court can not stop at the legality review, and respect for administrative primary judgement is no longer a kind of priori commandment, but respect for the superiority of the case considerations. The smallest unit of the primary judgement is the reason for the administrative act, and whether the court is to substitute judgement on other reasons depends on the effectiveness of rights protection, the fact-finding ability of the court, and administrative discretion. The unfolding of the administrative primary judgement can be discussed according to litigation types: revocation litigation is centred on the administrative act, and the exclusion of unlawful administrative acts protects the plaintiff's rights, and the change of the administrative penalty judgement can only be a rare exception; fulfillment litigation focuses on the legal relationship, and serves the realisation of public law rights, court has to provide a more substantial ground for the respect of the administrative primary judgement, which is usually administrative have an irreplaceable advantage in fact-finding or retain a discretion that cannot be further compressed.

**Key Words:** primary judgement, lawfulness review, administrative discretion, litigation typification, dispute resolution

---

---

（责任编辑：于文豪）