

论行政诉讼的权利保护必要性

王贵松*

摘要:在行政诉讼中,权利保护必要性,又被称作狭义诉的利益,是指原告请求法院以裁判的方式保护其权利的必要性或实效性。对于缺乏权利保护必要性的起诉,我国法院一般裁定驳回。鉴于司法资源有限、当事人有平等利用司法制度的权利,法院以原告实施诉讼的利益为判断基础,斟酌被告应诉负担、其他人利用诉讼制度可能性等因素选择给有保护必要的权利提供救济,具有正当性。权利保护必要性就是在确定有实益、有效率、适时、正当的权利救济契机。在无益、低效、不适时、放弃权利保护、滥诉权等情形下,一般会认为缺乏权利保护的必要性。权利保护必要性也可能因嗣后的原因而消灭。但因为权利保护必要性的判断可能伤及诉权,法院应当开庭审查,提供权利防卫的机会,在适用时应当遵守补充性、有限性、说理性等限制。

关键词:诉的利益;诉权;诉讼要件;滥诉权

法谚说:“有权利必有救济。”姑且不论“权利”的界定,说有权利必有司法救济制度,这在一般意义上是妥当的,但针对具体的权利侵害,是否必然启动司法救济制度,则不无疑问。即便有原告资格,还要取决于有无权利救济或权利保护的必要性。在施行立案登记制后,我国行政诉讼案件受理量猛增。自2016年开始,法院开始频繁运用权利保护必要性的说理驳回不值得保护的诉讼请求。由于这关乎诉权与实体法权利的实现,因而不容轻视。本文将主要围绕最高人民法院近两年来的行政诉讼判决,^①探讨权利保护必要性的适用正当性、判断标准及其适用界限问题。

一、行政诉讼中权利保护必要性的概念与功能

毋庸讳言,权利保护必要性这一概念对我国法学界、特别是行政法学界而言还相对陌生,理论研究一定程度上已落后于司法实务,亟待研究跟进。

* 中国人民大学法学院副教授。

① 考虑到最高人民法院判决的权威性和终局性,本文选取了其作出的20余件相关裁定(2016-2017年)为分析对象。当然,地方法院也有很多适用权利保护必要性的裁判,本文会适当引证。

(一) 权利保护必要性与诉的利益

所谓权利保护的必要性或权利保护必要 (Rechtsschutzbedürfnis, 也被译作法律保护需要^②), 在德国法上又被称作权利保护的利益 (Rechtsschutzinteresse),^③ 它是指原告请求法院以裁判的方式解决纠纷、保护其权利的必要性或者实效性, 无司法救济即无法有效地实现原告的合法权益。提起任何诉讼, 请求法院裁判, 均应以具有权利保护的必要性为前提。具备权利保护必要性的, 其起诉才具有值得保护的利益。因而, 权利保护必要性在日本法上又常被称作狭义诉的利益。

权利保护必要性与诉的利益, 在我国的理论与审判实践中常常存在混用的现象。但“诉的利益”一词有广狭义之分。日本行政法学者原田尚彦认为, 诉的利益通常可以从三个方面来判断, 包括请求内容是否适合作为审判的对象 (诉讼对象)、当事人对请求是否有正当的利益 (当事人资格)、从周围情况看是否存在足以让法院对请求作出判断的具体实际利益 (具体利益或者必要性)。其中第三点为狭义诉的利益。^④ 这些在民事诉讼法学上分别对应权利保护的资格、当事人资格和权利保护的必要或利益。兼子一认为, 在诉讼的原被告作为案件的利害关系人具有促进案件解决的权能资格 (当事人适格) 时, 从当事人角度看, 其就具有了主观性诉权利益; 在具有权利保护的资格 (适合用判决来确定请求内容的一般资格) 和权利保护的必要性 (原告具有要求就此作出判决的现实必要性) 时, 就具有了客观性诉权利益。^⑤ 与民事诉讼法学一样, 行政法学上一般都是将权利保护必要性称作狭义诉的利益,^⑥ 鉴于其需要从客观情况判断, 又称其为诉的客观利益。^⑦ 权利保护的资格、当事人资格和权利保护必要性之间具有一定的共性, 三者都是从不同角度判断有无启动审判权的必要性, 三者之间也有很强的关联性, 而且有时就是一体的, 诸如确认之诉中原告资格与确认利益即为表里一体的关系。但三者大致还是可以作出区分的: 狭义“诉的利益涉及的是针对有关请求内容自身做出本案判决的必要性及实效性之问题”, 而“当事人适格涉及的是在诉中对特定当事人做出本案判决的必要性及实效性之问题”; 狭义“诉的利益是关于择选应做出本案判决之诉讼标的的要件, 而当事人适格, 则是有关择选应做出本案判决之当事人的要件”。^⑧ “原告资格是从特定原告的主观侧面来看原告有无正当资格进行诉讼的利益问题, 而狭义诉的利益是从具体的周边情况这种客观侧面来看维持、进行诉讼有无法律上利益的问题。当然, 原告资格与狭义诉的利益基本上是共通的, 其区别未必明确。”^⑨

从我国法院的审判实践来看, 存在混用广义与狭义诉的利益的现象。例如, 孙长荣诉吉

② 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 386 页; [德] 罗森贝克、施瓦布、戈特瓦尔德:《德国民事诉讼法》, 李大雪译, 中国法制出版社 2007 年版, 第 653 页。

③ 参见 [德] 奥特马·尧厄尼希:《民事诉讼法》, 周翠译, 法律出版社 2005 年版, 第 190 页。

④ 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 1-2 页。原田尚彦所界定的诉的利益也是最广义诉的利益。

⑤ [日] 兼子一『民事訴訟法体系』(酒井書店、1965 年増補版) 152 頁参照。

⑥ [日] 金子正史「狭義の訴えの利益」法学教室 263 号 (2002 年 8 月) 21 頁参照。

⑦ [日] 曾和俊文「訴えの利益 (3) 訴えの客観的利益」法学教室 433 号 (2016 年 10 月) 76 頁参照。

⑧ [日] 新堂幸司:《新民事诉讼法》, 林剑锋译, 法律出版社 2008 年版, 第 187、205 页。

⑨ [日] 南博方、高橋滋編『条解行政事件訴訟法 第 3 版』(弘文堂、2006 年) 268 頁 (畠山稔、福田千恵子執筆)。

林省人民政府行政复议不予受理决定案的裁判摘要指出：“行政机关针对咨询申请作出的答复以及不予答复行为，不属于政府信息公开行为，不会对咨询人的权利义务产生实际影响，故不属于行政复议的受理范围。起诉人缺乏诉的利益，则无原告资格，人民法院可以不予受理或裁定驳回起诉。”^⑩ 这里诉的利益相当于受案范围或权利保护的资格，即行政活动的可诉性或法院的可审查性问题。法院有时也将诉的利益等同于原告资格。例如，在段梅平诉陕西省泾阳县人民政府、泾阳县国土资源局等撤销土地使用证案中，最高人民法院认为，段梅平与“颁证行为没有法律上的利害关系，不具有诉的利益”。^⑪ 法律上利害关系是判断原告资格的标准，这里的诉的利益显然就是原告资格的代名词。

相对而言，“诉的利益”的概念较为复杂，有最广义、广义与狭义之分。而且，从概念的语感上来说，“诉的利益”显示出一种主观性，是原告的利益；而“权利保护的必要性”则显示出一种客观性，在综合权衡原告权利、被告利益和公共利益之后得出的保护必要，旨在保护或约束法院，因而“权利保护必要性”更为明确。从最高人民法院的用语来看，使用“权利保护必要”（有时也表述为“诉权行使的必要性”等）也多于同一内涵的“诉的利益”。故而，本文优先选用德国法概念“权利保护的必要性”。

（二）权利保护必要性的产生与功能

权利保护必要性“是十九世纪末，因确认之诉、将来给付之诉得到承认后才创造出来的概念”。^⑫ 众所周知，行政诉讼脱胎于民事诉讼。起初的民事诉讼只有给付诉讼，当时诉讼的意义仅限于变更私人之间现实利益的必要情况，因此，诉讼以强制执行为当然前提。后来人们逐渐发现，只确认权利关系也能解决纠纷，明确将来不改变其利益也有意义，所以，确认之诉得到承认。^⑬ 但是，如果在法律上对可请求确认的对象不加限制，当事人就能就任何事情请求法院予以确认。因此，需要通过确认利益来限定确认之诉的对象。^⑭ 这一点在行政诉讼中尤为明显。确认之诉没有限定的审判对象，而且不像给付之诉那样有判决的执行力来确保纠纷解决的实效性。因而，与确认之诉得到一般化承认相伴，确认之诉中，对寻求司法救济具有一定利益就被认为是不可欠缺的要件。将来给付之诉也只有事前提出申请后才具有保护的必要性。权利保护必要性起初被认为是确认之诉的特有要件，之后才不问诉讼类型而一般化了。以类似利益为要件，成为各种诉的一般现象。^⑮

^⑩ 《最高人民法院公报》2016年第12期，第23页。

^⑪ （2016）最高法行申4014号，2016年12月30日。类似的案例还有：在元氏县石化产品总公司等诉河北省元氏县人民政府其他行政行为案中，最高人民法院认为，“武建立被免去公司经理职务后，使用作废公章，仍以元氏县石化产品总公司名义提起诉讼，并不是该企业真实的意思表示，也不能代表该企业主张诉权，故不具有原告诉讼主体资格；商业总公司的机构设置属于公司经营管理的内部事务，与武建立个人无法律上的利害关系，该机构的设置、成立未侵犯武建立的合法权益，故武建立以个人名义对元氏县人民政府设立元氏县商业总公司的行为提起行政诉讼因缺乏诉的利益而不能成立”。（2016）最高法行申2057号，2016年9月29日。在常艳飞诉国家质量监督检验检疫总局不履行法定职责案中，常艳飞“其所购宝马汽车型号不在召回范围之内，其也未提供有效证据证明与要求国家质检总局履行法定职责之间存在利害关系，因此，再审申请人常艳飞不具有诉的利益”。（2016）最高法行申2844号，2016年9月30日。

^⑫ [日]中村英郎：《新民事诉讼法讲义》，陈刚、林剑锋、郭美松译，法律出版社2001年版，第154页。

^⑬ 参见[日]兼子一、竹下守夫：《民事诉讼法（新版）》，白绿铉译，法律出版社1995年版，第47页。

^⑭ 参见邵明：《论诉的利益》，《中国人民大学学报》2000年第4期，第119页。

^⑮ [日]三ヶ月章「権利保護の資格と利益」『民事訴訟法研究 第一卷』（有斐閣、1962年）5-7頁参照。

在我国的司法实践中，权利保护必要性所具有的功能多是消极意义上的。如果原告的起诉缺乏权利保护必要性，法院将裁定驳回。这也是权利保护必要性的传统功能，即产生排除效果，或者说消极性程序利用规制。法院藉由权利保护必要性，可避免因无益之诉浪费司法资源、给被告增添应诉负担，同时对原告起诉要求判决的权能（诉权）作出限制。在李帮君诉公安部政府信息公开及行政复议案中，最高人民法院指出：“行政诉讼是解决行政争议，保护民众合法权益，监督行政机关依法行使职权的法律救济途径。对于行政争议，应当依照行政诉讼法的规定提起行政诉讼，寻求权利保护……人民法院既要充分保障当事人正当诉权的行使，也有义务识别、判断当事人的请求是否具有足以利用国家审判制度加以解决的实际价值或必要性，从而避免因缺乏诉的利益而不当行使诉权的情形发生。”^{①⑥}

当然，权利保护必要性也有其积极的功能，具有权利保护必要性者，法院就应当受理并作出裁判，切实保障当事人的诉权。这种功能与前述消极功能可以说是一体两面的关系。除了在诉讼审理中发挥功能外，权利保护必要性还能在权利概念生成中发挥积极作用。在实体法尚无明文规定的新型案件出现时，法院综合判断后认可其权利保护必要性，进入实质审理，新的权利就开始了生成过程。权利保护必要性就是通过诉讼审判后创制实体法规范、生成具体性权利或手段性权利的重要开端。^{①⑦} 举例而言，在念泗三村 28 幢楼居民 35 人诉扬州市规划局行政许可行为侵权案中，原告诉称，系争规划建筑“破坏了瘦西湖景区的景观，不符合扬州市的城市规划，严重影响了我们的居住环境，侵犯了我们的合法权益”，请求撤销《建设工程规划许可证》。法院并未将此作为问题来审查，而是径直展开对规划许可证合法性的审查。^{①⑧} 原告的诉求大致相当于景观权，这是法律上尚未实定化的权利，如果法院对此多次直接进入实体审查，就可能从司法实践中形成景观权。在我国行政法制并不发达的今天，还有诸多权利并未得到应有的保护，但却可能包含在《行政诉讼法》所保护的“合法权益”之中。“可以预测的是，随着社会上价值多元化的进展，在既有权利关系中无法消解的问题将被带进法院，这种可能性今后正越来越大。”^{①⑨} 当然，法院在肯定权利保护必要性、创造新权利时应当循序渐进、慎重而为，以与自身的宪法地位相称。

二、行政诉讼中法院适用权利保护必要性的正当性

鉴于在现阶段的司法实践中，权利保护必要性主要发挥着消极性程序利用规制功能，下文将站在诉的排除效果角度来讨论其适用问题。值得注意的是，权利保护必要性虽然有这种

^{①⑥} 最高人民法院行政裁定书（2016）最高法行申 4403 号，2016 年 12 月 23 日。

^{①⑦} 参见 [日] 谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 191—192 页。

^{①⑧} 参见《最高人民法院公报》2004 年第 11 期，第 31—36 页。

^{①⑨} [日] 松尾卓惠「訴えの利益の概念と機能再考」民事訴訟雑誌 43 号（1997 年）244 頁。

效果，但在我国的行政诉讼法上却没有相应的规定。有的地方法院就曾明确否定其适用。^⑳那么，作为司法机关的法院，在适用权利保护必要性时究竟有无正当性呢？

（一）权利保护必要性与诉权构成

首先需要明确的问题是，权利保护必要性是否影响诉权，又在怎样影响诉权？如果其与诉权的享有和行使无关，法院适用权利保护必要性就不构成问题。但如前所述，权利保护必要性可能妨碍诉权的构成并限制着诉权的行使。

“当将个人提起诉讼、接受裁判之关系视为个人权能时，这种权能被称为诉权。”^㉑具体到行政诉讼中，“行政诉讼是行政活动中的权利主体按照法律预设程序，请求法院对有关行政纠纷作出公正裁判的程序权利”。^㉒我国《宪法》第41条为行政诉讼中公民的诉权提供了宪法基础。

对于权利保护必要性到底是在诉讼要件上还是权利保护要件上影响诉权，在理论上存在争议。^㉓在不同的诉权观之下，就有对权利保护必要性性质的不同认识。争论的焦点在于，在诉权之下，可以要求什么样的行为或裁判？应当在什么样的要件下认可这种诉权内容？在民事理论上经历了私法诉权说向公法诉权说的转变，诉权被理解为公民针对国家的公权利，而独立于私权。在公法诉权说之下，又有抽象诉权说和具体诉权说的争论。抽象诉权说认为，当事人获得与诉相对应的某种判决即构成诉权的内容。即使被驳回诉讼请求，也视为行使了诉权。这种诉权与起诉自由无异，没有作为独立权利加以构成的必要。具体诉权说主张将诉权作为请求胜诉判决来构成，因此又被称作权利保护请求权说。但这种学说赋予当事人要求法院按照自己主张作出胜诉判决的权利，不免过于偏颇。于是，就产生了作为抽象诉权说与具体诉权说的中间学说，即本案判决请求权说。该说主张，当事人可请求作出本案判决的权利，但并未要求承认请求。这也成为诉权构成的通说。^㉔《法国新民事诉讼法典》第30条第1款根据这一理论为诉权作出定义：“诉权是提出诉讼主张的人有权就主张的实质得到审理并由法官宣告主张有无依据的权利。”^㉕

⑳ 例如，在仲丽红诉浙江省人民政府土地行政批准案中，浙江省高级人民法院指出，仲丽红曾对相关房屋拆迁争议裁决提起行政诉讼，已经二审终审维持其效力，且相关房屋也已被拆除，但本案其是否有救济必要和诉的利益，并不属于法律规定的起诉条件。原审法院以“已无救济的必要，也无诉的利益”作为裁定理由存在不当，本院予以指正。参见（2016）浙行终353号，2016年5月23日。

㉑ 同注⑧，第175页。

㉒ 薛刚凌：《行政诉讼研究》，华文出版社1999年版，第16页。

㉓ 通常，诉讼的过程分成起诉、诉讼审理和本案审理三个阶段，相应地就有起诉要件、诉讼要件和本案要件（或称权利保护要件）的要求。起诉要件相对简单、形式化，仅涉及诉状和诉讼费用的问题。诉讼要件则涉及当事人资格、诉讼请求、法院管辖等。我国诉讼法未区分起诉要件与诉讼要件，混合规定为起诉条件。理论上认为应当区分起诉要件与诉讼要件，这将有助于保障当事人的诉权与限缩法院的裁量权。本案要件是在符合诉讼要件之后，法院为原告的权利提供保护救济的条件，所以又被称作权利保护要件。诉讼要件是诉讼本身是否符合法定诉讼条件、是否合法的问题，而权利保护要件则是诉讼请求本身是否有理、能否成立的问题。换句话说，前者是能不能进入法院大门的问题，后者是能不能在法院胜诉的问题。

㉔ 参见注⑧，第175-177页。

㉕ 沈达明主编：《比较民事诉讼法初论》（上册），中信出版社1991年版，第214页。

并无异议的是，权利保护必要性是诉权的构成要件之一。^{②⑥} 在权利保护请求权说看来，权利保护必要性是本案实体审理的内容，原告之诉不具备此条件时，应以诉无理由的实体判决驳回。但在本案判决请求权说看来，权利保护必要性是诉讼要件，欠缺这一要件，应以程序不合法判决驳回原告之诉。“权利保护的利益指向法院起诉，通过判决而得到解决事件的利益，换言之即利用诉讼制度的利益，包含诉讼法的一面。在这个范围内，可以将权利保护的利益当作诉讼要件之一。然而，在实体法方面，是原告对被告在诉讼上的请求有关内容，权利保护利益的一部分是经过审理才确认其存在与之相关。简言之，权利保护的利益是诉讼法上的内容，属于诉讼要件，但有些事项也属于权利保护要件（本案要件）。”^{②⑦} 所以，有学者称权利保护必要性是“实体法与诉讼法的过渡领域”。^{②⑧} 总体上，权利保护的必要性虽然包含着实体要素，但与当事人资格等其他诉讼要件并无二致。不具有权利保护必要性，就不符合诉讼要件；适格的当事人具有权利保护必要性，就应在诉权行使中得到充分的保障。

（二）权利保护必要性的适用根据

权利保护必要性会妨碍诉权的构成，也会影响诉权的行使，那么，其实质为何？法院适用的正当性根据何在？日本民事诉讼法学者三月章认为，从本质上说，不适合通过司法机关、程序和规范来处理的争议，即使是私人间的纠纷，也不宜由国家采取民事诉讼的方式来处理。在法院处理法律上争讼的这一命题中，必须考虑到控制这类司法制度运转的国家利益。^{②⑨} 这种视权利保护必要性为国家利益的学说，与诉权否定论的立场是相通的。这种观点“容易忽视与制度运营者立场相对立的制度利用者立场”，应当予以克服，并“确立以制度利用者为先的解释及立法的指向标”。^{③⑩}

通常，原告认为自己的权利具有保护的必要性，而其他当事人则可能予以反驳。这时，对于权利保护必要性，既可以从原告之外的法院或国家立场来把握，看受理诉讼是否会造成法院的负担、浪费应当用于更具切实性的诉讼中的司法资源、损害公民一般利益等；也可以从被告的立场来把握，避免因对方当事人没有解决纠纷必要性和实效性的起诉而进行应诉。但从结果上看，权利保护必要性“还是应当取决于原告、被告以及法院（广而言之是一般国民）

^{②⑥} 在本案判决请求权说之下，对于诉权的构成要件，理论上存在三要件与二要件的争议。二要件说认为，当事人适格与权利保护的必要性构成了诉权。参见江伟、邵明、陈刚：《民事诉权研究》，法律出版社2002年版，第168页。而三要件说则在此外增加权利保护资格。在民事诉讼中，权利保护的资格（是否适合法院审查）或许不构成大的问题，在行政诉讼中，它大致相当于被诉行为的可诉性或受案范围，却是一个较为特殊且重要的问题。但是，特定行为不具有可诉性（撤销诉讼），也只是说它不能按照行政诉讼（撤销诉讼）来处理而已。可诉性问题不考虑该诉已被现实提起的语境，而是预定了一个着眼于一定行政活动本身的内在性质的范畴性判断。参见〔日〕小早川光郎：《行政诉讼的构造分析》，王天华译，中国政法大学出版社2014年版，第263页。故而，或可将权利保护资格或受案范围作为审判权的界限来理解。参见注⑧，第179-180页。如此，诉权两要件说就是妥当的。

^{②⑦} 同注⑫。

^{②⑧} 同注⑮，第17页。

^{②⑨} 参见〔日〕三月章：《日本民事诉讼法》，汪一凡译，五南图书出版公司1997年版，第61页。我国也有学者认为，“诉的利益在其本质上始终是一种基于国家立场的利益观，判断诉的利益之有无的决定性因素是国家意志”。常怡、黄娟：《司法裁判供给中的利益衡量：一种诉的利益观》，《中国法学》2003年第4期，第83页。

^{③⑩} 同注⑧，第178页。

三者之立场及利害的平衡关系”。^{③①} 作为行政诉讼中的被告，行政机关负有公共职能，其正常履行法定职责本身就是公益的体现，应当得到考虑。虽然权利保护的必要是在复合甚至对立的各利益之间的调整，但这些利害并不是并列关系，因为毕竟是原告基于自己的需要和意欲提起了诉讼，故而应以原告的诉讼实施利益为本体、基础和机轴，来判断有无权利保护的必要，只是要在判断时斟酌被告的利益、法院的利益等。^{③②}

从理论上说，法院是由国家财政支撑运转的，为了避免浪费稀缺资源，只有在具有利用诉讼制度的必要时，才能启动诉讼。行政诉讼的目的在于保障私人的合法权益，解决行政纠纷。如果无益于此，就会妨碍行政诉讼制度目的的实现。从当事人的角度而言，每个人在利用诉讼制度上享有平等的权利，如果没有权利保护的必要性却寻求救济，则会侵占其他人利用诉讼制度的机会，就是不具有正当性的起诉。概言之，原告应当在客观上确实需要法院帮助其实现权利，否则法院可以拒绝提供救济。

另外，从实定法的角度来说，虽然我国法律没有规定权利保护必要性，但具有权利保护必要性功能的某些制度已经法定化了。比如，救济时效或起诉期限制度，虽然案件当事人享有权利，但长期不请求保护，在权衡法定安定性利益后已无保护的必要时，法律将阻断其获得司法救济的可能；再如，禁止重复起诉制度，虽然案件中涉及当事人的权利，需要提供司法保护，但法院已经就此作出过判决，再行保护已无必要。法院适用与这些制度功能最相类似的保护必要性，应当说符合这些类似制度的立法目的，法院并未超越其法定权限。

最高人民法院也认识到权利保护必要性并无法律的明文依据，故而在裁判中多次申明如此裁判的正当性。在高文香、高文河等诉天津市人民政府不履行行政复议法定职责案中，最高人民法院认为：“‘无诉则无判’，诉乃发动审判权的前提。然而，是不是只要诉具备了法定形式并符合法定程序，人民法院就必须进行实体审理？现有法律虽然未作出明确规定，但根据审判权的应有之义，结合立法精神以及司法实践可知，答案并非绝对的，诉最终能否获得审理判决还要取决于诉的内容，即当事人的请求是否足以具有利用国家审判制度加以解决的实际价值和必要性。”^{③③}

依其观点，权利保护必要性的正当性当然包含在审判权之中。换言之，法院当然有权判断有无权利保护的必要性。但对于当然的缘由并未言明。在杨吉全诉山东省人民政府行政复议案中，最高人民法院指出：“从救济权利、监督权力的制度功能出发，行政诉讼可以适度向原告倾斜，以求得他们与公权力机关的实质平衡，但在任何一个发达的司法制度中，以牺牲被告的利益为代价考虑原告的利益，都是有失公允的。”^{③④}

由上可知，最高人民法院虽然强调着力保护原告诉权，但更多是在与被告利益相权衡的

^{③①} [日] 高桥宏志：《民事诉讼法：制度与理论的深层分析》，林剑锋译，法律出版社 2003 年版，第 283 页。我国有学者将诉的利益本质理解为“国家利益与当事人利益在民事诉讼上的平衡与协调”。参见杨军：《诉的利益研究》，北京交通大学出版社 2014 年版，第 68 页。

^{③②} [日] 山木戸克己「訴之利益の法的構造」『手続法の理論と実践下巻一吉川大二郎博士追悼論集』（法律文化社、1981 年）67 頁参照。

^{③③} 最高人民法院行政裁定书（2016）最高法行申 4989 号，2016 年 12 月 26 日。

^{③④} 最高人民法院行政裁定书（2016）最高法行申 2976 号，2016 年 9 月 27 日。

前提下判断是否提供权利保护的机会。^⑤ 被告之所以负有应诉义务，应当从原告是“富有理由的挑战”中引申出来。^⑥ 司法制度既然是一项制度，就不应一边倒地保护原告的权利诉求。法院以原告权利保护为优先，但不能忽视被告的正当利益以及其他利用司法制度的可能性，而是应当在多种利益的权衡中确定权利保护有无必要性。故而，法院适用权利保护必要性，虽然无法律明文授权，但合乎诉讼制度目的，合乎当事人诉讼地位的平衡需要，合乎所有人利用诉讼制度的平等权利。

三、行政诉讼中权利保护必要性的判断标准与欠缺表现

权利保护必要性有积极功能，也有消极功能。如果有权利保护的必要性，则继续展开本案审查，看是否符合权利保护要件，而不必对权利保护必要性作过多说明。如果没有权利保护的必要性，则要裁定驳回，故而，需要着重说明为什么没有保护的必要性。因此，现实中，权利保护必要性更多地显现为消极功能，即体现为缺乏保护的必要性并导致裁定驳回。欠缺必要性的情形有很多，各种诉讼类型也有一些特有的欠缺情形，但仍然可以归纳出一些共通的标准来判断是否具有权利保护的必要性。^⑦ 下面主要就最高人民法院的相关裁判进行分类整理，并尝试从中归纳出权利保护必要性的判断标准以及其对应的欠缺的表现，虽然对这些欠缺保护必要的表现可能还可以作出其他的解释。

（一）有用性标准

原告请求权利保护，若法院作出胜诉判决，其权利应当得到现实的救济，也就是说，诉讼对其权利保护是有用的。否则，不会认可权利保护的必要性。具体来说，大致有以下两种情形会被判断为不符合这一标准。

1. 无益的权利保护

诉讼对原告本人而言应当是有益的。有时，“诉之所以没有意义，是因为即使原告能胜诉，他事实上也不可能达到诉讼其目的，因为这个诉讼目的由于事实或法律上的原因，本来就是无法达到的，或者胜诉已没有任何实际意义”。当然，这里“必须将难以胜诉的理由与诉的理由本身区别开来”。^⑧ 不能将难以胜诉归入缺乏权利保护必要性之列。

在杨吉全诉山东省人民政府行政复议案中，杨吉全申请法律援助被驳回，然后向青岛市司法局申请行政复议。其被告知超过复议期限，再向青岛市政府、山东省政府逐级申请行政复议，均被告知不符合受理条件，遂将山东省政府诉至法院。最高人民法院认为：“对于明

^⑤ 地方法院的判决也有从这一角度进行论证的。诸如，在贾友宝诉山东省人民政府不履行行政复议法定职责案（（2017）鲁01行初36号，2017年4月28日）中，济南市中级人民法院认为，行政资源和司法资源的有限性，决定了行政机关和人民法院只能满足当事人有效的正当的行政需求和司法需求。本案中，原告通过申请政府信息公开继而提起行政复议、行政诉讼，以期达到扩大影响、反映信访诉求目的的行为，已经使行政和司法资源在维护个人利益与公共利益之间有所失衡，原告所为已经背离权利正当行使的本旨，其起诉不具有予以司法救济的必要性，也即无诉的利益，故原告的起诉依法应予驳回。

^⑥ 同注^⑤。

^⑦ 参见注^②，弗里德赫尔穆·胡芬书，第387-390页；吴庚、张文郁：《行政争讼法论》，自版2016年版，第291-299页；陈清秀：《行政诉讼法》，法律出版社2016年版，第281-288页。

^⑧ 同注^②，弗里德赫尔穆·胡芬书，第388页。

显违反、甚至是一再违反一级复议制度的申请，行政复议机关可以在口头释明之后不作任何处理；申请人对此不服提起行政诉讼的，人民法院可以不予立案，或者在立案之后裁定驳回起诉……对于一个毫无事实根据和法律依据的指控，即使最终判决被告胜诉，也是对被告的不公平，因为将他们传唤到法院应诉本身已经使他们承受了不应承受的花费和压力……对于此类明显违背行政复议制度、明显具有任性恣意色彩的反复申请，即使行政复议机关予以拒绝，也不应因形式上的“不作为”而将其拖进一个没有意义的诉讼游戏当中。”^{③⑨}

复议申请期限属于行政复议的申请要件之一，不符合申请条件者，可以不予受理或驳回申请。反复逐级申请复议后提起行政诉讼，被最高人民法院视为“没有意义的诉讼游戏”。

在李山林诉北京市朝阳区人民政府、北京市人民政府政府信息公开、行政复议案中，最高人民法院认为：“针对一个本来是满足其申请的授益性行政行为起诉，也因缺乏权利受侵害的事由从而缺乏可保护的合法权益而不具备诉的利益。”^{④⑩} 没有损害，提起诉讼也不会获得实益。

在滕征诉河北省固安县人民政府、固安县国土资源局行政赔偿案中，最高人民法院认为：“滕征在领取协议约定的款项后，该协议已经得到了履行，表明双方之间的纠纷已经得到了解决，滕征也因此丧失了诉的利益。”^{④⑪} 原告所受的损害已不复存在，也就不存在权利保护的必要。

2. 权利保护的放弃

行政法上，行政相对人的权利通常具有专属性，不可放弃。但与公益无关或无违于公益的私人权利是允许放弃的。也就是说，一定条件下，权利保护的机会可以被放弃，只要该放弃既不违反公共利益，也不是基于行政机关胁迫。在放弃权利保护的机会之后再行起诉，则可能构成缺乏权利保护的必要性。^{④⑫} 在张有为等诉天津市人民政府拆迁行政复议案中，最高人民法院指出：“行政复议和行政诉讼既属权利救济制度，当事人申请行政复议、提起行政诉讼就应具备权利保护的必要性。本案争议系因房屋拆迁安置补偿问题引发，但根据原审法院查明，再审申请人已于2006年与相关单位签订安置补偿协议，并且已实际履行，再审申请人的安置补偿权益已经依法得到保障。在此情况下转而申请复议、提起诉讼，明显缺乏权利保护必要性。更为重要的是，再审申请人申请行政复议的282号限期搬迁决定作出在前，与相关单位签订安置补偿协议在后，应当视为再审申请人通过签署安置补偿协议表达了对于前置限期搬迁决定的认可，即使存在权利保护必要性，也属自愿放弃了相关权利。”^{④⑬}

^{③⑨} 同注③⑨。

^{④⑩} 最高人民法院行政裁定书（2016）最高法行申3007号，2016年9月30日。

^{④⑪} 最高人民法院行政裁定书（2016）最高法行申1796号，2016年11月30日。当然，法院接着说：“原审裁定以其与本案不具有利害关系为由驳回其起诉并无不当，”又是将诉的利益等同于利害关系。类似的，最高人民法院在张关六等20人诉浙江省义乌市义亭镇人民政府土地协议案中指出：“18名再审申请人已经领取了涉案土地的青苗补偿款，可视作认可对其所作的补偿，有关的补偿权益宜直接向其所在的村民委员会，也即被诉协议的一方当事人主张。而起诉涉案协议，缺乏直接的诉的利益，在原告主体资格上亦难以获得支持。”（2016）最高法行申1785号，2017年1月25日。这里所称的“诉的利益”相当于权利保护必要性，而不同于原告资格问题。

^{④⑫} 在行政诉讼过程中的撤诉是需要经过法院审查准许的（《行政诉讼法》第62条），但不上诉则是原告的自由。

^{④⑬} 最高人民法院行政裁定书（2016）最高法行申2385号，2016年9月28日。

在搬迁决定作出后，签署安置补偿协议即意味着同意搬迁，认可安置补偿。这一意思表示与针对搬迁决定和安置补偿的起诉是不可两立的。在无损于公益时，个体放弃了权利保护的机会，又出尔反尔，再次寻求权利保护，有违诚实信用原则。在张有为案中，最高人民法院还指出：“抛弃权利保护的方式包括单方向人民法院表示、单方向诉讼的另一方当事人表示，也包括当事人之间自愿达成合意。”

在现实中，存在当事人与行政机关签订“息诉罢访协议”的情况。最高人民法院认为，该协议属于可诉的行政协议。^{④④} 只有在其遵循自愿、合法、不损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益的条件时，才能产生息诉罢访的协议效果，导致权利保护的放弃。^{④⑤}

（二）适时性标准

通常，司法只有在适当的时机下才能真正给原告提供应有的救济。适时性也是判断权利保护必要性的重要标准。以下两种情形会被认为不具有权利保护的必要性。

1. 不适时的权利保护

不适时的权利保护包括为时尚早与为时已晚两种情形。为时尚早，是指诉讼时机尚未成熟。诉讼时机不成熟包含案件时机不成熟的情形和未穷尽行政救济的情形。案件成熟是指“行政程序必须发展到适宜由法院处理的阶段，即已经达到成熟的程序，才能允许进行司法审查”；而“穷尽行政救济是指当事人没有利用一切可能的行政救济以前，不能申请法院裁决对他不利的行政决定”。^{④⑥} 案件不成熟就是要等待行政程序达到某个阶段。^{④⑦} 通常的行政诉讼是事后审查原则，^{④⑧} 只有在行政机关作出了判断和决定之后，法院才能进行审查，以免产生与司法地位不符的不当干预。例如，法院不能允许当事人申请撤销将来的不利决定。“那种先预测到未来类似事件的发生，然后提前作出抽象式的预防宣告之举，反倒与立法作用相近，它逾越了以解决个案为己任的司法作用的界限。”^{④⑨} 而穷尽行政救济则取决于法律有无设置行政诉讼的前置程序。

为时已晚，是指起诉人向法院过迟地主张权利，大致相当于“诉讼程序上权利失效”。

^{④④} 在韩甲文诉黑龙江省肇源县人民政府行政协议案中，最高人民法院指出：“行政机关与上访人签订的息诉罢访协议，实质上是行政机关为了维护社会和谐稳定、公共利益和实现行政管理职能的需要，根据属地主义原则在其职责权限范围内，与上访人达成的有关政府出钱或者是给予其他好处、上访人息诉罢访等具有行政法上权利义务内容的协议，属于可诉的行政协议范畴。”（2016）最高法行申45号，2016年3月29日。

^{④⑤} 在向华英、胡小平诉湖北省武汉市硚口区人民政府等确认强拆行为违法及行政赔偿案中，最高人民法院认为：“双方在协议中约定，古田街办事处一次性给予向华英、胡小平人民币三万元的特殊困难补助金，向华英、胡小平同意罢访息诉、案结事了。该协议系双方真实意思的表示，向华英、胡小平也已实际收到了补助金。在向华英、胡小平并未举证证明该协议存在无效或可撤销事由的情况下，该协议对其具有约束力，据此，向华英、胡小平已丧失了诉的利益。”（2016）最高法行申3212号，2016年12月19日。

^{④⑥} 王名扬：《美国行政法》（下），中国法制出版社1995年版，第642、651页。

^{④⑦} 在赖恒安与重庆市人民政府不予复议行政纠纷上诉案中，最高人民法院指出：“重教函（1999）21号报告从形式上看属于行政机关内部公文，但在抄送赖恒安本人后，即已具有具体行政行为的性质；由于该报告需待上级主管部门审批，其内容尚未最终确定，对赖恒安的权利义务并未产生实际影响，故该行为属不成熟的行政行为，不具有可诉性。”法公布（2000）第8号，2000年2月23日。但在该案中，法院并没有使用权利保护必要性或诉的利益的概念。

^{④⑧} 《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》第11条是一个例外，该条规定了针对商业秘密、个人隐私的预防性禁止公开判决。

^{④⑨} 同注④，第22页。

嗣后提起行政诉讼违背诚信原则，尤其是因原告虽然长时间已经知悉或已应知悉其诉讼原因，但仍迟迟不起诉，以致被告及其他当事人依案件特别情况，可以信赖并无任何诉讼被提出，这时若提起诉讼，将导致权利失效。^{⑤①}

在郭家新等诉淄博市博山区人民政府解除聘任关系案中，原告于1996年6月被解聘，2015年7月才向人民法院提起诉讼，请求确认解聘行为无效。最高人民法院认为：“本案被诉行政行为的违法性显然没有达到这种程度……虽然《中华人民共和国行政诉讼法》并没有明文规定请求确认行政行为无效是否适用起诉期限的规定，但根据一般诉讼原理，请求确认行政行为无效，仍须于适当期间内提起，如果时过境迁又重提旧事，则难以维持法律秩序的安定，并不无滥用诉权之嫌疑。”^{⑤②}

在是否适用一般起诉期限不明确时，若长期不行使诉权，之后再行起诉，会破坏法的安定性。对此，最高人民法院认为有滥用诉权之嫌，亦即不具有权利保护的必要性。^{⑤③}

2. 权利保护必要性的嗣后消灭

在行政行为作出后，原本存在权利保护的必要性，但可能因嗣后情况的变化而导致再就该行政行为进行讼争已失去意义，这时，权利保护必要性消灭。当然，即便行政行为消灭，权利保护必要性未必同时消灭。若存在附随利益，仍可能依据《行政诉讼法》第74条作出确认违法判决。^{⑤④}

先行行为造成了侵害，可能因行为后的情势变更而导致权利保护必要性的消灭。有时，因行政机关在事后但在诉前已经满足了私人的要求，权利保护必要性因此消灭。当然，如果存在确认利益，也可能针对先行行为作出确认违法判决。在孙长荣诉吉林省人民政府行政复议不予受理决定案中，最高人民法院认为：“在吉林省住建厅已以口头方式作出答复，尤其是在孙长荣提起本案诉讼前吉林省住建厅已经公布废止吉建房字〔1999〕27号通知的情况下，孙长荣仍然要求人民法院责令行政机关对该通知的效力问题作出答复，其起诉并无应受司法保护的现实利益，其请求被申请人重新作出行政行为已丧失诉的基础。”^{⑤④}

同样，在徐占山、王素芹诉河北省平泉县人民政府强制拆迁及行政赔偿案中，最高人民法院认为：“提起行政诉讼，应当有依法值得保护的诉的利益之存在。在本案中，徐占山、

^{⑤①} 参见注②⑦，陈清秀书，第284页。

^{⑤②} 最高人民法院行政裁定书（2016）最高法行申2233号，2016年9月26日。最高人民法院还在本案中指出：“再审申请人还主张，原告是否超过起诉期限，应当由被告举证证明，人民法院不能依职权主动审查起诉期限，一审法院迳行驳回起诉，适用法律错误。本院认为，设置起诉条件的旨趣在于不使那些不符合法定条件或者没有进入实体审判必要性与实效性的诉进入实体审理，所以，这是法院应当依职权主动调查的程序性事项，不用基于当事人申请，在当事人没有提交相关证据的情况下法院也可以主动调取相关证据……由于与起诉条件有关的事实并非都很复杂，因此无需都要经过开庭审理才能查明。”

^{⑤③} 当然，从理论上讲，对于无效行政行为，是否有起诉期限的问题，是值得商榷的。我将另文分析。

^{⑤④} 德国的行政法院法有明文规定，即使行政行为消灭，原告有正当利益时，法院仍可确认违法（继续确认诉讼）。被认可的正当利益有：恢复人的尊严和人格权利，名誉受到侵害，反复同种行为充分特定化危险等。在美国，因起诉后情况发生变化而失去纠纷的现实性、或有意的裁判救济变得不可能时，根据诉由消失法理（mootness doctrine）驳回起诉，但存在例外：系争行为短期内终了，但有反复的盖然性；被告自发地作出系争行为，有再发之虞；即使所请求的救济变得不可能，也能对原告造成某种法的不利。〔日〕村上裕章『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007年）336頁參照。

^{⑤⑤} 同注⑩，第26页。

王素芹对于因强拆行为所遭受的损失，已通过徐占山与恒信公司签订《房屋拆迁补偿协议书》而获得了补偿。徐占山在其与恒信公司于2008年2月1日签署的《补充协议》中也承认前述协议并已实际履行完毕，平泉县公证处也在事后对前述协议进行了公证，该事实表明徐占山、王素芹的利益已得到保障，其起诉已缺乏诉的利益。”^{⑤⑤}

有时，因期间经过而导致权利保护必要性消灭。在褚庆明、孙桂方诉江苏省苏州市人民政府土地行政登记案中，最高人民法院指出：“本案再审申请人褚庆明提起诉讼时，土地租赁合同约定的租期已经届满，而被诉登记颁证行为亦未影响其在合同租期内的承租权，故褚庆明提起本案诉讼，缺乏权利保护必要性，不具备诉的利益。”^{⑤⑥}

这一标准同样体现在贾焕文诉河北省献县人民政府土地行政登记案中。1989年，贾焕文等人成立西八废品加工厂，与村委会签订土地使用协议，承包期10年，一年后因经营不善而散伙。村委会在1994年将含该地块的土地租赁给曲世昌公司，后曲海占通过转让获得该土地的使用权，并于2011年获得相应的土地使用权证书。贾焕文请求撤销上述土地使用证。最高人民法院认为：“原西八废品加工厂使用土地期限已经届满，再审申请人提起本案诉讼已不具有权利保护必要性。故再审申请人起诉不符合法定起诉条件。”^{⑤⑦}原承包期为10年，至1999年已届满。西八废品加工厂与村委会之间即使可能存在土地使用费纠纷，但正如最高人民法院在上述褚庆明案所说的：“发证行为所依据的法律规范并不要求登记发证机关在行政程序中特别考虑土地承租人的权益，”所以，贾焕文与后续的发证行为并无关联，也不存在有必要保护的权益。

（三）效率性标准

权利保护必要性本是利益衡量的结果，在具有其他更为简便的途径实现权利保护的目的是，寻求行政诉讼的权利保护便是低效的、不必要的，起诉人应当诉诸更为有效的途径。^{⑤⑧}当然，“那种更容易的途径必须是等价的，而且确实能够澄清法律问题”。^{⑤⑨}

对于“低效的权利保护”，在最高人民法院的裁判中也有触及。在石凯诉江苏省人民政府、江苏省宿迁市人民政府不履行法定职责及行政复议案中，最高人民法院指出：“上级人民政府该职权系基于上下级行政机关之间的层级监督关系而形成，上级人民政府不改变或者不撤销所属各工作部门及下级人民政府决定、命令的，一般并不直接设定当事人新的权利义务，当事人可以通过直接起诉所属工作部门或者下级人民政府作出的行政行为来维护合法权益。在存在更为有效便捷的救济方式的情况下，当事人坚持起诉人民政府不履行层级监督职

^{⑤⑤} 最高人民法院行政裁定书（2016）最高法行申4445号，2016年12月28日。本案存在两个行为，诉讼对象是拆迁行为，其造成的损失通过后续的补充协议形式得以弥补。不同于前述领取补偿款又起诉的案件。

^{⑤⑥} 最高人民法院行政裁定书（2017）最高法行申56号，2017年3月28日。

^{⑤⑦} 最高人民法院行政裁定书（2017）最高法行申640号，2017年3月28日。

^{⑤⑧} 在我国信息公开行政诉讼中，对于私人起诉未公开本应主动公开的情形，最高人民法院设置了前置条件，《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》第3条规定：“公民、法人或者其他组织认为行政机关不依法履行主动公开政府信息义务，直接向人民法院提起诉讼的，应当告知其先向行政机关申请获取相关政府信息。对行政机关的答复或者逾期不予答复不服的，可以向人民法院提起诉讼。”这就是从效率性的角度基于权利保护必要性考虑所作的的设计。

^{⑤⑨} 同注②，弗里德赫尔穆·胡芬书，第387页。

责，不具有权利保护的必要性和实效性，也不利于纠纷的及时解决，且易于形成诉累。”^⑩

当事人可以请求启动内部监督程序，但该请求并无直接启动程序的效力，故而具有很大不确定性。而针对征收房屋的责任主体提起行政复议或行政诉讼，则是当事人的救济权利，而且能够直接解决问题。故而，法院认为，起诉上级人民政府不具有权利保护必要性。

在刘书平诉郑州市郑东新区管理委员会拒收国家赔偿申请行为案中，刘书平请求确认郑东新区管委会拒收国家赔偿请求违法。最高人民法院认为：“行政机关……在事实上拒绝了这一个（国家赔偿）申请，这样一来，‘赔偿义务机关先行处理’这个前提条件就会成就，再审申请人可以毫无障碍地直接提起请求判令行政机关予以赔偿的诉讼。仅仅要求确认一个‘拒收’行为违法，既缺乏‘澄清’某种法律关系的需要，也不是最便捷、最能解决实际问题的诉讼类型。提起再审也要有实际利益。即使原审裁判存在某些瑕疵，如果通过再审并不能实质解决争议，或者在再审之外另有更为便捷的解决途径，那么耗时费力地启动一次再审，也只是浪费资源、徒劳无益……相关国家赔偿争议也已进入诉讼程序，在这种背景之下，更没有提起再审的任何必要。”^⑪

在金实、张玉生诉北京市海淀区人民政府履行法定职责案中，原告要求海淀区政府撤销某规范性文件，在收到海淀区政府不予撤销的回复后提起行政诉讼。最高人民法院在履行职责之诉与其他诉讼之间作出比较，并认为：“再审申请人请求撤销的规范性文件并不直接对其权利义务产生影响，相应地，行政机关对于其撤销请求的拒绝也并无导致权利侵害的可能性。假如某一行政机关依据该规范性文件作出对再审申请人不利的行政行为，再审申请人完全有权利和机会针对该不利的行政行为提起诉讼，并还可以一并请求对该规范性文件进行审查。因此，在有更便捷的途径达到目的的情况下，再审申请人提起本案诉讼亦缺乏法律保护必要。”^⑫

在任建华诉太康县人民政府土地行政登记案中，最高人民法院还在撤销诉讼与民事诉讼之间比较指出：“即使撤销被诉土地使用证，亦不可能恢复任建华对涉案土地的使用权，任建华最多只能获得主张行政赔偿的权利。而如果任建华存在相应的损失，自可通过民事诉讼途径另行向租地协议的相对方主张，且通过民事诉讼途径更为便捷有利。因此，任建华提起的本案诉讼已不具有诉的利益。”^⑬

在韦明桂诉钦州市国土资源局钦南区分局、钦州市人民政府征收补偿方案公告纠纷案中，原告仅就征收补偿方案公告提起诉讼。最高人民法院指出：“公告征地补偿安置方案是土地征收过程中的一个环节，是作出具体实施安置补偿行为的前置程序……对所公告的征地补偿安置方案有意见的，应当通过法定程序和途径反映，而无需通过行政诉讼方式进行。人民法院行政诉讼也无对公告行为本身进行司法监督的必要性。被征收土地的农村集体经济组织和农民如对土地征收后的安置补偿行为不服，可以直接针对相应的安置补偿行为提起行政诉讼，人民法院在对安置补偿行为引发的诉讼中，仍然应对因征收而引发的安置补偿是否符

^⑩ 最高人民法院行政裁定书（2017）最高法行申143号，2017年3月28日。

^⑪ 最高人民法院行政裁定书（2017）最高法行申5718号，2017年9月29日。

^⑫ 最高人民法院行政裁定书（2016）最高法行申2856号，2016年9月30日。

^⑬ 最高人民法院行政裁定书（2017）最高法行申356号，2017年8月7日。

合法律规定进行审查，仍然应对征地补偿安置方案及其公告是否合法作出认定。本案中，韦明桂在具体安置补偿行为已经作出后，又针对公告行为提起诉讼，不具有诉的利益。即使征地补偿安置方案侵犯了韦明桂的知情权和申请听证权，但上述权利仍属于征收安置补偿过程中的程序性权利，可以在相应的行政诉讼中请求人民法院作出是否合法的评判，而无单独提起行政诉讼予以保护的必要。”^④

公告只是土地征收的一个步骤，而且整个具体安置补偿行为已经作出，这时需要争议的是安置补偿行为。相对于就安置补偿提起诉讼而言，单独讼争公告的合法性缺乏必要性。通常不允许对一个行政行为中的某个环节或步骤单独提起行政诉讼，除非到该环节就已终止，且其能对当事人权利义务产生实质的影响。

（四）正当性标准

原告申请权利保护应当具有正当性，不得滥用诉讼程序或滥用诉权，否则将否定其具有权利保护的必要。诉权作为宪法所保障的权利，不应轻易受到限制，但是权利也不可被滥用，故而也并非绝对不允许限制。我国《宪法》第51条可理解为权利不得滥用的宪法根据。滥用诉权就是权利滥用的一种表现。

对于权利保护必要性与滥用诉权之间的关系，理论上存在分歧。这之中又涉及如何理解诉权的构成要件问题。如果由当事人适格与权利保护必要性共同构成诉权，那么，有诉权者即有权利保护必要性。而滥用诉权则是有了诉权之后的滥用，也就是虽然具有权利保护必要性，但却滥用了这种权利保护。不具有权利保护必要性，就不构成滥用诉权。^⑤应当说，这种观点是合乎逻辑的。但不少学者都将滥用诉权列为缺乏权利保护必要性的一种情形。那么，即使不构成诉权，也会构成滥用诉权吗？这或许与法国、德国等区分相对意义的滥用诉权与绝对意义的滥用诉权有关。前者是指当事人明知诉讼不能满足诉权要件的要求而进行诉讼的行为；后者是指当事人虽然满足诉权要件，但其存在主观恶意，意在妨害对方当事人的正当权益。^⑥这实质上是将滥用诉权作为一个相对宽泛的概念来把握，大致等同于滥用司法救济或滥用司法程序，而不论其有无诉权。如此，缺乏权利保护必要性的诉讼行为也可能构成滥用诉权，但只是相对意义的滥用诉权。也就是说，相对意义的滥用诉权与缺乏权利保护必要性是相通的，对此，径可以不符合诉讼要件而裁定驳回，不进一步判定为滥用诉权亦可解决问题。只有在更为严重的情形出现且需要有其他的法律效果时，进一步判定为滥用诉权才有意义。绝对意义的滥用诉权是指成立诉权之后恶意行使诉权，比如滥用回避申请权、滥用上诉权等等。^⑦对于这些情形的判断，需要谨慎处理。通常而言，原告预交诉讼费用、花

^④ 最高人民法院行政裁定书（2016）最高法行申3564号，2016年12月29日。

^⑤ 参见章剑生：《行政诉讼中滥用诉权的判定》，《交大法学》2017年第2期，第176页。

^⑥ 参见张晓薇：《民事诉权正当性与诉权滥用规制研究》，法律出版社2014年版，第85、89页。

^⑦ 例如，在陈莉诉徐州市泉山区城市管理局行政处罚案中，城市管理局提起上诉后，未向法院提交法定代表人身份证明书，也未委托诉讼代理人参加诉讼。在接到两次开庭传票后，既未申请延期开庭也未提供任何材料且拒不到庭，后也未按要求提供有关不能到庭的正当理由的说明。江苏省高级人民法院认为：“应视为申请撤诉。由于城市管理局不正当地行使了自己的诉讼权利，实际上加重了被上诉人陈莉的负担，基于公平原则，城市管理局应当负担陈莉因此次诉讼而支付的直接的、合理的费用。”《最高人民法院公报》2003年第6期，第33页。

费时间和精力去诉讼，其诉讼行为一般应被认为是真诚的。正如德国学者胡芬所说，权利保护必要性“并不是从诉讼动机方面进行一种普遍的动机研究的理由”。“倘若诉权得到肯定，而且诉讼对于原告而言也不是无益的，那么，就只有极少数情况下，才可以考虑由于滥用法律保护而缺少法律保护需要。”^{⑥⑧}

权利保护必要性的功能之一是防止滥用诉权，但构成滥用诉权需要一定条件，不能认为缺乏权利保护必要性就是滥用诉权。滥用诉权的认定容易侵害当事人的诉权并妨碍其行使，故而其成立要件应十分严格，其认定应十分谨慎；而且因其判断标准的模糊、考虑因素的复杂，应进入案件的审理之后再作出判断。我国的诉讼法并没有规定滥用诉权的构成要件。我国《民事诉讼法》第13条第1款只规定了“民事诉讼应当遵循诚实信用原则”，第112条也仅对恶意串通的滥用诉权行为作出规定，从法律上难以得出具体的构成要件。

在前述的张有为等诉天津市人民政府拆迁行政复议案中，最高人民法院指出：“如果当事人在自愿抛弃权利保护之后再行实施诉权，则属出尔反尔，有违诚实信用。经原审法院查明，再审申请人在与相关单位所签安置补偿协议中已经承诺不再上访、诉讼，其后又长期多次申请行政复议及提起行政诉讼，不断违反自己所作权利抛弃承诺，这种权利保护的滥用同样构成不符合法定起诉条件的情形。”^{⑥⑨} 法院指出，滥用诉权有违诚信。^{⑦⑩} 行为违反诚实信用要求构成滥用诉权的客观要求。

在李帮君诉公安部政府信息公开及行政复议案中，最高人民法院指出：“再审申请人对已经行政复议、行政诉讼程序处理终结的纠纷，通过申请政府信息公开，要求获取复议机关支撑行政复议决定的证据、事实依据和法律依据等信息，继而再进行复议、诉讼的形式，循环往复，实质上是对行政复议决定提出质疑，试图以政府信息公开之名义再度启动已告终结的纠纷处理程序，以期达到扩大影响、反映信访诉求的目的，已明显偏离政府信息公开的制度功能，不符合《政府信息公开条例》的立法宗旨。包括本案在内的多起行政诉讼案件并不具有依法应予保护的诉讼利益，与行政诉讼法旨在保护公民、法人和其他组织合法权益的立法目的相悖，浪费了行政资源和司法资源，已构成信息公开申请权及诉权的滥用。”^{⑦⑪}

法院强调了两点：第一，多次重复申请；第二，目的不在于获取政府信息，而是意图扩大影响和反映信访诉求。据此认定原告缺乏“应予保护的诉讼利益”，构成滥用诉权。目前，在最高人民法院作出的和《最高人民法院公报》刊登的裁判文书中，被认定为滥用诉权的

^{⑥⑧} 同注②，弗里德赫尔穆·胡芬书，第389页。

^{⑥⑨} 同注④③。

^{⑦⑩} 对于法院能否依职权认定原告违反诚实信用，亦即诚信原则是适用于当事人之间相互作用的情况还是适用于当事人与法院之间的关系，理论上存在争议。谷口安平认为：“能不能根据职权来决定是否适用信义原则，并不是基于违反信义原则的主体是当事人，而应当基于事实本身的性质来考虑。”同注⑦⑩，第171页。

^{⑦⑪} 同注⑥⑩。与本案类似，在高文香、高文河等诉天津市人民政府不履行行政复议法定职责案中，最高人民法院认为：“再审申请人无论是申请政府信息公开还是采取行政复议、行政诉讼等救济手段均不是为了保障其可以依法获取政府信息。原审法院认定上述人员欲采取这种多人多次重复申请公开相同、同类政府信息，继而申请行政复议、提起行政诉讼的方式，是为了达到扩大影响、反映信访诉求的目的并无不当。原审法院以高文香、高文河、吴玉国的起诉不具有依法应予救济的诉讼利益，与《中华人民共和国行政诉讼法》第一条的立法本意相悖，浪费了行政资源和司法资源，已构成诉讼权利的滥用为由裁定驳回高文香、高文河、吴玉国的起诉符合行政诉讼制度的立法目的和精神。”同注③③。

情况主要集中于信息公开行政诉讼案件。信息公开行政诉讼案件已被视为“无理取闹”的重灾区。但这一领域的滥用诉权的认定颇有可商榷之处。“在信息公开案件中，认定滥用诉权可能与宪法保障的知情权、诉权相悖。知情权的行使不问主体是谁，不问动机目的，不问对象和内容为何，更不论次数。保障知情权的诉权既然为基本权利之一，除不符合形式要件的情形外，法院对于起诉就负有受理的义务，而不可裁定驳回起诉。对于信息公开的行政诉讼，原则上不应作出滥用诉权的判断。法院要审查的问题应是所申请的信息是否为不得公开的事项。”^⑫即便在主观诉讼的行政案件中，“原告起诉所追求的‘真正的’目的何在，原则上对法秩序是无关紧要的；权利无须一定要是为权利本身而去实现，权利的主张——或屈服让步或放弃——毋宁是得为其他的目的，而去评价该目的，并不是法的事情。法院基于此观点，因而只有在极端、明显情形，只有当原告起诉‘真正的’目的也是法律上应严加斥责时，始得拒绝提供法律保护”。^⑬

四、行政诉讼中权利保护必要性的审查与限制

权利保护必要性具有诉的排除效果，欠缺权利保护必要性在现实的审判实践中有如此多的表现，在审查和适用上不能不慎重。

（一）权利保护必要性的审查

在德国和日本，对于缺乏权利保护必要性者，法院均以诉讼判决方式驳回。^⑭对于是否存在权利保护的必要性，法院必须依职权调查（但不负有职权探知义务），根据所提供的事实资料作出判断，其判断的基准时间为事实审口头辩论终结时。^⑮

但在我国，法院则是以裁定方式驳回起诉。最高人民法院认为：“所谓驳回起诉，是为了不使不符合法定条件或者没有权利保护必要性的起诉进入实体审理。”^⑯这种裁判方式符合权利保护必要性之诉讼要件的基本定位。但是，即便是适用裁定的方式，原则上也应当开庭审理，尤其是初审法院，不能仅仅以书面审查即予裁定驳回。

《行政诉讼法》第51条规定，对符合起诉条件的，应当登记立案。换言之，只有符合起诉条件的，才予以登记立案。而我国的起诉条件由于包含了诉讼要件和本案要件的内容，导致起诉条件高阶化与实质审查封闭化，弱化了“立审分离”的功能，诉讼要件等无法获得充分的诉讼程序保障。^⑰因而，既然将权利保护必要性定位于诉讼要件，为了保障诉权，就需要改革配套制度，区分起诉条件与诉讼要件。应当将权利保护必要性“这一要件从现行的起

^⑫ 王贵松：《信息公开行政诉讼的诉的利益》，《比较法研究》2017年第2期，第22页。

^⑬ [德] Erich Eyermann und Ludwig Fröhler：《德国行政法院法逐条释义》，陈敏等译，“司法院”2002年版，第193页。

^⑭ 参见吕太郎：《民事诉讼之基本理论（一）》，元照出版公司2009年第2版，第214页。

^⑮ [日] 木川统一郎「権利保護の必要—Das Rechtsschutzbedürfnis, von Pr. Adolf Schönke—」法学新報60卷1号（1953年1月）55頁参照。

^⑯ 潘爱凤诉台前县人民政府、濮阳市人民政府等房屋行政登记及行政复议案，最高人民法院行政裁定书（2017）最高法行申357号，2017年3月23日。

^⑰ 参见梁君瑜：《我国行政诉讼立案登记制的实质意涵与应然面向》，《行政法学研究》2016年第6期，第90页。

诉要件中移除，将其纳入新构建的诉讼要件之中，并在起诉受理之后的诉讼阶段中进行审查和判断”。^⑧同时，对诉讼要件展开口头辩论的审查，真正在运用权利保护必要性的同时为诉权提供防卫的机会。

（二）权利保护必要性的适用界限

权利保护必要性是要确保行政诉讼制度作为更为简易、迅速、可靠的权利保护方法得到运用。但值得警惕的是，权利保护必要性存在不明确、泛化的问题，如若适用不当，反而会损及诉权的实现。“应当坚持法院最重要的任务是给予而不是拒绝权利保护。”^⑨为了避免这一要件被滥用，在适用时应当有一定限制。

1. 补充适用

属于权利保护必要性项下的制度已有不少被明确为专门制度，例如一事不再理，在专门化的制度无法适用时，才能适用概括性的权利保护必要性要件。“只需根据规定这些制度的法律条文自身的效力就能作出充分的说明，而没有必要借助于共通性诉的利益概念加以说明。”^⑩虽然各项制度与权利保护必要性之间存在紧密联系，在权利保护必要性的角度加以考察并非不可能，但这种考察反而会不必要地扩大权利保护必要性的内涵。^⑪在张红玲、张红艳等诉北京市海淀区人民政府信息公开案中，最高人民法院指出：“针对同一诉讼标的的重复起诉行为，应予禁止；对滥用诉权、恶意多次重复起诉的行为，应予规制……诉权行使应有合理的边界，公民应理性、正当行使诉权以维护自身合法权益，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法权利。本案重复起诉行为十分明显，张红玲等3人明知其起诉已被一审法院明确认定为重复起诉后，仍坚持提起上诉并申请再审，违背诉权行使的必要性，应认定属于滥用诉权行为。保障当事人的诉权与规制恶意诉讼，均是审判权的应有之义，对于张红玲等3人今后若再次向人民法院提起类似的行政诉讼应从严审查，其须证明具有诉的利益，否则人民法院将迳行裁定驳回起诉。”^⑫

法院认定滥诉的标准只是“恶意多次重复起诉”，但法院并未证明“恶意”的存在，似乎只是“明知”的代名词。对于重复起诉行为，根据司法解释规定，^⑬完全可以解决。这里进一步将其定性为“违背诉权行使的必要性”、“滥用诉权”，并无必要。而且从诉权的角度来看，滥用诉权只应针对特定案件在与特定的相对人的关系中不允许行使诉权而已。

2. 有限适用

有限适用不仅表现在权利保护必要性与其他诉讼要件的关系上，也表现在诉讼要件审查与本案审查的关系上。法院同样作为诉讼要件加以审查的还有当事人资格、法院管辖等。通常，只有在不能适用其他诉讼要件时，才能适用权利保护必要性。当然，如果其他诉讼要件尚有争议，而权利保护必要性明显缺乏，也允许以欠缺权利保护必要性为由作出裁判。

^⑧ 张卫平：《诉的利益：内涵、功用与制度设计》，《法学评论》2017年第4期，第1页。

^⑨ 同注^③，第195页。

^⑩ 同注^③，杨军书，第98页。

^⑪ 参见注^⑨，三月章书，第62页。

^⑫ 最高人民法院行政裁定书（2016）最高法行申4232号，2016年12月15日。

^⑬ 根据《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》第3条第1款第6项的规定，已经立案的，如系重复起诉，应当裁定驳回起诉。

通常，权利保护必要性作为一种诉讼要件，法院应当先予审查，然后再作出本案的裁判。但在本案结论已经较为明显而权利保护必要性尚不明确时，应当作出本案判决，而不必等待查明权利保护必要性后再作裁定。有限适用权利保护必要性，以保护诉权的行使，使法院尽可能针对实体问题作出判断，真正解决纠纷。正如有学者所指出的那样：“包括权利保护必要在内之实体判决要件欠缺系属诉讼不合法而非无理由之问题，应以裁定程序驳回原告之诉。惟在为各项要件审查之际，若认定原告之诉显无理由，即无审究有无权利保护之必要，而可作成其诉无理由驳回之判决。”^④

3. 说理适用

鉴于权利保护必要性是较为不确定的概念，在适用时应当充分说理，表明法院的利益衡量过程，限制法院的裁量权，以取得司法的公正性和公信力。在陆红霞诉南通市发展和改革委员会政府信息公开答复案中，《最高人民法院公报》公布的裁判摘要指出：“知情权是公民的一项法定权利。公民必须在现行法律框架内申请获取政府信息，并符合法律规定的条件、程序和方式，符合立法宗旨，能够实现立法目的。如果公民提起政府信息公开申请违背了《政府信息公开条例》的立法本意且不具有善意，就会构成知情权的滥用。当事人反复多次提起琐碎的、轻率的、相同的或者类似的诉讼请求，或者明知无正当理由而反复提起诉讼，人民法院应对其起诉严格依法审查，对于缺乏诉的利益、目的不当、有悖诚信的起诉行为，因违背了诉权行使的必要性，丧失了权利行使的正当性，应认定构成滥用诉权行为。”^⑤

这一判旨指出了两种滥用诉权的情形。已如前述，对于反复多次申请者，则可以“诉讼标的已为生效裁判所羁束”为由直接裁定驳回起诉，进一步认定为滥用诉权并无必要。至于利益大小的问题，不理琐事在普通的主观诉讼中作为司法政策可能是成立的，^⑥但在信息公开的客观诉讼中却难以成立，因为涉案信息与原告个人的利益之间通常没有关系。法院在适用权利保护必要性时，应当根据案件的特性、当事人权益的性质、事实和法律根据及其盖然性、被告的应诉负担等因素，充分展开说理。

结 语

权利保护必要性问题“在理论上与诉讼目的论乃至诉权论、进而是实体法上的权利论等密切关联，在实践或政策上与扩大或抑制司法救济的可能性问题有很大关系，是诉讼理论上最重要的基础问题之一”。^⑦权利保护必要性就是确定有实益、有效率、适时、正当的权利

^④ 同注^③，吴庚、张文郁书，第298-299页。吕太郎详细指出：“诉之利益之要件，原用以排除原告之不必要之诉讼，以减少被告应诉之烦，及减轻国家之负担，而于原告之诉理由已明显之情形，如能直接将原告之请求予以驳回，而为本案解决，对于被告及国家均无不利，固不待言。即对于原告，亦可省却调查诉之利益之劳费，符合其起诉原在求本案判决之初衷。”同注^④，第210-211页。

^⑤ 《最高人民法院公报》2015年第11期，第43页。

^⑥ “微不足道的利益能否作为引起诉讼的‘利益’？英国人指出，如果原告没有很好的利益，则必须涉及极大的损害，否则法院可以援用‘法律不管鸡毛蒜皮’（de minimis non curat lex）的原则拒绝受理。但按照法国判例，有关所有权的诉讼只要不是无理取闹，极小的利益就足够。至于非金钱争执，只有极小的利益是不够的。对此英国也有同样的判例。”同注^⑤，第251页。

^⑦ 同注^⑥，第81页。

救济契机。综观我国行政诉讼的实践，由于权利保护必要性与诉的排除效果经常紧密相连，因而对其判断不可不慎。权利保护必要性具有客观性，需要考察原告权利的危险状况，需要在各种保护手段之间比较诉讼的有效性，需要关注法院有无可能给原告提供实效性的救济，需要以原告诉讼实施利益为基础，在斟酌被告的应诉负担以及其他人利用诉讼制度的可能性之后，作出适当的判断。对于权利保护必要性的审查，法院应将其作为诉讼要件事项依据职权展开审查，初审法院应当以开庭审为原则，并表明自己的见解，允许原告提出质疑。法院以裁定作出时或口头辩论结束时为基准时间，判断有无权利保护必要性。

本文更多的是结合最高人民法院的裁判来分析权利保护必要性的一般问题，对于各种诉讼类型中的权利保护必要性，将来还应当结合司法实践的发展进一步归纳总结。

Abstract: In the administrative litigation, the necessity of rights protection, also known as interest of action with narrow sense, refers to the necessity or effectiveness of the plaintiff's request that the court protects its rights through judgment. For the appeals which lack the necessity of rights protection, Chinese courts generally reject them. In view of some factors, including the limited judicial resources, the right to equal access to the judicial system that the litigants have, the court makes its judgment based on the plaintiff's interest in executing the lawsuit, and after considering the defendant's burden of litigation and the possibility of others using the litigation system etc., it would be justified that the court chooses to provide remedies for the rights with necessary protection. The necessity of right protection is to determine the right relief opportunity which is beneficiary, efficient, timely and legitimate. In the cases of absence of benefit, inefficiency, inappropriate time, abandonment of rights protection, abuse of action, etc., generally there is not the necessity of rights protection. The necessity of rights protection may also be extinguished by ex post facto causes. However, judging the necessity of rights protection may hurt the right to sue, therefore the court should conduct the hearing openly and provide the opportunity for defense of rights. When the court applies it, the restrictions of complementarity, limitation and rationality should be observed.

Key Words: Interest of Action; the Right to Sue; Requirements of Litigation; Abuse of Action

[责任编辑:王 焘]