



上大法学文库
SHANGDA FAXUE WENKU

行政诉讼类型研究

赵清林◎著

XINGZHENG SUSONG LEIXING YANJIU



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



上大法学文库
SHANGDA FAXUE WENKU

行政诉讼类型研究

赵清林◎著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政诉讼类型研究/赵清林著. —北京:法律出版社,
2008.2

(上大法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8137 - 0

I. 行… II. 赵… III. 行政诉讼法—研究—中国
IV. D925.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 007410 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/郭涛彭雨	装帧设计/汪奇峰
出版/法律出版社	编辑统筹/法律出版社上海出版中心
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/永恒印刷有限公司	责任印制/陶松
开本/A5	印张/8.75 字数/227千
版本/2008年2月第1版	印次/2008年2月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
销售热线/010-63939792/9779	传真/010-63939777
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995	苏州公司/0512-65193110
书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8137 - 0	定价:18.00 元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)	

《上大法学文库》总序

上海大学法学院发展到今天差不多已经三十年了。子曰：三十而立。经过近三十年筚路蓝缕的开拓和高歌猛进的奋斗，一所引人注目的新型法学院已崭露头角。一个学校、一个学院要在强手如林的学术界占有一席之地必须有自己的文化传承和文化积淀，必须有良好的学术氛围，必须有鲜活的学术思想。而学术氛围的打造、学术思想的凝练则必须靠具有一定学术水准的专著、论文、学术讲座等学术平台加以记载、传播和张扬。为了活跃思想、提升学术档次，上大法学院在学校支持下相继打造了“上大法学大讲堂”、《上大法学文库》和《上大法学评论》三个学术阵地。

“上大法学大讲堂”主要是邀请国内外名流、学术精英到上海大学杏坛晒技、传经布道。他们当中，既有我国法学界的领军人物，如江平先生，也有国外的学术名流，如日本著名商法专家早稻田大学教授大塚英明先生、澳大利亚拉卓比大学法学院院长戈登·沃克先生；既有德高望重的学术名宿和学术泰斗，如马克昌先生、李龙先生，也有蜚声学术界的中青年法学家，如朱苏力先生、尹田先生。他们深邃的学术思想、超人的学术勇气和犀利的语言，使广大受众获益良多，同时也极大地提升了上大法学院的学术水准和学术品位。

《上大法学评论》则是一个学术论文集，其主要目的是密切追踪学术动向、及时发布学术思想，作者群主要以本院的师生为主，同时

亦邀请了一些学术名家以这一出版物为阵地将其最新研究成果与社会分享。《上大法学评论》现已出版了四本,今后将定期出版,其超前的学术思想和不凡的学术观点已开始在学术界引起关注。

《上大法学文库》是以发布具有较强理论深度和较高学术水准的学术专著为内容的学术平台,其主要目的是通过系列专著的方式集中展示上海大学法学院的整体研究实力,充分反映上大人“重基础、高起点、严要求、铸精品”的学术理念。《上大法学文库》初期的写作队伍以本院的教师为主,以后将逐步吸纳一些能够引领学界的学术大家和崭露头角的青年才俊加入这个群体。我们也真诚地希望社会各界积极对本文库进行关心和指导,使《上大法学文库》这棵学术幼苗尽快发育成长为学术之林中的一棵参天大树。

赵万一

2007年10月

内容摘要

在权利义务关系日益复杂多变的现代社会,如何确保法律上的权利能得到完整、有效的救济,已成为各国诉讼制度努力的方向和发展的目标。而诉讼的类型化,即针对不同的法律争议或者权利救济需求,在综合考虑实体法律规范、司法权能和诉讼经济等因素的基础上,分别设计不同的诉讼程序规则和判决方式,以形成一个诉讼法上完整的、有效的权利救济体系,便成了一种逻辑上的必然选择。在此意义上,凡法治和权利保障得到确立的国家,无论其法律传统如何,其诉讼制度都必含有某种类型化的逻辑和思路。但实际上,因为法律传统的差异,诉讼类型的概念和理论,自始就仅仅在大陆法国家才被明确提出,才得到系统、深入的研究,也才在成文法典上得到体现。

与民事诉讼早在 19 世纪就已形成了给付诉讼、确认诉讼和形成诉讼的相对稳定的诉讼类型体系相比,行政诉讼的类型化直到 20 世纪中期才开始起步,在此之前,欧洲大陆国家的行政诉讼几乎仅限于撤销诉讼(形成诉讼的一种)。行政诉讼的类型化发展 with 20 世纪初尤其是第二次世界大战以来行政和行政法的总体发展趋势密切相关,是行政权力的扩张、行政活动方式的多样化以及与此相应的法治观念的转变、权利保障的加强和司法功能的强化等历史因素综合作用的结果。正因为如此,兼之有民事诉讼类型的理论和制度作为参照,行政诉讼的类型化虽然起步在后,但发展迅速。以德国行政诉讼

制度为例,至今已形成了包括撤销诉讼、课予义务诉讼、一般的给付诉讼和确认诉讼在内的基本的行政诉讼类型体系,从权利救济的完整性和有效性来看,堪称完善。

新中国的民事、行政诉讼制度均奠基于20世纪80年代,所不同的是,在民事诉讼法出台之时,因直接秉承了德、日等国民事诉讼法的理论与制度,给付诉讼、确认诉讼和形成诉讼的诉讼类型体系就已得到了立法、理论和实务的普遍肯定,而行政诉讼法的起草制定虽然大量参照了民事诉讼法,但无论是在立法上,还是在理论界、实务界,对于诉讼类型却长期缺乏基本的问题意识。其深层次原因应在于,实体的行政法律制度尚不完善,行政法学的研究尚未发达,不过直接原因则可能是,行政诉讼法所规定的受案范围过于狭窄。时至今日,经过近三十年的发展,无论是行政法制度的建设,还是行政法学的研究,在我国均已有了长足的进步,而行政诉讼受案范围的扩大也早已成为各界共识。在这种情况下,就不仅有必要而且也有可能来探讨建构我国行政诉讼的诉讼类型体系的问题。实际上,20世纪末以来,已有不少学者开始从事这方面的研究。但总的来说,现有研究在基本概念的理解上,在研究方法的规范性上都还存在不少问题,其研究结论亦颇有可商榷的余地。

本书从立法论的角度,综合运用概念界定、历史分析、价值分析、规范分析和比较研究等方法,主要探讨了如何完善我国的行政诉讼类型制度。除导言和结语外,全书共包括5章15节,约二十万字。其基本思路、观点和内容如下:

第一章探讨了行政诉讼类型的概念、历史演变和发展趋势以及作为行政诉讼类型发展最新趋势的系统化发展的历史背景和制度功能。

第二章探讨了我国行政诉讼制度在诉讼类型方面的现状、成因及发展取向。指出我国现行行政诉讼法中已存在某种类型化的萌芽,其问题不在于欠缺某种特殊的诉讼类型,而在于总体上欠缺“诉的意识”,并认为我国行政诉讼类型制度将来的发展应当取向于德国

法系。

第三章基于前文有关我国行政诉讼类型制度未来发展取向的判断,出于借鉴的需要,分别对德国以及深受德国法影响的日本和我国台湾地区的“行政诉讼”类型制度,作了系统、全面的介绍。

第四章和第五章即正式着手对我国行政诉讼类型制度进行一种系统性的重建。其中,第四章首先研究行政诉讼类型体系赖以建立和有效运行的各种原则、方法和制度在我国确立和运用的必要性、可行性;其次明确提出我国应确立撤销诉讼、课予义务诉讼、一般的给付诉讼和确认诉讼四种基本诉讼类型;最后就当前学界热烈讨论的客观诉讼和公益诉讼,表明本书的立场和基本观点。第五章充分借鉴德国法系先进立法、学理和实务经验,分别讨论了前文提出的四种基本诉讼类型的适用对象、适法性要件以及彼此间在适用上可能存在的关系。

书末代结语中,笔者给出了若干具体的条文建议,并配以简要的说明,以作为我国行政诉讼法将来修订诉讼类型问题时的参考。

目 录

导论	1
第一章 行政诉讼类型概说	10
第一节 行政诉讼类型的界定	11
第二节 行政诉讼类型的历史演变	32
第三节 行政诉讼类型系统化发展的时代背景与制度功能	58
第二章 我国行政诉讼类型:现状、成因及发展取向	72
第一节 我国行政诉讼类型制度的现状	73
第二节 我国行政诉讼非类型化的成因及应有的发展取向	88
第三节 行政诉讼类型与诉讼程序——基于我国现制的分析	102
第三章 德国法系行政诉讼类型之详细考察——以适法性要件为中心	113
第一节 德国行政诉讼类型	114
第二节 日本行政诉讼类型	136
第三节 我国台湾地区“行政诉讼”类型	147
第四章 我国行政诉讼类型制度之系统重建(一)	169

第一节 诉讼类型体系的配套原则、方法和制度	169
第二节 我国应确立的基本诉讼类型	184
第五章 我国行政诉讼类型制度之系统重建(二)	201
第一节 撤销诉讼	201
第二节 课予义务诉讼	218
第三节 一般给付诉讼	227
第四节 确认诉讼	233
代结语:关于行政诉讼法修改的若干条文建议	250
参考文献	258
后记	268

导 论

一、研究对象

研究对象通常可直接经由文章的题目获得明确的了解,而无须作者过多饶舌,但无论如何,作为本书研究对象的行政诉讼类型应为一例外。单从字面上看,行政诉讼类型一词就可以作如下两种理解,即行政诉讼法(制度)的类型与行政诉讼法(制度)上的诉讼类型。显然,前者应为外国法、比较法和法制史等理论法学研究的课题,如大陆法系的行政诉讼制度与英美法系的行政诉讼制度,民国时期的行政诉讼制度、新中国建立初期的行政诉讼制度和我国现行行政诉讼制度,后者才是作为实践法学的行政诉讼法学上的问题。本书旨在研究如何完善我国的行政诉讼类型制度,属于实在法、部门法上的研究,因此,所谓行政诉讼类型显然是就后者——行政诉讼法(制度)上的诉讼类型而言的。为求明确,自应将前一种理解予以排除。

就行政诉讼法(制度)上的诉讼类型而言,亦有待进一步确定。因为行政诉讼上的具体问题很多,对于每一个问题,都可以甚至应当根据一定的标准进行分类,且其分类的结果亦不妨都称之为“此诉讼”与“彼诉讼”。如根据诉讼目的的不同有主观诉讼与客观诉讼的划分;根据争议的实体法律关系的性质不同有抗告诉讼与当事人诉讼的划分;根据原告资格的不同有相对人诉讼、利害关系者诉讼和民众诉讼的划分;根据是否为法律所明定有法定诉讼与法定外诉讼的

划分。这些分类无疑各有其意义,但其分类结果均非本书意义上的行政诉讼类型。本书所谓行政诉讼类型,虽亦为行政诉讼上某种分类的结果,但其着眼的是行政诉讼中的诉,其采取的分类标准是原告诉讼上的请求。具体来说,指的就是形成诉讼、给付诉讼和确认诉讼三大基本诉讼类型。

显然,对行政诉讼类型作此种狭义的理解很难说是逻辑上的必然,本书之所以采此种理解,主要是基于如下六个方面的考虑:其一,诉讼上的基本问题无非是,原告可通过诉讼提出何种请求以及如何合法地提出请求,法院对于原告诉讼上的请求能作出何种判决以及具体的判决要件为何。从诉的角度区分的形成诉讼、给付诉讼和确认诉讼,以及由此衍生出来的诉的适法性要件和有理由的要件,正是对此基本问题的直接回应。就此而言,各国(地区)立法和学理上普遍承认形成诉讼、给付诉讼和确认诉讼为三种基本诉讼类型,亦不能不说存在着某种必然性。其二,将上述分类的结果与形成诉讼、给付诉讼和确认诉讼一同视为某种诉讼类型,将导致体系上的混乱。以主客观诉讼的分类为例,由于其着眼的是诉讼的目的,因此,无论是主观诉讼还是客观诉讼,原告诉讼上请求为何仍有待确定。从理论上说,可能为形成请求,可能为给付请求,亦可能为确认请求。这样一来,主观诉讼和客观诉讼,就都还可以进一步划分为形成诉讼、给付诉讼和确认诉讼。似此,其如何能与形成诉讼、给付诉讼和确认诉讼相并立?其三,将上述其他分类的结果亦一同视为某种诉讼类型,还存在一个实质性的危险,即遮盖了行政诉讼类型的增加和系统化的原初的、最基本的目的——提供给人民完整、及时、有效的权利救济。其四,在有诉讼类型提法或与此相似的诉种提法的德国、日本,不仅均承认形成诉讼、给付诉讼和确认诉讼为基本诉讼类型,而且与诉讼类型或诉种有关的基本问题亦均是诉的适法性要件和诉的有理由要件。其五,我国现行行政诉讼法和有关司法解释虽然并无诉讼类型或诉种的提法,但从其有关判决的规定——通常即是据此来间接地识别我国行政诉讼上的诉讼类型——来看,如撤销判决、变更判

决、履行判决和确认判决等,显然与形成诉讼、给付诉讼和确认诉讼的分类是直接相通的。其六,我国学者在行政诉讼类型上虽多倾向于某种综合性的观点,即除了形成诉讼、给付诉讼和确认诉讼外,认为诸如客观诉讼、主观诉讼、抗告诉讼、当事人诉讼等亦为某种诉讼类型,不过,其讨论的主要问题仍为形成诉讼、给付诉讼和确认诉讼的适法性要件和有理由要件。

同理,学者通常视之为某种诉讼类型的英国法上的普通救济诉讼、上诉、特别救济诉讼、公法上救济手段、私法上救济手段,美国法上的法定司法审查、非法定司法审查、宪法权利的司法审查和执行诉讼中的司法审查等,亦非本文所谓行政诉讼类型。其中,普通救济诉讼实际上还应定性为民事诉讼,而执行诉讼中的司法审查是诉讼事件还是非讼事件,都很值得怀疑。有疑问的是,由于英美法上并无所谓抽象的诉的观念和提法,那么,英美法上是否存在此种意义的诉讼类型呢?笔者以为,由于诉无非是原告诉讼上的请求,因此可以说,诉讼类型毋宁是与行政诉讼制度相始终的。在不同国家和地区,在不同时代,行政诉讼上的诉讼类型可能多寡有别,系统化程度不同,但不可能有行政诉讼制度而无具体的诉讼类型。英美法上的诉讼类型即表现为原告对各种令状的申请,与大陆法上原告对判决的请求在实质上并无不同。

二、研究意义

本书认定的行政诉讼类型虽然不是一个综合性概念,不能涵盖行政诉讼上的所有问题,但如前所述,作为诉种的行政诉讼类型却是对行政诉讼上的基本问题——诉与判的直接回应。就此而言,研究行政诉讼类型,对于我国行政诉讼制度的完善,对于我国行政诉讼法学研究的发展,显然是有着根本性和体系性意义的。

首先,研究行政诉讼类型有助于我国行政诉讼制度的整体完善。我国现行行政诉讼制度基本上是采起诉与起诉条件、判决与判决要件的宏观架构,在这里,缺乏诉的明确位置。导致的结果就是,将诉的适法性要件作为起诉条件来处理,使诸多原本应通过诉讼获得解

决的案件被拒之于法院的门外;将个别诉讼类型的适法性要件作为一般的起诉条件适用于所有的诉讼类型,如复议前置要件和起诉期限要件,为相对人或利害关系人寻求救济设置了不必要的障碍;对于某些诉讼类型特有的一些适法性要件又未能作出规定,从而不能有效地防止滥诉、避免一些不必要的诉讼;有关确认判决的规定将诉的转换问题完全作为法院依职权判决的问题来处理,从而存在明显的诉外裁判的嫌疑;更有甚者,对于各诉讼类型(判决方式)的适用对象缺乏明确的界定,从而不能为原告提出诉讼请求和法院作出判决提供基本的指引。

上述问题的存在使得我国行政诉讼制度在整体上呈现出一片混乱的局面,从而严重影响到了行政诉讼权利救济功能的实现,亦不能准确处理司法与行政的关系,于诉讼经济价值的实现亦有不足。本书的研究即旨在探讨,如何从行政诉讼权利救济的完整性和实效性出发,针对行政活动的不同法律形式或行政法律关系的不同样态,完备地设置各种必要的诉讼类型;对各种诉讼类型的适用对象予以明确界定,将诉的适法性要件与起诉条件区别开来;针对不同的诉讼类型,在综合考虑原告权利救济的需要、行政与司法的关系以及防止滥讼的基础上,分别设计其适法性要件。就此而言,本书有关行政诉讼类型的研究应是有助于我国行政诉讼制度在整体上趋于完善。

其次,研究行政诉讼类型亦有助于我国行政诉讼法学的研究进一步拓宽、拓深。诉与判是任何诉讼上的一对基本关系,其中,诉更是起着决定性的作用。我国现行行政诉讼制度之所以存在诸多的缺漏甚至整体上呈现为一片混乱,其根本原因就在于未能从诉的角度来架构行政诉讼的各个方面、各个环节的问题。而这一点恐怕不能不归结于我国的行政诉讼法学研究长期以来奉行的相对于民事诉讼法学的“光荣孤立”,以至于未能有效地借鉴在民事诉讼法学上已相当发达的诉的基本理论。另外,行政法所调整者无非是各种行政法律关系,尤其是由行政活动或行为直接引起的法律关系,而行政诉讼上争议的对象亦无外乎是各种行政行为或由此引起的行政法律关

系,行政行为形式论、行政法律关系理论以及与此相关的主观公权理论为行政法的基本理论。我国现行行政诉讼制度上各种诉讼类型的适用对象缺乏明确界定、各诉讼类型的适法性要件缺乏科学的设计,其直接原因就在于上述基本理论问题在我国行政法学研究上至今未能取得实质性进展。

正是因为缺乏一些基本理论的支撑,我国行政诉讼法学研究长期以来过分依附于实在法的规定,不仅缺乏理论研究应有的反思和批判能力,对于实在法的有关规定,亦难以作出相应的说明。本书当然不可能对上述各种基本理论作系统全面的研究,但从行政诉讼类型所涉及的相关问题出发,通过借鉴有关国家(地区)的先进学说,有意识地运用这些基本理论来进行分析,应是有助于我国行政诉讼法学在理论层面的提升的。

最后,值得一提的是,有关行政诉讼类型、种类或类型化的研究,近年来已成为我国行政诉讼法学研究上的一个热点。在诸多问题上,学界已有了一定的共识,如应在立法上对行政诉讼类型作出明确的、完整的规定,正确处理各诉讼类型之间的关系等。但在若干关键性问题上,如我国行政诉讼类型制度存在的根本问题为何以及应如何着手解决,甚至在行政诉讼类型概念的理解上,仍不能说是已有了清醒的认识。关于行政诉讼类型的概念,笔者之所以开篇即不厌其烦地大势讨论,正是因为当前学界的认识仍存在较大的分歧。或许正因为基本概念的理解上出现了偏差,学者普遍未能清醒地意识到,我国行政诉讼类型制度的根本问题其实并不在于诉讼种类的多寡,尤其是不在于缺乏若干特殊的诉讼类型上,而在于整体上欠缺诉的意识,以及由此导致的有判决方式而无诉讼类型,有起诉条件而无诉的适法性要件,有受案范围的概括规定而无诉讼类型适用对象的明确界定。基本概念理解上的偏差和问题的识别不清,显然将导致原因分析的不准和解决方案的效果不彰。正是出于对现有研究的不满,笔者亦不揣浅陋,拟就此问题再做研究。

三、研究方法

本书将综合采用概念界定的方法、比较研究的方法、历史分析的方法、规范分析的方法以及价值分析的方法。

(一) 概念界定的方法

概念是科学研究,甚至是逻辑思维的基本工具。作为体系化的思维,任何一门学科都力图建构出一套完整、规范、有效的概念体系,唯有如此,有关的现实问题才能在某种体系中得到准确的表述、有效的分析和合乎理性的解决。因此,概念界定的方法在科学研究上就显得非常重要,如果概念界定不清、使用不严谨,不仅会大大减损研究的科学性,也将无法与其他学者进行有效的交流、对话。法学研究尤其是部门法的研究更是如此。概念是法的基本要素,各种实在法上的规范,无论是要件事实还是法律效果,都是通过各种专门的法律概念来表述的。本书将运用这一方法对涉及的一些基本概念,如行政诉讼类型、诉的适法性要件、撤销诉讼、课予义务诉讼、一般的给付诉讼、确认诉讼等,从词源、构成要件、特征以及与相关概念的比较等方面作出全面的、严格的界定,并尽可能做到概念使用上的前后一致和规范严谨。

(二) 比较研究的方法

作为诉讼上请求种类的诉讼类型,毋宁是与整个的行政诉讼制度相始终的,只不过,不同国家(地区)、同一国家(地区)不同时期,行政诉讼类型多寡有别,完备性程度各异。在英国,早在16世纪末现代意义的行政诉讼制度产生之时,行政诉讼上的诉讼类型(令状)已呈现出了多样化的存在。至迟到20世纪初,法国现行行政诉讼上的各种基本诉讼类型已发展成形。德国法系诸国家(地区)虽然第二次世界大战以前行政诉讼上一直仅有撤销诉讼一种诉讼类型,但第二次世界大战以来,通过立法的积极建构和司法的充分发展,不仅各基本诉讼类型迭有增加,至今甚至已形成了相对完备的诉讼类型体系。较之缺乏完备的法典形式和系统化理论支撑的英、美、法等国家,大有一举超越之势。笔者称之为行政诉讼类型制度的最新发展

趋势。

我国行政诉讼制度正式建立于 20 世纪 80 年代末。如前所述,由于自始便缺乏基本的诉的意识,诉讼类型从来就不明确,这也导致了整个行政诉讼制度在体系上存在严重混乱。本书既然旨在探讨如何完善我国的行政诉讼制度,充分地借鉴有关国家(地区)的先进立法、学理和实务经验无疑是非常必要的。这便涉及比较研究方法的运用。在此有必要郑重指出的是,笔者一直深感我国部门法学的研究,尤其是行政法学的研究,长期以来缺乏明确的法传统意识。凡有所研究,必尽数英美法如何如何,大陆法如何如何,但往往又并不作某种实质性的、功能意义上的比较,而是单就字面和形式进行分析,甚至想当然地得出所谓“大一统”或“世界性趋势”的结论。这显然不能算是一种真正科学的研究态度。就法的思维方式而言,英美法和大陆法是存在根本性差异的,甚至作为大陆法两大代表的德国法和法国法,其差别也远远超乎我们通常的想象。更何况,作为一种规范取向的研究,法学与旨在探讨某种客观必然规律的自然科学根本不同,其立论并不需要实际上亦不可能有某种客观必然的基础。鉴于此,当然更主要是基于对我国法制的传统与现实的判断,本书正式提出,我国行政法学、行政诉讼法学的研究应主要借鉴德国法系,有关行政诉讼类型制度的研究亦不例外。

基于此,本书辟专章(第三章)对德国以及深受德国影响的日本和我国台湾地区的“行政诉讼”类型制度作详细介绍,于具体探讨我国行政诉讼类型制度完善时,结合具体问题详细比较此三者的异同和优劣,以资借鉴。

(三)历史分析的方法

如前所述,行政诉讼类型不仅在不同的国家(地区)有着非常不一样的表现,就同一国家(地区)而言,其不同时期的行政诉讼类型制度亦往往经历了复杂的演变。正所谓“事物的性质往往在其产生之初便已命定”,为求对行政诉讼类型有一个更具感性或经验性的认识,也为了明了其产生演变的基本线索和逻辑,本书第一章第一节在