

浙江大学公法与比较法研究所 编

公法研究

第八辑

主 编 胡建淼



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

浙江大学公法与比较法研究所 编

公 法 研 究

第 八 辑



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

公法研究. 第8辑/胡建森主编. —杭州: 浙江大学出版社, 2010.7

ISBN 978-7-308-07739-2

I. ①公… II. ①胡… III. ①公法—研究—文集
IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 123246 号

公法研究·第八辑

胡建森 主编

责任编辑 张 明

封面设计 俞亚彤

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州大漠照排印刷有限公司

印 刷 杭州杭新印务有限公司

开 本 700mm×960mm 1/16

印 张 31

字 数 446

版 印 次 2010 年 7 月第 1 版 2010 年 7 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-07739-2

定 价 60.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话 (0571) 88925591

顾 问：罗豪才 许崇德
陈光中 应松年

编委会：（以下按姓氏笔画为序）

公丕祥	李 龙	孙笑侠	朱苏力
朱新力	阮方民	张文显	金伟峰
胡建森	姜明安	夏 勇	徐显明
翁晓斌	章剑生	韩大元	

执行主编：章剑生

执行编辑：林沈节

目 录

专题论文

试论行政诉讼禁止判决	刘善春 裴建饶(1)
福利行政之组织内部协调	付士成 卢 超(29)
我国中央政府部门组织法的 60 年变迁	张迎涛(44)
冲突与衡平	江国华 刘文戈(96)
再论其他规范性文件的法源地位	金自宁(115)
行政法人与资讯公开	陈小兰(132)
宪法与行政法关系研究学术梳理	黄学贤 梁 玥(183)
“责令改正”的独立性原理探讨	藤祥志(212)
公共警告及其法律规制	李 佳(234)
再论行政附带民事诉讼	吴恩玉(270)
认真地看待行政公益诉讼	张效羽(292)
行政诉讼的简易程序研究	高知鸣(315)

部门行政法

我国税法行政解释制度之反思与重构	伍劲松(343)
适当生活水准权“适当标准”的确定	郑智航(386)
论非诉讼纠纷解决程序在美国环境行政纠纷解决领域的应用	王凌光(404)

2 公法研究

译著选登

印度宪法上基本权利的体系、范畴及其实现
..... Mahendra Pal Singh 著 柳建龙 译(442)

新宪法委员会:法兰西例外之终结?
..... 安德烈·鲁 著 王 蔚 译(459)

书 评

开启宪法审查的大门 王 锴(476)

试论行政诉讼禁止判决

刘善春 裴建饶

我国《行政诉讼法》规定了维持判决、撤销判决、履行判决和变更判决四种判决形式,1999年最高人民法院的《司法解释》又增加了驳回诉讼请求判决、确认判决和情况判决。但是,我国的行政诉讼判决制度仍不完善,法律和司法解释都尚未承认行政诉讼禁止判决,理论界对此也鲜有探讨。传统行政诉讼法理论认为,对于行政机关所作出的行政行为,“基本上是采事后性之权利救济原则”^{〔1〕}。但是,现代法治理念基于全面、有效、“毫无漏洞”地保护公民权益的需要,承认特定情形下的“预防性法律保护”^{〔2〕},而该理论的成熟和发展,在我国大陆地区尚有待深入。正如刘飞博士所说,中国的行政诉讼法对“既往”和“未来”的法律保护方式,考虑得并不多。对于预防性法律保护方式,受到的关注则更少。从时间方面来看,虽然履行判决也属于带有一定预防性的法律保护方式,但是中国还并未涉及到法院对行政机关预期的作为或不作为进行法律评价的问题。^{〔3〕}“有权利必有救济,有救济斯为权利。”笔者认为,为了积极、及时、有效、全面地保障公民的合法权益,我国迫切需要引入行政诉讼禁止判决。

〔1〕 吴绮云:《德国行政给付诉讼之研究》,我国台湾地区“司法院”印行,1995年版,第135页。

〔2〕 朱健:《论行政诉讼中之预防性权利保护》,台湾辅仁大学法律学研究所1995年硕士论文。

〔3〕 刘飞:《行政诉讼类型制度探析——德国法的视角》,《法学》2004年第3期。

一、行政诉讼禁止判决的含义和种类

(一) 含义

行政诉讼禁止判决,是指法院经审查认为已有的某行政行为违法,责令被告行政机关将来不得作出相同的行政行为(即不得重复作出),或者认定被告行政机关即将作出或者正在作出的某行政行为明显违法而禁止其作出(即自始不得作出)的判决方式。

(二) 种类

1. 禁止重作判决

禁止重作判决是指法院在撤销或以其他方式否定违法行政行为后,责令行政机关不得再度为相同的行政行为的判决。一般而言,法院禁止行政机关未来再次作出的行政行为,在性质上都属于“**侵益行政行为**”^{〔4〕}。在这个意义上,禁止重作判决就与重作判决构成相反方向的两类判决:前者的要义是不准行政机关再度行使行政权,而后者在于督促行政权的再度行使。之所以要设置禁止重作判决,是为了防止行政机关在违法行政行为被否定之后,再度毫无必要地行使行政权,干扰相对人的正常生活。

2. 预防性禁止判决

预防性禁止判决是指法院经审查认定被告行政机关即将作出的行政活动明显违法而禁止其作出的判决方式,即判令行政机关自始不得作出某行政活动,完全是预防性的,而与禁止重作判决相区别。

相比较而言,预防性禁止判决是在行政机关正式作出行政活动之前加以阻止,法院对行政机关的干预时间较早、力度较强,虽有必要性,但也是

〔4〕 张旭勇:《行政判决的分析与重构》,中国政法大学2005年博士论文,第152—155页。

不得已而为之,应当严格限定适用条件,至少比禁止重作判决要更为严格。

二、行政诉讼禁止判决的制度模式

(一) 英美法系的禁令制度

1. 英国

英国司法审查中的禁令制度,包括禁止令(prohibition)和阻止令(injunction)这两种,分别属于公法救济和私法救济。

(1) 公法救济中的禁止令

禁止令是高等法院王座分院对低级法院和行政机关所发出的特权命令,禁止它们的越权行为。禁止令现已成为禁止行政当局超越权限、滥用手权力的手段,它特别用于禁止许可证发放单位制定违反法律的规定和发放违反法律行为的许可证。^{〔5〕}禁止令常常和其他特权令同时使用,但它只针对所有行政机关、行政裁判所和司法机关。英国是议会至上的国家,法院不能针对立法机关颁发禁令。禁令具有极大的法律权威性,不服从者即以藐视法庭罪论处。^{〔6〕}英国1976年的“色情影片”案就是例证。在该案中,雷蒙德·布莱克本先生发现有人在伦敦放映色情影片,而大伦敦市政府不采取任何行动加以制止。他遂以个人身份向法院提起诉讼,要求颁发中止令(prohibition)。最终,法院不但承认其原告资格,受理了他的起诉,而且颁发了中止令,成功阻止了大伦敦市政府对不良影片发放许可证的违法行为。该案中,丹宁勋爵认为:“……他已经证明了大伦敦市政府一直在以一种违法的方式行使他们的审查权……如果他们继续使用他们现在这种错误的审查方法,即允许非常淫秽的影片放映,那么我们就可以说,他们是在帮助和支持一种刑事犯罪。在这种情况下,本法院能够并且应该颁发一道

〔5〕 [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,第288页。

〔6〕 [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,第272页。

中止令去阻止他们。”〔7〕

（2）私法救济中的阻止令

阻止令原为衡平法上的制度，是一种由大法官法院发出的、禁止私人 and 私人团体的违法行为的命令。到了 1854 年，英国通过立法把普通法院与衡平法院合并在了一起。阻止令后来扩大适用于公法关系，用以阻止公共机构的越权行为。由于阻止令原为禁止私人违法行为的手段，所以行政机关也可以向法院申请阻止令，以禁止私人的违法行为。例如，英国一个卖花的人因为妨碍交通，被处以一百多次的罚金，但因为罚金太轻，卖花人置之不理，行政处罚并没有效果。地方政府就向法院申请阻止令(injunction)，阻止卖花人的这种行为继续发生。〔8〕

对于阻止令的意义，韦德勋爵解释说：“……有许多情况防止比救治更好。为了在真正发生之前阻止可能的错误行为，就得判予永久性禁制令或者临时性禁制令……这种救济提供了一种既能检验某未来行为的法律有效性，又能阻止已经开始的某些过错行为继续发展的方法。”〔9〕

2. 美国

（1）民事诉讼法上的禁令制度〔10〕

禁令(injunction)是一种法院命令，它指示被告实施某种行为或一系列行为，或禁止这样做。在美国，法院既可以为政府机构作出针对私方当事人的禁令，也可以为私方当事人发出针对政府机构或官员的禁令。禁令所采取的形式是向被告本人发布命令，其实际意义在于，不遵守该命令可能受到民事或刑事藐视法庭罪的惩罚。与此相对应，可以对被告处以罚款或监禁，以强制其遵照执行。有学者指出，发布禁令过程中的最重要因素是法官个人的裁量权和公平正义感，所以称禁令制度为“法官制定之法”，再

〔7〕 R. v. Greater London Council, ex parte Blackburn [1976] 1 WLR 550. 参见〔英〕丹宁勋爵：《法律的训诫》，杨百揆等译，法律出版社 1999 年版，第 138—140 页。

〔8〕 王名扬：《英国行政法》，中国政法大学出版社 1987 年版，第 191 页。

〔9〕 〔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，第 236 页。

〔10〕 〔美〕杰弗里·C. 哈泽德、米歇尔·塔鲁伊：《美国民事诉讼法导论》，张茂译，中国政法大学出版社 1998 年版，第 163—165 页。

恰当不过了。^{〔11〕}

(2) 行政法上的禁令制度

包括禁止状和制止状这两种。禁止状(prohibition)作为特权状的一种,是法院根据当事人的申请,命令下级法院、行政机关或官员不执行或停止执行违法的决定。禁止状只能用于作出决定前和执行中的决定,且只能适用于司法性质的行为。^{〔12〕}制止状(injunction)是法院为了避免损害的发生或继续,命令行政机关或官员停止执行某种违法行为,或采取某种依法必须执行的行为。前者称为禁止性质的制止状(prohibitory injunction),制止违法行为的实施;后者称为命令性质的制止状(mandatory injunction),命令执行必须执行的义务。它是衡平法上的救济途径。美国最高法院认为,如果行政机关的命令产生不可弥补的损害,而且没有适当的补救方法时,可以适用衡平法上的制止状作为审查和救济的手段。^{〔13〕}

(二) 大陆法系的行政诉讼禁止之诉制度

1. 德国

(1) 停止作为之诉

在德国,尽管《行政法院法》没有明文规定,但是行政诉讼法理论界和司法实务已经不言而喻地承认停止作为之诉。按照适用对象的不同,停止作为之诉可以作如下划分:^{〔14〕}其一,针对国家管理的事实行为的停止作为之诉,例如针对信息活动或某项警告、污染物排放等。其二,针对行政内部关系中的负担的停止作为之诉,例如地方组织法争议和类似的机构之诉。其三,针对行政行为和规范的预防性停止作为之诉。针对一个行政行为的预防性停止作为之诉,只有在特殊的例外情形中才有可能考虑,因为在通

〔11〕 John F. Dobbryn, *Injunctions in a Nutshell*, West Publishing Co., 1974, p. 1.

〔12〕 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社 2005 年第 2 版,第 574 页。

〔13〕 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社 2005 年第 2 版,第 571 页。

〔14〕 [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 296—300 页。

常情况下,以撤销为目的的事后法律保护就已足够。但是在某些情况下,行政行为的实际前期效力已如此显著,以至于不应当再苛求原告,必须等待相应决定最终作出之后,才采取防卫手段。例如,德国某摇滚乐餐厅不定期向市政府申请周末延长营业时间至凌晨三点,市政府每次皆予以个别许可。邻近居民受到干扰,深以为苦,因而提起预防性不作为诉讼。行政法院认为,居民针对延长营业时间之许可提起撤销诉讼将缓不济急,因为居民每次感受到餐厅又在深夜营业时,始察觉市政府又已批准延长营业的许可。由于居民无法于事后救济方式达到有效法律救济,因而不能要求居民必须等到市政府批准延长营业许可后,再行诉请救济。^{〔15〕}

(2) 预防性确认之诉^{〔16〕}

预防性确认之诉在德国法上常常和停止作为之诉交替使用,且功能相近。对于预防性确认之诉的适当性而言,法律关系必须已经足够具体,以至于基于一个已经可以看清的事实情况,就可以预计会对原告产生消极后果。

在预防性确认之诉中,确认利益必须正好在于,一个未来的法律关系之存在,当前已经可以得到确定。对此,相应的要求是很严格的。通常情况下,原告必须等待即将作出的决定,尔后才能寻求救济。只有当事人的权利受到了消极影响的威胁,并且这些影响将来再也不可能通过撤销之诉或给付之诉予以消除时,或者存在着导致不可补救的损害危险时,才可以考虑采取预防性法律保护措施。倘若预防性确认之诉针对的是一个行政机关,或者一个规范,法院对于确认利益的要求,则尤为严格。因为此时,法院将干涉行政机关或规范制定者的某一正在进行中的程序。

2. 日本

在日本,禁止判决制度的发展前后经历了两个阶段,即禁止之诉从法

〔15〕 这是德国法院实务上针对未来消极不作为成行政处分的一个案例,此诉讼种类为预防性不作为之诉讼,案例名为 OVG Lüneburg。参见翁岳生主编:《行政诉讼法逐条释义》,五南图书出版股份有限公司 2004 年,第 118—119 页。

〔16〕 [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 321—323 页。

定外诉讼种类变为法律所明文规定的法定诉讼种类。

(1) 作为法定外抗告诉讼的预防性不作为诉讼

2004 年之前的《日本行政案件诉讼法》采用了撤销诉讼中心主义,对于其他的诉讼类型,法律虽未明确规定,但学说和判例都承认法定外抗告诉讼的存在。预防性不作为诉讼就是指请求行政厅不行使公权力的诉讼。从功能方面来看,预防性不作为诉讼,是根本不存在任何公权力行使的情况下进行的,是其事前监控。至于其必要性,则因为在有些情况下,撤销诉讼明显并不能有效地发挥作用,因而就广泛存在着预防性不作为诉讼发挥作用的余地。^{〔17〕}例如,监狱基于卫生上之目的,约每二十日强制地对受刑人剃一次头。因犯诈欺罪服刑之 X,于入监之际,请求刑务所长 Y 勿为强制剃头,后仍被强制实施。X 乃以此项强制行为违反宪法第 31 条等规定为由,请求法院予以制止。Y 主张对行政机关提起不行使行政权之诉,系违反三权分立之原则,为不合法。法院认为,原告 X 的请求成立。^{〔18〕}

(2) 作为法定诉讼的禁止之诉

日本 2004 年修订的《行政案件诉讼法》取消了撤销诉讼中心主义,丰富了行政诉讼类型,增设了禁止之诉。该法第 3 条第 7 款规定:“本法所称的‘禁止之诉’,是指在行政机关不应作出而要作出一定的处分或裁决的情况下,请求责令行政机关不准作出该处分或裁决的诉讼。”

第 37 条之 4 款详细规定了禁止之诉的要件:“1. 禁止之诉,限于作出的一定处分或裁决有可能造成重大损害时,才能够提起。但是,有避免此种损害的其他适当方法时,则不受此限。2. 法院在判断是否产生前款规定的重大损害时,应当考虑损害恢复的困难程度,考量损害的性质、程度以及处分或裁决的内容和性质。3. 禁止之诉,限于有请求责令行政机关不准作

〔17〕 [日]盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社 1999 年版,第 419 页。

〔18〕 此即所谓剃光头之白石判决,是东京地方法院于 1963 年 7 月 29 日所作的判决。参见我国台湾地区“司法院”第三庭编:《德、日、英、美行政事件裁判要旨选辑》,1992 年版,第 157—158 页。

出一定处分或裁决的法律上的利益者,才能够提起。4. 判断有无前款规定的法律上的利益,准用第9条第2款之规定。5. 符合禁止之诉第1款及第3款规定要件的,法院认为有关与禁止之诉相关的处分或裁决,行政机关不应作出处分或裁决并且作为该处分或裁决根据的法令规定是明确的,或认为行政机关作出该处分或裁决是超越裁量权范围或者滥用裁量权的,可判决令行政机关不准作出该处分或裁决。”

与之相配套,第37条之5条的第2款规定了临时禁止制度:“已提起禁止之诉的,在法院看来,为避免由于作出与禁止之诉相关的处分或裁决所产生的难以补偿的损害,而有紧急处置必要的,并且有涉及本案件的理由时,法院根据申请,可临时决定令行政机关不准作出该处分或裁决。”

3. 我国台湾地区

我国台湾地区行政诉讼中的预防性保护制度,是吸收、借鉴德、日等国制度的产物,包括预防性不作为诉讼和预防性确认诉讼。

(1) 预防性不作为诉讼

我国台湾地区行政诉讼法虽未明确规定预防性不作为诉讼,但鉴于此种诉讼在性质上是给付诉讼,故只要人民在实体法上享有预防的不作为请求权存在,则在其有权利保护必要的前提要件下,应当承认得依“行政诉讼法”第8条规定提起预防性不作为诉讼,以有效保护人民权利免于非法侵害。^{〔19〕}

给付之诉通常限于现行给付之诉,至于为将来给付而提起的给付之诉,学者称之为“预防性不作为之诉”,在学理与实务上屡有争议。行政诉讼法增列的各种诉讼类型,皆系针对行政机关已经或依法应作成之行政行为而不为,属于一种事后救济。而仅有预防性不作为之诉是针对行政机关尚未作成任何行政行为或依法尚不应作成任何行政行为,唯恐一旦作成后,提起撤销、确认、义务等事后救济之诉讼,无法发挥及时、有效的救济效果,原告不具有容忍行政机关作成行政行为之义务,而认为有权利保护的

〔19〕 陈清秀:《行政诉讼法》,翰芦图书出版有限公司1999年版,第138页。

必要,就可以提起预防性不作为之诉。^{〔20〕}

(2) 预防性确认诉讼^{〔21〕}

预防性确认诉讼是指请求法院判决,确认行政机关无权作成一定之行为,性质上包括行政处分、行政事实行为以及法规命令、职权命令与行政规则之制订。“行政诉讼法”第6条并未明文规定预防性之确认诉讼。但自第2条概括诉讼条款,以及人民诉讼权之保障之本旨以观,该诉讼有其必要性。

预防性确认诉讼旨在防患行政机关未来之一定行为。一般而言,当事人得等到行政机关作成相关之行政行为之后才可以对其提起诉讼,如此始称具体、精确,足以判断有无侵害当事人之权益。无论如何,如果一行政行为的作成将导致当事人难以恢复的损害或难以期待的不利益,则预防性确认诉讼便有肯认的必要。此类诉讼若旨在确认主管机关不得作成一定之行政处分,则此类诉讼与所谓预防性之不作为诉讼之本质相同,从而乃出现确认诉讼之从属性的限制的争议。

三、我国增设行政诉讼禁止判决的必要性

(一) 预先制止行政违法

行政行为是人的行为,违法行使职权的现象并非罕见。对于行政机关已经作出的违法行为,根据我国行政诉讼法的规定,可以通过撤销判决、履行判决、确认违法判决、变更判决等加以制止和纠正。但是,在某些情况下,即使行政机关尚未正式作出某项行政活动,但事态已经十分明朗,公民

〔20〕 翁岳生主编:《行政诉讼法逐条释义》,五南图书出版股份有限公司2004年版,第118页。

〔21〕 翁岳生主编:《行政诉讼法逐条释义》,五南图书出版股份有限公司2004年版,第113页。

有足够的证据证明该即将作出的行政活动违法,并将对其造成严重的、难以回复的损害,此时,应当允许公民诉讼请求法院作出禁止判决,以及时、有效地于事先禁止该违法行政活动的作出。这是本文引入行政诉讼禁止判决的最直接的目的,即通过司法权的介入,事先制止明显违法的行政活动,以防患于未然。与我国当前对行政权进行事后监督的“灭火机制”不同,行政诉讼禁止判决属于违法行政行为的“防火机制”。

(二) 保障公民合法权益

现代民主理论认为,国家主权来源于公民权利,并应当服务于公民权利的保护,人权保障是国家主权的基本的出发点和归宿。我国《宪法》第23条第3款规定:“国家尊重和保障人权。”由此,国家就应当为公民提供全面、及时、有效而又毫无漏洞的法律保护。在行政法上,事后的撤销、国家赔偿等虽然是对行政机关违法行为的一种基本的救济手段,但是这种形式的诉讼或判决有一个缺点,即法院只能在损害发生之后才能审查官员的行为,而不能事前或事中命令官员停止违法行为,以制止损害的发生。^{〔22〕}

正如盐野宏教授所说:“预防性不作为诉讼,是因公权力的侵害迫近而成为问题的场面。因此,从原告方面来看,预防性不作为诉讼并不是请求实现更好的状态,而是防止现状恶化的诉讼,是对违法的公权力行使的防卫,在这种意义上,应该说和限定来自国家的权利、利益的侵害这一市民法治国原理是相近的。”^{〔23〕}

此种情况下,我们并不能苛求原告必须等到某一负担实际出现才采取行动,因为即将对其的伤害是如此确定和严重。因而,在特殊情形下有条件地承认行政诉讼禁止判决,对于全面、完整地保护公民合法权益,是非常必要的。

〔22〕 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社2005年第2版,第571页。

〔23〕 [日]盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第418页。

（三）提升司法权威

在行政诉讼中,法院是仲裁者,发挥着至关重要的作用。行政诉讼的目的能否实现,取决于司法体制的运行状况,但最直接取决于法院的职能发挥。正因为此,司法独立、司法权威是我国设立行政禁止判决制度的前提和基础。就当前来说,行政审判能否担当起特殊条件下对行政机关进行事先监督的重大使命,这是我国引入行政诉讼禁止判决时不得不考虑的一个因素。但从另一方面来讲,我国引入行政诉讼禁止判决,允许人民法院有条件地提前制止行政机关的违法行为,赋予其新的职权,又能在一定程度上平衡行政机关和司法机关的力量对比,并以此为契机,积极发挥我国人民法院的司法功能,彰显和提升司法权威,促进我国行政诉讼制度良性发展。

（四）促进行政民主、效率

在行政机关违法行为尚未作出时,允许我国公民通过行政诉讼禁止判决寻求救济,就是为公民和行政机关提供协商的舞台,促进原告、被告的交流和沟通,有利于双方达成和解或妥协。该行政诉讼过程,就是一个谈判的过程,有利于提升行政民主。这其实就相当于在行政决定最终作出之前,由法院作为中立的第三人和裁判者,裁决行政争议,并给双方辩论、商讨的场合,就行政机关即将作出的行为之合法性、合理性进行举证、质问和辩论。经过禁止之诉的整个程序,行政机关如果意识到即将作出的行为明显违法的,必然会及时作出回应,或与原告和解,或主动停止、放弃原本计划实施的行政活动。在此情况下,原告自行撤诉,事实上也实现了其起诉的目的。正如日本学者所言:“……可能通过当事者之间的进一步对话,实现国民对行政权力的直接控制……当事者的努力由于有了审判制度从程序上给予的保证,才有可能最大限度地发挥自己形成秩序和对行政权力进行有效控制的作用。”^[24]

[24] [日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社2004年版,第260—261页。