

教育部

人文社会科学重点研究基地基金资助

诉讼法学文库 XXXIX

总主编 樊崇义

PROCEDURE LAW TREATIES SERIES

行政诉讼类型研究

◎ 吴 华 著

ON ADMINISTRATIVE
PROCEEDINGS MODES

04



中国人民公安大学出版社

行政诉讼类型研究

吴 华 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

行政诉讼类型研究/吴华著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2006.1

ISBN 7-81109-313-8

I. 行... II. 吴... 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 (2006) 第 001372 号

行政诉讼类型研究

ON ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS MODES

吴华 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2006 年 1 月第 1 版

印 次: 2006 年 1 月第 1 次

印 张: 12.125

开 本: 880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数: 305 千字

印 数: 0001~3000 册

ISBN 7-81109-313-8/D·300

定 价: 30.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.jgclub.com.cn

《诉讼法学文库》总序

诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一，也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明，诉讼制度是否健全与完善，直接决定着实体法律的实际效力：没有相应的诉讼制度作为依托，实体权利只能是“镜中花、水中月”；没有完善的诉讼制度予以保障，实体法律将无法如其所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是，诉讼法制的完善程度如何，还直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度，是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治的标志。在现代法治国家，诉讼制度作为法治的一个重要环节，受到了前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈到，“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实决不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”^①

我国 1999 年宪法修正案正式确立了“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，为推进我国社会主义民主、法制建设，完善我国司法体制，提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念，并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下，通过增设新的诉讼制度以充实公民实体权利的实现途径，通过完善现行诉讼制度以保障实

^① 转引自季卫东著：《法律程序的意义》，载《比较法研究》总第 25 期。

体法律的公正实施,从而推进依法治国,加快社会主义民主与法治建设的步伐,已经成为我国法治建设的关键所在。

诉讼制度的构建,与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切的关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中,在大量经验教训的基础上总结出来的、对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中发挥着高屋建瓴的作用。只有正确认识和准确把握诉讼原理,才能构建较为完善的诉讼制度,才能推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在改革与完善诉讼法律制度时,对于人类经过长期理论与实践探索获得的原理性认识,不能不予以重视,也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼的立法和实践曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响,诉讼规律和诉讼原理长期被忽视、被冷落。由此造成的后果之一是:司法机关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如,刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来维护社会秩序的功能单一的工具,忽视了司法机关和诉讼法制所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋,已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐,而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了非常消极的影响。要扭转这一局面,必须在宏观法律观念上作一个大的转变,同时大力借鉴、吸收法治发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验,加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握了诉讼原理,可以帮助我们全面地认识司法机关的功能,并对各种不同的诉讼模式、规则进行正确的取舍,从而在一定的诉讼原理的指导下构建更为科学和更适合“本土资源”的诉讼模

式、规则。由此制定的法律，将具有更强的民主性、文明性和科学性。反之，如果不能正确把握诉讼原理，对于存在着内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择，立法活动就可能要多走许多弯路，甚至要付出沉重的代价。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的正确把握可以在一定程度上弥补立法的不足。法律永远是抽象的。要将抽象的法律适用于具体的案件，就必须有科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识，将有利于指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释，从而使法律文本本身存在的不足得到补救。在现代社会，由于法律的稳定性与现实生活千变万化之间的落差只能通过赋予司法人员自由裁量权的途径予以调和，因此，对基本诉讼原理的认识，还直接决定着司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时，能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

要贯彻“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，保障诉讼活动公正进行，也必须认真研究诉讼原理，把握诉讼规律。当前，我国已有不少学者开始探索一些诉讼原理性的问题，如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等，并已取得了一定的研究成果，这有力地推动了人们法律观念的变化，并对立法和司法活动发挥着积极的影响作用。但总的看来，我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距，还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行探讨，缺乏对一般性诉讼原理的全面、系统的探讨。因此，随着我国法制进程的推进，探讨一般性诉讼原理已经成为我国诉讼法学界必须研究的课题。

中国政法大学诉讼法学研究中心是以诉讼法学为研究领域的

国家重点学术研究机构，系2000年10月经教育部专家评审并批准的法学类六个普通高等学校人文社会科学重点研究基地之一。该中心以中国政法大学诉讼法学部分专家、学者为专职研究人员，同时聘请国内外一些知名诉讼法学专家、学者作为兼职研究人员。中心主任由樊崇义教授（博士研究生导师）担任，著名法学家陈光中教授（博士研究生导师）为名誉主任，著名民事诉讼法学专家杨荣新教授（博士研究生导师）担任中心顾问，知名中青年学者宋英辉教授（博士研究生导师）任中心常务副主任，知名中青年学者卞建林教授（博士研究生导师）、陈桂明教授（博士研究生导师）、马怀德教授（博士研究生导师）、张树义教授为兼职副主任。中心学术研究的范围和布局涵盖整个诉讼法学，下设四个研究机构和研究方向：刑事訴訟法学研究室、民事訴訟法学研究室、行政訴訟法学研究室和证据法学研究室。中心研究内容、结构和研究人员的合理组合，乃是中心优势互补之特色的鲜明体现。该中心在整体科研水平和参与重大决策的能力，以及科研成果、人才培养、国内外学术交流、资料信息和参与国家立法等方面，均居全国同行的领先地位。按照教育部的要求，该中心正以学术研究为核心，深化科研体制改革，实行全面开放，注重高层次人才培养，加强学术交流，引导和推动诉讼法学的发展，为建设全国一流，乃至世界一流的重点研究基地而努力拼搏！

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究，同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响，并对司法实际工作有所帮助，中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”是中心的一项长期出版项目，面向国内外专家、学者开放，凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有

深度、有分量的专著、译著，以及对公安、司法工作有指导意义，对立法工作有参考价值的其他诉讼法学著作均可入选。

中国政法大学诉讼法学研究中心主任

A handwritten signature in black ink, consisting of three characters: '樊', '崇', and '羲' (Fan Chengxi).

2003 年 8 月于北京

序 一

行政诉讼类型化是 20 世纪以来各国行政诉讼制度发展的共同趋势之一。行政诉讼类型有助于加强对公民权利的保障，强化对行政行为的司法审查，使行政诉讼制度体系化，并且能够深化行政诉讼法学的理论研究。行政诉讼的类型已成为多数大陆法系国家行政诉讼制度的核心问题。我国对行政诉讼类型的研究尚处于起步阶段。

本书是国内第一部全面、系统研究行政诉讼类型的专著。其理论价值在于，全面分析研究有关行政诉讼类型的理论问题，表现为：

第一，研究了行政诉讼类型的基本理论问题。探讨了行政诉讼类型的含义、分类、特殊性、行政诉讼类型建立的理论基础和宪法基础、功能及其规范模式等问题。提出行政诉讼及行政诉讼类型存在的理论基础，概括来讲，应当是法治主义，具体表现为“有权利就有救济原理”和“权利救济必须有效的原理”。我国对行政诉讼类型的规范模式应采取例示主义，以避免因列举不完全而给公民权利保障造成的漏洞。

第二，系统研究了行政诉讼类型发展史、英美法系的司法审查形式理论、主要大陆法系国家行政诉讼类型理论等问题。文章认为，行政诉讼类型的发展可以分为萌芽、确立和发展三个时期，并细致研究了英美法系的司法审查形式以及主要大陆法系国家（法、德、日）的行政诉讼类型的具体内容，并对二者的异同进行了分析比较。

第三，构建中国的行政诉讼类型制度。本书首先分析了我国行政诉讼类型的现状、不足、确定行政诉讼类型的因素和标准、行政诉讼类型应具备的一般要件；其次，探讨了确定行政诉讼类型的标准为当事人的诉讼请求，并根据这一标准，提出我国应建立的行政诉讼类型为撤销诉讼、课予义务诉讼、行政给付诉讼和行政确认诉讼；再次，结合中国的理论研究和司法实务，分别对这些诉讼类型的含义、适用范围、特别诉讼要件、审理及判决以及各种诉讼类型之间的关系等问题进行分析；最后，对几个热点问题进行研究。

在有关中国诉讼类型的研究中，提出一些独到的见解：（1）将课予义务诉讼分为不纯粹的不作为之课予义务诉讼和纯粹的不作为之课予义务诉讼两类。（2）举证责任的分配应根据诉讼类型来确定。在撤销诉讼中应由被告举证；不纯粹的不作为之课予义务诉讼由被告负举证责任，而纯粹的不作为之课予义务诉讼则视情况必要时由原告负举证责任；在行政给付诉讼中，不能一概强调被告负举证责任，而应根据实际情况，由原告或者被告承担举证责任。在原告举证不能的情况下，法院应尽可能地依职权调取证据。（3）在审查的范围上，法院对不纯粹的不作为之课予义务诉讼进行实质性审查，并且可以作出要求被告履行特定内容的履行判决；而对纯粹的不作为之课予义务诉讼进行形式性审查，并且作出要求被告在一定期限内履行义务的履行判决。（4）关于调解的问题。本书认为行政诉讼不应一概否定调解，应当针对不同的行政行为类型允许法院进行调解。在行政主体享有实体处分权，并且调解不损害国家、社会 and 他人利益，必要的情况下应当允许调解，以利于案件的迅速解决，并有利于促进社会和谐。

在有关行政诉讼类型的热点问题中，主要研究了抽象行政行为的审查、当事人诉讼、公益诉讼和机关诉讼的问题。对抽象行

政行为的司法审查，文章在分析现行监督制度的不足之后，提出了对抽象行政行为进行司法审查的必要性和可行性。对当事人诉讼、公益诉讼和机关诉讼等问题也主要是从必要性和可行性两方面进行分析，有些诉讼类型可以直接纳入撤销诉讼、课予义务诉讼、行政给付诉讼或者行政确认诉讼之中，有些则需等待时机成熟时才可纳入。

本书的实践价值在于，在全面系统的理论研究的基础上，建议我国行政诉讼法的修改采用诉讼类型的立法方式，通过诉讼类型对我国行政诉讼法的有关内容进行整合，构建中国的行政诉讼类型法律制度。

当然，此书属于学术探讨性质，难免有不成熟之处。

作者是我指导的博士生，她的博士论文出版我自然由衷高兴，并预祝她在事业上取得更大的成绩。

陈光中

2005年11月17日

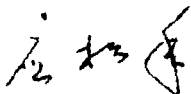
序 二

行政诉讼类型是当前行政诉讼法学界共同关心的话题，但我国对行政诉讼类型的研究尚处于起步阶段，从理论上进行全面深入研究的专著尚不多见，吴华的《行政诉讼类型研究》一书比较全面、系统地研究了行政诉讼类型问题，这无疑是一部值得关注的适时之作。

作者从多角度探讨了行政诉讼类型的基本理论问题，包括行政诉讼类型的基本含义、分类、特殊性，建立行政诉讼类型的理论基础和宪法基础，行政诉讼类型的功能及其规范模式等；并系统研究了国外行政诉讼类型的发展历史，在对英美法系国家司法审查形式和大陆法系国家行政诉讼类型具体内容进行细致研究之后，就两者的异同进行了分析比较，在上述研究的基础上，作者将着重点和最后落脚点放在如何构建中国的行政诉讼类型制度的探索，其中关于举证责任的分配，对课予义务之诉的分类和法院对不作为课予义务之诉的审查，以及关于调解、抽象行政行为、当事人诉讼、公益诉讼和机关诉讼等问题，都提出了许多有价值的创新观点和立法建议。我国行政诉讼制度已经实施了15年，当前正面临修改，其中，是否应该构建中国的行政诉讼类型制度，以代替目前行政诉讼法中规定的判决类型制度，以及建立此项制度的必要性和可行性，都是在修改行政诉讼法的讨论中引起广泛争议的问题，这本专著的出版，无疑将为这场争论提供可贵的参考意见。这是吴华的新作，作者在理论上的广泛涉猎和探索，对实际问题的细致探究和求索，都显示出作者在学术研究上

有很广阔的前景。

在阅读吴华的这本专著之际，我深刻感到：如果在法律制定或修改中碰到难题和有争议的问题，都能有这样深入的研究与探讨，就可能更有助于对问题的探索和辨析，这对于提高立法质量无疑将起到十分重要的作用，这是我对这本书感兴趣的原因之一。因此，我愿意向读者推荐这一著作，是为序。

A handwritten signature in black ink, appearing to be '朱荣强' (Zhu Rongqiang), written in a cursive style.

2005 年岁末于北京世纪城春荫园

目 录

导 言	1
一、研究的目的	1
二、研究的意义、现状	4
三、研究的思路与范围	6
第一章 行政诉讼类型概述	8
第一节 行政诉讼类型的含义及分类	8
一、行政诉讼类型的含义	8
二、行政诉讼类型的分类	14
第二节 行政诉讼类型的特殊性	17
一、民事之诉的种类	18
二、行政诉讼类型与民事之诉种类的区别	24
三、行政诉讼类型与民事之诉种类的联系	30
第三节 行政诉讼类型的理论基础和宪法基础	33
一、行政诉讼类型的理论基础	33
二、行政诉讼类型的宪法基础	41
第四节 行政诉讼类型的功能	47
一、诉讼类型的一般功能	47
二、诉讼类型在行政诉讼制度上的功能	49
第五节 行政诉讼类型的规范模式	55
一、法律明确规定行政诉讼类型的方式及其利弊	57
二、法律未明确规定行政诉讼类型的方式及其利弊	61
二、我国行政诉讼类型应采取的规范模式	62

第二章 行政诉讼类型的历史沿革	67
第一节 行政诉讼类型的萌芽及出现	67
一、令状制度在英国的萌芽	68
二、行政诉讼类型在法国的出现	72
三、对英国行政诉讼形式萌芽的分析	77
第二节 行政诉讼类型的确立和发展	80
一、行政诉讼类型在西方的全面确立	80
二、行政诉讼类型的发展趋势	89
第三节 中国行政诉讼类型的产生	102
一、行政诉讼类型在中国的产生	102
二、行政诉讼类型在中国产生的背景	104
三、行政诉讼类型在中国产生滞后的原因	105
第三章 英美法系国家的司法审查形式理论	108
第一节 英国的司法审查形式	109
一、一般救济诉讼	110
二、例外救济诉讼	115
三、一般救济诉讼与例外救济诉讼的比较	124
第二节 美国的司法审查形式	128
一、法定的审查	129
二、非法定的司法审查	131
三、司法审查的特殊形式	133
第四章 主要大陆法系国家的行政诉讼类型理论	137
第一节 法国的行政诉讼类型	137
一、传统的分类	138
二、依诉讼标的性质分类	144
第二节 德国的行政诉讼类型	147
一、撤销诉讼	147

二、课予义务诉讼·····	148
三、一般给付诉讼·····	149
四、确认诉讼·····	151
五、继续确认诉讼·····	152
六、其他形成诉讼·····	153
第三节 日本的行政诉讼类型·····	154
一、抗告诉讼·····	156
二、当事人诉讼·····	164
三、民众诉讼·····	167
四、机关诉讼·····	168
第四节 两大法系行政诉讼类型之比较·····	171
一、两种诉讼体制存在的理由·····	171
二、行政诉讼类型的两大模式·····	175
第五章 我国行政诉讼类型概述·····	180
第一节 我国台湾地区行政诉讼类型理论·····	180
一、我国台湾地区行政诉讼类型的沿革·····	180
二、我国台湾地区现行的行政诉讼类型·····	183
第二节 我国大陆地区现有行政诉讼类型及其不足·····	188
一、我国大陆地区现有的行政诉讼类型·····	188
二、我国大陆地区行政诉讼类型存在的不足·····	190
第三节 影响和决定行政诉讼类型的因素和标准·····	194
一、影响行政诉讼类型的因素·····	194
二、决定行政诉讼类型的标准·····	203
三、我国应确立的行政诉讼类型·····	205
第四节 行政诉讼类型的一般诉讼要件·····	206
一、诉讼要件的概念·····	206
二、一般诉讼要件的内容·····	207

第六章 我国行政诉讼类型的模式·····	219
第一节 行政撤销诉讼·····	219
一、撤销诉讼的含义·····	219
二、撤销诉讼的特别诉讼要件·····	219
三、撤销诉讼的审理·····	240
四、撤销诉讼的判决·····	248
第二节 课予义务诉讼·····	257
一、课予义务诉讼的含义·····	257
二、课予义务诉讼的分类·····	258
三、课予义务诉讼的特别诉讼要件·····	265
四、课予义务诉讼的审理·····	268
五、课予义务诉讼的判决·····	270
第三节 行政给付诉讼·····	274
一、行政给付诉讼的含义·····	274
二、行政给付诉讼的分类·····	275
三、行政给付诉讼的特别诉讼要件·····	280
四、行政给付诉讼的审理·····	288
五、行政给付诉讼的判决·····	297
第四节 行政确认诉讼·····	298
一、行政确认诉讼的含义·····	298
二、行政确认诉讼的分类·····	298
三、行政确认诉讼的特别诉讼要件·····	305
四、行政确认诉讼的判决·····	310
第五节 各种诉讼类型之间的关系·····	310
一、各种诉讼类型之间存在的关系·····	311
二、每种诉讼类型与其他诉讼类型的关系·····	313