

# 行政诉讼类型制度的功能

刘 飞 \*

---

---

**内容提要：**行政诉讼中的诉讼类型如何设置，与行政诉讼受案范围如何确定之间并无直接关联，因此诉讼类型制度不具有拓展受案范围的功能。从完善诉权保护的角度来说，虽然可以考虑引入无效性确认之诉、继续确认之诉与预防性诉讼三种诉讼类型，但不可高估其意义。我国现行行政诉讼制度中系以非明文规定方式建立了类型制度。是否明文规定诉讼类型仅具有形式意义上的区别，不会对行政诉讼制度的具体构造形成实质影响。改良行政诉讼制度应着力推进实质意义上的诉讼要件制度的完善，不能寄希望于明文规定的类型制度的构建。

**关键词：**行政诉讼类型 行政诉讼受案范围 诉权保护

---

---

## 一、问题的提出

行政诉讼类型，又称为行政诉讼种类、诉种、行政之诉的种类等。较早进行相关研究的薛刚凌认为，行政诉讼类型是“在行政诉权分类的基础上，对行政诉讼中具有相同诉讼构成要件，适用相同审理规则和方式，以及法院的裁判权限基本相同的诉讼所进行的归类”。〔1〕

对于我国行政诉讼类型制度的现状，学者们多给出了批评性评价。如果对近年来的相关文献作一个简单的编年史梳理，不难发现批评程度在不断加深。薛刚凌在1998年认为，“我国行政诉讼类型尚不发达”。〔2〕章志远在2007年提出，“立法者及学术界对行政诉讼类型化这一重大命题呈现出几乎一致的‘集体无意识’状态”。〔3〕此后，赵清林提出，“现行行政诉讼制度上有碍其原有功能发挥的不完善之处可谓不胜枚举，……其最集中、最全面

---

\* 中国政法大学中欧法学院教授。

本文是笔者主持的国家社会科学基金项目（青年项目，批准号：07CFX012）“德国行政诉讼制度的理论与实践研究”、何海波教授主持的“理想的行政诉讼法”课题的阶段性成果。

〔1〕 薛刚凌：《行政诉讼权研究》，华文出版社1999年版，第142页以下。

〔2〕 同上书，第171页。

〔3〕 章志远：《行政诉讼类型构造研究》，法律出版社2007年版，第79页。

的体现便是诉讼类型制度的不完善”。〔4〕批评趋向于更严厉，似乎凸显了改变类型制度现状的必要性与紧迫性。

从事行政审判的法官们近年来也非常关注类型制度，并对我国行政诉讼制度的“类型化构建”持积极支持的态度。李广宇、王振宇认为，为解决我国行政诉讼制度中存在的诸多缺陷与问题，“最重要也最有效的办法是引入行政诉讼类型化的思想”。〔5〕江必新也于近期撰文指出，我国“缺乏科学的诉讼类型划分”。〔6〕

学者们之所以持上述观点，主要是认为，由于我国行政诉讼法中未明文规定诉讼类型，致使其应有的制度功能得不到发挥。对于类型制度具有的功能，学界通常总结为三项：其一可以拓展行政诉讼受案范围；其二有利于行政诉权的扩展；其三有利于行政诉讼结构与程序的完善。然而，类型制度果真能够拓展行政诉讼受案范围？其究竟是如何完善行政诉权的？类型制度具体怎样有利于行政诉讼结构与程序的完善？我国现行成文规范中完全没有对类型制度作出规定么？这些问题都有待于深入研究。

## 二、能否拓展受案范围

由于我国行政诉讼法对受案范围作出了严格限定，仅有部分行政决定可以进入行政诉讼程序接受法院审查。这一状况早已引起了学界的广泛关注。学者们经过长期研究，就如何拓展行政诉讼受案范围的问题形成了不少共识。近年来，部分学者从研究行政诉讼类型制度入手，提出了应以诉讼类型拓展行政诉讼受案范围的观点。例如，王丹红提出，“将诉讼类型法定化，可以以法定诉讼类型的有机整合确定行政诉讼的具体受案范围”。〔7〕章志远把“实现公民权利有效而无漏洞的司法救济”认定为是体现行政诉讼类型化法律机能的第一项内容。〔8〕李广宇、王振宇提出，“诉讼类型化的第一步是搞清楚当事人可能会提出哪些诉讼请求，接下来就是探讨如何在司法能力限度内给予全面的无漏洞的保护”。〔9〕上述学者的观点基本相同，即认为行政诉讼类型之法定化、类型化或系统化，具有整合确定受案范围、实现“无漏洞的司法救济”或“为人民提供完整、有效的权利救济”的功能。简言之，类型制度具有拓展受案范围的功能，这一看法代表了目前学界的主流观点。

分析行政诉讼中的具体程序制度，不难得出相反的结论。在行政诉讼制度构架中，受案范围规范是确定法院能否受理行政争议的主要因素之一，而诉讼类型问题则位列于作为其后续程序的审理与判决阶段。受案范围规范作用于整个诉讼进程的第一阶段，原告的起诉能否通过受案范围规范的检验，是行政诉讼程序能否继续进行下去的前提。如果此项审查步骤尚且不能通过，如何确定诉讼类型的问题毫无意义。下页图表明了诉讼类型与受案范围这两项诉讼程序制度之间的关系。

〔4〕 赵清林：《行政诉讼类型研究》，法律出版社2008年版，第96页。

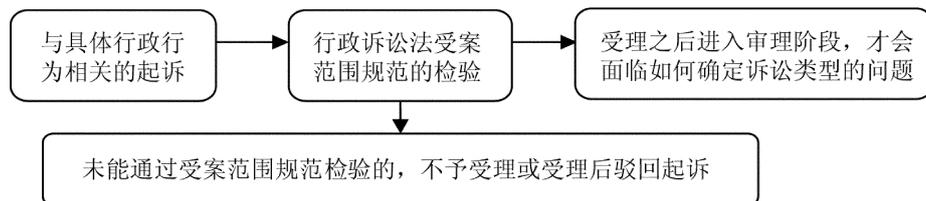
〔5〕 李广宇、王振宇：《行政诉讼类型化：完善行政诉讼制度的新思路》，《法律适用》2012年第2期。

〔6〕 江必新：《完善行政诉讼制度的若干思考》，《中国法学》2013年第1期。

〔7〕 王丹红：《诉讼类型在〈日本行政诉讼法〉中的地位和作用——以我国〈行政诉讼法〉的修改为观察视角》，《法律科学》2006年第3期。

〔8〕 章志远：《行政诉讼法前沿问题研究》，山东人民出版社2008年版，第60页。

〔9〕 前引〔5〕，李广宇等文。



由于受案范围与诉讼类型同属于行政诉讼中的具体程序制度，后续阶段的类型制度设置得如何，有可能会反作用于作为前置程序的受案范围制度。但是在没有切实依据的情况下，难以对这种或许存在的反作用作出准确评估。在行政诉讼制度框架内，其他程序制度也有可能受案范围制度之间存在类似的关联。例如管辖制度如何设置、诉讼参加人的范围如何界定等，无不与受案范围制度之间存在一定联系。同类型与范围之间的关系一样，管辖制度或诉讼参加人制度不能对受案范围起到拓展作用。

可以设想的是，如果将来可以通过修法拓展行政诉讼受案范围的话，有可能会需要准备更多诉讼类型予以应对。但类型增多的可能性是范围拓展的结果，而不是导致范围拓展的原因。因此，“鉴于行政诉讼类型的扩张，有必要对现行立法有关受案范围的规定进行修正”的观点，<sup>[10]</sup>未能切合类型与范围之间的实然关系。在此基础上，如果寄希望于以诉讼类型制度的构建来拓宽行政诉讼的受案范围的话，无异于在歧途上又前行了一步。<sup>[11]</sup>

学者们之所以会误判类型与范围之间的关系，与对国外行政诉讼制度的误解不无关联。本文仅以德国行政诉讼制度为例作出说明。

在目前被译成中文的唯一一本德国行政诉讼法教科书中，胡芬提出，“对于侵犯公民权利的每一种国家权力行为，都必须有一个适当的诉讼种类可供利用”。<sup>[12]</sup>这一阐述被我国学者解读为，“只有不断扩展行政诉讼的类型，公民权利才能实现无漏洞的完整性救济”。<sup>[13]</sup>实际上，胡芬的本意并不是认为可以通过诉讼类型来拓宽行政诉讼受案范围，而是指对于“每一种国家权力行为”，行政诉讼制度中就应当设置一种可供公民利用的诉讼类型。值得注意的是，德国法语境中的“每一种国家权力行为”，指的是行政诉讼审查对象中所涵盖的具体行政行为、事实行为与规范等不同行政活动方式。对于不同的行政活动方式，在诉讼中应适用不同的诉讼类型，例如适用于规范审查的诉讼类型就不同于适用于具体行政行为的类型。因此，诉讼类型与受案范围之间的关系为：基于受案范围之内的特定审查对象来确定诉讼类型，而非基于诉讼类型确定法院受理行政诉讼案件的范围。质言之，胡芬的上述表述中，所指明的仍然是范围决定类型，并非类型可以拓展范围。

学者们形成上述误解的根源在于对受案范围规范的理解偏差。德国行政法院法第40条第1款规定：“在联邦法律没有明确规定由其他法院管辖的情况下，所有非宪法性的公法争议由行政法院管辖。”从字面表述来看，该款似乎对应于我国行政诉讼法中的受案范围规

[10] 前引〔8〕，章志远书，第92页。

[11] 章志远提出：“应当尽快结束对受案范围的‘聚焦’，将研究的重点转向行政诉讼类型，探讨我国未来行政诉讼的基本类型及其具体的运作规则。”参见杨海坤、章志远主编：《行政诉讼法专题研究述评》，中国民主法制出版社2006年版，第179页。

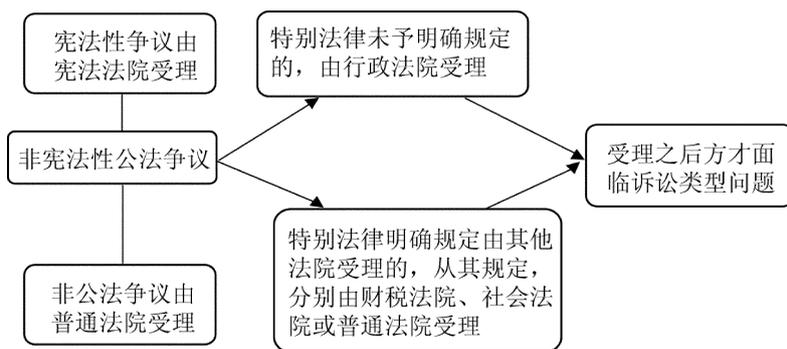
[12] [德]胡芬：《行政诉讼法》，莫光华译，法律出版社2003年版，第204页。

[13] 前引〔8〕，章志远书，第61页。作出如此解释的学者较多，本文仅以章志远为例。

范，即行政诉讼法第 11 条与第 12 条，因此我国学者普遍将二者相提并论。但从实质内涵来说，该款规定的是行政案件的具体管辖法院，并非受案范围。之所以如此，是因为德国在宪法法院之外，还存在较为复杂的五家专门法院，在普通行政法院之外，尚有作为特别行政法院的社会法院与财税法院可以管辖行政诉讼案件，甚至于普通法院也对特定行政案件具有管辖权。<sup>[14]</sup> 为此，需要有成文规范对行政诉讼的具体管辖法院作出明确规定。

德国法中，只要实体法肯认了一种权利，这种权利必然就是能够在司法程序中得到保护的，此即“有权利必有救济”原则。为此，基本法第 19 条第 4 款规定：“任何人的权利受到了公权力的侵害，法律救济途径都向其敞开。”这就是所谓“法律途径保障”或“法院提供的全面的权利保护”，<sup>[15]</sup> 学界也常称之为“全面的、无漏洞的、有效的法律保护”。<sup>[16]</sup> 如要借用中国法语境中的表述方式，这就是对包括行政争议在内的公法争议在受案范围上的概括式规定。在此法定概括主义的受案模式之下，行政法院法作为一部司法程序法，只能对如何保护实体权利的程序性事项作出规定，不能触及实体权利是否可以得到司法救济的问题，更不能对实体权利的司法救济范围作出限制。总之，对于国家权力行为是否可以被诉这一实体问题来说，德国行政法院法第 40 条第 1 款并未作出具体规定，其既没有扩大也没有缩小行政诉讼受案范围。不仅如此，行政法院法中的所有条款都与受案范围无关。<sup>[17]</sup> 既然如此，也就不存在以类型制度拓展受案范围的可能性。

基于上述内容，本文以下图来表示德国行政诉讼制度中受案范围与诉讼类型制度之间的关系：



实体法中规定的权利是否可以得到司法保护，受限于行政诉讼法中的受案范围条款，这是存在于我国行政诉讼制度中的一种特殊现象。以诉讼程序法中的受案范围规范来限定实体法中可以得到司法保护的權利范围，这一规范构造迥异于西方法治国家普遍存在的“有权利必有救济”模式。如果不区分中德两国成文法中的不同规范构造模式，将中国现行

[14] 关于德国普通行政法院受案范围及其与各专门法院之间的管辖权分配问题，参见刘飞：《德国公法权利救济制度》，北京大学出版社 2009 年版，第 55 页以下。

[15] Hesse, Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 336, 202.

[16] [德] 毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社 2002 年版，第 144 页以下。

[17] 与实体规范内容相一致的是，德国与我国台湾的行政诉讼法教材中，通常都没有我国教材中非常重要的“受案范围”一章。在德国行政诉讼法教材中只有名为“行政诉讼的开启”或“法律救济途径的开启”的章节，论述的是行政法院与其他法院之间如何划分管辖权的问题（参见前引 [12]，胡芬书，第 142 页）。我国台湾的教材中也是如此，例如吴庚认为“行政法院之审判权”，指的是“涉不同种类审判机关之权限划分”（参见吴庚：《行政争讼法论》，台湾三民书局 2005 年版，第 39 页）。

法语境中的规范解释模式直接套用到德国行政法院法中的类似条款上,就容易得出类型可以决定乃至至于拓展范围的错误结论。

在我国,由于受到行政诉讼受案范围的限制,行政诉讼审查对象仅限于具体行政行为,目前尚不需要设立对应于事实行为与规范的诉讼类型。基于现行受案范围条款,我国行政诉讼法中所确定的唯一审查对象就是具体行政行为,事实行为与规范则被排除在外。这决定了适用于事实行为的一般给付之诉与不得作为之诉以及适用于规范的规范审查申请与规范颁布之诉,都不具备存在的现实意义。如果仅从诉讼类型的数量上来说,现存在于德国与我国台湾行政诉讼制度中的多数类型都不能适用于我国。质言之,范围决定类型,在行政诉讼受案范围未能得到拓展之前,论及诉讼类型的拓展是没有意义的。正因如此,下文的论述仅围绕具体行政行为展开。对于适用于事实行为与规范的特定诉讼类型,暂且予以回避。

### 三、是否有利于行政诉权的扩展

薛刚凌对诉讼类型与行政诉权之间的关系作出过系统阐释,其核心观点为“行政诉讼类型化有利于行政诉权的扩展”。〔18〕此说十余年来基本没有受到过质疑,但并非无懈可击。

我国学者普遍认为行政诉讼类型制度“有利于行政诉权的扩展”,主要依据之一为蔡志方的观点。后者提出,行政诉讼的类型化是20世纪以来各国行政诉讼制度发展的共同趋势之一。〔19〕在蔡论的基础上,学者们皆以构建行政诉讼类型制度为世界各国之共同趋势,并认为我国不应自外于此一趋势。至于蔡氏所谓“发展”与“共同趋势”的具体内容为何,乏人予以深究。

实际上蔡氏所谓“共同趋势”,指的是“各国行政诉讼制度在战后发展之共同趋势”。〔20〕这是蔡氏对“二战”之后行政诉讼制度发展历程的回顾性总结,并非是对将来发展趋势的判断。其所称的“趋势”,计有“行政诉讼权利保护功能之强化、诉讼种类之增加、行政裁判权之扩大及行政裁判之司法化”四项内容。〔21〕就类型制度来说,其所谓“发展”指的是“战前各国之行政诉讼制度普遍以撤销之诉为主要之诉讼种类,战后则迭有增加”。〔22〕在此,蔡氏真正所要表达的观点是:“基于‘法律赋予权利于先,必设救济于后’及‘权利救济必须完善’之要求,徒扩大行政裁判权之范围,已无济于事,故有增加诉讼种类之必要。吾人从以往只能撤销违法之行政行为,转而今日得以请求法院命行政作为(如西德之课予义务之诉),甚至于其违法不作为时,确认其违法,并代之而为决定(如奥国之怠慢诉讼及意大利之强制诉讼)一点,即可见诉讼种类对人民权利保护加强之一斑。”〔23〕简言之,蔡氏认为在行政诉讼受案范围之内,不仅应赋予公民提起撤销诉讼的权利,还应认可公民可

〔18〕前引〔1〕,薛刚凌书,第146页。

〔19〕参见蔡志方:《从权利保护功能之强化,论我国行政诉讼制度应有之取向》,台湾大学法律学研究所1988年博士论文,第91页以下。

〔20〕同上文,第30页以下。

〔21〕同上文,第3页、第30页。

〔22〕同上文,第91页。

〔23〕同上文,第93页以下。

以提起义务之诉、确认之诉等，以强化诉权。

我国在构建行政诉讼制度之初，虽然没有明文规定诉讼类型，但并没有将行政诉讼限定为撤销之诉。对于撤销之诉之外的其他诉讼类型，诸如履行之诉与变更之诉，行政诉讼法从一开始就是认可的。经《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（下称“若干解释”）引入确认之诉后，三大基本诉讼类型已经齐备。<sup>[24]</sup>因此，战后西方各国行政诉讼制度由单一的撤销之诉增加至其他诉讼类型的发展历程，在我国现行行政诉讼法出台之际业已基本完成。

当然，更多的诉讼类型毕竟“意味着提供更宽广的救济管道”。<sup>[25]</sup>从这个意义上来说，我国行政诉讼类型制度还有进一步拓展的可能性。基于具体行政行为是否正在产生法律效果的不同，可以较为具体地查明这些可能的范围。<sup>[26]</sup>

#### 1. 对于正在产生法律效果的具体行政行为

设置行政诉讼制度的主要目的，是针对正在产生法律效果的具体行政行为为公民提供法律救济。我国行政诉讼法以及“若干解释”中认可的撤销之诉、履行之诉、变更之诉与确认之诉，都是针对处于这一阶段的具体行政行为所设置的诉讼类型。

与德国行政诉讼中的现有诉讼类型相比，我国尚缺乏无效性确认之诉，即要求确认负担性的具体行政行为自始无效而提起的诉。通常情况下，具体行政行为中存在的瑕疵并不影响其法律效果的产生。在被有权机关作出相反认定之前，国家机关作出的决定首先都是有效的，这就是所谓“有效性推定”。<sup>[27]</sup>德国行政程序法第44条规定，在其瑕疵属于“明显或重大”的情况下，具体行政行为不再是一般性的“违法”，而是属于“自始无效”。<sup>[28]</sup>由于瑕疵系“明显或重大”，自始无效的具体行政行为不因相对人诉讼时效的丧失而具有存续力，因此无效性确认之诉的适用并无时效限制。基于这一特征，无效性确认之诉具有了独立存在价值，行政相对人在寻求司法救济时不必受限于一般的诉讼时效。

我国行政诉讼制度中并未考虑无效性确认之诉。“若干解释”第57条第2款规定，被诉具体行政行为依法不成立或者无效的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决。依据该规定，法院似乎可以作出认定具体行政行为无效的判决。然而此处之“无效”指的仍然是一般性违法，并非特指“明显或重大”违法。例如行政处罚法第3条第2款规定：“没有法定依据或者不遵守法定程序的，行政处罚无效。”该条中的“没有法定依据或者不遵守法定程序”，乃是典型的一般违法情形，与具体行政行为是否自始无效无关。因此，行政诉讼法中可以不必区分“违法”与“无效”，更谈不上设定专门适用于无效性确认之诉的诉讼时效了。如果需要进一步保护行政相对人的诉权，使“明显或重大”

[24] 三大基本诉讼类型即源自民事诉讼法的形成之诉、给付之诉与确认之诉。由于争议涉及的法律关系的性质不同，行政诉讼中占主导地位的是形成之诉，而民事诉讼中则是给付之诉。Vgl. Ule, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 1987, § 32; Jauernig, Zivilprozessrecht, 25. Aufl. 1993, § 34.

[25] 林三钦：《行政诉讼上“诉讼类型”之研究》，中国台湾“行政院科学委员会”专题研究计划成果报告，2003年，第2页。

[26] 行政诉讼类型的划分标准主要有四种，详见刘飞：《行政诉讼类型制度探析——德国法视角》，《法学》2004年第3期。基于具体行政行为是否正在产生法律效果的不同来划分诉讼类型，仅是其中的一种方式。

[27] Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl. 1973, S. 224.

[28] 关于认定具体行政行为自始无效的具体标准，参见 Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. 2000, § 44 Rn. 7 ff.。

的违法具体行政行为不会因诉讼时效的丧失而具有存续力，就应当设置无效性确认之诉。当然，设置无效性确认之诉并非解决问题的唯一方式，拓展履行之诉的适用范围也可以达到相同的效果：行政相对人可以请求行政机关确认具体行政行为系自始无效，在其请求未能得到满足的情况下，相对人可以诉请法院依据行政诉讼法第54条第3项判决行政机关履行职责。

从根本上来说，这一问题的解决取决于实体法中是否认可“具体行政行为自始无效”的概念。<sup>[29]</sup>这一前提尚不具备，论及如何为之设置诉讼类型的问题，似乎还为时尚早。

## 2. 对于不再产生法律效果的具体行政行为

不再产生法律效果的具体行政行为指的是被以撤销、废止等方式终结了的具体行政行为。具体行政行为规范效力的终结原因可以是被撤销、废止，也可以是时效届满或其他原因。<sup>[30]</sup>具体行政行为被执行完毕并不属于终结方式，因为执行完毕使得该具体行政行为的规范效力得到了延续，并非被“终结”。<sup>[31]</sup>在德国行政诉讼制度中，适用于不再产生法律效果的具体行政行为的诉讼类型为继续确认之诉。鉴于已经终结的具体行政行为不再具有可被撤销的内容，因此应“将撤销申请转换成确认该已经终结的具体行政行为的违法性的申请”。<sup>[32]</sup>具体来说，适用继续确认之诉的情况主要有两种：一是具体行政行为已经终结，但原告以其具有正当利益为由提起继续确认之诉；二是在原告提起撤销之诉的过程中，具体行政行为被终结，原告此时如不选择撤诉，则撤销之诉自动转换成继续确认之诉。<sup>[33]</sup>因此，继续确认之诉能否被受理以及原告能否胜诉的关键，在于法院是否认可原告具有正当利益，与原告起诉时原具体行政行为是否已经终结无关。

我国行政诉讼法以撤销之诉为中心，具体行政行为的现实存在被设定为提供司法救济的前提，因此行政诉讼法中原本没有考虑继续确认之诉。“若干解释”第50条第3款规定：“被告改变原具体行政行为，原告不撤诉，人民法院经审查认为原具体行政行为违法的，应当作出确认其违法的判决；认为原具体行政行为合法的，应当判决驳回原告的诉讼请求。”基于该款，我国行政诉讼实际上已经允许提起德国法意义上的继续确认之诉，只不过原告必须在原具体行政行为被终结之前就要提起诉讼。从实体内容来说，这相当于德国法中继续确认之诉的第二种适用情况。至于其第一种适用情况，则尚无相应的设置。通常认为，原具体行政行为被撤销之后，相对人不再可以对之提起行政诉讼，因为此时诉讼标的已经消失，成为“对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为”。<sup>[34]</sup>然而，尽管原具体行政行为已经被撤销或以其他方式终结，其在短暂存续期间有可能会损害行政相对人的权利，却是不争的事实。至少从完善行政诉权的角度来说，应针对不再产生法律效

[29] 沈岿曾指出我国无效行政行为理论中存在“无效概念的模糊”、“判断无效行政行为标准之缺位”、行政诉讼制度中未能构建“单独的确认无效诉讼”等问题，参见沈岿：《法治和良知自由——行政行为无效理论及其实践之探索》，《中外法学》2001年第4期。

[30] Ogorek, Die Fortsetzungsfeststellungsklage, JA 2002, 222.

[31] 二者之间的区别，详见肖文生：《执行完毕与已消灭行政处分之救济》，载中国台湾“司法院行政诉讼及惩戒厅”编：《行政诉讼论文汇编（第二辑）》，1999年印行，第191页。

[32] Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 113 Rn. 95.

[33] 同上书，第113条边码99。

[34] 参见江必新：《中国行政诉讼制度之发展——行政诉讼司法解释解读》，金城出版社2001年版，第149页。

果的具体行政行为设置相应诉讼类型。当然这并不意味着我国行政诉讼制度中必须设立德国法意义上的继续确认之诉，适当拓展现有撤销之诉的适用范围也可以达到同样的效果。<sup>[35]</sup>

### 3. 对于将来才会出现的具体行政行为

将来才会出现的具体行政行为指的是行政机关将来可能的作为或不作为。针对这样的行为为公民提供的法律保护，通常称为预防性法律保护或预防性诉讼。林三钦认为，预防性诉讼指的是“人民于权利尚未受损害时，因预见其权利即将受损害而先提起争讼”。<sup>[36]</sup>我国学界中，只有少数学者对于这种保护方式作过研究。例如解志勇认为：“（应）建立以事前和事中救济为特征，旨在对抗威胁性行政行为和事实行为的预防性行政诉讼制度，真正实现‘权利有效保障’。”<sup>[37]</sup>

德国行政诉讼中，预防性法律保护方式有预防性确认之诉与预防性不得作为之诉两种。虽然行政法院法并未对之作出明文规定，但至迟在该法刚刚生效的上世纪60年代初期，这两种诉讼类型就得到了行政法院的认可。<sup>[38]</sup>相对于具体行政行为这一诉讼标的来说，两种诉讼类型的目标同为“判决行政机关不得作出某一具体行政行为”，公民可以在二者之中作出选择。对于何种情况下才可以适用预防性法律保护的问题，学界通常仅在预防性不得作为之诉的适用范围内进行探讨。<sup>[39]</sup>联邦行政法院认为，一般情况下没有必要给公民提供预防性法律保护，只有当公民对预防性法律保护有特别需求时才予以提供。<sup>[40]</sup>但对于何种具体情形下才能形成“特别需要”的问题，联邦行政法院只是笼统言及“前提是公民恰恰具有获得预防性保护的法律利益”，<sup>[41]</sup>并未给出具体解释。

学界通常认为，行政诉讼应以提供事后的法律保护为原则，仅在非常特殊的情况下才需要采用预防性法律保护方式。具体来说，只有在相关人完全无法寻求事后救济或暂时性法律保护措施的保护，且其权利又值得特别保护的情况下，或者当具体行政行为一经作出便会造成不可弥补的损失，且该损失不可以通过暂时性法律保护措施予以补救时，才需要为之提供预防性保护。<sup>[42]</sup>尤其是对于干涉性的具体行政行为来说，暂时性法律保护措施往往可以提供非常迅速的保护，一般不再需要为之提供预防性法律保护。<sup>[43]</sup>另一种具有代表性的意见是，由于具体行政行为将来是否一定会作出以及在个案中具体会如何作出并不确定，没有必要给公民提供预防性的法律保护。<sup>[44]</sup>

对于预防性法律保护究竟适用于哪些案例的问题，学界意见也不一致。最早对之作出

[35] “若干解释”第57条第2款第1项规定：“被告不履行法定职责，但判决责令其履行法定职责已无实际意义的”，“人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决”。该内容实质上同样属于针对已终结的具体行政行为的诉讼类型。

[36] 前引[25]，林三钦文，第15页。

[37] 解志勇：《论行政诉讼审查标准——兼论行政诉讼审查前提问题》，中国人民公安大学出版社2009年第2版，第133页。

[38] 早期的典型案例有：OVG Muenster v. 19. 7. 1961 Amtl. Samml. Bd. 17 S. 39 ff.；BVerwG v. 20. 7. 1962 E Bd. 14 S. 323 ff.，328 f.。

[39] Schmitt Glaeser/Horn, Verwaltungsprozessrecht, 15. Aufl. 2000, Rn. 365 ff.

[40] BVerwGE 40, 323, 326；51, 69, 74 f.；77, 207, 212.

[41] BVerwGE 40, 323, 326；77, 207, 212.

[42] Wuertenberger, Verwaltungsprozessrecht, 1. Aufl. 1998, Rn. 489 ff.，497 ff.

[43] Haedicke, VBLBW 2007, 210, 212.

[44] Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung Grosskommentar, 2. Aufl. 2006.，§ 42 Rn. 58.

总结的是申科，他于1970年即归纳了适用预防性法律保护的三类案例：以处罚相威胁的具体行政行为，短时间内即可终结的具体行政行为，将导致造成既成事实的具体行政行为。<sup>[45]</sup>对于申科的总结，主流学者的态度各不相同，例如符腾堡完全赞同他的观点，<sup>[46]</sup>乌勒持怀疑态度，<sup>[47]</sup>施特恩则作出了与申科基本不同的阐述。<sup>[48]</sup>近四十年之后，申科在其《行政诉讼法》教材中所列出来的预防性法律保护案例中，除了原有第一类案例尚存之外，后两种已经被替换成了“后续作出的违法具体行政行为由于法律或事实上的原因无法废除”与“迟延作出的具体行政行为”。<sup>[49]</sup>还有学者认为，由于司法实践中极少出现适用预防性法律保护的案例，无法将之归纳为特定类型。<sup>[50]</sup>

理论上与实践中之所以都对预防性法律保护存有争议，根本原因还在于司法审查原本就应当是被动回应型的，不应如同行政一样可以积极作为。“基于权力分立原则，法院的权力仅限于审查行政活动，但其原则上不得事先就命令性地或禁止性地介入行政范围。”<sup>[51]</sup>因此，只有在非常特殊的情况下才可适用预防性法律保护。即便是在联邦行政法院认可的预防性诉讼适用范围内，法院提供的保护也仅限于否定行政机关将来的“作为权限”，不能指令行政机关将来“应如何作为”。

我国行政诉讼法第54条第3项规定：“被告不履行或者拖延履行法定职责的，判决其在一定期限内履行。”这一规定常被学者归纳为履行之诉。从一定意义上来说，履行之诉也属于带有预防性的法律保护方式，因为裁判针对的是行政机关尚未履行法定职责的状态。问题是，履行之诉的诉讼目的限于判令被告履行职权，并非认定被告不具有“作为权限”。其对应的是德国行政诉讼中的义务之诉，并非预防性确认之诉或预防性不得作为之诉。因此，我国行政诉讼中尚未设立预防性诉讼，至少从学理上来说，我国行政诉讼制度在此应有一定的拓展空间。但是，预防性诉讼毕竟仅适用于非常特殊的情况，不可过高估计其意义。此外，由于我国法院相对于行政机关居于弱势地位，其是否有能力为公民提供预防性法律保护也是值得怀疑的。

综上所述，在基本确立形成之诉、给付之诉与确认之诉三大基本类型的基础上，我国行政诉讼类型制度还有进一步拓展的空间。对于正在产生法律效果的具体行政行为，可以考虑引入无效性确认之诉。对于不再产生法律效果的具体行政行为，在现有撤销之诉已经能够覆盖的范围之外，尚有部分拓展空间。对于将来才会出现的具体行政行为，设置预防性诉讼可能会具有一定意义。据此，可以将我国行政诉讼制度中的现有诉讼类型及其可能的拓展范围，如下页表。

如果能够在上述三个方面拓展诉讼类型，至少从形式上来说可以为行政诉权的保护提供更多可能性，从而起到完善行政诉权保护的功能。然而，应否引入上述诉讼类型的问题，并

[45] Schenke, Vorbeugende Unterlassungs- und Feststellungsklage im Verwaltungsprozess, AOeR 1970, 223 ff.

[46] 参见前引[42], Wuertenberger书, 边码489及以下。

[47] 参见前引[24], Ule书, 第214页。

[48] Ausfuehrlich dazu Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der oeffentlich-rechtlichen Arbeit, 8. Aufl. 2000, Rn. 255, 426.

[49] Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2007, Rn. 356 ff.

[50] 参见前引[44], Sodan/Ziekow书, 第43条边码102。

[51] Eyermann/Rennert, Verwaltungsgerichtsordnung, 13. Aufl. 2010, vor § 40 Rn. 25.

行为分类 \ 诉讼类型	现有的诉讼类型	将来可能拓展的诉讼类型	对拓展可能性的评价
对于正在产生法律效果的具体行政行为	撤销之诉、履行之诉、变更之诉、确认之诉	无效性确认之诉	可能会具有现实意义
对于不再产生法律效果的具体行政行为	依据“若干解释”第50条第3款，撤销之诉覆盖继续确认之诉的第二种适用情况	继续确认之诉（尤其是德国制度中的第一种适用情况）	至少从完善行政诉讼权的角度来说具有一定意义
对于将来才会出现的具体行政行为	无	预防性确认之诉与预防性不得作为之诉	值得怀疑

非取决于类型制度本身的构建需求，而是取决于其他因素。具体来说，应否引入无效性确认之诉，首先取决于实体法中对于具体行政行为之“自始无效”的肯认。如果这一基础性问题尚未解决，诉讼制度中就无法或暂时没有必要作出相应安排。对于继续确认之诉的可能拓展空间，立法者是否会在诉讼制度中予以积极回应，取决于立法者是否倾向于支持特定范围内的权利保护需求，并不取决于类型制度如何设置。至于预防性诉讼，则在其是否符合行政诉讼制度的功能取向尚且值得怀疑的情况下，论及为之设置相应诉讼类型还为时尚早。

质言之，应否设置上述诉讼类型的问题，取决于立法者对于特定权利保护需求是否予以支持及其在诉讼程序中会否作出相应安排。诉讼类型之形成，系立法者的这一权衡过程在诉讼程序制度中所形成的结果，并非促成立法者作出相应安排的原因。因此，诉讼类型制度并不具有完善行政诉讼的功能。

#### 四、是否有利于行政诉讼结构与程序的完善

马怀德、吴华提出，行政诉讼类型是“司法途径解决社会争议所必不可少的案件标准化”的需要。<sup>[52]</sup>王涛认为，“行政诉讼的分类是对行政诉讼的‘格式化’，被‘格式化’的行政诉讼的类型具有某些共同点，这些共同点就构成了对实体性判决的理由和主文的规范作用”。<sup>[53]</sup>章志远认为，行政诉讼类型构造可以“提升行政诉讼程序规则设计的理性程度”。<sup>[54]</sup>我国台湾学者也提出了基本相同的看法。例如陈清秀认为，诉讼类型制度“在诉讼程序上具有统一处理以防止程序上混乱”以及“具有对于不符合诉讼类型的诉讼形态加以淘汰”的机能。<sup>[55]</sup>刘宗德、彭凤至认为，“行政诉讼类型具有提供适当权利保护模式、统一处理及筛检适当诉讼方式以及调整行政权与司法权关系等功能”。<sup>[56]</sup>

尽管学者们的结论基本一致，但对于类型制度具体如何有利于行政诉讼结构与程序完

[52] 马怀德、吴华：《对我国行政诉讼类型的反思与重构》，《政法论坛》2001年第5期。

[53] 王涛：《基于我国行政诉讼类型的现状思考》，《人民司法》2002年第11期。

[54] 前引[3]，章志远书，第31页。

[55] 陈清秀：《行政诉讼法》，台湾元照出版公司2009年第3版，第139页。

[56] 刘宗德、彭凤至：《行政诉讼制度》，载翁岳生主编：《行政法》，中国法制出版社2002年版，第1338页。相同的表述见刘宗德、赖恒盈：《台湾地区行政诉讼：制度、立法与案例》，浙江大学出版社2011年版，第49页。

善的问题，却是众说纷纭。吴华提出，“行政诉讼类型直接与当事人的起诉条件、对行政相对人权益造成侵害的行政行为、法院的审理规则和权限以及判决形式等有密切关系”。<sup>[57]</sup>章志远认为，“鉴于现代社会行政争议的多样性与复杂性，不同种类的行政诉讼案件在当事人资格、起诉期限、起诉条件、审理程序、举证责任、暂时权利保护、法律适用、判决形式等方面都有所不同，因而必须根据每一类不同的行政案件设计相应的程序规则”。<sup>[58]</sup>马怀德认为，“在确定行政诉讼种类划分的标准时，除应考虑行政诉讼判决种类这一因素外，还应考虑以下因素：行政诉讼的目的、原告的诉权、行政诉讼客体、进入到行政诉讼程序的行政争议性质、法官在审理行政案件时的权力”。<sup>[59]</sup>江必新指出，“不同的诉讼类型，在起诉条件、审理方式、裁判方式和执行都有其特点，应适用不同的规则”。<sup>[60]</sup>总体来说，对于类型制度究竟在哪些方面、应如何标准化、格式化或统一处理行政诉讼程序的问题，学者们尚未形成基本的共识。

对于类型制度可能涉及的这些诉讼程序制度，德国与我国台湾多称之为诉讼要件，也称之为裁判要件或实体判决条件。学者们通常基于特定诉讼类型来阐释诸诉讼要件的具体制度构成，并以此来论证类型制度在完善行政诉讼结构与程序方面所具有的功能。从一定意义上来说，这一分析路径业已成为阐释行政诉讼类型制度的标准模式。<sup>[61]</sup>据此作出分析，虽然可以在一定程度上揭示各种诉讼类型的特殊性，但也有不足之处。其根本缺陷在于不能展现各种诉讼类型得以形成的原因，不能阐明诉讼类型与诉讼要件之间的因果关系。其未能回答的核心问题是：原告资格、诉讼时效、复议程序、请求内容、暂时权利保护制度、举证责任、判决形式等诉讼要件之所以在各种诉讼类型中可以具有不同构造，究竟取决于类型制度，还是取决于这些诉讼要件制度本身。

为弥补上述缺陷，本文基于七项主要的诉讼要件，以我国行政诉讼法及“若干解释”为依据，分析诉讼要件在不同诉讼类型中的具体构造。鉴于我国学者多关注类型制度是否应明文规定的问题，本文在以上分析的基础上，将我国关于诉讼要件的成文规定与其他国家与地区的同类法规作具体比较。为使论述更为具体，比较对象限于基本处于同一法系的德国、日本以及我国台湾。<sup>[62]</sup>

### 1. 原告资格

对于原告资格，行政诉讼法第24条第1款笼统规定，“依照本法提起诉讼的公民、法人或者其他组织是原告”。仅就该款来说，行政诉讼法并未基于不同诉讼类型作出有所区别的规定。这一状况在“若干解释”出台之后发生了变化。例如“若干解释”第13条第4项“与撤销或者变更具体行政行为有法律上利害关系”之规定，明确了该项只适用于撤销之诉

[57] 吴华：《行政诉讼类型研究》，中国人民公安大学出版社2006年版，第5页。

[58] 前引[3]，章志远书，第32页。

[59] 马怀德：《行政诉讼法存在的问题及修改建议》，《法学论坛》2010年第5期。

[60] 前引[6]，江必新书，第18页。

[61] 我国的文献基本都是如此。我国台湾材料可参见前引[17]，吴庚书，第103-147页；德国材料可参见前引[12]，胡芬书中的相关部分。

[62] 德国行政法院法条文见：Eyermann u. a., *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 13. Aufl. 2010；日本2004年行政事件诉讼法载王天华：《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304页；我国台湾2000年行政诉讼法载翁岳生主编：《行政诉讼法逐条释义》，台湾五南图书出版公司2002年版。下文引用此三部法规中的条款，不再注明出处。

与变更之诉。“若干解释”第13条至第18条更是详细列举了几种特殊情况下具有原告资格的主体。这些规定明确了应基于特定情形对原告资格作出具体判断。

德国、日本以及我国台湾成文法中都没有对原告资格作出具体规定。德国行政法院法第63条与我国台湾行政诉讼法第23条仅规定原告为诉讼参与人之一。日本行政事件诉讼法并未对原告资格作出一般性规定，只是对特殊情况下的原告资格作出了规定。该法第9条规定，“对请求该处分或者裁决的撤销具有法律上的利益者”可以提起撤销之诉，第37条规定了提起违法确认之诉的原告资格。相对来说，我国成文规范对原告资格作出的规定最为明确具体。

## 2. 诉讼时效

行政诉讼法第39条规定：“公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当在知道作出具体行政行为之日起3个月内提出。”该条显然只适用于行政机关已经作出具体行政行为的情况，即适用于撤销之诉、变更之诉与确认之诉。“若干解释”第41条第1款规定，如果行政机关作出具体行政行为时未告知公民、法人或者其他组织诉权或者起诉期限的，起诉期限从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道诉权或起诉期限之日起计算，但从知道或者应当知道具体行政行为内容之日起最长不得超过2年。“若干解释”第42条规定，在更为特殊的情况下，即在公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出具体行政行为的情况下，诉讼时效从知道或者应当知道该具体行政行为内容之日起计算，分别适用5年（一般具体行政行为）或20年（涉及不动产的具体行政行为）的诉讼时效。对于履行之诉，诉讼时效自行政机关60日的履行期限届满之日起开始计算，只有在“紧急情况下”才不受60日履行期限的限制（“若干解释”第39条第1款）。对于赔偿之诉，应适用国家赔偿法第32条规定的2年诉讼时效。

德国行政法院法第74条规定的一般诉讼时效为1个月。该法第75条规定，对“不作为”的诉讼时效为提起请求之后3个月。我国台湾行政诉讼法第4条规定，“提起诉愿逾3个月不为决定”或“延长诉愿决定期间逾2个月不为决定”的，可以提起撤销诉讼。第106条规定，撤销诉讼的诉讼时效为“诉愿决定书送达后2个月”，但“已逾3年者”不得提起诉讼。相对于德国与我国台湾来说，日本行政事件诉讼法中的规定更为具体。该法第8条规定，提出行政复议审查请求而行政机关经过3个月未作出决定的，当事人可以提出撤销之诉。第14条规定，行政诉讼依据不同情况分别适用6个月或1年的诉讼时效。第37条规定，课予义务之诉可以“在相当期间内”提出。

即便与日本相比，我国对于诉讼时效作出的规定都更为具体。其中“若干解释”第42条中规定的5年与20年的诉讼时效，更是为我国所独有。无论从规范的详密程度还是从对行政诉讼权的保护程度来说，我国的成文规范都已经超出了德国、日本以及我国台湾。

## 3. 复议程序

行政诉讼法第37条规定，除法律、法规有特别规定之外，当事人可以选择在提起诉讼之前是否“先向行政机关申请复议”。“若干解释”第33条至35条对法院应如何处理与行政复议有关的问题作出了具体规定。

其他大陆法系国家与地区的行政诉讼制度中，通常仅在撤销之诉与义务之诉中适用“复议前置”。从一定意义上来说，这已经成为上述两种诉讼类型的显著标志，德国、日本

与我国台湾概莫能外。在我国行政诉讼制度中，由于诉讼标的仅限于具体行政行为，是否“复议前置”并不具有相同的意义。与其他大陆法系国家与地区相比，我国行政诉讼制度的特殊之处在于将复议程序设定为当事人可以自行选择的程序。这一设定赋予了当事人更多的选择权，因此是有利于保护行政诉权的。近年来，德国半数左右的州基于节省成本的考虑已经废除了复议程序。<sup>[63]</sup>就此而言，我国现行行政诉讼制度中的复议程序制度已经与德国制度相当接近。

#### 4. 请求内容

行政诉讼法规定，原告仅需在起诉时表示“不服”（第11条）并提出“具体的诉讼请求”（第41条第3项）即可。至于应采用何种诉讼类型的问题，在起诉受理阶段可以在所不问。这一规范模式与德国基本相同。德国行政法院法第82条第1款规定：“起诉中必须包含有一个具体请求。”至于请求应具体到何种程度、与诉讼类型的关系如何等问题，该法并未规定。行政法院法第88条规定：“法院不得超出诉讼请求的范围（作出裁判），但不受申请表述的限制。”依据该条，法院应查明原告起诉的真实意图，并以一定方式帮助其选择适当的诉讼类型。<sup>[64]</sup>也就是说，原告在诉状中提出确切的请求即可，将该请求归结为某一诉讼类型则是法院的责任。<sup>[65]</sup>

日本行政事件诉讼法与我国台湾行政诉讼法采用了不同的规范模式。例如日本行政事件诉讼法主要是基于特定诉讼类型来规范请求内容的，该法第3条第2项规定：“本法所谓的‘处分的撤销之诉’，是指请求撤销行政机关的处分及其他属于公权力行使的行为的诉讼。”

两种规范模式各有利弊。前者更有利于原告诉权的实现，因为原告可以更便捷地提起诉讼。后者则进一步实现了行政诉讼程序的规范化。

#### 5. 暂时权利保护制度

学界一般认为，行政诉讼中确立不停止执行原则是由行政行为自身的公定力、拘束力和执行力等效力内容所决定的，此为“世界各国公认”。<sup>[66]</sup>我国行政诉讼法第44条规定，行政诉讼中以“不停止执行”为原则，以“停止执行”为例外。也就是说，行政诉讼中普遍适用不停止执行原则，不因诉讼类型的不同而有所区别。

日本与我国台湾都确立了不停止执行原则，只有德国与此不同。德国行政法院法中规定了三种暂时法律保护制度：其一是适用于撤销之诉的暂时法律保护制度（第80条）；其二是适用于撤销之诉之外的其他诉讼类型的暂时法律保护制度（第123条）；其三是专门适用于规范审查申请的暂时法律保护措施（第47条第6款）。后两类情况下适用的是不停止执行原则，第一类情况下适用停止执行原则。行政法院法第80条规定，针对具体行政行为提出的行政复议申请与撤销之诉原则上具有延缓效力，即行政诉讼在此范围内是以停止执行为原则的。适用停止执行原则的目的在于，在公权力行为的合法性处于未定状态之时，为避免对行政相对人形成不利影响，应为其提供暂时性的权利保护。

[63] 参见林明锵：《欧盟行政法：德国行政法总论之变革》，台湾新学林出版股份有限公司2009年版，第228页。

[64] 详见前引[32]，Kopp/Schenke书，第88条边码3。

[65] Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 1041.

[66] 对此的一个中肯评述，见马怀德主编：《司法改革与行政诉讼制度的完善》，中国政法大学出版社2004年版，第308页。

以不停止执行为原则，行政机关的活动进程原则上不会受到起诉或者复议申请的干扰。法律如此规定，表明行政复议与行政诉讼制度设置的重心在于维护行政效率。以停止执行为原则，则公民权利的保护被置于首要位置。由于对公民权利造成不利影响的主要是行政机关作出的干涉性具体行政行为，因此对其提起的撤销之诉适用停止执行原则，体现了对公民权利的特别保护。我国行政诉讼法中所确定的不停止执行原则已经在实践中对公民权利保护形成了一定程度的不利影响。是否可以在撤销之诉中引入停止执行原则，值得继续研究。当然，这取决于暂时权利保护制度应如何设置，并不取决于类型制度如何构建。

#### 6. 举证责任

行政诉讼法第 32 条规定：“被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。”“若干解释”第 27 条规定，原告应在特定情况下负举证责任。从诉讼类型的角度来看，经“若干解释”具体化之后的举证责任规则为：针对被告作出的具体行政行为提起的撤销之诉与变更之诉，由被告负举证责任；对非因作出的具体行政行为提起的诉讼，例如赔偿之诉以及针对被告不作为提起的履行之诉，则由原告承担举证责任。至于确认之诉中应由何方承担举证责任的问题，无法作出原则性规定。这是由确认之诉诉讼标的的广泛性决定的，其既可以是被告作出具体行政行为，也可以是不作为或其他事项。

德国、日本与我国台湾的诉讼程序法中，都没有对举证责任分配规则作出明确规定。以德国为例，行政法院法未明确规定举证责任的原因主要有两方面。其一是该法第 86 条规定了调查原则。依据该原则，法院在审判中应依职权调查取证，不受限于参与者提供的证据。因此，举证责任如何在原被告双方进行分配的问题，并非法律中应予规范的重点。其二是“举证责任应为实体法内容，而非程序法问题”，<sup>[67]</sup>不应在诉讼程序法中予以规定。相对来说，我国对于举证责任制度作出的明文规定最为具体。

#### 7. 判决方式

行政诉讼法第 54 条确定的判决方式有维持判决、撤销判决、履行判决与变更判决四种。学界早已据此总结出我国行政诉讼制度中存在撤销之诉、履行之诉与变更之诉等诉讼类型。<sup>[68]</sup>在此基础上，“若干解释”中补充性地规定了驳回原告诉讼请求判决与确认判决。现有规范中，部分条款已经对判决方式的适用范围作出了具体规定，例如行政诉讼法第 67 条与“若干解释”第 58 条分别确定了赔偿判决与确认判决的适用范围。然而判决方式并不能决定诉讼类型，例如对于撤销之诉，法院可能会作出维持判决、撤销判决、变更判决或确认判决。因此，判决方式与诉讼类型之间不存在一一对应的关系，不能基于判决方式来划分诉讼类型。<sup>[69]</sup>

德国、日本与我国台湾的行政诉讼法中都没有对判决方式与诉讼类型之间的关系作出一般性规定，仅对特定诉讼类型的判决方式作出具体规定。例如对于撤销之诉，德国行政法院法第 113 条第 1 款规定，“如具体行政行为违法且原告的权利因此而受到了损害，法院

[67] 前引 [62]，翁岳生主编书，第 473 页。

[68] 参见罗豪才、应松年主编：《行政诉讼法学》，中国政法大学出版社 1990 年版，第 82 页。

[69] 正如章志远指出的：“诉讼类型与行政判决并非一一对应，某一类型的诉讼可能会有多种不同形式的判决，而同样形式的判决完全可能出现在不同类型的诉讼中。”参见前引 [5]，章志远书，第 75 页。

应撤销具体行政行为及其复议决定”。对于义务之诉，第113条第5款规定，“如行政机关拒绝作出具体行政行为或不作为系违法、且原告的权利因此受到了损害，在该事务裁判时机成熟的情况下，法院应判决行政机关负有作出原告申请的职务行为的义务”。日本行政事件诉讼法与我国台湾行政诉讼法中的规定也基本如此。总体来说，对于判决方式与诉讼类型之间的关系，中国、德国、日本基本相当，都没有作出原则性规定，只是明文规定了特定判决方式的适用范围。

综上所述，可以将七项主要的诉讼要件及对其作出的评价列简表如下：

评价 诉讼要件	与德、日、我国台湾比较后形成的结论	有否进一步成文法化的空间
原告资格	我国的成文规定最为明确具体	无
诉讼时效	我国的成文规定更为详密	无
复议程序	相当接近	无
请求内容	同于德国，但不同于日本与我国台湾，两种模式各有利弊	如采用日本与我国台湾模式，则还有空间
暂时权利保护制度	同于日本与我国台湾，不同于德国	如采用德国模式，则还有空间，值得进一步研究
举证责任	我国的成文规定更为具体	无
判决方式	基本相当	无

上述诉讼要件制度中，我国的成文规范对于复议程序与判决方式作出的规定与德国、日本以及我国台湾基本相当。在原告资格、诉讼时效与举证责任三项制度上，我国的成文规范最为详密。仅在请求内容与暂时权利保护两项制度上，我国成文规范可能还有作出更为具体规定的空间。整体来说，尽管我国并未明文规定诉讼类型，但是与采用明文规定的德国、日本以及我国台湾相比，有关诉讼要件制度的成文规范基本相同，部分成文规范的详密程度甚至还超过了后者。<sup>[70]</sup>也就是说，是否明文规定诉讼类型，并不影响成文规范对于诉讼要件制度作出的规定。易言之，行政诉讼结构与程序之完善，与是否明文规定诉讼类型之间并无直接关联。

实际上，上文对于各诉讼要件的分析业已表明：诉讼要件制度之所以可以形成现有状况，之所以在不同诉讼类型中可以具有不同构造，从根本来说取决于这些制度本身的构建需求，与类型制度的设置需求并无直接关联。如果考虑到我国制定行政诉讼法与出台“若干解释”时类型制度尚未成为重要议题，甚至可以认为，诉讼要件制度之所以可以形成现有构造，与类型制度没有任何关系。质言之，类型制度不具有完善行政诉讼结构与程序的功能，是否明文规定诉讼类型，对于诉讼制度的构造来说并无实质区别。

[70] 需要指出的是，我国成文规范中之所以会有部分规范的详密程度较高，原因非常复杂。其中之一为，我国不承认法官在司法审判中拥有解释规范的权力，因此必须由成文规范对诉讼制度作出尽可能具体的规定。

## 五、行政诉讼类型制度的功能

学者们宣称的类型制度的三项功能均难以成立，并不表明类型制度完全没有意义。把握行政诉讼类型制度的功能，需要进一步解构诉讼要件与类型制度之间的因果关系。

德国、日本与我国台湾均明文规定了诉讼类型，其中日本现行行政事件诉讼法基本上就是根据类型制度的体系作出规定的。<sup>[71]</sup>但是“明文规定”本身，并不能表明类型制度具备何种功能及其重要性。从诉讼要件与类型制度之间的因果关系来说，成文规范对原告资格、诉讼时效、复议程序、请求内容、暂时权利保护、举证责任与判决方式等诉讼要件作出的规定，无不是基于诉讼要件本身的构造需求所确定的，类型制度并非诉讼要件制度形成现有构造的原因。因此，诉讼要件是形成诉讼类型具体构造的决定性因素。成文规范视情况所需，对诉讼要件作出有所区别的规定，从而形成了不同的诉讼类型。在此意义上，所谓诉讼类型不过是基于一定的分类方式对这些特殊构造作出的“命名”而已。成文规范中是否以明文规定诉讼类型的方式来命名这些特殊构造，并不影响这些特殊构造的客观存在。反之亦然，不论是否获得成文规范的“命名”，上述特殊构造都可以以某种形式存在于诉讼制度之中。

由于前期研究的不足，学界致力于对类型制度进行深入研究，具有非常重要的意义。但是，不能仅看到诉讼要件在不同的诉讼类型中具有不同构造的表象，就认为诉讼要件取决于类型制度，进而期望应以明文规定诉讼类型的方式来推进行政诉讼制度的完善。基于诉讼要件与类型制度之间的因果关系，如果需要改进行政诉讼制度的话，所应着力推进的仍然是各项诉讼要件制度的完善。

尽管诉讼类型可以以一定形式表现出诉讼制度的某些特征，成文规范中是否对之作出明文规定，并不能改变行政诉讼制度在实质意义上的构造与功能。诉讼制度能否具备公正、完整与及时保护实体权利的功能，并不取决于成文规范是否对诉讼类型作出了明文规定。对于行政诉讼制度的基本构造来说，成文规范是否对诉讼类型作出了明文规定，不仅不具有决定性的意义，甚至还可以说是无关宏旨的。实际上，无论是在大陆法系国家还是英美法系国家，即便是在行政诉讼制度形成之初期阶段，都可以对行政诉讼作出一定形式的分类并归纳出相应的诉讼类型。因此可以说，凡有诉讼制度之处，必然存在作为该制度外在表现形式之一的类型制度。不论系明文规定或非明文规定，诉讼类型都是诉讼制度中的一种客观存在，并不因成文规范中是否使用了“诉讼类型”之类的概念而有所改变。

我国学者多基于蔡志方的观点，认为我国应当建立明文规定或法定化的类型制度。实际上，蔡氏本人并未提出“应明文规定诉讼类型制度”的观点。对于是否明文规定之间的优劣问题，蔡氏仅是谨慎地提出“以明文及例示规定，应属较佳之模式”。<sup>[72]</sup>基于蔡氏的观点，我国学界应当考虑的是以下两个问题：其一，我国行政诉讼法是否属于蔡氏所称的

[71] 据王丹红考证，日本行政事件诉讼法正文共46条，但有针对性地规定各种诉讼类型的名称、定义及其程序规则的条文达42条，占总数的91.3%，而无特定类型针对性的统一的、一般性的规定仅有4条。见前引〔7〕，王丹红文。

[72] 前引〔19〕，蔡志方文，第176页。

“未明文规定诉讼种类者”；其二，“以明文及例示规定”对于我国行政诉讼制度来说是否属于较佳的选择。然而学者们并未深入研究这两个问题，就基于对蔡志方部分阐述的片面理解径直提出了“应明文规定诉讼类型制度”的观点。甚至还有学者提出，“应在立法上对行政诉讼类型作出明确的、完整的规定”系学界形成的共识。<sup>[73]</sup>

与我国多数学者的解读不同的是，蔡氏认为我国的行政诉讼类型制度属于“未明文规定诉讼种类者”。蔡氏认为，由于我国行政诉讼法“并未明定诉讼种类”，因此“只能从诉因及裁判方法之规定中得知（诉讼类型）。”<sup>[74]</sup>在此基础上，蔡氏指出：“本法（即我国行政诉讼法）未明定诉讼之种类，故有关诉讼种类之规定模式，乃采不明定主义；其缺失在于不明确，优点则在于可随需要而发展。”<sup>[75]</sup>蔡氏的这一判断，也为我国台湾的其他学者所认同。例如林文舟认为：“（我国）实定法对于诉讼类型，原则上系采取概括主义，并以例示性的判决种类间接承认撤销、变更、履行等诉讼类型，而容许司法解释及实务发展其它判决种类，故《行政诉讼法若干问题的解释》乃增加母法所无之确认具体行政行为违法、无效等判决种类。”<sup>[76]</sup>我国学者江必新、梁风云也曾提出：“我国行政诉讼类型隐含于整个行政诉讼制度之中。……行政诉讼类型根据法官判决时权力的大小确定，并不在法律中明确予以规定。”<sup>[77]</sup>

因此，不能因为部分国家与地区的法律中明文规定了诉讼类型而我国并非如此，就认定我国行政诉讼制度中并未建立类型制度。“未明文规定诉讼种类者”同样是构建类型制度的一种模式。在此意义上，所谓“应建立我国行政诉讼类型制度”或“应予明文规定”等观点，可能都属于伪命题。

以德国行政诉讼制度为例，其确定诉讼类型的主要方式有四种：其一为明文规定，例如撤销之诉、义务之诉与确认之诉（行政法院法第42条、第43条）；其二为法律条文虽未明文规定但默认其存在，例如一般给付之诉（行政法院法第111条、第113条第4款以及第170条等）；其三为指示适用民事诉讼法，例如变更之诉（行政法院法第173条及民事诉讼法第323条）；其四为完全形成于判例之中的诉讼类型，例如规范颁布之诉。<sup>[78]</sup>行政诉讼类型的确定方式可以如此多元化，同样证明了“应予明文规定”的观点并不正确。实际上，即便是在明文规定程度尤甚于德国的日本与我国台湾，同样还是认可非明文规定的诉讼类型的存在，并未以明文规定为设置诉讼类型的唯一方式。

诉讼类型不过是以诉讼要件所形成的特殊规范构造为观察对象所形成的制度表象而已。基于不同的观察视角，可以形成完全不同的结论。明文规定与非明文规定之间的区别，在于是否在成文规范中命名诉讼要件形成的特殊构造。基于司法实践中的实际需求，采非明文规定模式的国家同样可以对诉讼要件作出更具有操作性的规定，从而在实质上形成类型

[73] 前引〔4〕，赵清林书，第5页。

[74] 蔡志方：《中共行政诉讼法评析》，载蔡志方：《行政救济与行政法学（一）》，台湾三民书局1993年版，第465页。

[75] 同上文，第467页。

[76] 林文舟：《两岸行政诉讼法制之研究——以诉讼类型为中心》，东吴大学法律学系中国大陆法律硕士在职专班硕士论文（2010年），第117页。

[77] 江必新、梁风云：《行政诉讼法理论与实务》，北京大学出版社2009年版，第680页。

[78] 详见前引〔12〕，胡芬书，第361页。

制度，不一定需要明文规定。我国行政诉讼制度从最初的行政诉讼法到“若干解释”的发展历程，正是这样的一页发展史。即便我国行政诉讼法中并未明文规定诉讼类型，成文规范同样可以通过对诉讼要件的规范，在实质意义上构建起与那些采明文规定的国家与地区基本相当的、甚至在某些方面还更为详尽的类型制度。而在那些明文规定诉讼类型的国家与地区，由于类型制度仅具有形式意义，其明文规定的形式可以是完全不同的。这也就解释了日本与德国涉及类型制度的成文规范为何可以如此不同：日本行政事件诉讼法主要基于诉讼类型来构建行政诉讼制度体系，德国行政法院法近两百条文中却仅有寥寥数条提及了诉讼类型。

实际上明文规定与非明文规定都有其弊端。我国学者往往仅看到了明文规定模式的优势，夸大了非明文规定模式中存在的问题。

对于明文规定模式来说，首要问题在于如何确定诉讼类型概念之内涵与外延。各种诉讼类型之间究竟如何形成排斥、交错、选择、转换、结合以及补充关系，也需要立法者作出具体安排。<sup>[79]</sup> 如果成文法中的规定不够具体，确定诉讼类型具体构造的权力势必会旁落于法官乃至学者之手，使得明文规定失去了本应具备的明确性优点。然而现实的状况是，没有一个国家的成文法可以对诉讼类型作出如此清晰的规定。以德国行政法院法为例，尽管该法自1960年起即明文规定了诉讼类型，但围绕诉讼类型的内涵与外延、分类方式、相互关系等争议至今尚未平息。在胡芬看来，许多争议都是没有意义的，应对行政诉讼中的类型制度“实行坚决的简化”。<sup>[80]</sup>

在明文规定模式之下，具体应采“列举式”或“例示式”的问题，也不无疑义。蔡志方指出，明文规定诉讼类型的具体方式有列举主义与例示主义之分。<sup>[81]</sup> 此说得到了学界的广泛认同，例如林明锵所论及的“概括例示说”与“概括列举说”，实际上与蔡志方的分类模式基本相同。<sup>[82]</sup> 值得注意的是，这一分类方式实际上缺乏立法实例上的佐证。与我国基本处于同一法系的德国、日本以及我国台湾立法例中所采用的都是“例示式”，并无“列举式”立法例的现实存在。<sup>[83]</sup> 日本与我国台湾近年来新修改的法律也没有改变“例示式”模式。在我国台湾2000年颁布的行政诉讼法中，第3条至第8条明确规定了撤销诉讼、确认

[79] 详见蔡志方：《论行政诉讼法上各类诉讼之关系》，载蔡志方：《行政救济与行政法学（四）》，台湾正典出版文化有限公司2004年版。

[80] 前引〔12〕，胡芬书，第208页。胡芬指出：“可以不无讽刺地说，假如没有这些从历史中‘创’出来的区别的话，关于诉讼种类的争论，以及人们在学理上费了九牛二虎之力所解决的，都是一些在行政诉讼中根本就不存在的所谓‘问题’。”

[81] 前引〔19〕，蔡志方文，第96页。

[82] 林明锵：《行政诉讼类型、顺序与其合并问题》，载中国台湾行政法学会主编：《行政法争议问题研究》，第967页。

[83] 蔡志方认为德国与日本采“例示主义”是正确的，但他认为我国台湾与奥地利采“列举主义”则是不准确的。对于我国台湾，蔡较为含混地指出“目前（行政诉讼法旧法）实务之运作，乃以列举主义为出发点”。见前引〔19〕，蔡志方文，第100页。在其数年之后的论著中，蔡志方明确指出，学界及实务界认为台湾地区“采诉讼种类明定与列举主义”系出于“误认”。见蔡志方：《拟制行政处分制度之研究》，载蔡志方：《行政救济与行政法学（二）》，台湾三民书局1993年印行，第205页。这一“误认”的判断始符合学界的主流看法。蔡茂寅指出，认为我国台湾“行政诉讼之类型乃采‘限定列举’方式”的见解，“恰与‘有权利即有救济’的近代法原理大相径庭，毋宁予人以‘有救济才有权利’的印象。”见蔡茂寅：《论行政不作为之救济问题》，载中国台湾“司法院行政诉讼及惩戒厅”编：《行政诉讼论文汇编》，1998年印行，第271页。林明锵的看法亦同，见前引〔82〕，林明锵文，第966-968页。据此可以认定，所谓“列举式”实际上是不存在的。

诉讼及给付诉讼等诉讼类型，学者们多认为上述规定并非意味着对法定之外的其他无名诉讼类型的排除。<sup>〔84〕</sup>日本行政事件诉讼法经过2004年大幅修正后，虽然明文规定了更多的诉讼类型，但并未否认法外诉讼类型的存在。<sup>〔85〕</sup>从学理上来说，“列举式”也无法成为现实。诉讼类型是对行政诉讼司法保护方式进行分类后得出的结果，不论分类方式如何周延，均无法以一些具体保护方式的标准类型穷尽受案范围之内的事项。

我国不承认“法官造法”，行政诉讼中如需采用明文规定模式，势必需要立法者明确限定每一种诉讼类型的概念与外延，并采用“列举式”的规范模式。这两点都是非常难以做到的，至少现有的立法例中尚未有成功的先例。因此，即便我国立法中需要采用明文规定模式，也只能对现有几个比较成熟的诉讼类型作出命名，同时仍应承认非明文规定模式的继续存在。

就非明文规定模式来说，由于我国学者多将之视同未建立类型制度的模式，因而赋予其太多的批评与指责。实际上，非明文规定未尝不可与明文规定模式并存。据蔡志方考证，大陆法系国家中的意大利、法国、瑞士诸国采用的都是这一模式。<sup>〔86〕</sup>笔者经查证，认定奥地利也是如此。<sup>〔87〕</sup>蔡志方提出，非明文规定模式的唯一缺点是“对法院之裁判方法欠缺明确性”。<sup>〔88〕</sup>实际上，这一点并不能成立，因为诉讼类型与裁判方法之间本来就不存在固定的对应关系，何谈明确性？即便是在采明文规定模式的国家与地区中，也无法明确规定法院裁判方法。而在采非明文规定模式的国家，法院裁判方法也可以在成文法中得以确定。例如我国行政诉讼实践中，法院对于不作为之诉，可以考虑作出驳回诉讼请求判决、履行判决或确认判决，但不会作出维持判决、撤销判决或变更判决。对于因行政处罚提起的撤销之诉，法院会在维持判决、撤销判决、变更判决与确认判决之间做出选择，但不会适用履行判决与驳回诉讼请求判决。而仅在针对“行政处罚显失公正”提起的诉讼中，法院才会考虑可否适用变更判决的问题。因此，裁判方式实际上已经隐含在诉讼制度构架之中，与是否明文规定之间并无必然联系。

明文规定与非明文规定两种模式之间，其实并无明显的优劣之分。蔡志方对此作出的评论为：“行政诉讼种类之制度化，无可避免地即须对诉讼种类之多寡及其内容或要件为规范，其结果虽或许可以提供人民之救济方式比较清楚之指示，然因法制化之结果，无可避免地，或因采取列举式之诉讼种类，将因而限制人民救济之机会，特别是诉讼种类太少时为然。其次，尽管诉讼种类可能尚属多元，但亦可能因其法定要件内涵之狭隘与外延之不足，而造成人民实际可获得之权利保护机会有限。因此，纯从人民之立场观察，行政诉讼种类之制度化可谓利弊参半，甚至弊多于利。”<sup>〔89〕</sup>

〔84〕 参见刘宗德：《制度设计型行政法学》，台湾元照出版公司2009年版，第498页。

〔85〕 参见〔日〕盐野宏：《行政救济法》，杨建顺译，北京大学出版社2008年版，第56页以下，第171页以下。

〔86〕 前引〔19〕，蔡志方文，第96页。经笔者查阅瑞士联邦宪法与联邦行政法院法，证实瑞士采非明文规定模式无疑。

〔87〕 蔡志方根据奥地利联邦宪法与行政法院法中的部分条款，认为“当可推知其采列举主义”，见前引〔19〕，蔡志方文，第100页。笔者查阅奥地利联邦宪法与行政法院法原文，未发现有任何条款“明文规定”诉讼类型，因此认定奥地利系采“非明文规定”模式。

〔88〕 前引〔19〕，蔡志方文，第101页。

〔89〕 前引〔79〕，蔡志方书，第316页。

我国行政诉讼法中原本没有专门对类型制度作出具体考虑，“若干解释”则在相当大程度上予以了弥补。至少从现有成文规范来看，我国以非明文规定方式构建的行政诉讼类型制度已经发展到了一个相对成熟的阶段。当然，值得继续探讨的问题还有很多，例如各种诉讼类型的具体适用范围如何、不同诉讼类型之间的区别与相互关系如何、如何评价各国与地区的成文规范对于类型制度的不同成文法化程度、如何实现诉讼类型的体系化以及如何更好地以类型制度的形式承载具体程序制度等。然而，论及行政诉讼制度如何构建或变革的问题，首先需要正视的还是现有诉讼制度的具体状况。我国行政诉讼制度实际运行中出现的诸多问题，应从完善诉讼程序制度与改善制度运行环境两方面着手解决，而不应寄希望于仅具有形式意义的类型制度。就诉讼程序制度的完善来说，由于类型制度的存在及其功能实现并不取决于是否明文规定，探讨类型制度如何构建或类型化的问题，不必转换为应否明文规定的命题。

质言之，诉讼制度之发展与完善，系属于各种诉讼要件制度之构建，类型制度并不能承受此中之重。<sup>[90]</sup> 是否明文规定、直接明文或间接明文，不会在实质上影响诉讼制度的构建。如果需要明文规定，其“明文”的程度与方式也应结合本国实际需求来确定，并无一定之规。笔者认为，在我国现实的司法状况之下，采用非明文规定或较低程度的明文规定模式，在程序上留给法院更多自由裁处的空间，可能更为符合规范行政权与保护公民权利的现实所需。

## 结 论

对于我国学界部分学者所宣称的行政诉讼类型制度的三项主要功能，本文形成的结论为：其一，类型制度受限于受案范围制度所给出的可能空间，不具有拓展受案范围的功能。只可就受案范围之内的特定审查对象来确定诉讼类型，不能基于诉讼类型来确定法院的受案范围；其二，对于行政诉讼受案范围之内的争议，为提供给公民更多救济方式，可以考虑在无效性确认之诉、继续确认之诉与预防性诉讼等三方面拓展诉讼类型。但这些拓展可能性能否实现，取决于立法者对特定状况下的权利保护需求作出的具体考量，并非取决于类型制度本身的构建需求；其三，类型制度是行政诉讼结构与程序制度的外在表现。行政诉讼结构与程序的完善，取决于立法者对于各种诉讼程序制度作出的具体安排，类型制度仅是这一安排的结果或外在表现形式，并非确定行政诉讼制度具体构造的原因。

诉讼类型不过是基于一定的分类方式对行政诉讼具体程序制度中的部分特殊构造作出的命名而已，成文规范中是否作出此命名，不影响这些特殊构造的客观存在。我国系以非明文规定模式确定了行政诉讼类型制度，其与明文规定模式的区别仅在于未明文命名诉讼类型。

如果我国需要采用明文规定诉讼类型的模式，只能对现有几个比较成熟的诉讼类型作出命名，同时仍需承认非明文规定模式的继续存在。由于我国行政诉讼制度尚处于亟需制

[90] 章剑生提出过类似观点。他认为：“在民事诉讼尚未完成诉讼类型化之前，作为民事诉讼的特别诉讼程序，行政诉讼类型化似乎为时尚早。况且，在诉讼类型化之外，并不是不存在完善我国行政诉讼制度之进路。”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》，《中国法学》2011年第1期。

度改良的初步发展阶段,探讨原告资格、诉讼时效、复议程序、请求内容、暂时权利保护、举证责任与判决方式等诉讼要件制度如何改良的重要性,仍然远超过应如何命名诉讼类型的问题。

行政诉讼制度功能之实现,从根本上来说取决于司法权与行政权之间的力量对比以及立法者作出的制度安排。在这一外部环境暂时无法改善的情况下,期望通过类型制度的完善来促成行政诉讼制度应有功能之实现,在一定意义上固然可谓之为权宜之计甚或无奈之举,然而正是在此情势之下,选择好切实可行的努力方向更为重要。

---

**Abstract:** As for the current categorized administrative litigation system in PRC, most scholars have expressed their negative evaluations. To them, it is due to the fact that the categorized administrative litigation system is stipulated in a non-expressive manner, that the administrative litigation system fails to exercise its full functions. Generally, scholars summarize the functions of categorized litigation system as expanding the scope of jurisdiction in administrative litigation, helping with the expansion of litigation rights, and being benefit to the improvement of litigation structure and procedures. However, all these three functions claimed above are questionable.

Firstly, it is mainly the provisions on the scope of jurisdiction that shall determine the acceptability of cases, while the issue of categorization of litigation only occurs in the subsequent procedures. Thus, there is no direct connection between the categorization and the scope of jurisdiction. Secondly, with the promulgation of related judicial interpretations, all the three basic categories of administrative litigations have been established in PRC. For the purpose of improving the protection of procedural rights, it may be considered to introduce the litigation of the confirmation of null and void of administrative act, the post-confirmation litigation, and the preventative litigation, however, the impact of such changes shall not be overestimated. Finally, the fact that the litigation elements can form different structures in different litigation categories is not due to the categorized administrative litigation system directly, but to the structural requirement of such categories themselves. Thus, it does not actually affect the structure and specific procedures of litigation system or its improvement whether such categorizations are expressly stipulated or not.

The current administrative litigation system in PRC has already established its own categorized system in a non-expressive manner. In comparison with the expressive manner, the difference only exists in format and thus is insignificant. The reformation of administrative litigation system shall focus on the improvement of the substantial elements of the litigation, instead of its categorizations.

**Key Words:** categorized administrative litigation system, scope of jurisdiction in administrative litigation, protection of litigation right

---