

# 预防性行政诉讼

解志勇<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**现行行政诉讼法规定的事后救济型行政诉讼，常常无法排除或修复行政活动对原告造成的严重损害后果，导致原告合法权益得不到有效保护，直接威胁到行政诉讼救济的有效性和社会稳定与和谐。应尽快弥补这个法律缺失，建立以事前和事中救济为特征，旨在对抗威胁性行政行为 and 事实行为的预防性行政诉讼制度，真正实现权利有效保障。

**关键词：**行政诉讼 预防性行政诉讼 权利保障

---

## 一、预防性行政诉讼的概念

预防性行政诉讼是相对于事后救济型行政诉讼而言的。二者最直观的区别是权利救济的时间阶段不同。现行行政诉讼法规定的行政诉讼，针对的主要是已经完成的行政行为或事实行为，是一种事后救济。<sup>〔1〕</sup>事后救济的缺陷不言自明，对于正在发生的损害、即将发生的损害，无能为力，是对违法行为的一种不折不扣的“袖手旁观”。这种放纵，无疑是对法律正义性和终极价值观的否定和破坏。从法律属性上讲，预防性诉讼并不是与撤销诉讼、确认诉讼、给付诉讼等行政诉讼类型并列的一种新类型，而是与“事后救济型行政诉讼”并列的一种“事前、事中救济型行政诉讼”，可以分为预防性确认诉讼、预防性给付诉讼，但不包括撤销诉讼。<sup>〔2〕</sup>

我国大陆学界对预防性行政诉讼的讨论并不多，偶有论者，对其内涵的界定也不甚准确。有学者认为，预防性行政诉讼是指，“为了避免给行政相对人造成不可弥补的权益损害，在法律规定的范围内，允许行政相对人在行政决定付诸实施之前，向法院提起行政诉讼，请求法院审查行政决定的合法性，阻止违法行政行为实现的诉讼。”<sup>〔3〕</sup>也有学者将其定义为：“为了避免具体行政行为的执行给行政相对人造成不可弥补的权益损害，在法律规定的范围内，允许行政相对人在

---

\* 中国政法大学法学院副教授。

本文是作者所主持的国家社会科学基金课题“行政诉讼调解制度的理论基础和制度建构研究”（08CFX018）的阶段性成果。

〔1〕 行政诉讼法第2条把提起诉讼的对象定位为：“已经侵害了”相对人合法权益的具体行政行为（含事实行为）；反之，如果“尚未侵害”，则不可提起行政诉讼。因此，从行政诉讼只针对“完成侵害之后”的具体行政行为进行救济的角度看，现行行政诉讼是一种“事后救济”。

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

〔3〕 胡肖华：《论预防性行政诉讼》，《法学评论》1999年第6期。

具体行政行为执行之前，向法院提起行政诉讼，请求法院审查具体行政行为的合法性，阻止违法行政行为实施的诉讼。”〔4〕上述两种界定的局限性表现在如下几个方面。

首先，认为诉讼对象只是行政行为的“执行行为”或“实现行为”等事实行为，把诉讼对象局限于事实行为，是不恰当的。且不论针对行政确认行为（行政行为）的预防性确认诉讼，单就预防性不作为诉讼，就可以说明问题。根据德国的经验，学界把预防性不作为诉讼进一步分为“对抗威胁性行政处分”的预防性不作为诉讼，以及“对抗其他非行政处分职务行为”的预防性不作为诉讼。对于后者，学界没有异议；但对于前者，即“对抗威胁性行政处分”的预防性不作为诉讼，则有不同意见。一般情况下，行政处分采用事后救济方式，适用撤销诉讼，不允许提起对抗威胁的诉讼。但是，如果仅对行政处分进行事后监督，可能无法实现德国基本法第19条“权利有效保障原则”的目标，因此，在有特别保护必要时，可以提起对抗行政处分威胁的诉讼。所谓特别保护需要，是指行政处分有特别不良的后果，事后的撤销诉讼不能排除或修复该严重后果。换言之，在不能期待事后撤销诉讼保护的前提下，可提起对抗行政处分威胁的预防性不作为诉讼。〔5〕

实践中，许多对于法律关系或法律地位的行政确认行为，往往是为之后必然发生的另一个行政行为或事实行为做准备，在后的行政行为或事实行为还会造成新的损害。虽然在后的行政行为尚未发生，不具备形式上的“成熟性”，但考虑到它是确认行为的必然后果，可以提起预防性行政诉讼。例如，如果确认某公民不具备高考报名资格，那么拒绝为其颁发准考证（行政行为，虽然尚未发生但可以预见必然发生）就是必然结果。再如，行政机关确认公民的房屋系违章建筑，是为之后做出强拆决定（行政行为），以及强制拆除（事实行为）做准备。针对尚未发生的拒绝颁发准考证行为，或者强拆决定，可以提起预防性行政诉讼。

其次，过分强调受损害的权益的“不可弥补性”。这种说法囿于传统行政法上“诉讼（复议）不停止执行”理论主张的窠臼，其狭隘性显而易见。有权利必有救济，不论其是否可以弥补，都应给予一体关怀。

第三，诉讼目标和审查内容定位不准确。把诉讼目标定位在“阻止违法行为实现”，审查内容局限于对行政决定合法性的审查，是不全面的。本文认为，预防性行政诉讼的目标应该是“制止正在发生的损害”，以及“阻止即将到来的损害”。因此，审查的内容主要是：（1）是否存在“正在发生”或“即将发生”的损害；（2）损害的正当性（未必是合法性）；（3）实施救济的急迫性，即是否必须马上实施。

第四，对裁判理由和方式语焉不详。预防性行政诉讼的成立，取决于原告请求给付的请求权是否存在，该请求权基于法律法规、行政行为、公法上的其他法律行为、其他与公法上规范相关的行为（事实行为、不作为等）。〔6〕其裁判方式与责令履行法定职责的裁判类似，如果支持原告主张，则应判令停止执行、停止实施事实行为，或禁止做出行为。如果认为原告主张不成立、无理由，应驳回诉讼请求。

因此，预防性行政诉讼可以界定为：相对人认为行政机关的行政行为或事实行为正在侵害或即将侵害自己的合法权益，向人民法院提起诉讼，要求确认法律关系、行政行为无效、事实行为违法，或者判令禁止或停止行政行为或事实行为实施的司法制度。其目的在于防止发生可以预期的损害，结果表现为确认法律关系、行政行为无效、事实行为违法，或者禁止实施行政行为或事实行为。

〔4〕 陈金波：《论我国实行预防性行政诉讼的必要性及其策略》，《云南行政学院学报》2001年第5期。

〔5〕 参见林腾鹞：《行政诉讼法》，台湾三民书局2008年版，第155页以下；吴绮云：《德国行政给付诉讼之研究》，台湾司法院1995年版，第135页、第142页；前引〔2〕，刘飞文。

〔6〕 参见翁岳生主编：《行政法》，台湾翰芦图书出版公司2000年版，第1244页以下。

## 二、我国建构预防性行政诉讼的理论基础、宪法依据

### (一) 理论基础

人权原则、法治行政原则和法律价值伦理等实体要求,以及有权利必有救济原则、权利有效保障原则、司法最终裁决原则等程序要求,共同构成了预防性行政诉讼制度的理论基础。第二次世界大战以后,世界范围内对僵硬的强权式行政方式的厌弃,以及对“温柔的行政”的呼唤,也以为保护相对人权益为核心特征的预防性行政诉讼制度,提供了佐证。

#### 1. 人权原则要求公民合法权益得到充分有效的法律保障

人权是指在一定的社会历史条件下,每个人按其本质和尊严享有或应该享有的基本权利。就其完整意义而言,就是人人自由、平等地生存和发展的权利,其实质内容和目标是人的生存与发展,对人赖以生存和发展的人身权、财产权、尊严权等,法律应该予以充分有效的保障和关怀。预防性行政诉讼,为公民的合法权益提供及时有效的保护,弥补事后型行政诉讼的不足,正是建立在人权原则的基础上。从另一个角度来说,预防性行政诉讼也使得人权保障的广度和深度得到了更大扩展。

#### 2. 法治行政原则要求所有行政活动置于法律的监督之下

法治行政原则是行政法上公认的基本原则。从实现方法上看,英美法系国家比较强调对行政的程序控制和司法审查,而大陆法系则更注重实体保护。法治行政原则有以下几方面要求:一是行政行为应有组织法和行为法上的依据;二是授权法应符合法律理性和实践理性;三是违法行政应负法律责任。预防性行政诉讼正是实现法治行政原则所必需的、有效的手段。

#### 3. 法律价值伦理要求把对公民权益的保护置于对行政秩序的保护之上

法律所保护的价值包括人的生命、自由、财产、安全、尊严以及公共秩序,而这些价值在法律视野中的伦序有着明显区别。当各种价值发生冲突时,有些价值将得到优先考虑。与秩序价值相比,人的生命、自由、财产、安全、尊严的价值将处于优先的地位,这是法律人文关怀的重要体现,也是人类文明发展的辉煌成果。这些标志人的生存与发展的价值是相对稳定的,受地域、国家、民族、时代的影响较小,甚至被称为“普世”或“普适”的价值。相比而言,秩序和公共秩序的内涵就不那么稳定,受地域、国家、民族、时代的影响甚巨。至于行政机关强调的“行政秩序”(由于行政权的异化,未必是真正的公共秩序),与保护人权的价值相比,显然是次要的价值。

与西方强调对个人权利的保护是法律的最高价值不同,中国传统法律价值取向深受儒家价值观的影响,认为秩序、责任、等级及和谐价值是主流社会规范的核心,把对社会秩序的保护作为最重要的价值,法律也应该遵循此价值观。

西方法律价值观受文艺复兴和启蒙运动思潮的影响,尊重作为主体的人的精神,崇尚个人的权利自由,追求自由、博爱、平等。现当代西方法学家认为,秩序、公平、个人自由是法律制度的三个基本价值,但法律基本价值又不限于这三种。<sup>〔7〕</sup>法律规则的首要目标,是使社会中各个成员的人身和财产得到保障,使他们的精力不必因操心自我保护而消耗殆尽。<sup>〔8〕</sup>博登海默认为,正义和秩序是法律力求实现的根本目标,是法律基本价值;秩序是人类生存的基本条件,自由是人类生存和发展的必须,正义是人类社会得以维持的保证。简言之,法律旨在创设一种正义的社

〔7〕 参见 [英] 彼得·斯坦、约翰·香德:《西方社会的法律价值》,王献平译,中国人民公安大学出版社1989年版,第2页以下。

〔8〕 同上书,第41页。

会秩序。正义是内容，秩序是实现正义内容的形式和途径。<sup>〔9〕</sup>

无疑，作为法律的重要价值追求，社会秩序固然是非常重要的，但它的重要性恰恰体现在要为人民“创造一种安居乐业的条件”，如果不是这样，秩序将失去其价值。但是，实际社会生活中人们常常混淆社会秩序与行政秩序的区别。实际上，行政秩序只是社会秩序的一个方面，虽然行政机关经常宣称他们代表的是“公共利益”，维护的是“社会（公共）秩序”，却对公民基本权利乃至生命采取轻蔑的态度。所以，当行政秩序与个人基本权利发生冲突时，首先必须服从公民权利价值。

#### 4. 权利有效保障原则要求由法院向人民提供有实效的救济

尽管我国已经建立行政诉讼制度，但是其事后救济的特点，使得相对人权利有时难以得到有实效的救济。立案难、管辖难、审理难、裁判难、执行难等一系列困难，道出了行政诉讼发展中的窘迫，也使得相对人受损的权益实际上难以通过事后诉讼获得救济。<sup>〔10〕</sup>

权利有效保障原则在德国法以及深受德国法影响的国家和地区，具有较高的地位。该原则不但要求向相对人提供全面的法院救济，还要求法院对行政案件的救济具有实效性，而预防性行政诉讼，恰是权利有效保障原则“实效性”的体现：（1）公民权利在将要遭受侵害以前，尽量“预防性地”避免侵害；（2）正在遭受侵害时，尽量阻止损害继续；（3）遭受侵害以后，尽量加快诉讼程序以弥补和减少损害。相较于事后型行政诉讼，预防性行政诉讼可以为相对人提供更有有效的保护机会。预防性行政诉讼的“预防性”突出地反映了权利有效保障原则的合理内核。<sup>〔11〕</sup>

### （二）宪法依据

1. 国家尊重和保障人权。尊重人权、保障人权是当今国际社会的普遍话题。我国于2004年把“国家尊重和保障人权”写入了宪法，行政诉讼法有义务去实现这一宪政目标。同时，这一规定为我国建立更全面有效的行政诉讼制度，提供了宪法上的依据。由于预防性行政诉讼可以与现行事后行政诉讼制度完美结合，更好地完成这项宪法任务，必然成为行政诉讼制度发展的方向。

2. 国家保护公民的人身权、私有财产等基本权利，公民可以对行政机关及其工作人员的违法失职行为进行控告。宪法第二章专章就公民的基本权利义务进行了规定。其中第13条、第37条至第50条分别就公民的私有财产权和继承权、人身自由权、人格尊严权、住宅安全权、控告权、通信自由权、劳动权、休息权、社会保障权及其他经济社会权利的保护进行了规定。行政机关不得侵害公民合法权益，当公民合法权益受到来自公权力机关的威胁和损害时，公民有权提起控告。国家有义务为其提供全面及时有效的救济，而预防性行政诉讼正是为防止、阻止、制止行政机关对公民合法权益实施违法侵害而生的。

3. 对行政的监督。宪法多处规定了对行政的监督。例如，第41条规定，“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利……任何人不得压制和打击报复。由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利。”预防性行政诉讼制度，与宪法对行政权监督的精神是一致的。

## 三、预防性行政诉讼的比较法考察

两大法系法治发达国家或地区都发展出了具有预防性功能的行政诉讼制度或司法审查制度。

〔9〕 参见 [美] E·博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第330页。  
 〔10〕 参见马怀德、解志勇：《行政案件执行难的成因及对策——兼论我国建立行政法院的必要性与可行性》，《法商研究》1999年第3期。  
 〔11〕 参见解志勇：《权利有效保障原则及对我国行政诉讼制度的影响》，《上海政法学院学报》2005年第9期。

### （一）大陆法系以德国为代表

德国是预防性权利保护理论构造及实务运作最成熟的国家。为了达到基本法第19条所要求的“有效且无漏洞的权利保护”标准，德国行政诉讼制度确立了预防性不作为诉讼与预防性确认诉讼两大类预防性诉讼。

预防性确认之诉，适用于确认行政行为无效之诉、确认事实行为违法之诉、确认章程规章是否生效之诉和确认法律关系是否存在之诉。<sup>〔12〕</sup>它是指当事人有特别的确认利益时，请求法院确认有即将发生之虞的法律关系的存在与否，或者在未来不得为某一行政行为的诉讼。该诉讼所确认的法律关系、地位，再结合某些（如给付、不作为等）请求权，将对其它领域产生放射效力，起到抑制纷争产生的功能。<sup>〔13〕</sup>

预防性不作为诉讼属于一般给付诉讼。之所以叫“一般”给付诉讼，主要是与“特别”给付诉讼，即要求行政机关履行法定义务的“义务之诉”相区别。<sup>〔14〕</sup>德国行政法院法没有集中规定一般给付之诉，而是通过第43条第3款、第111条、第113条第4款、第169条第2款、第191条第1款等零散规定，配合该法第40条所说的“一切非宪法性质之公法争议”适用行政诉讼途径救济的概括条款，予以承认，<sup>〔15〕</sup>旨在通过诉讼实现公民的某项权利请求，即要求法院判令行政机关实施某种“给付”。这种给付体现在，公民可以要求行政机关作出、容忍或停止作出除行政行为以外的任何行为，分为三种情况：要求行政机关不再作出或停止作出（干涉性）事实行为的诉讼，称为停止作为之诉；要求行政机关颁布低于法律的规章、章程的诉讼称为规范颁布之诉；要求行政机关在将来不作出某行政活动的诉讼，称为预防性停止作为之诉。<sup>〔16〕</sup>

预防性不作为诉讼（Die Vorbeugende Unterlassungsklage），进一步分为“对抗威胁性行政处分”的预防性不作为诉讼，以及“对抗其他非行政处分职务行为（或称单纯高权行为，即事实行为）”的预防性不作为诉讼。<sup>〔17〕</sup>陈清秀教授认为，诉愿和撤销诉讼不能实现有效权利保护时，可以对行政处分提起预防不作为诉讼。<sup>〔18〕</sup>公务员法上的争议，因不被视为行政处分而不能提起撤销诉讼，可以提起预防不作为诉讼，如公务员职位考试，落选者可以诉请禁止行政机关违法任用他人（禁止作出行政处分）。同时，预防性确认之诉，所针对的也是具有“威胁性”的行政行为或事实行为。<sup>〔19〕</sup>

我国台湾地区借鉴德国做法规定了预防性行政诉讼，行政诉讼法第8条第1款：“人民与中央或地方机关间，因公法上原因发生财产上之给付或请求作成行政处分以外之其他非财产上之给付，得提起给付诉讼。因公法上契约发生之给付，亦同。”其相应理论和实践都与德国没有太大区别。

与我国台湾地区和德国一样，日本也有预防性不作为诉讼，其不属于法定抗告诉讼（即撤销诉讼），而是一种“无名诉讼”，是行政诉讼体系的例外情形，仅在事后撤销诉讼不能发挥救济功能时适用。如对旨在改变权利现状的事实行为，即时的、短期完结的事实行为，或者行政行为与执行行为紧密相接（立即执行），撤销诉讼将无法排除不良事实后果，可以提起预防性诉讼。<sup>〔20〕</sup>兼子仁教授指出，因为行政处分具有公定力和事实上的支配力，如果行政机关在最近的将来作出不

〔12〕 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467页以下。

〔13〕 参见朱健文：《论行政诉讼中之预防性权利保护》，《月旦法学》1996年第3期。

〔14〕 参见陈敏：《行政法总论》，台湾三民书局1999年版，第1213页。

〔15〕 同上书，第1213页，注38；前引〔2〕，刘飞文。

〔16〕 参见前引〔2〕，刘飞文。陈敏教授对所谓“停止作为之诉”和“预防性停止作为之诉”的解释更为明晰：以预防性诉讼所要禁止的行为是否曾经发生为标准，进行划分，针对首次作出的行为的诉，称为“预防性不作为诉讼”；针对曾经作出过的行为的诉，称为“不作为诉讼”。参见前引〔14〕，陈敏书，第1215页，注42。

〔17〕 参见前引〔5〕，林腾鹑书，第155页以下；陈清秀：《公法上给付诉讼之研讨》，台湾《全国律师》1999年2月。

〔18〕 同上引，陈清秀文。

〔19〕 参见前引〔12〕，胡芬书，第321页以下，第455页。

〔20〕 参见前引〔17〕，陈清秀文。

利益行政处分的盖然性很高，而且该行政处分是否违法可以预先判断时，即具备适于裁判的“纷争成熟性”，允许提起预防性不作为诉讼。至于是否会造成难以弥补的损害，并非诉讼的要件。<sup>[21]</sup>

## （二）普通法系以英国为代表

在英国，行政法上有禁止令、执行令、阻止令、确认判决四种救济手段和程序，可供行政相对人在其权益受到行政损害之前，事先向有关法院请求司法救济。<sup>[22]</sup>英国的阻止令、禁止令与预防性不作为诉讼的功能相似，是指为了防止行政机关作出有侵害当事人权益之虞的行政决定，当事人请求法院预防性地加以制止；确认判决则与预防性确认诉讼的功能相似。

历史地看，令状有六种形式，其中四种一开始就是公法上的救济手段，另外两种（阻止令和确认判决）是私法手段用于公法救济。提审状（certiorari）和执行状（mandamus）较为常用。提审状用于检视行政官员和行政裁判所的裁决权限，执行状用于帮助申请人寻求一种强制方法，迫使不当迟延履行职责的官员“奉命行事”（或“无自由裁量权行事”）。追查状（quo warranto）用于查验行政当局是否有权行使某项权力。人身保护状（habeas corpus）用于审查约束、拘留和放逐的行政命令。禁止状（prohibition）用于在行政决定作出前和执行过程中，防止“准司法”主体越权。阻止状（injunction）对可能造成“不可弥补的损害又无充分法律救济”的行政违法行为进行阻止。<sup>[23]</sup>

令状制度也是美国殖民地时期和早期州法律的基础，但其作用并不象在英国那样显著。“在整个19世纪和20世纪初期，它越来越多地被对行政行为进行司法审查的特别法所补充。在联邦一级，特权令状从未站住脚跟，制定法始终是司法监督行政的主导性法源。”<sup>[24]</sup>事实上，美国主要是通过判例放松“成熟原则”的解释，实现对当事人权利的事前司法审查保护。法院传统上对行政决定不愿给予确认判决和阻止令的救济手段，除非这个决定已经成熟到可以进行司法裁判的程度。成熟问题应该从两方面来看：问题是否适宜作出司法裁判；推迟审查给当事人造成何种困难。如在1967年艾伯特制药厂诉加德纳案件中，<sup>[25]</sup>法官认为，如果当事人不遵守法规时，可能立即受到财产扣押、罚款，甚至刑事追诉。在这种情况下，如果推迟审查，将对当事人造成困难，这种困难是“直接的”、“即时的”、“影响当事人日常生活的”困难，而不是“遥远的、将来的”困难。<sup>[26]</sup>因此，可以在法规生效前进行司法审查，这种审查带有预防性。

## （三）与“权利暂时保护制度”的自洽及对“诉讼不停止执行”制度的排斥

建立预防性行政诉讼的目的，就是要为相对人提供一种预防性救济，达致权利有效保障的目标。然而，尽管它在救济实效性上比事后行政诉讼具有优势，但仍然需要一个时间过程。对于那些即时的、直接的、近在眼前的损害行为，该制度仍显力不从心。在这种情况下，权利暂时保护制度应运而生。可以说，权利暂时保护制度既是遵循权利有效保障逻辑必然产生的结果，也是对预防性诉讼的应急性补充，二者密切配合，可以更为有效地保护权利。

权利暂时保护制度亦称“权利暂时保护程序”，<sup>[27]</sup>来源于德国法，我国台湾地区行政诉讼法

[21] 参见 [日] 兼子仁：《行政争讼法》，筑摩书房1984年版，第363页。转引自前引 [5]，林腾鹑书，第165页。

[22] 参见王名扬：《英国行政法》，中国政法大学出版社1987年版，第184页以下。

[23] See Ronald A. Cass, Colin S. Diver, Jack M. Beermann, *Administrative Law, Case and Materials*, 2d ed., Little, Brown and Company, pp. 234—235.

[24] 同上书，第235页。

[25] *Abbott Laboratories v. Gardner*, 387 U. S. 136 (1967). 参见王名扬：《美国行政法》下册，中国法制出版社1995年版，第646页以下。

[26] 同上书，第650页以下。

[27] 此术语有多种翻译方法：分别为“暂时法律保护”、“暂时权利保护”、“暂时性权利保护”、“权利暂时保护”等，相关文献见前引 [12]，胡芬书，第487页；林明铨：《人民权利之暂时保护——以行政诉讼程序为中心》，台湾大学法律研究所硕士论文，1987年；陈清秀：《行政诉讼上之暂时权利保护》，《行政诉讼论文汇编》1999年第2辑，司法院秘书处发行。

发展了该制度。其含义是，当事人提起撤销诉讼后至终审裁判前，法院依职权或依申请裁定，命令行政机关停止原行政行为或决定的执行效力；如果当事人提起确认诉讼或给付诉讼（包括预防性诉讼），则适用假扣押（为防止日后难以执行，对未到期的金钱给付先行保全）、假处分（针对除金钱给付外的公法上权利变更，为防止日后难以执行，对未到期的强制执行先行保全）等保全程序。<sup>〔28〕</sup>它的性质与撤销诉讼、给付诉讼、确认诉讼等主程序不同，是一种从程序、简略快速程序，但仍然是独立程序。其目的是冻结行政行为效力，保护权利暂时状态，应付急迫情况，以免发生不可恢复的损害，本质上属于保全程序。<sup>〔29〕</sup>

预防性行政诉讼制度与权利暂时保护制度的逻辑自洽性，使得其必然会对“诉讼不停止执行”制度形成排斥，二者具有不兼容性。

诉讼不停止执行制度的主要立论基础是行政行为公定力理论，目的是保障行政行为的效力得到相对人和其他国家机关的尊重，以及行政效率的提高。世界上许多国家都采用了该项制度，我国大陆地区也不例外。行政诉讼法和行政复议法都规定，对于生效行政行为，不论相对人是否提起行政诉讼或者行政复议，只要未被有权机关撤销，相对人就有服从的义务，不停止行政行为的执行。这项制度在客观上保证了行政秩序和行政效率的实现，提高了行政机关的权威。但是因其对相对人基本权利的漠视，直接导致对法律价值伦理的颠覆，使得行政行为的正当性大打折扣，行政机关的公信力大大下降，官民关系变得不和谐。虽然法律也规定了不停止执行的例外情况，但在实践中基本流于形式，对权利的保护几乎没有意义。因此，要想实现预防性诉讼的目标，逻辑上要求必须停止行政行为的执行。诉讼的提起虽然不能消灭行政行为的公定力、执行力等效力，但是会停止，至少是暂停其执行效力。因此，预防性行政诉讼与诉讼不停止执行制度具有逻辑上的不可兼容性，对后者的突破势所难免。

#### （四）与成熟原则的龃龉和调谐

成熟原则（或实际影响原则）是美国行政法上启动司法审查程序需要遵循的重要原则，其含义是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，才能进行司法审查。目的是保护行政决定作出之前，或对当事人发生实际影响之前，不受法院干涉，以免因法院过早裁判，陷入抽象的行政政策争论。1967年的艾伯特制药厂诉加德纳案件为成熟原则确立了新的标准，即抛弃了以往对成熟原则的形式主义判断方式，改用“实际影响”标准进行判断。

尽管我国行政诉讼法没有明确规定成熟原则，但最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》中却引入了该原则，“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”，不属于受案范围。据此推论，对相对人发生了实际不利影响的行为，就适于法院审查。由此可见，虽然从形式上看，预防性诉讼所针对的尚未作出的行政行为或事实行为，似乎不具有成熟性，但因损害后果的出现具有逻辑上或事实上的必然性，如果用“实际影响”标准来衡量，二者具有内在的协调一致性。换言之，预防性行政诉讼制度不仅并未与成熟原则相抵触，反而是在成熟原则的基础上建立的，符合成熟原则的实质内涵。

## 四、建构我国预防性行政诉讼制度的基本设想

世界范围内的行政诉讼立法，对相对人权利保护的类型有三种：事后的权利保护、暂时性的权利保护、预防性权利保护。<sup>〔30〕</sup>它们互相补充，组成一个有效且无漏洞的权利保护体系，缺乏

〔28〕 参见翁岳生主编：《行政诉讼法逐条释义》，台湾五南图书出版公司2002年版，第401页。

〔29〕 参见前引〔17〕，陈清秀文。

〔30〕 参见朱健文：《论行政诉讼中之预防性权利保护》，《月旦法学》1996年第3期。

其中之一就会出现法律漏洞，从而对权利保护造成不利影响。行政诉讼法实施 20 年来，为我国行政法治建设和保护人权发挥了历史性作用，但其事后救济的局限性也日益明显。预防性行政诉讼符合行政诉讼制度的宗旨和目的，也符合行政诉讼制度发展的规律，从实施环境、经验积累、现实需要等各方面分析，我国迫切需要建立预防性行政诉讼制度，完善行政诉讼体系。

关于预防性行政诉讼制度的安排，应主要考虑以下几个方面：

#### （一）原告资格和管辖

基于行政诉讼法第 2 条规定，认为其合法权益受到行政行为侵害的相对人，有权提起诉讼。具体到预防性行政诉讼，也适用这个规定，即：凡是预见到自己的合法权益即将受到行政行为或事实行为侵害的相对人，有权提起诉讼。判断原告资格的主要标准是《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》中所说的“与具体行政行为有法律上的利害关系”，如由相邻权或者公平竞争权所引起的法律上利害关系。至于管辖的规则，与普通行政诉讼应该没有区别。

#### （二）适用案件的范围

预防性行政诉讼主要适用于三大类行政活动。

其一是“特别救济需要”的行政行为。所谓特别救济需要，是指对那些有现实威胁的行政行为，如果等该行为作成后才提起撤销诉讼，将难以对相对人权益进行救济的案件。一般有下列几种情形：<sup>〔31〕</sup>

1. 基于已经产生妨害的某行政行为，如行政规划，相对人担心行政机关基于该规划继续实施拆迁许可、建设许可、土地使用许可等，相对人可以有针对性地提起预防性诉讼。

2. 将导致不可恢复、不可弥补的损害危险，如国家考试中确认不具有报名资格的行为，相对人可以针对未来必然发生的拒绝发放准考证行为提起预防性诉讼。

3. 将导致既成事实的行政行为，如应急状态下，所拟采取的紧急征收、征用、隔离等行政行为，相对人可以提起预防性诉讼。

4. 具有行政处罚、行政强制制裁威胁的行为，如行政机关针对某区域的交通管制命令、禁令，或者规划法领域的命令、禁令等行政行为，相对人可以提起预防性诉讼。

其二是行政行为的执行行为。基于已经生效的行政决定，行政机关拟采取强制措施执行的行为，尤其是直接指向人身自由、重要财产权利的行为，如基于行政拘留、劳动教养的执行行为，基于房屋拆迁决定的强制拆除等，相对人可以提起预防性诉讼。

其三是其他不利事实行为。主要是指重大或基本生活所依赖的财产存在被查封、扣押、冻结、销毁、禁止销售、强制（食品、药品）下架等事实行为的威胁，以及对人身的强制隔离等威胁时，相对人可以提起预防性诉讼。

#### （三）受理条件、审理程序和举证责任

起诉人负有证明案件符合起诉条件、受理条件的义务，主要是证明自己享有预防性请求权，该请求权基于行政法上的原因而产生，一般是基于法律法规、行政行为、公法上的其他法律行为、其他与公法上规范相关的行为（事实行为、不作为等）而存在，<sup>〔32〕</sup>以及案件属于上述三类行政活动之一。

立案后，举证责任分配与普通行政诉讼相同，仍然由被告承担，重点是证明其作为或不作为、不容忍的合法性和正当性。

〔31〕 案件类别参见前引〔5〕，林腾鹑书，第 157 页。

〔32〕 参见前引〔6〕，翁岳生主编书，第 1244 页以下。

预防性诉讼的本质属性要求适用简易、高效的简易程序。同时,配合适用停止执行原则,经原告申请,或人民法院依职权,应该冻结法律关系,或立即停止行政行为或事实行为的执行。极个别情况下不停止执行的,被告应该举证证明停止执行将对重大公共利益造成损害,人民法院享有完全的裁量权。

#### (四) 裁判方式

裁判方式取决于原告诉求。人民法院根据原告诉求确认或给付的请求权是否存在,作出相应裁判。裁判的形式与确认判决及现行的责令履行法定职责的裁判类似,如果支持原告主张,则予以确认,或者判令禁止执行、实施事实行为,或者禁止作出行政行为。如果原告无理由或理由不充分,则驳回诉讼请求。原告同时要求实施权利暂时保护的,可以作出停止或不停止执行的裁定。

---

---

**Abstract:** Administrative litigation provided by the current Administrative Procedural Law is of the nature of *ex post facto*. It is unable to exclude or restore the severe damage resulted from administrative activities and cannot protect the legal rights and interests of the counterparts effectively, which directly threatens the effectiveness of administrative remedies as well as the steadiness and harmony of the society. The loophole in legislation should be filled up by constructing the new preventive administrative litigation with the nature of *ex ante* remedy.

The preventive administrative litigation conforms to the tenet, purpose and development discipline of administrative litigation system. It can protect the rights and interests of administrative counterparts timely and effectively, realize the ultimate thought and logic of law, and demonstrate the truth of rule of law. From the aspects of enforcement environment, experience accumulation and actual requirements, it is of great urgency for our country to construct the preventive administrative litigation institution and perfect the system of administrative litigations.

There are solid theoretical foundations, unequivocal constitutional law grounds and mature experiences from other countries and areas for our country to construct the preventive administrative litigation institution. The substantial principles of human rights and administration by law, the procedural requirements of effective right protection and remedy and the principle of ultimate judgment by judicature, and other legal values and ethnics, constitute its theoretical foundations. According to our constitutional law, our country should respect and protect human rights, should protect the basic rights of citizens such as personal rights and property rights. And citizens can charge against the illegal or delinquent act of administrative organs and their staff. Our constitutional law also provides in several places the supervision upon administration. These all provide it with constitutional law grounds. Moreover, there are many systems of administrative litigation or judicial review with the function of prevention in other countries and areas which can be taken as examples.

**Key Words:** administrative litigation, preventive administrative litigation, right protection

---

---