

# 我国行政诉讼中的预防性保护

罗智敏\*

---

**内容提要：**行政诉讼中的预防性保护措施旨在为行政相对人提供富有实效性的司法保护。我国行政诉讼法及其司法解释中规定的行政行为停止执行、先予执行、财产保全、行为保全四种制度措施具有预防性保护功能。不过，相关规定着眼于维护公共利益与保障行政相对人权益的双重目的，集监督行政机关依法行政、保障行政行为的目的顺利实现、防止行政相对人权益遭受不可弥补的损害三重功能于一身，且立法没有针对上述不同功能配给不同规则，各项措施的申请程序不完善、裁量要件不完整，导致预防性保护功能在司法实践中未能得到充分发挥。建议在未来修法时，对具有预防性保护功能的制度措施加以整合，进一步明确相关裁量要件与审查模式，细化审查程序、增加上诉程序，以更好地满足行政相对人获得预防性保护的需求。

**关键词：**预防性保护 停止执行 先予执行 保全措施 实质性化解行政争议

---

## 引言

近年来，我国的行政诉讼案件不断增多，如何为行政相对人提供更充分的权益保障，使人民群众在每一个行政案件中感受到公平正义，已经成为一项重要的时代课题。尽管我国的行政诉讼法律制度正在不断完善，在保障行政相对人权益方面取得了诸多进步，〔1〕但离无漏洞的、富有实效性的司法保护目标还有一定距离，表现之一就是有关预防性保护的规定不够完善。〔2〕在我国，行政诉讼一审审理期限为法院立案之日起6个月，特殊情况下

---

\* 中国政法大学法学院教授。

本文为国家社会科学基金重大项目“行政诉讼类型制度的构建研究”（19ZDA163）的阶段性成果，同时受到中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划“优化营商环境的行政法治保障：理论与实践”（20CXTD01）资助。

〔1〕 参见马怀德、孔祥稳：《改革开放四十年行政诉讼的成就与展望》，《中外法学》2018年第5期，第1150页以下。

〔2〕 预防性保护的概念属“舶来品”，我国学界对其有不同称谓，如“暂时法律保护”（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92页；何忠凯：《论行政诉讼中的暂时法律保护制度》，《行政法学研究》2009年第3期，第104页以下）、“临时救济”（参见何海波：《行政诉讼法》，法律出版社2016年版，第496页）、“暂时权利保护”（参见庄汉：《我国行政诉讼中暂时权利保护制度的缺失与构建》，《法学评论》2010年第5期，第139页以下；章志远：《从原则与例外之争到司法裁量基准之建构——行政诉讼暂时性权利保护机制的新构想》，《浙江学刊》2008年第6期，第122页以下）。

经批准可以再延长,有些案件还将经历二审。在漫长的诉讼过程中,行政相对人的权益有可能遭受严重损害,即使其最终胜诉,有些损失也难以弥补。例如,涉及隐私的信息已被公布、被扣押的财产已被拍卖、因不被允许考试或被学校开除而丧失的机会难以复得。行政诉讼中的预防性保护措施,正是为了防止行政相对人在诉讼过程中遭受不可弥补的损害而设计的,是体现司法保护实效性的重要手段。

我国行政诉讼法第56条、第57条以及2018年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称2018年“行诉法解释”)第76条、第77条,共规定了停止执行、先予执行、财产保全、行为保全四种具有预防性保护功能的措施。已有实证研究发现,上述规定中的预防性保护功能在司法实践中尚未得到充分发挥。<sup>[3]</sup>正如杨建顺在评议“张先著案”<sup>[4]</sup>时所言:“如何确保对原告的权利救济更具有实效性,使‘张先著们’能够通过提起行政诉讼而得到实实在在的权利救济,这是摆在理论界和实务界的共通课题。”<sup>[5]</sup>“建立一套足以救济权利的诉讼装置与制度,使司法对权利的救济具备及时、有效、无漏洞、充分等特性”,<sup>[6]</sup>是人权司法保障的应有之义。尤其是,伴随给付行政、服务行政的兴起与给付诉讼的增多,行政诉讼中以权利救济为目的的预防性保护,将面临制度供给不足与现实需求不断增长之间的矛盾,其完善程度同行政争议能否得到实质性解决密切相关。有鉴于此,本文将对我国行政诉讼制度中具有预防性保护功能的相关规定进行梳理,<sup>[7]</sup>结合司法实践分析其中的缺憾与不足,并有针对性地提出完善建议。

## 一、我国行政诉讼制度中的预防性保护措施

### (一) 具有预防性保护功能的制度措施

我国行政诉讼法规定的“行政行为停止执行”“先予执行”,2018年“行诉法解释”规定的“财产保全”“行为保全”,均体现了为行政相对人提供预防性保护的宗旨。

#### 1. 有关行政行为停止执行与先予执行的规定

在大陆法系的许多国家或地区,无论立法表现为原则性规定还是例外规定,行政行为停止执行都是一种典型的预防性保护措施,保障行政相对人的权益是其最根本的功能定位。<sup>[8]</sup>我国亦对行政行为的停止执行作出了规定,相关规定最早见于1989年行政诉讼法第44条。通说认为,该条确立了我国行政诉讼法上的“诉讼不停止执行”原则,“停止执行”只是例

[3] 参见胡剑涛、王彦平、禹楚丹:《反思与重构:我国行政诉讼暂时权利保护之进路探究——以442份判决书和H省Y市法院的实践为样本》,载贺荣主编:《深化司法改革与行政审判实践研究——全国法院第28届学术讨论会获奖论文集》下册,人民法院出版社2017年版,第1336页以下。

[4] 参见张先著诉芜湖市人事局公务员招考行政录用决定纠纷案,安徽省芜湖市新芜区人民法院(2003)新行初字第11号行政判决书。该案在2019年入选了推动中国法治进程十大行政诉讼典型案例,见<https://www.chinacourt.org/index.php/article/detail/2019/03/id/3808324.shtml>,2020年9月5日最后访问。

[5] 杨建顺:《完善标准和证据制度,以正当程序确保权利救济实效性——张先著公务员录取资格案评析》,《中国法律评论》2019年第2期,第62页。

[6] 刘练军:《何谓诉讼权——兼论诉讼权入宪应当缓行》,《浙江社会科学》2013年第3期,第73页。

[7] 域外立法中还有关于预防性诉讼的规定,即当行政相对人获知行政机关将作出某个行政行为,且该行政行为将使其遭受不可弥补的损害,可以诉请法院立即禁止行政机关作出该行政行为。预防性诉讼属于一种特殊的诉讼类型,与本文研究的预防性保护措施不同。

[8] 参见江必新、邵长茂、方颀琳:《行政诉讼法修改资料汇纂》,中国法制出版社2015年版,第345页。

外规定。从当时立法者的意图看,之所以规定行政行为在诉讼中不停止执行,主要是考虑行政管理活动具有连续性,不宜因诉讼活动而中断;〔9〕为避免违法或显失公正的行政决定被匆促执行,导致无法挽救的不良后果,法律又规定了可以停止执行的情形作为例外。〔10〕由于现实中常见行政相对人因“诉讼不停止执行”而遭受难以弥补的损失,在修改1989年行政诉讼法的过程中,曾有多个版本的修改建议稿提出将“诉讼停止执行”作为一项原则性规定写入立法,〔11〕但相关建议未被采纳。修改后的行政诉讼法第56条基本沿袭了原有规定,只对条文进行了部分修改:明确了法官以裁定形式作出停止执行的决定;将有资格申请停止执行的主体范围扩大为原告和利害关系人;增加了法院可以依职权裁定停止执行的规定;赋予了当事人不服法院裁定的复议权。可见,1989年行政诉讼法第44条的立法精神得到了延续,即立法者仍然认为公共利益与行政效率更为重要,行政行为执行的利益高于个人利益。〔12〕

行政诉讼法中有关先予执行的规定源于民事诉讼法,但具体内容与民诉法不同。2000年的《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》(以下简称2000年“行诉法解释”)第48条第2款和第94条,规定了两种性质不同的先予执行。第一种是由原告提出的先予执行。因原告难以或无法维持生活,人民法院在作出裁判前,可以裁定负有给付义务的行政机关先行给付原告一定款项,并立即执行。第二种是由作为被告的行政机关或具体行政行为确定的权利人提出的,其实质是行政行为的强制执行。2014年修改行政诉讼法时,2000年“行诉法解释”中有关第一类先予执行的规定被明确写入行政诉讼法第57条,第二种先予执行随着该解释的废止而不复存在。现行行政诉讼法第57条第1款规定:“人民法院对起诉行政机关没有依法支付抚恤金、最低生活保障金和工伤、医疗社会保险金的案件,权利义务关系明确、不先予执行将严重影响原告生活的,可以根据原告的申请,裁定先予执行。”从中不难看出,先予执行着眼于解决行政相对人现实中面临的困境,属于法院给予的临时性救济措施,〔13〕其与行政行为停止执行一样,都能为行政相对人的权益提供预防性保护。

## 2. 2018年“行诉法解释”规定的财产保全与行为保全

我国行政诉讼中的财产保全最早规定在2000年“行诉法解释”第48条第1款中。当时之所以规定财产保全,是为了体现提高审判效率、实现司法公正的指导思想,因为“迟到的公正是大打折扣的公正”。〔14〕2014年修改行政诉讼法时,2000年“行诉法解释”中关于财产保全的具体规定没有进入法律。立法仅通过第101条概括性地规定财产保全可以适用民事诉讼法。随后,2018年“行诉法解释”第76条、第77条中又出现了财产保全。从内

〔9〕 参见应松年:《行政诉讼的基本原则》,载何海波编:《行政法治奠基时:1989年〈行政诉讼法〉史料荟萃》,法律出版社2019年版,第265页。

〔10〕 参见皮纯协、刘永志:《略论行政审判权的构成》,载前引〔9〕,何海波编书,第300页。

〔11〕 参见前引〔8〕,江必新等书,第350页以下。

〔12〕 参见袁杰主编:《中华人民共和国行政诉讼法解读》,中国法制出版社2014年版,第153页以下;全国人大常委会法制工作委员会行政法室编:《〈中华人民共和国行政诉讼法〉解读与适用》,法律出版社2015年版,第126页;马怀德主编:《新编中华人民共和国行政诉讼法释义》,中国法制出版社2014年版,第259页。

〔13〕 参见前引〔12〕,全国人大常委会法制工作委员会行政法室编书,第126页以下。

〔14〕 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19页以下。

容上看,这两条司法解释基本照抄了民事诉讼法第100条与第101条,涉及诉前财产保全与诉中财产保全两部分内容。根据该解释,不仅行政相对人可以提出财产保全申请,行政机关同样可以成为申请人,这意味着财产保全措施并非仅为保护行政相对人而设置。当然,如果是行政相对人提起申请,财产保全措施能够为其提供预防性保护,将财产保全视为我国行政诉讼法上的预防性保护措施并无问题。<sup>[15]</sup>

2018年“行诉法解释”同时还对行为保全作出了规定,与财产保全的引入方式一样,基本照搬了民事诉讼法条文。该解释第76条、第77条分别规定了诉中行为保全与诉前行为保全,其适用条件与财产保全一致。在民事诉讼法上,行为保全措施能够为当事人提供临时救济与预防性保护,学界对此基本没有异议。<sup>[16]</sup>行为保全措施在行政诉讼中所具有的预防性保护功能也得到了最高人民法院的确认。<sup>[17]</sup>只不过,由于行政相对人和行政机关均有权申请行为保全,行为保全在行政诉讼领域就不仅仅是一项临时性的权利救济手段,还是一项能够保障行政行为顺利执行的制度工具。

2018年“行诉法解释”对于两种保全措施的规定,体现了我国行政诉讼制度在相对人权益保障方面的进步。首先,该解释出台前,无论行政行为的停止执行、先予执行还是财产保全,都只能在诉中阶段为相对人提供预防性保护。该解释增加了诉前预防性保护措施,使得行政相对人在起诉前就可以向人民法院申请财产保全与行为保全。其次,该解释出台前,可以作为行政诉讼预防性保护措施的只有行政行为的停止执行、先予执行和财产保全。行政行为停止执行的适用范围较窄,只能适用于行政机关实施的行政处罚、行政强制等积极性的作为行为,无法适用于不予答复等行政不作为;先予执行涉及的是有关财产给付的行政行为,行政相对人无法向法院申请责令行政机关为或不为一定行为。根据该解释,法官有权采取行为保全,这意味着针对行政机关的拒绝、沉默等消极行为,人民法院可以视情况命令行政机关作出某种行为,如暂时禁止行政机关就某种产品发布不安全警告、要求行政机关允许行政相对人参加某项考试、要求行政机关立即对于未获许可而擅自施工的他人采取措施等,较以往更有利于满足行政相对人获得预防性保护的需求。

## (二) 制度中的功能混合及其可能的影响

在大陆法系国家,行政诉讼预防性保护规定旨在为行政相对人提供无漏洞的、具有实效性的司法保护。当然,域外的预防性保护规定在实施过程中也能发挥监督行政、分配与降低错判风险等作用,行政法官在具体案件中也不可避免地要在公共利益与私人利益之间进行权衡,但此制度设立的初衷归根到底还是为行政相对人提供权利保护,因此各种预防性保护措施的裁量要件及申请程序都是围绕保障相对人的权益而设置的。在我国,上述四种制度措施也能为行政相对人提供预防性保护,表面上看与域外立法类似,但探究立法意图并对相关条文进行规范分析后发现,我国并没有为行政相对人提供体系化的预防性保护制度。除先予执行外,其他三种制度措施并非仅为维护行政相对人权益而设计,还兼具监督行政与保证行政行为实现的功能。首先,根据行政诉讼法第56条,人民法院可以依职权

[15] 参见江必新主编:《最高人民法院行政诉讼法司法解释理解与适用》上册,人民法院出版社2018年版,第374页以下;梁风云:《行政诉讼法司法解释讲义》,人民法院出版社2018年版,第207页。

[16] 参见江必新主编:《执行规范理解与适用》,中国法制出版社2015年版,第1页以下。

[17] 参见前引[15],江必新主编书,第374页以下;梁风云书,第207页。

裁定停止执行。人民法院主动裁定停止执行并不是为了避免行政相对人遭受不可弥补的损失，而是因为“人民法院认为该行政行为的执行会给国家利益、社会公共利益造成重大损害”。这是2014年修改行政诉讼法时新增的一项内容，其目的是加大法院对行政权的监督力度。<sup>〔18〕</sup>这就意味着，行政行为的停止执行不仅是一项保护行政相对人的制度措施，也是司法机关主动监督被诉行政行为、维护国家利益与社会公共利益的一种途径。<sup>〔19〕</sup>其次，无论财产保全还是行为保全，申请人都既可以是行政相对人，也可以是行政机关，而行政机关申请保全措施的目的是保证行政行为的执行。因此，保全措施既可以保障行政相对人权益，也可以服务于行政机关的执行便利。此外，即使相对人没有提出申请，人民法院在必要时也可以主动作出保全裁定，法院针对行政机关主动采取保全措施的出发点，是更好地监督行政行为和维持公共利益。

可见，基于对公共利益与私人利益的兼顾，我国行政诉讼中的行政行为停止执行具有监督行政机关依法行政与为行政相对人提供预防性保护的双重功能，而财产保全与行为保全实际上承载着监督行政机关依法行政、确保行政行为实现、为行政相对人提供预防性保护的三重功能。从逻辑上讲，一项制度承载的功能不同，规则设计也应有所不同，司法适用时的裁量要件及审查重点必然会有差异。为实现监督行政的目的，法院的审查重点应该是行政行为是否违法、是否损害国家利益或社会公共利益；为确保行政行为的实现，审查重点应是当事人的行为是否会导致行政行为难以执行；为保护行政相对人权益，审查重点应是行政相对人是否会遭受难以弥补的损失。然而，当前的制度设计并没有针对上述不同功能配给不同规则，在更加重视公共利益与行政效率的制度语境中，以维护相对人权益为中心的预防性保护功能很难得到正常发挥。<sup>〔20〕</sup>

根据笔者在中国裁判文书网的检索情况看，无论行政行为的停止执行、先予执行还是两种保全措施，其中的预防性保护功能都未能彰显。针对行政行为停止执行的适用，笔者分别检索了适用1989年行政诉讼法第44条和现行行政诉讼法第56条的案例，截至2020年7月，涉及原告申请停止执行的案件只有104个。平均下来，全国每年大约只有20个。在这104个申请中，有82个被法院拒绝。这表明，行政行为的停止执行在司法实践中很少发挥预防性保护功能。<sup>〔21〕</sup>关于行政相对人申请的先予执行，2015年5月至2020年7月，全国范围内仅有23个，且申请全部遭到法院拒绝。关于两种保全措施，自2018年“行诉法

〔18〕 参见梁凤云：《新行政诉讼法讲义》，人民法院出版社2015年版，第305页。

〔19〕 参见前引〔12〕，全国人大常委会法制工作委员会行政法室编书，第125页以下。

〔20〕 我国行政诉讼制度的整体功能一直存在逻辑不统一的弊病，表现为主观诉讼与客观诉讼同时存在。这直接导致各项具体制度无法有效衔接。例如，在原告资格认定方面倾向主观诉讼的立场，但在审理规则方面，无论原告提出何种诉讼请求，司法审查都以合法性审查为主，服务于监督行政机关依法行政的客观目的。此种模糊的功能定位同样影响着预防性保护功能的发挥。参见付荣、江必新：《论私权保护与行政诉讼体系的重构》，《行政法学研究》2018年第3期，第7页以下；薛刚凌等：《法治国家与行政诉讼——中国行政诉讼制度基本问题研究》，人民出版社2015年版，第2页以下。

〔21〕 对此，我国已有法官进行过专门研究，所得结论与本文大致相同（参见前引〔3〕，胡剑涛等文，第1336页以下）。此外，笔者还尝试在各省高级人民法院网站寻求相关数据，目前只找到2018年广东省的数据。2018年广东省一审行政案件新收21442个，其中裁定停止执行行政行为的仅有2个。尽管相关材料没有给出涉及原告申请停止执行的案件总量，但也能大致推断出相关申请获得支持的比率较低。见《2018年度广东省行政诉讼情况报告》，<http://www.gdcourts.gov.cn/index.php? v = show&cid = 226&id = 54055>，2020年6月21日最后访问。

解释”生效以来，涉及财产保全申请的行政案件共有 165 个。其中，由行政相对人申请的有 6 个，5 个获得法院支持；由行政机关申请的有 159 个，全部获得法院支持。涉及行为保全申请的行政案件有 58 个，由原告申请的 47 个全部被法院拒绝，由行政机关提起的 11 个申请中，只有 1 个被法院拒绝。这些数据表明，无论财产保全还是行为保全，在司法实践中更多发挥着保障行政行为顺利实现的功能。

## 二、预防性保护措施规定中的问题与不足

因检索条件和检索能力有限，以上数据或许无法呈现相关司法实践的完整样貌。从法社会学的角度看，行政诉讼中的预防性保护功能未能激活，可能也同司法体制、行政相对人的法律意识、传统文化等因素有关。但无论如何，相关制度规定中的功能混合是一个客观事实。在一部分制度功能更受强调的情况下，不被强调的功能就有可能受到抑制，这是基于法理作出的合乎逻辑的推断。案例检索得到的结果，已在很大程度上验证了此种推断。此外，各种措施规定在制度内涵、裁量要件、适用程序等方面存在的问题与不足，也能进一步说明这一点。<sup>[22]</sup>

### （一）“行政行为停止执行”规定中的不足

#### 1. “停止执行”的法律效果不明确

行政行为的停止执行很少在司法实践中发挥预防性保护功能，虽然不能排除当事人不知晓法律等方面的主观原因，但立法没有明确停止执行的法律效力，导致法官在适用法条时理解不一，也是一个重要的影响因素。停止执行指向的是行政行为的执行力还是行政行为的效力，不仅立法没有明确，学理上也有不同认识。如果认为停止执行的对象是行政行为的执行力，那么“诉讼不停止执行”的原则只能适用于命令性的、可以强制执行的行政行为。但是，现实中享有自行强制执行权的行政机关并不多，大部分行政机关只能向人民法院申请强制执行，这就使得“行政诉讼法规定的不停止具体行政行为执行的原则变成了事实上的停止行政行为执行原则”。<sup>[23]</sup> 如果认为停止执行的对象是行政行为的效力，<sup>[24]</sup> 行政诉讼法第 56 条除了可以适用于设定义务的行政行为，还能适用于形成性的、确认性的行政行为，如行政许可、行政登记、工伤认定等。实践中，法院对此也有不同理解。有的法院裁定停止执行行政许可，<sup>[25]</sup> 有的将停止执行适用于行政确权类案件，<sup>[26]</sup> 有的裁定停止执行行政协议的签署，<sup>[27]</sup> 还有法院认为停止执行只能适用于具有强制执行内容的行政行为。<sup>[28]</sup> 停止执行的法律效力不明，造成不同法院在适用此条规定时常因观点不同而对类似案件作出不同裁定，也使得一些法院针对没有强制执行内容的行政行为一概不予适用停止执行的规定，导致行政相对人获得预防性保护的目的难以实现。

[22] 笔者无意否定其他功能的存在意义，而是主张对不同功能的裁量要件作细致区分。

[23] 前引〔14〕，江必新书，第 237 页。

[24] 参见前引〔2〕，何海波书，第 497 页。

[25] 参见湖北省崇阳县人民法院（2017）鄂 1223 行初 21 号行政裁定书。

[26] 参见湖北省荆门市掇刀区人民法院（2015）鄂掇刀行初字第 00005-1 号行政裁定书。

[27] 参见湖北省恩施土家族苗族自治州中级人民法院（2015）鄂恩施中行初字第 00005-1 号行政裁定书。

[28] 参见内蒙古自治区乌兰浩特市中级人民法院（2016）内 2201 行初 3 号行政裁定书。

## 2. “停止执行”的裁量要件不周延、证明标准不明确

根据行政诉讼法第56条第1款第2项之规定,法院在收到原告或利害关系人停止执行行政行为的申请后,为作出裁定,需要考虑两个因素:一是继续执行行政行为是否会给申请人造成难以弥补的损失,二是停止执行行政行为是否损害国家利益或社会公共利益。这一规定至少存在两方面不足。

其一,没有明确要求法院在国家利益、社会公共利益与申请人可能受损的利益间进行权衡,更未规定权衡的标准。我国立法者是以行政行为执行的利益大于个人权益为出发点设计诉讼不停止执行原则的,在适用例外规定时,“对是否有损国家利益、社会公共利益产生怀疑时,应推定为对国家利益、社会公共利益造成损害”。<sup>[29]</sup>“停止执行不损害国家利益、社会公共利益”的表述,暗含着人民法院无需在国家利益、社会公共利益与申请人可能受损的利益之间进行权衡,只要停止执行会对国家利益、社会公共利益造成损害,无论相关损害是否重大,法院都可以驳回申请人的请求,即使行政行为的继续执行给申请人造成的损失远远大于给国家利益和社会公共利益造成的损害。实践中,由于立法没有为比例原则的适用预留空间,只要停止执行会损害国家利益、社会公共利益,法院就倾向于驳回申请人的请求,裁判文书也基本不会反映法官是否以及如何在上述利益之间进行权衡。例如,在“海东市宏生源种养殖专业合作社与海东市人民政府、海东市乐都区人民政府行政撤销案”中,原告申请停止执行被告作出的限期拆除通知。法院驳回申请的理由是,原告申请停止执行“违背了国家环保政策,停止执行该《通知》将损害社会公共利益”。<sup>[30]</sup>在笔者检索到的104个涉及原告申请停止执行的案例中,有82个申请没有得到法院支持,除有1份裁判文书对案件中涉及的公共利益进行了说明外,<sup>[31]</sup>其余均是直接引用法条驳回申请。

其二,只规定了法官需要考虑申请人利益、国家利益和社会公共利益,而没有要求其考虑具有利害关系的第三人的利益。“公共治理的兴起和行政任务的变迁,使得行政过程成为一个多主体共同参与的复杂过程,在此过程中,传统行政的双方关系正在为三边甚至多边关系所取代。”<sup>[32]</sup>在复杂的行政过程中,很多情况会涉及第三人的权利义务,这在行政许可领域经常发生。法官在对停止执行申请进行裁量时,如何合理考量公共利益、行政相对人的利益以及具有利害关系的第三人的权益,直接关系到能否“案结事了”。

与裁量要件密切相关的是证明标准。申请人申请停止执行,需要对即将遭受难以弥补的损失承担举证责任,此时应适用何种证明标准,行政诉讼法及其司法解释均未明确规定。在笔者搜集到的司法案例中,无论法院支持原告申请还是驳回申请,都无法根据裁判文书的内容判断出法院适用了何种证明标准。在82个未获法院支持的申请中,法官拒绝申请的理由或是申请不符合法律规定,或是行政行为的执行不会造成难以弥补的损失,或是停止执行将损害公共利益。在支持原告申请的19个案例中,法院也没有对原告提供的证据情况加以说明,仅是笼统提到原告会受到不可弥补的损失。例如,在“秦刚与贺兰县习岗镇人

[29] 前引[12],袁杰主编书,第155页。

[30] 青海省海东市中级人民法院(2018)青02行初96号行政裁定书。

[31] 参见上海铁路运输法院(2018)沪7101行初749号行政裁定书。

[32] 成协中:《行政法平衡理论:功能、挑战与超越》,《清华法学》2015年第1期,第43页。

民政府城乡规划行政管理案”中，原告认为被告作出的责令限期拆除通知书违法，向法院申请停止执行被告拆除其涉案房屋的决定，法院在裁定书中仅仅指出，“因被告的行政行为是否合法尚未确定，强制拆除可能造成难以弥补的损失”，<sup>[33]</sup>未再进行更多说明，便作出了裁定结论。

### 3. 程序性规定不完整

行政行为停止执行的程序性规定也存在一些缺憾。首先，行政行为停止执行只能在提起诉讼后申请，不能在诉前申请，不利于对行政相对人的合法权益进行及时保护。在情况紧急时，行政相对人可能来不及起诉。一旦行政行为发生效力或付诸执行，行政相对人的合法权益就可能遭受难以弥补的损害，此时就需要法院立即审查并停止执行行政行为。<sup>[34]</sup>其次，复议程序不完整。当事人享有复议权，是2014年修改行政诉讼法时的新增内容，有一定进步意义。但是，行政诉讼法第56条只是简单规定当事人可以申请复议，并未明确复议程序。对于当事人可以申请复议的时间、法院的答复时间、法院是否必须听取当事人的意见以及法院的裁定是否需要说明理由等关系到当事人能否受到及时保护的重要内容，立法均未作出具体规定。最后，当事人没有上诉的权利。停止执行的裁定与一般意义上的仅涉及程序性问题的裁定不同，其涉及当事人的重大利益。目前，对于法院的裁定，当事人只有复议权而不能上诉，也是程序设计方面的一大缺憾。

#### （二）“先予执行”的裁量要件过于严格

根据行政诉讼法第57条，先予执行的适用需要满足“权利义务关系明确”和“不先予执行将严重影响原告生活”两项标准。对于权利义务关系明确的理解，主流观点认为，行政机关与相对人之间的权利义务关系应是十分明确，而不能是较为明确。若经审理后发现先予执行的裁定错误，将会产生国家赔偿的责任，故法院应该严格把握此项条件。<sup>[35]</sup>司法实践中，法官对于“权利义务关系明确”的要求也非常严格。在“黄远琴诉石泉县城关镇人民政府等不履行法定职责、行政赔偿纠纷案”中，法院驳回先予执行申请的理由是：“原、被告之间的权利义务关系没有被任何生效的法律文书所确认，即没有任何生效的法律文书确认被告应该给原告有关款项，故原、被告之间的权利义务关系并不明确。”<sup>[36]</sup>如此严格的认定标准，很难不导致该条规定形同虚设。从案例检索的情况看，2014年修改行政诉讼法后，还没有一个先予执行申请得到过法院支持。

#### （三）“保全措施”规定中存在的问题

2018年“行诉法解释”基本上照搬了民事诉讼法的规定，没有考虑行政诉讼的特殊性。在民事诉讼法中，财产保全的程序设计更多是从保障债权人利益出发的，行为保全的设计也考虑到了双方当事人在权利义务关系上的对等性，无论程序的启动还是有关担保的规定，都十分契合民事法律关系及民事诉讼的特点。行政诉讼不同于民事诉讼。首先，在行政诉讼的争议双方中，一方必是行政机关。行政相对人申请保全措施通常指向行政机关

[33] 宁夏回族自治区银川市兴庆区人民法院（2016）宁0104行初75号行政裁定书。

[34] 法院通常认为诉前申请停止执行不属于行政诉讼的受案范围。参见山东省高级人民法院（2018）鲁行终310号行政裁定书。

[35] 参见前引〔18〕，梁风云书，第314页。

[36] 陕西省石泉县人民法院（2015）石行初字第00004-3号行政裁定书。

的财产或行为,且行政相对人申请行为保全,还有可能涉及公共利益。其次,即使是同样的保全措施,申请人不同,申请的目的与保全措施的功能也会不同。行政机关申请保全或是为了保存证据,或为了保证将来行政强制措施的执行。行政相对人申请保全,是因为公权力的作为或不作为会对其造成不可弥补的损害,此种意义上的保全措施是一种预防性保护措施。2018年“行诉法解释”没有顾及行政诉讼的特点,将以保护行政相对人权益为目的的预防性保护措施与以实现公共利益为目的的行政行为保障措施合并规定,且适用相同规则,十分不利于预防性保护功能的发挥。

### 1. 行政相对人针对行政机关申请财产保全的适用情形有限

对于是否可以针对行政机关向法院申请财产保全,理论界一直存在争议。很多学者认为,行政主体的财产来源于财政拨款,行政赔偿也是由国库开支,不可能出现因行政主体财产不足而导致判决难以执行的情况,故而对行政机关没有必要采取财产保全措施。<sup>[37]</sup>也有学者认为,针对申请人自己的特定种类物可能会有财产保全的必要,<sup>[38]</sup>“如果行政行为已经开始执行,或者行政主体有可能置法院停止行政行为执行的裁定于不顾,法院完全有必要对行政主体扣押、没收的财产进行财产保全,如查封、扣押、冻结等”。<sup>[39]</sup>通常情况下,财产保全针对的是对方当事人的财产,但理论上讲,当事人不可能申请保全行政机关的财产,这在实践中也从未发生过。2018年“行诉法解释”施行后,能在中国裁判文书网上检索到的涉及行政相对人申请财产保全的案件仅有6个,且申请指向的都不是行政机关的财产。<sup>[40]</sup>行政相对人针对行政机关申请财产保全的唯一可能,是为了保护属于自己的但处于行政机关掌控之中的财产,即当行政相对人的特定种类物被行政机关没收、查封、扣押且即将被销毁或处置时,行政相对人申请法院直接查封、扣押属于自己的这些特定种类物。当然,行政相对人也可以申请法院责令行政机关妥善保管,即申请行为保全。相对而言,财产保全为行政相对人提供的预防性保护更为直接,因为行政机关可能置法院作出的停止执行或行为保全裁定于不顾。总体上看,在行政协议纠纷案件中,行政相对人有可能针对第三人的财产申请财产保全。一般案件中,行政相对人针对行政机关申请财产保全的情形非常有限。从司法实践情况看,申请财产保全的通常都是行政机关,申请之目的或是执行行政处罚,或是追缴费用,或是保证行政强制措施的执行。如前文检索结果显示,2018年“行诉法解释”施行后,在适用财产保全的165个案件中,有159个申请是

[37] 参见庄汉:《正义与效率的契合:以行政诉讼中暂时权利保护制度为视角》,清华大学出版社2010年版,第184页。

[38] 参见王小红:《论我国行政诉讼暂时法律保护制度的完善》,《河南社会科学》2005年第1期,第19页;黄学贤:《行政诉讼中的暂时性法律保护制度探讨》,《东方法学》2008年第4期,第55页。

[39] 刘连泰:《民事诉讼规则在行政诉讼中的运用及其限度》,《甘肃政法学院学报》2009年第3期,第86页。

[40] 在这6个财产保全申请中,1个是诉讼第三人针对原告财产申请的(参见广东省佛山市高明区人民法院(2018)粤0608财保16号行政裁定书),4个是原告针对第三人财产申请的(参见河北省三河市人民法院(2018)冀1082行初10号行政裁定书;陕西省咸阳市秦都区人民法院(2018)陕0402财保55号行政裁定书;安徽省濉溪县人民法院(2018)皖0621行初23号行政裁定书;内蒙古自治区乌兰浩特市人民法院(2020)内2201行财13号行政裁定书),1个指向了自己的财产(此案原告为防止涉案房屋在征收过程中被强拆、误拆而申请财产保全。法院认为,案件本身不涉及财物给付内容,不符合采取财产保全措施的条件。参见兰州铁路运输中级法院(2019)甘71行初1号行政裁定书)。笔者认为,在非因行政协议纠纷引起的行政诉讼中,人民法院对第三人的财产采取保全措施是否适当,值得进一步探讨。

由行政机关提起的。<sup>[41]</sup>

## 2. 诉前保全与诉中保全裁量要件不统一

2018年“行诉法解释”针对诉前保全与诉中保全规定了不同的裁量要件。诉前保全需考虑“情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害”，诉中保全的适用条件是“因一方当事人的行为或者其他原因，可能使行政行为或者人民法院生效裁判不能或者难以执行”。裁量要件的区别构造表明，对于行政相对人而言，诉前保全发挥的是预防性保护功能，诉中保全的目的是保证判决的执行。裁量要件的不统一，会导致保护行政相对人权益的目的被保障判决顺利执行的目的遮蔽。法院有可能以不会影响判决的执行为由，拒绝当事人的行为保全申请，而愈加缩小了行为保全可适用的范围。

此外，行政诉讼保全措施的裁量要件没有提到对公共利益及他人权益的考量。由于保全措施的执行效果是要求行政机关为或不为一定行为，难免涉及公共利益或第三人权益，尤其是涉及竞争性事项时。为此，诸种利益衡量有必要在保全措施的裁量要件中予以体现。

## 3. 诉前强制担保未考虑行政诉讼的特殊性

根据2018年“行诉法解释”，诉前保全必须提供担保，否则法院将裁定驳回申请。诉中保全是否提供担保则由人民法院裁量而定。行政相对人针对行政机关申请诉前财产保全，只可能发生在请求法院保全属于自己的且将要被行政机关加以处置的特定物的情形中，由于所涉财物是申请人自己的而非行政机关的，是否必须提供担保还有讨论的空间。该解释第78条规定：“涉及财产的案件，被申请人提供担保的，人民法院应当裁定解除保全。”此规定在行政相对人申请财产保全的案件中是否可以适用，也需商榷。行政相对人如果申请财产保全，意味着其财产已处于危急状态，通过金钱补偿很难挽回损失，假如行政机关提供担保就可以解除保全，对行政相对人进行预防性保护的目就有可能落空。

在行政相对人针对行政机关申请诉前行为保全的情形中，提供担保的意义在于确保行政机关的利益不受损害。行政机关代表公共利益，而针对公共利益确定担保数额极为困难。例如，行政相对人申请某种考试的报考资格认定，而行政机关不予答复。由于考试即将开始，行政相对人需要在诉前提请法院裁定行政机关暂时确认其考试资格。根据法律规定，这种情况必须提供担保，但要确定担保数额并非易事。如果法官裁定的担保数额过高而申请人无负担能力，申请人获得预防性保护的目又会落空。

# 三、完善预防性保护措施的立法建议

伴随给付行政、服务行政的兴起与给付诉讼的增多，我国面临完善预防性保护措施的现实需求。<sup>[42]</sup> 鉴于目前我国行政诉讼制度的整体功能定位仍有争议，行政诉讼法短时期内

[41] 行政机关申请诉前保全是否具有适法性值得深思。2018年“行诉法解释”照搬了民事诉讼法的相关条文，规定申请人在人民法院采取保全措施后30日内不依法提起诉讼的，人民法院应当解除保全。但是，根据我国行政诉讼法，行政机关不能成为原告。

[42] 除完善相关立法外，发挥法官的司法能动性同样具有重要意义。尤其是在行政相对人需要预防性保护措施而没有申请时，法官可以结合具体案件予以释明，从而及时有效地维护行政相对人的合法权益。例如，上海市高级人民法院2018年5月24日发布的《关于进一步完善行政争议实质性解决机制的实施意见》第12条中规定，法官在必要时应当予以释明，指导当事人提出先予执行的申请。<https://www.pkulaw.com/lar/164fa838739a5f6060b8b83afb32b1bdfb.html>，2020年9月3日最后访问。

不可能进行大的调整，笔者仅围绕相关规定如何最大限度地发挥预防性保护功能，提出几点完善建议。

### （一）整合预防性保护措施的种类

考察域外立法可以发现，预防性保护措施的类型基本都与行政诉讼的类型相对应。西方国家经历了从自由法治国到社会法治国的转变，国家职能也从“秩序维护”转向“生存照顾”。与此相适应，行政诉讼中预防性保护措施的种类也逐渐增多。当国家处于所谓自由法治国时期，行政行为多为干预行政行为，行政诉讼以撤销之诉为主，预防性保护措施仅是停止行政行为的执行。进入社会法治国时期，给付行政盛行，行政诉讼类型逐渐扩宽到确认之诉、给付之诉、课予义务之诉。相应地，预防性保护措施也逐渐丰富，表现为增设了临时课予义务、临时支付金钱等保全措施。例如，德国行政诉讼制度中的预防性保护措施，既有提起撤销之诉时行政行为自动停止执行的一般性规定，也有法官根据当事人申请的具体情形作出包括保全命令和调整命令在内的暂时命令，暂时命令适用于确认之诉、给付之诉等其他诉种。<sup>[43]</sup>法国行政诉讼的紧急审理程序中，预防性保护措施的种类也对应了行政相对人的不同请求，既有行政行为的暂缓执行，也有迫使公法人先行履行给付义务的先予执行措施。法律还赋予了法官极大的自由裁量权，甚至允许行政相对人请求法官采取“所有有益措施”。<sup>[44]</sup>意大利的预防性保护措施又称为无名措施。根据具体情况，行政法官既可以决定停止执行，也可以命令行政机关交付一定数额的金钱或采取其他一切有益措施。前者主要适用于撤销之诉，后者适用于其他诉讼类型。<sup>[45]</sup>日本对行政诉讼的类型划分较为精细，在法定抗告诉讼中设置撤销之诉、确认之诉、课予义务之诉、禁止之诉等，预防性保护措施与诉讼类型基本对应。行政行为的停止执行适用于撤销之诉（准用于确认行政行为无效等确认诉讼）。一般情形下，临时课予义务适用于课予义务诉讼，临时禁止适用于禁止诉讼。<sup>[46]</sup>预防性保护措施与诉讼类型的对应设置，能够节约审判时间，有利于最终判决及时作出，也能更有针对性地实现对行政相对人的预防性保护。

我国没有经历西方国家那种从自由法治国到社会法治国的转变，走的是一条从无所不包的政府向有限政府的过渡之路，但在行政诉讼类型的发展方面，同西方国家有相似之处。在社会转型时期，要努力建设法治政府，防止公权力对私权的侵犯，也要积极应对服务民生的新课题，完善给付行政，建设服务型政府。行政诉讼制度为回应给付行政的发展，增加了诉讼类型。随着行政给付类立法的完善，相关诉讼必将逐渐增多。尽管2014年修改行政诉讼法时，以行政诉讼类型化为目标草拟的修改建议稿未被采纳，<sup>[47]</sup>但司法实践中，无论最高人民法院发布的指导性案例还是司法解释，都存在对行政诉讼作类型化处理的倾向。<sup>[48]</sup>

[43] 参见前引〔2〕，刘飞书，第92页以下。

[44] 参见张莉：《当代法国公法——制度、学说与判例》，中国政法大学出版社2013年版，第342页以下。

[45] Aldo Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli Editore, 2019, S. 289ff.

[46] 参见王天华：《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213页以下。

[47] 最高人民法院的修改建议稿（二）直接对行政诉讼的类型进行了划分，包括撤销与变更之诉、课予义务之诉、确认之诉、禁止之诉、附带的规范审查之诉等。参见前引〔8〕，江必新等书，第29页以下。

[48] 参见章志远：《行政诉讼类型化时代的开启》，《中国审判》2015年第10期，第16页以下；江必新、梁风云：《最高人民法院新行政诉讼法司法解释理解与适用》，中国法制出版社2015年版，第17页；李广宇：《新行政诉讼法司法解释读本》，法律出版社2015年版，第27页以下。

2018年“行诉法解释”第68条对当事人诉讼请求的列举，被认为是初步类型化的具体的诉讼请求，鲜明地体现了行政诉讼类型化的趋势。<sup>[49]</sup>

结合我国行政诉讼中的诉讼请求类型，我国的行政诉讼预防性保护措施可在原有基础上重新整合。鉴于先予执行与行为保全性质相同，且其严格的裁量要件使得该制度在司法实践中形同虚设，建议取消先予执行，将相关内容纳入行为保全。<sup>[50]</sup>这样，预防性保护措施分为两种：行政行为的停止执行与保全措施。行政行为的停止执行主要适用于请求撤销或变更行政行为、请求确认行政行为违法或无效等类型的案件，保全措施适用于一般给付请求或课予义务请求类案件。保全措施的设计可仍以财产保全与行为保全的两分为框架。行为保全要求行政机关为或不为一定行为，与日本的临时课予义务、临时禁止具有相似性。在财产保全方面，尽管针对行政机关申请财产保全的情形并不多见，行政相对人也可以通过行为保全措施避免损害，但法院要求行政机关不作为与人民法院直接采取财产保全措施毕竟是两种不同的方式。从保护行政相对人权益的角度出发，宜赋予当事人选择权。停止执行与保全措施基本能够回应现实中绝大多数的预防性保护需求。我国尚不存在严格的行政诉讼类型化规定，也就无需要求预防性保护措施与诉讼请求严格对应。法院可以根据具体情况加以释明，指导行政相对人提出同案件类型最为匹配的预防性保护措施申请。

## （二）完善预防性保护措施的具体方案

### 1. 明确“行政行为停止执行”的法律效果

2014年修改行政诉讼法时，行政行为停止执行的法律效果曾经引发学界讨论。<sup>[51]</sup>实际上，该问题在德国、日本等国家也曾有过争议。针对德国行政法院法（1991年）第80条第1款规定的撤销之诉所具有的延缓效力，德国学界中存在“效力说”与“执行说”的分歧。<sup>[52]</sup>前者认为，撤销之诉的提起，阻却的是行政行为本身的效力，因为该条明确指出延缓效力适用于命令性、确认性或其他行政行为。德国联邦行政法院则认为，诉讼期间被诉行政行为仍然有效，因为德国联邦行政程序法（1976年）第43条规定，行政行为被撤销之前一直具有效力。我国有不少学者认为，行政诉讼法第56条的“不停止执行”，不能仅仅解释为停止行政行为的执行力，而“应当区分为‘执行力不停止’、‘要件效力不停止’和‘法效果不停止’等情形，法院在裁定中应当加以明确本案停止执行行政决定的哪种法效力”。<sup>[53]</sup>由于作为预防性保护措施的行政行为停止执行一般适用于撤销之诉，被申请撤销的行政行为，除了有设定义务的行政行为，还有大量如行政许可或赋予资格等形成性或确

[49] 参见前引〔15〕，梁凤云书，第174页以下；前引〔48〕，江必新等书，第20页。

[50] 在民事诉讼法上，先予执行的客体既包括财产也包括行为，一定程度上与行为保全的客体相重叠。有学者认为，应对先予执行与行为保全作出更具体的规定，区分两者的适用范围（参见周翠：《行为保全问题研究——对〈民事诉讼法〉第100-105条的解释》，《法律科学》2015年第4期，第96页）。也有学者指出，先予执行本身就是诉讼保全的一部分，应将民事诉讼法第9章的标题改成“保全措施”，没有必要再列出先予执行（参见冀宗儒、徐辉：《论民事诉讼保全制度功能的最大化》，《当代法学》2013年第1期，第28页以下）。行政诉讼法上也存在同样问题。按照2018年“行诉法解释”第76条，人民法院可以责令被申请人“作出一定行为或者禁止其作出一定行为”，其中就包括要求行政机关给付一定数额的金钱。既然行为保全措施也可以要求行政机关给付一定数额的金钱，那么先予执行是否还有单独存在的必要，就值得思考。

[51] 参见全国人大常委会法制工作委员会行政法室编：《行政诉讼法立法背景与观点全集》，法律出版社2015年版，第75页。

[52] 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494页以下。

[53] 章剑生：《现代行政法总论》，法律出版社2019年版，第431页。

认性行政行为。尽管行政诉讼法确立的是“不停止执行”原则，立法以保证行政效率和维护公共利益为出发点，但有关例外情形的规定毕竟服务于保障行政相对人的权益。从更有利于发挥预防性保护功能的角度出发，“效力说”更为可取。为此，可以考虑在未来修法时增加关于停止执行的法律效果的表述，即“停止行政行为的效力、执行与后续程序”。<sup>[54]</sup>至于在个案中究竟选择何种效果，则由法官根据案情作出裁定。

## 2. 完善裁量要件与证明标准

### (1) 完善裁量要件

从域外立法经验看，预防性保护措施裁量要件大致包括三方面：胜诉的可能性、难以弥补的损害、重大公共利益。例如，日本对于停止执行、临时课予义务、临时禁止规定了不同的裁量要件。日本行政事件诉讼法（2015年）第25条规定的停止执行要件，包括程序要件与实体要件，实体要件又分为积极要件与消极要件。其中，程序要件是“当事人已经提起撤销之诉”，积极实体要件是“为避免重大损害而有紧急必要”，消极实体要件是“可能给公共福祉造成重大影响，或者本案中原告的请求看起来没有理由”。<sup>[55]</sup>该法第37条规定的临时课予义务、临时禁止的裁量要件，同样也包括程序要件与实体要件两部分。程序要件是“已经提起课予义务诉讼或禁止诉讼”，积极实体要件是“为避免无法弥补的损害而有紧急必要，且诉讼请求本身看起来有理由”，消极实体要件是“可能给公共福祉造成重大影响”。<sup>[56]</sup>意大利行政诉讼法典（2010年）没有针对不同的预防性保护措施规定不同的裁量要件，无论停止执行还是其他措施，均要求申请人“表面上有良好权利”且存在“诉讼拖延中的危险”。通过“表面上有良好权利”可以预测申请人胜诉的可能性。如果诉讼请求明显无根据或者不可接受，则不能为申请人提供预防性保护。“诉讼拖延中的危险”指的是申请人可能因诉讼拖延而遭受的利益损害，该损害通常需要达到“难以弥补”的程度。<sup>[57]</sup>

根据我国的立法现状和实际需求，未来修法可将预防性保护措施的裁量要件按以下方式统一。<sup>[58]</sup>

第一，胜诉的可能性。尽管预防性保护措施是为了保护申请人而设计的，但不排除申请人为了拖延诉讼或其他目的而滥用这一法律手段。若申请人在本案诉讼中显然没有胜诉可能，则无需浪费司法资源进行审查。增加“胜诉的可能性”要件后，针对不同的预防性保护措施，法院的审查重点也应有所不同。例如，在请求撤销或变更行政行为、请求确认行政行为违法或无效的案件中，行政相对人申请的预防性保护措施通常是行政行为停止执

[54] 如日本行政事件诉讼法（2015年）第25条第2款就将停止执行细分为对行政处分自身效力的停止、处分执行的停止及后续程序的续行停止三方面。停止处分的自执行力或后续程序的进一步推进可以达到救济效果的，不得停止处分自身的效力。参见前引〔46〕，王天华书，第225页。

[55] 同上书，第221页以下。

[56] 同上书，第230页。临时课予义务、临时禁止的裁量要件较停止执行更为严格，这是因为，“临时的义务课予暂时获得了和本案判决作出的义务课予判决同样的法律地位”。参见〔日〕市桥克哉等：《日本现行行政法》，田林等译，法律出版社2017年版，第345页。

[57] 参见罗智敏：《论行政诉讼中的预防性保护：意大利经验及启示》，《环球法律评论》2015年第6期，第161页以下。

[58] 鉴于停止执行与保全措施的制度目标一致，都是为了防止申请人遭受不可弥补的损害，可以将保全措施的裁量要件与停止执行的裁量要件进行统一规定。此外，对于诉前预防性保护措施的申请，还需增加“情况特别紧急”要件。

行，法院应根据当事人提交的证据及依职权调查获取的证据，重点审查行政行为的合法性，从而判断原告胜诉的可能性大小。在这类案件中，行政行为的合法性应由行政机关承担举证责任。在请求一般给付或课予义务的案件中，行政相对人申请的一般是保全措施，法院需重点审查行政机关是否负有给付义务以及相对人是否享有请求权，从而判断相对人胜诉的可能性。此时，行政相对人应对其享有请求权承担举证责任。

第二，难以弥补的损失。行政相对人申请预防性保护措施，应对自己即将或正在遭受“难以弥补的损失”承担举证责任。尽管难以弥补的损失是一个不确定的法律概念，没有具体的判断标准，但此要件必须包含紧急性之要素，即因为诉讼程序繁琐、期间冗长，不立即求得预防性保护将有可能遭受损失。行政相对人可能遭受的损失包括财产损失与非财产损失两类，前者常见于财产被查封、扣押、销毁或营业执照被吊销、被责令停产停业等情形，后者主要表现为人身权利、政治权利、受教育权、名誉或荣誉等受到损害。一般情况下，财产性损失可以通过金钱弥补，但也有例外，如古迹、古董等一旦灭失则难以补偿。法院需要考虑具体案情，结合一般社会价值理念，综合考量损失的性质及影响，以判断损失是否难以弥补。

第三，是否给国家利益、社会公共利益造成重大损害。在对行政行为停止执行的申请进行审查时，法院通常遵循公共利益绝对优先的原则。这种公共利益至上的出发点，同保障行政相对人权益之间存在张力。从域外立法情况看，在私人利益与公共利益存在冲突的场合，公共利益并非绝对至上。日本也实行诉讼不停止执行原则，尽管公益性判断很重要，也只有停止执行可能给公共福祉造成重大损害时，公共利益才会被优先保护。理论上讲，行政机关作出的行政行为几乎都是着眼于公共利益的，如果在权衡时不对公共利益提出质与量的要求，法院基本不会作出停止执行的裁定。<sup>[59]</sup>

第四，是否会给其他利害关系人造成更加难以弥补的损失。由于现代行政的复杂性与多元性，一个行政行为会涉及多方利益，法院除了需在申请人权益与公共利益之间进行权衡，还应考虑停止执行对其他利害关系人的影响。例如，根据德国行政法院法（1991年）第80条第1款规定，一般情况下，如果提起撤销之诉，行政行为就会自动停止执行，这就体现了对私人权利进行及时保护的宗旨。同时，该法第80条第2款又规定了多种例外，<sup>[60]</sup>第80条第3款至第6款规定了例外情形中的特殊情况。这些例外及特殊情况，体现了对行政效率、公共利益以及第三人利益的权衡考量。我国澳门特别行政区的行政诉讼法典（1999年）第121条第5款也采用了此种立法模式。法院在决定采取预防性保护措施前，除了要在申请人的利益与公共利益之间进行权衡，还要考虑“对立利害关系人”的利益。即使法院认为应当中止行政行为效力的情形已经存在，如果对立利害关系人能够证明“中止有关行为之效力对其所造成之损失，较执行该行为时对申请人所造成之损失更难以弥补”，法院就不会中止该行政行为之效力。

## （2）明确证明标准

当事人提供的证据须达到何种证明标准，法官才能确认预防性保护措施的申请符合法

[59] 参见前引[46]，王天华书，第224页。

[60] 参见前引[2]，刘飞书，第95页。

定要件?对此,需要考虑预防性保护程序本身的紧迫性。由于法官必须在较短时间内迅速作出决定,在时间压力下对证据的审查与判断,无法同在本案的救济程序中一样严格和全面。法院在认定相关要件事实时,对证据的审查强度不宜过高。为此,申请人举证只需达到优势证明标准即可。这也是很多国家和地区的通行做法。例如,日本行政事件诉讼法(2015年)第25条规定,该损害是否重大须由申请人向法院作出说明,即承担举证责任,但也仅需达到使法官初步推断可能导致重大损害即可,而非确信。<sup>[61]</sup>我国也有学者指出,在相对人申请保全措施时,对于证据方面的要求要比“起诉时的要求”低得多。<sup>[62]</sup>

### 3. 结合具体情形确定担保形式

为督促行政相对人在申请保全措施时慎重考虑,避免浪费司法资源或因申请错误而对被申请人造成损害,法律应当要求申请人提供担保,但有必要对财产保全与行为保全分别作出规定。在行政诉讼中,申请人针对行政机关申请财产保全的情形极为特殊。被申请保全的财产只能是属于其本人的、受行政机关控制的特定种类物,财产本身不属于行政机关所有,通常不会涉及申请错误而需赔偿的问题。建议在此种情形下取消财产保全担保。对于相对人申请的诉前行为保全,如暂时允许考试或者保留学籍等,由于相对人已经处于弱势地位,且担保内容通常具有不确定性,难以估价与量化,不宜强制要求其提供担保,是否需要提供担保可由法院裁量决定。不论相对人在诉前还是诉中申请行为保全,如果法院要求其提供担保,就应根据案情综合考虑申请人的胜诉可能性、提交证据的情况等,以确定担保金额。

## (三) 完善预防性保护措施的程序性规定

### 1. 申请与审查

在预防性保护措施的申请方面,建议法律规定诉前与诉中均可提起申请。行政相对人若在诉前申请预防性保护措施,需要单独提交申请书,并在申请后的30日内提起行政诉讼;诉中申请的,申请人既可以在起诉状中一并提出申请,也可以在起诉后单独递交申请书。诉前和诉中单独递交申请书的,人民法院应该告知行政机关及相关利害关系人。收到申请书后,法院应审查申请是否符合法律规定,并根据裁量要件全面衡量采取预防性保护措施对申请人、公共利益与其他利害关系人的影响,综合考虑其他相关因素后,决定是否采取预防性保护措施。

在审查阶段,有必要增加听取意见程序。相对于本案而言,预防性保护的申请是独立程序,由于时间紧迫,法院应当能够迅速审查。如果借鉴普通程序的庭审辩论,可能导致程序拖沓,无法达到预防性保护的目。但若法官不听取当事人意见,又可能侵害到他们的正当程序权利。因此,需要在效率与保障效果之间进行权衡。从域外经验来看,在预防性保护措施的申请程序中,当事人通常都享有辩论的权利,如意大利行政法官在审查申请期间,一般情况下都要先听取双方理由再作出裁定。<sup>[63]</sup>考虑到预防性保护措施的申请程序既不可过于复杂,又不宜忽视当事人的防卫权,我国可以参考域外做法,规定法院在作出裁定前听取当事人意见,法官也可以根据案情决定是否进行言词辩论。

[61] 参见前引〔46〕,王天华书,第222页。

[62] 参见前引〔15〕,梁风云书,第211页。

[63] 参见罗智敏:《意大利行政诉讼制度研究》,中国政法大学出版社2018年版,第200页。

在审查阶段，由于裁量要件涉及“难以弥补的损失”“公共利益”等内涵不确定的法律概念，法官需结合案情在各要件之间进行权衡，并借助恰当且可操作的审查模式。在这方面，德国实行的是阶段式审查，即首先进行“胜诉可能性”审查，之后进行“利益衡量”。这种阶段式审查的做法也存在于意大利的司法实践中。意大利行政法官在收到预防性保护申请后，首先进行即时审查，如申请者胜诉可能性大，则同意申请，反之拒绝。难以确定时，需要进行利益权衡。我国有不少学者主张借鉴阶段式审查模式，<sup>[64]</sup>建议法官收到预防性保护申请后，按以下步骤进行审查：第一阶段是“略式审查”，主要审查胜诉可能性。法院在现有的证据条件下，判断本案胜诉的可能性有多大。如果本案申请人显然可以获得胜诉，法院直接裁定停止执行或给予保全措施。在“略式审查”中，法院只能适用胜诉盖然性的标准。如果预估胜诉可能性较小或者无法预估，则转入第二阶段，即“利益衡量”阶段。在此阶段，不能简单认为公共利益绝对优先，法官应就申请人所要遭受的损害与行政行为可能实现的公共利益以及其他利害关系人的利益进行综合考量，“要根据利益在法秩序上的正当、紧急和重大程度，选择在个案中最需要保护的利益”。<sup>[65]</sup>考量时应当遵循比例原则，尤其是对国家利益、社会公共利益不能仅作抽象判断，而要结合具体案情分析行政行为究竟保护哪些利益。经过裁量，当行政行为的执行或不作出保全措施会使申请人遭受难以弥补的损害，且准予申请不会对国家利益、社会公共利益造成重大损害，也不会对第三人造成相较于申请人而言更大的损害时，法院才能作出准予预防性保护措施的裁定。由于利益衡量带有强烈的主观性，法官的裁判说理尤为重要。

## 2. 作出裁定并说明理由

预防性保护措施涉及申请人、利害关系人的重大利益以及公共利益，需要法院迅速作出决定。针对行政行为的停止执行，我国立法尚未规定法院应当作出裁定的期间，对于依申请的保全措施，2018年“行诉法解释”第76条、第77条规定，法院在接受诉前申请后，必须在48小时内作出裁定；在接受诉中申请后，如果情况紧急，也必须在48小时内作出裁定。对于情况紧急的判断，未来修法可以参照《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2018〕21号）中对于“情况紧急”的列举，再结合行政案件自身特点进行具体规定。

是否准予预防性保护申请属于法官裁量的范畴，为避免法官滥用权力，需要对法官的裁量权进行规范。从笔者检索到的相关案例来看，能够充分说明理由的行政裁定书数量极少。立法有必要明确人民法院作出预防性保护裁定时必须说明理由，如此才能得知法官是否结合法律规定的裁量要件和标准进行了充分审查，也能使得结果更容易被争议双方接受。

## 3. 裁定的撤销、上诉与执行

法院作出裁定后，有可能出现新情况或新事实，比如裁定停止执行或保全的理由消失，或者出现新证据足以证明申请人具有胜诉的可能性等，此时就可能需要撤销原裁定。域外立法一般都规定了预防性保护裁定的撤销情形。就我国而言，建议未来修法时规定人民法

[64] 参见前引〔2〕，庄汉文，第218页以下；季晨激：《论行政诉讼中暂时权利保护制度的完善——以司法裁量标准的建构为中心》，《北方法学》2016年第1期，第157页以下；张莹莹：《“诉讼停止执行”原则与“诉讼不停止执行”原则之争》，《南海法学》2019年第2期，第37页以下。

[65] 李可：《利益衡量的方法论构造——以司法性利益衡量为中心》，《上海政法学院学报》2017年第2期，第57页。

院可以依申请撤销原裁定，撤销的原因是裁定之理由不存在或其他情势变更。当然，撤销裁定的作出也需要充分听取双方意见，与作出裁定适用同一程序。无论针对原裁定还是原裁定的撤销，域外立法大多赋予了当事人以上诉权。例如，日本行政事件诉讼法（2015年）第25条规定，对于法院作出的是否停止执行的裁定，可以“即时抗告”。意大利行政诉讼法典（2010年）第62条规定，针对大区行政法院作出的预防性保护裁定可以提起上诉。我国可以考虑借鉴上述立法例，规定当事人有权对预防性保护裁定提起上诉，以使当事人的实体权利得到充分保护。此外，立法还应明确，法官作出的裁定具有法律效力，如果行政机关拒绝或怠于执行，法院得依据行政诉讼法第96条采取相应措施。

---

**Abstract:** In administrative litigation, the preventive protection mechanism aims to provide effective judicial protection to administrative counterparts. The Chinese Administrative Litigation Law and relevant judicial interpretations currently provide four institutional measures with the function of preventive protection, namely the stay of execution, advance execution, property preservation, and behavior preservation. However, these preventive protection mechanisms have not played an important role in judicial practices because the relevant provisions have the dual purposes of safeguarding public interests and protecting individual interests and the triple functions of supervising administrative organs in administration by law, ensuring the smooth realization of administrative actions, and protecting the rights and interests of administrative counterparts from irreparable damages. Furthermore, no differentiated legal rules have been stipulated for these different functions, the application procedures for different measures are not well laid down, and the constructive elements of discretion prescribed in law are incomplete. All these factors have further reduced the effectiveness of preventive protection mechanisms. It is suggested that, in the future revision of the Administrative Litigation Law, China should integrate various institutional measures for preventive protection, further clarify the constructive elements of discretion and the corresponding models of judicial review, refine the procedures of judicial review and introduce an appeal procedure, so as to better satisfy the need of administrative counterparts for preventive protection.

**Key Words:** preventive protection, stay of execution, advance execution, preservation measures, substantive resolution of administrative disputes

---