

2008年 第三辑

(总第二十八辑)

审判研究

黄学贤/ 行政诉讼中暂时性法律保护制度研究

周友军/ 德国法上的工作物占有人责任制度及其借鉴

程 红/ 论中止“自动性”的判断标准

胡道才/ 论我国司法监督制度的改革与重构

谭松平/ 当事人申请再审的形式条件

江苏省高级人民法院课题组/ 民俗习惯的司法运用(中)

江苏省南京市中级人民法院民二庭

/ 关于建立民商事审判司法统一机制的探索与实践



法律出版社
LAW PRESS CHINA

2008年 第三辑 (总第二十八辑)

T R I A L

审判研究

S T U D Y

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

审判研究. 2008年. 第3辑:总第28辑/《审判研究》
编辑委员会编. —北京:法律出版社, 2008. 9
ISBN 978-7-5036-8790-7

I. 审… II. 审… III. 审判—研究—中国 IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 139840 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李 群

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960 毫米 1/16

印张/15.25 字数/248 千

版本/2008 年 9 月第 1 版

印次/2008 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8790-7

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：周继业

委 员：（按姓名笔画为序）

刁海峰	马 荣	马汝庆	马志相
帅巧芳	叶兆伟	叶晓颖	刘 华
刘亚平	刘媛珍	汤小夫	李飞坤
李后龙	时永才	吴立香	何 方
宋 健	张 屹	张培成	陆鸣苏
范 群	茅仲华	周茸萌	周晖国
屈建国	胡道才	俞灌南	姜洪鲁
贺强兴	徐清宇	蒋惠琴	谢国伟
褚红军	薛剑祥		

主 编： 马 荣

副 主 编： 孙 轶 沈明磊 曹也汝

编辑部主任： 孙 轶（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 杨 鸣

《审判研究》稿件技术规范

为统一《审判研究》来稿格式,遵循严谨务实的学术研究之风,保证刊物和稿件质量,特制定本技术规范。

1. 来稿应在 4000 字以上,除本刊特约稿件外,以不超过 8000 字为宜。
2. 来稿请用 A4 或 B5 纸打印,稿件正文应不小于小 4 号字,行间距为 1.5 倍。并尽量附软盘或发稿件至本刊电子信箱:trialstudy@sina.com
spyj2004@sina.com
3. 来稿主题名不得超过 20 个汉字,必要时可以加副标题。题名应简要贴切,能概括文章的主要内容,表达文章的中心思想,不使用非公认的外来语、缩略语和字符、代号等。
4. 作者署名在题名下,多个作者之间用逗号隔开。
5. 稿件正文前请附不超过 300 字的内容摘要。摘要应客观反映文章的主要内容:主题范围、主要观点、主要创意等,不包含对文章的评价性用语和常识性用词。
6. 稿件摘要请附 3~8 个能概括文稿主题的关键词。关键词应直接从文章的各层标题和文中抽取,并应保持其在文章中的字面形式。
7. 稿件首页地脚请附作者简介,包括:姓名、单位及职务、职称、学位等。
8. 稿件正文的标题序号:一级标题采用“一、”,二级标题采用“(一)”,三级标题采“1.”,四级标题采用“(1)”。
9. 注释是作者对题名、标题或正文中某一特定内容的进一步解释或补充说明,其序号用方括号并在其中依序加阿拉伯数字,标在须注释的文字标点右后上角,注释的内容置于当页地脚,全文依序号连续编排。
10. 注释引征应能体现所援用文献、资料等的信息特点,能与其他文献、资料等相区别;能说明该文献、资料等的相关来源,方便读者查找。

11. 注释引征可不使用引导词或加引导词,支持性或背景性引用根据可使用“参见”、“例如”、“例见”、“又见”、“参照”、“一般参见”、“一般参照”等;对立性引征的引导词为“相反”、“不同的见解,参见”、“但见”等。
12. 注释中重复引用文献、资料时,若为注释中次第紧连援用同一文献、资料等情形,可使用“上引书”。若两个注释编号次第紧连,但引征的同一文献不在同一页码,则使用“上引书,第 M 页”。若重复援用同一文献、资料等注释编号中间有其他注释的情形,体例如:“前引 N”。若与前注间有多项引征不同文献、资料等的情形,则应在后注中标明作者,可使用“前引 N, W 书,第 M 页”(即在引征同一文献、资料等的不同页时),以示区分。
13. 图书或成册作品援用的一般结构次序为:作者,标题,出版者,出版时间,版次,页码。定期出版物援用的结构次序为:作者,标题,出版物名称,出版时间,卷期号。
14. 网上文献资料引征以“参见”开始,此后结构次序为:作者,标题,访问日期,网址。
15. 引用众所周知的著作,一般结构次序为:著作,出版者,出版时间,页码。
16. 引用翻译作品,一般结构次序为:国度,作者,著作,译者,出版者,出版时间,页码。
17. 引用外文类著作,从该文种的注释习惯。
18. 所引著作作者为三人以上时,可仅列出第一人,其他用“等”字予以省略。
19. 正文后请附作者的详细联系方法,包括详细地址、邮政编码、电话号码、电子信箱等。
20. 由于编辑部人力有限,来稿一律不退,请作者自留底稿。自收稿之日 3 个月之内未接到用稿通知的,作者可将稿件另作他用。本书拒绝一稿两投或多投。本书对决定采用稿件,有权在尊重原作基本观点的前提下做适当修改或删节。作者如不同意修改,请在来稿中注明。来稿一经采用,即寄附稿酬及样刊。

《审判研究》稿约

《审判研究》是江苏省高级人民法院与法律出版社合作编辑的法学专业连续出版物。旨在通过对审判实践中有关法律适用的重大、疑难问题展开分析,以独特的视角、翔实的内容研究法学理论,总结审判经验,探求法的精神,倡导现代司法理念,弘扬先进司法文化,注重熔思想性、理论性、权威性、应用性与时代特色于一炉,努力实现法律理论与审判实务的良性互动。热忱欢迎广大法官、学者、律师等各界法学人员惠赐佳作。来稿要求:

1. 稿件应为未公开发表的作品,即指在同一语言下事先未在任何纸质或电子媒介上发表。
2. 稿件字数应在 4000 字以上,除本书特约稿件外,一般不宜超过 8000 字。
3. 稿件应严格遵守学术规范要求,引用文献务必标明出处,注释格式体例请遵照《审判研究》来稿技术规范或参照《审判研究》最新版本。
4. 来稿请务必注明作者姓名、单位、职务及联系方式。(电话、电子信箱、邮编、成稿时间等)
5. 来稿应用 A4 或 B5 纸张打印件,附软盘并以 WORD 文件或文本文件存盘为佳。
6. 来稿一律不退,请作者自留底稿,3 个月内未接到用稿通知,作者可另作他用。
7. 本书辑录的所有文章,任何转载、摘登、翻译或结集出版事宜,均须得到本书编辑部及法律出版社的书面许可。

来稿请寄:江苏省高级人民法院《审判研究》编辑部

邮 编:210024

联系电话:025 - 83785236

电子信箱:trialstudy@sina.com

spvj2004@sina.com

目 录

Trial Study 2008 年第 3 辑(总第 28 辑)

专家论坛

- 1 黄学贤 / 行政诉讼中暂时性法律保护制度研究
21 周友军 / 德国法上的工作物占有人责任制度及其借鉴
39 程 红 / 论中止“自动性”的判断标准

特 稿

- 51 胡道才 / 论我国司法监督制度的改革与重构
——从对人民法院审判权的监督视角出发

特别策划 - 民事诉讼法申请再审条款修改专题

- 61 谭松平 / 当事人申请再审的形式条件
74 王家太 / 民事再审事由的科学设置
86 王 燕 / 申请再审审理程序构建

专题研究

- 104 江苏省高级人民法院课题组 / 民俗习惯的司法运用(中)
——来自江苏地区的报告
141 任容庆 / 商业秘密的法律性质分析
150 何 英 / 论共同担保的理论基础及规则完善

调查报告

- 166 江苏省南京市中级人民法院民二庭 / 关于建立民商事审判司法统一机制的探索与实践

目 录

2008 年第 3 辑(总第 28 辑) Trial Study

司法改革

困境与突破:对我国人民陪审员制度若干问题的反思 179

/ 周 迅

“适配性”在民事执行司法改革中的理性导入 / 孙榕宁 189

——从基层法院民事执行改革机制

视角出发

各抒己见

论法院的经济功能 / 李 彬 206

代位执行制度的重新解读 / 王亚林 孙国庭 216

——兼论代位执行制度的完善

审判参考

江苏省高级人民法院民事申请再审案件审查工作规范 227

(试行)

专家论坛

行政诉讼中暂时性法律保护制度研究

黄学贤*

一、行政诉讼中暂时性法律保护制度的含义及其意义

维护公民的合法权益,使之免遭不应有的侵害,是现代行政法的基本宗旨之一。而现代行政法维护公民合法权益的方式有多种,如行政行为之中的正当法律程序、行政行为之后的行政救济。但各种不同形式的保护措施其发挥的具体功能也是各异的。例如由信息公开、听取意见、当事人申辩、说明理由、案卷排他等要素所构成的正当法律程序,旨在通过行政主体遵守严格的程序,来防止违法或不当行政行为对公民合法权益的损害;而由行政复议、行政诉讼、行政赔偿等措施构成的行政救济制度,则通过事后救济的方法来纠正违法或不当的行政行为,进而达到对公民合法权益的维护。其中,行政诉讼作为监督行政主体依法行使职权、维护公民合法权益的重要手段,在行政救济制度乃至整个行政法律制度中具有非常重要,甚至可以说是不可缺少的手段。但是,传统行政诉讼由于受到传统行政法学理论等因素的影响,往往过于强调其事后性,而忽视了如何有效避免行政行为所确定的权利义务关系付诸实现之前,特别是形成不可逆转的现实之前,对公民权益的保护问题。而行政诉讼中的暂时性法律保护作为“保护公民在某一程序进行期间,免受一个决定的执行或其后果的影响,或者保障公民——在一个诉讼具有既判力地终结之前——所具有的某一特定权利或某一事实状态”^{〔1〕}的制度,则为我们解决该问题提供了一个新的视野。

* 苏州大学教授。

〔1〕 [德]胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社2003年版,第487页。

就一般意义而言,诉讼法上的暂时权利保障制度,是指在终审裁判作出之前,法院依申请或者依职权采取的权利保障措施,包括对某一特定事实状态单方变动的禁止以及权利内容的先予实现。但在不同的诉讼中,暂时性权利保障的具体内容有所不同。民事诉讼制度上的暂时权利保障主要表现为财产保全与先予执行。但在行政诉讼中因诉讼标的的特殊性,其暂时性权利保障在内容和形式上均有别于民事诉讼中的暂时性权利保障。^[2] 行政诉讼中的暂时性法律保护制度,简单地讲就是在行政诉讼程序终结之前,或是为了防止被诉行政行为的执行,或是为了一定条件下的财产保全,或是为了一定条件下的先予执行等,法院依申请或者依职权而采取相应的临时性保障措施,从而达到保护当事人合法权益免遭侵害的目的。行政诉讼中的暂时性法律保护制度,“其出发点就是行政具有这样一种可能,亦即:行政机关可以对公民作出及时生效的单方面调整,但这种调整却可能受到特定法律救济的延缓效力之缓和。法律救济手段至少在时间上可以阻止执行的发生,直到法院对诉讼标的作出裁判。法治国用‘你对措施之合法性的疑虑被独立法官消除之后,才忍耐’,取代了绝对主义时代通行的‘忍耐并计费’”。^[3] 从宪法的角度讲,暂时性权利保护的法理基础除了“权利救济的无漏洞性及有效性”外,还在于人们的“平等权保护”。因为行政机关根据立法的授权或者基于行政行为自身的执行力,在行政诉讼程序中作为当事人一方可以先执行有关处分的内容,因此如果不赋予相对人申请暂时权利保护的权利,将无法达到诉讼上当事人平等原则,有违宪法保障人民平等权的意旨。^[4] 也就是说,暂时权利保护是宪法平等权的必然要求。

行政诉讼中的暂时性权利保护制度具有保障人权的积极意义。例如《国际法院规约》第41条规定:(1)法院如果认为有必要之情形,有权指示当事人应遵守以保全此权利之临时措施。(2)在终局判决前,应将此项指示措施立即通知各当事国及安全理事会。《美洲人权公约》第63条第2项规定,若案件中发生极端严重及紧急情况,或者案件中所涉及之人将遭受不可补救的损害时,人权法院可以采取临时性权利保护。此外,对于尚未提交到人权法院的案件,人权法院也可以接受人权委员会的请求,采取暂时性的权利保护。行政诉讼中的暂时性法

[2] 周佑勇、顾大松:“强制拆迁利害关系人暂时性权利保护制度探微”,中国法学会行政法学研究会2007年论文。

[3] 前引[1],[德]胡芬书,莫光华译,第488页。

[4] 蔡进良:“论行政救济上人民权利之暂时保护——新修正诉愿法暨行政诉讼法之检讨”,载《月旦法学杂志》1999年第4期。

律保护对维护公民的合法权益,使其免遭因公权力的不当运用而产生的损害具有重要意义。行政诉讼的目的在于保护行政相对人的合法权益、维护和监督行政机关依法行使职权以及确保法院正确及时地审理行政案件。行政诉讼中的暂时性保护措施在上述几个方面均有着积极的意义。第一,有利于切实保护行政相对人的合法权益。对于作为性的违法行政行为,行政诉讼中的暂时性保护措施可以防止造成难以弥补之损害的后果。对于不作为性的违法行政行为,行政诉讼中的暂时性保护措施可以避免诉讼结束后再履行已经没有必要或者根本不可能的尴尬局面。第二,有利于真正维护和监督行政机关依法行使职权。第三,有利于有效维护法院裁判的既判力,进而维护法院的司法权威。

当然,这种基于保护原告利益(事实上不仅是保护原告利益,在涉及第三人利益的案件中也有利于保护第三人的利益)而规定的制度,也不能走向另一个极端。因为维护行政机关依法行使职权也是行政诉讼不可忽视的功能之一。因此,为了防止暂时性保护制度的滥用,行政诉讼中的暂时性保护措施本身也需要受到有效监督,或者说对暂时性保护措施的监督本来就应当是该制度的内容之一。暂时性法律保护“功能本身也需要有独立法官进行有效的‘外部监督’,以免在诉讼终结之前,它被不适当的运用”。其次,在运用暂时性法律保护制度时,各种利益的权衡也是非常重要的。因为“即使从宪法角度来看,暂时法律保护问题也并非是非单向度的。确切地讲,在宪法上受保护的那些——必须被视为相互从属的——法律地位,彼此都常常‘脚踏两只船’。例如:可以把申请人的建筑自由和邻居的防御权协调起来;即时实现一个公路改道计划,可以保护一条贯穿当地的公路沿途居民的健康,但同时也会威胁到计划中的道路建设范围内农民的执业前景;对一个求职者的暂时法律保护,可能会阻碍对另一公职人员的有助于工作效力的提拔。因此,这时就需要通过程序对双方的利益进行实际协调”〔5〕

二、行政诉讼中暂时性法律保护制度的域外经验

正因为行政诉讼中的暂时性法律保护制度具有十分重要的积极意义,所以为许多国家和地区广泛采用,尤其在大陆法系国家和地区的行政诉讼制度中表现得更为明显。

〔5〕 前引〔1〕,〔德〕胡芬书,莫光华译,第488页。

在德国,诉讼中暂时性法律保护制度首先具有宪法上的重要地位。德国基本法提供了针对公权力措施的广泛而有效的法律保护,而为了使基本法规定的保护制度具体化,德国行政诉讼制度中规定了非常详细的暂时性法律保护措施。德国《行政法院法》〔6〕第80条第1款规定,对行政行为提出的行政复议申请和撤销之诉原则上具有延缓效力,或者说具有中止执行的效力。这里的行政行为包括施加给行政相对人行为、容忍或者不作为等命令性的具体行政行为,以及形成性的、确认性的、具有双重效力的负担性具体行政行为等。之所以说原则上具有延缓效力,是因为上述规定只适用于通常的情况。换句话说,例外的情形是不适用上述规定的。根据《行政法院法》第80条第2款的规定,其例外情形主要包括公共捐税以及费用方面的命令、警察执行官员作出的不可被延缓的指令和措施、其他联邦法律和州法律规定的情形、基于公共利益或者某一参与人的占主导地位的利益,作出行政行为的行政机关或者对复议有管辖权的行政机关特别命令立即执行的情况。

根据德国《行政法院法》第123条的规定,在不能适用《行政法院法》第80条和第80a条的情况下,原则上应该适用《行政法院法》第123条关于暂时命令这种暂时性法律保护的规定。第123条所规定的暂时命令这种暂时性法律保护适用于两种情形,即保全命令和调整命令。保全命令适用于当前状态的改变可能会破坏或者妨碍申请人权利的实现的条件下;而在需要暂时改变当前状态,以防止造成严重不利的情况下,则需要适用调整命令。当然,在司法实践中这两种情形之间并不是截然分开的,往往是彼此交叉的。这就得由法院依其裁量以裁定的方式作出。如果申请者违法地促成暂时命令的作出,则要对对方当事人承担赔偿责任。〔7〕

除了上述两种暂时性保护措施以外,德国行政诉讼中还有一种暂时性保护措施,即规范审查中的暂时性法律保护。在规范审查中也存在暂时性法律保护问题,因为规范也可能导致某些严重后果的产生,而对规范产生的法律后果如果仅仅采取事后法律保护的措施予以保护,则往往为时已晚。因此,在一定情形下

〔6〕 德国的法院体系比较复杂,除了宪法法院外,还有普通法院和行政法院。行政法院又分为普通行政法院和专门行政法院。专门行政法院包括财政法院、社会法院、专利法院、名誉法院等。其1960年生效的《行政法院法》的规范对象是普通行政法院。这是应当注意的。参见应松年主编:《四国行政法》,中国政法大学出版社2005年版,第198页。

〔7〕 刘飞:“德国行政法院中的‘诉讼停止执行原则’”,中国法学会行政法学研究会2007年论文;前引〔1〕,〔德〕胡芬书,莫光华译,第516页。

就存在中止执行规范,并在必要时采取进一步的措施,以防止产生既成事实的实际需要。根据德国《行政法院法》第47条的有关规定,规范审查中的暂时性法律保护在程序上适用《行政法院法》第123条的规定。作为一种相对独立的司法程序,规范审查中暂时性法律保护必须具备的基本前提是,针对主体事务的行政诉讼途径必须是开启的,也即它取决于案件主体事务中的请求权。如果申请人不能主张已经出现的,或者即将发生的权利侵害,则不能申请。而且申请人还必须证明,为了防止严重的不利影响,或者出于其他的理由而迫切需要申请暂时命令。同时,对法规审查中的暂时命令,仅限于申请人无法通过其他更加简单的途径实现等价的保护时,才有法律保护的需要。此外,根据《行政法院法》第47条的规定,法规审查暂时性法律保护的申请人可以是自然人、法人,也可以是执行法规的行政机关,被申请人是颁布规范的公权主体,而不是执行规范的机关。^{〔8〕}

从上述对德国行政诉讼中的暂时性法律保护制度的简单揭示可以看出,就具体的暂时性法律保护方式来讲,德国行政诉讼中的暂时性法律保护主要是延缓效力和暂时命令两种。凡是不能适用延缓效力的,就可以使用暂时命令,两者共同构成行政诉讼中无漏洞的暂时性法律保护制度。特别值得注意的是,在德国行政诉讼中“诉讼停止执行原则”只适用于延缓效力,即只能针对行政行为提出的行政复议申请和撤销之诉。也就是说,只有《行政法院法》第80条和第80条a所规定的暂时性法律保护才是“原则上停止执行,除非有法律上的其他规定”。而《行政法院法》第123条的规定实际上“仅有在特定情况下经原告申请才停止执行”。^{〔9〕}可见,在德国行政诉讼中暂时性法律保护绝不是一概而论的,而是针对不同行为予以不同的保护。

我国台湾地区行政诉讼中的暂时性法律保护制度,主要体现在其关于诉讼停止执行制度和有关假扣押与假处分等暂时性法律保护措施之规定中。行政诉讼程序一旦启动,一般情况下应当依法终结。但是也有可能因各种原因,使诉讼无法按照正常程序进行,从而使诉讼处于停止状态。我国台湾地区“行政诉讼法”从第177条至第186条对诉讼程序的停止制度作出了具体的规定。

我国台湾地区行政诉讼中的停止执行制度具体又可分为裁定停止、当然停止、合意停止等。所谓裁定停止,即诉讼程序因法定事由的发生,由法院裁定停

〔8〕 前引〔7〕,刘飞文;前引〔1〕,[德]胡芬书,莫光华译,第527-532页。

〔9〕 前引〔7〕,刘飞文。

止进行,非经撤销停止之裁定,行政诉讼不得继续进行。其《行政诉讼法》第177条、188条、186条关于准予民事诉讼法有关条款以及有关司法解释之规定,对裁定停止的原因作出了规定。所谓当然停止,是指因法定事由的发生,诉讼程序无须当事人的申请,也无须法院的裁定而当然停止进行,直至诉讼程序依法承受或导致停止的事由消灭。其“行政诉讼法”第179条以及第186条等条款对当然停止的原因作出了具体的规定。所谓合意停止,顾名思义就是因当事人的合意而停止诉讼行为。根据我国台湾地区“行政诉讼法”第183~185条的规定,合意停止又可以分为明示的合意停止和拟制的合意停止两种。

暂时权利保护,是相对于本案诉讼权利保护而言的。为当事人的权利提供有效的法律保护,不能仅仅依靠本案诉讼程序。而且由于行政诉讼的特殊性,使得行政诉讼中的暂时权利保护显得更为重要。当然同样由于行政诉讼的特殊性,也使得行政诉讼中的暂时权利保护与本案诉讼程序之间的关系,比在其他诉讼中更为复杂。在我国台湾地区原来的“行政诉讼法”中,由于只有撤销诉讼一种类型,所以暂时权利保护也只有暂时停止对原告不利行政处分之执行的一种情况。而现行“行政诉讼法”中由于增加了诉讼种类,所以暂时权利保护的种类也随之增加。现行行政诉讼制度中的暂时权利保护,除了“行政诉讼法”关于行政诉讼中停止原处分或原决定之执行的有关规定外,还在第293条至第303条对假扣押和假处分问题作了具体的规定。

假扣押和假处分中的“假”,并非真假之假,而是指暂时、暂行之意。根据我国台湾地区“行政诉讼法”的规定,在“中央”或地方机关与人民之间因公法上的原因发生金钱给付,或者因公法契约而发生金钱给付关系时,为了确保公法上金钱给付的实现,在判决之前可以依假扣押程序以保全强制执行。为此,我国台湾地区“行政诉讼法”第293条规定:“为保全公法上金钱给付之执行,得声请假扣押。前项声请,就未到履行期之给付,亦得为之。”根据该条的规定,假扣押的适用范围是公法上的金钱给付。也就是说,公法上金钱给付请求权的存在,是声请假扣押的前提条件。即使是没有到期的金钱给付也可以声请假扣押,但必须遵循行政诉讼程序确定,且尚未经判决终局确定。因为如果已经判决终局确定,则其给付已经有执行名义了,而无须声请假执行。同时,根据其“行政诉讼法”第297条假扣押准用民事诉讼法第523条之规定,债务人必须有日后不能或者难以强制执行之虞,否则就没有声请假执行的必要了。

假处分有两种:一种是保全强制执行之假处分;一种是定暂时状态之假处

分。所谓保全强制执行之假处分,是指公法上的权利因现状变更,有不能实现或者很难实现的可能时,为了保全强制执行,得声请假处分。所谓定暂时状态之假处分,是指对于争执之公法上的法律关系,为了防止发生重大之损害或避免急迫之危险,得声请定暂时状态之假处分。保全强制执行假处分的目的,是为了保障本案判决确定后的强制执行。定暂时状态之假处分的目的,是为了维护法律秩序的和平与安定,通常发生于为了防止发生重大损害或避免急迫的危险,有必要暂时规制公法上的法律关系。所以两者的共同之处在于维护申请人的权利。但是作为两种不同的假处分,两者之间又是有区别的。所以,对于定暂时状态之假处分,必须有符合条件的情形且有必要时,方能进行。同时,对定暂时状态之假处分,根据情况可以命先为一定之给付。由于两种假处分有时在实际操作中的区别不是十分简单,所以,行政法院在作出假处分的裁定之前,得询问当事人、关系人或者进行其他必要的调查。

我国台湾地区“行政诉讼法”第299条规定:“关于行政机关之行政处分,不得为前条之假处分。”这是对假处分的限制性规定。至于为什么要对假处分作这样的限制,该条的立法理由作了明确的解释,即“本法第二编第一章第二节已就行政处分之停止执行设有规定,该项停止执行之制度可谓系假处分之代偿制度。因之,行政机关之行政处分,自无须再行适用假处分程序,以免重复。爰参考日本行政事件诉讼法第四十四条之规定增设本条,以明其旨”。

与德国行政诉讼中的暂时性法律保护制度不同的是,我国台湾地区行政诉讼中的暂时性法律保护制度采用的是“诉讼不停止执行模式”。但在这一模式下又有不同的情形:如果当事人提起诉讼的目的在于“排除不利益”,则暂时性权利保护为“处分暂时停止执行”;如果当事人提起诉讼的目的在于“获得利益”,则暂时性权利保护为“假扣押”或“假处分”。^[10]

法国和日本等国家的行政诉讼中也规定了相应的暂时性法律保护制度。如法国的宪法委员会就十分重视暂缓执行在行政诉讼中的作用,认为当事人请求暂缓执行受诉行政决定的执行是防卫权的一项基本保障。^[11]在日本,鉴于临时救济制度在私人的权利、利益的裁判中所具有的重要地位,不仅将设置对行政行

[10] 林石猛:“行政诉讼类型之选定与人权保障”,我国台湾地区中山大学中山学术研究院硕士论文。

[11] 张莉:“法国行政诉讼十五年若干新发展”,赵海峰、张小劲:《欧洲法通讯》(第3辑),法律出版社2002年版,第124页。