



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

庄汉 著

清华大学出版社

庄汉 著

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
北京

内 容 简 介

本书对行政诉讼中暂时权利保护制度的内涵、性质、功能以及在行政救济体系中的地位等提出了一些新的认识;提出了建构“双轨制”暂时权利的保护体系;指出大陆法系的暂时权利保护制度与英美法系的禁制令制度“貌离而神合”,在建构和完善我国行政诉讼中暂时权利保护制度的过程中,都值得借鉴和效法;强调以实体审查标准的确立作为完善我国暂时权利保护制度的中心议题。本书丰富和拓宽了我国行政法学与行政诉讼法学的研究视野和研究领域,具有重要的学术价值和意义。

本书适合法律大专院校、科研机构的师生以及法律实务部门的工作人员参考阅读。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

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 / 庄汉著.

--北京:清华大学出版社,2010.12

ISBN 978-7-302-24111-9

I. ①正… II. ①庄… III. ①行政诉讼—研究—中国 IV. ①D925.304

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第219339号

责任编辑:方 洁

责任校对:王凤芝

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社 地 址:北京清华大学学研大厦A座

<http://www.tup.com.cn> 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:北京密云胶印厂

装 订 者:北京市密云县京文制本装订厂

经 销:全国新华书店

开 本:148×210 印 张:7.875 字 数:183千字

版 次:2010年12月第1版 印 次:2010年12月第1次印刷

印 数 1~3000

定 价 22.00元

产品编号. 039987 01

序

杨解君*

庄汉选了一个在国内行政法学界很少有人关注的论题：“行政诉讼中‘暂时权利保护制度’研究”，题小却意大。

行政审判的终局判决因为诉讼期间的漫长，带给原告的可能是迟来的正义或无实际价值的正义，暂时权利保护制度正是为了克服与消解行政审判中的这一困局所设。在理论上，行政诉讼中的暂时权利保护制度涉及行政法的许多基本问题，诸如，公民权利保障，个人利益与公共利益的考量，司法权与行政权、司法正义与司法效率的关系等。只有把这些本质性问题厘清之后，相关制度的设计和完善才不致迷失正确的方向。因为，法律规范的创制和适用及其效果在很大程度上取决于法律原理的运用与把握，若对相关法律原理及其产生的时代背景不甚了了，则一鳞半爪的法律条文很可能无济于纷争的解决。在我国，行政诉讼法的修改已提上议事日程，必牵涉到暂时权利保护程序的确立与完善，这无疑要以相应的法律原理研究为支撑，否则，立法或修法的严谨性和科学性将无从谈起。在实践中，行政诉讼中的暂时权利保护极具现实需要而相应制度供给不足，需要从立法论和解释论两方面加以修正和完善。我国《行政诉讼法》第44条及相关司法解释虽建立了暂时权利保护制度的雏形，但由于对适用要件的规定语焉不详，许

* 杨解君，南京工业大学法学院院长、特聘教授、博士生导师。

多法律漏洞仍有待填补，且不同条文间相互矛盾之处显而易见。故从立法论而言，如何参酌、借鉴大陆法系或英美法系的做法和实践，并结合我国实际，以期修正和完善相关规则，学界应有所讨论和建言。同时，该制度还关涉法律解释和司法适用问题。从域外和我国的现存立法观之，该制度多有“公共利益”、“难以回复的损害”、“有急迫情事”等不确定法律概念，那么，如何在个案中权衡援用，将法定的审查基准加以具体化，是学者们和法官们无法回避的难题。因此，对行政诉讼中暂时权利保护制度的系统研究，无论是在理论上还是在立法和司法实践中，都具有极为重要的现实意义。

该议题尽管只是行政诉讼中的一个具体制度问题，作者却视野开阔地将其置于整个行政法学的背景中加以思考，故能以小见大、见微知著。本书对暂时权利保护制度的内涵、性质、功能以及在行政救济体系中的地位等提出了一些新的认识；提出了建构“双轨制”暂时权利保护体系的命题；指出大陆法系的暂时权利保护制度与英美法系的禁制令制度“貌离而神合”，在建构和完善我国行政诉讼中暂时权利保护制度的过程中，两套制度都值得借鉴和效法；强调以实体审查标准的确立作为完善我国暂时权利保护制度的中心议题。这些学术观点，或许有值得商榷之处和进一步探讨的必要，但无疑丰富和拓宽了我国行政法学与行政诉讼法学的研究视野和研究领域，具有重要的学术价值和意义。

全书的研究结论，建立在翔实的文献分析和充分的比较法研究基础上。作者博览国内外相关资料，结合域外相关理论和制度，作出了较为细致的比较分析，提出了一些契合实际而又富有前瞻性的研究结论。在研究方法上，寻求个案与原理原则的统一，理论与实务的融合，使得研究结论具有可信度和现实性。

庄汉是我在武汉大学法学院指导的博士生，随我研习行政法已经四五年了，师徒二人共同度过了一段愉快、充实的学术之旅，建立了一种亦师亦友的关系。本书即是在其博士论文的基础上修

改整理而成,正是通过博士论文的写作,庄汉从中获得了愉悦,并使自己的文字功力、学术涵养得以充分展现。在未来的学问之路上,希望庄汉变“散漫”为“快进”,勤动脑思考,勤动眼阅读,勤动手写作;化被动为主动,发挥优势,有所建树,有所创新,有所成就,甚至追求卓越。在庄汉的研究成果即将付梓之际,乐就所知勉缀数语,以资作序。

目录

导言	1
一、问题的缘起与研究现状	1
二、研究任务	7
三、研究方法	8
四、研究架构	10
第一章 在正义与效率之间：行政诉讼中暂时权利保护	
制度概说	13
第一节 暂时权利保护制度的基本界定	13
一、概念界定	13
二、存在根据	16
三、性质	17
四、相关概念界定	19
第二节 暂时权利保护制度的理论基础与宪法基础	21
一、理论基础	21
二、宪法基础	31
第三节 暂时权利保护制度的历史演进	42
一、产生动因	42
二、发展趋势	43
第四节 暂时权利保护制度的功能	48

一、权利确保	49
二、暂时满足	51
三、分配与降低瑕疵裁判的风险	52
四、多方利益均衡	54
五、诉讼和谐	55
第五节 暂时权利保护制度的类型化	55
一、暂时权利保护类型化的含义	55
二、暂时权利保护类型化的缘由	56
三、停止执行程序与保全程序的关系	57
第二章 暂时排除侵害：大陆法系暂时权利保护类型	
之(不)停止执行架构	58
第一节 停止执行的一般结构与性质	59
一、原则与制度的逻辑关系	59
二、停止执行原则的规范意义及其制度设计	61
三、不停止执行原则的规范意义及其制度设计	66
四、原则与制度的溯源与比较	68
五、停止执行制度的性质	72
第二节 停止执行程序与通常诉讼程序的关系	73
一、学说概观	73
二、实现停止执行程序与通常诉讼程序的 良性互动	75
第三节 停止执行制度的程序结构	78
一、程序类型体系	78
二、停止执行的要件	79
三、停止执行的法律效力	86
四、停止执行的实体审查标准与裁判	87
五、停止执行裁定的撤销	98

六、停止执行程序的救济	99
第四节 停止执行制度适用的特殊情形	100
一、具第三人效力行政行为的停止执行制度	100
二、双阶段理论与停止执行制度	103
第三章 暂时满足：大陆法系暂时权利保护类型之保全	
程序架构	105
第一节 行政诉讼保全程序的一般结构与性质	106
一、保全程序概述	106
二、保全程序与通常程序的关系	106
三、保全程序的性质	108
四、“本案事先裁判”问题的纠问	110
第二节 保全程序的种类	119
一、暂时处分程序	119
二、暂时扣押程序	123
第三节 保全程序的具体程序结构	124
一、保全程序的审查要件	124
二、保全程序的审理与裁判	126
三、保全程序的权利救济	132
第四章 选择与适用：大陆法系无漏洞暂时权利保护法	
网的构建	135
第一节 暂时权利保护制度的双轨性	135
一、法律结构的“双轨性”	135
二、法律效果的“双轨性”	136
三、“双轨性”的成因	136
第二节 停止执行程序与保全程序辨析	137
一、相同点	137

● **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**

二、不同点	140
三、简短的评析	143
第三节 暂时权利保护类型的正确选择与适用关系	143
一、暂时权利保护制度分类的标准	144
二、正确类型选择的一般规则	145
三、适用关系	149
第五章 司法以禁制令来控制行政：英美法系行政法	
中的临时性救济措施	151
第一节 英美法系禁制令概观	151
一、禁制令概述	151
二、临时禁制令的特点和目的	153
三、临时禁制令的程序和要件	155
四、临时禁制令的限制和救济	161
五、美国临时禁制令的实践及启示	163
第二节 与大陆法系暂时权利保护制度的比较	165
一、两种制度的对应关系	165
二、两种制度的分水岭——立法界定与 司法裁量	166
三、两种制度的汇流处——实体审查标准	168
第六章 迟来的正义与无实效的正义：我国行政诉讼	
“暂时权利保护制度”的缺失言说	170
第一节 由两起行政案件判决引发的思考	170
一、田永诉北京科技大学案判决——迟来的正义	170
二、张先著诉芜湖市人事局案判决——无实效 的正义	172
三、对有效司法救济的期待	174

第二节 我国行政诉讼中暂时权利保护制度的现状·····	176
一、学理现状·····	176
二、立法现状·····	179
三、司法现状·····	189
第三节 我国暂时权利保护的理论迷失与制度“瓶颈”···	193
一、公定力理论的反思·····	194
二、行政强制执行权的不合理配置·····	198
三、行政诉讼类型过于单调的“瓶颈效应”·····	207
第七章 以实体审查标准的确立为中心议题：我国行政 诉讼中暂时权利保护制度的完善·····	211
第一节 暂时权利保护制度“本土化”的前景展望·····	211
一、域外暂时权利保护制度的精神实质·····	211
二、暂时权利保护制度“本土化”的法治意义·····	211
三、暂时权利保护制度“本土化”的现实路径·····	213
第二节 我国行政诉讼中停止执行程序的精细化·····	214
一、超越“原则与例外”之争·····	214
二、实体审查要件的明细化·····	216
三、引入阶段性审查模式的必要性与可行性·····	218
第三节 我国行政诉讼中保全程序的构建与完善·····	223
一、暂时权利保护体系“双轨制”的确立·····	223
二、保全程序的实体审查标准·····	226
参考文献·····	228
后记·····	237

导言

一、问题的缘起与研究现状

(一) 问题的缘起

暂时权利保护,乃是行政诉讼法上的一个重要的理论与实务问题。印度法学家 M. P. 赛夫曾精准地将该问题界定为:“在案件的最终裁决作出之前,是否可以限制或者强迫行政机关实施行为;如果行政机关已经实施了行政行为,是否可以要求该行政机关撤销。”^①由于该问题关涉宪法规定的公民权利能否得到切实有效的保障,故“二战”以后,随着司法权的扩张和行政救济民主化的世界性潮流的发展,在德、法、日等大陆法系国家以及我国台湾地区“行政诉讼法”的发展和变迁历程中,有关行政诉讼中暂时权利保护制度的理论学说、立法和判例均获得了长足的发展,并逐步确立起了一整套以停止执行程序 and 保全程序为主要类型的规则体系。而在英美法系国家,作为传统衡平法上的临时救济手段,司法以禁制令(Injunction)和强制令(Mandamus)来控制行政的做法由来已久,并已然形成相应的判例和规则体系。事实上,暂时权利保护制度的建立与健全,已经成为二十世纪以来各国行政诉讼制度发展的共同趋势之一。那么,在“正确”、“公平”、“效率”成为诉讼制度努

^① [印]M. P. 赛夫:《德国行政法——普通法的分析》,周伟译,236页,济南,山东人民出版社,2006。

力追求之目标的今日中国，为建立无漏洞且具实效性的公民权利保护机制，暂时权利保护制度进入行政诉讼法学的研究视野自然是势所必然。这主要缘于以下三个方面的需求。

第一，民众权利司法救济缺乏实效的现实呼唤。完善的行政救济制度，必须具备无漏洞及实效性的权利保护，这已成为现代法治国公认的基本原则。然而，诉讼程序往往过于冗长，以至于个人即便获得胜诉，也可能因诉讼延滞造成覆水难收的事实，诉讼当事人所主张的权利已无回复可能，或发生难以弥补的损害，如是，则迟来的胜诉判决很可能归入不能有效实现当事人权益保障的无用之境。比如，学校对一名学生作出退学的处分，在诉讼期间该学生就无法上课，即便是胜诉了，他落下的课程和学分又怎样弥补呢？^①目前，我国立法上采行行政复议与行政诉讼不停止执行原则，该原则如果被过度扩张解释，将行政权的执行等同于正义与公益，反客为主地忽略个人权利的保护，则与行政复议和行政诉讼的立法宗旨相悖。可见，为了实现民众权利无漏洞和实效性的保护，必须对包括不停止执行制度在内的暂时权利保护制度进行系统的反思和再造。

第二，行政审判实践中的困境与寻求出路的现实动因。在行政法律关系日趋多元、繁复的时代背景下，各种新型行政案件不断涌现，一些秉持法治理想的法官殚精竭虑地发挥司法智慧，在法律规定过于原则甚至模糊的情形下，努力通过个案累积为推动民众权利救济的实效性提供了新的进路。尽管这些创新之举可圈可点，但由于立法供给的不足和司法经验的匮乏，以及现实中行政权的强势，法院在给予民众暂时权利保护方面仍然显得力不从心。例如，随着积极的非财产性给付诉讼的出现，传统适用于撤销诉讼的停止执行制度，已无法提供有效的暂时权利

^① 席锋宇：《“高校无讼”局面将改变》，载《法制日报》，2004-08-11。

保护,而《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《行诉解释》)第48条规定的先予执行制度,目前仅限于追索抚恤金、社会保险金、最低生活保障费等几类与财产有关的行政案件。法院在处理非财产性给付请求时,时间的紧迫性永远是一个难题,若一律等到终审判决出炉后再予以定夺,行政相对人诉请的权利可能已无法回复。典型的如张先著诉芜湖市人事局一案中,原告提出的依法准许其进入考核程序并被录用到相关职位的诉讼请求,就因为考试时间已结束,其主张的权利已无回复可能,胜诉判决对原告而言毫无意义。可见,为了回应日新月异的行政审判实践的需要,必须创制适用于非财产性给付诉讼的暂时权利保护制度,否则,有效权利保护、社会正义、诉讼效率等都将成爲“美丽的谎言”。

第三,现行行政诉讼法典修订急需理论支撑的迫切需求。中国的改革开放已历30载春秋,正式加入WTO后融入全球化的进程大大提速,值此之际,依法行政的理念日益深入人心,民众权利意识空前觉醒,整个社会对司法有了更高的期许。在这种时代背景下,现行《行政诉讼法》自身的不足和局限日渐凸显,法典修正的呼声渐高,并已列入最高国家权力机关的议事日程。修法是一件必须以科学的严谨求实的精神认真对待的大事。如果没有对中国现行立法运行过程中利弊得失进行翔实的实证研究,机械地移植域外发达国家的成例,很可能发生淮橘成枳的悲剧;而如果没有广泛的理论争鸣和深厚的学术积淀,率尔操觚也极可能与修法的预期效果南辕北辙。就行政诉讼中暂时权利保护制度而言,只有在对该制度的理论基础和宪法基础、产生动因、发展趋势以及功能有了清醒的认识,对停止执行程序 and 保全程序的要件、法律效果和实体性审查标准进行比较分析的基础上,才能为暂时权利保护制度的修改与完善提供坚实的理论基础。

（二）研究现状

比较而言，国内公法学界对于行政诉讼中暂时权利保护这一问题的学术关注度不够，系统性的研究成果较少，文献资料相对缺乏。比如，就法学教材而言，德、日等国和我国台湾地区的行政诉讼法教材中，一般辟有专章介绍暂时权利保护制度。^①在行政法教材中，一般也在行政诉讼一章中辟有专节讲述暂时权利保护程序。^②而在我国大陆地区行政法和行政诉讼法教材中，由于制度的欠缺以及理论研究的不足，一般仅仅在行政审判基本制度中附带介绍起诉不停止执行制度，且着墨不多。

尽管国内学界对这一问题的学术热情不高，全面、系统的研究成果极为罕见，但仍有一些关于暂时权利保护的零星的研究成果问世。以2004年为界，国内有关行政诉讼暂时权利保护制度的研究大致可分为前后两个阶段。

前期(2004年以前)的研究主要集中在对我国《行政诉讼法》第44条规定的“不停止执行原则”的探讨上，并旗帜鲜明地形成了否定论和维持论这两种截然对立的观点。其中，否定论力主改弦易辙，采取起诉“停止执行原则”，主要理由包括：第一，现行立法规定之间的矛盾，特别是由于采取行政机关申请法院强制执行为主的执行体制，致使“起诉不停止执行”实际上只适用于少数行政机关自力执行的情形，几乎处于被搁置的状态。第二，过于强调对公共利益和行政效率的维护，与行政诉讼保障公民、法人和其他社

① 如[德]弗里德赫尔穆·胡芬·《行政诉讼法》，莫光华译，第五编《行政诉讼中的暂时法律保护》，北京，法律出版社，2003，陈清秀·《行政诉讼法》，第八章《行政诉讼上之暂时权利保护》，台北，台湾翰庐图书出版有限公司，2001，林腾鹞·《行政诉讼法》，第八章《行政诉讼上权利暂时保护程序论》等，台北，台湾三民书局，2004。

② 如陈敏·《行政法总论》，第三十五章第九节《暂时之权利保护》，台北，台湾神州图书出版有限公司，2003，[日]室井力·《日本现代行政法》，吴微译，第十七章第六节《行政案件诉讼与临时权利保护》，北京，中国政法大学出版社，1995。

会组织合法权益的立法宗旨相背离。第三,在民主潮流和人权保障日益发展的当下,该原则客观上加剧了原告和被告之间地位的不平等性,难以体现保护弱者的立法精神。^① 维持论的主要学术观点是:行政权仍占强势,与社会生活有效进行密切相关;我国目前负担行政较受益行政多,理论基础能满足负担行政所需;个人利益与社会利益总体一致,即使冲突可通过国家赔偿解决。^②

近期(2004年至今)的研究从对“不停止执行”的原则与例外之争扩展到整个暂时权利保护领域,并有向纵深发展的趋势。概而言之,近期学者关于行政诉讼中暂时权利保护制度的研究大致涉及如下四个方面的内容:第一,提出了超越“原则与例外之争”的原则否弃说,认为在行政诉讼法中不必规定一项停止或不停止执行原则,强调应将目光转移到具体程序的建构上来。^③ 第二,有论者主张仍需确立起诉不停止执行原则,但应更多地将注意力放在原则之外,设计一套合理的停止执行制度,将重心转移至停止执行实体要件及相应的程序上,以示对行政相对人权利的尊重。^④ 第三,开始探讨暂时权利保护的类型、司法裁量的基准以及财产权

① “否定论”的代表性研究成果包括石佑启:《对行政诉讼中不停止执行原则的评析》,载《中央政法管理干部学院学报》,1997(4),47~49页;石红心:《起诉不停止执行原则质疑》,载《行政法学研究》,1997(4),80~85页;杨伟东、张艳蕊:《我国起诉不停止执行原则探索》,载《法学杂志》,1997(5),44~45页;茅铭晨:《“行政行为不停止执行原则”质疑》,载《行政论坛》,2003(5),38~39页;杨振:《浅析我国“起诉不停止执行”原则的冲突与困境》,载《行政与法》,2004(1),121~123页;许炎:《行政救济法上不停止执行原则的再思考》,载《行政法学研究》,2006(1),101~109页。

② “维持论”的代表性研究成果包括张义耀:《原则抑或例外——论行政诉讼(不)停止执行制度》,载《中国人民公安大学学报》,2003(2),96~102页;翟小波:《诉讼期间行政执行双轨制的坚持和完善》,载《行政法学研究》,2007(2),108~113页。

③ 李志强:《关于行政诉讼不停止执行原则的反思》,载《山东科技大学学报》,2005(3),73~74页。

④ 张燕:《行政诉讼(不)停止执行制度研究》,24页,南京师范大学硕士学位论文论文,2007。

的暂时权利保护等问题。^① 第四,指出应在行政诉讼中引入保全程序。有学者关注到停止执行程序对于有效权利保护的局限性,提出应创设诉讼法上要求行政机关作为职责及时履行的裁定。^② 还有论者注意到大陆法系国家暂时权利保护制度的双轨性,介绍了德国的暂时命令制度,并对在我国行政诉讼法中确立该制度的必要性和可行性进行了论证。^③

上述研究成果,引发了学界对该问题的重视和进一步研讨的机缘,这对于廓清相关基本范畴,认识该问题的理论与实践价值,是大有助益的,同时也为进一步系统而深入地研究提供了一个学术平台。但我们也应看到,以往的研究还存在许多缺陷和不足。

其一,缺乏系统性。如前所述,前期的研究主要是对具体法条的注释和评析,后期研究成果的主要贡献则是提出了新的研究进路。但是,卓有成效的理论分析与制度建构尚未充分展开。具体而言,对于暂时权利保护制度的含义、类型、功能、理论和宪法基础、不同暂时权利保护类型的司法审查标准等,尚未进行全面而深入地研析。

其二,研究视野较为狭窄。一方面,已有的研究成果大多囿于传统的注释法学分析框架,而对暂时权利保护的本质、功能、与民

① 刘东亮:《行政诉讼中临时权利保护制度比较研究——起诉是否停止执行与司法审查中的利益衡量》,载《法商研究》,2004(6),74~80页;徐文新:《行政诉讼暂时权利保护制度之反思——从诉讼不停止执行原则谈起》,载《行政与法》,2004(2),81~83页;王小红:《论我国行政诉讼暂时法律保护制度的完善》,载《河南社会科学》,2005(1),16~20页;章志远:《从原则与例外之争到司法裁量标准之建构——行政诉讼暂时性权利保护机制的新构想》,载《浙江学刊》,2008(6),122~128页;顾大松、周佑勇:《强制拆迁利害关系人暂时权利保护制度探微》,载《行政法学研究》,2007(4),13~18页。

② 顾大松、周佑勇:《强制拆迁利害关系人暂时权利保护制度探微》,载《行政法学研究》,2007(4),13~18页。

③ 夏莺歌:《行政诉讼暂时法律保护制度》,29页以下,青岛大学硕士学位论文,2007。