

论行政诉讼中的预防性保护： 意大利经验及启示

罗智敏

内容提要:在行政诉讼中,因诉讼期间较长,起诉人的权益有可能在诉讼过程中因行政行为的执行或不作为而受到严重不可弥补的损害。为了实现对公民权益及时有效的司法保护,很多国家和地区都规定了对这种情况的预防性保护制度。此制度在意大利也变得日益重要,意大利《行政诉讼法典》以一章的内容加以规定,分为诉前预防性保护与诉中预防性保护,包括申请、受理、裁定及执行等具体程序。在此制度发展过程中,司法判例起到了重要的推动作用,很多最终形成的规范都是对司法判例的总结。在预防性保护制度中,法官做出预防性保护裁定的审查标准、预防性保护措施的类型、预防性保护的裁定和执行、防止滥用该制度的手段等内容对我国完善该制度具有一定的启示意义。

关键词:预防性保护标准 预防性保护措施 预防性保护类型

罗智敏,中国政法大学法学院教授。

一 引言

在行政诉讼中,起诉人的权益有可能在诉讼过程中因行政行为的执行或不作为而受到严重且不可弥补的损害,例如建筑物被强制拆除、行政机关不允许进行某种资格考试等。在这些情形中,即使后来原告胜诉,判决的内容也无法实现。为了实现对公民权益及时有效的司法保护,防止这种损害发生,很多国家都规定公民可以向法官申请紧急的保护措施,如停止执行行政行为或要求行政机关维持某种现状、做出某种行为等,这就是行政诉讼中的预防性保护制度,我国也有学者称为暂时性权利保护制度。

在一些国家和地区的行政诉讼中,预防性保护制度已经有了较为成熟的实践经验。英美国家行政法中的禁制令就是为防止将来某种损害的发生而给予的衡平法救济措施。德国在《联邦行政法院法》中构建了以停止执行、暂时命令措施为核心的预防性保护制

度。日本在《行政事件诉讼法》中构建了不停止执行、临时课以义务与临时禁止的预防性保护制度。我国台湾地区在“行政诉讼法”中规定了行政处分的停止执行、假扣押与假处分。我国澳门特别行政区的《行政诉讼法典》以一章的内容规定了预防与保全程序。该制度在意大利行政诉讼中也变得越来越重要,意大利行政诉讼中预防性保护制度立法的发展除了欧盟影响之外,主要是司法判例推动的结果。

二 意大利行政诉讼预防性保护的立法发展

意大利的行政诉讼制度从 19 世纪 60 年代初步形成到 2010 年《行政诉讼法典》的正式颁布,已有一百多年的历史。随着社会的发展,尤其是在欧盟法的影响下,意大利行政诉讼制度发生了重大变化,其中一个表现就是预防性保护制度的完善。

在意大利,向行政法官提起行政诉讼并不影响被诉行为的效力,为了暂时性地保护私权利主体的利益,1890 年第 6972 号法律就规定在行政诉讼中可以停止被诉行政行为,该法授权国家理事会第 4 部门可以撤销损害私人合法利益的不合法行政行为,^[1]并可以因为“非常严重”的原因而暂停行政行为的效力。该法第 12 条规定:“通过诉讼方式的申诉没有停止执行的效力。但是行为或者处理可因为严重理由而暂时停止执行,国家理事会第 4 部门通过命令对起诉人的申请说明理由。”1889 年 10 月 17 日第 6516 号王令第 21 条也有类似规定。1924 年 6 月 26 日第 1054 号法令《国家理事会法的统一条例》第 39 条也明确规定被诉的行为可以由行政法官根据“严重原因”而停止执行。随后,在 1971 年《关于大区行政法院制度》的第 1034 号法律第 21 条以及 2000 年《关于行政审判》的第 205 号法律第 3 条中也涉及到预防性保护。然而,在相当长的时间里,预防性保护措施的种类较为有限,规定并不完善,直到 2010 年《行政诉讼法典》(以后简称《法典》)颁布,行政诉讼预防性保护程序才被系统地加以规定。

《法典》第二编“行政诉讼的一审程序”第二章专门规范了“预防性保护程序”,从第 55 条到第 62 条对预防性保护制度进行了系统规定,包括第 55 条“合意的预防性保护措施”(共 13 款)、第 56 条“独任的预防性保护措施”(共 5 款)、第 57 条“预防性保护程序的费用”(共 1 款)、第 58 条“合意的预防保护措施的撤销或修改以及重新提起保护申请的拒绝”(共 2 款)、第 59 条“预防性保护措施的执行”(共 1 款)、第 60 条“预防性保护听审后结束审理”(共 1 款)、第 61 条“诉前预防性保护措施”(共 7 款)、第 62 条“预防性保护的上诉”(共 4 款)。

《法典》规定的预防性保护制度包括诉中预防性保护与诉前预防性保护两种情形。诉中预防性保护是指行政诉讼当事人在起诉之后或者起诉之时向行政法官申请的预防性保护。根据事情的紧急程度不同,诉中预防性保护又分为两种情况,一种是合议庭审查做

[1] 国家理事会(Consiglio di Stato)历史渊源较长,属于意大利中央行政机构。意大利宪法第 100 条规定了国家理事会的性质,“国家理事会是行政机关的法律-行政咨询机构及在行政方面的司法保护机构。”因此,它具有双重性质,一是为政府提供法律及行政方面的咨询意见,二是作为行政诉讼的上诉法院。

出的决定,因此在《法典》中称为合议的预防性保护,一种是在非常紧急的情况下向大区行政法院主席直接提出的,由主席或其委托的法官做出的决定,被称为独任的预防性保护。诉前预防性保护是指当事人为避免自己的权益受到损害,在行政诉讼起诉前因情况特别严重且紧急,来不及起诉以及申请独任的预防性保护措施而向行政法院申请的预防性保护。^[2] 诉前预防性保护是一种极为特殊的情况,其中一些规定与诉中预防性保护基本相同,都包括申请、受理、裁定、上诉及执行程序。

三 法官审查标准:“表面上有良好权利”与“诉讼拖延的危险”

行政法官收到预防性保护措施的申请后,依据什么标准确定同意或者拒绝该申请在预防性保护程序中至关重要。法律规定法官裁定做出预防性保护措施需要审查两个前提条件,申请人需要“表面上有良好权利”(fumus boni iuris),且存在“诉讼拖延的危险”(periculum in mora)。

“表面上有良好权利”标准的确定最初体现在2000年第205号法律第3条第1款,如今规定在《法典》第55条第9款,该款指出法官如果允许同意申请,首先应该对诉讼结果进行合理预测。这项标准体现在法官预测申请人胜诉的可能性上,法官在权衡之后要对诉讼结果进行预测,只有当诉讼结果对申请人有利时,法官才能够做出预防性保护裁定。为了进行合理预测,法官首先应该进行即时审查(esame sommario),如果诉讼请求明显无根据或者不可接受,则不能接受预防性保护申请。这种即时审查实际上要对公民的诉求做出一个实质的概括性评价,这属于法官的自由裁量权。这种标准的规定在于避免当事人利用预防性保护程序拖延诉讼。

“诉讼拖延的危险”标准旨在确定申请人的利益因诉讼的拖延将要受损的程度,起诉人如果认为在诉讼期间因被诉行政行为的执行或行政机关的不作为将给自己造成“严重的难以弥补的损害”,才可以申请预防性保护措施。这里强调损害是“严重的”且“不可弥补的”,严重性是指损害的程度,不可弥补性是指损害的性质,二者缺一不可。^[3] 在司法实践中,比如行政机关拒绝某人参加某种竞争性考试,如果在诉讼期间不采取某种保护性措施,有可能诉讼结束后考试已经结束,申请人再也不可能有机会参加考试,这对当事人而言也是严重的无法补救的损害。事实上,怎样才能界定严重性与不可弥补性,法律并没有给予明确的规定,这由行政法官根据具体案情来确定。

在具体案件中,收到申请人的预防性保护申请后,法官除了依照法定的两个标准外,还要在公共利益与私人权益之间进行综合考虑。因为法律没有做出规定,这属于法官的

[2] 诉前预防性保护并非是为了阻止一个即将做出的行政行为而提出的,因为意大利《行政诉讼法典》第34条第2款明确规定:“行政法官在任何情况下都不能针对还没有行使的行政权力做出判决。”

[3] 1924年的《国家理事会法律的统一条例》第39条规定了被诉的行政行为可以由行政法官根据申请者提出的“严重原因”而停止执行。这里的标准相对于现行法律而言更为宽松,因为首先它没有强调必须有损害的存在,其次“严重原因”也没有强调必须是不可挽回的。

自由裁量范围。司法界最初将公共利益置于首位,认为起诉人的私人利益应让位于公共利益。如宪法法院在 1982 年第 8 号判决中就从这个角度特别强调了受理预防性保护申请对公共利益的影响。国家理事会在一个上诉案件中也表明了同样的观点。1986 年,都灵市一个动物保护机构对都灵市政府禁止任何人给城市的鸽子喂食物的命令提起行政诉讼,并要求停止执行市政府的命令,皮埃蒙特大区行政法院颁布了停止执行的裁定,市政府上诉到国家理事会,国家理事会撤销了大区行政法院的裁定,认为有关卫生的公共利益更为重要。在随后的案例中,司法界认为要在所有的利益之间,即起诉人利益、公共利益以及其他利害关系人利益之间进行比较权衡,以确定是否存在严重的不可挽回的损害。^[4] 在实践中,行政行为的执行也许给起诉人造成严重损害,但是如果停止执行则会给行政机关或其他利害关系人带来更严重的损害,因此,法官还应该考虑预防性保护措施可能对行政机关及相反利害关系人的影响。比如为了修筑公共工程而紧急占用土地,如果停止执行,在很多情况下会给行政机关带来财政损失,因而会严重损害公共利益。因此,行政法官必须对所有利益综合权衡,由于法律并没有规定权衡的标准,这就完全凭借法官自身的能力与谨慎性了。^[5]

这样的规定在我国澳门特别行政区的《行政诉讼法典》中也同样有体现。^[6] 法院在做出中止行政行为裁决时也会在所影响的公共利益和私人利益之间进行权衡。一般情况是如果中止行为的效力会严重侵害公共利益则不中止执行,但是如果立即执行有关行为会对申请人造成“较严重且不成比例的损失的”,仍旧需要准许“中止该行为之效力”。也就是说即使法院认为中止行政行为的效力会影响公共利益,但是当立即执行会给当事人造成不成比例的严重损失时,只要中止申请符合法律规定的其他要件,就可以做出中止行政行为效力的裁决。澳门特别行政区《行政诉讼法典》对这一问题的规定体现了比例原则。除了衡量申请人的个人利益与公共利益之外,法院还应该权衡与申请人利益相对的“对立利害关系人”的利益,即使法院认为须中止行政行为效力的情形已经出现,但对立利害关系人如果能够证明“中止有关行为之效力对其所造成的损失,要较执行该行为对申请人所造成的损失更难以弥补”,^[7]那么法院就不应该中止该行为之效力。因此,全面衡量各方面的利益非常重要,为保障对立利害关系人的利益,申请人在申请中止行政行为效力时,还应在申请书中指出可能因中止有关行为效力而直接遭受损失的对立利害关系人。

[4] 参见 Maria Alessandra Sandulli, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in <http://www.federalismi.it/ApplMostraDoc.cfm?Artid=14241>, 浏览于 2015 年 1 月 21 日; Annalisa Di Cuia, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nel processo amministrativo*, in http://www.jus.unitn.it/cardozo/OBITER_DICTUM/dicucia.htm, 浏览于 2015 年 1 月 21 日。

[5] 然而也有一些学者提出不同的观点,认为没有必要去讨论公共利益与私人利益之间的权衡问题,因为私人可能因为被诉行政行为的执行而受到损害,而行政机关不会因为自己的违法行为被阻止而受到任何损害。A. Di Cuia, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nel processo amministrativo*, in www.jus.unitn.it.

[6] 澳门《行政诉讼法典》第 121 条第 4 款:“即使法院不认为已具备第一款 b 项所指之要件,如符合其余要件,且立即执行有关行为会对申请人造成较严重而不成比例之损失,则仍得准许中止该行为之效力。”

[7] 澳门《行政诉讼法典》第 121 条第 5 款。

四 预防性保护措施的类型:单一措施的扩大

在意大利《民事诉讼法典》中,预防性保护措施的种类多样,如第 670 - 687 条规定的扣押、第 700 条规定法官可以根据具体情况而采取的紧急措施(在理论界被称为无名措施),但在行政诉讼中,长期以来法律只规定了一种基本的预防性保护措施,即停止执行被诉行政行为,这种情况一直到 2000 年第 205 号法律的颁布才有所改变。当然,少数法律也有例外的规定,如 1975 年第 166 号法律第 8 条规定,针对被诉的没收及紧急占用行为法官有权要求行政机关提供担保而不停止执行行政行为。^[8]

2000 年之前法律只规定了停止执行被诉行政行为这一种措施,面对行政机关拒绝等消极行为,停止执行这种措施就不能有效地保护申请人的利益了。针对立法缺陷,一些司法判例实质上扩大了预防性保护措施的种类。从上世纪 30 年代起,司法界出现了“绝对消极行为”与“具有积极效果的消极行为”之区分,尽管在这两种情况中都是行政机关拒绝了私人的申请,但是“绝对消极行为”被认为是拒绝对私人法律及事实地位的任何变更,被诉行政行为对相对人不产生积极后果,如单纯的拒绝行为,不可能适用“停止执行”的措施;“具有积极效果的消极行为”指那些就像积极行为一样产生效果的消极行为,表现为它们的可执行性,法院认为对这些行政行为可以适用停止执行措施。在司法实践中,典型的“具有积极效果的消极行为”有三类,第一类是拒绝对以前有利地位的继续确认(特许权、许可及其他类似行为),^[9]国家理事会认为申请者在这类行为中享有一种“生存权”,也就是在特许结束之后继续保持某种关系的权利,此外,国家理事会认为在授予公共服务的特许时,为了保证行政行为的继续性,在到期时特许权人可以申请延期享有特权;第二类为拒绝兵役豁免的消极行政行为,一般认为如果行政机关拒绝公民免服兵役,就意味着他要去服兵役,因此该拒绝行为对被拒绝者产生一种新的后果;第三类涉及到对申请比赛、考试、职位竞争等的拒绝行为。因此,前两类行为并没有穷尽行政机关的行为,只是构成其采取进一步积极行为的基础,比如拒绝公共财产特许权延期后,行政机关的进一步行为则会撤走公共财产,拒绝豁免兵役后则会要求公民入伍,因此对这些消极行为的停止执行就会阻止行政机关采取进一步的行为;第三类行为就像具有禁止内容一样,可以被停止执行,公民可以被“予以保留地”允许随后的考试(国家理事会全体会议 1982 年第 17 号判例)。^[10]虽然从形式上来看这些行为是消极行为,但是它能够改变事实状态,因为行政机关能够依法自己执行,强制性要求私人履行义务,因此,对于这类行政行为,法院

[8] 1975 年 5 月第 166 号法律《对建筑行为的紧急特殊干预规范》第 8 条规定:“根据 1971 年 12 月 6 日第 1034 号法律第 21 条最后一款的规定,受理请求停止执行暂时、紧急占用或者为了公共利益进行征收的行政行为的行政法官可以不使用停止执行,他能够规定一个与被诉行政行为相关的财产的补偿总值相应的担保寄存,并确定担保数额及寄存方式与期间。”

[9] 也有学者认为如果仔细分析就会发现一个逻辑漏洞,因为不是这类拒绝延期行为改变以前的实质地位,该地位是随着特许、许可等的过期而消灭的,因此这类行为不具有创新效力,属于绝对的消极行为。参见 A. Di Cuia, *La sospensione dell' esecuzione del provvedimento impugnato nel processo amministrativo*, in www.jus.unin.it.

[10] A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 10^a ed., Torino 2012, p. 255.

肯定可以适用暂停执行的措施。

对于绝对消极行为(如拒绝行为)就无法适用“停止执行”的预防性保护措施了,因为停止执行这类行为事实上变成了命令行政机关根据请求而做出一定的行为,如果将行政机关的拒绝行为转化为命令行政机关去做所申请的行为就有行政法官代替行政机关之嫌,这就违反权力分立的原则。然而,上世纪 90 年代以前,理论界一边倒地认为为了保证预防性保护的效果,应该针对行政机关的拒绝行为和不作为采取预防性保护措施,立法者应该明确地授权行政法官发布与停止执行行政行为为不同的其他措施。上世纪 90 年代以来,也因为欧盟法的影响,一些行政法官试图将“停止执行”扩展到绝对消极行为。

除了尽量解释“停止执行”的适用范围之外,一些法院的判例甚至直接做出了停止执行之外的预防性保护措施。1983 年 6 月 1 日国家理事会全体会议第 14 号裁定指出,临时性保护也可以采取不同于停止执行的措施,包括命令行政机关进行某种行为;为了保证在私人雇员与公务员之间的平等待遇,1985 年宪法法院的第 190 号判决宣布 1971 年 12 月 6 日第 1034 号法律《关于设立大区行政法院的法律》第 21 条最后一款的规定违宪,^[11]在该条中,限制了属于行政法官排他性管辖权在公务员财产争议方面对被诉的行政行为采取暂停执行的权力。宪法法院认为,根据情形,紧急的措施更能暂时性地保证实质审理结果。在此判决之前,实际上在私人雇员与公务员之间存在不合理的差别对待,前者可以申请适用《民事诉讼法典》第 700 条规定的非典型性的紧急预防性保护,^[12]与后者相关的劳动争议属于行政法官的排他性管辖权,后者只有申请停止执行被诉行政行为的资格。为了避免与宪法第 3、4、113 条相冲突的对原告司法保护的限制,宪法法官通过典型的附加性干预授权行政法官采取一些能够暂时性保证实质判决效力的临时性措施,也就是宪法法院允许行政法官采取与《民事诉讼法典》第 700 条相应的预防性保护措施。通过这个判决,宪法法院打开了在行政诉讼中引入非典型预防性保护措施的道路。此外,2000 年国家理事会全体会议第 1 号裁定在承认行政法官排他性管辖权的权力范围时,^[13]认为行政法官可以规定行政机关做出一个应为之给付或者命令行政机关向起诉人交纳一定数额的金钱。

除了宪法法院与国家理事会之外,许多大区行政法院也在此方面做出了突破法律规定的判决。如 1986 年拉齐奥大区行政法院针对行政机关拒绝雇佣的决定做出预防性保

[11] 该条款规定,在公职人员财产纠纷方面,如果起诉人有合理理由认为他的权利正在受到一个巨大的不可恢复的损害之威胁时,不允许行政法官采取一切可能有利于保证判决效力的措施进行保护。

[12] 《民事诉讼法典》第 700 条涉及的是预防性保护程序,该条没有规定预防性保护措施的具体类型,只是将权力赋予了法官,由他根据具体的案情来采取各种使判决结果效力得以实现的措施。《民事诉讼法典》第 700 条规定:“[授予条件]在本章前述部分规定的情形之外,任何人有理由害怕在通过正常途径实现自己的权利所需时间内,其权利受到紧急并不可恢复的损害之威胁,他可以向法官申请根据具体情况更能够临时地保证实质判决的效力的紧急措施。”

[13] 意大利普通法院与行政法院都受理行政案件,行政法院只受理针对侵犯公民“合法利益”的案件,普通法院受理侵犯公民“主观权利”的案件,不同法院的法官权力亦有所不同。行政法院的管辖权又分为“合法性管辖权”、“实质性管辖权”与“排他性管辖权”。“排他性管辖权”指在确定领域法律规定将一些涉及到主观权利的案件也由行政法院来审理,即对这些案件专属行政法院管辖,这是对划分普通法院与行政法院受案标准的一个例外规定。以前属于行政法院专属管辖的案件只限定在公职人员方面的行政案件,1998 年第 80 号法令将行政法院的排他性管辖权进一步扩大,行政法院也可以受理有关公共服务及城市规划、建筑方面涉及到公民权利的案件。

护裁定,命令行政机关暂时雇佣起诉人并给与其相应的报酬。^[14]西西里大区行政法院1987年第19号裁定对拒绝建筑许可的行为做出命令行政机关发放许可的裁定。^[15]同年伦巴第大区行政法院针对米兰市政府拒绝一个旅馆在1990年世界杯时扩大旅馆的计划,颁布了预防性保护裁定,命令大区府根据大区法律确定的标准审查该计划。^[16]随着1998年第80号法令的颁布,^[17]在涉及到行政法官排他性管辖权时,许多大区行政法院为了保证临时性预防保护的效力,都直接适用了《民事诉讼法典》的有关规定,特别是第700条涉及到非典型性预防性保护的规定。^[18]

在司法实践的积累下,2000年第205号法律在这方面带来了实质性的革新,预防性保护措施不再只限于“停止被诉行政行为的执行”,还规定了一种新的预防性保护措施——命令行政机关交付一定数额的金钱。该法还概括性地授权行政法官可以根据具体案情采取一切“能够临时性保证诉讼判决效力”的措施,增大了行政法官的裁量权。在针对的行政行为方面,除了执行性行政行为外,2000年第205号法律还明确地指出预防性保护措施也可以针对行政不作为。以上这些规定在《法典》中继续得到确认。

立法上的规定使法官有了较大的自由裁量权,更能适应具体实践的需要,从而进一步推动了预防性保护措施在行政诉讼中的广泛运用,体现了对行政相对人的保护。行政诉讼中预防性保护类型的规定实质是《民事诉讼法典》第700条的移植,如前所述,在民法第700条中,法律也没有规定具体的预防性保护措施的类型,只是将权力赋予了法官,由他根据具体的案情来采取各种措施以使得判决的效力得以实现,因此普通法官享有较大的自由裁量权。然而,行政诉讼与民事诉讼不同,在行政诉讼中行政法官不能代替行政机关行使自由裁量权。因此,在理论界对于行政法官的所享有的这项权力仍然是争议的,有学者认为预防性保护程序就像是“行政诉讼中一个发疯的细胞,独立于诉讼标的及相关诉讼中法官的权力,到处都被允许使用”。^[19]为了避免行政法官越俎代庖,一些学者认为应该对行政法官的权力加以适当的限制,使在预防性保护程序中对法律保留给行政机关裁量的那些利益不能由法官代替做出决定,这些裁量权是不可由其他机关代替的。^[20]

我国澳门特别行政区《行政诉讼法典》也赋予法官充分的裁量权,在具体案情中,法官可以视具体情况而做出适当的预防及保全措施。澳门《行政诉讼法典》第七章共分四节的内容规定了预防及保全措施,主要分为特定预防与保全措施、非特定预防与保全措施。特定的预防与保全措施包括行政行为的效力中止、勒令做出某一行为和先行调查证据三种类型,非特定的预防与保全措施并没有指出法院可以采取的具体措施,采取何种措

[14] Sez. III, ord. 21 maggio 1986 n. 147, in *Sospensive* 1986, n. 6, 272.

[15] A. R. Sicilia-Palermo, Sez. II, ord. 19 giugno 1987 n. 286, in *Sospensive* 1987, n. 12, 362.

[16] T. A. R. Lombardia-Milano, Sez. III, ord. 6 dicembre 1988, n. 575, in *Sospensive* 1988, n. 29, 1050.

[17] 该法律涉及的是有关公共行政机关的劳动组织与劳动关系、劳动纠纷的管辖权与行政管辖权方面的内容。

[18] T. A. R. Veneto, Sez. I, ord. 19 marzo 1999 n. 356, in *Giust. civ.* 1999, I, 2883; T. A. R. Calabria-Reggio Calabria, ord. 24 marzo 1999 n. 184, 28 aprile 1999 n. 332 e 17 dicembre 1999 n. 1871, in *Studium juris* 1999, 704; in *Giust. civ.* 1999, I, 3201; in *Ragiusan* 2000, n. 195-6, 211.

[19] A. DI CUIA, *La sospensione dell' esecuzione del provvedimento impugnato nel processo amministrativo*, in www.jus.unitn.it.

[20] A TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 10^a ed., Torino 2012, p. 256.

施的自由裁量权完全交给了法院。《行政诉讼法典》第 141 条规定：“私人有理由恐防某一行政活动对其权利或受法律保护之利益造成严重且难以弥补之侵害时，得申请采取按具体情况系适当之预防或保存措施，以确保其受威胁之权利或利益得到保护。”

五 法官的裁定与上诉

法官在对预防性保护的申请进行审查之后，做出是否给予保护的裁定。根据《法典》第 55 条之规定，法官在做出预防性保护裁定时应说明理由，应该写清对申请人相关损害的评估及通过即时审查得出的对诉讼结果的合理预见。无论是受理还是拒绝预防性保护的申请，它所产生的效果并非是终局的，尽管在裁定中行政法官说明了理由，但是裁定不对判决产生任何约束力。

《法典》没有特别规定裁定的效力期间，一般情况下，预防性保护裁定的效力一直持续到判决的做出。判决做出之后，如果原告胜诉，裁定的内容与判决一致当然就融入到判决之中，如果原告败诉，裁定效力则告终止。有的法律规定了在某些领域中预防性保护的效力期间，例如 1978 年第 1 号法律第 5 条规定了停止公共工程的效力期间为六个月。《法典》第 11 条第 7 款与第 15 条第 8 款规定了例外情况，即当出现法院管辖权或者职权有误时，预防性保护裁定仍然有效，期限为三十日，这样当事人可以重新向有权法院提起诉讼。

《法典》第 58 条规定裁定可以被撤销或者变更，利害关系人应向做出裁定的同一法官申请撤销或变更，仍然适用申请预防性保护的程序。法律对申请的理由做出了限制，只有因突然发生的事件才可以申请撤销或变更裁定。

根据《法典》第 62 条之规定，针对裁定可以自通知之日起 30 日或公布之日起 60 日内向国家理事会提起上诉。与申请撤销或变更不同，上诉不是因出现新情况，而是因为上诉人认定裁定本身不公平，因此，上诉意味着对第一审法官做出的预防性保护裁定提出抗议，要求二审法官重新进行审查。意大利的行政法学家认为允许上诉是非常必要的，因为在行政诉讼中通常诉讼双方地位不对等，一般在行政诉讼中被诉行政行为仍然单方产生效力，允许上诉自然与更大限度地进行预防性保护相关联，这样促使法官能够公正做出裁定。^[21]

需要指出的是，在法律没有明确规定是否可以针对预防性保护裁定上诉之前，关于此裁定的性质是有争议的。意大利理论界一致认为它具有预防性、保护性和临时性，但在一点上存在着分歧，就是一部分学者认为，虽然裁定由法官颁布具有司法性质，但无论从形式上还是实质上，预防性保护裁定是一个行政性裁定；另外一些学者却认为预防性保护裁定与实质判决相似。^[22] 如果此裁定是行政性裁定，则不可以上诉，否则是可以上诉的。在法律没有明确之前，上世纪 70 年代末国家理事会全体会议 1978 年第 1 号裁定的判例首先承认可以上诉，这比民事诉讼程序的发展还要超前，意大利《民事诉讼法典》直到 1990 年都没有规定针对预防性保护措施可以提起上诉。在解释为何可以针对预防性保

[21] A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 10^a ed., Torino 2012, p. 290.

[22] S. CASAAARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, 1990, p. 381.

护裁定提起上诉时,国家理事会认为(1978年1月20日第1号、1978年2月24日第6号、1982年10月8日第17号决定)在行政审判中预防性保护裁定具有“终局性”的特征,因为预防性保护裁定根据当事人的独立申请而做出,旨在确定一种与撤销被诉行政行为结果不同的实质性利益,从另一方面而言,在行政审判中,预防性保护程序相对于撤销之诉而言是独立的,法官在裁定中指出的具有现实危险的重要性,而该要素与实质判决是不相干的。宪法法院在1982年1月14日第8号判决也确定了针对预防性保护裁定可以提起上诉,该判决宣布1978年1月3日第1号法律第5条最后一款违宪,^[23]因为该款恰恰排除了上诉的可能,宪法法院认为这与宪法第125条第2款所规定的行政法院实行二审制相悖。^[24]在关于预防性保护裁定能否上诉的问题上,宪法法院做出的这个判决与国家理事会的判决意见一致,因此尽管没有法律明确的规定,针对预防性保护裁定可以上诉在行政司法界得到普遍遵循。

行政法官做出预防性保护裁定后,如果行政机关不执行裁定,行政法官拥有哪些手段确保裁定执行?这在《法典》颁布之前也没有被明确规定。在行政法官做出的裁定中,有些情形要求行政机关去完成某种行为:比如停止解雇公务员,要求行政机关重新使公务员上岗,如果行政机关不遵守,预防性保护程序也就形同虚设,达不到制度设立的目的。在这方面,司法判例同样对立法起到了推动作用。在行政法官运用何种手段可以保证预防性保护措施得以执行的立法确认之前,国家理事会全体会议1982年第6号、第12号及1983年第14号做出裁定,适用1927年第1054号王室法令所规定的《国家理事会法的统一条例》第27条第1款第4目,即“服从判决之诉”的程序。^[25]国家理事会认为,虽然适用服从判决之诉的必要前提是不遵守判决,而预防性保护裁定不是判决,但是预防性保护程序具有审理与执行统一的特征,做出相关裁定的法官因此有权采取所有必要措施来确保裁定的实际执行。在司法实践中,为了保证预防性保护裁定的执行,一般法官可以向行政机关下发命令,也可以通过任命委员会的形式代履行,也就是在行政机关不作为的情况下,由法官任命一个委员会来代替行政机关采取一定的行为。

在司法判例推动下,2000年第205号法律第3条第2款明确规定:如果行政机关不遵守或者只部分遵守行政法官做出的预防性保护裁定,利害关系人可以通过说明理由的申请请求行政法院采取适当措施,同时应告知其他当事人,行政法院可以行使与服从判决之诉相关的所有权力。这些权力包括如果行政机关做出了与预防性保护裁定相违背的行为,行政法官可以确定其无效;针对行政机关的不履行,行政法官也可以命令行政机关做出某些确定行为,如果需要的话,还可以任命一个委员会代替行政机关完成某种行为。这些规定在《法典》第59条再次得到确认。

[23] 1978年1月3日第1号《加快公共工程、工业设备与建筑程序法》第5条末款规定:“根据1971年第1034号法律第21条末款之规定所做出的裁定不能向国家理事会上诉。”

[24] 宪法原第125条第2款规定:“根据共和国法律所规定的体制,在大区内设立第一级行政审判机构。可以在大区首府之外设立部门。”宪法法院做出该判例时意大利宪法还没有修改,当时宪法第125条包括两款,后来第1款由2001年10月18日的宪法性法律第9条第2款所废除,目前意大利宪法第125条只保留原来的第2款。

[25] 1927年6月26日第1054号《国家理事会法的统一条例》的王室法令第27条第1款第4目规定,国家理事会可以受理要求行政当局遵守法院做出的判决的诉讼。

六 防止滥用预防性保护的措施

为了避免申请人滥用预防性保护程序,意大利法律还明确规定了有关预防性保护程序的费用及担保。2000 年第 205 号法律第 3 条第 1 款规定,如果预防性保护申请或者针对预防性保护裁定的上诉被拒绝,行政法官可以临时规定预防性保护程序的费用。因此,如果预防性保护申请被拒绝,申请人就有可能缴纳程序费用,立法者想通过这样的规定预防不适当地使用预防性保护的申请,以减少申请的滥用。《法典》第 57 条以“预防性保护程序的费用”为标题,规定:“法官在裁定中规定预防性保护阶段的费用。关于费用的决定在最终判决之后也有效,除非判决明确做出不同规定。”因此,在预防性保护阶段法官就可以清算费用,这样的规定加强了当事人的责任,防止对预防性保护不恰当的利用。当然,在特殊情况下,对费用的规定可以在判决中被修改。

此外《法典》第 55 条第 2 款还规定:“如果因针对预防性保护申请而做出的裁定会产生一个不可逆转的结果,无论是授予还是拒绝预防性保护的申请,合议庭可以要求提供包括担保人在内的担保。当预防性保护的申请涉及到人的基本权利或者其他具有宪法重要意义的财产时,预防性保护申请不要求提供担保。规定提供担保的司法措施应指出担保的内容、方式及执行的期间。”这条规定同样迫使当事人在申请预防性保护措施时必须慎重。例如,如果停止执行一个拆除建筑物的行政行为,起诉人要通过缴纳担保金负担可能造成的损害。当然,也有例外情况,就是如果预防性保护申请涉及到人的基本权利(如健康权、环境权等)以及其他宪法性的财产权益则不能要求担保,因为对这类权利的保护直接由法律规定,排除了法官的自由裁量权。由此可见,申请人在申请预防性保护措施时应该慎重,因为一旦被拒绝,就要缴纳程序费用,即使被接受,在法官认为采取预防性保护措施会造成不可逆转的后果时,申请人还要提供担保。

当然,该规定也存在争议。首先,法律并没有明确担保对预防性保护裁定效力的影响,也就是它是否对预防性保护裁定的效力构成一种效力暂时停止或者消除的条件,从条文上似乎没有规定,所以必然引起争论。^[26] 其次,法律规定给与或拒绝预防性保护措施需要提供一定数额的担保,但没有明确提供担保的主体。在同意保护的情况下,很容易理解担保应该由申请人提供,但是在拒绝保护时,担保应由谁来承担从法律中无法推断。理论界对应该由行政机关来提供还是其他利害关系人来提供也有不同的意见。^[27] 最后,由于法律对担保的规定太过于泛泛,不像《民事诉讼法典》第 669 条第 11 款那样明确地规定了预防性保护程序中担保的功能与目的,^[28] 因此在实践中对该制度的执行究竟有多大空

[26] 参见 E. CASSETTA, *Manuale del diritto amministrativo*, Giuffrè, 2001, p. 771; 有学者认为,如果法官肯定了预防性保护措施,那么该措施的效力受制于由法官所确定的指定时间内缴纳的担保,若不缴纳,效力便会暂停;如果法官拒绝预防性保护的申请,只有在被告行政机关在司法程序中寄存一定数额的担保后,被诉行政行为才会产生效力。见 G. TEDESCHI, *Il nuovo processo cautelare alla luce della l. 205/00, in relazione sia agli interessi legittimi, sia ai diritti soggettivi*, in <http://www.diritto.it/varie/concorsi/sansone8.html>, 浏览于 2015 年 1 月 21 日。

[27] 参见 E. CASSETTA, *Manuale del diritto amministrativo*, Giuffrè, 2001, p. 771。

[28] 《民事诉讼法典》第 669 条第 11 款[担保]规定:“在做出受理或肯定措施或者变更措施同时,法官考虑所有情况之后,可以要求申请人对可能造成的损害提供担保。”

间存在质疑。法律对行政法官授予预防性保护措施做出了限制性规定,即行政法官必须在符合两个前提条件的情况下才能做出裁定,并要说明理由,所以裁定应该指出危险存在的重要性及不可挽回性,还要说明对诉讼结果的预测。一般还要经过一个完整的辩论程序,这就意味着行政法官是在经过了深思熟虑慎重考虑之后才做出的裁定,那么怎么来判定执行裁定会产生一个不可逆转的后果呢?一些学者指出,这项规定在实践中很难操作。^[29]

七 对中国的启示

我国的立法中并没有构建完整的预防性保护制度,《行政诉讼法》第56、57条一般被认为是行政诉讼中预防性保护的具体规定。但这些规定相对较为粗糙,不能及时有效地全面保护行政相对人的利益。首先,关于行政诉讼中是否可以停止执行被诉行政行为,我国《行政诉讼法》第56条规定了诉讼不停止执行的原则:“诉讼期间,不停止行政行为的执行。但有下列情形之一的,裁定停止执行:(一)被告认为需要停止执行的;(二)原告或者利害关系人申请停止执行,人民法院认为该行政行为的执行会造成难以弥补的损失,并且停止执行不损害国家利益、社会公共利益的;(三)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的;(四)法律、法规规定停止执行的。当事人对停止执行或者不停止执行的裁定不服的,可以申请复议一次。”第57条规定:“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。当事人对先予执行裁定不服的,可以申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行。”这相比于修改前的规定有一定的进步,比如增加了利害关系人申请的权利、法院自行决定的权力以及当事人可以申请复议的权利,然而仅此两条,具体法官审查的标准、程序等都没有详细规定。预防性保护的手段也只是规定了停止执行一种方式。第57条在一定程度上补充了单一方式的缺陷。然而,这一条的规定也并不完善,因为它直接移植于民事诉讼法,对行政诉讼中的某些特殊性没有注意。先予执行的范围具有局限性,仅规定对于追索支付抚恤金、最低生活保障金和工伤、医疗社会保险金的案件,这些案件都与财产有关,但是其他的不涉及财产内容的就无法及时保护,2005年的孔庆军诉湖南省气象局案就充分说明了这一点。^[30]

通过对意大利行政诉讼中预防性保护的探讨,可以看出该规定也是一个渐进发展的过程,对我国构建预防性保护制度主要有以下启示:

第一,明确行政诉讼中停止执行标准,法官审查标准应在立法中明确规定。意大利分为“胜诉的可能性”与“严重的不可弥补的损害危险”两方面。前者要求法官对诉讼结果

[29] E CARACCILO, La Grotteria, *Nuovi profili della tutela cautelare nel processo amministrativo*, in <http://www.cahiers.org/new/htm/articoli/nuovi%20profili%20della%20tutela%20cautelare.htm>, 浏览于2015年1月21日。

[30] 2005年10月,家在湖南省长沙浏阳市的孔庆军报名参加了国家机关公务员考试,报考的职位是湖南省湘西土家族苗族自治州气象业务管理员。他的成绩合格且被通知体检,随后又没有被录用。孔庆军将湖南省气象局告上法庭。尽管法院判决被告对原告实施的考录公务员的行政行为程序违法,被告败诉,但是原告并没有得到有效保护,因为即使胜诉他也仅是一场空欢喜,胜诉已经毫无意义。参见《先通知面试后又刷掉》, <http://news.sina.com.cn/c/2006-05-24/07489009089s.shtml>, 浏览于2015年1月21日。

进行预测,后者在于确定申请人的利益将要受损的程度,这种标准值得借鉴,既可以确保当事人利益,又可以避免程序滥用。法官应有一定的裁量权,全面衡量申请人、公共利益与其他利害关系人的利益后做出裁定。在进行权衡的时候,法官也应该遵循比例原则,不能一味地以公共利益优先。

第二,明确预防性保护措施的类型。预防性保护措施应针对不同诉讼类型进行规定,虽然我国行政诉讼法没有对行政诉讼进行类型化规定,但是可以按照诉讼请求进行审查,分为停止执行与其他保护措施。前者针对积极的行政行为,包括停止执行行政行为;后者针对的是行政机关的拒绝、不作为、沉默或需要维持现有公法关系现状的情形,法官可以根据具体情形做出各种措施(禁止、命令、要求行政机关重新审查、支付金钱等),例如对考试申请的拒绝,法官审查后可以要求行政机关“予以保留地”允许考试。当然,在我国目前司法体制下,法官的裁定是否能够被行政机关执行还是一个问题,还需要完善行政诉讼的执行制度。

第三,明确防止预防性保护程序滥用的手段。可以借鉴意大利的做法,对申请预防性保护的当事人要求提供担保。当然,意大利法律在这方面的规定具有一定的瑕疵,因为法律没有明确担保对预防性保护裁定效力的影响,也就是说,它是否对预防性保护裁定的效力构成一种效力暂时停止或者消除的条件并不清楚,而且法律没有明确提供担保的主体。我们在立法中应该明确提供担保的主体及担保的效力。

第四,发挥法官的司法能动性。在意大利,法官实际上有“造法”功能,意大利宪法法院明确地认可法官解释法律的价值,“宪法法院甚至在某种程度上推动法官的功能向‘法的裁判者’方向转变,而不同于原先的‘合法性的裁判者’”。^[31]在行政诉讼中,由于《法典》颁布之前,法律对预防性保护程序的规定并不全面,实践中又出现大量需要进行保护的情形,因此,行政法院的一系列大胆的判例直接推动了预防性保护程序的发展,主要体现在预防性保护措施种类的扩大、对预防性保护裁定的上诉及不服从裁定的补救手段等方面。

在我国司法实践中,法院面对大量的涉及预防性保护的案件,应该充分发挥法官的司法能动性,在立法滞后的情况下,通过一定的判例推动行政诉讼的发展。事实上我国的法官已经发挥了司法能动性,在涉及正当行政程序方面,尽管没有实定法的明确规定,法院也根据正当行政程序的精神做出了判决,如田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案、^[32]刘燕文诉北京大学学位评定委员会案、^[33]张成银诉徐州市人民政府房屋

[31] [意]罗伯特·隆波里:《意大利法律渊源体系和司法体制发展过程中法官角色的变迁》,载[意]罗伯特·隆波里阿尔多·贝特鲁奇等著,薛军译:《意大利法概要》,中国法制出版社2007年版,第82-83页。

[32] 法院认为:按退学处理,涉及到被处理者的受教育权利,从充分保障当事人权益的原则出发,做出处理决定的单位应当将该处理决定直接向被处理者本人宣布、送达,允许被处理者本人提出申辩意见。北京科技大学没有照此原则办理,忽视当事人的申辩权利,这样的行政管理行为不具有合法性,见《中华人民共和国最高人民法院公报全集》(1995-1999年卷),人民法院出版社2000年版,第688页。

[33] 北京市海淀区人民法院行政判决书,(1999)海行初字第103号,法院认为:“校学位委员会作出不予授予学位的决定,涉及到学位申请者能否获得相应学位证书的权利,校学位委员会在作出否定决议前应当告知学位申请者,听取学位申请者的申辩意见;在作出不批准授予博士学位的决定后,从充分保障学位申请者的合法权益原则出发,校学位委员会应将此决定向本人送达或宣布。本案被告校学位委员会在作出不批准授予刘燕文博士学位前,未听取刘燕文的申辩意见;在作出决定之后,也未将决定向刘燕文实际送达,影响了刘燕文向有关部门提出申诉或提起诉讼权利的行使,该决定应予撤销。”

登记行政复议决定案等。^[34] 我国从 2010 年开始正式实施案例指导制度,虽然实施时间不长,很多方面还处于摸索阶段,但是随着该制度的发展,法官对行政诉讼的发展必将起到重要的推动作用。我国《行政诉讼法》没有规定诉前预防性保护,也没有规定完整的诉中预防性保护,《行政诉讼法》不可能在短期内再次修改,法院通过个案确立具体规则是一种较为理想的途径。

[本文为 2014 年国家社会科学基金项目“行政诉讼预防性保护研究”(14BFX148)的阶段性成果、中国政法大学优秀青年教师培养支持计划资助项目的研究成果。]

[**Abstract**] In the time-consuming administrative proceedings, the plaintiff may suffer irreparable serious damages from the execution or omission of an administrative act. In order to achieve a timely and effective judicial protection of citizens' rights and interests, many countries have provided for preventive measures for such a situation. In Italy, this preventive system is becoming more and more important. In the Italian code of administrative procedure, a whole chapter is dedicated to preventive measures aimed at providing protection for the plaintiff before and during the proceeding, including such procedures as application, acceptance, adjudication and execution. In the development of this system, judicial precedents have been playing an important role, for many of the final norms are created by judicial precedents. The Italian experiences relating to the judicial standards for providing these preventive protections, their specific types, as well as the means to prevent their abuse have certain significance for the improvement of the relevant systems in China.

(责任编辑:田 夫)

[34] 《中华人民共和国最高人民法院公报》(2005 年卷),人民法院出版社 2006 年版,第 530 页。