

论行政决定保全

江国华^{*}

内容提要 行政决定保全是行政机关向人民法院提起的以保障行政决定或未来生效裁判实现为意旨的临时性保护制度。行政决定保全目标的实现方式是通过限制行政相对人或利害关系人处分财产或强制其为或不为特定行为以防止不可弥补的损害发生。如果说行政决定所维护和创造的公共价值是行政决定保全的价值基础,那么强制执行权去行政化的制度化建构则构成了其制度基础,而行政决定执行权配置的非充分性则是其规范基础。从行政决定保全的适用情形上看,行政机关可以提起诉中保全和非诉强制执行保全,但是不可以申请诉前保全,然而实践中却存在着误用和混用等现象。在裁定是否准予保全时,法院应当首先进行必要性审查,再分情形审查诉中财产保全、诉中行为保全、非诉强制执行保全的要件。随着行政保全案例的增加,有必要健全《行政诉讼法》《行政强制法》中的行政保全规范,并出台“行政决定保全”专门审查规范。

关键词 行政决定保全 强制执行权 诉中保全 非诉强制执行保全 司法审查

目 次

- 一、问题的提出
- 二、行政决定保全的正当性基础
- 三、行政决定保全的适用分析
- 四、行政决定保全的司法审查
- 五、余论:行政决定保全的法律完善旨要

^{*} 武汉大学法学院教授。

一、问题的提出

在我国,行政诉讼保全制度脱胎于民事诉讼保全制度。目前,我国行政诉讼保全的主要规范依据是《行政诉讼法》第42条“证据保全”规定、附则第101条“财产保全参照适用《中华人民共和国民事诉讼法》相关规定”的规定;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《行诉法解释》)参照2017年《民事诉讼法》第100条“保全”规定和第101条“诉前保全”规定,在第76条和第77条中分别对行政诉讼“诉中保全”和“诉前保全”进行的解释;^①《行诉法解释》第159条对“非诉强制执行保全”的解释。由此可见,行政诉讼法中有关保全的规定,主要是参照或直接援引民事诉讼法的相关规定,并未形成明显区别于民事诉讼保全的规范体系。但行政诉讼当事人身份之不对等性与民事诉讼当事人身份之平等性之间的差异,使得类似规定在具体适用时可能出现结构性不适。由此导致行政诉讼法中有关保全规定的适用,更关注与民事诉讼当事人具有类似身份属性的“弱势”相对人的诉讼保全权,而未能正视另一方行政诉讼当事人——“强势”行政机关的诉讼保全权同样重要。唯此,目前通用的行政诉讼保全多指陈由相对人或第三人提出的保全申请。但根据《行诉法解释》之规定,行政机关亦可向人民法院提出保全申请,意在保证行政决定及其所承载公共价值的实现,此即本文所谓之行政决定保全。

近年来,行政法实践中的保全案例并不鲜见,涵括了诉中保全^②、诉前保全^③、非诉强制执行保全^④、证据保全^⑤等多种类型。其中,证据保全虽与前三种类型在程序设计上相似,但其功能、目的方面分殊明显,且分属“证据”和“诉讼审判程序”两个不同板块,与本文的讨论对象(行政决定保全)不属同一范畴,故笔者不对“证据保全”进行探讨。

目前,国内关于“行政决定保全”的研究甚少,且有限的文献主要从暂时性权利保护视角进行探讨,^⑥主要关注行政相对人权利保护,而对行政机关权利保护的关注不足。现实中,行政决定保全理论供给不足与旺盛的实践需求之间存在明显矛盾。如何从学理

① 《行诉法解释》第76条“诉中保全”的申请主体为“当事人”,包括行政机关和相对人,而第77条第1款规定的“诉前保全”之申请主体为“利害关系人”,包括相对人,但排除行政机关——结合第77条第3款之规定,基于整体性解释之原则,该条中规定的“利害关系人”仅指享有行政诉讼权、能够依法提起诉讼的利害关系人。

② 参见湖南省长沙市芙蓉区人民法院(2021)湘0102财保144号行政裁定书;安徽省淮北市杜集区人民法院(2019)皖0602财保89号行政裁定书。

③ 参见河北省广平县人民法院(2020)冀0432财保36号行政裁定书;湖南省桂阳县人民法院(2018)湘1021财保31号行政裁定书。

④ 参见河北省大名县人民法院(2023)冀0425执保533号执行裁定书;上海市宝山区人民法院(2024)沪0113财保40号非诉保全审查裁定书。

⑤ 参见天津市河北区人民法院(2021)津0105行初24号行政裁定书。

⑥ 参见黄学贤:《行政诉讼中的暂时性法律保护制度探讨》,载《东方法学》2008年第4期,第45-56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年第1期,第16-20页。

上论证行政决定保全的正当性、填补行政保全的理论缺口、纾解理论供给和现实需求之间的冲突,是本文对行政决定保全进行研究的出发点和目的。

二、行政决定保全的正当性基础

在民事诉讼法律关系中,保全请求权是诉权的衍生物,没有诉权以及诉权赖以支撑的实体性权利就没有当事人的保全请求权。^⑦在行政诉讼法律关系中,原告或者利害关系人的保全请求权基础亦在于诉权,其保全功能与民事诉讼保全类似,即通过制约监督不适当公权力行为以确保当事人能够顺利实现其公法上的请求权,为公民权利提供暂时法律保护(vorläufiger Rechtsschutz)。^⑧但对于行政机关而言,鉴于法律并未赋予行政机关在一审程序中的诉权,故其提出保全的请求权不以诉权为基础,而在于其所创造和维护的公共价值,即公众对政府期望的集合。为此,我国法律赋予了部分行政机关强制执行权,并辅之以复议或诉讼“不停止执行”原则。但在规范意义上,并非所有作出行政决定的机关都有完整的强制执行权,且基于制度正义的内在逻辑,强制执行权配置的去行政化乃法治发展的基本要求。在这个意义上,行政决定保全制度具有坚实的正当性基础。

(一) 价值基础

政府的首要任务就是创造并维护公共价值,^⑨这通常需要通过行政决定予以实现。因此,以保证行政决定执行为目的的行政决定保全制度具有正当的价值基础,有助于维护下列价值。

其一,法益价值。法益是法律化的权益,是根据宪法的基本原则,由法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益。^⑩法益作为法律确认的权益具有公共价值的基本属性,执行法律是实现法益的基本方式,保证行政决定的执行是保护法益的重要方式。(1)法益是公共价值的表达。法律必然涉及价值,不存在价值中立或价值无涉的法律。法律的正当性最终决定于其所具备或代表的公共价值。唯有将“人的生活利益”归置于公共价值体系中,才能获得公共性,以国家强制力对其进行保护才具有正当性。(2)行政执法是法益实现的基本途径。法益不会自动实现,正如自由不会自动实现一样,因此,将法益保护任务全部寄望于司法也是一种罔顾实际的幻想。事实上,“在我国,大约80%的法律、90%的地方性法规和几乎所有的行政法规的执法工作,都是由行政机关来承担的”^⑪。在这个意义上说,行政执法是实现和保护法益的主渠道。(3)保障行政决定的执行是实现法益的重要方式。行政决定被起诉意味着其所承载的法益实现很可

⑦ 参见郭小冬:《诉讼保全的实体法视角及其展开》,载《北方法学》2021年第1期,第103页。

⑧ 参见[德]弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》(第5版),莫光华译,法律出版社2003年版,第487页。

⑨ See Mark H. Moore, *Creating Public Value: Strategic Management in Government*, Harvard University Press, 1995, p.27-31.

⑩ 参见张明楷:《刑法学》(上,第5版),法律出版社2016年版,第63页。

⑪ 《法治兴则国家兴——如何理解在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家?》,载《人民日报》2023年9月22日,第6版。

能被阻却,为维护行政决定的执行力及其承载的公益价值,行政诉讼法规定了“起诉不停止执行”原则。但在实践中,“不停止执行”原则未必能够确保行政决定的执行,甚至停止执行实际上已成为常态。^⑫而生效行政决定的执行不能,意味着其所承载的法益面临流失或者贬损之风险。在风险社会,这种风险诸如食品药品安全、金融安全、生态安全等领域势必引发系统性安全隐患。^⑬故赋予行政机关提起诉讼保全申请之权利,既是“不停止执行”的配套性保障措施,也是行政决定所承载之法益的实现机制。

其二,秩序价值。秩序是指自然进程和社会进程中都存在着的某种程度的一致性、连续性和确定性。^⑭在社会功能系统中,秩序既是系统本身的存在条件,是化约复杂性这一普适功能得以发挥的前提要求,也是所有类型的系统与环境发生关系时均能够催生出的底线性共有价值。^⑮(1)秩序是法律系统的形式性底线价值。法律以其确定性和可预见性为社会主体的行为提供了稳定的指引,法律制定与法律实施建立了一个社会的秩序基础。因此,可以说法律是社会秩序大厦的基石。^⑯与此同时,法律的秩序价值也是法的其他价值得以实现的前提环节。^⑰没有法律所确立的秩序,法律确定的任何利益、正义都无从实现与维持。法律秩序并非价值无涉的,作为利益博弈的产物,法律是技术理性与价值理性的统一,且首先是价值理性的体现。承认法律的价值预设,才能在未知环境中回应公共问题,并确定行动原则。(2)法的安定性是法秩序呈现的基本样态。卢曼从法律系统的角度指出,秩序即法的安定性,要求相关事项应当单独地按照法律的代码予以处理,而非依循政治系统的权力代码,抑或别的某些无法为法律系统所把握的利益因素。^⑱申言之,法的安定性是引导公共行政的标尺,所有的公共行政过程应围绕维护法的安定性展开。(3)行政决定的执行是秩序的形塑过程。法的秩序作为一种规范性观念,并非既定事实,而是需要法律人去努力追求并加以实现与捍卫的目标。行政决定的形成过程就是这样一种秩序的形塑过程。在行政决定的执行过程中,行政机关对公共秩序加以界定,同时阐明宪法和法律的公共价值和公共理性,其基本宗旨为达至法律规范预设的结果、建立符合立法目的的法秩序。

其三,典范价值。行政执法通过将抽象化的法律规范落实为具体的典范示例,为人民的行为提供明晰的模范。行政机关提起行政决定保全正是对这种典范价值的维护。(1)行政是公共生活典范的塑造者。行政是一种“趋公共性”或者“向公共性”的国家活动,公共性是执法文明的准绳和价值的“拱心石”。行政机关通过不同的行政决定

⑫ 参见何海波:《行政诉讼法》(第3版),法律出版社2022年版,第532-534页。

⑬ 参见[德]乌里希·贝克:《风险社会再思考》,郗卫东编译,载《马克思主义与现实》2002年第4期,第46页。

⑭ 参见[美]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228页。

⑮ 参见陈征楠:《法律价值的系统论格局》,载《中国法学》2022年第2期,第235页。

⑯ 参见[美]爱德华·罗斯:《社会控制》,秦志勇、毛永政等译,华夏出版社1989年版,第46页。

⑰ 参见周旺生:《论法律的秩序价值》,载《法学家》2003年第5期,第36页。

⑱ Vgl. Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts, Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 2. Aufl. 2015, S. 411 ff.

塑造公共行政秩序,进而为人们树立公共生活的典范。(2) 行政机关是公共利益典范的维护者。尽管维护公共利益并非为行政机关所专擅,但其仍主要是行政机关的行动指导,^{①⑨}且基于国家机关的任务分工以及行政机关的执法属性及其效率优势,行政机关自然是公共利益最主要的维护者。^{②⑩}在此种意义上,保障公共利益构成了行政决定保全的价值基础。(3) 行政决定是公共价值典范的承载者。任何行政决定都不同程度地折射出法律所蕴含的公共行政的价值取向,行政决定亦当成为公共价值典范的承载者。

(二) 制度基础

强制执行权涉及对公民、法人和其他社会组织的人身、财产等重要权利的限制或剥夺,慎用强制权既是法治文明的必然要求,也是行政决定执行制度发展的内在取向。在制度进路上,更多地通过保全制度而非依赖强制执行制度来实现行政决定和司法判决,更符合制度正义的价值取向。

其一,行政决定保全制度本质上是一种公共价值的风险防范机制。在风险社会,行政决定所涉及的经济关系、金融关系、社会利益关系均有可能转变为风险关系,由此,“焦虑的共同性代替了需求的共同性”^{②⑪}——每个“经济人”在追求自身利益最大化的同时,会想尽一切办法将本应由其自身承担的风险转移给他人或转嫁给社会,这在客观上加剧了风险的外部化并衍生系统性风险,甚至引发公共风险。但在实践中,一旦发生行政争讼,学界基于“相对人情结”,往往割裂行政过程的整体性,夸大个案中行政决定某些瑕疵的负面作用,过度地看重某种利益的保护而忽视行政决定的公共价值。“相对人弱势”的社会心理往往遮蔽了行政决定保全制度的理性光芒。权利盛行的时代,必然是法治盛行的时代。无数的事实证明,“相对人”不是天使,他们会遵循“经济人”的理性,想尽一切可能的方法隐匿、转移财产,致使行政决定白条化;“相对人”也未必就是“弱势”,行政决定保全所针对的并非交通违停、摆地摊的个体相对人,而往往是银行、保险、基建、地产、食品药品生产等巨企,他们往往把诉讼当作拖延执行的策略,将巨额处罚决定的执行拖入旷日持久的“争讼战”之中。在这个意义上说,构建现代的行政决定保全制度,赋予行政机关以“风险人”角色,是有效管控治理风险,从而避免风险外部化、公共化的制度选择。趋利避害是一切行为主体的本能,行政相对人当然也具有风险外部化的倾向,如果制度创新跟不上风险的变化,任由行政决定白条化、行政判决虚置化,无异于助长本应由个人承担的风险公共化。如此,“就像大坝年久失修难以抵挡百年不遇的大洪水,到处都是管涌,而采取的防洪措施又时常失误,洪水泛滥导致大坝溃堤是迟早的事情”^{②⑫}。

其二,行政决定保全制度是对强制执行制度之补强。强制执行权去行政化的制度化构建乃强制执行制度发展的内在趋势。迄今为止,行政法学界均将强制执行权表述为

^{①⑨} Vgl. Wolff / Bachof / Stober, Verwaltungsrecht, Band I, 11. Aufl. 1999, § 2 Rn. 24.

^{②⑩} 参见高志宏:《公共利益法律关系的主体论及其功能实现》,载《南京社会科学》2017年第6期,第103-104页。

^{②⑪} [德] 乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2018年版,第48页。

^{②⑫} 刘尚希、李成威:《防范化解重大风险的理论分析》,载《经济学动态》2023年第5期,第11页。

“行政强制执行权”，《行政强制法》更使得这一概念得以固化。但从《行政强制法》关于行政决定强制执行权的配置来看，其谨慎地将主要的强制执行权配置给了人民法院，而非行政机关。这就意味着，在《行政强制法》的立法理念中，强制执行权并非纯粹的行政权，毋宁更具司法权之属性，这就决定了我国行政强制体制的司法执行模式取向。^{②③}由此，对于大多数行政机关而言，不能兼享行政决定和强制执行两权，这是权力制约原则在《行政强制法》上的基本体现。在配置各类强制执行权时，核心考量应当在于确保其功能的有效发挥，同时优化强制执行权内部实施权与裁决权之间的相互制衡关系，以促进权力的合理分配与有效运行，而不在于权力性质的界分。^{②④}基于法治文明发展的内在价值，强制执行权去行政化的制度建构仍具不可逆之趋向。在风险社会之中，行政机关也可能是风险的创造者，特别是在行政权力未受到制约的情况下。因此，应当由法院而不是行政机关确定行政决定的合法性，这是司法的核心职能。^{②⑤}就非诉强制执行保全而言，尽管非诉强制执行前的保全措施确有必要，但其可能对相对人权益造成重大影响，特别是在责令类行为中保全措施的效果基本上等同于即时强制执行的效果。保全措施实际上是将行政决定转化为具有司法性质的保全裁定，由于此时行政行为的合法性尚未得到确认，因此，法院对保全措施进行审慎审查显得尤为重要。^{②⑥}在这个意义上，在司法程序中嵌入行政决定保全制度，以弥补强制执行之不能，具有不可移易的制度价值。

其三，强制执行权的制度化建构须遵循功能适当原理。在风险社会，不确定性成为常态，必须根据对风险的认识变化不断调整制度，避免刻舟求剑的形式主义权力配置。^{②⑦}功能主义原则强调国家权力的配置要以组织结构对其功能的充分发挥为标准，而不能仅仅依靠形式主义的权力界分。^{②⑧}其要义有二：一是功能最优原则。据此，应当将国家权力配置到能够发挥其最优功能的国家机关手中。当某项国家任务需要分配时，应当将该项国家职能配置给在组织、结构、程序、人员上具有优势的机关。^{②⑨}如果说，民事保全的核心价值在于保障诉讼和执行顺利进行，^{③①}那么行政决定保全除了具有民事保全的价值外，还具有保护行政决定及其所承载的公共利益实现的功能。在国家机构体系中，作为审判机关的人民法院，不仅因其职能定位而成为“是否存在诉讼妨碍”的最佳判断者，而且以其居中身份而成为“行政决定及其所承载之公共价值”的最优裁判者。在这个意义上说，将保全决定权赋予司法机关符合功能适当理论。此外，“当国家与其成员或公民

②③ 参见余凌云：《行政法讲义》（第3版），清华大学出版社2019年版，第356页。

②④ 参见王学辉、刘海宇：《强制执行权在国家权力体系中的定位：一个跨部门法的视角》，载《四川师范大学学报（社会科学版）》2022年第5期，第64页。

②⑤ See Louise L. Jaffe, *Judicial Control of Administrative Action*, Little, Brown and Company, 1965, p.262.

②⑥ 参见罗智敏：《论非诉行政执行前的保全措施》，载《法学评论》2023年第6期，第191页。

②⑦ 参见前注②，刘尚希、李成威文，第15页。

②⑧ See John F. Manning, *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, Harvard Law Review, Vol.124:1939, p.1950-1958 (2011).

②⑨ 参见张翔：《国家权力配置的功能适当原则——以德国法为中心》，载《比较法研究》2018年第3期，第153页。

③① 参见黄文艺：《比较法视域下我国民事保全制度的修改与完善》，载《比较法研究》2012年第5期，第67页。

间产生的纠纷只能诉诸国家法庭”^{③①}。行政诉讼集中体现了法院对行政决定合法性的司法审查,只有将保全决定权配置给司法机关才能最大程度发挥司法权对行政权的监督与制约功能。对相对人而言,其提起行政诉讼本身就表达了对原行政决定的不满,由作为中立第三人的法官决定是否采取行政决定保全比行政机关自行强制执行更加公正、也更易被相对人接受。这也恰是正当程序的价值,即使实体结果不符合当事人的利益或期待,正当程序也能在一定程度上吸收当事人的不满。^{③②} 二是不适配的禁止原则。这一原则是对功能适当理论的反向补充,即禁止机关的结构与其承担的基础功能不匹配。^{③③} “不适配的禁止”的精髓在于“法律要求一个人的不同职位或职能不相容”。^{③④} “当某机关的结构与由它所行使的基本功能之间不适配时,那么这样的功能行使与分配在原则上是被禁止的。”^{③⑤} 就行政决定保全问题而言,法官的核心角色为行政诉讼案件的裁判者,对行政决定保全作出决定与裁判者的角色并不冲突,因而不违反不适配的禁止原则。

(三) 规范基础

根据我国行政强制权的配置原则和机制,在现有法律制度框架内,并非所有作出行政决定者都有强制执行权,有强制执行权的行政决定者也并非都享有所有的强制执行手段。在这个意义上,对于行政机关而言,强制执行权的配置具有非充分性,此即行政决定保全制度的规范基础。

其一,并非所有作出行政决定者都有强制执行权。在强制执行权配置上,我国实行“以申请人民法院强制执行为原则,行政机关自行强制执行为例外”的二元体制,^{③⑥} 只有为数不多的行政机关被赋予了强制执行权(通过检索,现行有效的法律中共有 27 个行政机关具有行政强制执行权^{③⑦})。根据《行政强制法》第 13 条之规定,“行政强制执行由法律设定。法律没有规定行政机关强制执行的,作出行政决定的行政机关应当申请人民法院强制执行”。这体现了“强制法定原则”之严格限制^{③⑧}。一般而言,法律赋予行政机关强制执行权的,往往与保护公共价值的目的相关。例如,公安机关根据《治安管理处罚法》第 82、103 条可以采取强制传唤、强制拘留等措施,根据《集会游行示威法》

^{③①} [美] 汉密尔顿等:《联邦党人文集》,商务印书馆 1980 年版,第 400 页。

^{③②} See Michael D. Bayles, *Principles of Law*, Reidel Publishing Company, 1987, p.32.

^{③③} Vgl. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1999, S. 211 f.

^{③④} Vgl. U. Kranenpohl, *Inkompatibilität*, URL: <https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Inkompatibilität> (abgerufen am 27. Januar. 2025).

^{③⑤} [德] 康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,商务印书馆 2007 年版,第 383 页。

^{③⑥} 参见胡建淼:《行政法学》(第 5 版),法律出版社 2023 年版,第 494 页。

^{③⑦} 笔者以“行政强制执行”“扣缴”“拍卖、变卖”等为关键词,在北大法宝、全国人大官网上进行检索,共检索出 48 部与之相关的现行法律法规。通过对检索出的法律法规进行梳理,得出具有行政强制执行权的行政机关共计 27 个,具体如下:人民政府、公安机关、税务机关、海关、环境管理部门、农村农业管理部门、林业管理部门、草原管理部门、公路管理部门、交通运输管理部门、水管理部门、海事管理部门、海洋管理部门、渔业管理部门、野生动物保护部门、核安全监管部、石油天然气管道管理部门、城镇给排水管理部门、社保征收机构、港口行政管理部门、劳动行政部门、自然资源管理部门、安全生产监督部门、军事设施管理单位、住房和城乡建设主管部门、消防救援机构、国家安全机关。

^{③⑧} 参见马怀德主编:《行政法与行政诉讼法》(第 2 版),中国政法大学出版社 2012 年版,第 183 页。

第27、33条可以采取强制带离现场、强行遣回原地等措施;税务机关根据《税收征收管理法》第37、40条可以强制拍卖或变卖、扣缴等;海关根据《海关法》第60、93条可以拍卖、变卖扣留物品抵缴税款;等等。

其二,有强制执行权的行政决定者并不享有全部的强制执行手段。在现有法律框架内,虽然部分行政机关被赋予了强制执行权,但并未被赋予全部的强制执行手段。例如,公安机关具有的强制执行权以维护国家利益和公共安全利益的人身强制执行权为主,并不具有划拨存款、汇款等对财物的直接强制执行权。如果公安机关需要划拨存款、汇款的,应当申请人民法院强制执行。又如,海关和税务机关虽然具有划扣存款、变卖物品的强制执行权,但不具有人身强制执行权。如果海关、税务机关需要对人身进行强制执行的,应当申请人民法院强制执行。

其三,强制执行申请权客观上阻却了行政机关的诉前保全,但并不必然地保证司法判决的实现。从某种意义上讲,《行诉法解释》第77条没有规定行政机关的诉前保全,除了行政机关不具有起诉权之外,还可能是基于法律赋予了行政机关申请人民法院强制执行权的考量。但《行诉法解释》第156条对行政机关申请人民法院强制执行进行了严格的条件限制,只有起诉期届满,行政机关才能申请强制执行。实践中,待到法院采取行政强制执行时,被执行财产和被执行人已不知去向的情况非常普遍,行政决定的执行效果殊难保障。^③从功能上看,行政决定保全兼具保证行政决定实现的行政效用和保证司法判决实现的司法效用,但现有行政诉讼保全规范体系中,对行政决定保全的规定尚不完善,无法对强制执行权的非充分性进行有益补充,在此意义上,这也是行政决定保全制度的规范基础。

三、行政决定保全的适用分析

根据《行诉法解释》第76、77、159条之规定,行政机关可以提起诉中保全与非诉强制执行保全,却不得提起诉前保全。但在司法实践中,上述规定仍存在误用、混用之情形。

(一) 行政决定诉中保全的适用

根据《行诉法解释》第76条第1款之规定,诉讼期间的保全可以由行政诉讼的当事人提起。行政决定作出机关是行政诉讼的被告,属于行政诉讼的当事人。^④因此,行政机关当然可以在诉讼期间内根据《行诉法解释》第76条第1款提出保全申请,包括诉中财产保全与诉中行为保全。实践中,行政决定诉中财产保全和诉中行为保全是行政机关运用最多的情形。

^③ 参见田太荣:《完善中国行政强制执行模式的若干思考》,载《云南社会科学》2021年第5期,第52页。

^④ 需要注意,这里的当事人是指行政诉讼的被告,除行政机关外,法律、法规授权组织等行政主体也有权提起保全申请,具体规则可以参照适用行政机关提起保全申请的规定。

其一,诉中财产保全申请。根据《行诉法解释》第76条第1款之规定,申请诉中财产保全的主体为“当事人”,行政机关作为被告当然属于案件当事人。因此,如果因为行政相对人的行为或者其他原因,致使行政行为或者人民法院生效裁判不能或者难以执行具有高度盖然性,人民法院根据行政机关的申请可以裁定采取查封、扣押、冻结等财产保全措施。这一规定与我国台湾地区的“假扣押”制度相似,申请主体包括行政相对人和行政机关。^{④①}但并非所有国家都在行政诉讼法中规定了诉中财产保全,如德国,原因在于:就行政机关对公民之公法债权,可以在行政强制执行程序中查封拍卖债务人之财产;就行政相对人对国家之债权,行政机关以国家财政作为坚强后盾,不存在无法执行或者难以执行金钱给付义务的可能,故无保全的必要。^{④②}我国行政强制执行权二元分配体制使得大部分行政机关不能自行强制执行,^{④③}行政机关面临因当事人转移财产致使行政行为或生效判决无法实现的风险,在此情形下,行政机关具有申请财产保全的必要。再者,随着行政诉讼法律关系日益复杂化,例如,兼具民事诉讼与行政诉讼特点的行政协议诉讼,使得行政机关有必要对相对人申请财产保全以预防判决无法实现。^{④④}实践中,法院支持此类保全的理由大多为“防止被申请人逃避执行”,依据正是《行诉法解释》第76条。^{④⑤}

其二,诉中行为保全申请。对于公法上非金钱债权给付之外的行政案件,为确保将来之强制执行,可以申请行为保全以避免行政决定或者人民法院生效裁判不能或者难以执行。根据内容和功能的不同,行为保全在学理上可以分为两类^{④⑥}:一是禁止既存状态变更,其功能在于保全和维持既存之状态,我国台湾地区将其称为“保全强制执行之假处分”,即“保全处分”。例如,行政机关申请暂停相对人在某块土地上继续搭建房屋。二是暂时变更既存状态,其特征不在于“状态之改变”以防止重大不利益或者防止急迫危险,我国台湾地区将其称为“定暂时状态之假处分”,又称“规制处分”或“状态处分”,^{④⑦}例如,在环保执法相关的行政诉讼中,行政机关为防止涉案企业生产排放给环境造成巨大损害,请求法院裁定停止相对人的某项生产或排放行为。规制处分和保全处分的区别在于,前者是要改变现存的某种状态或秩序,而后者是要维持既存状态不变。在实践中,有法院依据《行诉法解释》第76条第1款,根据行政机关的申请发布环境保护禁止令,禁止企业向居民区排放油烟的行为,此即为“规制处分”型的行为保全。^{④⑧}

④① 我国台湾地区的保全制度包括假扣押、假处分制度,这两个制度与停止执行制度一起构成了“暂时权利保护制度”。其中,停止执行主要适用于撤销诉讼,假扣押、假处分适用于课与义务诉讼、一般给付诉讼和确认诉讼。“假”为暂时之意,假扣押为暂时扣押被申请人财产之意,假扣押制度与我国的诉中财产保全的区别在于,假扣押未区分提起保全的时间,包括诉前的财产保全和诉中财产保全。参见陈清秀:《行政诉讼法》,元照出版有限公司2015年版,第859页。

④② Vgl. Carl Hermann Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 9. Aufl. 1987, § 67 S.380.

④③ 参见罗智敏:《论行政行为的“先予执行”——从武汉拆迁案谈起》,载《中国政法大学学报》2016年第6期,第89页。

④④ 参见陈敏:《行政法总论》(第9版),新学林出版股份有限公司2015年版,第1608页。

④⑤ 参见湖南省长沙市芙蓉区人民法院(2020)湘0102财保672号行政裁定书。

④⑥ 参见前注④①,陈清秀书,第835-836页。

④⑦ 参见吴志光:《行政法》(第5版),新学林出版股份有限公司2012年版,第475页。

④⑧ 参见广东省深圳市龙岗区人民法院(2020)粤0307行初13号行政判决书。

（二）行政决定诉前保全的误用

基于整体性法律解释方法,《行诉法解释》第77条第1款所规定的“利害关系人”不包括行政诉讼被告,据此,行政机关不得提起诉前保全。但在实践中,有不少人民法院受理行政机关诉前保全申请并作出裁定的案例,存在对《行诉法解释》第77条第1款的误用。其原因在于对该款“利害关系人”仅作字面理解,没有结合上下文作整体解释,混淆了民事诉讼中的诉前保全与行政诉讼诉前保全的适用条件。

学理上,从文义解释的角度看,提出诉前保全申请的主体是“利害关系人”,而利害关系人的解释应当包括行政诉讼的原告和第三人,但不包括行政机关。根据通说,我国行政诉讼对“利害关系人”采取“法律上的利害关系”判断标准,最高人民法院将其解释为“行政机关的具体行政行为对公民、法人或者其他组织的权利义务已经或将会产生实际影响”^④。从体系解释的角度看,根据《行诉法解释》第12条之规定,行政机关不属于法条规定的利害关系人。此外,根据《行政诉讼法》第25条第1款之规定,利害关系人外在表现为有权提起行政诉讼。由于目前我国行政机关不能提起行政诉讼,因此,基于整体性解释之原则,《行诉法解释》第77条所规定的利害关系人亦不包含行政机关,行政机关无权提起诉前保全。^⑤从理论上讲,保全是一种暂时性的救济方式,其目的在于保障诉讼的顺利进行和判决的最终执行,所以诉前保全的申请人必须要在一定时间内提起诉讼,否则暂时性救济就可能越俎代庖,成为终局性救济。^⑥因此,我国的《民事诉讼法》第104条第3款规定,保全人在一定期限内不起诉的,人民法院应当解除保全;《行诉法解释》第77条第3款亦规定申请人提起诉前保全后应在“法院采取保全措施后三十日内依法提起诉讼”。但根据行政诉讼“民告官”的基本结构,行政机关始终不可能成为行政诉讼原告。由此可见,行政机关不能提起诉前保全在法解释学上毋庸置疑。

实践中,一些法院根据《行诉法解释》第77条之规定受理并支持行政机关提起的诉前保全,系错误理解了第77条规定的申请人。例如,在“新宁县卫生和计划生育局与何某某、田某某案”中,作为行政机关的新宁县卫生和计划生育局向法院申请了诉前财产保全,要求对相对人的涉案存款予以冻结,而法院在裁定书中指出行政机关的申请符合法律规定,并明确裁定保全的依据是《行诉法解释》第77条。^⑦又如,在“邹平市市场监督管理局与浙江辰颐物语生态科技发展有限公司案”中,邹平市市场监督管理局认为被申请人涉嫌组织网络传销,故向法院申请财产保全,请求冻结相对人的涉案存款,法院裁定支持了行政机关的申请,并明确裁定保全的依据之一是《行诉法解释》第77条。^⑧实践中,一些法院以《行诉法解释》第76条、第78条第1款为依据支持了行政机关的

④ 最高人民法院行政审判庭编:《〈关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释〉释义》,中国城市出版社2000年版,第26页。

⑤ 参见前注④,最高人民法院行政审判庭编书,第26页。

⑥ 参见吴庚、张文郁:《行政争讼法论》(第9版),元照出版有限公司2018年版,第545页。

⑦ 参见湖南省新宁县人民法院(2019)湘0528财保2号行政裁定书。

⑧ 参见山东省邹平市人民法院(2023)鲁1681执保2030号行政裁定书。

诉前保全请求,^{⑤4}这既误解了诉前保全的申请主体,也错误适用了法律依据。这类误用的案例并非个例,从涉及的行政行为来看,误用现象涉及社会抚养费征收^{⑤5}、行政追缴^{⑤6}等行政决定;就涉及的行政主体而言,涉及自然资源局^{⑤7}、卫生和计划生育局^{⑤8}、动物卫生监督局^{⑤9}等行政机关。基于前述分析,《行诉法解释》第77条并没有赋予行政机关提起诉前保全的权利,以上案例均属法律适用错误。

笔者认为,实践中对《行诉法解释》第77条的误用现象很大程度上与行政诉前保全脱胎于民事诉讼保全并深受其影响有关。首先,行政诉前保全参照民事诉前保全之立法定势思维。2018年以前,行政诉讼法及相关司法解释中并未出现诉前保全,2018年《行诉法解释》第77条首次对行政诉前保全进行规定。经比较分析,该条款几乎完全移植了2017年《民事诉讼法》第101条之内容,除增加复议条款外,并未进行实质性改造。也就是说,立法者认为行政诉前保全与民事诉前保全并无本质差异。其次,利害关系人包括原被告双方的思维定势被错误应用到行政诉讼领域。民事诉讼上的“利害关系人”是指与争议的诉讼标的在法律上具有利害关系的人,既表现为原告提起诉讼的必要条件,也表现为被告的适格主体要求。^{⑥0}法院对相关规定的错误适用进一步地加剧了这种错误认识,这从法院的行政裁定书中便可见一斑,如“申请人在人民法院采取保全措施后三十日内未依法提起诉讼或者申请仲裁的或者其他需要解除冻结措施的情形,应当及时申请解除保全”^{⑥1}。法院对诉前保全的解读并没有依据《行诉法解释》展开,而是适用了《民事诉讼法》,将“不申请仲裁或其他情形”作为解除保全的条件。此外,最高人民法院参与《行诉法解释》起草工作的法官在对司法解释的解读中,也回避了行政机关不属于利害关系人这一问题。尽管其肯定了行政机关不属于诉前保全的申请人,但理由却是“行政机关拥有行政管理职权及行政强制力,不需要借助法院的力量去弥补或者防范损害发生,因此一般不需要申请诉前保全”,^{⑥2}这实质上是作了非常含糊的回答。由此观之,行政诉讼法上诉前保全的发展尚处于起步阶段,许多问题亟待进一步厘清与完善。

^{⑤4} 参见浙江省象山县人民法院(2021)浙0225财保20号民事裁定书(笔者注:实际上应为行政裁定书)。

^{⑤5} 参见湖南省邵阳县人民法院(2019)湘0523财保580号行政裁定书;湖南省邵阳县人民法院(2019)湘0523财保582号行政裁定书;湖南省邵阳县人民法院(2019)湘0523财保583号行政裁定书;湖南省邵阳县人民法院(2019)湘0523财保584号行政裁定书等。

^{⑤6} 参见湖南省桂阳县人民法院(2018)湘1021财保28号行政裁定书;湖南省桂阳县人民法院(2018)湘1021财保29号行政裁定书;湖南省桂阳县人民法院(2018)湘1021财保30号行政裁定书;湖南省桂阳县人民法院(2018)湘1021财保31号行政裁定书;湖南省桂阳县人民法院(2018)湘1021财保32号行政裁定书等。

^{⑤7} 参见江西省庐山市人民法院(2020)赣0483财保1号民事裁定书;江西省庐山市人民法院(2020)赣0483财保2号民事裁定书(两案实际应为行政裁定)。

^{⑤8} 参见湖南省新宁县人民法院(2019)湘0528财保1号行政裁定书;湖南省新宁县人民法院(2018)湘0528财保136号行政裁定书等。

^{⑤9} 参见湖北省蕲春县人民法院(2018)鄂1126财保18号行政裁定书。

^{⑥0} 参见段文波:《论民事诉讼被告之“明确”》,载《比较法研究》2020年第5期,第176页。

^{⑥1} 前注^{⑤2},湖南省新宁县人民法院(2019)湘0528财保2号行政裁定书。

^{⑥2} 参见本书编委会编:《行政诉讼法及司法解释关联理解与适用》(下册),中国法制出版社2018年版,第537页。

（三）行政决定非诉强制执行保全的混用

根据《行诉法解释》第159条之规定,非诉强制执行保全是指行政机关或者行政行为确定的权利人在申请强制执行前的等待期间内向法院提出的保全申请。非诉强制执行的申请主体包括行政机关,^{⑥3}但实践中出现了依据诉讼保全之规定行非诉强制执行保全之事实的混用现象。就此而言,有以下几点需要注意:

其一,行政机关可以申请非诉强制执行保全。非诉强制执行保全最早可以追溯到2000年《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》第92条,《行诉法解释》第159条继续沿用这一规定。从文义解释来看,非诉强制执行的申请主体包括行政机关或者行政行为确定的权利人。因此,行政机关当然可以申请非诉强制执行保全。就其法理而言,非诉强制执行保全的目的在于保障行政决定的强制执行,确保行政法律关系的稳定和行政法律秩序的实现。行政机关作为法律秩序的维护者与公共利益的当然代表,既是申请非诉强制执行的主要主体,也是申请非诉强制执行保全的当然主体。

其二,非诉强制执行保全与诉讼保全的依据不同,不能混用。实践中,一些法院依据《行诉法解释》第76条诉中保全或第77条诉前保全的条款作出了准予非诉强制执行保全的裁定,具体混用情形包括:

（1）与诉中保全混用。《行诉法解释》第76条规定的是诉中保全,而不是非诉强制执行保全。理由有三:首先,立法者明确指出,该条款在制定时借鉴了2017年《民事诉讼法》第100条的规定,^{⑥4}而在民事诉讼法中该条所规定的保全仅限于诉讼过程中并无任何异议;其次,《行诉法解释》第76条位于“审理与判决”章节,该章节条款均是围绕着与审判相关的延期、回避、庭审等事项展开,进一步印证了该保全发生在审理期间;最后,有学者从申请主体出发,认为《行诉法解释》第76条明确了申请保全的主体为当事人,而当事人这一概念只在行政诉讼关系成立之后才存在,由此证成该保全只能发生在行政诉讼中。^{⑥5}不过,这一分析虽结论无误,但此观点仍需加以修正:当事人这一用语并非只出现在行政诉讼过程当中,行政决定中也存在着当事人之称谓,只是其指代的是行政决定针对的行政相对人,而不包括行政机关。^{⑥6}但是,一些法院却以《行诉法解释》第76条作为裁定非诉强制执行保全的依据。例如,在“保康资源规划局与杨某某案”中,法院不仅以《行诉法解释》第76条为非诉强制执行保全的依据,而且裁定责令杨某某在保康县新建的房屋立即停止施工。^{⑥7}这实际上属于“行为保全”的范畴,突破了非诉

^{⑥3} 《行诉法解释》第159条规定的申请主体与第76条诉中保全的申请主体并不完全相同,第76条规定的申请人为“对方当事人”,包括除行政机关外的行政主体,而第159条规定的申请人只有“行政机关或者行政行为确定的权利人”。

^{⑥4} 参见最高人民法院行政审判庭编著:《最高人民法院关于行政诉讼法司法解释理解与适用》(上),人民法院出版社2018年版,第374-375页。

^{⑥5} 参见前注^{⑥4},罗智敏文,第129-131页。

^{⑥6} 参见章剑生:《论行政处罚中当事人之协助》,载《华东政法学院学报》2006年第4期,第34页。

^{⑥7} 参见湖北省保康县人民法院(2019)鄂0626行保2号行政裁定书。

强制执行保全仅限于“财产保全”的内涵。

(2) 与诉前保全混用。《行诉法解释》第 77 条规定的是诉前保全,保全发生在诉讼之前,且以申请人提起诉讼为基本要件,行政机关不可能成为申请诉前保全的主体,故法院在支持非诉强制执行保全请求时将其列为依据之一显然是一种错误适用。例如,在“赤壁市自然资源和规划局与赤壁市秀兰房地产开发有限公司案”中,行政机关申请了非诉强制执行,为防止被申请人转移或隐匿财产,向人民法院申请冻结相对人赤壁市秀兰房地产开发有限公司的账户并查封其土地使用权,法院依据《行诉法解释》第 77 条支持了该保全请求。^⑧

四、行政决定保全的司法审查

司法审查是行政决定保全中的关键一环,法院对于最终是否采取保全措施具有决定性作用。是故,司法审查对保证行政决定保全的审查合法、公正至关重要。如前文所述,行政机关申请的保全有两类:一类是基于《行诉法解释》第 76 条提起的诉中保全,诉中保全又可分为诉中财产保全和诉中行为保全;另一类是基于《行诉法解释》第 159 条提出的非诉强制执行保全。这两类保全首先都需要经过必要性审查,在肯定保全必要性的基础之上,法院应当根据不同类型保全的不同构成要件,分情况予以重点审查,具体分述如下。

(一) 必要性审查

必要性审查是保全审查的第一步。行政机关申请保全作为一种对被申请人权益具有较大影响的手段,其启动应当保持慎重。因此,只有存在保全的必要性,才能进入到保全是否符合规定条件的审查阶段。总体上,必要性审查侧重于“重大且明显违法”标准的略式审查,同时将“不能或难以执行之可能性”纳入考察范围,并兼具“利益衡量”判断。^⑨

其一,“重大且明显违法”的略式审查标准。学界关于保全必要性的审查存在两种标准:一种是“严肃的问题”审查标准,其并不要求达到初步证明案件的程度,只需要提出的是一个严肃的问题,能够成为正当的诉讼主张及理由即可;^⑩另一种是“胜诉可能性”审查标准,其要求申请保全必须以初步证明一方具有较大胜诉可能性为基础^⑪。但是,以上标准通常与原告请求紧密关联,可见,学者们均是站在原告申请保全的立场上加以考察的。然而,基于行政机关申请保全与提起行政诉讼主体的不一致性可知,两种

^⑧ 参见湖北省赤壁市人民法院(2020)鄂1281行审39号之一行政裁定书。

^⑨ 德国学者曾提出停止执行裁判的三阶体系模式,可兹借鉴。Vgl. Kopp/ Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 18. Aufl. 2012, § 80 Rn. 130.

^⑩ See *Hamilton Watch Co. v. Benrus Watch Co.*, 206 F.2d 738 (2d Cir. 1953).

^⑪ 胜诉可能性(likelihood of success on the merits)是指寻求初步禁令或在上诉期间寻求阻止判决影响的诉讼当事人必须证明在诉讼或上诉中胜诉的合理可能性。See *Winter v. NRDC, Inc.*, 555 U.S. 7 (2008).

观点均有失偏颇。对于“严肃的问题”而言,若仅要求行政机关提出的保全是严肃的,基于法院对行政机关就行政事务作出的优先判断及处理的尊重,^{⑦②}则几乎不会存在否定的可能,而过于宽松的标准将导致审查虚置。除此之外,司法权对于行政权具有监督功能,^{⑦③}如果不对作为保全基础的行政决定加以任何审查,显然不符合行政法规范和控制行政权的核心价值。对于“胜诉可能性”而言,“可能性”意指仅需证明当事人有胜诉之可能,证明不必达到最终胜诉的程度,对保全基础的审查无须过高。^{⑦④}笔者认为,审查标准不宜过高这一观点值得肯定。因为保全通常具有紧急性,而且行政决定的审查对于专业性有较高要求,如果苛求法院对行政决定的内容、双方的权利义务等方面进行细致的实体审查后作出裁定,则会导致保全制度的设立本旨落空。^{⑦⑤}但是,将行政决定保全申请的审查标准表述为“胜诉可能性”并不妥当。因为在行政诉讼中,行政机关作为恒定的被告,并不强调其胜诉之说,确保行政决定合法、合理更是其依法行政的义务所在,而且行政机关申请非诉强制执行更无“胜诉”的说法。因此,与其称之为“胜诉可能性”,不如根据《行政诉讼法》第75条确立“重大且明显违法”的判断标准。如果行政决定存在重大且明显违法情形的,属无效行政行为,自始至终不产生效力,^{⑦⑥}也就不具有申请保全的必要性基础。从法理上看,执行与停止执行涉及“执行利益”(Vollzugsinteresse)和“延缓利益”之争,^{⑦⑦}如果行政行为的合法性有相当疑义,或者立即执行可能对相对人造成不可避免之损害,^{⑦⑧}则可以悬置行政行为的执行力;反之,则应当继续执行。就审查强度而言,法院对作为保全基础的行政决定的审查较粗略和概括,不探究细微与过度复杂性的问题,是一种“略式审查”,也可称为“低密度的明显性审查”。^{⑦⑨}“重大且明显违法”的略式审查的实质就是审查案涉行政行为是否具有合法性之外观。这一审查模式的优势在于,既能对行政机关施以有效的监督,避免无效行政行为的执行,也提供了极具操作性的“重大且明显违法”判断标准,形成了对司法裁量权的有效规制。^{⑧①}

其二,“不能或难以执行之可能性”的盖然性审查基准。只有当不采取保全措施可能致使行政决定或者生效裁判不能或难以执行,保全才具有必要性,否则,可等法院作出终局裁判后再实现。^{⑧②}尤其对于行政机关而言,基于其对于行政决定的执行力更具有强权控制,如果可以另循作出行政行为的方式实现所要求规制时,其提出的保全就缺乏必

^{⑦②} 参见黄先雄:《行政首次判断权理论及其适用》,载《行政法学研究》2017年第5期,第114页。

^{⑦③} 参见崔永东:《司法权监督行政权的路径试探》,载《首都师范大学学报(社会科学版)》2019年第4期,第37-39页。

^{⑦④} 参见毕潇潇、房绍坤:《美国法上临时禁令的适用及借鉴》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2017年第2期,第87页。

^{⑦⑤} 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39-40页。

^{⑦⑥} 参见王贵松:《行政行为无效的认定》,载《法学研究》2018年第6期,第162页。

^{⑦⑦} 参见前注⑧,〔德〕弗里德赫尔穆·胡芬书,第497页。

^{⑦⑧} Vgl. Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 18. Aufl. 2023, § 25 Rn. 1014.

^{⑦⑨} 参见林石猛:《行政诉讼类型之理论与实务》,学林文化事业有限公司2004年版,第524页。

^{⑧①} 参见张莹莹:《“诉讼停止执行”原则与“诉讼不停止执行”原则之争》,载《南海法学》2019年第2期,第37页。

^{⑧②} 参见叶菊芬:《不正当竞争诉前行为保全的司法审查》,载《人民法院报》2016年4月28日,第7版。

要性。^{⑧2}就这一角度来看,“不能或难以执行之可能性”的考察有其独立意义。据此,“不能或难以执行之可能性”的考察至少应当从危险性与紧迫性两个方向出发:一是危险性,即是否有证据证明确实存在对执行案涉行政行为产生威胁的客观事实,一旦损害发生则不可逆转;^{⑧3}二是紧迫性,即是否有证据证明情事急迫,若不立即对此加以阻止,则这一危险性有进一步恶化影响执行力的可能。对危险性与紧迫性应当一体判断,如果紧迫性很明显,则对危险性的审查标准可以降低;如果危险性很明显,则紧迫性的标准可以降低。

其三,“利益衡量”的判断。行政决定的保全本身就涉及代表公共利益一方的行政机关与代表个人利益一方的被申请人之间的利益冲突。是否采取保全措施,既影响着公共利益,也影响着个人利益。当保全对个人利益的损害显著大于对公共利益的损害时,亦不能称保全是必要的,因此,法院需要在公共利益与私人利益之间进行权衡,以判断行政机关申请保全的公共利益在此案中是否有被保护的必要性。事实上,如果在权衡时不对公共利益提出质与量的要求,法院通常会遵循公共利益绝对优先的原则,^{⑧4}进而大概率作出支持行政机关保全的裁定。然而,个人利益同样是至关重要的,公共利益与其他利益之间从来不存在一个固定的、绝对的、僵化的价值位阶秩序,^{⑧5}而是蕴含在具体个案之中。这意味着法院需要运用比例原则中“利益衡量”的基本方法,在个案中寻找需要优先保护的利益,进而决定是否有必要采取保全措施。除此之外,这种“利益衡量”的判断应当被客观反映在保全裁定书中,以作为法院作出最终裁定的充分理由。

(二) 诉中财产保全审查

诉中财产保全首先需要满足系属诉讼中、法院的管辖等一般程序要件。诉讼保全的实质要件则是“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”,此外还需要满足财产保全的范围审查。

其一,一般程序要件审查。保全属于诉讼中配套的暂时性机制,故保全的申请也需要满足审判权、管辖权、提起保全的时间等一般程序要件。就管辖权而言,因为诉中保全本就是向有诉讼管辖权的法院提出申请,诉中保全一般当然具备这一要件。就申请时间而言,行政机关只有待利害关系人业已提起行政诉讼之后,才能向人民法院申请保全。这意味着,法院应当审查与保全相关的案件是否已经进入诉讼程序,若行政机关在此之前提起保全,则法院应当裁定驳回。

其二,实质要件审查。对于诉中保全,行政机关申请保全的目的只能是保障行政决定执行,而不能基于其他理由,更不能无任何理由。从文义上看,诉中保全的实质要件是“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

^{⑧2} Vgl. Kopp / Schenke (Fn. 69), § 123 Rn. 22.

^{⑧3} See *Leachco, Inc. v. Consumer Prod. Safety Comm'n*, 103 F.4th 748, 749 (2024).

^{⑧4} 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224页。

^{⑧5} 参见许玉镇、许敏玉:《公共利益与私人利益的行政法考量》,载《山西财经大学学报》2009年第2期,第227页。

难以执行”。从行为上看,“一方当事人的行为”是指一方当事人对行政决定涉及的财物有变卖、隐匿、转移、毁损、挥霍或者抽逃资金等行为;“其他原因”则是指除当事人行为以外的客观原因而导致相关财物的价格急剧降低、贬值或者是被破坏。从结果上看,需要达到财物已经不存在而“不能执行”,或者是财物被转移、隐匿、不足以实现决定内容等“难以执行”的程度。^{⑧6}从司法实践来看,“为防止被申请人转移财产”是法院常见的裁判理由。例如,在“会东县公安局与詹某某等人案”中,法院支持保全的理由就是“为避免被申请人转移财产”。^{⑧7}

其三,保全财产范围审查。财产范围是法院审查财产保全的必要环节。保全之本意是为了保障行政决定执行,因此申请保全的财产范围必须与行政决定有关,亦不能超过必要限度。具体而言,保全限于请求的范围或者与本案有关的财物。(1) 价额限制。保全的财产范围限于请求的范围是指申请保全财物的价额应限制在行政决定所指向价额的范围之内,而不能超过这一范围。^{⑧8}有学者指出,“请求的范围”可以扩大至诉讼请求的最高限额,即包括诉讼费用、保全费用、执行费用等。^{⑧9}对此,法院应当在个案中审慎灵活地加以把握,如果申请保全的范围明显大于行政决定内容或者明显超出保全必要的,应对超出部分予以驳回。^{⑨0}(2) 对象限制。保全财产范围限于与本案有关的财物。首先,如果行政决定直接指向特定财产,如被扣押的物品、冻结的存款等,则保全请求应当与其直接对应以保障决定执行。此时若行政机关申请保全与本行政决定无关的其他财物,法院当予以驳回。其次,虽然不是行政决定所涉及的财物,但与行政决定有牵连的财物也可能属于保全财产范围,如被处以罚款的人员在银行中的存款等。^{⑨1}在一般情况下,凡是属于被申请人且能够成为执行标的的财产都可以成为保全的对象,它既可能包括金钱、动产、不动产,也可能包括现有财产、可期待财产^{⑨2}。对此,法院有必要根据行政机关作出的行政决定的性质分情况加以审查。(3) 须同时满足保全财产价额限制与对象限制。从文义上看,尽管《行诉法解释》第78条使用了“或者……”的选择型表达,但通过上述分析可知,“限于请求的范围”是对于保全价额的限制,“与本案有关”是对于保全对象的限制,两者属于财产范围的不同维度,不能一概而论。^{⑨3}无论是只限制价额不限制范围,还是只限制范围不限制价额,都可能对被申请人造成不必要的额外损害。但在实践中,对《行诉法解释》第78条中的“或者”一词未予肯定,已然构成对“需要同时满足”的默认。^{⑨4}因此,法院应当同时从价额和对象两个方面把握保全的财产范围。

⑧6 参见前注⑥4,最高人民法院行政审判庭编著书,第375页。

⑧7 参见四川省会东县人民法院(2023)川3426行审134号行政裁定书。

⑧8 参见汪军、施啸波:《民事诉讼“非必要财产保全”问题研究》,载《法律适用》2023年第9期,第107页。

⑧9 参见梁风云:《行政诉讼法司法解释讲义》,人民法院出版社2018年版,第216页。

⑨0 参见李文达:《法院在财产保全中应尽到审慎审查义务》,载《人民法院报》2019年7月25日,第7版。

⑨1 参见前注⑧9,梁风云书,第216页。

⑨2 关于可期待财产,参见《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》第158、159条。

⑨3 参见刘学在、胡振玲:《论财产保全范围的完善》,载《人民检察》2000年第8期,第10-11页。

⑨4 参见前注⑥4,最高人民法院行政审判庭编著书,第380页。

（三）诉中行为保全审查

法院对诉中行为保全一般要件的审查与诉中财产保全审查的内容一致。此外,尽管《行政诉讼法》和司法解释中没有对行为保全的范围作出限定,但依据比例原则的要求,行为保全需要满足适当性、必要性和均衡性的要求。

其一,适当性审查。所谓适当性是指,行为保全要有助于实现行政决定欲达成的公益目的。例如,在“深圳市小辣椒餐饮公司诉深圳市福田区生态环境局行政处罚案”(以下简称“深圳市小辣椒餐饮公司案”)中,餐饮公司直接将油烟低空排放至小区公共区域,福田生态环境局作出行政处罚后相对人不服诉至法院,在诉讼过程中行政相对人以该行政行为尚未生效为由,不履行行政处罚决定所确定的义务,持续经营餐厅并排放油烟。小区居民持续投诉,行政机关于是向法院申请环境保护禁止令,法院依据《行诉法解释》第76条第1款发布环境保护禁止令。^⑤ 这里的环境保护禁止令就属于诉中行为保全。此案中,行政机关申请保全的目的在于防止油烟影响居民正常生活,其公益价值在于环境保护的迫切性,而环境保护禁止令这一方式有助于达成行政决定欲实现的公益目的。

其二,必要性审查。如果说适当性审查侧重于审查行为保全手段与目的达成之间的合理联系,那么必要性审查就是要求在有多项方式维护公共价值时选择对权利侵害程度最小的手段。例如,在上述“深圳市小辣椒餐饮公司案”中,法院表示,“本案中的环境保护禁止令,不代表他们不能从事餐饮,禁的是油烟,禁的不是营业,而营业的前提是必须不能乱排油烟”。^⑥ 从此案可以看出,尽管行为保全是为了实现公益目的,但在有多种方式可以选择时,应当选择对私益损害最小的方式。

其三,均衡性审查。这是指法院应当审查行政机关申请的行为保全维护公益的目的与对私益的损害是否合乎比例。在决定行为保全前,要求法院对申请人的保全需求和被申请人因该措施所遭受的不利之间进行利益衡量。^⑦ 对于行为保全可能造成相对人利益受损的,法院可以根据《行诉法解释》第76条第2款要求行政机关提供担保,不提供担保的,裁定驳回申请。

（四）非诉强制执行保全审查

法院审查非诉强制执行保全一般包括如下几个要件:一是程序要件,如管辖与时间;二是实质要件,即“有充分理由认为被执行人可能逃避执行的”。此外还须注意担保不是必要要件。

其一,程序要件。法院应当首先审查自己对该保全有无管辖权,以判断是否对该申请进行进一步审理。在非诉强制执行保全中,行政机关一般应当参照《行诉法解释》

^⑤ 参见前注④,广东省深圳市龙岗区人民法院(2020)粤0307行初13号行政判决书。

^⑥ 参见解树森:《首张环保禁止令治理“油烟扰民”——龙岗法院依法守护群众健康生活》,载《深圳特区报》2022年12月06日,第A05版。

^⑦ 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》,载《法律科学》2015年第4期,第99页。

第77条第1款之规定,向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的法院申请保全。但值得注意的是,基于实践中对完善非诉强制执行保全的探索,可能出现行政机关申请保全时的法院具有管辖权,但之后诉讼法院却与保全裁定法院不是同一区域或者不是同一级别之情形。针对这一情况,由于相对于诉讼裁判而言,保全裁定居于从属地位,可参照“从随主”之原则,通过移送管辖权来处理,即依法裁定采取保全措施却对案件没有管辖权的人民法院,应当将相关案卷、保全审查裁定和保全申请费一并移送有管辖权的人民法院。就时间要件而言,行政机关能够申请非诉强制执行保全的时间,始于行政决定对外发生法律效力后,终于申请非诉强制执行前。如果行政机关既提出保全申请,又提出非诉强制执行的,出于有利于保障权利的考虑,法院应当视为行政机关是在申请非诉强制执行前的财产保全,应当首先对保全进行审查。^{⑨8}

其二,实质要件。从文义解释的角度看,申请非诉强制执行保全应当满足“有充分理由认为被执行人可能逃避执行的”之条件。从行为上看,非诉强制执行保全更强调被执行人主观上逃避执行的故意,存在逃避执行的积极行为,即通过变卖、隐匿、转移、毁损、挥霍或者抽逃资金等行为达到逃避目的,而因客观因素产生的其他对行政决定执行力产生影响的情况则不属于此范畴。从结果上看,需要达到“有充分理由”的程度。这就意味着,行政机关必须要通过提供相应证据证明被执行人有逃避执行的意思表示,如被执行人有不良诚信记录、大笔异常支出或者有对财产恶意损毁等行为。然而,司法实践中因其他理由申请或准予保全的却不在少数。具体而言,有因“被申请人未主动履行行政决定,为防止被申请人逃避执行的”;^{⑨9}有因“为了便于执行,防止被申请人转移、隐匿财产的”;^{⑩0}有因“被申请人未履行行政决定”且“行政机关已提供担保的”的;^{⑩1}还有因“不及时执行将危害国家公共利益的”。^{⑩2}这些理由并不完全符合《行诉法解释》第159条之规定,反而一定程度上更贴近第76条所规定的“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的案件”之条件。这些混用现象既是法院论证说理不够充分的体现,也是法院审查标准不够明确的表现。鉴于此,法院应坚持主客观相统一的判断标准——只有当行政机关充分证明了被执行人确有逃避执行的合理性与现实性,^{⑩3}才能认可其符合申请保全的实质要件。同时也要完善现有司法解释,对非诉强制执行保全作出更加详细明确的规定。

其三,提供担保不属于行政机关申请保全的必要条件。从司法解释来看,司法解释仅要求行政行为确定的权利人申请保全必须提供财产担保,而对行政机关没有要求。究其本质,要求担保是因为保全不会对所涉行政决定进行实体性审理,担保是为了对这种

^{⑨8} 参见前注^{⑨2},本书编委会编书,第961页。

^{⑨9} 参见湖南省长沙市芙蓉区人民法院(2017)湘0102财保168号行政裁定书。

^{⑩0} 参见河北省邯郸市永年区人民法院(2018)冀0408财保420号行政裁定书。

^{⑩1} 参见湖南省攸县人民法院(2017)湘0223行审203号之一行政裁定书。

^{⑩2} 参见河南省新野县人民法院(2019)豫1329行审391号行政裁定书。

^{⑩3} 参见前注^{⑨2},本书编委会编书,第961页。

可能发生的错误保全进行一种事先的预防性保障。^⑩然而,针对行政机关的错误有专门的国家赔偿制度,若发生保全错误,可以通过国家赔偿承担赔偿责任,而无须由行政机关提供担保予以保障。^⑪从这个角度看,行政机关以国家税收和国家信用对保全错误产生的损失承担无限责任。故,法院不得以行政机关未提供担保为由裁定驳回保全。

五、余论：行政决定保全的法律完善旨要

行政决定保全关乎行政决定所承载的公共价值的实现,但实践中出现的种种现实问题表明,行政决定保全的规范依据亟待完善。鉴于行政诉讼保全和民事诉讼保全的不同,有必要在参照民事诉讼保全制度的同时,结合行政诉讼的特殊性进行完善。

其一,增设《行政诉讼法》保全条款。我国自1991年起便在司法解释中对行政决定保全进行探索,2018年《行诉法解释》更是对保全进行了详细规定。^⑫在法律层面,2014年修正的《行政诉讼法》第101条增加了“财产保全适用《民事诉讼法》的相关规定”的参照适用条款;2017年修正的《行政诉讼法》没有涉及保全条款的修改和完善,关于行政决定保全的法律依据仍为原《行政诉讼法》第101条。显然,《行政诉讼法》中行政决定保全参照适用的概括性规定已无法满足实践需求。故应在《行政诉讼法》中增加符合行政诉讼属性的行政决定保全条款。从修法方向上,应在《行政诉讼法》第七章第一节第56、57条之间增加保全条款,分别对应《行诉法解释》第76、77条诉中保全、诉前保全;在第八章第97条前增加保全条款,对应《行诉法解释》第156条非诉强制执行保全。此外,《行诉法解释》对保全范围、保全程序、解除保全、保全错误等事项的规定,作为保全制度必不可少的部分,也应在立法时一并完善。

其二,完善《行政强制法》保全规定。《行政强制法》自2012年实施后已有十余年未修改,明显与实践脱节,导致行政机关在适用法律时产生诸多疑问。在《行政强制法》中增加非诉强制执行保全规定,不仅是完善非诉强制执行相关措施的应有之义,也是对行政实践需求的重要回应。从构成上,完善行政机关申请非诉强制执行保全的规定至少应当从以下三个方面展开:一是增加保全类型。非诉强制执行保全应增加行为保全,而不限于财产保全,以切实保障强制执行决定的实现。^⑬二是限定申请时间。可以参照《最高人民法院行政审判庭对如何执行〈关于执行中华人民共和国行政诉讼法若干问题的解释〉第九十二条的请示的答复》,限定行政机关申请保全的时间为行政行为生效后至

^⑩ 参见丁文严:《民事行为保全的申请与审查》,载《人民司法》2017年第34期,第78-79页。

^⑪ 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55页。

^⑫ 最高人民法院在1991年的《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释(试行)》中,首次规定了行政诉讼中的财产保全;在2000年的《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》中,新增了非诉强制执行前的财产保全;但在2015年的《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》中,将前述两部司法解释中有关于保全的规定全部剔除;2018年的《行诉法解释》详细规定了保全。

^⑬ 参见向忠诚、邓辉辉:《非诉行政执行制度研究》,中国政法大学出版社2016年版,第128页。

非诉强制执行申请前。三是明确申请条件。行政机关申请非诉强制执行保全应满足“有充分理由认为被执行人可能逃避执行”的基本要求。其中,“有充分理由”应该坚持主客观相统一,即行政机关的主观认知必须具有有形、现实且客观的根据且达到非常充分之证明标准。另外,财产担保并非行政机关的强制性义务。

其三,出台“行政决定保全”司法审查规范。如前文所述,司法实践中,法院在审查行政机关提起的行政决定保全申请时,对保全规范的适用存在着误用和混用的情形,导致了行政决定保全审查结果具有差异性。其中,保全适用要件不清晰、审查标准不明确是导致法院错误适用法律规范的重要原因。故,有必要出台专门的“行政决定保全”司法审查规范以提供精细化的操作标准,重点需要明确行政决定保全的适用要件、不同种类行政决定保全的审查重点、行政决定保全的审查工具,同时应适当降低行政决定保全的审查标准,以确保行政决定保全制度本旨的实现。

Abstract: The preservation of administrative decision is an interim measure initiated by the administrative organ to the people's court to safeguard the implementation of administrative decisions or future effective judgments. The objective of the preservation of administrative decision is achieved by restricting administrative counterparties or interested parties from disposing of property or compelling them to do or not to do particular acts to prevent irreparable damage. If the public value maintained and created by administrative decision is the value foundation for the preservation of administrative decision, the institutionalized construction of the de-administration of the enforcement power of administrative decision constitutes its institutional foundation, while the non-sufficiency of the configuration of the execution power of administrative decision is its normative foundation. From the perspective of the application of the preservation of administrative decision, the administrative organ can initiate preservation during litigation and non-litigation enforcement, but cannot apply for pre-litigation preservation. However, in practice, there are phenomena such as misuse and mixing. In deciding whether to grant preservation, the court shall first conduct a necessity review, and then respectively review the elements of property preservation in litigation, conduct preservation in litigation, and non-litigation enforcement preservation. With the increase in the number of administrative preservation cases, it is necessary to improve the administrative preservation norms in the *Administrative Procedure Law* and the *Administrative Enforcement Law* and to introduce specialized review norms for the preservation of administrative decision.

(责任编辑:唐月洁)