

# 德日两国起诉(不)停止执行原则之比较

彭情宝

(广西民族大学政法学院, 广西南宁 530006)

**摘要:** 基于不同的法制背景和价值衡量, 各国立法对行政诉讼法中起诉是否停止问题采取了两种对立的立场, 其中以德国的起诉停止执行原则和日本的起诉不停止执行原则最具代表性。通过对德日两国起诉(不)停止执行原则在理论基础、具体内容方面的比较分析, 得出结论: 德国的起诉停止执行原则更具合理性。

**关键词:** 行政诉讼; 起诉不停止执行原则; 起诉停止执行原则

**中图分类号:** D908   **文献标识码:** A   **文章编号:** 1008-309X(2008)06-0075-06

行政诉讼程序的启动对被诉行政行为的效力, 特别是对被诉行政行为的执行力将产生何种影响是行政诉讼中的一个重要研究课题。基于不同的法制背景和价值衡量, 各国立法对此问题采取了两种对立的立场, 其中以德国的起诉停止执行原则和日本的起诉不停止执行原则最具代表性。在我国, 关于现行立法中的起诉不停止执行原则存在较大争议, 主要有以下几种观点: 一种观点认为, 此原则符合我国的法治精神和宪政原则, 是合情合理的, 应予以坚持, 持这种观点的学者只是少数<sup>[1]</sup>; 另一种观点认为, 此原则与我国的诉讼实际、法治精神并不相符, 应废除并建立起诉停止执行原则<sup>[2]</sup>; 还有一种观点认为, 起诉不停止执行原则虽有诸多弊端, 但从我国的国情出发, 还是该原则适宜, 但应对其完善<sup>[3]</sup>。这些学者在指出问题后, 并没有提出如何修改、完善这一原则。因而, 本文对最具代表性的德日两国关于起诉是否停止执行原则作比较研究, 以此作为我国立法之借鉴。

## 一、德日两国起诉(不)停止执行原则理论基础之比较

### (一) 日本起诉不停止执行原则之理论基础

起诉不停止执行原则最早起源于法国等欧陆国家, 后被日本及我国台湾等地所吸收, 成为行政诉讼法中的一项特有原则。时至今日, 在英美法系国家也有类似的规定。考察日本为何以起诉不停止执行为原则, 其理论基础主要有:

#### 1. 行政行为的公定力理论

一般认为, 行政行为具有四种效力: 公定力、确定力、拘束力和执行力。起诉不停止执行原则的理论基础之一即是行政行为的公定力理论。公定力的概念最早由日本学者美浓部达吉提出, 以国家意思之公定力为核心, 认为: “关于行政行为, 一般说来行政厅的组织完备, 行政厅被赋予依据法规处理行政行为的权威, 并且因为行政厅代表国家或者公共团体的权力, 所以, 其行为

收稿日期: 2008-03-27

作者简介: 彭情宝(1981-), 男, 湖南邵东人, 硕士研究生, 研究方向: 行政诉讼法

暂且被推定为合法,便是当然的事情了。”<sup>①</sup>在美浓部达吉明确提出公定力概念后,经田中二郎等人的发展,逐步成为日本的通说。公定力理论对其他大陆法系国家或地区行政法学的发展产生了深远影响,几乎一致承认行政行为具有公定力——“行政行为最重要的特色在于,尽管是有瑕疵的行为,但这种行为也具有公定力,对方仍有服从的义务。”<sup>[4]</sup>

## 2. 行政的特性理论

作为国家职能之一的行政是为实现国家目的,运用制定政策法规、规章、组织实施管理、命令、监督制裁等方式执行国家法律和权力机关意志的活动。行政不同于司法,也不同于立法。立法是制定普遍性规则的活动,司法是适用法律解决争端的活动,行政是为了达到某种目的而逐日进行的具有连续性的具体活动。行政在顾及合法性的同时,更需要考虑到行政的效率问题,这是由国家资源的有限性和行政管理的复杂性、多变性决定的。如果因公民、法人或其他组织对行政主体的具体行政行为不服而提起诉讼,就中止行政行为的执行,就会阻碍国家行政管理活动的顺利进行,降低行政管理的效率,在诉讼较多的情况下还可能致使整个行政管理工作陷入瘫痪。因此,为了保障国家行政管理工作的有效进行,行政诉讼适用了起诉不停止执行原则。

## 3. 公益优先理论

公益优先理论源于利益衡量理论。利益衡量理论萌芽于德国的自由法学和利益法学,并受到美国现实主义法学的深刻影响,20世纪60年代由日本学者加藤一郎和星野英一将其体系化后,逐渐成为一种流行的法学思考方法。所谓利益衡量是指各种利益发生冲突时,主体对各种利益进行比较、作出评价,并进行选择的活动。利益衡量理论以价值相对主义为基础,注重甲、乙双方具体利益的比较。加藤一郎指出:“对于具体情形,究竟应注重甲的利益,或是应注重乙的利益,进行各种各样细微的利益衡量以后,作为综合判断可能会认定甲获胜。”<sup>[5]</sup>利益衡量涉及价值的比较判断、选择取舍,是一个复杂而困难的问题,各国基于不同的法制理念和价值追求,对效率与公正、公益与私益各有取舍。日本等传统大陆法系国家认为,在行政诉讼所争议的行政法律关系中,一方是行政机关,代表了国家和社会的利益,一方则是行政相对人,代表了个人利益。行政诉讼实际上是公共利益与个人利益之间的对垒和冲突。在这种情况下,法律通常倾向于保护多数人的利益。因此,虽然起诉停止执行更有利于保护行政相对人,但为了公共利益,法律仍规定起诉不停止执行。

### (二) 德国起诉停止执行原则之理论基础

德国行政诉讼法确立的起诉停止执行原则,依照德国一贯的传统见解,被认为是一项“公法诉讼上的根本原理”。起诉停止执行之所以成为德国行政诉讼上的一项重要法律原则,其理论基础主要有:

#### 1. 行政行为的确定力理论

德国学者认为,起诉不停止执行并非公定力的必然结果,之所以在行政诉讼中设定起诉停止执行原则,与其适用对象——行政处分的确定力,具有密切的联系<sup>[6]</sup>。德国《行政程序法》第43条规定:“(1)行政行为以对相对人或因该行为而涉及的人通知的时刻开始生效。行政行为内容的有效以通知为准。(2)行政行为未被撤销、废止、以其他方式终止或通过期限届满或以其他方式消灭之前,持续有效。(3)无效行政行为始终不产生效力。”<sup>[7]234</sup>即行政机关作出的行政行为,即使存在着瑕疵,也并非当然无效,而是仅得撤销。为了避免人民的权利在诉讼期间遭受本可避

① 转引自:杨建顺.日本行政法通论[M].北京:中国法制出版社,1998:381.

免的损失，阻止争议行政行为的效力，而设计了起诉停止执行原则。

## 2. 宪政理念

德国《行政法院法》第 80 条规定：“申请复议及确认无效之诉具中止执行的效力，本款也适用于创设性质行政行为、确认性质行政行为及具有双重效力的行政行为。”<sup>[7]259</sup> 因而德国行政诉讼法采用起诉停止执行原则，行政处分因诉愿及撤销诉讼而产生“延缓效力”（die aufschiebenden Wirkung），或者说是中止执行的效力（Suspensiv effekt）。《行政法院法》第 80 条所揭示的起诉停止执行原则，并非是一种部门法理论层面的问题，而是具有基本法所确立的“权利保护的效率性”。究其原因，主要是源于德国《基本法》第 19 条第 4 款确立了权利保护之无缺漏，“任何人的公权利遭受不法侵害时，皆可请求法院救济”。有权利受侵害即有救济之机会，人民在其权利受到侵害之时，有请求法院救济的权利。因此该条不仅赋予了人民诉权，而且确定了保护人民权利的有效性，并有排除事实上因既成事实而架空权利保护的作用。

## 3. 私益优先理念

德国之所以采取起诉停止执行为原则，与其对行政相对人利益的空前重视分不开。德国《行政法院法》制定于 1960 年，而当时正是德国战败重建家园之时，德国人民对于纳粹时代及其鹰犬机关对人民的暴行仍记忆犹新。深受战争之苦的德国人民认识到必须对历史经验作出总结，改变德国的社会政治统治，以期避免战争之火再在德国这片土地上燃起。因此，德国人民对自由、民主以及私权的呼声空前高涨，这一背景下，不论是德国的基本法，还是行政法，均深深地烙上了私权的印迹。因此，德国行政诉讼在设计暂时法律保护制度时以诉讼停止执行为一般原则，作为一项“公法诉讼上的根本原理”写入了行政法院组织法中。

## 二、德日两国起诉(不)停止执行原则具体内容之比较

从上文可知，不论是采取起诉停止执行原则的德国，还是采取起诉不停止执行原则的日本，均有着深厚的理论基础。那么，这两种原则在具体内容的设计上是否存在异同呢？

### （一）停止执行的实定法依据、适用对象和条件之比较

德日两国起诉（不）停止执行原则的实定法依据，都有宪法上和行政诉讼法上的依据。日本《宪法》第 32 条规定：“任何人在法院接受审判的权利不得剥夺。”日本于 2004 年修正的《行政案件诉讼法》第 25 条第 1 款规定：“撤销处分之诉的提起，不妨碍处分的效力、处分的执行及程序的进行。”同条第 2 款以下以及第 26 条、28 条、29 条对停止执行的要件、程序、以及撤销分别作出了规定。其中，最核心的条款是 25 条第 2 款与第 4 款，这两个条款从一正一反规定了停止执行的要件，其中第 2 款是停止执行的积极要件：“为避免由于处分、处分的执行或程序的进行而产生的重大损害，在有紧急处置必要时，法院根据申请，可以决定全部或部分停止处分的效力、处分的执行及程序的进行。”第 4 款是停止执行的消极要件：“如果停止执行有可能对社会福祉带来重大影响，或就本案来看理由不成立的，则不能停止执行。”<sup>[8]</sup>

德国《基本法》第 19 条第 4 款规定：“任何人的公权利遭受不法侵害时，皆可请求法院救济。”德国《行政法院法》第 80 条（行政复议和撤销之诉的延缓效力）、第 80a 条（具有第三人效力的行政行为）和第 123 条（停止执行的对象和程序）也对起诉停止执行原则作出了规定。《行政法院法》的上述条文适用于不同的具体情况。如诉讼中涉及的是撤销之诉，则依据《行政法院法》第 80 条、第 80a 条，行政法院可以针对干涉性行政行为决定采取停止执行措施；如果诉讼中涉

及的不是撤销之诉,则应依据《行政诉讼法》第123条之规定采取停止执行措施。一般而言,《行政诉讼法》第80条规定的程序和第123条规定的程序是彼此排斥的,只有在不能适用第80条的情况下,才可以适用第123条。除此之外,还有专门适用于规范审查申请的停止执行措施,其依据是《行政诉讼法》第47条第6款<sup>[9]</sup>。

### (二) 停止执行的申请、决定和审查标准之比较

行政救济中的临时权利保护要求利害关系人自己去动员行政机关或者法院采取临时保护措施,也就是说,利害关系人因此就得承受解释和提供证据的负担:必须证明这种保护是必要的<sup>[10]</sup>。

对于申请停止执行的时间,德国和日本有所不同。根据日本《行政案件诉讼法》第25条第2款的规定,申请停止执行必须是在“已有了提起的取消诉讼时”,也就是说,提出停止执行的申请是在行政相对人提起撤销之诉并且法院受理案件以后。而德国《行政诉讼法》第80条第5款则规定行政相对人申请停止执行的时间不限制在撤销诉讼进行之中,在诉前亦可申请停止执行。

对于停止执行的决定,德日两国法院都有自由裁量的权力。法院如果认为行政相对人的申请符合停止执行的条件,可以裁定暂停行政行为的执行;如果情况发生变化,法院也可以随时取消暂停执行的命令。但两国在审查标准上又有所不同。

日本有关停止执行的审查标准问题着重于分析相关法条所规定的要件概念的内涵,以及与“积极要件”和“消极要件”相关的举证责任的分配。如果申请缺乏“积极要件”或“消极要件”必然会导致驳回停止执行之申请或准许的裁定;如果申请同时具备“积极要件”和“消极要件”所要求证明的事项,而两项要件又具有彼此冲突或竞合的情况时,法院应该如何裁定,究竟是驳回还是准许,在日本学界和实务界已引起重视,但是一套完整的、并且能够调和各要件间冲突或竞合的实体审查标准,至今仍未能建立。

德国关于停止执行申请的实体审查标准的讨论日益增多,且颇见成效。德国传统学说上主要有“略式审查”和“利益衡量”两种模式。“略式审查”中,停止执行的申请有无理由主要是考虑申请人在本案诉讼中是否有胜诉的可能性,即对于争议行政处分违法与否的判断,其与本诉中的审查相同,只不过较之更为简单粗略而已,所以将此种审查程序称为“略式审查”。而在“利益衡量”模式中,法院对于申请人在本案中胜诉的可能性持中立态度,主要是比较评价若准许停止执行但却败诉与若驳回停止执行但却胜诉的两种后果孰轻孰重,以此来判断申请人的申请是否具有理由。德国法院的判例一般倾向于“利益衡量”模式的运用。现在也有很多法院偏向采用一种叫做“阶段体系”(Stufen system)的审查模式。第一步对申请人在本案诉讼中的胜诉可能性进行审查。如果胜诉的可能性很大,就裁定停止执行,反之则不停止执行。如果经过明显违法性审查仍然无法判断申请人胜诉的可能性,则进入到第二个阶段的“利益衡量”审查。

### (三) 停止执行的效果之比较

德国《行政诉讼法》第80条规定的是行政复议和撤销之诉的延缓效力,那么延缓效力的确切含义是什么?对此,德国主要存在两种观点:一种是德国联邦行政法院奉行的中止执行说,认为行政行为的效力在中止执行中仍然受维持,只不过它不得被执行,但此说难以解释涉及第三人效力行政处分的适用性;一种是效果说,认为临时法律保护涉及行政行为本身的法律效力,目前这种学说已成为德国的主流观点。日本《行政案件诉讼法》第25条第2款针对停止执行设置了处分效力的停止、执行的停止和程序的继续进行3种停止类型。这3种停止类型从避免过分停止的宗旨出发,规定能够通过处分的执行或者程序续行的停止来实现相关目的的情况下,不得进行

处分效力的停止，停止执行的效果仅面向未来发生。同时，根据《行政案件诉讼法》第32条第2款的规定，停止执行的决定具有对第三人的效果。可见，日本立法采取的是效果说<sup>[11]</sup>。

### 三、对德日两国起诉(不)停止执行原则之评价

#### (一) 在理论基础方面

根据前文的比较分析，我们不难看出日本采取起诉不停止执行原则，其理论基础有着巨大缺陷。公定力理论并不能很好地解释行政行为为何不因起诉而停止执行，国家行为的推定有效，并不是必定有效；只是视为合法，并不是必然合法，相对人诉权的存在本身就说明了这种不合法的可能性的存在，而在相对人明确提出起诉时，就总体而言，这种不合法的可能程度将有所增加。从行为效力看，起诉后被诉具体行政行为的效力处于一种不确定状态，而不再是原来的“推定有效”，这种情况下执行该行为从效力角度看尚难自圆其说。行政管理的连续性与效率要求也不是一个充分的理由，行政行为执行的临时被打断不能认为是对行政管理连续性的破坏，首先这种执行的被阻碍不是长期的或永久的，只是一个短暂的过程；其次，行政行为一经作出就必须随之得到执行，这也不符合现代行政既重效率又重公正、双重兼顾的趋势。何况违法的行政行为即使得到及时执行，也只会欲速不达，反而降低行政效率，效率与效果是统一的<sup>[12]</sup>。

反观德国的确定力理论，其将行政行为的确定力分为形式上的不可争执性和内容上的不可变更性，以分别对应形式上的确定力和实质上的确定力。确定力理论的提出意在淡化行政权的“特权”色彩，强调行政相对人与行政主体之间地位的平等性，并且其效力的相对性与行政行为的撤销或废止紧密相连，这对相对人的权益保障较日本的公定力理论更有说服力，更能让人信服。

#### (二) 在价值取舍与利益衡量方面

如前所述，起诉(不)停止执行原则在本质上是效率与公正、公益与私益相互博弈，立法者利益衡量和价值相取舍的结果。以日本为代表的国家，奉行起诉不停止执行原则，一般通过利益衡量之后，以效率和公益作为价值取向；而以德国为代表的国家，奉行起诉停止执行原则，通过利益衡量之后，以公正和私益作为价值取向。笔者认为，现代法治社会，国家权力的权威性不应仅仅体现为强制性、暴力性，而更多地需要合法性、正当性，甚至合理性。政府应减少对国民生活的干预，相应给国民提供更多的“生存照顾”。行政机关应当减少强制，多作说服和指导相对人的沟通工作，尽可能地取得相对人的信任、支持和合作。现代行政已从“管理行政”逐步转变为“服务行政”，因此，行政救济制度的主要功能不在于保障行政权力的有效行使，而在于培养公民的权利意识、行政人员的服务意识；不在于提高行政效率，而在于保证司法公正。虽然效率与公正都是行政法的价值所在，但毕竟效率不是法律的最高价值，不能一味追求效率而忽视公正，不能为了效率就破坏公民权利保障的最后一道屏障。法律的制定与实施应当注重对法律实效的研究，但不是为了实效而牺牲正义。可见，在价值取舍与利益衡量方面，德国的起诉停止执行原则更符合人权至上、公平正义的理念，走在了日本的前面。

#### (三) 在具体内容方面

通过前文的比较，我们也不难发现，德国无论是在实定法的规定、适用对象和条件，还是在停止执行的申请、决定和审查标准，以及关于停止执行效果方面都较日本要系统完善。比如在停止执行的申请上，根据日本《行政案件诉讼法》第25条第2款的规定，提出停止执行的申请是在行政相对人提起撤销之诉并且法院受理案件以后；而德国《行政法院法》第80条第5款则规

定行政相对人申请停止执行的时间不限制在撤销诉讼进行之中,在诉前亦可申请停止执行。可见,德国对相对人的保护更加全面,相对人提出停止执行的申请可以在诉讼前,也可以在诉中。再比如在停止执行申请的审查上,德国比日本具有更让人信服的理论基础和更具操作性的审查标准。

#### 参考文献

- [1] 艾鸿. 行政复议与行政诉讼期间不停止具体行政行为的执行制度析[J]. 工商行政管理, 2001, (14): 41-42.
- [2] 石佑启. 对行政诉讼中不停止执行原则的评析[J]. 中央政法管理干部学院学报, 1997, (4): 47-49.
- [3] 杨振. 浅析我国“起诉不停止执行”原则的冲突与困境[J]. 行政与法, 2004, (1): 121-123.
- [4] 叶必丰. 行政行为的效力研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2002: 68.
- [5] 加藤一郎. 民法的解释与利益衡量[C]. 梁慧星, 译 // 梁慧星. 民商法论丛: 第2卷. 北京: 法律出版社, 1995: 74-95.
- [6] 张义耀, 沈军, 张智华. 原则或例外: 论行政诉讼(不)停止执行制度[J]. 中国人民公安大学学报, 2003, (2): 96-102.
- [7] 平特纳. 德国普通行政法[M]. 朱林, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [8] 吴华. 日本《行政案件诉讼法部分修正法律案》介绍[J]. 行政法学研究, 2005, (1): 99-111.
- [9] 薛刚凌. 外国及港澳台行政诉讼制度[M]. 北京: 北京大学出版社, 2006: 50-51.
- [10] 胡芬. 行政诉讼法[M]. 莫光华, 译. 北京: 法律出版社, 2003: 489.
- [11] 刘东亮. 行政诉讼中临时权利保护制度比较研究[J]. 法商研究, 2004, (6): 74-80.
- [12] 石红心. 起诉不停止执行原则质疑[J]. 行政法学研究, 1997, (4): 80-85.

## Comparison of the Principles of Prosecution and Prosecution Suspension between Germany and Japan

PENG Qingbao

(Political Science and Law College, Guangxi University for Nationalities, Nanning, China 530006)

**Abstract:** Based on the different legal system backgrounds and the value codes, most countries' legislation institutes adopt two kinds of opposite standpoints on the judicial issue of whether to suspend lawsuit in the judicial course. Among them, Germany's principle of prosecution suspension and Japanese principle of prosecution are the two typical modes. Through the comparative analysis on the execution principles of whether to suspend lawsuit between Germany and Japan from the angle of supporting theory and the actual content, we think Germany's practice is more rational. We think our country should draw on the experience of Germany and transfer our current practice principle from prosecution to prosecution suspension.

**Key words:** Administrative litigation; Principle of prosecution; Principle of prosecution suspension

(编辑: 李颖)