

# 目 录

<b>第一章 行政、行政权和行政法</b> .....	( 1 )
<b>第一节 行政</b> .....	( 1 )
一、行政的边界 .....	( 1 )
二、难以定义的行政 .....	( 5 )
三、可以描述的行政 .....	( 8 )
四、行政分类 .....	( 14 )
<b>第二节 行政权</b> .....	( 17 )
一、行政权与社会秩序 .....	( 17 )
二、不确定的行政权 .....	( 19 )
三、行政权类型 .....	( 20 )
<b>第三节 行政法</b> .....	( 22 )
一、行政法概念 .....	( 22 )
二、行政法内外结构 .....	( 24 )
三、行政法逻辑基点 .....	( 27 )
四、行政法类型 .....	( 29 )
五、行政法相邻关系 .....	( 34 )
<b>第二章 依法行政原理</b> .....	( 38 )
<b>第一节 依法行政原理的宪法基点</b> .....	( 38 )
一、引言 .....	( 38 )
二、法治国家 .....	( 38 )
三、基本人权 .....	( 41 )
<b>第二节 依法行政原理的基本内容</b> .....	( 43 )
一、引言 .....	( 43 )
二、行政必须有法律依据 .....	( 43 )
三、行政必须有行政相对人参与 .....	( 46 )
四、行政必须接受司法监督 .....	( 48 )
<b>第三节 依法行政原理支配的基本原则</b> .....	( 50 )
一、引言 .....	( 50 )
二、行政实体法基本原则 .....	( 51 )

## 2 目 录

三、行政程序法基本原则 .....	( 53 )
四、行政诉讼法基本原则 .....	( 55 )
<b>第三章 行政法法源 .....</b>	<b>( 58 )</b>
<b>第一节 行政法法源的一般理论 .....</b>	<b>( 58 )</b>
一、引言 .....	( 58 )
二、行政法法源概念 .....	( 58 )
三、行政法法源的特殊性 .....	( 59 )
<b>第二节 成文法源 .....</b>	<b>( 60 )</b>
一、宪法 .....	( 60 )
二、法律、地方性法规 .....	( 62 )
三、行政法规、行政规章 .....	( 65 )
四、法律解释 .....	( 68 )
五、国际条约 .....	( 69 )
六、行政规定 .....	( 69 )
七、社团章程、村规民约 .....	( 73 )
<b>第三节 不成文法源 .....</b>	<b>( 75 )</b>
一、指导性案件 .....	( 75 )
二、惯例 .....	( 76 )
三、法的原则 .....	( 78 )
四、公共政策 .....	( 79 )
<b>第四节 行政法法源位阶 .....</b>	<b>( 80 )</b>
一、成文法源的冲突适用 .....	( 80 )
二、成文法源的冲突裁决 .....	( 85 )
三、成文法源与不成文法源的冲突 .....	( 86 )
<b>第五节 行政法法源效力范围 .....</b>	<b>( 87 )</b>
一、时间效力 .....	( 87 )
二、空间效力 .....	( 90 )
三、对人效力 .....	( 91 )
<b>第四章 行政法适用 .....</b>	<b>( 93 )</b>
<b>第一节 行政法适用的一般理论 .....</b>	<b>( 93 )</b>
一、引言 .....	( 93 )
二、适用框架:个案—规范 .....	( 93 )
三、适用方法:认定与裁量 .....	( 94 )
四、行政机关规范审查权 .....	( 95 )
<b>第二节 行政认定 .....</b>	<b>( 96 )</b>

一、行政认定概述 .....	( 96 )
二、法的解释 .....	( 96 )
三、事实认定 .....	( 103 )
四、判断余地 .....	( 104 )
第三节 行政裁量 .....	( 106 )
一、行政裁量概述 .....	( 106 )
二、裁量基准 .....	( 109 )
三、裁量分类 .....	( 111 )
四、裁量余地 .....	( 113 )
<b>第五章 行政法主体 .....</b>	<b>( 114 )</b>
第一节 引言 .....	( 114 )
一、行政法律关系主体 .....	( 114 )
二、行政主体 .....	( 115 )
第二节 行政机关 .....	( 117 )
一、行政机关概念 .....	( 117 )
二、行政机关类型 .....	( 118 )
三、行政机关内部组织 .....	( 119 )
四、行政机关外部关系 .....	( 120 )
五、具有行政机关法律地位的组织 .....	( 123 )
第三节 行政相对人 .....	( 125 )
一、行政相对人及其类型 .....	( 125 )
二、行政相对人的法律地位 .....	( 127 )
第四节 国家公务员 .....	( 130 )
一、国家公务员及其任职条件 .....	( 130 )
二、国家公务员的法律地位 .....	( 132 )
三、国家公务员的职位关系 .....	( 133 )
四、国家公务员的权利救济 .....	( 134 )
<b>第六章 行政行为原理 .....</b>	<b>( 136 )</b>
第一节 引言 .....	( 136 )
一、行政行为概念 .....	( 136 )
二、行政行为演变 .....	( 137 )
三、行政行为功能 .....	( 139 )
第二节 行政行为分类 .....	( 140 )
一、分类标准与内容 .....	( 140 )
二、公、私法行为 .....	( 141 )

## 4 目录

三、相关问题的展开 .....	(143)
<b>第七章 行政行为:行政决定 .....</b>	<b>(146)</b>
<b>第一节 行政决定的一般理论 .....</b>	<b>(146)</b>
一、行政决定概念 .....	(146)
二、行政决定要素 .....	(147)
三、行政决定分类 .....	(152)
<b>第二节 行政决定成立要件 .....</b>	<b>(154)</b>
一、有作出意思表示的主体 .....	(155)
二、有意思表示并以行为方式对外示意 .....	(155)
三、有意思表示指向的标的 .....	(156)
四、有接受意思表示的主体 .....	(157)
<b>第三节 行政决定合法要件 .....</b>	<b>(158)</b>
一、主体要件 .....	(158)
二、事实要件 .....	(159)
三、依据要件 .....	(160)
四、程序要件 .....	(161)
<b>第四节 行政决定效力 .....</b>	<b>(163)</b>
一、行政决定生效 .....	(163)
二、行政决定效力内容 .....	(165)
三、行政决定效力变动 .....	(169)
<b>第五节 行政决定变更 .....</b>	<b>(170)</b>
一、行政决定变更概念 .....	(170)
二、行政决定变更类型 .....	(171)
三、行政决定变更规则、方式与效力 .....	(173)
<b>第六节 行政决定消灭 .....</b>	<b>(174)</b>
一、行政决定消灭概念 .....	(174)
二、行政决定撤销 .....	(174)
三、行政决定撤回 .....	(180)
<b>第七节 若干类型化的行政决定 .....</b>	<b>(182)</b>
一、行政处罚 .....	(182)
二、行政许可 .....	(188)
三、行政强制 .....	(191)
<b>第八章 行政行为:非行政决定行为 .....</b>	<b>(195)</b>
<b>第一节 引言 .....</b>	<b>(195)</b>
一、行政行为多样化 .....	(195)

二、非行政决定行为体系的开放性 .....	(195)
三、非行政决定行为的法控制 .....	(196)
第二节 制定行政规范 .....	(196)
一、引言 .....	(196)
二、制定行政法规 .....	(201)
三、制定行政规章 .....	(203)
四、制定行政规定 .....	(205)
五、对制定行政规范的监督 .....	(207)
第三节 行政双方行为 .....	(209)
一、行政双方行为的一般理论 .....	(209)
二、行政合同 .....	(209)
三、行政协议 .....	(217)
第四节 行政事实行为 .....	(218)
一、行政事实行为的一般理论 .....	(218)
二、行政指导 .....	(223)
三、行政强制执行 .....	(225)
四、信息提供 .....	(227)
<b>第九章 行政程序原理 .....</b>	<b>(228)</b>
第一节 行政程序的一般理论 .....	(228)
一、行政程序 .....	(228)
二、行政程序法 .....	(231)
第二节 正当程序 .....	(232)
一、引言 .....	(232)
二、听取意见 .....	(234)
三、防止偏见 .....	(242)
四、信息公开 .....	(245)
第三节 程序制度 .....	(250)
一、行政管辖权 .....	(250)
二、行政调查 .....	(253)
三、行政证据 .....	(254)
四、行政期间 .....	(255)
五、行政送达 .....	(257)
<b>第十章 行政程序类型 .....</b>	<b>(259)</b>
第一节 普通程序 .....	(259)
一、程序开始 .....	(259)

## 6 目 录

二、程序进行 .....	(263)
三、程序终结 .....	(269)
四、程序延续 .....	(269)
第二节 特别程序 .....	(271)
一、制定行政规范程序 .....	(271)
二、重大行政决策程序 .....	(272)
三、行政裁决程序 .....	(273)
四、简易程序 .....	(275)
第十一章 行政违法与行政责任 .....	(278)
第一节 引言 .....	(278)
一、行政违法概念 .....	(278)
二、行政违法认定机关 .....	(280)
三、违法判断基准时 .....	(281)
第二节 行政违法构成要件 .....	(283)
一、主体资格违法 .....	(284)
二、认定事实违法 .....	(288)
三、适用依据违法 .....	(291)
四、违反法定程序 .....	(300)
第三节 行政违法的效力 .....	(305)
一、行政违法分类 .....	(305)
二、行政决定无效 .....	(309)
三、行政违法延续 .....	(311)
第四节 行政责任 .....	(313)
一、引言 .....	(313)
二、行政赔偿 .....	(314)
三、行政补偿 .....	(319)
第十二章 行政救济原理 .....	(325)
第一节 行政救济的一般理论 .....	(325)
一、行政救济概念 .....	(325)
二、行政救济功能 .....	(327)
第二节 行政救济标准 .....	(328)
一、实效性权利保护 .....	(328)
二、无漏洞权利保护 .....	(330)
第三节 行政救济体系 .....	(331)
一、行政救济多样化 .....	(331)

二、司法最终裁判 .....	(332)
三、宪法救济保障 .....	(333)
<b>第十三章 行政救济类型 .....</b>	<b>(334)</b>
<b>第一节 行政救济:行政诉讼 .....</b>	<b>(334)</b>
一、引言 .....	(334)
二、行政诉讼模式 .....	(336)
三、与其他诉讼的关系 .....	(338)
四、行政诉讼法 .....	(339)
<b>第二节 行政救济:行政复议 .....</b>	<b>(341)</b>
一、引言 .....	(341)
二、行政复议主体与客体 .....	(342)
三、行政复议程序 .....	(343)
<b>第三节 行政救济:信访与申诉 .....</b>	<b>(348)</b>
一、行政信访 .....	(348)
二、行政申诉 .....	(349)
<b>第十四章 行政诉讼主体 .....</b>	<b>(352)</b>
<b>第一节 法院 .....</b>	<b>(352)</b>
一、行政审判权 .....	(352)
二、行政审判组织 .....	(353)
三、行政审判管辖 .....	(355)
<b>第二节 行政诉讼原告 .....</b>	<b>(361)</b>
一、原告概念 .....	(361)
二、原告判断标准 .....	(363)
三、常见原告情形 .....	(369)
四、原告承继 .....	(376)
<b>第三节 行政诉讼被告 .....</b>	<b>(377)</b>
一、被告概念 .....	(377)
二、被告判断标准 .....	(378)
三、常见被告情形 .....	(379)
四、被告的承继 .....	(384)
<b>第四节 行政诉讼第三人 .....</b>	<b>(385)</b>
一、第三人概念 .....	(385)
二、第三人类型 .....	(386)
<b>第五节 行政诉讼参与人 .....</b>	<b>(387)</b>
一、诉讼参与人概念 .....	(387)

## 8 目 录

二、诉讼代理人 .....	(388)
第六节 检察院 .....	(389)
一、检察监督权 .....	(389)
二、检察监督方式 .....	(389)
<b>第十五章 行政诉讼客体 .....</b>	<b>(392)</b>
第一节 行政诉讼客体的一般理论 .....	(392)
一、行政诉讼客体概念 .....	(392)
二、行政诉讼客体历史考察 .....	(393)
第二节 行政决定 .....	(395)
一、引言 .....	(395)
二、法定类别 .....	(396)
三、实务情形 .....	(412)
第三节 非行政决定行为 .....	(417)
一、引言 .....	(417)
二、法定类别 .....	(418)
三、实务情形 .....	(420)
第四节 排除范围 .....	(422)
一、引言 .....	(422)
二、法定类别 .....	(423)
三、实务情形 .....	(433)
<b>第十六章 行政诉讼行为 .....</b>	<b>(436)</b>
第一节 诉讼撤回 .....	(436)
一、引言 .....	(436)
二、诉讼撤回类别 .....	(436)
三、相关问题 .....	(440)
第二节 诉讼不停止执行 .....	(441)
一、引言 .....	(441)
二、诉讼停止执行情形 .....	(442)
三、相关问题 .....	(444)
第三节 妨碍诉讼的强制措施 .....	(445)
一、引言 .....	(445)
二、妨碍行政诉讼行为 .....	(445)
三、强制措施种类与适用 .....	(447)
第四节 财产保全与先予执行 .....	(447)
一、财产保全 .....	(447)



二、先予执行 .....	(448)
第五节 诉讼中止与诉讼终结 .....	(449)
一、诉讼中止 .....	(449)
二、诉讼终结 .....	(450)
第六节 诉的合并与诉的追加 .....	(450)
一、诉的合并 .....	(450)
二、诉的追加 .....	(451)
第七节 司法建议与移送材料 .....	(451)
一、司法建议 .....	(451)
二、材料移送 .....	(452)
第十七章 行政诉讼证据 .....	(453)
第一节 证据的一般理论 .....	(453)
一、证据及其地位 .....	(453)
二、证据特性 .....	(455)
三、证据提交要求 .....	(457)
第二节 举证责任及其分配 .....	(463)
一、举证责任原理 .....	(463)
二、被告举证责任 .....	(465)
三、原告举证责任 .....	(468)
四、第三人举证责任 .....	(470)
第三节 证据提供与补充 .....	(471)
一、证据提供 .....	(471)
二、证据补充 .....	(472)
第四节 证据调取与保全 .....	(473)
一、证据调取 .....	(473)
二、证据保全 .....	(474)
第五节 证据对质与认定 .....	(474)
一、证据对质 .....	(474)
二、证据认定 .....	(476)
第六节 证明标准 .....	(482)
一、证明标准概述 .....	(482)
二、多元证明标准体系 .....	(483)
第十八章 行政诉讼依据 .....	(486)
第一节 引言 .....	(486)
一、依据概念 .....	(486)

二、合法性审查 .....	(487)
第二节 法定依据 .....	(488)
一、法律、法规 .....	(488)
二、行政规章 .....	(492)
三、行政规定 .....	(494)
四、法律解释 .....	(496)
第三节 非法定依据 .....	(497)
一、宪法 .....	(497)
二、不成文法 .....	(498)
第十九章 行政诉讼裁判 .....	(500)
第一节 行政诉讼判决 .....	(500)
一、维持判决 .....	(500)
二、撤销判决 .....	(503)
三、重作判决 .....	(506)
四、履行判决 .....	(510)
五、变更判决 .....	(515)
六、赔偿判决 .....	(518)
七、驳回诉讼请求判决 .....	(519)
八、确认判决 .....	(521)
九、行政民事一并判决 .....	(526)
第二节 行政诉讼裁定 .....	(529)
一、可以上诉的裁定 .....	(529)
二、不可以上诉的裁定 .....	(531)
第二十章 行政诉讼程序 .....	(532)
第一节 一审程序 .....	(532)
一、起诉 .....	(532)
二、受理 .....	(539)
三、审理 .....	(540)
四、裁判 .....	(544)
第二节 二审程序 .....	(544)
一、上诉 .....	(544)
二、审理 .....	(545)
三、裁判 .....	(546)
第三节 再审程序 .....	(547)
一、提起 .....	(547)

二、审理 .....	(548)
三、裁判 .....	(549)
第四节 执行程序 .....	(549)
一、诉讼执行 .....	(549)
二、非诉执行 .....	(550)
后 记 .....	(553)

# 第一章 行政、行政权和行政法

## 第一节 行政

### 一、行政的边界

任何思想的开始,总是以概念为基点。<sup>[1]</sup>行政法的思想基点是“行政”。

对于稍微有一些法学、政治学、行政学等学科常识的人来说,一提到“行政”,总会与“立法”、“司法”等概念联系起来,并能讲出它们之间若干点的不同内容。但是,如果要对行政作一个概念的界定,很多人或许会说这并不是一件容易的事。因此,有学者认为:“将有关内容分为立法、司法与行政,并非出于对三者定义的目的,而仅仅是为了阐述的方便。”<sup>[2]</sup>这话并非没有道理。为了与私人管理中的“行政”相区别,行政法上的行政经常被称为“公行政”或者“公共行政”。这个称谓基本上是正确的。

中国历史上并没有西方国家的分权概念。帝王君权中“三公九卿”、“三省六部”之类的国家组织体系,与源于西方国家基于洛克、孟德斯鸠的分权思想而形成的制度大异其趣。迟至1912年《中华民国临时约法》颁布实施,与立法、司法相对的“行政”一词才第一次出现在中国的法律制度之中,并为1949年之后中华人民共和国的宪法所承继。1982年《宪法》不以西方国家“三权分立”理论为构建国家机关的基础,但它也采用了权力分立的国家组织体制。如国家立法权属于全国人大及其常委会,审判权属于人民法院等。《宪法》第85条规定:“中华人民共和国国务院,即中央人民政府,是最高国家权力机关的执行机关,是最高国家行政机关。”这一宪法条款虽然没有明确规定国家“行政权属于国务院”,但是行政作为一种独立的宪法上的行为已为其所确认。

行政是一个难作界定的概念。尽管许多人曾经为此作过学术努力,但至今行政也没有一个“通说”的概念;对于行政概念的表述,不同的人有不同的解释。形成这

---

[1] “概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具;没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚地和理性地思考法律问题;没有概念,我们便无法将我们对法律的思考转变为语言,也无法以一种可以理解的方式把这些思考传达给他人。”[美]博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,中国政法大学出版社1999年版,第486页。

[2] [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第130页。

个状况的原因有国家之间的传统、体制、结构、文化甚至习惯的差异性,所以,一个放之四海而皆准的行政概念可能并不存在。当下一些已经制定了行政程序法典的国家或者地区通过设置排除条款,对行政作消极性的边界划定而不是采用常规的定义立法方式,<sup>[3]</sup>这多少也可以佐证对行政作一个概念界定的难度是客观存在的。

对于行政,虽然我们不能直接给出一个精致的定义,但可以通过分类、列举等逻辑方法大致给它划出一个边界,以便给行政法确定一个大致作用的范围,从而理顺行政与法的基本关系,否则,作为独立学科的行政法学能否存在本身也可能成为一个问题。<sup>[4]</sup>行政的疆域一旦划定,行政法所调控的法律关系范围也大致可以确定了。中国的法律制度具有浓重的公、私法分界痕迹,所以,厘清行政的边界对行政、司法实践都具有重要意义。

### (一) 实质行政与形式行政

1. 实质行政。实质行政的基本模式是“命令—服从”,如行政处罚、行政许可和行政强制等。因行政民主兴起而产生的“平等—协商”等新型行政模式是它的补充,如行政合同、行政协议等,这种新型行政模式在一定程度上可以看作是私法对公法不断影响的结果,在现代行政法中是一种引人注目的法现象。实质行政着眼于国家行为中的“处理性”,并不看重行为主体的性质,因此它将人民代表大会、法院和检察院以及军事机关的一些行为也纳入了行政的范围。<sup>[5]</sup>如人民代表大会对其他国家机关的监督,<sup>[6]</sup>批准预算;又如法院对妨碍诉讼行为采取的强制措施、对裁判文书的强制执行和维持庭审秩序等,虽然可以把它们看作是法院诉讼程序的一部分,但它们不是居中裁判的“司法”。另外,检察机关代表国家提起公诉犯罪也不是中立的“司法”。上述行为更接近于“命令—服从”式实质行政。不仅如此,一些非国家机关组织经法律、法规授权后也在实施行政行为,如高等院校和科研机构颁发毕业证、学位证书,<sup>[7]</sup>甚至国有企业的某些行为也具有行政的性质,如城市的水、电、气的供给。<sup>[8]</sup>中国台湾地区“宪法”上的考试、监察两项权力具有浓重的行政性质,但在它的宪法分权理论架构中,它们是与行政权并列而存的两

[3] 参见德国《行政程序法》第1条、第2条和中国台湾地区“行政程序法”第3条。

[4] 一直以来,许多人都想在内容上一劳永逸给“行政”作一个具有普适性的定义,但基本上是不成功的。“放弃了从内容上予以定义的学说,在日本成为多数派。”[日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第2页。

[5] 根据《宪法》第三章第四节的规定,中华人民共和国中央军事委员会是独立于国务院的国家军事机关,不是国家行政机关。将国家军事机关从国家行政机关分离出来,虽然不是分权理论的必然结果,但也体现了《宪法》仍然具有分权的思想。

[6] 如依照《宪法》第71条规定,人大常委会组织关于特定问题调查委员会的行为。

[7] 田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案,《最高人民法院公报》1999年第4期。

[8] 2009年11月13日,《法制日报》以“中国供热改革蜀道难突围尚需借力法律”为题,报道了如下一个案例:2008年12月北京市丰台区一小区业主何先生对开发商提供的供暖协议不满,在入住后要求停止供暖并在遭拒后起诉至法院,但法院判决驳回了何先生的诉讼请求,理由是供热合同不同于其他民事合同,具有公共服务性、行政强制性和强制继续履行等特点。

种国家权力。认识实质行政需要引入分权原则,也只有在分权原则引领下才能真正认识行政法上的“行政”。

2. 形式行政。凡是行政机关作出的行为都是行政,无论它的法律依据是公法还是私法,无论它是否与行政权有关。行政机关依据公法作出的行为是行政,不用赘言。《民法通则》第50条规定:“有独立经费的机关从成立之日起,具有法人资格。”在民事主体的分类上,行政机关属于民法上的“机关法人”。〔9〕所以,行政机关在民法上具有民事主体的法律地位。行政机关基于民事主体身份所实施的行为是形式行政,但它不属于行政法所规范的对象。至少到目前为止,这是法学上的一种通说。在实务中,“国有土地使用权有偿出让合同”是属于私法上的合同还是行政合同,最高人民法院的态度是不一致的。〔10〕在民事法律关系中,行政机关实施的如采购办公用品的民事行为,与它依职权实施的如对违反交通法规的行人作出罚款决定有着明显的不同,后者的公益性十分明显。又如,行政机关通过招投标的方式兴建公共图书馆、博物馆等,如法律没有特别规定,可以适用私法规范。如果考虑到行政机关的这类民事行为也具有“公益性”的话,那么,调整这类民事行为的规则可以有别于仅有“私益性”的其他民事行为。另外,行政机关制定行政法规、行政规章的行为,如同人民代表大会的立法一样有起草、审议、公布等方式与步骤,但它是行政行为,不是立法行为;行政机关如同法院一样居于中立地位裁决当事人之间有关民事争议的行为,〔11〕同样也是行政而不是司法。行政机关在宪法上的行为,学理上称它为统治行为。如国务院依照法律规定决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态。〔12〕

**小结:**行政法上行政,宜在实质行政中采用主体标准,将人民代表大会、法院和检察院以及军事机关的“行政行为”划出行政的范围,而在形式行政中采用内容标准,将行政机关以民事主体的身份从事的不具有公益性的“行政行为”以及“统治行为”划出行政的范围,保留它具有立法性的“立法性行政”和居中裁决的“司法性行政”。

〔9〕 进一步阅读葛云松:“法人与行政主体理论的再探讨——以公法人概念为重点”,载《中国法学》2007年第3期。

〔10〕 在大连市华运产业房地产开发公司诉大连市房地产开发管理领导小组办公室废止中标通知书案中,首次运用行政合同原理。在武汉兴松房地产开发有限公司诉湖北省武汉市国土资源管理局收回国有土地使用权上诉案中,再次运用行政合同原理,认定为解除行政合同的行为。参见最高人民法院《行政判决书》[1997]行终字第2号和[2002]行终字第7号。但最高人民法院后来在《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2005]5号)中,却把国有土地使用权出让合同定性为民事合同。

〔11〕 《水法》第56条规定:“不同行政区域之间发生水事纠纷的,应当协商处理;协商不成的,由上一级人民政府裁决,有关各方必须遵照执行。在水事纠纷解决前,未经各方达成协议或者共同的上一级人民政府批准,在行政区域交界线两侧一定范围内,任何一方不得修建排水、阻水、取水 and 截(蓄)水工程,不得单方面改变水的现状。”

〔12〕 《宪法》第89条第16项。

## (二) 外部行政与内部行政

1. 外部行政。产生于行政机关与其不具有法律上从属关系的行政相对人之间的行为,即外部行政。也就是说,在外部行政中,行政机关的另一方当事人与行政机关之间没有法律上的从属关系,如公安机关依照公民甲的申请向其颁发出国护照、工商行政管理机关对销售假冒伪劣产品的公民乙作出没收其违法所得的行政处罚决定等。外部行政是行政法上“行政”的核心内容,整个行政法体系都是基于这个核心而展开的。从属于行政机关的国家公务员不以国家公务员身份与行政机关发生行政法律关系,行政机关为此作出的“行政行为”也是“外部行政”,此时,该国家公务员身份是“脱去了制服”的行政相对人。如警察为自己刚刚出生的儿子到自己工作的派出所申报户口,该派出所依其申请为其儿子登记户口。有时,行政机关之间因执行职务需要而实施的委托行为,因它直接涉及行政相对人的合法权益,也属于外部行政。<sup>[13]</sup> 在日本法上,国家或地方自治团体机关相互之间关于权限是否存在或者行使权限引起的争议,可以提起机关诉讼。<sup>[14]</sup> 当然,有的外部行政不属于行政法上的“行政”,<sup>[15]</sup> 如宪法上的“统治行为”,由宪法加以规范,若引起争议,通常由宪法法院审查、裁决。

2. 内部行政。产生于行政机关与其具有法律上从属关系的国家公务员或者上下级行政机关之间的行为,为内部行政。与外部行政相反,在内部行政中,行政机关的另一方当事人与行政机关之间有法律上的从属关系或者上下级关系,如行政机关任命本机关某公务员为法制处处长等。原则上,这种行政不属于行政法调整的范围。但是,譬如政府的“会议纪要”、“抄告单”等产生了对外法律效果时,即对不具有从属关系的行政相对人权益产生影响的都应当划入外部行政。如在吉德仁等四人不服盐城市人民政府行政决定案中,法院认为:

“《会议纪要》虽然形式上是发给下级政府及所属各部门的,但从该《会议纪要》的内容上看,它对城市公交的营运范围进行了界定,并明确在界定的范围内继续免交交通费,而且该行为已实际导致城区交通局对公交公司的管理行为的中止,所以该《会议纪要》是一种

---

[13] 《行政许可法》第24条:“行政机关在其法定职权范围内,依照法律、法规、规章的规定,可以委托其他行政机关实施行政许可。委托机关应当将受委托行政机关和受委托实施行政许可的内容予以公告。”

[14] 日本《行政事件诉讼法》第6条。

[15] 《宪法》第92条规定:“国务院对全国人民代表大会负责并报告工作;在全国人民代表大会闭会期间,对全国人民代表大会常务委员会负责并报告工作。”

行政决定行为,有具体的执行内容,是可诉的具体行政行为。”〔16〕

在中国台湾地区的“行政法”上,如果行政机关的决定改变了国家公务员的法律地位时,如开除、辞退等,也要受到行政法的调整,公务员对此类的决定可以提起行政救济。〔17〕从发展趋势看,内部行政不受行政法控制的范围将越来越小。

**小结:**外部行政是行政法上的“行政”,是行政法所规范的范围。内部行政不属于行政法所规范的范围。但是,基于确保外部行政的合法性考虑,行政机关组织、国家公务员等制度也是行政法所规范的范围。〔18〕

## 二、难以定义的行政

### (一) 行政的由来

在中外历史上,国家最初都是由“一权独大”的君(皇)权统辖。“普天之下,莫非王土,率土之滨,莫非王臣。”〔19〕在历史上某一个阶段中,先是司法权后是立法权从君(皇)权或者国家权力中分离出来,剩余下来的权力便是行政权。关于行政的由来,从历史过程的视角看,情况大致如此。

国家权力依照其性质可以分为立法权、行政权和司法权,这是近、现代宪政的基本观念。在宪政体制的架构中,行政是一项极其重要的国家行为,尤其是在现代社会中,行政已经代替了立法成为国家权力的中心,几乎可以成为国家的代名词——行政控制了每一个人从摇篮到坟墓的全过程。

国家的存续需要正常的社会秩序,社会秩序来源于国家权力的作用,无论是独裁专制政体还是民主法治国家都无一例外。行政权是维持社会秩序的国家权力之一,且是最为重要的国家权力。总体而言,在世界范围内行政经历了由专制向民主发展的一个历史过程,这个过程大致与市场经济体制建立、发展和完善的过程相当。比如,德国的行政经历了“专制行政”〔20〕到“自由法治国行政”,再到20世纪之后“社会法治国行政”的过程。中国法上的行政是由1912年《中华民国临时约

〔16〕 江苏省高级人民法院《行政判决书》([2003]苏行终字第025号)。又在建明食品公司诉泗洪县政府检疫行政命令纠纷案中,法院认为:“审查行政机关内部上级对下级作出的指示是否属于人民法院行政诉讼受案范围内的可诉行政行为,应当从指示内容是否对公民、法人或者其他组织权利义务产生了实际影响着手。在行政管理过程中,上级以行政命令形式对下级作出的指示,如果产生了直接的、外部的法律效果,当事人不服提起行政诉讼的,人民法院应当受理。”《最高人民法院公报》2006年第1期;延安宏盛建筑工程有限责任公司诉陕西省延安市安全生产监督管理局生产责任事故批复案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第1号案例,中国法制出版社2010年版,第1页以下。

〔17〕 参见中国台湾地区“司法院”大法官释字第243号。

〔18〕 在日本行政法上,这部分内容被当作“行政手段论”来处理的。〔日〕盐野宏:《行政组织法》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第2页。

〔19〕 《诗经·小雅·北山》。

〔20〕 德国在“专制行政”下有所谓“福利国家”崇尚的理念。中国在1912年之前的历史中是否也存在这种理念,可以作进一步论证。



法》所确立的,之前没有所谓的“行政”,虽然古典文献里面并不缺少“行政”二字。中国行政法是在《中华民国临时约法》的基础上,师承由日本转接来的德国行政法逐步发展起来的。<sup>[21]</sup>

行政的逻辑起点与终极目的在于实现公共利益;即使基于“保护公民、法人或者其他合法权益”的原则而作出的个案处理,也需要充分考虑私人利益与公共利益之间的某种平衡关系。当然,行政的公益性并不是否定私人利益的理由;相反,行政承担着实现私人利益的任务——“国家尊重和保障人权”。孙中山先生的“天下为公”正确地诠释了现代行政的全部内涵。即行政“在追求公共利益的同时,必须注意个人利益,有时甚至实现个人利益本身就是公共任务(如社会救济)”<sup>[22]</sup>。如果行政因为只顾及公共利益而对私人利益产生了损害或者损失的,对此国家需要承担赔偿责任或者补偿的法律责任。

### (二) 行政的含义

在西文中,“administration”有“管理”、“经营”等含义。在讨论与行政法有关的问题时,我们将其译为“行政”。在汉语中,“行”,意为“实行”、“施行”,如所谓“令行禁止”;“政”,意为“权力”或外化为一种“命令”的权力,如“于是帝尧乃求人,更得舜。舜登用,摄行天子之政”<sup>[23]</sup>。所以,汉语中的“行政”均与国家权力或者事务有关。不过,宪政体制下基于分权理论而产生的“行政”,在中国古代法律制度上并不存在,在此明示。

关于行政,在行政法的学术史上至少有以下几种定义:(1)消极说。即行政是除了立法、司法以外的国家活动。(2)积极说。即行政在法之下,以实现国家目的为目标,而为整体上具有统一性的、连续的形成性的国家活动。(3)综合说。即在上述两种观点的基础上,对行政作综合性定义。(4)特征描述说。即从功能、组织、行为方式等方面对行政作描述。<sup>[24]</sup>上述几种学说先后出现在行政法发展的某一个历史过程中,它们与当时的政治、经济和文化条件相关联,所以它们各自有存在的合理性。“对于行政的界定,乃至对于行政法的研究,除应参酌上述各说之外,更应关注行政的环境变迁以及行政任务、组织、行为程序、救济、赔偿、补偿等相关面向的变革。总之,行政并非仅是单纯的执行法律,更应包含政策拟定与决定的

[21] 进一步阅读陈新民:“行政法学的拓荒者——中国早年的行政法教科书”,载其著:《公法学札记》(增订新版),法律出版社2010年版,第209页以下。

[22] [德]毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第7页。

[23] 参见范忠信:“中国传统行政法制文化研究导论”,载《河南省政法管理干部学院学报》2008年第2期。

[24] 参见翁岳生:“行政的概念与种类”,载翁岳生编:《行政法》(上),元照出版有限公司2006年版,第2-7页;[日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第2-5页。

成分,以及变迁中的周边条件。”<sup>[25]</sup> 据此,本书采用特征描述说。<sup>[26]</sup>

在约定俗成的汉语意义上,行政一般都是指与公众相关的事务,尤其与行政机关所从事的公共事务有关。非行政机关组织中有诸如“行政科”、“行政处”等部门,它们从事该组织后勤护卫、福利保障等事务,与这里所说的“行政”毫不关联。

### (三) 不断变动中的行政

行政是一个动态、开放的概念,是一个在内容上可增可减的具有双向流变功能的概念。促使行政内容不能恒定的主要因素是一国内外政治、经济与社会发展引起的变化,所以,我们需要在历史和社会发展过程中考察行政,才能把握行政的全部内容。比如,中国1979年之前因闭关自守搞社会主义革命和建设,没有所谓“中外合资企业”的经营活动,直到1980年《中外合资经营企业法》实施之后,工商行政管理中才增加了管理“中外合资企业”生产经营活动的行政内容。又如,在迟至1978年农业经济占主导地位的计划经济年代中,中国一直没有作为基本国策的“环境保护”,也没有“环境行政”。<sup>[27]</sup> 但自20世纪70年代末以来的工业化过程中,因环境保护的需要,1979年国家制定了《环境保护法(试行)》,各级政府设立了环境保护行政主管部门。再如,自20世纪90年代以来,因“违反法定程序”被《行政诉讼法》明文规定为撤销被诉行政行为要件之一,程序开始成为行政中不可缺少的内容之一。<sup>[28]</sup>

行政是一种面向未来的、有延续性的形成社会的过程,在这个过程中,它的功能也一直在不断地嬗变。传统行政中的某些功能在现代社会中需要作适当的剥离,才能适应社会发展的需要。这种现象在中国当下转型期特别明显。如《行政许可法》第28条规定:“对直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的设备、设施、产品、物品的检验、检测、检疫,除法律、行政法规规定由行政机关实施的外,应当逐步由符合法定条件的专业技术组织实施。专业技术组织及其有关人员对所实施的检验、检测、检疫结论承担法律责任。”根据这一规定,在行政许可中行政机关不再直接实施“检验、检测、检疫”,而是应当通过法律组织、设立“专业技术组织及其有关人员”,并监督这些“专业技术组织及其有关人员”的“检验、检测、检疫”活动。又如,让企业、事业单位的保安人员分担部分行政维护社会治安的职能,行政则对保安公司的活动进行法律监管;在食品、药品、环保等风险领域,行政依法组织、建立由企业参与的各种专业委员会,共同承担可能产生的各种管制风险的法律责任等。这种行政权行使向社会分离的现象表明了行政的功能也在不断地变动。

[25] 翁岳生:“行政的概念与种类”,载翁岳生编:《行政法》(上),元照出版有限公司2006年版,第9页。

[26] 德国行政法学家福尔斯特霍夫说:“行政只能描述,而不能界定。”[德]毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第6页。

[27] 1978年《宪法》第11条第3款规定:“国家保护环境和自然资源,防治污染和其他公害。”1982年《宪法》第26条规定:“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害。”

[28] 参见《行政诉讼法》第54条。

### 三、可以描述的行政

#### (一) 行政成为国家活动的中心: 行政国家

在“管得最少的政府就是最好的政府”的年代里,国家权力的中心是集中民意的代议制机关。美国宪法中使用执行权(executive power)而不是行政权(administrative power)来指称“行政”,多少也可以说明在那个时代行政对立法从属性的。但20世纪之后,“一个持续的危險是当代政府对议会的严格控制”。<sup>[29]</sup>这意味着以代议制机关为国家权力中心的立法国家时代宣告结束,行政国家随即到来——行政成为国家权力的中心。

在行政国家中,国家权力的中心是行政,虽然立法、司法有制约行政的功能或使命,但它们经常要服从行政的需要。“‘排除危險’仍然是国家的法定的和不可变更的任务,但该任务通过社会、经济、文化等领域的供应、给付和补贴等任务而得到补充。急剧扩张和膨胀的行政使人们认为,当代的国家是‘行政国家’。从行政的扩张及行政机构的膨胀来看,这种看法是正确的。”<sup>[30]</sup>行政从过去较为单一的执行代议制机关的意志(法律),到开始以积极的、主动的姿态全方位地介入各个社会领域,逐渐形成了一个以行政为中心的国家,而立法、司法却成了国家政治、经济生活中的配角。20世纪以后世界范围内绝大多数国家的权力状态基本如此。

中国并没有如同西方国家那样有一个国家中心从立法到行政的变迁过程。自秦以降而形成的中央集权政体,到1912年之前的2000余年中根本就没有所谓的“分权”,国家权力的中心是皇权一枝独大。虽然相权和皇权之间存在某种制约的功能,但是它不是现代法意义上的权力分立。在后来中华民国年间,虽然多部宪法都在“人民主权”原则下规定了立法为国家权力的中心,但它与现实之间的脱节也是客观事实。1949年之后,无论是传统的社会主义计划经济还是后来的社会主义市场经济,行政集权一直是中国政治的特色,这种特色至今仍未褪去。在没有自由主义传统的中国,这种以行政为中心的集权体制形成基本上没有遇到来自社会方面的阻力;在“富国强民”的意识形态支配下,行政集权体制更是获得了不可质疑的正当性。毫无疑问,当下的中国是一个高度行政集权的行政国家。

#### (二) 行政的多元性: 执行兼及立法、司法

在传统的宪政理论框架下,人民的意志通过代议制机关预定的法律程序形成法律,行政是法律的执行者,司法是法律争议的中立裁判者。但是到了现代社会,这种宪政理论框架发生了现实危机:代议制机关和司法机关对原本属于自己职责范围内的许多事务感到力不从心,如对具有高度专业性的行政事务,代议制机关难以制定出行之有效的法律,司法也难以作出准确、合理的判断,等等。于是,这种行政事务的处理权逐步转向行政,或者是由行政机关制定具有普遍约束力的处理规

[29] [英]韦德:《行政法》,徐炳译,中国大百科全书出版社1997年版,第7页。

[30] [德]毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第17页。

则,或者是由行政机关作出裁判。由此,现代行政在内容上除了保留传统上的执行性行政——就个别事件作出处理决定——之外,又兼及立法和司法,即行政机关可以如同立法机关那样制定面向未来统一实施的法规范,如司法机关那样针对过去已发生的个案,在当事人之间作出具有法约束力的裁决。

在《宪法》中,行政除了执行外也还有立法的内容,<sup>[31]</sup>全国人大常委会还多次将部分立法权授予国务院,立法性行政具有宪法依据。<sup>[32]</sup>《宪法》中没有司法的概念,而是用“审判”、“检察”来指代如西方国家宪法中的“司法”内容。如果我们不承认“检察”是一种行政权的话,那么《宪法》中的行政的确没有任何“审判”、“检察”的内容。但是,这并不影响全国人大及其常委会将某些类似的或者具有“审判”功能的权力授予行政机关。<sup>[33]</sup>所以,行政机关拥有的司法性行政也是有法律依据的。需要关注的问题是,面对行政的多元性与行政执行性之间的紧张关系,我们需要相关法律制度予以缓解:立法性行政需要导入公众参与等制度,使得立法性行政——制定行政法规和行政规章等——获得民意基础;司法性行政需要导入防止偏见、听取意见等制度,使得司法性行政具有相对中立的地位,确保行政机关作出公正的裁决。

### (三) 行政的形成性:社会秩序的整合

社会由个人组合而成。所谓社会秩序,本质上是个人之间关系的总和。人追求利益的利己本性,决定了社会秩序不稳定是一种常态。行政作为一种国家权力的基本职责是整合社会秩序,使紊乱的社会秩序得以恢复。这里的“整合”不仅仅在于行政要修复已经失衡的社会秩序,更是要有目的地形成、塑造一种有利于个人全面发展的社会秩序。除了依法行政之外,行政还需要关注公共政策的实现,因为单纯以法规范为导向的行政,可能会导致行政脱离社会需求,难以达成行政目的。公共政策具有面向未来的功能,可以引导行政适应社会的变迁,也可以有目的地推动社会的发展。

个人之间、个人与国家之间的利益冲突是社会秩序不稳定的根源,行政要采取各种适当的法律手段来消解这些不稳定的根源。比如,相邻关系的一方违法建造房屋,另一方因相邻权受到侵害指责一方违法建房,从而引起相邻关系的冲突。行政机关对违法建造房屋方作出限期拆除的行政决定,旨在该相邻关系恢复到正常状态。又如企业违法向河道排放未经处理的不符合国家标准的污水,严重污染了

[31] 参见《宪法》第89条第1项。

[32] 1983年全国人大常委会《关于授权国务院对职工退休退体办法进行部分修改和补充的规定》;1984年全国人大常委会《关于授权国务院改革工商税制和发布有关税收条例(草案)的决定》;1985年全国人大常委会《关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行的规定或者条例的决定》。

[33] 《专利法》第57条规定:“取得实施强制许可的单位或者个人应当付给专利权人合理的使用费,或者依照中华人民共和国参加的有关国际条约的规定处理使用费问题。付给使用费的,其数额由双方协商;双方不能达成协议的,由国务院专利行政部门裁决。”

城市饮用水的水源,行政机关作出责令限期治理的决定,旨在恢复城市饮用水取水的安全性。同时,行政还是一种面向未来的国家活动,具有明确的目的性。比如,行政机关在“春运”期间整顿客运秩序,铁路公安机关打击倒卖火车票等,旨在形成一种良好的“春运”秩序,保障乘客的合法权益。无论如何,社会秩序的稳定总是行政最优先考虑的目标,行政将实现社会秩序正常化当作它的首要任务。

在传统行政法上,行政的形成性主要是通过强制的方式来实现的。但在现代行政法上,行政的形成性又增加了一种与行政相对人“合意”的方式,且这种方式在现代行政法上的地位越来越重要。法律对于行政的形成性依据也不再“斤斤计较”,广泛的裁量权被授予了行政机关,行政机关获得了行政形成社会的相当空间。在这里,“法律希望(如有可能)对司法中合乎法律的裁决作出明确的规定,却尽可能有意地给行政留出自由选择的余地,使行政在其中可进行合目的性的行为。”<sup>[34]</sup>

#### (四)行政强制性的弱化:沟通协商

作为国家权力之一的行政具有强制性。<sup>[35]</sup>“命令一服从”的传统行政模式,隐含着行政借助国家强制力,迫使个人履行行政依法所设定的义务。在我国,当法律尚未完全褪去“阶级斗争工具”的印痕时,行政法律关系上的“不对等性”就是行政强制性的鲜明特征。<sup>[36]</sup>比如,在发达的治安管理处罚制度下,(公安)行政几乎成了行政“强制性”的同义词。20世纪90年代之后,因民主宪政观念的不断扩散,个人在行政法上的主体性地位得到了国家的承认。1996年《行政处罚法》首次规定了听证制度,为个人可以站着和国家行政对话提供了法律保障,行政机关也懂得了与个人商量着办事的重要意义。“沟通协商”制度通过行政程序这一载体进入了行政过程,将原有行政的强制性渐渐削弱,去“不对等性”成了传统行政法转向现代行政法的一个重要标志。当然,去“不对等性”并不否定行政决定的单方性,行政机关保护个人权利的任务通常是由行政决定的这种单方性来完成的。

在现代社会中,国家与个人之间利益对立的格局是客观存在的,也是不可避免的,双方激烈的对抗也时有发生,如因国家建设需要对农村集体土地实施征收、城市房屋拆迁而爆发出来的官民冲突事件这几年并不少见。但是,无论是国家还是个人都能够在不同程度上获得一种共识:利益的互相依赖决定了合作是各自利益最大化的最好选择。为了合作,国家与个人之间就必须沟通、协商。在行政法

[34] [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第130页。

[35] 在大陆法系行政法学上有所谓的“高权行政”,它与行政相对人之间构建了一个具有强制性的命令与服从关系。但是,“今日之高权行政,已不再重视行政单方设定人民权利义务之权威。公行政虽根据公法而行动,但抛弃威权之命令与强制时,亦属高权行政。惟学说称之为‘单纯之高权行政’,以与传统之‘威权行政’相区别。”陈敏:《行政法总论》(第7版),新学林出版有限公司2011年版,第16页。

[36] 参见罗豪才主编:《行政法学》(高等学校法学试用教材),中国政法大学出版社1989年版,第15页以下。

上,“合作国家”的概念也应运而生。<sup>[37]</sup> 在“合作国家”的概念框架下,知识、信息的大致相当,是国家与个人之间能够沟通、协商的前提。但是,由于行政专业化导致国家与个人之间在知识、信息上的不对称性,双方之间的沟通、协商经常也会发生梗塞。如2009年在上海磁悬浮项目规划过程中,依照专业测评,22.5米的距离足可以让磁悬浮的辐射对人体无害,但沿线居民仍然以“散步”方法表示反对。某些行政上的专业性所带来的沟通、协商上的障碍,有必要通过信息公开、第三部门参与和专家委员会独立性的专业解释等方法加以化解。

#### (五) 行政主动性的强化:生存照顾

干预是行政的传统本质,它旨在维持一个稳定的社会秩序。在近代社会中,行政的干预主要是为个人有一个公平竞争的机会,至于个人在竞争中是胜或败,则与行政无关。这是一种与自由市场经济发展相适应的行政模式。但是到了20世纪之后,西方国家的行政开始担当起对个人“生存照顾”的服务行政之职责,<sup>[38]</sup> 行政发展出了有关福利给付的内容。“一旦行政部门受福利国家立法者的要求而承担进行计划和政治导控的任务,古典意义上的法规就不足以为行政部门的实践提供规划了。古典的干预性行政的特点是反应性的、两极性的和选择性的;在这种政府行政之外,出现了具有完全不同实践方式的计划性的、服务性的政府行政。现代的服务性行政设施、制订计划和预防风险,也就是说承担广义的政治导控任务。”<sup>[39]</sup> 20世纪中叶以来,福利、环保、资讯与高科技等社会发展要素,使得行政的内涵也发生了重大变化。

中国行政没有上述这样的一个历史发展过程。在计划经济年代中,在生存照顾方面行政的职责主要惠及城市居民。在“充分就业”政策下建立起来的“单位”福利制的基础上,行政包揽了“单位人”的生老病死。同时,行政也兼及农村中的“五保户”养老、“合作医疗”以及因公伤亡的农村居民及其家属的生活困难补助等,其他农村居民的生老病死则不在当时行政的生存照顾范围之内。20世纪90年代以来因市场经济竞争出现了大量的“失败者”和贫富差距现象,风险社会也给个人带来许多不确定的伤害,这些事实都在客观上要求行政扩大生存照顾对象的范围。1999年国务院《城市居民最低生活保障条例》公布实施回应了上述部分的需求。以关注民生推进公平、正义的2007年国务院《政府工作报告》,标志着中国政府的行政中新添了“生存照顾”与“提供发展机会”的两项内容。《宪法》第45条关于公民“物质帮助权”的规定获得了国家实质性的重视,明确把它纳入了行政的内容。当下的社会保障、公共教育和公共医疗卫生是行政“生存照顾”的主要

[37] 张桐锐:“合作国家”,载《当代公法新论——翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集》(中),元照出版有限公司2002年版,第549页以下。

[38] 进一步阅读陈新民:“‘服务行政’及‘生存照顾’的原始概念——谈福斯多夫的‘当作服务主体的行政’”,载其著《公法学札记》(增订新版),法律出版社2010年版,第39页以下。

[39] [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2003年版,第553页。

内容。

#### (六) 行政的公益性: 公共利益

行政向人民代表大会负责, 更要向人民负责, 因此, 公共利益构成了行政目的的核心。“立法创制法律, 司法和行政则以不同方式遵守法律。在法律限定的范围内, 司法所实现的是争议中的法律, 行政实现的则是公共利益。”<sup>[40]</sup> 公共利益是一个不确定概念, 抽象的、具有普适性的判断标准或许并不存在。一般情况下, 公共利益的内容可以在个案中予以界定, 当然, 我们也不排除立法机关在某些立法中在设置兜底条款前提下作若干例示性的规定。<sup>[41]</sup> 在具有成文法传统的中国, 它是具有法律意义的。

从事行政的国家公务员因有共同的利益而结成一个利益集团, 当然, 这种利益集团并不需要具体的组织形式。在行政过程中, 这个利益集团可能会利用行政权为自己谋取利益, 或者在追求公共利益过程中顺便搭上本集团的利益。如在公务员集中居住的生活小区附近, 利用职权规划建设优质教育设施和便捷的市政公共交通网络等。这种谋利行为和行政的公益性之间是有冲突的, 它需要通过政府信息公开、公众参与等制度加以化解。

行政对公共利益的追求, 并不意味着行政可以随意否定公民的正当利益需要, 或者要求公民无条件地服从公共利益的需要; 相反, 行政在追求公共利益的同时, 必须关注公民利益量的增长和质的提升, 以回应“尊重和保障人权”这一宪法条款的要求。公民利益的范围是行政追求公共利益时不可逾越的边界。公共利益有时是全体公民的利益, 有时是部分公民的利益, 甚至还可以是特定公民的利益, 如由警车引导运送危重病人的救护车为其提供快速道路的通行。公民固然应当服从公共利益的需要, 但公民利益因服从而受到损害的, 必须以国家合理补偿为前提。它们两者之间构成一种“唇齿”关系。

#### (七) 行政的多样性: 应对复杂的现代社会

不同于刑法、民法, 我们至今还不能制定一部统一的“行政法”, 主要原因是行政的多样性难以用一部法律加以调整。在行政统管一个人从摇篮到坟墓全过程的现代社会中, 行政已经渗透到了社会的每个角落。科学技术中知识的“不确定性”给人们的生活带来了风险, 如药品、食品的安全等, 需要行政发展出多样性方式以应对这种风险。所谓“风险”, 即未来发生某种对人、社会或者自然环境不安全事件的可能性或者盖然性。若行政等到风险成为客观事实之后再出面补救, 社会不可避免要为此支付沉重的代价, 因此, 行政需要采用多种手段进行事先预防。在全球化时代的当下, 行政限于国内事务的时代已经一去不复返了, 面对复杂的国际社会事务, 行政还需要具有国际视野并能够迅速作出有效的决断。

行政的多样性需要国家依照类别设置相应的行政机关, 这在客观上造成了行

[40] [德] 拉德布鲁赫:《法学导论》, 米健等译, 中国大百科全书出版社 1997 年版, 第 130 页。

[41] 参见《国有土地上房屋征收与补偿条例》第 8 条。

政部门“杂乱无章”的外观。初识行政体系的人,面对名目繁多的行政机关可能会不知所措。在没有比较完备的行政组织法体系的中国,即使是行政机关体制内的人,有时也不太能够正确地对林林总总的行政机关作分门别类。

从原理上说,行政的多样性不能否定行政的整体性,在“行政一体化”的原则下各行政机关之间应当精诚合作,行政机关上下级之间监督与服从,同级行政机关之间协力配合,所有的行政机关都必须在国家确定的一个总体目标下活动,以实现国家总体的行政任务。对于如中国这样的大国,在坚持行政统一性原则下也要容许行政的多样性,以适应地区差异性的需要。如过分强调行政统一性,可能会导致行政僵直,尤其是地方行政可能会出现“死水微澜”的现象。

#### (八) 行政的科技性:行政手段的科技化

随着现代科学技术的发达,行政手段的科技化也应运而生。<sup>[42]</sup>科技发展给人类社会带来了巨大的财富与进步,也同时带来了许多负面效果;这些负面效果有的甚至影响到了人类社会的正常发展。因此,科技的安全性和伦理性日益受到人们的关切,前者如高速铁路、民航客运和移动手机等,后者如“克隆人”与“安乐死”以及人体器官的出售与移植等。行政需要采用与科技发展相适应的手段,解决科技的安全性和伦理性所带来的各种问题,保护人类免受科技发展所带来的伤害。

在“信息就是力量”的现代社会中,互联网的发达和政府信息公开使得个人可以便捷地获得其所需要的信息,从而决定自己行动内容与方式。电子政务是行政手段科技化的基本趋势之一,国家相关的立法也随之而出,如《电子签名法》、《电子认证服务管理办法》等,《行政许可法》也规定了有关“电子政务”的问题。<sup>[43]</sup>为此,只有行政方式的改变,才能适应个人与社会的发展需要。如在北京希优照明设备有限公司不服上海市商务委员会行政决策案中,法院认为:

“本案系电子政务引发的新类型案件,原、被告双方对被诉具体行政行为是否符合法定程序的争议,实质上是基于对传统与现代政府行政方式的不同认识。当今社会信息技术高速发展,电子政务的出现是信息技术影响政府行政方式的结果。电子政务,可以理解为现代政府行政的新方式,这种通过应用信息技术的方式有利于改善公共服务,增强公共参与、政务公开和民主程度,促进政府办公自动化、电子化、网络化和信息资源的全面共享,有利于提高公共管理效率、公共决策科学性。电子政务有别于传统行政方式的最大特点,在于行政方式的无纸化、信息传递的网络化、行政法律关系的虚拟化等。”<sup>[44]</sup>

[42] 如有的地方交通运输行政管理部门采用道路运输车辆卫星定位监管系统实施监管。参见广东省交通运输厅《关于道路运输车辆卫星定位监控平台应用管理办法》(粤交运[2010]1794号)。

[43] 《行政许可法》第33条规定:“行政机关应当建立和完善有关制度,推行电子政务,在行政机关的网站上公布行政许可事项,方便申请人采取数据电文等方式提出行政许可申请;应当与其他行政机关共享有关行政许可信息,提高办事效率。”

[44] 《最高人民法院公报》2011年第7期。



## 四、行政分类

### (一) 干预行政

干预行政是行政机关通过限制甚至剥夺行政相对人权益的方式来达到维护社会秩序,实现行政任务目的的一种行政行为。干预行政通常发生在两种情形下:(1)对可能发生危险的预防、控制,如行政许可、行政强制措施等;(2)对已经发生的违法行为作出处置,如行政处罚、责令改正等。

干预行政是传统行政法上的核心概念。它在德国行政法学上被称为“管制行政”,<sup>[45]</sup>在日本行政法学上被称为“规制行政”,<sup>[46]</sup>在中国台湾地区行政法学上,把具有强烈的命令、禁止、干涉、取缔及强制色彩的行政手段,称为干预行政。<sup>[47]</sup>干预行政的功能在于排除危害,消除混乱以维护正常的公共秩序。“不利行政”并不完全等同于干预行政,因为在与之相对应的“有利行政”中也有干预行政的内容,如强制治疗、强制戒毒等。由于干预行政具有十分明显的“侵害”性,因此,它必须严格遵循依法行政原理以及其所支配的基本原则。

干预行政具有强烈的“工具”性质,历来为国家所高度重视并广泛运用。中国计划经济时代以“不服从者不得食”作为处理国家和个人之间关系的原则,如果说存在着所谓“行政”的话,那么它的核心内容是干预,而不是给付。比如,当时虽然个人每月可以从国家那里领取各种用于购买生活必需品的票证,但个人获取这些票证的请求权是没有法律保障的;政府如同父母一样,强制性地“照顾”着个人的生活,甚至决定个人的穿着、发式,且个人对这种干预行政没有法律上的救济权。

干预行政对于个人来说最大的影响是他的合法权益受到限制或者剥夺,因此,它需要明确的法律依据,否则行政机关不得实施。比如,在2003年SARS蔓延期间,一些地方政府对居民小区采取隔离和暂停文化娱乐场所经营活动等措施,在学界就发生过有关其合法性的争议。<sup>[48]</sup>在法治行政理念下,对于个人做出的即使是一般人可能都不能理解的言行,只要没有越出公序良俗的范围,国家仍然没有理由对其进行干预。如北京市石景山区金顶街二中教师王文隆向公安机关申请改名为“奥古辜耶”,公安机关根据公安部三局《关于执行户口登记条例的初步意见》第9条的规定,不同意他改名,于是他向法院提起行政诉讼。在诉讼过程中被告认识到自己拒绝原告的申请于法无据,便同意其改名的申请。<sup>[49]</sup>对干预行政作这样的限制,其法效果是保护了个人的自由。

当干预行政可能难以实现行政的目的时,“转换”行政的方式可能是一种比较

[45] Eberhard Schmidt - Aßmann:《行政法总论作为秩序理念——行政法体系建构的基础与任务》,林明锵等译,元照出版有限公司2009年版,第182页。

[46] [日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第6页。

[47] 李震山:《行政法导论》(修订7版),三民书局2007年版,第5页以下。

[48] 朱芒:《功能视角中的行政法》,北京大学出版社2004年版,第188页以下。

[49] 北京市石景山区人民法院《行政判决书》([2002]石行初字第15号)。

策略性的选择。如在国家废除机动车报废年限规定之后,为了保证车辆的安全性能,通过缩短年检的年限,提高车辆使用成本,促使车辆所有人及时更新车辆,旨在达到原有规定报废年限的目的。这种行政方式的“转换”,在相当程度上也减轻个人与国家之间的对抗情绪。中国自20世纪80年代以来的行政审批制度改革,试图放松政府对个人与社会的高度监管,以期释放个人创造社会财富的动力。需要叙明的是,这里的“放松监管”所面向的是原有计划经济体制遗留下的压制,与西方国家的自20世纪中叶以来“规制缓和”改革的价值取向并不相同,后者是政府对自由市场经济过度干预而引发的一种反思与改革。

## (二) 给付行政

给付行政是行政机关通过给予行政相对人利益的方式来实现行政任务的一种行政行为。<sup>[50]</sup> 第二次世界大战之后,照顾个人的生存,提携个人的发展成为西方国家基本职责之一,给付行政由此获得了发展的空间。给付行政因为涉及国家财政的支出,因此它的关注点主要是给付的公平性。在社会行政法相对成熟的德国,据日本学者分析,在现代行政法上,公物法与社会法(社会保障、社会救助、社会福利)、资助法(补贴)共同构成了给付行政的三驾马车。给付行政被分为设施行政、社会行政和资助行政。<sup>[51]</sup>

在中国,给付行政有两个面向:(1)针对特定人的经济资助。特定人因经济等的原因发生了生存或者发展的困难时,国家就负有给付的义务,如给大学毕业生发放“创业基金”,对符合法定条件的个人发放最低生活保障费和提供社会养老保险,<sup>[52]</sup>对残疾人参加职业技能培训按规定给予学费补贴<sup>[53]</sup>,等等。这种给付经常会附带某些条件,行政相对人不具备条件的,就不能获得经济资助。通常情况下,由于受资助的人是弱势群体,处于社会的边缘,在人性上多具有脆弱、逃避等不良特征,所以对其实施给付行政时,必须充分尊重他们的人格,对其隐私必须严格加以保护。(2)为不特定公众提供公共设施,提供公共信息,如举办公立学校、公共图书馆、供水、电等“普遍而稳定提供”。<sup>[54]</sup> 它的目的是改善人民的物质和精神生活。与(1)有所不同的是,此种给付需要受益人支付价格,它更多是通过私法方式来实现给付。但是,“把公行政任务以私法方式来达立即遭到一个危险:经济的原

[50] 当给付行政作为一种行政目的理解时,它是与“秩序行政”相对应的一个概念。

[51] [日]大桥洋一:《行政法学的结构性变革》,吕艳滨译,中国人民大学出版社2008年版,第192页。

[52] 浙江省嘉兴市在2007年10月1日正式实施《嘉兴市城乡居民社会养老保险暂行办法》(嘉政发[2007]第71号)。该办法规定,凡是嘉兴市行政区域内,年满16周岁至60周岁,符合参加职工基本养老保险或现有各类社会养老保障对象之外的城乡居民,都可以参加城乡居民社会养老保险,当地财政对参保者实行补贴。

[53] 吴建敏诉北京市朝阳区残疾人联合会要求报销培训学费案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第41号案例,中国法制出版社2011年版,第5页以下。

[54] 中国台湾地区“司法院”大法官释字第428号。

则(营利目的)会优先于行政任务之考虑。”<sup>[55]</sup>此种危险,我们不可不察。

如果说干预行政仅仅限于公法法域的话,那么,在给付行政中有大量的私法规范被广泛适用。不过,因给付行政具有“父爱主义”的思想,有时给付行政对行政相对人也有干预的法效果,比如,对精神病患者的强制治疗,对适龄儿童强制实施义务教育,为行政相对人提供经济适用房,但附有不得出租的条件等。在现代行政法上,给付行政的发展与发达,使得行政法原有的某些原理可能需要修正或者重写,现代行政法的重心也不再是一个限于干预行政而展开的体系,围绕着干预行政而设立的制度。

### (三) 规划行政

规划行政是行政机关基于行政法的任务而面向未来作出预先安排的一种行政行为。规划行政的核心是行政机关在法律框架内,为了完成行政任务而作出的政策性判断,具有强烈的合目的性导向。<sup>[56]</sup>规划行政所指对象具有较大的时空跨越性,<sup>[57]</sup>范围不确定性,所以,规划行政有“立法”的某些特征。在充满社会发展的不确定性和自然资源匮乏性的现代社会中,规划行政的重要性也日益突出,使之成为独立于干预行政、给付行政的一种行政类型。规划行政如城市规划、土地利用规划等有一种法拘束效果,但是这种法拘束效果对于特定人来说并不是当即发生的,因此它不是行政决定。从逻辑上说,将规划行政与干预行政、给付行政相提并论可能并不妥当,因为规划行政本身内容是相当复杂的,在功能上它具有干预、给付性质混合之特点。所以,从这个角度将它分为第三类行政也是合适的。

与土地等不动产有关的规划是规划行政中最为重要的内容。它与个人的利益关系的密切性,有时涉及财产权、生存权的保障问题。<sup>[58]</sup>如土地利用规划中,将集体土地规划为工业建设用地,对该土地有使用权的农民的生产、生活将受到重大影响。因这种规划行政形成过程中所涉利益状况复杂,所以,在规划行政作出过程中引入公众参与机制十分必要。<sup>[59]</sup>比如,城市中的旧城改造规划可能涉及原住户向

[55] 陈新民:《公法学札记》(增订新版),法律出版社2010年版,第53页。

[56] “计划行政之实证特征为:计划有展望将来之性格,又每每涉及多数不同之利益,因此很难有实体法层次上之‘正法’来决定其计划决策之正确性及合法性。因此在规范层次上,计划行政之合法性判断往往有‘以程序慎重取代实体合法’之倾向。”中国台湾地区“台北高等行政法院”1998年诉字第1339号判决。

[57] 《城乡规划法》第17条第3款规定:“城市总体规划、镇总体规划的规划期限一般为20年。城市总体规划还应当对城市更长远的发展作出预测性安排。”

[58] 2008年日本最高法院在一个行政案件中认定“土地区划整理事业计划”是行政处分,属于抗告诉讼的对象。这一判例的基本理由是,“土地区划整理事业计划”的决定已经给区域内宅地所有者等私人的法律地位带来变动,如果不让这些私人在此时间点进行争议,那么这些私人很可能因为“事情判决”而丧失获得实效性权利救济的机会。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2012年版,第48-49页。

[59] 《城乡规划法》第26条规定:“城乡规划报送审批前,组织编制机关应当依法将城乡规划草案予以公告,并采取论证会、听证会或者其他方式征求专家和公众的意见。公告的时间不得少于30日。”

近郊区搬迁的问题,如果政府不能及时建成相关的配套设施,那么搬迁对他们的日常生活、子女上学、医疗服务等将产生相当大的影响。对于行政机关来说,在规划行政中平衡各方利益与其说是行政的一种手段,倒不如说是一种细腻入微的行政艺术。通过这种“行政艺术”将可能发生的利益冲突消解在规划行政过程中,可以确保日后规划行政的平稳实施。

除上述三类行政外,将来还可能还有其他具有综合功能的行政类别,如合作行政、协商行政等,在此不再赘叙。

## 第二节 行政权

### 一、行政权与社会秩序

#### (一) 社会秩序的重要性

社会秩序是人们在各种社会规范约束下社会实践的产物。社会是由人构成的,人是社会的动物。人的本性决定了人与人之间的冲突不可避免,<sup>[60]</sup>因此,无论何种性质的社会都需要有一种正常的秩序,才能保证社会不发生崩溃,进而才能维系人类的生活、生产。维护社会秩序“意味着按照一定的规范和准则,对社会系统进行有准备的控制,使社会按其特定的秩序轨道正常运行”。<sup>[61]</sup>将社会秩序形成的核心动力定位于国家(权力)而不是个人(权利),是非民主国家治理政策与方法的基本思路,由此形成的国家集权体制、削弱个人力量机制(如限制结社)以及阻隔信息的自由流通等都是这一基本思路的逻辑产物。现代社会因利益多元化导致的冲突日趋增多,尤其是社会财富分配不公导致社会财富流向单极化,贫富之间差距拉大,成为社会秩序不稳定的首要因素。因此,对社会秩序的控制成为现代国家的一项基本任务。

中国经济的高速发展为社会创造了巨大的财富,人们生活水准总体上有了大幅度提升,但利益冲突与财富增长呈现出了正比关系,社会正常秩序也因此受到了重创。比如,城市拆迁和农村征地中产生出来的“破坏力”,成为社会秩序不稳定的主要“震源”。多年以来“维稳”作为地方各级政府要务之一,其目的就在于使社会秩序回归稳定。社会秩序动荡不安,经济、政治与文化的全面发展就失去了前提,人的幸福生活与人的尊严也就无从保障。这个教训对于中国来说相当深刻,必须切记勿忘。

[60] “礼起于何也?曰:人生而有欲,欲而不得,则不能无求;求而无度量分界,则不能不争;争则乱,乱则穷。先王恶其乱也,故制礼义以分之,以养人之欲,给人之求;使欲必不穷于物,物必不屈于欲;两者相持而长,是礼之所起也。”《荀子·礼论》。

[61] 邢建国等:《秩序论》,人民出版社1993年版,第17页。

## (二) 作为控制社会秩序的行政权

权力——无论是国家权力还是社会权力——是社会秩序正常化的力量。但权力有时可能变异为社会秩序混乱之源,为此,我们需要通过法律来规范权力,驱使其服务于社会秩序的正常化目的。正是从这个意义上说,庞德“通过法律的社会控制”的命题是成立的。“在近代世界,法律成了社会控制的主要手段,在当前的社会中,我们主要依靠的是政治组织的社会强力。我们力图通过有序地和系统地适用强力,来调整关系和安排行为。”<sup>[62]</sup>

在现代国家中,行政权是国家权力的中心,社会控制的基本力量必然是行政权。行政权是行政法的“知识核心”,它构成了行政法体系的内核。在中国宪政框架中,人民代表大会制定的法律为行政权控制社会秩序提供基本的合法性依据,但行政权的大部分依据都是由行政权自己创设的,如行政法规、行政规章与行政规定。法院通过裁判个案来恢复失态的社会秩序,恪守“不告不理”的原则。只有行政机关每天积极地面对着失态的社会秩序,通过法律赋予的行政权将争议加以消解,将失态的社会秩序控制在人们可以容忍的限度之内;没有行政权的这些日常作用,社会就难以形成一个良好的秩序。中国正处于社会转型期,社会秩序的失态现象比较严重,它需要强有力的行政权在法律框架内有效地发挥作用,我们不可轻易削减、克扣行政权,使行政机关面对失态的社会秩序有心无力。所以,作为西方国家的治理模式的“大社会、小政府”未必适合今天处于转型期的中国。

## (三) 回应民主的行政权

在行政权处于国家中心的宪政框架中,行政的民主性涉及行政合法性基础的问题。政府的权力源于人民的授予,行政权的行使只有回应人民的意愿,它的合法性才能获得认可。人民代表的选票决定行政权去留,这是行政民主性的核心。关于这个部分的制度性保障,《宪法》等都已经作了明确的规定。但是,在现代行政国家中,代议制的危机在以行政权为中心的宪政框架中没有良策予以消解,中国也不例外。由于帝制传统的影响,中国的行政权向来比较专断,它习惯于在封闭的办公室里作行政决策,很少顾及门外人民代表、公众的意见,因此它的民主基础向来不太浓厚甚至完全没有。近年来兴起的“决策民主化”作为一种行政体制改革的口号被提了出来,但具体落实的机制却一直是付之阙如;即便有了一些规定,它的实际效果也并不耀眼。

选举作为一种体现民主的机制,它的功能正在日渐式微。在既定的宪政框架中,选民或者人民代表的选票投向自由度受到了一些不当的限定,如没有公开竞选机制,再加上信息技术发达与人情世故等原因,他们的选票是可以被某些利益集团所“俘获”的。所以,人民代表大会制度下的行政权民主性,今天可能需要公众越过人民代表大会,通过行政程序的开放性,直接参与行政过程之中才能获得体现。现代行政法上行政程序的发达,可以为行政权获得更为广泛的民主基础提供制度

[62] [美]庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵等译,商务印书馆1984年版,第10页。

性保障。

## 二、不确定的行政权

### (一) 开放的行政权

社会变迁导致国家权力的内容与格局发生流变,这种流变在行政权领域最为明显。这与行政国家的成形与发展之间有着十分密切的关系。应当说,立法权和司法权的内涵是相对稳定的,前者为行政权、司法权提供合法性依据,后者在个案中行使判断权。由立法权衍生出来的监督权等和司法权衍生出来的司法解释权等,相对于行政权从立法权、司法权中“获取”的立法性行政、司法性行政,它们的影响力是不可同日而语的。开放性可以成为行政权在现代行政法上的一个特征。

行政权的发展总是呈现一种开放的趋势,这种开放面向立法权、司法权。行政事务的繁杂多变,使它从不将自己的外围边界严加封闭起来,而是始终保持着一种开放的势态。凡有助于完成行政任务的方法、工具,它就会想方设法把它同化为行政权的一部分。宪政框架中的军事权、检察权虽然不是行政权,但它具有行政权的血统与性格,未来也可能是行政权吸收的对象。

### (二) 扩张的行政权

不断向社会自治领域扩张自己的“势力范围”是行政权的天然性格。在“政治国家与市民社会”的政治学分析理论框架中,国家权力受到市民社会自治的限制;只有在市民不能自治的领域中,国家权力才有合法存在的空间。这是西方国家发展过程中形成的一个经典理论,具有很强的解释力。中国没有这个理论框架所依赖的实证事实,但并非就能得出行政权可以无限扩张的结论。因为,个人自由度与社会发展程度之间的正比关系,已经在中国改革开放中获得了有效验证。无限扩张的国家权力会挤压、压死个人自由,窒息社会发展的动力,因此,扩张的行政权必须加以适度的限制。

中国没有市民社会的自治传统。帝制时代我们没有西欧中世纪的城市自治、商人造反和教会抗衡的社会格局,后来社会主义计划经济体制下的人民公社制度,接通了国家权力通往每个家庭的管道,个人因此无法抵挡国家权力的长驱直入。这种传统所形成的惯性至今仍然在发生作用。《行政许可法》试图在遏阻行政权的扩张方面有所作为,但实际效果并不乐观。在缺乏自治传统的中国,我们在预设的一个理想图景引领下用自治的方式来收复行政权的疆域是否切实可行,并非已有不可争辩的结论。当然,扩张的行政权并没有受到现代行政法原理的支持,从中国实际情况看,现代行政法总的势态是应当确保行政权有效地控制社会秩序,这或许与正处于转型期有关。

### (三) 裁量的行政权

裁量的行政权服务于“个案正义”。裁量意味着行政机关在特定的场景中如何行政有了一种选择,但这种选择如同戴着脚镣跳舞,不可越出法律设定的边界。当然,没有裁量的行政权也是有的,比如,驾驶员造成交通事故后逃逸,由公安机关

交通管理部门吊销机动车驾驶证,且终生不得重新取得机动车驾驶证。<sup>[63]</sup> 但这样的不具有裁量的行政处罚权在《道路交通安全法》是极少的。在绝大多数情况下,法律总是要为行政机关行使行政权留下一些根据个案的特殊情况作出选择性决定的空间。如非机动车驾驶人拒绝接受罚款处罚的,公安机关交通管理部门可以扣留其非机动车。<sup>[64]</sup> 在这里,是否作出扣留决定,由公安机关交通管理部门视个案具体情况而定。

裁量权容易被滥用,所以,控制裁量权正当行使成为现代行政法上的难题之一。提升国家公务员的素养作为防止滥用裁量权的对策,一直受到法律上的肯定和推行,但实际效果并不理想。控制裁量权被滥用更为可靠的方法还是规则与制度。现代行政法上的裁量基准、行政听证、说明理由等都是这种规则与制度的具体内容,在现代行政法上占有重要的地位。

### 三、行政权类型

#### (一) 执行性行政权

国务院和地方各级人民政府由本级人民代表大会产生,并对其负责,受其监督,是其执行机关。在这样的宪政框架中,行政权是执行人民代表大会意志的国家权力,即执行性行政权。虽然《宪法》不是以“三权分立”理论为基础而制定的,但是,分权思想在其中仍然清晰可见。在传统行政法上,行政权的全部内容集中于它的执行性。

执行性行政权是行政机关的基本权力,它的基本功能是实现人民代表大会的意志。行政机关在行政法律关系中作为一方当事人,依法处理与行政相对人有关的个别性行政事务。在传统行政法上,执行性行政权的行为方式主要有行政处罚、行政强制、行政许可等;在现代行政法上又增加了行政合同、行政指导、行政接管等新类型行为。2009年《深圳市综合配套改革总体方案》提出了“行政权三分”的设想,即把执行性行政权分为决策、执行、监督,把决策权、执行权、监督权分别交给不同的部门,形成由少数决策部门、多数执行部门和独立的监督部门组成的一级政府。通过这样的制度安排,在执行性行政权内部实行“三权分立”,旨在实现执行性行政权的分解与合理制约。这是一种很有意义的行政实践探索。

#### (二) 立法性行政权

传统的宪政理论认为,立法是创制规定公民权利和义务法规范的国家活动,基于“人民主权”的原理,它必须以全体公民同意为前提。<sup>[65]</sup> 因此,它只承认行政机关执行人民代表大会制定法律的权力;如果它又拥有了制定法规范的权力,则被视为是对个人自由和权利的最大危险。所以,由人民选择自己的代表组成的人民代

[63] 参见《道路交通安全法》第101条第2款。

[64] 参见《道路交通安全法》第89条。

[65] 《宪法》第2条第1款规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民。”

表大会行使立法权,构成了立宪主义的核心内容。行政机关没有民意基础,它不能创制规定公民权利和义务的法规范,这是从传统宪政理论中可以推断出来的一个当然结论。

但是,基于现代社会的重大变迁,现代宪政理论已经修正了上述理论,承认行政机关在法定条件下具有立法性行政权。<sup>[66]</sup> 它的理由大致是:(1)因行政事务复杂、多变,使得立法机关的立法“供不应求”,影响了行政机关维护社会秩序的合法性、有效性。(2)中央政府施政所需要的统一性与地方差异所需要的灵活性之间具有紧张关系,所以,必须下放给地方政府部分立法权,才能缓解这种紧张关系。(3)行政事务常识性与专业技术性之间的紧张关系,使得人民代表大会不能制定出解决行政专业性问题的法规范,这些法规范的制定权应当赋予行政机关。

立法性行政权分为制定行政法规和行政规章两种。制定行政规定是否属于立法性行政,没有制定法上的依据加以明确。但在实务中,行政规定却有事实上的法规范效力,获得法院的认可。如在北京国玉大酒店有限公司诉北京市朝阳区劳动和社会保障局工伤认定行政纠纷案中,劳动和社会保障部的《关于实施〈工伤保险条例〉若干问题的意见》(劳社部函[2004]256号)被法院作为裁判理由的依据。法院认为:

“劳动和社会保障部《关于实施〈工伤保险条例〉若干问题的意见》(劳社部函[2004]256号)第一条规定:“职工在两个或两个以上用人单位同时就业的,各用人单位应当分别为职工缴纳工伤保险费。职工发生工伤,由职工受到伤害时其工作的单位依法承担工伤保险责任。”根据该规定,下岗、待岗职工又到其他单位工作的,该单位也应当为该职工缴纳工伤保险费;下岗、待岗职工在其他单位工作时发生工伤的,该单位应依法承担工伤保险责任。本案中,陈卫东从馄饨侯公司下岗后,到上诉人国玉酒店公司担任停车场管理员,并与该公司签订了劳动协议。陈卫东作为劳动者,国玉酒店公司作为用人单位,双方的劳动关系清楚。因此,国玉酒店公司也应当为陈卫东缴纳工伤保险费。如果陈卫东在国玉酒店公司工作期间发生工伤事故,国玉酒店公司应依法承担工伤保险责任。”<sup>[67]</sup>

### (三)司法性行政权

《宪法》中并没有所谓的“司法”概念,它只有“审判”、“检察”。<sup>[68]</sup> 所谓司法,在法理上是指法院在个案中适用法规范并作出裁判的一种国家行为。为了保证司法的公正、公平,法院必须是独立于法律争议双方当事人的第三者,与该法律争议没有任何法律上的利害关系。这种超然于法律争议双方当事人的独立性是通过宪

[66] 《宪法》第89条第1项规定:国务院有权“根据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令。”第90条第2款规定:“各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限内,发布命令、指示和规章。”

[67] 《最高人民法院公报》2008年第9期。

[68] 但在法律上,“司法”的概念并不缺少。如《刑法》第94条规定:“本法所称司法工作人员,是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。”又如,《刑法》第314条规定:“隐藏、转移、变卖、故意毁损已被司法机关查封、扣押、冻结的财产,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金。”



法规范加以保障的。《宪法》第126条规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”行政机关在宪法上因没有这样的独立地位，所以，它不能行使司法权。与司法权不同的是，(1)行使司法性行政权的行政机关所属的公务员不需要具备《法官法》规定的行使司法权的法官任职条件；(2)行使司法性行政权的行政机关上下级之间的关系不是法院上下级之间的监督关系；(3)行政机关行使司法性行政权作出的行政决定，除非有法律另外规定，否则它必须接受司法权的合法性审查。

或许是专业性所限，或者是为了减轻法院的负担，也可能是为了提高解决法律争议的效率，立法机关通过立法将某些法律争议的“首次裁断权”交给了行政机关，由此行政机关获得了如同法院一样居中处理法律争议的权力，即司法性行政权。如《农村土地承包法》第51条第2款规定：“当事人不愿协商、调解或者协商、调解不成的，可以向农村土地承包仲裁机构申请仲裁，也可以直接向人民法院起诉。”又如《土地管理法》第16条规定：“土地所有权和使用权争议，由当事人协商解决；协商不成的，由人民政府处理。单位之间的争议，由县级以上人民政府处理；个人之间、个人与单位之间的争议，由乡级人民政府或者县级以上人民政府处理。”由于行政机关行使司法性行政权的地位如同法院，因此它也需要遵循诉讼法上的一些原则性规定，如听取意见、回避、管辖、证据审查等。对“首次裁断权”不服的，当事人可以依法向法院提起诉讼，至于是何种性质的诉讼，取决于法律的具体规定。

### 第三节 行政法

#### 一、行政法概念

##### (一)有关行政权的“法”

行政法是规范行政权的法规范的总称。<sup>[69]</sup>用于规范行政相对人行为的法规范，与行政机关是否合法行使行政权有关，它们也是行政法的组成部分。行政法的全部内容都是围绕着控制行政权，保护行政相对人权利这一核心而展开的，所以，行政机关的行政权行使只要与公民有关系都需要行政法介入。另外，与行政权相关的其他行政法律关系也属于行政法调整的范围，如特别法律关系、行政机关之间的关系等，学理上称之为“内部行政法”。内部行政法的价值是：(1)确保行政机关外部行政行为的合法性；(2)为内部行政法上的相对人提供权利保障；(3)调整行

[69] 也有行政法理论将“公权力”作为行政法规范的对象。因在制定法上我们没有这样的概念，所以，此处仍使用“行政权”。进一步阅读罗豪才等：“我国行政法的概念、调整对象和法源”，载《法学研究》1987年第4期。

政机关之间的关系。总体上,规范行政权的法规范数量远远超过了刑法、民法,这与行政事务的广泛性、复杂性与多变性有关,但是,这些规范行政权的法规范都由行政法的原理与原则所统帅、协调。

行政法产生于历史发展到了行政权必须受到法律约束之时,在这之前,法制史上并不存在所谓的行政法。“行政权必须受到法律约束”意味着行政权必须依法行使并受到司法审查。在国家不承认行政相对人可以将行政机关推到法庭上当被告之前,行政法是不可能产生的。<sup>[70]</sup> 在世界范围内,许多国家的行政法都起源于司法审查这一制度性事实也可以说明这一点。“只有赋予与国家利益相对立的私人利益在法律上的请求权,并尊重它,赋予相互义务与权利,才有产生这一法律的根本基础。”<sup>[71]</sup> 没有司法审查制度,也没有正当法律程序理念的“行政法”,充其量只是一种国家的“统治工具”。在中国 2000 多年历史上,这样的国家“统治工具”是存在的。所以,在中国自 1949 年以来迟至 20 世纪 80 年代之初,以控制行政权,保护行政相对人权利为要旨的行政法是不存在的。<sup>[72]</sup>

如果一个国家还有不能在法庭上作被告的行政机关,那么这个国家的法治是有缺陷的;即使有所谓的“依法行政”的理念、原则,最终都可能沦为中国法律传统上法家式的“治法”。独立的司法审查对于行政法来说的确是至关重要的,甚至可以说是其他任何法律制度所无法被替代的。从 1982 年《民事诉讼法(试行)》开始,我们在制度上把纠正行政违法的责任部分安排给了法院。所以,在这个意义上说,中国开始有了自己的行政法。

## (二)有关行政权的“公法”

行政法是公法,这是学理上公认的一个命题。一般来说,法规范所调整的法律关系主体之间为上下关系的是公法;对等关系的则是私法。但是,在社会保障法、教育法、税法等法域中,这种区分可能是不明显的。因为,在这些法域中,只要行政权发生作用都必须受到这些法规范限制,此时,我们可能并不需要先区分何为公法抑或私法再来考虑是否行使行政权。也就是说,即使依照某种标准认定为私法规范,它也会对行政权产生限制作用,这种现象在给付行政领域中尤其明显。“私法的出发点,粗略地说,是自利优先的行为;而行政法与此不同的出发点是公益(或者其他考虑)优先的行为。”<sup>[73]</sup> 所以,我们还需要再结合该法律关系是否涉及公共

[70] 早在 1950 年政务院颁布了《契税暂行条例》、《商标注册暂行条例》和《社会团体登记暂行条例》等,但有关司法审查的规定一直付之阙如,因此,我们很难说当时中国已经有了行政法。

[71] [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 131 页;进一步阅读徐以祥:“行政法上请求权的理论构造”,载《法学研究》2010 年第 6 期。

[72] 1912 年《中华民国临时约法》第 10 条规定:“人民对于官吏违法损害权利之行为,有陈诉于平政院之权。”第 49 条规定:“法院依法审判民事诉讼及刑事诉讼,但关于行政诉讼及其特别诉讼,另以法律规定之。”到了 1914 年因公布《行政诉讼法》而建立了中国的司法审查制度,可以认为当时中国有了行政法。1949 年政权更替之后它延续到了中国台湾地区。

[73] [新西]塔格特编:《行政法的范围》,金自宁译,中国人民大学出版社 2006 年版,第 5 页。

利益才能作出正确的判断。

依照大陆法系国家的法律(罗马法)传统,法可以分为公法与私法。关于划分的标准至今已形成了数十种学说,如主体说、利益说、目的说等。<sup>[74]</sup> 尽管公、私法之间的界分标准有多种学说不断问世,但它们从来都不会影响到“行政法是公法”这一命题的成立。实务中行政机关有时利用私法来实现行政目的,这种私法在形式上也是“有关行政权的法”,比如调整国有土地有偿出让合同的法规范。当然,这部分的法规范并不是行政法的主要内容,但它的确是行政法的完整性所不可缺少的。进而言之,凡行政案件由无专业要求的普通法院而不是由行政法院审理的国家中,强调公、私法的二元结构实意似乎并不彰显。

### (三)有关行政的“公务”、“公物”

中国行政法体系框架是以行政权以及与行政权相关行为为中心而展开的,不属于行政权但由行政机关实施的公务行为,以及有关公物的利用等法律关系,一直保留在私法领域之中,如政府采购、兴建公共设施、公共停车泊位的利用等。因受到比较法上相关国家制度的启示,有的学者提出了“行政公产”的概念,并将它作为行政管理需要的“物的手段”纳入行政法体系。<sup>[75]</sup> 还有的学者提出“公物法”的概念,并展开了系统的研究。<sup>[76]</sup> 虽然他们的观点尚未成为主流思想,但这些都是有一定价值的学术主张。

将与行政职权无相接关联的“公务”、“公物”交由私法来调整,很难说这样的制度安排有多少法原理予以支撑,倒不如说更多的是一种人为的设计与历史传统的影响。虽然我们不能断言中国行政法未来发展的方向是否依然如今,但是如果私法调整这类法律关系不出现很大的不适应性,那么维持这样的制度安排或许是一种较优的制度性选择。

## 二、行政法内外结构

### (一)与宪法的关系

行政法作为一国的部门法,它与宪法的关系究竟如何?一直是宪法学与行政法学所关注的问题。当龚祥瑞教授说“行政法是宪法的一部分,并且是宪法的动态部分”时,<sup>[77]</sup>人们似乎一下子明白了两者之间的关系。如前所述,行政法始于行政权要受法律约束之时。行政权之所以要受法律的约束,最为根本的原因是国家承认公民的基本权利;没有宪法公开确认公民的基本权利,行政法也就无从生根。“行政法总论之作用乃系宪法的转换器。行政法总论若未能作为继受(宪法)工具

[74] 参见蔡志方:《行政救济与行政法学》(2),三民书局1993年版,第1-88页。

[75] 张树义:《行政法与行政诉讼法学》(面向21世纪课程教材),高等教育出版社2002年版,第5章。

[76] 参见肖泽晟:《公物法研究》,法律出版社2009年版。

[77] 龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社1985年版,第5页。

或进一步为处置之手段时,则宪法贯彻于行政实务的要求,将非当然得以实现。”〔78〕由于不能法典化的原因,行政法在内容上是由法律、法规和规章等组成的,且数量十分巨大。多头的行政法规范创制主体,尤其是行政机关在创制行政法时,更需要关注宪法规范的法拘束力,不可为了部门利益、本位利益而置宪法规范的法拘束力于不顾。比如,虽然“国家尊重和保障人权”是一种概括式的宣示性条款,但是,它对行政法创制主体却具有法约束力:国家机关有义务通过创制具有可执行性的法规范落实这一“人权条款”。行政法并非完全是一种“实现宪法价值的技术法”,〔79〕它也承载着引导行政权走向的某种法律价值,将宪法价值“投影”于行政法之中。

中国宪法早先比较重视国体、政体、国家形式以及国家机构等,公民基本权利部分受到忽视。21世纪之后,宪法学研究重点移向公民基本权利,并把这部分内容提升到了应有的高度,民主、自由、法治等理念也随着宪法文本的修正成了宪法学的核心价值,并在此基础上展开以国家权力与公民权利为主轴的宪法学体系。这些主轴内容需要行政法给予具体化,宪法才能发挥它应有的功能。“行政法为具体的宪法,故宪法基本权利规定及其所蕴含的人性尊严与立国精神等价值基础,应构成行政法学的重心,并透过立法、行政与司法的方式,不断地阐微与落实。”〔80〕行政法上的许多制度归根结底是保障宪法的制度,尤其是对公民基本权利保障。宪法的成熟度基本上决定了行政法发展的深度与广度。从功能上讲,“宪法既起着授权作用,也就包括限制权力的作用在内了。授权就意味着限制。从法律上讲,真正有效的宪法一定具有下列明确的规定:(1)各种政治机构是怎样组成的;(2)对这些机构赋予什么职权;(3)这些职权是如何行使的”〔81〕然而,宪法毕竟具有原则性之特点,它对国家和社会发生作用的路径只能借助于从属于它的部门法,如行政法可以使宪法的原则规定发挥其应有的作用。中国宪法的状况不尽如人意,在相当程度上牵制着行政法的发展,使行政法发展过程中屡现“玻璃窗”效应。当然,行政法并非亦步亦趋于宪法,有时,即使宪法“死”了,行政法仍然能够坚强地“活”下去。

## (二) 非法典化的部门法

行政法在客观上不存在如同民法、刑法一样的统一法典,国外的状况也大致如此。行政法非法典化是指国家不能如民法、刑法一样制定一部“中华人民共和国

〔78〕 Eberhard Schmidt - Aßmann:《行政法总论作为秩序理念——行政法体系建构的基础与任务》,林明锵等译,元照出版有限公司2009年版,第6页。

〔79〕 [日]盐野宏:《行政法总论》“合订本中文版序言”,杨建顺译,北京大学出版社2008年版。

〔80〕 翁岳生:“行政的概念与种类”,载翁岳生编:《行政法》(上),元照出版有限公司2006年版,第28页。

〔81〕 龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社1985年版,第33-34页。

行政法”<sup>[82]</sup>。但是,在行政法的内部许多内容是可以法典化的,如主体部分的人民政府组织法、公务员法等;行政行为部分的行政处罚法、行政许可法、行政强制法、政府信息公开法等;行政程序部分的行政程序法;<sup>[83]</sup>行政救济部分的行政复议法、行政诉讼法和国家赔偿法等。至于行政领域中某一部门的法典化,更是不计其数,如《治安管理处罚法》、《土地管理法》、《城乡规划法》、《环境保护法》等。

与民法、刑法另一个不同的是,行政法仅仅是一个法学理论上的概念,它并无制定法上的依据。把行政法看作是由各种法律、法规和规章等汇合而成的一个部门法,是比较接近于实务现状的。行政法的内容不外乎是行政机关首次适用法律与复议机关、法院对这种首次适用法律的行为是否合法进行复审时所应当遵守的法规范。它不同于民法、刑法的法规范仅仅是一种裁判规范,行政法中也包括了一些裁判规范,但主要是行为规范。另外,民法与民事诉讼法,刑法与刑事诉讼法之间可以作适当分离,或者说,不研习民法、刑法而直接学民事诉讼法、刑事诉讼法并没有多大困难,但行政诉讼法却是行政法不可分离的一部分;没有行政实体法、行政程序法的知识为基础,就难以研习行政诉讼法。

### (三) 部门行政法

行政法包括行政法总论和以问题导向的行政法分论或称部门行政法。行政法总论指导部门行政法的研究,而部门行政法则反过来可以修正、推进行政法总论的发展,它们之间形成了一个良性互动的关系。行政法总论为部门行政法解决具体问题提供了一个法学理论框架。当然,这并不是低估了行政法总论的实用价值,而是给行政法总论一个正确的学理定位。

依照行政法所涉的行政领域不同,可以划分出公安行政法、环境行政法、教育行政法、工商行政法、交通行政法、城建行政法等部门行政法。部门行政法是行政法中最活跃的部分,它们的发展经常会引起行政法总论中一般性原理的产生、消失和修正。行政法总论是在部门行政法的“个案—规范”之间互动中获得了不断发展的动力。<sup>[84]</sup>在现代,行政法在关注行政行为结果的同时,必须关注行政行为的过程以及行政行为结果所产生的影响面,将对这种影响面的控制也纳入行政法的调控范围。通过对这种“影响面”的关注,并使之能够迅速反馈到行政规范的制定

[82] 进一步阅读章剑生:“中国行政程序法典化的三个基本问题”,载应松年等主编:《当代中国行政法的源流——王名扬教授九十华诞贺寿文集》,中国法制出版社2006年版,第593-605页;江必新:“迈向统一的行政基本法”,载《清华法学》2012年第5期。

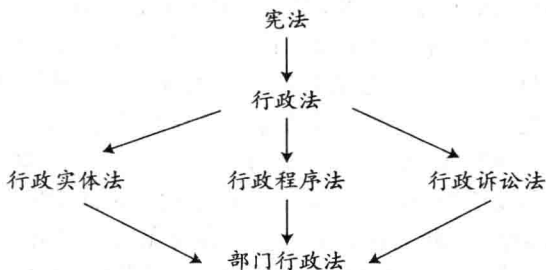
[83] 2008年10月1日湖南省正式实施中国第一个属于地方政府规章的《湖南省行政程序办法》。尽管它的法律位阶很低,但它对全国性的行政程序立法是有示范意义的。在国外,如德国、日本、美国、奥地利、西班牙等国家都已经完成了行政程序法典化,中国台湾地区、澳门地区也先后制定了“行政程序法”。

[84] 如《兽药经营质量管理规范》第37条规定:“本规范自2010年3月1日起施行。本规范施行前已开办的兽药经营企业,应当自本规范施行之日起24个月内达到本规范的要求,并依法申领兽药经营许可证。”这一部门行政法的规定,具有修正法不溯及既往原理之效果。

层面,更可以上游到立法机关制定法律过程之中,引导其制定的法规更面向实务所需要的效率。对于“影响面”的认知,必须借助于部门行政法的探知。传统行政法由于没有深入部门行政法,所以对行政的“影响面”感受并不深切,当然也就不可能对实务作出及时的反应,使得传统行政法在变动的现代社会中日趋僵硬、痴呆。部门行政法对于实务的变化如“春江水暖鸭先知”,所以,如果将部门行政法放逐于行政法的边陲地带,那么现代行政法就可能会失去吐故纳新的内在动力。

行政法总论的基本任务是塑造一个符合现代行政的理念,以及体现这个理念的体系性框架。现代行政法的理念是在行政权受到法约束的前提下,确保行政权有效率、且有限制地行使,个人的主体性地位因此获得了确认,个人权利受到了法的无漏洞保护和实效性救济。通过这个体系性框架将这一现代行政法的理念转输到各个部门行政法之中,并借助于各个部门行政法的发展丰满行政法总论这一体系性框架的理论。

小结:行政法内外结构图示



### 三、行政法逻辑基点

#### (一) 有效率的行政权

在现代社会中,行政法必须确保行政权的效率性,即它能有效率地控制社会秩序,使社会得以正常地发展。对此,行政法必须授予行政机关足够的行政权,以满足其控制社会秩序的基本需要。在这里,对于行政权来说,行政法如同机车的“发动装置”,它为行政权提供充足的动力。

行政法要服务于国家行政任务的实现,因而必须适应国家行政任务的转变,而国家行政任务的转变则反过来会对既有的行政法提出挑战,行政权有时会因为这种转变的需要而脱离法规范的约束,从而使行政权合法行使与国家行政任务实现之间产生紧张关系。这种内在的紧张关系有时会动摇法治原则,尤其是当国家处于社会转型时期,这种紧张关系更为引人注目。在社会转型过程中,国家一方面试图将部分行政权功能转移给社会,扶助或者扩大社会自治,以减轻国家行政的负担,比如除了原有村(居)民委员会外,还有城市居住小区业主委员会、律师协会等各种中间组织和行业协会等;另一方面因社会转型时期的各种行为规则的脆弱性使得国家要强化它的行政治理功能,将行政权的影响尽可能扩大到社会各个领域,

达成有效率地控制社会秩序的行政任务,如近几年来政府实施的各种楼市调控政策等。行政机关不能再恪守所谓的“管得最少的政府就是最好的政府”之政治格言,它必须在法授权的范围内积极、主动地行使行政权;如有行政相对人的请求,它更应当通过行使行政权来满足行政相对人的需要。<sup>[85]</sup>

行政权必须合法行使,但是一个没有效率的行政权也可能会失去它的合法性。“行政若留有空间,则应以效率性之考量加以填充;在此程度内也可称为效率原则;其有宪法层次意义,不得被任意割舍;向来公法学的理论于强调法治国、社会国、民主国等立国精神时,并未能充分认识到效率原则的重要性。没有效率,则国家与行政无法永续发展。”<sup>[86]</sup>此言甚明。

## (二)有限制的行政权

在现代社会,行政法也必须强调行政权的有限制性,即对行政权必须加以控制,从而减少行政机关滥用行政权的可能性。控制行政权不能仅仅限于事后,更要重视事中、事先,如公众参与行政过程已经成为一种重要的控权机制。在这里,对于行政权来说,行政法如机车的“刹车装置”,随时制止行政机关违法行使行政权。

控制行政权行使是传统行政法的基本使命。“无论在大陆法系还是在普通法系国度,贯穿于行政法的中心主题是完全相同的,这个主题就是对政府权力的法律控制。”<sup>[87]</sup>这个命题预设的一个基本前提是国家与人民的对立,它的历史背景是近代以来西欧国家形成的“政治国家与市民社会”的二元结构。20世纪以来民主宪政观念传播,这一预设所依赖的事实发生了重大变化,由此衍生出来的行政法理论体系也发生了“合法性”危机。这种危机主要表现在仅仅控制行政权行使的行政法无法回应20世纪之后激剧动荡的现代社会。中国没有这样的基本前提,也没有这样的历史背景,<sup>[88]</sup>但是,在儒家文化中形成的充满“父爱”情怀的行政权,有时它的过度“关心”也使人民不得安宁,因此,控制行政权行使也是中国行政法的基本使命。

[85] “翻开义乌市场的发展史,审视义乌经济的发展轨迹,可以清晰地发现政府有形之手的‘斧凿之迹’。义乌市场历经8次搬迁,11次扩建,市场向前走的每一都带有浓浓的‘计划’色彩。这让一些经济学家很不以为然:政府计划调控、强势而为,是把‘双刃剑’,调控得当,事半功倍;调控不当,贻误时机,损失不可估量。决策者承认,此话一点不假,说得极有道理。但是,凡事决定在人。这就要看义乌市政府在市场发展的每个关键时刻,是否都能够把握好方向,使市场朝着健康的目标发展。令人称奇的是,义乌市党政领导20多年间换了7次,而每一任都恰到好处的‘踏在节拍上了’。在历史发展的节点上,总是‘顺势推了一把,促成了质变’。”黄平:《发现义乌》,浙江人民出版社2007年版,第170页。

[86] 黄锦堂:“行政法的发生与发展”,载翁岳生编:《行政法》(上),元照出版有限公司2006年版,第70页。

[87] [印]赛夫:《德国行政法》,周伟译,五南图书出版有限公司1998年版,第104页。

[88] 陈端洪教授认为,1989年《行政诉讼法》标志着中国进入了一个国家与社会分离,是对峙式政治模式的开始。参见陈端洪:“对峙——从行政诉讼看中国的宪政出路”,载《中外法学》1995年第4期。这是一种由规范主义推出的,以逻辑替代经验的结论,即使到今天也似乎与中国的现实不合。

行政法是“控制行政权的法”这一命题,即使在今天也没有过时,它需要的是随着社会的发展而作出必要的修正而已——主要是增加确保行政权有效率地行使的内容。到此,这里的“控制行政权”已不再是传统行政法上那种单一的事后司法审查,而是包括了事前、事中的行政程序内、外部控制行政权的多元控权机制。

#### 四、行政法类型

##### (一)全球视角

行政法源于大约 19 世纪后半期的欧洲大陆,当然,它的思想渊源可以追溯到中古时期,甚至更为久远的古希腊与罗马。依照法律传统、行政案件审判制度的不同,行政法的类型可以分为以法德为代表的大陆法系行政法和以英美为代表的普通法系行政法。其他国家如日本,它在“二战”之前师法德行政法,如设立专门的行政法院审理行政案件;在“二战”之后则转向美国,如改为由普通法院审理行政案件。所以,日本行政法具有了“混合法”的特征。综观世界行政法史,大约以 20 世纪之初为时间界点,行政法大致可以分为传统行政法和现代行政法。

1. 传统行政法。随着西欧工业化、都市化的发展引起的社会变革,尤其是以分权理论为基础的近代宪法在法、美等国家的诞生,逐渐形成了行政权必须受立法权制约的宪政基本框架。在这个宪政基本框架中,以自由主义为核心的传统行政法得以形成。传统行政法以个人自由与消极行政作为普适性的法律价值观,并由此支撑起以限制干预行政为中心的行政法理论框架体系。“法律保留—行政决定—行政救济”构成了传统行政法的基本框架,<sup>[89]</sup>这个基本框架又是以“议会—政府—法院”三者之间的基本宪政关系为基础的。

传统行政法的基本特征是:(1)由议会提供行政权行使的合法性依据,行政机关不得自己创设行政权的依据,“依法律行政”原理由此形成。(2)以司法审查为行政救济制度核心,展开对行政权的控制,旨在全面落实宪法规定的基本权利保障制度。(3)以规范行政权的结果为重心,着力于行政处罚、行政许可、行政强制等行政决定的类型化。(4)在“管得最少的政府就是最好的政府”的理念支配下,将行政权(政府)定位于“守夜人”角色。

2. 现代行政法。从宪法与行政法的关系上看,1919 年德国《魏玛宪法》是传统行政法与现代行政法之间的一个重要临界点。《魏玛宪法》规定了公民受教育权、获得工作及失业救济权等大量所谓的“社会基本权利”。这些社会基本权利要求国家积极地为个人提供“生存照顾”,行政法不再仅仅消极地控制行政权侵害公民的自由。第二次世界大战之后,德国《基本法》仍然沿着《魏玛宪法》的方向发展,法兰西第四共和国宪法、意大利 1948 年宪法和日本 1947 年宪法等也都受到它的影响。作为“当作是具体化宪法的行政法”,担当起了将宪法的原则性规定加以具体化的重任,传统行政法由此获得了转型的内在动力和外在压力。

[89] 进一步阅读[德]迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆 2002 年版。



现代行政法的基本特征是:(1)国家立法机关经常仅仅提供一个框架性的行政权法律依据,由行政机关在此法律框架内作出细化规则,或者直接授权行政机关自己创制行政权依据,以积极回应现代社会发展的需要。传统行政法上的“依法行政”发展成为“依法行政”。(2)在稳固法院的司法审查的基础上,现代行政法将控制行政权的着力点从行政机关作出的行政行为向前延伸到行政行为作出的过程之中,行政程序因此获得了现代行政法的高度重视,行政程序法典化成为现代行政法发展的一个增长点。(3)行政过程可以分为制定行政规范和作出行政行为两部分。制定行政规范实际上是行政机关为实现行政目的而在现有多种方案中作出的一种决策选择。现代行政法必须确保行政机关借助经济学、公共管理学、行政学、政治学等知识所选择的决策方案是合法的。(4)除了原有定型化了的行政决定(大陆法系国家行政法称为“行政处分”)外,其他非定型化的行政行为方式如行政调查、信息提供等程序性行为也被纳入行政法体系。行政过程论与行政法关系论出现,<sup>[90]</sup>补充了以行政决定为中心的传统行政法理论体系的不足,它们的共性都是将行政法从专注于行政决定转向同时关注行政决定之外的其他行政行为。(5)在不放弃控制行政权的基础上,通过行政程序提升行政权行使的效率,以适应现代社会发展和个人生存照顾的需要。

## (二) 中国范围:1949年之前

1. 古代“行政法”。在1912年之前的帝制时代中,因国家管理需要有行政,也有与之相关的行政法规范,如《唐六典》等。但是它没有行政法,或者说没有近、现代意义上作为控制行政权的行政法。<sup>[91]</sup>因为这种行政从来不是在服从代表“公意”的法律之下展开的,它的违法性也从来不是通过一个独立的法院体系,由个人提起诉讼的方式来纠正。类似的“登闻鼓”、“京控”一样的“民告官”制度的确也不少见,但“无论何种情形,京控人的目的是一样的,即争取皇帝对本案的关注。既然皇帝似乎有仁慈之心,倾向于接受京控,这种希望就不完全是遥不可及的。他们的推理是,如果不是地方官确实无能或歪曲真相,人们不会使自己遭受因长途跋涉进京告状而产生的在经济和身体上的磨难,然后启程回家(在监督之下)接受地方高级官员或钦差大臣的审判”。<sup>[92]</sup>如果把“把这种东西名为行政法,足以表明中国人在现代法常识上的欠缺”。<sup>[93]</sup>在古代,因法家思想的影响,“中国很少甚至没有发展出民法保护公民;法律大部分是行政性和刑事的,是民众避之犹恐不及的

[90] 参见赖恒盈:《行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析》第3章“现代行政法学方法论之检讨——行政过程论及行政法律关系论”,元照出版有限公司2003年版。

[91] 有关以“行政法”为题研究中国古代行政法制的著作如蒲坚:《中国古代行政立法》,北京大学出版社2007年版;陈国平:《明代行政法研究》,法律出版社1998年版;钱大群等:《唐代行政法律研究》,江苏人民出版社1996年版。

[92] 高道蕴等编:《美国学者论中国法律传统》,中国政法大学出版社1994年版,第477页。

[93] 梁治平:《新波斯人信札》,贵州人民出版社1998年版,第44页。

东西。”<sup>[94]</sup> 1906年(光绪三十二年)9月,清政府在“预备立宪”中仿照德国、日本等国家的行政诉讼模式,拟定了《行政裁判院官制草案》,1911年又议订了《行政审判编制法草案》,但在清政府改朝换代之前,这些草案最终并没有颁行。这一史实尚难谓帝制时代就已经有了行政法。

2. 民国行政法。1912年辛亥革命之后建立了中华民国,颁布了《中华民国临时约法》,立宪体制形式上获得了社会各界的认同,它为中国行政法的生成提供了制度基础。以下分两个时期简述:(1)北洋政府时期(1912年至1927年)。1914年北洋政府颁布了作为行政审判机关组织法的《平政院编制令》,在北京设置了实行一审终审的行政法院——平政院。<sup>[95]</sup> 同年仿日本立法公布了《行政诉讼法》,由此中国近代行政诉讼制度初步建立。鲁迅诉北洋政府教育部违法免职案是这个时期有影响的一起行政诉讼案件。<sup>[96]</sup> (2)国民政府时期(1927年至1949年)。国民政府先后公布实施了《行政法院组织法》、《诉愿法》和《行政诉讼法》,进一步完善了北洋政府时期建立起来的行政诉讼制度。关于当时行政法院的实际效果,有“统计表明,从行政法院成立到1935年9月的两年日子里,行政法院共收到诉讼书404件,被驳回的就有179件,占总数的44%,正式审理的225件中,百姓胜诉者仅43件,占正式受理数的19%,占提出行政诉讼总数的1%”<sup>[97]</sup>

中国自清末开始为了“图强”而“变法”,引入当时西方国家的法律制度,以代替2000余年来帝制时代的法制。1912年建立中华民国及《中华民国临时约法》颁行后,中国行政法才得以产生和发展。<sup>[98]</sup> “乱世无法治”,由于时局动荡不安,中华民国时期的行政法发展极为有限。由于它主要是经日本继受德国的行政法,所以,从法系类型的归属上是大陆法系行政法。1949年因中华民国政府迁往台湾,从清末民初发展而来的中国行政法也随之移到了台湾,至今形成了具有浓厚的大陆法系特色的中国台湾地区行政法。20世纪90年代之后,英美行政法对其的影响显著增加,如行政程序中有关听证、资讯公开等正当法律程序的规定,先后都法典化了。因此,中国台湾地区行政法呈现出了一种“混合法”的特征。

### (三) 中国范围:1949年之后

1. “行政管理”的行政法。1949年中共中央发布了《关于废除国民党的“六法全书”与确立解放区司法原则的指示》之后,中国的法制尤其是清末民初西学东渐而来的近、现代中国法制到此戛然而止。在延续革命根据地的法制和移植苏联社

[94] [美]高道蕴:“导言”,高道蕴等编:《美国学者论中国法律传统》,中国政法大学出版社1994年版,第2-3页。

[95] 进一步阅读张生:“中国近代行政法院之沿革”,载《行政法学研究》2002年第4期。

[96] 进一步阅读武乾:“论北洋政府的行政诉讼制度”,载《中国法学》1999年第5期。

[97] 张庆军等编著:《民国司法黑幕》,江苏古籍出版社1997年版,第36页。

[98] 蒲坚:《中国古代行政立法》,北京大学出版社2007年版;陈国平:《明代行政法研究》,法律出版社1998年版;钱大群等:《唐代行政法律研究》,江苏人民出版社1996年版。前列三本专著虽名为行政法,但并非现在我们所说的“行政法”。

会主义法制的基础上,中国开始了一种全新的法制建设,行政法也是如此。《共同纲领》和1954年《宪法》为行政法的发展提供了宪法基础,基本满足了行政法生长和发展的基本条件。在20世纪50年代,国家对于法制建设总体上说是不轻视的,但也不能说已经有了较为清楚的目标。当时中国法制发展的基本路线是亦步亦趋地跟随社会主义国家苏联,而对西方资本主义国家的法律制度与理论基本上是排斥的。为了行政管理的需要,除1967年到1978年外,国家也颁布了为数不少的行政管理法规。〔99〕这些行政管理法规在内容上受到了中国古代法家思想和苏联“维辛斯基法学”的影响,成为无产阶级手中进行阶级斗争的工具,若在去掉政治化色彩之后,也可以表述为它是行政机关单向管理个人的强制性工具。尽管1949年年末中央人民政府批准了《最高人民法院试行组织条例》,其中规定在最高人民法院设立行政审判庭,但是,直到20世纪70年代末,作为行政法基石性制度的行政诉讼仍然没有建立、发展起来。

2.“管理行政”的行政法。1979年之后,中共中央在总结“文革”经验教训和顺应改革开放需要的基础上提出了“依法办事”的工作指导方针,提升了法律在国家经济、政治和文化发展中的地位。为适应对外开放而在1980年颁布的《中外合资经营企业所得税法》和《个人所得税法》中规定了行政复议和行政诉讼制度,这标志着中国行政法在本质上从“行政管理”开始转向“管理行政”,控制行政权的法治思想隐然可见。1982年《民事诉讼法(试行)》第3条第2款规定:“法律规定由人民法院审理的行政案件适用本法的规定。”〔100〕这应当看作是为了对接1980年有关行政复议和行政诉讼立法的诉讼程序性制度安排。至此,中国行政诉讼制度在1978年《宪法》的框架内被激活了。1987年修订的《治安管理处罚条例》中关于治安行政诉讼的规定以及随后各级人民法院行政审判庭的设立,进一步推进了行政诉讼制度的发展。〔101〕但是,不可否认是,恢复行政法制(其实是整个法制)的最初动因是为了“整顿社会秩序”,虽然《民事诉讼法(试行)》规定了法院可以受理“行

〔99〕 参见《行政法概要》编写组编:《行政法资料选编》,法律出版社1984年版,第3-204页。

〔100〕 “1982年8月,五届全国人大常委会审议制定海洋环境保护法时,主管行政部门对于对行政处罚不服的可以向法院起诉的规定,坚决不同意。他们说,港监的帽子上有国徽,怎么能告港监?经过多次交换意见,也谈不下来。为了解决问题,彭真同志亲自开会协调,陈丕显、彭冲等几位副委员长参加。开始,主管行政部门的同志还是不同意。彭真同志当场让我念宪法的有关规定。我念了《宪法》第四十一条的规定,公民‘对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为,有向有关国家机关提出申诉、控告和检举的权利。’我说,宪法规定的‘任何国家机关和国家工作人员’就包括了行政机关和行政机关工作人员,其中的‘控告’就是可以向法院起诉,民事诉讼法(试行)规定行政诉讼的根据是宪法。这样,主管行政部门的同志没话说了,不再公然反对了。”顾昂然:“回顾制定情况 加深对行政诉讼法重要意义的认识——在纪念行政诉讼法颁布二十周年座谈会上的发言”,载最高人民法院行政庭编:《行政执行与行政审判》2009年第2集,中国法制出版社2009年版,第12-13页。

〔101〕 1986年10月6日中国第一个基层行政审判庭在湖北省汨罗县成立。同日,湖北省武汉市中级人民法院设立行政审判庭。1988年10月4日最高人民法院成立行政审判庭。

政案件”，但是经法院审理的行政案件绝少，直到1989年年初最高人民法院才公布第一个行政诉讼案例。<sup>[102]</sup>更为严重的是，因法制饥渴症而制定的大量法律、行政法规编织起了重重法网，个人的自由范围仍然受到了严重的限制，因行政执法的需要又使得国家行政机构体系体态臃肿，行政法的“工具”性功能——秩序维护而不是权利保护——仍然极为明显。

1989年《行政诉讼法》的颁布，可以看作是行政法作为独立部门法形成的一个标志。王名扬先生对“行政诉讼法草案”的这一段评说，可以说是入木三分：“保证行政法的实施最有效的手段是建立行政诉讼，有了行政诉讼制度以后，行政机关不合法的决定才有可能被法院撤销；行政机关除依法办事以外，没有其他可能。行政诉讼法和其他行政法的保障，是行政法律中的基本法。”<sup>[103]</sup>在这之前，所有与行政法有关的人与事都为中国的行政法成为一个独立的部门法作了厚厚的铺垫与积淀，如1983年第一部行政法学统编教材《行政法概要》的出版，1985年中国法学会行政法研究会成立，1986年美国施瓦茨教授《行政法》中文版的出版和1988年农民包郑照状告浙江省苍南县人民政府行政强制执行案等。<sup>[104]</sup>之后，《国家赔偿法》、《行政处罚法》、《行政复议法》、《行政许可法》、《政府信息公开条例》、《行政强制法》等法律、法规陆续制定和实施，使得中国的行政法开始逐渐从幼稚走向成年。

#### （四）中国范围：当下和未来

1. 跨区域行政法。当下中国的政治格局是“一国、两制、三法系和四区域”，所以在比较法上没有相似可比的参照对象。中国台湾地区行政法在威权体制转型之后，因宪政、民主的发达而获得了更大的发展空间，现已相对比较成熟。从20世纪80年代开始以直接或者间接交流的方式，对中国大陆地区行政法的发展产生了很大的影响。中国香港、澳门地区的行政法分别源于英国、葡萄牙，因地域范围不大，且有法律传统上的差异性，对大陆地区行政法的影响甚微。在这样的国家结构格局之下，跨区域的行政可能引起的法律冲突，比如海峡两岸居民商务、旅游与交流的来往等，就需要有跨区域的行政组织、程序来加以协调，“区域行政法”可能将成为现代行政法总论之下的一个独立部门法。

2. 涉外行政法。涉外行政法所要解决的是关于具有涉外性因素的行政事务如何适用法律的问题。只要与其他国家有政治、经济和文化的交往，涉外行政事务就需要有专门的行政法加以调整，如涉外婚姻登记等。与调整国内行政事务相比，涉外行政事务增加了国际条约、国际惯例等法规范。《行政诉讼法》第72条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定。中华人民共和国声明保留的条款除外。”中国加入WTO之后，涉外行

[102] 区成不服九龙海关行政处罚决定案，载《最高人民法院公报》1989年第1期。

[103] 王名扬：“评行政诉讼法草案”，载《政法论坛》1989年第1期。

[104] 进一步阅读何海波：《法治的脚步声——中国行政法大事记（1978-2004）》，中国政法大学出版社2005年版，第1-81页。

政法有了更加明显的客观需要。随着国际贸易行政案件、反补贴行政案件和反倾销行政案件的出现与增加,涉外行政法体系与内容也获得了更大的发展空间。<sup>[105]</sup>

3. 未来行政法。以行政任务为导向,以组织、程序为中心并注重有效率的行政治理结果,将是现代行政变迁的一个方向。这种现象在高度工业化的国家已经出现,引发了行政法学界对行政法体系建构的基础与任务的反思。<sup>[106]</sup> 但对于中国而言,行政法的发展需要顺应尚未完成工业化的国情,不可强行为之。但是,如下几个方向可能是未来行政法的一种发展势态:(1)因为行政任务的复杂性,行政行为在方式上呈现多元化,行政过程将进一步被纳入行政法视野。规制理论为行政法提供了一个新的视角,但一时难以改变行政法仍然以定型化了的行政行为为规范重心的事实。(2)行政权仍然是行政法体系展开的中心,但某些现在属于私法领域的“公务”在特别情况下,将可能纳入行政法体系的调控范围,但前提是私法调整出现了不可克服的危机。(3)基于整合社会秩序的客观需求,法院可能在行政诉讼中呈现更多的能动性。行政诉讼的目的既不是客观秩序的维护,也不是单纯的权利保护,而是解决行政争议。(4)行政将通过与私人的合作的方式,共同承担社会治理的风险,因此,政府信息公开、行政程序等制度的重要性明显提升,对非政治性的结社自由的管制可能也会缓和。(5)最为重要的是,如何完成从行政本位向司法本位的转换,或许是未来行政法的基本方向。行政法发展的生命源泉是司法裁判。无论如何行政最终都需要法院对其作出合法性评介,如果行政不受法院合法性的评介,那么行政也就不成为行政法上的“行政”了。

## 五、行政法相邻关系

### (一)民法

行政法律关系的一方当事人是代表国家行使行政权的行政机关,与它作为民事法律关系的当事人是有所差别的。这种差别导致了民事法律规范不能完全适用于行政法律关系。比如,行政机关为更新办公设施而购买电脑,受民事法律规范调整。当然,以意思自治为核心,保障财产权和交易安全的民法也并不是一个自治的法律体系,它仍然需要行政法外在的协力。行政法对意思自治限制的法律规范,如《合同法》第52条第5项规定,被看作是财产权和交易安全的保障,<sup>[107]</sup>对法人成立

[105] 最高人民法院有关三个涉外行政诉讼的司法解释是:《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》(2002)、《关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》(2002)和《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》(2002)。

[106] [德]Eberhard Schmidt - Aßmann:《行政法总论作为秩序理念》,林明锵等译,元照出版有限公司2009年版。

[107] 《合同法》第52条规定:“有下列情形之一的,合同无效:……(五)违反法律、行政法规的强制性规定。”

采用许可制也具有相同的功能。<sup>[108]</sup> 平等主体之间的民事活动,在现代社会中并非单纯是两者之间的私事,它还必须兼顾国家管制的目的,如私房出租要附随履行行政法上消防安全义务等。<sup>[109]</sup> 这些规定都是行政法在民事活动中发生的影响。

行政法相当长时期内缺少总则性的法典,在行政法缺漏之处,民法规范是否可以适用,并非当然。基于公、私法分立的理论框架,其逻辑结论当然是否定的。但是,如果无视公、私法混合的现象,固执于民、行之间的楚汉之界,可能也不适应实务发展的需要。比如,民法中的公序良俗原则,即使在行政法规范中毫无踪迹,但也不能否认它可以成为认定一个违反此原则的行政行为不具有合法性的依据。民事活动违反强制性(不得或者禁止)的行政法规范,则它的法律效力可能会被否认,即要件效力否认、结果效力否认或者构成民事损害赔偿责任。反过来,民法对行政法也有这样的作用,如在房产登记中民法上的行为作为行政决定的构成要件,或者补充行政法的适用,如《公路法》第85条规定:“违反本法有关规定,对公路造成损害的,应当依法承担民事责任。”在王烈凤诉千阳县公路管理段人身损害赔偿案中,法院认为:

“参照交通部《公路养护管理暂行规定》,公路两旁的护路树属公路设施。千阳县公路管理段对这段公路及路旁护路树负有管理及保护的责任。护路树被虫害已3年之久,直接威胁着公路上的车辆行人的安全。在上级批文决定采伐更新的1年多时间内,千阳县公路管理段不履行自己的职责,导致危害结果发生,是有过错的。”<sup>[110]</sup>

基于上述事实,无论是民法还是行政法的制定者都要有一种立法“大视野”。在举目四顾皆为政府监管的法律框架中,中国民法如何为“意思自治”争取一个更大的法律空间,可以说是30多年来民法发展的基本进路。这一点与西方国家先有民法典,然后再从20世纪开始慢慢地扩大政府监管范围的进路完全不同。在当下,中国行政法正在为减少政府监管而努力,以便为民法让出更多的地盘。<sup>[111]</sup> 拉德布鲁赫在1929年曾经预言道:“行政法是社会的法律,在将来社会主义的福利国家中,如我们所料,民法可能会完全融合在行政法之中”,<sup>[112]</sup> 不过,在中国,这个预言目前似乎还没有可能成为现实的迹象。

## (二) 经济法

民法与行政法之间叠加的法现象,使在两者调整范围上泾渭分明的现象不再

[108] 《行政许可法》第12条规定:“下列事项可以设定行政许可:……(五)企业或者其他组织的设立等,需要确定主体资格的事项。”

[109] 《浙江省消防条例》第17条规定:“用于出租的居住房屋,应当符合消防安全要求。”

[110] 《最高人民法院公报》1990年第2期。

[111] 《行政许可法》第13条规定:“本法第十二条所列事项,通过下列方式能够予以规范的,可以不设行政许可:(1)公民、法人或者其他组织能够自主决定的;(2)市场竞争机制能够有效调节的;(3)行业组织或者中介机构能够自律管理的;(4)行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的。”

[112] [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第137页。

重现。在这两者重叠之处成长起来的法规范,即所谓的“经济法”。它是行政法介人民法调整涉及国家经济领域那部分法律关系的法律规范总称。经济法作为新兴法律部门的出现,是行政法所必须面对的客观法律现象。经济法的本质是国家对经济的一种法律干预。凡有“大政府,小社会”传统的国家,都比较容易出现经济法。一般而言,当国家需要在短期内振兴与发展经济时,经济法作为国家干预经济的一种手段便应运而生,如“一战”之后的德国和“二战”之后的日本等国家。中国80年代初的国情也具备了经济法产生的条件,所以,尽管还存有争议,但在中国部门法中有经济法却是一个难以否定的事实。

经济法律关系的主体一方是行政机关,即行政机关介入私人之间的经济法律关系,旨在维护私人之间的公平竞争。在行政机关作为法律关系一方主体这一点上,它与行政法是相同的。有所不同的可能是,经济法是行政机关基于市场秩序而实施的各种干预活动所应当遵守的法规范;市场秩序以外的干预活动不属于经济法调整的范围。市场有序的竞争是现代市场经济体制的灵魂,以保护公平竞争为要旨而发展起来的经济法,如德国的限制竞争法、美国的反托拉斯法和日本的反垄断法等都具有代表性的经济法典。中国的《反不正当竞争法》、《反垄断法》等构成了中国经济法的核心内容。不过,经济法仅仅是指它的实体规定,它的程序规定由行政程序法提供,它的诉讼程序由民事诉讼法和行政诉讼法提供。由于没有独立的法律程序,经济法有时又被称之为“经济行政法”,是现代行政法总论之下的一个部门行政法。从它与行政法之间的关系看,这样的称呼倒也是名副其实的。

### (三) 刑法

刑法与行政法没有血缘关系,它们是在各自独特的法律原理支持下发展起来的部门法。但是,两者之间的关系却是剪斩不断的。这种关系主要体现在它们的功能互补之上:(1)刑法上有的罪名中的构成要件需要根据行政法的规定加以确定,行政法在这里具有补充刑法的功能。这种刑法的立法方式本质上是部分犯罪构成的认定权转让给行政机关,也是刑罚向行政法领域延伸的表现。《刑法》中有的法条规定了以违反行政法义务为前提的犯罪构成要件,<sup>[113]</sup>那么对违反行政法义务的认定就十分重要了,如公安机关作出的交通事故责任划分,将直接决定行为人是否构成交通肇事罪。所以,罪刑法定中的“法”有拓展到法规、规章之倾向。(2)行政法有时需要由刑法加以保障。当对违法行为施以行政处罚不足以消除其社会危害性时,就需要由刑法来代替行政法的功能。在《刑法》之外的其他法律甚至法规、规章中,我们也经常可以看到“构成犯罪的,依法追究刑事责任”之类的法律规范。在这个意义上,刑法其实是行政法的“特别法”。如《行政处罚法》第7条第2款规定:“违法行为构成犯罪的,应当依法追究刑事责任,不得以行政处罚代替

[113] 如《刑法》第133条规定:“违反交通运输管理法规,因而发生重大事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的,处三年以下有期徒刑或者拘役;交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的,处三年以上七年以下有期徒刑;因逃逸致人死亡的,处七年以上有期徒刑。”

刑事处罚。”这是针对行政相对人的行政处罚与刑罚衔接的规定。又如,《行政许可法》第75条第2款规定:“截留、挪用、私分或者变相私分实施行政许可依法收取的费用的,予以追缴;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”这是针对国家公务员在履行职责过程中的行政处分与刑罚衔接的规定。



## 第二章 依法行政原理

### 第一节 依法行政原理的宪法基点

#### 一、引言

依法行政原理的核心是,行政权必须依法行使,否则它不具有合法性。基于依法行政原理而展开的行政法,在功能上是一个用于担保行政机关行使行政权合法性的框架性法律制度。无论如何,行政法总是控制行政权的法,尽管行政相对人的权利也要受到行政法的“控制”,但这毕竟不是行政法的要旨。

依法行政原理的逻辑基点是,由人民代表大会制定的法律为行政机关提供了行政权的依据,行政机关必须在法律规定的范围内行使行政权。当行政机关、司法机关也拥有了“立法权”之后,依法行政中的“法”从始初的“法律”扩大到了包括法律在内的所有的法规规范性文件。

作为“动态宪法”的行政法,它的发展必须体现它所依赖的两个基本的宪法条款,即法治国家和基本人权。<sup>[1]</sup>前者所指涉的是行政要服从法的统治,后者则指行政是人权实现的基本手段。在宪法规范的框架中,依法行政原理构成了行政法的核心,所有行政法的问题都是基于此原理而得以展开。依法行政原理是行政法生命之源,它具有相对稳定的核心内容,但它又是一个开放性的法理体系。

#### 二、法治国家

##### (一)规范表述

关于“法治国家”的规范表述,《宪法》第5条第1款规定:“中华人民共和国实

---

[1] 据检索,自1978年十一届三中全会到1990年13年间,中共全会文件报告、全国人大常委会工作报告、全国政协会议工作报告、最高人民法院工作报告、最高人民检察院工作报告、国务院政府工作报告、地方政府工作报告中均未出现“依法行政”一词。最早正式提出“依法行政”一词是1991年4月最高人民法院工作报告,即“做好民事、行政审判和告诉申诉工作,保护公民、法人的合法权益,维护国家行政机关依法行政。”故有学者认为:“这在一定程度上表明,是行政诉讼法颁行敦促官方关注政府依法行政问题,而非行政机关主动确立依法行政原则,政府在依法行政原则确立初期表现得比较被动。”王敬波:“行政法关键词三十年之流变”,载《法学研究》2008年第6期。第一部行政法学统编教材《行政法概要》在基本原则中,有“依法办事”的提法,但无“依法行政”之概念。

行依法治国,建设社会主义法治国家。”1982年制定的《宪法》中并没有这一款的规定,它是1999年宪法修改的内容之一。“法治国家”入宪,区分了它与“法制国家”的界限,并进一步消解了法的工具色彩,也改变了法与国家之间的关系。

## (二)规范解释

1. 法产生国家权力。法治国家,即国家权力受法的统治。进而言之,所有国家权力产生于法,并受法的约束,受法的支配。国家在行使权力时要受到法的约束与支配,以防止国家专断、恣意地行使权力。个人不是国家权力任意支配的客体,也不是国家行使权力的辅助工具,而是参与国家行使权力过程的主体。在法治国家中,个人也必须服从法,必须履行国家通过行使权力依法设定的义务。这一宪政思想浓缩为行政法上的依法行政原理。<sup>[2]</sup>

行政机关只有依法行政才能获得行使行政权的合法性,而个人因基于法所确认的权利获得了主体地位——既与国家权力对峙,又与国家权力合作。为确保行政机关依法行政,宪法需要在国家机关之间创设一种分权机制,以避免国家权力集中于一个国家机关。这种分权机制在行政法上表现为:人民代表大会为行政机关提供行使权力的法依据,司法机关通过行政诉讼监督行政机关合法行使权力。由此,在这个国家权力的框架内,个人的主体地位才能够获得良好的保障。

2. 产生国家权力的法是“善法”。法治国家在法理上可以分为形式法治国家和实质法治国家。形式法治国家的要求之一是国家行使权力在形式上要有法的依据,即满足合法性的要求;相对而言,实质法治国家不仅仅限于国家权力有法的依据,还要求国家权力所依据的法是“善良之法”。所谓“善法”,是旨在保护个人自由发展的法。简言之,法治国家,即“善法”之治的国家。

“善法”产生的充分条件是民主立法程序。如果没有民主的立法程序,那么所制定的法中就有可能被加入助长国家“作恶”的条款。<sup>[3]</sup>因现实生活中各种利益集团的客观存在与活动,立法程序有时不可避免地会受到它们“游说”的影响,立法机关甚至可以被俘获。为了及时消除因民主立法程序挫折而产生的“不善之法”,违宪审查(宪法诉讼)是法治国家一项不可阙如的制度。<sup>[4]</sup>就现代行政法的发展而言,违宪审查制度同样不可缺失。

## (三)法治国家的基础

1. 民主。民主不仅仅是少数服从多数的数字表达,它还需要对预定规则的遵

[2] 合法性原则具有宪法原则的位阶,它拘束所有的国家权力。

[3] 毕业于武汉科技学院艺术系艺术设计专业孙志刚,2003年2月24日被广州市达奇服装有限公司雇用,但未办理暂住证。同年3月17日晚上他出门上网,没有带上身份证,在当晚11点左右,他在路上被查暂住证的警察送往黄村街派出所,后被转送往广州市民政局收容遣送中转站,3月20日孙志刚死于一家收治收容人员的医院。同年6月20日,国务院总理温家宝签署国务院令,公布《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》,《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》同时废止。

[4] 《宪法》第67条第1项规定,全国人大常委会行使“解释宪法,监督宪法的实施”的职权。根据这一规定,全国人大常委会是中国违宪审查机关。

守,更需要对少数意见的保护;没有少数意见生存的制度保障,所谓的“民主”大都是虚伪的。民主是一种意思表示的过程,个人的意志自由以及保障这种意志自由的制度是不可或缺的。在这个过程中,“沟通”、“论证”构成了民主的核心内容。民主在法治国家中的要旨是国家权力接受民意的控制,即由人民代表组成的人民代表大会通过制定法律控制行政、司法等国家权力。<sup>〔5〕</sup>人大立法是以人民意志为基础的,因为人大代表或者人大常委会委员直接或者间接来源于人民的选择,体现了人民的意志。相对来说,立法性行政的民意基础比较软弱,它的正当性一直为人所质疑。为此,行政法上一些补充性权利保护机制也应运而生,如公众参与立法性行政过程、行政规章的备案审查和行政诉讼中的“参照规章”等。

2. 自由。相对于国家权力的干预而言,个人的自由是为国家行使权力设置了一道不可逾越的边界。它的本意是个人在法律规定的范围内没有被强制作为或者不作为的一种状态。在西方国家,它与自由市场经济体制的生成、发展相适应,成为法学等社会科学的基础性概念。20世纪之后因自由市场经济产生了大量的社会弊病,国家承担了面向个人“生存照顾”的职责,为个人自由发展提供保障。对于中国而言,自由的含义是在需要国家权力退出若干领域还个人自由决定自己事务的权利同时,也需要国家积极主动地履行社会保障(服务)职责,以避免个人陷入为他人“奴役”的状态。

#### (四) 法治国家与依法行政

1. 法治国家与行政权。行政权的本质是人民有权要求行政机关履行的法定职责,“以权谋私”、“滥用职权”等都与行政权的本质相悖。行政权必须依法行使,否则法治国家不能形成。进而言之,行政权必须受法律的约束,同时,它也受自己根据法律制定的行政法规、行政规章和行政规定的约束,地方行政权还同时要受到地方性法规、地方政府规章的约束。但是,在法律有意或者无意留下的规则空白处,需要行政权通过创造性的技术发展出符合法治原则、目的的规则,自主地形成与社会发展相适应的秩序。如通过积累个案的处理经验形成的一般性规则,使之成为行政的依据。在现代国家中,行政机关除了原有执行法律的权力外,还获得了一部分立法、司法的权力,行政权已经变成了国家权力的中心。这些现象并非对法治国家的反动,而是法治国家的发展结果。

2. 法治国家与行政法。行政法的体系是以依法行政原理为核心展开的,它旨在确保行政权的合法性。行政法源于行政需要受法律约束之时,因此,它是法治国家理论的产物。至少在西方国家法律史上,这个命题是成立的。中国到了1999年《宪法》修改时才增加“法治国家”,但这并不意味着之前没有行政法。其实,在20世纪80年代初,中国法学界就已经出现了有关法治理论的讨论,在官方提出法制

〔5〕 除法律外,地方性法规以及行政机关制定的行政法规、行政规章、行政规定乃至行政法的不成文法源等都具有控制行政、司法权的功能。当然,宪法、国际条约等也不例外。

建设的“十六字”方针中,<sup>[6]</sup>已经包含了法治理论的基本内容。至于20世纪90年代以来制定的《行政诉讼法》、《国家赔偿法》、《行政处罚法》、《行政复议法》、《行政许可法》、《公务员法》和《行政强制法》等法律,更可以看作是法治国家理论的产物。面对今天拥有包括立法、司法权在内的“巨无霸”式的行政权,现代行政法需要发展出多种控制行政权的法律机制,以满足法治国家的需求。

### 三、基本人权

#### (一) 规范表述

关于“基本人权”的规范表述,《宪法》第33条第3款规定:“国家尊重和保障人权。”1982年制定《宪法》时也没有这一款的规定,它是2003年宪法修改的内容之一。人权入宪,改变了中国以往国家与个人之间的基础关系,也为中国与西方国家进行人权对话提供了宪法规范基础。1991年中国政府发表的《中国的人权状况》白皮书首次正面肯定“人权”概念,承认人权具有普适性价值,意义非凡。1997年中国政府在《经济、社会及文化权利国际公约》上签了字(尚需要全国人大常委会批准),标志着国家全面接受人权的普适性价值。2009年《国家人权行动计划》(2009-2010)宣称:“实现充分的人权是人类长期追求的理想,也是中国人民和中国政府长期为之奋斗的目标。”<sup>[7]</sup>2012年《国家人权行动计划》(2012-2015)宣称:“继续把保障人民的生存权、发展权放在首位,着力保障和改善民生,着力解决人民群众最关心、最直接、最现实的权利和利益问题,切实保障公民的经济、政治、社会和文化权利,促进社会更加公正、和谐,努力使每一个社会成员生活得更尊严、更加幸福。”<sup>[8]</sup>它们的发布可以看作是国家为落实“人权条款”具体方案的一种努力。

#### (二) 规范解释

1. 尊重人权。尊重人权,本质上是尊重个人在与国家关系上的主体地位,而不是把个人当作国家行使权力的工具。中国自秦汉以降,国家(帝王)主义思想高扬不衰,成为主导法律制度构建的指导思想,个人因此受到国家极度的藐视,一直不能站着和国家说话,更遑论向国家主张权利。“凡是具体的个人被贬为客体、纯粹的手段或是可任意替代的人物,便是人性尊严受到侵害。”<sup>[9]</sup>在基本人权入宪之后,在人权面前,“尊重”要求国家必须保持一种消极的姿态,如对作为人权核心的生命、自由和财产等权利,国家尤其应如同守夜人一样履行好看护职责,非经法律程序不可剥夺个人上述权利。尊重人权,应当遵循干涉不得过度的原则。由此,在尊重人权面前,行政权若要作为必须具有法的依据。

[6] 这十六字方针是“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”。

[7] 国务院新闻办公室:《国家人权行动计划》(2009-2010),2009年4月。

[8] 国务院新闻办公室:《国家人权行动计划》(2012-2015),2012年6月。

[9] 翁岳生主编:《行政诉讼法逐条释义》,五南图书出版公司2002年版,第4页。

2. 保障人权。保障人权本质上是个人可以借助于国家权力为其体面的、有尊严的生存和发展提供一切所需要的条件。“保障”要求国家在人权面前必须有积极的作为。如作为人权中的发展权下位的受教育权,国家应当主动提供财政等方面的条件,举办各种教育设施,提供合格的师资力量,保障个人充分实现受教育权。在当下风险社会中,诸如环境、食品与药品的安全和隐私保护等也需要国家努力为之。保障人权,应当遵循保护充分原则,由此,在保障人权面前,行政权若不作为,必须具有法的依据。更进一步,在保障人权上,私法上的手段也可以被纳入行政法体系内加以考察。当然,个人保障请求权通常是有限的,因为它与国家财政关系十分紧密。因此,保障请求权需要较高位阶的法加以确认。

进而言之,基本人权也是一种价值,它通过国家立法可以被具体化为若干权利。基本人权是一种基于道德维度而面向国家权力的一种最低诉求,因此国家负有实现基本人权的义务。在国家立法或者政策形成过程中,基本人权是国家在众多价值中进行取舍的一种基本价值,它究竟在国家所信奉的价值谱系中处于何种地位,则取决于国家所面临的经济、政治、文化等诸多因素。这些因素构成了众多价值“各得其所”的底色,从而使得各种价值之间的冲突不至于过度激烈,国家也因此可以从容地作出合理的取舍。《宪法》规定的“人权条款”具体化的路径也大致如此。

### (三)基本人权与依法行政

1. 基本人权与行政权。行政权的终极目的是基本人权的实现。行政权既是基本人权的侵害者,也是基本人权的保障者。现代社会中,对基本人权最大的危险是行政权,如限制人身自由的行政强制措施、剥夺不动产所有权或者使用权的行政征收等,所涉的权利与个人的生存权具有相当密切的关系。生存与发展在中国的人权实现进程中被置于优先地位,在相关条件成熟后再向其他权利与自由伸展。与此同时,“稳定”一直是人权扩展过程中国家不可舍弃的前提;没有社会的稳定,人权就没有存在的基础。行政权是社会秩序的稳压器,这种压制有时可能蜕变为一种反人权的官方力量,与基本人权保护之间会产生紧张关系,如利用行政权压制公民的正常的信访,阻断公民权利的正当诉求等。

2. 基本人权与行政法。在与宪法的关系上,行政法可以被当作基本人权的保护法、实现法来看待,如《行政诉讼法》、《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政强制法》和《国家赔偿法》等。其他如《物权法》是一部保障财产权的基本法律,而财产权在基本人权中与生命、自由一样处于核心地位。虽然它的内容在整体上或者在学说上属于私法,但是,它的许多条款却属于行政法。<sup>[10]</sup>可见,在私法的具体法律

[10] 如《物权法》第42条规定:“为了公共利益的需要,依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。”又如,《物权法》第148条规定:“建设用地使用权期间届满前,因公共利益需要提前收回该土地的,应当依照本法第四十二条的规定对该土地上的房屋及其他不动产给予补偿,并退还相应的出让金。”

中,也存在大量行政法的条款。这是研习行政法时必须关注的一种法律现象。行政法一方面为行政权划定了它的合法范围,旨在防止行政权侵害基本人权;另一方面通过各种制度与程序驱使行政机关积极地行使行政权,以满足个人实现基本人权的需要,如行政程序的参与机制、行政救济机制等。

## 第二节 依法行政原理的基本内容

### 一、引言

《宪法》确立了人民代表大会制度是国家的根本政治制度。人民代表大会是人民行使权力的国家机关,由人民代表大会产生的“一府两院”构成了国家的一个框架性基本制度。为了使行政能够体现民主原则,行政机关必须依照人大通过的法律行使权力,即依法行政原理。依法行政原理旨在要求行政机关行使行政权时受立法机关制定的法律约束,并接受法院、检察院对行政权的合法性监督,实现保障人权的目。

依法行政最早见于1991年最高人民法院的工作报告。<sup>[11]</sup>1993年国务院《政府工作报告》正式提出依法行政原则。<sup>[12]</sup>在以后的十多年中,国务院为落实依法行政先后发布了四个决定,即《关于全面推进依法行政的决定》(1999)、《全面推进依法行政实施纲要》(2004)、《关于加强市县依法行政的决定》(2008)和《关于加强法治政府建设的意见》(2010)。上述决定构成了中国行政法的基本内容,具有规范效力。<sup>[13]</sup>

### 二、行政必须有法律依据

#### (一) 法律高于行政

1. 行政受法律的拘束,不得违反法律。《宪法》第85条规定:“中华人民共和国国务院,即中央人民政府,是最高国家权力机关的执行机关,是最高国家行政机关。”第105条规定:“地方各级人民政府是地方各级国家权力机关的执行机关,是地方各级国家行政机关。”由此可知,最高国家权力机关制定的法律,应当拘束国务院及地方各级人民政府的行政。为了保障法律与《宪法》的一致性,以便《宪法》

[11] 即“做好民事、行政审判和告诉申诉工作,保护公民、法人的合法权益,维护国家行政机关依法行政。”

[12] 即“各级政府都要依法行政,严格依法办事。一切公职人员都要带头学法懂法,做执法守法的模范。”

[13] 如《全面推进依法行政实施纲要》中依法行政基本要求之一的“程序正当”,成为法院在行政诉讼中司法查审的基准之一。相关的案例如张成银诉徐州市人民政府房屋登记行政复议决定案,《最高人民法院公报》2005年第3期。

的内容在行政法中加以落实,法律本身也应当受《宪法》的拘束,不得违反《宪法》的规定。保证法律内容与《宪法》规定一致性的具体制度是依照《宪法》的规定设立一个违宪审查制度。

2. 尚未制定法律的行政领域,由行政机关或者地方人大依法提供行政的依据。它的具体内容是:(1)凡专属法律规定的事项且尚未制定法律的行政领域,行政机关或者地方人大不具有立法权,在此种情形下,鉴于《宪法》“具有最高的法律效力”,<sup>[14]</sup>它应可以直接拘束行政,成为行政的依据。当然,关于《宪法》是否具有直接拘束行政的效力,在学理上一直是存在争议的。由于《宪法》规范具有原则性的特点,具有直接拘束行政的效力应当是一个例外,即只有专属法律规定事项缺少具体化的法律时,《宪法》规范才具有直接拘束行政的效力。<sup>[15]</sup>当然,全国人大及其常委会也可以依法授权国务院制定行政法规,<sup>[16]</sup>以缓和这一立法与适用法之间的紧张关系。(2)凡不专属法律规定事项尚未制定法律的行政领域,行政必须受行政法规、行政规章和行政规定拘束;地方行政还必须受地方人大及其常委会制定的地方性法规、自治条例和单行条例的拘束。为了确保行政依据的统一性,行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、行政规章和行政规定都不得与《宪法》、法律相抵触。<sup>[17]</sup>

3. 尚未制定法律的行政领域,如行政机关或者地方人大也尚未提供行政依据的,行政除应当受《宪法》规范拘束外,还应当受法的一般原则等不成文法的拘束。<sup>[18]</sup>随着国家法律体系逐步完善,这种情形应该说会逐步减少。唯需要指出的是,由于法律上存在大量的不确定法律概念和开阔的裁量空间,使得由人大立法导控行政的方式有时显得“有气无力”,许多法律规范如同无灵魂的躯壳,只能交由行政机关在个案中填补其内容。行政在个案中的“造法”功能不可不见。法律有时给行政画了一个圆,只要行政机关不越出边界,在这个圆内基于行政任务而创造性地处理行政事务,也应该是符合依法行政原理的。

[14] 参见《宪法》序言第13段。

[15] 涉及这一部分宪法条款的内容,《立法法》第8条已经作出了明确规定。

[16] 参见《立法法》第9条。

[17] 关于经济特区法规,《立法法》第65条规定:“经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定,制定法规,在经济特区范围内实施。”又如,《立法法》第81条第2款规定:“经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本经济特区适用经济特区法规的规定。”关于自治条例和单行条例,《立法法》第66条规定:“自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点,对法律和行政法规的规定作出变通规定,但不得违背法律或者行政法规的基本原则,不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。”又如,《立法法》第81条第1款规定:“自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。”

[18] 进一步理解可以参见德国《基本法》第20条第3项规定,即“行政权与司法权应受法律与法的拘束”。

## (二) 法律产生行政

1. 无法律即无行政。无法律即无行政是基于行政机关产生于人大,并为人大执行机关的宪法规定而确立的原则。行政机关与个人之间的关系本质上是宪法关系,应当由法律加以具体规定,才能确保个人的基本权利和自由不受行政权的侵害;行政只有在此法律的范围之内才具有合法性。法律产生行政的方式有:(1)直接产生。即由法律或者地方性法规直接规定行政的依据。凡《立法法》第8条规定的事项,原则上都必须由法律直接规定行政的依据,但除有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规。(2)间接产生。即由人大及其常委会依法授权行政机关自己创制行政的依据。间接产生行政的法律授权之所以具有合法性,是因为面对行政的需求,人大及其常委会制定的法律或者地方性法规“供不应求”。

法的授权有两种方式:一是法案授权。原本属于应当制定法律的事项,现由全国人大及其常委会以决定的方式授权国务院制定行政法规。<sup>[19]</sup>《立法法》的这一“授权立法条款”可以看作是国家最高立法机关为适应现代行政的需要而作出的一种回应。为了确保授权立法的合法性,授权决定应当明确授权的目的、范围,国务院应当严格按照授权目的和范围行使该项权力,国务院不得将该项权力转授给其他机关行使。<sup>[20]</sup>在《立法法》实施之前,全国人大及其常委会还以决定的方式授权经济特区所在市的人民政府有权制定规章。<sup>[21]</sup>这也是一种法案授权。二是法条授权。全国人大及其常委会通过法律的个别条款授权国务院制定行政法规以及省、自治区、直辖市和较大的市人民政府制定行政规章。如《行政处罚法》第63条规定:“本法第46条罚款决定与罚款收缴分离的规定,由国务院制定具体实施办法。”又如《道路交通安全法》第55条规定:“高速公路、大中城市中心城区内的道路,禁止拖拉机通行。其他禁止拖拉机通行的道路,由省、自治区、直辖市人民政府根据当地实际情况规定。”《立法法》第8条之外的立法事项,不能被反向解释为是行政机关固有制定法规的事项,行政机关制定行政法规、行政规章的事项仍然需要获得法的授权。凡是为执行法律、法规和规章而制定的操作性、技术性规定,由

[19] 参见《立法法》第9条。

[20] 参见《立法法》第10条。在《立法法》之前,全国人大常委会已经有过多次法案授权立法的实践。它们分别是:1983年,全国人大常委会《关于授权国务院对职工退職退休办法进行部分修改和补充的规定》。1984年,全国人大常委会《关于授权国务院改革工商税制和发布有关税收条例(草案)的决定》。1985年,全国人大常委会《关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行的规定或者条例的决定》。

[21] 它们分别是:1992年全国人大常委会《关于授权深圳市人民代表大会及其常委会和深圳市人民政府分别制定法规和规章在深圳经济特区实施的决定》。1994年全国人大常委会《关于授权厦门市人民代表大会及其常委会和厦门市人民政府分别制定法规和规章在厦门经济特区实施的决定》。1996年全国人大常委会《关于授权汕头市和珠海市人民代表大会及其常委会、人民政府分别制定法规和规章在各自的经济特区实施的决定》。



行政机关依法在职权范围内以行政规定的形式发布实施,可以不需要有的法的授权。

2. 给付行政也由法律产生。法律产生行政的要旨是防止干预行政侵犯个人的权利和自由。这样的观念在中国并不是来自于自由市场经济的需要,而是“文革”等灾害性社会运动的经验教训。“给付行政”是一个外来概念,在中国计划经济体制下的国家票证发放与部分人的劳保福利享受等也具有个人受益的功能,但不可称为“给付行政”。当我们用给付行政来说明“最低生活保障费”、“失业救济金”发放等行为时,它们是否也必须由法律产生?学理上一直语焉不详。有时,行政机关对依靠“失业救济金”生活的个人拒绝给付,可能直接影响到个人及其家庭的生存权,又由于给付行政中个人的受益源于公共财政的支出或者公共财政的第二次分配,所以,为保障个人基本生存权,限制行政机关滥用公共财政的分配权,确立给付行政也应由法律产生的原则十分必要。况且,这也是有宪法依据的,如《宪法》第44条规定:“国家依照法律规定实行企业事业组织的职工和国家机关工作人员的退休制度。退休人员的生活受到国家和社会的保障。”

给付行政在内容上更多是一种“保障”。所谓“保障”是要求国家以积极行政为个人实现人权提供条件,其目的是为了个人自立,而不是让他躺在给付上睡觉、度日。有时,如果行政机关怠于给付行政,个人所受侵害并不小于干预行政,如不及时发放失业救济金,可能中断受领人的正常生活来源,所以,以法律要求行政机关积极行政,在现代行政中意义重大。自2007年开始中国政府发生了重大转型,各级政府实施了大量给付行政行为。<sup>[22]</sup>当然,给付行政毕竟不同于干预行政,所以在法律产生行政的要求上,可以降低对给付行政的法规范密度,并留给给付行政更多的裁量空间。<sup>[23]</sup>在实务中,作为法律、法规和规章延伸的行政规定可以发挥更大的作用,如在社会保险等行政依据中,由各级行政机关制定的行政规定事实上一直占有相当大的比例。但这并不是“给付行政由法律产生”的例外,在确保行政规定与法律的一致性的前提下,毋宁将其看作是“给付行政由法律产生”的另一种方式。

### 三、行政必须有行政相对人参与

#### (一) 为行政机关提供反思行政行为合法性的机会

与传统行政法不同的是,在现代行政法体系中行政程序法占据了“三分天下”。<sup>[24]</sup>行政程序在现代行政法中凸显的原因是基本人权理论与实践的发达,进而改变了行政法律关系中行政相对人原先行政客体的地位,行政相对人获得了与

[22] 参见2007年国务院《政府工作报告》。

[23] 规划行政更需要裁量空间,法律不可能为行政机关如何规划预设详细规则,而只能是提供一个框架性的规则体系,由行政机关根据实际情况自我决定。

[24] 现代行政法的内部逻辑结构可以分为行政实体法、行政程序法和行政救济法三部分。

行政机关一样的主体性,有权参与行政过程。但是,在现代行政法上“参与”并非是基于行政相对人与行政机关之间的利益对立,毋宁是双方的一种“合作”需要。依法行政不仅仅包括行政行为结果的合法性,还包括行政过程的合法性。这种过程的合法性体现在行政相对人参与行政的过程之中。<sup>[25]</sup>

传统的民主是通过人民代表大会制度监督行政来实现的,它的病症已经十分明显。这主要表现为行政过程中民主的欠缺与滞后,有时民主甚至不能通过人民代表大会传送到行政过程之中去,致使行政的民主基础十分脆弱。比如,政府施政的短期行政决策、随意变动城市规划的行政决定;等等,都难以为人民代表大会的民主所控制。

行政程序可以让行政相对人越过自己选出的人民代表直接介入行政过程,向行政机关当面表达自己的意见、建议与要求。在这个过程中,行政相对人的权利成为约束行政权合法、正当行使的一种外在规范力量,并随时可以在法定范围内对行政权的行使是否合法、正当提出异议。<sup>[26]</sup> 这种异议的法律价值在于,它为行政机关行使依法职权提供了一个反思的机会。行政机关如能够理性地对待,则能够发现行政行为中不合法的情况并及时加以纠正,避免行政违法。

## (二)提高行政相对人对行政行为的可接受性程度

传统行政法并不那么关注行政行为的结果是否为行政相对人所接受,如果行政相对人不服行政行为的结果,传统行政法已经为其安排好了行政救济的途径,即行政复议或行政诉讼。但是,传统行政法这种制度安排所引发的消极后果,比如权利侵害的不可恢复性、行政效率的减损等,有时会引发行政相对人强烈不满。为此,现代行政法提供了解决这个问题的对策,即通过行政相对人参与行政过程以提高行政行为的可接受性。

行政行为可接受性的基本前提是行政行为的合法性。然而,在现代行政权基本上都是裁量权的情形下,行政行为仅仅在形式上符合法的规定显然是不够的。事实证明,行政行为是以“力”服人还是以“理”服人,直接决定了行政行为的实际效果。行政行为的合法性仅仅解决了以“力”服人的问题,行政相对人如有不服的,那么行政机关可以强制其服从,但这不能解决行政行为以“理”服人的问题。这个问题能否解决取决于行政行为是否有“理”,尤其是对行政相对人不利的行政行为,只有合“理”的行政行为才能让行政相对人心服口服地接受,从而使行政行为的实际效果最大化。行政机关作出有“理”的行政行为的前提是,法应当提供一个行政相对人可以事先说理的过程,让行政相对人在这个过程中有秩序地“发

[25] 进一步阅读杨小君:“契约对依法行政的影响”,载《法学研究》2007年第2期。

[26] 例如,《行政法规制定程序条例》第12条规定:“起草行政法规,应当深入调查研究,总结实践经验,广泛听取有关机关、组织和公民的意见。听取意见可以采取召开座谈会、论证会、听证会等多种形式。”又如,《行政处罚法》第42条规定:“行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前,应当告知当事人有要求举行听证的权利;当事人要求听证的,行政机关应当组织听证。”

泄”。这个说理过程只有行政程序才能提供。<sup>[27]</sup>

#### 四、行政必须接受司法监督

##### (一) 基本前提

《宪法》中没有“司法”的概念,这里使用的“司法”概念相当于《宪法》第123条中的“审判”(机关)。<sup>[28]</sup>在《宪法》确立的框架性基本制度中,司法是独立于行政之外的一种国家权力。在法治国家中,没有司法监督行政,依法行政原理是残缺不全的。行政接受司法监督需要有两个基本前提:

1. 行政对法律争议没有最终决定权。《行政诉讼法》把“法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为”划出行政诉讼受案范围,与我国在加入WTO的议定书中也已经作出了公开承诺不合。<sup>[29]</sup>在制定法上,如《行政复议法》第32条第2款规定:“根据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征收土地的决定,省、自治区、直辖市人民政府确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的行政复议决定为最终裁决。”<sup>[30]</sup>基于依法行政原理,有关行政对法律争议最终决定的法律规定应当废止。

2. 行政服从司法作出的最终裁判。一切组织和个人都必须服从司法作出的最终裁判是法治国家的基本要义。因现在的制度不当安排,行政机关掌握着法院的人财物等资源,从而具有使法院“臣服”的实力,因此,行政机关遵守这一规则法治意义尤为重大。行政机关如果对法院作出的最终裁判有异议,必须在服从司法的前提下遵循法定程序通过申诉来表达,不得在诉讼过程内外向法院施加压力,谋求

[27] 国务院《关于加强法治政府建设的意见》(2010)规定:行政机关要“严格遵守法定权限和程序,完善公众参与政府立法的制度和机制,保证人民群众的意见得到充分表达、合理诉求和合法利益得到充分体现。除依法需要保密的外,行政法规和规章草案要向社会公开征求意见,并以适当方式反馈意见采纳情况。建立健全专家咨询论证制度,充分发挥专家学者在政府立法中的作用。”“制定对公民、法人或者其他组织的权利义务产生直接影响的规范性文件,要公开征求意见,由法制机构进行合法性审查,并经政府常务会议或者部门领导班子会议集体讨论决定;未经公开征求意见、合法性审查、集体讨论的,不得发布施行。”“要把公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查和集体讨论决定作为重大决策的必经程序。作出重大决策前,要广泛听取、充分吸收各方面意见,意见采纳情况及其理由要以适当形式反馈或者公布。完善重大决策听证制度,扩大听证范围,规范听证程序,听证参加人要有广泛的代表性,听证意见要作为决策的重要参考。”

[28] 公安机关、检察机关在刑事诉讼中的侦查、检察活动不在这里的“司法”范畴之内。

[29] 《中国加入WTO议定书》第2条(D)之1规定:“中国应设立或指定并维持审查庭、联络点和程序,以便迅速审查所有与《1994年关税与贸易总协定》(‘GATT1994’)第10条第1款、GATS第6条和《TRIPs协定》相关规定所指的法律、法规、普遍适用的司法决定和行政决定的实施有关的所有行政行为。”

[30] 又如,《行政复议法》第14条规定:“对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为不服的,向作出该具体行政行为的国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府申请行政复议。对行政复议决定不服的,可以向人民法院提起行政诉讼;也可以向国务院申请裁决,国务院依照本法的规定作出最终裁决。”

有利于自己的裁决。<sup>[31]</sup> 行政机关在行使行政权时,也不得作出与法院最终裁判相悖的行政决定,损害法的安定性。<sup>[32]</sup> 如果行政机关藐视法院的最终裁判,必将直接动摇法治国家的根基。

## (二)基本保障

要实现行政接受司法监督,宪法规定的框架性基本制度必须提供一个独立的、能动的司法体制。依法行政原理预设了若行政不依法,必须要接受事后的司法监督,但是,司法不能受制于行政,否则司法监督将一事无成。在现代以行政为中心的国家中,司法也不能完全囿于传统上的被动、消极,《宪法》规定了司法独立,但未见有司法能动的规范,后者是最高人民法院基于现实需要而提出的一项司法政策。

1. 司法独立。在法治国家中,法院不是政府的法院,是政府旁边的法院。为此,即使没有以分权理论为立宪基础的中国《宪法》,它的第125条也规定:“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”司法独立旨在实现司法的意志不受其他权力的支配,保证司法机关能够在法律体系的框架内对法律争议作出独立的判断。司法独立是从体制上抵制外部其他权力干预法院的独立判断的理由,也是保护法官不被外部其他权力随意调出法院,为法官提供一种职位保障的制度性基石。司法独立为当事人预测法院的裁判结果提供了可能性,是当事人接受不利裁判的基础,有助于将裁判对社会的不利影响降至最低限度。

行政因集国家人财物于一身而成为现代社会最强大的一种国家权力。在行政法上,作为行政诉讼被告的行政机关与审理行政案件的法院之间的关系是十分清晰明了的,但在实务中这种状况却有很大的改善余地。如果司法不能独立地纠正行政机关在依法行政中的错误,法治国家与基本人权的宪法价值将可能因行政的

[31] 陕西省横山县一起关于矿权纠纷的官司,在最高人民法院审理过程中,收到一份来自陕西省政府办公厅的“秘密公函”。公函称:“省高院一审判决对引用文件依据的理解不正确”,“如果维持省高级人民法院的判决,将会产生一系列严重后果……对陕西的稳定和发展大局带来较大的消极影响”。知情人士透露,该函虽以陕西省政府办公厅的名义发送,实际上是由陕西省国土资源厅起草。参见《中国青年报》2010年8月2日。又如,重庆市涪陵区李渡新区管委会为一件民事案件给区法院发函,称如果不按管委会意思判决,“将会造成原告缠诉或者上访……这也是一、二审法院都不希望发生的后果!”以此种方式来给法院施加压力。《新京报》2010年6月2日。

[32] 在江苏省南通市工商行政管理局与广州市千金一有限公司行政处罚争议案中,法院认为:“千金一公司销售给贸源公司的3201.84吨伊朗螺纹钢,未经海关监管,南通市工商局有权对在境内流通的该批钢材进行查处。但是,千金一公司与贸源公司及贸源公司与甬发公司之间因购销该批钢材而产生的纠纷及涉及的有关法律问题,江苏省南通市中级人民法院及江苏省高级人民法院已分别作出民事判决和民事调解。南通市工商局在南通市中级人民法院作出民事判决前,亦曾具函该院认定该批钢材不属于走私物品。而该局在人民法院的裁判发生法律效力后,又认定千金一公司与贸源公司、贸源公司与甬发公司购销上述钢材的行为属于倒卖走私钢材的违法行为,并作出与人民法院生效法律文书明显抵触的处罚决定,缺乏法律依据,属于超越职权的行为。”最高人民法院《行政判决书》([1998]行终字第5号)。

恣意、狂妄而毁灭。

2. 司法能动。一直以来,司法能动在传统法学上被认定为是法院的职权“僭越”而被否定,因为,主流法学学说一直坚信“被动”、“消极”才是法院天生的性格。虽然中国没有这种司法传统,但在近、现代法制形成过程中也接受了这一来自西方法律文化中的观念。在现代国家中,司法能动被当作法院司法消极性格的一种补充,以满足现代社会发展的需要。“司法能动”源于美国20世纪60年代,它是为了“促使法官为了推动新的进步的社会政策偏离严格遵循先例的原则”从事司法活动。可见,司法能动的要旨是法院应当充分运用审判权,在既定法律体系框架内创造性地作出裁判,为当事人“便于接近和利用司法”维护自身权利创造法律条件。<sup>[33]</sup>

在司法能动之下,“依法审判”并非要求司法亦步亦趋人民代表大会制定的法律,更不是无条件地服从行政机关制定的法。在疑难案件审理中,它要求司法“造法”,为司法权行使提供法的依据。在行政法上,司法能动是为行政相对人提供实效性法律救济的重要保障,在中国司法中并非没有这样的实践。<sup>[34]</sup> 尽管如此,我们仍然需要留意司法能动“反民主”的过度张扬。司法能动如果没有明确的底线,它就有可能代行立法职能而日益恣意、专横,所以,在司法能动过程中,司法的自我克制仍然是不可或缺的。对于尚无自我克制的司法传统的中国法院来说,最困难的莫过于在司法能动过程中何时、何地让司法自我克制出场。<sup>[35]</sup>

### 第三节 依法行政原理支配的基本原则

#### 一、引言

现代行政法的基本原则是在依法行政原理支配下塑成的,而不是信手拈来的、或多或少没有逻辑关联性的文句堆积而成。现代行政法在内容、形式上的分散、多元性与法制统一要求之间的矛盾,需要借助于基本原则来消解。作为现代行政法的基本原则,它应当是基于行政权的基本功能和基本规律,对调整行政权与公民权、行政权与司法权和行政权与立法权之间的关系具有高屋建瓴指导意义的基本

[33] 2009年国际金融危机所导致的全球性经济危机和经济衰退,许多国家采取了积极的财政货币政策和贸易政策挽救危局,中国经济也面临严峻的挑战。最高人民法院提出“三个至上”工作指导思想和“为大局服务,为人民司法”工作主题,在这样的法制背景下,全国法院立足于充分发挥审判职能,创新开拓工作思路,积极有效地保障了经济社会平稳健康发展,延伸、扩大审判服务领域,以回应现实的需要,“司法能动”的概念应运而生。

[34] 如2001年最高人民法院发布的《关于公安机关不履行法定行政职责是否承担行政赔偿责任问题的批复》(法释[2001]23号)是具有“造法”性质的司法解释,也是司法能动表现的例证之一。

[35] 进一步阅读吴英姿:“司法的限度:在司法能动与司法克制之间”,载《法学研究》2009年第5期。

准则。它上承现代行政法的立法目的,下系现代行政法的基本制度与法律规范。

基于国家权力源于人民的授予的命题,行政权必须是有限制的,现代行政法的基本使命仍然是控制行政权,否则法治国家、基本人权如同沙滩上的楼阁。<sup>[36]</sup>但是,行政权又必须是有效率的,才能回应复杂多变的现代社会的需求,现代行政法需要发展出一系列的制度来满足这一需要。因此,有效率的但必须是有限制的行政权是现代行政法所关注的最基本的问题,它成为构建现代行政法基本原则的逻辑起点。

基于现代行政法内容的不同功能,它可以分为行政实体法、行政程序法和行政诉讼法,这是推导现代行政法基本原则的逻辑结构。行政实体法所要解决的问题是行政机关有什么权力,即行政机关能做什么;行政程序法所要解决的问题是行政机关如何行使权力,即行政机关怎么做;行政诉讼法所要解决的问题是行政相对人不服行政权时的法律救济,即行政机关做错了怎么办。行政诉讼法前承一个行政复议程序(尽管我们不采用行政复议前置制度,但毕竟在行政诉讼之前存在着一个行政诉讼可能需要经过的行政复议程序),后连一个行政赔偿程序(不是每一个行政诉讼都会发生行政赔偿),这两部分都属于行政诉讼法的内容。

现代行政法内分行政实体法、行政程序法和行政诉讼法三个部分,它们之间具有相对独立性。这种独立性使得现代行政法的任何一项基本原则都不能贯穿于整个行政法所规范的行政行为的全过程,但我们也看到它们之间具有互相关联性;只有基于这种独立性、关联性所确立的现代行政基本法原则,才具有科学性、适用性。因此,以现代行政权“有效率的但必须是有限制的”为逻辑起点,在行政法内部结构中的每一个相对独立的部分分别设立现代行政法基本原则,从而形成一个具有内在联系的、开放性的现代行政法基本原则体系,以适应现代社会政治、经济和文化发展所带来的变化。

## 二、行政实体法基本原则

### (一)行政效力推定原则

行政效力推定是指行政机关作出的行政决定,只要不存在重大且明显的违法情形,就应当推定其为有效,所有的人都必须给予尊重,行政相对人必须履行行政决定所设定的义务。此原则为行政机关提供了行政决定这一手段,以保障社会秩序的稳定、发展。当然,更为深层次的法理念是法的安定性。行政实体法是授予行政机关有什么权力的法律,其根本目的是要求行政机关通过行政权为社会发展提供所需要的秩序。行政效力推定原则构成了行政法上行政决定效力理论中“存续力”的法理基础。

[36] 关于现代行政法与“平衡论”的问题,进一步阅读罗豪才等:“平衡论:对现代行政法的一种本质思考——再谈现代行政法的理论基础”,载《中外法学》1996年第4期;罗豪才等:“行政法‘平衡’及‘平衡论’范畴”,载《中国法学》1996年第4期。

这一基本原则有如下内容:(1)法律应当根据客观需要给予行政机关充分授权,如依法授予海关警察权,<sup>[37]</sup>授予环境保护局对排污单位停止、限制供水、供电的决定权等。<sup>[38]</sup>行政管理的客观需要构成了行政机关获得某种行政权的正当理由,对此法律必须予以满足。(2)行政决定效力推定具有相对性,即确保行政机关能够将社会秩序的失范状态控制在社会可以容忍的限度内,因此“过分”追求秩序划一的行政决定将作为该基本原则的例外情形而存在,如行政决定的无效。<sup>[39]</sup>(3)对已经依法送达的行政决定,在法定期限届满后行政相对人仍没有提起行政救济,则该行政决定的法效力确定。但是,行政机关可以通过法定程序并依据法定事由变更、消灭法效力已确定的行政决定,这又是奠定信赖利益保护和诚实信用作为现代行政法具体原则的法理基础。<sup>[40]</sup>

## (二)行政职权法定原则

行政职权法定原则是指行政机关行使的行政权必须依法授予,任何法外的行政都不具有合法性。<sup>[41]</sup>在依法行政原理之下,作为可以支配行政相对人的人身权和财产权等权利与自由的行政权,必须由人民代表大会以法律、地方性法规授予。虽然行政机关也具有为其行政权制定依据的立法性行政权,但这种“立法性行政权”仍然源于人民代表大会的授权。这一基本原则明确了行政权是有限的、可数的,并划定了行政机关行使行政权的外围边界。虽然行政机关自己也可以“造法”,但这种行政的法在绝大多数情况下仅仅是行政机关对法律、地方性法规的进一步细则化,不具有原创性,它们仍要受到法律的约束。因此,以依法行政原理为核心所展开的现代行政法中,不论行政机关的组织形式如何,最能达成的一个共识

[37] 《海关法》第4条第1款规定:“国家在海关总署设立专门侦查走私犯罪的公安机构,配备专职缉私警察,负责对其管辖的走私犯罪案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审。”

[38] 《浙江省水污染防治条例》第51条规定:“排污单位拒不履行县级以上人民政府或者环境保护主管部门作出的责令停产、停业、关闭或者停产整顿决定,继续违法生产的,县级以上人民政府可以作出停止或者限制向排污单位供水、供电的决定。”

[39] 《湖南行政程序规定》第161条规定:“具有下列情形之一的,行政执法行为无效:(1)不具有法定行政执法主体资格的;(2)没有法定依据的;(3)法律、法规、规章规定的其他无效情形。”

[40] 《行政许可法》第8条第2款规定:“行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,行政机关应当依法给予补偿。”

[41] 进一步阅读杨小君:“契约对行政职权法定原则的影响及其正当规则”,载《中国法学》2007年第5期。

是不允许存在一个没有法的依据的行政权。<sup>[42]</sup>

这一基本原则包含如下内容:(1)“法定”之中的法既包括人民代表大会制定的法律、地方性法规,还包括行政机关在法律授权下所制定的行政法规、行政规章。宪法的某些规范虽然也具有授权功能,但将它看作是国家机关之间的权力划分可能更为妥当;而行政规定仅仅是“法定”的具体化,虽然可以成为行政机关行使行政权的依据之一,但它不能创设行政权。<sup>[43]</sup> (2)法定行政职权之外的事务由个人之间通过自治的方式解决,行政权可以站在权利和自由的边界上站岗放哨,没有法定依据就不得擅自踏进个人的权利和自由的自治领地。行政职权法定意味着个人有了一个广阔无边的权利和自由空间,在这个空间里,个人从事的活动只要不损害他人利益,行政权就不能干涉。没有法的禁止性规定行政机关就可以行使行政权之观点是值得商榷的。<sup>[44]</sup> (3)虽然给付行政中的有利行政行为使个人获得了利益,但这种行政行为实质上是行政机关支付公共财政的行为,因此,它同样应受到行政职权法定原则的约束。

### 三、行政程序法基本原则

#### (一)行政裁量合理原则

行政裁量合理原则是指行政机关在法的授权范围内,将一般性原则或者条款适用于个案而所作的一种最适当的法效果选择。<sup>[45]</sup> 确立这一基本原则的法理基础是成文法固有的局限性与个案之间的差别性。在传统行政法中,行政裁量情形也是存在的,当“积极行政”理念导入现代行政法之后,没有裁量的行政越来越不适应现代行政的需要;而立法机关面对复杂多变的行政事务,也只能通过大量“无固定内容的条款和普遍标准”<sup>[46]</sup>的条款向行政机关授权。行政裁量已构成了现代行政法上行政权的核心,在通过行政程序控制行政裁量权的命题之下,行政裁量合

[42] 如在路世伟不服靖远县人民政府行政决定案中,法院认为:“退一步说,即便是清算组有权不敢行使,或者认为存在种种客观情况不便独立行使,非要拿自己分内的工作去向被上诉人县政府请示,而且县政府也乐于管这种不属于自己管的事,那也只能形成清算组与县政府二者之间的独特关系。县政府无权力用这种于法无据的独特关系去影响他人,去为他人设定新的权利义务,去妨碍他人的合法权益。县政府在靖政发(1999)172号文件中实施的这些具体行政行为,不仅超越职权,更是滥用职权。”《最高人民法院公报》2002年第3期。

[43] 《土地登记办法》第77条规定:“土地权利证书灭失、遗失的,土地权利人应当在指定媒体上刊登灭失、遗失声明后,方可申请补发。补发的土地权利证书应当注明‘补发’字样。”如果申请人申请补发证书不符合条件,是否可以从此法规范中推出或者反向解释出行政机关有作出“不予补证”决定的职权,由此引发权力是否可以推定的问题。

[44] 在夏善荣诉徐州市建设局行政证明违法案中,法院认为:“对集体土地上住宅小区的竣工综合验收,现行法律、法规和规章尚无禁止性规定。徐州市建设局作为地方人民政府房地产开发主管部门和建设行政主管部门,依恒信公司申请而对世纪花园进行竣工综合验收,并不违反有关法律规范的立法本意。”江苏省高级人民法院《行政判决书》([2006]苏行再终字第0001号)。

[45] 进一步阅读周佑勇:“行政裁量的均衡原则”,载《法学研究》2004年第4期。

[46] [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章等译,中国政法大学出版社1994年版,第184页。



理也被浓缩为现代行政法的基本原则之一。<sup>[47]</sup>

这一基本原则包含如下内容:(1)行政裁量本质上是法为行政权保留了一个“自我决定”的空间。这意味行政机关在法定条件下可以根据自己的判断作出其认为最为合理、妥当的行政行为,从而提高行政权的效率。过去,人们在强调通过行政程序控制行政裁量时,往往忽视了行政程序的另一个功能,即有效保障行政裁量权的行使,如行政程序中的时效制度、简易程序和行政文书送达方式等。<sup>[48]</sup>现代行政法已经充分注意到了这一点,并把它们塑成了具体的行政程序法上的制度。(2)行政裁量是在行政程序规范下的一个行为过程,但“规范”并不能简单地等同于“束缚”、“限制”行政裁量权,积极地促进行政裁量权有效率地行使同样是“规范”这枚硬币的另一面。当然,我们不否认行政裁量合理原则也具有限制行政权的功能,如居于其下位的比例原则、禁止不当联结原则、禁止恣意原则等都具有限制行政裁量权的功能。<sup>[49]</sup>(3)行政裁量合理原则要求行政机关必须给行政相对人出示可理解的裁量理由,即行政行为所依据的事实、法律和裁量时所考虑的各种因素。说明理由不仅仅表明行政行为的合法性,更为重要的是为行政相对人接受对其不利的行政行为提供一种认同基础。行政机关尽可能多地展示其作出行政行为的理由,可以大大增加行政相对人心服口服地认同行政行为的比例,从而减少事后行政复议与行政诉讼可能性,提升行政效率。

## (二)行政程序正当原则

行政程序正当原则是指通过设置正当行政程序规范行政权,为行政相对人提供一个最低限度的程序正义,驱使行政机关在实现行政目的时采取更善的手段,从而提高行政行为为行政相对人可接受的程度。法定的行政程序如果失去了正当性

[47] 进一步阅读姜明安:“论行政自由裁量权及法律控制”,载《法学研究》1993年第1期;张明杰:“行政自由裁量权及其法律控制”,载《法学研究》1995年第4期。

[48] 当然,除程序控制行政裁量权外,还有立法控制和行政机关通过制定裁量基准等方法的行政自我控制,前者较为典型的是《治安管理处罚法》。

[49] 在黑龙江汇丰实业发展有限公司诉哈尔滨市规划局行政处罚案中,法院认为:“上诉人提出汇丰公司建筑物遮挡中央大街保护建筑新华书店(原外文书店)顶部,影响了中央大街的整体景观,按国务院批准的‘哈尔滨市总体规划’中关于中央大街规划的原则规定和中央大街建筑风貌的实际情况,本案可以是否遮挡新华书店顶部为影响中央大街景观的参照标准。规划局所作的处罚决定应针对影响的程度,责令汇丰公司采取相应的改正措施,既要保证行政管理目标的实现,又要兼顾保护相对人的权益,应以达到行政执法目的和目标为限,尽可能使相对人的权益遭受最小的侵害。而上诉人所作的处罚决定中,拆除的面积明显大于遮挡的面积,不必要地增加了被上诉人的损失,给被上诉人造成了过度的不利影响。原审判决认定该处罚决定显失公正是正确的。”最高人民法院《行政判决书》([1999]行终字第20号)。比例原则在制定法上也有体现,如《无线电管制规定》第4条规定:“实施无线电管制,应当遵循科学筹划、合理实施的原则,最大限度地减轻无线电管制对国民经济和人民群众生产生活造成的影响。”又如,《行政处罚法》第4条第2款规定:“设定和实施行政处罚必须以事实为依据,与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。”

的支持,可能就是行政机关作“恶”的合法性借口。<sup>[50]</sup> 一直以来,《宪法》规定的框架性基本制度缺陷导致人民代表大会对行政机关的授权立法不能进行有效的监督,即使作为《宪法》规定具体化的《各级人民代表大会常务委员会监督法》也不能提供一个有效的监督制度,致使行政程序的正当性理念有时无法得到张扬。由行政机关自己设计的“行政程序”经常以维护行政权便利性为要旨,同时为行政相对人保护权利设置各种较为困难的行政程序。法治国家下的行政程序应当以正当性为价值取向,以限制权力、权利保护为核心。

这一基本原则包含如下内容:(1)公平。即行政机关作出任何不利于行政相对人的行政行为之前,必须充分听取其意见。基于行政的特殊性,听取意见的方式应当根据行政行为对当事人的影响程度而定。对行政相对人产生重大不利影响的行政行为应当采用较为正式的听证方式,对其他行政行为则可以采用相对灵活的方式,给行政相对人一个表达意见的机会就满足了这一原则的要求。(2)公正。即行政机关与所处理的案件有利害关系的,应当回避。“自己做自己案件的法官”无论做得多么公正,在形式上就不可能为当事人所接受。虽然诉讼程序有别于行政程序,但是这一规则在行政程序中仍然适用。回避确保了行政机关形式上的公正无私,从而驱使行政相对人认同该行政程序的结果。(3)公开。即行政机关在行政程序中应当依法公开所有的政府信息。公开政府信息可以提升行政过程的透明度,有利于社会对行政权的监督,也有利于行政相对人在行政过程中维护自己的合法权益。

#### 四、行政诉讼法基本原则

##### (一)司法审查有限原则

司法审查有限原则是指在行政诉讼中司法权在监督行政权时,其介入行政权领域的深度和广度上必须保持一个限度,旨在保证行政权的行使有足以控制社会秩序的基本效率。确立这一基本原则的法理基础是,任何国家行政诉讼制度建立的前提都是行政权有足够的控制社会秩序的能力,只有在这样的情况下,国家才能允许个人通过合法程序挑战行政权的合法性;如果司法权覆盖了行政权的所有范围,那么行政权控制社会秩序的能力可能被不慌不忙的行政诉讼程序彻底耗尽。这一基本原则划定了司法权介入行政权领域的范围,旨在司法审查过程中为行政权保留一个不受司法权牵制的“自由空间”,以满足行政权控制社会秩序所需。

这一基本原则包含如下内容:(1)受案范围有限。立法无论是采用列举还是

[50] 在时金荣诉镇江市人民政府不服限期拆迁决定案中,法院认为:“本案上诉人时金荣不服镇江市建设局裁决,向人民法院提起诉讼的主要理由是裁决确认的房屋面积以及房屋价报告有误,该争议当属事后不能补救的争议。有关部门对上诉人时金荣的房屋在实施强制拆迁前,应采取相应的保全措施,暂时不予强制拆迁。而被上诉人镇江市人民政府没有考虑上述因素,在裁决诉讼期间启动行政强制拆迁程序,对上诉人时金荣作出限期拆迁决定,违反了正当行使职权、充分保护被拆迁人合法权益的原则。”江苏省高级人民法院《行政判决书》([2004]苏行终字第016号)。

概括的方式确定行政诉讼的受案范围,都不可能将所有的行政行为都纳入司法审查。行政诉讼受案范围对法院来说意味着司法审查权的外围边界,对于行政机关来说则是它接受司法审查的法定义务范围,对于原告来说是他行政诉讼的诉权范围。(2)原告的限定。行政诉讼原告是发起行政诉讼程序的唯一力量;没有原告就不可能有行政诉讼,司法审查也就失去了基础。如果为了更严格地控制行政权,那么对原告不作任何限定是最佳方案,即使与自身的合法权益无关的行政行为,任何人只要愿意都可以诉诸法院请求司法审查;但这样可能会彻底地瓦解行政机关有效控制社会秩序的能力。因此,虽然有的国家或者地区的行政诉讼法规定了公益诉讼等客观诉讼,但对原告也并不是没有任何限制的。<sup>[51]</sup> (3)审查范围有限。在一些行政案件中,法院只能就被诉行政行为的部分内容进行合法性审查。如在武华玉诉华中农业大学教育行政行为案中,其裁判要旨为:

“高等学校有权依照《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》第25条的规定,在不与上位法相冲突的情况下,结合本校实际情况制定学位授予工作细则,并据此作出相应的行政行为。司法机关应就以上行为证据是否充分、程序是否合法进行有限度的司法审查。”<sup>[52]</sup>

(4)判决功能有限。司法判决的基本功能在于,它能够彻底解决所针对的法律争议,否则司法判决就失去了其所存在的法律价值。然而,在行政诉讼中,司法判决的一个最大特点在于其不彻底性,它表现在法院原则上不能直接代替行政机关通过司法判决作出行政行为。这种司法判决的不彻底性正是司法审查有限原则的具体体现,但它并不损害行政诉讼司法判决的权威性。行政诉讼中的撤销判决附带的双重判决、履行法定职责判决以及变更行政处罚决定的判决等都是司法判决功能有限的体现。

## (二)司法审查必要原则

司法审查必要原则是指应当有一个异质性的司法机关对行政权进行事后的控权,以确保行政权的行使符合法律授权的目的。司法审查的法理基础是分权理论。尽管司法审查是传统行政法上的一个基本制度,但是,现代行政法仍然需要这样的法律制度用来控制日益扩张的行政权。现代行政法上控制行政权的法律机制呈多元化趋势,但法院的司法审查仍然是主要的且是必不可少的。即使在现代行政法上承认行政权需要效率,但必要的司法审查作为国家分权结构的逻辑必然,仍然是现代行政法不可放弃的基本原则之一。通过司法审查可以抵消“巨无霸”式现代行政权对行政相对人合法权益产生的消极影响,可以回应现代行政法保护基本人

[51] 如日本的民众诉讼中最具代表性的是《地方自治法》上的居民诉讼、《公职选举法》上的选举诉讼。在这种诉讼中存在居民或者选民意义上的人的界限,只要在其范围内成为原告是有限定的;原告是以居民或者选民的资格进行诉讼的,而不是主张自己的个人性权利和利益。参见[日]盐野宏:《行政救济法》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第182-186页。

[52] 《中国行政审判指导案例》(第1卷)第9号案例,中国法制出版社2010年版,第43页以下。

权这一终极目标的需求。

这一基本原则包含如下内容:(1)司法审查客体不仅是行政机关作出的行政决定,而且也包括行政机关作出的事实行为等其他行政行为。这是现代行政法上拓展司法审查范围的重要内容之一。以行政决定为中心的传统行政法,其司法审查势必局限于行政决定。但是,随着与行政职权有关的事实行为、行政合同行为等纳入现代行政法体系之中,这类行政行为也理所当然要纳入司法审查的范围。<sup>[53]</sup>(2)由法院通过司法审查来确定行政机关行使行政权是否合法,在法院具有公正社会形象的前提下,可以提升行政相对人接受行政权对其产生的不利影响之程度。同时,也可以让行政相对人因为受到行政权不利影响的不满情绪,化解在司法审查过程中,从而达到稳定社会秩序的作用。(3)以撤销主义为中心的司法判决种类,已不适应现代行政法中司法审查的需要。为了满足司法审查必要原则,现代行政法需要发展出多元的司法判决种类。如在政府信息公开诉讼中,禁止性或者反公开诉讼的司法判决也是不可或缺的。<sup>[54]</sup>

[53] 有关事实行为的行政诉讼,如在余宏斌诉湘阴县公安局交通警察大队违法扣押车辆及行政赔偿案中,法院认为:“第三人的亲属是经被上诉人工作人员同意并从其手中接管车辆钥匙并最终控制车辆的,被上诉人县交警大队虽然没有开出暂扣凭证,产生的后果也并非出于被上诉人的本意,但其实施的上述行为对上诉人权利产生了实际影响,符合行政事实行为的特征。因此,被上诉人暂扣事故车辆并将车辆交由第三人保管的行政事实行为成立,该事实行为违反了法律、法规对交通事故处理的规定,构成违法。”湖南省高级人民法院《行政判决书》([2005]湘高法行终字第9号)。有关行政合同的行政诉讼,如海南南庄装饰工程有限公司诉海口市人民政府违法批转土地、不履行土地经营权交付义务以及请示行政赔偿上诉案中,法院认为:“海口海滩开发管理公司(以下简称海滩管理公司)根据海口市政府海府函[1995]56号关于‘同意滨海大道西延线海滩由海口中大置业总公司下属的海滩管理公司代市政府负责进行管理’的授权,与南庄公司签订《假日海滩项目开发合同书》,属于受委托实施行政管理的行为。虽然海滩管理公司是以其自己的名义签订的合同,但海口市政府未提出该公司的行为超出政府授权范围的证据,因此应当由海口市政府承担相应的法律后果。合同双方在该合同履行过程中发生的争议,属于行政争议,南庄公司认为海口市政府不履行合同义务并将涉诉土地批转给第三人的行为侵犯其合法权益,有权向人民法院提起行政诉讼。”最高人民法院行政裁定书([2002]行终字第8号)。

[54] 徐建华诉江苏省靖江市人民政府信息公开案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第23号案例,中国法制出版社2010年版,第115页以下。

## 第三章 行政法法源

### 第一节 行政法法源的一般理论

#### 一、引言

在依法行政原理中,作为行政依据的“法”所要表达的意思是,行政只要有了“法”的依据,它就具有合法性。但此处的“法”是什么?或者它的范围是什么?这是行政法法源所要解决的问题。《宪法》将国务院和地方各级人民政府定位于本级人民代表大会的执行机关,且《立法法》又确立了一元多层次的国家立法体制,所以,依法行政原理中的“法”除了法律、地方性法规外,还包括为数更多的行政法规、行政规章。但如果“法”的范围止步于此的话,上述论断恐怕与行政、司法实务状况相距甚远。因为,在这个范围之外,我们还发现了大量的、一直默默地支持行政合法性的“法”,在现代行政法上讨论行政法法源的问题,不可不及于这部分“法”,如行政规定、指导性案例等。

#### 二、行政法法源概念

关于法源,法理学上一直存在着多种表述。如从法的生成所需要的“原材料”方面看,它是指道德、习俗、宗教等;从法的价值认知层面看,它是指公平、正义、理性观念等;从法的效力依据方面看,它是指可以成为判断行为是否合法的依据;从法的形式方面看,它是指法规范的各种载体,如法律、法规;等等。对于作为部门法之一的行政法来说,法规范的实效性,即拘束力是它的生命所在。所以,从效力角度来认识行政法法源,或许能够更好地把握它的本质。

基于行政法内在的逻辑结构,行政法法源应当是涵盖行政、司法两个法域,即不存在或者不应该存在行政实体法、行政程序法和行政诉讼法有各自独立法源的情况。在行政过程中,行政法法源是行政机关作出行政行为的合法依据;在司法过程中,它是法院作出行政裁判的合法依据——若有例外,应该是那部分涉及行政诉讼中审判权的诉讼法规范。由于“依据”——无论是行政还是司法——又必须以“理由”为基础,所以,凡是作为理由证成的一切法规范也都是行政法法源。行政法法源是可以解释行政权、司法权合法性的一切文本材料,是判断行政行为合法性的基准。

行政法法源可以分为成文法源和不成文法源。行政法成文法源是指有立法权的机关——也可以是行政机关——通过预定程序制定的、以法条形式记载的行政法规,如《行政许可法》、《行政处罚法》等。行政法不成文法源是以非法条方式记载的行政法规,如最高人民法院公布的“指导性案例”、法学理论上的法的原则等。行政法不成文法源原则上也应当有文字表述,但它不是由有立法权国家机关以法条方式表述出来的法规范;有的不成文法还存在于特定群体的共识之中,如惯例。

### 三、行政法法源的特殊性

由于行政法涉及行政、司法两个不同性质的领域,而且行政机关也有立法性行政权,所以,行政法法源呈现如下若干的特殊性:

1. 行政法法源所及的法规范,主要是指立法机关、行政机关制定的法规范,如《行政处罚法》、《娱乐场所管理条例》和《工伤认定办法》等。它们是行政法法源的主要部分。但是,最高人民法院公布的“指导性案例”以及国家公共政策、惯例和法律原则等也是行政法法源不可或缺的一部分。虽然它们不是被“制定”出来的,但是,它们和被“制定”的法规范一样,具有行政法法源的功能。

2. 由于现代行政法上干预行政在行政行为中仍然占据着重要位置,基于保障人权的需要,行政机关实施干预行政时需要明确的法律、法规和规章的依据,所以,与不成文法源相比,成文法源在行政法法源中具有更为重要的地位。在成文法源没有覆盖到的行政领域或者在给付行政中,不成文法作为行政法成文法源的一种补充也是妥当的。

3. 行政机关行使职权时所引用的依据,在司法审查中要接受法院的审查,但并非所有的行政法法源都是司法裁判的依据。<sup>[1]</sup> 所以,在行政实体法和行政程序法所涉及的行政领域与行政诉讼法所涉及的司法领域中,同一种行政法法源的地位与功能是有差异性的。如行政规章在行政领域中是“依据”,但在司法领域中需要经过法院的“参照”之后,才能确定其是否可以作为“依据”。

4. 行政法法源所涉的法规范,一般及于行政机关与公民之间的外部关系,如《治安管理处罚法》、《行政许可法》等。但在特殊情况下,它也及于行政机关的内部关系,如《公务员法》、《行政监察法》等。总之,凡具有法源性的法规范,无论是否是成文法源,对行政法律关系的当事人来说都具有不同程度的拘束力。

---

[1] 最高人民法院《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》(法释[2009]14号)第5条规定:“行政裁判文书应当引用法律、法律解释、行政法规或者司法解释。对于应当适用的地方性法规、自治条例和单行条例、国务院或者国务院授权的部门公布的行政法规解释或者行政规章,可以直接引用。”最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第62条规定:“人民法院审理行政案件,适用最高人民法院司法解释的,应当在裁判文书中援引。人民法院审理行政案件,可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件。”

## 第二节 成文法源

### 一、宪法

#### (一) 宪法的法律效力

《宪法》在它的序言中称：“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果，规定了国家的根本制度和根本任务，是国家的根本法，具有最高的法律效力。”〔2〕由此我们可以得出一个结论：宪法是有法律效力的，且它的法律效力是“最高的”。〔3〕作为列于行政法法源第一位的宪法，这种“最高的法律效力”可以从两个面向展开：（1）作为判断其他行政法法源合宪性的基准。宪法在一定意义上构成了高居于行政法之上的一个合宪性框架，并将行政法其他法源严格限定于这一框架之内，以确保它们的合宪性。因它属于违宪审查的问题，这里不作展开论述。（2）作为行政、司法处理个案的依据。宪法既然具有“法律效力”，那么它就可以作为行政、司法处理个案的依据——既可以用来论证行政决定、司法裁判的理由，也可以用来支持行政决定、司法裁判的主文。当然，将宪法作为行政、司法处理个案的依据只是一种例外情形，即只有在没有其他行政法法源可供行政、司法之用时，宪法才出场补充这一“空缺”——宪法规范越过立法机关直入法院或者行政机关，并由法院或者行政机关在个案中解释并执行。

#### (二) 宪法的解释权

宪法作为行政、司法处理个案的依据时，必然涉及适用机关对它的解释。根据《宪法》第67条的规定，宪法解释权属于全国人大常委会，但这并不否定行政、司法在引用宪法处理个案时应当拥有的、不同于全国人大常委会的宪法适用解释权，这如同行政解释权属于国务院及主管部门，司法解释权属于最高人民法院一样，我们从未否定各级人民政府及其职能部门和各级人民法院在处理个案过程中的法律解释权。〔4〕另外，《法官法》第3条规定：“法官必须忠实执行宪法和法律，全心全意为人民服务。”法官既然有执行宪法的职责，解释宪法必是该法规范中应有之义，即法官在个案处理中对所涉的宪法规范拥有解释权。

#### (三) 实务中的“宪法适用”

由于资料有限，行政决定中引用宪法规范处理的个案尚未寻得。但不可否认，

〔2〕 《宪法》序言最后一段。

〔3〕 《立法法》第79条规定：“宪法具有最高的法律效力，一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。”

〔4〕 全国人民代表大会常务委员会《关于加强法律解释工作的决议》（1981年6月10日第五届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过）。

宪法的某些条款是可以直接作为行政行为依据的,虽然实务中极少有行政机关这样处理个案的,但这并不能否定宪法某些条款具有直接作为行政行为依据的功能。如《宪法》第108条规定:“县级以上地方各级人民政府领导所属各工作部门和下级人民政府的工作,有权改变或者撤销所属各工作部门和下级人民政府的不适当的决定。”因《行政处罚法》对行政机关是否有权撤销作出的行政处罚决定没有作出规定,一旦发生此种情形,根据这一宪法规定,人民政府可以依职权撤销其工作部门作出的行政处罚决定。

实务中的“宪法适用”问题,可能更多发生在司法领域之中。在我国,法院在裁判中一般不引用宪法规范。这个问题可以追溯到1955年最高人民法院的《关于在刑事判决中不宜援用宪法作为论罪科刑的依据复函》。<sup>[5]</sup>之后,无论是《行政诉讼法》还是最高人民法院的司法解释,从来没有明确法院不可以在判决中引用宪法。<sup>[6]</sup>在行政诉讼中,法院引用宪法规范作为依据的案件并非个案。<sup>[7]</sup>如在莫尊通不服福清市人事局批准教师退休案中,法院认为:

“上诉人莫尊通属于被上诉人福清市人事局所管理的事业机构人员,不属于国家公务员序列,不受《中华人民共和国行政诉讼法》第十二条第(三)项规定的‘行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定’例外条款的规范。且被上诉人福清市人事局作出的批准退休决定处分了《中华人民共和国宪法》所规定的公民的劳动权,是具体行政行为,行政相对人对此不服的,有权提起行政诉讼,人民法院应当对此具体行政行为进行司法审查。”<sup>[8]</sup>

此案中,宪法有关公民劳动权的规范被法院作为论证莫尊通具有“合法权益”的依据,进而得出了法院有权对被上诉人福清市人事局作出的“批准退休决定”进行司法审查的结论。又如,在孙良仁诉重庆市人民政府高新技术产业开发区管理委员会企业产权性质认定案中,法院认为:

“根据当时颁布的宪法规定,亦无私营企业存在。因此,高新区管委会作出对石桥铺橡胶制品厂城镇企业所有制企业的性质认定是正确的,但其所作出的渝高技委发[2000]

[5] 最高人民法院复函新疆高级人民法院如下:“你院(55)刑二字第336号报告收悉。中华人民共和国宪法是我国国家的根本法,也是一切法律的‘母法’。刘少奇委员长在关于中华人民共和国宪法草案的报告中指出:‘它在我国国家生活的最重要的问题,规定了什么样事是合法的,或者法定必须执行的,必须禁止的’。对刑事方面,它并不规定任何论罪科刑的问题,据此,我们同意你院的意见,在刑事判决中,宪法不宜援用。”

[6] 最高人民法院《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》(法释[2009]14号)第5条规定:“行政裁判文书应当引用法律、法律解释、行政法规或者司法解释。对于应当适用的地方性法规、自治条例和单行条例、国务院或者国务院授权的部门公布的行政法规解释或者行政规章,可以直接引用。”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62条规定:“人民法院审理行政案件,适用最高人民法院司法解释的,应当在裁判文书中援引。人民法院审理行政案件,可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件。”

[7] 参见王禹编著:《中国宪法司法化:案例评析》,北京大学出版社2005年版。该书共收集了我国近年来援引宪法作出判决的案例,即所谓“宪法司法化”的案例共33个。

[8] 福建省福州市中级人民法院《行政判决书》([1997]榕行终字第43号)。



263号函未适用任何法律依据不当。原告要求确认石桥铺橡胶制品厂归原告所有的私营企业理由亦不能成立。”〔9〕

在本案中,因“当时颁布的宪法规定”没有私营企业的规定,所以,原告的诉讼请求不能得到法院的支持。但如果当时颁布的宪法有规定的话,那么,法院将会依据宪法规定支持原告的诉讼请求。从法院的这段裁判理由中,我们可以清楚地看到审理本案的法院并不否认宪法规范可以进入裁判文书的态度。可见,在实务中宪法在个案中的适用是客观存在的事实。

## 二、法律、地方性法规

### (一) 法律

法律是全国人大或者全国人大常委会通过的,并由国家主席签署主席令予以公布的规范性文件。〔10〕法律在名称上通常称“……法”,如《治安管理处罚法》,个别也称为“……条例”,如《中国人民解放军军官军衔条例》。《宪法》第62条第3项规定,全国人大“制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。”又《宪法》第67条第2项规定,全国人大常委会“制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律。”根据所涉事务的重要性程度,法律可以分为“基本法律”和“其他法律”两类。当然,“重要性程度”标准是模糊的,至今尚未有可操作性的客观标准。〔11〕作为行政法源的法律,依照它们的内容可以分为:(1)一般法律,即适用于所有行政机关的法律,如《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政复议法》等;(2)部门法律,即仅用于某个或者几个行政机关的法律,如《道路交通安全法》、《产品质量法》、《公路法》等。

在立法实务中,全国人大常委会还会根据实际需要通过一些涉及专门事项的“决定”,但它们未经国家主席签署主席令予以公布,如《关于禁毒的决定》等。〔12〕《立法法》没有规定它们的“名分”,《宪法》第67条关于全国人大常委会的职权中也没有明确规定,但在实务中它们具有与法律相同的规范效力,故可称之为“实质意义上的法律”。

### (二) 地方性法规

地方性法规是法定的地方人大及其常委会制定并公布的规范性文件。中国是

〔9〕 最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》2001年第4辑。

〔10〕 参见《立法法》第23条、第41条。

〔11〕 如《行政处罚法》是由全国人大通过的,但《行政许可法》、《行政强制法》则是由全国人大常委会通过的,这三部法律为什么有这样的不同程序,至今也没有“正式”的解释或者说明。

〔12〕 其他“决定”如《关于维护互联网安全的决定》(2000年12月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议)、《关于完善人民陪审员制度的决定》(2004年8月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议)、《关于司法鉴定管理问题的决定》(2005年2月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议)和《关于加强网络信息保护的决定》(2012年12月28日第十一届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议)等。

一个幅员辽阔的国家,东西南北地方差异性大,中央统一的立法难以适应地方政治、经济与社会发展的需要。因此,《宪法》、《立法法》等赋予地方人大及其常委会制定地方性法规的权力。地方性法规是行政法的重要法源之一。

地方性法规分为两种:(1)省级地方性法规。《立法法》第63条第1款规定:“省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规。”<sup>[13]</sup>省级地方性法规从属于宪法、法律乃理所当然;从属于行政法规,则无法理可以支持,在没有违宪审查制度之前,可能是国家出于法制统一的暂缓之计。(2)较大的市地方性法规。较大的市是指省、自治区政府所在地的市、经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市。《立法法》第63条第2款规定:“较大的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。”<sup>[14]</sup>较大的市地方性法规从属于省级地方性法规,为了确保这一“从属”关系正常化,《立法法》增设了一道保障性的“批准”程序。

在实务中,经省、自治区的人民代表大会常务委员会的“批准”,较大的市地方性法规和省级地方性法规是否具有同等法律效力是有争议的。如在吴钦宝等诉福建省福州市房地产管理局房屋拆迁管理案中,法院认为:

“根据《城市房屋拆迁管理条例》第七条第一款、《福州市城市房屋拆迁管理办法》第十条的规定,一审法院关于被诉《房屋拆迁公告》所记载的1至5项内容符合有关法律、法规的规定的认可,本院予以认可。《城市房屋拆迁管理条例》第二十三条第一款规定:‘拆迁补偿的方式可以实行货币补偿,也可以实行产权调换。’1993年8月1日起施行的《福建省城市房屋拆迁管理办法》第三十三条第(二)项规定:‘被拆迁的区域用于商品房综合开发、职工住宅建设的,一般应实行就地或就近安置。’2000年7月28日施行的《福州市城市房屋拆迁管理办法》第六条第一款规定:‘房屋拆迁实行货币安置或一次性房屋安置,鼓励货币安置。’上述两部办法均由福建省人民代表大会常务委员会通过或批准,属同级效力。因本案发生在福州市内,应优先适用《福州市城市房屋拆迁管理办法》。”<sup>[15]</sup>

在本案中,《福州市城市房屋拆迁管理办法》是经过福建省人大常委会批准的地方性法规,法院将“批准”等同于“通过”,因此,它与《福建省城市房屋拆迁管理办法》具有“同级效力”。基于“就近”原则,本案优先适用《福州市城市房屋拆迁管理办法》。不过,若依据新法优于旧法原则,<sup>[16]</sup>也可以得到相同的结论。

[13] 《宪法》第100条规定:“省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报全国人民代表大会常务委员会备案。”相比之下,《立法法》增加了“自治区”。

[14] 《宪法》没有“较大市”、“较大市地方性法规”的规定。

[15] 福建省福州市中级人民法院《行政判决书》([2004]榕行终字第156号)。

[16] 参见《立法法》第83条规定。

### (三) 自治条例和单行条例

自治条例是实行民族区域自治地方的组织法,它涉及基本组织原则、自治机关设置、职权、活动原则、工作制度等。单行条例是自治区、自治州和自治县人大根据本自治区域内的具体情况就某一方面的事务作出执行性规定的规范性文件。它们是民族区域自治地方行政机关依法行政的重要依据。《宪法》第116条规定:“民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例,报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例,报省或者自治区的人民代表大会常务委员会批准后生效,并报全国人民代表大会常务委员会备案。”《立法法》第66条第2款规定:“自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点,对法律和行政法规的规定作出变通规定,但不得违背法律或者行政法规的基本原则,不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。”上述规定是自治条例和单行条例制定的宪法和法律依据。

《行政诉讼法》第52条第2款规定:“人民法院审理民族自治地方的行政案件,并以该民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。”这一规定确立了自治条例和单行条例在行政诉讼法中的法源地位。

### (四) 经济特区法规

经济特区是国家根据经济发展的需要而划定的,在对外经济活动中采取较国内其他行政区域更加开放政策的特定行政区域。现经济特区有深圳、珠海、厦门、汕头和海南。<sup>[17]</sup>经济特区不同于特别行政区。<sup>[18]</sup>《立法法》第65条规定:“经济特区所在地的省、市的人大及其常委会根据全国人大的授权决定,制定法规,在经

[17] 这五个授权决定是:1981年11月全国人大常委会通过《关于授权广东省、福建省人大及其常委会制定所属经济特区的各项单行经济法规的决议》,授权两省人大及其常委会,根据有关法律、法令、政策规定的原则,按照各该省经济特区的具体情况和实际需要,制定经济特区的各项单行经济法规,并报全国人大常委会和国务院备案。1988年4月七届全国人大一次会议通过《关于建立海南经济特区的决议》,授权海南省人大及其常委会,根据海南省经济特区的具体情况和实际需要,遵循国家有关法律、全国人大及其常委会有关决定和国务院有关行政法规的原则制定法规,在海南省经济特区实施,并报全国人大常委会和国务院备案。1992年7月全国人大常委会通过《关于授权深圳市人大及其常委会和深圳市人民政府分别制定法规和规章在深圳经济特区实施的决定》。1994年3月八届全国人大二次会议通过《关于授权厦门市人大及其常委会和厦门市人民政府分别制定法规和规章在厦门经济特区实施的决定》。1996年3月八届全国人大四次会议通过《关于授权汕头市和珠海市人大及其常委会、人民政府分别制定法规和规章在各自的经济特区实施的决定》。上述三个决定分别授权深圳市、厦门市、汕头市和珠海市人大及其常委会根据具体情况和实际需要,遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则,制定法规,在深圳、厦门、汕头和珠海经济特区实施,并报全国人大常委会、国务院和各所在省人大常委会备案;授权深圳市、厦门市、汕头市和珠海市人民政府制定规章并在深圳、厦门、汕头和珠海经济特区组织实施。

[18] 参见《宪法》第31条的规定。

济特区范围内实施。”这是经济特区法规的立法依据。《立法法》第81条第2款规定：“经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本经济特区适用经济特区法规的规定。”经济特区所在地的省、市的人大及其常委会在全国人大授权决定之外制定的法规，为地方性法规，它有别于经济特区法规，后者可以对法律、行政法规、地方性法规作变通规定，且不需要报省人大常委会批准，只需要报其备案即可。

经济特区在立法上的特殊性形成了“一省两制”、“一市两制”的法律现象，从而在实务中产生了区际法律规范冲突。如在姜红与珠海市公安局交通警察支队香洲大队行政处罚纠纷上诉案中，因涉及《珠海市道路交通管理条例》是否违反《道路交通安全法》的问题，法院认为：

“早在1996年3月，全国人民代表大会就作出了关于授权汕头市和珠海市人民代表大会及其常务委员会、人民政府分别制定法规和规章在各自的经济特区实施的决定，之后在2000年3月15日公布的《中华人民共和国立法法》第六十五条也规定了经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定，制定法规，在经济特区范围内实施。1998年5月21日珠海市人大常委会通过的《珠海市道路交通管理条例》是一部有效的法规，至今未宣布作废，仍然有效。……至于2004年5月1日施行的《中华人民共和国道路交通安全法》中对于非机动车、电动自行车的规定，首先，该法第十八条明确规定，依法应当登记的非机动车，经公安机关交通管理部门登记后，方可上路行使。依法应当登记的非机动车的种类，由省、自治区、直辖市人民政府根据当地实际情况规定。该法还规定了非机动车的通行规则，其中包括电动自行车。该法虽然对非机动车的通行规则作出了规定，但对于哪些非机动车应当登记才可以上路，该法并未直接作出规定，而是交由各地省政府决定。由于《广东省道路交通安全条例》至今未正式出台，所以珠海市对于非机动车的管理问题仍然应该按照原来的有关规定执行。”〔19〕

本案中，法院认为《珠海市道路交通管理条例》是一部有效的地方性法规，因《广东省道路交通安全条例》至今未正式出台，所以珠海市对于非机动车的管理问题仍然应该按照原来的有关规定执行。但是，若《广东省道路交通安全条例》已经实施，它是否应当适用于珠海经济特区呢？若是，那么两者一旦发生法律规范冲突，我们就需要讨论《珠海市道路交通管理条例》所规范的事项是否属于全国人大常委会授权决定事项的范围，以及如何解决这种区际法律规范冲突的规则。

### 三、行政法规、行政规章

#### （一）行政法规

行政法规是国务院制定并以国务院令的形式由总理签署发布的一种规范性文件

〔19〕 广东省珠海市中级人民法院《行政判决书》（〔2005〕珠中法行终字第20号）。

件。“行政法规”作为一个法律概念,首次出现于1982年制定的《宪法》。<sup>[20]</sup> 2001年国务院以《立法法》为依据制定了《行政法规制定程序条例》,它是规范行政法规制定的一个程序性行政法规。截至2011年11月底,行政法规近700件。<sup>[21]</sup> 行政法规是仅次于法律的一类行政法法源,在行政法法源中具有十分重要的地位。

在实务中,国务院以“国发”或国务院办公厅以“国办发”名义发布的规范性文件,即“法规性文件”是否具有行政法规的效力,学理上一直存有争议。<sup>[22]</sup> 从法院在个案中所表现出来的态度,这些规范性文件相当于行政法规。如在广东省汕尾市汽车配件公司武汉分公司诉武汉海关行政处罚决定及行政赔偿上诉案中,法院认为:

“国办函[1994]86号文明确指出:‘国办发[1993]55号文件是国务院批准下发的,应当作为国家行政机关的执法依据’;国办函[1997]33号《国务院办公厅关于执行国办发[1993]55号和国函[1996]69号文件有关问题的复函》又明确指出:‘这两个文件是经国务院批准发布的,具有行政法规效力,可以作为行政机关实施行政处罚的依据。’上诉人认为国办发[1993]55号文件不具有法律、法规效力,海关无权查处被扣车辆的理由亦不能成立。由于上诉人不能提供被扣车辆的合法证明,武汉海关根据国办发[1993]55号的规定,作出予以没收有处罚决定是正确的。”<sup>[23]</sup>

又,在山东省莱芜发电总厂诉山东省莱芜市莱城区水利水产局行政征收再审查案中,法院认为:

“《水法》第三十四条第三款规定:‘水费和水资源费的征收办法,由国务院规定。’也就是说,水费、水资源费的征收范围、征收标准等,应由国务院规定,其他部门无权规定。但目前国务院尚未制定水费和水资源费的征收办法。根据国务院办公厅发出的国办发[1995]27号《通知》的规定,在国务院发布水资源费征收和使用办法前,各省级人民政府制定的水费和水资源费的征收办法,可以作为各所在行政区域内征收水费和水资源费的依据,但不包括对中央直属水电厂的发电用水和火电厂的循环冷却水水资源费的征收。该《通知》是经国务院同意,以国务院办公厅名义下发的;根据《水法》的授权,国务院有权对征收水资源费的问题作出规定;国办发[1995]27号《通知》应当作为行政机关执法和人民法院审理有关行政案件的依据。”<sup>[24]</sup>

[20] 根据《宪法》第89条第1项的规定,国务院有权“根据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令。”

[21] 参见国务院法制办编:《法律法规全书》(第10版),“第10版编辑说明”,中国法制出版社2012年版。

[22] 在实务中,还有一种由中共中央、国务院制定发布的规范性文件,如1982年各地颁发《林权证》的依据并非法律、法规和规章,而是依据1981年3月8日中共中央、国务院《关于保护森林发展林业若干问题的决定》。参见坑贝元村民小组诉广东省惠州市人民政府林业行政复议决定案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第46号案例,中国法制出版社2011年版,第34页以下。

[23] 最高人民法院《行政判决书》([1999]行终字第8号)。

[24] 最高人民法院《行政判决书》([1998]行再字第1号)。

在上述两案中,根据《行政法规制定程序暂行条例》(1987年)的规定,国办发[1993]55号文件和国办发[1995]27号《通知》都不是行政法规。但是,在前一案中,最高人民法院同意国务院认为国办发[1993]55号文件“具有行政法规效力”的观点,在后一案中,最高人民法院认为国办发[1995]27号《通知》是“人民法院审理有关行政案件的依据”,间接承认了它具有行政法规的法律地位。

另外,这样的观点也表达在最高人民法院的一些“答复”中。如最高人民法院在给河南省高级人民法院的《关于对审理农用运输车行政管理纠纷案件应当如何适用法律问题的答复》(法行[1999]第14号)称:“你院(1999)豫法行请字第1号‘关于审理农用运输车行政管理纠纷案件应当如何适用法律的请示报告’收悉。经研究,答复如下:机动车道路交通应当由公安机关实行统一管理;作为机动车一种的农用运输车,其道路交通管理包括检验、发牌和驾驶员考核、发证等,也应当由公安机关统一负责。人民法院审理农用运输车行政管理纠纷案件,涉及相关行政管理职权的,应当适用《中华人民共和国道路交通管理条例》和《国务院关于改革道路交通管理体制的通知》和有关规定。”在这个司法解释中,国务院《关于改革道路交通管理体制的通知》属于“国发”的规范性文件,最高人民法院认为它属于行政审判的依据,与行政法规的法律地位相当。

## (二) 行政规章

行政规章是国务院所属部委、直属机构和省、自治区、直辖市、较大的市的人民政府制定并以行政首长令的形式发布的规范性文件。依据制定的主体不同,行政规章分为部门规章和地方政府规章。2001年的《规章制定程序条例》是规范规章制定的一个行政法规,它在程序上对规章制定作了较为详细的规定,对规章的若干实体问题也作了规定。在行政过程中,规章是行政的依据,但是司法过程中,规章是须经法院“参照”后才能决定是否适用的依据。这是规章作为行政法法源的一种特殊性。如在重庆市北碚区蔡家岗镇灯塔屠场与重庆市北碚区人民政府关闭屠宰场具体行政行为纠纷上诉案中,法院认为:

“《重庆市生猪屠宰管理办法》是重庆市人民政府根据国务院《生猪屠宰管理条例》,结合本市实际情况而制定的,属地方性政府规章。属于人民法院参照的范围。根据最高人民法院《关于法律适用若干问题座谈会纪要》的有关规定,在参照规章时,应当对规章的规定是否合法有效进行判断,对于合法有效的规章应当适用。《重庆市生猪屠宰管理办法》应当参照,理由在于,国务院颁发的《生猪屠宰管理条例》第二条规定:‘国家对生猪实行定点屠宰,集中检疫,统一纳税,分散经营的制定。’第四条规定:‘定点屠宰厂(场)的设置规划由省、自治区、直辖市人民政府按照统一规划,合理布局,有利流通,方便群众,便于检疫的管理的原则,结合本地实际情况制定。’该条第三款规定:‘未经定点,任何单位和个人不得屠宰生猪……’因此,《重庆市生猪屠宰管理办法》是结合重庆地区实际对《生猪屠宰管理条例》的具体化,未超出上位法规定的条件,该规章合法有效,应当适用。”<sup>[25]</sup>

[25] 重庆市高级人民法院《行政判决书》([2007]渝高法行终字第54号)。

在这里,“参照”隐含着法院对规章与上位法是否抵触有合法性审查权,但在行政程序中,行政机关并没有这样的“参照”权。

#### 四、法律解释

法律解释是法定机关对法律规范如何适用所作出的一种具体说明。在成文法的法律体系中,法律解释是一种必不可少的适用技术。为了确保国家的法制统一性,法律解释的主体、内容等应当遵循“法定”原则。根据1981年6月10日全国人民代表大会常务委员会通过的《关于加强法律解释工作的决议》(以下简称《决议》),法律解释可以分为:

##### (一)需要进一步明确界限法律规范或作补充规定的法律解释

1.《决议》对全国人大常委会的法律解释范围作了明确规定,即“关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的”之情形。2000年《立法法》对此作出了不同的规定,即该法第42条规定:“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。法律有以下情况之一的,由全国人民代表大会常务委员会解释:(1)法律的规定需要进一步明确具体含义的;(2)法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的。”根据新法优于旧法原则,有关全国人大常委会的法律解释范围,应当适用《立法法》。关于全国人大常委会法律解释的效力,《立法法》第47条规定:“全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力。”

2.凡属于地方性法规条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的,由制定地方性法规的省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会进行解释或作出规定。因1981年全国人大常委会的《决议》发布时,法律上尚未有“较大的市”人大及其常委会制定地方性法规的规定,基于客观需要,省级人大常委会的解释权应当扩大到较大的市的人大及其常委会。

##### (二)具体应用法律规范的法律解释

1.最高人民法院的司法解释分为“解释”、“规定”、“批复”和“决定”四种。<sup>[26]</sup>最高人民法院的司法解释必须经审判委员会讨论通过,并以最高人民法院公告的形式在《最高人民法院公报》上公开发布。它们具有法律效力,是各级人民法院的审判依据。最高人民检察院制定并发布的司法解释应当经检察委员会审议通过,它的形式有“解释”、“规定”、“规则”、“意见”、“批复”五种。它以最高人民检察院公告的形式在《最高人民检察院公报》上公开发布,它们具有法律效力,各级人民检察院在起诉书、抗诉书等法律文书中,可以引用司法解释的规定。

2.凡不属于审判和检察工作中的其他法律规范如何具体应用的问题,由国务院及主管部门进行解释。凡属于地方性法规如何具体应用的问题,由省、自治区、直辖市和较大的市人民政府主管部门进行解释。凡属于地方政府规章如何具体应

[26] 最高人民法院《关于司法解释工作的规定》(法发[2007]第12号)。

用的问题,由制定的人民政府或者其授权的主管机关进行解释。<sup>[27]</sup>

在实务中,司法机关和行政机关联合发布的法律解释是一种司法、行政法律解释的混合体。如1998年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家工商行政管理局《关于依法查处盗窃、抢劫机动车案件的规定》规定:“机动车交易必须在国家指定的交易市场或合法经营企业进行,其交易凭证经工商行政管理机关验证盖章后办理登记或过户手续,私下交易机动车辆属于违法行为,由工商行政管理机关依法处理。”这种不同性质的国家机关联合作出的法律解释,可能会导致国家机关之间的职权越位,且也没有《决议》依据,所以,应当逐步取消这种与行政机关联合发布的法律解释的。从法治国家发展趋势与要求看,最高人民法院、最高人民检察院离开个案具体应用所作的司法解释应当逐步减少,最终应当废除,把司法解释集中于个案中具体应用法律的解释。

## 五、国际条约

国际条约是国际法主体之间以国际法为准则,为确立其相互间权利和义务缔结的书面协议。凡我国缔结或者加入的国际条约,具有行政法法源地位,如《中华人民共和国加入世界贸易组织议定书》及附件中的行政许可、反倾销和反补贴等准则。《缔结条约程序法》第2条规定:“本法适用于中华人民共和国同外国缔结的双边和多边条约、协定和其他具有条约、协定性质的文件。”此法律是调整我国缔结或者加入国际条约活动的一部基本法律。

国际条约作为行政法法源,需要处理好与国内法的关系。《野生动物保护法》第40条规定:“中华人民共和国缔结或者参加的与保护野生动物有关的国际条约与本法有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。”从这一规定中可以导出我国采用有条件的优先适用国际条约的原则,即当国内法与国际条约发生冲突时,适用国际条约,但我国声明保留的条款除外。这一原则也适用于行政诉讼,如《行政诉讼法》第72条规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用该国际条约的规定。中华人民共和国声明保留的条款除外。”又如,最高人民法院《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》第9条规定:“人民法院审理国际贸易行政案件所适用的法律、行政法规的具体条文存在两种以上的合理解释,其中有一种解释与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的有关规定相一致的,应当选择与国际条约的有关规定相一致的解解释,但中华人民共和国声明保留的条款除外。”

## 六、行政规定

由法律、法规和规章衍生出来的“子子孙孙”,我们可以总称之为“行政规定”。

[27] 《海南省城镇生活垃圾处理费征收使用管理办法》第15条规定:“本办法具体应用中的问题,由省价格主管部门会同省财政、建设主管部门负责解释。”



在这些“子子孙孙”中,有的是执行法律、法规和规章的操作性规定,如行政裁量基准;有的是在与法律、法规和规章不相抵触的前提下适用于本地的创设性规定,如地方政府关于农民工进城务工的劳动保护规定;还有一些是程序性规定,如召开行政处罚听证会的程序规定。相对于“黑头文件”的法律、法规和规章,民间俗称之为“红头文件”。<sup>[28]</sup> 我们可以不承认它的法属性,即它不是法,但那仅仅是针对法院没有强制力而言;对于行政机关而言,行政规定与“法律、法规和规章”并没有多大的区别——它们都是行政机关行使行政职权的依据。没有行政规定,有时行政机关几乎难以“依法行政”。<sup>[29]</sup>

行政规定是行政机关制定和发布的,除了行政法规、行政规章之外的,具有普遍约束力的规范性文件。<sup>[30]</sup> 在遵守“法条授权”的规则下,行政机关制定的行政规定在性质上应定为法的自然延伸。所以,凡是与法律、法规和规章不相抵触的行政规定,应当成为法的组成部分——即具有实质意义的法。《行政复议法》规定复议机关对行政规定的附带性审查,是在行政复议程序中附带审查行政规定合法性的一种监督制度。<sup>[31]</sup> 《行政诉讼法》对行政规定没有表明态度,但以“举重明轻”的法解释方法,在“参照规章”之下,法院在个案中当然有审查行政规定合法性的权力。在实务中,法院已经作出的个案并不少见。<sup>[32]</sup>

依照内容的不同,行政规定可以分为:(1)创设性规定。它是在没有上位法的

[28] 进一步阅读朱芒:“论行政规定的性质——从行政规范体系角度的定位”,载《中国法学》2003年第1期;叶必丰:“行政规范法律地位的制度论证”,载《中国法学》2003年第5期。

[29] 行政规定与大陆法系国家行政法中的“行政规则”不同,后者属于行政体系内部自上而下的命令,与行政机关外部行政相对人没有直接关系。当然,基于平等原则与行政自我拘束原则,行政规则有时也会对外产生间接效力。

[30] 行政规定又称为“其他规范性文件”,如《行政处罚法》第14条规定:“除本法第九条、第十条、第十一条、第十二条以及第十三条的规定外,其他规范性文件不得设定行政处罚。”

[31] 参见《行政复议法》第26条。

[32] 如在杨帮碧诉崇州市劳动和社会保障局不予办理退休手续案中,被告的社保科在审查时发现原告的身份证与原告的职工档案中记载的出生时间不一致,依据劳动和社会保障部劳社部发[1999]8号文件《关于制止和纠正违反规定办理企业职工提前退休有关问题的通知》(以下简称劳社部发[1999]8号文件)中关于“对职工出生时间的认定,实行居民身份证和职工档案相结合的办法。当本人身份证与档案记载的出生时间不一致时,以本人档案最先记载的出生时间为准”的规定,认为原告职工档案上最先记载的出生时间为1960年,据此原告未达到50岁的退休年龄。法院认为:“劳社部发[1999]8号文件是被告的上级主管部门针对退休审批工作中存在的问题作出的具有指导性的规范性文件,其中关于公民出生时间的认定,与制定主体的权能不符,不应适用于本案。因此,被告作出的具体行政行为适用法律法规错误,居民的出生时间应以法定的户籍和居民身份管理机关即公安机关核准签发的居民身份证来认定,本案原告于1953年出生,至2003年已满50周岁,符合我国关于退休年龄的规定。”四川省大邑县人民法院《行政判决书》([2004]大行初字第1号)。在蔡梅丽与四川省机关事业单位社会保险基金管理中心养老金给付纠纷上诉案中,法院将行政规定定位其于“具有可适用性”。四川省成都市中级人民法院《行政判决书》([2004]成行终字第55号)。

情况下行政机关依照法定程序制定的规范性文件。<sup>[33]</sup> 在依法行政原理之下,原则上我们不应承认这种创设性行政规定的合法性。但是,基于行政管理的客观需要并在必要的监督审查机制齐备的前提下,有限度地承认创设性行政规定的合法性是必要的,尤其是涉及地方性事务的行政管理时,这种创设性行政规定更具有生存的空间。如行政机关通过行政规定为自己设定了应当履行的、有利于行政相对人的行政职责,在实务中是为法院所认可的。如顾俊生诉咸阳市渭城区人民政府不履行用财政拨款给付退休金职责案中,法院认为:

“被告渭城区政府为扶持发展区属工业制定的咸渭发[1990]44号《关于扶持发展区属工业的若干规定》第九条‘国家干部到集体企业任职,由区财政拨款解决退休金问题,以消除他们的后顾之忧’之规定,属行政机关通过规范性文件为自己设定的行政义务,原告以此为依据,要求渭城区政府履行该义务,渭城区政府不予履行,原告向法院提起诉讼,人民法院应作为行政案件受理。原告顾俊生的人事关系、工资关系均在原市轻工局,轻工局作为技术人才将顾俊生引进,事实成立,其国家干部身份至今未变,故退休后的待遇应按国家干部工资标准,由被告拨款进入统筹,解决原告顾俊生退休费问题。”<sup>[34]</sup>

本案中,被告在一个行政规定中规定了国家干部到集体企业任职后的退休金,应当由区财政拨款解决。原告顾俊生符合该行政规定的条件,但他却未能享受到此待遇。法院依照此行政规定,判决支持了顾俊生的诉讼请求。(2) 执行性规定。它是行政机关为执行法律、法规和规章而制定的具体规定,具有较强的可操作性。虽然学理上并不承认它对法院有拘束力,但是,在行政诉讼中除非它的内容非常离谱,与法律、法规和规章的规定明显抵触,否则法院是不会拒绝适用的。如在张幼林等诉宁波市北仑区文化体育局、公安分局和工商分局停止经营活动管理行政争议案中,法院认为:

“根据2000年6月15日国务院办公厅国办发[2000]44号‘国务院办公厅文化部等部门关于开展电子游戏经营场所专项治理意见的通知’的规定,被上诉人文体局、公安局、工商局有权对电子游戏经营场所进行管理。因此,他们在上诉人的营业执照已被吊销的前提下根据省政府浙政发[2001]30号文件和文化部文市发[2001]18号文件等作出责令上诉人停止经营活动并无不当。”<sup>[35]</sup>

[33] 关于行政规定制定的法定程序,不少省市都有相关的规章,如《江西省行政机关规范性文件制定程序规定》(2004)、《安徽省行政机关规范性文件制定程序规定》(2002)和《厦门市人民政府制定规范性文件程序规定》(1993)等。

[34] 陕西省咸阳市中级人民法院《行政判决书》([2001]咸行初字第10号)。

[35] 浙江省宁波市中级人民法院《行政判决书》([2004]甬行终字第56号)。又如,在白紫山等诉武汉理工大学教育行政案中,法院认为:“被上诉人作为学位的授予单位,根据《学位条例》、《学位条例暂行实施办法》和《湖北省学位委员会关于授予学士学位办法》等的规定,为保证学位授予的质量,结合本校实际制定了《学士学位授予暂行实施办法》,对不授予学士学位的条件作出了具体的规定,与相关的法律法规的立法精神并不冲突。”湖北省武汉市中级人民法院《行政判决书》([2006]武行终字第60号)。

本案中,国办发[2000]44号是“法规性文件”,浙政发[2001]30号件和文化部、文市发[2001]18号文件是执行该“法规性文件”的具体规定,其地位属于行政规定,法院经审查后认可了这两个执行性行政规定的合法性。另外,行政裁量基准、补贴标准等也属于执行性规定。(3)解释性规定。它是行政机关对在具体适用法律、法规和规章中遇到的问题所作出的解释,如公安部《公安机关执行〈中华人民共和国治安管理处罚法〉有关问题的解释》(2006年)等。解释法律是法院的当然职责,与审判权具有不可分割的联系,但考虑到行政机关的解释性规定有时可能更接近于行政实务的需求,所以,在个案中如遇有行政机关解释性规定的适用时,那么法院可以对其进行审查,并就其是否合法表示自己的意见。若认定它与法律、法规和规章相抵触的,法院可以用自己的观点代替行政机关的解释性规定作出裁判。

外部性行政规定属于行政法法源一般无人持有异议,而内部性行政规定成为行政法法源则需要满足一定的条件。如行政机关内部公文的流程、合议制机关合议规则等,与外部行政相对人没有直接利害关系。但有的内部性行政规定,如涉及裁量规则的指导、不确定法律概念的解释等内容,客观上有拘束下级行政机关处理个案的法效力,进而也会波及行政相对人,即产生所谓“内部效力外部化”的效果,此时,该内部性行政规定也是行政法法源。例如,在华中轴承厂不服无锡市滨湖区劳动局社会保障行政确认案中,法院认为:

“根据《江苏省城镇企业职工工伤保险规定》第八条第(五)项的规定:职工由于蓄意违章、违法,造成负伤、致残、死亡的,不应认定为工伤。劳动和社会保障部《关于解释〈企业职工工伤保险试行办法〉中‘蓄意违章’的复函》规定:‘蓄意违章’是专指十分恶劣的、有主观愿望和目的的行为,不能将一般的违章行为,视为‘蓄意违章’。蒋勇林主观上不追求伤害的发生,而是有侥幸心理。蒋勇林负伤事故的发生虽与其未按操作规范切割管料弯头有一定关系,但蒋勇林的违规操作行为,只能构成一般违章行为,其目的仍是为完成其日常所从事的管料切割工作,事故的性质是职工从事本单位日常生产、工作时造成的伤害,符合认定工伤的条件。且蒋勇林被聘后未经岗前培训即被安排为管料切割操作工。故蒋勇林擅自切割弯管的行为,不属于‘蓄意违章’等不能认定工伤的情形。”<sup>[36]</sup>

本案中,劳动和社会保障部的“复函”是针对黑龙江省人民政府《关于请求解释〈企业职工工伤保险试行办法〉有关规定的函》(黑政函[2001]44号)所作出的内部性答复,但在本案中,它直接关系到蒋勇林是否应当认定为工伤的问题,其效力出现了外部化的效果,法院将它当作了裁判的依据之一。

[36] 江苏省无锡市中级人民法院《行政判决书》([2005]锡行终字第50号)。又如,2008年9月27日北京市人民政府发布《北京市人民政府关于实施交通管理措施的公告》(京政发[2008]39号,以下简称《通告》)、《北京市实施〈中华人民共和国道路交通安全法〉办法》(以下简称《办法》)第91条第4项规定,驾驶机动车违反限制通行规定的,处100元罚款。在张某诉某交通队行政管理行政处罚案中,法院认为《通告》是北京市人民政府根据《道路交通安全法》等相关法律、法规制定的,原告没有正当理由违反《通告》规定,被告依照《办法》第91条第4项的规定给予处罚,并无不当。王振清主编:《行政诉讼案例研究》(六),中国法制出版社2010年版,第13页。

## 七、社团章程、村规民约

社团章程,即用于规范社团内部成员活动的基本规则。社团章程的效力仅及于它的成员,但因它涉及其成员的权利和义务,且并非纯粹的私法契约,所以也具有行政法法源的性质。如在吴建敏诉北京市朝阳区残疾人联合会要求报销培训学费案中,《中国残疾人联合会章程》是确定北京市朝阳区残疾人联合会是否具有行政诉讼被告资格的依据之一。<sup>[37]</sup>又如,《中国足球协会章程》第63条第1项规定:“会员协会、注册俱乐部及其成员,应保证不得将他们与本会、其他会员协会、会员俱乐部及其成员的业内争议提交法院,而只能向本会的仲裁委员会提出申诉。”又该条第3项规定:“仲裁委员会作出的上述范围外的裁决,可以向执行委员会申诉,执行委员会的裁决是最终裁决。”2002年尽管法院没有受理长春亚泰俱乐部诉中国足协处理决定一案,但它已经涉及《中国足球协会章程》在行政法上是否具有法源地位的问题。<sup>[38]</sup>再如,学校的内部规定,在行政诉讼中已经获得了法院的认同成为行政审判的依据。如在颜帅诉南昌大学教育管理案中,法院认为:

“被上诉人南昌大学系国家批准成立的高等院校,依法具有相应的学籍管理、奖励、处分权。其根据国家有关法律、规章制定的《南昌大学学生考试违规处理办法》,对该校学生具有约束力。上诉人颜帅作为南昌大学学生,明知代考违反校纪校规,仍然实施代考舞弊行为,被当场抓获。南昌大学依照《南昌大学学生考试违规处理办法》及学校规定程序所作出的昌大学字[2008]294号‘关于给予颜帅同学开除学籍处分的决定’,事实清楚,证据确凿,适用法律、法规正确,符合法定程序,应予维持。”<sup>[39]</sup>

在本案中,被告根据国家有关法律、规章制定的《南昌大学学生考试违规处理办法》系南昌大学的内部规定,它作为对原告作出开除学籍处分决定的依据,经法院审查之后得到了它的支持。

村民自治章程和村规民约是农村基层群众性自治组织规范村民活动的行为规则,它的效力也仅及于自治组织内部的村民。《村民委员会组织法》第20条第2款规定:“村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表讨论决定的事项不得

[37] 《中国行政审判案例》(第2卷)第41号案例,中国法制出版社2011年版,第5页以下。

[38] 此案情主要是:中国足球协会纪律委员会经调查后认定,2001年中国足球甲B联赛进行过程中,四川绵阳、成都五牛、长春亚泰、江苏舜天和浙江绿城俱乐部队在甲B联赛最后三轮的三场比赛中,有严重违背体育公平竞争精神的情形发生。经中国足球协会批准,中国足球协会纪律委员会对上述五支俱乐部队中国足协字(2001)14号处理决定,取消长春亚泰队晋级甲A的资格,取消长春亚泰队在2001年全国足球甲B联赛最后一轮与浙江绿城队比赛中上场国内球员2002年的注册资格和2002年、2003年的转会资格,并停止主教练2002赛季工作一年。长春亚泰俱乐部于2002年1月7日向北京市第二中级人民法院正式提起行政诉讼,请求人民法院依法撤销“足协字(2001)14号处理决定”。北京第二中级人民法院经过审查后,认为该起诉不符合《行政诉讼法》规定的受案范围,于2002年1月23日作出不予受理的裁定。

[39] 江西省南昌市中级人民法院《行政判决书》([2009]洪行终字第31号)。

与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触,不得有侵犯村民的人身权利、民主权利和合法财产权利的内容。”根据这一规定,村民自治章程和村规民约在与宪法、法律、法规和国家的政策不相抵触,不侵犯村民的人身权利、民主权利和合法财产权利的前提下,对村民具有法的约束力。反之,在行政诉讼中,它不能获得法院的支持。如在广州市番禺区市桥街沙圩一村委员会与广州市番禺区人民政府市桥街道办事处行政处理纠纷上诉案中,沙圩一村于2001年1月1日经表决通过了《番禺区市桥镇沙圩一村股份经济合作社章程》,该章程第11条第4点规定,股权确认“每年12月31日为截止日,已死亡、迁出、出嫁(含已登记未迁出户口)的不计算股权”。由于第三人陈少凤已出嫁,原告广州市番禺区市桥街沙圩一村村委会根据该条款不给予第三人陈少凤、李浩贤、李浩辉股份分配权。对此,法院认为:

“《广东省实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉规定》第十二条规定:‘结婚后户口和居住地仍在原村的农村妇女及其按计划生育的子女,其居住、户籍、生产劳动和计划生育等权利受法律保护。在责任田和宅基地划分、股权分配等方面与当地其他村民享有同等权利。违反前款规定的,由镇(乡)人民政府责令改正;造成当事人损失的,侵害人应当予以赔偿。’……原审第三人陈某及其子女户口和居住地均在原村,同时具备‘户口仍在原村’和‘居住地仍在原村’的条件,在股权分配和福利待遇等方面理应与该村其他村民享有同等权利。被上诉人经调查后认为上诉人不给予原审第三人股权分配违反了法律规定,并作出责成上诉人给予原审第三人与本村村民同等的股权分配和福利待遇的行政决定是正确的。上诉人要求撤销被上诉人作出的《行政处理决定书》,本院不予支持。”〔40〕

本案中,《番禺区市桥镇沙圩一村股份经济合作社章程》因违反《村民委员会组织法》、《广东省实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉规定》的相关规定,不能成为被上诉人广州市番禺区人民政府市桥街道办事处依法行政的依据,上诉人广州市番禺区市桥街沙圩一村村委会的诉讼请求也没有获得法院的支持。

---

〔40〕 广东省广州市中级人民法院《行政判决书》〔2006〕穗中法行终字第431号)。又如,在垦利县垦利镇南十井村村民委员会与胡志香等农业行政给付上诉案中,法院认为:“依据《中华人民共和国村民委员会组织法》第五条第三款、第二十条第二款规定,村民委员会具有依法管理村集体财产的行政主体资格,因行使职权而与村民发生的纠纷,是不平等主体之间发生的纠纷,属于行政诉讼受案范围。村民委员会在行使村民自治过程中,违反法律规定,侵犯村民合法权益的行为,应当接受司法审查。被上诉人胡志香与非农业户口的袁金顶结婚后,按照国家户籍管理的规定,不便迁往已全部转为非农业户口的前李呈村,继续留在上诉人处,符合法律法规的规定,两被上诉人的合法村民待遇应当得到法律的保障。上诉人以村民自治的名义,剥夺被上诉人平等享有的村民待遇权,违反了《中华人民共和国村民委员会组织法》第二十条第二款的规定,应当予以撤销。”山东省东营市中级人民法院《行政判决书》〔2004〕东行终字第42号)。

### 第三节 不成文法源

#### 一、指导性案例

“指导性案例”的称谓,源于最高人民法院发布的《人民法院第二个五年改革纲要(2004-2008年)》,即“建立和完善案例指导制度,重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。最高人民法院制定关于案例指导制度的规范性文件,规定指导性案例的编选标准、编选程序、发布方式、指导规则等。”<sup>[41]</sup>根据2010年最高人民法院《关于案例指导工作的规定》,指导性案例是指裁判已经发生法律效力,并符合以下条件的案例:(1)社会广泛关注的;(2)法律规定比较原则的;(3)具有典型性的;(4)疑难复杂或者新类型的;(5)其他具有指导作用的案例。<sup>[42]</sup>对于最高人民法院发布的指导性案例,各级人民法院审判类似案例时应当参照。<sup>[43]</sup>

指导性案例的参照功能,主要体现在其中有关法的解释及其法的适用所形成的一种规则,即“裁判要点”,它在今后类似案件中如何适用的问题。如黄泽富、何伯琼、何熠诉四川省成都市金堂工商行政管理局行政处罚案的“裁判要点”是:

“行政机关做出没收较大数额涉案财产的行政处罚决定时,未告知当事人有要求举行听证的权利或者未依法举行听证的,人民法院应当依法认定该行政处罚违反法定程序。”<sup>[44]</sup>

此案中“裁判要点”的规范内容,在《行政处罚法》上尚未见有明确规定。此指导性案例公布之后,各级法院在审判类似案例时应当参照执行“裁判要点”中的规范,以统一法律适用的标准。指导性案例中的“裁判要点”是否具有“造法”功能,现在还是有争议的。其实,尽管我们一直不承认所谓的“判例法”,<sup>[45]</sup>也不承认

[41] 指导性案例的前称是“典型案件”,它源于最高人民法院《人民法院第一个五年改革纲要(1999-2003年)》,即“2000年起,经最高人民法院审判委员会讨论、决定有适用法律问题的典型案件予以公布,供下级法院审判类似案件时参考。”

[42] 最高人民法院《关于案例指导工作的规定》(法发[2010]第51号)第2条。

[43] 进一步阅读赵正群:“行政判例研究”,载《法学研究》2003年第1期;谢晖:“判例法与经验主义哲学”,载《中国法学》2000年第3期;宋晓:“判例生成与中国案例指导制度”,载《法学研究》2011年第4期。

[44] 最高人民法院指导案例第6号。

[45] 在中国台湾地区,“称判例者,系指就最高审判机关(最高法院或最高行政法院)所为裁判,由该审判机关之院长、庭长、法官以会议决议方式对其中所持堪为范式之法律见解,经审定编辑而纳为‘判例要旨’,再报准司法院备查后称之”。李震山:《行政法导论》(修订7版),三民书局2007年版,第12页。

“法官造法”，但指导性案例的功能却具有某种“判例法”的类似性。虽然指导性案例在于“指导”，但在类似案件中的“参照”本质上具有对下级法院审理类似案件时产生“事实上的拘束力”。<sup>[46]</sup>这种“事实上的拘束力”也会反射到行政程序之中，指导性案例也就成了依法行政原理中“法”的内容之一。因为“事实上的拘束力”意味着行政机关不得不考虑“裁判要点”中的规范内容，否则它所作出的行政行为在之后可能发生的行政诉讼中受到否定性评介。指导性案例公布之后，如果其所关涉的法规范被制定机关修改或者废除，则该指导性案例也就失去了它的“指导”功能。<sup>[47]</sup>

## 二、惯例

### (一) 民间惯例

民间惯例是形成于人们长期共同生活过程中的行为规范。依照老百姓的生活话语，民间惯例即“规矩”。这种“规矩”虽然没有国家强制力作为执行的保障，但它们依靠人们的认同、评价等维持着一定范围内人们的生活秩序。有时，即使国家法律也无法否认并要尊重民间惯例的作用。如《人民警察法》第20条第4项规定：“人民警察必须尊重人民群众的风俗习惯。”这是确认风俗习惯对警察权的一种限制。正如有学者所说：“有许多乡规、俗例和流行的惯习完全不为官府承认和支持，但它们有着极强的生命力，结果不但官府屡禁不止，而且它们往往迫使各地官府在有关场合作出妥协。”<sup>[48]</sup>所以，在实务中，“一些法院将民间的善良风俗引入裁判过程，这是对司法视野下民俗习惯应用的积极探索，是对提高司法公信、促进社会和谐和有益的有益尝试。同时，它对法官适用法律的能力提出了更高的要求，法官将善良的民俗习惯引入审判实践，是建立在法官对法律全面、系统、准确理解的基础上，是通过适用善良的民俗习惯弥补法律出现的空白和不足。”<sup>[49]</sup>

民间惯例的法规范功能，通常在私法上获得国家承认，<sup>[50]</sup>在公法上尚未见有明确的规定。但在实务中，民间惯例一旦出现在行政过程中，它就可能具有了规范行政权的功能。在实务中，民间惯例作为法院判定行政行为合法性的依据也并不少见。如在胡莲女诉浙江省宁海县人民政府土地行政确认行政争议案中，法院认为：

“被上诉人宁海县人民政府认可上诉人之子潘朝明与原审第三人潘立兵之间的房屋买卖合同合法有效，是在综合分析所掌握的证据材料的情况下作出的。此项认定符合当地农

[46] 进一步阅读陈越峰：“公报案例对下级法院同类案件判决的客观影响——以规划行政许可侵犯相邻权争议案件为考察对象”，载《中国法学》2011年第5期。

[47] 当然，也有学者认为，指导性案例只不过是一种变相的司法解释，或者说只是司法解释的另一种表述。参见张明楷：《罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社2009年版，第40页。

[48] 梁治平：《梁治平自选集》，广西师范大学出版社1997年版，第182页。

[49] 曹建明：“和谐司法视野下民俗习惯的运用”，载《人民法院报》2007年8月30日。

[50] 中国台湾地区“民法”第1条规定：“民事，法律所未规定者，依习惯；无习惯者，依法理。”

村村民的生活习惯。被上诉人宁海县人民政府据此作出的颁证行为,并无错误。”〔51〕

在本案中,“当地农村村民的生活习惯”构成了被告颁发房屋所有权证的合法依据之一。这个民间惯例大意是,儿子“当家做主”后可以处分在父母名下的财产,出嫁的女儿不可再回娘家主张在父母名下的财产。本案中,潘朝明未经他父母同意将他们名下的房子卖给了第三人潘立兵,宁海县人民政府为其办理了房产登记。法院依照“当地农村村民的生活习惯”判决被告作出的房产过户登记合法。

## (二) 行政惯例

行政惯例是行政机关在行政过程中某种习惯性“做法”的积沉。它是行政机关在一个较长时期内处理相同事务时的重复行为逐渐形成的一种行为“规则”,且这一行为“规则”得到了一定范围内行政相对人的认知、确信,是“实际有效的法律”〔52〕。如在沈金萍诉海宁市人民政府行政复议决定案中,法院认为:

“申请人申请建房审批,需村(居)民小组、村(社区)和镇(街道)出具相关意见后,再逐级转呈海宁市规划建设局,是海宁市规划建设局审批建房申请的惯例。海宁市海洲街道办事处对原告申请建房不予转呈上报,有违公平原则。”〔53〕

本案中,因经济发展导致的一些县、市城市规划区扩张,将原来周边的乡镇人民政府改为县、市政府的派出机关——街道办事处,由其管辖原属乡镇人民政府的村民委员会。依照《村庄和集镇规划建设管理条例》的规定,村民自建住房的审批机关之一是乡镇人民政府。沈金萍所在的乡镇人民政府被改为海洲街道办事处后,多年来一直承担着它所管辖的村民自建住房的审批职责。在本案中,被告声称原告要求它责令海洲街道办事处履行审批职责没有法定依据。从制定法上看,街道办事处的确没有这项法定职责,但是,沈金萍已经没有了可以为她审批建房申请的“乡镇人民政府”,且海洲街道办事处一直在行使这项职权。据此,法院认定了海洲街道办事处审批村民建房申请是一个“行政惯例”。

〔51〕 浙江省宁波市中级人民法院《行政判决书》([2005]甬行终字第17号)。

〔52〕 [德]迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第91页。

〔53〕 浙江省海宁市人民法院《行政判决书》(2007)海行初字第7号。又如,在张明秀等诉宜昌市房地产管理局违法颁发拆迁许可证案中,法院认为:“关于规划建筑红线图问题,规划部门的说明,已经充分证实颁证之前已有规划文件,原告要求出示原件异议理由均不充分。原告对旧《条例》第八条第二款之规定有歧解,依照被告所提供的规范性文件及惯例,可先办‘房屋拆迁许可证’,后办理土地使用权变更手续,故被告有关的辩论意见法院支持。”湖北省宜昌市西陵区人民法院《行政判决书》([2002]西行初字第23号)。在许叶青诉兴国县人民政府劳动行政管理案中,法院认为:“第三人钟少芊提供的其所在学校应科院于2008年12月17日、18日出具的证明材料,证明第三人在报名当时已完成在校全部课程,成绩合格,准予毕业,取得本科学历,并且在校期间思想道德品质良好,被告据此认为第三人具备本科学历,符合招聘考试的报名条件并无不当。而且,允许应届毕业生参加当年的公务员考试及事业单位工作人员考试成为实践中的惯例。被告在本次公开招聘考试公告中没有明示,是引起本案行政争议的原因,被告应当在今后的公开考试招聘时注意完善自身行政行为,以避免行政争议的发生。”江西省兴国县人民法院《行政判决书》([2009]兴行初字第2号)。



事实上,无论制定法有多么完善,它总是存在漏洞的,这就给行政惯例生成提供了必要的空间。因行政相对人基于行政惯例而产生的合理信赖利益应予适当保护。<sup>[54]</sup> 尽管在实务中行政惯例并不多见,但是,它的功能却是客观存在的。行政惯例适用于制定法出现缺漏的地方,具有补充法律漏洞的功能。成文法的大量增加,使行政惯例作用的空间大大缩小。但行政法领域的不断拓展,也给行政惯例保留了生存的空间。若行政惯例纯粹是行政机关内部业务操作上的习惯性做法,不涉及外部行政相对人合法权益的,不是具有行政法法源地位的行政惯例。

### 三、法的原则

法的原则是尚未为制定法所吸纳而用法条表达出来的法理。<sup>[55]</sup> 它与法律原则不同的是,后者是法理在制定法上已经被表述为具体的法条,属于制定法的一部分。如《行政复议法》第4条规定:“行政复议机关履行行政复议职责,应当遵循合法、公正、公开、及时、便民的原则,坚持有错必纠,保障法律、法规的正确实施。”法的原则可以源于社会伦理道德的要求,如诚信,也可以源于学理上的证成,如法的安定性。在这里,法的原则中的“法”,不是制定法,它更接近于如同中国传统法文化中“礼”一样的形而上的法观念。

在法理学的通识中,一个法律规范需要由“构成要件”和“法律效果”两部分组成。法的原则不具备这两部分内容,但是,这并不妨碍法院将法的原则运用于个案处理之中。如在曾观伙、潘异花诉佛山市禅城区人民政府祖庙街道办事处征收社会抚养费决定案中,法院认为:

“新丰县遥田镇计生办作出的计生罚字[1999]001号《计划生育行政处罚决定书》、新丰县遥田镇计生办开具的三份计划外生育费收据、新丰县遥田镇计生办2001年3月8日出具的证明、新丰县丰城镇城区计生办给祖庙街道办事处的复函,以上证据相互印证,可以证明上诉人已经因为计划外生育第二个孩子而被新丰县遥田镇计生办处理的事实。虽然新丰县遥田镇计生办作出处理的法律文书名称为行政处罚,但从实质内容和处理依据来看,其对上诉人计划外生育行为作出的是征收社会抚养费的处理决定。……由于上诉人计划外生育的行为已经被征收了社会抚养费,被上诉人就上诉人同一违法行为作出相同的处理决定,违反了一事不再重复处理的基本法律原则,应予撤销。”<sup>[56]</sup>

[54] 吴小琴等诉山西省吕梁市工伤保险管理服务中心履行法定职责案,载《中国行政审判案例》(第4卷)第135号案例,中国法制出版社2013年版,第77页以下。

[55] 日本南博方教授称之为“条理法”。“条理,是指事物的本质、事理。禁止权利滥用的法理,信义原则(信赖保护的原则,禁反言的法理,无可疵议[*clean hand*])的原则),合理性、正义公平、平等原则,比例原则,利益衡量原则等法的一般原则,都是这里所说的条理法。行政法有许多矛盾及不足,而且以解释技术来予以弥补也存在界限。在这种情况下,则必须将条理作为裁判的基准来进行判断。”[日]南博方:《行政法》(第6版),杨建顺译,中国人民大学出版社2009年版,第10页。中国台湾地区“民法”第1条规定:“民事,法律所未规定者,依习惯;无习惯者,依法理。”这里的“法理”,也可以作“法的原则”理解。

[56] 广东省佛山市中级人民法院《行政判决书》([2003]佛中法行终字第40号)。

《行政处罚法》第24条规定：“对当事人的同一个违法行为，不得给予两次以上罚款的行政处罚。”但在本案中，被告对原告的违法行为作出了两次“征收社会抚养费的处理决定”，不是“罚款”，所以《行政处罚法》第24条“一事不二罚款”的原则不能适用于本案。但是，法院认为“一事不再重复处理”是基本法律原则，被告违反了此原则，应予撤销。又如在黄渭棠诉衢州市衢江区高家镇人民政府土地整理及行政赔偿案中，法院认为：

“高家镇人民政府于2006年3月15日向上诉人所在的林家村各农户发出公告，告知农户施工时间，要求在指定时间将桔树等农作物搬迁完毕，同时也告知如有困难提前书面申请，说明理由，逾期则作为放弃移栽处理。由于经过沟通与协商，大部分农户已领取了迁移费，且在施工前，高家镇人民政府未收到任何书面申请。基于此种情况，高家镇人民政府在土地整理时，对未搬迁的包括上诉人在内的农户的桔树用挖掘机整棵挖移，其行为并无不当。同时，高家镇人民政府也尽了合理注意义务，即将施工时间选择在春季，考虑了适宜移植的时间，尽可能兼顾公共利益和私人利益，在保障标准化农田建设政策落实的同时，尽可能地使私人的合法利益不受损害或少受损害。故被上诉人高家镇人民政府实施的上述一系列行为符合法律原则、精神和政策。”〔57〕

本案中，在“尽可能兼顾公共利益和私人利益，在保障标准化农田建设政策落实的同时，尽可能地使私人的合法利益不受损害或少受损害”这段裁判理由背后，隐含了“比例原则”中的最小侵害原则。它成为法院驳回上诉人上诉的依据之一。又如，在田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案中，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，作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。”〔58〕

本案是公布在《最高人民法院公报》上的案例。法院从“充分保障当事人权益的原则”导出了“宣布”、“送达”和“申辩意见”等程序要素，它们被学者们提炼为“正当法律程序原则”当然内容。〔59〕

#### 四、公共政策

公共政策作为国家行使权力的一种行为准则，“其基本的价值衡量标准，是要设计出既符合社会大众的利益和政治、经济、文化、伦理观念，即具有社会可行性，又符合政策者的既得利益和意识、目标，即组织可行性的政策。”〔60〕在许多情况下，公共政策起着诠释制定法的功能，许多并不确定的法律概念都是通过公共政策才

〔57〕 浙江省衢州市中级人民法院《行政判决书》（〔2006〕衢中行终字第17号）。

〔58〕 《最高人民法院公报》1999年第4期。

〔59〕 何海波：《实质法治：寻求行政判决的合法性》，法律出版社2009年版，第127页以下。

〔60〕 张国庆：《现代公共政策》，北京大学出版社1997年版，第6页。

能加以廓清的。同时,公共政策也是政治进入行政法,并进而影响行政走向的基本管道之一。

在实务中,公共政策对行政的影响力是极其显著的。比如,为了抑制房价过快上涨,2005年4月30日国务院办公厅转发了建设部等《关于做好稳定住房价格工作的意见》(国办发[2005]26号)。这是近年来国家调整商品房价格的重大公共政策之一。这一公共政策对于有关房地产方面的法律、法规的适用产生了很大的影响,如土地使用权拍卖、城市房屋拆迁和农村集体土地征收等。在个案的处理中,有时公共政策可以决定行政案件的处理结果,它的行政法法源效果十分明显。如在蔡梅丽等诉四川省司法厅行政处理决定上诉案中,法院认为:

“四川省司法厅作为原四川省经济律师事务所的主管机关,根据国务院批转的《司法部关于深化律师工作改革的方案》,为加快全省律师工作改革的步伐,建立适应社会主义市场经济需要的律师体制,选择该所作为转制的首批试点单位,进行整所转制,是履行司法行政管理职责的行为,有利于律师事业的发展,符合改革的方向。四川省司法厅在对原四川省经济律师事务所进行转制试点过程中,委托四川省审计事务所和四川大华审计事务所对原四川省经济律师事务所的财产状况进行了审计,并就财产和编制问题向四川省国有资产管理局和四川省编制委员会进行了报告,得到了两部门的认可。四川省司法厅对原四川省经济律师事务所人员的住房按当时的购买价出售给个人,符合国务院发布的房改政策。鉴于律师体制改革的深入发展,四川省司法厅应对原四川省经济律师事务所转制过程中的未尽事宜予以完善。”<sup>[61]</sup>

在本案法院处理案件的思路中,国务院发布“房改政策”构成了法院作出判决的重要依据,且法院在裁判理由中直接明示。正是基于这样的考虑,法院作出了驳回蔡梅丽等诉讼请求的判决。

## 第四节 行政法法源位阶

### 一、成文法源的冲突适用

#### (一) 同位法之间的“不一致”

同位法是同一机关制定的法。“不一致”是同一机关制定的多部法针对同一适用事项作出的不同规定,导致了在法适用上的冲突情形。《立法法》第83条规定“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。”根据《立法法》的这一规定,同位法之间因不一致而产生的法律冲突,应当遵循如下适用规则:

[61] 最高人民法院《行政判决书》([1997]行终字第3号)。

1. 特别法优于一般法。本规则适用于特别法规定的事项为一般法所包含,两者属特别与一般关系的情形。如在福建省龙岩市天泉生化药业有限公司诉龙岩市人民政府药品监督管理局行政复议案中,法院认为:

“我国的《产品质量法》与《药品管理法》属于一般法与特别法的关系,按照特别法优于一般法的原则,凡是我国《药品管理法》规定的事项,均应当适用《药品管理法》,而不应当适用《产品质量法》。《中华人民共和国药品管理法》第四十九条第一款规定,禁止生产、销售劣药;第二款规定,药品的含量不符合国家药品标准的,为劣药;第三款规定,有下列情形之一的药品,按劣药论处:(一)未标明有效期或者更改有效期的;不注明或者更改生产批号的;……上诉人将已在2003年4月过期失效的生产批号为0103231等六批次的5%18种氨基酸注射液生产日期更改为2003年9月8日、9日、10日、11日,标示批号为0309081、0309091、0309101、0309111,已构成更改生产日期、生产批号,上诉人主观上具有故意,客观上又实施了上述行为,被上诉人认为龙岩药监局认定0309081等四个批次的5%18种氨基酸注射液为劣药,事实清楚,证据充分。上诉人认为这是‘产品’而非‘药品’,受《中华人民共和国产品质量法》所拘束,而不受《中华人民共和国药品管理法》第四十九条规定所拘束的诉由,有悖法理,不予采纳。”<sup>[62]</sup>

本案中,“药品”是“产品”的一种,本应属《产品质量法》调整,但因为《药品管理法》有特别规定,所以,法院认为本案应当适用作为相对于《产品质量法》的具有特别法地位的《药品管理法》。

特别法优于一般法规则在制定法上有两种情形:(1)在同一部法中的特别规定优先适用于一般规定。如《行政许可法》第51条规定:“实施行政许可的程序,本节有规定的,适用本节规定;本节没有规定的,适用本章其他有关规定。”(2)同一机关制定的不同法中特别规定优先适用于一般规定。如关于当场处罚的罚款额度,《道路交通安全法》与《行政处罚法》有不同的规定,公安机关交警部门在道路交通管理中,应当优先适用作为特别法的《道路交通安全法》。<sup>[63]</sup>

在适用中,特别法优于一般法规则有以下两种排除情形:(1)本法明确排除适用的情形。如《国家通用语言文字法》第9条规定:“国家机关以普通话和规范汉字为公务用语用字。法律另有规定的除外。”又如,《食品安全法》第57条第1款规定:“食品检验机构按照国家有关认证认可的规定取得资质认定后,方可从事食品检验活动。但是,法律另有规定的除外。”这里的“法律另有规定的除外”,可以看作是本法收缩适用范围的一种特别规定。(2)本法明确排除特别法的适用。如《行政复议法》第42条规定:“本法施行前公布的法律有关行政复议的规定与本法的规定不一致的,以本法的规定为准。”再如,《价格鉴证师注册管理办法》(2008

[62] 福建省龙岩市中级人民法院《行政判决书》([2005]岩行终字第41号)。

[63] 《行政处罚法》第33条规定:“违法事实确凿并有法定依据,对公民处以五十元以下、对法人或者其他组织处以一千元以下罚款或者警告的行政处罚的,可以当场作出行政处罚决定。”而《道路交通安全法》第107条规定:“对道路交通安全违法行为人予以警告、二百元以下罚款,交通警察可以当场作出行政处罚决定,并出具行政处罚决定书。”

年)第19条规定:“本办法自公布之日起实施。国家发展改革委原有关规定与本办法不一致的,一律以本办法为准。”依照上述两条规定,本法之前的特别规定,在本法生效之后即失效,不得依照特别法优于一般法规则优先适用特别法。

其实,早在《立法法》之前,最高人民法院已经确认了这个适用规则。1999年最高人民法院行政庭在答复山西省高级人民法院《关于对乡镇企业管理局是否有权对电业局非法收取农村分类综合电价外的费用的行为进行处罚的答复》(行他[1999]第6号)称:“山西省高级人民法院:你院(1999)晋法行字第9号‘关于对乡镇企业管理局是否有权对电业局非法收取农村分类综合电价外的费用的行为进行处罚的请示’收悉。经研究,答复如下:原则同意你院倾向性意见,即遵循特别法规定优于普通法规定的原则,对违法收取电费的行为,根据《电力法》第66条的规定,应由物价行政管理部门监督管理。”当时最高人民法院的答复没有制定法的依据,而是基于作为不成文法源的“法的原则”。

2. 新法优于旧法。本规则适用于新法、旧法所规范的对象为同一事项,两者不存在包含关系。如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》(以下简称《若干解释》)第26条第2款规定:“被告应当在收到起诉状副本之日起10日内提交答辩状,并提供作出具体行政行为时的证据、依据;被告不提供或者无正当理由逾期提供的,应当认定该具体行政行为没有证据、依据。”但2002年最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》(以下简称《行政诉讼证据规定》)第1条规定:“根据行政诉讼法第三十二条和第四十三条的规定,被告对作出的具体行政行为负有举证责任,应当在收到起诉状副本之日起十日内,提供据以作出被诉具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件。被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的,视为被诉具体行政行为没有相应的证据。”在这两个司法解释中,关于行政诉讼中被告举证时没有提供作出被诉行政行为依据的法律后果,前后司法解释作了不一致的规定。依照本规则,应当适用最高人民法院《行政诉讼证据规定》。

在实务中,法院适用上述规则处理的个案也不少见。如在卢泉章等诉永定县工商局行政处罚案中,针对认定卢泉章等11人于2001年3月9日参加由永定县商业总公司举办的永定县副食品公司坎市批发站土地使用权及房产招标活动时,对招标事项进行串通,内定中标人压低投标标价的行为如何适用法律的争点,法院认为:

“《反不正当竞争法》与《招标投标法》系不同法律,工商行政部门对不正当竞争行为依法享有管辖权,运用《反不正当竞争法》处理本案,不违反‘后法优于前法’的原则,故被告依照《反不正当竞争法》第五条、第六条的规定,依法对11位原告作出行政处罚,属适用法律、法规正确。”〔64〕

〔64〕 福建省龙岩市中级人民法院《行政判决书》([2002]岩行终字第27号)。

在某些特殊情形中,两部具有同级效力的地方性法规,法院不采用本规则,而是采用调整范围较小的法优于调整适用范围较大的法之规则。如在吴钦宝等不服福州市房地产管理局房屋拆迁管理案中,法院认为:

“1993年8月1日起施行的《福建省城市房屋拆迁管理办法》第三十三条第(二)项规定:被拆迁的区域用于商品房综合开发、职工住宅建设的,一般应实行就地或就近安置。2000年7月28日施行的《福州市城市房屋拆迁管理办法》第六条第一款规定:房屋拆迁实行货币安置或一次性房屋安置,鼓励货币安置。上述两部办法均由福建省人民代表大会常务委员会通过或批准,属同级效力。因本案发生在福州市内,应优先适用《福州市城市房屋拆迁管理办法》。”<sup>[65]</sup>

本案涉及的法律问题,至今未见制定法上有明确规定。法院认定本案所涉的两部地方性法规“属同级效力”,但并非由“同一机关”制定。所以,它排除了本规则的适用,从而“创造性”地采用了所谓的“调整范围较小的法优于调整适用范围较大的法”的规则。

### (二) 异位法之间的“相抵触”

异位法是不同的机关制定的法。“相抵触”是不同机关制定的多部法针对同一事项作出的不同规定,导致了在法适用上的冲突情形。依照《宪法》和《立法法》的规定,国家的立法体制可以表述为“一元多层次”,其中“一元”即国家立法权属于全国人大及其常委会;“多层次”即宪法之下人大与政府、中央与地方各有制定法律、法规和规章的权力。“多层次”中的法之间构成了异位法关系。为了确保国家法制统一,异位法之间应当形成一个效力自下而上的位阶:(1)宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。(2)法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。(3)行政法规的效力高于地方性法规、规章。<sup>[66]</sup>(4)地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章。(5)省、自治区的人民政府制定的规章的效力高于本行政区域内的较大的市的人民政府制定的规章。(6)自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本经济特区适用经济特区法规的规定。(7)部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间具有同等效力,在各自的权限范围内施行。根据《立法法》的上述规定,异位法之间发生“相抵

[65] 福建省福州市中级人民法院《行政判决书》([2004]榕行终字第156号)。

[66] 最高人民法院在《关于公路路政管理机构行政主体资格及有关法律适用问题的答复》([1994]行复字第4号)中称:“四川省人大常委会发布的《四川省公路路政管理条例》第五条中有关‘其他单位和个人占用、挖掘公路,应向交通部门缴纳公路占用费’的规定,与《中华人民共和国公路管理条例》的有关规定不一致,人民法院审理具体行政案件时,应执行《中华人民共和国公路管理条例》的有关规定。”在这之前,最高人民法院《关于人民法院审理行政案件对地方性法规的规定与法律和行政法规不一致的应当执行法律和行政法规的规定给福建省高级人民法院的复函》(法函[1993]16号)已有相同的意思表示。

触”的情形时,应当遵循如下适用规则:

1. 上位法优于下位法。根据法的效力不同确定法的不同位阶,如宪法具有最高的法的位阶,法律其次。法的位阶功能在于法之间如有“相抵触”的话,则适用上位法。如国务院《关于劳动教养问题的决定》第1条第1项规定:对“不务正业,有流氓行为或者有盗窃、诈骗等行为,不追究刑事责任的违反治安管理、屡教不改的”,应当加以收容实行劳动教养。《公安机关办理劳动教养案件规定》第9条第2款规定:“对实施危害国家安全、危害公共安全、侵犯公民人身权利、侵犯财产、妨害社会管理秩序的犯罪行为的人,因犯罪情节轻微人民检察院不起诉、人民法院免于刑事处罚,符合劳动教养条件的,可以依法决定劳动教养。”作为下位法的公安部规章,删去了国务院行政法规中明确规定“屡教不改”的要件,属于下位法与上位法相抵触的情形。又如,在杨椿不服南京市公安局交通管理局第二大队行政处罚案中,法院认为:

“原告杨椿骑自行车遇红色信号灯时闯红灯,违反了交通规章,事实清楚,被告依职权进行处理,其行为是合法的,但被告在适用法律上,依据《南京市道路交通安全管理规定》第二十四条第四项、第五十三条,根据该规定对非机动车行驶违章处50元以下罚款或警告,而根据《江苏省道路交通安全管理条例》第三十七条、第五十九条的规定,对非机动车违章行驶处5元罚款或者警告,两部地方性法规在罚款的数额上相抵触,且层级不一致,存在冲突,根据法律法规出现层级冲突时的选择适用规定,应予以撤销。”<sup>[67]</sup>

若下位法与上位法之间无抵触情形时,应当优先适用下位法。因为下位法更加具体、明确,具有更好的可操作性。<sup>[68]</sup> 在上位法所衍生的下位法在上位法被修改、废止的情形下,下位法是否仍然有效,在制定法上尚无明确规定,不过,法院在实务中已经通过个案裁判给出了答案。如在博坦公司诉厦门海关行政处罚决定纠纷案中,法院认为:

“海关法是法律,《海关行政处罚细则》是行政法规。行政法规当然要服从法律,但不等于说法律修改了,根据修改前法律制定的行政法规就自然失效。法律无论是否修改,根据法律制定的行政法规中,凡是与修改前或者修改后法律相抵触的条文都是无效的,其他条文必须由法律、行政法规或者国务院的命令废止才会失去法律效力。2000年7月8日,第九届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议修改了海关法。2004年9月19日,国务院公布《中华人民共和国海关行政处罚实施条例》,其中第68条规定:‘本实施条例自2004年11月1日起施行。1993年2月17日国务院批准修订、1993年4月1日海关总署发布的《中华人民共和国海关法行政处罚实施细则》同时废止。’028号行政处罚决定于《海关行政处罚细则》未被废止之前作出,以《海关行政处罚细则》第六条第二款作为法律依据,适用法

[67] 江苏省南京市白下区法院《行政判决书》([2000]白行初字第15号)。

[68] 这一精神可以参见最高人民法院《关于印发〈全国经济审判工作座谈会纪要〉的通知》(法发[1993]8号)。

律并无不当。”〔69〕

本案公布于《最高人民法院公报》，是具有参考意义的案例。从本案导出的判断基准是：“法律无论是否修改，根据法律制定的行政法规中，凡是与修改前或者修改后法律相抵触的条文都是无效的，其他条文必须由法律、行政法规或者国务院的命令废止才会失去法律效力。”这种有条件地承认下位法在上位法修改、废止后的法效力，可以避免增加法律体系内的空白点，也符合法制统一原则。

2. 上位法认可下位法。此为解决异位法之间“相抵触”情形的一种特例。之所以需要确立这一规则，是因为客观上需要排除上位法的适用，又不能适用同位法之间“不一致”规则。此种特例有：

(1) 下位法作为上位法的例外规定。因上位法认可下位法可以作出不同的规定，即可以排除上位法适用的法效力。在个案处理中一旦有发生下位法与上位法“相抵触”，可以直接适用下位法。如《产品质量法》第73条规定：“军工产品质量监督管理办法，由国务院、中央军事委员会另行制定。”2010年国务院和中央军委制定、发布了《武器装备质量管理条例》，根据这一规定，在武器装备质量的管理上，排除了《产品质量法》的适用。

(2) 下位法变通上位法。在特别情形下，下位法有权作出变通上位法的规定，在特别区域内适用。如《立法法》第81条规定：“自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本经济特区适用经济特区法规的规定。”“变通”是一种允许下位法作出与上位法“相抵触”规定的授权，它的法效果是下位法在特定区域内优先适用。

## 二、成文法源的冲突裁决

在不能依照上述规则解决成文法源冲突时的适用问题时，《立法法》又特别设置了如下这一裁决程序：

(一) 同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时，由制定机关裁决。它分为：(1) 法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。(2) 行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院裁决。其实，在本情形下依法理，原则上应当适用新的普通法，理由不外是新法更符合当下的实际情况。但是，既然《立法法》有了法定的裁决程序，那么在本情形下如何适用法规范，只好交给裁决机关来决定了。在制定法中，也有创设不同于《立法法》适用规则的情形，如《环境行政处罚办法》(2010年修订)第9条规定：“当事人的一个违法行为同时违反两个以上环境法律、法规或者规章条款，应当适

〔69〕 《最高人民法院公报》2006年第6期。



用效力等级较高的法律、法规或者规章;效力等级相同的,可以适用处罚较重的条款。”此规定中的“从重适用规则”具有替代《立法法》“裁决程序”的法效果,涉嫌违反《立法法》的规定。

(二)不同机关对同一事项的规定不一致,不能确定如何适用时,应当遵守下列程序:(1)地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院提出意见,国务院认为应当适用地方性法规的,应当决定在该地方适用地方性法规的规定;认为应当适用部门规章的,应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决;(2)部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时,由国务院裁决;(3)根据授权制定的法规与法律规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。

### 三、成文法源与不成文法源的冲突

#### (一)成文法源优于不成文法源

不成文法源是成文法源的补充,它的功能也只有在欠缺成文法源的情形下才得以发挥。基于不成文法源的补充性法源地位,我们可以导出它与成文法源在效力位阶上的适用规则,即适用与成文法源不相抵触的不成文法源。<sup>[70]</sup>

#### (二)不成文法源之间的冲突

成文法的效力位阶取决于它的制定机关在国家机关权力体系中的法律地位,<sup>[71]</sup>但是,不成文法源的生成却不依赖这样一个国家权力体系;不成文法源的生存,并无统一的路径。如果遵照成文法源效力位阶确定因素——国家机关在权力结构中的地位——的思路,那么在不成文法源中,它们的效力位阶从高到低一般依次可以排列为公共政策、指导性案例、行政惯例。当然,这种排序也仅仅是一种参考,如一个省级行政机关生成的行政惯例与其下属某县人民政府制定的公共政策发生冲突,公共政策是否当然高于行政惯例,也并非肯定的。此时,我们需要引入法律价值进行权衡之后作出判断与选择。法的原则源于学说的发展结晶,它的形成没有国家权力因素,与前三种不成文法源没有可比性。不过,它有时可以作为一种法律价值进入上述不成文法源效力冲突的权衡之中,引导适用机关作出正确的判断与选择。

[70] 中国台湾地区“行政法院”48年判字第55号判例认为:“行政先例原为行政法法源之一,如非与当时有效施行之成文法明文有违背,自得据为行政措施之依据。”

[71] 进一步阅读胡玉鸿:“论法律位阶划分的标准”,载《中国法学》2004年第5期。

## 第五节 行政法法源效力范围

### 一、时间效力

时间效力是指行政法效力所及于的起止时间,它包括生效、失效时间以及它是否对生效之前的行为或者事件有溯及既往的效力。

#### (一) 生效、失效的时间

1. 生效时间。通常“施行”是行政法生效的法律用语。<sup>[72]</sup> 生效时间有三种情形:(1)行政法自己规定生效时间。如《行政许可法》第83条规定:“本法自2004年7月1日起施行。”(2)行政法公布后经过法定时间之后生效。《行政法规制定程序条例》第29条规定:“行政法规应当自公布之日起30日后施行;但是,涉及国家安全、外汇汇率、货币政策的确定以及公布后不立即施行将有碍行政法规施行的,可以自公布之日起施行。”<sup>[73]</sup> 根据这一规定,行政法规至少在公布之日起30日后施行。这一生效时间规则保留的30日缓冲期,有利于行政相对人了解即将生效的行政法规,及时调整自己的行为,也有利于行政法规的顺利实施。(3)法自公布之日起生效。如《大陆居民赴台湾地区旅游管理办法》第13条规定:“本办法自发布之日起施行。”此种生效时间的规定不具有情形(2)之下的优点,应当作为一种例外存在。

2. 失效时间。“废止”是法律失效的常用语。它主要有以下几种情形:(1)新法中规定施行的同时废止旧法。如《烟草专卖行政处罚程序规定》第76条规定:“本规定自2010年5月1日起施行。1998年9月2日公布的《烟草专卖行政处罚程序规定》(国家烟草专卖局令第3号)同时废止。”此种规定确保了新旧法之间的衔接。(2)因不合实务需要废止而失效。1988年国务院《关于废止第二批涉外法规的通知》称:“为了加快实施沿海地区经济发展战略,促进我国沿海地区外向型经济的发展,国务院有关部门根据国务院关于清理涉外法规的部署和要求,对国务院发布或者批准发布的现行涉外方面的行政法规和法规性文件(以下简称法规)进行了清理。清理出来的第二批应予废止的法规12件,经国务院清理涉外法规领导小组和国务院法制局逐件复查,国务院审议,决定予以废止。”(3)因违法被撤销而失效。《立法法》第87条规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章有下列情形之一的,由有关机关依照本法第八十八条规定的权限予以改变或者撤销:(a)超越权限的;(b)下位法违反上位法规定的;(c)规章之间对同一

[72] 《立法法》第52条第1款规定:“签署公布法律的主席令载明该法律的制定机关、通过和施行日期。”

[73] 《规章制定程序条例》第32条也有相同的规定。

事项的规定不一致,经裁决应当改变或者撤销一方的规定的;(d)规章的规定被认为不适当,应当予以改变或者撤销的;(e)违背法定程序的。”依照这一规定被撤销的,自撤销之日起失效。(4)因施行时间届满而失效。如《1991年国库券条例》。

关于法律解释的生效时间如何确定问题,《立法法》未作明确规定。原则上,法律解释的效力溯及所解释的法律规范生效起所发生的案件。因为,法律解释是发现、揭示原本蕴含于所解释的法律规范之中的意思,它的效力也应当来源于该法律规范,所以,法律解释的生效时间应当是自公布之日;被解释的法律规范一旦失效,该法律解释也应随之失效。但基于实务需要的考虑,解释机关可以另行确定法律解释的时间效力。

## (二) 法不溯及既往

《立法法》第84条规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往,但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”此为法律不溯及既往的适用规则。法不溯及既往包含如下几个方面的内容:

1. 实体从旧。即今天处理昨天已经发生的行为或者事件的行政实体法规范必须是在昨天已经生效的,今天生效的行政实体法规范不得适用于昨天发生的行为或事件。<sup>[74]</sup>如在张明秀等诉宜昌市房地产管理局违法颁发房屋拆迁许可证案中,法院认为:

“根据旧《条例》及其相关规定,被上诉人是颁发‘房屋拆迁许可证’的法定颁证机关;上诉人所诉的被上诉人的颁证行为发生在2001年9月11日,当时新《条例》尚未施行,按照法律不溯及既往的原则,被上诉人应当依照旧《条例》及其相关规定,为第三人颁发‘房屋拆迁许可证’;综上,被上诉人为第三人颁发‘房屋拆迁许可证’的行为符合国家相关法律的规定,上诉人的上诉理由不能成立。”<sup>[75]</sup>

本案中,新《城市房屋拆迁管理条例》虽然已经颁布,但实施时间是2001年11月1日。被告宜昌市房地产管理局在2009年9月11日依照旧《城市房屋拆迁管理条例》向第三人颁发“房屋拆迁许可证”,法院认为被告颁证行为符合法不溯及既往之规则,故判决驳回上诉人张明秀的上诉请求。

2. 法不溯及既往的例外。任何规则都存在某种例外情形,以便解决某些适用的特别问题。法不溯及既往之规则也有如下例外:(1)新法对人民有利的,且新法为此作出了特别规定的,适用新法。若新法没有作出特别规定的,仍然适用旧

[74] 青岛五龙橡塑制品有限公司诉中华人民共和国青岛海关行政处罚案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第57号案例,中国法制出版社2011年版,第104页以下;徐丽娟诉黑龙江省大庆市林甸县住房和城乡建设局行政处罚案,载《中国行政审判案例》(第4卷)第134号案例,中国法制出版社2013年版,第74页以下。

[75] 湖北省宜昌市中级人民法院《行政判决书》([2002]宜行终字第23号)。

法。<sup>[76]</sup> 在实务中,当事人如果主张应当适用“特别规定”时,应当对“特别规定”的情况加以证明,否则,法院不予支持。如在厦门育进宁水电站不服厦门市环境保护局同安分局环保行政处罚案中,原告于2001年3月开工建设育进宁水电站,同年7月完成该水电站的建设,并投入使用。2007年被告经调查认定原告所建项目未报批环境影响评价文件,违反了《厦门市环境保护条例》(2004年)第17条第1项规定,对原告作出了行政处罚决定。法院认为:

“因原告的违法建设及投入使用的行为均发生在2001年间,根据《中华人民共和国立法法》第八十条规定‘法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往,但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外’的规定,被告不能证明对原告适用新的法规进行处罚符合‘特别规定’的情况时,对原告违法行为的处罚应当适用违法行为发生时法律、法规。因此,被告适用违法行为发生后颁布实施的规定对原告进行处罚,适用法律、法规不当,依法应予撤销。”<sup>[77]</sup>

有时,法院在审理案件时意识到了这个问题,但在说理时却没有引用《立法法》的有关规定。如在徐金娇诉丽水市建设局房屋拆迁补偿安置行政争议案中,法院认为:

“行政裁决是对平等主体的民事争议进行处理的准司法行为,可以借鉴司法活动中的合理规则。本案中行政机关在受理争议一方提出裁决的申请后,履行了一系列的法定程序,在裁决作出之日,省条例才公布并施行。参照民事审判实践中人民法院对《民法通则》施行前已经受理的案件不适用《民法通则》的做法,行政机关作出的具体行政行为未适用变化后的法律并无不当。”<sup>[78]</sup>

(2)程序从新。因程序不涉及行政相对人的实体性权利,且行政机关行使职权应当遵循统一的行政程序,所以,新法的程序性规定可以适用到新法实施后尚未终结行政程序的个案。

(3)不真正的溯及既往。当法律事实或者法律关系在新法生效时尚未结束,该新法对此旧法下形成的“法律事实或者法律关系”即刻产生法效力,学理上称之为“不真正的溯及既往”。因为,此时的“法律事实或者法律关系”并没有成为法律上的“既往”,依然是一种“当下”的法律状态。“不真正的溯及既往”客观上有悖于信赖利益保护原则,所以,现代行政法上需要采用“过渡条款”或者“缓冲适用期限”等立法技术,以缓解两者之间的紧张关系。如《拍卖法》第68条规定:“本法施行前设立的拍卖企业,不具备本法规定的条件的,应当在规定的期限内达到本法规定的条件;逾期未达到本法规定的条件的,由工商行政管理部门注销登记,收缴营

[76] 坑贝元村民小组诉广东省惠州市人民政府林业行政复议决定案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第46号案例,中国法制出版社2011年版,第34页以下。

[77] 福建省厦门市同安区人民法院《行政判决书》([2007]同行初字第18号)。

[78] 浙江省丽水市中级人民法院《行政判决书》([2002]丽中行终字第19号)。

业执照。具体实施办法由国务院另行规定。”〔79〕

## 二、空间效力

空间效力,亦称地域效力,是指行政法效力所及的地域与空间的范围。根据行政法制定机关所管辖的范围大小,空间效力可以分为两种情形:

### (一)全国范围

行政法的全国范围效力,也可称之为“领域效力”。领域是指领陆、领海、领空以及延伸意义上的“领域”,如驻外使领馆等。原则上,行政法效力及于一国全部领域。如《治安管理处罚法》第4条规定:“在中华人民共和国领域内发生的违反治安管理行为,除法律有特别规定的外,适用本法。在中华人民共和国船舶和航空器内发生的违反治安管理行为,除法律有特别规定的外,适用本法。”但是,由于特殊的政治、历史等原因,中国香港、澳门特别行政区内适用由全国人大制定的“特别行政区基本法”,在此“基本法”的统帅下构成一个特定的法律体系,在此地域内生效。中国台湾地区也有自己的法域,即延续了1949年之前中华民国的“六法”体系。在实务中,如台湾“光大二号”轮船长蔡增雄不服拱北海关行政处罚上诉案中,法院认为:

“被上诉人拱北海关查获‘光大二号’轮的地点,是在我国内海水域。上诉人蔡增雄签字的拱北海关缉私艇测定截停方位的图纸、笔录,‘光大二号’轮被截停时蔡增雄亲自用铅笔在海图上标明的截停地点和时间,均证明该轮是在我内海水域东经114度35分45秒、北纬22度10分50秒的海域被查获。上诉人称‘光大二号’轮运载的大量外国香烟,有‘香港政府出口许可证’一节,经查这只能证明所运载的香烟是香港允许出口的,不能证明该轮装载运输合法。‘光大二号’轮的载货清单上根本没有运载香烟的记录。依照海关法第四十九条第一款第(二)项规定,在内海、领海运输、收购、贩卖国家限制进出口的货物、物品,数量较大,没有合法证明的,根据该法实施细则第四条第一款第二项的规定,按走私行为论处,海关有权没收走私货物。”〔80〕

本案中,法院认定上诉人的行为发生在中国内水海域,所以,上诉人主张其实施的行为并非在中华人民共和国内海水域的理由不成立,被上诉人中华人民共和国拱北海关对此案有管辖权,适用《海关法》作出的行政处罚决定合法。

〔79〕《证券发行上市保荐业务管理办法》第82条规定:“本办法实施前从事证券发行上市保荐业务的保荐机构,不完全符合本办法规定的,应当在本办法实施之日起3个月内达到本办法规定的要求,并由中国证监会组织验收。逾期仍然不符合要求的,中国证监会撤销其保荐机构资格。”《兽药经营质量管理规范》第37条规定:“本规范自2010年3月1日起施行。本规范施行前已开办的兽药经营企业,应当自本规范施行之日起24个月内达到本规范的要求,并依法申领兽药经营许可证。”《铬化合物生产建设许可管理办法》第27条规定:“本办法施行前已经建设铬化合物生产装置的,应当自本办法施行之日起1年内,依照本办法的规定申请《许可证书》。”

〔80〕《最高人民法院公报》1990年第1期。

## (二) 部分地区

地方性法规、自治条例、单行条例和地方政府规章的法效力及于制定机关所管辖的“地方”。相对于全国的“地方”，它可以是一个独立的行政区域，如浙江省、西藏自治区，也可以是特定区域，如风景名胜区、经济开发区等。行政区域的变动（扩大或者缩小）也会引起行政法地域效力范围的变化。地方性法规、自治条例、单行条例、地方政府规章的法效力限于制定机关的管辖区域，如《浙江省法律援助条例》法效力仅限于浙江省行政区域范围之内。但也有中央国家机关制定的法律、行政法规和部门规章效力仅及于“地方”。如国务院制度的《汶川地震灾后恢复重建条例》，它适用于汶川地震灾区。

## 三、对人效力

对人效力是指行政法的效力所及的自然人、法人和其他组织的范围。这里的“自然人”包括本国公民、外国人和无国籍人。对人效力的内容有：

### (一) 一般规则

1. 属地规则。即凡是中国境内的人都适用中国行政法。有的地方性法规、地方政府规章也采用属地原则。《浙江省人口与计划生育条例》第2条规定：“本条例适用于具有本省户籍或在本省行政区域内居住的公民。”根据这一规定，如一位四川省籍的农民到浙江省务工，就要受到浙江省有关计划生育的地方性法规约束。港、澳、台居民在中国大陆地区从事经商、旅游、求学等时，受中国大陆地区行政法的约束。

2. 属人规则。凡中国公民无论是否在国内，其行为都适用中国行政法调整。有的地方性法规对即使不在本省居住的本省户籍居民也适用，如前引《浙江省人口与计划生育条例》第2条的规定。

在行政法适用中，无论选择上述哪一种对人效力的规则，客观上都有可能发生两种规则都不能、不宜适用的情况，所以，在属地规则中有时要排除外国人适用中国行政法，如《公务员法》等；在属人规则中排除公民在国外的行为不适用中国行政法，如出国旅游的公民违反他国道路交通安全法的行为等。

### (二) 例外情形

1. 享有外交特权和豁免权的外国人。根据国际法的规定，享有外交特权和豁免权或法律有另外规定的外国人，在中国的行为不适用中国行政法。

2. 对等适用外国人。根据对等原则，凡他人给予中国公民、组织什么样的法律地位，中国也给予该国公民、组织相同的法律地位。如《国家赔偿法》第40条规定：“外国人、外国企业和组织在中华人民共和国领域内要求中华人民共和国国家赔偿的，适用本法。外国人、外国企业和组织的所属国对中华人民共和国公民、法人和其他组织要求该国国家赔偿的权利不予保护或者限制的，中华人民共和国与该外国人、外国企业和组织的所属国实行对等原则。”

3. 原则上，中国港、澳特别行政区居民不在大陆时不属于中国大陆行政法的适

用对象,但下列全国性法律在当地公布或立法实施:(1)《关于中华人民共和国国都、纪年、国歌、国旗的决议》;(2)《关于中华人民共和国国庆日的决议》;(3)《中央人民政府公布中华人民共和国国徽的命令》;(4)《中华人民共和国政府关于领海的声明》;(5)《中华人民共和国国籍法》;(6)《中华人民共和国外交特权与豁免条例》。<sup>[81]</sup> 中国台湾地区居民不在大陆地区时也不是中国大陆行政法的适用对象。

---

[81] 参见《香港特别行政区基本法》(附件3)和《澳门特别行政区基本法》(附件3)。

## 第四章 行政法适用

### 第一节 行政法适用的一般理论

#### 一、引言

行政法适用,是指行政机关针对个案依据行政法规范所作出的行为。在行政法适用中,行政机关对个案作出的行政认定和行政裁量,在因行政相对人不服而提起的行政诉讼中受到法院的合法性审查。虽然行政诉讼是行政法不可缺失的一部分,但是,法院审查行政行为的诉讼活动不属于本章所论的行政法适用,它是对行政机关的行政法适用行为进行复审的司法活动。

在宪法规范层面上,行政机关被定位于人民代表大会的执行机关——执行人大制定的法律或者地方性法规,同时也执行依据法律制定的行政法规和依据法律、法规制定的行政规章。“执行机关”的基本功能之一是法的适用,即将人民代表大会的意志落实到个案的处理中。行政机关在适用法的过程中,不仅仅限于关注法的适用效果,也要关注法的适用要件。因客观事物的复杂、多变,立法机关把大量不确定的法概念塞进了法的适用要件之中,给行政机关留下了充分的自主空间。行政法适用有时需要宽阔的历史视野,因为行政法是伴随着社会转型而逐步形成的一个法秩序,因此,在个案的处理中,我们有时不能单纯地用现在的法来处理基于过去原因而发生的行为和事件。如土地使用权作为一个法概念,它最早出现在1982年《宪法》中,将它具体化的法律是1987年《土地管理法》。在《土地管理法》之前有关土地使用权的取得、变动等都是当时的国家政策甚至是政府的决定为依据的。若现在发生土地使用权争议,其原因早在1987年或者1982年之前就已经存在,对此,行政机关必须基于尊重历史的原则,对土地使用权的争议作出妥当处理。

行政法适用是法规范具体化的基本路径;没有行政法适用,法规范永远处于抽象状态而不能对社会生活发生作用。因此,行政法适用构成了现代行政法理论体系中的核心内容之一,行政法的其他许多制度都是围绕着这个核心而展开的。

#### 二、适用框架:个案—规范

行政法适用的本质是法规范在个案中的具体化,对此,在行政法理论上我们可



以将它提炼为“个案—规范”的适用框架。

### (一) 个案

行政法适用的前提是存在个案;没有个案,行政法也就无用武之地。个案,即已经发生的行政法争议。行政机关通过法定程序认定的个案事实,我们简约之为S。在下面这个拟制的治安管理行政案件中,警察已经查明的个案事实(S)是:

某甲丧偶无子女,与一只吉娃娃小狗为伴。吉娃娃经常狂叫,使得上夜班的邻居某乙无法休息。于是,某乙报警,前来处理此事的警察要求某甲管好吉娃娃,不得再发生此类事情。没过几天,吉娃娃的叫声又把正在休息的某乙吵醒,某乙再次报警。警察到场后查证某乙的投诉属实,某甲也不予否认。

### (二) 规范

规范,即行政法规范。依照法理,法规范由行为构成要件和法的效果两个部分组成。我们把行为构成要件简约为X,把法的效果简约为Y。一个法规范可以是一个法条文,也可以由多个法条文组合而成。以《治安管理处罚法》第75条规定为例,该条规定:“饲养动物,干扰他人正常生活的,处警告;警告后不改正的,或者放任动物恐吓他人的,处二百元以上五百元以下罚款。”这是由一个法条文构成的法规范。在这个法规范中,“饲养动物,干扰他人正常生活的,……警告后不改正的,或者放任动物恐吓他人的”,属于行为的构成要件X(这里存在两个行为的构成要件);“……处警告;……处二百元以上五百元以下罚款”为法的效果Y(这里有两个法的效果)。它们构成了行政法适用中进行推理的一个逻辑结构:即若X,则Y。<sup>[1]</sup>

### (三) 推断

此时,对上述拟制个案中的S,公安机关需要认定它是否为法规范中X所包含。这是行政法适用的关键阶段。若S为X所包含,那么,公安机关可以对某甲在200-500元之间处于一定额度的罚款(Y)。到此,我们在“个案—规范”的行政法适用框架中,完成了一个较为典型的行政法适用的过程。

## 三、适用方法:认定与裁量

换一个角度看,在“个案—规范”的适用框架中,行政法适用方法在阶段上可以分为认定与裁量,两者由此构建了一个“要件—效果”的关联框架。在这个关联框架中,行政机关的行政法适用表现为“眼光流转往返于事实与规范之间”。

我们知道,法不能脱离社会真实生活空转,形式逻辑尽管很重要,但它毕竟不是生活的全部内容。也就是说,无论行政认定还是行政裁量,法规范固然相当重

[1] 对于大前提是否成立,涉及立法理由的正当性问题。如在这里饲养动物的自由为什么要受到他人过正常生活的限制?或者说,饲养动物的自由为什么必须让位于他人的正常生活,这样的问题需要我们追索更高层面的命题,已超出了行政法适用问题而转入了行政立法的正当性问题思考。

要,但是,法规范所承载的价值不可失落于我们的视野。法作为实现某种目的的工具性是客观存在的,但法本身也承载着某种价值性的内容,并以这种价值支配法作为工具时的运作方向;没有这种价值性内容的支配,工具性的法也可能会失去其自我的价值,进而沦为“恶法”。

#### (一) 行政认定

行政机关适用法规范处理个案时,需要在法定程序规范下进行调查、核实个案的事实,同时,还需要分析、解释法规范中的构成要件,在此基础上完成个案中认定的事实与法规范中构成要件之间的逻辑勾联。上述过程可称之为“行政认定”。在行政认定中,事实问题只存在着一个有或者无的选择答案,它需要行政机关通过认定作出选择;对构成要件中的不确定的法概念的解释,可能存在着多个可选答案。行政认定的核心在于确定事实、解释不确定法概念和一般性条款。

#### (二) 行政裁量

如果个案中认定的事实与法规范中构成要件之间逻辑勾联成功,则产生相对应的法效果。如果这种“法效果”是复数的,那么行政机关就必须基于个案的情形作出适当性选择。上述过程可称之为行政裁量。在行政裁量中存在着多个合法的、可供行政机关选择的答案。裁量的重心在于个案处理,服务于个案正义。在黑龙江哈尔滨市规划局与黑龙江汇丰实业发展有限公司行政处罚纠纷上诉案中,<sup>[2]</sup>最高人民法院将比例原则引入了行政裁量,旨在落实个案的正义。对法效果的裁量,核心在于选择。

### 四、行政机关规范审查权

任何个案都有或者应该有可以用来解决问题的法规范,这是“依法行政”所预设的一个基本前提;即使出现了所谓的“无法可依”个案,也不是客观上没有法规范,而是我们没有找到它。因此,“寻找法规范”是行政机关在行政法适用中的一项基本能力。面对众多的法规范,行政机关首先必须寻找到与个案有关联性的法规范。当获得有关联性的法规范之后,必须确定它在法体系的效力位阶,并对它作出合法性的评介。在确保该法规范合法性的前提下,行政机关才能展开行政认定与行政裁量的作业。因此,行政机关适用法规范,负有确保所适用的法规范合法性的义务。行政机关不可能也不可以将一个不合法的法规范适用到个案中去,这是依法行政原理所导出的一个当然结论。

基于依法行政原理,行政机关当然有对所适用的规范是否合宪、合法进行审查的权力或者职责。但是,这种规范审查权需要根据不同的审查对象作出不同的处理:(1)凡没有撤销、变更权的,行政机关具有申请法定机关审查的职责;<sup>[3]</sup>(2)基

[2] 最高人民法院《行政判决书》([1999]行终字第20号)。

[3] 参见《立法法》第90条第2款。

于行政统一性原则,凡有撤销、变更权的,行政机关可以直接依职权撤销、改变之。<sup>[4]</sup>

## 第二节 行政认定

### 一、行政认定概述

行政认定是一个行政法适用的阶段性过程。在这个阶段性过程中,它要求我们的目光不断地来回于法规范与个案事实之间,寻求两者一致的结果。如果两者一致,则行政法适用从行政认定进入行政裁量的阶段,否则,行政法适用过程终止。

行政认定所涉的内容是:(1)对法规范构成要件中的事实认定。如前引《治安管理处罚法》第75条中“饲养动物,干扰他人正常生活”,在个案中是否存在饲养动物,是否干扰他人的正常生活,这些事实都需要行政机关通过行政证据规则加以认定。(2)对构成要件中的不确定法概念和一般性条款作出解释。如上述法条中的“动物”、“正常生活”等概念都有不同的解释,需要行政机关加以明确。由于不确定法概念和一般性条款在学理上被当作是立法机关授予行政机关的一种“判断权”,即行政机关可依照价值、政策、目的、专业知识、经验等对不确定法概念和一般性条款在个案中的具体含义作出解释。有时,行政机关对事实认定、不确定法概念和一般性条款的解释可能会超出法院司法审查的能力范围,从而形成了所谓的“判断余地”,即司法尊重行政机关作出的认定、解释,并对行政机关得出的认定、解释结论不作实体审查。

### 二、法的解释

由于人类语言表达能力的局限性、客观世界的复杂性与多变性,使得行政法上——其实是所有法上——的法概念和一般性条款,除了时间、地点与数量等之外,大多数都充满了不确定性。如法的概念具有流动性,它需要借助于具体个案的场景才能固定其内容。法的概念大致分为两类:(1)经验性概念,如水、土地、建筑物等;(2)价值性概念,如公共利益、严重后果等。前者是具有客观性、可感知性的法概念,后者则是要通过主观评价,并引入某种价值后才能确定的法概念。法概念的不确定性在行政法上意味着立法放松了对行政的拘束程度,而不是立法给予了行政“裁量”。在这里,我们需要区分“拘束程度”和“裁量空间”两个概念,因为它们各自所面向的法律关系是不同的。

当法概念和一般性条款出现在构成要件中时,行政机关就必须把它们的内容“确定”下来,以便适用于具体个案之中。如“餐船”是不是《城市规划法》(已失

[4] 参见《宪法》第108条和《立法法》第88条第3项、第6项等。

效)中的“建筑物”,在湖北龙豪娱乐有限公司诉武汉市城市规划管理局行政处罚决定上诉案中,法院认为:

“上诉人龙豪娱乐有限公司建造的龙豪号餐船,位于武汉市规划区内的东湖风景区风光村水域。该餐船虽然称为船舶,但不作为船舶使用,而是作为餐饮娱乐服务营业场所,固定于城市规划区水域的船形建筑物。该建筑物未经城市规划部门批准,未取得建设工程规划许可证。被上诉人认定该建筑属违法建筑,事实清楚,证据充分。其对城市规划区内的建筑物实行规划管理符合《中华人民共和国城市规划法》以及有关法律、法规和规章的规定。上诉人提出‘餐船属船舶,而不是船型建筑设施’的理由不能成立。”〔5〕

本案中,行政机关认为“餐船”不是船,而是《城市规划法》中的“建筑物”,因此必须事先经城市规划部门批准后才能建造。而上诉人龙豪娱乐有限公司则认为“餐船”是船,所以不属于《城市规划法》调整的范围。在行政诉讼中,法院支持了行政机关的解释。又如,“严重影响城市规划”中的“严重影响”如何解释,在贵州省电子联合康乐公司不服贵阳市城市规划局拆除违法建筑行政处罚决定案中,法院认为:

“鉴于该违法建筑位于贵阳市区主干道一侧,属城市规划区的重要地区,未经规划部门批准即擅自动工修建永久性建筑物,其行为本身就严重影响了该区域的整体规划,且原告在被告制止及作出处罚决定后仍继续施工,依照《贵州省关于〈中华人民共和国城市规划法〉实施办法》和《贵阳市城市建设规划管理办法》的规定,属从重处罚情节,故原告以该建筑物不属严重影响城市规划的情节为由,请求变更被告的拆除大楼的决定为罚款保留房屋的意见不予支持。”〔6〕

如前所述,法概念和一般性条款的不确定性缘于立法者有限的主观认知能力和客观事物的复杂性。但是,如果法的适用者具有共同的法学教育背景,那么法概念和一般性条款的不确定性可以在个案的适用过程中变得可预期。对于行政机关来说,这一点尤为重要。因为,行政机关在个案中对法概念和一般性条款作出的解释,需要面临在行政诉讼中的法院审查。如果行政机关的公务员与法院的法官来自“五湖四海”,那么行政机关对法概念和一般性条款所作的解释,在行政诉讼中可能将变得更加“不确定”。如对于劳动教养中“复查”的解释,在白光华不服天津市劳动教养管理委员会劳动教养决定案中,法院否定了行政机关作出的解释:

“《劳动教养试行办法》第十二条第二款规定:‘被决定劳动教养的人,对主要事实不服的,由审批机关组织复查。’这里规定的‘审批机关’,即是作出劳动教养决定的机关;这里规定的‘复查’亦不同于‘复议’,而是指原审批机关进行重新审查。因此,该规定是指由作出劳动教养决定的机关自行复查,而不是由作出劳动教养决定这一具体行政行为的上一级行政机关或其他法定机关进行行政复议。”〔7〕

〔5〕 最高人民法院《行政判决书》([1998]行终字第4号)。

〔6〕 《最高人民法院公报》1994年第3期。

〔7〕 《最高人民法院公报》2007年第3期。

本案中,被上诉人劳教管委会辩称:上诉人白光华不服被上诉人作出的劳动教养决定,应当在规定的期限内向审批机构申请复议。白光华未经行政复议即直接向人民法院提起行政诉讼,人民法院不应受理。但法院认为,《劳动教养试行办法》中的“复查”不是“复议”,“审批机关”也不是“复议机关”,因为“履行行政复议职责的机关,应当是作出具体行政行为的上一级行政机关或其他法定机关,而不能由作出具体行政行为的机关自行复议。”据此法院作出上述判决。

通常意义上的解释是使不确定的概念变得可确定且能被理解的一种方法。“解释的标的是‘承载’意义的法律文字,解释就是要探求这项意义。假使要与字义相联结,则‘解释’意指将已包含于文字之中,但被遮掩住的意义‘分解’、摊开并且予以说明。”〔8〕法解释不是对法规范中的文字进行“诂训”式的释义,而是在法目的可控范围内解释法规范的旨意,以适用个案的处理。

因法目的创造了全部法规范,法规范的旨意不能背离法目的。法解释任务是法在适用过程中遇到不明确、不完整情形时,在法规范的框架内作出阐释。法解释不能解决法本身存在的问题,在一定意义上法解释是对被解释的法规范的一种批判。阐明理由是法解释的基本要求,它可以提升法解释的理性,防止解释主体的恣意。同时,阐明理由也是司法审查的基础;没有阐明理由,法院就无法知道行政机关作这样解释的原因。那么,有什么办法可以使行政机关的法解释尽可能与法院保持一致,并获得法院的认同呢?在这里,遵守通用的法解释方法应是一个基本前提。

最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》(以下简称《适用法律规范纪要》)第4条规定:“在裁判案件中解释法律规范,是人民法院适用法律的重要组成部分。人民法院对于所适用的法律规范,一般按照其通常语义进行解释;有专业上的特殊涵义的,该涵义优先;语义不清楚或者有歧义的,可以根据上下文和立法宗旨、目的和原则等确定其涵义。”据此,法解释的方法有:

### (一)文义解释

文义解释,即依照法概念和一般性条款的文字意义,在该文字意义可及范围内确定法的概念的旨意。每一个文字都有它的核心含义和射程,对于“含义”,在适用时一般比较容易达成共识。如在“故意杀人”的概念中,使用锋利的尖刀杀人为其核心含义,但采用“不作为”方式使他人丧失生命的,则需要通过解释来确定它是否还在“故意杀人”这个法概念的“射程”之内。如果已经在射程之外,那法规范可能出现漏洞了。此时法解释对法漏洞已经无能为力,只有“造法”才能弥补此法规范的漏洞。

法解释基本立场是文义解释,即任何法解释总是首先从文义开始,从法概念的文字意义中寻找法的旨意。从这个意义上说,文义解释又是一种“新华字典解释”。但无论采用何种解释方法,其解释结果都不得违背法概念的基本文义。如

〔8〕〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第192页。

同法院判决一样,行政机关适用法的结果(通常表现为一个“决定”)只有获得行政相对人的认同,才能产生法实效(不是法效力)。所以,对法概念解释首先应当遵从民众依照日常经验所作出的解释,并尽可能与之保持一致。文义解释的价值也就在于此。

### (二) 体系解释

体系解释,即根据与法概念和一般性条款相关法条的内容,或者该法概念和一般性条款在法律体系中的地位来确定它们的含义。体系解释方法忌断章取义,不顾及法文本的整体内容。因任何一个法规范总是处于与其他法规范互相关联的一个法律体系中,所以,该法规范的旨意有时需要借助于其他法规范的含义加以确定,从而确保法律体系内在的统一性。或者说为了确保法律体系的一致性,法解释必须遵守体系解释的规则。

一个被预设完整和统一的、符合逻辑规律的法律体系是体系解释的基本前提,即任何一个法概念和一般性条款与上、下位法及同位法中同一概念应当作同一解释,除非法有特别规定。如《行政强制法》第43条第1款规定:“行政机关不得在夜间或者法定节假日实施行政强制执行。但是,情况紧急的除外。”在这里,“夜间”应当作如何解释,《行政强制法》没有作出具体规定。《环境噪声污染防治法》第56条规定:“建筑施工单位违反本法第三十条第一款的规定,在城市市区噪声敏感建筑物集中区域内,夜间进行禁止进行的产生环境噪声污染的建筑施工作业的,由工程所在地县级以上地方人民政府环境保护行政主管部门责令改正,可以并处罚款。”在本条中也出现了“夜间”的概念。《环境噪声污染防治法》第63条第4项规定:“‘夜间’是指晚二十二点至晨六点之间的期间。”依照体系解释,《行政强制法》中的“夜间”也可作此解释。

### (三) 目的解释

法规范产生于它的目的,法规范的功能在于助成它的目的的实现。目的解释在方法论上分为主观主义的目的解释和客观主义的目的解释。主观主义的目的解释是一种基于法制定过程中保留下来的立法资料,探究立法者当时的立法意图的解释方法。客观主义的目的解释是基于当下的客观现实来确定法概念和一般性条款的解释方法。从法的实效性看,客观主义的目的解释可能更有助于法的目的的实现。在“法无明文规定即禁止”的原则下,对涉及相对人重要权利的问题存在多种解释理解时,采纳有利于保护相对人权益的限缩性解释更为适宜。<sup>[9]</sup>

法解释是为了获得法规范的旨意,从而适用于个案的处理,以满足实现法的目的之需要。它不是创设或者变更法律规范,所以,法解释不得逾越法律目的。如在李恩暄不服金湖县劳动和社会保障局工伤认定案中,法院认为:

[9] 安鹏强诉安阳市交通警察支队公安交通管理行政处罚案,载《中国行政审判案例》(第4卷)第138号案例,中国法制出版社2013年版,第97页。

“对工作原因的理解应从《工伤保险条例》保护弱者的立法原则和以承担社会责任为出发点的角度考虑,作一般意义上的理解,而不能作狭义的、苛刻的理解。认定本案原告是否因工作原因受伤,应将其与是否在工作时间、工作场所内作统一考察。原告是在其当班从事生产经营活动的整个过程中受伤,其夜班工作期间,因生理原因瞌睡违反劳动纪律,并非系排除其工作原因受伤的法律依据。”<sup>[10]</sup>

本案中,“工作原因”是一个不确定的法的概念。原告李恩暄因上夜班过程中打瞌睡而受伤,对此,被告金湖县劳动和社会保障局认为,原告虽然是在工作时间和工作场所内因纸辊滚落造成右脚骨折,但当时原告违章坐在车间门口的纸筐上,脚跷在铁凳上打瞌睡,而没有直接从事工作,非因工作原因而受伤。但法院基于《工伤保险条例》的立法目的,将“上夜班过程中打瞌睡而受伤”解释为属于“工作原因”。

又如,《重庆市城市规划管理条例》第45条第2款规定:“建设单位或个人在领取临时建设工程规划许可证前,应向城市规划行政主管部门按每平方米五十元至二百元交纳临时建设工程保证金。临时建(构)筑物在规定期限内自行拆除的,城市规划行政主管部门应退还临时建设工程保证金本息。”在一个案件中,当事人逾期拆除临时建筑后,城市规划部门没有退还保证金本息。为此,当事人向法院提起行政诉讼。法官在审理此案时对上述法条作了如下目的解释:

“临时建筑保证金制度是一项既维护公共利益又适当照顾私人利益的制度,作为被允许从事临时建设的当事人,有权在许可期间内通过临时建设获取利益,但也有义务在许可期限届满前自觉拆除临时建筑,以维护公共利益。保证金的作用在于督促从事临时建设的当事人在规定期间内自觉拆除临时建筑。如果无论当事人是否逾期拆除临时建筑,规划部门都予以退还保证金,那么,条例的规定将不能起到引导当事人自觉守法的作用,反而无形中降低了违法成本,为当事人规避法律提供了可能。因此,虽然条例第四十五条第二款没有逾期未拆除临时建筑保证金不予退还的表述,但该表述显然已蕴涵于第四十五条第二款的规定中,否则就可能违背该规定的立法原意。”<sup>[11]</sup>

又如,《北京市残疾人职业技能培训学费补贴暂行办法》(以下简称《暂行办法》)第8条规定:“北京市在职在岗的残疾人为稳定就业,提高职业技能水平和学习第二职业技能,参加职业技能培训一次性补贴学费50%。”在吴建敏诉北京市朝阳区残疾人联合会要求报销培训学费案中,对该条中“在职在岗”作了应包含“在职但不在岗”和“在职并在岗”的解释。吴建敏属于“在职但不在岗”情形,只能补贴其参加职业技能培训学费的50%。<sup>[12]</sup>《暂行办法》第1条规定:“为提高残疾人

[10] 江苏省金湖县人民法院《行政判决书》([2007]金行初字第2号)。

[11] 樊非等:“浅议行政法官法律推理中的价值判断”,载奚晓明主编:《行政执法与行政审判》2006年第2集(总第18集),法律出版社2006年版,第24页。例如,路中新诉广东省珠海市城市管理行政执法局城建行政处罚案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第11号案例,中国法制出版社2010年版,第53页以下。

[12] 《中国行政审判案例》(第2卷)第41号案例,中国法制出版社2011年版,第10页。

的职业技能水平和学习职业技能的积极性,进一步推动按比例安排残疾人就业工作……”法院将“在职但不在岗”也解释为“在职在岗”,有悖于《暂行办法》的立法目的。

行政机关在法适用中对法规范有解释权,但是,这种解释不是有权解释,即不是一种具有普通适用效力的法解释,它的效力仅限于当下手中的个案。与其他部门法解释可能有所不同的是,行政机关在采用目的解释方法时,应当将下列因素纳入权衡的范围:(1)与所解释法规范有关的全部行政规定;(2)行政机关制定的——无论是否公布——各种行政认定和行政裁量的基准;(3)所涉个案中的公共政策、行政效率、社会影响以及一般价值观念等。比如,在行政机关的个案处理中,经常会遇到“情节严重”这样的法概念。如果有违法所得、销售金额和行为结果时,一般是比较容易认定的。如在伊尔库公司诉无锡市工商局工商行政处罚案中,法院认为:

“上诉人伊尔库公司经销价值190余万元的240余吨丁苯橡胶,经销金额与数量巨大,不按产品质量法要求在产品外包装上正确标识,且已将这种产品标识不合法的丁苯橡胶部分销往山东,被上诉人无锡市工商局据此认定伊尔库公司违法行为‘情节严重’,有事实根据。”〔13〕

但是,在没有这些情形时,如何认定个案中的事实属于“情节严重”,文义、体系解释常常是有心无力的,而目的解释可能会给出比较妥当的解释结论。如在武隆县兴环游网吧不服武隆县文化广电新闻出版局文化行政处罚决定案中,法院认为:

“虽然该条例并未罗列情节严重的具体情形,但行政主体有权根据案件的具体情况依照立法精神作出情节是否严重的判断。从法理上讲,判断一个违法行为是否情节严重,应从违法者的动机、所采取的手段、当时的客观环境和条件、危害程度以及所产生的社会影响等因素进行综合考量。只要该种判断是理性的,除非被证明是行政机关的妄断外,一般应得到法院的尊重。就本案而言,兴环游网吧为牟利违规接纳3名武隆中学在校未成年学生进入网吧,其行为已经构成违法。武隆中学校长牟其林在得知该校学生进入网吧的消息后,为防止学生因进网吧耽误学业而去网吧查找,是履行校长职责的正当之举;作为网吧经营负责人的刘杰在本身已经违法的情况下,本应积极配合,却采取粗暴方式阻止并动手将牟推倒致其伤害,造成不良的社会影响,是错之又错。因此,被告根据上述事实作出违法行为为情节严重的认定是恰当的,并据此作出行政处罚正确,依法应当予以维持。”〔14〕

本案中,被告武隆县文化广电新闻出版局判断武隆县兴环游网吧违法行为是否具有“情节严重”时,所考虑的因素有:(1)武隆中学校长牟其林去网吧查找学生是履行校长职责;(2)网吧经营负责人刘杰对正在履行校长职责的牟其林采取粗

〔13〕 《最高人民法院公报》2006年第3期。

〔14〕 重庆市武隆县人民法院《行政判决书》(〔2005〕武行初字第14号)。



暴方式阻止并动手将牟推倒致其伤害；(3) 学生家长及社会民众对未成年学生进网吧的态度(尽管这一点未在裁判理由中出现)。法院在裁判理由中,用了“错之又错”一词,支持了被告对原告违法行为构成“情节严重”的认定。

有时,在同一行政案件中,对所涉的不确定法概念需要采用多种法的解释方法,才能得出妥当性的结论,如在舒江荣诉浙江省海盐县公安局交通警察大队道路行政处罚案中,法院认为:

“闯黄灯行为是否违法,涉及到对《道交法条例》的条文‘黄灯亮时,已越过停止线的车辆可以继续通行’的理解,是一个法律解释问题。法律解释应当具有合目的性,即法律解释应当符合立法的目的与宗旨,同时要以法律体系与语义的内在逻辑为基础。……所谓‘黄灯表示警示’,既不是完全禁止通行,也不是等同绿灯一样通行,其具体含义应当为‘附条件谨慎通行’。在这种语义环境下,与1955年的《城市交通规则》和1988年的《中华人民共和国道路交通管理条例》相关法条相比,《道交法条例》第三十八条第一款第二项省略掉‘黄灯亮时禁止车辆通行’字样,直接规定‘黄灯亮时,已越过停止线的车辆可以继续通行’,言简意赅,更加符合立法语言的要求。同时,《道路交通安全法》第一条开宗明义确定了该法的立法目的,在于‘维护道路交通秩序,预防和减少交通事故,保护人身安全,保护公民、法人和其他组织的财产安全及其他合法权益,提高通行效率’。而基于《道路交通安全法》产生的法规《道交法实施条例》自然亦秉承该立法宗旨。黄灯作为绿灯充分放行之后向红灯的过渡,其设置目的应当是缓冲绿灯转换为红灯的时间,使得在绿灯放行过程中正常驶入交叉口但还没有通过的车辆迅速安全通过,清空交叉口的滞留车辆,为冲突方向的绿灯放行做好准备。此时的通行重心已转移到冲突方向。因此,出于安全驾驶目的,对该条文的理解应当基于‘谨慎规范’之理念,即,黄灯亮时,只有已经越过停止线的车辆可以继续通行,除此之外,车辆不得继续通行。若认为‘黄灯亮时没有禁止未越线车辆继续通行,因此所有车辆均可继续通行’,不仅违反了该法条语义及体系上的内在逻辑,使得黄灯与绿灯指示意义雷同,更违背了道路交通安全法的立法目的。该项规定实际上意味着,黄灯亮时驾驶人的通行权受到限制,限制的目的在于维护道路交通安全。立法的价值取向在此非常明显,即为了保障公共安全,必须在合理范围内限制个人的通行权利。因此,现有道路交通安全法体系下,闯黄灯系违法行为。”<sup>[15]</sup>

#### (四) 法的漏洞补充

当穷尽所有的解释方法仍得不到合目的性解释结论时,法的漏洞即刻呈现。对法的漏洞处理方法是补充,而不是解释。因法的漏洞补充是法的创制,俗称“造法”,故在传统行政法上并不承认行政机关有权“造法”。在法的漏洞的补充过程中,法的安定性是必须考虑的重要原则之一。在全国人大及其常委会垄断所有立法权、行政机关没有固有立法权的宪政体制下,承认行政机关、法院在行政法上有法的漏洞补充权,可能会引起合宪性上的争议。但是,若不承认行政机关、法院有权“造法”,又有何种更好的方法解决行政机关手中的个案呢?在承认法院有权

[15] 浙江省嘉兴市中级人民法院《行政判决书》([2012]浙嘉行终字第15号)。

“造法”的前提下,对行政机关法的漏洞补充,可以借助于法院在行政诉讼中的审查权加以限制,或许是比简单地否定行政机关、法院有权“造法”更为妥当。在行政诉讼中,针对行政机关的法适用,法院通过对法的漏洞补充来否定行政机关的法解释,实质上就是“造法”。如在王某不服某区劳动和社会保障局工伤认定结论案中,法院认为:

“韦某驾驶的汽油机助力自行车具有动力装置,其设计最高时速为 50Km/h,远远大于非机动车 20Km/h 的最高时速,故该类车具有与机动车同样高速行驶功能,同样具有高度交通安全风险,将该车机械理解为《工伤保险条例》第 14 条第 6 项规定中所排斥的非机动车,显然不符合立法原意。”<sup>[16]</sup>

本案中,依照文义解释,这里的“非机动车”的含义无论如何解释都不可能将“汽油机助力自行车”包括在内,《工伤保险条例》第 14 条第 6 项中法的漏洞相当明显。法院借助于《工伤保险条例》的立法目的,将“汽油机助力自行车”补进“非机动车”,使“汽油机助力自行车”也成为《工伤保险条例》第 14 条所调整的范围,最大限度地保护了王某的合法权益。

当然解释是法的漏洞的补修方法之一。所谓当然解释,即依照既定法规范所适用的一种情形,推出另一种情形更有充足理由适用此法规范。当然解释的基本方法是“举重以明轻”和“举轻以明重”,它蕴含了出“罪”时举重以明轻,入“罪”时举轻以明重的当然道理。<sup>[17]</sup>如《行政处罚法》第 27 条规定:“当事人有下列情形之一的,应当依法从轻或者减轻行政处罚:……(三)配合行政机关查处违法行为有立功表现的;……”。若有行政相对人配合司法机关查处某人的犯罪行为且有立功表现的,那么是否应当适用本项情形予以从轻或者减轻行政处罚呢?在文义、体系解释中,本项中的“行政机关”和“违法”都不可能解释出“司法机关”和“犯罪”之含义,但是,依照当然解释之方法,该行政相对人的情形应当适用本条规定。

### 三、事实认定

“事实”,即法规范构成要件中的事实。事实认定,即将具体事实涵摄到法规范中的法律事实。法律事实是由法规范事先确定的,是法适用的基础。在事实认定中,首先,事实是客观的,不是人的主观想象,也不以人的意志为转移。其次,客观事实需要通过证据加以证实,使之升格为法律事实。最后,可以作为事实认定的

[16] 王振清主编:《行政诉讼案例研究》(六),中国法制出版社 2010 年版,第 143 页。例如,最高人民法院在《关于〈中华人民共和国拍卖法〉第 22 条如何适用问题的答复》([2003]行他字第 20 号)中称:“根据《拍卖法》规定的拍卖活动应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则,《拍卖法》第 22 条规定的‘拍卖人及其工作人员不得以竞买人的身份参与自己组织的拍卖活动’,包括拍卖人及其工作人员不得在自己组织的拍卖活动中接受他人委托,以自己的行为代为竞买的情形。”它将“竞买人”扩大到“代为竞买人”。

[17] 张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社 2010 年版,第 138 页。

证据必须是合法证据,即行政机关通过合法程序收集的证据。这是法律职业人所需要的一种特别职业思维,因为它并不遵循人们的日常生活逻辑,更需要处理好法律职业思维与常人生活逻辑之间的冲突。行政机关以违法手段取得的证据如“钓鱼执法”<sup>[18]</sup>,可以证实行政相对人有违法行为的客观事实,但它不能成为法适用的基础——法律事实。这是证据合法性导出的必然结论。

在事实认定中,行政机关的主要任务是运用合法收集的证据,确认构成要件中的事实在法律上是否存在。它要解决的主要问题是:谁(who),在什么地方(where),什么时间(when),如何(how)做了什么事(what)。由于行政机关作出的事实认定在行政相对人提起行政诉讼之后将会受到法院的审查,所以,有关行政程序中的证据及其规则,原则上应当适用行政诉讼的证据规定,至少应当作为一个重要的参照依据。最高人民法院《行政诉讼证据规定》中对上述问题已有明确规定。行政法适用若有需要特别处理的问题,如行政程序中证明责任的分配规则、现场执法的证明标准等,可以交由“行政程序法”作出具体规定。

行政法适用过程中所要认定的事实,有时已经为其他国家机关依法加以认定。在这样的情况下,行政机关是否可以直接采信它的认定,这并非没有争议。如民事判决书中认定的侵权事实,在王某诉某公安派出所不予治安处罚决定案中,法院给出了否定性意见。法院认为,承担民事责任的事实依据不必然构成承担行政责任的事实依据,其理由是:

“基于化解民事争议之目的所作出的民事判决书所认定的事实,与基于惩罚目的的行政处罚所必须具备的事实要件,不具有必然的对应性。”<sup>[19]</sup>

如果这一理由可以接受,那么同样基于惩罚的刑事判决书中所认定的事实,在行政处罚中被行政机关直接采信,应该说没有多大的法理障碍。<sup>[20]</sup>

#### 四、判断余地

在法解释中,有的解释结论是行政机关根据专业知识、技能和经验作出的,如

[18] 一种隐瞒身份的行政取证方式,如行政机关扮演乘客查处没有运营证的“出租汽车”。张晖不服上海市闵行区城市交通行政执法大队交通行政处罚案,上海市闵行区人民法院《行政判决书》([2009]闵行初字第76号)。

[19] 王振清主编:《行政诉讼案例研究》(五),中国法制出版社2009年版,第5页。但是,在最高人民法院看来,如果这种情形发生在诉讼中,它似乎并不在于诉讼目的上差异性。最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第70条规定:“如生效的人民法院裁判文书或者仲裁机构裁决文书确认的事实,可以作为定案依据。但是如果发现裁判文书或者裁决文书认定的事实有重大问题的,应当中止诉讼,通过法定程序予以纠正后恢复诉讼。”

[20] 《刑法》第37条规定:“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚,但是可以根据案件的不同情况,予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失,或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。”根据这一规定,刑事判决书中认定的事实,基于“事实认定一致性”原则,可以直接作为行政处罚或者行政处分的事实依据。

“良好的品行”；<sup>[21]</sup>有的解释结论作出之后具有不可重复性，如“风险评估”、“面试成绩”。<sup>[22]</sup>在这样的个案处理中，一旦行政相对人不服处理结论而提起行政诉讼，法院应当充分尊重行政机关享有的这一“有限的决定自由空间”。<sup>[23]</sup>这就是现代行政法理论上所谓的“判断余地”。

“判断余地”是德国行政法上的概念。<sup>[24]</sup>但是，它所指的情形在中国行政法实务中也同样存在，不过，法院经常把它转换成为一个行政合理性的问题，从而排除在行政诉讼合法性审查之外。如在赵某某等与北京市公安局消防局海淀消防监督处消防审核意见纠纷上诉案中，法院认为：

“根据上述说明，‘高规’对于‘受条件限制’的规定，显然具有不确定性。被告海淀消防处作为消防行政主管部门，在其职权范围内对于不确定因素享有判断余地，其根据经验法则作出的判断、推论，系行政合理性问题。依据《行政诉讼法》第5条规定，人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查。因此，行政合理性问题，不属于人民法院对于行政行为合法性进行审查的范围。”<sup>[25]</sup>

本案中，“高规”即《高层民用建筑设计防火规范》（GB50045-95）的简称。在“高规”条文说明中，对于4.1.2条的理由一的说明：“根据劳动部新颁布的《热水锅炉安全技术监督规定》的要求，并参考了国外的一些做法，本条对锅炉房的设置部位做了规定。即如受条件限制，锅炉房不能与高层建筑脱开布置时，允许将其布置在高层建筑内。”理由三的说明：“由于受到规划要求、用地紧张、基建投资等条件的限制，如必须将可燃油浸变压器等布置在高层建筑内时，应采取符合本条要求的防火措施。”可见，被告作出的“应采取符合本条要求的防火措施”结论，是基于专业知识得出来的，它已经超出了法院的审查能力。

行政机关对判断余地享有“有限的决定自由空间”，法院应当给予的尊重，但这并不意味着法院可以袖手旁观。在行政诉讼中，一旦判断余地构成了一个诉讼争点，法院也可从以下几个方面进行审查：（1）是否遵守法定程序；（2）是否有不相关的考虑；（3）是否明显违反常理等。如有上述情形之一的，则构成“判断逾越”、“判断不足”和“未遵守判断程序”违法情形等，法院可以作出不利于行政机关的裁判。如“农产品质量安全风险评估专家委员会”不符合规定，那么它的“风险评估”在法律上就不能成立。这种程序性审查也可以适用学位评定委员会、职称评审委员会等合议制组织的决定。如在韦安吉与广西工学院行政裁决纠纷上诉案中，法

[21] 参见《公务员法》第11条第4项。

[22] 《农产品质量安全法》第6条规定：“国务院农业行政主管部门应当设立由有关方面专家组成的农产品质量安全风险评估专家委员会，对可能影响农产品质量安全的潜在危害进行风险分析和评估。国务院农业行政主管部门应当根据农产品质量安全风险评估结果采取相应的管理措施，并将农产品质量安全风险评估结果及时通报国务院有关部门。”

[23] [德]毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第136页。

[24] [德]毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第134页。

[25] 赵某某等与B单位消防审核意见纠纷上诉案，北大法宝引证码：CLI.C.193209。

院认为：

“根据《广西工学院普通高等教育本科毕业生学士学位授予办法》第六条学士学位授予由‘系(二级学院)学位评定委员会根据以上条件,逐个审核本系(二级学院)毕业生的学习成绩和毕业鉴定等材料,将初审名单提交教务处复审后,报校学位评定委员会审查通过,由学校授予学士学位并颁发学位证书’的程序性规定,该事项依法应当经过学校相关职能部门的一系列审核后报校学位评定委员会审查并作出决定。但在本案诉讼过程中,被上诉人并未能向法院提供充分证据证明其已按照自己制定的规则对上诉人的学士学位授予资格依法履行了相应的审查职责,故其作出不授予上诉人学位的具体行政行为的主要证据是不足的,程序上存在明显不当,已构成不履行法定职责。”〔26〕

本案中,因有“未遵守判断程序”的情形,故法院认定被告作出不授予上诉人学位的行政行为主要证据是不足的,程序上存在明显不当。可见,判断余地并非是行政机关对相关事实判断可以一锤定音的王国,它仍然是在法院的审查范围之内,只是法院的审查重心是程序是否违法。

### 第三节 行政裁量

#### 一、行政裁量概述

##### (一)行政裁量概念

当法规范的构成要件成就时,即可能发生几种法效果由行政机关自主选择。〔27〕行政机关依据个案的具体情况选择其中它认为最为妥当的法效果,即为行政裁量。〔28〕

裁量的前提是法规范的存在。它“恰如面包圈中间的那个洞,如果没有周围一圈的限制,它只是一片空白,本身就不会存在。”〔29〕在行政与立法的关系中,立法授予行政是否可以在法规范内进行选择的权力,从而形成了羁束行政和裁量行政。裁量行政分为法定裁量和自由裁量(或职权裁量)。这里的“自由裁量”并非“行政自由裁量”,〔30〕而是“法尽裁量生”的一种行政法现象。随着法律体系的完善和立

〔26〕 广西柳州市中级人民法院《行政判决书》(〔2010〕柳市行终字第3号)。

〔27〕 “就‘构成要件’部分,法治国家之行政法并不许可有裁量权。在法律之构成要件中使用不确定法律概念时,虽然法律之拘束亦因之而放松,但并未容许行政有如同裁量之选择自由。”陈敏:《行政法总论》(第7版),新学林出版有限公司2011年版,第179页。

〔28〕 进一步阅读杨建顺:“行政裁量的运作及其监督”,载《法学研究》2004年第1期;周佑勇:“行政裁量的治理”,载《法学研究》2007年第2期。

〔29〕 [美]德沃金:《认真对待权利》,信春鹰等译,上海三联书店2008年版,第53页。

〔30〕 参见余凌云教授:《行政自由裁量论》(第3版),中国人民公安大学出版社2013年版。他所使用的“行政自由裁量”概念,在这里称为“行政裁量”。

法技术的提升,在行政领域中法规范的覆盖面越来越大,且越来越厚实,自由裁量的生成空间也就越来越小了。不过,在行政规划、社会保障行政等领域中,行政机关的“自由裁量”还是必要的。将行政裁量置于行政与司法的关系中,即形成了司法干预行政裁量的范围应有多大的问题。不过,此时的问题不是法如何规定,而是司法的审查能力有多大,“裁量余地”问题也由此产生。

行政裁量问题主要集中在行政决定中,但它不限于行政决定,其他行政行为中也有着裁量,如行政立法、行政规划、行政合同等。“行政行为中的裁量依然是行政法学中最具有实用性的重要课题。”<sup>[31]</sup>行政并不是也不能机械地执行法规范。虽然机械执法可以减少行政越出法规范的危险,但是这样的行政机关不可能完成它的行政任务。因为,现代行政的复杂性经常需要灵活性来应对,有时,行政裁量就是行政“灵活性”的换一种说法。此时,行政裁量不仅仅是一个司法审查的问题,更重要的可能是行政形成过程中的“选择”问题——合目的性的实现。

## (二)行政裁量的三个面向

在现代行政法上,行政裁量仍是一个世界性的难题,至今“尚未出现一个普遍的解决方案——无论是从程序机制看还是从权威性的决定规则角度看。”<sup>[32]</sup>如下观察行政裁量的三个面向,有助于我们更加全面地理解什么是行政裁量。

1. 立法的规范密度。立法可以提高规范行政的密度,如2006年《治安管理处罚法》就是一个典范,<sup>[33]</sup>但是,立法不可能收尽行政裁量的空间。立法留下的行政裁量空间,本身意味着行政机关有“第二次立法”的权力,即制定行政裁量基准。仅允许行政机关在个案中进行裁量,而不允许行政机关为了一般性正义制定统一的裁量基准,显然不是立法的本意。既然立法机关无奈地留出了行政裁量空间,那么由更为专业的行政机关通过行政裁量基准来消解立法机关的这种无奈,或许是一种较优的立法策略选择。

2. 司法的审查限度。如果行政裁量是立法留给行政的自主空间,那么司法要染指行政裁量就没有了正当性。超越行政裁量范围的行政行为与行政裁量有关,但它不是行政裁量自身的问题,法院对其进行司法审查应没有任何法理障碍。但是,如果法院对行政裁量内的行政行为也放弃司法审查,那么这个行政裁量空间可能成为行政独断、专行的王国,与立法保留给行政自主空间的要旨不合。因此,较优的方案是法院的司法审查可以介入行政裁量,但是它必须要有一个合理的限度。《行政诉讼法》第54条第4项规定:“行政处罚显失公正的,可以判决变更。”这一规定大致划出了司法审查行政处罚裁量的深度界线。

3. 行政的自我控制。行政需要一个行政裁量的空间,这是行政的特性所决定

[31] [日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第80页。

[32] [美]斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岩译,商务印书馆2002年版,第189页。

[33] 如原来的《治安管理处罚条例》赋予公安机关行政拘留的裁量是15日以下,裁量空间较大,《治安管理处罚法》则分别规定为5日、10日和15日,提高了规范密度,收缩了公安机关的裁量空间。

的。对于这样的一个法空间,除了外部的立法、司法控制外,行政是否也需要做一点作茧自缚的功课呢?答案是肯定的。<sup>[34]</sup> 在这一点上,美国戴维斯教授始终坚信,对裁量权的限制不能仅仅依赖于立法,还要依靠行政机关自己制定的裁量基准。<sup>[35]</sup> 裁量基准属于内部规则,但经过个案的适用后产生了外部效力。自我控制行政裁量的方法除了裁量基准外,还有行政指导性案例。<sup>[36]</sup> 内部行政责任追究和行政执法业绩考核制等。

### (三) 行政裁量之功能:服务于个案正义

法律正义是个案正义的总和,没有个案正义的日月积淀,也就不可能有抽象的法律正义为人们所信仰。立法机关制定了一种普遍适用的法规范,但个案却是千差万别的,由此在法规范与个案之间形成了一种紧张关系。经验已证明,缓解这一紧张关系的基本方式之一是赋予行政机关裁量权。但是在实务中,行政机关有时并不擅长采用这个方法来实现法的要旨,致使个案正义经常落空。如在新乡方圆建设监理有限公司与濮阳市安全生产监督管理局行政处罚纠纷上诉案中,法院认为:

“但‘7·21’触电事故发生的直接原因是中原油田建设集团公司安全生产管理不到位,施工方与分包方违章作业所致。上诉人对工程违规分包失察,对安全生产的监理不到位,是此次事故发生的间接原因。本次事故导致二人死亡,按照《生产安全事故报告和调查处理条例》规定,属一般事故,对事故发生单位应处10万元以上20万以下的罚款。在本次事故中,被上诉人对事故中负主要责任的中原油田建设集团公司罚款18万元,考虑本案上诉人在这次事故中应负的责任及被上诉人对其他各方责任人的处罚情况,被上诉人对上诉人罚款15万元显失公正,一审法院维持不当,应予判决变更。”<sup>[37]</sup>

本案中,依照《生产安全事故报告和调查处理条例》的规定,对事故发生单位依法给予行政处罚的裁量幅度是10万元以上20万以下的罚款。被告对负有主要责任的中原油田建设集团公司罚款18万元,但上诉人的行为仅仅是本次事故发生的间接原因,却被处15万元的罚款,与给负有主要责任的中原油田建设集团公司的罚款仅差3万元。原本条例规定10万元以上20万以下的罚款空间,被告可以结合个案的具体情况,“各得其所”地决定行政处罚的罚款数额。但是,本案被告的行政处罚决定并没有使个案正义得以实现,法院依法判决变更行政处罚数额是正确的。

[34] “要抓紧组织行政执法机关对法律、法规、规章规定的有裁量幅度的行政处罚、行政许可条款进行梳理,根据当地经济社会发展实际,对行政裁量权予以细化,能够量化的予以量化,并将细化、量化的行政裁量标准予以公布、执行。”《关于加强市县依法行政的决定》(国发[2008]17号)。

[35] K. C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, the United States of American: University of Illinois Press, 1971, p. 104.

[36] 如《辽宁省规范行政裁量权办法》(2011)、《湖南省行政执法案例指导办法》(2010)和《河南省水行政处罚案例指导制度》(2009)等。

[37] 河南省濮阳市中级人民法院《行政判决书》([2010]濮中法行终字第043号)。

## 二、裁量基准

### (一) 裁量基准的概念

裁量基准在行政裁量的空间中设置若干的阶格。<sup>[38]</sup> 有时,由于立法保留给行政裁量空间过大,如对商业贿赂的罚款幅度是1万元以上20万元以下,<sup>[39]</sup> 导致在实务中相似个案处理结果偏差过大。为了体现行政公正原则,通过在行政裁量空间中设置阶格的方式,收缩行政机关在个案处理上的裁量空间,裁量基准是一种良好的策略选择。

裁量基准不是要消灭裁量空间,它仍然要为行政机关在个案处理过程中权衡各种因素保留空间。相对于法规范,裁量基准只不过是缩小了裁量空间。不能否认的是,有时裁量基准也会成为束缚行政机关有效维持社会秩序的因素,所以,裁量基准需要保留一个让行政机关行使裁量权时足够的回旋余地。<sup>[40]</sup> 同时,行政裁量基准也要为将来可能发生的事项保留可适用的空间。裁量基准是为了约束行政机关行政裁量权并使之正当行使,所以,我们不能用过密的阶格塞满行政裁量的空间。

### (二) 裁量基准的效力

裁量基准是行政机关对法规范的细化,旨在缩小行政机关在个案处理中的裁量空间。它在形式上表现为一种脱离个案的规范性文件,在本质上可以看作是法规范的延伸部分。但是,它本身不是法规范,没有法规范的效力。从这一点上看,裁量基准可以归入行政规定。

基于行政统一性的要求,裁量基准经行政机关制定、发布之后,对行政机关即产生拘束效力。<sup>[41]</sup> 本行政机关和下级行政机关原则上应当受到裁量基准的拘束。如果行政机关适用裁量基准可能发生极不公正的结果,也可以偏离裁量基准作出决定,但必须要有理由论证。裁量基准的拘束效力通过行政复议、执法检查、个案指导、考核机制等方式加以担保,旨在确保裁量基准在制定机关的辖区内统一实施。

裁量基准对行政相对人来说,可以成为一种抗辩理由。不言而喻,裁量基准对

[38] 进一步阅读王锡锌:“自由裁量基准:技术创新还是误用”,载《法学研究》2008年第5期;周佑勇:“裁量基准的正当性问题研究”,载《中国法学》2007年第6期。

[39] 参见《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》第9条的规定。

[40] 如根据《〈杭州西湖风景名胜区管理条例〉行政处罚自由裁量权适用规则》(杭西管[2007]372号)规定,在风景区内新建和擅自改建、翻修坟墓的,罚款额=最低额+自由裁量度×(新建面积/10平方米)×100%(面积以平方米为单位,10平方米以上按最高额99%处罚)。这样的裁量基准过于僵直,可能背离立法授予的行政裁量原旨。

[41] 如《湖南省行政程序规定》第91条第2款规定:“裁量权基准由享有裁量权的行政机关制定,或者由县级以上人民政府制定。裁量权基准的制定程序,按照规范性文件的制定程序办理。裁量权基准应当向社会公开。”



法院没有拘束效力,但法院在行政诉讼中可以“参考”裁量基准,并使之成为它论证裁判理由的依据之一。如在北京市工商行政管理局与北京金洋天蓝科技发展有限公司撤销行政处罚决定案中,法院认为:

“北京市工商局对金洋天蓝公司作出的处罚,违反了过罚相当的原则,显失公正,应当予以纠正,具体变更数额,本院将参考北京市工商局行政处罚裁量标准酌定。”<sup>[42]</sup>

本案中,经参考了被告制定的裁量基准后,法院将被告作出的罚款从10万元变更为2万元。而在许昌某某公司诉许昌市某局撤销质量监督行政处罚纠纷案中,法院对被告提供的裁量基准作了合法性审查,法院认为:

“《河南省质量技术监督行政处罚裁量标准》第一章第一节第二部分规定:‘违反《产品质量法》第五十条的行政处罚:……违法行为的情形和处罚标准:(一)轻微违法行为的表现情形:在产品中掺杂、掺假,以假充真、以次充好,或者以不合格产品冒充合格产品,初次违法生产,且产品尚未销售的。处罚标准:责令停止生产、销售,没收违法生产、销售的产品,并处货值金额50%以上等值以下的罚款;有违法所得,并处没收违法所得。’该部分规定符合《中华人民共和国产品质量法》第五十条规定。”<sup>[43]</sup>

本案中,经过合法性审查之后,法院认为被告引用裁量基准的这部分内容合法,可以作为本案的裁判依据。因“被告没有对原告作出没收违法生产、销售的产品行政处罚,且被告没有证据证明其具有此项行政处罚的自由裁量权,故被告以原告违法生产的产品仍有使用价值,可降级处理而不予没收原告违法生产、销售的产品理由不能成立,被告作出的行政处罚超出了合法的自由裁量权范围。”<sup>[44]</sup>遂判决撤销被告作出的行政处罚决定。

### (三)裁量基准的技术

作为法规范的细化,裁量基准是以它特有的技术来规范行政裁量权的,否则它就失去了存在的价值。我们以《浙江省公路路政行政处罚自由裁量执行标准》中对“擅自挖掘公路”设定的行政处罚裁量基准为例,<sup>[45]</sup>解释裁量基准的技术:

[42] 北京市海淀区人民法院《行政判决书》([2006]海行初字第58号)。

[43] 河南省许昌市魏都区人民法院《行政判决书》([2010]魏行初字第13号)。

[44] 河南省许昌市魏都区人民法院《行政判决书》([2010]魏行初字第13号)。

[45] 《浙江省交通厅关于印发〈浙江省交通行政处罚自由裁量权实施办法(试行)〉和〈浙江省交通行政处罚自由裁量执行标准(试行)〉的通知》(浙交[2008]299号)。

种类	法律依据	违法程度	情节与后果	处罚幅度
擅自挖掘公路	《公路法》第76条：“有下列违法行为的，由交通主管部门责令停止违法行为，可以处以三万元以下的罚款：（一）违反本法第44条第1款规定，擅自占用、挖掘公路的……” 《路政管理规定》第23条、《浙江省公路路政管理条例》第49条、《浙江省高速公路运行管理办法》第49条	轻微	擅自挖掘公路2平方米以下，或挖掘深度在30厘米以下	责令停止违法行为，处3000元以下的罚款
		一般	擅自挖掘公路2平方米以上5平方米以下，或挖掘深度在30厘米以上	责令停止违法行为，处3000元以上5000元以下的罚款
		较重	擅自挖掘公路5平方米以上10平方米以下	责令停止违法行为，处5000元以上10000元以下的罚款
		严重	擅自挖掘公路10平方米以上15平方米以下	责令停止违法行为，处10000元以上20000元以下的罚款
		特别严重	擅自挖掘公路15平方米以上，或造成其他严重后果的	责令停止违法行为，处20000元以上30000元以下罚款

从上述裁量基准的内容中我们可以发现，裁量基准的技术主要有：（1）阶价格划分，如“违法程度”、“情节与后果”和“处罚幅度”中的5个阶格；（2）数量核度，如“处罚幅度”和“情节与后果”中的具体数量；（3）权衡因素，如“违法程度”中“轻微”等。不过，我们可以发现，本裁量基准无论如何精致，都不可能收尽行政裁量空间。比如，在“擅自挖掘公路2平方米以下”个案中，仍然存在着相对较小的行政裁量空间。为此，在行政程序中课以行政机关说明裁量理由及公开义务，或许是一种补强性的控制行政裁量权的技术。如对于适用某一阶格最低量罚刻度的处罚仍然过重的话，那么行政机关可以在充分理由说明的情况下，在下一个阶格中选择量罚刻度，即所谓“减轻”处罚。可见，裁量基准是收缩行政机关的裁量空间，而不是剥夺它的裁量权。

需要指出的是，裁量基准过度细化、格式化容易挤缩法定裁量空间，损伤裁量权的灵活性。在裁量框架中，“技术→目标”必须作为一个结构性整体来认识，不能在控制裁量“技术”的选择中迷失裁量的目标。清除裁量滥用最彻底的办法是消灭裁量，但是，没有裁量的行政至少在现代社会中是不可能的，更遑论完成“整肃秩序”、“生存照顾”与“规划未来”等行政任务。因此，裁量基准可以有，但制定者不能丢掉行政裁量目标，在迷恋控制裁量技术精细化的道路上歧途亡羊。

### 三、裁量分类

#### （一）决定性裁量

决定性裁量是行政机关在“做”还是“不做”两者之间的选择。它的法规范模

式是“可以”式。如《价格法》第42条规定：“经营者违反明码价规定的，责令改正，没收违法所得，可以并处五千元以下的罚款。”在这里，“可以”一词赋予了行政机关根据个案在“并处”与“不并处”两者之间的选择权。如果法规范中没有“可以”，那么是否也存在着决定性裁量呢？如《禁止传销条例》第24条第1款规定：“有本条例第七条规定的行为，组织策划传销的，由工商行政管理部门没收非法财物，没收违法所得，处50万元以上200万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”基于体系解释的方法，当法规范中没有“可以”时，应解释为“必须”。因立法欲给行政机关裁量空间，当以明示方式行之。

### （二）选择性裁量

选择性裁量是行政机关“如何做”的选择。整理现行法律体系中的立法技术，选择性裁量模式主要有：（1）种类选择。即在几种法效果中作出选择的裁量。如《治安管理处罚法》第41条第2款规定：“反复纠缠、强行讨要或者以其他滋扰他人的方式乞讨的，处五日以下拘留或者警告。”在这里，“拘留”、“警告”是供公安机关在个案中选择的处罚种类。（2）幅度选择。即在法定的一个幅度内作具体刻度的选择。《治安管理处罚法》第74条规定：“旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的人员，在公安机关查处吸毒、赌博、卖淫、嫖娼活动时，为违法犯罪行为人通风报信的，处十日以上十五日以下拘留。”在这里，10日至15日之间的拘留是公安机关可以选择的幅度。（3）期间选择。即在法定期限内作一个时间点的选择。《治安管理处罚法》第99条规定：“公安机关办理治安案件的期限，自受理之日起不得超过三十日；案情重大、复杂的，经上一级公安机关批准，可以延长三十日。”在这里，公安机关可以选择该法定期间内任何一个时间点结案。（4）程序裁量。<sup>[46]</sup>即在几种可适用的程序中作出选择。如《行政许可法》第34条第3款规定：“根据法定条件和程序，需要对申请材料的实质内容进行核实的，行政机关应当指派两名以上工作人员进行核查。”在这里，是否需要申请材料进行实质性审查，由行政机关根据个案的“需要”而定。

### （三）裁量收尽

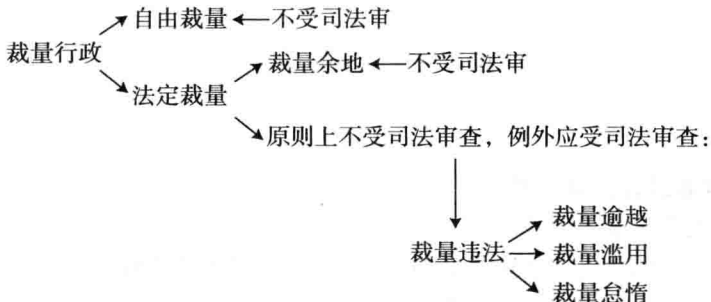
如果案件事实已经为行政裁量保留了唯一的选择，即谓“裁量收尽”。如《道路交通安全法》第89条规定：“行人、乘车人、非机动车驾驶人违反道路交通安全法律、法规关于道路通行规定的，处警告或者五元以上五十元以下罚款；非机动车驾驶人拒绝接受罚款处罚的，可以扣留其非机动车。”如果交警在个案中发现该非机动车牌照不全，且行人无合法证明的，或者安全行驶不能保障的，则必须作出

[46] 进一步阅读郑春燕：“服务理念下的程序裁量及其规制”，载《法学研究》2009年第3期。

扣留的行政决定。<sup>[47]</sup>

#### 四、裁量余地

裁量余地,即不属于法院司法审查的裁量空间。除裁量收尽之外,原则上,行政裁量是不受法院审查的。关于裁量余地在行政裁量与司法审查框架中的位置,如下图示:



在行政诉讼中,当原告提出被告作出的行政裁量决定有违法情形时,法院可纳入审查范围。经审查,法院认为行政裁量决定没有违法的,应当驳回原告的诉讼请求;如果行政裁量决定有违法的,则法院应当进一步审查是否存在裁量逾越、裁量怠惰和裁量滥用之情形。

当行政裁量超过了法规范的外界时,构成裁量逾越。裁量逾越的判断并不需要考虑行政机关的主观状况,仅仅依照法规范即可获得结论,所以,判断是否裁量逾越的标准具有客观性。当行政机关基于不正当目的等主观判断因素时作出行政裁量,构成裁量滥用。由于造成裁量滥用的因素为行政机关的主观判断依据,此时判断行政裁量是否滥用的标准,便具有了主观性,且这种主观因素存在于行政过程中。判断行政裁量是否滥用需要将审查目光回到整个行政过程之中,而限于行政裁量的结果。当行政机关在法定裁量空间中不作出行政裁量时,构成裁量怠惰。裁量怠惰本质上是消极的裁量滥用。

[47] 行政机关通过“专项行动”收尽行政裁量空间的事例有,2009年8月14日,公安部召开的电视电话会议上部署了自8月15日起在全国开展为期两个月的严厉整治酒后驾驶交通违法行为专项行动,要求集中整治期间,公安交通管理部门将调集优势警力,针对高发区域和高发时段,高密度部署勤务,提高检查频率,对有酒后驾驶嫌疑的车辆和驾驶人严格检查。对酒后驾驶的,将严格按照《道路交通安全法》的规定从严处罚,坚决做到“四个一律”,即对因酒后驾驶机动车的,一律暂扣驾驶证3个月;对醉酒驾驶机动车的,一律拘留15日,暂扣驾驶证6个月;对1年内2次醉酒驾驶的,一律吊销驾驶证,2年内不得重新取得驾驶证,属营运驾驶员的,5年内不得驾驶营运车辆;法律法规规定有罚款处罚的,一律从重处罚。

## 第五章 行政法主体

### 第一节 引言

#### 一、行政法律关系主体

##### (一) 概念与法律关系

行政法主体,即行政法律关系的主体。依照主体的法律地位不同,行政法律关系可以分为内、外部两种行政法律关系,<sup>[1]</sup>行政法主体也有内、外之分。内部行政法主体是行政机关与国家公务员,它们由《公务员法》、《行政监察法》等法律、法规调整;外部行政法主体是行政机关和行政相对人,它们由《行政处罚法》、《行政许可法》和《行政强制法》等法律、法规和规章调整。在行政法上,行政机关总是具有内、外双重主体的法律地位。

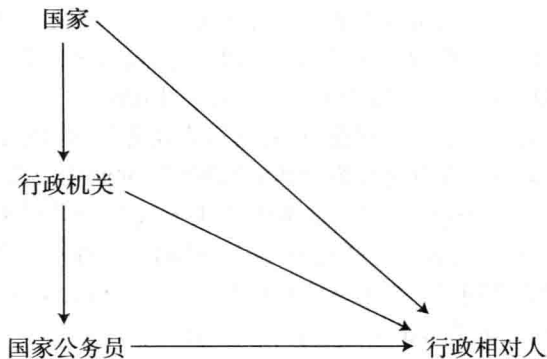
在法律上,与行政相对人有行政法律关系的另一方主体实质上是国家。但是,国家是一个抽象的或者观念上的物体。<sup>[2]</sup>出于便宜性的考虑,国家通过设置行政机关来形成它与行政相对人或者国家公务员之间的意志,并付诸执行,但法律后果由国家来承担。这也就是发生在行政法上的赔偿、补偿,之所以被称之为“国家赔偿”、“国家补偿”的原因。<sup>[3]</sup>相对于国家而言,尽管行政机关是具体的、可以为人们感知的物体,如当我们路过公安局、交通局等行政机关大门时,可以感知到它的具体存在,但它是个体,不能表达意志。将行政机关中的国家公务员纳入行政法主体,<sup>[4]</sup>可以起到弥补这一制度性缺陷的功能,即行政机关的意志(其实也就是国家意志)是通过它的国家公务员来表达的。由此,行政法律关系中的主体结构,如下图:

[1] 进一步阅读郑春燕:“现代行政过程中的行政法律关系”,载《法学研究》2008年第1期。

[2] 进一步阅读王天华:“国家法人说的兴衰及其法学遗产”,载《法学研究》2012年第9期。

[3] 《国家赔偿法》第2条规定:“国家机关和国家机关工作人员行使职权,有本法规定的侵犯公民、法人和其他组织合法权益的情形,造成损害的,受害人有依照本法取得国家赔偿的权利。”

[4] 《公务员法》第106条规定:“法律、法规授权的具有公共事务管理职能的事业单位中除工勤人员以外的工作人员,经批准参照本法进行管理。”所以,这里的“公务员”还包括了上述工作人员。



## (二) 分类

对事物分类的目的在于把握事物的本质。行政法主体多种式样,为了便于认识,我们可以从形态上把它们分为:

1. 组织。组织是“按照一定的宗旨和系统建立起来的集体”。〔5〕从法律上讲,组织可以分为法人组织和非法人组织。依照《民法通则》的规定,法人可以分为机关法人、社团法人、企业法人和事业法人。〔6〕非法人组织有合伙组织、办事处、筹建处、派出机构等。当然,这里也包括外国设立在中国的各种组织。

2. 个人。有生命的个体,即自然人。它可以分为:(1)公民,即具有中华人民共和国国籍的自然人。在法律上,个体工商户、农村土地承包户也具有个人的法律地位。〔7〕(2)外国人(包括无国籍人),即在中国境内不具有中国国籍的自然人。他们或者是具有他国国籍,或者没有任何国籍(无国籍人)。基于国家主权原则,外国人在中国从事经商、旅游、求学等活动必须遵守中国的行政法。如《外国人出入境管理法》第5条规定:“外国人在中国境内,必须遵守中国法律,不得危害中国国家安全、损害社会公共利益、破坏社会公共秩序。”所以,他们也是行政法主体。

## 二、行政主体

### (一) 外国的理论

行政主体是大陆法系国家行政法上的一个基础性概念。它是指具有行政法上权利义务的,可以设置行政机关以便行使一定职权的组织体,并承担行政机关因行使职权产生的法律责任,如赔偿。如在法国,行政主体有国家、地方团体以及独立

〔5〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(2002年增补本),商务印书馆2002年版,第1679页。

〔6〕 参见《民法通则》第3章。

〔7〕 《个体工商户条例》第2条规定:“有经营能力的公民,依照本条例规定经工商行政管理部门登记,从事工商业经营的,为个体工商户。个体工商户可以个人经营,也可以家庭经营。”《农村土地承包法》第15条规定:“家庭承包的承包方是本集体经济组织的农户。”

于国家、地方团体的,且不以地域为基础的公务法人〔8〕。德国的行政主体有联邦、各邦、地方自治团体、营造物等。〔9〕日本、韩国、中国台湾地区等大陆法系行政法制的继受国或者地区,也基本上接受了这一行政主体理论。

行政主体的核心在于它的权利能力,它的行为能力是通过它设置的行政机关来体现的,所以,行政机关仅仅是行政主体的“器管”(organ)。若将人比喻为行政主体的话,行政机关就是它的手足。如果依法赋予这个“器管”有对外行使的职权,那么它就是一个行政机关。行政机关可以自己的名义对外行使职权,但它行使职权所引起的法律责任则归于它所属的行政主体。一个行政主体可以有多个行政机关,但一个行政机关必须归属于某一个行政主体。

## (二) 中国的误读

借助于王名扬先生《法国行政法》的中介,〔10〕在20世纪80年代末,大陆法系国家行政法上的行政主体被引入中国,成为中国行政法上一个继受性的法学概念。〔11〕这个概念随着《行政诉讼法》的实施,对中国行政法的理论与实务产生了相当影响。中国行政法上使用的行政主体概念与它的原产地国家相比,可以说是面目全非了,这种状况其实就是我们误读或者借鉴不当的产物。这一误读的路径始于民法中的“民事主体”与“法人”理论,终结于行政诉讼被告资格的确认。结果是,前者把行政机关当作了可以独立承担法律责任的主体,后者则把行政主体当作了行政诉讼被告,即只有行政主体才能成为行政诉讼被告。

在中国行政法理论上,凡是行政主体都可以作为行政诉讼的被告;凡是行政诉讼中的被告必须是行政主体。这几乎可以说是“公理”。根据《行政诉讼法》的规定,行政诉讼中的被告是行政机关和法律、法规授权的组织,〔12〕所以,中国行政法上的行政主体也就被归纳为上述两种情形:行政机关就是行政主体,而组织如要获得行政主体资格,则必须要有法律、法规的授权。规章授权的组织没有行政主体资格,实务中把它视为一种委托行政法律关系主体。在2000年的一个司法解释中,最高人民法院赋予它有行政诉讼主体资格。〔13〕

中国行政法并非不需要行政主体理论,否则,如国家赔偿等这样的基础性问题就不能自圆其说。但是,为行政诉讼服务的行政主体理论却不能为我们提供这样的解释力,因此,改造现有的行政主体理论是中国行政法学界的一项重任。既然人民政府对人大负责,那么人民政府必须统一执掌行政权,即行政的一体性。但是,

〔8〕 进一步阅读马怀德:“公务法人问题研究”,载《中国法学》2000年第4期。

〔9〕 “公营造物”原由日本行政法学译自德文,中华民国时期引入中国,后在中国台湾地区一直延续使用。它的概念可以表述是:“行政主体为持续达成特定之公目的,集合人及物之手段,在公法上所设置之行政机构。”陈敏:《行政法总论》(第7版),新学林出版有限公司2011年版,第996页。

〔10〕 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第38页以下。

〔11〕 进一步阅读张树义:“行政主体研究”,载《中国法学》2000年第2期。

〔12〕 参见《行政诉讼法》第25条。

〔13〕 参见最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第20条第3款。

现有的所谓“行政主体理论”却肢解了政府统一的行政权,从而在客观上形成了行政机关各自为政,行政“割据”的局面。因此,我们需要割开行政主体与行政诉讼被告资格之间的必然联系,让行政主体理论服务于行政一体性目标的实现。

## 第二节 行政机关

### 一、行政机关概念

行政机关通常是代表本级人民政府在法定管辖权范围内对外作出行政行为,并具有独立法律地位的组织。<sup>[14]</sup> 它们有的是本级人民政府的组成部门,如国务院的公安部;有的是本级人民政府设置的直属机构,如国务院的国家工商行政管理总局;还有的是本级人民政府组成部门或者直属机构所属的机关,如环境保护部所属的国家核安全局。广义上,人民政府也是行政机关,如在《行政诉讼法》中,行政机关当然也包含了人民政府。<sup>[15]</sup> 狭义上,行政机关专门是指“人民政府”。<sup>[16]</sup> 但此时使用的“行政机关”是在宪法层面上与立法机关、审判机关、检察机关等国家机关相对而言的。

行政机关有两个基本要素:(1)独立的法律地位。行政机关属于国家,并代表国家对外表示意思,因此它需要有独立的法律地位。这个独立的法律地位包括编制、预算、组织法和印章等内容。编制,是指机构编制管理机关核定的行政机关人员数额和领导职数。预算主要涉及行政机关的收入与支出的预期核算,它是行政机关行使职权的物质保障,同时,它也具有控制行政职权的功能。组织法是设立行政机关的基础性法规,如《公安机关组织管理条例》。印章是行政机关独立对外行文的法定标识。如《行政处罚法》第39条第2款规定:“行政处罚决定书必须盖有作出行政处罚决定的行政机关的印章。”(2)法定管辖权。具有特定的法定管辖权是行政机关的另一个基本要素。如《道路交通安全法》第5条规定:“国务院公安部门负责全国道路交通安全管理工作。县级以上地方各级人民政府公安机关交通管理部门负责本行政区域内的道路交通安全管理工作。”根据这一规定,如浙江省人民政府公安厅的“交警总队”具有全省范围内“道路交通安全管理”的法定管辖权。在实务中,关于法定管辖权的判断是比较复杂的问题,有时需要综合考虑相

[14] 如《行政处罚法》第20条规定:“行政处罚由违法行为发生地的县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖。法律、行政法规另有规定的除外。”

[15] 《行政诉讼法》第1条规定:“为保证人民法院正确、及时审理行政案件,保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护和监督行政机关依法行使行政职权,根据宪法制定本法。”

[16] 《宪法》第85条规定:“中华人民共和国国务院,即中央人民政府,是最高国家权力机关的执行机关,是最高国家行政机关。”



关因素之后,才能妥当地确定。<sup>[17]</sup> 具有上述两个要素的组织,即为行政法上的行政机关。<sup>[18]</sup>

## 二、行政机关类型

### (一) 人民政府

人民政府是本级人民代表大会的执行机关。国务院是中央人民政府,地方人民政府分为省、市、县(区)和乡(镇)四级人民政府。《国务院组织法》、《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》是人民政府的组织法。人民政府可以依法行使法定职权。如《突发事件应对法》第5条规定:“县级人民政府对本行政区域内突发事件的应对工作负责;涉及两个以上行政区域的,由有关行政区域共同的上一级人民政府负责,或者由各有关行政区域的上一级人民政府共同负责。”在有的法律规定中,为了在行政职权上有所区别,人民政府与行政机关同时出现在一个法条中,但这并不是说人民政府不是行政机关。如《行政处罚法》第20条规定:“行政处罚由违法行为发生地的县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖。法律、行政法规另有规定的除外。”本条法律所强调的是,行政处罚权原则上是由地方人民政府所属的行政机关来行使,当法律、行政法规另有规定时,人民政府也可以行使法定的行政处罚权。

### (二) 人民政府的组成部门

人民政府的组成部门是人民政府为了有效管理行政事务而设置的行政机关,如国务院的部、委,地方人民政府的厅、局、委等。设置人民政府的组成部门,由本

[17] 在谢森全诉屏南县种子管理站种子行政管理案中,法院认为:“根据《中华人民共和国种子法》第3条之规定,农作物种子管理权由县级以上农业主管部门行使。种子法实施后,由于我国农作物种子产业发生了重大变化,为了加强种子市场的监管,2006年5月19日国务院办公厅作出《关于推进种子管理体制改革加强市场监管的意见》(国办发[2006]40号)对种子管理体制进行改革,其第3条第7项规定:‘各级种子管理机构要依法履行种子行政许可、行政处罚、行政管理等职责,加强对本行政区域内种子市场和种子质量的管理。’赋予种子管理机构行政职权,同时,《农作物种子质量纠纷田间现场鉴定办法》第3条明确规定:现场鉴定由田间现场所在地县级以上地方人民政府农业行政主管部门所属的种子管理机构组织实施。据此,被告屏南县种子管理站具有组织种子质量纠纷田间现场鉴定的法定职权。”福建省屏南县人民法院《行政判决书》([2007]屏行初字第03号)。

[18] 根据《宪法》规定,军事机关不属于行政机关。在实务中,法院也是持这一观点。在张广武诉中国人民解放军总政治部、海军政治部侵权案中,起诉人在诉状中称:“1995年我已任满现任职级的最低任职年限,由于本人所学专业与现任工作不对口,即向本单位提出了转业申请。本单位向我收取了培训费3万元之后,但总政治部最终未批准我转业。为此,请求法院判决中国人民解放军总政治部准许我退出现役,并确认收取我的培训费是否合同。”法院审查后认为:“因中国人民解放军总政治部和海军政治部属于军事机关,故张广武认为总政治部和海军政治部侵犯其合法权益而提起的诉讼,不属于人民法院主管范围。”北京市高级人民法院行政裁定书([1996]高行审初字第7号)。在此案的上诉审中,最高人民法院驳回了起诉人张广武的上诉。最高人民法院《行政裁定书》([1996]行终字第3号)。

级人民代表大会决定。人民政府的各组成部门依法分别行使本行政区域内各项行政管理事务的法定职权。如《安全生产法》第9条规定：“国务院负责安全生产监督管理的部门依照本法，对全国安全生产工作实施综合监督管理；县级以上地方各级人民政府负责安全生产监督管理的部门依照本法，对本行政区域内安全生产工作实施综合监督管理。”根据这一规定，人民政府的安全生产管理部门行使本行政区域内安全生产工作的综合监督管理职权。

### （三）人民政府的直属机构

人民政府的直属机构是人民政府根据工作需要设置的主管专门行政事务的行政机关。《国务院组织法》第11条规定：“国务院可以根据工作需要和精简的原则，设立若干直属机构主管各项专门业务，设立若干办事机构协助总理办理专门事项。每个机构设负责人二至五人。”根据这一规定，国务院设置了如海关总署、国家税务总局等直属机构。除此之外，人民政府还可以依法特设直属机构，如国有资产监督管理委员会。<sup>[19]</sup>

### （四）人民政府组成部门的所属机构

人民政府组成部门的所属机构是人民政府针对某些更为专业性的行政事务所设置的、并将其隶属于本级政府组成部门之下的行政机关，如所属于国家发展与改革委员会的国家粮食局和所属于国家人力资源和社会保障部的国家公务员局等。

### （五）人民政府的派出机关

人民政府的派出机关即行署、区公所和街道办事处。它们分别是由省、自治区人民政府、县、自治县人民政府和市辖区、不设区的市人民政府依照法定程序设置。《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第68条规定：“省、自治区的人民政府在必要的时候，经国务院批准，可以设立若干派出机关。县、自治县的人民政府在必要的时候，经省、自治区、直辖市的人民政府批准，可以设立若干区公所，作为它的派出机关。市辖区、不设区的市的人民政府，经上一级人民政府批准，可以设立若干街道办事处，作为它的派出机关。”

在县级以上人民政府内，还可以设置若干办事机构和议事协调机构，前者如法制办公室、后者如国务院南水调工程建设委员会、全国爱国卫生运动委员会等。它们不具有对外行使的行政职权，不属于行政法上的行政机关。

## 三、行政机关内部组织

### （一）行政机构的类别

行政机构即行政机关内部相对独立的组织体，如司、处、科、股、室、办、队

[19] 《企业国有资产监督管理暂行条例》第6条规定：“国务院，省、自治区、直辖市人民政府，设区的市、自治州级人民政府，分别设立国有资产监督管理机构。国有资产监督管理机构根据授权，依法履行出资人职责，依法对企业国有资产进行监督管理。”

等。<sup>[20]</sup>有的行政机构也对外挂牌,但并不表明它是“行政机关”,如“监察大队”、“办证中心”等。行政机关设置行政机构,必须遵守合法、效率、精简、便民原则,不得因人设机构。“三定”(定职责、定机构、定编制)方案是规范行政机构设置的规范性文件。

### (二) 行政机构的职位

职位是根据管理行政事务需要而设置的工作岗位。一个行政机构必须确定一个科学、合理的职位职级体系。如一个县公安局的法制科,可设科长职位一个,副科长职位、科员职位若干个。这里的“若干”是多少,可以视该县公安局法制工作量大小而确定。职位职级因涉及公共财政支出,因此,职位职级的设置必须体现合法、效率、精简、便民原则。

### (三) 行政机构的活動原則

基于行政事务管理统一性的需要,行政机构必须严格依照层级制运行。为此,所有行政机构负责人对本机关行政首长负责,行政机构内所有成员对行政机构负责人负责,行政机构不得独立对外行使行政职权。

### (四) 派出机构

有时,行政机关因行政管理需要,将所属的行政机构分设到若干区域,行使该行政机关的一部分行政职权。这种行政机构称为派出机构。如《工商行政管理所条例》第2条规定:“工商所是区、县(含县级市,下同)工商行政管理局(以下简称区、县工商局)的派出机构。工商所的人员编制、经费开支、干部管理和业务工作等由区、县工商局直接领导和管理。”<sup>[21]</sup>在改革开放之后,各地为区域经济发展而设置的各种“经济开发区管理委员会”,可以确定为本级人民政府的派出机构。

## 四、行政机关外部关系

### (一) 领导关系

领导关系存在于行政机关的上下级之间和一级人民政府与其所属的行政机关之间。为了确保行政一体化,领导关系是行政机关外部的基本关系,为此,《宪法》规定,国务院“统一领导全国地方各级国家行政机关的工作”<sup>[22]</sup>“县级以上的地方人民政府领导所属各工作部门和下级人民政府的工作。”<sup>[23]</sup>基于行政管理的特别需要,某些行政机关在全国范围或者省级以下实行垂直领导,前者如海关、商检等,后者如工商行政管理局等。行政机关的领导关系不同于法院和人民代表大会

[20] 《公安机关组织管理条例》第7条第2款规定:“执法勤务机构实行队建制,称为总队、支队、大队、中队。”

[21] 类似的法律还有如《银行法》第13条规定:“中国人民银行根据履行职责的需要设立分支机构,作为中国人民银行的派出机构。中国人民银行对分支机构实行统一领导和管理。中国人民银行的分支机构根据中国人民银行的授权,维护本辖区的金融稳定,承办有关业务。”

[22] 《宪法》第89条第4项。

[23] 《宪法》第108条。

之间的监督关系。

## (二) 指导关系

指导关系存在于人民政府的工作部门上下级之间的业务关系中。如《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第66条第1款规定：“省、自治区、直辖市的人民政府的各工作部门受人民政府统一领导，并且依照法律或者行政法规的规定受国务院主管部门的业务指导或者领导。”省级人民政府的工作部门上承中央人民政府各部门，下接地方市、县，接受国务院主管部门的“业务指导”，有助于行政一体性。

## (三) 监督关系

除了行政诉讼等外部监督机制外，在行政系统内也设置若干承担监督职能的行政机关，依法行使监督其他行政机关的法定职责。行政监察机关、审计机关、国家预防腐败局等是承担行政监督职能的行政机关。虽然行政复议有行政救济的功能，但是它和被申请复议的行政机关之间也构成了监督关系。<sup>[24]</sup> 除此之外，因备案具有报备待查的功能，所以行政机关之间的备案关系也是监督关系之一。<sup>[25]</sup> 监督关系的功能是为了保证政令的畅通，所以，它有整合行政机关之间行政一体性、完整性的功能。

## (四) 合作关系

一个行政机关作出的行政决定，具有拘束其他行政机关的法效果，以确保行政一体性。同时，一个行政机关必须在法定权限范围内行使职权，不得逾越其他行政机关的权限，以确保行政的完整性。为此，基于履行行政管理职责的需要，行政机关之间应当依法合作，以实现行政的任务。这种合作关系主要有：

1. 前置许可。即一个行政机关作出的行政许可，需要以另一行政机关的许可为前置条件。如《食品卫生法》第27条规定：“食品生产经营企业和食品摊贩，必须先取得卫生行政部门发放的卫生许可证方可向工商行政管理部门申请登记。未取得卫生许可证的，不得从事食品生产经营活动。”

2. 征求意见。即一个行政机关在作出行政决定之前，需要征求另一个行政机关的意见。如《取水许可管理办法》第19条规定：“取水审批机关在审查取水申请过程中，需要征求取水口所在地有关地方人民政府水行政主管部门或者流域管理机构意见的，被征求意见的地方人民政府水行政主管部门或者流域管理机构应当自收到征求意见材料之日起10个工作日内提出书面意见并转送取水审批机关。”

3. 事务协助。即一个行政机关在法定管辖事务之外协助另一个行政机关履行

[24] 《行政复议法》第1条规定：“为了防止和纠正违法的或者不当的具体行政行为，保护公民、法人和其他组织的合法权益，保障和监督行政机关依法行使职权，根据宪法，制定本法。”

[25] 《食品安全法》第70条第2款规定：“县级以上地方人民政府应当根据有关法律、法规的规定和上级人民政府的食品安全事故应急预案以及本地区的实际情况，制定本行政区域的食品安全事故应急预案，并报上一级人民政府备案。”

行政管理职责。如《破坏性地震应急条例》第15条第2款规定：“任何组织或者个人都不得传播有关地震的谣言。发生地震谣传时，防震减灾工作主管部门应当协助人民政府迅速予以平息和澄清。”

4. 信息通报。即一个行政机关在行政管理过程中所获得的信息，依法应当告知相关的行政机关。如《食品安全法》第71条第2款规定：“农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门在日常监督管理中发现食品安全事故，或者接到有关食品安全事故的举报，应当立即向卫生行政部门通报。”近几年兴起的各种区域经济协作也是行政机关合作关系的情形之一。<sup>[26]</sup>

#### (五) 委托关系

有时，行政机关为了减轻行政成本，便于向社会提供服务，依法将部分行政职权委托给非行政机关的组织或者个人行使，并承担委托行政所产生的法律责任。前者如《行政处罚法》第18条第1款规定：“行政机关依照法律、法规或者规章的规定，可以在其法定权限内委托符合本法第十九条规定条件的组织实施行政处罚。行政机关不得委托其他组织或者个人实施行政处罚。”后者如《测量标志保护条例》第12条规定：“设置永久性测量标志的部门应当将永久性测量标志委托测量标志设置地的有关单位或者人员负责保管，签订测量标志委托保管书，明确委托方和被委托方的权利和义务，并由委托方将委托保管书抄送乡级人民政府和县级以上地方人民政府管理测绘工作的部门备案。”在特殊情况下，行政相对人与行政机关之间也可以构成一种临时性的行政委托关系。如在张敏不服内蒙古自治区通辽市公安局道路交通行政处罚案中，唐建东因驾驶无号牌货车被被告的执勤民警当场扣押后，被指令将车开到交通支队停车场。在途中，唐建东将原告张敏撞伤。因车被扣押之后唐建东被指令继续开车，此时唐建东开车行为实质上是受被告委托实施的行政行为，由此引起张敏被撞伤的法律后果应当由被告承担。<sup>[27]</sup>

受委托的组织或者个人应当以委托的行政机关名义行使所委托的职权，委托的行政机关要为其法律后果承担法律责任。<sup>[28]</sup>受委托组织或个人在委托权限之外实施的行为，由其自己承担法律责任。为了确保委托行政符合节约成本、便民服务等原则，行政机关委托他人行使行政职权应当具有法定依据，并将委托事项向社

[26] 在2003年“长江三角洲旅游城市15+1高峰论坛”上，由上海市、杭州市等旅游行政主管部门共同签署的《长江三角洲旅游城市合作（杭州）宣言》第3条规定：“长三角要充分利用本地区的区位优势、资源优势、经济优势和服务优势，以互补、互动、互利、共赢为原则，共同打造长三角旅游经济品牌，使之成为中国最具知名度、美誉度，在世界上也具有相当号召力的世界级旅游目的地。我们对此表现出极大的热情和兴趣，并愿意开展长期的旅游合作，为实现上述目标而作出不懈努力。”

[27] 《中国行政审判案例》（第4卷）第125号案例，中国法制出版社2013年版，第21页以下。

[28] 《行政处罚法》第18条第2款规定：“委托行政机关对受委托的组织实施行政处罚的行为应当负责监督，并对该行为的后果承担法律责任。”

会公告。<sup>[29]</sup>

## 五、具有行政机关法律地位的组织

### (一)法定授权界定

法律、法规直接规定一个非行政机关的组织依法具有行政机关的法律地位,行使法律、法规规定的行政职权,即法定授权。它的法效果是直接产生了一个具有行政机关法律地位的组织,它和行政机关一样有独立的行政职权,且能够以自己的名义行使这些法律、法规授予的行政职权。<sup>[30]</sup> 在比较法上,如中国台湾地区“行政程序法”第2条第3项规定:“受托行使公权力之个人或团体,于委托范围内,视为行政机关。”所不同的是,中国台湾地区“行政程序法”使用的“委托”而不是授权,此点区别不可不察。具有行政机关法律地位的组织因行使职权产生的法律后果,如行政赔偿由国家承担,但在行政上,它则隶属于一个行政机关。如根据《公路法》规定,获得授权的省公路局是属于交通运输厅(局)的一个事业单位。<sup>[31]</sup>

在行政法上,只有法律、法规才能授予他人行政职权。“规章授权”出自最高人民法院的一个司法解释,<sup>[32]</sup> 从为解决某些情形下行政诉讼被告的认定需要看并无不当,但这种实用主义的做法不能也不应当产生法律、法规授权的法律效果。原则上,行政规章或者行政规定授权可以视为“委托”。如广东省质量技术监督局颁布的《关于省级授权产品质量监督检验机构规划与能力建设的管理办法》(粤质监[2010]138号)第2条规定“本办法所称省级授权质检机构,是指由具有独立法人资格的组织(以下简称该组织为承建单位)承建并由该组织承担相关法律责任,经广东省质量技术监督局(以下简称省局)授权承担广东省范围内的某类产品质量监督检验任务,或者某类产品的某类项目监督检验任务,具有第三方公正地位的检验机构。”这里虽然用“授权”一词,但在法律效果仍然如同委托。

一种允许行政机关将某一行政职权转移给另一行政机关的法律、法规的规定,

[29] 《行政许可法》第24条第1款规定:“行政机关在其法定职权范围内,依照法律、法规、规章的规定,可以委托其他行政机关实施行政许可。委托机关应当将受委托行政机关和受委托实施行政许可的内容予以公告。”

[30] 实务中,关于法律、法规授权的理解有狭义和广义之分。狭义上的理解,是指凡是法律、法规直接规定授的组织才属于法律、法规授权的行政主体;广义上的理解,是指除了法律、法规直接授权的组织,其他享有具有法律依据的职权的组织也属于法律法规的组织。后者与前者相比较,更加符合我国当前的行政职权赋予模式。我国当前行政机部门之间职权来源的基本模式实际上是:立法授权与政府或者上级行政机关的分配、调整相结合。通过政府或者上级行政机关的分配、调整而获得行政职权的组织,就是享有法律根据的职权的组织。另可以参阅张宇不服北京市西城区房屋土地经营管理中心政府信息公开行为案,载《中国行政审判案例》(第4卷)第126号案例,中国法制出版社2013年版,第27页。

[31] 《公路法》第8条规定:“县级以上地方人民政府交通主管部门可以决定由公路管理机构依照本法规定行使公路行政管理职责。”

[32] 参见《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第20条第3款。

是行政机关之间的行政职权变动,不属于这里的“法定授权”。如《森林法》第20条规定:“依照国家有关规定在林区设立的森林公安机关,负责维护辖区社会治安秩序,保护辖区内的森林资源,并可以依照本法规定,在国务院林业主管部门授权的范围内,代行本法第39条、第42条、第43条、第44条规定的行政处罚权。”在制定法上还有一种将行政职权转移到非行政机关的情形。如《农产品质量安全法》第35条第2款规定:“从事农产品质量安全检测的机构,必须具备相应的检测条件和能力,由省级以上人民政府农业行政主管部门或者其授权的部门考核合格。具体办法由国务院农业行政主管部门制定。”这种行政职权变动是否产生法定授权的法效力,值得讨论。

## (二)被授权组织类型

1. 行政机构。行政机构是行政机关的内部组织,本无行政机关的法律地位,不能对外行使行政职权。但是,当它获得法律、法规授权之后,则具有了与行政机关一样的法律地位,如《税收征收管理法》第14条规定:“本法所称税务机关是指各级税务局、税务分局、税务所和按照国务院规定设立的并向社会公告的税务机构。”又如设置于国家工商行政管理局之内的“商标评审委员会”。<sup>[33]</sup>

2. 社会组织。社会组织分为事业单位和社会团体,它们分别由《事业单位登记管理暂行条例》、《社会团体登记管理条例》两个行政法规加以规范。社会组织是非国家机构体系内的组织体,依照法定程序成立,具有特定的活动宗旨。经法律、法规授权后,它们可以行使相关的行政职权。如《学位条例》第8条规定:“学士学位,由国务院授权的高等学校授予,硕士学位、博士学位,由国务院授权的高等学校和科学研究机构授予。授予学位的高等学校和科学研究机构(以下简称学位授予单位)及其可以授予学位的学科名单,由国务院学位委员会提出,经国务院批准公布。”根据这一规定,在高等学校授予学生学位证书时,它具有行政机关的法律地位。<sup>[34]</sup>另外,如中国证监会、中国保监会、中国银监会、中国电监会以及残疾人联合会<sup>[35]</sup>等在性质上都是事业单位,但它们依照相关的法律、法规获得了授权,行使相关领域中的行政职权。

3. 企业。企业是民商法上的法律主体,经工商登记后依法成立。有时,经法律、法规授权它们也具有与行政机关一样的法律地位。如《城市供水条例》第28条规定:“禁止擅自将自建的设施供水管网系统与城市公共供水管网系统连接;因特殊情况确需连接的,必须经城市自来水供水企业同意,报城市供水行政主管部门和卫生行政主管部门批准,并在管道连接处采取必要的防护措施。”在这里,城市

[33] 《商标法》第2条第2款规定:“国务院工商行政管理部门设立商标评审委员会,负责处理商标争议事宜。”

[34] 褚玥诉天津师范大学不履行授予学位证法定职责案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第5号案例,中国法制出版社2010年版,第22页以下。

[35] 吴建敏诉北京市朝阳区残疾人联合会要求报销培训学费案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第41号案例,中国法制出版社2011年版,第5页以下。

自来水供水企业的“同意权”是一项行政职权。

4. 基层群众性自治组织。村民委员会和居民委员会是我国法律规定的基层群众性自治组织,它们在法律规定的范围内自我管理、自我教育、自我服务。有时,法律、法规根据需要也会授予它们行使部分行政职权。如《浙江省实施〈中华人民共和国土地管理法〉办法》第36条规定:“农村村民建造住宅用地,应当向户口所在地的村民委员会或者农村集体经济组织提出书面申请,经村民委员会或者农村集体经济组织讨论通过并予以公布,乡(镇)人民政府审核,报县级人民政府批准。”在实务中,如在陈鹏飞诉宁波市鄞州区横溪镇梅岭村村民委员会不履行建房用地上报法定职责案中,法院认定“横溪镇梅岭村村民委员会”是法律、法规授权组织,具有本案被告资格。<sup>[36]</sup>

### (三) 特别情形

在特别情况下,机长、船长等职位在法律、法规授权下,也可以行使行政职权。如《民用航空法》第46条:“飞行中,对于任何破坏民用航空器、扰乱民用航空器内秩序、危害民用航空器所载人员或者财产安全以及其他危及飞行安全的行为,在保证安全的前提下,机长有权采取必要的适当措施。”又如,《海商法》第36条:“为保障在船人员和船舶的安全,船长有权对在船上进行违法、犯罪活动的人采取禁闭或者其他必要措施,并防止其隐匿、毁灭、伪造证据。船长采取前款措施,应当制作案情报告书,由船长和两名以上在船人员签字,连同入犯送交有关当局处理。”在这里,“适当措施”、“必要措施”都是法律授予机长、船长在特定的时空中为了维持必要秩序而行使的行政职权。此时,机长、船长等职位也具有行政机关的法律地位。

## 第三节 行政相对人

### 一、行政相对人及其类型

行政相对人是在行政法律关系中相对于行政机关的另一方公民、法人或者其他组织。行政相对人是一个学理概念,对应于制定法上的是“公民、法人或者其他组织”。如《政府信息公开条例》第16条第1款规定:“各级人民政府应当在国家档案馆、公共图书馆设置政府信息查阅场所,并配备相应的设施、设备,为公民、法人或者其他组织获取政府信息提供便利。”有时,制定法上也使用“单位、个人”或者“任何人”的概念。如《消防法》第54条规定:“公安机关消防机构在消防监督检查中发现火灾隐患的,应当通知有关单位或者个人立即采取措施消除隐患;不及时消除隐患可能严重威胁公共安全的,公安机关消防机构应当依照规定对危险部位或者场所采取临时查封措施。”另外,“企业”、“事业单位”、“工厂”、“村民委员会”、

[36] 浙江省宁波市中级人民法院《行政判决书》([2007]甬行终字第112号)。



“居民委员会”等也经常在制定法上被用来指称行政相对人。物是否可以作为“行政相对人”，如“船舶”。《海上交通安全法》第18条规定：“主管机关认为船舶对港口安全具有威胁时，有权禁止其进港或令其离港。”在法律上，“船舶”是物，但在本条中是作拟制的“其他组织”还是“物”是值得研究的。<sup>[37]</sup>

从作为宪法“人权条款”的“国家尊重和保障人权”中，我们可以推导出行政相对人具有独立于国家的法律地位。这种法律地位具有限制或者推进行政机关行使行政权的功能。行政相对人没有这样的一种国家承认的独立法律地位，他就可能沦为行政权任意支配的客体。“国家尊重（干预防御权）和保障（给付请求权）人权”在一定程度上可以看作是行政权影响行政相对人合法权益的一条不可跌破的底线，而不是行政机关单方作出强制决定的障碍。我们的基本立场应当是：行政相对人在法的框架内的权利，必须获得行政机关的充分尊重与保障；而对于行政相对人越出法的框架的活动，应赋予行政机关足够的强制干预权。

行政相对人不是行政法上的客体，而是行政法上的主体。<sup>[38]</sup>这种法律地位使行政相对人具有了行政法上的请求权，即请求行政机关作为或者不作为，也使其与行政机关之间展开合作行政、协商和诱导行政具有了必要性和可能性。现代行政法必须发展出一套这种行政合作、协商和诱导的对话机制，并使之融入现代行政结构之中。现代行政法必须弱化行政机关与行政相对人之间的对立关系，并使之融入一种“伙伴关系”的法律精神。对于行政相对人而言，行政法除了关注行政相对人在干预行政下的服从行为外，还需要关注通过合作、协商和诱导，在行政相对人同意后的行为以及行政相对人出于自觉遵守法律的行为。行政相对人这种行政法上的多元化行为，增加了行政法律制度的多元性，也为行政法创造不同的管制技术与方法提供了依据与理由。

行政行为在行政法律关系中对行政相对人不同的效力，形成了行政相对人不同的法律地位。基于其不同的法律地位，行政相对人可以分为如下两类：

### （一）行政对象人

行政对象人是指行政行为所直接指向的行政相对人。在法律上，行政对象人的法律概念是“当事人”。如《行政处罚法》第40条规定：“行政处罚决定书应当在宣告后当场交付当事人；当事人不在场的，行政机关应当在七日内依照民事诉讼法的有关规定，将行政处罚决定书送达当事人。”有时，法律并不明确规定何者为行政对象人，但透过行政法律关系我们可以确定何者为行政对象人。如在一幢古宅被行政机关确定为文物保护单位的行政法律关系中，表面上是行政机关与该古宅之间的法律关系，但实际上该古宅的所有人、使用人或者管理人才是行政对象人。

### （二）行政相关人

行政相关人是与行政行为有法律上利害关系的行政相对人。以存在行政对象

[37] 进一步阅读田田：“海商法上船舶的法律属性研究”，载《政法论坛》1999年第5期。

[38] 进一步阅读李步云等：“论行政权力与公民权利关系”，载《中国法学》2004年第1期。

人为前提的行政法律关系中,行政行为除了影响行政对象人外,它的效力还会波及与行政行为有法律上利害关系的第三人。这种具有第三人法律地位的行政相对人,即为行政相关人。如《行政许可法》第36条规定:“行政机关对行政许可申请进行审查时,发现行政许可事项直接关系他人重大利益的,应当告知该利害关系人。申请人、利害关系人有权进行陈述和申辩。行政机关应当听取申请人、利害关系人的意见。”确定行政相关人的难题在于在个案中如何判定其与行政行为之间的利益“相关性”。如在刘佑生等原黄石市海观山宾馆118名职工诉湖北省黄石市人民政府批准兼并企业决定案中,法院认为:

“原黄石市海观山宾馆是具有独立法人资格的国有企业。黄石市人民政府于2000年12月26日决定将原黄石市海观山宾馆整体划给黄石东贝冷机集团公司,并以黄石市人民政府黄办发[2001]3号文明确了以上兼并决定,黄石市人民政府的该行为是具体行政行为。如对该具体行政行为不服,认为该具体行政行为违背了政企分开原则,违背了兼并必须自愿、有偿的原则,侵犯了企业的经营自主权及企业职工对企业的管理权,该具体行政行为的相对人原黄石市海观山宾馆或黄石东贝冷机集团公司有权向法院提起行政诉讼。该具体行政行为的效力及于原黄石市海观山宾馆和黄石东贝冷机集团公司,而不及于原黄石市海观山宾馆的职工。同时,黄石市人民政府并未因该具体行政行为而与原黄石市海观山宾馆的职工产生行政法律关系,原黄石市海观山宾馆的职工不是该具体行政行为的相对人。”〔39〕

本案中,黄石市人民政府对黄石市海观山宾馆作出兼并决定,但这个兼并决定是否影响到黄石市海观山宾馆的职工,成为本案的一个争点。法院认为该决定效力不及于黄石市海观山宾馆的职工,黄石市人民政府的兼并决定也没有与他们有行政法律关系,所以,刘佑生等原黄石市海观山宾馆118名职工不是“相对人”。其实,这个判决理由是值得商榷的。在法律上,政府的兼并决定影响了黄石市海观山宾馆职工在法律上的所属关系,即将他们“变成”黄石东贝冷机集团公司的职工。该兼并决定不是直接针对该宾馆的职工的,但这种“变成”影响了该宾馆职工在法律上的地位,所以他们应是本案中的行政相关人。

## 二、行政相对人的法律地位

行政相对人的法律地位是其法定权利和义务的总称,它是基于对抗或者请求国家作为或者不作为而为宪法和法律所确认的权利主体。虽然“对抗国家”之说可能不符合我们的传统政治文化观念,但是,它是法治国家题中应有之义。在现代行政法上,行政相对人与行政机关之间不再是从属关系,而是平等关系——基于个人为基本出发点的法律关系模式。当然,这种平等关系不是私法意义上的“意思自治”,而是一种平等关系中“不对称”的权利义务关系。以这样的视角来看待行政相对人的法律地位,与现代行政法的基本功能——控制行政权——相一致。中

〔39〕 湖北省高级人民法院《行政裁定书》([2001]鄂立行初字第6号)。

国社会具有“集体”、“家族”等团体性的组织观念,个人主体意识薄弱甚至空白,所以,个人向国家主张自己的权利时,往往被国家、单位、旁人视为“异端”。这种观念至今仍然有相当的社会基础,已经影响到了法律层面上权利保护机制的生成与发展。现代行政法需要提升行政相对人的法律地位,确立行政相对人在行政法上的主体地位,从而发挥行政相对人在现代行政法上的基本功能。

### (一) 行政相对人的权利

权利是由法直接规定,并为法所保护并加以实现。<sup>[40]</sup> 一种权利之所以可称之为“权利”,是因为权利人在权利不能实现时,可以请求国家助他实现。所以,权利的核心功能在于它是一种由法加以确保的意志力,以支配国家权力的行使、不行使以及如何行使。基本权利由宪法加以规定,法律、法规等对之加以具体化。此外,法律、法规和规章等也会规定一些非基本权利,以扩展权利保护的范同;但是,基本权利总是整个这个权利群的核心。行政相对人的权利具有防御、请求功能,权利与行政权的关系,在现代行政法上构成了一个基础性关系,具有拱顶之石之功能;所有行政法上的制度都衍生于这一基础性关系,并框定这个基础性关系的互动边界。

传统行政法上的干预行政所面向的是行政相对人的自由权。这种干预性的行政行为在现代行政法上仍然占有重要地位。与此同时,现代行政法发展出给付行政,它所面向的是行政相对人的社会权。现代行政法的基本框架是在这一行政行为的“二元构造”下展开的。因此,在现代行政法上行政相对人权利的基础性分类可以是自由权和社会权。无论是自由权还是社会权,从“国家尊重和保障人权”的宪法条款中,我们可以在逻辑上导出权利的两种基本功能:消极权利和积极权利。把这种两种权利置于权利的基础性分类中,我们可以获得如下一个行政相对人的权利分析框架:

行政行为	权利类型	例证	消极面向	积极面向
干预行政	自由权	人身自由权	尊重:如不禁止农民进城务工、居住	保障:如排除人身自由的妨碍
给付行政	社会权	受教育权	尊重:如不强制受教育的内容	保障:提供资金、物资与相应设施

基于这一权利分析框架,行政相对人在行政法上的权利是由部门行政法加以具体化的,而部门行政法上的每一项具体的权利都可以在这一框架中获得解释。为了行政相对人实现行政法上的权利,国家有义务建立一套完整的制度性保障体系,为行政相对人提供有实效性的、无漏洞的权利保障。

唯需注意的是,在行政法上,行政机关的职责并非当然对应于行政相对人的权利。因为,行政机关的某些职责并非为特定个人而设,而是为了满足不特定公众利

[40] 进一步阅读王涌:“权利的结构”,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(4),中国政法大学出版社2001年版,第242-298页。

益的需求,如整顿交通秩序、打击假冒伪劣产品等。个人如因行政机关整顿交通秩序所受到通行便利的利益,不是权利,而是一种“反射利益”。〔41〕

## (二) 行政相对人的义务

行政相对人服从国家权力的指示,并不意味着国家可以随意支配他的活动。基于权利义务相一致的原则,行政相对人在行政法律关系中也必须履行与其权利相适应的义务。行政机关科以行政相对人的义务,必须遵守法定原则。有的义务如限制人身自由,还需要有法律依据。〔42〕所谓行政相对人在行政法上的义务,可以解释为协助行政机关实现行政任务的一种负担。这种负担可以分为:

1. 容忍。对行政行为所产生的不利影响,行政相对人负有不抗拒、不阻止的义务。如在龚步甦等诉深圳市宝安区环境保护局不履行法定职责纠纷案中,法院确认:

“为解决该工地噪声扰民问题,今年1月22日被告会同区建设局召集开发商和施工单位的协商会议,制订了解决办法,明令施工单位应严格按照环保局依法规定的施工时间组织施工,如不遵守将依法严处。经过协调会后至本案庭审期间,该工地的噪声已降至原告及附近居民可以容忍的程度。”〔43〕

本案中,即使被告要求施工单位在规定的时间内施工,也会对原告产生噪声影响,但是,在客观上被告不可能要求施工单位消除发出的噪声。因经被告监管下的施工噪声已在原告可以容忍的程度内,故法院驳回了原告的诉讼请求。另外,如警察在执行公务中警车的警笛声,正在休息中的人必须容忍;容许在自己合法拥有的房屋地下规划建设地铁,并忍受施工时可能发出的震动声等。法律规定行政相对人的容忍义务,应当符合比例原则。若行政相对人承受容忍的义务超过限度使合法权益受到损失的,则有向国家要求补偿的请求权;如果行政相对人对行政行为的不利影响没有法定的容忍义务,那么行政相对人就有排除这些“妨碍”的请求权。

2. 作为。即要求行政相对人以作为的方式履行义务,如依法服兵役、缴纳税费、协助行政机关调查等。有时,法律还明确规定了行政相对人具体履行义务的方式。如《公共场所卫生管理条例》第7条规定:“公共场所直接为顾客服务的人员,持有‘健康合格证’方能从事本职工作。”行政相对人不依照法定方式履行义务,构成行政违法,依法应当承担相关的法律责任。

3. 不作为。即要求行政相对人在某种情况下不作任何行为的义务,如不在禁放地点燃放烟花爆竹,不得将房屋出租给他人用于违法犯罪活动等。与“容忍”不同的是,前者是放弃作为,而后者则是不采取行动,两者构成要件差异明显。

〔41〕 反射利益是指法律基于保护公共利益或者不特定多数人利益的目的,要求行政机关作为或不作为,个人因此在事实上所享受到的利益。他所享受的这种利益实际上只是一种事实上的期待与机会,所以,法律未赋予他有对行政机关这种作为或者不作为在公法上的请求权。

〔42〕 参见《立法法》第8条第5项。

〔43〕 广东省深圳市宝安区人民法院《行政判决书》([2002]深宝法行初字第31号)。

## 第四节 国家公务员

### 一、国家公务员及其任职条件

#### (一) 国家公务员概念

国家公务员是依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的国家机关工作人员。<sup>[44]</sup> 行政法上的国家公务员是依法履行行政法上公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的行政机关工作人员。在《行政诉讼法》等若干法律、法规中使用的“行政机关工作人员”，<sup>[45]</sup> 因它还包括有事业编制但又有行政执法身份的工作人员，所以，它在内涵上并不等同于《公务员法》上的“公务员”。规范国家公务员制度的基本法律是 2006 年的《公务员法》。国家公务员可分为以下几类：

1. 从适用《公务员法》的角度，分为行政机关公务员、非行政机关公务员（如法官、检察官等）和参照公务员管理的人员。法官、检察官还要分别适用《法官法》、《检察官法》，这两部法律是《公务员法》的特别法。参照公务员管理的人员不具有公务员的法律身份，但是，他们在公共事务管理过程中具有公务员的法律地位。<sup>[46]</sup> 如城市综合执法机关中属于事业编制的执法人员是参照公务员管理的人员。<sup>[47]</sup>

2. 依照公务员职位的性质、特点和管理需要，分为综合管理类公务员、专业技术类公务员和行政执法类公务员。综合管理的公务员所从事的事务具有综合性，如在行政机关办公室等从事行政管理的公务员。专业技术类的公务员以某一方面的专业技术从事行政管理，如公安机关中的法医、计算机操作员等。行政执法类的公务员是从事行政监管事务的公务员，如税务机关的稽查人员等。

3. 领导职务的公务员和非领导职务的公务员。有组织、决策和指挥等职能的公务员，为领导职务的公务员，反之，则为非领导职务的公务员。如行政机关中厅长、局长等是领导职务的公务员，而巡视员、调研员等则是非领导职务的公务员。这种分类有利于减少领导职数，解决部分年资与待遇不对等的公务员福利问题。

[44] 参见《公务员法》第 2 条。依照公务员法草案的说明，国家公务员的范围是：(1) 中国共产党机关的工作人员；(2) 人大机关的工作人员；(3) 行政机关的工作人员；(4) 政协机关的工作人员；(5) 审判机关的工作人员；(6) 检察机关的工作人员；(7) 民主党派机关的工作人员。

[45] 如《行政诉讼法》第 2 条规定：“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。”

[46] 《公务员法》第 106 条规定：“法律、法规授权的具有公共事务管理职能的事业单位中除工勤人员以外的工作人员，经批准参照本法进行管理。”

[47] 《杭州市开展相对集中行政处罚权试点工作的实施方案》（市委办发[2001]67 号）第 3 条第 3 项规定：“全市城市管理行政执法队伍定编 1600 名，其中行政编制 150 名，事业编制 1450 名。”

4. 选任制公务员、委任制公务员和聘任制公务员。依照法定程序选举而当选的、具有法定任期的公务员,为选任制公务员,如省长、市长、县长等。通过公务员管理权限而任命的公务员,为委任制公务员,如公安机关中的法制支队长等。以合同的方式任用的公务员,为聘任制公务员,如金融、财会、法律、信息等专业人才,<sup>[48]</sup>以及文秘、数据输入、文字处理等辅助人员。

## (二) 国家公务员任职条件

并非任何人都可以任国家公务员。法律规定国家公务员的任职条件,旨在通过组建具有较高素质的国家公务员团队,为实现依法行政原理提供人的保障。

依照《公务员法》的规定,国家公务员的任职条件是:(1)具有中华人民共和国国籍。担任国家公务员是一项公法上的权利,因此,只有中国公民才有资格担任国家公务员。(2)年满十八周岁。此条件符合《宪法》第34条的规定。<sup>[49]</sup>(3)拥护中华人民共和国宪法。宪法是“国家的根本法,具有最高的法律效力。”作为代表国家行使行政职权的国家公务员,首先必须接受宪法的约束,在宪法规定的范围内行使行政职权。(4)具有良好的品行。“良好的品行”的认定方法,在现行制度上主要有“政审”、“考察”等,它主要侧重于思想、道德方面的评价。(5)具有正常履行职责的身体条件。“正常履行职责”的认定,主要采用医学上的体检标准。在近几年的国家公务员录取过程中,这个条件已经引发了多起行政诉讼案件。如蒋韬诉中国人民银行成都分行录用行员要求身高条件案,<sup>[50]</sup>张先著诉安徽省芜湖市人事局录用公务员拒绝乙肝病毒携带者案<sup>[51]</sup>以及唐某等诉广东省佛山市人力资源和社会保障局公务员体检检测地中海贫血基因侵犯隐私权案等。<sup>[52]</sup>判断公民“具有正常履行职责的身体条件”涉及其政治权利的保障问题,在医学上给出的标准必须具有科学性。(6)具有符合职位要求的文化程度和工作能力。判断“文化程度”较为客观的、且能为一般人所接的评价标准是学历文凭。虽然它与“工作能力”之间没有必然关系,但是,除非有特殊情形,用它来评价“工作能力”也可能是引起争议最少的标准。(7)法律规定的其他条件。这里的“法律”应作狭义解释,即全国人大及其常委会制定的规范性文件。只有法律才能增加国家公务员的任职

[48] 实务中又称为“政府雇员”,如《杭州市政府雇员管理试行办法》(杭政办[2005]11号)第1条规定:“政府雇员是政府根据工作的特殊需要,从社会上雇用的法律、金融、经贸、城建、规划、信息、外语及高新技术等方面的专门人才。”

[49] 《宪法》第34条规定:“中华人民共和国年满十八周岁的公民,不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限,都有选举权和被选举权;但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。”但是,有的国家公务员在年龄上还有特别要求,如《宪法》第79条第2款规定:“有选举权和被选举权的年满四十五周岁的中华人民共和国公民可以被选为中华人民共和国主席、副主席。”《法官法》第9条规定,年满二十三岁的中华人民共和国公民才能担任法官。

[50] 四川省成都市武侯区人民法院《行政裁定书》([2002]武侯行初字第3号)。

[51] 安徽省芜湖市新芜区人民法院《行政判决书》([2003]新行初字第11号)。

[52] 广东省佛山市禅城区区人民法院《行政判决书》([2010]佛禅法行初字第38号)。

条件。<sup>[53]</sup> 实务中招录公务员设置性别、户籍等限制性条件,它的合法性是存疑的。

## 二、国家公务员的法律地位

### (一) 国家公务员义务

国家公务员的身份决定了其履行法定义务是第一位的,所以,《公务员法》首先规定了国家公务员必须履行的义务。依照《公务员法》的规定,国家公务员的义务有:(1)模范遵守宪法和法律。国家公务员的基本职责是依法行政,因此,列此项为国家公务员的首条义务,十分妥当。(2)按照规定的权限和程序认真履行职责,努力提高工作效率。这是依法行政的进一步要求,公务员在自己的职位上,必须认真做好本职工作。(3)全心全意为人民服务,接受人民监督。国家公务员是人民用纳税招聘来的“仆人”,理当为全心全意为“主人”服务,并接受“主人”的监督,不可反仆为主。(4)维护国家的安全、荣誉和利益。国家的安全、荣誉和利益是国家安全和社会稳定的前提,没有这个前提,人民的利益也得不到有力的保障。国家公务员在执行公务时必须恪守这一职责。(5)忠于职守,勤勉尽责,服从和执行上级依法作出的决定和命令。为了保证行政一体性和上下级之间政令畅通,公务员必须服从和执行上级依法作出的决定和命令。<sup>[54]</sup>(6)保守国家秘密和工作秘密。国家公务员在履行职责过程中,比较容易接触到国家秘密和工作秘密。为此,公务员负有保守这些秘密的义务。(7)遵守纪律,恪守职业道德,模范遵守社会公德。国家公务员代表国家行使行政职权,不仅需要模范地遵守宪法和法律,而且还需要在社会公德、伦理方面给社会一个正面的导向,从而促进社会的健康发展。(8)清正廉洁,公道正派。它要求公务员合法、正当地行使行政职权,不得以权谋私,假公济私,在道义上成为社会的楷模。(9)法律规定的其他义务。

### (二) 国家公务员权利

国家公务员的权利是与公务员身份相连的权利,旨在保障国家公务员依法履行行政职权。依照《公务员法》规定,公务员的权利有:(1)获得履行职责应当具有的工作条件。“工作条件”包括办公设施、文传通讯工具、外出交通工具等。国家有义务为其提供上述基本条件。(2)非因法定事由、非经法定程序,不被免职、降

[53] 《法官法》第9条规定“担任法官必须具备下列条件:(1)具有中华人民共和国国籍;(2)年满二十三岁;(3)拥护中华人民共和国宪法;(4)有良好的政治、业务素质和良好的品行;(5)身体健康;(6)高等院校法律专业本科毕业或者高等院校非法律专业本科毕业具有法律专业知识,从事法律工作满二年,其中担任高级人民法院、最高人民法院法官,应当从事法律工作满三年;获得法律专业硕士学位、博士学位或者非法律专业硕士学位、博士学位具有法律专业知识,从事法律工作满一年,其中担任高级人民法院、最高人民法院法官,应当从事法律工作满二年。”

[54] 《公务员法》第54条规定:“公务员执行公务时,认为上级的决定或者命令有错误的,可以向上级提出改正或者撤销该决定或者命令的意见;上级不改变该决定或者命令,或者要求立即执行的,公务员应当执行该决定或者命令,执行的后果由上级负责,公务员不承担责任;但是,公务员执行明显违法的决定或者命令的,应当依法承担相应的责任。”

职、辞退或者处分。为了确保公务员依法履行职责,国家必须为公务员提供职位保障制度,使其尽心尽意为公众服务。这种职位保障制度的核心在于,只要公务员依法履行职责,他的职位将获得终身法律保障。(3)获得工资报酬,享受福利、保险待遇。工资、福利和待遇是国家支付或者分配给公务员个人、家庭生活所需要的货币、实物(如住房),是公务员应当获取的劳动回报。这部分权利是否能够获得有效的保障,直接影响到公务员履行职责的积极性、有效率性。(4)参加培训。获得培训是公务员可以更好发展自己的一个重要条件。为此,国家设立行政学院等公务员培训机构,以满足公务员培训的需要。(5)对机关工作和领导人员提出批评和建议。国家公务员在履行职责过程中可以就行政管理过程中存在的问题,以合适的方式和程序提出批评和建议。(6)提出申诉和控告。对于涉及自身合法权益的处理决定不服的,国家公务员可以依照法定程序提出申诉与控告,有关国家机关必须公正处理。(7)申请辞职。国家公务员因主、客观原因不愿意或者不能继续担任国家公务员时,可以申请辞去国家公务员职务。(8)法律规定的其他权利。

### 三、国家公务员的职位关系

#### (一) 职位关系概念

职位关系是国家与公务员之间的基础法律关系,也是公务员的身份关系。职位关系是公务员履行职责的合法性基础,也是公务员享受权利承担义务的前提。

#### (二) 职位关系形成、内容与消灭

1. 职位关系的形成。公务员职位关系通过下列方式形成:(1)考任。即以考试方式录用公务员。公务员考试源于中国古代的科举制度,其优点是平等性。考试适用于录用担任主任科员以下及其他相当职务层次的非领导职务公务员。(2)选任。即通过法定程序选举的公务员,它适用于部分领导职务的公务员。(3)聘任。即通过合同的方式任用公务员,它适用于需要专业知识和专业技能的公务员,前者如法律、金融人才,后者如速记等文秘人员。(4)调任。即从非行政机关的企事业单位、团体中调入公务员。上述四种情形是公务员职位关系形成的主要事由。

2. 职位关系的内容。公务员职位关系主要有下列内容:(1)人事。它包括:第一,考核。考核是对公务员德、才、能等进行考查、审核,以确定公务员是否胜任现职,是否给予任用等。考核的结果分为优秀、称职、基本称职和不称职。它是公务员调整职务、级别、工资等的依据。第二,奖惩。对工作表现突出的公务员,可以给予嘉奖、记功等奖励,并给予一次性奖励或者其他待遇;对于违反法律、纪律的公务员,可以给予警告、记过直到开除的行政处分。第三,晋升。即依照一定的条件和原则提升公务员的职务。提升公务员应当实行任职前公示制和任职试用期制度。第四,回避。即为保障公务员公正履行职责,在法定情形下对公务员的职务作出的一种安排。回避分为公务回避、任职回避和地域回避。(2)待遇。它包括:第一,工资。工资是国家支付给公务员在任期间的货币。它由基本工资、津贴、补贴和奖



金四部分组成。第二,福利。福利是公务员工资之外由国家提供的以货币、实物等形式所享受的待遇。如节假日加班的补贴、出差补贴、经济适用房分配等。第三,保险。为保障公务员在退休、工伤、患病、生育、致残、病故、因公殉职等情况下其本人或者家庭人员获得正常生活来源,国家为此建立公务员保险制度。

3. 职位关系的消灭。公务员职位关系以下列方式消灭:(1)退休。当公务员达到法定退休年龄或者丧失工作能力时,应当离开公务员职位。不符合法定退休条件的,但本人自愿提出申请,且符合工作满30年等条件的,经任免机关批准,也可以提前退休。(2)辞职。公务员提出辞职申请,经任免机关批准之后,与国家之间的职位关系随即消灭。(3)辞退。基于法定情形,由公务员所在机关单方面终止职位关系。(4)死亡。因公务员死亡,其与国家之间和公职关系自然终止。(5)开除。开除的法效果是强制公务员退出其职位,终止其与国家之间职位关系。

#### 四、国家公务员的权利救济

凡有权利,必有救济。但某项权利以何种方式救济,则取决于法律如何安排。国家公务员基于职位关系所享有的权利,只有在相应的制度性保障下,它才是实际享有的权利。

##### (一)行政申诉

1. 申诉范围。申诉是国家公务员的一种非诉讼权利救济制度。《宪法》第41条规定申诉为公民基本权利之一,国家公务员也同样可以享有。尽管国家公务员因与国家之间存在职位关系,有着不同于一般公民的法律地位,但是他们在宪法上的基本权利仍然应当加以制度性保障。

国家公务员对下列人事处理不服的,有权提起申诉:(1)处分;(2)辞退或者取消录用;(3)降职;(4)定期考核定为不称职;(5)免职;(6)申请辞职、提前退休未予批准;(7)未按规定确定或者扣减工资、福利、保险待遇;(8)法律、法规规定可以申诉的其他情形。

2. 复核程序。国家公务员对人事处理不服的,可以自知道该人事处理之日起30日内向原处理机关申请复核;原处理机关应当自接到复核申请书后的30日内作出复核决定。复核程序不是提起申诉的前置程序,是否经过复核程序,由公务员自己选择。

3. 申诉程序。申诉程序分为:(1)申诉的一般程序:公务员对复核结果不服的,可以自接到复核决定之日起15日内,按照规定向同级公务员主管部门或者作出该人事处理的机关的上一级机关提出申诉;或者公务员自知道该人事处理之日起30日内直接提出申诉。(2)申诉的特别程序:对省级以下机关作出的申诉处理决定不服的,可以向作出处理决定的上一级机关提出再申诉;或者行政机关公务员对处分不服向行政监察机关申诉的,按照《行政监察法》的规定办理。受理公务员申诉的机关应当自受理之日起60日内作出处理决定;案情复杂的,可以适当延长,但是延长时间不得超过30日。复核、申诉期间不停止人事处理的执行。此“不停

止执行”原则有时可能导致公务员在申诉成功之后权利不可恢复,如降职之后,原职位已被行政机关任命的其他公务员在岗,因此,如同行政诉讼上的“权利暂时性保护”制度也十分必要。

## (二) 特别权力关系

传统行政法上的特别权力关系理论源于19世纪的德国。在当时的德国政制下,君主为了维护对官员及军队的统治权,使作为君主支柱的军队及官僚系统不受法治主义的支配,便排除了军人、官员在受到公权力处分时,可向普通法院提起诉讼的权利。后来,这一理论又逐步拓展到学校、监狱等其他行政领域。特别权力关系的功能在于排除一般法律适用于特定对象。<sup>[55]</sup>

《行政诉讼法》第12条第3项规定:“行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定”,不属于行政诉讼的受案范围。在1989年制定《行政诉讼法》的过程中,当时的行政法理论上尚未有所谓的“特别权力关系”之说,但《行政诉讼法》上述这一规定却与“特别权力关系”理论有暗合之一。这一立法理由至今难以考证,似乎已经成了一桩“历史悬案”。但一个不可否定的法律事实是,国家公务员因履行职责受到的行政法上的惩处,不属于行政诉讼法的受案范围。不过,在域外“特别权力关系”日益软化的当下,给公务员提供基本的权利保护已是一种法治国家发展的趋势,所以,《行政诉讼法》第12条第3项有重新检讨之必要。

---

[55] “依传统之行政法理论,所谓之‘特别权力关系’是指在特定之行政领域内,为达成行政目的,由人民与国家所建立,并加强人民对国家从属性之关系。在特别权力关系中,人民被吸收进入行政内部,不再适用在一般情形所具有之基本权利、法律保留以及权利保护等,形成‘无法之空间’,构成‘法治国家之漏洞’。”陈敏:《行政法总论》(第7版),新学林出版有限公司2011年版,第219页。

## 第六章 行政行为原理

### 第一节 引言

#### 一、行政行为概念

行政行为是行政机关对外作出的行为总称。行政机关内部的行为如公文传递、日常事务分配、召开办公会议、公务员因公出差参加会议等,因为没有涉及行政相对人的权利,所以被排除在行政法的调整范围之外。行政机关对外作出的行为依据是公法抑或私法,这里暂且不论。比如,政府采购办公用品、财政部发行国债等可能是依据私法作出的,但这类行政行为与私人之间的民事行为并不相同,前者受公共财政支出规则的约束,或者需要考虑公共利益,而后者则是一种纯私益的行为。不可否认的是,今天网络与信息传播技术的发达,将会改变行政机关作出行政行为模式,并衍生出更多的新类型的行政行为。

传统行政法限于把行政机关依照行政职权作出的行政行为作为它的调整范围,这与“行政法是控权法”的法观念有关。比如,在谈到行政法律关系内容时,主流教科书总是基于“权力—权利”的关联框架展开对行政法律关系主体、客体等问题的讨论,并把行政权进一步细分为形成权、命令权、处罚权和管理权。<sup>[1]</sup> 20世纪80年代之后随着改革开放的不断深入,国家行政任务的范围也不断地拓展,在行政领域中出现了许多以前没有的新型行政行为,如行政合同、行政指导、行政规划等。这种现象扩大了现代行政法调整的范围,也影响着现代行政法修正传统行政法的相关制度,同时创设了许多传统行政法上没有的制度。现代行政法的关注点在不移开传统行政法上对行政行为进行司法审查的同时,也扩展到了行政过程中行政行为的形成,行政程序、公众参与、协商行政、政府信息公开等随之兴起。在现代行政法上,行政行为的范围已经不再限于行政机关的行政职权行为。尽管如此,行政职权的行政行为仍然是现代行政法的规范重心,传统行政法理论体系中的绝大部分内容仍然为现代行政法所继受。

---

[1] 参见王珉灿主编:《行政法概要》,法律出版社1983年版,第4页以下;杨达等编写:《行政法概要》(校内用书),北京政法学院国家法教研室1982年版,第2页以下。

## 二、行政行为演变

从20世纪50年代开始实施的社会主义计划经济体制,使国家得以实现了对社会及个人的全面控制。这种全面控制的理念既是帝制时代中央集权传统影响的产物,也是源于当时苏联社会主义国家计划经济体制的必然。作为行政法的政治基础,这种国家主义决定了传统行政法中的国家本位,并服务于国家对社会与个人的控制。所以,传统行政法本质上是“行政管理法”,即行政机关管理社会与控制个人的工具。

20世纪80年代之后社会主义市场经济体制开始逐步取代了计划经济体制,国家本位理论开始摇动,行政法逐渐兼顾社会、个人的利益诉求,并逐步接受权力要受法律制约的法治理念。由国家单方面意志依法治理的模式变得不太适应经济与社会发展的需要;相应地,以“服务”、“协商”、“合作”为特征的新型治理模式应运而生,并作为一种补充性的治理模式为行政机关所接受。由此对行政法的影响是,在以传统行政行为为核心整理出来的行政法体系,必须辅以其他新的行政行为方式,才能满足现代社会发展的需要。现代行政法的理念逐渐获得认可,它的理论体系也不断地获得了更新。<sup>〔2〕</sup>

### (一) 传统行政法上的行政行为

虽然在计划经济体制下是否存在行政法尚有争议,但是行政法规范、行政机关、行政行为、行政救济等行政法现象却是客观存在的。<sup>〔3〕</sup>不同于西方市场经济体制下的行政法消极控权的功能,中国计划经济体制下行政法——如果我们承认有的话——的功能不是消极地维持治安,而是积极地帮助国家对社会和个人全面控制。具体而言,国家通过户籍法律制度将“乡下人”控制在土地上,将“城里人”控制在单位中,通过控制个人的流动实现维持社会秩序的目的。又如,在农业社会中由于环境问题并不突出,所以环境行政直到20世纪80年代才出现。为此,国家制定环境保障方面的法律、法规,设置了环境保护的行政机关。传统行政法上的行政行为在内容上主要有以下几个方面:

(1) 维护国家安全。早在20世纪50年代,国家制定的有关维护国家安全方面的行政法就有:《禁止国家货币出入境办法》(1951)、《海港管理暂行条例》(1954)、《外国侨民旅行暂行办法》(1954)、《海关对进出境旅客行李物品监督办法》(1956)等。到了80年代,这方面的行政法有:《外国人入境出境管理法》(1985)、《保守国家秘密法》(1988)等。由于1949年之后特定的国际形势与利益格局,国家安全一直是国家与社会发展的基本保障,因此,国家颁布了许多有关这方面的法律、法规,为行政机关实施维护国家安全的行政行为提供了合法依据。

〔2〕 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第5版),北京大学出版社、高等教育出版社2011年版。

〔3〕 如1950年政务院公布《税务复议委员会组织通则》是国家最早有关行政救济的行政法规。

(2) 维护社会秩序。因社会秩序是借助于战争的方式重建的,治安管理就成为政府的首要任务。在 20 世纪 50 年代初,《治安保卫委员会暂行组织条例》(1952)、《公安派出所组织条例》的公布实施,为治安管理提供了组织保障。《严禁鸦片毒品》(1950)、《治安管理处罚条例》(1957)、《国务院关于劳动教养问题的决定》(1957)、《户口登记条例》(1958)的公布实施,为公安机关实施治安管理行为提供了法律依据。到了 80 年代因改革开放产生的推动力,国家与社会进入了一个重大的转型期。因利益主体多元化导致的利益冲突,引发了众多的社会矛盾。在“稳定压倒一切”的社会控制政策下,国家先后颁布的法律、法规有:《关于劳动教养的补充规定》(1979)、《治安管理处罚条例》(1987、2005 修改为《治安管理处罚法》)、《信访条例》(1995、2005)、《居民身份证条例》(1985、2003 修改为《居民身份证法》)等。这些法律、法规构建了一个以治安管理为核心的维护社会秩序的组织体系,并延伸到了司法、民政、财政金融、教育、文化出版、交通运输、工商、环保等各个行政领域。

(3) 税赋征收。税赋是国家治理的物质保障,因此在传统行政法中,征收税赋是一项重要的行政行为。20 世纪 50 年代,在《全国税征实施要则》(1950)基础上,到 1951 年年底,国家先后就工商业税、契税、农业税、货物税、屠宰税、印花税、利息所得税、特种消费行为税、城市房地产税、车船使用牌照税、商品流通税、文化娱乐税等制定了相关的条例。到了 80 年代,国家又制定了《个人所得税法》(1980)、《城市维护建设税暂行条例》(1985)、《房产税暂行条例》(1986)以及 90 年代之后的《企业所得税暂行条例》(1993)等。上述法律、法规构建了一个较为完整的税赋征收法律体系,它在传统行政法中占据极为重要的地位。

## (二) 现代行政法上的行政行为

应该说,1989 年《行政诉讼法》的制定与实施是行政法从传统转向现代的一个重要标志。从那时起,行政机关一方面继续保留并日益强化传统行政法上的行政行为,为经济与社会发展提供一个稳定的社会秩序;另一方面又发展出了适应经济与社会发展(市场经济)需要的若干新型的行政行为,旨在促进社会与个人的全面发展。在现代行政法上新增加的行政行为在内容上主要有:

(1) 给付行政。给付行政旨在为个人提供生存与发展的物质保障,如国家“继续采取有效措施,促进城乡居民特别是中低收入居民收入的逐步增长,完善最低生活保障等制度,努力维护城乡居民获得基本生活水准的权利。”〔4〕这种基本生活水准权的内容包括供水、供电、供气以及保障性住房等。这些生存与发展的条件已经完全超出了个人主观努力可以达到的,因而必须由国家来组织提供。自计划经济体制延续而来的农村五保供养,在市场经济体制下因理念的变革而转换为给付行政行为。如《农村五保供养工作条例》是这一给付行政领域中的一部重要行政法规。为保障公民在年老、疾病、工伤、失业、生育等情况下依法从国家和社会获得物

〔4〕 国务院新闻办公室《国家人权行动计划(2009-2010年)》(2009年4月)。

质帮助的权利,国家制定了《社会保险法》,旨在落实宪法规定的基本权利。另外,文化教育领域中的“国家助学金”、“补助金”等制度也属于给付行政内容之一。

(2)行政规划。即为了在特定的期限内实现某一个特定的行政任务,行政机关作出一种面向未来布置与安排的行为。因人类可以利用的资源有限,通过有效的行政规划可以提高资源的利用率,因此,行政规划成了现代行政法上行政行为的重要内容之一。<sup>〔5〕</sup> 在过去的国家立法中,《城市规划法》(1989)是第一部全面规范城市规划的法律。在其他一些单行的法律中,如《公路法》(2004)第2章“公路规划”,《土地管理法》(2004)第3章“土地利用总体规划”,也分别规定了本领域中的行政规划内容。

(3)风险预防。因现代科学技术的迅速发展以及人类行为对自然不断产生的影响等因素,现代社会在21世纪初全面进入了一个风险社会,各种不确定的因素严重威胁人类的生存与发展。为此,在社会治理中行政机关发展出了一系列的“风险预防”行政行为,旨在为社会和个人的生产、生活提供一种有效的风险预防机制,将可能遇到的风险降到最低限度。在国家立法中,较早规定“风险评估”、“风险预警”的立法是《进出口商品检验法实施条例》(2005),该条例第14条规定:“国家质检总局建立进出口商品风险预警机制,通过收集进出口商品检验方面的信息,进行风险评估,确定风险的类型,采取相应的风险预警措施及快速反应措施。”到2011年《国有土地上房屋征收与补偿条例》为止,约有40余部法律、法规和规章规定了风险预防的法律机制。

### 三、行政行为功能

在现代行政法体系结构中,行政行为的功​​能主要体现在以下几个方面:(1)法规范的具体化。除行政立法行为外,行政行为是行政机关在个案中依法所作出的一种处理。本质上,它是抽象法规范通过行政行为这一中介实现具体化的过程。(2)行政法的体系化。将行政行为这一基础性概念作为行政行为类型化作业的工具,并通过类型化的行政行为连接行政机关与行政相对人之间的关系,实现行政法的体系化。(3)作为行政救济的客体。当行政行为影响行政相对人合法权益时,行政相对人可以把它作为行政救济的客体,启动行政救济程序,以维护自己的合法权益。

〔5〕 进一步阅读朱芒、陈越峰主编:《现代法中的城市规划——都市法研究初步》(上下卷),法律出版社2012年版。

## 第二节 行政行为分类

### 一、分类标准与内容

#### (一) 分类标准

行政机关具有公、私法上的双重法律身份,身份不同实施的行为也具有不同的性质。行政法是公法,它所规范的对象是行政机关依据公法所作出的行政行为。在这里,公法可以被界定为有关行政职权的法。所谓行政法是“控权法”,也是在这一命题下推出的结论之一。因此,以公、私法作为行政行为分类的基础性标准是行政法学上较为公认的观点。

行政机关依据私法作出的行为,如行政机关将多余的办公用房出租、购买办公用品以及政府发行债券等。<sup>[6]</sup>它们受私法调整,行政机关与私人具有相同的法律地位,发生争议后也由法院的民事庭审理。行政机关这类纯粹私法意义的行为,由私法加以调整没有争议。当然,行政机关在这类纯粹私法意义上的行为在支付费用时,需要受到公共财政支付规则的限制,使得这种私法行为有了行政法的意义。行政机关有时以私法的方式用来执行行政任务,使得这种私法行为具有了“公益性”,故被称为行政私法行为。如国有土地出让合同的纠纷诉讼,最高人民法院已经有了相关的行政判决案例。<sup>[7]</sup>

需要指出的是,供水、供电、供气、城市公共交通、邮政等公共服务,自计划经济体制以来,一直由国有企业担当。在市场经济体制下,民营企业也有限地被允许分担了部分公共服务的职能,如邮政快递、民营供水等。在公共服务关系中,提供者与使用者是私法关系,行政机关与提供者、使用者是公法关系。对于这部分公共服务的提供,行政机关的职责是监管,<sup>[8]</sup>如审查资格准入等;有时,基于监管的便利性,国家也通过法律、法规授予这类企业部分的行政职权。如《城市供水条例》第

[6] 国家财政部《2009年地方政府债券预算管理办法》(财预[2009]21号)。

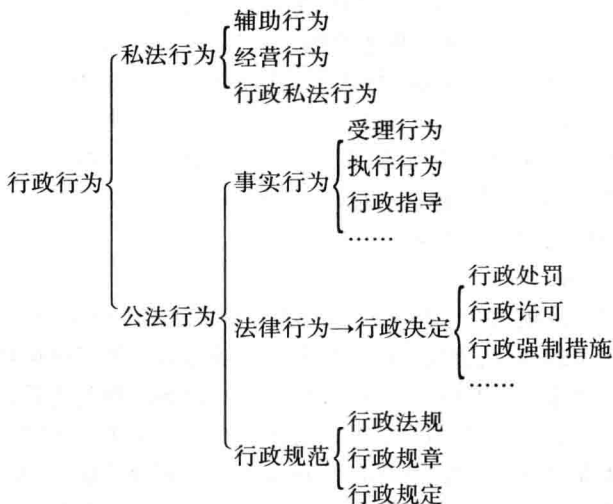
[7] 最高人民法院《行政判决书》([1997])行终字第2号)。

[8] 如在温顺建诉荣县水务局不履行城市供水管理职责案中,2003年6月,荣县双石镇正强自来水厂以自来水管网陈旧,需要维护为由,要求温顺建等自来水用户交纳管网维护费。温顺建认为管网维护应是自来水厂的职责,拒绝交纳。同月30日,自来水厂未经批准,对温顺建等用户停止供水,温顺建书面申请荣县水务局对自来水厂的违法停水行为进行查处。2003年7月1日,原告温顺建认为书面申请后24小时仍未恢复供水,以荣县水务局不履行供水管理职责为由向荣县人民法院提起行政诉讼,请求人民法院判决被告荣县水务局履行法定职责,作出具体行政行为,对荣县双石镇正强自来水厂擅自停水行为进行查处,恢复供水,以保护原告的合法权益。温顺建与荣县双石镇正强自来水厂之间的法律关系是私法性质的,当双方发生争议时,温顺建则通过请求荣县水务局以履行法定职责的方式保护自己的合法权益。参见最高人民法院行政审判庭编:《行政执法与行政审判》(总第10集),法律出版社2004年版,第145页。

32 条规定：“禁止擅自将自建的设施供水管网系统与城市公共供水管网系统连接；因特殊情况确需连接的，必须经城市自来水供水企业同意，报城市供水行政主管部门和卫生行政主管部门批准，并在管道连接处采取必要的防护措施。”这里的“同意权”是行政法规授予城市自来水企业的一项行政职权。

## (二) 分类图表

基于公、私法基础性分类标准，行政行为内部可作如下展开性分类：



## 二、公、私法行为

### (一) 公法行为

公法行为是传统行政法的核心。传统行政法是以行政行为(这里的“行政行为”是公法行为)为中心而展开的一个法体系,行政机关与行政相对人之间的“不对等性”是行政法律关系的基本特征,<sup>[9]</sup>在行为方式上表现为干预,如行政处罚、行政强制等。在现代行政法中,公法行为仍然保持着它在行政法体系中的核心地位,但因行政程序中的听证、信息公开等制度的作用,行政法律关系中的“不对等性”逐渐淡化。在给付行政中,公法行为是一种不可替代的重要行政行为,如救济金给付决定、保障性住房的资格审查决定等。公法行为对公民的合法权益有直接影响,即使是给予利益的行政行为,也可能存在着影响行政相对人合法权益的可能性。如行政相对人申请救济金 500 元,行政机关经审查之后准予 300 元。在这个行政决定中,给予 300 元救济金是给予利益的,减少 200 元救济金是不利的。因此,在以公法行为作为核心而展开的行政法体系中,依法行政构成了行政法的基本原理。

[9] 参见罗豪才主编:《行政法学》,中国政法大学出版社 1989 年版,第 15-16 页。



行政决定与行政规范是两种基本的行政行为。在行政决定作出时,它所适用的行政相对人范围在客观上是封闭的,如行政处罚决定、行政许可决定等。行政规范所适用的行政相对人是不确定的,它预设了相关的条件,只对符合预设条件的行政相对人适用。如《个体工商户条例》适用于“个体工商户”。一般的行政规范在适用对象上通常表述为“公民、法人或者其他组织”,它的适用对象范围总是呈开放性的,在行政规范效力存续期间,符合条件的“公民、法人或者其他组织”都是它的适用对象。在事实行为中,也可以适用对象是否可确定进行分类。

行政决定在传统行政法上占据重要地位,它是传统行政法体系中的核心概念,所有行政法上的制度都是围绕着“行政决定”而展开的。这种状况在现代行政法中也没有得到根本性的改变。在行政规范中,除行政规定外,行政法规、行政规章都是由法律明确的立法性行政行为,即行政机关依照立法程序实施的行政行为。虽然行政规定不是《立法法》调整的范围,但是,它也具有规范性,与行政法规、行政规章一样都是行政决定的依据。

## (二) 私法行为

私法行为是行政机关基于与私人在民法上相同的地位所实施的行为。对于私法行为在行政法中的地位,德国行政法学上已有较为成熟的理论可资借鉴。<sup>[10]</sup> 私法行为在传统行政法上没有的地位,所以现代行政法理论对此还是比较陌生的,但行政实务中,作为私法性质的行政行为却有客观存在的事实。在现代行政法上,由于某些私法行为兼具有公益性,用私法调整这类行为出现了难题,如在城市供水法律关系中,用户如不依照规定交纳水费,不是中断供水,而是给予罚款的行政处罚。<sup>[11]</sup> 在这里,用户不依照规定交纳水费,构成了一个应受处罚的违反行政管理法规的行为,与“供水法律关系”的私法性质完全不同。所以,尽管实务中尚未发生相关的行政诉讼案件,但行政法学界的一些学者在受外国行政法理论的影响下,开始讨论将这部分行政行为纳入行政法调整的可能性。

1. 由私法调整的私法行为:辅助行为和经营行为。辅助行为是指辅助行政机关实施公法行为而实施的行为,如行政机关以私法合同方式建造办公大楼,将办公大楼的物业管理承包给某一物业公司以及聘用保安等;公安机关为测量驾驶员是否醉酒驾驶而购买检测设备;以合同方式雇用办公大楼的保安人员。经营行为指的是行政机关代表国家参与经济行为,以达到增加财政收入、国有资产保值的目的,具有营利性。它可以分为两类:(1)行政机关直接从事行政营利行为,如出租多余的办公用房等;(2)行政机关通过设立国有公司、银行等,从事营利行为,如中石油、中石化等。如同私人一样,它们也必须遵守市场交易基本规则。另外还有管理国有财产的行为,如发放国债,以实现国有资产保值、增值。上述私法行为引起的法律争议,由法院依照民事诉讼程序裁决。当然,与私人从事的营利行为不同的

[10] 参见[德]毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第33页以下。

[11] 参见《城市供水条例》第35条第1项。

是,行政机关在从事营利行为时,有时还兼有执行公共政策的功能,如平抑物价等,同时,行政机关从事上述私法行为时,也需要遵守宪法上如“国家尊重和保障人权”等条款,而不能把自己定位于一个纯粹的私人。所以,现代行政法才需要把这类行为也纳入其视野加以考量。

2. 由公法调整的私法行为:行政私法行为。行政机关以私法方式执行行政任务的行为,由公法调整,但私法也有一定的适用空间。在现代行政中,一些私法方式被引入行政领域,取代行政机关“命令—服从”的行为模式。在一些行政事务(领域)中,行政机关采用私法的方式执行行政任务,从而出现了由公法调整的私法行为,如国有土地有偿出让、中小学教师定向委托培养等行政合同行为。行政机关以私法的方式实现行政法的任务,如供水、电、气、热等。政府基于公共目的而给予私人的补贴、贷款,如给企业发放补贴支持其技术创新。政府为特定个人向社会购买服务,如居家养老等。行政机关选择以私法方式执行、实现行政任务,应以没有法律禁止性规定为前提。对于这类行为引起的法律纠纷,行政诉讼实务中已有不少案件,如行政合同争议,但在学理上它们的性质归属仍然是有争议的。在这种行政行为中,双方不能完全依照“意思自治”来决定行政行为的内容,仍应当遵守行政法的若干原则,尤其要防止行政机关利用私法规避行政法的约束。

公法调整的私法行为将可能最早脱离于私法体系而成为现代行政法中的一部分。在公法行为之外承认部分私法行为作为行政法体系的内容之一,可以弥补公法行为在实现行政法任务过程中缺少柔性等缺陷,为行政机关在有效完成行政任务的方式上增加多种选项,以应对不同的行政情境。

有时,行政机关可以将公法行为与私法行为结合起来实施,以满足不同的行政任务的需要,在学理上即“双阶理论”。如国家经济适用房的分配中,确定申请人是否具有购买经济适用房的资格是公法行为(行政决定),申请人获得资格后与国家订立购房合同行为是私法行为。一旦引起法律争议,可以分别采用公、私法不同方式救济。

### 三、相关问题的展开

#### (一)公、私法的划分

公、私法的划分理论源于大陆法系,在学理上迄今为止并无统一标准,仅学说现存多达十余种。<sup>[12]</sup> 尽管如此,在绝大多数情况下,公、私法的划分作为一个理论分析框架,在许多法学问题上仍然具有较强的解释力。在计划经济体制下,我们并不承认这种法的分类理论。<sup>[13]</sup> 但是,到了20世纪90年代之后,一些学者“把公法与私法的区分作为建立社会主义市场经济法律体系的前提”,<sup>[14]</sup> 并获得了越来越

[12] 参见蔡志方:《行政救济与行政法》(2),三民书局1993年版,第18页以下。

[13] 参见王珉灿主编:《行政法概要》,法律出版社1983年版,第10页。

[14] 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社1999年版,第57页。

多的人的共识。在这样的学术背景下,有关“公法”的学术刊物、研究所和论著等也应运而生,公法成为一个包括宪法、行政法等在内的学理概念,与包括民法、商法等在内的私法相对应,构成了解释中国法现象的一对基础性概念。

行政法属于公法,行政行为属于公法上的行为,是行政法规范的对象。这些命题在传统行政法上没有异议。但是,如前所述,在现代行政法上出现了行政机关依照私法作出行政行为,并使之作为执行行政任务的一种手段。因此,通过引入公、私法基础性分类作为划分行政行为的标准,使得所有的行政行为都能获得公法或者私法的“关照”,即调整某种行政行为的法规范,不是公法,便是私法。当然,在学理上公、私法之间的界线无论多少清晰,最终起决定作用的应当是法院的裁判。

## (二) 私法行为与行政法体系内容

当下主流的行政法教材对行政机关的私法行为并无着墨,这是传统行政法的主要特征。当行政机关的私法行为中存在着“公益”,且私法调整方法产生了不可克服的困难时,将这部分私法行为纳入行政法调整的范围,便是现代行政法区别于传统行政法的要点之一。比如,行政机关为了公益而单方解除行政合同,是私法不可调整的争点。若依照私法加以调整,则公益就可能难以得到保障。

当然,一旦行政法体系接纳了行政机关的部分私法行为,由此产生的法律问题我们也应当正视:(1)公法规范在私法中是否存在适用的空间;如果有,空间可以有多大?比如在行政合同中,私法规范是行政合同的基础性法律规范,在形式上,公法规范的介入仅仅在“合同”前面加上“行政”,但实质上却是改变了私法规范的适用范围,甚至可能会将某些私法规范挤出调整行政合同规范的范围。(2)“意思自治”的规则是否需要收缩它的效力范围;如果有,收缩的法域界线在哪里?“意思自治”首先将会受到依法行政原理的约束。在行政机关的私法行为中,只要涉及公益,“意思自治”可能要让位于依法行政原理。(3)如何防止行政机关为避开公法责任而采用所谓的“遁入私法”的策略?公法责任不得通过私法方式转移,比如行政机关借助于合同的约定,推卸行政赔偿或者补偿责任。上述三个课题,有必要加以更为深入的研究。

## (三) 内部行为与效力外部化

行政机关的内部行为因为没有行政相对人权利因素,所以它不属于行政法调整的范围。内部行为追求的价值是效率,属于行政学或者行政管理学研究的对象,比如行政机关内部机构的设置、行政机关之间的联席会议、行政机关内部或者行政机关之间的公文传递、会签等。但是,如果内部行为涉及行政相对人的权利因素时,则产生了效力外部化的现象。这种效力外部化的内部行为,也属于行政法调整范围。如在延安宏盛建筑工程有限责任公司诉陕西省延安市安全生产监督管理局生产责任事故批复案中,法院认为:

“按照《行政诉讼法》的规定,作为内部行政行为的批复不可诉,但内部行政行为通过行

政机关职权行为外化后,则可以纳入行政诉讼的受案范围。”〔15〕

在这里,“通过行政机关职权行为”的要件十分重要,若无此要件,那么内部行政仍在“内部”之中,未对外部相对人产生实际影响,也就不可能成为行政诉讼的客体。

#### (四) 国家行为

国家行为,或称统治行为、行政机关在宪法上的行为等。作为一个法律概念,国家行为最早出现在《行政诉讼法》第12条。该条规定“国防、外交等国家行为”,不属于行政诉讼的受案范围。最高人民法院《若干解释》第2条规定:“是指国务院、中央军事委员会、国防部、外交部等根据宪法和法律的授权,以国家的名义实施的有关国防和外交事务的行为,以及经宪法和法律授权的国家机关宣布紧急状态、实施戒严和总动员等行为。”依照这一解释,国家行为对外具有主权性,对内具有最高性,且具有高度政治性,因此,学理上把国家行为划给宪法调整是妥当的,〔16〕《行政诉讼法》将它排除在行政诉讼受案范围之外也是正当的。当然,一些涉及行政相对人的权利,且政治性程度不高的国防、外交行为,基于权利保护的充分性原则,仍然应当划入行政法调整范围,如国防征兵、颁发出国护照等。行政相对人对于这类行政行为不服的,可以提起行政诉讼。〔17〕

〔15〕 《中国行政审判指导案例》(第1卷)第1号案例,中国法制出版社2010年版,第1页。

〔16〕 《香港特别行政区基本法》第19条第2款规定:“香港特别行政区法院对国防、外交等国家行为无管辖权。香港特别行政区法院在审理案件中遇有涉及国防、外交等国家行为的事实问题,应取得行政长官就该等问题发出的证明文件,上述文件对法院有约束力。行政长官在发出证明文件前,须取得中央人民政府的证明书。”

〔17〕 如游淑平不服龙岩市人民政府征兵办公室行政处罚案,福建省龙岩市中级人民法院《行政判决书》([1992]龙法行字第8号);马洪兴不服南通市公安局出入境管理行政处罚案,江苏省南通市中级人民法院《行政判决书》([1999]通行终字第30号)。

## 第七章 行政行为:行政决定

### 第一节 行政决定的一般理论

#### 一、行政决定概念

法规范中抽象的权利和义务只有转化为具体的权利和义务,它的法功能才能实在化。如《反不正当竞争法》第15条规定:“投标者不得串通投标,抬高标价或者压低标价。投标者和招标者不得相互勾结,以排挤竞争对手的公平竞争”。根据该法第27条规定,违反第15条规定的,“监督检查部门可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款。”现假设有甲、乙两家企业在高速公路建设招投标中串通投标,经查证违法行为属实,工商局决定给予甲、乙两家企业5万元的罚款。在这个案件中,将抽象法规范转接到个案的法律技术就是作为行政决定种类之一的行政处罚决定(罚款),没有这个行政处罚决定,《反不正当竞争法》第15条永远是“悬空”的。所以,行政决定具有将法规范中抽象的权利和义务加以具体化的功能。

由此,我们可以对行政决定作如下定义:行政决定是行政机关依照法定职权对可确定的行政相对人作出的,旨在形成个别性的权利和义务关系的单方行为。<sup>〔1〕</sup>行政决定在主体结构模式上可以分为:(1)直线型。即一方行政机关对另一方行政相对人作出决定,如行政决定等。(2)三角型。即行政机关居于中间地位,对行政相对人之间的民事争议作出决定,如土地权属争议处理决定等。进一步明确如下几个方面的问题,有助于我们提升对行政决定的认识:

1. 行政决定具有如同法规范一样的存续效力,而其他如事实行为则没有这样的制度性保障。行政决定具有稳定、明确行政机关和行政相对人之间法律关系的

---

〔1〕 关于行政决定的定义,德国《联邦行政程序法》第35条规定:“行政处分,系指官署为处理公法上之具体案件,所为之处分、决定或其他公权力之处置,而对外直接发生法律效力者而言。”中国台湾地区“行政程序法”第92条规定:“本法所称行政处分,系指行政机关就公法上具体事件所为之决定或其他公权力措施而对外直接发生法律效力之单方行政行为。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(已失效)第1条规定:“具体行政行为是指国家行政机关和行政机关工作人员、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织或者个人在行政管理活动中行使行政职权,针对特定的公民、法人或者其他组织,就特定的具体事项,作出的有关该公民、法人或者其他组织权利义务的单方行为。”

功能;行政决定没有这一功能,法规范就不可能对行政相对人产生预期的法律效果,法规范的目的也就不可能实现。从这个意义上说,行政决定是联结法的此岸(法规范)和彼岸(个案)之间的桥梁。通过这个“桥梁”,法规范中的法效力被运送到了个案之中。这里的“桥梁”,除了行政处罚决定外,还有行政许可决定、行政强制决定、征收补偿决定等。

2. 现代行政法以它的法律体系开放性优势,接纳了行政决定以外的许多其他行政行为,但是,行政行为的多样性至今并没有从根本上动摇行政决定在现代行政法中的核心地位,现代行政法仍然是以行政决定为核心而展开的法律体系。<sup>[2]</sup> 虽然这个法律体系的架构在某些方面可能发生了若干变化,并增添了许多从未有过的内容,但是,在未来相当时期内行政决定仍然是现代行政法的中心。

3. 行政决定是一个通用于行政实体法、行政程序法和行政诉讼法的基础性概念;也正是这个基础性概念,将行政实体法、行政程序法与行政诉讼法串连成一个整体性法框架。在行政实体法中,行政决定是抽象法律规范的在个案中具体化的工具,具有法安定性功能;在行政程序法中,作为过程的行政程序始终是以行政决定的作为目标的,行政决定作出意味着一个行政程序的终结;在行政诉讼中,行政决定始终是提起行政诉讼的要件之一,是司法审查的对象,所有的行政诉讼活动主要都是围绕着行政决定这个中心展开的。

4. 行政决定必须为所有的组织和个人尊重。行政相对人必须履行行政决定具体化的义务,除非它有法定无效情形,<sup>[3]</sup> 否则,即使在行政相对人提起行政诉讼之后,原则上也不停止执行该行政决定。行政相对人不履行行政决定所设定的义务,行政机关可以依照法律规定“自力救济”。<sup>[4]</sup>

## 二、行政决定要素

### (一) 行政机关

行政决定是由行政机关作出的一种行政行为。行政机关是代表本级人民政府在法定管辖权范围内对外作出行政行为,并具有独立法律地位的组织。如根据《土地管理法》第 58 条的规定,国土资源局有权作出收回国有土地使用权的决定。各级人民政府也是行政机关,如根据《国有土地上房屋征收与补偿条例》第 26 条的规定,市、县级人民政府有权作出征收补偿决定。

[2] “行政行为的多样性”是指在行政决定之外,现代行政法发展出了如行政指导、行政合同、行政规划、政府信息提供等行政行为,旨在更好地完成行政任务。如《农村五保供养工作条例》(2006)第 17 条规定:“乡、民族乡、镇人民政府应当与村民委员会或者农村五保供养服务机构签订供养服务协议,保证农村五保供养对象享受符合要求的供养。”关于行政合同还可参阅最高人民法院《行政判决书》([2001]行终字第 10 号)。

[3] 《行政处罚法》第 3 条第 2 款规定:“没有法定依据或者不遵守法定程序的,行政处罚无效。”

[4] 《行政强制法》第 34 条规定:“行政机关依法作出行政决定后,当事人在行政机关决定的期限内不履行义务的,具有行政强制执行权的行政机关依照本章规定强制执行。”

行政机关以外的组织,在获得法律、法规授权时也具有与行政机关相同的法律地位,可以作出行政决定。如《行政处罚法》第17条规定:“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚。”又如在溆浦县中医院诉溆浦县邮电局不履行法定职责案中,法院认为:

“长期以来,我国对邮电部门实行政企合一的管理模式。邮电部门既具有邮电行政主管部门的职权,又参与邮电市场经营。经过改革,目前虽然邮政和电信初步分离,一些电信部门逐渐成为企业法人,但是由于电信行业的特殊性,我国电信市场并未全面放开,国有电信企业仍然是有线通讯市场的单一主体,国家对电信方面的行政管理工作,仍然要通过国有电信企业实施。这些国有电信企业沿袭过去的作法行使行政管理职权时,应视为《中华人民共和国民事诉讼法》第二十五条第四款所指的‘由法律、法规授权的组织’。”〔5〕

不过,在最高人民法院《若干解释》中,规章授权的组织只可以作行政诉讼被告,它们没有行政机关的法律地位。

行政机关依照宪法作出具有高度政治性的决定不是行政决定,如国务院发布戒严令等。人民代表大会、法院和检察院以及军事机关不是行政决定的要素之一,虽然它们作出的某些行为具有行政决定的特质,如人大常委会作出不准许某公民旁听会议申请的决定,军事机关批准某现役军人转业的决定等,它们不属于行政法调整。

## (二)法定职权

作为行政决定要素的法定职权,有以下两点内容:(1)原则上,它是由法律、法规和规章基于公共利益(与体现私益的民事法律不同)的需要而预先规定的。宪法在法律、法规和规章空缺时,可以临时“出场”补充法律、法规和规章的缺位。行政规定在不抵触法律、法规和规章的情形下也可以提供“法定职权”。除此之外,指导性案例、行政惯例、法的原则、公共政策等行政法不成文法源在一定条件也是法定职权之“法”的内容。(2)职权,即系一种基于国家强制力的支配力,它具有在不取得行政相对人同意的前提下,支配其人身、财产等权益的权力,如公安机关强制驱散违法的游行示威人群。〔6〕

在合法性面向上,法定职权是一个行政决定的合法要件。但是,这里作为行政决定要素的“法定职权”,试图在行政机关的行政决定与它在私法上的行为之间划出一条界限。如政府采购不是行政机关依照法定职权作出的强制购买行为,而是一种依照《合同法》规定从事的民事活动。〔7〕

〔5〕《最高人民法院公报》2000年第1期。

〔6〕《集会游行示威法》第27条第2款。

〔7〕《政府采购法》第43条规定:“政府采购合同适用合同法。采购人和供应商之间的权利和义务,应当按照平等、自愿的原则以合同方式约定。”上海良讯科技有限公司与北京市民族文化艺术职业学校等招标投标买卖合同纠纷上诉案,北京市第二中级人民法院《民事判决书》(〔2009〕二中民终字第10581号)。

### (三)可确定的对象

行政决定所指向的对象必须是可确定的,即行政决定在它的生效时间基点上所影响的行政相对人是可确定的,在外围上具有封闭性,在行政决定存续期间也不可能再扩大。此为行政决定具有将法规中抽象的权利和义务进行具体化功能的最本质的体现。在最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《若干意见》)第1条中,“特定”曾经是它界定“具体行政行为”的一个核心概念。<sup>[8]</sup>在这里,它与“可确定”的含义是相当的。

可确定的对象有两种情形:(1)在行政决定内容中可以直接确定个人或者组织——有名有姓、身份特定,如行政处罚中受处罚人、行政许可中申请人等。这种情形在实务中没有争议。(2)从行政决定内容中可以确定某一类人且这类人的人数在行政决定生效时已经确定、封闭。如在方小燕等688名个体出租汽车经营户与杭州市人民政府征收出租汽车经营权有偿使用费、核定经营权使用期限行政争议案中,被告在《杭州日报》上发布一则通告,主要内容是“对市区(不含萧山、余杭区)原行政审批取得经营权,但至今尚未缴纳经营权有偿使用费的小型客运出租汽车,按每辆3万元标准对其一次性征收经营权有偿使用费。”<sup>[9]</sup>由于自1992年以来杭州市人民政府不再新增行政审批出租汽车经营权,该通告所针对的行政相对人是可确定的,在通告发布之后也不可能再增加,所以,该通告是一个行政决定。又如,在重庆市垫江县桂溪镇北苑小区董永华等108户被拆迁户与重庆市人民政府行政复议决定上诉案中,对重庆市垫江县人民政府作出的垫府发[1998]2号文件《关于认真做好北苑小区旧城改造房屋拆迁补偿安置工作的通知》的性质,法院认为:

“垫江县政府作出的垫府发[1998]2号通知中有关拆迁补偿安置的标准、办法以及未按通知执行的法律后果等内容涉及到当事人权利义务,上述内容针对的对象是特定的,即北苑小区的全部被拆迁单位和被拆迁户。上述内容的效力只适用于北苑小区旧城改造范围的被拆迁单位和被拆迁户,其效力不及于其他对象,不能反复使用,一旦北苑小区的拆迁工作完成,该通知即失去其效力。”<sup>[10]</sup>

[8] 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(1990,现已失效)第1条规定:“具体行政行为,是指国家行政机关和行政机关工作人员、法律、法规授权的组织、行政机关委托的组织或者个人在行政管理活动中行使行政职权,针对特定的公民、法人或者其他组织,就特定的具体事项,作出的有关该公民、法人或者其他组织的权利义务的单方行为。”具体行政行为即行政决定。

[9] 浙江省高级人民法院《行政判决书》([2001]浙行终字第26号)。

[10] 最高人民法院《行政判决书》([2001]行终字第14号)。另在易泽广诉湖南省株洲县人民政府送电线路建设工程征地拆迁补偿安置决定案中,法院认为,株洲县人民政府制定下发株县政办发[2007]9号《长衡500KV送电线路工程株洲县建设工程征地拆迁补偿安置办法》是一个“行政决定”,具有可诉性。参见《中国行政审判案例》(第2卷)第44号案例,中国法制出版社2011年版,第22页以下。



有时,行政机关可以对物作出行政决定,此为行政决定的特殊情形。这种行政决定虽然表面上以物为对象,实际上它的对象仍然是可确定的行政相对人。也就是说,行政机关对物的行政行为只要具有具体的法拘束效力,它就是行政决定。如根据《国务院关于核定并公布第六批全国重点文物保护单位的通知》(国发[2006]19号),浙江大学的之江大学旧址(V-78)被列为近现代重要史迹及代表性建筑。这个对物作出的行政决定,它的行政相对人应是该旧址使用人浙江大学。在这里,我们需要区分行政决定和法律关系的不同。法律关系需要人的介入之后才能具体化,但行政决定未必,而且行政决定本身就是行政法律关系产生、变更和消灭的依据。所以,我们不能将“对人或者对物”理解为行政法律关系的另一方,毋宁是行政法律关系的内容之一。

如果行政相对人不可确定的话,那么,行政机关作出的行政行为不是行政决定。从上面的论述中我们可以得出这一结论。但是,在实务中,有时因为事件要素——它本身可以分为确定和不确定——的介入,从而增加了认定是否属于行政决定的难度:

实例1:城管局要求临街水果经营户李四随时清除“门前三包”区域内的垃圾杂物。在此决定中,行政相对人是特定的,但事件是不特定的。在这个“要求”存续期间,只要在李四“门前三包”区域内有垃圾杂物,他都负有清除的义务。在这里,“垃圾杂物”不是特定的,而是将来可能产生的、不知何种性质的垃圾杂物。由于此类“要求”的行政相对人可确定,一般可以划入行政决定。

实例2:市政府发布公告:禁止今年春节燃放烟花爆竹。在此公告中,事件是特定的,但行政相对人则是不确定的。在人的适用对象上,这个决定与行政机关制定发布一个行政规范相同。但由于“今年春节”的限定,使该决定适用的事件确定,但适用的人是不确定的,所以,该公告不是行政决定。

在实务中,如行政机关发布决定,因本大楼某住户一居民感染“非典”,现依法隔离本大楼,禁止任何人出入本大楼,又如博物馆中禁止拍照、摄像的命令等,这类行政决定在大陆法系国家行政法上称为“一般行政决定”。<sup>[11]</sup>它是行政决定的特例。关于交通标志的性质,历来也是实务中争议较大的一个问题。一般区分为两种情形:(1)交警手势或者人工、自动信号灯。这类交通标志的性质是一般行政决定;(2)内容固定不变的交通指示牌,如限速标志等,在学理上被认为是法律规范的重述。<sup>[12]</sup>虽然事件为具体的,但行政相对人却是不确定的,且具有面向未来的

[11] 德国《联邦行政程序法》第35条规定:“一般处分(Allgemeinverfügung)系对由一般性特征而确定其范围之人所为,或有关物之公法性质及其共同使用之行政处分。”

[12] 陈敏教授认为这种是“法规命令”,但他认为行政程序法施行之后,依照第92条第2款后段,为“物之行政处分”可能成为一种通说。参见陈敏:《行政法总论》(第7版),新学林出版有限公司2011年版,第346页。另外,许宗力教授也持这一观点,参见许宗力:“行政处分”,载翁岳生编:《行政法》(上),元照出版有限公司2007年版,第500页。

开放性,所以,它不是行政决定,而是具有与法规功能相同的一种命令。

#### (四)单方行为

行政决定的法理源于民事法律行为。在不违反法律、行政法规的强制性规定的前提下,民事法律行为的内容可以通过双方当事人协商确定。但是,行政决定的内容因为涉及公共利益,事先都是由法律、法规和规章加以规定的。也就是说,行政决定的内容是不能由双方当事人协商的,而只能由一方当事人即行政机关单方决定。行政机关在作出决定之前听取行政相对人意见,不是与行政相对人协商行政决定的内容,而是为了确保行政决定的合法性。

单方行为这一要素为行政机关保留了单方面,且不需要征得行政相对人同意即可以作出行政决定的法理基础。也就是说,行政机关是否作出行政决定,以及如何作出行政决定,取决于行政机关在行政过程中的主观判断与裁量;即使在依申请的行政决定中,如申请营业执照,行政相对人的申请也不能视为他的一种同意,而是一种协助行政机关作出行政决定的程序性法律行为,或者说是行政机关作出行政决定的前提。行政决定的单方性特征,使得我们能够清楚地将行政机关订立的行政合同以及私法上的行为划出行政决定的范畴。在干预行政中,强调行政决定的单方性尤为重要,因为行政决定若没有这种单方性,行政机关就难以维持一种正常的社会发展所需要的秩序。秩序依赖于权力,无权力即无秩序。

#### (五)意思表示

以行政机关作出行政行为时是否有实现某种法效果为目的的意思表示为标准,把行政决定从行政行为中分离出来。这一划分标准源于德国行政法。<sup>[13]</sup>德国行政法上“意思表示”理论是受到了民法的影响,并以此为基础创造了它的行政决定理论体系。这一理论已为我国所继受。民法中的“意思表示”蕴含着意思自治原则,它的法律价值在于对抗国家权力对民事法律活动的干预。与民法不同的是,行政法上意思表示的内容是法定的,且它能使行政决定产生法效力。不同于行政决定可以产生法效果,行政事实行为仅仅在客观上产生一种“事实”,并因法律规定使得这种事实具有法律意义而已,即行政事实行为并非没有法效果,而是这种法效果是由法规定的,故不同于由行政机关意思表示所产生的法效果。由于行政事实行为本身是一种复杂的行政法现象,所包括的内容也十分庞杂。需要指出的是,在行政决定中,如行政相对人的申请等行为中也有意思表示存在,在行政合同等行政法律行为中,行政机关和行政相对人也都有意思表示,这在学理上称之为“单纯行政法意思表示”,<sup>[14]</sup>不产生作出行政决定的法效果。

#### (六)直接对外发生法效力

行政决定的作出将直接引起行政法律关系发生、变更或者消灭。“直接”意味着它不需要任何转换工具,即可产生规范行政相对人权利和义务的法效力。行政

[13] 参见[德]毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第183页。

[14] 陈敏:《行政法总论》(第7版),新学林出版有限公司2011年版,第813页。

决定的这一要素是与行政事实行为的重要区别点。如行政指导中的建议、劝告等是否接受,取决于行政相对人自己的意愿,它不直接发生法效力。

内部行为的法效力限于行政内部,与外部行政相对人无涉,一般不是行政法规范的对象。但是,内部行为的法效力一旦“外溢”,则由行政法规范加以调整,此所谓“内部行为效力外部化”之现象。如在延安宏盛建筑工程有限责任公司诉陕西省延安市安全生产监督管理局生产责任事故批复案中,法院认为:

“被诉延市安监发[2008]16号《关于子长县‘10·21’建筑工地塔式起重机倒塌事故调查报告的批复》虽未由上诉人延安市安监局正式给宏盛公司送达,但作为事故调查成员单位之一的子长县监察局将批复作为谈话内容告知被上诉人宏盛公司,并送达了复印件,已将批复的内容外化,而该批复中将宏盛公司列为责任单位,并要求给予处罚,为被上诉人设定了一定的义务,该批复与被上诉人有利害关系,且陕西省安全生产监督管理局复议决定亦告知宏盛公司可以提起行政诉讼,所以一审法院受理被上诉人宏盛公司的起诉正确,上诉人延安市安监局称该批复属内部批复,不对被上诉人宏盛公司产生法律效力,本案不属于人民法院受案范围的上诉理由不能成立。”<sup>[15]</sup>

在多阶段行政决定中,其他机关或者上级机关的参与行为不是行政决定。所谓多阶段行政决定,是指凡依法必须事先经不相隶属的其他机关或者上级机关参与表示意见、同意或核准才能作出的行政决定。在这里,“其他机关或者上级机关参与表示意见、同意或核准”属于参与行为,本身不构成对行政相对人的直接拘束效力,所以它不是行政决定。但如果参与行为通过参与机关或者上级机关依职权方式告知行政相对人,则属于内部行为法效力“外溢”情形之一。

### 三、行政决定分类

我们从不同的角度,对行政决定可以作许多种分类。这里重点论述以下两种行政决定的分类:

#### (一)依照内容为标准

1. 命令性行政决定。即命令行政相对人有特定的作为、不作为或者容忍义务的行政决定。如《土地管理法》第81条规定:“擅自将农民集体所有的土地的使用权出让、转让或者出租用于非农业建设的,由县级以上人民政府土地行政主管部门责令限期改正,没收违法所得,并处罚款。”这里的“责令限期改正”是命令违法相对人履行特定作为的义务。又如,《广告法》第43条规定:“违反本法第三十四条的规定,未经广告审查机关审查批准,发布广告的,由广告监督机关令负有责任的广告主、广告经营者、广告发布者停止发布,没收广告费用,并处广告费用一倍以上五倍以下的罚款。”这里的“停止发布广告”是命令违法相对人负不作为的义务。《水污染防治法》第20条第2款规定:“直接或者间接向水体排放工业废水和医疗

[15] 《中国行政审判指导案例》(第1卷)第1号案例,中国法制出版社2010年版,第3页以下。

污水以及其他按照规定应当取得排污许可证方可排放的废水、污水的企业事业单位,应当取得排污许可证;城镇污水集中处理设施的运营单位,也应当取得排污许可证。”根据这一规定,某企业依法取得排污许可证后,该企业周围的个人和单位都有容忍该企业排放符合规定标准污水的义务。

2. 形成性行政决定。即创设、变更或者消灭行政法律关系的行政决定。行政许可是一种典型的形成性行政决定。所谓行政许可,即经行政相对人申请,行政机关作出“准予其从事特定活动”的行政决定。如《城乡规划法》第41条规定:“在乡、村庄规划区内进行乡镇企业、乡村公共设施和公益事业建设的,建设单位或者个人应当向乡、镇人民政府提出申请,由乡、镇人民政府报城市、县人民政府城乡规划主管部门核发乡村建设规划许可证。”通过申领乡村建设规划许可证,建设单位或者个人获得了从事乡镇企业、乡村公共设施和公益事业建设的合法权利,或者说,他们这一权利获得了国家认可并依法加以保护。

3. 确认性行政决定。即行政机关对法律关系或者事实加以确认,作出使之具有法律意义的决定。行政机关对法律关系的确认、股权登记便是实例。如在北京世纪星碟文化传播有限公司不服北京市工商行政管理局朝阳分局行政撤销案中,法院认为:

“依照《中华人民共和国公司法》的规定,公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记;登记事项发生变更的,应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的,不得对抗第三人。据此,公司股东转让股权的民事法律行为,经股东会决议表决通过即发生民事法律效力,登记机关的核准登记并非该民事法律行为的生效要件,不经登记机关办理变更登记只是不产生对抗第三人的效力,登记机关的登记行为不具有赋权性,仅具有对社会公示的法律效力。”<sup>[16]</sup>

关于对法律事实的确认,如户口登记。《户口登记条例》第7条第1款规定:“婴儿出生后一个月以内,由户主、亲属、抚养人或者邻居向婴儿常住地户口登记机关申报出生登记。”户口登记是对婴儿出生这一事实在法律上加以确认,使之具有法律意义,如确定将来他接受义务教育的学校等。<sup>[17]</sup>

## (二) 依照是否影响行政相对人利益为标准

1. 有利行政决定。即行政决定给予、增加行政相对人的利益。如发放最低生活保障费决定、发放抚恤金决定等行政决定。对于有利行政决定,我们尤其要关注的是,如行政机关依法加以撤回时,必须考虑对行政相对人信赖利益的保护。如《行政许可法》第8条第2款规定:“行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要

[16] 北京市朝阳区人民法院《行政判决书》([2006]朝行初字第258号)。

[17] 《义务教育法实施细则》第14条规定:“适龄儿童、少年到非户籍所在地接受义务教育的,经户籍所在地的县级教育主管部门或者乡级人民政府批准,可以按照居住地人民政府的有关规定申请借读。借读的适龄儿童、少年接受义务教育的年限,以其户籍所在地的规定为准。”

要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,行政机关应当依法给予补偿。”在周口市益民燃气有限公司诉周口市人民政府、周口市发展计划委员会侵犯专经营权上诉案中,即使在《行政许可法》实施之前,法院也已经充分注意到了这一点。法院认为:

“市政府却在未对周地建城[2000]10号文进行任何处理的情况下,遂行作出授予中标人亿星公司城市天然气管网项目经营权的54号文,既违反了法定程序,又损害了益民公司的信赖利益。”〔18〕

本案中,益民公司在案发前已经依法取得了周口市城市管道燃气专经营权,但被告在未撤回对益民公司的专营许可情况下,又将周口市城市管道燃气专营许可给亿星公司,损害了益民公司的信赖利益。对此,法院判决责令被告对益民公司的合法投入予以合理弥补。

2. 不利行政决定。即行政决定限制、剥夺行政相对人的利益。如行政处罚决定、行政强制措施决定等行政决定。如《动物防疫法》第79条规定:“违反本法规定,转让、伪造或者变造检疫证明、检疫标志或者畜禽标识的,由动物卫生监督机构没收违法所得,收缴检疫证明、检疫标志或者畜禽标识,并处三千元以上三万元以下罚款”。在不利行政决定作出过程中,听证程序作为一个不可省去的法律程序受到特别关注。另外,关于是否及如何撤销违法的不利行政决定,行政机关有较为宽泛的裁量权,但必须注意是否有信赖利益需要加以保护。

3. 混合行政决定。即行政决定对同一行政相对人同时产生有利、不利两种法律效果。如强制隔离戒毒,既有限制人身自由的不利效果,也有给予治疗的有利效果。《戒毒条例》第25条规定:“吸毒成瘾人员有《中华人民共和国禁毒法》第三十八条第一款所列情形之一的,由县级、设区的市级人民政府公安机关作出强制隔离戒毒的决定。”混合行政决定的法律效果具有双重性,它不同于第三人效果的行政决定,后者如颁发规划许可证对邻居不动产产生相邻关系上法律影响。

## 第二节 行政决定成立要件

行政决定成立,是指行政机关履行行政职责的意思表示通过法定方式外化,旨在实现行政法律关系的发生、变更与消灭。行政决定成立要件是一个事实判断,即行政决定在事实上或者客观上“有”还是“没有”。行政决定成立原理源于民法中民事法律行为理论,它是分析行政决定是否合法、有效的前提。在实务中,行政决定成立被作为一种“成熟”的行政决定来对待,不成熟的行政决定不是行政诉讼的

〔18〕 最高人民法院《行政判决书》([2004]行终字第6号)。

客体。如在赖恒安与重庆市人民政府不予复议行政纠纷上诉案中,法院认为:

“重庆市教育委员会重教函[1999]21号报告从形式上看属于行政机关内部公文,但在抄送赖恒安本人后,即已具有具体行政行为的性质;由于该报告需待上级主管部门审批,其内容尚未最终确定,对赖恒安的权利义务并未产生实际影响,故该行为属不成熟的行政行为,……”<sup>[19]</sup>

对行政决定“不成立”,在立法上曾经有引人误解的表述。《行政处罚法》第41条规定:“行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前,不依照本法第31条、第32条的规定向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据,或者拒绝听取当事人的陈述、申辩,行政处罚决定不能成立;当事人放弃陈述或者申辩权利的除外。”结合《行政处罚法》第3条第2款的“没有法定依据或者不遵守法定程序的,行政处罚无效”之规定,这里的“不成立”应当解释为不是欠缺本节所说的行政决定成立要件,而是因行政处罚决定因重大且明显违法而导致无效。

关于行政决定“成立”与“作出”的关系也需要作必要的解释。行政决定的成立是从静态意义上判断相关成立要件成就与否,行政决定的作出是从动态意义上观察行政机关在行政程序中的活动状态。一旦行政决定的要件成就,即可判定行政决定已经作出。此时,行政决定是否已经到达行政相对人,则取决于行政机关是否已经完成送达程序。如此区分的意义在于行政相对人提起行政诉讼的法定期限计算,不是起于行政决定的作出之时,而是送达之日,即采用学理上的“到达主义”。

### 一、有作出意思表示的主体

作出意思表示的主体是行政机关。法律、法规授权的组织在行使行政职权时具有与行政机关相同的法律地位;个人在特别情况下依法律、法规授权行使行政职权时,也具有行政机关的法律地位,如机长、船长等。反之,如作出意思表示的主体不是行政机关,则不符合本要件。如村民委员会对窃电的村民李某作出500元罚款的决定,该处罚决定不是行政决定。但是,如公安机关作出吊销某企业营业执照的处罚决定是行政决定。公安机关的身份所涉问题是该处罚决定的合法要件,而不是成立要件。行政机关内设机构以自己的名义作出一个处罚决定,因其有行政机关的外观,应当认定该处罚是行政决定。如公安机关治安科处出的罚款决定。它的“内设机构”的身份仅仅与该处罚决定的合法性有关。

### 二、有意思表示并以行为方式对外示意

行政法上的意思表示,即行政机关希望以自己的“意思表示”的内容形成、变更或者消灭行政法律关系。此要件是从民法借鉴而来,因此,注意区分两者的不同

[19] 最高人民法院《行政判决书》([1998]行终字第10号)。

之处十分必要。

在民事法律上,意思表示内容由当事人之间商定,只要不违反现行法律规定即可;而行政法上的意思表示内容,则需要有法的依据,行政法律关系主体可以协商的法律空间非常有限。<sup>[20]</sup> 在民事法律上,意思表示处于支配地位,当意思与表示一致时,民事行为即具有法律效力,此为“私法自治原则”的当然结论。如果民事法律上意思表示有瑕疵,则需要考虑是否应当撤销或者确认无效。但是,在行政法上,意思表示尽管属于行政决定成立要件,但是它并不决定行政决定的法效力;决定行政决定的法效力是法的规定。所以,意思表示错误但符合法的规定,行政决定原则上仍然是有法效力的。

意思表示对外示意的方式有:(1)明示。即行政机关以明确的方式将意思向行政相对人作表达,从而使行政相对人了解行政机关所要表达的意思内容。原则上,意思表示需要以明示方式为之。如《行政处罚法》第34条规定:“执法人员当场作出行政处罚决定的,应当向当事人出示执法身份证件,填写预定格式、编有号码的行政处罚决定书。行政处罚决定书应当当场交付当事人。”(2)默示。即行政机关以不作为的方式,使行政相对人可以从其外观上推知其意思。《行政许可法》第50条第2款规定:“行政机关应当根据被许可人的申请,在该行政许可有效期届满前作出是否准予延续的决定;逾期未作决定的,视为准予延续。”因行政法上意思表示内容是由法律预先规定,所以,默示作为承载意思表示内容的方式,也需要有法的规定。此外,随着现代科技的发达,行政自动化成为第三种对外示意的方式。道路交通信号灯是一种常见的行政自动化方式。如《道路交通安全法》第26条规定:“交通信号灯由红灯、绿灯、黄灯组成。红灯表示禁止通行,绿灯表示准许通行,黄灯表示警示。”行政自动化可能带来个案正义的丧失,因此它需要通过补丁式的制度加以预防。如在交通拥堵时,由交警示意代替交通信号灯。

### 三、有意思表示指向的标的

行政机关向行政相对人作出意思表示,需要有该意思表示所指向的标的。法律上的标的,即“法律行为所要达到的目的。”<sup>[21]</sup> 这一“目的”可以理解为行政机关旨在达成法律关系的产生、变更与消灭。也就是说,行政机关作出的意思表示,旨在与行政相对人之间产生一种行政法上的法律关系,或者变更、消灭已经存在的行政法上的法律关系。前者如公安机关核发保安服务许可证,<sup>[22]</sup> 后者如工商局变更、注销公司登记。<sup>[23]</sup> 如果行政机关的意思表示没有所指向的标的,行政决定不

[20] 相关立法如《反垄断法》第45条规定:“对反垄断执法机构调查的涉嫌垄断行为,被调查的经营者承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果的,反垄断执法机构可以决定中止调查。中止调查的决定应当载明被调查的经营者承诺的具体内容。”

[21] 《法学词典》(增订版),上海辞书出版社1984年版,第661页。

[22] 参见《保安服务管理条例》第9条。

[23] 参见《公司登记管理条例》第5章、第6章。

能成立。

#### 四、有接受意思表示的主体

行政机关作出的意思表示必须要有可以确定的行政相对人,行政相对人可以是单数,也可以是复数。行政机关作出的意思表示只有在送达行政相对人处时才能产生法律效果,否则,其意思表示是没有法律意义的。所谓“送达行政相对人处”,不是事实上的送达,而是法律上的“送达”。但是,在行政决定作出过程中,行政机关的意思表示部分内容已经送达了行政相对人,如行政处罚程序中听证告知、向行政相对人出示行政执法证件等,它们都是行政决定内容的一部分。

行政机关依职权形式上对物作出意思表示,但实际上仍然是与行政相对人产生、变更或消灭行政法律关系,学理上称为对物的行政决定。《文物保护法》第14条第1款规定:“保存文物特别丰富并且具有重大历史价值或者革命纪念意义的城市,由国务院核定公布为历史文化名城。”根据这一规定,2011年1月国务院批准增补浙江省嘉兴市为历史文化名城。又如,关于编制门牌编号的行政决定,在董敬波诉宁波市海曙区民政局民政行政登记案中,民政局根据《宁波市门牌管理细则》、《宁波市地名管理办法》等规定,将维科·水岸心境住宅小区原施工号27幢的住宅楼调整为13幢。董敬波因此前已与该房地产开发商维科公司有合同约定,购买施工号27幢201室。对此,董敬波不服该“调整”向法院提起行政诉讼,法院受理此案。<sup>[24]</sup>另外,在实务中,也有地名委员会作出《关于同意调整B路起点取消A路名称批复》所引起的行政复议案,<sup>[25]</sup>也属于对物的行政决定。

在大陆法系国家或者地区的行政法中,对物的行政决定是一种特殊的行政决定。<sup>[26]</sup>但是,在我国行政法学体系中,公物、公营造等理论还没有为主流行政法学所接纳。<sup>[27]</sup>不过,从行政决定成立要件角度看,关注这个问题还是很有实益的。

[24] 浙江省宁波市中级人民法院《行政裁定书》([2008]甬行终字第36号)。

[25] 青锋主编:《京津沪渝行政复议案例介绍与专家评析》,上海人民出版社2004年版,第113页以下。

[26] 中国台湾地区“行政程序法”第92条规定:“本法所称行政处分,系指行政机关就公法上具体事件所为之决定或其他公权力措施而对外直接发生法律效力之单方行政行为。前项决定或措施之相对人虽非特定,而依一般性特征可得确定其范围者,为一般处分,适用本法有关行政处分之规定。有关公物之设定、变更、废止或其一般使用者,亦同。”

[27] 参见张树义:《行政法与行政诉讼法》,高等教育出版社2002年版,第5章;朱维究等主编:《一般行政法原理》,高等教育出版社2005年版,第10-16章;肖泽晟:《公物法研究》,法律出版社2009年版。



### 第三节 行政决定合法要件

行政决定成立之后,讨论行政决定合法要件才有法律意义。<sup>[28]</sup>行政决定在“到达”行政相对人之后即产生法律效力,与它是否具备行政决定合法要件没有直接关系,除非它具有严重的“先天性缺陷”——重大且明显违法。行政决定合法要件是在行政决定作出之前要求行政机关必须满足的法定条件——源于依法行政原理的要求,也是行政诉讼、行政监督等程序中评价行政决定合法性的基准。

#### 一、主体要件

主体要件是指行政机关作出行政决定必须有权能和权限。行政机关能够做什么,可称之为“行政权能”,行政机关能在多大范围内做事,可称之为“行政权限”。行政职权是由行政权能和行政权限两部分组合而成。以公安机关为例,公安机关根据《治安管理处罚法》第7条规定,有权对违反治安管理的行为进行治安处罚。这是公安机关治安管理处罚的权能,它涉及公安机关与其他行政机关,或者非行政的国家机关之间的关系。而公安机关依据该法第70条的规定对参与赌博者给予5日治安拘留处罚,是公安机关实施治安管理处罚的权限。它既涉及与其他公安机关的关系,即行政管辖权,也涉及该法第70条授予该公安机关对参与赌博者处罚种类、幅度的确定,即行政裁量权。

主体要件的法律价值在于,它要确保每一个行政机关都有各自法定的行政事务范围(权能);每一项行政事务都有一个法定的行政机关来管辖(权限)。为此,制定法对各个行政机关的行政职权必须作出明确的、具体的规定。在司法审查中,法院通常将此要件称之为“职权依据”,是第一个要查明的合法要件。职权要件不具备,即构成“无职权”和“超越职权”。如一个考试机构的内设机构无权作出“确认考试成绩无效”的处理决定,<sup>[29]</sup>此为无权能,但是,一个市的交通警察支队机动大队因为它的“机动”性,所以它的权限范围所及全市行政区域。如在李瑞和与广州市公安局交通警察支队机动大队交通行政处罚纠纷上诉案中,法院认为:

“至于上诉人认为被上诉人对该地段无管辖权的问题,根据《广州市公安局交通警察支队职能配置、内设机构和人员编制规定》,机动大队负责对市区道路进行机动性巡

[28] 进一步阅读何海波:“行政行为的合法要件——兼论行政行为司法审查根据的重构”,载《中国法学》2009年第4期。

[29] 陈炯杰诉浙江省教育考试院教育行政处理案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第21号案例,中国法制出版社2010年版,第105页以下。

逻管理。故被上诉人有权对上诉人在上述路段的违法行为进行处罚。”〔30〕

与主体要件相关的一个问题是,行政机关是否可以用其他行政行为代替作出行政决定?如用让行政相对人选择协助维护交通秩序的方式,代替对其“闯红灯”行为作出的行政处罚决定。原则上,除非制定法有明确规定,否则行政机关不得作出这种行政决定的“代替”。

## 二、事实要件

事实要件是指行政机关作出的行政决定必须具有足以支持其合法性的法律事实,且所依据的法律事实必须由以合法方式获得的证据加以证实。行政决定所依据的事实是一种法律事实,即已为合法性证据证实的事实。为此,行政机关必须通过合法手段收集证据以证实与案件有关的事实,并记载于行政案卷之中。这个程序过程在法律上具有“封冻”事实的功能,即行政机关收集证据的过程是一个不可逆转的时间上的“过去”,由此导出一个程序规则:先取证,后裁决。

事实要件是由行政证据制度加以支持的。因国家目前暂无统一的“行政程序法”,独立的行政证据制度尚未确立。尽管如此,行政证据的相关规定经常出现在单行的法律、法规和规章中。如《公安机关办理行政案件程序规定》第23条规定:“可以用于证明案件事实的材料,都是证据。公安机关办理行政案件的证据包括:(1)物证;(2)书证;(3)被侵害人陈述和其他证人证言;(4)违法嫌疑人的陈述和申辩;(5)鉴定意见;(6)勘验、检查、辨认笔录,现场笔录;(7)视听资料、电子数据。”又如《工商行政管理机关行政处罚程序暂行规定》第21条规定:“办案人员应当收集、调取与案件有关的原始凭证作为书证。调取原始证据有困难的,可以复制,复制件应当标明‘经核对与原件无误’,并由出具书证人签名或者盖章。”这些行政证据的规定较为零碎,或多或少影响着行政决定中本要件的具备。不过对于湖南省来说,《湖南省行政程序规定》第4章第3节已经规定了较为完整的行政证据制度,当地行政机关可以适用此规章的相关规定。

由于存在着事后的行政诉讼制度,行政机关对事实认定至少应当尽可能接近行政诉讼证据的一般规则要求,并须受其约束。然而,由于行政机关的公务员并不是都受过系统的法律教育训练,他们中的许多人可能缺少基本的法律职业思维,所以,由他们对行政决定所依据的事实作出的“自由心证”确信,可能在行政诉讼中会被法官否定。这种现象在当下实务中也是比较常见的。行政具有专业性且需要效率,所以,在行政证据规则中,应当确立如下内容:(1)“基本事实”证明标准,即行政决定所依据的基本事实清楚,即满足了事实要件的合法性要求。(2)司法应当尽可能尊重行政对事实的判断,即在事实认定上,只要行政决定的主要证据没有缺陷,就应当认可行政机关对事实认定的判断。

〔30〕 广东省广州市中级人民法院《行政判决书》([2010]穗中法行初字第604号)。

### 三、依据要件

依据要件是指行政机关作出的行政决定必须具有合法的规范性文件依据。在行政法法源中,我们已经把“依据”分为成文法源和不成文法源,这里不再赘述。从主体的角度,行政机关作出行政决定的依据可以分为立法机关制定的依据(法律)、行政机关自己制定的依据(行政法规、行政规章和行政规定)和司法机关制定的依据(指导性案例、批复等)。从法的属性角度,可以分为属于法范畴的依据和不属于法范畴的依据。前者如法律、法规和规章,后者如行政规定等。对于法范畴的依据,行政机关必须依照《立法法》所确定的适用规则适用,而对于不属于法范畴的行政规定等,行政机关负有“合法性判断”之义务,即需要就其合法性先行作出判断之后,方可决定是否可以将其作为依据。

依据要件的满足在技术上可以分为三个阶次:(1)找到正确的“依据”。由于依据的多层次性,法规范的竞合在所难免,行政机关需要在正确判断的前提下才能作出正确的选择。如关于交通警察对交通违法行为人当场处罚的罚款限度,《道路交通安全法》规定是200元以下,<sup>[31]</sup>但《行政处罚法》则规定为50元以下。<sup>[32]</sup>《立法法》第83条规定:“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。”根据这一规定,此种情形应当适用《道路交通安全法》(相对于《行政处罚法》第33条规定而言,《道路交通安全法》第107条系特别规定)。(2)进行正确的解释。有时,“依据”需要经过解释之后才能适用。关于法律解释的方法,在“行政法适用”一章中已经详细论述,这里再叙一例,如在孙立兴诉天津市高新技术产业园区劳动人事局社会保障行政确认案中,法院认为:

“本案的争议焦点是孙立兴是否属于在工作场所因工作原因摔伤。关于是否属‘工作场所’,中力公司所在商业中心八楼的经营场所是孙立兴的工作场所,孙立兴因接受开车接人的工作任务,中力公司的汽车是孙立兴的又一工作场所。孙立兴要开的汽车停放在商业中心一楼院内,要完成开车的工作任务,从商业中心八楼下到一楼并通过一楼门口台阶,是孙立兴必经的空间。因该空间与孙立兴两个工作场所紧密相连的特殊性,一审法院将此空间范围认定为孙立兴的工作场所,符合立法本意。关于是否因‘工作原因’,园区劳动局认为孙立兴不是因为从事开车的任务导致其在台阶摔伤,其摔伤的直接原因是其精力不集中的个人原因,并据此认为孙立兴不符合《工伤保险条例》规定的‘因工作原因’致伤的法定工伤条件,但《工伤保险条例》并未将工作任务与职工伤害结果之间的因果关系规定为认定工伤的法定条件,亦未将个人主观过错作为认定工伤的排除条件,故园区劳动局认为孙立

[31] 《道路交通安全法》第107条。

[32] 《行政处罚法》第33条。

兴摔伤不属于‘因工作原因’的依据不足,其请求撤销原审判决的上诉请求,不应予以支持。”<sup>[33]</sup>

本案涉及工伤认定中“工作场所”、“工作原因”两个不确定法概念。因被告劳动局的解释没有被法院所接受,它的上诉请求没有得到法院的支持。(3)作出适当裁量。如果法规范授予了行政机关裁量权,那么行政机关必须公正地行使裁量权。关于行政裁量,在“行政法适用”一章中也已经详细论述,这里也再引一例,如在郭建军诉诸暨市国土资源局土地行政处罚案中,法院认为:

“被上诉人在《浙江省实施〈中华人民共和国土地管理法〉办法》第四十条规定的补办手续与《中华人民共和国土地管理法》第七十七条第一款规定的拆除选择中,应当考虑上述特定的基本情况,首先选择最小侵害的方式,在此方式不具备条件时,可再考虑更严厉的制裁措施。也就是说,农村村民宅基地原拆原建,不改变土地利用性质,不扩大土地利用面积,不违反城市规划、村庄和集镇规划,虽未经审批,但其违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相比于其他未经审批非法占地行为相对轻微处理方式,应有所区别。否则行政裁量不符合比例原则。因此,被上诉人适用《中华人民共和国土地管理法》第七十七条规定对上诉人作出的行政处罚决定属于适用法律错误。”<sup>[34]</sup>

本案中,法院引用比例原则为依据,审查了被告作出的行政处罚决定裁量是否符合法律规定。法院认为,原告虽然未经批准建房,但属于宅基地上“原拆原建”,与未经批准违法占地建房不可相提并论。但被告没有考虑这种差别,仍然选择拆除违建房屋的行政处罚决定,属于适用法律错误。

#### 四、程序要件

程序依据是指行政机关作出行政决定必须遵循预设的行为过程,采用预定的行为形式。程序要件要求行政机关在作出行政决定时,程序的步骤不得颠倒、跨越,方式不得省略、增减,期限不得延宕,形式不得改变。行政程序具有驱使行政机关合法行使行政职权的工具功能,同时它也具有本身的独立价值,如吸收行政相对人的不满,使行政相对人认同对他不利的行政决定等

程序要件由法预定,称之为“法定程序”。法定程序应由国家层面统一的“行政程序法”加以规定,但这一国家立法项目尚未动工。在地方,目前已有《湖南省行政程序规定》(2007)、《汕头市行政程序规定》(2011)、《山东省行政程序规定》(2011)和《西安市行政程序规定》(2013)四个地方性政府规章和《凉山州行政程序

[33] 《中国行政审判指导案例》(第1卷)第31号案例,中国法制出版社2010年版,第116页以下;又如,王长淮诉江苏省盱眙县劳动和社会保障局工伤行政确认案,载《最高人民法院公报》2011年第9期。

[34] 浙江省绍兴市中级人民法院《行政判决书》([2008]绍中行终字第37号);又如,王丽萍诉河南省中牟县交通局交通行政赔偿案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第18号案例,中国法制出版社2010年版,第89页以下。

规定(试行)》(2009)一个行政规定,除此之外,大量散见于法律、法规和规章中的程序性规定也属于“法定程序”。在没有法定程序规范的行政事务中,学理上的“正当程序”原则为行政相对人提供了一个“最低限度”的程序正义保护,行政机关必须遵守这个要求。如在张成银诉徐州市人民政府房屋登记行政复议决定案中,法院认为:

“行政复议法虽然没有明确规定行政复议机关必须通知第三人参加复议,但根据正当程序的要求,行政机关在可能作出对他人不利的行政决定时,应当专门听取利害关系人的意见。本案中,复议机关审查的对象是颁发鼓房字第1741号房屋所有权证行为,复议的决定结果与现持证人张成银有着直接的利害关系,故复议机关在行政复议时应正式通知张成银参加复议。本案中,徐州市人民政府虽声明曾采取了电话的方式口头通知张成银参加行政复议,但却无法予以证明,而利害关系人持有异议的,应认定其没有采取了适当的方式正式通知当事人参加行政复议,故徐州市人民政府认定张成银自动放弃参加行政复议的理由欠妥。在此情形下,徐州市人民政府未听取利害关系人的意见即作出于其不利的行政复议决定,构成严重违法法定程序。”<sup>[35]</sup>

本案中,行政复议的客体是徐州市房管局颁发给张成银鼓房字第1741号房屋所有权证行为。曹春芳等申请行政复议后,被告徐州市人民政府未通知第三人张成银参加行政复议即作出行政复议决定。关于是否需要通知第三人参加行政复议,《行政复议法》并没有作出明确规定,但法院引入正当程序原则——“最低限度”的程序正义,认定被告的行政复议决定严重违法法定程序。但是,在注重实体正义的传统法律文化影响下,程序要件的重要性相对而言要次于前三个要件,这一点在行政诉讼中极为明显。如司法实务在“法定程序”项下发展出了主要程序和次要程序的两分法,把司法审查的重心倾注到了“主要程序”之上,并以是否影响行政相对人合法权利或者被诉行政行为的合法性为判断标准,这已基本成为一种共识。<sup>[36]</sup>如在徐时荣诉衢州市人民政府、衢州市国土资源局土地行政登记案中,法院认为:

“被上诉人衢州市国土资源局对该发生于2001年4月17日的批准注销行为,直至2005年9月21日才以函件的形式正式通知有关当事人,不仅不符合行政行为的规范化要求,不利于行政相对人依法行使其在行政程序中所应享有的陈述、申辩的权利,也有碍于行政效率。鉴于该程序上的不合理并不影响被上诉人衢州市人民政府批准注销行为的合法性,原审判决就此予以指正正确。上诉人徐时荣就案件事实认定等所提出的上诉理由,因

[35] 《最高人民法院公报》2005年第3期。又如彭淑华诉浙江省宁波市北仑区人民政府工伤行政复议案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第20号案例,中国法制出版社2010年版,第99页以下。

[36] 参见章剑生:“对违反法定程序的司法审查——以最高人民法院公布的典型案例(1985-2008)为例”,载《法学研究》2009年第2期。

缺乏相应证据支持,本院不予采信。”<sup>[37]</sup>

本案中,被告的一个“批准注销行为”在时隔4年之后才通知当事人,尽管法院指出了被告这一行政决定对原告的合法权益产生了影响,但仍认定为属于“程序上的不合理”,进而判定这不影响“批准注销行为”的合法性。程序要件是否应当与其他要件等量齐观,在法律价值上是不难回答的问题,但是,在我们这样一个法治后发国家中,程序要件在与行政效率和权利保护的权衡中往往被挤到了边缘。

## 第四节 行政决定效力

行政决定效力是法规范效力的具体延伸,是法规范效力作用于社会的基本方式。基于行政秩序稳定性的要求,行政决定一经作出即产生效力,无论行政相对人是否提起行政救济。此为行政实体法上“行政效力推定”基本原则的当然结论。讨论行政决定的效力,应当从行政决定的生效开始。

### 一、行政决定生效

行政决定是基于行政机关意思表示而发生法效力的行政行为,所以,它发生法效力的时间点是行政机关的意志表示依法送达到行政相对人,或者依照法律规定将这种意思表示置于行政相对人应当知道的状态,有法特别规定或者行政决定附有生效条件与期限的除外。

判断行政决定是否“送达”到了行政相对人,可以考虑以下几个要素是否齐备:(1)送达机关。送达应当由作出行政决定的行政机关为之,其他任何机关或者个人未经该行政机关委托,即使有“送达”的事实也都不是能够产生法效力的“送达”。行政相对人通过其他途径,如从行政机关内部文印人员知道了该行政决定的内容,不发生“送达”的法效力。(2)受送达人。接受送达的人是行政相对人。当然,行政相对人可以委托他人代为接受送达,其法效力如同本人亲自接受送达。行政决定如涉及行政相关人,但行政机关仅送达行政对象人而没有送达行政相关人的,基于行政效率的要求,该行政决定依然产生法效力,补救的办法是通过设置

[37] 浙江省高级人民法院《行政判决书》([2006]浙行终字第15号)。又如,在茂名市京茂联发有限公司诉茂名市知识产权局专利行政处理案中,法院认为:“国家知识产权局颁布的《专利行政执法办法》第十三条第二款规定:‘处理决定书应当由案件承办人员署名,并加盖管理专利工作的部门的公章。’”被告处理决定虽未由案件承办人署名,存在形式上的瑕疵,但其加盖了单位的公章,不影响被告处理决定的法律效力。”广东省高级人民法院《行政判决书》([2005]粤高法行终字第94号)。

起诉期限的最长保护期,保护行政相关人的诉权。当然,特殊情况下可能也有例外,如在一个行政案件中,上一级工商局将一个《关于纠正企业名称的通知》发给下一级工商局,要求其执行该通知。在下一级工商局执行时,该企业知道了该通知内容,该知道时间点即为通知的生效时间。<sup>[38]</sup> (3) 送达地址。行政相对人的“住所地”是法定的送达地址。“住所地”可以由行政相对人向行政机关注明,如记载于行政许可申请书之中,也可以由行政机关依照职权查实确定。如无法查实行政相对人“住所地”的,可以采用公告的方式送达。(4) 送达方式。原则上,行政决定生效采用“到达主义”,即到达行政相对人法定住所地时起生效。这里的“到达”是指行政机关采用法定送达方式,如直接交付、邮寄、委托等。但如果以公告方式送达,则在经过确定时间之后推定行政相对人知道而生效。行政决定以口头方式作出,则应当以行政相对人知道内容之日起生效。

关于行政机关送达违法的法效力,我们先看下面四个案例中法院的态度:如在兰州常德物资开发部不服兰州市人民政府收回土地使用权批复案中,法院认为:

“在被上诉人市政府收回上诉人常德开发部的土地使用权之前,市政府的土地管理部门事实上已经将同一宗土地使用权又出让给华欧公司。兰政地字[1997]第43号批复的内容,涉及到华欧公司和常德开发部双方的利益,市政府至今未给常德开发部送达兰政地字[1997]第43号批复。这些具体行政行为,都违反了法定程序。”<sup>[39]</sup>

又如,在王爱华与武汉市江岸区城市管理执法局城建行政强制纠纷上诉案中,法院认为:

“上诉人江岸区城管局在采用留置送达时邀请江岸保安公司工作人员作为见证人在送达回证上签名,并不违反法律规定。虽然上诉人江岸区城管局在作出该行为整个程序中存在一定的瑕疵,但该瑕疵并不足以导致被诉具体行政行为被撤销。”<sup>[40]</sup>

再如,在广西建工集团第二建筑工程有限责任公司与宾阳县质量技术监督局质量技术监督行政处罚纠纷上诉案中,法院认为:

“虽然被上诉人作出的《行政处罚告知书》没有依法送达上诉人的法定代表人或有权签收的其他人员签收,但上诉人在其工作人员代签收《行政处罚告知书》的次日即以自己名义的提交了《申辩书》,说明上诉人已收到了该《行政处罚告知书》,已知道被上诉人作出行政处罚决定的事实、理由及依据,且其亦已行使了陈述、申辩的权利。被上诉人在送达该告知书的程序上虽有瑕疵,但不影响上诉人行使陈述、申辩及申请听证的权利。”<sup>[41]</sup>

最后,在李瑞和与广州市公安局交通警察支队机动大队交通违法行为行政处罚纠纷上诉案中,法院认为:

[38] 四川省泸州市龙马潭区人民法院《行政判决书》([2003]龙马行初字第14号)。

[39] 《最高人民法院公报》2000年第4期。

[40] 湖北省武汉市中级人民法院《行政判决书》([2010]武行终字第132号)。

[41] 广西壮族自治区南宁市中级人民法院《行政判决书》([2009]南市行终字第95号)。

“由于现有的法律法规并未明确规定通过交通技术监控设备记录作出的处罚决定的送达期限,故应当在合理的期限内送达。被上诉人在上诉人车辆年审时才向上诉人送达,超过了合理的期限。但考虑到本案的处罚决定事实清楚,证据充分,且处罚决定的送达并不直接影响处罚决定的合法性,故上诉人以此为由请求撤销该处罚决定,本院不予支持。”〔42〕

在上述四个案件中,除了第1个案件外,其他3个案件中法院是把送达违法当作一个程序违法的问题来处理的,并把是否影响行政相对人合法权益作为是否撤销行政决定的基准。在对送达有异议的情况下,行政相对人不服收到的行政决定后,若要求撤销该行政决定,可依法申请行政复议或者提起行政诉讼,把送达违法作为一个撤销行政决定的理由附随提出。同时,行政相对人也可以依法提出申请,要求中止该行政决定的执行力,以减少可能受到的权益损害。

## 二、行政决定效力内容

基于法的安定性要求,行政决定作出之后无论是否合法,原则上产生法效力,只有存在法定情形时,行政决定才归于无效。〔43〕这是基于行政效率和行政程序需要所作出的制度安排。更重要的法律价值在于,行政决定应当如同法院判决一样,使行政秩序变得可预期、可计算。行政决定效力分别是存续力、执行力、构成要件效力和确认效力。其中,存续力发生在行政决定的双方主体即行政机关与行政相对人之间,构成要件效力和确认效力则存在于行政决定与其他国家机关之间。

### (一) 存续力

存续力是指行政决定经过送达程序后,即有持续存在的法效力。除行政决定有无效情形之外,在行政决定被依法撤销之前,所有国家机关、组织和个人都必须认可它是一个有效力的行政决定,视其如同法规一样存在。对于法院而言,除非该行政决定作为本案中的诉讼客体,否则也应当认可它的效力。因行政决定是法规的具体化,基于法的安定性要求,对行政机关作出的行政决定,除符合法定条件外,行政相对人不得随意、随时提起法律救济,行政机关也不得随意、随时加以撤销、撤回。为此,必须赋予行政决定一种存在、延续的法效力——源于法的持续存在而获得的效力。法的安定性是存续力所赖以存在的法观念。

法的安定性之观念在司法实务中已被接受,彰显出了一种法治观念的进步。如在珠海市香洲鹏达化工实业公司不服珠海市工商行政管理局变更工商登记案中,法院认为:

“上诉人不按期履行通告的内容,要承担视同自愿放弃经营资格,被取消其相关的经营范围或办理注销登记手续的后果。被上诉人作出通告的行政行为具有存续力,一旦上诉人

〔42〕 广东省广州市中级人民法院《行政判决书》([2010]穗中法行初字第604号)。

〔43〕 《行政处罚法》第3条第2款规定:“没有法定依据或者不遵守法定程序的,行政处罚无效。”《湖南省行政程序规定》第161条规定:“具有下列情形之一的,行政执法行为无效:(1)不具有法定行政执法主体资格的;(2)没有法定依据的;(3)法律、法规、规章规定的其他无效情形。”



因该行政行为确定了权利,该权利也具有存续的效力,上诉人有权也应当信任该行政行为和权利的存续。”〔44〕

本案中,法院在裁判理由中直接采用了“存续力”概念。又在焦志刚诉和平公安分局治安管理处罚决定行政纠纷案中,法院认为:

“这个处罚决定事实清楚、证据确凿,处罚在法律规定的幅度内,且执法程序合法,是合法的行政处罚决定,并已发生法律效力。依法作出的行政处罚决定一旦生效,其法律效力不仅及于行政相对人,也及于行政机关,不能随意被撤销。已经生效的行政处罚决定如果随意被撤销,也就意味着行政处罚行为本身带有随意性,不利于社会秩序的恢复和稳定。”〔45〕

本案中,法院的裁判理由中虽然没有提及“存续力”,但是,它的精神却体现得十分明显。在制定法上,《行政诉讼法》上的“诉讼不停止执行”原则〔46〕《行政处罚法》中的“到期不缴纳罚款的,每日按罚款数额的百分之三加处罚款”等规定〔47〕也都是存续力在制定法上的体现。存续力作为行政决定的一种法效力,依照其所影响的主体、内容和结果不同,学理上可以分为形式存续力和实质存续力。

1. 形式存续力。也称不可争执力,它是指行政决定因行政相对人提起行政诉讼被驳回,或者行政决定因行政相对人在法定期限内没有提起行政诉讼而产生的法效力。在该行政决定被消灭之前,行政相对人不能否定它持续存在的法效力。在行政程序中处于第三人地位的行政相对人如事后经过一段时间之后才知道该行政决定的,只要仍在法定起诉期限的最长保护期之内,他还是有权提起行政诉讼的。形式存续力是针对行政相对人的一种法效力。行政相对人在行政决定具有形式存续力之后,再也不得通过行政诉讼质疑它的合法性。所以,就本质而言,形式存续力是为了确保法的安定性而对行政相对人行使行政诉权的一种限制或者拘束。

2. 实质存续力。也称不可变更力,它是指行政机关对已产生法效力的行政决定不得依职权变更、撤销或者废止。与形式存续力不同的是,实质存续力是一种针对行政机关产生的法效力,即限制甚至取消行政机关变更、撤销或者废止已产生法效力的行政决定的职权。实质存续力的法理基础除了法的安定性之外,还有公民对行政决定的信赖利益必须加以保护的必要,这在一定程度上也限制了“依法行政”原理的适用空间。

在法定条件下,行政机关可以依职权或者依“申诉”重新启动行政程序,对具有存续力的行政决定进行变更、撤销或者废止。此为存续力的一个例外。在实务上,行政相对人通过如信访等程序提出的投诉请求,有时也可能会引起行政程序的

〔44〕 广东省珠海市中级人民法院《行政判决书》([2006]珠中法行终字第4号)。

〔45〕 《最高人民法院公报》2006年第10期。

〔46〕 参见《行政诉讼法》第44条。

〔47〕 参见《行政处罚法》第51条第1项规定。

重开。《行政许可法》第69条在关于利害关系人请求下,行政机关有权撤销已作出的行政许可之规定,为制定法上一例。目前制定法上的缺陷是没有“除斥期间”的规定,客观上使得已具备存续力的行政决定一直处于可能被否定的状态。由于行政程序重开同样也会影响到法的安定性,所以,对于行政程序的重开条件必须法定,其情形必须从严解释。<sup>[48]</sup>

## (二) 执行力

行政机关在行政相对人不履行产生法效力的行政决定所设定的法定义务(作为或者不作为)时,依照法律规定凭借国家强制力迫使行政相对人履行该项法定义务的法效力,即行政决定的执行力。形成性行政决定、确认性行政决定没有可执行的内容,不具有执行力,如行政许可、行政登记等。所以,执行力是否可以成为行政决定的一种独立的法效力,有商榷的空间。

行政决定的执行力由谁来实现,涉及行政强制执行权的分配问题。一般来说,对行政相对人权益有重大影响的行政决定,如果容许行政机关基于行政效率而自己执行——如同私法上允许当事人自力救济,那么要求有法律依据也是不过分的。《行政强制法》第13条规定:“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。”根据这一规定,原则上,行政机关对作出的行政决定没有行政强制执行的权力,除非由法律明确规定。<sup>[49]</sup> 这里的“申请法院强制执行”,即行政机关借助于司法权实现行政决定执行力。这是行政机关强制行政相对人履行的法效力向司法机关的一种延伸,但它本身并不构成一种独立的执行力。

## (三) 构成要件效力

构成要件效力是指其他行政机关、法院等国家机关应当把具有形式确定力的行政决定当作一个既定的构成要件,在作出行政决定或者作出裁判时,予以承认、尊重,除非该行政决定具有“重大且明显”的违法情形。如《食品安全法实施条例》第20条规定:“设立食品生产企业,应当预先核准企业名称,依照食品安全法的规

[48] 中国台湾地区“行政程序法”第128条规定:“行政处分于法定救济期间经过后,具有下列各款情形之一者,相对人或利害关系人得向行政机关申请撤销、废止或变更之。但相对人或利害关系人因重大过失而未能于行政程序或救济程序中主张其事者,不在此限。(1)具有持续效力之行政处分所依据之事实事后发生有利于相对人或利害关系人之变更者。(2)发生新事实或发现新证据者,但以如经斟酌可受较有利益之处分者为限。(3)其他具有相当于行政诉讼法所定再审事由且足以影响行政处分者。前项申请,应自法定救济期间经过后三个月内为之;其事由发生在后或知悉在后者,自发生或知悉时起算,但自法定救济期间经过后已逾五年者,不得申请。”

[49] 最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第87条规定:“法律、法规没有赋予行政机关强制执行权,行政机关申请人民法院强制执行的,人民法院应当依法受理。法律、法规规定既可以由行政机关依法强制执行,也可以申请人民法院强制执行,行政机关申请人民法院强制执行的,人民法院可以依法受理。”此解释因《行政强制法》实施而失效。中国台湾地区“行政执行法”第4条规定:“行政执行,由原处分机关或该管行政机关为之。但公法上金钱给付义务逾期不履行者,移送法务部行政执行署所属行政执行处执行之。”

定取得食品生产许可后,办理工商登记。”根据这一规定,食品生产许可证是工商行政管理局作出工商登记的构成要件。工商行政管理局作出工商登记时,对食品生产许可证不进行合法性审查,而是直接将其当作一个既定的基础事实,只有在“重大且明显”的违法情形下才可以否认。行政决定之所以具有构成要件效力,需要从两个不同的面向给予解释。就其他行政机关而言,主要是基于维持行政机关之间管辖权的分工,以及专业判断上的互相尊重。因为,如果允许行政机关之间各自质疑、否定其他行政机关作出的行政决定,那么上述因管辖权分工而形成的行政机关之间的秩序将不复存在,行政机关的行政一体性、统一性功能将难以发挥;就法院而言,主要是基于行政、司法的分权原则,即行政、司法各司其职,互相不可逾越,以共同实现国家的任务。

在司法实务中,不审查具有构成要件效力的行政决定是一种较为普遍的做法。因为它们分别属于不同的行政法律关系,行政相对人没有提出诉讼请求,法院就不能对其进行合法性审查。如在沈刚伯诉宁波市房产管理局、第三人宁波市镇海区城市土地储备中心房屋拆迁行政裁决案中,法院认为:

“具体行政行为一经作出即具有先定力、拘束力和执行力,参照建设部《城市房屋拆迁行政裁决工作规程》第八条规定,‘有下列情形之一的,房屋拆迁管理部门不予受理行政裁决申请:(一)对拆迁许可证合法性提出行政裁决的’,被告作出房屋拆迁行政裁决时,强调的是有无用地批准文件、房屋拆迁许可证等前置行为的作出,并未对拆迁许可证等前置行政行为进行合法性审查,拆许字[2006]第24号浙江省城市房屋拆迁许可证经被告宁波市房产管理局于2006年7月15日颁发,并于2008年6月26日经依法批准延期至2009年6月30日,被告颁发房屋拆迁许可证及其延期行为,在未经法定程序撤销前应认定为合法有效,原告沈刚伯就此所提出的异议,本院不予采纳。”<sup>[50]</sup>

本案是以拆迁行政裁决为诉讼客体,“用地批准文件”、“房屋拆迁许可证”等是被告作出拆迁行政裁决的构成要件。在本案中,被告未对这些构成进行合法性审查受到法院的默认。本案中,若法院能作出“上述构成要件并无重大且明显违法之情形”的认定,其裁判理由将更为精彩。需要注意的是,构成要件不同于作为证据的行政决定,如在孟爽与新乡学院颁发毕业证纠纷上诉案中,法院认为:

“上诉人新乡学院作出新平学[2007]6号《关于对孟爽同学开除学籍的决定》所使用的主要证据之一,即新乡市公安局红旗分局新红公(洪)决字[2006]第0538号对孟爽行政拘留十日的行政处罚决定,而该决定于2009年9月30日被新乡市公安局红旗分局作出的《关于撤销孟爽行政拘留及案件的决定》予以撤销,故上诉人新乡学院作出的《关于对孟爽同学开除学籍的决定》主要证据不足。”<sup>[51]</sup>

本案中,公安机关对孟爽作出行政拘留十日的行政处罚决定,不是被告作出的

[50] 浙江省宁波市镇海区人民法院《行政判决书》([2009]甬镇行初字第4号)。

[51] 河南省新乡市中级人民法院《行政判决书》([2010]新行终字第25号)。

《关于对孟爽同学开除学籍的决定》的构成要件,而是认定事实的证据。作为一个行政决定的构成要件,它的基本特征是法定性、不可替代性。关于开除学籍决定的事实,即使没有公安机关的行政处罚决定,学校也可以通过其他证据予以证实。

与构成要件效力不同的是,跨程序效力是行政机关作出的行政决定对它以后作出其他行政决定的拘束效力。对于作出行政决定的行政机关而言,该行政决定是它作出后续行政决定的基础。但是,在同一事件上,这种拘束效力并不是绝对的,如后续行政决定有利于行政相对人的,行政机关可以作出不同于先前行政决定的后续行政决定。

#### (四) 确认效力

确认效力是行政决定的“理由”对其他国家机关的拘束力。与构成要件效力不同的是,确认效力源于行政决定作出的“理由”,而构成要件效力则源于行政决定的“主文”。由于行政程序不如诉讼程序严密,所以,赋予在行政程序中形成的“理由”可以拘束其他国家机关的行为没有充分的理由。<sup>[52]</sup> 如确有必要,应当以法律有明文规定为准。对于其他行政机关来说,为确保行政一体化,原则上应当承认行政决定的“理由”有拘束力,如有例外,宜由法律明文规定为妥。

### 三、行政决定效力变动

除行政决定无效外,行政决定在送达行政相对人之后,即产生法效力。但基于法定原因,在行政决定效力存续过程中可能会发生某种变动。这种变动主要是行政决定效力中止与终止、延后与回溯。

#### (一) 中止与终止

1. 行政决定效力中止。因行政相对人不服行政决定提起行政诉讼之后,如符合法定情形的,被诉行政决定应当停止执行。《行政诉讼法》第44条规定:“诉讼期间,不停止具体行政行为的执行。但有下列情形之一的,停止具体行政行为的执行:(一)被告认为需要停止执行的;(二)原告申请停止执行,人民法院认为该具体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社会公共利益,裁定停止执行的;(三)法律、法规规定停止执行的。”根据此规定,行政决定中止效力的内容,仅是执行力。行政决定效力中止情形消除后是否即时恢复,法律并无规定。如在刘大全因不服綦江县人民法院对其诉被上诉人綦江县公安局治安行政执法案中,法院认为:

“本案中被上诉人在上诉人不服行政处罚决定提起诉讼期间,决定暂缓对上诉人执行处罚决定并无不妥。目前法律并无关于恢复执行已经暂缓执行的行政处罚决定的期限规

[52] 诉讼中认定的事实,原则上是可以作为定案依据。如最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第70条规定:“生效的人民法院裁判文书或者仲裁机构裁决文书确认的事实,可以作为定案依据。但是如果发现裁判文书或者裁决文书认定的事实有重大问题的,应当中止诉讼,通过法定程序予以纠正后恢复诉讼。”

定,故被上诉人在诉讼结束一段时间后才对上诉人执行拘留决定也与法不悖。”<sup>[53]</sup>

2. 行政决定效力终止。行政决定效力因行政决定消灭而终止。在行政程序中,行政决定消灭有撤销和撤回两种情形,本章第6节有详述。除此之外,在行政复议或者行政诉讼中,行政复议机关的复议决定(如撤销决定等)和法院的判决(如撤销判决等)也可以导致行政决定效力终止,但这与在行政程序中行政决定效力的终止是不同的。另外主体丧失、效力到期等情形也能引起行政决定效力终止。

### (二) 延后与回溯

1. 行政决定效力延后。如前所述,原则上行政决定一经作出即产生法律效力。但是,行政机关可以根据具体情况附加期限或条件,使行政决定在延后一段时间才发生效力,如附生效时间的许可证。

2. 行政决定效力回溯。确认性行政决定的效力可以回溯既往,如房屋登记的效力,它回溯到了房屋购买法律关系成立之时。但命令性、形成性行政决定的效力原则上不得回溯既往,除非是为撤回一个行政决定而作出另一个衔接它的行政决定。行政处罚是对已发生的事实作出的一种处理,所以,它不是行政决定效力回溯既往的情形。

## 第五节 行政决定变更

### 一、行政决定变更概念

行政决定变更是指行政机关依职权或者依申请对已经作出的行政决定内容加以改变的一种行政行为。行政决定变更既可以出现在行政程序中,也可以出现在行政复议或者行政诉讼中。本节所述的行政决定变更不包括复议机关和法院针对行政决定违法所作出的“变更”,<sup>[54]</sup>也不同于在行政复议或者诉讼程序中行政机关针对行政决定违法而作出的“改变”。<sup>[55]</sup>但是,在行政相对人因行政机关不履行变更法定职责而提起的行政复议或者诉讼中,行政机关履行变更法定职责的除外。因为,这种变更所针对的行政决定不是行政复议或者行政诉讼审查的客体,而

[53] 重庆市第五中级人民法院《行政判决书》([2008]渝五中行终字第188号)。

[54] 参见《行政复议法》第28条第1款第3项、《行政诉讼法》第54条第4项。

[55] 参见《行政诉讼法》第51条。

是之前行政机关依照行政程序作出的行政决定。<sup>[56]</sup>

## 二、行政决定变更类型

### (一)依申请变更

行政相对人根据已经发生客观变化了的情况,认为自己仍然符合已经取得的许可、确认等取得的条件,向原作出该许可、确认等行政决定的行政机关申请变更,该行政机关经审查后作出同意变更的行政决定。如《行政许可法》第49条规定:“被许可人要求变更行政许可事项的,应当向作出行政许可决定的行政机关提出申请;符合法定条件、标准的,行政机关应当依法办理变更手续。”从制定法规定的情况看,依行政相对人申请而发生的行政决定变更情形是比较常见的。行政决定变更若涉及第三人合法权益的,行政机关应当听取第三人的意见之后再作出行政变更决定。

实务中,若行政决定需要依申请才能变更,但行政机关依职权加以变更的,这种依职权作出的行政决定不具有合法性。如在响水县机械加工培训中心诉响水县建设局城建行政许可纠纷案中,法院认为:

“行政许可的变更,是指根据被许可人的请求,行政机关对许可事项的具体内容在许可被批准后加以变更的行为。许可证具有确定力,无论是对持证人还是对许可机关,许可证一经颁发,非经法定程序不得随意变更。就是合法变更也不得损害任何一方利益。被告对200436号设计图纸原设计通道进行变更,属行政许可变更,应按法律规定进行。被告没有提供第三人申请变更行政许可事项的证据,即行变更,不符合许可法的规定,同时,被告也没有提供依职权变更行政许可事项的法律依据,故被告的变更通道的行政行为,不能认定为合法。因此原告的主张应予支持。被告以案外人在建设工程规划许可证许可后提出通道申请及航测图证明原告购买前纺织机械厂有西门、北门为由进行许可后通道变更。没有提供相应法律规定,变更的理由不够充分。”<sup>[57]</sup>

本案中,要对200436号设计图纸原设计通道进行变更,属于依申请的变更,且申请人是原许可的行政相对人。但是,被告却依案外人申请作出了行政许可变更决定,且无法提供依职权或者案外人申请也可以变更的法律依据,法院据此认定被告对此行政许可变更理由不够充分。

[56] 如北京市石景山区金顶街二中53年岁的中学教师王文隆,于2002年9月26日向石景山区公安分局八角派出所提出申请,要求将自己的名字更名为“奥古辜耶”,并提交了户口本、身份证等材料。公安部三局《关于执行户口登记条例的初步意见》第9条规定:“公民申报变更姓名,可参照下列意见处理:(1)年满18周岁的人,要变更现用姓名时,应当适当加以控制,没有充分理由,不应轻易更改,有充足理由的也应当经派出所所长或乡长批准……”据此,石景山区公安分局拒绝了王文隆的申请。王文隆不服,依法向法院提起诉讼,要求法院撤销被告作出的拒绝行为,并判令被告重新作出具体行政行为。在诉讼过程中,被告为原告更名,原告撤诉。北京市石景山区人民法院《行政判决书》([2002]石行初字第15号)。

[57] 江苏省响水县人民法院《行政判决书》([2005]响行初字第1号)。

## (二) 依职权变更

基于客观情况或者法律、政策等因素导致行政决定内容必须变更的,行政机关可以依职权依法作出变更。如《浙江省最低生活保障办法》第21条规定:“救助对象其家庭户籍地发生变动的,应当持原户籍地管理审批机关出具的证明,到现户籍地管理审批机关办理救助手续。现户籍地的最低生活保障标准与原户籍地的最低生活保障标准不一致的,按现户籍地的最低生活保障标准办理停发、减发或增发最低生活保障金手续。”这里的“减发或增发”在内容上属于行政决定变更。有时,制定法上行政决定的“改变”中也可以解释出“变更”,如《外国人入境出境管理法》第26条规定:“受理外国人入境、过境、居留、旅行申请的机关有权拒发签证、证件;对已经发出的签证、证件,有权吊销或者宣布作废。公安部和外交部在必要时,可以改变各自授权的机关所作出的决定。”

实务中,因法的修改、废止等原因,也经常会导致行政决定变更。如在黄炳祥与佛山市公安局交通警察支队机动车变更登记行为纠纷上诉案中,法院认为:

“当国家有关部门对已经公布机动车技术参数进行了修正之后,公安机关交通管理部门也应当依照公布的技术参数对已登记注册的机动车进行变更登记。由于2004年10月11日和2005年1月28日,国家发展和改革委员会分别发布了2004年第60号和2005年第4号《公告》,对东风牌EQ1050T2型载货汽车的核定载质量和整备质量进行了两次技术参数的修正,因此被上诉人分别于2004年12月9日和2005年5月19日,对上诉人所有的牌号为粤XA3412的东风EQ1050T2型货车的注册登记核定载质量和总质量进行了两次变更登记,即第一次由核定载质量1990kg、总质量4950kg变更为核定载质量4800kg、总质量7605kg,第二次由核定载质量4800kg、总质量7605kg变更为核定载质量2990kg、总质量6490kg。被上诉人的上述两次机动车变更登记变更行为具有法律依据和事实依据,并无不当。”<sup>[58]</sup>

本案涉及有关行政规章修改而引起的行政机关依职权作出的变更决定。依职权作出的行政决定变更如使行政相对人合法财产受到损失的,该行政相对人可以依法申请行政补偿。有时,合理性也是行政决定变更的理由之一。如在中国信达资产管理公司海口办事处诉三亚市规划局拆除“鹿园度假村”五十二幢别墅行政处罚纠纷案审理过程中,被告三亚市规划局于2002年1月14日作出市规罚字(2002)01号《关于改变市规罚字(2001)07号行政处罚决定的决定》,决定将拆除“鹿园度假村”五十二幢别墅的行政处罚变更为由被告以公开的方式代为法院拍卖,转让给新的开发商,所得价款扣除拍卖佣金和相关税费后返还原告。原告的诉讼请求因被告改变行政处罚决定而满足,据此,原告向法院提出撤诉请求。经审查,法院认为:

“被告于2002年1月14日作出市规罚字(2002)01号《关于改变市规罚字(2001)07号

[58] 广东省佛山市中级人民法院《行政判决书》([2006]佛中法行终字第71号)。

行政处罚决定的决定》后,原告向本院提出撤诉请求,该请求符合有关法律规定。”<sup>[59]</sup>

### 三、行政决定变更规则、方式与效力

#### (一)行政决定变更规则

原则上,对于有利行政决定变更如对行政相对人产生不利后果的,需要引入信赖利益保护原则加以考量;对于不利行政决定变更内容,如对行政相对人更为不利的,则需要引入更为严格的程序加以限制,如遵循正当程序原则。<sup>[60]</sup>同时,对于具有第三人效力的行政决定变更,必须遵循充分保护第三人合法权益原则。

#### (二)行政决定变更方式

行政决定变更的方式有:(1)同一个文件上的变更。即在原有的文件,如许可证、登记证上直接添加上变更的内容。(2)补充性文件的变更。即用一个新的文件来变更原有行政决定某项内容。如在前述中国信达资产管理公司海口办事处诉三亚市规划局拆除“鹿园度假村”五十二幢别墅行政处罚纠纷案中,行政机关用了一个《关于改变市规罚字(2001)07号行政处罚决定的决定》来变更之前作出的市规罚字(2001)07号行政处罚决定书。(3)用文号不同的行政决定变更其中的一项内容。即用“更字”新编一个文号的行政决定。此时,行政机关其实是作出了一个新的行政决定。

许可证、登记证等的换证行为不是重新发证,而是行政决定形式变更的一种,性质上是一种程序性行政行为,它不涉及行政决定的内容变更,对行政相对人权利义务不产生实际影响。如根据国家要求统一换发土地使用权证。如果行政决定内容上发生变化,那不是“换证”,而是一个新的行政决定,如第二代身份证的换发中重新设定了有效期限。

#### (三)行政决定变更效力

有时,一个已进入行政强制执行程序或者已经被执行完毕的行政决定,因发生变更将可能对行政强制执行的法效力产生影响。如《行政强制法》第41条规定:“在执行中或者执行完毕后,据以执行的行政决定被撤销、变更,或者执行错误的,应当恢复原状或者退还财物;不能恢复原状或者退还财物的,依法给予赔偿。”如果行政决定已为生效判决所拘束,那么行政决定不得再行变更。但如果为复议决定所“拘束”,行政决定是否也不可以变更,尚有讨论。

[59] 海南省三亚市中级人民法院《行政裁定书》([2002]三亚行初字第2号)。

[60] 邱正吉等不服厦门市规划局规划行政许可案,载《中国行政审判案例》(第3卷)第105号案例,中国法制出版社2013年版,第122页以下。

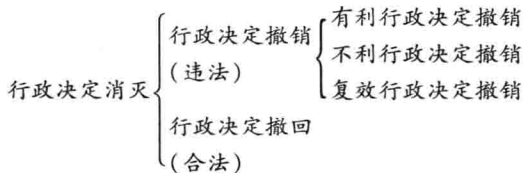


## 第六节 行政决定消灭

### 一、行政决定消灭概念

行政决定消灭是指行政机关依照法定职权和程序消灭行政决定的一种行政行为。根据被消灭的行政决定是否违法,行政决定消灭可以分为行政决定撤销和行政决定撤回,消灭合法行政决定是撤回,消灭违法行政决定是撤销。行政决定无效因其自始不存在法效力,故不产生行政决定的消灭问题,而是由有权机关依法予以确认。在制定法中,行政决定撤销和撤回的使用有时比较混乱,甚至还使用其他概念来表达行政决定消灭的意思。如《公民出境入境管理法》第13条规定:“公安部、外交部、港务监督局和原发证机关,各自对其发出的或者其授权的机关发出的护照和证件,有权吊销或者宣布作废。”这里的“宣布作废”其实与撤回同义。

行政决定产生法效力之后,即在行政机关与行政相对人之间产生了行政法律关系,或者变更、消灭了原有的行政法律关系,从而形成了一种新的法律关系。但是,由于各种主、客观原因的作用,已产生法效力的行政决定必须加以消灭,方可满足依法行政原理的需要,所以,行政决定消灭制度是以依法行政原理为法理基础而建立起来的一种法律制度。在行政复议或者行政诉讼程序中,行政机关和它的上一级行政机关或者法院撤销行政决定的行为,虽然也具有消灭行政决定法效力的法效果,但它不属于本节所称的“行政决定消灭”,理由是无论在程序上还是相关制度上,两者都有质的不同。关于行政决定消灭制度的理论基本框架,如下图示:



### 二、行政决定撤销

#### (一) 行政决定撤销概念

行政决定在经过法定救济期限之后,行政机关依照法定职权并通过法定程序消灭该行政决定,即行政决定撤销。行政决定撤销制度主要是限制行政机关在行政决定具有实质确定力之后随意撤销,所以,在法定救济期限内行政机关当然也可以行使行政决定的撤销权。行政决定撤销适用对象是违法行政决定。基于依法行政原理,若行政机关认为其作出的行政决定是违法的,它可以启用撤销权。根据行政决定违法的具体情况,行政机关可以撤销行政决定的部分内容,也可以撤销全部行政决定内容。进一步需要讨论的问题是,行政机关启用撤销权是否需要具有

体的法定依据?这在学理上一直是有争议的。最高人民法院在一个批复中称:“你院《关于首长机电设备贸易(香港)有限公司不服柳州市房产局注销抵押登记、吊销(1997)柳房他证字第0410号房屋他项权证并要求发还0410号房屋他项权证上诉一案的请示》收悉。经研究答复如下:房地产管理机关可以撤销错误的注销抵押登记行为。”<sup>[61]</sup>根据这一批复,最高人民法院的态度是,即使没有具体的法律依据,行政机关也是可以依职权撤销“错误”的行政决定。这个批复是由“有错必纠”原则支撑的,若涉及第三人合法权益时,没有具体的法律依据即可行使撤销权是否妥当,尚有讨论余地。

行政决定撤销的对象是尚未达到无效程度的违法行政决定。因无效行政决定在法律上“自始不存在”,即没有法效力,所以它不具有可撤销性,但可以依法加以确认。行政决定注销是一种程序性的行政行为,在制定法上并不少见。<sup>[62]</sup>它的功能在于提示第三人或者其他不特定的人不因误解等原因,对已经被消灭的行政决定产生信赖,或者防止行政相对人利用已经被撤销的行政决定(如许可证照)谋取非法利益,行政机关对承载行政决定内容的书面文件加以明示否定并公示于众。<sup>[63]</sup>行政决定注销不是行政决定撤销,而是行政决定撤销(包括消灭)后的一种程序性行为。但在实务中,注销也是有被误用的。如在陈忠伟诉福州海关吊销报关员资格案中,被告福州海关作出“关于收回陈忠伟报关员资格证书注销其报关员资格的通知”。法院认为:

“注销报关员资格证就是终止或剥夺行政相对人继续从事许可证所允许资格,就其性质而言应属于《中华人民共和国行政处罚法》第八条第(五)项中的“暂扣或者吊销许可证”情形,按该法第四十一条、第四十二条的规定,在作出行政处罚前应当告知原告陈忠伟应当享有陈述权、申辩权、对行政处罚不服的有权依法申请行政复议或者提起行政诉讼。”<sup>[64]</sup>

本案中,虽然被告作出的是注销报关员资格证决定,但是,法院从性质上认定此注销为行政处罚。既然是行政处罚,被告必须依照《行政处罚法》的规定作出。

[61] 最高人民法院答复广西壮族自治区高级人民法院的《关于房地产管理机关能否撤销错误的注销抵押登记行为的问题的批复》(法释[2003]17号)。另外,最高人民法院在答复贵州省高级人民法院的《关于复议机关是否有权改变复议决定请示的答复》([2004]行他字第5号)中也称:“你院[2004]黔高行终字第02号《关于吴睿韡诉贵阳市人民政府撤销复议决定一案适用法律的请示》收悉。经研究认为:行政复议机关认为自己作出的已经发生法律效力复议决定有错误,有权自行改变。因行政机关改变或者撤销其原行政行为给当事人造成损害的,行政机关应该承担相应的责任。”

[62] 《行政许可法》第70条。

[63] 《农作物种子质量检验机构考核管理办法》第24条规定:“在合格证书有效期内,检验机构不再从事检验项目范围内的种子检验服务或者自愿申请终止的,应当向考核机关申请办理合格证书注销手续。合格证书有效期届满而未重新申请的,合格证书失效,考核机关应当予以注销。注销合格证书,考核机关应当予以公告。”

[64] 福建省福州市中级人民法院《行政判决书》([2004]榕行初字第4号)。

但是,本案被告没有依照《行政处罚法》的规定作出行政处罚决定,于是,法院依法作出撤销“关于收回陈忠伟报关员资格证书注销其报关员资格的通知”的判决。

## (二)行政决定撤销的限制

尽管被撤销的行政决定是违法的,但它在被撤销之前是有法效力的。也就是说,它已经产生、变更或者消灭了特定的行政法律关系,尤其是对已经存续了较长时间的行政决定来说,它所形成的社会关系已较为稳定。为了维护法的安定性,同时调和与依法行政原理之间的紧张关系,行政决定撤销应当有如下若干限制:

### 1. 原则限制:信赖利益保护

在行政法上,信赖利益保护的基本内容是,已经为受益的行政相对人所信赖的行政决定违法,虽然行政机关可以撤销,但是若信赖利益明显大于撤销所要实现的公共利益,且受益的行政相对人有信赖利益值得保护的情形,那么行政机关不得撤销该违法的行政决定。<sup>[65]</sup> 在大陆法系国家的行政法学理上,信赖利益保护可以分为存续性保障和财产上价值保障。存续性保障是行政相对人信赖行政决定一直存在下去,对行政决定信赖产生的利益加以保护;财产上价值保障是将保护对象由信赖的行政决定转移到该行为所保有的财产上的价值。前者不足之处在于行政机关要么不撤销行政决定,要么撤销行政决定,没有一个缓和的中间选择,欠缺适度的灵活性;后者则放弃对行政决定是否存续的关注,转而关注财产价值上的补偿,只要行政相对人接受合理的补偿,那么行政决定是否需要撤销完全由行政机关裁量决定。

判断信赖利益是否存在,取决于如下构成要件是否成立:(1)行政相对人确信行政决定存在。也就是说,行政相对人在客观上确实知道存在着一个给其带来利益的行政决定,并根据这一行政决定对自己的生产、生活作了某种安排。至于行政相对人是否知道这个行政决定违法,并不影响这个要件的成立。如行政相对人已经依照出租汽车营运许可证的年限更新了车辆;行政相对人已经用政府发给的最低生活保障费支付了儿子课外补习班的费用;行政相对人将领取房屋产权证的房屋赠送给他人等。行政相对人如果没有上述之类的行为,本要件在法律上即不成立。(2)行政相对人的信赖利益值得保护。在这里,信赖利益是否值得保护取决于行政相对人在参与行政机关作出行政决定过程中主观上是否有过错,如是否有以欺诈、胁迫或者贿赂方法以及故意不提供正确的资料或者不完整的陈述等,致使行政机关作出使其受益的行政决定的情形;<sup>[66]</sup> 是否有证据可以证明行政相对人在有利行政决定存续期间知道该行政决定将可能被撤销的事实。如果存在上述情形,那么行政相对人的信赖利益就不值得保护。(3)经权衡,与撤销违法的行政决定所获得的公共利益相比,该行政相对人的信赖利益更值得保护。这是一个利益

[65] 进一步阅读刘飞:“信赖保护原则的行政法意义——以授益行为的撤销与废止为基点的考察”,载《法学研究》2010年第6期。

[66] 参见德国《联邦行政程序法》第48条。

衡量的问题,也是一个极其复杂的法律评价过程。但无论行政机关如何裁量以及作出何种决定,都必须提供充分理由以支持它的裁量合法性。行政机关在衡量时必须加以认真考虑以下若干因素:违法严重的程度、违法的行政决定已存续的时间长短和撤销后对公共利益或者第三人可能产生的影响等。

确立信赖利益保护对行政决定撤销的限制,与依法行政原理之间是有冲突的。依照传统行政法理论,行政机关随时可以自由地依照职权撤销作出的违法行政决定,以回应依法行政原理的要求。<sup>[67]</sup> 因为,依法行政原则要求违法的行政决定应当撤销,使行政法律关系回归到合法状态。但是,信赖利益保护原则要求保护行政相对人对该违法的行政决定所产生的信赖利益,故不能至少不能在没有限制条件下撤销该行政决定。为此,行政机关必须在这两者之间作出权衡。对于违法的行政决定,行政机关固然可以依照职权加以撤销,但是,对于有利行政决定,则必须充分考虑是否存在公共利益受损害的可能性,或者行政相对人是否存在信赖利益。行政相对人对有利行政决定如没有信赖利益存在,那么行政机关应当依职权撤销;反之,行政机关可以依职权决定是否撤销,即如果行政相对人的信赖利益大于公共利益的,则不得撤销。有关行政决定撤销中信赖利益保护的规定,在制定法上当推《行政许可法》,该法第69条第2款至第4款规定:“被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的,应当予以撤销。依照前两款的规定撤销行政许可,可能对公共利益造成重大损害的,不予撤销。依照本条第一款的规定撤销行政许可,被许可人的合法权益受到损害的,行政机关应当依法给予赔偿。依照本条第二款的规定撤销行政许可的,被许可人基于行政许可取得的利益不受保护。”

信赖利益保护无论是作为一种法治理念或是原则,已经为司法实务所接受。<sup>[68]</sup> 如在益民公司诉河南省周口市政府、周口市发展计划委员会及原审第三人河南亿星实业集团有限公司管网燃气行政许可上诉案中,<sup>[69]</sup> 最高人民法院首次引入了信赖利益保护理论。又如,在温州星泰房地产开发有限公司垫江分公司诉垫江县国土资源和房屋管理局不履行土地使用权变更登记发证法定职责纠纷案中,法院依照信赖利益保护理论,否定撤销有违法情形的行政决定,而且还责令被告履行法定职责,以保护原告的信赖利益。在此案中,法院认为:

“垫江县政府以招商引资的方式开发建设渝东食品批发市场,研究同意将讼争土地使用权转让于原告方,应当恪守诚实信用原则;被告垫江县国土房管局作为垫江县政府职

[67] “动摇自由撤销理论之契机,为柏林高等行政法院于1956年11月14日之判决,该判决获得联邦行政法院之维持。该案件之原告为一原居住于东德之公务员寡妻,经被告机关(西柏林内政部)之书面证明,如居住于西柏林,即可获得生活扶助请求权。原告遂迁居西柏林,被告机关亦对其核发安葬费。其后被告机关发现,原告不符合核准之法律要件,即停止发给安葬金,并通知缴回已付之生活扶助金。”陈敏:《行政法总论》(第7版),新学林出版有限公司2011年版,第449页注2。

[68] 进一步阅读余凌云:“蕴育在法院判决之中的合法预期”,载《中国法学》2011年第6期。

[69] 最高人民法院《行政判决书》([2004]行终字第6号)。

能部门,应当依法执行垫江县政府以招商引资方式开发建设渝东食品批发市场的相关决定并对自己的行为和承诺诚实守信,不得随意变更和反复无常,在对行政相对人的授益性行为作出后,即使发现对政府不利,只要不是该行为重大、明显违法导致行为无效或因为相对人的过错造成的,一般不得改变。本案中,原告星泰公司垫江分公司对垫江县政府的招商引资行为和垫江县国土房管局的变更登记内部审批行为存在合理信赖,并基于这种信赖交纳了转让费且对该建设项目作了大量的前期准备工作,投入了不少人力、财力,相较于本案中的瑕疵和其他利益而言,相对人的信赖利益更值得保护。”〔70〕

本案中,法院在裁判理由论证中运用信赖利益保护理论,它认为“在对行政相对人的授益性行为作出后,即使发现对政府不利,只要不是该行为重大、明显违法导致行为无效或因为相对人的过错造成的,一般不得改变”。以这一前提为基础,它进而认为原告对被告的“招商引资行为”和“变更登记内部审批行为”有合理信赖,并实施了“交纳了转让费”、“作了前期准备工作”和“投入了不少人力、财力”等信赖行为。在比较了撤销所能达成的其他利益之后,认为“相对人的信赖利益更值得保护”,故判决“被告垫江县国土资源和房屋管理局在本判决生效后三十个工作日内,对原告温州星泰房地产开发有限公司垫江分公司申请变更登记位于垫江县桂溪镇桂东大道南段南侧 33741 平方米的国有土地使用权,履行变更登记发证职责”。

## 2. 时间限制:除斥期间

为了避免行政法律关系一直处于可能变动的状态中,故为了给行政相对人提供一个稳定的法律关系,以利于其从事生产、生活,对违法行政决定撤销必须在时间上给予限定,即除斥期间。除斥期间是指行政机关可以行使职权的法定期间,若行政机关在此法定期间内不行使,则在该法定期间届满时导致该职权的消灭。除斥期间从何时起算,学理上认为是行政机关应当知道“撤销原因”之时。但迄今为止,法律、法规和规章对行政决定撤销权的除斥期间尚未有过规定,致使行政机关对违法行政决定有时即使过了十年八载的,也可能会在“有错必纠”原则下加以撤销,严重影响了行政法律关系的安定性。因此,在将来制定的“行政程序法”中,宜规定有利行政决定撤销的除斥期间为两年,不利行政决定撤销的除斥期间为 5 年。

### (三) 行政决定撤销的内容

1. 有利行政决定撤销。有利行政决定是指行政决定产生法效力后,行政相对人获得了某种权利或者一种优势的法律地位,如取得营业执照等。原则上,基于行政相对人的信赖利益,即使有利行政决定违法,行政机关也不得随意撤销。但是,有利行政决定违法具有如下情形的,行政机关可以撤销:(1)有利行政决定不予撤销,将对公共利益产生重大不利影响的,如违法颁发的卫生许可证、药品生产许可证,不予撤销将可能导致其生产的食品、药品对不特定公众的生命、健康产生重大危害。(2)行政相对人对有利行政决定没有形成信赖利益,如行政相对人根本不

〔70〕 重庆市武隆县人民法院《行政判决书》([2008]武法行初字第 1 号)。

知道行政机关作出了有利行政决定,也就不可能对该有利行政决定产生信赖利益。

关于行政相对人因行政决定违法而获得的利益,在该行政决定被撤销之后如何处理的问题,在现代行政法上的处理方法是利益返还。行政相对人因有利行政决定违法获得的利益,构成了如私法上的“不当得利”,应当返还国家。如实物存在,则应当返还实物,如违法购买的经济适用房;如发放的是金钱且已经花掉,返还等额金钱。

## 2. 不利行政决定撤销

不利行政决定是指行政决定产生法效力后,限制或者剥夺了行政相对人的利益,或者使行政相对人处于不利的法律地位,如暂扣驾驶执照3个月,或者取消房地产估价师资格等。不利行政决定即使违法也没有授予行政相对人利益,所以,不存在信赖利益保护问题。对于不利行政决定,行政机关原则上应当予以撤销。但基于法的安定性考虑或者行政决定撤销涉及重大公共利益的,应当尽可能维持现状,以稳定既成的行政法律关系。

对于不利行政决定,行政机关可以依职权撤销,行政相对人也可以在法定救济期限届满之后,请求行政机关撤销不利行政决定。行政机关对不利行政决定是否予以撤销,应当酌情考虑各种因素,尤其是要考虑“法的安定性”原则的价值,不能因为撤销了不利行政决定而颠覆它的价值。

## 3. 复效性行政决定撤销

虽然行政决定可以分为有利和不利两类,但是,某些行政决定兼有这两种法效果,在学理上称之为“复效性行政决定”。对于复效性行政决定撤销,需要在进一步分类的基础上再作分析。首先,依照有利和不利是否指向同一行政相对人,可以分为“具有混合效力的行政决定”和“具有第三人效力的行政决定”。对于“具有混合效力的行政决定”撤销,可以依照有利和不利是否可以作分离原则来处理。如果两者是不可分离的,则依有利行政决定原则处理。而对“具有第三人效力的行政决定”撤销,即行政决定的法效力不仅拘束行政对象人,而且也涉及行政相关人(第三人)。如张三申请开办加油站,行政机关许可其申请,则该许可对加油站周边居民将产生噪声、气味等不利影响,而行政机关不许可其申请,则周边居民可以免受噪声、气味之苦。对于前一种情况,由于行政许可是针对申请人的权利作出的,此时行政决定的性质应当是由对申请人影响内容来决定。既然行政许可对申请人来说是一种利益的获得,那么这种行政决定自应视为有利行政决定,对第三人的不利影响并不能改变这种行政决定的性质。对于后一种情况,德国行政法上的通说认为,“此处第三人所受利益之性质,仅属于反射利益,亦即第三人并不是由处分内容直接获得权利,纯粹是事实上效果。既然处分所依据的法规内容着重的是相对人权益的创设变更,在涉及撤销与否的问题时,理应以相对人之利益保护为

主,适用关于负担处分之撤销规定为宜。”<sup>[71]</sup>应该说,此通说是可行、合理的。

#### (四) 行政决定撤销的法效力

1. 被撤销的行政决定法效力。原则上,行政决定撤销一经作出,被撤销的行政决定法效力即消灭,且追溯到被撤销的行政决定作出之日。但是,基于正当事由,行政机关也可以另行确定被撤销行政决定法效力的消灭时间。

2. 撤销行政决定被撤销的法效力。当一个行政决定被撤销之后,原被撤销的行政决定是否自动恢复法效力,学理和实务都有不同的观点。从保护行政相对人合法权益目的看,原则上应当恢复它的法效力。如利害关系人或者行政机关依职权发现行政相对人自身条件或者法律规定已经发生变动,致使恢复它的法效力不具有合法性的,行政机关应当依法撤回已经恢复的原行政决定。如撤销驾驶执照的决定被撤销之后,该驾驶执照的效力自动恢复,但如持照人已丧失行为能力,那么行政机关应当撤回他的驾驶执照。

3. 行政决定撤销的法效力不及于法院裁判。如果行政决定内容如认定的事实、法律的解释以及结论已为产生既判力的法院裁判所确认,那么,即使该行政决定被撤销,利害关系人也不能以此理由对抗法院裁判的既判力。

### 三、行政决定撤回

#### (一) 行政决定撤回概念

行政决定的撤回是指行政决定产生法效力之后,因其所依据的客观事由或者法规规范发生了变化,致使该行政决定的存在缺少事实和法规规范的支持,如不撤回将可能有害于公共利益或者他人合法权益时,由行政机关依照法定程序加以撤回,使其面向未来失去法效力的一种行政决定。

行政决定撤回对象是合法行政决定,撤回的前提是需要存在一个可以消灭的行政法律关系。如撤回一个撤销企业登记的决定是没有意义,也是没有必要的,因为因企业登记而形成的行政法律关系此时在法律上已经不存在了。企业如果想再获得登记,重新向工商行政机关提出申请即可,撤回撤销企业登记决定并不能够自动恢复该企业的登记,这一点与撤销一个撤销企业登记的行政决定法效果是不同的。

行政决定撤回在制定法上并不少见。如《行政许可法》第8条第2款规定:“行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,行政机关应当依法给予补偿。”实务中的个案也不少见,如在广州市建筑置业有限公司诉广州市海珠区人民政府等履行法定职责纠纷案中,法院认为:

[71] 董保城:“行政处分之撤销与废止”,载台湾行政法学会主编:《行政法争议问题研究》(上),五南图书出版公司2001年版,第492页。

“原告广州市建筑置业公司经广州市国土资源和房屋管理局批准同意办理用地手续,后因该项目用地闲置,广州市国土资源和房屋管理局报经广州市人民政府批准后,作出对涉案的项目用地予以收回的决定。广州市国土资源和房屋管理局的行为属于撤回已经生效的行政决定,依法应当给予适当的补偿。”〔72〕

本案中,经广州市国土资源和房屋管理局“批准同意办理用地手续”,原告因此获得了该土地的使用权,但之后被告批准收回该地的使用权。此为撤回行政决定,符合《行政许可法》第8条规定。因统一的行政决定撤回的程序性制度尚未建立,所以,有关行政决定撤回的法规范都是分散于相关的法律、法规和规章之中。在现代行政法理论上,对于行政决定的撤回,因涉及行政相对人的合法权益以及公共利益,撤回原因应当由法明确加以规定,不宜由行政机关裁量决定。一般来说,撤回的原因有:(1)法的规定;(2)法的变更;(3)客观事实发生变化。

### (二) 行政决定撤回的限制

原则上,法的安定性否定行政机关有权撤回行政决定,但是,基于公共利益等需要,行政机关有行政决定的撤回权。因行政机关的行政决定撤回权与行政相对人对行政决定的信赖利益之间可能会发生冲突,若以制定法明列行政机关可以撤回的情形,则可能是缓解两者紧张关系的较好策略。如中国台湾地区“行政程序法”第123条规定:“授予利益之合法行政处分,有下列各款情形之一者,得由原处分机关依职权为全部或一部之废止:(1)法规准许废止者。(2)原处分机关保留行政处分之废止权者。(3)附负担之行政处分,受益人未履行该负担者。(4)行政处分所依据之法规或事实事后发生变更,致不废止该处分对公益将有危害者。(5)其他为防止或除去对公益之重大危害者。”另外,基于法的安定性原则,对行政决定撤回也需要设置一个除斥期间,以保护行政法律关系的稳定性。

### (三) 行政决定撤回的内容

因被撤回的行政决定对行政相对人的影响不同,在撤回规则上需要加以区别考虑:(1)有利行政决定的撤回。行政相对人因有利行政决定而获得了合法权益,一旦该有利行政决定被撤回,行政相对人的合法权益因为没有合法依据而丧失。基于信赖利益保护原则,对于有利行政决定的撤回应当慎审;如有利行政决定必须撤回的,应给予行政相对人合理的行政补偿。已执行完毕的有利于行政相对人的行政决定不存在行政决定撤回问题。(2)不利行政决定的撤回。不利行政决定对行政相对人具有不利益性,所以,一旦撤回情形发生之后,行政机关可以随时加以撤回,除非基于法的安定性考虑或者第三人合法权益的保护,行政机关可以延期撤回或者不予撤回。但是,法的安定性要求不得对抗公共利益的需要,当两个原则发生冲突时,应当优先满足公共利益保护的需要。不利行政决定如已执行完毕,撤回之后也不发生行政补偿问题,行政相对人不得依此请求行政补偿。

〔72〕 广东省广州市中级人民法院《行政判决书》([2010]穗中法行初字第8号)。



#### (四) 行政决定撤回的法律效果

行政决定撤回的效力是使被撤回的行政决定在撤回决定作出时面向未来失去法律效力,原则上不得溯及既往。在有利行政决定中,受益人没有履行义务而获利的,则所获利益应当返还,在此情况下,撤回具有溯及既往的法效力。在某些情况下撤回有利行政决定并非基于行政相对人的原因,如公共利益的需要、法律规定发生变更等,国家应当承担行政补偿责任。不利行政决定撤回,行政相对人因该行政决定所承担的义务随即除去。

## 第七节 若干类型化的行政决定

### 一、行政处罚

#### (一) 行政处罚的概念

行政处罚是指行政机关为维护行政管理秩序,对违反行政法上义务的行政相对人给予的一种法律制裁。“违反行政法上义务”可以解释为是“违反行政管理秩序的行为”。<sup>[73]</sup>“违反行政管理秩序的行为”如何解释?首先,行政相对人应当有法定义务的存在。其次,该法定义务并非都可以从相对的权利中推导出来,因为,公法上行政相对人的许多义务是由法基于公益的需要而设定,并不当然有一一对应的权利存在。最后,法定义务包括作为、不作为以及容忍。

行政处罚与刑事处罚之间具有紧密关系。这种关系表现为两者之间存在一种关联性,即当行政相对人符合行政处罚的违法行为具备法定条件时,即升格为应受刑事处罚的犯罪行为。《行政处罚法》第7条第2款规定:“违法行为构成犯罪的,应当依法追究刑事责任,不得以行政处罚代替刑事处罚。”行政处罚具有惩罚性,这是行政处罚与其他行政决定的显著不同点。比如,《行政处罚法》第23条规定:“行政机关实施行政处罚时,应当责令当事人改正或者限期改正违法行为。”这里的“责令改正”或者“责令限期改正”是行政决定,但因不具有惩罚性,不是行政处罚。又如对驾驶员违反道路交通安全行为的记分,它是一种警示,也不具有惩罚性。

《行政处罚法》于1996年10月1日实施。该法律对行政处罚的设定、实施、程序等作出了基本规定,旨在统一各部门行政法中行政处罚的适用。

#### (二) 行政处罚的种类和设定

1. 行政处罚的种类。在《行政处罚法》中,法定的行政处罚种类有:(1)警

[73] 参见《行政处罚法》第3条第1款。

告;<sup>[74]</sup>(2)罚款;(3)没收违法所得;<sup>[75]</sup>没收非法财物;<sup>[76]</sup>(4)责令停产停业;(5)暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照;(6)行政拘留;(7)法律、行政法规规定的其他行政处罚。在上述法定的行政处罚种类中,“暂扣许可证或者执照”有时也可以作为行政强制措施来适用。如《道路交通安全法》第110条规定:“执行职务的交通警察认为应当对道路交通违法行为人给予暂扣或者吊销机动车驾驶证处罚的,可以先予扣留机动车驾驶证,并在二十四小时内将案件移交公安机关交通管理部门处理。”这里的“先予扣留”不是行政处罚,是一种暂扣财物的行政强制措施。另外,撤销有时也被当作一种行政处罚来适用。如《公司登记管理条例》第68条规定:“虚报注册资本,取得公司登记的,由公司登记机关责令改正,处以虚报注册资本金额5%以上15%以下的罚款;情节严重的,撤销公司登记或者吊销营业执照。”从合法性角度看,行政处罚的种类只能是上述明列的6种,“法律、行政法规规定的其他行政处罚”是一种例外规定,所以,在地方性法规、行政规章甚至行政法规中如“创设”了新的行政处罚种类是一种不合法的行政处罚设定。如《房地产经纪管理办法》第35条规定:“违反本办法第二十二条,房地产经纪机构擅自对外发布房源信息的,由县级以上地方人民政府建设(房地产)主管部门责令限期改正,记入信用档案,取消网上签约资格,并处1万元以上3万元以下罚款。”在这一规定中,“取消网上签约资格”性质是行政处罚,但因它是由部门规章创设,属不合法的行政处罚种类。

2. 行政处罚的设定与规定。设定即行政处罚种类“从无到有”,它是原始性地创设一个行政处罚种类,如“法律可以设定各种行政处罚。”<sup>[77]</sup>“规定”即行政处罚种类“从粗到细”,它是把设定的行政处罚种类要件、处罚裁量给以具体化,以提高行政处罚的可操作性。如“法律对违法行为已经作出行政处罚规定,法规需要作出具体规定的,必须在法律规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。”<sup>[78]</sup>在实务中,这种“规定”通常是下位法的立法行为,如《道路交通安全法》第89条规定:“行人、乘车人、非机动车驾驶人违反道路交通安全法律、法规关于道路通行规定的,处警告或者五元以上五十元以下罚款;非机动车驾驶人拒绝接受罚款处罚的,可以扣留其非机动车。”作为地方性法规的《浙江省实施〈中华人民共和国道路交通安全法〉办法》第72条对此作出了具体化的规定:“行人、乘车人有下列行为之一的,处十元罚款:(1)在机动车道内行走、滞留的;(2)跨越、倚坐道路隔离

[74] 进一步阅读徐向华等:“倍率式罚款的特定基数与乘数倍率之实证研究”,载《中国法学》2007年第5期。

[75] 在没收违法所得的行政处罚中,计算违法所得时不应扣除经营成本。厦门博坦仓储有限公司诉福建省厦门海关行政处罚案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第13号案例,中国法制出版社2010年版,第63页以下。

[76] 进一步阅读叶平等:“行政处罚中的违法所得研究”,载《中国法学》2006年第1期。

[77] 《行政处罚法》第9条第1款规定。

[78] 《行政处罚法》第10条第2款。

设施的;(3)乘坐两轮摩托车未正向骑坐的。行人、乘车人有下列行为之一的,处五十元罚款:(1)在车行道上拦车、带路或者从事兜售、发送物品等妨碍交通安全活动的;(2)机动车在高速公路上行驶,乘车人不按规定使用安全带的;(3)扒车、跳车、追车或者抛物击车的。”唯这里作为下位法的地方性法规,收尽了上位法给予行政机关的裁量空间是否合法,可以讨论。

### (三) 行政处罚的主体

行政处罚主体分为法定主体和授权主体。行政处罚由具有行政处罚权的行政机关在法定职权范围内实施。<sup>[79]</sup> 行政处罚的法定主体是行政机关。如《环境保护法》第37条规定:“未经环境保护行政主管部门同意,擅自拆除或者闲置防治污染的设施,污染物排放超过规定的排放标准的,由环境保护行政主管部门责令重新安装使用,并处罚款。”本条中“环境保护行政主管部门”是行政处罚的法定主体。

行政机关可以依照法律、法规或者规章的规定,在其法定权限内委托依法成立的管理公共事务的事业组织实施行政处罚。<sup>[80]</sup> 行政机关对委托实施的行政处罚后果承担法律责任。但受委托组织超越委托范围实施的行政处罚后果是否也要委托行政机关承担,学理上是有争议的。基于行政机关的监督职责,以及受委托组织实施行政处罚的外观,由行政机关承担该行政处罚后果。

在特别情况下,法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚。<sup>[81]</sup> 行政处罚的授权主体是具有管理公共事务职能的组织,经授权它具有与行政机关相同的法律地位。如《道路运输管理条例》第69条规定:“违反本条例的规定,客运经营者、货运经营者不按照规定携带车辆营运证的,由县级以上道路运输管理机构责令改正,处警告或者20元以上200元以下的罚款。”在本条中,“道路运输管理机构”性质上是具有管理公共事务职能的组织,依照本条的授权它具有行政处罚的主体资格。

### (四) 行政处罚的程序

1. 简易程序。简易程序是行政处罚程序中的一个特殊程序,它适用于违法事实确凿并有法定依据,对公民处以50元以下、对法人或者其他组织处以1000元以下罚款或者警告的行政处罚案件。它包括以下几个程序性步骤:(1)表明身份。由行政机关执法人员出示行政执法证件,即使是身着制服的行政执法人员也必须出示执法身份证件,用于表明自己的执法身份。(2)听取受处罚人的陈述和申辩。(3)说明处罚的理由。(4)制作当场处罚决定书。(5)行政处罚决定交当事人当场签收。

2. 一般程序。一般处罚程序是行政处罚程序中的一个基本程序。除有法特别规定外,行政机关作出行政处罚决定必须适用一般处罚程序,否则,该行政处罚决

[79] 《行政处罚法》第15条。

[80] 《行政处罚法》第18条。

[81] 《行政处罚法》第17条。

定不具有合法性。一般程序的步骤为:(1)立案。(2)调查。(3)听证。如行政处罚不属于法定听证范围,或者当事人放弃听证的,可以不经听证程序。<sup>[82]</sup>对于不属于法定听证范围的行政处罚,行政机关应当根据《行政处罚法》第6条的规定,给予当事人一个陈述、申辩的权利。(4)作出行政处罚决定。(5)送达。除当事人在场外,行政机关应当依照民事诉讼法的有关规定将行政处罚决定书送达当事人。另外,在行政处罚决定作出之前,行政机关未将行政处罚告知书送达当事人,其作出的处罚决定不能成立。<sup>[83]</sup>

#### (五)行政处罚的适用

1. 责令改正。《行政处罚法》第22条规定:“行政机关实施行政处罚时,应当责令当事人改正或者限期改正违法行为。”在实务中,关于“责令改正”的适用有三种情形:(1)单独使用。经行政机关责令改正后,行政相对人如不改正违法行为的,也没有相应的法律后果。如《建设工程质量管理条例》第71条规定:“违反本条例规定,供水、供电、供气、公安消防等部门或者单位明示或者暗示建设单位或者施工单位购买其指定的生产供应单位的建筑材料、建筑构配件和设备的,责令改正。”(2)作为行政处罚的构成要件之一。即行政相对人拒不履行责令改正义务的,是行政机关给予其行政处罚的构成要件之一。如《浙江省实施〈中华人民共和国动物防疫法〉办法》第37条第1句规定:“违反本办法第七条第一款规定,未按规定建立动物防疫档案的,由动物防疫监督机构责令改正;拒不改正的,可以处500元以上2000元以下的罚款。”(3)与行政处罚决定并用。如《水污染防治法》第70条规定:“拒绝环境保护主管部门或者其他依照本法规定行使监督管理权的部门的监督检查,或者在接受监督检查时弄虚作假的,由县级以上人民政府环境保护主管部门或者其他依照本法规定行使监督管理权的部门责令改正,处一万元以上十万元以下的罚款。”

实务中,责令性行为的性质是否属于行政处罚,需要区分不同情况加以确定。如《行政处罚法》中的“责令停产停业”是行政处罚,<sup>[84]</sup>但也有的责令性行为则是行政强制措施,如在王国富诉石柱县国土资源和房屋管理局行政强制措施决定再审查案中,法院认为:

“王国富所办理的5002400420072号《采矿许可证》的有效期限至2005年8月。期限届满后没有得到续展,故其已经丧失在黎场乡望江村小地名“砖瓦溪”处采砂、取石的权利。其继续从事开采行为违法。石柱县国土资源和房屋管理局对其继续实施开采行为予以制止,并通过向其发放《责令停止违法行为通知书》,责令‘立即停止矿产违法行为,听候处

[82] 行政机关在告知听证的申请期限未届满且相对人未放弃听证权的情况下,直接作出处罚决定,属于违反法定程序,毛为将诉山东省东营市公安局交通警察支队道路行政处罚案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第15号案例,中国法制出版社2010年版,第75页以下。

[83] 四川省南充市顺庆区源艺装饰广告部诉四川省南充市顺庆区安全生产监督管理局行政处罚案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第73号案例,中国法制出版社2011年版,第204页以下。

[84] 《行政处罚法》第8条第4项。

理’，促使行为人王国富结束继续开采砂石的行为，保持其不作为行为状态。该行政措施为要求相对人王国富停止违法行为，修复违法行为状态所必需，即只要其结束违法行为状态，保持不作为状态即可，无须王国富付出更多的代价，故该责令停止违法行为不具制裁性质，属行政强制措施之一种，不符合行政处罚的性质，非为《行政处罚法》第八条规定的行政处罚。”〔85〕

但是，根据2011年的《行政强制法》规定，本案中责令“立即停止矿产违法行为”不是行政强制措施，〔86〕应当是一种为行政相对人设定义务的（命令性）行政决定，不属于《行政强制法》的调整范围。若行政相对人不履行责令性决定所设定的义务，那么行政机关可依法强制执行或者依法申请法院强制执行。

2. 一事不得两次罚款。《行政处罚法》第24条规定：“对当事人的同一个违法行为，不得给予两次以上罚款的行政处罚。”此为这一行政处罚规则的法律依据。〔87〕“同一个违法行为”是指由相同构成要件成立的违法行为，“不得给予两次以上罚款”意味着行政机关对同一个违法行为如给予罚款再并处警告、没收违法所得等行政处罚是合法的。但行政相对人如有数个同类违法行为，宜采用如下行政处罚规则：（1）同一机关对同类处罚可以采用“吸收规则”。（2）不同机关同类处罚可以采用“分罚规则”。行政机关在适用“分罚规则”时，尤其要遵守比例原则，禁止过度处罚。在实务中，即使两次行政处罚不是罚款，同样也会被法院认为是违反“一事两罚”规则。如在赵先立诉鹿邑县国土资源局土地行政处罚纠纷案中，法院认为：

“被告在作出被诉处罚决定之前作出的鹿国土资监字〔2007〕第904号处罚决定书中处罚的拆除违法建筑已包含了赵先立的违法建筑，被告2008年10月26日作出的被诉处罚决定再次处罚拆除赵先立的违法建筑，被告系对同一违法事实重复处罚，该被诉处罚决定处罚拆除的违法建筑已无可供执行对象。被告所作被诉处罚决定属程序违法。”〔88〕

本案中，对违法建筑作出两次拆除的处罚决定，前后没有涉及罚款，构成“对同一违法事实重复处罚”。它不属于违反《行政处罚法》第24条之规定的情形。在行政法学原理上，后一个处罚因“一事两罚”导致内容不具有可执行性，因此，它是一个无效的行政处罚决定。

3. 追溯时效。《行政处罚法》第29条第1款规定：“违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚。法律另有规定的除外。”此为行政处罚的追溯时效的法律规定。“未被发现”是指案件发生后未查实谁是作案人。若查实的作案人逃逸，

〔85〕 重庆市第四中级人民法院《行政判决书》（〔2008〕渝四中法行再终字第1号判决书）。

〔86〕 《行政强制法》第2条。

〔87〕 行政机关将案件移送司法机关追究刑事责任后，一般不宜再对行政相对人作出行政处罚。枣庄永帮橡胶有限公司诉山东省枣庄市国家税务局税务行政处罚案，载《中国行政审判指导案例》（第1卷）第14号案例，中国法制出版社2010年版，第69页以下。

〔88〕 河南省郸城县人民法院《行政判决书》（〔2009〕郸行初字第46号）；林新伟不服常州市民族宗教事务局宗教行政处罚案，江苏省常州市中级人民法院《行政判决书》（〔2006〕常行终字第37号）。

则他将受到终身追溯。关于该时效的起算点,通常情况下从违法行为发生之日起计算,如违法行为有连续或者继续状态的,从行为终了之日起计算。确定连续或者继续状态的违法行为,在学理上可以作这样的解释:(1)连续性违法行为系指行政相对人基于同一个故意,连续地实施了数次同一性质的行为。(2)继续性违法行为系指行政相对人实施单一违法行为后,其违法所形成的状态(不是后果)在时间上处于一种延续状态的行为。在法律上,上述两种情形应当视为一个行政违法行为予以处罚。如最高人民法院行政诉讼庭([1997]法行字第26号)答复:“对非法占用土地的违法行为,在未恢复原状之前,应视为具有继续状态,其行政处罚的追溯时效,应根据行政处罚法第二十九条第二款的规定,从违法行为终了之日起计算。”据此,非法占用土地在未恢复原状之前属于“继续状态”的违法行为。但是,违法建房则不是一个连续或者继续违法状态。<sup>[89]</sup>

实务中,有的违法行为状态如何认定比较复杂,如淫秽物品被出售之后,该淫秽物品在社会上流传是否属于一种违法行为的连续或继续状态,最高人民法院行政诉讼庭在《关于出售淫秽物品如何计算追溯期限问题的电话答复》(1991年8月21日)中称:“行为入‘将淫秽物品出售他人后’,应当视为其违法行为已经终了。‘致使淫秽物品接连不断地在社会上转卖、复制、传播’,只能作为其违法行为的情节(即所造成的后果)来考虑,而不能视为连续或继续状态。”

一个相关的问题是,经责令限期改正但行政相对人未在限期内改正的,应当按何种违法行为计算追溯时效,实务中并非没有争议。如《环境行政处罚办法》第11条第2款规定:“责令改正期限届满,当事人未按要求改正,违法行为仍处于继续或者连续状态的,可以认定为新的环境违法行为。”其实,本条的规定是值得商榷的。“责令限期改正”是否可以截断违法行为继续或者连续状态,需要从责令改正的功能角度加以分析。对于本条规定的情形,与其作为一个新的违法行为,不如把它作为一个从重处罚的情节来考虑更加适当。行政相对人收到责令改正的命令后不予改正,是不执行行政机关发出的强制命令的态度问题,与从重处罚情节的性质相一致。

4. “一果多因”情形下的行政处罚。行政相对人在生产活动中作出的行为虽然不符合法律规定要求,但存在“一果多因”的情形,即引起行政相对人违法行为的原因中,有非其本人的原因,且行政相对人并无违法故意的,行政机关不得简单地以结果违法为由对其作出行政处罚。<sup>[90]</sup>

[89] 徐丽娟诉黑龙江省大庆市林甸县住房和城乡建设局行政处罚案,载《中国行政诉讼案例》(第4卷)第134号案例,中国法制出版社2013年版,第74页以下。

[90] 王品朝诉临安市林业局林业行政处罚案,载《中国行政诉讼案例》(第3卷)第96号案例,中国法制出版社2013年版,第75页以下。

## 二、行政许可

### (一) 行政许可的概念

行政许可是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为。<sup>[91]</sup> 行政许可是政府调控经济与社会发展的一种预防性监管手段,与行政相对人自由空间的大小有着十分紧密的关系。在性质上,行政许可有的是“自由的恢复”,也有的是“权利的赋予”。前者如食品生产许可,后者如采矿许可。行政相对人从事某些有益于社会和他人活动,有时可能会产生一定的危害性,进而危及正常的经济与社会发展秩序。对于这样的行为,政府可以采用预防性管制(行政许可),也可以采用追惩性管制(如行政处罚、行政强制措施)。但两者相比,预防性管制显然优于追惩性管制。

与行政许可相似的概念是行政审批。在一份官方文件中,行政审批是指行政审批机关(包括有行政审批权的其他组织)根据自然人、法人或者其他组织依法提出的申请,经依法审查,准予其从事特定活动、认可其资格资质、确认特定民事关系或者特定民事权利能力和行为能力的行为。<sup>[92]</sup> 与行政许可概念比对,行政审批多出了“认可其资格资质、确认特定民事关系或者特定民事权利能力和行为能力”等,这部分内容在行政法理学上称之为“行政认可”<sup>[93]</sup>和“行政确认”,不属于行政许可的范畴。

《行政许可法》于2004年7月1日实施。该法律对行政许可的设定、实施、费用等作出基本规定,旨在统一各个部门行政法中的行政许可适用,同时也回应了国家行政审批制度改革的要求。

### (二) 行政许可的设定

行政许可事关行政相对人的自由程度,而自由程度的大小又与国家、社会的发展快慢有关,所以,并非事事都由行政机关实施行政许可就能管好社会,以前全面实施计划经济体制的破产已经证明了这一点。但是,如果纳入行政许可的事项过小,那也会减损行政许可制度的功效。《行政许可法》把事关国家安全等特定活动、有限自然资源开发利用等、特定职业和行业的资格与资质要求、事关公共安全等设施运转是否达到规范要求和产品等是否符合标准以及某些主体资格的事项等,纳入了行政许可的事项。<sup>[94]</sup> 反之,行政相对人能够自主决定的,市场竞争机制能够有效调节,行业组织能够自律管理等事项,可以不设行政许可。<sup>[95]</sup> 从经济与

[91] 进一步阅读陈端洪:“行政许可与个人自由”,载《法学研究》2004年第5期。

[92] 国务院行政审批制度改革工作领导小组《关于印发〈关于贯彻行政审批制度改革五项原则需要把握的几个问题〉》(国审改发[2001]1号)。

[93] 如根据《海洋渔业船员发证规定》第19条规定,“具备本规定要求,并经渔港监督机构认可的船员海上资历”是申请适任证书考试的条件之一。

[94] 《行政许可法》第12条。

[95] 《行政许可法》第13条。

社会发展的状况看,这个行政许可事项范围的划定是妥当的。当然,这个范围并不是固定不变的,它是可以调整的。

与行政处罚一样,行政许可也有“设定”和“规定”。针对可以设定行政许可的事项,法律总是不受限制的,即它可以根据需要设定各种行政许可。除了部门规章外,行政法规、地方性法规和地方政府规章在法定条件下也有部分行政许可设定权。在行政许可规定权上,除了法律外,法规、规章都有部分法定权限。但是,在上位法已经设定行政许可的情况下,它们不得增设行政许可;<sup>[96]</sup>对行政许可条件作出的具体规定,不得增设违反上位法的其他条件。但是,在实务中违法规定行政许可条件的个案并不少见,如在国务院办公厅转发的一个文件中规定:“自2006年6月1日起,凡新审批、新开工的商品住房建设,套型建筑面积90平方米以下住房(含经济适用住房)面积所占比重,必须达到开发建设总面积的70%以上。”<sup>[97]</sup>这个“文件”充其量是国务院的“法规性文件”,但它在《城市规划法》(已失效)规定的“建设用地规划许可证”和“建设工程规划许可证”的法定要件外,增设了一个新的许可要件,应属违法增设许可条件。

### (三) 行政许可的实施

1. 许可机关。行政机关和法律、法规授权的组织应当在法定职权或者法定授权的范围内实施行政许可。行政机关也可以委托其他行政机关实施行政许可,非行政机关不得接受委托实施行政许可。若无行政许可权的行政机关实施类似于许可的“项目备案”行为,不产生合法许可的法效力。如在安徽国祯泉星天然气开发有限公司与临泉县人民政府燃气经营行政许可上诉案中,法院认为:

“临泉县发改委并非燃气特许经营行政主管部门,依法不具有实施燃气经营行政许可的权限,故其对泉星公司报送的燃气加气站及释放站项目备案行为,并非燃气经营权行政许可行为,泉星公司亦不能据此合法取得临泉县燃气特许经营权。”<sup>[98]</sup>

在本案中,临泉县发改委是行政机关,但燃气经营权许可不是它的法定职权,所以,它不得实施行政许可。

2. 申请与受理。行政许可是依申请的行政决定,因此,它以行政相对人申请为程序启动要件,与申请对应的程序行为是行政机关的受理。尽管如此,申请要件仍然应当以便利于申请人提出申请为要旨。为了确保申请人有效地行使行政许可救

[96] 《城乡个体工商户管理暂行条例》第3条规定:“个体工商户可以在国家法律和政策允许的范围,经营工业、手工业、建筑业、交通运输业、商业、饮食业、服务业、修理业及其他行业。”尹源才经营的“营利性医疗机构”属于上述条例中的“服务业”范畴,卫生部的行政规章将该“营利性医疗机构”纳入到工商登记范围内,是对行政法规的具体施行,并没有新设定行政许可,没有违反《行政许可法》的相对规定。尹源才诉韶关市翁源县工商行政管理局行政处罚案,载《中国行政审判案例》(第4卷)第140号案例,中国法制出版社2013年版,第107-108页。

[97] 国务院办公厅转发建设部等《关于调整住房供应结构稳定住房价格意见的通知》(国办发[2006]37号)。

[98] 安徽省高级人民法院《行政裁定书》([2011]皖行终字第00017号)。



济权,《行政许可法》第32条第2款规定:“行政机关受理或者不予受理行政许可申请,应当出具加盖本行政机关专用印章和注明日期的书面凭证。”此条规定旨在破除行政机关长期以来不给行政相对人“收条”的行政陋习,它是申请人提起不履行法定职责之诉的证据。

3. 审查与决定。行政机关对申请人提交的材料是否真实、合法,原则上采用形式审查标准。申请人必须对提交的申请材料真实性、合法性负责,<sup>[99]</sup>这从行政机关保留事后对行政许可的撤销权的法律规定中也能得到印证。<sup>[100]</sup>对于有需要特定空间、条件的行政许可申请,如被准予从事的活动有使用房屋面积、卫生条件等,行政机关应当采用实质审查标准。<sup>[101]</sup>凡符合听证条件的行政许可,行政机关必须举行听证会,听取申请人、利害关系人的意见。<sup>[102]</sup>听证可以分为:(1)主动听证。它分为法律、法规和规章规定听证与行政机关认为需要听证两种。(2)申请听证,如行政机关认为许可直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的,应当告知申请人、利害关系人有权要求听证。实务中,因拆迁人申请房屋拆迁期限延长许可而引起的行政案件中,法院认为这种延长许可期限的行政决定与申请人、利害关系人没有重大利益关系。<sup>[103]</sup>经听证后,行政机关必须在法定期限内作出是否许可的决定。如果行政许可是经过听证的,听证笔录是行政机关作出许可决定的唯一依据。<sup>[104]</sup>

#### (四) 行政许可的适用

1. 许可的转让。行政许可通常与申请人的特定身份、条件有关联,如驾驶执照、营业执照、出国护照、卫生许可证、律师执业证等,所以,它不得转让给他人使用。但是,与自然资源、公共资源等开发利用有关的许可,如允许转让,则可以使所利用的资源效益最大化。对于这类的行政许可,行政相对人在遵守法定条件和程序前提下可以转让。

2. 许可的延续。允许许可延续可以减轻被许可人重新申请的负担,从便民角度设置许可延续制度,同样也减少了不必要的行政事务。为了给行政机关必要的审查时间,延续许可的申请应当在有效期届满30日之前提出。有时,行政机关可能会怠于审查职责,为确保申请人的合法权益,《行政许可法》第50条第2款规定:

[99] 参见《行政许可法》第31条。

[100] 参见《行政许可法》第69条。

[101] 参见《行政许可法》第34条第3款。

[102] 行政机关对行政许可决定作出撤销、变更的,也应当听取当事人和利害关系人的意见。赵博诉平邑县人民政府土地行政复议案,载《中国行政审判案例》(第3卷)第104号案例,中国法制出版社2013年版,第118页以下;邱正吉等不服厦门市规划局规划行政许可案,载《中国行政审判案例》(第3卷)第105号案例,中国法制出版社2013年版,第122页以下。

[103] 夏鸣诉上海市杨浦区住房保障和房屋管理局房屋拆迁许可延长通知案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第42号案例,中国法制出版社2011年版,第11页以下。

[104] 参见《行政许可法》第48条第2款。

“行政机关应当根据被许可人的申请,在该行政许可有效期届满前作出是否准予延续的决定;逾期未作决定的,视为准予延续。”“视为准予延续”性质是一种拟制的行政许可,这一许可制度有利于申请人继续从事原来所许可的事项。因“视为准予延续”是一种拟制的行政许可,所以,将行政机关“逾期未作决定”认定为不作为违法,并不妥当。如在垫江县水利农机局与朱兴华不履行采砂行政许可法定职责纠纷上诉案中,法院认为:

“上诉人垫江县水利农机局是负责本行政区域内河道采砂管理工作的行政管理部门,颁发给被上诉人朱兴华的重庆市河道采砂许可证的有效期为2001年10月18日至2005年12月31日。经原审法院生效判决确认,上诉人于2005年11月25日收到被上诉人的河道采砂许可延续申请后在该许可证有效期届满前未对申请作出是否准予延续决定的不作为行为违法。”<sup>[105]</sup>

但是,如果申请人的状况已经不符合许可条件,却因行政机关在有效期届满前未作出是否准予延续的决定而被拟制为准予延续,有时可能有危害公共利益或者他人利益之嫌。因此,《行政许可法》如果再作一些区分,将诸如卫生许可证、危险品准运证延续申请,在行政机关逾期未作决定“视为不予延续”,或许更为妥当。

3. 有数量限制的许可。在人多量少且都符合条件的情况下实施行政许可,必须设计一个公正的程序规则。“申请的先后顺序”是一条法定规则,但这一规则在实务中难以把握申请的时间基点。如行政机关确定上午8点开始受理申请,有的申请人可能会提前三天来到申请受理点排队,而对这种“提前”行为,行政机关是没有办法控制或者禁止的。因此,采用摇号等机会均等的方式来实施这类许可或许更加可行、妥当。

### 三、行政强制

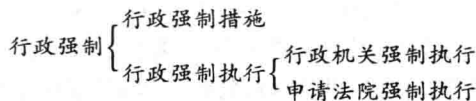
#### (一) 行政强制的概念

行政强制是行政强制措施和行政强制执行的总称。行政强制措施是指行政机关在行政管理过程中,为制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大等情形,依法对公民的人身自由实施暂时性限制,或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的行为。行政强制执行是指行政机关或者行政机关申请人民法院,对不履行行政决定的公民、法人或者其他组织,依法强制履行义务的行为。<sup>[106]</sup>行政强制执行包括行政机关和司法机关的强制执行。与行政处罚、行政许可相比,行政强制不再是一个与它们可以相提并论的行政决定。在《行政强制法》的框架下,行政强制执行包括行政机关强制执行的事实行为和申请法院强制执行的申请行为,因此,与行政处罚、行政许可相对应的、同一位阶的法概念是行政强制

[105] 重庆市第三中级人民法院《行政判决书》([2007]渝三中法行终字第40号)。

[106] 参见《行政强制法》第2条。

措施。根据《行政强制法》的规定,行政强制的分类如下图所示:



行政强制不同于行政处罚之处在于,前者一经作出客观上直接影响了行政相对人的人身与财产(申请法院强制执行除外),因此,法律对于行政强制的控制严于行政处罚、行政许可。比如禁止行政机关委托他人实施行政强制措施,只有法律才能设定行政机关强制执行权等。《行政强制法》中的“行政强制措施”概念采用了与《行政诉讼法》、《行政复议法》一致的表述,但未引入比较法上“即时强制”的概念。<sup>[107]</sup>在行政强制措施中,未将对行为的强制纳入其中,的确是一种不应有的立法疏漏。如强制履行服兵役义务,性质上应是对行为采取的一种行政强制措施。<sup>[108]</sup>因不能置于《行政强制法》的框架之内,如强制履行兵役义务之类对行为的强制,宜单列为一种命令性的行政决定为宜。“应急措施或者临时措施”是否属于“即时强制”,<sup>[109]</sup>尚有存疑,毋宁当作一种紧急情况下行政强制措施的特例。申请法院强制执行在性质上属于司法程序,将其放置于《行政诉讼法》框架内更为妥当。而现在的立法例将此内容纳入《行政强制法》,这已经挤破了通说上的“行政强制”的概念。

《行政强制法》于2012年1月1日实施。该部法律的核心内容是行政强制措施和行政机关强制执行的程序性规定,尤其是具体的种类和方式如何适用的程序。在行政强制的种类和设定方面的规定与《行政处罚法》、《行政许可法》等法律一样,一如既往地体现了现代行政法的“控权”理念。

## (二) 行政强制的种类与设定

1. 行政强制措施种类。行政强制措施的客体是行政相对人的人身自由与财产。有关人身自由限制、冻结存款、汇款的行政强制措施设定,由法律加以垄断。行政法规、地方性法规可以有条件地设定一些对财产的行政强制措施。规章不得设定任何行政强制措施。如《道路旅客运输及客运站管理规定》第83条规定:“道路运输管理机构的工作人员在实施道路运输监督检查过程中,对没有《道路运输证》又无法当场提供其他有效证明的客运车辆可以予以暂扣,并出具《道路运输车

[107] 中国台湾地区“行政执行法”第36条规定:“行政机关为阻止犯罪、危害之发生或避免急迫危险,而有即时处置之必要时,得为即时强制。”

[108] 《兵役法》第61条规定:“有服兵役义务的公民有下列行为之一的,由县级人民政府责令限期改正;逾期不改的,由县级人民政府强制其履行兵役义务,并可以处以罚款:(一)拒绝、逃避兵役登记和体格检查的;(二)应征公民拒绝、逃避征集的;(三)预备役人员拒绝、逃避参加军事训练和执行军事勤务的。”

[109] 《行政强制法》第3条第2款规定:“发生或者即将发生自然灾害、事故灾难、公共卫生事件或者社会安全事件等突发事件,行政机关采取应急措施或者临时措施,依照有关法律、行政法规的规定执行。”

辆暂扣凭证》(见附件12)。对暂扣车辆应当妥善保管,不得使用,不得收取或者变相收取保管费用。”因《道路旅客运输及客运站管理规定》属于部门规章,本条中的“暂扣”在《行政强制法》之下因与上位法相抵触而不再具有合法性。

2. 行政强制执行方式。法定的行政强制执行方式有:加处罚款或者滞纳金;划拨存款、汇款;拍卖或者依法处理查封、扣押的场所、设施或者财物;排除妨碍、恢复原状和代履行等。为了控制行政强制执行权的滥用,尤其是不得让行政机关自我“授权”,行政强制执行的设定一律由法律加以垄断。若法律没有授予行政机关行政强制执行权,行政机关只能申请法院强制执行。<sup>[110]</sup>

### (三) 行政强制的实施程序

1. 行政强制措施。原则上,行政强制措施由行政机关在法定职权范围内实施,且不得委托他人实施。法律、行政法规授权的组织也可以在法定授权范围内实施行政强制措施。与《行政处罚法》、《行政许可法》不同的是,《行政强制法》限于法律、行政法规授权的组织,不包括地方性法规授权的组织。因行政强制措施极易滥用伤人损财,《行政强制法》为此设置了一套严密的法律程序,并在此基础上对限制人身自由的行政强制措施又作出了若干特别规定,彰显了该法律的“控权”理念。但是,法定程序要件如何理解与执行,也需要在个案中加以解释。

2. 行政机关强制执行。为了提高行政效率,减轻与行政相对人的心理上对立情绪,法律要求行政机关在强制执行之前,必须履行催告程序。在听取陈述与申辩之后,才能作出行政强制执行决定。行政强制执行过程中的中止和终结情形,执行协议和“日落条款”的规定,<sup>[111]</sup>都无不体现着行政强制执行中“尊重和保障人权”的宪政精神,并把行政强制执行的目的降到了相对次要的位置。

3. 申请法院强制执行。若无法律明确授予行政强制执行权的情形下,行政机关必须在法定期限内申请法院强制执行。行政机关提出申请之前,必须履行催告程序。对于行政机关申请执行的行政决定,法院以它是否达到行政决定无效为审查标准。<sup>[112]</sup>如法院裁定不予受理或者不予执行被申请的行政决定,行政机关可以

[110] 《行政诉讼法》第66条规定:“公民、法人或者其他组织对具体行政行为在法定期间不提起诉讼又不履行的,行政机关可以申请人民法院强制执行,或者依法强制执行。”最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第87条规定:“法律、法规没有赋予行政机关强制执行权,行政机关申请人民法院强制执行的,人民法院应当依法受理。法律、法规规定既可以由行政机关依法强制执行,也可以申请人民法院强制执行,行政机关申请人民法院强制执行的,人民法院可以依法受理。”在这里,“依法强制执行”中的“法”,最高人民法院解释为“法律、法规”。

[111] 《行政强制法》第43条规定:“行政机关不得在夜间或者法定节假日实施行政强制执行。但是,情况紧急的除外。行政机关不得对居民生活采取停止供水、供电、供热、供燃气等方式迫使当事人履行相关行政决定。”

[112] 《行政强制法》第58条规定:“人民法院发现有下列情形之一的,在作出裁定前可以听取被执行人和行政机关的意见:(一)明显缺乏事实根据的;(二)明显缺乏法律、法规依据的;(三)其他明显违法并损害被执行人合法权益的。”

在法定期限内向上一级法院申请复议。上一级法院的裁定是终局裁定。

#### (四) 行政强制的适用

1. 比例原则。行政强制的设定和实施应当适当,如扣押财产可以达到目的,就不采取查封场所的行政强制措施。采用非强制手段可以达到行政管理目的的,不得设定和实施行政强制,如通过亲朋好友做工作可以达到目的,就不必非要采取行政强制。

2. 紧急情况下的强制执行。行政机关可以在处置紧急情况时实施行政强制,因此,对“紧急情况”要件的正确判定、解释十分重要。一旦行政强制措施或者行政强制决定成为行政诉讼客体时,行政机关应当承担对“紧急情况”的说明义务。

3. 利益衡量。利益衡量是一种法适用的方法。在行政强制过程中,经常会遇到多种不同利益交织在一起的情形,因此,需要行政机关在利益衡量的基础上作出正确的行政决定。如在《行政强制法》之前的朱文臣与青岛市市北区新闻出版管理办公室、青岛市公安局市北分局、青岛工商局市北分局行政强制及行政赔偿案中,法院认为:

“行政检查中的强制行为,对行政相对人权益的影响,不以行政相对人的同意作为前提,因此,对这种行为进行法律控制和实施监督是完全必要的。三被上诉人分别提供了各自行使行政检查权的规范依据,但是,法规、规章中所规定的行政检查权是否包括强制检查权,应当考虑两点:一是行政相对人的权利及法律对这种权利的保护程度。我国现行宪法明确规定禁止非法搜查公民身体、住宅和通信秘密,而对于搜查经营场所未作规定。二是社会公益与公民权利的平衡。经营场所与公民身体、住宅和通信秘密的不同之处在于,经营场所是为社会生产产品或提供服务的场所,与社会公益直接相关;而公民身体、住宅和通信秘密则带有更多的个人性质。所以,经营业户对于行政机关不应享有营业秘密;而行政机关为了社会公益的需要,对于经营业户则应当具有较大的行政检查权。基于上述两点考虑,三被上诉人依法享有的对于经营场所的检查权,应当包括强制检查权。三被上诉人根据新闻报道和群众举报,并在倩文书店营业员逃避检查的情况下,对该店实施强制检查,是正当行使强制检查权的行为。而上诉人以其住宅为经营场所,应视为已经放弃法律给予公民住宅的特殊保护,因为行政机关对上诉人的经营场所强制检查,无法避免对其住宅的影响。”<sup>[113]</sup>

本案中,法院认为被上诉人对上诉人行使强制检查是经过了社会公益与公民权利的平衡之后作出的决定,为了社会公益的需要,必须降低法律对作为经营场所的公民住宅的特殊保护程度。所以,被诉的“强制检查”行为符合法律规定。

[113] 山东省青岛市中级人民法院《行政判决书》([2001]青行终字第2号)。

## 第八章 行政行为:非行政决定行为

### 第一节 引言

#### 一、行政行为多样化

现代社会的复杂、多变需要更加灵活的行政去应对。这种应对在行政行为的方式上呈现出更加显著的多样化倾向,即在行政决定之外,行政发展出了更多的行政行为,如行政指导、行政合同和行政规划以及“无名”的“消费警示”〔1〕“质量状况公告”〔2〕“信用记录”〔3〕“风险评估”〔4〕信息提供,〔5〕等等。传统行政法上已经类型化了的行政决定,如行政处罚、行政许可、行政强制、行政立法等已不能满足阐述这些行政行为的功能。这里采用“非行政决定的行为”概念作为概称行政决定之外的全部行政行为,在方法论上是有实益的。这样一种多样化的行政行为状况,现代行政法体系应当加以包容,并一改传统行政法的结果取向,即在从单一关注司法过程转向同时也关注行政过程的基础上建构现代行政法的体系。

除了上述非行政决定的行为外,我们还需要关注行政机关在私法上的行为和行政机关在宪法上的行为,前者如政府采购,〔6〕后者如政府向人大提交议案。〔7〕这类行为还不全部属于现代行政法体系之内容,但它们与现代行政法所调整的行政行为之间有着密切的关联性。如政府采购中引发投标人的质疑与投诉,就涉及相关行政主管部门对招投标行为行政处理的合法性。所以,现代行政法应把这类行为纳入自己的视野,并对其作行政法的思考。

#### 二、非行政决定行为体系的开放性

非行政决定的行为图谱并不是门捷列夫的化学元素周期表,我们尚不能确定未来它究竟还有多少样式,毋宁把非行政决定的行为看作一个具有面向未来开放

---

〔1〕 参见《食品召回管理规定》第25条、《农业生产资料市场监督管理办法》第11条。

〔2〕 参见《产品质量法》第24条。

〔3〕 参见《房地产经纪管理办法》第28条。

〔4〕 参见《国有土地上房屋征收与补偿条例》第12条。

〔5〕 参见《政府信息公开条例》第15条。

〔6〕 参见《政府采购法》第43条。

〔7〕 参见《宪法》第89条第2项。

性的学理分析框架。未来有可能出现的新型行政行为方式,如不能纳入行政决定体系之中,则非行政决定的行为体系可以接纳之,并为其独立门户。

保持非行政决定的行为体系的开放性,回应了现代行政的复杂性、多变性。在人类未知世界范围不断地缩小的过程中,作为现代行政法核心的行政决定固然不可动摇,但是,非行政决定的行为样式将层出不穷也是一个事实。一个开放性的非行政决定的行为体系,将为更多“无名”的行政行为式样提供了存在的合法性基础。

### 三、非行政决定行为的法控制

非行政决定的行为无论是何种样式,它们与行政职权之间仍然有着不可分割的关系,或者本身就是行政职权活动。因此,它们仍然需要受到法的控制,尤其是行政机关制定具有普遍适用性行政规范的行为,它是为行政机关自己行使职权提供合法性依据,更不能偏离现代行政法“控权”的理念。

需要指出的是,私法是一种平等主体之间自由且无须强制而形成法律关系的一种秩序,如能够通过私法调整的秩序,行政法应当谦抑。试图将私法调整的行政机关某些私法行为纳入现代行政法调整的争论,反映出了这类行政行为在私法调整中可能存在着某些“不足之处”。但是,这些“不足之处”是否足以成为这些行政行为改由现代行政法控制的理由,并非没有疑问。这是一个可以展开讨论问题。

## 第二节 制定行政规范

### 一、引言

#### (一) 制定行政规范的界定

制定行政规范,简言之,就是行政机关如立法机关一样依照法定程序制定具有普遍约束力的行政规范的行为。依照大陆法系国家行政法的制度框架,行政规范分为法规命令与行政规则,前者调整行政机关与行政相对人之间的外部关系,后者调整行政机关的内部关系。在我国现行法律制度架构下,行政规范则分为行政法规、行政规章和行政规定三类。它们中有的调整行政机关与行政相对人之间行政法律关系的规范,也有调整行政机关内部关系的规范。这种“三分法”尚不考虑职权来源(职权、授权)、效力指向(对内、对外)、内容性质(执行性、解释性、程序性、创设性等)。不过,这种分类标准在讨论行政法规、行政规章和行政规定时是有意义的。

在传统宪政理论中,行政机关依法行政中的“法”应当是由民意机关提供的,行政机关不可以自我创制行政行为的依据。但在现代宪政理论上,这个命题已经被修正了。人大及其常务委员会既然没有“能力”为行政机关提供足够的“法”,那

么就应当授予行政机关通过法定程序为自己的行政行为“制造”依据。这种授权今天已经没有合宪性疑问了,尤其是如我国这样的一个大国,在由全国人大及其常委会垄断国家立法权的情况下,承认行政规范作为法律的具体化是有相当现实意义的。

当行政机关获得了制定行政规范的权力之后,现代行政法理所当然要把行政权的这部分内容也纳入它的调整范围。与行政机关针对个案作出行政行为不同的是,制定行政规范这类行政行为没有确定的行政相对人,且它本身又是行政机关今后处理个案时作出行政行为的依据。因此,在行政过程中制定行政规范位居于它的前段部分,这一段行政过程在现代行政法上称之为“行政决策”。

行政决策的核心内容是行政机关为完成行政任务而作的方案选择。如在如何解决城市交通拥堵问题上,行政机关可以选择的方案通常有:(1)拍卖车牌;(2)车牌摇号;(3)按照车牌号尾数限行;(4)收取拥堵费;(5)拓宽道路;(6)优先发展公共交通工具等。对于上述方案,行政机关可以借助于法学之外的知识,如经济学、公共管理学、行政学、政治学等理论,在充分听取各方意见的基础上加以研判,选择一种或者若干种治堵方案,然后通过制定行政规范加以具体化,使之成为行政机关处理个案的依据。

当然,由行政机关为自己制定行政行为的依据,会比较偏向于维护秩序的要求,而较少关注行政相对人的权利保障,它的工具性功能极为明显,且民意基础也不如人大立法。所以,制定行政规范中的公众参与作为一种补救方式获得了认同,<sup>[8]</sup>或者也可以设置一个行政规范的人大批准程序,某些重要的行政规范需要经过人大批准之后才能生效。法院在行政诉讼中“参照规章”是事后司法对行政机关制定行政规章的一种监督,但仅在个案中排除某一规章的不适用,不可宣布该规章无效或者撤销。如在任建国诉山西省吕梁行政公署劳动教养管理委员会维持劳动教养复查决定案中,法院认为:

“对于那些不是根据法律和行政法规制定的规章,或者其内容与法律和行政法规相抵触的规章,则不在人民法院参照之列。国务院有关劳动教养的行政法规中,对劳动教养的适用对象已有明确的规定,《山西省人民政府关于保护企业厂长、经理依法执行职务的规定》第八条第(二)项,把劳动教养的适用范围作了扩大的规定。对于这样的规章,人民法院只在符合行政法规规定的范围内参照适用,即行政法规规定的劳动教养适用对象有以暴力、威胁方法阻碍厂长、经理依法执行职务的行为时,可对其实行劳动教养。如果不属于劳动教养适用对象,则不能仅参照规章对其适用劳动教养。”<sup>[9]</sup>

本案中,法院认定《山西省人民政府关于保护企业厂长、经理依法执行职务的规定》第8条第2项,把劳动教养的适用范围作了扩大的规定,与国务院有关劳动教养的行政法规相抵触,所以排除适用该规章。但是,若省政府不废除该规章,它

[8] 参见《行政法规制定程序条例》第22条、《规章制定程序条例》第15条。

[9] 《最高人民法院公报》1993年第3期。



在法律上仍然是有效力的,本案的判决效力也仅仅限于本案。

## (二) 制定行政规范的依据

制定行政规范是立法与行政的临界点。行政本身并无“立法”内容,所以,制定行政规范是“立法性”的行政行为。基于法律产生行政之原理,制定行政规范的依据应当源于人大的授权。此为《宪法》第58条规定可以推导出来的结论。<sup>[10]</sup>

不同的权利对于公民的重要性也是有所不同的。凡宪法明确规定为基本权利的,行政机关不得通过制定行政规范加以限制或者剥夺,至于是否存在所谓的“未列举的宪法基本权利”,学理上并非已定一尊。但是,对于宪法没有明确规定为“基本权利”的权利,经法律授权由行政机关通过制定行政规范加以限制或者剥夺,并非不可。当然,为了更好地保护行政相对人的权利,法律在授权时对行政机关制定行政法规、行政规章与行政规定作一定的区别是必要的。如法律可以授权行政机关制定行政规定,对法律作程序性、技术性的补充规定;又如,除了生命权与自由权外,法律可以授权行政机关通过制定行政法规对公民的其他权利加以限制或者剥夺。但是,法律不得以签署“空白支票”的方法授予行政机关制定行政规范。

有时,上级行政机关将制定法规实施细则的权力授予给下级行政机关,如原建设部《建筑工程施工许可管理办法》第17条规定:“省、自治区、直辖市人民政府建设行政主管部门可以根据本办法制定实施细则。”依授予权力不得转授的宪政原理,这种转授权似乎可加以否定。但就中国具体情况而言,承认这样的转授权的同时强化事前审查、事后监督,或许是一种更为务实的做法。在行政规划中,如制定城市总体规划、土地利用总体规划等具有与制定行政规范相同的法效果,它们都是行政机关作出行政行为的依据,所以,关于制定行政规划也可以适用制定行政规范的相关原理。

## (三) 制定行政规范的合法要件

合法要件是有关机关审查行政机关制定行政规范是否具有合法性的一种法律技术。虽然监督制定行政规范的法律、法规并不缺少,但是,由于审查制定行政规范主要是内部行为,公布的个案更是少见,影响了学理上对它的实践经验提炼。一般来说,制定行政规范的合法要件是:

1. 属于行政机关的法定职权范围。即行政机关只能在自己法定职权范围内行使制定行政规范权。如行政机关对不属于自己职权范围内的事项行使制定行政规范权,“越权无效”原理也同样适用。在实务中,法院在个案中也适用此原理审查行政机关制定的行政规范的合法性。如在北京市通州区潮县镇后尖平村村民委员会诉北京市通州区潮县镇人民政府履行追缴公章法定职责案中,法院认为:

“被告向法庭提交了《印章工作意见》,市委组织部、市委农工委、市民政局《关于充分

[10] 《宪法》第58条规定:“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。”

发挥村党支部领导核心作用,进一步推进村民自治的意见》,《通州区村级组织规范化管理实施细则》等规范性文件作为其具有追缴公章的法定职权,原告对此亦表示同意。但上述三份规范性文件不属于法律规定的确定行政机关职权范围的法律规范,不能作为法院审查被诉具体行政行为合法性的标准,且《中华人民共和国村民委员会组织法》第五条第一款规定‘乡、民族乡、镇的人民政府对村民委员会的工作给予指导、支持和帮助,但是不得干预依法属于村民自治范围内的事项’。故追缴村委会公章之事项不属于被告的法定职责。”〔11〕

本案中,被告引用的三份规范性文件涉及追缴村委会公章的法定职责,但村委会公章如何管理属于村民自治范围,本案中三份规范性文件的制定机关超越了发文机关的法定职权范围,因此,法院认为这三份规范性文件都“不能作为法院审查被诉具体行政行为合法性的标准”。

2. 有上位法的依据。相对于法律而言,行政规范都是它的下位法,在行政机关体系之内,上级行政机关制定的行政规范都是下级行政机关在本机关职权范围内制定行政规范的上位法。为了确保法律体系内部的统一性,行政机关制定行政规范必须要有上位法的依据。如《道路交通安全法》第24条第2款规定:“对遵守道路交通安全法律、法规,在一年内无累积记分的机动车驾驶人,可以延长机动车驾驶证的审验期。具体办法由国务院公安部门规定。”又如,《行政处罚法》第12条第2款规定:“尚未制定法律、行政法规的,前款规定的国务院部、委员会制定的规章对违反行政管理秩序的行为,可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由国务院规定。”这里的两个法条授权都是行政机关制定相关行政规范的上位法依据。相关个案如在呼图壁县金昌农农资有限责任公司诉昌吉州农业局农药行政处罚纠纷案中,法院认为:

“规章是在法律、法规调整出现空白时,才可以设定警告和罚款,而作为行政法规仅规定了对于过期农药需要经过一定的行政检验程序后可进行销售,并未对未履行行政检验程序而擅自销售过期农药这种事项进行规定,这也就是行政法规对此类事项规定出现空白,而此类规章的行政处罚有限设定权恰当地弥补了此项空白。对于未经检验而擅自销售的这一事项规定行政处罚,是完全符合现行法律规定及相关行政法理论,是合法设定,具有绝对的法律效力。故原告认为规章规定处罚违反上位法规定的理由,纯属对行政处罚之设定权的错误理解,是完全不能成立的。”〔12〕

本案涉及《农药管理条例实施办法》中设定的处罚是否违反上位法《农药管理条例》的争议。法院经审查后认为,《农药管理条例实施办法》对于未经检验而擅自销售这一事项规定行政处罚,完全符合现行法律规定及相关行政法理论,是合法设定,具有绝对的法律效力。又如,在张兴诉北京市公安局交通管理局朝阳交通支队呼家楼大队交通管理行政处罚案中,法院认为:

〔11〕 北京市通州区人民法院《行政判决书》([2008]通行初字第27号)。

〔12〕 新疆维吾尔自治区昌吉市人民法院《行政判决书》([2008]昌行初字第0003号)。

“对于本案法律适用的问题。《北京市实施〈道路交通安全法〉办法》第九十一条第(四)项规定,驾驶机动车违反限制通行规定的,处100元罚款。39号《通告》是北京市人民政府根据《道路交通安全法》和《北京市实施〈中华人民共和国大气污染防治法〉办法》的有关规定制定的,目的在于减少机动车尾气排放对空气质量的影响,保持交通基本顺畅的规范性文件。按照该39号《通告》和北京市公安局公安交通管理局于2008年12月24日发布的《公告》的规定,在2009年1月5日至2月1日期间,车牌尾号为9的小客车限行范围为五环路以内道路(含五环路),限行时间为每周二6时至21时。原告无正当理由于2009年1月13日(当日为星期二)16时17分许驾驶车牌号为京FH1259的小客车在本市朝阳区东三环内环主路行驶,违反了上述关于机动车限行范围和限行时间的规定,因此,被告依据《北京市实施〈道路交通安全法〉办法》第九十一条第(四)项的规定,对原告处以100元罚款,并无不当。”<sup>[13]</sup>

本案中,“北京市人民政府39号《通告》”和“北京市公安局公安交通管理局《通告》的规定”是根据《道路交通安全法》和《北京市实施〈中华人民共和国大气污染防治法〉办法》规定制定的,经法院审查,上述两个《通告》符合上位法的规定,因此得到了法院的支持。另外,在实务中,“实名制车票”在《铁路法》中并没有依据,它要求旅客买票和上车时都要携带并出示证件,在《居民身份证法》中也没有依据。火车票实名制对于个人出行来说的确是有不利影响的,但这种不利影响是否可以否定火车票实名制的合法性是可以讨论的。

3. 符合法定程序。因不同于行政决定的法定程序,制定行政规范没有可确定的行政相对人,因此,“程序透明”、“公众参与”构成了它的两个基本程序要素,旨在为不特定公众提供一个监督行政机关制定行政规范的法机制。《立法法》、《行政法规制定程序》和《规章制定程序条例》等对制定行政法规、规章的程序作了明确规定,行政机关在制定行政法规、行政规章时必须遵守。《立法法》将“违背法定程序”作为撤销或者改变行政法规、规章的法定理由之一,提升了“法定程序”在行政法规、行政规章合法性审查的法律地位。

4. 符合法定目的。目的是法规范产生的源泉,也是法规范作用的共同指向。制定行政规范必须符合法定目的,背离法定目的的法规范是不具有合法性的。如《立法法》第10条第1款规定:“授权决定应当明确授权的目的、范围。被授权机关应当严格按照授权目的和范围行使该项权力。”此为对授权制定行政法规必须符合授权目的的要求,它的原理也可以扩展到制定行政规章、行政规定。由于实务中的授权条款通常相当简约,基本没有时间限定,更没有内容、目的与范围的拘束,影响了对制定行政规范的合目的性审查。如《道路交通安全法》第41条规定:“有关道路通行的其他具体规定,由国务院规定。”如此简陋的授权条款,无疑是给了国务院一张可以由它自己填写的“空白支票”。

[13] 北京市第二中级人民法院《行政判决书》([2009]二中行终字第677号)。

## 二、制定行政法规

### (一) 行政法规的概念

行政法规是指国务院制定并以国务院令的形式,由总理签署发布的一种规范性文件。“行政法规”作为一个法律概念,首次出现于1982年修改的《宪法》。《宪法》第89条第1项规定,国务院有权“根据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令”。1987年国务院批准并由国务院办公厅发布的《行政法规制定程序暂行条例》,对行政法规的制定程序作了比较详细的规定。2001年国务院以《立法法》为依据,在总结多年行政法规立法实践的基础上制定颁布了《行政法规制定程序条例》。

在国务院制定行政法规的权力来源上,曾有一种所谓的“职权立法”说。这种观点认为国务院有固有的“立法权”,即国务院不经过全国人大及其常委会授权就可以根据职权制定行政法规。从宪法规定看,此观点是错误的,它把宪法上行政管理事项的划分当作宪法一次性授予国务院行政法规的制定权。根据《宪法》第89条第1项规定,国务院制定行政法规仍然要受到“宪法和法律”的限束。“根据宪法和法律规定”的宪法条款显然不是“职权性”的,而是“授权性”的,所以,否定“职权立法”说是从依法行政原理中可以导出的当然结论。现实中,的确存在国务院“职权立法”的事实,这与国家立法机关面对转型期法制需要所形成的“供不应求”局面有关。这种做法不符合依法行政原理,但在一时难以改观的状况下,我们可以通过立法确定一个“职权立法”的保留期,由行政机关逐步修改、废除通过“职权立法”制定的行政法规;逾过保留期不修改、废除的,视为自动废除。

在实务中,还存在一种与行政法规具有相同效力的规范性文件,即国务院或者其办公厅发布的“决定、命令”,官方称之为“法规性文件”,前者如国务院《关于进一步加大财政教育投入的意见》(国发[2011]22号),后者如国务院办公厅转发人民银行监察部等部门《关于规范商业预付卡管理意见的通知》(国办发[2011]25号)。在行政诉讼中,这类规范性文件是受到法院尊重并加以执行的。如国务院办公厅的《国家质量监督检验检疫总局职能配置内设机构和人员编制规定》([2001]56号)和《国家工商行政管理总局职能配置内设机构和人员编制规定》([2001]57号)的效力,在扬州隋唐酒业有限公司诉扬州市质量技术监督局产品质量监督管理行政处罚案中,法院的态度是相当明确的。法院认为:

“根据产品质量法的授权,国务院对技术监督部门和工商行政管理部门的职权范围进行了划分、调整,将原由质量技术监督部门负责的流通领域商品质量监督管理的职能划归工商行政管理部门,该文件虽以国务院办公厅名义下发,但经过国务院批准,应当视为国务院对质量技术监督部门和工商行政管理部门的职能调整,该职权范围的规定是经法律授权的,

应当予以执行。”<sup>[14]</sup>

## (二) 制定依据

《宪法》第 58 条规定：“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。”依照这一规定，国家立法权全部归属于国家权力机关，行政机关没有立法权。《宪法》第 89 条第 1 项规定：国务院“根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令”。依照体系解释的方法，国务院制定行政法规的权力源于国家权力机关的授权，它没有固有的立法权；如果承认国务院有所谓的“职权立法”，那么《宪法》第 89 条第 1 项与第 58 条之间就会发生冲突。国务院有权制定行政法规，此为制定行政法规的权能，《宪法》第 89 条第 1 项对此已作规定。国务院在制定某一个行政法规时，它还要有权限才是构成一个完整的行政法规制定权。在现有的法律框架内，国务院制定行政法规的权限有：

1. 法案授权。法案授权是指全国人大及其常委会以通过法案的形式授予国务院制定行政法规的权力。《立法法》第 56 条第 3 款规定：“应当由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的事项，国务院根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权决定先制定的行政法规，经过实践检验，制定法律的条件成熟时，国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律。”<sup>[15]</sup>为了防止全国人大及其常委会过度授权，或者怠于立法之职责，《立法法》要求授权立法必须遵守明确性原则，即明确授权立法的目的、内容、条件和范围等要求，且国务院不得转让被授予的行政法规制定权。

2. 法条授权。国务院以全国人大及其常委会在法律中某一授权条款为依据，制定行政法规。这种授权立法称之为“法条授权”。《城市房地产管理法》第 6 条规定：“为了公共利益的需要，国家可以征收国有土地上单位和个人的房屋，并依法给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。具体办法由国务院规定。”据此，2011 年国务院制定颁布了《国有土地上房屋征收与补偿条例》，作为细化这一法律规定的具体办法。

在实务中，国务院有时在没有法案授权和法条授权的情况下也在制定行政法规，如国务院为了执行《道路交通安全法》，制定了《道路交通安全法实施条例》，这种行政法规制定权的合法性值得讨论。《道路交通安全法》中只有法条授权，<sup>[16]</sup>没有国务院制定“实施条例”的法案授权，因此，国务院只能行使法条授权的立法权限。虽然《立法法》第 56 条第 2 款可以为国务院制定如上述“实施条例”提供法律

[14] 江苏省扬州市中级人民法院《行政判决书》（[2003]扬行终字第 040 号）。

[15] 在《立法法》之前，全国人大常委会已经有过多次的法案授权国务院立法。它们分别是：1983 年全国人大常委会《关于授权国务院对职工退职退休办法进行部分修改和补充的规定》、1984 年全国人大常委会《关于授权国务院改革工商税制和发布有关税收条例（草案）的决定》和 1985 年全国人大常委会《关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行规定的规定或者条例的决定》。

[16] 如《道路交通安全法》第 41 条规定：“有关道路通行的其他具体规定，由国务院规定。”

依据,<sup>[17]</sup>但此条授权过于宽泛,与《立法法》第9条关于授权立法规定的精神相悖。

### (三) 制定程序

制定行政法规的程序由立项、起草、审查和决定与公布组成。与过去所持有的法观念不同的是,制定行政法规已不再被当作国务院的内部事务了。比如,“国务院年度立法工作计划”对外公布已经成为常例;<sup>[18]</sup>在起草过程中,起草部门可以根据需要征求公民意见,<sup>[19]</sup>在审查过程中,因公众参与、专家论证使得审查程序有了“外部化”的效果。<sup>[20]</sup>制定行政法规的程序因开放而获得的民主性,提升了行政法规内容的可行性。若国务院在立法理由说明方面进一步加以改善,必将提升公民对行政法规的可接受性。

## 三、制定行政规章

### (一) 行政规章的概念

行政规章是指国务院各部门和省、自治区、直辖市以及较大的市的人民政府制定并以行政首长令的形式发布的一种规范性文件,前者称为部门规章,后者则为地方政府规章。《宪法》将制定部门规章的主体限于“各部、各委员会”,故在学理上曾经有过“部委规章”之说,<sup>[21]</sup>在《行政诉讼法》、<sup>[22]</sup>《行政处罚法》、<sup>[23]</sup>《行政复议法》<sup>[24]</sup>等法律中也一直保持着“部委规章”的规定。1990年国务院《法规规章备案规定》开始使用了“部门规章”的概念,把制定部委规章主体规定为“国务院各部门”。《立法法》追认了《法规规章备案规定》的规定,将“部委规章”的制定主体扩大到了国务院“具有行政管理职能的直属机构”,<sup>[25]</sup>“部门规章”由此得名。在《宪法》中本无“地方政府规章”的地位,它出自《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》的规定。

因《行政诉讼法》中有关“参照规章”规定而引发的“规章是不是法”的争论,使行政规章的法律地位受人质疑。《立法法》全面肯定了行政规章“法”的地位,使这场学理争论终于尘埃落定。

### (二) 制定依据

在行政规章的依据上,行政法学理论上倒没有所谓的“职权立法”说。根据

[17] 《立法法》第56条第2款规定:“行政法规可以就下列事项作出规定:(一)为执行法律的规定需要制定行政法规的事项;(二)宪法第八十九条规定的国务院行政管理职权的事项。”

[18] 如国务院办公厅《关于印发国务院2010年立法工作计划的通知》(国办发[2010]3号)。

[19] 参见《行政法规制定程序条例》第16条。

[20] 《行政法规制定程序条例》第22条规定:“行政法规送审稿直接涉及公民、法人或者其他组织的切身利益的,国务院法制机构可以举行听证会,听取有关机关、组织和公民的意见。”

[21] 参见《宪法》第90条第2款。

[22] 参见《行政诉讼法》第53条。

[23] 参见《行政处罚法》第12条。

[24] 参见《行政复议法》第7条第2款。

[25] 参见《立法法》第71条。

《宪法》第90条第2款、《立法法》第71条和第73条的规定,赋予了相关行政机关制定行政规章的权能,它的权限仍然需要上位法的授权。

1. 部门规章。法条授权是制定部门规章的唯一依据。部门规章的上位法是法律、行政法规,所以,法条授权只能限于法律、行政法规。如作为法律的《畜牧法》第55条规定:“国务院畜牧兽医行政主管部门应当制定畜禽标识和养殖档案管理办法,采取措施落实畜禽产品质量责任追究制度。”又如,作为行政法规的《易制毒化学品管理条例》第29条规定:“国家对易制毒化学品的进口、出口实行国际核查制度。易制毒化学品国际核查目录及核查的具体办法,由国务院商务主管部门会同国务院公安部门规定、公布。”国务院的“决定、命令”也是部门规章制定的依据,这是有《宪法》依据的。但国务院的“决定、命令”不是《立法法》所认可的“法”,把它列为部门规章的制定依据并不妥当。从规范部门规章制定依据的角度,此问题宜列入将来修宪内容之一,即将国务院的“决定、命令”从部门规章制定依据中删除。

2. 地方政府规章。原则上,法条授权是制定地方政府规章的依据。地方政府规章的上位法是法律、法规,所以法律、法规可以为制定地方政府规章提供法条授权。如作为法律的《道路交通安全法》第55条规定:“高速公路、大中城市中心城区内的道路,禁止拖拉机通行。其他禁止拖拉机通行的道路,由省、自治区、直辖市人民政府根据当地实际情况规定。”又如,作为国务院行政法规的《农村五保供养工作条例》第11条规定:“农村五保供养资金,在地方人民政府财政预算中安排。有农村集体经营等收入的地方,可以从农村集体经营等收入中安排资金,用于补助和改善农村五保供养对象的生活。农村五保供养对象将承包土地交由他人代耕的,其收益归该农村五保供养对象所有。具体办法由省、自治区、直辖市人民政府规定。”再如,作为地方性法规的《福建省森林资源流转条例》第15条第2款规定:“森林资源资产评估机构的条件和管理办法由省人民政府另行制定。”

在特别情况下,也有地方政府规章法案授权的事例出现。如1992年全国人大常委会《关于授权深圳市人民代表大会及其常委会和深圳市人民政府分别制定法规和规章在深圳经济特区实施的决定》、1994年全国人大常委会《关于授权厦门市人民代表大会及其常委会和厦门市人民政府分别制定法规和规章在厦门经济特区实施的决定》、1996年全国人大常委会《关于授权汕头市和珠海市人民代表大会及其常委会、人民政府分别制定法规和规章在各自的经济特区实施的决定》,上述三个决定授权四个经济特区的市人民政府可以“根据具体情况和实际需要,遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则”,制定地方政府规章。

### (三) 制定程序

制定行政规章程序由立项、起草、审查、决定与公布和备案构成。如同制定行政法规的程序一样,制定行政规章的程序也对公众开放,鼓励公众参与立法。有所不同的是,《规章制定程序条例》对起草单位举行听证会的程序作了更为具体化的

规定,并要求起草单位“应当说明对听证会意见的处理情况及其理由。”<sup>[26]</sup>

#### 四、制定行政规定

##### (一)行政规定的概念

行政规定是指行政机关制定和发布的,除行政法规和行政规章之外的,具有普遍约束力的规范性文件。行政规定的别名有“其他规范性文件”<sup>[27]</sup>“具有普遍约束力的决定、命令”等<sup>[28]</sup>民间称之为“红头文件”。作为行政机关行使职权的依据之一,行政规定大量存在于行政实践中;没有行政规定作为行政依据,行政机关有时难以依法行政。

由于行政规定在《立法法》中没有地位,制定行政规定不属于“立法”性质的行政行为。但是,在司法审查中,它可以被法院的裁判文书引用,<sup>[29]</sup>因此它具有事实上的法效力。如在蔡梅丽与四川省机关事业单位社会保险基金管理中心养老金给付纠纷上诉案中,法院认为:

“被上诉人提供的规章和其他规范性文件在本案具有可适用性。根据川人发[1996]9号文第二条的规定,被上诉人具有向参保单位征收社会养老保险基金和向参保人员发放养老金的职责,该条规定在确定被上诉人上述职责时,并未明确提出参保单位按时缴纳社会养老保险基金是按时发放养老金的前提,故被上诉人是否向上诉人所在单位征收到下月的社会养老保险基金,并不能作为是否应按时向上诉人发放当月养老金的前提条件,被上诉人主张养老金发放实行‘先收后支’缺乏相关依据,在相关行政部门对此问题未作出新的规定前,被上诉人应当按照上述条文规定的养老金发放时间,逐月按时向上诉人原所在单位支付上诉人等退休人员的养老金,上诉人的该项诉讼请求成立。”<sup>[30]</sup>

国务院发布的决定、命令不是行政法规,在《立法法》中也无它的法律地位,理应可以划入行政规定一并讨论。但是,在《宪法》上,它却是部门规章的制定依据,是部门规章的“上位法”。在宪法对此内容未作修改之前,我们需要将它划出行政规定,作为一个特别问题加以讨论,即所谓的“法规性文件”<sup>[31]</sup>还有一种特殊情况是党政联合发布的“文件”或者党的“文件”,在实务中有时可以补充行政机关行使职权依据不足的情形,个案中也有被法院认可。如在新乡市红旗区民政局与李建设民政行政申请再审查中,法院认为:

[26] 参见《规章制定程序条例》第15条。

[27] 参见《行政处罚法》第14条。《湖南省行政程序规定》第45条规定:“本规定所称规范性文件是指除政府规章以外,行政机关和法律、法规授权的组织制定的,涉及公民、法人和其他组织权利义务,在一定时期内反复适用,具有普遍约束力的行政公文。”

[28] 参见《行政诉讼法》第12条第2项。

[29] 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62条第2款规定:“人民法院审理行政案件,可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件。”

[30] 四川省成都市中级人民法院《行政判决书》([2004]成行终字第55号)。

[31] 关于“法规性文件”,参阅本书第3章行政法渊源。



“根据中发[1978]74号文件的授权,民政部门负有对下乡知青因公负伤相关事项进行管理的职权,李建设起诉属于行政案件的受案范围,1971年李建设作为我市知青下放到原新乡市郊区北站公社后郭留大队,在劳动中不幸摔伤,因公致残,完全丧失劳动能力,1997年在红旗区办理残疾人证时,该证记载李建设属重度(二级)智力残疾,新乡市民政局依据中发[1978]74号文件的规定,于1983年下发新市民字[1983]第6号文件,同意每月发给李建设生活费35元,并指定在我市第二人民医院治疗,治疗费用由办事处审批实报实销。据此,李建设在新乡市行政区划调整前的医疗费1564.8元因当时李建设所在的办事处隶属于红旗区人民政府管辖,应由红旗区民政局核准后予以报销。区划调整后治疗费用,由牧野区民政局核准后报销。……中发[1978]74号文件同时规定‘完全丧失劳动能力的人,经县级以上革委会批准,由民政部门按照职工全残的最低标准,每月发放35元的生活费,生活不能自理需要人扶持的,另发护理费’。李建设经鉴定属完全丧失劳动能力的,且生活不能自理,需要人扶持,但新乡市民政局未按中央文件的规定,给李建设发放过护理费,新乡市民政局和牧野区民政局辩称无具体标准可供执行的理由不能成立,李建设的护理费应有民政部门解决。”<sup>[32]</sup>

本案中,中发[1978]74号文件系中共中央发布,法院认定它授权民政部门有对下乡知青因公负伤相关事项进行管理的职权。“下乡知青”是“文革”特定历史时期形成的社会问题,在20世纪70年代国家法制极不健全的情况下,中共中央文件是有“法”效力的。2008年法院引用当时的中共中央文件作为法院裁判依据,对于保护当年“下乡知青”的合法权益是有意义的。

## (二) 制定依据

除省级以下各级人民政府的工作部门外,《宪法》和相关法律还赋予行政机关可以“发布决定和命令”的职权。<sup>[33]</sup>这是行政机关在宪法和组织法上拥有制定行政规定权能的依据。但实际上,省级以下各级人民政府的工作部门也都在“发布决定和命令”,这是一种事实上的制定行政规定的权能。在制定行政规定的权限上,坚持法条授权原则是必要的,没有法条授权,行政机关不得制定行政规定。有关行政规定的法条授权,如《公路管理条例实施细则》第65条规定:“本《细则》的解释权属交通运输部。各省、自治区、直辖市公路主管部门可根据《条例》及本《细则》规定制定具体实施办法。”

在法条授权原则支配下,若没有法条授权,行政机关所制定的行政规定不得对外产生法律效力;同时,这一原则也意味着行政机关没有“原创性”地制定行政规定的权力。《湖南省行政程序规定》第47条规定:“规范性文件对实施法律、法规、规章作出的具体规定,不得与所依据的规定相抵触;没有法律、法规、规章依据,规范性文件不得作出限制或者剥夺公民、法人或者其他组织合法权利或者增加公民、法人和其他组织义务的规定。”这一规定体现了上述法条授权原则的精神。

[32] 河南省新乡市中级人民法院《行政判决书》([2008]新中行再字第7号)。

[33] 参见《宪法》第89条第1项、第90条第2款、第107条和《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第59条和第61条。

### (三) 制定程序

至少到目前为止,除了部分国务院部门、省市级政府有规范“行政规定制定程序”的规范性文件外,全国尚未有统一的制定行政规定的程序。不过,《规章制定程序条例》第36条规定:“依法不具有规章制定权的县级以上地方人民政府制定、发布具有普遍约束力的决定、命令,参照本条例规定的程序执行。”根据这一规定,县级以上人民政府制定行政规定,应当参照执行规章制定程序。另外,国务院在它发布的一个重要决定中,也对制定规范性文件提出了具体要求:“制定对公民、法人或者其他组织的权利义务产生直接影响的规范性文件,要公开征求意见,由法制机构进行合法性审查,并经政府常务会议或者部门领导班子会议集体讨论决定;未经公开征求意见、合法性审查、集体讨论的,不得发布施行。”<sup>[34]</sup>虽然这是原则性的要求,但它的规范意义不可忽视。

## 五、对制定行政规范的监督

### (一) 人大监督

基于政府产生于人大并受人大监督的宪政原理,人大及其常委会有权监督本级政府制定行政规范已为当然之理。人大监督的方式主要有:

1. 撤销。即在法律上消灭行政规范的普遍约束效力。凡本级政府制定的行政规范有如下情形之一的,人大常委会有权予以撤销:(1)超越法定权限,限制或者剥夺公民、法人和其他组织的合法权利,或者增加公民、法人和其他组织的义务的;(2)同法律、法规规定相抵触的;(3)有其他不适当的情形,应当予以撤销的。<sup>[35]</sup>但由于实务中个案稀少或者未公布,如程序、撤销方式,乃至审查标准等,在法规范和学理上至今基本空白。

2. 备案。即事后告知以备审查。根据不同性质的行政规范,《立法法》设置了不同的备案机关,如行政法规的备案机关是全国人大常委会。<sup>[36]</sup>备案基本属于内部程序,至今未见人大常委会定期公布已经备案的行政规范,所以,备案作为一种立法监督,它的实际效果不可高估。

### (二) 行政监督

行政监督属于行政机关内部的自我监督机制。虽然自我监督的实效经常令人质疑,但因这种监督具有效率性、彻底性方面的优势,在法律上一直受到行政机关的重视。行政监督的主要方式有:

1. 改变或者撤销。改变,即改变行政规范中的违法部分,其他合法部分继续保留。因属于同性质机关之间的监督,基于业务上的熟知等因素,改变作为一种行政监督的方式被法律所确认。撤销的法律效力与立法监督相同,如国务院有权改变

[34] 国务院《关于加强法治政府建设的意见》(国发[2010]33号)。

[35] 参见《各级人民代表大会常务委员会监督法》第30条规定。

[36] 参见《立法法》第89条。

或者撤销不适当的部门规章和地方政府规章。<sup>[37]</sup>

2. 裁决。当两个行政规范在适用中发生冲突时,由法定的行政机关以裁决的方式决定适用哪一个行政规范,此为行政监督中的“裁决”。如《行政诉讼法》第53条第2款规定:“人民法院认为地方人民政府制定、发布的规章与国务院部、委制定、发布的规章不一致的,以及国务院部、委制定、发布的规章之间不一致的,由最高人民法院送请国务院作出解释或者裁决。”

3. 附带审查。在行政复议中,当行政规定成为被申请复议行政行为作出的依据时,若申请人认为它不合法,可以一并要求行政复议机关审查,即为附带审查。<sup>[38]</sup>此种监督方式只存在于行政复议程序之中。

4. 备案。如同立法监督中的备案一样,备案的目的是让监督机关了解、掌握行政机关制定行政规范的情况。如《行政法规制定程序条例》第30条规定:“行政法规在公布后的30日内由国务院办公厅报全国人民代表大会常务委员会备案。”“备案”中是否包含“事后撤销权”,未见有明确的解释。一般而言,“备案”并没有所谓的“事后撤销权”,仅仅只有事后备查的意思;如果备查发现有撤销情形之一的,应当启动行政规范的监督程序。

### (三)司法监督

在行政规范尚未成为行政诉讼对象之前,司法机关对行政规范的监督限于在对个案的合法性审查之中,对于没有进入诉讼程序的个案所涉及的行政规范,司法机关不可能发起对行政规范的监督程序。<sup>[39]</sup>司法监督的主要方式是:

1. 参照规章。<sup>[40]</sup>在学理上,通说认为“参照规章”蕴含了法院在个案中对规章合法性的审查权。从立法本意看,这个通说是成立的。“参照规章”的大意是,经参照,如法院认为被告引用的规章不合法,可以宣布该规章在本案中不予适用,但它不伤及该规章的普遍性法律效力,除非有权机关宣布将其撤销。在2012年最高人民法院公布的第5号指导性案例的裁判摘要中使用了“不予适用”的概念,<sup>[41]</sup>

[37] 参见《立法法》第89条第3项。

[38] 《行政复议法》第7条规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为所依据的下列规定不合法,在对具体行政行为申请行政复议时,可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查申请:(一)国务院部门的规定;(二)县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定;(三)乡、镇人民政府的规定。前款所列规定不含国务院部、委员会规章和地方人民政府规章。规章的审查依照法律、行政法规办理。”

[39] 在学理上,自《行政诉讼法》实施以来,建立对行政规范尤其是行政规定的行政诉讼制度的建议一直没有停止过,但至今尚未获得国家立法层面的回应。

[40] 《行政诉讼法》第53条第1款规定:“人民法院审理行政案件,参照国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章。”

[41] 即“地方政府规章违反法律规定设定许可、处罚的,人民法院在行政审判中不予适用。”

它具有从“个案拒绝适用说”转向“普遍拒绝适用说”的意图。<sup>[42]</sup> 行政规章尚可以在行政诉讼中被“参照”,居于其下位法的行政规定也应当纳入“参照”范围。

2. 司法建议。司法建议是一种软性监督,它的效果取决于被建议机关采纳与否。当法院在审理行政案件过程中认为所涉的行政规范存在不合法情形,且又不宜通过“参照”方式解决时,可以通过司法建议提示行政机关启动对行政规范的监督程序。

### 第三节 行政双方行为

#### 一、行政双方行为的一般理论

在行政决定之外,存在一种通过双方合意方式成立的行政行为,即行政双方行为。在以行政决定为核心展开的传统行政法上,这种情形是难以想象的,也是不可能被接受的。但是,在现代行政法中,这种行政双方行为却客观存在并正在不断地扩展着它的影响力。这种行政行为的样式主要是行政合同和行政协议,前者双方的主体是行政机关和行政相对人,后者则存在于行政机关之间,不论它们是否有隶属关系。

行政双方行为是法律行为,它基于双方意思表示一致而成立。这一点区别于同为法律行为概念框架下的行政决定,因为后者的成立要取决于行政机关单方意思的表示,即所谓行政决定的“单方性”。行政双方行为成立因需要“意思表示”的要件,所以,它也不同于同为公法行为概念框架下的事实行为,如行政强制执行、行政指导、政府信息提供等。

至少到目前为止,行政双方行为仍然处于现代行政法体系的边缘部分:在功能上,它是行政行为的补充,在适用上,它是原则之下的一种例外,尤其如行政协议是否应纳入现代行政法体系,争议未息。有时,逻辑应当屈从于经验,经验才是法理之源。从行政到司法的实务中,行政双方行为所显示的法功能,让我们放弃了为了否定它而编写出来的各种理由,接纳它成为现代行政法体系中不可或缺的内容。这是对行政有效实现其任务的一种回应。

#### 二、行政合同

##### (一) 行政合同的概念

行政合同是指行政机关以实施行政管理为目的,与行政相对人就有关行政事项经协商一致而成立的一种行政行为。它是一种由行政机关经行政相对人参加并

[42] 进一步阅读章剑生:“行政诉讼中规章的不予适用——基于最高人民法院第5号指导案例所作的分析”,载《浙江社会科学》2013年第2期。

表示同意而共同作出的行政行为。行政相对人在行政合同中的“参加”，不同于它在行政决定中的程序性双方“参与”；没有行政相对人的“参加”，行政合同是不可能成立的。

传统行政法是基于行政法律关系中双方地位的不平等性来展开它的法体系的。这种不平等性决定了“合意”要素在行政过程中没有存活的空间，行政合同也就没有了法理基础。传统行政法理论对“依法行政”原理作过度刚性的诠释，导致其与民法上的“合同自由”原则关系如同水火不容；同时，“民法帝国主义”的扩张政策，也挤尽了行政合同在现代行政法体系中的成长空间。<sup>[43]</sup> 传统行政法一直否定在不对等行政法律关系中订立行政合同的可能性，主要是深受私法合同原理影响之故。20世纪以来尤其是“二战”之后，世界范围内的民主、人权与宪政思想观念获得进一步发展，行政合同在一些法治发达的国家行政法上获得了认可。<sup>[44]</sup> 行政合同的宪政意义在于：行政相对人不是行政客体，而是可以成为行政伙伴。

自20世纪90年代以来，我国行政法理论也受到了这股浪潮的影响，行政法律关系中的不平等性逐渐被现代行政法理论所弱化，为行政合同的生长腾出了法理空间。行政机关与行政相对人之间在法律上的确存在不对等性，但是，这种不对等性不是否定行政合同的理由。基于实现行政目的的需要，行政机关应当具有行政行为方式上的选择权。“随着行政管理方式的多样化和行政管理理念的变革，行政机关常常通过与行政相对人签订合同的方式，履行行政管理职能，形成大量的如国有土地出让、国有资产租赁等独具特色的行政合同。这种以实现行政管理为目的的合同，不同于平等主体之间订立的以设定民事权利义务关系为目的的民事合同。”<sup>[45]</sup> 其实，时至当下行政合同不仅在制定法上被确认，<sup>[46]</sup> 而且在司法实务中已经有了不少的个案。如1997年最高人民法院审理的大连市华运产业房地产开发公司诉大连市房地产开发管理领导小组办公室废止标中标通知案，首次引入了行

[43] 《政府采购法》第43条规定：“政府采购合同适用合同法。采购人和供应商之间的权利和义务，应当按照平等、自愿的原则以合同方式约定。”

[44] 德国《联邦行政程序法》第54条规定：“公法上之法律关系，得以契约设定、变更或废弃之（公法契约），但法规另有相反之规定者，不在此限。官署尤其得与欲对之为行政处分之相对人订立公法契约，以代替行政处分。”

[45] 时任最高人民法院副院长李国光在全国法院行政审判工作会议上的讲话（2003），载最高人民法院行政庭编：《行政执法与行政审判》2003年第1辑，法律出版社2003年版，第29页。

[46] 《浙江省人口与计划生育条例》第14条的规定：“乡（镇）人民政府、街道办事处、村（居）民委员会、有关单位在人口与计划生育工作中可以采用村规、合同、协议等方式进行管理。”《浙江省计划生育委员会〈关于进一步推进和规定计划生育合同管理〉的指导性意见》第4条规定：“推行合同违约金制度，取代保证金、押金。此前收取的各种保证金、押金要陆续清理返还群众。设立违约金的项目限于落实可靠避孕节育措施等必要的管理措施；违约金的最高数额不得超过当地年收入的20%。合同中不要滥设违约金条款。”相关的计划生育行政合同的个案，如杜梅兰与佛山市高明区人和镇人民政府不履行行政合同纠纷上诉案，广东省佛山市中级人民法院《行政裁定书》（〔2003〕佛中法行终字第17号）；池相台、池玲菊诉临海市汇溪镇人民政府计划生育征收违约金行政争议案，浙江省台州市中级人民法院《行政判决书》（〔2004〕台行终字第205号）。

政合同原理裁判行政案件。<sup>[47]</sup> 这是一个标志性的行政案例,对地方各级法院的行政审判具有一定的影响力。或许受到此案的影响,在地方人民法院中也裁判了不少行政合同的案件,如在张素兰诉漳平市教育局不履行教育行政合同案中,法院认为:

“漳平市教育局依据1997年省、市下达给漳平市委培生的指标,具备和张素兰签订委培合同的主体资格。从双方当事人签订的合同的条款看,按当时的实际情况也符合有关规定,并未超越职权,且双方意思表示一致,应为合法有效的行政合同。……漳平市教育局在无明显政策法律规定的情况下,仅凭不具有法律约束力的漳平市政府(2001)23号‘市教育工作专题会议纪要’及‘2000年届师范委培(捐资)毕业生录用测试工作方案’,单方变更合同约定的分配方式显然是违反法律的规定,漳平市教育局单方变更合同约定的行为应属无效。张素兰报名参加择优考试并不意味着接受要约,同意被上诉人变更合同,因为行政合同有别于经济合同,行政相对人与行政机关的地位并不平等,况且漳平市教育局测试方案中并无明确参加择优考试,即为放弃原委培协议的分配形式的意思表示,原判以张素兰报名参加考试未被录用,应视为张素兰同意变更委培合同内容的承诺是错误的。故张素兰要求漳平市教育局履行委培合同的请求成立。”<sup>[48]</sup>

但是,在实务中或许是因为没有制定法的明确依据,也有的地方人民法院否定行政合同的存在,这与最高人民法院有关行政合同的行政判决书要旨相悖。如在孙景峰与泌阳县国土资源局土地行政撤销纠纷上诉案中,法院认为:

“2006年泌阳县国土资源局与孙景峰签订泌国土出(2006)49号国有土地使用权出让合同后,2008年11月7日,泌阳县国土资源局又作出泌国土[2008]183号《关于撤销孙景峰国有土地使用权出让合同的通知》,撤销孙景峰持有的泌国土出(2006)49号国有土地使用权出让合同。经庭审,泌阳县国土资源局未能提供出有职权撤销土地使用权出让合同的法律依据。因为,国土资源部门提供的《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第六条,也未明确规定国土资源部门享有撤销国有土地使用权出让合同的职权。根据2004年《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》及2008年最高人民法院规定施行的《民事案件案由规定》,将土地出让合同纠纷规定为民事纠纷,属于民事诉讼法调整的范围。因此,泌阳县国土资源局认为签订的土地出让合同有问题,可以通过民事诉讼解决,而自行一方将签订的土地出让合同撤销,法律依据不

[47] 最高人民法院《行政判决书》([1997]行终字第2号);2002年在武汉兴松房地产开发有限公司诉湖北省武汉市国土资源管理局收回国有土地使用权上诉案中,最高人民法院再次运用行政合同原理审理此案,最高人民法院《行政判决书》([2002]行终字第7号)。

[48] 福建省龙岩市中级人民法院《行政判决书》([2002]岩行终字第68号。相关的案件还有胡某诉重庆市巴南区人民政府履行行政合同纠纷案,重庆市第五中级人民法院《行政裁定书》([2009]渝五中法行初字第8号);许昌市某某公司诉许昌市某局确认行政行为违法及行政赔偿纠纷案,许昌市魏都区人民法院《行政判决书》([2010]魏行初字第20号);成都市成华区青龙乡回龙村第一居民小组与成都市国土资源局成华分局土地行政合同纠纷上诉案,四川省成都市中级人民法院行政判决书([2007]成行终字第150号)等。

足,其作出的行政行为,本院不予支持。”〔49〕

本案中,法院根据2004年《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》及2008年最高人民法院规定施行的《民事案件案由规定》,将本案定性为民事纠纷,与最高人民法院已经作出的两个行政判决不一致。〔50〕或许在地方人民法院看来,最高人民法院的行政判决效力不如它的司法解释,所以选择了司法解释作为本案的裁判依据。但这样的结果是,对于同一个法律问题,最高人民法院的态度却是前后不一,也没有说明前后不一的原因。

## (二)行政合同的构成要素

行政合同不同于行政决定,那么行政合同就有它自己的构成要素。这些构成要素的功能对于行政合同来说,既要区别于行政决定,也要能划清与民事合同之间的界线。

1. 实现行政任务的目的。行政合同的签订是行政机关为了在其职责范围内实现行政任务,即行政合同具有公益性,这是它与民事合同的最大区别点。如在常胜强与延津县人民政府等行政合同纠纷上诉案中,法院认为:

“本案目标责任书是延津县人民政府及其职能部门为了实现对企业的行政管理目标,所采取的一种行政管理行为。1990至1992年延津县化肥厂管理不善,全面停产,严重亏损,为了促使该企业摆脱困境,转亏为盈,延津县人民政府采取了多种行政管理行为,该目标责任书就是其中的一个主要行政管理行为,它直接反映了行政机关与相对人之间一种行政管理关系。双方在实现该管理行为中产生了争议。根据最高人民法院《关于执行若干问题的解释》第1条第1款规定,‘公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服,依法提起诉讼的,属于人民法院行政诉讼的受案范围’。因此,一审原告常胜强对该行政管理行为提起诉讼,法院作为行政诉讼案件受理符合行政诉讼法受案规定。”〔51〕

本案所涉的诉讼客体是以“目标责任书”的形式表现出来的行政合同。〔52〕根据该目标责任书的内容,“实现对企业的行政管理”是该行政合同的目的,这一目的体现了作为被告的延津县人民政府及其职能部门所要完成的行政任务。这与民事合同为了实现民事主体私法上的利益完全是不同的。

2. 行政法律关系。因行政合同而成立的法律关系是行政性的,它受行政法调整。在制定法上,如《北京市储备粮管理办法》第7条规定:“市粮食行政管理部门应当与承储企业签订合同,明确承储企业的储存责任、储存要求以及违约责任等事项。”市粮食行政管理部门与承储企业之间因签订合同而成立的储存法律关系是

〔49〕 河南省驻马店市中级人民法院《行政判决书》([2011]驻法行终字第64号)。

〔50〕 最高人民法院《行政判决书》([1997]行终字第2号)和([2002]行终字第7号)。

〔51〕 河南省高级人民法院《行政判决书》([2008]豫法行终字第00109号)。

〔52〕 进一步阅读余凌云:“行政法上的假契约现象——以警察法上各类责任书为考察对象”,载《法学研究》2001年第5期。

行政法律关系的,不受民法的调整。又因义务教育系国家强制性教育,适龄学生必须入学接受法定义务教育,学校不得拒绝,所以,在学校与学生之间没有行政合同存在的空间。但是,在非义务教育中学生与学校之间有存在成立行政合同的可能性。《治安管理处罚法》上的暂缓执行行政拘留的担保法律关系,<sup>[53]</sup>它的性质是否属于行政合同也是可以讨论的。另外,公派留学、治安承包、“门前卫生三包”、公务员聘任、廉租房的租赁和医保定点医院等合同中所包含的法律关系,都有行政性的成分,由行政法加以调整。

3. 协商一致。旨在设定、变更和终止行政法律关系的行政合同,并非因它具有行政性而失去了民事合同固有的“协商”特征。协商意味着行政相对人可以在没有外在压力的前提下与行政机关就合同的内容进行“讨价还价”,没有协商也就无所谓行政合同。有的行政行为需要行政相对人的参与,这种参与具有协助行政机关的功能,但行政机关如何或者是否作出行政行为,仍然取决于行政机关的单方决定,如制定行政规范中是否要听取意见等,这些参与不是行政合同上的“协商”。

有的行政行为是行政机关履行事先向行政相对人作出的承诺。这种行政行为也不是行政合同,而是行政机关应当履行的法定职责。如《天津国际贸易与航运服务中心管理办法》第13条第1款规定:“在服务中心设专门窗口受理业务申请人提出的业务预约,对符合条件的预约申请,有关行政部门应当按照有关规定和承诺予以办理。”在实务中,法院以“行政允诺”作案由受理行政案件。如在陈增月诉东台市富安镇人民政府履行行政允诺义务纠纷案中,法院认为:

“被告作为乡镇一级的人民政府,其出台富发[2002]04号文件开展‘百日招商竞赛’活动,是为了贯彻落实上级会议精神,推进经济发展,提升全镇开放型经济的层次和水平,具有明显的行政目的性,是被告履行行政职权的行为。被告作出富发[2002]04号《关于开展‘百日招商竞赛’活动的意见》,允诺包括全社会不特定的人在特定的期限内招商引资成功给予奖励,属于被告自由裁量的范围,不违反政策、法律,是被告为自己设定一定义务的行政允诺。原告认为其响应被告的号召,为被告成功地招商引资,被告不当履行兑现招商引资奖的职责,侵犯其合法权益。”<sup>[54]</sup>

本案中,被告对“全社会不特定的人在特定的期限内招商引资成功给予奖励”的允诺,是“被告履行行政职权的行为”。它不具备行政合同的三个构成要素,因此它不是行政合同。

[53] 《治安管理处罚法》第107条规定:“被处罚人不服行政拘留处罚决定,申请行政复议、提起行政诉讼的,可以向公安机关提出暂缓执行行政拘留的申请。公安机关认为暂缓执行行政拘留不致发生社会危险的,由被处罚人或者其近亲属提出符合本法第一百零八条规定条件的担保人,或者按每日行政拘留二百元的标准交纳保证金,行政拘留的处罚决定暂缓执行。”

[54] 江苏省东台市人民法院《行政判决书》([2006]东行初字第00047号)。又如,黄银友、张希明诉湖北省大冶市人民政府、大冶市保安镇人民政府行政允诺案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第22号案例,中国法制出版社2010年版,第108页以下。



### (三) 行政合同的类型

在现代行政法理论上,行政合同可以分为隶属合同和对等合同。隶属合同是行政机关和行政相对人之间的合同关系,可以分为双务合同和和解合同。对等合同是行政机关之间的合同关系,本书将它命名为“行政协议”,移到与行政合同并列的关系上加以讨论。

1. 双务合同。即行政机关和行政相对人基于互相履行义务以实现行政目的而达成的书面合意。双务合同具有如下要件:(1)互相履行的义务之间具有正当的关联性。若行政机关以承诺免除行政相对人某一法定义务以换取行政相对人撤回行政诉讼,此为不当联结,不是行政合同。(2)互相履行义务之间具有内容的对等性。这种对等性在功能上表现为一方的义务履行可以抵消另一方所主张的权利。对某类公务员的录用采用“命令”的方式,由此建立的职位关系不是行政合同,但是,特殊岗位的公务员任用采用聘任合同方式,确定了互相对等履行义务的内容,这种职位关系是行政合同。双务合同是行政合同的常态,具有普遍适用性。

2. 和解合同。当事实和法律状态处于不明时,且行政机关查明此事实和法律状态需要付出更多行政成本或者难以查明时,行政机关和行政相对人通过协商后结束行政争议,由此形成的书面合意,即为和解合同。和解合同具有如下要件:(1)涉案事实和法律状态不明;(2)难以查明或者查明的行政成本过高。设定上述要件,旨在防止行政机关借用和解合同规避应当履行的法定义务。为此目的,对上述两要件的解释应当从严。

### (四) 行政合同的运用

原则上,订立、履行行政合同可以参照民法的有关规定,但应当考虑依法行政原则的约束。另外,情势变更原则、基于公共利益解除合同、行政相对人的补偿、行政合同无效原因、行政机关执行合同的方式等问题需要兼顾公、私法的相关规定。

1. 行政合同的订立依据。在现代行政法理论上,行政合同是否需要法的依据,在学理上主要有两种模式:(1)法的依据模式,即行政合同的订立以法有明文规定为限,即原则上禁止,例外允许。(2)法不禁止模式,即凡法不禁止的事项,行政机关可以裁量决定是否订立行政合同,以代替其他行政行为。<sup>[55]</sup> 相比这两种模式,与其原则上禁止行政合同,不如强化对行政合同订立、履行过程的控制。在复杂多变的现代社会中,“法不禁止模式”可能更适应现代行政的需要,如公安机关为维护交通秩序而聘用“协警”的行政合同。在目前制定法上,法定的行政合同并非少见,如前述计划生育合同、粮食储存合同等。

2. 行政合同的订立方式。除招标(公共建筑工程)、拍卖(小型客车号牌号码竞价、国有土地使用权出让)外,行政合同的订立方式还有:(1)协商。协商,即经双方协商一致而成立行政合同。如《农村五保供养工作条例》第17条第1款规定:

[55] 中国台湾地区“行政程序法”第135条:“公法上法律关系得以契约设定、变更或消灭之。但依其性质或法规规定不得缔约者,不在此限。”

“乡、民族乡、镇人民政府应当与村民委员会或者农村五保供养服务机构签订供养服务协议,保证农村五保供养对象享受符合要求的供养。”本条中,行政合同的行政相对人是法定的,行政机关不可选择,在这样的行政法律关系中,通过协商订立行政合同是适宜的。(2)选择缔约人。如果行政机关选择的缔约人之间有竞争关系的,应当事先公告相关资格要件等,在作出缔约决定之前,应当听取未被选中的其他竞争人的意见,以维护其他竞争人的合法权益。

3. 行政机关的单方变更、解除权。基于公共利益的需要,行政机关有单方变更、解除合同的权力。<sup>[56]</sup>这是行政合同不同于民事合同的主要特点。如在昌江黎族自治县人民政府等与昌江棋子湾琼昌旅游开发有限公司旅游项目开发行政合同纠纷上诉案中,法院认为:

“琼昌公司起诉请求撤销昌江县委政府的1号通知、1期纪要以及昌化镇政府的撤离通知、8号通知,实质是要求撤销两级政府单方解除昌化镇政府与琼昌公司签定的开发棋子湾《协议书》的行为。该《协议书》是政府与企业签定的综合开发利用土地和旅游资源的行政合同。行政合同履行过程中,政府享有单方解除合同的权利。但是,必须依照法律或合同约定的条件解除,不得随意单方解除。根据昌化镇政府与琼昌公司签定的《协议书》第二条第三款规定,政府只有在棋子湾旅游整体规划制定后,超过规定期限琼昌公司不按照规划的要求进行改建和经营的情况下,有权单方解除合同,吸引其他投资者建设该项目。根据上述约定,只有同时具备两个基本条件,政府才有权单方解除合同,其一是棋子湾的整体规划出台;其二是琼昌公司逾期不按规划的要求改建和经营。从本案的事实看,显然是两个条件均不具备。首先是棋子湾的整体规划,至今没有证据证明存在有关棋子湾的详细整体规划。《海南省旅游总体规划》确实对棋子湾的总体规划提出了原则要求,但这种要求并非棋子湾的整体规划,昌江县政府应当会同相关部门按照总体规划的要求,依法及时制定棋子湾旅游整体规划。待棋子湾整体规划出台后,再依照整体规划和协议规定,要求琼昌公司改建和经营。第二个条件是逾期不改建,既然整体规划没有出台,当然也就不存在琼昌公司不按期改建或不按照规划要求经营的事实。解除合同的两个条件都不存在,昌江县政府和昌化镇政府即依据协议第二条第三款的规定作出若干被诉决定,单方解除合同,违背政府诚信原则,应当予以撤销。”<sup>[57]</sup>

本案中,法院认可在行政合同履行过程中,行政机关有单方解除合同权,但是,法院同时也认为,行政机关行使单方解除合同权,必须有法律依据或者合同约定的解除条件成立。此目的是控制行政合同履行过程中行政机关合法行使单方解除合

[56] 《北京市储备粮管理办法》第8条规定:“承储企业应当遵守下列规定:(1)执行有关储备粮的法规、规章、标准和技术规范以及北京市储备粮管理的相关制度;(2)对市储备粮实行分品种、分年限、分地点、分货位储存和管理。未经市粮食行政管理部门同意,不得擅自变更市储备粮储存地点或者货位;(3)确保承储的市储备粮库存账实相符、储存安全、管理规范;(4)执行市粮食行政管理部门的出入库要求;(5)建立健全市储备粮的安全生产、防火、防盗、防汛等管理制度,并配备必要的安全防护设施。承储企业违反前款规定情节严重的,市粮食行政管理部门有权解除承储合同。”

[57] 海南省高级人民法院《行政判决书》([2005]琼行终字第35号)。

同权,以保护合同另一方的合法权益。但本案中法院认为上述两个条件都不存在,所以,被诉决定应当予以撤销。可见,行政机关单方变更、解除行政合同的行为本质上是行政决定,属于行政诉讼客体。如在李乃胜诉南京市建邺区房地产管理局行政合同变更行为案中,法院也持相同的态度。法院认为:

“根据《城市公有房屋管理规定》的规定,被告作为本行政区域内公有房屋的行政主管部门,对公有房屋行使行政管理职权。被告通过行政职权将其所管理的公有房屋使用权以租赁方式配置给原告使用,其与承租人所签订的房屋租赁合同具有行政合同的法律特征,被告单方面变更房屋承租人的行为是具体行政行为而非民事行为。故被告关于本案是合同行为,不属于行政诉讼受案范围的理由不能成立。”〔58〕

4. 行政合同的执行。行政相对人不履行行政合同所约定的义务,行政机关没有当然的“自力救济”权。在现代行政法上,行政合同的双方可以选择适当的方式是,无论哪一方不履行行政合同义务,另一方应当诉请法院救济。由于《行政诉讼法》规定的滞后性,已经制约了行政合同在实务中适用范围的不拓展。在《行政诉讼法》的法律框架下,行政机关若不履行行政合同的义务,那么行政相对人通过提起履行法定职责之诉来实现权利保护,似乎也并没有多大的法律障碍。但是,如果行政相对人不履行行政合同义务,在行政机关自己没有强制执行权的情况下,是否可以向法院提起行政诉讼呢?肯定的答案没有制定法的依据,所以这个问题需要通过修法得以解决。

5. 司法审查。行政合同争议属于行政案件,由法院依照行政诉讼程序审理,这在学理上是没有障碍的。“在审理行政合同纠纷案件时,法律、法规对行政合同有特别规定的,应当优先适用特别规定;没有特别规定的,可以根据案件的具体情况,参照合同法的相应规定,并对实体处理方式积极的尝试,及时总结审判经验。”〔59〕这是最高人民法院发出的一个原则性指示,也大致为法院审查行政合同提供了一个基本方向。在山东省烟台市国土资源局与烟台长城科工贸(集团)公司、烟台龙晴建设开发公司行政处罚决定案中,最高人民法院裁判行政合同的逻辑是:

“根据《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》的有关规定,土地管理部门与土地使用者签订土地使用权出让合同的行为,属于土地管理的一种方式。土地使用者认为土地管理部门违反合同的约定并请求赔偿,符合《中华人民共和国行政诉讼法》的有关规定。一审法院认为被上诉人提出的赔偿请求不属于行政诉讼的范畴,缺乏法律依据。但烟台市土地局与被上诉人长城公司签订的《合同书》中,未约定达到‘五通一平’条件的地幅交付的具体时间,被上诉人提出上诉人违反合同约定应承担赔偿责任的请求缺乏事实依据,本院不予支持。”〔60〕

〔58〕 江苏省南京市建邺区人民法院《行政判决书》([2002]建行初字第40号)。

〔59〕 时任最高人民法院副院长李国光在全国法院行政审判工作会议上的讲话(2003),载最高人民法院行政庭编:《行政执法与行政审判》2003年第1辑,法律出版社2003年版,第29页。

〔60〕 最高人民法院《行政判决书》([2001]行终字第10号)。

本案是最高人民法院在《行政诉讼法》的法律框架内作出的一个判决,将行政合同认定是一种行政管理方式,若发生违约并提出赔偿争议,属于《行政诉讼法》的调整范围。所以,在《行政诉讼法》未作修改之前,在类似案件中此案例具有可参考性。

### 三、行政协议

#### (一) 行政协议的概念

凡行政机关之间为实现行政目的而达成的合意,即行政协议。与行政合同不同的是,它是在行政机关之间经“协商一致”而订立的。行政协议的主体是行政机关,它可以发生在具有上下级隶属关系和不具有隶属关系的行政机关之间,前者如“三亚大东海景区环境卫生责任状”<sup>[61]</sup>“广州市城市管理目标责任状”等,<sup>[62]</sup>后者如2002年杭州市政府与海宁市政府转让国有土地使用权的协议,<sup>[63]</sup>浙江省义乌与东阳两市水权转让合同,<sup>[64]</sup>长三角食用农产品标准化互认(合作)协议,<sup>[65]</sup>等等。行政协议是现代经济社会与发展产生的一种行政法现象,在现代行政法体系中应当为其留出成长的空间,尤其是行政协议涉及行政相对人合法权益时,应当作为行政协议效力“外部化”问题加以考虑。

#### (二) 行政协议的适用

由于观念上我们一直把行政协议当作行政机关内部事务看待,所以相关的制定法也不尽发达。实务中,签订行政协议是否需要法的依据,因没有行政相对人介入并提出异议等原因,也就不成为一个值得行政法加以关注的“问题”。通常认为,行政协议是否签订及如何订立由行政机关根据行政事务的需要裁量决定。

至少到目前为止,如果因执行行政协议发生纠纷,尚无明确法律规定究竟是提起行政抑或民事诉讼。如《江苏盛泽和浙江王江泾边界水域水污染联合防止方案》第2条第2款规定:“……每日直接排入联防区域水域的最高污水排放量,盛泽镇工业企业不得超过10万吨,王江泾镇工业企业不得超过2万吨,两镇热电企业的冷却水中不得混入任何其他工业废水,其废水排放必须用专用管道。”<sup>[66]</sup>一旦两镇在执行此条义务发生争议时,应当通过何种诉讼途径解决,在此方案中未有明确规定。在行政法上,这种争议解决机制最有可能发展的方向是行政诉讼中的“机

[61] 《海南日报》2010年3月18日。

[62] 《广州市城市管理目标责任状考评奖惩规定》(穗府[1994]98号)。

[63] 蒋萍:“杭州向海宁借地”,载《文汇报》2003年1月26日。杭州市以每亩6万元的价格取得了属于海宁市的3000亩国有土地的使用权。在协议中,双方对该地块上的税收、土地收益、建设规划、派出所到计划生育工作等行政管理权限和职责作了协定。

[64] 《中国水利报》2001年2月21日报道,水资源缺乏的义乌市斥资2亿元,一次性买断东阳市横锦水库每年5000万立方水的永久使用权。

[65] 《上海标准化》2003年第11期。

[66] 何渊:《区域性行政协议研究》,法律出版社2009年版,第88页。

关诉讼”,但前提是《行政诉讼法》修改时必须添加这方面的内容。

## 第四节 行政事实行为

### 一、行政事实行为的一般理论

#### (一) 行政事实行为的概念

在传统行政法中,依法行政之下行政机关除了依法作出行政决定外,其他行政行为并不那么引人关注,它们仅仅被作为一种附带的行政现象加以简述,更遑论发展出一套如行政决定一样的行政法理论体系。20世纪之后,社会经济变迁引发了行政行为方式的不断翻新,亦即在行政决定之外发展出了大量“无名”的行政行为。行政机关借用这些行政行为积极主动地处理各种新的行政问题,回应来自社会经济发展过程中的不同需求,提升行政管制的实效,软化原有比较生硬的行政法律关系。由于这类行政行为不具有如同行政决定一样的“意思表示”要件,所以,行政法理论上借用民法中“民事事实行为”原理给它们冠以一个统一的名字:行政事实行为。

行政事实行为是行政机关实施的、影响或者改变行政相对人法律状态的一种行政行为。如果行政机关实施的一种行政行为,没有影响或者改变行政相对人法律状态,虽然它仍可以称为行政事实行为,但它不是行政法重点关注的问题,如警察捕杀进入公园的野猪等。行政事实行为不产生“法效力”,此为行政法理论上的通说。依照行政决定理论的解释,“法效力”是行政机关因意思表示而产生的一种法的拘束效力。<sup>[67]</sup>与私法不同的是,行政机关意思表示所产生的法效力,并非是以行政相对人“合意”为要件,而是取决于行政机关的单方意思。虽然行政机关实施行政决定以外的其他行政行为时没有主观上的意思表示,但它们在客观上对行政相对人的权利和义务也产生了影响,这种影响只是“法效果”,并不具有行政行为那样的诸如存续力、执行力、构成要件效力等“法效力”。这类行政行为被称为行政事实行为。

#### (二) 行政事实行为的合法要件

1. 符合法定管辖的规定。行政机关必须在自己法定管辖范围内作出行政事实行为,超越法定管辖权的行政事实行为同样也构成行政违法。这是依法行政原理导出的当然结论。实务中,如工商行政管理局在生产领域中销毁假冒伪劣产品的行政强制执行行为,公安机关介入政府组织对违法建筑物强制拆除等,都是不具有

[67] “所谓意思表示,指向外部表明意欲发生一定私法上法律效果之意思的行为。”梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,第189页。“意思表示,指导将企图发生一定私法上效果的意思,表示于外部的行为。”王泽鉴:《民法总则》(增订版),中国政法大学出版社2001年版,第335页。

合法性的行政事实行为。

2. 具有实体法上的依据。行政事实行为可能影响到行政相对人的合法权益,它必须有实体法上的依据。此处的“法”,与行政法法源的范围相当。没有实体法上依据的行政事实行为,不具有合法性。如在余宏斌与湘阴县公安局交通警察大队违法扣押车辆及行政赔偿纠纷上诉案中,法院认为:

“被上诉人县交警大队的工作人员在现场处理交通事故时,掌握了事故车辆钥匙,上诉人余宏斌已不能控制车辆。在上诉人没有预付医疗费的情况下,只有被上诉人可以暂扣交通事故车辆,并在指定的地点妥善保管,同时有义务制止任何违法扣车的行为。第三人的亲属和当地群众围住事故车辆,并不意味着其对车辆已经进行了有效控制。县交警大队的工作人员虽然采取了一些措施阻止第三人的亲属,但最终做出让步,在第三人的亲属作出书面保证后,同意将事故车辆交由其保管,导致事故车辆被违法扣留至今。第三人的亲属是经被上诉人工作人员同意并从其手中接管车辆钥匙并最终控制车辆的,被上诉人县交警大队虽然没有开出暂扣凭证,产生的后果也并非出于被上诉人的本意,但其实施的上述行为对上诉人权利产生了实际影响,符合行政事实行为的特征。因此,被上诉人暂扣事故车辆并将车辆交由第三人保管的行政事实行为成立,该事实行为违反了法律、法规对交通事故处理的规定,构成违法。”〔68〕

本案中,交警将被扣车辆的钥匙交给本案第三人的行为是行政事实行为,它导致了该车辆被第三人实际控制的“事实效果”,影响到该车辆所有人的合法权益。所以,法院认为本案中交警这一行为没有实体法上的依据,构成违法。有时,在个案中如没有制定法的具体规范,法院也要求行政机关实施行政事实行为应当符合合法的原则、目的。如在黄渭棠诉衢州市衢江区高家镇人民政府土地整理及行政赔偿案中,法院认为:

“高家镇人民政府于2006年3月15日向上诉人所在的林家村各农户发出公告,告知农户施工时间,要求在指定时间将桔树等农作物搬迁完毕,同时也告知如有困难递前书面申请,说明理由,逾期则作为放弃移栽处理。由于经过沟通与协商,大部分农户已领取了迁移费,且在施工前,高家镇人民政府未收到任何书面申请。基于此种情况,高家镇人民政府在土地整理时,对未搬迁的包括上诉人在内的农户的桔树用挖掘机整棵挖移,其行为并无不当。同时,高家镇人民政府也尽了合理注意义务,即将施工时间选择在春季,考虑了适宜移植的时间,尽可能兼顾公共利益和私人利益,在保障标准化农田建设政策落实的同时,尽可能地使私人的合法利益不受损害或少受损害。故被上诉人高家镇人民政府实施的上述一系列行为符合法律原则、精神和政策。”〔69〕

本案中,被上诉人高家镇人民政府在土地整理时能否用挖掘机整棵挖移桔树、在哪个季节进行土地整理等,在制定法上并无明确规定。虽然在移植上诉人所有的桔树时不能达到100%的成活率,但是,法院认为被上诉人的行为符合合法的原

〔68〕 湖南省高级人民法院《行政判决书》(〔2005〕湘高法行终字第9号)。

〔69〕 浙江省衢州市中级人民法院《行政判决书》(〔2006〕衢中行终字第17号)。

则、精神和政策,所以,驳回了上诉人要求行政赔偿的请求。

3. 行政事实行为符合法定程序。程序合法是行政事实行为合法性不可缺少的要件之一,制定法上相关的规定也并不少见。如《行政强制法》第50条规定:“行政机关依法作出要求当事人履行排除妨碍、恢复原状等义务的行政决定,当事人逾期不履行,经催告仍不履行,其后果已经或者将危害交通安全、造成环境污染或者破坏自然资源的,行政机关可以代履行,或者委托没有利害关系的第三人代履行。”在这里,“催告”是行政机关作出“代履行”的法定程序之一。在实务中,对行政事实行为这一程序合法要件,法院也没有忽视。如在贾春旺等诉范县民政局行政纠纷案中,法院认为:

“范县民政局虽是殡葬管理的执法主体,但是并无有效证据证实其工作人员2002年7月3日上午询问贾朝臣、许玉花夫妇时出示了执法证件,表明了执法身份。特别是下午追问贾朝臣、许玉花夫妇贾春旺尸体所埋下落,并要求火化,否则就逮人,而且将殡仪车开到现场,引起众多群众围观,造成贾朝臣、许玉花犯病,严重违背了执法程序。……事实行为指的是行政机关工作人员自觉或不自觉地作出的虽然不创设新的行政法律关系但与执行职务有密切关系的行为。因此,具体行政行为包括事实行为。被告工作人员虽然未出具书面通知或决定,但口头要求原告履行尸体火化义务,就是一种事实行为,当然属于具体行政行为。”〔70〕

本案中,法院首先将“追问贾朝臣、许玉花夫妇贾春旺尸体所埋下落,并要求火化,否则就逮人,而且将殡仪车开到现场”一系列行为认定为“严重违背了执法程序”,然后,又将其中的“未出具书面通知或决定,但口头要求原告履行尸体火化义务”认定为是一种事实行为,其结论是该事实行为不符合法定程序。至于法院把它解释为包括在“具体行政行为”之中,显然是为了提高判决的说服力,但在行政法理上是有逻辑障碍的。

### (三) 行政事实行为的分类

行政事实行为品种繁多,故本书放弃对行政事实行为类型化的努力,转而从实务的错综复杂的各种行政事实行为中,从功能意义上归纳出一个开放性的行政事实行为分类体系。行政事实行为可以分为:

1. 执行性行政事实行为。它是行政机关为了实现一个已经作出的行政决定的内容而实施的行为。因它具有物理上“实力”,在行政法理上又称之为物理性行为,与表意性行为相对应。在实务中,如在蔡某诉某镇人民政府建房开工前实施敲桩定位之行为行政纠纷案中,法院认为:

“本案中被告接到第三人拟开工建房的报告后,依法定职权行使现场查勘、定桩之检查职能,系属执行第三人合法获许的农村个人建房行政许可内容的行政事实行为,非属行政

〔70〕 河南省范县人民法院《行政判决书》([2002]范法行初字第3号)。

法律行为(具体行政行为)。”〔71〕

本案中,第三人依法获得了建房的许可后请求被告依职权落实许可的内容,被告在接到第三人的请求之后,到施工现场做了现场查勘、定桩等行为。此为执行行政许可决定的行为,并未改变许可的内容。执行性行政事实行为旨在落实行政决定的内容,不改变行政决定设定的法律关系的状态,所以它不增减行政相对人权利和义务的内容。这一点在上海彭浦电器开关厂诉上海市闸北区人民政府确认侵占行为违法纠纷案中,法院有十分明确的结论:

“因原告未在原闸北区规划局闸规查(2009)第011号限期拆除违法建筑的决定的期限内,自行拆除违法建筑,闸北区政府根据该局的申请,依法组织相关部门实施强制拆除,该强制拆除行为是对限期拆除违法建筑决定的执行行为,并没有设定原告新的权利和义务。”〔72〕

2. 说明性行政事实行为。即行政机关对事实作出的说明或者对决定的理由作出的阐述。它有意思表示,但这种意思表示没有拘束力。如在广东省深圳安贸危险物品储运公司诉中华人民共和国劳动部《通报》上诉案中,1993年8月5日,安贸公司使用的深圳市清水河化学危险品仓库发生特大爆炸火灾事故。劳动部组织调查组对此次事故进行了调查,根据调查结果,于1993年11月22日向各省、自治区直辖市人民政府、国务院有关部门发出了内部《关于深圳“8·5”特大爆炸火灾事故的通报》(以下简称《通报》),该《通报》认定广东省深圳安贸危险物品储运公司对火灾事故负有重大责任,该公司认为与事实不符。北京市高级人民法院经审查后认为:

“起诉人安贸公司所诉劳动部1993年11月22日作出的《通报》,不具有具体行政行为的特征,不符合《中华人民共和国行政诉讼法》第41条第4项规定的起诉条件。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第四十二之规定裁定如下:对深圳安贸危险物品储运公司的起诉,本院不予受理。”〔73〕

说明性行政事实行为不产生法的拘束力,它不属于“具体行政行为”。本案中,法院以《通告》“不具有具体行政行为的特征”为由,认定起诉人因起诉不符合起诉条件而不予受理是妥当的。

3. 告知性行政事实行为。即行政机关告知行政相对人有关事项的行政行为。告知可以分为:(1)对不特定人的“公告”。国务院《国家行政机关公文处理办法》对公告的使用表述为:“适用于向国内外宣布重要事项或者法定事项”。但在实务中,公告已被作“公开告知”的解释,为行政机关广泛使用,如《土地管理法》中的征

〔71〕 上海市崇明县人民法院《行政裁定书》([2008]崇行初字第23号)。

〔72〕 上海市第二中级人民法院《行政判决书》([2009]沪二中行初字第28号)。

〔73〕 北京市高级人民法院《行政裁定书》([1995]高行审字第1号)。最高人民法院在此案的上诉裁定中,驳回了上诉人的上诉,最高人民法院《行政裁定书》([1995]行终字第1号)。



地公告。<sup>[74]</sup>《价格违法行为行政处罚规定》第22条规定：“任何单位和个人有本规定所列价格违法行为，情节严重，拒不改正的，政府价格主管部门除依照本规定给予处罚外，可以公告其价格违法行为，直至其改正。”因这种公告具有“意思表示”的内容而归入行政决定。(2)对特定人的“通知”。如行政处罚程序中的听证通知等。最高人民法院《关于审理行政许可案件若干问题的规定》(以下简称《行政许可规定》)第3条规定：“公民、法人或者其他组织仅就行政许可过程中的告知补正申请材料、听证等通知行为提起行政诉讼的，人民法院不予受理，但导致许可程序对上述主体事实上终止的除外。”也就是说，原则上，行政许可过程中的告知不属于行政诉讼客体，但导致终止行政许可程序的告知，则具有可诉性。这个规则在其他行政程序中也可适用，如在江玉炎等与福州市人民政府等不履行复议法定职责纠纷上诉案中，法院认为：

“福州市住房保障和房产管理局(原福州市房地产管理局)于2009年5月15日作出的《政府信息公开申请告知书》，其内容是告知江玉炎、黄国华应待前案行政诉讼判决后再依法处理江九、江十地块的拆迁许可政府信息公开事宜。该告知书是政府信息公开程序中的一个通知行为，并非拒绝公开政府信息的最终行为，没有导致政府信息公开程序被终止。因此，该行为并非独立的、可诉的具体行政行为，对当事人的权利义务并未产生实际影响。”<sup>[75]</sup>

但是，对“通知”行为有时不能依照名称直接认定行为的性质，需要从内容上加以分析，才能作出正确的判断。如在马光俊不服湖北省武汉市蔡甸区人民政府侏儒街道办事处等地矿行政决定案中，侏儒街道办事处等五被告共同制发了《关于停止蔡甸区国有洪北林场森林地带石材开采行为的通知》，经审查法院认定该“通知”不是行政事实行为，而是一个行政决定。对此，最高人民法院的裁判要旨是：

“通知是否属于具体行政行为因内容而异。若通知的内容为单纯告知此前作出的行政决定内容，或重复引述行政合同条款，对外不产生实际影响，不属于具体行政行为。若通知同时具有针对特定相对人独立产生实际影响的内容，应属具体行政行为。”<sup>[76]</sup>

除上述类别外，行政事实行为还有建议性行政事实行为(如行政指导)、服务性行政事实行为(如信息公开)、协商性行政事实行为(座谈、征求意见)等。以下分述三种类型化相对比较成熟的行政事实行为。

[74] 《土地管理法》第46条。

[75] 福建省高级人民法院《行政判决书》([2011]闽行终字第1号)。

[76] 《中国行政审判案例》(第3卷)第81号案例，中国法制出版社2013年版，第1页以下。

## 二、行政指导

### (一) 行政指导的概念

要精准地理解行政指导,应先从日本法读起。<sup>[77]</sup> 1993年日本《行政程序法》第2条第6项规定:“行政指导是指行政机关在其职权或所管事务的范围内,为实现一定的行政目的,要求特定人为一定的作为或不作为的指导、劝告、建议以及其他的不属于处分的行为。”它的两个要件构成是:(1)在“行政机关在其职权或所管事务的范围内”作出行政指导;(2)通过行政相对人与行政机关的自愿合作来“实现一定的行政目的”。我国行政法上的行政指导,其制度构造大致也是如此。<sup>[78]</sup> 行政指导是行政机关依职权作出的,旨在引导特定的行政相对人自愿采取一定的作为或者不作为,以实现行政管理目的的一种行政行为。<sup>[79]</sup> 这里的“特定人”意味着广告式的“悬赏”、“奖励”等,不属于行政指导,具有普遍适用性的“意见”、“规定”等也不是行政指导。<sup>[80]</sup> 另外,行政机关内部上下级之间也不存在行政指导。在陈铁柱与驻马店市民政局工伤认定纠纷上诉案中,法院显然误解了行政指导的含义:

“被上诉人驻马店市民政局2009年5月11日作出的驻民函[2009]1号复函,是针对西平县民政局的请示作出的,该复函明确答复由西平县民政局根据政策和意见处理陈铁柱评残事宜,没有对上诉人陈铁柱的伤残等作出明确的认定和评定意见,因此,该复函属行政机关上下级之间的行政指导行为,不具有强制性。”<sup>[81]</sup>

在行政法上,行政指导只存在于行政机关与行政相对人之间。本案中,被上诉人的“复函”是因下一级行政机关的请示作出的答复,如果把它理解为行政机关内部上级对下级的一种工作业务的指导,似乎更为妥当。

行政机关作出行政指导不与行政相对人形成行政法律关系,也不产生对行政

[77] “第二次世界大战后,在美军占领时期,总司令部(GHQ)常常利用间接统治的手段向日本政府提交备忘录、书信,发布指示、警告,提出劝告、建议等。这些手段虽然在形式上是温和宽松的,但其实质上却是命令,不容违反。日本政府或许是从这种行为的有效性中得到了启发,在媾和条约生效后,行政指导得以广泛应用,渗透到了各个领域。”[日]南博方:《行政法》(第6版),杨建顺译,中国人民大学出版社2009年版,第84页。

[78] 进一步阅读莫于川:“论行政指导的立法约束”,载《中国法学》2004年第2期。

[79] 中国台湾地区“行政程序法”第165条规定:“本法所称行政指导,谓行政机关在其职权或所掌事务范围内,为实现一定之行政目的,以辅导、协助、劝告、建议或其他不具法律上强制力之方法,促请特定人为一定作为或不作为之行为。”

[80] 如黑龙江省大庆市人民政府《关于支持全民创业促进个体私营经济加快发展的若干意见》(庆工商发[2010]57号)第30条规定:“强化对个体私营企业行政指导服务。在日常监管中,可采取说服、教育、示范、引导、扶持、鼓励、帮助、宣传、调解、劝告、建议等非强制手段和方法,通过口头告知、书面告示、电话通知、邮寄送达、短信发送、网络和媒体发布、召集座谈、组织培训等方式,适时、适地、适机地实施各种指导行为。”

[81] 河南省驻马店市中级人民法院《行政裁定书》([2010]驻法行终字第11号)。

相对人法的拘束力。但是,行政指导对行政相对人的行动可能有影响,有时行政相对人基于利益的考虑,还会听从行政机关的“指导”,所以,在外表上经常是行政相对人“自愿”接受了行政指导。如福建省泉州市一些地方私人加油站无序现象一时泛滥,扰乱了市场,也造成安全隐患。德化县工商局浚中工商所高度重视,启动违法疏导预案,通过说服、教育等规制性指导方式,使辖区内7家无照经营加油站主动停止经营活动;同时,该工商所施以建议、引导等助成性指导方式,辅导其中5家加油站办理了证照,引导2家不具备条件的加油站自行拆除了加油机并转行经营,取得了良好的效果。<sup>[82]</sup>

虽然行政指导对行政相对人没有法的拘束力,但事实上的“压力”还是客观存在的。一些名为指导实为强制的“行政指导”,本质上是一个行政决定。反之,在实务中也有把行政决定当作行政指导行为来处理的,如在洗泰来与佛山市南海区罗村镇人民政府整改通知书纠纷上诉案中,法院认为:

“根据《佛山市人民政府安全生产委员会工作制度》总则第(二)项的规定,佛山市南海区罗村镇人民政府安全生产委员会属于被上诉人内部设立的非常设议事协调机构,不代替政府职能部门的安全生产监督管理职责。主要任务是统筹、指导、督促安全生产工作,研究安全生产重大政策和措施,协调解决安全生产中的重大问题。因此,该安全生产委员会针对上诉人洗泰来出租屋存在的安全隐患,作出的《劳动安全卫生限期整改通知书》是不具有行政强制执行力的指导性行为。上诉人的出租屋被停止出租是因为南海区公安局罗村分局作出的[2002]字第1号《治安整改通知书》所致;而上诉人的出租屋被停水、停电分别是由供水、供电部门的行为引起,与被上诉人所属安全委员会的行为并无关系,上诉人对以上部门的行为不服,可另行起诉。故原审裁定以被上诉人的行为属不具有强制力的行政指导行为而驳回上诉人的起诉正确,本院予以维持。”<sup>[83]</sup>

本案中,法院认定《劳动安全卫生限期整改通知书》是不具有行政强制执行力的指导性行为,这是值得商榷的。罗村镇人民政府安全生产委员会的性质、任务不是判定它作出《劳动安全卫生限期整改通知书》的性质,从“限期整改”的表述中,我们基本可以判断它是一个行政决定。在一些个案中,也有把告知性的事实行为当作行政指导来认定,并排除在行政救济范围之外的,如在张留安与郑州市金水区人民政府等拆除行为违法、行政赔偿纠纷案中,法院认为:

“本案中,被告区政府成立十二里屯村改造指挥部,发布拆迁公告,公示过渡费、奖励费标准,强调整体工作要在区政府统一领导下,组织专业队伍进行拆迁等,均属于区政府履行组织实施本辖区城中村改造整体工作的行政指导行为。”<sup>[84]</sup>

本案中,“发布拆迁公告,公示过渡费、奖励费标准”性质上属于告知性行政事实行为,虽然行政指导也是行政事实行为,但是,告知性行政事实行为不是行政指

[82] 王明杰:“行政指导:从‘权力本位’到‘责任本位’”,载《福建日报》2005年11月16日。

[83] 广东省佛山市中级人民法院《行政裁定书》([2003]佛中法行终字第24号)。

[84] 郑州市金水区人民法院《行政判决书》([2007]金行初字第51号行政判决)。

导,所以,法院的这一认定并不妥当。

## (二) 行政指导的依据

行政机关作出行政指导应当恪守依法行政原理,自不用多语。但是,行政指导毕竟不同于行政处罚、行政强制等具有干预性的行政决定,它的“非权力”性格足以使它和此等干涉行政行为之间存在一种明显的差异性。虽然在学理上并不要求行政机关作出行政指导有具体的行为依据,即某一特定行政指导活动的具体法规规范,但是,(1)它必须在行政机关管辖权范围内;<sup>[85]</sup>(2)有关行政行为的一般法原则对行政指导仍然具有相同的约束力。行政机关在实施行政指导时,不得脱离一般法原则的管束,尤其是诚实信用原则、行政自我拘束原理等,行政机关更应当高度关注。

为了规范行政指导,在实务中,行政机关事先制定发布有关行政指导的行政规定并不少见,如福建省泉州市《关于在全市工商行政管理机关全面推行行政指导的决定》(泉工商[2005]282号)、国家工商总局《关于工商行政管理机关全面推进行政指导工作的意见》(工商法字[2009]230号)等。这些行政规定为工商行政机关实施行政指导提供了依据。在个案中,我们也可以看到,行政机关作出行政指导并无具体依据。如在陈三才与安徽省教育厅行政撤销纠纷上诉案中,2008年7月24日,安徽省教育厅向亳州市人民政府发出教秘基[2008]99号《关于请尽快解决陈三才上访问题的函》,建议对起诉人“身体和精神状况进行全面检查和医学鉴定,如属于精神病患者,及时采取治疗措施,并按照《教师法》规定将其调离教育岗位”。对此,经法院审理后认为:

“根据《最高人民法院关于执行若干问题的解释》第一条第二款第(四)项的规定,公民、法人或者其他组织对不具有强制力的行政指导行为不服提起诉讼的,不属于人民法院行政诉讼受案范围。安徽省教育厅教秘基[2008]99号函就处理陈三才上访问题提出的相关建议,并非行政命令或者决定,不具有强制力。”<sup>[86]</sup>

## 三、行政强制执行

### (一) 行政强制执行的概念

行政强制执行是指行政机关对在行政机关决定的期限内不履行行政决定的行政相对人,依法强制履行义务的行为。在学理上,行政强制执行的前提条件是存在一个为行政相对人设定义务的行政决定,但该行政相对人在行政机关决定的期限内不履行该义务,行政机关依照法律规定强制其履行。本概念不包括行政机关申请法院强制执行。<sup>[87]</sup>

[85] 如日本《行政程序法》第32条规定:“行政指导时,行政指导实施者必须注意不得超越行政机关的任务或者所管事务范围和行政指导内容只有在相对人的协助下才得以实现。”

[86] 安徽省高级人民法院《行政裁定书》([2009]皖行终字第0074号)。

[87] 参见《行政强制法》第2条第3款。

在理想的法治状态中,当事人之间的“自力救济”当为法律所禁止,司法是国家提供的合法救济手段。无论是行政机关还是行政相对人在对方不履行法定义务时,应当请求法院强制执行。但是,这样的制度安排也可能致使行政失去应有的效率,所以,赋予行政机关在限定条件下可以实施强制执行权也是具有正当性的。《行政强制法》第12条规定:“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。”由此可知,只有法律才能赋予行政机关强制执行权。

## (二) 行政强制执行的实施

行政强制执行的方式主要有:(1)加处罚款或者滞纳金;(2)划拨存款、汇款;(3)拍卖或者依法处理查封、扣押的场所、设施或者财物;(4)排除妨碍、恢复原状;(5)代履行。行政机关实施行政强制执行需要履行一个催告程序,并随时注意是否出现可以导致执行中止或者终结的情形。经催告,行政相对人仍然不履行的,行政机关可以作出强制执行的决定。为了减轻强制执行对行政相对人产生的压力,在执行过程中,行政机关可以在不损害公共利益和他人合法权益的情况下,与当事人达成执行协议。除了情况紧急外,行政机关不得在夜间或者法定节假日实施行政强制执行。行政机关不得对居民生活采取停止供水、供电、供热、供燃气等方式迫使当事人履行相关行政决定。<sup>[88]</sup> 以下分述两种具体执行方式的程序。

1. 金钱给付义务的履行。即行政机关依法作出金钱给付义务的行政决定,当事人逾期不履行的,行政机关可以依法加处罚款或者滞纳金。<sup>[89]</sup> 加处罚款或者滞纳金的标准应当告知当事人,但加处罚款或者滞纳金的数额不得超出金钱给付义务的数额。加处罚款或者滞纳金超过30日,经行政机关催告当事人仍不履行的,具有行政强制执行权的行政机关可以启动强制执行程序。<sup>[90]</sup> 划拨存款、汇款和拍卖财物是两种基本的金钱给付义务的履行方式。

2. 代履行。行政机关依法作出要求当事人履行排除妨碍、恢复原状等义务的行政决定,当事人逾期不履行,经行政机关催告仍不履行,其后果已经或者将危害交通安全、造成环境污染或者破坏自然资源的,行政机关可以代履行,或者委托没有利害关系的第三人代履行。实施代履行的,行政机关必须制作“代履行决定

[88] 《浙江省水污染防治条例》第51条规定:“排污单位拒不履行县级以上人民政府或者环境保护主管部门作出的责令停产、停业、关闭或者停产整顿决定,继续违法生产的,县级以上人民政府可以作出停止或者限制向排污单位供水、供电的决定。”

[89] 《水法》第70条规定:“拒不缴纳、拖延缴纳或者拖欠水资源费的,由县级以上人民政府水行政主管部门或者流域管理机构依据职权,责令限期缴纳;逾期不缴纳的,从滞纳之日起按日加收滞纳金部分千分之二的滞纳金,并处应缴或者补缴水资源费一倍以上五倍以下的罚款。”

[90] 《税收征收管理法》第38条第2款规定:“纳税人在前款规定的限期内缴纳税款的,税务机关必须立即解除税收保全措施;限期期满仍未缴纳税款的,经县以上税务局(分局)局长批准,税务机关可以书面通知纳税人开户银行或者其他金融机构从其冻结的存款中扣缴税款,或者依法拍卖或者变卖所扣押、查封的商品、货物或者其他财产,以拍卖或者变卖所得抵缴税款。”

书”,并在代履行实施的前3日催告当事人;若当事人自己开始履行义务,代履行程序应立即停止进行。实施代履行时,作出代履行决定的行政机关应当派员到场监督,并做好执行文书的记录等工作。代履行的费用按照成本合理确定,由当事人承担,但法律另有规定的除外。<sup>[91]</sup>在特殊情况下需要立即清除道路、河道、航道或者公共场所的遗洒物、障碍物或者污染物,当事人不能清除的,行政机关可以决定立即实施代履行;当事人不在场的,行政机关应当在事后立即通知当事人,并依法作出费用承担等相关处理。

#### 四、信息提供

信息提供是行政机关依法公开政府信息的行政行为。信息提供是公众参与行政过程的前提条件,也是公众实现知情权的保障。在现代社会中,政府在履行法定职责过程中获取并保存了大量与公众生产、生活有关的信息,公开这些政府信息,可以帮助公民作出正确的“决策”。<sup>[92]</sup>有关规范政府信息提供行为的行政法规是2008年5月1日实施的《政府信息公开条例》,但它实施前政府获取并保存的政府信息是否属于《政府信息公开条例》调整的范围,实务中有否定性意见。如在毛俊坤与南召县城郊乡人民政府计划生育政府信息公开纠纷上诉案中,法院认为:

“本案中被上诉人南召县城郊乡人民政府对本辖区内的自2008年5月1日至2009年12月31日的一二胎生育证的办理及社会抚养费的征收、上缴方面的政府信息都是掌握并保存的,被上诉人有义务依法主动公开,而被上诉人没有证据证明其已公开了相应的政府信息。一审以二胎生育证的发放及社会抚养费征收不属于乡级人民政府的职责为由驳回一审原告的相应诉讼请求不当,上诉人诉求公开2008年5月1日以前的相关政府信息无法律、法规依据,依法不予支持。”<sup>[93]</sup>

当然,本案的结论是属少数意见。因《政府信息公开条例》没有作出明确的排除规定,为了充分保障行政相对人的知情权,《政府信息公开条例》也应当调整行政机关之前获取的,且2008年5月1日之后保存在本机关的政府信息。<sup>[94]</sup>

[91] 《道路交通安全法》第93条第2款规定:“机动车驾驶人不在现场或者虽在现场但拒绝立即驶离,妨碍其他车辆、行人通行的,处二十元以上二百元以下罚款,并可以将该机动车拖移至不妨碍交通的地点或者公安机关交通管理部门指定的地点停放。公安机关交通管理部门拖车不得向当事人收取费用,并应当及时告知当事人停放地点。”

[92] 《政府信息公开条例》第37条规定,公共企事业单位在提供社会公共服务过程中制定、获取的信息也属于“政府信息公开”范围。进一步阅读朱芒:“公共企事业单位应如何信息公开”,载《中国法学》2013年第2期。

[93] 河南省南阳市中级人民法院《行政判决书》([2010]南行终字第124号)。

[94] 参见《国务院办公厅关于做好施行《中华人民共和国政府信息公开条例》准备工作的通知》(国办发[2007]54号)。

## 第九章 行政程序原理

### 第一节 行政程序的一般理论

#### 一、行政程序

##### (一) 程序

程序是行为的过程,它由步骤、方式和时空三个要素构成。所谓步骤,即行为的阶段性“单元”。它有先后之分,所以,步骤必须依顺序进行,不可颠倒,也不可跳跃,否则会导致作出的行为在内容上发生实质性的改变。<sup>[1]</sup>所谓方式,亦可称之为形式,即行为所表现出来的载体。例如,《行政许可法》第37条规定:“申请人的申请符合法定条件、标准的,行政机关应当依法作出准予行政许可的书面决定。”根据这一规定,行政许可内容的载体是“书面”方式。所谓时空,即行为的起止时间点与行为作出的空间点。任何行为都发生在一个特定的时间和空间之中,离开了特定的时空,也就不可能有行为的存在。在时间点上,如行政处罚追溯时效的规定;<sup>[2]</sup>在空间点上,如行政法律文书送达收领人的“收发部门”。<sup>[3]</sup>

与程序相对的是实体。实体所要回答的“是什么”,它关心的是行为的内容;程序则回答“怎么办”,它关心的是行为过程。行为过程不同,最终形成的行为内容也会不同。如煮面条可以先烧水然后下面条,也可以先下面条再放水,还可以面条和水同时下锅,依照日常生活经验,这三种做法(程序)可能会得到不同味道的

---

[1] 如《公安机关办理行政案件程序规定》第33条规定:“当场处罚,应当按照下列程序实施:(一)向违法行为人表明执法身份,口头告知其拟作出行政处罚的事实、理由、依据及其依法享有的权利;(二)对违法行为人的陈述和申辩,应当充分听取。违法行为人提出的事实、理由或者证据成立的,应当采纳;(三)填写处罚决定书并交付被处罚人;(四)当场收缴罚款的,同时填写罚款收据,交付被处罚人;不当场收缴罚款的,应当告知被处罚人在规定期限内到指定的银行缴纳罚款。”此规定为公安机关当场处罚的四个步骤,在顺序上不可颠倒,否则构成违反法定程序。

[2] 《行政处罚法》第29条规定:“违法行为在二年内未被发现的,不再给予行政处罚。法律另有规定的除外。前款规定的期限,从违法行为发生之日起计算;违法行为有连续或者继续状态的,从行为终了之日起计算。”

[3] 《盐业行政执法办法》第26条规定:“受送达人不在时,交其同住的成年家属或者所在单位签收;受送达人是法人或者其他组织的交其收发部门签收。受送达人拒绝签收的,送达人应当邀请有关人员到场,说明情况,在送达回证上记明拒收事由和日期。由送达人、见证人签名或者盖章,把《盐业违法案件行政处罚决定书》留在受送达人的住处或者收发部门,即视为送达。”

煮面(实体)。程序的重要性大致如此。

## (二) 行政程序

行政程序是行政机关作出行政行为时所应当遵循的步骤、方式、时空等要素构成的一个连续过程。<sup>〔4〕</sup> 行政机关内部行为程序不是行政程序,行政诉讼程序也不是行政程序。行政程序若为统一行政程序法典所规定的,为一般行政程序,<sup>〔5〕</sup> 它适用于各个部门行政法中的行政行为;在部门行政法中,也有规定行政程序的规范,为特别行政程序,如《农业行政处罚程序》是一部规范农业行政机关如何实施行政处罚权的程序性规章。行政程序以行政机关作出行政行为的时间点为界址,可以将它分为事先程序和事后程序。事先程序是作出行政行为的程序,如行政处罚程序、行政许可程序等;事后程序主要是行政复议程序、行政强制执行和行政赔偿先行处理程序等。在一些国家或者地区已经制定的行政程序法中,事先程序是它所规范的主要内容,事后程序通常由单行立法加以规范。

行政程序的本质不是形式,而是过程。以此过程为基础,行政机关和行政相对人得到了一个意见可以互动的“法空间”。行政程序的价值与内涵可以在国家、社会和个人之间的互动关系中加以观察,并将行政程序理解为一种“交涉”过程,<sup>〔6〕</sup> 而不是国家治理过程中可舍可取的一种法制手段。从这种“交涉”的过程中,我们还可以导出足以影响现代行政法理论发展方向的若干基础性概念:合作行政、诱导行政、共识达成、可接受性、反思性和协商行政等。

在现代社会中,立法机关已不能垄断所有规则的制定权,司法机关也不能裁断所有法律争议,因此,行政机关通过法律的授权获得了两项权力:立法性行政权和司法性行政权。与原有的执行性权相结合,行政机关拥有了可以决定个人“生老病死”的所有权力,因此也成为现代国家的权力中心。为了保护个人的权利,必须让个人参与到行政机关行使这些权力的过程中去,以确保这个过程的公正性,以最大限度地减少行政权对个人权利的侵害,且越是重要的权利,相应的行政程序应当越是严密,或者说更贴近诉讼程序。这个原理同样适用于行政实体法不能高密度加以规范的行政领域,如行政判断余地、行政裁量余地等。从这个意义或者功能上说,行政程序在现代行政法中的地位的确无其他制度可以取代。在实务中,行政行为不遵守行政程序的原则,它的合法性在司法审查中将被否定。如在富民县永定镇麦竜村民委员会大麦竜村民小组与富民县人民政府林业行政确认纠纷上诉案中,法院认为:

〔4〕 中国台湾地区“行政程序法”第2条第1款规定:“本法所称行政程序,系指行政机关作成行政处分、缔结行政契约、订定法规命令与行政规则、确定行政计划、实行政指导及处理陈情等之程序。”它没有就行政程序的概念作出界定,而是列出了行政程序所适用的行政行为类型。

〔5〕 针对类型化行政决定所规定的行政程序,如行政处罚、行政许可和行政强制,相对于部门行政法中的程序,也可称之为一般行政程序。

〔6〕 参见季卫东:《法律程序的意义》(增订版),中国法制出版社2012年版,第33页。



“2008年12月12日,被上诉人富民县人民政府发布了处理上诉人与第三人林地争议的《公告》,2008年12月29日即作出处理决定。其间,只有证据证明争议双方村民参加的一次会议,且上诉人的负责人或经选举的村民代表未参加会议。富民县人民政府在进行GPS定位勘界时,亦没有争议双方人员到场。被上诉人富民县人民政府确认林地权属的行政行为没有按照合理、公正的方式进行,没有遵循行政相对人参与原则及程序公正原则。因此,富民县人民政府作出富政[2008]4号《处理决定》的程序存在瑕疵,认定事实不清,依法应予撤销。”〔7〕

与司法程序、立法程序不同的是,在行政程序中行政机关处于“球员兼裁判”的地位。如何在两者之间作适度的屏蔽是行政程序设计者最为关注的问题。一般来说,程序的对抗性与它的过程公正性是成正比的,但与它的效率成反比。所以,为兼顾行政效率,行政程序不可能有诉讼程序那么高的对抗性,即使行政程序涉及人身自由及重大财产权时也是如此。我们还可以看到,尽管分权理论的框架已经动摇,甚至出现了不少裂缝,但在这个分权理论框架中,行政的核心依然是执行性的。在依法行政原理之下,行政合法性基础依然不可动摇。“合法性”在这里具有两个面向:实体合法和程序合法。程序合法即所谓“通过程序获得合法性”。在现代行政法中,程序合法性的重要性日趋显著,因为在合法程序下产生的行政权结果更具有可接受性;执行性的目的是否得以实现,在相当程度上取决于行政权结果的可接受程度。

### (三)法定程序与正当程序

法定程序是法律、法规和行政规章规定的行政程序,若行政规定不与法律、法规和行政规章相抵触,它规定的行政程序通常也被作为法定程序对待。在没有法定程序的情况下,行政机关行使行政权必须遵守一种最低限度的程序公正要求,即正当程序。“程序正当”已经成为依法行政的基本要求之一。〔8〕在实务中,不少法院已经开始试用正当程序对被诉的行政行为进行合法性审查。如在张成银诉徐州市人民政府房屋登记行政复议决定案中,法院认为:

“行政复议法虽然没有明确规定行政复议机关必须通知第三人参加复议,但根据正当程序的要求,行政机关在可能作出对他人不利的行政决定时,应当专门听取利害关系人的意见。本案中,复议机关审查的对象是颁发鼓房字第1741号房屋所有权证行为,复议的决定结果与现持证人张成银有着直接的利害关系,故复议机关在行政复议时应正式通知张成银参加复议。本案中,徐州市人民政府虽声明曾采取了电话的方式口头通知张成银参加行政复议,但却无法予以证明,而利害关系人持有异议的,应认定其没有采取了适当的方式正式通知当事人参加行政复议,故徐州市人民政府认定张成银自动放弃参加行政复议的理由欠妥。在此情形下,徐州市人民政府未听取利害关系人的意见即作出于其不利的行政复议

〔7〕 云南省高级人民法院《行政判决书》([2010]云高行终字第75号)。

〔8〕 国务院《全面推进依法行政实施纲要》(2004)。

决定,构成严重违法法定程序。”〔9〕

本案中,《行政复议法》对本案发生的情形没有作出明确的规定,但复议机关的复议结果与张成银有直接的法律上的利害关系,复议机关应当在作出复议决定之前,听取张成银的意见。但是,复议机关没有为张成银提供一个陈述意见的机会即作出复议决定,法院以正当程序的要求为依据,认定复议机关作出的复议决定“构成严重违法法定程序”。

## 二、行政程序法

### (一)行政程序法概念

行政程序法所要解决的问题是行政机关如何行使权力,即行政机关怎么做。但何谓行政程序法,至少有以下两种说法:

1. 规范上的行政程序法。即通过立法创制的行政程序法。国家统一的“行政程序法”尚未制定,但是,单行的“行政程序法”并不少见,它们存在于法律、法规或者规章之中,如《行政处罚法》(法律)、《行政法规制定程序条例》(行政法规)、《土地违法案件查处办法》(规章)等。在地方立法层面上,《湖南省行政程序规定》是第一部统一行政程序的地方政府规章,之后,广东省汕头市和山东省也颁布实施了行政程序规定。

2. 学理上的行政程序法。即学者们在研究过程中界定的行政程序法。在学理上,行政程序法是一部关于行政程序的法。然而,我们发现在现存绝大多数名为“行政程序法”的法典中,所规范的并不完全都是纯粹的“行政程序”,其中也有大量的行政实体法规范,如《湖南行政程序规定》中“裁量权基准”、“行政执法行为的无效和撤销”等。其实,现在流行的“行政程序法”之名,当是“行政法通则”之实。在比较法上,这种现象也是存在的。本章所述的“行政程序法”乃是纯粹的程序性规范。

在现代行政法上,无数的不确定法律概念与广泛的裁量权构成了行政过程的浓浓底色。行政实体法对这种“底色”的横溢有时无能为力,而行政程序法则可以担当规范这种“底色”随意蔓延的重任。行政程序法的功能是在行政机关和行政相对人的交涉过程中,规范行政机关对“法律事实构成要件”的判定和“法律效果”的选择;其中,行政相对人的意见表达是核心。例如,《行政处罚法》第34条规定:“执法人员当场作出行政处罚决定的,应当向当事人出示执法身份证件,填写预定格式、编有号码的行政处罚决定书。行政处罚决定书应当当场交付当事人。”在这个法律规范中,“向当事人出示执法身份证件”、“填写”、“当场交付当事人”等要素,构成了一个行政机关和受处罚人之间的交涉过程,当场处罚权必须走过这几个步骤。由此,“法定程序”构成了行政职权行使的合法要件之一。在非行政决定行

〔9〕《最高人民法院公报》2005年第3期。

为中,行政程序也规范行政相对人的参与、行政机关听取意见等行为。

## (二) 行政程序的法典化

自 20 世纪中叶开始的世界范围内行政程序法典化运动以来,美国、德国、日本等国家都完成了行政程序的立法任务,中国台湾地区、澳门地区在 20 世纪末也先后随势颁布施行了“行政程序法”。至今,在世界范围内大约有 15 个国家或者地区都颁布实施了统一的行政程序法。

如前所述,在现有国家或者地区的行政程序法中,或多或少都有一些行政实体规范。这种立法现象反映了现代行政法的一个特殊现象:行政法因调整对象的复杂性导致了它不能建立实体规范和程序规范的对应关系。但是,我们也可发现,以下两种一般与特殊的关系正是行政程序可以统一法典化的充足理由:

1. 一般的程序规范可以适用于不同领域的实体规范。如行政听证作为一种程序规范可以适用于公安、交通、工商等不同领域中的行政处罚、行政许可等,从而使某些行政程序的适应性具有了一般化的特征。又如,《湖南行政程序规定》第 4 章中“行政执法程序”,可适用于“行政许可、行政处罚、行政强制、行政给付、行政征收、行政确认等影响公民、法人或者其他组织权利和义务的具体行政行为”。<sup>[10]</sup>

2. 一般的实体规范也可以适用于不同领域的行政行为。如行政决定的构成要件、行政决定的无效与撤销等既可以适用于城建行政法中的行政许可,也可以适用于税务行政法中的行政处罚等。《湖南行政程序规定》第 161 条和第 162 条也有明确规定。

上述实体规范与程序规范之间的一般与特殊关系,构成了“不纯粹”行政程序法得以法典化的基础。在行政程序法典化过程中,我们也可以将行政实体法的共性内容加以整理,并借行政程序之名使之法典化。

## 第二节 正当程序

### 一、引言

作为一个法概念,正当程序是舶来品。

1215 年英国《大宪章》第 39 条规定:“凡自由民除经其贵族依法判决或遵照国内法律之规定外,不得加以扣留、监禁、没收财产、剥夺其法律保护权、或加以放逐、伤害、搜索或逮捕。”<sup>[11]</sup>法史学理论上一般以此为正当程序思想的肇始点。1791 年美国宪法修正案第 5 条规定:“未经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”至此,正当程序的法理念在美国通过成文宪法的条文表达出来。后来,

[10] 参见《湖南行政程序规定》第 54 条。

[11] [日]木下太郎编:《九国宪法选介》,康树华译,群众出版社 1981 年版,第 17 页。

美国联邦最高法院又发展出了“程序性正当程序”和“实体性正当程序”，后者涉及法院审查法律的内容，如法律是否具有合法目的、是否符合比例等。<sup>[12]</sup> 这种法理念在 20 世纪中叶又通过美国《联邦行政程序法》加以传播，推动了世界范围的行政程序法典化运动。

由于 1949 年以来国家停断法制建设工程将近 40 年，所以行政法中有关“法定程序”的规定是极为简陋的。至 1980 年年初，如《中外合资经营企业法》中出现了有关许可证的审批程序。1985 年《居民身份证条例》第 13 条第 2 款规定：“执行任务的公安人员在查验公民的居民身份证时，应当出示自己的证件。”这是行政程序法上“表明身份”的程序性规定。在 1987 年修改颁布的《治安管理处罚条例》中，它的程序性规定也引起人们对行政程序的关注。同年，国务院颁布了《行政法规制定程序暂行条例》，对国务院制定行政法规作出了较为系统的程序性规定。在 1989 年《集会游行示威法》中，行政行为说明理由制度获得了立法确认，它可以被看作是“正当程序”在中国获得法律认可的标志。<sup>[13]</sup> 1996 年《行政处罚法》首次规定了“听证”程序，可以当作中国全面接受“正当程序”的一个法律界碑。之后，正当程序开始出现在官方文件和法院的裁判文书之中，成为阐述依法行政原理时不可或缺的一个关键词。

正当程序的功能是：(1) 补充制定法中法定程序的疏漏。凡制定法都有漏洞，这是一个不争的事实。因制定法尤其是统一的“行政程序法”尚未颁行，法定程序并未涵盖所有行政行为，所以，在田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案，<sup>[14]</sup> 宋莉莉诉宿迁市建设局房屋拆迁补偿安置裁决案，<sup>[15]</sup> 张成银诉徐州市人民政府房屋登记行政复议决定案<sup>[16]</sup> 和陆廷佐诉上海市闸北区房屋土地管理局房屋拆迁行政裁决纠纷案<sup>[17]</sup> 等最高人民法院公布的案例中，法院面对制定法空缺的局面，成功地引入正当程序作为裁判依据。当然，我们并无正当程序的法律传统，且法制无论在观念上还是实务中，对法律程序的轻视现象也十分普遍，由此导致了有的法院比较机械地解释法律条款，使行政相对人的权利难以受到程序性的保护。如在胡长法诉禹州市建设委员会撤销建设工程规划许可证案中，法院认为：

“原告所称，撤销许可证，应当举行听证、申辩、陈述。根据《中华人民共和国行政处罚法》和《中华人民共和国行政许可法》的规定，并没有明确规定撤销行政许可必须举行听证。原告所述被告撤证应用决定而不是通知，亦于法无据。所以被告依据《中华人民共和国行

[12] 进一步阅读[美]奥尔特：《正当法律程序简史》，杨明成等译，商务印书馆 2006 年版。

[13] 《集会游行示威法》第 9 条规定：“主管机关接到集会、游行、示威申请书后，应当在申请举行日期的二日前，将许可或者不许可的决定书面通知其负责人。不许可的，应当说明理由。逾期不通知的，视为许可。”

[14] 《最高人民法院公报》1999 年第 4 期。

[15] 《最高人民法院公报》2004 年第 8 期。

[16] 《最高人民法院公报》2005 年第 3 期。

[17] 《最高人民法院公报》2007 年第 8 期。

政许可法》第六十九条规定,依职权撤销为被告颁发的建设工程规划许可证,事实清楚,程序合法,适用法律、法规正确。”<sup>[18]</sup>

本案中,“撤销许可证”也是实行政行政许可的一种行政决定。《行政许可法》第7条规定:“公民、法人或者其他组织对行政机关实施行政许可,享有陈述权、申辩权;有权依法申请行政复议或者提起行政诉讼;其合法权益因行政机关违法实施行政许可受到损害的,有权依法要求赔偿。”即使“撤销许可证”不属于实行政行政许可,但因为它将影响行政相对人的合法权益,法院完全可以参考最高人民法院公布的上述案例,以正当程序为裁判依据,撤销被告作出的撤销许可证的决定。但本案中法院却以“没有明确规定撤销行政许可必须举行听证”为由判决被告胜诉,确实不当。

(2) 判别法定程序的“善”与“恶”。有时即使有法定程序,但法院基于个案的特殊性引入正当程序以否定法定程序。从《行政诉讼法》关于法院的司法审查权限规定看,这样的做法似乎有点“逾越”了法定权限,但从实质法治的角度看,也并非不妥。如在张莹亚诉杭州市下城区司法局公证申诉处理决定行政争议案中,法院认为:

“本院注意到杭下司中决字(2004)第1号《行政申诉决定书》中‘没有拿到该公证书并不影响公证书的生效’的这一主张,虽然《公证程序规则》中规定‘公证书从审批人批准之日起生效’,但针对张莹亚系盲人的特殊公证当事人,公证书的及时送达可以使其充分了解公证的内容,从而行使自己的权利。”<sup>[19]</sup>

本案中,“公证书从审批人批准之日起生效”这一制定法的程序规范,但被法院基于当事人系盲人这一特殊情况所否定,旨在保护这位特殊公证当事人的合法权益。虽然裁判理由中未见“正当程序”,但是,“公证书的及时送达可以使其充分了解公证的内容,从而行使自己的权利”之表述,可以说与田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案中的“按退学处理,涉及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,作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”之裁判理由十分暗合,其正当程序的理念十分明显。

正当程序的本质是对权力的限制,即当行政机关作出一个对行政相对人不利的行政行为时,正当程序要求行政机关必须遵守最低限度的程序正义底线。这个最低限度的程序正义底线是听取意见、防止偏见和信息公开。

## 二、听取意见

### (一) 听取意见的概念

听取意见是行政机关在作出影响行政相对人合法权益的行政行为之前,由行

[18] 河南省许昌市中级人民法院《行政判决书》([2008]许行终字第70号)。

[19] 浙江省杭州市中级人民法院《行政判决书》([2004]杭行终字第124号)。

政机关告知理由和听证权利,行政相对人陈述意见、提供证据以及行政机关听取意见、接纳证据等程序所构成的一种法律制度。

就行政相对人而言,听取意见具有保障个人实体法权利的功能,同时,它作为一种独立的程序性权利,国家有义务保障它的实现。由此,我们可以推导出两种不同价值观的听取意见,即工具性程序和独立性程序,后者是不依赖于实体权利而独立存在的一种程序性权利,如制定行政法规中的听证,参与者不是为了自己的实体权利,而是作为国家权力主体参与行政过程,监督行政机关依法行政。就行政机关而言,听取意见是一种探明事实真相的特别调查手段,但对于行政相对人来说,它是实现自己权利的一种程序性保障机制;而这种程序性保障机制的副产品或者反射效果是,它有助于行政机关全面收集作出行政行为所需的各种证据、依据。

听取意见可以分为正式听证和非正式听证。前者是以召开听证会的方式听取意见,如《行政处罚法》第42条、《行政许可法》第46-48条的规定;后者是通过书面或者其他方式听取意见,如《行政处罚法》第32条。正式听证接近于司法程序的模式,实施起来行政成本高且效率低,所以在行政程序法上,听取意见原则上以非正式听证为主,正式听证以法定为限。对于非正式听证,法律不必作出具体规定,它的步骤、方式与时空要素都由行政机关裁量确定。但是,给行政相对人一个陈述意见的机会,且这个机会在步骤、方式与时空要素方面应当具有常人判断说得过去的合理性。在紧急情况下,为了确保行政效率,行政机关可以省去意见陈述直接作出行政行为。基于功能互补原理,一个经过正式听证作出的行政行为,可以适度简化事后监督的法律程序。<sup>[20]</sup>

## (二) 听取意见的法理

基于宪法中“国家尊重和保障人权”的规定,我们可以导出个人在行政程序中有要求国家在作出对自己不利决定之前听取其意见的权利。在“人权条款”下,个人不再是国家权力可以任意支配的客体,国家不得“突然袭击”地作出不利于个人的决定,否则,个人履行服从义务就没有任何心理基础。如果国家能够向个人出示将要作出的决定所依据的事实和法律,让个人有合理时间进行准备,并提出自己的不同意见,那么这样的程序既可以提高国家作出决定的正确率,也可以提高行政相对人对该决定的可接受性程度。从这个意义上说,个人也是形成国家决定的一方力量,而正是这股力量的加入,社会才能获得持久的稳定。

## (三) 匹配的规则

1. 参加人的确定。如前所述,听取意见可分为个人权利保护型和公众参与型。前者适用于保护特定人的权利,如行政处罚和行政许可;后者适用于满足公众参政权、知情权、表达权和监督权的需要,如制定行政法规、行政规章以及重大行政决策等。在参加人的确定规则上,个人权利保护型采用“法律上利害关系”的判断标

[20] 中国台湾地区“行政程序法”第109条规定:“对经听证作出的行政处分不服的,其行政救济程序,免除诉愿及其先行程序。”

准。公众参与型如以正式听证的方式听取意见,参加人的确定可以采用报名、抽签等规则;如采用非正式听证,即公布拟定的草案征求公众意见,原则上不得限定参加人范围,凡愿意表达者都可以陈述自己对“草案”的意见。

2. 告知。告知是行政机关把拟作出行政行为的事实、理由和依据以及行政相对人依法享有的程序性权利以书面方式传递到行政相对人的行为。行政机关听取意见必须是真诚的,不是应付式的,所以,告知的内容必须符合明确性、完整性和可理解性之要求,不可出现如“有关规定”、“相关证据”等模糊用词。同时,告知应当为行政相对人留出“合理时间”,为他的陈述、申辩作充分准备。不履行告知即作出行政行为构成行政行为违法。如在长沙岳麓山某某有限公司诉长沙市人力资源和社会保障局工伤认定行政行为纠纷案中,法院认为:

“岳麓山某某公司在劳动关系仲裁程序中已对杨某某受伤不属工伤范围提出异议,并提供了相关证据,市社保局在知晓岳麓山某某公司对杨某某受伤不属工伤范围提出异议后,未告知岳麓山某某公司应提交除劳动关系外的是否构成工伤的其他证据材料,对杨某某提供的与岳麓山某某公司辩称相互矛盾的证据未组织岳麓山某某公司进行质证,仅以杨某某提供的包含有不具有证据合法性的证人证言等证明材料认定杨某某受伤构成工伤,市社保局工伤认定程序不符《工伤认定办法》第十四条的规定以及工伤认定程序对证据的采信规则,亦不符合行政程序中行政机关实施行政行为,行政机关应当告知公民、法人和其他组织享有陈述意见的权利,并为公民、法人和其他组织提供陈述事实、表达意见机会的正当程序原则。”<sup>[21]</sup>

本案中,被告未履行告知义务,使原告失去了就自己的异议提供证据材料的机会,本质上是变相地剥夺了原告的听证权,在这样的情况下作出的行政行为不具有合法性。可见,行政机关的告知义务与行政相对人的听证权利之间具有不可分割的关联性。实务中,行政机关履行的告知义务欠缺合法性,但尚未影响行政相对人行使陈述、申辩权利的,可以认定行政机关作出的行政行为仍具有合法性。如在浙江省职业培训学校诉杭州市公安局上城分局行政处罚决定行政争议案中,法院认为:

“虽然送达的举行听证通知书未加盖公章,存在瑕疵,但并未影响原告听证权利的行使,故被告的具体行政行为,符合法定程序。”<sup>[22]</sup>

本案中,被告发出的听证通知书上只有机关名称落款,没有加盖公章,但是原告收到该通知书后仍然依照通知的时间参加了听证会。行政机关对外发出的法律文书若未加盖公章,原则上可以构成无效,但对于某些程序性的通知行为,若没有引起行政相对人的误解,且行政相对人依照通知事项行使了法定权利,在司法审查中以“程序违法轻微”不影响行政相对人行使权利为由,认可被诉行政行为的合法性

[21] 湖南省长沙市芙蓉区人民法院《行政判决书》([2011]芙行初字第6号)。

[22] 浙江省杭州市上城区人民法院《行政判决书》([2002]上行初字第23号)。

是妥当的。经行政机关告知后,若当事人放弃陈述、申辩的权利,那么在经过了法定期限之后行政机关可以直接作出行政决定。如在孙华东诉成都市交通委员会行政执法总队交通行政处罚纠纷案中,法院认为:

“被告行政执法总队行政执法中,现场将正在从事非法运营的原告孙华东查获,并依法询问了相关证人、向孙华东送达了《交通违法行为通知书》、告知了孙华东听证的权利,依法举行了听证(由于孙华东无正当理由不参加听证,致使终止听证),最后被告行政执法总队依照《成都市客运出租汽车管理条例》第二十九条第(一)项的规定,作出‘罚字:(2008)5101932008110304号《交通行政处罚决定书》’,对原告孙华东处以25000元罚款。该行政处罚决定事实清楚,证据充分,适用法律法规正确,程序合法,处罚适当,依法应予维持。……综上,原告孙华东请求撤销被告作出的‘罚字:(2008)5101932008110304号《交通行政处罚决定书》’的诉讼请求不能成立,本院不予支持。”<sup>[23]</sup>

本案中,被告向原告送达了《交通违法行为通知书》,告知了原告听证的权利,原告也没有否认收到了被告的告知内容,但是原告没有依照通知的时间、地点参加听证会,且无正当理由。对于原告这一行为,行政机关可以推定他放弃了听证权,不影响被告在未经听证的情况下作出的行政处罚决定的合法性。

3. 阅览卷宗。卷宗是行政机关拟作出行政行为所依据的事实和法律材料的总称,而非结案之后案件内容固定的归档案卷。行政相对人“卷宗阅览”权利可以从宪法的“人权保障”条款中解释出来,也可以当然地从“正当程序”中推导出来。阅览卷宗是行政相对人有效地行使陈述权、申辩权的前提,具有诉讼法上确保“武器平等”的功能。在阅览卷宗的时间点上,原则上应当限定于陈述、申辩之前,之后如有特别需要,也应当准许行政相对人阅览卷宗。凡与权利主张有关的卷宗材料都属于可阅览的范围,但涉及国家秘密、商业秘密和他人的个人隐私除外。在这里,“有关”应当从宽解释,不得阅览的内容应当从严解释。对于后者,行政机关应当有可以“说得过去的理由”,而不能以一些空洞的、装腔作势的“理由”加以限制。卷宗阅览的地点原则上是行政机关办公地点,如行政相对人行动不便的,行政机关应当以便利方式满足行政相对人的要求。在阅览卷宗时,行政机关应当允许行政相对人复制、抄录卷宗内容,由此产生的合理费用,由行政相对人承担。

行政机关向行政相对人出示卷宗并让其阅览,可以消除行政相对人心理上的对立、紧张情绪,以及可能存在的误解,为后续程序中双向沟通提供良好的认知基础。因此,在听证告知时一并告知行政相对人阅览卷宗权,它的程序意义是十分显著的。如上海市民办缪斯长宁小学与上海市长宁区教育局行政处罚决定上诉案中,法院确认“长宁区教育局于2003年5月7日发出长教[2003]85号《整改通知书》,缪斯长宁小学于2003年5月12日向长宁区教育局提交书面整改意见。长宁区教育局于2003年5月20日对缪斯长宁小学进行立案调查,并分别于同年7月2日、7日、10日向缪斯长宁小学发出《听证告知书》、《听证通知书》、如期听证及查

[23] 四川省成都市武侯区人民法院《行政判决书》([2009]武侯行初字第1号)。



翻阅印材料的《通知书》，于同年7月14日召开听证会”。据此，法院认为：

“上诉人认为被上诉人未在听证程序及一审程序出示查证报告和补充查证报告的所有附件供其质证，因被上诉人认定上诉人违规事实依据的是查证报告和补充报告中的结论而非附件，且所有附件是上诉人的账册、会计凭证和报表，上诉人对查证报告和补充报告有异议应提出重新鉴定而非对附件进行质证，被上诉人在听证前也已告知上诉人可查阅复印相关凭证但上诉人未进行查阅、复印。所以，上诉人对查证报告和补充查证报告合法性及证据效力的质疑意见，本院不予支持。”〔24〕

4. 专家意见。专家意见是有专门知识、技能的人员对行政程序中出现的专业问题，经行政机关或者行政相对人的征询所发表的一种专业判断。行政程序中处于超然地位的专家提供的意见，对行政程序的各方具有较高的说服力。但是，专家是否能够保持中立地位直接影响到不利一方是否认可其出具的意见，因为在我们这样一个“人情脉脉”的社会中，专家要在主客观上保持一致并非易事。有时，征询专家意见是行政机关的一项法定义务。如《古生物化石保护条例》（2010）第13条规定：“省、自治区、直辖市人民政府国土资源主管部门受理古生物化石发掘申请的，应当依照本条例第十二条第二款规定的期限和要求进行审查、批准，并听取古生物专家的意见。”在这样的程序中，征询专家意见是它作出行政许可的合法要件之一。当然，行政相对人为了增强自己的观点，也可以聘请专家出具意见，并在行政程序中提交给行政机关。实务中，利用专家意见增强自己观点的通常是行政机关，行政相对人则是专家意见的说服对象。如在联合利华（中国）有限公司不服上海市工商行政管理局卢湾分局行政处罚案中，法院认为：

“被上诉人在对上诉人‘力士焕然一新’系列洗护发化妆品广告用语调查后认为，该广告用语描述的功效已经超越了化妆品领域而归入医学领域，所以其提供的‘上海市医学会专家纪要’及相关医院、药品管理部门的工作记录和医学书籍的记载，证明了质变受损不可逆转的客观事实，进而进一步证明上诉人广告含有虚假内容，被上诉人作出的行政处罚决定合法。”〔25〕

本案中，“上海市医学会专家纪要”属于专家意见，它是基于与案件没有利害关系的立场所发表的专业判断。当然，这种专家意见可以在听证程序中交给行政相对人质疑，以提高它的证明力。如在周前云与上海市规划和国土资源管理局建设工程规划许可纠纷上诉案中，法院认为：

“《保护规划》中对该规划需要局部调整的方式及程序作了规定，即经过历史文化风貌区规划管理特别论证制度，报市规划局批准。《保护规划》同时对历史文化风貌区规划管理特别论证制度的方式等内容予以明确。本案中，被上诉人对《保护规划》中确定的建筑密度进行调整，启动了历史文化风貌区管理特别论证制度，征询了专家意见并形成了最终的特

〔24〕 上海市第一中级人民法院《行政判决书》（〔2004〕沪一中行终字第17号）。

〔25〕 上海市第一中级人民法院《行政判决书》（〔2008〕沪一中行终字第325号）。

别论证意见,符合《保护规划》的要求。上诉人以被上诉人未提供相关专家签名的意见为由否定最终的特别论证意见,依据尚不充分。”〔26〕

5. 对席辩论。在正式听证中,行政机关必须组织一个如同法庭一样的对席辩论过程。对席辩论为行政相对人提供了一个公开质疑行政机关出示的证据、依据的机会,同时,行政机关也可以就相关问题向行政相对人作出解释。在对席辩论中,行政机关不再是“居高临下”的管理者,毋宁说此时它是法律程序中与行政相对人平起平坐的一方当事人。由于听证主持人并不是具有相对超然地位的法官,通常他或许就是与本案有关的行政机关工作人员,这种关系容易使得参加对席辩论的行政相对人失去对听证和听证主持人的信心与信任。剥夺行政相对人的对席辩论机会是不明智的,这不仅会使行政机关丧失了一个“纠错”的机会,而且即使作出了行政行为,它在行政救济程序中也将被法院宣告违法。如在长沙岳麓山某某有限公司诉长沙市人力资源和社会保障局工伤认定行政行为纠纷案中,法院认为:

“本案中岳麓山某某公司在劳动关系仲裁程序中已对杨某某受伤不属工伤范围提出异议,并提供了相关证据,……对杨某某提供的与岳麓山某某公司辩称相互矛盾的证据未组织岳麓山某某公司进行质证,仅以杨某某提供的包含有不具有证据合法性的证人证言等证明材料认定杨某某受伤构成工伤,市社保局工伤认定程序不符《工伤认定办法》第十四条的规定以及工伤认定程序对证据的采信规则。”〔27〕

没有对席辩论的听证过程,其实已经质变为没有法律意义的“过场”。但是,在其他一些个案中,因法院尚未意识到“对席辩论”的程序性法律价值,把一个没有“对席辩论”的行政处罚轻描淡写为“听证过程中存在瑕疵”,实在令人费解。如在河南省畅神制药有限公司与仙桃市工商行政管理局工商行政处罚纠纷上诉案中,法院认为:

“上诉人上诉称被上诉人作出行政处罚时违反法定程序,经审理认为,被上诉人在作出行政处罚前,依法履行了告知义务,并按上诉人申请举行了听证。其后,被上诉人依法作出了行政处罚决定,并送达给上诉人,其处罚程序符合法律规定。至于上诉人提出的被上诉人在听证过程中非法剥夺其对证据质证权利的上诉理由,虽然听证笔录中没有上诉人对证据质证过程的记载,但在行政复议听证及法院审理的过程中,被上诉人提供的证据足以证明上诉人违法行为的存在,即便听证过程中存在瑕疵,亦不足以认定被上诉人对上诉人的行政处罚违法。故上诉人提出的被上诉人处罚程序违法的上诉理由不能成立,亦不予支持。”〔28〕

在“听证笔录中没有上诉人对证据质证过程的记载”,基于听证笔录的证据效

〔26〕 上海市第二中级人民法院《行政判决书》([2009]沪二中行终字第115号)。

〔27〕 湖南省长沙市芙蓉区人民法院《行政判决书》([2011]芙行初字第6号)。

〔28〕 湖北省汉江中级人民法院《行政判决书》([2010]汉行终字第1号)。

力,可以得出被上诉人未给予上诉人对席辩论的机会。本案法院以“在行政复议听证及法院审理的过程中,被上诉人提供的证据足以证明上诉人违法行为的存在,即便听证过程中存在瑕疵,亦不足以认定被上诉人对上诉人的行政处罚违法”的理由,认为被上诉人作出的行政处罚违法不足以认定,实在是听证中对席辩论法律价值的藐视。

6. 听证笔录。笔录是听证过程的一种书面记录。它形成于听证过程之中,在听证结束后,应把它交给参加听证的各方阅读、补正并签名,使之成为具有法律意义的文书。非正式听证中也有听证笔录,虽然在形式上可能有差异,有时可能表现为一份调查报告,但它的法律意义与正式听证中的笔录相当。《行政处罚法》第42条第1款第7项规定:“听证应当制作笔录;笔录应当交当事人审核无误后签字或者盖章。”实务中,没有签字或者盖章的听证笔录是否影响据此作出的行政行为的效力,法院的观点是否定的。如在王印怀诉永城市国土资源局土地行政处罚案中,法院认为:

“一审被告永城市国土资源局依照《中华人民共和国土地管理法》的规定享有作出被诉具体行政行为的职权。在本案中,涉案争议土地系上诉人王印怀的农业用地,被上诉人永城市永盛面粉厂在涉案土地上进行非农业建设时应当依法经过有批准权的人民政府批准方可进行非农业建设。虽然永城市国土资源局曾对涉案面粉厂建设颁发了临时建设用地批准书,但该临时建设用地批准书备注中明确告知了被上诉人不得修建永久性建筑物或构筑物,因此,被上诉人在农业用地上进行非农业建设未经有权机关批准,属于违法占用土地的事实是清楚的,一审被告据此对被上诉人作出行政处罚认定事实清楚,适用法律正确。一审被告作出被诉具体行政行为前向被上诉人交待了权利,并依被上诉人的申请举行了听证,一审法院仅以听证笔录没有签字的瑕疵而撤销被诉具体行政行为不当。上诉人认为被上诉人违法占地事实清楚的上诉理由成立,对其上诉请求本院予以支持,一审被告作出被诉具体行政行为认定事实清楚,适用法律正确,依法应予维持。因此,一审法院以听证笔录没有签字为由判决撤销被诉具体行政行为,属适用法律错误,依法应当予以撤销。”<sup>[29]</sup>

听证笔录没有当事人签字,在法律上应当认定笔录内容未得到当事人认可。《行政处罚法》第42条第1款第7项中的“应当”的规定,它是笔录作为证据是否合法的要件之一。但本案中,二审法院不同意一审法院的观点,它认为即使听证笔录没有当事人签字或者盖章,也不影响行政机关作出的行政处罚决定的效力。

听证笔录是否可以约束行政机关作出行政行为,法律有不同规定。《行政处罚法》第43条规定:“听证结束后,行政机关依照本法第三十八条的规定,作出决定。”在第38条中我们未见《行政处罚法》明确听证笔录与“作出决定”之间的关系。但《行政许可法》第48条第2款规定:“行政机关应当根据听证笔录,作出行政许可决定。”此规定赋予了听证笔录约束“作出行政许可决定”的法效力。如为了防止行政机关把听证当作一种无可奈何的“走过场”,《行政许可法》的规定是合

[29] 河南省商丘市中级人民法院《行政判决书》([2009]商行终字第73号)。

适的。相对于《行政处罚法》的规定而言,《行政许可法》的规定更为妥当。

7. 说明理由。针对行政相对人在听证过程中提出的有利于自己的意见,行政机关在作出的行政行为中不予采纳但也未说明理由,那么听证就是行政机关捉弄行政相对人的一种“把戏”。法院在司法审查中只关注行政机关是否给予行政相对人听证的机会,而没有审查作出行政行为的理由,应属未尽到审查职责。在一个因驳回颁发普通护照处分的理由附记而发生争议的案件中,日本最高法院在判决中指出:“必须使申请人从记载内容本身就能够知晓被驳回普通护照颁发申请是基于什么事实关系,适用了什么法律规范。当(行政厅)只是单纯地指出了驳回处分所根据规定时,除非这种方式也可以理所当然地使人能够知道适用该规定所依存的事实关系,否则必须指出其并没有充分地作出护照法所要求的理由附记。”<sup>[30]</sup>此言甚明。

说明理由的内容应包括事实、依据及其裁量理由。说明理由作为一个程序法律制度,最早出现在《集会游行示威法》,该法第9条规定:“主管机关接到集会、游行、示威申请书后,应当在申请举行日期的二日前,将许可或者不许可的决定书通知其负责人。不许可的,应当说明理由。逾期不通知的,视为许可。”之后,许多法律、法规和规章都要求行政机关在作出不利于行政相对人的行政行为时必须说明理由。原则上,行政机关不得事后补充理由,比如补充行政相对人新的违法事实,以支持可能因事实不清而被撤销的行政处罚决定。理由说明具有不可逆转的过程性,若在进入审查阶段行政机关再行补充理由说明,不仅难以保证行政机关在作出行政行为之前慎重、全面地考虑了案件的全部事实和依据,而且也会使行政相对人提起救济的理由不能击中行政行为的“要害”。即使事后行政相对人同意行政机关补充理由的说明,从公益(制约行政权)角度看,也不能作为理由说明违法已经或者可以被治愈的一贴良方。就此而言,理由替换也应当加以禁止,但可允许行政机关理由补强。所谓理由补强是让行政行为的理由看起来更有说服力一些,或者说加“厚”原来的理由。

没有法定义务明确要求行政机关说明理由的行政行为,是否可以免除其说明理由的义务,答案是否定的。说明理由是一个不证自明的公理,若法律、法规有明确规定仅仅是一种强调、提示而已,并非是行政机关说明理由义务的法源。例外情况下允许行政机关作出的行政行为可以事后说明理由,不仅仅是为了给行政机关论证该行政行为合法性,更是为行政相对人提供行政救济的便利。超过合理期间没有说明理由的,可以考虑把它作为认定行政行为违法的事由之一。说明理由的违法总是会引起行政相对人或者社会民众对该行政行为合法性的否定,所以,把它作为一个撤销的理由并不过分。但是,在说明理由违法的某些案件中,程序违法但不影响当事人合法权益的观点应该是有适用空间的。

8. 补充听证。在维护公共利益或者时间紧迫需要行政机关立即作出行政行为

[30] [日]室井力等编著:《日本行政程序法逐条注释》,朱芒译,上海三联书店2009年版,第99页。

的情形下,行政相对人听取意见的权利是可以被忽略的,这样的制度安排是正当的。补救的方式是事后给行政相对人一个表达意见的机会,除非他自愿放弃。虽然补充听证法律价值不如事先,但行政相对人表达出来的意见,可以成为行政机关对已经作出的行政行为合法性进行理性反思的基础。如果行政相对人表达的意见足以否定行政机关之前作出的行政行为,那么行政机关可以重开行政程序撤销该行政行为。补充听证不同于第二次听证。第二次听证是指这样一种情形:经过听证之后,行政机关在慎思的基础上拟作出不同于听证前拟作出的行政行为,但它对行政相对人更为不利,或者行政机关新收集的证据足以改变行政机关原来拟作出的行政行为时,行政机关应当进行第二次听证。

### 三、防止偏见

#### (一)防止偏见的概念

防止偏见是指行政机关公务员在行使职权过程中,因其与所处理的事务有利害关系,为保证实体处理结果和程序进展的公正性,根据当事人的申请或行政机关公务员的请求,有权机关依法终止其职务的行使并由他人代理的一种法律制度。自己做自己案件的法官,是正当程序最不可以容忍的恶习之一。防止偏见旨在防止行政行为的内容被行政机关恣意决定,或者行政行为的内容偏向于某人或者某组织的特定利益,从而损害行政相对人的合法权益。在现代行政权基本上是裁量性质的状况下,防止偏见的重要性尤为突出。防止偏见在制定法上又称之为“回避”。法定回避有地域回避、任职回避和公务回避之分,在回避的方式上有自行回避和申请回避两种。

防止偏见在内容上有:(1)先入为主。即行政机关公务员在事务未处理之前或者正在处理过程中就有了确定的处理结论或者认知。例如,当然地认为进城务工的农民都是见利忘义之人,或者把一个神志不清的人当然认为是精神病。实务中,依法重新处理案件的人员不得与原处理人员相同,是防止偏见程序规则的具体要求。又如,在阿波罗素株式会社诉中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会商标行政纠纷案中,法院认为:

“行政机关根据法院的生效判决重新作出具体行政行为的,应当重新组成合议庭进行评审,以防止在先审查人员对案件形成先入为主的观念,从而影响行政执法的公正性,此为行政程序正当原则的内在要求之一。本案中,第58号裁定是在第110号行政判决生效后对第0064号裁定涉及的异议复审案件重新进行的审查。对此,北京市高级人民法院已经生效的第490号裁定明确指出,在第0064号裁定被撤销后,商标评审委员会应另行组成合议庭,针对佳慧公司提出复审的事实、理由和证据等,依据一定的程序重新进行评审,并依法作出裁定。但是,商标评审委员会在作出第58号裁定时,并未另行组成新的合议庭对佳慧公司提起的异议复审申请进行评审,其程序构成违法,本院依法应予撤销。”<sup>[31]</sup>

[31] 北京市第一中级人民法院《行政判决书》([2010]一中知行初字第116号)。

本案中,被告依法重新作出商标评审裁定时,必须另行组成合议组,否则不符合正当程序的要求。这一点,法院在裁判理由中也已经明确指出。(2)利益冲突。这种情形是事务处理的结果与作出处理的行政机关或者行政机关公务员有利害关系,如金钱、名誉、友情、亲情等增加或减损。如一位时任铁道部的副部长被国务院任命为“7·23”温州动车事故的调查组副组长,与调查事务及处理结果之间有利害关系。《生产安全事故报告和调查处理条例》第23条规定:“事故调查组成员应当具有事故调查所需要的知识和专长,并与所调查的事故没有直接利害关系。”根据这一规定,这位铁道部副部长应不得参加该调查组从事的调查工作。为了确保程序公正,一个更为严格的要求也必须强调,除了不参与行政决定作出之外,有利害关系的行政机关公务员还不得对个案施加影响,以左右处理结论朝有利于自己的方向发展。

在实务中,防止偏见作为一个争点在司法审查中是比较少见的,即使出现了这样的争点,法院有时也会轻易放过,不在裁判理由中作出裁断,从而失去了发展正当程序理论的机会。如在连云港市德和电子系统工程有限公司诉连云港市质量技术监督局行政处罚案中,法院所采取的就是这样的态度:

“2002年4月23日,原、被告签订一份‘安装工程施工合同’。在原告施工过程中,其中用于工程的AVAYA超五类线、面板、模块、24口配线架因涉嫌假冒,被告进行抽样并委托法定机构进行检验,结论为假冒伪劣产品。据此,被告对原告作出了没收违法所得并处罚款的行政处罚决定。原告认为,《行政处罚法》第37条第3款的规定:‘执法人员与当事人有直接利害关系的,应当回避。’但被告认为,《行政处罚法》的规定仅适用于执法人员,不适用执法单位。虽然法院以事实不清为由撤销了被告的行政处罚决定,但对此争议焦点,法院没有表明态度。”<sup>[32]</sup>

本案中,作为被告的质量技术监督局在民事诉讼上是原告“安装工程施工合同”的一方当事人,但在行政法上它是行政法律关系中的行政机关,由它来处理原告使用的装修材料是否为假冒产品,利害关系相当明显。但是,当原告提出这样的争点之后,法院并没有在裁判中作出回应。有的法院对于回避的情形死扣法律条文,凡是没有法律规定的,当事人的要求概不支持。如在徐金娇诉丽水市建设局房屋拆迁补偿安置行政争议案中,法院认为:

“现行的国务院《城市房屋拆迁管理条例》仅规定‘房屋拆迁管理部门是被拆迁人的,由同级人民政府裁决’,未规定其他应当回避的事由。程序公正的原则确需要严格的回避制度来贯彻,但回避的事由亦应由法律加以明确的规定。在统一的行政程序法尚未制定,回避制度仍不完善的情况下,上诉人提出本案裁决人与拆迁人的法定代表人为同一人,故拆迁裁决程序违法的理由并不充分。”<sup>[33]</sup>

[32] 江苏省连云港市新浦区人民法院《行政判决书》([2002]新行初字第23号)。

[33] 浙江省丽水市中级人民法院《行政判决书》([2002]丽中行终字第19号)。

其实,基于正当程序原则,本案中“裁决人与拆迁人的法定代表人为同一人”的做法已经跌破了最低限度的程序正义,违背了“自己不得做自己案件的法官”的规则。法院虽然提到了“程序公正”,但它未能将“程序公正”适用于本案,反而以没有“法律加以明确的规定”为由,拒绝适用“程序公正”原则。

## (二)防止偏见的法理

防止偏见源于人类对受公平对待的自然本性。人之所以为人,在于他有要求受到公平对待那种与生俱来的期待,这种期待构成了人性尊严的一部分。程序公正的第一要义是,程序的操纵者与程序的结果应当没有任何利害关系,否则,程序的操纵者可能会利用自己在程序中的优势地位,促使程序的结果向有利于他的方向发展。防止偏见的法律价值在于确保法律程序的公正性,而法律程序的公正性则可以树立起利益冲突的双方当事人——在行政程序中尤其是行政相对人——寻求通过法律程序来解决争议的信心,客观上也有助于产生社会稳定发展的积极力量。

## (三)匹配的规则

1. 举证责任。当行政机关依法告知处理事务的行政机关工作人员后,行政相对人认为他有法定回避情形的,有权申请其回避;该行政机关工作人员认为自己有法定回避情形的,也可以主动申请回避。这里的举证责任是指主张回避的行政相对人或者行政机关工作人员应当就自己的回避请求提出证据,并向有权决定是否回避的行政机关作出合理的说明。当决定机关认定回避事实在客观上确已存在时,应作出回避决定,反之,则驳回申请或者请求。如《烟草专卖行政处罚程序规定》第20条第2款规定:“执法人员的回避,由本烟草专卖行政主管部门负责人决定;烟草专卖行政主管部门负责人的回避,由上一级烟草专卖行政主管部门决定。”在这里,举证责任具有约束申请人和行政机关工作人员提出回避的随意性,避免减损行政效率。

2. 职务替代。职务替代是指处理行政事务的行政机关工作人员回避事由成立之后,应当由相关的行政机关工作人员替代他继续行使职权,以保障行政事务处理的连续性。实务中,行政机关工作人员AB角制度是职务替代的一种保障机制。如《吉林省商务厅国家公务员AB角工作制度(试行)》第1条规定:“公务员AB角工作制度是指厅内各处室对本处室的每个对外服务职位都规定临时替代关系,称作AB角工作关系,即当某职位上的公务员(A角)因故于工作时间离开岗位时,由明确了AB角工作关系的另一公务员(B角)承担其职责,及时受理有关工作事项。”

3. 单方接触之禁止。即行政机关工作人员不得背着一方当事人与另一方当事人商谈案情,影响行政机关工作人员听取意见的全面性。为此,《招标投标法》第44条规定:“评标委员会成员不得私下接触投标人,不得收受投标人的财物或者其他好处。”又《证券法》第23条第2款规定:“参与审核和核准股票发行申请的人员,不得与发行申请人有利害关系,不得直接或者间接接受发行申请人的馈赠,不

得持有所核准的发行申请的股票,不得私下与发行申请人进行接触。”如果单方接触不可避免,行政机关工作人员应当将“商谈”记录在案,以备另一方当事人查询、了解。当然,单方接触之禁止是一种十分理想的场景,当行政机关工作人员在听证程序中与案件调查人为同一机关工作人员时,这个规则可能没有多大意义。也正因为如此,有时,行政机关即使自以为作了一个天下最公正的行政行为,仍然会被行政相对人贴上“官官相护”的标识。

4. 审裁分离。即行政机关审查案件和裁决案件的职能应当分别由其不同的机构或行政机关人员来行使。在行政程序中,如果审查案件的行政机关工作人员同时又具有对案件作裁决的权力,那么,行政相对人的合法权益就难以获得公正保障。审查案件的行政机关工作人员参与裁决案件,必然是以他调查和审查案件时所获得的证据为基础。这种先入为主的认知妨碍了他全面听取行政相对人提出的不同意见,也不可能以超然的法律地位来行使对案件的裁决权。审裁分离可分为:(1)内部审裁分离。即在同一行政机关内部由不同的机构、行政机关工作人员分别行使案件调查、审查权与裁决权的一种制度。如《行政处罚法》第42条第1款第4项规定:“听证由行政机关指定的非本案调查人员主持。”(2)外部审裁分离。即行政案件的调查、审查权与裁决权,分别交给两个相互完全独立的机构来行使的一种制度。外部审裁分离是一种司法色彩浓重的分权模式,如美国联邦行政程序法上的行政法官。审裁分离的功能主要在于,它至少从外观上塑成一个行政公正的听证形象,并因此取得当事人及第三人的信赖,更大的意义在于使当事人或者第三人心服口服地接受事后作出的对其不利的行政行为。

5. 专家回避。专家在参与行政程序时,如处理结论与自己或者自己所代表的组织利益有关的,应当主动提出回避。如《建设项目职业病危害分类管理办法》第11条第2款规定:“卫生部审批的项目,从国家专家库抽取专家。审查专家实行回避制度,参加评价报告编制、审核人员不得作为审查专家。”行政相对人知道专家有回避情形的,也有权向行政机关提出要求专家回避的请求。

## 四、信息公开

### (一)信息公开的概念

信息公开是行政机关依据职权或者根据行政相对人的请求,将行使职权过程中制作或者获取的,以一定形式记录、保存的信息向行政相对人或者社会公开展示,并允许查阅、摘抄和复制。这里的“记录”包括笔录、书信、书籍、图片、刻印、照片、微缩影片、录音带、可以机器读出的记录与其他非具有固定形式或特征的文件资料及记录影印或复制的各种信息。

行政过程本质上是行政机关和行政相对人的一种博弈过程。基于自身利益的考虑,行政机关在行政过程中总是追求最大范围内信息的保密,而行政相对人则要求最大范围内信息的公开。信息公开功能在于保障行政相对人知晓行政行为的内容,能够依照常理、生活经验等作出接近于正确的理解,从而明确自己在法律上的



权利和义务,提升行政透明度。同时,也有助于行政行为获得公民的支持,缓减行政过程中来自行政相对人一方的阻力。信息公开在相当程度上可以塑成一种“玻璃橱窗中的行政”,<sup>[34]</sup>使站在玻璃橱窗外面的行政相对人能够清楚地看到行政过程中的全部内容。

## (二) 信息公开的法理

在现代行政法上,正当程度之所以要有信息公开,是因为从“国家尊重和保障人权”的宪法条款中可以导出公民的知情权。作为国家权力主体的公民有权知道行政机关所掌握的信息,一方面是为了满足其对行政机关“知情”的需要,即作为国家权力主体的一种自我满足感与主体意识的需要;另一方面借助于信息为自己的生产、生活等活动作出正确的决策。同时,与知情权相关联的参与权,要求行政机关应当开放行政权行使的过程,让公民参与其中,一方面公民可以对行政机关的决策形成发表自己的意见,另一方面可以在与自己利益有关的个案中有效地维护自己的权益。

## (三) 匹配的规则

1. 反信息公开。行政机关利用它的优势地位掌握了大量涉及个人隐私的信息,有的信息即使与个人隐私没有直接关联,行政机关也可以利用“拼图”技术,集成为一个特定人完整的个人隐私资料。行政机关不仅自己主动收集个人隐私的信息,它还以“公共利益需要”的名义要求一些企业、组织向行政机关输送个人隐私的信息,如个人入住宾馆的登记信息,通过互联网连结到行政机关的办公桌上,供行政机关行使行政职权所用。上述涉及个人隐私的信息一旦被公开,将严重损害个人的合法权益。相同的情形也出现在商业秘密的保护制度中。所以,凡有政府信息公开制度的,必设反信息公开的规则。《政府信息公开条例》第23条规定:“行政机关认为申请公开的政府信息涉及商业秘密、个人隐私,公开后可能损害第三方合法权益的,应当书面征求第三方的意见;第三方不同意公开的,不得公开。但是,行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的,应当予以公开,并将决定公开的政府信息内容和理由书面通知第三方。”本条采用“同意则无损害”原则,即设置了一个事先征询意见规则:凡涉及商业秘密和个人隐私的政府信息是否公开,取决于权利人是否同意,而不是行政机关的决定。<sup>[35]</sup>如在杨莉与崇明县住房保障和房屋管理局政府信息公开决定纠纷上诉案中,法院认为:

“被上诉人具有受理上诉人的政府信息公开申请并作出答复的法定职权。上诉人向被上诉人申请公开‘育麟酒店’建设项目拆迁基地第002号《房屋拆迁补偿安置协议书》,被上诉人认为该协议系沈某某与拆迁人所签,内容涉及沈某某的个人隐私,遂向沈某某发出《权利人意见征询单》,征询权利人是否同意向申请人公开的意见,因沈某某未作答复,被上诉人视为其不同意公开,并答复上诉人对其要求获取的政府信息不予公开,符合《上海市政府

[34] [日]室井力等编著:《日本行政程序法逐条注释》,朱芒译,上海三联书店2009年版,第3页。

[35] 进一步阅读李广宇:《政府信息公开司法解读本》,法律出版社2011年版,第249-257页。

信息公开规定》第十二条之规定,并无不当。被上诉人提交的《权利人意见征询单》及邮寄凭证,能够证明其向沈某某发出征询单的事实。因上诉人对该节事实提出异议,原审法院依职权对沈某某进行了调查,所作调查笔录能够印证被上诉人曾发函向沈某某征询意见,原审审理程序合法,判决正确。”〔36〕

尽管第三方有权决定是否同意行政机关公开商业秘密、个人隐私,但是,在公共利益面前,征询意见规则必须让位于公共利益的需要。也就是说,第三人即使不同意,基于公共利益的需要,行政机关仍然可以公开有关商业秘密、个人隐私的政府信息。

2. 信息分离。有时,一些政府信息中可能包含了部分法定不得公开的内容,如工商登记中的商业秘密等。如果不得公开的内容完全可以从分离出来的,那么行政机关应当采用“可分离规则”,把两者区割开来之后,公开其中的部分信息内容。《政府信息公开条例》第22条规定:“申请公开的政府信息中含有不应当公开的内容,但是能够作区分处理的,行政机关应当向申请人提供可以公开的信息内容。”如果行政机关认定被要求公开的信息不适用“可分离规则”的,应当有令人信服的理由说明。在“可分离规则”规则之下,分离政府信息的目的是收缩不予公开的范围,如果反之,则违背本规则的目的,在行政诉讼中将得不到法院的支持。〔37〕

3. 保密审查。事先已经法定程序确定为国家秘密的政府信息绝对不得公开,此为一项法定原则。如根据《教育工作中国家秘密及其密级具体范围的规定》,经过评阅的高考试卷属于国家秘密。〔38〕对于涉及此类信息公开的个案,行政机关无保密审查的必要。但是,当行政机关对某项政府信息不能确定是否涉密时,应当依照法律、法规和国家有关规定报有关主管部门或者同级保密工作部门确定,即保密审查。《政府信息公开条例》第14条规定:“行政机关应当建立健全政府信息发布保密审查机制,明确审查的程序和责任。”一旦经保密审查认定为该政府信息涉密的,行政机关负有不得公开的义务。

4. 迅速提供。一旦认定行政相对人有权获得他所申请的政府信息,且该政府信息属于可公开范围的,行政机关必须以最妥当的方式迅速提供,以避免耽误行政相对人正当使用该政府信息。在法定答复时间15日内通过邮寄的方式寄送申请人所需要的政府信息,但申请人并没有在15日内收到该政府信息,也是符合迅速提供规则的。如果行政机关给行政相对人指明了可以迅速找到所需要的信息的方法,也应当认定为迅速提供。如在张艳琴与郑州市国土资源局政府信息公开纠纷上诉案中,法院认为:

“本案中针对上诉人的信息公开申请,被上诉人已告知其获取所需信息的方式和途径,

〔36〕 上海市第二中级人民法院《行政判决书》(〔2010〕沪二中行终字第287号)。

〔37〕 李广宇:《政府信息公开司法解释读本》,法律出版社2011年版,第310页。

〔38〕 谷山龙川诉北京教育考试院不服不予公开高考试卷案,载《中国行政审判案例》(第3卷)第97号案例,中国法制出版社2013年版,第79页以下。

且依据被上诉人告知的方式和途径可以查询到相关信息,故被上诉人应属于已经履行了政府信息公开的义务。”〔39〕

5. 风险评估。有的政府信息不属于国家秘密、商业秘密和个人隐私,有时一旦公开将会产生不利于国家和社会正常发展的后果。对此,《政府信息公开条例》第8条规定:“行政机关公开政府信息,不得危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定。”这一规定是妥当的,行政机关适用这一规定没有客观化的若干规则,那么行政机关可能会滥用这一规定赋予的权力。比如,如何判断政府信息公开可能影响“社会稳定”?若行政机关没有可操作性的客观标准或者规则,那么,这一规定就可能沦为全凭行政机关主观判断的“恣意”的合法依据。如在王炳庭诉上海市虹口区人民政府政府信息公开申请纠纷案中,法院认为:

“原告向被告提出要求公开7号文的申请,被告经审查后,认为该文系虹口区旧区改造领导小组办公室向原上海市房屋土地资源管理局的请示,该文属于行政机关(机构)调查、讨论、处理过程中的信息,其内容尚不确定,公开后可能影响社会稳定。据此,被告答复原告其要求公开的上述文件不属于公开范围。”〔40〕

本案中,所谓“公开后可能影响社会稳定”之说,被告并无具体依据,法院也没有进一步探问。的确,所谓“国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定”的内容,如同一片沼泽地,进去容易出来难。本案中的法院知难而退,完全听从了被告的解释,如此裁判可能有违立法目的。在实务中,我们也看到了有勇气闯入这片沼泽地的法院(法官),并十分智慧地从里面走了出来。如在上海市人力资源和社会保障局与周如倩政府信息公开纠纷上诉案中,法院认为:

“被上诉人申请公开的是对其2008年职称评定申请进行评审的卫生系列高评委组成人员,因被上诉人申请公开时2008年度的卫生系列高级职称评定工作已经结束,故向被上诉人公开2008年度相关高评委专家名单对2008年评审工作已无影响;《实施细则》明确规定高评委成员对于投票情况、评审意见不得向任何人泄露,故参评人员知晓评委名单不等同于知晓评委的投票情况和评审意见。上诉人关于公开评委名单可能引发打击报复的上诉理由缺乏依据,本院不予采信。……况且,即使在下两个年度评审过程中发生有被评审人通过非正当手段达到其目的的情况,亦不足以提升到影响‘社会稳定’层面。故上诉人适用《政府信息公开条例》第八条、《上海市政府信息公开规定》第六条的规定,以公开可能危及社会稳定为由,拒绝向被上诉人公开‘对申请人职称评定申请进行评审的高评会组成人员’的政府信息,依据不足。”〔41〕

如果我们朝着具有可操作性的方向努力,那么导入一种危害检测的“风险评

〔39〕 河南省郑州市中级人民法院行政判决书(〔2010〕郑行终字第129号)。

〔40〕 上海市第二中级人民法院《行政判决书》(〔2009〕沪二中行初字第1号)。

〔41〕 上海市第二中级人民法院《行政判决书》(〔2010〕沪二中行终字第189号),进一步阅读朱芒:“什么是或者不是‘社会稳定’——(2010)沪二中行终字第189号行政判决评析”,载《华东政法大学学报》2011年第3期。

估”机制是一个较好的选择。即行政机关在政府信息公开中若有涉及“国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定”等情形的,可以依照有关规定对一旦公开后是否会影响国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定进行风险评估。<sup>[42]</sup> 相关信息是否公开,以风险评估结论为准。若被告没有经过风险评估,即得出政府信息公开可能危及“国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定”的,法院将认定其为主要证据不足。如在上海某公司诉浙江省建德市人民政府政府信息公开案中,法院认为:

“中共浙江省委办公厅、浙江省人民政府办公厅《关于印发〈浙江省县级重大事项社会稳定风险评估办法(试行)〉的通知》(浙委办[2009]29号)和杭州市委办公厅、市政府办公厅《关于印发〈杭州市重大事项社会稳定风险评估暂行办法〉的通知》(市委办发[2009]105号)对重大事项社会稳定风险评估的范围、原则、内容、责任主体、评估程序等都作了具体规定。在省、市均制定了评估办法的情况下,被告如认为公开案涉《合作备忘录》有可能危及社会稳定,应按照《浙江省县级重大事项社会稳定风险评估办法(试行)》及《杭州市重大事项社会稳定风险评估暂行办法》的规定对可能存在的社会稳定风险进行评估,根据评估结论作出信息公开答复。本案中,被告并未提供证据证明已按照上述规定对公开《合作备忘录》的社会稳定风险进行过评估,径行以《合作备忘录》‘内容涉及社会稳定,公开该信息不符合《中华人民共和国政府信息公开条例》第八条之规定’为由,认定原告申请公开的信息属于不予公开的范围,主要证据不足。”<sup>[43]</sup>

6. 信息不存在认定。《政府信息公开条例》第21条第3项规定:“依法不属于本行政机关公开或者该政府信息不存在的,应当告知申请人,对能够确定该政府信息的公开机关的,应当告知申请人该行政机关的名称、联系方式。”对于政府信息“不存在”的认定,行政机关应当负有合理的说明义务,比如它通过了何种途径查询等。如郑某与上海市住房保障和房屋管理局政府信息公开决定纠纷上诉案中,法院认为:

“上诉人要求公开‘上海市房地局制作的1957年9月的租金计算书(包括房屋的所在地地址为延安中路913弄某号,户主姓名为郑某2,确定的租金额及其面积等级)’的政府信息,被上诉人经检索、查询,未查找到延安中路913弄某号房屋1957年9月的租金计算书;经向当地物业公司即上海延中物业管理有限公司查询,亦未查到相关租金计算书。被上诉人已尽到合理的检索、查询义务,被上诉人依据《政府信息公开条例》第二十一条第(三)项的规定,告知上诉人信息不存在,认定事实清楚、适用法律正确。”<sup>[44]</sup>

本案中,法院以“被上诉人已尽到合理的检索、查询义务”为由,驳回了上诉人

[42] 《杭州市重大事项社会稳定风险评估暂行办法》第2条规定:“重大事项社会稳定风险评估是事先防范不稳定因素的一项重要措施,是对重大事项决策实施过程中可能影响稳定的各种因素进行分析,对事项实施存在的风险进行管理,确认适合的实施策略,采取切实可行的措施,防范、降低或消除影响稳定风险的工作机制。”

[43] 浙江省杭州市中级人民法院《行政判决书》([2011]杭行终字第82号)。

[44] 上海市第二中级人民法院《行政判决书》([2010]沪二中行终字第146号)。

的请求,裁判理由基本上是过得去的。但是,对于事后的尤其在诉讼过程中的理由说明,法院应当提高审查强度,不可过度迁就行政机关的要求,以免本裁判理由显得十分软弱,难以服人。如在高光荣与上海市南汇区安全生产监督管理局政府信息公开纠纷上诉案中,法院认为:

“但本院注意到,上诉人系根据《政府信息公开条例》第九条的规定向被上诉人申请政府信息公开,被上诉人在政府信息公开过程中,仅从履行法定职责的角度告知上诉人,尤秀兰死亡事件不属于其调查范围,未针对上诉人的申请适用《政府信息公开条例》和《上海市政府信息公开规定》的有关规定作出答复,尚不规范,本院予以指正。鉴于被上诉人向法庭明确上诉人申请公开的调查报告及相关政府信息确不存在,故上诉人要求获取上述信息的诉讼请求,本院难以支持。”<sup>[45]</sup>

本案中,“鉴于被上诉人向法庭明确上诉人申请公开的调查报告及相关政府信息确不存在”作为不支持上诉人请求的裁判理由,的确有点说不过去。在这样的行政案件中,若法院对行政机关说明义务的履行采取较为宽松的审查标准,那极有可能间接地动摇政府信息公开制度的基础。

### 第三节 程序制度

#### 一、行政管辖权

行政管辖权是行政机关之间就某一行政事务的首次处置权所作的权限划分。它主要发生在同一性质的行政机关在纵向(上下级)、横向(同级)之间的权限配置。对于行政机关来说,它明确了某一行政事务应当由哪一个行政机关行使首次处置权的问题;对于行政相对人来说,它可以确定对某一行政事务具有首次处置权的行政机关,以便行使行政法上的请求权。超越行政管辖权实施的行政行为,原则上构成无效。

1. 级别管辖。规范同一性质的行政机关上下级之间行政事务首次处理权的分配,为级别管辖。根据宪法、法律的规定,行政机关分设为中央、省(自治区、直辖市)、省辖市(设区、县)、县(不设区、县级的市)和乡镇五级。有关级别管辖的规定,在制定法上都是依照这一行政机关体系作出分配的。如《限期治理管理办法(试行)》第4条规定:“国家重点监控企业的限期治理,由省、自治区、直辖市环境保护行政主管部门决定,报环境保护部备案。省级重点监控企业的限期治理,由所在地设区的市级环境保护行政主管部门决定,报省、自治区、直辖市环境保护行政主管部门备案。其他排污单位的限期治理,由污染源所在地设区的市级或者县级

[45] 上海市第一中级人民法院《行政判决书》([2009]沪一中行终字第5号)。

环境保护行政主管部门决定。”根据这一规定,对排污企业的限期治理的管辖权分配给了省、设区的市和县三级环境保护行政主管部门,国家环保部和乡镇人民政府没有管辖权。但有的立法不甚明确,实务中可能会发生级别管辖争议。如《幼儿园管理条例》第27条规定:“违反本条例,具有下列情形之一的幼儿园,由教育行政部门视情节轻重,给予限期整顿、停止招生、停止办园的行政处罚:(1)未经登记注册,擅自招收幼儿的;(2)园舍、设施不符合国家卫生标准、安全标准,妨害幼儿身体健康或者威胁幼儿生命安全的;(3)教育内容和方法违背幼儿教育规律,损害幼儿身心健康的。”本条中“教育行政部门”是哪一级,该条例没有明确规定。原理上,在级别管辖中应当确立行政事务首次处理权原则上由县(区)级人民政府行政主管部门行使。若没有制定法的明文规定,应照此原则确定行政级别管辖权。

2. 地域管辖。规范同一性质的行政机关平级之间行政事务首次处理权的分配,为地域管辖。同一性质的平级行政机关分别管辖不同的行政区域,它的辖区边界十分清楚,可以做到“各人自扫门前雪”,如北京市东城区公安机关管辖本区域内的治安管理事务,西城区公安机关则管它区域内的相关事务。为此,《行政处罚法》第20条规定:“行政处罚由违法行为发生地的县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖。法律、行政法规另有规定的除外。”甚为明确。但在实务中,《行政处罚法》上的“违法行为发生地”需要结合个案的具体情况加以确定,如在安徽新锦丰企业投资集团有限公司诉长沙市质量技术监督局行政处罚纠纷案中,法院认为:

“《行政处罚法》第二十条明确规定:‘行政处罚由违法行为发生地的县级以上地方人民政府具有管辖权的行政机关管辖。’长沙佳一商贸有限公司是原告在长沙、株洲、湘潭地区的销售总代理,其销售价格、销售模式受原告的控制,该公司的行为是原告的销售行为的延续,故本案的违法行为发生地应认定为长沙,被告具有管辖权。”〔46〕

有时,对“违法行为发生地”解释可能会在行政机关与行政相对人之间引起争议,法院通常在个案中对此概念作出界定。如在临沂市兴田化肥有限公司诉徐州市工商行政管理局贾汪分局扣押财产行政强制措施案中,法院认为:

“‘违法行政发生地’应包括着手地、经过地、实施地、危害后果发生地。原告在化肥在运输时经过贾汪区,贾汪区应视为系违法行为发生地,故被告对其具有管辖权。”〔47〕

本案是因行政相对人的流动性和他的行为跨区域所产生的法律适用问题,有的制定法对此已经作出了明确规定。如《公安机关办理行政案件程序规定》第9条规定:“行政案件由违法行为发生地的公安机关管辖。由违法行为人居住地公安机关管辖更为适宜的,可以由违法行为人居住地公安机关管辖,但是涉及卖淫、嫖娼,引诱、容留、介绍卖淫,赌博的案件除外。”又如,《环境行政处罚办法》第17

〔46〕 湖南省长沙市岳麓区人民法院《行政判决书》([2009]岳行初字第38号)。

〔47〕 江苏省徐州市贾汪区人民法院《行政判决书》([2002]贾行初字第49号)。

条第2款规定：“造成跨行政区域污染的行政处罚案件，由污染行为发生地环境保护主管部门管辖。”

3. 事务管辖。规范同一区域不同性质的平级行政机关之间行政事务首次处理权的分配，为事务管辖。如关于产品/商品质量监督的行政事务，国务院规定国家质量监督检验检疫总局负责生产领域的产品质量监督管理，国家工商行政管理总局负责流通领域的商品质量监督。此规定适用于县、市质量监督检验检疫局和工商行政管理局的事务管辖。

4. 特别管辖。特别管辖是级别管辖权和地域管辖权的一种例外。在行政实践中，如果严格遵循级别管辖权和地域管辖权的原则确立行政管辖权，有时无法解决行政管辖权中所出现的特殊问题。为此，在行政法上确立如下特别管辖：

(1) 共同管辖。共同管辖是指两个以上的行政机关对同一行政事务都具有行政管辖权。共同管辖可以分为两种情况：其一，不同质的行政机关对同一行政事务具有共同的管辖权。其二，同质行政机关对同一行政事务具有共同的管辖权。在共同管辖之下，行政机关作出的行政行为应当共同署名。但是，在实务中对于某些共同管辖情形，以某种规则确定其中一个行政机关行使管辖权，也是十分必要的。如《环境行政处罚办法》第18条规定：“两个以上环境保护主管部门都有管辖权的环境行政处罚案件，由最先发现或者最先接到举报的环境保护主管部门管辖。”即所谓“优先管辖”规则。

(2) 移送管辖。移送管辖是指已经受理行政事务的行政机关因没有法定的管辖权，依法将此行政事务移送到有管辖权的行政机关处理。移送管辖是对无管辖权的行政机关已经受理的行政事务所作出的一种管辖权处置。若受案的行政机关不依法移送案件，其所作出的行政行为可能构成违法，如在刘娟诉青白江技监局与质量监督行政处罚案中，法院认为：

“根据国务院决定，国家质量监督检验检疫总局和国家工商行政管理总局在质量监督方面的职责分工为：国家质量监督检验检疫总局负责生产领域的产品质量监督管理，国家工商行政管理总局负责流通领域的商品质量监督。……按照上述分工，两部门对同一问题不能重复检查、重复处理。……在查处违法行为过程中，经审理认为不属于本部门管辖的，应当作出移送案件的决定，并在七日内移送给有管辖权的部门。……因此，青白江技监局对刘娟作出的行政处罚属于越权行使行政职权。青白江技监局在查处违法行为过程中，经审理不属于本部门管辖的，应按照法律法规的规定向有管辖权的部门移送。”〔48〕

(3) 指定管辖。指定管辖是指上级行政机关将某一行政事务依法指定给某一行政机关管辖。指定管辖可以分为两种情况：其一，某一行政事务在无行政机关管辖或者有管辖权的行政机关因客观原因不能行使管辖权时，由上级行政机关指定某一行政机关行使管辖权。其二，两个以上的行政机关对同一行政事务都主张具

〔48〕 四川省成都市青白江区人民法院《行政判决书》（〔2006〕青白行初字第6号）。

有管辖权或者都主张没有管辖权时,由上级行政机关指定某一行政机关行使管辖权。如在山西省襄汾县陶寺乡半山里三号铁矿与武汉市工商行政管理局江岸分局行政处罚决定纠纷上诉案中,法院认定1999年7月上诉人经其所属上级公司同意,在未按规定办理含金物种准运证及相关手续的情况下,私自将累积提炼的23块黄金、5袋金粉匿于桑塔纳轿车后箱轮胎仓和车后座板下,驱车运往广东佛山。当该车途经武汉市公安局张家湾检查站时,被该局巡警查获。7月30日,武汉市公安局以涉嫌刑事犯罪证据不足,但明显触犯《金银管理条例》为由,将此案及其扣押的黄金一并移送武汉市工商行政管理部门。就本案管辖权争议,法院认为:

“根据《中华人民共和国金银管理条例》的规定,工商行政管理机关有权依照该《条例》对自行销售、交换和留用黄金的违法行为实施行政处罚。武汉市公安局在本地发现并查证半山里三号铁矿的违法行为后,将此案移送工商部门,江岸工商分局根据武汉市工商局的指定处理此案,不违背《中华人民共和国行政处罚法》关于‘行政处罚由违法行为发生地的县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖’的规定,且江岸工商分局处理此案,实际上得到国家、省工商局的认可,故该分局享有对该案的行政处罚管辖权。”〔49〕

5. 行政管辖权冲突与解决。行政管辖权冲突可以分为积极冲突和消极冲突。前者是两个以上行政机关都主张自己有管辖权,后者则都主张自己无管辖权。虽然行政管辖权冲突是行政机关体系之内的事,但它的影响外化到了行政相对人,甚至也影响到了行政任务的实现。因此,对行政管辖权冲突必须通过管辖权争议裁决程序予以解决。管辖权冲突双方共同的政府或者上一级机关是裁决管辖权冲突的法定机关。管辖权裁决采用书面方式,且一裁终局,争议双方都必须服从管辖权裁决。

## 二、行政调查

一种针对个别案件或者特定事实进行寻访、取证、了解案情的行政行为,称为行政调查。行政调查可以分为两种式样:(1)对个案的调查。如《环境行政处罚办法》第26条规定:“环境保护主管部门对登记立案的环境违法行为,应当指定专人负责,及时组织调查取证。”(2)对特定事实的调查。如《非物质文化遗产法》第11条规定:“县级以上人民政府根据非物质文化遗产保护、保存工作需要,组织非物质文化遗产调查。非物质文化遗产调查由文化主管部门负责进行。”在制定法上土地利用调查、水生野生动物资源调查等,也是对特定事实的调查。

与行政调查不同的是,行政检查是一种不针对个别案件或者特定事实的了解、收集情况的行政行为。行政检查是行政机关的一项常规性的法定职责,它具有预防、发现违法行为的功能。如《中国人民银行执法检查程序规定》第8条规定:“中国人民银行各执法职能部门需要对年度执法检查项目、执法检查计划作出部署的,

〔49〕 湖北省高级人民法院《行政判决书》([2000]鄂行终字第64号)。



应当在每年一季度安排。”在行政检查中如发现违法行为需要追究法律责任的,则由具有管辖权的行政机关立案后进入调查程序。有时,针对特定人的身体或者随身物品,法律上也使用“检查”的概念。这种情形在行政处罚程序中并不少见,所以,《行政处罚法》第37条第1款规定:“行政机关在调查或者进行检查时,执法人员不得少于两人,并应当向当事人或者有关人员出示证件。当事人或者有关人员应当如实回答询问,并协助调查或者检查,不得阻挠。询问或者检查应当制作笔录。”今后,随着国家立法的规范化程度的提升,这种用语的混同现象应该会逐渐减少。

行政调查(包括行政检查)是国家寻找、发现事实真相的一种强制性手段。在实施行政调查过程中,行政机关与行政相对人之间可能会发生利益冲突,因此,立法需要处理好行政机关最大限度地获得资料与最大限度地保护行政相对人的利益之间的关系。如调查开始前“出示证件”的程序机制是平衡两者之间关系的一种机制。

### 三、行政证据

没有证据,就没有法律程序。行政程序的启动、伸展和终结都需要证据的作用。关于行政程序证据的种类,如《公安机关办理行政案件程序规定》第23条规定:“公安机关办理行政案件的证据种类主要有:(1)书证;(2)物证;(3)视听资料、电子证据;(4)被侵害人陈述和其他证人证言;(5)违法嫌疑人的陈述和申辩;(6)鉴定意见;(7)检测结论;(8)勘验、检查笔录,现场笔录。”这里列举的证据与诉讼法的规定大致相同。由于存在事后程序中的司法审查,因此,在行政程序中各类证据收集、审查、运用等要求,应当与《行政诉讼法》的规定基本一致。如关于证人证言,最高人民法院《若干解释》第13条要求:“(1)写明证人的姓名、年龄、性别、职业、住址等基本情况;(2)有证人的签名,不能签名的,应当以盖章等方式证明;(3)注明出具日期;(4)附有居民身份证复印件等证明证人身份的文件。”行政机关向法院提供的证人证言如不符合这一要求,法院可能不予采信。另外,有关证明标准、违法证据的认定与排除等,行政机关也要一并关注法院在司法解释和行政诉讼裁判中阐发的观点,以指导自己的行政执法。对此,有的行政机关已通过规章的方式加以注意,如《环境行政处罚办法》第32条第2款规定:“证据应当符合法律、法规、规章和最高人民法院有关行政执法和行政诉讼证据的规定,并经查证属实才能作为认定事实的依据。”

在实务中,有的法院已经考虑到了行政程序与诉讼程序的差别,对行政机关使用证据的审查采用一种“实质主义”的标准。如在周辉宗诉吉安市工商行政管理局行政处罚纠纷案中,法院认为:

“从听证笔录的内容来看,被告的案件调查人员在听证程序中对行政处罚所采用的相关证据已经进行了陈述,虽然这些证据并未逐一向原告出示,但作为本案被告实施行政处罚的主要证据徐州市产品质量监督检验所出具的检验报告已在听证前送达给原告,原告在

听证程序中也就该检验报告及相关问题充分陈述了自己的申辩意见,被告的听证程序基本符合《中华人民共和国行政处罚法》第四十二条及《工商行政管理机关行政处罚案件听证规则》的规定,程序合法。”〔50〕

本案中,行政机关这一情形的合法性获得了法院的支持,但这种情形如果发生在行政诉讼程序中,那么此裁判在二审或者再审程序中十有八九可能被撤销。这样的区别除了行政效率的考虑外,也可能与行政程序所涉及的行政相对人利益较轻有关系。

证明责任分配是行政证据中的一项重要内容。在行政程序中,证明责任分配大致可以分为:(1)依职权作出行政行为的,由行政机关承担证明责任,如案件事实处于真伪不明的状态时,原则上行政机关不得作出行政行为。如《价格违法行为行政处罚规定》第18条规定:“本规定中以违法所得计算罚款数额的,违法所得无法确定时,按照没有违法所得的规定处罚。”本条中,“违法所得无法确定”属于“案件事实处于真伪不明”的状态,因有特别规定,行政机关应当依照“没有违法所得的”作出处罚。(2)依申请作出行政行为的,由申请人对申请作出的行政行为构成要件承担证明责任,如事实处于真伪不明状态时,行政机关应作出不利于申请人的行政行为。如果行政机关不准予申请的,应当承担证明责任。在特别情况下,如申请人与第三人相比处于弱势地位的,那么第三人反对申请人提出的主张应当承担证明责任,否则,第三人将承担不利的实体法后果。如《工伤认定办法》第17条规定:“职工或者其近亲属认为是工伤,用人单位不认为是工伤的,由该用人单位承担举证责任。用人单位拒不举证的,社会保险行政部门可以根据受伤害职工提供的证据或者调查取得的证据,依法作出工伤认定决定。”

#### 四、行政期间

依照诉讼法上的通说,期间是指人民法院、当事人和其他诉讼参与人进行诉讼行为的期限和期日。期限,是自某一特定时间起至某一特定时间止的一段时间。期日,是指特定的活动时间。上述诉讼法上的概念可以准用于行政程序法。

在行政程序上,期间也可以包括期限与期日。如《行政许可法》第42条规定:“除可以当场作出行政许可决定的外,行政机关应当自受理行政许可申请之日起二十日内作出行政许可决定。二十日内不能作出决定的,经本行政机关负责人批准,可以延长十日,并应当将延长期限的理由告知申请人。但是,法律、法规另有规定的,依照其规定。”这是行政许可“期限”的规定。又如《行政许可法》第48条第1项规定:“行政机关应当于举行听证的七日前将举行听证的时间、地点通知申请人、利害关系人,必要时予以公告。”“听证的时间”为期日。

关于期间的计算,如《公安机关办理行政案件程序规定》第28条规定:“期间

〔50〕 江西省吉安市吉州区人民法院《行政判决书》([2009]吉行初字第22号)。

以时、日、月计算,期间开始之时或者日不计算在内。期间不包括路途上的时间。期间届满的最后一日是节假日的,以节假日后的第一日为期间届满的日期。”这一规定与民事诉讼法基本相同。关于期间的扣除情形,在行政程序上也存在。如《行政许可法》第45条规定:“行政机关作出行政许可决定,依法需要听证、招标、拍卖、检验、检测、检疫、鉴定和专家评审的,所需时间不计算在本节规定的期限内。行政机关应当将所需时间书面告知申请人。”

在法定期限内,行政机关应当尽快作出行政行为。这不仅保护行政相对人合法权益的实效性(因为行政相对人对于期间经常有着某种期待,这种期待是一种利益,应当受到现代行政法的保护),从行政效率角度也是具有正当性的。对行政机关未在法定期间、期中作出行政行为的,法律为行政相对人设置了履行法定职责和确认违法之诉的行政救济方式;如果行政机关因不作为而导致行政相对人合法权益受损害的,行政相对人还可以提起行政赔偿之诉。

与行政期间相关联的一个概念是行政时效。行政时效是指法律规定的某种事实状态经过法定时间而产生一定法律后果的法律制度。如行政决定撤销制度中的除斥期间就是一种行政时效。行政时效在法定事由发生时中止或中断,在法定事由消失之后恢复或者重新计算。在靖练全诉陕西省西安市劳动和社会保障局社会保障行政确认案中,法院认为:

“《工伤保险条例》第十七条第二款规定的1年申请期是时效概念,可以适用中止、中断的情形。该条款虽未明确规定申请时效的中止和中断,但是2005年2月1日国务院法制办公室在国法秘函[2005]39号《关于对〈工伤保险条例〉第十七条、第六十四条关于工伤认定申请时限问题的请示》的复函》中指出工伤认定申请时限应扣除因不可抗力耽误的时间,这说明1年申请时效非不变期间,而是一种可变期间。虽然该复函仅是明确了不可抗力可以构成1年申请时效中止的法定事由,而没有表明是否还具有其他类似中止、中断的情形,但是从保护工伤职工利益的立法原则和关怀弱势群体的立法精神上看,并结合该复函的精神,应当认为《工伤保险条例》第十七条第二款规定的1年的申请时效可以适用时效的中止、中断等规定。本案中,原一运司的法律顾问戴德纯证明靖练全长年向其反映靖燕群的工伤事宜,其亦向单位汇报过。戴德纯作为一运司的法律顾问,也曾参与了一运司与靖练全之间因交通事故引发的人身损害赔偿案的诉讼,靖练全向其反映工伤事宜,可以视为向单位主张权利,故本案中存在1年工伤申请时效中断的情形,靖练全于同年11月申请工伤认定,不应视为其申请超过1年的申请时效。市劳动局接到靖练全的申请材料后,应当对上述中断情形予以审查、确认,随后依据案件的具体情况作出靖燕群是否为工伤的判定。”<sup>[51]</sup>

时效也可以与期间结合在一起使用,表达时效也是一种时间概念。如《民事诉讼法》第193条规定:“判决认定财产无主后,原财产所有人或者继承人出现,在民法通则规定的诉讼时效期间可以对财产提出请求,人民法院审查属实后,应当作出新判决,撤销原判决。”

[51] 《中国行政审判指导案例》(第1卷)第36号案例,中国法制出版社2010年版,第192页以下。

## 五、行政送达

送达是指行政机关按照法定方式,将法律文书交付给法定收受文书的行政相对人和其他程序参与人的程序行为。送达采用职权送达主义,它是行政机关的一种程序行为。

至今在制定法上,关于行政程序上的送达还没有统一的规定。《行政处罚法》第40条规定:“行政处罚决定书应当在宣告后当场交付当事人;当事人不在场的,行政机关应当在七日内依照民事诉讼法的有关规定,将行政处罚决定书送达当事人。”据此,我们可以得到一个送达适用规则:行政处罚决定书的送达准用民事诉讼法有关送达的规定。但是,《行政强制法》第38条规定则有所不同:“催告书、行政强制执行决定书应当直接送达当事人。当事人拒绝接收或者无法直接送达当事人的,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定送达。”在《行政强制法》中,催告书、行政强制执行决定书只有在当事人拒绝接收或者无法直接送达当事人时,才能依照民事诉讼法的规定送达。依照《民事诉讼法》的规定,行政送达的方式有直接送达、邮寄送达、委托送达、留置送达和公告送达等。

如何认定送达,在实务中因送达方式不同而有差异。在邮寄送达中,只要有回执等加以证明,就可以认定行政相对人已经收到。如在俞智渊与上海市人民政府行政复议纠纷上诉案中,法院认为:

“被上诉人于2009年9月21日作出行政复议决定,并于同年9月29日按照上诉人预留的地址以挂号信的方式将行政复议决定书寄送其本人,并无不当。邮件寄退日戳记载的‘2009.09.30.16’系邮局将信件投至送达地址后退回双挂回执的时间,且邮件回执收件人处加盖了‘中创大厦赠阅’章,由此可以认定2009年9月30日行政复议决定书已送达上诉人。”<sup>[52]</sup>

在直接送达中,如当行政相对人拒绝签收时,法律要求行政机关邀请第三方到场作证,若行政机关未邀请第三方到场作证,则构成送达程序违法。如在河南省天杰古建园林有限公司不服武陟县安全生产监督管理局安全生产监督管理行政处罚案中,法院认为:

“本案被告在实施行政处罚过程中向原告送达行政处罚告知书、听证告知书时,因原告拒签,被告在送达回证上只有两名工作人员签字,该送达程序不符合民事诉讼法有关送达的要求,程序违法。”<sup>[53]</sup>

如在其他送达方式不能达到送达目的时,公告送达是最后的一种选择。如果行政机关未尝试其他送达方式而径行通过公告送达方法送达行政决定的,视为未

[52] 上海市高级人民法院《行政裁定书》([2010]沪高行终字第24号)。

[53] 河南省武陟县人民法院《行政判决书》([2009]武行初字第8号)。

送达。<sup>[54]</sup> 公告送达内容必须明确,尤其是受送达人,否则不产生送达的效果。如南宁市敬强房地产有限责任公司不服南宁市工商局工商行政处罚案中,法院认为:

“上诉人市工商局采取在《南宁日报》刊登公告的形式,送达《吊销企业营业执照公告》和作出行政处罚决定的《公告》,但是,上诉人于2007年2月8日在《南宁日报》刊登的公告,没有载明被上诉人南宁市敬强房地产有限责任公司的企业名称,该《公告》被处罚的主体不明确,也没有明确其已针对被上诉人作出了南工商企处吊字[2007]0000531号《行政处罚决定书》。由于该《公告》对被处罚的主体及是否已针对被上诉人作出了行政处罚决定没有明确,因而不能视为《公告》当天上诉人已向被上诉人送达了其针对被上诉人作出的南工商企处吊字[2007]0000531号《行政处罚决定书》。”<sup>[55]</sup>

为了准确、及时地送达法律文书,行政相对人负有告知行政机关送达地址的义务,行政机关也有查清行政相对人接收法律文书地址的法定职责。如有时身份证上的地址与行政相对人现居住地不一致的,行政机关在送达之前应当加以核实。送达对行政程序的作用并不一致,有的送达导致行政程序的终结,如行政处罚决定书的送达;有的送达引起一个新的行政程序开始,如听证通知的送达。除了向行政相对人明确行政行为的内容外,送达还有将行政行为内容客观化,消除日后可能引起争议的功能。送达法律文书必须有送达回证,由受送达人在送达回证上记明收到日期,签名或者盖章。受送达人在送达回证上的签收日期为送达日期。这个送达日期通常是行政相对人行使权利期限的起算之日。如根据《行政诉讼法》第39条的规定:“公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的,应当在知道作出具体行政行为之日起三个月内提出。法律另有规定的除外”;送达日期也是行政相对人履行义务期限的起算之日,如根据《行政处罚法》第46条第3款的规定:“当事人应当自收到行政处罚决定书之日起十五日内,到指定的银行缴纳罚款。银行应当收受罚款,并将罚款直接上缴国库。”

[54] 河北省任丘市城内公共汽车有限公司诉任丘市工商行政管理局工商行政处罚案,载《中国行政审判案例》(第3卷)第89号案例,中国法制出版社2013年版,第38页。

[55] 广西壮族自治区南宁市中级人民法院([2008]南市行终字第27号判决书)。

## 第十章 行政程序类型

### 第一节 普通程序

#### 一、程序开始

依照程序开始的起因为标准,可以分为依职权的行政行为 and 依申请的行政行为。程序是否开始,由行政机关依职权或者依申请而定。

##### (一)依职权程序的开始

1. 初步证据材料的取得。在日常的行政管理中,行政机关通过行政检查、新闻媒体报道、公众投诉和其他国家机关(包括其他行政机关)的转送等方式,可以取得大量的行政信息材料。通过对这些材料的比对、分析,行政机关发现应当由本机关依法处理的事务时,如认为存在违法行为需要给予行政处罚的,就应当依职权启动行政程序。

在实务中,行政相对人的“求助”、“投诉”等都是初步证据材料的来源方式。前者如《人民警察法》第21条规定:“人民警察遇到公民人身、财产安全受到侵犯或者处于其他危难情形,应当立即救助;对公民提出解决纠纷的要求,应当给予帮助;对公民的报警案件,应当及时查处”。后者如在彭学纯诉上海市工商局不履行法定职责纠纷案中,经法院查实,“彭学纯于2000年12月向被告工商局投诉称,因为看了该节目,他妻子于2000年8月21日住进了411医院进行治疗,29天后死亡。彭学纯认为该节目系违法医疗广告,故要求工商局进行查处。”<sup>[1]</sup>

2. 立案。立案是程序开始的标志。当初步的证据材料可以证实需要依法处理的事务确实存在时,行政机关应当从以下几个方面进行审查:(1)有无相关法律、法规和规章规定的构成要件事实;(2)是否仍在法定处理期限之内;(3)本机关是否有管辖权。如果上述条件一并具备,行政机关可以立案。立案事由与举报内容不一致的,不影响立案的合法性。如在成都市攀丰漆业有限公司与成都市金牛区工商行政管理局工商行政处罚纠纷上诉案中,法院认为:

“被上诉人在接到攀丰漆业公司无证经营的举报电话后,虽经调查证实举报内容不实,但在调查中发现攀丰漆业公司有将危险化学品硝基磁漆和硝基漆稀释剂销售给未取得危

[1] 《最高人民法院公报》2003年第5期。

险化学品经营许可证的华渝公司的事实,遂根据《工商行政机关行政处罚程序暂行规定》第十四条的规定,对上诉人涉嫌向未取得危险化学品经营许可证的企业销售危险化学品一案予以立案调查,其立案程序合法。”〔2〕

原则上,是否立案属于行政机关裁量范围。如《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案件程序规定》第8条规定:“国家工商行政管理总局根据对举报内容核查的情况,决定立案查处工作。国家工商行政管理总局可以自己立案查处,也可以根据本规定第三条的规定授权有关省级工商行政管理局立案查处。”如行政机关无裁量权时,应当即作出立案决定。如《环境行政处罚办法》第16条第2款规定:“涉嫌违法依法应当由人民政府实施责令停产整顿、责令停业、关闭的案件,环境保护主管部门应当立案调查,并提出处理建议报本级人民政府。”本条规定中的“应当立案”,表示行政机关在是否立案问题上没有裁量权。

3. 立案告知。如有特定人的投诉、举报等,行政机关应当及时告知其立案的情况,如不予立案的,还应当说明理由。立案告知是对行政相对人投诉、举报等请求的回应,是行政机关应当履行的一种程序性义务。如行政机关不履行告知义务,行政相对人可以提起履行法定职责之诉。

## (二) 依申请程序的开始

1. 申请。即行政相对人向行政机关作出一个请求行政机关履行法定职责的意思表示。对于申请的效力,行政机关应当审查申请是否属于行政相对人的真实意思表示,不必过度在乎它的形式,除非它违背了法定形式,否则它应当具有法效力。实务中,如行政相对人以信访形式申请行政复议的,行政机关应当作为行政复议申请转入行政复议程序,如行政相对人将行政机关主要负责人作为行政许可申请的收件人的,行政机关主要负责人将此申请转给相关部门依法受理。

当一个申请到达行政机关时,该行政机关应当作形式审查,判断申请是否符合法定条件。行政机关若发现申请不符合法定条件但尚可补正的,不得直接驳回,应告知行政相对人限期补正。这里的申请“到达”方式如有法定的,则依照法定方式;如无法定的,应当采用“简便主义”原则,不可苛求行政相对人申请必须采用特定的到达方式。实务中,传真、电子邮件等方式都可以被解释为是一种可以被认可的简便“到达”方式。〔3〕行政相对人未依照法定方式提出申请的,应当视为没有申请。如在林阿珍诉厦门市同安区建设局等不履行行政许可法定职责纠纷案中,法院认为:

“本案中,原告申请新建住宅,未按照上述规定,持《农村村民住宅用地与建设申请表》一式五份、户口簿及家庭成年成员的身份证影印件等材料先向村委会提出住宅建设用地申请,而是通过互联网向被告厦门市同安区建设局、同安区祥平街道办事处提交申请建房报

〔2〕 四川省成都市中级人民法院《行政判决书》([2005]成行终字第128号)。

〔3〕 《行政许可法》第29条第3款规定:“行政许可申请可以通过信函、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出。”

告。原告提出的建房申请,不符合法定条件,应视为未提出申请。”〔4〕

原则上,申请应当以书面方式提出,但紧急情况、现场申请等也可以口头提出申请,如行政相对人申请通过警察的警戒线接送上学的小孩,采用口头申请方式是妥当的。对于申请所依据的材料,行政相对人负有内容真实性的保障义务,否则应当承担相应的法律后果。申请是否“合法”不属于本阶段审查的内容。

2. 受理。经行政机关形式审查后,认为申请符合法定条件的,应当作出受理的决定;认为申请不符合条件的,应当作出不予受理的决定,并说明理由;行政机关若认为自己无职权而作出不予受理决定的,亦同。如在江德兴与重庆市大渡口区卫生局卫生行政确认纠纷上诉案,法院认为:

“根据《临床医学专业技术资格考试暂行规定》(卫人发[2000]462号)第四条关于‘临床医学专业初、中级资格实行全国统一考试制度。全国实行统一考试后,各地、各部门不再进行相应临床医学专业技术资格的评审’之规定。2009年区卫生局无权受理申请人关于临床医学专业技术资格评审的申请。本案上诉人于2009年1月1日向区卫生局提出《医学专业技术职务任职资格申请》,区卫生局回复上诉人,对其申请不予受理并无不当。”〔5〕

行政机关认为申请材料不全或者不符合法定形式的,应当告知行政相对人限期补充(正)。对于行政相对人没有在指定期间补充(正)的,行政机关是作出不予受理决定还是视为没有申请,应从两个角度加以考虑:从行政相对人提起行政救济的角度看,应作不予受理决定;但如果从“一事不再理”的程序性原则考虑,作视为没有申请的认定对行政相对人可能更为有利。若是后者,行政相对人所交纳的相关费用应当退还。

行政机关应当在法定期限内作出是否受理的决定,逾期仍不作出是否受理决定的,视为受理。受理是行政程序法定期限的起算点,从有利于行政相对人权利救济的角度,记明受理时间的通知应当依法送达给行政相对人。对行政机关而言,它在这个法定期限内应当对行政相对人的申请作一个结论性的意见,逾期仍不作的,原则上视为同意申请。如在大德广告公司诉徐州市城市管理委员会不依法履行法定职责附带行政赔偿案中,法院认为:

“根据《江苏省户外广告管理办法》第十五条的规定:工商、城建、市容、公安等部门审批户外广告,必须简化手续、提高效率。各审批部门在接到经营者或者发布者符合要求的申请文件和资料后,应当在10日内做出书面决定,逾期视为同意。据此,被告在上述时限内未做出书面决定,其行为违法。同时根据规定,原告的申请已被视为同意,因此,法院再判决责令被告履行职责已无实际意义。”〔6〕

既然视为同意申请,那么在法律上行政相对人可以从事他所申请的行为,行政

〔4〕 福建省厦门市同安区人民法院《行政判决书》([2010]同行初字第4号)。

〔5〕 重庆市第五中级人民法院《行政判决书》([2009]渝五中法行终字第398号)。

〔6〕 江苏省徐州市云龙区人民法院《行政判决书》([2000]云行初字第28号)。



机关不得以行政相对人行为违法为由查处。如在上海市南汇区市政管理委员会办公室与上海太平洋广告装潢有限公司行政处罚决定上诉案中,法院认为:

“《户外广告办法》第十五条规定:市或者区、县工商局和市或者区、县规划局以及市或者区、县市政委办公室应当自受理户外广告设施设置申请或者接受申请材料之日起10日内办妥有关审核手续。逾期不提出审核意见的,视为同意。上诉人向原审提供的《上海市户外广告设施设置申请审批表》上城市规划管理局和市政委办公室均未提出审核意见,诉讼中上诉人仅向法院陈述有关申请未获有关部门审核同意,而未提供有关部门在法定期限内明确表示不予同意的证据材料,故上诉人认定被诉行政处罚决定所指的户外广告设施未完成合法审批程序亦缺乏事实依据。”〔7〕

但是,若行政相对人所申请的事项涉及公共利益、第三人利益的,在行政机关逾期仍不作出决定时,应当视为不同意申请为妥,如危险品的运输许可申请等。《行政许可法》第50条第2款规定:“行政机关应当根据被许可人的申请,在该行政许可有效期届满前作出是否准予延续的决定;逾期未作决定的,视为准予延续。”本条规定不分情形,一律视为准予延续,可能会损害公共利益或者第三人利益,所以需要作出一些例外规定。“视为同意”是为了防止行政机关怠于行使职权,若“视为同意”可能影响公共利益或者第三人合法权益的,应当作“视为不同意”处理。

3. 受理的存废。在行政法理学上,行政程序是否需要一个如同诉讼程序那样的一个“受理”程序,并非没有存疑。如日本《行政程序法》第7条排除了“受理”的观念,目的在于确保行政机关对申请迅速且公正地作出处理。也就是说,只要申请到达行政机关办公场所,那么行政机关就有进行审查并作出处理决定的义务。〔8〕但我国制定法上普遍设置“受理”程序,在行政程序法上恐一时难以废弃。《行政复议法》第17条第2款规定:“除前款规定外,行政复议申请自行政复议机关负责法制工作的机构收到之日起即为受理。”本条规定有点特殊,它确立了“收到即为受理”之规则,似乎并不存在一个“犹豫期”。结合本条第1款的规定,本规则仅适用于符合法定条件的行政复议申请。

4. 举证责任。在依申请程序中,申请人对自己的主张承担举证责任;在依职权程序中,行政机关对自己作出的行政行为合法性承担举证责任,在有第三人的行政程序中,申请人、第三人的举证责任分担原则上采用“谁主张、谁举证”。但是,在特别情况下为了保护弱势一方行政相对人的合法权益,可以采用举证责任倒置。〔9〕

〔7〕 上海市第一中级人民法院《行政判决书》(〔2004〕沪一中行终字第61号)。

〔8〕 参见〔日〕室井力等编著:《日本行政程序法逐条注释》,朱芒译,上海三联书店2009年版,第94页。

〔9〕 合肥同达电力科贸股份合作公司诉安徽省合肥市劳动与社会保障局社会保障行政确认案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第38号案例,中国法制出版社2010年版,第206页以下。

## 二、程序进行

无论是依职权还是依申请启动程序之后,行政机关都需要借助于调查、听证、审查等程序性行为推进行政程序,并公正、高效地完结程序。

### (一) 调查

1. 职权调查原则。所谓职权调查,即调查事实的种类、范围、证据材料取舍以及何时、何地、向何人调查等都由行政机关依照法定职权确定,不受行政相对人申请的限制。凡是作出行政行为的构成要件以及裁量所需要考虑的事实都属于调查范围。行政机关的调查必须遵循客观、全面、及时、合法的原则,对行政相对人不利和有利两个方面的事实都要进行调查,不可偏废。如《湖南行政程序规定》第68条规定:“行政机关应当采取合法的手段和依照法定的程序,客观、全面收集证据,不得仅收集对当事人不利的证据。”<sup>[10]</sup>

2. 调查方法。调查必须由两个以上的行政机关执法人员进行,并出示可以证明其合法身份的有关证件。行政机关可以采取提取书证、制作当事人陈述、实施技术鉴定、勘验等方法,调查事实的真相。必要时,行政机关也可以请求其他国家机关协助调查。任何个人或者组织都有配合行政机关调查的义务。

证据先行登记保存是《行政处罚法》在调查程序中设置的一种保存证据的方式,性质上属于行政强制措施。《行政处罚法》第37条第2款规定:“行政机关在收集证据时,可以采取抽样取证的方法;在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,经行政机关负责人批准,可以先行登记保存,并应当在七日内及时作出处理决定,在此期间,当事人或者有关人员不得销毁或者转移证据。”证据先行登记保存的核心内容是“登记”,即行政机关事后有记录可查。“保存”应当作为由行政相对人自己或者有关人员“保管”的解释,否则本取证方式可能变相为查封、扣押财产的行政强制措施。实务中,也有法院将“异地保存”作合法认定的,如在熊加林不服长沙市广播电视局行政处罚决定案中,法院认为:

“在法庭调查中,原告称被告在执法过程中存在着违法办案事实,其所指的是证据先行登记保存时,不应将原告等人所进行宣传的工具予以收缴。对这一事实,被告辩称,不是收缴,而是异地保存。异地保存的理由是,执法人员进行证据登记时,遭受当事人的围攻和阻挠,执法人员无法开展工作,后在公安人员的协助下,才将当事人的证物登记造册。鉴于当事人熊加林在行政执法过程中,采取了暴力抗法的手段,且被公安机关刑事拘留,长沙市广电局如不对证物采取异地保存措施,有可能导致证据的转移和毁灭。被告这一行为,从客观事实上看,没有违反法律程序,是符合证据先行登记保存的立法精神的。因此,一审法院对被告采取的证据异地保存的合法性予以确定。”<sup>[11]</sup>

[10] 中国台湾地区“行政程序法”第36条规定:“行政机关应依职权调查证据,不受当事人主张之拘束,对当事人有利及不利事项一律注意。”

[11] 湖南省长沙市中级人民法院《行政判决书》([2000]长中行终字第98号)。

行政相对人对证据先行登记保存不服的,可以在对行政机关作出最终决定不服而提起行政救济时作为支持自己诉讼请求的一个理由,攻击最终决定的合法性。但若证据先行登记保存实质性地终结了调查程序,那么该证据先行登记保存行为可以成为行政救济的客体。<sup>[12]</sup>如在卢振亚诉上海市闵行区文化广播电视管理局文化行政强制措施案中,原告诉称,被告至银都坤久市场8-5号香烛店内,将原告散存店内的各类碟片一扫而光,出具证据先行登记保存清单交原告签名,但被告至今未作出处理决定,既不归还,也未没收。所以,原告请求法院确认被告对证据先行登记保存后7日内不处理系程序违法。法院受理此案并作出判决。<sup>[13]</sup>

3. 行政协助义务。行政机关在进行调查时,行政相对人及其他案外的个人、组织都有协助的义务。不同的是,对于不利于行政相对人的事实调查,该行政相对人是否仍有协助义务,这个问题在学理上向来是有争议的。在制定法上,有明文规定的并不少见,如《环境行政处罚办法》第31条规定:“当事人及有关人员应当配合调查、检查或者现场勘验,如实回答询问,不得拒绝、阻碍、隐瞒或者提供虚假情况。”当事人基于维护自身权利的需要,可以申请行政机关调取相关的证据材料,查清对其有利的事实。

对因他人协助而收集到的证据材料,行政机关负有全面审查的义务。行政机关委托其他行政机关收集证据材料的,应当出具委托函。如果因行政相对人自身的原因,导致行政机关无法收集到对于行政相对人有利的证据材料,行政相对人不得在行政救济中把它作为一个理由对抗被诉行政行为的合法性。

4. 调查中止、终止。在行政程序中,如果调查需要花费大量的行政成本才能达到“事实清楚”或者有法定情形的,行政机关可以中止调查,并以行政合同或者其他法定方式与行政相对人达成和解。和解如果涉及公共利益和第三人利益的,应当以不损害公共利益和第三人利益为限。如《反垄断法》第45条规定:“对反垄断执法机构调查的涉嫌垄断行为,被调查的经营者承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果的,反垄断执法机构可以决定中止调查。中止调查的决定应当载明被调查的经营者承诺的具体内容。反垄断执法机构决定中止调查的,应当对经营者履行承诺的情况进行监督。经营者履行承诺的,反垄断执法机构可以决定终止调查。”在有制定法特别规定的情形下,行政机关还可以终止调查。如《公安机关办理行政案件程序规定》第142条规定:“公安机关在办理行政案件中必须查明违法事实;违法事实不清的,不得作出行政处罚决定。违法嫌疑人不讲真实姓名、住址,身份不明,但只要违法事实清楚,证据确实充分的,可以按其自报的姓名、贴附照片作出处罚决定,并在相关法律文书中注明。”

[12] 最高人民法院《关于审理行政许可案件若干问题的规定》第3条规定:“公民、法人或者其他组织仅就行政许可过程中的告知补正申请材料、听证等通知行为提起行政诉讼的,人民法院不予受理,但导致许可程序对上述主体事实上终止的除外。”本条规定也属于此种情形。

[13] 上海市闵行区人民法院《行政判决书》([2004]闵行初字第67号)。

## (二) 听证

听证是以举行听证会的方式听取意见,它是行政程序中一个特别程序。原则上,行政机关作出对行政相对人不利决定之前,以非听证会的方式听取意见,<sup>[14]</sup>例外情形下才举行听证会。<sup>[15]</sup>采用非召开听证会方式听取意见的程序,行政机关可以在确保给行政相对人一个合理的陈述意见机会的前提下,依照个案裁量具体听取意见的方式。这里仅说明以听证会方式听取意见的程序。

1. 听证告知。在调查的基础上,行政机关拟作出的行政行为如属于法定听证范围的,应当把拟作出行政行为的事实、理由和依据以及听证权利等内容,以书面方式告知当事人。有的地方政府明文规定,听证告知的内容应当包括“行政裁量”中种类、标准等,如不告知此项内容,行政机关所作出的行政行为不成立。如在河南省中原油田公安局直属分局与马振勇行政处罚纠纷上诉案中,法院认为:

“《河南省人民政府关于规范行政处罚裁量权的若干意见》(豫政[2008]57号)规定:‘县级以上行政执法部门制作的《行政处罚事先告知书》,凡涉及行政处罚裁量的,应当向当事人告知本机拟选择的处罚种类、处罚标准或者限制人身自由时间的事实、理由和依据,未履行行政处罚裁量告知义务的,行政处罚决定不能成立’。上诉人在作出中油直(交管)决字[2010]第158号行政处罚决定之前,未向马振勇告知本机拟选择的处罚种类、处罚标准的事实、理由和依据,该行政处罚决定不能成立,一审法院判决撤销适当。”<sup>[16]</sup>

本案中,河南省人民政府根据《行政处罚法》第41条规定,制定了本行政规定,并无不当。但是,法院既然认定了“该处罚决定不能成立”,那么不应当作出“一审法院判决撤销适当”的结论,因为,行政处罚决定不能成立的,应当适用确认判决。<sup>[17]</sup>当事人接到行政机关发出的告知通知书后要求听证的,应当在法定期限内向行政机关提出。此种情形下,如行政机关在该法定期限内即作出行政行为的,则构成违反法定程序。如在汪明社诉歙县交通局交通运输管理行政处罚附带行政赔偿案中,法院认为:

“被告以交通违法行为通知书形式告知原告享有陈述权、申辩权、申请听证权,但被告所举证据不能证明交通违法行为通知书在处罚之前已经送达原告。即便如被告所述交通违法行为通知书是在2003年8月1日送达原告,那么原告在同年8月4日前均可以行使权利,但被告却在同年8月4日即作出行政处罚,已经限制了原告听证权利的正当行使。因此,被告处罚违反法定程序。”<sup>[18]</sup>

但是,行政相对人逾期提出听证要求的,行政机关可不予接纳,如行政相对人以此为由对行政机关作出的行政行为提起行政诉讼的,其诉讼请求将得不到法院

[14] 参见《行政强制法》第36条。

[15] 参见《行政处罚法》第42条。

[16] 河南省濮阳市中级人民法院《行政判决书》([2010]濮中法行终字第45号)。

[17] 参见最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第57条。

[18] 安徽省歙县人民法院《行政判决书》([2004]歙行初字第16号)。

的支持。如在高仕贵诉防城港市国土资源局不服政府行政处罚纠纷案中,被告立案受理原告非法占用土地案,并于2010年1月5日向原告送达行政处罚告知书,责令原告退还非法占用的3100平方米土地,限期拆除在非法占用土地上新建的房屋和其他设施。同年1月8日,被告向原告送达了行政处罚听证告知书,告知原告在接到听证告知书之日起5日内向被告提出陈述、申辩和听证等权利。此后,原告于2010年1月26日书面申请要求举行听证会,被告不采纳。经审理,法院认为:

“原告在茅岭乡沙坳村海麻角组禾蛇岭老李角土地兴建建筑物前,未向有关部门申请批准,至今没有办理合法用地手续,其建房行为是违法的,也不符合我国土地管理法相关规定。原告诉称被告违反法定程序未告知其享有的权利,剥夺其陈述、申辩和听证等权利与事实不符,本院不予采信。”<sup>[19]</sup>

2. 听证通知。行政机关应当在一个合理时间之前,将举行听证的时间、地点通知行政相对人。这里的“合理时间”是留给当事人参加听证的准备时间,如《行政处罚法》规定这个“合理时间”至少是7天。<sup>[20]</sup>之所以法律要作出这样的规定,是因为这个“合理时间”直接影响到行政相对人能否有效地行使陈述、申辩权,但是,“没有听证通知”在司法审查中有时却被法院视为一种不影响结果的“违法”。另外,从行政公开原则和公众监督的可能性要求方面,听证公告也是十分必要的。与本案无关的公众,可以通过听证公告的指引前来旁听听证会,客观上也有助于行政机关依法举行听证会,提升其作出的行政行为获得社会的支持程度。

3. 听证前准备。依照审裁内部分离的规则,行政机关在听证前指定非本案调查人员为听证主持人。<sup>[21]</sup>被指定的听证主持人如认为自己与听证事务有直接利害关系的,应当向本机关提出回避要求,是否需要回避由本机关负责人决定。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的行政案件,行政机关应当决定不予公开听证。在听证会举行之前,当事人有权申请查阅卷宗材料,如委托代理人参加听证的,应将办妥的委托手续送交行政机关备查。

4. 听证进行。由记录人宣布听证纪律后,听证由主持人从宣布案由开始。主持人在告知听证主持人及记录人姓名之后,应询问当事人是否需要申请回避。在调查阶段,先由行政机关调查人员陈述事实、依据以及拟作出行政行为的内容,如果证据、依据比较简要,则可以一并展示,但前提是行政主持人应判断这样做不会构成当事人在理解上的困难。之后,听证进入当事人陈述、申辩阶段。如果在此阶段行政机关调查人员提出了新的事实、依据的,听证主持人应当征询当事人是否同意继续听证。如果当事人不同意的,听证主持人应当中止听证程序,并确定一个当事人合理准备的时间。在听证过程中,当事人有就事实、依据等方面进行陈述、申辩的权利,提出证据的权利和对行政机关调查人员发问的权利等。如果当事人与

[19] 广西壮族自治区防城港市港口区人民法院《行政判决书》([2010]港行初字第9号)。

[20] 参见《行政处罚法》第42条第1款第2项。

[21] 参见《行政处罚法》第42条第1款第4项。

第三人之间具有对抗性利益关系的,当事人应当有权向第三人发问。根据各方陈述、质辩的状况,听证主持人可以决定终止听证。听证应当制作笔录,并交当事人审核无误后签名或者盖章。

5. 第二次听证。在听证程序结束之后,行政机关就听证过程中出现的问题通过调查可能会取得若干新的证据,如果这些新证据足以改变拟作出行政行为的主要事实认定、法律条文引用的和法律效果选择的,行政机关应当就这部分证据举行第二次听证,再次给当事人陈述、申辩的机会。

### (三) 释明义务

1. 在行政程序中,行政相对人对法律规范能否正确理解有时将影响程序的顺利进展,为此,行政机关工作人员如同法官一样负有向其作法律规范释明的义务。如在行政相对人申请材料不符合要求时,受理机关的工作人员应当向申请人释明相关法律规范的具体要求。如果行政相对人因申请材料不符合要求可能导致重大不利后果时,行政机关必须给予明确的提示。在这里,释明不是简单地重复法律规范的规定,或者告知行政相对人去查阅哪部法律的某个具体条文,而是用“可理解”的语言向行政相对人作出解释,引导行政相对人作出正确的、慎重的选择。

2. 参与程序的行政相对人如遇到对法律规范理解上的难题时,有要求行政机关给予释明的程序请求权。如《行政许可法》第30条规定:“行政机关应当将法律、法规、规章规定的有关行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限以及需要提交的全部材料的目录和申请书示范文本等在办公场所公示。申请人要求行政机关对公示内容予以说明、解释的,行政机关应当说明、解释,提供准确、可靠的信息。”对于一些有特殊状况的行政相对人,如智障人、外国人等,行政机关尤其需要尽职释明,悉心指点。

3. 释明是一种为行政相对人理解法律规范所提供的一种官方帮助,它的内容应当有利于行政相对人自我权利的实现与维持,行政机关不得利用释明诱导行政相对人作出不利于自己的选择,如提出不利于自己的证据等。因行政机关错误释明导致行政相对人合法权益遭受损失的,行政机关应当依法承担赔偿责任。因提出行政赔偿请求需要行政相对人承担部分证明责任,所以,释明的方式与证据固定之间有着十分紧密的关系。从有利于行政相对人提出证据的角度,如行政相对人要求书面释明的,行政机关应当满足其要求。

### (四) 审查

1. 证据的合法性审查。由于客观上存在一个与行政程序紧密相连的行政诉讼程序,行政机关对证据的合法性审查应当采用司法或者接近于司法审查的标准。当然,行政有自己的目的和任务,在依法行政原理之下也应当容许行政程序有自己的若干审查标准,但是,它们不能与司法审查标准之间有过大的间距,使司法审查标准被虚置。

2. 审查标准。即判断证据是否符合客观性、关联性和合法性的标准。如在行政机关审查行政相对人提供的一份身份证复印件时应采用何种标准,制定法上并

没有明确规定。《行政许可法》第34条第2款规定：“申请人提交的申请材料齐全、符合法定形式，行政机关能够当场作出决定的，应当当场作出书面的行政许可决定。”此为形式审查标准；该条第3款规定：“根据法定条件和程序，需要对申请材料的实质内容进行核实的，行政机关应当指派两名以上工作人员进行核查。”此为实质审查标准。《行政许可法》确立的上述两种审查标准，通常可以适用于其他行政程序之中。

3. 裁量基准。即一种约束裁量权的规则。行政机关制定的裁量基准应当公布，使行政相对人在行政程序中有一个可预期的判断。在实务中，作为行政自我控制裁量权的基本方式，行政机关十分重视制定和发布裁量基准。行政机关在行政程序中如有行政裁量时，应当遵守公开发布的裁量基准。有的行政行为法定要件非常具体、客观，裁量基准没有存在的空间时，那么行政机关无须再制定裁量基准重复法定要件的内容。如“具有高等学校医学专业本科以上学历，在执业医师指导下，在医疗、预防、保健机构中试用期满一年的”<sup>[22]</sup>作为参加执业医师资格考试要件之一，行政机关不作细则化的规定，行政相对人也是容易作出判断、选择的。如果在个案中行政机关认为偏离公布的裁量基准作出行政行为更为合理时，应当就“偏离”的理由作出充分说明。对于这样的“偏离”裁量基准的行政行为，法院应当从所涉行政相对人权利性质、公益目的以及社会民众的一般认知加以综合判断，寻找是否存在裁量滥用的情形。

4. 内心确信。在全面收集证据的基础上，行政机关应当依照伦理、经验法则与良知判断事实真假，尤其是在行政处罚程序中，因所涉事实在时间上都已经成为不可逆转的“过去”，所以行政机关要如同法官的“自由心证”那样，对案件事实作一种内心确信的判断。“内心确信”并非是“主观臆断”的同义词，它需要遵循如经验法则等规则。当然，公务员品行良好同样也是内心确信的必要条件。

5. 前置程序。有的行政行为在作出之前，依法需要经本级政府或者上级行政机关批准的，行政机关必须履行该批准程序，尚未履行前置程序的，行政机关不得作出行政行为；反之，则构成违反法定程序。如《民用爆炸物品管理条例》第9条规定：“建立民用爆破器材的工厂，必须由其主管部门提请所在地省、市、自治区主管爆破器材生产的部门会同有关部门审查同意，由兵器工业部根据国家计划审查批准，持批准文件 and 设计图纸，向所在地县、市公安局申请许可。”

#### (五) 程序的中止

程序在进行中如遇有下列情形之一的，行政机关可以中止程序：(1) 存在需要另一个程序解决的“先决问题”而未解决的；(2) 因地震、台风等自然灾害导致行政相对人不能继续参加程序的；(3) 听证主持人因回避需要确定新的人选的；(4) 行政相对人发生丧失或者限制行为能力情形需要作进一步确定的；(5) 作为行政相对人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的。在程序中止障碍消

[22] 参见《执业医师法》第9条。

除之后,行政机关应当在法定期限内决定恢复程序的时间。程序中止障碍存在超过法定期限的,行政机关应当终结程序。

### 三、程序终结

原则上,程序以行政机关作出行政行为而终结。但在特殊情况下,程序进行中如有下列情形的,行政机关也可以终结程序:(1)参加程序的行政相对人死亡或者丧失行为能力的,或者作为行政相对人的法人或者其他组织终止的。如在行政处罚程序中,当事人因病死亡的,依法不再给予行政处罚。但是,在具有财产内容的行政强制执行程序中,这种情形只能产生程序中止的效力,等确定继承人之后恢复行政强制执行程序;(2)在依申请程序中行政相对人撤回申请的。如申请颁发驾驶执照的行政相对人撤回申请,即终结驾驶执照的颁发申领程序。在依职权程序中,如行政相对人撤回投诉、举报等,并不当然产生终结程序的效力。因为,依职权程序还兼及保护其他人的合法权益或者公共利益的功能,一旦行政相对人撤回投诉、举报等产生程序终结效力,则可能危及上述受法律保护的利益。

### 四、程序延续

#### (一) 批准程序

不同于前述的前置程序,批准程序是指终结程序的行政行为在作成之后尚未送达或者公布之前,如依法尚需要本级人民政府或者上级机关批准的,作出该行政行为的行政机关应当履行的一种报批程序。这里的“批准”应当扩大到“同意”、“认可”、“批复”、“审批”等,不宜作严格的字面解释。批准程序是一种程序合法性保障机制,在制定法上,批准程序并不少见。如《陕西省封山禁牧条例》第7条规定:“县级以上林业、农业(畜牧)行政主管部门应当按照本条例第六条规定,结合当地实际,确定封山禁牧的具体范围,并报本级人民政府批准。”依照本条规定,“确定封山禁牧的具体范围”之后,林业、农业(畜牧)行政主管部门必须履行报本级政府批准的程序。

就性质而言,批准程序属于内部程序。但是,由于它所涉的内容与行政相对人的权益有关,所以它又具有了外部化的法效力,尤其是批准机关在对外发生法效力的文书上署名的情形,它的外部法效力更为显著。<sup>[23]</sup> 由此,在行政法理学上可能会导出行政相对人是否能参加批准程序并表达自己意见的难题。目前,制定法上未见有这样的规定,从程序公正原则出发,若把涉及行政相对人权益的批准程序,作为一个内部程序由行政机关在自己办公室里处理是不妥当的。在实务中,依法

[23] 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19条规定:“当事人不服经上级行政机关批准的具体行政行为,向人民法院提起诉讼的,应当在对外发生法律效力文书上署名的机关为被告。”又如,《税务行政复议规则》第29条规定:“税务机关依照法律、法规和规章规定,经上级税务机关批准作出具体行政行为的,批准机关为被申请人。”



需要批准的行政行为在尚未批准之前送达了行政相对人,该行政行为的性质及效力如何确定,也是一个行政法学理上不好解决的问题。如在赖恒安与重庆市人民政府不予复议行政纠纷上诉案中,法院认为:

“重庆市教育委员会重教函[1999]21号报告从形式上看属于行政机关内部公文,但在抄送赖恒安本人后,即已具有具体行政行为的性质;由于该报告需待上级主管部门审批,其内容尚未最终确定,对赖恒安的权利义务并未产生实际影响,故该行为属不成熟的行政行为,不具有可诉性,重庆市人民政府裁定不予受理赖恒安的提议申请,其结论是正确的。”〔24〕

法院在此案中表达的判决理由并非没有商榷空间。因为,如果我们把重庆市教育委员会作出的重教函[1999]21号报告,当作未履行批准程序即送达行政相对人属于构成违反法定程序情形,在行政法学理上也是成立的。

## (二) 备案程序

在行政行为作出之后,由作出该行政行为的行政机关将它报备本级政府或者上级机关待查,此为备案程序。如《行政处罚法》第34条第2款规定:“执法人员当场作出的行政处罚决定,必须报所属行政机关备案。”这里的备案可以使本行政机关能够及时掌握它的行政执法人员当场作出行政处罚决定的情况,同时为事后监督提供了条件。又如,《博物馆管理办法》第12条规定:“省级文物行政部门应当自收到博物馆设立申请材料之日起30个工作日内出具审核意见。审核同意的,应报国务院文物行政部门备案。审核不同意的,应当书面说明理由。”本条规定中,“审查同意”是行政机关作出许可的一种方式,在作出了行政许可之后,行政机关应当向国务院文物行政部门报备。

下列情形不是这里所述的备案程序:(1)变相许可的“备案”。某些制定法通过文字的差异将许可装进“备案”,以规避《行政许可法》的约束。如《出口食品生产企业备案管理规定》第6条规定:“出口食品生产企业未依法履行备案法定义务或者经备案审查不符合要求的,其产品不予出口。”此为部门规章为了规避《行政许可法》关于行政许可设定的规定而违法设定的行政许可,不属于这里所述的“备案”。在实务中,法院通常是从备案的实质内容判断它的性质。如在安徽国祯泉星天然气开发有限公司与临泉县人民政府燃气经营行政许可上诉案中,法院认为:

“临泉县发改委并非燃气特许经营行政主管部门,依法不具有实施燃气经营行政许可的权限,故其对泉星公司报送的燃气加气站及释放站项目备案行为,并非燃气经营权行政许可行为,泉星公司亦不能据此合法取得临泉县燃气特许经营权。”〔25〕

(2)作为行政管理的手段。即行政相对人将自己从事的某些特定活动,依法告知行政机关以备日后监督检查。如《商业特许经营备案管理办法》第6条规定:

〔24〕 最高人民法院《行政判决书》([1998]行终字第10号)。

〔25〕 安徽省高级人民法院《行政裁定书》([2011]皖行终字第00017号)。

“特许人应当在与中国境内的被特许人首次订立特许经营合同之日起的15天内向备案机关申请备案。在2007年5月1日前已经从事特许经营活动的特许人,应当自《条例》施行之日起1年内,依照本办法的规定向有关商务主管部门申请备案。”又如《娱乐场所治安管理条例》第4条规定:“娱乐场所领取营业执照后,应当在15日内向所在地县(市)公安局、城市公安分局治安部门备案;县(市)公安局、城市公安分局治安部门受理备案后,应当在5日内将备案资料通报娱乐场所所在辖区公安派出所。”(3)作为行政相对人申请许可的要件之一。如《进出口水产品检验检疫监督管理办法》第7条规定:“国家质检总局对检验检疫机构签发进出口水产品检验检疫证明的人员实行备案管理制度,未经备案的人员不得签发证书。”

## 第二节 特别程序

### 一、制定行政规范程序

#### (一)适用范围

行政规范依其制定机关、权限等不同标准,分为行政法规、行政规章和行政规定。制定前两者行政规范的程序分别适用《行政法规制定程序条例》、《规章制定程序条例》。<sup>[26]</sup>关于制定行政规定程序,在国家层面上至今没有统一性的规定。《规章制定程序规定》第36条规定:“依法不具有规章制定权的县级以上地方人民政府制定、发布具有普遍约束力的决定、命令,参照本条例规定的程序执行。”照此,行政机关制定行政规定程序可以参照规章制定程序。在这里,所谓“参照”,大意为“参考仿照”而已,只要有说得过去的理由,并不需要不折不扣地执行全部内容。所以,若有行政机关另行制定“行政规定制定程序”,也不为上述第36条之规定所否定,如安徽省(2003)、江西省(2004)和山西省(2006)等都已经公布实施了具有地方政府规章效力的“行政机关规范性文件制定程序规定”。

#### (二)程序内容

1. 立项。制定行政规范通常有年度工作计划,立项则是编制年度立法工作计划的前提。如国务院有关部门向国务院报请行政法规立项;国务院部门内设机构或者其他机构向本部门报请部门规章立项;省级政府和较大的市政府所属工作部门或者下级人民政府向该省级政府和较大市政府报请立项。立项可以提升制定行政规范的计划性、协调性,也是制定行政规范程序的开始。

2. 起草。即有关部门拟定行政规范具体条文的活动。它的要求是:(1)拟定的条文必须先确定它的上位法,在内容上不得与上位法的规定相抵触;(2)应当整

[26] 进一步阅读朱芒:“行政立法程序调整对象重考——关于外部效果规范与程序性装置关系的考察”,载《中国法学》2008年第6期。

理、编写支持条文的立法理由,包括调查事实、上位法依据、政策考虑、外国立法例和学理观点等;(3)必要时,起草部门应当采用座谈会、论证会和听证会等方式听取各方的意见。起草程序结束时,起草部门应当提出一个可以进入审查阶段的行政规范送审稿。

3. 审查。对行政规范送审稿的审查由制定机关的法制机构负责。审查的重点内容是送审稿的合法性、可行性,以及与其他相关立法的协调、衔接。就行政规范送审稿所涉及的重大、疑难问题,审查机构可以通过座谈会、论证会和听证会等方式听取意见,重要的行政规范送审稿还可以向社会公开征求意见。审查程序结束时,应当有一个行政规范草案以及与有关的草案审查说明。若经审查认为行政规范送审稿不符合条件的,可以退回起草部门修改或者暂缓审议。

4. 决定与公布。草案由法定制定机关以法定形式审议(审批)。如行政法规草案由国务院常务会议审议或者由国务院审批,部门规章由部务会议审议决定。经审议通过之后,草案由制定机关的行政首长或者部门首长签署并以“令”的方式公布。长期以来,因行政规定(红头文件)的公布程序比较混乱,有的地方政府创设了“三统一”的制度加以规范。如《湖南省行政程序规定》第49条规定:“实行规范性文件登记制度。对县级以上人民政府及其工作部门制定的规范性文件,实行统一登记、统一编号、统一公布。”2010年国务院《关于加强法治政府建设的意见》(国发[2010]33号)要求“县级以上地方人民政府对本级政府及其部门的规范性文件,要逐步实行统一登记、统一编号、统一发布。探索建立规范性文件有效期制度”。如浙江省人民政府于2013年起全面实施行政规定的“三统一”制度。<sup>[27]</sup>

### (三)相关问题

1. 备案。即报备待查。如在行政法规在公布之日起30日内,由国务院办公厅报全国人民代表大会常务委员会备案。规章自公布之日起30日内,由制定机关的法制机构依照《立法法》和《法规规章备案条例》的规定向有关机关备案。需要指出的是,行政规范是否备案,与它生效与否没有关系。因国家对行政规范合法性审查的监督机制并不完善,强化备案或许可以起到一些补充性的监督效果。

2. 生效时间。原则上,行政法规、行政规章自公布之日起30日后施行。这主要是为了给公民、法人或者其他组织一个合理的行为调整期,以减少他们对行政法规、行政规章实施的对抗力量,或者不必要的财产损失。但涉及国家安全、外汇汇率、货币政策的确定以及公布后不立即施行将有碍行政法规、行政规章施行的,可以自公布之日起施行。行政规定的生效时间也可以照此原则执行。

## 二、重大行政决策程序

### (一)重大行政决策的概念

重大行政决策是指县级以上人民政府作出的涉及本地区经济社会发展全局、

[27] 参见《浙江省人民政府关于推行行政规范性文件“三统一”制度的意见》(浙政发[2012]100号)。

社会涉及面广、专业性强、与人民群众利益密切相关的行政决策事项。2005年国内第一个规范地方政府重大行政决策程序的规章即《重庆市政府重大决策程序规定》公布实施。2008年《湖南省行政程序规定》第3章第1节也专门规定了重大行政决策及其程序。虽然重大行政决策一直被认为是行政机关“内部”事务,但是,它与经济、社会发展和民生关系十分密切,所以,以程序加以规范化的必要性也可以从依法行政原理中导出。

## (二) 程序内容

1. 决策方案拟定。决策方案拟定部门应当在充分调研的基础上,向本级人民政府提出一个合法、可行、明确的决策方案。决策内容如有重大分歧意见的,拟定部门应当提供两个以上的决策备选方案,供审议时选用。与公众利益密切的决策方案,可以采用报刊、互联网站、广播电视等媒介公布或者采取座谈会、听证会、论证会等方式,充分听取公众意见。

2. 审议决定。通过政府常务会议或者全体会议审议是决策方案必经的法定程序。行政首长可以对审议的决策方案作出同意、不同意、修改、搁置及再次审议的决定。基于行政首长负责制,行政首长一般应当根据多数人的意见作出决定,也可以根据少数人的意见或综合判断作出决定,但应当说明采纳少数意见的理由。

3. 决策执行。决策执行机构应当在各自的职责范围内执行政府重大行政决策。公民、法人或者其他组织认为政府重大行政决策应当停止执行或修正的,可以提出建议或者要求,决策机关或决策执行机构必须认真考虑并及时作出答复。决策执行机构在执行过程中发现政府重大行政决策所依赖的客观条件发生变化,导致决策目标全部或部分不能实现时,可以向决策机关提出停止执行、暂缓执行或修正决策的建议。重大行政决策是否停止、暂缓执行或者修正,由行政首长决定。

## (三) 相关问题

1. 重大行政决策评估。决策机关应当就决策的执行效果进行事后评估,以决定该决策是否需要停止、暂缓执行或者修正。评估结果应当以适当方式向社会公布。评估程序应当公正、透明,不得背离程序正义的基本要求。

2. 暂缓执行重大行政决策。凡被列入暂缓执行的重大行政决策,若经过一个规定的时间仍然不能启动执行程序的,决策机关可以作出废止决定。

## 三、行政裁决程序

### (一) 行政裁决的概念

行政裁决是指行政机关根据法定授权,处理公民、法人或者其他组织相互之间发生的与其行政职权密切相关的民事纠纷的一种行政行为。行政裁决是一种司法性行政行为,如同法院的诉讼程序一样,行政机关在法定授权的情况下,居于中立地位利用行政的优势解决部分与行政管理密切相关的民事争议。行政机关没有当然的行政裁决权能,所以,它必须依法获得法律授权。基于分权原理,这里的“法”应为解释为“法律”。但是,在制定法上,法规甚至规章也在授权行政机关行使行

政裁决权,尤其是行政法规、规章有“行政自我授权”之嫌,应当限制甚至否定。如《浙江省林地管理办法》第45条规定:“征收、占用林地和临时占用林地双方对各项补偿(助)费标准以及对需采伐的林木在确认林种、林龄、产材量、年产值等方面有争议且协商不成时,一方或双方可以向县级以上林业行政主管部门申请裁决。”

## (二) 程序内容

1. 申请。行政裁决程序以当事人申请为起始,当事人申请行政裁决可以书面申请,也可以口头申请。基于便民原则,当事人口头提出申请的,行政机关应当记录申请人的基本情况、行政裁决请求、申请行政裁决的主要事实、理由和时间。在申请人签字或者盖章后,视为具有与书面申请一样的法效力。

2. 对申请的处理。行政机关收到申请后,应当在法定期限内进行审查,并根据下列情况分别作出处理:(1)申请事项属于本机关管辖范围内的,应当受理,并在规定的时间内将申请书副本或者申请笔录复印件发送给被申请人,由被申请人提出答辩和相关证据;(2)申请事项不属于本机关管辖范围内的,应当告知申请人向有关行政机关提出;(3)申请事项依法不能适用行政裁决程序解决的,决定不予受理,并告知申请人其他救济途径。

被申请人应当自收到申请书副本或者申请笔录复印件之日起的法定期限内,向行政机关提交书面答复及相关证据材料。行政机关应当在收到被申请人提交的书面答复之日起的规定时间内,将书面答复副本发送申请人。申请人、被申请人可以到行政机关查阅、复制、摘抄案卷材料。

3. 审理。行政机关审理行政裁决案件,应当由符合法定人数的行政机关工作人员参加。双方当事人对主要事实没有争议的,行政机关可以采取书面审查的方式审理。双方当事人对主要事实有争议的,行政机关应当开庭审理,以充分听取双方当事人的质辩意见。行政机关认为必要时,可以实地调查核实证据。对于行政裁决案件,行政机关可以先行调解,经调解不成的,再依法作出裁决。

4. 作出裁决。行政机关应当在法定期限内作出裁决,情况复杂的,经本行政机关主要负责人批准,可以延长期限作出裁决,并应当将延长期限告知双方当事人。裁决应作出裁决书,并依照《民事诉讼法》的规定送达各方当事人。

## (三) 相关问题

1. 另类“裁决”。在制定法上还存在另外两种性质不同的“裁决”:(1)法律适用冲突中的裁决。如《行政诉讼法》第53条第2款规定:“人民法院认为地方人民政府制定、发布的规章与国务院部、委制定、发布的规章不一致的,以及国务院部、委制定、发布的规章之间不一致的,由最高人民法院送请国务院作出解释或者裁决。”这类裁决不具有可诉性。(2)行政复议中的“裁决”。如《行政复议法》第14条规定:“对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为不服的,向作出该具体行政行为的国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府申请行政复议。对行政复议决定不服的,可以向人民法院提起行政诉讼;也可以向国务院申请裁决,国务院依照本法的规定作出最终裁决。”上述两种裁决都不属于本题的行政

裁决。另外,还有名为裁决的“单方决定”,也不属于这里的“行政裁决”。如《电力监管条例》第26条规定:“发电厂与电网并网、电网与电网互联,并网双方或者互联双方达不成协议,影响电力交易正常进行的,电力监管机构应当进行协调;经协调仍不能达成协议的,由电力监管机构作出裁决。”这里的“裁决”因不存在一方当事人的申请,从该条例的立法目的看,在性质上它属于电力监督机构的单方面行政决定。

2. 仲裁。仲裁是当事人依照法律规定,自愿将其争议提交由非官方身份的仲裁员组成的仲裁庭进行裁判,并受该裁判约束的一种制度。它不是行政裁决。在制定法上有:(1)农村土地承包仲裁。如《农村土地承包法》第51条规定:“因土地承包经营发生纠纷的,双方当事人可以通过协商解决,也可以请求村民委员会、乡(镇)人民政府等调解解决。当事人不愿协商、调解或者协商、调解不成的,可以向农村土地承包仲裁机构申请仲裁,也可以直接向人民法院起诉。”此适用程序由《农村土地承包经营纠纷调解仲裁法》规定。(2)人事争议仲裁。如《公务员法》第100条规定:“国家建立人事争议仲裁制度。”它适用于聘任制公务员与所在机关之间因履行聘任合同发生的争议。

#### 四、简易程序

##### (一)适用范围

对事实简单、当场可以查实、有法定依据且对当事人合法权益影响较小的行政事务,行政机关可以适用简易程序作出行政决定。它的适用范围主要是行政处罚和行政许可。前者如《道路交通安全法》第107条规定:“对道路交通安全违法行为人予以警告、二百元以下罚款,交通警察可以当场作出行政处罚决定,并出具行政处罚决定书。”后者如《行政许可法》第34条第2款规定:“申请人提交的申请材料齐全、符合法定形式,行政机关能够当场作出决定的,应当当场作出书面的行政许可决定。”设置简易程序的法律意义在于,基于行政管理效率的要求,如在行政处罚中对一些不需要立案调查且影响不大的、在其被发现后即可认定事实的行政违法行为直接给予处罚,也不影响到受处罚人的合法权益,从而确保行政管理的高效率性。而在行政许可中,简易程序之下的“立等可取”还具有较高的便民性。

##### (二)程序内容

1. 表明身份。配发制服是表明身份的一种方式,但制服只能作为公务员身份的一个标志,不能表明着制服的公务员一定都是正在执行公务,况且并非所有公务员都能配发制服。比较可行的方案是出示有关执法证件(在20世纪80年代之前,工作证或者介绍信通常表明执法身份的一种凭证)。如《行政处罚法》第34条也规定:当场处罚“应当向当事人出示执法身份证件”。对不表明身份的执法人员实施的行政处罚,当事人有权拒绝。之所以赋予当事人有拒绝权,是因为执法人员不表明身份作出的行政处罚决定属于“重大且明显”的违法,是无效的行政决定。

2. 告知。如在行政处罚的简易程序中,行政机关在作出处罚决定前,应当口头

告知当事人违法行为的基本事实、拟作出的行政处罚、依据及其依法享有的权利,听取当事人的当场申辩。执法人员应当充分斟酌、慎思受处罚人的辩解,不得视其辩解为态度不好而加以从重处罚;如当事人提出的事实、理由或者证据成立的,行政机关应当采纳。当事人对事实认定有异议的,应当转入普通程序。如在庄燕生诉北京市公安局公安交通管理局海淀交通支队黄庄队公安交通管理处罚案中,法院认为:

“海淀交通支队黄庄队的执法民警在发现庄燕生违反交通法规后,对其进行处罚的行政行为事实清楚,主要证据确凿。虽然海淀交通支队黄庄队对庄燕生处以30元罚款的数额属于《中华人民共和国行政处罚法》规定的当场处罚的范围,但因庄燕生有异议,海淀交通支队黄庄队对庄燕生适用行政处罚的一般程序不违法,符合《中华人民共和国道路交通安全法条例》和《中华人民共和国行政处罚法》的相关规定。”〔28〕

3. 制作决定书。原则上,行政机关作出的行政决定书应当当场制作,并交付给当事人。如《行政许可法》第34条第2款规定:“申请人提交的申请材料齐全、符合法定形式,行政机关能够当场作出决定的,应当当场作出书面的行政许可决定。”而在行政处罚的简易程序中,执法人员应当填写预定格式、编有号码的行政处罚决定书并当场交付当事人。行政处罚决定书应当载明当事人的违法行为、行政处罚依据、罚款数额、时间、地点以及行政机关名称,并由执法人员签名或者盖章。当事人拒绝签名的,执法人员应当在处罚决定书上注明,不影响行政处罚决定书的效力。如在鹿邑县公安局与吴永峰公安行政处罚纠纷上诉案中,法院认为:

“2007年12月7日,上诉人鹿邑县公安局在城郊派出所内当场对被上诉人吴永峰作出被诉鹿公(2007)决字第072251号公安行政处罚决定,吴永峰拒签,办案民警郭庆玉、王晓峰在附卷的决定书和送达回执上进行了注明,符合《公安机关办理行政案件程序规定》第二十九条‘(二)除本款第一项外,公安机关作出行政处罚决定和其他行政处理决定,应当在宣告后将决定书当场交付被处理人,并由被处理人在附卷的决定书上签名或者盖章,即为送达;被处理人拒绝签名和盖章的,由办案人民警察在附卷的决定书上注明’之规定,应视为已向被上诉人吴永峰送达。”〔29〕

在部门行政法中,一些相对于《行政处罚法》而言的特别法,有时会对行政处罚决定书的内容作出更为详细的规定。如《道路交通安全法》第107条规定:“行政处罚决定书应当载明当事人的违法事实、行政处罚的依据、处罚内容、时间、地点以及处罚机关名称,并由执法人员签名或者盖章。”《道路交通安全违法行为处理程序规定》第43条规定:“简易程序处罚决定书应当载明被处罚人的基本情况、车辆牌号、车辆类型、违法事实、处罚的依据、处罚的内容、履行方式、期限、处罚机关名称及被处罚人依法享有的行政复议、行政诉讼权利等内容。”在道路交通安全的

〔28〕 北京市第一中级人民法院《行政判决书》(〔2003〕一中行终字第309号)。

〔29〕 河南省周口市中级人民法院《行政裁定书》(〔2010〕周行终字第16号)。

行政处罚程序中,应当优先适用这些特别规定。

### (三)相关问题

1. “现场”、“当场”与简易程序。不在案发现场,或者不在案发当时作出行政处罚决定,并非不得适用简易程序。最高人民法院在一个答复中也明确表示了这一观点:“本案的行政处罚行为作出时间是在违法行为发生后将近一年,地点并不在违法行为发生地,故不属于当场处罚。”<sup>[30]</sup>所以,简易程序有时也可以在案件离开“现场”、“当场”之后适用。

2. 依职权适用。某一行政案件是否可以适用简易程序,由行政机关依职权决定。符合简易程序的行政案件,必要时行政机关也可以适用普通程序办理。

---

[30] 最高人民法院《关于交通警察支队的下属大队能否作为行政处罚主体等问题的答复》([2009]行他字第9号)。



# 第十一章 行政违法与行政责任

## 第一节 引 言

### 一、行政违法概念

行政违法是指行政机关作出的行政行为不符合合法要件。行政行为是法规范的具体化,通过行政行为这个中介,法效力在个案中获得了延伸,法的功能得以发挥。需要指明的是,这里的行政违法不包括制定行政规范的行为,因为,它本身的目的还需要通过其他行政行为才能实现。依法行政原理要求行政机关依法才能行政,行政不依法而行,在行政法上将受到否定性的评介,只有这样,统一、安定的法的秩序才能获得维护。但是,行政违法并不当然无效,对于行政违法的法律后果如何设定,通常与国家的法政策有关。

行政违法不包括行政相对人在行政法上的违法行为,如行政相对人生产、销售假冒伪劣产品、违反规定在公共场所乱扔瓜皮等。行政相对人的违法行为中的构成要件、法律责任等属于行政处罚法调整的范围,与这里所述的行政机关行政违法之间具有质的差异。国家公务员在行政法上以私人身份实施的违法行为,也归入行政相对人违法行为范畴,如公务员下班途中开车违反交通规则的行为;但若以公务员身份实施了与职务有关的违法行为,则归于他所属行政机关的行政违法。

对非行政决定的行为作违法判定的法律价值在于行政机关是否需要承担行政赔偿责任。对行政决定作违法判定的法律价值除了确定行政赔偿责任之外,还要明确行政决定法效力的状况。行政决定一经作出就被推定为具有存续力、执行力等法效力,但这种法效力毕竟是基于行政秩序的需要而推定的,并非是当然的、终局的。当行政相对人提起行政救济时,就需要对行政决定是否合法作出判定,然后再确定它的法效力是否可以继续存在下去。因此,行政违法的判断基准、情形、无效等都是行政救济中不可或缺的内容,同时它也适用于行政机关体系内部的自我纠错程序中的行政违法判断等。

行政违法与责任(行政赔偿)之间是否具有必然的关系,行政法学理上是有争议的。假如行政赔偿责任的归责原则是“不法”——即侵权责任法上的一种主观过错状态,那么在行政机关有行政行为违法但没有“不法”的情况下,就没有行政赔偿责任可追究了。如行政机关穷尽了审查义务之后仍然没有发现许可要件之一的公证书是伪造的,事后撤销许可就没有行政赔偿责任可言。但是,在行政法上,

行政机关主观上是否有过错,与作出的行政行为是否违法之间并没有必然的联系,因此,在是否需要承担行政赔偿责任时,也无须考虑这个要件。如在杨光群诉四川省泸州市规划建设局房屋行政登记案中,一审法院认为:

“本案中,申请房屋抵押权登记的当事人向被告提供了符合《城市房地产抵押管理办法》和《城市房屋权属登记管理办法》要求的文件、资料;被告按照法定程序和法定职责,审查后予以登记并颁证,尽到了合法、合理、审慎的注意义务,其登记行为合法。由于申请房屋抵押权登记的当事人提供的文件、资料中‘杨光群’处的签字和印捺的手印不具有真实性,应属申报不实。根据《城市房屋权属登记管理办法》第二十五条的规定,对申报不实的,房屋登记机构有权注销房屋抵押权登记。因此,被告应当履行注销房屋抵押登记的法定职责。”〔1〕

本案中,一审法院认为因被告“尽到了合法、合理、审慎的注意义务,其登记行为合法。”因原告申报不实,所以被告有履行注销房屋抵押登记的法定职责。但二审法院经审理认为:

“登记机关已尽到审查注意义务只能证明其自身无过错,但不等于登记行为必然合法。一审判决认为登记机关‘已尽到了合法、合理、审慎的注意义务,其登记行为合法’的理由不当,依法予以纠正。一审判决认定事实清楚,适用法律、法规正确,虽然理由有所不妥,但结论并无不当。上诉人请求依法改判的上诉理由不能成立,本院不予支持。”〔2〕

本案中,法院认为“登记机关已尽到审查注意义务只能证明其自身无过错,但不等于登记行为必然合法。”此裁判理由是妥当的。“尽到审查注意义务”只能证明登记机关主观上没有“不法”状态,当《国家赔偿法》规定“违法行使职权”作为归责要件时,“不法”已经从行政赔偿的归责要件中排除出去了。因此,行政赔偿责任在制定法上是一种“客观归责”的法律责任:有行政违法,即有行政赔偿责任。

行政违法包括不作为违法。在法定要求行政机关行使职权是一种积极状态,但行政机关没有作出这种积极状态时,即不作为违法。如行政机关依法应当在法定期限内回复申请人的申请,但行政机关没有作出回复。若行政机关作了一个不合法的“不同意申请”的回复,则是行政作为违法。不过,在行政法理论上也有认为它属于不作为违法中的“内容不作为”。若此观点成立,那么所有“没有依法”的行政行为都可以认定为“不作为违法”。这种观点的错误在于把不作为本身状态与是否合法放置于同一平面上加以考虑,而不是递进式的逻辑思考,即先判定行为是否属于不作为,若属于不作为,再判定它是否合法,否则,得出的结论必然是不作为即不合法。如在汤晋诉当涂县劳动局不履行保护人身权、财产权法定职责案中,法院认为:

〔1〕 四川省泸州市江阳区人民法院《行政判决书》(〔2008〕江阳行初字第09号)。

〔2〕 四川省泸州市中级人民法院《行政判决书》(〔2008〕泸行终字第31号)。又如赵秀斌不服黑龙江省大庆市工商行政管理局萨尔特分局企业法人工商行政登记案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第10号案例,中国法制出版社2010年版,第48页以下。

“当涂县劳动局把要求查处违法行为的来信批转无处理权的物资局去处理,自己既不履行监督检查的职责,也不向物资局了解监督的结果如何,并且不给来信人答复,不能认为其已履行了法定职责。如果允许行政机关对自己主管业务范围内收到的公民来信,只要批出后就可了事,就可以认为履行了职责,再不必检查、落实和给来信人作出答复,那么,法律赋予公民的检举、控告权利就会形同虚设。”〔3〕

本案中,法院裁判的逻辑错误就是如此。它应当先判定涂县劳动局的“来信批转”是作为还是不作为,若是不作为,再审查“来信批转”是否合法,而不是因“来信批转”违法而认定“不履行法定职责”。

## 二、行政违法认定机关

### (一) 法院

《行政诉讼法》第3条规定:“人民法院设行政审判庭,审理行政案件。”根据本条的规定,法院是行政违法的认定主体。行政审判庭是审判组织,不具有独立审判权,因此它不是认定行政违法的主体。最高人民法院《若干解释》第6条第2款规定:“专门人民法院、人民法庭不审理行政案件,也不审查和执行行政机关申请执行其具体行政行为的案件。”根据这一司法解释的规定,如军事法院、铁路运输法院等专门人民法院、人民法庭也都不是行政违法的认定主体。

### (二) 行政机关

1. 复议机关。《行政复议法》第3条第1句规定:“依本法履行行政复议职责的行政机关是行政复议机关。”根据本条的规定,复议机关是认定行政违法的主体。《行政复议法实施条例》第2条规定:“各级行政复议机关应当认真履行行政复议职责,领导并支持本机关负责法制工作的机构(以下简称行政复议机构)依法办理行政复议事项,并依照有关规定配备、充实、调剂专职行政复议人员,保证行政复议机构的办案能力与工作任务相适应。”根据这一规定,行政复议机构是复议机关具体办理行政复议事项的内设机构,不是认定行政违法的主体。

2. 其他行政机关。在复议程序之外,行政机关在行政执法监督程序中依法也有权认定行政违法。如《四川省行政执法监督条例》(2010年修订)第2条规定:“本条例适用于本省各级人民政府对所属工作部门,以及下级人民政府或者工作部门对所属工作机构和下级工作部门的行政执法实施监督检查的活动。”根据这一规定,凡实施行政执法监督的行政机关都是认定行政违法的主体。这样的地方性法规、地方政府规章已在多省、市颁布实施,实务中,这种行政违法认定主体通常是以作出“行政执法监督决定书”的方式行使职权的。如在濮阳县第二人民医院与宋喜琴等行政执法监督纠纷上诉案中,法院查明:

“2008年6月17日濮阳县劳动和社会保障局作出豫濮(濮县)工伤认字[2008]001号

〔3〕《最高人民法院公报》1996年第4期。

工伤认定决定书,认定宋喜琴所受伤害确定为因工受伤。宋喜琴和其用人单位濮阳县第二人民医院在收到该工伤认定决定书法定期限内均未申请复议。2009年7月7日濮阳县第二人民医院不服该工伤认定决定书,向濮阳县人民政府投诉。2009年8月26日濮阳县人民政府作出濮县政监决字[2009]02号行政执法监督决定书,以濮阳县劳动和社会保障局超越职权为由撤销了该工伤认定决定书。”〔4〕

### 三、违法判断基准时

#### (一)违法判断基准时的概念

行政机关作出的行政行为在受到是否违法判断时,是基于行政机关作出行政行为时所依据的还是认定机关判断时的“事实和法律状态”,即为违法判断基准时。〔5〕前者可称为“当时基准时”,后者可称为“当下基准时”。如在石中跃等16人诉湖北省武汉市客运出租汽车管理处要求履行义务上诉案中,法院认为:

“在本案二审审理期间,国务院办公厅于1999年11月24日,下发了国办发[1999]94号文件,转发建设部、交通部、财政部、国家计委、公安部《关于清理整顿城市出租汽车等公共客运交通意见的通知》,要求对出租汽车经营权有偿出让和转让进行清理整顿,武汉市对出租汽车经营权的有偿出让和转让应依据该通知的要求进一步规范。而一审法院按照当时有效的地方性法规判决维持被上诉人招标收费行为并无不当。”〔6〕

本案中,一审所采用的判断基准时是“收费行为”作出时的地方性法规的规定,即“当时基准时”。在本案二审中,国务院办公厅下发了一个新的文件,改变了被告作出“收费行为”时的法律状况,但这份新的文件并没有被二审法院作为裁判的依据。从本案中也可以看到,针对同一个被作违法判断的行政行为,若采用不同的判断基准时,判断的结果也是不同的。由此,我们需要进一步讨论违法判断基准时的适用。

#### (二)违法判断基准时的适用

1. 行政决定效力面向未来的,原则上采用“当下基准时”;反之,则采用“当时基准时”,非行政决定的其他行政行为,亦同。前者如行政许可决定,后者如行政处罚决定。如在广东恒古集团有限公司与广州市城市管理综合执法支队海珠大队行政处罚决定纠纷上诉案中,法院认为:

〔4〕 河南省濮阳市中级人民法院《行政判决书》([2010]濮中法行终字第18号)。

〔5〕 在比较法上,违法判断基准时是行政诉讼中一个重要理论问题,但我国行政法上相关成果并不多,多少也影响了行政、司法实践中的正确判断。进一步阅读陈淑芳:“撤销诉讼之裁判基准时点”,载中国台湾地区行政诉讼研究会编:《行政诉讼之研讨》,新学林出版股份有限公司2012年版,第229-310页;林三钦:“论行政诉讼之判断基准时——兼评最高行政法院94年度判字第588号判决”,载其著:《“行政争讼制度”与“信赖保护原则”之课题》,新学林出版股份有限公司2008年版,第135-173页。

〔6〕 最高人民法院《行政判决书》([1999]行终字第16号)。

“根据《广州市违法建设查处条例》第二条的规定,建筑物、构筑物未经规划验收且有违法建设情形,给社会造成的直接危害仍然存在的,属于违法建设的继续状态;条例施行前已建成的建筑物、构筑物,是否属于违法建设,依照当时的法律、法规、规章、政策予以认定。本案中,上诉人所有的涉案91号地块中有部分建筑没有办理报建手续。在上诉人非该地块建筑物的建设者,而原使用者广州制药厂又已宣告破产的情况下,被上诉人根据规划航测图、报建图,认定违法建设的建筑物分别建于1975年9月前、1980年后、1991年后,主要证据充分,本院予以支持。上诉人在被上诉人处理及诉讼期间,均未能举证推翻被上诉人对建筑时间的认定,其提出涉案处罚决定证据不足的主张,本院不予采纳。关于法律适用问题,由于该部分建筑均建于前述条例施行前,故对其处理应依照当时的法律或政策规定。被上诉人在处罚决定中依照涉案建筑物建设当时实施的《关于加强城市建筑管理制止违章私建的通告》及《中华人民共和国城市规划法》的规定,认定91号地块中三处未经报建批准的建筑物构成违法建设,依据明确,符合前述法规的规定。”〔7〕

如在第三人提起撤销行政许可的行政诉讼或者行政复议中,该行政许可决定作出时某构成要件欠缺合法依据,但在判断时因新的制定法规定不需要该要件时,宜采用“当下基准时”,与现行法秩序保持一致。因行政事实行为没有法律效力,也就不涉及法效力面向未来的问题,因此,行政事实行为是否违法的判断应采用“当时基准时”。

2. 对不作为的违法判断,原则上采用“当下基准时”。基于行政相对人的请求,认定机关判断行政机关不作为是否违法,涉及是否应当满足当下行政相对人的请求权,采用“当下基准时”更有利于保护行政相对人的合法权益,也使违法判断与当下法律秩序一致。“不作为的违法确认诉讼是以排除行政厅的置之不理为目的的制度,所以,违法判断的基准时间应该采取判决时的观点。因此,在诉讼期间,只要行政厅对申请作出某种应答,诉的利益便告消灭,将不被受理。”〔8〕据此,如行政相对人请求颁发某一许可证,因某一构成要件不符合法律规定,行政机关也没有作出答复。在行政相对人提起履行法定职责请求之后,因新的制定法规定该许可证申请不需要这一要件,认定机关应当采用“当下基准时”对行政机关“没有作出答复”作出违法判断。但是,判断行政机关是否具有相对人申请履行的法定职责,应以其收到相对人申请人之时为时间节点。此后,行政机关发生的职责变更不能成为其不作为的正当理由。〔9〕

### (三) 相关区别

1. “情势变更”之下行政机关的撤回。因情势变更,行政机关撤回已经作出的行政决定,并非为制定法所禁止。如《行政许可法》第8条第2款规定:“行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发

〔7〕 广东省广州市中级人民法院《行政判决书》(〔2006〕穗中法行终字第321号)。

〔8〕 [日]盐野宏:《行政救济法》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第158页。

〔9〕 任伟成等诉上海市公安局宝山分局大华新村派出所不履行设置道路标牌法定职责案,载《中国行政审判案例》(第4卷)第149号案例,中国法制出版社2013年版,第151页以下。

生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,行政机关应当依法给予补偿。”本条与违法判断基准时不同的是,它涉及作出的行政许可在“情势”发生变化之后,行政机关是否有撤回它的义务,以及行政相对人的权益如何保障的问题。

2. 法适用中的时间效力。在法的适用中,原则上是依照行政行为作出时的“法律状态”,即必须与当下的法秩序保持一致,只有在特殊情况下才能适用“实体从旧、程序从新”规则。如《立法法》第84条规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往,但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”本条与违法判断基准时不同的是,在行政法上,法的适用中的时间效力是行政机关对行政事务作出处理时应当依据何种法的问题,而不是认定主体在“复审”行政机关已经作出的行政行为时违法判断基准的选择。如在赤峰市蔬菜购销公司综合经理部不服房产管理处注销房屋所有权证案中,法院认为:

“本案事实清楚。原、被告对房屋存在的事实,发证时间经过均无异议。被告认为原告房屋在确权发证前为临时建筑,发证后性质不变,仍为临时建筑。被告上述主张没有当时的法律、法规、政策做依据。根据当时的有关政策为原告颁发的产权证是合法有效的。被告依据建设部《城市房屋权属登记管理办法》第23条规定注销原告持有的第011C06037号房屋所有权证属适用法律法规错误。”〔10〕

本案中,关于原告的房屋性质是否是临时建筑的争议,被告依照发证时的有关政策认为原告申请符合规定,故向其颁发了房屋产权证,之后,被告以该房屋属临时建筑为由注销了房屋产权证。法院以被告的主张没有当时的法律、法规、政策做依据为由,否定了它的注销行为的合法性。此所谓“实体从旧”的法适用规则。在法院审查此案时,关于临时建筑有不同于旧规定的新规定时,就产生了对“注销房屋产权证”的行为是否违法判断基准时的问题。

## 第二节 行政违法构成要件

行政违法的构成要件涉及行政行为的主体、事实、依据和程序四个方面的内容。一个行政行为违法并不需要四个要件同时具备,只要其中某一要件成立,行政违法即可认定。这四个要件并非是平面上的四个点,而是主体、事实、依据和程序依次在一条直线上的先后四个点,从而构成了认定行政违法递进式的要件体系。

〔10〕 内蒙古自治区赤峰市红山区人民法院《行政判决书》(〔2000〕红行初字第17号)。

在这个递进式的要件体系中,只有前一个要件不成立时,才有必要去审查判定后一个要件是否成立;而一旦后一个要件成立时,那么前面所有行政违法不成立的要件都归于零,构成行政违法。

### 一、主体资格违法

行政机关能否对外作出行政行为,首先,取决于它是否有行政权能——能不能作出行政行为;其次,有行政权能的行政机关能在多大范围内对外作出行政行为——在多大范围内作出行政行为,决定于它的行政权限,两者齐全者称之为有行政行为的主体资格,即有独立对外行使职权的资格。有权能未必有权限,但有权限必然有权能。实务中,法院经常把“职权依据”作为一个独立的审查要点,要求被告明示它作出被诉行政行为的职权依据,以备审查,在内容上等同于“主体资格”。主体资格违法主要有如下三种情形:

#### (一) 无权能

1. 内部机构或者派出机构。行政机关的内设机构或者派出机构是行政机关的组成部分,没有行政权能,不能对外作出行政行为。如在张国其等 12 人诉浙江省人民政府土地行政复议案中,法院认为:

“浙江省人民政府的被诉具体行政行为,所认定的事实不清,证据不足,且由其法制办公室的内设部门‘复议应诉处’作出不予受理复议申请的决定,亦不符合《中华人民共和国行政复议法》的有关规定,依法应予撤销。但鉴于浙江省人民政府法制办公室已于 2006 年 3 月 30 日决定受理张国其等人的行政复议申请,故本院再予撤销原被诉具体行政行为,已无实际意义。”<sup>〔11〕</sup>

本案中的“复议应诉处”是复议机构(行政复议机关的法制工作机构)的内设机构,不具有对外行使行政复议权的权能。它以自己的名义作出“不予受理复议申请的决定”,属于主体资格违法。又如,在朱某与上海市浦东新区社会发展局要求撤销答复行政纠纷上诉案中,法院认为:

“在无当事人申请要求浦东社发局履行立案处罚法定职责的情况下,浦东社发局卫生处对信访人反映情况进行调查后,在将调查结果予以告知的书面答复中,直接表态‘……事件发生于 2006 年 4 月,已超过法律的追溯期,故不予立案处罚’,超越了信访内容及答复范围。是否予以立案处罚作为对当事人设定权利义务的行政行为,应当由职权机关根据法定职责作出决定,在没有法律、法规或者规章授权的情况下,浦东社发局卫生处作为浦东社发局的内设机构,在以自己的名义作出的信访答复中载明了设定当事人权利义务的‘不予立案处罚’内容,超越了其权限,缺乏依据。”<sup>〔12〕</sup>

本案中,“卫生处”是被告的内设机构,与前案中的“复议应诉处”一样不具有

〔11〕 浙江省高级人民法院《行政判决书》([2006]浙行终字第 11 号)。

〔12〕 上海市第一中级人民法院《行政判决书》([2009]沪一中行终字第 230 号)。

行政权能。法院认为“卫生处”作出的信访答复“超越了其权限”,实为是本案审理的法院权能与权限不分之误。“卫生处”本无权能,也就无所谓“超越了其权限”之说。

2. 规章授权。自从最高人民法院《若干解释》第20条出现了“法律、法规或者规章授权”之后,规章授权的组织也有被认为具有与法律、法规授权一样的法效果,在实务中更是如此作业,实在是未能准确理解最高人民法院《若干解释》第20条的本意之故。如在张春生不服北京市东城区城市管理监察大队城管监察行政复议案中,法院认为:

“北京市人民政府于1999年11月2日发布的第43号令《北京市禁止违法建设若干规定》第三条第三款规定,本市城市管理监察组织根据市人民政府规定的职责权限,调查违法建设行为,责令拆除违法建筑物、构筑物和其他工程设施,给予行政处罚。北京市人民政府办公厅于2004年8月25日发布的京政办函[2004]47号《关于本市查处违法建设职责分工调整有关事宜的通知》规定,以建设工程是否取得建设工程规划许可证作为划分本市城市管理综合执法组织与规划行政主管部门查处违法建设职责分工的标准;建设单位、个人未取得建设工程规划许可证,且违法建设发生在已设置城市管理综合执法组织地区的,由城市管理综合执法组织依据市容环境卫生管理和城市规划管理法律、法规和规章的规定实施行政处罚。根据上述规定,东城区城管大队具有对未取得建设工程规划许可证建设建筑物、构筑物或其他工程设施的行为予以查处,并作出行政决定的职权。”<sup>[13]</sup>

本案中,《北京市禁止违法建设若干规定》是地方政府规章,法院据此认可了北京市东城区城市管理监察大队因为这一地方政府规章授权获得了如同行政机关一样的法律地位,具有了独立对外作出行政行为的权能。这个认定是不妥当的。最高人民法院在一个释义中说:“规章授权在行政立法中比较常见,行政复议法亦将规章作为行政执法和行政复议的依据之一,结合行政审判工作的客观实际,对规章授权的适格被告予以明确是必要的。”<sup>[14]</sup>可见,最高人民法院《若干解释》第20条的本义是,规章授权的组织可以成为“适格被告”,而不是如同法律、法规授权一样,该组织具有与行政机关相同的法律地位。但因行政法理论上一直有“行政诉讼中的被告是行政主体”之说,在实务中就被理解为既然是“适格被告”,那就可以独立对外行使职权。本案中法官的判案思路大致如此。其实,在《行政诉讼法》第25条第4款、《行政处罚法》第17条、《行政许可法》第23条和《行政强制法》第70条等规定未作修改之前,规章授权只能产生一个便于原告提起诉讼的诉讼主体,而不能产生一个具有与行政机关一样法律地位的组织。因此,《若干解释》第20条的规定不是规章授权在行政实体法上具有行政权能的法定依据。

3. 假行政行为。由一个无行政权能的组织作出的、外观上貌似行政行为的

[13] 北京市东城区人民法院《行政判决书》([2006]东行初字第36号)。

[14] 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38页。



“行政行为”，称之为假行政行为。实施假行政行为的组织不具有行政权能，其引起的法律责任是民事责任。如在陈必有等与儋州市新州镇人民政府房屋拆除及行政侵权赔偿纠纷上诉案中，法院认为：

“上诉人陈必有、陈后吉的损失是拆除房屋的行为所造成的，与被上诉人新州镇政府作出的‘通知’的行政行为之间没有必然的因果关系，故其请求新州镇政府予以赔偿，没有事实依据。拆除房屋是黄玉村委会实施的行为，村委会不是行政机关，也不是法律、法规或规章授权行使行政职权的组织，其不具备实施行政行为的主体资格，其实施的行为属于民事行为，该行为是否已经构成民事侵权，上诉人陈必有、陈后吉可以通过民事诉讼程序解决，故上诉人在本诉讼中请求判决被上诉人新州镇政府承担该房屋被拆除的赔偿责任，没有法律依据，不予支持。”〔15〕

本案中，黄玉村委会是基层群众性自治组织，拆除房屋的行为在制定法上是行政机关的行政行为，但黄玉村委会实施了拆除上诉人房屋的行为，符合假行政行为的特征。对于假行政行为，权利人的法律救济途径通常是民事诉讼程序，所以，本案中法院的裁判是妥当的。

## （二）无权限

权限，即行政管辖权的范围。若权能可用一个点标示，那么权限是围着这个点的一个圈。凡行政机关对外作出的行政行为依据不在这个圈内的，即为无权限，在外观上表现出来的是行政越权。依照主体之间的关系不同，行政越权可以分为如下几种情形：

1. 同质主体之间越权。在同一性质行政机关的体系内，上下级之间、平级之间以及行政机关与它的派出机关（机构）之间，它们各自都有法定权限。一旦它们越出了法定权限的范围，则构成无权限。如最高人民法院行政审判庭《关于〔1996〕豫法行字第6号请示的答复》（〔1997〕法行字第2号）称：“县级人民政府颁发的宅基地使用证，乡人民政府认定无效或予以撤销的行为，属于超越职权的性质。”此为上下级行政机关之间的越权。又如，在安阳市工商行政管理局文峰分局等与王小四等工商行政登记纠纷上诉案中，法院认为：

“根据《工商行政管理所条例》第八条规定，工商所的具体行政行为是区、县工商局的具體行政行为，但有下列情况之一的，工商所可以以自己的名义作出具体行政行为：（一）对个体工商户违法行为的处罚；（二）对集市贸易中违法行为的处罚；（三）法律、法规和规章规定工商所以自己的名义作出的其他具体行政行为。宝莲寺工商所以自己的名义作出注销登记不符合上述法规规定，也不符合安阳市工商行政管理局文峰分局与宝莲寺工商所签订的委托书授权范围，故宝莲寺工商所为安阳市文峰区宝莲寺永昌彩艺内蒙玻璃总汇注销登记行为无效。”〔16〕

〔15〕 海南省海南中级人民法院《行政判决书》（〔2008〕海南行终字第4号）。

〔16〕 河南省安阳市中级人民法院《行政判决书》（〔2010〕安行终字第4号）。

本案中,宝莲寺工商所是安阳市工商行政管理局文峰分局的派出机构,前者经《工商行政管理所条例》授权,具有了行政权能,并有若干项具体行政处罚等的权限。但是,宝莲寺工商所作出的注销登记行为是安阳市工商行政管理局文峰分局的权限,法院认定宝莲寺工商所作出的注销登记行为无效是正确的。但本案列安阳市工商行政管理局文峰分局为被告不当,根据最高人民法院《若干解释》第20条第3项的规定,宝莲寺工商所才是本案的被告。

2. 异质主体越权。不同性质的行政机关有不同的权限,这些权限由制定法事先分配妥当,行政机关之间不可互相逾越,否则行政的统一性、整体性将不可维系,更遑论行政秩序的整齐、稳定。不同性质的行政机关之间越权,构成无权限情形之一。如在上海环球生物工程公司不服药品管理行政处罚案中,法院认为:

“被上诉人上海市徐汇区工商行政管理局,非药品监督部门,不具备实施处罚的主体资格,在对上诉人行使处罚时,违背了药品管理法第四十五条第一款关于卫生行政部门行使药品监督权的规定,属越权行政。”〔17〕

本案中,工商行政管理局和卫生局是徐汇区人民政府之下两个性质不同的职能部门,它们的权限分别由《产品质量法》和《药品管理法》规定。药品是产品的一种,但1984年的《药品管理法》将药品管理划入卫生局的权限范围,工商行政管理局行使药品质量监督权,属于异质主体之间的超越权限。又如,在丰祥公司诉上海市盐务局行政强制措施案中,法院认为:

“根据国务院《盐业管理条例》第四条的规定:‘轻工业部是国务院盐业行政主管部门,主管全国盐业工作。省及省级以下人民政府盐业行政主管部门,由省、自治区、直辖市人民政府确定,主管本行政区域内的盐业工作。’轻工业部《盐业行政执法办法》第七条规定:‘各级行政主管部门,应当设立盐政执法机构,负责本辖区内的盐政执法工作。’根据以上国务院、轻工业部的法规、规章的规定,上海市人民政府制定了《上海市盐业管理若干规定》,其中第四条规定:‘上海市商业委员会是本市盐业行政主管部门。上海市盐务局是市人民政府依据《食盐专营办法》授权的盐业主管机构,负责管理本市行政区域内的食盐专营工作,组织本规定的实施,并接受市商委的领导。’因此,本市盐业行政主管部门是市商委,而非盐务局。盐务局只能负责管理食盐专营工作,并无对本市工业盐的经营、运输进行查处的职权,不具有作出封存、扣押违法经营工业盐行政强制措施的执法主体资格。”〔18〕

上海市盐务局只有管理食盐专营的权限,对工业盐的经营、运输的行政管理权限属于上海市商业委员会。本案中,上海市盐务局却对原告作出封存、扣押违法经营工业盐的行政强制措施,行使了上海市商业委员会的职权,也属于异质主体之间的行政越权。

3. 行政职权介入司法范围。如行政机关作出的行政决定与法院生效的判决相

〔17〕 《最高人民法院公报》1989年第4期。

〔18〕 《最高人民法院公报》2003年第1期。

抵触,属于行政超越职权的特殊情形。如在罗边槽村一社不服重庆市人民政府林权争议复议决定行政纠纷上诉案中,法院认为:

“但是,在罗边槽村一、四社已经达成调解协议,并被人民法院的生效判决认定为具有法律效力的情况下,重庆市丰都县人民政府又作出丰都府发[1998]157号《关于高家镇罗边槽村一、四社林权争议的处理决定》,否定该调解协议具有法律效力,与人民法院的生效判决相抵触,属于超越职权。”<sup>[19]</sup>

## 二、认定事实违法

行政机关若无合法证据证明行政案件所列举并认定的事实,则构成认定事实违法。事实,即客观上存在的各种情况。作为法适用基础的事实,它是由证据予以证明的客观情况,即法律事实,且证据必须由行政机关合法取得;没有法律事实,也就没有法正确适用的基础。认定事实违法的情形有:

### (一)主要证据不足

主要证据不足,即有若干证据在案,也不足以得出案件的基本事实在法律上确已成立之结论。如在一个案件中仅有“未成年人所作的与其年龄和智力状况不相适应的证言”<sup>[20]</sup>这一孤证,公安机关即认定张三播放黄色录像事实成立,显然属于主要证据不足。由此我们可以解释出的另一个结论是,与案件基本事实不相关的次要证据不足的,不属于认定事实违法之情形。

《行政诉讼法》第54条第2项第1目规定,“主要证据不足”是法院撤销或者部分撤销被诉的行政行为情形之一。《行政复议法》第28条第3项第1目规定“主要事实不清、证据不足的”,由复议机关决定撤销、变更或者确认该行政行为违法,这与前者的要求相同。何谓“主要证据”,最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(试行)》第117条第2款规定:“前款第(三)项中所说的主要证据是指:对认定被告人是否构成犯罪起主要作用,对定罪量刑有重要影响的证据。”在制定法上,与其相似的概念还有“重要证据”。如《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》第11条第3款规定:“重要证据是指能够对工商行政管理机关启动调查或者对认定垄断协议行为起到关键性作用的证据,包括参与垄断协议的经营者、涉及的产品范围、达成协议的内容和方式、协议的具体实施情况等。”这一“重要证据”的定义可以为我们在理解“主要证据”时作参照。<sup>[21]</sup>

无论是“主要证据不足”还是“主要事实不清”,其实它们都蕴含着一个证明标准的要求,即案件事实认定只有达到了“主要证据不足”或者“主要事实不清”时,被审查的行政行为才能被撤销、改变或者确认违法。如在济源市工商行政管理局与张宏杰工商行政处罚纠纷上诉案中,法院认为:

[19] 《最高人民法院公报》2000年第6期。

[20] 最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第71条第1项。

[21] 进一步阅读陈永革:“论主要证据”,载《法学研究》1999年第2期。

“市工商局对王磊磊所作的询问笔录中,王磊磊明确表示该批450十五年陈酿老白汾酒不是从西城永恒商行进货,是其自己在酒类流通随附单上添加了该批酒的名称,其送货时该批酒上未贴‘汾酒济源总代理、永恒商行’的防伪标签。市工商局提供的其他证据亦不足以证明系张宏杰向王秋玉销售了该批450十五年陈酿老白汾酒。一审撤销市工商局的处罚决定并无不当,应予维持。”〔22〕

在通常情况下,相对于刑事活动而言,行政行为对行政相对人合法权益的影响并不大,且基于行政效率的要求,采用较低要求的证据标准是合理的。但是,在涉及人身自由如劳动教养、行政拘留等行政案件时,提高证明标准的要求也是必要的。如在宿海燕不服劳动教养决定案中,法院认为:

“被上诉人宿海燕和其他四人在同王国平、王伟平谈论合伙经商的债权债务时发生冲突,李山、王斌、邱光富、王先养在与王国平、王伟平相互斗殴中,造成王国平、王伟平轻伤。由于没有旁证材料证明此次事件是宿海燕纠集所为,其后果应由参与斗殴的李山、王斌等人承担。上诉人海口市劳动教养管理委员会在只有王国平、王伟平的陈述而没有其他证据互相印证的情况下,仅凭宿海燕与王国平之间过去有感情上的纠葛和经济上的纷争,宿海燕是案发当天从四川飞赴海口,当晚又在现场等事实,就推断宿海燕必有纠集并伤害他人的行为,从而作出对宿海燕劳动教养三年的决定,是错误的,应予撤销。”〔23〕

本案涉及限制宿海燕的人身自由的劳动教养决定,但被告仅有她是在案发当天从四川飞赴海口、当晚又在现场等事实推断她必有纠集并伤害他人的行为,主要证据是不充分的。在证据法上,不同的证据之间有不同的证明效力,如证明同一事实的数个证据中,原件、原物优于复制件、复制品。〔24〕若行政机关在未取得优势证据的情况下仅凭劣势证据即认定相关的案件事实,构成主要证据不足。如在刘某某诉长沙市人力资源和社会保障局工伤确认纠纷案中,法院认为:

“关于文某某是否因工外出这一事实,经庭审举证、质证,符合行政诉讼证据规则的主要证据是刘某某在申请工伤认定时提供的潍柴公司出具的文某某系在该公司进行业务考察期间突发疾病死亡的证明,以及某某公司出具的文某某外出系非因工死亡的情况汇报。市社保局在工伤认定程序中采信了某某公司提供的证据材料,作出了不予认定文某某死亡为工亡的工伤认定。被告对原告提供的与此相矛盾的证据未进行查实和评判,被告在双方证据均未形成优势证据的情况下作出不构成工伤的决定主要证据不足。综上,市社保局作出的认定文某某死亡不构成工伤的决定主要证据不足、事实不清。”〔25〕

本案中,对于文某某是否因工外出的事实,存在两份相反的证据,且没有其他第三份证据可以加重其中任何一份证据的证明效力,本案优势证据没有形成,但被告采信了其中一方的证据作出了文某某不构成工伤的决定,属于主要证据不足。

〔22〕 河南省济源中级人民法院《行政判决书》(〔2010〕济中行终字第28号)。

〔23〕 《最高人民法院公报》2000年第1期。

〔24〕 最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第63条第3项。

〔25〕 湖南省长沙市芙蓉区人民法院《行政判决书》(〔2011〕芙行初字第34号)。

## (二) 没有证据

与“主要证据不足”相比,“没有证据”的违法程度更为严重。“没有证据”主要有两种情形:(1)因行政机关在作出行政行为时就没有证据,在诉讼、复议或者其他监督程序中也就不存在可以出示的证据。如在孙社伟与濮阳市公安局行政处罚决定纠纷上诉案中,法院认为:

“本案中,濮阳市公安局行政卷宗显示,受案登记表记载报案时间‘2010年03月01日19时10分’,与报案人报案时间不一致。且其自受理案件至作出处罚决定之日已超期,程序违法。根据报案人报案称其铲车被扣押损失达32000元,提供租车收据4000元,而被上诉人处罚决定书认定损失为三千余元,没有证据予以证明,属认定事实不清。”〔26〕

依常理,本案中在“32000元”和“4000元”的两个证据中,无论如何得不出损失“3000元”的事实认定。法院认定被告的行政处罚决定认定的损失“没有证据予以证明”,甚为妥当。(2)有一些证据但不足以证明被告的事实认定成立。如沈希贤等182人诉北京市规划委员会颁发建设工程规划许可证纠纷案中,法院认为:

“被告规划委员会在审批该项目的《建设工程规划许可证》时,应当审查第三人是否已取得了环境影响报告书,并根据卫生部颁布施行的《卫生系统实验动物管理暂行条例》规定,审查申报建设的实验动物室建筑是否保留至少有20米的卫生隔离区。但是,本案中规划委员会核准的动物实验室工程设计方案,实验室与原告的住宅楼之间的距离为19.06米,未达到规定的距离要求。规划委员会在诉讼中向法院提交的有关证据,不足以证明其审批行为认定事实清楚,程序正当、合法。”〔27〕

(3)未在法定期限提供的证据。最高人民法院《行政诉讼证据规定》第1条规定:“根据行政诉讼法第32条和第43条的规定,被告对作出的具体行政行为负有举证责任,应当在收到起诉状副本之日起10日内,提供据以作出被诉具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件。被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的,视为被诉具体行政行为没有相应的证据。”依照本规定,基于被告在法定期限内不向法院提供证据,法院可以推定它作出的行政行为在法律上没有证据。如在南乐县国土资源局与南乐县乐园食品有限公司申请土地登记纠纷上诉案中,法院认为:

“上诉人南乐县国土资源局系南乐县人民政府国土资源行政主管部门。《土地登记办法》第十二条对当事人提出土地登记申请后,国土资源行政主管部门如何处理作出了明确规定。上诉人收到被上诉人土地登记申请后,以被上诉人于2001年11月5日与南乐县电业局签订《土地划转协议》,该宗土地使用权转让给了县电业局已形成事实为由,对被上诉人作出登记申请不予受理通知,未按照《土地登记办法》第十二条的规定作出处理。上诉人

〔26〕 河南省濮阳市中级人民法院《行政判决书》([2011]濮中法行终字第25号)。

〔27〕 《最高人民法院公报》2004年第3期。

在诉讼中没有提交证据、依据证明作出不予受理通知的合法性,属主要证据不足,应予撤销。”〔28〕

本案基于法律推定规则得出了“没有证据”的结论。被告因违反程序规定,没有在法定期限内向法院提交证据,构成“主要证据不足”的一种情形。

### (三) 违法证据

凡是行政机关违法取得的证据,依法不能作为定案的证据,此为从证据合法性要求中得出的当然结论。〔29〕将违法证据排除在定案依据之外,符合正当程序的理念:不得以不正当、不合法的手段达到一个所谓的崇高目的。“偷拍、偷录、窃听等手段获取侵害他人合法权益的证据材料”、“利诱、欺诈、胁迫、暴力等不正当手段获取的证据材料”之所以被否定,正是出于这一法治理念。除此之外,严重违法法定程序收集的证据材料也是违法证据。如《行政诉讼法》第33条规定:“在诉讼过程中,被告不得自行向原告和证人收集证据。”违反本条规定收集证据属于上述情形之一。在个案中,取证时执法人员少于两人的,也属于违法取证。如在王瑞刚与王光达公安行政处罚上诉案中,法院认为:

“清丰县公安局在处理该案过程中,部分询问笔录系一名办案民警调查取证,违反《行政处罚法》第三十七条‘行政机关在调查或者检查时,执法人员不得少于两人’和公安部《公安机关办理行政案件程序规定》第三十五条‘公安机关在调查取证时,人民警察不得少于两人’的规定,不能作为证据采信,该处罚决定主要证据不足,且公安机关亦未查明被上诉人具有教唆他人违法的行为,一审法院予以撤销并无不当。”〔30〕

本案中,因调查取证的民警少于两人,可能影响到询问笔录内容的真实性,属于严重违法法定程序,法院没有采信这部分询问笔录。在实务中如何判断这里的“严重”,一般来说,应当以违反法定程序取证影响证据内容真实的可能性大小为标准。当然,也要结合个案中具体情况,才能作出正确的认定。

## 三、适用依据违法

在查清案件事实的基础上,行政机关必须选择正确的法依据作出行政行为。“法依据”是一种抽象的法规则,与行政法源相当。“正确的法依据”要求行政机关作出行政行为时,不仅要明确所适用的具体依据,而且选择适用的法依据必须合法。〔31〕适用依据违法的主要情形有:

### (一) 法条适用错误

适用明确、具体的法条是行政机关作出行政行为时履行说明理由义务的基本内容之一。当行政相对人收到行政行为并表示不服时,若行政行为有明确、具体的

〔28〕 河南省濮阳市中级人民法院《行政判决书》(〔2011〕濮中法行终字第31号)。

〔29〕 最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第57条。

〔30〕 河南省濮阳市中级人民法院《行政判决书》(〔2011〕濮中法行终字第29号)。

〔31〕 进一步阅读杨登峰:“行政行为撤销要件的修订”,载《法学研究》2011年第3期。

法条,他就可以从中找到为救济而要攻击的“靶心”;若他认同了行政机关适用的法条,则有助于他接受该行政行为的内容。在实务中,法条适用错误主要有:

1. 未引用法条。行政机关作出的行政行为没有引用具体的法条,而是用一些语焉不详的词语,如“经研究决定……”、“根据现行政策……”等,都属于严重的适用依据违法情形。如在崇明县文化广播影视管理局与施某某等行政许可答复纠纷上诉案中,2008年10月8日,上海绿洲娱乐有限公司向崇明县文化市场管理所提出申请,要求办理上海市文化经营许可证。同日,崇明县文化市场管理所作出答复:“根据现行政策,该场所的房屋类型属办公楼,不能办理娱乐场所的申请。”法院经审查后认为:

“崇明文广局在接到上海绿洲娱乐有限公司办理上海市文化经营许可证的申请后即作出答复,符合在接到申请书之日起十日内提出审批意见的要求,但以根据现行政策,办公楼不能办理娱乐场所为由作出答复,没有法律、法规或规章的依据,系适用法律、法规错误。”<sup>[32]</sup>

本案中,被告在答复中使用“根据现行政策”的用语,未见表述具体政策的内容。虽然政策不属于“法”,但在一定条件下它是可以成为行政依据的。然而,被告却用如此模糊不清的语言,作出对原告不利的决定,构成“未引用法条”的法条适用错误。不过,实务中,上述情形十分少见,未引用法条主要表现为只引用法的名称,但未引出具体条款。对于这种情形,最高人民法院早先的态度认为是合法的。如在赵立新诉宁夏回族自治区国有资产管理局行政批复上诉案中,法院认为:

“宁夏国资局根据《国有资产产权界定和产权纠纷处理暂行规定》,依宁夏科协的申请对成套公司国有资产进行界定,不属于对产权纠纷作出处理,其所作出的宁国资发[1997]46号批复未引用前述规定的条、款、项,不影响其行为的合法性。上诉人赵立新关于‘批复作出的程序违法、批复未引用规定的条款项,一审法院判决认定批复适用法律正确是错误的’等理由不能成立。”<sup>[33]</sup>

本案为最高人民法院的判决,对地方各级人民法院审理类似案件具有事实上的拘束效力。不过,有的地方人民法院把这种情形归入“法律适用瑕疵”,但不影响被诉行政行为的合法性。如在重庆市无线电话有限责任公司诉重庆市财政局产权界定上诉案中,一审法院认为:

“原告重庆市无线电话有限责任公司具有诉讼主体资格,可以公司名义提起行政诉讼。被告市财政局根据《国有资产产权界定和产权纠纷处理暂行办法》第二十八条第(一)项之规定作出被诉具体行政行为程序合法。被告在渝财资[2000]4号《通知》中,所依据的‘国资法规发(93)63号’文件系笔误,且已自行纠正。《通知》作为界定产权的行政行为与行政

[32] 上海市第二中级人民法院《行政判决书》([2010]沪二中行终字第174号)。

[33] 最高人民法院《行政判决书》([1999]行终字第15号)。

处罚不同,未引用具体法律条款,属于法律适用的瑕疵,不构成撤销的法定理由。”〔34〕

但是,最高人民法院在2004年公布的宣懿成等18人诉衢州市国土资源局收回土地使用权行政争议案中,对这个问题的认识发生了重大转变。法院认为:

“本案各原告均系衢州市府山中学教工住宅楼的住户,是该楼用地的合法使用者。被告国土局因建设银行衢州分行需要扩大营业用房,决定收回各原告住宅楼的国有土地使用权,国土局在有关该决定的书面通知中,仅说明该决定是依照土地管理法及浙江省的有关规定作出的,但却没有说明决定收回各原告住宅国有土地使用权的具体法律依据。国土局依照土地管理法对辖区内国有土地的使用权进行管理和调整,属于其行政职权的范围。但在决定收回各原告住宅国有土地使用权时,对所依据的法律条款应当予以具体说明而没有说明,属于适用法律错误。”〔35〕

在本案的裁判摘要中,最高人民法院把裁判理由归纳为“行政机关在依法实施具体行政行为时,仅说明所依据的法律名称,没有说明依据的具体法律条款,且不能证明其具体行政行为符合法律的哪些具体规定,构成违法,应予撤销”。对于未引用法条的情形是否构成适用依据错误,最高人民法院在本案的裁判摘要中增加了一个要件,即“不能证明其具体行政行为符合法律的哪些具体规定”。也就是说,如果行政机关在事后的行政复议或者诉讼中指明的具体条文适用本案是正确的,即使它在作出的行政行为中没有引用条文,也不构成适用依据错误。最高人民法院这一态度虽有进步,但仍然值得检讨。这种有条件地判定适用依据错误,虽然顾及了行政效率,但并不利于行政相对人及时、有效地行使行政救济权利。

2. 引用法条不全。即没有引用应当全部引用的法条,导致案件中有关事实在行政机关作出的行政行为中被遗漏处理,直接影响了行政行为的结论正确性。如在胡某诉上海铁路公安局上海公安处行政处罚案中,法院认为:

“《中华人民共和国治安管理处罚法》的五十二条第三项规定,伪造、变造、倒卖车票、船票、航空客票、文艺演出票、体育比赛入场券或者其他有价票证、凭证的,处十日以上十五日以下拘留,可以并处一千元以下罚款;情节较轻的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款;第五条规定,治安管理处罚必须以事实为依据,与违反治安管理行为的性质、情节以及社会危害程度相当;第十九条规定,违反治安管理情节特别轻微的,减轻处罚或者不予处罚。铁路公安机关在查处倒卖铁路客票的违法行为时,不但要适用行为认定和处罚条款,更应当注意总则性条款的适用。即使认定原告加价转让铁路客票的行为属于倒卖车票,原告的行为也是特别轻微,社会危害不大,应当减轻处罚或者不予处罚,被告只适用《中华人民共和国治安管理处罚法》的五十二条第三项规定,属于适用法律错误。”〔36〕

其实,这种现象在个案中并非少见。在实务中,对于法的总则部分,行政机关总是认为它不具有可操作性,不能作为处理个案的依据。本案中,法院认为法的总

〔34〕 重庆市高级人民法院《行政判决书》([2003]渝高法行终字第18号)。

〔35〕 《最高人民法院公报》2004年第4期。

〔36〕 河南省郑州市中原区人民法院行政判决书([2008]中行初字第6号)。



则性条款在治安行政处罚决定中更应当注意适用,这一判定是十分精当的。本案原告的违法行为特别轻微,社会危害不大,被告应当引用总则中有关减轻处罚或者不予处罚的条款,加入到本案的依据之中,但被告没有引用这一条款,导致处罚结论适用法律错误。

3. 未适用行为时的法。行政机关作出行政行为所适用的依据,原则上是行政相对人实施行为时的法,如违法占地建房认定、向行政机关申请许可规定等。在行政机关作出行政行为时,若有行政相对人实施行为之后才生效的法对他更为有利,且该法有为此作出的特别规定时才可以适用新的法。<sup>[37]</sup>若行政机关未适用行政相对人行为时的法作出行政行为,可能导致适用依据错误。如在叶启生诉防城港市住房和城乡建设委员会城市规划行政处罚纠纷案中,法院认为:

“本案原告于1995年期间,在未取得建设工程规划许可证和其他有关批准文件的情况下便在城市规划区域内建设房屋,其行为已违反了《中华人民共和国城市规划法》和《广西壮族自治区实施办法》的有关规定,基于原告违法行为发生的时间,被告可适用上述法律法规对原告作出行政处罚,然被告在其防建规罚字[2009]第105号行政处罚决定书中适用《中华人民共和国城乡规划法》(该法于2008年1月1日起施行)对原告做出处罚属适用法律法规错误。”<sup>[38]</sup>

本案中,原告实施的违法建设房屋行为发生在1995年,当时调整城市规划区域内建设房屋行为的法律是《城市规划法》以及当地的《广西壮族自治区实施办法》。被告在2009年作出处罚时却适用了2008年实施的《城乡规划法》,法院认为被告的处罚决定违反《立法法》第84条的规定,属于适用法律、法规错误。

4. 适用失效的法。在行政机关作出行政行为时已经失效的依据,不得适用,此为法律常识。若没有代替性依据的,行政机关不得作出行政行为;若有代替性依据的,行政机关应当适用代替性依据作出行政行为,否则构成适用依据错误。如在王献坤诉内黄县人民政府土地行政登记案中,法院认为:

“《土地登记办法》从2008年2月1日起已开始施行,内黄县人民政府2009年在作出本案被诉具体行政行为时应适用该《土地登记办法》,不应适用已经废止的《土地登记规则》。内黄县人民政府在作出本案被诉具体行政行为时仍适用《土地登记规则》,显属适用法律、法规错误。”<sup>[39]</sup>

本案中的适用依据错误应该说与具体经办人不熟悉法律业务有关。《土地登记办法》是办理土地登记的“基本法”,如同从事行政审判的法官与《行政诉讼法》的关系一样。如办理土地登记工作的公务员平时能够稍微做点业务功课的话,这种适用依据的低级错误应该是完全可以避免。

[37] 参见《立法法》第84条。

[38] 广西壮族自治区港口区人民法院《行政判决书》([2010]港行初字第12号)。

[39] 河南省安阳市中级人民法院《行政判决书》([2010]安行终字第73号)。

5. 引用依据时少字多字或错字。虽然少字、多字或错字是一种技术性的卷面错误,但是,如果这种卷面错误过于离谱的话,也足以构成适用依据错误。如在南阳市汇普新型建筑建材厂诉南阳市国土资源局土地行政处罚案中,法院认为:

“本院认为,法律文书中如果出现错、漏个别字词,往往是由于校对有误或者打印出错,可以看作瑕疵。本案中,如果河南省出台有关于《土地管理法》的实施条例,而被告将‘条例’错打为‘条理’,包括‘七十六’少打一个‘条’字,都可以看作文书瑕疵。但本案中,河南省显然并未出台该‘条例’,在处罚主文中出现这样的错误应视为适用法律错误。”<sup>[40]</sup>

本案中,被告将“河南省实施《中华人民共和国土地管理法》条例”中的“条例”错打成了“条理”,原本这种情形可以作为一种“卷面错误”处理,但是,河南省根本就没有制定过这样的地方性法规,这种“卷面错误”就变得不可宽恕了。法院将此种情形认定为适用法律错误,十分正确。

6. 同位法适用错误。同位法是同一机关制定的法。《立法法》第83条规定:“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。”此为《立法法》所确立的一条法适用规则。例如,药品在属性上是产品的一种,《产品质量法》和《药品管理法》都是全国人大常委会制定的,属于同位法,那么,在药品监管上应适用哪部法律呢?在福建省龙岩市天泉生化药业有限公司诉龙岩市人民政府药品监督管理行政复议案中,法院认为:

“我国的《产品质量法》与《药品管理法》属于一般法与特别法的关系,按照特别法优于一般法的原则,凡是我国《药品管理法》规定的事项,均应当适用《药品管理法》,而不应当适用《产品质量法》。”<sup>[41]</sup>

本案中,法院确定了《产品质量法》和《药品管理法》之间是一般法与特别法的关系,如在个案中发生具体规定不一致的情形时,应当优先适用《药品管理法》。在实务中,同位法适用错误的也并不少见。如在成都市劳动和社会保障局与盛会琼劳动、社会保障行政确认纠纷案中,法院认为:

“市劳动和社会保障局主张适用的川劳社函[2003]251号《四川省劳动和社会保障厅关于职工酒后驾车伤亡性质认定的复函》(以下简称251号复函)的精神,与劳社厅函[2007]345号《关于对工伤认定法律适用问题的复函》(以下简称345号复函)相冲突,根据适用法律、法规及规范性文件应遵循‘新法优于旧法’的原则,市劳保局未引用新的规定,导致认定有误。”<sup>[42]</sup>

本案中的两个行政规定都是四川省劳动和社会保障厅制定的,属于同位法。虽然本案中所涉及的行政行为依据是不属于《立法法》所调整的行政规定,但《立

[40] 河南省南阳市卧龙区人民法院《行政判决书》([2009]宛龙行初字第15号)。

[41] 福建省龙岩市中级人民法院《行政判决书》([2005]岩行终字第41号)。

[42] 四川省崇州市人民法院《行政判决书》([2008]崇州行初字第10号)。

《立法法》第 83 条所确立的法适用规则原理也一样可以适用于本案。

7. 异位法适用错误。异位法是由不同机关制定的法。《立法法》第 78 条至第 81 条作出了明确的适用规定,它确立了异位法适用规则是上位法优于下位法。<sup>[43]</sup> 因国家立法体制采用一元多层次结构,在有效的立法监督保障机制建立之前,上下法之间的冲突并不少见,因此,此规则具有确保法律体系内在统一性的功能。在实务中,行政机关异位法适用错误也不可避免。如在上海东兆化工有限公司诉上海市工商行政管理局静安分局行政处罚案中,法院认为:

“《安全生产法》和《危险化学品安全管理条例》虽然都对未经批准经营危险化学品的违法行为作了处罚规定,但两者所规定的罚款幅度是不同的。《安全生产法》在《危险化学品安全管理条例》之后颁布实施,且属高位阶法律规范,应优先适用。静安工商分局辩称《安全生产法》第九条第二款赋予工商行政管理机关可以按照‘其他有关法律、法规’(包括《危险化学品安全管理条例》)的规定来查处违法行为,但这里蕴含的前提应该是‘其他有关法律、法规’与‘本法’不存在冲突情况。故对静安工商分局的这一辩称不予采纳。”<sup>[44]</sup>

本案中,《安全生产法》和《危险化学品安全管理条例》之间是上下位法之间的关系,它们对未经批准经营危险化学品的违法行为作了不同的罚款幅度的处罚规定。被告选择了下位法作出了行政处罚决定,违反了《立法法》规定的异位法适用规则。因国家尚未建立宪法诉讼制度,有关宪法、法律规定的立法监督制度虽然比较齐全,但实务运用却乏善可陈,在个案中由法院逐个解决异位法冲突,可能是现行法体系中的一种补救措施。如在汪园黔诉分宜县林业局、分宜县公安局林业局行政处罚案中,法院认为:

“原告汪园黔提出其在胶合板被扣押的 15 天内补办了木材运输证,根据《江西省木材运输管理办法》第十九条规定应予以放行,并认为被告作出没收原告胶合板的处罚后又以 7000 元的价格卖给原告与法律相违背。本院认为《江西省木材运输管理办法》第十九条的规定与《森林法实施条例》第三十五条、第四十四条相抵触,因《江西省木材运输管理办法》是地方政府规章,《森林法实施条例》是行政法规,根据上位法优于下位法的原则,《江西省木材运输管理办法》第十九条的规定应视为法定失效。”<sup>[45]</sup>

本案中,法院根据上位法优于下位法的法适用规则,在裁判中直接宣布《江西省木材运输管理办法》第 19 条的规定“失效”,在《行政诉讼法》的框架中,是有越

[43] 《立法法》第 78 条规定:“宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。”第 79 条规定:“法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。行政法规的效力高于地方性法规、规章。”第 80 条规定:“地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章。省、自治区的人民政府制定的规章的效力高于本行政区域内的较大的市的人民政府制定的规章。”第 81 条规定:“自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本经济特区适用经济特区法规的规定。”

[44] 上海市静安区人民法院《行政判决书》([2003]静行初字第 105 号)。

[45] 江西省分宜县人民法院《行政判决书》([2004]分行初字第 1 号)。

权之嫌的。尽管法院对规章有“参照”权,但是,依照通说“参照”并没有授予法院有宣布被参照的规章“失效”的职权。符合《行政诉讼法》规定的裁判方法是,法院可以宣布该规章在本案中不适用,并根据上位法的规定以适用依据错误为由撤销被诉的行政行为。

8. 未体现法律原则。法律原则是指为制定法所明确规定的或者蕴含的原则。如行政机关在作出行政决定过程中未能体现出法律原则的要求,也属于适用依据错误。如在何文良诉成都市武侯区劳动局工伤认定行政行为案中,法院认为:

“劳动者享有获得劳动安全卫生保护的權利,是劳动法规定的基本原则,任何用工单位或人都应当为劳动者提供必要的劳动卫生条件,维护劳动者的基本权利。劳动者在日常工作中‘上厕所’是其必要的、合理的生理需求,与劳动者的正常工作密不可分,应当受到法律的保护。被告作出的行政认定未体现劳动法中保护劳动者合法权益的基本原则,属适用法律、法规错误。”〔46〕

## (二) 概念解释错误

行政机关对制定法中不确定法概念解释是否得当,直接影响适用依据的正确性。为此,行政机关必须遵守法解释的基本规则,在个案中正确地阐释不确定法概念的含义。实务中,概念解释错误主要情形有:

1. 违背立法目的(本意)。立法目的是法规范的唯一来源,是解释不确定法概念的一种精神或者理念的指引,是维系法体系统一性的保障。若行政机关离开立法目的来解释不确定法概念,所得出的结论也就可能不为法院所支持。如在孙立兴诉天津市新技术产业园区劳动人事局社会保障行政确认案中,法院认为:

“本案的争议焦点是孙立兴是否属于在工作场所因工作原因摔伤。关于是否属‘工作场所’,中力公司所在商业中心八楼的经营场所是孙立兴的工作场所,孙立兴因接受开车接人的工作任务,中力公司的汽车是孙立兴的又一工作场所。孙立兴要开的汽车停放在商业中心一楼院内,要完成开车的工作任务,从商业中心八楼下到一楼并通过一楼门口台阶,是孙立兴必经的空间。因该空间与孙立兴两个工作场所紧密相连的特殊性,一审法院将此空间范围认定为孙立兴的工作场所,符合立法本意。”〔47〕

本案中,双方争议的焦点之一是“工作场所”。从一个工作场所到另一个工作场所之间的必经通道是否也是“工作场所”所包含的内容,本案被告作出了否定性的解释。但是,法院认为劳动人事局对“工作场所”所作出的解释不符合立法本意,进而否定了它所作出的工伤认定。又如,在龙岩卓鹰制铁有限公司诉福建省龙岩市劳动和社会保障局社会保障行政确认案中,法院认为:

“本案原告对‘上班途中’的理解特定限缩于第三人龙钢生活区休息宿舍至工作地点范

〔46〕 《最高人民法院公报》2004年第9期。

〔47〕 《中国行政审判指导案例》(第1卷)第31号案例,中国法制出版社2010年版,第166页以下。

国,不符合《工伤保险条例》立法宗旨。”〔48〕

本案中,双方争议的焦点之一是如何解释“上班途中”的概念。与前一行政案件一样,对“上班途中”被告同样也是在偏离立法目的的情况下作出狭窄的法解释。法院认为对“上班途中”的解释也必须结合《工伤保险条例》立法宗旨中“保护弱者”目的,才能作出合理的解释,过度限制它的空间范围不利立法目的的实现。

2. 违背经验性法概念解释中的常理。与价值性概念不同,经验性概念形成于人们的日常生活之中,对于后者的解释需要借助于日常生活经验和普通人的认识,才能获得正确的结论。以这样的方法解释经验性概念,可以提升一般人对法院裁判的可接受性。如在陈国泰不服厦门市思明区工商行政管理局工商行政处罚案中,法院认为:

“本案争议的焦点在于,被上诉人在其店堂墙上设置的‘全国十佳洗涤单位’、‘国际织物保养协会会员’等牌匾是否‘存在利用广告对自己的商业信誉作引人误解或虚假的宣传和表示’。为此,本院认为,本案涉及的是商业特许经营,所谓的商业特许经营,是指特许人通过合同形式将自身拥有的注册商标、企业标志、经营模式等经营资源授权给被特许人使用。被特许人之所以能够以合同的形式使用特许人的注册商标、企业标志、经营模式等经营资源,在于被特许人充分认知特许人企业经营资源的知名度以及商业价值。换句话说,被特许人一切重要的经营资源均依附于特许人的提供,对于自身而言,并没有值得夸耀的噱头。因此,吹嘘或宣扬特许人的企业形象和商标价值,成为被特许人推销自己、促进本公司营业收入的主要营销手段。而对于普通消费者而言,其认知的也是特许人的企业知名度和商标,经营者无非就是个‘加盟者’,任何的吹嘘与宣扬均是加盟的经营者对知名企业 and 商标的夸耀,至于加盟的经营者是谁,通常不在意。本案中,被上诉人在其店堂墙上设置的‘全国十佳洗涤单位’、‘国际织物保养协会会员’等牌匾,虽然没有特别指明为特许人的荣誉,但其加盟企业的显著特征,已经印证了这些牌匾的实际意义。上诉人作为法律授权的工商管理、消费者权益保护的行政管理部门,依法行政固然为其法定职责,但认定被上诉人‘在橱窗上设置的广告内容存在利用广告对自己的商业信誉作引人误解或虚假的宣传和表示,其行为已经违反《厦门市反不正当竞争条例》第十一条第一款的规定’则缺乏依据。”〔49〕

本案涉及对经验性法概念的理解与判断。从法院的裁判理由中可以看出,解释“引人误解或虚假”的立足点是普通消费者的认知,应以社会公众的一般认知能力作为评判依据。因此,法院没有对工商局的解释给予尊重,而是根据日常生活经验,以社会公众的一般认知进行全面审查,并以自己的判断替代行政机关的判断。

3. 违背文义。不确定法概念的解释首先必须取其文义,这是法律解释的首要规则。之所以承认这一规则,是因为概念的“文义”解释(新华词典解释)最有可能使争议的各方迅速达成共识。如在崔建村诉滨州市劳动教养委员会劳动教养行政

〔48〕 《中国行政审判指导案例》(第1卷)第33号案例,中国法制出版社2010年版,第178页以下。

〔49〕 福建省厦门中级人民法院《行政判决书》([2008]厦行终字第108号判决书)。

决定案的请示中,关于崔建村有一次盗窃行为是否可以被决定劳动教养问题,最高人民法院答复称:“根据国务院《关于劳动教养问题的决定》第一条第(一)项规定和公安部制订并经国务院转发的《劳动教养试行办法》第十条第(三)项规定,‘屡教不改’系对盗窃行为人实施劳动教养的必要条件之一,据此,对只有一次盗窃行为的公民实施劳动教养不符合上述规定。”<sup>[50]</sup> 本案中,“屡教不改”之“屡”,有“多次”的文义,滨州市劳动教养委员会将“一次”解释为“屡次”,背离了普通人对此法概念文义的共识。又如,在杨庆峰诉无锡市劳动和社会保障局工伤认定行政纠纷案中,法院认为:

“《工伤保险条例》第十七条第二款规定的‘事故伤害发生之日’,从字面含义上看,‘事故’是对于‘伤害’的修饰和限制,即这里的‘伤害’是基于工伤事故而发生的,伤害结果与工伤事故之间存在因果关系。据此理解,‘事故伤害发生之日’就是指伤害结果发生之日,而不是事故发生之日。……上诉人还认为上述规定中的‘事故伤害发生之日’应当理解为事故发生之日。其上诉理由不能成立。”<sup>[51]</sup>

本案中,法院将“事故”作为“伤害”的修饰与限制的解釋,符合文义,所以,被告把“事故伤害发生之日”作“事故发生之日”解释,未获法院的支持。当然,本案中关于“事故损害发生之日”的解释,是具有目的解释功能的文义解释,而不是纯粹的文义解释,即将文义尽可能作接近立法目的的解释。

### (三) 滥用职权

行政机关违背法律授权目的、原则行使行政职权的,属于滥用职权。法律目的、原则属于法的一部分,违反法的目的、原则实施的行政行为,归入适用依据错误情形之一是妥当的。导致滥用职权的原因很多,在个案中,法院通常依照具体情况加以认定,所以行政法理论上难以有统一判断标准。如行政机关作行政裁量时,有些因素必须加以考虑,才能确保行政裁量的合法性,<sup>[52]</sup> 否则,其行政裁量构成滥用职权。如在王丽萍诉中牟县交通局行政赔偿纠纷案中,法院认为:

“无论暂扣车辆的决定是否合法,被告县交通局的工作人员准备执行这个决定时,都应该知道:在炎热的天气下,运输途中的生猪不宜受到挤压,更不宜在路上久留。不管这生猪归谁所有,只有及时妥善处置后再行扣车,才能保证不因扣车而使该财产遭受损失。然而,县交通局工作人员不考虑该财产的安全,甚至在王丽萍请求将生猪运抵目的地后再扣车时也置之不理,把两轮拖斗卸后就驾主车离去。县交通局工作人员在执行暂扣车辆决定时的这种行政行为,不符合合理、适当的要求,是滥用职权。”<sup>[53]</sup>

[50] 最高人民法院《关于能否对仅有一次盗窃行为的公民实施劳动教养问题的答复》([2005]行他字第8号)。

[51] 《最高人民法院公报》2008年第1期。

[52] 侯方等诉上海市普陀区住房保障和房屋管理局物业区域划分案,载《中国行政审判案例》(第3卷)第108号案例,中国法制出版社2013年版,第137页以下。

[53] 《最高人民法院公报》2003年第3期。

本案中,交通局没有考虑到“在炎热的天气下,运输途中的生猪不宜受到挤压,更不宜在路上久留”等应当考虑的因素,即作出暂扣车辆的决定,导致了王丽萍的生猪死亡,法院的判定符合滥用职权的认定标准。这种情形也存在于余大江、井爱香诉浙江省苍南县计划生育局征收社会抚养费案之中,法院认为:

“上诉人余大江、井爱香夫妇未经批准,生育第二个女儿,应当缴纳社会抚养费。上诉人主张井爱香怀孕后因胎盘前置,无法施行引产手术,其生育第二胎不需要缴纳社会抚养费,缺乏事实和法律依据,本院不予采纳。但是,上诉人井爱香在怀孕后主动到苍南县计划生育指导站接受检查,因胎盘前置,施行引产手术有一定危险而生育第二胎,其违法的情节显然比较轻微。被上诉人苍南县计划生育局以《浙江省人口与计划生育条例》第49条第(1)项规定的最高数额对上诉人征收社会抚养费,没有考虑上述应当考虑的因素,属滥用职权。”<sup>[54]</sup>

在实务中,不符合比例原则的行政裁量是滥用职权情形之一。如在郭建军诉诸暨市国土资源局土地管理行政处罚案中,法院认为:

“被上诉人在《浙江省实施〈中华人民共和国土地管理法〉办法》第四十条规定的补办手续与《中华人民共和国土地管理法》第七十七条第一款规定的拆除选择中,应当考虑上述特定的基本情况,首先选择最小侵害的方式,在此方式不具备条件时,可再考虑更严厉的制裁措施。也就是,农村村民宅基地原拆原建,不改变土地利用性质,不扩大土地利用面积,不违反城市规划、村庄和集镇规划,虽未经审批,但其违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相比于其他未经审批非法占地行为相对轻微处理方式,应有所区别。否则行政裁量不符合比例原则。因此,被上诉人适用《中华人民共和国土地管理法》第七十七条规定对上诉人作出的行政处罚决定属于适用法律错误。”<sup>[55]</sup>

本案所涉及的比例原则是规范行政裁量权的基本原则,在现代行政法上具有十分重要的法律价值。本案中,被告没有在多种处理方案中选择一种最小侵害的行政行为方式,对郭建军“原拆原建”的违法建房行为作出妥当性处罚,法院认为也是适用依据错误情形之一。又如,在郑仲华不服福建省莆田市建设局拆迁行政裁决案中,最高人民法院的裁判要旨是:

“拆迁裁决以产权调换方式安置,应尽可能不改变产权性质及占有方式。将原被拆迁产权的专有所有权调换为没有具体产权方位的财产共有份额,且未能举证充分说明无其他更好调换方案的,属不合理裁量,可认定为滥用职权。”<sup>[56]</sup>

#### 四、违反法定程序

行政程序法有助于行政实体法公正的实施,并展示它自身独立的价值——吸引行政相对人通过行政程序解决争议。行政机关违反法定程序作出的行政行为,

[54] 浙江省温州市中级人民法院《行政判决书》([2003]温行终字第211号)。

[55] 浙江省绍兴市中级人民法院《行政判决书》([2008]绍中行初字第37号)。

[56] 《中国行政审判案例》(第3卷)第107号案例,中国法制出版社2013年版,第133页以下。

不能保证行政实体法是否获得了公正的实施,也损伤了行政程序独立的价值,因此,“违反法定程序”被《行政诉讼法》、《行政复议法》列入撤销被诉行政行为的法定理由之一。<sup>[57]</sup> 在实务中,违反法定程序的情形主要有:

### (一) 不遵守法定程序

不遵守法定程序是指行政机关没有依照法定步骤、方式和时空作出行政行为,它表现为步骤的跳跃、方式的偏差和时空的错位等情况。如在平山县劳动就业局不服税务行政处罚决定案中,法院认为:

“被告地税局作为县级以上人民政府的税务行政管理机关,有权对自己在管辖范围内发现的税务违法行为进行处罚,但是这种处罚必须依照行政处罚法的规定进行。行政机关在作出行政处罚决定前,应当依照行政处罚法第三十一条规定,将作出行政处罚决定的事实、理由及法律依据告知当事人,并告知当事人依法享有陈述和申辩、申请行政复议和提起行政诉讼的权利;依照行政处罚法第三十六条的规定,收集有关证据,依照第三十七条的规定,制作调查笔录。这些工作,地税局都没有做。行政处罚法第四十二条规定,作出数额较大的罚款处罚决定之前,应当告知当事人有要求听证的权利。关于多少为数额较大,国家税务总局在《税务行政处罚听证程序实施办法(试行)》中作出对法人或者组织罚款1万元以上为数额较大的界定。这个实施办法已经于1996年10月1日起施行,地税局在对就业局作出处理决定30日以后才收到文件。在该办法下达前,法律虽然没有明确数额较大的界限,但是也没有明确9万余元的罚款不属于数额较大,地税局认为实施办法下达得晚,该处理决定不适用行政处罚法第四十二条有关听证程序规定的辩解,不予支持。依照行政处罚法第四十一条的规定,地税局违背该法规定的程序作出的行政处罚,不能成立。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第二项的规定,该决定应予撤销。”<sup>[58]</sup>

本案中,地税局作出行政处罚决定跳跃了听证,构成违反法定程序。法定程序有确保行政行为内容正确的功能,但是违反法定程序作出的行政行为,它的结论在行政实体法上并非当然违法,因此,有时行政机关违反法定程序作出的行政行为是否应当认定违法,总是需要作一些特别考虑。法定程序可以分为主要程序与次要程序,前者与实体内容正确与否有关联性,后者则可能没有。基于行政效率的考虑,在实务中,“不遵守法定程序”的内涵已经被收缩为“不遵守主要法定程序”,即行政行为只有在违反法定程序损害到行政相对人合法权益的,才构成撤销的理由。<sup>[59]</sup> 如在宜昌市妇幼保健院不服宜昌市工商行政管理局行政处罚决定案中,法院认为:

[57] 进一步阅读于立深:“违反行政程序司法审查中的争点问题”,载《中国法学》2010年第5期。

[58] 《最高人民法院公报》1997年第2期;另可以参阅施桂英诉福建省厦门市思明区人民政府行政强制措施案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第72号案例,中国法制出版社2011年版,第197页以下。

[59] 进一步阅读材料章剑生:“对违反法定程序的司法审查”,载《法学研究》2009年第2期;于立深:“违反行政程序司法审查中的争点问题”,载《中国法学》2010年第5期。



“被上诉人工商局作为专门的监督检查部门,在对上诉人保健院作出处罚前,进行了立案、调查取证,并送达了处罚告知书,交代了陈述和申辩权,其处罚程序符合法律规定。工商局作出的处罚决定中没有具体载明据以认定保健院违法行为存在的证据名称,使其处罚决定书的内容不完备,是行政行为的轻微瑕疵。工商局的这一行政瑕疵没有达到侵害行政管理相对人合法权益的程度,不影响其处罚决定的有效成立,因此不能认定工商局的行政行为程序违法。”〔60〕

本案是最高人民法院公布的案例,具有相当的示范性。法院创造了“轻微瑕疵”的概念,将某种程序违法情况排除在“违反法定程序”之外,具有对“违反法定程序”进行精细化作业的功能。这种情形后来也出现在最高人民法院作出的行政判决中,如在李广同诉吉林省公主岭市工商行政管理局行政处罚抗诉案中,法院认为:

“市工商局作出行政处罚决定书的时间虽然与《听证告知书》的时间相同,不符合行政处罚法的规定,但该行政程序的瑕疵并未影响福斯特公司在行政程序中依法享有的各项权利。福斯特公司提出被诉行政行为程序违法、未依法保证其在行政程序中的听证权利的理由不能成立。”〔61〕

不过,在地方各级人民法院的行政裁判中,这样的个案也并不少见。如在孔祥仁等 82 人诉国家环境保护总局不予受理行政复议申请决定案中,法院认为:

“对原告提出的在被告决定落款后盖章的国家环境保护总局行政复议办公室是被告内设机构,无权以自己名义对外做出决定,无权在决定书上盖章的主张,本院认为,鉴于被告尚未启用《国务院法制办公室关于严格执行国法函〔2000〕31 号文件进一步提高行政复议法律文书质量的通知》中规定的行政复议专用章,行政复议办公室是其处理行政复议案件专门的机构,且被告认可被告决定系其作出并对此承担相应的权利义务,故原告提出被告决定用章不符合国务院有关通知要求的问题,并未对原告的实体权益产生影响。”〔62〕

本案中,对被告未使用行政复议专用章之争点,法院以“未对原告的实体权益产生影响”的裁判理由作出回应,而未将审查目光转向主体资格的合法性,并非不可商榷。又如,在张燕不服南汇县公安局户籍管理行政案中,法院认为:

“这些法律、法规规定:公民需要变更户口登记的内容或变更居民身份证登记内容的,应当向户籍管理机关提出更改的请求。但均没有规定户籍管理机关在自行发现其向当事人发放的户口簿或居民身份证有错误的情况下应采取何种程序补正。本案的原告在认为原发证内容不需要更正因而没有向被告提出变更请求的前提下,公安机关是否可以通知形式主动变更已签发的当事人身份证件的内容?本案由于有相应的证据证实所发证所记载的日期确实有错,所以被告现采用通知形式更正原告的户口簿与身份证,该行政行为虽无

〔60〕 《最高人民法院公报》2001 年第 4 期。

〔61〕 最高人民法院《行政判决书》(〔2007〕行抗字第 3 号)。

〔62〕 北京市第一中级人民法院《行政判决书》(〔2006〕一中行初字第 374 号)。

程序方面的法律规定,但符合实事求是的法律原则,法院对此应予认可。”〔63〕

被告在原告未提出申请的前提下主动变更了原告身份证件的内容,是否符合法定程序,对此,本案中的法院以“虽无程序方面的法律规定,但符合实事求是的法律原则”为由,支持了被告的观点。其实,本案若引入正当程序,要求被告在依职权变更原告身份证件的内容之前,听取他的意见,然后再作出变更决定,或许更加妥当。又如,在徐时荣因诉衢州市人民政府、衢州市国土资源局土地行政登记案中,法院认为:

“被上诉人衢州市国土资源局对该发生于2001年4月17日的批准注销行为,直至2005年9月21日才以函件的形式正式通知有关当事人,不仅不符合行政行为的规范化要求,不利于行政相对人依法行使其在行政程序中所应享有的陈述、申辩的权利,也有碍于行政效率。鉴于该程序上的不合理并不影响被上诉人衢州市人民政府批准注销行为的合法性,原审判决就此予以指正正确。上诉人徐时荣就案件事实认定等所提出的上诉理由,因缺乏相应证据支持,本院不予采信。”〔64〕

被上诉人衢州市国土资源局不仅在注销行为作出之前没有听取当事人的陈述、申辩,而且在被上诉人衢州市人民政府批准注销行为后过了四年多才正式通知当事人,被诉行政行为程序违法十分明显,法院可以认定此被诉行政行为严重违法程序。但是,法院却以“该程序上的不合理并不影响被上诉人衢州市人民政府批准注销行为的合法性”为由,驳回了上诉人的诉讼请求。如此情形我们可以再看一案,如在梁冰不服北京市教育委员会学生申诉处理决定书案中,法院认为:

“本案中,虽然中央美术学院在暂扣梁冰携带的电子通讯设备装置时未依上述规定出具收据,但该程序瑕疵并不影响梁冰已经实施了‘携带电子通讯设备进入考场并组织作弊’的事实认定,故此亦不足以支持梁冰的诉讼请求。”〔65〕

在一些较为特殊的行政案件中,被诉行政行为的程序价值更多的是为实体服务的,在被诉行政行为程序违法但实体内容符合法律规定的情况下,法院作出裁判时应当充分考虑当事人之间意思表示的真实性。如在祝东勇诉辽宁省西丰县陶然乡人民政府婚姻登记案中,最高人民法院的裁判要旨是:

“婚姻登记行为是一种确认婚姻法律关系的行政行为。在不违背《婚姻法》规定的实体要件的前提下,人民法院应当在判决中指出程序违法或瑕疵,但不宜仅以此为由撤销婚姻登记。”〔66〕

之所以罗列上述情形相似的若干案件,旨在提示实务中可能出现的一种不良后果:若法院过多地引用“不影响当事人实体权益”、“不影响事实认定”等裁判理

〔63〕 上海市第一中级人民法院《行政判决书》(〔1997〕沪一中行终字第108号)。

〔64〕 浙江省高级人民法院《行政判决书》(〔2006〕浙行终字第15号)。

〔65〕 北京市第一中级人民法院《行政判决书》(〔2008〕一中行终字第351号)。

〔66〕 《中国行政审判案例》(第3卷)第110号案例,中国法制出版社2013年版,第148页以下。

由,恐伤及行政程序的法律价值,强化行政机关原本就有的“程序虚无主义”。对于违反次要法定程序的案件,程序补正是一种合法性追补的方式。<sup>[67]</sup> 这种程序补正应当是义务性的,若客观上程序已经不可补正了,那么行政机关也应当承担相应的法律责任。

## (二)不遵守正当程序

作为一种最低限度的程序正义,正当程序具有补充法定程序缺失的功能。20世纪末,最高人民法院就承认正当程序在司法审查中的地位。<sup>[68]</sup> 如在田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案中,法院认为:

“按退学处理,涉及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,作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。”<sup>[69]</sup>

本案中,法院虽然没有提到“正当程序”的概念,但从其裁判理由阐述中,我们可以清晰地看到了“正当程序”的影子。之后,最高人民法院在宋莉莉诉宿迁市建设局房屋拆迁补偿安置裁决案、<sup>[70]</sup> 张成银诉徐州市人民政府房屋登记行政复议决定案、<sup>[71]</sup> 陆廷佐诉上海市闸北区房屋土地管理局房屋拆迁行政裁决纠纷案、<sup>[72]</sup> 益民公司诉周口市计委违法决定案等中,<sup>[73]</sup> 法院在个案中一直延续、发展着“正当程序”理念与规则。在上述几个案件中,法院更是直接使用了“根据(按照)正当程序的要求……”和“基于正当程序原理”的用语,判定被诉行政行为构成“违反法定程序”,令人耳目一新。

最高人民法院的上述的态度或者观点,对地方各级法院所产生的影响也在个案中逐步得到彰显。如在药志勇与沈阳市城乡建设委员会等城建行政复议纠纷上诉案中,法院认为:

“按照《中华人民共和国行政复议法》第十条第三款的规定,同申请行政复议的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织,可以作为第三人参加行政复议。虽然没有明确规定行政复议机关‘必须’通知第三人参加复议,但根据正当程序的要求,行政机关在作出可能对他人不利的行政决定时,应该听取该利害关系人的意见。本案中,复议机关审查的对象是于洪城建局颁发的43150431号《建设用地规划许可证》和《村镇建设工程规划许可证》,而复议决定的结果是撤销上述二证,与持证人药宝林有直接的利害关系。因此,市建委在未通知药宝林参加复议、听取其意见的情况下即作出撤销药宝林所持二证的

[67] 进一步阅读杨登峰:“程序违法行政行为的补正”,载《法学研究》2009年第6期。

[68] 进一步阅读何海波:“司法判决中的正当程序原则”,载《法学研究》2009年第1期。

[69] 《最高人民法院公报》1999年第4期。

[70] 《最高人民法院公报》2004年第8期。

[71] 《最高人民法院公报》2005年第3期。

[72] 《最高人民法院公报》2007年第8期。

[73] 最高人民法院《行政判决书》([2004]行终字第6号)。

行政复议决定,属于严重违法法定程序。”〔74〕

本案中,法院的裁判理由明显受到了“张成银诉徐州市人民政府房屋登记行政复议决定案”的影响,也佐证了最高人民法院公布的案例对下级人民法院审查类似案件具有事实上的拘束力。这种事实上的拘束力还体现在如下行政案件之中:长沙岳麓山某某有限公司诉长沙市人力资源和社会保障局工伤认定行政行为纠纷案〔75〕王国法与邓州市罗庄镇人民政府等土地确权行政管理纠纷上诉案〔76〕李自龙诉长沙市城市管理综合执法支队岳麓区大队等房屋拆迁行政强制及行政赔偿纠纷案〔77〕冯清兰等诉琼海市人民政府收回土地使用权纠纷案〔78〕王圣钦不服南京师范大学教育行政决定案〔79〕成都市武侯区建筑工程质量监督站等与成都二姐大酒店建设质量监督行为纠纷上诉案等〔80〕

通常行政机关超过法定的追究时限再作出行政处罚决定,应当构成违反法定程序。但是,在潘龙泉诉新沂市公安局治安行政处罚案中,法院给出了不同的结论。最高人民法院的裁判要旨是:

“相关法律规范虽然没有规定行政机关未在法定期限作出处罚的法律后果,但行政机关无任何正当理由,超过法定的追究时限对违法行为人作出处罚,损害了追究时效制度所维护的社会秩序的安定性,应属滥用职权的情形。”〔81〕

### 第三节 行政违法的效力

#### 一、行政违法分类

行政行为一旦被认定违法,就需要在法律上处理它的效力问题。这个问题不仅仅限于行政决定,也涉及其他非行政决定的行为,如行政合同等。本节重点讨论行政决定违法的效力,其他非行政决定的行为违法在相关部分作一并讨论。

行政决定违法与法效力的关系,与它自身的违法程度有关。因“违法程度”是一个难以量化的标准,为讨论的便宜性,这里依照一般人的观念把它分为三类:

##### (一) 轻微违法

轻微违法是一种不足以影响行政决定法效力的违法情形。行政决定违法但不

〔74〕 辽宁省沈阳市中级人民法院《行政判决书》([2005]沈行终字第288号)。

〔75〕 湖南省长沙市芙蓉区人民法院《行政判决书》([2011]芙行初字第6号)。

〔76〕 河南省南阳市中级人民法院《行政判决书》([2010]南行终字第157号)。

〔77〕 湖南省长沙市岳麓区人民法院《行政判决书》([2009]岳行初字第15号)。

〔78〕 海南省海南中级人民法院《行政判决书》([2008]海南行初字第1号)。

〔79〕 江苏省南京市鼓楼区人民法院《行政判决书》([2007]鼓行初字第108号)。

〔80〕 四川省成都市中级人民法院《行政判决书》([2006]成行终字第191号)。

〔81〕 《中国行政审判案例》(第4卷)第144号案例,中国法制出版社2013年版,第125页以下。

影响它的法效力,这是基于行政效率而作出的一种法技术处理。若行政决定有违法情形,如同人生病不分轻重一律诊断为无药可救济一样,全部归入确认无效或者可以撤销的理由是不合适的。某些轻微违法情形没有伤及行政决定内容,若否定它的法效力,虽然在个案中可能实现了某种正义,但对行政秩序或者法需要保护的公共利益来说并无益处。所以,在行政决定有轻微违法的情形下,依旧承认它的法效力也是妥当的。<sup>[82]</sup>如在儋州市王五镇光村村委会妙山村民小组诉儋州市人民政府土地权属纠纷处理决定案中,法院认为:

“被上诉人本应依据《海南省确定土地权属若干规定》的第十八条作出处理决定,其在适用法律上确实存在不当之处,但属未适用法律而非作出具体行政行为时没有法律依据,应认定为被上诉人在作出154号《处理决定》时存在瑕疵。如上所述,因被上诉人的最终处理结果正确,本案纠纷已历经多年,且本次确权决定是人民政府在已作过多次调查调解的基础上形成,如仅因这一法律适用上的瑕疵就予以撤销,对纠纷的解决没有实质上意义,只会给当事人徒增讼累。”<sup>[83]</sup>

本案中,对儋州市人民政府土地权属纠纷处理决定遗漏引用法律条文,法院判定它属于轻微违法。从法院的裁判理由中,我们可以发现法院所考虑的因素是:如否定它的法效力的话,那么对纠纷的解决没有实质意义,也给当事人徒增讼累。如果法院撤销该处理决定的话,儋州市人民政府在添加了《海南省确定土地权属若干规定》第18条规定之后,仍然可以作出相同结论的处理决定,故判决驳回上诉。又如,在李建军因诉民航武汉天河国际机场公安局公安行政处罚案中,法院认为:

“上诉人称搬运工交出工作证是自愿而非胁迫,并提供证人证言以证明该事实,但是其证据只能证明证人自己交出工作证是否自愿,并不能证明其他工人交出工作证是否被强迫,因此,上诉人提供的证据不能推翻被上诉人据以定案的证人证言。被上诉人在作出具体行政行为时办案民警未在笔录上签名、审批时间滞后等问题属程序上的瑕疵,但是不影响该行政行为的效力。原审判决正确,上诉人的上诉理由不能成立。”<sup>[84]</sup>

本案中,法院明确地把被诉行政决定的“程序上瑕疵”与它的“法效力”作了关联性考虑。不过,在实务中,也有的法院尚未注意到“合法性”与“法效力”之间的关系,在法理上显得有点混乱。如在汪某某与上海市公安局普陀分局治安行政处罚案中,法院认为:

“《治安管理处罚法》第四十九条仅有一款,被上诉人在作出被诉行政处罚决定时,在法律依据的表述上存在瑕疵,但不足以影响该行政行为的合法性。行政赔偿的前提是当事人所诉的具体行政行为违法,现被诉行政处罚决定未被确认违法,故上诉人的行政赔偿诉讼

[82] 在比较法上通常采用补正的方法清除其轻微违法(瑕疵),参见中国台湾地区“行政程序法”第114条。

[83] 海南省高级人民法院《行政判决书》([2007]琼行终字第138号)。

[84] 湖北省武汉市中级人民法院《行政判决书》([2008]武行终字第84号)。

请求缺乏事实证据和法律依据。”<sup>[85]</sup>

本案中,若把“合法性”改为“法效力”更为妥当。因为,就本案而言,法律文书上条款表述错误属于违法情形之一,因属无疑。严格来说,行政决定一旦在实体或者程序上有瑕疵都应当属于行政违法的范畴,但是,这种行政违法是否影响它的法效力,是否必然导致被撤销,则需要依照不同情形处理。<sup>[86]</sup>

## (二)严重违法

严重违法是一种足以视行政决定自始不存在的违法情形。<sup>[87]</sup>它与轻微违法之间的关系是,若把轻微违法当作坐标横轴的左端,那么严重违法是它的右端。如果不考虑行政决定违法情形的轻重,一概承认它的法效力,那么行政相对人的合法权益难以得到周延的保护,公共利益也可能因此会受到损害,所以,以立法方式明确列出“严重违法”的情形十分必要。<sup>[88]</sup>判断严重违法的标准有“不可能理论”、“重大明显理论”、“明显性补充要件理论”和“瑕疵理论”。在现代行政法上,“重大且明显”标准比较合理、可行。在实务中,法院也采这一标准。如在王某某等诉禹州市某某局卫生行政许可及行政赔偿纠纷案中,法院认为:

“本案中,被告在接到本院送达原告起诉状副本后,未提交作出颁发登记号为PDY23C08941108190D6009《医疗机构执业许可证》具体行政行为所依据《设置医疗机构批准书》、申请书、设置可行性研究报告、审核批准等相关必要证明材料,而被告所辩针对原告起诉校验行为而申请调取的2009年3月25日校验核发档案材料中,也存在校验申请时间违反‘医疗机构应当于校验期满前三个月向登记机关申请办理校验手续’的规定、卫生主管部门意见一栏中没有初审意见及主管领导局长核批意见、禹州市颍川办东关村辛庄卫生室与禹州市颍川街道办事处东关社区居民委员会2008年10月23日出具证明的名称不符、校验结果未公告等重大明显的违法情形,因此,被告为第三人赵某某任负责人的禹州市颍川办东关村辛庄卫生室颁发校验《医疗机构执业许可证》的具体行政行为应当确认无效。”<sup>[89]</sup>

在制定法上,《行政处罚法》第3条第3款:“没有法定依据或者不遵守法定程序的,行政处罚无效。”在“重大且明显”标准之下,行政处罚决定“没有法定依据”固然可以认定无效,但是“不遵守法定程序”还需要视它违法程度是否严重而定,不可一概而论。且从《行政复议法》、《行政诉讼法》规定看,“违反法定程序”仅仅是撤销被申请/被诉行政决定的法定理由之一,所以必须将“违反法定程序”置于“重大且明显”标准之下作进一步分析,才能正确区分行政决定无效还是有效。对于严重违法的行政决定,因为它自始不产生法效力,所以法律赋予了行政相对人拒

[85] 上海市第二中级人民法院《行政判决书》([2009]沪二中行终字第340号)。

[86] 刘立公诉辽宁省锦州市工商行政管理局古塔分局工商行政处罚案,载《中国行政审判案例》(第4卷)第153号案例,中国法制出版社2013年版,第171页以下。

[87] 进一步阅读何海波:“公民对行政违法行为的藐视”,载《中国法学》2011年第6期。

[88] 参见中国台湾地区“行政程序法”第111条。

[89] 河南省禹州市人民法院《行政判决书》([2009]禹行初字第38号)。

绝权。如《行政处罚法》第56条规定：“行政机关对当事人进行处罚不使用罚款、没收财物单据或者使用非法定部门制发的罚款、没收财物单据的，当事人有权拒绝处罚，并有权予以检举。”但由于判断“严重违法”标准的模糊性，如行政相对人判断有误，事后提起行政诉讼可能会丧失胜诉权。所以，较为稳妥的做法是，行政相对人应当在法定期限内提起行政救济，否则，一旦法院不认定行政决定无效，那么行政相对人的实体法上权益将不能得到有效保障。况且，至少到目前为止，制定法上并没有对行政决定无效的救济期限另行作出规定，即行政相对人可以不受起诉期限的限制，随时提起确认无效之诉。

### （三）一般违法

一般违法是一种介于轻微违法和严重违法之间的违法情形。原则上，一般违法的行政决定自作出之日起产生法律效力，行政相对人若不服该行政决定，可以在法定期限内对该行政行为申请行政复议或者提起行政诉讼，请求有权机关予以撤销或者确认违法。行政相对人若逾期仍不提起法律救济的，该行政决定的法效力将一直存在下去，直到法律规定的行政行为“消灭”的情形出现时为止。如在林祖贤不服东山县建设局拆迁行政裁决案中，法院认为：

“裁决未确定产权调换时，拆迁人应当支付搬迁补助费、临时安置补助费。被告也未对搬迁过渡方式、过渡期限、周转房地点、面积等内容进行裁决，裁决内容不具体、不明确，违反《福建省城市房屋拆迁管理条例》第十二条、第十三条的规定。综上所述，被告作出的裁决程序不合法，事实不清，证据不足，裁决内容也不符合法律规定，依法应予撤销。”<sup>[90]</sup>

本案中，法院认定被诉的行政裁决具有一般违法情形，故依法应予撤销。如违法行政决定自行政机关作出之后一律不产生法律效力，而要视行政相对人是否申请行政复议或者提起行政诉讼而定，必将影响行政机关实现行政任务的目的。所以，在制度安排上毋宁先承认它的法效力，待经法定程序将其撤销之后，再使它自作出之日起不再有效力，即所谓撤销溯及至行政决定作出之时。当然，根据具体个案情况，也可以确定行政决定自撤销之日起面向未来失去法律效力。

如上所述，一般违法的行政决定是有法效力的，不经过有权机关依法定程序撤销，它的法效力是始终存在的。在实务中，这一观念也已经为法院所接受。如在王景修诉柘城县洪恩乡人民政府土地使用权行政裁决纠纷案中，法院认为：

“在争议处理过程中，原告王景田提交了该块争议地的集体建设用地使用权证，而被告对于该证未经法定程序审查即以发证机关不资格直接认定无效，是不符合法律规定的。行政主体不资格是一般性违法而不是严重的违法，所做出的具体行政行为是可撤销的而不是无效的具体行政行为。对于可撤销的具体行政行为必须经过法定程序由国家有权机关作出撤销决定，才能否定其法律效力。而被告未经法定程序审查，未作出撤销决定，而是直接

[90] 福建省漳州市东山县人民法院《行政判决书》（[2006]东行初字第3号）。

否认其效力是明显不妥的。”<sup>[91]</sup>

本案中,法院认为与案件有关的颁发集体建设用地使用权证的“行政主体不适格”属一般违法,因此,必须由有权机关通过的一个法定程序“撤销”,才能否定它的法效力。有时,基于法定事由,虽然违法行政决定符合被撤销的条件,但有权机关没有作出撤销决定,而是确认其违法,使其法效力仍在存在、延续。这也一种处理行政决定违法与法效力之间关联性的技术方法。如最高人民法院《若干解释》第58条规定:“被诉具体行政行为违法,但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决,并责令被诉行政机关采取相应的补救措施;造成损害的,依法判决承担赔偿责任。”可见,在有的个案中,确认行政决定违法具有较为严格的适用条件,因为它涉及国家利益或者公共利益与个人利益之间的权衡,不可一面倒向前者。同时,在确认行政决定违法之后,“补救措施”和“赔偿责任”不可缺失。

## 二、行政决定无效

由于行政决定违法情形达到何种程度时才可以认定其无效是一个主观标准,所以,在经验上往往采用通过立法明确列举若干无效情形的方法,为实务中处理个案提供尽可能明确的规则。同时,为了避免挂一漏万,在制定法中设置一个兜底条款加以补充,使其具有开放性,也是不可缺少的。<sup>[92]</sup>在行政法学理上将前一种情形称为“法定无效”,后一种情形称为“酌情无效”,现分述如下:

### (一)法定无效

在国家统一行政程序法制定之前,有关法定无效的“法定”,除前引《行政处罚法》第3条第3款外,尚有《海岛保护法》、《土地管理法》等法律、法规和规章的规定。<sup>[93]</sup>《湖南省行政程序规定》第161条规定:“具有下列情形之一的,行政执法行为无效:(1)不具有法定行政执法主体资格的;(2)没有法定依据的;(3)法律、法规、规章规定的其他无效情形。”这是部门行政法之外第一个地方政府规章层级的统一性规定。至少到目前为止,虽然国家没有统一的行政决定无效制度,但在实务中被法院确认无效的个案并不少见。通过对相关案件的梳理,我们可以发现行政决定无效的情形有:

1. 没有行政相对人。行政相对人是行政决定成立要件之一,没有行政相对人作为行政决定法效力的承受对象,也就不可能成立一个行政决定。如杨秀芝不服北京市房山区燕山交通管理处撤销运营资格案,北京市房山区人民法院经审理

[91] 河南省柘城县人民法院《行政判决书》([2010]柘行初字第6号)。

[92] 进一步阅读江必新:“行政行为效力判断之基准与规则”,载《法学研究》2009年第5期。

[93] 如《海岛保护法》(2009)第53条规定:“无权批准开发利用无居民海岛而批准,超越批准权限批准开发利用无居民海岛,或者违反海岛保护规划批准开发利用无居民海岛的,批准文件无效;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。”



认为:

“依据《中华人民共和国行政处罚法》第四十二条的规定,行政机关在作出吊销许可证的行政处罚之前,应当告知当事人享有听证的权利,而被告在作出被诉的处理决定前未告知原告享有听证的权利的行为,显属程序违法。同时《中华人民共和国行政处罚法》第三十九条亦规定,行政机关作出的行政处罚决定书应当载明当事人的姓名,或者名称;违反法律法规或者规章的事实和证据;处罚的种类和依据。而被告所作处理决定:(1)未写明被处罚的主体;……〔94〕

本案中,燕山交通管理处在作出的行政处罚决定书中不写明行政相对人,应以无行政相对人论。没有行政相对人,该行政处罚决定不可能产生法律效力。据此,法院判决确认燕山交通管理处撤销运营资格处理决定无效。〔95〕

2. 加盖了已经废止的印章。行政决定必须由合法的行政机关作出,印章通常是这种合法性主要的认定标准。在行政决定书上加盖一个已经废止的印章,可以认定没有合法的行政机关作出了这个行政决定。如在张中营与太康县人民政府土地行政登记纠纷上诉案中,法院认为:

“太康县人民政府为张中营颁发的板桥集建(95)字第00059号集体土地使用证加盖‘太康县人民政府土地专用章’,该章在颁证时已经废止,其所颁土地证自始不具有法律效力。根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第五十七条第二款第三项之规定,应当确认无效。”〔96〕

本案中,被告使用废止的“太康县人民政府土地专用章”颁发集体土地使用证,导致颁证主体不合法,法院认为该“土地证自始不具有法律效力”,故判决确认无效。

3. 构成犯罪的行政决定。行政机关作出行政决定的行为一旦在刑事诉讼中被认定构成犯罪的,也是法定无效情形之一。在实务中,法院已有裁判的个案。如在南乐县乐园食品有限公司不服南乐县国土资源局原告发出的“通知”案中,法院认为:

“被告所述的《土地划转协议》经本院刑事判决书(2002)南刑初字第74号认定为构成犯罪应为无效行为,被告依据该协议不受理原告申请主要证据不充分,被告2009年3月9日给原告的通知应予撤销,被告对原告的申请应依据《土地登记办法》的有关规定进行权属审核和登记审查。”〔97〕

〔94〕 北京市房山区人民法院《行政判决书》([2004]房行初字第26号)。

〔95〕 在实务中,因行政相对人拒绝说出自己的姓名、住址等身份事项,导致行政机关在作出行政决定书时无法填写当事人姓名等身份事项,为此,制定法作出了特别规定。如《公安机关办理行政案件程序规定》第142条规定:“违法嫌疑人不讲真实姓名、住址,身份不明,但只要违法事实清楚、证据确实充分的,可以按其自报的姓名、贴附照片作出处理决定,并在相关法律文书中注明。”

〔96〕 河南省周口市中级人民法院《行政判决书》([2010]周行终字第24号)。

〔97〕 河南省南乐县人民法院《行政判决书》([2011]南行初字第3号)。

行政机关作出构成犯罪的行政决定,已属严重违法无疑,当然不具有法效力。在比较法上,此种情形也属行政决定无效之一。<sup>[98]</sup> 本案中,被告提出的《土地划转协议》,其签订行为已被法院认定构成犯罪,进而被认定为无效,是十分妥当的。

4. 严重违法法定程序的行政决定。如前所述,违反法定程序的行政决定并不当然被认定为违法,也就不能当然认定它为无效。在“重大且明显”的标准之下,行政决定违反法定程序只有达到“严重”的程度时,它才不具有法效力。如在崔锡平诉广州市国土资源和房屋管理局撤销宅基地证行政处理决定案中,法院认为:

“由于被告至原告起诉前尚未向决定书所涉及的当事人即原告履行法定送达程序,属于严重的程序违法,故其作出撤证处理决定的具体行政行为无效。虽然被告于诉讼期间已将上述决定书向原告补充送达,但事后的补救措施并不能改变其无效行政行为的性质。因此,本院依法确认被告作出穗国房法字[2009]10号《行政处理决定书》的具体行政行为为无效行政行为。”<sup>[99]</sup>

本案中,法院认定国土资源和房屋管理局违反法定程序,已经达到了“严重”程度,即使在事后责令被告作程序补救,也不可能改变《行政处理决定书》属于无效的性质,故法院作出确认无效判决。

## (二) 酌情无效

酌情无效是由认定机关在个案中以裁量方法确定违法的行政决定是否构成无效的一种立法模式。它一般采用兜底条款确定,它使得行政决定无效情形的范围具有了开放性,从而满足实务中不断呈现的行政决定无效的新情形。如在卓炜置业发展(武汉)有限公司诉湖北省武汉市土地管理局行政处罚上诉案中,法院认为:

“市土地局将武圣路46号片土地批租给公房处之后,又依其申请,批准公房处将土地使用权转让给卓炜公司,且各方当事人均同意转让并已实际履行,该批准行为以不认定为无效的具体行政行为为宜。”<sup>[100]</sup>

本案中,法院考虑到“各方当事人均同意转让并已实际履行”的因素,酌情未将市土地局土地批租行为作无效认定,甚为妥当。

## 三、行政违法延续

### (一) 行政违法的传染性

行政违法的传染性是指若干个行政决定之间因存在某种法律关系,其中某一行政决定违法时,它的违法性将传染给其他行政决定。在学理上,如作为构成要件

[98] 参见中国台湾地区:“行政程序法”第111条第4项。

[99] 广东省广州市萝岗区人民法院《行政判决书》([2010]萝法行初字第57号)。

[100] 最高人民法院《行政判决书》([2000]行终字第7号)。

的行政决定被确认违法、无效之后,必然影响到该行政决定的效力。<sup>[101]</sup>如在安明昌诉蚌埠市房地产管理局房屋管理行政裁决纠纷案中,法院认为:

“被告系房地产行政主管部门,蚌埠市人民政府将对本行政区域内的城市房屋拆迁工作实施监督管理的行政职权赋予了被告,被告对本行政区域的拆迁安置纠纷有裁决权。裁决书的主要依据蚌私字 304512 号《房地产权证》已被确认无效。故原告的诉讼请求成立,本院予以支持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第一款第(二)项之规定,判决如下:撤销被告蚌埠市房地产管理局颁发给第三人安民乐的蚌房裁字(2007)第 137 号蚌埠市房地产管理局房屋拆迁安置裁决书。”<sup>[102]</sup>

本案中,《房地产权证》是被告作出拆迁裁决书的要件之一。在拆迁裁决书作出之后,该颁发《房地产权证》行为违法被法院的生效判决确认无效后,拆迁裁决书的合法性也因此受到颁发《房地产权证》行为违法性的“传染”而被法院撤销。不过,在这种情况下,如果存在着“善意”的第三人,为了保护其合法权益,也可以考虑此种违法的传染性被“善意”截断的可能性。

## (二)行政违法的继承性

行政违法的继承性是指实施行政决定的行政机关被撤销之后,该行政决定的违法性由承受该职权的行政机关继承。这种情形既可以发生在行政程序中,也可以发生行政诉讼中。如《行政诉讼法》第 25 条第 5 款规定:“行政机关被撤销的,继续行使其职权的行政机关是被告。”此为行政违法继承性的法定依据。在实务中,如在临海市第四建筑工程公司不服原临海市城关镇人民政府企业人事任免决定案中,法院认为:

“行政机关被撤销的,继续行使其职权的行政机关是被告,因此本案城关镇政府被撤销后,继续行使其职权的行政机关古城街道办事处是被告。为保护当事人的合法权益,监督行政机关依法行政,依照……《中华人民共和国行政诉讼法》第二十五条第五款……规定,判决如下:撤销原临海市城关镇人民政府一九九九年二月三日城政(1999)第 15 号关于陈江云等同志职务任免的通知。”<sup>[103]</sup>

本案中,城关镇政府作出行政决定之后被撤销,其职权已由古城街道办事处行使,城政[1999]第 15 号关于陈江云等同志职务任免的违法性,由古城街道办事处继承。又如,在宋合松与郑州市城市管理局等房屋拆迁行政赔偿纠纷上诉案中,法院认为:

“郑州市城市管理局不再承担违反城市规划布局的行政执法职权,继续承担上述职权的郑州市城乡规划局应承担赔偿责任,其辩称原郑州市城市管理行政执法局与原郑州市市

[101] 进一步阅读朱芒:“行政行为违法性继承”的表现及其范围”,载《中国法学》2010 年第 3 期。

[102] 安徽省蚌埠市蚌山区人民法院《行政判决书》([2009]蚌山行初字第 15 号)。

[103] 浙江省三门县人民法院《行政判决书》([2000]三行初字第 6 号)。

政管理局仅是合并,而非撤销,即不是本案适格被告的答辩理由不能成立,本院不予支持。”〔104〕

本案中,因城市管理局的职权转到城乡规划局,所以法院判决郑州市城乡规划局、郑州市惠济区城市管理行政执法局于本判决生效之日起30日内,共同赔偿上诉人宋合松被砸坏的机器设备损失15000元。

## 第四节 行政责任

### 一、引言

#### (一)行政责任的概念

行政机关行使职权无论合法与否,对行政相对人的合法权益都有可能产生不利影响,为此,依法行政原理要求行政机关对这种“不利影响”在法律上承担行政责任。这种行政责任基于产生的原因不同可以分为:行政机关合法行使职权的,可能产生行政补偿;反之,则可能产生行政赔偿。以上行政机关两种法律上的责任,一并称之为“行政责任”。特别需要指明的是,这里所谓的“行政责任”不是行政机关面向人大的法律责任,也不是具体某一行政机关或者公务员面向其上一级行政机关在“领导与服从”法律关系中的法律责任,而是行政机关在个案中因行政行为而产生的,面向行政相对人的法律责任。行政机关面向人大的法律责任,由《宪法》、《各级人民代表大会常务委员会监督法》等调整;行政机关或者公务员面向其上一级行政机关的在“领导与服从”法律关系中的法律责任,由《公务员法》、《行政监察法》等调整,两者不可混淆——后者也属于行政法调整的范围。这里的“行政责任”,当然也不是行政相对人违反行政法上的义务而应承担的法律责任,如行政处罚、刑事处罚等。

#### (二)行政责任的类型

以行政责任作为上位概念,根据引起行政责任的原因是否合法为标准,下分为行政赔偿(损害)和行政补偿(损失)两种法律责任。前者如《治安管理处罚法》第117条规定:“公安机关及其人民警察违法行使职权,侵犯公民、法人和其他组织合法权益的,应当赔礼道歉;造成损害的,应当依法承担赔偿责任。”此是由违法行为引起的损害赔偿,后者如《重大动物疫情应急条例》第33条规定:“国家对疫区、受威胁区内易感染的动物免费实施紧急免疫接种;对因采取扑杀、销毁等措施给当事人造成的已经证实的损失,给予合理补偿。紧急免疫接种和补偿所需费用,由中央财政和地方财政分担。”此是由合法行政行为引起的损失补偿。支付金钱、

〔104〕 河南省郑州市中级人民法院《行政赔偿判决书》([2010]郑行终字第157号)。

赔礼道歉、消除影响、恢复名誉、产权调换等是承担行政责任的方式,所以,它们本身不是行政责任。

## 二、行政赔偿

### (一)行政赔偿的概念

行政赔偿是行政机关因其行政行为违法使行政相对人的合法权益受到损害,经该受害的行政相对人请求,由该行政机关作为赔偿义务机关承担财产赔偿的一种行政责任。作为国家赔偿之一的行政赔偿,在我国仅指因行政职权违法行使引起的行政责任,不包括因公有公共设施的设置、使用等引起的赔偿责任。在现行法律框架中,这部分赔偿责任属于民事责任,由民事法律调整。

《宪法》第41条第3款规定:“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有依照法律规定取得赔偿的权利。”这是确立行政赔偿制度的宪法依据。《民法通则》第121条规定:“国家机关或者国家机关工作人员在执行职务,侵犯公民、法人的合法权益造成损害的,应当承担民事责任。”这是部门法试图将上述宪法条款具体化的一种努力,但它把行政赔偿划入了民事责任范畴并交给民法调整。直到《国家赔偿法》的公布实施后,才又把行政赔偿定为行政法上的行政责任。《侵权责任法》未涉及行政赔偿。至此,行政赔偿的法律性质归属才尘埃落定。

### (二)行政赔偿的构成要件

1. 行政相对人的合法权益有受到损害的事实。首先,行政行为违法所损害的必须是合法权益,即制定法所保护的权益。不具有合法性的权益,不属于本要件的内容。如林成发等不服厦门市城市管理行政执法局行政强制拆除违法建设案中,法院认为:

“市城监支队未依照法定程序作出相应的行政决定,强制拆除二原告违法搭建的全部七座菌菇房不具有合法性,不属于《中华人民共和国国家赔偿法》的赔偿范围,二原告的赔偿请求,于法无据,本院不予支持。”<sup>[105]</sup>

本案中,林成发等违法搭建的菌菇房不属于他们的合法财产,虽然它被城市管理行政执法局违法强拆了,林成发等所受到的“损害”也不属于本要件中的“合法权益”。又如,在祁县华誉纤维厂诉祁县人民政府行政赔偿案中,法院认为:

“本案中,祁县华誉纤维厂在未取得安全生产许可证的情况下,以生产化学纤维材料为名,实际生产危险化学品二硫化碳,其行为违反国家禁止性法规,因而不存在合法利益;从另一角度看,上诉人要求赔偿的生产二硫化碳的设备、存货等直接损失与其核准登记的生产销售化学纤维产品无关,因而也不能认定为祁县华誉纤维厂的损失。综上,被上诉人祁县人民政府整体淘汰关闭祁县华誉纤维厂的具体行政行为虽已被生效判决撤销,但并不能

[105] 福建省厦门市湖里区人民法院《行政判决书》([2006]湖行初字第13号)。

因此当然地认定上诉人行为和利益的合法性,故其赔偿请求法院依法不能支持。”<sup>[106]</sup>

其次,合法权益受到的损害必须是现实的或者将来必定发生的,且有证据可以证明的。为此,行政相对人必须提供相关的证据,以证明自己的合法权益所受到的损害事实。

2. 有被确认违法的行政行为。首先,行政机关必须实施了行政行为。这种行政行为必须是行政机关的职权行为或者与职权相关的行为。所谓与职权相关的行为是指有助于行政机关实现行政任务的非职权行为本身,如城管执法人员在执法过程中殴打妨碍公务的小贩,或者砸坏小贩用于运输的车辆。其次,这种行政行为必须依照法定程序已被确认违法。确认违法的程序可以是行政复议或者行政诉讼,也可以是行政申诉或者信访等其他合法途径。行政机关依照职权撤销自己作出的行政行为,也是一种确认违法的方式。最后,行政不作为违法也是本要件的内容之一。对于行政不作为违法的判断,要根据行政机关是否具有作为的积极的法定职责为标准,如有积极的法定职责而不作为的,即构成行政不作为违法。<sup>[107]</sup>

3. 行政违法行为与行政相对人的合法权益受损害之间有因果联系。首先,因果关系在这里可以解释为行政行为违法直接的、必然地损害了行政相对人的合法权益。实务中,法院也通常采用因果关系理论作为判断本要件是否成立的标准。如中国银行江西省分行诉江西省南昌市房产管理局行政赔偿上诉案中,法院认为:

“南昌市房管局作为负责办理房产抵押登记的行政主管部门,在办理房产抵押登记过程中,对当事人的申请应当以高度负责的态度认真履行必要的注意义务,对于抵押房产及其权属证书的真伪有条件加以核对与识别。然而,南昌市房管局在本案中违反职业规范,未尽必要的注意义务,为持有假房产证实施诈骗的天龙公司办理抵押登记手续,并明示信托公司可以办理贷款。信托公司基于对房产登记机关所办抵押登记行为的信赖,为天龙公司发放贷款,致使信托公司遭受了财产损失。虽然本案贷款人天龙公司是造成信托公司财产损失的直接责任人,但是南昌市房管局的违法行为客观上为天龙公司骗取贷款提供了条件,其违法出具其他项权利证明的行为与信托公司财产损失之间存在法律上的利害关系和因果关系。”<sup>[108]</sup>

本案中,房管局的房产抵押登记违法是天龙公司实施成功骗贷的条件,但它却是信托公司财产损害的原因,两者因果联系明显,故本要件成立。其次,基于行政行为违法可以推断行政相对人的合法权益将来必然受到的损害。如因行政行为违法导致行政相对人腿脚伤残而安装假肢,若干年之后还需要更换假肢的费用等,都是直接的、必然的财产损害。最后,若行政行为违法只是引起行政相对人合法权益受到损害的客观条件,则它不是本要件的内容,所以,在个案中需要严格区分本要件中引起行政相对人合法权益受到损害的“原因”和“条件”。如在陈宝山与洛阳

[106] 《最高人民法院公报》2011年第4期。

[107] 尹琛琛放卢氏县公安局110报警不作为行政赔偿案,载《最高人民法院公报》2003年第2期。

[108] 最高人民法院《行政判决书》([2002]行终字第6号)。

市人民政府等行政赔偿上诉案中,法院认为:

“造成上诉人陈宝山砂厂的员工死亡是砂厂违反防汛条例规定及采砂许可证上的汛期禁止采砂的告知事项,在汛期内连续几天降雨的情况下,砂场人员及设备未撤离,继续滞留在河道内,工人未采取安全措施及未及时救助溺水死亡等原因所造成的。宜阳县水利局行政不作为不是上诉人陈宝山的员工死亡及财产损失的前置条件。”<sup>[109]</sup>

本案中,因没有因果关系,即便前述两个要件都已成立,水利局的行政赔偿也不成立。同样的情形也发生在张学展诉淮北市房地产管理局房产登记行政赔偿案中,法院认为:

“对张学展为购房支付的款项导致的损失,分析其因果关系实质是由太阳能公司对涉案房屋两次处分所有权给不同人造成的,而与房管局的违法颁证行为无因果关系,张学展针对购房导致的损失要求行政赔偿,无事实和法律依据,对其损失应另行寻求救济途径,上诉人的赔偿请求法院不予支持。”<sup>[110]</sup>

### (三) 行政赔偿范围

除了行政机关制定行政规范行为外,其他违法的行政行为只要是职权行为或者与职权有关的行为,也都属于行政赔偿中“行使行政职权”的外在表现。<sup>[111]</sup>但是,因行政行为违法致使行政相对人合法权益受到的损害,并非都属于法定的行政赔偿范围。法律只承认赔偿行政相对人的人身权、财产权损害以及有限的精神损害,<sup>[112]</sup>行政相对人的某些合法权益损害,如行政机关工作人员与行使职权无关的个人行为和因公民、法人和其他组织自己的行为致使损害的,都不属于行政赔偿的范围。<sup>[113]</sup>在实务中,行政机关的紧急救助行为对行政相对人合法权益所造成的损害,也不属于行政赔偿范围。如在陈宁诉庄河市公安局行政赔偿纠纷案中,法院认为:

“警方是在司机韩勇被夹在发生事故的轿车驾驶室里生死不明,需要紧急抢救的情况下,决定实施强行打开驾驶室车门措施的。由于当时其他方法都不能打开已经变形的车门,为及时抢救出韩勇而采取气焊切割车门的方法,实属情况紧急,迫不得已。因不及时打开车门,就无法对生死不明的韩勇实施紧急救护;尽早打开车门救出韩勇,就有可能挽救其生命。气焊切割车门的方法虽然会破损车门,甚至造成汽车的毁损,但及时抢救韩勇的生命比破损车门或者造成汽车的毁损更为重要。因为相对人的生命而言,破损汽车车门或者汽车致他人利益损害明显较小,警方在紧急情况下作出强行打开车门抢救韩勇的决定,具有充分的合理性,而且在采取措施之前,警方已经尽可能地采取了相应的防范措施。虽然气焊切割车门导致了轿车的失火,但该行为从性质上属于警方正当的抢险救助行为,没有

[109] 河南省洛阳市中级人民法院《行政赔偿判决书》([2011]洛行终字第95号)。

[110] 安徽省淮北市中级人民法院《行政判决书》([2006]淮行赔终字第3号)。

[111] 参见《国家赔偿法》第3-4条。

[112] 参见《国家赔偿法》第35条。

[113] 参见《国家赔偿法》第5条。

超出交通警察依法履行职责的范围。上诉人陈宁要求警方对在不得已情况下的紧急救助行为所造成的损失给予行政赔偿,是没有法律依据的。”<sup>[114]</sup>

#### (四) 行政赔偿方式与计算标准

支付赔偿金是行政赔偿的主要方式。它具有直接弥补行政相对人所受损害的合法权益之功能,但如能够返还财产或者恢复原状的,应当先返还财产或者恢复原状。行政行为违法若有致人精神损害的,行政机关应当在侵权行为影响的范围内,为受害人消除影响,恢复名誉,赔礼道歉;造成严重后果的,应当支付相应的精神损害抚慰金。行政赔偿的计算标准:(1)人身权。因人身自由和生命权具有平等性,所以对受害人应当不分“贵贱”采用同一标准,即前者为每日赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算,后者为死亡赔偿金、丧葬费,总额为国家上年度职工年平均工资的二十倍。因身体伤害有不同程度,它的赔偿计算标准依据是否丧失劳动能力以及丧失劳动能力不同程度而定。另外,对死者生前扶养的无劳动能力的人,行政机关还应当支付生活费。(2)财产权。对于被违法没收、征收等的财产,应当返还;对于损坏或者灭失的财产,能够恢复原状的应当恢复,不能恢复的,应当按照损害程度给付相应的赔偿金;对于财产已经拍卖或者变卖的,给付拍卖或者变卖所得的价款,但变卖的价款明显低于财产价值的,应当支付相应的赔偿金。此外,在财产权损失的计算标准上,尚有两个具体问题需要作进一步明确:第一,“停产停业期间必要的经常性费用开支”的计算。“停产停业期间必要的经常性费用开支”是一个模糊性的概念,在实务中也容易引起争议。通常认为,凡经营者依法必须支付的费用都属于“停产停业期间必要的经常性费用开支”,计入赔偿范围。如在李超和诉云县公安局涌宝派出所行政强制措施附带行政赔偿案中,法院认为:

“李超和要求赔偿营运损失每天 60 元的请求,根据国家赔偿法只赔偿直接损失的规定,即不赔偿可得利益或可期待性利益,故该请求于法无据,不予支持。对于赔偿养路费、客货运附加费及滞纳金 2780.80 元的请求,因税费属于扣车期间必要的经常性费用开支,应予支持。”<sup>[115]</sup>

本案中,养路费、客货运附加费及滞纳金和税费不因为受害人因被行政机关违法“停产停业”可以不交纳,法院认定这笔费用为“停产停业期间必要的经常性费用开支”,十分妥当。第二,“直接损失”。关于“直接损失”的含义,最高人民法院行政审判庭在一个答复中认为:“因违法的房屋抵押登记行为造成的损害,属于《中华人民共和国国家赔偿法》第 28 条第(7)项规定的‘对财产权造成的其他损

[114] 《最高人民法院公报》2003 年第 3 期。

[115] 云南省云县人民法院《行政判决书》([2002]云行初字第 07 号)。



害’,应当按照直接损失计算赔偿数额。”<sup>[116]</sup>法院在审理房屋抵押登记行为引起的行政赔偿案件中,此答复可以适用。另外,补征关税是否是已销售进口物品的“直接损失”,在上海汇兴公司诉浦江海关行政赔偿案中,法院认为:

“在本案中,汇兴公司在履行补交纳税义务时是否直接造成损失,是确认浦江海关应否承担赔偿责任的前提。根据国家赔偿法的规定,如果汇兴公司认为浦江海关的补征行为造成了其直接损失,就应对自己的赔偿主张负举证责任。汇兴公司提供的有关人工草坪的出售合同、协议书及电汇凭证等证据,虽可以证明进口的人工草坪是在浦江海关的补征行为之前已经销售,但由于汇兴公司出售人工草坪的单价为每平方米102元至180元不等,收益的幅度相差较大,故浦江海关关于征税数额并非合同定价的主要因素,合同定价主要是由市场调节的主张可以成立。汇兴公司主张的销售收入减少,是指以较高价格销售出人工草坪而获得利益为前提的,而较高利益的实现在销售中是受到供求关系等各种不确定因素决定的,属于不确定的利益,故不构成直接损失。”<sup>[117]</sup>

但是,基于个案的特别考虑,法院有时也会扩大“直接损失”的计算范围,以达到个案正义。如在邱某与某县公安局限制人身自由、赔偿行政争议再审案中,法院判决被告应当赔偿原告所支付的律师费。<sup>[118]</sup>对于如“中华老字号”房屋的行政赔偿范围与数额计算,需要体现特别保护的法律精神。<sup>[119]</sup>对于违法拆迁导致房屋灭失无法重新评估的,应按房屋赔偿时市场价格予以确定。<sup>[120]</sup>

#### (五) 行政赔偿主体、程序

1. 行政赔偿主体。行政赔偿的责任主体是国家,因行政机关是代表国家行使行政职权的机关,所以,为便于行政相对人申请行政赔偿,《国家赔偿法》采用“国家责任,机关赔偿”规则确定行政赔偿主体。在个案中,确定行政赔偿主体的标准是“谁行为谁赔偿”,即实施违法行为的行政机关是赔偿义务机关,不同的情形可以依照行政诉讼中被告确定规则执行。有所不同的是,经复议机关复议的,最初造成侵权行为的行政机关为赔偿义务机关,但复议机关的复议决定加重损害的,复议机关对加重的部分履行赔偿义务。行政赔偿主体中的申请人、第三人资格,也可以依照行政诉讼中原告、第三人资格确定规则执行。

2. 行政赔偿程序。此程序基本可以分为:(1)申请。对已经确认的违法行政

[116] 最高人民法院行政审判庭《关于违法的房屋抵押登记行为行政赔偿数额计算问题的电话答复》([2002]行他字第2号)。《国家赔偿法》(2010)已将此内容修改为第36条第8项。上海市彭浦电器开关厂诉上海市闸北区人民政府确认侵占行为违法并要求行政赔偿案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第79号案例,中国法制出版社2011年版,第237页以下。

[117] 《最高人民法院公报》2004年第1期。

[118] 浙江省高级人民法院《行政判决书》([2001]浙行再字第10号)

[119] 沈阳市甘露饺子馆诉辽宁省沈阳市铁西区人民政府、沈阳市铁西区房产局房屋拆迁行政赔偿案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第27号案例,中国法制出版社2010年版,第141页以下。

[120] 李向巨诉黑龙江省哈尔滨市道外区政府房屋拆迁行政赔偿案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第28号案例,中国法制出版社2010年版,第147页以下。

行为,赔偿请求人要求赔偿的,应当先向赔偿义务机关提出,并提交申请书;请求人也可以口头申请,由赔偿义务机关记入笔录。对尚未确认违法的行政行为,请求人可以先申请有权机关确认违法,也可以在申请行政复议和提起行政诉讼时一并提出赔偿请求。(2)决定。赔偿义务机关应当自收到申请之日起两个月内依法决定是否给予赔偿。对赔偿义务机关逾期仍不予赔偿、赔偿请求人对赔偿数额有异议或者决定不予赔偿的,赔偿请求人有权依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

### 三、行政补偿

#### (一)行政补偿的概念

行政补偿是行政机关因其合法行政行为致使行政相对人财产受到损失而给予其财产上的填补。在有法特别规定的情况下,对行政相对人的人身损害也可以采用行政补偿。如《人民警察使用警械和武器条例》第15条规定:“人民警察依法使用警械、武器,造成无辜人员伤亡或者财产损失的,由该人民警察所属机关参照《中华人民共和国国家赔偿法》的有关规定给予补偿”。行政补偿不同于行政补助,后者是行政机关依法给予行政相对人的一种经济资助,它不以行政机关实施某种行政行为为前提。如《水法》第29条第1款规定:“国家对水工程建设移民实行开发性移民的方针,按照前期补偿、补助与后期扶持相结合的原则,妥善安排移民的生产和生活,保护移民的合法权益。”

行政机关合法行政行为对行政相对人所造成的损失,必须在“特别牺牲”(财产权应当负有公共责任的思想也支持行政补偿)的情况下,才能产生行政补偿,否则行政相对人必须容忍这种“损失”。此所谓行政补偿的“特别牺牲说”。如对行政机关规划兴建铁路、机场所产生的噪音若符合法定标准,居住于周边的个人对这种“损失”负有容忍的义务。在学理上,最为困难的是判断这种容忍的底线在何处。行政补偿所基于的法理是,以个人的“特别牺牲”损失换来的公共事业,使不特定的公众成为“无偿”的享受人。基于公平原则,个人的这一“特别牺牲”损失必须平摊给所有的公众。为此,个人有权请求行政机关以“公共财产”填补他“特别牺牲”的损失。

《宪法》第10条第3款规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。”又如《宪法》第13条第3款规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”这是确立行政补偿制度的宪法依据。之前,制定法也有不少有关行政补偿的规定。如《行政许可法》第8条第2款规定:“行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,行政机关应当依法给予补偿。”与行政赔偿不同的是,行政补偿至今尚未有统一的立法,它的法律依据通常是在法律、法规和规章之中。《国有土地上房屋征收补偿条例》是一部专门规定征收国家土地使用

权补偿的行政法规。行政补偿采用结果归责主义,而行政赔偿则是采用行为归责主义。

## (二) 行政补偿的构成要件

1. 行政相对人的合法权益受到损失。如行政赔偿中的要件一样,“合法权益”是制定法所保护的权益。房屋、土地等不动产通常是本要件中的“合法权益”,警察在追捕犯罪嫌疑人过程中合法使用枪械伤害到了旁边的路人,致使路人伤害或者死亡,其健康权、生命权也属于这里的“合法权益”。又如,《疫苗流通和预防接种管理条例》第46条规定:“因预防接种异常反应造成受种者死亡、严重残疾或者器官组织损伤的,应当给予一次性补偿。”这里的“受种者死亡、严重残疾或者器官组织损伤”也是本要件中的“合法权益”。需要明确的,这里的“合法权益”损失必须已成为现实,并由行政相对人举证予以证实。如在张成忠与宁夏回族自治区平罗县人民政府等土地行政补偿纠纷上诉案中,法院认为:

“虽然被上诉人平罗县人民政府《批复》中同意批给上诉人386.4平方米土地,但对该土地有无合法土地使用权应根据《中华人民共和国土地管理法》的规定由县级人民政府登记造册、核发证书、确认使用权。上诉人因未取得其营业房门前,翰林大道扩路占用的东西20米的土地使用权,其所提出的征地补偿和垫土方等费用的要求无法律依据不予支持。”<sup>[121]</sup>

本案中,张成忠提出20米的土地使用权为他所有,应当获得补偿。但是,因他没有这部分土地使用权的合法证明,不属于合法财产,所以他的主张不能得到法院的支持。

2. 造成行政相对人合法权益损失的原因是合法行政行为。合法行政行为是符合合法行政行为要件的行政行为。对于行政补偿来说,合法行政行为中是否具有“公共利益”十分重要,它制约着行政机关以征收、征用的方式限制或者剥夺行政相对人的财产权。但是,公共利益是一个模糊的法概念,需要通过个案才能加以厘清。如收回个人的国有土地使用权之后又将其出让给商业银行建造停车场,供其客户停车之用。这样的“收回国有土地使用权决定”显然不具有公共利益。<sup>[122]</sup> 尽管公共利益内涵不确定,但没有妨碍我们在立法上对于一些有共识的情形加以明确列举。<sup>[123]</sup>

[121] 宁夏回族自治区高级人民法院《行政判决书》([2010]宁行终字第2号)。

[122] 宣懿成等18人诉衢州市国土资源局收回土地使用权行政争议案,载《最高人民法院公报》2004年第4期。

[123] 《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条规定:“为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要,有下列情形之一,确需征收房屋的,由市、县级人民政府作出房屋征收决定:(一)国防和外交的需要;(二)由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要;(三)由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业的需要;(四)由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要;(五)由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要;(六)法律、行政法规规定的其他公共利益的需要。”

3. 行政合法活动与行政相对人的合法权益受损失之间有因果联系。与行政赔偿中的要件一样,这里的因果关系是指合法行政行为直接地、必然地引起行政相对人合法权益的损失。如果涉及人身伤害的,那么将来必然产生的损失也是因果关系要件的内容之一。

### (三) 行政补偿原则、标准与范围

1. 补偿原则。行政补偿必须遵守补偿先行原则,即必须先给予补偿之后,才能取得行政相对人财产的所有权或者使用权。如《国有土地上房屋征收补偿条例》第27条规定:“实施房屋征收应当先补偿、后搬迁。”但在紧急情况下,财产权、人身权补偿的落实可以相对后滞,尤其是防洪、灭火等过程中征用引起的行政补偿。

2. 补偿标准。因目前没有统一的“行政补偿法”,所以,有关补偿标准在制定法上的规定也十分不同。<sup>[124]</sup> 在现行法律框架内,有关补偿标准大致有以下几种情形:(1)给予补偿。如《土地管理法》第2条第4款规定:“国家为了公共利益的需要,可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿。”(2)相应补偿。如《外资企业法》第5条规定:“国家对外资企业不实行国有化和征收;在特殊情况下,根据社会公共利益的需要,对外资企业可以依照法律程序实行征收,并给予相应的补偿。”(3)合理补偿。如《防沙治沙法》第35条:“因保护生态的特殊要求,将治理后的土地批准划为自然保护区或者沙化土地封禁保护区的,批准机关应当给予治理者合理的经济补偿。”在实务中,对于一些历史遗留的城市私有房屋的补偿,必须考虑它的历史因素,在法律框架内给予合理补偿。如在付洁诉浙江省杭州市房产管理局房屋行政裁决案中,其裁判要旨是:

“根据《城市房屋拆迁管理条例》第24条规定的精神,解放初期获得房地产所有权证的城市私有房屋附着土地超出容积率的部分,拆迁时应当按照房地产市场评估价格予以补偿。”<sup>[125]</sup>

(4)适当补偿。如《国防法》第48条规定:“国家根据动员需要,可以依法征用组织和个人的设备设施、交通工具和其他物资。县级以上人民政府对被征用者因征用所造成的直接经济损失,按照国家有关规定给予适当补偿。”实务中,也有法院采用适当补偿标准来确定补偿款的。如在张洪胜与广饶县人民政府林业行政补偿纠纷上诉案中,法院认为:

“因修路而砍伐林木,涉及到了上诉人的权益,应当给予补偿,具体补偿数额无明确的法律法规规定。该处林地是护岸林,其是以防止河岸冲刷崩塌、固定河床为主要目的,其不是以产生经济效益为目的,再者,综合考虑种植树木的土地性质、树木的生长情况和上诉人与村委会签定的合同内容等情形,被上诉人应当给予上诉人适当补偿。上诉人已取得了5875元的补偿款(不含看护房的补偿),不应再对上诉人给予补偿,原审判决结果是正确

[124] 进一步阅读屈茂辉等:“中国土地征收补偿标准研究——基于地方立法文本的分析”,载《法学研究》2009年第3期。

[125] 《中国行政审判指导案例》(第1卷)第16号案例,中国法制出版社2010年版,第80页以下。

的,应予以维持。”<sup>[126]</sup>

(5) 公平补偿。如《国有土地上房屋征收补偿条例》第2条规定:“为了公共利益的需要,征收国有土地上单位、个人的房屋,应当对被征收房屋所有权人(以下称被征收人)给予公平补偿。”在实务中,有的法院还创立了一个“损益相当”的概念,作为计算行政补偿的标准。如在郑州市豫都房屋开发有限公司诉郑州市人民政府上诉案中,法院认为:

“按照依法行政和合理行政的要求,市政府在其许诺的政策补偿因客观情况变化而无法实现时,应当变通处理,以便及时弥补豫都公司的经济损失。按照行政补偿损益相当的原则,市政府在《通知》中许诺的政策补偿,在法律上应当视为与豫都公司的实际损失相当,故一审法院判决将《通知》中的政策补偿等额变现于法有据,应予支持。”<sup>[127]</sup>

3. 行政补偿范围。如前所述,行政补偿范围原则上限于财产权,在特别情况下,它也包括人身权。在行政补偿范围上,至少需要讨论如下几个问题:(1) 财产损失的计算。对于财产损失的计算,在实务中通常有一个处于第三方的独立评估机构作出评估,且允许行政相对人对评估提出异议,以复核后再确定具体金额。在没有上述条件的情况下,通常参照一个相关的价格作为财产损失的计算标准。如在霍书林等诉密云县西田各庄镇人民政府不服行政补偿案中,法院认为:

“为了预防禽流感疫情,保护原种基地的安全,被告密云县西田各庄镇人民政府根据有关文件精神,对收购范围内成规模肉鸡养殖户原告霍书林、张如龙饲养的肉鸡进行收购,理当予以补偿。原告霍书林、张如龙对被告密云县西田各庄镇人民政府的收购行为应给予理解和支持。被告密云县西田各庄镇人民政府根据市场行情等客观情况,以密云县畜牧服务中心畜牧师王振亭估算的肉鸡成本加上每只肉鸡2元的利润,即以每只肉鸡13.14元的价格对收购原告霍书林、张如龙的肉鸡进行补偿,并无不当。”<sup>[128]</sup>

(2) 未到使用年限的国有土地使用权。实务中,如国有土地使用权出让给行政相对人的使用年限为70年,行政相对人在使用到20年时因公共利益的需要被国家收回时,剩余的50年国有土地使用权是否属于补偿范围。《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第4条规定:“依照本条例的规定取得土地使用权的土地使用者,其使用权在使用年限内可以转让、出租、抵押或者用于其他经济活动,合法权益受国家法律保护。”依照这一规定,国有土地使用权属于一项独立的财产权受法律保护。《物权法》第121条规定:“因不动产或者动产被征收、征用致使用益物权消灭或者影响用益物权行使的,用益物权人有权依照本法第四十二条、第四十四条的规定获得相应补偿。”由此我们可以肯定,至少在《物权法》实施之后,这个问题在法律上是明确的。(3) 精神损失补偿。如果在行政赔偿中承认精神赔偿,

[126] 山东省东营市中级人民法院《行政判决书》([2003]东中行终字第3号)。

[127] 最高人民法院《行政判决书》([2007]行终字第3号)。

[128] 北京市密云县人民法院《行政判决书》([2004]密行初字第11号)。

那么就没有理由在行政补偿中否定精神赔偿。如对于行政相对人几代人居住的老宅院进行征收,对其所产生的精神痛苦不应忽视,原有相邻关系的断裂对于被迁移的人来说,同样也会带来精神上的失落与不安。这种情形在水库移民中同样存在。如果置于“国家尊重和保障人权”的宪法条款下,国家承担对于这种精神痛苦的补偿责任是必要的。(4)财产使用功能。因合法行政行为而受到损失的财产,如果仍然还具有部分或者全部使用价值的,那么这部分财产不属于行政补偿范围。如在陈兴萍诉重庆市沙坪坝区人民政府行政补偿纠纷案中,法院认为:

“原告陈兴萍开办的兴旺屠宰场,其屠宰台、凉肉轨道、鲜肉挂钩、锅炉、保温器管道、冻库、化粪池等设施、设备均属于屠宰的专门设施、设备,因取消屠宰资格而丧失部分或全部使用价值,属于被告依法应予补偿的范围。原告陈兴萍开办的兴旺屠宰场,其屠宰房、养殖房等建筑物虽属于屠宰的必备设施,但并不因屠宰资格的取消而灭失或丧失使用功能,仍能发挥其作为建筑物的其他功能和作用,故原告请求的屠宰房、养殖房的建设费用不属于行政补偿范围。”<sup>[129]</sup>

本案中,法院认为屠宰房、养殖房本身作为建筑物可以另作他用,被告征收并不影响它的功能和作用,所以它们没有被列入补偿范围。

#### (四) 补偿主体和程序

1. 补偿主体。行政补偿主体资格,可以参照行政诉讼法有关原告、被告和第三人的规定。需要讨论的是,承租人在所租房屋被征收之后中断了原有的租赁关系,影响他正常生活的预期,他是否具有行政补偿程序中的第三人资格,在实务中是有争议的。从财产使用权的法律关系上看,赋予他的第三人资格也是妥当的。

2. 补偿程序。关于补偿程序,主要有两个问题:(1)除了《国有土地上房屋征收补偿条例》规定了一套较为具体、明确的补偿程序外,其他部门法中的行政补偿程序基本上是残缺的。比如,行政相对人在向法院提起行政补偿诉讼之前,是否需要先行行政机关处理程序,制定法上并不明确。在这个问题上,倒是法院在个案中回答了这个问题。如在张栓诉驻马店市人民政府行政补偿及履行答复职责案中,法院认为:

“目前,由于国家对行政补偿法律制度的立法缓慢,尚无明确的法律规定可以引用或参考,从中国其他法院现有的判例看,对行政补偿问题均以行政部门先行作出补偿确认为前提。所以,对本案原告请求的补偿责任问题也应当先由被告作出确认,法院不宜直接判决。”<sup>[130]</sup>

(2)因行政补偿仅涉及补偿数额、方式等争议,所以,无论在行政补偿程序的哪个阶段,行政机关与当事人之间补偿和解应当是被鼓励、允许的。如在泸西县大沙地电站与泸西县人民政府不履行行政补偿义务及行政赔偿纠纷上诉案中,法院

[129] 重庆市第一中级人民法院《行政补偿判决书》([2008]渝一中法行初字第22号)。

[130] 河南省驻马店市驿城区人民法院《行政判决书》([2011]驿行初字第10号)。

认为:

“经本院审查认为,本案上诉人泸西县大沙地电站与泸西县人民政府之间达成的协议是双方真实意思表示,且该协议内容并不违反法律、法规的禁止性规定,也不损害公共利益和他人合法权益。双方的行政争议已经协议解决,并已在签定协议时履行了部分内容,本案行政争议处理应以双方于2009年3月3日所签订的《和解协议》内容为准。一审判决不再执行。”<sup>[131]</sup>

本案中,法院经审查认可了二审程序中双方的《和解协议》,并认为一审判决可以不再执行。关于行政补偿和解的某些规则,如真实意思表示、协议内容合法等,如同本案中法院在裁判中所说,双方当事人必须遵守。

### (五)相关问题

与行政补偿相关的问题是:(1)特定人受益的返还。因公共财政投入而创造的利益,特定人获得了明显高于其他一般人的受益,他应当返还部分受益。如行政机关开发公共设施,建设城市地铁、修建城市马路等,使某一特定企业进出的通道变得十分便捷,该企业应该承担部分建设经费。当然,这一问题因尚未在制定法中加以规范,目前没有可操作性。(2)准征收。即因行政机关合法行政行为导致行政相对人的财产使用权在客观上受限制或者财产价值贬损。如政府决定修建城市高架道路,使特定人的三楼房屋变成了“一楼”,进而使该房屋在进入市场交易时价值大受贬损。又如,因祖传私房被政府确定为“历史建筑”,该私房交易受到限制。目前,在制定法上关于准征收补偿的基本规定也是一片空白。(3)“利益反哺”。它是行政补偿的一种延续补偿。如对因修建水库的移民不作“一次性购买”式的补偿,只要水库存在并运行,对移民的补偿应当一直延续下去。另外,为保护下游水源而对上游的行政相对人山林、土地使用权利用作出限制的,政府应当从下游受益方收取部分利益,“反哺”补偿上游行政相对人的损失。“利益反哺”补偿机制有助于社会的持续发展。

[131] 云南省高级人民法院《行政裁定书》([2009]云高行终字第1号)。

## 第十二章 行政救济原理

### 第一节 行政救济的一般理论

#### 一、行政救济概念

法谚道：“有权利，必有救济。”凡是现代行政法设置的各种对行政相对人权利的救济机制都属于行政救济。<sup>〔1〕</sup>行政救济所要救济的是行政相对人被行政行为损害的权利，所以，行政行为是引起行政救济的主因；没有行政行为，也就不存在所谓的行政救济。行政行为是行政权的外在表现，它是损害行政相对人权利的力量。行政权不需要救济，它只要被监督。在制度层面上对行政权的监督可以有两个面向：（1）权力对行政权的监督，如人大对政府的监督；（2）权利对行政权的监督，如申请行政复议或者提起行政诉讼。后者作为监督行政权的机制是通过行政相对人权利救济得以实现的。

从依法行政原理中导出的一个较好的行政救济方案是，由具有独立法律地位的法院依法裁判行政争议，可以为行政相对人提供充分的权利救济。在实务中，绝大多数行政行为都是由后者作出的，所以由人大为行政相对人提供主要的行政救济方案并不现实。由行政机关来判断自己作出的行政行为是否合法并决定是否给予行政相对人权利救济，难以避免“官官相护”的陋习（一种源于传统文化的观念），且“自己作自己案件的法官”（一种源于正当程序的规则）这种做法也难以取信于民。相对而言，在宪法规定的框架性基本制度中，法院具有相对比较独立的法律地位，将行政行为是否违法及是否损害行政相对人权利之争议，由行政相对人自己决定是否提交到法院去裁判，是比较容易为各方接受的行政救济方案；即使处于社会底层的农民，也能以自己的生活经验作出正确的选择。如浙江省温州市苍南县有一个叫包郑照的农民为了维护自己的合法权利，在20世纪80年代中期向当地法院提起了全国首例“农民告县长”的行政案件。此案的基本案情是：

1985年8月5日，农民包郑照经苍南县肥艚镇城建办批准，按规定向肥艚镇城建办缴纳713元地价款，新建3间3层楼房。1986年10月，包家在县房管处办理了房产产权登记。两年后，该楼房被县水利局认定为有碍防汛，属违章房屋，苍南县政府下发了《关于强

〔1〕 进一步阅读林莉红：“行政救济基本理论问题研究”，载《中国法学》1999年第1期。



行拆除包郑照违章房屋的决定》。1987年7月4日,县人民政府组织人员,强制拆除这栋楼房被认为有碍防汛的部分。包郑照和他的儿子包松村不服,向法院提起诉讼。<sup>〔2〕</sup>

就在此案件发生后的第二年,另一起有影响的行政案件在广东省深圳市发生了,它就是“区成不服九龙海关行政处罚决定案”。1988年11月15日广东省深圳市中级人民法院对此案作出判决,法院认为:

“原告区成出境去香港时,携带的是国家禁止出境的文物和国家有数量限制出境的特种玉石工艺品,不是用山石刻制的工艺品,且混放于行李中,未向海关申报,在选走‘绿色通道’时被查获,其行为违反了海关法第二十九第一款和第四十八条的规定,属走私行为。被告九龙海关依照海关法行政处罚实施细则第三条第(二)项和第五条第(二)项的规定,作出没收原告携带的玉石器的复议决定,是正确的。”<sup>〔3〕</sup>

此案是由一个名叫区成的香港居民在内地提起的涉外行政案件。之所以在这里提及它,不仅仅因为它是自1985年以来《最高人民法院公报》公布的第一个行政诉讼案例(当时还不称之“指导性案例”),更重要的是此案原告的身份与包郑照截然不同。但是,他们却在不同的地方,在差不多的时间为了自己的权利救济向法院提起了注定要写入行政诉讼历史的行政案件。尽管这两起案件的原告诉请最终并没有获得法院的支持,但原告这种不同身份的比较在早期行政诉讼中应该是很有意义的:在行政救济中,必定存在某种不以地域、文化、身份等因素而形成的普适价值。当时审理行政案件的依据是1982年《民事诉讼法(试行)》第3条第2款的规定。<sup>〔4〕</sup>然而,无论如何以仅有的一款法律条文,不可能支撑起一个以法院为中心的行政救济制度。所以,直到1989年《行政诉讼法》颁布,我们才承认行政诉讼制度正式、全面的确立。该法第2条规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起诉讼。”在此规定中,“具体行政行为”、“合法权益”、“提起诉讼”等构成了行政诉讼制度的基础性概念,并延伸、扩展到其他的行政救济制度之中。

以法院为中心的行政诉讼并不排斥其他行政救济机制。如为了减轻法院解决行政争议的负累,或者是出于由行政机关自己解决行政争议的便宜性,作为行政诉讼前置程序的行政复议也是行政救济的重要机制之一。《行政复议条例》(已失效)、《行政复议法》在这个方面先后作了很好的努力。行政赔偿是源于行政行为违法而产生的一种法律责任。“行政行为违法”不是由行政相对人单方面认定的,它是法定机关在一个法定程序中借助于证据作出的一种权威性判断。这种“判断”在法律上表现为“撤销”、“确认违法”等决定形式,它们是行政赔偿的前置条

〔2〕 参见何海波:《法治的脚步声——中国行政法大事记(1978-2004)》,中国政法大学出版社2005年版,第73-75页。

〔3〕 《最高人民法院公报》1989年第1期。

〔4〕 《民事诉讼法(试行)》第3条第2款规定:“法律规定由人民法院审理的行政案件,适用本法规定。”

件。法律要求行政机关承担行政赔偿的基本功能,是为了对行政相对人受损害的权利进行实质性的救济。为此,《国家赔偿法》提供了一个实现这种实质性救济的法律框架。

## 二、行政救济功能

行政救济的全部功能在于权利保护。就世界范围而言,20世纪以来行政救济的范围一直处于不断向外拓展的过程中。促使行政救济范围拓展的因素大致是:(1)国家干预扩张导致了行政领域的不断扩大;(2)权利意识强化促使行政救济制度必须作出回应。在这个过程中,权利保护一直处于中心位置。反观国内,曾长期实施的计划经济体制,导致国家干预力量无处不在,但权利救济机制相当贫乏;即使有信访等所谓的行政救济制度,但它的主要功能并不落实在权利保护之上。直到《行政诉讼法》等法律的颁布实施,权利保护在行政救济制度中才获得了正式认可。当然,作为行政机关来说,行政救济不能仅仅保护权利,维护行政效能也应当是不可或缺的功能之一。需要指明的是,“维护和监督行政机关依法行使行政职权”〔5〕、“促进国家机关依法行使职权”〔6〕“保障和监督行政机关依法行使职权”〔7〕等虽然在制定法上能够与“权利保护”相提并论,但是,在依法行政原理之下把它当作是一种行政救济功能的反射效果或许更为妥当。

权利意识是人与生俱来的,是人自我保护的一种本能反应。人不愿意行使权利的根本原因不是人的权利意识淡薄、丧失,而是国家围绕权利所建立起来的行政救济制度不能吸引人们去向国家行使权利保护的请求权。在传统的法制观念中,个人权利的保护从来不是国家的首要职责,维持统治秩序才是国家的头等大事。人,一直处于权力所指向的客体地位,任由权力支配。即使到了《宪法》2004年经过修正才写进“国家尊重和保障人权”的21世纪,这一“人权条款”到目前为止,仍然主要还是宪法规范层面上的一种表达或道义上的诉求,“权利保护”与实践之间相距还是很远的。如在行政诉讼中,原告提起诉讼是否为法院受理,有时具有相当的偶然性,在并不确定的范围中,法院有着很大的解释空间;而对于被告来说,行政行为即使作为诉讼的客体被法院撤销之后,它仍然可以通过法律程序在重新给出“正当理由”的情况下,安然地通过司法审查的管道。而原告此时只能忍受被告重新作出的“合法”行为。对于法院来说,经验使它已经坚信不疑:真正能够解决原告问题的不是自己而是被告。所以,法院经常规劝原告有时不得不接受被告提出的一些“过分”要求,以便被告有“脸面”地走出法庭,然后再来解决它的问题。所以,在这样的现实面前,把所谓“行政救济的全部功能在于权利保护”当作一个正在努力实现的目标,在今天看来仍然是妥当的。

〔5〕 参见《行政诉讼法》第1条。

〔6〕 参见《国家赔偿法》第1条。

〔7〕 参见《行政复议法》第1条。

在个案中,行政相对人实现了权利保护的目,属于个案正义。但对于不特定的多数人来说,普遍正义更为重要,而普遍正义的实现取决于整个社会是否具有“规则意识”。因此,在行政诉讼中通过个案裁判确立“规则意识”,应当是法院不可不担当的任务。法院应当通过针对个案的裁决,确立起可以适用今后“类似”案件的裁判规则,以资参考。在这样的规则社会中,权利保护被提前到了一种预防权利被侵害的状况之中,权利救济的实效性更为显著。如在田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案中,法院认为:

“按退学处理,涉及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,作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。”〔8〕

法院从此案发展出来的“正当程序”规则,为行政机关行使行政职权确立了一个程序规则。后来的事实也证明,此案发展出来的这一程序规则,对行政相对人权利的预防性保护具有十分重要的法律意义。〔9〕

另外,尚需指明的是,在行政诉讼中双方当事人之间的“和解”并非为法律所禁止。但是,如法院过度追求行政案件“和解”率,势必会形成社会“一团和气”。由此导致的结果是社会好恶不分、是非不清、规则意识淡薄,长久以往的积淀对“规则治理”乃至形成法治国家是十分不利的。有时,法院的裁判需要回应政治的要求,但是,这种回应不是法院可以放弃独立审判的理由,更不是政治可以凌驾于法律之上。依法而判,当断则断,也是一种回应政治要求的形式。

## 第二节 行政救济标准

### 一、实效性权利保护

#### (一)“能得好处”

在经过了行政救济程序之后,如行政行为被确认违法且已损害了行政相对人的合法权益,那么行政相对人应当“能得好处”而归。此为实效性保护要义之一。凡行政相对人提起行政救济,总要预先支付如律师费等各种费用,如行政行为被确认违法,那么他不仅应当获得权利受损害产生的行政赔偿,而且他为诉讼预付的各种合理费用也应当由行政机关承担,即他的权利应当回复到案件发生之前的“状态”。“能得好处”在这里应当被理解为“能得全部好处”,行政相对人唯有得到这

〔8〕《最高人民法院公报》1999年第4期。

〔9〕进一步阅读何海波:“司法判决中的正当程序原则”,载《法学研究》2009年第1期。

样的结果,实效性权利保护才是名副其实。

但是,在行政救济实务中行政相对人“能得部分好处”可能是比较现实的判断,而“能得全部好处”仍属于一种理想状态。首先,一些制定法的规定不利于实效性权利保护。如最高人民法院《若干解释》第54条第2款规定:“人民法院以违反法定程序为由,判决撤销被诉具体行政行为的,行政机关重新作出具体行政行为不受行政诉讼法第五十五条规定的限制。”根据这一规定,违反法定程序的行政行为若被法院撤销之后,行政机关在履行了正确的程序之后,仍然可以作出一个在实体法上与原来被撤销的行政行为内容相同的行政行为。在这样的行政案件中,行政相对人可能在经过了若干场诉讼之后铩羽而归,往往开始漫漫的涉法涉诉信访,但行政机关对其行政行为违法没有担当实质性的法律责任。其次,在行政赔偿诉讼中,由于《国家赔偿法》规定的赔偿范围比较有限,行政相对人为诉讼支付的若干费用如律师费、交通费等正常、合理的支出或者可得利益也不能获得法院的支持。有时,法院判决的赔偿费用还不能够抵付这些费用,也使行政相对人难服其判。

如同其他制度的进步都需要时间的积淀一样,在行政救济中实现“能得好处”的救济标准,尚受许多现实因素的影响,而消解这些现实因素需要时间。所以,一些正当的个人权利救济可能因为现实因素而被法律所否定,从而成为当下社会不稳定的重要诱因。现代行政法只能适度超前但不能越过这些现实因素而发展,行政诉讼、行政复议等行政救济制度如同高压锅的出气口,它的出气量大小被控制在确保高压锅不爆炸的程度即可。这样的局面可能会持续几十年甚至更长时间,是法治国家发展不可逾越的一个发展阶段。当然,在这些现实的因素面前,我们并非无所作为。如政府信息公开诉讼中的“实体性裁判”、“预防性诉讼”等的规定,<sup>[10]</sup>都可以看作是最高人民法院为此所作出的努力。

## (二)“免于恐惧”

在行政相对人“获得好处”从法院回家之后,应当有免于他在以后的生产、生活以及从事其他活动过程中受到来自行政机关威胁的保护性制度。此为实效性保护要义之二。在传统文化观念中,“民与官斗”往往被形容为“胳膊扭不过大腿”,即使在第一回合中官被民斗败了,那么“秋后算账”往往是官发泄他怨恨的常规作法。这种观念影响至今不衰不绝。在《行政诉讼法》实施之后不久,“高兴一阵子,痛苦一辈子”、“法院保护你一阵子,我能管你一辈子”等“民谚”在民间开始流传,这些现象多少可以说明这一点。此等有关行政诉讼的“民谚”,可以看作是行政机关在输掉官司后“报复”行政相对人的例证。

这样的恶行当然应该加以禁绝,否则行政救济实效性权利保护标准将无法加以落实。如《行政监察法》第47条规定:“对申诉人、控告人、检举人或者监察人员

[10] 最高人民法院《关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》(法释[2011]17号)第9、10条。进一步阅读解志勇:“预防性行政诉讼”,载《法学研究》2010年第4期。

进行报复陷害的,依法给予处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”此条可以适用本情形。

## 二、无漏洞权利保护

### (一)“告状有门”

行政相对人“告状”的权利源于宪法的规定。《宪法》第41条规定:“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员,有提出批评和建议的权利;对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为,有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利,但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。对于公民的申诉、控告或者检举,有关国家机关必须查清事实,负责处理。任何人不得压制和打击报复。由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有依照法律规定取得赔偿的权利。”凡本条规定的“申诉权”、“控告权”、“检举权”和“取得赔偿权”都属于公民的基本权利,是宪法所提供的根本法保障。因为宪法为根本法,具有最高法律效力,国家就有义务以制定法的形式为公民提供更为具体的、具有可操作性的法律保障,担保行政相对人在行使上述宪法规定的基本权利时“告状有门”,即无漏洞权利保护。至于“门”设在何处,则应当由法律来决定。

《行政诉讼法》、《行政复议法》采用列举方式确定受案范围的方式,固然与现实因素有关,是否正当暂且可以不论。基于无漏洞权利保护标准的要求,若列举方式的要旨并非为了限制行政相对人的权利救济,而是为基层法院、行政机关作一种正确适用法律的指引,那么,对于列入受案范围的事项,若遇有不确定法概念的,应当作扩张解释;反之,对于不受理事项,应当作收缩解释。《行政诉讼法》第12条第2项中的“行政机关工作人员”作“公务员”解释,最高人民法院《若干解释》第1条第2款第2项中的“明确授权”应当作(狭义上)《刑事诉讼法》明文规定的“权力”等,都可以看作是接近无漏洞权利保护标准的一种努力。

法治理想的状态是,凡行政争议都必须有一个权利救济之“门”为它洞开。从宪法规定的“人权条款”中可以导出更进一步的结论是,若行政救济制度不能提供权利救济,国家有义务提供其他性质的救济制度,即凡依法不为行政诉讼、行政复议受理的行政争议,国家必须设置另外的救济之“门”,不可让一个行政争议留在权利救济之“门”外。如教师不服职称评审之争议,《教师法》第39条规定:“教师对学校或者其他教育机构侵犯其合法权益的,或者对学校或者其他教育机构作出的处理不服的,可以向教育行政部门提出申诉,教育行政部门应当在接到申诉的三十日内,作出处理。教师认为当地人民政府有关行政部门侵犯其根据本法规定享有的权利的,可以向同级人民政府或者上一级人民政府有关部门提出申诉,同级人民政府或者上一级人民政府有关部门应当作出处理。”根据这一规定,当此法律争议不能通过行政复议、行政诉讼获得权利救济时,法律为教师设置了一个行政法上

的申诉程序。又如在《交通事故认定书》不能成为行政诉讼的客体后,<sup>[11]</sup>相关的规章提供了一个具有行政救济功能的“复核”程序。<sup>[12]</sup>

## (二)“容易进门”

行政救济仅仅“告状有门”是不够的,更为重要的是“容易进门”,即行政相对人比较容易开启行政救济程序,尽快实现救济的目的。这是无漏洞保护导出的另一个结论。当行政相对人顶着“状子”来到救济之门前,法院或者行政机关通常有义务在法定期限内给出一个可否进门的“说法”;如行政相对人不服,他还可以针对这个“说法”启动第二个救济程序。这样的制度安排是有助于无漏洞权利保护标准实现的,尽管它给行政相对人添加了一些程序性的“麻烦”。

“容易进门”的本质是对行政相对人的行政救济申请权或者诉权加以高密度保护。实务中,“立案难”是行政诉讼一个久治不愈的顽症。<sup>[13]</sup>对行政相对人提起的行政诉讼,法院如认为不符合受理条件的,应当作出不予受理的裁定,行政相对人若不服此裁定还可以提起上诉。但是,法院有时在接下行政相对人的“状子”后,不受理却不作不予受理裁定的情形,也并非个别。<sup>[14]</sup>所以,最高人民法院曾专门下发《关于依法保护行政诉讼当事人诉权的意见》(法发[2009]54号)。但是,法院这样的态度是由许多现实因素决定的,如果在现行法律框架内不能消解这些现实因素,那么行政救济之“门”仍然是不会向行政相对人全面敞开的。

## 第三节 行政救济体系

### 一、行政救济多样化

因现代行政领域十分广泛,且它们之间的差异性也很大,仅仅依赖于行政诉讼、行政复议等行政救济制度,尚不能满足行政相对人行使行政救济权的需要。在一个正常的(无论是比较成熟还是正在步入)法治国家中,通常会有一个以行政诉讼、行政复议为中心,其他行政救济方式为补充的多样化行政救济体系。

之所以称“行政诉讼、行政复议”是行政救济体系的中心,是因为它们尤其是行政诉讼是一种正式的、相对比较能够实效地解决行政争议的制度,且通常也是其他行政救济的后续程序。其他补充性行政救济方式,有信访、申诉、调解、行政裁

[11] 参见《道路交通安全法》第73条。

[12] 参见《道路交通事故处理程序规定》。

[13] 进一步阅读应星等:“‘立案政治学’与行政诉讼率的徘徊”,载《政法论坛》2009年第6期。

[14] 参见最高人民法院《关于依法保护行政诉讼当事人诉权的意见》(法发[2009]54号)。

决、提起法规、规章合法性审查、异议、复查、复核、复检、复验、复评、复审,等等,<sup>[15]</sup>这些行政救济方式千差万别,但它们的基本功能是对行政相对人提出的一个要求解决行政争议的请求,通过一个简繁不一的程序给出一个终局或者不终局的决定。对于其中不终局的决定,行政相对人可以依法进一步的救济。

另外,需要指明的是,作为补充性行政救济方式之一的ADR(Alternative Dispute Resolution),在学理上已经有过不少的讨论。<sup>[16]</sup>ADR生成于诉讼制度已经极为发达、完善的西方国家,是应对诉讼危机的一种策略,即用非诉讼机制来减轻法院日益重负的诉讼案件压力。

## 二、司法最终裁判

司法最终裁判,即行政争议应以司法裁判为最终决定。行政救济的多样化本身也意味着裁决行政争议主体多种多样,但行政争议无论由何种主体来裁决,都必须在某一个程序中给予终结,否则,行政争议可能一直处于不确定的状态之中。通过公正的程序获得的结论,相对而言容易为更多的人所接受。在所有行政救济程序中,由法院主导的行政诉讼程序相对而言最为公正,尤其是它完全避开了“自己做自己案件法官”之嫌。因此,在行政救济中,行政争议原则上经过其他行政救济程序之后,行政相对人仍然不服的,有权向法院提起行政诉讼,寻求司法裁判救济。

例外情形也应当允许存在。《行政诉讼法》第12条第4项规定:“法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为”,法院不予受理。如对国务院部门作出的行政复议决定不服,行政相对人对选择向国务院申请裁决的,国务院作出的裁决为最终裁决。<sup>[17]</sup>由非诉讼程序作出最终裁决的情形,法律应当明确加以列举,且在立法上应当给出说得过去的理由。如《交通事故认定书》被当作“处理交通事故的证据”之后,<sup>[18]</sup>尽管给予行政相对人有申请“复核”的权利,但这种复核决定是最终的。以技术性决定为由排除在司法最终裁判之外,这个理由可能是说不过去的,因为,行政行为中技术性因素并不是法院不能染指的、当然的、充分的理由。如同颁发学位证书的行政争议一样,虽然法官不能评介学位论文的内容对错、质量高低,但是答辩等程序性问题仍然是法院可以作出判断的法律问题。况且,《交通事故认定书》直接影响行政相对人刑事、民事责任的分担,虽然它可以在诉讼过程中作为证据被各方质证,但与它作为行政诉讼客体受到法院合法性审查相比,毕竟不可同日而语。

[15] 《电视剧内容管理规定》第12条规定:“国务院广播影视行政部门电视剧复审委员会,负责对送审机构不服有关电视剧审查委员会或者电视剧审查机构的审查结论而提起复审申请的电视剧进行审查。”

[16] 进一步阅读郭玉军等:“美国选择性争议解决方式(ADR)介评”,载《中国法学》2000年第5期。

[17] 参见《行政复议法》第14条。

[18] 参见《道路交通安全法》第73条。

### 三、宪法救济保障

当行政救济遇到“宪法问题”时,如果不给予行政相对人宪法上救济的权利,那么行政救济体系也是不完整的;行政救济的局限性有时需要宪法救济加以克服。对于违宪的法律、法规,在现有法律框架中,行政救济基本上是无能为力的;如果没有宪法救济,行政救济遇到作为行政行为依据的、但又是违宪的法律、法规时也就戛然而止了。

在宪法学理上,宪法救济(违宪审查、宪法法院、宪法诉讼等)的讨论从未中断,<sup>[19]</sup>但实务中具有实质性的回应从未有之。这是一个重大的、根本性的国家体制问题,需要有适合的历史机遇和有历史责任感的担当者。对于权利救济体系的完整性来说,宪法救济是一个无可替换性的保障性制度。

---

[19] 进一步阅读胡肖华:“从行政诉讼到宪法诉讼”,载《中国法学》2007年第1期。



## 第十三章 行政救济类型

### 第一节 行政救济:行政诉讼

#### 一、引言

##### (一) 行政诉讼的概念

行政诉讼是行政相对人认为行政机关作出的行政行为侵犯其合法权益,依法向法院提起诉讼,法院依照法定诉讼程序对被诉的行政行为进行合法性审查,并作出裁判的一种诉讼制度。<sup>〔1〕</sup>

行政诉讼由普通法院担当,不另外设专门法院。基于宪法规定的框架性基本制度,行政机关与法院之间无所谓“男尊女卑”。行政的专业性不是它拒绝司法介入的正当理由,在“国家尊重和保障人权”的宪法规范面前,司法适度介入行政以规范行政权的合法性,与宪法的“人权条款”旨意相符。当然,由法院审查行政行为的合法性并不是说法官比行政机关的公务员更知法懂法,而是基于监督行政权的一种分权需要。行政诉讼不是包打天下的救济制度,如行政机关制定的行政规范还不能成为行政诉讼客体,但当它作为被诉行政行为的依据时,法院或多或少是可以对它的合法性进行审查的。行政机关对内部事务所作出的一些处理决定,也不属于行政诉讼客体,而是由法律另外设置特别权利救济制度,如公务员不服行政处分的申诉等。

行政诉讼在民间称之为“民告官”,但有时行政机关也可以作为行政诉讼的原告提起行政诉讼,虽然这类行政案件表面上是“官告官”,但此时该行政机关的法律地位不是行政诉讼被告中的“行政机关”,而是行政相对人。如在河北省平山县劳动就业管理局诉河北省平山县地方税务局不服税务行政处理案中,“河北省平

---

〔1〕 进一步阅读杨寅:“行政诉讼概念重解”,载《中国法学》2002年第4期。

山县劳动就业管理局”是具有行政相对人地位的“行政机关”。〔2〕“民告民”是民事诉讼，“官告民”是刑事诉讼，它们都不是行政诉讼。不过，在比较法视野中，的确存在真正意义的行政诉讼上“官告民”和“官告官”诉讼制度。前者如中国台湾地区“行政诉讼法”上的“给付诉讼”，行政机关可以针对行政相对人不返还受领之给付提起行政诉讼，〔3〕后者如日本的“机关诉讼”。〔4〕

## （二）行政诉讼的目的

立法目的是指导立法者正确认识法规规律、表述法规范，指导适用者正确理解法含义、适用法规范的一种法思想。《行政诉讼法》第1条规定：“为保证人民法院正确、及时审理行政案件，保护公民、法人和其他组织的合法权益，维护和监督行政机关依法行使行政职权，根据宪法制定本法。”此为承载行政诉讼立法目的条款。作为诉讼法的《行政诉讼法》具有确保“法院正确、及时审理行政案件”的功能，毋庸多论，但是如何处理“保护权利”与“维护和监督权力”两者的关系，我们却不可轻视。〔5〕

作为行政救济制度的行政诉讼，它的全部内容都是为了救济行政相对人的权利，即保护权利。通过行政诉讼实现行政相对人与行政机关之间的定分止争，达到如同起皱的水面恢复它往日平静一样的效果。就此而言，“保护公民、法人和其他组织的合法权益”的立法表述是合适的。但是，随之而来的“维护和监督行政机关依法行使行政职权”的加入，冲淡了行政诉讼“保护权利”的目的，“维护”更是扭曲了行政诉讼目的的正常逻辑，使行政诉讼目的内部产生了难以协调的紧张关系。如在刘福来等四人不服北京市朝阳区房屋管理局拆迁行政许可案中，法院认为：

“朝阳区建委在申请人尚未取得国有土地使用权批准文件的情况下即核发了被诉拆迁许可证确有不妥。但鉴于拆迁人崇文城建开发公司目前已取得了建设用地批准书，被诉证件的合法性已得到完善，因此为稳定社会关系且从行政效率、节约诉讼成本角度考虑，法院应维护京朝拆许字（2006）第10号房屋拆迁许可证的稳定性和有效性。”〔6〕

据此理由，法院判决驳回原告的诉讼请求。本案中，因法院不是从“保护权利”切入审理行政案件，而是在所谓的“稳定性和有效性”理由下作出的裁判，与行

〔2〕 河北省平山县劳动就业管理局是承担着部分政府行政职能的就业管理机构。从1994年1月至1996年10月，该局收取劳务管理费、劳务服务费、县内临时工管理服务费、临时工培训费和劳务市场收入等共计578698.40元。1996年11月29日，被告地税局向就业局发出限期申报纳税通知书，12月2日和7日又两次发出限期缴纳税款31394.71元的通知，就业局均未按期履行。12月13日，地税局依据《中华人民共和国税收征收管理法》第46条的规定，以平地税字第1号税务处理决定，对就业局作出处以应缴未缴的营业税、城建税、教育费附加31394.71元的3倍罚款计94184.13元，限于12月18日前入库。就业局不服，提起行政诉讼。《最高人民法院公报》1997年第2期。

〔3〕 参见《行政程序法》第27条和《行政诉讼法》第8条。

〔4〕 参见《日本行政诉讼法》第6条。

〔5〕 进一步阅读胡肖华：“行政诉讼目的论”，载《中国法学》2001年第6期。

〔6〕 北京市朝阳区人民法院《行政判决书》（〔2007〕朝行初字第169号）。

政诉讼目的相悖。作为被告的房屋管理局在法院“维护”这个温暖的怀抱中,对自己的违法行为不可能会长什么“记性”。事实上,若强势的行政职权还需要法院的审判权来“维护”,那么原本弱势的行政相对人将会更加弱势,尤其在法院审判权尚未真正独立的情况下,行政机关和法院一旦实现了“强强联合”,“保护权利”的行政诉讼目的将被边缘化甚至不复存在。因此,行政诉讼固然有监督行政职权的功能,但它仅仅是“保护权利”目的之下的一种附随或者反射效果而已。当然,在实务中,有的法院十分明确行政诉讼具有监督目的。如在王世正诉罗山县公安局竹竿派出所不服行政处罚案中,法院认为:

“为监督行政机关依法行政,正确履行法定职责,依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第(二)项第2目、第3目之规定,判决如下:(1)撤销被告罗山县公安局竹竿派出所对原告王世正作出的罗公(竹)决字[2011]第0403号公安行政处罚决定书;(2)被告罗山县公安局竹竿派出所于本判决生效后三十日内对原告王世正重新作出具体行政行为;(3)驳回原告王世正的其它诉讼请求。”〔7〕

在行政诉讼目的之下,总体上我们仍然处于“法律饥饿”状态,“立法”仍是法治过程中的重点工程。虽然我们对法律的实效性(“案结事了”)有所关注,但尚未从制度层面上加以全方位地检讨,并细心加以落实,如审结期限的延长、中止诉讼的滥用,以及未能设计出权利预先保护和权利暂时保护等制度。由于历史、体制和观念等原因,在“国家强于社会”的国情下,从制度的具体设计看,行政诉讼的目的偏重于维护权力,并构成了行政诉讼的核心目的。保护权利在某种程度上具有附带意义,甚至连附带意义的色彩也相当淡薄,比如不能对行政规定单独提起行政诉讼等。我们对于“机关诉讼”更是陌生,并理所当然地认为它属于机关的内部事务。依照所谓的“国情”对公民宪法上的诉权加以限制,并非不可,比如采用“列举式”规定行政诉讼的受案范围,以及通过司法解释对《行政诉讼法》规定的受案范围再作限制,但是,这种需要限制的理由必须是正当的、充分的。

## 二、行政诉讼模式

### (一)混合模式

在诉讼法上,基于法官在庭审中的不同作用,将庭审模式分为当事人主义(对抗式)和职权主义(纠问式)。大致而言,民事诉讼适用当事人主义,刑事诉讼适用职权主义。行政诉讼是上述两种模式的混合,故我们可称之为混合模式。这种混合模式的例证如:

1. 行政诉讼的开始、继续和结束,主要由双方当事人主导。如被告在诉讼过程中改变被诉行政行为的内容,原告若同意,则可以撤诉的方式终结诉讼程序。但是,法院对原告提出的撤销申请有审查权,并裁定是否同意原告撤诉。若法院作出

〔7〕 河南省罗山县人民法院《行政判决书》([2012]罗行初字第2号)。

不同意原告撤诉的裁定,则可以继续审理此案。《行政诉讼法》第51条对此作出规定:“人民法院对行政案件宣告判决或者裁定前,原告申请撤诉的,或者被告改变其所作的具体行政行为,原告同意并申请撤诉的,是否准许,由人民法院裁定。”

2. 行政诉讼各方当事人都必须在法定期限内提供证据,以支持自己向法院提出的诉讼请求。但在法定情形下,法院可以依照职权调取有关证据。如《行政诉讼证据规定》第22条规定:“根据行政诉讼法第三十四条第二款的规定,有下列情形之一的,人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据:(1)涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实认定的;(2)涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。”

### (二) 协商模式

协商模式是偏向于当事人主义的混合模式之变种。诱发在混合模式中产生这一变种的外因有:(1)“案结事了”的司法政策;(2)“协商性司法”的倡导。《行政诉讼法》第50条规定:“人民法院审理行政案件,不适用调解。”但是,这一禁止规定因上述外因的作用,在实务中被法院屡屡突破。

为了给这种“好结果主义”的行政诉讼模式提供合法性支持,又不会明显与《行政诉讼法》第50条规定相抵触,最高人民法院《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》(以下简称《撤诉规定》)第1条规定:“人民法院经审查认为被诉具体行政行为违法或者不当,可以在宣告判决或者裁定前,建议被告改变其所作的具体行政行为。”根据这一司法解释,在行政诉讼中,一旦认定“被诉具体行政行为违法或者不当”,法院并不是选择依法裁判,而是要在宣告判决或者裁定前先“建议被告改变其所作的具体行政行为”,以试图换取原告申请撤诉,从而终结诉讼程序。在实务中,这个过程往往就是法院主导下当事人之间的协商过程。协商模式下的行政诉讼,据说可以消解行政相对人和行政机关之间的对立情绪,有利于社会稳定,法院也没有了因当事人可能提起上诉而承担被改判的风险。但是,这种协商模式如果不在法律框架内进行,由不利于确立、强化公民的规则意识,还会淡化社会的是非观念。

### (三) 圆桌模式

圆桌模式也是偏向于当事人主义的混合模式之变种。与协商模式不同的是,圆桌模式采用了完全不同于《行政诉讼法》规定的庭审模式。它通过为行政相对人和行政机关平等参与,减少双方的对抗性,试图更加彻底地、实质性地化解双方的行政争议。

在圆桌模式中,法院将行政审判的法庭设置为“圆桌式”或“椭圆形”,而不是通常的“三角式”。审判长与审判员的座位在国徽正下方,审判长居中,书记员的座位在法官右边;原告及其代理人、被告及其代理人的座位分别设置在法官左右两侧,第三人坐在被告旁边,证人的座位在法官对面,法警不站立,而是坐在审判庭门内侧值庭。开庭时,法官们穿着制服和各方当事人一样围坐在圆桌前主持庭审,当事人之间对抗气氛淡薄。简化开庭程序,在宣布开庭后,庭审直接进入以法庭质

证、法庭认证、辩论陈述为主要内容的庭审调查交流阶段；实行对话交流式庭审，不搞抗辩式庭审。由于《行政诉讼法》中没有调解程序的规定，为了方便引入多元纠纷处理机制解决行政争议，圆桌模式规定在法庭的“最后陈述”结束后增设“协调程序”。这一“协调程序”的主要内容是：一般是征求双方当事人是否同意协调的意见，然后进入协调程序；经协调，当事人之间自愿达成和解协议的，按撤诉结案，对达不成一致协商和解意见的案件，法庭再宣布进入裁判阶段。在协调程序阶段，法官公开案件信息时必须当事人都在场，避免法官与当事人的单方接触，禁止法官通过信息不对等诱导当事人和解。双方当事人达成和解协议后要对法院进行相一致的陈述，由法院对和解协议的合法性进行公开审查，确认其效力。<sup>〔8〕</sup>据说，此种模式灵感源于德国法上的“圆桌会议”，但这种取其形式引入我国的做法是否妥当，尤其是与现行法律体系之间可能发生的冲突，我们应当加以关注。

### 三、与其他诉讼的关系

#### （一）宪法诉讼

宪法需要诉讼，否则宪法始终只是“纸上的宪法”。凡法治成熟或者较为成熟的国家和地区，一般都有宪法诉讼或者相类似的法制度。当然，行政诉讼更是不可或缺。它们之间的关系通常是，凡行政诉讼中涉及宪法问题的，该宪法问题作为行政诉讼的一个“先决问题”依照法定程序提交宪法法院作出裁判，然后法院依照宪法诉讼的裁判结论，恢复行政诉讼程序。

在《行政诉讼法》之下，法院不受理行政相对人对行政法规、行政规章和行政规定提起的诉讼，对法律、地方性法规提出的合法性异议，也不属于法院行政诉讼的范围。虽然解决上述争议的法律程序在《立法法》、《各级人民代表大会常务委员会监督法》中已有妥当性的安排，但它们都是非诉讼的，甚至是一种不可为外所知的、不能公开质辩的内部程序，实效甚微。因此，尽早在行政诉讼之外匹配一个宪法诉讼，可以确保行政救济中实效性权利保护和无漏洞权利保护两个标准的实现。

#### （二）民事诉讼

民事诉讼是涉及私法争议的诉讼，行政诉讼是涉及公法争议的诉讼，两者区分甚明。但是，最高人民法院《若干解释》第97条规定：“人民法院审理行政案件，除依照行政诉讼法和本解释外，可以参照民事诉讼的有关规定。”早年的《民事诉讼法（试行）》第3条规定：“法律规定由人民法院审理的行政案件，适用本法规定。”这个法现象在比较法上也有例证。如德国《行政法院法》第167条规定：“除本法有特别规定外，民事诉讼法第8编的规定相应适用于司法执行。”由此，行政诉讼与民事诉讼之间好像又有需要厘清的关系了。

〔8〕 进一步阅读郑春笋：“德州法院行政案件‘圆桌审判’模式的实践与思考”，载最高人民法院行政庭编：《行政执法与行政审判》2009年第6期，第93页以下。

从法制史上看,行政诉讼曾经是民事诉讼中的一个特别诉讼程序,或者法院干脆就直接依照民事诉讼程序审理行政案件。如上海环球生物工程公司不服药品管理行政处罚案,二审法院根据《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》第3条第2款、第114条关于宣判前,原告申请撤诉的,是否准许,由人民法院裁定的规定,于1989年11月13日裁定准予上诉人撤回上诉,按一审判决执行。<sup>[9]</sup>从立法经济的角度看,可以确立一种行政诉讼法是民事诉讼法的特别法之规则或理论,即凡是行政诉讼法没有规定的,应当准用民事诉讼法的相关规定。在一元司法体制下确立行政诉讼法和民事诉讼法之间为特别法和一般法的关系,也是可行性的。

### (三) 刑事诉讼

行政诉讼与刑事诉讼一样都是涉及公法争议的诉讼,但两者的“亲密度”远不如行政诉讼与民事诉讼的关系。刑事诉讼是由国家发动的诉讼程序,涉及对个人的定罪量刑,而行政诉讼是由个人发动的诉讼程序,涉及被诉行政行为是否合法,因此,两者的诉讼规则差异性很大,“参照”刑事诉讼程序审理行政案件的可行性几乎不存在。

但是,行政诉讼与刑事诉讼之间的关系仍然是存在的。如最高人民法院在一个答复中称:“如果不能确定第三人购买的房屋是否属于善意取得,应当中止案件审理,待有权机关作出有效确认后,再恢复审理。”<sup>[10]</sup>这个答复要求在行政诉讼中若发现涉嫌刑事犯罪行为的,法院应依照“先刑后行”的规则,中止行政诉讼,将有关材料移送司法机关处理。依照司法机关的处理结果,法院再恢复行政诉讼审理程序。

## 四、行政诉讼法

### (一) 行政诉讼法的概念

行政诉讼法是规定行政诉讼的法或者有关行政诉讼的法的总称。以下三个方面问题的分析,可以进一步理解行政诉讼法的内涵:

1. 行政诉讼法的核心功能是法院通过行使行政审判权,复核行政机关对法事实构成要件的判断和法效果的选择是否合法,以及行政机关的“判断”、“选择”是否符合法定程序,然后以法院自己的认识标准对被诉行政行为是否合法作出裁判。

2. 在行政争议进入法院大门之前,它有可能已经过了一个前置程序,这个前置程序称为“行政复议”;在行政争议因法院裁判走出法院大门之后,它有可能还会进入一个权利救济的后置程序,这个后置程序称为“行政赔偿”。它们在《行政诉讼法》中有一些原则性规定,但主要内容由《行政复议法》、《国家赔偿法》作出具体规定。

[9] 《最高人民法院公报》1989年第4期。

[10] 最高人民法院《关于审理房屋登记案件中发发现涉嫌刑事犯罪问题应如何处理的答复》([2008]行他字第15号)。

3. 行政诉讼法是关于法院审理行政案件的程序法,是行政法中的基本法律之一。不过,在《行政诉讼法》中也有许多行政实体法的条款,如第9章关于“侵权赔偿责任”的规定,但它的比例还不足以改变《行政诉讼法》的“程序法”性质。

## (二) 行政诉讼法的构成

作为狭义上的行政诉讼法,它仅指《中华人民共和国行政诉讼法》。但是,仅依靠它的75个条文,行政诉讼制度还是无法运转的。因此,除了行政实体法、行政程序法外,下列内容也属于行政诉讼法的构成部分:

1. 司法解释。根据最高人民法院《关于司法解释工作的规定》(法发[2007]12号)的规定,司法解释分为如下四种:(1)解释。解释是最高人民法院对在审判工作中如何具体应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何应用法律制定的司法解释。它不涉及具体个案的处理,是一种抽象性法规。如最高人民法院《若干解释》等。(2)批复。批复是最高人民法院对对高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示制定的司法解释。如最高人民法院给北京市高级人民法院《关于违法的建筑物、构筑物、设施等强制拆除问题的批复》(法释[2013]5号)等。(3)规定。规定是最高人民法院根据立法精神对审判工作中需要制定的规范、意见等司法解释。如最高人民法院《关于审理政府信息公开案件若干问题的规定》(以下简称《政府信息公开规定》)、最高人民法院《关于对与证券交易所监管职能相关的诉讼案件管辖与受理问题的规定》(法释[2005]1号)等。(4)决定。决定用于修改或者废止司法解释。如最高人民法院《关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定》(法释[2008]15号)等。

2. 答复。答复以最高人民法院行政审判庭的名义作出的一种法律适用指示,不属于最高人民法院的司法解释,如《关于农村集体土地征用后地上房屋拆迁补偿有关问题的答复》(法[2005]行他字第5号)。答复的法效力没有明文规定,但在实务中它对下级人民法院审理行政案件是有一定的约束力的。

3. 指导性案例。凡裁判已经发生法律效力,并符合以下条件的案例,经最高人民法院审判委员会讨论决定公布后,即为指导性案例:(1)社会广泛关注的;(2)法律规定比较原则的;(3)具有典型性的;(4)疑难复杂或者新类型的;(5)其他具有指导作用的案例。指导性案例在各级人民法院审判类似案例时应当参照。<sup>[11]</sup>如鲁潍(福建)盐业进出口有限公司苏州分公司诉江苏省苏州市盐务管理局盐业行政处罚案(指导案例第5号),因此,它们也是行政诉讼法构成部分之一。

[11] 最高人民法院《关于案例指导工作的规定》(法发[2010]第51号)。

## 第二节 行政救济:行政复议

### 一、引言

#### (一) 行政复议的概念

行政复议是指行政相对人认为行政机关的行政行为侵犯其合法权益,依法向行政复议机关提出复查该行政行为的申请,行政复议机关依照法定程序对被申请的行政行为进行合法性、适当性审查,并作出行政复议决定的一种法律制度。行政复议是行政救济制度之一,也是部分行政行为被提起行政诉讼的一个前置制度。除了分散在法律、法规和规章中的有关行政复议的法规外,《行政复议法》和《行政复议法实施条例》是规定行政复议制度的主要法律和行政法规。

行政复议具有司法性质,即行政复议机关作为第三人(如近似于法院的地位)对行政机关和行政相对人之间的行政争议进行审查并作出裁决,为行政相对人提供一种行政救济。但是,行政复议机关这一法律地位并不改变其作出的复议决定的性质是行政性的,仍然需要受到法院审查。同时,行政复议也是行政系统内部行政机关对下级或者人民政府对所属的行政机关作出的违法或者不当的行政行为所实施的一种监督和纠错的行为。

#### (二) 行政复议的功能

1. 简单、迅速、经济的行政救济。相对于行政诉讼而言,行政复议程序简单、过程短暂、行政成本低廉,也不得向申请人收取费用。这样的行政救济程序如能够实现保护权利的目的,那么它的优势是不言而喻的。但是,行政复议机关与被申请人毕竟具有如同“父子”一样的亲密关系,所以,除了若干几种法定情形之外,行政相对人是否申请复议由他依照自己的意愿作出选择。

2. 作为被申请人的行政机关获得了一个反思作出的行政行为是否合法的机会。行政复议是行政自我纠错机制之一,行政机关面向与其有领导关系的行政复议机关审查,比较容易接受这样的反思机会,并作出自我纠错的行为。在一个相互熟悉的话语系统中,行政复议机关与被申请的行政机关比较容易沟通,达成共识的概率较高,若被申请人认识到了作出的行政行为违法,自我改正的可能性就会大大增加。当然负面的影响可能是“官官相护”,致使行政复议程序空转,价值失落,徒增行政相对人的维权成本。

3. 适度减轻法院的负担。虽然行政案件的数量总体上不如民事、刑事案件,但相对于行政审判的法官数量而言,少数经济比较发达的地方人民法院的行政审判任务仍然是比较重的。行政复议有时可以减少法院的行政案件数量。同时,有些专业性较强,或者社会影响大的行政案件由行政复议加以过滤,可以减轻这类行政案件对法院的压力。



### (三)与行政诉讼的关系

1. 前置关系。前置关系是指行政相对人不服行政机关作出的行政行为,若要对其提起行政诉讼,必须先行行政复议程序,否则法院不予受理。如《行政复议法》第30条第1款规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其已经依法取得的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的,应当先申请行政复议;对行政复议决定不服的,可以依法向人民法院提起行政诉讼。”前置关系主要考虑的因素是,这部分行政行为依其性质由行政机关自己来审查并作出处理决定更为妥当。

2. 并行关系。并行关系是指行政相对人不服行政机关作出的行政行为,既可以申请行政复议,也可以向法院提起行政诉讼。行政相对人若对行政复议决定不服的,还可以提起行政诉讼或者申请该复议机关上一级机关裁决,但如申请裁决的,不得再提起行政诉讼。如《行政复议法》第14条规定:“对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为不服的,向作出该具体行政行为的国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府申请行政复议。对行政复议决定不服的,可以向人民法院提起行政诉讼;也可以向国务院申请裁决,国务院依照本法的规定作出最终裁决。”并行关系是一种法定特例。在学理上,一种法律争议若经过两个法律程序之后予以终结,这种规定也不缺乏正当性。若对复议裁决可以再提起行政诉讼,国务院作为行政诉讼被告又涉及到管辖法院的法律依据问题,故《行政复议法》作出上述规定。

3. 选择关系。选择关系是指行政相对人不服行政机关作出的行政行为,既可以申请行政复议,也可以向法院提起行政诉讼,且对行政复议决定不服的,还可以提起行政诉讼。如《治安管理处罚法》第102条规定:“被处罚人对治安管理处罚决定不服的,可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。”选择关系充分尊重行政相对人自己的意愿,是否提起行政救济以及提起何种性质的行政救济,由行政相对人自己来决定。

## 二、行政复议主体与客体

### (一)行政复议主体

行政复议的主体是:(1)申请人。依法申请行政复议的行政相对人,即公民、法人或者其他组织。(2)被申请人。作出被申请复议的行政行为的行政机关,法律、法规授权的组织也具有相同的法律地位。(3)第三人。申请人和被申请人以外的与被申请复议的行政行为之间有法律上的利害关系,并参加到已经开始的行政复议程序的行政相对人。上述行政复议主体资格,可以依照《行政诉讼法》原告、被告和第三人的相关规定确认。

### (二)行政复议客体

行政复议客体是复议机关的审查权、申请人的申请权和被申请人的答辩权共同指向的对象,即被申请的行政行为。确定行政复议客体的规则是:(1)凡是可

提起行政诉讼的行政行为都可以申请行政复议。(2)不属于行政诉讼客体但《行政复议法》规定可以申请复议的行政行为。如《行政诉讼法》第11条第8项规定：“认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的”行政行为，法院可以受理，但《行政复议法》第6条第11项规定：“认为行政机关的其他行政行为侵犯其合法权益的”，属于行政复议受案范围。相比之下，行政复议客体的范围要比行政诉讼更大。(3)可以附带提起行政复议的行政规定。<sup>[12]</sup>

### 三、行政复议程序

#### (一) 行政复议申请

行政相对人若不服行政机关作出的行政行为要申请行政复议，应当依法在法定期限内向有管辖权的行政复议机关提出。若认为被诉行政行为所依据的行政规定不合法，行政相对人可以一并提出要求审查的申请。如1999年9月10日，浙江省杭州市旺实计算机有限公司因经营电脑游戏被杭州市文化局查处，并受到行政处罚。该公司对文化局作出的行政处罚不服，在向杭州市政府提请行政复议的同时，请求对文化局所依据的公安部、信息产业部、文化部和国家工商行政管理局联合发布的《关于规范“网吧”经营行为加强安全管理的通知》合法性进行审查。<sup>[13]</sup>本质上，这种“一并提出”的申请是一种附带性的行政复议审查，旨在扩大监督行政机关依法行使职权的范围。

在行政复议申请程序中，如何判定“法定期限”经常成为实务中的一个难题。《行政复议法》规定的“法定期限”是“自知道该具体行政行为之日起六十日内”。如何理解这一规定，在实务中衍生出来的问题大致有：

1. “知道”的判定。被申请复议的行政行为若以书面决定方式作出的，应当在送达行政相对人之日的次日起开始计算申请行政复议的法定期限。此种情况下判断行政相对人是否“知道”并非难事。但是，与该行政行为有法律上利害关系的行政相对人并不是法定的“受送达人”，因此，判断其“知道”需要有送达回证以外的其他证据加以证明。如在李兴年诉东营市人民政府地权行政复议案中，法院认为：

“从本案当事人提交的有效证据来看，在2005年4月13日垦利县人民法院就山东横店草业畜牧有限公司诉李兴年民事侵权一案审理过程中，山东横店草业畜牧有限公司向法庭出示了垦利县人民政府于2003年8月向横店集团草业有限公司颁发的《国有土地使用证》，应当认为，本案上诉人李兴年于当日知道了垦利县人民政府颁发涉案《国有土地使用证》的具体行政行为。上诉人于2005年8月30日就该颁证行为提起行政复议申请，已超过《中华人民共和国行政复议法》第九条规定的60日的申请期限。”<sup>[14]</sup>

本案中，在李兴年自己涉及的一个民事案件庭审中，有证据证明对方当事人

[12] 参见《行政复议法》第7条。

[13] 《法制日报》2000年2月20日。

[14] 山东省高级人民法院《行政判决书》（[2006]鲁行终字第14号）。

法庭上已经出示了《国有土地使用权证》，符合李兴年在申请行政复议中的“知道”要件。但是，李兴年在“知道”该行政行为后两年才申请行政复议，法院认定李兴年的行政复议申请已经超过了法定期限，符合法律规定。

2. “最长保护期”。行政复议没有如同行政诉讼的起诉期限那样，有一个行政复议申请期限的“最长保护期”。虽然设置“最长保护期”有利于行政相对人维护自己的合法权益，但它不利于行政法律关系的稳定。不过，在实务中，即使行政机关作出的行政行为是在行政相对人提出申请复议的60天之前，但行政相对人在“知道”之后60天内，还是可以申请行政复议的。如在董仙珍等不服富阳市环保局环评审批行政复议案中，复议机关认定：

“2004年杭州华胜纸业有限公司向被申请人报送了年产48万吨白卡纸生产线扩建项目的环境影响报告表，2004年3月1日被申请人作出富环开发(2004)21号环评审批意见，同意该项目建设。2010年12月2日，申请人向被申请人申请公开杭州华胜纸业有限公司的环评批文，2011年3月，被申请人向申请人提供了关于杭州华胜纸业有限公司年产48吨卡纸生产线扩建项目的环境影响报告表的审批意见(富环开发[2004]21号)及环境影响报告表复印件。申请人不服该行政行为于2011年4月11日向本机关申请行政复议。”<sup>[15]</sup>

本案中，被申请人作出“环评批文”的时间是2004年3月1日，但申请人直到2011年3月通过政府信息公开申请后才“知道”了此“环评批文”，即在60天内申请行政复议。杭州市环保局经审理后于2011年7月18日撤销了被申请的“审批意见”。可见，在行政复议实务中，并不存在一个行政复议期限的“最长保护期”，只要申请人在“知道”行政行为后60日内申请行政复议，都是符合法律规定的。

3. 法定期限的耽误。《行政复议法》第9条第2款规定：“因不可抗力或者其他正当理由耽误法定申请期限的，申请期限自障碍消除之日起继续计算。”本条中，“不可抗力”是耽误法定期限的正当理由，如地震、洪水等，在认定上少有争议，但“其他正当理由”因其内容不确定容易引起争议。如在易步银、郑高碧等重庆市垫江县桂溪镇南内街槐荫巷50名被拆迁人与重庆市人民政府行政复议决定上诉案，法院认为：

“《行政复议条例》第二十九条规定，公民、法人或者其他组织向有管辖权的行政机关申请复议，应当在知道具体行政行为之日起15日内提出，上诉人于2001年7月向重庆市人民政府垫江县政府垫府发[1997]73号文是1997年7月2日作出的，1997年8月6日，垫江县政府发布了《关于拆迁南内街房屋的公告》，该公告第四条规定拆迁补偿及安置政策‘按垫江县《关于认真做好南内街旧城改造拆迁安置工作的通知》(垫府发[1997]73号)执行’。上诉人易步银、郑高碧等人承认发出垫江县政府公告时其就知道了具体行政行为的内容。提起复议申请已超过《行政复议条例》规定的申请复议期限，上诉人诉称由于法律知识欠缺没能及时提起复议申请的理由不属于法律规定的因不可抗力或者其他特殊情况耽误法定

[15] 浙江省杭州市环境保护局《行政复议决定书》(杭环复决[2011]第03号)。

申请期限的情形。”<sup>[16]</sup>

本案中，“法律知识欠缺”并不是一个客观上不可改变的因素，因此，上诉人主张它是“其他特殊情况”耽误了申请复议期限，未获得法院的支持。但是，行政机关过错可以构成“其他正当理由”。如在陈其建诉海南省工商行政管理局工商登记案中，最高人民法院的裁判要旨是：

“在没有司法解释予以明确的情况下，对于‘其他正当理由’的界定应从保护公民、法人或者其他组织的合法权益这一立法原则出发，对因行政机关的过错造成申请人复议申请期限耽误的，应当认定属于《行政复议法》第9条规定的‘其他正当理由’。”<sup>[17]</sup>

## （二）行政复议受理

行政复议机关在收到行政复议申请后，应当在法定期限内进行审查，如不符合法律规定的，决定不予受理，并书面告知申请人。当申请是否需要补证存有争议时，复议机关不能作为视为申请人放弃复议申请处理。<sup>[18]</sup>在对行政相对人的申请进行审查时，行政复议机关应当正确理解申请行政复议的要件，尤其是要件中涉及的不确定法概念解释，更是需要慎重。如在陈世菊诉莆田市公安局涵江分局收容教育案中，法院认为：

“依照最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第四十三条的规定，原告因人身自由受到限制，而且因交通事故造成伤残，无法在法定期限内向复议机关申请复议，但因人身自由受到限制未消除之前，仍不属超过期限。复议机关以原告的复议申请超过期限，作出不予受理的决定，是不当的。”<sup>[19]</sup>

本案中，复议机关没有正确理解耽误法定期限的“其他正当理由”，其作出的不予受理决定所依据的理由没有获得法院支持。另外，若收到的行政复议申请不属于本机关管辖的，该行政机关应当告知申请人向有管辖权的行政复议机关提出申请，不可一推了之。

行政复议申请提起之后，具有执行力的被申请的行政行为原则上不因为行政复议而停止执行。但是，有下列情形之一的可以停止执行：（1）被申请人认为需要停止执行的；（2）行政复议机关认为需要停止执行的；（3）申请人申请停止执行，行政复议机关认为其要求合理，决定停止执行的；（4）法律规定停止执行的。上述法定情形赋予了行政复议机关较大的裁量权，因此，行政复议机关应当基于行政复议

[16] 最高人民法院《行政判决书》（〔2001〕行终字第20号）。

[17] 《中国行政审判案例》（第3卷）第103号案例，中国法制出版社2013年版，第111页以下。若行政复议机关因正当事由对行政复议申请暂不立案的，申请期限应当中止计算。贞丰县勇兴煤矿诉黔西布依族苗族自治州人民政府案，载《中国行政审判案例》（第4卷）第131号案例，中国法制出版社2013年版，第55页以下。

[18] 潘冬明等360人诉浙江省人民政府履行行政复议法定职责案，载《中国行政审判案例》（第2卷）第53号案例，中国法制出版社2011年版，第78页以下。

[19] 福建省莆田市涵江区人民法院《行政判决书》（〔2002〕涵行初字第029号）。

法保护权利的立法目的,正当行使是否决定停止执行被申请行政行为的职权。

### (三) 行政复议审查

行政复议机关内设的法制工作机构(法制办、法制处、法制科等)是行政复议机构,依法履行行政复议机关的法定职责。行政复议机构不得以自己的名义对外行使行政复议权。实务中,有的行政复议机构以自己的名义作出一些程序性的通知,它的合法性得到了法院的支持,这并不妥当。关于行政复议的审查所涉主要内容有:

1. 审理方式。原则上,行政复议采用书面审查的方式,对重大、复杂的案件,申请人提出要求或者行政复议机构认为必要时,可以采取听证的方式审理。在这里,听证毋宁是一种调查手段,它通过申请人与被申请人之间的当面对质,行政复议机构可以更加全面地查清案件事实。审查是否采用听证方式,由行政复议机构依据个案情况裁量决定。

2. 复议调解。原则上,行政复议不得调解,但行政复议案件涉及行政裁量、行政赔偿或者行政补偿时,行政复议机构可以按照双方自愿、合法的原则进行调解。从行政救济的目的看,行政复议并不排斥调解,但如果调解压倒了是非判断,放弃了查明事实,则不利于行政复议监督行政目的的实现。

3. 附带审查行政规定。在一并提出审查行政规定请求的行政复议中,行政复议机关依法有权审查该行政规定的,应当在30日内依法作出处理决定;若无权作出处理决定的,应当在7日内按照法定程序转送有权处理的行政机关作出处理决定,该有权处理的行政机关应当在60日内依法作出处理决定。若依法应当由非行政机关作出处理的,应当依照上述程序移送有关机关处理。处理期间,复议机关中止对行政行为的审查。

### (四) 行政复议决定

1. 维持决定。维持决定是指行政复议机关作出维持被申请行政行为的决定。对被申请的行政行为,复议机关经审查后认为:(1)事实清楚,证据确凿;(2)适用法律、法规、规章和具有普遍约束力的决定、命令正确;(3)符合法定程序和内容适当的,应当依法作出维持该行政行为的复议决定。

在行政法理论上,行政复议维持决定可以被视为与被申请行政行为“融为一体”,在行政诉讼中法院一旦撤销被复议决定维持的行政行为,可视为也撤销了维持决定。需要讨论的是,经行政复议被维持的行政行为,在行政诉讼过程中一旦为被告改变、撤销,如何处理行政复议的维持决定,不无问题。若视为被告的改变、撤销行为也撤销了复议维持决定,实质上是承认了下级行政机关“撤销”了上级行政机关的决定;若撤销的仅仅是被维持的行政行为,那么维持决定形式存在,但它已经没有了所维持的实质内容;若改变了被维持的行政行为,那么复议维持决定还能“维持”下去吗?相比之下,采用前一个方案更为妥当,即把维持决定视为“依附”于被申请的行政行为之上,维持决定依被申请的行政行为存在而存在,所谓“皮之不存,毛将附焉”,大概就是这个道理。

2. 履行决定。履行决定是指行政复议机关责令被申请的行政机关在一定期限内履行法定职责的决定。它适用情形是:(1)被申请人不履行法定职责。“不履行”在法律上表现为行政机关针对行政相对人的申请没有作出任何意思表示。如果行政机关明确表示拒绝,则不属于此情形。如《行政许可法》第38条第2款规定:“行政机关依法作出不予行政许可的书面决定的,应当说明理由,并告知申请人享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。”这里的“不予许可”即为“拒绝”。对于“拒绝”若不合法,适用撤销或者确认违法决定。(2)被申请人拖延履行法定职责。“拖延履行”是指行政机关针对行政相对人的申请拖而不办,并以“研究”、“请示”等搪塞申请人的询问、要求。确定履行法定职责中的“一定期限”,若没有法定期限的,由行政复议机关裁量确定。

3. 撤销、变更和确认违法决定。经审查,被申请复议的行政行为有下列情形之一的,行政复议机关可以依法作出撤销、变更或者确认该行为违法的决定;必要时,可以附带责令被申请人在一定期限内重新作出行政行为:(1)主要事实不清、证据不足的;(2)适用依据错误的;(3)违反法定程序的;(4)超越职权或者滥用职权的;(5)行政行为明显不当的;(6)被申请人未在法定期限内提出书面答复、提交当初作出行政行为的证据、依据和其他有关材料的。行政复议机关作出行政复议撤销决定后责令被申请人重新作出行政行为,若没有法定期限的,重新作出行政行为的期限为60日。

因变更决定具有一定的特殊性,所以,它主要适用于被申请的行政行为有以下情形之一时:(1)认定事实清楚,证据确凿,程序合法,但明显不当或者适用依据错误的。(2)认定事实不清,证据不足,但是经行政复议机关审理查明事实清楚,证据确凿的。<sup>[20]</sup> 关于是否要确立禁止行政复议不利变更规则,通常应当考虑行政复议是行政救济还是行政自我纠错机制,抑或行政内部上级对下级的监督,即需要从立法政策论上考察行政复议法的立法目的才能确定。在申请人行政复议请求的范围内,行政复议机关不得作出对申请人更为不利的行政复议决定,这样的规则应该说是妥当的。

4. 驳回决定。驳回决定适用于下列情形:(1)申请人认为行政机关不履行法定职责而申请行政复议,行政复议机关受理后发现该行政机关没有相应法定职责或者在受理前已经履行法定职责的。在前者情形下,申请人请求于法无据,难以获得支持;在后者情形下,责令被申请人履行法定职责已经没有依据。(2)行政复议机关受理行政复议申请后,发现该行政复议申请不符合《行政复议法》和《行政复议法实施条例》规定的受理条件的。不符合复议申请条件但已经进入复议程序的,从程序上驳回申请人的申请也是妥当的。

5. 行政赔偿决定。在一并提出行政赔偿请求的行政复议中,经审查后,行政复议机关认为申请符合《国家赔偿法》规定应予赔偿的,应在作出撤销、变更或者确

[20] 参见《行政复议法实施办法》第47条。

认行政行为违法决定中,责成被申请人依法给予赔偿。若申请人没有提出行政赔偿请求,行政复议机关在依法决定撤销或者变更罚款、撤销违法集资、没收财物、征收财物、摊派费用以及对财产的查封、扣押、冻结等行政行为时,应当责令被申请人返还申请人财产,解除对申请人财产的查封、扣押、冻结措施,或者作出赔偿相应价款的决定。

### 第三节 行政救济:信访与申诉

#### 一、行政信访

##### (一) 行政信访的概念

行政信访是指公民、法人或者其他组织采用书信、电子邮件、传真、电话、走访等形式,向各级人民政府、县级以上人民政府工作部门反映情况,提出建议、意见或者投诉请求,有关行政机关对此作出处理的一种行政行为。信访最初是公民反映意见的方式,由于公民反映意见的内容有时与自己的权益有关,它就逐渐衍生出一种权利救济功能,到了20世纪90年代之后,有时它甚至替代了行政复议、行政诉讼等行政救济制度。<sup>[21]</sup>

##### (二) 行政信访的程序

1. 信访提出。信访人对行政机关及其人员作出的行政行为有异议或者不服时有权提出信访,但属于诉讼、仲裁、行政复议的事项,应当依法通过相关的法定程序提出。信访一般应当以书面方式提出,口头提出信访的,由受访机关作出书面记录,此记录具有与书面方式提出相同的法效力。

2. 信访受理。信访工作机构收到信访后应当登记,并在15日内作出程序性处理。如对已经或者依法应当通过诉讼、仲裁、行政复议等法定途径解决的信访,应决定不予受理,但应当告知信访人依照有关法律、行政法规规定的程序向有关机关提出。

3. 信访答复。对信访事项有权处理的行政机关经调查核实后,应当在受理之日起60日内作出处理。处理内容可以分为“予以支持”,“不予支持”,若请求事由合理但缺乏法律依据的,应当对信访人做好解释工作。

4. 信访答复的救济。信访本身是一种行政救济,若信访人认为信访答复侵犯其合法权益的,可以依法申请复议或者提起行政诉讼。如在钟惠霞不服中国银监会浙江监管局信访答复案中:

钟惠霞就中信银行杭州庆春支行在办理业务时存在着严重的违法违规行为给其合法

[21] 进一步阅读应星:“作为特殊行政救济的信访救济”,载《法学研究》2004年第3期。

权益造成重大损失一事,向中国银监会浙江监管局投诉,要求依法处罚。中国银监会浙江监管局经调查核实之后,作出了“根据我们核查所掌握的情况,对照当时金融法律法规,没有证据表明中信银行杭州庆春支行存在构成处罚条件的违法行为;对日常工作中存在的不足,我局将通过监管谈话的方式要求其加强管理”的信访答复。钟惠霞不服此信访答复,向中国银监会申请复议,中国银监会依法受理并作出了维持被申请人答复的复议决定。<sup>[22]</sup>

但是,若信访答复属于“重复处理行为”的,不属于行政诉讼受案范围。如在杨一民诉成都市人民政府其他行政纠纷案中,法院认为:

“行政机关驳回当事人申诉的信访答复,属于行政机关针对当事人不服行政行为的申诉作出的重复处理行为,并未对当事人的权利义务产生新的法律效果,不是行政复议法所规定的可以申请行政复议的行政行为。当事人不服行政机关作出的上述信访答复,申请行政复议,接受申请的行政复议机关作出不予受理决定,当事人不服该决定,诉请人民法院判决撤销该不予受理决定的,人民法院不予支持。”<sup>[23]</sup>

## 二、行政申诉

### (一) 行政申诉的概念

行政申诉是一种适用于特定范围的行政救济。对行政机关作出的处理决定,行政相对人不服的,可以向该行政机关的上一级行政机关或者法定机关提出要求复查的请求,即为行政申诉。在这里,申诉不包括行政诉讼法上引起再审的“申诉”,但它包括在《宪法》第41条规定的“申诉权”之中。宪法上的申诉权应当解释为限于与公民自身利益有关的权利救济,而控告权、检举权则可以包括“公益”。

行政申诉中,申诉人与被申诉机关之间通常具有一种特别的法律关系,如公务员与所属的行政机关、学生与所属的学校、在押人员与看守所等。作此限定是考虑到这样的争议由行政内部通过申诉程序解决更为妥当。在制定法上,申诉被不恰当使用的情况并非少见。如《公民出境入境管理法》第15条规定:“受公安机关拘留处罚的公民对处罚不服的,在接到通知之日起十五日内,可以向上一级公安机关提出申诉,由上一级公安机关作出最后的裁决,也可以直接向当地人民法院提起诉讼。”本条中的“申诉”适宜解释为“复议”。又《邮政法》第65条规定:“邮政企业和快递企业应当及时、妥善处理用户对服务质量提出的异议。用户对处理结果不满意的,可以向邮政管理部门申诉,邮政管理部门应当及时依法处理,并自接到申诉之日起三十日内作出答复。”本条中的“申诉”改为“投诉”更为妥当。

### (二) 行政申诉的程序

1. 申诉提出。申诉一般应当以书面方式提出,口头提出申诉的,由受理机关作出书面记录,此记录具有与书面方式提出相同的法效力。申诉应当在法定期限内提出。如公务员对涉及本人的人事处理不服的,可以自知道该人事处理之日起

[22] 中国银行业监督管理委员会《行政复议决定书》(银监行复决字[2011]1号)。

[23] 《最高人民法院公报》2007年第10期。



30日内向原处理机关申请复核;对复核结果不服的,可以自接到复核决定之日起15日内,按照规定向同级公务员主管部门或者作出该人事处理的机关的上一级机关提出申诉;也可以不经复核,自知道该人事处理之日起30日内直接提出申诉。<sup>[24]</sup> 如有法定的申诉前置程序,应当先践行前置程序之后再提出申诉。

2. 申诉受理。申诉处理机关在收到申诉之后,应当在法定期限内作出是否受理的决定,并通知申诉人。对不符合受理条件的申诉,应当作出不予受理的书面决定,并载明理由,告知申诉人救济期间和途径。原则上,申诉期间原处理决定不停止执行,但有法定情形的除外。

3. 申诉处理。申诉处理机关应当为申诉人提供最低限度的程序公正保障,如以适当的方式听取申诉人的意见,为申诉人提供质证、辩论的机会等。在制定法上,为公正处理公务员的申诉,有的行政机关还专门成立了“公务员申诉公正委员会”。<sup>[25]</sup> 在无法定情形之下,申诉处理机关应当在法定期限内作出处理决定。如受理公务员申诉的机关应当自受理之日起60日内作出处理决定;案情复杂的,可以适当延长,但是延长时间不得超过30日。<sup>[26]</sup>

4. 申诉处理的救济。除法律规定为最终决定外,申诉人不服申诉处理决定的,有权申请行政复议或提起行政诉讼。此为无漏洞权利保护的当然结论。如《教师法》第39条规定:“教师对学校或者其他教育机构侵犯其合法权益的,或者对学校或者其他教育机构作出的处理不服的,可以向教育行政部门提出申诉,教育行政部门应当在接到申诉的三十日内,作出处理。教师认为当地人民政府有关行政部门侵犯其根据本法规定享有的权利的,可以向同级人民政府或者上一级人民政府有关部门提出申诉,同级人民政府或者上一级人民政府有关部门应当作出处理。”本条中的申诉规定,针对教师申诉权作出的处理决定不是最终决定,属于行政复议或者行政诉讼客体。如在吴聚中诉永定县教育局不予评审中学一级教师职称案中,法院认为:

“永定县教育局不是中学一级教师职务任职资格的法定评审推荐机构,没有承担中学一级教师职务任职资格评审推荐的法定义务。根据上述规定,只有永定县中学教师初级职务评审委员会才是中学一级教师职务(中级职务)任职资格评审推荐组织。而永定县中学教师级职务评审委员会是临时机构,由永定县职称改革领导小组批准组建,评审委员会由县进修学校、永定一中、坎市中学等单位的14名高级、一级教师组成,与永定县教育局没有隶属关系。依前述,虽然吴聚中举出其在行政程序中曾经向永定县教育局提出申请的证据,但由于永定县教育局不具备评审和推荐中学一级教师职务的法定义务,所以吴聚中起

[24] 参见《公务员法》第90条;又如,《普通高等学校学生管理规定》第63条第1款规定:“学生对复查决定有异议的,在接到学校复查决定书之日起15个工作日内,可以向学校所在地省级教育行政部门提出书面申诉。”

[25] 国家质量监督检验检疫总局《关于成立总局公务员申诉公正委员会的通知》(国质检人[2009]1号)。

[26] 参见《公务员法》第91条。

诉永定县教育局,不予评审推荐其中学一级教师职务没有合法理由,原告的诉讼请求依法不予支持。”〔27〕

本案中,虽然原告的诉讼请求未获得法院支持,但是,此行政争议属于行政诉讼客体,法院的态度是明确的。

---

〔27〕 福建省永定县人民法院《行政判决书》([2002]永行初字第5号)。

## 第十四章 行政诉讼主体

### 第一节 法院

#### 一、行政审判权

##### (一) 普通人民法院行使行政审判权

《人民法院组织法》第18条第2款规定：“基层人民法院可以设刑事审判庭、民事审判庭和经济审判庭，庭设庭长、副庭长。”又如，第20条规定：“基层人民法院审判刑事和民事的第一审案件，但是法律、法令另有规定的案件除外。”中级人民法院以上的各级人民法院除设立刑事、民事和经济审判庭外，还可以“根据需要可以设其他审判庭”。〔1〕据此，依照《人民法院组织法》的上述规定，除了基层人民法院外，其他各级人民法院都可以从“根据需要可以设其他审判庭”规定中解释出它们行使行政审判权的法律依据。但在《人民法院组织法》中，基层人民法院并没有行使行政审判权的法律依据，除非法律、法令有特别规定。〔2〕为此，《行政诉讼法》第3条专门规定：“人民法院设行政审判庭，审理行政案件。”从功能上说，《行政诉讼法》这一条款是对《人民法院组织法》的补充，所以，它属于组织法性质的条款。

##### (二) 专门人民法院无行政审判权

专门人民法院是为审理专门案件而设置的法院，如军事法院、海事法院、铁路运输法院等。早期的专门人民法院只审理与它的专门事务有关的刑事、民事案件，后来扩大到了所谓的“经济案件”。不过，在普通人民法院撤销“经济审判庭”设置之后，“经济案件”也就成了一个法制史上的概念。截至2012年6月，铁路法院也整体纳入国家司法体系。最高人民法院《若干解释》第6条第2款规定：“专门人民法院、人民法庭不审理行政案件，也不审查和执行行政机关申请执行其具体行政行为的案件。”根据这一司法解释，专门人民法院无行政审判权，不审理行政案件，也不受理非诉执行的行政案件。为此，最高人民法院也曾明确规定，海事法院不受理行政案件。〔3〕

〔1〕 参见《人民法院组织法》(2006年修订)第23条第2款、第26条第2款和第30条第2款。

〔2〕 根据1978年《宪法》第25条的规定，全国人大常委会有权“解释宪法和法律，制定法令”。

〔3〕 最高人民法院《关于海关行政处罚案件诉讼管辖问题的解释》(法释[2002]4号)。

### (三) 行政法院

在中国历史上,1914年3月中华民国北洋政府仿照法国制度设立直属于大总统的平政院,作为审理行政案件的司法机关。1928年11月南京国民政府修订《司法院组织法》,设置行政法院,行使行政审判权。1949年中华民国行政法院迁台,至今行政法院除了一审终审改为两审终审外,在法院体制上并无重大变革。或许因为有这样的法制传统,在意识形态逐渐淡化的20世纪90年代初,针对行政诉讼所遇到的种种阻力,设立行政法院作为改革行政审判的一种策略性选择方案,在行政法学界被人提了出来。<sup>[4]</sup>之后,这个议题不断被学者们提起,但始终未见高层司法体制改革决策层面上有正面回应。

在一些来自法学界修改《行政诉讼法》的试拟稿中,行政法院成了不可缺少的内容。如在一个修改方案中,行政法院是这样设置的:行政案件由行政法院管辖。最高人民法院设高等行政法院、上诉行政法院和行政法院。全国设立一个高等行政法院。各省、自治区、直辖市设立一个上诉行政法院和若干个行政法院。为方便当事人诉讼,高等行政法院、上诉行政法院和行政法院可以根据地域、人口分布等情况设立若干个巡回法庭。巡回法庭由所属行政法院法官组成,主要组成人员实行定期轮换。<sup>[5]</sup>

## 二、行政审判组织

### (一) 审判委员会

审判委员会是人民法院内部的最高审判组织。《人民法院组织法》第10条规定:“各级人民法院设立审判委员会,实行民主集中制。审判委员会的任务是总结审判经验,讨论重大的或者疑难的案件和其他有关审判工作的问题。”这是审判委员会产生的法依据。在比较法上,其他国家的法院体制中并无所谓的“审判委员会”,相似的制度有如中国台湾地区法院内部的“庭长法官联席会议”。但比较法上没有的制度,未必我们不可以设置,因为有的法律知识更具有“地方性”,因而也具有了存在的正当性。当然,审判委员会在实务运行中确有许多问题,如不告知当事人回避权、判而不审等,但这些制度性不足至少到目前为止,还不足以成为否定审判委员会继续存在的理由。<sup>[6]</sup>况且,许多地方人民法院针对这些不足也正在尝试着改进的各种方案,如告知当事人回避权,组织审判委员会委员旁听重大、复杂案件等。

审判委员会由本级人大常委会任命的审判委员会委员组成,院长、副院长和各

[4] 进一步阅读陈有西:“我国行政法院设置及相关问题探讨”,载《中国法学》1995年第1期。

[5] 参见马怀德主编:《司法改革与行政诉讼制度的完善》,中国政法大学出版社2004年版,第512页。

[6] 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》(修订版),北京大学出版社2011年版,第64页以下。

业务庭的庭长及个别资深法官通常都是本院审判委员会的委员。审判委员会的功能是总结审判经验,指导审判工作,审理疑难、复杂、重大案件等,其隐性的功能还有制约合议庭滥用审判权、法院院长和分管院长违法干预合议庭独立审判等。审判委员会讨论案件实行民主集中制,为了让各委员无压力地发表自己的意见,审判委员会委员发表意见的顺序,一般应当按照职级高的委员后发言的原则进行,主持人(通常是本院院长)最后发表意见。<sup>[7]</sup>在实务中,一个案件如果是经过审判委员会讨论决定的,应在裁判文书中写明。如在刘进社诉新野县上港乡人民政府不服土地行政管理纠纷案中,法院认为:

“被告上港乡人民政府作出的上政[2010]41号处理决定书,认定事实所依据的证据不充分,确权边界不具体清晰,界定不准,适用法律不当。根据《行政诉讼法》第五十四条第(二)项第1、2目的规定,经本院审判委员会研究决定,判决如下:撤销被告上港乡人民政府作出的上政[2010]41号《关于亭陵村三组村民刘进社与邻居刘学立为宅基边界纠纷》的处理决定。案件受理费50元由被告上港乡人民政府负担。”<sup>[8]</sup>

## (二) 合议庭

法院审理行政案件,实行合议制。《人民法院组织法》第9条第2款规定:“人民法院审判第一审案件,由审判员组成合议庭或者由审判员和人民陪审员组成合议庭进行;简单的民事案件、轻微的刑事案件和法律另有规定的案件,可以由审判员一人独任审判。”但上诉、再审案件的审理,必须由审判员组织合议庭。因无“法律另有规定”,所以,行政诉讼均实行合议制审理案件。但最高人民法院已经开始着手行政诉讼简易程序的试点工作,试图为《行政诉讼法》的修改提供经验。<sup>[9]</sup>

行政诉讼实行“一案一合议庭”制度。合议庭由院长或者庭长指定审判员一人担任审判长,主持合议庭的审判活动;若院长或者庭长参加审判案件,由其担任审判长。2000年7月最高人民法院《人民法院审判长选任办法(试行)》实施之后,各级人民法院设置了“审判长”职位,相对固定了职数,在本院范围内通过一定程序公开选任审判长人选。至此,审判长与个案审理之间随案确定的关系相脱离,成为一个高于审判员又低于庭长或者副庭长的“行政职位”,并享有特殊津贴。同时,它也具有解决部分资深法官待遇的制度性功能。<sup>[10]</sup>

## (三) 法官

《人民法院组织法》中并无“法官”的概念,1995年7月《法官法》实施后才有法官的称谓。《法官法》第2条规定:“法官是依法行使国家审判权的审判人员,包括最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员和助理审判员。”初任法官按照德才兼备的

[7] 最高人民法院《关于改革和完善人民法院审判委员会制度的实施意见》(法发[2010]3号)。

[8] 河南省新野县人民法院《行政判决书》([2011]新行初字第001号)。

[9] 最高人民法院《关于开展行政诉讼简易程序试点工作的通知》(法[2010]446号)。

[10] 进一步阅读陈卫东等:“论集中审理原则与合议庭功能的强化”,载《中国法学》2003年第1期。

标准,从通过国家统一司法考试取得资格并且具备法官条件的人员中择优提出人选,由法定机关任命。“具备法官条件”是指符合《法官法》第9条规定的条件,如年龄等。法官的级别分为12级,最高人民法院院长为首席大法官,2-12级法官分为大法官、高级法官、法官。法官是一种法律职业的资格,只有被本级人大常委会任命为审判员或者本院任命为助理审判员之后,才能从事审判活动。所以,法官与他是否直接从事审理案件活动之间没有必然联系,法官在本院也可以从事非审判的工作。<sup>[11]</sup>

### 三、行政审判管辖

#### (一)级别管辖

级别管辖是确定上下级法院之间审理第一审行政案件的职权归属。级别管辖有两个预设前提:(1)上一级法院的法官水平高于下一级法院的法官,否则,上一级法院将欠缺复审下一级法院对行政案件作出的裁判的正当性。为保证这一前提得以成立,上一级法院的法官原则上应当从下一级的法院优质法官中选聘。(2)应当容许下一级法院法官裁判出现“错案”,除非是法院徇私舞弊、枉法裁判,否则不得因“错案”追究法官的任何责任。为保证这一前提得以成立,以“上诉改判率”等作为考核法官业务水平的做法应当废除。

确定级别管辖时通常考虑如下因素:(1)案件的性质,如是否具有涉外因素;(2)案件的影响,如原告的人数等。确定级别管辖应当有利于法院公正、独立行使行政审判权,不可考虑不相关的因素。根据《行政诉讼法》的规定,级别管辖的内容是:

1. 基层人民法院。原则上,第一审行政案件由基层人民法院管辖。这样的管辖制度安排符合便民原则,但在实务中这一规定为县级人民政府及其有“权势”的职能部门(尤其是如公安、财政等)干预法院独立审判留下了法律空间。虽然有《行政诉讼法》第22条第1款和第23条第2款的规定,可以作为基层人民法院摆脱来自外部违法干预的合法通道,<sup>[12]</sup>但这样的个案鲜有发生。虽然上述条款中“特殊原因”或者“认为需要”给法院留下了相当大的裁量空间,但这个裁量空间经常被来自行政机关如“社会稳定”、“大局考虑”等各种“理由”所塞满。在当下法院与同级政府的结构性制度框架中,法院很难堵住行政机关以这样堂而皇之的“理由”来占据这个裁量空间。2013年1月14日,最高人民法院发布《关于开展行政案件相对集中管辖试点工作的通知》,开始行政案件相对集中管辖试点工作,即将

[11] 进一步阅读葛洪义:“法官的权力——中国法官权力约束制度研究”,载《中国法学》2003年第4期。

[12] 《行政诉讼法》第22条第1款规定:“有管辖权的人民法院由于特殊原因不能行使管辖权的,由上级人民法院指定管辖。”第23条第2款规定:“下级人民法院对其管辖的第一审行政案件,认为需要由上级人民法院审判的,可以报请上级人民法院决定。”

部分基层人民法院管辖的一审行政案件,通过上级人民法院统一指定的方式,交由其他基层人民法院集中管辖的制度。这一管辖制度的改革是否可以缓解上述困境,需要假以时日的实务观察。

2. 中级人民法院。中级人民法院在法院体制中处于“承上启下”的位置。在“两审终审制”原则之下,它有复审基层人民法院第一审行政案件的职权,也要管辖如下几种第一审行政案件:(1)确认发明专利权的案件、海关处理的案件。前者如不服专利管理机关专利侵权处理决定,较早的案例如“香港美艺金属制品厂诉中国专利局专利复审委员会确认‘惰钳式门’发明专利权纠纷上诉案”,<sup>[13]</sup>后者如不服海关作出的行政处罚决定,较早的案例如“台湾‘光大二号’轮船长蔡增雄不服拱北海关行政处罚上诉案”、<sup>[14]</sup>“香港昆利发展有限公司、晶泽有限公司不服湛江海关行政处罚决定案”。<sup>[15]</sup>(2)对国务院各部门或者省、自治区、直辖市人民政府所作出的行政行为提起的行政诉讼的案件。国务院各部门不限于国务院各部委、直属机构,还包括从属于国务院的其他行政机关和法律、法规授权的组织,前者如为部属局的国家烟草专卖局,后者如银监会、证监会、保监会和电监会等。《行政许可法》第52条规定:“国务院实施行政许可的程序,适用有关法律、行政法规的规定。”据此,若国务院因行政许可引起行政诉讼,应由何级法院管辖,至今尚无法律明确规定。(3)本辖区内重大、复杂的案件。这在立法技术上称之为“兜底条款”,其功能是保留法条面向未来的开放性,消解立法的滞后性。如在麦北添等不服广东省肇庆市中级人民法院(2003)肇中法立行初字第1号行政裁定上诉案中,法院认为:

“上诉人的起诉,符合《中华人民共和国行政诉讼法》第十一条第一款第(七)、(八)项的规定,属于人民法院受理行政案件的范围,人民法院应予受理。本案诉请的被告为肇庆市公安局、肇庆市公安局交警支队市区大队,且基层人民法院不适宜审理的行政案件,属于《中华人民共和国行政诉讼法》第十四条第(三)项规定的‘本辖区内重大、复杂的案件’,肇庆市中级人民法院对本案拥有管辖权。”<sup>[16]</sup>

本案中,法院基于被告是肇庆市公安局、肇庆市公安局交警支队市区大队,依照社会一般人通常的观念,它们有着与其他行政机关不同的社会“影响力”,故认定本案属于“本辖区内重大、复杂的案件”。又如,最高人民法院在一个司法解释

[13] 《最高人民法院公报》1992年第2期。

[14] 《最高人民法院公报》1990年第1期。

[15] 《最高人民法院公报》1994年第1期。

[16] 广东省高级人民法院《行政裁定书》([2003]粤高法立行终字第8号)。在上海远洋运输公司不服宁波卫生检验检疫所环境卫生检验检疫行政处罚决定案中,当时海曙区人民法院受理后,鉴于该案在宁波市影响较大,依照《行政诉讼法》第23条第2款的规定,报请宁波市中级人民法院审理。宁波市中级人民法院决定审理该案。《最高人民法院公报》1992年第3期。

规定,与证券交易所监管职能相关的行政案件由其所在地的中级人民法院管辖。<sup>[17]</sup> 根据实务的需要,2008年最高人民法院《关于行政诉讼管辖若干问题的规定》(以下简称《管辖规定》)将以下三种情形列入此“兜底条款”:第一,被告为县级以上人民政府的案件,但以县级人民政府名义办理不动产物权登记的案件可以除外。第二,社会影响重大的共同诉讼、集团诉讼案件。主要是农民负担案件和城市房屋拆迁案件等。第三,重大涉外或者涉及香港特别行政区、澳门特别行政区、中国台湾地区的案件。(4)国际贸易行政案件、反倾销反补贴行政案件。此类行政案件具有涉外因素,由最高人民法院以专门的司法解释确定由中级人民法院管辖。<sup>[18]</sup>

3. 高级人民法院。高级人民法院管辖本辖区内的重大、复杂的第一审行政案件。因高级人民法院主要职能是对辖区内中级、基层人民法院的审判活动进行监督、指导,所以,“本辖区内的重大、复杂”宜从严解释。江苏省高级人民法院在2005年发布的《关于以省人民政府为被告的行政诉讼若干问题的讨论纪要》中规定,以省人民政府为被告的案件,由省高级人民法院受理。另外,如基于反垄断行政案件的专业性、技术性和法律性的特殊要求,必要时,这类行政案件也可以由高级人民法院管辖。

在实务中,各级法院对“本辖区内重大、复杂的案件”的理解并非一致,如在安徽省界首市制药厂诉安徽省界首市政府合并决定案中,安徽省高级人民法院认为不属于“本辖区内重大、复杂的案件”,故裁定移送安徽省阜阳市中级人民法院审理。<sup>[19]</sup> 但最高人民法院在此案的上诉审中认为,此案为“本辖区内重大、复杂的案件”,故裁定由安徽省高级人民法院继续审理。<sup>[20]</sup>

4. 最高人民法院。最高人民法院管辖全国范围内重大、复杂的第一审行政案件。最高人民法院主要承担着对全国各级人民法院审判活动的监督和指导,对法律适用问题作出司法解释,发布指导性案件,对下级人民法院的请示作出批示、答复,所以,它管辖的“全国范围内重大、复杂的第一审行政案件”十分稀少。

## (二) 地域管辖

地域管辖是确定同级法院之间审理第一审行政案件的职权归属。地域管辖以法院所在的行政区划为界,对发生在本行政区划内的第一审行政案件有管辖权。但特别情况下,一些经济开发区经最高人民法院批准单独设立法院,管辖该经济开发区内包括行政案件在内的各类案件,如山东省菏泽市菏泽经济开发区人民法院、海南省洋浦经济开发区中级人民法院等。地域管辖的内容是:

[17] 最高人民法院《关于对与证券交易所监管职能相关的诉讼案件管辖与受理问题规定》(法释[2005]1号)。

[18] 最高人民法院《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》(法释[2002]27号)。

[19] 安徽省高级人民法院行政裁定书([1997]皖行初字第01号)。

[20] 最高人民法院行政裁定书([1997]行终字第16号)。



1. 一般地域管辖。行政案件由最初作出行政行为的行政机关所在地法院管辖,即所谓的“最初行为地规则”。在实务中认定中,行政机关所在地应以它成立时对外公告的办公地点为准,而不是该行政行为作出之地。如在设区的市中,国土资源局所在地为A区,但它在位于B区的市办证中心设有颁发土地使用权证的办公场所,若因颁发土地使用权证引起的行政案件,仍应由国土资源局所在的A区人民法院管辖。

经过行政复议的案件,如行政复议机关作出维持决定的,行政相对人只能以被申请复议的行政行为为行政诉讼客体,以“最初行为地规则”确定行政案件的一般地域管辖。

2. 特殊地域管辖。在一般地域管辖之外以法律的特别规定来确定的地域管辖,它是一般地域管辖的例外情形。特殊地域管辖主要有:

(1) 共同管辖。即两个以上的同级人民法院对同一个行政案件都具有管辖权,为了避免一案异判,需要对共同管辖确定相关的解决规则。如行政相对人同时向两个共同管辖的法院提起行政诉讼的,由最先收到起诉状的法院管辖。共同管辖的情形主要有:

第一,经过复议的行政案件,复议机关改变原行政行为的,也可以由复议机关所在地的法院管辖。所谓“改变原行政行为”,是指以下三种情况:首先,复议机关改变了原行政行为所认定的主要事实和证据的;其次,复议机关改变原行政行为所适用的规范性文件且对定性产生影响的;最后,复议机关撤销、部分撤销或者变更原行政行为处理结果的。此种情形下,若被申请的行政机关、行政复议机关不在同一法院辖区内的,那么行政复议申请人可以行政复议机关为被告,依照自己的意愿选择其中一个法院提起行政诉讼。

第二,对限制人身自由的行政强制措施不服提起诉讼的行政案件,由被告所在地或原告所在地的人民法院管辖。如前所述,被告所在地应当以它成立时对外公告的办公地点为准。《若干解释》第9条规定:“行政诉讼法第十八条规定的‘原告所在地’,包括原告的户籍所在地、经常居住地和被限制人身自由地。”公民的住所地一般与户籍所在地相一致,但在实务中因异地就业、求学等人口流动原因,导致两者不一致的情形具有一定的普遍性。对此,《行政诉讼法》、《若干解释》等都没有作出明确规定。遵循体系解释的法律方法,《行政诉讼法》上的此种情形可以参照民法上的规定执行。如《民法通则》第15条规定:“公民以他的户籍所在地的居住地为住所,经常居住地与住所不一致的,经常居住地视为住所。”又如,最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第9条进一步作出规定:“公民离开住所地最后连续居住一年以上的地方,为经常居住地。但住医院治病的除外。公民由其户籍所在地迁出后至迁入另一地之前,无经常居住地的,仍以其原户籍所在地为住所。”列此种情形为共同管辖,主要考虑到行政相对人在在行政机关解除限制人身自由强制措施之后回到原籍,若不服该行政行为要回到居住地提起行政诉讼,多有不便,故作出上述规定。

行政机关基于同一事实既对行政相对人人身又对财产实施行政处罚或者采取行政强制措施的,行政相对人不服的,既可以向被告所在地法院提起诉讼,也可以向原告所在地法院提起诉讼,受诉法院可一并管辖。如此规定,既为了便民,也有防止一案多判或者裁判不一致的考虑。对单一的行政拘留决定不服而提起诉讼的行政案件,不适用共同管辖。

(2) 专属管辖。因不动产而提起的行政诉讼,由不动产所在地的法院管辖。此为抄自民事诉讼法的相关规定。早在1996年最高人民法院曾经在一个请示答复中说,土地行政确权行政案件根据《土地管理法》第6条、第8条的不动产所在地或作出行政行为的行政机关所在地的法院管辖。<sup>[21]</sup>2001年最高人民法院在一个司法解释中,对因国有资产产权界定引起的行政诉讼,就它的管辖问题作出规定:“当事人因国有资产产权界定行为提起行政诉讼的,应当根据不同情况确定管辖法院。产权界定行为直接针对不动产作出的,由不动产所在地人民法院管辖。产权界定行为包括不动产在内的整体产权作出的,由最初作出产权界定的行政机关所在地人民法院管辖;经过复议的案件,复议机关改变原产权界定行为的,也可以由复议机关所在地人民法院管辖。”<sup>[22]</sup>但是,针对行政机关对违法建筑物作出拆除的行政处罚决定等提起诉讼的行政案件,不属于专属管辖。

### (三) 管辖权冲突及其解决规则

1. 移送管辖。即当法院认为受理的行政案件不属于本院管辖时,应将此案移送到有管辖权的法院审理。移送管辖的前提是本院已经受理此案,且此案尚处于一审程序之中。《行政诉讼法》第21条规定:“人民法院发现受理的案件不属于自己管辖时,应当移送有管辖权的人民法院。受移送的人民法院不得自行移送。”在这里,“应当移送”是基于裁判合法要件而作出的规定,受案法院没有是否移送的裁量权。“不得自行移送”是受移送法院若有异议时,也不得自行决定向其他法院移送案件,但可以通过法定程序经共同上一级法院批准后,再移到有管辖权的法院。

2. 指定管辖。即上一级人民法院指定某一行政案件由下一级人民法院管辖。基于某种特殊情况,上一级人民法院有权变更已经受理的行政案件的管辖,以确保行政案件获得公正、及时的审理。指定管辖有两种情形:

(1) 不能行使管辖权。《行政诉讼法》第22条第1款规定:“有管辖权的人民法院由于特殊原因不能行使管辖权的,由上级人民法院指定管辖。”根据这一规定,当“特殊原因”发生之后,有管辖权的法院应当报请上级人民法院,由上级人民法院指定管辖。最高人民法院《管辖规定》第4条进一步作出明确规定:“基层人民法院对其管辖的第一审行政案件,认为需要由中级人民法院审理或者指定管辖

[21] 最高人民法院行政审判庭《关于对山东高院〈沙德兰诉曹县人民政府土地行政确权一案适用法律问题的请示〉的答复》([1996]行他字15号)。

[22] 最高人民法院《关于国有资产产权管理行政案件管辖问题的解释》(法释[2001]6号)。

的,可以报请中级人民法院决定。中级人民法院应当根据不同情况在7日内分别作出以下处理:①决定自己审理;②指定本辖区其他基层人民法院管辖;③决定由报请的人民法院审理。”在实务中,如在李月爱等诉灵宝市城市管理行政执法局等不履行法定职责纠纷案中,法院认为:

“原告李月爱、张海峰、刘国强、卢培合、张健、苏根超、王占渔诉灵宝市城市管理行政执法局、灵宝市建设局不履行法定职责一案,灵宝市人民法院报请本院指定管辖。本院经审查认为,根据本案实际情况,指定其他基层人民法院管辖审理为宜。依照《最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定》第四条第(二)项规定,裁定如下:本案由陕县人民法院管辖。”〔23〕

最高人民法院《管辖规定》第2条规定:“当事人以案件重大复杂为由或者认为有管辖权的基层人民法院不宜行使管辖权,直接向中级人民法院起诉,中级人民法院应当根据不同情况在7日内分别作出以下处理:(1)指定本辖区其他基层人民法院管辖;……”根据这一司法解释,行政诉讼的当事人也可以启动指定管辖程序。

(2)不能确定管辖权。《行政诉讼法》第22条第2款规定:“人民法院对管辖权发生争议,由争议双方协商解决。协商不成的,报它们的共同上级人民法院指定管辖。”这里的管辖权争议可以分为积极争议和消极争议。因管辖权争议而发生不能确定管辖权的,若所涉法院之间协商不成,应当报它们共同上级法院指定管辖。

3. 管辖权移转。行政案件的管辖权在上下级人民法院之间移转。管辖权移转方式有如下情形:

(1)由上向下移转。《行政诉讼法》第23条第1款规定:“上级人民法院有权审判下级人民法院管辖的第一审行政案件,也可以把自己管辖的第一审行政案件移交下级人民法院审判。”本款中未明确规定管辖权移转的法定原因,实务中通常用“实际情况”等模糊用语作为裁定理由,如刘光嘉等诉上海市闵行区人民政府行政诉讼一并提起行政赔偿案。〔24〕因管辖权向下移转,客观上降低了行政案件的审级,所以,适用本条款的理由应当从严解释。〔25〕

需要指出的是,“上级人民法院有权审判下级人民法院管辖的第一审行政案件”中的“有权”并非是上级人民法院对行政案件有管辖权,而是基于上级人民法

〔23〕 河南省三门峡市中级人民法院《行政裁定书》(〔2011〕三行辖字第20号)。

〔24〕 上海市第一中级人民法院《行政裁定书》(〔2013〕沪一中行初字第4号)。

〔25〕 在时任最高法院行政庭长黄杰主编的一本对《行政诉讼法》释义书中,对本条款的适用有这样的一段解释:“有的行政案件虽然按级别管辖的规定属于上级人民法院管辖,但案情比较简单,情节又不严重,责任非常分明,或者案件当事人离上级人民法院较远,且交通非常不便。在这种情况下,上级人民法院可以把自己管辖的这类第一审行政案件交给下级人民法院审判,这样规定,既能保证案件的正确办理,又方便诉讼当事人参加诉讼活动,并便于及时结案,提高办案效率。”黄杰主编:《中华人民共和国行政诉讼法诠释》,人民法院出版社1995年版,第76页。

院所拥有的审判监督权。

(2)由下向上移转。《行政诉讼法》第23条第2款规定:“下级人民法院对其管辖的第一审行政案件,认为需要由上级人民法院审判的,可以报请上级人民法院决定。”这里的“需要”在实务中可能是为了排除“行政干预”或者行政案件的专业性等因素。

#### (四)管辖异议

当事人对受理行政案件的法院管辖权提出不同意见,即管辖权异议。当事人提出管辖权异议,须在法定期限内且以书面方式向受案法院提出。最高人民法院《若干解释》第10条规定:“当事人提出管辖异议,应当在接到人民法院应诉通知之日起10日内以书面形式提出。对当事人提出的管辖异议,人民法院应当进行审查。异议成立的,裁定将案件移送有管辖权的人民法院;异议不成立的,裁定驳回。”因行政诉讼第三人与被诉行政行为有法律上的利害关系,也可以提出管辖权异议。<sup>[26]</sup>

最高人民法院《管辖规定》第7条规定:“对指定管辖裁定有异议的,不适用管辖异议的规定。”之所以有这样的规定,主要是考虑到经指定管辖的行政案件,它的管辖权问题已经由上级法院审查,为及时使行政案件进入法院的实质性审理并尽快结案,当事人不得再提出管辖权异议。

## 第二节 行政诉讼原告

### 一、原告概念

#### (一)原告

原告是启动行政诉讼程序的一方当事人。原告是行政相对人,它包括公民、法人和其他组织。在最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第40条的规定中,“其他组织”是指合法成立、有一定的组织机构和财产,但又不具备法人资格的组织。如在中海雅园管委会诉海淀区房管局不履行法定职责案中,“业主委员会”属于“其他组织”。<sup>[27]</sup>《行政诉讼法》第24条规定:“依照本法提起诉讼的公民、法人或者其他组织是原告。”第41条第1项规定:“原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织。”此为《行政诉讼法》关于原告的两条原则性规定。

原告是一个程序性要件,与法院作出是否受理案件决定或者裁定有关。也就

[26] 孙嘉佳诉商丘市梁园区文化旅游局文化行政许可证案,载《中国行政审判案例》(第3卷)第90号案例,中国法制出版社2013年版,第44页。

[27] 《最高人民法院公报》2004年第5期。

是说,面对起诉人送到法院的一大堆材料,法官首先必须解决谁是原告的问题。这个问题在方式上由法官对起诉材料作形式审查加以解决。所谓形式审查,即审查原告的法定条件是否已经齐全;只要在起诉人送来的起诉材料中,法官能够找出满足原告法定条件的材料,即可认定起诉人为本案原告,该材料是否真实可以暂且不论,只要在形式上没有明显缺陷即可。

在诉讼程序上,原告不同于起诉人。从行政相对人向法院提起行政诉讼之后到法院没有作出受理决定之前,他的身份是起诉人。最高人民法院《若干解释》第32条第3款规定:“受诉人民法院在7日内既不立案,又不作出裁定的,起诉人可以向上一级人民法院申诉或者起诉。上一级人民法院认为符合受理条件的,应予受理;受理后可以移交或者指定下级人民法院审理,也可以自行审理。”在实务中,如在吴凤合与安徽省财政厅行政不作为纠纷案中,法院认为:

“根据《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》第十二条的规定,提起行政诉讼的原告,须与被告具体行政行为有法律上的利害关系。由于起诉人吴凤合提出的关于李慧堂骗取国家财政工资一事的举报,安徽省财政厅对举报事项未作处理的行为对起诉人的权利义务不产生影响,起诉人与安徽省财政厅的行为没有法律上的利害关系,其不具备行政诉讼原告资格。依照《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》第四十四条第一款第(二)项之规定,裁定对于吴凤合的起诉不予受理。”〔28〕

本案中,因法院认为吴凤合与财政厅不作为之间没有法律上的利害关系,吴凤合不具有原告地位,无法启动行政诉讼程序,所以,她只能是本案的起诉人。

## (二)原告资格

原告资格是一个裁判要件,不是起诉要件,它与法院最后作出的裁判有关。在行政法理论上,认定原告资格的规则是:(1)任何一个行政行为客观上必然有行政相对人;(2)行政相对人的合法权益因该行政行为而受到不利影响;(3)行政相对人的合法权益具有法律上的依据;(4)行政行为与合法权益的不利影响之间有因果关系。法官作出行政裁判之前,必须首先解决谁应当是原告的问题,这个问题由法院通过实质审查加以解决。所谓实质审查,即法院在受理时确认的原告法定条件是否真实、可信。在经过双方当事人质证、辩论之后,若法院确信本案原告的法定条件是真实、可信的,原告就具有了获得本案实体性裁判的资格。由此,在不同的裁判文书中,行政相对人的地位是不同的:在驳回起诉裁定中,行政相对人是起诉人;在驳回诉讼请求判决中,行政相对人是原告。如在曾咏梅诉郑州市公安局交通警察支队车辆管理所公安行政登记违法案中,法院认为:

“本案豫A34335号公交车,属于上述规定中的其他车辆,应当具有10年的使用年限。其初始登记日期在2000年3月31日,报废期限应在2010年3月31日,在上诉人发生交通

〔28〕 安徽省合肥市中级人民法院《行政裁定书》([2010]合行诉初字第13号)。

事故时(2009年6月10日),豫A34335号公交车尚在其正常使用年限内,被上诉人在2008年7月4日、2009年12月9日车辆登记信息中将该车的报废日期登记为2015年的行政行为,不侵犯上诉人的合法权益,故上诉人请求确认被上诉人为已达到国家强制报废标准的豫A34335号车辆延长使用年限违法的诉讼请求,本院不予支持。”〔29〕

在撤销、确认违法等判决中,行政相对人是原告,且具有原告资格。关于原告和原告资格的关系,这里以规划许可行政案件作进一步说明。若行政机关规划许可的建筑物遮挡了行政相对人住房每天5小时的阳光,但行政相对人每天的光照时间不低于国家法定标准。在这样的行政案件中,行政相对人与规划许可之间有法律上的利害关系,他可以成为本案中的原告。但是,因为他的合法权益(每天最低2小时光照)没有被该规划许可所侵害,他就没有原告资格,当然不可能获得法院撤销或者确认规划许可决定违法的实体性裁判。在实务中,如陈明洲等与余志民政行政管理纠纷上诉案中,法院认为:

被上诉人余志具备原告诉讼主体资格。因镇平县民政局给被上诉人陈明洲、高书勤补发的离婚证,直接影响被上诉人余志的债权实现,被上诉人余志与该补发离婚证行为具有法律上的利害关系,故被上诉人余志是适格的原告主体。〔30〕

原告资格本质上是对原告条件的限制。行政诉讼的起诉条件中包括了原告条件,即“法律上的利害关系”,但这种“法律上的利害关系”是否足以使原告获得实体行政裁判,取决于它是否具有原告资格——合法权益是否受到了被诉行政行为的实质性损害。它符合“立案从宽,裁判从严”的司法原则,区分原告和原告资格的实益也在于此。在学理上,支持限制原告条件的法理基础是司法资源的有限性和权利救济的可得性。原告资格有或无通常循着以下两条路径思考:一是原告追求的权益保护与被诉行政行为的关系如何;二是法院的裁判是否可以使原告的权利获得救济。如何把握这两个问题,通常与一个国家的法治发展状况和司法政策有关。

## 二、原告判断标准

行政诉讼法上原告判断标准是历史性的,它是一个不断变动的标准。大致说来它可以分为如下几个阶段:

### (一)民事诉讼标准

1982年《民事诉讼法(试行)》第3条第2款规定:“法律规定由人民法院审理的行政案件,适用本法规定。”既然法院审理行政案件“适用本法规定”,那么有关行政诉讼原告判断标准也遵从民事诉讼法的规定。在最高人民法院公布的“郑

〔29〕 河南省郑州市中级人民法院《行政判决书》([2010]郑行终字第184号)。

〔30〕 河南省南阳市中级人民法院《行政判决书》([2010]南行终字第132号)。

太发不服土地管理行政处罚案”<sup>[31]</sup>“支国强不服税务行政处罚案”<sup>[32]</sup>和“上海环球生物工程公司不服药品管理行政处罚案”<sup>[33]</sup>三个行政案件中,法院都是直接依照《民事诉讼法(试行)》进行审理和裁判的。

## (二)行政相对人标准

《行政诉讼法》实施之后,“民事诉讼标准”即为“行政相对人标准”所更替。《行政诉讼法》第24条第1款规定:“依照本法提起诉讼的公民、法人或者其他组织是原告。”又如,第41条第1项规定:“原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织。”由这两个法律条文确立的原告判断标准,在学理上称之为“行政相对人标准”。较早的时候,法院将行政诉讼的原告限定在被诉行政行为直接指向的公民、法人或者其他组织,而将与被诉行政行为有法律上利害关系的第三人排除在原告之外。后来,与被诉行政行为有法律上利害关系的第三人也被纳入了原告范围,行政相对人的种类也因此可以分为:

(1)行政对象人。即指行政行为直接所指向的人。如《行政处罚法》第40条规定:“行政处罚决定书应当在宣告后当场交付当事人;当事人不在场的,行政机关应当在七日内依照民事诉讼法的有关规定,将行政处罚决定书送达当事人。”本条文中的“当事人”即为行政处罚决定直接指向的人,是行政处罚决定不可缺少的要件之一。

(2)行政相关人,即指不是行政行为直接所指向的人,但与行政行为有利害关系的人。如《行政许可法》第36条规定:“行政机关对行政许可申请进行审查时,发现行政许可事项直接关系他人重大利益的,应当告知该利害关系人。申请人、利害关系人有权进行陈述和申辩。行政机关应当听取申请人、利害关系人的意见。”本条文中,申请人是行政对象人,直接承受行政许可决定的法效力;利害关系人是行政相关人,行政许可决定是否作出,将影响着他既有的合法权益。在实务中,如在长治市中医院聋哑康复中心诉山西省长治市城区土地管理局行政处理决定再审案中,法院认为:

“城区土地局城土发(1993)2号《关于撤销〈关于城区按摩医院使用土地的决定〉的决定》,对康复中心的权利义务产生了实际影响,康复中心认为该决定侵犯其合法权益,依法有权提起行政诉讼。山西省长治市城区人民法院(1993)城行初字第3号行政裁定和山西省高级人民法院(1996)晋行再字第2号行政裁定以康复中心不具有本案原告主体资格为由,驳回康复中心的起诉,属认定事实不清。”<sup>[34]</sup>

本案中,城区按摩医院是土管局“撤销决定”的行政对象人,康复中心是该撤销决定所产生的第三人效力所指向的行政相关人。一审、二审法院认为康复中心

[31] 《最高人民法院公报》1989年第2期。

[32] 《最高人民法院公报》1989年第2期。

[33] 《最高人民法院公报》1989年第4期。

[34] 最高人民法院《行政判决书》([2001]行提字第1号)。

不是本案的原告的观点被最高人民法院所否定,再审判决列康复中心为原告十分妥当。

### (三) 法律上利害关系标准

最高人民法院《若干解释》公布实施之后,原告判断标准从“行政相对人标准”又转到了“法律上利害关系标准”。最高人民法院《若干解释》第12条规定:“与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的,可以依法提起行政诉讼。”“法律上利害关系”由此成为新的行政诉讼原告判断标准。在立案审查中,判断起诉人是否为本案原告时,法律上的利害关系是否存在,只要看原告提供的材料是否达到“可能性”的要求,若有说得过去的理由,且起诉人有初步证据证实这种“可能性”客观存在即可。

1. 法律上利害关系的界定。作为原告判断标准的“法律上利害关系”不是行政法律关系,也不是法律上权利义务关系,而是被诉行政行为对行政相对人已经拥有或者将来必然拥有的权益所产生的影响。<sup>[35]</sup>故行政诉讼也可以称之为“利害关系人诉讼”。进而言之,(1)利害关系限于法律上的,不包括事实上的。如甲乘坐一辆没有出租运营证的“出租车”去机场,中途遇到交通运输管理部门执法检查,该“出租车”因涉嫌违法经营被暂扣,导致了甲因无法准时到达机场而误机。因甲与交通运输管理部门作出的“暂扣”决定之间是事实上的利害关系,他即使不服“暂扣”决定,也不能成为本案中的原告。(2)利害关系是行政相对人在法律上的权益因被诉行政行为的作用而发生了变化,这种变化主要表现为权益的减损、丧失等。如在由交通肇事引发的债权债务关系中,债务人将肇事车辆转让他人,行政机关为其办理了转移登记,债权人与这一转移登记行为不具有法律上利害关系。<sup>[36]</sup>因为,办理车辆转移登记并没有导致债权人的债权减损、丧失,但如该车辆已经作为债权人的债权担保物,则债权人与办理车辆转移登记之间有了法律上的利害关系。(3)与“实际影响”的关系。“对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为”,<sup>[37]</sup>不属于行政诉讼受案范围。把“法律上利害关系”说成是“已经或将会产生实际影响”,<sup>[38]</sup>实质上是混淆了原告判断标准与受案范围标准。在实务中,“法律上利害关系”与“实际影响”经常被混为一谈,或者把两者当作原因与结果的关系是不妥当的。如在田××诉某区民政局撤销结婚登记案中,法院在判后分析时认为:

“田××的继承权是一种期待权,是将来可能出现的权益。田××的继承权与某区民

[35] 将“与具体行政行为有法律上利害关系”作“对权利义务产生实际影响”是否正确,可以讨论。参见下注中的49号案例。

[36] 吕青青诉山东省烟台市公安局交通警察支队车辆行政登记案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第49号案例,中国法制出版社2011年版,第50页以下。

[37] 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1条第2款第6项。

[38] 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27页。



政局的结婚登记行为之间是一种间接的,以后可能发生的关系。某区民政局结婚登记行为仅仅确认结婚当事人双方的夫妻身份关系,该结婚登记行为确定可能对田××以后继承遗产的份额产生影响,但是对遗产的总额并不产生影响。即使结婚登记行为对将来继承份额产生影响,这也是当事人双方自由意志的体现。况且作为结婚当事人双方都有权对自己个人的合权财产行使处分权。因此,国家面对结婚当事人的婚姻自主权第一位权利和结婚当事人的子女的继承权第二位权利,首先应该保护作为第一位权利的婚姻自主权,而不是作为第二位权利的继承权。从根本上而言,某区民政局的结婚登记行为只对保护作为第一位权利的婚姻自主权产生影响,而对作为第二位权利的继承权并没有产生实际影响。因此,田××与某区民政局的结婚登记行为没有‘法律上的利害关系’。”〔39〕

2. 合法权益。《行政诉讼法》第2条规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起诉讼。”本条为《行政诉讼法》上的“宣示性条款”,表达了国家的一种立法态度,不是原告判断标准,但它与认识原告判断标准有关系。

所谓“合法权益”,即法保护的权利和利益。这里的“法”,适宜解释为制定法,制定法之外的尚未为制定法所否定的,可用“正当权益”称之。在“法律上利害关系”中,“权益”是联结它的所有人或者使用人与被诉行政行为之间的关节点,利害关系换一个说法就是权益因被诉行政行为而减损、丧失。但是,这种“权益”是否合法,并不是“法律上利害关系”的要件。如甲未经审批即建造私房两间,规划局作出责令拆除的行政决定。甲对违法所建的两间私房没有合法权益(所有权和使用权),如因此认定他与该行政决定之间没有法律上利害关系,不能提起行政诉讼,那显然是不足以保护他的合法权益的。所以,也正是在这一点上,“合法权益”不是原告判断标准,毋宁把它当作一个原告可以胜诉的要件——原告资格要件。〔40〕如在念泗三村28幢楼居民35人诉扬州市规划局行政许可行为侵权案中,〔41〕规划局作出的规划许可缩短了原告原有的日照时间,依此事实,原告与被告的规划许可之间的法律上利害关系成立,但原告在此规划许可下获得的日照时间仍然符合国家的法定标准,所以该规划许可不构成对原告“日照权”的侵犯。在这样的前提下,经审查如认定该规划许可违法属实,但因原告没有合法权益需要保护,法院应当驳回原告诉讼请求;如认定该规划许可违法,且使原告获得的日照时间因该规划许可从此低于了国家的法定标准,原告因合法权益受到减损,它就有资格从法院那里获得撤销、确认违法等实体性裁判。

在实务中,一些法院也有使用“合法权益”来认定“法律上利害关系”的个案。

〔39〕 贺荣主编:《北京行政诉讼案例研究》,中国检察出版社2005年版,第97页。

〔40〕 中国台湾地区“行政诉讼法”第4条规定:“人民因中央或地方机关之违法行政处分,认为损害其权利或法律上之利益,经依诉愿法提起诉愿而不服其决定,或提起诉愿逾三个月不为决定,或延长诉愿决定期间逾二个月不为决定者,得向高等行政法院提起撤销诉讼。”此条文中没有所谓的“合法”限定词。

〔41〕 《最高人民法院公报》2004年第11期。

如在王念仁等诉福建省福鼎市人民政府土地行政登记案中,法院认为,“合法权益受到潜在影响的公民、法人和其他组织,有权依据行政诉讼法的规定提起行政诉讼”。〔42〕此裁判理由不甚妥当。

在学理上,权利为当然的“法律上利害关系”之内容,利益也应当是它的内容之一。最高人民法院曾在一个答复中,明确了“利益”也是“法律上利害关系”内容之一。〔43〕其实,在制定法上“利益”并非少见,如《人口与计划生育法》第25条规定:“公民晚婚晚育,可以获得延长婚假、生育假的奖励或者其他福利待遇。”《公益事业捐赠法》第24条规定:“公司和其他企业依照本法的规定捐赠财产用于公益事业,依照法律、行政法规的规定享受企业所得税方面的优惠。”《就业促进法》第52条规定:“各级人民政府建立健全就业援助制度,采取税费减免、贷款贴息、社会保险补贴、岗位补贴等办法,通过公益性岗位安置等途径,对就业困难人员实行优先扶持和重点帮助。”上述“优惠”、“待遇”、“优先”即为“利益”,应当受到法律的保护。

如法律上利害关系被“截断”,则起诉人的原告地位也随之丧失。如被依法确认无权占有使用房屋的行政相对人与房屋登记行为之间没有法律上利害关系,不具有提起行政诉讼的原告地位。〔44〕另外一个新问题是,在环境保护法中,“环评报告”所影响的合法权益,它的主体越来越不具有可确定性,因为空气质量、地下水污染等,它所影响的是一个外围不清晰的利益群体。这将带出行政诉讼原告判断标准的新问题,需要我们从法理上对原告判断标准加以发展,以回应实务的需要。

3. 诉讼标的。在一个行政诉讼中,原告所提出的主张可能有:被诉行政行为的违法性、自己与之有法律上利害关系、被诉行政行为侵犯了他的合法权益,等等。在这里,这几个主张具有不同的法律地位,“被诉行政行为”是诉讼客体,而它的“违法性”是诉讼标的,即请求法院作出裁判的具体内容。“法律上的利害关系”是原告起诉条件,“合法权益”与原告资格有关。应当把诉讼标的从起诉条件中分离出来,以便在立案审查和裁判时作出正确的认定。诉讼标的是行政行为的违法性,它是原告向法院提出的主张,也是行政审判权直接指向的对象,并为法院判决所拘束而产生既判力。

4. 反射利益。原告主张自己的权益受到行政行为的损害而向法院提起行政诉讼,如经法院审查起诉人根本没有“权益”或者被诉行政行为为根本不可能“损害权益”的,则此起诉要件不成立,反之,则起诉要件成立。如《行政强制法》第42条第1款规定:“实施行政强制执行,行政机关可以在不损害公共利益和他人合法权益的情况下,与当事人达成执行协议。执行协议可以约定分阶段履行;当事人采取补

〔42〕 《中国行政审判指导案例》(第1卷)第2号案例,中国法制出版社2010年版,第7页。

〔43〕 最高人民法院《关于大土地实际使用人对行政机关出让土地的行为不服可否作为原告提起诉讼问题的答复》([2005]行他字第12号)。

〔44〕 韦波诉海南省三亚市人民政府、三亚市住房和城乡建设局房屋行政确认案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第48号案例,中国法制出版社2011年版,第44页以下。

救措施的,可以减免加处的罚款或者滞纳金。”在本条款中,行政机关与当事人之间订立执行协议所依据的法律规范中,包含了对“他人合法权益”的保护,基此他人对“执行协议”有请求权,行政机关负有保护他的合法权益之义务;若行政机关不履行保护义务,他人有权就“执行协议”提起行政诉讼。但如何判断法律规范中是否存在“权益”,大陆法系国家行政法上的“保护规范理论”为此提供了一个方法:基于保护个人利益的法律规范而为国家设定了义务,个人据此具有请求权利。若法律规范不是基于保护个人利益的,那么个人就没有请求权利,因该法律规范的实施而使得特定个人受益的,即为反射利益。

反射利益可以表述为:法律规范基于公益的目的,要求行政机关作为或不作为时,因该作为或不作为的反射效果,个人在事实上所享受的利益。因法律未赋予该个人可在裁判上主张自己此种利益的请求权,所以,它只是一种事实上的期待与机会而已。<sup>[45]</sup>如甲因居住于小学附近而享有就近上学的便利,政府决定小学迁址使得丧失了这种“便利”,其不能据此提出诉讼,反对政府迁址计划;失业人员获得的“低保”惠及他所赡养或者抚养的人,这种“惠及利益”仅属于反射利益。在实务中,虽然反射利益的概念不一定写入法院的裁判文书,但是它的思想却已经成为法院裁判的理由。如在徐尧芳等76人诉宁波市国土资源局土地行政处罚案中,法院认为:

“根据被上诉人举证的经省人民政府批准的姚北工业新区土地利用总体规划,本案所涉土地为‘待置换用地’,被上诉人余姚市姚北工业新区开发建设投资有限公司的违法占地行为并未违反土地利用总体规划。被上诉人宁波市国土资源局根据《中华人民共和国土地管理法》第七十七条的规定对其作出退还非法占用的43893.87平方米土地;没收在非法占用的土地上所填的塘渣并处罚款,适用法律正确,上诉人请求将案件移交司法机关追究刑事责任的诉讼请求,与上诉人的人身权、财产权没有直接的利害关系。”<sup>[46]</sup>

本案中,《行政处罚法》第7条第2款规定:“违法行为构成犯罪的,应当依法追究刑事责任,不得以行政处罚代替刑事处罚。”与上述《行政强制法》第42条第1款相反,本规定并不是为了保护个人利益,毋宁是基于公共利益需要而对行政机关设置的一条禁止性条款。徐尧芳等76人在此条款中,并没有可以请求国家保护的权益,法院作出如此裁判是十分精当的。

#### (四) 值得保护的利益

将值得保护的利益纳入“法律上利害关系”,是收缩反射利益范围或者“法律上利害关系”扩张的结果,也是行政法试图保护个人“正当利益”的一种努力。对

[45] 中国台湾地区“行政法院”在1964年的第39号判决中称:“都市计划所关涉之台北市华阴街,系属公用道路,原告之利用通行,仅属一种反射利益,并非就该项道路有何种权利存在,纵令修订都市计划内关于将华阴街旧路原10尺宽度修缩为4尺,妨碍车辆通行,确有不合之处,亦难谓该项修订都市计划系有损害原告之权利,即与提起行政诉讼之要件不合。”

[46] 浙江省宁波市中级人民法院《行政判决书》([2006]甬行终字第37号)。

于前者,判断反射利益或者“事实上利害关系”,不仅需要依据法规范,更要考虑法规范的目的,进而在此基础上作出综合判断。对于后者,需要充分考虑利益的道义基础,客观上体现为一种“信赖利益”。如在益民公司诉周口市政府等行政违法案中,法院认为:

“益民公司已取得了燃气专营权。在招标活动开始之前,周地建城(2000)10号文仍然生效,很显然对《招标方案》、《中标通知书》及54号文的作出构成障碍。尽管市计委有权组织城市天然气管网项目招标工作,但在周地建城(2000)10号文已经授予益民公司燃气专营权的情况下,按照正当程序,市计委亦应在依法先行修正、废止或者撤销该文件,并对益民公司基于信赖该批准行为的合法投入给予合理弥补之后,方可作出《招标方案》。因此,市计委置当时仍然生效的周地建城(2000)10号文于不顾,运行发布《招标方案》属于违反法定程序,亦损害了益民公司的信赖利益。”〔47〕

判断“值得保护的利益”是否存在,需要斟酌以下因素:(1)法律规范的内涵与目的;(2)个案中的客观事实;(3)滥诉预防、司法权过度扩张与行政灵活性。本质上,“值得保护的利益”是抛开法律规范而探求事实上或者道义上的利益是否值得加以保护的问题,虽然它有无漏洞保护权利的功能,但也可能导致行政诉讼原告过于泛化,并滑向公益诉讼。

#### (五)行政上的公益诉讼

《行政诉讼法》上尚无公益诉讼。但是,有两个事实值得关注:(1)制定法上有行政上公益诉讼的法律规定,如《商标法》第41条规定:“已经注册的商标,违反本法第十条、第十一条、第十二条规定的,或者是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的,由商标局撤销该注册商标;其他单位或者个人可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标。”本条文中,“其他单位或者个人”的请求权并不需要他与商标注册之间有“法律上利害关系”,它公益性十分明显。(2)已有为法院受理的个案实践,如中华环保联合会诉贵州省清镇市国土资源局社团环境公益行政诉讼案。〔48〕而且2012年最新修改的《民事诉讼法》已经明确写入公益诉讼。

开放行政上的公益诉讼是现代行政法发展的一个必然,但它不是行政诉讼上的一个原则,毋宁把它作为一个例外更为妥当。比较现实的做法是,在《行政诉讼法》中以例举方式规定环境保护、消费者权益保护、大型开发项目(水库、机场、高速铁路)等领域中的若干行政上公益诉讼的种类,在适用的法解释上则采用“从严”原则。

### 三、常见原告情形

#### (一)法定情形

《行政诉讼法》第24条第1款规定:“依照本法提起诉讼的公民、法人或者其

〔47〕 最高人民法院《行政判决书》([2004]行终字第6号)。

〔48〕 《法制日报》2009年7月29日。

他组织是原告。”〔49〕此条款规定得十分原则,为此,最高人民法院《若干解释》基于行政诉讼实务的经验,归纳出了如下几种常见原告的情形:

1. 涉及相邻权的原告。相邻权是一种民事关系。《民法通则》第83条规定:“不动产的相邻各方,应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神,正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系。给相邻方造成妨碍或者损失的,应当停止侵害,排除妨碍,赔偿损失。”有时,经行政机关许可,相邻一方新建的房屋影响了另一方的通行,另一方可以作为原告对该行政许可提起行政诉讼。如在郭陆军诉郸城县人民政府土地行政许可纠纷案中,法院认为:

“原告郭陆军、第三人郭留印与第三人张允明相邻,几家共同使用一个出路,根据法律规定,涉及相邻权的,原告可以提起行政诉讼,因此原告郭陆军享有诉权。”〔50〕

2. 涉及公平竞争权的原告。公平竞争是市场经济的基本要求,行政机关具有维护市场经济公平竞争秩序的职责。行政机关在行使行政许可等权力时,必须符合公平竞争的要求,不得侵犯市场主体的公平竞争权。如在吉德仁等诉盐城市人民政府行政决定案中,法院认为:

“盐城市人民政府《会议纪要》中‘城市公交在规划内开通的若干线路,要保证正常营运,继续免交有关交通规费’的规定作为政府的一项行政决定,具有行政强制力,是可诉的具体行政行为。吉德仁等人作为与公交总公司所属公交车辆营运范围有重叠的经营者,有权以《会议纪要》的规定侵犯其公平竞争权为由提起行政诉讼。”〔51〕

3. 涉及行政复议的原告。在实务中,它有两种情况:(1)行政复议决定影响了复议程序之外的行政相对人,因他与该行政复议决定有法律上的利害关系,他就有权对该复议决定提起行政诉讼。如在张成银诉徐州市人民政府房屋登记行政复议决定案中,法院认为:

“行政复议法虽然没有明确规定行政复议机关必须通知第三人参加复议,但根据正当程序的要求,行政机关在可能作出对他人不利的行政决定时,应当专门听取利害关系人的意见。本案中,复议机关审查的对象是颁发鼓房字第1741号房屋所有权证行为,复议的决定结果与现持证人张成银有着直接的利害关系,故复议机关在行政复议时应正式通知张成银参加复议。”〔52〕

本案中,法院受理了行政复议案外人张成银提起的行政诉讼,并判决撤销该行政复议决定。(2)在行政复议程序中被追加的第三人。因该行政程序的第三人直

〔49〕 涉及企业经济性质的认定,应以发生法律效力《企业法人营业执照》为准。赵立新诉宁夏回族自治区国有资产管理局国资行政确认案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第12号案例,中国法制出版社2010年版,第57页以下。

〔50〕 河南省郸城县人民法院《行政判决书》([2009]郸行初字第49号)。

〔51〕 《最高人民法院公报》2003年第4期。

〔52〕 《最高人民法院公报》2005年第3期。

接受行政复议决定的效力拘束,当然有权对行政复议决定(如果它不是维持决定的话)提起行政诉讼。

4. 涉及受害人的原告。1991年最高人民法院《若干意见》第39条规定:“被侵害人认为被处罚人在同一事件中实施了两种违反治安管理的行为,公安机关只认定并处罚了一种行为,被侵害人如果要求公安机关处罚另一种行为而提起诉讼的,人民法院不予受理。”因有此规定,受害人提起行政诉讼受到了严格的限制,除非有制定法明确规定。这样的限制是极不合理的,不利于充分保护行政相对人的合法权益。《刑事诉讼法》第88条规定:“对于自诉案件,被害人有权向人民法院直接起诉。被害人死亡或者丧失行为能力的,被害人的法定代理人、近亲属有权向人民法院起诉。人民法院应当依法受理。”此原理应可以适用于行政诉讼。1999年最高人民法院《若干解释》改变了之前的规定:“要求主管行政机关依法追究加害人法律责任的”,公民、法人或者其他组织可以依法提起行政诉讼。需要指出的是,《治安管理处罚法》第102条规定:“被处罚人对治安管理处罚决定不服的,可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。”它仍然排除治安管理处罚中受害人有权提起行政诉讼。

5. 涉及行政行为撤销、变更的原告。行政机关作出行政行为之后,起伏不定的行政法律关系也随之稳定下来,即使该行政行为被推进行政救济程序也是如此。若行政机关撤销、变更该行政行为,与之有法律上利害关系的行政相对人有权对之提起行政诉讼。如根据《行政许可法》第69条规定,作出行政许可决定的行政机关或者其上级行政机关,根据利害关系人的请求或者依据职权作出撤销行政许可的,原申请人对撤销行政许可不服的,有权提起行政诉讼。如在陈兴昌不服禄劝县国土资源局颁发采矿行政许可案中,法院认为:

“金荞公司作为陈兴昌诉请撤销的禄劝国土局颁发的61号、24号证载明的采矿权人,与禄劝国土局作出的该具体行政行为有利害关系,是本案适格的诉讼主体,原一审法院通知其作为第三人参加诉讼并无不当。”<sup>[53]</sup>

6. 涉及联营企业、中外合资或者合作企业的联营、合资、合作各方的原告。若认为联营、合资、合作企业权益或者自己一方合法权益受行政行为侵害的,上述主体均可以自己的名义提起行政诉讼。如在香港智慧传播(武汉)有限公司诉武汉市人民政府政府批复上诉案中,法院认为:

“武汉有线网络有限公司是武汉有线电视企业公司与香港智慧传播(武汉)有限公司合资经营的企业。武汉市人民政府外商投资办公室1996年6月28日作出的武外资办(1996)184号《市外资办关于撤销武汉有线网络公司的批复》的具体行政行为直接影响到作为该合资经营企业一方香港智慧传播(武汉)有限公司的权益。香港智慧传播(武汉)有限公司认为该具体行政行为侵犯其合法权益,依法向人民法院提起行政诉讼,人民法院

[53] 云南省昆明市中级人民法院《行政判决书》([2006]昆行再终字第2号)。

应予受理。湖北省高级人民法院于1997年6月17日作出驳回香港智慧传播(武汉)有限公司起诉的(1996)鄂行初字第27号行政裁定,法律依据不足。”〔54〕

7. 涉及土地使用权的原告。农村土地承包人等土地使用权人对行政机关处分其使用农村集体所有土地的行政行为不服的,以自己的名义提起行政诉讼。如在鹿邑县人民政府等与鹿邑县卫真办事处杨园居民委员会杨园东村民组等土地确权决定纠纷上诉案中,法院认为:

“因被诉具体行政行为所确权的部分土地原属被上诉人村民组的集体土地,显然被诉具体行政行为与被上诉人具有法律上的利害关系;被上诉人无论是否以居民组或村民组名义起诉,并不影响集体组织客观存在。”〔55〕

最高人民法院在一个请示答复中也认为:“土地实际使用人对行政机关出让土地行为不服的,可以作为原告提起行政诉讼。”〔56〕在实务中,有时因农村土地使用权人为复数,涉及部分人同意而另一部分人反对提起行政诉讼的个案,原则上应当通过投票表决的方式决定是否提起行政诉讼。另外,村民委员会或者农村集体经济组织对涉及农村集体土地的行政行为不起诉的,过半数的村民可以以集体经济组织名义提起诉讼。农村集体经济组织成员全部转为城镇居民后,对涉及农村集体土地的行政行为不服的,过半数的原集体经济组织成员可以提起诉讼。〔57〕

8. 涉及非国有企业的原告。非国有企业被行政机关决定注销、撤销、合并、强令兼并、出售、分立或者改变企业隶属关系的,该企业或者其法定代表人可以提起行政诉讼。但是,非国有企业的职工不服上述决定的,不能作为原告提起行政诉讼。如在王湘衡不服上海市闵行区人民政府作出的关于同意上海市锋利电动工具厂改制为有限责任公司的批复案中,法院认为:

“上海市闵行区人民政府1998年12月23日作出的闵府研(1998)23号关于同意上海市锋利电动工具厂改制为有限责任公司的批复,涉及的对象系企业法人上海市锋利电动工具厂。故不服该具体行政行为提起诉讼是企业或者其法定代表人具有的诉讼权利能力和行为能力。王湘衡原为上海市锋利电动工具厂职工,其与上海市闵行区人民政府作出的批复没有法律上的利害关系。因此,王湘衡不服该批复提起行政诉讼,不具有原告主体资格。”〔58〕

另外,国有企业被行政机关决定注销、撤销、合并、强令兼并、出售、分立或者改变企业隶属关系,因为国有企业的性质为“国家所有”,它的职工对企业兼并等决

〔54〕 最高人民法院行政裁定书([1997]行终字第20号)。

〔55〕 河南省周口市中级人民法院《行政判决书》([2010]周行终字第66号)。

〔56〕 最高人民法院《关于土地实际使用人对行政机关出让土地的行为不服可否作为原告提起诉讼问题的答复》([2005]行他字第12号)。

〔57〕 最高人民法院《关于审理涉及农村集体土地行政案件若干问题的规定》(法释[2011]20号)。

〔58〕 上海市闵行区人民法院《行政裁定书》([2000]闵行初字第5号)。

定不得提起行政诉讼。<sup>[59]</sup>

9. 涉及股份制企业的原告。股份制企业的股东大会、股东代表大会、董事会等认为行政机关作出的行政行为侵犯企业经营自主权的,可以企业名义提起诉讼。股份制企业的股东大会、股东代表大会、董事会都是该企业的权力机关或者权力机关的执行机构,依照《公司法》规定的法律地位,依次应当是股份制企业的股东大会、股东代表大会、董事会,因此,它们不能同时提起行政诉讼。在实务中,上市公司被终止上市之后,其股东是否具有原告地位,最高人民法院在一个复函中认为:“根据《公司法》和《证券法》的规定,证监会是依法具有行政职权的证券市场的监督管理者。证监会按照其法定职权针对特定的上市公司作出的退市决定,属于在《行政诉讼法》中可诉的具体行政行为,股东对证监会作出的退市决定提起诉讼的,人民法院应依法受理。”<sup>[60]</sup>

10. 涉及查阅权的原告。最高人民法院《关于审理行政许可案件若干问题的规定》第2条规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关未公开行政许可决定或者未提供行政许可监督检查记录侵犯其合法权益,提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理。”最高人民法院《政府信息公开规定》第3条规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关不依法履行主动公开政府信息义务,直接向人民法院提起诉讼的,应当告知其先向行政机关申请获取相关政府信息。对行政机关的答复或者逾期不予答复不服的,可以向人民法院提起诉讼。”据此,查阅权可以作为知情权的下位概念,可纳入“法律上利害关系”,是“人身权、财产权”的一种拓展。

## (二) 实务中的新情形

1. 涉及被吊销营业执照的企业的原告。被吊销营业执照的企业具有诉讼主体地位,因为吊销营业执照仅仅是消灭了它的行为能力,决定它是否有权利能力的是工商企业登记;在工商企业登记被撤销之前,该企业具有行政诉讼的主体地位。如在烟台龙睛建设开发公司诉山东省烟台市国土资源局行政处罚决定上诉案中,法院认为:

“长城公司于1998年12月28日被工商行政管理机关吊销营业执照,该公司由此丧失了从事经营活动能力,但并不意味着该公司的终止,在该公司被依法注销登记之前,其认为合法权益受到侵害,有权以自己的名义提起诉讼。”<sup>[61]</sup>

2. 涉及行政行为持续效力的原告。一个具有面向未来持续效力的行政决定,

[59] 刘佑生等原黄石市海观山宾馆118名职工诉湖北省黄石市人民政府批准兼并企业决定案,最高人民法院《行政判决书》([2002]行终字第1号)。

[60] 最高人民法院《关于上海水仙电器股份有限公司股票终止上市后引发的诉讼应否受理等问题的复函》([2001]民立他字第32号)。

[61] 最高人民法院《行政判决书》([2000]行终字第3号);另可参阅北海鑫工物业发展公司、黄学平诉湖南省益阳市公安局资阳分局扣押财产、收容审查决定及行政赔偿上诉案,最高人民法院《行政判决书》([2004]行终字第2号)。



因某一法律事实的发生、变更或者消灭,使原来与该行政决定没有任何关系的公民、法人或者其他组织,因此与之发生了法律上的利害关系,实务中法院承认他们可以成为行政诉讼的原告。如在林美忠诉贺州市公安局交警支队不予撤销机动车驾驶证案中,法院认为:

“上诉人符合本案原告诉讼主体资格。上诉人的丈夫何跃在与李文于2003年6月12日发生的交通事故中死亡。当地交警认定何跃负事故的全部责任。上诉人经查李文以虚假的身份证申请换发驾驶证,并认为李文所领的驾驶证是无效的。被上诉人换发驾驶证给李文的具体行政行为是否合法,与上诉人有法律上的利害关系,即关系到该事故的责任分担,直接影响到上诉人的合法权益,因此,依照最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第十二条的规定,上诉人有权对被上诉人于2000年6月13日换发证号为450121650927131的驾驶证的行为,以及对被上诉人的《答复》提起行政诉讼,因此,上诉人具有本案原告的诉讼主体资格。”<sup>[62]</sup>

本案中,贺州市公安局交警支队在2000年6月13日为李文换发驾驶证时,与何跃没有任何法律上的利害关系。但两年之后的一场交通事故这一法律事实,在何跃与此换发驾驶证的行政行为之间形成了一个“法律上的利害关系”,故法院认为何跃之妻林美忠有权提起行政诉讼。又如,在安邦财产保险股份有限公司吉林中心支公司诉吉林市公安局交通管理支队颁发驾驶证案中,法院认为:

“1992年李树生冒用李树森的名义考取的机动车驾驶证,并非是因为李树生本人不具有学习驾驶和考取驾驶证的资格。学习驾驶并考取驾驶证的本人即李树生与填报的名字不符,吉林市公安局交通管理支队审查不细,便为李树生颁发了名为李树森的驾驶证,该行为虽然不当,但该行为并不必然引起李树生2009年发生交通事故,更不能必然引起安邦保险公司予以理赔。故吉林市公安局交通管理支队1992年由于审查不细为李树生颁发名为李树森的驾驶证的行为不侵犯安邦保险公司的合法权益。”<sup>[63]</sup>

与前案具有相同的情形都是当事人“冒用他人身份”取得的驾驶证,然后因发生交通事故引起受害人对颁发驾驶证的合法性争议。在本案中,法院用实质审查的方法认定冒用人李树生本身具有驾驶机动车的能力,只有行政机关“审查不细”导致了错误发证。在这样的情形下发生的交通事故,该发证行为与保险公司主张的权益没有因果关系,保险公司不能作为原告提起行政诉讼。

3. 涉及债权的原告。行政机关作出的行政行为影响到了债权人的债权实现

[62] 广西壮族自治区贺州市中级人民法院《行政判决书》([2006]贺行终字第10号);三亚双泽实业有限公司诉五指山市住房保障与房产管理局案,载《中国行政审判案例》(第4卷)第128号案例,中国法制出版社2013年版,第36页以下。

[63] 《中国行政审判案例》(第3卷)第86号案例,中国法制出版社2013年版,第22页以下。

的,一般情况下不属于“法律上利害关系”的内容。<sup>[64]</sup>如工商局作出吊销企业营业执照使该企业的债权人不能完全实现自己的债权,他不能对该行政处罚提起行政诉讼。但是,在特别情况下,债权人可以成为行政诉讼的原告。如在洪雪英等四人诉浙江省慈溪市人民政府土地行政登记案中,法院认为:

“起诉人对沈尧荣夫妇享有的债权受法律保护。被告的土地使用权变更登记行为将土地使用权与房屋所有权分离,既减少了沈尧荣夫妇的可供执行的财产价值,又使房屋所有权存有瑕疵,导致法院难以处分该房屋,已对四原告的债权利益产生了实际影响。故应认为本案起诉人具有行政诉讼原告资格。”<sup>[65]</sup>

本案的特殊性在于变更登记所涉的房屋已被法院查封,所以,债权人对之的债权也有了它的特殊性,而正是这种特殊性使得债权人有权对变更登记行为提起行政诉讼。本案在被收入“行政审判指导案例”后,最高人民法院写下了如下裁判要旨:

“人民法院应债权人要求查封债务人房屋后,债权人的债权即不同于普遍债权,而受到法律的特别保护。国土部门在此等情况下作出土地使用权变更登记导致了房地分离,妨碍了债权的实现。债权人对此登记行为不服提起行政诉讼的,具有原告资格。”<sup>[66]</sup>

4. 涉及行政行为介人民事法律关系的原告。行政行为若介入已经存在的民事法律关系,如通过一个会议纪要确认拍卖行为合法有效,民事法律关系的主体可以成为行政诉讼的原告。但是,民事行为介入已经存在的行政法律关系的,民事行为的主体不能成为行政诉讼的原告。如在广州市海龙王投资发展有限公司诉广东省广州市对外贸易委员会行政处理决定纠纷案中,法院认为:

“上诉人海龙王公司根据其与其三联公司签订的协议书,付给三联公司6000万元,作为对珠江侨都项目的投资,使协议得到了部分履行。但三联公司只是侨都公司投资三方中的一方,无权决定海龙王公司参加珠江侨都项目的开发。海龙王公司与三联公司之间形成的只是民事法律关系,不能证明海龙王公司在侨都公司中占有股份。由于海龙王公司没有与珠江侨都项目的各方签订合同和章程,也没有按照《中华人民共和国中外合作经营企业法》的有关规定经审查批准加入珠江侨都公司,所以,海龙王公司以在侨都公司占用股权为由,认为被上诉人广州市外经委针对珠江侨都公司作出的233号通知,与其有法律上的利害关系的上诉理由不能成立。”<sup>[67]</sup>

[64] 中国台湾地区“行政法院”1986年判字第67号判决认为:“权益受害之第三人,应指其权利直接受侵害者而言,即如该行政处罚涉及财产权时,以该财产权有直接权利关系之人始足当之。而本案海关因漏税所科之罚鍰及没入水犁之处分,既非对原告为之,故即使事实上系由原告支付一切费用,亦仅为其与处分相对人间民事法理上信托关系之争议,于原告未取得水犁所有权之前,其仅有请求移转水犁所有权之债权,故原告之实质利益纵因上开行政处罚受侵害,亦只缘该处分之反射作用使然,为非直接之权利损害人甚明。”

[65] 浙江省慈溪市人民法院《行政判决书》([2001]行终字第10号)。

[66] 《中国行政审判指导案例》(第1卷)第3号案例,中国法制出版社2010年版,第10页以下。

[67] 最高人民法院《行政判决书》([2001]行终字第2号)。

本案中,海龙王公司通过协议介入了市外经贸委与三联公司、珠江侨都公司和广大投资公司之间的行政法律关系,并没有改变市经贸委针对珠江侨都公司作出的 233 号通知已经形成的行政法律关系的内容,所以,海龙王公司在本案中并没有原告地位。

#### 四、原告承继

##### (一)公民

《行政诉讼法》第 24 条第 2 款规定:“有权提起诉讼的公民死亡,其近亲属可以提起诉讼。”公民死亡之后,他在法律上的人格也随之消灭,所以,他的近亲属应当以自己的名义提起行政诉讼。如在张某诉济南市某某局颁发房屋所有权证纠纷案中,法院认为:

“孙某于 2010 年 3 月 30 日去世,原告张某与孙某系母女关系,有张某的户籍资料予以证明,根据上述规定,张某有提起诉讼的权利,符合原告的主体资格。”<sup>[68]</sup>

最高人民法院在一个请示答复中认为:“有权起诉婚姻登记行为的婚姻关系当事人死亡的,其近亲属可以提起行政诉讼。”<sup>[69]</sup>此答复的法律依据是《行政诉讼法》第 24 条第 2 款的规定。但婚姻登记涉及到人身关系,是否也可以适用“近亲属可以提起诉讼”之规定,并非没有商榷余地。关于“近亲属”的范围,刑法、民法都有不同的规定。《若干解释》第 11 条规定:“行政诉讼法第二十四条规定的‘近亲属’,包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有扶养、赡养关系的亲属。”若所有近亲属都要求提起诉讼的,应当推选诉讼代表人,未提起诉讼的近亲属可以根据案件需要列为第三人。公民因被限制人身自由而不能提起诉讼的,其近亲属可以依其口头或者书面委托以该公民的名义提起诉讼。此情形不属于原告的承继。

##### (二)法人或者其他组织

《行政诉讼法》第 24 条第 3 款规定:“有权提起诉讼的法人或者其他组织终止,承受其权利的法人或者其他组织可以提起诉讼。”根据权利义务一致性原则,这样的制度安排是妥当的。如在天津市对外经济贸易委员会、静海县人民政府与天津市橡胶技术开发服务公司、天津市北海橡塑制品厂、香港业生有限公司《关于对天津耀华橡塑有限公司股权转让的批复》上诉案中,法院认为:

“1993 年 6 月 16 日,曾被注销的橡胶公司经其上级主管部门天津市华农进出口经销公司呈报天津市华农进出口公司批准,并经天津市工商局审核后,重新取得了营业执照,恢复了企业法人资格,并经其主管部门授权‘原橡胶公司的债权债务仍由重新恢复的橡胶公司承担’。重新注册后的橡胶公司的权利义务是经其企业上级主管机关华农进出口公司授权

[68] 山东省济南市市中区人民法院《行政判决书》([2010]市行初字第 64 号)。

[69] 最高人民法院行政庭《关于婚姻登记行政案件原告资格及判决方式有关问题的答复》([2005]行他字第 13 号)。

取得的,其认为自己的合法权益受到静政批(1999)1号行政批复的侵犯,有权依法提起行政诉讼,因此橡枝公司的原审原告主体资格是适格的。”<sup>[70]</sup>

相反,如果法人或者其他组织之间不具有承受权利法律关系支撑的,则不适用《行政诉讼法》第24条第3项的规定。如在开封市隆发房地产有限公司与开封市人民政府行政诉讼案中,法院认为:

“汴政文(1998)9号决定的被处罚主体是豫东公司,而豫东公司已被登记主管机关吊销《企业法人营业执照》。隆发公司不服汴政文(1998)9号决定提起行政诉讼,必须依法取得豫东公司003055号《国有土地使用权证》项下的权利并提供相应的必要根据后才能具备原告资格。‘承受其权利’是法律上的后果,它应该通过一定的形式来实现。虽然隆发公司与豫东公司自主地签订了‘兼并协议书’,但这是公司间的无序行为,它必须在法律规范的程序下进行。事实证明,‘兼并’中豫东公司没有出具经营资产负债表和财产清单,隆发公司没有股东会同意‘兼并’的决议,双方没有‘兼并’交接清单。更重要的是,‘兼并协议书’是在法院依法查封了豫东公司的003055号《国有土地使用权证》及房产后签订的,它不可能产生隆发公司承受豫东公司权利的法律后果。”<sup>[71]</sup>

在实务中,最高人民法院行政庭在一个电话答复中称:“在企业法定代表人被行政机关变更或撤换的情况下,原企业法定代表人有权提起行政诉讼。新的法定代表人提出撤诉申请,缺乏法律依据。”<sup>[72]</sup>此答复意在保护原企业法定代表人的诉讼权利,否则,原企业法定代表人的合法权益难以获得保护。

### 第三节 行政诉讼被告

#### 一、被告概念

##### (一)被告

被告是被原告起诉到法院的、由法院通知应诉的行政机关。《行政诉讼法》第25条第1款规定:“公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的,作出具体行政行为的行政机关是被告。”法律、法规授权的组织因行使行政职权被原告起诉到法院的,具有与行政机关相同的诉讼法律地位。行政机关在行政程序中与行政相对人有不同的法律地位,但在行政诉讼中,它们的法律地位是平等的,因此,《行政诉讼法》第7条规定:“当事人在行政诉讼中的法律地位平等。”

被告是行政诉讼不可缺少的当事人之一,由原告在行政起诉状上明确列出。

[70] 天津市高级人民法院《行政判决书》([2000]高行终字第3号)。

[71] 最高人民法院《行政裁定书》([1999]行终字第5号)。

[72] 最高人民法院行政审判庭《关于对在案件审理期间法定代表人被更换,新的法定代表人提出撤诉申请,法院是否准予撤诉问题的电话答复》([1998]法行字第14号)。

《行政诉讼法》第41条第2项规定:原告提起行政诉讼应当“有明确的被告”。提起行政诉讼不列被告或者所列被告不明确,原告的诉讼请求在形式上就无法成立,诉讼程序也就无法开启。但是,原告所指认的被告是形式意义的,且形式意义上的被告也只有法院对原告起诉要件进行初步审查之后才能确定。在民间,对行政诉讼一直有“民告官”的说法,在流传过程中往往被演绎为“告县长”、“告市长”等。其实,行政诉讼的被告只能是行政机关,县长、市长等都是该行政机关的法定代表人。一些地方政府或者法院要求行政诉讼被告的法定代表人亲自出庭应诉,不是说行政机关的“法定代表人”是被告,而是为了提升行政机关对行政诉讼的重视程度,或者为了平息原告的不满,使行政争议得以顺利解决。行政机关也可以在民事诉讼中作被告,但是,此时的行政机关是《民法通则》中的“机关法人”。<sup>[73]</sup>

## (二) 被告资格

与原告资格一样,被告资格也是法院的一个裁判要件。只有对具有被告资格的行政机关,法院才能作出实体性裁判。当原告指向的被告经法院审查后认为不具有被告资格的,法院将驳回原告的起诉。被告资格的认定规则是:(1)一个可诉的行政行为必须在法律上确已成立;(2)行政行为的行为主体必须是一个组织;(3)该行为主体必然由一个行政机关来代表;(4)行政机关必须对作出的行政行为承担法律责任。

## 二、被告判断标准

行政诉讼被告判断标准需要根据行政诉讼客体的不同状态而定。行政行为从它的外观状态上可以分为行政作为和不作为,根据行政行为与主体之间所具有的不可分割性,被告判断标准可以分为:

### (一) 行政作为

行政作为是行政机关以积极的行为方式作出的行政行为,如作出行政处罚决定、颁发行政许可证、实施对违法建筑的强制拆除等。行政作为的被告判断标准是以行政作为的行政机关为被告,或简约为“谁作为,谁被告”。如《行政诉讼法》第25条第1款规定:“公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的,作出具体行政行为的行政机关是被告。”这是《行政诉讼法》关于确定行政作为被告的一条原则性规定。

### (二) 行政不作为

行政不作为是行政机关以消极的行为方式对待应当履行的法定义务,如行政相对人申请工商局颁发营业执照,工商局不予理睬。行政不作为被告判断标准是以应当积极履行法定义务的行政机关为被告。最高人民法院《若干解释》第22条规定:“复议机关在法定期间内不作复议决定,……当事人对复议机关不作为不服提起诉讼

[73] 《民法通则》第50条规定:“有独立经费的机关从成立之日起,具有法人资格。”

的,应当以复议机关为被告。”依照《行政复议法》第31条的规定,原则上,行政复议机关应当自受理申请之日起60日内作出行政复议决定,这是复议机关应当积极履行的法定义务(作出行政复议决定),若复议机关在法定期限内不积极履行法定义务,申请人可以复议机关为被告提起行政诉讼。又如,行政相对人对国务院部门、地方各级人民政府及县级以上地方人民政府部门依申请公开政府信息行政行为不服提起诉讼的,以作出答复的机关为被告;逾期未作出答复的,以受理申请的机关为被告。

### 三、常见被告情形

#### (一)法定情形

1. 直接被告。《行政诉讼法》第25条规定:“公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的,作出具体行政行为的行政机关是被告。”又如,最高人民法院《行政许可规定》第4条规定:“当事人不服行政许可决定提起诉讼的,以作出行政许可决定的机关为被告。”这是最常见的、也是最简易的确定行政诉讼被告的情形。在没有法律特别规定的情况下,行政机关应当以书面形式作出行政行为,行政相对人从书面记载的行政机关名称上,就可以确定本案“有明确的被告”。在特别情况下最高人民法院也有具体规定的,如《政府信息公开规定》第4条第2款规定:“公民、法人或者其他组织对主动公开政府信息行政行为不服提起诉讼的,以公开该政府信息的机关为被告。”

2. 复议被告。有的行政案件在起诉到法院之前,已经过了一个复议程序,当事人不服复议决定而提起行政诉讼的,行政诉讼被告需要根据复议结果来确定。若复议机关决定维持原行政行为的,作出原行政行为的行政机关是被告;复议机关改变原行政行为的,复议机关是被告。何谓“改变”,最高人民法院《若干解释》第7条规定:“复议决定有下列情形之一的,属于行政诉讼法规定的‘改变原具体行政行为’:(1)改变原具体行政行为所认定的主要事实和证据的;(2)改变原具体行政行为所适用的规范依据且对定性产生影响的;(3)撤销、部分撤销或者变更原具体行政行为处理结果的。”在实务中,因复议机关担心成为行政诉讼被告,对一些依法应当撤销的行政行为也作出了维持决定,导致复议维持率一直居高不下,当事人的实效性权利救济严重受损。<sup>[74]</sup> 对此,一种在复议维持决定情况下将复议机关列

[74] 对复议机关改变原行政行为之后,在行政诉讼中法院能否审查原行政行为的合法性,这是一个值得讨论的问题。在梁宝富不服治安行政处罚复议决定案中,法院认为:“根据行政诉讼法的规定,人民法院审理复议机关改变原具体行政行为的案件,应就复议决定是否合法进行审查,是指人民法院判决的结果,只能是维持或者撤销复议决定,对原裁决不能作出维持或撤销的处理。但这并不意味着人民法院在审查复议决定时,对原裁决认定的事实和适用法律不能进行审查。因为,行政机关的原裁决是复议决定的前提,人民法院只有查明原裁决的全部情况,才能判断复议决定是否正确。如果审判涉及原裁决即属超越职权和适用法律错误,则难以保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护和监督行政机关依法行使行政职权。该案第一审判决在查明案件事实后,依法撤销复议机关的复议决定,这种作法既没有超越职权,也不违背法律。”载《最高人民法院公报》1991年第3期。

为被告或者与原行政机关一起列为共同被告的对策性方案,在行政法理论上和实务中流行开来,但尚未获得立法决策层的回应。

针对复议机关在法定期间内不作复议决定的情形,需要区分不同情形确定行政诉讼被告:当事人对原行政行为不服提起诉讼的,应当以作出原行政行为的行政机关为被告;当事人对复议机关不作为不服提起诉讼的,应当以复议机关为被告。

3. 共同被告。两个以上行政机关作出同一行政行为的,共同作出行政行为的行政机关是共同被告。最高人民法院《行政许可规定》第4条规定:“行政许可依法须经上级行政机关批准,当事人对批准或者不批准行为不服一并提起诉讼的,以上级行政机关为共同被告。”又如,在部门行政法中,也存在着这种共同作出行政行为的规定。如《铁路运输安全保护条例》第28条第2款规定:“设置或者拓宽铁路道口、人行过道,应当向铁路管理机构提出申请,并按如下程序审批:城市内设置或者拓宽铁路道口、人行过道,由铁路管理机构会同城市规划部门根据国家有关规定自收到申请之日起30日内共同作出批准或者不予批准的决定;城市外设置或者拓宽铁路道口、人行过道,由铁路管理机构会同当地人民政府根据国家有关规定自收到申请之日起30日内共同作出批准或者不予批准的决定。”在这里,“两个以上行政机关”可以存在于上下级关系或者平级关系之中。需要考虑的实务问题是:(1)行政机关与非行政机关共同作出行政行为;(2)行政机关与其他国家机关共同作出行政行为。无论上述何种情形,非行政机关、其他国家机关都不是行政诉讼的被告,但在行政赔偿诉讼中它们可以作为第三人参加诉讼。在特殊情形下,行政诉讼中有“署名被告”,即经上级行政机关批准的行政行为,以在对外发生法律效力文书上署名的机关为被告。在这种情形下,虽然该行政行为中也体现了批准机关的意思,但是若它没有署名,则不构成“共同被告”。

4. 授权被告。由法律、法规授权的组织所作的行政行为,该组织是被告。在部门行政法中,如《自然灾害救助条例》第20条规定:“居民住房恢复重建补助对象由受灾人员本人申请或者由村民小组、居民小组提名。经村民委员会、居民委员会民主评议,符合救助条件的,在自然村、社区范围内公示;无异议或者经村民委员会、居民委员会民主评议异议不成立的,由村民委员会、居民委员会将评议意见和有关材料提交乡镇人民政府、街道办事处审核,报县级人民政府民政等部门审批。”最高人民法院《行政许可规定》第4条规定:“行政许可依法须经下级行政机关或者管理公共事务的组织初步审查并上报,当事人对不予初步审查或者不予上报不服提起诉讼的,以下级行政机关或者管理公共事务的组织为被告。”另外,《行政处罚法》、《行政许可法》和《行政强制法》等都明确规定法律、法规授权的组织可以行使处罚、许可和强制的行政职权。<sup>[75]</sup>

有两个实务问题需要作进一步讨论:(1)规章授权。最高人民法院以司法解

[75] 《行政强制法》有不同规定。该法第70条规定:“法律、行政法规授权的具有管理公共事务职能的组织在法定授权范围内,以自己的名义实施行政强制,适用本法有关行政机关的规定。”

释的方式将授权的依据扩大到规章,是基于现实需要而对《行政诉讼法》所作的一种突破解释。最高人民法院《若干解释》第20条第3款规定:“规章授权行使行政职权的行政机关内设机构、派出机构或者其他组织,超出法定授权范围实施行政行为,当事人不服提起诉讼的,应当以实施该行为的机构或者组织为被告。”〔76〕

(2)行政职权的变动。即法律、法规规定行政机关可以将部分行政职权授予其他行政机关行使。如《煤炭法》第24条第3款规定:“省、自治区、直辖市人民政府煤炭管理部门可以授权设区的市、自治州人民政府煤炭管理部门负责煤炭生产许可证的颁发管理工作。”对于这种立法规定,较早时最高人民法院在一个复函中认为属于行政委托。〔77〕但这个复函在实务中早已经被突破了,即被授予行政职权的行政机关,可以作为行政诉讼的被告。

5. 委托被告。由行政机关委托的组织所作出的行政行为,委托的行政机关是被告,即“谁委托,谁被告”。最高人民法院在一个答复中认为:“商业银行受中国人民银行的委托行使行政处罚权,当事人不服商业银行行政处罚提起行政诉讼的,应当以委托商业银行行使行政处罚权的中国人民银行分支机构为被告。”〔78〕

关于委托被告,至少有以下几个问题尚待厘清:(1)超出委托范围作出的行政行为。如果受委托组织超出委托范围实施了行为,借用民法上“表见代理”的法理,由委托行政机关作被告。在这样的情形下受委托组织是否需要追加为第三人,应当以原告是否提出行政赔偿请求为要件。在实务中,也有把受委托组织“超出委托范围”实施的“行政行为”作民事侵权论的,若能够保障受害人的合法权益,也并非不可。(2)行政协助。行政协助不属于“行政委托”,因为协助机关本身是行政机关,协助属于其依法应当履行的法定职责。依照依法行政原理,它应当对协助行为承担法律责任。(3)最高人民法院《若干解释》第20条第1款规定:“行政机关组建并赋予行政管理职能但不具有独立承担法律责任能力的机构,以自己的名义作出具体行政行为,当事人不服提起诉讼的,应当以组建该机构的行政机关为被告。”因该机构在法律上仅有行政机关内部机构的法律地位,它对外的“行政行为”应当由所属的行政机关承担,与行政法理不悖。(4)最高人民法院《若干解释》第20条第2款规定:“行政机关的内设机构或者派出机构在没有法律、法规或者规章授权的情况下,以自己的名义作出具体行政行为,当事人不服提起诉讼的,应当以该行政机关为被告。”此种情形所涉行政法理如(3)所述。如在陈莉诉徐州市泉山区城市管理局行政处罚案中,法院认为:

〔76〕 王锦奇诉河北省产权交易中心国有资产管理行政信息公开案,载《中国行政审判案例》(第3卷)第87号案例,中国法制出版社2013年版,第27页以下。

〔77〕 最高人民法院《对广西壮族自治区高级人民法院〈关于覃正龙等四人不服来宾县公安局维都林场派出所林业行政处罚一案管辖问题的请示报告〉的复函》(法行函〔1991〕102号)。

〔78〕 最高人民法院《关于诉商业银行行政处罚案件的适格被告问题的答复》(〔2003〕行他字第11号)。



“因综合整治指挥部是城市管理局的内设协调机构,且2002年8月21日晚暂扣原告陈莉物品行为是城市管理局工作人员实施的,该局是依法成立具有行政主体资格的行政组织,故本案中城市管理局应作为适格的被告,暂扣陈莉物品行为的法律后果,应由城市管理局承担。故综合整治指挥部不具行政诉讼的被告资格,区人民政府与本案被诉行政行为为无直接的法律关系,也不应承担法律责任。”〔79〕

但如果获得法律、法规和规章授权的组织,则可以作为行政诉讼的被告。(5)最高人民法院《若干解释》第21条规定:“行政机关在没有法律、法规或者规章规定的情况下,授权其内设机构、派出机构或者其他组织行使行政职权的,应当视为委托。当事人不服提起诉讼的,应当以该行政机关为被告。”此为行政委托的一种特殊情形。

6. 实质影响的被告。《行政许可法》第26条第2款规定:“行政许可依法由地方人民政府两个以上部门分别实施的,本级人民政府可以确定一个部门受理行政许可申请并转告有关部门分别提出意见后统一办理,或者组织有关部门联合办理、集中办理。”为此,最高人民法院《行政许可规定》第5条规定:“行政机关依据行政许可法第26条第2款规定统一办理行政许可的,当事人对行政许可行为不服提起诉讼,以对当事人作出具有实质影响的不利行为的机关为被告。”本条中的“统一办理”是指一个行政许可依法原由两个以上的行政机关分别实施,现由本级政府确定由其中一个行政机关受理后,由受理机关转告其他行政机关并提出意见,由受理机关作出是否许可的决定。在“统一办理”程序中,凡是作出实质性的不利于申请人获得行政许可的行政行为的行政机关是被告。如在征求意见时,行政机关表示了否定性意见,使申请人不能获得所申请的行政许可,该表示否定性意见的行政机关是被告。

## (二) 实务中的新情形

1. 行政规定授权的组织。在实务中,对某些新型的行政管理事务行使行政职权,一时没有相应的法定行政机关,也没有法律、法规和规章授权的组织。一些地方政府通过行政规定授权相关的组织行使行政职权,有法院在个案中认定该组织是行政诉讼的被告。如在唐荣东诉莆田市人民政府住房制度改革领导小组办公室房改房上市准入及收取增益金案中,虽然法院在判决书中没有直接认定,但法官在事后对本案解析中认为:

“从被告提供的‘事业单位法人证书’说明,被告是经莆田市人民政府机构编制管理办公室批准而设立的事业法人机构,是莆田市人民政府依法授权其履行管理全市住房公积金,促进全市住房制度改革的职能,为此有权作出房改房上市准入和收取增益金的具体行政行为,是适格的被告主体。”〔80〕

〔79〕 《最高人民法院公报》2003年第6期。

〔80〕 福建省莆田市中级人民法院([2002]莆中行终字第128号)。

2. 经济开发区管委会。除了经地方性法规授权外,如《杭州经济技术开发区管理条例》授权杭州经济技术开发区管理委员会行使部分行政管理职权,<sup>[81]</sup>绝大多数地方政府的经济开发区管委会依照《行政诉讼法》的规定都不能成为行政诉讼的被告。在法律地位上,它们是本级人民政府的派出机构,一旦因它们的行政管理活动引起行政诉讼,本级人民政府是被告。但在实务中,未经地方性法规授权的经济开发区管委会在行政诉讼中作被告,也并不少见,如东营市绿宝庄园有限责任公司与东营经济开发区管理委员会、东营市国土资源局经济开发区分局土地行政登记案。<sup>[82]</sup>

3. 交警大队。交警大队是县级公安机关管辖交通安全的警种,是它的一个科级单位。但在实务中,因基于某些特殊需要,如管辖地域大或者重要性等因素,有的交警大队具有相当于“县级公安机关交通管理部门”的法律地位。《道路交通安全法实施条例》第109条第1款规定:“对道路交通安全违法行为人处以罚款或者暂扣驾驶证处罚的,由违法行为发生地的县级以上人民政府公安机关交通管理部门或者相当于同级的公安机关交通管理部门作出决定;对处以吊销机动车驾驶证处罚的,由设区的市人民政府公安机关交通管理部门或者相当于同级的公安机关交通管理部门作出决定。”对此,最高人民法院在一个请示答复中认为:“如果烟台市公安局交通警察支队下设的大队相当于县级公安机关交通管理部门,可以以自己的名义作出处罚决定。”<sup>[83]</sup>在此种情形下,交警大队可以作为行政诉讼的被告。

4. 村民委员会作被告。村民委员会是基层群众性自治组织,不是国家行政体系内的组织,不具有行政机关的职能,也不得行使行政职权。但在实务中,村民委员会履行的某些自治职责活动也具有“行政性”,一些地方人民法院为给村民提供实效性权利保护,在没有法律、法规授权的前提下,也将村民委员会与村民之间的某些法律争议纳入行政诉讼,列村民委员会为行政诉讼被告。如在王洪森、曹素青、王亮等与东营市东营区辛店街道办事处唐家村民委员会农业行政给付案中,法院认为:

[81] 《杭州经济技术开发区条例》第8条规定:“开发区管委会依法行使下列职权:(一)编制开发区的总体规划和经济、社会发展计划,经杭州市人民政府批准后组织实施;(二)制定开发区的行政管理规定,并组织实施;(三)负责开发区内土地的规划、征用、开发、管理和土地使用权的出让、转让工作;(四)负责开发区的规划、建设管理和房地产管理以及环境保护、文物保护工作;(五)负责开发区的财政、税务、国有资产、审计、物价、统计、劳动、人事和工商行政管理工作;(六)审批或审核报批开发区内的投资项目;(七)管理开发区的进出口贸易、对外经济技术合作和其他涉外经济活动;(八)处理开发区的涉外事务;(九)统一规划、管理开发区内的各项基础设施和公共设施;(十)兴办和管理开发区的文化、教育、科技、卫生、体育等公益事业;(十一)保障开发区内企业依法自主经营;(十二)协调、监督有关部门设在开发区内的分支机构或派出机构的工作;(十三)杭州市人民政府授予的其他职权。”

[82] 山东省东营市中级人民法院《行政裁定书》([2005]东行初字第2号)。

[83] 最高人民法院《关于交通警察支队的下属大队能否作为行政处罚主体等问题的答复》([2009]行他字第9号)。

“被上诉人唐家村委作为基层群众自治组织,有组织召开村民会议和村民代表会议的职责,因履行职责而与村民发生的纠纷,村民起诉时,可以作为行政案件受理。被上诉人作为村民会议或村民代表会议的组织召集者,对是否应分给上诉人一家招标款进行表决,其程序合法,其结果应予支持。被上诉人提供的原村党支部书记唐培德、唐安全、唐若友及原村委委员唐树国的证言能够证实上诉人在户口迁入被上诉人唐家村时以放弃村集体收益的分配作为入住条件,上诉人已处分了自己的实体权利。故本案应尊重村民表决意见,对上诉人再次请求分配招标款,应不予支持。”<sup>[84]</sup>

需要指出的是,在法律、法规授权的情况下,村民委员会也可以是行政诉讼被告。如《浙江省实施〈中华人民共和国土地管理法〉办法》第36条规定:“农村村民建造住宅用地,应当向户口所在地的村民委员会或者农村集体经济组织提出书面申请,经村民委员会或者农村集体经济组织讨论通过并予以公布,乡(镇)人民政府审核,报县级人民政府批准。”本条授权村民委员会对农村村民建房申请行使初步审查权,申请人如不服审查结果,可以以村民委员会为被告提起行政诉讼。

#### 四、被告的承继

##### (一)法定情形

因机构改革被调整的行政机关并非少见。在实务中,乡镇政府改为街道办事处、县改为市等便是实例。如果行政机关在作出行政行为后被撤销的,基于无漏洞权利保护的需要,必须要为行政相对人提起行政诉讼确定一个“明确的被告”。为此,《行政诉讼法》第25条第5款规定:“行政机关被撤销的,继续行使其职权的行政机关是被告。”如在黄学干诉南宁市邕宁区民政局民政行政许可纠纷案中,法院认为:

“2005年3月,撤县设区后,原邕宁县民政局改名为南宁市邕宁区民政局,城区婚姻登记职能统一由其行使,故原邕宁县新江镇人民政府民政办颁发本案被诉的《结婚证》所产生的权利义务,理应由南宁市邕宁区民政局承受。南宁市邕宁区民政局作为本案的被告适格。”<sup>[85]</sup>

本案中,因撤县设区,原邕宁县新江镇人民政府有关婚姻登记的职权,也由区民政局承受,区民政局是本案的被告。但是,如果仅仅是行政区划的调整,不涉及行政职权的承继时,应仍以作出被诉行政行为的行政机关为被告。如在唐林明与唐具成土地行政登记纠纷上诉案中,法院认为:

“本案一审原告唐具成所诉的安阳县集建(92)字第31201号集体建设用地使用证的颁证单位是安阳县人民政府,后虽经行政区划调整该土地证所指地块改为安阳市龙安区的管辖区域,但颁证的具体行政行为完成于行政区划调整前,故安阳县人民政府仍是本案适格

[84] 山东省东营市中级人民法院《行政判决书》([2004]东行终字第5号)。

[85] 南宁市邕宁区人民法院《行政判决书》([2010]邕行初字第5号)。

被告。”<sup>[86]</sup>

由“继续行使其职权的行政机关”作被告,既是为行政相对人状告有主,更是为了确保行政职权的连续性,从而稳定社会秩序。

## (二) 实务情形

1. 被撤销后无继续行使职权的行政机关。此种情形下,作出撤销决定的行政机关为被告;如作出撤销决定的机关是人大或者人大常委会,如在审查、决定本级政府机构设置方案中撤销了某一行政机关的,应由提请机构设置方案的本级政府为被告。

2. 分立、合并的行政机关。分立的行政机关以作出被诉行政行为的职权在分立之后归属的行政机关作被告,合并的行政机关由合并后的行政机关作被告。

3. 共同的上级主管机关。当若干个下级机关之间因客观原因不能确定谁是被告时,由它们共同的上级主管机关作被告。如在刘殿民诉北京市公安局朝阳分局拖延履行法定职责案中,法院认为:

“考虑到本案涉及户籍登记事项跨越时间较长,公安机关内部人事、机构均有变化,刘殿民最初提出迁移户口申请的接收机关与最终为其办理户口迁移手续的户籍登记机关已不一致,因此在朝阳分局不持异议的情况下,本案被告确定为涉案派出所的共同上级主管机关朝阳分局具有现实性、合理性和可操作性且不违反法律规定。”<sup>[87]</sup>

## 第四节 行政诉讼第三人

### 一、第三人概念

行政诉讼第三人是指与被提起行政诉讼的行政行为有法律上的利害关系,通过申请或法院通知的形式参加行政诉讼的行政相对人或者行政机关。《行政诉讼法》第27条规定:“同提起诉讼的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织,可以作为第三人申请参加诉讼,或者由人民法院通知参加诉讼。”在这一规定中,行政诉讼第三人的“利害关系”之前没有“法律上”的限定,但在适用解释上应当加上此限定。为此,最高人民法院《若干解释》第12条规定:“与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的,可以依法提起行政诉讼。”最高人民法院《若干解释》第24条第1款规定:“行政机关的同一具体行政行为涉及两个以上利害关系人,其中一部分利害关系人对具体行政行为不服提起诉讼,人民法院应当通知没有起诉的其他利害关系人作为第三人参加诉

[86] 河南省安阳市中级人民法院《行政判决书》([2009]安行终字第16号)。

[87] 北京市朝阳区人民法院《行政判决书》([2009]朝行初字第66号)。

讼。”这一条中的“利害关系”也应当作“法律上”的限定。

第三人参加行政诉讼的时间,一般应当在一审庭审之前。最高人民法院《若干解释》第24条第2款规定:“第三人有权提出与本案有关的诉讼主张,对人民法院的一审判决不服,有权提起上诉。”根据这一规定,第三人在诉讼中可以提出与本案有关的主张,不服本案第一审判决的,有提起上诉的权利。第三人既为诉讼参加人,当然应当受到本案裁判的既判力拘束;如第三人参加诉讼的权利获得了充分保障,即使他未实际参加诉讼,也应当受本案裁判的既判力拘束。

## 二、第三人类型

### (一)作为第三人的行政相对人

《行政诉讼法》第24条第1款规定:“行政机关的同一具体行政行为涉及两个以上利害关系人,其中一部分利害关系人对具体行政行为不服提起诉讼,人民法院应当通知没有起诉的其他利害关系人作为第三人参加诉讼。”根据这一规定,作为行政相对人的第三人有两种类型:

1. 有独立利害关系的第三人。本类型的第三人与被告、原告在行政程序上构成一个三角模式,因此,第三人具有独立的利益存在于行政诉讼之中。在诉讼过程中,它不受原告或者被告的主张限制,可以采用独立的诉讼请求对抗原告或者被告。如在杨建敏诉苏州市房产管理局房屋权属证书注销决定案中,法院认为:

“被上诉人苏州市房产管理局于2005年9月30日作出苏房证销字[2005]019号房屋权属证书注销决定,注销苏州市平江区苏锦二村147幢402室房屋所有权证(苏房权证市区字第00168820号)的具体行政行为,是因第三人潘荣珍的申请。……据此应当认为,杨建敏、潘荣珍都与本案具体行政行为具有利害关系。杨建敏对注销决定不服提起诉讼,根据《中华人民共和国行政诉讼法》第二十七条、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》第二十四条第一款之规定,应当通知潘荣珍为本案当事人参加诉讼。原审法院未通知潘荣珍参加诉讼,遗漏了必须参加诉讼的当事人。”<sup>[88]</sup>

本案中,潘荣珍申请撤销苏房证销字[2005]019号房屋权属证书,杨建敏不服房产管理局的注销决定,三方处于利益对立关系中。在杨建敏提起的行政诉讼中,潘荣珍是必须参加的有独立利害关系的第三人。

2. 无独立利害关系的第三人。如在因行政机关对共同共有的房屋作出强制拆除决定而引起的行政诉讼中,法院应当通知没有起诉的其他共有人参加诉讼。本类型的第三人与被告、原告在行政程序上不构成三角模式,而是与原告处于同一法律地位。

### (二)作为第三人的行政机关

《行政诉讼法》第27条的规定并没有排除行政机关作为第三人参加行政诉讼

[88] 江苏省苏州市中级人民法院《行政判决书》([2006]苏中行终字第0014号)。

的可能性。最高人民法院《若干解释》第23条第2款规定：“应当追加被告而原告不同意追加的，人民法院应当通知其以第三人的身份参加诉讼。”此为行政机关以第三人的身份参加行政诉讼的依据。行政机关作为第三人参加行政诉讼有助于法院在认定事实的基础上作出公正的裁判，比如，如申请登记从事食品生产的企业，需要先由食品安全行政主管部门颁发食品生产许可证，在该企业与工商行政管理局因申请企业登记而发生的行政案件中，食品安全行政主管部门参加行政诉讼有助于法院审查食品生产许可证这一要件是否具有合法性。因为，作出被诉行政行为的行政机关基于分工、专业等，有时并不一定能够清楚地向法院说明这一构成要件的合法性理由，这种合法性理由需要由相关的行政机关才能提供。

在实务中，在复议机关作被告的行政案件中，作出被申请行政行为的行政机关是否可以以第三人的身份参加诉讼，法院持否定态度。如在山西省临汾展望图片有限责任公司与临汾市人民政府等撤销土地使用证复议决定纠纷上诉案，法院认为：

“临汾市政府虽没有通知展望公司作为复议程序的第三人参加复议，但根据行政复议法第十条、第二十二条之规定，展望公司并不是必须参加复议的当事人，所以临汾市政府复议程序并不违法。尧都区人民政府作为核发土地证、作出行政行为的行政主体，不能作为行政诉讼第三人参加行政诉讼，上诉人认为原审法院程序违法的理由不能成立。”<sup>[89]</sup>

本案中法院的态度，也出现在上海汶汇会计师事务所有限公司诉上海市人民政府工商行政复议决定上诉案中，法院认为：

“本案审理的是行政复议案件，市工商局作为被复议机关，基于行政服从原则，必须无条件服从作为复议机关的本案被上诉人市人民政府所作出的复议决定，不属于同提起诉讼的行政复议行为有利害关系者，故原审法院未通知市工商局作为第三人参加诉讼，审理程序并不违法。”<sup>[90]</sup>

其实，从查明案件事实的角度，在上述两案中法院若列行政机关为本案中的第三人，也并非没有意义。

## 第五节 行政诉讼参与人

### 一、诉讼参与人概念

诉讼参与人是指诉讼代理人、证人、鉴定人、勘验人、翻译人员等与案件本身无利害关系的人。诉讼参与人参与行政诉讼的目的是协助法院查明案件事实真相，

[89] 山西省高级人民法院《行政判决书》（[2002]晋行终字第34号）。

[90] 上海市高级人民法院《行政判决书》（[2004]沪高行终字第5号）。

以便法院及时对行政案件作出正确的裁判,同时,保障诉讼当事人的诉讼权利。如在奥某光一郎诉被告深圳市公安局宝安分局不服行政处罚决定案中,因原告是外国人,法院为原告诉讼提供翻译人员,以保障他合法、有效地行使诉讼权利。<sup>[91]</sup>

除诉讼代理人外,作为行政诉讼参与人的证人、鉴定人、勘验人、翻译人员等,他们的地位与民事诉讼相当,有关证人、鉴定人、勘验人、翻译人员等诉讼参与人的权利义务等可以参照民事诉讼法的相关规定。

## 二、诉讼代理人

行政诉讼代理人是指在代理权限范围代理一方当事人,并以该当事人的名义代为进行行政诉讼活动的人。诉讼代理人诉讼活动的法律后果,都归于委托的当事人。

诉讼代理人由当事人依照自己的意愿选聘。没有诉讼行为能力的公民,依法应当由法定代理人代为诉讼;法定代理人互相推诿代理责任的,由法院指定其中1人代为诉讼。当事人、法定代理人,可以委托1至2人代为诉讼。律师、社会团体、提起诉讼的公民的近亲属或者所在单位推荐的人,以及经人民法院许可的其他公民,都可以受委托为诉讼代理人。“经人民法院许可的其他公民”,法院“应当考虑该公民的行为能力、是否存在法定的回避情形、是否可能损害被代理人利益以及是否可能妨碍诉讼活动等因素,不能简单以其曾受过刑事处罚或不具有相关法律知识为由否定其代理资格。”<sup>[92]</sup>《法官法》第17条规定:“法官从人民法院离任后二年内,不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。法官从人民法院离任后,不得担任原任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。法官的配偶、子女不得担任该法官所任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。”这是对法官离任后以及现任配偶、子女的从事诉讼代理的限制,它同样适用于行政诉讼。针对实务中从事行政审判的法官被调任到政府从事法制工作后,可否在原任职法院担诉讼代理人,国务院法制办在一个复函中认为:“法官从人民法院调任(包括调离)后,不论担任何种职务,都不得担任原任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人,包括不得代表政府担任原任职法院办理案件的诉讼代理人。”<sup>[93]</sup>

当事人委托诉讼代理人,应当向法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书。委托书应当载明委托事项和具体权限。公民在特殊情况下无法书面委托的,也可以口头委托;口头委托的,法院应当核实并记录在卷。被诉行政机关或者其他有义务协助的机关拒绝法院向被限制人身自由的公民核实的,视为委托成立。当

[91] 广东省深圳市宝安区人民法院《行政赔偿判决书》([2010]深宝法行初字第65号)。

[92] 最高人民法院《关于行政诉讼中当事人委托其他公民担任诉讼代理人有关问题的答复》([2011]行他字第93号)。

[93] 国务院法制办公室《对浙江省人民政府法制办公室关于法官调任政府法制机构工作担任诉讼代理人是否适用〈法官法〉第十七条第二款规定的请示的复函》(国法秘函[2004]167号)。

事人解除或者变更委托的,应当书面报告法院,由法院通知其他当事人。

代理诉讼的律师有权依照规定查阅本案有关材料,向有关组织和公民调查、收集证据。对涉及国家秘密和个人隐私的材料,应当依照法律规定履行保密义务。经法院许可,当事人和其他诉讼代理人也可以查阅本案庭审材料,但涉及国家秘密和个人隐私的除外。《行政诉讼法》第33条规定:“在诉讼过程中,被告不得自行向原告和证人收集证据。”作为行政诉讼被告的诉讼代理人,即使是律师也应受本条规定的限制,乃属当然的结论。

## 第六节 检 察 院

### 一、检察监督权

基于法律监督的必要性,国家设立独立于其他国家机关的检察院,依法行使检察监督权。宪法上并没有司法权的概念,与检察权相对应的是审判权、行政权、立法权和军事权。《宪法》第129条和《人民检察院组织法》第1条规定:“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关。”由此可知,检察院既不是司法机关,也不是行政机关,而是相对独立于行政机关、审判机关等国家机关的法律监督机关。

在实务中,检察院主要通过刑事案件的提起公诉来实现它的法律监督权,<sup>[94]</sup>对法院民事、行政诉讼的法律监督基本上处于附带状态,更遑论对行政机关、立法机关等行使法律监督权。因此,将检察院的法律监督机关定位于“专门法律监督机关”,或许更为妥当。

### 二、检察监督方式

尽管检察院对行政诉讼的监督是附带性的,但是,它在行政诉讼中是有相当重要的地位的。《行政诉讼法》第10条规定:“人民检察院有权对行政诉讼实行法律监督。”基于这一规定,检察院通过以下几种方式依法可以对行政诉讼行使监督权。

#### (一) 监督法院行政审判活动是否合法

对法院的行政审判活动,检察院没有具体法律依据介入其中,如出席行政案件的庭审活动等。但是,它可以通过接受行政诉讼当事人的申诉等方式,发送检察建议等行使检察监督权。如《人民检察院民事行政抗诉案件办案规则》第47条规定:“有下列情形之一的,人民检察院可以向人民法院提出检察建议:(1)原判决、

[94] 参见《人民检察院组织法》第5条。



裁定符合抗诉条件,人民检察院与人民法院协商一致,人民法院同意再审的;(2)原裁定确有错误,但依法不能启动再审程序予以救济的;(3)人民法院对抗诉案件再审的庭审活动违反法律规定的;(4)应当向人民法院提出检察建议的其他情形。”不过,检察建议虽有明确的法律规定,但在实务中却并不多见。

## (二)对法院行政裁判提起抗诉

如检察院发现已经发生法律效力判决、裁定违反法律、法规规定,通过检察建议无法达到监督目的,可以依法行使行政抗诉权。《行政诉讼法》第64条规定:“人民检察院对人民法院已经发生法律效力判决、裁定,发现违反法律、法规规定的,有权按照审判监督程序提出抗诉。”当然,被抗诉的行政裁判是否违反法律、法规,仍应由法院依法作出最终判定,如法院认为检察院抗诉没有理由的,可以不予采纳。如在贵州省桐梓县农资公司与贵州省桐梓县技术监督局行政纠纷案中,法院认为:

“桐梓县严厉惩处经销伪劣商品责任领导小组召集桐梓县技术监督局、桐梓县工商行政管理局、桐梓县农资公司等单位协调,确定以重新抽样检测的结论作为处理依据,再审判决依据此次鉴定结论及其他相关证据认定180吨复混肥均为劣质复混肥是正确的。桐梓县技术监督局在诉讼过程中提供的证据及规范性文件不属于该决定的主要证据和决定依据,因而不受《中华人民共和国行政诉讼法》第三十三条的限制,故不存在违反法定程序的问题。综上,最高人民检察院的抗诉理由不能成立。”<sup>[95]</sup>

《行政诉讼法》第33条规定:“在诉讼过程中,被告不得自行向原告和证人收集证据。”本案中,法院以“桐梓县技术监督局在诉讼过程中提供的证据及规范性文件不属于该决定的主要证据和决定依据”为由,认为被告在诉讼过程中提供证据及规范性文件的行为不属于上述规定的禁止行为,故不采纳最高人民检察院的抗诉理由。又如,在王春芳与登封市人民政府颁发集体建设用地使用证纠纷上诉案,法院认为:

“本院再审认为,涉案争议的土地是1981年王春芳之前夫张志北以其名义为第三人李茹及其家属安排的宅基地,且系王春芳与张志北二人婚前所划,二人1982年至1989年婚姻存续期间已经另外划有宅基地,王春芳提供的证据不足以证明其离婚调解书第四项所称‘婚中批宅基地一处,归女方使用’的宅基地系指涉案争议的土地,故王春芳与登封市人民政府为李茹颁发登城集建(东关)字第1999号集体建设土地使用证没有法律上的利害关系。原审以王春芳无诉讼主体资格为由,裁定驳回起诉并无不当,依法应予维持。检察机关抗诉理由不能成立,本院不予支持。”<sup>[96]</sup>

## (三)代表国家向法院提起行政诉讼

针对行政机关损害国家利益、公共利益的违法行政行为,在没有与之有法律上

[95] 最高人民法院《行政判决书》([1995]行再字第1号)。

[96] 河南省郑州市中级人民法院《行政裁定书》([2010]郑行再终字第22号)。

利害关系的行政相对人提起行政诉讼,或者该行政相对人因是该违法行政行为的受益人而不提起行政诉讼时,制定法上并没有规定检察院有权提起行政诉讼,对此,在学理上出现了由检察院提起行政上的公益诉讼的建议。如在一个民间版“行政诉讼法修改建议稿”中,它的第26条规定:“人民检察院认为行政行为侵犯国家利益或社会公共利益的,可以向作出行政行为的行政机关提出要求予以纠正的法律意见或建议,行政机关应当在一个月内予以纠正或予以书面答复。逾期未按要求纠正、不纠正或不予答复的,人民检察院可以提起公益诉讼。”<sup>[97]</sup>虽然由检察院提起行政诉讼的构想尚写在纸面上,但由检察院提起的民事公益诉讼的个案并不少见。如在一个由检察院提起的民事公诉案件中,法院认为:

“《宪法》第十二条第二款、第十五条第三款和《民法通则》第五条、第七十三条规定,国家财产神圣不可侵犯,禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏。《人民检察院组织法》第4条规定,人民检察院行使检察权,保护社会主义的全民所有的财产。本案讼争的房地产性质属于国有资产。在有关部门对国有资产负有监管职责,但存在诉讼障碍的情况下,作为国家法律监督机关的人民检察院,从保护国家的财产免遭侵害、制止不法行为侵占国有资产的目的出发,运用公力救济的司法手段提起民事公益诉讼,应视为与本案诉讼标的有直接的、特殊的利害关系,其代表国家利益以原告身份提起民事诉讼符合我国《宪法》、《人民检察院组织法》的立法精神和《民事诉讼法》第一百零八条起诉条件的原则性规定。”<sup>[98]</sup>

2012年新修订的《民事诉讼法》第55条明确规定:对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。或许从民事上公益诉讼实践中,我们可以找出更为可行的行政上公益诉讼的具体制度与规则。

[97] 马怀德主编:《司法改革与行政诉讼制度的完善》,中国政法大学出版社2004年版,第513页。

[98] 浙江省浦江县人民法院《民事判决书》([2002]浦民检初字第1号)。

## 第十五章 行政诉讼客体

### 第一节 行政诉讼客体的一般理论

#### 一、行政诉讼客体概念

诉讼客体是法院、诉讼参加人和参与人的诉讼活动共同所指向的对象。行政诉讼客体是行政行为。《行政诉讼法》第2条规定：“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。”这里的“具体行政行为”虽然不同于行政行为，但以此法条为前提所推出的“行政诉讼客体是行政行为”之结论是可以成立的。<sup>〔1〕</sup>

行政诉讼客体不同于行政诉讼标的。行政诉讼标的是原告面向法院提出行政行为违法性的主张或请求，它是法院审判权所要回应的事项。行政诉讼标的与诉的合并、诉的变更、重复起诉之判断和既判力的客观范围大小等问题有不可分割的关联性。

从平面视角看，行政诉讼客体即为《行政诉讼法》上的“受案范围”中的行政行为。<sup>〔2〕</sup>属于《行政诉讼法》规定的受案范围内的行政行为都是行政诉讼客体。行政诉讼客体是有范围的，但这个范围是呈开放性的，法律与社会之间的互动，或多或少是要反映到行政诉讼客体上来的。所以，在持续的社会、政治和经济变迁过程中，行政诉讼客体的范围是可以扩张或者收纳的。

行政权的外在表现是行政行为，因此，行政诉讼客体范围大小与行政机关受司法审查限度大小之间具有一种正比关系。基于司法审查有限原则，法院不可能审查所有行政行为的合法性，所以，行政诉讼客体只能是一部分行政行为——涉及行政相对人合法权益，且有提供行政救济之必要的。《行政诉讼法》第2章规定的受案范围划定了行政诉讼客体的范围。基于司法审查必要原则，通过事后的司法审查制度，可以推进、引领行政机关依法行政。在比较法上，一国行政法理论的发展，经常取决于法院作出的若干经典性案例裁判，即使在大陆法系国家也是如此，所

〔1〕 在本书中，凡引用法律条文时都为“具体行政行为”，但论述时则使用“行政行为”，两者的区别在第6章行政决定原理中已有说明。

〔2〕 进一步阅读杨小君：“正确认识我国行政诉讼受案范围的基本模式”，载《中国法学》1999年第6期；喜子：“反思与重构：完善行政诉讼受案范围的诉权视角”，载《中国法学》2004年第1期。

以,法院在相当程度上肩负着推进依法行政的重任。

## 二、行政诉讼客体历史考察

从历史视角观察行政诉讼客体的某些变化,可以提升我们对行政诉讼法规范的领悟力,也能感受到行政诉讼发展的某种方向。行政诉讼客体从列举主义到概括主义,是行政诉讼发展的一个历史现象。自从制定法上确立了行政诉讼制度之后,行政诉讼客体经历了如下几个阶段:

### (一)《民事诉讼法(试行)》(1982-1991年)

20世纪80年代初,因对外开放和经济发展需要而制定的几部法律、法规规定了法院可以受理若干行政案件。<sup>[3]</sup>为了给法院审理行政案件提供一个诉讼程序,1982年《民事诉讼法(试行)》第3条第2款规定:“法律规定由人民法院审理的行政案件,适用本法规定。”在《民事诉讼法(试行)》中,行政诉讼客体是由法律、法规“零售”出来的。之后,法律、法规不断地单独规定法院可以受理的行政案件,从而扩大了行政案件的范围,如《海洋环境保护法》(1982年)、《海上交通安全法》(1984年)、《土地管理法》(1986年)和《治安管理处罚条例》(1987年)等。最高人民法院也发布了若干个司法解释,明确“法律规定”决定行政诉讼客体的范围,如《关于人民法院能否受理当事人因不服工商行政管理部门的行政处罚而提起的诉讼的批复》(1983年)等。<sup>[4]</sup>

### (二)《行政诉讼法》(1990年至今)

《行政诉讼法》明列“受案范围”专章,旨在划定行政诉讼客体的范围。在经过了若干年《民事诉讼法(试行)》下的行政诉讼实践之后,有关行政诉讼客体范围如何确定,《〈行政诉讼法〉草案说明》中的一段话是很有启发性的:“法院受理行政案件的范围,是行政诉讼法首先要解决的重要问题。对于这个问题,草案是根据以下原则规定的:第一,根据宪法和党的十三大的精神,从保障公民、法人和其他组织的合法权益出发,适当扩大人民法院现行受理行政案件的范围;第二,正确处理审判权和行政权的关系,人民法院对行政案件应当依法进行审理,但不要对行政机关在法律、法规规定范围内的行政行为进行干预,不要代替行政机关行使行政权力,以保障行政机关依法有效地进行行政管理;第三,考虑我国目前的实际情况,行政法还不完备,人民法院行政审判庭还不够健全,行政诉讼法规定民可以告官,有观念更新问题,有不习惯、不适应的问题,也有承受力的问题,因此对受案范围现在还不

[3] 它们是《中外合资经营企业所得税法》(1980)、《外国企业所得税法》(1981)、《经济合同法》(1981)和《国家建设征用土地条例》(1982)。

[4] 此批复(已失效)认为:“当事人不服行政机关的行政处罚而提起的诉讼,人民法院能否受理,要看行政机关据以作出行政处罚决定的法律是否有明文规定可以向人民法院起诉。凡是法律明文规定当事人不服行政机关的行政处罚决定,可以向人民法院起诉的,人民法院应予受理;凡是法律没有明文规定可以向人民法院起诉的,人民法院就不应受理,而应按照民事诉讼法(试行)第八十四条第(二)项的规定,告知原告向有关行政机关申请解决。”

宜规定太宽,而应逐步扩大,以利于行政诉讼制度的推行。”由此,我们可以看到,在《行政诉讼法》之下的行政诉讼客体,至少有以下几个特点:

1. 虽然《行政诉讼法》第2条规定要保护行政相对人的“合法权益”,但是,这仅仅是一个宣示性条款,并不具有实质性效力。在没有特别规定的情况下,只有涉及行政相对人的人身权、财产权的行政行为,才能成为行政诉讼客体。

2. 在《行政诉讼法》实施之后,行政法理学上一直把“具体行政行为”和比较法上如德国、中国台湾地区行政法上的“行政处分”相并提论,认为其是一种基于意思表示而为的行政行为。这与后来行政法理学上试图拓宽行政诉讼客体范围受到法律障碍,以及提出要用“行政决定”、“行政处理”等概念来代替的学术史相吻合。1997年最高人民法院《关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》(以下简称《行政赔偿规定》)第1条规定:“《中华人民共和国国家赔偿法》第三条、第四条规定的其他违法行为,包括具体行政行为和与行政机关及其工作人员行使行政职权有关的,给公民、法人或者其他组织造成损害的,违反行政职责的行为。”至此,行政事实行为才成为行政诉讼客体之一。

3. 《行政诉讼法》以列举方式确定行政诉讼客体,即使它的第11条第1款第8项也是如此。这种具有《民事诉讼法(试行)》“零售”之遗风的立法方式,限制了行政诉讼客体范围的拓展,但非常适应当时乃至今天基层人民法院在行政诉讼中所奉行的“法条主义”的客观需要。

4. 对于《行政诉讼法》施行之前的行政案件,最高人民法院在一个答复中认为:“开封市工商局1988年对开封市曹门经销部作出冻结划拨酒款通知书,并以白条为收据提走其1653件川曲酒替开封市豫川副食品联营公司冲抵货款的行为,是行政侵权行为,但案发在行政诉讼法施行之前,当时的法律没有规定法院受理此类案件,因此,人民法院不能受理。曹门经销部应向有关行政机关申请解决。”〔5〕在罗玉昌等诉宜昌市房地产管理局房屋权属变更登记案中,法院的判决也遵循了这一答复。〔6〕虽然这有利于行政法律关系的稳定,但如果考虑到有的行政行为具有面向未来持续性的法效力,若做一些区别的技术处理或许会使解决问题的方案更加完美。

### (三) 最高人民法院《若干意见》(1991-2000年)

针对《行政诉讼法》实施之初所遇到或者可能将来会出现的问题,最高人民法院发布了解释适用《行政诉讼法》的《若干意见》115条。《若干意见》明列了如劳动教养、收容审查等行政决定属于行政诉讼客体,它具有对《行政诉讼法》相关条文具体化的功能。但是,在实务中的消极意义是,不少法院在决定是否受理某一行政案件时,采用严格的“对号入座”的方法,将司法审查的裁量空间自我收缩为零,

〔5〕 最高人民法院《关于〈行政诉讼法〉施行前法律未规定由法院受理的案件应如何处理的批复》([1993]民他字第10号)。

〔6〕 湖北省宜昌市中级人民法院《行政判决书》([2002]宜行终字第24号)。

结果在规定行政诉讼客体上,《若干意见》取得了“种瓜得豆”的客观效果。尤其如《若干意见》第2条第3款规定:“公民对计划生育主管部门作出的征收超生费、罚款的行政处罚不服的,可以向人民法院提起行政诉讼。”在这一条款之下,计划生育主管部门实施限制人身自由、扣押财产等行政强制措施都不属于行政诉讼客体。1997年最高人民法院在一个批复中认为:“根据《中华人民共和国行政诉讼法》第十一条第一款第(二)项的规定,当事人对计划生育管理部门采取的扣押财物、限制人身自由等强制措施不服依法提起行政诉讼的,人民法院应予受理。”〔7〕结合上述规定,我们就可以很好地解释最高人民法院为什么要作这样一个批复的原因了。

#### (四) 最高人民法院《若干解释》(2000年至今)

在《行政诉讼法》实施10年之后,最高人民法院发布了共计98条的《若干解释》,以替代《若干意见》的适用。经过了10年的行政诉讼实践经验的积淀,在《行政处罚法》等法律、法规的实施、“法治国家”被写进了宪法等外在因素的影响下,最高人民法院开始采用“特洛伊木马”技术,在司法解释这件合法外衣的掩饰下,把许多对行政诉讼制度具有实质性改变的条文不动声色地搬进了《行政诉讼法》法律框架之中。如《若干解释》第1条规定:“公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服,依法提起诉讼的,属于人民法院行政诉讼的受案范围。”本条中“行政行为”的概念,具有否定或者替换“具体行政行为”的功能。《若干解释》试图在行政诉讼客体上确立如下规则:凡不属于《若干解释》第1条第2款规定情形的都是行政诉讼客体。所以,从《若干解释》开始,《行政诉讼法》所划定的行政诉讼客体范围已经被最高人民法院的司法解释权突破了。

## 第二节 行政决定

### 一、引言

#### (一) 行政决定与诉讼客体

作为诉讼客体的行政决定是传统行政法体系得以展开的核心。尽管现代行政法发展出了不少行政机关非行政决定的行政行为,如行政合同、行政指导等,但是,行政决定在现代行政法中的核心地位仍然不可动摇,《行政处罚法》、《行政许可法》和《行政强制法》的制定、实施,以及它们在依法行政中的地位都可以佐证这一点。在行政诉讼各类案件中,涉及行政处罚、行政许可和行政强制的行政案件仍然是占据高比例的。

〔7〕 最高人民法院《关于不服计划生育管理部门采取的扣押财物、限制人身自由等强制措施而提起的诉讼人民法院应否受理问题的批复》(法复[1997]第3号)。

中国正处于社会转型时期,干预行政具有整合脱序活动的功能,且在政府主导经济发展的局面尚未获得根本性转变的情况下,行政决定仍然是政府治理社会的主要工具,而非行政决定的行政行为无论如何仅仅是行政决定的一种补充。当然,它们的补充性地位并不是我们可以忽视它们存在的理由。将行政决定列为行政诉讼客体,与行政诉讼的要旨相当。

## (二) 行政决定与“具体行政行为”

相对于抽象行政行为而言,“具体行政行为”是一个法律概念。《行政诉讼法》第2条规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起诉讼。”本条开宗明义确定了行政诉讼客体为具体行政行为。何谓“具体行政行为”?《若干意见》第1条曾经规定:“‘具体行政行为’是指国家行政机关和行政机关工作人员、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织或者个人在行政管理活动中行使行政职权,针对特定的公民、法人或者其他组织,就特定的具体事项,作出的有关该公民、法人或者其他组织权利义务的单方行为。”这个司法解释受到了行政法学理上批判,尤其是“单方行为”被指为排除了如行政合同那样的双方行为等,因而它限制了行政诉讼客体的范围。为此,《若干解释》第1条规定:“公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服,依法提起诉讼的,属于人民法院行政诉讼的受案范围。”本条采用的“行政行为”究竟如何解释,是否也存在广、狭义两种解释,即广义上指凡一切行政机关的行政行为,狭义上仅指“行政决定”或者如中国台湾地区行政法上的“行政处分”,至今尚无权威的说法。不过,它至少代表了将来《行政诉讼法》修改的一个方向:不再使用“具体行政行为”这一概念。

## 二、法定类别

### (一) 行政处罚

凡是行政机关依照《行政处罚法》规定作出的行政处罚决定都是行政诉讼客体。根据行政处罚法定原则,凡没有法律、法规和规章的规定,行政机关不得实施行政处罚。由于行政处罚严重影响行政相对人的合法权益,且当时有关行政处罚的规定十分混乱,严重侵害了行政相对人的合法权益,故它被《行政诉讼法》列于行政诉讼客体之首位是合适的。实务中,有关行政处罚行为还有以下几个问题需要作进一步分析:

1. 责令改正。《行政处罚法》第23条规定:“行政机关实施行政处罚时,应当责令当事人改正或者限期改正违法行为。”依照体系解释,责令改正不属于行政处罚。在实务中,法院也持有这样的观点。如在邵仲国诉黄浦区安监局安全生产行政处罚决定案的裁判摘要中,法院认为:

“《安全生产法》第81条第2款所称‘前款违法行为’,是指该条第1款‘生产经营单位

的主要负责人未履行本法规定的安全生产管理职责'的行为。这种违法行为无论是否被安全生产监管部门发现并责令限期改正,只要导致发生了生产安全事故,安全生产监管部门都有权依照《安全生产法》第81条第2款规定,直接对生产经营单位的主要负责人给予行政处罚,不必先责令限期改正后再实施行政处罚。"<sup>[8]</sup>

在学理上,责令改正没有惩罚性,也不具有终结性,它的本质是为行政相对人设定了一个改正违法行为的义务,是一种命令性的行政决定。如果行政相对人不履行此项义务,行政机关有权依照法律规定强制执行或者申请法院强制执行。在制定法上,责令改正与行政处罚之间的搭配模式有:(1)责令改正+行政处罚。此模式在适用时应当先责令行政相对人改正违法行为,若不改正,则再给予行政处罚。如《药品管理法实施条例》(2002)第74条规定:“药品生产企业、药品经营企业和医疗机构变更药品生产经营许可事项,应当办理变更登记手续而未办理的,由原发证部门给予警告,责令限期补办变更登记手续;逾期不补办的,宣布其《药品生产许可证》、《药品经营许可证》和《医疗机构制剂许可证》无效;仍从事药品生产经营活动的,依照《药品管理法》第七十三条的规定给予处罚。”(2)行政处罚+责令改正。此模式在实施时行政处罚可以与责令改正两者并用。如《中央储备肉管理办法》(2007)第52条规定:“操作单位和质检单位违反本办法的规定,由商务部商财政部给予警告,并责令其限期整改;情节严重的,扣拨其管理费和公证检验费补贴,直至取消其业务操作和公证检验单位资格。”当然,也有单独适用责令改正的情形。如《烈士褒扬条例》第34条规定:“……或者在烈士纪念设施保护范围内为烈士以外的其他人修建纪念设施、安放骨灰、埋葬遗体的,由烈士纪念设施保护单位的上级主管部门责令改正,恢复原状、原貌;造成损失的,依法承担赔偿责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”在制定法上,责令改正也可以当作行政机关内部法律关系中上级责令下级改正违法行为的一种“命令”。如《价格法》第45条规定:“地方各级人民政府或者各级人民政府有关部门违反本法规定,超越定价权限和范围擅自制定、调整价格或者不执行法定的价格干预措施、紧急措施的,责令改正,并可以通报批评;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依法给予行政处分。”

2. 通报批评。《行政处罚法》没有明确规定“通报批评”是行政处罚种类之一,但我们可以从第8条第7项规定中解释出来,即法律、行政法规可以创设通报批评作为行政处罚的种类。通报批评与警告同属于申诫罚,只不过前者具有“广而告知”的功能。在制定法上,如《审计法》第43条规定:“被审计单位违反本法规定,拒绝或者拖延提供与审计事项有关的资料的,或者提供的资料不真实、不完整的,或者拒绝、阻碍检查的,由审计机关责令改正,可以通报批评,给予警告;拒不改正的,依法追究刑事责任。”在实务中,有关通报批评的个案并不多见,如在某采购供应站不服蚌埠市标准计量局行政处罚案中,法院认定:

[8] 《最高人民法院公报》2006年第8期。



“1991年5月21日,某市标准计量局认定交电批发部经销江苏省丹徒县电线厂生产的铝蕊聚氯乙烯绝缘聚氯乙烯护套平型电线,经测量属伪劣商品,依据《中华人民共和国标准化法》第十九条、第二十条,《工业产品质量责任条例》第十四条、第二十四条,国务院颁发的32号文和《安徽省查处经销伪劣商品暂行规定》第三条(二)项、第七条之规定,决定对交电批发部给予下列行政处罚:(1)通报批评;(2)处以商品货值总额的12%罚款(90卷×84元×12%=907.2元);(3)处以责任者2500元罚款;(4)已查封的等待处理。”〔9〕

本案中,通报批评是一种行政处罚,属于行政诉讼客体。但是,在制定法上通报批评作为行政处罚来使用的场合呈越来越少的趋势,它逐渐成为内部行政法律关系中的一种“行政处分”,与责令改正并用。如《城乡规划法》第58条规定:“对依法应当编制城乡规划而未组织编制,或者未按法定程序编制、审批、修改城乡规划的,由上级人民政府责令改正,通报批评;对有关人民政府负责人和其他直接责任人员依法给予处分。”因《行政诉讼法》尚未确认“机关诉讼”,所以,在内部行政法律关系中使用的通报批评(包括责令改正)不是行政诉讼客体。

3. 暂扣许可证或执照。《行政诉讼法》当年只规定“吊销许可证或执照”,但《行政处罚法》却明确规定“暂扣许可证或执照”是行政处罚种类之一,后者多出“暂扣”这一行政处罚种类,但两部法律之间的差异不构成“暂扣许可证或执照”成为行政诉讼客体的法律障碍。在制定法上,“暂扣许可证或执照”有时是作为一种预防性的行政强制措施来使用的,如《民用航空气象人员执照管理规则》第50条规定:“持照人与事故征候、严重事故征候或者事故有直接关系的,调查期间地区管理局可以暂停其执照权利。”虽然这种区分并不影响“暂扣许可证或执照”划入行政诉讼客体范围,但是,它影响到了对其进行合法性审查时所适用的法律依据、程序。

4. 劳动教养。劳动教养是以限制行政相对人一定期限人身自由为目的的一种行政决定。因劳动教养决定具有行政性,且劳动教养管理委员会本身为行政机关,所以,《若干意见》曾经明确规定它是行政诉讼客体。劳动教养一直是行政诉讼客体,《最高人民法院公报》迄今为止已发布了三个有关劳动教养的行政案件,分别是任建国不服劳动教养复查决定案〔10〕宿海燕不服劳动教养决定案〔11〕和白光华不服天津市劳动教养委员会劳动教养决定案〔12〕。但是,劳动教养是行政处罚抑或行政强制措施还是其他行政决定却一直没有定论。劳动教养作为一种制度的形成具有历史性,至今尚未成为历史博物馆中的展品。但自2012年以来,已经出现了松动的可能性。比如在新修改的《民事诉讼法》中,所有涉及劳动教养的字眼已经

〔9〕 安徽省蚌埠市中市区人民法院《行政判决书》([1991]中行字第5号)。

〔10〕 《最高人民法院公报》1993年第3期。

〔11〕 《最高人民法院公报》2000年第1期。

〔12〕 《最高人民法院公报》2007年第3期。

修改为“强制性教育措施”。〔13〕

1957年国务院《关于劳动教养问题的决定》第2条规定：“劳动教养，是对于被劳动教养的人实行强制性教育改造的一种措施，也是对他们安置就业的一种办法。”在制度功能上，劳动教养具有“强制性教育”和“安置就业”的两个面向；后一个面向实际上是计划经济体制下给被劳动教养者的一种生计出路。1979年国务院公布《关于劳动教养的补充规定》，其中制度化的一种努力是设置“劳动教养管理委员会”，并明确规定劳动教养的期限为1—3年，最长可以延长到4年。1980年国务院公布的《关于将强制劳动与收容审查两项措施统一于劳动教养的通知》，扩大了劳动教养对象的范围。1982年公安部制定并由国务院转发的《劳动教养试行办法》第2条规定：“劳动教养，是对被劳动教养的人实行强制性教育改造的行政措施，是处理人民内部矛盾的一种方法。”与1957年的《关于劳动教养问题的决定》相比，劳动教养的性质已经发生了变化，但是，劳动教养究竟是行政处罚抑或行政强制措施还是不明确。从1986年《治安管理处罚条例》的规定来看，它是一种比行政拘留更为严厉的行政处罚，如该《条例》第32条规定：“严厉禁止下列行为：（一）赌博或者为赌博提供条件的；……上述行为之一的，处十五日以下拘留，可以单处或者并处三千元以下罚款；或者依照规定实行劳动教养；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”这里的劳动教养显然不是具有预防性的行政强制措施。1996年《行政处罚法》之后，因劳动教养涉嫌合法性而被人解释为是一种行政强制措施，但2011年《行政强制法》公布之后，曾经发生过的历史问题又成了一个现实问题。从劳动教养的内容看，它具有终结性、惩罚性，所以归入行政处罚的种类是比较妥当的。

5. 违法行为公布。将行政相对人查实的违法行为事实公布于众，即违法行为公布。如《清洁生产促进法》第17条规定：“省、自治区、直辖市人民政府环境保护行政主管部门，应当加强对清洁生产实施的监督；可以按照促进清洁生产的需要，根据企业污染物的排放情况，在当地主要媒体上定期公布污染物超标排放或者污染物排放总量超过规定限额的污染严重企业的名单，为公众监督企业实施清洁生产提供依据。”从本条规定看，违法行为公布具有申诫性质，可以归入行政处罚的种类之一。但是，如果因信息公开、法制教育等目的公开行政相对人的违法行为，则不具有行政处罚性质。

## （二）行政强制措施

在《行政诉讼法》上，行政强制措施并没有明确的含义，但它列举了如限制人身自由、查封、扣押和冻结等行政强制措施的种类。《若干意见》曾经列出了如“收容审查”等限制人身自由的行政强制措施，以明确它属于行政诉讼客体。《行政强制法》第2条第2款规定：“行政强制措施，是指行政机关在行政管理过程中，为制

〔13〕《民事诉讼法》第90条规定：“受送达人被采取强制性教育措施的，通过其所在强制性教育机构转交。”

止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大等情形,依法对公民的人身自由实施暂时性限制,或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的行为。”这是迄今为止法律对行政强制措施所作的最为完整的定义。从这个定义中,我们可以归纳出行政强制措施具有预防性、暂时性的法律特征,与行政处罚的惩罚性、终局性并不相同,所以两者的区别十分明显。

1997年最高人民法院曾经在一个批复中说:“当事人对计划生育管理部门采取的扣押财物、限制人身自由等强制措施不服依法提起行政诉讼的,人民法院应予受理。”<sup>[14]</sup>如此本应没有问题的问题,为什么最高人民法院还要下一个批复呢?因为《若干意见》第2条第3款规定:“公民对计划生育主管部门作出的征收超生费、罚款的行政处罚不服的,可以向人民法院提起行政诉讼。”许多地方人民法院在适用此条款时,将计划生育主管部门的扣押财产、限制人身自由等行政强制措施以没有法律明文规定为由,不纳入行政诉讼客体范围。最高人民法院试图通过这样的一个批复,纠正地方法院这种错误的解释。在行政强制措施中,早年最受关注与争议的“收容审查”现已废除,相关案例如陈迎春不服离石县公安局收容审查决定案<sup>[15]</sup>和北海鑫工物业发展公司、黄学平诉湖南省益阳市公安局资阳分局扣押财产、收容审查决定及行政赔偿上诉案<sup>[16]</sup>等都是被登上了《最高人民法院公报》的重要案例。

在行政法理论上,行政强制措施远不如行政处罚清晰,比如“即时强制”、“直接强制”等概念都有待于厘清。在实务中,有以下几个问题可以展开讨论:

1. 收容教养。收容教养是刑事法律上的一种行政强制措施。《刑法》第17条第5款规定:“因不满十六周岁不予刑事处罚的,责令他的家长或者监护人加以管教;在必要的时候,也可以由政府收容教养。”最高人民法院在一个批复中认为:“公安机关对公民作出的‘少年收容教养’决定是行政行为,属于《中华人民共和国行政诉讼法》第11条规定的受案范围,若当事人对公安机关作出的‘少年收容教养’决定不服向人民法院起诉的,人民法院应当受理。”<sup>[17]</sup>收容教养虽然出自刑法,但并不改变它的性质是行政决定。如在吕梁行政公署公安处与康果某收容教养决定上诉案中,法院认为:

“上诉人吕梁行署公安处的少年收容教养行为,并不属于最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第一条第二款所规定的不属法院行政诉讼受案范围的情形,被上诉人不服少年收容教养行为,可以向法院提起行政诉讼。”<sup>[18]</sup>

[14] 最高人民法院《关于不服计划生育管理部门采取的扣押财物、限制人身自由等强制措施而提起的诉讼人民法院应否受理问题的批复》(法复[1997]3号)。

[15] 《最高人民法院公报》1992年第2期。

[16] 最高人民法院《行政判决书》([2004]行终字第2号)。

[17] 最高人民法院《关于“少年收容教养”是否属于行政诉讼受案范围的答复》([1998]行他字第3号)。

[18] 山西省高级人民法院《行政判决书》([2001]晋行终字第12号)。

本案中,法院的裁判逻辑是,只要收容教养行为不属于最高人民法院《若干解释》第1条第2款规定范围的,都属于行政诉讼的客体,行政相对人有权对之提起行政诉讼。

2. 证据先行登记保存。为了防止证据的灭失或者增加事后取证的难度,《行政处罚法》第37条第2款规定:“行政机关在收集证据时,可以采取抽样取证的方法;在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,经行政机关负责人批准,可以先行登记保存,并应当在七日内及时作出处理决定,在此期间,当事人或者有关人员不得销毁或者转移证据。”依照《行政强制法》所下的行政强制措施定义,证据先行登记保存属于行政强制措施种类之一。对于证据先行登记保存的适用,应当注意:(1)由行政机关登记;(2)由当事人或者有关人员保存,并负有不得销毁或者转移证据的法定义务。由此,它区别于查封、扣押财物的行政强制措施。在实务中,对证据先行登记保存是否属于行政诉讼客体,是存在争议的。如在卢镇某诉某区文化广播电视管理局文化行政强制措施案中,2004年9月3日,被告某区文化广播电视管理局委托上海市闵行区文化稽查队在银都市场对正在设摊的原告卢镇某作出证据先行登记保存的行政强制措施,并出具了登记保存清单。在原告不服提起行政诉讼之后,被告认为本案不属于法院受理范围,但法院认为:

“本案被告将原告的CD、DVCD、DVD碟片和电子出版物予以证据先行登记保存,系一种行政强制措施,客观上是对财物所有权的四项权能,即占有、使用、收益、处分的临时性限制。”<sup>[19]</sup>

证据先行登记保存的目的是收集证据,不可变相作财物扣押之用,如为查处驾驶员“拒载”而把出租汽车作为证据加以保存,已涉嫌变相扣押财产。因为,出租汽车本身作为一种财产在证明“拒载”的违法事实是否存在时,不具有证明能力。

3. 留置盘问。《人民警察法》第9条规定:“为维护社会治安秩序,公安机关的人民警察对有违法犯罪嫌疑的人员,经出示相应证件,可以当场盘问、检查;经盘问、检查,有下列情形之一的,可以将其带至公安机关,经该公安机关批准,对其继续盘问:(一)被指控有犯罪行为的;(二)有现场作案嫌疑的;(三)有作案嫌疑身份不明的;(四)携带的物品有可能是赃物的。对被盘问人的留置时间自带至公安机关之时起不超过二十四小时,在特殊情况下,经县级以上公安机关批准,可以延长至四十八小时,并应当留有盘问记录。对于批准继续盘问的,应当立即通知其家属或者其所在单位。对于不批准继续盘问的,应当立即释放被盘问人。”因留置盘问也可适用于犯罪嫌疑人,一般人总以为它是一种刑事强制措施,对受留置盘问不得提起行政诉讼,其实不然。最高人民法院在一个答复中认为:“留置是公安机关行政管理职权的一种行政强制措施,属于《中华人民共和国行政诉讼法》第11条

[19] 上海市闵行区人民法院《行政判决书》([2004]闵行初字第67号)。

第1款第(2)项规定的人民法院行政诉讼受案范围。”<sup>[20]</sup>我们知道,公安机关具有刑事、行政机关的双重身份,它在行政管理过程中对犯罪嫌疑人实施留置盘问,目的在于查清相关事实;只有在获得更为确实的证据可以证明被留置盘问人涉嫌犯罪时,才能启动刑事立案程序。所以,在刑事立案程序之前的“调查”性质上是行政性的,属于行政诉讼客体。

### (三) 侵犯经营自主权

经营自主权是行政相对人受到制定法保护的一项重要权利。就企业而言,不同的所有制企业有不同的经营自主权内容。目前有关规定经营自主权的法律、法规有:《全民所有制工业企业法》(1988)、《乡镇企业法》(1996)、《中外合资经营企业法》(2001修订)、《农村土地承包法》(2002)、《全民所有制工业企业转换经营机制条例》(2011修订)、《城镇集体所有制企业条例》(2011修订)、《集体所有制企业条例》(2011修订)、《私营企业暂行条例》(1988)、《个体工商户条例》(2011)等。在实务中,侵犯经营自主权表现为撤销企业法定代表人、合并或者分立企业、强行企业转让知识产权等。为此《行政诉讼法》第11条1款第3项规定:行政相对人“认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权”,有权提起行政诉讼。这里的“法律”应当作“法律、法规”的解释,否则,在上述行政法规中的经营自主权若被侵犯将得不到行政救济。在个案中,法院也是作这样解释的。如在刘本元不服蒲江县乡镇企业管理局侵犯财产权、经营自主权处理决定行政纠纷案中,法院认为:

“成都蒲江小蘗碱厂、成都市朝阳印刷厂和成都鹤山矿泉水饮料厂的建厂资金均是上诉人刘本元个人投资,其分配形式、经营管理实际上是按私营企业进行的,根据《中华人民共和国私营企业暂行条例》第七条第一款关于‘独资企业是指一人投资经营的企业’的规定,上述3个企业应为私营企业,企业财产属刘本元所有。被上诉人蒲江县乡镇企业管理局作出的免去刘本元厂长职务和任命他人为厂长的决定,以及查封企业财产的行为,是于法无据的超越职权的具体行政行为。这一行为致使刘本元失去了对其财产的实际控制,又使其无法组织企业的生产经营,侵犯了刘本元的财产所有权和私营企业经营自主权。”<sup>[21]</sup>

《私营企业暂行条例》、《城镇集体所有制企业条例》是行政法规,它规定的经营自主权也受到《行政诉讼法》的保护。如在龙泉市宝剑厂徐承业等26名职工不服龙泉市经济委员会任免决定案中,法院认为:

“龙泉市宝剑厂由劳动群众集体投资于1963年9月开办的。上诉人于1978年后扶持拨款9.3万元,支持该厂发展生产。为此,上诉人虽有过拨款扶持的行为,但也不能改变该厂劳动群众集体投资开办的的事实。上诉人龙泉市经济委员会任命周伟平为厂长的行为,违反了《中华人民共和国城镇集体所有制企业条例》第三十二条第一款、《中华人民共和国城

[20] 最高人民法院行政审判庭《关于对当事人不服公安机关采取的留置措施提起的诉讼法院能否作为行政案件受理的答复》([1997]法行字第21号)。

[21] 《最高人民法院公报》1994年第2期。

镇集体所有制企业条例》轻工业实施细则第三十三条的规定,其行为侵犯了企业经营自主权。”〔22〕

与侵犯经营自主权的行政诉讼有关的两个司法解释十分重要:(1)最高人民法院《关于企业经营者依企业承包经营合同要求保护合法权益的起诉人民法院应否受理的批复》(法(经)复[1991]4号)规定:“企业经营者因政府有关部门免去或变更其厂长(经理)职务向人民法院起诉,要求继续担任厂长(经理)的,属于人事任免争议,人民法院不予受理;企业经营者为请求兑现承包经营合同规定的收入而向人民法院起诉的,属于合同纠纷,人民法院应予受理。”(2)最高人民法院《关于当事人对行政机关作出的全民所有制工业企业分立的决定不服提起诉讼人民法院应作为何种行政案件受理问题的复函》(法函[1994]34号)规定:“当事人对行政机关强行作出的关于全民所有制工业企业分立的决定不服,依法向人民法院提起行政诉讼的,人民法院应作为‘侵犯法律规定的经营自主权的’行政案件受理。”前一个批复涉及到企业经营承包合同中的争议不属于行政诉讼客体,后一个批复涉及对全民所有制工业企业分立的行政决定,最高人民法院明确它是行政诉讼客体。

#### (四) 行政许可

行政许可是政府管制的重要工具之一。《行政许可法》第2条规定:“本法所称行政许可,是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为。”在行政法学理上,行政许可性质上分为作为“自由恢复”的行政许可和作为“权利赋予”的行政许可。前者如食品生产许可,后者如出租车经营许可。在行政许可类别上,依据《行政许可法》第12条的规定,可以分为一般许可、特许、认可、核准和登记。《行政诉讼法》第11条1款第4项规定:行政相对人“认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照,行政机关拒绝颁发或者不予答复的”,有权提起行政诉讼。围绕着作为行政诉讼客体的行政许可,至少有以下一些概念需要厘清:

1. 拒绝颁发。即针对行政相对人提出的许可申请,行政机关作出了“不予许可”的意思表示。《行政许可法》第38条第2款规定:“行政机关依法作出不予行政许可的书面决定的,应当说明理由,并告知申请人享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。”因此,拒绝颁发在法律上是一个作为性质的行政决定,即行政机关已经对行政相对人的许可申请作出了法律上的“处理”,并终结了行政许可程序。在实务中,如在彭程槐与蓝山县畜牧水产局颁发兽药经营许可证纠纷上诉案中,法院认为:

“公民从事个体经营兽药,应当遵守国家的政策法规。依照国家农业部《兽药管理条例实施细则》的规定,需换发新证的,应在原证期满前持原证重新申请。原告彭程槐的原证于1997年10月31日期满,被告蓝山县畜牧水产局于1997年7月9日将监牧发[1997]07号

〔22〕 浙江省丽水地区中级人民法院《行政判决书》([2000]丽中行终字第27号)。

文件送达给原告彭程槐,该文件通知其在原证期满前三个月内持原证重新申请,而原告彭程槐却在原证期满后的1997年12月才提出口头申请,且没有持原证申请,显然超过了办证的有效期,而且违反了持原证申请的规定。因此,被告蓝山县畜牧水产局不予办证的具体行政行为,认定事实清楚,适用法律正确,程序合法,应予支持。”<sup>[23]</sup>

本案中的“不予办证”即拒绝颁发,不是“不予答复”,它作为一个在法律上已经存在的行政许可决定,得到了法院的认可。

2. 不予答复。即针对行政相对人提出许可的申请,行政机关不作任何意思表示。在法效果上,不予答复是行政机关对行政相对人申请没有作出“处理”,致使他的“申请”一直处于不确定的法律状态中。如法律规定不予答复产生“视为准许”的法效果,那么行政相对人在法定期限之后即可从事所申请许可的活动。如《行政许可法》第50条第2款规定:“行政机关应当根据被许可人的申请,在该行政许可有效期届满前作出是否准予延续的决定;逾期未作决定的,视为准予延续。”此时,“准予延续”是一种法律拟制的行政决定。对于行政机关在行政许可有效期届满前不作出准予延续决定的,因此种“不予答复”对申请人合法权益不产生实际影响,所以它不属于行政诉讼客体。

3. 行政确认。即确认法律关系存在或者确认事实存在并使之产生法效果。前者如房屋登记,后者如户口登记。行政确认在形式上有时与行政许可十分近似,尤其是两者都以“颁证”作为行政决定作出的要件时,更需要从它们对申请人的权利影响作出区分:行政相对人从事了需要许可的事项,则构成违反行政法上义务的行为,但如果从事了需要确认的事项,则仅仅产生了他的权利不受法律保护或者权利行使受到限制的法效果。前者如从事危险品的运输,后者如房屋登记、工伤认定等。虽然《行政诉讼法》没有明确规定行政确认属于行政诉讼客体,但肯定性结论是可以从它的第11条第1款第8项中解释出来的。对此,实务中也基本没有异议。

4. 行政审批。严格意义上说,行政审批不是一个行政法上的概念。但是,在实务中使用行政审批的情形却并不少见,如薛彩华与睢宁县劳动和社会保障局退休行政审批申请再审案,<sup>[24]</sup>赵志明诉德阳市劳动和社会保障局行政审批争议纠纷案<sup>[25]</sup>和张德宝等与博爱县人民政府等镇政府宅基地行政审批纠纷上诉案,<sup>[26]</sup>等等。从内容看,行政审批有的是在社会保障中行政机关对给付申请是否同意的意思表示,有的是行政机关把它当作行政许可一样的概念来使用,但在实务中行政审批作为行政机关的一种行政行为是客观存在的。

如何理解行政审批与行政许可之间的关系,从《行政许可法》立法草案说明中或许我们可以得到一点启发。“行政许可(也就是通常所说的‘行政审批’),是行

[23] 湖南省永州市中级人民法院《行政判决书》([1998]永中行终字第29号)

[24] 江苏省徐州市中级人民法院《行政裁定书》([2010]徐行监字第0019号)。

[25] 四川省广汉市人民法院《行政判决书》([2009]广汉行初字第03号)。

[26] 河南省焦作市中级人民法院《行政裁定书》([2009]焦行终字第44号)。

政机关依法对社会、经济事务实行事前监督管理的一种重要手段,是不可缺少的,多年来实际上也起了重要的作用。”<sup>[27]</sup>这是时任国务院法制办主任杨景宇在《行政许可法》立法草案说明中的表述。在提交九届人大常委会第29次会议审查的《行政许可法(草案)》中,它的第2条对行政许可所下的定义是:“本法所称行政许可,是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为、认可其资格资质或者确立其特定主体资格、特定身份的行为。”但是,在正式通过的《行政许可法》第2条中删除了“认可其资格资质或者确立其特定主体资格、特定身份的行为”之内容。可见,当《行政许可法》立案草案说明中把“行政许可”等同于通常所说的“行政审批”时,《行政许可法》调整的内容其实还包括了行政确认等的行政行为。如“司法职业资格证”在《行政许可法》第2条之下,难说它是一种行政许可,毋宁说是对申请人通过司法考试这个事实予以确认,而“律师执业证书”才是名副其实的行政许可证。所以,如果我们舍不得抛弃“行政审批”,那么将行政审批定位于行政许可和行政确认的上位概念是恰当的,《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》(国务院第412号令)也可以佐证这一点。<sup>[28]</sup>

5. 与行政许可相关的几个概念。厘清如下几个与行政许可相关的概念,可以从多个方面理解行政许可的概念:(1)行政许可撤回。《行政许可法》第8条规定:“行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,行政机关应当依法给予补偿。”行政许可撤回是行政许可决定消灭的方式之一,它适用的对象是合法的行政许可,所以,行政机关在作出行政许可撤回决定时,负有给予行政相对人财产补偿的义务。(2)行政许可撤销。《行政许可法》第69条第1款规定:“下列情形之一的,作出行政许可决定的行政机关或者其上级行政机关,根据利害关系人的请求或者依据职权,可以撤销行政许可:(a)行政机关工作人员滥用职权、玩忽职守作出准予行政许可决定的;……”行政许可撤销也是行政许可决定消灭的方式之一,它适用对象是违法的行政许可。在特别情况下,行政许可撤销如有行政相对人的信赖利益存在的,行政机关应当给予赔偿。(3)行政许可注销。《行政许可法》第70条规定:“有下列情形之一的,行政机关应当依法办理有关行政许可的注销手续:……(4)行政许可依法被撤销、撤回,或者行政许可证件依法被吊销的;……”行政许可注销是一种程序性的行政行为,它的功能在于防止许可证的持有人利用已经被消灭的行政许可证损害第三人的利益或者危及公共利益。它以行政许可的撤销或者撤回为前提,不具有“处理性”。但是,在实务中,行政许可注

[27] 乔晓阳主编:《中华人民共和国行政许可法及释解》,中国致公出版社2003年版,第240页。

[28] 进一步阅读王克稳:“我国行政审批与行政许可关系的重新梳理与规范”,载《中国法学》2007年第4期。



销有时被混用于处罚性的“吊销”,如张振隆不服徐州市教育局注销社会办学许可证案。<sup>[29]</sup>

6. 规划行政许可的验收。对行政许可实施效果的验收行为属于何种性质的行政行为,在行政法学理上没有定论,在实务中被认为是行政许可。如在褚明等不服南京市规划局规划行政管理案中,法院认为:

“规划行政许可行为包括两个方面:一是发放规划建设工程许可证,二是建设单位在工程竣工后应当向原核发建设工程规划许可证副本的规划管理部门申报规划验收,规划验收是规划行政许可的重要组成部分。因此,规划验收行政行为是行政许可行为,属于人民法院行政案件受案范围。”<sup>[30]</sup>

对规划行政许可的验收,如果把它看作是行政机关对建筑物交付的准许,将其定性为行政许可决定也无妨。但是,“验收”在这里是否具有这样的法律意义,制定法上是没有规定的,毋宁把它当作是对行政许可的一种监督活动更为妥当。

#### (五)不履行法定职责

职责,即与职权相随的责任,法定职责是制定法要求行政机关应当履行的职责。依照行政机关履行法定职责是否需要行政相对人申请,行政法学上通常分为依职权的法定职责和依申请的法定职责。《行政诉讼法》第11条第1款第5项规定:行政相对人“申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责,行政机关拒绝履行或者不予答复的,”有权提起行政诉讼。这里的“拒绝履行”、“不予答复”与行政许可行为中的相同概念应作相同解释,不再赘述。在《行政诉讼法》中,作为行政诉讼客体的不履行法定职责行为,需要以行政相对人申请为前提。最高人民法院《行政诉讼证据规定》第4条第2款规定:“在起诉被告不作为的案件中,原告应当提供其在行政程序中曾经提出申请的证据材料。但有下列情形之一的除外:(1)被告应当依职权主动履行法定职责的……”从这一规定可以推出,行政机关不履行依职权应当主动履行法定职责行为,也属于行政诉讼客体。

1. 法定职责之“法”。除法律、法规、规章和规定外,行政合同、行政承诺、信赖利益等也都可以产生行政机关必须履行的法定职责,因此,这里的“法”与行政法的法源范围相当。如在王新民等243人诉浙江省临安市人民政府履行法定职责案中,法院认为:

“临安市人民政府在(2000)47号《关于天目山自然保护区新扩区保护与开发有关问题协调会议纪要》中关于‘对规划要求绝对保护的面积由市政府作适当补偿’的公开承诺合法有效,该承诺所确定的义务应视为其必须履行的法定职责。临安市人民政府关于法律没有明确规定其有对新扩区村民经济损失进行补偿的职责,王新民等诉其履行法定职责无法律依据的意见不能成立,本院不予支持。王新民等243人起诉要求临安市人民政府履行上述

[29] 江苏省徐州市中级人民法院《行政判决书》([2001]徐行初字第11号)。

[30] 江苏省南京市鼓楼区人民法院《行政判决书》([2007]楼行初字第92号)。

法定职责的理由成立,本院予以支持。”<sup>[31]</sup>

本案中,法院认为被告作出的行政承诺所确定的义务,构成了其必须履行的法定职责。<sup>[32]</sup>在这里,法院对“法”作出的一种扩展性解释,认可了行政法上的不成文法源。

2. 行政不作为。在《若干解释》中,最高人民法院同时使用了“不作为”和“不履行法定职责”两个概念,由此可以推定,在最高人民法院的观念中,这两个概念是有区别的:行政不作为包括了不履行法定职责;在法定职责之外,如前所述,行政合同、行政承诺、信赖利益等也可以产生行政机关应当履行的职责。由此,我们可以梳理清楚行政不作为与不履行法定职责的区别。不过,在实务中,这种区别有时并不引人注意。如在彭水县鹿角综合商店解体清算小组诉彭水苗族土家族自治县鹿角镇人民政府等行政不作为并支付移民补偿款纠纷案中,法院认为:

“被告鹿角镇政府负有向辖区移民安置户支付移民拆迁补偿款的法定义务职责。原告清算小组于2010年6月前向被告申请支付尾数欠移民补偿款281109.14元,被告仅支付原告移民补偿款238289.30元,扣押42819.84元不支付给原告,构成行政不作为。”<sup>[33]</sup>

本案中,法院将被告不履行“支付移民拆迁补偿款的法定义务职责”直接认定为“构成行政不作为”,虽然在理解上可能会造成暂时性障碍,但在概念的逻辑上并没有错误,所以,这种概念的区分实益并不明显。

3. 拖延履行法定职责。《行政诉讼法》第54条第3项规定:“被告不履行或者拖延履行法定职责的,判决其在一定期限内履行。”它是《行政诉讼法》第11条第1款第4-5项中“不予答复”的一个变种。拖延履行法定职责在客观上表现为没有明示回绝行政相对人的申请,但也没有对该申请作出肯定或者否定的意思表示,致使其申请在法律上一直处于不确定的状态之中。如在重庆利海物业有限公司诉重庆市土地房屋管理局不履行法定职责上诉案中,法院认为:

“(利海公司)多次向市土地房屋管理局请求纠正发证行为,1998年6月23日,市土地房屋管理局不仅收到利海公司向其提交的《关于请求撤销渝国用(1997)字第045号国土证的报告》,而且亦收到国家土地管理局(1998)国土函字第7号函。市土地房屋管理局作为土地管理的法定机关,对国家土地管理局(1998)国土函字第7号函提出的问题及建议有义务重新研究处理,对土地管理相对人利海公司的申请,亦应当在合理期间给予明确答复,但市土地房屋管理局始终未对利海公司的申请作出明确答复,且没有法律所规定或认可的理由,已构成拖延履行法定职责。”<sup>[34]</sup>

[31] 浙江省高级人民法院《行政判决书》([2003]浙行再字第3号)。

[32] 对于行政机关作出的承诺,法院通常采用“制定法不禁止”审查规则,即承诺内容不违反制定法禁止性规定的,即具有合法性。另可参见谷西村委会诉洛阳市人民政府土地行政许可案,载《中国行政审判案例》(第4卷)第142号案例,中国法制出版社2013年版,第115页。

[33] 重庆市彭水苗族土家族自治县人民法院《行政判决书》([2010]彭法行初字第00085号)。

[34] 最高人民法院《行政判决书》([2000]行终字第2号)。

有时行政机关作出一些回应,但没有终结行政程序的法效果,如告诉申请人本机关正在“研究”他的申请,或者因时机不成熟请申请人耐心等待等情形,也属于拖延履行法定职责。

#### (六) 不依法发放抚恤金

从性质上,“不依法发放抚恤金”可以归入“不履行法定职责”之中,但《行政诉讼法》却将其单列为独立的一种行政诉讼客体,原因不外是显示国家重视对“抚恤金”的法律保护。《行政复议法》第6条在规定“抚恤金”的基础上,又把范围扩大到了“社会保险金或者最低生活保障费”。不依法发放抚恤金中的“不依法”,可以解释出“不发放”、“少发放”、“发放对象错误”等多种情形。如在李彦启诉邳州市陈楼镇人民政府不依法履行优待金给付义务案中,法院认为:

“优待金作为对现役义务兵家属的一种社会保障制度,不仅体现为荣誉权,而且体现为财产权。对涉及公民人身权和财产权的优待金发放行为不服的,可以提起行政诉讼。依据《兵役法》第五十四条关于‘义务兵服役期间,其家属由当地人民政府给予优待’的规定,陈楼镇人民政府作为当地优待金发放部门,具备本案被告主体资格。被告未依据《江苏省拥军优属工作若干规定》第十六条关于‘农村义务兵家属优待金标准,不低于上年度当地农村人均收入70%’的规定标准,支付原告优待金,应当补发差额。”<sup>[35]</sup>

在实务中,关于多领取的养老金是否可以折合为抚恤金争议,法院认为这是两个法律关系,行政机关不得以申请人多领取养老金为由不发放、少发放抚恤金。如在梅丽超不服武汉市汉阳社会保险管理处劳动和社会保障行政给付案中,法院认为:

“本案中,被上诉人梅丽超的妻子黄远辉被人民法院依法宣告死亡后,上诉人武汉市汉阳社会保险管理处根据遗属的申请,依照武汉市社会保险基金结算中心武劳社中[2008]9号文件《关于统一使用2007年度全市城镇单位在岗职工平均工资标准及相关问题操作办法的通知》,核定黄远辉抚恤金、丧葬费为24915.80元,被上诉人梅丽超对该核定数额表示认可。上诉人武汉市汉阳社会保险管理处在审查被上诉人梅丽超提出的申请条件后,应依法履行向梅丽超给付抚恤金、丧葬费的职责。上诉人武汉市汉阳社会保险管理处认为按照国家有关文件规定,被上诉人梅丽超应退还多领取的黄远辉基本养老金属于另一法律关系,不能作为其拒绝履行给付抚恤金、丧葬费职责的理由,其上诉理由不能成立。”<sup>[36]</sup>

发放抚恤金需要行政相对人提出申请,行政相对人如没有证据证明其已经提出了申请,法院将不予支持其诉讼请求。如在杨某某诉许昌市某局等行政给付不作为纠纷案中,法院认为:

“根据本案有效证据所证明的事实,对原告申请事项有权进行处理的是被告许昌市某中心,而非被告许昌市某局。但原告所举证据不能证明其向被告许昌市某中心提出关于要

[35] 江苏省邳州市人民法院《行政判决书》([2005]邳行初字第80号)。

[36] 湖北省武汉市中级人民法院《行政判决书》([2009]武行终字第89号)。

求支付杨某某被宣告死亡前退休金余额、养老保险金个人账户余额、丧葬补助费和抚恤金申请并提供杨某某被依法宣告死亡法律文件的事实。故原告起诉二被告行政不作为理由不能成立,请求判决二被告履行向原告支付杨某某被宣告死亡前退休金余额、养老保险金个人账户余额、丧葬补助费和抚恤金的法定职责,本院依法不予支持。”<sup>[37]</sup>

### (七) 违法要求履行义务

行政相对人面向国家应当履行的法定义务可以分为作为义务、不作为和容忍,前者如纳税、责令改正违法行为,中者如驾车不准闯红灯,后者如容忍警车路过时发出的警笛声。准征收也是一种要求行政相对人容忍对其产生不利影响的行政决定。行政相对人面向国家应当履行的义务,其范围是由不同位阶的制定法事先加以确定的,如行政机关超过这个法定范围要求行政相对人履行义务的,则构成行政违法。在实务中,行政机关违法要求履行义务的情形主要是基层人民政府违法的“劳务摊派”、“收费”等。如在谢培新诉永和乡人民政府违法要求履行义务案中,法院认为:

“被告永和乡人民政府向原告谢培新提取的村提留费、乡统筹费和社会生产性服务费,超过谢培新全家应负担费用的一倍,违反了《国务院条例》和《四川省条例》规定的取之有度、总额控制、定项限额的原则,具有任意性和随意性。有的项目,如敬老院筹资,广播建网、安装费用等分别属公益金和统筹费的重复提取。生产性服务和公益性服务费用的收取,不是依自愿、互利、谁受益谁负担的规定依法行政,而是强行摊派。甚至分属林场的债务也摊派给原告负担。《国务院条例》和《四川省条例》均规定农民每年负担的义务工和劳动积累工以劳动力计算,被告则按原告全家人口承担,是不合法的。”<sup>[38]</sup>

相似的案件也发生在另一个基层人民政府中,如在裴家湾乡 12688 名农民不服子洲县裴家湾乡人民政府违法要求履行义务案中,法院认为:

“被上诉人在向全乡养羊户征收 20000 元农业特产税后,又在县政府下达的征收农业特产税和工商税时平摊征收的行政行为,违反了国务院《关于对农林特产收入征收农业税的若干规定》中关于农业特产税应由地方财政机关据实征收的规定,其越权重复征收的 20000 元农业特产税应予退还。被上诉人加收定购粮补差费 63063 元和农田水利建设补偿费 47400 元的行为,违反了国家收购原粮的定购粮政策,也违反了《陕西省征收农田水利建设补偿费实施办法》中关于农田水利建设补偿费由各级财政部门征收管理、专款专用、不得‘搭车’摊派其他费用的规定。”<sup>[39]</sup>

### (八) 其他行政决定

除了上述七种行政诉讼客体外,《行政诉讼法》第 11 条第 1 款第 8 项还规定,行政相对人“认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的”,可以提起行政诉讼。本

[37] 河南省许昌市魏都区人民法院《行政判决书》([2010]魏行初字第 22 号)。

[38] 《最高人民法院公报》1999 年第 1 期。

[39] 陕西省高级人民法院《行政判决书》([1999]陕行终字第 11 号)。

条款是有条件限定的兜底条款,即除了上述七种行政行为外,其他行政行为若侵犯行政相对人的人身权、财产权的,也属于行政诉讼客体。

1. 强制履行兵役义务。如《兵役法》第 61 条规定:“有服兵役义务的公民有下列行为之一的,由县级人民政府责令限期改正;逾期不改的,由县级人民政府强制其履行兵役义务,并可以处以罚款:(1)拒绝、逃避兵役登记和体格检查的;(2)应征公民拒绝、逃避征集的;(3)预备役人员拒绝、逃避参加军事训练和执行军事勤务的。”本条中,强制履行兵役义务是对“责令限期改正”的一种行政强制执行决定,涉及行政相对人的人身权。

2. 取缔。与“强制履行兵役义务”是强制行政相对人作为不同的是,取缔则是强制行政相对人不作为。如《无照经营查处取缔办法》第 14 条规定:“对于无照经营行为,由工商行政管理部门依法予以取缔,没收违法所得;……”关于取缔的性质,行政法理论上向来是有争议的,一说认为它是行政强制措施。如国家卫生部在一个批复中认为:“卫生行政部门对未经批准开办医疗机构行医或者非医师行医的违法行为进行取缔,是一种行政强制措施,不是行政处罚,不适用行政处罚法第 42 条关于听证程序的规定。”<sup>[40]</sup>另一说是行政强制(执行)决定。如在再胜源公司诉上海市卫生局行政强制决定案的裁判摘要中,法院认为:

“根据献血法第八条和第十八条的规定,血站是国家法定的采集、提供临床用血机构,除卫生行政部门依法定职权批准的血站外,任何单位和机构从事采集、提供临床用血的都构成违法,卫生行政部门有权依法予以取缔。”<sup>[41]</sup>

对于本案所涉的取缔,法院确定其为“行政强制决定”,且作为最高人民法院公报案例,本案的裁判摘要对下级人民法院是有参考意义的。

3. 出具介绍信和国有土地使用权拍卖。如最高人民法院在一个批复中认为:“教育行政主管部门出具介绍信的行为对行政相对人的权利义务产生实际影响的,属于可诉的具体行政行为。”<sup>[42]</sup>在另一个批复中,最高人民法院认为:“土地管理部门出让国有土地使用权之前的拍卖行为以及与之相关的拍卖公告等行为,当事人不服提起行政诉讼的,法院应当依法受理。”<sup>[43]</sup>

4. 行政登记。在实务中,这类行政行为是否属于行政诉讼客体,是要受到“人身权、财产权”的限制的,即它们必须涉及行政相对人的人身权、财产权时,才属于行政诉讼客体。如在董敬波诉宁波市海曙区民政局民政行政登记案中,本案原告

[40] 国家卫生部《关于医疗机构管理条例执行中有关问题的批复》(卫法监发[1998]第 15 号)。

[41] 《最高人民法院公报》2005 年第 1 期。

[42] 最高人民法院《关于教育行政主管部门出具介绍信的行为是否属于可诉具体行政行为请示的答复》([2003]行他字第 17 号)。

[43] 最高人民法院《关于土地管理部门出让国有土地使用权之前的拍卖行为以及与之相关的拍卖公告等行为性质的答复》([2009]行他字第 55 号)。湖南泰和集团股份有限公司诉湖南省岳阳市人民政府、岳阳市国土资源局国有建设用地使用权拍卖出让公告案,载《中国行政审判案例》(第 2 卷)第 45 号案例,中国法制出版社 2011 年版,第 27 页以下。

董敬波因不服民政局门牌号码登记而提起的行政诉讼,法院认为:

“本案中上诉人所认为的行政登记行为侵害的‘权益’,既非属于《中华人民共和国行政诉讼法》及其他法律、法规规定的权利范围,同时结合我国行政诉讼法律规则的立法目的、原则及社会发展程度等因素,尚无法推导其可归于法律应予保护但未及时纳入的权益范围,故被诉行政登记行为,不属于人民法院行政诉讼的受案范围。”<sup>[44]</sup>

人身权、财产权与受教育权、政治权利和自由等之间属于何种关系?依照宪法上的分类,它们之间是一种平行关系,所以,人身权、财产权之外的权利被排除在行政诉讼法保护的范畴之外也是符合逻辑的。但是,最高人民法院的态度现在已经在发生变化:“不仅要保护公民、法人和其他组织的人身权和财产权,也要顺应权利保障的需要,依法保护法律、法规规定可以提起诉讼的与人身权、财产权密切相关的其他经济、社会权利。”<sup>[45]</sup>

#### (九) 法律、法规的特别规定

除前述之外,《行政诉讼法》第11条第2款还规定了法院应当受理行政相对人根据法律、法规规定提起诉讼的行政案件。本款规定的行政决定不受“人身权”、“财产权”的限制,凡在法律、法规有明确规定的,不论行政决定涉及何种性质的权利,行政相对人都可以提起行政诉讼。

1. 妇女权益保障。如《妇女权益保障法》第52条规定:“妇女的合法权益受到侵害的,有权要求有关部门依法处理,或者依法向仲裁机构申请仲裁,或者向人民法院起诉。”这里的“起诉”,与下列《未成年人保护法》、《老年人权益保障法》规定一样,应当包括提起行政诉讼。最高人民法院行政庭在一个答复中认为:“根据《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第61条和《中华人民共和国妇女权益保障法》第30条规定,以及《陕西省实施〈中华人民共和国妇女权益保障法〉办法》第35条的规定,乡(镇)人民政府负有保障公民的人身权利、民主权利和其他权利及妇女合法权益的职责,杨红艳、宋竟媛、宁多莲等认为其合法权益受到侵犯,请求镇政府予以处理,符合上述规定的精神。”<sup>[46]</sup>如在陈志华等与佛山市禅城区祖庙街道办事处行政处理纠纷上诉案中,法院认为:

“《妇女权益保障法》第六条规定:‘……县级以上人民政府负责妇女儿童工作的机构,负责组织、协调、指导、督促有关部门做好妇女权益的保障工作。县级以上人民政府有关部门在各自的职责范围内做好妇女权益的保障工作。’……本案上诉人所提的相关申请涉及公民的基本权利,而对于公民基本权利的保护是人民政府的职责内容之一。故对于简村经济股份联合社有关处理决定是否侵害了上诉人基本权利,祖庙街道办事处应当予以审查和监督。祖庙办事处在未对简村股份经济联合社是否存在上诉人所称侵害其合法权益

[44] 浙江省宁波市中级人民法院《行政判决书》([2008]甬行终字第36号)。

[45] 最高人民法院《关于依法保护行政诉讼当事人诉权的意见》(法发[2009]54号)。

[46] 最高人民法院行政庭《关于杨红艳、宋竟媛及宁多莲诉宝鸡市渭滨区神镇人民政府有关村民待遇案适用法律的请示的答复》([2001]行他字第6号)。

的行为进行审查和履行职责的情况下所作的答复不当,应予撤销。”〔47〕

2. 未成年人权益保护。如《未成年人保护法》第46条规定:“未成年人的合法权益受到侵害的,被侵害人或者监护人有权要求主管部门处理,或者依法向人民法院提起诉讼。”比如,教育行政部门对适龄儿童入学争议作出的处理决定,最高人民法院在一个答复中认为:“根据《教育法》第四十二条第(四)项和《未成年人保护法》第四十六条的规定,当事人不服教育行政部门对适龄儿童入学争议作出的行政处理决定,属于行政诉讼法第十一条第二款规定的受案范围,人民法院应当受理。”〔48〕

3. 老年人权益保障。如《老年人权益保障法》第43条规定:“老年人合法权益受到侵害的,被侵害人或者其代理人有权要求有关部门处理,或者依法向人民法院提起诉讼。”

上述三种情形中的行政相对人构成了三个特殊群体,有自身特殊的权益需要法律特别保护。如城郊结合部的已婚妇女户口与集体土地被征收之后能否获得补偿款之间的关系,未成年人有“就近入学权”以及老年人的“平等就业权”等。如行政机关的行政决定侵犯了这三个特殊群体中特定人的权益,该行政决定可以成为行政诉讼客体。

### 三、实务情形

在法定范围之外拓展行政诉讼客体,一直是行政诉讼实务中一个十分令人瞩目的法律现象。《行政诉讼法》的滞后性与无漏洞权利保护之间的紧张关系,在一些行政诉讼的个案中获得消解、释放。吊诡的是,对于法院这样的做法,在行政法学理上鲜有人指责其是“违法”审判,倒是经常引来阵阵喝彩。《行政诉讼法》的修订应该提上日程了。

#### (一)受教育权

在《行政诉讼法》之下,通常行政决定只有影响到了行政相对人的人身权、财产权时,才能成为行政诉讼客体。受教育权不是人身权、财产权,所以,涉及受教育权的行政决定一直被排除在行政诉讼客体之外。《行政复议法》将涉及受教育权的行政行为纳入行政复议的客体,但在逻辑上推不出它当然成为行政诉讼客体的结论。《教育法》第42条第4项规定,“受教育者对学校给予的处分不服,向有关部门提出申诉,对学校、教师侵犯其人身权、财产权等合法权益,提出申诉或依法提起诉讼。”本条款中的受教育者所受的“处分”,通常因如同行政机关公务员惩处中的“处分”一样,被解释为是“内部行为”,只能通过行政申诉程序获得行政救济;而“依法提起诉讼”则被解释为他与学校、教师之间属于平等主体之间的侵权而只能

〔47〕 广东省佛山市中级人民法院《行政判决书》([2007]佛中法行终字第139号)。

〔48〕 最高人民法院《关于当事人不服教育行政部门对适龄儿童入学争议作出的处理决定可否提起行政诉讼和答复》([1998]法行字第7号)。

提起民事诉讼。所以,本条款与行政诉讼之间一直没有关系,受教育者权利的行政救济并不充分。

1999年《最高人民法院公报》公布了著名的“田永案”。在田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案中,法院认为:

“我国目前情况下,某些事业单位、社会团体,虽然不具有行政机关的资格,但是法律赋予它行使一定的行政管理职权。这些单位、团体与管理相对人之间不存在平等的民事关系,而是特殊的行政管理关系。……为了维护管理相对人的合法权益,监督事业单位、社会团体依法行使国家赋予的行政管理职权,将其列为行政诉讼的被告,适用《行政诉讼法》来解决它们与管理相对人之间的行政争议,有利于化解社会矛盾,维护社会稳定。”〔49〕

此案件公布标志着法院从此开始要通过行政诉讼来保护行政相对人的受教育权,因此,在行政诉讼客体范围的扩展过程中,它是一个标志性的案例。在2005年的杨宝玺诉天津服装技校不履行法定职责案中,最高人民法院继续坚持它“田永案”中所表达出来的观点。法院认为:

“被告服装技校作为从事培养技术工人的中等职业教育学校,应根据《中华人民共和国教育法》第四十二条第一款(三)项的规定和1990年5月4日劳动部关于颁发《技工学校学生学籍管理规定》第三十条‘学生学完教学计划规定的全部课程,毕业考核和操行总评(毕业鉴定)成绩合格者,准予毕业,由学校发给毕业证书’的规定,向在学校接受教育且完成规定学业的学生颁发学业证书。现服装公司以原告杨宝玺的毕业证书已交上级主管单位为由,不向杨宝玺颁发毕业证的行为,缺乏法律依据,侵犯了杨宝玺依法应享有的受教育权,故应承担相应的法律责任。”〔50〕

在晚近的几年里,一些地方法院也开始受理除颁发毕业证、学位证书行政争议之外的其他涉及受教育权的行政案件,扩展了对学校行使教育行政职权的监督。如在王奋凯不服宿迁学院开除学籍处分案中,法院认为:

“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》第一条规定,公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服,依法提起诉讼的,属于人民法院行政诉讼的受案范围。《中华人民共和国教育法》第二十八条第(四)项规定,学校有权对受教育者进行学籍管理,实施奖励或者处分。本案中,宿迁学院属于国家法律授权的组织,对学校学生的管理是法律赋予其行使的一种行政管理职权,被管理者不服学院作出的具体处分决定提起诉讼,属于行政诉讼案件受案范围。”〔51〕

本案是涉及学校在学籍管理中的“开除学籍处分决定”,因开除学籍处分决定关系到学生能否继续接受教育的问题,影响到了受处分者学生身份的丧失问题,对

〔49〕 《最高人民法院公报》1999年第4期。

〔50〕 《最高人民法院公报》2005年第7期。例如,褚玥诉天津师范大学不履行授予学位证法定职责案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第5号案例,中国法制出版社2010年版,第22页以下。

〔51〕 江苏省宿迁市宿城区人民法院《行政判决书》([2007]宿城行初字第0001号)。



受处分者产生重大权益影响,法院将它划入了行政诉讼客体范围。又如,在林丹娟不服漳州师范学院开除学籍案中,法院认为:

“可诉具体行政行为的主体,既包括行政机关,也包括法律、法规授权的组织。学校是独立的事业法人单位,其行政职权是通过行使教育法规得以实现,属于法律、法规授权的组织。教育属于社会公共资源,受教育权是公民的一项基本权利,对学生开除学籍,必然对学生的受教育权直接产生影响。所以,开除学籍属于行政诉讼受案范围。”<sup>[52]</sup>

另外还有如边柳诉北京市教育委员会、中央美术学院教育行政处理决定案<sup>[53]</sup>、颜帅诉南昌大学教育行政管理案<sup>[54]</sup>和唐露诉沈阳师范大学教育行政处理案<sup>[55]</sup>等。上述所列的行政案件都把学校作出的涉及学生受教育权的开除学籍决定列入行政诉讼客体范围,扩大了行政诉讼对学生权利的司法保护的范畴。2011年在由最高人民法院再审的甘露诉暨南大学开除学籍决定案,标志着最高人民法院积极肯定将开除学籍决定纳入行政诉讼客体范围。在本案中,法院认为:

“特别是在对违纪学生作出开除学籍等直接影响受教育权的处分时,应当坚持处分与教育相结合原则,做到育人为本、罚当其责,并使违纪学生得到公平对待。违纪学生针对高等学校作出的开除学籍等严重影响其受教育权利的处分决定提起诉讼的,人民法院应当予以受理。”<sup>[56]</sup>

## (二)法效果外化的内部行政决定

内部行政决定是行政机关处理内部事务的行为,它在形式上表现为会议纪要、抄告单、批复、批示、复函等,主要涉及本机关内部事务和本机关上下级之间的事务。因它在行政机关内部关系中转呈,所以,它对外部行政相对人的权利义务不产生法律上的利害关系。

内部行政决定如果不出行政机关的“办公大楼”,也就不会对“办公大楼”之外的行政相对人权利和义务产生实际影响;即使行政相对人知道它的存在,也完全可以置之不理。但是,在实务中有的内部行政决定在一定条件下被“外化”,即产生了处理行政相对人权利和义务的法效果。这种外化了的内部行政决定,在一些个案中被法院纳入了行政诉讼客体范围。如在延安宏盛建筑工程有限责任公司诉陕西省延安市安全生产监督管理局生产责任事故批复案中,法院认为:

“被诉延安市监发[2008]16号《关于子长县‘10·21’建筑工地塔式起重机倒塌事故调查报告的批复》虽未由上诉人延安市安监局正式给宏盛公司送达,但作为事故调查成员单位之一的子长县监察局将批复作为谈话内容告知被上诉人宏盛公司,并送达了复印件,已将批复的内容外化,而该批复中将宏盛公司列为责任单位,并要求给予处罚,为被上诉人设

[52] 福建省漳州市芗城区人民法院《行政判决书》([2006]芗行初字第120号)。

[53] 北京市第一中级人民法院《行政判决书》([2008]一中行终字第220号)。

[54] 江西省南昌市中级人民法院《行政判决书》([2009]洪行终字第31号)。

[55] 沈阳市中级人民法院《行政判决书》([2008]沈行终字第1号)。

[56] 最高人民法院《行政判决书》([2011]行提字第12号)。

定了一定的义务,该批复与被上诉人有利害关系,且陕西省安全生产监督管理局复议决定亦告知宏盛公司可以提起行政诉讼,所以一审法院受理被上诉人宏盛公司的起诉正确,上诉人延安市安监局称该批复属内部批复,不对被上诉人宏盛公司产生法律效力,本案不属于人民法院受案范围的上诉理由不能成立。”<sup>[57]</sup>

本案中,“将批复作为谈话内容告知被上诉人宏盛公司”是一种职权行为,这种通过职权行为实现内部行政决定的外化,是内部行政决定成为行政诉讼客体的要件之一。又如,在李沛光诉东莞市城建规划局行政确认案中,法院认为:

“被上诉人东莞市城建规划局依职权作出的《关于李沛光私房的意见》,对上诉人李沛光所建的房屋进行了行政确认,该意见虽然是对其属下职能部门的答复,由于被案外人东城办事处作为认定上诉人房屋系违章建筑的依据,对上诉人李沛光的财产权产生了实际影响,一审法院对该具体行政行为依法进行司法审查是正确的。被上诉人认为其行为是对下级行政机关就工作事宜提出的咨询或请示作出的回复,属于不可诉的内部行政行为,理由不成立,不予支持。”<sup>[58]</sup>

本案中,“被案外人东城办事处作为认定上诉人房屋系违章建筑的依据”是案外人行使职权的行为,满足了内部行政决定外化的条件。如果仅仅是一种内部上级对下级请示的说明,没有对外部行政相对人的权利义务作出“处理”,即使该“说明”依职权被外化了,也不属于行政诉讼客体。如在李传镒诉青海省残疾人联合会、中国残疾人联合会不履行法定职责上诉案中,法院认为:

“被上诉人中国残疾人联合会组织联络部以组函字[2003]59号函所作的答复,既不是行使核发《残疾人证》行政职权的行为,亦不是上诉人李传镒上诉中所称的‘批准’行为,而仅是对核发《残疾人证》有关问题的内部说明,并未对上诉人李传镒设定权利义务,同样不属于具体行政行为。”<sup>[59]</sup>

### (三) 知情权

知情权是行政相对人对与行政权行使相关的信息有知道、了解的权利。知情权属于政治权利的范畴。在法原理上,行政相对人与该信息之间是否存在法律上的利害关系,并不影响他享有知情权;即使对与自己无特定关系的信息,他也可以作为国家权力主体的“公民”享有知情权。在《行政诉讼法》的法律框架之下,知情权并不属于它保护的范畴。但是,在个案中,有的地方人民法院已经成功地将其涉及知情权的行政决定纳入了行政诉讼客体范围。如陈开山诉贾汪区紫庄镇政府强制

[57] 《中国行政审判指导案例》(第1卷)第1号案例,中国法制出版社2010年版,第1页以下。相关的案例还可以参阅建明食品公司诉泗洪县政府检疫行政命令纠纷案,载《最高人民法院公报》2006年第1期;吉德仁等诉盐城市人民政府行政决定案,载《最高人民法院公报》2003年第4期;申钟诉河南省中牟县教育局委员会不履行义务上诉案,最高人民法院《行政判决书》([1997]行终字第14号)。

[58] 广东省高级人民法院《行政判决书》([2004]粤高法行终字第106号)。

[59] 最高人民法院《行政判决书》([2004]行终字第1号)。

节育手术行为违法附带行政赔偿案中,法院认为:

“被上诉人紫庄镇政府在设计生育管理过程中,在明知王海侠系陈开山之妻的情况下,迫使王海侠‘自愿’实施了结扎手术,并对王海侠采取限制人身自由的行为,不仅侵犯了王海侠的人身权和节育措施选择,也侵犯了陈开山的知情权,虽然公民生育权利中的知情权和节育选择权是在2002年9月1日才生效的《中华人民共和国人口与计划生育法》中予以明确,但当时镇政府在无法律明确授权的情况下实施该行为,应视为违反法律规定。”〔60〕

《政府信息公开条例》实施之后,是否意味着行政诉讼开始为行政相对人的知情权提供行政救济呢?从《政府信息公开条例》的立法目的看,这个结论似乎不可轻易获得。〔61〕从政府依职权公开的政府信息看,它的确具有满足公民知情权需要的功能,但是,在依申请公开政府信息中,因有“生产、生活和科研等特殊需要”的限定,就难以寻觅到知情权的踪影了。如果“生产、生产”可能仅仅涉及财产权,那么“科研”可能应该属于宪法上的“科研自由权”。所以,即使在《政府信息公开条例》实施之后,也难谓行政诉讼客体已经扩大到了涉及知情权的行政决定了。〔62〕

#### (四) 职称评审

职称评审是基于预设的标准、条件对申请人的专业水平、业务能力等所作出的一种资格认定。职称是申请人从事某种特定职业的前提条件,不属于人身权、财产权,但是它与人身权、财产权密切相关。因职称评审外观上有非行政化、内部化、专业技术化等因素,一直游离在行政诉讼客体外,所以,申请人不服职称评审除了向教育行政主管部门申诉、信访外,没有其他具有实效性权利救济的途径。但是,在实务中,也有地方人民法院开始尝试将职称评审纳入行政诉讼客体范围。如在吴聚中诉永定县教育局不予评审中学一级教师职称案中,法院认为:

“永定县教育局不是中学一级教师职务任职资格的法定评审推荐机构,没有承担中学一级教师职务任职资格评审推荐的法定义务。……虽然吴聚中举出其在行政程序中曾经向永定县教育局提出申请的证据,但由于永定县教育局不具备评审和推荐中学一级教师职务的法定义务,所以吴聚中起诉永定县教育局,不予评审推荐其中学一级教师职务没有合法理由,原告的诉讼请求依法不予支持。”〔63〕

本案中,虽然原告的诉讼请求没有获得法院支持,但是“不予评审推荐”是行政诉讼客体却在本案中得到了法院的肯定。

〔60〕 徐州市中级人民法院《行政判决书》([2004]徐行终字第63号)。

〔61〕 进一步阅读章剑生:“知情权及其保障——以《政府信息公开条例》为例”,载《中国法学》2008年第4期。

〔62〕 当然也学者认为,“《政府信息公开条例》虽然没有明确出现‘知情权’的字样,但以目的解释的方法对整部法规进行分析,其保障‘知情权’的作用也是难以否认的”。李广宇:《政府信息公开司法解释读本》,法律出版社2011年版,第7页。

〔63〕 福建省永定县人民法院《行政判决书》([2002]永行初字第5号)。

### (五) 选举权

选举权属于政治权利范畴,即使是基层群众性自治组织中的选举权,也并没有纳入行政诉讼救济范围。但是,在实务中,如在黄建华等与龙川县人民政府等村民委员会换届选举行政纠纷上诉案中,法院认为:

“上诉人黄建华、黄巧平、黄居运、黄志杰、黄志强、黄居悦以龙川县人民政府、龙川县附城镇人民政府于2000年1月18日主持选举水贝村委员会的行为违法,龙川县民政局对此不作出无效选举的认定为由提起行政诉讼。其性质是村民选举委员会成员的政治权利是否被受到侵犯,根据最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第一条第二款规定的人民法院行政诉讼的受案范围,本案被诉的行政行为未被排除于受案范围之外,原审法院予以受理是正确的。……龙川县人民政府、附城镇人民政府组织的选举水贝村民委员会的行政行为,没有侵犯黄建华等七上诉人的政治权利,与当时的法律法规不相违背,本院予以支持。”<sup>[64]</sup>

本案中,法院借最高人民法院《若干解释》第1条第2款之规定,推出“不作出无效选举的认定”是一种行政行为,属于行政诉讼客体。这一认定是反向解释方法运用的结果,但毋宁说法院引用最高人民法院《若干解释》是一种借口,目的是将此种“不作为”纳入行政诉讼客体范围之内。

## 第三节 非行政决定行为

### 一、引言

非行政决定的行为不具有如同行政决定那样的法效力(存续力、执行力、构成要件效力与确认效力),但它对行政相对人仍然具有“法效果”,因此,我们需要通过行政救济来解决它在行政相对人与行政机关之间引起的争议。非行政决定的行为在类别上有行政事实行为、行政合同、制定行政规范行为;等等,但随着现代行政任务的变迁,非行政决定的行为类别还会不断地产生。

行政事实行为是指行政机关实施的、在客观上影响或者改变与行政相对人有关的事实状态的一种行政行为。与行政决定最大的不同之处在于,它没有具有法约束力的“意思表示”要件。行政合同是一种新型的行政行为,是私法对现代行政法影响产生的结果之一。在现代行政法尤其是在给付行政中,用私法上的合同方式代替行政决定是现代行政的一种发展趋势,它可以作为行政诉讼客体接受法院的合法性审查。制定行政规范行为当然也具有“法效果”,但是,它没有在特定的行政机关与行政相对人之间直接引起权利和义务的变动。由于行政诉讼中尚未设

[64] 广东省高级人民法院《行政判决书》([2002]粤高法行终字第31号)。

置客观诉讼,在当下的《行政诉讼法》框架中,它还不能成为行政诉讼客体。当然,这个问题最妥当的处理方式是保留给未来的宪法诉讼。

## 二、法定类别

### (一)行政强制执行

《行政强制法》第2条第2款规定:“行政强制执行,是指行政机关或者行政机关申请人民法院,对不履行行政决定的公民、法人或者其他组织,依法强制履行义务的行为。”本条中“行政机关申请人民法院”的情形不属于这里所述的“行政强制执行”。行政强制执行基于对象不同,可以分为:<sup>[65]</sup>

1. 对财产的强制执行。如《重大动物疫情应急条例》第29条规定:“对疫点应当采取下列措施:(1)扑杀并销毁染疫动物和易感染的动物及其产品;(2)对病死的动物、动物排泄物、被污染饲料、垫料、污水进行无害化处理;(3)对被污染的物品、用具、动物圈舍、场地进行严格消毒。”对财产的强制执行,在法效果上是被执行人对财产所有权或者使用权的丧失。

2. 对人身的强制执行。如《治安管理处罚法》第103条规定:“对被决定给予行政拘留处罚的人,由作出决定的公安机关送达拘留所执行。”对人身的强制执行,在法效果上是被执行人的人身自由被暂时剥夺。

行政强制执行并不增加或者减少行政相对人的权利义务,它是通过强制手段实现行政相对人应当履行但没有履行的义务。如果被执行人认为行政强制执行违法的,可以针对行政强制执行行为提起行政诉讼。如在陈义斌与武汉市武昌区城市管理执法局城管行政强制执行及要求行政赔偿纠纷上诉案中,法院认为:

“被上诉人执法局根据《武汉市城市管理相对集中行政处罚权试行办法》的规定,具有依法强制拆除违法建筑的法定职责。第三人下属单位武船幼儿园未经有关部门审批,擅自搭建的房屋属违法建筑,依法应予拆除。上诉人承租并使用该房屋,所产生的争议属于另一法律关系。被上诉人依武船幼儿园的申请,帮助拆除违法建筑。其拆除违法建筑的行为没有侵犯上诉人的合法权益。”<sup>[66]</sup>

### (二)具有终止程序法效果的告知

告知是行政机关作出的一种程序性行为,如行政相对人认为告知违法,可以在对行政机关作出的最终实体性行政行为不服时,作为一种附带理由向法院提出,不得单独就“告知”提起行政诉讼。但是,有的告知却具有终止行政程序的法效果,这种具有终止程序的告知行为,属于行政诉讼客体。如最高人民法院《行政许可规定》第3条规定:“公民、法人或者其他组织仅就行政许可过程中的告知补正申

[65] 根据方式不同,行政强制执行可以分为:(1)加处罚款或者滞纳金;(2)划拨存款、汇款;(3)拍卖或者依法处理查封、扣押的场所、设施或者财物;(4)排除妨碍、恢复原状;(5)代履行等。参见《行政强制法》第12条。

[66] 湖北省武汉市中级人民法院《行政判决书》([2006]武行终字第142号)。

请材料、听证等通知行为提起行政诉讼的,人民法院不予受理,但导致许可程序对上述主体事实上终止的除外。”有的程序性告知行为,虽然也具有终止行政程序的法效果,但它的内容是提示行政相对人依法应当通过其他法律途径解决争议或者提出请求,则不属于行政诉讼客体。如最高人民法院《政府信息公开规定》第2条第4项规定:“行政程序中的当事人、利害关系人以政府信息公开名义申请查阅案卷材料,行政机关告知其应当按照相关法律、法规的规定办理的。”行政相对人对此告知行为提起行政诉讼的,法院不予受理。

### (三) 提供信息

行政机关依职权或者依申请向公众或者特定申请人提供政府信息的行为,应当依法作出,不得损害第三人的合法权益。如《政府信息公开条例》第14条第4款第1句规定:“行政机关不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息。”又第23条第1句规定:“行政机关认为申请公开的政府信息涉及商业秘密、个人隐私,公开后可能损害第三方合法权益的,应当书面征求第三方的意见;第三方不同意公开的,不得公开。”如行政相对人认为行政机关公开的政府信息损害他的商业秘密、个人隐私的,有权针对行政机关“提供信息”的行为提起行政诉讼。

### (四) 与职权相关的行为

行政机关与职权相关的行为具有“职权性”,它是为了实现行政管理目的而实施的一种行政行为。如警察在执行公务过程中殴打行政相对人的行为,在性质上不属于职权行为本身,但它与职权相关,他利用“职权”借以实现行政管理的目的;即使该警察出于假公济私、公报私仇的个人目的也不改变它的“职权性”。最高人民法院《行政赔偿规定》第1条规定:“《中华人民共和国国家赔偿法》第三条、第四条规定的其他违法行为,包括具体行政行为和与行政机关及其工作人员行使行政职权有关的,给公民、法人或者其他组织造成损害的,违反行政职责的行为。”这是行政机关与职权相关的行为纳入行政诉讼客体的法律依据。

在实务中,与职权相关的行为多种多样,难以在书面上穷尽之。如在余宏斌诉湘阴县公安局交通警察大队违法扣押车辆及行政赔偿案中。法院认为:

“第三人的亲属和当地群众围住事故车辆,并不意味着其对车辆已经进行了有效控制。县交警大队的工作人员虽然采取了一些措施阻止第三人的亲属,但最终做出让步,在第三人的亲属作出书面保证后,同意将事故车辆交由其保管,导致事故车辆被违法扣留至今。第三人的亲属是经被上诉人工作人员同意并从其手中接管车辆钥匙并最终控制车辆的,被上诉人县交警大队虽然没有开出暂扣凭证,产生的后果也并非出于被上诉人的本意,但其实施的上述行为对上诉人权利产生了实际影响,符合行政事实行为的特征。”〔67〕

本案中,交警把车辆钥匙交给第三人的行为可以定性为与职权相关的行为,它产生了余宏斌的车辆被第三人控制的法效果,损害了余宏斌的合法权益,故该行为

〔67〕 湖南省高级人民法院《行政判决书》(〔2005〕湘高法行终字第9号)。

属于行政诉讼客体范围。

### 三、实务情形

如同行政决定一样,因《行政诉讼法》等法律、法规的滞后性,在实务中,除了法定类别外,如下情形中的非行政决定的行为也属于行政诉讼客体范围:

#### (一) 行政合同

行政合同是指行政机关以实施行政管理为目的,与行政相对人就有关事项经协商一致而达成的合意。《合同法》未给“行政合同”一个合法的生存空间,但是,在地方政府规章中有关行政合同的规定却是十分明确的。<sup>[68]</sup> 在《行政诉讼法》实施之初,最高人民法院并不认可“行政合同”。如在全民所有制工业企业承包经营合同发生的争议,被认定属于民事合同纠纷。<sup>[69]</sup> 但是,到了1997年,最高人民法院在审理的大连市华运产业房地产开发公司诉大连市房地产开发管理领导小组办公室废止中标通知案中,首次引入了行政合同原理。<sup>[70]</sup> 2002年最高人民法院在武汉兴松房地产开发有限公司诉湖北省武汉市国土资源管理局收回国有土地使用权上诉案中,最高人民法院再次运用行政合同原理。最高人民法院认为:

“武汉市土地局与兴松公司签订的《批租合同》合法有效,合同双方应当依照合同约定履行合同义务。……武汉市土地局可以根据兴松公司违反合同情节的程度作出相应的处罚。收回土地使用权的处罚实际上是解除合同的行为,属于最严厉的制裁措施,应当是在一方严重违约,致使合同目的不能实现时,另一方采取的制裁措施。……鉴于武汉市土地局武土行决字[1997]第002号行政处罚决定已经实际执行,为维护社会公共利益,一审判决确认该决定违法,并无不当。”<sup>[71]</sup>

在地方各级人民法院中,受理涉及行政合同的行政案件也并不少见。如在福州三福钢架制品有限公司诉长乐市国土资源局解除土地使用合同案中,法院认为:

“本案被诉的长地(2001)43号‘解除合同通知书’,是被告在履行其与原告签订的‘外商投资企业土地使用合同’过程中作出的解除合同及依合同约定不退还原告已缴费用的行为,是被告为行使行政职能,对外商投资企业用地实施行政管理的具体行政行为。”<sup>[72]</sup>

有关行政合同的行政案件还有,如郑义财等243户村民诉汕尾市国土资源局

[68] 如《汕头市行政程序规定》第100条规定:“本规定所称行政合同,是指行政机关为了实现行政管理目的,与公民、法人或者其他组织之间,经双方意思表示一致所达成的协议。”

[69] 最高人民法院《关于企业经营者依企业承包经营合同要求其合法权益的起诉保护人民法院应否受理的批复》(法[经]复[1991]4号)。

[70] 最高人民法院《行政判决书》([1997]行终字第2号)。

[71] 最高人民法院《行政判决书》[2002]行终字第7号)。另,海南南庄装饰工程有限公司诉海口市人民政府违法批转土地、不履行土地经营权交付义务以及请示行政赔偿上诉案,最高人民法院行政裁定书([2002]行终字第8号)。

[72] 福建省长乐市人民法院行政判决书([2001]长行初字第00010号)。

土地行政合同纠纷案<sup>[73]</sup>、曾朝华与成都市国土资源局成华分局征地补偿安置行政合同纠纷上诉案<sup>[74]</sup>和常胜强与延津县人民政府等行政合同纠纷上诉案<sup>[75]</sup>等。其实,在最高人民法院肯定行政合同之前,有的地方人民法院已经开始受理涉及行政合同的行政案件。如在张素兰诉漳平市教育局不履行教育行政合同案中,法院认为:

“漳平市教育局依据1997年省、市下达给漳平市委培生的指标,具备和张素兰签订委培合同的主体资格。从双方当事人签订的合同的条款看,按当时的实际情况也符合有关规定,并未超越职权,且双方意思表示一致,应为合法有效的行政合同。……漳平市教育局在无明确政策法律规定的情况下,仅凭不具有法律约束力的漳平市政府(2001)23号‘市教育工作专题会议纪要’及‘2000年届师范委培(捐资)毕业生录用测试工作方案’,单方变更合同约定的分配方式显然是违反法律的规定,漳平市教育局单方变更合同约定的行为应属无效。……故张素兰要求漳平市教育局履行委培合同的请求成立。”<sup>[76]</sup>

但是,也有地方人民法院认为“行政合同”不属于行政诉讼客体,因此,裁定驳回起诉人针对行政合同提起的行政诉讼。如在郑州亨哈置业有限公司诉郑州市国土资源局、郑州市人民政府行政合同案中,法院认为:

“根据法释[2005]5号《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》,原告请求事项不属于行政审判权限范围,故原告的起诉依法应予驳回。依照最高人民法院《关于执行若干问题的解释》第四十四条第(一)项的规定,裁定如下:驳回原告郑州亨哈置业有限公司的起诉。”<sup>[77]</sup>

在实务中,除了涉及土地的行政合同外,还有涉及人事聘用的行政合同等。对于人事聘用的行政合同是否属于行政诉讼客体,最高人民法院在一个请示答复中说:“人事争议仲裁是人事行政主管部门对当事人的人事争议进行的行政裁决,该裁决直接涉及当事人的人身权、财产权,根据《行政诉讼法》第11条、第12条和最高人民法院《关于人民法院审理事业单位人事争议案件若干问题的规定》的规定,当事人认为人事争议仲裁委员会作出的人事争议仲裁侵犯其人身权、财产权的,可以依法提起行政诉讼,但国家行政机关与其工作人员之间发生的人事争议和事业单位与其工作人员之间因辞职、辞退及履行聘用合同所发生的争议除外。”<sup>[78]</sup>根据最高人民法院这一答复,人事聘用合同不属于行政诉讼客体。

[73] 《中国行政审判指导案例》(第3卷)第102号案例,中国法制出版社2013年版,第105页以下。

[74] 四川省成都市中级人民法院《行政裁定书》([2009]成行终字第172号)。

[75] 河南省高级人民法院《行政判决书》([2008]豫法行终字第00109号)。

[76] 福建省漳平市人民法院《行政判决书》([2002]漳行初字第7号)。又如,郑细(世)清诉仙游县教育局不履行教育行政委托培养合同案,福建省莆田市中级人民法院《行政判决书》([2001]莆中行终字第58号)。

[77] 河南省郑州市中级人民法院行政裁定书([2010]郑行初字第265号)。

[78] 最高人民法院《对人事争议仲裁委员会的仲裁行为是否可诉问题的答复》([2003]5号)。



## (二) 行政允诺

行政允诺是现代行政法上的一种新类型行政行为,它由行政机关先发出“要约”,提示行政相对人如果完成“要约”中的事务,就可以获得预先规定的“利益”,如奖励、兑现优惠政策等。行政允诺不具有强制性,由行政相对人自愿“呼应”,行政机关如能适当地采用行政允诺,可以达到降低行政成本并融洽与行政相对人的关系之目的,进而可以形成一种新型的“行政伙伴”关系。

在没有法律、法规和规章规定的前提下,行政机关向行政相对人作出行政允(承)诺具有约束力,如行政机关不履行行政允诺而引起行政纠纷,行政相对人可以提起行政诉讼。如辽宁省本溪市民族贸易公司清算小组与荣成市人民政府经济行政允诺纠纷上诉案中,法院认为:

“在现代行政背景下,公共行政的领域急剧扩大,行政机关作出的具体行政行为不断增加,要求所有的管理均具有行为法上的依据并不现实,在服务于公共利益的前提下,政府有权在缺少法律依据的情况下从事积极的管理活动。而宪法与政府组织法已经对政府承担的职责作了概括性规定,对缺少行为法依据,但具有组织法依据的行政允诺行为,不能以缺少行为法上的明确授权而否定其效力。因此,第二被上诉人认为未被法律所确立的具体行政行为不应作为立案依据的理由不符合形势发展的客观要求和行政诉讼法的立法精神。所以,原审法院以经济行政允诺案立案审理并无不当。”〔79〕

本案中,法院为受理行政允诺所给出的判决理由十分精彩,强化了裁判结论的可接受性。又如,在陈增月诉东台市富安镇人民政府履行行政允诺义务纠纷案中,法院认为:

“被告作出富发〔2002〕04号文件是一种行政允诺行为,当事人为履行行政允诺发生争议,属于人民法院行政案件的受案范围。……原告已按富发〔2002〕04号文件规定进行了招商引资,被告应当按富发〔2002〕04号文件规定履行向原告兑现招商引资奖的义务。”〔80〕

## 第四节 排除范围

### 一、引言

《行政诉讼法》第12条明确列出四种行为不属于行政诉讼客体,最高人民法院以多年的行政诉讼经验,在《若干解释》第2条中又明确列出五种不属于行政诉讼客体的行为。上述两个法律条文是行政诉讼客体排除范围的基本规定,它们与

〔79〕 山东省高级人民法院《行政判决书》(〔2000〕鲁行终字第1号)。

〔80〕 江苏省东台市人民法院《行政判决书》(〔2006〕东行初字第00047号);张炽脉、裘爱玲诉浙江省绍兴市人民政府不履行招商引资奖励行政职责案,载《中国行政审判指导案例》(第2卷)第56号案例,中国法制出版社2011年版,第97页以下。

《行政诉讼法》第 11 条构成了一种行政诉讼客体的反向排除。

因《行政诉讼法》采用列举方式确定行政诉讼客体的肯定范围和排除范围,所以,它们之间必定存在某些似是而非的灰色地带。在这个灰色地带中,有的行为被法院解释为属于行政诉讼客体,有的行为则被排除。总的趋势是,法院尽可能地缩小行政诉讼客体的排除范围,并尽可能清晰行政诉讼客体的排除范围边界。

## 二、法定类别

### (一) 国防、外交等国家行为

国家行为国家机关是基于政治考虑而作出的行为,具有主权性质。<sup>[81]</sup> 最高人民法院《若干解释》第 2 条规定:“国家行为,是指国务院、中央军事委员会、国防部、外交部等根据宪法和法律的授权,以国家的名义实施的有关国防和外交事务的行为,以及经宪法和法律授权的国家机关宣布紧急状态、实施戒严和总动员等行为。”由国务院、国防部、外交部作出的国家行为,在宪法、法律上是由国务院向全国人大负责,不受法院审查。将“国防、外交等国家行为”排除在行政诉讼客体范围之外,其主要理由是它的“高度政治性”,涉及国家统治的根本性问题。法院的审判权不宜审查政治问题,更不能用审判权来判断政治问题的是非。

当然,与国防、外交有关的行为也有不属于国家行为的,如征兵行为、出入境管理行为等,它们都属于行政诉讼客体。如在马洪兴不服南通市公安局出入境管理行政处罚案中,法院认为:

“上诉人马洪兴虽持有多米尼加国护照,但从未在该国定居,同时马洪兴也不能提供申请退出中国国籍获得批准的事实。据此,马洪兴仍是中国公民;马洪兴所持多米尼加国护照是通过在香港的亲属代为购买的,购买护照的目的,不是为了前往护照国定居,而是以外国人身份出入我国境,并在境内从事商务活动。对这种护照,我国一律不予承认;公安部、外交部规定对持有非法护照的人没有违法活动的,可将其护照做上不承认标记后退还本人,使用该护照在国内进行其他犯罪活动的,查处的同时没收护照。公安机关经过认真缜密的调查未发现马洪兴在国内进行其他犯罪活动,遂在其所持护照上做不承认标记后退还本人。公安机关实施这一出入境管理工作程序合法、工作仔细,处置恰当,符合《国籍法》和其他关于护照管理的要求。”<sup>[82]</sup>

### (二) 制定行政规范行为

在行政法理论上,制定行政规范行为也称之为“抽象行政行为”,是与《行政诉讼法》上“具体行政行为”相对应的概念。《行政诉讼法》第 12 条规定的“行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令”,不属于行政诉讼客体。何谓“具有普遍约束力的决定、命令”,最高人民法院《若干解释》第 3 条

[81] 进一步阅读胡锦涛、刘飞宇:“论国家行为的判断标准及范围”,载《中国人民大学学报》2000 年第 1 期。

[82] 江苏省南通市中级人民法院《行政判决书》([1999] 通行终字第 30 号)。

为“具有普遍约束力的决定、命令,是指行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件”。

制定行政规范行为不属于行政诉讼客体,是一个没有争议的命题。实务中,在制定行政规范行为和行政决定的交界处有一个模糊的地带,经常成为某一行政行为是否属于行政诉讼客体争议的发生地。在行政法学理上,制定行政规范行为和行政决定之间最为根本的区别点在于,它们作出之时所指向的行政相对人是否确定,如已确定,则为行政决定,反之则为制定行政规范行为。但是,由于对“确定”理解上分歧,且个案中情形的差异性,在实务中仍然时有疑惑。如在张栓诉驻马店市人民政府行政补偿及履行答复职责案中,法院认为:

“关于被告提出政府发布通告属于抽象行政行为不可诉问题,本院认为该行为具有特定的指向,即高速公路两侧400米范围的石子生产场家,该通告与这些石子生产场家产生法律上的利害关系。”<sup>[83]</sup>

本案中,“通告”在形式上有行政规范的外观,但因为从内容上可以看出它的适用对象是确定的,即高速公路两侧400米范围的石子生产场家,所以,法院没有支持被告的观点。又如,在王明三诉重庆市司法局不予执业注册上诉案中,法院认为:

“重庆市司法局(1999)渝司只54号文件中关于‘对年满70岁的律师不再注册’的条款,是依据司法部《律师执业证管理办法》和司法部司复(1994)4号‘关于律师执业年龄问题的批复’制定的,重庆市司法局(1999)渝司办54号文件以及该文件中有关‘对年满70岁的律师不再注册’的规定,均是具有普遍约束力的规范性文件,属于抽象行政行为。上诉人关于重庆市司法局(1999)渝司办54号文件中有关‘对年满70岁的律师不再注册’的规定是具体行政行为的上诉理由不能成立。上诉人对抽象行政行为提起行政诉讼,不符合行政诉讼法的规定。”<sup>[84]</sup>

一种试图将行政法规、行政规章之外的行政规定纳入行政诉讼客体,以便与《行政复议法》规定的附带性审查行政规定制度相联结的修法建议,在行政法学理上已存在多时。其实,在许多行政案件中,法院经常在个案中审查行政规定的合法性,以确定被诉行政行为是否合法,只不过是法院在裁判文书不能直接宣告它违法或者撤销它而已。

### (三) 奖惩、任免等决定

“行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定”这类内部人事处理决定不属于行政诉讼的客体,《行政诉讼法》第12条已有明确规定。最高人民法院《若干解释》第4条规定:“对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定,是指行政机关作

[83] 河南省驻马店市驿城区人民法院《行政判决书》([2011]驿行初字第10号);易泽广诉湖南省株洲县人民政府送电线路建设工程征地拆迁补偿安置决定案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第44号案例,中国法制出版社2011年版,第22页以下。

[84] 最高人民法院《行政裁定书》([2000]行终字第1号)。

出的涉及该行政机关公务员权利义务的决定。”<sup>[85]</sup>这条司法解释将“行政机关工作人员”限缩解释为“公务员”，不包括行政机关中非公务员的工作人员，有扩大行政诉讼客体的功能，与《行政诉讼法》立法目的相一致。在实务中，最高人民法院认为监察机关对行政机关公务员作出的开除处分决定属于行政诉讼客体的排除范围，<sup>[86]</sup>但人事主管部门对企事业单位工作人员作出开除公职的处分决定，则不在此范围。<sup>[87]</sup>

需要指出的是，曾经流行于行政法理论与实务中的“内部行政行为”不可诉的命题，是不成立的。如前所述，内部行政行为“外化”属于行政诉讼客体，其他内部行政行为只要不属于《行政诉讼法》第12条规定的情形之一的，也可以成为行政诉讼客体。如《公务员录用考试违纪违规行为处理办法（试行）》第16条第2款规定：“录用工作人员对违纪违规行为处理决定不服的，公务员和参照公务员法管理工作人员可以按照有关规定申请复核或者申诉，其他工作人员可以根据有关法律的规定申请行政复议或者提起行政诉讼。”在实务中，如在林伟不服秀屿区教育局行政处分案中，法院认为：

“本案被告作为教育行政主管部门对其所管辖的学校依据《福建省中小学生学习队伍管理暂行规定》第三十一条‘给予（教师）开除的，按干部按管理权限报批的规定’。对原告因违纪行为作出行政开除处分的批复，即莆湄北教（2002）人20号文，是行使行政公共权力的外部行政管理行为，而且对行政相对人的权利、义务产生实际影响，应为可诉的具体行政行为。”<sup>[88]</sup>

#### （四）终局的行政裁决

《行政诉讼法》第12条第4项规定：“法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为”，不是行政诉讼的客体。在制定法上，行政机关的裁决的种类大致有：（1）行政复议中的裁决。如《行政复议法》第30条第2款规定：“根据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定，省、自治区、直辖市人民政府确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的行政复议决定为最终裁决。”此行政裁决为法律规定的最终裁决，不是行政诉讼客体。（2）法适用中的裁决。如《立法法》第86条第2款规定：“行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院裁决。”此行政裁绝不是“具体行政行为”，所以也不属于行政诉讼客体。（3）对民事争议的裁决。如《专利法》第54条规定：“取得

[85] 《公务员法》第2条规定：“本法所称公务员，是指依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员。”

[86] 最高人民法院《关于监察机关作出的开除处分是否属于人民法院行政诉讼受案范围的答复》（行他[2000]3号）。

[87] 最高人民法院行政审判庭《关于开除公职是否属于受案范围请示的答复》（[1997]行他字第28号）。

[88] 福建省莆田市秀屿区人民法院《行政判决书》（[2002]秀行初字第002号）。

实施强制许可的单位或者个人应当付给专利权人合理的使用费,其数额由双方协商;双方不能达成协议的,由国务院专利行政部门裁决。”此行政裁决因《专利法》没有将其规定为“最终裁决”,所以,它属于行政诉讼客体。

最高人民法院《若干解释》第5条规定:“‘法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为’中的‘法律’,是指全国人民代表大会及其常务委员会制定、通过的规范性文件。”这一限定具有扩大法院监督行政机关范围的功能,即由法规、规章规定行政机关的最终裁决,仍然属于行政诉讼客体。

#### (五) 依照刑事诉讼法明确授权的行为

最高人民法院《若干解释》第1条第2款第2项规定:“公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为”,不属于行政诉讼客体。但是,公安机关在刑事侦查活动结束后作出的没收行为是可诉的。<sup>[89]</sup> 因公安、国家安全机关具有行政、刑事双重主体身份,在实务中,有时公安机关利用职权介入公民、法人或者其他组织之间的民事纠纷,在行政相对人提起行政诉讼之后,公安机关经常以“刑事侦查”为名抗辩法院的司法审查,导致行政相对人的合法权益得不到有效保护。如在张晓华不服磐安县公安局限制人身自由、扣押财产行政案中,法院认为:

“张晓华与磐安县燃料公司的纠纷属经济合同纠纷,不属诈骗犯罪,事实清楚,证据确实、充分。公安部《关于公安机关不得非法越权干预经济纠纷案件处理的通知》第一条指出:‘工作中,要注意划清经济犯罪与经济纠纷的界限,决不能把经济纠纷当作诈骗等经济犯罪来处理。一时难以划清的,要慎重从事,经过请示报告,研究清楚后再依法恰当处理,切不可轻易采取限制人身自由的强制措施,以致造成被动和难以挽回的后果。’该通知第二条指出:‘对经济纠纷问题,应由有关企事业单位及其行政主管部门、仲裁机关和人民法院依法处理,公安机关不要去干预,更不允许以查处诈骗等经济犯罪为名,以收审、扣押人质等非法手段去插手经济纠纷问题。’磐安县公安局不顾公安部的通知精神,越权干预经济纠纷,以刑事侦查为名,限制原告张晓华的人身自由,扣押其财产,侵犯了张晓华人身权利和合法权益,属《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第(二)项第4目规定‘超越职权’的行为。张晓华的合法权益由于受到行政机关作出的具体行政行为的侵犯造成损害,依照行政诉讼法第六十七条第一款的规定,其提出赔偿请求,应予支持。”<sup>[90]</sup>

为了解决类似上述个案中的问题,最高人民法院采用“明确授权说”,即将公安、国家安全等机关未经《刑事诉讼法》明确授权的行为,全部划入行政诉讼客体范围。关于这个问题,其实早在1994年最高人民法院在湖北省黄梅县振华建材物资总公司诉湖北省黄石市公安局扣押财产及侵犯企业财产权上诉案中,最高人民法院就已经确立了这一规则:

“上诉人黄石市公安局以张卖席涉嫌诈骗被收容审查,需进行刑事侦查为名,扣押了被

[89] 杜明星诉湖北省松滋市公安局行政处罚案,载《中国行政审判案例》(第4卷)第121号案例,中国法制出版社2013年版,第1页以下。

[90] 《最高人民法院公报》1994年第4期。

上诉人黄梅振华公司所购钢材,其行为无论事实上或者法律上,均不属于刑事诉讼法所规定的侦查措施。上诉人在对张卖席收容审查的同时,以同一事实和理由扣押被上诉人财产,被上诉人对扣押财产不服依法提起行政诉讼,符合《中华人民共和国行政诉讼法》第十一条第一款第(二)项规定的受案范围。”<sup>[91]</sup>

《刑事诉讼法》明确授权的行为有侦查、拘留、执行逮捕、预审、拘传、取保候审、影视居住、通缉、搜查、扣押物证书证、冻结存款汇款、保外就医等,只有上述所列的行为,才可以免受司法审查。如顾国平与佛山市公安局禅城分局行政不作为及行政赔偿纠纷上诉案中,法院认为:

“上诉人因其业务往来单位佛山市佛斯弟格能达摩托车动力有限公司涉嫌经济犯罪,向被上诉人佛山市公安局禅城分局报案。该局当日受理了上诉人的报警,并展开调查取证工作,且对相关人士采取了留置措施,并于2005年3月31日以合同诈骗刑事立案。……被上诉人是否应立即刑事立案和送达刑事立案通知,以及刑事立案后的侦查行为,均属于《中华人民共和国刑事诉讼法》调整的范畴。依照最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第一条第二款第(二)项的规定,不属于人民法院行政诉讼的审查范围。”<sup>[92]</sup>

#### (六) 行政调解与仲裁行为

调解、仲裁不是行政决定。因实现行政任务的需要,现代行政法发展出许多尚未类型化的行政行为,行政调解和仲裁便是其中的两例。最高人民法院《若干问题的解释》明确规定,“调解行为以及法律规定的仲裁行为”不属于行政诉讼客体范围。

1. 行政调解。行政机关在尊重行政相对人意愿的前提下调解他们之间的民事争议,因调解所达成的协议在双方当事人之间没有约束力,所以它对双方当事人不具有执行力。如《治安管理处罚法》第9条规定:“对于因民间纠纷引起的打架斗殴或者损毁他人财物等违反治安管理行为,情节较轻的,公安机关可以调解处理。经公安机关调解,当事人达成协议的,不予处罚。经调解未达成协议或者达成协议后不履行的,公安机关应当依照本法的规定对违反治安管理行为人给予处罚,并告知当事人可以就民事争议依法向人民法院提起民事诉讼。”在实务中,行政调解是否属于行政诉讼客体是少有争议的。如在潘凤娟诉泸县青龙镇政府行政调解处理决定案中,法院认为:

“上诉人青龙镇政府在其处理决定中明确表示,如被上诉人或第三人不服其处理决定,可在指定期限内就原纠纷向人民法院提起诉讼,即如当事人不服就对其没有约束力,已说明上诉人青龙镇政府的处理决定是调解意见性质,依照最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第一条第二款第(三)项的规定,调解行为不属于人民法院的受案范围。”<sup>[93]</sup>

[91] 最高人民法院《行政判决书》([1994]行上字第2号)。

[92] 广东省佛山市中级人民法院《行政判决书》([2006]佛中法行终字第20号)。

[93] 四川省泸州市中级人民法院《行政判决书》([2003]泸行终字第56号)。

但是,最高人民法院研究室在一个对下级人民法院请示答复中认为:乡(镇)人民政府在调解民间纠纷时违背当事人的意愿,强行作出决定的,该决定属于行政诉讼客体。<sup>[94]</sup> 因为有“强行”,此时行政调解已经质变为一个“行政决定”了。

2. 仲裁行为。即由法律规定行政机关以中立者的身份对当事人之间的民事争议作出的法律判断。仲裁具有最终法效力,所以即使是《仲裁法》规定的仲裁也不具有可诉性。依照《立法法》规定,仲裁属于法律保留事项。<sup>[95]</sup> 如《农业承包法》第51条规定:“因土地承包经营发生纠纷的,双方当事人可以通过协商解决,也可以请求村民委员会、乡(镇)人民政府等调解解决。当事人不愿协商、调解或者协商、调解不成的,可以向农村土地承包仲裁机构申请仲裁,也可以直接向人民法院起诉。”根据本条的规定,当事人若选择了仲裁,则不能再向法院提起行政诉讼。需要明示的是,法规、规章规定的行政仲裁属于行政诉讼客体。最高人民法院行政庭在一个对下级人民法院请示答复中称:“人事争议仲裁是人事主管部门对当事人的人事争议进行的人事裁决,该裁决直接涉及到当事人的人身权、财产权,根据《中华人民共和国行政诉讼法》第11章第12条和《最高人民法院关于人民法院审理事业单位人事争议仲裁》侵犯其人身权、财产权的,可依法提起行政诉讼,……”<sup>[96]</sup>

#### (七) 行政指导行为

行政指导是行政机关基于国家法律、政策的规定而作出的,旨在引导特定的行政相对人自愿采取一定的作为或者不作为,以实现行政管理目的的一种行政行为。行政指导没有“处理性”,是否服从由行政相对人自愿选择,所以,它不属于行政诉讼客体。但是,在实务中一些行政机关所实施的行政指导,如果仅仅从形式上将它排除在行政诉讼客体之外,显然不利于保护行政相对人的合法权益。所以,最高人民法院《若干解释》在行政指导行为之前特别加上了“不具有强制力的”,以明其要旨。当然,我们也不可能解释出行政实务中还存在“具有强制力的行政指导行为”,因为,行政指导的本质特征是它没有强制力。名为行政指导但实有强制力的“行政指导行为”属于行政诉讼客体。如在点头隆胜石材厂不服福鼎市人民政府行政扶优扶强措施案中,法院认为:

“福鼎市的玄武岩石材企业,其生产用原料都由第三人福建玄武石材有限公司供应,而且供应数量有限。在此情况下,被告福鼎市人民政府以鼎政办[2001]14号文件,批准下发了《工业领导小组办公室关于2001年玄武岩石材加工企业扶优扶强的意见》。该文件虽未给原告点头隆胜石材厂确定权利与义务,但却通过强制干预福建玄武石材有限公司的销售办法,直接影响到点头隆胜石材厂的经营权利。福鼎市人民政府认为鼎政办[2001]14

[94] 最高人民法院研究室《关于当事人对乡(镇)人民政府就民间纠纷作出的调处决定不服起诉人民法院应以何种案件受理的复函》(法研[2001]26号)。

[95] 参见《立法法》第8条。

[96] 最高人民法院行政审判庭《关于对人事仲裁委员会的仲裁行为是否可诉问题的答复》([2003]行他字第5号)。

号文件是行政指导性文件,没有强制性,不是具体行政行为,不是行政诉讼可诉对象的理由,不能成立。”〔97〕

本案中,法院在审理过程中已经感受到了被告颁发的“文件”具有强制力,所以,认定被告关于该文件是“行政指导行为”的辩解不能成立。又如,在建明食品公司诉泗洪县政府检疫行政命令纠纷案中,法院认为:

“行政指导行为,是指行政机关在行政管理过程中作出的具有示范、倡导、咨询、建议等性质的行为。分析被上诉人泗洪县政府分管副县长作出的关于‘停止……检疫’电话指示,既不是行政示范和倡导,也不具有咨询、建议等作用,实质是带有强制性的行政命令。泗洪县政府关于该指示属于行政机关内部行政指导行为的答辨理由,不能成立。”〔98〕

虽然行政指导不具有强制力,但随着信赖利益保护原则在现代行政法上的确立,未来将行政指导纳入行政诉讼客体范围并非不可能。

#### (八) 重复处理行为

“驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为”不属于行政诉讼客体。行政机关作出行政决定之后,行政相对人可以在法定期限内依法申请行政复议或者提起行政诉讼。在法定期限过后,该行政决定即产生形式上的存续力,行政相对人若不服也不可再起争执。但是,中国是一个重实体正义的国家,如同古代告御状之类的申诉,无法在行政相对人的思维中抹去,且制定法上如信访、申诉这样的制度安排,构成了行政相对人对具有形式存续力的行政决定不断地提起不服申诉的正当理由。行政机关为了回应行政相对人的申请,也只好作出重复被申诉行政决定内容的所谓“重复处理决定”。如果允许对重复处理决定提起行政诉讼,那么行政决定的法效力制度将被虚置,并损及法的安定性。所以,最高人民法院《若干解释》明确作出了如此规定。最高人民法院在一个答复中针对信访处理意见是否可以提起行政诉讼,也表达了相同的态度。〔99〕在实务中,如在杨一民诉成都市政府其他行政纠纷案的裁判要旨中,法院认为:

“行政机关驳回当事人申诉的信访答复,属于行政机关针对当事人不服行政行为的申诉作出的重复处理行为,并未对当事人的权利义务产生新的法律效果,不是行政复议法所规定的可以申请行政复议的行政行为。”〔100〕

第二次行政决定不同于重复处理行政决定。第二次行政决定属于行政程序重开作出的新行政决定,属于行政诉讼客体。如经当事人申诉,行政机关撤销了其下一级行政机关作出的行政处罚决定,责令它重新作出处罚决定。在这种情况下,下

〔97〕 《最高人民法院公报》2001年第6期。

〔98〕 《最高人民法院公报》2006年第1期。

〔99〕 最高人民法院《关于不服信访工作机构依据〈信访条例〉处理信访事项的行为提起行政诉讼人民法院是否受理的复函》(〔2005〕行立他字第4号)。

〔100〕 《最高人民法院公报》2007年第7期。



一级行政机关重开行政处罚程序作出了一个新的处罚决定,不是“重复处理行政决定”,它与诉讼法上经“再审”程序作出的新裁判相似。

#### (九) 不产生实际影响的行为

依照最高人民法院《若干解释》的规定,“对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为”,不属于行政诉讼客体。最高人民法院在一个答复中认为:“地质矿产主管部门所作的鉴定结论作为刑事案件中的证据,将在刑事诉讼中接受审查,对当事人不直接产生权利义务的实质影响。”<sup>[101]</sup>

但在实务中,判断是否属于“不产生实际影响的行为”,需要与认定原告的“法律上利害关系”区别开来,不可将这一行政诉讼客体的排除范围标准用于判断起诉人是否具有原告地位。如公安机关对张三作出治安拘留的处罚决定,因为他殴打了住在李四隔壁且李四也不相识的王五。这一治安处罚决定对李四的权利义务不产生实际影响,但不能由此推出该治安处罚决定不属于行政诉讼客体。对于张三、王五来说,他们如不服此行政处罚决定,当然有权对之提起行政诉讼。所以,这里的“对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为”,主要是指程序性行为<sup>[102]</sup>不产生外化效果的内部行为、重复处理行为等。这类行政行为与提起诉讼的行政相对人有关,但尚未达到对其权利义务产生实际影响,需要通过行政诉讼给予救济的程度。如在徐素霞要求撤销北京市朝阳区卫生局医疗事故技术鉴定结论审核行为案中,法院认为:

“卫生行政主管部门对鉴定结论的审核仅是其行政处理程序中对证据的审查认定,并不具有最终决定鉴定结论效力的法律后果,并不对当事人的权利义务产生实际的影响。”<sup>[103]</sup>

#### (十) 其他行政行为

除了上述九种不属于行政诉讼客体情形外,在最高人民法院的其他司法解释中,还有如下若干种明确排除的情形:

1. 行政机关协助法院执行判决的行为。最高人民法院在一个批复中认为:“行政机关根据人民法院协助执行通知书实施的行为,是行政机关必须履行的法定协助义务,不属于人民法院行政诉讼受案范围。但如果行政机关在协助执行时

[101] 最高人民法院行政审判庭《关于地质矿产主管部门作出的非法采矿及破坏性采矿鉴定结论是否属于人民法院受案范围问题的答复》([2004]行他字第16号)。

[102] 从形式上看,如在行政调查程序终结后作出的“撤案决定”符合程序性行为的外观,但是,它的内容对行政相对人的权利和义务产生了实际影响。在浙江梅泰克诺新型建筑板材有限公司诉上海市工商行政管理局奉贤分局撤案决定案中,法院认为这种“撤案决定”具有可诉性。《中国行政审判案例》(第3卷)第82号案例,中国法制出版社2013年版,第5页以下。而行政机关在执法检查过程中制作的现场检查笔录是程序性行为,因它的内容没有确定当事人的权利义务,而是记录客观事实的证据,不具有可诉性。封丘县电业局诉封丘县卫生局撤销检查笔录案,载《中国行政审判案例》(第3卷)第83号案例,中国法制出版社2013年版,第15页以下。

[103] 北京市朝阳区人民法院《行政判决书》([2007]朝行初字第37号)。

变动执行范围或者采取违法执行措施造成被执行人合法权益损害的,可以提起行政诉讼。”<sup>[104]</sup> 行政机关协助法院执行判决的行为,本质上不属于“行政行为”,是法院为实现司法判决的内容而借助的行政力量。如行政机关超出法院协助执行的范围或者违法采取执行措施的“执行活动”,当事人提出异议的,则属于行政诉讼客体。<sup>[105]</sup> 行政机关在协助法院执行判决后不得自行变更已经协助执行的事项,否则,该变更行政行为具有可诉性。如在包头市聚德鑫典当有限责任公司诉包头市房产管理局房屋登记案中,法院认为:

“被上诉人包头市房管局在接到开发区法院的民事裁定书和协助执行通知书以后,为上诉人包头市聚德鑫典当有限责任公司办理了房屋转移登记,并颁发了包房权证青字第306890号房屋所有权证书,且又在该民事裁定书发生法律效力情况下,以‘申报不实’为由,注销了该房屋所有权证,违反有关规定。协助执行单位认为人民法院裁定房屋权属错误的,可以向执行的人民法院提出异议或审查建议,但不应当变更协助执行事项。被上诉人包头市房管局以行政行为相对人‘申报不实’为由注销房屋产权证无事实和法律依据。”<sup>[106]</sup>

2. 医疗事故鉴定结论。最高人民法院在一个复函中认为:“医疗事故技术鉴定委员会所作的医疗事故鉴定结论,系卫生行政部门认定和处理医疗事故的依据。病员及其亲属如果对医疗事故鉴定结论有异议,可以向上一级医疗事故技术鉴定委员会申请重新鉴定,如因对鉴定结论有异议向人民法院起诉的,人民法院不予受理。”<sup>[107]</sup> 此复函表明,当“医疗事故鉴定结论”作为卫生行政部门认定和处理医疗事故的依据时,它仅仅是一种法律规定的证据。实务中,这种由专业委员会提供的证据,与其它证明相比,具有更高的公信力。作为证据的鉴定结论,它的合法性争议可以在诉讼中由法院依照证据的要求进行审查。相同的情形还有地质矿产主管部门作出的非法采矿及破坏性采矿鉴定结论,它也不属于行政诉讼的客体。<sup>[108]</sup>

3. 交通事故责任认定。早在1992年最高人民法院、公安部的一个通知中就明确了交通事故责任认定不属于行政诉讼客体。<sup>[109]</sup> 虽然这种“联合通知”欠缺合法性和正当性,但是法院据此通知一直不把交通事故责任认定当作行政诉讼客体。

[104] 最高人民法院《关于行政机关根据法院的协助执行通知书实施的行政行为是否属于人民法院行政诉讼受案范围的批复》(法释[2006]6号)。

[105] 周玉华、周霞诉江苏省镇江市房产管理局房屋行政登记案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第47号案例,中国法制出版社2011年版,第40页以下。

[106] 《中国行政审判案例》(第3卷)第94号案例,中国法制出版社2013年版,第65页以下。

[107] 最高人民法院《关于对医疗事故争议案件人民法院应否受理的复函》(法(行)函[1989]63号)。

[108] 最高人民法院行政庭《关于地质矿产主管部门作出的非法采矿及破坏性采矿鉴定结论是否属于人民法院受案范围问题的答复》([2004]行他字第16号)。价格鉴定、认证也不属于行政诉讼受案范围,蔡俊杰诉天津市河东区价格认证中心价格鉴定案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第40号案例,中国法制出版社2011年版,第1页以下。

[109] 最高人民法院、公安部《关于处理交通事故案件有关问题的通知》(法发[1992]39号)。

然而,在2001年《最高人民法院公报》公布了“李治芳不服交通事故责任认定案”后,<sup>[110]</sup>完全改变了这个问题的走向。但是,此案没有涉及此类争议属于行政诉讼客体的裁判理由,这个理由的阐释任务由一年之后最高人民法院公布的“罗伦富不服交通事故责任认定案”来完成。在此案中,法院认为:

“对道路交通事故进行责任认定,是公安机关根据行政法规的授权实施的一种行政确认行为。该行为直接关系到发生道路交通事故后,当事人是否构成犯罪以及应否被追究刑事责任、是否违法以及应否被行政处罚、是否承担民事赔偿责任或者能否得到民事赔偿的问题,因此它涉及当事人的权利和义务。……上诉人罗伦富认为被上诉人交警队对交通事故作出的责任认定行为侵犯了其合法权益,向人民法院提起行政诉讼,依法属于人民法院行政诉讼的受案范围。”<sup>[111]</sup>

在上述两案例公布之后,地方各级人民法院开始陆续受理涉及交通事故责任认定的行政案件。2004年《道路交通安全法》实施之后,因法律明确规定交通事故责任认定是一种“证据”,它又被划出了行政诉讼客体的范围。<sup>[112]</sup>如在吴智成与澄迈县公安局交通警察大队公安交通行政管理纠纷上诉案中,法院认为:

“根据《中华人民共和国道路交通安全法》第73条的规定,公安机关交通管理部门根据交通事故现场勘验、检查、调查情况和有关的检验、鉴定结论制作的交通事故认定书,作为处理交通事故的证据,也即是交通事故认定书属于证据,不是具体行政行为。故上诉人吴智成对被上诉人澄迈县交通警察大队所作的[2004]183号《交通事故认定书》不服提起诉讼,不属人民法院行政诉讼受案范围。”<sup>[113]</sup>

与此相似的事故调查结论是否具有可诉性问题,实务中,通常以其不具有最终处理性而否定它的可诉性。但是,在李国飞等六人诉浙江省宁波市镇海区农业局农业行政检查案中,法院认为:

“但行政机关依法具有对该类事故进行查处的法定职责时,如该调查结论依据不足或没有明确结论,则可能对行政相对人的权利义务产生影响,此时该调查结论具有可诉性。”<sup>[114]</sup>

[110] 《最高人民法院公报》2001年第5期。

[111] 《最高人民法院公报》2002年第5期。

[112] 《道路交通安全法》第73条规定:“公安机关交通管理部门应当根据交通事故现场勘验、检查、调查情况和有关的检验、鉴定结论,及时制作交通事故认定书,作为处理交通事故的证据。交通事故认定书应当载明交通事故的基本事实、成因和当事人的责任,并送达当事人。”2008年修改后的《消防法》第51条第3款规定:“公安机关消防机构根据火灾现场勘验、调查情况和有关的检验、鉴定意见,及时制作火灾事故认定书,作为处理火灾事故的证据。”火灾事故认定也因《消防法》修改而不再属于行政诉讼客体。

[113] 海南省海南中级人民法院《行政裁定书》([2005]海南行终字第11号)。

[114] 《中国行政审判案例》(第2卷)第43号案例,中国法制出版社2011年版,第17页以下。

### 三、实务情形

#### (一) 军人退役不准许行为

现役军人退役依法需要有关部门准许,若未获得准许,现役军人是否可以对其提起行政诉讼,尚无制定法的规定。在张广武诉中国人民解放军总政治部、海军政治部侵权案中,起诉人在诉状中称:

“1995年我已任满现任职级的最低任职年限,由于本人所学专业与现任工作不对口,即向本单位提出了转业申请。本单位向我收取了培训费3万元之后,但总政治部最终未批准我转业。为此,请求法院判决中国人民解放军总政治部准许我退出现役,并确认收取我的培训费是否合法。”法院经审查后认为:“因中国人民解放军总政治部和海军政治部属于军事机关,故张广武认为总政治部和海军政治部侵犯其合法权益而提起的诉讼,不属于人民法院主管范围。”<sup>[115]</sup>

本案涉及军人张广武退役申请不准许的行为。法院认为,中国人民解放军总政治部、海军政治部不是行政机关,其作出的不准许起诉人退役的行为不是行政行为,故它不属于行政诉讼客体。

#### (二) 党组织的不作为

中共党组织虽然属于执政党的组织机构,但它的行为不具有行政性,对党组织的行为不服的,相关的个人不能通过提起行政诉讼的方法维护自己的权益。如在陈嘉能诉四川省委组织部侵权案中,起诉人诉称:

“成都市中级人民法院于1980年6月18日以(80)刑申字第191号刑事判决书宣告其无罪。四川石油管理局给他办理了调离手续,其户口和粮食关系转为该局,等候分配。他没有向任何单位申请照顾夫妻关系。中共四川省委组织部背着他以川委组函(1980)613号函,以照顾夫妻关系为名,用四川省华蓥劳动改造管教支队摘帽人员的身份将其重新安置工作。四川石油管理局于1981年4月3日强行将其户口和粮食关系下放到四川省华蓥市。由于在当地很难找到专业对口的工作,他被迫在外打工,以维持全家生计。直到1996年9月,他才得知川委组函(1980)613号函的全文。这是不承认法院给他平反和四川石油局党委的右派改正结论,在当地造成极恶劣的政治影响。他部多次支四川省委组织部要求解决此事,他们却以各种借口拖延,不撤销川委组函(1980)613号函,侵犯了他的人身权和财产权。”法院经审查后认为:“中共四川省委组织部是中国共产党四川省委员会所属的一个工作部门,不是行政机关或由法律、法规授权的行使行政职权的组织,不具有行政诉讼的被告主体资格。”<sup>[116]</sup>

本案虽然以被告主体不合法为由驳回了起诉人的起诉,但法院在裁判理由中

[115] 北京市高级人民法院行政裁定书([1996]高行审初字第7号)。在此案的上诉审中,最高人民法院驳回了起诉人张广武的上诉。最高人民法院行政裁定书([1996]行终字第3号)。

[116] 四川省高级人民法院行政裁定书([1997]川行初字第2号)。在此案的上诉审中,最高人民法院驳回了起诉人陈嘉能的上诉。最高人民法院行政裁定书([1997]行终字第12号)。

也表达了“党组织的不作为”不属于行政诉讼客体之意。

### (三) 不成熟的行政行为

法院介入行政行为需要把握一个合适的时机,即所谓“成熟性”标准,法院过早介入有干预行政之嫌,过迟介入则不利于为行政相对人提供实效性行政救济。对于不成熟的行政行为,法院不予审查。如在赖恒安与重庆市人民政府不予复议行政纠纷上诉案中,法院认为:

“重庆市教育委员会重教函(1999)21号报告从形式上看属于行政机关内部公文,但在抄送赖恒安本人后,即已具有具体行政行为的性质;由于该报告需待上级主管部门审批,其内容尚未最终确定,对赖恒安的权利义务并未产生实际影响,故该行为属不成熟的行政行为,不具有可诉性,重庆市人民政府裁定不予受理赖恒安的提议申请,其结论是正确的。赖恒安因该报告与重庆市教育委员会产生的纠纷是否可以申请复议,国务院《行政复议条例》未作明确规定。重庆市人民政府渝府复裁(1998)3号行政复议裁定关于‘赖恒安要求复议的事项属于教育行政机关或教育机构对教职员工的内部管理行为,不属于申请复议的范围’的认定,缺乏法律依据,一审法院据此维持重庆市人民政府的复议裁定亦缺乏法律依据。但鉴于《中华人民共和国行政复议法》已经颁布实施,且明确规定此类事项不属于申请复议的范围,故判决撤销该复议裁定并判令重庆市人民政府重新做出复议裁定已无实际意义。”<sup>[117]</sup>

仍在行政内部程序中的行政行为如同十月怀胎未分娩,它还不具有法律上的“人格”。本案中所涉的“报告”未完成内部审批程序,内容未最终确定,法院认定它“不具有可诉性”十分妥当。

### (四) 政策性的行政行为

行政机关依照政策实施的某些行政行为,通常具有某种权宜性,是对某些特定问题作出的一种处置,法院要作出十分妥当的拿捏非常困难。如在齐志敏与沈阳市皇姑区劳动和社会保障局请求撤销无失业保险金具体行政行为纠纷上诉案中,法院认为:

“被上诉人沈阳市皇姑区劳动和社会保障局对上诉人齐志敏作出的无失业保险金具体行政行为,系上诉人原单位中国石化物资装备东北公司在企业改制过程中出现的新情况,政策性较强,故上诉人与被上诉人之间产生的权利义务关系,应属政策调整范畴,不宜进行合法性审查。”<sup>[118]</sup>

在社会转型过程中,由于制定法的滞后性所带来的行政机关政策调整行为,是否应当接受司法审查是没有定论的。本案以“政策调整范畴,不宜进行合法性审查”为由把政策性的行政行为排除在行政诉讼客体之外是妥当的。这类问题由行政机关在行政程序中“灵活”解决是比较合适的,而且法院对政策的把握与运用远

[117] 最高人民法院《行政判决书》([1998]行终字第10号)。

[118] 辽宁省沈阳市中级人民法院《行政裁定书》([2005]沈行终字第132号)。

不如行政机关。当然,对于程序要件的合法性争议,法院适度介入或许是有必要的,也是可行的。

#### (五) 涉及基层群众性自治组织的行为

基层人民政府与基层群众性自治组织之间是指导关系,后者的行为不具有行政性。所以,即使基层人民政府介入了某些基层群众性自治组织的自治行为过程,只要没有行政性的意志渗入其中,该介入行为也不是行政诉讼客体。如在冉立华不服北京市东城区人民政府交道口街道办事处信访答复案中,法院认为:

“《北京市居民委员会选举办法》规定,居民委员会成员受居民监督,居民委员会对有十名以上居民代表或者十分之一的户代表联名要求罢免居民委员会成员的提议,居民委员会应当及时召开居民会议,进行投票表决。必要时,街道(地区)办事处、乡镇人民政府可以召集居民会议,进行投票表决。本案中,被告交道口街道办事处受东城区人民政府的委托,于2001年2月8日根据《北京市居民委员会选举办法》的有关规定,就原告于去年12月25日被方砖厂居民代表投票罢免一事,召集居民会议,由居民代表进行投票表决,并于6月18日根据居民代表的投票表决结果形成了复查意见。该复查意见因不属于行政诉讼法的受案范围,故对原告的起诉,本院予以驳回。”<sup>[119]</sup>

本案所涉的“复查意见”是基于居民投票表决结果形成的,它的内容是居民代表依法行使自治权的结果,与交道口街道办事处无涉,难谓属于行政诉讼客体。

[119] 北京市东城区人民法院《行政判决书》([2001]东行初字第46号)。

## 第十六章 行政诉讼行为

### 第一节 诉讼撤回

#### 一、引言

诉讼撤回是诉讼程序中的原告或上诉人对自己所提出的、已为法院受理的诉讼请求,在法院没有作出裁判前,向法院申请撤回全部或者部分诉讼请求的一种诉讼法律行为。诉讼撤回专属于原告或者上诉人,因此,它属于起诉人的诉权或者上诉人的上诉权一部分。诉讼请求一旦为法院的裁判所拘束,则诉讼撤回就失去了前提条件。

诉讼撤回作为原告或者上诉人收回已经向法院提出解决争议的请求,是原告或者上诉人处分自己法定诉权的行为,所以,诉讼撤回若是原告或者上诉人的真实意思表示,那么法院应当予以充分尊重。如果法院裁定不准许原告或者上诉人诉讼撤回,那么本案诉讼应当继续进行。不过,在实务中法院很少作出不予撤诉的裁定。

在一般人看来,调解若能成功应该是解决纠纷的最好方式。但是,《行政诉讼法》第50条规定:“人民法院审理行政案件,不适用调解。”所以,法院不得采用调解的方式解决行政争议。但是,在利益最大化的驱使下,行政诉讼当事人之间对调解的需求有时是十分强烈的,即使法院也有调解行政案件的愿望(如为了减少上诉率等)。在实务中,为了获得诉讼的合法性,调解结案的行政案件最终都以诉讼撤回的裁定方式终结诉讼程序,使诉讼撤回率一直居高不下。<sup>[1]</sup>当然,符合法定条件的诉讼撤回不损及行政诉讼目的,因此,法院应当就诉讼撤回的原因、影响及程序等进行全面的合法性审查。

#### 二、诉讼撤回类别

##### (一) 申请撤回

申请撤回是原告或者上诉人以作为的方式向法院表达撤回已被法院受理的诉讼请求的一种意愿或者要求。《行政诉讼法》第51条规定:“人民法院对行政案件

[1] 进一步阅读何海波:“行政诉讼撤诉考”,载《中外法学》2001年第2期。

宣告判决或者裁定前,原告申请撤诉的,或者被告改变其所作的具体行政行为,原告同意并申请撤诉的,是否准许,由人民法院裁定。”最高人民法院《撤诉规定》第8条规定:“第二审或者再审期间行政机关改变被诉具体行政行为,当事人申请撤回上诉或者再审申请的,参照本规定。”据此,申请撤回可以分为两种情形:

1. 被诉行政行为未改变情况下的撤回。基于对诉讼结果的理性预期等原因,原告或者上诉人向法院申请要求撤回诉讼请求。在本情形中,“真实意思表示”是法院作出是否准予撤回诉讼请求裁定的核心要件,为此,法院必须明查与此要件相关的事实。只有在证据充分的情况下认定原告或者上诉人“真实意思表示”要件成立,法院才能作出准予撤诉的裁定。如在尚某诉上海市住房保障和房屋管理局等房产登记纠纷案中,法院认定“原告申请撤诉系本人真实意思表示,且与法无悖,可予准许。”〔2〕当然,在具备“真实意思表示”要件的基础上,法院仍需要考虑其他一些情况,如在姜再春诉邵东县城乡规划局城乡管理规划纠纷案中,法院准予撤回的理由是原告“在法律规定范围内依法处分自己诉讼权利的行为”;〔3〕又如,在商丘市商海房地产开发部破产清算组诉商丘市房地产管理局房屋行政登记纠纷案中,法院准予撤回的理由是原告撤回诉讼“不损害国家、公共利益和他人合法权益。”〔4〕反之,如果法院认为原告或者上诉人申请撤回不是出于自己真实意思表示的,应当裁定不准撤诉。如在泌阳县人民政府等与泌阳县花园乡北曹庄村委西杨庄前组土地行政裁决上诉案中,法院认为:

“五个村民组在一审中以代表人的名义申请撤回起诉,但没有提供该撤诉申请是否是被代表人的真实意思表示,因此,一审法院不准予撤诉,符合法律规定,上诉人泌阳县人民政府及泌阳县花园乡北曹庄村民委员会认为一审法院不准予撤诉违反法定程序,法律依据不足。”〔5〕

当然,在实务中,有的原告撤回申请的理由表面上就是十分可疑的,但法院也照准撤诉的情形。如在范铁生等诉三门峡市人民政府等土地行政侵权赔偿纠纷案中,法院裁定:

“范铁生等128户村民诉三门峡市人民政府、国土局、大项目办、村委会及第三人吴博公司土地行政侵权赔偿一案。本院依法受理后,范铁生等128户村民认为其起诉时为大项目办的具体名称表述有误,现自愿申请撤诉。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第五十一条之规定,裁定如下:准予范铁生等128户村民撤回起诉。”〔6〕

本案中,因范铁生等在起诉时为大项目办的具体名称表述有误,自愿申请撤回,获得了法院准许,这原因十分牵强。既然表述有误,原告在诉讼过程中更正即

〔2〕 上海市静安区人民法院《行政裁定书》([2009]静行初字第39号)。

〔3〕 湖南省邵东县人民法院《行政裁定书》([2009]邵东行初字第32号)。

〔4〕 河南省商丘市梁园区人民法院《行政裁定书》([2009]商梁行初字第98号)。

〔5〕 河南省驻马店市中级人民法院《行政判决书》([2011]驻法行终字第12号)。

〔6〕 河南省三门峡市中级人民法院《行政裁定书》([2010]三行初字第10号)。



可,与是否提出诉讼请求实无因果关系。

2. 因被诉行政行为改变的情况下的撤回。在行政诉讼过程中,基于被告改变了被诉的行政行为,原告或者上诉人认为“改变”后的行政行为符合自己的意愿或者达到了自己的诉讼目的,向法院提出撤回申请。关于如何认定“被告改变其所作的被诉行政行为”,最高人民法院在一个司法解释中规定了如下若干情况:“(1)改变被诉具体行政行为所认定的主要事实和证据;(2)改变被诉具体行政行为所适用的规范依据且对定性产生影响;(3)撤销、部分撤销或者变更被诉具体行政行为处理结果。”〔7〕在同一个司法解释中,最高人民法院又把下列三种情形视为“被告改变其所作出的被行政行为”:(1)根据原告的请求依法履行法定职责;(2)采取相应的补救、补偿等措施;(3)在行政裁决案件中,书面认可原告与第三人达成的和解。”〔8〕

针对因被诉行政行为改变的情况下原告或者上诉人撤回申请,在符合下列条件时,法院应当裁定准许:“(1)申请撤诉是当事人真实意思表示;(2)被告改变被诉具体行政行为,不违反法律、法规的禁止性规定,不超越或者放弃职权,不损害公共利益和他人合法权益;(3)被告已经改变或者决定改变被诉具体行政行为,并书面告知人民法院;(4)第三人无异议。”〔9〕如在曹利芳诉上海市房屋土地资源管理局房地产权证行政纠纷案中,法院裁定:

“在审理过程中,原告曹利芳于2008年10月17日向本院递交了撤诉申请书,表示被告已撤销了被诉具体行政行为,本案纠纷已解决,要求撤回起诉。经审查,本院认为,原告以本案纠纷已解决为由申请撤回起诉,于法无悖,可予准许。”〔10〕

本案中,被告主动撤销了被诉的行政行为,原告依法原本可以请求法院确认被诉行政行为违法,但原告认为本案的行政纠纷也已经解决,其诉讼目的也已经达到,所以申请撤回诉讼。又如,在蒋召明诉上海市青浦区劳动和社会保障局工伤认定行政纠纷案中,法院裁定:

“在审理过程中,原告蒋召明于2008年9月12日向本院递交了撤诉申请书,提出因与第三人达成了和解协议,向本院申请撤回起诉。经审查,本院认为,原告以因与第三人达成和解协议为由申请撤回起诉,于法无悖,可予准许。”〔11〕

本案是工伤认定行政纠纷案,它是行政机关对已经发生的民事法律关系所作出的一种判定,直接影响到了双方当事人的合法权益。因这种“判定”具有法律效力,一方当事人不服的,应当通过行政诉讼请求法院撤销,才能有效地维护自己的合法权益。现本案原告与第三人之间就民事赔偿达成和解,再继续进行行政诉讼

〔7〕 最高人民法院《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》(法释[2008]2号)第3条。

〔8〕 最高人民法院《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》(法释[2008]2号)第4条。

〔9〕 最高人民法院《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》(法释[2008]2号)第2条。

〔10〕 上海市青浦区人民法院《行政裁定书》([2008]青行初字第22号)。

〔11〕 上海市青浦区人民法院《行政裁定书》([2008]青行初字第17号)。

已经没有意义,故原告申请撤回诉讼。

## (二) 视为撤回

视为撤回是原告或者上诉人因作出某种诉讼行为而为法院推定为其申请撤回诉讼请求的意思表示。“视为”是一种法律拟制,即一旦有法定事实出现后,可以推定相应的法效果发生。<sup>[12]</sup>在行政诉讼中,视为撤回诉讼有两种情形:

1. 原告或者上诉人拒不到庭或者中途退庭。《行政诉讼法》第48条规定:“经人民法院两次合法传唤,原告无正当理由拒不到庭的,视为申请撤诉;被告无正当理由拒不到庭的,可以缺席判决。”<sup>[13]</sup>最高人民法院《若干解释》第49条规定:“原告或者上诉人经合法传唤,无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭的,可以按撤诉处理。”“无正当理由”是本情成立的要件,由法院在个案中加以认定。在实务中,如在张春明与灵宝市公安交通警察大队行政处罚纠纷上诉案中,法院裁定:

“上诉人张春明不服灵宝市公安交通警察大队灵公交决字[2010]第411223-2900010480号公安交通管理行政处罚决定及灵宝市人民法院(2010)灵行初字第28号行政判决向本院提起上诉。在本院审理过程中,上诉人张春明经本院两次合法传唤,无正当理由拒不到庭参加诉讼。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第四十八条之规定,现裁定如下:对上诉人张春明按撤回上诉,双方当事人按原审判决执行。”<sup>[14]</sup>

视为撤回将产生下列法律后果:(1)按撤诉处理;(2)因申请撤诉,法院裁定不许而拒不到庭或者中途退庭的,法院可以缺席判决;(3)第三人经合法传唤无正当理由拒不到庭,或者未经法庭许可中途退庭的,不影响法院对案件审理的正常进行。

2. 未交纳受理费。最高人民法院《若干解释》第37条规定:“原告或者上诉人未按规定的期限预交案件受理费,又不提出缓交、减交、免交申请,或者提出申请未获批准的,按自动撤诉处理。”<sup>[15]</sup>原告提起诉讼或者上诉人提出上诉,应当依法向法院预交案件受理费。法院收取案件受理费,有预防原告或者上诉人滥用诉权的功能。因为,法院不是来去自由的超级市场,它一旦启动诉讼程序就需要耗费人力、物力与财力,如果对原告或者上诉人的诉权不作财产上的适当“担保”,法院就难以有效行使审判权。为了保障贫困者也能平等地利用司法程序实现权利救济,国家专门设置了司法救助制度,原告或者上诉人如果经济困难,可以提出救助申

[12] 如《行政许可法》第50条第2款规定:“行政机关应当根据被许可人的申请,在该行政许可有效期届满前作出是否准予延续的决定;逾期未作决定的,视为准予延续。”

[13] 《民事诉讼法》第143条规定:“原告经传票传唤,无正当理由拒不到庭的,或者未经法庭许可中途退庭的,可以按撤诉处理;被告反诉的,可以缺席判决。”

[14] 河南省三门峡市中级人民法院《行政裁定书》([2010]三行终字第26号)。

[15] 《诉讼费用交纳办法》(2006)第22条规定:“当事人逾期不交纳诉讼费用又未提出司法救助申请,或者申请司法救助未获批准,在人民法院指定期限内仍未交纳诉讼费用的,由人民法院依照有关规定处理。”

请,要求免交、减交或者缓交诉讼费。如果原告或者上诉人不提出救助申请,也未在规定的期限内预交案件受理费,则产生撤回诉讼的法效果。

### 三、相关问题

#### (一) 改变被诉行政行为

1. 法院建议。为了给被告一个自我纠错的机会,以缓和原告与被告之间的对立情绪,从而实现“案结事了”的诉讼目的,最高人民法院《撤诉规定》第1条规定:“人民法院经审查认为被诉具体行政行为违法或者不当,可以在宣告判决或者裁定前,建议被告改变其所作的具体行政行为。”此为司法解释创设了一个行政诉讼裁判的“犹豫期”。若被告采纳了法院意见改变被诉的行政行为,应当以书面方式告知法院,以便通过法院听取原告是否同意撤回诉讼的意见;如果被告不接受法院的意见,则法院应当依法作出裁判。

需要进一步讨论的问题是:(1)被诉行政行为无效。因行政行为无效是在法律上自始无效、绝对无效,不可能转换为有效的行政行为,它没有“改变”的法律事实基础,所以,凡行政行为有无效情形的,不属于法院的“建议”范围。(2)原告因被告允诺改变被诉行政行为而申请撤回,且被告允诺为法院裁定所确认,但被告事后不履行允诺,致使原告再次提起行政诉讼的,不属于重复诉讼,且法院裁定可以成为起诉期限“中止”的正当事由。

2. 视为改变。本情形没有制定法的依据。在张富贵诉甘肃省国土资源厅矿产行政登记案中,最高人民法院的裁判要旨是:

“二审期间,当事人就民事权益达成和解协议,可视为行政机关改变被诉具体行政行为,准许撤回上诉的裁定理由中可载明一审裁判不再执行。”<sup>[16]</sup>

#### (二) 诉讼撤回的审查

赋予法院对诉讼撤回进行实质性审查,并依照审查的结果作出不同的行政裁定的职权,本质上是为了限制原告或者上诉人的诉讼撤回权。从功能上看,限制撤诉既是实效性权利保护的要求,也是行政诉讼监督行政机关依法行使职权这一立法目的的当然逻辑结论。在行政诉讼中,强势的行政诉讼被告在诉讼之外有足够的方式可以迫使原告就范,这是客观存在的经验性事实;且原告撤诉若一旦涉及第三人的合法权益或者公共利益时,法院也不可能袖手旁观的,做一个高高挂起的、抱着多一事不如少一事态度的中立者。因此,法院适当地行使诉讼撤回审查权,是诉讼撤回制度目的得以实现的前提条件。

#### (三) 诉讼撤回的裁定

诉讼撤回是一种程序性的法律争议,因此,法院应当以裁定的方式作出是否准许撤诉的结论。但在实务中,诉讼撤回有时也会遇到有关实体问题需要法院作出

[16] 《中国行政审判案例》(第3卷)第112号案例,中国法制出版社2013年版,第159页以下。

处理,如行政行为内容已经履行或者被告改变被诉行政行为内容等。为此,最高人民法院在《撤诉规定》中就此问题作出如下规定:

1. 有履行内容的被诉行政行为。若被诉行政行为有履行内容且履行完毕的,法院可以裁定准许撤诉;不能即时或者一次性履行的,法院可以裁定准许撤诉,也可以裁定中止审理。在中止审理期间,当事人应当尽快履行行政行为内容,在当事人履行行政行为内容完毕之后,法院再作准予撤诉的裁定。

2. 准予诉讼撤回的裁定内容。准许撤诉裁定可以载明被告改变被诉行政行为的主要内容及履行情况,并可以根据案件具体情况,在裁定理由中明确被诉行政行为全部或者部分不再执行。

## 第二节 诉讼不停止执行

### 一、引言

诉讼不停止执行,本意是在行政相对人提起行政诉讼之后,被诉行政决定的效力仍然面向未来不断地延续,它的执行力不因行政相对人提起行政诉讼而中止,也不存在所谓的“行政决定效力待定”等类似于私法上的概念。在实务中,如在王申与汝州市工商行政管理局等物权保护纠纷上诉案中,法院认为:

“人民政府颁发土地使用权证的行为属行政行为,非经法定的撤销程序不能否认其效力,《中华人民共和国行政诉讼法》第四十四条规定,诉讼期间,不停止具体行政行为的执行。王申称因提起行政诉讼而行政行为效力待定的理由缺乏法律依据,本院不予采信。”<sup>[17]</sup>

如果行政决定的效力因行政相对人起诉而中止,可能会影响到国家行政管理的有效性,法律秩序的稳定也会受到直接的影响。为避免这种消极后果,在制定法中也有不少诉讼不停止执行的相关规定。如《核材料管理条例》第20条规定:“当事人对行政处罚不服的,可在接到处罚通告之日起十五日内向人民法院起诉。但是,对吊销许可证的决定应当立即执行。对处罚决定不履行又不起诉的,由国家核安全局申请人民法院强制执行。”如行政相对人先申请行政复议,复议不停止执行也同样适用,期以与行政诉讼保持一致。又如《尘肺病防治条例》第24条规定:“当事人对处罚不服的,可在接到处罚通知之日起十五日内,向作出处理的部门的上级机关申请复议。但是,对停业整顿的决定应当立即执行。”所以,在判定是否需要停止执行时,法院需要引入利益衡量的方法,在公益和私益之间寻找一个恰当的平衡点作为裁定的基础。

[17] 河南省平顶山市中级人民法院《民事判决书》([2009]平民三终字第307号)。

但是,如果被诉行政决定一律不停止执行,一旦事后该行政决定因违法被法院撤销,原告所受的损失又不可能恢复,如限制人身自由的行政拘留、不可回复的房屋拆除决定等,那么行政诉讼为原告提供实效性权利保护的就会落空。所以,应当在兼顾两者利益的基础上,设置若干例外情形,才能弥补诉讼不停止执行所带来的缺失。如在张先著诉芜湖市人事局公务员录用行政争议案中,法院认为:

“因解放军八六医院的体检不合格结论违反《安徽省公务员录用体检实施细则(试行)》规定,芜湖市人事局作为招录国家公务员的主管行政机关,仅依据解放军第八六医院的体检结论,认定原告张先著体格检查不合格,作为不准许原告张先著进入考核程序的具体行政行为缺乏事实证据,依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第二项第一、二目之规定,应予撤销,但鉴于2003年安徽省国家公务员招考工作已结束,且张先著报考的职位已由该专业考试成绩第二名的考生进入该职位,故该被诉具体行政行为不拒不撤销内容,依据最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十六条第四项规定,对原告其他诉讼请求应不予支持。综上所述,依据最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十七条第二款第二项之规定,判决如下:确认被告芜湖市人事局在2003年安徽省国家公务员招录过程中作出取消原告张先著进入考核程序资格的具体行政行为主要证据不足。”<sup>[18]</sup>

本案中,原告张先著虽然获得了胜诉的判决,但是,本判决除了具有间接的“公益性”外,因法院未裁定停止执行被诉行政决定,所以,判决的结果对于张先著本人而言,它的法律意义犹如“竹篮打水”,张先著没有得到实质性的利益——被录用为国家公务员。所以,在诉讼不停止执行之下,基于将来的裁判可能丧失实效性权利保护,在行政诉讼中引入暂时性权利保护制度是十分必要的。

当然,诉讼不停止执行并非适用于所有的行政案件。如在履行法定职责案件中,“不予答复”本身没有所谓的行政决定效力,也就无所谓诉讼不停止的适用空间了。又如,在原告因认为被告少发抚恤金而提起的行政诉讼中,如诉讼停止执行抚恤金发放决定,将可能对原告造成经济上的困难。原则上,在因有利行政决定引起的行政诉讼中,法院应当裁定“诉讼不停止执行”被诉的行政决定;而在因不利行政决定引起的行政诉讼中,法院应当裁定“诉讼停止执行”被诉的行政决定。

## 二、诉讼停止执行情形

基于行政决定的法效力,原则上,在行政诉讼期间,被诉行政决定不停止执行。但为了兼顾符合实效性权利保护之标准,《行政诉讼法》规定,如有下列情形之一的,被诉行政决定停止执行:

### (一)被告认为需要停止执行

行政机关为实现行政任务而作出的行政决定,在行政相对人对之不服而提起行政诉讼之后,是否需要停止执行被诉行政决定,由被诉的行政机关依职权裁量决

[18] 安徽省芜湖市新芜区人民法院《行政判决书》([2003]新行初字第11号)。

定;行政相对人可以向被诉的行政机关提出停止执行被诉行政决定的申请,由被诉行政机关依申请裁量决定。如《公安机关办理行政案件程序规定》第197条规定:“公安机关应当在收到被处罚人提出暂缓执行行政拘留申请之时起二十四小时内作出决定。公安机关认为暂缓执行行政拘留不致发生社会危险,且被处罚人或者其近亲属提出符合条件的担保人,或者按每日行政拘留二百元标准交纳保证金的,应当作出暂缓执行行政拘留的决定。对同一被处罚人,不得同时责令其提出保证人和交纳保证金。被处罚人已送达拘留所执行的,公安机关应当立即将暂缓执行行政拘留决定送达拘留所,拘留所应当立即释放被处罚人。”如在刘应礼不服庆元县公安局及第三人刘应兴治安处罚行政争议上诉案中,法院认为:

“被上诉人庆元县公安局在庭审中承认上诉人已交纳保证金,但认为宣布处罚决定时,上诉人未表态申请复议,故行政处罚一经作出即生效并可立即执行的观点,不符合《中华人民共和国治安管理处罚条例》第四十条第二款‘被裁决拘留的人或者他的家属能够找到担保人或者按照规定交纳保证金的,在申诉和诉讼期间,原裁决暂缓执行’的规定。”〔19〕

本案中,刘应礼向被告交纳保证金的行为,基于实效性权利保护的标准,应当解释为是刘应礼已经向被告提出了“申请”的意思表示,所以,法院支持了刘应礼的申请。如果原告提出的申请没有获得被告的同意,那么,被诉行政决定不停止执行。如在武汉市人民政府驻三亚办事处与三亚市国土环境资源局行政强制拆迁纠纷上诉案中,法院认为:

“虽然上诉人及时向三亚市人民政府写了请示报告,要求暂缓执行,政府未予答复,但决定已经作出,能否暂缓执行,政府没有义务必须答复。上诉人主张205号《决定》一直没有执行,因而不发生法律效力,理由也不能成立,本院不予支持。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第四十四条之规定‘诉讼期间,不停止具体行政行为的执行。’上诉人主张被上诉人在诉讼期间强行拆除其原享有使用权的土地上的建筑物属于违法行政,没有法律依据,本院不予支持。”〔20〕

行政机关在裁量是否需要停止执行被诉行政决定时,公共利益当然是必须考虑的要素,但是,在涉及有利行政决定是否需要停止执行时,行政相对人的经济状态不可不察。除法律、法规规定行政决定作出后必须立即执行外,如果要求行政机关在作出行政决定时附带简要说明不停止执行的理由,或许是控制其裁量的较好方法。被告在行政诉讼过程中认为需要停止执行被诉行政决定的,必须由法院作出裁定才能产生停止执行的效力。如在王章海与宜川县水利水土保持局行政处罚和扣押强制措施纠纷上诉案中,法院认为:

“在一审诉讼期间,上诉人宜川县水利水土保持局已于2009年6月15日给王章海发出解除扣押通知,也认为对其所扣两台装载机需要停止执行,一审法院应当在鉴定机构

〔19〕 浙江省丽水市中级人民法院《行政判决书》(〔2001〕丽中行终字第38号)。

〔20〕 海南省高级人民法院《行政判决书》(〔2006〕琼行终字第028号)。

对该装载机勘查后,即依据《中华人民共和国行政诉讼法》第四十四条第(一)项:‘被告认为需要停止执行的,停止具体行政行为的执行’的规定,裁定停止扣押行为的执行。将两台装载机解除扣押返还车主。’<sup>[21]</sup>

## (二)原告申请停止执行

原告在提起行政诉讼时,可以向法院申请停止执行被诉行政决定。法院经审查后认为该被诉行政决定的执行将会造成难以弥补的损失,并且停止执行不损害社会公共利益,基于某些权益不可逆转性的法理,应当裁定停止执行。本情形中“难以弥补的损失”,应当解释为既存权益的不可逆转性,如房屋拆除、人身自由限制等。“公共利益”也是一个不确定法律概念,在对其作解释时,可以参照《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条的规定。<sup>[22]</sup>如果法院在法定情形之外解释“公共利益”,那就应当给出一个说得过去的理由。

## (三)法律、法规规定的停止执行

本情形是立法技术上的兜底条款,它的功能是为未来立法保留适用本条的空间。如果法律、法规规定被诉行政决定停止执行的,不经法院裁定或者被告同意即产生停止执行被诉行政决定的法效果。

## 三、相关问题

### (一)不停止执行裁定的救济

最高人民法院《若干解释》第63条规定了“不予受理”、“驳回起诉”和“管辖异议”三种裁定,若当事人不服上述三种裁定的,可以提起上诉。在《行政诉讼法》中,未设对不停止执行裁定的救济程序。基于无漏洞权利保护的标准,宜设置一个可兼顾行政效率的“异议程序”,即原告可以在收到裁定之日起5日内向上一级法院提出异议,上一级法院在收到异议之日起15日内作出异议裁定,该裁定为最终裁定。

### (二)不停止执行的效力内容

《行政诉讼法》第44条规定:“诉讼期间,不停止具体行政行为的执行。”在这里,“执行”不宜限于“执行力”的解释。有的行政决定如不准许报考公务员的行政相对人进入考核程序的决定是具有执行力的,但是,有的行政决定如《建设用地规划许可证》对颁发《建设工程施工许可》来说,它具有构成要件效力,因《建设用地

[21] 陕西省延安市中级人民法院《行政裁定书》([2010]延中行终字第00017号)。

[22] 《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条规定:“为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要,有下列情形之一,确需征收房屋的,由市、县级人民政府作出房屋征收决定:(一)国防和外交的需要;(二)由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要;(三)由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业的需要;(四)由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要;(五)由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要;(六)法律、行政法规规定的其他公共利益的需要。”

规划许可证》所形成的法律关系产生的法效力,具有保护申请人开工建设房屋权利的法效力。因此,被诉行政决定不停止执行应当区分为“执行力不停止”、“要件效力不停止”和“法效果不停止”等情形。

### (三)第三人权利保护

由于广泛存在具有第三人法效力的行政决定,一旦原告针对该行政决定提起行政诉讼,如果被告同意或者法院裁定停止执行被诉行政决定,就存在需要保护第三人权利的法律理由。基于“正当程序”的考量,被告或者法院在作出决定或者裁定被诉行政决定停止执行之前,应当履行征询第三人意见的程序。此征询意见程序的法律价值在于形式上具有公正审判的外观,实质上可以发现是否存在公共利益。

### (四)法院审查标准

对原告停止执行被诉行政行为的申请,法院可依照如下标准进行审查:(1)对被诉行政决定进行初步审查,可采用“重大且明显违法”标准,若被诉行政决定符合此标准,则裁定停止执行。(2)若其他被诉的非行政决定的行为,可采用“不可恢复性”标准,如涉及限制人身自由、不动产的拆除等,可以裁定停止执行被诉行政行为。

## 第三节 妨碍诉讼的强制措施

### 一、引言

在行政诉讼过程中,法院对故意实施妨碍行政诉讼正常进行的活动给予法律制裁,即妨碍诉讼的强制措施。它不属于《行政强制法》上的行政强制措施,所以它不受《行政强制法》的调整。

强制措施的实施主体是法院,故本质上它是一种司法强制措施,如罚款、拘留强制措施等虽然名称上与行政机关依照《行政处罚法》、《行政强制法》实施的行为相同,但它们不是行政法上的行政处罚和行政强制措施。在行政诉讼过程中,除了诉讼参加人、参与人外,案外人如旁听人员也可以成为强制措施的适用对象,如后者扰乱法庭秩序、阻挠法院执行等。在主观要件上,妨碍诉讼活动必须是故意的,如当事人遗失证据导致行政诉讼不能正常进行的,不得适用强制措施对当事人实施法律制裁。

### 二、妨碍行政诉讼行为

(一)有义务协助执行的人,对法院的协助执行通知书,无故推脱、拒绝或者妨碍执行

本行为不包括生效判决确定的履行义务当事人,因为,当事人不履行生效判



决、裁定的,可依照《行政诉讼法》第65条执行。<sup>[23]</sup>法院作出的“执行通知书”必须是书面的,且必须到达有义务协助执行的人。“无故”,即没有正当理由,法院有权审查有义务协助执行的人提出的不协助执行的理由,如果不协助执行的理由不成立的,即可认定构成本情形中的妨碍行政诉讼的行为。

### (二) 伪造、隐藏、毁灭证据

证据是法院作出正确裁判的基础。实务中,伪造、隐藏、毁灭证据可能导致法院无法查清案件事实,进而作出错误的裁判。对于这样的行为给予法律制裁是必要的,即使对作为被告的行政机关也不应当例外。如在吕霄兵诉北京市工商行政管理局宣武分局不履行法定职责案中,法院认定:

“根据鉴定结论,能够证明‘证据7’虚假,不能证明宣武工商分局在答辩状中陈述的该局于2004年4月1日对吕霄兵的举报已经终止调解的事实。依据《中华人民共和国行政诉讼法》第四十九条第一款第(二)项的规定,对宣武工商分局提交虚假证据的行为予以训诫。”<sup>[24]</sup>

### (三) 指使、购买、胁迫他人作伪证或者威胁、阻止证人作证

“伪证”的客观效果如同“伪造证据”,不让“证人作证”的结果是阻碍了法院了解案件的真相,进而影响到法院对案件事实的正确认定。在这几类妨碍行政诉讼行为中,“胁迫”、“威胁”最为恶劣,可以适用较重的强制措施。

### (四) 隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押、冻结的财产

针对已经为法院查封、扣押、冻结的财产,相关人员实施的隐藏、转移、变卖、毁损行为,将导致法院生效裁判不能得到完全执行。另外,作为担保财产被隐藏、转移、变卖、毁损的,法律后果亦同。

### (五) 以暴力、威胁或者其他方法阻碍法院工作人员执行职务或者扰乱人民法院工作秩序的行为

“其他方法”是一个开放性的法律概念,凡具有与“暴力、威胁”一样效果的行为皆属之。“法院工作人员”不限于审判人员,还包括在执行职务执行人员、司法警察等。“工作秩序”既指法院的庭审活动,也包括其他一切法院职务活动所需要的正常秩序。

### (六) 对法院工作人员、诉讼参与人、协助执行人侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复的行为

在行政诉讼过程中,“法院工作人员”、“协助执行人”的人格、身体健康应受法

[23] 《行政诉讼法》第65条规定:“当事人必须履行人民法院发生法律效力判决、裁定。公民、法人或者其他组织拒绝履行判决、裁定的,行政机关可以向第一审人民法院申请强制执行,或者依法强制执行。行政机关拒绝履行判决、裁定的,第一审人民法院可以采取以下措施:(一)对应当归还的罚款或者应当给付的赔偿金,通知银行从该行政机关的账户内划拨;(二)在规定期限内不执行的,从期满之日起,对该行政机关按日处五十元至一百元的罚款;(三)向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议。接受司法建议的机关,根据有关规定进行处理,并将处理情况告知人民法院;(四)拒不执行判决、裁定,情节严重构成犯罪的,依法追究主管人员和直接责任人员的刑事责任。”

[24] 北京市第一中级人民法院《行政判决书》([2006]一中行终字第1232号)。

律保护,“诉讼参与人”能否顺利参加诉讼活动,也同样影响了行政诉讼的正常进行,所以,法律一并将其纳入本项情形加以保护。

### 三、强制措施种类与适用

#### (一) 训诫

由法院对实施了妨碍行政诉讼行为的人给予训斥并警告其不得再犯的措施。它适用于情节轻微的妨碍行政诉讼的行为。训诫经合议庭合议后,由审判长以口头的方式作出,训诫内容应作成笔录,由被训诫人签名后存入本案卷。

#### (二) 责令具结悔过

由法院责令实施妨碍行政诉讼行为的人提交书面悔过书,保证不再重犯的措施。责令具结悔过也由合议庭决定作出,原则上应当庭进行,被责令者应当庭宣读悔过书,悔过书应当存入本案卷。

#### (三) 罚款。

由法院强制实施妨碍行政诉讼行为的人向国家交纳一定数量金钱以示惩罚的措施。罚款数额由法院在 1000 元以下幅度内裁量确定。罚款由合议庭提出处理意见,报院长批准之后再制作处罚决定书,并送达被罚款人。参照《民事诉讼法》的规定,被罚款人不服罚款决定的,可以申请复议一次。<sup>[25]</sup> 复议期间,罚款决定不停止执行。

#### (四) 拘留

由法院对实施妨碍行政诉讼行为的人,限制其一定期限内人身自由的措施。拘留期限为 15 日以下,由法院裁量确定。它是最严厉的妨碍行政诉讼的强制措施,因此法律也设置了较为严格的法律适用程序。拘留由合议庭提出处理意见,报院长批准之后制作拘留决定书,再由司法警察将被拘留人送交当地公安机关看守所执行。被拘留人不服拘留决定的,可以申请复议一次。在执行过程中,被拘留人确有悔过表现的,在具结悔过之后,经院长同意可以提前解除拘留。

## 第四节 财产保全与先予执行

### 一、财产保全

财产保全是法院采取限制当事人处分其财产的措施。最高人民法院《若干解释》第 48 条第 1 款规定:“人民法院对于因一方当事人的行为或者其他原因,可能

[25] 最高人民法院《关于对因妨碍民事诉讼被罚款拘留的人不服决定申请复议的期限如何确定问题的答复》([93]法民字第 7 号)。

使具体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,可以根据对方当事人申请作出财产保全的裁定;当事人没有提出申请的,人民法院在必要时也可以依法采取财产保全措施。”根据这一规定,财产保全可以分为:

### (一)依申请保全

除最高人民法院《若干解释》第48条第1款规定情形之外,依申请保全还有一种情形,即《若干解释》第92条规定:“行政机关或者具体行政行为确定的权利人申请人民法院强制执行前,有充分理由认为被执行人可能逃避执行的,可以申请人民法院采取财产保全措施。后者申请强制执行的,应当提供相应的财产担保。”对于如何理解申请期限,最高人民法院行政庭在一个答复中称:“申请人在具体行政行为对外发生法律效力后至申请执行的期限内,依据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第九十二条的规定,可以向人民法院申请采取财产保全措施。”<sup>[26]</sup>

### (二)依职权保全

在最高人民法院《若干解释》第48条第1款中,“必要时”应当解释为涉及公共利益或者第三人利益,法院可以依职权作出财产保全的裁定。在适用时,基于法院中立地位的考量,原则上,财产保全裁定应当由当事人向法院提出申请,例外才适用法院依职权作出。

与财产保全相关的两个问题:(1)关于不服财产保全裁定的救济。最高人民法院《若干解释》第48条第3款规定:“当事人对财产保全或者先予执行的裁定不服的,可以申请复议。复议期间不停止裁定的执行。”(2)财产保全的范围,可以参照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》相关规定执行。

## 二、先予执行

先予执行是法院在对行政案件作出终审判决之前,为解决原告生活的紧迫需要,根据其申请,裁定被告给付一定数量钱物,并立即予以执行的措施。先予执行的基础是假定原告将会胜诉,但这种胜诉是预设的,最终仍然需要由法院裁判予以确定。先予执行分两种情形:

### (一)金钱给付诉讼的先予执行

最高人民法院《若干解释》第48条第2款规定:“人民法院审理起诉行政机关没有依法发给抚恤金、社会保险金、最低生活保障费等案件,可以根据原告的申请,依法书面裁定先予执行。”与《行政诉讼法》第11条第6项相比,最高人民法院《若干解释》扩大了先予执行的范围,即不再限于“抚恤金”方面的行政案件。

[26] 最高人民法院行政庭《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释第九十二条的请示的答复》(法行[2000]21号)。

## (二) 其他行政决定的先予执行

最高人民法院《若干解释》第94条规定：“在诉讼过程中，被告或者具体行政行为确定的权利人申请人民法院强制执行被诉具体行政行为，人民法院不予执行，但不及时执行可能给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成不可弥补的损失的，人民法院可以先予执行。后者申请强制执行的，应当提供相应的财产担保。”本规定适用于非金钱给付的先予执行。

与先予执行相关的问题是：(1)当事人是否可以在二审程序中提出先予执行的申请，最高人民法院《若干解释》对此没有作出规定，法院可以参照《民事诉讼法》的规定执行。(2)先予执行之后，如原告申请撤诉，法院应当审查先予执行在原告撤诉之后是否产生不利于公共利益或者第三人合法权益的影响。如是，则应当裁定不准许撤诉。

## 第五节 诉讼中止与诉讼终结

### 一、诉讼中止

诉讼中止是在行政诉讼过程中，因出现当事人意志以外的原因导致诉讼不能正常进行下去时需要诉讼中止，待这些原因消失之后再恢复诉讼。引起诉讼中止的原因主要有：

#### (一) 当事人原因

当事人原因大致有：(1)原告死亡，须等待其近亲属表明是否参加诉讼的意愿；(2)原告丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人；(3)作为一方当事人的行政机关、法人或者其他组织终止，尚未确定职权承受人；(4)一方当事人因不可抗力事由不能参加诉讼。如在周筱赆诉中华人民共和国铁道部政府信息公开告知案中，法院认为：

“在本案审理周筱赆诉中华人民共和国铁道部政府信息公开告知一案过程中，第十二届全国人民代表大会第一次会议决定批准国务院机构改革和职能转变方案，该方案‘不再保留铁道部’，故根据最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第五十一条第一款第七项之规定，裁定如下：本案中止诉讼。”<sup>[27]</sup>

#### (二) 案件所涉原因

案件本身也会产生诉讼中止的原因：(1)案件涉及法律适用问题，需要送请有权机关作出解释或者确认的。在这里，“案件涉及法律适用问题”不宜作过宽的解释，应当限于《立法法》规定必须送有关机关确认或者解释之情形；否则，它有可能

[27] 北京市第一中级人民法院《行政裁定书》([2013]一中行初字第192号)。

成为法院随意中止诉讼的理由。(2)案件的审判须以相关民事、刑事或者其他行政案件的审理结果为依据,而相关案件尚未审结。

## 二、诉讼终结

诉讼终结是指正在进行的行政诉讼中出现了诉讼不能继续且又不能恢复,或者诉讼继续进行已经没有意义的情形时,由法院裁定结束诉讼。引起诉讼终结的情形:

### (一) 放弃诉讼权利

放弃诉讼权利的情形主要有:(1)原告死亡,没有近亲属或者近亲属放弃诉讼权利;(2)作为原告的法人或者其他组织终止后,其权利义务的承受人放弃诉讼权利。

### (二) 无人继续诉讼

因中止诉讼中当事人原因中的第(1)种情形,在中止诉讼满90日仍无人继续诉讼的,法院裁定终结诉讼。

## 第六节 诉的合并与诉的追加

### 一、诉的合并

《行政诉讼法》第26条规定:“当事人一方或双方为二人以上,因同一具体行政行为发生的行政案件,或者因同样的具体行政行为发生的行政案件、人民法院认为可以合并审理的,为共同诉讼。”根据这一规定,诉的合并主要有两种情形:

#### (一) 诉讼主体合并

1. 必要的共同诉讼。两个以上的原告(如治安行政处罚中加害人与受害人共同起诉治安处罚决定)和两个以上的被告(如两个以上的行政机关共同作出一个行政行为),它们之间具有不可分离性,法院必须合并审理,称之为必要的共同诉讼。如在赵传义、赵泽润诉重庆市人民政府房屋管理行政复议决定(渝府复[2000]173号)上诉案中:

“赵传义、赵泽润对重庆市人民政府作出的同一个行政复议决定提起诉讼,但是,一审法院却分别作出(2001)高法行初字第2号行政判决书和(2001)高法行初字第4号行政判决书。对此,最高人民法院认为,赵传义和赵泽润不服重庆市人民政府作出的渝府复[2000]173号复议决定,向重庆市人民法院提起行政诉讼,是因同一具体行政行为引起的行政诉讼,属必要的共同诉讼,人民法院必须合并审理。而重庆市人民法院作为两个案件立案受理,并分别作出判决,属违反法定程序。由于一审法院未将两个案件合并审理,并且分别作出判决,导致两案遗漏了必须参加诉讼的当事人,即(2001)渝高法行初字第2号行政判决(原告赵传义)遗漏了必须参加诉讼的当事人赵泽润,(2001)渝高法行初字第4号行

政判决(原告赵泽润)遗漏了必须参加的当事人赵传义,还造成重庆市人民政府作出的一个复议决定——渝府复[2000]173号复议决定被撤销两次。”<sup>[28]</sup>

2. 普通的共同诉讼。两个以上的行政机关依照不同的法律规定对同一行政相对人作出行政行为,或者行政机关基于同一事实对两个以上的行政相对人作出行政行为,行政相对人对此行政行为提起行政诉讼的,法院可以根据需要进行合并审理,称之为普通的共同诉讼。

### (二) 诉讼客体合并

诉讼客体合并是指若干个被诉行政行为由法院合并同一程序中审理。最高人民法院《若干解释》第46条规定:“有下列情形之一的,人民法院可以决定合并审理:(1)两个以上行政机关分别依据不同的法律、法规对同一事实作出具体行政行为,公民、法人或者其他组织不服向同一法院起诉的;(2)行政机关就同一事实对若干公民、法人或者其他组织分别作出具体行政行为,公民、法人或者其他组织不服分别向同一法院起诉的;(3)在诉讼过程中,被告对原告作出新的具体行政行为,原告不服向同一法院起诉的;(4)人民法院认为可以合并审理的其他情形。”

## 二、诉的追加

在被告收到起诉状副本之后,原则上不允许原告追加新的诉讼请求,以保证被告答辩权的行使。最高人民法院《若干解释》第45条规定:“起诉状副本送达被告后,原告提出新的诉讼请求的,人民法院不予准许,但有正当理由的除外。”最高人民法院《行政赔偿规定》第2款规定:“行政案件的原告可以在提起行政诉讼后至人民法院一审庭审结束前,提出行政赔偿请求。”这一规定可以看作是一个例外情形。

## 第七节 司法建议与移送材料

### 一、司法建议

《行政诉讼法》第65条第4项规定,行政机关拒绝履行判决、裁定的,第一审人民法院可以:“向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议。接受司法建议的机关,根据有关规定进行处理,并将处理情况告知人民法院。”司法建议除了适用上述情形外,还可以适用:(1)建议行政机关实施某种活动,以维持现存正常的法律秩序。如在杜文亚与登封市人民政府等颁发集体土地使用证纠纷上诉案中,法院认定:

[28] 李国光主编:《行政执法与行政审判参考》2001年第2辑(总第3辑),法律出版社2002年版,第241-251页。

“河南省高级人民法院作出(2008)豫法行终字第00133号行政判决书,判决驳回上诉,维持原判,并作出司法建议书,建议郑州市人民政府作出维持登封市人民政府为杜江伟颁发的00173号土地证的行为。郑州市人民政府于2008年8月5日作出郑政(复议)字[2006]063-2号行政复议决定书,认为第1218号民事判决书认定的本案争议土地上所建房产转让前系杜文乾与其妻共同财产,第三人通过买卖房产取得00173号土地证受法律保护,故被申请人根据第三人申请,注销杜文乾所持183号土地证,为第三人颁发00173号土地证符合法律规定。”〔29〕

(2)建议行政机关对违法活动采取查处等活动,以维护公共利益或者其他行政相对人的合法权益。如在周波等与志丹县城乡建设局规划管理办公室等许可行为及行政侵权赔偿纠纷上诉案中,法院认为:

“被上诉人所作出的行政许可行为认定事实清楚,遵循的程序合法,第三人未严格按照调整后的规划修建,在商业二楼顶西侧违规强行修建的三层的问题,本合议庭将按照有关规定向有关机关提出司法建议,针对违章建筑的影响程度责成有关部门依法处理或采取相应的补救措施。”〔30〕

司法建议对于被建议人不具有裁判文书那样的法效力,若行政机关依据司法建议作出行政行为,司法建议不是支持它合法性的规范依据。如在任鸣雷与安阳市龙安区规划建设局房产行政登记纠纷再审案中,法院认为:

“2007年5月15日龙安区规划建设局依据安阳市文峰区人民法院下达的司法建议书作出龙建(2007)16号决定书,该决定书属越权行政行为,故应予撤销。河南省人民检察院抗诉理由成立,一、二审判决适用法律错误,故应予撤销。”〔31〕

## 二、材料移送

《行政诉讼法》第56条规定:“人民法院在审理行政案件中,认为行政机关的主管人员、直接责任人员违反政纪的,应当将有关材料移送该行政机关或者其上一级行政机关或者监察、人事机关;认为有犯罪行为的,应当将有关材料移送公安、检察机关。”根据这一规定,法院负有移送案件材料的义务。本条适用时,应当注意如下几点:(1)移送原因是行政机关的主管人员、直接责任人员违反政纪或者有犯罪行为;(2)移送的是相关材料,而不是整个案卷。法院若认为原告的行为构成犯罪的,应当以主要证据不足,适用法律、法规错误,超越法定职权等为由撤销被诉行政行为,并司法建议行政机关移送司法机关处理。

〔29〕 河南省郑州市中级人民法院《行政判决书》([2010]郑行终字第173号)。

〔30〕 陕西省延安市中级人民法院《行政判决书》([2010]延中行终字第00024号)。

〔31〕 河南省安阳市中级人民法院《行政判决书》([2009]安行再终字第143号)。

## 第十七章 行政诉讼证据

### 第一节 证据的一般理论

#### 一、证据及其地位

##### (一) 证据的概念

证据是证明案件真实情况的一切事实。<sup>〔1〕</sup>依照体系解释的方法,《行政诉讼法》上的证据概念也可以作此解释。《行政诉讼法》第31条第2款规定:“以上证据经法庭审查属实,才能作为定案的根据。”《刑事诉讼法》第42条第3款和《民事诉讼法》第63条第2款亦有同样的规定。基于制定法的规定,证据可以分为作为“定案的根据”的证据和“非定案的根据”的证据。如当事人提交一份以欺骗手段获得的原始书证,可以证明本案中的一个事实,但因为该证据不具有合法性,故属于“非定案的根据”。与证据相关的概念有:

1. 证据材料。最高人民法院《行政诉讼证据规定》第54条规定:“法庭应当对经过庭审质证的证据和无需质证的证据进行逐一审查和对全部证据综合审查,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和生活经验,进行全面、客观和公正地分析判断,确定证据材料与案件事实之间的证明关系,排除不具有关联性的证据材料,准确认定案件事实。”依此规定,证据材料是法庭在听取当事人的质证后作出审核认定之前的各种可能与案件事实有关的证据形式。它如同制造某种产品的原材料,需要通过一定制造工艺程序之后才能实现从“原材料”到具有使用价值的“产品”转变。对证据而言,这一“制造工艺程序”就是当事人的质证和法庭的审核认定。证据材料由当事人、第三人在法定期限内提交法院。若未通过法庭的审核认定,当事人提供的证据材料就不是“证据”。如在朱韵彬与桐柏县人民政府土地行政管理纠纷上诉案中,法院认为:

“经对被诉的具体行政行为的合法性进行审查,桐柏县人民政府作出该被诉的具体行政行为时,没有履行告知程序,听取行政相对人的陈述、申辩,也未告知听证和举行听证,使用的证据材料未经过行政相对人的认证、质证,违背了行政行为作出的正当程序,剥夺了行

---

〔1〕 参见《刑事诉讼法》第42条第1款。



政相对人享有的合法权利,因此,被诉的具体行政行为程序违法,本院予以撤销。”〔2〕

2. 证据能力。即证据是否具有证明本案的待证事实“是否存在”的资格。它的核心内容是证据对案件事实认定的影响力,所涉及的是证据“资格”有与无的问题。如一份有关 A 的出租汽车上午 10 点停在某宾馆门前的证人证言,它没有“资格”证明 A 下午 3 点拒载乘客 B 的事实。在实务中,如在俞某诉某交通队不服行政处罚案中,法院认为:

“本案中,在无效证据足以反驳的情况下,被告证据‘交通民警执法记录’作为当时执勤交警对当时执法情况的记录,具有证据资格,能够证明涉案违法行为及处罚的相关情况。因此,本院确认原告在安康胡同南口存在违反交通信号灯指示行驶的违法行为。”〔3〕

在英美法上,与证据能力相似的概念是“证据可采性”。它所要解决的问题是,在交陪审团裁决事实之前,法官依据关联性、合法性之标准进行审查。凡通过法官审查的证据,即具有“可采性”,或者也可以称之为具有证据“资格”。

3. 证据效力。凡具有证据能力的证据必有证明效力,即它能在多大程度上证明本案待证事实“是否存在”,所涉及的是证据效力的大小或者强弱的问题。如最高人民法院《行政诉讼证据规定》第 64 条规定:“以有形载体固定或者显示的电子数据交换、电子邮件以及其他数据资料,其制作情况和真实性经对方当事人确认,或者以公证等其他有效方式予以证明的,与原件具有同等的证明效力。”有时,数个证据证明同一事实时,它们之间会存在不同的证明效力。如在张跃明与上海市公安局浦东分局交通警察支队行政处罚纠纷上诉案中,法院经审查后认为:

“被上诉人在原审提供的证据足以证明上诉人该时间、该地点存在违法停车的事实,上诉人认为上述证据系伪造应当提供证据加以证明。上诉人在二审中提供的两份书证上均没有出具证明单位加盖公章,证据的形式上存在瑕疵。同时停车记录的记载也并不规范,其证明力低于被上诉人在原审提交的证据,不足以推翻被上诉人证据证明力,也不足以证明上诉人二审主张的事实存在。所以本院对上诉人的上述主张及认为被上诉人的证据系伪造的观点,不予采信。”〔4〕

又如,在北京东方旭煜商贸有限公司诉海淀区劳动和社会保障局不履行送达法律文书职责案中争议焦点是,在被告海淀区劳保局邮寄送达的函件中,是否确实放置了相关文书。经对原告东方旭煜公司提交的证据 3 原件,与被告提交的证据 5 原件比对,双方提交的详情单为同一份单据的不同联,但均有邮局打印的重量 30 克的字样。因此,是否为空邮件袋可以通过称重对比进行判断。经当庭征得双方当事人同意,法院组织双方当事人到邮局,现场对邮件原件(已张贴详情单)进行称重。邮件中无任何物品时的重量为 28 克,放置一页《工伤认定结论通知书》后

〔2〕 河南省南阳市中级人民法院《行政判决书》([2011]南行终字第 31 号)。

〔3〕 王振清主编:《行政诉讼案例研究》(六),中国法制出版社 2010 年版,第 59 页。

〔4〕 上海市第一中级人民法院《行政判决书》([2008]沪一中行终字第 404 号)。

的重量为32克。邮局工作人员解释说,邮局对寄送的邮件称重时,尚未张贴详情单。因此,本案中详情单打印的30克重量,表明邮件不是空的。据此,法院认为:

“经在邮局现场称重,可以看出邮件袋内放置了物品与空邮件袋重量上存在明显差别;根据生活经验法则判断,标注有30克重量的邮件详清单,显然为放置了物品重量,故本院推定该证据证明效力高于原告、证人证言的效力,应予以确认。”〔5〕

再如,在戴来娣诉上海市公安局静安分局交通警察支队道路交通事故责任事故不予认定案中,法院认为:

“对小客车的行驶轨迹,证人胡元章证明小客车与原告的助动车沿胶州路由北向南同向行驶至新闸路过中心线后,突然右转弯与原告的助动车相撞。从实际看,发生此种情况的可能性很小,且此种说法也缺乏其他证据佐证,可信度不高,不予采信;而证人葛如伟、张红云证明小客车沿胶州路由南向北行驶至新闸路口左转弯时与沿胶州路由北向南直行过新闸路的原告相撞,此说法与现场图的记载相吻合,且可能性最大。相对其他证人证词和当事人陈述,具有明显优势,对此,应予采信。”〔6〕

## (二) 证据的地位

发现案件的事实真相,永远是证据的唯一任务。虽然证据是服务于诉讼目的的,没有自身的独立价值,但是没有证据,法律适用也就没有事实基础,诉讼也就无法展开了。

权利救济是行政诉讼的终极目的,行政诉讼的证据应当为实现这一诉讼目的服务。通过证据发现案件事实的“真相”,可以使权利人的权利获得法律的有效保障。我们有浓厚的实质正义的法律传统,发现案件事实的“真相”,不仅仅是为了程序正义,更重要的是回应来自法律传统的那种不可轻视的、更关注实体正义的诉求。

《行政诉讼法》设有“证据”一章,共计6个条文,最高人民法院《若干解释》对“证据”部分又作出了6个条文的法律解释,最高人民法院《行政诉讼证据规定》再作了80条的法律解释。上述制定法、司法解释的规定构成了行政诉讼证据规则体系。

## 二、证据特性

在行政诉讼中,法院不能代替行政机关认定案件事实,它只能审查行政机关已经认定的案件事实是否存在、确凿,如果不存在、不确凿,则可以作出撤销或者确认违法、无效的判决。因此,本质上行政诉讼是法院对行政机关认定事实的第一次判断所进行的“复查”。司法审查有限原则内容之一,在于要限制法院在“复查”行政机关认定事实的判断上无限扩张审查权,用自己的判断代替行政机关的判断,因

〔5〕 北京市海淀区人民法院《行政判决书》([2007]海行初字第00129号)。

〔6〕 上海市静安区人民法院《行政判决书》([2002]静行初字第13号)。

此,对于“判断余地”中的事实问题,法院的审查权不得介入。最高人民法院《行政诉讼证据规定》第39条规定:“当事人应当围绕证据的关联性、合法性和真实性,针对证据有无证明效力以及证明效力大小,进行质证。”本条规定中“关联性、合法性和真实性”直接与“证据有无证明效力以及证明效力大小”的问题有关,它是证据理论的核心内容。

### (一) 关联性

证据的关联性是指证据与本案待证事实之间具有某种内在的联系。此种“联系”客观上表现为证据能够证明本案某一事实的发生原因、发展条件以及后果等,具有一种不可推翻的“证明关系”。最高人民法院《行政诉讼证据规定》第54条规定:“法庭应当对经过庭审质证的证据和无需质证的证据进行逐一审查和对全部证据综合审查,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和生活经验,进行全面、客观和公正地分析判断,确定证据材料与案件事实之间的证明关系,排除不具有关联性的证据材料,准确认定案件事实。”本条中,“排除不具有关联性的证据材料”是证据关联性导出的一个必然结论。证据的关联性可以分为:(1)法律上的关联性,即该证据所指向的事实是行政诉讼中必须确认的“案件事实”;(2)事实上的关联性,即该证据能够证明某一“案件事实”。

### (二) 合法性

证据的合法性是指证据必须符合制定法的要求。最高人民法院《行政诉讼证据规定》第55条规定:“法庭应当根据案件的具体情况,从以下方面审查证据的合法性:(1)证据是否符合法定形式;(2)证据的取得是否符合法律、法规、司法解释和规章的要求;(3)是否有影响证据效力的其他违法情形。”由此可知,证据的合法性可以分为:(1)符合法定形式。证据的种类有书证、物证、视听资料、证人证言、当事人陈述、鉴定结论、勘验笔录、现场笔录等。对于前述证据种类,在当事人提交给法院时,应当符合法定形式的要求。如对于证人证言的形式要求,最高人民法院《行政诉讼证据规定》第13条作出如下规定:“(a)写明证人的姓名、年龄、性别、职业、住址等基本情况;(b)有证人的签名,不能签名的,应当以盖章等方式证明;(c)注明出具日期;(d)附有居民身份证复印件等证明证人身份的文件。”(2)获取证据的程序合法。现代证据法理论在证据合法性上采用较为宽松的法定主义,即并非所有违反程序取得的证据都必须排除。所以,最高人民法院《行政诉讼证据规定》第57条第1项规定,只有“严重违法法定程序收集的证据材料”,不能作为定案依据。(3)是否有影响证据效力的其他违法情形。这种违法情形主要是获取证据的手段侵犯了他人的合法权益,导致这一证据不能作为定案依据。如“以偷拍、偷录、窃听等手段获取侵害他人合法权益的证据材料”,“以利诱、欺诈、胁迫、暴力等不正当手段获取的证据材料”等。<sup>[7]</sup>

[7] 最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第57条第2、3项。

### (三) 真实性

证据的真实性,或称客观性是指证据必须是不以人的意志为转移的客观存在的事实。最高人民法院《行政诉讼证据规定》第56条规定:“法庭应当根据案件的具体情况,从以下方面审查证据的真实性:(1)证据形成的原因;(2)发现证据时的客观环境;(3)证据是否为原件、原物,复制件、复制品与原件、原物是否相符;(4)提供证据的人或者证人与当事人是否具有利害关系;(5)影响证据真实性的其他因素。”在实务中,如在重庆市铜梁县安居镇淘河村第五生产合作社与重庆市人民政府不予受理行政复议通知上诉案中,法院认为:

“根据《中华人民共和国行政诉讼法》第三十一条关于证据的规定及证据学原理,在没有外力影响的情况下,一方当事人提供的证据,对方当事人没有异议的,可以认定该证据的效力;其事后反悔的,非有充分证据,法庭不予支持。上诉人五社的法定代表人在一审庭审中陈述其于1996年4月知道铜府函[1994]137号文件内容,对方当事人对此无异议。在二审中,上诉人以其法定代表人年事高、听力差以及铜府函[1994]137号文未载明报送省国土局等为由,否定其法定代表人的陈述,但其未提供足以否定其法定代表人陈述的相应证据,对于上诉人请求撤销一审判决的主张,本院不予支持。”〔8〕

本案中,上诉人的法定代表人在一审陈述中表示他知道了铜府函[1994]137号文件内容,是其真实意思的表示。但在二审中上诉人提出它的法定代表人“年事高、听力差”,试图否定其在一审中的陈述。法院认为虽然它的法定代表人身体状况是事实,但这不影响其在一审中所作陈述真实性。

## 三、证据提交要求

### (一) 书证

书证是指用文字、图形、符号等记载或者表达于纸页等物体上的行为或者思想,可以证明案件事实的材料。〔9〕在行政诉讼中,常见的书证如行政处罚决定书、许可证书、不动产登记权属证书、各种票据等。书证若为原件,则为最佳证据,其他如副本、摹本等为补强证据。书证如为复印件,且对方当事人否认的,不具有证据效力。如在陈维垣诉遵义市工商行政管理局变更企业登记再审案中,法院认为:

“本案中,何超向登记机关提交了联营合同、联营兼并协议、出资转让协议和收条,用以证明原股东陈维垣、陈静将其股权全部转让给何超、余英。经查,联营合同和联营兼并协议并未提及股权转让事宜,不能作为股权转让的证明。出资转让协议虽载有股权转让内容,但系复印件,且对方当事人陈维垣一直予以否认,又无原件可供印证,其真实性、有效性明显存疑。”〔10〕

〔8〕 最高人民法院《行政判决书》([2002]行终字第3号)。

〔9〕 进一步阅读龙宗智:“论书面证言及其运用”,载《中国法学》2008年第4期;张永泉:“书证制度的内在机理及外化规则研究”,载《中国法学》2008年第5期。

〔10〕 最高人民法院行政判决书([2008]行终字第1号)。

最高人民法院《行政诉讼证据规定》第10条规定,提供书证原则上应当符合下列要求:“(1)提供书证的原件,原本、正本和副本均属于书证的原件。提供原件确有困难的,可以提供与原件核对无误的复印件、照片、节录本;(2)提供由有关部门保管的书证原件的复制件、影印件或者抄录件的,应当注明出处,经该部门核对无异后加盖其印章;(3)提供报表、图纸、会计账册、专业技术资料、科技文献等书证的,应当附有说明材料;(4)被告提供的被诉具体行政行为所依据的询问、陈述、谈话类笔录,应当有行政执法人员、被询问人、陈述人、谈话人签名或者盖章。”上述《行政诉讼证据规定》第10条是对书证要求的一般性规定,如法律、法规、司法解释和规章对书证的制作形式另有规定的,从其规定。

## (二)物证

物证是指能够证明案件事实的物品。物证品种繁多,依照案件具体情况不同而定。如在任荣炼与李正英土地登记行政纠纷上诉案中,法院认为:

“政府颁证应当程序合法,丈量准确,事实清楚。本案李正英在申请划新宅基时,提出造新拆旧,李正英家造好新宅基后,由于村委换届,村委会并未将旧房屋拆除,故李正英作为房屋所有权人享有诉权;任荣炼东边紧邻盖有一座房屋的客观事实与任荣炼土地证上标示东边是2.5米出路的图示不符,且该证导致任荣炼北边的土地出路极为狭窄(从一审现场勘验图和现场实际状况看),使该块土地无法规划其他人正常使用。综上,政府颁证程序违法,认定事实不清,应当撤销。”<sup>[11]</sup>

本案中,“旧房屋”、“任荣炼东边紧邻盖有一座房屋”都属于本案的物证。这些物证证明土地证上标示的图在内容与客观实际情况不一致,法院从而得出本案事实不清的结论。最高人民法院《行政诉讼证据规定》第11条规定,提供物证原则上应当符合下列要求:“(1)提供原物。提供原物确有困难的,可以提供与原物核对无误的复制件或者证明该物证的照片、录像等其他证据;(2)原物为数量较多的种类物的,提供其中的一部分。”在个案中,当事人提供“一部分”物证时,必须证明它与“种类物”之间有不可分割的内在联系,否则,这“一部分”物证不具有证据能力。

## (三)视听资料

视听资料是指能够证明案件事实的录音、录像等信息资料。<sup>[12]</sup>作为一种独立证据的视听资料,它是证据制度受到现代科学技术影响的产物之一。在实务中,它因具有较高的客观性而被广泛使用。如在陈某某与杭州市道路运输管理局行政处罚纠纷上诉案中,法院认为:

“原审判决对证据的采信无误,上诉人认为被上诉人2010年9月16日对其所作询问笔录不具有真实性,但其对被上诉人提供的现场视听资料的真实性并无异议,经查,上述询

[11] 河南省新乡市中级人民法院《行政判决书》([2009]新行终字第82号)。

[12] 进一步阅读柯昌信:“刑事证据视听资料论”,载《中国法学》1996年第5期。

问笔录中的内容在视听资料中基本均有体现,故其仅就询问笔录真实性所提异议不能成立;对于上诉人原审提供的杭州市滨江区长河街道江一社区居民委员会及曾秋波提供的证明,其与被上诉人提交的视听资料所反映的内容不尽一致,鉴于相关视听资料系事发现场制作,当事人对相关利益无暇予以充分考量,故其一般而言证明效力更高,据此,原审法院对上诉人提供的上述证据不予采信并无不当。根据予以采信的证据,可以确认原审法院查明的事实存在。”<sup>[13]</sup>

电子证据是一种新类型的证据,由于它的特征比较接近于视听资料,我们将它归入其中加以讨论。最高人民法院《行政诉讼证据规定》第64条规定:“以有形载体固定或者显示的电子数据交换、电子邮件以及其他数据资料,其制作情况和真实性经对方当事人确认,或者以公证等其他有效方式予以证明的,与原件具有同等的证明效力。”实务中,如在白理成不服西安市公安局交通管理支队高速公路大队行政处罚附带行政赔偿案中,法院认为:

“被告在丈八东路全程设置限制机动车速度的标志,符合法律规定。交通技术监控记录资料所形成图片,详尽显示了原告车辆的违法时间、地点和速度(59km/h),该证据科学真实,合法有效,客观反映了所监控车辆的行驶状态。被告据此所作处罚决定认定事实清楚,原告称其查看录像,无法确认自己车辆的行驶速度,认为被告认定的违法事实不清的理由,依法不能成立。”<sup>[14]</sup>

最高人民法院《行政诉讼证据规定》第12条规定,提供视听资料原则上应当符合下列要求:“(1)提供有关资料的原始载体。提供原始载体确有困难的,可以提供复制件;(2)注明制作方法、制作时间、制作人和证明对象等;(3)声音资料应当附有该声音内容的文字记录。”此为提供视听资料的一般性规定。如制定法上另有特别规定,从其规定。

#### (四) 证人证言

证人证言是指证人就知道的案件事实所作的陈述。证人,即知道案件事实的个人。他是因亲身感受而知道案件事实的人,当事人、鉴定人、到庭就专业问题作出说明的专家等都不属于这里的“证人”,但在法定条件下,原告或者第三人可以要求本案的相关执法人员作为证人出庭作证。证人对案件事实所作的陈述通过笔录加以固定之后成为证人证言。除法定情形外,凡是知道案件事实的人都有出庭作证的义务。但是,如果证人拒绝出庭作证,仅仅影响他先前所作“证人证言”的证据效力;如果他不愿提供“证人证言”,并无法律规定法院有权强制证人出庭作证。实务中,证人不愿作证具有普遍性,原因可能与我们这个“熟人社会”有关,且国家尚无成熟的证人安全保护制度,使证人对出庭作证之后可能招致的不测心存余悸。<sup>[15]</sup>

[13] 浙江省杭州市中级人民法院《行政判决书》([2011]浙杭行终字第29号)。

[14] 陕西省西安市雁塔区人民法院《行政判决书》([2006]雁行初字第013号)。

[15] 进一步阅读王亚新等:“证人出庭作证的一个分析框架”,载《中国法学》2005年第1期。

最高人民法院《行政诉讼证据规定》第13条规定,提供证人证言原则上应当符合下列要求:“(1)写明证人的姓名、年龄、性别、职业、住址等基本情况;(2)有证人的签名,不能签名的,应当以盖章等方式证明;(3)注明出具日期;(4)附有居民身份证复印件等证明证人身份的文件。”若不符合上述规定的,法院可不予采信。实务中,如在韩健与乌鲁木齐市城市客运统管办公行政处罚纠纷上诉案中,法院认为:

“被上诉人客运统管办认定上诉人韩健属非法营运的证据是证人李娟(即上文所称女士)的证言及韩健本人的陈述,而作为主要证人李娟的身份既无身份信息记载,又无法对其身份予以核实,且其亦无出庭;而韩健本人的陈述并未认可非法营运的事实,因此,被上诉人客运统管办在作出认定上诉人韩健非法营运的事实的证据上存在瑕疵,故所作出处罚的依据不足。原审认定事实不清,处理欠妥,应予以纠正。”〔16〕

#### (五)当事人陈述

当事人陈述是指当事人(原告、被告和第三人)就案件的事实向法院所作的陈述。当事人的地位可能使他对案件事实的了解最为直接、具体,因此,它最有助于法院了解、认定案件事实。但是,由于当事人与裁判结果之间存在利害关系,所以当事人陈述往往具有夸大或者缩小案件事实的情况,以达到自身利益最大化,对此,法院在审查认定时不可不辨。当事人对于法律适用问题的认识,不属于“当事人陈述”。

当事人“自认”是当事人陈述的一种情形,除有相反证据足以推翻外,法院可以予以直接认定。“自认”具有补强另一方当事人陈述的证据效力,在实务中并不少见。如在陈善模诉重庆市黔江区国土资源和房屋管理局颁发房地产权证纠纷案中,法院认为:

“同时在庭审中,被告黔江区国土局列举的法律依据是《重庆市土地房屋权属登记条例》第三十三条、第三十四条第一款、第三十五条和第三十六条。而该第三十四条第一款和第三十五条是分别针对土地房屋权属转移变更登记和土地房屋非权属转移变更登记的行为而作的规定,由此可以认定被告已自认其向第三人所颁发的00159号证的行为是土地房屋权属转移变更登记,向第三人所颁发的01883号证的行为是土地房屋非权属转移变更登记。”〔17〕

#### (六)鉴定结论

鉴定结论是指鉴定机构或者具有专业知识的人对专业性问题作出的书面结论。如《医疗事故处理条例》第25条规定:“专家鉴定组进行医疗事故技术鉴定,实行合议制。专家鉴定组人数为单数,涉及的主要学科的专家一般不得少于鉴定组成员的二分之一;涉及死因、伤残等级鉴定的,并应当从专家库中随机抽取法医

〔16〕 新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院《行政判决书》(〔2010〕乌中行终字第18号)。

〔17〕 重庆市彭水苗族土家族自治县人民法院《行政判决书》(〔2010〕彭法行初字第53号)。

参加专家鉴定组。”此外,鉴定结论的类别还有文书鉴定、会计鉴定等。鉴定结论的来源有:(1)由当事人在行政程序中委托鉴定机构所作的鉴定结论;(2)由法院在诉讼程序中委托鉴定机构所作的鉴定结论。对于前者,须经法院审查之后才能确定它的证据效力。如在内蒙古自治区达拉特旗解放滩乡海子湾村梅令湾社诉内蒙古自治区达拉特旗人民政府土地确权抗诉案中,法院查实:

“1997年6月10日,内蒙检察院、伊盟中院和内蒙林科院派员(其他当事人未参加)在梅令湾社社员家中采集5株红柳,送内蒙林科院对红柳生长年限进行鉴定,鉴定认定:红柳已挖出多年。根系侧根发达,主根不明显,是扦插或压条无性繁殖的树木。通过解剖镜观测年轮数,其树木基茎断面边材木质部腐朽处无法查实,能查到的年轮数分别是20年2株,19年的2株,17年的1株。此次鉴定虽有部分红柳生长年限已满20年,但是采集样品时其他当事人或者代理人均未到场,既不能证明采集的红柳样品系争议地上生长的,亦不能证明红柳样品系梅令湾社所栽植,且鉴定结论并未排除送检红柳系扦插树木,如果是扦插树木,在扦插之前至少还有1年的生长期,故此次鉴定亦不予采信。”<sup>[18]</sup>

最高人民法院《行政诉讼证据规定》第14条规定,提供鉴定结论原则上应当符合下列要求:“被告向人民法院提供的在行政程序中采用的鉴定结论,应当载明委托人和委托鉴定的事项、向鉴定部门提交的相关材料、鉴定的依据和使用的科学技术手段、鉴定部门和鉴定人鉴定资格的说明,并应有鉴定人的签名和鉴定部门的盖章。通过分析获得的鉴定结论,应当说明分析过程。”在实务中,如果鉴定人资格不符合法律规定的要求,该鉴定结论法院将不予采信。如在丰浩江等人诉广东省东莞市规划局房屋拆迁行政裁决纠纷案中,法院认为:

“由于作出《评估报告》的两位评估人员中有一位不具备法定评估资格,且评估人员既未对委托方房地产开发公司提供的资料进行审核,亦未能依法取证证明其所采纳的租金标准,在程序上存在严重违法。东莞市规划局在未依法对该《评估报告》的上述事项进行审核的情况下,即采纳其作为行政裁决的依据,应认定为裁决的证据不足,依法应予撤销。《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第六十二条规定:‘对被告在行政程序中采纳的鉴定结论,原告或者第三人提出证据证明有下列情形之一的,人民法院不予采纳:(一)鉴定人不具备鉴定资格;(二)鉴定程序严重违法……’据此,原审法院采纳该《评估报告》中的评估结论不妥,属适用法律错误;同时,原审法院以该《评估报告》作为认定被诉行政裁决合法的定案根据,属认定事实不清。”<sup>[19]</sup>

#### (七) 勘验笔录、现场笔录

勘验笔录是指行政机关对现场、物品进行勘查、检验时所制作的书面记录。与视听资料不同的是,勘验笔录是一种事后的书面记录。如实记录是勘验笔录的基本要求,因而与鉴定结论不同,它排除了勘验人员的主观分析。有瑕疵的勘验笔录并非当然没有证据效力,法院需要结合具体案件加以综合判断。如在徐震乾与沈

[18] 最高人民法院《行政判决书》([1999]行再字第1号)。

[19] 《最高人民法院公报》2004年第7期。



阳市公安局棋盘山风景旅游开发区分局等治安行政处罚纠纷上诉案中,法院认为:

“关于程序方面,上诉人对此不持异议,但提出询问付洪伟的笔录与现场勘查笔录同是一个人制作、但笔体不一致,询问笔录是伪造的。经审查,上述笔录笔体不一致问题确实存在,但询问笔录的确是办案人员亲笔,勘验笔录也是公安人员对现场勘验情况的追记,并非故意伪造事实,属于公安机关办案有瑕疵,并未影响对违法事实的认定,尚不足以认定严重违法法定程序,进而导致撤销被诉行政处罚决定。”〔20〕

现场笔录是指行政机关在执法现场当场制作的能够证明案件事实的书面记录。“现场”在这里是指:(1)笔录内容是案件发生之时的情况;(2)笔录形成于“当场”。最高人民法院《行政诉讼证据规定》第15条规定,提供证人证言原则上应当符合下列要求:“被告向人民法院提供的现场笔录,应当载明时间、地点和事件等内容,并由执法人员和当事人签名。当事人拒绝签名或者不能签名的,应当注明原因。有其他人在现场的,可由其他人签名。法律、法规和规章对现场笔录的制作形式另有规定的,从其规定。”原告对现场笔录提出异议的,法院应当依职权查明。如在尹某培诉深圳市某场监督管理局宝安分局行政处理决定纠纷案中,法院认为:

“关于原告主张被告在执法过程中存在执法人员假冒签名的问题,被告亦对法律文书中‘张某某’系他人签名的行为并无异议。本院认为,虽然张某某的签名系他人代签,但根据深圳市宝安区某治街道办事处出具的《证明》以及被告作出的3月25日《现场笔录》,均证明事发当日执法人员张某某、王某科同时在执法现场进行执法,该执法过程原告在《现场笔录》上签名确认,因此可以认定被告的行政执法行为系两名执法人员作出,张某某系现场执法人员之一,该代签行为属执法程序瑕疵,并不影响行政程序的整体效力。”〔21〕

#### (八) 特别证据

1. 域外证据。当事人向法院提供的在中华人民共和国领域外形成的证据,应当说明它来源,经所在国公证机关证明,并经中华人民共和国驻该国使领馆认证,或者履行中华人民共和国与证据所在国订立的有关条约中规定的证明手续。当事人提供的在中华人民共和国香港特别行政区、澳门特别行政区和中国台湾地区内形成的证据,应当具有按照有关规定办理的证明手续。实务中,没有上述法定手续,该证据法院将不予采信。如在上海奥斯本畜牧技术有限公司诉国家知识产权局专利复审委员会实用新型专利无效行政纠纷案中,法院认为:

“对于附件2.4.2,由于奥斯本公司未提交附件2.4.2的中文译文,因此该附件视为未提交;且其属于域外证据,而未履行公证认证手续,因此该附件不能作为证据使用。”〔22〕

2. 外文书证。当事人向法院提供外文书证或者外国语视听资料的,应当附有

〔20〕 辽宁省沈阳市中级人民法院《行政判决书》([2006]沈行终字第186号)。

〔21〕 广东省深圳市宝安区人民法院《行政判决书》([2010]深宝法行初字第102号)。

〔22〕 北京市第一中级人民法院《行政判决书》([2010]一中知行初字第1543号)。

由具有翻译资质的机构翻译的或者其他翻译准确的中文译本,由翻译机构盖章或者翻译人员签名。在实务中,当事人不依照此规定提供的外文书证,法院将视为未提交该证据。如在富若利莱姆科有限公司诉中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会商标行政纠纷案中,法院认为:

“富若利公司提交的财务售货记录、Hemis Furniture Ltd. 向富若利公司汇款的银行单据、传真确认函等材料属于外文书证,但均未附有中文译文,应视为该部分证据未提交。因此,富若利公司的证据不能证明其与美合源公司之间形成了商标代理或经销、代理等销售代理关系,富若利公司关于美合源公司抢注其作为被代理人的商标的主张缺乏事实依据,不能成立。”<sup>[23]</sup>

3. 保密证据。证据若涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的,当事人应当在证据材料上作出明确标注,并向法庭说明,法庭予以审查确认。当事人若主张因属保密证据不提供给法院的,应当承担不提供证据的不利后果。保密证据仅仅是要求当事人不得在庭审时公开出示,法院是有权得知并予以审查的。如在肇庆外贸公司诉肇庆海关海关估价行政纠纷案中,法院认为:

“被上诉人肇庆海关据以提出价格质疑和确定估价所引用的相同型号规格集成电路的价格资料,来源于其他企业的进口价格,事涉其他企业商业秘密。《海关审价办法》第三十八条规定:‘海关对于买方、卖方或贸易相关方提供的属于商业秘密的资料予以保密。’最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第三十七条规定:‘涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据,不得在开庭时公开质证。’一审对肇庆海关提交的这部分海关负有保密义务的证据不公开质证,处理正确。上诉人肇庆外贸公司、翱思科技公司认为此举违反法定程序,理由不能成立。”<sup>[24]</sup>

## 第二节 举证责任及其分配

### 一、举证责任原理

#### (一) 举证责任概念

举证责任是指当事人对自己提出的主张有提供证据,以证明所主张的案件事实成立或有利于自己主张的一种责任。这种“责任”就其性质而言,可以用“败诉

[23] 北京市第一中级人民法院《行政判决书》([2011]一中知行初字第580号)。

[24] 《最高人民法院公报》2006年第5期。

风险”〔25〕“负担”、“义务”〔26〕甚至“权利”〔27〕加以诠释。如《行政诉讼法》第32条规定：“被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。”此为规定行政诉讼被告举证责任的法规范。在举证责任分配规则之下，如果穷尽了所有依职权调查手段之后，案件事实仍然处于真伪不明状态，法院就应当依照举证责任分配规则作出裁判，即承担举证责任一方所提供的证据尚不能使案件事实真伪分明的，应当承担败诉后果。从这个意义上说，法院没有不能作出裁判的案件。

## （二）行政诉讼中的举证责任

举证责任并非归于一方当事人，不同诉讼类型之间的差异性，也影响到举证责任在当事人之间的不同分配，并确定了法院裁判当事人胜或败诉的基本规则。举证责任的核心内容是“谁主张，谁举证”。这在民事诉讼中是合理的，但在刑事诉讼、行政诉讼中若采用“谁主张，谁举证”，那么非国家一方当事人在诉讼中可能会处于十分不利的状态。所以，在刑事诉讼中，因为代表国家的检察机关是强者，应当承担举证责任，作为被告的个人在例外情况下才需要承担举证责任，“无罪推定原则”因此得以确立；在行政诉讼中，也因为代表国家的行政机关是强者，应当承担举证责任；作为原告的行政相对人在例外情况下才需要承担举证责任，“违法推定原则”因此得以确立。违法推定具有可反驳性，即被告可以尽其所能基于它已经获得的证据进行质辩、反驳，以推翻“违法推定”的结论。若在诉讼程序结束时，被告未能推翻“违法推定”的结论，则“违法推定”所得结论在法律上成立。

在行政诉讼中，法院审查支撑被诉行政行为合法性的证据，是被告在行政程序中已经收集的，且作为定案的证据，所以，行政诉讼的事实审查应当遵循“案卷排它主义”。由此，确立被告对被诉行政行为合法性负举证责任，体现了行政诉讼具有保护弱者、追求法律实质平等的法治精神：它要求行政机关遵守“先取证、后裁决”程序规则。因行政程序中行政机关与相对人地位的差异，行政相对人收集证据的能力弱，且政府信息公开程度低，通过被告对被诉行政行为合法性负举证责任的规则，可以提升行政相对人在行政诉讼中的“诉讼能力”。

---

〔25〕 最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第1条规定：“根据行政诉讼法第三十二条和第四十三条的规定，被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当在收到起诉状副本之日起十日内，提供据以作出被诉具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件。被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的，视为被诉具体行政行为没有相应的证据。”

〔26〕 最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第9条规定：“根据行政诉讼法第三十四条第一款的规定，人民法院有权要求当事人提供或者补充证据。对当事人无争议，但涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实，人民法院可以责令当事人提供或者补充有关证据。”

〔27〕 最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第7条规定，“原告逾期提供证据的，视为放弃举证权利”。

## 二、被告举证责任

### (一) 举证对象

《行政诉讼法》第32条规定：“被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。”由此可以确定，行政诉讼被告举证所要证明的对象是被诉的“具体行政行为”，即诉讼客体，而“具体行政行为”违法性是行政诉讼标的，是审判权所指向的对象，受到行政诉讼裁判既判力的拘束。

### (二) 举证期限

最高人民法院《若干解释》第26条规定：“在行政诉讼中，被告对其作出的具体行政行为承担举证责任。被告应当在收到起诉状副本之日起10日内提交答辩状，并提供作出具体行政行为时的证据、依据。”根据这一规定，被告举证期限为10日，即在被告收到法院送达的起诉状副本之日起10日之内，向法院提交答辩状和作出行政行为时的证据、依据。因没有特别规定，故举证期限10日应当包括法定节假日。<sup>[28]</sup>关于被告举证期限的规定中，有两个问题需加叙明：(1)被告如对管辖权有异议的，应当在此举证期限内提出；如果异议被法院驳回，则举证期限计算是从被告收到驳回通知书之日起10日之内。(2)对诉讼客体之外的诉讼事项争议，如原告起诉期限等，原则上应与原告一样，被告举证期限应为一审庭审之前。

在被告作出被诉行政行为之后到原告起诉之前，若被告取得了可以支持被诉行政行为合法性的证据，依照《行政诉讼法》和最高人民法院《若干解释》规定的原则、精神是应当排除的，但实务中，被告这种做法有时也会被法院认可、采纳。如在项雅仙等诉余姚市房地产管理局案中，法院认为：

“被上诉人在拆迁人未依法取得建设用地批准文书，仅凭用地联系单进行审批，程序存在不当之处，但事后第三人已采取了补救措施，在原告起诉前已依法取得了用地批准文书，且用地批准文书与拆迁范围相一致。……因此，上诉人上诉要求撤销被上诉人的房屋拆迁许可证请求理由不足，本院不予支持。”<sup>[29]</sup>

### (三) 举证内容

关于被告举证的内容，《行政诉讼法》规定为“证据和所依据的规范性文件”，最高人民法院《若干解释》规定为“证据、依据”，最高人民法院《行政诉讼证据规定》规定为“全部证据和所依据的规范性文件”。上述《行政诉讼法》和最高人民法院的两个司法解释都把被告举证的内容扩大到了涉及法律问题的“规范性文件”，并不妥当。虽然这样的规定可能有利于原告在庭审时找到攻击的目标，但从举证

[28] 进一步阅读李浩：“举证时限制度的困境与出路——追问证据失权的正义性”，载《中国法学》2005年第3期。

[29] 浙江省宁波市中级人民法院《行政判决书》（[2004]甬行终字第4号）。

责任角度看是不科学的。被告举证的内容应当仅限于与事实问题有关的“证据”。

#### (四) 未在法定期限内举证的后果

最高人民法院《行政诉讼证据规定》第1条规定：“被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的，视为被诉具体行政行为没有相应的证据。”此为法律拟制条款，即法律规定的事实一旦出现之后，相应的法律后果即为法律所认可，当事人无须提供其他相关证据支持。如在陈莉诉徐州市泉山区城市管理局行政处罚案中，法院认为：

“被告城市管理局在收到原告起诉状副本后的法定期限内，未向法庭提交暂扣原告陈莉物品的证据和依据，依照《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》第二十六条规定，应认定该暂扣行为无证据和依据，属于违法行政行为，应予撤销。城市管理局应返还违法扣押陈莉的海尔314型冰柜1台、遮阳伞1把。违法暂扣的手推车和冰柜内的食品、饮料也应予以返还；但鉴于城市管理局现在已无法返还手推车和冰柜内的食品、饮料，故应予折价赔偿。”〔30〕

本案中，因被告在法定期限内未举证，法院十分明确地推定被告的暂扣行为没有证据和依据。又如，在点头隆胜石材厂不服福鼎市人民政府行政扶优扶强措施案中，法院认为：

“本案被告福鼎市人民政府收到起诉状副本后，在法定期限内仅提交了答辩状，没有提供作出鼎政办〔2001〕14号文件的事实根据和法律依据，不能证明该文件是合法的，依法应予撤销。”〔31〕

被告若没有在法定举证期限内提供“规范性文件”，最高人民法院《行政诉讼证据规定》第1条并没有规定不利于被告的法律后果，故应当认为这对被诉行政行为的合法性不产生影响。在最高人民法院《行政诉讼证据规定》实施之后，实务中法院也是这样处理的。如在朱惠娟等诉上海市浦东新区建设和交通委员会行政拆迁案中，法院认为：

“另被上诉人未在收到起诉状副本之日起10日内提供作出具体行政行为所依据的规范性文件，确有不妥，但本院注意到，被上诉人作出具体行政行为所依据的拆迁规范已在《房屋拆迁裁决书》上详细并明确载明，且该些拆迁规范均向社会公开，故两上诉人以此为由请求撤销被诉拆迁裁决，本院难以支持。”〔32〕

最高人民法院《行政诉讼证据规定》第1条所确立的规则，如果不考虑任何例外，则可能会给国家、集体和第三人造成合法权益的损害，所以，它需要由“责令当事人补充证据”和“法院依职权调取证据”两项规则加以补充。如最高人民法院《行政许可规定》第8条规定：“被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的，与被

〔30〕 《最高人民法院公报》2003年第6期。

〔31〕 《最高人民法院公报》2001年第6期。

〔32〕 上海市第一中级人民法院《行政判决书》（〔2010〕沪一中行终字第234号）。

诉行政许可行为有利害关系的第三人可以向人民法院提供;第三人对无法提供的证据,可以申请人民法院调取;人民法院在当事人无争议,但涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的情况下,也可以依职权调取证据。”

#### (五) 正当理由

最高人民法院《行政诉讼证据规定》第1条第2款规定:“被告因不可抗力或者客观上不能控制的其他正当事由,不能在前款规定的期限内提供证据的,应当在收到起诉状副本之日起十日内向人民法院提出延期提供证据的书面申请。人民法院准许延期提供的,被告应当在正当事由消除后十日内提供证据。逾期提供的,视为被诉具体行政行为没有相应的证据。”根据这一规定,被告若有正当事由延期提供证据的,那么,应当向法院履行提交书面申请的义务,以便获得法院的准许。在这里,如何解释“正当理由”,事关上述条款立法目的的实现。

在实务中,被诉行政行为所涉的卷宗被盗,导致行政机关不能在法定期限内提交证据的,可以成为“正当事由”之一。如在张锦生诉启东市运输管理所交通行政强制措施案中,法院认为:

“根据最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》之规定,被告因行政执法卷宗被盗而无法提供原始证据材料,属客观上不能控制的正当事由。”<sup>[33]</sup>

但是,如下情形不属于“正当事由”:(1)其他单位未移交档案。因行政职权发生承继时,与承继职权相关的行政档案也应当一并移交。但是,被告如果以“其他单位未移交档案”为由,不在法定期限内提交证据的,在行政诉讼中不能以此作为“正当事由”抗辩。如在唐林明与唐具成土地行政登记纠纷上诉案中,法院认为:

“安阳县政府作为颁证单位对颁证依据的材料具有保管义务,其称因土地档案原由乡镇保管,行政区划调整后该地块又因划出安阳县辖区范围而未移交收到档案,因而不能在法定期限内提供证据,该理由系其内部档案管理交接问题,以此来作为不按期举证的正当事由与法无据,不予支持。”<sup>[34]</sup>

(2)行政机关的经办人出国。案件经办人的变动或者出国,可能影响被告答辩工作的交接、效率,但这不是被告可以在法定期限之外提交证据的“正当事由”。如在顾某诉上海市城市规划局案中,法院认为:

“被告以经办人员出国为延期举证的正当理由,该事项不属于不可抗力或客观上不能控制的正当理由,延期举证的理由不成立。被告依法本应承担逾期举证的全部法律后果,但考虑到本案被告作出的规划建设许可行政行为的特点,其利益不但涉及本案当事人,还涉及案外的其他众多行政相关人,因此在被诉具体行政行为经审查基本合法的前提下,在责令被告承担逾期举证法律后果的同时,从平等、公正维护各方利益的角度出发,必须考虑或者尽可能避免不因被告在诉讼中的举证过失,去危及甚至损害其他行政相对人或相关人

[33] 江苏省启东市人民法院《行政判决书》([2005]启行初字第0029号)。

[34] 河南省安阳市中级人民法院《行政判决书》([2009]安行终字第16号)。

的合法权益。”<sup>[35]</sup>

本案中,法院对案件所涉的被诉行政行为进行了整体的评估,虽然最后作出了驳回原告诉讼请求的判决,但法院还是确认了“行政机关的经办人员出国”不是可以延期举证的法定事由。

#### (六) 起诉期限的争议

对原告起诉的法定期限,若被告有异议的,应当承担举证责任。之所以设置这一举证规则,是因为法律规定被告在作出行政行为时负有告知行政相对人的义务,因此,一旦发生原告起诉是否超过法定期限的争议,被告可以将履行这一义务的证据(如送达回证)提供给法庭,即可证明原告起诉是否已经超过法定期限的事实。

#### (七) 第三人提供证据

原则上,第三人提供的证据不能成为证明被告作出被诉行政行为合法性的证据。若允许,则最高人民法院《若干解释》第26条的规定将可能成为具文。例外情况限于最高人民法院《若干解释》第28条规定的范围,即“(1)被告在作出具体行政行为时已经收集证据,但因不可抗力等正当事由不能提供的;(2)原告或者第三人在诉讼过程中,提出了其在被告实施行政行为过程中没有提出的反驳理由或者证据的。”

### 三、原告举证责任

一般情况下,原告向法院提供了初步证据之后,经审查,只要满足启动行政诉讼程序的法定条件,法院应当推定被诉行政行为违法。被告必须在法定期限内提供作出被诉行政行为的全部证据,以推翻这一违法推定,否则,被告应当承担败诉的后果。

#### (一) 原告举证情形

在行政诉讼中,原则上原告不承担举证责任,因此,《行政诉讼法》对原告举证责任没有作出具体的规定。但在后来的实务中发现,某些情形下若原告不承担举证责任,行政诉讼就无法向前推进,因此,最高人民法院《若干解释》规定了如下几种应由原告承担举证责任的情形,以补充《行政诉讼法》规定的不足:

1. 证明起诉符合法定条件,但被告认为原告起诉超过起诉期限的除外。《行政诉讼法》第41条第3款规定,原告提起行政诉讼要“有具体的诉讼请求和事实依据”。这一规定被解释为隐含着原告必须对起诉条件承担举证责任的立法本意。为此,最高人民法院《行政诉讼证据规定》第4条则进一步明确规定:“公民、法人或者其他组织向人民法院起诉时,应当提供其符合起诉条件的相应的证据材料。”这一司法解释将《若干解释》中“原告”改为“公民、法人或者其他组织”即起诉人,更加符合诉讼法原理。这里的“相应的证据材料”并非是严格意义上的证据,它与

[35] 上海市徐汇区人民法院《行政判决书》([2003]徐行初字第13号)。

初步证明责任的要求相当。由起诉人就其提起行政诉讼的要件承担举证责任,在法理上给出的理由是为了防止起诉人滥用诉权。但是,“证明起诉符合法定条件”是否属于举证责任范围,在诉讼法学理上并非没有争议。

2. 在起诉被告不作为的案件中,证明其提出申请的事实。在起诉行政机关不作为之前,原告应当曾经向被告提出过申请,对于这一事实因相关证据都是由原告自己形成的,如“申请书”、“寄送凭证”等,所以,由原告承担举证责任更为合理、可行。只要原告提出的证据能够证明“申请书”已经到达了行政机关,则他与行政机关在行政法上的权利义务关系即告成立,行政机关就负有针对行政相对人的申请作出决定的义务。

但是,下列两种情形除外:(1)被告应当依职权主动履行法定职责的。在不需要申请的前提下行政机关应当主动履行法定职责时,因行政程序启动与否在于行政机关的决定,因此,原告可以不承担举证责任。(2)原告因被告受理申请的登记制度不完备等正当事由不能提供相关证据材料并能够作出合理说明的。被告负有设置良好的“登记制度”,以备接收行政相对人提出的申请并出具收据等。如被告无完备的登记制度导致在原告是否已经提出申请的事实上发生争议时,只要原告能够作出合理说明,也可以不承担举证责任。

3. 在一并提起的行政赔偿诉讼中,证明因受被诉行政行为为侵害而造成损失的事实。对这种情形,最高人民法院《行政诉讼证据规定》第5条作出了修正性的规定:“在行政赔偿诉讼中,原告应当对被诉具体行政行为造成损害的事实提供证据。”根据这一规定,原告举证责任范围扩大到单独提出行政赔偿诉讼之中。如在朱登雪与郑州市中原区人民政府行政赔偿案中,法院认为:

“中原区人民政府的拆迁行为已被生效裁判确认违法,中原区人民政府应赔偿其违法拆迁行为给朱登雪造成的直接损失,但朱登雪对其主张赔偿的损失应承担举证责任。一审中朱登雪就其损失申请鉴定,一审法院予以准许。朱登雪应当按照相关规定缴纳鉴定费,其无正当理由不缴纳鉴定费,导致鉴定无法进行,被拆除建筑物的价值无法确定,朱登雪作为原告应承担不利后果。”〔36〕

因最高人民法院《行政诉讼证据规定》第5条中去掉了《若干解释》中一个“因”字,可推断“因果关系”不属于原告举证范围。在实务中,有下列行政赔偿情形的,因受害人举证不能,应当由被告承担举证:(1)受害人因失去人身自由时受到伤害的;(2)受害人被行政机关带走之后失踪的。因被诉行政行为程序违法,导致原告难就其损害事实提供充分证据甚至无法提供证据的,在行政赔偿诉讼中,法院应当适当降低其证明责任,以体现保护相对人合法权益的行政诉讼立法目的。〔37〕因被告原因致原告虽能证明受到损害但对赔偿数额无法举证时,基于公平

〔36〕 河南省郑州市中级人民法院《行政判决书》(〔2010〕郑行再终字第17号)。

〔37〕 增城市大恒科技实业有限公司诉增城市城乡规划局行政强制拆除案,载《中国行政审判案例》(第3卷)第91号案例,中国法制出版社2013年版,第48页以下。



原则,赔偿数额的确定适用举证责任倒置。<sup>[38]</sup>

4. 其他应当由原告承担举证责任的事项。本条款的功能在于解决实务中可能出现,但在条款中尚未列举的问题。基于例外条款从严解释之规则,本条款的目的在于限制原告承担举证责任的范围,否则,所作出的解释恐怕与《行政诉讼法》第32条规定要旨不合。

## (二)原告举证期限

《行政诉讼法》和最高人民法院《若干解释》对此问题没有作出规定。为此,最高人民法院《行政诉讼证据规定》规定:“原告举证的期限是一审开庭之前或者法院指定的证据交换之日。因正当事由申请延期提供证据的,经人民法院准许,可以在法庭调查中提供。”实务中,有时“一审开庭之前”的规定被机械地解释为开庭当天法官当庭敲响法槌之前。虽然它仍在文义之内,但这种解释因没有给予被告、第三人合理准备时间,且有“突然袭击”之嫌而与诉讼平等原则不合。所以,这里的“一审开庭之前”宜解释为开庭前能够给被告、第三人应对新证据的“合理准备时间”为宜。

原告延期举证的法律后果是法院不予接纳:(1)最高人民法院《行政诉讼证据规定》第7条第2款:“原告或者第三人在第一审程序中无正当理由未提供而在第二审程序中提供的证据,人民法院不予接纳。”(2)最高人民法院《行政诉讼证据规定》第59条规定:“被告在行政程序中依照法定程序要求原告提供证据,原告依法应当提供而拒不提供,在诉讼程序中提供的证据,人民法院一般不予采纳。”在实务中,如松业石料厂诉荥阳市劳动保障局工伤认定案中,法院认为:

“上诉人松业石料厂未在行政程序中提交而在诉讼程序中提交的四个证据,被上诉人荥阳市劳保局和第三人李喜波在一审质证时均持异议。在决定取舍这样的证据时,司法解释既然规定‘一般不予采纳’而不是‘一律不予采纳’,就不能只从形式上看该证据是何时提交的,还应当从内容上看采纳该证据是否有利于人民法院查明案情。……从四个证据的内容分析,这四个证据完全能在行政机关调查工伤情况时形成,松业石料厂当时如果持有这四个证据,完全有条件向行政机关提供。松业石料厂不在《工伤认定协助调查通知书》指定的期间内向行政机关提交这些证据,确实违背了《行政诉讼证据规定》第五十九条的规定。一审在这些证据受到对方当事人质疑的情况下,根据《行政诉讼证据规定》第五十九条的规定,决定不采纳松业石料厂提供的有疑问证据,是正确的。”<sup>[39]</sup>

## 四、第三人举证责任

《行政诉讼法》及相关的司法解释对第三人举证责任没有作出具体规定。第三人参加诉讼所谋求的利益通常与本案中一方当事人一致,第三人若有举证责任,

[38] 禄久顺、邢瑞英诉郑州市中原区人民政府行政强制措施及行政赔偿案,载《中国行政审判案例》(第3卷)第92号案例,中国法制出版社2013年版,第54页以下。

[39] 《最高人民法院公报》2005年第7期。

本质上是支持与他利益一致的一方当事人的主张, 据此, 第三人举证责任应当遵守他所支持一方当事人的举证责任规则。如在郭某某诉南乐县房地产管理所房产登记案中, 法院认为:

“本案被告南乐县房地产管理所, 没有按照《房屋登记办法》的有关规定尽到审慎查验义务。同时本案被告南乐县房地产管理所在收到起诉状副本后, 在法定期限内未举证也未出庭, 根据《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释第二十六条第二款规定, 被告应当在收到起诉状副本之日起 10 日内提交答辩状, 并提供作出具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件, 被告不提供或者无正当理由逾期提供的, 应当认定该具体行政行为没有证据、依据。因此, 在被告不举证也未出庭的情况下, 第三人举证不能证明被告的颁证行为为合法。这时第三人的举证已无实际意义, 也没有必要。”〔40〕

本案中, 在被告未在法定期限内举证的情况下, 与被告在本案中利益一致的第三人举证也受到了被告举证规则的限制, 符合行政诉讼举证规则原理。

### 第三节 证据提供与补充

#### 一、证据提供

《行政诉讼法》第 34 条第 1 款规定: “人民法院有权要求当事人提供或者补充证据。”法律赋予法院要求当事人提供或者补充证据的职权, 有助于法院作出公正的裁判。但是, 由于《行政诉讼法》及司法解释对当事人的举证规则作出了明确规定, 若对法院“依职权要求”获取证据不作任何限制, 那么法律规定的举证规则目的在个案中可能被虚置。所以, 最高人民法院《行政诉讼证据规定》第 9 条第 2 款规定: “对当事人无争议, 但涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实, 人民法院可以责令当事人提供或者补充有关证据。”根据这一规定, “当事人无争议, 但涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益”是限制法院获取证据的条件。

在这里, 提供证据是针对当事人未提供证据所证明的事实, 法院要求其提供。在实务中, 如在陈兆玉不服闽清县公安局以其殴打他人给予治安拘留处罚决定案中, 法院认为:

“原审法院要求被上诉人闽清县公安局补充提交的证据即被上诉人的负责人集体讨论决定记录, 是法院行使职权的行為, 符合《中华人民共和国行政诉讼法》第三十四条关于‘人民法院有权要求当事人提供或者补充证据’的规定。被上诉人的该集体讨论决定记录, 是在被诉治安管理处罚裁决作出之前制作的, 其程序合法。”〔41〕

〔40〕 河南省南乐县人民法院《行政判决书》(〔2010〕南行初字第 007 号)。

〔41〕 福建省福州市中级人民法院《行政判决书》(〔2003〕榕行终字第 81 号)。

本案中,法院根据《行政诉讼法》第34条第1款要求被告补充证据,且被告提供的“集体讨论决定记录”是要证明被诉的治安处罚决定的合法性,若没有“当事人无争议,但涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实”的要件限制,那么《行政诉讼法》第43条的规定将被虚置。

## 二、证据补充

某些证据在不能单独证明案件事实的情况下,需要结合其他证据补充它的证明效力,才能作为定案证据,此种情形称之为证据补充。需要补充的证据并不是没有证明效力,而是因自身存在的缺陷而减损了证明效力,失去了独立证明案件事实的资格。如无法与原件、原物核对的复制件或者复制品,一旦对方当事人否认,本方当事人就必须补充,否则法院不予采纳。如在陈维垣诉贵州省遵义市工商行政管理局变更企业登记案中,法院认为:

“出资转让协议虽载有股权转让内容,但系复印件,且对方当事人陈维垣一直予以否认,又无原件可供印证,其真实性明显存疑,亦不能作为股权转让的证明。”<sup>[42]</sup>

复印件可以作伪,在现代复印技术中并不是难事。本案中,原告否认被告作为证明被诉行政行为合法性的“复印件”,且被告又没有其他证据补充,法院不予采纳。又如,在罗满秀不服上杭县公安局治安管理处罚裁决案中,法院认为:

“黄炎魁的证言,就其所言仅是怀疑罗满秀、王某两人可能发生卖淫嫖娼行为;城关派出所出警人员的书面证词,仅是反映该派出所接到举报后出警至粮兴招待所口头传唤违法嫌疑人罗满秀、王某到派出所接受讯问的过程。这两份证据均不能客观真实反映本案待证事实即罗满秀的卖淫行为。罗满秀的陈述是否认其向王某卖淫。王某2002年9月11日的陈述虽承认其与罗满秀发生卖淫嫖娼行为,但该证据须适用证据补强规则才具有可采信,在没有其他证据补强证明力情况下,不能单独作为定案依据。”<sup>[43]</sup>

本案中,罗满秀否认与王某之间有卖淫嫖娼行为,虽然王某承认有此行为,但由于其他两份证据都不具有直接证据的功能,所以,在没有其他补充证据的情况下,王某的陈述不能单独作为定案的依据。又如,在青岛吉运房地产开发有限公司诉山东省青岛市地震局地震行政处罚案中,法院认为,

“仅仅依上诉人制作的售楼广告宣传材料及公司网站上对涉案工程的介绍,即认定总建筑面积超过10万平方米,属于应当进行地震安全性评价的重大工程的认定事实不清。”<sup>[44]</sup>

本案中,广告宣传资料是证据,但是它的证明效力是存在瑕疵(如开发商可能为宣传需要而夸大事实等)的,因此,它只有在补充证据支持下才能作为定案证据。

[42] 最高人民法院《行政判决书》([2009]行提字第1号)。

[43] 福建省龙岩市中级人民法院《行政判决书》([2003]岩行终字第16号)。

[44] 《中国行政审判指导案例》(第1卷)第7号案例,中国法制出版社2010年版,第33页。

## 第四节 证据调取与保全

### 一、证据调取

#### (一) 依职权调取

《行政诉讼法》第34条第2款规定：“人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据。”在理想的状态中，保持中立地位的法院应当根据当事人提供的证据作出裁判，但《行政诉讼法》却允许法院向当事人之外的组织或者个人调取证据，其理由不外是：(1)为了保护当事人之外的组织或者个人某些合法权益不因为本案裁判而受到损害；(2)为了认定某些程序性事实以便作出程序性的裁定、决定，如是否需要追加第三人等。这样的规定在比较法上也有相同的立法例的。如《日本行政事件诉讼法》第24条也有规定：“法院于认为必要时，得依职权调查证据。但关于调查证据之结果，应询问当事人之意见。”中国台湾地区“行政诉讼法”第133条规定：“行政法院于撤销诉讼，应依职权调查证据；于其他诉讼，为维护公益者，亦同。”

法院依职权调取证据是从诉讼职权主义推导出来的当然结论。行政案件与公共利益之间关系密切，赋予法院依职权调取证据有维护公共利益的需要的考虑，有一定的妥当性。当然，若基于当事人之外的第三人利益需要，法院也可以依职权调取证据，以保护第三人的合法权益。不过，在法院的独立性没有保障的前提下，法院依职权调取证据的做法应当从严限制为妥。

#### (二) 依申请调取

当事人因法定原因可以申请法院调取证据，但是否调取证据由法院决定。最高人民法院《行政诉讼证据规定》第23条规定：“原告或者第三人不能自行收集，但能够提供确切线索的，可以申请人民法院调取下列证据材料：(1)由国家有关部门保存而须由人民法院调取的证据材料；(2)涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的证据材料；(3)确因客观原因不能自行收集的其他证据材料。”在实务中，法院也是持这样态度的。如在夏善荣诉徐州市建设局行政证明纠纷案中，法院认为：

“按照审判监督程序审理的行政诉讼案件，当事人应依法提供其在原审举证期限届满后发现的新证据，对确因客观原因不能自行收集且提供了相关线索的，当事人可以申请人民法院调取，人民法院也可以依职权向行政机关、其他组织或者公民调取证据。经过对新的证据质证、认证，被诉具体行政行为所依据的主要事实不能成立的，应当改判撤销原具体行政行为。”〔45〕

〔45〕 《最高人民法院公报》2006年第9期。

作为被告的行政机关之所以不得申请法院调取证据,是因为若它依行政职权不能取得或者取不到证据,那么它就不得作出被诉的行政行为;若允许被告在作出被诉行政行为之后申请法院调取证据,那就意味着被告可以在证据并不充分的情况下作出行政行为,待原告提起诉讼之后,再申请法院调取,这与依法行政原理显然不合。

## 二、证据保全

### (一)保全条件

在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,当事人向法院申请保全证据的,应当在举证期限届满前以书面形式提出,并说明证据的名称和地点、保全的内容和范围、申请保全的理由等事项。对当事人的证据保全申请,法院可以要求其提供相应的担保。

### (二)保全方法

法院同意当事人申请保全证据的,可以根据具体情况,采取查封、扣押、拍照、录音、录像、复制、鉴定、勘验、制作询问笔录等措施保全证据。在实务中,如在南通黄海化工供销公司不服南通市技术监督局行政处罚案中,被告南通市技术监督局向法院提出证据保全申请,称“我局查封的259吨对硝基甲苯已同外一批混在一起,无法区分,一旦这一重要证据灭失、调换或者销售,对负有举证责任的一方是极为不利的,因此,请求法院对黄海化工供销公司未售出的259吨对硝基甲苯采取证据保全措施。”同时,南通市中级人民法院还查明,为被告就地封存的对硝基甲苯已经由南通转移至无锡,遂根据《中华人民共和国行政诉讼法》第36条的规定裁定:对存放于无锡市化工原料公司东北塘仓库内256.8吨,共1284桶对硝基甲苯化工原料采取证据保全措施。<sup>[46]</sup>

法院保全证据时,可以要求当事人或者其诉讼代理人到场。若当事人或者其诉讼代理人不到场或者经通知拒不到场的,法院可以在无利害关系见证人的见证之下,实施证据保全措施。

## 第五节 证据对质与认定

### 一、证据对质

原则上,开庭审理行政案件是必经的法定程序。在庭审中,所有证据应当在法庭上出示并经当事人对质、辩论后,才能作为定案的依据。行政诉讼不是绝对的当

[46] 江苏省南通市中级人民法院《行政判决书》([1995]通行初字第2号)。

事人主义模式,因为如果原告没有聘请律师参加诉讼,在当事人主义模式下他完全可能处于诉讼劣势地位;行政诉讼也不是绝对的职权主义模式,所以各方当事人仍然被要求承担相应的举证责任。因此,一种混合了上述两种诉讼模式的“混合主义”行政诉讼模式,或许更有利于法院查清案件事实,并作出公正的判决。

### (一) 对质规则

1. 证据应当在法庭上出示,并经庭审中当事人互相质证、辩论。这里的“证据”包括当事人提供的证据和法院调取的证据,但涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的保密证据除外。在二审、再审程序中,当事人依法提供的新的证据,也应当在庭审中质证、辩论。在这里,“新的证据”是指“(1)在一审程序中应当准予延期提供而未获准许的证据;(2)当事人在一审程序中依法申请调取而未获准许或者未取得,人民法院在第二审程序中调取的证据;(3)原告或者第三人提供的在举证期限届满后发现的证据。”<sup>[47]</sup>

2. 未经庭审质证的证据,不能作为定案的依据。将一方当事人提交的证据公开交给与其在利益上具有对抗性的另一方当事人质疑,可以确定证据是否具有证明能力、证明效力以及证明效力大小。将未经质证、辩论的证据作为定案依据,法院据此作出的行政裁判构成违反法定程序。如在定安县富文镇高塘村委会木水村一经济社等与定安县人民政府土地权属纠纷上诉案中,法院认为:

“原审判决认定争议地为荒地的主要依据是根据‘1961年现状版图’的分析来认定的。卷宗材料中的1961年勘界图的复印件,未有显示该争议地为荒地,原审卷宗有1961年勘界图的原件,该原件上注明有判读为荒地。但在二审中上诉人的代理人提出这份原件在一审中从未见到过,更没有进行质证,是定安县政府在一审法院开庭后交的。对此,被上诉人定安县政府当庭表示:不是他们提供的,是富文镇政府向原审法院提供的,原审第三人富文镇政府对此未发表任何意见。一审开庭笔录亦没有对该证据进行举证、质证的记录。根据最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第三十五条:‘证据应当在法庭上出示,并经庭审质证。未经庭审质证的证据,不能作为定案的依据。’的规定,原审法院以未经质证的证据来作为定案的主要依据属程序违法,认定事实不清。”<sup>[48]</sup>

### (二) 对质程序

行政诉讼中的质证程序,应当依照被告—原告—第三人这样的顺序进行。但是:(1)在不作为行政案件中,应当由原告先出示提出过申请事实的证据;(2)在审查起诉条件时,应当由原告先出示证明起诉条件的证据;(3)在审查行政赔偿案件损害事实时,应当由原告出示证明其受损害事实的证据。

当事人应当围绕证据的关联性、合法性和真实性,针对证据有无证明能力、证明效力以及证明效力大小进行质证。在“三性”的顺序上,可以先就是否有关联性质证,如果证据与本案没有关联性,即没有证明能力,当事人可以不再就是否具有

[47] 最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第52条。

[48] 海南省高级人民法院《行政判决书》([2006]琼行终字第105号)。

合法性、真实性质证。经法庭准许,当事人及其诉讼代理人可以就证据问题相互发问,也可以向到庭的证人、鉴定人或者勘验人发问。对于发问所回答的内容,法庭应当询问另一方当事人意见。

当事人申请法院调取的证据,由申请调取证据的当事人在庭审中出示,并由另一方当事人质证。法院依职权调取的证据,由法庭审判员出示,并就调取该证据的情况作出说明,听取当事人意见。

### (三) 不对质证据的情形

1. 当事人在庭前证据交换过程中没有争议并记录在卷的证据,经审判员在庭审中说明后,可以作为认定案件事实的依据。在庭前证据交换中,法庭已经给了双方当事人对质机会,从效率角度考虑,在庭审中不再对质是合理的。证据是否没有争议,以庭前交换证据笔录为准。

2. 涉密证据。所谓涉密证据是指国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当涉密的证据。如在肇庆外贸公司诉肇庆海关海关估价价行政纠纷案中,法院认为:

“被上诉人肇庆海关据以提出价格质疑和确定估价所引用的相同型号规格集成电路的价格资料,来源于其他企业的进口价格,事涉其他企业商业秘密。《海关审价办法》第三十八条规定:‘海关对于买方、卖方或贸易相关方提供的属于商业秘密的资料予以保密。’最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第三十七条规定:‘涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据,不得在开庭时公开质证。’一审对肇庆海关提交的这部分海关负有保密义务的证据不公开质证,处理正确。上诉人肇庆外贸公司、翱思科技公司认为此举违反法定程序,理由不能成立。”〔49〕

涉密证据不公开质证,推不出法院不得审查保密证据的结论。因法官负有保密义务,所以,他有权通过保密程序审查涉密证据。另外,如果对涉密证据的程序性审查不涉及泄密的,就证明程序性事实的证据进行公开质证也是妥当的。

3. 已经庭审质证的证据。在同一行政诉讼程序中,经过庭审质证的证据,在庭审其他程序阶段中,当事人不得要求再次对质、辩论。

## 二、证据认定

### (一) 认定标准

1. 关联性。法庭应当对经过庭审质证的证据和无须质证的证据进行逐一审查,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和生活经验,进行全面、客观和公正的分析判断,确定证据材料与案件事实之间的证明关系,排除不具有关联性的证据材料,准确认定案件事实。在实务中,如在益民公司诉河南省周口市政府等行政行为违法案中,法院认为:

〔49〕《最高人民法院公报》2006年第3期。

“益民公司在二审中向本院提交的2003年6月以后直接经济损失一览表……等证据,系于一审判决之后取得,其在一审期间无法向法院提交,故其可以向二审法院提交,但这些证据材料不能用来支持其提出的由市政府和市计委赔偿其除铺设管道等投资以外的其他直接经济损失3500万元的行政赔偿请求。首先,其提供的证据除了租赁场地、厂房协议外,均属铺设管道等投资的范畴,超出了其提出的行政赔偿请求的范围,故这些证据材料与本案不具有关联性。”<sup>[50]</sup>

2. 合法性。法庭应当根据案件的具体情况,从以下几个方面审查证据的合法性:(1)证据是否符合法定形式;(2)证据的取得是否符合法律、法规、司法解释和规章的要求;(3)是否有影响证据效力的违法情形。<sup>[51]</sup>在实务中,如在李沛光诉东莞市城建规划局房屋确认行政纠纷案中,法院认为:

“被上诉人在对上诉人房屋作出违章建筑的确认,其证据是从‘东城区提供的资料’进行认定的,但东城区作为提供证据的人与上诉人李沛光由于房屋拆迁存在民事争议,已提起民事诉讼,双方存在利害关系,被上诉人根据有利害关系的一方当事人提供的证据作出行政确认行为,其证据的真实性难以确认,并且该证据并未听取相对人李沛光的陈述、申辩,依照最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第六十条第二款‘被告在行政诉讼中非法剥夺公民、法人或者其他组织依法享有陈述、申辩或者听证权利所采用的证据’不能作为认定被诉具体行政行为为合法的依据的规定,应认定被上诉人作出的具体行政行为缺乏合法证据。”<sup>[52]</sup>

3. 真实性。法庭应当根据案件的具体情况,从以下几个方面审查证据的真实性:(1)证据形成的原因;(2)发现证据时的客观环境;(3)证据是否为原件、原物,复制件、复制品与原件、原物是否相符;(4)提供证据的人或者证人与当事人是否具有利害关系。如在铃王公司诉无锡市劳动局工伤认定决定行政纠纷案中,法院认为:

“2000年6月7日,吴宏到无锡市总工会陈述了第三人郭维军所受伤害的事实,咨询对此事的处理意见,无锡市总工会留下记录。无锡市总工会记录吴宏陈述的事实内容,与郭维军在被上诉人无锡市劳动局向其调查时陈述的事实基本一致。无锡市劳动局对郭维军提供的主要证人都进行过调查,各证人对郭维军受伤害经过所作证言虽然存在矛盾,但仍有部分证人的证言与吴宏、郭维军陈述的事实相符。吴宏是上诉人铃王公司的工会主席,没有证据证明吴宏是代表郭维新前往无锡市总工会陈述事实、咨询意见,也没有证据证明吴宏在无锡市总工会陈述的事实受到了郭维军或者郭维新事前陈述的影响。综合考虑吴宏的工会主席身份、受咨询机关的性质和吴宏的陈述内容,应当认定:吴宏是为维护职工利益,才以铃王公司工会主席身份,前往无锡市总工会咨询对郭维军所受伤害的处理意见。

[50] 最高人民法院《行政判决书》([2004]行终字第6号)。

[51] 进一步阅读房文翠等:“关于证据排除规则的理性思考”,载《中国法学》2002年第4期。

[52] 广东省高级人民法院《行政判决书》([2004]粤高法行终字第106号)。



故无锡市总工会对吴宏陈述事实所作的咨询记录具有真实性,应当确认为证据。”〔53〕

(5) 影响证据真实性的其他因素。〔54〕 实务中,如在湛江三星汽车企业集团公司与中华人民共和国上海浦江海关行政处罚案中,法院认为:

“被告浦江海关认定原告三星公司无合法进口证明,进口原装韩国产二十辆十二座旅行车由其庭审中所举证据1至3所证实。原告在庭审中所举证据2因未经香港海关确认,不能作为从香港出口到中国四百辆车车辆引擎号和底盘号目录证据材料,亦不能作为《申请放行授权书》的附件;证据4、5因部分内容作了涂改,不符合证据真实性的必备要件。据此,本院对原告所举的证据2、4、5不予采信。”〔55〕

## (二) 可以直接认定的事实

1. 众所周知的事实。之所以法院可以直接认定众所周知的事实,是因为它是“众所周知”的,不容怀疑的事实。对于这样的案件事实,如北京是首都等,证据是多余的。在实务中,如在江苏省滨海县文教公司因专利无效行政纠纷上诉案中,法院认为:

“至于文教公司主张大楷簿的出现时间在本专利申请日之前是众所周知的事实,无须举证证明,对此本院认为,众所周知的事实是社会上具有普遍知识经验的人都不加怀疑的公认的事实,众所周知的事实必须具备两个条件:一是诉讼发生时为大多数人所知晓,二是审理案件的审判人员也知道。本案中,如果审理案件的审判人员不能确定大楷簿的出现时间在本专利申请日之前,则该事实便不能作为众所周知的事实,但是,主张该事实的一方当事人仍可以提供证据予以证明,本案中,文教公司并未对此予以证明。故对其此项主张,本院不予支持。”〔56〕

2. 自然规律及定理。自然规律及定理具有不以人的意志为转移的客观性,它不需要证据加以证明,法院可以直接认定,如水往低处流、月初夜晚无月光等自然现象,如勾股定理等定理。自然规律及定理在诉讼中具有绝对性,法院可以直接采信。

3. 按照法律规定推定的事实。所谓“推定的事实”,即法律拟制事实,凡法律规定的基础事实一旦发生,即可以推定法律规定的另一事实成立。如《行政许可法》第50条第2款规定:“行政机关应当根据被许可人的申请,在该行政许可有效

〔53〕 《最高人民法院公报》2007年第1期。

〔54〕 在实务中,存在合理差异的证言并不损害其真实性,而高度相同的证言则须谨慎对待。多次反复的证言应优先采信首次证言。完全相反的证言要考虑证人与当事人之间的亲疏关系等因素确定其证明力及其大小。王龙刚不服海林市公安局治安管理处罚案,载《中国行政审判案例》(第4卷)第132号案例,中国法制出版社2013年版,第59页以下。

〔55〕 上海市第二中级人民法院《行政判决书》([1999]沪二中行初字第2号)。

〔56〕 北京市高级人民法院《行政判决书》([2005]高行终字第438号);另参阅陈章顶诉贵州省镇宁自治县人民政府土地登记案,载《中国行政审判案例》(第4卷)第129号案例,中国法制出版社2013年版,第45页。

期届满前作出是否准予延续的决定;逾期未作决定的,视为准予延续。”

4. 已经依法证明的事实。某种事实在一个法律程序中已经被认定的,为保证这种以国家名义作出认定之间的一致性,当这种事实出现在另外一个法律程序中时,法院可以直接认定。如在葛某不服某区住房和城市建设委员会不予受理拆迁裁决申请决定案中,法院认为:

“已经依法证明的事实,法庭可以直接认定。本案中,葛某因《协议书》纠纷,向本院提起民事诉讼。生效的民事判决虽然驳回了葛某要求确认《协议书》无效的诉讼请求,但认定了《协议书》对葛某‘不发生效力’,即应视为葛某与宣福公司未就拆迁纠纷达成补偿安置协议,因此,葛某与宣福公司不存在‘达成安置补偿协议后发生合同纠纷,就同一事由再次申请裁决’的情况,区建委适用‘……拆迁当事人达成补偿安置协议后发生合同纠纷……当事人就同一事由再次申请裁决的’规定驳回葛某的申请,系适用法律错误。”<sup>[57]</sup>

5. 根据日常生活经验法则推定的事实。如在北京东方旭煌商贸有限公司诉海淀区劳动和社会保障局不履行送达法律文书职责案中,被告以特快专递送达工伤认定结论通知书,原告称收到的特快专递是空的邮件袋,里面没有任何文件,这一事实还有原告代理律师证言证实。对此,经法院依职权调查之后认为:

“经在邮局现场称重,可以看出邮件袋内放置了物品与空邮件袋重量上存在明显差别;根据生活经验法则判断,标注有30克重量的邮件详情单,显然为放置了物品的重量,故本院推定该证据证明效力高于原告证人证言的效力,应予以认定。”<sup>[58]</sup>

本案中,法院采用了“日常生活经验法则”对案件事实是否存在作出了判断。又如,在张学贞与张学岩土地行政登记纠纷上诉案中,法院认为:

“土地是农民安身立命之根本,土地使用权的得失与普通农民的生活息息相关。1992年前后,原审被告对其所辖区域内的宅基地进行集体土地建设用地的初始登记,这对于包括上诉人及被上诉人在内的全体村民来说亦是人所共知的大事。本案中,被上诉人持有1982年5月30日制作的分家单,且其在涉案房屋中与上诉人一直共同居住到1993年才搬出。因此,根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第六十八条第一款第(五)项‘根据日常生活经验法则推定的事实,法庭可以直接认定’的规定,被上诉人于颁证时就应当知道原审被告颁发本案诉争集体土地建设用地的行为。”<sup>[59]</sup>

本案中,法院采用了“日常生活经验法则”认定了1992年前后“集体土地建设用地的初始登记”的事实。再如,在联合利华(中国)有限公司不服上海市工商行政管理局卢湾分局行政处罚案中,法院认为:

“对于‘修复’这一概念,本院注意到上诉人在二审庭审中关于严重受损的发质就是头发分叉和脆弱易断;上诉人的产品可以修复分叉(另处表述为:停止分叉)、防止断裂;使用

[57] 王振清主编:《行政诉讼案例研究》(五),中国法制出版社2009年版,第287页。

[58] 北京市海淀区人民法院《行政判决书》([2007]海行初字第00129号)。

[59] 山东省青岛市中级人民法院《行政裁定书》([2010]青行终字第194号)。

化妆品后从外观上和原来的情况相似的表述。我们从生活常理中知道,已经分叉的头发是不能重新愈合的。如果上诉人所说的‘修复分叉’是指‘停止分叉’,那么它的功效应该表述为防止发质严重受损,而不是对已经严重受损的发质予以修复。所以,上诉人涉案广告用语内容显然存在虚假。被上诉人认定广告含有虚假内容予以处罚,并无不当。”〔60〕

本案中,法院使用了“生活常理”,认定了“已经分叉的头发是不能重新愈合”的事实。在上述列出的情形中,除第2种情形外,若当事人有相反证据足以推翻的,法院不得作直接的事实认定。

### (三) 不能作为定案依据的证据

1. 严重违法法定程序收集的证据材料。只有当事人收集证据违反法定程序达到“严重”程度时,法院才能将此证据从定案依据中排除出去。但如何判断“严重”程度,则由法官根据个案具体情况裁量决定。在实务中,如在宋莉莉诉宿迁市建设局房屋拆迁补偿安置裁决案中,法院认为:

“本案被拆迁房屋的评估,系万兴公司单方面委托方元公司所为,未经被拆迁人宋莉莉的同意。在万兴公司与宋莉莉无法对房屋拆迁事宜达成一致意见时,宿迁市建设局在行政裁决中以拆迁单位单方面委托的评估公司的评估报告为依据,而不是依照规定在符合条件的评估机构中抽签确定评估单位,对万兴公司与宋莉莉的房屋拆迁纠纷作出裁决不当,应认定为裁决的主要证据不足,程序违法。依照最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第六十二条第(二)项规定,对被告在行政程序中采纳的鉴定结论,原告或者第三人提出证据证明鉴定程序严重违法的,人民法院不予采纳。”〔61〕

2. 以偷拍、偷录、窃听等手段获取侵害他人合法权益的证据材料。此种情形构建了一个“手段—后果”的关联判断框架,即只有以“……手段产生……后果”时,该证据才能被法院排除。如此证据之所以被排除,是因为“基于法治国家理性之伦理性要求,行政机关容忍此种明显违法(刑事不法)之行为所取得之证据,无异于包庇不法,应非法治国家所许”。〔62〕此言甚明。

3. 以利诱、欺诈、胁迫、暴力等不正当手段获取的证据材料。在制定法上,如《上海市查处车辆非法客运规定》第11条规定:“交通行政执法机构工作人员不得采用威胁、引诱、欺骗等方式收集车辆非法客运的证据。采用上述方式取得的证据,不得作为查处车辆非法客运的依据。”在证据学法理上,通常的解释是因上述取证方法不正当难以保证所得证据的真实性,所以不能作为定案的依据。在实务中,如在张晖不服上海市闵行区城市交通行政执法大队交通行政处罚案中,法院认为:

“然被告已于庭审前自行撤销了对原告张晖作出的行政处罚决定,在庭审中被告亦表示:‘原作出的行政处罚决定因采信了以利诱的不正当取证方式取得的证据,导致认定事实

〔60〕 上海市第一中级人民法院《行政判决书》([2008]沪一中行终字第325号)。

〔61〕 《最高人民法院公报》2004年第8期。

〔62〕 翁岳生主编:《行政诉讼法逐条释义》,五南图书出版公司2004年版,第456页。

错误,原先向法院提供的相关证据已不具合法性,亦无其他证明原告非法运营的合法有效证据,故不能认定原告有非法运营的事实。’鉴于被告已自行撤销对原告作出的行政处罚决定,法院根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第五十条第三款之规定,作出确认被告上海市闵行区城市交通行政执法大队2009年9月14日所作的NO.2200902973行政处罚决定违法的判决,并判令案件受理费由被告负担。’<sup>[63]</sup>

4. 当事人无正当理由超出举证期限提供的证据材料。超过举证期限提供的证据材料,虽然符合证据关联性、合法性和客观性的要求,但是,因当事人提交证据违反了诉讼程序的规定,基于“任何人不得从自己的违法行为中获得利益”的原则,此种证据材料也在违法证据排除范围之内。如在力帆实业(集团)有限公司诉中华人民共和国国家知识产权局专利复审委员会宣告专利无效纠纷案中,法院认为:

“本案中,附件10是该译文对应的日本外观设计公报,虽然本田株式会社提交该附件的时间已经超过了上述规定的1个月的期限,但鉴于该附件系附件2的补强证据,用于证明附件2所述的第632935号类似10的日本外观设计公报是真实存在的,且力帆公司在无效程序和诉讼过程中均未提交相反证据,因此,专利复审委员会采信附件2和附件10未违反上述规定。”<sup>[64]</sup>

5. 在中华人民共和国领域以外或者在中华人民共和国香港特别行政区、澳门特别行政区和中国台湾地区形成的未办理法定证明手续的证据材料。在实务中,如在台湾纸业公司诉青岛市政府台港澳侨投资企业行政许可案中,法院查明:

为了反驳被告关于原告已经注销的主张,原告提出下列证据:“台湾经济部”2003年5月6日出具证明书,证明赖某为纸业公司董事长;纸业公司变更登记卡一份,证明该公司仍然存在;纸业公司董事、监察人名单一份。这些证明材料都经台湾台中地方法院公证处和财团法人海峡交流基金会认证,并经山东省公证处协会验证。上述证据材料符合《证据规定》,为法院所采纳。<sup>[65]</sup>

6. 当事人无正当理由拒不提供原件、原物的证据,又无其他证据加以印证,且对方当事人不予认可的证据的复制件或者复制品。在实务中,如在鹿寨县鹿寨镇新胜村新胜屯第一村民小组等与鹿寨县人民政府权属纠纷处理决定纠纷上诉案中,法院认为:

“根据上述规定,由于原审第三人提供的《畲地和山界协议》系复印件,而没有提供原件,且上诉人不予认可,故该复印件不能作为定案依据。”<sup>[66]</sup>

7. 被当事人或者他人进行技术处理而无法查明真伪的证据材料。在实务中,如在鳄鱼恤有限公司诉中华人民共和国国家工商行政管理总局商标评审委员会商

[63] 上海市闵行区人民法院《行政判决书》([2009]闵行初字第76号)。

[64] 北京市第一中级人民法院《行政判决书》([2006]一中行初字第581号)。

[65] 孔祥俊:《行政诉讼证据规则与法律适用》,人民法院出版社2005年版,第66页。

[66] 广西壮族自治区柳州市中级人民法院《行政判决书》([2011]柳市行终字第32号)。

标行政纠纷案中,法院认为:

“证据1至证据5均仅涉及‘CROCOLADIES’、‘CROCOKIDS’等商标的使用情况,原告在本院庭审过程中亦已认可上述证据本身并未显示复审商标;其次,证据1至证据5中有多份证据无法辨明具体的使用时间,也无相关的证据予以佐证。据此,证据1至证据5均无法证明原告在指定的期限内对复审商标进行了实际的商业使用。”〔67〕

8. 不能正确表达意志的证人提供的证言。证人具有正确表达意志的能力是他所提供的证人证言具有真实性的基本前提,否则,该证人证言不能作为定案的依据。在实务中,如在张莹亚诉杭州市下城区司法局公证申诉处理决定行政争议案中,法院认为:

“公证活动的核心是审查所证明的法律行为或有法律意义的文书和事实的真实性,虽然《公证程序规则》和《赠予公证细则》都没有明文规定赠予公证需两名公证人员共同办理,但公证员对赠与人与受赠人双方制作的谈话笔录实质是就当事人要求办理的公证事项的核查。本案中只有一名公证人员的自问自记而赠与人又为盲人的事实,使得谈话笔录作为证实本案所涉的公证事项是公证当事人真实意思表示的证明力无法得以实现。”〔68〕

9. 不具备合法性和真实性的其他证据材料。之所以没有提及“关联性”,是因为不具有关联性的证据材料不是本案的证据,当然不可能成为本案的定案证据。除了上述8种情形外,与本案有关联性但又不具有合法性、真实性的其他证据材料,也不能成为本案的定案依据。在实务中,如在萍乡市湘东区白竺乡黄岗村中村片桂花组与萍乡市湘东区人民政府山林权属行政裁决纠纷上诉案中,法院认为:

“被上诉人的调查笔录系书证,根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第十条第一款第(四)项之规定,应有行政执法人员、被询问人、陈述人、谈话人的签名或者盖章。本案中,被上诉人的上述调查笔录只有被询问人的签名,没有行政调查人的签名,不符合法定形式。而朱吕、何耀胜的证人证言未附有证人的身份证复印件,不符合《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第十三条规定的法定形式,故被上诉人的上述调查笔录、证人证言不具备合法性。”〔69〕

## 第六节 证明标准

### 一、证明标准概述

证明标准的实质内容是待证事实和已知事实之间的一种逻辑关系。当待证事

〔67〕 北京市第一中级人民法院《行政判决书》([2009]一中知行初字第2566号)。

〔68〕 浙江省杭州市中级人民法院《行政判决书》([2004]杭行终字第124号)。

〔69〕 江西省萍乡市中级人民法院《行政判决书》([2007]萍行终字第1号)。

实和已知事实相连接之后,法官依何种标准可以推断待证事实在法律上已经成立,即存在可以作为法律适用基础的法律事实。〔70〕

《行政诉讼法》第4条规定:“人民法院审理行政案件,以事实为根据,以法律为准绳。”这一法律规范的含义是“人民法院在审理案件时,必须查明案件的真实情况,根据法律规定,依法作出裁判。”〔71〕但“真实”究竟是客观真实抑或法律真实,不甚明确。最高人民法院《行政诉讼证据规定》第53条规定:“人民法院裁判行政案件,应当以证据证明的案件事实为依据。”根据这一规定,最高人民法院明确了行政诉讼所确立的证明要求为“法律真实”。但是,在判断“法律真实”标准上,该《行政诉讼证据规定》却没有给出答案。

一般认为,刑事诉讼因涉及到自由、财产的限制与生命的剥夺,所以采用的证明标准为“排除合理怀疑标准”;民事诉讼主要涉及财产权和与人身权有关的财产权争议,且财产具有执行回转的可能性,所以采用的证据标准为“优势证据证明标准”。行政诉讼由于涉及的利益十分复杂,且还需要考虑行政效率、公共利益等因素,所以,在《行政诉讼法》、《行政诉讼证据规定》没有作出明确规定的情况下,法院在个案中发展出了一套多元的证明标准体系。〔72〕

## 二、多元证明标准体系

### (一)优势证明标准

优势证明标准是指事实发生的可能性大于不发生的可能性。在行政诉讼中,它可以适用在一些因现场执法引起的行政案件中。如在廖宗荣诉重庆市公安局交通管理局第二支队道路交通管理案中,法院认为:

“陶祖坤作为交警二支队派遣执行勤务的交通警察,对在辖区内发生的道路安全违法行为,有权力及时纠正。根据陶祖坤陈述,2005年7月26日8时30分,原告廖宗荣驾驶车牌号为渝AA4760的小轿车,在大溪沟嘉陵江滨江路加油(气)站的道路隔离带缺口处,无视禁止左转弯交通标志违规驾车左转弯。经查,大溪沟嘉陵江滨江路加油(气)站道路隔离带确实有一缺口,此处确实树立着禁止左转弯的交通标志,而且2005年7月26日8时许廖宗荣确实驾车途经此处。对廖宗荣是否在此处违反禁令左转弯,虽然只有陶祖坤一人的陈述证实,但只要陶祖坤是依法执行公务的人员,其陈述的客观真实性得到证实,且没有证据证明陶祖坤与廖宗荣之间存在利害关系,陶祖坤一人的陈述就是证明廖宗荣有违反禁令左转弯行为的优势证据,应当作为认定事实的根据。”

根据此案的具体情况,最高人民法院在公布时写下的裁判摘要:

“依照道路交通安全法第八十七条规定,交通警察执行职务时,对所在辖区内发现的道

〔70〕 进一步阅读王圣扬:“论诉讼证明标准的二元制”,载《中国法学》1999年第3期;裴苍龄:“论证明标准”,载《法学研究》2010年第4期。

〔71〕 黄杰主编:《〈中华人民共和国行政诉讼法〉诠释》,人民法院出版社1994年版,第15页。

〔72〕 进一步阅读卞建林等:“论诉讼证明的相对性”,载《中国法学》2001年第2期。

路安全违法行为,有权及时纠正。交通警察对违法行为所作陈述如果没有相反证据否定其客观真实性,且没有证据证明该交通警察与违法行为人之间存在利害关系,交通警察的陈述应当作为证明违法行为存在的优势证据。”〔73〕

基于最高人民法院公报案例的“参考”效力,本案可以成为确立行政诉讼优势证明标准的依据。其实,早在廖宗荣诉重庆市公安局交通管理局第二支队道路交管理案之前,一些地方人民法院在审理行政案件中已经开始适用优势证明标准了。如在倪吉宏诉杭州市公安局萧山区分局交通巡逻(特)警察大队公安处罚行政上诉案中,

“本院认为,本案首先需要明确的是证明标准的问题。对于此类对行政相对人的权益影响较轻微的行政行为,根据成本——效益的原理,宜采用优势证明标准,即证据足以使法院确信其主张的案件事实更具有真实存在的可能即可。关于本案证据证明力的问题,本院认为,人民警察作为公务员的一种,是从事国家公务的人员,其代表国家行使职权。为了能充分履行行政管理职能,为国民提供良好的服务,满足社会公共需要,能够担任公务员者均应具有较合理的知识结构、行政能力、管理技能以及较高的职业道德素质,因此在公务员为公法上之行为时,除非有相反的证据证明,应当推定其言辞、行为具有超过常人的公信力。本案中,行政相对人在受处罚时并未就执勤交警所指认的事实明确提出异议;在诉讼中亦无证据证明执勤交警与其有超乎管理者与被管理者之外的其他关系,故仅凭其在诉讼中的陈述,尚不足以对抗执勤交警证言的证明力,即本案执勤交警的证人证言相对于上诉人所作的事实陈述,可以达到优势证明标准。”〔74〕

## (二) 排除合理怀疑证明标准

排除合理怀疑证明标准是指在行政诉讼中,被告提供的证据中若有合理怀疑得不到排除的,那么不利于原告的那部分事实就不得认定。在涉及人身自由、重大财产的行政案件中,通常适用排除合理怀疑证明标准。如在谢健诉某市劳教委不服劳动教养案中,法院认为:

“根据法律对于行政执法的公正性要求和行政机关所采取的法律制裁的严厉程度,市劳教委应查明该节事实,排除关键疑问。但市劳教委对该节事实没有进行实质性调查,在不能排除重要疑点又未能提交其他证明谢健有涉案违法行为的情况下,仅以孤立的指纹鉴定证据认定谢健实施了涉案盗窃行为,属于主要证据不足。”〔75〕

本案涉及限制人身自由的劳动教养决定,是最为严厉的、对当事人人身权影响最重的行政决定,因此,包括行政拘留在内的行政处罚决定适用排除合理怀疑标准

〔73〕 《最高人民法院公报》2007年第1期;郁祝军诉江苏省常州市武进区公安局交通巡逻警察大队交通行政处罚案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第6号案例,中国法制出版社2010年版,第27页以下。

〔74〕 杭州市中级人民法院《行政判决书》([2004]杭行终字第154号)。

〔75〕 上海市高级人民法院《行政判决书》([2001]沪高行再终字第3号)。

十分妥当。<sup>[76]</sup> 同理,涉及重大财产权益时,也应当适用这一证明标准。如在陈维垣诉贵州省遵义市工商行政管理局变更企业登记案中,法院认为:

“出资转让涉及重大民事权益变更,相应的证据必须具有高度证明力,而鉴定机构对出资转让协议复印件所作的鉴定,其证明力不够充分。”<sup>[77]</sup>

因原告的起诉权涉及他的合法权益能否受到法院的保护,所以,在原告起诉是否超过法定期限争议中,被告或者第三人提供的证据证明原告知道行政行为内容需要达到排除合理怀疑的程度,以充分保护原告的诉权。如在王增田诉内蒙古自治区乌兰浩特房产管理局房屋行政登记案中,法院认为:

“据此本案中被告或者第三人应承担举证责任,由其证明原告知道或者应当知道房屋已办理转移登记,而本案中被告及第三人提供的证据不足以证明其主张。如果适用事实推定,王增田来到登记机关申请登记,其没有正当理由不签名就离开却由王伟代签,王伟所称的理由又不符合常理,所以不足以推定王增田与王伟一同到登记机关申请登记;即使王增田来到登记机关未签名就走了,这只能推定王增田放弃了出让房屋,那么就不能推定王增田知道转让登记这一事实,因此应推定原告从2001年2月至2007年到被告处查阅的期间不知道房屋已办理转移登记。根据最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第四十二条的规定,公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的具体行政行为内容的,其起诉期限从知道或者应当知道该具体行政行为内容之日起计算。对涉及不动产的具体行政行为从作出之日起超过20年、其他具体行政行为从作出之日起超过5年提起诉讼的,人民法院不予受理。因此原告未超过起诉期限。”<sup>[78]</sup>

### (三) 清楚且有说服力标准

除了上述两大证明标准所适用的行政案件——现场执法引起的行政案件和涉及人身自由、重大财产的行政案件——外,其他行政案件可适用清楚且有说服力标准。它的标准大致介于优势证明标准和排除合理怀疑证明标准两极之间。清楚且有说服力标准本身并没有确定的内容标准,由法官在个案中依照自由心证加以确定。

[76] 刘玉恒不服河北省三河市公安局行政处罚决定案,载《中国行政审判案例》(第4卷)第133号案例,中国法制出版社2013年版,第65页以下。

[77] 最高人民法院《行政判决书》([2009]行提字第1号)。

[78] 《中国行政审判指导案例》(第1卷)第8号案例,中国法制出版社2010年版,第38页以下。



## 第十八章 行政诉讼依据

### 第一节 引言

#### 一、依据概念

行政诉讼是法院运用审判权对行政机关作出的行政行为是否合法所作的一种复审,并以裁判的方式给出复审结论。<sup>[1]</sup>法院作出裁判除了认定的事实基础外,还需要有证据之外的依据。所谓依据,在这里作名词用时即为支持法院裁判的规范性文件。在法院作出的裁判文书中,根据它所适用的规范性文件所处的不同位置,可以区分为理由依据和主文依据。分述如下:

#### (一)理由依据

法院在裁判理由中适用的依据,为理由依据。理由依据是用于支持裁判理由的论据,它的功能在于论证被诉行政行为是否具有合法性。如在上海罗芙仙妮化妆品有限公司诉上海市工商行政管理局金山分局工商行政处罚决定案中,法院认为:

“根据反不正当竞争法第二十一条第一款的规定,经营者假冒他人的注册商标、擅自使用他人的企业名称或姓名,伪造或者冒用质量标志,对商品质量作引人误解的虚假表示的,依照《中华人民共和国商标法》和产品质量法的规定处罚。上诉人罗芙仙妮公司生产、销售的‘罗芙仙妮’系列化妆品上标有‘法国’、‘欧莱雅’字样,而‘欧莱雅’是原审第三人欧莱雅公司企业名称中的字号,同时作为国际品牌的商标也已成为我国重点保护的商标和驰名商标;上诉人生产、销售的‘碧优泉’系列化妆品上有容易与欧莱雅公司代理的‘碧欧泉’化妆品发生混淆和误认的品牌、商标标识;上诉人在公司招商手册中声称其品牌是‘来自法国的顶级品牌’,故意作引人误解的表示。基于上述事实,被上诉人工商金山分局根据反不正当竞争法第五十三条的规定,作出涉案行政处罚决定是正确的,应予维持。”<sup>[2]</sup>

本案中,法院所适用《反不正当竞争法》、《商标法》和《产品质量法》等法律条文,都属于裁判的理由依据。

#### (二)主文依据

法院作出裁判主文所适用的依据,为主文依据。主文依据是用于支持裁判主

[1] 进一步阅读周汉华:“论行政诉讼中的法律问题”,载《中国法学》1997年第4期。

[2] 《最高人民法院公报》2009年第11期。

文的依据,它的功能在于明示法院作出裁判主文的合法性。如在陆廷佐诉上海市闸北区房屋土地管理局房屋拆迁行政裁决纠纷案中,法院认为:

“根据《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第(二)项、第六十一条第(三)项之规定,判决如下:(1)撤销上海市闸北区人民法院就本案作出的一审行政判决;(2)撤销被上诉人闸北房地局2005年6月16日作出的闸房地拆裁字(2005)第169号房屋拆迁裁决;(3)责令被上诉人闸北房地局对涉案被拆房屋重新作出房屋拆迁裁决。”〔3〕

有时,法院还会适用最高人民法院司法解释作为裁判的主文依据。如在点头隆胜石材厂不服福鼎市人民政府行政扶优扶强措施案中,法院认为:

“根据《关于〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十条第三款关于‘被告改变原具体行政行为,原告不撤诉,人民法院经审查认为原具体行政行为违法的,应当作出确认其违法的判决’的规定,判决如下:确认被告福建省福鼎市人民政府2001年3月13日作出的鼎政办[2001]14号文件违法。”〔4〕

如涉及部门行政法或者规章作为主文依据时,法院有时也会在主文依据中加以适用。如在中海雅园管委会诉海淀区房管局不履行法定职责案中,法院认为:

“依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十三条第一款、《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》第五十七条第二款第(二)项的规定,参照建设部《城市新建住宅小区管理办法》第六条、北京市人民政府《北京市居住小区物业管理办法》第五条的规定,于2003年11月20日判决:确认被告北京市海淀区国土资源和房屋管理局对原告中海雅园物业管理委员会提出的换届选举登记备案申请不履行备案职责的行为违法。”〔5〕

## 二、合法性审查

行政诉讼中的合法性审查是指法院对行政机关初次适用法所作出的行政行为是否合法的一种复审。《行政诉讼法》第5条规定:“人民法院审理行政案件,对具体行政行为是否合法进行审查。”这是行政诉讼合法性审查的基础法规范。由此基础法规范而产生了若干合法性审查的具体规范,即《行政诉讼法》第52条(法律、法规)、第53条(规章)和最高人民法院《若干解释》第62条(司法解释和行政规定)及最高人民法院《适用法律规范纪要》等,上述法规范构成了合法性审查的法律框架。

行政机关作出行政行为所适用的法规范出自“多门”,且它们之间的法效力也不尽相同。如果法院仅仅审查行政机关适用的法规范是否正确,而不及于其所适用的法规范本身是否“合法”,那么作为行政救济基本制度的行政诉讼在实效性权

〔3〕《最高人民法院公报》2007年第8期。

〔4〕《最高人民法院公报》2001年第6期。

〔5〕《最高人民法院公报》2004年第5期。

利保护上将会受到明显限制。为此,《行政诉讼法》、《立法法》、最高人民法院《若干解释》、《适用法律规范纪要》以及法院的实务经验等,为法院提供了如下一个梯度的合法性审查方式:

1. 适用法律
2. 适用与法律不抵触的行政法规
3. 适用与法律、行政法规不抵触的地方性法规
4. 适用与法律、法规不抵触的规章
5. 适用与法律、法规、规章不抵触的行政规定
6. 适用与法律、法规、规章、行政规定不抵触的不成文法

## 第二节 法定依据

### 一、法律、法规

在宪法规定的框架性基本制度内,法院产生于人大,受人大监督,并向它报告工作。法律、地方性法规是否合法,最高人民法院对法律、高级人民法院和中级人民法院(较大市)对地方性法规都无权审查,其他地方各级人民法院亦同,如民族区域自治地方的人民法院不能审查自治条例、单行条例。但是,《行政诉讼法》并没有在这个宪法规定的框架性基本制度内作出具体规定,如它并没有将行政法规与地方性法规区分开来,从而间接否定了法院有权审查行政法规合法性的职权。

《行政诉讼法》第52条规定:“人民法院审理行政案件,以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。人民法院审理民族自治地方的行政案件,并以该民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。”基于本条规定,当法律、法规成为被诉行政行为的合法性依据时,法院仅审查行政机关适用是否正确,而对法律、法规本身是否“合法”,不具有审查权。<sup>[6]</sup>但是,实务中的情况要比本条规定复杂得多,有以下几个问题需要继续讨论:

#### (一) 国务院制定发布的非行政法规的规范性文件

关于它的法效力定位,《宪法》、《立法法》、《行政法规制定程序条例》等都没有作出明确规定,国务院给它一个十分模糊的“法规性文件”名称,主要包括国务院和国务院办公厅发布的各种规范性文件。虽然它师出无名,但它有时却是法院审理行政案件的依据。在实务中,最高人民法院在山东莱芜发电总厂与山东省莱芜市莱城区水利水产局征收水资源费再审案中,明确承认法规性文件是审理行政案件的依据。法院认为:

[6] 这里的“法规”不包括军事法规。

“《水法》第34条第3款规定:‘水费和水资源费的征收办法,由国务院规定。’也就是说,水费、水资源费的征收范围、征收标准等,应由国务院规定,其他部门无权规定。但目前国务院尚未制定水费和水资源费的征收办法。根据国务院办公厅发出的国办发(1995)27号《通知》的规定,在国务院发布水资源费征收和使用办法前,各省级人民政府制定的水费和水资源费的征收办法,可以作为各所在行政区域内征收水费和水资源费的依据,但不包括对中央直属水电厂的发电用水和火电厂的循环冷却水水资源费的征收。该《通知》是经国务院同意,以国务院办公厅名义下发的;根据《水法》的授权,国务院有权对征收水资源费的问题作出规定;国办发[1995]27号《通知》应当作为行政机关执法和人民法院审理有关行政案件的依据。”〔7〕

在另一起广东省汕尾市汽车配件公司武汉分公司诉武汉海关行政处罚决定及行政赔偿上诉案中,最高人民法院表达了同样的态度:

“国办函[1994]86号文明确指出:‘国办发[1993]55号文件是国务院批准下发的,应当作为国家行政机关的执法依据’;国办函[1997]33号《国务院办公厅关于执行国办发[1993]55号和国函[1996]69号文件有关问题的复函》又明确指出:‘这两个文件是经国务院批准发布的,具有行政法规效力,可以作为行政机关实施行政处罚的依据’。上诉人认为国办发[1993]55号文件不具有法律、法规效力,海关无权查处被扣车辆的理由亦不能成立。”〔8〕

从上述最高人民法院的两个判决看,第一个案件法院以“《水法》的授权”为由,将国办发[1995]27号《通知》作为审理行政案件的依据,而第二个案件法院以“国务院批准”为由,认定国办发[1993]55号具有行政法规效力。可见,最高人民法院是有条件地承认“法规性文件”在行政诉讼中的依据地位。

## (二)与法律、行政法规相抵触时的地方性法规

早在1993年,最高人民法院在一个给下级人民法院请示的复函中称:“人民法院审理行政案件,对地方性法规的规定与法律、行政法规的规定不一致的,应当执行法律和行政法规的规定。”〔9〕本复函内容已突破《行政诉讼法》第52条的规定,即法院不可在个案中审查地方性法规本身的合法性,但它也符合《宪法》的规定。〔10〕这一“复函”的内容在1997年福建省水电勘测设计研究院不服省地矿厅行政处罚案中再次为最高人民法院所确认,法院认为:

“1991年7月19日起施行的地下水管理办法,是福建省第七届人民代表大会常务委员会第22次会议批准的地方性法规。其中第5条规定:‘市水行政主管部门是地下水资源的主管部门,负责对温泉的统一规划和协调,对温泉的保护工作进行指导。福州市城市建

〔7〕 最高人民法院《行政判决书》([1998]行再字第1号)。

〔8〕 最高人民法院《行政判决书》([1999]行终字第8号)。

〔9〕 最高人民法院《关于人民法院审理行政案件对地方性法规的规定与法律和行政法规不一致的应当执行法律和行政法规的规定给福建省高级人民法院的复函》(法函[1993]16号)。

〔10〕 参见《宪法》第100条。

设行政主管部门是温泉开发利用的主管部门(以下简称温泉主管部门),负责温泉的保护和开发利用的统一管理工作。’第27条规定:‘本办法规定的行政处罚,由市温泉主管部门决定。’这个规定没有根据国家标准把温泉按照温度的不同区分出地热和地下水,以致将部分地热归入地下水中,由此给这部分地热确定的行政主管部门与法律、行政法规的规定不符。本案第三人城建委据此地方性法规认为自己对这部分地热有行政管理权,是不适当的。”〔11〕

在本案之后,2000年《立法法》第79条规定:“法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。行政法规的效力高于地方性法规、规章。”2003年最高人民法院《适用法律规范纪要》详细规定了上下位法发生冲突时的适用规则。至此,地方性法规在行政诉讼中的原有地位——法院不可审查它本身的合法性——已经动摇了,当法院在个案审查认为行政机关适用的地方性法规与法律、行政法规相抵触时,它必须选择适用法律、行政法规作出裁判。

但需要指明的是,基于宪法规定的框架性基本制度,法院在个案中如遇到上述问题时,应当直接引用法律、行政法规的规定作出裁判,不得在裁判理由中对地方性法规的法效力作出评介。但在实务中,也有这样的个案出现。如在酒泉地区惠宝家电维修设备有限公司诉酒泉地区技术监督局行政处罚案中,法院认为:

“《中华人民共和国产品质量法》并未赋予产品质量监督管理部门对维修者的行政处罚权,上诉人对被上诉人实施行政处罚所依据的《甘肃省产品质量监督管理条例》第十三条、第三十条有关产品质量监督管理部门对维修者实施行政处罚的规定,有悖于《中华人民共和国行政处罚法》第十一条第二款‘法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定,地方性法规需要作出具体规定的,必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定’的规定,不能作为实施处罚的依据。故该行政处罚超越职权。”〔12〕

本案中,法院对所涉的地方性法规作出的“有悖于……”的法效力评介,已经超越了行政审判权的范围。所以,在此案的再审中,法院认为:

“一审法院在审理案件中,仅依据惠宝公司提供的维修记录单即认定送修时间亦属证据不足;酒泉地区中级人民法院(1998)酒行终字第06号行政判决虽然认定事实清楚,但在判案理由部分以《甘肃省产品质量监督管理条例》第十三条、第三十条中有关维修质量的规定违背《行政处罚法》的规定为由,直接对地方性法规的效力加以评判是错误的。”〔13〕

### (三)地方性法规的适用范围

地方性法规适用于它的制定机关所管辖的行政区域范围,自治条例、单行条例亦同。《行政诉讼法》第52条规定:“地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。人民法院审理民族自治地方的行政案件,并以该民族自治地方的自治条例

〔11〕 《最高人民法院公报》1998年第1期。

〔12〕 甘肃省酒泉地区中级人民法院《行政判决书》(〔1998〕酒行终字第06号)。

〔13〕 甘肃省高级人民法院《行政判决书》(〔1999〕甘行监字第29号)。

和单行条例为依据。”若地方性法规发生重叠性的地域效力,应当依照“就近原则”适用地域效力范围较小的地方性法规。实务中,如在吴钦宝等不服福州市房地产管理局房屋拆迁管理案中,法院认为:

“1993年8月1日起施行的《福建省城市房屋拆迁管理办法》第三十三条第(二)项规定:被拆迁的区域用于商品房综合开发、职工住宅建设的,一般应实行就地或就近安置。2000年7月28日施行的《福州市城市房屋拆迁管理办法》第六条第一款规定:房屋拆迁实行货币安置或一次性房屋安置,鼓励货币安置。上述两部办法均由福建省人民代表大会常务委员会通过或批准,属同级效力。因本案发生在福州市内,应优先适用《福州市城市房屋拆迁管理办法》。”〔14〕

#### (四)与法律冲突的行政法规

《立法法》第79条规定:“法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。”由此,当行政法规与法律发生效力冲突时,应当适用法律。当年在《行政诉讼法》第52条中原本没有这样的立法原意,它是后来的《立法法》对《行政诉讼法》第52条所作的一种“无形修改”。从此,法院在个案审查中有权对行政法规是否符合法律作合法性审查,若认为行政法规与法律相抵触时,必须适用法律作出裁判,但对行政法规本身的不合法性不在裁判文书中作判定。在实务中,如在上海东兆化工有限公司诉上海市工商行政管理局静安分局行政处罚案中,法院认为:

“静安工商分局对未经批准,擅自从事危险化学品经营的违法行为,具有作出行政处罚决定的执法主体资格。《安全生产法》第九十四条系对哪些行政主体能适用该法作出行政处罚所作的规定,除该条款明确规定的行政主体外,有关法律、行政法规对行政处罚的决定机关另有规定的,亦可适用。《危险化学品安全管理条例》作为行政法规,已明确工商行政机关对擅自从事危险化学品经营的行为具有作出行政处罚的职权。故上诉人静安工商分局认为其不能适用《安全生产法》作出行政处罚决定的理由,本院不予采信。静安工商分局认定东兆公司在从事危险化学品经营的过程中,没有违法所得,据此《安全生产法》与《危险化学品安全管理条例》规定的处以罚款的幅度不相一致,静安工商分局在作出处罚时,应适用高位阶的法律规范。原审法院据此以适用法律不当为由判决撤销行政处罚决定,并无不当。”〔15〕

本案中,法院明确了《安全生产法》与《危险化学品安全管理条例》规定的“处以罚款的幅度”不相一致(应表述为“相抵触”)。由此我们可能推断,法院对《危险化学品安全管理条例》(下位法)是否抵触了《安全生产法》(上位法)进行了审查,否则不可能得出这一结论。不过,在法院公开的措辞上,这种审查权往往被“适用规范的选择权”所掩盖。〔16〕

〔14〕 福建省福州市中级人民法院《行政判决书》([2004]榕行终字第156号)。

〔15〕 上海市第二中级人民法院《行政判决书》([2004]沪二中行终字第169号)。

〔16〕 进一步阅读章剑生:“依法审判中的‘行政法规’”,载《华东政法大学学院》2012年第2期。

## 二、行政规章

行政规章分为部门规章、地方政府规章。<sup>[17]</sup>《行政诉讼法》第53条规定：“人民法院审理行政案件，参照国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章。”由此，确立了行政规章在行政诉讼中的“参照”地位。<sup>[18]</sup>行政规章当然也是法院审查行政案件的依据，当《行政诉讼法》在行政规章之前加上“参照”后，实质上是赋予了法院审查行政规章合法性的权力，即行政规章在被作为审查行政案件的依据前，法院必须先审查该行政规章是否与法律、法规相抵触，若没有相抵触，则该行政规章如同法律、法规一样都是法院审查行政案件的依据；若相抵触，则法院有权排除该行政规章在本案中的适用。

参照，文义即参考仿照。依照当时的立法原旨，参照即“对符合法律、行政法规规定的规章，法院要参照审理，对不符合或不完全符合法律、行政法规原则精神的规章，法院可以有灵活处理的余地。”<sup>[19]</sup>所以，在行政诉讼中“参照规章”即赋予法院对规章合法性审查权。在参照规章之下，行政规章是一种附条件适用的法规范。在个案中经法院审查，合法的行政规章是审判依据，具有法效力，不合法的行政规章不是审判依据，法院不予适用。最高人民法院《适用法律规范纪要》对“参照”的意义则作了进一步明确：“在参照规章时，应当对规章的规定是否合法有效进行判断，对于合法有效的规章应当适用。”如在中国亚太贸易总公司诉宝鸡市工商局处理决定案中，法院认为：

“依据《机电产品进口管理暂行办法》，参照《关于加强汽车维修配件进口管理的通知》、《国家限制进口机电产品进口零件、部件构成整机主要特征的确定原则和审批、征税的试行规定的通知》的规定，亚太公司进口组装的该批旧奥迪轿车，属于无进口汽车证明的汽车；在该批汽车进入国内市场后，宝鸡市工商局根据《关于加强进口汽车牌证管理的通知》第二条的规定，采取封存强制措施和作出行政处罚决定是依法行使行政职权的行为，不存在超越职权代行海关监管职权的问题。”<sup>[20]</sup>

本案中，依照案发当时的法律规定，被参照的两个“通知”是否属于行政规章尚不太明确。但是，从本案看这里的“参照”意味着法院对这两个“通知”的合法性作了审查，并明确引用在裁判理由之中。关于参照规章，还需要讨论如下三个问题：

[17] 这里的“规章”不包括军事规章。

[18] 进一步阅读崔卓兰：“行政规章可诉性之探讨”，载《法学研究》1996年第1期。

[19] 王汉斌：“关于《中华人民共和国行政诉讼法》（草案）的说明”，载《最高人民法院公报》1989年第5期。

[20] 最高人民法院《行政判决书》（[1995]行终字第4号）。

### (一) 排除不合法的行政规章在本案中的适用

行政规章由具有处理个案职权的行政机关制定发布,并由《立法法》赋予其法律效力,因此,在行政诉讼中增设一个监督机制是妥当的。法院在审理行政案件中,如认为被诉行政行为所适用的行政规章与法律、法规相抵触的,应当将该行政规章从被诉行政行为依据中排除出去。所以,在个案中,如法院能够正确运用参照规章权,对于实现“保护权利”的行政诉讼立法目的效果是相当明显的。如在任建国不服劳动教养复查决定案中,法院认为:

“国务院有关劳动教养的行政法规中,对劳动教养的适用对象已有明确的规定,《山西省人民政府关于保护企业厂长、经理依法执行职务的规定》第八条第(二)项,把劳动教养的适用范围作了扩大的规定。对于这样的规章,人民法院只在符合行政法规规定的范围内参照适用,即行政法规规定的劳动教养适用对象有以暴力、威胁方法阻碍厂长、经理依法执行职务的行为时,可对其实行劳动教养。如果不属于劳动教养适用对象,则不能仅参照规章对其适用劳动教养。”<sup>[21]</sup>

本案中,法院以被诉劳动教养决定所适用的依据与国务院行政法规相抵触为由,否定了山西省人民政府的一个行政规章在本案的适用,进而撤销了被告作出的劳动教养决定。法院没有在裁判中公开宣布该规章无效,这是正确的。

### (二) 没有上位法制定依据的行政规章

行政规章应当依据上位法来制定,即它必须有法律、法规的制定依据。若在行政诉讼中遇到没有法律、法规依据的行政规章,最高人民法院在一个对下级人民法院的答复中称:“国务院发布的《中华人民共和国公路管理条例》没有规定公路行政管理部门对拖缴、逃缴公路规费的单位和个人可以采取扣留驾驶证、行车证、车辆等强制措施。而辽宁省人民政府发布的《关于加强公路养路费征收稽查工作的通告》第六条‘可以采取扣留驾驶证、行车证、车辆等强制措施’的规定,缺乏法律和法规依据,人民法院在审理具体案件时应适用国务院发布的《中华人民共和国公路管理条例》的有关规定。”<sup>[22]</sup>从这个答复的内容看,最高人民法院是否定没有法律、法规依据的行政规章可以适用于行政诉讼之中。

### (三) 行政规章之间规定不一致时的适用

若行政规章之间的规定不一致,因它们之间处于相同的法位阶上,《行政诉讼法》没有赋予法院有解决这个问题的权限。《行政诉讼法》第53条第2款规定:“人民法院认为地方人民政府制定、发布的规章与国务院部、委制定、发布的规章不一致的,以及国务院部、委制定、发布的规章之间不一致的,由最高人民法院送请国务院作出解释或者裁决。”《立法法》第86条第2款第3项也有同样的规定。也就是说,法院在审理行政案件时遇到这种情形的,应当依照最高人民法院《若干解

[21] 《最高人民法院公报》1993年第3期。

[22] 最高人民法院《关于人民法院审理行政案件对缺乏法律和法规依据的规章的规定应如何参照问题的答复》(法行复字[1993]第5号)。



释》第51条第2款第5项的规定,裁定中止本案诉讼,将行政规章之间不一致导致的适用问题报最高人民法院送请国务院解释或者裁决之后,再恢复本案的诉讼。

### 三、行政规定

《行政诉讼法》没有为行政规定的适用保留一席之地,但是,法院却经常面临个案中被诉行政行为为适用行政规定的情形。为此,最高人民法院《若干解释》第62条规定:“人民法院审理行政案件,适用最高人民法院司法解释的,应当在裁判文书中援引。人民法院审理行政案件,可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性文件。”根据这一司法解释,法院在“引用合法有效其他规范性文件”之前,应当对它作一个合法性判断,这个判断我们姑且称之为“参考”,以示区别于行政规章的“参照”。如在陈才明不服被告綦江县社会保险局具体行政行为案中,法院认为:

“我国目前尚无规范‘被征地农转非人员’参加养老保险的法律法规,有关此类案件只能适用合法有效的行政规定。渝府发[2008]26号和渝劳社发[2008]16号文件是重庆市人民政府及其相关职能部门根据国务院和劳动保障部相关文件的规定结合本地实际情况制订的地方性养老保险政策,内容与有关法律法规和上级行政规定不相抵触,是合法有效的行政规定,应作为本案法律适用的参考依据。”<sup>[23]</sup>

又如,在甘露不服暨南大学开除学籍决定案中,高等学校的“校纪校规”也如同行政规定一样列入法院审理行政案件的参考范围。最高人民法院认为:

“高等学校学生应当遵守《高等学校学生行为准则》、《普通高等学校学生管理规定》,并遵守高等学校依法制定的校纪校规。学生在考试或者撰写论文过程中存在的抄袭行为应当受到处理,高等学校也有权依法给予相应的处分。但高等学校对学生的处分应遵守《普通高等学校学生管理规定》第五十五条规定,做到程序正当、证据充足、依据明确、定性准确、处分恰当。特别是在对违纪学生作出开除学籍等直接影响受教育权的处分时,应当坚持处分与教育相结合原则,做到育人为本、罚当其责,并使违纪学生得到公平对待。违纪学生针对高等学校作出的开除学籍等严重影响其受教育权利的处分决定提起诉讼的,人民法院应当予以受理。人民法院在审理此类案件时,应依据法律法规、参照规章,并可参考高等学校不违反上位法且已经正式公布的校纪校规。”<sup>[24]</sup>

在实务中,由于对行政规定在法院审理行政案件中的地位不如法律、法规和规章那么明确,所以,地方人民法院对于行政规定的审查方式也是“因地制宜”的,以下几种处理方式或许具有代表性:

#### (一) 不能作为合法性审查标准

法院将行政机关适用的行政规定排除在法规范之外,进而推出它不能作为合

[23] 重庆市綦江县人民法院《行政判决书》([2011]綦法行初字第22号)。

[24] 最高人民法院《行政判决书》([2011]行提字第12号)。

法性审查标准。如在北京市通州区潮县镇后尖平村村民委员会诉北京市通州区潮县镇人民政府履行追缴公章法定职责案中,法院认为:

“被告向法院提交了《印章工作意见》,市委组织部、市委农工委、市民政局《关于充分发挥村党支部领导核心作用,进一步推进村民自治的意见》,《通州区村级组织规范化管理实施细则》等规范性文件作为其具有追缴公章的法定职权,原告对此亦表示同意。但上述三份规范性文件不属于法律规定的确定行政机关职权范围的法律规范,不能作为法院审查被诉具体行政行为合法性的标准,且《中华人民共和国村民委员会组织法》第五条第一款规定‘乡、民族乡、镇的人民政府对村民委员会的工作给予指导、支持和帮助,但是不得干预依法属于村民自治范围内的事项’。故追缴村委会公章之事项不属于被告的法定职责。现原告要求被告履行法定职责追缴公章并主持公章移交的理由,不能成立,对其诉讼请求本院不予支持。”〔25〕

本案中,法院直接否定了被诉行政行为所适用的“三份规范性文件”的合法性。相对于参照规章而言,在参考行政规定中,法院其实可以行使更大的审查权,必要时,甚至可以在裁判文书宣布该行政规定因违反法律、法规和规章而无效。

### (二) 没有当然的法效力

有时,在个案中被诉行政行为所作出的依据是行政机关内部的一个复函。对于行政复函的法效力,从它的生成主体、时间、适用对象看,毋宁把它当作是一种来自当事人一方的“观点”,这也就当然不具有所谓的“法效力”。如在江西省劳动和社会保障厅等与赖雯华工伤认定行政复议决定纠纷上诉案中,法院认为:

“赖雯华在受伤前,用人单位不能提供为其办理保险的证据,在诉讼中也不能提供统筹地区是南昌的证明,而上诉人提供的赣劳社劳函〔2002〕4号函,是上级部门对下级部门请示内容的答复,没有当然的法律效力。更何况它与劳动和社会保障部2004年1月1日起实施的《工伤认定办法》内容相抵触。因此,上诉人江西省劳动和社会保障厅以‘赣劳社劳函〔2002〕4号函’为理由,认为赣州市劳动和社会保障局超越管辖依据不足,其上诉请求本院不予支持。”〔26〕

本案中,“没有当然的法律效力”是法院对行政复函是否可以适用本案所给出的结论,十分妥当。

### (三) 自然失效

法院在个案中明确地宣布某一行政规定“自然无效”,导致该行政规定失去了普遍约束力,而不仅仅限于本案的不适用。这种表述在内容上其实与“没有当然的法律效力”一样,在一定程度上反映了地方人民法院在个案中正在静悄悄地扩大自己在审理行政案件中的审查权。如在无锡市塑料造粒二厂不服无锡市规划管理局城市规划行政处罚案中,法院认为:

〔25〕 北京市通州区人民法院《行政判决书》(〔2008〕通行初字第27号)。

〔26〕 江西省赣州市中级人民法院《行政判决书》(〔2008〕赣中行终字第8号)。

“第三人南长区中队提出的根据1988年其与公安部门联合制定的一个文件,城建中队有权审批临时性建筑,尽管《城市规划法》已于1989年颁布施行,但至今尚未见到废止该文件的规定。全国人大常委会制定的《城市规划法》、无锡市人民政府颁布的《无锡市城市规划管理实施细则》均明确规定:城市规划区内街道两侧所有建筑的审批权由规划主管部门负责。根据新法高于旧法,法律的效力高于行政法规,行政法规的效力高于规章,政府规章高于其他规范性文件的原则,1988年城管部门与公安部门联合制定的有关文件中与《城市规划法》、《无锡市城市规划管理实施细则》冲突的部分已自然失效。”〔27〕

#### 四、法律解释

根据全国人大常委会1981年《决议》的规定,法律解释是针对全国人大及其常委会制定的“法律”所作出的解释。法律解释分为立法解释(省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员对地方性法规适用的解释)、司法解释(最高人民法院作出的解释、批复、规定和决定)、行政解释(省、自治区、直辖市人民政府主管部门对地方性法规适用的解释)。2000年的《立法法》对法律解释作了进一步规定。法律解释属于被解释法律规范的当然内容,且该内容一直存在于该法律规范之中,其法律效力等同于被解释的法律规范。最高人民法院《若干解释》第62条第1句规定:“人民法院审理行政案件,适用最高人民法院司法解释的,应当在裁判文书中援引。”本条仅规定了最高人民法院司法解释在裁判文书中的援引,而对其他法律解释在行政诉讼中的适用问题,未作规定。比照这一规定,对于立法解释、行政解释,法院也应当在裁判文书中援引。

在实务中,法律解释作为行政诉讼依据并非少见,但对于法律之外的“法解释”——对法规、规章如何适用作出的解释——在行政诉讼中的地位并没有统一的规定。其实,法院在个案中通常也会对此类法解释作不同程度的合法性审查。如在张耀森与上海市卫生局卫生行政审核纠纷上诉案中,法院认为:

“卫医发[2004]65号文《卫生部关于对浙江省卫生厅在执行〈医疗事故处理条例〉过程中有关问题的批复》第三项规定:‘在实际工作中,可根据鉴定需要,由医患双方随机等额抽取多名专家作为候补专家,但应按抽取的顺序依次递补’。该批复系由卫生部根据实际情况作出的进一步规定,具有行政解释性质。考虑到医患双方随机抽取的正式专家均可能有两名以上无法参加鉴定会的客观实际,由医患双方随机各抽取二名候补专家,同时严格按照递补规定递补,有利于医疗事故技术鉴定的及时进行,更好地保护医患双方依法享有的合法权益,且候补专家抽取多少与医疗事故技术鉴定专家组的构成及鉴定会的召开是否合法,没有必然联系。被上诉人对出席鉴定会的专家资格进行审查,认为符合规定,并无不当,原审判决相关认定亦属正确。”〔28〕

本案中,经审查后,法院采纳了卫生部的一个行政解释,并把它作为裁判的理

〔27〕 江苏省无锡市中级人民法院《行政判决书》([1995]锡行字第2号)。

〔28〕 上海市第二中级人民法院《行政判决书》([2005]沪二中行终字第103号)。

由依据之一。又如,在某规费征稽所与某公共汽车公司征收公路建设基金纠纷上诉案中,法院认为:

“上诉人提出被上诉人所营运的车辆不享受政府财政补贴,以盈利为目的,不具有社会公益性,故不属公共汽车,依据是交通部作出的《关于请求诠释〈公路运输管理条例〉调整范围的请示》(交函公路[1995]523号)的行政解释;经审查,该行政解释与建设部于1993年9月7日颁布的行政规章,即《全民所有制城市公共交通企业转换经营机制实施办法》的规定不一,故该行政解释不能作为认定被上诉人所营运的车辆不属公共汽车的依据。”<sup>[29]</sup>

本案中,交通部的一个行政解释因与建设部的一个规章“规定不一”,被法院排除适用。依理,交通部的行政解释是对《公路运输管理条例》的解释,具有行政法规的法效力位阶,但在本案中的法院看来,它的法效力还不如部门规章。当然,如果该行政解释与所解释的行政法规内容不一致,那么在法定程序撤销行政解释之前,由法院在个案中担当监督之责,也不失为一种可选的司法之策。

### 第三节 非法定依据

#### 一、宪法

法院在裁判文书中不直接引用宪法条款作为依据——无论是理由依据还是主文依据,通常被认为是源于1955年最高人民法院《关于在刑事判决中不宜援用宪法作为论罪科刑的依据复函》。<sup>[30]</sup>在《行政诉讼法》明确规定法院审理行政案件的依据是法律、法规,参照规章之后,在行政诉讼裁判文书中不直接适用宪法条文作为依据已经成为一种当然。但是,在实务中,法院引用宪法条文作为裁判的理由依据却并不少见。如在张家顺诉东平县斑鸠店镇人民政府处理土地使用权争议案中,法院认为:

“根据《土地管理法》第十六条第一、二款和《土地权属争议调查处理办法》第五条第二款的规定,只要经当事人申请,东平县斑鸠店镇人民政府就应当拥有处理个人之间土地权属争议的法定职责。因此,上诉人关于《土地权属争议调查处理办法》第四条是对《土地管理法》第十六条第一、二款的细化的观点,二审法院未予认定。《土地管理法》第十六条第一、二款和《土地权属争议调查处理办法》第五条第二款是基于土地权属争议的特殊性而作

[29] 海南省海南中级人民法院《行政判决书》([2005]海南行终字第4号)。

[30] 该复函新疆高级人民法院称:“你院(55)刑二字第336号报告收悉。中华人民共和国宪法是我国国家的根本法,也是一切法律的‘母法’。刘少奇委员长在关于中华人民共和国宪法草案的报告中指出:‘它在我国国家生活的最重要的问题,规定了什么样事是合法的,或者法定必须执行的,必须禁止的。’对刑事方面,它并不规定任何论罪科刑的问题,据此,我们同意你院的意见,在刑事判决中,宪法不宜援用。”

出的安排,不仅与《宪法》第一百零七条不抵触,而且也与《中华人民共和国行政许可法》第八、四十九条的规定不相冲突。因为《行政许可法》第八、四十九条针对的是行政许可行为,而《土地管理法》第十六条第一、二款和《土地权属争议调查处理办法》第五条第二款针对的则是土地登记的确权行为,《土地管理法》第十一条第二款规定,“农民集体所有的土地依法用于非农业建设的,由县级人民政府登记造册,核发证书,确认建设用地使用权”,即为佐证。”〔31〕

本案中,法院引用《宪法》第107条规定作为裁判的理由依据,论证了被诉行政行为所引用的《土地管理法》、《土地权属争议调查处理办法》相关条款的合法性。又如,在林丹娟不服漳州师范学院开除学籍案中,法院认为:

“《中华人民共和国教育法》第四十二条的规定:‘受教育者享有以下权利……(四)对学校给予的处分不服向有关部门提出申诉,对学校、教师侵犯其人身权、财产权等合法权益,提出申诉或者依法提起诉讼……’本案上诉人对被上诉人林丹娟作出开除学籍的处分决定,系剥夺了被上诉人的宪法赋予的基本权利——受教育权,且这种对公民受教育权的剥夺,实际上也包括对受教育者已投入的学费等财产权的侵犯,故该处分决定系可诉的具体行政行为,并非内部管理行为,应属于法院受理行政诉讼的受案范围。”〔32〕

本案中,法院引用公民在宪法上基本权利——受教育权为裁判的理由依据,论证了“开除学籍处分决定”属于行政诉讼受案范围。关于法院在个案中引用宪法条文作为裁判理由的案例,还可参阅本书第3章第2节。

法院无权裁判行政行为的合宪性,所以,行政行为的合宪性基本上还是一个学理上的问题。个别地方法院引用宪法判断行政行为的合法性并形成裁判的理由依据,也仅仅是一种偶发行为,并没有形成普遍效应。这种“静静的革命”究竟能否产生制度层面上的突破,尚需假以时日才能得到答案。

## 二、不成文法

不成文法主要有指导性案例、惯例、法的原则和公共政策等。在《行政诉讼法》关于法院审理行政案件的裁判依据中,并没有为不成文法保留空间,即使在最高人民法院《适用法律规范纪要》中也没有涉及此问题。但在实务中,引用不成文法作为论证行政裁判的理由依据的个案并不少见。如在杜宝群、李宝琴、杜玲红不服北京市公安局海淀分局龙泉寺派出所变更户口行政决定案中,法院认为:

“国家推行计划生育的政策,法律要求每一个公民都要自觉履行这一法定义务。原告杜宝群、李宝琴违法超生二胎,理应受到有关部门的处理。被告为支持计划生育工作,参照有关规定,变更原告杜宝群、李宝琴的户籍类别的决定与政策、法律没有直接冲突,法院不持异议。原告杜玲红系未成年人,在未成年独立生活之前,其户籍关系按惯例随其母关变

〔31〕 山东省泰安市中级人民法院《行政判决书》([2008]泰行终字第39号)。

〔32〕 福建省漳州市中级人民法院《行政判决书》([2007]漳行终字第13号)。

更,并无不当。”<sup>[33]</sup>

本案中,杜宝群系劳动合同制工人,于1988年转为居民户口;李宝琴于1980年接替其母工作,同时被转为居民户口,其女杜玲红1982年5月8日出生,于1982年8月29日申报了居民户口。1991年5月杜、李夫妇违反《北京市计划生育条例》的规定,超计划生育二胎,被双方所在的单位开除公职。1990年11月16日,双方所在的单位根据(88)京政农93号文件的规定,针对两人违反劳动纪律、长期旷工躲生的行为,报请有关部门变更两人的户别。龙泉寺派出所于1992年4月15日对两人作出了非转农的变更户别的决定,根据户籍管理中未成年子女随母的惯例,同时将杜玲红的户口也作了非转农的变更。杜宝群、李宝琴和杜玲红不服,向法院提起行政诉讼。法院依据“未成生子女户籍随母亲”之行政惯例,论证了本判决理由,维持了被告作出的变更户籍类别决定的合法性。关于法院在个案中引用其他不成文法作为裁判的理由依据的行政案例,还可参阅本书第3章第3节。

---

[33] 北京市海淀区人民法院《行政判决书》([1992]海行字第6号)。

## 第十九章 行政诉讼裁判

### 第一节 行政诉讼判决

行政诉讼裁判分为判决和裁定,前者针对实体性问题,后者适用于程序性问题。<sup>〔1〕</sup> 行政诉讼判决具有终结诉讼程序的功能,但行政诉讼裁定有的是中间性的,如财产保全裁定、中止诉讼裁定等,有的也有终结诉讼程序的功能,如驳回上诉的裁定、终止诉讼的裁定等。

行政诉讼判决不同于行政诉讼类型化。在大陆法系国家的行政法中的行政诉讼类型化,即以法律关系为基础而构建起来的诉讼类型,如形成之诉、确认之诉和给付之诉。在不同的诉讼类型中,原告资格、举证责任和判决方式等都是有所差异的。我国的行政诉讼不采用类型化,所以与之没有比较法的基础。在以行政行为作为诉讼客体的《行政诉讼法》法律框架中,根据不同的诉讼客体设置了不同种类的行政诉讼判决方式。《行政诉讼法》规定了维持判决、撤销判决、重作判决、履行判决、变更判决和行政赔偿判决,最高人民法院《若干解释》又增加了驳回诉讼请求判决、确认判决和行政、民事一并判决。

#### 一、维持判决

##### (一) 概念

维持判决是指法院维持被诉行政行为合法性的一种肯定性裁判。<sup>〔2〕</sup> 《行政诉讼法》第54条第1项规定:“具体行政行为证据确凿,适用法律、法规正确,符合法定程序的,判决维持。”维持判决维持了被告作出的被诉行政行为的法效力,理由是被告作出的被诉行政行为在主体、事实、依据和程序四个方面完全合法,它的法效力应当在法律上继续存在。但从原告诉讼请求角度看,被诉行政行为完全合法,证明原告的诉讼请求不能得到法院支持,依照诉讼原理,法院应当判决驳回其诉讼请求。但是,《行政诉讼法》规定依此情形应当作出维持判决,所以,维持判决实质上是一种不符合现代诉讼原理的变异裁判方式。

〔1〕 进一步阅读苏力:“判决书的背后”,载《法学研究》2001年第3期。

〔2〕 进一步阅读吴晓庄:“行政诉讼维持判决研究”,载章剑生主编:《行政诉讼判决研究》,浙江大学出版社2010年版,第196-241页。

## (二) 适用条件

维持判决是正面肯定被诉行政行为合法性的判决。根据《行政诉讼法》的规定,它的适用条件是:(1)证据确凿。即本案证据确实、充分,足以证明待证事实在法律上存在,不可质疑。就证明标准而言,此条件已经达到了足以排除一切合理怀疑的程度,是一种相当严格的证据标准。(2)适用法律、法规正确。即被诉行政行为的事实充分满足了被告所引用的法律、法规规定的构成要件,且被诉行政行为的内容公正、合理。需要指出的是,这里的“法律、法规”应当扩大解释为本书第3章所论及的行政法法源,才能与司法实务一致。在实务中,对于本条件的把握通常是采用实质标准的,如因笔误而导致适用法律、法规“错误”的,法院通常仍然把它归入“适用法律、法规正确”之中,如在余某某不服重庆市长寿区公安局强制隔离戒毒决定案中,法院认为:

“被告区公安局在该决定书中适用法律条款未详尽,确定的强制隔离戒毒时间虽明确有起止时间,但无‘二年’的字样,应属行政行为的笔误瑕疵,不影响该具体行政行为的效力,也未影响该行政行为相对人的权利行使。据此,依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第(一)项之规定,判决如下:维持被告重庆市长寿区公安局2011年4月13日制作并向原告余××送达的长公(凤山)强戒决字[2011]第××号《强制隔离戒毒决定书》。”〔3〕

(3)符合法定程序。即被告作出被诉行政行为严格遵守法定的步骤、方式、时空等程序要素。法定程序即“法”所预先规定的程序,在特别情况下,即使没有法定程序,被告作出被诉的行政行为,也应当遵守正当程序的基本要求,不可借口因为没有法定程序而随意作出被诉行政行为。对遵守正当程序的基本要求而作出的被诉行政行为,法院将会以“符合法定程序”为由予以维持。如在北京福迪星科贸中心诉北京市朝阳区经济委员会行政处罚决定案中,法院认为:

“被告朝阳区经委在接到死者家属举报后,依据有关法规,政府规章的规定,对事故发生的经过、原因、责任等情况进行了调查、分析,履行了正当程序,据此作出的处罚决定并无不当,应予维持。”〔4〕

据此,法院依照《行政诉讼法》第54条第(1)项之规定,作出如下判决:维持被告北京市朝阳区经济委员会作出的京朝经安监字(2001)113号行政处罚决定书。

由于维持判决正面肯定被诉行政行为的合法性,所以,在实务中,法院通常以较高的证明标准要求来理解和把握维持判的决适用条件。如上海罗芙仙妮化妆品有限公司诉上海市工商行政管理局金山分局工商行政处罚决定案中,法院认为:

“被告工商金山分局依据所收集的证据,认定原告罗芙仙妮公司擅自使用他人的企业名称,并足以导致消费者的误认和混淆,违反了反不正当竞争法第五条第(三)项的规定,构

〔3〕 重庆市高级人民法院《行政判决书》([2011]长行初字第17号)。

〔4〕 北京市朝阳区人民法院《行政判决书》([2002]朝行初字第9号)。



成对第三人欧莱雅公司的不正当竞争,具有充足的事实依据和法律根据,并无不当。由于涉案化妆品的案值为2760214元,根据产品质量法第五十三条的规定,被告作出没收涉案化妆品,并对原告处以罚款450000元的涉案行政处罚决定,并无不当。”〔5〕

据此,法院根据《反不正当竞争法》第5条第(3)项、第21条第1款,产品质量法第53条,最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第6条第1款及《行政诉讼法》第54条第(1)项之规定判决维持被告工商金山分局作出的涉案行政处罚决定具体行政行为。本案中,“具有充足的事实依据和法律根据,并无不当”,它表达了法院对维持判决证明标准的认知,充满着法院对该判决不可推翻的自信。在如此严格的证明标准下作出的判决,它对行政程序的反射效果是,一方面它提升行政机关作出行政行为的合法性水准,但另一方面也可能减损行政效率。平衡这两者之间的法价值取向,经常考验着法官的法律智慧。

### (三)相关问题

1. 维持判决的效力。对于在维持判决之下的被诉行政行为,因为判决的“维持”而获得了一种法律上的“冻结”法效力,行政机关不得依职权随意加以撤销、变更,以维护判决(法)的安定性。〔6〕但是,在对被维持的行政行为作有利于行政相对人的撤销、变更,且不损害公共利益和第三人合法权益的前提下,行政机关可以重开行政程序作出第二次决定。对于第二次决定不服的,行政相对人有权提起行政诉讼。

2. 驳回诉讼请求判决的适用。若维持判决的适用条件得不到完全满足,但又未达到可撤销被诉行政行为的程度,如在个案中遇有“主要证据充分”、“引用法律条文技术性差错”或者“程序瑕疵”等情形的,应当适用驳回诉讼请求判决。如在陈颜刚不服内黄县公安局治安行政处罚案中,法院认为:

“被告根据收集证据认定的事实,依据《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十三条之规定,对原告陈颜刚作出的内公(楚)决字[2011]第0150号《公安行政处罚决定书》,认定事实清楚,主要证据充分,适用法律正确。故原告陈颜刚要求撤销该具体行政行为的理由不成立,本院不予支持。”〔7〕

据此,法院依据最高人民法院《若干解释》第56条第(4)项之规定,判决如下:驳回原告陈颜刚的诉讼请求。本案中,“主要证据充分”即因未达到维持判决“证据确凿”的要求,故法院选择适用驳回诉讼请求判决。

3. 确认判决的适用。若被诉行政行为是双方性的,如行政合同等,维持判决的三个适用条件不具有完全的适用性,如法院经审查之后认为被诉行政行为合法,则

〔5〕《最高人民法院公报》2009年第11期。

〔6〕三都水族自治县打鱼乡介赖村民委员会诉黔南州布依族苗族自治州人民政府土地权属行政复议决定案,载《中国行政审判案例》(第3卷)第95号案例,中国法制出版社2013年版,第70页以下。

〔7〕河南省安阳市内黄县人民法院《行政判决书》([2011]行初字第21号)。

可以适用确认合法或者有效确认判决来代替维持判决。将维持判决适用的对象限于单方的行政行为,可以为确认判决的适用让出部分适用空间。如在常胜强与延津县人民政府等行政合同纠纷上诉案中,法院认为:

“目标责任书签订后,常胜强履行厂长职务,按照目标责任书的规定逐步扭转化肥厂亏损,延津县人民政府自1993年开始亦逐步对常胜强进行了物质和精神奖励,系对常胜强工作成绩的充分肯定。由于目标责任书中未对兑付主体、兑付方式及兑付时间、期限作出明确规定,延津县人民政府已对常胜强进行的奖励应当视为延津县人民政府对目标责任书中100万元奖金的逐步兑现,遵循公平原则,已奖励金额应从100万元奖金中予以扣除。由于延津县人民政府仅向法院提供了对常胜强进行奖励的文件,未提供常胜强领取奖励的相关证据,扣除金额应以常胜强诉讼中认可的数额计算。遵循公平原则,二被告亦应支付应兑付金额的相应利息,起算时间应自常胜强2002年8月向新乡市中级人民法院提起民事诉讼主张诉权时计算。”〔8〕

据此,法院作出如下判决:(1)确认1992年6月3日延津县经济委员会与延津县化肥厂签订的目标责任书有效;(2)本判决生效后十日内被告延津县人民政府、延津县工业经济发展局支付原告常胜强533500元及利息(自2002年8月至判决生效之日按同期银行存款利率计算),二被告互负连带清偿责任。

## 二、撤销判决

### (一)概念

撤销判决是指消灭被诉行政行为为全部或者部分法律上效力的一种否定性裁判。〔9〕在被诉行政行为具有可分性时,根据撤销判决的主文内容,可以分为部分撤销判决与全部撤销判决。撤销判决将当事人因被诉行政行为而限制、剥夺的权利恢复到原有状态,若被限制、剥夺的权利不具有恢复性时,国家应当承担赔偿责任。撤销判决原则上具有溯及既往的法效力,即追溯到被诉行政行为作出之时。但基于特别利益保护的需要,撤销判决也可以另外确定它的时间效力。撤销判决具有恢复法律秩序的功能,为不特定的人提供一个正常的社会秩序。如果被诉的行政行为具有行政法上第三人效力,那么,撤销判决既判力还将扩展到第三人。

### (二)适用条件

《行政诉讼法》第54条第2项规定,撤销判决的适用条件有:(1)主要证据不足。本条件强调“主要”证据不足,是与行政效率要求有关的,即为了行政效率的需要,如果个案中非主要证据不足,则不构成撤销判决的适用条件。一般来说,与案件基本事实有关的证据为“主要证据”,即涉及何人在何时、何地做了什么事,以及此事产生什么后果的证据,是否有这些证据,直接影响到行政相对人行为性质确

〔8〕 河南省高级人民法院《行政判决书》(〔2008〕豫法行终字第00109号)。

〔9〕 进一步阅读赵元成:“行政诉讼撤销判决研究”,载章剑生主编:《行政诉讼判决研究》,浙江大学出版社2010年版,第539-602页。

定、法条选择以及法效果不同的裁量。(2)适用法律、法规错误。与维持判决中的“适用法律、法规正确”适用条件一样,这里的“法律、法规”应扩大解释为本书第3章所论及的行政法法源。(3)违反法定程序。这里的“法定程序”也与维持判决中的“符合法定程序”作相同解释。实务中,本适用条件也已经扩大到“正当程序”。在法律、法规没有明确规定的情况下,人民法院可以把正当程序原则作为判断行政行为合法性的依据。<sup>[10]</sup> (4)超越职权。即超越管辖权。因它与行政机关是否具有职权有关,所以它属于“主体资格违法”情形之一。(5)滥用职权。即滥用裁量权。<sup>[11]</sup> 因它与“适用法律、法规错误”有关,所以它属于“适用依据违法”的情形之一。上述撤销判决适用条件的理解与适用,可参阅本书第11章第3节。<sup>[12]</sup> (6)被告未在法定期限内提供证据。最高人民法院《若干解释》规定,被告在收到起诉书副本之日起10天内无正当理由未向法院提供证据的,视为没有证据。此规定是对被告诉讼行为违法的一种“惩罚”,并产生了对原告有利的诉讼结果。如在罗人兴与乐东黎族自治县九所镇人民政府等行政管理纠纷上诉案中,法院认为:

“在行政诉讼中,被告必须在规定的举证期限内向人民法院提供其作出具体行政行为时的证据、依据及提交答辩状,这是被告法定的举证责任。而本案被上诉人九所镇政府在2006年7月2日即已收到上诉人罗人兴的起诉状副本和原审法院的应诉通知书,但其直至2006年7月17日才向原审法院提供证据及提交答辩状,且其在举证期限内也未提出延期提供证据的书面申请,显然被上诉人九所镇政府提供的证据属无正当理由逾期提供的证据,故其所作的《决定》应视为没有证据和依据,依法应予撤销。”<sup>[13]</sup>

法院在适用本条时,尤其关注对公共利益、第三人合法权益的保护,为此,法院可依法依职权调取相关证据,以作出公正的裁判。

### (三) 相关问题

1. 撤销判决的补救。因行政决定具有公益性,有时它虽然违法,但一旦撤销被诉行政行为可能损及公益或者其他人的合法权益。如被告故意不在法定期限内举证,导致第三人合法拥有的房产证被法院依法撤销。为此,最高人民法院《若干解释》第59条规定,法院判决撤销违法的被诉行政行为将会给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成损失的,人民法院在判决撤销的同时,可以分别采取以下方式处理:(1)判决被告重新作出行政行为。此项补救措施可以参见本节中“重作判决”。(2)责令被诉行政机关采取相应的补救措施。如在何九泉与闫兴府土地行政处理决定纠纷上诉案中,法院认为:

[10] 陈刚诉句容市规划局、句容市城市管理局城建行政命令案,载《中国行政审判案例》(第3卷)第106号案例,中国法制出版社2013年版,第128页以下。

[11] 进一步阅读余凌云:“对行政机关滥用职权的司法审查——从若干判案看法院审理的偏好与问题”,载《中国法学》2008年第1期。

[12] 进一步阅读杨登峰:“行政行为撤销要件的修订”,载《法学研究》2011年第3期。

[13] 海南省海南中级人民法院《行政判决书》([2007]海南行终字第22号)。

“被上诉人闫兴府于1994年向闫小寨村村委会提出用地申请,原应举乡土地管理所在明知其并无颁证职权的情况下,仍然于当年10月为闫兴府颁发了封集建(应)字第169号集体土地使用证,其行为显属越权,但其越权颁发土地使用证造成的不利后果不应当由闫兴府承担,闫兴府作为普通的用地申请人,其不可能也不应当明确知晓谁为法定的颁证机关,其已经使用该争议地,并建有房屋,在此情况下,应当保护闫兴府因信赖所生利益。原审判决责令应举镇人民政府采取补救措施,为闫兴府申请用地完善手续是正确的,应当予以支持。”〔14〕

(3)向被告和有关机关提出司法建议。司法建议在于敦促行政机关自我纠正违法行为,或者建议行政机关采取其他合法方式妥当地解决已经发生的行政争议,但它没有如同裁判一样的法强制力。如在周波等与志丹县城乡建设局规划管理办公室等许可行为及行政侵权赔偿纠纷上诉案中,法院认为:

“综上被上诉人已基本履行了法定职责,且被上诉人的许可行为在前,第三人的违章修建在后,上诉人以第三人的违章修建行为推导被上诉人的许可行为违法无法律依据。被上诉人所作出的行政许可行为认定事实清楚,遵循的程序合法,第三人未严格按照调整后的规划修建,在商业二楼顶西侧违规强行修建的三层的问题,本合议庭将按照有关规定向有关机关提出司法建议,针对违章建筑的影响程度责成有关部门依法处理或采取相应的补救措施。”〔15〕

为了确保补救措施得以实施,法院有时还明确规定了补救措施的落实期限。如在翟某与某市人民政府土地行政许可纠纷申请再审案中,法院认为:

“东街居委会的局部规划方案以及济源市旧城改造方案,符合济源市城市规划,鉴于51户住宅绝大部分已经建成并投入使用,同时为避免公共利益遭受重大损失……”〔16〕

据此,法院判决被告在本判决生效后6个月内对翟凤英采取相应的补救措施。(4)发现违法犯罪行为的,建议有权机关依法处理。除了妨碍诉讼行为之外,如因法院无权对行政案件中违法犯罪行为直接作出处理的,应当建议有权机关依法处理,并移送相关的案件材料。

2. 被诉行政行为符合撤销判决的适用条件,但又因为法定原因而不能撤销的,法院可以作出情况判决。如在龙蓉萍诉上海市市长宁区城市规划管理局建设工程规划许可案中,法院认为:

“本院认为,由于在本规划行政许可案件中,被许可建设的工程项目在起诉时已建成并使用多年,是否撤销被诉具体行政行为,涉及利益衡量问题。《若干解释》第五十八条规定,被诉具体行政行为违法,但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决,并责令被诉行政机关采取相

〔14〕 河南省新乡市中级人民法院《行政判决书》([2010]新行终字第873号)。

〔15〕 陕西省延安市中级人民法院《行政判决书》([2010]延中行终字第00024号)。

〔16〕 河南省济源市中级人民法院《行政判决书》([2008]济中行再字第4号)。

应的补救措施;造成损害的,依法判决承担赔偿责任。据此,《若干解释》已要求法院根据案件的具体情况对是否撤销被诉具体行政行为进行裁量。原审法院鉴于云都公寓已建成多年并交付使用,而云都公寓居民目前亦只能从中宁大楼借道通行,如撤销被诉具体行政行为,将给公共利益造成重大损失的情况,从社会整体利益及本案实际情况慎做衡量,根据《若干解释》第五十八条的规定作出确认被诉具体行政行为违法,并责令被上诉人采取相应补救措施的判决并无不当。原审法院既判决确认了被诉具体行政行为的违法性,维护了法律的严肃性,同时又判决责令被上诉人采取相应的补救措施,兼顾了对上诉人合法权益的保护。原审判决认定事实清楚,适用法律正确,裁量亦无明显不合理,本院予以维持。”〔17〕

情况判决是撤销判决中的一种特例,它是法院在裁判中进行利益衡量的结果。有关情况判决的适用,参见本节中的“确认判决”项下的“情况判决”。

3. 撤销判决所适用的对象是行政决定。因撤销判决所消灭的是被诉行政行为在法律上的效力,所以,只有行政行为中具有法效力的行政决定才可以成为撤销判决对象,如行政处罚决定、行政许可决定等。不具有法效力的行政行为,如行政事实行为若具备撤销判决适用条件的,只能适用确认违法等判决种类。

4. 撤销判决不适用“严重违法”的行政决定。依照现代行政法基本原理,行政决定一经作出即产生法效力——法规范效力的延续,即使行政决定违法,在它没有被撤销之前也不例外。但是,如果它的违法性达到了“严重”程度,符合“重大且明显”标准时,则该行政决定自始无效、当然无效,如同它从来没有在法律上存在过一样,撤销判决也就没有了适用对象。此时,合适的行政诉讼判决种类是确认无效判决。

### 三、重作判决

#### (一) 概念

重作判决是指法院判决撤销或者部分撤销被诉行政行为,并要求被告重新作出行政行为的一种附带判决。〔18〕《行政诉讼法》之所以在撤销判决之项下设置一个重作判决,主要是为了防止行政机关怠于履行法定职责,进而损害行政相对人的合法权益。最高人民法院《若干解释》第59条把“重作判决”当作对“撤销违法的被诉具体行政行为,将会给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成损失的”情形规定的一种处理方式,因此,重作判决具有多重价值取向,即国家利益、公共利益和他人利益应当一并加以考虑,若发生价值冲突时,利益衡量将作为一种方法论被导入,由法院在权衡中取舍。在比较法上,相似的规定如中国台湾地区“行政诉讼法”第216条规定:“撤销或变更原处分或决定之判决,就其事件有拘束各关系机

〔17〕 上海市第一中级人民法院《行政判决书》(〔2006〕沪一中行终字第184号)。

〔18〕 进一步阅读章剑生:“判决重作具体行政行为”,载《法学研究》1996年第6期。项一丛:“行政诉讼重作判决研究”,载章剑生主编:《行政诉讼判决研究》,浙江大学出版社2010年版,第396-538页。

关之效力。原处分或决定经判决撤销后,机关须重为处分或决定者,应依判决意旨为之。”所不同的是,中国台湾地区“行政诉讼法”上的重作判决,尚包括“变更原处分或决定之判决”。

## (二)适用条件

《行政诉讼法》第54条第2项规定:“具体行政行为有下列情形之一的,判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出具体行政行为……”《行政诉讼法》对重作判决没有列出如维持判决、撤销判决一样的适用条件,而是作为附属于撤销判决的一种判决方式。从《行政诉讼法》这一规定中,我们可以解释出重作判决的适用条件是:(1)具备撤销判决的适用条件。因重作判决是撤销判决的附带判决,没有撤销判决,重作判决也就无从生根。(2)当被诉行政行为被撤销之后,它所涉及的行政法律关系仍然处于不确定状态,如不及时处理,则可能会损害公共利益和原告、第三人或者案外人的合法权益。此为重作判决的必要条件。如被申请人公开的政府信息行政机关能够区分处理而未作区分的,法院可以判决被告重作。<sup>[19]</sup>(3)重作判决所针对的事项属于本案被告的行政职权范围,即被告具有法定管辖权。在本适用条件中,基于司法权与行政权的分立,法院无须审查重作行政行为的构成要件是否具备,因为它属于行政权的决定范围。《行政诉讼法》第52条第2项中的“可以”决定了本条为任意性规范,是否判决被告重作行政行为,由法院在个案中根据具体案件裁量确定。法院以超越职权为由作出撤销判决的,不具备本适用条件。(4)在依申请的行政行为被法院判决撤销后,原告是否申请的事实是重作判决适用条件之一。如没有原告申请的事实记录在卷,法院作出重作判决不具备合法性。因为,在依申请的行政行为中,没有原告提出申请的事实,被告不得主动作出行政行为。

## (三)相关问题

1. 重作判决的限制。为了防止被告重复作出与被撤销的行政行为相同的“重作行为”,不至于使重作判决的立法目轮空,《行政诉讼法》第55条作出规定:“人民法院判决被告重新作出具体行政行为的,被告不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为。”此立法原理与美国联邦宪法修正案第5条中“受同一犯罪处分者,不得令其遭受两次有关生命或者身体上的危险”的规定相暗合。

但是,何谓本条中“同一的事实和理由”,《行政诉讼法》并没有作出具体的规定。最高人民法院在《若干解释》第54条中只列出一种情形,即“被告重新作出的具体行政行为与原具体行政行为的结果相同,但主要事实或者主要理由有改变的”。同时,《若干解释》又把“以违反法定程序为由,判决撤销被诉具体行政行为的,行政机关重新作出具体行政行为的”情形,排除在《行政诉讼法》第55条的限

[19] 赵树金诉上海市杨浦区房屋土地管理局信息公开案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第25号案例,中国法制出版社2010年版,第126页以下。

制范围之外。这一排除规定显然是以国家利益、公共利益为导向的。所以,若原告以被告违反法定程序为由提起行政诉讼获得了一个撤销判决之后,一旦法院同时附加一个重作判决,那么原告的胜诉“收益”将归于零,如考虑已支付的律师费、交通费等,其“收益”甚至可能是负数,行政程序的价值在这里被严重忽略,也严重挫伤了原告提起行政诉讼的信心。如在周兰军诉成都市交通委员会行政执法总队行政处罚案中,法院认为:

“根据《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》第五十五条的规定,人民法院以违反法定程序为由,判决撤销被告具体行政行为的,被告以同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为是可以的。本案中市中院仅认定被告原具体行政行为违反法定听证程序,而对被告做出原具体行政行为的职权依据、事实依据、法律依据均予以了确认,因此被告重新做出处罚的主体合法、事实清楚、适用法律正确。在程序上,市中院判决‘要求被告在判决书生效之日起15日内做具体行政行为’应理解为‘被告开始实施具体行政行为的时间在判决书生效之日起15日内做出’,被告收到市中院判决书后立即向原告发出《交通违法行为通知书》,这表示被告在判决生效之日起15日内已经在实施具体行政行为,而最终行政处罚的做出要按照法律规定的程序完成,被告按照法律规定的程序在听证后做出行政处罚,中间无拖延超期现象,因此被告做出处罚的程序合法。”〔20〕

对行政机关违反《行政诉讼法》第55条规定重新作出行政行为,当事人对之不服提起行政诉讼的,法院应当作出撤销此重新作出的行政行为的判决。

2. 限定重作的期限。最高人民法院《若干解释》第60条第1款规定:“人民法院判决被告重新作出具体行政行为,如不及时重新作出具体行政行为,将会给国家利益、公共利益或者当事人利益造成损失的,可以限定重新作出具体行政行为的期限。”这里的“限定……期限”如何确定,在实务中,一般而言如有法定期限的,应当依照法定期限,如没有法定期限的,由法院根据个案的具体情况裁量确定。如在成都市金堂工商行政管理局与黄泽富等工商行政处罚纠纷上诉案中,法院认为:

“根据《无照经营查处取缔办法》第十一条第一款、第十二条第一款的规定,金堂工商局于2005年6月2日对黄泽富等三人的物品进行了扣押,而作出处理决定的时间为2005年10月12日,超过了法定扣押的时间,应视为解除查封、扣押。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第(二)项第1目、第2目,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》第五十九条、第六十条的规定判决:(1)撤销金堂工商局于2005年10月12日作出的成工商金堂处字(2005)第02026号行政处罚决定。(2)金堂工商局在本判决生效之日起30日内重新作出该具体行政行为。(3)金堂工商局在本判决生效之日起15日内履行超期扣押黄泽富、何伯琼、何熠的电脑主机33台所应履行的法定职责。”〔21〕

〔20〕 四川省成都市武侯区人民法院《行政判决书》([2009]武侯行初字第9号)。

〔21〕 四川省金堂县人民法院《行政判决书》([2006]金堂行初字第3号)。

本案中,法院要求被告对扣押的物品重新作出行政处罚决定,因为没有法定期限,故确定“重作”的期限为30日,尚属于合理期限。

3. 重作判决与履行法定职责判决在功能上有相似之处,所以,基于行政救济实效性、经济性的原则,在裁判时机成熟时,法院可以直接判令行政机关重新作出内容明确的行政行为。《行政诉讼法》第54条第1款第2项中包括了这一实体性裁判的内容。如在尹荷玲诉台州市国土资源局椒江分局土地行政审批案中,法院作出判决的主文是:

“(1)撤销被告台州市国土资源局椒江分局于2010年11月17日对原告尹荷玲作出的不予审批宅基地的答复;(2)责令被告台州市国土资源局椒江分局于判决生效后三十日内,对原告尹荷玲要求宅基地建房的申请予以审核同意。”<sup>[22]</sup>

4. 在二审程序中法院可以在判决中附加责令重作判决。在二审程序中,如法院认为本案具备重作判决的适用条件,是否可以在撤销或者维持原判的前提下附加责令重作判决,并没有制定法的依据。在实务中,如黄金成等25人诉成都市武侯区房管局划分物业管理区域行政纠纷案中,法院认为:

“一审认定被上诉人武侯区房管局有划分物业管理区域的职权,是正确的;但在行政机关没有提交相应证据的情况下,认定武侯区房管局在划分物业管理区域时,考虑了物业区域的配套设施,是错误的;以被诉行政行为不是对公共配套设施、设备权属的认定,因公共配套设施、设备权属发生争议可以通过其他途径解决为由,判决维持被诉行政行为不当。”<sup>[23]</sup>

本案中,法院依照行政诉讼法第54条第2项第1目、第61条第2项的规定,于2004年12月3日判决:(1)撤销一审判决;(2)撤销被上诉人武侯区房管局于2003年11月24日对“中央花园清水河片区”业主发出的通知;(3)责令被上诉人武侯区房管局依照法定程序重新划分“中央花园清水河片区”的物业管理区域。本案的裁判主文结构是撤销原审判决+撤销被诉行政行为+责令重作判决。又如,在王兆峰诉原阳县人民政府土地行政管理案中,法院认为:

“根据我国《土地管理法》的相关规定,土地使用权发生争议,由当事人协商解决,协商不成,由人民政府处理。原阳县人民政府决定由葛埠口乡魏店村委会根据实际和公平、公正、合理的原则依法安排争议宅基地明显违背该规定,故原判撤销原阳县人民政府原政处字(2010)第2号处理决定并无不当。原判在撤销该决定的同时未责令原阳县人民政府重新作出具体行政行为欠妥,应予纠正。”<sup>[24]</sup>

本案中,法院依照《行政诉讼法》第54条第2项、第61条第1项之规定,判决如下:(1)维持河南省长垣县人民法院(2011)长行初字第8号行政判决;(2)责令

[22] 《中国行政审判案例》(第4卷)第152号案例,中国法制出版社2013年版,第165页以下。

[23] 《最高人民法院公报》2005年第6期。

[24] 河南省新乡市中级人民法院《行政判决书》([2011]新行终字第122号)。



原阳县人民政府于本判决生效后60日内重新作出具体行政行为。本案的裁判主文结构是维持原审判决+责令重作判决。此案审法院的裁判方式上具有一定的“创造性”，但总体上仍在法律规定的框架之内。对于这样的个案，虽然另可选方案是撤销原判后发回重审，由原审法院作出撤销+重作判决，但这样的裁判方式可能有损耗诉讼程序之嫌，也不便于当事人诉讼。对于实务中法院通过裁判形成、发展出来的规则，在不背离行政诉讼立法目的的前提下，我们应当给予充分尊重。最高人民法院对此也予以肯定。<sup>[25]</sup>

#### 四、履行判决

##### (一) 概念

履行判决，又称履行法定职责判决，是指法院针对被告不履行或者迟延履行法定职责的情形，责令其在确定的期限内履行法定职责的判决。<sup>[26]</sup>此判决方式欠缺行政救济实效性，因为法院的履行判决并没有直接给予原告权利。《行政诉讼法》第54条第(3)项规定：“被告不履行或者迟延履行法定职责的，判决其在一定期限内履行。”此为履行判决的法律依据。正确界定履行判决的概念，关键在于对本条所涉的“不履行”和“迟延履行”两个基础性概念的解释。<sup>[27]</sup>

1. 不履行。即行政机关对它应当履行的法定职责没有作出任何法律上的意思表示。它与《行政诉讼法》第11条中“不予答复”内涵相当。有时，行政机关针对行政相对人申请外观上作了某些活动，但不属于“法律上意思表示”，对申请内容并不产生“处理”的效果，此种情形仍然可以划入“不履行”。如在绩溪县黄山塑胶制瓶厂诉绩溪县建设委员会不履行法定职责案中，法院认为：

“拆迁人康达公司在未与被上诉人达成拆迁补偿协议或申请依法裁决的前提下，强行拆除被上诉人租赁的房屋，被上诉人对康达公司的违法行为申请房屋拆迁主管部门即上诉人绩溪县建设委员会予以管理与备案，上诉人应根据《城市房屋拆迁管理条例》第五条和《安徽省城市房屋拆迁管理办法》第三条规定，对该违法行为履行监督管理职责，依法作出相应的处理。上诉人虽辩称向拆迁入送达了《关于妥善处理房屋拆迁中有关问题的通知》，但该通知发出后，康达公司并未停止其违法行为，故该通知内容不具有对违法拆迁行为予以处理的内容，上诉人绩溪县建设委员会辩称其已履行法定职责的理由不能成立。”<sup>[28]</sup>

如果行政机关对外表示它正在履行法定职责过程中，但经过相当长的时间之后仍然没有作出终结行政程序的决定，对此，在实务中，也有法院认定其为“不履

[25] 刘梅兰诉兰州市人民政府工伤行政复议决定案，载《中国行政审判案例》(第4卷)第154号案例，中国法制出版社2013年版，第176页以下。

[26] 进一步阅读吴振宇：“行政诉讼履行判决研究”，载章剑生主编：《行政诉讼判决研究》，浙江大学出版社2010年版，第242-293页。

[27] 进一步阅读章剑生：“行政诉讼履行法定职责判决论”，载《中国法学》2011年第1期。

[28] 安徽省宣城市中级人民法院《行政判决书》([2005]宣中行终字第21号)。

行”法定职责的。不过,从法效果上看,或许把它划入“拖延履行”法定职责更加妥当。如在张春生不服北京市东城区城市管理监察大队城管监察行政答复案中,法院认为:

“虽然东城区城管大队提出102室住户拒不接受调查询问、拒绝配合查处工作,使其工作无法顺利进行,同时主张其正在履行职责,但综合考察本案事实以及张春生提交投诉书的时间、其对东城区城管大队提起行政诉讼的过程,本院认为,认定东城区城管大队是否履行法定职责,不应以其是否正在履行法定职责为标准,而应以其是否作出最终的行政决定为依据。故东城区城管大队的辩解理由不能成立。”〔29〕

2. 拖延履行。即行政机关在法定期限或者合理期限内不作出终结行政程序法效果的一种特殊的行为状态。在性质上,拖延履行可归属于消极性的滥用职权;在处理上,则划入履行判决的适用范围。如在姜济庸、姜淑凤、姜淑媛诉衢市文化局不履行文物保护鉴定职责行政争议案中,法院认为:

“衢州市文化局作为主管文化、文物工作的行政部门,具有组织文物鉴定小组对涉案文物进行鉴定的职责。姜济庸、姜淑凤、姜淑媛于2002年6月向衢州市文化局提出对该天后街3号古建筑进行鉴定的申请,衢州市文化局接受申请后一直未组织鉴定,却于2002年8月5日作出‘届时再组织市文物鉴定专家组鉴定’的衢市文函[2002]4号《关于答复姜济庸等人有关申请的函》,属拖延履行法定职责。”〔30〕

本案中,被告虽然针对原告的应用作出了一个“复函”,且回复的期限也尚合理,但是,此“复函”的法效果是原告的应用事项仍然处于“未处理”的状态,“拖延履行”外观十分显著。又如,在张龙生等诉北京市工商局朝阳分局不履行监管职责案中,法院认为:

“本案中,被告朝阳工商局于2007年5月15日对原告的举报予以立案,于2007年7月16日报请并被批准延长办案期限。该报请延长办案期限并不意味着案件可以无限期结案,被告在延期后仍应积极采取措施进一步调查并在延期的1个月内作出相应处理。目前,被告报请延期结案后已长达数月,但并未采取进一步的积极调查措施,被告朝阳工商局对涉案原告的举报已存在拖延履行法定职责的情形。”〔31〕

如果行政机关在法定期限或者合理期限之外履行了法定职责,行政相对人不服提起行政诉讼的,法院应当适用撤销判决,并视个案情形附加重作判决。

## (二) 适用条件

履行判决的适用条件是:(1)原告提出申请,但行政机关依职权应当主动履行法定职责除外。在依申请履行法定职责争议中,原告提出申请并有证据证实,这是履行判决的适用条件之一。如在许可证颁发争议中,没有原告提出的申请事实,其

〔29〕 北京市东城区人民法院《行政判决书》([2006]东行初字第36号)。

〔30〕 浙江省高级人民法院《行政判决书》([2003]浙行再字第2号)。

〔31〕 北京市朝阳区人民法院《行政判决书》([2007]朝行初字第232号)。

诉讼请求将被法院驳回。实务中有一种特别情形,如在海口市美兰区演丰镇塔市村委会大塘村民小组诉海南省海口市人民政府不履行法定职责纠纷案中,法院认为:

“不作为案件中,他人在行政程序中已向被告提出申请,且被告已将原告纳入行政程序,原告是否向被告提出过申请不再属于该类案件必须的起诉条件。”<sup>[32]</sup>

此案所形成的一个规则是,凡是参加了行政程序的行政相对人,即有针对依照该程序作出的行政行为提起行政诉讼的权利。在行政机关依职权主动履行法定职责争议中,不需要原告提出申请在先的事实。(2)被告负有处理本案行政事务的法定职责。本适用条件中,法院需要查明被告是否有管辖权、是否有处理本案行政事务的行为依据等。在行政职权有交叉的行政管理领域中,查明本适用条件是否成立尤为重要。如在郭长城诉河南省辉县市公安局行政不作为案中,法院认为:

“当事人因民事纠纷采取不当私力救济,侵犯他人合法权益,公安机关不能以纠纷应由法院处理为由拒绝履行维护社会治安秩序,保障公共安全,保护公民、法人和其他组织合法权益的法定职责。”<sup>[33]</sup>

(3)被告不履行、拖延履行法定职责的理由不成立。在案件审理过程中,被告总是要为其不履行、拖延履行作辩解,如被告称没有收到原告的申请,不知原告请求内容,但是,它又没有证据抗辩原告向法庭出示的邮寄凭证。在这样的情形下,可以认定本要件成立。(4)责令被告履行法定职责尚未“过时”。如虽然被告拖延办理出国护照导致了原告不能如期出国留学,但原告已经申请获准可以延期入学,此时,法院可以责令被告继续为其履行办理出国护照的法定职责。

### (三)相关问题

1. 法定职责中“法”的范围。制定法作为这里的“法”没有异议,即使合法的行政规定也不例外。因实务中行政法法源已经承认不成文法源(参阅本书第3章),法定职责中的“法”在没有制定法的情形下也应当包括不成文法,如指导性案例、行政惯例甚至行政机关自己作出的承诺。如在王新民等243人诉浙江省临安市人民政府履行法定职责案中,法院认为:

“临安市人民政府在(2000)47号《关于天目山自然保护区新扩区保护与开发有关问题协调会议纪要》中关于‘对规划要求绝对保护的面积由政府作适当补偿’的公开承诺合法有效,该承诺所确定的义务应视为其必须履行的法定职责。临安市人民政府关于法律没有明确规定其有对新扩区村民经济损失进行补偿的职责,王新民等诉其履行法定职责无法律依据的意见不能成立,本院不予支持。王新民等243人起诉要求临安市人民政府履行上述

[32] 《中国行政审判案例》(第2卷)第52号案例,中国法制出版社2011年版,第71页以下。

[33] 《中国行政审判案例》(第2卷)第54号案例,中国法制出版社2011年版,第85页以下。

法定职责的理由成立,本院予以支持。”〔34〕

本案中,被告通过会议纪要的形式向原告作出了一个行政补偿承诺,在本案再审判决中,法院认定该行政补偿的“承诺”是法定职责中的“法”,因此,被告应当履行补偿的法定职责。〔35〕在慈溪市华侨搪瓷厂诉浙江省慈溪市国土资源局不履行土地调查法定职责案中,被告以公告形式向原告表示在具备特定条件下履行一定的行为,若公告内容所涉事项未超出被告职权范围,那么在被告违反自己通过公告创设的积极义务时,原告可以提起行政诉讼,要求被告履行相应的职责。〔36〕在栾云平诉吉林省白城市洮北区东风乡人民政府不履行法定职责中,法律规定的“监督职责”也构成法定职责。〔37〕

2. 与行政不作为的关系。〔38〕因最高人民法院在《若干解释》中使用了“不作为”,就有讨论它与不履行法定职责之间区别的必要性了。从实务看,两者之间最大的区别可能是不履行法定职责是违法行政,但行政不作为并不一定是违法行政。如在丁德有诉长春市社会保险局要求履行法定职责纠纷案中,法院认为:

“被告不为原告办理职工社会养老保险的行政不作为行为符合有关法律、规范性文件的规定。中华人民共和国国务院《关于切实做好企业离退休人员基本养老金、按时足额发放和国有企业下岗职工基本生活保障工作的通知》国发〔2000〕8号文件规定:‘……城镇集体企业已参加社会保障的离退休人员和下岗职工,按规定享受社会保险待遇;未参加社会保险而又停产多年的,其离退休人员和下岗职工直接纳入城市居民最低生活保障范围。’原告单位属未参加社会保险而又停产多年的集体企业,被告不为原告办理职工社会养老保险符合上述文件规定。”〔39〕

3. 可以判决本案第三人履行协助义务,以满足被告履行法定职责所需要的法定条件。有时,被告履行法定职责需要第三人先履行协助义务,法院可以在裁判主文中明确第三人协助义务的内容,并责令其必须履行。如在封红艳诉南京市劳动和社会保障局不依法履行法定职责案中,法院认为:

“因第三人江苏省农业生产资料集团有限责任公司因未及时将原告作为失业人员名单上报社会保险经办机构备案、登记,客观上造成被告不能为原告合并计算失业保险金。故法院判决:第三人自判决生效后三日内,将原告封艳红的名单及在该单位的失业情况报南

〔34〕 浙江省高级人民法院《行政判决书》〔〔2003〕浙行再字第3号〕;郭伟明诉广东省深圳市社会保险基金管理局不予行政奖励案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第78号案例,中国法制出版社2011年版,第231页以下。

〔35〕 张焱脉、裘爱玲诉浙江省绍兴市人民政府不履行招商引资奖励行政职责案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第56号,中国法制出版社2011年版,第97页。

〔36〕 《中国行政审判案例》(第2卷)第55号案例,中国法制出版社2011年版,第90页以下。

〔37〕 《中国行政审判指导案例》(第1卷)第24号案例,中国法制出版社2010年版,第121页以下。

〔38〕 进一步阅读章志远:“司法判决中的行政不作为”,载《法学研究》2010年第5期;黄学贤:“形式作为而实质不作为行政行为探讨——行政不作为新视角”,载《中国法学》2009年第5期。

〔39〕 吉林省长春市南关区人民法院《行政判决书》〔〔2003〕南行初字第13号〕。

京市劳动和社会保障局社会保险经办机构备案,被告在接到备案后七日内为原告办理领取24个月失业保险金的手续。”〔40〕

4. 在例外情形下,法院可以作出实体性裁判。法院判令被告在一定期限内履行法院明确指定的法定职责,被告没有实体内容上裁量空间,即为实体性裁判。如在彭学纯诉上海市工商局不履行法定职责纠纷案中,法院裁判主文是:

“被告上海市工商行政管理局应于本判决生效之日起三个月内,履行对上海有线电视台戏剧频道2000年8月16日20时播出的专题报道节目是否构成违法医疗广告进行调查处理的法定职责,并将结果告知原告彭学纯。”〔41〕

本案中,法院的裁判主文对被告应当履行法定职责的内容作了具体的限定,最大限度地收缩了被告在履行法定职责时实体内容上的裁量空间。在有的个案中,法院甚至将被告履行法定职责的裁量空间收尽,如在汤晋诉当涂县劳动局不履行保护人身权、财产权法定职责案中,法院裁判主文是:

“责成被告当涂县劳动局依法对当涂县建材公司遵守劳动法律、法规的情况进行监督检查,并在两个月内对原告汤晋本人作出书面答复。”〔42〕

从上述若干个案的裁判主文中透露出如下信息:基于行政救济的实效性、经济性的理念,在履行法定职责案件中,例外地承认法院作出的“实体性裁判”在实务中已经没有了障碍。当然,履行法定职责案件的判决形式因案而异。对案件涉及的法律关系较为复杂,不宜在判决主文中直接判令被告履行特定职责时,法院可以在本院认为部分中通过说理,厘清或者确认法律关系,提示被告应当按照法院的法律见解履行法定职责。对此最高人民法院有肯定的态度。〔43〕

5. “拒绝履行法定职责”的情形不适用履行判决。拒绝履行法定职责是被告以一个明示的意思表示否定原告的申请(请求),所以,在法律上存在了一个已经产生法效力的行政行为。如《行政许可法》第38条第2款规定:“行政机关依法作出不予行政许可的书面决定的,应当说明理由,并告知申请人享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。”在这里,“不予行政许可的书面决定”对于被告来说,它有“作为”的外观,对于原告来说是被告拒绝履行向其颁发许可证的法定职责。法院经审查认为被诉的“不予行政许可的书面决定”不合法,其判决主文结构应当是撤销判决+重作判决。如最高人民法院《政府信息公开规定》第9条规定:“被告对依法应当公开的政府信息拒绝或者部分拒绝公开的,人民法院应当撤销或者部分撤销被诉不予公开决定,并判决被告在一定期限内公开。尚需被告调查、

〔40〕 江苏省南京市白下区人民法院《行政判决书》([2002]白行初字第74号)。

〔41〕 彭学纯诉上海市工商局不履行法定职责纠纷案,载《最高人民法院公报》1996年第4期。

〔42〕 《最高人民法院公报》1996年第4期;谢文杰诉山西师范大学不履行颁发毕业证法定职责案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第77号案例,中国法制出版社2011年版,第225页以下。

〔43〕 苏真诉儋州市人民政府不履行法定职责案,载《中国行政审判案例》(第4卷)第155号案例,中国法制出版社2013年版,第181页以下。

裁量的,判决其在一定期限内重新答复。”

6. 与重作判决之区别。从内容上看,重作判决也具有责令被告履行法定职责之功能,但是,与履行判决不同之处在于,重作判决是责令被告“重新”履行法定职责,而履行判决则是被告“首次”履行法定职责,因此,它不受《行政诉讼法》第55条之规定的限制。另外,重作判决是一个随附于撤销判决之下的从判决,它不能单独适用,而履行判决是一个独立判决。

7. 履行法定职责的时间节点。当行政机关收后行政相对人履行法定职责的申请之后,若该法定职责因制定法发生变化而转移给其他行政机关时,行政机关不得以制定法变化为由不履行法定职责。判断行政机关是否具有相对人申请履行的法定职责,应以其收到相对人申请之时为时间节点。如在任伟成等诉上海市公安局宝山分局大华新村派出所不履行设置道路标牌法定职责案中,法院认为:

“根据2009年5月1日起实施的《上海市门弄号管理办法》的有关规定,虽然安装门弄号标牌的法定职责改由乡镇人民政府、街道办事处具体实施,但被告在已经发现原告所住小区无弄号标牌,且未能在2009年5月1日前履行相应法定职责的情况下,应当及时与当地政府联系,将相关职责移交给当事镇政府履行,并给予原告答复。但被告既未自行履行法定职责,也未在新地规章实施后将相关法定职责移交给当地政府,又未给予原告任何答复,故其行为违法。”<sup>[44]</sup>

## 五、变更判决

### (一)概念

变更判决是指法院代替行政机关变更被诉行政行为内容的判决。<sup>[45]</sup>变更判决涉及法院的司法权是否可以替代行政权以及替代行政权的范围应该有多大的问题,在行政法学理论上一直存有争议。一般来说,行政、司法各有分工与专业要求,互相替代行使权力应当予以禁止。但是,在特别情形下,如同行政权也可以与立法权一样制定具有普遍约束力的行政规范,司法权在行政裁量范围内替代行政权确定一个适当的刻度也并非不可。所以,《行政诉讼法》第54条第4项规定:“行政处罚显失公正的,可以判决变更。”此规定确立了法院在特别情况下可以司法权替代行政权行使的合法性。

### (二)适用条件

变更判决的适用条件是:(1)变更对象是行政处罚决定。最高人民法院《若干意见》第100条曾经规定:“行政赔偿诉讼可以适用调解,也可以直接判决维持或者改变行政赔偿决定。”这一司法解释将变更判决的对象扩大到了行政赔偿决定。但是,后来最高人民法院替代它的《若干解释》却废弃了这一规定,变更判决的对

[44] 《中国行政审判案例》(第4卷)第149号案例,中国法制出版社2013年版,第151页以下。

[45] 进一步阅读涂艳艳:“行政诉讼变更判决研究”,载章剑生主编:《行政诉讼判决研究》,浙江大学出版社2010年版,第640-683页。

象又回收到了《行政诉讼法》的规定,即除行政处罚外,其他被诉行政行为都不属于变更判决的对象。(2)变更情形是行政处罚显失公正。本适用条件中,对“显失公正”的正确认定尤为关键。显失公正是不确定法概念,离开个案场景往往只能确定几条原则,如违反比例原则、结果不可接受性、不符合常理等,因此,它的内容只能在个案中才能确定。如在黑龙江省哈尔滨市规划局与黑龙江汇丰实业发展有限公司行政处罚纠纷上诉案中,法院认为:

“上诉人提出汇丰公司建筑物遮挡中央大街保护建筑新华书店(原外文书店)顶部,影响了中央大街的整体景观,按国务院批准的‘哈尔滨市总体规划’中关于中央大街规划的原则规定和中央大街建筑风貌的实际情况,本案可以是否遮挡新华书店顶部为影响中央大街景观的参照标准。规划局所作的处罚决定应针对影响的程度,责令汇丰公司采取相应的改正措施,既要保证行政管理目标的实现,又要兼顾保护相对人的权益,应以达到行政执法目的和目标为限,尽可能使相对人的权益遭受最小的侵害。而上诉人所作的处罚决定中,拆除的面积明显大于遮挡的面积,不必要地增加了被上诉人的损失,给被上诉人造成了过度的不利影响。原审判决认定该处罚决定显失公正是正确的。原审判决将上诉人所作的处罚决定予以变更,虽然减少了拆除的面积和变更了罚款数额,但同样达到了不遮挡新华书店顶部和制裁汇丰公司违法建设行为的目的,使汇丰公司所建商服楼符合哈尔滨市总体规划中对中央大街的规划要求,达到了执法的目的,原审所作变更处罚并无不当。”〔46〕

本案中,法院并没有直接给出一个显失公正的定义,而是引入比例原则,将本案的行政处罚决定认定为违反比例原则,并确认原审法院判决变更被诉行政处罚决定的合法性。认定个案中行政处罚“显失公正”的确并非易事,尤其需要把握它与事实不清、证据不足引起的行政违法行为区分开来。如在邓彦雷与正阳县公安局公安行政处罚纠纷上诉案中,法院认为:

“被上诉人正阳县公安局以上诉人邓彦雷寻衅滋事为由,对其作出治安处罚认定事实清楚。但以上诉人邓彦雷寻衅滋事为由对上诉人邓彦雷作出行政拘留十五日,罚款1000元的从重处罚,显失公正。因为,被上诉人正阳县公安局没有提供认定上诉人邓彦雷寻衅滋事情节较重的证据,本院对处罚幅度予以变更。……一审法院认定事实清楚,适用法律不当。根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第二十六条第四款、《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第(四)项、第六十一条第(二)项之规定,判决如下:(1)撤销平舆县人民法院(2009)平行初字第18号行政判决。(2)变更正阳县公安局2009年2月6日作出的正公(真)决字(2009)第0103号公安行政处罚决定,改为给予邓彦雷行政拘留五日的处罚。”〔47〕

本案中,法院认为被上诉人提交不出上诉人“情节较重的证据”,即被告没有

〔46〕 最高人民法院《行政判决书》([1999]行终字第20号);臧君奎诉江苏省宿迁市泗阳工商行政管理局工商行政处罚案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第17号案例,中国法制出版社2010年版,第85页以下。

〔47〕 河南省驻马店市中级人民法院《行政判决书》([2010]驻法行终字第37号)。

证据支持它对原告作出从重处罚决定,因而认定对上诉人作出的行政处罚决定显失公正。把这种情形划入撤销判决的适用情形或许更为妥当。

### (三)相关问题

1. 不得加重变更。即法院不得对原告作出比原来更重处罚的变更判决。从“上诉不加刑”规则中可以导出本规则的合理性。因为,如果存在提起行政诉讼有被加重处罚的风险,那么受处罚人在多数情况下可能选择放弃行政诉讼;没有原告提起诉讼,行政诉讼的立法目的将沦为空转。但是,本规则存在一个例外,即最高人民法院《若干解释》第55条第1句规定:“人民法院审理行政案件不得加重对原告的处罚,但利害关系人同为原告的除外。”也就是说,如果受害人作为原告也提起了行政诉讼,那么法院可以根据本案事实作出加重受处罚人处罚的变更判决。

2. 法院无直接处罚权。尽管司法权在法定条件下可以替代行政处罚权的行使,但是,当在审理行政案件过程中遇有行政机关未予处罚的行政相对人,法院不得对行政机关未予处罚的人直接在判决中给予行政处罚。对此,最高人民法院《若干解释》第55条第2句规定已有明确规定。

3. 撤销判决的可适用性。因“显失公正”是滥用职权的情形之一,《行政诉讼法》第54条第4项中的“可以判决变更”,隐含着法院“也可以判决撤销”的含义。所以,变更判决也可以看作是撤销判决的一种特殊情形。

4. 不限于行政处罚的变更。虽然在《行政诉讼法》中规定变更判决适用仅限于行政处罚,但是在实务中,变更判决的适用范围在个案中正在被法院静悄悄地突破。如在常州神力德汇房地产开发有限公司不服常州市建设局拆迁行政裁决案中,法院认为:

“鉴于第三人对裁决内容作出明确选择的请求以及本院协调情况和补充评估新情况的出现,从尊重被拆迁人的意见和保护其合法的实体权利出发,为保障拆迁工作的顺利进行,本院将对被告裁决的第一项内容依法予以变更。……变更被告常州市建设局于2007年7月10日作出的(2007)常建裁新字第20号房屋拆迁行政裁决内容的第一项,变更内容为:原告向第三人提供住宅一套常州市典雅花园(施工编号)5号楼乙单元1201室(期房)建设面积13915平方米,按照被拆迁房屋的评估金额和产权调换的评估金额计算得出产权调换差价,由原告和第三人双方结清。”〔48〕

本案中,法院依照“实际情况”直接变更了行政裁决的内容。虽然这种裁判方式在制定法没有依据,但在实务中却是可行的。其实,与行政补偿决定相似的行政赔偿决定,也可以成为变更判决的对象。

〔48〕 江苏省常州市新北区人民法院《行政判决书》(〔2007〕新行初字第39号)。



## 六、赔偿判决

### (一) 概念

赔偿判决是指因被告行使行政职权侵犯原告的人身权、财产权,法院责令被告给予财产赔偿的判决。<sup>[49]</sup> 最高人民法院《行政赔偿规定》第35条规定:“人民法院对单独提起行政赔偿案件作出判决的法律文书的名称为行政赔偿判决书、行政赔偿裁定书或者行政赔偿调解书。”根据这一规定,行政赔偿判决仅针对原告单独提起行政赔偿案件而作出的判决。该《行政赔偿案件若干规定》第28条规定:“当事人在提起行政诉讼的同时一并提出行政赔偿请求,或者因具体行政行为与行使行政职权有关的其他行为侵权造成损害一并提出行政赔偿请求的,人民法院应当分别立案,根据具体情况可以合并审理,也可以单独审理。”原告一并提起的行政赔偿案件,因需要法院首先对被诉行政行为是否合法作出判断,所以,一并提起的行政赔偿诉讼判决主文将可能是:(1)撤销被诉行政行为附带行政赔偿,或者(2)确认被诉行政行为违法或者无效附带行政赔偿。这两种裁判主文都不属于行政赔偿判决的适用范围。

### (二) 适用条件

赔偿判决适用条件是:(1)原告的赔偿请求已经过行政先行处理程序。《行政诉讼法》第67条第2款规定:“公民、法人或者其他组织单独就损害赔偿提出请求,应当先由行政机关解决。对行政机关的处理不服,可以向人民法院提起诉讼。”此为本适用条件的法律依据。行政先行处理是赔偿义务机关基于受害人提出的赔偿申请,处理行政赔偿争议的行政程序。在经过此程序之后,行政机关应当作出是否赔偿、如何赔偿、赔偿多少等行政赔偿处理决定。(2)诉讼客体是原告的赔偿请求,不是被告作出的“行政赔偿处理决定(包括不予赔偿处理决定)”,或者对原告的赔偿申请“不予答复”、“拖延答复”的行政不作为。《国家赔偿法》第14条规定:“赔偿义务机关在规定期限内未作出是否赔偿的决定,赔偿请求人可以自期限届满之日起三个月内,向人民法院提起诉讼。赔偿请求人对赔偿的方式、项目、数额有异议的,或者赔偿义务机关作出不予赔偿决定的,赔偿请求人可以自赔偿义务机关作出赔偿或者不予赔偿决定之日起三个月内,向人民法院提起诉讼。”在本条规定中,若采用撤销判决加重作判决或者履行判决,则可能与行政赔偿诉讼中“及时救济”要旨不合,且行政赔偿诉讼本身是独立于行政诉讼,故行政诉讼的规则并不当然适用于行政赔偿诉讼。<sup>[50]</sup>

### (三) 相关问题

1. 举证责任。《国家赔偿法》第15条第1句规定:“人民法院审理行政赔偿案

[49] 进一步阅读章浩:“行政诉讼赔偿判决研究”,载章剑生主编:《行政诉讼判决研究》,浙江大学出版社2010年版,第684-740页。

[50] 祁县华誉纤维厂诉祁县人民政府行政赔偿案,《最高人民法院公报》2011年第4期。

件,赔偿请求人和赔偿义务机关对自己提出的主张,应当提供证据。”行政赔偿诉讼采用接近于民事诉讼的举证责任分配规则,损害事实部分的举证责任由原告承担。如在刘元更与郑州市中原区人民政府行政赔偿纠纷再审案中,法院认为:

“中原区人民政府的拆迁行为已被生效裁判确认违法,中原区人民政府应赔偿其违法拆迁行为给刘元更造成的直接损失,但刘元更对其主张赔偿的损失应承担举证责任。一审中刘元更就其损失申请鉴定,一审法院予以准许。刘元更应当按照相关规定缴纳鉴定费,其无正当理由不缴纳鉴定费,导致鉴定无法进行,被拆除建筑物的价值无法确定,刘元更作为原告应承担不利后果。”<sup>[51]</sup>

当然,在特别的法定情形下如受害人没有获得证据的客观条件等,举证责任将发生倒置,以保护受害人获得赔偿的权利。如《国家赔偿法》第15条第2句规定:“赔偿义务机关采取行政拘留或者限制人身自由的强制措施期间,被限制人身自由的人死亡或者丧失行为能力的,赔偿义务机关的行为与被限制人身自由的人的死亡或者丧失行为能力是否存在因果关系,赔偿义务机关应当提供证据。”

2. 情况判决中的行政赔偿。最高人民法院《若干解释》第58条规定:“被诉具体行政行为违法,但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决,并责令被诉行政机关采取相应的补救措施;造成损害的,依法判决承担赔偿责任。”情况判决中涉及的行政赔偿不属于行政赔偿判决所适用的情形,而是“一并提起”的行政赔偿诉讼,适用确认判决附带行政赔偿判决。

3. 原告未经先行处理程序而直接提起行政诉讼的,适用何种判决方式需要视原告诉讼请求而定。若原告仅仅是提出撤销被诉行政行为的请求,那么法院可以适用撤销或者确认判决;若原告附带提出赔偿请求,那么法院可以适用撤销或者确认判决附带赔偿决定。但本情形不适用独立的行政赔偿判决。

## 七、驳回诉讼请求判决

### (一) 概念

驳回诉讼请求判决是指法院在认定原告诉讼请求理由不成立之后驳回其提出的诉讼请求的判决。<sup>[52]</sup>“诉讼请求”是原告要求法院以判决的方式加以裁断或者支持的诉求,它包括权利根据和权利主张两方面的内容。驳回诉讼请求判决所针对的是原告的诉讼请求,而不是被诉行政行为,也没有对被诉行政行为合法性作出肯定或者否定结论,所以,驳回诉讼请求判决没有既判力。<sup>[53]</sup>由此,原告可以以新的事

[51] 河南省郑州市中级人民法院《行政赔偿判决书》([2010]郑行再终字第16号)。

[52] 进一步阅读李莉:“行政诉讼驳回判决研究”,载章剑生主编:《行政诉讼判决研究》,浙江大学出版社2010年版,第155-195页。

[53] 进一步阅读吴董明:“既判力的界限研究”,载《中国法学》2001年第6期;叶自强:“论既判力的本质”,载《法学研究》1995年第5期;叶自强:“论判决的既判力”,载《法学研究》1997年第2期。

实和理由对该行政行为另行提起行政诉讼,而被告则可以依法改变或者撤销该行政行为。基于诉讼原理,维持判决是一种欠缺在诉讼法上存在正当性的判决方式,在《行政诉讼法》未删除维持判决的规定之前,驳回诉讼请求判决暂时当作维持判决的一种补充判决是妥当的。

## (二)适用条件

驳回诉讼请求判决的适用条件隐藏在最高人民法院《若干解释》第56条规定的4种适用情形之中。透过此条文的内容,驳回诉讼请求判决的补充性地位是十分明显的:(1)“起诉被告不作为理由不能成立的”。原告起诉“理由不成立”,不能推出“不作为”是合法的,所以维持判决没有适用的合法空间;更重要的是,“不作为”是一种行为状态,不是某一特定的行为,无论是维持判决还是撤销判决都不能适用。依照诉讼原理,原告起诉理由不成立的,法院应当判决驳回其诉讼请求,十分妥当。(2)“被诉具体行政行为合法但存在合理性问题的”。在依法行政原理之下,行政行为的“合理性”问题并不是行政不受司法审查的“禁区”;相反,在合法性审查原则之下法院对“合理性”问题拥有当然的司法审查权。若行政行为的不“合理性”达到了“滥用”程度,它就成为法院作出撤销、确认违法判决的理由;对于未达到“滥用”程度但有“不合理性”问题的行政行为,适用维持判决、撤销判决都是不符合条件的。(3)“被诉具体行政行为合法,但因法律、政策变化需要变更或者废止的”。法院审查行政案件,它的着眼点是在被诉行政行为作出之时的事实、依据的状况,这是毋庸置疑的。但当下的法院行政判决必须与当下的法律秩序保持一致,否则,法院作出的行政判决妥当性也会受到质疑。所以,若经审查后认定被诉行政行为符合作出之时所适用的法律依据,但在诉讼过程中该法律依据出现了可能需要变更或者废止的情形时,维持判决是不宜适用的。因为维持判决没有给被告留下变更、消灭被诉行政行为的合法空间——如果它是具有面向未来持续效力的行政行为的话,这个合法空间只有驳回诉讼请求判决才能提供。如在武汉市黄陂区四合建材有限公司与武汉市黄陂区人民政府关闭企业决定案中,法院认为:

“被上诉人黄陂区政府依据《武汉市建筑节能与新型墙体材料应用管理条例》、《武汉市人民政府关于进一步禁止生产经营和使用实心黏土砖的通告》(武政[2005]34号)、《市人民政府关于禁止生产销售和使用黏土砖的通告》(武政[2008]39号)、《2009年武汉市资源节约型和环境友好型社会建设综合配套改革实验主要目标责任分解方案》(武综改办[2009]1号)等文件制定了《黄陂区禁止生产、销售和使用黏土砖工作实施方案》(黄政办[2009]48号文,确定关闭上诉人四合建材公司等45家砖瓦生产企业,履行了发动宣传,张贴通告,送达告知书等行政事项,并对关闭时限、奖惩措施等作出了明确规定,其根据上述因政策变化需要变更或者废止而调整作出的关闭拆除黄陂区四合建材公司黏土砖窑的行政行为并无不当。”<sup>[54]</sup>

所以,本案中,二审法院作出维持一审驳回原告武汉市黄陂区四合建材有限公

[54] 湖北省武汉市中级人民法院《行政判决书》([2010]武行终字第102号)。

司的诉讼请求之判决。(4)“其他应当判决驳回诉讼请求的情形。”这是一个有关驳回诉讼请求判决的兜底条款。在实务中,如原告行政赔偿请求理由不成立的,法院也可以适用驳回诉讼请求判决。如在倪山峰不服宿迁市国土资源局行政复议决定案中,法院认为:

“该复议决定虽然在引用法律规定时存在一定瑕疵,只引用了《中华人民共和国行政复议法》第二十八条,没有明确到具体的款、项、目,但该变更结论并无不当,故不应认定其适用法律错误。……原审判决认定事实不够全面,说理亦不够准确,其判决驳回上诉人倪山峰诉讼请求的结论虽然正确,但适用最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十七条第二款第(二)项的规定,与其判决结果之间发生冲突,属于适用法律错误,依法应予以纠正。”<sup>[55]</sup>

据此,法院作出判决如下:(1)撤销宿迁市宿城区人民法院(2008)宿城行初字第2号行政判决;(2)驳回上诉人倪山峰要求撤销被上诉人宿迁市国土资源局所作的宿国土资行复决字[2007]4号行政复议决定的诉讼请求。因驳回诉讼请求判决对原告的打击力度不容小觑,所以,应当严格限制其适用的范围,尤其是在行政诉讼大环境并不理想的情况下,应当小心呵护行政相对人通过行政诉讼进行权利救济的愿望。

## 八、确认判决

### (一)概念

确认判决是指法院对被诉行政行为的合法性、效力及成立与否作出确认的判决。<sup>[56]</sup> 确认判决的对象不是法律关系,而是被诉的行政行为,即使确认“不成立”的判决,也是以被诉行政行为作它的定语的。确认判决不具有执行力,它仅仅具有一种法律上的宣示效果。确认判决并不当然对应于原告的诉讼请求,如原告请求是“撤销被诉行政行为”,法院给出的判决主文可以是“确认被诉行政行为违法”。确认判决是最高人民法院《若干解释》添加的一种行政诉讼判决种类。在以法定的维持判决、撤销判决为基础的行政诉讼判决种类框架中,确认判决具有补充性地位。即使将来《行政诉讼法》修改删除了维持判决,那么确认判决也只是驳回诉讼请求判决的补充判决。

因司法判决只具有权利救济的功能,所以,被诉行政行为的合法性、有效性并非通过司法判决所获得。在确认行政行为合法、有效的判决功能也可以通过维持判决来体现的情况下,确认行政行为合法、有效的判决实际意义并不明显。德国行政诉讼法上仅有确认违法、无效的判决,似乎也是有理由的。

经法院确认合法的行政行为,因该判决所产生的确定力导致行政机关不得随

[55] 江苏省宿迁市中级人民法院《行政判决书》([2008]宿中行终字第26号判决书)。

[56] 进一步阅读张旭勇:“行政诉讼确认判决研究”,载章剑生主编:《行政诉讼判决研究》,浙江大学出版社2010年版,第77-154页。

意变更、废除该行政行为。但对于行政机关是否可以重开行政程序作对行政相对人有利的决定,不可一概而定。在不影响公共利益、第三人合法权益的前提下,有限承认行政机关可以“重开程序”是妥当的。

## (二) 适用条件

1. 确认合法或有效的判决。确认判决是对被诉行政行为合法或者有效的一种事后“追加”,本质上是司法权对行政权的一种肯定,与维持判决具有异曲同工之效。如果不是因为维持判决不适用于双方行政行为,那么,此类确认合法或有效的判决并没有多大的存在价值。确认合法或有效的判决适用条件是:(1)被诉行政行为合法。(2)不适宜判决维持或者驳回诉讼请求。“不适宜”是一个模糊的法律概念,最高人民法院《若干解释》本身也没有作出具体的解释,从如下实务中的个案,我们可以解释出几种“不适宜”的情形:

第一,事实行为。对于合法的事实行为,有的地方法院把它作为适用确认判决的对象。如在高正全不服孟州市人民政府等扑杀牛羊强制措施案中,法院认为:

“孟州市人民政府组织孟州市畜牧管理总站、孟州市林业局、公安局、卫生局、西虢镇人民政府对原告的羊立即进行扑杀,属迅速扑杀疫病、消灭疫情采取的一种紧急强制措施,采取该措施是政府的法守权限,并不违背法律的规定。扑杀行为应予确认合法。”〔57〕

第二,行政决定书的表面错误。“表面错误”是一种技术错误,通常不“伤”及行政决定的内容。但是,它的合法性毕竟还是有缺陷的,适用维持判决显然不妥当,故改用确认判决。如在李改现不服洛阳市劳动教养管理委员会劳动教养行政处罚纠纷案中,法院认为:

“被告劳教委向原告李改现所送达的洛市劳教字〔09〕061号《劳动教养决定书》中,将‘李应振’之名写成‘李红良’,确实存在错误,但是从被告劳教委的整个劳教案件办理卷宗中可以看出,所有证据材料及文书送达的当事人均是李应振,只有送达给李改现的《劳动教养决定书》中,出现了将‘李应振’之名写成‘李红良’的错误,显属笔误。(2009)嵩行初字第21号、(2010)洛行终字第54号生效的一、二审判决均认定了这一事实,因此该劳教决定程序合法,适用法律适当,并不具备可撤销之处。故原告李改现的诉讼请求,理由不足,不予支持。依据《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第一项之规定,判决如下:确认洛阳市劳动教养管理委员会洛市劳教字〔09〕061号《劳动教养决定书》合法。”〔58〕

法律文书的表面错误,不感染到该行政行为的实质合法性,但维持判决或者驳回诉讼请求判决的适用条件都不太能兼容这样的“表面错误”。所以,本案中法院选择了确认合法判决是妥当的。

第三,行政合同。行政合同的适用范围在行政法领域正在逐步扩大,它进入行政诉讼的概率也会越来越大。如在朱仕勇诉福建省宁化县教育局教育行政合同案

〔57〕 最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》2001年第3辑。

〔58〕 河南省嵩县人民法院《行政判决书》(〔2011〕嵩行初字第18号)。

中,法院认为:

“被告宁化县教育局是同级人民政府主管教育的职能部门,被告与原告经协商合意一致签订的委培协议书行政合同合法有效。原告已履行行政合同义务,被告也应当履行行政合同确定的义务。被告辩称因国家法律政策发生变化,并举出国务院和省府有关文件,但其主要内容是逐步提高教师队伍整体素质,分阶段达到大专以上学历的规划性要求,并没有规定应先达到大专以上学历相关学历才能安排就业,不能作为被告单方变更合同的依据。被告辩称其执行县长办公会议纪要的决定,而要求原告签订就业协议书,但协议主要是按上级有关部门精神,鼓励提高教师队伍师资水平,与被告签订的,留校续读大学学历的一种措施。而且,继续签订就业协议书应经双方自愿。”〔59〕

因行政合同这种双方行政行为兼容了行政相对人的意思表示,且它的法效力源于双方自愿约定,所以,对因行政合同引起的行政案件法院用确认判决而不是维持、驳回诉讼请求判决是合适的。

2. 确认违法、无效或者不成立的判决。本判决是对被诉行政行为合法性的否定,它适用于下列情形:(1)“被告不履行法定职责,但判决责令其履行法定职责已无实际意义的”。行政机关有的法定职责履行期限一旦“过时”,行政机关再履行这一法定职责对行政相对人来说就变得没有意义。如原告因参加国际会议而提出出国护照的申请,行政机关对此“不予答复”,在进入行政诉讼之后再由法院判决被告履行法定职责,原告所要参加的国际会议可能已经结束了。此时,确认被告“不予答复”违法的判决是合适的。(2)“被诉具体行政行为违法,但不具有可撤销内容的”。撤销判决是消灭被诉行政行为的法效力,若被诉行政行为没有法效力或者它的法效力已经“消失”,那么撤销判决也就失去了适用的对象。如在湖北省水利厅与武汉千年旺科技发展有限公司水利行政许可案中,法院认为:

“上诉人省水利厅仅根据被上诉人千年旺公司与第三人黄州区水利局签订的合同和有关材料,就认定被上诉人千年旺公司已取得在长江河道进行采砂的权利,作出了鄂准采证字[2006]第0001、0002、0003号《长江河道采砂许可证》。被上诉人千年旺公司称从未就采砂许可及指定的时间、地点提出过任何申请,亦未收到上述《长江河道采砂许可证》。故上诉人省水利厅所作出的行政许可行为,违反了《中华人民共和国行政许可法》的规定,其颁证的主要事实依据不足,法定程序违法。因许可期限已过,已不具有可撤销内容。”〔60〕

据此,二审法院作出了维持原审法院判决确认被告湖北省水利厅颁发鄂准采证字[2006]第0001、0002、0003号《长江河道采砂许可证》的行为违法的判决。又如,一个旅游局指定某一会计师事务所对所管辖的旅行社进行年检审计行为,即(这部分内容记载在一个会议通知的备注中)“根据省旅游局计财处要求,今年旅行社年检审计必须统一由一家事务所负责审计上网输入,我市统一在闽东益泰有

〔59〕 福建省宁化县人民法院《行政判决书》([2000]宁行初字第16号)。

〔60〕 湖北省武汉市中级人民法院《行政判决书》([2010]武行终字第72号)。

限责任会计师事务所。”法院认为，“指定某一会计师事务所对所管辖的旅行社进行年检审计行为”这一被诉行政行为不具有可撤销内容。<sup>[61]</sup>（3）“被诉具体行政行为依法不成立或者无效的。”在本情形中，“依法不成立”是行政行为违法的一种特殊形态，它不是事实判断，而是法律评判。由于行政诉讼客体是行政行为，所以，“不成立”在这里并非指行政法律关系不成立而是行政行为不成立。“依法不成立”的行政行为在法律上的状态是“不存在”，对于“不存在”的行政行为，依照诉讼原理是构成不了一个独立的诉的，最高人民法院《若干解释》作出这样的规定，或许是因误读《行政处罚法》第41条规定所致。该条规定：“行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前，不依照本法第三十一条、第三十二条的规定向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据，或者拒绝听取当事人的陈述、申辩，行政处罚决定不能成立；当事人放弃陈述或者申辩权利的除外。”如果把这种情形置于《行政处罚法》第3条第2款之中，那么，我们可以认定行政处罚决定“依法不成立”即为行政处罚决定“无效”。因此，“不成立”的确认判决实质上可以为确认无效判决所替代。

当行政行为有“重大且明显”的违法情形时，法院可以作出确认无效的判决。如在林培炎诉北京市宣武区建设委员会颁发拆迁许可证案中，法院认为：

“本案中，虽然被告在审查拆迁行政许可申请时，已按《城市房屋拆迁管理条例》第七条、《北京市城市房屋拆迁管理办法》第九条的规定履行了相应审查程序，但由于原告所居住的222号院位于市级文物保护单位正乙祠建设控制地带内，且原告在被告组织听证时所举北京市文物局《关于给林培炎先生的回信》（京文物[2006]337号），予以保护。因此，被告在无证据证明222号院非属《中华人民共和国文物保护法》、《北京历史文化名城保护条例》保护性质的前提下，忽略对拆迁范围内是否有不能或不宜拆除的房屋事实的甄别，以及对不能或不宜拆除的房屋采取何种保护措施的审查，即作出准予拆迁的决定，并以拆迁公告的形式列明222号院属拆迁范围，应当认为存在有悖于《城市房屋拆迁管理条例》、《北京历史文化名城保护条例》以及《北京市城市房屋拆迁管理办法》的相关规定之处，故其所作拆迁许可的效力不应及于222号院。”据此法院判决确认北京市宣武区建设委员会核发的京建宣拆许字（2006）第59号《房屋拆迁许可证》中涉及宣武区前门西河沿街222号院的拆迁许可内容无效。<sup>[62]</sup>

本案中，“所作拆迁许可的效力不应及于222号院”构成了法院认定该被诉的拆迁许可证部分内容无效的主要理由。又如，在姜某某不服某区民政局婚姻登记行为案中，法院认为：

“姜某冒用姜某某的身份与曹某某在向被告申请结婚登记时，提交了法律法规规定

[61] 福建省宁德市蕉城区人民法院《行政判决书》（[2002]蕉行初字第6号）。口头拒绝为原告颁发硕士学位证书的行为，也属于不具有可撤销内容。武华玉诉华中农业大学教育行政行为案，载《中国行政审判指导案例》（第1卷）第9号案例，中国法制出版社2010年版，第43页以下。

[62] 北京市宣武区人民法院《行政判决书》（[2007]宣行初字第161号）。

的内地居民申请登记结婚所需要的证件和证明材料,被告经审查确认双方出具的证件和证明材料符合法定的形式和要求,对姜某和曹某某当场予以结婚登记,并颁发结婚证,应当认定被告已尽到了法定的审查义务。由于姜某冒用姜某某的身份,在与曹某某办理结婚登记时,共同隐瞒了被告婚姻登记机关工作人员,因此对被告在这种情形下为姜某和曹某某办理结婚登记并颁发结婚证的行为,本院应纠正。”<sup>[63]</sup>

据此,法院判决确认被告为姜某某办理的结婚登记并颁发结婚证的行为无效。(4)“被告改变原具体行政行为,原告是不撤诉的。”最高人民法院《若干解释》第50条第2款第1句规定:“被告改变原具体行政行为,原告不撤诉,人民法院经审查认为原具体行政行为违法的,应当作出确认其违法的判决。”被告改变原行政行为——无论是变更或者撤销——的法律结果是,原行政行为在法律上曾经存在的事实是客观的,被告无论如何作为也改变不了。如果此原行政行为是违法的,且原告也不想“放过”它,那么法院可以作出确认违法判决。这样的确认违法判决可以成为原告提起行政赔偿(诉讼)请求的前提条件。

被诉行政行为程序违法是否可以适用确认无效判决,需要审查程序违法对行政相对人合法权益影响的严重程度,并非都可以适用确认无效判决。《行政处罚法》第3条第2款规定:“没有法定依据或者不遵守法定程序的,行政处罚无效。”但在实务中,行政处罚程序违法只有达到重大明显时法院才能作出确认无效判决。如在俞飞诉无锡市城市管理行政执法局城市管理行政处罚案中,最高人民法院的裁判要旨是:

“行政机关在送达行政处罚事先告知书与行政处罚决定书时应当依照法定方式送达,否则,不仅行政相对人陈述、申辩的权利可能被剥夺,而且行政处罚决定也未生效。在此情况下,行政处罚应以存在重大明显违法情形为由确认无效。”<sup>[64]</sup>

### (三)情况判决

1. 确认违法判决的特别情形。行政行为在被拉进诉讼之后,除非诉讼停止执行,否则它的法效力将一直存续。当法院认定被诉行政行为违法欲撤销时,“效力存续”所产生的后果——公共利益——成了作出撤销判决的障碍,对此,最高人民法院《若干解释》第58条规定:“被诉具体行政行为违法,但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决,并责令被诉行政机关采取相应的补救措施;造成损害的,依法判决承担赔偿责任。”此为情况判决的法律规定。情况判决的要件是:(1)被诉行政行为违法。此要件与撤销判决相当。(2)国家利益或者公共利益因该行政行为被撤销可能造成重大损失。在实务中,如在武汉市蔡甸区永安街老湾村村民委员会与武汉市蔡甸区人民政府、武汉市蔡甸区林业和旅游局林业登记案中,法院

[63] 王振清主编:《行政诉讼案例研究》(六),中国法制出版社2010年版,第107页。

[64] 《中国行政审判案例》(第3卷)第113号案例,中国法制出版社2013年版,第164页以下。



认为:

“但被上诉人未依据《林木和林地权属登记管理办法》《退耕还林条例》的相关规定对申请登记的林地面积、株数、林地使用期限等问题进行审核、未履行颁证前的公告程序,其颁证行为违法,理应撤销,但考虑到王体淳已使用涉案土地和育林多年,对保护土地资源,维护生态环境发挥了积极的作用,如果依法撤销林权证,会对公共利益造成损害,对涉案林权证的法律效力不宜否定。”〔65〕

因情况判决是确认判决的一种例外情形,有时它不利于原告实现自己的诉讼请求,所以法院在适用要件上应当从严解释。

2. 救济方法。因为涉及国家利益或者公共利益,尽管被诉行政行为被法院认定违法但不能判决撤销。这一后果形成的主要原因,是法院在诉讼开始前或者诉讼过程中没有裁定停止执行被诉行政行为,等到判决时却要原告来承担此种后果,的确是十分不公平的。在既成事实之下,法律为此提供了两个后续的救济方法:(1)责令被告采取相应的补救措施;(2)造成损害的,依法判决被告承担赔偿责任。虽然被告采取补救措施,也对原告履行了赔偿义务,但从公平的角度看,补救措施是否得当,赔偿是否合理,这都成了情况判决正当性的问题之所在。由于情况判决以国家利益或者公共利益优先考虑为原则,所以在宪法承认私有财产受法律保护的情况下,两者之间的紧张关系尤为突出。情况判决的核心是如何判断“国家利益或者公共利益”受到重大损失,而它的意义在于在维护国家利益或者公共利益的前提下尊重已经存在的事实:(1)被诉行政行为虽然具有违法情形并符合撤销判决的条件,但法院只能确认它的违法并承认它的法效力存续;(2)以赔偿而不是撤销的方式为原告提供救济,以换取原告承认或者不再对抗被诉行政行为。

3. 比较法上的观察。在日本法上,情况判决是被诉行政行为符合撤销之诉的要件,但基于公益的考虑,法院在作出驳回诉讼请求判决中宣告被诉行政行为违法。〔66〕而在我们的行政诉讼法上,情况判决是被诉行政行为符合撤销判决适用条件,但基于公共利益的考量,法院在作出确认被诉行政行为违法判决的同时,可以责令被告采取补救措施;若给原告造成合法权益损害的,可以判决被告承担行政赔偿责任。

## 九、行政民事一并判决

### (一) 概念

行政民事一并判决是指法院在对涉及民行交叉的行政案件经一并审理后作出

〔65〕 湖北省武汉市中级人民法院《行政判决书》([2010]武行终字第129号);谷西村委会诉洛阳市人民政府土地行政许可案,载《中国行政审判案例》(第4卷)第142号案例,中国法制出版社2013年版,第115页。

〔66〕 参日本《行政诉讼法》第31条、中国台湾地区“行政诉讼法”第198条。

的判决。<sup>[67]</sup> 最高人民法院《若干解释》第 61 条规定：“被告对平等主体之间民事争议所作的裁决违法，民事争议当事人要求人民法院一并解决相关民事争议的，人民法院可以一并审理。”此为本判决的法律依据。在制定法的框架内，在类型上裁决性行政行为至少可以分为：(1) 权属纠纷的裁决。如《土地管理法》第 16 条：“土地所有权和使用权争议，由当事人协商解决；协商不成的，由人民政府处理。单位之间的争议，由县级以上人民政府处理；个人之间、个人与单位之间的争议，由乡级人民政府或者县级以上人民政府处理。”(2) 专利使用费纠纷的裁决。如《专利法》第 57 条规定：“取得实施强制许可的单位或者个人应当付给专利权人合理的使用费，或者依照中华人民共和国参加的有关国际条约的规定处理使用费问题。付给使用费的，其数额由双方协商；双方不能达成协议的，由国务院专利行政部门裁决。”(3) 损害赔偿的裁决。如《环境保护法》第 41 条第 2 款规定：“赔偿责任和赔偿金额的纠纷，可以根据当事人的请求，由环境保护行政主管部门或者其他依照法律规定行使环境监督管理权的部门处理；当事人对处理决定不服的，可以向人民法院起诉。当事人也可以直接向人民法院起诉。”原告因上述行政裁决而提起行政诉讼的，法院可以适用行政民事一并判决。

对于行政、民事争议一并审理之后，如法院分别判决，则在法律上将产生行政、民事两份独立的裁判文书。如一方当事人提起上诉，究竟是行政、民事分别上诉，还是行政一并民事上诉，都没有制定法的依据。如采用前一方案，那么在二审中将会出现行政、民事分案审理的情况，这显然与《若干解释》第 61 条规定的要旨不合。因此，较优的方案是在一份行政判决书中行政民事争议一并加以判决，即在法律上产生一份行政民事一并判决书，这也解决了二审中民、行可能分案审理的程序性问题。

本条司法解释在行政法理学上通常被解释为是“行政附带民事诉讼判决”的依据。但在实务中，这种解释得不到个案的支持，如在下面将要提到的“徐天浩诉宁波市鄞州区人民政府房屋登记行政确认纠纷案”，法院作出的是一份“行政附带民事诉讼判决书”，它不是“行政裁决”，而是“不动产登记”引起的行政案件。

## (二) 适用条件

从最高人民法院《若干解释》第 61 条规定中，我们可以解析出行政、民事一并判决的适用条件是：(1) 平等主体之间民事争议。它原本是应当由法院裁判的私法上争议，但因为法律授权使行政机关得到了裁决这部分民事争议的法定职权，从而使这种裁决具有行政性。需要指明的是，如法律规定行政机关作出的是最终裁决，则不属于行政诉讼客体。(2) 被告作出了行政裁决。经当事人一方申请为

[67] 进一步阅读章剑生：“行政行为对法院的拘束效力——基于民事、行政诉讼的交叉视角”，载姜明安主编：《行政法论丛》（第 14 卷），法律出版社 2012 年版，第 391 - 415 页；何海波：“行政行为对民事审判的拘束力”，载《中国法学》2008 年第 2 期；项新：“行政诉讼附带民事诉讼判决研究”，载章剑生主编：《行政诉讼判决研究》，浙江大学出版社 2010 年版，第 603 - 639 页。

被告受理而作出的行政裁决,处理了双方当事人的民事争议。这种处理对双方的权利义务产生了法效力。(3)当事人要求一并解决。这里的“当事人”可以是一方的,也可以是双方的。“要求”可以解释为“申请”,其方式或为书面或为口头,若当事人以口头方式提出申请的,可以由法院记录在案并签名或者盖章,视为与书面方式具有相同的法律效力。

### (三)相关问题

1. 行政附带民事诉讼判决。与行政民事一并判决十分相似的是实务中出现的“行政附带民事诉讼判决”,后者在制定法上没有明确依据。如在徐天浩诉宁波市鄞州区人民政府房屋登记行政确认纠纷案中,法院认为:

“从行政诉讼角度,应予撤销原鄞县人民政府房屋登记发证这一具体行政行为。但本案系附带民事诉讼,原鄞县人民政府房屋登记发证这一具体行政行为的效力依赖于第三人盛如宝与原告徐天浩之间房屋所有权的确定。第三人盛如宝在民事诉讼中,对属于原告徐天浩的房屋主张买卖合同关系,既未提供房屋买卖合同、付款收条,也未提供反映原告徐天浩有愿意出卖房屋的意思表示、直接与原告徐天浩协商等证据,原告徐天浩对第三人盛如宝的主张予以否认。故此,根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二条之规定,第三人盛如宝应对自己的房屋买卖这一事实主张,承担举证不能的法律后果。本案从民事诉讼角度来看,第三人盛如宝亦不能更改原告徐天浩对诉争房屋的所有权,原鄞县人民政府房屋登记发证这一具体行政行为同样应予以撤销。据此,根据《中华人民共和国行政诉讼法》第五十四条第(二)项第1目之规定,判决如下:(1)撤销原鄞县人民政府颁发给第三人盛如宝的鄞房权证洞字第M200000562号房屋所有权证。(2)驳回第三人盛如宝要求确认房屋所有权的诉讼请求。”〔68〕

这可能是国内第一份以“行政附带民事诉讼判决书”为名的法律裁判文书,它是最高人民法院“试点”的产物。由此“试点”也可以反证最高人民法院《若干解释》第61条中并没有“行政附带民事诉讼判决”的内容。

2. 行政附带行政赔偿判决。原告提起的行政诉讼若有两个诉讼请求:(1)撤销被诉行政行为;(2)赔偿因该违法行政行为所致的人身权、财产权损害。对此,法院将会作出一个行政附带行政赔偿判决。这种判决方式也不是最高人民法院《若干解释》第61条规定中的“行政民事一并判决”。如在张某诉甘州区房地产管理局等房屋登记管理确认及行政赔偿诉讼案中,法院认为:

“被告甘州区房地产管理局对原告在南环路76号的房屋进行重复登记,一屋两证的行政登记行为是违法的,同时,在整个涉及房屋产权行政登记行为的过程中,从最初的重复登记到房屋灭失,与被告甘州区房地产管理局的错误行政登记行为具有因果关系,故被告甘州区房地产管理局应对原告受到的房屋财产损失承担赔偿责任,2004年1月撤地建市后,根据张掖市政府的相关文件,对甘州区房地产管理局,张掖市房产管理局房屋行政登记职权进行了划分,被告张掖市房产管理局继续行使被告甘州区房地产管理局的房屋行政登记

〔68〕 浙江省宁波市鄞州区人民法院《行政附带民事判决书》([2010]甬鄞行初字第36号)。

职责,而被告张掖市房产管理局未对原告错误登记行为及时予以纠正,解决原告房屋灭失后的损失赔偿问题,具有一定的过错,应与被告甘州区房地产管理局对错误登记行政行为给原告房屋所造成的损失承担连带赔偿责任。法院据此判决如下:(1)确认被告甘州区房地产管理局对原告在南环路76号房屋再次对清真寺管委会进行重复登记、一房两证的登记行为违法;(2)被告甘州区房地产管理局赔偿原告房屋损失99700元,被告张掖市房产管理局承担连带赔偿责任。”〔69〕

## 第二节 行政诉讼裁定

### 一、可以上诉的裁定

#### (一) 不予受理

不予受理裁定是指法院作出拒绝接受起诉人提起行政诉讼的裁定。它的法效果是,法院对起诉人关上大门,拒绝提供行政救济。对于不予受理的裁定如果不给予起诉人上诉的权利,既违背两审终审的法律原则,也有行政救济不充分之嫌疑。因此,起诉人在收到不予受理的行政裁定后,可以在法定期限内提起上诉。如在上海金港经贸总公司诉新疆维吾尔自治区工商行政管理局行政处罚案中,法院认为:

“根据《中华人民共和国行政处罚法》第三十一条、第三十九条之规定,行政机关在作出行政处罚决定前,应当告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据,并告知当事人依法享有的权利;行政机关在其作出行政处罚决定书上亦应当载明当事人‘违反法律、法规或者规章的事实和证据’、‘行政处罚的种类和依据’以及‘当事人不服行政处罚决定,申请行政复议或者提起行政诉讼的途径和期限’等必要内容。新疆工商局出具的罚款证明,既未告知金港公司的违法事实,亦未告知适用的法律依据,在此情况下,金港公司无从判断其行为性质及相应的法律规范。原一、二审法院以金港公司未经复议直接向人民法院起诉,不符合《投机倒把行政处罚暂行条例》第十一条关于复议前置之规定为由裁定不予受理,于法无据。”〔70〕

本案中,一审法院以起诉人未经复议前置为由,裁定不予受理。起诉人提起上诉之后,他的请求获得了二审法院的支持。

#### (二) 驳回起诉

法院受理原告起诉之后,经审查认为本案不符合起诉条件的,可以作出驳回起诉的裁定。不予受理裁定的法效果是没有让起诉人进入法院的“大门”,而驳回起诉裁定的法效果是把已经进入法院“大门”的原告又推了出去,驳回起诉裁定必须以受理为前提条件,而不予受理裁定则不存在“受理”的前提条件。在法效果上,

〔69〕 甘肃省张掖市甘州区人民法院《行政判决书》(〔2007〕甘行初字第22号)。

〔70〕 最高人民法院《行政裁定书》(〔2005〕行提字第1号)。

驳回起诉对于原告来说,它等同于不予受理,所以,原告对驳回起诉裁定有权在法定期限内提起上诉。如夏邑县豆奶粉厂与夏邑县人民政府土地行政审批纠纷上诉案中,法院认为:

“根据最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十四条第一款第(十)项‘诉讼标的为生效判决的效力所羁束的,人民法院应当裁定不予受理;已经受理的,裁定驳回起诉’的规定,生效的裁判文书不仅对人民法院具有拘束力,而且对当事人也具有拘束力。‘羁束’应当理解为被诉行政行为为已经生效的行政判决书、行政裁定书、行政赔偿调解书作出实体上或者程序上的处理。生效的行政裁判对审查客体之外的其他涉案行政行为作为证据采信或者作为案件事实予以认定时,仅是对行政机关作出该涉案行政行为的客观事实予以确认,并未对该涉案行政行为作出实体上或程序上的处理,不属于‘羁束’的情形。本案(2010)商行终字第55号行政裁定书仅将被诉批复作为证据采用,并未对其进行司法审查,不属于最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十四条第一款第(十)项所规定为生效判决的效力所羁束的内容。”〔71〕

本案中,二审法院认为一审裁定适用法律、法规错误,将未受生效判决效力所羁束的诉讼标的,认定是法定的“羁束”情形,故撤销一审裁定,从而使原告重新进入了法院的“大门”。又如,在徐增经诉郎溪县建设委员会不履行规划行政处罚案中,法院认为:

“针对第三人违章建筑影响原告房屋的通风和采光问题,原告曾于2008年元月向本院提起诉讼,请求依法判令被告对第三人的违章建筑作出行政处罚决定,审理过程中,被告依法对第三人的违章建筑作出了行政处罚,原告申请撤回起诉,本院已裁定准予原告撤回起诉。现原告在无正当理由的情况下,仅以被告对第三人的违章建筑未采取任何强制措施为由,再次以同一事实理由向本院提起诉讼,请求判令被告对第三人的违章建筑重新作出拆除的行政处罚,原告起诉违反法律规定,本院不予支持。”〔72〕

在诉讼法上,禁止重复起诉的理由不外是法院不可以对同一诉讼目的作出两次以上的裁判。本案中,原告在撤回诉讼之后,在没有新的事实和理由的情况下再次以同一事实和理由提起行政诉讼,据此,法院作出驳回原告徐增经起诉的裁定,十分妥当。

### (三)管辖异议

管辖异议是指当事人认为受诉法院或受移送案件的法院对案件无管辖权时,而向受诉法院或受移送案件的法院提出的不服管辖的意见或主张。最高人民法院《若干解释》第10条规定:“当事人提出管辖异议,应当在接到人民法院应诉通知之日起10日内以书面形式提出。对当事人提出的管辖异议,人民法院应当进行审查。异议成立的,裁定将案件移送有管辖权的人民法院;异议不成立的,裁定驳

〔71〕 河南省商丘市中级人民法院《行政裁定书》([2010]商行终字第123号)。

〔72〕 安徽省郎溪县人民法院《行政裁定书》([2008]郎行初字第06号)。

回。”对管辖异议的裁定,当事人有权提起上诉。

## 二、不可以上诉的裁定

有些行政裁定并不涉及行政相对人实体权利的处理,或者纯粹是诉讼程序性内容,不赋予当事人上诉权,并不影响当事人的实体权利,且有时基于诉讼效率的要求考虑,所以,在参照民事诉讼法规定的情况下,最高人民法院《若干解释》第63条规定不可上诉的裁定有如下十二种:(1)终结诉讼;(2)中止诉讼;(3)移送或者指定管辖;(4)诉讼期间停止行政行为的执行或者驳回停止执行的申请;(5)财产保全;(6)先予执行;(7)准许或者不准许撤诉;(8)补正裁判文书中的笔误;(9)中止或者终结执行;(10)提审、指令再审或者发回重审。此种情况在实例上,如在王万平与中牟县广播电视局不履行法定职责案中,法院认为:

“电视广告作为公众获取信息资源的重要渠道,其有序规范的播放,是保障包括上诉人在内的电视受众,获得真实信息,维护生命安全和身体健康的重要途径。本案中牟县广播电视局作为中牟县电视台的行政主管机关,具有对电视广告播放活动进行监管的法定职责,当上诉人认为电视台违法播放广告的行为已对其合法权益造成损害的,有权请求被上诉人履行监管职责,故上诉人具备原告的诉讼主体资格。上诉人王万平一审起诉时,被上诉人中牟县广电局的法定履行期限尚未届满,一审本不应当受理其起诉,但鉴于在一审庭审结束前,该履行期限已经届满,即便驳回原告起诉,其仍可再次起诉,基于程序经济原则,本案不再因此而驳回上诉人的起诉。一审裁定驳回原告起诉不当,应予纠正。”<sup>[73]</sup>

据此,法院依照最高人民法院《若干解释》第68条的规定,裁定如下:第一,撤销中牟县人民法院(2009)牟行初字第8号行政裁定;第二,指令中牟县人民法院继续审理。本裁定是二审法院因原告不服一审法院作出驳回起诉裁定而提起上诉作出的。此外,还有(11)准许或者不准许执行行政机关的行政行为;(12)其他情形。此为开放性的兜底条款,由法院在个案中裁量适用行政裁定。

[73] 河南省郑州市中级人民法院《行政裁定书》([2009]郑行终字第159号)。

## 第二十章 行政诉讼程序

### 第一节 一审程序

#### 一、起诉

起诉是指起诉人认为行政机关作出的行政行为侵犯其合法权益,向法院提出要求其审查该行政行为的合法性,以保护自己合法权益的一项诉讼活动。起诉旨在启开诉讼之门,以实现行政救济的权利,所以,如起诉条件设置过于苛刻,则有限制或者变相剥夺诉权之嫌疑。对于起诉条件采取形式审抑或实质审,也与诉权实效性保护有关。<sup>[1]</sup>

起诉应当提交书面诉状,诉讼法学上称之为“诉状强制主义”。《行政诉讼法》对起诉是否应当提交书面诉状未作明确规定。在实务中,起诉人提起行政诉讼既可以提交书面诉状,也可以到法院口头陈述,由书记员记录“口头诉状”后签名或盖章,它与书面诉状具有相同的法律效力。允许口头方式提起行政诉讼,是考虑到有的起诉人因受教育程度不高而导致书面表达的困难,且又难以获得他人代书帮助。不过,由于律师业的发达以及公民受教育程度的普遍提高,“口头诉状”在行政诉讼中已经相当少见了。

起诉状的内容要素是:(1)当事人身份事项;(2)诉讼请求;(3)事实与理由;(4)签名盖章并记下半年月日。对于起诉状的内容要求,法院应当采用“最低限度要求”原则,即只要符合起诉条件的最低要求,即为合法。如果起诉状内容要素缺失属于可补正的,法院应当告知起诉人在指定期限内补正,不得以诉状不合法为由裁定驳回起诉。起诉状应附的材料有:(1)证明起诉人身份的证据材料;(2)诉讼客体,如起诉依申请的行政不作为的,则应当提交起诉人已经提出申请的证据材料;(3)其他需要提交的证据材料。

#### (一)起诉的一般要件

(1)原告要件。原告是认为行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织。在本要件中,首先,在法律上已经存在了一个由行政机关作出的行政行为。如行政行为尚未作出或者作出后被撤销的,则不合本要件;已经失效的行政行为曾

[1] 进一步阅读周永坤:“诉权法理研究论纲”,载《中国法学》2004年第5期;赵正群:“行政之诉与诉权”,载《法学研究》1995年第6期。

经在法律上产生过法效力,它不同于被撤销的行政行为,所以,它仍然属于本要件中的“行政行为”。如起诉行政机关不履行法定职责,那么需要有“不予答复”、“拖延履行”的事实。其次,“认为”是原告单方面的主观认知、判断,属于“主观违法”。也就是说,原告的合法权益是否“实际”受到侵害,不是起诉要件所要查实的问题。但是,对合法权益没有“实际”受到侵害的事实,法院可以“一目了然”地作出判断时,本要件不成立。如在罗富志诉甘肃省白银市人民政府土地登记案中,法院认为:

“在2007年4月18日白银市政府给第三人银光公司颁发的白国用(2007)第036号《国有土地使用权证》是根据土地使用人的情况变化,对白国用(2001)字第017号《国有土地使用权证》的变更登记,不是初始登记。罗富志未对其产生实际影响的白国用(2001)字第017号《国有土地使用权证》提起诉讼,只诉白国用(2007)第036号《国有土地使用权证》不符合起诉条件。”〔2〕

最后,“公民、法人或者其他组织”是行政相对人,不包括行政机关。外国人、无国籍人、公民的“近亲属”在法定条件下也可以作为原告提起行政诉讼。

(2)被告条件。有明确的被告。“明确”即原告的起诉必须指向一个可确定的行政机关。故若原告所指向的行政机关不明确的,如某某局等表述,法院应当进行诉讼指导,帮助原告找到一个明确的被告。原告起诉的被告是否“准确”,不属于起诉条件内容,而是是否驳回起诉的裁定要件。如法院认为原告起诉的被告不准确的,应当告知原告变更被告;原告不同意变更的,法院应当裁定驳回起诉。

(3)有具体的诉讼请求和事实依据。“具体的诉讼请求”是原告要求法院保护的实体权利的请求必须明确、具体——如撤销被诉的行政行为、要求履行何种法定职责、赔偿的确定费用等。与诉讼请求不同的是,诉讼标的是被诉行政行为的合法性,它是诉的要素之一。“事实依据”是由原告提供的可以支持诉讼请求的事实。这种事实只要达到初步证明诉讼请求成立程度就满足了本要件的要求。所谓“初步证明”,即不需要达到满足法院作出实体裁判的证明要求,有“说得过去”的事实依据即可。这里的“事实依据”不包括法律依据。

(4)属于法院的受案范围和受诉法院管辖。《行政诉讼法》有明确的“受案范围”、“管辖法院”的规定,本要件可以依照《行政诉讼法》的规定予以确定。管辖法院的确定本质上与回避制度有关,而回避则事关诉讼当事人是否能够“服判”,所以,法院在处理管辖问题上应当谨慎考虑,以周延公正审判的制度性保障。专门人民法院、人民法院派出法庭没有行政案件的管辖权,行政相对人不能向其提起行政诉讼。

〔2〕《中国行政审判案例》(第3卷)第88号案例,中国法制出版社2013年版,第35页。最高人民法院《关于审理房屋登记案件若干问题的规定》第5条第3款规定:“原房屋权利人、原利害关系人未就首次转移登记行为提起行政诉讼,对后续转移登记行为提起行政诉讼的,人民法院不予受理。”



## (二) 起诉的特别要件

1. 复议前置。即行政相对人对行政机关作出的行政行为不服的,应当先申请复议程序,然后才能提起行政诉讼,否则法院不予受理。《行政诉讼法》第37条第2款规定:“法律、法规规定应当先向行政机关申请复议,对复议不服再向人民法院提起诉讼的,依照法律、法规的规定。”这是复议前置的法律依据。如《行政复议法》第30条第1款规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其已经依法取得的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的,应当先申请行政复议;对行政复议决定不服的,可以依法向人民法院提起行政诉讼。”对于本条中的“具体行政行为”当如何界定,最高人民法院《关于适用行政复议法第三十条第一款有关问题的批复》(法释[2003]5号)采用收缩解释的方法,将行政处罚、行政强制等行为排除在该“具体行政行为”之外。最高人民法院行政审判庭又在《关于行政机关颁发自然资源所有权或者使用权证的行为是否属于确认行政行为的问题》([2005]行他字第4号)中,将法释[2003]5号中的“确认具体行政行为”收缩在对相关民事争议作出的确权决定的范围之内。再如,《价格违法行为行政处罚规定》第20条规定:“经营者对政府价格主管部门作出的处罚决定不服的,应当先依法申请行政复议;对行政复议决定不服的,可以依法向人民法院提起诉讼。”这是行政法规规定复议前置的情形。

在实务中,如果行政相对人未经过复议前置程序,直接向法院提起行政诉讼的,法院不予受理。对于复议前置的行政案件,如果申请人不合法的申请被复议机关决定驳回,则不能认定它已经经过了复议前置程序而向法院提起诉讼。也就是说,复议前置的本质是复议机关对行政争议进行实体上的处理,所以,相同的情况还有,如复议机关在法定期限内不作出复议决定,行政相对人只能向法院提起履行法定职责之诉,而不能对原行政行为提起行政诉讼。如原告对原行政行为提起行政诉讼的,法院不予受理。如在董用权诉海南省三亚市人民政府土地权属处理决定案中,法院认为:

“对法律规定应为复议前置的案件,复议机关作出不予受理决定,当事人起诉原具体行政行为的,人民法院应当不予受理。”〔3〕

2. 起诉期限。《行政诉讼法》第39条规定:“公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的,应当在知道作出具体行政行为之日起三个月内提出。法律另有规定的除外。”此条款适用的情形一般解释为行政机关作出了书面的行政行为,且告知了行政相对人诉权和起诉期限。这是行政诉讼法上起诉期限的“不变期限”,但它并不排斥其他法律依照行政案件的性质另外设起诉期限,故有“法律另有规定的除外”的规定。如《商标法》第50条规定:“对工商行政管理部门根据本法第四十五条、第四十七条、第四十八条的规定做出的罚款决定,当事人不服的,

〔3〕《中国行政审判案例》(第2卷)第50号案例,中国法制出版社2011年版,第57页。

可以自收到通知之日起十五日内,向人民法院起诉;期满不起诉又不履行的,由有关工商行政管理部门申请人民法院强制执行。”这是法律例外规定的起诉期限。在实务中,最高人民法院认为如果行政机关告知起诉期限不符合法律规定,原告在行政机关告知的期限内提起诉讼的,应当视为当事人在法定期限内提起诉讼。〔4〕

行政相对人应当在法定期限内提起行政诉讼,逾期提起行政诉讼的,法院不予受理;已经受理的,裁定驳回起诉。起诉期限具有尽早稳定行政法律关系的功能,因为,一旦行政行为为过了起诉期限,行政相对人再也不能通过行政诉讼质疑行政行为的合法性。起诉期限长短如何确定,属于立法政策上的问题。关于起诉期限如何计算的问题,除《行政诉讼法》第39条外,《行政诉讼法》和最高人民法院《若干解释》还有一些特别规定,其情形如下:

(1)经过行政复议的起诉期限。《行政诉讼法》第38条第2款规定:“申请人不服复议决定的,可以在收到复议决定书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。复议机关逾期不作决定的,申请人可以在复议期满之日起十五日内向人民法院提起诉讼。法律另有规定的除外。”根据这一规定,经过行政复议的起诉期限可以分为几种情况:第一,复议机关作出复议决定书的,行政相对人应当在收到复议决定书之日起15日内提起行政诉讼;第二,复议机关逾期不作决定的,申请人可以在复议期满之日起15日内提起行政诉讼;第三,复议机关逾期作决定的,起诉期限依照第一种情况计算;第四,行政相对人对复议机关“不作为”提起行政诉讼的,〔5〕起诉期限适用最长保护期中的2年。

在实务中,如果复议机关受理申请人逾期提出的复议申请并作出复议决定之后,申请人或者利害关系人对复议决定提起行政诉讼,法院可以审查申请人的申请行政复议的期限是否合法。如在俞国华诉福建省莆田市荔城区建设局不履行职责案中,法院认为:

“复议机关未依行政复议法规定的申请期限受理案件并作出复议决定,不拘束人民法院对行政案件起诉期限的认定。利害关系人即使在收到复议决定书之日起15日内起诉,经审查若属逾期起诉且无正当理由,应当不予受理或者驳回起诉。”〔6〕

本案中,对于超过法定期限申请行政复议,即使行政行为经过了行政复议,且行政相对人也在法定期限内提起行政诉讼的,法院也应当以申请行政复议超过法定期限为由驳回起诉。理由是,因该被申请复议的行政行为已经具有了存续力,行政相对人不可再起争议。行政复议决定在法定期限内因行政相对人起诉而进入诉讼程序之后,对法院不产生约束力。

〔4〕 最高人民法院行政审判庭《关于税务行政案件起诉期限问题的电话答复》(1990年12月27日)。

〔5〕 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22条规定:“复议机关在法定期间内不作复议决定,当事人对原具体行政行为不服提起诉讼的,应当以作出原具体行政行为的行政机关为被告;当事人对复议机关不作为不服提起诉讼的,应当以复议机关为被告。”

〔6〕 《中国行政审判案例》(第2卷)第51号案例,中国法制出版社2011年版,第62页以下。

(2) 起诉不履行法定职责。对起诉不履行法定职责的期限,《行政诉讼法》没有作出明确规定。最高人民法院《若干解释》第 39 条规定:“公民、法人或者其他组织申请行政机关履行法定职责,行政机关在接到申请之日起 60 日内不履行的,<sup>〔7〕</sup>公民、法人或者其他组织向人民法院提起诉讼,人民法院应当依法受理。法律、法规、规章和其他规范性文件对行政机关履行职责的期限另有规定的,从其规定。公民、法人或者其他组织在紧急情况下请求行政机关履行保护其人身权、财产权的法定职责,行政机关不履行的,起诉期间不受前款规定的限制。”根据这一规定,起诉不履行法定职责的期限本应为行政机关接到申请之日起 60 日之后 3 个月之内,但因为无行政机关“告知诉权和起诉期限”,所以《行政诉讼法》第 39 条不适用本情形。本情形应当适用下面所述的起诉期限的最长保护期中的 2 年。

3. 起诉期限的最长保护期。行政机关作出行政行为之后,并非所有的行政相对人都能收到行政机关作出的行政行为。如行政机关颁发的《建设规划许可证》,利害关系人不是法定的收件人,即使连《建设规划许可证》复印件也是得不到的;同时,也并非每一个行政相对人都知法懂法,知道自己享有的诉权以及行使诉权的法定期限。所以,如行政机关作出行政行为时未告知诉权和起诉期限,甚至行政行为内容也不为行政相对人知道时,除《行政诉讼法》规定的 3 个月提起诉讼的不变期间外,有必要另设一个最长保护期,以兼顾行政相对人合法权益的保护与法的安定性。

(1) 未告知诉权或者起诉期限。即行政机关作出行政行为时仅告知行政相对人内容,没有告知诉权或者起诉期限的,最高人民法院《若干解释》第 41 条对此作出规定:“行政机关作出具体行政行为时,未告知公民、法人或者其他组织诉权或者起诉期限的,起诉期限从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道诉权或者起诉期限之日起计算,但从知道或者应当知道具体行政行为内容之日起最长不得超过 2 年。复议决定未告知公民、法人或者其他组织诉权或者法定起诉期限的,适用前款规定。”这里的“知道”是一种实然的状况,如行政机关事后在接待行政相对人信访时明确告知行政相对人可以提起行政诉讼;“应当知道”是一种推定的状况,需要有证据证明行政相对人知道诉权或者起诉期限的事实。

(2) 不知道被诉行政行为内容。即行政机关作出行政行为之后,没有告知行政相对人行政行为的内容的,最高人民法院《若干解释》第 42 条对此作出规定:“公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的具体行政行为内容的,其起诉期限从知道或者应当知道该具体行政行为内容之日起计算。对涉及不动产的具体行政行为从作出之日起超过 20 年、其他具体行政行为从作出之日起超过 5 年提起诉

---

〔7〕 最高人民法院《关于审理行政许可案件若干问题的规定》第 6 条规定:“行政机关受理行政许可申请后,在法定期限内不予答复,公民、法人或者其他组织向人民法院起诉的,人民法院应当依法受理。前款‘法定期限’自行政许可申请受理之日起计算;以数据电文方式受理的,自数据电文进入行政机关指定的特定系统之日起计算;数据电文需要确认收讫的,自申请人收到行政机关的收讫确认之日起计算。”

讼的,人民法院不予受理。”由于《若干解释》实施时间为2000年3月10日,此处规定的“20年”最长保护期可能要回溯到1990年10月1日,即它是否可以适用于2000年3月10日之前行政机关作出行政行为,且行政相对人不知道该行政行为内容的情形。对此,最高人民法院在《关于如何执行〈最高人民法院关于执行《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释〉若干问题的解释》第四十二条的规定的请示的答复》([2002]行他字第6号)中答复如下:“行政机关在《中华人民共和国民事诉讼法》实施之后即1990年10月1日以后作出的具体行政行为,当事人不知道该具体行政行为内容的,其起诉期限的计算应当适用本院《关于执行中华人民共和国民事诉讼法若干问题的解释》第四十二条的规定。”但是,如果起诉期限延长至最后一日未超过2000年3月10日的,则不适用《若干解释》第42条的规定,而应当适用1991年的《若干问题》规定的起诉期限1年。如在重庆市綦江县文龙乡水月村六社吴昌辉等496人诉重庆市人民政府行政复议决定上诉案中,法院认为:

“重庆市政府重府地[1992]68号《重庆市人民政府关于綦江县征用土地办公室统一征用土地的批复》是1992年4月26日作出的,随后綦江县有关部门就水月村的征地安置补偿等事项,实施了一系列行为。1993年9月7日,綦江县征用土地办公室与水月村及六社根据《重庆市人民政府关于綦江县征用土地办公室统一征用土地的批复》签订了《土地移交协议书》,就有关征地、补偿、安置等问题达成协议,协议书由綦江县征用土地办公室、水月村村长及六社负责人签字。之后,水月村六社社员对转为非农业户口亦未提出异议。综上所述,本案当事人早已知道被诉行政行为的内容。根据该行为发生时有效的最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第35条的规定,上诉人于2001年6月12日对该批复提起行政诉讼,已经超过起诉期限。上诉人认为没有超过起诉期限的理由不能成立。”〔8〕

本案中,被告作出的《重庆市人民政府关于綦江县征用土地办公室统一征用土地的批复》时间是1992年4月26日,原告一直不知道此批复的内容,那么因它不涉及不动产,即使起诉期限延长5年也不可能超过2000年3月10日,因此它只能适用当时的《若干问题》第35条的规定,起诉期限的最长保护期为1年。〔9〕但本案上诉人直到2001年才对批复提起行政诉讼,显然超过了法定起诉期限。又如,在威海市环翠区农村信用合作社联合社诉中华人民共和国山东渔港监督局注销渔船所有权并过户纠纷案中,法院认为:

“船舶属动产范畴,对以船舶为对象作出的具体行政行为的利害关系人应当在具体行政行为作出之日起5年内向人民法院提起诉讼,否则人民法院不予受理,已经受理的应当

〔8〕 最高人民法院《行政裁定书》([2001]行终字第18号)。

〔9〕 最高人民法院《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(试行)》第35条规定:“行政机关作出具体行政行为时,未告知当事人的诉权或者起诉期限,致使当事人逾期向人民法院起诉的,其起诉期限从当事人实际知道诉权或者起诉期限时计算,但逾期的期间最长不得超过一年。”

裁定驳回起诉。被告于1999年12月24日在未经抵押权人即原告同意的情况下,将所有权人为鑫宝捕捞队的鲁威渔1718号船舶注销了所有权国籍登记,并过户给了荣成市张家村渔业公司。被告的该行政行为妨害了原告抵押权利的实现,原告可以在被告作出上述具体行政行为之日即1999年12月24日起的5年内向人民法院提起诉讼,而原告直至2005年7月14日才向本法院提起诉讼,其起诉已超过法律规定的起诉期限,该起诉依法应予驳回。”〔10〕

4. 法定期限的耽误。《行政诉讼法》第40条规定:“公民、法人或者其他组织因不可抗力或者其他特殊情况耽误法定期限的,在障碍消除后的十日内,可以申请延长期限,由人民法院决定。”最高人民法院《若干解释》第43条对此作了一项补充性规定:“由于不属于起诉人自身的原因超过起诉期限的,被耽误的时间不计算在起诉期间内。因人身自由受到限制而不能提起诉讼的,被限制人身自由的时间不计算在起诉期间内。”在最高人民法院的一个其他司法文件中,“低温雨雪冰冻灾害”属于《行政诉讼法》第40条规定的“不可抗力”情形,〔11〕但当事人在解除收容审查3年以后不断申诉的行为不构成起诉期限的耽误。〔12〕

在实务中,“不可抗力”因素是容易判断的,但是“其他特殊情况”经常会各方的引起争议。如在黄小渊与兴国县公安局治安行政处罚决定纠纷上诉案中,法院认为:

“上诉人黄小渊于2006年2月17日收到《行政复议决定书》后已告知复议决定书中的起诉期限,如有异议,应当在法定期间15日内即截至同年3月4日以前向人民法院提起行政诉讼,上诉人于2006年3月10日向法院提起诉讼显然已逾期限,虽然上诉人提出,由于父亲生病住院,自己需要护理父亲没有时间行使诉权的逾期理由,本院认为,上诉人尽儿之道护理父亲是履行自己的义务,也是值得颂赞的美德,但却不是法律规定可以顺延的法定事由,况且上诉人在其父住院期间一直坚持正常上班,因此,上诉人提出由于父亲住院,没有时间写诉状和向法院起诉的上诉理由不能成立,本院不予支持。上诉人在法定期限内没有行使诉权,无法定事由,上诉人已放弃了法律赋予的诉权。”〔13〕

本案中,上诉人以“护理父亲”为耽误法定期限的理由,没有为法院所采信。最高人民法院《若干解释》第43条中的“不属于起诉人自身的原因”也并不是一个十分清楚的法律概念,需要在个案中作出解释。如在蒋某诉某区公安分局治安处罚案中,法院认为:

“因取保候审不属于最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题

〔10〕 山东省烟台经济技术开发区人民法院《行政裁定书》([2005]开行初字第12号)。

〔11〕 最高人民法院《关于审理与低温雨雪冰冻灾害有关的行政案件若干问题座谈会会议纪要》(法[2008]139号)。

〔12〕 最高人民法院行政审判庭《对湖北省高级人民法院关于全勇、廖小燕诉蒲圻市公安局收容审查、扣押财产一案有关法律适用等问题请示的答复意见》(行他[1999]16号)。

〔13〕 江西省赣州市中级人民法院《行政裁定书》([2006]赣中行终字第21号)。

的解释》第四十三条中规定的‘人身自由受到限制或剥夺’的条件,即在取保候审的期限内,被取保候审人的人身自由并未被完全限制或剥夺,其仅需经执行机关批准即可离开所居住的市、县,而取保候审亦未剥夺被取保候审人通过通邮的权利。本案中,蒋某既未向对其取保候审的执行机关提出因需提起诉讼而离开居住地的申请,亦未通过邮寄的方式向本院提交起诉材料,故其关于自己未超过起诉期限的说法没有事实及法律依据,不予采纳”。〔14〕

本案中,法院把“取保候审”划出了“不属于起诉人自身的原因”外。又如,在张祥民诉河南省劳动与社会保障厅退休审批案中,法院认为:

“张祥民2006年6月办理退休手续后,因退休工资问题,曾先后找单位反映情况,并申请仲裁,两次提起民事诉讼。在2005年11月10日收到第二次民事诉讼的裁定书后才被明确告知此案不属民法调整的范围,遂于2006年10月26日提起本案行政诉讼,期间延误的起诉时间,不属于其自身原因”。〔15〕

本案中,法院把原告“收到第二次民事诉讼的裁定书后才被明确告知此案不属民法调整的范围”划入了“不属于起诉人自身的原因”。〔16〕

## 二、受理

受理是指经审查法院认为起诉人的起诉符合法定条件而决定立案的一种诉讼活动。起诉是受理的前提,没有起诉也就没有受理,但起诉并不必然引起受理,若起诉不符合法定条件,法院经审查后可作出驳回起诉的裁定。

受理的法律意义是:(1)标志着行政诉讼一审程序的开始,如开始计算一审的审理期限。(2)法院排他管辖,即对于法院受理的行政案件,其他任何国家机关都不得受理并作出处理决定。(3)诉权被确认,即原告的诉权获得了法院的确认。

### (一)对起诉的处理

《行政诉讼法》第42条规定:“人民法院接到起诉状,经审查,应当在七日内立案或者作出裁定不予受理。原告对裁定不服的,可以提起上诉。”这是对起诉处理的基本规定。实务中,“经审查”是实质审抑或形式审,向来是有争议的。基于保护原告诉权、立案的书面审查等因素,这里的“审查”拟作形式审为宜,即法定起诉条件是否具备,而非这些法定起诉条件是否真实。法院应当组成合议庭对原告的

〔14〕 王振清主编:《行政诉讼案例研究》(六),中国法制出版社2010年版,第51页。

〔15〕 河南省郑州市中级人民法院《行政裁定书》([2010]郑行再终字第20号)。

〔16〕 其他还可以参阅的案例:在束荣海诉射阳县人民政府颁发房屋所有权证侵权案中,法院认为:“民事诉讼的进行并不影响其提起行政诉讼,民事诉讼的进行也不是法定的可以逾期起诉的正当理由。”江苏省高级人民法院《行政判决书》([2003]苏行终字第018号);在眉山气雾剂厂诉眉山市人民政府、眉山市国土局土地行政登记案中,裁判摘要是:“根据最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十三条的规定,对于当事人提起的行政诉讼,人民法院应该立案而未立案,又未出具书面裁定,造成当事人向其他部门上访、申诉并继续向人民法院起诉的,不应将当事人第一次起诉被拒绝后,由于非自身原因延误的时间,计算在起诉期限内。”《最高人民法院公报》2005年第2期。

起诉进行审查,经审查后法院可以作出如下几种处理结果:

1. 决定受理。起诉符合法定起诉条件的,法院应当在接到起诉材料后7日内立案,并及时通知当事人。

2. 裁定不予受理。对不符合法定起诉条件的,法院应当在接到起诉材料后7日内裁定不予受理。起诉人不服不予受理的裁定,可以在接到裁定书之日起10日内向上一级法院提出上诉。

3. 限期补正。凡起诉不符合条件一律裁定不予受理,与充分、实效保护行政相对人权利的行政诉讼目的不相符合。所以,凡起诉条件可以补正或者更正的,应当指定期间给予起诉人补正或者更正的机会。在实务中,如起诉所列被告不明确,可能缘于原告对行政组织的不了解,法院应当加以释明,指示原告补正为妥。在指定期间内起诉人无正当理由不补正或者更正的,则法院可以裁定不予受理。在指定期间已经补正或者更正的,经审查符合起诉法定条件的,法院应当依法受理。因起诉状内容欠缺而责令原告补正的,审查期限从法院收到补正材料之日起计算。

4. 先予受理。对于起诉人的起诉,法院在接到起诉材料后7日内不能决定是否受理的,应当先予受理;受理后经审查不符合起诉条件的,裁定驳回起诉。

5. 向上一级法院申诉或起诉。受诉法院在接到起诉材料后7日内既不立案,又不作出裁定的,起诉人可以向上一级法院申诉或者起诉。上一级法院认为符合受理条件的,应予受理;受理后可以移交或者指定下级法院审理,也可以自行审理。

## (二) 受理的法律效果

法院作出受理决定之后,即产生如下法效果:(1)除特殊原因外,法院必须在法定期限内作出一审裁判。(2)除了法定情形外,被诉行政行为不因为诉讼而停止执行。(3)被诉行政行为可能会因法院裁定中止执行而产生“延宕效力”。(4)重复起诉之禁止。已经为法院受理的行政争议,排除了其他法院、国家机关对此案的管辖权,即使被告被撤并、原告居住地发生变更也不例外。

## 三、审理

审理是指法院对受理的行政案件依照法定程序进行审理的诉讼程序过程。审理程序的公正性与当事人对裁判的可接受性呈正比关系,故由一个不偏不倚的中立法院主持审理程序,是审理程序公正性的基本前提。

### (一) 审理前的准备

1. 合议庭的组成。《行政诉讼法》第46条规定:“人民法院审理行政案件,由审判员组成合议庭,或者由审判员、陪审员组成合议庭。合议庭的成员,应当是三人以上的单数。”合议庭在审判长的主持下开展审理活动,但合议庭实行平等表决制,所有成员对所审理的行政案件负责。合议庭组成之后,应当及时以书面形式告知当事人相关事项。

2. 送达法律文书。《行政诉讼法》第43条规定:“人民法院应当在立案之日起五日内,将起诉状副本发送被告。被告应当在收到起诉状副本之日起十日内向人

民法院提交作出具体行政行为的有关材料,并提出答辩状。人民法院应当在收到答辩状之日起五日内,将答辩状副本发送原告。被告不提出答辩状的,不影响人民法院审理。”这里的“有关材料”,依照最高人民法院《行政诉讼证据规定》第1条的规定,是“据以作出被诉具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件”。除了驳回原告起诉或者移送管辖裁定外,法院应当将起诉状及所附材料副本及时送达被告,被告应当在法定期间内提出答辩及提交证据和规范性文件。如涉及保密材料的,依照有关规定由法官作保密审查,被告不得以“保密”为由拒绝提交到法院。被告的答辩、提交证据有助于法官全面了解案情,也有利于原告了解被告作出被诉行政行为的事实、依据和理由,在诉讼中获得“武器平等”原则的保护。

如被告在法定期间内不提交作出被诉行政行为的全部证据和规范性文件,法院可以认定该被诉行政行为没有证据。但是,因被告不提交证据致使裁判可能不利于本案第三人或者影响到国家利益和公共利益的,则法院有义务依职权调查事实,以作出公正的裁判。如有第三人申请或者法院通知其参加诉讼,法院应当将原告的起诉状及所附材料副本也一并送达,第三人可以在一审庭审之前提交答辩状及证据材料。

3. 证据交换。为了固定诉讼请求,明确诉讼争点,《行政诉讼证据规定》第21条规定:“对于案情比较复杂或者证据数量较多的案件,人民法院可以组织当事人在开庭前向对方出示或者交换证据,并将交换证据的情况记录在卷。”行政案件庭审前是否启动证据交换程序,由法院依照个案情况裁量决定。

4. 诉讼参加人变动。对不符合当事人条件的起诉人或者应诉人,由法院通知更换。最高人民法院《若干解释》第21条第1款规定:“原告所起诉的被告不合格,人民法院应当告知原告变更被告;原告不同意变更的,裁定驳回起诉。”如在詹大海与重庆市渝北区安全生产监督管理局安全生产监督管理纠纷案中,法院认为:

“重庆市渝北区双龙湖街道办事处安全生产监督管理办公室是重庆市渝北区双龙湖街道办事处的内设机构,与重庆市渝北区安全生产监督管理局没有行政隶属关系。重庆市渝北区安全生产监督管理局没有对上诉人詹大海作出所诉的具体行政行为。上诉人詹大海在一审法院告知其变更被告的情况下坚持不予变更,上诉人的上诉理由不能成立,本院不予支持。一审法院驳回其起诉事实清楚,适用法律正确,审判程序合法,依法应予维持。”<sup>〔17〕</sup>

对必须参加诉讼的当事人未参加诉讼的,由法院通知其参加诉讼。最高人民法院《若干解释》第21条第2款规定:“应当追加被告而原告不同意追加的,人民法院应当通知其以第三人的身份参加诉讼。”又,第22条第1款规定:“行政机关的同一具体行政行为涉及两个以上利害关系人,其中一部分利害关系人对具体行政行为不服提起诉讼,人民法院应当通知没有起诉的其他利害关系人作为第三人参

〔17〕 重庆市第一中级人民法院《行政裁定书》(〔2007〕渝一中法行终字第133号)。



加诉讼。”

5. 原告诉讼请求变更的处理。最高人民法院《行政赔偿规定》第23条第2款规定：“行政案件的原告可以在提起行政诉讼后至法院一审庭审结束前，提出行政赔偿请求。”但是《若干解释》第45条规定：“起诉状副本送达被告后，原告提出新的诉讼请求的，法院不予准许，但有正当理由的除外。”

在诉讼过程中不准许原告提出新的诉讼请求，是为了确保诉讼当事人双方“武器平等”，防止原告在诉讼过程中突然袭击对方。如果原告有正当理由提出新的诉讼请求，且为法院所准许的，那么法院应当给被告一个合理的答辩期。当然，如果不属于提出新的诉讼请求，而仅仅是作进一步明确的选择，那么不构成“诉讼请求的变更”。如在郑州市城市公共交通客运管理处与苏文更等行政答复纠纷上诉案中，苏文更向法院提起诉讼，请求撤销该回复，判令被告改变行政行为。庭审后苏文更以诉讼请求有误为由，申请撤诉，中原区人民法院裁定准许撤诉。2009年2月11日，苏文更重新提起行政诉讼，在开庭前苏文更又书面提出变更诉讼请求申请，将诉讼请求第一项由“确认”回复违法改为“撤销”回复。法院认为：

“关于苏文更两次起诉及改变诉讼请求问题，因行政案件诉讼请求的选择专业性较强，不易把握，作为非专业人士的苏文更及其代理人在起诉时对‘确认违法’与‘撤销行政行为’二者之间的区别认识模糊，诉求措词虽有反复，但诉讼目的指向明确，一审法院受理此案后程序存在瑕疵，但并未影响案件正确判决，故客运管理处上诉称一审程序违法的上诉理由，本院不予支持。”〔18〕

6. 合并审理之决定。基于诉讼经济的考虑，法院可以决定将若干个案件合并审理。合并审理的案件之间需要有某种关联性，如属于不同的行政机关依据不同的法律、法规作出行政行为，但若基于同一事实，即构成了合并审理所需要的关联性。最高人民法院《若干解释》第46条规定：“有下列情形之一的，人民法院可以决定合并审理：（1）两个以上行政机关分别依据不同的法律、法规对同一事实作出具体行政行为，公民、法人或者其他组织不服向同一人民法院起诉的；（2）行政机关就同一事实对若干公民、法人或者其他组织分别作出具体行政行为，公民、法人或者其他组织不服分别向同一人民法院起诉的；（3）在诉讼过程中，被告对原告作出新的具体行政行为，原告不服向同一人民法院起诉的；（4）人民法院认为可以合并审理的其他情形。”

## （二）庭审

1. 开庭前准备。在被告提交答辩状和证据、规范性文件的法定期限届满之后，法院可以根据案件的具体情况确定开庭日期，其中，法院必须考虑原告取得被告的答辩材料之后需要的合理准备时间。除此之外其他需要做的事情还有通知诉讼参加人和参与人开庭时间，发布开庭公告等。

〔18〕 河南省郑州市中级人民法院《行政判决书》（〔2009〕郑行终字198号）。

2. 开庭审理。行政诉讼并没有完全采用民事诉讼中的当事人主义,而是一种修正性的当事人主义。也就是说,行政诉讼所采用的是在当事人主义中加入了一些职权主义的诉讼模式。这种修正与行政诉讼的目的是一致的。开庭审理的程序步骤:(1)宣布开庭;(2)法庭调查;(3)法庭辩论;(4)最后陈述;(5)评议;(6)宣判。在开庭审理中,基于正当程序的要求,法官应当当庭亲自听取双方当事人的言辞辩论,然后作出裁判。开庭审理的核心内容是双方当事人围绕法庭归纳的争议焦点所展开的举证、论辩。凡是第一审行政案件都必须经过庭审之后才能作出裁判,所以,言辞辩论本质上是一审程序的核心。

3. 与庭审相关的几个问题。(1)休庭。在开庭审理过程中,如果遇到了不能继续开庭的事由,如原告在庭审过程中突然发病等,那么法庭可以决定暂时休庭,待这种事由消除之后,由法庭确定继续开庭的时间。(2)释明。在开庭审理过程中,对于当事人尤其是原告不能理解的法律问题,如可能影响他正确行使诉讼权利的,法庭应当给予解释、指导。(3)笔录。对于庭审笔录,当事人应当在庭审之后阅读并签名,如认为记录不完整或者有错误的,有权补充或者修改。(4)中途退庭。在开庭审理过程中原告中途退庭的,以撤回诉讼处理;被告中途退庭的,法院可以作缺席判决。为此,《行政诉讼法》第48条规定:“经人民法院两次合法传唤,原告无正当理由拒不到庭的,视为申请撤诉;被告无正当理由拒不到庭的,可以缺席判决。”

### (三) 审理中的制度

在审理过程中,《行政诉讼法》安排了若干制度,有的制度如“诉讼不停止执行”、“撤诉”、“诉讼中止和终结”、“财产保全和先予执行”等已在本书第16章的“行政诉讼行为”详述。这里下述审理中的几项制度,它们也适用于行政诉讼第二审程序、再审程序。

1. 不公开审理。《行政诉讼法》第45条规定:“人民法院公开审理行政案件,但涉及国家秘密、个人隐私和法律另有规定的除外。”“国家秘密”的概念可以依照《保密法》的相关规定界定。因“个人隐私”的概念尚无法律规定,故可以由法官在个案中加以确定。“法律另有规定的除外”中应当可以解释出包括了“商业秘密”。

2. 回避制度。为落实“任何人不能做自己案件的法官”的程序规则,确保法院裁判的公正性,《行政诉讼法》第47条规定:“当事人认为审判人员与本案有利害关系或者有其他关系可能影响公正审判,有权申请审判人员回避。审判人员认为自己与本案有利害关系或者有其他关系,应当申请回避。前两款规定,适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。院长担任审判长时的回避,由审判委员会决定;审判人员的回避,由院长决定;其他人员的回避,由审判长决定。当事人对决定不服的,可以申请复议。”

3. 调解。基于行政机关不可处分行政职权的考虑,《行政诉讼法》第50条规定:“人民法院审理行政案件,不适用调解。”但是,为了“案结事了”的司法政策,在实务中法院经常鼓励行政诉讼当事人之间尽可能和解,有时甚至介入其中进行多

方“协调”。如法院“协调”成功,那么以原告申请撤回诉讼,法院裁定准许撤诉的方式终结行政诉讼一审程序。<sup>[19]</sup>

4. 延期审理。如果法院在法定期限内不能审结行政案件的,可以依照规定的程序报上级法院批准延长审限。对此,《行政诉讼法》第57条规定:“人民法院应当在立案之日起三个月内作出第一审判决。有特殊情况需要延长的,由高级人民法院批准,高级人民法院审理第一审案件需要延长的,由最高人民法院批准。”

5. 诉讼中的请示。法院在审理行政案件过程中遇到难以把握的问题时,可以向上级法院请示。制定法上并没有规定“请求”制度,因为它与当事人的上诉权相冲突,但是,在实务中,上下级法院之间的“请示”活动却难以禁止。为此,最高人民法院作出相应规定,以规范“请示”活动:(1)限于高级人民法院向最高人民法院的请示;(2)限于法律适用问题的请示;(3)限于书面请示;(4)中级人民法院以下的请示必须逐级报送。<sup>[20]</sup>从趋势上看,法院上下级之间的“请示”活动最终应当完全禁止。

#### 四、裁判

经审理,一审法院可以就程序性问题作出裁定,对实体性问题作出判决。法院作出裁判标志着一审程序的终结。

## 第二节 二审程序

### 一、上诉

#### (一) 上诉及其法律效果

当事人不服一审裁判而向二审法院提出要求复审的请求,即为上诉。与起诉权一样,上诉权也是当事人的一项重要的诉讼权利,应当受到法律的同等保护。上诉的法效果是:(1)启动了第二审程序;(2)一审裁判因当事人上诉而不发生法效力。

#### (二) 上诉的要件

关于上诉的要件,《行政诉讼法》第58条规定:“当事人不服人民法院第一审

[19] 青岛万和热电有限公司诉山东省青岛市李沧区人民政府行政决定上诉案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第30号案例,中国法制出版社2010年版,第30页以下;李晓云诉福建省宁德市公安局蕉城分局治安行政处罚案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第58号案例,中国法制出版社2011年版,第112页以下;进一步阅读章武生等:“论诉讼和解”,载《法学研究》1998年第2期;范愉:“诉讼调解:审判经验与法学原理”,载《中国法学》2009年第6期。

[20] 最高人民法院行政审判庭《关于严格执行行政审判工作请示制度的通知》(法行[2000]44号)。

判决的,有权在判决书送达之日起十五日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服人民法院第一审裁定的,有权在裁定书送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。逾期不提起上诉的,人民法院的第一审判决或者裁定发生法律效力。”根据这一规定,我们可以分析如下上诉的要件:

1. 上诉人必须是一审程序中当事人。一审程序中的当事人即原告、被告和第三人。由于裁定通常与是否具有起诉权有关,所以,裁定的上诉人通常是一审中的原告。在对管辖权异议裁定的上诉中,被告也可以作为上诉人提起上诉。如果各方当事人都提出上诉的,那么上诉各方都是上诉人。

2. 上诉的提出必须符合法定期限。当事人针对判决提出上诉的,应在判决书送达之日起15日内提出;针对裁定提出上诉的,应在裁定书送达之日起10日内提出。当事人因不可抗力或者其他特殊情况耽误法定期限的,在障碍消除后的10日内,可以申请延长期限,是否准许由法院决定。

3. 上诉的提出必须符合法定形式。上诉的形式原则上以书面形式为准;如当事人到法院以口头方式提出的,接待的法官应当把当事人提出上诉的请求、理由作成书面记录,交当事人签名或盖章后,具有与书面上诉状相同的法律效力。“不服”是否需要明示上诉理由,法律不甚明确。从法院审理的针对性和被上诉人答辩的明确性要求看,上诉人“不服”的,应当陈述不服的理由。

### (三) 上诉材料的报送

原审法院收到上诉状之后,应当对它作形式上的合法性审查,如是否超过上诉的法定期限、被上诉人是否正确等。原审法院如认为上诉合法的,应当在收到上诉状之日起5日内将上诉状副本送达被上诉人,被上诉人应当在收到上诉状副本之日起10日内提出答辩状。被上诉人不提交答辩状的,不影响法院的审查。原审法院收到上诉状、答辩状之后,应当在5日内连同全部案卷和证据报送到二审法院。

### (四) 对上诉的审查

二审法院在收到原审法院报送的上诉材料之后,应当从以下几个方面进行审查:(1)上诉状及原审裁判文书等是否齐全;(2)上诉是否在法定期限内提出;若没有在法定期限内提出,是否提交了因不可抗力或者其他特殊情况耽误法定期限的证据材料;(3)上诉费用的交纳凭证。经审查,二审法院可以作出如下处理:(1)符合上诉条件的,应当决定受理,并及时向各方当事人发送受理通知书及权利义务告知书;(2)符合上诉条件但上诉状内容不完整的,通知上诉人限期补充;逾期不补充的,裁定不予受理;(3)不符合法定条件的,裁定不予受理。

二审法院作出受理上诉决定之后,产生如下法律效果:(1)一审判决若有既判力,则受到受理上诉决定的阻断;(2)一审案件受到二审程序的羁束;(3)二审法院应当在法定期限内作出裁判。

## 二、审理

原则上,二审法院审理上诉案件,适用第一审的审理程序。但是,法院对上诉

案件的审理,仍有如下几项特别的规定:

#### (一) 审理方式

法院认为上诉案件事实清楚的,可以采用书面方式审理;如法院认定事实不清或者当事人对原审法院认定的事实有争议的,应当开庭审理。相对于书面方式审理而言,开庭审理更有益于各方当事人接受二审法院的裁判,因此,对于“事实清楚”要件的解释,应当采用较为严格的解释,或者可以将书面审理作为一种特别例外的情形。

#### (二) 审理内容

法院对上诉案件审理的内容主要有两项:(1)原审法院作出的裁判是否合法;(2)被诉行政行为是否合法。对于这两项内容,二审法院应当作全面审查。全面审查意味着二审程序不是一审程序的当然延续,而是两个相对独立的诉讼程序。比如,二审法院可以接纳当事人依法提交新证据或者因正当事由不能在一审中提交的证据;当事人可以在二审中提出行政赔偿请求等。全面审理也意味着二审法院可以不受一审法院审理范围的限制,也不受当事人上诉范围的限制。不过,从发展趋势上看,二审法院应当逐步将审理的重点——如对经过正式听证或者行政复议的行政案件——收缩到法律审,以提高诉讼效率。

#### (三) 撤回上诉

上诉人基于诉权自由处分原则,可以在二审法院作出裁判之前撤回上诉。对于撤回上诉的条件与处理方式,可以参照一审程序中撤回诉讼的规定。上诉人撤回上诉,原审判决和被诉行政行为的法效力确定,并具有不可逆转性。上诉人在行政机关改变被诉行政行为条件下提出的撤回上诉,原审判决因二审裁定而被撤销,被诉行政行为因被改变而消灭,上诉人与被诉行政机关之间的行政法律关系,由改变之后的行政行为所确定。

#### (四) 审理期限

法院审理上诉案件,应当在收到上诉状之日起两个月内作出终审判决。如个别案件有特殊情况需要延长审限的,应当报高级人民法院批准,高级人民法院审理上诉案件需要延长审限的,由最高人民法院批准。

### 三、裁判

经审理,二审法院应当在法定期限内对上诉案件分别作出如下裁判:(1)原判决认定事实清楚,适用法律、法规正确的,判决驳回上诉,维持原判;(2)原判决认定事实清楚,但是适用法律、法规错误的,依法改判;(3)原判决认定事实不清,证据不足,或者由于违反法定程序可能影响案件正确判决的,裁定撤销原判,发回原审人民法院重审,也可以查清事实后改判。当事人对发回重审案件的判决、裁定,可以上诉。

在“原判决认定事实不清,证据不足”之情形下,由于二审程序中原则上双方

当事人都不得提供新的证据,因此在与一审证据完全相同的情况下,二审法院作出“原判决认定事实不清,证据不足”的认定,有时可能纯粹是法官之间个体认知差异所致,此时发回重审确有强一审法官之难的状况。因此,在这样的情况下,由二审法院查清事实后直接改判,也是符合诉讼经济之原则的。

二审法院裁判应当遵守不利变更之禁止原则,即与原审判相比,二审法院的裁判对当事人不得有比原审更为不利的结果。但也有例外,如双方当事人都为上诉人,或者出现了新的证据,足以引起原审裁判所认定的主要事实发生变化。

### 第三节 再 审 程 序

#### 一、提起

基于法的安定性之原则,再审程序的“重开”应当被当作一个特别例外的情形来对待,这是终局判决所产生的既判力在逻辑上的当然结论。在这里,法的安定性与诉讼公正两个原则的冲突以及如何权衡,基本上决定了再审程序的设计走向。<sup>[21]</sup> 再审程序的“重开”,由法定的主体提起,因再审具有监督行政诉讼的功能,所以,非一审、二审的当事人也可以依法提起再审。根据《行政诉讼法》的有关规定,再审提起的主体有:

##### (一)当事人

《行政诉讼法》第62条规定:“当事人对已经发生法律效力判决、裁定,认为确有错误的,可以向原审人民法院或者上一级人民法院提出申诉,但判决、裁定不停止执行。”此为申诉的当事人提起再审的法律规定。它的要件有:(1)当事人所不服的裁判已经产生法律效力;(2)当事人认为该裁判确有错误。“确有错误”应当解释为当事人有比较充分的证据、依据证明该裁判存在着主要证据不足、适用法律法规错误、违反法定程序等情形;(3)当事人在该裁判生效后2年内提出。

在实务中,关于再审之当事人申诉有三种特别情形:(1)最高人民法院研究室在1985年给山东省高级人民法院的一个电话答复中认为,死者近亲属针对一审判决提出的“上诉”,可以作为申诉案件处理。这一答复内容也可以在行政诉讼中参照执行。(2)行政相对人认为法院强制执行生效的行政行为违法,侵犯其合法权益,向人民法院提出申诉,人民法院可以作为申诉进行审查。<sup>[22]</sup> (3)对于法院裁定依自动撤回上诉处理的案件,如当事人不服一审判决申请再审的,一审人民法院或者其上一级人民法院可以依法决定再审。

[21] 进一步阅读张卫平:“民事再审:基础置换与制度重建”,载《中国法学》2003年第1期。

[22] 最高人民法院《对〈当事人对人民法院强制执行生效具体行政行为的案件提出申诉人民法院应如何受理和处理的请求〉的答复》(法行[1995]12号)。

## (二) 法院、检察院

法院、检察院不是法院裁判的一方当事人,与裁判结果也没有利害关系。但是,作为诉讼合法性的监督机关,法律赋予提起再审的职责。

1. 作为审判监督的再审提起。它主要有两种情形:(1) 法院院长对本院已经发生法律效力、发现违反法律、法规规定认为需要再审的,应当提交审判委员会决定是否再审;(2) 上级法院对下级法院已经发生法律效力、发现违反法律、法规规定的,有权提审或者指令下级法院再审。

2. 作为检察监督的再审提起。检察院对法院已经发生法律效力、发现违反法律、法规规定的,有权按照审判监督程序提出抗诉。

与当事人申诉不同的是,法院、检察院提起再审的一个要件是已经发生法律效力的判决、裁定“违反法律、法规规定”,具体包括:(1) 原判决、裁定认定的事实主要证据不足;(2) 原判决、裁定适用法律、法规确有错误;(3) 违反法定程序,可能影响案件正确裁判;(4) 其他违反法律、法规的情形。

## 二、审理

### (一) 立案

法院接到当事人的再审申请书之后,经审查,认为符合再审条件的,应当立案并及时通知各方当事人;认为不符合再审条件的,予以驳回。对检察院按照审判监督程序提出抗诉的案件,法院应当再审。按照审判监督程序决定再审的案件,应当裁定中止原判决的执行。再审裁定书由院长署名,加盖法院印章。

上级法院决定提审或者指令下级法院再审的,应当作出裁定,裁定应当写明中止原判决的执行;情况紧急的,可以将中止执行的裁定口头通知负责执行的法院或者作出生效判决、裁定的法院,但应当在口头通知后 10 日内发出书面裁定。

### (二) 审理程序

1. 依照一审程序审理。法院按照审判监督程序进行再审的行政案件,如发生法律效力、裁定是由一审法院作出的,应当按照一审程序审理,所作的再审判决、裁定,当事人可以上诉。

2. 依照二审程序审理。法院按照审判监督程序进行再审的行政案件,如发生法律效力、裁定是由二审法院作出的,按照二审程序审理,所作的再审判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定;上级法院按照审判监督程序提审的,按照二审程序审理,所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。对法院依照二审程序审理作出的判决、裁定,当事人不得提起上诉。

3. 抗诉案件审理。法院开庭审理检察院提起的抗诉案件时,应当通知检察院派员出庭。在抗诉引起的再审案件中,检察院派员“出庭”,具有与当事人一样的

法律地位。但是,由于检察院有权对行政诉讼实行法律监督,<sup>[23]</sup>所以,它在法庭上又具有法律监督机关的地位。

### 三、裁判

#### (一)可以发回再审的案件

1. 再审案件的判决。法院审理再审案件,认为原生效判决、裁定确有错误,在撤销原生效判决或者裁定的同时,可以对生效判决、裁定的内容作出相应的裁判,也可以裁定撤销生效判决或者裁定,发回作出生效判决、裁定的法院重新审理。

2. 再审案件的裁定。法院审理再审案件,对原审法院受理、不予受理或者驳回起诉错误的,应当分别情况作如下处理:(1)一审法院作出实体判决后,二审法院认为不应当受理的,再审法院在撤销一审法院判决的同时,可以发回重审,也可以迳行驳回起诉;(2)二审法院维持一审法院不予受理裁定错误的,再审法院应当撤销一审、二审法院裁定,指令一审法院受理;(3)二审法院维持一审法院驳回起诉裁定错误的,再审法院应当撤销一审、二审法院裁定,指令一审法院审理。

#### (二)应当发回再审的案件

法院审理再审案件,发现生效裁判有下列情形之一的,应当裁定发回作出生效判决、裁定的法院重新审理:(1)审理本案的审判人员、书记员应当回避而未回避的;(2)依法应当开庭审理而未经开庭即作出判决的;(3)未经合法传唤当事人而缺席判决的;(4)遗漏必须参加诉讼的当事人的;(5)对与本案有关的诉讼请求未予裁判的;(6)其他违反法定程序可能影响案件正确裁判的。

## 第四节 执行程序

### 一、诉讼执行

诉讼执行是指法院执行已为法院生效判决、裁定所拘束的行政决定的活动。经过行政诉讼之后,被诉行政决定的执行力已经转移到了法院作出的发生法律效力判决、裁定之上,对此,《行政诉讼法》第65条第1款规定:“当事人必须履行人民法院发生法律效力的判决、裁定。”诉讼当事人不履行生效的判决、裁定的,由法院依照法律规定强制执行。因当事人的法律地位不同,诉讼执行分为如下两种:

#### (一)对行政相对人的执行

行政相对人拒绝履行判决、裁定的,行政机关可以向一审法院申请强制执行,或者依法强制执行。行政机关申请的期限为180日,如果行政机关依照法律有强

[23] 参见《行政诉讼法》第10条。



制执行权,由行政机关自己执行。与发生法律效力判决、裁定有利害关系的行政相对人也可以申请法院执行。提起申请的行政相对人是法人或者其他组织的,申请期限为180日;是公民的,为1年。申请执行的期限从法律文书规定的履行期间最后一日起计算;法律文书中没有规定履行期限的,从该法律文书送达当事人之日起计算。逾期申请的,除有正当理由外,法院不予受理。

受理执行申请的一审法院认为情况特殊需要由二审法院执行的,可以报请二审法院执行;二审法院可以决定由其执行,也可以决定由一审法院执行。

## (二)对被告的执行

对于作为被告的行政机关拒绝履行发生法律效力判决、裁定的,经行政相对人申请,一审法院可以采取以下执行措施:(1)划拨。对应当归还的罚款或者应当给付的赔偿金,通知银行从该行政机关的帐户内划拨;(2)罚款。在规定期限内不执行的,从期满之日起,对该行政机关按日处50元至100元的罚款;并可以参照《民事诉讼法》第102条的有关规定,对主要负责人或者直接责任人员予以罚款处罚;(3)司法建议。向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议。接受司法建议的机关,根据有关规定进行处理,并将处理情况告知法院;(4)追究刑事责任。拒不执行判决、裁定,情节严重构成犯罪的,依法追究主管人员和直接责任人员的刑事责任。

## 二、非诉执行

非诉执行是指法院执行未经过行政诉讼裁判的行政决定的活动。《行政诉讼法》第66条规定:“公民、法人或者其他组织对具体行政行为在法定期间不提起诉讼又不履行的,行政机关可以申请人民法院强制执行,或者依法强制执行。”<sup>[24]</sup>本条中的“申请人民法院强制执行”即为非诉执行的依据。<sup>[25]</sup>2011年《行政强制法》第5章对“申请人民法院强制执行”程序作出了具体规定。

### (一)申请前提

当事人在法定期限内不申请行政复议或者提起行政诉讼,又不履行行政决定的,没有行政强制执行权的行政机关可以自期限届满之日起3个月内,申请法院强制执行。如《计量法》第32条规定:“当事人对行政处罚决定不服的,可以在接到处罚通知之日起十五日内向人民法院起诉;对罚款、没收违法所得的行政处罚决定期满不起诉又不履行的,由作出行政处罚决定的机关申请人民法院强制执行。”行政机关逾期3个月提出申请的,法院不予受理。

[24] 最高人民法院《关于违法的建筑物、构筑物、设施等强制拆除问题的批复》(法释[2013]5号)称:“根据行政强制法和城乡规划法有关规定精神,对涉及违反城乡规划法的违法建筑物、构筑物、设施等的强制拆除,法律已经授予行政机关强制执行权,人民法院不受理行政机关提出的非诉行政执行申请。”

[25] 进一步阅读傅士成:“我国非诉行政执行制度的几个问题”,载《中国法学》2002年第3期。

## (二) 催告程序

行政机关申请法院强制执行前,应当催告当事人履行义务。催告程序的目的在于尽可能让当事人自己履行义务,通过国家暴力强制当事人履行义务仅仅是作为一种万不得已的备用手段。另外,从执行效果上看,当事人自己履行义务也有利于事后社会关系的稳定。

## (三) 申请的提起

催告书送达 10 天之后,<sup>[26]</sup>当事人仍未履行义务的,行政机关可以向所在地有管辖权的法院申请强制执行;执行对象是不动产的,应向不动产所在地有管辖权的法院申请强制执行。

行政机关向法院申请强制执行,应当提供下列材料:(1)强制执行申请书;(2)行政决定书及作出决定的事实、理由和依据;(3)当事人的意见及行政机关催告情况;(4)申请强制执行标的情况;(5)法律、行政法规规定的其他材料;强制执行申请书应当由行政机关负责人签名,加盖行政机关的印章,并注明日期。

## (四) 受理

法院接到行政机关强制执行的申请后,应当在 5 日内作出受理决定,认为申请不符合条件的,应当作出不予受理的裁定。行政机关对法院不予受理的裁定有异议的,可以在收到之日起 15 日内向上一级法院申请复议。上一级法院应当自收到复议申请之日起 15 日内作出是否受理的裁定,上一级法院作出的裁定具有最终的法律效力。

## (五) 审查

1. 书面审查。法院对行政机关强制执行的申请原则上实行书面审查。经审查,认为行政机关的申请符合法定条件的,且该行政决定具备法定执行效力的,法院应当自受理之日起 7 日内作出执行裁定。

2. 言辞审查。经书面审查,法院发现行政机关申请执行的行政决定有下列情形之一的,在作出裁定前可以听取被执行人和行政机关的意见:(1)明显缺乏事实根据的;(2)明显缺乏法律、法规依据的;(3)其他明显违法并损害被执行人合法权益的。在这里,“听取意见”的意义或者功能是为行政机关和当事人提供一个当面的陈述意见与申辩的机会,减少法院执行裁定的错误率,维护当事人的合法权益。

法院应当自受理之日起 30 日内作出是否执行的裁定。如法院裁定不予执行的,应当说明理由,并在 5 日内将不予执行的裁定送达行政机关。行政机关对法院不予执行的裁定有异议的,可以自收到裁定之日起 15 日内向上一级法院申请复议,上一级法院应当自收到复议申请之日起 30 日内作出是否执行的裁定,上一级法院作出的裁定具有最终的法律效力。

[26] 这里的“10 日”,是指工作日,不包括法定节假日。参见《行政强制法》第 69 条。

(六) 特别规定

因情况紧急,为保障公共安全,行政机关可以不经催告等程序申请法院立即执行。经法院院长批准,法院应当自作出执行裁定之日起5日内执行。

## 后 记

从教以来,我一直想写一部有自己特色的行政法教科书,但在读了许多行政法教科书之后,竟迟迟不敢下笔。产生这样惶惶心理的原因是,在研习行政法过程中,总感到自己的专业知识积累不够、不实,匆匆做下这件事,极有可能贻误莘莘学子。在完成了《现代行政法基本理论》(法律出版社2008年版)写作之后,自以为对行政法体系有了一个较为整体的、体系化的思考,且有55个专题研究的成果作为理论基础,我便壮着胆子开始写这部行政法教科书。经过了大约四五年的写作、修改、校读,现在这部行政法教科书终于可以付梓了。

通常,行政法教科书的结构有两种处理方式:一种是“统一式”,即以“行政法”或者“行政法与行政诉讼法”为书名统摄行政实体法、行政程序法和行政诉讼法三部分内容;另一种是“二分式”,即分别以“行政法”与“行政诉讼法”为书名各自分立,前者包括行政实体法和行政程序法,后者包括行政复议法、行政诉讼法和国家赔偿法中的行政赔偿部分。本行政法教科书采用“统一式”方式,以《现代行政法总论》为书名构建了一个行政法体系。

这部行政法教科书的基础材料是自己从教二十多年积累下来的行政法讲义以及不同时期发表的论文。我曾经参与若干本他人主编的《行政法》或者《行政诉讼法》教材的编写,自己也曾经遵照组织上的安排为浙江大学法学院主编过一本《行政诉讼法学》(高等教育出版社2006年版)的教材,但这些已有的“成果”都没有放入这部行政法教科书之中。之所以要做这样的技术处理,是因为一方面我尽量不想重复自己过去已经说过的话,另一方面我很不满意过去那种法学教材写法。

“个案—规范”作为一个法学研究的分析框架,是这部行政法教科书写作过程中始终遵循的一种法学方法。在“个案—规范”的互动中发现行政法的思想,在“个案—规范”的分析框架中解释行政行为的合法性。这一写作的基本指导思想大致构成了这部行政法教科书的学术底色。在我个人的阅读范围内,以往的绝大多数行政法教科书都缺少法规范和个案的引证,与行政、司法实务保持了不应该有的“距离”。这样的行政法教科书不仅学生读起来毫无兴趣,而且对法律实践的影响也甚微。这部行政法教科书可以看作试图改变这种行政法教科书写作状态的一

种个人努力。

自1983年《行政法概要》(高等学校法学试用教材)出版之后,经过几代行政法学人的努力,中国行政法学理论框架或者体系已经基本成形。作为现代法制的继受国,我们从日本引进了“行政指导”,从美国引进了“正当法律程序”,从德国引进了“不确定法律概念”、“判断余地”,从法国引进了“公务”、“公产”等一系列的行政法基础性概念。所以,中国行政法学理论不可能全部都是我们自己“原创”的,它是一个名副其实的“混血儿”。那么,这个行政法学理论框架能否满足今天中国行政法实践的需要呢?或者它是否具有解释中国行政法实践问题的能力呢?这是一个我们无法回避的行政法重大理论问题。在我看来,一国行政法的思想绝对不是来源于某些“天才”人物的创造,也不是来源于逻辑推断出来的知识(那种认为通过逻辑推理可以获得绝对真理的“法律形式主义”),更不是从异乡他国搬运进来的条条框框(那种认为法律可以脱离特定时空的“法律普适主义”)。研究本国法的案例,或许正是中国行政法思想的基本源泉。

我对行政法案例研究的学术关注已有多年。2000年我在叶必丰教授主持的“行政行为判解丛书”中,出版了《行政行为说明理由判解》(武汉大学出版社2000年版)、《作为现代行政法上不成文法源的“典型案例”》(《浙江大学学报》2007年第3期)、《对违反法定程序的司法审查——基于〈最高人民法院公报〉公布的典型案例(1985-2008)》(《法学研究》2009年第2期)、《行政诉讼履行法定职责判决论——基于〈行政诉讼法〉第54条第3项规定之展开》(《中国法学》2011年第1期)和《“有错必纠”的界限》(《中国法学》2013年第2期)等,是我十余年来研究行政法案例的代表性作品。2007年在台湾中研院法律研究所的访学经历,使我对大陆法系行政法判例制度与研究有了更为深刻的认知,并影响了自己后来行政法研究的方法与风格。在2008年12月参与由朱芒教授等发起的“判例研读沙龙”之后,自己的学术研究重心从原来的行政程序法转移到了行政法案例研究,之后我的行政法研究成果大多数与案例分析、法条解释有关。这部行政法教科书就是在这个过程中慢慢地写成的。

何海波教授的《行政诉讼法》(法律出版社2011年版)和叶必丰教授的《行政法与行政诉讼法》(高等教育出版社2007年第1版、2012年第2版)已经采用了案例写作方法,但两本行政法教材各有自己独特的风格。朱芒教授虽然没有写过这样的行政法教科书,但他对行政法的案例研究是有影响力的。余凌云教授在“法院是如何发展行政法的”题目下对案例研究的视角是有意义的。王亚新教授、黄卉教授、解亘教授、周伟教授、李友根教授、周江洪教授、陈越峰博士等在“判例研读沙龙”中表达出来的思想是有启发性的。在写作这部行政法教科书过程中,他们的作品、学术观点与研究方法对我的影响是深刻的。2010年应邀参加最高人民法院在福建省泉州市召开的“全国法院行政审判案例指导研讨会”之后,便与最高人民法院行政庭的《中国行政审判案例》结缘甚深。在与赵大光庭长、李广宇副庭长、王振宇副庭长、梁风云法官、郭修江法官、耿宝建法官、阎巍法官等交流、争论

后,引发我的许多思考,最后都溶入了这部行政法教科书的内容之中,为此,我必须感谢他们。同时,对法律出版社王旭坤博士在编辑过程中提出多处实质性的修改意见,以及她为本书的出版付出的努力,我深表谢意。我的在读博士生韩宁、黄锴、梁艺和徐建校读了书稿,在此基础上,浙江省社科院副研究员、《浙江学刊》编辑王莉博士、南开大学法学院宋华琳副教授通读了书稿,并提出了许多很好的修改意见,对此我也要一并感谢。

是为记。

章剑生

2013年春于杭州中大文锦苑

# 现代行政法总论

MODERN ADMINISTRATIVE LAW PANDECT

---

章剑生 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

卓越法律人才培养规划教材  
学理·案例·实训

# 现代行政法总论

MODERN ADMINISTRATIVE LAW PANDECT

章剑生 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



卓越法律人才培养规划教材  
学理·案例·实训

本书是章剑生教授集二十多年行政法教学与研究之功，在其历年讲义基础上整理而成，它最大的特点是运用案例来阐述理论，以期开法学教材务实之新风。深入浅出，让法科学子从中感知法律实践脉络，法律职业人深入案件背后的理论根基。

**学理：**采“统一式”教材编撰模式，内容统摄行政实体法、行政程序法和行政诉讼法三部分，系统了解中国行政法。

**案例：**研究本国法的案例，是中国行政法思想的基本源泉。本书所选上百案例，涉及千余法条解释，均来自法院真实行政审判。

**实训：**在“个案—规范”的互动中发现行政法思想，以之为分析框架解读行政行为，与行政、司法实务同处一线。

法律实务工作案  
平面设计

ISBN 978-7-5118-5557-2



9 787511 855572 >

定价:56.00元

上架建议 行政法·务实法学教材

# 现代行政法总论

---

章剑生 著

## 图书在版编目(CIP)数据

现代行政法总论 / 章剑生著. —北京:法律出版社,2013. 11

ISBN 978-7-5118-5557-2

I. ①现… II. ①章… III. ①行政法—研究—中国 IV. ①D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 256320 号

卓越法律人才培养规划教材  
学理·案例·实训

## 现代行政法总论

著 者:章剑生

责任编辑:王旭坤

装帧设计:乔智炜

责任印制:沙 磊

排版校对:凌点工作室

- 
- 出 版 法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)  
<http://www.lawpress.com.cn/>
- 编辑统筹 法律职业教育出版分社
- 经 销 新华书店
- 总 发 行 中国法律图书有限公司 <http://www.chinalawbook.com/>  
第一法律书店(010-63939781/9782) 西安(029-85388843)  
重庆(023-65382816/2908) 上海(021-62071010/1636)  
北京(010-62534456) 深圳(0755-83072995)
- 销售专线 010-63939806/9830
- 数据支持 法律门 <http://www.falvmen.com.cn/>
- 
- 开 本 720 毫米×960 毫米 1/16
- 印 张 35.75
- 字 数 690 千
- 版 本 2014 年 2 月第 1 版
- 印 次 2014 年 2 月第 1 次印刷
- 印 刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司
- 书 号 ISBN 978-7-5118-5557-2
- 定 价 56.00 元
- 

所有权利保留 未经许可,不得以任何方式使用。

.,中国法律图书有限公司负责退换。