# 第一讲行政法导论

2022年2月21日 19:19

民、刑、行政是以法律关系作为基础的法律部门，经济法等领域法需建立在部门法的基础之上

**【例1】南方周末：《成都学区划片群体诉讼：“家长盯着直线距离，教育局讲闭合路网”》**

2020年5月底，划片入学方案公布在即，嘉年华不一定被划入梓州小学学区的消息在业主群传出。嘉年华的学童需穿过十二车道的梓州大道，去1.3公里外的行知小学就读，而不是离小区大门不足百米的新小学梓州小学。

2020年6月7日，嘉年华小区325位业主众筹律师费，由8位适龄学童的家长向高新区人民法院提起行政诉 讼。这是成都市第一例学区划片诉讼，也是全国首例公开报道的学区划片群体诉讼。

【**以司法为中心的行政法**：围绕诉讼展开，建立行政诉讼规定框架】谁能提起行政诉讼？（涉及行政相对人）；

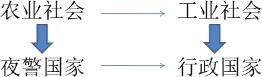
向谁提起诉讼？（涉及行政主体）；

争议对象为学区划片的行政行为（行政行为是行政争议的核心，行政诉讼的对象，但不是所有行政行为都可以行政诉讼，涉及到诉讼范围）；

谁来划片？（涉及司法审查强度，司法机关不能替代行政机关，但干预到什么程度？）

**一、行政法有什么用**

**（一）行政法何时出现**



夜警国家的任务：治安、税收、外交、国防（其他社会服务工作由民间自己完成，不需要政府）

行政国家的任务：反垄断、安全生产、环境保护、城市规划、住房、交通、贸易、卫生、食品安全、教育、社会保障……

**1、为何需要“行政国家”？**

1. **人群向城市聚集带来新的社会问题**

*工业社会阶段：工厂的建立，工人的需求激增，劳动力从土地中解放出来居住在工厂周围，****社会进入了快速城市化阶段，带来了大量问题（城市规划、教育、公共卫生、商品交易陌生人市场），政府的职能也相应地发生了大规模扩张。***

1. **市场的发展带来越来越多的“市场失灵”**行业垄断、信息不对称、外部性

**2、行政国家会存在什么问题？**

## 与民众的生活密切接触，出现大量争议；

***解决市场失灵的政府也会失灵，因此有了行政法作为另一层保险对政府进行控制。***

1. **过多的政府管制会抑制市场活力**

【问题】如果政府对经济活动有过多的管制，企业需要付出大量金钱和精力成本满足政府的规制，可能对市场造成不利的影响，影响经济的发展。

政府直接干预价格：通常带来的是不好的结果——供应短缺e.g. 强行限制房屋租赁价格——供不应求

超过15%就认为是哄抬物价——行政权力的不当使用，是一种膨胀的行政权力。

1. **膨胀的行政权力可能威胁公民权利**

行政权力的膨胀影响到公民的基本权利，过大的权力导致严重的腐败

**（二）行政法在现代社会中的作用（对权力的制约）**

1. **避免政府对市场的过度干预**
2. **避免政府对公民安宁生活的不当干扰**

**现代行政法是控制行政权力的法。**

*区别于行政管理法：其目的是实现行政管理，虽然广义上属于行政法的范畴，但是其目的不符合现代行政法的精神。*

*现代行政法是为了解决行政纠纷而出现，政府每天与公民产生各种关系，需要一个法律部门进行调整，防止政府在各种细节上对市场和公民产生不利的影响，因此现代行政法强调控制政府权力。*

**基本精神：行政从属于法律（法无授权即禁止）、越权无效（法律上的否定评价）**政府权力没有一般性的自由，法无规定即禁止

**法无授权即禁止：**

## 法律代表了人民的意见，行政机关必须按照人民的授权来办事。

*政府做出的对公民不利的行为都需要立法机关的明确规定，因为立法机关是代理公民的，其**做出的决定理论上是公民同意过的，行政机关按照人民的意志行动才是合理的。*

***越权无效：****行政法需要划出边界，防止过度扩张和越权。如果没有立法机关的授权，不一定是无效的行为，但行政行为属于违法。*

*——英国行政法的原则：超越法定职权会受到法律上的否定评价*

*——对比私法上：法无禁止即自由*

**二、什么是行政**

**概念：通过管理、服务等方式实施法律等社会规范，以实现维持社会秩序、促进更好社会状态的目的。特点：**具有**执行性、积极性**

1. **执行性（与立法区分）：**

执行由立法机关制定的规则【原则上不能创设规则，但是行政机关在现实中也在制定规则

（国务院行政法规、国务院部委、各地方制定行政规章等法律渊源——but行政机关制定的规则依然是执行性的活动。）】

立法机关制定规则是对规则进行创制（创制性权力），**行政机关制定规则是对规则进行细化。（执行性立法）（即便可以制定规则，也只是对立法机关制定的规则进行执行性的细化，目的在于实施法律的规定，但事实上由于立法速度慢，规则供给只能由行政机关先进行）**

1. **积极性（与司法权区分）：**

司法权只能消极（不告不理）

虽然现在有了行政裁决行为带有司法特征，但是总体上界限还是比较分明的。

**方式：**

1. **干预行政-负担性的行政，对社会违规行为进行纠正（惩罚、限制——目的：为了秩序维护）**
2. **给付行政-受益性的行为（为了社会福利，eg 对老人进行物质帮助）**

**（一）行政与立法、司法的区别**

立法：制定规则行政：执行规则

司法：根据规则解决争议

**行政立法？行政裁决？**——许多法源性文件是行政机关直接制定的。

——根据《立法法》，行政机关有立法权，能制定法源性文件

***行政立法：****行政机关是积极的，可以很有效地快速解决社会上的问题，随着社会变化越来越快，需要行政机关处理的事情越来越多，而立法机关的效率很低，如果仅靠立法机关肯定来不及，需要行政机关在发生变化以后介入制定规则，因此产生了立法权向行政权转移。*

*（问题：在没有上位法的依据情况下，如何保证行政立法符合要求？）*

***行政裁决：****行政机关在很多纠纷解决中比法院更专业，可以直接介入进行纠纷裁决，分担部分司法权，*

*eg自然资源分配、知识产权纠纷。*

**（二）公共行政与私行政**

广义上，有组织就有行政，但是私行政不是行政法关注的范围（影响行政诉讼的审理范围）

公共行政：**公共行政主体**（政府+被授权组织【行政机关+法律、法规、规章授权组织】）**为了公共利益而实施的行政活动**（社会管理活动）。

私行政：**私主体**（企业、社会团体等eg 学校的行政活动、内部财务管理）**为了自身利益而进行的内部行**

**政活动，而不是以公共利益为目的**。

**（三）外部行政和内部行政【主要指的是公共行政主体】**

外部行政：**公共行政主体**对**外部相对人**所实施的行政活动。内部行政：**公共行政主体**对**内部相对人**所实施的行政活动。

公共行政主体的内部行政带有一定公共利益属性，因此跟私行政主体的内部行政不一样（eg工资来源于国家；人事—公务员法、财务、行为监督—监察法）

**私行政主体只有内部行政，公共行政主体兼有内部和外部行政**

**行政法主要关注外部公共行政，特殊情况下涉及私行政与内部行政。**

**判断内部行政or外部行政——【不仅要从目的上看也要从影响上看】**

问题一：甲同学违反北京大学宿舍管理相关规定，留宿非本校同学居住，被学校给予留校察看处分。甲同学对此不服，是否有权提起行政诉讼（私行政-内部行政）？

——**问题在于学校的行为是否属于公共行政活动。留校察看是一种学校对学生的内部惩戒措施，所有的组织对其成员都有内部惩戒的权限，否则无法进行管理。这种措施属于私行政行为，不属于行政的范 畴**。

问题二：如果某学生私自留宿异性致其怀孕，被学校开除学籍，学校的行为是不是行政行为？学校什么样的行为可以成为行政诉讼审查的对象？

——**区别在于：开除与留校察看不同，这里可能会影响到甲受宪法保护的受教育权以及国家的教育行政管理秩序（例如国家教育拨款），影响到了国家人才培养的问题，带有一定公共色彩，不再是私行政。 允许学生提起行政诉讼。**

**【于艳茹诉北京大学案】**

北京大学作出校学位[2015]1号《关于撤销于艳茹博士学位的决定》。该决定于同年1月14日送达于艳 茹。于艳茹不服，于同年1月20日向北京大学学生申诉处理委员会提出申诉。同年3月16日，北京大学学生申诉处理委员会作出2015[3]号《北京大学学生申诉复查决定书》，决定维持《撤销决定》。同年3月 18日，于艳茹向北京市教育委员会提出申诉，请求撤销上述《撤销决定》。同年5月18日，市教委作出京教法申字[2015]6号《学生申诉答复意见书》，对于艳茹的申诉请求不予支持。于艳茹亦不服，于同年7月17日向法院提起行政诉讼，请求撤销北京大学作出的《撤销决定》，并判令恢复于艳茹博士学位证书的法律效力。

## 于艳茹的起诉是什么性质的行为？能否由法院去审理？是否属于行政法的调整范围内？是公共行政还是私行政？

**与开除本校学生不同，此时于某已经不是本校学生，不具有针对内部管理的性质。海淀区人民法院一审判决认定**

**根据《中华人民共和国学位条例》（虽然叫条例，实际是法律）第八条规定，博士学位，由国务院授权的高等学校和科研机构授予。该条例第十七条规定：“学位授予单位对于已经授予的学位，如发现有舞弊作伪等严重违反本条例规定的情况，经学位评定委员会复议，可以撤销。”（学校代表国家授予学 位）根据上述规定，北京大学作为学位授予机构，依法具有撤销已授予学位的行政职权。因此，北京大****学向于艳茹作出的《撤销决定》，属于《中华人民共和国行政诉讼法》规定的行政行为。（高等学校享有法律授予的管理学位的权力。并且具有公共性——对博士学位的管理带有公共行政的属性）**

**是否为内部行政？——内部行政可以按人来分，也可以按事来分，毕业博士以及博士学位都不具有对于学校的内部性，应属于外部行政**

**三、什么是行政法（学）**

**广义的行政法与狭义的行政法：**

**广义的行政法既包括行政机关用以管理社会的法，也包括控制和规范行政权的法。**

*（Eg一般的各领域的行政管理规定，交通、环境、食品安全等等）*

**狭义的行政法主要是指规范和控制行政权的法。**

## 管理法和控权法的内容紧密相连，管理法的内容规定了控权法的边界。

Eg行政处罚法会规定一系列权限，但不可能把所有内容都规定得很详细，**需要链接到具体的单行管**

**理法上，管理法按照控权法的精神做权限和程序的设置。**所以二者不能完全分开。**处理案件的时候需要看具体管理领域的单行法。**

*（单行法也能起到控制权力的作用，这种控制体现在它把哪些行为规定成违法，只有规定成违法行为的事情才可以被处罚）*

**行政法学主要研究狭义行政法。**

*每个部门都可以有处罚行为，将这些行为抽象出来变成具体的法律eg行政处罚法，然后用它调整所有行政机关的处罚行为，所有机关都需要满足行政处罚法的程序要求才可以。这种法律的主要作用在于统一 及规制各种行政行为行使和实施方式，从而达到控制行政权的目的。*

**行政法控制行政权的方式：**

1. **职权控制：设定权力边界（行政法的基本精神：让行政从属于法律）**

《行政处罚法》第17条： 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。

需要与具体单行法结合使用。

eg多地人民政府发布决定说不佩戴口罩公安机关会对其进行处罚。Eg拘留等。**问题在于没有戴口罩公安机关能不能拘留，公安机关有没有这样的职权。**目前一般法律没有规定，所以很多公安机关引用《治安管理处罚法》50条：拒不执行人民政府在紧急状态下发布的命令。

第50条是对公安机关权力边界的规定。使用条件：拒不执行（积极/消极抵抗）、紧急状态（疫情算不算？——紧急状态在宪法中有规定，**有权宣布紧急状态的主体是全国人大及国务院，而现在这两个主体都没有启动，一级响应不是紧急状态，紧急状态应当狭义解释，不能包括一级响应）**所以公安机关的处罚存在问题。依法（相关法律规定主要就是传染病防治法、突发事件处理法），没有规定公民必须戴口罩，所以法律没有规定政府有权采取这样的行为）

如果法律没有规定要按照行政处罚这么严重的方式进行管理，没有法律授权就不能采取拘留等对公 民不利的方式，但是不代表不能管理。公安机关可以进行**劝导、行政指导**，采取相对柔性的方式。不能随便利用紧急状态来扩张权力。

1. **程序控制：规定权力运行的方式**

《行政处罚法》第37条：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。

**必须按一定方法行使权限。**

**目的：保证权力的行使是客观、有序、合法的，实行程序的控制能够在很大程度上决定最后的结果是否公正、正义的。**

1. **结构控制：设置权力的制约和监督机构**

《行政诉讼法》第2条：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。

另外的主体从结构上对行政主体进行制约，目前我国主要体现在**行政复议机关、行政诉讼**。如果认为行政主体超越了法定范围或者没有按照相应的程序，就可以**去复议机关寻求复议或者向法院提起诉讼**，要求有关机关对行为进行纠正，对相对人进行救济。

更好的监督效果需要异体监督，所以法院的监督效果可能比复议机关更好，因为复议机关是作出行政决定行政机关的上级，在同一个系统内，往往会支持行政机关——行政复议的纠错率一直不能得到提升，但是最近行政诉讼法修改之后行政复议效果变好了。

*结构控制的实际效果：由于法院与政府、法官与组织部门之间存在着密切关系，且处于相同地域管辖范围：书记管着帽子、市长管着票子、政法委管着案子，缺乏司法独立，监督效力大打折扣。*

**改革方向：异地管辖、跨行政区、打破传统的地域管辖局限，使法院更好地独立于地方行政体系。**

**（一）行政法与民法、刑法**

**以法律关系作为区分标准：**

**民法：**调整平等主体间民事关系的法律制度。意思自治较多。

**行政法：**调整公共行政主体与相对人之间管理关系的法律制度。是一种高权法律关系。

**和民法的区别：**行政机关比相对人地位高，可以指挥相对人，所以不可以意思自治，否则有权力的行政机关一方可能欺压弱者。需要担心行政机关是否会侵犯公民权益。所以很多的文件规范都是在调整行政管理的问题。条文数目非常庞大。（限制高权以恢复法律地位的平等）

**刑法：**规定犯罪与刑罚的法律制度。

**和刑法区别：**刑法实际上是加强版的行政处罚法。行政处罚（广义）是对公民违反行政管理的行为进行惩罚，如果比较严重就是刑罚了，行政法起到兜底性作用。

**民法和行政法之间有交叉**，例如民法典中规定的婚姻登记，也是行政行为

**刑法和行政法也有交叉**，违反国家关于某领域的行政条例可能成为构成刑法的要件

**⭐行政机关与公民、法人、其他组织之间是否一定是行政管理关系？**

不一定，政府可以以民事主体的身份出现，两者为民事关系，**行政主体是一个动态的概念，只有行政机关在行使行政职权时才是行政主体**。行政机关也可以和相对人达成协议进行民事活动，eg买卖合同。

**（二）行政法的体系**

1. **行政法总论**
   1. **行政法主体论**

行政主体（管理者）、行政相对人（被管理者）等

* 1. **行政行为论（权限、程序问题）**

行政立法、行政处罚、行政许可、行政强制、行政协议等

* 1. **行政救济论**

行政复议、行政诉讼、国家赔偿

*没有完全体系化，特别是行政行为的部分。行政行为用行为的概念来概括是远远不够的。*

*eg行政许可/处罚，不只是有许可/处罚的决定行为，而是包括整个过程的主体、权限、程序等行为模式。程序规范和权限的要求在不同的行为模式中是非常不一样的（立法、处罚、征收、征用、信息公开、许可等），很难归纳到一个行为论的体系中，而是要分别分析。*

1. **行政法分论**

涉及广义行政法的内容，在不同管理领域都有相应的内容。环境行政法

《环境保护法》第24条：县级以上人民政府环境保护主管部门及其委托的环境监察机构和其他负有环境保护监督管理职责的部门，有权对排放污染物的企业事业单位和其他生产经营者进行现场检查。被检查者应当如实反映情况，提供必要的资料。实施现场检查的部门、机构及其工作人员应当为被检查者保守商业秘密。

教育行政法卫生行政法经济行政法

……

**行政法的法典化？**

**行政实体法太多了，难以制定统一法典（甚至汇编都不可能），但行政程序有统一的可能性**。（eg中观层面上，行政处罚的小法典、许可法、强制法）现在需要讨论的是是不是再进行抽象形成一个统一行政程序法。

《行政处罚法》第3条：公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，应当给予行政处罚的，依照本法由法律、法规或者规章规定，并由行政机关依照本法规定的程序实施。

**部分国家制定了行政程序法典，我国部分省份也以地方性法规形式制定了行政程序条例。中观层面上的小法典的优势：可以在细节的地方进行展开，不需要合并同类项**。

**（三）行政法学与行政学**

行政法具有较强的规范上的开放性，对于其他社会科学学科也具有比较强的开放性。

**法学与社会科学的主要区别：**

1. **控权导向与效率导向**

**行政法：控权导向，但是也考虑效率**。（关注价值分配问题）

Eg罗豪才：行政法平衡理论，管理和控权之间的平衡。 **行政学：效率导向**——怎样的行政管理是有效率的行政管理。

1. **规范研究与经验研究**

“应当”与“是”——对于价值分配的研究，属于行政法学的研究

**法学：**规范研究；……应当是……，规范判断，法学的主要推理是在规范命题中进行的，无法推导

到经验命题中。但是很多问题在规范层面不能得到很好的解答。

在规范上提出价值问题：什么样的体制是好的体制？需要借助其他学科的知识。规范——事实的转化。回答规范问题的时候需要很多事实证据进行解答。

**行政学**：……是……，经验判断

“效力”与“实效”——属于行政学的研究

**价值分配（行政法学）与状态描述（行政学）**

**（四）我们要学习的行政法主干法律**

《立法法》

《国务院组织法》

《地方组织法》-组织和职权

《公务员法》——属于内部行政法，公务员本身并不是行政法主体，公务员所在的机关才是行政法的主体，但其与公共利益密切相关

行政三法：赋予行政机关重要的行政手段

*《行政处罚法》-行政行为*

*《行政许可法》-行政行为*

*《行政强制法》-行政行为*

《行政复议法》

《行政诉讼法》

《国家赔偿法》

《政府信息公开条例》【行政法规，层次要低，但是地位非常重要——不透明的政府会带来很严重的社会问题】

**四、行政法的法源**

**法源：法的存在形式，法律规范的来源。（法源是区别法与非法的界限）**

**正式法源的范围**

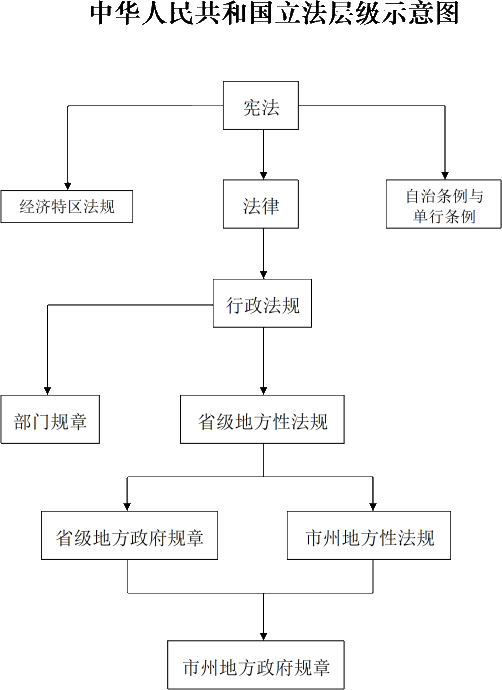
**法律**：全国人大及其常委会制定

**行政法规**：特指**国务院**制定的立法性文件

**地方性法规**：省、自治区、直辖市、设区的市{不包含直辖市}、自治州等地方人大及其常委会制定**自治条例和单行条例**：自治区、自治州、自治县立法机关制定

**部门规章**：国务院下属的各部门、有行政管理权的直属机构

**地方政府规章**：省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的地方人民政府制定，是**地方人民政府本身**而不是其组成部门



*所有➞的出发点是上位法，到达点是下位法，能够顺着箭头到达的地方都是该法律的下位法。*

*比如部门规章和市州地方性法规不具有上下位法的关系，如果交通部的规定和河北省石家庄市的法规关于网约车的规定发生了冲突，只能寻找其共同的上位法来解决，即行政法规。因为顺着箭头的**两个机关都是有领导或监督关系。*

*易错点：交通部和郑州市人民政府的规定发生冲突。容易以为交通部是正部级，而郑州市人民政府是正厅级，所以交通部的规定优先，其实是错误的。二者是同级的法规，并不具有上下位法的关系。应该找其共同的上位法的规定。*

*为什么行政法规高于地方性法规？——单一制国家，全国人大及常委会具有最高权力，可以构建立法权的分配，全国人大赋予国务院一个超然的地位，其相当于一个特殊的立法机构*

**（一）正式法源**

1. **正式法源的范围**

**法律**：全国人大及其常委会**行政法规**：国务院颁布

**地方性法规**：省、自治区、直辖市、设区的市（2015年立法法修改新增加的主体）、自治州的立法机关制定

**自治条例和单行条例**：自治地方可以自治，可以对上位法进行不违反原则的变通**部门规章**：国务院下属的各个部委和有管理权的直属机构发布的部门规章

**地方政府规章**：省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的政府，**必须是人民政府**，**不包括人民政府的组成部门/下属部门**）

**自治县是唯一享有地方立法权的县级行政单位**

**地方政府规章只能由一级人民政府制定，不能由地方政府某一职能部门制定**

**【立法法规定是正式的法律渊源，就是正式的法律渊源。】**

*原来能制定地方法规的只有省级和较大市的人大，较大的市包括省会城市、经济特区所在的市、国务院批准的较大的市（批准的数量是有限的）。但是经济高速发展，情形发生很大变化，当时批准的较大市的GDP不再突出，引起地方不满。后来所有的地级市（设区的市）全部有立法权。【地级市但未设市辖区但拥有地方立法权（特别授权决定）：三沙市、中山市、东莞市、嘉峪关市】立法*

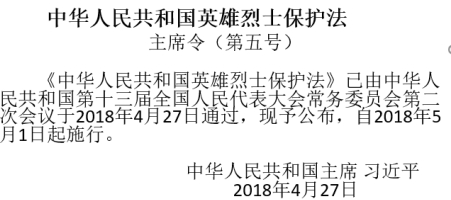
*放权是我国央地关系方面的很大调整。*

**如何在形式上区分不同的法律文件——行政法问题的法源检索非常复杂**

Eg房地产公司和政府有争议，所进行的检索除了中央的之外还要看行政法规、国土资源部部门规章、地方法规、地方规章

**【法律】**

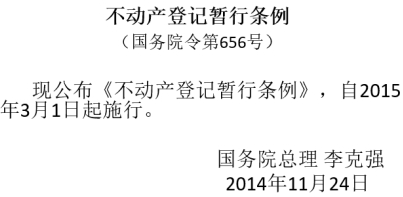
《立法法》第25条：全国人民代表大会通过的法律由**国家主席签署主席令**予以公布。第44条：常务委员会通过的法律由**国家主席签署主席令**予以公布。



**【行政法规】（专有名词，专指国务院颁布的行政法规）**

《立法法》第70条：行政法规由**总理签署国务院令**公布。

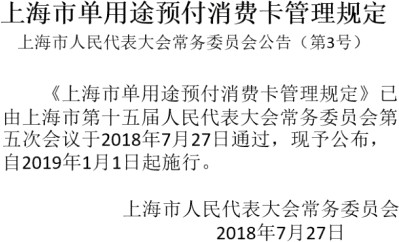
（政府可以发不同的文号，**有的是国务院发、国务院办公厅发（国办发），后者不能认为是行政法规，必须要是国务院令形式发布，才能是行政法规，**但**不一定国务院令都是行政法规**，需要看具体的形式、结构、名称）



**【地方性法规、自治条例、单行条例】**

《立法法》第78条：省、自治区、直辖市的**人民代表大会制定的地方性法规**由**大会主席团发布公告**予以公布。——人大召开期间制定【两会期间】

**省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员**会制定的**地方性法规**由**常务委员会发布**公告予以公布。【没有开两会期间】



**设区的市、自治州**的人民代表大会及其常务委员会制定的**地方性法规报经批准后**，由设区的市、自治州的**人民代表大会常务委员会发布公告**予以公布。

（因为有批准的程序，所以并不是主席团直接发布，而是常委会发布公告）条例与实施\*\*法规的办法；

**自治条例和单行条例报经批准后**，分别由自治区、自治州、自治县的**人民代表大会常务委员会发布**

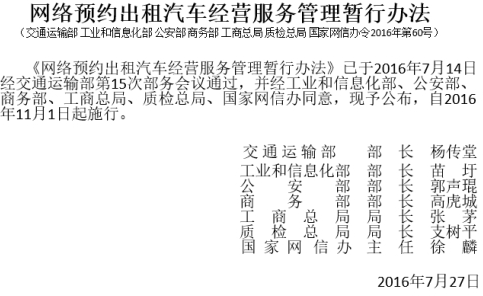
**公告**予以公布。

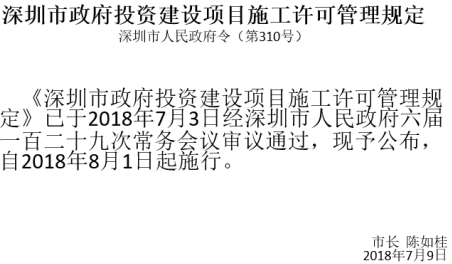
**【规章；部门规章、地方政府规章】**

《立法法》第85条：**部门规章**由**部门首长签署命令**予以公布。（**可以单独发布，也可以联合发布**，最后文号的体现不同）

**地方政府规章**由（地方行政首长）省长、自治区主席、市长或者自治州州长签署**命令**予以公布。

（也是以命令的形式来发布）联合制定的规章需要由所有的部门签字颁布。





**辨别方法：**

* 1. 名称和形式

xx法——法律

其他地方性法规规章：比较混乱，行政法规、地方性法规可以叫条例；规章可以叫规定、办法，但不能叫条例。

形式

* 1. 文号

主席令：法律；

国务院令：行政法规；

地方人民政府令：地方政府规章；

* 1. 发布主体：

地方人大：地方性法规（人大的主席团或者是人大的常委会）市长/省长：地方规章……

规章可以叫做办法、规定，但是不能叫做条例，中央的行政法规一般叫做条例。

1. **正式法源文件之间的立法权限分配**

（意义：与自己利益相关的规章、地方性法规，公民可以向法院起诉其超越立法权限或违背了上位法）

1. **全国人大及其常委会的立法权——法律保留原则**

（基本不受限制，单一制国家和联邦制国家不同，联邦制国家的联邦和地方是有分配的，宪法没有列举给联邦立法的事项全部属于地方立法的权限，所以在美国，经常出现联邦立法超越权限的问 题。但单一制国家的国家立法权是无限的，并且有保留立法的范围）

**全国人大及其常委会行使国家立法权**，且根据**《立法法》第8条**（涉及立法权限的总体安排），***下列事项只能制定法律***（不能制定行政法规，地方不能立法）：

（一）国家主权的事项；【国旗国徽国歌外交领土国防等】

（二）各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权；【国家机构的组织问题】

（三）民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度；【国家结构问题】

（四）犯罪和刑罚-罪刑法定原则【争议：刑罚是否需要中央立法统一规定？不同地方的标准应该不一样？一般认为不应该如此授权】

（五）对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚-重要的公民权利；【剥夺人身自由是一件严重损害公民基本权利的行为】【公安机关可能诉诸治安管理处罚法但是不能完全提供依据】【一些敏感问题：燃放烟花爆竹，但是城市有禁令，警察拘留，但是限制人身自由的处罚需要法律依据，禁止燃放烟花爆竹否则拘留没有在法律里有规定】

（在实践中经常出现问题，比如没有带口罩被拘留，限制了公民的人身自由；拘留燃放烟花爆竹者也需要法律层面的规定，但是目前我们国家并没有相关的法律，只是地方的法规，但**地方性法规没有设定拘留这种处罚的权限**，必须由法律规定，然而公安局一般引证的是治安 管理处罚法，其实引证也是有问题的，烟花爆竹是否属于治安管理处罚法的“爆炸性物品”需要解释，立法可能仅指炸药等而不是小范围的烟花。）

（六）税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度【涉税制度：租税法定主义，因为是强制收公民的财产】

（七）对非国有财产的征收、征用；【也涉及财产权的剥夺和限制问题，但数目较小的财产，如几十块钱的数额不需要法律作为依据，法规及规章就可以】

（八）民事基本制度；—*还有民事非基本制度？若有，是否由地方人大政府加以制定？至今还没有确认具体的非基本制度；【有争议：是不是有非基本制度？eg不动产登记规定，由于和物权法关系紧密，因此人大认为仍然属于民事基本制度】*

*民事制度和地方文化有一定的关系，需不需要由国家法律进行统一的规定，民事基本的制度由全国人大来制定，推出来民事非基本制度由地方人大来制定？*

*按照人大的意思，只要涉及民事制度的都是民事基本制度，压缩了地方人大立法的空间。人大可能会因过于繁忙将自己的一部分权力分给属下机关，比如将部分立法权力授权给国务 院，目前的不动产登记规定由国务院制定，但却体现着中央立法，还是属于民事基本制度。*

（九）基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度；【所有国家都是一样的。关于经济商业的规则。】

*自己规定经济事务会造成国内市场的分割，市场流通的相关法律制度都应该由中央立法机关制定，不应该交给地方机关。*

（十）诉讼和仲裁制度-事实上，各省高院的诉讼规则体现了一定的差异性；【司法制度：在单一制国家统一性比较高，联邦制国家不一定】

（十一）必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。【兜底条款】（比如其他严重侵犯公民基本权利的事件）

1-3：宪法性/国家性的事物——因为我国是单一制国家，应该由全国统一立法机关规定

4-7：严重影响公民基本权利的行为；限制只能来自于民主代议机关

8-10：与重要的国家制度相关的问题

**只能由法律制定的含义：**

1. **立法和行政的分权：不能由行政来规定这些事项**
2. **中央与地方的分权：不能由地方规定**
3. **国务院的立法权【职权立法+授权立法】职权立法-**违反法律保留原则？

**《立法法》第65条2.2：**

国务院根据宪法和法律，制定行政法规。**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；**—**【执行性立法】**——符合一般行政机关的立法原理——行政从属于法律（宪法依据：第2条，人民主权原则）；

（二）宪法第八十九条规定的**国务院行政管理职权的事项**。—**【职权立法】**（宪法第89条）

***执行性立法和职权立法****：区别就在于上位法的清晰程度，宪法第89条不明确，根据宪法第89条规定意味着，允许国务院在没有一个明确上位法指使的情况下，在自己的管辖范围内制定行政法。这不符合行政从属于法律原理。*

**《宪法》第89条国务院行使下列职权：**

（一）**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；**

*（****通说：****立法法第8条以外的，国务院可以根据宪法和法律进行****创制性的规定****，即可以在无法 律依据的情况下减损普通公民的权利）*

（二）向全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会提出议案；

（三）规定各部和各委员会的任务和职责，统一领导各部和各委员会的工作，并且领导不属于各部和各委员会的全国性的行政工作；

（四）统一领导全国地方各级国家行政机关的工作，规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分；

（五）编制和执行国民经济和社会发展计划和国家预算；

（六）领导和管理**经济工作和城乡建设、生态文明建设**；

（七）领导和管理教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作；

（八）领导和管理民政、公安、司法行政等工作；

……

Eg国务院要制定城乡建设方面的行政法规，和为执行法律规定制定法规有什么区别？**如果是为了执行法律规定，法律需要有一定的明确性，行政法规进一步细化，这是执行性立法的规定。但是宪法 89只规定了城乡建设的宽泛概念，相当于让国务院在领域内随便制定。因此这一种职权立法其实是和行政法的基本精神存在冲突的。因为行政机关要影响合法权益必须要有法律依据，但是现在只有一个职权，没有法律的具体化。**

**——是不是违反宪法？**

【肯定】支持的观点可以从宪法上找到依据：根据宪法和法律制定行政法规：依据宪法规定制定行政法规只能是89条。

【否定】但是什么叫根据？**根据必须要有明确性，只有范围不是根据，不可以直接制定行政法规。（依据《宪法》第2条）**

**总之学理上存在争议，但是实践上国务院就是可以职权立法，只要没有涉及立法法no8应该人大制 定的，国务院都可以在职权内立法。**

**严格来说，立法法是没有权力赋予国务院立法的权力的，其立法的权力来自于宪法和法律。**

**国务院制定行政法规可以没有法律依据吗？在立法没有做出规定的情况下先行作出规定，克减公民的权利或增加公民的义务。**

*在学理上，职权法上的规定不得作为行为法上的依据。***但《宪法》第89条第一款明确规定了国务院可以“根据宪法和法律，制定行政法规”，则根据第89条其余各款的权限规定，国务院制定行政法规的行为是合宪的。**

**社会主义法制初级阶段，国务院制定行政法规是对人大立法的有效补充，弥补了全国人大召开间隔长、立法程序复杂、速度慢、效率低的缺陷。**

**【授权立法】**

**授权立法权是属于全国人大及其常委会的。**

《立法法》第9条：本**法第八条规定**的事项**尚未制定法律的，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，但是有关/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。**

-**法律绝对保留事项，第8条剩余事项是“法律相对保留事项”，不属于保留事项可以直接自己制 定，只有涉及no8才需要授权，否则侵犯了全国人大的立法权**。

**⭐绝对保留与相对保留事项：**

我国有特殊性，社会主义法律体系建设要循序渐进，很多领域没有法律规范但是急需制定，全国人大来不及制定，所以就交给国务院立法，**授予的是中央立法机关的立法权。**

**但是有一些权力不可以授予**

eg政治权利、犯罪刑罚、司法权问题——**立法的绝对保留事项。【No8中其他的是相对保留事 项】——可以授权给国务院来立法的是相对保留事项。**

**经过授权制定的行政法规都称为“暂行条例”。**

例：《增值税暂行条例》（国务院令第691号）

本来应该是全国人大指定的。国务院行使了本来人大的立法权，但国务院经授权制定的行政法规会在名称上标明“**暂行**”，人大可以替代暂行的行政法规。

1. **地方人大的立法权-不抵触原则**

**《宪法》第100条：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**。

**设区的市**的人民代表大会和它们的常务委员会，在**不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区 的地方性法规相抵触的前提下**，可以**依照法律规定**（主要是《立法法》）制定**地方性法规**，报本省、自治区人民代表大会常务委员会**批准**后施行。

**依照法律的规定**：并不是说要有上位法的依据（表达为“根据上级法律以及相关的行政法规”），而是说要依照《立法法》制定地方性法规（72条、82条），即**调整立法范围**。

上一条的省级地方性法规制定没有这一内容。**批准：**设区市的立法权必须经批准

**《立法法》第72条**

第2款：**设区的市**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**对城乡建设与管理、环境保 护、历史文化保护等**方面的事项制定地方性法规，法律对设区的市制定地方性法规的事项另有规定的，从其规定。设区的市的地方性法规须报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。***社区的市只能在划定的圈圈内来制定地方性法规。***

第4款：**自治州**的人民代表大会及其常务委员会可以依照本条第二款规定行使设区的市制定地方性法规的职权。（**自治州既能制定自治条例、单行条例，又能制定地方性法规**）

**⭐1.什么是“不抵触”？**

不抵触就是上位法规定了，不能与它相违背；如果上位法没有规定，地方立法可以规定。**和行政立法不同**：行政立法需要无法律则无行政，如果法律没有规定，行政机关不可以先规定。行政机关制定的规则要“从属于”法律——不仅不能抵触，还必须有法律规定作为依据。而地方立法机关（不是行政机关，而是民主代议机关，对本地的选民负责，当然可以规定新的规定）立法标准是“**不抵触标准**”——**上位法有规定则不违背，上位法无规定则可以做出创设性规定。**但是我国是单一制国家，如果上位法有规定了就不能抵触。

**⭐2. 地方有立法权的人大有省级和市级**

**省级人大没有特别条件，只要报给全国人大常委会备案进行监督。设区市的人大制定法规是有条件的，必须依照法律的规定**（立法法的规定egNo72.2**设区市的人大可以对城乡建设管理……制定地方性法规）**（省级的不需要），还要报给**省级人大常委批准**（事前监督机制，没有批准的立法无

效），所以设区市实际上只有半个立法权，还要交给全国人大常委会备案。

**⭐备案与批准具有不同的法律性质**：备案是一种通知形式，未备案不等于法规无效，可以先行实施，后置备案；批准则是上级权力机关的同意，未批准则法规无效。

*设区的市只有一半的立法权，另外一半是在省里面。*

**⭐3. 等：**等之外是否还有其他的事情？

**法工委和法律委员会开研讨会认为“等”是“等内等”，只包括前三项。所以地方立法权是受到严格限制的。（不是人大做出解释，存在推翻的空间）**

——有扩展空间的概念“城乡建设与管理”——什么叫城市建设与管理？一开始的表达是市容环境卫生，地方没有权利，但是城乡管理就有了比较大的解释空间，可以把很多东西放进去eg交通管 理、卫生管理，在某种程度上有效扩张了设区市立法权的范围。

## 立法权在行政区域范围大范围扩张，但具体权限发生了限缩（三类立法）——为了全国法制统一的考虑

*“城乡建设与管理”概念具有很强的延展性，目前是不允许其管理经济事务，但是另外一个问题是什么叫做经济事务？日后可能扩张*

1. **民族自治地方的立法权**

**包括自治区、自治州、和自治县。**

**《宪法》第116条**：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75条第2款**：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。**

**普通地方立法权之外，还有民族自治地方的立法权。**

**县一级也有立法权，因为有可能一个市里只有一个县是自治地方，需要赋予立法权。县一级有立法权的仅限于民族自治县。**

立法权的区别在于可以对法律法规作出变通规定，**也就是可以抵触规定**。因为少数民族有自己独特的特点，eg计划生育、结婚年龄；**但是最基本的东西不可以变通**eg一夫一妻制。变通也是有限制 的，必须和自己的特点有关，所以主要集中在婚姻家庭和文化方面。

变通的对象也不可以是有关民族自治的专门规定，这涉及中央与民族自治地方关系，如果可以随意变通就变成民族主义了。自治权是有限的。

**5）经济特区立法权**

**《立法法》第74条：经济特区**（立法概念，不是行政区域）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**。

经济特区有一定的**立法变通权**，**实务中主要表现为行政处罚幅度的变通。**

立法变通权**：也可以做变通规定**eg行政处罚的幅度。一般交通违章罚200rmb，依据是道路交通安全法，没办法在深圳起到震慑的作用，所以改成了2000rmb。

**变通不能损害上位法的基本原则。**

*（什么属于“上位法的基本原则”还存有争议，确定的是不可以损害立法法的基本原则）*

现在还确定深圳作为社会主义的先行示范区，可以运用独特立法权做有创制性的规定。

和一般地方法规不同，因为**需要根据全国人大授权**作出。可以制定经济特区法规的主体除了市之外还有省。

Eg深圳地方的法规可以深圳市也可以广东省制定，需要全国人大授权。立法法规定的只是全 国人大不是人大常委会，但是这里有一个嫁接，当时报的是全国人大，**全国人大决定由常委会决定**，所以以下规定是合法的。

eg《全国人民代表大会常务委员会关于授权深圳市人民代表大会及其常务委员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》

1. **国务院部门立法权**

国务院**各部、委员会、中国人民银行、审计署**和**具有行政管理职能的直属机构**，可以***根据*法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定规章。**

部门规章规定的事项应当属于**执行**法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项**。（必须有上位法的规定，只能执行立法，不能职权立法）没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据， 部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范，不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责。**

**-是行政从属于法律的基本要求（法律保留原则的基本要求），在部门规章层次得到了较好的落实**

**要符合行政从属于法律的原则。（行政法规有职权立法权，这里没有。）**

*国务院直属事业单位：****证监会、银保监会****，其性质不是行政机关，而是事业单位，但也有权制定部门规章*

***合法性标准：“上位法依据”****而非“不抵触”*

1. **地方政府的立法权**

**省、自治区、直辖市和设区的市、自治州**的人民政府，可以**根据**法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规，制定**规章**。

**人民政府**：不包括地方政府部门。

【立法法令人费解的规定：】地方政府规章可以就下列事项作出规定：

**（一）为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项；—【执行性规定】**

**（二）属于本行政区域的具体行政管理事项。**—？有点类似于国务院的职权立法？但是这样的理解在规范上是有问题的，因为前面说“根据上位法”，所以有一些矛盾。

【如何理解第二款？】是不是和国务院的立法权相同？**是不是可以突破行政法基本原理约束？**

**——不可以。第一款说的是必须“根据”上位法条文进行规定，这里有争议。但是学界基本否认职**

**权立法：上位法没有规定不可以率先作出规定。**

**——正确理解：不用根据上位法具体明确的规定来制定，可以根据上位法比较抽象的规定结合本地 区的具体情况来制定属于本区域的具体行政管理事项的地方政府规章。（涉及本地事物时相较国务院部委权力更大）**

**【总结】**

**行政机关制定的规则，除了国务院之外，必须有上位法依据，符合上位法规则，立法机关制定的规则只要不抵触就可以，特殊的地方甚至不用遵循不抵触的原则。**

立法权的分配会带来相应立法是否合法的判断。

Eg地方法规涉及立法法no8规定且无上位法依据，就是不合法的规定。

## 例子： 管控快递-全国人大法工委备案审查典型案例六

*如果将这个规定理解为一个规章，那可能存在什么样的问题？*

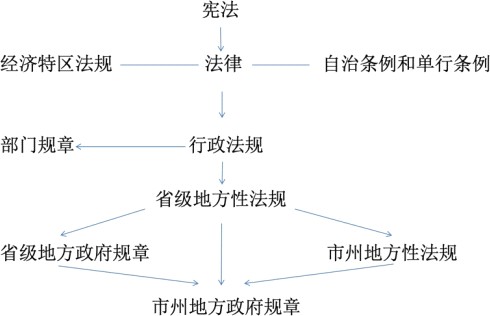
*一、该规章禁止露天作业和禁止抛扔等义务，实际上是对快递公司以及快递员增加了义务。*

*二、作为地方政府规章，其立法限于城乡建设与管理、历史文化保护等方面。对于快递的管理是否是城乡管理事项？值得考虑，快递流动性强，涉及的区域广。所以如果快递公司因为该规章收到处罚，可以质疑该规章的合法性。由于没有上位法，也可能超越了其立法权限。*

1. **正式法源不同法律文件之间的冲突处理**

**目的：了解权限是为了判断文件的合法性，合法性还涉及层级问题。**法的违反和法的冲突是不一样的。

法的冲突是上下位法律的初级规则发生冲突，法的违反是前述提到的比如规章超越上位法的立法权限。



1. **层级冲突**
   1. **法律高于行政法规**
   2. **行政法规高于地方性法规和部门规章**

——单一制国家的特色

理论上说，行政法规是行政机关制定的规则，地方法规是立法机关制定的，为什么前者优于后者？理论上无法推理出来，**其实是我国的强制规定。**

* 1. **地方性法规高于本级和下级的规章**

河北省地方性法规高于本级政府规章，高于市政府的规章、高于地级市法规，因为省政府要向省人大汇报工作，属于它的下级立法机关。

* 1. **上级政府的规章高于本区域内下级政府的规章**政府内部的行政管理问题

不是单看行政级别，必须要有隶属关系。

Eg交通运输部和南京市政府的规章没法比较，没有管理关系，仍然属于平级的立法，如果出现冲突需要找到两者的连接点，即回到行政法规由国务院调整处理。

1. **同级冲突**

**① 制定机关不同——需要交给有权机关裁决**

**第一，规章之间的冲突：报最近的共同的上级行政机关裁决**。

交通运输部、南京市政府共同上级机关：国务院。应该报给国务院裁决。

*交通部规章与石家庄市政府规章发生冲突后，需要报给共同上级机关——国务院，进行裁决。****不能简单用单位的行政级别来比大小，要看二者有无隶属关系。***

**第二，地方性法规和部门规章冲突：由国务院（实际由司法部）先行处理，若国务院认为应适用部门规章，则再交全国人大常委会裁决。**

Eg河北省法规和公安部规章：理论上应该追溯到全国人大常委会，但是立法法规定了先行处理程序。如果国务院认为应该适用地方性法规，就结束了，如果国务院认为应当适用部门规章，需要再交给全国人大常委会进行二次裁决。——要证明国务院没有偏袒下属

**第三，授权制定的行政法规或经济特区法规（效力等级与全国人大立法平级）与法律之间的冲突：全国人大常委会裁决。**

**第四，【立法法没有规定的事项】省级政府规章和本区域内市州地方性法规冲突：理论上应报本省人大常委会裁决。**

Eg山西省政府和太原市人大的立法：报给本省人大。

**② 制定机关相同（前提）**新法优于旧法

特别法优于一般法

**新的一般规定和旧的特殊规定？制定机关裁决**。

上下级的机关制定的不同的规章不能适用该条规定。安全生产法和消防法都有关于火灾的相关规定。 在很多情况下需要结合案情来处理。

1. **正式法源文件之间的监督关系**

发现立法文件违法怎么办？立法文件不是谁都可以去监督的。

Eg一般法院不可以监督立法文件，因为立法文件是法院审判的依据。

**Ex对于行政立法，法院有一定的审判权。**

**立法文件只能交给上位法制定机关进行监督。**

**批准和备案的监督强度是不同的。**

1. **批准（事前同意，没有批准法就是无效的）**

①**自治区制定的自治条例和单行条例**需经全国人大常委会批准。

②**自治州、自治县、自治旗的自治条例和单行条例**以及**设区的市制定的地方性法规**需经所在地**省级人大常委会批准**。

1. **备案（事后监督）-向哪个机关备案？——一般报给立法文件的所有上位法制定机关备案**

行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章应当在公布后的三十日内依照下列规定报有关机关备案：

①**行政法规**报全国人民代表大会常务委员会备案（原则：报上位法制定机关备案）；

② **省、自治区、直辖市**的人民代表大会及其常务委员会制定的**地方性法规**，报全国人民代表 大会常务委员会和**国务院**备案；

**设区的市、自治州**的人民代表大会及其常务委员会制定的**地方性法规**，由省、自治区的人民 代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案（省人大常委会批准-省级立法权力背书-待遇同省级地方性法规，故向全国人大常委会和国务院备案）；

③ **自治州、自治县**的人民代表大会制定的**自治条例和单行条例**，由省、自治区、直辖市的人 民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案；自治条例、单行条例报送备案时，应当说明对法律、行政法规、地方性法规作出变通的情况；【因为涉及批准的问题-省人大常委会批准后相当于是省级人大常委会作出的】

④**【规章没有批准的问题】**（**备案的原则**：上位法制定机关备案，规章不需要经过批准，可以直接进行备案程序）

**部门规章和地方政府规章报国务院备案；**

**地方政府规章应当同时报本级人民代表大会常务委员会备案；**

**设区的市、自治州的人民政府制定的规章应当同时报省、自治区的人民代表大会常务委 员会和人民政府备案；**

**【所有规章报给除全国人大常委会之外的所有上位法制定机关备案】**

**⑤ 根据授权制定的法规应当报授权决定规定的机关备案**；经济特区法规报送备案时，应当说明对法律、行政法规、地方性法规作出变通的情况。

温州市人大制定的地方性法规需要经过何种监督程序？温州市政府制定的规章呢？

*温州市地方性法规：浙江省人大常委会批准，由浙江省人大常委会报全国人大常委会和国务院备案*

*温州市政府规章：报国务院、浙江省人大常委会、浙江省人民政府、温州市人大常委会备案*

***为什么地方性法规需要批准，而政府规章不需要？****主要因为规章的立法权限比较小，不像地方法规一样可以进行创设性的规定。另一方面，从效率的角度出发，规章数量比较多。*

1. **撤销与改变【改变＞撤销。改变=撤销+新的替代】**

**①领导关系下既可以改变也可以撤销**人大领导其常委会

上级政府领导下级政府各级政府领导所属部门

**②监督关系下只能撤销，不能改变**

人大监督本级政府

上级人大监督下级人大（人大对本级的人民负责，并不对上级人大负责，只接受上级人大监督）

人大常委会与政府

**③授权关系下授权机关可以撤销，也可以进一步撤销授权**授权制定行政法规

授权制定经济特区法规

**（二）非正式法源**

1. **司法解释**

司法解释的法律职能、地位仍有待商榷。

地位比较尴尬：司法机关在审判过程中的解释。但是实践中约束力和法律几乎没有什么差异。

1. **案例**

《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第7条：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**（言下之意，**如果审判的案例与指导性案例相像，就必须要参照适用，具有事实上的法律约束力）**。

其他的案件没有规范上的约束力，如果是辖区内上级法院的判例，下级法院还是会尊重，也是有约束力的。

1. **一般法理**

学说。学说也是很重要的。法律没有具体规定的，需要根据学说。

1. **规范性文件（包括行政解释）【红头文件】（非正式法源）**

《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**》【条文形式进行的列举，但是文号不是法源文件的文号】：**行政审判实践中，经常涉及有关部门为指导法律执行或者实施行政措 施而作出的具体应用解释和制定的其他规范性文件……行政机关往往将这些具体应用解释和其他规范性文件作为具体行政行为的直接依据。这些具体应用解释和规范性文件不是正式的法律渊源，对人民法院不具有法律规范意义上的约束力。但是，人民法院经审查认为被诉具体行政行为依据的具体应用解释和其他规范性文件合法、有效并合理、适当的（有上位法依据），在认定被诉具体行政行为合法性时应承认其效力**；人民法院可以在裁判理由中对具体应用解释和其他规范性文件是否合法、有效、合理或适当进行评述。

**（看文号，如果是立法性文件，应该是“…令”）**

文号说明不是立法性文件，只是一般的规范性文件。也可能是很多部门联合发布的。比如：《北京市网络预约出租汽车经营服务管理实施细则》（京交文[2016]216号）；

《公开募集基础设施证券投资基金指引（试行）》（中国证券监督管理委员会公告〔2020〕54号）；

《示范型商车险精算规定》（银保监发【2020】42号）。

目前出现的问题是乱发红头文件，影响到了生产经营活动，但不是法律渊源，不具有法的地位，法

院也不需要将其作为审判的依据。虽然不是正式法律渊源但是也发挥了重要作用。**——传递了来自上位法的规范效力**，在具体行政实践中也具有约束力。

**【天津煎饼果子的例子】**

地方性法规or地方政府规章（天津市人民政府令）才是正式法源，**直辖市的市辖区也没有立法权**

（上海浦东新区除外，浦东新区条例由上海市人大常委会制定，享有类似经济特区的变通立法权）人社办制定的煎饼果子制作规范需要遵守法律，如果没有上位法规定，增加公民的义务（必须取证才能摊煎饼果子），就违反了法律；

如果没有强制性，也有一定问题：政府主要功能在于控制市场失灵，私领域无法解决，但是摊煎饼果子的能力能被市场调控，政府设定保准可能干扰市场

# 第二讲行政法的基本原则

2022年3月1日 10:22

**一、行政法基本原则概述**

*行政法基本原则的重要性：*

1. *行政法教义学不发达：行政法实体规范覆盖范围广阔，内容过于庞杂、内容之间的空隙也很**大，漏洞很多*
2. *没有民法上的私法自治填补，而是单方高权——****行政法的基本原则具有重要的实体补充功能****。很多单行法对公民权利保障方面是不太周严的，原则可以补充一些缺失。*

*（eg政府要求企业停工——比例原则；通知没有博士学位——正当程序原则）*

*法律原则对于行政法具有独特的意义，相较于民法和刑法，行政法的基本原则****在审判实践中更多地起到指导性作用****。因为行政法内容庞杂、没有统一性的法典，因而很多的权衡和裁判都需要借助于行政法的一般原则。*

*行政法将宪法中的基本权利吸纳进来，体现宪法上人权保护的原则——行政法是活的宪法*

**（一）法律原则和法律规则**

1. **法律原则：连接体系内外并融贯于体系、权衡式适用**

**——相对抽象：权衡适用、方向性适用，多项原则会形成相互制约**

《治安管理处罚法》第5条：实施治安管理处罚，应当公开、公正，尊重和保障人权，保护公民的人格尊严。（但也有保障追究违法行为的效力的原则）

**沟通内外**：法律原则的内容通常可以跟道德与伦理联系起来，某种程度上通过法律原则可以把道德伦理层面的东西引入法律中来，也可以将其他学科的知识融入到法律分析中。

1. **法律规则：法律体系之内、全有或全无式适用**

**——相对具体，边界明确，全有或者全无的适用**

【规则：要么适用要么不适用；原则：体现了人权保障的原则】《治安管理处罚法》第21 条：违反治安管理行为人有下列情形之一，依照本法应当给予行政拘留处罚的，**不执行行政拘留处罚**：

（一）已满14周岁不满16周岁的；

（二）已满16周岁不满18周岁，初次违反治安管理的；

（三）70周岁以上的；

（四）怀孕或者哺乳自己不满1周岁婴儿的。

**⭐基本区别：**

1. 法律原则——抽象，可以融贯适用于整个法律体系（适用范围）；法律规则——具体，解决某种特定的问题。

2 法律原则——沟通法律体系内外，连接许多道德伦理原则的意涵；法律规则——只针对内部，包容性更少

1. 适用方式上：法律原则——权衡式适用（**在不同利益之间进行权衡，是一种有分量的适用**）*同一个案例，往往可能存在多种比较性的原则*；

法律规则——全有或全无式适用（要么用要么不用）

规则和原则是一个连续变化的过程，从抽象到具体是一个渐变的过程，将抽象的不断具体化，原则就变成了法律规则。

**（二）原则的层次**

**第一层：法律基本原则【各个部门法共享的原则】例：公正原则**

*Eg公正原则是法律层面的原则，必须有足够的抽象性才能覆盖法律的范围，不能很简单的解释，只能就具体的事情判断是不是符合公正原则。*

**第二层：行政法基本原则【部门法的原则】**

**例：比例原则**

*公正原则的细化——****比例原则****：行为的手段和行为的目的要符合一定的比例关系。符合比例就是公正的表现。*

**第三层：单行法原则例：过罚相当原则**

***行政处罚领域：****比例原则的细化——****过罚相当原则****：有多大问题就实施多严重的处罚。刑法：罪刑相适应*

**第四层：制度原则 例：一事不再罚原则**

*过罚相当原则的细化——****一事不再罚原则****：同一个行为不能给两次或以上处罚。*

*整个法律体系就是不断把抽象的原则具体化形成的规则体系。*

*因此在适用上也是****规则优先于原则****，规则无法解决时才以从具体到抽象的顺序适用原则。*

**（三）行政法基本原则的体系**

1. **合法行政原则**

一点疑问：原则是对某种价值的追求，应当权衡性适用，但是合法性原则是要贯彻到底的。**行政行为必须要合法**。——其实是一种合法性的准则。

鉴于其广泛的覆盖面，将其视作原则。

1. **合理行政原则**

**（行政行为合法的情况下不一定就是可以接受的，还需要考虑合理性。）**

1. **比例原则**
2. **信赖保护原则**
3. **正当法律程序原则**

对于行政行为的判断就分为这两个部分：行政行为是不是**合法的、合理的**

*合法行政原则准确地来说不是一种具有指导性意义的原则，而是所有行政行为的基本要求和共性有时行政行为轻微的不合理也可以接受，不倾向于否定行为的效力*

**⭐合法性原则和合理性原则的关系：**

**可以是一种转化的关系。合理性原则所涉及的内容可能以后会被行政法吸收变成法律规则**

**eg正当法律程序原则，本来是一种合理性的原则，但是会有一些实体法会将这些理念规定进去了，专门规定行政机关必须听取相对人的意见，其实就将合理性变成了法律规定的程序，如果不符合就不合法。**

**另一种：合理性仍然是合理性，但是要区分程度。如果行政机关的行为显著不合理，说明行政行为****明显不当，应当被认为是不合法的行为——从合理性到合法性的跨越。**

**⭐显著的不合理即构成不合法的规则。**

《行政诉讼法》第70条：行政行为有下列情形之一的，人民法院判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出行政行为：

（一）主要证据不足的；

（二）适用法律、法规错误的；

（三）违反法定程序的；

（四）超越职权的；

（五）滥用职权的；

**（六）明显不当的。【明显的不合理构成不合法】【本质上还是合理性的审查】**

**合理性的独立意义：**行政机关复议时，可以对轻微的不合理行为进行改变

**二、合法行政原则**

**含义：**

1、行政机关实施行政管理，应当依照法律、法规、规章等的规定进行（不能与法律相违背——**法****律优先原则**）；

2、没有法律、法规的规定，行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公

民、法人和其他组织义务的决定（如果对相对人不利必须有法律法规规定——**法律保留原则**）【法 律优先和法律保留都体现了法律优先于行政的原则】。

核心：**行政从属于立法**。

**（一）法律优先【依照法律来办】**

**行政行为不得抵触法律（上位法）的要求。（不抵触原则）**

**法律应当有广义的理解——上位法，包括了法规。**

**（二）法律保留**

**行政机关的所有行为【包括行政立法】应当有法律的依据，否则应视为违法。（有依据原则）**

【link】法源的合法性判断模式：

1、地方性法规：立法机关文件按照不抵触原则进行判断。（上位法没有规定，可以进行现行规定，这不算是抵触）

2、行政机关规定的规章：必须有上位法的依据，必须要根据上位法，行政机关的规章不可以现行规定——作为一种行政行为，不仅要满足法律优先，也要满足法律保留原则。（国务院除外）

**【争议】——法律保留的范围：行政机关所有行为都需要法律依据吗？**

**全部保留说**；（行政机关所有的行为都需要有法律的依据，否则就是违法。一开始理论确实是这样构造的，但是随着社会发展发现这一学说是不现实的，因为行政机关的行为范围是非常广泛的，立法机关的工作能力有限，很难实现全部保留。）

**侵益保留说**；（不是所有行政机关的行为都需要有法律的依据。如果行政机关的行为是对人 民有益处的【授益行为】，不需要法律规定，行政机关可以直接自己做，只有侵犯了公民权的行为才需要上位法规定）

**重要事项保留说**（认为有一些行为没有侵犯基本权利但是也很重要eg花费国家财政经费对某些人进行奖励，这些事情也应该得到立法机关的准许——这种重要性事项都应该属于法律保留的范畴。）

**我国：**

《立法法》第80条第2款：部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据，部门规章不得设定减损公民、 法人和其他组织权利或者增加其义务的规范{增加权利可以}（**侵益保留说**），不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责{权力性事项}（**重要事项保留说**）。

**立法法中的保留原则：侵益保留（主要）+重要事项保留**

**☆与立法法上第8条的法律保留原则有何区别？**

*立法法第8条上的****法律保留原则（狭义的法律）****，****调整的是立法权的分配****两种保留的意思：*

*中央立法机关vs中央行政机关；中央立法机关vs地方立法机关*

*意味着法律立法权保留给全国人大及其常委会【谁可以或不可以规定什么】*

## 行政法上的法律保留原则（这里的法律实际上是法律法规），调整的是行政权和立法权之间 的权力分配：

*所有的侵益行为和重要事项都需要立法机关规定，意味着行政行为必须有法律的依据*

*【行政机关可以或不可以规定什么】*

***共同点****：都是针对权限分配。只是主体不同，基本原则都是要把权力在不同主体之间分开。*

**立法机关制定的规范性文件只适用不抵触原则；**

**行政法制定的规范性文件则兼适用于不抵触原则（法律优先原则）和法律保留原则***。*

**碰到行政机关的行为，判断合法性，就要从法律优先和法律保留的角度进行分析。**

**例1：不同的合法性判断模式**

上位法：一切单位和个人，都应当依照城市人民政府市容环境卫生行政主管部门规定的时间、地点、方式，倾倒垃圾。【看不出来需要经过批准】

下位法：产生建筑垃圾、渣土的单位和个人应当到市政管理行政部门**办理渣土消纳许可证。根据上位法，该下位法是否合法？【注意下位法制定主体的不同会影响是否合法】**

*①****如果上位法为行政法规，下位法为部门规章****，【法律保留】则不合法。因为上位法仅规定了“时间、地点和方式”，并没有规定行政相对人的“办理渣土消纳许可证”义务。根据法律保留原则和上位法优先于下位法的原则，下位法的相关规定违法无效。*

*②****如果上位法为行政法规，下位法为地方性法规****（制定机关为立法机关）【不抵触即可】，则合 法。因为在行政法规未予以规定的领域内，只要不属于《立法法》中全国人大法律保留的范围，地方立法机关可以做出创设性规定*

**例2：XX市新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控工作指挥部通告**

为切实加强我市新型冠状病毒肺炎疫情防控，进一步做好对近期有湖北旅居史返回人员的健康管理，根据省新型冠状病毒感染肺炎疫情防控工作指挥部《关于进一步做好近期疫情防控工作的通知》文件精神，现就有关工作通知如下：

一、**返回XX前14日内有湖北旅居史的人员，一律在我市指定的集中隔离点进行隔离观察14天（限制 人身自由，属于法律绝对保留事项，必须找到法律层面的依据）。**

……

**问题：地方指挥部的行为是否合法？（该行为明显会对公民权利产生不利影响，且带有可能的歧视 性规定）**

**——看有无上位法，是否与上位法相抵触**

**《传染病防治法》第39条：**

**医疗机构发现甲类传染病时【肺炎是不是甲类传染病？防治法上的传染病就两种：鼠疫、霍乱，但 是国家卫健委可以决定对乙类传染病采取甲类传染病措施，所以有适用的可能性】**，应当及时采取下列措施：

（一）对**病人、病原携带者**，予以隔离治疗，隔离期限根据医学检查结果确定；

（二）对**疑似病人，确诊前在指定场所单独隔离治疗**；

（三）对**医疗机构内的病人、病原携带者、疑似病人的密切接触者**，在指定场所进行医学观察和采取其他必要的预防措施。

（传染病预防时，医院相当于一个行政主体：进行强制隔离治疗）

【实际上很难推广到所有湖北返乡】——39条不能提供很好的法律依据。

**《传染病防治法》第40条：**

**疾病预防控制机构**发现传染病疫情或者接到传染病疫情报告时，应当及时采取下列措施：

（一）对传染病疫情进行流行病学调查，根据调查情况提出划定疫点、疫区的建议，对被污染的场所进行卫生处理，**对密切接触者，在指定场所进行医学观察和采取其他必要的预防措施**，并向卫生行政部门提出疫情控制方案；

……【还是不能扩展到湖北返乡人员，对公民不利的行为不能随便对法律概念进行扩张解释】

**《传染病防治法》第42条：**

传染病暴发、流行时，**县级以上地方人民政府**应当立即组织力量，按照预防、控制预案进行防治，切断传染病的传播途径，必要时，报经上一级人民政府决定，可以采取下列紧急措施并予以公告：

（一）限制或者停止集市、影剧院演出或者其他人群聚集的活动；

**（二）停工、停业、停课；**

（三）封闭或者封存被传染病病原体污染的公共饮用水源、食品以及相关物品；

（四）控制或者扑杀染疫野生动物、家畜家禽；

（五）封闭可能造成传染病扩散的场所。

【没有法律依据授权政府可以对湖北返乡人员进行隔离】

**《突发公共卫生事件应急条例》（376号国务院令，2003年5月9日）【行政法规】**

第33条：根据突发事件应急处理的需要，突发事件应急处理指挥部有权紧急调集人员、储备的物 资、交通工具以及相关设施、设备；**必要时，对人员进行疏散或者隔离【没有加依法——是不是意味着可以利用应急条例对人员进行隔离？——限制公民人身自由的措施只能由法律规定，虽然没有说依法，但是根据立法法，这里应当加上依法的要求】，并可以依法【依传染病防治法】对传染病疫区实行封锁**

**【该行政法规也不能作为隔离湖北返乡人员的依据】**

**《传染病防治法》第43条：**

甲类、乙类传染病暴发、流行时，县级以上地方人民政府报经上一级人民政府决定，可以宣布本行

政区域部分或者全部为疫区；国务院可以决定并宣布跨省、自治区、直辖市的疫区。**县级以上地方人民政府可以在疫区内采取本法第四十二条规定的紧急措施，并可以对出入疫区的人员、物资和交通工具实施卫生检疫**。

省、自治区、直辖市人民政府可以决定对本行政区域内的甲类传染病疫区实施封锁；但是，封锁 大、中城市的疫区或者封锁跨省、自治区、直辖市的疫区，以及封锁疫区导致中断干线交通或者封锁国境的，由国务院决定。

疫区封锁的解除，由原决定机关决定并宣布。小问题：第42条规定要爆发传染病的地方

**《传染病防治法》第43条第2款**：……；但是，封锁大、中城市的疫区或者封锁跨省、自治区、直辖市的疫区，以及封锁疫区导致中断干线交通或者封锁国境的，由国务院决定。

【规定了疫区的封锁制度——应当确定是疫区（但是如果将武汉定为疫区可能对中国造成不利影 响），但是进行了封锁（事实上就是疫区了）。从疫区出来的人员能不能进行强制的隔离？**可以对此款进行延伸——将从被封锁疫区出来的人进行隔离实际上是一种封锁行为的延伸。不采取这些手 段就有可能随着交通流动向其他城市大规模扩散。针对的对象应当是疫区全部的人，所以强制隔离是有正当性的。但是如果一个地方没有被封锁，也就是没有达到风险很大的阶段，却要求这些人强制隔离14天，就有一些问题了。**】

行政法中行政机关的意思不是自由的，应当从属于法律**。但是法律有时候对公民权利不能提供非常强硬的保障。Eg停工停产停学是一定的吗？带来的损失非常大。如果有其他手段也能起到传染病防治的目的，就没必要采取这样的手段。行政法上的问题具有合法性是不够的，还需要追问行为是不是具有合理性。如果只考虑合法性，很多行为就会简单粗暴。需要继续引入合理性的判断，满足合法性和合理性，行为才具有正当性。**

**三、合理行政原则——比例原则**

**含义：**行政主体实施行政行为应兼顾**行政目标的实现**和**保护相对人的权益**【应该有比例关系/均衡性】，如果行政目标的实现可能对相对人的权益造成不利影响，则这种不利影响应被限制在尽可能小的范围和限度之内，二者有适当的比例【使用的手段和目标之间应当成比例】。

**核心：**行政管理与相对人权益之间的均衡

**比例原则的三个子原则**

**（有学说认为应该前置一个目的正当性）**

1. **适当性原则**：【手段和目的之间的关系】行政机关所采行的措施必须**能够实现行政目的**或至少**有 助于行政目的达成**并且是正确的手段。也就是说，**在目的——手段的关系上，必须是适当的**。【不能挂羊头卖狗肉。如果目的是另外的，就构成了滥用职权】

*Eg政府在新冠肺炎过程中征收征用酒店进行人员隔离，这种手段是有关联性的，符合适当性原则。*

*Eg强制口罩价格？会使企业无法扩大生产，公民反而买不到口罩*

*Eg政府如果说要加大口罩生产，就征收口罩生产企业让政府亲自生产——公权力亲自生产效率应该不是最高效率的状态，最高效率的状态是交给民营经济，所以这样是不符合适当性原则的。*

1. **妥当性原则（最小损害原则）**：在前述“适当性”原则已获肯定后，在能达成法律目的诸方式 中，应选择对相对人权利**最小侵害的方式**。【干事情有多种方案时，应当进行比较，采取最小损害的方式。】

Eg行政机关要去执行1w元罚款。有两种方式：1、到相对人账户上直接划转1w元，还有是查封1500w的房子进行拍卖然后拿出1w元，显然应该选前一种。

1. **均衡性原则（狭义比例原则：最最核心的部分）**：所采取的措施与其所达到的目的之间必须**合比例或相称**。

与前两个原则仍然具有递进性，即**满足目的手段关系适当和最小损害原则之后，还必须合比例，如果最小损害仍然不符合狭义的比例原则，则仍然不符合比例原则。即便是最小损害的手段也需要再检验是不是合比例。有可能即便是最小的影响也会很严重，这时候这件事就不要做，因为不成比 例。**

Eg武汉疫情是非常严重的事情，为了外防输出就采取了比较严厉极端的手段，但是这种严厉

的手段只有在严重情形的时候才应该使用。如果已经获得了控制就没有必要采取这样的手段了。没有那么紧急的情况，手段的强度也应该下降。

Eg是不是所有的省市都应该采取一级响应这样的级别？如果启动了就需要调用很多资源，对公民权利有影响，所以是否合理就有疑问。当好转的时候就没有必要在全国范围内维持一级响应了，在一定的范围内可以复工复产，减少影响。

**例1：哈尔滨市汇丰实业发展有限责任公司诉黑龙江省哈尔滨市规划局行政处罚案——中国行政法学的经典判决**

哈尔滨市规划局给汇丰公司颁发建设工程规划许可证，同意其将临中央大街的2层楼房翻建为4层楼房。其后，汇丰公司又申请增建4层，但未获批准。一年后，汇丰公司建成一栋8层楼房的建筑物。不久，规划局下达行政处罚决定，认定：汇丰公司超出批准范围建成建筑物，属违法建设；大厦所在中央大街是历史名街，哈尔滨市城市总体规划对中央大街景观之保护规定要求，沿街建设要“从整体环境出发，使新旧建筑互相协调，保证完美的风貌”，而该建筑物5至8层遮挡了中央大街的典型景观天主教堂尖顶，严重影响中央大街景观。根据城市规划法第40规定，限公司60日内拆除大厦 5－8层。汇丰公司请求规划局减少拆除面积，遭到拒绝后，诉至法院。

一审黑龙江高级人民法院经现场勘察确认：建筑物5－8层只有一小部分遮挡天主教堂尖顶。法院认为，大厦5－8层是违法建设，规划局有权责令汇丰公司采取补救措施，**但必须同时兼顾行政目标和 相对人权益，在确保实现行政目标前提下，应使相对人权益遭受最小的损害。**规划局既然确定以露出天主教堂尖顶为补救措施的标准，就应将拆除部分限于大厦5－8层遮挡天主教堂尖顶部分，**其要求拆除5－8层整体明显超出遮挡范围，额外增加了原告的损失，处罚决定显失公正。根据行政诉讼法第五十四条、城市规划法第四十条规定，法院判决将处罚决定变更为：拆除建筑物5－8层一小部分，对违法建设其余部分罚款若干。**

最高法院终审判决认为：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。【规范依据的表述】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。原审判决认定事实基本清楚，适用法律、法规正确。上诉人的上诉理由不能成立，本院不予支持。

【该行为并没有违反实定法，5-8层建筑确实都是违法建筑，从法律上应该拆除。从形式上来讲没有什么问题。但是对于行政机关的决定还需要判断合理性，如果严重不合理，就可以认为是不合法。适当性原则可以通过、最小损害原则的检验不能通过（全部拆是对社会资源的很大浪费，而且存在替代手段。）——严重不合理——不合法】

**例2：**

广州市为加强道路交通管理，规范日益混乱的交通秩序，决定出台一项新举措，由交通管理部门向市民发布通告，凡自行摄录下机动车辆违章行驶、停放的照片、录像资料，送经交通管理部门确认 后，被采用并在当地电视台播出的，一律奖励人民币200元—300元。此举使许多市民踊跃参与，积极举报违章车辆，**当地的交通秩序一时间明显好转**，市民满意。

新闻报道后，省内甚至外省不少城市都来取经、学习。但与此同时，也发生了一些意想不到的事：**有违章驾车者去往不愿被别人知道的地方，电视台将车辆及背景播出后，引起家庭关系、同事关系 紧张，甚至影响了当事人此后的正常生活；**有乘车人以肖像权、名誉权受到侵害，把电视台、交管部门告上法庭的；有违章司机被单位开除，认为是交管部门超范围行使权力引起的；有抢拍者被违章车辆故意撞伤后，向交管部门索赔的；甚至有利用偷拍照片向驾车人索要高额“保密费”的，等等。报刊将上述新闻披露后，某市治理交通秩序的举措引起了社会不同看法和较大争议。

【合法性问题：也有问题——交管部门能否把职权交给社会人员实施？】【合理性问题：从比例原则角度来看，从适当性原则，可以起到作用，从最小损害原则：有影响更小的手段eg罚款、罚驾照分，将其在电视台播出会对相对人造成严重的不利后果eg个人隐私、名誉权等，这种不利影响显然不是对相对人最小的损害，也就不满足均衡性了。】

## 比例原则分析

*①适当性原则：目的-手段关系是否恰合？“交通秩序一时间明显好转”，表明满足适当性原则*

*②最小损害原则：不符合，对人民群众的利益损害没有降低到最低程度。*

*③均衡性原则：不符合*

**四、合理行政原则——信赖保护原则**

（与民法上的诚实信用原则相似，但是大多数叫做信赖保护原则：保护相对人对行政机关行为的合理信赖，因为政府需要有公信力。

和经济有很重要的关联：Eg当事人是一个房地产企业，想在一个地方建海景别墅，手续办完了，政府突然说不能造了，企业想要赔偿。还有很多实体制造业的企业——会对国家经济产生很大的影响——导致很多企业的行为短期化，造成环境污染、资源浪费，不是可持续的发展状态。只有让企业长期发展，企业才会做更加长远的打算。）

**含义**：政府对自己做出的行为应当信守承诺，不得随意变更。**核心**：维护法律秩序的基本安定性。

**意义**：给行政相对方以稳定的预期，促进行政事务的稳定进展。

**信赖保护的要素【三个要件】**

1. **信赖基础**：行政机关的行为
2. **存在信赖**：（存在有被保护的对象）**有一定的预期并基于预期产生了外在行为**（不能只是内心相信，需要有外在的、具体的客观行为。必须是“内心确信+外部依赖行为”，【信赖=相信+依 赖，首先要内心确信，然后进行了外部的行为，如果还没有作出外在的行为，就不存在信赖。

Eg只是相信政府进行洽谈还没有投资（投资是一种外部行为），就没有信赖，不存在值得保护的利益】

【只是签了合同算不算已经有了行为？——需要发生实际的投资的经济成本（一般缔约成本忽略不计了），只有协议不行——但是可以依据合同主张民法上的合同违约赔偿】

1. **信赖值得保护：值得保护的信赖利益就是合法的信赖利益。如果信赖利益是违法的，信赖利益也不值得保护。【违法主要从相对人的角度来说】**

哪些不值得保护？

* 1. **明知或应知行政机关行为违法；【如果投资前就知道是风景名胜区还去投资签合同，就不存在值得被保护的信赖利益】**
  2. **因相对人自身行为导致行政机关行为违法（提供虚假材料、贿赂行政机关）【如果之前可以建造，之后政府突然说不可以了，就有值得被保护的利益】**

**保护方式：**

1. **存续保护**（不予撤销或改变、设置过渡期）；【虽然有环保要求但还是按照老办法执行】
2. **财产保护**（对损失进行赔偿或者补偿）【如果没有办法进行存续保护，就要补偿损失】

**例：**

2000年，A区政府发出通告，主要内容是：(1)某地拟建设工业园区；(2)欢迎各方投资建设。企业 甲、乙、丙等前往该区，除了国有土地使用权出让手续以外的其他相关手续，皆予以办齐，并投入资金建厂运营。

2010年，A区政府再次发出通告，主要内容为：(1)该工业园区所涉土地仍属农村集体所有性质，未经合法程序转为国有土地；(2)责令工业园区内企业限期搬出，逾期未搬的，将作为违法建筑予以拆除。

**问：甲、乙、丙因此受到的利益损失是否可以得到全额赔偿?**可能是因为地方政府换届，一般都会产生很多的问题。

【土地管理法规定建设用地必须是国有土地不可以是农村集体土地，必须先征收为国有土地，但是现有修改，集体土地也可以建厂】【在集体土地上建厂的行为构成了土地利用上的违法行为】

企业能否得到全额赔偿？——有没有值得被保护的合理的信赖？要把所有的行为连在一起看，可能就会产生问题。

*①是否存在“信赖”？②是否需要保护的信赖利益？③是否有过失*

1. *显然存在信赖与信赖利益。不仅相信了公告，也真正投资建厂了。*
2. *关键问题是企业的信赖是不是合法信赖？企业是不是明确知道政府的行为是违法的？ 为什么没有办国有土地使用权出让手续？国有土地出让时，受让方交土地出让金，出让金由政府收益；在锦标赛体制内，政府在私下给企业说让企业零地价拿地办企业、吸引企业投 资。*

*企业肯定是知道的。很有可能是双方有一个私下的协议，为企业节省土地受让金。【零地价招商】*

**所以企业的信赖似乎是不值得保护的，不能得到全额赔偿，但也不意味着不能得任何赔偿，企业对其他手续（除土地）之外的投资可以要求赔偿，因为政府和企业都有违法性，双方都 有过失，企业可以获得一部分的赔偿。**

**法律中的具体体现：**

【主要是授益行为：行政机关的行为对相对人有益处，本来期待拿到利益，现在变卦了，拿不到好处了。如果是侵益行为，先罚款2w后改成1w，，不可能有这样再要求信赖保护——所以较多规定在行政许可法上，而非行政处罚法上——处罚是不利的负担行为，对不利行为的信赖？学理上是否定的，没有信赖利益保护空间】

**《行政许可法》第8条：【合法行为的信赖保护】**

公民、法人或者其他组织依法取得的行政许可受法律保护，**行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可**（【**存续保护】——原则上要求有外在行为，此处的规则带有预期利益保护性质，不必然是正在使用许可投入并生产**）。

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**（【**财产保护】——已投入的利益补偿，不包括预期利益补偿**）。

【如果情势变更等特别需要，需要进行财产保护。——不是许可绝对不可以撤回，如果有公共利益的考量需要进行权衡性适用。如果不能继续存续下去，也要进行财产补偿。】

**《行政许可法》第69条：【违法行政机关行为可能产生的信赖保护】**

有下列情形之一的，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：

（一）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；

（二）超越法定职权作出准予行政许可决定的；

（三）违反法定程序作出准予行政许可决定的；

（四）对不具备申请资格或者不符合法定条件的申请人准予行政许可的；

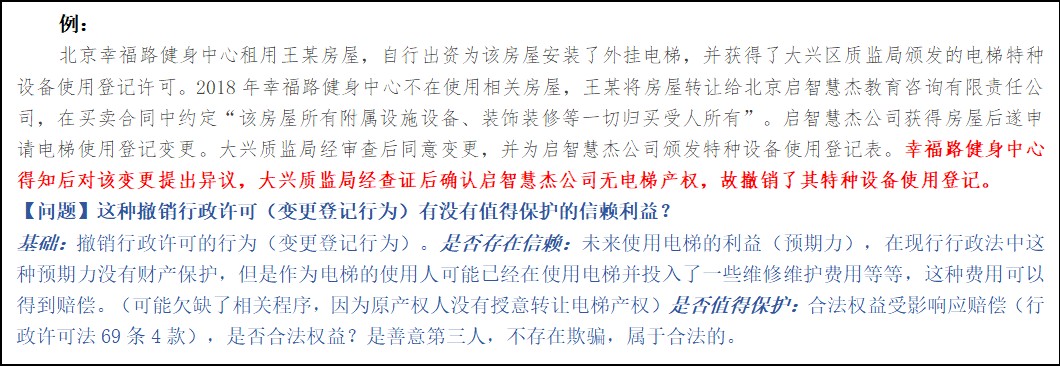
（五）依法可以撤销行政许可的其他情形。

**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。【虽然政府的行为是违法的，违法的行为应当被撤销，但是行政机关违法不代表相对人有过错】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。【如果违法行为是自己造成的，就没有值得被保护的利益。】**

**将信赖保护原则法定化。——其他授益行为没有规定的，可以适用信赖保护原则。**



*赔偿与补偿的区别：赔偿乃基于违法行为，补偿基于合法行为。*

**五、合理行政原则——正当法律程序原则**

**行政法对行政权的控制：包括程序控制**

**来自英国法上的自然公正。包括两句话：**

——即使没有法定的程序，也应遵循的制度**含义：**

①任何人或团体在行使权力可能使别人受到不利影响时必须听取对方的意见。【**听取意见制度**】

②任何人或团体不能成为自己案件的法官。【**回避制度**】

**核心**：减少实体判断中的偏狭（兼听则明）与偏私（回避原则）。【程序上的设置的目的是为了保证实体法上的公正。】

很多单行法已经对正当程序原则进行贯彻了。

**正当法律程序的要素：**

1. **回避**

《行政处罚法》37条：执法人员与当事人有直接利害关系的，应当回避。【跟自己有关的、跟自己有利害关系的人的事情都不能做】

1. **告知与说明理由**

《行政处罚法》31条：行政机关在作出行政处罚决定之前，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。【要告知事实、法律依据、救济途径】【**隐含在了听取意见这个制度当中：听取意见的前提条件必须是充分的告知并说明理由**】

1. **听取意见**

《行政处罚法》32条：当事人有权进行陈述和申辩。行政机关必须充分听取当事人的意见，对当事人提出的事实、理由和证据，应当进行复核；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。【简单的听取制度，除此之外还有更加复杂的形式：听证制度，比较正式的听取意见的程序（听取意见制度也有不同的程度，比较大的处罚会涉及听证）】【总是在诉讼中作为争议焦 点】

**例：刘燕文诉北京大学案**

刘燕文系北京大学1992级无线电电子学系电子、离子与真空物理专业博士研究生。 1995年12月，刘燕文提出答辩申请，将其博士论文《超短脉冲激光驱动的大电流密度的光电阴极的研究》提交学 校；

①1996年1月10日，刘的论文以全票7票通过了电子学系论文答辩委员会的答辩；

②同月19日，系学位评定委员会以12人同意、1人不同意的表决结果，建议授予刘博士学位；

③同月24日，北京大学学位评定委员会召开会议，应到委员21人，实到16人，投票结果是6票赞成、7票反对、3票弃权。

因此，校学位评定委员会决定不批准授予刘博士学位，但该决定未向刘燕文本人送达。之后，学校为刘燕文颁发了博士研究生结业证书。刘燕文不服，经申诉未果，向海淀区人民法院提起行政诉 讼。

（博士学位颁发涉及公共管理职权，具有可以被法院审查的特性）

**案件中可能涉及的实体问题——**该不该获得博士学位？——法院没有能力判断但法院法院可以审查**程序问题：——判断是否按照法定的程序作出**

1. **校学术委员会的赞成与反对人数均未过半数**；【不是正当程序的问题，而是法定程序的问题】

《中华人民共和国学位条例》第10条第2款：学位评定委员会负责审查通过学士学位获得者的名单；负责对学位论文答辩委员会报请授予硕士学位或博士学位的决议，作出是否批准的决定。决定以不记名投票方式，**经全体成员过半数通过。**

（没有到全体成员的半数，也没有到到场成员的半数，因此是无效违法法律程序的决定）

1. 校学术委员会组成人员并非电子学方向专家；【质疑学术委员会的人员构成——和正当程序之间有密切联系，因为不是很专业的组成，当然要更听取陈述意见】【突出了申辩的重要性】
2. 没有向刘燕文本人送达决定。【但是没有实体法律依据】

（没有告知说明，也没有给刘燕文一个申辩的机会）

学校作出的决定是对刘燕文不利的决定，需要向本人送达并说明理由，同时应当听取刘燕文 的陈述申辩。因为学校没有做，刘燕文就有可能受到不公正的问题。因为学校的学术委员会和学院的组成是不一样的，学院都是本学科内的专家，学校没有听当事人陈述申辩就做出决定，是存在争议的。

**海淀法院裁判：**

北京大学学位委员会当时到场16位委员，6票赞成，7票反对，3票弃权，**赞成与反对均未过半**数，学位委员会未作出有效决议。北京大学学位委员作出不批准授予博士学位决定前，**未听取刘燕文的申辩意见，在作出决定后也未将决定向刘燕文实际送达**。【比较早的在司法中适用正当法律程序原

则的案件，对以后的司法实践产生很多影响。**有时候虽然法定程序没有明确的说明，也不能违背正当程序原则**】

判决：

1、责令北大在两个月内颁发给原告博士毕业证书；

2、责令北大在三个月内对是否授予刘燕文博士学位予以重新审查；【司法审查的边界的问题（学区划片的问题法院不一定能审，因为可能涉及专业问题，只能审程序问题，对于实体问题只能要求学校重新审查）；不能直接判决颁发，因为学位的授予是一个专业学术问题，需要交给专业机构判断】

3、本案的诉讼费用由被告承担。

最后北大上诉北京一中院，发回重审，最后以**超过起诉期限驳回起诉**，最后没有拿到博士学位。（行政诉讼不存在诉讼时效，只有起诉期限）

**例：于艳茹案的程序问题：**

2014年9月1日，北京大学专家调查小组召开第一次会议，决定聘请法国史及法语专家对于艳茹的博士学位论文、《运动》一文及在校期间发表的其他论文进行审查。同年9月9日，于艳茹参加了专家调查小组第二次会议，于艳茹就涉案论文是否存在抄袭情况进行了陈述。……2015年1月9日，北京大学作出校学位[2015]1号《关于撤销于艳茹博士学位的决定》。该决定于同年1月14日送达于艳 茹。

**于艳茹诉北京大学一审判决：**北京大学虽然在调查初期与于艳茹进行过一次约谈，于艳茹就涉案论文是否存在抄袭陈述了意见；但此次约谈系北京大学的专家调查小组进行的调查程序；北京大学在作出《撤销决定》前未充分听取于艳茹的陈述和申辩。因此，北京大学作出的对于艳茹不利的《撤销决定》，有违正当程序原则。（作出最后决定前需要听取陈述与申辩）【听取了申辩也做了送 达，但是程序上依然有问题】【学位条例还未规定程序，现在仍然适用正当法律程序制度】【正当法律程序原则要求公权力主体在做出不利决定之前要**充分听取**相对人对不利决定的陈述和申辩。】

【听取了实体问题，还要听取程序问题：一篇期刊的抄袭是否构成对博士学位的撤销？】第一次陈述申辩：是否抄袭

第二次陈述申辩：抄袭是否须以导致撤销博士学位

**于艳茹诉北京大学二审判决：**正当程序原则是裁决争端的基本原则及最低的公正标准，其在我国行政处罚法、行政许可法等基本行政法律规范中均有体现（规范大前提：**表明正当程序原则属于行政法部门法的基本原则之一**）。**作为最基本的公正程序规则，只要成文法没有排除或另有特殊情形， 行政机关都要遵守。即使法律中没有明确的程序规定，行政机关也不能认为自己不受程序限制，甚至连最基本的正当程序原则都可以不遵守。**本案中，北京大学在作出《撤销决定》前，仅由调查小组约谈过一次于艳茹，约谈的内容也仅涉及《运动》一文是否涉嫌抄袭的问题。至于该问题是否足以导致于艳茹的学位被撤销，北京大学并没有进行相应的提示，于艳茹在未意识到其学位可能因此被撤销这一风险的情形下，也难以进行充分的陈述与申辩。（听取陈述申辩前需要告知相对人必要的事实）

【是否抄袭是事实问题，撤销学位是一种法律适用的问题，不是说抄袭论文就一定会撤销学位，两者之间还有陈述申辩的空间，对于后面的撤销学位的问题没有听取陈述申辩，所以程序上是有问题的。】

【虽然法律没有规定但是这是最基本的程序要求，必须要遵守。】

**一中院的判决：“作为最基本的公正程序规则，只要成文法没有排除或另有特殊情形，行政机关都 要遵守。即使法律中没有明确的程序规定，行政机关也不能认为自己不受程序限制，甚至连最基本的正当程序原则都可以不遵守。”**其实是法院在对北大进行法制教育：**法律原则的作用：在实定法****没有规定的情况下，有一个补充的作用**。虽然没有法律要求，从正当程序角度出发，必须听取其申辩。——正当程序原则在行政法领域发展的成果。

**六、合理性原则的其它内容**

**（一）尊重和保障人权原则**

**《宪法》第33条：**国家尊重和保障人权。

宪法原则，其实不完全属于行政法领域，是更高层次、在各个部门法都需要遵守的原则，可能作为兜底性原则。虽然通过比例原则就可以体现对人权的保护，但尊重和保障人权原则还是一定实践意义，可以对比例原则造成一定规制和影响，因为比例原则主要解决对国家权力设限的问题，很难覆盖下述侵犯生存权利、生存保障的情形。

**《行政强制法》第43条：**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。【涉及拆迁使用的手段，体现了对居民基本生存权利的保障，不能以剥夺基本生存权利的方式强制相对人履行】

**《传染病防治法》第41条第2款：**在隔离期间，实施隔离措施的人民政府应当对被隔离人员提供生活保障【生存保障+有一定生活水准的比较体面的生活，居住费用由政府负担（牺牲自己的人身自由保护大家安全，费用应当由公共财政负担）】；被隔离人员有工作单位的，所在单位不得停止支付其隔离期间的工作报酬。

**例：**

城市夜间行车使用远光灯会影响对向车道司机的视线，给行车安全带来危害。深圳市交警部门为整治乱开远光灯的行为，在对违法司机进行罚款和扣分处理的基础之上要求其对着车辆远光灯看一分钟。

**【问题】应当如何评价？**

违反了尊重保障人权原则，影响了公民的生命健康权。

**存在合法性的问题**：警察的措施是一种对公民产生不利影响的行为，这种行为需要法律依 据，要么制定一个特殊法规，否则存在合法性问题。**法律保留原则要求要有法律的授权**。如果认为这个行为是合法的应如何解释？可以认为这是交警的一种批评教育行为，法律规定可以对违法行为相对人进行批评教育，而批评教育可以通过劝诫、体会危害行为的后果（比如看灯）等，毕竟不是对合法权益产生大影响，可能这样擦边球的说法也勉强可以。

**存在合理性的问题**：假定是合法行为，是否合理？主要涉及**比例原则**问题。从比例原则角度来看。符合适当性，**但不是损害最小的行为**，对公民造成的损害比财产上的损害更为严重。跟看直视太阳一样可能损害眼睛，因此涉及公民的生命健康权，而这个权利是非常重要的基本权利（但有些人会认为看灯比罚款扣分轻，所以比例原则的解释可能存在问题）。不是一种符合比例的措施。因此在这里比例原则也有适用的空间。

**（二）禁止恣意原则（同等情况同等对待/理性原则/常识原则）**

**内含：行政机关的行为应有符合理性、符合常识的实质理由，不得恣意妄为。核心：公平对待、符合理性、符合常识。**

**温斯伯里不合理性原则**：某一行政决定是如此的不合理，以至于任何一个理性的机构都不会作

出。——根据常识判断——非常不确定，所以一般情况无法适用——甚或已经上升到法律层面的原则

严重的不合理可能就构成不合法。

**例：【公平原则】陈山河与洛阳市人民政府、洛阳中房地产有限责任公司行政赔偿案**

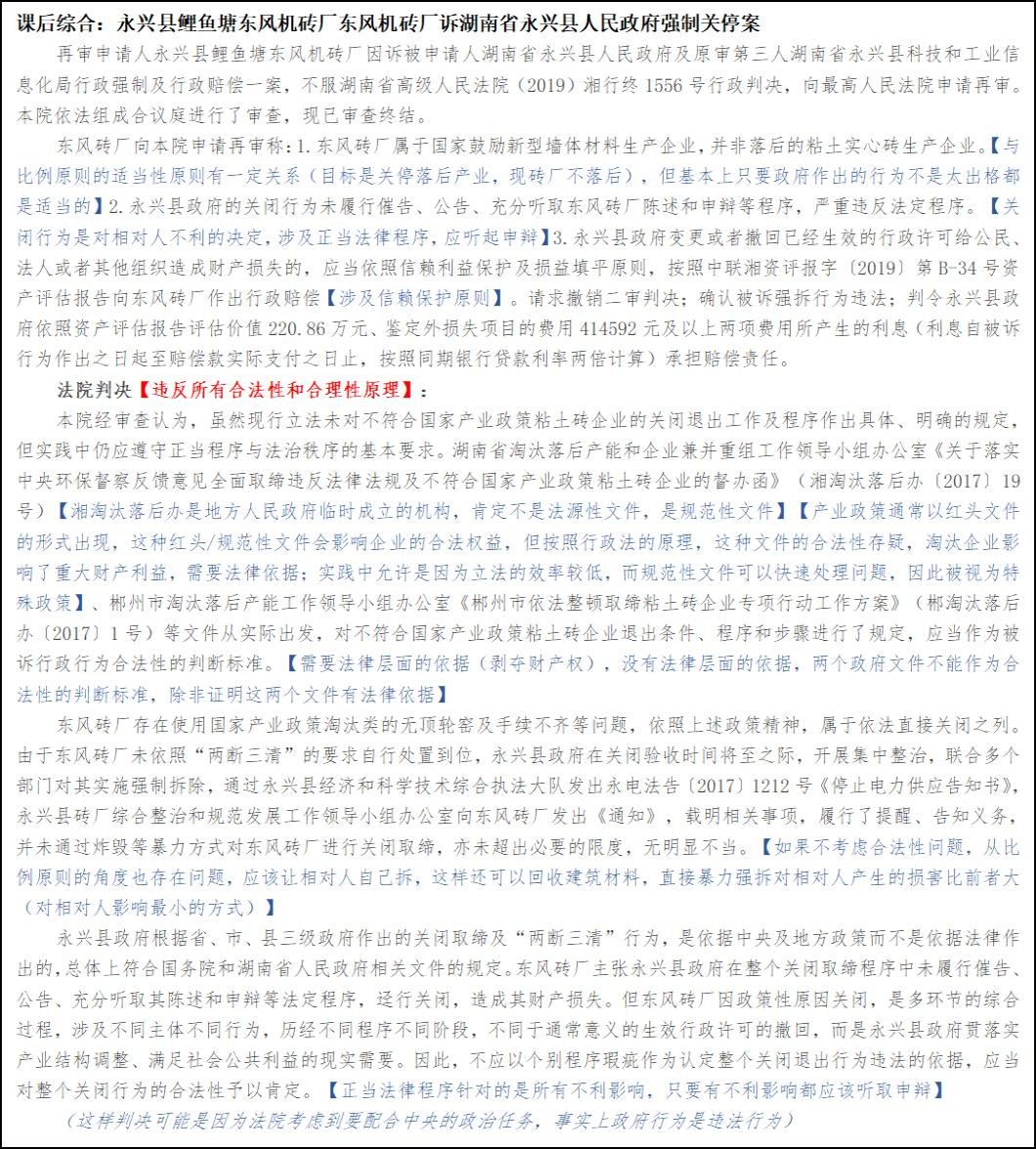
2002年4月30日，陈山河从洛阳市房地产管理局瀍河分局处以购买房屋，并获得房屋所有权证。同年8月，该房屋被洛阳市政府强制拆除，陈山河获得补偿款1万元。

陈山河对强拆行为和后续补偿不服，诉至洛阳市中级人民法院。洛阳中院一审判定，洛阳市政府强拆行为违背法定程序，已被先前另案判决确认违法，洛阳市政府应承担国家赔偿责任。**具体赔偿数额根据《关于公布洛阳市城市建设拆迁安置补偿标准的通知》（洛市价房字[1997]第5号{**不是法律渊源**}）计算，**共计94706.52元。河南省高级人民法院二审维持原判。

陈山河仍不服，**认为2002年拆迁时，因政府相关部门不认可争议房屋为营业房形成纠纷，到2005年洛阳市中级人民法院一审判决时，房屋价格已经发生巨大变化**，**继续以《1997年拆迁安置补偿标 准》确定的价格难以在同区位实现产权调换。故向最高人民法院申请再审。【赔偿标准的争议】**

最高人民法院判决认定：在房屋价格明显上涨且被拆迁人未及时获得合理补偿安置的前提 下，一、二审判决洛阳市人民政府仅向陈山河支付按《1997年拆迁安置补偿标准》确定的拆迁补偿安置款，对陈山河明显有失公平。如拆迁人和洛阳市人民政府无适当房屋进行产权调换则应向陈山河支付生效判决作出时以同类房屋的房地产市场评估价格为标准的补偿款，以保证陈山河选择产权调换的权利。【法院没有做出实体行为的判断的能力，此处法院没有依据什么规范判断，引入了兜底性的公平原则{比较极端的情况才用}】

（如果社会已经发生重大变化，比如房价大幅度上涨，而法律没有及时修改，如按照原来的法律或规范性文件作出决定会导致违反最基本的合理性要求。合理性背后是以道德和良知的判断作为底线。）



法院其实是在用法律原则改变法律的适用——法律原则的具有填补法律漏洞的功能。

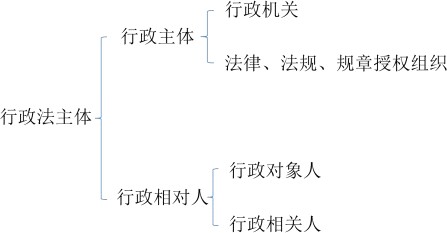
# 第三讲行政法主体

2022年3月2日 11:37

主要解决谁来参加行政法律关系。

（管理者）行政主体+行政相对人（在行政诉讼的原告资格进一步展开）

**一、行政法主体概述**



**行政对象人**（狭义相对人）：行政行为的直接对象

**行政相关人**（有时没有行政诉讼原告资格：相关关系不显著时）：行政行为的相关人员例如被打的人是行政相关人，打人的人是行政对象人

**行政主体**：参与行政诉讼活动的主体

**行政主体概念解决的问题：基本功能是确定谁来参加行政诉讼/谁来当行政诉讼的被告/谁来当行政复议的被申请人，是为了确定争议法上的主体资格：应诉方参与行政争议的解决。**

和大陆法行政主体的概念不同

Eg德国行政主体是国家，国家下面有各种行政机关，机关只是主体的手脚，不具有权力能力。在逻辑上是说得通的。

Eg某个机关侵犯公民的财产权，由谁来赔？应该由国家来赔偿。我们国家基本理论上也接受这样的学说

Eg国家赔偿，但是我国在行政主体概念上没有到这个层次，而是到行政机关的层次上，机关和法律法规授权组织是行政主体，我们不考虑权力能力的问题，而是行政诉讼被告的问题。其实和大陆法系国家的概念是殊途同归，没有优劣分别。

行政机关：部/委/局，自然的行政主体

被授权组织：企业、事业单位（北京大学）（eg涉及学位授予的时候行使公共管理职权）

**二、行政主体**

**（一）行政主体的判断标准**

1. **含义**：**行政主体是指依法拥有独立行政职权【法律授权】，能以自己名义行使行政职权以及独立参加诉讼，并独立承担法律责任的主体。**
2. **特点：**
3. **具有法定的独立职权（独立的法定职权）**

来源于组织法或其他法律、法规、规章的规定，有固定的条文/法规范基础为依据。

被有独立职权的机关委托行政的单位？没有独立的职权，而是由其他行政主体授予的权力

例：为管理馒头的生产、销售，某市政府决定成立“馒头管理办公室”。馒头办对未经自身认证的馒头售卖点处以1000元罚款。

1. **以自己的名义行使职权**（和行政委托区别开来，委托中是以委托者的名义行使职权的）
2. **独立承担法律责任**（不是财产上的责任，赔偿是由国家赔偿，这里指的是诉讼法上的责任）可以作为行政诉讼的被告、行政复议的被申请人

——没有独立的职权则没有独立的责任

**最重要的标准；第一个。是不是依法拥有独立的职权**。（后两个特点依附于第一点）

Eg市长说要成立馒头办，说不办许可证就要罚款1000元，这样的机构如果真的干了处罚的事情，是不是行政主体？不是。**必须有法定权力来源**。最后应该算在成立它的组织身上eg市政府，由政府参与行政诉讼，

承担责任。

1. **功能**：确定谁来参与行政争议的解决。
2. **与行政机关的区别：**大陆法的理论上，行政机关是行政主体的机关，但是我们国家理解，行政机关就是行政主体，但是行政机关不是在所有情况下都是行政主体，行政机关是静态的概念，行政主体和权力行使行为是绑定在一起的，如果在行使职权，就是行政主体，如果在从事民事行为，就只是民事主体。

Eg法律法规授权组织如果在从事授权的活动，就是行政主体，如果在从事其他活动eg线上教学管理，不是公行政行为，而是内部私行政行为，也不是法律法规授予的职权的行使，只是一个事业单位，不是行政主体。

**行政主体不仅包括行政机关，同时也包括法律、法规、规章授权组织。**

**规章为什么可以成为权力来源？**规章主要是执行性的法律权限，遵循法律保留原则，职权和职责的调整一般不属于规章的调整范围，为什么这里规章可以作为权力来源？

**解释**：这里的规章本身也要有上位法的依据，只有上位法允许规章做进一步规定，才可能存在规章授权。 但是如果上位法没有规定，又会影响相对人合法权益，规章不可以成为权力来源。

事业单位和行政机关的区别在于宪法和组织法对其性质的定位。

**（二）行政机关（一般认为是自然具有行政主体的资格）**

1. **概念**：**行政机关是依宪法或行政组织法规定设置的行使国家行政职能的国家机关。**

现实：过于概括，不能作为认定的直接标准。组织法定到哪个层级？现实是到人民政府层级

《宪法》第85条：**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：**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。

国务院职权规定于《宪法》第89条，地方人民政府职权规定于《宪法》第107条。

《国务院组织法》和《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》对国务院和地方人民政府的组织结构和职权做了进一步规定。

【实践中地方组织法的规定还是比较宏观的，实践中让政府机关职能比较明确的是下发的**三定方案**（普通的规范性文件）：**定职能、定机构、定编制**，每个机关都有自己的**三定方案**，其实是组织性规则，没有上升到法律高度，严格来讲以法律形式规定下来比较好，但是我国的行政组织结构经常处在变化中，不是很稳定，目前的手段也导致我国的组织法发展不是特别的健全。总体来讲，一般的行政机关都有行政主体的资格。但少数机关没有行政管理职能，不是行政主体。】

我国的组织法规定的是比较笼统的，不具体。所以在实践中，仅有组织法是不够的，还需要三定方案，即定机构、定职能、定编制，其性质就是普通的规范性文件，但是却发挥着重要的作用。实践当中，如果三 定方案确定某个机关具有职权，那么它一般就可以当行政诉讼的被告。

1. **中央行政机关与机构**
2. **国务院（中央人民政府）**

①组织：国务院由总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、中国人民银行行长、审计长、秘书长组成。

②工作机制：

**第一，总理负责制：**总理领导国务院的工作。副总理、国务委员协助总理工作。（世界上绝大多数国家的行政机关都采取的是行政首长负责制，一些国家采用的是委员会制，比如美国。）

**第二，国务院会议：**国务院工作中的重大问题，必须经国务院常务会议或者国务院全体会议讨论决定国务院全体会议（频率低）：由国务院全体成员组成。

国务院常务会议：由总理、副总理、国务委员、秘书长组成。



副总理和国务委员本质上没有什么区别，在政治地位上存在差异。副总理都是中央政治局委员，国务委员不是，只是中央委员，地位有差异。大多数国务委员可能会兼任某个部的部长。

1. **国务院组成部门【属于行政机关】**

国务院下属的一般**行政管理机构，依法履行国务院的基本行政管理职能**。基本上都是具有行政职权的，可以成为行政诉讼的被告。

各部设部长1人，副部长2至4人。各委员会设主任1人，副主任2至4人，委员5至10人。

**各部、各委员会实行部长、主任负责制。**各部部长、各委员会主任领导本部门的工作，召集和主持部务会议或 者委员会会议、委务会议，签署上报国务院的重要请示、报告和下达的命令、指示。副部长、副主任协助部长、主任工作。

21个部门，3个委员会（发改委、国家民委、卫健委），银行，审计署委员会相对于部门管理更综合的事务，现在没有实质区分

市场化使得国务院职能范畴缩减-大部制改革

绝大部分部委都具有对外管理职能，但有些部门不承担行政管理职能，例如外交部、国防部



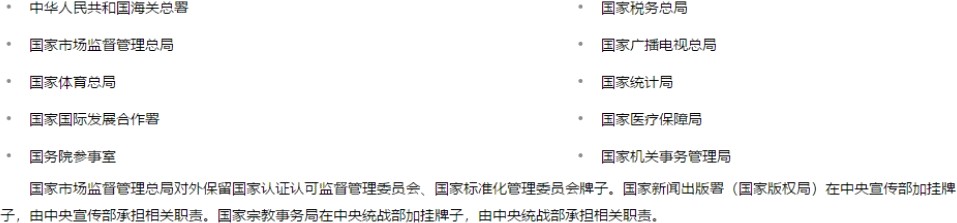
1. **国务院直属机构【通常是行政机关：局/总局】**

部委是国务院组成部分，通常管理一个面的事情，管理的事情具有综合性，但是**直属机构就不是国务院部门**了，而是管理某一个具体方面的事务的行政机关，职能窄一些。功能是相似的，但是在政治地位上不一样，地位比国务院组成部门低些。

**区别：**

一把手不出席国务院全体会议，涉及到工作范畴可能列席 设置上比部委简单，不需要通过人大，国务院自己确定即可

**国务院下属的专门行政管理机构，主管专项业务。直属机构在组织上与部委相似，但地位略低于部委，通常具 有对外的独立行政管理职权（有规章制定权）。Eg海关、税务、监管、广电；一般没有对外的行政管理职权就不会作为行政主体存在**



《国务院组织法》第11条：国务院可以根据工作需要和精简和原则，设立若干**直属机构**主管各项专门业务。

《立法法》第80条：**国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署**和**具有行政管理职能的直属机构**，可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，**制定规章**。

**总局都是正部级机构，局都是副部级机构。但都是国务院直属机构，不由部委管**。各个总局的局长和国务院下属部门的部长在行政级别上是一样的。

**市场监管总局、国家版权局**的问题：涉及党政合一的问题。行政管理事务归入党的事务。行政法只看是不是在形 式有行政管理职权，只要是，无论是党还是行政系统的机构，都可以当被告。可能会对宪法带来冲击。行政法冲击较小。

***直属机构的负责人不是国务院的组成人员。*国务院部委需要全国人大决定，但是直属机构不需要，有时候 直属机构可能升格为部委**eg国家环保部

国务院直属机构可以制定规章。但是如果没有对外具有管理职能，也不能制定规章eg国务院参事室（决策咨询机构，不是行政管理机构，不具有行政主体资格）

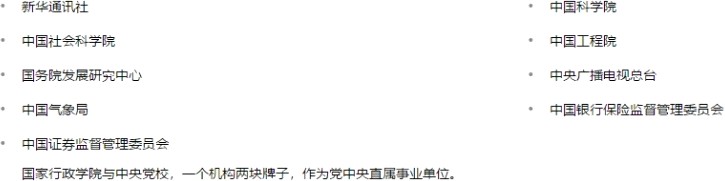
中国行政级别采用行政五级划分为：国家级、省部级、司厅局级、县处级、乡镇科级，各级分为正副职。中央部委的等级即平常大家所说的“国、部（省）、司、处、科”五级。

加挂牌子：新闻出版署挂牌到中央宣传部，不再是行政机关，而成为党的机构，在这种情况下，其性质是什么？和宪法有关，我国是双轨制。从行政法的角度来说，只要是法律法规授权职能，只要是在行驶国家管理的职能的时候，就可以作为行政诉讼的被告。

1. **国务院直属事业单位（不是行政机关，通常没有行政主体资格）**

国务院下属的从事教科文活动的**社会服务组织**（**主要提供服务**，并不是行政管理职能），**通常不具有行政主体资格**。基于历史原因，部分直属事业单位因单行法规定而拥有行政管理职权。

《证券法》第7条：国务院证券监督管理机构依法对全国证券市场实行集中统一监督管理。

**通常没有资格，但银保监会、证监会（正部级国属事业单位）其实具有很强的监管职能行政组织，事实上从事行政管理工作，有一般行政权（实践中认为也能制定规章），签发的主席令是规章。中国气象局近年来也增加了一些行政管理职能，比如说监管楼房安装避雷针等。**

**【总结】**可以制定规章的机构包括**国务院部委、国务院直属机构、有行政管理权的直属事业单位**（eg**银保监 会、证监会**）。

1. **国务院直属特设机构**

**国务院国有资产监督管理委员会【通常不是主体，但有时候会成为主体】国资委**

根据国务院授权，依照《中华人民共和国公司法》等法律和行政法规履行出资人职责。

性质和前面的不一样，既不是对外进行公共管理，也不是提供服务，而是对国有企业进行监管，履行出资人的资格，代表国家股东的权力，**这种和普通的行政监管是不同的，并非行政法上的监管职能，而是公司法上的监管职能，所以不是一个行政主体**。**一般国资委没有在履行行政管理职能，但是也不绝对，**eg国有资产的认定工

作，可能对其他相对人产生影响，**应该被视为公共管理活动，在这种个别情况下有可能成为行政诉讼的被告。**

1. **国务院办公机构、办事机构、议事协调机构（幕僚机构/辅助机构）**

**① 办公机构**：即国务院办公厅，负责处理国务院日常事务，**内部协调组织**，**不具有行政主体资格**。不是对外管理机构。eg国务院、省级政府、副省级政府，一般叫办公厅，地级市一般叫办公室

对外发文？代表政府的意志，不是自己的意志

**② 办事机构**：即国务院港澳办、国务院研究室，一般帮助国务院进行**非行政管理事务，不具有行政主体资**

**格**。【承办具体事务，现在只剩下港澳办和研究室，以前的国务院法制办移到了司法部】**只有职能（办事的功能），没有职权**。

**③ 议事协调机构**：如全国爱国卫生运动委员会、国家防汛抗旱总指挥部等，承担跨国务院行政机构的重要业务工作的**组织协调任务，主要针对跨部门的活动，任务主要是协调各方力量，而非管理**。

还有临时协调机构eg中央应对新冠肺炎临时工作小组。新冠肺炎防控小组，负责物资调运、生产等沟通协调。**一般没有行政管理职能（只是协调各部门的职权），有些情况下可能法律法规可以赋予义务。**Eg**疫情 防控指挥部，根据疫情防控条例，有紧急物资征调权/强制措施实施权，会在法律条文中对机构进行特别授权**。

**总结：辅助机构/幕僚机构在法律特别规定的情况下可能会成为行政主体**。

1. **国务院部委管理的国家局**【注意和直属国家局的区分】（比直属局低，都是副部级）【主体资格需要根据具体情况确认】

国务院直属国家局是隶属于国务院对国务院负责，但是部管国家局是隶属于部委，对部委负责，不直接对国务院负责。

中央的各个局有很多种，有的是国务院直属的局，有的是部委的下属的局，**前者有正部级副部级，后者基 本都是副部级。**

属于国务院组织机构，**但由部委管理，有时以自己的名义做出行政行为，有时以主管部委名义做出行政行 为，具有半独立性，没有规章制定权。**

设立部委国家局的目的：部委管理的事务中有一块比较特殊，需要进行单独管理，所以就设立了部委管理的国家局，但是**和部委的内设机构有不同**

区别：**独立性不同**

**内设机构没有独立的系统，只管业务问题，而部管国家局有自己独立的系统和机构（财物人事等），是一种过渡形态的组织形式。**

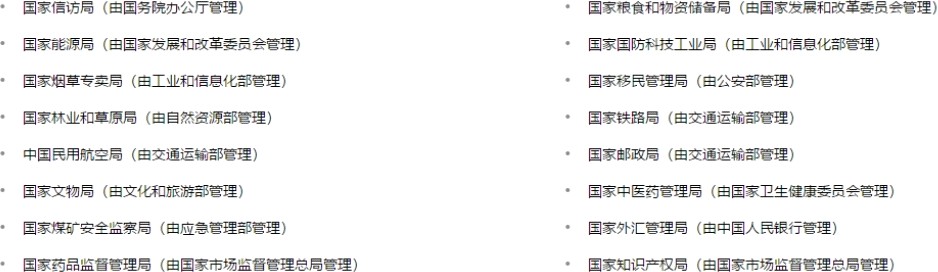
eg高等教育司是内设机构，但是这里的烟草国家局不是内设机构，而是部管的局，**具有独立的人事 和财务系统，其有相对的独立性**，但是高等教育司的财务是由高等教育部管理的，**独立性较弱，**烟草专卖局有一个自己的管理体系，**具有相对的独立性。但不可以直接向国务院呈文，只能通过部委向上反映**。

**行政管理方面，有时候可以以自己名义，大部分以部委名义，有没有行政主体资格需要根据不同情况判 断。**与直属机构不同，**直属机构直属于国务院，只要有行政管理职权，就有规章制定权，但是部管国家局隶属于部委，没有规章制定权。**

**部委国家局另一个职能：为机构改革做缓冲**。Eg林草局，原来林业部份是国务院的组成部门，后来林业部变成直属机构，现在又撤掉，由国家自然资源部进行管理，设立林草局，地位慢慢下降，之后也可能完全失去独立性变为林草司，这是机构改革的缓冲型策略。

某种程度上之所以要设国家局是因为这个领域需要专门管理eg国家烟草专卖局，未来变成国有企业还是内设机构都很难说。

**国家信访局基于功能上独立的需要而成为部委直属机构**。



**【总结】具有对外行政职权的机关，管理社会公共事务，就属于行政主体**

1. **地方行政机关**
2. **地方各级人民政府（四级体系）**

**省级（31个加台湾）：省、自治区、直辖市**

**市州级（地级）：设区的市、自治州**（四川凉山彝族自治州、云南大理白族自治州）

**县级：县、自治县、旗**（民族自治地方，主要在蒙古范围内）、**不设区的市**（县级市，和县之间的区别主要是 城市化发展水平和经济发展程度的区别，达到了一定的门槛就可以设县级市）、**市辖区**（一般是县级单位ex直辖市市辖区：正厅级，不是县级）

**乡级：乡、民族乡、镇**

不设部门，以乡镇政府的名义实施，可能有科、股，不属于组成部门。有时乡镇政府不堪重负 乡下面是村，属于基层群众自治的范畴，不再属于国家行政机关的序列。

宪法没有市级，把市统管几个县的情况是实践中发展出来的，实践中省管县不现实，eg四川省有特别多的县，需要设置中间层级，宪法中市和县同一级，都是省下面的行政级别

**条块结合**：块：地方政府及组成部门，条：从中央政府到地方，一般对应国务院的部委（行政命令的执行考虑），也不一定完全对应，例如城管部门

地方政权要配齐四套班子：党委政府人大政协，政府作为行政机关具有行政主体资格，**各级地方人民政府 都有行政主体资格。**

1. **地方各级人民政府的工作部门**

**一般地方人民政府的部门和国务院的部委是上下对口的。也可以在部门的权限分配上自己分配，有部门设置的自主权。**

**主体资格问题（通过三定方案决定）：对外有行政管理职能的部门，行使行政职权的就是行政主体，**如果只是研究室，属于内部参谋机构，没有对外管理职能，eg办公机构办事机构，没有行政职权，不是行政主体。

**常见行政机关就是人民政府和工作部门两种**。另外还有容易忽视的地方政府的派出机关。

1. **地方政府的派出机关（增加地方政府层级的灵活性）**

**出于方便行政管理的需要，地方政府可以根据《地方组织法》的规定，划定一定的范围，并派出一个机关代表自己行使职权。派出机关具有行政主体资格，但并非是一级政权（非由人大选举产生）。**

**①行政公署（省、自治区人民政府派出机关）**

**省政府可以向某个地区派出机关，对地区进行管理eg将若干个县划成一个地区，设行政公署进行管理** eg新疆阿勒泰地区行政公署（叫做地区，因为**不是一个完整的地方政权(只有党委、政府)，没有建立市级行政单位，没有对应的人大**）。政府也不叫政府，没有建立地方政权，所以叫行政公署。

以前很多地方都叫地区eg河北省沧州地区行政公署，设立行署专员，后来变成市了，有了四套班子。

**②区公所（县、自治县人民政府派出机关）相当于乡镇级别**

公所是以前继承下来的概念，现在大陆很少了。以县政府派出机关的形式存在。 eg河北省涿鹿县南山区公所

**③街道办事处（市辖区、不设区的市人民政府向街道派出机关，相当于乡镇政府）**

**市辖区内不会设另外的基层政权，所以是向区块设立的机关，和乡镇一个级别，目前各个地方普遍设立街****道办事处，作为城市市政府/区政府的派出机关。**

北京市海淀区北京大学燕园街道办事处（比较特殊，由北京市海淀区政府和北京大学双重领导，一般都是区政府负责的）具备行政主体资格。

**派出机关可以理解成是一级人民政府，但是不是地方政权（没有人大，乡镇有人大），具有行政主体资 格，做的是政府做的事。**

一级政府就是指和行政区划相匹配的某一层级的政府。

1. **地方行政机关的内设机构和派出机构【通常没有行政主体资格，但不一定，看有没有授权】 Eg派出所、税务所、工商所**

通常内设机构和派出机构不具有行政主体资格，因为没有独立的行政职权给他，但行政主体的地位不是以机构有没有法人地位来判断的，行政主体最重要的是**看有没有法律专门给你的独立的行政管理职权**，如果有，就是。**这里的内设机构或派出机构如果得到了授权，就是行政主体**，一些特殊的派出机构和内设机构因为获得法律特别授权而具有一定的独立行政管理职权。

例：《治安管理处罚法》第91条规定，治安管理处罚由县级以上人民政府公安机关决定；其中警告、500 元以下的罚款可以由公安派出所决定。

意思是法律规定排除所对500以下的罚款可以独立行使职权，这种情况下公安派出所具有了行政主体资格；

行政拘留？要以公安局的名义实施

**（三）法律、法规、规章授权组织**

**行政机关一般情况下都是具有行政管理资格的，除非行政机关没有对外的行政管理职权，没有行政权力， 但是一般默认机关都有职权。但是被授权组织一般是没有行政主体资格，一般的存在状态都是社会团体、企业等，一般没有行政职权，如果法律法规规章进行专门授权，就可以成为行政主体。**

**部分非政府组织，本无行政职权，但根据法律、法规、规章的授权，对特定事项拥有了行政管理权。授权形式：**

**直接授权：**根据法律规范直接拥有行政管理职权；

**间接授权：**其他行政主体根据法律规范规定再行授权。（另外一个机关对你进行授权）

被授权的组织有各种形态，eg企业、事业单位、社会团体，也包括行政机关（eg内设机构、派出机构本来也没有行政职权），被授权之后就成为行政主体。

例1 《铁路安全管理条例》**（行政法规，一般只有法规叫条例）**第65条：**铁路运输企业**应当依照法律、行政法规和国务院铁路行业监督管理部门的规定，对旅客及其随身携带、托运的行李物品**进行安全检**

**查**。（**国有企业**，国有企业承担一定公共管理职能）——【**直接授权】，性质是行政法规。 文号有国务院令。**

## 铁路运输是一个企业，安全检查对人的合法权益产生影响，一般企业不能，除非得到授权。

符合比例原则，安全检查对相对人影响最小，不需要开包检查

例2 《学位条例》第8条：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**【例如中科院大学、社科院大学】和科学研究机构【例如中科院、社科院】授予。（被授权主体：**事业单位**）——【**间接授权】**

*学位条例是一个法律。授权行为是间接授权的形式，没有直接规定所有高校都可以进行学位授予，只有经 过国务院授权才可以，这里其实也是一个法律法规的授权，需要经过国务院的中转。*

例3 《注册会计师法》第9条：参加注册会计师全国统一考试【CPA】成绩合格，并从事审计业务工作二年以上的，可以向**省、自治区、直辖市注册会计师协会**申请注册。（**社会团体**，行业协会在行使行政职

能）——**【直接授权】**

*社会团体发证的行为是一种****行政许可的行为****。这种行政许可的实施机关不是政府机关，而司法资格是由司法部门批准的，注会法对协会进行了授权。属于直接授权，****将行政许可实施权赋予了社会团体****。如果不 服，可以以协会为被告提起行政诉讼。*

例4 《突发公共卫生事件应急条例》第33条：根据突发事件应急处理的需要，**突发事件应急处理指挥部有 权紧急调集人员、储备的物资、交通工具以及相关设施、设备；必要时，对人员进行疏散或者隔离（符合上位法规定），并可以依法对传染病疫区实行封锁。（对行政机构授权）**

**行政机关内部机构本来不具有行政职权，但是经过授权以后就有了职权。**赋予指挥部一系列权利，是条例专门赋予的，指挥部本身只是临时协调机构，没有组织法的授权，但是单行法授权之后就成为了一个行政主体。

**问题/区分**：针对法律法规规章授权组织。法律法规规章中规定的内容非常旁杂，有的是授权，但不是说只 要说你有权限规定你可以做某些事情，就是授权了。之前我国的行政法在这方面的处理比较粗糙，实践中有一些情况法律法规的规定不能被理解为公共管理职权。行政包括公共行政也包括私行政，如果行政主体行使的职权是私行政、内部活动，就不能被称为行政主体。

被授权组织只有行使公共管理职权时，行政主体资格方才成立。**只履行一般自律监管职责时，不能成为行政主体**。行政上的讨论主体首先是公共行政，公共管理与社会自治之间应该存在区分。

**俞：履行法律优先原则和法律保留原则，就不能无限扩大行政主体的范围。一个社会组织只有在其履行公共管理职能的情况下，才能赋予其行政职能。在只履行自律职能管理职责的时候，不能赋予其行政职能和行政主体资格。**

**例：长春亚泰足球俱乐部诉中国足协行政处罚不当案**

2001年10月16日，中国足球协会纪律委员会下发《关于对四川绵阳、成都五牛、长春亚泰、江苏舜天和浙江绿城俱乐部足球队处理的决定》，内容如下：

在中国国家足球队冲击世界杯决圈的关键时刻，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却在**甲B联最后两轮的三场比**中，严重违反体育公平竞争精神、严重损害中国足球职业联形象，在社会上造成了极其恶劣的影响**【黑哨事件】**。为了保护广大俱乐部的利益；严肃风纪，净化中国足球环境，推动中国职业足球联健康发展，**中国足球协会纪律委员会根据事情发生的真相和在中国足球事业中造成的严重后果，研究并经中国足球协会批准。决定对以上五支俱乐部队做出如下处罚**：

1、除上海中远汇丽队外，其他队一律取消本年度升入甲A联的资格；

2、取消 9月 29日成都五牛队对四川绵阳队、10月6日江苏舜天队对成都五牛队、浙江绿城队对长春亚泰队三场上场比国内球员2002年注册资格；

3、取消四川绵阳队、成都五牛队、长春亚泰队、江苏舜天队和浙江绿城俱乐部队在以上三场比表中上场国内球员2002年和2003年转会资格；

4、取消四川绵阳队、成都五牛队、长春亚泰队、江苏舜天队和浙江绿城俱乐部队20O2年和2003年甲、乙级联引进国内球员的资格；

5、给予四川绵阳队、成都五牛队、长春亚泰队、江苏舜天队和浙江绿城俱乐部队在该三场比中执教的国内主教练，停止2002年季工作一年的处罚；

6、取消四川绵阳队参加 2002年全国足球甲级队联的资格，降为乙级队。

7、以上俱乐部从本决定下发之日起进行3个月的内部整顿，并将整顿结果于2002年1月15日前上报中国足球协会。中国足球协会将根据上述俱乐部内部整顿的实际情况，决定是否允许参加20O2年度的甲、乙级联 和足协杯比。同时对被处罚运动员和教练员保留进一步调查处理的权利。

**2002年1月7日，亚泰足球俱乐部以中国足协为被告，向北京市第二中级人民法院提起行政诉讼。**【因为足协和足球俱乐部有管理关系，但是需要分析足协是不是行政主体。】亚泰俱乐部认为，中国足协做出的处理决定既没有事实根据，也没有法律依据。**作为法律授权的具有行政管理职权的组织，中国足协在行使法律授予的行政管理职权时，严重违背了以事实为根据、以法律为准绳的法治原则**，对亚泰足球俱乐部及其教练员和球员的处罚是主观臆断、越权和滥用职权的行为，完全违背了法律授权的原则和法定程序，依据

《行政诉讼法》应予撤销。

**问题：足协是否是行政主体？1、是否是行政机关？（不是）2、是法律授权组织（律师认为：体育法**

**31.2）。体育法的规定能否作为足协有行政管理权的规定？**

**《体育法》第31条第2款：全国单项体育竞由该项运动的全国性协会负责管理。**

1月23日，北京市第二中级人民法院做出裁定，以长春亚泰及其教练员、球员对中国足协提起的行政诉讼 **“不符合《中华人民共和国行政诉讼法》规定的受理条件**【足协不满足行政主体资格】”为由，裁定不予受理。

**俞祺：不能。前面的处罚都是协会的管理行为，不应该被认为是一种公共管理。因为影响都限制在足球领域，是内部管理行为不是公共管理行为，和学位授予不一样，学位授予决定会影响社会的学位授予标志。影响只限于协会内部，没有产生公共影响。从法律上来讲不能认为是一种公共行政活动，不存在外部行政权力的行使，也就不能作为行政主体。**

*中国足协对亚太俱乐部的处理应属于****行业组织对其内部成员的自律管理，不属于公共行政****（只涉及对内部 成员的管理，不与组织外部单位、团体或个人产生直接关联）。事实上，司法的介入可能会干扰行业内部的原有秩序并影响行业组织的专业判断。****本案中，《体育法》的笼统规定并不能构成对足协的行政授权，而宜理解为法律对行业协会自律监管地位的确认****。俞老师认为，不适宜将足协认定为行政主体，不能成为行政诉讼的被告。*

***寻求救济的方法：内部救济****。Eg足协申诉。司法机关不是所有的事情都管，而只管涉及公共领域的事情，否则可能影响领域的自治，因为领域具有专业性。但是不能寻求法院对于足协的司法审查。*

*法律法规授权组织授权的是公共管理职权。如果法律法规只是规定了你有这方面的管理权限，那不能简单视为授权，而要结合具体情况，看他行使的管理权限是不是公共管理权限。*

## 法律规定的权力具有公共性质时，才能作为行政主体的授权

**【和公行政的判断的关系？】⭐但并非所有行使自律监管权的行为均不可诉，当自律监管事项涉及重要事 项时（如受法律保护的重要利益），自律监管主体应具有行政主体资格，接受司法审查。**

**基本权利就有公共性质，不是内部主体可以处分的事情**

*一般情况下，自律组织的内部管理行为不可诉，但涉及重要权利时，也需要接受司法审查，不能导致内部管理的垄断，否则会导致不公。*

**例：田永诉北京科技大学案【教育行政领域开创性案件】**

田永系北京科技大学1994级本科生1996年2月29日，田永在电磁学课程的补考过程中，随身携带写有电磁学公式的纸条。考试中，去上厕所时纸条掉出，被监考教师发现。监考教师虽未发现其有偷看纸条的行为，但还是按照考场纪律，当即停止了田永的考试。**北京科技大学曾于1994年制定了校发（94）第068号**

**《关于严格考试管理的紧急通知》（简称第068号通知）。该通知规定，凡考试作弊的学生一律按退学处 理，取消学籍。北科大据此于1996年3月5日认定田永的行为属作弊行为，并作出退学处理决定。**

同年4月10日，**学校填发了学籍变动通知，但退学处理决定和变更学籍的通知未直接向田永宣布、送达， 也未给田永办理退学手续【存在正当法律程序的问题，作出不利的决定应该告知相对人并给予陈述申辩的机会】，田永继续以该校大学生的身份参加正常学习及学校组织的活动。**1996年9月，学校为田永**补办了学生证**，之后每学年均收取田永交纳的教育费，并为田永进行注册、发放大学生补助津贴，安排田永参加了大学生毕业实习设计，由其论文指导教师领取了学校发放的毕业设计结业费。田永还以该校大学生的名义参加考试，先后取得了大学英语四级、计算机应用水平测试BASIC语言成绩合格证书。田永在该校的四年学习中成绩全部合格，通过毕业实习、毕业设计及论文答辩，获得优秀毕业论文称号，毕业总成绩为全班第九名。

1998年6月，田永所在院系向被告报送田永所在班级授予学士学位表时，被告有关部门以田永已按退学处 理、不具备北京科技大学学籍为由，拒绝为其颁发毕业证书，进而未向教育行政部门呈报田永的毕业派遣资格表。田永认为自己符合大学毕业生的法定条件，北京科技大学拒绝给其颁发毕业证、学位证是违法的，经向国家教委申诉无果后，向北京市海淀区人民法院提起行政诉讼。

**法院裁判：**

【被告资格问题】

根据我国法律、法规规定，高等学校对受教育者有进行学籍管理、奖励或处分的权力，有代表国家对受教育者颁发学历证书、学位证书的职责。**高等学校与受教育者之间属于教育行政管理关系，受教育者对高等学校涉及受教育者基本权利的管理行为不服的，有权提起行政诉讼，高等学校是行政诉讼的适格被告。**

影响基本权利的行为具有公共性

【合法性问题】

高等学校依法具有相应的教育自主权，有权制定校纪、校规，并有权对在校学生进行教学管理和违纪处 分，但是其制定的校纪、校规和据此进行的教学管理和违纪处分，**必须符合法律、法规和规章的规定，必须尊重和保护当事人的合法权益【法律优先原则】**。本案原告在补考中随身携带纸条的行为属于违反考场纪律的行为，被告可以按照有关法律、法规、规章及学校的有关规定处理，**但其对原告作出退学处理决定所依据的该校制定的第068号通知，与《普通高等学校学生管理规定》（教育部规章）第二十九条规定的法定退学条件相抵触（法律没有规定作弊为退学条件之一，没有依据），故被告所作退学处理决定违法**

**【法律保留原则，重要权利由法律确定，没有法律依据影响当事人的基本权利】**。

**如果是教育部规章规定退学？也要严格遵守法律保留原则，需要有上位法依据。**

【正当程序问题】

退学处理决定涉及原告的受教育权利，为充分保障当事人权益，**从【正当程序原则】出发，被告应将此决定向当事人送达、宣布，允许当事人提出申辩意见**。而被告既未依此原则处理，也未实际给原告办理注销学籍、迁移户籍、档案等手续。被告于1996年9月为原告补办学生证并注册的事实行为，**应视为被告改变了对原告所作的按退学处理的决定，恢复了原告的学籍（对外作出有矛盾的行为，以新行为为准）**。被告又安排原告修满四年学业，参加考核、实习及毕业设计并通过论文答辩等。上述一系列行为虽系被告及其所属院系的部分教师具体实施，但因他们均属职务行为，故被告应承担上述行为所产生的法律后果。

北京市海淀区人民法院于1999年2月14日作出（1998）海行初字第00142号行政判决：一、北京科技大学在本判决生效之日起30日内向田永颁发大学本科毕业证书；二、北京科技大学在本判决生效之日起60日内组织本校有关院、系及学位评定委员会对田永的学士学位资格进行审核；三、北京科技大学于本判决生效后 30日内履行向当地教育行政部门上报有关田永毕业派遣的有关手续的职责；四、驳回田永的其他诉讼请 求。

**问题一：学校能不能当被告，是否具有行政主体资格？**学校是不是法律法规授权组织？其实没有很明确的规定。

是否能提起行政诉讼？

分析：本质上是学校内部的管理活动，外部的司法权是不介入干预的，因为不是公共行政，**但是本案中不一样的情况在于做了退学处理，可能影响公民的受教育权，是对公民可能产生严重影响的行为。**看到法院在论证主体资格时的论述：一般情况下不涉及基本权利可以自己管理，**涉及基本权利学校就可以成为行政主体，因为涉及 的基本权利非常重要，同时影响基本权利的行为应当法律保留**。

【两个角度来说为什么有行政主体资格】1\受教育权非常重要，所以纳入司法保护2、影响的是受法律保留的基本权利，这样的行为是一种公共管理行为，是一种有社会影响的行为，对社会人力资本产生一定的影响，所以学

校应该具有行政主体的资格。

**问题二、退学处理决定的合法性问题**

学校的规定能不能做退学的决定？**影响到受教育权的行为应当获得法律保留**，学校的通知不可以直接处理别人 的权利事项。所以通知是有问题的。法院的论述是与法定退学条件相抵触，这个论述有问题，因为普通高等学校管理规定是一个规章，规章是否能规定退学条件？如果没有上位法的规定，不能规定退学条件。最合适的方式是在高等教育法中做相关说明：开除学籍退学由国务院教育行政主管部门规定，法律对行政机关授权，行政机关再做具体条件的细化规定，是合法的。没有上位法规定就做出影响重要权利的行为，是有问题的。

Ps: 法院在这里讲的抵触是不合适的，其实是没有依据。教育部的规章也有问题，规定退学，因为退学涉及到受教育权，而规章只是行政法规。

**问题三、正当程序问题**

学校前后的行为相互矛盾，法律上可以认为学校以后面的行为替代了前面的行为。

**从【正当程序原则】出发，被告应将此决定向当事人送达、宣布，允许当事人提出申辩意见**。没有送达被认为 行为没有发生，不产生效力。

综上，田永的权利应该得到保障。

**（四）行政授权与行政委托**

**还有一种主体也在行使行政权力，但不是行政主体，而是受委托主体**。有的国家委托制度成为行政助手制度。但是这种委托没有法律规定，所以不是被授权组织，**行政委托的受托机关不是以其自己的名义从事行政活动**。受委托组织是以委托机关的名义从事行政活动，代表其进行行政活动，最后的效果、争议，有诉 讼的话被告应该是委托机关而不是受托机关。

**所以行政授权和行政委托之间有重要的区别**

**授权以后的效果是创造了行政主体，行政委托没有创造行政主体**，只是将行政行为的具体行使者进行了下放。两者之间法律效果不同，所以基本法律要求上也不同。

**授权的话行使权力要谨慎，被授权的一般是组织，**要符合一定条件，不会是个人，因为个人不稳定性太强了。但是委托不一定委托给组织。（有的规定了必须委托给组织除外），一般的事项委托给个人也是可以的，只是权力的移转没有产生行政功能的移转。法律效果上也有区别。

受委托方没有独立的职权，委托方具有独立的职权。

**行政授权：通过法律、法规、规章的规定，使原本没有独立行政职权的组织获得行政职权，具备行政主体资格，独立承担法律责任**。

**行政委托：行政主体委托其他机关、机构、个人代理其从事行政活动。被委托主体以委托主体的名义作出行为，法律责任由委托主体承担，因为行政委托没有法源依据**。

**二者区别：**

**对象不同**：授权的对象是不具有行政职权的组织（个人不能成为授权对象）；委托的对象可以是组织、也可以是个人。被委托的对象比较的灵活。有很多的单行法对委托进行了单独的规定。

**效果不同**：授权的效果是使被授权组织成为行政主体，独立承担法律责任；委托并不产生行政职权的转 移，相关法律责任仍然由委托机关自行承担。尽管受托机关行使的权力范围超过了委托机关的权限范围， 这些违法的效果依然由委托机关承担，产生了类似表见代理的效果。

**依据不同**：授权应当有法律、法规、规章的依据（有时候也要有质疑）；**委托若无法律明确要求，不需要法律依据。**（有时候如果明确要求有法律依据eg行政处罚行为、行政许可行为的委托要有法律依据，但是其他对于相对人影响不那么大的行为就不需要法律依据，是灵活处理的方式，也有一些行为不能委托）有利于提高行政效率，减少行政负担。

**三、公务员**

**（一）公务员概述**

公务员制度是内部行政法内容，而我们经常讲的行政主体（只能是组织，不能是个人）是外部行政法。内部行政法并不是说完全不能寻求法院的救济。比如说开除公务员，涉及到体系内外的一个联系问题。

公务员不是行政主体，只是行政主体（不只是行政主体）的工作人员，实际上只要履行公职，纳入行政编制由国家财政负担工资提供福利就算是公务员，我国规定比较宽泛。

不仅是行政机关中的公务员被叫做公务员。司法、监察机关中的工作人员都是公务员。Eg法官是公务员，首先要遵守公务员法，然后要遵守法官法。

除了国家机关工作人员之外，还包括了政党机关的工作人员（共产党、其他党派机关的工作人员），西方国家无法想象。

我国政协机关、人民团体（工会、青年团、妇联）中的公职人员也是公务员。（团员不是履行公职的人员，不是公务员）。

还有参公管理的人员（按照法律法规授予的权利履行公共管理职能的事业单位【没说社会团体】，如果事业单位本身从事公共管理活动，里面经过批准的工勤人员以外的人员参照公务员法进行管理，称为参公人员）【因为事业单位本质是主要是为了提供公共服务，但是我国目前整体行政组织改革还没有稳定下来，因此我国很多事业单位也在履行行政管理职能。工作人员可以参公管理】

由于其与行政主体尤其是行政机关有十分密切的联系，故同样放在行政主体一章加以介绍。

1. **公务员的范围**

**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。核心：纳入国家行政编制**

履行公职？事业单位中也有很多履行公职

实际上包括了国家立法、行政、司法、监察等**国家机关**的全部公职人员，还包括了中国**共产党机关**、**民主党派 机关**、**政协机关**、工青妇（工会、青年团、妇联）等**人民团体**中的公职人员。*在其他国家很少见。是党派机关的工作人员才是公务员，而非是所有的党员。*

另外，法律、法规授权的**具有公共事务管理职能的事业单位**（eg证监会、银保监会）中除工勤人员以外的工作 人员，（参公管理人员）经批准参照《公务员法》进行管理。*其本身不是公务员，但是福利等和公务员差不多。国家行政编制其实就是我们常说的国家编制，但事业编制不是公务员。****行政编制是区分公务员和非公务员的最主要的因素。***

1. **公务员的职位分类**

《公务员法》修改颁布之后，公务员的职位分类如下：

1. **综合管理类**（兜底条款）：除专业技术类和行政执法类公务员以外，从事综合行政管理工作的公务员。这是公务员的一般类型。【大部分】
2. **专业技术类**：专门从事专业技术工作，为机关履行职责提供技术支持和保障的公务员。如公安部门的刑侦技术、行动技术（包括网监）职位，气象部门的气象预警预报、气象信息网络职位。
3. **行政执法类**：依照法律、法规对行政相对人直接履行行政许可、行政处罚、行政强制、行政征收、行政收 费、行政检查等执法职责的公务员。如公安、交通综合执法、规划土地监察、城管监察、卫生监督、监狱劳教等部门的公务员。

**不同分类有不同职级序列。**

1. **其他类公务员**：对于具有职位特殊性，需要单独管理的，可以增设其他职位类别

西方国家分类：政务官（机关首长）和业务官（做具体事务的人员），区别在于，前者定期随着党派轮换，后者不随着政党共进退。我国没有这种分类需要，且我国公务员的选拔和晋升体系有独特优势（高级官员都是基层晋升的，所以中国领导对行政体系都经验丰富，而西方国家不能从业务官直接变成政务官，政务官可能对政治运作了解非常粗浅，是两种不同的执政理念，我国经济发展主要是政府推动，政府的眼光领导对地方的发展是非常重要的，必须对一个地方的运作有清晰的认识）

1. **公务员的职务和职级领导职务层次：**

国家级正职、国家级副职；

省部级正职、省部级副职；厅局级正职、厅局级副职；县处级正职、县处级副职；乡科级正职、乡科级副职

大体上是分为五个级别，十个职位。

**国家级正职**（正国家级机构的政治领导和中央政治局常委）：中国共产党中央委员会、全国人大常务委员会、国务院、全国政协、中央军委（同时是党军委和国家军委）、国家主席（包括主席和副主席）。另外，还有中央书记处书记（王沪宁，不担任国家职务）、中纪委书记（赵乐际，不担任国家职务）、国务院第一副总理（韩正）

【后三者不是正国级机构，但是属于政治局常委，所以职位也是正国级】七个人

**副国级**：正国家级机构的副职领导人和副国家级机构的正职领导人。国家副主席、最高人民检察院、法院院长、

国家监察委员会主任等，所有的中央政治局委员都是副国级（eg四大直辖市、新疆、广东党委书记），无论他们的职位是什么。

**省部级**：省、自治区、直辖市的一把手。（党的一把手不一定eg直辖市党委书记、广东省省委书记、新疆自治区书记属于政治局委员，是副国级），但直辖市市长、国务院下属部门eg教育部部长、发改委主任一般是正省部 级，但有些部门一把手也是副国级，eg由国务委员兼任部长的情况。但是一般部长、省长都是正省部级。

**副省部级**：正省部级机构的副职领导人和副省部级机构的正职领导人。副省部级在中央包括直属机构中的局的局长、副省级的城市（区域中心城市eg哈尔滨沈阳长春西安等，五个计划单列市eg深圳青岛等）的市长、市委书 记，还有副部级国有企业一把手

**厅局级（地厅级）**：各个中央部委中的司局、司局长，省的厅长、设区市自治州的州长，比如高等教育司司长，设区市的市委书记、市长等

**县处级**：县级市/县/市级政府部门的xx处的干部。

**乡科级**：乡镇的乡镇长，设区市教育局（设区市厅局级、教育局正处级）的财务科的科长；中央部委中没有科的级别，但有可能有科员级别但不是科长。但是基层单位中有科，但是比较乱，有的叫做处实际上是科。

**中国共产党中央书记处**是中央政治局和它的常务委员会的**办事机构**。中央书记处成员由中央政治局常务委员会 提名，中央委员会全体会议通过。中央书记处的工作由中央委员会总书记主持。中央书记处实行集体领导和个人分工负责的制度。中央书记处设书记若干人。

**没有领导的以前叫做非领导职务，为了激励，现在叫做职级，扩张了名额，在职级序列（待遇）上跟领导差不多，只是没有权力。比如县级的县委书记给予副厅级。**

**综合管理类公务员职级序列（非领导职务）：职级序列和职务序列大致是相互对应的。**

一级巡视员（正厅级）、二级巡视员（副厅级）【不能这么对应但是大致上是这样的关系】

一至四级调研员（县处级，本来是只有正调研员和副调研员，但是因为晋升比较紧张而化成了四级）一至四级主任科员（硕士毕业四级主任科员，博士毕业二级主任科员）

一级科员、二级科员

**专业技术类公务员职务序列**

一级总监、二级总监（对应巡视员）一至四级高级主管（对应调研员） 一至四级主管（对应主任科员）

专业技术员

**行政执法类公务员职务序列**督办【厅局级】

一至四级高级主办一至四级主办

一级行政执法员、二级行政执法员

之外特殊类型的公务员还有可能有自己的级别，eg人民警察有警衔、外交官的衔级体系，按自己的规定来。北京大学是国务院直属副部级机构，校长和党委书记都是副部级。

**（二）公职关系的产生**

1. **考录【最常见的】【非选任式公务员】**

录用担任**一级主任科员以下及其他相当职级层次**的公务员【非领导职务】，采取公开考试、严格考察、平等竞争、择优录取的办法。（新录用的公务员试用期为一年）

**漏洞：可能有人先成为调研员之后选调方式，躲避考试。（选调生可能参加的是选调特别考试）**录取条件

《公务员法》第25条：报考公务员，除应当具备本法第十三条规定的条件以外，**还应当具备省级以上公务员主 管部门规定的拟任职位所要求的资格条件。**

【特别规定】国家对行政机关中初次从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决、法律顾问的公务员实行统一法律职业资格考试制度，由国务院司法行政部门商有关部门组织实施。

【否定性条件】《公务员法》第26条：下列人员不得录用为公务员：

（一）因犯**罪受过刑事处罚**的；【只有法院定罪才算，如果只是有犯罪行为没有处罚，也可以成为公务员】

（二）被**开除中国共产党党籍**的；

（三）被**开除公职**的；（包括国家机关和事业单位中从事公务的人员）

（四）【值得考虑】被**依法**列为**失信联合惩戒对象的**；

*【争议比较大，很多地方实行联合惩戒，产生一些问题eg一个女生发现其父亲是失信被执行人，但是考试通过了，是否应该连坐？是否存在链接的合理性——应该考虑；】*

*【****限制****：1、依法：依什么法？yq：一般是法律法规规章，但此处应当理解为由法律规定被列为是新惩戒对象 的。原因：从兜底条款来看，由法律规定，所以上面的条款应该与之相一致，****只有全国人大/常委会的法律才可以列举为否定条件，如果是其他法规/规章/其他规范性文件，不能规定限制公务员任职条件的条款，否则都可以自己加一项进来，不能当公务员与某一个行为挂钩，这样会影响公务员法的结构****。而且担任国家公职是一种 政治权利，剥夺这种权利，只能由法律规定；与第五条保持一致】*

（五）**有法律规定**不得录用为公务员的其他情形的。

1. **委任**

任免机关在其任免权限内，委派公务员在某一单位担任职务。（**通过公开考试录取的公务员一开始没有职级，** **试用期满后合格，经过委任，才能具有相应职务——考录与委任两个环节基本连接在一起**）

还可以委任到某一个职级。

1. **选任**

通过民主选举方式进行，由**地方各级人民代表大会分别选举本级人民政府的领导人**。（《宪法》第101条：地方各级人民代表大会分别选举并且有权罢免本级人民政府的省长和副省长、市长和副市长、县长和副县长、区长和副区长、乡长和副乡长、镇长和副镇长。）

作用：抑制贵族政治

⭐**中央人民政府的行政首长（不是选举产生的）：***国务院总理由国家主席提名，并不是由全国人大选举产生，只有同意不同意两项，由决定产生，没有其他人的选项，只能同意或不同意。只有国家主席是选举产生的。地方各级行政首长都由同级人大选举产生。*

1. **聘任【比较灵活】**

单位根据工作需要，专业人士的需要**，经省级和以上公务员主管部门批准**，可以面向社会公开招聘人才（聘任合同期限为一年至五年）特别是专业性要求特别高的情况

*之前的聘任制公务员数量极少，近几年越来越多*

例：山西省大数据产业办公室招聘高级主管，预计年薪为30万-40万元（远远超过了一般公务员的薪资水平）。需要应聘者具有5年以上相关行业从业经历，以及较强专业能力。

高等学校也向这个方向发展，老师大多是聘任制的，要求比较高。公务员也一样，压力比较大。

**（三）公务员的基本内容【交流、回避】**

1. **公务员的交流**

*公务员的交流是指公职人员离开原工作岗位，到其他岗位上工作。有利于增强公务员体系的活力。*

**公务员可以在公务员和参照本法管理的工作人员队伍内部交流，也可以与国有企业和不参照本法管理的事业单 位中从事公务的人员交流。**

**作用：**增加才干，避免腐败

1. **调任（从外面调到公务员中）**

国有企业、高等院校和科研院所以及其他不参照《公务员法》管理的事业单位中从事公务的人员，可以调入机关担任**领导职务**或者**四级调研员（副处级）以上及其他相当层次的职级**。主要想调用具有专业知识/经营才能的人做公务员eg做领导，北京市长，从清华大学校长调到环保部部长再调到领导职务，否则也是四级调研员以上，因为以下就是一级科员了，都需要通过考录的方式进来。调任进来就必须有相当高的级别，这样会造成漏洞。先在参公企业中做到四级调研员左右的位置然后直接调任成公务员，是一种钻空子的行为。但是还是比较困难的。 在体系外的时候也是从事公务的人员

*从公务员系统外调任进入公务员系统内担任职务，也可以视为公职关系产生的一种方式*

1. **转任（体系内部的调动，也会发生人事的变化）转任的目的：**

**1、对于领导干部，跨地区跨部门转任有利于增长才干和阅历**

**2、减少腐败，防止固着的利益集团的形成。**

**3、促进信息在公务员系统中流动**

Eg财务人员、会计也要定时更换。

**概念：**公务员在国家机关内部不同职位间调动。**种类：**

1、省部级正职以下的领导成员应当有计划、有重点地实行**跨地区、跨部门转任**。

效果：1.防止根深蒂固，形成山头；2.增加公务员的才干

2、担任机关内设机构领导职务和其他工作性质特殊的公务员，应当有计划地在本机关内转任。

锻炼干部，防止山头主义，如果是比较特殊的职位，主要是为了防止腐败，比如财政部的人员。

3、上级机关应当注重从基层机关公开遴选公务员（因为高层机关的主要任务是制定政策，需要工作人员对基层的情况有切身的感触、把握）

*带有人事管理的科学性，防止不正当地方利益的形成（独立王国）和腐败发生；需要增加干部的阅历和行政经验*

1. **挂职**

前两种都会发生人事关系的转变，挂职不会改变。上挂、下挂、外挂**公务员在不改变与原单位人事关系的情况下短时间担任其他职务。**

（协助完成重要项目/挂职锻炼，锻炼才干，特别是上级到下级部分挂职，有利于贯彻中央政策，对接资源促进地方发展，有利于沟通不同层级的信息，使公务员系统工作更为有效。）

根据工作需要，机关可以采取挂职方式选派公务员承担重大工程、重大项目、重点任务或者其他专项工作。

1. **公务员的回避**
2. **任职回避（3种）**

**【行政机关】公务员之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲关系以及近姻亲关系的**，**（1）**不得在 **同一机关双方直接*（间接的没关系）*隶属于同一领导人员*（eg一个处长下面的主任科员不能是夫妻*，防止领导人员权力被架空）的职位**或者**（2）**有**直接上下级领导关系（直接上下级，间接不算，防止利益集团的形成）**的职位工作，也**（3）**不得在其中一方担任领导职务【不管正副】的机关从事组织、人事、纪检、监察、审计和财务工作【均为关键岗位】【防止公器私用】。

近姻亲：配偶的血亲、血亲的配偶、配偶的血亲的配偶、血亲的配偶的血亲。

【企业和行业监管部门】公务员不得在其**配偶、子女及其配偶经营**的企业、营利性组织的***行业监管或者主管部 门***担任**领导成员**。（亲戚范围小一些，核心小家庭成员）（如果范围太大，很多地方没办法进行工作，尤其是在小地区，所以不能太严格）如果不是领导，而是一般的公职人员是可以的。

【地域任职回避】公务员担任**乡级机关、县级机关、设区的市级机关【本省人当本省省长是可以的】**及其**有关部门（eg组织部、纪委、公安局、检察院、法院等等）主要领导职务【正职领导干部】**的，应当按照有关规定实行**地域回避**。【户籍地、生长地】

*功能：基本功能在于防止腐败发生。*

**以下情形是否需要任职回避？**

例1：张某担任家乡所在县的县长【地域回避】。

密云区的人不能担任密云区区长，密云区是市辖区，相当于县级机关。可以担任海淀区的区长，也可以在北京市担任市长，因为北京是设区的市。县级与设区的市并列，因此说明是不一样的。

例2：李某系市环保局局长【地方领导职务】，其侄女【三代以内旁系血亲】担任环保局会计【财务工作】。

需要回避，敏感岗位。

例3：王某为县公安局局长，其妻为该县公安局所属派出所户籍警察【**没有直接上下级领导关系，如果其妻子为派出所所长，则需要任职回避】。**

例4：刘某为某市文化旅游局局长，其外甥【并不属于配偶、子女及其配偶经营】经营该市一家旅行社。不需要回避。

1. **公务回避【任职没有问题，但是执行职务过程中的回避，不限于亲戚】**涉及本人利害关系的；

涉及与本人有**夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲关系以及近姻亲关系**的人员的利害关系的；

其他可能影响公正执行公务的。【一般利害关系eg同学】

## 只要影响到公务执行的公平公正，行政相对人就可以申请回避

**（四）处分、辞职【不一定惩戒性】与辞退**

公务机关的内部问题，目前不接受对于处分的司法审查。

1. **公务员的处分**
2. **处分的事由**

公务员因违纪违法应当承担**纪律责任**的，依照本法给予处分或者由监察机关依法给予**政务处分**。

**执行主体**：**1、公务员所在的机关，直接按照公务员法进行处分2、监察机关，可以做出政务处分决定。二者之 间有竞合关系，一事不再罚**

对同一违纪违法行为，监察机关已经作出政务处分决定的，公务员所在机关不再给予处分。**【一事不再罚】**

**⭐违法原因：**

玩忽职守等普通违法

【上级决定违法的豁免命令】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【行政处分的豁免条款】；

【例外】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【杀人放火之类的】**。

1. **处分的种类与后果**

我国的处分专指的是行政机关内部的惩戒措施，和大陆法上所讲的对外部的人进行的行政处罚是不一样的。期限是处分附带效果的持续时间。

警告，六个月；（处分效果存在六个月）记过，十二个月；

记大过，十八个月；降级，二十四个月

撤职，二十四个月（同时按规定降级）【撤职+降级】

开除，永久**区别：**

1、前三种主要体现在处分时间上不同，处分延续时间之内公务员不可以晋升，记过记大过还不能晋升工资，警告可以晋升工资。降职撤职时间更长，对职务也有直接影响。

2、处分期满之后不可以恢复原来的级别，只能从降级之后的地方重新开始。

3、开除。开除公职。

撤职和开除不一样，撤职撤的是职务和职级，撤职之后还是公务员，而开除不再是公务员，不能再担任其他任何职务。撤职和降级之后不会官复原职，从被撤职和降级之后的职务开始做。

**公务员在受处分期间不得晋升职务、职级和级别，其中受记过、记大过、降级、撤职处分的，不得晋升工资档次。**

**解除处分后，晋升工资档次、级别和职务、职级不再受原处分的影响。但是，解除降级、撤职处分的，不视为恢复原级别、原职务、原职级。**

**例：李立国处分案【系统性腐败】**

2017年2月8日，经中共中央批准，中共中央纪委对第十八届中央委员，民政部原党组书记、部长李立国严重失职失责问题立案审查。经查，**李立国同志作为民政部党组书记、部长管党治党不力，严重失职失责，所辖单位发 生系统性腐败问题【福利彩票腐败问题，中央专项审计过程中发现福利彩票运作过程中存在大量腐败问题】。**

【监察部报请国务院】依据《中国共产党问责条例》《中国共产党纪律处分条例》等有关规定和李立国同志的违纪事实，经中央纪委常委会会议研究并报中央政治局会议审议，决定给予李立国同志留党察看二年处分，由**监察 部报请国务院**批准给予其行政撤职处分（24mon），降为副局级非领导职务（相当于二级巡视员，正部级->副厅级）。

1. **辞职**

两种特殊情形：

1. **欲辞职而不得辞职**

未满国家规定的最低服务年限的；（一般考入公务员之后是最低五年的服务年限）在涉及国家秘密等特殊职位任职或者离开上述职位不满国家规定的脱密期限的； 重要公务尚未处理完毕，且须由本人继续处理的；

正在接受审计、纪律审查、监察调查，或者涉嫌犯罪，司法程序尚未终结的；**法律、行政法规规定**的其他不得辞去公职的情形。

1. **【行政问责制度】不欲辞职却必须辞职（不必然导致公职关系消灭）【和处分辞退有一定相似性】**

【犯了错误，但是错误不一定违纪违法，主要是产生了影响比较大的错误，主要针对领导层面】

**领导成员因工作严重失误、失职造成重大损失或者恶劣社会影响的，或者对重大事故负有领导责任的，应当引咎辞去领导职务。**【**引咎辞职**】eg湖北省委书记，不再担任原领导职务，不知道有没有问责。

*引咎辞职并不等同于行政处分。行政处分一般源于违法乱纪，引咎辞职一般源于工作失职。当然，违法乱纪和工作失职之间的划分有时比较模糊。*

**领导成员因其他原因不再适合担任现任领导职务的，或者应当引咎辞职本人不提出辞职的，应当责令其辞去领导职务。**【**责令辞职**】

⭐两种都是**行政问责**的形式，与处分的不同：

**1、前提不同。处分：违纪违法；辞职：只是工作重大错误，不适合继续从事领导职务**

**2、责任性质不同：处分：纪律责任；辞职：政治责任，不是处分，而是业务上的错误追究。**

**3、责任形式不同。处分有期限，引咎辞职/责令辞职没有期限 撤职的同时会降级，但是辞职保留级别。**

**例：长春长生疫苗案**

政治局常委会听取《关于长春长生问题疫苗案件调查及有关问责情况汇报》会议同意：对金育辉（吉林省副省 长，2017年4月起分管吉林省食品药品监管工作）予以**免职**，对李晋修（吉林省政协副主席，2015年12月-2017年 4月任分管吉林省食品药品监管工作的副省长）**责令辞职**，要求刘长龙（长春市市长，2016年9月任长春市代市 长，2016年10月至今任长春市市长）、毕井泉（市场监管总局党组书记、副局长，2015年2月-2018年3月任原食品药品监管总局局长）**引咎辞职**，要求姜治莹（吉林省委常委、延边朝鲜族自治州委书记，2012年3月-2016年5月任长春市委副书记、市长）、焦红（国家药监局局长）**作出深刻检查（比较轻）**；对35名非中管干部进行**问 责**；决定中央纪委国家监委对吴浈（原食品药品监管总局副局长、原卫生计生委副主任，分管药化注册管理、药化监管和审核检验等工作）进行**立案审查调查**。会议责成吉林省委和省政府、国家药监局向中共中央、国务院**作出深刻检查**。

**免职、引咎辞职、责令辞职的区别？公务员法没有明确交代，【**《关于实行党政领导干部问责的暂行规定》第7条：对党政领导干部实行问责的方式分为：**责令公开道歉、停职检查、引咎辞职、责令辞职、免职】**

引咎辞职、责令辞职、免职的**后果与撤职不同**：**引咎辞职、责令辞职、免职的党政领导干部，一年内不得重新担任与其原任职务相当的领导职务【有类似于处分的期限，但没有说要降低级别，而且一年之后也可以担任原来的领导岗位】**。**对引咎辞职、责令辞职、免职的党政领导干部，可以根据工作需要以及本人一贯表现、特长等情况，由党委（党组）、政府按照干部管理权限酌情安排适当岗位或者相应工作任务。从法律后果上来看，三者其实是一样的。**

**不同于撤职，撤职2年的处分期限+降低行政级别。**

## 政治问责虽然没有撤职一般严重，但也会影响干部的政治生命

**例：孟学农简历**

2002年12月任北京市委副书记、副市长

2003年1月后任北京市委副书记、市长，北京奥组委执行主席、党组副书记**【因为非典期间工作不力而被问责】**

2003年9月任国务院南水北调工程建设委员会办公室副主任、党组副书记（正部长级）

2007年8月30日任山西省委委员、常委、副书记，同年9月任山西省副省长、代省长，省政府党组书记

2008年1月22日，在山西省第十一届人民代表大会第一次全体会议上当选为山西省省长。（2008年9月，中央决定**免去孟学农同志山西省委副书记、常委、委员职务，并同意其辞去山西省省长职务的请求）【因为溃坝事件而被问责】**

2010年1月任中直机关工委副书记。

2012年4月任中直机关工委常务副书记，2012年8月兼任中央直属机关党校校长。

问责虽然一年之后可以复出，但是对官员的政治发展会产生严重的影响，问责是一种政治责任，要求用未来政治的发展空间来承担。

处分和辞职可以一起使用，两者的边界变得模糊。

**2.辞退**

不适合现任的工作/违纪但不能处分

1. **辞退的事由**

在年度考核中，**连续两年被确定为不称职的；不胜任现职工作，又不接受其他安排的；**

**因所在机关调整、撤销、合并或者缩减编制员额需要调整工作，本人拒绝合理安排的；**

**不履行公务员义务，不遵守法律和公务员纪律，经教育仍无转变，不适合继续在机关工作，又不宜给予开除处分的；**

**旷工或者因公外出、请假期满无正当理由逾期不归连续超过十五天，或者一年内累计超过三十天的。**

1. **不得辞退的情形**

**因公致残**，被确认丧失或者部分丧失工作能力的；**患病或者负伤，在规定的医疗期内的**；

**女性公务员在孕期、产假、哺乳期内的**；

**法律、行政法规规定**的其他不得辞退的情形。

**3.退休**

# 第四讲行政行为

2022年3月22日 11:35

**第四章 行政行为**

行政主体的概念是解决行政争议谁来参加的问题，行政行为则关注解决的对象的问题（法院或行政复议机 关所要解决的是什么问题）。行政主体做了很多事情，但是很多事情不具有法律意义。

行政法上的很多概念大多是围绕行政救济的。行政法的理论体系可以称为司法为中心展开讨论的，但也不全是，比如行政组织问题或政府管制的正当性，都不是司法方面的。近些年行政法结合了其他学科的知 识，开始慢慢以行政为中心，但是没有非常成体系的理论框架，所以本科阶段还是按照**司法为中心的理论 框架**。

行政行为是有很多种的，比如一个建筑涉嫌违法，行政机关进行调查，发布一个责令改正的拆除通知，主人没有拆除，行政机关发布一个行政处罚十万元的决定，还是不拆，然后行政机关亲自强行拆除。这里面有很多的行政行为，但是哪些能作为行政诉讼的对象呢？——要看行政行为有没有影响到合法权益。

行政行为也是一种法律行为，但是和民法上的法律行为还是有所不一样，不看重意思表示（因为行政机关实际上没有自己的意思，其没有太多意思自治的空间，其意思就是立法机关的意思。）重点在于行政的过 程，过程是否符合法律要求。

**一、行政行为的概念**

**行为主体说：行政机关的一切行为。**（行政机关所做的民事行为也被包含进来，合理性在于行政机关不同 于普通民事主体所做的民事行为，要走政府采购程序，受到更多公法限制）

**行政权说：机关、组织行使行政权的行为。**（排除民事行为，涉及权力因素才是行政行为，什么是权力因 素？种树？职能行为可能更合理）

**公法律行为说：具有公法效果的行为。**（运用行政权的行为中具有法律效果的行为，范围更加窄，有法律 效果是指设立变更公法上的权利义务关系，即法律行为）

**具体行为说：行政主体针对具体事件所做公法行为。**

在目前行政法中这些概念都有存在的空间，适用范围最广的是行为主体说：根据主体身份作出的行为，都是行政行为，是非常广阔的，私法行为按照行为主体说也是行政行为，界定范围广泛。

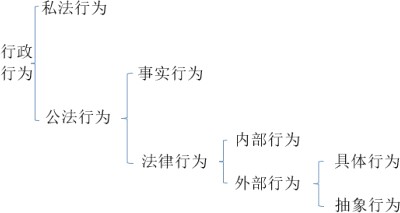
行政权说比较小一些，应该排除私法行为，如果没有运用行政权力而只是进行平等民事主体的交易，就不是行政行为。

公法行为说：不是所有使用行政权的行为都具有法律效果：**行政事实行为，不是法院审查的对象， 不算是行政行为。**

**具体行为：法律行为可能有抽象行为也有具体行为**，抽象法律行为基本是制定新的规范性文件eg网约车管理规范，有法律约束力，但不是具体的决定，不属于行政行为（最狭义）具体行为是指针对某个特定的个体做出行政处罚、行政许可等，对单个个体产生法律效果。

**二、行政行为的体系与基本分类**

**（一）行政行为的体系**



内部行为不在行政法探讨的一般范围内，但是最近越来越关注eg上级对下级的指示

**（二）行政行为的基本分类**教材P152页

1. **公法行为与私法行为**
2. **公法行为**：行政主体基于公法规定而实施的行为，**一般具有主体间的不平等性**。如行政处罚、行政许可。*例外：****行政协议****双方主体地位相对平等，但是也不是绝对平等，因为行政主体享有行政优益的相应权利*
3. **私法行为**：行政主体基于私法规范而实施的行为，平等主体之间，其法律地位与私人相当。如政府机关租用办公大楼。

*【问题】物权法上的国有建设用地使用权出让过程中，是将行政主体视为私法行为还是公法行为？*

实质上是非常麻烦的。Eg行政合同是一种公法关系，但是以合同的形式完成行政任务就是一种私法关系。有什么本质区别？区别非常微妙，**某些程度上是当时立法政策的价值判断，也就是公法私法在划分上模糊。**

**划分意义：公法行为比私法行为受到更多的约束。**私法行为/民事行为是意思自治的，只要在法律允许范围内。但是公法行为不是，**行政机关的行为要依法行政、合理行政，依法行政中还有法律保留原则，行政 机关做事情必须要有法律的依据，如果法律没有授权，就不能做，仅仅是指行政机关从事的公法行为，私法行为没有这样的约束**。

Eg行政机关买钢笔，不需要法律授权，私法行为不受法律保留原则的约束，所以公法行为和私法行为必须要把界限划分清楚，不能把公法行为遁入私法中去，本来行为是公法行为， 要求比较严格，如果把它变成 一个私法行为，就可以意思自治了，会产生行政机关仗势欺人的风险，所以属于行政机关公法行为不能划入私法中。

但是即使行政机关从事私法行为，也要受到公法上的约束，行政机关从事私法行为和个人也是有区别的。公用经费购买产品，如果是花财政费用购买电脑，首先要像设备管理部门上报需求，相关部门到专门的平台上招投标，然后选定一家签合同，中间环节很多，因为花的是公家的钱，政府从事这种行为需要有内部或外部的规范约束，这种私法行为大陆法上称为行政辅助行为，行政或国家机关从事的私法上的行为还可能包括行政盈利行为，eg国有企业，从行为的法律约束上属于私法，发生争议提起民事诉讼，但是国有企业受到公法规范的约束eg普遍服务义务、持续服务义务，eg邮政企业不能因为深山老林就不送过去，必须覆盖到所有的地方，是普遍服务义务//铁路企业不可以随时停止服务，因为有持续服务义务。**虽然国家/行政机关从事的私法行为本质上应该由私法调整，但不排除公法的约束。**

**有的合同是私法合同，有的是公法合同，比如行政合同，是不平等主体之间签订的合同。**

**公法行为和私法行为最大的区别是公法行为受到更多的约束，对于公法行为行该提起行政诉讼**，有的学者在写书的时候因果颠倒，说公法行为和私法行为的区别在于对公法行为要通过行政诉讼进行救济，**这应该是区分的结果而不是区分的标准。**

1. **法律行为与事实行为（没有准法律行为）**
2. **法律行为**：行政主体依据其**自身的意思表示**，**设定、变更、消灭权利义务关系的行为**。要点：
   1. **存在意思表示；**【内心+表示，内心意思表达于外】
   2. **行为具有法律效果（引起权利义务变更）**；【设立变更消灭权利义务关系】
   3. **法律效果根据意思表示产生**。【两者之间的合致，效果不是仅仅因为法律规定产生的】
3. **事实行为：【典型】不产生法律效果的行政行为，或法律效果并非根据意思表示产生**。如行政指导、信息发布等。

Eg环卫部门因为你随地吐痰罚款50rmb，是一个法律行为，具有法律效果。//环卫部门种了一排树，就不是法律行为而是事实行为。但是如果是行政机关让你去种树，就产生了法律效果，效果是为你设定了一个义务。

**区分的原因：一般的事实行为没有法律上的意义，不能成为行政诉讼的审查对象，因为事实行为没有发生 权利义务关系，法院不能对其进行审理。不进入行政争议，但也不绝对，【例外】有一些事实行为是可以进行起诉的，主要是国家侵权行为，是一种事实行为，产生了法律效果（影响了权利义务关系），但是效果不是该行为产生的，而是由法律规定产生的。国家赔偿法上的行为，是可以提起行政诉讼的。**

Eg问题：警察在追捕逃犯过程中鸣枪示警，不慎击中路人，这一行为属法律行为还是事实行为？

***属于事实行为，而非法律行为，但同样可以引起国家赔偿的法律关系（****警察并没有引起国家赔偿关系的意思表示）。但是这种法律关系不是警察意思表示产生的。法律效果的产生是因为法律的规 定。是可以起诉的，只****要对相对人的合法权益构成侵犯，是可提起行政诉讼的****，但是一般的事实行为都被排除在行政审查的范围之外。*

*针对法律行为：撤销判决针对事实行为：确认判决*

1. **内部行为和外部行为（指的都是行政机关作出的行为）**
2. **内部行为：行政主体对其内部主体实施的行为。**如公务员的奖惩、任免、上级下级的指示等
3. **外部行为：行政主体对外部所为的行为。**

**区分意义**：审查对象。司法审查的对象一般是对外部相对人的行为，**内部行政行为一般不在司法审查范围**

**之内**，【**例外**】**内部行为的外部化**：但**部分内部行为可能具有外部效果**，此时应属于司法审查的对象。 比较特殊的一 个 是 上 级 给 下级 发 布 一 个文件，让下级去做什么事情，事情指向的外部的人，属于内部还是外部？现在的观点就是**按照文件的实质内容来判断，如果内容指向外部就具有外部化的可能性**，所以在司法审查的范围之内。

**例：安徽爆竹企业关停案**

2013年12月27日，安徽省政府办公厅转发省安监局等7部门署名【其实是就是省政府的意思】的第45号文件——《关于烟花爆竹生产企业整体退出意见的通知》（下称“45号通知”）【产业政策，一般红头文件

（红头文件不具有法源地位）】，**要求全省75家烟花爆竹企业在2014年12月31日前必须全部关闭**。此举引发行业震动，**省内24家烟花爆竹企业认为，省政府的这一“突然”决定与此前出台的文件及规划相矛**

**盾。**2008年至2012年期间，**安徽省安监等部门曾多次下发文件，要求烟花爆竹企业“整顿提升”、“规模 化”【烟花爆竹企业会扩大规模】。**2012年出台的安徽省安全生产“十二五”规划中还提到“至2015年比 2010年的147家减少35%以上”。翔鹰花炮有限公司的法定代表人喻本胜说，正是在上述众多文件的引导下，众多烟花爆竹企业经历了一个大量借贷、大规模建设的过程。突然就被关停了，而且80万元补助与企业上千万元的投入差距太大。

（关停的原因：1.容易引发安全事故，政府需要被问责 2.税收较少）**合法性的判断：**

**① 法律优先**（是否与上位法的规定相冲突）【要看法律有没有授权可以关闭整个行业，没有这样的授权，只能个案处理】

**② 法律保留**（必须有法律的依据，基本上我国的法律是不会这样规定一下子关停所有的企业，因此违法）**合理性的判断：**

**① 信赖利益的保护**：政府文件的颁布，导致企业经营者**产生了内心的确信**并且辅以外在投资经营行为，不仅仅是预期的问题已经**有了实际的投入**。双方的信赖值得保护，最合理的方法应当是存续保护（而非财产保护）

**② 比例原则**：（适当性原则）成立、（妥当性原则）没有做到最小侵害、（均衡性原则）成本应当由谁来承担？政府or企业主？

假设需要实现安全生产的目标，是否需要关停所有的企业？显然对生产者产生的不利影响更大，不符合比例原则。

**③ 正当程序原则**：政府**突然推出**这一举措，没有**事先咨询、听证**。按照正当程序原则，如果需要关停，需要听取企业的意见陈述。

**安徽省政府法制办工作人员辩称，45号通知不是针对24家烟花爆竹企业的行政处理，而是直接发给各市、县人民政府和省政府各部门、各直属机构，属于行政机关内部行为，只对上述发文对象有约束力，对外不 发生法律效力，不具备外部效果。因此，不可以被起诉。**

**法院审理后认为，45号通知虽属于内部指令，但通知的对象中，部分地方政府、政府部门和机构已直接依** **据该通知实施了与退出相关的具体行政行为，对外部的主体/原告的利益产生了实际影响。45号通知的行为已外化并对外发生了法律效力。【这种论证有一些逻辑上的问题：即使没有执行，也可以告。】**

**Yq认为：实际上*是以外部行政为目的、具有外部效果的内部行为，事实上就是一种外部行为。*【要根据其 真正的法律效果判断其行为的性质。】**

## 内部行为的外部化，行政相对人可以到法院提起行政诉讼

***传统的大陆法国家要求起诉下级政府，在我国，为了实质解决问题，可以直接起诉上级政府。***

1. **抽象行为和具体行为**
2. **抽象行政行为**：行政主体制定具有普遍约束力、适用于**不特定对象**、可以反复适用的规范性文件的行为。（行政立法、行政法规、行政规范性文件：规章、行政法规的规定）
3. **具体行政行为**：行政主体针对**特定主体**的权利义务所做的一次性决定。

按照以上概念的区分标准：*抽象行政行为与具体行政行为的****根本区别****在于1、****对象是否确定（而非人数 的多少）2、能不能反复适用。但是这种标准是有问题的：如果分为两类，只能有一个区分标准。如果有两类区分标准，在逻辑上就分成了四类。Eg针对特定对象反复适用的决定：让某一个商铺及时清理门口垃圾。***

***所以只能有一个标准，目前通说是对象是否特定。只要是有一个特定的对象，就是一个具体行为。***

***对象是否特定和对象的具体数量无关。对象数量很多也可以是特定的。能不能反复适用是一个辅助的标准Eg安徽省的例子：好像有普遍适用的意思，但是实际上对象是很特定的，就是目前存在的75家企业，是可诉的。 但是主体是否特定还有事实特定和主体特定的问题：比如路过这条路的人，事实特定，主体不特定。比如北京大学的学生不能参加游行示威等活动，也是事实确定，主体不确定。***

**⭐区分实益：行政行为是否具有可诉性。*抽象行政行为不可诉（现在有行政诉讼法修改：规章以下的非 立法性的抽象行政行为可以附带于具体行政行为被法院审查，但不可以直接起诉，因为抽象行政行为是带有政策性的行为，理论认为政策性的行为是行政权，应该是有一些自我保留的事项，司法不能总是干预，否则会导致区域不稳定，或者其中的专业问题法院不一定懂。），一般情况下法院只能审查具体行政行为。***

***\* 对象是否特定和影响范围没有必然联系，不能认为影响范围大，对象就不确定，而影响范围小，对象就确定。但只要对象能够特定化就是具体行为。***

**辨析：**

《行政法与行政诉讼法》课程采用开卷考试形式——抽象行政行为

2019年《行政法与行政诉讼法》课程采用闭卷考试形式——具体行政行为

要求全省的爆竹企业关闭——具体行为，因为针对的对象非常清楚，即75家烟花爆竹企业要求安徽省此后不能建设爆竹企业——抽象行为，因为无法知道以后谁会建设企业

**三、抽象行政行为**

**（一）行政立法**

其实也是一种制定规范性文件的行为，但是比较特殊，属于法律渊源，所以称为行政立法行为。包括两种：**制定行政法规、制定规章**。

1. **行政立法的内容**
2. **行政法规：制定主体？权限？制定主体**为国务院。

根据立法法规定，国务院可以进行**执行性立法，还可以授权立法**（立法法第9条），还可以**进行职权**

**立法**（宪法89条）

绝对保留事项除外

**行政法规的名称一般称“条例”**，也可以称“规定”、“办法”等。

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制定的行政法规，称“暂行条例”或者 “暂行规定”。暂行多少时间并没有明确的要求。

以国务院令的形式，由总理签署发布

1. **规章：制定主体？权限？**

**制定主体**为国务院下属各部门（中央部委）、部分直属机构，以及省级人民政府、市级人民政府（不包括其职能部门）。

**部门规章只能进行执行性立法，地方政府规章原则上只能进行执行性立法**（但在其职权范围内，似乎也可以进行职权立法），因此，**在一定意义上，地方政府的立法权限大于中央部委权限**。

**规章的名称一般称“规定”、“办法”，但不得称“条例”(条例一般用在创制性立法上，一般可以对条线的领域进行概括性调整，有创制性的规定，但是办法一般都是执行性立法，规章是没有创制性立法的，所以一般都叫xx办法)**

【行政法规可以创制性立法，因为有职权立法权，地方性法规一般也叫xx条例，甚至有的法律也叫条例eg学位管理条例，但是现在的法律一般叫法了，但也不绝对，行政法规和地方性法规有时候也叫办法，尤其 是执行性立法的时候eg北京市实施全国大气污染防治法办法，是北京市人大指定的地方性法规，因为是执行性立法，只是对上位法的细化和补充，没有新的权利义务的规制，和规章的性质差不多，但后来情况发生变化，对于大气污染的治理要更加严厉，北京要重点治理大气污染问题，有的措施上位法没有规定，所以北京人大废止了原来的办法，重新制定了条例，条例不再是为了实施上位法了，而是有创设性规定，具有了一定的综合性，地方立法机关是可以这样设置的，行政法规也可以有职权立法，但规章不行。】。规章一般以部令、委员会令、地方人民政府令的形式发布。

1. **行政立法的程序（以行政法规为例）**

规章差不多，有两个单行立法专门规制立法程序：**行政法规指定程序条例/规章制定程序条例**

**①立项**

**国务院法制机构**应当根据国家总体工作部署拟订国务院年度立法计划，报**国务院审批**。**国务院有关部门**认为需要制定行政法规的，应当向国务院报请立项。

可以国务院法制机构报，也可以其他部门报。

永居条例：可以由司法部报请立项，负责国务院年度法治计划的制定，属于国务院法制机构，可以将其列到立法计划中去，也可以公安部报请（移民局不可以直接向国务院呈文，因为是部管国家局）

**②起草**

行政法规由**国务院有关部门或者国务院法制机构**具体负责起草，重要行政管理的法律、行政法规草案由国务院法制机构组织起草。行政法规草案应当向社会公布，征求意见，但是经国务院决定不公布的除外。 **一般由某个具体部门负责**（规章/人大的法律eg环境保护法是环保部起草，治安管理处罚法是公安部起草

的）

行政法规：某个业务管理领域通常会有管理的专门人员：eg法规处处长-司长-部长-总理（国务院）立法受到行政部门主导性影响，因为主导的行政机关比较专业，但是也会导致行政机关把自己的部门利益加入立法中，因此**最近强调要加强人大在立法过程中的主导作用**（专业问题上比较难发挥），如何保证立法可以去除部门利益，保障公平公正，是一个值得研究的问题。

**比较专业/只涉及某个部门，就由某个特定部门起草，也可以由国务院法制机构起草，如果特别重要的， 就由国务院法制机构组织起草**eg永居条例，司法部征求意见，起草单位才能征求意见，所以司法部在比较中心的地位，但是主要不是司法部管理的问题，很可能是司法部牵头，公安部等多个部门共同参与的，比如说去年的外国人永久居住条例。原本是国务院法制办公室，属于国务院的办事机构。后来机构改革被撤销了，职能并进了司法部，司法部现在在法制机构在相关立法活动中代表国务院进行组织协调事务。

**【公开征求意见】**最重要的是参与立法的人是民意代表，所以一般要立法机关制定。行政机关不是人民代表直接参与立法，所以立法活动的民主性。所以行政法规关于现实中权利义务的规定是有法理问题的。但是我国行政法规根据宪法，就是有职权立法权，可以进行规定。即便不是人民代表直接参加，但是可以通过其他方式增加民主性。征求公众意见没有什么实质性约束效力。意见不一定被采纳。但是意见会最终汇总报给起草机关。不是民意直接参与，（进行辩论），而是征求意见，使民意间接参与。

**③审查**

行政法规起草工作完成后，起草单位应当将草案及其说明、各方面对草案主要问题的不同意见和其他有关资料**送国务院法制机构进行审查**。

**合法性合理性判断，产生审查报告**。一般是国务院常务会议进行草案审查，也不一定开会讨论，直接审批

（决定环节）。

**④决定**

行政法规草案由**国务院常务会议**审议，或者由国务院审批。

**⑤公布**

**行政法规由总理签署国务院令公布**。保障立法民主性、科学性。

**⑥实施**

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**。

**⑦备案**

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。

立法是一个政治过程，涉及不同利益的平衡，但是我国行政立法的制定机关的主导性还是比较强的，如何让公众参与立法，让立法更加科学化、贴近社会管理的现实，是需要解决的问题。

规章的制定程序和行政法规的制定程序是差不多的，也需要经历这几个程序，经过这几个程序出来的文件 我们就认为其是具有法律效力，能够成为法律渊源的。

1. **行政立法的解释**
2. **立法性解释【行政立法机关直接作出的】//有权解释**

行政法规的规定**需要进一步明确具体含义的或行政法规制定后出现新的情况**，需要明确适用行政法规依据的**由国务院解释**。**国务院法制机构**研究拟订行政法规解释草案，报国务院同意后，由国务院公布或者由国务院授权国务院有关部门公布（最后名义还是国务院公布）。该解释与行政法规具有同等效力。

1. **非立法性解释（无权解释）**

对属于行政工作中**具体应用行政法规的问题**，省、自治区、直辖市人民政府法制机构以及国务院有关部门法制机构请求国务院法制机构解释的，**国务院法制机构可以研究答复**；其中涉及重大问题的，由国务院法制机构**提出意见，报国务院同意后答复**。

但答复不是正式承认的具有法源效力的文件。

**如果立法性解释和地方性法规相抵触，立法解释优先适用。但非立法解释（国务院法制办的答复）和地方法规冲突，没有绝对的标准，实践中，非立法解释普遍得到法院和行政机关的实际尊重，因为毕竟来自国务院**

**（二）制定其它规范性文件（规章以外的规范性文件）**

**行政法规、规章属于《立法法》规定的法律渊源**，除此以外，行政主体还可以制定**非法源规范性文件**，包括各种**“命令”、“决定”、“通告”“函”**等，没有明确的法律法规对其形式进行限制。

可以起到解释法律、细化法律的作用。

*一般情况下都是****“红头文件”****，但是实践中以权压法的现象比较严重，不是法律渊源，没有正式的法律约束力，但比那些具有法律约束力的文件重要性更高，实践中都是直接按照红头文件操作的，红头文件的规范决定了法律抽象概念在实际运用中的含义，实际上构成了对法律法规的解释，不是上面的立法机关的解释，而是执行机关在执行过程中做的行政解释，虽然没有法律约束力，但能够把法律概念给精细化。*

**这些规章以外的规范性文件在实践中可以起到补充现有法律体系的重要作用，但不能超越现有法律体系**。**例： 闫才源诉焦作市公安局不予变更姓名案**

原告原名闫蕾，1989年更名为闫磊，1998年更名为闫才源。1998年8月，其以喜欢天文地理为由，申请更

名为闫宇奥能。河南省焦作市公安局根据**《公安部三局关于执行户口登记条例的初步意见》**拒绝再次为原告更改姓名。原告认为此行为侵犯自己的姓名权。

**《意见》相关条款：年满18周岁的人，要变更现用姓名时，应适当加以控制，没有充分理由，不应轻易给予更改。**

**能不能改姓名，法律中其实没有明确规定，公安部的文件做了细化：改要有充分的理由，公安部的规定提供了一个操作标准。但是问题是公安部的规定是不是合法的规定？对于公民的权利进行限制要有法律依 据，公安部的意见指定的时候没有法律规定，如果最严格的适用法律保留原则，是违法的，但是法律保留 可以只针对重要的权利，一些不那么重要的事项，eg姓名变更，不一定要上位法规定，公安部可以自己规定，但是需要经过其他的合法性检验。所以这里法院利用合法性进行解释。**

法院在审理中指出：“在实际生活中，一个人的姓名与其所进行的经济或其他社会活动是联系在一起的，随意改变姓名，就有可能引起社会秩序的混乱，并造成民事、商事等活动无序的局面。”据此，法院认为公安机关依其行政规则做出的行为并没有侵犯原告的姓名权。【变更姓名≠可以随意变更姓名，所以公安部的意见有正当理由，公安部的文件是合法合理的】

实际上规范性文件在实践中作用巨大，上位法不明确的时候可以根据规范性文件确定实践中的操作标准，但是有风险，规范性文件可能突破法律限制，成为不当影响公民权利，不当影响公民义务的来源，所以要通过法律制定规范性文件进行比较严格的限制eg规范性文件附带审查。

实质上是创制性规定，只要没有影响基本权利且有合理基础，一般可以接受

**两种特殊的规范性文件：**

一般不是按照立法法规定的法源形式产出的文件都不是法源性文件，没有法律约束力。但是有两种文件实践中很特殊（没有应然的效力，但实效很强）：

**【“国发（国函）”和“国办发”文件的特殊性】**

**不具有法律渊源的效力，都不是行政法规，不具有行政法规约束力，但是因为是国务院发下来的，一般都 当作和行政法规有同等的约束力，**eg规章和国发/国办发文件抵触，一般会判决地方规章违法，但是这种判断没有明确法律依据，**这种做法是有疑问的，因为国发和国办发比较随意，没有严格程序。其实法律上是不可接受的。**

**“国发”（国函）即“国务院发”，“国办发”即“国务院办公厅发”（相似的还有“国函”、“国办 函”等文号）。国办发甚至没有法律的结构。发布比较方便、具有时效性**

**约束力来源于发出主体的权威性，具有很强的时效性，但是法律上不承认他们具有效力**。

这类文件的制定不符合《立法法》和《行政法规制定程序条例》的要求，**不属于行政法规，而属于规范性 文件，从理论上说不应具有法律效力**。但实践中，这类文件受到各级机关的高度尊重，**在实效上接近行政法规**。

效力和实效这两个概念不一样。效力是指应然的约束力，实效是指实际约束效果（比如有30%的人遵守，实效不一定指没有效力，可能是应该遵守而没有人遵守——有效力无实效）。

虽然国发文件和国办文件是不具有法律渊源的效力的，但是在事实上却被人尊重遵守，实效是很高的。



**四、具体行政行为最主要审查对象**

**（一）具体行政行为的分类【分类标准丰富得多，以便于法院的审查】**

1. **羁束行政行为和裁量行政行为**

**羁束行为**：范围、方式等均被法律严格规定，行政主体基本没有选择余地。

例：饮酒后驾驶营运机动车的，处15日拘留，并处5000元罚款，吊销机动车驾驶证。【只要有行为，法律后果是确定的，行政机关发现之后没有裁量的余地】

**裁量行为**：法律给予行政主体一定的空间，行政机关可以从中裁量。

例：饮酒后驾驶机动车的，处暂扣6个月机动车驾驶证，并处1000元以上2000元以下罚款

区分意义【法院角度】：

**羁束行为只能进行合法性判断，裁量行为则不仅可以进行合法性判断【100-200元，不可以罚250】，还可 能进行合理性判断【100到200，该罚200但只罚了100】。但是法院一般不可以审查合理性问题，立法机关认为是有行政机关专业判断的余地的，法院应该尊重这个空间，法院通常不能审查【一般原则】，但是**

**【ex】有例外：裁量严重不合理，被视为不合法，法院是可以干预的。**【尤其是幅度很大的情况，严重超过了限度】

比如对相同的人处罚不一样的金钱额度，可能涉及到合理性的问题。

**行政裁量与不确定法律概念**

《治安管理处罚法》第23条：有下列行为之一的，**处警告或者二百元以下罚款**；**情节较重**的（不确定概 念，什么叫做情节较重？），**处五日以上十日以下拘留，可以并处五百元以下罚款**（*范围规定属于行政裁量）*：

（一）**扰乱**机关、团体、企业、事业单位秩序，致使工作、生产、营业、医疗、教学、科研不能正常进行，尚未造成严重损失的；*“扰乱”一词即为不确定的法律概念，存在一定的解释空间，比如静坐示威属不属于扰乱呢？*

（二）扰乱车站、港口、码头、机场、商场、公园、展览馆或者其他公共场所秩序的；

（三）扰乱公共汽车、电车、火车、船舶、航空器或者其他公共交通工具上的秩序的；

（四）非法拦截或者强登、扒乘机动车、船舶、航空器以及其他交通工具，影响交通工具正常行驶的；

（五）破坏依法进行的选举秩序的。

**行政机关具有的空间很多，可以体现在行政裁量中，也可以体现在不确定法律概念中。**

1. **行政裁量存在于法律效果部分（法效果要素），不确定法律概念存在于条件假设部分（要件要素）；**
2. **【法院判断空间不同】对不确定法律概念，法院原则上可以无限制审查，*除非涉及高度专业性、政策性问题或立法机关把概念的解释权赋予了行政机关****（*因为是一个法律解释的问题，是法院的任务，如何理解法律应该由法院说了算，法院可以把对于不确定法律概念的解释替代行政机关的解释。）；**对行政裁 量，法院原则上不审查，法院不能随意的干涉，除非裁量显著不合理，是立法机关留给行政机关的权力。**

但是最后实际的结果不会有本质性区别，因为不是所有情况下法院对于不确定法律概念都可以替代行政机关的意见eg*涉及高度专业性、政策性问题或体系解释下，立法机关把概念的解释权赋予了行政机关*，法院需要尊重行政机关的解释。其实两者是从两个机关走向一个方向。行政裁量的意义就在于专业性、政策性。

**统一看待：**涉及的事项具有比较强的专业性、政策性，司法应该保持谦抑。如果问题是比较清楚的法律问题，法院可以有效解决，都应该赋予法院深入的审查权，但是这种区分对我们认识行政机关的选择空间有

意义。

1. **依职权行政行为和依申请行政行为**

**依职权行政行为**：行政主体依职权可以主动作出，不需要相对人申请。如行政处罚、行政强制。**依申请行政行为**：需经相对人申请，行政主体方可作出。如行政许可。Eg驾照申请

**区分意义：**

行政不作为的标准不同，依职权的行为，如果行政机关有作为义务，行政机关应主动实施，否则将构成不 作为；依申请的行为只有在当事人申请，行政机关应作为而不作为的情况下才构成不作为。

1. **授益行政行为和负担行政行为**

**授益行政行为**：为相对人授予权利、利益的行为。如行政给付、行政许可。【信赖保护原则】

**负担行政行为**：为相对人设定负担或义务的行为。如行政处罚、行政征收。【法律保留原则】（一般不利的行为才需要法律依据）

**区分意义：**

司法审查角度：法律对负担行为的控制通常较授益行为严格。对授益行为强调信赖利益的保护。

*我国的法律保留原则一般为****侵益****保留原则，对于授益行为一般不予以严格的法律保留*

*存在争议，因为对一部分公民有利的行为不一定对全体有利，eg用一部分财政资金帮助一部分人是不是合适？所以有学者认为授益行为也应该适用法律保留原则，但是总体来讲对授益行为的限制会少一点。信赖保护原则主要适用于授益行为，但是负担行为不一样，不需要保护什么信赖利益。*

*强制接种疫苗是授益行为还是负担行为？我们认为是混合的行为。*

1. **要式行政行为和非要式行政行为**

**要式行政行为**：行政行为有法定形式要求。

例：给予行政处罚，应当制作行政处罚决定书，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。

**非要式行政行为**：行政行为无法定形式要求。**区分意义：**

对于要式行政行为，不符合法定形式可能导致行为无效。**大多数的行政行为都是要式行为**

1. **单方行政行为和双方行政行为**

**单方行政行为**：由行政主体单方意思决定的行政行为。传统行政法研究的对象就是单方行政行为。

*例如，行政许可虽然需要当事人申请，但是，最终做出意思表示的只有行政主体一方，因而仍属于单方行政行为*

**双方行政行为**：根据行政主体与其他主体双方合意而作出的行为。【行政合同】

原来行政法理论主要讲单方行为，因为国家管理，现在强调要用更加柔性的方式进行管理，eg行政合同，但是**有时候单方行为也要双方参与eg行政许可，依申请行为，不算是双方行为，双方行为应该是最后行为 作出环节是由双方合意作出的，合同有双方合意，许可没有双方合意而是行政机关单方决议**。

**（二）具体行政行为的生效与效力**

主要针对单方行为

1. **具体行政行为的生效要件【也包括成立要件】**

具体/抽象行政行为都是一个规范，具有法律效力的规范需要满足一定的要件。有三个要求：

* 1. **主体适格【成立要件】**

行政行为必须是行政主体作出的行为。**没有行政职权的私主体作出行政行为不生效力，**即使表面上是管理行为**。行政主体违法作出的行为一般仍生效力。**

Eg在影院吸烟被罚款50元，是民事行为，不是行政行为，因为需要行政主体。

* 1. **具有法律效果意思【成立要件】**

行政主体必须有明确的意思表示以产生、变更、消灭法律关系。比如行政机关在路边种树，是一个事实行为，不约束影响他人/另一个主体，不产生法律效果意思。

* 1. **行为内容需被当事人知晓【生效要件】**

行政行为的内容应当**送达**当事人。**没有送达就没有生效，相对人就不受约束**。

Eg 单行法中的累犯，第二次处罚会较重，如果第一次行政机关做决定但没有送达，第二次行政机关又做了决定并送达，那么第二次算作第一次，因为第一次没有送达不发生效力。

另一个功能：什么时候生效什么时候开始计算起诉期限，不告知就不计算。

1. **具体行政行为的效力【抽象行政行为也有效力问题，但关注比较少】【看课本】**

意义：行为生效之后发生法律效力，法律效力就是有一种作用力作用于当事人，受到行为的约束

* 1. **拘束力（权威性）**

**行政行为一旦生效，不论是否合法，即对相对人和其他机关具有拘束作用。体现行政机关/行政权力的权威性。**

【对行政机关自己的拘束实际上就是确定力】【对其他机关的作用：成为构成要件作用】行政行为具有**推定的合法性**，所有个人、组织均应予以尊重，这是行政权威性的要求

还可能对法院的非行政审判职能产生约束力。

*Eg环评机关作出决定，对环评没有监督权的国家机关都以这个决定作为依据，对其他行政机关构成拘束，而且甚至又可能拘束法院。*

*Eg不动产登记机关作出错误登记，当事人在民事诉讼中请求法院一并确认该登记行为违法，是不可以的。民事审判厅不能审查登记机关行为的合法性，因为这属于行政行为。可以提起行政诉讼要求去告登记行为，并且提起附带民事诉讼要求一并解决不动产纠纷。*

* 1. **确定力（稳定性）**

**①形式确定力【更重要】（不可争讼力）：行政行为法定救济期限过了之后，相对人不可以再行提起复议**

**（60d）、诉讼（6个月）。不在期限内提出争议，行政行为就有了形式确定力，争议的空间就不存在了。***和民法不太一样，民法叫做诉讼时效制度，超过诉讼时效没有丧失实体权利，只是丧失胜诉权。行政诉讼中起诉期限制度****需要法院主动审查，超过审查期限的起诉就要裁定驳回****，丧失了对行政行为争讼的机构，为了稳定性的考虑。主要是因为行政行为涉及的主体和利益比较多。*

## 即使违法了，超过了起诉期限，也不能进行审查。

**②实质确定力（不可变更力）：具体行政行为一旦作出后即不可随意变更。**（针对行政机关本身的拘束 力）【其实是对行政机关自己的拘束力，作出行为之后不可以随意改变，**信赖保护原则的体现，这里主要指是授益行为**，负担行为可以变得更轻，不受不可变更力的限制】

* 1. **执行力（效率性）**

私法行为是不带有执行力的，执行力是公法行为的一个特色，且具有正当性的强制作用。**相对人若未按照规定期限履行义务，则国家可以动用强制力，将其义务转化为现实。**

**具体行政行为一经生效，即可执行，复议、诉讼不停止执行。**

《行政诉讼法》第56条

诉讼期间，不停止行政行为的执行。但有下列情形之一的，裁定停止执行：

（一）被告认为需要停止执行的；

（二）原告或者利害关系人申请停止执行，人民法院认为该行政行为的执行会造成难以弥补的损失，并且停止执行不损害国家利益、社会公共利益的；

（三）人民法院认为该行政行为的执行会给国家利益、社会公共利益造成重大损害的；

（四）法律、法规规定停止执行的。

* 1. **公定力？另一个层次——是前三种的前提条件**

具体行政行为一经作出，不论是否合法或者存在瑕疵，即**推定为合法有效**，并要求所有的国家机关、社会组织或个人尊重。

**如果认为行为有公定力，意味着行为具有后面的三种法律效力，反之则不具备。**

**但违法行为为什么仍然可以产生效力？维持行政机关的权威性。**如果认为违法可以提起诉讼，法院否决了那么行政机关就没有必要坚持，但是当事人没有权力去判断行政机关的行为合法性。判断权只交给有权的监督机关，作为相对人在一般情况下只可以服从行政机关，然后再找救济。

**争议：公定力事实上是对拘束力、确定力和执行力的综合表达。拘束力就是被推定为合法有效，不需要公定力概念。**

支持观点认为公定力是统领性的概念，公定力是其他三个法律效力的前提，**一般合法的或只是有一般瑕疵行为都是有公定力的，除非严重违法，才是没有公定力的（无效行政行为）**。

但是这个角度也可以推翻：违法很严重的行为没有法律效力，就没有拘束力确定力的概念不需要用公定力概念。公定力的概念有点鸡肋，但是台湾一直在使用，其实实体上没有这个概念也可以。

**多数学者认为没有必要存在，但是教科书大多放在前面。**

**效力否定问题：**效力否定的原因是其行为不是合法行为，一开始行政行为成立送达之后行为生效是一种推定的法律效力，因为社会的秩序需要基本的稳定，所以行政机关作出行为之后推定其具有拘束力，但是这种被推定的法律效力不一定能一直保持下去，如果相对人提起争议，行为违法有可能效力会被法院撤销，如果违法程度轻微，不至于全部否定，如果明显重大违法，认为自始至终没有法律效力。如果相对人过了期限没有提起争议，也是永久有效力的。

**（三）具体行政行为的错误与违法**

1. **具体行政行为的合法性要件**
2. **主体合法**

行政行为的作出主体**拥有相应职权**，具有行政主体资格。

*Eg教育主管部分发房屋建设规划许可证，属于不具备主体资格。*

1. **权限合法**

行政行为的作出在行政主体的**法定权限范围内**。

*Eg你有权限罚款500，结果你罚款1000。你有监管和罚款的职权，但是在这个职权之内超越了权限的幅度范围，属于权限违法。*

1. **程序合法**

行政行为符合法定程序和正当程序的要求。

1. **内容合法**

事实清楚，证据充分并符合法律优先原则、法律保留原则和各项合理性原则的要求。

*经过一学期的学习，可能对于行政行为合法性的判断仍然不能完全把握。因为行政法十分庞杂，个案分析需要结合许多部门法加以评判*

*Eg环保机关关停企业的行为是不是合法的？主体合法。*

*权限：具体法律行为可能规定环保部门可以罚款单没有规定能关停，关停就是超越权限不合法。程序：关停企业中有没有遵循行政处罚法的要求？盖章送达等。如果没有构成就是程序违法。*

*内容：证据是否清楚？应该适用环境保护法还是水污染防治法（法律适用是不是正确）？行政处罚决定是否符合比例原则？是否有免责事由？从主体到内容有系列思考步骤，结合单行法，只要有一个点没有做到就是违法行为，现实中完全合法是比较困难的，尤其是程序要求。*

1. **具体行政行为错误与违法的情形——违法程度有多高？**
2. **错误（可更正）**

行政主体在表达上的失误，没有对相对人产生明显不利影响，不属于违法行为，**应当允许行政主体更正。**如错别字、计算错误等。

1. **轻微违法（应确认违法，不一定需要撤销）**

通常是指程序或形式方面的**轻微瑕疵**，如轻微超期。

《行政诉讼法》第74条（15年行政诉讼法修改新增条款）

行政行为程序轻微违法，**但对原告权利不产生实际影响的，人民法院判决确认违法，但不撤销行政行为。**

*Eg规定10d送达，实际11d送达。轻微违法，如果完全否定，不符合比例原则。*

1. **一般违法（应撤销，但仍要尊重）**

具体行政行为违法的，**一般应予撤销，**需要重新作出行政行为的，应重新作出行政行为。

《行政诉讼法》第70条

行政行为有下列情形之一的，人民法院**判决撤销或者部分撤销**，并可以**判决被告重新作出**行政行为：

**（一）主要证据不足的**；【内容违法】

**（二）适用法律、法规错误的**；（误用另一条法律法规，或者将一条法律法规错误适用）【内容违法】

**（三）违反法定程序的**；【法定程序+正当程序eg听取陈述申辩，没有明文规定当但也包括正当程序，正当程序是行政法的基本原则】

**（四）超越职权的**；【权限违法】（以上都是不合法的行为）eg公报私仇照顾亲属属于不合法的范畴，并不是主观上有故意就是滥用职权，但实践上处理不规范

**（五）滥用职权的**；（有主观恶意）【内容违法（有时候不形式违法但是显著不合理，考虑了不相关因素，达到一个程度就明显不合理）】主要针对不合理，区别于刑法

**（六）明显不当的。**【原来没有这个概念，因为判滥用职权比较严重。所以修法的时候增加明显不当，就客观很多，可能主观很好，但是有合理性问题，是为了补充滥用职权执行的问题】

**一般违法应当法院撤销行为，撤销行为的后果在于溯及既往消灭行政行为的效力**，溯及既往地消灭以前的效力和行为的废止不同。

Eg本来可以行政许可，但是修法之后不应该许可，这时候就应该废止许可，以前的效力要继续维护，以后变成无效。

**应撤销行为的例外：**

**①撤销会给国家利益、社会公共利益造成重大损害，不予撤销。**

**②撤销将损害相对人受法律保护的信赖利益，一般不予撤销。**但若不撤销将给公共利益带来更大损失的，应当撤销，同时给予相对人相应赔偿。

**③撤销在实际上不可能的**（如行政不作为违法）。

**可撤销的行政行为在被撤销前具有法律效力，各主体应受其拘束**。相对人对行为不服，应在法定争议期间内提出主张。

具体行政行为被撤销后，溯及既往地失去效力。相对人权益因该行为受到不利影响的，可以主张国家赔偿。

**撤销与废止不同：违法行为被撤销，而合法的行为是因特定事由被废止，从废止时起丧失效力。相对人因行为废止而受损失的，可以要求国家补偿。**

1. **重大且明显违法（无效行政行为）**

**效果**：自始、当然、彻底不发生法律效力，和推定的合法性不一样（参考拘束力），如果是重大且明显违法，就出现**公民的抵抗权**，**行政行为没有拘束力，没有确定力（不可争讼力）**（没有起诉期限，永远可以起诉，一般违法行为过期不能追诉）**。无效行政行为对相对人没有约束，可以任何时候来确认行政行为无效。**

**行政行为存在严重缺陷，任何理智的人均会认为该行为违法。**

**①行为主体显然不具有实施该行政行为的行政主体资格。**eg教育局发放建筑工程许可证，市场监管局作出拘留的处罚决定。

**②行政行为欠缺必要形式要件。**eg应出具行政处罚决定书而未出具。

**③行政行为内容在客观上无法实现。**eg罚款数额超过相对人所拥有之财产总额。

**④要求相对人从事犯罪行为。**

**⑤行为内容严重违背公序良俗**。

**⑥行政程序明显违反正当程序原则**【可能会对实体产生不良影响】。eg处罚过程中拒绝听取相对人陈述申辩。

《行政处罚法》

第三十八条 行政处罚没有依据或者实施主体**不具有行政主体资格的**，行政处罚无效。违反法定程序构成**重大且明显违法**的，行政处罚无效

《行政诉讼法》第75条

行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形，原告申请确认行政行为无效的，人民法院判决**确认无效**。

*无效的行政行为自始不存在法律效力，因此也就没有拘束力、确定力、执行力。当事人可以拒绝履行无效行政行为设定的义务，也可以在任何时候主张该行为无效。*

其实在实体中很难讨论什么是严重违法，边界不清楚，有大量不确定概念，问题在于边界应该由谁来确定。争议很大：无效行为要不要存在（现在基本都承认）

**（四）具体行政行为无效、被撤销、被废止的效果**

1. **无效**

无效的行政行为**自始不存在法律效力**，因此也就没有拘束力、确定力、执行力。当事人可以拒绝履行无效 行政行为设定的义务，也可以在任何时候主张该行为无效。

**针对无效行政行为的抵抗权？**

【争议】无效应该由谁认定？//公民有没有抵抗权？

正方：赋予公民对无效行政行为的抵抗权，有利于遏制行政机关严重的违法行为，可以更有效地维护相对人的合法权益。

反方：无效行政行为的范围较难界定，针对无效行政行为的抵抗权在实践中容易被相对人滥用，从而影响行政行为的效力和行政机关的权威。

【折中观点】积极抵抗有点严重，事后抵抗太和缓了，所以可以消极抵抗（可以回避逃跑）。也不一定很合适，应当根据当时情形所判断，如果不构成重大明显违法而抵抗，有可能构成妨害公务。如果构成了，才能免除抵抗的责任。

积极抵抗权说、消极抵抗权说eg逃跑拖延**例：夫妻黄碟案**

2002年8月18日晚11时许，延安市宝塔公安分局万花派出所民警接群众电话举报，称张某夫妇在其自己的诊所中播放黄碟，4名民警遂前去调查（均未佩戴警号和警徽）。从诊所的后窗中，警察确认卧室内在播放黄碟，于是即以看病为由敲门。住在前屋的张某父亲开门后，警察未出示证件，直奔张某夫妻住屋，一边掀被子，一边说：“有人举报你们看黄碟，快将东西交出来”，并试图扣押收缴黄碟和VCD机、电视 机。**张某激烈反抗**，双方发生争执，两名警察受伤。警方随后以妨碍警方执行公务为由，将张某带回派出所。时隔两个月后的10月21日中午，张某又被宝塔公安分局治安大队带走，并被以涉嫌“妨害公务”刑事拘留。

本案经媒体报道后在全国范围引发广泛关注。2002年12月5日，宝塔公安分局决定撤销此案。12月31日，张某夫妇及其律师与宝塔公安分局达成补偿协议，协议规定：宝塔公安分局一次性补偿张某29137元，公安宝塔分局有关领导向张某夫妇赔礼道歉，处分有关责任人。

**从行政法角度如何评价本案中警方的行为？当事人张某的抵抗行为是否合理？**

如果警方是在正常执行公务或只是一般违法，就构成了妨碍公务，要看行政机关在此处的行为是不是无 效。是不是严重违法。从合法性的判断，应该按照合法性的要件进行判断。

**主体**：公安机关具有一般管辖权，所以主体合法

**职权**：有问题，在家里看淫秽色情录像不算是违法行为，所以公安机关的行为明显超越权限

**程序**：骗开房门不一定构成违法，但是这里没有权限就不涉及程序问题了，但是如果有权限涉及比较隐秘的违法行为的时候，允许其作出特殊的举动，但是这里没有佩戴警号警徽也没有出示证件（需要标明外 观），所以形式上存在重大瑕疵

**内容**：与上述几项有关，也是有问题的。

**所以警察的行为构成明显重大违法**，根据支持抵抗权的学说，（而且不抵抗或消极抵抗不适合当时情况，积极抵抗是急迫状态下的唯一选择），只要抵抗没有超过必要限度，行为人的行为就是合法的（一定的武力抵抗是合理的eg通常发生在行为人的住所），相对人的行为应当免除法律责任，是合法的。警察有错在先，是严重法律错误，不应当让相对人承担法律责任。

但是我们目前**一般意义上不会鼓励公民在各种情况下进行抵抗，除非明确规定或明显违法**eg行政处罚法49条：拒缴罚款的情况。《行政处罚法》第49条： 行政机关及其执法人员当场收缴罚款的，必须向当事人出具省、自治区、直辖市财政部门统一制发的罚款收据；不出具财政部门统一制发的罚款收据的，当事人有 权拒绝缴纳罚款。如果不给收据就构成了明显重大违法，当事人有抵抗权。

《中小企业促进法》

第五十四条任何单位不得违反法律、法规向中小企业收取费用，不得实施没有法律、法规依据的罚款，不得向中小企业摊派财物。中小企业对违反上述规定的行为有权拒绝和举报、控告。

1. **撤销**

可撤销的行政行为**在被撤销前具有法律效力**，各主体应受其拘束。相对人对行为不服，应在法定争议期间 内提出主张。

具体行政行为被撤销后，**溯及既往地失去效力**。相对人权益因该行为受到不利影响的，可以主张国家赔偿。*例如，行政许可被撤销后，基于取得行政许可而产生的信赖利益可以请求国家赔偿。*

1. **废止**

合法的行为因特定事由被废止，**从废止时起丧失效力**。相对人因行为废止而受损失的，可以要求国家**补偿**。***废止是基于合法理由的****，因而是“补偿”而非“赔偿”。*

**废止的事由： 1）法律修改 2）情势变更**

# 第五讲行政处罚

2022年3月29日 10:53

**第五章 行政处罚**

行政处罚是行政行为的一种，行政行为是行政审查的对象，**要审查行为的合法性，审查的要素包括主 体 、 权限、程序、内 容 等，** 这 些要素主要规定在单行法中eg环境保护法、药品管理法、反不正当竞争法等，**但是有一些行为，不同的单行法中规定的行为有一定的共同性，可以把共性东西提取出来做统一规定。**

行政处罚法就是对不同领域中行政处罚有关的行为的共同特征做了**概括归纳**，在一部法律里做了概括的规定。行政处罚法是1996年制定的，刚经过一次大修。

**一、行政处罚概述**

**（一）行政处罚的概念**

**行政处罚是指行政机关**（行政主体）**依法对违反行政管理秩序**（违法行为）**的公民、法人或者其他组织，以减损权益或者增加义务的方式予以惩戒**（减损合法权益，不包括违法利益）**的行为（第2条）**

**（二）行政处罚的性质**

*从性质上****行政处罚是一个依职权的行为，不是依申请做的****。行政机关发现违法行为就依职权进行处罚，****是负担行为、要式行为****。*

**依职权的行为**

**负担行为：**因此要受法律保留原则约束**要式行为**

**（三）行政处罚的特点——惩戒性**

**惩戒性是行政处罚最鲜明的特点**，是区别于**责令改正、行政强制**等其他行政行为的根本特征

1. **区别于责令改正**

**责令改正只是要求相对人停止违法行为，本身并不带有惩戒性**。

《行政处罚法》第28条第1款：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**。（剥夺违法利益，不属于行政处罚[通说]）

例：《证券法》第150条：证券公司的净资本或者其他风险控制指标不符合规定的，国务院证券监督管理机构应当**责令其限期改正**。

*此处的责令限期改正并不具有惩戒性，并不是惩罚（例如罚款5万元），而****只是一种督促***

**责令改正并未对行政相对人的合法权益进行限制，而惩戒性则对行政相对人的合法权益有所限制和剥夺**

**（侵益性）**

*行政处罚背后是制裁逻辑，制裁就是惩戒，***惩戒是对于相对人合法权益的剥夺，基于你的违法行为剥夺 你的合法权益。**

**基于你的违法行为可能会产生一些非法利益，对非法利益的剥夺不算惩戒，而是一种矫正。惩戒是对于本来合法拥有的利益进行剥夺。**

*Eg证券法限期改正，算不算行政处罚？确实施加了负担，****但是没有构成惩戒，只是让你把不合规的 东西改掉，没有剥夺合法行为，可以归类于责令改正的行为，在行政实践中非常多***

*Eg建房子的时候多建了违法建筑，被行政机关要求拆除，这种行为是不是行政处罚行为？*

*一直有争议。有的学者认为yes，但是按照惩戒性的判断，拆除违法建筑****是要求你改正自己的违法行为，没有侵犯合法权益，不带有惩戒性所以*——性质上讲是一个责令改正行为而不是行政处罚行 为。**

**虽然我们从性质上判断不是行政处罚，但应该可以纳入行政处罚法中按照行政处罚的程序实施，因为考 虑到违章建筑的拆除对相对人的影响其实比剥夺他的合法权益更大。所以如果不接受行政处罚程序的规制，可能效果上会导致这样的行为失去法律的约束，所以放在行政处罚法的框架下一并调整是可以的，但是其性质并不是真正的惩戒。（这样的类推适用有利于保护相对人，因此是合理的）**

1. **区别于行政强制措施**

行政强制措施有时会具有与行政处罚相似的外观，但**强制措施本身不具有惩戒的意图**。

例：《传染病防治法》第39条：拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗的，可以由公安机关协助医疗机构采取强制隔离治疗措施。

*这里对相对人施加了一种不利的行政决定，相对人也有违法行为，是不是处罚？像是拘留，但在这里强制隔离本身不是行政处罚，****不是为了惩戒而是为了公共安全****，****暂时性地限制人身自由，不是为了惩戒你，不是为了对合法权益进行剥夺。但如果顺便罚款了，罚款就是行政处罚决定，因为决定的目的在于惩***

## 戒。

**（四）行政处罚的原则**

1. **过罚相当原则**

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。【比例原则的表现】

**第5条：行政处罚遵循公正、公开的原则**

**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。**对违法行为给予行政处罚的规定必须公布；未经公布的，不得作为行政处罚的依据。

1. **处罚依据公开原则**

对违法行为给予行政处罚的规定必须公布；未经公布的，不得作为行政处罚的依据。【不得隐秘处罚】第5条：行政处罚遵循公正、公开的原则。

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。**对违法行为给予行政处罚的规定必须公布；未经公布的，不得作为行政处罚的依据。**

1. **处罚与教育相结合原则**

**第6条**：实施行政处罚，纠正违法行为，应当坚持处罚与教育相结合，**教育公民、法人或者其他组织**自觉守法。

实施行政处罚，纠正违法行为，应当坚持**处罚与教育相结合**，教育公民、法人或者其他组织自觉守法。——联系公开原则，但涉及相对人的隐私，涉及权益平衡——有重大影响的决定应公开

这两者都是法律要追求的目标，不能为了罚款而罚款，而是为了教育这个人和其他人。因此处罚的手段必须要受到教育目的的限制，如果处罚的行为已经满足对公民进行教育的需求，就没有必要再对公民进行处罚。对于一个相对人进行处罚，不是为了把其摧毁，而是要为了让相对人、企业知道这样的行为是不对 的，不能罚死。

1. **程序正当原则**

**第7条**：公民、法人或者其他组织对行政机关所给予的行政处罚，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**。

**二、行政处罚的种类**

相当于提供给各个单行法的处罚的工具箱。

Eg安全生产法对不安全生产的企业进行罚款/执照吊销。

**工具箱可以拓展：*法律和行政法规*可以规定其他种类的行政处罚，但是地方性法规和规章不能自己再创造其他的行政处罚方式。**

规章受到的限制更多，只有警告和罚款，罚款也规定了数量。

**处罚的种类**

1. **申诫罚/声誉罚：对应的处罚形式叫做警告**（行政机关对相对人进行非常严厉的批评）、**通报批评**

**⭐训诫书？武汉公安解释说，不是行政处罚，只是劝导提醒批评教育。**

行政机关经常创造一些新概念来混淆已有的概念。因为如果不是行政处罚，行政机关身上的法律负担就小很多，在行政许可中也会故意创造一些概念，或者把原来一些概念的含义扭曲了，有利于减少自己的法律负担。**但是实际上这里的训诫（**以书面形式、带有法律的严肃性、会归档的）**就是警告的行政 处罚。**

警告是一种申诫罚，其目的是为了给相对人造成精神上的负担，这里不同于一般的批评教育，**只 要带有精神的压力事实上就构成了这种警告的行政处罚。**

公安机关在这里相混淆的是申诫罚和一般的对公民的劝导，是有本质不同的。**只要构成了精神负担，事实上就构成了警告**。

**根据训诫书的用词，可以感受到精神压力，实际上就是警告。**

**通告批评的范围？**与警告并列的严重程度，应该限于生活或者工作学习的环境，在什么环境有违法行为，就在该范围内通报批评

网络发达的现在，可能需要进行调整

1. **财产罚：罚款、没收违法所得、没收非法财物**

对财产进行剥夺。典型的是罚款。

**当事人有违法所得，除依法应当退赔的外，应当予以没收。违法所得是指实施违法行为所取得的款项**

（毛利，营业收入）**。法律、行政法规、部门规章对违法所得的计算另有规定的，从其规定。**

**⭐关于违法所得和非法财物的区别：**

Eg制售假烟。造假烟卖的钱是违法所得，造假烟的机器、没有卖出去的假烟都是非法财物。

老师认为：如果工具本身是合法的，不属于非法财物，**需要工具本身具有非法性**，eg无证驾驶，但汽车不是非法财物

**问题**：行政处罚最主要的特点是具有惩戒性，惩戒是对合法权益的剥夺，合法权益不包括非法利益，**这里 的非法财物和违法所得是非法利益**，不是合法权益，但是我国行政处罚法是一种杂糅的规定，不纯粹，包括了其他的不利负担，eg拆除违法建筑等，虽然属于责令改正的措施，但是对于相对人的利益也会产生很大的影响，也可以纳入行政处罚法的框架中进行规制。（解释为没收非法建筑，则可以接受行政处罚法的调整）

**☆狭义惩戒（通说）的例外：财产罚包括非法利益**

1. **资格罚/行为罚：暂扣许可证件、降低资质等级、吊销许可证件、限制开展生产经营活动、责令停产停业、责令关闭、限制从业**

责令停产停业（也可以认为是针对商事组织的行为罚）、暂扣或者吊销许可证eg驾照、暂扣或者吊销执照

剥夺你进行某种生产活动的资格。Eg吊销许可证不能再从事相应的行为 eg生产线全都违法，责令停产停业？没有剥夺合法权益，不是行政处罚

1. **人身罚/自由罚：行政拘留（我国没有影响生命健康权的处罚，都是影响人身自由的处罚，属于比较严厉的处罚**）
2. **法律、行政法规规定的其他行政处罚**

可以创建新的处罚类型。Eg驱逐出境

**行政处罚的其他可能类型：**

**声誉罚**：通过公开被处罚人违法行为降低其社会声誉。*在声誉罚在损害商业名誉时，其对经营主体带来的经济损失非常之大*

通过公开被处罚人违法行为降低其社会声誉，是不是处罚有争议。老师认为公开本身是一种处罚，不能随意公开

**行为罚**：禁止行为人从事某项活动。如禁止乘坐飞机、高铁。*影响人身自由，因此应有法律依据。*主要是从最高人民法院的失信被执行人的制度里面出来的。

如果让其作为一个处罚手段的话，类似于行为罚。

**联合信用惩戒？-事实上在限制自由，剥夺合法利益，属于行政处罚，需要受到规制**

《国务院关于建立**完善守信联合激励和失信联合惩戒制度**加快推进社会诚信建设的指导意见》，国发

〔2016〕33号

……督促有关企业和个人履行法定义务，对有履行能力但拒不履行的严重失信主体实施限制出境和限制购 买不动产、乘坐飞机、乘坐高等级列车和席次、旅游度假、入住星级以上宾馆及其他高消费行为等措施。

……引导商业银行、证券期货经营机构、保险公司等金融机构按照风险定价原则，对严重失信主体提高贷 款利率和财产保险费率，或者限制向其提供贷款、保荐、承销、保险等服务。

*目前，联合信用惩戒机制仍未进入行政处罚法范围之内，没有明确的法律和行政法的直接依据。*

**其本质上和行政处罚一样，都会剥夺相对人的合法权益，设定这种剥夺行为必须按照行政处罚法的要求进行。**

【案例】2020年夏秋季征兵期间，上饶市信州区东市街道适龄自愿报名的应征青年徐文魁，被信州区征兵工作领导小组确定为2020年信州区预定新兵并参加役前训练。役前训练期间，徐文魁思想反复波动，入伍意愿下 降，经常以各种理由拒不参加训练和集体活动，经干部骨干多次教育引导，未有任何改变。经信州区征兵工作领导小组研究，决定给予徐文魁作拒服兵役问题处理。处理意见如下：

一、由东市街道办事处对徐文魁进行不少于10天《国防法》《兵役法》等相关法律集中教育；【精神利益and一定人身利益的剥夺】

二、将徐文魁纳入履行国防义务失信名单，银行部门三年内不得给予徐文魁信贷优惠政策和利率优惠支持； 三、组织部、人社局和相关单位，两年内不得录用徐文魁为公务员或者参照公务员法管理的工作人员及国有企业工作人员；【影响就业权利，宪法上的基本权】

四、公安部门在徐文魁个人户籍“服役栏”备注“拒服兵役”永久字样，两年内不得为其办理出国（境）相关手续；

五、教育部门两年内不得为徐文魁办理入学和升学手续；【影响受教育权】

六、市场监督管理部门三年内不得为徐文魁办理经商手续；【影响经营自由/自主】

七、按照信州区2019年义务兵优待金的1-3倍予以罚款20000元，由东市街道办事处执行，罚款上缴区财政；

八、由新闻媒体将徐文魁行为及惩处结果作为违反《兵役法》的反面典型，向社会通报。

**拒服兵役虽然需要进行惩戒，但这种惩戒需要按照服兵役的相关管理规定，即《国防法》《兵役法》**，因此处罚种类也需要通过这两部法律去找。

这些处罚的手段已经影响到了**公民的基本权利**，必须由**法律规定**才能进行实施。即便有行政法法规规定也会被 认为是违法的。只能按照《国防法》《兵役法》已提供的处罚方式/工具箱来处理。

但是这些文件只是由征兵小组的文件做出的（被认为是联合惩戒），**没有法律依据，超越了行政处罚法的规 定。**

**事实上，大多数的联合信用惩戒其实都是行政处罚行为，应当按照行政处罚法来处理。**

**以下处理是否构成行政处罚？**

**√** 甲违章驾驶，被公安机关暂扣驾照6个月。【违法行为+法律后果，暂扣许可证的行政处罚】

**×** 乙开办公司，营业执照有效期满时未申请延续，营业执照被市场监管机关注销。

【**未申请延续不是违法行为**，所以注销虽然减损了合法利益，**但本身不带惩戒意味**，是中立的处理行为，不是对违法行为的责难】

**×** 丙厂生产汽车不符合安全标准，质量技术监管部门责令其召回缺陷汽车。

【行政处罚是对合法or额外利益的剥夺，在此是对违法利益的处理，不带有惩戒性，是一个**责令改正**行为】（解释为行政处罚就应该有法律行政法规的依据，否则规章也可以规定）

**×** 丁花费100万元违章建造花园，住建部门责令其限期拆除。

【（通说）花园本身是违法的，因此责令限期拆除并不属于行政处罚范畴，而是责令改正。但有争议，

（实践）责令改正的后果代价可能远大于行政处罚内容，影响太大所以属于行政处罚】

*不仅仅是100万的造价，还涉及很多其他的利益，对其进行限制具有一定的必要性。所以有人提出将责令限期拆除也作为一个行政处罚措施，那么如果可以这样理解的话，那么责令召回缺陷产品也**可以是行政处罚。*

**【支持是行政处罚行为】理论依据在于行政处罚法规定了没收违法财物、没收非法所得。**

**三、行政处罚的设定与具体规定**

**设定处罚是指把既有的种类适用具体的违法情形，创设的是新的违法处罚情形**

**行政处罚种类的设定**指的是设置新的行政处罚的手段/种类，而行政处罚的设定**设定的是该受行政处罚的行为**。

eg如果规定闯红灯要罚款，则是设定了应受行政处罚的行为，但是如果法律规定闯红灯行为除了罚款还要在全社会进行通报属于在增设行政处罚种类。

**增设种类需要通过法律、行政法规进行**；而增加规定应受处罚的行为没有那么严格，**任何法源文件**都可以。

**要解决的问题是不同的法源文件分别有什么权限规定行政处罚措施。**

行政处罚不像刑罚那么严格，不需要罪刑法定，虽然有处罚法定，但是**法定包括了很多规范性文件，但 是设定权是不一样的。**Eg法律就比较广泛，规章就很狭窄，法源文件之外的其他规范性文件不能规定行政处罚措施。

**只有法源文件才能根据行政处罚法规定的权限范围设定处罚措施。**

**（一）法律的设定权**

**法律可以设定各种行政处罚。限制人身自由的行政处罚，只能由法律设定。**

**（二）行政法规的设定权**

**可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。**【因为立法法no8有规定，是**立法保留事项**】*【体现了行政法规的****职权立法权****，可以在法律没有规定的情况下，规定哪一些行为接受行政处罚】*

法律对违法行为已经作出行政处罚规定，行政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。*【体现了行政法规的****执行立法权****】*

法律对违法行为未作出行政处罚规定*（法律规定了违法行为，但是法律没有规定行政处罚措施）*，行政法规为实施法律，可以补充设定行政处罚。拟补充设定行政处罚的，应当通过听证会、论证会等形式广泛听取意见，并向制定机关作出书面说明。行政法规报送备案时，应当说明补充设定行政处罚的情况*（实践中可能会随着行为产生的影响需要进行惩罚，****因此现在允许补充，只是需要按照一定的程序****，开听证会论 证会，并向上位法做一个说明）*

**【第三款和第一款的关系？】**

第一款可以设定行政法的前提是上位法没有任何调整，但第三款是法律有规定了违法行为，但没有设定法律后果

*（一般情况下，下位法不能补充，因为上位法规定了违法行为但没有规定处罚意味着上位法认为行为不需要接受处罚，如果进行补充实际是违反上位法的意志的）*

**（三）地方性法规设定权**

**地方性法规可以设定除限制人身自由（主要是行政拘留）、吊销营业执照（吊销企业、个体户营业执 照）以外的行政处罚。**【范围不是很宽，eg暂扣营业执照/吊销卫生许可证都是可以规定的】

*因为吊销企业执照对企业经营产生整体性的影响，如果是其他措施的影响会小一些，要防止地方立法机关的权力滥用，****保持经济的稳定****。*

**不能创设新的处罚类型**

*虽****不能规定其他类型的行政处罚，****但是作为法规，可以设定的处罚范围还是比较大的。如果是规章在进行设定的时候，权力就受到比较严格的限制。*

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。

法律、行政法规对违法行为未作出行政处罚规定，地方性法规为实施法律、行政法规，可以**补充设定行政 处罚**。拟补充设定行政处罚的，应当通过听证会、论证会等形式广泛听取意见，并向制定机关作出书面说明。地方性法规报送备案时，应当说明补充设定行政处罚的情况。

**（四）部门规章设定权**

国务院部门规章**可以在法律、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**作出具体规 定。**【执行性立法】**

**规章在处罚设立方面具有一定的职权立法权：——违反法律保留原则**

**尚未制定法律、行政法规的【尚未制定法律指该领域没有任何上位法的规定，注意上位法的范围！】**，**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、通告批评或者一定数量罚款**

【没有上位法，就只有这几种】的行政处罚。**罚款的限额由国务院规定**。

——这个规定和立法法no8冲突。属于同一个制定机关制定的规范冲突，解决规则：**后法优于前法**，特别法优于一般法。但该条款经行政处罚法修改仍然保留

行政处罚领域中，还是按照行政处罚法来进行。

**⭐违反了法律保留原则：***部门规章对行政处罚的设定权，是****对没有上位法的规定的领域科以负担行为***

*这种规定是不是正当的？行政机关制定的规则需要有法律保留原则的要求，是说上位法没有规定下位法不能进行不利负担的创制性规定，***即便是轻微的处罚仍然是不利规定，这里是违背了法律保留原则的要**

**求，是我国特殊国情的考虑，***是1996年很多管理领域没有法律，规范性文件也不合适进行管理，所以可以让规章进行一定程度的创制，满足管理的需要，***但是现在法律渐渐健全，是否还要保留部门规章的创 设权，是充满争议的。**

**⭐创设新的行政处罚种类、设定行政处罚、具体规定行政处罚是三个不同的层次**

**创设新的行政处罚种类***，是指法律和行政法规对于在行政处罚法中没有规定的***行政处罚种类进行新增设定行政处罚***是对一个行为原来没有规定要行政处罚，现在规定需要接受行政处罚。*

**具体规定***是指在法律已经规定了这个行为要接受行政处罚的前提下，下位法对上位法的规定做具体的细化。*

Eg排放污染物。如果法律说排放污染物应当被列入黑名单进行公布，属于新创设的行政处罚类型，构成增设行政处罚种类；如果原来没有规定排放这种污染物需要罚款，现在规定了需要进行罚款，就构成行政处罚的增设；具体规定是说上位法说了排放热水要进行罚款，下位法规定了具体数字，就构成了行政处罚的具体规定。

**（五）地方政府规章设定权**

地方政府规章可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。

**尚未制定法律、法规的**，**省、自治区、直辖市人民政府**和**省、自治区人民政府所在地的市人民政府**以及**经国务院批准的较大的市**人民政府制定的规章，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。罚款的限额由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会规定。**

《立法法》

第80条第2款：部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据，部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范，不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责。

第82条第6款：没有法律、行政法规、地方性法规的依据，地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。

**（六）“设定”与“具体规定”的区别**

《行政处罚法》第11条第2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。

**设定：原先无规定，增设新的规定。从无到有的行为，创设性行为。**

**具体规定：上位法已有规定，下位法在上位法设置的行为、种类和幅度的范围内具体规定。从粗到细。**

⭐详见（四）

**例1（设定）：**

上位法：禁止未经城市人民政府市容环境卫生行政主管部门批准，擅自在街道两侧和公共场地搭建建筑物、构筑物或者其他设施，影响市容。违反上述规定的，处以500元以上，2000元以下的罚款。

下位法：禁止擅自占用道路和公共场所从事招徕、摆卖、生产、加工、修配、机动车清洗和餐饮等经营活动。违反上述规定的，处以500元以上，2000元以下的罚款。

**属于具体or创设性规定？规定的违法行为是否一样？规定的罚则是否一样？**

此处下位法对上位法是一种创设的关系：是一种新行政处罚的设定行为，因为上位法只是禁止有形物的公共空间占用，下位法禁止的是以行为、经营活动占用街道。**是两种不同的行为**，下位法突破了上位法规定的范围，创造了新的应受处罚的行为，是一种增设。

可能两个条款的内在精神是一致的，上位法可以类推到行为，从立法目的上也应该禁止。是否可以这样类推？因为这里是行政处罚，**对于行政处罚是对公民不利的，应该严格限制类推适用**。类推可能使相对人收到不利负担的范围加大了。

**如果下位法是规章，不能这样规定，如果是地方性法规，因为有设定权，就是可以的**。

**例2（具体规定）：**

上位法：机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任；有证据证明非机动车驾驶人、**行人有过错的，根据过错程度适当减轻机动车一方 的赔偿责任；**机动车一方没有过错的，承担不超过百分之十的赔偿责任。

下位法：机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故，机动车一方有事故责任的，对超出机动车交通事故责任强制保险责任限额的部分，由机动车一方按照下列规定承担赔偿责任：

（一）机动车一方在交通事故中负全部责任的，承担百分之百的赔偿责任；

（二）机动车一方在交通事故中负主要责任的，承担百分之八十的赔偿责任；

（三）机动车一方在交通事故中负同等责任的，承担百分之六十的赔偿责任；

（四）机动车一方在交通事故中负次要责任的，承担百分之四十的赔偿责任。

上位法有不确定法律概念：适当减轻——下位法区分，进行了分类讨论。下位法规定把上位法的不确定概念进行了拓展，分情况讨论细化规定，没有突破上位法的范围，不是新的创设规定。

**例3：判断该下位法的具体规定是否合适。**

上位法：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20元以上

200元以下罚款。

下位法：违反规定停放车辆，影响其他车辆、行人通行的，处200元罚款。

下位法对上位法的规定必须严格执行，对有处罚变动区间的应罚行为，该处罚幅度不能随意调整。上位法是“20元以上200元以下”，下位法也必须在“20元以上200元以下”的范围内规定，不得规定“20元以上100元以下”（否则会导致国有资产的隐性流失），也不得规定“一律20元”或“一律200元”或“一律XX元”（否则就消解了上位法预设的处罚裁量空间）

**构成了对上位法处罚的细化规定，是否允许？这里下位法比上位法更严格，虽然貌似没有超出上位法的范围，但是限缩了上位法的裁量空间，仍然是违背上位法规定的，而且对情节轻微原本只需付20元的相对人增加了180元的负担。是不可以的。如果规定一律处罚20元，也是不可以的，造成了国有财产损失，不能限缩裁量范围。但是可以细化规定，根据不同情节做不同档次的规定，这才叫细化规定。**

## 上位法给出的是一个幅度，那么下位法也应该相应的做出一个幅度，而不是一个统一的数字。要么是做出的规定的是一样，即还是20-200 ，但是此时就是没有意义了，应该做出细化，什么叫做情节比较轻、什么叫做情节比较重。

**四、行政处罚的实施主体**

行政处罚法给单行法提供了工具套装，手段在单行法中进行规定调整，谁来使用工具就涉及实施主体的问题。

**实施主体主要是行政主体，最典型的是行政机关，绝大多数有管理权的机关都可以实施行政处罚职权。权力来自不同单行法的规定。**Eg食品安全法规定食品安全管理部门，现在的国务院以及的食药管理部门是市场监管总局，地方也合并了很多

**（一）行政机关**

**行政机关依职权作出行政处罚决定。**

**第17条：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。（一般的处罚主体是具备行政处罚权的行政机关，法定职权：没有做出明确的交代是什么法，只要是法源文件就可以，这些法源文件都可以确定行政机关的处罚权限。）**

**第18条：国家在城市管理、市场监管、生态环境、文化市场、交通运输、应急管理、农业等领域推行建 立综合行政执法制度，相对集中行政处罚权。**

**国务院或者省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权。（这条的规定主要是为了设置城管。）**

**限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关和法律规定的其他机关行使。**

**⭐集中行使处罚权的机关：**

**正常都是设定一个部门在某一个领域的处罚权，每一个部门各管一摊，但是在某些方面出现问题**

【城管】城市中的流动摊贩，要求对其进行管理，有管理权限的有很多，最后导致的结果是谁都没有管。 最后导致职责区分不明确，有些事情都抢着管，有的谁都不愿意管，一开始组织联合执法，但是不是长期的方式，政府必须有一个部门长期管理这种事情，所以最后想出的办法是各个机关有关管理权全部集中起来由一个机关行使，集中行使处罚权。创设了新的部门——城管部门。行使各个方面的处罚权。本来分管的只能由城管一家管理，没有权限边界的问题，责任明确，管理效率高，但是这种模式的后果是，把所有矛盾也集中了。

有的学者建议取消城管，让公安机关行使职权，这是不可行的，会削减公安机关的权威性。而且一直要求城管执法要文明，但是限度很难把握。城管非常难办，法律规定的度的把握比较困难，对城管工作要进行 程序限制，除了行政处罚法规定之外还要有其他限制，但是规定的越多城管的工作就越不容易进行，效果不容易实现，这两者之间的矛盾实际上是中国城市化过程中的矛盾，随着城市化的深入，这样的矛盾会越来越少，现在需要执法部门的具体执法艺术，法律没办法规定这么细。

**关于集中行使处罚权，有些权力不能被集中eg公安机关行使的限制人身自由的职权，城管不能扣押小 摊，2）垂直管理部门的权力也不能进行集中行使，这些部门由上级一条线管辖，可能是中央进行管理，不受地方政府限制，也可能是省以下垂管，这些部门直接受上级的管理，不受地方政府的节制，也不能把权力集中到某个政府部门行使。**

**条条块块：纵向关系称为条线关系，地方关系称为块状关系**

**《北京市实施城市管理相对集中行政处罚权办法》第5条：**

**城管执法机关根据国务院和市人民政府关于相对集中处罚权的决定，行使法律、法规、规章规定的以下行政处罚权：**

**（一）市容环境卫生管理方面的处罚权；**

**（二）市政管理方面的处罚权；**

**（三）公用事业管理方面的处罚权；**

**（四）城市节水管理方面的处罚权；**

**（五）园林绿化管理方面的有关处罚权；**

**（六）环境保护管理方面的有关处罚权；**

**（七）城市河湖管理方面的有关处罚权；**

**（八）施工现场管理方面的有关处罚权；**

**（九）城市停车管理方面的有关处罚权；**

**（十）交通运输管理方面的有关处罚权；**

**（十一）工商行政管理方面对流动无照经营行为的处罚权；**

**（十二）城市规划管理方面对违法建设的有关处罚权；**

**（十三）旅游管理方面对无导游证从事导游活动行为的处罚权；**

**（十四）市人民政府决定由城管执法机关集中行使的其他处罚权。主要是为了进行集中管理，避免出现公地悲剧或者是反公地悲剧。**

**（二）法律、法规授权组织**

**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。（《行政处罚法》第19条）**

**不包括规章授权的组织（处罚法没有规定，而且处罚行为比较严肃，规章自己的规定就有限制，再由规章授权其他的主体进行实施，不合适）**

**规章不能对非行政主体的组织进行行政处罚授权。**

**（三）受委托主体——权力在委托方手中，委托的是事务**

**行政委托是否需要法律依据？一般的行政委托不需要法律依据，既可以委托给组织，也可以委托给个人。但是行政处罚委托需要法律依据，也不能委托给个人。**

**第20条：行政机关依照法律、法规、规章的规定，可以在其法定权限内书面委托符合本法第二十一条规 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。**

**委托书应当载明委托的具体事项、权限、期限等内容。委托行政机关和受委托组织应当将委托书向社会公布。**

**委托行政机关对受委托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。**

**受委托组织在委托范围内，以委托行政机关名义实施行政处罚；不得再委托其他组织或者个人实施行政处罚。**

**第21条：受委托组织必须符合以下条件：**

**（一）依法成立并具有管理公共事务职能；**

**（二）有熟悉有关法律、法规、规章和业务并取得行政执法资格的工作人员；**

**（三）需要进行技术检查或者技术鉴定的，应当有条件组织进行相应的技术检查或者技术鉴定。**

**如果受委托的组织做出的行为超过了委托权限，此时应该是委托方来承担责任还是受托方来承担？** yq认为应该由委托方来承担，因为从外观上来看，受托方实行的行为还是在这个领域之内进行的，比如交通领域等，一般的越权行为应当由委托方承担责任。如果是非常明显的在干委托方职权范围之外的事情的话，可能需要受托方来承担责任，Eg交通部门委托，但是受托方在做住建部门的事 情。

**委托的条件比主体中的要求严格得多。行政处罚的委托不可以委托给个人，而且组织有限制，因为行政处罚对相对人的影响比较大不能随便授权。**

**① 依照法律、法规或者规章的规定**（**规章不能授权，但是可以规定委托**，因为不需要受托方承担责任，）（但是这里还是比较严格的，因为需要法律依据，一般的委托不需要法律依据。）

**② 被委托组织需要具有一定的条件**（依法成立管理公共事务的事业组织、有熟悉法规和业务的工作人员、有相应技术条件）

**③只能委托给事业组织和其他行政机关，不能是营利性的。**企业组织不能接受委托。因为企业是营利性组织，不能使营利性组织享有行政处罚权不能委托个人

**④不能二次委托，受托方不能委托给另外一个组织。**

**⑤ 以委托主体名义实施处罚，法律后果由委托主体承担**

**五、行政处罚的实施规则**

**（一）管辖规则**

**在不同机关之间分配执法的任务。可以比较好的调动各个机关的积极性，更加便利于对违法行为的追究。**

## 横向的管辖称为地域管辖，纵向的管辖称为级别管辖。

1. **地域管辖和级别管辖**

**第22条：行政处罚由违法行为发生地的行政机关管辖。法律、行政法规、部门规章另有规定的，从其规定。（排除掉所有地方法规、地方规章等）**

**第23条：行政处罚由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，从其规定。**

**是否要求有行政处罚权机关具备县级以上？不是。而是有行政处罚权的机关隶属的人民政府必须是县级以上（包括县级，市级和省级）人民政府。县政府、区政府、旗政府等。**

**第24条第1款：省、自治区、直辖市根据当地实际情况，可以决定将基层管理迫切需要的县级人民政府部门的行政处罚权交由能够有效承接的乡镇人民政府、街道办事处行使，并定期组织评估【“交由”指把 行政处罚权交给了乡镇人民政府，不是委托，委托仅交由相关事务，但在这里是把权力交给了乡镇政府，因此是乡镇政府承担责任，而不是提交权力的一方承担责任】。决定应当公布。**

**旧的行政处罚法是没有这一条的。**

**之前没有这一条的时候，乡镇政府要进行行政处罚，只能通过委托的方式。**

**但是将处罚权交给乡镇政府存在隐患：处罚权下放，但是执法的队伍并没有下放，那么就会导致乡镇组建自己的执法队伍，可能会导致冗官冗吏的问题。**

**基层治理的时候也可以采用柔性的手段来解决问题，并不一定要采取强制暴力的行政处罚手段。比如激励措施。**

**行政处罚由违法行为发生地的县级以上【县、自治县、区、不设区的市】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。【属地管辖而非属人管辖】**

**【违法行为发生地】：包括1、行为实施地 2、行为结果发生地（eg卖假药，A地生产，B运输到C地，C地销售，C地可以认为是损害结果发生地）3、违法行为的经过地——违法行为发生地比较有利于展开调 查。**

**【县级以上人民政府】：县、自治县、区、不设区的市，因为乡一级的人民政府没有管理部门，能够对口进行条线监管的最低是县一级。**

**例1：**

**王某在甲地制造假疫苗运往乙地销售，途径丙地、丁地。则甲、乙、丙、丁四地的药品监管机关何者拥有管辖权。**

**若在运输途中被查获？**

**若在销售过程中被查获？**

**若王某只是制造，交由李某运输并在乙地销售，则乙地机关是否可以处罚王某？——乙地机关对李某享有行政处罚管辖权，但是对于王某没有管辖权。但如果将“违法行为发生地”理解为违法行为发生地和危害结果发生地，则乙地机关也可以享有针对王某的行政处罚管辖权。**

**例2：**

**赵某在甲区获得经营许可证，在乙区从事违法经营活动。何地的行政机关对此拥有管辖权？——乙区享有管辖权，因为行政处罚的管辖制度为属地管辖，而非属人管辖**

**例3：【地域管辖】**

**2015年5月21日，四川省雅安市汉源县居民谭孝华在北京市中南海周边非正常上访，被北京市公安局西城分局查获，经训诫后送至北京市马家楼接济服务中心【北京市著名的信访人员集散地】。四川省工作组**

**和雅安市驻京工作组赶往马家楼开展劝返工作，后被汉源县相关部门工作人员接回。2015年5月24日，汉源县公安局作出汉公(富泉)行罚决字[2015]169号《行政处罚决定书》，给予谭孝华拘留七日的处罚。谭孝华向汉源县人民法院提起行政诉讼，认为违法应该由北京市公安局西城分局府右街派出所处罚。**

**【驻京办：很重要的就是这个功能，现在大量被撤销了，原来的驻京办有两个重要功能，一是跑到部委去要钱，二是和信访有关的，把访民截住】**

**问题在于应该由哪个机关进行管辖？**

**按照规定，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。这里第一个地域管辖的条件不符合（违法行为发生地是在中南海）——但是判决说有例外规定**

**法院判决：**

**根据《公安机关办理行政案件程序规定》（公安部令【公安部规章】第149号）【部门规章】第九条第一 款“行政案件由违法行为地的公安机关管辖。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”，**被告汉源县公安局对该案行使管辖权并无不当。根据《信访条例》第十八条第一款“信访人采用走访形式提出信访事项的，应当到有关机关设立或者指定的接待场所提出”的规定，信访人行使信访权利须遵循法定的形式和程序。北京市中南海周边不是信访接待场所，不接待信访人员走访，也不允许信访人员滞留或聚集。被告提供的北京市公安局西城分局训诫书足以证明原告于2015年5月21日到北京市中南海周边非正常上访的事实是存在的，其行为已经扰乱了北京市中南海周边的公共秩序。

**问题：公安部的规章是否违反行政处罚法？*先不可以，经过行政法的修改是可以的。***

**“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”——如何理解更加适宜的意思？这里解决的也是地域管辖规范的目标——横向上由哪一个公安机关进行管辖？属地 为先，属人更适宜的时候适用属人管辖，判断适宜的标准应当按照和属地管辖的考虑相类似的标准：违法行为发生地的公安机关进行管辖对调查更方便、调查违法行为更容易等，但是本案中还是北京公安更有利于调查，汉源县公安机关的管辖不是适宜的管辖，也不符合公安部规章基本精神的规定。**

**因此本案中汉源县公安机关的管辖是错误的管辖，真正有管辖权的公安机关是北京市西城区。**

**例1：《网络交易管理办法》（国家工商行政管理总局令第60号）第41条**

**网络商品交易及有关服务违法行为由发生违法行为的经营者住所所在地县级以上工商行政管理部门管辖。对于其中通过第三方交易平台开展经营活动的经营者，其违法行为由第三方交易平台经营者住所所 在地县级以上工商行政管理部门管辖。第三方交易平台经营者住所所在地县级以上工商行政管理部门管辖异地违法行为人有困难的，可以将违法行为人的违法情况移交违法行为人所在地县级以上工商行政管理部门处理。**

**两个以上工商行政管理部门因网络商品交易及有关服务违法行为的管辖权发生争议的，应当报请共同的上一级工商行政管理部门指定管辖。**

对于全国范围内有重大影响、严重侵害消费者权益、引发群体投诉或者案情复杂的网络商品交易及有关服务违法行为，由国家工商行政管理总局负责查处或者指定省级工商行政管理局负责查处。

**现在部门规章可以变通地域管辖。**

由国家工商行政管理总局负责查处或者指定省级工商行政管理局负责查处。**行政处罚法目前对级别管辖的要求是县级以上地方人民政府，不包括中央人民政府的组成部门——所以有问题，总局是国务院的下属部门是没有行政处罚权的**。

1. **指定管辖**

**两个以上行政机关都有管辖权的，由最先立案的行政机关管辖。**

**对管辖发生争议的时候【积极-都想管/消极-都不想管】，（在行政系统内解决）报请共同的上一级行政 机关指定管辖。**

**但其实不是一上来就报请上级机关，首先可以自己协商解决。**

**如果是不同条线的，就报上一级政府，如果是同一条线的，就报共同的上级业务主管部门管辖。如果条线和地域也不同，就报国务院裁决。**

**例：A省甲县与B省乙县为邻县，甲县公安局与乙县交通局发生管辖权争议，应报何机关指定管辖？原则上应当上报给国务院裁决，但实践中往往是县级政府部门相互商议解决。**

1. **移送管辖**

**违法行为涉嫌犯罪的，行政机关应当及时将案件移送司法机关，依法追究刑事责任。对依法不需要追究刑事责任或者免予刑事处罚，但应当给予行政处罚的，司法机关应当及时将案件移送有关行政机关。 违法行为构成犯罪的，行政机关必须将案件移送司法机关，依法追究刑事责任。**

**因为行政责任和刑事责任有吸收关系，刑事责任吸收行政责任，如果要追究刑事责任，一般就不需要再追究行政责任了，但是实践中往往行政机关不会直接移送，但是法律上是不允许的，必须发现犯罪就立**

**刻移送。**

**（二）一事不再罚规则**

**《行政处罚法》第29条：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。同一个违法行为违反多个法律规范应当给予罚款处罚的，按照罚款数额高的规定处罚。**

**【一般的一事不再罚】学理上，各种行政处罚都不能给予两次，当然有很多很难进行两次执行，能够执 行的包括警告罚款拘留。应当对“罚款”做扩张的解释，即“同类处罚方式”；可以累计实施的处罚行为包括警告、罚款和拘留，吊销营业执照、没收违法所得等处罚方式不可能针对同一个违法行为实施两次**

**【想象竞合】还具有一定的延展性。Eg一个行为违反了多重法律规范，从法律评价角度来讲应该评价为多个违法行为，如果全部责任都施加到当事人身上就增加了过多的负担。刑法上叫做想象竞 合。**

**【分析模式】一事不再罚需要首先界定什么是一事，然后再判断不再罚。**

**例1【什么是“一事”】：**

**连续交通违法，是否可以给予多次处罚？**

**eg骑车带人连续闯过多个路口，是否受到一事不再罚限制？是否是同一个违法行为？**

**Eg尾号限行，违反了车牌规定，先开出去，又开回来被拍了两次，认定了两次交通违章，能否重复处罚？**

**这两个例子的区别？本质的区别在于行为*是否可以当场改正*。对于骑车带人的行为，是可以被当场纠正的行为。但是开错车牌是不能立刻改正的行为，应该被认为是同一个违法行为。Eg开错车牌3h内拍到多次只处罚一次。**

**对于长时间违法停车行为可以再次予以处罚——李清志诉呼家楼交管大队交管行政处罚和朝阳区政府行政复议案**

1. 一事不二罚原则的理论基础主要是保护人格尊严，遵从比例原则、法安定性原则、诚实信用原则以及信赖保护原则。然而，行政处罚除制裁违法外，同时强调预防和矫正违法的追求。一事不二罚原则的确立，旨在防止重复处罚，保护行政相对人合法权益，体现了行政处罚的实施必须与违法行为的事实、性质、违法情节相当。因此对“一事”或“同一违法行为”的判定应为遵循上述原则的确立宗旨的法律评价。 2.对于长时间的违法停车行为，在首次行政处罚后、违法状态仍长时间持续的情况下，如果仅以一事不二罚原则为由，径行认定针对其后持续的违法停车行为作出的行政处罚缺乏依据，则可能造成处罚内容与该 违法行为所造成公共交通损害程度不成比例的情况，有违于行政处罚法中的过罚相当原则，无法达到制裁违法与规制预防矫正违法的目的。
2. 以切割处断的处罚方式符合行政处罚的目的，未突破比例原则限制，未超出合理限度，是相对比较合理且便于实行的方案，能较好的实现比例原则、法的安定性、信赖保护、追求实质公平正义的统一；且行政执法成本较低，契合当前技术条件，有利于交通管理目标的实现。
3. 依照一般理解，由于出现一定时间的中断、一定距离的中断、收到改正之通知或查处而中断、新的违法故意而中断等情形，可以将违法行为从自然意义的一个行为处断为法律评价上的多个行为。 5.对切割处断使用上的一个重要限制，是要防止公权力的不当行使，应当给予违法行为人以合理之机会，使其得以及时知悉纠正违法行为，对于欠缺期待可能性的行为则不应再罚。

**例2【什么是“不再罚”：类似想象竞合】**

**甲在未办理任何证照、许可证的情况下开设餐馆，违反工商、卫生、食药、城建、税务等多个领域的法律规范，各个行政监管机关能否给予同种类的处罚？**

**违法行为的判断标准即为是否满足违法的构成要件。本案中，存在多个法律意义上的违法行为，但事实行为只有一个自然行为【类似于刑法上的“想象竞合”】。行政法理论上借鉴“想象竞合”的原理解释“一事不再罚”，但实践中存在多种观点，也存在多种处罚并罚的经验存在。中立的做法是，可以“并罚”，但只能是处以不同类型的处罚，而不能由多个部门针对同一自然行为给予相同类型的处罚**

**各个监管机关都有处罚权的情况下，原理上应该参照想象竞合的处理方法，从一重处理，但是问题在于行政法和刑法不一样，行政处罚的主体很多而不是一个，这样一事不再罚应该如何操作有多种观点。**

**Yq认为比较合理的是：不能进行两次以上罚款的行政处罚实际上是不能两次以上基于同种类型的行 政处罚eg有多个罚款就按照最高数额的那个，不同的行政处罚类型目的不一样，是可以合并施加的，所以多个机关都有处罚权的情况下，要保证不对相对人施加过重的处罚，又避免机关之间协调性的要求，理论上可以规定让各个机关分别行使处罚权，但是应该是不同类型的处罚。但是也不绝**

**对。如果两个机关都是罚款比较轻的处罚，后来处罚的机关可以考虑前面已经处罚过的金额做一定的扣除。不至于给相对人造成过重的负担。**

**可能单纯适用于一个违法行为，也可能适用于违反不同法律的同一个违法行为。**

**（三）从轻与减轻处罚规则**

**主体因素【自然人-认识能力问题】：**

**一个人要对自己负责，需要能认识到自己的行为是不对的。**

**【年龄】不满十四周岁的人有违法行为的，不予行政处罚，责令监护人加以管教；已满十四周岁不 满十八周岁的人有违法行为的，从轻或者减轻行政处罚。**

**【意志能力】精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为时有违法行为的，不予行政处罚，但应当责令其监护人严加看管和治疗。间歇性精神病人在精神正常时有违法行为的，应当给予行政处罚。****尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人、智力残疾人有违法行为的，可以从轻或者减轻行政处罚。**

**行为因素**

**当事人有下列情形之一，应当从轻或者减轻行政处罚：**

**（一）主动消除或者减轻违法行为危害后果的；【仅仅自首是不够的，而且要是主动减轻不是被动减轻】**

**（二）受他人胁迫有违法行为的；**

**（三）配合行政机关查处违法行为有立功表现的；【必须要有实际表现】**

**（四）其他依法从轻或者减轻行政处罚的。**

**违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。**

**不予处罚两个要素：1、行为轻微并且已经纠正2、没有危害后果**

**（四）不予处罚**

**第三十三条**

**违法行为轻微并及时改正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。初次违法且危害后果轻微并及时改正的，可以不予行政处罚。**

**当事人有证据足以证明没有主观过错的，不予行政处罚。法律、行政法规另有规定的，从其规定。【要求考虑相对人的主观状态，但是举证责任在相对人】**

**对当事人的违法行为依法不予行政处罚的，行政机关应当对当事人进行教育。不予处罚两个要素：1、行为轻微并且已经纠正2、没有危害后果**

**例：方林富案**

西湖区市监局于2016年3月22日作出（杭西）市管罚处字[2015]534号《行政处罚决定书》，认定原告在其经营场所内外发布广告，使用最好、最优、最香、最特色、最高端等绝对化宣传用语。如：在其经营场所西侧墙上有两块印有“方林富炒货店杭州最优秀的炒货特色店铺”、“方林富杭州最优秀的炒货店”内容的广告；在其经营场所的西侧柱子有一块上印有“杭州最优炒货店字样的广告牌”……该行为违反了《中华人民共和国广告法》第九条第（三）项规定，根据《中华人民共和国广告法》第五十七条第（一）

项、《杭州市规范行政处罚自由裁量权的规定》第九条的规定，经研究，依法从轻处罚，决定：责令原告停止发布使用绝对化用语的广告，并处罚款20万元，上缴国库。

**《广告法》第9条：广告不得有下列情形【处罚依据】**

**……**

**（三）使用“国家级”、“最高级”、“最佳”等用语；**

**……**

**第57条 有下列行为之一的，由市场监督管理部门责令停止发布广告，对广告主处二十万元以上一百万元以下的罚款，情节严重的，并可以吊销营业执照，由广告审查机关撤销广告审查批准文件、一年内不受理其广告审查申请；对广告经营者、广告发布者，由市场监督管理部门没收广告费用，处二十万元以上 一百万元以下的罚款，情节严重的，并可以吊销营业执照、吊销广告发布登记证件：**

**（一）发布有本法第九条、第十条规定的禁止情形的广告的；**

**……**

杭州方林富炒货店系个体工商户，主要卖炒栗子、山核桃、瓜子等炒货。2015年11月初，杭州市西湖区市场监督管理局接到群众举报，称该炒货店存在违反广告法的行为。工作人员遂对该店铺进行了调查，发现方林富炒货店在其经营场所内外及包装袋上发布广告，并使用最好、最优、最香、最特色、最高端等绝对

化宣传用语，违反了《广告法》第九条第(三)项规定，故责令原告停止发布使用绝对化用语的广告，并处罚款20万元。方林富不服，经行政复议维持后，向杭州市西湖区人民法院提起行政诉讼。

**根据《广告法》第9条第(三)项及第57条，使用“国家级”、“最高级”、“最佳”等用语的，应对广告 主处二十万元以上一百万元以下的罚款，情节严重的，并可以吊销营业执照。**

**原告认为：**

1. 处罚决定未明确“最特色”的用语是违反了“国家级”还是“最高级”抑或“最佳”等用语的规定。【没什么道理，肯定是最高级】
2. “杭州最优秀的炒货特色商铺”等用语均是在介绍经营场所，不是介绍商品或服务，不能适用广告法进行定性处罚。【试图区别对商品服务的介绍和对经营场所的介绍—但是好像也不成立—广告法对广告的定义】

《广告法》第2条：在中华人民共和国境内，商品经营者或者服务提供者通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业广告活动，适用本法。

1. 原告是个体工商户，其行政责任应由经营者承担，处罚对象应是经营者庞清连。【方林富的老婆-也没啥道理，如果把字号作为出发对象是没有问题的】
2. **【最具有实质意义的】原告的违法情节轻微，原告只在自己店里发布广告，且广告持续时间较短，设 置展示柜广告仅一个月时间，外墙广告仅3天。被告西湖区市监局对原告处以20万元罚款畸重。**

**被告认为：**

**对原告罚款20万元，已是在广告法规定幅度内最轻的行政处罚，处罚合法，裁量得当。**

**西湖区法院判决：**

原告系个体工商户，在自已店铺和包装袋上发布了相关违法广告，广告影响力和影响范围较小，客观上对市场秩序的扰乱程度较轻微，对同行业商品危害较小。其次，广告针对的是大众比较熟悉的日常炒货，栗子等炒货的口感、功效为大众所熟悉，相较于不熟悉的商品，广告宣传虽会刺激消费心理，但不会对消费者产生太大误导，商品是否其如商家所宣称“最好”，消费者自有判断。综合以上因素，本院认为原告的案涉违法行为情节较为轻微，社会危害性较小，对此处以20万元罚款，在处罚数额的裁量上存在明显不 当。根据本案前述具体情况，本院将罚款数额变更为10万元。**【把20万改成10万等于是立法行为，法院 超越了权限范围】**

**法院的判决是否正确？实际上突破了实体法的限制，突破了法律的底线要求。这种突破是否可以？要突破必须具有极其重大的事由才有正当性，但是其实法院在这里的论证过于简单了，要突破地话论证的负担应该是比较重的。理由要充足，或者在现行法范围内再寻找其他路径。**

**【问题】**

1. **西湖区市场监督管理局对方林富炒货店的罚款是否畸重？**

**法律上，畸轻畸重应该是在裁量的范围内的衡量，但是现在最低的限额就是20w，这里可能并不能 称为罚款畸重——实际上是立法的问题，可能没有考虑个体工商户的情况。**

1. **《行政处罚法》第32条能够作为减轻方林富处罚幅度的依据？**
2. **若你是方林富的代理律师，你还可以从什么方面进行论证？请结合《广告法》的规定思考。**

**首先就是从轻减轻免除的规则，行政处罚法32条是否有适用的可能性？有下面四种情况可以从轻减轻，第一个主动消除可能比较难判断，而且已经没有使用空间了，因为从轻减轻只能是在有裁量空间的情况 下（从轻：裁量范围中较轻的；减轻：多个档次的处罚，降低处罚档次）也不可以减到法定幅度之下，我国没有这样的规定。**

**第33条：违法行为轻微、及时纠正、没有造成后果，可以不予处罚——可以进行论证。但是也是有风险的，是明显的违反了广告法规定，而且如果不处罚以后很难管。可以作为第一道防线。**

**第二道防线：直接攻击行政机关的处罚依据：广告法9、57，第九条的规定是否适用于本案情况？文义上是适用的，但是第九条规定的目的是避免广告对消费者产生误导效应。有可能影响消费者判断，影响市场秩序。但是本案中，个体工商户的广告是否会产生误导作用？可能不见得。因此应该主张广告法第九条不应该适用。**

**但是确实有不良影响，如何处罚？**

**法官应该更全面地读广告法，59条第4项：广告贬低其他商品或服务的，处罚额度减轻很多。所以没有必要拘泥于广告法9条。从体系角度讲，有更好的选择。**

**其实本案的主要问题并不在于执法或者司法，而是在于《广告法》的立法问题。工商机关的处罚是完全严格遵循法律规定的处罚结果。然而，根据行政处罚法，“违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果的，不予行政处罚”。法院完全可以根据这一条款对于方林富撤销处罚。法官为了追求法律效果与社会效果的同意，在法律明文没有更低档次处罚规定的情形下，私自创制“减轻处罚”的额度和规定，属**

**于“法官造法”，有损立法和司法权威。**

**相关案件：瓜子二手车广告违法案**

2016年12月3日，瓜子二手车与乐视网信息技术（北京）股份有限公司签订《乐视网广告交易平台网络广告发布协议》，约定并投放在乐视网一个时长为15秒的体育前贴片视频广告，内容为“创办一年、成交量就已遥遥领先”，并确认在此期间，瓜子二手车承诺二手车交易量为85874量。北京市工商行政管理局海淀分局分别调取了北京市旧机动车交易市场有限公司和北京人人车旧机动车经纪有限公司的二手车成交数据后发现，此两者的二手车成交数量均超过金瓜子的成交数量。海淀分局依据《广告法》第五十五条第一款【主要针对发布虚假广告，但是也可以理解为最高级表述】，责令当事人停止发布违法广告，并责令广告主在相应范围内消除影响，并处罚1250万元。

实际上有很多概念有交叉，在法律适用的时候需要深入的比对和研究。

**（五）时效规则**

**《行政处罚法》第36条**

**第1款：违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚；涉及公民生命健康安全、金融安全且有危害后果的，上述期限延长至五年。法律另有规定的除外。**

**第2款：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。**

**问题：未被发现是谁发现？主要是指未被有管辖权的机关发现。但是不能那么绝对，如果现实中有其他情况，可能其他机关发现了但是对于违法行为没有管辖权，需要移送，然后发现已经过时效了，就以是第一个机关发现的时间为准。如果没有启动正式调查程序，没有正式性，也不能叫发现。**

**eg公民发现了违法行为，不能算行为被发现。只有被认可的机关发现了才算2年，如果公民进行了举报发生在2年以内，但是处理举报的时候2年之后了，仍然可以算是2年之内，因为从原理上理解，如果没有人举报或发现说明没有什么社会危害，如果有人举报说明有社会危害，只是当时行政机关资源限制没有及时调查，应该认为有追诉必要。**

**四种情况：【具有管辖权的机关发现、其他机关发现、公民发现、公民发现并举报】**

**⭐特殊：连续行为、继续性行为。**

**连续行为eg长春长生疫苗。进行勾兑配置违法，从2014到2018.7的所有产品一直在连续，每一次勾兑都是违法行为，但是处罚的时候不把每一次行为当作单独行为，而是把一段时间内的行为当作连续状态，整体视为一个行为，计算时效是从最后一个行为终止计算，但是处罚的程度要考虑所有的行为。**

**继续性行为：一直在进行。终了时候计算**

**实践中要区别两个概念：行为的继续不同于行为后果的继续：行为结束了但是违法后果继续，不是行为处在继续状态，时效要以行为结束的时间计算。**

**例1：**

**甲于2010年5月销售了一批假药，2012年1月，有群众向药品监管机关投诉举报该批假药。食药部门于 2012年7月启动调查程序，并于当月对甲做出行政处罚决定。请问该处罚决定是否超过法定时效？不超过。**

**例2：【继续状态】**

**乙未取得规划许可证，于2015年超越城市道路边缘线建造花园一座。2019年，城市规划与房屋管理部门认定该花园系违章建筑，责令甲拆除，并处以罚款。甲主张时效已过。请问甲的主张是否有法律依据？问题：如果15年的时候取得了规划许可证但是没有取得施工许可证，施工许可证是可以开始进行施工，如果15年造好了房子，19年行政部门来追究责任，是否可以追究？没拿规划许可证和施工许可证的区 别？**

**关键在于——法律要处理的是什么行为？**

**如果没拿规划许可证，认为是违法行为一直处在继续状态，如果没拿施工许可证，认为2019年已经过了追诉时效。因为没有规划许可证建造房屋的行为追究的违法行为不只是建造的动作，还包括建筑违法占用了公共空间。所以持续状态的判断要看法律规定，而没有施工许可证的处罚的违法行为是建造行为，后来的持续只是违法行为结果的持续**

**但是学界也有争议。因为实际中城管部门一般都过了很久才去追究，行政机关拖延履行职责，而且规划有很大的空间，如果以这样的方式违法状态就是违法行为的形式认定，不利于行政机关依法行政。所以从结果反推，要把超越规划范围的建筑都认为是结果而不是违法行为本身，但是有争议。**

**本案的无证建造行为属于违法行为。时效针对的是违法行为本身，而非违法行为的效果。房屋建造后的成立可以视为对违法建造行为的延续，也即违法行为一直处于继续状态，因而可以对其加以行政处罚**

**例3：【连续状态】**

**长春疫苗案处罚决定（吉林省食品药品监督管理局2018年10月16日）**

**……自2014年1月至2018年7月生产的所有涉案产品，生产过程中均使用两个或两个以上批次的原液勾兑配制。……2014年1月至2018年7月，在生产涉案产品过程中，生产结束、产品检验合格后立即销毁原始记录，并编写虚假的批次生产记录。**

**从最后一个行为终止来计算。**

**（六）处罚与刑罚折抵规则**

*能够进行折抵，就说明****二者性质相同，只是程度不同****。但量变会引起质变，刑法适用的程序更为严格*

**规定：**

违法行为构成犯罪，人民法院判处拘役或者有期徒刑时，行政机关已经给予当事人行政拘留的，应当依法折抵相应刑期。

违法行为构成犯罪，人民法院判处罚金时，行政机关已经给予当事人罚款的，应当折抵相应罚金；行政机关尚未给予当事人罚款的，不再给予罚款。

但是这种情况本身不应该出现，应该立刻移送，但是实际中的判断可能不明确所以出现折抵问题。

**六、行政处罚的决定**

**最基本的原则：正当程序原则**

**（一）一般规定**

**1、执法人员要求**

42条第1款：行政处罚应当由**具有行政执法资格的执法人员**实施。**执法人员不得少于两人**，**法律**另有规定的除外。

新规定，以前放在一般程序中。

《道路交通安全违法行为处理程序规定》（公安部令第105号）第44条：适用简易程序处罚的，可以由一名交通警察作出。

并不是法律，不能做另外规定。

1. **回避**

第43条：执法人员与案件有直接利害关系或者有其他关系可能影响公正执法的，应当回避。

当事人认为执法人员与案件有直接利害关系或者有其他关系可能影响公正执法的，有权申请回避。

当事人提出回避申请的，行政机关应当依法审查，由行政机关负责人决定。决定作出之前，**不停止调查。**司法中的回避需要停止诉讼程序，但行政活动不受回避申请的影响，行政活动注重效率

执法人员与当事人有直接利害关系的，应当**回避**。

1. **正当程序**

第44条：行政机关在作出行政处罚决定之前，应当**告知**当事人拟作出的行政处罚内容及事实、理由、依 据，并告知当事人依法享有的**陈述、申辩、要求听证等权利**。【拒绝听取属于重大程序违法，可能构成无效；听取不足或不全可能构成违法，导致行为撤销】

第45条：**当事人有权进行陈述和申辩**。行政机关必须充分听取当事人的意见，对当事人提出的事实、理由和证据，应当进行复核；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。

行政机关不得因当事人陈述、申辩而给予更重的处罚。

1. **处罚决定公开**

第48条：具有一定社会影响的行政处罚决定应当依法公开。

公开的行政处罚决定被依法变更、撤销、确认违法或者确认无效的，行政机关应当在三日内撤回行政处罚决定信息并公开说明理由。

行政处罚的种类（未规定的）包含声誉刑，但此处规定的处罚决定公开是不是一种处罚类型？从位置来看，不是，“具有一定的社会影响”的才公开，即尚未公开的时候就已经被广泛关注，已经没 有隐私利益，没有造成新的利益损失；**一般的行政处罚不以公开为原则**

eg明星嫖娼，其实处罚本身没有社会影响，处罚对象有社会影响，理论上不需要公开

**（二）普通程序**

1. **调查、检查**

**一般授权**

第54条第1款：除本法第五十一条规定的可以当场作出的行政处罚外，行政机关发现公民、法人或者其他组织有依法应当给予行政处罚的行为的，必须全面、客观、公正地**调查**，收集有关证据；**必要时**，**依照法 律、法规的规定**，可以进行**检查**。

行政机关在调查或者进行检查时，**执法人员不得少于两人【相互配合、监督和制约】**

【调查和检查不同，**检查带有一定的强制性**，会对相对人产生负担和限制，因为对相对人构成了不利所以 必须要有法律法规规定授权，但是调查不需要这么严格，有一般行政处罚权即可】

**出示证件**

第55条：执法人员在调查或者进行检查时，应当主动向当事人或者有关人员**出示执法证件**。当事人或者有关人员有权要求执法人员出示执法证件。**执法人员不出示执法证件的，当事人或者有关人员有权拒绝接受调查或者检查。**【出示执法证件才是具有法律效果的。没有出示可能造成重大瑕疵，导致行政行为无 效】

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，不得拒绝或者阻挠。询问或者检查应当制作笔录。

**应当向当事人或者有关人员出示证件【表明权力外观】。询问或者检查应当制作笔录。**

**抽样取证和登记保存证据**

第56条：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。

【抽样取证类似国家强制购买行为，要付钱；先行证据保存（是一个行政强制措施），也和相对人合法权益有影响，需要法律规定才可以进行。如果不是难以取得的，就不能适用这种方式】

1. **决定**

**决定主体与决定类型**

第57条：调查终结，行政机关负责人应当对调查结果进行审查，根据不同情况，分别作出如下决定：

**【决定类型】**

（一）确有应受行政处罚的违法行为的，根据情节轻重及具体情况，作出行政处罚决定；

（二）违法行为轻微，依法可以不予行政处罚的，不予行政处罚；【可以不予行政处罚的一般不处罚】

（三）违法事实不能成立的，不予行政处罚；

（四）违法行为涉嫌犯罪的，移送司法机关。

对情节复杂或者重大违法行为给予行政处罚，行政机关负责人应当集体讨论决定。

一般案件的决定：调查终结后，由从事行政处罚决定审核的人员进行**审核【要过法考】，**并报**行政机关负责人**决定。

重大复杂案件的决定：对情节复杂或者重大违法行为给予较重的行政处罚，行政机关的负责人应当**集体讨论决定。**

**法制审核**

第58条：有下列情形之一，在行政机关负责人作出行政处罚的决定之前，应当由从事行政处罚决定法制审 核的人员进行法制审核；**未经法制审核或者审核未通过的，不得作出决定**：

（一）涉及重大公共利益的；

（二）直接关系当事人或者第三人重大权益，经过听证程序的；

（三）案件情况疑难复杂、涉及多个法律关系的；

（四）法律、法规规定应当进行法制审核的其他情形。

行政机关中**初次**从事行政处罚决定法制审核的人员，应当通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格。

**决定时限**

第60条：行政机关应当自行政处罚案件**立案之日起九十日内**作出行政处罚决定。*法律、法规、规章另有 规定的，从其规定*。

1. **送达决定**

稍微超过时限，属于程序轻微违法，严重超期？尚有争议，可以借鉴时效制度，两年未处罚的，不能再进行处罚

第61条：**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

《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定，**将行政处罚决定书送达当事人**。

当事人同意并签订确认书的，行政机关可以采用传真、电子邮件等方式，将行政处罚决定书等送达当事人。

**（三）简易程序**

在比较简单的情况适用：

第51条：违法事实确凿并有法定依据，对公民处以二百元以下、对法人或者其他组织处以三千元以下罚款 或者警告的行政处罚的【通报批评没法当场】，可以**当场**作出**行政处罚决定【不是当场收缴罚款】**。法律另有规定的，从其规定。

进行调查活动的执法人员直接作出，省略调查检查中制作询问笔录、法制审核、机关负责人的决定等环节

第52条：执法人员**当场作出行政处罚决定的**，应当向当事人**出示执法证件**，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【要式行为不能省略】。当事人拒绝签收的，应当在行政处罚决定书上注明。

前款规定的行政处罚决定书应当载明当事人的违法行为，行政处罚的种类和依据、罚款数额、时间、地点，申请行政复议、提起行政诉讼的途径和期限以及行政机关名称，并由执法人员签名或者盖章。

执法人员当场作出的行政处罚决定，应当报所属行政机关备案。**也要依据正当程序规则，听取陈述申辩**

简易的体现：

**1、处罚决定当场做出，但是一般程序需要审核、负责人批准，不可能当时决定**

**2、没有人数的要求，可以是一个人，但是一般程序要有至少两个执法人员。（修改后都要求两人）**

**3、但是正当程序eg告知、出示证件不可以减少**

**4、格式化的决定书**eg交警的很多处罚决定都是简易的，一般程序不可能当场交付，需要送达，按照民事诉讼法的规定

问题：但是**行政处罚法的规定还是有些机械**，**Yq觉得门槛没有必要在行政处罚法中统一规定，可以规定让地方法规统一规定**，eg道路交通安全法规定额度是200元，是行政处罚法中的特别法，变更了简易程序，交警在200元以下可以适用简易程序，但是道路交通安全法在深圳这种经济特区的地方又进行了变通，又向上调整，应该交给各个地方分别处理。

**（四）听证程序**

适用于一般程序中比较重大的案件（看第63条）。

一般的行政处罚程序是线性关系，而听证程序有一种三角关系。有些类似于法院的庭审过程。听证主持人相当于法官，下面有双方。一方行政机关的调查人员，一方是相对人，主持人一般是行政机关的法制部门的工作人员，听取双方陈述申辩做出笔录，作为行政处罚的主要证据来源，在听证的过程中对相对人的诉求、法律的检视都会更加充分更加严密，更加有利于保护相对人的合法权益。但是缺点在于听证程序很繁琐，所以不能扩大它的适用范围。

* 1. **⭐举行听证的条件**

第63条：行政机关拟作出下列行政处罚决定，应当告知当事人有要求听证的权利，当事人要求听证的，行政机关应当组织听证：

（一）较大数额罚款；

（二）没收较大数额违法所得、没收较大价值非法财物；

（三）降低资质等级、吊销许可证件；

（四）责令停产停业、责令关闭、限制从业；

（五）其他较重的行政处罚；

（六）法律、法规、规章规定的其他情形。当事人不承担行政机关组织听证的费用。

**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**【一些会产生比较严重影响的】**决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利【权利可以放弃】；当事人要求听证的，行政**

**机关应当组织听证**【**行政机关不得依职权准予组织听证，只能依当事人申请**】。**当事人不承担行政机关组织听证的费用。**

⭐原理上，没收违法所得/应不应该听证？本质上和罚款相似，应该有程序保障——看案例。 **例：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（指导性案例6号）**

2003年12月20日，四川省金堂县图书馆与黄泽富联办多媒体电子阅览室。经双方协商，由黄泽富出资金 和场地，每年向金堂县图书馆缴管理费2400元。该“阅览室”于2004年4月2日开业。4月中旬，金堂县文体广电局市场科以整顿网吧为由要求其停办。经金堂县图书馆与黄泽富协商，金堂县图书馆于5月中旬退还黄泽富2400元管理费，摘除了“金堂县图书馆多媒体电子阅览室”的牌子。2005年6月2日，金堂工商 局会同金堂县文体广电局、金堂县公安局对黄泽富之门面房进行检查时发现，金堂实验中学初一学生叶 某、杨某、郑某和数名成年人在上网游戏。黄泽富未能出示《网络文化经营许可证》和营业执照。**金堂工商局按照《互联网上网服务营业场所管理条例》【应该是行政法规，因为叫做条例不是规章，有没有地名】决定扣留原告的32台电脑主机。**

同年10月12日，金堂工商局以原告的行为违反了《互联网上网服务营业场所管理条例》第七条、第二十七条的规定作出了成工商金堂处字（2005）第02026号《行政处罚决定书》，决定“没收在何伯琼商业楼扣留的从事违法经营活动的电脑主机32台”。黄泽富等人不服，认为金堂工商局未依法告知拟作出行政处罚决定的事实、理由和依据，以及依法享有的权利，其行政处罚的程序违法。

**争议焦点：本案中工商局是否有义务告知黄泽富要求听证的权利？**法院生效裁判认为：

《中华人民共和国行政处罚法》第四十二条规定：“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。”虽然该条规定没有明确列举“没收财产”，但是该条中的“等”系不完全列举，应当包括与明文列举的“责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款”类似的其他对相对人权益产生较大影响的行政处罚。为了保证行政相对人充分行使陈述权和申辩权，保障行政处罚决定的合法性和合理性，对没收较大数额财产的行政处罚，也应当根据行政处罚法第四十二条的规定适用听证程序。

基本的法理**：听证应该适用于对相对人有较大影响的适宜，因此在合理为了充分保障相对人的合法权益，应当使用听证程序。进一步说，没收违法所得和非法财物也是一种行政处罚，虽然不具有惩 戒性，但是和大额罚款都是财产罚，既然大额罚款要听证，大额没收违法所得和非法财物也应该听证。所以当时法律没有规定，但法院做了扩张性解释。**

对财产的扣押——不是行政处罚，是一种行政强制措施

**没收财物**——没收非法财物？但是电脑主机不是违禁品，没有许可证开网吧是违法的，没收实施违法活动的工具（理论上不认为是非法财物），行政处罚法没有规定，法律法规才能创设新的处罚类型，《互联网 上网服务营业场所管理条例》有规定

现在可以适用兜底条款

其实**行政拘留**也应该举行听证，自由是很重要的合法权益，但是目前没有列进来，**不需要进行听证，因 为拘留是按照治安管理处罚法的专门规定，不能停止但是可以暂缓执行**。因为立法的时候公安机关认为如果允许听证，处罚的量是非常大的，而且又想当一部份拘留的对象是经常被拘留的，如果都可以听证，会给公安机关造成很大负担，所以没有规定听证。

当事人对限制人身自由的行政处罚有异议的，依照治安管理处罚法有关规定执行。——*基于公安机关的强烈反对，对于当事人的拘留处罚不必进行听证*

* 1. **听证的程序**

第64条：听证应当依照以下程序组织：

（一）当事人要求听证的，应当在行政机关告知后五日内提出；

（二）行政机关应当在举行听证的七日前，通知当事人及有关人员听证的时间、地点；

（三）除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私依法予以保密外，听证公开举行；

（四）听证由行政机关指定的非本案调查人员主持；当事人认为主持人与本案有直接利害关系的，有权申请回避；

（五）当事人可以亲自参加听证，也可以委托一至二人代理；

（六）当事人及其代理人无正当理由拒不出席听证或者未经许可中途退出听证的，视为放弃听证权利，行政机关终止听证；

（七）举行听证时，调查人员提出当事人违法的事实、证据和行政处罚建议，当事人进行申辩和质证；

（八）听证应当制作笔录。笔录应当交当事人或者其代理人核对无误后签字或者盖章。当事人或者其代理人拒绝签字或者盖章的，由听证主持人在笔录中注明。

* 1. **听证案卷排他**

第65条：听证结束后，行政机关**应当**根据听证笔录，依照本法第五十七条的规定，作出决定。【听证笔录经过双方质证，因此有更强的依据和效力，证据能力高于其他】

**七、行政处罚的执行**

**（一）当事人自动履行**

当事人应在处罚决定的期限内自动履行。

行政处罚决定依法作出后，当事人应当在行政处罚决定书载明的期限内，予以履行。

当事人确有经济困难，需要延期或者分期缴纳罚款的，经当事人申请和行政机关批准，可以暂缓或者分期缴纳。

规定可以分期缴纳，就意味着罚款的数额可以超过个人的经济能力。在理论上实际上存在有争议，理论上 认为行政处罚必须在个人的能力之内，必须符合实际情况，如果不符合实际情况，那么该行政处罚决定需要归于无效。但是如果数额超过了个人的经济支付能力，是否无效？需要进行区分，如果显著的超过，则是无效的。小范围的超过是可以的，是有效的。

注意两个重要原则：

1. **罚缴分离原则**

**作出罚款决定的行政机关应当与收缴罚款的机构分离。**

除依照本法第六十八条、第六十九条的规定当场收缴的罚款外，作出行政处罚决定的行政机关及其执法人员不得自行收缴罚款。

当事人应当自收到行政处罚决定书之日**起十五日内**，到指定的银行或者通过电子支付系统缴纳罚款。银行应当收受罚款，并将罚款直接上缴国库。

现在有微信二维码可以直接关联到银行账户，仍然没有违背罚缴分离原则。

如果不分离，腐败的风险很高。银行来收缴罚款，而不是行政机关。银行会把收缴的罚款上交到国库。罚缴分离是制度性的原则，存在有例外的情形——当场收缴。

1. **当场收缴的例外（高效便民原则）**
2. **简易程序当场收缴：100元以下罚款或不当场收缴事后难以收缴（行人违章）。**【也必须符合一定条件和程序要求：eg必须要有收据，不给收据可以不给钱、罚款要马上上交，但随着技术进步问题也不大了】

第68条：依照本法第五十一条的规定当场作出行政处罚决定，有下列情形之一，执法人员可以当场收缴罚款：**（一）依法给予一百元以下罚款的；（二）不当场收缴事后难以执行的**。

警告和罚款适用简易程序。如果按照简易程序作出的罚款决定超过了一百元，但是符合第二条：不当场收 缴事后难以执行的，比如骑车带人或者骑车闯红灯的行为，也是可以进行当场收缴的。但是汽车违规是不需要当场收缴的，因为有拍照，每年还有年审，当事人是逃不掉的。

1. **特殊地区：**交通不便地区可以当场收缴，**需由当事人提出**。

在边远、水上、交通不便地区，行政机关及其执法人员依照本法第五十一条、第五十七条的规定作出罚款决定后，当事人到指定的银行或者通过电子支付系统缴纳罚款确有困难，**经当事人提出**，行政机关及其执 法人员可以当场收缴罚款。

**收缴后的处理**

第70条：行政机关及其执法人员当场收缴罚款的，必须向当事人出具国务院财政部门或者省、自治区、直辖市人民政府财政部门统一制发的专用票据；不出具财政部门统一制发的专用票据的，当事人有权拒绝缴纳罚款。（抵抗权）

第71条：执法人员当场收缴的罚款，**应当自收缴罚款之日起二日内，交至行政机关；在水上当场收缴的罚款，应当自抵岸之日起二日内交至行政机关；行政机关应当在二日内将罚款缴付指定的银行**。

例：据媒体报道，河南巩义市鲁庄镇安头村的张建勋以分期付款的方式买了一辆东风货车往西安跑运输。2005年7月26日凌晨3时许，当张建勋开车经过连霍高速潼关收费站时，被守在那里的潼关县工商局经检大队大队长支忠民和潼关县公安局的一张姓队长带人强行拦住。之后，张建勋的货车被押到潼关县公安局交警队停车场

内。工商局以张建勋车上装的电线不合格为由，执意罚款5万元。张建勋随即把货主叫过去出示商品合格证。但支忠民说：“要是叫我看你们商品合格证书，我就罚你们5万元；如果我不看，就罚你们3万元。”经讨价还 价，张建勋的货车被扣了两天，缴纳2.7万元罚款后才被放行，当张索要收据时，支忠民让他留下电话，称很快会给邮寄过去。张建勋在被罚款后，西安的一些业务客户终止了和他的运输业务。货车搁置在家，被银行按揭贷款压得不堪重负的张建勋终日一筹莫展，于2005年12月18日在家服毒自杀。

体现了行政权扩张的本能：如果行政权力不受限制，一定会给市场本身带来毁灭性的作用。现在也在打击这种行为，造成物流成本高，全国统一市场无法完成，影响经济发展。

**哪些地方违法？【主体、程序、依据、内容、权限】**

首先要定性：案件应该运用**一般程序**，毕竟是重大的罚款。需要经过一般程序的环节，同时涉及重大罚款还需要告知有申请听证的权利。

1、有关道路交通管理的法规，有权进行交通直接执法的是交通部门和公安交管部门，工商管理机关没有道路执 法权，拦车超越了职权【只有公安机关和交通管理部门可以上路拦车，其他都没有道路执法权】

2、扣车强制措施要法律授权，要法律保留，这里超越职权

3、处罚角度来看，罚款的数额不能当场做出决定，5万元需要负责人讨论决定，进行法制审核，还要告知有听证权利

4、看了罚5万？拒绝听取陈述申辩，严重违反程序

5、不能当场收缴罚款。即便可以，也要给收据。违背了要求。【不是简易程序，也不符合交通不便，应该让他自己到银行去缴纳，**接收罚款的行为是违法的，而且不给收据也是违法**】

因此工商局的行为是明显重大违法构成无效，对于无效的行为当事人可以事后起诉也可以进行现场抵抗。如果当时被拦下来，踩一脚油门闯过去可能也是可以的（如果没有公安设卡的情况下）

**（二）强制执行**

第72条：当事人逾期不履行行政处罚决定的，作出行政处罚决定的行政机关可以采取下列措施：

（一）到期不缴纳罚款的，每日按罚款数额的百分之三**加处罚款**，加处罚款的数额不得超出罚款的数额；

（二）根据法律规定，将查封、扣押的财物拍卖、依法处理或者将冻结的存款、汇款划拨抵缴罚款；

（三）根据法律规定，采取其他行政强制执行方式；

（四）依照《中华人民共和国行政强制法》的规定申请人民法院强制执行。

行政机关批准延期、分期缴纳罚款的，申请人民法院强制执行的期限，自暂缓或者分期缴纳罚款期限结束之日起计算。

**（三）被执行财物的处理**

第74条：除依法应当予以销毁的物品外，依法没收的非法财物必须按照国家规定公开拍卖或者按照国家有关规定处理。

罚款、没收的违法所得或者没收非法财物拍卖的款项，必须全部上缴国库，任何行政机关或者个人不得以任何形式截留、私分或者变相私分。

罚款、没收的违法所得或者没收非法财物拍卖的款项，不得同作出行政处罚决定的行政机关及其工作人员的考核、考评直接或者变相挂钩。除依法应当退还、退赔的外，财政部门不得以任何形式向作出行政处罚决定的行政机关返还罚款、没收的违法所得或者没收非法财物拍卖的款项。

如果是违禁品，比如假烟假酒登需要销毁。

让执法机关具有一定的积极性，也不能让其滥用罚款的权利。

# 第六讲行政许可

2022年4月6日 11:32

**第六章 行政许可**

**一、行政许可概述**

行政处罚法是制裁性的逻辑，行政许可是一种批准行为，背后的逻辑更加接近经济学、公共政治学。许可是一种规制手段，需要从政策目的、经济效果等很多方面进行衡量。我国在进行行政审批事项的削减，这里的审批事项大多是行政许可，可以释放经济活力，加快市场运转。Eg核准制到通过制，许可标准变宽 松，更大量的企业可以上市。

行政许可法是调整行政许可的专门的法律制度。

*比如上路开车，在行为没有获得行政许可之前，是不能上路开车的，是最典型的行政许可。处罚是事后的惩戒，而许可可能影响更为巨大。*

**（一）行政许可的概念**

**行政许可，是指在法律一般禁止的情况下，行政主体根据相对人的申请，经依法审查，通过颁发许可证、执照等形式，赋予行政相对方从事某种活动的法律资格的一种具体行政行为。**

行政许可的前提是行为本身是一般禁止的，私主体的活动本身是自由的，但是当可能影响到其他人的时候，就需要进行限制，设置行政许可规定事实上同时设置了一般性的禁止。Eg开车的行为是否应该禁止？空旷的地方不会影响他人的合法权益，不应该禁止，但是如果聚居区，就需要经过限 制，如果经过了培训就可以解除禁止允许你开车，允许必须要通过一定方式作出，就是行政许可行 为，发驾照就是解除一般禁止的过程，行政许可的过程。

**（二）行政许可的性质**

**依申请行为**

通过法考之后还要拿着其他相关材料向司法行政机关申请资格，之后才能颁发许可证**授益行为**

解除一般性禁止相当于赋予一定的利益。

**设定许可实际是一种立法行为**（本质是是剥夺利益的行为），是否是授益行为？（授益负担行为是从具体行政行为的层面区分的，设定行政许可不是具体的行政行为所以一般我们不讨论授益或者负担，但是要意识到如果立法要设定行政许可，其实是在设定关于某个事项的一般性禁止。Eg如果没有设定驾照，谁都可以开车上街，如果设定了驾照的概念，就对一般人设定的禁止，所以立法并不是授益行为）

**要式行为**

需要拿到书面凭证才能说明被解除了一般性禁止。

**（三）行政许可的种类（《行政许可法》第12条）**

法律行政法规可以设定其他的许可，但是基本不需要最后的兜底。

* 1. **警察许可**

**直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动**，需要按照法定条件予以批准的事项。

警察权是广义的警察权，是西方意义上的，不仅是我国的公安机关，包括了卫生行政、工商行政部门等。覆盖范围非常广泛。

例：机动车驾驶证、危险化学品运输许可证

* 1. **特许**

**有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权 利的事项**。

**实施特许，行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式作出决定，法律、行政法规另有规定的除外**例：自然资源开采许可、公用设施经营许可、自来水供电的市场准入

涉及有限资源的分配。警察许可是为了公共安全，需要限制一定的行为；特许是为了防止公共资源开发利用过程中的无序状态，抑制过度竞争。

* 1. **认可**

提供公众服务并且直接关系公共利益的**职业、行业**，需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的事项。（赋予公民特定资格，依法应当举行国家考试的，行政机关根据考试成绩和其他法定条件作出行政许可决定；赋予法人或者其他组织特定的资格、资质的，行政机关根据申请人的专业人员构 成、技术条件、经营业绩和管理水平等的考核结果作出行政许可决定。法律、行政法规另有规定的除

外。）

例：医师执业资格、建筑企业资质、法律执业资格针对主体，消除市场上的信息不对称

* 1. **核准**

**【直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品，需要按照技术标准、技术规范，通过检验、检测、检疫等方式进行审定的事项。】**（实施核准，应当按照技术标准、技术规范依法进行检验、检测、检疫，行政机关根据检验、检测、检疫的结果作出行政许可决定。）

例：生猪检疫合格证、民用航空器设备型号合格证

与认可的区别：认可是针对法律上的主体，核准是对物的。如果主体要从事某些需要具备特殊条件的行业职业，就是认可；核准针对的是物，保证物具备安全性。

* 1. **登记**

**企业或者其他组织的设立问题【主体资格的创设】等，需要确定主体资格的事项。**（申请人提交的申请材料齐全、符合法定形式的，行政机关应当当场予以登记）

**“许可性登记”与“确认性登记”**

**行政许可的本质是不批准就处在一般性禁止的状态下不可以实施。**

**不是所有的登记都是行政许可**eg转让不动产的登记不是行政许可，因为不涉及对一般禁止的解除，只是一种行政确认行为。

* 1. **法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项。**

**（四）行政许可与行政审批、备案**

《行政许可法》第3条第2款：有关行政机关对其他机关或者对其直接管理的事业单位的人事、财务、外事等事项的审批，不适用本法。

**⭐行政许可与行政审批的区别**

一般认为行政许可针对行政体系外部的公民、法人或其他组织，**行政审批主要针对行政体系内部。行政许可法针对的是对外部主体的批准。审批和许可就是对内和对外的关系。**

活佛转世管理办法？人事问题，但不是行政机关或事业单位的人事问题，寺庙属于社会团体，只有监管职能，但不是体制内的部门，属于对外部主体的管理，需要适用行政许可法

**⭐备案与许可的区别：**

行政活动中也有很多要求备案的情况，备案不是许可，**许可是不许可就处在一般禁止的状态之下，但是备案没有一般禁止的限制。备案是要告知政府知晓，但是不告知政府知晓不是不能去做。**

但是**实际中的适用比较混乱**，一些行政机关为了规避行政许可法的适用就把自己的行政许可称为备案or审批。行政许可的设置有严格的权限限制，政府的设定权限非常有限，常常是打着备案的旗号设置行政许 可，是违法的。

**《行政许可法》第3条第2款**：有关行政机关对其他机关或者对其直接管理的事业单位的人事、财务、外事等事项的审批，不适用本法。

**《国务院办公厅关于保留部分非行政许可审批项目的通知》（国办发[2004]62号）：**

依据《中华人民共和国行政许可法》和行政审批制度改革的有关规定，国务院对所属各部门的行政审批项目进行了全面清理，先后分三批取消和调整1795项行政审批项目。同时，除现行法律、行政法规设定的继续实施外，依法保留并设定行政许可500项。在此基础上，对其他行政审批项目进行了严格审核和充分论证，根据现阶段政府全面履行职能和有效实施管理的需要，经国务院同意，对其中的211项暂予保留。这些项目，主要是政府的内部管理事项，不属于行政许可；随着社会主义市场经济体制的逐步完善，今后还将逐步取消或作必要的调整。

暂住证、车辆进京通行证、开办保安服务企业审批

**《关于清理国务院部门非行政许可审批事项的通知》（国发〔2014〕16号）**

一些部门通过各种形式又先后设定了一批非行政许可审批事项，其中既有属于政府内部管理事务的事项，还有以非行政许可审批名义变相设定的面向公民、法人或其他组织的行政许可事项。这些审批事项，设定和实施不够规范，不利于激发市场活力、增强发展动力。按照行政审批制度改革工作要求，国务院决定对各部门现有非行政许可审批事项进行清理。

**（五）行政许可法的基本原则**

1. **许可法定原则**：设定和实施行政许可，应当依照法定的权限、范围、条件和程序。（第4条）

*对应的是法律保留原则。但是因为其是授益性的原则，因此不适用于法律保留原则。*

1. **公开原则**：有关行政许可的规定应当公布；未经公布的，不得作为实施行政许可的依据。行政许可的实 施和结果，除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的外，应当公开。（第5条第2款）

*跟行政处罚法上的公开不一样，行政处罚法上面的公开是依据公开，而行政许可的公开是依据公开和结果 公开，因为行政许可往往会涉及到第三人的利益。*

1. **公平原则**：符合法定条件、标准的，申请人有依法取得行政许可的平等权利，行政机关不得歧视。（第

5条第3款）

1. **高效便民原则**：实施行政许可，应当遵循便民的原则，提高办事效率，提供优质服务。（第6条）

*行政许可当中存在很大的寻租空间，所以高效便民原则是很必要的。*

1. **正当法律程序原则**：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。（第7条）
2. **信赖保护原则：**公民、法人或者其他组织依法取得的行政许可受法律保护，行政机关不得擅自改变已经 生效的行政许可。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。（第8条）

授益行为，需要保护信赖利益

1. **不得转让原则**： 依法取得的行政许可，除法律、法规规定依照法定条件和程序可以转让的外，不得转让。（第9条）

**二、行政许可的设定**

**设定行政许可，应当遵循经济和社会发展规律，有利于发挥公民、法人或者其他组织的积极性、主动性，维护公共利益和社会秩序，促进经济、社会和生态环境协调发展。**

行政许可的**设定会比行政处罚更为严格**。因为会对社会经济产生更大的影响。**许可是一种源头的控制，对****经济的影响非常巨大，行为应当受到比较严格的限制，体现在设定权的限制，**能够设定行政许可的法源文件是有范围的，而且规定的内容也有限制，行政许可法上的限制既包括肯定限制也有否定限制。肯定限制就是上述的行政许可的种类范围，同时提供了负面清单，规定某些事项可以不设定行政许可，行政处罚中就没有这样的设定；许可的管制更严。但是规定的是可以不设定不是不可以设定，如果真的想设定斟酌之后也是可以设定的，但是一般来说不再设定了。

许可本质上是为了维护公共利益，私领域的问题不会影响他人，法律不用介入

**（一）可以不设定行政许可的事项**

“可以不”，而不是“不可以设定”，不是严格约束，但是在实践中一般是认为最好不设置行政许可。

1. **公民、法人或者其他组织能够自主决定的；**

eg保姆行业要不要设定许可？

不需要，毕竟绝大多数家政从业人员不会出现极端事件，而且保姆道德品质不是行政许可可以解决的问题，如果实施了行政许可，最后得益的只能是许可的实施部门，可以获得一些好处和收益，但是对于大量保姆从业人员无法进入行业，供给短缺，价格上升，影响经济和就业。

现在的市场机制完全可以调解

雇主也可以自主判断保姆的道德品行，甚至比政府获得更多信息

1. **市场竞争机制能够有效调节的；**

如果市场能够有效保护产品的供给质量，就不需要政府保护，如果设定许可，会对企业造成额外的不必要的负担。

Eg网约车是否需要对司机进行许可？

之前出租车是要许可的，但是网约车和出租车性质不同，出租车属于出租车公司，乘客和司机存在信息不对称，但是网约车司机存在市场竞争且信息较透明，且如果有多个平台，平台也会对司机进行约束，虽然不能100%约束司机行为，但是通过市场反馈可以最快速地对问题进行调整，因此在这里市场供给可以有效解决产品服务质量监督问题，没有必要再通过行政许可的方式进行。

Eg航空器应当设定行政许可吗？

市场竞争具有局限性，在飞机这种事故影响较大的行业，政府的规制会比较严格。激烈的市场竞争可能导

致空难，因为市场竞争过于严酷而航空器成本高，一些比较小的企业没有办法负担高昂的制作成本，只能让飞机用较低成本，压低安全性标准，所以需要国家监管

其实是一个价值权衡问题，地面汽车事故发生死亡的概率小很多，可以很有效地挽救生命，但飞机危险性更大，而且如果飞机坠毁，不仅影响航空公司，而且影响公众对航空业的信任。所以这个领域的政府规制非常严格。

1. **行业组织或者中介机构能够自律管理的；**

不是所有的事情都需要政府管辖，需要行业协会发挥管理职能。

1. **行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的。**

事后监督比事前监督影响小，事前监督会很大程度上影响市场的活力。如果事后可以纠正错误就没有必要进行事前许可。

处罚（事后管制）比许可（事前管制）的影响更小一些。

**（二）不同规范性文件的许可设定权**

处罚是按照类型进行分配的，许可的划分也有类似的原理但是具体划分方式不同，有两个维度，一是长期 许可与短期许可，二是中央许可和地方许可。不同的维度许可设定权在不同法源文件中是不同的

1. **长期许可设定权：法律、行政法规、地方性法规**

长期许可是指行政许可的存在在法律上是长期有效的。

1. **短期许可设定权：**
2. **省、自治区、直辖市人民政府规章可以设定临时性【一年以内的】的行政许可。**临时性的行政许可实施满一年需要继续实施的，应当提请本级人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规。【条件：**尚未 制定法律、行政法规和地方性法规的**，因行政管理的需要，确需立即实施行政许可的】

不是所有规章都可以设定，只有**省级规章**可以设定，**国务院部委的规章不可以设定，设区的市也不能设定，因为前者可以通过国务院发，后者的许可数量也会很多**。

1. **国务院可以采用发布决定的方式设定行政许可**。实施后，除临时性行政许可事项外，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，或者自行制定行政法规。

中央部委不能设定行政许可，如果其需要设定，可以报请国务院发布相应决定。

**没有加短期两个字，但是从文义中可以看出是短期的，因为除了临时性的许可以外，国务院应该要及时提请人大常委会制定法律或自己制定行政法规，用有长期许可设定权的法源文件设定长期许可。**但这里和规章不一样，没有说一年，只说了及时，现在很多的行政许可过了15年了依然是决定的形式，给予了国务院比较大的空间，所以这里给行政许可法开了很大的口子。最著名的决定：因为大量以前设定的许可都没有按照法定的形式，如果严格按照法定的要求政府就无法运转，行政法规制定的不可能那么快，很多领域也没有行政法规，所以**严格贯彻许可法定主义**政府就无法管理。但是未来随着法律行政法规越来越完善，这些不规范的就会被逐渐取消。

**《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》（国务院令第412号）**

对法律、行政法规以外的规范性文件设定，但确需保留且符合《中华人民共和国行政许可法》第十二条规 定事项的行政审批项目，根据《中华人民共和国行政许可法》第十四条第二款的规定，现决定予以保留并设定行政许可，共500项。为保证本决定设定的行政许可依法、公开、公平、公正实施，国务院有关部门应当对实施本决定所列各项行政许可的条件等作出具体规定，并予以公布。

（国务院令并不一定全部都是行政法规，这个就是一个决定，没有经过行政法规的设立程序。）

1. **地方立法禁止设定的许可**

**地方立法：地方性法规和地方政府规章（省级）**

1. **不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可；**

例：律师执业资格只能由国家统一确定，地方政府不得加以更多干涉；也有利于统一市场的统一，保持全国的一致性。

什么是国家统一确定的？法律职业资格、驾照，比如工程师的认定是否需要全国统一其实是可以讨论的，因为各个地方的建筑标准是不一样的。

1. **不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可；**中央对地方影响企业主体资格方面的规则非常严谨。

例：某地方性法规规定，申请餐饮服务许可后，进行经营的，应得到当地餐饮行业协会认证——作为后置性许可是可以的，但是看是否违反其他规定

1. **不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务，不得限制其他地区的商品进入本地区市场。**

例：某地规定，非本地户籍人员经营网吧，应到电信主管部门备案，并缴纳管理费——违法，为了遏制地方保护、消除贸易壁垒

中央政府希望企业能充分竞争，建立全国统一市场。

1. **行政许可的具体规定权**

创设：在没有规定的情况下规定新的许可；

具体规定：在上位法的创设的范围内进行具体规定。

**行政法规**可以在法律设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定。

**地方性法规**可以在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定。**规章**可以在上位法设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定。

国务院部门规章可以对412号令中的许可进行具体规定

① 法规、规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定，不得增设行政许可（**不得扩大一般禁止的范围**）【一般禁止的范围不可以扩大】eg自行车驾驶执照的创设不可以，但是可以对具体条件进行规定。Eg获得驾照需要什么条件，可以由下位法进行规定，而且下位法规定的条件需要符合上位法的设定目的。

② 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。（**不得增设解除禁止的条件**）Eg规定家庭资产100万才能拿驾照，就违反了上位法。【根据上位法的精神和目的判断】

**例：鲁潍盐业进出口有限公司诉江苏省苏州市盐务管理局盐业行政处罚案（指导性案例5号）**

*制度背景：中国传统的盐业专营制度*

2007年11月12日，鲁潍公司从江西等地购进360吨工业盐。苏州盐务局认为鲁潍公司进行工业盐购销和运输时，应当按照《江苏盐业实施办法》的规定办理工业盐准运证，**鲁潍公司未办理工业盐准运证即从省外购进工业盐涉嫌违法【说明准运证是一种许可】。**2009年2月26日，苏州盐务局经听证、集体讨论后认 为，鲁潍公司未经江苏省盐业公司调拨或盐业行政主管部门批准从省外购进盐产品的行为，**违反了《盐业**

**管理条例》（国务院令51号）第二十条【行政法规】、《江苏盐业实施办法》（江苏省人民政府令1991年 第19号）第二十三条【说明是地方政府规章】、第三十二条第（二）项的规定，并根据《江苏盐业实施办法》第四十二条的规定，**对鲁潍公司作出了（苏）盐政一般〔2009〕第001-B号处罚决定书，决定没收鲁潍公司违法购进的精制工业盐121.7吨、粉盐93.1吨，并处罚款122363元。【是否是行政处罚？需要认定运的盐是否是非法财物？就算认定为非法财物还需要认定没收的行为是否是合适的？能否根据江苏盐业实施办法来进行没收/行政处罚？地方政府规章只能设置警告通报批评和一定数额的罚款（通常不超过10万），不能设立没收财物。罚款只能按照当地人大设置的罚款限额来进行处罚，如果该规章没有上位法依据，即使是违法的，**yq认为应该是超过了罚款的限额。**】

（行政许可法是在2003年开始设立的。）

**《盐业管理条例》**

第20条：盐的批发业务，由各级盐业公司统一经营。未设盐业公司的地方，由县级以上人民政府授权的单位统一组织经营。【能不能看出上位法规定了行政许可和行政处罚事项？**设定行政许可/处罚必须通过明确的语言表达出来**，只说了大概的方向和原则不能认为设定了行政许可和处罚，因为会对相对人产生不利 影响，所以要求上位法明确规定，地方政府也没有许可设定权，这里没有设定行政许可和行政处罚】

**《江苏盐业实施办法》**（江苏省人民政府第109号令）【政府规章】

第23条：购盐单位应在年度开始三个月前向所在地的盐业行政主管部门申请购盐计划，并按规定领取购盐证。**【上位法没有规定，规章不能设定。——规章不是能设定临时许可和罚款吗？确实是有权力，但是前 提是没有上位法的规定。如何理解没有上位法的规定?【在某个领域没有上位法】现在已经存在盐业管理条例了，上位法有规定。但是上位法只说了统一经营的问题，并没有说要设定许可处罚的问题，能不能认为许可处罚上位法没有规定所以可以下位法规定呢？应该认为没有设定是因为上位法认为不需要设定处罚和许可，因此才没有规定，所以上位法没有说是因为其认为不需要，既然上位法考虑了这个问题又认为不需要，所以存在上位法的默示约束，所以下位法在这里有问题。】**

第32条：凡属下列情形之一者视为私盐：

……

（二）未经省盐业公司调拨或盐业行政主管部门批准而私运、私销、私购的盐产品；

第42条：……擅自在省内和省际间调进调出盐产品，或私运、私销、私购、侵销、倒买倒卖盐产品，或以盐换物、送礼的，盐业行政主管部门有权就地封存，没收其盐产品和非法所得，并可处以不超过其盐产品总价值5倍的罚款。

**鲁潍公司不服处罚决定，提起行政诉讼称：**

根据原国家计委（发改委前身）、原国家经贸委（商务部前身）《关于改进工业盐供销和价格管理办法的通知》等规定，**国家取消了工业盐准运证和准运章制度，工业盐也不属于国家限制买卖的物品。【其实是有问题的，因为这两个部门的通知连规章都不算，不一定要适用】**《江苏盐业实施办法》的相关规定与上述规定精神不符，2、不仅**违反了国务院《关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》【国务院**

**令，属于行政法规】**【江苏省的规章不可以和行政法规抵触，但是处罚的时候还有一个规定《盐业管理条例》【行政法规】，其与地方封锁的规定是什么关系需要进一步分析，是否构成特别法？】，3、而且违反了《中华人民共和国行政许可法》和《中华人民共和国行政处罚法》的规定，属于违反上位法设定行政 许可和处罚【行政许可和行政处罚能不能由地方政府规章设定？需要结合上位法进行判断（《条例》的规定，上位法有设定之后下位法可以进行具体规定）】，故请求法院判决撤销苏州盐务局作出的（苏）盐政一般〔2009〕第001-B号处罚决定。

**法院认定：**

根据《行政许可法》第十五条第一款、第十六条第三款的规定**，在已经制定法律、行政法规的情况下，地 方政府规章只能在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内对实施该行政许可作出具体规定，不能设定新的行政许可**。法律及《盐业管理条例》没有设定工业盐准运证这一行政许可，地方政府规章不能设定工业盐准运证制度。

根据《行政处罚法》第十三条的规定**，在已经制定行政法规的情况下，地方政府规章只能在行政法规规定 的给予行政处罚的行为、种类和幅度内作出具体规定，**《盐业管理条例》对盐业公司之外的其他企业经营盐的批发业务没有设定行政处罚，地方政府规章不能对该行为设定行政处罚。

**5号指导性案例裁判要点**

1. **盐业管理的法律、行政法规没有设定工业盐准运证的行政许可，地方性法规或者地方政府规章不能设定工业盐准运证这一新的行政许可。**【扩大了范围，但是地方性法规是有创设的权力的，但是受到限制（不得限制地区间的经济流通），所以结论是也一样】

eg上位法说城市中要按照卫生主管部门规定的方式倒垃圾，下位法规定了建筑垃圾要有许可证，这里地方性法规可以规定，但是规章不可以，因为上位法并不包含禁止下位法增加关于特殊种类垃圾倾倒方法的规定，且渣土非常特殊，上位法不一定考虑到了这种情况，所以下位的地方性法规可以进行规定，**但是盐业准运政应当是经过充分考虑的问题，而没有设定行政许可，所以下位法不能设定，**渣土的案子中也认为规章不能设定，因为通说认为规章的短期许可设定权是在上位法完全没有规定的情况下，就是根本没有上位法，但是只要有了上位法，即使不周全，也不能由规章补充，可以由地方性法规补充。**如何判断上位法有禁止下位法进一步规定的意图？**这里面不确定因素很大，从上位法的体系、目的解释需要结合很多的材料进行分析，含有政策性判断在其中。

1. 盐业管理的法律、行政法规对盐业公司之外的其他企业经营盐的批发业务没有设定行政处罚，地方政府规章不能对该行为设定行政处罚。
2. 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。

*如果认为上位法在此领域出现了立法空白，可以通过探寻立法原意的方式探究是否确为上级立法机关出现遗漏，若确为立法缺位，下位法可以进行补充规定；若并非立法机关的过失，那么下位法便不得对该领域空白设立新的行政许可*

**例：网约车新规是否违反行政许可法？**

《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》【联合制定的规章】（交通运输部、工业和信息化部、公安部、商务部、工商总局、质检总局、国家网信办令2016年第60号）第13条：服务所在地出租汽车行政主管部门依车辆所有人或者网约车平台公司申请，按第十二条规定的条件审核后，对符合条件并登记为预约出租客运的车辆，发放《网络预约出租汽车运输证》。

该款为部门规章，设立了新的行政许可权力，本条是否违反《行政许可法》？——

一般而言，如果不加其他的条件，违反了行政许可法的要求，因为中央部委的部门规章不得设立新的行政许可（省级地方政府规章可以设立），应该要国务院发布行政法规。但是**《国务院对确需保留的行政审批 项目设定行政许可的决定》（国务院令第412号）**在其附录中列举应当保留的行政许可，包括**出租汽车经营资格证、车辆运营证、驾驶员客运资格证**三项，并**授权国务院有关部门对行政许可的条件等作出具体规定**。（需要进行解释网约车和出租车：出租车有两种，一种是巡游式出租车，一种是预约式出租车，网约

车属于预约式出租车的一种）网约车全称为网络预约出租汽车，因此网约车的经营资格证就是出租车经营资格证，所以**国务院有关部委享有对其设立行政许可的权力**。

但是网约车是否需要设定行政许可，也是需要考虑的。是不是市场可以自己调节的？平台可否自律管理？行政机关能否通过事后监管手段管理？

信息更加对称，网约车平台进行监管，这样实际上政府只要对网约车平台进行监管就可以了，不必要去监管每一个司机，如果出现问问题，政府有事后监管的手段，确保网约车的服务质量。监管反而影响市场供 给。发放许可证也没有办法解决空姐被害案等案件。

**《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》对许可条件的规定：**

第12条：拟从事网约车经营的车辆，应当符合以下条件：【内容符合保障公共安全的目的】

(一)7座及以下乘用车；

(二)安装具有行驶记录功能的车辆卫星定位装置、应急报警装置；

(三)车辆技术性能符合运营安全相关标准要求。（这三个条件还是符合上位法的规定的）

第13条第2款：城市人民政府对网约车发放《网络预约出租汽车运输证》另有规定的，从其规定。【**说明 这里的条件是不完全的条件，地方人民政府可以补充网约车许可的具体条件**——是否可以？有些城市没有许可制定权，相当于是一种**转授权**，是不是可以允许？**公法上一般不允许**的，会导致许可的条件越来越多，不符合上位法原意，是违法的授权。】

第14条从事网约车服务的驾驶员，应当符合以下条件：

(一)取得相应准驾车型机动车驾驶证并具有3年以上驾驶经历；

(二)无交通肇事犯罪、危险驾驶犯罪记录，无吸毒记录，无饮酒后驾驶记录，最近连续3个记分周期内没有记满12分记录；

(三)无暴力犯罪记录；

**(四)城市人民政府规定的其他条件。**【县级市没有地方规章制定权，只能通过规范性文件，但是虽然国务院答复认为可以通过规范性文件进行规定，**但是行政许可法只规定到政府规章一级，不宜承认其有行政许可的具体规范权，否则是实质上的许可设定权的扩张。**】【但已经发布了规章，所以各地的政府也这样做了eg北京市交委发布的规范性文件】

**《北京市网络预约出租汽车经营服务管理实施细则》（京交文〔2016〕216号）**

*该文件属于一般规范性文件，不具有行政许可相应的法律效力。规范性文件是否具有规定行政许可其实是有争议的，因为行政许可法上面只规定了规章是可以的，但是并没有说规范性文件是可以的。*

第8 条在本市申请《网络预约出租汽车驾驶员证》的**驾驶员**，应当符合下列条件：

**（一）本市户籍：限制外地人员到本地从事该行业的服务，具有地域保护色彩*【即便有权力规定许可条件，这样的许可条件有违反上位法的嫌疑，地方立法不可以进行地方保护，限制其他地方的人员从事服务，可能违反行政许可法】***

（二）取得本市核发的相应准驾车型机动车驾驶证并具有3年以上驾驶经历；

（三）未达到法定退休年龄，身体健康；

（四）无交通肇事犯罪、危险驾驶犯罪、暴力犯罪记录，无吸毒记录，无饮酒后驾驶记录，最近连续3个记分周期内没有记满12分记录；

（五）经指定考试机构考试合格；【有没有必要需要讨论，因为本身已经经过了驾驶考试，*增加了行政相对人的负担】*

（六）申请之日前一年内无驾驶机动车发生5次以上道路交通安全违法行为；

（七）从事过巡游车服务的，未被列入出租汽车严重违法信息库；

（八）法律法规规章规定的其他条件。

第9条在本市申请办理《网络预约出租汽车运输证》的**车辆**，应当符合下列条件：

（一）本市号牌且为出租汽车经营者或个人所有的车辆（机关企事业单位及社会团体非营运车辆不得从事网约车运营），满足本市最新公布实施的机动车排放标准，在车辆检验有效期内，没有未处理完毕的交通事故和交通违法记录；*“本市号牌”的规定具备正当性，因为道路属于市政设施和公共资源，应当限制外地车辆大量涌入北京*

## 规定让不是北京户口的司机开着具备北京牌照的车是合理的，但是不允许非北京户口的司机从事网约车服务是不合适的。

**（二）5座三厢小客车车辆轴距不小于2650毫米（含新能源车），排气量不小于1.8升；7座乘用车排气量 不小于2.0升、轴距不小于3000毫米；*对车辆的规定不一定具有正当性，因为宽不宽敞不属于政府规定的而范围内，可以通过市场调节，因此这种授权容易导致许可设定的泛滥，不符合行政许可法立法目的，存在违法嫌疑。其实政府的目的就是减少车辆的数量，减少对出租车的冲击。***

（三）车辆安装符合国家和本市相关规定的具备行驶记录功能的固定式车载卫星定位装置和应急报警装 置，能向本市有关部门监管平台和公安机关实时发送位置信息，并向公安机关实时发送报警信息，车辆技

术性能符合运营安全及公安部门相关标准要求；

（四）车辆需配备具有网约车平台服务端、计程计时、价格计算、在线支付、服务评价等功能的终端设备；

（五）车辆所有人同意车辆使用性质登记为“预约出租客运”；

（六）车辆属于个人所有的，车辆所有人名下应当没有登记的其他巡游车和网约车，本人应当已经取得

《网络预约出租汽车驾驶员证》，并预先协议接入取得经营许可的网约车平台；

（七）法律法规规章规定的其他条件。

**（三）行政许可停止实施**

省、自治区、直辖市人民政府对**行政法规**设定的**有关经济事务的行政许可，**根据本行政区域经济和社会发 展情况，认为通过本法第十三条所列方式能够解决的，报国务院批准后，**可以在本行政区域内停止实施该行政许可**。

必须是行政法规设定的行政许可，法律所设定的行政许可是不能停止实施的。

**（四）行政许可的设定程序**

1. **初始设定程序**

起草法律草案、法规草案和省、自治区、直辖市人民政府规章草案，拟设定行政许可的，**起草单位**应当采取**听证会、论证会等形式听取意见**，并向**制定机关**说明设定该行政许可的必要性、对经济和社会可能产生的影响以及听取和采纳意见的情况。

1. **评价程序**

行政许可的设定机关应当**定期**对其设定的行政许可进行**评价**；对已设定的行政许可，认为通过本法第十三条所列方式能够解决的，应当对设定该行政许可的规定及时予以修改或者废止。

行政许可的实施机关可以对已设定的行政许可的实施情况及存在的必要性适时进行评价，并将意见报告该行政许可的设定机关。

公民、法人或者其他组织可以向行政许可的设定机关和实施机关就行政许可的设定和实施提出意见和建议。

**三、行政许可的实施主体**

**（一）行政机关：**

在法定职权范围内实施。（未规定级别管辖问题）

**（二）法律法规授权组织：**

**法律法规**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许可。如注册会计师协会组织注会考试并颁发证书。

限于法律法规，规章不能授权。

**（三）被委托机关：**

**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。（受委托实施行政许可**不得转委托**）

被委托的是机关而不是组织，而行政处罚法上面可以委托组织或者是一般的事业单位，因为行政许可是存在很大的寻租空间的，机关受到纪委等的监督更强一点，可以最大限度减少腐败的发生。

**（四）相对集中许可权**

**经国务院批准**，省、自治区、直辖市人民政府根据精简、统一、效能的原则，**可以决定一个行政机关行使 有关行政机关的行政许可权**。

**（五）统一办理、联合办理、集中办理**

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。

*（四）类似于化学作用，（五）类似于物理作用*

行政机关实施行政许可，不得向申请人提出购买指定商品、接受有偿服务等不正当要求。

行政机关工作人员办理行政许可，不得索取或者收受申请人的财物，不得谋取其他利益。

例：甲企业在办理建设工程施工许可证时，建设主管机关要求其安装指定品牌的节能设施。比如很多的资料要求出具制定的中介机构的报告，其实就是变相的制定购买某个商品。

防止滋生利益链条，需要能不用行政许可就不用行政许可。

**四、行政许可的实施程序**

一般**依申请的行为**都要经过四个环节：申请受理和审查决定

**（一）申请**

主要问题是申请人和被申请机关之间的义务。

**【真实性义务】**公民、法人或者其他组织从事特定活动，依法需要取得行政许可的，应当向行政机关提出申请。申请人应当**如实**向行政机关提交有关材料和反映真实情况，并**对其申请材料实质内容的真实性负 责**。【如果提交的材料虚假，将不受信赖保护原则的保护，还有可能受到其他的惩戒】

方式很多，也可以网上提交，提供便利。

1. **申请方式**
2. 自行申请
3. 委托申请（非身份行为可以委托申请，依法应当由申请人到行政机关办公场所提出行政许可申请的除外）
4. 通讯申请：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
5. **行政机关的义务**
6. **提供文本**：申请书**需要采用格式文本的**，行政机关应当向申请人提供行政许可申请书格式文本。**申请书格式文本中不得包含与申请行政许可事项没有直接关系的内容**。（不能收集其他的信息或增加其他的不便）eg之前有的需要提供奇葩的证明，证明你妈是你妈/
7. **信息公示**：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**【现在也要求在网络上公 示】。Eg要修建一定的设施，相对人签了协议之后，准备材料，之后发现自己不符合许可的条件，行政机关也没有公开，就有问题。
8. **解释说明**：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。Eg样式表格
9. **提高办事效率：**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——*让信息多跑路，让当事人少跑腿*

**（二）受理**

1. **不予受理**

申请事项依法**不需要取得行政许可的**，应当即时告知申请人**不受理**；

申请事项依法**不属于本行政机关职权范围的**，应当**即时作出不予受理的决定，并告知申请人向有关行政机 关申请**。

【需要说明理由：如果机关错了，要告诉他正确的机关，如果材料不够，需要一次性告诉，如果逾期不告诉或者告诉不完整的，产生受理许可的效果，——为了约束行政机关，不管受不受理最后都要给书面凭 证，便于当事人的起诉，如果什么都不给，当事人可以找监察机关或者单位的上级主管机关对行为进行监督纠正，或者进行处分】

1. **补正后受理**

申请材料存在可以当场更正的错误的，应当允许申请人**当场更正**；

申请材料不齐全或者不符合法定形式的，应当当场或者在**五日内一次告知**申请人需要补正的全部内容，逾 期不告知的，自收到申请材料之日起即为受理。

1. **应予受理**

申请事项属于本行政机关职权范围，申请材料齐全、符合法定形式，或者申请人按照本行政机关的要求提交全部补正申请材料的，**应当受理行政许可申请**。

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**。

**【超期了之后也是可以起诉的，或者是应当受理而不受理的行为。】**

**（三）审查**

两种审查：实质审查//形式审查eg证券发行核准制度是实质审查，有的比较简单eg公司登记大多是形式审查，需要看单行法规定，行政许可法不对这个做具体约束，实质审查要求派两个人过去

【实质审查】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。

【多层级审查】依法应当先经下级行政机关审查后报上级行政机关决定的行政许可，下级行政机关应当在法定期限内将初步审查意见和全部申请材料直接报送上级行政机关。上级行政机关不得要求申请人重复提供申请材料。

有时候审查和受理合并进行，但是比较复杂的实质审查会将两个环节区分开来

【**告知听取陈述申辩：**正当法律程序的要求，不是听证程序】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。（**不是听证**）

获得行政许可之后，往往会影响到利害关系人人的利益，所以应当听取利害关系人的意见。

**（四）决定**

1. **决定的形式**

要式行为，都需要给书面决定。可以盖章也可以发证书加标签等。

需要进行许可公开。

* 1. **准予许可**

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**。

行政机关作出准予行政许可的决定，需要颁发行政许可证件的，应当向申请人颁发**加盖本行政机关印章的行政许可证件**。

行政机关实施检验、检测、检疫的，可以在检验、检测、检疫合格的设备、设施、产品、物品上**加贴标签或者加盖检验、检测、检疫印章**。

**【许可公开】行政机关作出的准予行政许可决定，应当予以公开（国家秘密、商业秘密、个人隐私除外），公众有权查阅。**

和行政处罚不一样，有社会影响的才公开；一般的行政许可都要公开，**因为其往往会影响到其他人的利益**。

法律、行政法规设定的行政许可，其适用范围没有地域限制的，申请人取得的行政许可在全国范围内有效。

* 1. **不准予许可**

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。**

1. **决定的时限**

一般二十天，但是要区分情形。

* 1. **当场决定**

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。

* 1. **普通决定**

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。*因此，一般的普通决定批准时限为三十日。*

* 1. **统一办理、联合办理中的决定**

行政许可采取统一办理或者联合办理、集中办理的（“一个窗口对外”的情形，涉及多个机关部门之间的协作，因此时限应当相对延长），办理的时间不得超过**四十五日**；四十五日内不能办结的，经本级人民政府负责人批准，可以延长**十五日**，并应当将延长期限的理由告知申请人。

* 1. **多层级审查条件下的决定**

依法应当先经下级行政机关审查后报上级行政机关决定的行政许可，**下级行政机关应当自其受理行政许可申请之日起二十日内审查完毕**【没有规定上级机关的审查时限，这里上级机关是行政许可决定的做出机关，实际上时限是上面所说的20d，许可法认为不需要重复规定】。但是，法律、法规另有规定的，依照其规定。*上级机关的审查决定时限参考“2）普通决定”*

*应该按照上面的，上级机关也应该在20天之内做出决定，最多可以延长十天。*

* 1. **颁发许可证时限**

行政机关作出准予行政许可的决定，应当**自作出决定之日**起**十日内**向申请人颁发、送达行政许可证件，或者加贴标签、加盖检验、检测、检疫印章。

* 1. **时限的中止**

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。

**判断：**

行政机关作出准予许可决定，应一律予以公开，方便公众查阅。*存在例外，涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的，不得公开。*

行政机关受理行政许可申请后，最长应在**30个工作日**内向申请人颁发许可证。

*存在例外，法律法规另有规定的，应当从其规定；一周只有五个工作日，三十个工作日意味着六个星期（“日”不等于“工作日”）*

*更正：此处存在错误，日不等于工作日是在行政强制中的规定*

**（五）听证**

与行政处罚的听证不同，行政许可如果可能影响重大利益，应该主动进行，也可以依申请

**1.举行听证的条件**

1. **主动听证（依职权听证）**【处罚中申请听证的人就是受处罚的人，但是许可中除了许可的对象人会有影响，还有其他人会受到许可行为的影响，因为许可一般会产生外部性eg核电站的经营许可、化工厂等，影响公共利益，有些是有法律法规规章专门规定，也有的是涉及重大利益，政府需要主动公告举行听证】

法律、法规、规章**规定实施行政许可应当听证的事项**，或者**行政机关认为需要听证的其他涉及公共利益的重大行政许可事项**，行政机关应当**向社会公告，并举行听证**。

1. **依申请听证**

行政许可**直接涉及**申请人与**他人**之间**重大利益关系**的，行政机关在作出行政许可决定前，应当**告知**申请 人、利害关系人享有要求听证的权利；申请人、利害关系人在被告知听证权利之日起**五日内提出听证申请**的，行政机关应当**在二十日内组织听证**。

问题在于如何理解**重大利益关系**：相对概念，要看被影响的利益对其价值是不是明显。对不同人的影响不同

【影响的利益越大对听证的要求就越高。相邻关系是典型的重大利益关系】

**例：厦门px事件**

厦门市PX项目，是2006年厦门市引进的一项对二甲苯化工项目，该项目号称厦门“有史以来最大工业项 目”。2005年7月，项目于通过国家环保总局的**环评报告审查【实际是行政许可的过程】。**2006年7月，获得国家发改委核准，2006年11月正式开工，计划2008年12月完工投产。然而，该项目自立项以来，遭到了越来越多人士的质疑。因为厦门PX项目中心地区距离国家级风景名胜区鼓浪屿只有7公里，距离拥有5000名学生（大部分为寄宿生）的厦门外国语学校和北师大厦门海沧附属学校仅4公里。不仅如此，项目5公里半径范围内的海沧区人口超过10万，居民区与厂区最近处不足1.5公里。

**【转折点】**2007年3月，在全国“两会”上，中国科学院院士赵玉芬等105名全国政协委员联名签署提案，建议厦门PX项目迁址。此举，引起了媒体和民众的强烈关注。2007年5月下旬，厦门市民接到一条短

信：“翔鹭集团已在海沧区动工投资（苯）项目，这种巨毒化工品一旦生产，意味着厦门全岛放了一颗原子弹，厦门人民以后的生活将在白血病、畸形儿中度过。我们要生活、我们要健康！国际组织规定这类项目要在距离城市一百公里以外开发，我们厦门距此项目才16公里啊！为了我们的子孙后代……见短信后群发给厦门所有朋友！” **2007年6月1日至2日，为抵制PX项目落户厦门海沧区，部分厦门市民以“散步”的形式，集体在厦门市政府门前表达反对意见。**

2007年6 月7 日，国家环保总局副局长潘岳宣布，将对厦门市全区域进行规划环评，包括PX项目在内的重化工项目都将根据规划环评的结果予以重新考量。2007年12月13日，厦门市政府召开市民座谈会，49名与

会市民代表中，超过40位表示坚决反对上马PX项目。2007年12 月14 日，第二场市民座谈会继续举行。第二场座谈会有市民代表、人大代表和政协委员等97人参加，62人发言。在座谈中，除了约10名发言者表示支持PX项目建设之外，其他发言者都表示反对。2007年12月16日，福建省政府针对厦门PX项目问题召开专项会议，最终决定迁建PX项目。

*【公共社会治理的世界性难题】（not in my backyard-NINBY）****邻避困境****——邻避效应指居民或当地单位因担心建设项目（如垃圾场、核电厂、殡仪馆等邻避设施）对身体健康、环境质量和资产价值等带来诸多负面影响，从而激发人们的嫌恶情结，滋生“不要建在我家后院”的心理，即采取强烈和坚决的、有时高度情绪化的集体反对甚至抗争行为。*

*法律对政府行为缺乏一定的制约，但是问题不是全部出在法律身上。可以通过社团活动进行，但是在****我国公共事件中缺乏公众力量的参与****。制度设计上也有比较大的政治考虑。*

*在法律上，面对邻避困境，只能通过听证、协商的方式与广大市民达成妥协和一致。但现实中常常通过给予经济补偿、提供就业机会等方式化解周边市民的强烈反对情绪*

## 存在的问题：这种项目要不要向民众披露？向民众披露到什么程度？到底是发展优先还是优先维护公众的利益？

例2【依申请听证】：原告夏春官等分别系东台市东台镇景范新村的住户，其住宅与第三人四季辉煌沐浴广场上下相邻。第三人为新建洗浴服务项目，在涉案地段承租了营业用房作为经营场地，先后于2013年2月25日就涉案建设项目报东台市东台镇人民政府审批，于2013年3月12日向被告东台环保局提交了**《建设项目环境影响申报（登记）表》，并根据该局有关须委托有资质的环评单位编制环境影响报告表的意见，委托东台市环境科学研究所编制相关报告表，其后送至该局进行审批。**

2013年4月1日，被告东台环保局作出简称《审批意见》，同意新建洗浴服务项目，并对该项目在运营过程中产生的废水、污水的处理，场界噪声对邻近声环境质量的影响及各类固体废物处置等提出了具体要求。夏春官等认为东台环保局在没有召开座谈会、论证会以及征询公众意见的情况下，即作出《审批意见》，侵犯了其合法权益，故提起行政诉讼，请求法院撤销该《审批意见》。

涉及环保局应不应该召开听证会听取意见？取决于许可法上规定的听证的条件是否满足。——是否存在重大利益关系？噪声、水蒸气、废水带来的显著不利影响是否是重大利益影响？从住宅角度讲是比较重大 的。通常实践中相邻权引起的纠纷都被认为是重大利益，相邻关系构成正当的原告资格。

需要看是否符合依申请听证的权利，需要考虑什么叫做”直接”，什么是重大？

相邻关系是典型的利害关系，需要听证，不仅仅是建筑的相邻，国外还出现过无线电波频率的相邻。

**如果该听证而没有听证，其行政许可的行为是一般的程序违法。**其行为是可以被撤销的，需要重新召开听证会进行评估。

**例：**

① 甲、乙同时申请在A区成立一所幼儿园，但A区只需要建立一所幼儿园。A区政府教育行政主管部门经审查，决定批准甲建幼儿园的申请。A区政府是否需要通知乙申请听证？

*带有特许性质的行政许可，应当经过公平竞争（招标）的方式进行。在招投标程序中选定甲，则无需再另 行通知乙申请听证，仅告知其流标理由即可。*

② 电信部门批准了甲要求建立一个电台的申请，甲的电台将可能对乙的电台产生电波干扰。行政许可批准前，乙是否有权要求听证？

*应当赋予其听证权利*

1. **听证的程序**

通知、申请回避、申辩与质证、制作听证笔录

1. **听证的效果**

**案卷排他**：行政机关应当根据听证笔录，作出行政许可决定【只能根据听证笔录，不能基于其他材料，听证之前搜集的材料如果没有在听证会上进行出示都应该排除——**许可听证中的案卷排他规则**】。（《行政许可法》第48条第2款）

价值选择在于听证过程双方的辩论是最充分的，事实是经过充分深入挖掘的，这种证据应该对最后的决策产生影响，价值上选择应该以听证笔录作为**唯一依据**。

1. **听证的费用**

申请人、利害关系人不承担行政机关组织听证的费用。

**（六）变更与延续**

1. **变更【原来的许可事项需要进行一定调整，和重新申请许可没有区别，应该按照许可申请的程序操作】**

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。

例：《执业医师法》规定，医师变更执业地点、执业类别或执业范围等注册事项的，应当到准予注册的卫生行政部门依照本法第十三条的规定办理变更注册手续。

**相当于重新进行一个新的许可**

1. **延续【只是许可证的时间延长一些】**

被许可人需要延续依法取得的行政许可的有效期的，应当**在该行政许可有效期届满三十日前向作出行政许可决定的行政机关提出申请。**但是，法律、法规、规章另有规定的，依照其规定。

【为了避免行政机关拖延决定】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【沉默的法律效力，避免久拖不决】**。

没有申请延续，许可被注销，所以注销并不是行政处罚

**五、行政许可的特别规定**

与行政许可的种类有关——行政许可的实施方式有所不同。一般许可的实施就是我们之前所讲的许可的实施程序。但是对于其他类型的许可，法律上做出了一些其他的规定。

一般许可没有太特别的实施方式。特许核准认可有所不同。

**（一）有关特许的特别规定【涉及对有限资源的分配，特殊的市场准入，涉及公平竞争程序】**

行政机关应当通过**招标、拍卖等公平竞争的方式**作出决定。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

行政机关按照招标、拍卖程序确定中标人、买受人后，应当作出准予行政许可的决定，并依法向中标人、买受人颁发行政许可证件。

行政机关违反本条规定，不采用招标、拍卖方式，或者违反招标、拍卖程序，损害申请人合法权益的，申请人可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

**（二）有关认可的特别规定【考试考核——涉及利益】**

**赋予公民特定资格**，**依法应当举行国家考试的**，行政机关根据考试成绩和其他法定条件作出行政许可决 定；赋予法人或者其他组织特定的资格、资质的，行政机关根据申请人的专业人员构成、技术条件、经营业绩和管理水平等的**考核结果**作出行政许可决定。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

公民特定资格的考试依法由行政机关或者行业组织实施，公开举行。行政机关或者行业组织应当事先公布资格考试的报名条件、报考办法、考试科目以及考试大纲。但是，**不得组织强制性的资格考试的考前培 训，不得指定教材或者其他助考材料。**

**《国家统一法律职业资格考试辅导用书》是否违反行政许可法？**

《行政许可法》实施前：《国家司法考试辅导用书》由司法部国家司法考试中心编审，书内自称“指定教材”。

《行政许可法》实施后，教材中的“指定教材”称谓被取消，编审者改为“国家司法考试辅导用书编辑委员会”。【表面上符合了要求】

**（三）有关核准的特别规定**

应当按照技术标准、技术规范依法进行**检验、检测、检疫，**行政机关根据检验、检测、检疫的结果作出行政许可决定。

行政机关实施检验、检测、检疫，应当自**受理申请之日起五日内**指派两名以上工作人员按照技术标准、技术规范进行检验、检测、检疫。不需要对检验、检测、检疫结果作进一步技术分析即可认定设备、设施、产品、物品是否符合技术标准、技术规范的，行政机关应当**当场作出**行政许可决定。

行政机关根据检验、检测、检疫结果，作出不予行政许可决定的，应当书面说明不予行政许可所依据的技术标准、技术规范。

**（四）有关登记的特别规定**

申请人提交的申请材料齐全、符合法定形式的，**行政机关应当当场予以登记**【一般以形式审查为主，不设

立实质内容审查】。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。

**（五）有数量限制的行政许可【先到先得】**

有数量限制的行政许可，两个或者两个以上申请人的申请均符合法定条件、标准的，行政机关应当根据受理行政许可申请的**先后顺序**作出准予行政许可的决定。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

**“有数量限制的许可”和“特许”有何区别？**

*特许也有数量限制，二者实施的程序是不同的。*

*“特许”需要经过公平竞争的程序，但“有数量限制的许可”只需按照先后顺序即可，是一个选优的程序，目的是选出水平最好的。*

*“特许”的范围要小于“有数量限制的许可”所容纳的范围。涉及社会公共资源分配或公共利益之时，应当由竞争方式选择最优方式；其他情形下，不需要过分考察行政相对人的资质问题，仅以时间顺序则更为公平。*

**例：**

甲于3月1日通过邮寄形式向某行政主管部门申请许可，但因材料不齐备，行政机关于3月7日告知其应补正的材料。甲于3月9日重新提交了有关申请材料，行政机关于当日受理。3月5日，乙也向该行政机关提交行政许可申请，行政机关于当日受理了乙的申请。该许可具有数量限制，该机关通过比对发现甲、乙均符合该许可的法定条件，但乙的条件更优，故决定将许可授予乙。请问该机关的行为是否符合许可法要求？ *不能。本案并非“特许”情形，所以应当按照受理顺序确定*

*① 申请材料不齐全或者不符合法定形式的，****应当当场或者在五日内一次告知****申请人需要补正的全部内容，**逾期不告知的，自收到申请材料之日起即为受理。甲在3月1日提交申请许可，***但行政机关在六日之后，即 3月7日才告知甲进行相应补正，因此应当视为在3月1日即受理了甲的申请，故甲比乙预先得到了受**

**理。【如果五日内呢？】**

*② 行政机关在5日受理乙的申请后，7日又告知甲进行相应补正，使甲产生了信赖利益。*

**六、行政许可的监督检查**

不是许可行为本身，是与许可相关的行为。

行政机关可以对被许可人生产经营的产品**依法**进行**抽样检查、检验、检测**，对其生产经营场所依法进行实地检查。检查时，行政机关可以**依法**查阅或者要求被许可人报送有关材料；被许可人应当如实提供有关情况和材料。

*一般依据的都是单行法，能否依据《行政许可法》实施监督检查呢？原则上不行，如果单行法没有规定，可以采用发放行政许可时所使用的手段进行检查*

根据监督检查情况，可以采取如下措施：

**（一）责令改正【不具有惩戒性，不是行政处罚行为，可以理解为行政上的命令或决定】**

被许可人未依法履行开发利用自然资源义务或者未依法履行利用公共资源义务的，行政机关应当责令限期改正。

取得直接关系公共利益的特定行业的市场准入行政许可的被许可人，应当按照国家规定的服务标准、资费标准和行政机关依法规定的条件，向用户提供安全、方便、稳定和价格合理的服务，并履行普遍服务的义务；未经作出行政许可决定的行政机关批准，不得擅自停业、歇业。不履行上述义务的，行政机关应当责令限期改正。

行政机关在监督检查时，发现直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施存在安全隐患的，应当责令停止建造、安装和使用，并责令设计、建造、安装和使用单位立即改正。

**（二）撤销【涉及信赖保护原则】**

* 1. **撤销行政许可的情形**

《行政许可法》第69条：有下列情形之一的，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【两种途径】**，可以**撤销行政许可**：*（以下均为行政机关的违法行为）【都是在许可作出环节的违法行为，要与吊销行为区分开来】*

（一）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；

（二）超越法定职权作出准予行政许可决定的；

（三）违反法定程序作出准予行政许可决定的；

（四）对不具备申请资格或者不符合法定条件的申请人准予行政许可的；

（五）依法可以撤销行政许可的其他情形。

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。

* 1. **许可的“撤销”与“吊销”、“撤回”的区别**

撤销和吊销都是溯及既往的消灭效力的行为（也有观点认为吊销只涉及之后的行为，有观点认为溯及之前的违法行为无效），但是撤销行为针对的是许可决定作出时的违法行为，吊销是许可证合法但是行为不 对，所以**吊销是一种行政处罚**，取消的是合法利益，撤销本身的权利就是违法的，不是行政处罚。

* + 1. **撤销：**

准予许可时存在违法行为，违法主体可能是行政机关，也可能是相对人。双方均可能有过错，溯及既往【不是绝对的，有时候要进行利益权衡】。

例1：药品企业甲隐瞒自身实际生产能力，申请并获得药品生产许可证。

* + 1. **吊销：**

行政处罚的一种，许可持有人利用行政许可从事违法行为。行政相对人有过错，溯及既往。例2：合法获得药品生产许可证的药品企业乙生产假药，被药品监管机关吊销生产许可证。

* + 1. **撤回：《行政许可法》第8条**

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而废止许可。不一定要求任何一方有过错，**不溯及既往。**

* 1. **不撤销行政许可的情形**

撤销行政许可，可能**对公共利益造成重大损害的**，不予撤销。

* 1. **撤销的后果**

【行政机关过错/信赖利益保护】行政机关违法授予行政许可，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**。

【行政相对人过错/69条第2款/不适用信赖保护原则】被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可而被撤销的，**基于行政许可取得的利益不受保护**。

**（三）注销【中性行为，不带有贬义的意思】**

《行政许可法》第70条：

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：

（一）行政许可有效期届满未延续的； *（到期前30日，行政相对人应当提出许可延续申请）*

（二）赋予公民特定资格的行政许可，该公民死亡或者丧失行为能力的；

（三）法人或者其他组织依法终止的；

（四）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；

（五）因不可抗力导致行政许可事项无法实施的；

（六）法律、法规规定的应当注销行政许可的其他情形。

**例1：**

甲参加国家医师职业资格考试并取得《法律职业资格证书》。后市卫健委查明甲在报名时提供的系虚假材料，于是向其送达《行政许可证件撤销告知书》。**刘某提出听证申请，被拒绝**。市司法局随后**撤销**了刘某的《法律职业资格证书》。下列哪些选项是正确的？

A．市卫健委有权撤销《法律职业资格证书》

B．撤销《法律职业资格证书》的行为应当履行听证程序 ***吊销有听证权利，但撤销没有听证权***

C．司法局所在地的市人民政府有权撤销《法律职业资格证书》 D．市卫健委撤销《法律职业资格证书》后，应依照法定程序将其注销

**例2：**

对下列哪些情形，行政机关应当办理行政许可的注销手续：

A．张某取得律师执业证书后，发生交通事故成为植物人*丧失行为能力，应当予以注销* B．田某违法经营的网吧被吊销许可证*已经吊销，当然应当注销*

C．李某依法向国土资源管理部门申请延续采矿许可，国土资源管理部门在规定期限内未予答复*行政机关未予以明确答复，则应当认为自动续期*

D．刘某通过行贿取得行政许可证后，被行政机关发现并撤销其许可

**（四）被许可人的法律责任【惩戒：行政、刑事】**

三种要惩戒的情况：

1. 违法获得行政许可【需要撤销（不是惩戒）-需要进一步惩戒】
2. 合法获得行政许可但是违法实施行政许可
3. 没有拿到行政许可就从事需要许可的行为

【违法获得行政许可**-撤销本身不是惩戒**】

【还没有取得】行政许可申请人隐瞒有关情况或者提供虚假材料申请行政许可的，行政机关**不予受理**或者**不予行政许可，并给予警告**；行政许可申请属于直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全事项的，申请人在**一年内不得再次申请该行政许可**【是一种行政处罚行为，剥夺的是未来申请行政许可的合法权

益】。

【已经取得】被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的，行政机关应当**依法给予行政处罚**；取得的行政许可属于直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全事项的，申请人在**三年内不得再次申请该行政许可；构成犯罪的，依法追究刑事责任。**

【违法使用行政许可，滥用许可权利】

被许可人有下列行为之一的，行政机关应当**依法给予行政处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任**：

（一）涂改、倒卖、出租、出借行政许可证件，或者以其他形式非法转让行政许可的；

（二）超越行政许可范围进行活动的；

（三）向负责监督检查的行政机关隐瞒有关情况、提供虚假材料或者拒绝提供反映其活动情况的真实材料的；

（四）**法律、法规、规章**规定的其他违法行为。

【没有行政许可从事应有许可的行为——应该取缔】

公民、法人或者其他组织未经行政许可，擅自从事依法应当取得行政许可的活动的，行政机关应当依法采取措施**予以制止，并依法给予行政处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任**。（取缔）

取缔实际上是一种行政强制措施，行政许可法没有授予普遍的取缔职权，还是要依相关法律进行

取缔是行政机关依照法定权限和程序终止未依法取得许可、批准 (含核准和登记)及 (或)营业执照的公民、法人及其他组织所擅自从事的有关生产、经营及商业活动而经常采取的行政行为之一

**【课后综合】**

**卢红等诉杭州市萧山区环境保护局行政许可案**

杭州萧山城市建设投资集团有限公司（原审第三人）因涉案风情大道改造及南伸项目建设需要，委托浙江省工业环保设计研究院有限公司对该项目进行环境影响评价。在涉案环评报告书编制过程中，城投公司分别在建设项目所涉区域对案涉项目的基本情况及其对周边环境可能造成的影响、预防或减轻不良环境影响的对策和措施、环境影响评价结论要点等内容进行了两次公示。省环保设计院通过发放个人调查表和团体调查表的方式进行了公众调查。

2012年4月20日，杭州市萧山区环境保护局与城投公司、省环保设计院和邀请的专家召开了涉案项目环境影响报告书技术评审会并形成评审意见。同年4月23日，**区环保局**在区办事服务中心大厅的公示栏内张贴案涉项目的《环保审批公示》。公示期间为2012年4月23日至同年5月7日，共10个工作日。公示内容主要为：涉案项目基本情况；涉案项目对环境可能造成的影响；预防或减轻不良环境影响的对策和措施；环境影响评价结论要点；建设单位、环评单位及审批单位的联系方式，并注明征求意见的方式是电话和信

件。2012年5月29日，区环保局与城投公司、省环保设计院和邀请的专家召开案涉环评报告书（复审稿）技术复审评审会并形成复审意见。2012年6月，省环保设计院形成环评报告书的送审稿。

同年6月28日，城投公司向**区环保局**报送该环评报告书及相关的**申请材料**，申请对该环评报告书予以批准。区环保局于同日作出《关于风情大道改造及南伸（金城路-湘湖路）工程环境影响报告书审查意见的函》

卢红等204人称，其均为萧山区风情大道湘湖段“苏黎世小镇”和“奥兰多小镇”两小区的居民，该涉案项目的建设将对两个小区造成不利影响，区环保局的行政许可行为侵害其合法权益，遂以该局为被告提起行政诉讼，请求法院撤销上述《审查意见函》。

**原告主张一【主体】**：被告不具有作出被诉行为的职权。案涉建设项目位于浙江著名旅游风景区也是国家

4A级旅游区区块，附近也有著名的杭州休博园，是萧山区的核心景区，且项目投资额巨大，被告无权审

批。

《环境影响评价法》第23条：国务院生态环境主管部门负责审批下列建设项目的环境影响评价文件：

（一）核设施、绝密工程等特殊性质的建设项目；

（二）跨省、自治区、直辖市行政区域的建设项目；

（三）由国务院审批的或者由国务院授权有关部门审批的建设项目

**前款规定以外的建设项目的环境影响评价文件的审批权限，由省、自治区、直辖市人民政府规定。**

【原则上应该以规章形式作出，其他规范性文件没有制定或具体化行政许可的资格】

《浙江省建设项目环境保护管理办法》第19条第3款：设区的市、县（市、区）环境保护行政主管部门审批建设项目的环境影响评价文件的权限，由省环境保护行政主管部门根据建设项目投资管理权限、建设项目对环境的影响性质和程度以及国家有关规定制定具体办法，报省人民政府批准后实施。

《浙江省人民政府办公厅关于进一步规范完善环境影响评价审批制度的若干意见》（浙政办发（2008）59号）第三条第（一）项：对于国家明确由省以下环境保护行政主管部门审批的，除国家规定必须由省级环境保护行政主管部门审批以及国家和省严格限制的、**对生态环境敏感的、属重污染行业的、选址或环境影 响跨设区市行政区域的建设项目外，原则上由市、县（市、区）环境保护行政主管部门审批。**

**原告主张二【内容】**：被告作出被诉行为时，缺乏规划部门的选址初审意见和国土资源部门的土地利用预审意见等有效的前置文件。

《企业投资项目核准暂行办法》第8条

项目申报单位在向项目核准机关报送申请报告时，需根据国家法律法规的规定附送以下文件：

（一）城市规划行政主管部门出具的城市规划意见；

（二）国土资源行政主管部门出具的项目用地预审意见；

（三）环境保护行政主管部门出具的环境影响评价文件的审批意见；

（四）根据有关法律法规应提交的其他文件。

【但是环评法没有规定】

**原告主张三【程序】**：作为与湘湖区域居民和有关单位甚至和萧山区广大市民利害攸关的事项，在作出许可行为之前，应当根据《行政许可法》第三十六条、《环境影响评价公众参与暂行办法》、《浙江省建设项目环境保护管理办法》等法律、规章等的规定听取利害关系人的意见，但被告没有履行这一程序。

《行政许可法》第36条：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。

**被告答辩：**

第三人在委托环评单位编制环评报告书过程中，已按照《环境影响评价法》、《浙江省建设项目环境保护管理办法》、《环境影响评价公众参与暂行办法》等相关规定开展了公众参与活动，征求了公众意见。被告在第三人送审环评报告书时也就该项目进行了为期10个工作日公示。

【反驳：公示和调查都在第一次评审，第二次评审没有公示】

**法院认为：**

本案中，被告萧山环保局称其2012年4月23日受理第三人萧山城投公司就案涉环评报告书提出的审批申 请，而第三人委托评价单位省环保设计院编制的、用于申请被告批准的案涉环评报告书（报批稿）形成于

2012年6月。因此，即使被告确实是2012年4月23日受理了第三人的申请，由于需要审批的环评报告书（报批稿）此时尚未编制完成，被告主张的受理行为亦不合法。

【但是申请肯定在审查之前发生】

《行政许可法》

第四章行政许可的实施程序第一节申请与受理

第二节审查与决定

第34条：行政机关应当对申请人提交的申请材料进行审查。

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。

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。

**初评复评终稿实际上是若干次申请，前次申请材料不足不予受理，之后再申请相当于下次申请**，**每次申请都应该按照相关程序，否则应该被撤销**

《环境影响评价法》第21条：除国家规定需要保密的情形外，对环境可能造成重大影响、应当编制环境影响报告书的建设项目，建设单位应当在报批建设项目环境影响报告书前，举行论证会、听证会，或者采取其他形式，征求有关单位、专家和公众的意见。

建设单位报批的环境影响报告书应当附具对有关单位、专家和公众的意见采纳或者不采纳的说明。

# 第七讲行政强制

2022年4月13日 11:31

**第七章 行政强制**

行政强制、行政许可和行政处罚分别予以单独立法，被称为“有权三法”。因为这三类行政行为较为常 见，关系到行政相对人的广泛权利义务，其他的行政行为的适用率与上述三类行为相比较低。统一的行政程序法的建立仍有待深入讨论和专门研究。

强制：使用暴力逼迫你达到行政机关的目的。

除了行政机关实施，司法机关也可以实施eg判决强制执行。背后的法律逻辑和诉讼法中执行法的法律逻辑有共通性【行政处罚：制裁法的原理；行政许可法：经济法原理】

**一、行政强制概述**

**（一）行政强制的概念与分类**

【两种行政强制，性质不同】行政强制即行政机关运用强制手段实施行为。在我国，具体可分为**行政强制 措施**与**行政强制执行**。

**行政强制措施**：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（避免临时性危险的发生或扩大），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。（没有明显的义务存在）

例：醉酒约束、强制隔离——*都不是行政处罚，而是一种****暂时的限制措施****，为了公共利益，进行的公共利益与私人权益之间的平衡*

*Eg查封房屋、扣押汽车（对财产的控制）*

## 通说（yq）认为行政强制行为是一种事实行为，也有学者认为行政强制措施是一个法律行为，其实也设定了义务，只不过当场行政机关迫使你执行义务，行政决定的作出和执行之间没有时间间隔，但是依然可以看成是行政决定，是带有法律效果的法律决定而不是事实行为。

*这样对比之下，行政强制措施是作出决定的同时马上就要执行决定，行政强制执行是作出决定，为当事人设定义务，等待当事人自己履行义务，如果不履行才有后面的强制执行手段，****强制执行作出决定和执行之间是有一定时间间隔的，但是强制措施做出之后立马就实施，没有时间间隔，这就导致两者在程序要求上 完全不一样。****Eg强制执行前要催告****，强制措施就没有，表面上看强制措施对相对人的影响更大，国家对权力机关控制应该更严，但实际上国家对强制执行更加严格。****Eg设定权上，强制措施地方性法规可以设定，强制执行只能法律设定，尤其对于财产的强制执行，强制措施是一种暂时性地控制，而强制执行是带有终局性的处分决定。****强制措施和强制执行的目的也不同，强制措施带有短暂临时性，强制执行是带有最终的目的***

**行政强制执行**：**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——

## ⭐行政机关进行强制执行必须有法律的明确授权，在法无授权的情形下，应当申请法院批准决定执行

1. **行政强制措施的性质**
2. **临时性**

**行政强制措施是一种暂时性的控制，一旦需要预防的情形不复存在，强制措施即应解除。**目的性的暂时性，为了另外的目标暂时限制你的人身和财产。

Eg强制隔离，保护公共安全，一旦没有危险了就要解除隔离，等到没有危险性了，也不能不解除。

1. **非惩戒性【与行政处罚的区别】**

**行政强制措施是基于急迫而重要的行政目标而实施的控制行为，目的不是对相对人进行处罚，因此不具有 惩戒性。**

惩戒的意思是做错了事情为错误的行为付出代价，而**强制措施的目标不是为了惩戒，只是单纯的为了避免 危害发生，防止证据毁损，制止违法行为，控制危险扩大等等。不是为了进行惩罚**，

但是**从外观上来讲行政处罚和行政强制措施在外观上具有很强的相似性，要区分主要就是看目的**，eg暂扣许可证和执照，暂扣听上去也是临时的控制，但是是行政处罚，就是为了处罚你。属于行政处罚。

**例**

《道路交通安全法》第110条：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（行政处罚）**的，可以**先予扣留机动车驾驶证（强制措施，功能在于避免驾驶员继续违法驾驶、简化行政处罚执行措施）**，并在24小时内将案件移交公安机关交通管理部门处理。

**暂扣与先予扣留的区别？**暂扣是限制从事相关许可的能力。**暂扣和先予扣留主要从目的上进行区分**：暂扣属于行政处罚，具有惩戒性目的；先予扣留并不具有惩戒性质，不是为了惩罚目前的行为，而是为了未来执法的方便和行政机关的调查，应该遵守行政强制法的程序。暂扣的处罚行该按照行政处罚的程序操作。

**⭐从惩戒性可以区分行政处罚和行政强制措施。**

1. **物理控制性**

eg不出示健康码不能进小区？不属于行政强制措施，属于行政命令

例：网络安全审查办公室与2021年7月2日发布关于对“滴滴出行”启动网络安全审查的公告称，为防范国家数据安全风险，维护国家安全，保障公共利益，依据《中华人民共和国国家安全法》《中华人民共和国网络安全法》，网络安全审查办公室按照《网络安全审查办法》，对“滴滴出行”实施网络安全审查。为配合网络安全审查工作，防范风险扩大，审查期间“滴滴出行”停止新用户注册。

是不是行政强制措施？**看有没有物理上的控制行为**

1. **行政强制执行的性质**
2. **终局性**

**行政强制执行是对权利义务的最终处分，而非临时性限制。**【**主要还是体现在财产上面**，强制措施只是限制财产暂时的使用权，强制执行就是转移财产的使用权了，是一个终局的处分行为，但是人身自由就没有什么区别了，都带有处分性，拘留到底是适用强制措施还是执行要看具体的行为目的】

1. **后续性/阶段性**

与强制措施不同，**强制执行不能直接实施**，而必须是在相对人不履行义务的情况下，经催告仍不履行，方可实施。强制措施的决定和实施之间有时间间隔。

**行政强制执行属于一种附属性行为**，并不能单独直接适用，必须以其他行政行为为执行依据

Eg因为时间上可以分开所以中间要加上其他的程序单元，eg催告，而且强制执行还包括间接的强制执行eg

交滞纳金，属于强制执行罚，促进你尽快履行义务。但是强制措施中这些都是不可能的。

**判断：下列行为属于强制措施还是强制执行？**

1. 甲罹患非典型肺炎，因工作繁忙拒绝入院治疗，被强制隔离治疗；【行政强制措施——临时性】【如果拒绝情节严重是否要进行处罚，需要看其他规定，暂时没有规定】
2. 乙违法营建花园，堵塞道路，建设主管机关委托某施工队予以拆除；【行政强制执行——终局性】【因为从目的上来看，和强制措施有点相似，但是有终极性，是对财产的终极处分】
3. 丙拖欠罚款，行政机关决定**每日按处罚数额的3%加处罚款（执行罚）**；**【间接强制执行手段】**【罚款的目的不是在于罚款，而是让你快点履行交罚款的义务，属于行政强制执行的手段】
4. 丁无运输证而驾驶货车运输货物，被交通主管部门扣留驾驶证和车载货物【行政强制措施】，并处以1万元罚款【行政处罚决定】。丁拒绝缴纳罚款，交通局将车载货物拍卖，抵缴罚款。【行政强制执行】

**（二）行政强制法的原则**

1. **强制法定原则【法律保留原则的体现】**：行政强制的设定和实施，应当依照法定的权限、范围、条件和程序。

【是对公民权利的损害】

1. **必要性原则【比例原则的体现，最小损害】**：行政强制的设定和实施，应当适当。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。
2. **强制和教育相结合原则【增强行政强制的实效性】**：实施行政强制，应当坚持教育与强制相结合。
3. **正当程序原则**：公民、法人或者其他组织对行政机关实施行政强制，享有**陈述权、申辩权**。

**（三）行政强制法的适用例外**

1. 【特殊事件】**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**。

如：《突发事件应对法》、《食品安全法》、《传染病防治法》、《畜牧法》、《防震减灾法》、《戒严法》

行政强制法是以一般的执法环境作为对象进行规定的，但是有一些措施是强制法无法规定的eg封锁措施eg传染病防治法。要按照特别法执行。构成特别法和一般法的关系，如果强制措施没有规定，eg程序问题，还是应该适用一般法。

1. 【特定领域】行政机关采取**金融业审慎监管措施【比一般工商业监管要更审慎】、进出境货物强制性技术监控措施**，依照有关法律、行政法规的规定执行。

如：《证券法》、《保险法》、《银行业监督管理法》、《商业银行法》、《海关法》

**二、行政强制措施**

主要有两个大的类型：

1、对人的强制措施（限制人身自由，不是为了惩戒而是别的目的）

2、针对物的强制措施（有不同类型eg对不动产/设施场所的查封//对动产的扣押//对货币的冻结）

**（一）行政强制措施的种类**

1. **限制**公民人身自由;
2. **查封**场所、设施或者财物; 【不动产】
3. **扣押**财物;【动产】
4. **冻结**存款、汇款;
5. **其他**行政强制措施（如价格管制等，yq认为是行政命令）。

**（二）行政强制措施的设定**

1. **法律的设定权**

法律可以设定各类行政强制措施。

1. **行政法规的设定权**

**尚未制定法律**，且属于国务院行政管理职权事项的【宪法89条】，行政法规可以设定**除限制公民人身自 由、冻结存款汇款**【主要想尽量减少对存款汇款的冻结行为，立法者不希望有那么多冻结存款汇款的情况，冻结的太频繁，会影响货币的流动，因此对于存款汇款的冻结只能由法律规定，**但是查封扣押是可以设定的，也可以设置没有列举的其他措施！**】和应当由法律规定的行政强制措施**以外**的其他行政强制措施。【**法律保留原则**】

## 对于“尚未制定法律”的理解：

*①上位法制定机关在制定法律时****完全没有对此事加以考量***

*②上位法执行机关已经考虑到此事，但没有在法律中没有规定，言下之意，上位法制定机关认为不需设定此种法律规范。*

*真正意义上的“尚未制定法律”，应当做第①种理解。*

**法律中未设定行政强制措施的，行政法规不得设定行政强制措施。**但是，法律规定特定事项由行政法规规定具体管理措施的，行政法规可以设定除限制公民人身自由、冻结存款汇款和**应当由法律规定的行政强制措施以外的其他行政强制措施**。

*“法律中未设定行政强制措施”意味着上位法已经对此存在规定，但认为并不需要以行政强制措施予以规制*

【尚未制定法律和未规定强制措施是不是矛盾？】**尚未制定法律和法律中未设定强制措施是两种情况，法 律中尚未制定强制措施是指法律已经制定，不属于尚未制定法律的情况。**这时候是有法律，只是有的这个法律没有对这个事项规定强制措施，尚未制定法律是指这个地方根本没有法律规定，**如果有了法律规定但是法律没有规定强制措施，应该理解为立法者认为不需要设定强制措施，通过一种隐含的不规定的方法，立法者默示地告诉我们不需要设置强制措施，如果不需要，行政法规就不能设定强制措施，但是还需要进一步看立法者的意图，如果法律规定了由行政法规就特定事项规定具体管理措施，但是没有明确说是什么样的管理措施，就可以认为立法机关允许行政机关通过指定行政强制措施的方式进行管理，但是需要按照行政强制法的一般规则来设定，冻结存款汇款和限制人身自由仍然不能由行政法规设定。**

**例：**

《农业法》第64条第2款：农业转基因生物的研究、试验、生产、加工、经营及其他应用，必须**依照国家规定**严格实行各项**安全控制措施**。【如果说允许行政法规设置，应该说得再明确一点，这里只是说了一个按照国家规定，这个国家规定不严格意义上可以包括行政法规的规定也可以包括其他规章的规定甚至可以包括规范性文件的规定，但是能够设定强制措施的就是行政法规了。】

《农业转基因生物安全管理条例》第38条：农业行政主管部门履行监督检查职责时，有权采取下列措施

……（五） 在紧急情况下，对非法研究、试验、生产、加工、经营或者进口、出口的农业转基因生物**实施**

**封存或者扣押。【属于已经制定法律了，农业法，所以这个领域有了法律但是没有设定强制措施，理论上讲下位的行政法规不能增设，但是农业法专门授权国家规定可以设定其他安全措施，从这个角度可以认为行政法规为一种国家规定可以规定一些强制措施，和行政强制法对接起来，也就可以规定了。】**

1. **地方性法规的设定权**

地方性法规：**尚未制定法律、行政法规**，且**属于地方性事务**的，地方性法规可以设定**查封场所、设施或者 财物以及扣押财物**的行政强制措施。

*地方性事务：烟花爆竹*

*不能限制人身自由，不能冻结存款、汇款等*

**进行了压缩，只能针对财产进行非常有限的设定强制措施。**

1. **其他规范的设定权**

**法律、法规以外的**其他规范性文件**不得设定行政强制措施**。

【**排除了规章**，对行政强制的限制是最为严格的，处罚、许可作出决定之后执行是另外的步骤，但是行政强制无论是设定还是实施，相当于事实的效果就已经产生了，规章就不可以设定，具体规定的时候也只规定行政法规、地方性法规不能扩大规定。】

*规章及其以下效力的规范性文件没有强制措施设定权，享有其设定权力的只有法律和行政法规、地方性法规。*

## 根据法理，行政强制措施设定权和具体规定权的主体归属应当是重合的

1. **具体规定权**

法律对行政强制措施的对象、条件、种类作了规定的，行政法规、地方性法规**不得作出扩大规定**。

【严格来讲**规章也不能对行政强制措施做具体规定**，可能导致行政强制措施的设定泛化，设定权就更没有了。】

**（三）行政强制措施的实施主体**

1. **行政机关**

行政强制措施由**法律、法规规定的行政机关**在**法定职权范围**内实施。【概括规定】（规章以下的文件不能规定行政强制措施的实施权问题）

【法定机关的范围很小，只能是法律法规规定的，许可里面可以是规章规定的，但是规章中规定的行政机关不可以实施强制措施】

依据《中华人民共和国行政处罚法》的规定**行使相对集中行政处罚权的行政机关【城管】**，可以实施法律、法规规定的与行政处罚权有关的行政强制措施。

1. **被授权组织**

《行政强制法》第70条：**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。*例如，精神病院可以强制收治精神病人。*

**又缩小范围，最早是法律法规规章授权的组织，有的可能是法律法规授权，而这里去掉了地方性法规，地 方性法规可以规定行政机关实施强制措施，但是不能规定行政机关以外的管理公共事务职能的组织实行行政强制权。如果赋予他们设定权，有可能造成强制措施的泛滥，因此现在将授权全部归为中央。**

1. **被委托组织**

**行政强制措施权不得委托。**

**职能法定授权的机关自己实施，如果只是作出了法律决定但没有实现，影响可能小一点，但是强制措实施后效果马上实现了，所以不可以委托。**

Eg村委会、居委会对外地返乡人员进行强制隔离，首先不是行政机关，而且没有授权，只能理解为被委托组织，尽管上级政府真的有强制措施的实施权，但也不能让村委会、居委会实施隔离，不能进行委托。所以行政强制法上对于行政强制措施的实施规定了比较严格的资格。

1. **执法人员资格**

行政强制措施应当由**行政机关具备资格的行政执法人员**实施，其他人员不得实施。

《全面推进依法行政实施纲要》（国发〔2004〕10号）：实行**行政执法人员资格制度**，没有取得执法资格的不得从事行政执法工作。

**例：精神病人的强制收治**

2010年4月的一天，济南市市中区居民王华(化名)正在家中休息，济南某精神病院4名医生闯入家中，将其双手捆绑，要将其作为精神病人带走治疗。王华极力辩解自己是正常人，并奋力反抗和呼救，引来多人围

观。后在110民警的救助下，才得以脱身。后来，他得知是妻子要求精神病院来收治自己，便将精神病院和

妻子起诉到法院，认为精神病院和妻子的行为给自己带来了肉体、心理、精神上的很大伤害。

被告精神病院在答辩中指出，王华妻子在该院办理了住院手续后，雇车辆请该院的医生前去收治精神病 人。精神病院是根据精神病人收治常规进行收治的，对病人用约束带进行约束，是为了防止病人自残或伤及他人，并没有侵权行为。王华妻子认可精神病院的陈述，认为应该将王华带走治疗。

**法院经审理认为，非经法定程序，任何单位和个人不能剥夺别人的人身自由。即使是精神病人或者疑似病人，由于没有法律的强制性规定，精神病院也不能强行收治。**

**问题：精神病院是否有权强行收治患者？**

**应该说这种收治有一定的积极意义，但是这种送到精神病院关起来的行为不是随便能实施的，强制把人带走限制人身自由不是私主体能做的，否则就构成非法拘禁，除了司法机关以外，能够限制人身自由的是行政机关，要有法律依据，是一种行政强制措施。**

**先要看主体：行政机关-法律法规授权；事业单位（精神病院）-法律/行政法规授权，但是这里行政法规也 不能授权，因为涉及人身自由的限制，只能由法律规定，即便法律授权精神病院可以强制收治病人，也不能跑到别人家里进行强制收治，住宅自由是受宪法保护的基本权利之一。因此这里四个医生是严重的违法行为。我国对精神病治疗有一些敏感，有一些人莫名其妙被精神病了，还有一些地方与上访有关。如果精神病的收治不能得到有效控制，就会成为法外限制人身自由的黑暗领地，所以必须通过法律规范进行限制，于是我国推出了精神卫生法：总原则是住院自愿原则。除非有可能伤害自己或伤害他人，可以强制收治，但是依然包含自愿原则：31条、32条，有程序保障，可以再次诊断和鉴定。对权利义务重新进行平衡，不能让精神病院权力如此庞大，只有在有限、必要、对相对人影响最小的情况下才能进行强制收治。是一种被授权组织的行政行为。和新冠肺炎中的医疗机构类似。**

**《精神卫生法》**

第30条：精神障碍的住院治疗实行**自愿原则**。

诊断结论、病情评估表明，就诊者为严重精神障碍患者并有下列情形之一的，**应当对其实施住院治疗**【例外】：

（一）已经发生伤害自身的行为，或者有伤害自身的危险的；

（二）已经发生危害他人安全的行为，或者有危害他人安全的危险的。

第31条：精神障碍患者有本法第三十条第二款第一项情形的，**经其监护人同意，医疗机构应当对患者实施住院治疗**；监护人不同意的，医疗机构不得对患者实施住院治疗。

第32条：精神障碍患者有本法第三十条第二款第二项情形，患者或者其监护人对需要住院治疗的诊断结论有异议，不同意对患者实施住院治疗的，可以要求再次诊断和鉴定。

第35条第3款：在相关机构出具再次诊断结论、鉴定报告前，收治精神障碍患者的医疗机构应当按照诊疗规范的要求对患者实施住院治疗。【其事实上就是一种行政强制措施】

**（四）行政强制措施的一般程序**

基本原理和行政处罚相似：都是对相对人不利的行为，应当遵循寻正当程序要求。

1. **一般规定**

《行政强制法》第18条：行政机关实施行政强制措施应当遵守下列规定：

**（一）实施前须向行政机关负责人报告并经批准【不同于行政处罚的调查】【特殊的事前批准程序，因为实施就实施了，如果事前不批准，事后就没必要了，但是处罚一开始只是做调查，回来还需要报告，最后处罚决定是由机关负责人决定而不是执法人员直接决定的，因此回来以后报告时完全来得及】**；（一般需要有实施行政强制措施的决定，并非即时强制）

（二）由两名以上行政执法人员实施；

（三）出示执法身份证件；

（四）通知当事人到场；

（五）当场告知当事人采取行政强制措施的理由、依据以及当事人依法享有的权利、救济途径；

（六）听取当事人的陈述和申辩；

**（七）制作现场笔录；【为了固定证据，因为现场状态很重要，而且要找有利害冲突的相对人当事人对笔录签名，如果拒绝签名可以直接注明，不签名也可以】**

（八）现场笔录由当事人和行政执法人员签名或者盖章，当事人拒绝的，在笔录中予以注明；

（九）当事人不到场的，邀请见证人到场，由见证人和行政执法人员在现场笔录上签名或者盖章；

（十）法律、法规规定的其他程序。

1. **例外规定**

**【免除事前报告义务】**【行政即时强制的特别规定】情况紧急，**需要当场实施行政强制措施**的，行政执法

人员应当在**二十四小时内向行政机关负责人报告，并补办批准手续**。行政机关负责人认为不应当采取行政强制措施的，应当立即解除。（19条）

实际中用处可能越来越小，因为原来执法人员出勤的事后没有与行政机关联络的设备，但是现在联络很方便，打电话都可以得到批准，可以后来补办审批表，有些行政机关可能就在笔录中记下来已经批准了事后签字，或者进行录音(行政诉讼的证据)

**【限制人身自由的特别规定】实施限制公民人身自由的行政强制措施**，应当当场告知或者实施行政强制措施后立即**通知当事人家属【保护相对人合法权益、害怕其家属会产生危险，因为可能负有对其他人的照护义务，没办法自己生活，如果不通知家属可能出现危险】**实施行政强制措施的行政机关、地点和期限【保障家属知情权】；在紧急情况下当场实施行政强制措施的，在返回行政机关后，**立即**向行政机关负责人报告并补办批准手续。（20条）

Eg疫情中强制隔离一个人在家里出现健康问题。如果联系不上要进到注意义务eg联系居委会等

**（五）查封、扣押的特别规定**

1. **查封、扣押的对象**

查封、扣押限于涉案的场所、设施或者财物。

⭐**不得查封、扣押的内容**：

1. 与违法行为无关的场所、设施或者财物；
2. 公民个人及其所扶养家属的生活必需品；
3. 已被其他国家机关依法查封的，不得重复查封。
4. **查封、扣押的程序**

行政机关决定实施查封、扣押的，应当履行强制法第18条规定的一般程序，**制作并当场交付查封、扣押决定书和清单**。【每一项都要确认，对方要盖章，这样可以作为诉讼证据】

查封、扣押清单一式二份，由当事人和行政机关分别保存。

1. **查封、扣押的期限**

查封、扣押的期限**不得超过三十日**；情况复杂的，经行政机关负责人批准，可以延长，但是**延长期限不得 超过三十日**。法律、行政法规另有规定的除外。【可能更短，因为强制措施是临时性行为，如果目的不存在了措施就应该解除，如果目的不好判断就需要对行政机关施加限制防止其过于拖沓，如果财物被查扣了要及时计算时间，到期要求解封，然后起诉】

对物品需要进行检测、检验、检疫或者技术鉴定的，**查封、扣押的期间不包括检测、检验、检疫或者技术鉴定的期间。**

1. **查封、扣押物的保管责任**

对查封、扣押的场所、设施或者财物，行政机关应当**妥善保管，不得使用或者损毁**；造成损失的，应当承担赔偿责任。

对查封的场所、设施或者财物，行政机关**可以委托第三人保管**，第三人不得损毁或者擅自转移、处置。因第三人的原因造成的损失，**行政机关先行赔付后，有权向第三人追偿**。

因查封、扣押发生的**保管费用由行政机关承担**。

1. **查封、扣押的后续处理**
2. **没收或销毁**

对违法事实清楚，依法应当没收的非法财物予以没收；法律、行政法规规定应当销毁的，依法销毁。

1. **解除查封、扣押**

**解除条件：**

当事人没有违法行为；

查封、扣押的场所、设施或者财物与违法行为无关；

行政机关对违法行为已经作出处理决定，不再需要查封、扣押；查封、扣押期限已经届满；

其他不再需要采取查封、扣押措施的情形。

解除查封、扣押应当立即退还财物；已将鲜活物品或者其他不易保管的财物拍卖或者变卖的，退还拍卖或者变卖所得款项。变卖价格明显低于市场价格，给当事人造成损失的，应当给予补偿。

**例：**

市场监管局发现甲乳制品公司在其生产的奶粉中违规添加三聚氰胺，遂将其仓库中的奶粉扣押。有关市场监管局的行为**说法错误的是**：

1. 扣押可以由2名执法人员在现场直接作出，执法人员应在返回监管局后**立即**向负责人报告并补办批准手续；*不是限制人身自由的强制措施，因此不需“立即”报告，在“24H之内”报告即可*
2. 对奶粉实施扣押**不得超过30日**；*可以延长至六十日*
3. 扣押的奶粉被委托给某检测机构保管，保管费用应由甲公司承担；*保管费由行政机关负担*
4. 市场监管局可以委托城管局具体实施扣押行为。*行政强制不得委托*

**（六）冻结的特别规定**

* 1. **实施冻结行为的主体【查封扣押主体没有特别限制】**

冻结存款、汇款应当由**法律规定**的行政机关实施。（严格限定冻结行为的实施）【**行政法规不能设定冻结措施，也不能规定可以实施冻结的行政机关**，法律规定的其实只有税务机关，公安机关也不能冻结，可能海关有一些权利】

* 1. **冻结的对象**

冻结的对象是与违法行为涉及的金额相当的存款、汇款。已被其他国家机关依法冻结的，不得重复冻结。

* 1. **冻结的程序**

行政机关依照法律规定决定实施冻结存款、汇款的，应当履行向行政机关负责人报告并经批准、由两名以上行政执法人员实施、出示执法身份证件、制作现场笔录的程序，并向金融机构交付冻结通知书。【和一般程序相比，少了一些东西：**冻结中没有向相对人告知的环节，不需要正当程序，因为冻结的对象有特殊性，如果实施正当法律程序，金钱很容易被转移，冻结之后再通知相对人**。】

（相比一般程序少了什么要求？）*无需通知当事人到场并听取当事人陈述申辩，以防止当事人转移*

【金融机构的抵抗权】金融机构接到行政机关依法作出的冻结通知书后，应当**立即予以冻结，不得拖延，不得在冻结前向当事人泄露信息**。**法律规定以外的行政机关或者组织要求冻结当事人存款、汇款的，金融机构应当拒绝。**（金融机构具有**抵抗权**）

依法实施的冻结，银行应当立即冻结，但是如果不合法主体或程序，银行可以抵抗，银行也有动力这样做，为了保障金融安全，为了更大的利益赋予金融机构抵抗权。

依照法律规定冻结存款、汇款的，**作出决定的行政机关应当在三日内向当事人交付冻结决定书**。

* 1. **冻结的期限**

自冻结存款、汇款之日起**三十日内**，行政机关应当作出**处理决定**或者作出**解除冻结决定**；情况复杂的，经行政机关负责人批准，可以延长，但是**延长期限不得超过三十日**。**法律另有规定的除外。***查封、扣押—法律、行政法规另有规定的除外*

* 1. **冻结的后续处理**

1. **划拨（行政强制执行手段）**

违法行为成立，被冻结款项应被收缴的，予以划拨。

*划拨并非行政强制措施，而是强制执行手段，可以冻结的机关并不一定具有划拨权限*

1. **解除冻结**

当事人没有违法行为；

冻结的存款、汇款与违法行为无关；

行政机关对违法行为已经作出处理决定，不再需要冻结；

冻结期限已经届满；

其他不再需要采取冻结措施的情形。

行政机关作出解除冻结决定的，应当及时通知金融机构和当事人。金融机构接到通知后，应当立即解除冻结。

行政机关逾期未作出处理决定或者解除冻结决定的，金融机构应当自冻结期满之日起解除冻结。（金融机构可以自行解冻）

**三、行政机关强制执行**

对于义务的履行，不履行义务，公权力机关就会强迫你履行义务，根据主体不同，可以分为行政机关自己强制执行，另一种是申请法院强制执行

为什么分类？

本来是应该都由行政机关进行的，但是其自己执行自己的决定，如果这种权力过于广泛的话，可能会对相

对人的权利有所侵害，因此对于这种行政措施的控制需要更严格。

绝大多数都要申请法院强制执行，除了少数机关有自己执行的权利，大多数行政机关都要申请法院进行，这样可以更好地进行监督，当然法院执行有两种，对于判决的执行是司法执行，这里是一种行政执行，只是通过法院进行而已。

**（一）行政强制执行的种类**

行政机关自行强制执行

申请人民法院强制执行（非诉执行）

**（二）行政强制执行的设定**

**行政强制执行只能由法律设定。**

【在所有行政措施中是最严格的】

例：2014年9月26日，辽宁省第十二届人民代表大会常委会第十二次会议通过了《辽宁省大伙房饮用水水源保护条例》。该《条例》第10条规定：在一级区内，除准保护区、二级区内禁止的活动外，禁止从事网箱养殖、种植农作物。东洲区政府根据上述《方案》及《大伙房水源保护条例》的规定开展退耕工作。2015年9月，东洲区政府在告知赵仁伟自行清除玉米未果的情况下，根据《条例》第21条，将退耕补偿款拨付到赵仁伟种粮补贴账户上，强制清除了赵仁伟种植的玉米。

《大伙房饮用水水源保护条例》第21条：生态环境、水行政等部门和饮用水水源管理单位、供水单位，应当按照各自职责建立巡查制度，组织对水源保护区、准保护区及相关设施进行巡查，并做好相关巡查记 录。生态环境、水行政等部门对巡查中发现可能造成水源污染的行为应当及时制止，并依法处理。

没有法律设定，就没有强制执行的权力

**行政处罚、行政许可、行政强制设定权比较**

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 名称 | 法律 | 行政法规 | 地方性法规 | 部门规章 | 地方规章 |
| **行政处罚** | 均可 | 行政法规可以设定**除限制人身自由 以外**的行政处  罚。（理论上，**尚未制定法律的， 行政法规可以设 定行政许可**） | 地方性法规可以设定**除限制人身自由、吊销企业营业执照**以外的行政处罚 | 尚未制定法律、行政法规的，**可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚**。 | 尚未制定法 律、法规的，可以设定**警告或者一定数量罚款**的行政处罚。 |
| **行政许可** | 均可 | **尚未制定法律**  **的**，行政法规可以设定行政许可 | **尚未制定法 律、行政法规的**，地方性法规可以设定行政许可（地方保护、全国统一的行政许可不可设定） | 不可 | **尚未制定法 律、行政法规和地方性法规的**，**省**、自治区、直辖市人民政府**规章**可以设定**临时性**的行政许可。 |
| **强制措施** | 均可 | **尚未制定法律**， 且属于国务院行政管理**职权事项**  的，行政法规可以设定**除限制公民 人身自由，冻结 存款、汇款和应 当由法律规定的 行政强制措施**以 外的其他行政强制措施。 | **尚未制定法 律、行政法 规**，且属于**地方性事务**的，地方性法规可以设定**查封**场所、设施或者财物和**扣押**财物等行政强制措施 | 不可 | 不可 |
| **强制执** | 均可 | 不可 | 不可 | 不可 | 不可 |

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **行** |  |  |  |  |  |

行政法规与法律：领域上的差别，人身权、重要财产权不能由行政法规规定，总体上还是体现出对公民有重大影响的事项必须制定法律。

地方性法规与法律：中央立法与地方立法的区别；地方立法机关的宏观指导：不抵触有特色可操作 ，可操作主要是立法技术层面的特征，要细化便于执行一些，前面涉及央地立法分权的原则，不能与上位法抵 触，上位法可能优占了一些领域，即使还没有规定，地方也不能规定。

部门规章和地方政府规章理论上没有设定权，因为都是对公民不利的行为，但是基于立法不完善，要允许规在一定程度上进行补充，但是强制执行和强制措施不能，防止泛化。

**（三）行政强制执行的方式**

是否有针对人身的强制执行？有，拘留的决定，但是和对物的强制执行不同，所以不规定在强制法中而是规定在治安管理处罚法中。

1. **直接强制执行【行政机关亲自执行】**
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. 其他直接强制执行方式（如金银强制收购、强制消除安全隐患等）。

强制消除安全隐患？有点像强制措施，但是消除具有处分性，不是临时措施，是一种强制执行。

1. **间接强制执行【通过另外一只手帮你强制执行】**
2. **加处罚款或者滞纳金（执行罚）**

间接的强制执行行为，连续加罚？相当于连续出多个强制行为

被命令之后本来应该相对人自觉履行义务，行政机关可以通过执行罚的形式督促其履行。

1. **代履行**

代履行：找了另外一个人代替履行，最后费用由被执行人自己负担。

区别意义：间接强制执行有概括性授权，但直接强制执行太暴力，不能概括授权，要有法律授权

**（四）行政机关强制执行的实施主体**

1. **直接强制**

只有**法律授权的行政机关**才有直接强制执行权。通常包括公安机关、国家安全机关、税务机关、海关等。控制人身自由，只能由公安、国安实施，但后两者可以针对财物

【能够实施处罚和许可的，包括行政机关也包括法律法规授权组织，只要有法定授权就可以，行政强制措施只有法律法规规定的机关才能实施强制措施，而强制执行更严格，去掉了被授权组织，也只剩下了法律授权的行政机关，而且大多数行政机关都没有强制执行权，只有对其效率有很高的期待才可以赋予其强制执行权eg公安机关、海关、税务机关，可能有些特别的法律有些特别规定。如果法律没有规定强制执行 权，只能找法院】

**无直接强制执行权的机关通常只能申请非诉执行**。但是，根据强制法第46条第3款，**当事人在法定期限内不申请行政复议或者提起行政诉讼，经催告仍不履行的，在实施行政管理过程中已经采取查封、扣押措施的行政机关，可以将查封、扣押的财物依法拍卖抵缴罚款。**

**拍卖措施是强制执行的一种手段，拍卖的权利照理讲应该法律直接授予才能实施，但是在强制法46中其实广泛赋予了强制措施执行权的机关在某种条件下可以实施强制执行，条件是：1、没有按时进行诉讼2、经过催告、3、在实施管理过程中已经采取了查封扣押的措施（行政强制措施，这些机关要比强制执行机关多得多，可能已经查扣了，但是你又不争议，行为就已经有确定力了，这就是为了行政效率考量设置的例外规定）。**

1. **间接强制**

根据《行政处罚法》、《行政强制法》等的规定，一般行政机关大多拥有间接行政强制执行的权力。

*比较宽松。*

**例：**

甲无运输证而驾驶货车运输货物，被交通主管部门扣留车载货物，并处以1万元罚款。交通局以下行为正确的是：

1. 扣押时制作扣押物品清单，由甲和交通局分别保存；√
2. 以简易程序作出行政处罚决定；× *事实清楚、证据充分，对公民个人处以警告或五十元以下罚款*
3. 通知银行划拨甲的存款以抵缴罚款；×*人民法院、税务机关和海关可以划拨存款，一般的行政机关没有划拨权限*
4. 按日加处罚款数额的3%；√ *属于执行罚的一种类型，间接强制措施可以实施*
5. 甲在法定期限内不申请行政复议或者提起行政诉讼，经催告仍不履行的，交通局将扣押物品拍卖抵缴罚款。√ *变相授予的强制执行权*

**（五）行政机关强制执行的一般程序【与司法执行程序有一定相似性】**

* 1. **启动条件**

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法强制执行。

* 1. **催告**

行政机关作出强制执行决定前，应当事先**催告**当事人履行义务。催告应当**以书面形式作出**。【强制和教育相结合原则的体现】

催告具有独立的程序法意义，当事人仍然可以陈述申辩，不具有实体法意义

* 1. **当事人陈述申辩**

当事人收到催告书后有权进行陈述和申辩。行政机关应当充分听取当事人的意见，对当事人提出的事实、理由和证据，应当进行记录、复核。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。

* 1. **作出强制执行决定**

经催告，当事人逾期仍不履行行政决定，且无正当理由的，行政机关可以作出强制执行决定。在催告期间，对有证据证明有转移或者隐匿财物迹象的，行政机关可以作出立即强制执行决定。

决定文书的送达是事实行为

* 1. **中止执行的情形**

1. 当事人履行行政决定**确有困难或者暂无履行能力的**；
2. **第三人对执行标的主张权利**，确有理由的；【物权和债权】***物权当然可以（行政处罚决定只是建立公法上的债权），但第三人主张债权是否需要中止执行呢？这涉及到公权债权和私权债权何者处于优先地位的问题，yq认为公法债权列后于私法债权***
3. **执行可能造成难以弥补的损失，且中止执行不损害公共利益的**；
4. 行政机关认为需要中止执行的其他情形。

中止执行的情形消失后，行政机关应当恢复执行。对没有明显社会危害，当事人确无能力履行，**中止执行满三年未恢复执行的，行政机关不再执行。**

* 1. **终结执行的情形**

1. **公民死亡**，无遗产可供执行，又无义务承受人的；（若有继承人，继承人应在继承财产范围内履行义务）
2. **法人或者其他组织终止**，无财产可供执行，又无义务承受人的；
3. **执行标的灭失的**；
4. **据以执行的行政决定被撤销的**；*执行活动具有依附性，需附属于先前的行政决定而存在*

行政机关认为需要终结执行的其他情形。

* 1. **执行回转与赔偿**

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。【类似于“不当得利返还”】

* 1. **强制执行中的正当程序、比例原则和人权保护**

正当法律程序原则的适用：行政执行机关**必须进行催告**，让相对人自己先履行义务，自己不履行义务后来再说。也是在敦促相对人尽快自己履行，另外在执行过程中因为对相对人不利，还需要有比例原则。

**行政机关不得在夜间【需要具体解释】或者法定节假日实施行政强制执行。但是，情况紧急的除外。***尽量减少对相对人安宁的打扰，贯彻最小损害原则*

**执行方式上要尽可能减少对相对人的影响。**

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。

我国存在教训，尤其是房屋拆迁问题上：目前我国对拆迁的管理法规是**国有土地征收拆迁补偿条例**，在征补条例之前是拆迁管理条例，允许民间组织进行拆迁，现在肯定不可能。当时是可以的，拆迁人可能是房地产公司，有时候拆迁人和被拆迁人会产生矛盾，eg拆迁公司雇人拿棍棒，被拆迁的人扔砖头，或者停水停电等，这样的事情有很多，我们的法律需要做出回应

案例：重庆的最牛钉子户，坚决不搬，于是就把其家周围全部挖空了，虽然没有规定不能采用停水停电的方式，基于人权保护也不可以进行这样的措施。但是仅仅是针对居民，企业就可以了，因为不涉及生存权的问题。

现在针对违法建筑做了特别的规定：

* 1. **⭐拆除违法建筑的特别规定**第44条

对违法的建筑物、构筑物、设施等需要强制拆除的，应当由行政机关予以**公告**，限期当事人自行拆除。**当**

**事人在法定期限内不申请行政复议或者提起行政诉讼，又不拆除的**，行政机关可以**依法强制拆除**。

【比之前的强制执行程序多了一些条件：**公告**（正常的强制拆除要进行催告，但是对违法建筑进行拆除多了公告程序），**公告完了还要催告，当事人如果法定期限内不诉讼又不拆除，你才能强拆，就是争议期内 是不能强制拆除的，其实是一个很大的限制，现在诉讼法争议期是六个月，也就是政府要等半年的时**

**间。**】【因为拆除违法建筑常常引起争议，有的政府就边界模糊，把合法当作违法拆了，无法复原，所以对拆除的事情要严格控制。所以要给当事人充分的争议空间，允许其进行争议诉讼，确保最后的强制拆除行为是没有问题的，后来的强制拆除应该要依法进行。】

**注意：**

公告不能替代催告；

行政机关是否可以直接强制执行还需要结合法律规定；

即便行政机关有权直接强制执行，也需要待复议诉讼期限届满。

如何平衡双方利益是未来法律要做的事情。**例：**

2009年间，广东省仁化县人民政府规划建设仁化县有色金属循环经济产业基地，**需要征收仁化县周田镇新**

**庄村民委员会新围村民小组的部分土地。**叶某某等三人的房屋所占土地在被征收土地范围之内，**属于未经乡镇规划批准和领取土地使用证的“两违”建筑物。**2009年8月至2013年7月间，仁化县政府先后在被征收土地的村民委员会、村民小组张贴《关于禁止抢种抢建的通告》《征地通告》《征地预公告》《致广大村民的一封信》《关于责令停止一切违建行为的告知书》等文书，以调查笔录等形式告知叶某某等三人房屋所占土地是违法用地。2009年10月、2013年6月，**仁化县国土资源局分别发出两份《通知》，要求叶某某停止土地违法行为**。2013年7月12日**凌晨5时许**，仁化县政府组织人员对叶某某等三人的房屋实施强制拆除。**问题：仁化县政府存在何种程序违法行为？**

*没有公告，应当给予当事人充分的机会自行履行义务，之前的措施不能代替公告，****行政强制法指的是强制拆除的 定向公告****，本案中都是通知要求其停止违法行为，而应该发限期拆除的公告，等三个月（当时）。如果没有复议诉讼，再进行催告，才能选一个工作日的白天进行强制拆除。*

## 凌晨拆除不符合最小侵害原则、人权保护原则

法院认定：

仁化县政府采取强制拆除前并未向叶某某等人依法发出强制拆除通知书【**未进行催告**】；也未向强拆房屋所在地的村民委员会、村民小组所在地**张贴强制拆除公告**，限其在公告期满前自行拆除；而且，在**夜间实行强制执行**措施，不符合《中华人民共和国行政强制法》的要求。

房子里的财物损失，属于合法利益损失，有赔偿空间

有两种要履行特别程序的规定：1、金钱给付义务2、代履行

**（六）金钱给付义务执行的特别程序**

⭐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。**加处罚款或者滞纳金的标准应当告知当事人**。

【应该先通过间接执行方式，依法加处罚款或滞纳金，是不是意味着不是必须继续加处罚款？通说认为不是，这里是可以加处间接的强制执行手段也可以不加处，也可以再催告一次，如果不想催告了可以先间接执行，但是不能直接执行。】

⭐加处罚款或者滞纳金的标准若未告知当事人，则法律后果为何？

*作为一个行政决定，必须送达当事人让当事人知晓的时候才能产生法律约束力，****如果加处罚款和滞纳金的 决定没有告诉当事人****，****是没有效力的****。（严格来说需要每天告诉，因为每次处罚都是新的强制行为）什么时候告诉当事人什么时候生效。如果没有告诉当事人产生压力的话，就不能让其付出成本，让其心理有负担最后才能算数。当然现在行政机关的格式文本上都会写上滞纳金的开始日期。如果没写就不能算。而且对加处罚款也有限制：不能超过本金。*

⭐**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**。【防止行政机关通过执行罚的方式创收。】

**⭐实施加处罚款或者滞纳金超过三十日，经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强制执行。（即便具有强制执行权的机关，也需要先履行执行罚的程序）**

【和前面一条对比，意味着有强制执行权的机关应该等满30日之后再直接处罚。】

⭐**没有行政强制执行权的行政机关应当申请人民法院强制执行。但是，当事人在法定期限内不申请行政复议或者提起行政诉讼，经催告仍不履行的，在实施行政管理过程中已经采取查封、扣押措施的行政机关， 可以将查封、扣押的财物依法拍卖抵缴罚款**。

**例：**

某市甲单位未经文物行政部门同意，擅自在全国重点文物保护单位的建设控制地带内进行**办公楼建设**，市文物局于2013年8月21日作出行政处罚决定，**对该单位罚款10万元**。决定送达后，该单位在法定期限内既未 申请行政复议，又未提起行政诉讼，且未履行处罚决定所确定的义务。市文物局于当年12月18日【诉讼期满了】向该单位送达了《行政强制执行催告书》，要求甲单位履行10万元罚款的缴纳义务，但该单位仍未履行义务。**文物局遂依法向人民法院申请强制执行**。申请强制执行的内容为：**一、罚款人民币10万元整；二、加处罚款35.4万元整。**

*加处罚款存在程序违法问题——没有进行相应的告知*

执行罚有问题，因为没有告知要加处罚款，所以没生效，而且即便告诉了，也不能这样处罚，最多是10万块。所以加处罚款不能主张

超过30多天就超过本金了，就应该申请强制执行了。

⭐**划拨存款、汇款**应当由**法律规定**的**行政机关**决定【因为和冻结类似】，并书面通知金融机构。金融机构接到行政机关依法作出划拨存款、汇款的决定后，应当立即划拨。法律规定以外的行政机关或者组织要求划拨当事人存款、汇款的，**金融机构应当拒绝。【金融机构有抵抗权】**（与强制措施中的冻结相似）

**（七）代履行的特别程序**

1. **适用条件**

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【代履行范围要严格限**

**制】**，**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**。

**代履行制度是一种***防止代履行制度的适用出现泛化（因为代履行的适用非常类似强制执行）*

**代履行的本质是**将排除妨碍、恢复原状等作为义务转化为金钱给付义务。外观上非常类似于直接执行中的排除妨碍、恢复原状，其他无法取代。

1. **代履行程序**

特别之处在于收费环节：所以之前要告诉其费用预算，有时候是有震慑力的。

1. **代履行前送达决定书**，代履行决定书应当载明当事人的姓名或者名称、地址，代履行的理由和依据、方式和时间、标的、**费用预算**以及代履行人；
2. **代履行三日前，催告当事人履行**，当事人履行的，停止代履行；（**履行前催告而非决定前催告**）；
3. 代履行时，作出决定的行政机关应当**派员到场监督**；
4. 代履行完毕，行政机关到场监督的工作人员、代履行人和当事人或者见证人应当在执行文书上签名或者盖章。

**代履行的费用按照成本合理确定**，**由当事人承担**。但是，法律另有规定的除外。

**⭐代履行和直接强制执行的区别？**

虽然从外表上和排除妨碍、恢复原状没区别，实际上两者就是没有什么区别，但是还是有一些地方有细微差别，**就是在能不能使用暴力的问题上**

**代履行不得采用暴力、胁迫以及其他非法方式。**

**如果当事人激烈反抗，按照一般原理，应该停止代履行，而直接执行是可以继续进行的。但是一般情况下两者确实没有区别。**

若当事人抗拒代履行，代履行人应当如何？——停止代履行

1. **即时代履行**

《行政强制法》第52条：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，并依法作出处理。

Yq：和直接强制执行其实非常类似了。**当事人同不同意没有交代，但是基于比例原则，可能也可以采用适 当的强制手段。和直接强制非常像，有擦边球嫌疑。放到强制法的一般程序中的特别规定再进行程序完善****就不需要放到代履行中，因为即时代履行带有更强的直接强制色彩**。

**四、申请法院强制执行**

因为这些行政机关自己没有强制执行权，如果有强制执行权，能不能申请法院强制执行？不可以。从目前法院的态度、一般法理，既然行政机关自己有强制执行权，就自己执行，除非没有强制执行权。

**（一）申请条件和时间**

⭐当事人在**1、法定期限内不申请行政复议或者提起行政诉讼**，**2、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**三个月内（除斥期间）**【时间过了就过了，过了之后就不能申

请】，申请人民法院强制执行。（有强制执行权的机关只能自行执行）

⭐行政机关申请人民法院强制执行前，应当**催告**当事人履行义务。**催告书送达十日后**当事人仍未履行义务的，方可申请。

注意：要先赋予当事人复议诉讼的时间，避免争议，如果提复议诉讼，就在复议诉讼过程中解决如何执行的问题（诉讼中的执行）。

⭐和诉讼复议法上的张力：

《行政复议法》第21条： 行政复议期间具体行政行为不停止执行。

《行政诉讼法》第56条：诉讼期间，不停止行政行为的执行。

**⭐如何评价复议诉讼不停止执行？**

体现的是行政行为的执行力，就是行为虽然相对人可以反对，但是可以贯彻我的意志强制执行，执行力不 需要以确定力为条件，执行力是行为做出生效之后就应该存在的效力，因为为了行政有效率，就要有执行力。但是行政强制法中要求没有强制执行权的机关必须等诉讼期间届满才能申请法院执行，执行力就基本没有体现，**需要等到确定力产生之后才有执行力，不是我们平时讲的执行力**，真正有执行力的行为是**直接有强制执行权的机关**得到法律直接授权可以实施的强制执行的时候，才有执行力。**目前行政强制法的要求与复议诉讼不停止执行之间有一些矛盾，或者在某种意义上架空了不停止执行制度**。

**（二）执行管辖**

**行政机关所在地**有管辖权的人民法院（一般是基层人民法院），**执行对象是不动产的为不动产所在地有管 辖权的人民法院**。【如果没有发生跨区集中管辖的话】

**（三）受理**

人民法院接到行政机关强制执行的申请，**应当在五日内受理***【看是否是合法行为，要看事实理由依据、催告情况、执行标的】*

行政机关**对人民法院不予受理的裁定有异议的，可以在十五日内向上一级人民法院申请复议，上一级人民法院应当自收到复议申请之日起十五日内作出是否受理的裁定**。

被申请执行人不能申请复议，因为在申请之前已经有充分的救济，复议期限届满行为已经具有确定力

**（四）审查和裁定**

1. **一般情况仅作形式审查**

行政机关申请强制执行需要提供的材料包括：

强制执行申请书；

行政决定书及作出决定的事实、理由和依据；

当事人的意见及行政机关催告情况；申请强制执行标的情况；

法律、行政法规规定的其他材料。

人民法院对行政机关强制执行的申请进行书面审查，对材料符合法律要求，且行政决定具备法定执行效力的，**人民法院应当自受理之日起7日内作出执行裁定**。

执行庭负责执行

1. **特殊情况下实质审查**

【审查强度增加】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**：（一般而言行政行为具有确定力即非讼力之后，即使是一般违法的决定也具有法律效力，但如果是明 显违法，其实构成了行政行为的无效）

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。**

针对上述特殊情况，人民法院应当自受理之日起**三十日内**作出是否执行的裁定【要将裁定送达行政机关】。裁定不予执行的，应当说明理由，并在五日内将不予执行的裁定送达行政机关。

**⭐【行政机关的异议申请权】**行政机关对人民法院不予执行的裁定有异议的，可以自**收到裁定之日起十五日**内向上一级人民法院申请复议，上一级人民法院应当自**收到复议申请之日起三十日内【受理是15d】**作出**是否执行**的裁定。

⭐相对人没有异议申请权，如果对行政机关的行为不服，应该在复议诉讼期限内提起复议或诉讼。不能在执行环节争议。

**例：**

某市住建局以**甲公司房屋**挤占公共绿地为由，要求其限期**拆除违法建筑【要等诉讼期届满之后才能强制执行、申请强制执行】**。甲公司逾期未拆除，也未在法定期限内向法院提起诉讼，住建局遂申请法院强制执行。以下说法错误的是：

1. 住建局若获得法律、**法规**授予的强制执行权，则法院不应受理其申请

【法规没有授予强制执行权力的权限，只有法律能授予强制执行权，如果法律赋予了，就不应受理了；能授予强制执行权的限于法律】

1. 住建局应向本机关所在地**人民法院申请**

【涉及不动产的执行案件，涉及专属管辖问题，应当由不动产所在地法院管辖—**便利原则**】；

1. 法院应在受理之日起30日内作出裁定。
2. 法院若裁定**准予执行**，甲公司有权向上一级法院申请复议

【不予执行，行政机关可以申请复议，但相对人不可以，应当在复议诉讼期限内提出异议】。

**课后综合：毛爱梅、祝洪兴与江山市贺村镇人民政府行政强制案**

**一、基本案情**

原告毛爱梅与其丈夫祝洪兴系江山市贺村镇行政辖区范围内的生猪养殖户。2015年4月17日，贺村镇政府向原告送达了[2015]276号限期拆除通知书，认为其未经批准擅自在石后村建造建（构）筑物等设施，违反了

《城乡规划法》第四十一条和《浙江省城乡规划条例》第三十八条的规定，通知其在接到通知书之日起8天内履行拆除、恢复义务。逾期未履行的，将依据《城乡规划法》第六十五条和《浙江省城乡规划条例》的规定，对非法建造的建（构）筑物等设施予以强制拆除。

需不需要批准——能不能决定拆除——能不能强制拆除

不能依据《浙江省城乡规划条例》强制执行，不能加补充性规定

《城乡规划法》第41条：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。

**在乡、村庄规划区内使用原有宅基地进行农村村民住宅建设的规划管理办法，由省、自治区、直辖市制 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以及农村村民住宅建设，不得占用农用地；确需占用农用地的，应当依照《中华人民共和国土地管理法》有关规定办理农用地转用审批手续后，由城市、县人民政府城乡规划主管部门核发乡村建设规划许可证。

建设单位或者个人在取得乡村建设规划许可证后，方可办理用地审批手续。许可针对的事项是乡镇企业、乡村公共设施和公益事业建设，本案不属于

《浙江省城乡规划条例》第38条（对第二款的补充）：在乡、村庄规划区内使用集体所有土地进行**农村村 民住宅建设的**，农村村民应当持村民委员会签署的书面同意意见、使用土地的有关证明文件、住宅设计图件向乡（镇）人民政府提出申请，由乡（镇）人民政府自受理申请之日起五个工作日内报城市、县人民政府城乡规划主管部门，由城市、县人民政府城乡规划主管部门**核发乡村建设规划许可证**。

农村村民也可以持前款规定的材料直接向城市、县人民政府城乡规划主管部门申请核发乡村建设规划许可证。

城市、县人民政府城乡规划主管部门应当依据乡、村庄规划核发乡村建设规划许可证，并在乡村建设规划许可证中明确建设用地位置、允许建设的范围、基础标高、建筑高度等规划要求。

城市、县人民政府城乡规划主管部门可以委托乡（镇）人民政府核发本条规定的乡村建设规划许可证。养猪是住宅建设？不行

**——养猪设施不需要拿行政许可（设施农用地）**

2015年5月31日，贺村镇政府与原告祝洪兴签订《贺村镇生猪养殖场关停退养协议》，**达成协议**（行政协 议，目的在于柔性解决争议）如下：一、祝洪兴同意在2015年5月20日前关停位于石后村的养殖场，并同意按“对未经审批或超出有效期的养殖场，彻底拆除设施占地面积374.3平方米，镇政府给予10元/平方米奖 励。”二、祝洪兴的养猪场关停后，不得在原址上再从事生猪养殖。三、贺村镇政府在祝洪兴养殖场完成关停退养后，按照协议补助3743元。同日，贺村镇政府对原告养殖场拆除设施面积374.3平方米完成验收，祝洪兴签字确认。2015年7月23日，贺村镇政府通过银行转账将原告的生猪养殖场退养补助款3473元支付到祝洪兴个人账户。

2015年8月30日，贺村镇政府发现祝洪兴夫妇存在恢复生猪养殖的行为，向其发送《责令关停退养通知

书》，责令其于当日无偿关停退养，并拆除栏舍。2015年9月1日上午，贺村镇政府发现仍存在生猪养殖情形，遂于当日下午组织对养猪场建筑进行**强制拆除**。祝洪兴夫妇因对贺村镇政府实施的强制拆除行为不 服，提起行政诉讼，请求法院确认贺村镇政府的强制拆除行为违法，赔偿其各项损失408230元，并申请对

江山市人民政府《关于深入推进生猪养殖污染整治和规范管理的通知》（江政办发[2014]29号）进行附带审查。

江山市人民政府《关于深入推进生猪养殖污染整治和规范管理工作的通知》

（一）整治任务：从2014年开始到2015年底两年时间内，每年各安排100个行政村开展生猪养殖污染“百村整治”行动，重点推进限养区村庄内生猪养殖场的关停退养。（产业政策，不是法源文件，如果非常明确的表示以强制手段关掉，就违法，但这里没有说强制手段，行政奖励是符合法律要求的）

（二）补助标准：市财政对根据要求完成关停的生猪养殖场按下列标准予以补助：

* 1. 对经过审批并在有效期内的村中场，按期彻底拆除栏舍，并清理建筑垃圾、复垦、复绿的，按实际拆除建筑面积计算，砖木结构给予200元/平方米补助，简易结构给予100元/平方米补助，生猪（包括母猪和 种公猪）给予200元/头退养补助，附属设施不予补助；对未清理建筑垃圾、复垦、复绿的，扣除20%的补助款。
  2. 对未经审批或超出有效期的村中场，在规定期限内彻底拆除栏舍的，给予200元/头猪退养补助。
  3. 对利用现有住宅养猪，彻底拆除室内养猪设施的，给予50元/头猪退养补助。

**二、本案涉及的法律问题分析**

1. 根据《城乡规划法》第41条、《浙江省城乡规划条例》第38条，原告养猪的行为是否违法？不违法
2. 退养协议是否属于行政协议？被告可否基于该协议实施强制拆除？约定强制拆除？不可以，只能通过法律规定
3. 强拆行为是否违法？法律依据？

**强制拆除的依据？**

《畜禽规模养殖污染防治条例》（行政法规）第37条：

违反本条例规定，在禁止养殖区域内建设畜禽养殖场、养殖畜禽的，由县级以上地方人民政府环境保护主管部门责令停止违法行为；拒不停止违法行为的，处3万元以上10万元以下的罚款，并报县级以上人民政府责令拆除或者关闭。在饮用水水源保护区建设畜禽养殖场、养殖小区的，由县级以上地方人民政府环境保护主管部门责令停止违法行为，处10万元以上50万元以下的罚款，并报经有批准权的人民政府批准，责令拆除或者关闭。

（责令是命令行为，创设义务的行为，不是赋予强制执行权的规定，行政法规也不能赋予强制执行权；要找法院or代履行）

强拆程序的合法性（程序）

2015年4月17日，贺村镇政府向原告送达了限期拆除通知书，通知其在接到通知书之日起8天内履行拆除、恢复义务。（没有法律效力，后面的协议替代了前面的行为）

2015年5月31日，贺村镇政府与原告祝洪兴签订《贺村镇生猪养殖场关停退养协议》。（已经履行完毕）

2015年8月30日，被告发现原告恢复生猪养殖，因违反有关规定，责令原告于当日无偿关停退养。（拆除违 建，应该先发**公告**，**过了复议or诉讼期限**再**催告**才能拆）

2015年9月1日上午，贺村镇政府工作人员检查发现原告养猪场仍存在复养情形，于当日下午组织助拆队对原告养殖场建筑进行强制拆除

原告认为：

1. 原告的养殖场不符合关停条件，贺村镇政府作出的责令限期关停通知书主体不符、程序违法。
2. 原告的养殖场是农用山地，不需要规划许可，也不需要办理农用山地转用手续，且养殖场不属于“三改一拆”规定内容。（内容违法、权限违法）
3. 被告的强制行为未按照《行政强制法》第十八条的规定程序，也未对原告进行催告、未告知原告有依法陈述和申辩的权利、未充分听取原告的意见。（程序违法）
4. 贺村镇政府在关停、拆除养殖场前未妥善安置，引导转型，给养殖户造成了巨大的经济损失。（法律没有规定政府需要妥善安置，但政府应当遵循比例原则，先安置再强拆更好）
5. 江山市人民政府《关于深入推进生猪养殖污染整治和规范管理的通知》与法律法规相悖，补偿标准不公平。（不应该纳入审查）

# 第八讲其他行政行为

2022年4月19日 10:56

行政法中行政机关可以实施的行政行为是多样化的，有200多种，不可能全部类型化。一般来说大部分行为没有被类型化，统称为行政决定/行政命令/具体行政行为，eg责令改正。或也可称为某种行政行为，但是其中有一些行为频率比较高，虽然没有向处罚许可强制这样特别立法，但是在各种行政管理领域单行法中出现频率很高。Eg行政协议、行政征收征用、行政给付、行政确认、行政裁决、行政指导，有的是法律行为有的是事实行为。除了行政协议有总体规定，其他都在单行法中规定。

**一、行政协议**

具有双方性，**是一种双务行为**，和其他行政行为思路不同（建立在单方行为/高权行为的基础之上），严格来说不适用一些单方行为的规定。最高法院明确使用了行政协议的概念。2019年有了专门的司法解释，制度目前已经基本成型了。

**（一）概念**

*一开始很有争议：民法和行政法争议——究竟应不应该有行政协议？*

*民法：所有的协议都是平等主体，不应该有协议而是命令，行政协议概念不应该存在。行政协议有没有必要？——有，如果没有必要就不需要增加实体概念。*

## 行政协议有什么独特的功能？——有。行政机关进行职权管理的过程中，手段可以是多种多样的，不一定是具有强制性的手段，可以通过商量的方式。

*Eg中国证监会《行政和解试点实施办法》——本来要对每个相对人进行处罚，但是券商的内幕交易很隐 秘，调查起来查不清楚，对方可以申请通过给钱补偿投资者消除影响，证监会就可以停止处罚追究程序，有些类似于刑事诉讼中的辩诉交易制度。*

*这样的制度可能有争议：秩序性的行政活动能不能进行辩诉交易，法律没有规定，规章的规定是否合*

*法？——不能，放弃监管职责，有证券法依据，但是这种证监会和相对人之间的协议是什么性质——为了节约执法资源、有公共保护目的，是一种行政协议，不是民事协议。*

*是不是意味着民事协议制度无法解决问题？是不是可以用民事解决？*

行政协议是一种合同，可以按照合同法规则，但是会有问题无法解决，就是行政机关在协议中行为的合法性。**行政机关的行为应该受到合法性和合理性原则的要求，如果是民事合同，只要没有违反强制规定就是有效的，是不够的，需要考察行政机关的行为是否合法。如果全部归入民事行为，民事庭并不处理行政行为的效力，就会产生公法遁入私法的问题，就失去了必要的约束，所以必须要拉出来使得行政机关的公权力行为受到更多的制约。——公法行为和私法行为区分的意义，因为公法行为会受到更多的约束，所以行政协议需要从民事协议独立出来。**

**行政协议是行政机关为实现公共利益或者行政管理目标，在法定职责范围内，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。**

要素：

订立主体：行政机关和相对人目标：行政管理/公共服务

要通过合意方式订立

内容：要具有行政法上权利义务内容

行政协议和民事协议区别的，**需要四种要素同时综合判断区别，有时候一个要素可以区别，有时候一个要素是不够的**eg行政机关与相对人的协议可能是民事协议，所以要考虑其他因素，eg目标目的。目标目的一般可以区分开eg政府采购行为一般不是行政协议，因为一般不是为了**直接实现公共管理或服务的目标**，购买办公用品的行为属于**行政辅助行为**，辅助行政机关实现公共管理活动，但本身不是为了一种公共管理目标。所以可以从目的上进行排除，后续还可以进一步限缩，把各种因素全部都综合起来以后可以划定行政协议的范畴。**要求行政协议必须具备全部要素**，是对行政协议划定了比较小的范围。行政法是比较谦抑的，只有比较明显的带有行政性，才把它纳入行政协议的范畴中。如果纳入行政协议中，后果就是应当由行政审判庭受理，变成行政案件。

**行政协议案件由法院行政审判庭审理。**

**（二）功能**

使行政机关通过更加灵活、柔性的方式实施行政管理活动。

**（三）特征**

1. **协议双方为行政主体和相对人**

**一方是行政主体，动用行政权力，有支配性的关系**

例：在《国有土地上房屋征收与补偿条例》实施前，拆迁公司与被拆迁人之间签订的房屋拆迁补偿安置协议属于民事合同；《条例》实施后，行政机关与被拆迁人之间签订的房屋拆迁补偿安置协议属于行政协 议。

**一方是相对人，不能是行政机关**

**原来的理论认为行政机关之间的协议也属于行政协议，但是新的司法解释将行政协议就界定在行政机关和 公民法人其他组织之间，也就是对外部的行政管理，**我们把它叫做行政协议，而对于行政机关内部的合作协作协议都不算，不属于公共行政法，不在公共行政管理领域调整的范围之内，排除在司法审查意义上的行政协议的概念之外。

两个部门之间的协议，可能是合作协议，但没有法律约束力，发生纠纷不能法院解决

协议主体对协议目的达成是很重要的，尤其时涉及公共利益时，**一方主体应当由代表公共利益的主体比如行政机关担任。**

Eg房屋拆迁领域。最早的管理法规是城市房屋拆迁管理条例。里面负责拆迁的主体是拆迁人，大多是房地产公司，由他与相对人签订拆迁补偿协议，这样会导致其追求利润最大化，最后的结果是房地产公司在达成拆迁协议的过程中有意压低补偿价格，如果不配合就找一些专门拆迁的公司通过停水停电或其他方法迫使你直接搬走，导致社会矛盾被激化。和被拆迁人协商的是一个商业主体，达成的是一种民事协议，但是本身上是带有公共利益的，但是交给民事主体来做，公权力的性质就发生了变化，以民事的手段完成公权力的任务，最后结局是非常悲剧的。

学者认为是违法的行政法规，给全国人大写信，一年左右原来的条例就被废除了，现在是2011年生效的国有土地房屋征收补偿条例。现在要求政府根据宪法规定达成协议、补偿之后才能进行搬迁，目前的制度在法律上是符合理性的。为了完成房屋征收拆迁为了公共利益的行为，需要政府部门直接出面和相对人签订协议，进行充分补偿之后才能进行搬迁活动。行政协议的双方主体在拆迁补偿协议中，行政机关通常是各个地方政府的房屋主管部门。

1. **协议是为了实现行政管理或者公共服务目标**

**协议内容有关公共事务，具有公益性，目的是为了履行行政机关的法定职责**

如果主体的要素是带有形式上的，那么目的就带有实质性的了，**行政协议必须带有公共目的，是为了公共 服务、公共利益。**Eg政府有一间办公大楼租给私营企业使用，租赁协议就不是行政协议，没有行政管理的职能，行政管理的目的本身应该跟行政机关的职权有很大的关系。

**包括政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等**。

例：黑龙江省肇源县居民韩甲文因土地承包权纠纷，多次到市、省、国家等有关部门上访。肇源县政府对此高度重视，组成工作组对韩甲文上访诉求进行调查。经双方共同协商，2011年4月7日，韩甲文与肇源县政府签订《协议书》，达成如下协议：**一、经肇源县政府测算决定给韩甲文补偿人民币158.4万元；二、韩甲文收到158.4万元补偿款后，自愿放弃原土地承包协议；对各级政府机关、公安机关、审判机关及部门所做的有关该案的一切公务行为，不再上访诉求，息诉罢访。……（放弃实体权利，而不是放弃诉权）**是和另一个村民有纠纷，后来上访，引起政府重视，组织工作组对其上方诉求进行调查，想出了一个解决方案，经过共同协商签订协议。息诉罢访协议很常见。）但是签订协议之后当事人继续上访，政府就对其进行了行政处罚。

县政府和韩甲文的协议书是什么性质？

表面上看起来政府给他钱他就不再追究，是一个化解民事纠纷，但是**本案中政府之所以给钱是为了息诉罢 访，背后带有社会稳定的目标的追求，社会稳定也是当地政府的重要职能。所以带有行政目的，是一个行政协议。**

这个协议是不是违法的？**即便是违法的，也不会否定协议本身带有带有公共管理的目的。**是否违法？协议处分的是当事人申请救济提起诉讼的权利，行政机关是否有权处分？

如果是单方的行政行为，肯定是不行的，行政机关不可以以自己的决定剥夺当事人的合法权益。

**⭐**但是这是相对人一致的意思表示，如果相对人意思表示真实自由，是可以肯定这样协议的效力的，**但是 放弃自己权利的承诺能产生什么法律效果需要进一步讨论**——放弃诉权之后来起诉，法院是否可以不予受理？**不可以，自己放弃权利不会对诉权产生实质的限制，但是所说的放弃权利会有什么样的实际效果？可能产生放弃实体权利的效果**eg本案中放弃土地承包权。如果起诉后还要主张土地承包权，在实体上不应该得到支持。从协议角度来说，息诉罢访协议中只要相对人意思表示真实，不宜认定是违法行为，是政府为了达到社会稳定目标实施的一种带有灵活性的行政目标。

1. **协议具有行政法上的权利义务内容**

例：滇源街道办事处为完成昆明市委、市政府下达的生态林建设任务，与云宇公司签订了《林业生态及苗木基地建设土地承包合同》。后发生争议，该合同应属何种性质？

法院认为：滇源街道办事处虽为行政管理机关，其《土地承包合同》并不是为实现行政管理目的而订立，而是约定由云宇公司负责承包涉案土地的林业生态及苗木基地投资建设，并交纳相应土地租金，同时获取相应收益。可以看出，双方在合同中确立的权利义务是对等的。且滇源街道办事处在合同中也不是以行政管理者的身份作为签约一方，而是与云宇公司完全平等的合同主体。故该合同应认定为平等主体之间订立的民事合同，而非行政合同。

**民事诉讼还是行政诉讼？要看协议是行政协议还是民事协议。**

种树的行为是不是权力行使的行为？从目的角度来看似乎好像属于行政合同，但是这里和特许经营、土地出让不一样，行政许可属于典型的干预行政（为了社会秩序的稳定，政府介入权力），许可在设定的时候 对自由进行了干预。其实是典型的行政权力的行驶过程，但是种生态林不是行政权力的行使，而是供给行政（给付行政的一种），通常不带有权力色彩。那么这种合同是行政合同还是民事合同？需要再根据是否有行政法上的权利义务关系判断，具体审查当时合同中的条款、有没有法律法规的具体规定，法院经过审查认为双方的权利义务是对等的，看不出行政机关有优益权，相关法律法规也没有授予优益权——不能认定为行政合同。所以这里的土地承包合同是民事合同。

没有约定政府的权力行使的问题，不包含行政法上的权利义务内容

**大英县永佳纸业有限公司诉四川省大英县人民政府不履行行政协议案**

2013年7月，中共四川省遂宁市大英县委为落实上级党委、政府要求，实现节能减排目标，出台中共大英县委第23期《关于研究永佳纸业处置方案会议纪要》，决定对大英县永佳纸业有限公司**进行关停征收**。根据《会议纪要》，四川省大英县人民政府安排大英县回马镇政府于2013年9月6日与永佳公司签订了《资产转让协议书》，永佳公司关停退出造纸行业，回马镇政府受让永佳公司资产并支付对价。协议签订后，永佳公司依约定履行了大部分义务，回马镇政府接受了永佳公司的厂房等资产后，于2014年4月4日前由大英县政府、回马镇政府共计支付了永佳公司补偿金322.4万元，之后经多次催收未再履行后续付款义务。永佳公司认为其与回马镇政府签订的《资产转让协议书》系合法有效的行政合同，大英县政府、回马镇政府应当按约定履行付款义务。故诉至法院请求判令，大英县政府、回马镇政府支付永佳公司转让费人民币 894.6万元及相应利息。

行政权力的因素：用协议替代了本来的单方的行政决定，所以协议是权力行为的替代，含有行政法上的权利义务关系

行政协议：本身替代了行政权力or包括行政权力的行使

1. **通过协商形式订立**

例：2002年7月26日江苏省东台市富安镇人民政府发文**，号召其辖区内所有人员招商引资，**并规定在考核期内“到账资金或厂房设备超过1000万元的，**给予5‰的一次性奖励”**。东台居民陈增月响应号召，招商引资，使江苏嘉能冶金环保机械有限公司于2002年10月落户富安，10月26日动工建设。2004年7月投入生产。注册资金1500万元。陈增月多次向镇政府提出申请，要求按约定兑现招商引资奖7.5万元，镇政府迟迟不兑现。2006年7月8日镇政府发函给陈增月，**提出在2006年底时，若嘉能公司年缴纳税金400万元以 上，即给予其兑现奖金3万元。**陈增月不服，请求法院判令镇政府兑现招商引资奖7.5万元。该案中，陈增月与镇政府间是否构成行政协议？

类似悬赏广告，是单方行为，属于行政允诺行为。**没有协商交流，不属于行政协议**

有些情况中形成一种**似乎经过协商但是实际没有协商的情况**，这样就不把它作为一种行政协议。Eg关于招商引资中类似协议的行为。签了协议之后想要政府兑现奖金，后来给招商引资人发函，准备赖账。

**本案中镇政府的奖励和相对人陈增月构成什么关系？是否构成协议关系？**

可能存在争议。大多数政府倾向于主张有协议存在，对于当事人的举证责任更高，但是从行政协议的性质来看，行政协议需要意思交互的环节，需要协商的过程，如果没有这个环节**，就不是行政协议，属于行政允诺，类似于民法上的悬赏广告。行政机关之前已经答应了某件事情，视为单方行为，相对人按要求完 成任务之后，行政机关应当按照允诺给其奖励。**和悬赏广告很类似，虽然有争议但是通说认为是单方行为，因为单方行为的观点比较有利于保护相对人。行政允诺也是这样，相对人尽管不知道之前有奖励条件，但实际做了这样的行为，做了之后才知道有奖励，这个时候政府也要兑现奖励，因为是单方行为，**只要事实上做出了相应的行为，就应该兑现承诺，因为没有协商的环节，所以不理解为行政协议。**

1. **行政主体在协议的履行、变更和解除上享有优益权（指挥、监督、单方变更或解除），协议双方地位不**

**平等**

和民事协议区别最大的点、最让人困惑的点——内容上，行政法上的权利义务——比较多的理解是，在行政协议中，行政机关可以行使行政优益权；**优益权**：行政机关和相对人不平等的，行政机关单独掌握的权利，体现为行政机关可以在协议中进行**指挥、监督、单方变更和解除**。如果行政机关发现协议的履行不利于最佳公共利益，可以单方面变更，如果发现有害于公共利益，可以进行解除，是一种单方优益权。**基础是公共利益的需要。**

*变更和解除行为实际上是行政权力的行使，与私法上变更权利和解除权利的行使存在区别，享有“优益权”，但是必须有一定的法律依据*

《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第36条：**因法律、行政法规修改，或者政策调整损害特许经营者预期利益，或者根据公共利益需要**，要求特许经营者提供协议约定以外的产品或服务的，**应当给予特许 经营者相应补偿**。（特许经营本质上是一种许可）

Eg本来公交车服务就在市区范围内，现在政府说新建的片区也需要公交服务，要求公交公司新开线路。之前可能公交公司和政府没有签订新片区的协议，但是政府具有单方优益权，可以进行变更，但是需要补 偿，民事协议中的变更必须双方协商一致。行政协议里，行政机关可以基于公共利益进行单方调整、变更或解除。

《城市房地产管理法》第19条：国家对土地使用者依法取得的土地使用权，在出让合同约定的使用年限届满前不收回；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，**可以依照法律程序提前收回，并根据土地使用者使用土地的实际年限和开发土地的实际情况给予相应的补偿【单方解除权】**。

**做出不利的负担行为，应该遵循行政法上的基本原则，理论上需要有法律法规的依据**

为了防止行政机关借公共利益之名，滥用行政优益权，理论上行使优益权的情形应当严格限制。

行政机关行使优益权变更或解除协议时，**应当对公共利益的具体情形作出释明并遵守行政合理性原则的要 求，同时给予相对人合理补偿**。

基于不可抗力解除协议，不承担赔偿补偿责任。

行政优益权导致双方不平等。但是我们判断行政协议具有这种行政法上的权利义务关系，**并不代表只有行政机关行使这种权力的时候才构成行政协议，只要协议中的行政机关有行使优益权的可能性，就可以归类为行政协议，最主要就体现在合同的约定。**条款具体约定行政机关可以调整或解除协议表明是行政协议，或者协议没有明确约定但是关于这个领域关于协议的法律法规有规定政府可以变更或解除，可以认为相当于政府享有优益权。

**行政优益权是行政协议的最后一步判断，不是所有的都需要判断到这一步**

国有土地使用权出让协议、特许经营协议是不是需要这样判断？可以，因为都有优益权行使的可能性，但是我们实际上从目的上看就足够了，因为这两个行为都属于行政许可行为。特许经营涉及有限资源的分 配，实际上是在政府实施许可，国有土地是有限资源，是行政许可的一个实施过程。**协议只是行政权力行 使的一种方式，通过签署协议的方式从事行为，这种行为含有权力的性质在其中，所以从前面的履行职权的目的就可以判断是行政协议，同时可以从优益权行使的可能性来判断。**

例：2002年11月，甲旅游公司与乙县政府协商，签订了《关于某旅游码头建设经营管理合同书》**【比较像是特许经营协议——应该归为行政协议】**，合同约定由甲公司负责该旅游港口设施建设和经营管理，乙县政府提供各项公共服务。**协议签订后5天，乙县政府通知甲公司该项目停止建设，理由是乙县政府于2002年初收悉的规范性文件要求对该区域进行“地质灾害治理和防治”**（但有关规范性文件中并未对合同约定建设地段的地质灾害治理作出要求）。随后，**乙县政府又将该建设项目发包给丙公司建设，丙公司开工建设并完成了基础工程【并不是乙政府要地质灾害防止，只是想替换甲公司】**。甲公司项目停建后，与乙县政府多次协商未能达成一致意见，甲公司于是提起行政诉讼。

甲公司诉称**【起诉的是政府行使优益权解除协议的行为】**：合同约定的建设项目，不存在解除合同的法定情 形，其合同合法有效应当继续履行。被告单方解除合同并非国家政策发生重大调整，而是要将该项建设项目重复发包给其他公司建设，被告解除合同的行为违法，应当承担违法的法律责任，赔偿给原告造成的经济损

失。**【问题：如果这样的协议只是行政机关违约，是不是属于行政诉讼的范畴？是有争议的，民法学者主张不涉及行政权的行使，属于民事诉讼，但是大多数行政法学者认为只要是行政协议都属于行政诉讼的范畴，由行政庭同意管辖比较简便，因为有很多行为属于行政活动，需要监督合法性，要由行政庭统一审查。】【本案中因为实际上属于行政优益权的行使应当在行政庭解决。】**

乙县政府辩称：其合同标的所指向的地块已侵入库区水域之中，其实际占有使用权和控制权已不在被告手中，继续履行合同实际已不可能。被告因国家政策调整，在出现**不可抗力【主张免责事由】的**情形时，行使行政优益权，单方解除合同并无不当。

**【不可抗力：不可预见、不可避免】**

法院经审理认为：被告主张行使行政优益权解除合同是因国家政策调整的不可抗力引起的，**但被告提供的地质**

**灾害防治的规范性文件均是在合同签订之前产生的，其规范性文件处理笺上的签批佐证被告在签定合同之前已知晓库区治理的有关内容和要求。【不是不可预见、不可避免的问题】**同时其规范性文件并未涉及合同约定的建设地段的建设要求。因此，被告的主张没有相应的依据和证据，其单方解除合同的行为不合法。【所以政府主张不可抗力有问题】【即便规范性文件规定合同必须解除，能不能作为解除依据？也不可以，**要行使合同解 除权，要遵循法律保留原则的要求**，只有有法源性文件（规章也不行，因为是侵益行为），只有规范性文件是不足的，政府必须证明规范性文件可以链接到上位法中去，这样法律链条才能完整，但是本案中没有这样的条件，政府的解除行为是违法的】

被告通知原告停止合同约定的建设项目后，该建设项目已由其他公司建设并已完成了基础工程。原告要求被告继续履行合同的主张虽然正当，**但因涉及正在进行建设单位的合法权益，其客观条件已不允许继续履行该合 同。因此，原告的此项主张难以支持**。根据**《国家赔偿法》**第二十八条第（七）项规定，对财产权造成其他损失的，按**照其直接损失给予赔偿**【这里有不公平的一点：判决赔偿要按照国家赔偿法进行，民事协议就是民事赔偿，但是国家赔偿比民事赔偿的标准低很多，民事赔偿是可以赔偿间接利益的，国家赔偿只赔偿直接损失。这也是很多民法学者坚决反对行政协议的一个理由，不利于对行政协议相对人的保护，但是实际上问题不是行政协议，而是国家赔偿制度，没有做到充分赔偿，与节约国家资本有关，yq认为在行政协议领域应当强化政府的依法行政和诚信意识，国家赔偿法的制度也应当做相应的调整，确保国家赔偿标准和行政赔偿标准能够趋 近】。

**不该纳入优益权的范畴，民事领域可以解决**

**盐津白水江文运水产养殖专业合作社诉云南省盐津县人民政府行政协议纠纷案**

2014年6月，盐津白水江文运水产养殖专业合作社与云南省盐津县人民政府签订《文运水产养殖招商引资合作协议》，约定由文运合作社在白水江三级电站库区投资建设水产养殖项目。协议签订后，文运合作社于2017年2月填写《建设项目环境影响登记表》，完成环评备案。2018年8月，盐津县人民政府函告文运合作社，以案涉养殖 行为不符合盐津“生态功能县”建设及相关环境保护政策等为由，解除《合作协议》。文运合作社提起行政诉讼，后经变更、增加诉讼请求，同意解除《合作协议》，但要求盐津县人民政府赔偿因履行协议造成的经济损失。经鉴定，文运合作社投入的硬件设施设备价值65.72万元。

**属于优益权范畴**

**【总结】**

**判断民事合同和行政合同的区别：**

**首先看主体。如果没有行政主体就不是行政合同。**

**如果一个是行政机关一个是相对人，看有没有公共目的，要看是一种权力行使行为还是一种单纯的事实行为（eg种树，单纯高权行为，不带有权力性）**

**如果目的没有权力性，就要看合同是否有行政法的权利义务、是否有行政优益权的可能性，当然不一定是优益权。也有其他行政权力的行使空间。**

**至于协商，是比较好判断的。**

**⭐优益权：民事合同中没有，行政合同中有。对于优益权必须要进行严格限制，防止打着公共利益的旗号随意对协议进行变更或解除**

**Eg信赖保护原则的适用，政府换届之后新领导不承认前面领导的措施，想要接触合同，缺乏基本的稳定性和可预期性。**

**⭐行使优益权本身是对相对人不利的行为，需要遵循行政法合法性原则（侵益保留学说——只有法律规定可以 行使优益权的，才能行使，并不是所有合同中都可以行使）、合理性原则的要求**

为了防止行政机关借公共利益之名，滥用行政优益权，理论上行使优益权的情形应当严格限制。

行政机关行使优益权变更或解除协议时，应当对公共利益的具体情形作出释明并遵守行政合理性原则的要求，同时给予相对人合理补偿。

**基于不可抗力解除协议，不承担赔偿补偿责任。**

**（四）行政协议的种类**

**《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》**

第2条：公民、法人或者其他组织就下列行政协议提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理：

**（一）政府特许经营协议**；【与行政许可的实施过程紧密相关，特许这种许可就是要通过特许经营协议的方式进行实施，当然要经过招投标的方式，带有行使权力的性质】

**（二）土地、房屋等征收征用补偿协议；**【替代了征收征用补偿的决定，征收补偿协议：协议重点应该落在补偿上，因为征收是一种决定，补偿是需要进行协商的；补偿有两种选择：1、货币补偿2、产权调换（要求生活水平不下降）】【为了让价值得到最精确的分配】

**（三）矿业权等国有自然资源使用权出让协议；**【自然资源开采权、探矿权——有限自然资源的分配，也是属 于行政许可，但是有意回避了国有土地使用权出让协议，因为土地使用权出让协议在实践中争议很大，不同法院在性质认定上完全不同，到底是民事协议还是行政协议，可以看出最高院认为是行政协议，因为土地和矿产一样都属于自然资源。土地使用权出让其实是一种行政许可行为，带有权力性。】

**（四）政府投资的保障性住房的租赁、买卖等协议；**【目标是进行公共资源的行政给付、物质帮助，是公法上的权力行使；和种树不同，因为种树是事实行为，这里提供物质帮助的行为带有权力行使色彩，是法律行为】

**（五）符合本规定第一条规定的政府与社会资本合作协议；**【PPP协议，public private participation，公私合作，背后涉及很巨大的利益，有私法学者认为是行政庭在抢市场，所以司法解释加了一个条件：满足第一条规定的 (行政协议的定义)，其实加上这一条并没有说清楚什么，而是把水搅浑了。如果直接说ppp都是行政协议，很清楚，现在似乎是废话。实践判断的角度，需要从目的角度判断，如果本身是特许经营协议（修基础设施、造

路）就连接到第一项，如果并不是特许经营协议，要看有没有权力行使的性质，有没有其他行政权力行使的空间等】

**（六）其他行政协议。**

【列举引发了比较大的争议，所以司法解释用词比较谨慎，要有灵活操作空间。民法学者担心的是政府优益权的行使影响交易安全导致合同的不稳定，但是不应该因此将行政协议全部取消，民法学者和行政法学者考虑的价值不同，民法学者看重交易安全，行政法学者更考虑公共利益，政府签了协议之后完全不可以改变的话，是不可能的，为了公共利益牺牲行政协议的稳定性有时候是可以的。事实上不是因为行政协议存在了才需要有解除权和变更权，优益权不是这个概念带来的，正确的逻辑是因为要行使优益权和解除权，才有了行政协议的概念，当然不可以随意行使这种权力，要受到合法性和合理性原则的约束，如果否认行政协议的概念，就难以解决合法性和合理性的问题，因此行政协议的存在是无法阻挡的。其他国家也会设置行政契约制度，我国的制度也会渐渐完善】

法律适用问题：【但是说到底行政协议也是一种合同，一些基本规则可以适用合同法的规则，只是在有一些特殊的地方，涉及对行政权力的审查，应当遵循行政协议的规定】

**二、行政征收**

征收行为是一种强制剥夺财产的行为。强制剥夺财产的行为有很多种eg行政处罚（因为做错了事情）。这里征收是没有做错事，相当于国家强买你的财产。基于这种行为对相对人的财产权会构成很大的影响，所以必须要按照一定的规矩来。

**（一）概述**

1. **概念**

行政机关**为了公共利益需要**，**根据法律【狭义，法律保留事项】规定**，将部分公民、法人或其他组织的财产收归国有并**给予补偿**的行为。

《宪法》第10条第3款：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**。

第13条第3款：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。**

**⭐要件：**

**1、公共利益的需要**

**2、根据法律的规定**【狭义法律：全国人大及其常委会的规定】【原则上法规不可以规定】【立法法

8、9：**征收征用是相对保留事项**，有授权国务院立法的空间，但是国务院依职权立法不可以规定征收征用相关的条文】

**3、需要进行补偿**

1. **征收与收税、收费的区别**
2. **收税**

“税”具有**普遍性**和**无偿性**。【征收要给予补偿，收税是无偿行为】【征收不是普遍行为，而是针对某一类个别的主体】

《宪法》第56条：中华人民共和国公民有依照法律纳税的义务。

1. **收费**

“费”分为行政性收费和事业性收费，是基于相对人所享受的特别公共服务而收取的对价。和征收的关系是相反的，公民向国家购买。

1. **征收与征用**

**征收是所有权的转移**，而**征用只是使用权的转移。损坏需要赔偿**。

两者都需要经过法定程序，但一般而言**征收的程序严于征用的程序**。

《人民警察法》第13条：公安机关因侦查犯罪的需要，必要时，按照国家有关规定，可以优先使用机关、团体、企业事业组织和个人的交通工具、通信工具、场地和建筑物，用后应当及时归还，并支付适当费 用；**造成损失的，应当赔偿**。

⭐大理征用口罩是否合法？

《突发事件应对法》12条：有关人民政府及其部门为应对突发事件，**可以征用单位和个人的财产**。被征用的财产在使用完毕或者突发事件应急处置工作结束后，应当及时返还。财产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿。

《传染病防治法》45条：传染病暴发、流行时，根据传染病疫情控制的需要，国务院有权在全国范围或者跨省、自治区、直辖市范围内，县级以上地方人民政府有权**在本行政区域内**紧急调集人员或者调用储备物资，**临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备**。

征用口罩是不是真的征用行为？口罩用完之后是不可能还回去的，所以这种易耗性的防疫物资应该是征收行为不是征用行为。虽然传染病防治法/突发实践应对法对征用是有规定的，但是没有规定征收权，所以口罩这种只能征收的东西，大理是没有权力的。

交通运输行为不属于本地事务，不能干预

问：有没有可能拿口罩只是作为应急物资储备没有实际使用，疫情结束后再还回去，算不算征用？即便能认定是征用，征用的目的也必须是为了传染病疫情控制的需要，如果只是为了物资的储备，**不符合比例原 则的适当性原则**，即便不考虑这个，可以征用的范围是**房屋、交通工具以及相关设施、设备，没有等。没有说可以征用口罩。所以按照法律保留原则，征用不是合法的。突发事件应对法：可以征用财产——但是特别法和一般法的关系中，应该优先使用传染病防治法，所以不应该包括口罩。**

即便不考虑征用范围的问题，传染病防治法规定的是在本行政区域内进行征用，**对于过境物资，从法律目 的上解释，不能包括在内**。

**所以大理截重庆口罩的行为是违法行为。**

**（二）征收的要件**

1. **基于公共利益**

*公共利益的概念难以界定和具体明晰，需要在实践过程中具体地根据概括性规定加以确定何者属于“公共利益”，划定公共利益的领域可以限制概念的滥用*

*适用于所有领域的公共利益是不可能界定的，任何领域的公共利益都有自己的特点。所以综合的意义上很难讨论公共利益，但是可以在具体的领域进行判断。*

1. **⭐公共利益的实体界定【房屋征收领域为例】**

《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条：

**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【公共利益的目的】，有下列情形之一**，确需要征收房屋的，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；

⭐【争议】（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；【旧城改造是不是公共利益？eg把旧小区拆掉建新小区，能不能叫做公共利益？实体的争议就会出现：到底用哪一标准界定公共利益？——可以使用程序性方法】

（六）**法律、行政法规规定的**其他公共利益的需要。

1. **公共利益的程序界定**

如果实体界定有困难，可以采用程序界定公共利益。

《国有土地上房屋征收与补偿条例》第11条第2款：因旧城区改建需要征收房屋，**多数被征收人认为征收补偿方案不符合本条例规定的**，市、县级人民政府应当组织由被征收人和公众代表参加的**听证会**，并根据听证会情况修改方案。（公众代表要更多）

**通过程序的协商达到公共利益的个案平衡。**因为很难通过先验评价是否有利于公共利益，要进行妥协和协商。一是做实体性的列举，如果有争议可以采取程序性方法判断公共利益。

⭐但是只有立法有规定的情况下可以做这样的界定，如果立法没有明确的列举，就给你**简单的四个字公共利益，司法者如何进行判断？——需要结合本领域的立法精神自己造一个公共利益的概念**。

1. **缺乏法定标准时的司法界定方式例：**

2002年12月3日，原**上海市房屋土地资源管理局**与**迪比特公司**签订国有土地使用权出让合同【行政合同，

发放行政许可】，迪比特公司通过出让的方式取得了上海市闵行区某地块的**国有土地使用权**，土地用途为产业研发用地**，土地使用年限为50年**。 2013年8月1日，上海市发展和改革委员会作出《上海市发展改革委关于莘庄地铁站北广场西交通枢纽新建工程项目建议书的批复》，**原则同意实施莘庄地铁站北广场西交通枢纽新建工程**，工程主要建设内容为：8条公交线路首末站、330辆社会机动车停车位、3300个非机动车停车位，以及公交综合站房、候车廊等配套建筑和室外附属工程。系争地块位于该工程建设范围内。 2014年11月10日，闵行区规土局向上海市闵行区人民政府请示，**拟收回系争地块土地使用权【可以直接起诉收回使用权的行为】**。11月18日，闵行区政府批复同意。 2015年2月10日，**闵行区规土局根据迪比特公司申请组织听证，听取了迪比特公司的陈述和申辩意见，并对相关意见进行了评议【正当法律程序原则，可以不采取听证的形式进行听取意见，这里开了听证会，但是基本没有什么用，只是通知的作用】**。 2015年2月16日，闵行区规土局向迪比特公司作出《关于收回闵行区X镇XX街坊X／X丘地块土地使用权的通知》，《通知》指出，该地块原系出让给迪比特公司的产业研发用地，现因规划调整确定为莘庄地铁站北广场综合交通枢纽、社会停车场用地为实施社会公共利益需要，根据《土地管理法》第五十八条第一款之规定，报经闵行区人民政府批准，决定收回系争地块土地使用权。迪比特公司不服，**认为公共利益须具有正当性、合理性，本案中迪比特公司拟兴建大厦，同样可理解为公共利益，并非仅将上诉人经出让获得的土地使用权收回后建成停车场才视为公共利益【实体上的争议：什么算是公共利益？政府认为建成交通枢纽，属于公共利益，公司认为自己进行产业研发也是公共利益——法官需要进行实体判断】**。经复议未果后，提起行政诉讼。

《土地管理法》第58条：有下列情形之一的，由有关人民政府土地主管部门报经原批准用地的人民政府或者有批准权的人民政府批准，可以收回国有土地使用权：（一）为公共利益需要使用土地的……

上海一中院认定：

**公共利益主要系指一定地域范围之内大多数人的利益，属不确定法律概念，有赖于结合个案中具体情况进行判断及界定。**本案中，系争地块用途已从产业研发调整为综合交通枢纽及社会停车场，用于建设公交线路首末站、社会机动车停车位、非机动车停车位，以及公交综合站房、候车廊等配套建筑和室外附属工 程,从上述系争地块规划批准的用途而言，应属社会公共利益。**【政府利益人数更多所以政府的才是公共利益。法院在这里显得比较谦抑，没有太多探讨政府对公共利益界定背后的考虑。要是真的要判断，可能要画一个帕累托曲线看一下，但是这里法院尊重了政府的看法】**

**【行政裁量和不确定法律概念的区分】**行政裁量法院一般没有审查权，对于不确定法律概念法院是可以审查的，也可以尊重政府，所以可以看出法院在判断不确定法律概念的时候也比较谦抑，一般当涉及高专业 性、高政策性、或者法院觉得由行政机关进行判断比较合适的时候（明示默示授权行政机关进行解释），法院应当交给行政机关进行解释，在这里涉及城市发展规划，政府肯定更加专业，看到的信息也更多，所以政府判断公共利益是比较合适的，所以法院在这里没有过多质疑。公共利益的界定必须结合不同案件的不同情况，可能立法有列举了，如果没有列举，要看立法精神、结合政府的选择，判断是否接受政府的选择等。

在涉及对公共利益的判断时，**如涉及到对利益的限制和克减，也应听取相对人的意见，保障对相对人权利限制和克减的正当性和合理性。**《土地管理法》第五十八条中对于基于公共利益考量收回国有土地使用权并未确定详细的程序性规定。被上诉人以收回国有土地使用权涉及到相对人重要利益为由，经上诉人公司申请，组织听证程序，该裁量权行使无误。

1. **存在特别牺牲**

【与收税进行区分】

所谓征收是对特定人在个案中的财产利益的个别侵犯。如果法律只是一般性地规定个人的某种财产在某种 情况下应该承担义务，则这种概括性规定，是一律地针对所有相关财产的，所以只是一种财产权附带的社会义务，而非个案性的征收。

征收背后的原理：特别牺牲才有特别补偿

⭐【特别牺牲的判断】

**例1：法律禁止居住在受文物保护的建筑物内的居民对建筑物进行改建。【比其他人受到的限制多，构成了特别牺牲，应当给予补偿，但是没有明确法律依据】**

**管制性征收**【不是真正的征收行为，而是管制征收，（通过一定的管制法规限制财产的使用）比较法上的概念，按照原理应该进行补偿，但是我国没有补偿的规定，所以比较难主张】——政府通过管制方式限制

了居民的权利行使，形成了其特别限制，政府需要对其进行特别补偿

**例2：某市大气污染防治条例规定，本市机动车按照尾号顺序轮流按日限制通行。**对所有机动车都进行了限制，并不存在“特别牺牲”。

**但还是存在模糊地带：什么情况下构成特别牺牲？eg疫情中要求所有娱乐场所都关闭是不是特别牺牲？要和谁比较？具体判断要结合立法机关在每一个具体的领域在具体情况划出一条线，如果认为有足够的特别性，就应该有特别补偿。与数量也有关。**

1. **依据法律**

根据法律保留原则，只有**法律【全国人大及其常委会制定的狭义法律或授权法规，但一般法规不可以直接规定】**才能规定征收和征用。

**《国有土地上房屋征收补偿条例》合法吗？——【行政法规规定必须有上位法依据】虽然是行政法规，但是有上位法律的授权。是上位法（物权法、城市房地产管理法）的具体化，事实上是在实施上位法，单纯的法规不可以直接规定征收行为**

《民法典》第117条：

为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序征收、征用不动产或者动产的，应当**给予公平、合理的补偿**。*——仅依此，似乎仍不能证明上述征收补偿条例的合法性。*

《城市房地产管理法》第6条：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**。

管制性征收是否可以由地方法规规定？不可以，如果要限制物权，应该有特别的规定——能够规定物权问题的，只能是法律。

1. **补偿**

⭐补偿的标准：

**公平原则，征收财产要补偿财产的价值**——如何确定？——通过市场确定。

**如果是可以市场流通的，以市场流通价为准。**Eg房屋被征收了，补偿的不是房屋的建筑材料费，而是按照房屋的位置等市场价。

城市房屋拆迁管理条例虽然说了补偿但是没有具体制度保障，贯彻的不是太好，实践中补偿价格偏低因为开发商会压低价格，修改以后的国政条例特别强调补偿价格不低于房地产的市场价，这是符合基本原理 的——补偿实际价值。

《国有土地上房屋征收与补偿条例》

第17条第1款：作出**房屋征收**决定的市、县级人民政府对被征收人给予的补偿包括：（不包括征收集体土地上的用房）

（一）被征收房屋价值的补偿；

（二）因征收房屋造成的搬迁、临时安置的补偿；

（三）因征收房屋造成的停产停业损失的补偿。**【补充间接损失，非常充分】**

第19条：对被征收房屋价值的补偿，不得低于房屋征收决定公告之日被征收房屋类似房地产的市场价格。被征收房屋的价值，由具有相应资质的房地产价格评估机构按照房屋征收评估办法评估确定。

⭐【土地】土地也是一样的原则，但是也有不一样——土地的价值怎么体现？不是市场价，原来土地管理法的补偿是以土地管理的用途为主的，eg青苗、地上附着物的补偿，当时的补偿就是从这个角度出发，所以补偿款非常低，但是政府出让之后价格会很高，剪刀差会引发社会矛盾。

**最近有了调整:1、通过非正式渠道使政府改变补偿标准 2、新的土地管理法提出新原则：公平合理补偿，保障被征地农民原有生活水平不降低**【eg原来修了300m2的房子，现在还要保证其现在住300m2】、长远生计有保障【提供经济补偿】。

近些年来土地征收方面得矛盾减少了，与政府更有钱了有关系。

原《土地管理法》第47条：征收土地的，按照被征收土地的原用途给予补偿。征收耕地的补偿费用包括土地补偿费、安置补助费以及地上附着物和青苗的补偿费。

新《土地管理法》第48条：**征收土地应当给予公平、合理的补偿，保障被征地农民原有生活水平不降低、长远生计有保障。**

**三、行政给付**

**（一）概念**

行政给付的概念有广义和狭义之分。

1. **广义的行政给付【不一定是公法行为】，又称给付行政，【除了狭义的财政补助行政之外】包括供给行政、社会保障行政、财政资助行政。**

社会保障：工商、失业、五险一金

供给行政：政府修路、种树等提供公共产品

1. 狭义的行政给付【是一种公法行为】，亦称**行政物质帮助【社会最后的安全网】**，是指行政主体在公民年老、疾病或者丧失劳动能力等情况下，以及在公民下岗、失业、低经济收入或者遭受天灾、人祸等特殊情况下，**根据申请人的申请**，依照有关法律、法规、规章或者政策的规定，赋予其一定的物质权益或者与物质权益有关的具体行政行为。

**供给行政不一定是公法行为eg种树可以通过私法行为实施，不一定是公法关系，不做过多讨论，但是行政给付一定是公法关系。**

**行政法上所关注的行政给付行为主要是狭义的给付，内容包括抚恤金、社会救济福利金、自然灾害救济金以及救济物资等。**

《行政诉讼法》第12条：人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼：

……

（十）认为行政机关没有依法支付抚恤金、最低生活保障待遇或者社会保险待遇的；

……

**（二）特征**

行政给付是**行政主体向行政相对人给付金钱或者实物的授益性行政行为**；

和处罚强制不同，处罚强制是进行剥夺，要遵循的法律原则不同，侵益行为要求法律保留原则，授益行为不严格要求法律保留原则，可以在没有法律规定的前提下直接通过规范性文件或具体行政行为直接进行，可能因为变化比较快，不适合立法

行政给付是**依申请的行政行为**（行政机关负有发现和协助申请的义务）；

不能在没有申请的情况下主动提供物质帮助，要注意隐私保护，但是政府应当积极发现（低调发现）然后进行动员和鼓励申请。

**行政给付的对象是特定的行政相对人【有特殊困难的群众】**（**不同于社会保险、行政奖励**）；

与社会保障区分开来，社会保障是普遍的，而且即使生活并不困难也会获得社会保障，社会保障按照其领域的相关法律法规操作

行政给付是**依法作出的**行政行为。

**是否要适用法律保留原则，是有争议的**

Eg行政奖励是否要适用法律保留原则？一些学者认为需要因为财政资金的支付要谨慎，不可以随意奖励某些群体，不能随意使用纳税人财产。

但是对于行政给付，对于特定人的法律帮助，大多数学者不主张适用法律保留原则，因为这样可能会限制困难群众的保障力度。法律最好规定底线标准，剩下空间可以由规范性文件操作。这样也是可以做到公共服务基本的均等化，不需要限制过死。

**（三）程序**

没有统一法律规定，但是对于具体规定事项，会有专门的程序。

**⭐以申请的行为通常的步骤：**

**1、申请**

**2、审查【与行政许可的审查有所不同，行政许可主要审查资格条件，行政给付主要审查申请是不是真实的】**

**3、决定**

**4、发放（实施）**

**《社会救助暂行办法》第11条**

申请最低生活保障，按照下列程序办理：【依申请进行行政给付】

（一）由共同生活的家庭成员向户籍所在地的乡镇人民政府、街道办事处提出书面**申请**；家庭成员申请有

困难的，可以委托村民委员会、居民委员会代为提出申请。

（二）乡镇人民政府、街道办事处应当通过**入户调查、邻里访问、信函索证、群众评议【可能影响人格尊严】、信息核查等方式，对申请人的家庭收入状况、财产状况进行调查核实，提出初审意见**【判断实际生活水平，防止骗保，导致低保核查的行政成本非常高，但是也没有办法，因为还是要保证基本的公平。现在可以依据法律进行数据对接，但是会带来信息泄露的风险eg协调其他机构进行数据共享，但是要有法律依据】，在申请人所在村、社区公示后报县级人民政府民政部门**审批**。

（三）县级人民政府民政部门经审查，对符合条件的申请予以**批准**，并在申请人所在村、社区**公布**；对不符合条件的申请不予批准，并书面向申请人说明理由。

**第12条**：对批准获得最低生活保障的家庭，县级人民政府民政部门按照共同生活的家庭成员人均收入低于当地最低生活保障标准的差额，按月发给最低生活保障金。

**四、行政裁决**

行政机关处理民事纠纷的行为，是一种准司法行为。是一种居中的裁决行为。

**（一）概念**

行政裁决是指行政主体依照法律授权和法定程序，对***当事人之间发生的与行政管理活动密切相关的特定民事、经济纠纷***进行裁决的具体行政行为，是一种**准司法行为**。【行政机关处理行政纠纷属于行政复议。】

⭐？为什么要让行政机关参与民事纠纷的处理?是一种行政权的扩张。把法院的一部分解决民事争议的权利移到行政机关。原因在于行政机关处理民事纠纷效率更高、速度更快，更专业，有时候专业政策性很强的纠纷，可以先由行政机关裁决，然后法院进行事后监督，可以更高效更专业地解决纠纷。

**（二）功能**

以更低的成本和更高的效率处理民事争议，减轻法院负担。Eg土地、专利

⭐《土地管理法》第16条【必须政府处理、提起行政诉讼】：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。【可以进行调解，但是这里并不是调解意义上的处理，看下文】**……当事人对有关人民政府的处理决定不服的，可以自接到处理决定通知之日起三十日内，**向人民法院起诉**

**【所以处理有法律约束力，是一种行政裁决行为。如果对裁决不服提起诉讼，应当提起行政诉讼不是民事诉讼，因为不服的是行政机关的裁决决定】**。

⭐《专利法》第60条【相对人的救济可以进行选择】：未经专利权人许可，实施其专利，即侵犯其专利 权，引起纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或者协商不成的，专利权人或者利害关系人1、**可以向人民法院起诉【民事诉讼】，2、也可以请求管理专利工作的部门处理。**管理专利工作的部门处理时，认定侵权行为成立的，可以责令侵权人立即停止侵权行为，**当事人不服的【不服行政机关的决定】，**可以自收到处理通知之日起十五日内**依照《中华人民共和国行政诉讼法》向人民法院起诉。**

**行政裁决把纠纷处理的方向改变了：土地管理法的规定导致不能再提起民事诉讼，只能后续进行行政诉 讼。这种选择带有价值考量，因为土地的政策性比较强，影响比较大，因此对于有政策性的问题先由政府 进行判断，当事人如果不服法院是基于政府的判断进行审查，而不是重新判断。法院只要看政府的处理有没有违法，如果没有违法，政府的决定就应该支持，就可以减轻法院的负担。**

**专利领域：主要是效率上的考虑，知识产权的侵权本质上是民事侵权，但是司法程序比较缓慢，为了让专 利权尽快稳定，需要在更短的时间内解决纠纷，行政机关解决纠纷的效率会更高，因此可以要求专利管理部门进行处理，不服再进行起诉，而且要求对起诉的时间限制很短（15d，正常行政诉讼是6个月），因此对时间比较敏感。**

**（三）行政裁决的特点**

涉及司法权力的分配问题，会影响司法权，本质上来讲涉及国家权力之间的分配，这是宪法问题，所以对于行政裁决，**应当由法律规定**，【涉及司法制度应该法律规定，立法法8】

1. **【法定性】实施行政裁决应有法律的授权（法规、规章？都不行）**

由于行政裁决是一种准司法行为，行政机关依此行使了司法职能。这涉及到行政权和司法权的划分问题，根据《**立法法》第8条规定**，**诉讼和仲裁制度只能由法律规定，是一种绝对的法律保留规定。**

**只能由法律授权，不能由法规授权**

如果规定过多，行政庭大多就在处理民事问题，会导致司法资源在不同业务庭之间的错误分配，所以应当进行限制。

1. **行政裁决为依申请行为**

不申请就不能解决民事纠纷，但是法律法规也有规定应当主动解决的例子。不属于真正的行政裁决，真正的行政裁决和民事诉讼一样，不告不理：

eg《电力监管条例》第26条：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。【这里的裁决是不是行政裁决？——因为这里的事态比较紧急，不能影响电力供应，所以赋予电监会直接介入，其实属于电监会的主动职权维护行为，不是传统的行政裁决，不属于行政裁决】

1. **裁决具有法律约束力**

**是具体行政行为，有拘束力。拘束当事人双方，也要拘束法院（不能拘束行政审判）行政庭在审理行政案件的时候不受行政行为的拘束，但是⭐可以拘束民事庭。民事庭不审判行政行为的效力，对于行政机关作出的有法律效力的决定，民事庭是要把它作为构成要件认真对待，要受到它的拘束。拘束力可以拘束其他国家机关，这也是作出行政裁决之后不能再提起民事诉讼的原因，防止发生冲突。**

行政裁决与行政调解都是行政机关对民事争议的处理。但裁决是具有法律效力的决定，当事人不服可以提起行政诉讼；而调解不具有法律约束力，不能被提起行政诉讼，当事人只能就相关民事争议另行提起民事诉讼。（法院的调解书是具有法律效力的文书）

和另外的行政机关的没有拘束力的行为区分开来eg调解没有法律拘束力，不能对调解书提起行政诉讼，也可以不按照调解书履行，可以再提另外的民事诉讼，这里不存在有约束力的行政决定。但是行政裁决不一样，有法律效力，只能事后进行行政诉讼。

**五、行政确认**

行政机关对某个事情进行的背书。事情可能是事实，也可能是对法律关系的确认、法律地位进行确认，相对人可以从中获得一些东西eg不动产物权的登记。

登记分为许可性登记和确认性登记，对于不动产产权的登记属于确认性登记。

**（一）概念**

行政确认是指行政主体依照法定权限和程序对有关法律事实、法律关系**进行甄别**，通过确定、证明等方式决定行政相对人某种法律地位或认定某项法律事实的行政行为。

如交通事故责任认定【对事实状态的确认】、不动产产权登记【对法律关系的确认】、房屋买卖合同的备案登记【只是管理手段，不是合同的成立要件，没有法律后果，不是可诉的行为】……

⭐要与行政许可区分开来

⭐哪一些确认有法律效果？哪一些只有事实效果？——涉及行政诉讼涉案范围的问题。**行政诉讼审查的对象仅是具有法律效果的行为，如果只有事实效果，不能作为行政诉讼审查的对象。**

要根据概念内涵和特征进行判断。

**（二）与行政许可的区别**

外观上许可和确认很像，而且行政许可中的审查环节就是一种确认的工作。

行政许可，是指在法律一般禁止的情况下，行政主体根据相对人的申请，经依法审查，通过颁发许可证、执照等形式，赋予或确认行政相对方从事某种活动的法律资格或法律权利的一种具体行政行为。

行政许可的前一环节通常是**行政确认**，但部分行政确认具有独立意义，与行政许可存在差异。

**1、目的不同**

**存在行政许可需要有前提：行政许可一定会对应一个一般性禁止。只有行政许可才能解除一般禁止，但是 行政确认没有一般禁止。**Eg建房子要拿建设施工许可证，否则不能搞建设，但是进行转让没有限制，不是只有登记之后才能转让，只是说最后登记了才有效果，但是没有构成限制状态。本质上没有一般性禁止这和公司的设立登记不同，如果没有设立登记就不能以公司名义进行活动。所以许可和确认的目的是不同的

（从法律效果意思上看），行政许可的目的是解除法律的一般性禁止，确认就是为了确认，**所以严格来 讲，行政确认并不含有法律效果意思在其中。所以严格来讲行政确认不属于法律行为，但是行政法中没有那么严格，民法中有法律行为和准法律行为，行政法中没有这个概念，但其实也有准法律行为。**就像物权变动的登记，行政机关的意思可能就是对相关条件审查之后进行登记，登记之后会产生物权变动的法律效果，但是法律效果是根据物权法直接产生的，类似于准物权行为，对于这样的行为我们就直接把它归类到法律行为当中去，**可以产生法律效果的行为，也可以提起行政诉讼**，但是还有其他登记行为可能不产生法律效果，因为没有对当事人的权利义务产生实质影响，就不属于行政诉讼审查的对象，eg购房合同的备案登记。主要是为了房屋管理机关的监管需要，但并不是物权变动或合同生效要件，不是能够被起诉的行政

行为，但是不动产物权登记属于生效要件的，基于法律规定会有法律效力，这种事实上的法律行为是可以被起诉的行政确认行为，行政许可不一样，因为存在解除一般禁止的法律效果意思，是可以起诉的。

**☆行政确认主要在于确认和表明相对人的现有状态，不包含设定、变更、消灭权利义务的目的，是对相对 人既有法律地位或事实状态的认定。***【通常情况下，行政确认是一种事实行为，并不能引起权利义务关系的变动。】*

**行政许可的目的即在于建立或改变具体的法律关系，是对权利和资格的赋予**。

**行政确认是否一定不产生法律效果（引发权利义务关系变动）？（这是是否可提起行政诉讼的标准）不一定**

商品房购买合同在房屋主管部门备案登记：并非合同生效要件不动产抵押登记：是抵押关系生效的要件

**交通事故责任书是否是引发权利义务关系变动的行政确认？**

交通事故认定书是公安机关在交通事故发生之后，通过现场勘查、证据采集、走访调查、技术鉴定等最后形成的一种专业性、技术性很强的关于交通事故的基本事实、形成原因、当事人责任的鉴定结论。它不对当事人在交通事故中的法律地位和权利义务产生直接的影响，仅属于证据的一种。**因为它没有对当事人之间的权利义务进行处分和创设新的权利义务关系，因此，也就不会侵犯当事人的合法权益。因此，通说认 为交通事故认定书不具有可诉性。当事人对交通事故责任认定有异议的，可以通过相反证据推翻。**

**但是存在争议：交通事故责任认定是赔偿标准的依据，为什么说没有法律效果？事实上交通事故责任认定当然是有权威性的，需要尊重这种判断，但是这种法律判断没有法律约束力，如果有法律约束力的话，就变成了行政裁决行为，如果是行政裁决，就要告交警，但是根据目前对责任认定书的法律定位，是对当事人没有约束力的。如果认为认定错了，可以提起民事诉讼重新主张，交通事故责任认定不会有约束力，只 是一种有权威性的证据，但是不妨碍可以通过相反的证据推翻。**

**所以只是事实上的判断，不是能产生法律效果的行政确认。——行政确认本身的复杂性。有些是法律行为，有些只是事实行为。**

**例：戴世华诉济南市公安消防支队消防验收纠纷案**

本案中，其实戴世华似乎不具备原告主体资格，因为原告并没有直接受到该行政确认行为的直接影响。原告似乎更应该向物业公司提起民事诉讼。

原告**戴世华**所住公寓门口设有一消防栓，该消防栓导致戴世华家进出不便，影响其生活。**戴世华提起行政诉讼，请求依法撤销被告济南市公安消防支队批准在其门前设置的消防栓通过验收的决定；依法判令被告责令报批单位（物业公司）依据国家标准限期整改。**

被告济南市公安消防支队辩称：建设工程消防验收备案结果通知是按照建设工程消防验收评定标准完成工程检查，是检查记录的体现。如果备案结果合格，则表明建设工程是符合相关消防技术规范的；如果不合格，公安机关消防机构将依法采取措施，要求建设单位整改有关问题，其性质属于技术性验收，并**不是一项独立、完整的具体行政行为，不具有可诉性**，不属于人民法院行政诉讼的受案范围，请求驳回原告的起诉。

《消防法》第13条

按照国家工程建设消防技术标准需要进行消防设计的建设工程竣工，依照下列规定进行消防验收、备案：

（一）本法第十一条规定的建设工程（国务院公安部门规定的大型的人员密集场所和其他特殊建设工程），建设单位应当向公安机关消防机构申请消防验收【行政许可】；

（二）其他建设工程，建设单位在验收后应当报公安机关消防机构备案【备案监督，而非行政许可】，公安机关消防机构应当进行**抽查**。【抽查行为是一种行政确认，此种确认在一定程度上影响了法律权利义务关系】

依法应当进行消防验收的建设工程，未经消防验收或者消防验收不合格的，禁止投入使用；其他建设工程经依法抽查不合格的，应当停止使用。

**法院认定：**

对建设单位而言，在工程竣工验收后应当到公安机关消防机构进行验收备案，否则，应当承担相应的行政责任，消防设施经依法抽查不合格的，应当停止使用，并组织整改；对公安机关消防机构而言，备案结果中有抽查是否合格的评定，实质上是一种**行政确认行为，即公安机关消防机构对行政相对人的法律事实、法律关系予以认定、确认的行政行为，一旦消防设施被消防机构评定为合格，那就视为消防机构在事实上确认了消防工程质量合格，行政相关人也将受到该行为的拘束——受该行政确认行为直接影响的主要是报请备案的单位，即物业公司，而非本案原告戴世华，所以戴世华的原告地位是否该当仍存在疑问**

**2、影响不同**

事实或法律关系未经行政确认并不构成违法，但行政许可的对象在许可之前不得为之。***换言之，行政许可***

## 存在一般性禁止，而行政确认并不具有此种限制。

***行政许可之前有一般性禁止，如果未经行政许可而从事相关行为要受处罚（单行法中有规定处罚方式）。但是行政确认不会有处罚。***

**3、性质不同**

行政许可是**授益性行政行为**，行政确认一般**性质中立**。

确认的结果可能是你有好处，也有可能对你是不利的。

**4、方式不同**

行政确认可以依申请进行也可以主动进行，行政许可是依申请行为。

当然大多数确认也是依申请做出的，但是有一部分确认行政机关应当依职权进行，及时界定事实状态与法律关系。

【3、4不是很典型，但是1、2可以本质上区分开来】

**【一直以来的问题】婚姻登记是行政许可还是行政确认？**

**正方**：法律上规定了一些禁止结婚的情形，需要进行调查确认，需要满足一些条件，感觉是存在行政许可。结婚登记符合本法规定的行政许可定义，首先是当事人的申请，只有当事人的申请才能启动结婚登记；其次是经依法审查，婚姻登记机关要审查当事人是否符合结婚的条件，如是否达到法定婚龄，是否属于近亲属，是否患有医学上不宜结婚的疾病等；第三，符合法定条件的，准予结婚，结成夫妻关系；~~第四，未经登记而同居的，~~不受法律保护。

**反方：**尽管结婚登记符合上述定义，但也不是一种许可行为。行政机关的登记仅是一种确认。证明双方的夫妻关系，决定结婚是男女双方当事人的自主权，行政机关不能决定并且也不能干涉这种行为【***本质在于婚姻登记法律制度没有一般性禁止，故并不构成行政许可***】。如果我们把结婚登记都当成行政许可，容易助长行政权对公民权利的干涉。

如果有许可，应当是道德许可不是法律许可。

从方式上，行政许可依申请，结婚登记也是以申请的。行政许可是授益性的，行政确认从实际上不具有授益性，结婚登记的效果是双向性的：有授益的成分也有负担的成分。【是否可以进行类比？】可能具有双向性。比较直接进行界定的，可能是影响因素：如果存在行政许可，一定存在对应的一般性禁止，但是在婚姻登记的情况下，没有一般性禁止，没有发生行为自由的干预，只是带来法律地位的变化，带来一些权利义务的变化eg非婚同居不受法律保护、不能主张共同财产，但是并不意味着之前存在法律的一般性禁 止，行为自由没有发生改变。因为本身不存在一般性禁止，只是判断是不是符合条件，从本质上来说是行 政确认行为，否则不经结婚就要经受处罚，是不可以想象的。道德上也有所放松。在此之前我国也没有把结婚当作行政许可看待，除非有一些国家比较保守，如果未经登记行为自由收到限制，就应该理解为行政许可行为。当然这个行政确认会根据婚姻法产生法律效果，如果对行政确认有异议，可以提起行政诉讼。

活佛证？——备案之后才能从事活动，没有资格不能从事活动，影响活动自由，是行政许可

**六、行政指导**

行政机关通过比较柔性的方法促进相对人实现其所希望的行为。没有施加义务，只是给了建议。Eg建议种玉米，属于行政指导，如果是命令，就是有约束力的行为。**只是进行了事实上的劝告，可以听也可以不 听，听了话遭受损失也不能请求政府赔偿，因为没有约束力。**

**（一）概念**

对于行政指导这种没有约束力的行为，是**不可以去起诉的**，和前面不产生实际效果的行政确认一样。但是有一些行政指导实质上是行政命令，只是名义上是指导，eg政府建议种玉米，如果不种今年的补助就没有了，这种建议就变成了具有强制性的建议，就是行政命令，是施加了义务，因此**行政指导最典型的特征是 具有自愿性**。

行政指导是行政主体在其权限范围内，通过说服、建议、引导等方式，促进当事人作为或不作为的一种**事 实行为**。**（不包括行政机关之间的指导）**

**⭐行政指导行为不具有可诉性。**

**（二）特征**

**非强制性**或**自愿性**是行政指导的最典型特征。接不接受指导是相对人自愿的，具有柔性的，但是实质上我国很多行政指导已经变味了。

**金融监管部门“窗口指导”**：监管机构向金融机构解释说明相关政策意图，提出指导性意见，或者根据监管信息向金融机构提示风险。

理论上窗口指导就是一种行政指导，但是如果不按照指导，之后就会有不利影响，那么这种窗口指导还是不是行政指导就是有疑问的，其实带有一定的强制性，还是不是行政指导？

模糊地带：什么程度算是指导？超过了什么程度就变成了行政命令？很模糊。

**例：**

福建省福鼎市人民政府为了促进福鼎市的玄武岩石材企业上规模、产品上档次，由其下属的办公室作出鼎政办（2001）14号文件，**批准下发《福鼎市工业领导小组办公室关于2001年玄武岩石板材加工企业扶优扶强的意见》【典型的产业政策，政府想要规模效应，不希望小企业进行竞争】**。该文件中，确定2001年在全市扶持具有一**定生产规模的31家石板材企业**。文件要求，福建玄武石材有限公司要为年销售收入1000万 元以上的10家企业，每**家全年增加供应玄武岩荒料500立方米**；要为年销售收入500万元以上的21家企业，**每家全年增加供应玄武岩荒料300立方米。【直接干预微观经济——是否可以？实际上是干预了】**

原告点头隆胜石材厂认为，矿山每年开采的玄武岩荒料仅有9万立方米，都由福建玄武石材有限公司负责给本市的920余家石材加工企业供应，平均每个加工企业只能得到不足98方。被告这种逐年提高扶优荒料提留量的做法，迫使原告逐年减产，破坏了公平竞争的社会经济秩序。故请求撤销被告的鼎政办

（2001）14号文件。

被告辩称：鼎政办（2001）14号文件，只是在取得行政相对方、本案第三人福建玄武石材有限公司同意后，**对其业务所作的非强制性、不直接产生法律后果的行政指导性文件**，**不是行政诉讼可诉的对象**。

【涉及是不是行政指导】：比较好判断，文件中直接说要增加，连数字都说好了，是很明确的给企业施加 的义务，不是行政指导而是行政命令，但是如果政府把话说得婉转一点，知道原则性的方向，可能就不能算行政命令了。所以行政指导和行者命令是有一些模糊性的。对于这个边界的划分已经不只是法律问题了，虽然最后是法律价值的判断，但是政府最后采取的是什么手段，可能需要结合发展经济学的观点进行考虑。

区别：自愿性

除上述已经归纳的所有行为，还包括诸多其他行政行为类型：行政命令和行政决定：权利义务的设定行为

行政活动：不涉及权利义务设定的行政事实行为

# 第九讲 政府信息公开

2022年4月27日 10:12

**第九讲政府信息公开**

**一、政府信息公开概述**信息公开是事实行为

**（一）政府信息公开制度的目的**

**《政府信息公开条例》**第1条：为了1、**保障公民、法人和其他组织依法获取政府信息**【公民的知情权，宪法规定人民可以进行管理，直接参与政治，要参与管理就要有知情权】，2、**提高政府工作的透明度【防止腐败，有利于层级监督eg信访制度的保留，是一种政治交流的渠道】，**促进依法行政，3、充分发挥政府信息对人民群众生产、生活和经济社会活动的**服务作用【不仅是信息公开了，还有政府数据开放，虽然不能全部开放，开放后的信息是有商业价值的eg天眼查】**，制定本条例。

*政府信息公开制度并没有法律的规制，只有法规《政府信息公开条例》。****制度目的：***

*① 保障行政相对人的知情权*

*② 提高政府工作透明度，促进依法行政——地方政府的信息公示对于单一制大一统国家而言意义非凡，中央媒体在地方设立记者站，重要的功能在于收集地方舆情，写成内参上报中央领导。如何扩展信息收集渠道——发动人民群众的力量，倒逼地方政府政务公开，提高政府透明度，加强中央政府对地方政府的监督和管控。*

*③ 为人民服务——从信息公开到信息共享*

**（二）政府信息的含义**

**《政府信息公开条例》**第2条：**政府信息是指行政机关在履行职责过程中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的信息。**

**政府信息的特点：**

**1、信息来源主体为行政机关**【不包括立法机关和司法机关（也叫公开，但不是按照政府信息公开条例公开 eg裁判文书公开，但是行政机关应当做广义的理解，包括其他行政主体eg其他有行政管理职能的主体），但有时包括法规、条例制定机关】；【非行政主体不按照条例公开，有些单位可能也有公共性eg公交车公司，涉及公共利益，也需要公开信息，但是不按照这个条例公开、eg北京大学的信息也应该公开，但是不按照条例公开，但是当它成为行政主体的时候，就应该将信息按照条例公开】

**2、信息可以是行政机关制作的，也可以是履职过程中获取的；【外部行政活动的信息，已经掌握的信息】**

**3、需要保存于物理介质（不能是口头消息、社会传闻）；【eg纸、光盘、计算机……eg如果开会没有做会 议记录，就认为不存在法律意义上的政府信息，如果有会议纪要，可以要求公开会议纪要】**

**4、信息已经客观存在，不需要另行加工（行政机关不负责进一步加工、搜集）【信息已经处于完成的形态，不需要另行总结加工，不负责进行搜集加工，也意味着在信息公开阶段不做咨询性的回答，但是在记者会时可能回答eg问卫健委什么时候有疫苗，是为了防止增加政府的不必要的负担，一般的咨询不需要政府受理】【**公开的信息必须是原始信息、一手资料，】。

**例：奚明强诉中华人民共和国公安部案**

2012年5月29日，奚明强向公安部申请公开《关于实行“破案追逃”新机制的通知》（公通字〔1999〕91 号）、《关于完善“破案追逃”新机制有关工作的通知》（公刑〔2002〕351号）、《日常“网上追逃”工作考核评比办法（修订）》（公刑〔2005〕403号）等三个文件中关于网上追逃措施适用条件的政府信

息。2012年6月25日，公安部作出《政府信息公开答复书》，告知其申请获取的政府信息属于法律、法规、规章规定不予公开的其他情形。**根据《政府信息公开条例》第十四条第四款的规定，不予公开**。奚明强不服，在行政复议决定维持该答复书后，提起行政诉讼。

【政府在履行行政管理职能中获取的信息，此处不是，刑事侦查职能，属于司法机关制作的信息】

**（三）政府信息公开的原则**

1. **以公开为常态，以不公开为例外**

本来是理论原则，现在写进条例中了。

能够公开就应该公开，除了例外情况都应该公开，目前问题在于不公开的例外范围有点大，个案中还需要进行权衡。从原则出发，例外应该进一步缩减，要更加清晰合理，不能太宽泛。

1. **公正、公平、合法、便民原则**
2. **及时、准确原则**

行政机关发现影响或者可能影响社会稳定、扰乱社会管理秩序的虚假或者不完整信息的，应当在其职责范围内发布准确的政府信息予以澄清。

**及时和准确有可能存在紧张关系：**及时可能不准确，准确可能不及时，二者的关系如何把握不太好操作eg新冠疫情的信息提示，人传人、重症率、死亡率？信息如何公开？是否要提前预警？如果提前预警，可能会耽误社会运行，如果很严重但是没有及时预警，也很严重，所以需要判断者有很敏锐的判断力，能做到的人很少。我们只是在原则上这样要求，但是实践中的贯彻需要根据具体的事例进行判断。

**但是我们不能要求社会信息及时准确，谣言都很及时，但是可能不是很准确**，eg李文亮医生的消息，可能不够准确，但是**对于社会信息不能过于苛刻，政府要发布信息需要调查清楚，但是社会传闻不能要求每一个传播者都彻底合核实，是不客观不可行的，社会消息不准确是不要紧的，不能都认定为谣言，只有有意夸张挑动社会情绪，渲染事实egPX事件的短信，可能需要被认定为谣**言，但是李文亮医生的信息是有一定真实成分的，不能因为名称就说是谣言，但是政府不能这样发布信息，对其有更高的要求。

**二、公开的主体与范围**

**（一）信息公开主体**

1. **行政机关**
2. **行政机关的内设机构与派出机构**

行政机关设立的派出机构、内设机构依照法律、法规对外**以自己名义履行行政管理职能的【意味着得到了法律法规的授权，可以认为一种特殊的法律法规授权组织】**，可以由该派出机构、内设机构负责与所履行行政管理职能有关的政府信息公开工作。

1. **法律、法规授权组织**

**法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织公开政府信息的活动，适用本条例**。（54条）

比较特殊，有可能作为行政主体进行活动，也有可能作为非行政主体活动，如果作为行政主体，可以按照 条例进行信息公开，如果不是作为行政主体，就按照其他规范调整eg高等学校信息公开办法。【学校招生、授予学位，可以按照政府信息公开】

当然有没有进条例是否有区别？主要是没有进条例，政府信息公开活动就缺乏司法保障，如果属于政府信息公开条例不公开，就可以按照复议或诉讼，如果不属于，就不能复议或行政诉讼，缺乏司法救济途径，案件数量实际上也是很大的。进不进条例还是很有区别的。

**例：《高等学校信息公开办法》（教育部令29号）**

**⭐【新的调整】公共企事业单位的信息公开（55条）**

教育、卫生健康、供水、供电、供气、供热、环境保护、公共交通等与人民群众利益密切相关的公共企事 业单位，公开在提供社会公共服务过程中制作、获取的信息，**依照相关法律、法规和国务院有关主管部门或者机构的规定执行**。全国政府信息公开工作主管部门根据实际需要可以制定专门的规定。

前款规定的公共企事业单位未依照相关法律、法规和国务院有关主管部门或者机构的规定公开在提供社会公共服务过程中制作、获取的信息，公民、法人或者其他组织可以向有关主管部门或者机构申诉，接受申诉的部门或者机构应当及时调查处理并将处理结果告知申诉人。

【旧的是规定参照政府信息公开条例，**目前就是依相关法律法规自己调整，但有时候比政府信息公开还重要】**

申请公开的实例：王锡锌老师申请高速公路收费用途公开，一开始回复不适用政府信息公开条例，在当时的规定下需要参照条例进行，是需要受到条例规范的约束，只是有的地方有特殊的安排，但是总体原则也应该适用，但是原来实际使用的效果也不太好

**原则：【谁有信息谁公开】⭐谁制作谁公开、谁保存谁公开**

行政机关制作的政府信息，由制作该政府信息的行政机关负责公开；

行政机关**从公民、法人或者其他组织获取的政府信息**，由**保存该政府信息的行政机关**负责公开。行政机关获取的其他行政机关的政府信息，由制作或者最初获取该政府信息的行政机关负责公开。

法律、法规对政府信息公开的权限另有规定的，从其规定。**例外**

如果有很多个机关都有同一个信息，就让**最初制作/获取信息的机关负责公开**有时候不是由制作/获取/保存信息的机关进行公开，如果有特殊规定的话。

Eg**公共卫生事件由国务院的卫生主管部门负责公开，必要的时候可能会授权省级政府的卫生主管部门发布区域性的突发公共卫生事件，但是省一级的发布也是需要授权的**，最终掌握权力的还是国家卫健委，因为有行政上的考量，因为严肃的事情需要权威的主体进行发布。因为传染病事件可能每隔一段时间就有一次，不是所有都要向公众示警，否则公众会麻木的。但是这种体制的问题就是比较耽误时间，因为中央需要下级汇报，传染病的汇报有可能导致时间的耽误，是一层一层报上去的。而且容易造成信息的扭曲。【体制的问题】

当然疾控中心建立了传染病的直报系统，但是现在不是太好，因为受到地方权力的影响，而且作为新发的传染病，直报系统中可能也没有这种传染病。

现在的体制导致发布不是很及时

是不是信息公开的层级降低就可以更好地公开信息？不一定。如何让责任和权力比较科学地结合起 来，促使相关权力和责任主体更加有效积极地履行职责，是一个行政科学问题，需要进一步研究，只有在事实的基础上才能对法律加以设计。

**（二）⭐【核心制度】公开的范围**

两种列举方法：对公开的事项进行列举//对不公开的事项进行列举，我们应该采取后一种，因为公开的原则是公开为常态，不公开为例外所以不公开的事项是比较少的，剩下的事情都是要公开的。但是虽然例外理论上认为是比较少的，但是划定边界的时候还是有模糊地带，不确定法律概念，需要进行价值权衡。也需要有政策调整的余地和空间。

1. **绝对不公开【涉及国家利益】【没有权衡余地】**

【不是所有涉及国家利益的都属于绝对不公开。】

**（1）依法确定为国家秘密的政府信息**，（**2）法律、行政法规禁止公开的政府信息**，以及（**3）公开后可能危及国家安全、公共安全、经济安全、社会稳定的政府信息**，不予公开。

国家秘密保密的成本很高

行政机关应当依照《中华人民共和国保守国家秘密法》以及其他法律、法规和国家有关规定对拟公开的政府信息进行审查。

行政机关不能确定政府信息是否可以公开的，应当依照法律、法规和国家有关规定报有关主管部门或者保密行政管理部门确定。

三类

**1、涉密信息**

国家秘密：一个专门的法律概念，规定在保守国家秘密法中，分为三个等级：绝密、机密、，秘密，密级依次下降，但是只要被定为设秘密就不能公开

**2、法律行政法规禁止公开的其他政府信息**

不是所有不公开的信息都是国家秘密，如果都定为秘密，信息保密成本就很高，eg保守国家秘密法中规定秘密的保护要求很高，如果被泄露了就构成国家秘密泄露，要追究刑事责任的。所以需要特别保护的信息可以定为国家秘密，其他的信息不需要定为国家秘密，但是不定国家秘密不代表可以公开。如果处在国家秘密和可以公开的信息中间就属于不予公开的非国家秘密。这些信息可能是法律行政法规规定禁止公开的【单行法规定】，也包括公开以后可能危及国家安全、公共安全、经济安全、社会稳定的政府信息【三安全一稳定】

**3、公开以后可能危及三安全一稳定的政府信息**

是有争议的概念：覆盖范围很广，是一个大口袋，大家就很担心政府会以三安全一稳定的名义拒绝公开，架空信息公开。之前规定在总则中，但是认为与原则背离，所以现在规定在范围中，但是内容没有变。如何解释不确定法律概念的含义，是司法实践中遇到的问题。

例：因面临房屋被征收，甲向A区政府申请公开房屋被征收前的社会稳定风险评估报告。A区政府对该信息的公开是否危及社会稳定不能确定，故报请主管风险评估的区政法委予以确定。政法委认为社会稳定风险评估报告不宜公开，故A区政府决定不予公开。

法律角度来说，是否会危及社会稳定，法院有权进行解释，但是和公共利益的概念差不多，实践中都是政策性非常强的概念，政府本身对社会稳定是负有责任的，对社会风险的判断比法院更有经验，法院承担不起判断错误的责任，所以实践中法院比较尊重政府的观点，但是问题在于政府可能随意扩大社会稳定的范围，所以法院有另外

的方法：

**政府报请区政法委进行确定（主管风险评估），认为确实不适宜公开，法院认为这很合理（不是政府自己决定不公开，而是找了另外一个主体进行商量，表明社会稳定概念的确定是比较谨慎的，是符合信息公开条例基本的立法精神的）**

**现在条例也有规定：政府如果不能确定是否应该公开，可以报请上级机关进行确定：在实体上难以判断时，可以诉诸程序机制，从而补强实体的判断**eg政府采用向其他主体征求意见的方式，法院就可以认为对危及社会稳定的理解和判断是可接受的。

1. **⭐相对不公开：商业秘密、个人隐私【涉及私人利益】**

**原则：当事人是否同意公开【个人是可以对隐私进行放弃的】如果个人不同意公开，**

**【问题：政府裁量的范围不仅包括公共利益，也包括商业利益/个人利益？】**

涉及商业秘密、个人隐私等公开会对第三方合法权益造成损害的政府信息，行政机关不得公开。但是，**第三方同意公开**或者**行政机关认为不公开会对公共利益造成重大影响的**，予以公开。（15条）

首先看当事人是不是同意公开

如果不同意公开，要看公共利益。公共利益为先。

**【程序】**

依申请公开的政府信息公开会损害第三方合法权益的，行政机关应当**书面征求第三方的意见**。第三方应当自收到征求意见书之日起15个工作日内提出意见。

**第三方逾期未提出意见的，由行政机关依照本条例的规定决定是否公开。【判断内容包括是否属于商业秘密/个人秘密】**

**第三方不同意公开且有合理理由的，行政机关不予公开。**

**行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的，可以决定予以公开，**并**将决定公开的政府信息内容和理由书面告知第三方。**（32条）

**问题：**如果公共利益比较重大，行政机关无论怎么判断都要公开，那么征求意见的程序是否可以省略？eg疫情中病人的活动轨迹——无论相对人是否同意，都需要公开。

理论上说仍然要征求意见。

因为信息中实际上包括很多内容，在公开的内容选择、形式上，相对人是可以提出意见的，但是征求的程序，如果情况紧急，不一定按照条例的要求15d，eg传染病信息需要尽早让大家知道，可以简单征求意见之后就进行公开，但是征求意见的环节不应该省略

而且应当符合行政法的基本原则eg比例原则。Eg公开感染者的基本信息，应当将影响限制在最小的范围之内。不可以直接公开身份证号码、电话、姓名等等，没有必要，这些信息的公布不符合适当性原则，也不是对相对人影响最小的方式。

**例1：商业秘密在信息公开案件中的认定**

2011年10月10日，王宗利向天津市和平区人民政府信息公开办公室提出申请，**要求公开和平区金融街公司与和平区土地整理【城市开发过程中要对土地进行整理，拆除相关房屋，完善基础设施等】中心签订的委托拆迁协议和支付给土地整理中心的相关费用**的信息。2011年10月11日，和平区信息公开办将王宗利的申请转给和平区房地产管理局（以下简称和平区房管局），由和平区房管局负责答复王宗利。**和平区房管局认为该信息涉及金融街公司商业秘密，故给金融街公司发出《第三方意见征询书》，要求金融街公司予以答复，金融街公司未予答复。2**011年10月24日，和平区房管局作出了《涉及第三方权益告知书》，告知王宗利申请**查询的内容涉及商业秘密，权利人未在规定期限内答复，不予公开。**王宗利提起行政诉讼，请求撤销该告知书，判决被告依法在15日内提供其所申请的政府信息。

天津市和平区人民法院经审理认为，和平区房管局审查王宗利的政府信息公开申请后，只给金融街公司发了一份第三方意见征询书，**没有对王宗利申请公开的政府信息是否涉及商业秘密进行调查核实。在诉讼 中，和平区房管局也未提供王宗利所申请政府信息涉及商业秘密的任何证据，使法院无法判断王宗利申请公开的政府信息是否涉及第三人的商业秘密**。因此，和平区房管局作出的《涉及第三方权益告知书》证据不足，属明显不当。判决撤销被诉《涉及第三方权益告知书》，并要求和平区房管局在判决生效后30日 内，重新作出政府信息公开答复。

⭐当事人不回复的法律效力？

没有任何效力，就是没有发表意见，政府需要进行公共利益的权衡，可以进行不公开，但是理由不能是因为没有答复，可以基于商业秘密的理由不公开。但是仍然有问题，问题在于如何界定商业秘密：商业秘密首先要具备商业性，如果不具有商业价值，不能叫做商业秘密。Eg有关协议、费用，好像没有什么商业价值，如果是商业秘密不公开，政府应当指出具有什么样的商业价值

**例2：个人隐私信息的公开**

2013年3月，杨政权向肥城市房产管理局等单位申请廉租住房【行政给付】，因其家庭人均居住面积不符合条件，未能获得批准。后杨政权申请**公开经适房、廉租房的分配信息并公开所有享受该住房住户的审查资料信息**（包括户籍、家庭人均收入和家庭人均居住面积等）。**肥城市房产管理局于2013年4月15日向杨政权出具了《关于申请公开经适房、廉租住房分配信息的书面答复》，**答复了2008年以来经适房、廉租房、公租房建设、分配情况，并告知，其中三批保障性住房人信息已经在肥城政务信息网、肥城市房管局网站进行了公示。杨政权提起诉讼，要求一并公开所有享受保障性住房人员的审查材料信息。

**一审法院认为此类信息涉及公民的个人隐私，不应予以公开，判决驳回杨政权的诉讼请求。**

杨政权不服，提起上诉。【对于敏感社会资源的分配，对公正的要求很高，虽然影响个人隐私，但是和公共利益比较发现应当公开信息，是为了保障房长期的发展】泰安市中级人民法院经审理认为，《廉租住房保障办法》、《经济适用住房管理办法》【地方政府规章】**均确立了保障性住房分配的公示制度，**《肥城市民政局、房产管理局关于经济适用住房、廉租住房和公共租赁住房申报的联合公告》亦规定，“社区

（单位），**对每位申请保障性住房人的家庭收入和实际生活状况进行调查核实并张榜公示，接受群众监 督，时间不少于5日”**【此处可能违反了法律保留原则】**。申请人据此申请保障性住房，应视为已经同意公开其前述个人信息【**但行政相对人的同意可以视为对法律保留原则的弥补，当然，是否合理仍有待讨

论——为了达成公共资源合理配置的效果，可以适当曝露部分受益人的个人隐私**】**。与此相关的政府信息的公开应适用《政府信息公开条例》第十四条第四款“经权利人同意公开的涉及个人隐私的政府信息可以予以公开”的规定。

另，申请人申报的户籍、家庭人均收入、家庭人均住房面积等情况均是其能否享受保障性住房的基本条 件，其必然要向主管部门提供符合相应条件的个人信息，以接受审核**。当涉及公众利益的知情权和监督权与保障性住房申请人一定范围内的个人隐私相冲突时，应首先考量保障性住房的公共属性，使获得这一公共资源的公民让渡部分个人信息，既符合比例原则，又利于社会的监督和住房保障制度的良性发展。**被告的答复未达到全面、具体的法定要求，因此判决撤销一审判决和被诉答复，责令被告自本判决发生法律效力之日起15个工作日内对杨政权的申请重新作出书面答复。

【如果之后通过公共监督的需要不是那么强烈了，价值权衡可能会发生改变。】

⭐本案中还需要经过征求意见，法院在这里有变通的解释，解释为同意进行公开了。如果对公共利益的要求比较大一定会公开，对征求意见的要求就不是那么严格。

1. **酌定不公开情形：内部信息、过程性信息**

行政机关的**内部事务信息，**包括人事管理、后勤管理、内部工作流程等方面的信息，可以不予公开。

从行政法的基本原理上讲，也是没有公开必要的。内部信息和外部行政活动没有直接关系，不会影响公民法人其他组织的权利，所以可以不公布，但是单位负责人等是需要公示的，但是后勤信息是没有必要进行公布的，但是可能涉及另外一个问题：三公经费问题：公务出国、公务用车、公务接待。最后社会舆论的压力下三公经费公开出来，但是也有问题：不及时，比较笼统，但是作为一种内部信息三公经费的公开对于防止政府腐败具有重要意义，但是对于三公经费公开有另外规定，包括在政府预决算信息中。

**【过程性信息】**行政机关在履行行政管理职能过程中形成的讨论记录、过程稿、磋商信函、请示报告等过程性信息以及行政执法案卷信息，可以不予公开。法律、法规、规章规定上述信息应当公开的，从其规定。

**【只是在内部讨论过程中的稿子，原理在于过程性信息不是最后决定，对相对人产生影响的是最后的法律文书】，如果还有改动的空间就公开了，可能会产生不必要的问题。Eg相对人指控政府说话不算数。政府内部讨论的时候写在会议记录中不一定要算数，如果这么办了，确实是要算数的。但是如果只是在内部，还没有做出决定，是不能算数的，不能要求政府在讨论过程中的所有信息都算数。所以只要公开结果信息就可以了，当然可以公开也可以不公开。**

**例1：内部信息不公开的界限**

2009年5月26日，江苏省如皋市物价局印发皋价发[2009]28号“市物价局关于印发《行政处罚自由裁量权实施办法》的通知”。**该文件包含附件“如皋市物价局行政处罚自由裁量权实施办法”，【内部的裁量基 准，对裁量幅度做进一步区分，eg根据情节进行分档，让执法人员可以更好把握罚款的幅度】**该实施办法第十条内容为“对《价格违法行为行政处罚规定》自由裁量处罚幅度详见附件（2）”。2013年1月9日，张宏军向如皋市物价局举报称，**如皋市丁堰镇人民政府在信息公开事项中存在违规收费行为。**该局接到举报后答复称，丁堰镇政府已决定将收取的31位农户的信息检索费、复印费共计480.5元予以主动退还，按照 “如皋市物价局行政处罚自由裁量权实施办法”第九条第（三）项的规定，对其依法不予行政处罚。2013

年3月8日，张宏军向如皋市物价局提出政府信息公开申请，**要求其公开“皋价发[2009]28号”文件**。如皋市物价局答复称，**该文件系其内部信息，不属于应当公开的政府信息范围。物**价局向原告提供该文件主文及附件《如皋市物价局行政处罚自由裁量权实施办法》，但未提供该文件的附件（2）。张宏军不服，提起诉讼。

法院认为，行政机关进行行政管理活动所制作和获取的信息，属于政府信息。**行政机关单纯履行内部管理**

**职责时所产生的信息属于内部管理信息。**如皋市物价局称其对丁堰镇政府作出不予处罚决定的依据即为 “皋价发[2009]28号”文件，在相关法律法规对某些具体价格违法行为所规定的处罚幅度较宽时，该文件是该局量罚的参照依据。可见，涉诉信息会对行政相对人的权利义务产生影响，是被告行使行政管理职责过程中所制作的信息，不属于内部管理信息。

【要从本质上看：是为了内部管理还是外部管理，有没有对外部相对人产生影响】这里显然不是内部信息，内部信息是为了内部管理做的行为产生的信息，主要是人事财务外事等等，这里的自由裁量权基准虽然发布的对象是内部，但是目的是为了进行外部的行政活动，所以文件的内容不算是内部行政信息，对内部信息的实施可能对相对人发生影响，实际上是外部信息。

***内部行为外部化：****内部管理行为如果对外部行政关系产生了实质性影响，那么内部行为就不属于不予公开的政府信息。*

**例2：过程性信息不公开的界限**

2013年3月20日，姚新金、刘天水通过特快专递，要求福建省永泰县国土资源局书面**公开申请人房屋所在区域地块拟建设项目的“一书四方案”，**即建设用地项目呈报说明书、农用地转用方案、补充耕地方案、征收方案、供地方案。此时**，“一书四方案”已通过福建省人民政府审批，进入实施阶段，申请人房屋面临强拆。【意味着这个方案已经确定了，未来会对相对人产生影响了，不可以主张是过程性信息了，只要不涉及三安全一稳定信息就需要进行公开】**

2013年5月28日，永泰县国土资源局作出《关于刘天水、姚新金申请信息公开的答复》，称：“你们所申请公开的第3项（拟建设项目的“一书四方案”），不属于公开的范畴。” 2013年7月8日，姚新金、刘天水以永泰县国土资源局未就政府公开申请作出答复为由，提起行政诉讼。永泰县国土资源局答辩称：“一书四方案”系被告制作的内部管理信息，处在审查中的过程性信息，不属于《政府信息公开条例》所指应公开的政府信息，被告没有公开的义务。

永泰县人民法院经审理认为，“一书四方案”系永泰县国土局在向上级有关部门报批过程中的材料，不属于信息公开的范围。虽然《答复》没有说明不予公开的理由，存在一定的瑕疵，但不足以否定具体行政行为的合法性。姚新金、刘天水要求被告公开“一书四方案”于法无据，判决驳回其诉讼请求。

姚新金、刘天水不服，提出上诉。福州市中级人民法院经审理认为，根据《土地管理法实施条例》第二十三条第一款第（二）项规定，**永泰县国土资源局是“一书四方案”的制作机关，福建省人民政府作出征地批复后，有关“一书四方案”已经过批准并予以实施【此时已经转化为决定】，不再属于过程性信息及内 部材料，被上诉人不予公开没有法律依据**。判决撤销一审判决，责令永泰县国土资源局限期向姚新金、刘天水公开“一书四方案”。

**三、主动公开**

公开有两种形式，一种是主动公开，一种是依申请公开：比较基础的信息、大家都关心的信息，需要主动公开eg政府的规范性文件等

**（一）公开范围**

**对涉及公众利益调整、需要公众广泛知晓或者需要公众参与决策的政府信息，行政机关应当主动公开。**

（一）行政法规、规章和规范性文件；

（二）机关职能、机构设置、办公地址、办公时间、联系方式、负责人姓名；

（三）国民经济和社会发展规划、专项规划、区域规划及相关政策；

（四）国民经济和社会发展统计信息；

（五）办理行政许可和其他对外管理服务事项的依据、条件、程序以及办理结果；

（六）实施行政处罚、行政强制的依据、条件、程序以及本行政机关认为具有一定社会影响的行政处罚决定；

（七）财政预算、决算信息；

（八）行政事业性收费项目及其依据、标准；

（九）政府集中采购项目的目录、标准及实施情况；

（十）重大建设项目的批准和实施情况；

（十一）扶贫、教育、医疗、社会保障、促进就业等方面的政策、措施及其实施情况；

（十二）突发公共事件的应急预案、预警信息及应对情况；

（十三）环境保护、公共卫生、安全生产、食品药品、产品质量的监督检查情况；

（十四）公务员招考的职位、名额、报考条件等事项以及录用结果；

（十五）法律、法规、规章和国家有关规定规定应当主动公开的其他政府信息；

（十六）设区的市级、县级人民政府及其部门还应当根据本地方的具体情况，主动公开涉及市政建设、公共服务、公益事业、土地征收、房屋征收、治安管理、社会救助等方面的政府信息；乡（镇）人民政府还

应当根据本地方的具体情况，主动公开贯彻落实农业农村政策、农田水利工程建设运营、农村土地承包经营权流转、宅基地使用情况审核、土地征收、房屋征收、筹资筹劳、社会救助等方面的政府信息。

**（二）公开途径**

行政机关应当建立健全政府信息发布机制，将主动公开的政府信息通过政府公报、政府网站或者其他互联 网政务媒体、新闻发布会以及报刊、广播、电视等途径予以公开。

各级人民政府应当在国家档案馆、公共图书馆、政务服务场所设置政府信息查阅场所，并配备相应的设施、设备，为公民、法人和其他组织获取政府信息提供便利。

**（三）公开期限**

**【时间限制】属于主动公开范围的政府信息，应当自该政府信息形成或者变更之日起20个工作日内及时公开**。法律、法规对政府信息公开的期限另有规定的，从其规定。



**但是现在实际上公开的信息有些问题：涉及个人隐私的信息eg市政府按照条例要求公开的专栏，身份证号是不可以随便公开的。**

可以通过各种渠道公开

在图书馆设置信息公开场所的必要性越来越低，因为互联网越来越普及了，如果普及程度优先，需要设置实体的公开点。Eg政务服务大厅等。

**四、依申请公开**

比主动公开要复杂一些。主动公开不涉及与其他主体之间的关系，这里涉及申请人和行政机关之间的法律关系。

**（一）申请人范围**

【**谁都可以申请，没有设定门槛条件，和行政诉讼不同，**行政诉讼只有有利害关系的人才能进行行政诉 讼，但是没有利害关系也是可以申请公开的。不要和信息公开范围混淆：过程性信息和内部信息因为不影响公民法人其他主体的权利义务所以不需要公开，和这里不一样，那里的不影响是说和公民根本没有任何关系，这里是说有的信息可能没有直接影响到权利义务的，但是可以和你建立起某种联系，就可以去申 请，而且行政机关不去审查联系，不做限制。】

新条例27条：除行政机关主动公开的政府信息外，**公民、法人或者其他组织**可以向地方各级人民政府、对 外以自己名义履行行政管理职能的县级以上人民政府部门（含本条例第十条第二款规定的派出机构、内设机构）申请获取相关政府信息。

旧条例第13条：公民、法人或者其他组织还**可以根据自身生产、生活、科研等特殊需要**，向国务院部门、地方各级人民政府及县级以上地方人民政府部门申请获取相关政府信息。

【三需要只是一个描述，并不是资格的限制，因为生活需要包罗万象，科研需要范围更广eg给全国行政机关进行信息公开申请然后进行评分，很直接地促进了我国政府信息公开活动的发展】

【问题：滥用信息公开申请权，给信息公开主体带来了比较大的负担。】

例1：溪鸣河公司系龙溪河流域光明电站业主。2015年11月，溪鸣河公司向沐川县发改经信局多次提交关于要求公开溪鸣、福尔溪、箭板三电站初步设计、核准、施工许可、设计变更、验收等工程相关文件的申

请。因沐川县发改经信局未予答复，溪鸣河公司于2015年12月14日以沐川县发改经信局为被申请人向沐川县政府提交《行政复议申请书》。2015年12月15日，沐川县人民政府作出沐府复（2015）12号《行政复议

（不予受理）决定书》，以原告合法利益没有被侵犯，与具体行政行为没有法律上利害关系，不具有行政复议主体资格为由，不予受理。溪鸣河公司不服沐川县政府作出的行政复议决定，向人民法院提起行政诉讼。

**法院认为：**

溪鸣电站、福尔溪电站、光明电站、箭板电站是龙溪河流域开发规划中的5、6、7、8级电站。因此，原告主张溪鸣电站、福尔溪电站、箭板电站的水位标高、水资源利用、质量安全等与原告所有的光明电站的生产密切相关，其理由成立。从原告向沐川发改经信局提交的政府信息公开申请材料来看，其申请涉及包含上述三电站的水位标高、水资源利用、质量安全等方面的审批、建设信息，因此原告与沐川发改经信局的相关政府信息公开行为具有利害关系，也具备对相关行为申请复议的主体资格。被告以原告与沐川发改经信局的行政行为之间没有法律上利害关系，不具有行政复议申请人资格为由，对原告的复议申请决定不予受理，适用法律、法规错误。

**例2：政府信息公开申请权的滥用**

2013年至2015年1月期间，江苏省南通市居民**陆红霞**及其父亲**陆富国**、伯母**张兰**三人**以生活需要为由**，分别向南通市人民政府、南通市城乡建设局、南通市发展和改革委员会、南通市住房保障和房产管理局、南通市规划局、南通市国土资源局、南通市公安局、南通市公安局港闸分局等**共提起至少94次政府信息公开申请**，内容包括南通市人民政府财政预算报告、所拥有公车的数量、牌照号码及公车品牌、政府信息公开年度报告、南通市拘留所被拘留人员2013年度伙食费标准、拘留人员权利和义务告知书、城北大道工程征地的供地方案、农用地转用方案、城北大道拆迁工程是否由南通市港闸区人民政府出资等。

陆红霞及其父亲陆富国、伯母张兰在收到行政机关作出的相关《政府信息公开申请答复》后，分别向江苏省人民政府、江苏省公安厅、江苏省国土资源厅、南通市人民政府、南通市审计局等复议机关**共提起至少 39次行政复议**。在经过行政复议程序之后，三人又分别以政府信息公开答复“没有发文机关标志、标题不 完整、发文字号形式错误，违反《党政机关公文处理工作条例》的规定，属形式违法；未注明救济途径，属程序违法”等为由向南通市中级人民法院、如东县人民法院、港闸区人民法院**提起政府信息公开之诉至少36次**。

南通市港闸区人民法院指出：**本案原告陆红霞所提出的众多政府信息公开申请具有以下几个明显特征：一是申请次数众多**。仅据不完全统计，自2013年开始原告及其家人向南通市人民政府及其相关部门至少提出 94次政府信息公开申请，2014年1月2日当天就向南通市人民政府提出了10件申请。**二是家庭成员分别提出相同或类似申请，内容多有重复。**如原告与其父亲陆富国、伯母张兰多次分别申请市、区两级人民政府年度财政预算报告【主动公开的申请，行政相对人应当可以自行检索】、数十次申请城北大道工程相关审批手续等信息。**三是申请公开的内容包罗万象。**诸如政府公车数量、牌照、品牌，刑事立案，接警处置中使用的电话号码及监控录像，拘留所伙食标准等信息，且有诸多咨询性质的提问，原告对部分信息也明知不属于《条例》规定的政府信息范畴。**四是部分申请目的明显不符合《条例》的规定。原告申请政府信息和提起诉讼的目的是为了向政府及其相关部门施加压力，以引起对自身拆迁补偿安置问题的重视和解决。** 上述特征表明，**原告陆红霞不间断地向政府及其相关部门申请获取所谓政府信息，真实目的并非为了获取和了解所申请的信息，而是借此表达不满情绪，并向政府及其相关部门施加答复、行政复议和诉讼的压 力，以实现拆迁补偿安置利益的最大化。对于拆迁利益和政府信息之间没有法律上关联性的问题，行政机关已经反复进行了释明和引导，且本案中被告南通市发改委已向原告提供了其所申请的政府信息。原告这种背离《条例》立法目的，任凭个人主观意愿执意不断提出申请的做法，显然已经构成了获取政府信息权利的滥用。**

*此时应当进行目的解释——****政府信息公开制度设立目的是保障行政相对人的知情权****，进而更好地服务于行政相对人的生产、生活和科研需要，所以相对人应当依照上述善意目的提起信息公开申请。本案中，陆红霞以非法骚扰方式谋取利益的恶意目的申请公开政府信息，属于对获取政府信息权利的滥用，并非合法行为。*

二审法院意见：

港闸区人民法院：在现行法律规范尚未对**滥用获取政府信息权、滥用诉权行为**进行明确规制的情形下，法院根据审判权的应有之义，结合立法精神，决定**对原告陆红霞的起诉不作实体审理**。为了兼顾维护法律的严肃性、有效利用公共资源和保障原告依法获取政府信息、提起诉讼的权利，对于原告今后再次向行政机关申请类似的政府信息公开、向人民法院提起类似的行政诉讼，**均应依据《条例》的现有规定进行严格审查，原告须举证说明其申请和诉讼是为了满足自身生产、生活、科研等特殊需要，否则将承担不利后果**。*要保障自己的权利行使在其权利边界之内*

南通市中级人民法院：《条例》没有规定申请人在提出政府信息公开申请时要说明使用信息的用途、理由

等，故政府信息主管部门和工作机构在实务中不得随意增设申请人的义务。但**上诉人陆红霞持续、琐碎、轻率甚至带有骚扰性质的滥用获取政府信息权、滥用诉权的行为，超越了权利行使界限，应当对其设定一个限制反复的约束**。一审法院从维护法律的严肃性、促进公共资源的有效利用出发，同时也为了保障诉讼权利平衡、保障陆红霞依法获取政府信息，对其今后再次申请类似信息公开、提起行政诉讼设定了一定的条件，符合《条例》的立法精神和目的。

**但是从法律上来讲法院的判决存在一些问题：**

1. 对滥用申请权的特征归纳不合理。

法院说的几个特征：次数众多、内容重复、包罗万象，恐怕不能构成滥用申请权的特征。Eg次数众多可能是为了监督政府，不应该作为认定滥用信息公开申请全的条件，包罗万象也是有疑问的

1. 即便滥用了申请权，能不能说以后就对他的申请严格审查？法院是否有要求行政机关的权力？信息公开 申请实际上是没有门槛的，所以对公民权利进行限制是不合理的。因此法院在本案中的判决事实上超越了当时条例的规定，属于法官造法。

【真正问题在于提出的信息公开数量太多，挤占公共资源，可能影响其他公民行使信息公开的权利，所以 要进行限制，而不是直接从主观目的出发进行限制】

**跳出法院思路，是不是构成了滥用？**

凭借朴素法感情，是有滥用的，确实不是为了了解这些信息才要求公开的。如何认定具有滥用的行为呢？两个方面：

**1、数量比较多，**但是数量的问题不是唯一的决定因素，因为虽然数量很多，如果都是符合目的的话，也没有构成滥用。

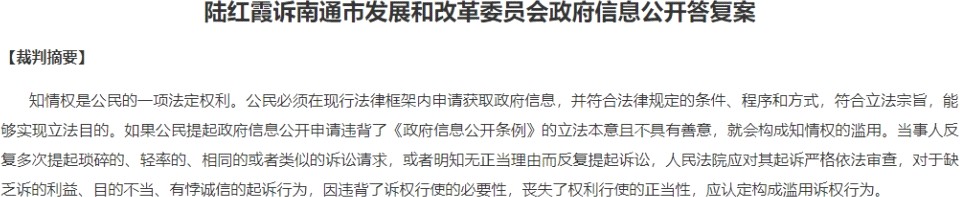
**2、目的不合理，**目的超过了条例规定的范围（如果申请不在条例规定的范围之内，如果不符合目的，也不一定就是滥用，如果数量很少，也不构成滥用）

政府信息公开条例的立法目的不能用于完全限制政府信息公开申请人目的，行政诉讼也是一样，有时候不是为了行政诉讼本身的目的，而是为了给政府施加压力，所以不能只对目的进行探讨，只有数量和目的进行结合讨论，对滥用的判断才是有合理性的。不能提出不合理的申请。

对滥用申请权的行为应当如何规制？由法院身份解决是不合理的，应该通过立法解决。条例中也考虑了滥用的现象，**35条规定，滥用的，行政机关可以要求申请人说明理由。**只有给行政机关造成显著负担的情况下才需要讨论目的。

**第三十五条**申请人申请公开政府信息的数量、频次明显超过合理范围，行政机关可以要求申请人说明 理由。行政机关认为申请理由不合理的，告知申请人不予处理；行政机关认为申请理由合理，但是无法在本条例第三十三条规定的期限内答复申请人的，可以确定延迟答复的合理期限并告知申请人。

如果频次数量都在合理范围之内，是没有门槛的，如果数量超过了一定的限制，就有目的上的门槛条件 了，如果目的是合理的，也没有理由拒绝，必须接受申请，但是因为数量超过了正常范围，基于资源分配，对于你的申请就不严格按照条例规定的程序eg延长答复时间，也是符合合理性原则的。这样的规定也是符合中国特色的。



**生活需要是否一定需要与个人生活有关联？陆红霞申请公车的数量、牌照号码及公车品牌公开是否属于生活需要？**

并不一定必须要求与个人生活关联，应当保障畅通的政府信息获取途径

**⭐申请政府信息公开应当：**

1. **出于合法正当的目的；**
2. **不超越权利行使的边界。**

申请人申请公开政府信息的数量、频次明显超过合理范围，行政机关可以要求申请人说明理由。行政机关认为申请理由不合理的，告知申请人不予处理；行政机关认为申请理由合理，但是无法在本条例第三十三条规定的期限内答复申请人的，可以确定延迟答复的合理期限并告知申请人。（35条）

**⭐相应的分流措施：**

申请人以政府信息公开申请的形式**进行信访、投诉、举报等活动**，行政机关应当告知申请人不作为政府信息公开申请处理并可以告知通过相应渠道提出。

申请人提出的申请内容为要求行政机关提供政府公报、报刊、书籍等公开出版物的，行政机关可以告知获取的途径。【对于已经公开的信息】

**⭐总结：**

1. **申请人基本没有条件**
2. **除非申请的量太大，太频繁，这时候就要求目的要符合信息公开条例，否则不做限制，不需要存在利害关系。**

**（二）依申请公开程序**

* 1. **申请**

1. **申请形式**

公民、法人或者其他组织申请获取政府信息的，应当向行政机关的政府信息公开工作机构提出，并采用包括信件、数据电文在内的**书面形式**；**采用书面形式确有困难的，申请人可以口头提出**，由受理该申请的政府信息公开工作机构代为填写政府信息公开申请。

行政许可没有口头申请，必须书面申请，但信息公开重在保护知情权，带有基本权利性质

1. **告知补正**

政府信息公开申请内容不明确的，行政机关应当给予指导和释明，**并自收到申请之日起7个工作日内一次性告知申请人作出补正，【许可：5个工作日】**说明需要补正的事项和合理的补正期限。答复期限自行政机关收到补正的申请之日起计算。申请人无正当理由逾期不补正的，视为放弃申请，行政机关不再处理该政府信息公开申请。

* 1. **答复**

1. **答复期限**

行政机关收到政府信息公开申请，能够当场答复的，应当当场予以答复。

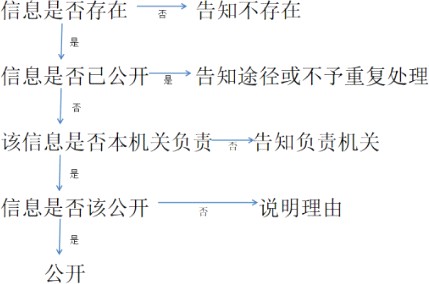
行政机关不能当场答复的，应当自收到申请之日起**20个工作日**内予以答复；需要延长答复期限的，应当经政府信息公开工作机构【eg信息公开处，与行政主体不同】负责人同意并告知申请人，**延长的期限最长不 得超过20个工作日【最长四十天，中间要把征求意见的时间去除掉】。**

**行政机关征求第三方和其他机关意见所需时间不计算在前款规定的期限内。**

申请公开的政府信息由两个以上行政机关共同制作的，牵头制作的行政机关收到政府信息公开申请后可以征求相关行政机关的意见，被征求意见机关应当自收到征求意见书之日起15个工作日内提出意见，逾期未 提出意见的视为同意公开。

征求意见除了征求第三方的意见（涉及个人隐私、商业秘密），还有包括征求其他行政机关的意见，因为有时候多个行政机关作为行政主体，有一个牵头机关征求其他被牵头机关的意见，这里的提出意见和私人第三方提出意见的效力是不同的，私人第三方部提出意见没有效力，但是如果行政机关被征求意见15d内没有回复的话，按照条例规定就推订视为同意公开，因为要贯彻以公开为常态的原则。

1. **答复内容（36条）**



经检索没有所申请公开信息的，告知申请人该政府信息不存在；信息不存在，eg尚不存在于物理载体，尚未收集等

所申请公开信息已经主动公开的，告知申请人获取该政府信息的方式、途径；

所申请公开信息可以公开的，向申请人提供该政府信息，或者告知申请人获取该政府信息的方式、途径和时间；

行政机关依据本条例的规定决定不予公开的，告知申请人不予公开并说明理由；

所申请公开信息不属于本行政机关负责公开的，告知申请人并说明理由；能够确定负责公开该政府信息的行政机关的，告知申请人该行政机关的名称、联系方式；

行政机关已就申请人提出的政府信息公开申请作出答复、申请人重复申请公开相同政府信息的，告知申请人不予重复处理；

**【但是如果别人申请公开了你又来申请公开，不能算是重复处理，不同的人的申请不算是重复处理，但是如果机关已经主动公开了，只要告诉他主动公开到哪里了，要告诉申请人获取信息的方式和途 径】**

**【依申请已经公开的信息和第二款中主动公开告知获取的途径不同，依申请公开的信息本身是没有公开的，如果不能直接给当事人提供信息，可以给他开介绍信让其摘抄查阅资料】**

所申请公开信息属于工商、不动产登记资料等信息，有关法律、行政法规对信息的获取有特别规定的，告知申请人依照有关法律、行政法规的规定办理。

**⭐行政机关履行答复义务的时候要有合理的注意义务：1、完整答复2、充分检索**

**例1：属于公开范围时的完整答复义务**

如果爱公司是石家庄一家创业公司，主要开展婚姻咨询等业务。2012年初，如果爱公司获得百合网及中国婚姻家庭研究会授权在河北6个地市代理婚姻家庭咨询师职业考试培训的招生工作，后发现中国婚姻家庭研究会联合百合网开展的这一培训没有经过政府部门审批，给公司造成了巨大的经济损失。 2013年1月28日，石家庄市如果爱婚姻服务有限公司请求中华人民共和国民政部向其书面公开中国婚姻家庭研究会的社会团 体登记资料、年检资料、社会团体法人登记证书及对中国婚姻家庭研究会涉嫌欺诈行为的查处结果。

民政部接到如果爱公司的申请后，未在法定的15日期限内作出答复。在行政复议期间，民政部于2013年4月 26日向申请人作出《政府信息告知书》，**告知其中国婚姻家庭研究会的社会团体登记情况、历年年检情况 可登录中国社会组织网查询。但通过前述网址查询到的内容不能涵盖如果爱公司申请公开的中国婚姻家庭研究会的社会团体登记资料、年检资料所对应的信息。【属于答复情形中已经主动公开的信息：可以告诉其查询方式让其主动查询，但是其告知查询方式的信息不包括其所需要的所有信息——没有完整地公开政府信息，视为对部分申请没有回复，可以区分处理但必须回复】**如果爱公司不服，提起行政诉讼。

北京市高级人民法院经审理认为，民政部认定中国婚姻家庭研究会的社会团体登记情况、历年年检情况属于公开信息，并告知如果爱公司登录中国社会组织网查询**。但通过前述网址查询到的内容显然不能涵盖如果爱公司申请公开的中国婚姻家庭研究会的社会团体登记资料、年检资料所对应的信息。**对于中国社会组 织网查询结果以外的，中国婚姻家庭研究会的其他社会团体登记资料、年检资料信息，民政部未在被诉告知书中予以答复，亦未说明理由，**其处理构成遗漏政府信息公开申请请求事项的情形。**

【不完整答复属于两种情况的组合：对于有的部分，认为民政部已经履行了信息公开义务；对于没有公开 的部分，如果超过期限了就应当认为民政部没有进行及时的答复，如果属于可以公开范围的信息，就应该提供给相对人，这里事实上构成了不履行法定职责，没有及时履行政府法定信息公开义务。】

**⭐所以行政机关在答复的过程中有完整答复的义务。**

**例2：充分检索义务**

2013年2月19日，张良向上海市规划和国土资源管理局申请获取“本市116地块项目土地出让金缴款凭证” 政府信息。上海市规划和国土资源管理局经至其档案中心**以“缴款凭证”为关键词进行手工查找，未找到名为“缴款凭证”的116地块土地出让金缴款凭证的政府信息，**遂认定其未制作过原告申请获取的政府信息，根据《政府信息公开条例》第二十一条第（三）项答复张良，**其申请公开的政府信息不存在【第四种情况——问题在于什么叫经检索——政府在查询的时候不能只按照这个名称查找，不一定完全一致，行政机关应当用对应的正确的名称查询】。**张良不服，提起诉讼，要求撤销该政府信息公开答复。【政府必须证明已经进行了充分检索】

上海市黄浦区人民法院经审理认为：原告申请公开的相关缴款凭证，应泛指被告收取土地使用权受让人缴纳本市116地块国有土地使用权出让金后形成的书面凭证。在日常生活中，**这种证明缴纳款项凭证的名称或许为缴款凭证，或许为收据、发票等，并不局限于缴款凭证的表述。原告作为普通公民，认为其无法知晓相关缴款凭证的规范名称，仅以此缴款凭证描述其申请获取的政府信息内容的主张具有合理性。而与之相对应，被告系本市土地行政管理部门，应知晓其收取土地使用权出让金后开具给土地使用权受让人的凭证的规范名称，但在未与原告确认的前提下，擅自认为原告仅要求获取名称为缴款凭证的相关政府信息，并仅以缴款凭证为关键词至其档案中心进行检索，显然检索方式失当，应为未能尽到检索义务，据此所认定的相关政府信息不存在的结论，也属认定事实不清，证据不足。**判决撤销被诉政府信息公开答复，责令被告重新作出答复。

**⭐如果没有尽到答复行为，会构成违法。**

* 1. **提供信息**

1. **提供形式**

行政机关依申请公开政府信息，**应当根据申请人的要求**及**行政机关保存政府信息的实际情况**，确定提供政府信息的具体形式；**按照申请人要求的形式提供政府信息【口头形式是否可以？按照规定是可以的，但是 证据角度书面形式比较合适】**可能危及政府信息载体安全或者公开成本过高的，可以通过电子数据以及其他适当形式提供，或者安排申请人查阅、抄录相关政府信息。

**【如果没有用相对人要求的方式进行告知，可能进行起诉，法院也会支持相对人的要求，但也不是完全迁 就，如果太过分也可以不完全按照其要求。如果公开会损害文件eg不适合影印，可以安排其他的形式】**

1. **信息分割**

申请公开的信息中含有不应当公开或者不属于政府信息的内容，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政府信息内容，并对不予公开的内容说明理由。Eg一部分内容适合公开，一部分内容不适合公开，行政机关有分割的义务eg第一页第二段可以提供，那就可以只复制这一段，要尽可能满足申请人的要求。**

1. **错误信息更正**

公民、法人或者其他组织有证据证明行政机关提供的与其自身相关的政府信息记录不准确的，可以要求行政机关更正。**有权更正的行政机关审核属实的，应当予以更正并告知申请人；不属于本行政机关职能范围 的，行政机关可以转送有权更正的行政机关处理并告知申请人，或者告知申请人向有权更正的行政机关提出。**

1. **收费**

行政机关依申请提供政府信息，**不收取费用。**但是，**申请人申请公开政府信息的数量、频次明显超过合理 范围的，行政机关可以收取信息处理费。**

《政府信息公开信息处理费管理办法》（国办函〔2020〕109号）（不是行政法规）

第5条：按量计收适用于申请人要求以提供纸质件、发送电子邮件、复制电子数据等方式获取政府信息的情形。相关政府信息已经主动对外公开，行政机关依据《中华人民共和国政府信息公开条例》第三十六条第

（一）项、第（二）项的规定告知申请人获取方式、途径等的，不适用按量计收。按量计收以单件政府信息公开申请为单位分别计算页数（A4及以下幅面纸张的单面为1页），对同一申请人提交的多件政府信息公开申请不累加计算页数。

按量计收执行下列收费标准：

（一）30页以下（含30页）的，不收费。

（二）31—100页（含100页）的部分：10元/页。

（三）101—200页（含200页）的部分：20元/页。

（四）201页以上的部分：40元/页。

（评价：收费偏高，合理性有待商榷）**课后综合：李芝林与司法部信息公开案**

2019年9月7日，李芝林通过邮寄的方式向司法部提交《请司法部公开2019年法律职业资格考试真题及答案的申 请》，司法部于2019年9月8日收到。2019年10月8日，司法部向李芝林作出《延期答复告知书》，告知李芝林对其提出的政府信息公开申请需延期20天答复。当日，司法部向李芝林邮寄《延期答复告知书》。司法部于2019年 11月4日作出被诉告知书，主要内容为：“李芝林，你于2019年9月7日向我部提交的政府信息公开申请，我部于9月9日收悉。根据《政府信息公开条例》第十七条第二款规定，我部对你申请公开的信息进行审查，此信息属于

《国家司法考试保密工作规定》（司发通[2008]142号）（普通规范性文件）第四条第三款规定的情形，即国家司法考试结束后尚未公布的试题试卷、应试人员的考试成绩及其他相关情况数据属于工作秘密，未经司法部批准不得公开……”

《国家司法考试保密工作规定》第4条

国家司法考试启用前的试题试卷（包括备用试题试卷）、标准答案（答题卡）及评分标准，为机密级国家秘

密。

国家司法考试命题工作及参与人员的有关情况、试题试卷命制工作方案、尚未公布的考试合格标准及其有关方案，为秘密级国家秘密。

国家司法考试结束后未公布的试题试卷、标准答案、应试人员的考试成绩及其他有关情况、数据，**属于工作 秘密（不是国家秘密，不属于不公开的氛围）**，未经司法部批准不得公开。

**一审法院：**

《国家司法考试保密工作规定》第四条第三款确定有关国家司法考试的工作秘密事项，并明确未经司法部批准不得公开，现无证据显示该条款违反《保守国家秘密法》、制定当时有效的《中华人民共和国保守国家秘密法实施办法》（已废止）及现行有效的《中华人民共和国保守国家秘密法实施条例》等上位法规定，也不存在与上位法相比较限缩行政相对人权利等情况，与同为规范性文件的《国家司法考试实施办法》亦不冲突，且起草、审议、决定等制定过程及公开发布程序无违法之处，因此，可以作为认定行政行为合法性的依据。

《国家司法考试保密工作规定》影响了相对人的权利义务，有不利影响，必须有上位法依据，即法律或者行政法规依据，现在没有上位法依据，信息公开条例也没有列为不予公开的情形，应该公开

**二审法院：**

工作秘密虽非《政府信息公开条例》明确规定的豁免公开事项，但由国家保密行政管理部门参与制定的国家司法考试保密制度，不仅具有专业性，而且具有必要性，根据《政府信息公开条例》第十七条的规定，司法部亦有权依据《保守国家秘密法》以及其他法律、法规和国家有关规定对拟公开的政府信息进行审查……

没有涉及三安全一稳定，不涉及国家秘密和不予公开的情形，还是应当公开

问题

1. 你代表李芝林申请再审，该如何陈述理由？

按照政府信息公开条例，该信息不属于不予公开的氛围，应当以公开为常态进行公开

1. 你代表司法部出庭应诉，该如何陈述理由？

公开的范围的角度，不同层次，绝对、相对、酌定不公开，司法部进行许可授予的过程中产生的过程性信 息，要是公开可能造成很大不便，进而影响行政许可工作的整体进行，基于行政便利的考虑，酌定不公开；关键：不能忽视法律已有规定

# 第十讲行政诉讼概述、受案范围与管辖

2022年5月9日 23:12

**第十章 行政诉讼概述、受案范围与管辖**

行政救济包括行政诉讼法、行政复议法、国家赔偿法，国家赔偿法的逻辑不太一样，是侵权法逻辑，前两部都是为了【争议解决】制定的法律，结构相似，行政诉讼法比较复杂，行政复议法比较简化，因为追求高效率，程序规定也简单，但是**原理两者几乎是一样的**。行政诉讼法是重点。

现在的行政诉讼法1989年，行政法领域第一部法律。这是一种政治敏感性的思路，**只有行政诉讼制度先规定出来，行政诉讼的实践才能展开。**制度一旦动起来了，相关的实体法问题才会暴露出来。**就可以观察哪一些领域问题比较集中，可以给实体法指定积累经验，同时可以调动民间力量推动行政法制度的完善。**行政诉讼法是个火车头，是行政法中最重要的法律。

但我国行政诉讼法的制度比较困难。政府原来也不配合法院，但是选择观念上已经改变了。经济发展和政治法制提高具有相互促进的关系，只有法治政府才能有效吸引更多投资，而且政府有钱了之后违法的可能性比较小，因为很多案子是因为政府缺钱。政府运作规范化程度在发达的地方都是比较高的。

**一、行政诉讼概述**

**（一）我国行政诉讼法的基本特点**

* 1. **只允许相对人起诉行政主体（民告官）**不存在“官告民”或“官告官”。

行政相对人和行政主体之间存在较大的优势地位差距，因此仅允许行政相对人起诉行政主体。行政主体有

行政权力，可以通过各种行政行为对行政相对人施加限制和制裁。

不能官告民：两者关系不平等，相对人不服，可以通过法院使其地位与政府对等。而政府除了强制手段还 有很多手段，促使公民履行义务。

不能官告官：两个行政主体之间的纠纷，**在行政系统内部处理**，司法机关不介入行政主体内部的争议。民告官中，民指的是公民法人其他组织，官也不只是指官方，也包括法律法规授权组织等行政主体。

* 1. **审判组织具有半独立性**

审理行政案件的为普通法院中的**行政审判庭**，法律对行政庭法官没有在知识或者实践背景构成方面作特别要求。

**行政审判组织不是完全独立的，也不是完全不独立的。**完全不独立的情况是英美法，行政诉讼是用的是民事诉讼法，没有专门的结构分化，但是实际上**行政诉讼还是具有专业化必要性**的，因为有很多行政单行 法，各个领域的实体法需要专业审判人员，否则影响审判专业性。

**大陆法国家是独立了行政法院，我国是在普通法院中设立行政审判庭。独立行政法院模式——以法国为例**

法国上诉行政法院法官在任命前必须具有十年以上A 职类公务员的经验。如果是国家行政学院毕业生，只

要求六年以上的工作经验。上述人员的录用由一个以总统命令任命的遴选委员会提名。（保障行政审判人员对行政工作的了解）

法国全国共设5个上诉行政法院， 分别设在巴黎、里昂、波尔多、斯特拉斯堡、南特等大城市中。下级各地方行政法庭管辖的区域和行政管辖区域不重合。（保障审判的独立性、公正性）

**优势：**

1、行政法院的设置可以保持审判的专业性。**可以使审查很专业，可以进行合理性审查**

2、**行政法院的设置可以脱开行政管辖的区域**，我们目前行政庭放在普通法院中，行政辖区和法院辖区大多相同，行政法院之后可以脱离行政法院的去划范围跨区域设置法院，eg法国，**设在大城市里，和行政机关没有什么交集，有利于保证审判的公正性程度**，所以学者也主张独立的行政法院，但是不足在于成本过高，带来机构膨胀。效果也不一定更好，我国的最近的司法改革就试图强化行政法庭的独立行，所以没必要搞出独立的行政法院系统。对于行政审判庭中的法官，目前没有专门的北京要求，但是只要把组织独立出来，长时间后就比较了解行政事务了。

**弊端**：导致机构膨胀，增加成本，效果也不一定更好

* 1. **以合法性审查为主**

人民法院审理行政案件，对行政行为**是否合法**进行审查。（第6条）

*对于此处的“****合法性****”是广义的概念，除了一般的合法律性判断，也包括了严重不合理的判断，但出于对行政主体自由裁量权力的尊重，通常并不包括对行政行为一般不合理的裁判。*

【理论上只能审查合法性，是宪法上的约束，法院和行政机关是两个不同的国家机构，法院可以监督行政机关但是不能替代行政机关的活动，所以监督行政机关的边界在于立法机关划的范围，法律规定，行政机关符合，就是合法的，合理性规定不属于法院管的范围，但是是可以发生转化的，如果严重不合理就构成 不合法。所以合法性监督保留了一定的合理性监督的成分但是主要还是合法性监督。】

* 1. **以民事诉讼制度为补充（民事诉讼法是行政诉讼法的基础法）**

人民法院审理行政案件，关于期间、送达、财产保全、开庭审理、调解、中止诉讼、终结诉讼、简易程 序、执行等，以及人民检察院对行政案件受理、审理、裁判、执行的监督，本法没有规定的，适用《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定。（第101条）（没有本质区别）

民事诉讼法共284条，其中197条行政诉讼法可以适用。新修订的行政诉讼法规定了其中的54条，尚有143条没有规定。

我国行政诉讼法中规定了大量民诉的条文eg期间送达等没有本质区别。有些不清楚的地方就可以链接民 诉，但是在一些关键性制度上是不同的eg**举证责任**，民事诉讼中谁主张谁举证，对于行政诉讼要证明合法性，承担举证责任的是被告，要自己证明自己的行为是合法的，因为二者地位不平等。**原告资格、受案范围**都是独特制度，所以需要单独列出成为法律。

**（二）行政诉讼制度所存在的主要问题**

导致整体的行政行为不受信任。

1. **立案困难**

全国人大常委会法工委副主任信春鹰在向十二届全国人大常委会第六次会议作行政诉讼法修正案（草案）的说明时表示，公民、法人或者其他组织与政府机关及其工作人员产生纠纷，行政机关不愿当被告，法院 不愿受理，导致许多应当通过诉讼解决的纠纷进入信访渠道，在有些地方形成了“信访不信法”的局面。**行政案件数大多数年份不足人民法院总案件数的2%**。全国信访案件数一度高达行政诉讼案件数的百倍以上。

我国的行政法诉讼适用不是很理想。 行政案件受案数比较少，一开始只有几万件，背后有系统性的原

因：行政庭不愿意受案，因为不想接烫手的山芋，法院进退两难，只能不受理，驳回起诉。就只能到信访中，非正式解决渠道。不信任法律是法院本身造成的，不解决民众诉求造成不信任。

1. **化解纠纷功效有限**
2. **被告败诉率低**

司法改革前稳定于8%左右。

从其他国家的情况来看，20%比较合理

1. **原告上诉率、申诉率高**

部分地区行政案件上诉、申诉率超过90%。行政申诉案件数占人民法院总申诉案件数的比例一度接近

20%。

这三个比例两高一低，但是现在司法改革之后败诉律上升，原来一审服判息诉率非常低，就要上诉再审，再审中行政案件的比例为20%，但是总案件数只有2%，说明再审比例也是很高的。

**（三）传统问题产生的原因——审判独立性不足**

理论上行政机关对法院没有管理权，但是行政机关可以通过各种途径对法院施加压力eg法官子女上学、上访群众等，法院的经费也是地方政府拨付的，必须要重视它们的意见，在里一个利益关系网中，不是因为法官缺乏担当，是体制机制造成的问题，必须从制度上解决问题，是司法改革处理的方向。

2015年行政审判领域的司法改革：

**（四）司法改革的相关措施**

1. **立案登记制**

实施立案登记制后，法院一审行政案件受案数上涨221%。该立案不立案要追究责任。

1. **提级管辖和跨区域集中管辖**

管辖改革，为了让法院超越原来的利害关系网，提到上级法院管辖，影响就小一些。

跨区域：ABC三地的案件全部由D管辖，还有交叉地域管辖，对于案件审判的公正性成都有较大的促进作用。

1. **法院人、财、物省以下统管**

最早提出的是由中央管理全国法院的人财物，但后来觉得太激进了，旧省以下统管，脱离地方财政，到但是这个改革是很艰难的，法院自己就很反对，尤其时经济发达的地方法院，自己的财政保障支持多，但是如果变成统管，比较富裕地方的法院保障水平就会下降。

1. **要求行政机关负责人出庭应诉**

政府领导坐到被告席上，让政府与百姓的距离更靠近。有利于化解官民之间的纠纷，对领导进行法治教育。

通过一系列的制度改革，试图提高行政诉讼的时效性。

这次司法改革的成效逐渐显现，制度改革较为成功。行政诉讼的法律市场逐渐打开

**二、⭐行政诉讼范围**

行政诉讼最重要的问题之一，解决行政诉讼到底审查哪些争议，不是所有的案子都可以起诉的，因为法院必须要控制进入系统的流量，而且一些东西比较敏感，不适宜通过法院审查。第一道滤网就是受案范围。***我国行政诉讼法对受案范围的规定：“概括+列举”的立法模式，概括是根本***

**（一）概括标准**

主要在**12条**，**第 2条也有概括规定**，是概括+列举的模式，**概括是根本**，**第2条交代了基本原理，12条是进一步展开**。

**《行政诉讼法》第2条：**

**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。**

**前款所称行政行为，包括法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为。**

**【涉及的行为是行政机关和行政机关工作人员的行政行为，但是行政机关工作人员加上去没有什么特别的意义，因为行政机关工作人员以行政机关名义作出的行为本身就是行政机关的行为，如果是以自己身份从事的私人行为，本身就与行政行为没有什么关系。为了便于理解】**

1. **被诉主体为行政主体**

行政机关是一个广义的含义。第一款的行政机关其实是行政主体的概念，如果改成行政主体去掉第二条也是可以的，但是为了避免术语，还是分了两款。

包括行政机关和法律、法规、规章授权组织。

1. **诉讼对象为行政行为**

**原来的规定只有具体行政行为，后来把具体的要求去掉了，所以这里实际上包括了具体行政行为、抽象行 政行为、行政事实行为，当然抽象行政行为因为很抽象，是不可以直接起诉的，必须附带于具体行政行为才可以起诉，不可以单独起诉；行政事实行为有一些争议，但是从司法实践角度看，只要满足其他的构成要件，尤其是侵犯合法权益的构成要件，也可以纳入行政诉讼中来**。

总之行政诉讼的诉讼对象是行政主体作出的影响相对人合法权益的行政行为。

**主要是具体行政行为，附带包括部分抽象行政行为。是否包括事实行为存在争议**。

1. **行政行为须已对相对人合法权益构成侵害【实质性标准】**

如果行政主体的行为并没有影响合法权益，就没有诉讼的必要，不属于行政诉讼的审查对象。这种没有对你合法权益构成影响，

**1、不包括未实质影响相对人合法权益的行为。**

不可能影响合法权益eg行政指导（没有法律效果，没有法律约束力，不产生实质上的影响，不在行政诉讼的处理范围内，行政指导是不可诉的，但是如果行政指导已经有了一种事实上的约束力，不遵从指导不行

【有程度问题】，可以发现行政指导已经带有了命令的色彩，就可以进入行政诉讼的领域）

**2、不包括行政机关尚未决定的事项（成熟性原则）。**

尚未产生影响（现在没有产生影响，未来可能产生影响）【eg政府做决定，还在讨论过程中，没有做出最

后的决定，政府可能已经形成了预决定，行为还没有生效，还没有送达，按照我国理论，这时候也不能起 诉，因为还没有发生法律效率，是不成熟的行政行为，不成熟的行政行为没有对合法权益产生实质影响，不属于行政诉讼的受案范围】

**例：某公司向主管部门申请在某小区附近建造垃圾焚烧厂，小区居民听闻后坚决反对，向法院提起行政诉讼，阻止行政机关颁发行政许可。**

*本案中，由于行政机关尚未作出许可决定，只是现在接受了申请，在审查过程中，有可能作出许可，也有可能拒绝公司的许可申请，在没有作出决定的情况下，行为没有成熟，不符合行政诉讼的受案范围的成熟**性原则，并未对相对人的合法权益构成侵害，所以不得对其提起行政诉讼。如果行政机关已经作出决定、但尚未执行，则此时可以针对已作出的决定提起诉讼。但是可以起诉制造舆论，但是从法律角度来讲，审查时机尚不成熟，如果定下来了，可以起诉，如果不给许可，申请人可以起诉，必须作出最终决定以后才视为构成了实际影响。*

*注意对“构成侵害”的解释和理解*

**（二）肯定列举**

为什么要列举？因为列举项在实际中没有争议，**减少实际中的争议**，有操作性的指引，也可以不列举。很多学者建议随着行政法的完善，列举性的条款都可以删除，只保留概括性条款，但是考虑到我国法官水平不一，保留列举条款是有必要的。

1. **《行政诉讼法》的肯定列举**
2. **行政处罚**

对行政拘留、暂扣或者吊销许可证和执照、责令停产停业、没收违法所得、没收非法财物、罚款、警告等行政处罚不服的；

责令改正是否可诉？——责令改正并非行政处罚，但其属于……

1. **行政强制措施和强制执行**

对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施和行政强制执行不服的；对强制执行的诉讼主要针对超范围执行和违背执行程序的行为。

**非诉执行**是否可诉？——**非诉执行并非诉讼对象**。

*所谓非诉执行，即行政机关申请法院予以执行的强制执行方式，因为不属于诉讼程序的执行，因而被称为非诉执行。*

**强制执行是一个事实行为（是对行政决定的后续附属行为），强制措施是一个法律行为。所以严格贯彻行 政决定的强制执行并不可诉，应当起诉该行政决定。***但是，如果强制执行存在严重的程序问题或者超出了行政决定的范围，则仍然可诉。*

## 强制措施可诉，好理解，为什么强制执行也是可诉的？

*Eg住建部门要求张某拆除违法建造的房屋，没有拆，强制部门全都拆了。如果要告强制执行行为要告什 么？是告后面的强制执行行为还是前面的拆除决定？****如果没有特殊情况，应该告前面的拆除决定而不是后面的拆除行为，因为拆除行为是对决定的执行****，现在是对拆除房屋的决定不服，不可能告后面的拆除行 为，所以如果起诉的是拆除行为，法院也是可以不受理的。*

**只有因为强制执行行为自己发生问题的时候，可以起诉强制执行行为eg本来要拆三间，后来不小心拆了六间：多拆了就违法//没有符合程序的要求eg在夜间强拆等，这些违法行为就应该起诉强制执行。**

1. **行政许可**

申请行政许可，行政机关**拒绝**或者在**法定期限内不予答复**，或者对行政机关作出的**有关行政许可的其他决定**不服的。

包括许可的准予、变更、延续、撤销、撤回、注销

1. **行政确权**

对行政机关作出的关于确认土地、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决定不服的。

**【包括行政确认和行政裁决】**

**行政确权**：行诉法规定的是对自然资源的所有权使用权的确认。但是实际上可以扩张，行政确认行为其实是可诉的行为，当然行政确认行为可诉的前提是必须是确认行为对合法权益产生了影响eg婚姻登记、不动产登记，如果行政确认没有产生合法权益的影响eg交通事故责任认定（是一种证据，一种事实的确认，并没有处分合法权益，还可以在民诉中以相反证据推翻，不具有可诉性）。

但是行政诉讼法12条规定的自然资源所有权使用权的确认也不一定都是确认，这里的确认也有可能包括**行政裁决行为**eg甲乙发生争议，行政机关确认给了甲，其实是个行政裁决行为，也包括在其中。

1. **征收和征用**

对征收、征用决定及其补偿决定不服的。

1. **行政不作为**

申请行政机关履行保护人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的。

【相对人不申请是否一定意味着行政机关没有作为义务？不一定（《人民警察法》第21条：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）】

【必须行政机关有作为义务，有法定职责而不履行，才可以告。通常是你先申请他履行，他不履行你再告他，**也有特殊情况，有主动履行义务不履行的。**】

1. **侵犯经营自主权或农村土地承包经营权**

认为行政机关侵犯其经营自主权或者农村土地承包经营权、农村土地经营权的。

**侵犯经营自主权**Eg计划经济时代给企业发指令，要求这个月不准生产A，直接指挥生产经营行为，现在体 现在对人事决定的干预eg审查的时候说推荐职工，也是在干预经营自主权。也包括承包经营权。

1. **行政垄断**

认为行政机关滥用行政权力**排除或者限制竞争**的。

【包括**设定歧视性资质、限制外地企业经营**等行为。】

【主要**侵犯了公平竞争权**：通过各种手段限制竞争eg玄武岩供应石材的案件。】

1. **违法要求履行义务**

认为行政机关违法集资、摊派费用或者违法要求履行其他义务的。

带有时代性，主要是收费摊牌等等，**三乱：乱集资、乱摊派、乱收费**，侵犯了合法财产权

1. **行政给付**

认为行政机关**没有依法支付**抚恤金、最低生活保障待遇或者社会保险待遇的。

1. **行政协议**

认为行政机关**不依法履行、未按照约定履行**或者**违法变更、解除**政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议的。

1. **兜底规定**

**第12条第1款第（十二）项：认为行政机关侵犯其他人身权、财产权等合法权益的。**

**【给行政诉讼的受案范围加了限制，第二条没有说给什么合法权益构成影响，而这里对合法权益做了限缩，只有侵犯人身权财产权的可以起诉。人身权eg生命财产健康，财产权：物权债权股权知识产权……其他权利eg教育权就业权劳动权政治权利能否包括在其中？需要讨论：这里的“等”是等内等还是等外等？**

**结合立法原意，这里比较简单，在原来的行政诉讼法没有等合法权益这五个字，就是按照旧的诉讼法，只有人身权财产权被侵犯才可以被受理，而加上了五个字，不可能是和原来一样，所以应该是等外等，所以 受案范围还包括其他合法权益。】**

## 其他人身权、财产权包括姓名权、隐私权、名誉权、股权、债权、物权等。

***“等合法权益”为14年修法时新增表述，意味着受案范围不仅局限于人身权和财产权案件。***

**第12条第2款：除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。**

**【⭐问题：12.2和12.1.12有什么关系？】**

12.2原来在旧诉讼法中也是存在的，旧诉讼法规定“侵犯人身权、财产权的”，剩下就是通过第二款扩充，法律法规规定其他案件，现在已经再第十二项扩张了，为什么还保留了第二款？

涉及两项之间的关系。

首先要明白**对等外等的理解有没有限制？有**。等外的边界，从中文的使用上来讲，**其他的合法权益应该和 人身权财产权属于同一种类型。政治权利、言论自由都不太像，而比较接近的是就业劳动方面的权利，**和人身财产都有比较密切的联系。政治权利的联系就比较远，所以如果是政治权利受到侵犯要提起行政诉讼，需要有法律法规的规定，否则就不再属于行政诉讼的受案范围了。

为什么劳动就业的权利就可以被等合法权益包进来？——看案例：

**例：潘胜燕诉温岭市人事劳动社会保障局不予录用案**

潘胜燕为2002年9月考入西华师范大学本科生。**2006年3月18日原告在《地理信息系统》考试中夹带作弊， 被西华师范大学给予留校察看一年的处分。**2007年1月9日，潘胜燕根据温岭市人事劳动社会保障局下发的

《关于从2006年应届高校毕业生中招考事业单位人员的通知》报考温岭市【浙江省台州市下属的县级市】能源办工作人员职位，**并于2007年1月20日参加了笔试考试，笔试成绩为所报招聘单位参考人员中第一 名。**

2007年4月9日，**温岭市人保局【人力资源和社会保障部门】以潘胜燕于2006年3月曾在学校因考试作弊， 受过留校察看一年的处分，且未解除，不符合该次招聘条件为由，口头通知原告不予录用**。原告潘胜燕**不服温岭市人事劳动社会保障局对其作出不予录用事业单位工作人员的行政决定，**于2007年5月17日向**玉环县**人民法院**提起行政诉讼。**

庭审中，被告温岭市人事劳动保障局提出，原告潘胜燕所请求的是其**就业权利是否受到侵害**。**【抗辩理 由】**按照行政诉讼法第十一条第一款第（八）项、第二款之规定，原告认为是财产权、人身权以外的权利 受到侵害的，必须是法律、法规规定可以提起行政诉讼，**目前尚未有法律、法规规定录用事业单位工作人员发生争议可以提起行政诉讼。**

**法院裁判：**

原告要求实现自己**的就业权利，**向本院起诉，**符合《中华人民共和国行政诉讼法》第十一条第一款第**

**（八）项的规定，被告辩称本案争议事项不属于法院受案范围**，缺乏依据，本院不予采纳。

【**狭义上讲就业确实不属于人身权财产权，但不意味着原告不具有提起行政诉讼的条件，其实被告的意见 是有道理的，但是从法律上看，法院的认定是属于受案范围**】

## 法院没有阐明具体的法律依据，仅仅表达了直接的认定结论。为了避免引起不必要的纠纷。

**法院案例评析：**

通过行政诉讼法第十一条第一款的前7项列举情形的分析可以得出，**行政诉讼法意义上的“人身权和财产 权”并不完全等同于狭义的民法意义上的概念，有部分明确规定的权益难以纳入民法“人身权或财产权”范畴。【对人身权财产权做扩张解释，解释的依据在于对列举性条款的体系解释：前面的列举项也不是完全狭义的人身财产权，所以应当扩张解释】**

如**经营自主权。**企业通常享有的人身权仅包括名称权、名誉权和荣誉权，与经营自主权无涉。企业经营中仅对财产的经营权属于严格意义上的财产权范畴，但除此之外，企业经营自主权比财产经营权要广泛得 多，如**人事任用权**等其他自主权就无法归为民法上的财产权，只是这些权利的行使都是为了为企业带来财产利益。因此，对于行政诉讼法上的“人身权与财产权”要从广义上理解，即与人身或财产**有一定关联性 的权利**。**公民的劳动就业权以其个体的劳动能力为基础，与其人身具有不可分性质，并且，就业为其带来财产利益，是其生存的基础，从此意义上讲，就业权符合行政诉讼法第十一条第一款第（八）项的规定，应属于行政诉讼受案范围。**

**按照上述逻辑，受教育权、劳动权均为与人身或财产有一定关联性的权利，属于行政诉讼的受案范围。**

**【首先对经营自主权做归纳得出结论——然后再做演绎推导认为就业权属于同等权利】【但是有第二款的 限制，等合法权利就只能辐射到部分权力上，政治权利需要其他法律法规规定】**

## 法规可以扩大行政诉讼的受案范围

***如果法律法规规定的其他可以受理的案件也可以受理。***

**【但是这里法律法规规定也有问题，因为受案范围属于司法制度，按照立法法只能按照法律规定，能否依照法规规定，好像违反了立法法，但是没有太多学者质疑，因为受案范围越宽越有利于公民的权利，但是地方性法规能不能规定？暂时还是无法接受的。但是行政法规扩张受案范围是有的eg政府信息公开条例：政府信息公开活动中，哪些合法权益可以收到损害？当然包括人身财产权eg隐私权商业秘密。但是最重要的可能被侵犯的权利是获取政府信息的权利，即在知情权（特指对政府的，因为知情权有很多面向，又称为知政权，获取政府信息的权利），这一权利在行政诉讼法第一款第十二项无法获得基础，和人身财产权没有基本的相似性，是为了保障公民参与公共管理，参与行政事务，建设透明政府，从这一目的上来讲，对政府的知情权应当属于政治权利，所以在行政诉讼法第一款的受案范围无法概括，但是有第二款的兜 底，将知情权纳入受案范围的规定就来自政府信息公开条例51条：政府信息公开过程中侵犯合法权益可以 起诉，但是这里的合法权益也没有说得很清楚，什么能够被归纳到合法权益中去？应当结合信息公开条例本身的规定——信息公开条例保护哪些合法权益，这些合法权益如果受到侵犯，就属于条例51条规定的合法权益，就可以提起复议或诉讼——为了更明确，最高法又做了解释：】**

1. **政府信息公开案件的特别列举**

**《政府信息公开条例》第51条：**

公民、法人或者其他组织认为行政机关在政府信息公开工作中**侵犯其合法权益**的，可以向上一级行政机关或者政府信息公开工作主管部门**投诉、举报**，也可以**依法申请行政复议**或者**提起行政诉讼**。

## 这属于行政法规规定的受案范围

**《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》第1条：**

公民、法人或者其他组织认为下列政府信息公开工作中的具体行政行为侵犯其合法权益，依法提起行政诉讼的，人民法院应当受理。

（一）向行政机关申请获取政府信息，行政机关**拒绝提供或者逾期不予答复的；**

（二）【侵犯的就是获取信息的权利即知情权】认为行政机关提供的政府信息不符合其在申请中要求的内 容或者法律、法规规定的适当形式的；

（三）认为行政机关主动公开或者依他人申请公开政府信息侵**犯其商业秘密、个人隐私的**；

（四）【也不属于人身财产权也是信息公开条例中创造出的权利，这种要求更正的权利是信息公开有关的权利，受到条例保护，如果政府不按照要求行事，可以起诉】认为行政机关提供的与其自身相关的政府信息记录不准确，要求该行政机关予以更正，该行政机关**拒绝更正、逾期不予答复或者不予转送有权机关处理的**；

（五）认为行政机关在政府信息公开工作中的其他具体行政行为侵犯其合法权益的。

正面列举总结：

1. 第二条：实质影响了合法权益
2. 第十二条：补充，人身权+财产权+等合法权益+法律法规规定的其他合法权益

**（三）否定列举**

第13条否定列举的规定理论上没有必要，第2条已经有了规定，但是为了让边界更清晰，就又规定了一下。

1. **《行政诉讼法》的否定列举**

不是行政行为或者没有对合法权益产生影响——

1. **国家行为（政治性行为）**

**国防、外交等国家行为。【要么不是行政主体做的，要么也不是行政性的行为】**也包括宣告紧急状态、实施戒严、宣布总动员等行为。

虽然国家行为不可起诉，但一旦国家行为性质发生了变化，成为一般的行政行为，仍然可以对之起诉。

Eg演习区划线，影响公民生活，不能提起行政诉讼，因为不是行政行为，而是国家行为/军事行为 Eg国家援助非洲，不能起诉说要援助自己，因为是国家行为不是行政行为

Eg紧急状态、戒严都不可以起诉。疫情没有宣布紧急状态但是实际上武汉封城已经差不多了，认定紧急状态也不能起诉，因为是国家行为不是行政行为。

1. **抽象行政行为**

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。**规章以外的规范性文件可以被附带审查**

⭐去掉了具体二字，行政行为其实包括了抽象行政行为，抽象行政行为也是司法审查的对象，为什么又排除出去？

**虽然法院可以审查抽象行政行为，但是不可以直接审查抽象行政行为，必须要附带于另一个具体行政行为 才能进行审查。**

法理依据：和不成熟的行为非常类似。做出规范，对你的影响是潜在的，没有对相对人的合法权益产生最终的影响。规范要产生实质影响要通过具体行为发生，如果没有具体行为，就不会产生影响。

**主要指的是规范性文件，法律渊源是不可以直接审查的，如果规范性文件已经对某个具体行政行为具体化了，就认为对你的合法权益产生了影响，可以起诉，但是直接起诉抽象行政行为是不行的**。

1. **内部行为**

行政机关**对行政机关工作人员的奖惩、任免等**决定。没有影响外部相对人合法权益。

根据司法解释，不产生外部效力的行为均不在受案范围之内。因此除了人事处理，**还应包括机构或职能的增减调整以及公文往来等内部事务。**

⭐行政法调整外部公共关系

1. **行政终裁行为**

法律规定**由行政机关最终裁决/终局裁定的行政行为**。（需要法律特别规定）

**《行政复议法》第14条：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*。**

行政机关的终局裁定**必须有法律的特别规定，因为需要排除司法审查，和法律基本要求不一致**。Eg复议法 14条，对国务院部委和省级人民政府的行为要提起复议（eg如果爱公司案，告民政部），本来是要找上级机关复议，但是可以自己复议自己，如果对自己复议自己不服的话，当事人可以向法院起诉，也可以向国务院申请裁决，如果申请裁决，国务院裁决就是最终裁决。

**国务院能做最终裁决的法理：国务院不当被告，要维持基本的权威性。**是一种特殊性，需要有法律规定。其他法律可能也有规定，如果规定了终裁行为就可以排除司法审查，**只能由法律规定**，行政法规不可以规定。

**⭐例：！！吉德仁等诉盐城市人民政府会议纪要案**

因**农村公交与城市公交发生矛盾**，**盐城市人民政府**先后于2002年8月20日、24日两次召集盐城市及城区的两级建设、交通、公安等部门及盐城市公交总公司**进行了专题会办**，并于8月30日下发了盐城市政府第13号《专题会议纪要》。该《会议纪要》**第一条**中规定，**城市公交的范围**界定在经批准的**城市规划区【没有 说市区，市区是已经建成市区的，规划区是未来要建成城市现在还是农村的——这里就存在潜在冲突】**内，以城市规划区为界，建设和交通部门各负其责、各司其职***【内部行为，重申政府部门内部职能】*** ；**第五条【直接引发争议的条款】**中规定，**城市公交**在规划区内开通的若干线路，要保证正常营运，继续**免交有关交通规费【带来不公平的问题：城市公交的成本就要比农村公交低，是不公平的竞争】*【免交交通规费的规定是单纯针对公交公司做出的，主体特定，因而属于具体行政行为；内部行为外部化，对于公交公司和其他利益相关方产生了具体影响；决定已经作出并为相对人知晓，实际上产生了法律影响和效力；该规定影响到了相对人的公平竞争权利和财产权利，属于行政诉讼法的规定的受案范围】*** ；**第六条**中规定，在规划区范围内的城市公共客运上发生矛盾**，须经政府协调，不允许贸然行事，否则将追究有关方面的责任*【该规定较为笼统，没有对权利义务进行明确规定，没有对相对人的权利义务产生实质影响】***。吉德仁等四人是经交通部门批准的道路交通运输经营户，该四人营运的线路与《会议纪要》中明确免交交通规费的公交公司的5路、15路车在盐城市城区立交桥（盐城市城市市区与郊区的分界点）以东至盐城市城区南洋镇之间地段的营运线路重叠。

9月10日，**吉德仁【运营农村公交的】**等四人向城区交通局提出申请，**请求依**《江苏省道路运输市场管理 条例》的规定对公交公司未经交通部门批准超出**市区**延伸到331省道南洋段进行营运的行为**进行查处，保护公平竞争。**9月11日，**城区交通局书面答复吉德仁等四人称，已书面通知**、发函给公交公司要求其限期办理有关营运手续，**但由于**盐城市政府2002年8月30日下发的第13号**《会议纪要》明确规定“城市公交在规划区内开通的若干线路，要保证正常营运，继续免交有关交通规费”，因此该局无法对城市公交车进入 331省道南洋段的行为进行有效管理。【交通局要听政府的】——【有什么救济手段？1、可以起诉交通局，起诉他不履行法律职责：其具有维护公平竞争法律秩序的职责，但是不解决根本问题；2、起诉政府的会议纪要】**

吉德仁等人认为，**盐城市政府把城市公交的营运范围界定在城市规划区并免交规费没有法律依据。城市公 交的营运范围应“严格界定在城市市区”而非城市规划区**。交通部、财政部等部委的三个规章均要求公交车辆出市区后，跨行公路的必须缴纳养路费、客运附加费和运输管理费。城区交通局是因为《会议纪要》的有关内容被迫停止对违法行为的查处的。盐城市政府《会议纪要》中有关免交规费的规定，严重侵犯了上诉人的公平竞争权。请求撤销盐城市政府《会议纪要》第一条、第五条和第六条的相关内容。

**问题：《会议纪要》第1、5、6条是否可诉？【要如何定性？ 抽象？具体？内部？外部？是否成熟？使得否侵犯了合法权益？】**

**☆分开来看三条内容：**

1. **城区公交运营的范围可以延伸到规划区的范围：**

**是抽象还是具体行为？可能有争议：规划行为带有抽象性，不具体；但是在这里其实不是做了一个抽象的规划，而是做了一个具体的行政决定，决定城市公交范围有多大，这里的对象是具体的就是城区公交，可以认为它做出了一个具体的决定。所以是一个具体行政行为。**

**当然法律概念有时候并不绝对，这里的具体行政行为和抽象行为的区分背后有一种价值选择，如果认定为是具体行政行为，就意味着我们认为法院可以干预法院可以干预城区公交和农村公交的边界划分，如果认为是抽象行政行为，就是认为这种政策性的划分不应该由法院干预。带有政策性是一种抽象行政行为。这里我们偏向于认为它是具体行政行为主要是因为它所针对的对象是特定的。**

**内部还是外部行为？内部和外部行为的区分标准不是以收件人为标准的，虽然会议纪要是发给内部人的，**

***但是调整的对象属于外部公共领域，具有外部化的可能性*，不是纯粹的内部行为，在这里的会议纪要针对 外部主体所作，属于外部行为。**

**是不是成熟行为？是否对相对人合法权益产生实质的影响？行政行为要生效对相对人产生影响，最核心的 是对相对人做一个*送达*，这里的会议纪要也不会送达，没有对农村公交经营者告知，当时也没有政府信息公开，这里是让交通局查处，交通局告诉他有这样的会议纪要，他才知道有这样的行政行为，这个时间点涉及相对人日后提起行政诉讼的起诉期限计算，但是会议纪要做出，城市公交范围扩展，已经开始形成了竞争的时候，相对人的合法权益已经受到影响，具有现实性的影响。**

**关于受案范围还有一个因素，合法权益是不是涉案范围内的合法权益。这里会影响财产权益。 所以第一条应该属于受案范围。**

**第五条：城区公交不收钱。**

**抽象具体？应该是具体，针对城市公交。内部外部？外部性。**

**成熟与否？已经产生了实质影响，所以行为已经成熟。**

**侵犯了公平竞争权**

**也属于受案范围的要求**

**第六条：不可以随便贸然行事，发生矛盾要找政府调节，否则要追求责任。**

**不属于受案范围，因为没有对相对人的合法权益产生影响。现在只是威胁了一下，没有产生实质影响。**

**江苏省高级人民法院认定：**《会议纪要》第五条中有关公交车辆在规划区免交规费的规定，是明确要求必须执行的，因此，被上诉人认为该行为属行政指导行为无法律依据。该项免交规费的规定，是**针对公交公 司这一特定的主体、就特定的事项**即公交公司在规划区内的开通的线路是否要缴纳交通规费所作出的一项决定，《会议纪要》的上述内容实际上已直接赋予了公交公司在规划区内免交交通规费的利益，**不应认定为抽象行政行为**。同时，由于该《会议纪要》是一种赋予一方当事人权利的行为，公交公司作为受益人参加了此次会议，因此《会议纪要》虽未向利益相对方直接送达，**但《会议纪要》的相关内容在其后已经得到执行，城区交通局也已经将无法对公交公司进行行政管理的原因及《会议纪要》的内容书面告知了吉德仁等四人，因此应当认定盐城市政府在《会议纪要》中作出的有关公交车辆在规划区免征规费的行为是一种可诉的具体行政行为。**

1. **司法解释补充的否定情形**

**《最高人民法院关于适用<中华人民共和国行政诉讼法>的解释》（法释〔2018〕1号）、**

**整体原理和原来一样，要么不是行政行为，要么没有产生实质影响。但现实中的多样化情形总是让法官感到疑惑。**

1. **刑事侦查行为**

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。

信息公开的时候也说过，这不属于政府信息，刑侦行为也不是行政行为，而是刑事司法行为。由刑事诉讼法调整，行政管辖机关没有管辖权限，**问题在于公安机关超越刑事诉讼法授权，做了违法的刑事侦查行 为，能否提起行政诉讼？**其实违法的刑事侦查行为还是刑事侦查行为，不能由行政庭来审查，但再实践中会出现这样的情况：**刑事司法机关打着刑侦的名义在干着与刑侦无关的事情**，详见下例：

例：甲公司与乙公司签订合同，甲公司向乙公司支付保证金30万元。后由于情况变化，原合同解除，但乙公司未将30万元退还甲公司。甲公司向县公安局报案称被乙公司法定代表人王某诈骗30万元。公安机关立案后，将王某传唤到公安局，要求王某与甲公司签订了还款协议书，并将扣押的乙公司和王的财产移交给甲公司后将王某释放。此处王某是否可以对县公安局提起行政诉讼？

有一些地方的公安机关的经济侦察部门，以经济侦察的名义帮助一些公司讨债。是打着刑事司法行为的名义。如果刑事司法行为对相对人的权利造成了一些损害，刑事法上有没有救济的途径？是有的，在国家赔偿法上，有刑事赔偿，问题在于按照刑事国家赔偿的程序，事情会很麻烦：需要先找侵权的公安机关要赔偿，不给的话就找上级机关复议，还不给就可以找人民法院的赔偿委员会。程序很麻烦，而且国家赔偿中要求必须造成了实际损害，造成实际损害和行政诉讼中讲的影响相对人合法权益是不同的，eg**影响合法权益不一定造成损害，比如行政机关作出罚款决定以后，还没有把钱拿走，没有产生实际损害，但是合法权**

**益已经影响了，因为做出了决定就设定了义务，就已经满足了行政诉讼的起诉条件。**总体来讲刑事诉讼的保障情绪比较滞后也比较麻烦，就产生了一些问题：能否由行政庭管辖？程序更加简便，救济也更加及 时。从直觉上来讲，好像不行，只要进入了刑事司法程序，就按照刑事司法程序追究，即便你违反了行政法，还是应当按照刑事司法程序追究。但是实际上最高法院通过一些案例进行了调整。

Eg本案中法院认为，公安机关的行为不是一个刑事司法行为，应该是行政行为**，因为从在案证据上来看，公安机关不是为了刑事侦查，而是为了讨债，只是将刑事侦查做一个幌子。这个行为应该归入到行政行为的范畴，也就是行政行为为其他公权力行为做了兜底。如果属于某种公权力行为，就按照其他的公权力行为司法程序调整，如果不属于其他公权力行为，就适用行政诉讼法进行监督**。

**如何区分行政行为和刑事行为的边界**？需要比较谨慎，因为不同的权力是有分工有边界的，行政审判不能随便干涉刑事行为，因此能够被归入到行政行为中的刑事司法活动可以参照无效行政行为的思考方式：**只 有刑事司法活动从外表看来重大明显违背刑事诉讼法，一般人看上去就不是刑事司法活动，就不应该归类为刑事司法行为了。Eg本案中如果公安机关认为有诈骗行为，不应该采取这种方式，而且没有证据，可以肯定这种刑事侦查行为是假的，在滥用刑事侦查的权力。甲公司也可以按照国家赔偿的途径，但是也可采用行政诉讼的方式，直接认定这就是行政行为，伪装成了刑事行为而已。**

1. **调解和仲裁行为**

调解：行政机关做的调节**没有法律约束力**，如果**对调解不服可以提起民事诉讼**，但是行政裁决就是有法律约束力的，可以约束非行政的其他审判权eg民事审判权不能审理行政裁决。

行政机关的仲裁很罕见了，而且**仲裁是一裁终局，不在行政诉讼的受案范围中**。

1. **行政指导行为**

**不可以被起诉**，因为行政指导对相对人**没有直接影响**，但是**实践中要做分类，实践中行政指导行为的情况 很复杂，要判断究竟有没有约束作用，如果从个案环境、行政机关的表述等，认为这种指导行为对相对人会产生实质影响，标准是可以客观认定确实存在约束作用，就可以否定行政指导行为，认定它是有法律约束力的行政命令。**

例1：某区教育局发现辖区内甲民办艺术专修学校存在有未经审批，擅自违规设立教学点的现象，故向其出具《行政指导意见书》，要求该学校进行相应整改。在调整、规范之前，暂停受理新增教学点的申请， 直至整改完成。甲学校不服，是否可以提起行政诉讼？

这是一个危胁，对整改进行促进的手段是暂停受理新增教学点的申请，就是说教育局要求整改要尽快完成，否则不利后果会一直承担，所以应该是一个行政命令/责令改正。

例2：国有纺织厂乙近年来效益下降，其所在的A市商务局组织专家进行专题论证，为该厂提出了改进建 议。乙根据建议投入大量资金进行技术改造，新产品投入市场后却未能取得预期效果，并造成亏损更加严 重，乙厂是否可以起诉A市商务局？

和上例不同，这里的商务局**没有强制的意思**。这里政府的指导行为没有实际约束你，没有对你的合法权益 造成实质影响。不可以起诉，是一种行政指导行为，不可诉的事实行为。

1. **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。

例：某区房屋租赁管理办公室向甲公司颁发了房屋租赁许可证，乙公司以此证办理程序不合法为由要求该办公室撤销许可证被拒绝。后乙公司又致函该办公室要求撤销许可证，办公室作出“许可证有效，不予撤销”的书面答复。乙公司向法院起诉要求撤销书面答复是否可以？

**行政机关后来驳回申请的行为只是在重申原来的决定，只是一个驳回申诉的重复处理行为，要起诉应该起 诉原来的行为，因为我们要求进入受案范围的行为是要对相对人你产生实质影响的，要求行政机关重复它已经说过的话，并没有什么实质性的影响你的权利义务**，影响权利义务的是最早的行为，所以应该起诉最基础的行为，在这里当事人为什么不起诉基础行为？**因为起诉期限已经过了，行政诉讼的起诉期限稍不留神就过去了，原来三个月现在是六个月，虽然比原来长了一倍但和两年的诉讼时效相比还是很短，而且诉讼时效是有中断的，起诉期限没有中止中断问题，过去就过去了，所以好多的案件已经过争议期，当事人又想通过法院申请救济，就通过杠杆的方式规避起诉期限制度，肯定是不允许的。**所以这种行为我们认为并没有对合法权益产生实质影响，不是受案范围中的。

1. **内部行为**

行政机关作出的不产生外部法律效力的行为。

1. **阶段性行为（不成熟的行政行为）**

行政机关为作出行政行为而实施的准备、论证、研究、层报、咨询等过程性行为。如行政处罚告知书（说明处罚的内容、依据、并告知听证的权利等）

例：甲报考A市教育局公务员，该岗位仅招聘1人。甲综合成绩排名第1，乙排名第2。但该市人力资源和社会保障局公布的拟录取名单中有乙无甲。甲不服，提起行政诉讼，法院该如何处理？

拟录取名单不是最终录取名单，是阶段性行为，因为公示后会产生其他情况，并不是最终确定的，没有确 定的情况下，不属于行政诉讼的受案范围，因为1、没有产生实质影响而且2、会发生变化，所以没有最终确定的话，先让司法机关介入进行审查，最后行政机关最终作出的行为是合法行为，就白审了。

因为没有到最后的决定点，所以没有直接影响权利义务，是不可诉行为。

1. **协助执行行为**

行政机关根据人民法院的生效裁判、协助执行通知书作出的执行行为，但行政机关扩大执行范围或者采取违法方式实施的除外。

如工商部门协助进行股权变更登记、房管 部门进行不动产产权登记等。

和行政强制执行行为是一回事，本身是不能诉的，而是应该诉决定，如果执行本身有问题才诉执行行为。**协助执行一般是在执行司法裁判，当执行的时候有问题的时候，如果对裁判不服，应该通过再审程序纠正原来生效的民事判决，但如果是登记机关自己登记错了，可以提起行政诉讼**。

1. **层级监督行为**

上级行政机关基于内部层级监督关系对下级行政机关作出的听取报告、执法检查、督促履责等行为。

## 有一些争议。

上级机关对下级机关的监督履职行为，司法解释认为不可诉，**要诉就诉下级机关的行为。**

例：崔永超于2014年11月6日向**济南市政府提出“要求行政处理申请书”**，请求济南市政府：一、依法确认济南市**槐荫区人民政府**以暴力威胁、噪音干扰的方式强迫搬迁的行为违法；二、责令槐荫区政府立即停止对申请人的噪音干扰，保证申请人房屋可以正常居住；三、严格按照法律规定对相关责任单位和责任人员作出行政处理。**济南市政府未作出任何答复。**崔永超提起本案诉讼称，济南市政府有对槐荫区政府的违 法行为进行监督和行政处理的职责，其不履行该职责，是典型的行政不作为，使其合法权益得不到保

护。【要求济南市政府停止槐荫区政府的干扰。但是济南市政府没有答复，所以提起了对济南市政府的诉 讼，认为其不履行职责，因为国征条例规定上级机关有监督下级机关的职能，这个起诉是否属于受案范围？**有不同的意见**：可以认为层级监督行为确实有行政法上的要求，如果没有做到这一点其实就是一种失职，上级和下级政府共同造成了对相对人合法权益的损害，但是法院不这么认为。最高法院认为，这种层级监督行为没有直接影响合法权益，实际上对合法权益的影响是槐荫区政府的行为，起诉的应该是槐荫区政府的行为，其实背后的原因是因为如果起诉上级政府，最后还是要绕回槐荫区政府，过于间接，不利于诉讼的直接解决，这样排除有利于提高诉讼效率】

【企图建立的规则是，受案范围中的合法权益受到影响，应该是受到了行为的**直接影响**，**层级监督行为是 一种间接影响，不在受案范围中，这个要件在行政诉讼法第2条看不出来，这是司法解释做的补充性要求。**】

《国有土地上房屋征收与补偿条例》第6条第1款：上级人民政府应当加强对下级人民政府房屋征收与补偿工作的监督。

**最高人民法院认定：**

**上级人民政府不改变或者不撤销所属各工作部门及下级人民政府决定、命令的，一般并不直接设定当事人新的权利义务，当事人可以通过直接起诉所属工作部门或者下级人民政府作出的行政行为来维护合法权 益。在存在更为有效便捷的救济方式的情况下，当事人坚持起诉人民政府不履行层级监督职责，不具有权利保护的必要性和实效性，也不利于纠纷的及时解决，且易于形成诉累。**因此，济南市政府是否受理当事人的反映、是否启动层级监督程序、是否改变或者撤销所属各工作部门及下级人民政府的决定、命令等，**不属司法监督范畴。**

## 那么，对于上级机关的懒政怠政、不作为行为应当如何救济呢？

1. **信访办理行为**

行政机关针对信访事项作出的登记、受理、交办、转送、复查、复核意见等行为，因为不是对合法权益的直接处理，而是**二次处理。**

**但是信访处理很复杂，要分开看待**，如果信访决定不是对合法权益的直接处理eg原本公安局对你有拘留 15d的决定，你不服，天天去公安局上访，公安局又认定说当时的决定是对的，这就是驳回申诉的重复处理行为，**但是如果信访机关进行了实质处理eg取消了罚款，这时候信访决定就有影响了，就属于受案范围 了。**

**⭐这些都是形式标准，我们看的时候应该看实质，行政诉讼受案范围的实质是行政诉讼法的第2条**。

1. **兜底规定**

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**，不属于受案范围（这只是受案范围的一个标准）。

**受案范围的确定判断的标准应该是：作出行为的主体是不是行政主体、是不是行政行为、是不是直接影响**

**了权利义务——有一个不符合，就不是行政诉讼的受案范围而是属于其他公权力行为eg军事行为、国家行 为、刑事司法行为，按照各自的法律救济，不在行政法的调整范围之内。**

**三、行政诉讼的管辖**

管辖是所有公权力机关行使权力时都要面对的制度。

管辖制度的功能在于**确定第一审案件的受案法院**。确定不同法院如何分享司法权，让法院负担平均，司法审查高效合理进行，在不同级别、地域法院之间进行管辖。

二审和再审以已经进行的诉讼为划分依据，只有一审需要进行管辖的确定。

**核心原则：**事情小的基层法院管，事情比较大的上级法院管，事情特别大的更高级法院管。行政案件的重大不重大不是特别清晰，有时候需要根据法院的认定进行，不同的在于行政诉讼的管辖使命在于让法院的审判更加公正，要通过管辖制度的设计让法院超越行政机关的管辖范围，不能完全重合在一起。

目前行政诉讼中基层法院审理的数量是有限的，大量案件向中级法院集中，现在高级法院也很忙，最高法也很忙，这与行政法修改以后把一部分案件做提级管辖有关。基层法院进行一审案件的管辖最主要的好处是当事人起诉比较方便。为了公正性，牺牲交通便利也是可以的。

**（一）级别管辖**

1. **基层法院**

基层人民法院管辖第一审行政案件。【一般原则】 **方便当事人诉讼；方便法院审理；受地方干扰程度大**

1. **中级法院**

**国务院部门的案件**（包括直属机构、直属事业单位和部管国家局）

**起诉国家部委，包括直属机构、有行政管理权的事业管理单位等等，西城区法院案子非常多，审理也很认真。中央部委管不着北京法院，能够比较独立审判，部委败诉率达到20%几。**

**县级以上地方人民政府的案件**

**没有包括地方人民政府的组成部门eg省公安厅应该由基层法院管辖，因为是组成部门，政府组成部门只有中央政府的组成部门才是基层法院管辖的。其他的组成部门就不管了，如果是人民政府当被告，不去县法院，而去市内的中级法院。因为地方政府作为块的统领（我国条块分割），所以县法院审县政府的案子还是很难的，就要提级管辖。**

**海关**的案件 *海关案件专业性强、且较为复杂，由中级法院审理更为合适*

**本区域内重大复杂案件**（社会影响重大的共同诉讼案件、涉外或涉港澳台案件、其他重大复杂案件）

其他法律规定由中级人民法院管辖的案件（**知识产权类案件）上述三种都是复杂案件，交给审判力量比较强的中级法院审理**或者重大案件

*2018年《适用解释》第6条：*

*当事人以****案件重大复杂****为由，认为有管辖权的基层人民法院不宜行使管辖权或者根据行政诉讼法第五十二条的规定，向中级人民法院起诉，中级人民法院应当根据不同情况在七日内分别作出以下处理：*

*（一）决定自行审理；*

*（二）指定本辖区其他基层人民法院管辖；*

*（三）书面告知当事人向有管辖权的基层人民法院起诉。*

1. **高级法院**

高级人民法院管辖**本辖区内重大、复杂**的第一审行政案件。

没有固定类型。现在高级法院一审的情况很罕见，eg比例原则汇丰公司诉哈尔滨规划局的案件，由高院一审。

1. **最高法院**

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。（第十八条第二款）基本是没有的。

后面两项是备而不用。

**重大复杂的判断**：首先判断重不重大的肯定是相对人，然后法院审查是不是适合自己审理，如果合适就受理，或者指定给下级法院/让当事人到下级法院审理。

**专门人民法院（军事法院、海事法院、森林法院等）、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行政行为的案件。**

**铁路运输法院等专门人民法院审理行政案件，应当执行行政诉讼法第十八条第二款的规定。**

**（二）地域管辖**

1. **一般规则：原告就被告**

行政案件由**最初作出行政行为的行政机关所在地**人民法院管辖。

1. **经复议案件的例外**

经复议案件，也可以由**复议机关所在地**法院管辖。（《行政诉讼法》18条第2句）

有可能复议机关当被告，也有可能原机关和复议机关做共同被告。现在规定的是也可以由复议机关管辖，也就是有可能是原机关法院管辖，就不一定是被告法院管辖了。复议的问题有些复杂，在复议法中一起 讲。

1. **限制人身自由案件的例外**

对**限制人身自由的行政强制措施**不服提起的诉讼，由**被告所在地**或者**原告所在地人民法院**管辖。【对于强制措施实施过程中相对人活动不方便，当然这里没有规定必须实施期间才能起诉，主要是为了方便相对 人】

**原告所在地：户籍所在地、经常居住地、被限制人身自由地**

**对行政机关基于同一事实，既采取限制公民人身自由的行政强制措施，又采取其他行政强制措施或者行政 处罚不服的，由被告所在地或者原告所在地的人民法院管辖。**

例：甲户籍所在地为A区，工作单位位于B区，长期居住于C区。2018年1月，甲因嫖娼被D区公安分局罚款

500元；罚款前甲被留置于E区。

甲若**不服D区公安分局处罚决定**，应向何地法院提起行政诉讼？——原告就被告，

甲若不服留置决定，应向何地法院提起行政诉讼？——是一个限制人身自由的强制措施，户籍所在地A、长期居住C、被告所在地D、强制居留地E【工作单位不是法定连接点】四个地方法院都可以受理。

如果是D区公安局直接在E区对其进行行政拘留，管辖规则就有争议了，有**的学者认为对强制措施应该做广 义理解，不仅包括强制法上的强制措施，还包括行政处罚法的处罚，但是从立法目的上看，没有包括处罚法上的处罚措施，否则可能行政机关要别的地方去应诉，所以应该理解为仅限于行政强制措施**。

1. **涉不动产案件的专属管辖例外**

**要点在于如何理解涉及不动产的涉及**：

两种理解：所有有关不动产的案件//只有因为不动产物权引发的案件——**现在大多支持第二种观点，即涉及不动产本身的案件才应该由不动产所在地法院专属管辖，**因为法院要进行一些操作eg测量。Eg采光案 件，到底有没有影响，需要实际测量。Eg强制拆迁直接涉及物，直接关于执行行为。如果没有关系，就没有必要让所在地管辖。

“因不动产提起的行政诉讼”是指**因行政行为导致不动产物权变动**而提起的诉讼。如房屋登记、拆迁、土地确权、征收等。

**下列行为是否属于不动产案件？**

1. 甲食品公司因违法销售过期食品，其生产厂房和仓库被食药监管机关查封。

查封厂房和仓库的行为不是因不动产提起的案件，针对的是销售过期食品的行为，和仓库没有什么联系。

1. 乙建筑公司被行政机关吊销建设工程施工许可证，在建房屋停止建设。

也没有涉及不动产问题，而是涉及建筑公司的法人资格，不涉及正在建造的房屋到底是怎样的。要按照一般管辖规则确定。

因不动产提起的行政诉讼，由**不动产所在地人民法院**管辖。

不动产已登记的，以不动产登记簿记载的所在地为不动产所在地；不动产未登记的，以不动产实际所在地为不动产所在地。

1. **跨区域管辖例外**

行政诉讼管辖的独特之处，为了让法院脱离所在的社会网络。

经**最高人民法院批准，高级人民法院可以根据审判工作的实际情况，确定若干人民法院跨行政区域管辖行政案件。**

例：北京市第四中级人民法院【本来是北京市的铁路运输法院，正好遇到改革进行转型变成了跨区域管辖案件】管辖下列第一审案件：

……

（六）以**本市各区人民政府**为被告的第一审行政案件【不由所在区的中级法院管辖了】

……

具体到底哪个法院承当跨区域管辖的任务，需要由高级法院根据本省情况制定。

现在为了提高审判公正性，有多样性eg循环管辖、交叉管辖等，需要看具体的地方性规定

1. **共同管辖时的选择**
2. **原告选择**

两个以上人民法院都有管辖权的案件**，原告可以选择其中一个人民法院提起诉讼**。

1. **法律推定**

原告向两个以上有管辖权的人民法院提起诉讼的，**由最先*立案*的人民法院管辖。【不是先交材料的法院】**

**（不是最先受到起诉状的法院）**

**（三）管辖的移送、指定与移转**

1. **移送管辖**

人民法院发现受理的案件不属于本院管辖的，应当移送有管辖权的人民法院，受移送的人民法院应当受 理。**受移送的人民法院认为受移送的案件按照规定不属于本院管辖的，应当报请上级人民法院指定管辖，不得再自行移送**。

**移送的前提是已经受理**，若未受理，则应告知当事人向有管辖权的法院起诉。**移送管辖对被移送法院有拘束效力，受移送法院不得拒收或自行再次移送。**

案件受理后，被告所在地变化或行政区划变化的，受理法院不得以此为由移送案件。（**管辖恒定原**则） 无权管辖只能移送走。移送具有形成效力，受移送的法院是要受理的，但管辖权的移转：本来是有管辖权的，后来发现不适合审理，报请上级法院由上级法院决定。上级法院也可以直接提上去。

1. **指定管辖**
2. **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。**法院整体需要回避

法院因自然灾害无法进行审判活动

1. **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。**

指定管辖可以指定有管辖权的法院管辖，也可以指定原先没有管辖权的法院管辖。

1. **管辖权移转**
2. **上级人民法院有权审理下级人民法院管辖的第一审行政案件。（上提下）**
3. **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理或者指定管辖的，可以报请上级人民法院决定。（下交上）**

**转移的对象为管辖权（区别于移送）**

管辖权只能上移，不能下放，不能平移。决定权在于上级法院，可以不接受移转。

**与民诉中的移转的不同**：民诉重可以向下也可以向上，但行政诉讼中只能往上不能往下，本来提级管辖就是脱离地方保护，再移转回去的话就没法实现目的，

**（四）管辖异议**

人民法院受理案件后，**被告**提出管辖异议的，应当在收到起诉状副本之日起十五日内提出。

## 原告能否提出管辖权异议？——司法解释规定：原告和第三人没有管辖异议权利。然而，对于移送管辖、制定管辖和管辖权移转的案件，剥夺原告和第三人的异议权利似乎略有不妥。

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。

管辖权异议应在首次进行的**第一审程序**中提出，在二审、发回重审和再审中提出管辖权异议，法院不予审查。有异议权的主要是被告不是原告。

**（五）管辖权恒定原则**

立案后，受诉人民法院的管辖权不受当事人**住所地改变、追加被告**等事实和法律状态变更的影响。考虑诉讼的连续性和效率问题。合并、机构迁址等不对管辖产生影响，减少成本

**课后综合：陈素霞诉福建省政府火灾事故批复案**

2015年4月6日的漳州“4•6”爆炸着火重大事故发生后，福建省政府授权福建省安全生产监督局牵头组织成立了事故调查组。形成的《事故调查报告》中针对原告陈素霞的表述为“陈素霞，腾龙芳烃（漳州）有限公司生产副厂长，生产部门的第一安全责任人。未根据实际情况及时组织修订二甲苯岗位工艺操作规程；工艺联锁、报警制度不落实，解除加热炉工艺联锁未办理报批手续；事故设置41单元长时间处于高负荷状态运行；在应急处置过程中指挥不当，……对事故负有主要责任，建议司法机关进一步调查处理。”其后，福建省政府作出涉案

《事故调查报告的批复》，表述内容为：“原则同意腾龙芳烃（漳州）有限公司‘4•6’爆炸着火事故调查组关于事故性质的认定、对相关责任单位和责任人员的处理建议以及相关整改措施的意见”，要求“督促有关地方政府和相关部门依照有关规定严格执行对有关责任单位和责任人员的处理意见”，并要求“向社会公开事故调查报告。”陈素霞之后被福建省漳浦县人民法院判处二年六个月有期徒刑、缓刑三年（重大责任事故罪）。陈素霞对上述《事故调查报告的批复》不服，遂以福建省政府为被告提起本案诉讼。

**能不能起诉进行批复的政府？**

福建省福州市中级人民法院一审认为，福建省政府作出的《事故调查报告的批复》，系福建省政府对省安监局的《事故调查报告》作出的答复意见，属于行政机关内部处理行政事务的文件，对行政相对人的合法权益不发生法律效力，即对陈素霞的权利义务不产生实际影响。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》第一条第二款第六项的规定，陈素霞的起诉不属于人民法院行政诉讼受案范围。故陈素霞提起的诉讼不符合《中华人民共和国行政诉讼法》第四十九条的规定。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第五十一条第二款的规定，一审法院于2017年8月3日作出（2017）闽01行初170号行政裁定：对陈素霞的起诉，不予立案。

是不是内部行为？——管理的目的是针对内部的吗？不是，其实是作外部管理

有没有实际影响相对人的权利义务？——没有，责任不是调查报告或者批复导致的，“交给有关部门处理”非常抽象，可以起诉后续的行政处罚决定，但如果写的很具体，要做什么处理，就可以被诉

《生产安全事故报告和调查处理条例》第32条：

重大事故、较大事故、一般事故，负责事故调查的人民政府应当自收到事故调查报告之日起15日内做出批复；特别重大事故，30日内做出批复，特殊情况下，批复时间可以适当延长，但延长的时间最长不超过30日。

**有关机关**应当按照人民政府的批复，依照法律、行政法规规定的权限和程序，对事故发生单位和有关人员进行行政处罚，对负有事故责任的国家工作人员进行处分。（可以起诉有关机关）

事故发生单位应当按照负责事故调查的人民政府的批复，对本单位负有事故责任的人员进行处理。（批复足够 具体就可以起诉批复的政府）

负有事故责任的人员涉嫌犯罪的，依法追究刑事责任。

# 第十一讲行政诉讼的参加人

2022年5月10日 10:59

**第十一章 行政诉讼的参加人**

原告、被告、第三人、共同诉讼人

**一、行政诉讼的原告**

从法院的角度，原告资格是控制行政诉讼进入法院门槛的阀门。从相对人角度来说，行政诉讼的原告资格保证了行政诉讼法的保障范围——谁可以通过行政诉讼的途径寻求法院的救济，是一种救济的申请资格。行政复议的原告资格跟行政诉讼应该是同一确定的。

**⭐与受案范围的关系**

原告资格与受案范围之间有密切的联系，受案范围也决定了诉讼受案范围的大小，但这两个概念要解决的问题的侧面是不同的。我们首先考察符不符合受案范围，如果符合受案范围，进一步考察起诉的原告有没有原告资格。是两阶段的考察。受案范围解决**哪些合法权益受损**可以到法院寻求救济，受损的合法权益包括人身权财产权等合法权益以及法律法规规定的其他可以起诉的合法权益。原告资格在属于受案范围的基础上解决**哪些人有资格**以受案范围的哪些权益受损来提起诉讼，所以受案范围针对的是受损的对象，原告资格针对的是受损权益对应的主体——这些主体有没有资格以合法权益受损向法院寻求救济。

**（一）一般原告资格**

**《行政诉讼法》第25条：行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼。**

有权提起诉讼的有两类人：

**1、相对人**（实际上指的是行政行为的对象人[对象人、相关人]）

**2、有利害关系的公民法人或其他组织**（部分相关人）

一个行为的对象人当然是有原告资格的。只是相关的话能不能起诉是不一定的，按照行政法第25条，有利害关系可以起诉，如果只是相关但是没有利害关系，所以要看相关程度的大小：关系近的就可以诉，关系远的就不能诉。因为万事万物都有关联，不可能所有相关的人都能起诉，只有关系达到一定程度，构成了 行政诉讼法中的利害关系，才能来起诉，**所以利害关系的概念非常重要**。行政法在这里没有写的太清楚，但是我们依然可以从总则中找到相关的线索。

1. **利害关系的含义**

《行政诉讼法》第2条：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。

**解决了受案范围问题：能起诉的是侵犯合法权益的行为。**

**也解决了原告资格问题：侵犯其合法权益。将侵犯合法权益剖开来，可以发现有三个要件：**

利害关系成立的要件包括三个方面：**第一，存在合法权益；第二，合法权益属于原告；第三，合法权益受到了行政行为侵犯。（侵犯：合法权益受到行政行为的影响，存在因果关系）**

**这三个要件与受案范围中要件的区别？**

**1、合法权益：**受案范围中主要强调合法权益的范围，原告资格中的合法权益是具有公法基础的值得保护的合法权益。在人身权财产权的范围之内还需要进一步满足新的条件才能说主张的合法权益具有原告资格 **2、合法权益属于原告：**在原告资格中是非常关键的一点，受案范围只关心行政行为侵犯的权益是不是法律应该考虑的权益，并不管跟原告有什么关系，但是原告资格中我们要强调被侵犯的合法权益跟原告是具有密切联系的——属于你或者对你有个别化的指向，这种合法权益受到侵犯才是你可以来主张的。

**3、合法权益受到侵犯：**受案范围的司法解释中讲了，如果合法权益没有受到侵犯，不影响合法权益的行为不属于受案范围，准确的说是对权利义务不产生实际影响。受案范围首先关注的就是受影响的权利义 务，如果权利义务没有受到影响，就不在法院考虑的范围之内。原告资格中要考虑的是合法权益有没有受 到行政行为的侵犯，就是**他的行为和你的权益受损之间要存在因果关系**，这是要强调的重点，关注的不是末端的权利，而是权益与原告的指向关系。

1. **合法权益【最重要的组成部分】**

**首先要符合受案范围**：人身权财产权等合法权益以及法律法规规定的其他合法权益，但是这个规定是中性的，这只是画了一个圈，圈之内的合法权益是不是都能主张呢？不一定。要求法院提供救济，你要主张这种合法权益，要求法院对你提供救济，你**要在某种程度上说明你具有主张这种权利的基础**。是一种你可以主张的合法权益。**要求主张的合法权益有公法基础**，类似请求权基础，可能规定在不同的管理法中，eg环境保护法、水污染防治法、传染病防治法等，可能拥有请求行政机关为某些行为的合法权益，这就是有公法规范基础的权益。如果可以在单行法中找到这样的基础就可以以此来向法院主张合法权益受损要求法院 救济。这只是公法上的权益，如果是私法上的权益受损eg债权受损，债权债务人的关系依照私法主张就可以，当然有一些可能归类在私法中，但是也具有很强的公法属性，eg物权法，也带有公法属性，可以作为公法规范为相对人提供救济，提供法律的基础。

**以上的说法背后的理论被称为保护规范理论。即有原告资格的应该有相关的规范提供你的申请人资格。取决于规范的规定，如果规范没有规定你有相关的请求资格，法院就不能保护你。保护规范的优势在 于，让原告资格变得比较清晰**。**每一个单行法制定的时候立法者就已经考虑了，哪些利益我们是需要保护的，保护到什么程度，要不要司法保护。大陆法国家普遍接受这样的理论。在我国还是有一些适用的**

**障碍，虽然目前已经进入了我国的司法实践：**2017年最高法院通过一个判决：刘广明诉张家港市政府的案件，判决中最高法院引进了保护规范理论，**裁判中直接引用了保护规范理论的表述，在实践中也有越来越 多法官将这个理论作为裁判的依据，**但是这个理论听上去很有道理，但是实践中可能会产生过度依赖单行法规定的问题，要求单行法必须提供明确的请求权基础。如果单行法提供不了，尤其是**我国立法体系不够完善，立法机关制定法律的时候也没有考虑规范保护理论**，没有考虑那么多，这个时候就会导致很多领域原告资格有问题，解释上有很大的难度。当然保护规范理论是有一定的延展性的，从规范体系中通过法律解释如果能够认为规范体系在制定目的上是要保护这些人的合法权益的，也可以赋予他原告资格，这就比较间接不是很明确，所以保护规范理论虽然清晰但是适用的范围会受到限制。为了确保相对人得到更充分的保护，还有补充性理论eg**值得保护理论**

【保护规范理论】行政诉讼法上的合法权益是指行政机关在作出行政行为时，公法规范要求其予以考虑的权利与利益。

【值得保护理论】合法权益应有公法规范的基础，即在**公法上值得保护**（仅在私法上值得保护者应通过民事诉讼途径解决）；

行政机关作出行政行为时应予考虑。

**合法权益仅系当事人认为合法，存在合法的可能性，最终并不一定必然合法。**（起诉权与胜诉权）

【说值得保护有点太过宽泛，**需要在两者之间做权衡比较理想：基础的适用规范保护理论，如果找不到规范需要做一些法律解释，看在规范体系中能否推导出相对人有类似的主张的权利。如果推导不出来，但 是在这个案件中相对人的合法权益确实受到了很严重的影响，这种权益从公法的角度上讲值得保护，如 果不提供保护可能就没有办法获得保护了，但这对他有很重要，这时候可以引入值得保护理论，适当地 扩大原告资格的范围，有一个基础同时加上一个特殊情况下灵活操作的空间，原告资格变得既有原则又 有一定的弹性。原告资格必须要有一定的弹性，不能太过僵化，**不同的历史阶段在不同的国家，原告资格 的范围都是不一样的，如果最近案件比较少，法院可能就将原告资格放得宽一点，取决于对某些概念的解释eg利害关系，最近案件太多了法官数量比较少，就倾向于严格解释利害关系，把一些案件排除出去，这也就导致围绕着利害关系的案件总是聚讼纷纭，还没讲清楚，因为立法机关本来也没想讲清楚，要保留灵活操作的空间，避免法院的机械。所以**原告资格事实上是带有政策性的概念，控制权在于法院**。

【总结】**有公法基础/在公法上值得保护：行政机关在作出行政行为的时候要考虑的利益。行政机关作出行政行为时不是所有的利益都要考虑**eg规划许可证的授予中除了考虑授予规划许可的房子之外还要考虑周边的其他房子，但是不可能考虑更远的房子，**如果应该予以考虑（规范可以推导得出），应该予以考虑，相关的被考虑的人就有了原告资格。**【殊途同归】

**例1：**

2012年，**甲在A区内建了一所民办幼儿园**。鉴于国家放开二胎趋势明显，A区政府决定增加一所幼儿园。乙、丙于2015年分别申请在该区新建幼儿园，A区政府经过评审，**批准了乙的申请**【拒绝了丙】。甲认为新建幼儿园将导致其所有的幼儿园生源减少，欲就区政府的批准行为提起诉讼。丙认为区政府的批准违反法定程序，也欲提起行政诉讼。甲、丙是否具有原告资格？区政府曾经承诺甲在5年内享有本区内的独占经营权，则甲是否具有原告资格？

**答案**：甲没有，丙有。丙跟乙竞争获得行政许可，丙获得行政许可的拒绝，这样的行为在行政许可/行政诉讼法上都可以找到相关的依据，共同的许可申请人申请的时候没有拿到许可，权益是受到保护的，被拒绝后可以告许可机关，丙有合法权益。甲的权益不是可以主张的合法权益，甲的利益实际上是主张垄断性经营的利益，一般情况下不会受到法律保护。所以甲主张的是没有法律支持的权利，没有原告资格。

**如果改成政府曾经承诺甲5年以内甲有独占经营权，这时候有没有原告资格？**

区政府的承诺是不是合法的，假设区政府的承诺也是不合法的（不能赋予独占经营权），也和前面不一 样。这里可能存在对政府的信赖，信赖利益构成并且有资格主张，很重要的是信赖利益值得保护，即其是合法的，具有法律基础，当然这里值得保护也需要与信赖保护原则相结合，信赖保护原则赋予了利益获得保护的前提条件。

如果区政府的承诺是违法的，就不存在合法信赖，就没有合法权益，信赖保护原则也用不上？但是我国实践中相对人有可能确实了解不合法，其实谈不上信赖，但是因为与政府达成了默契，在其他方面做了牺 牲，如果允许政府因为行为不合法就随意改变承诺，不利于发展。因此在双方都有过错的情况下要让政府承担一定的责任，因此甲和政府都有过错的情况下应当赋予甲原告资格。严格来讲甲没有原告资格，但是赋予他原告资格会有更好的效果。

**例2：**

原告李冰系北京国际高尔夫游乐公司会员俱乐部会员。 2015年3月24日，昌平区发改委作出**《关于北京国 际高尔夫球场退出的通知》**，认为北京国际高尔夫游乐公司所经营的北京国际高尔夫球场及其所属地上物违反了相关法律规定，责令该公司于2015年4月底前基本完成发球台、标志标示、宣传栏等与高尔夫球场功能有关的构筑物的拆除，5月底前完成退出。（表面上是责令改正的行为—是恢复到合法状态的行为，但是原来的规划是符合的，规划调整之后，变为违法，行政许可应该撤回，以前的行为不违法，不追究，并且政府要给补偿）

**原告认为，北京国际高尔夫游乐公司经营的十三陵高尔夫球场手续合法、处于正常经营期限中。被告作 出的《退出通知》简单粗暴，严重扰乱了正常的市场经营活动秩序，损害了该公司会员的合法权益，故请求法院撤销该《退出通知》。**

**【问题在于会员是否有提起行政诉讼的资格，从刚才的分析中，要有某个规范保护会员的权利才能有原告资格，但是没有这样的规范，实际上是债的关系，可以向俱乐部主张民事权利，本身就是私法利益，没有公法上保护的价值也没有公法基础。】**【便捷打球的权益？首先考虑受案范围-有可能是人身财产

权，但是还要求单行法规定，并没有这样的规定。会员和俱乐部是不一样的，俱乐部对物享有物权，是有物权法的规范基础，支持它发起诉讼，会员没有这样的权利。】

**一审法院判决：**

本案中，被诉的《退出通知》系针对北京国际高尔夫游乐公司作出，原告并非该行政行为的相对人。原告主张其是北京国际高尔夫游乐公司经营的球场的会员，被告作出的《退出通知》导致其作为会员的权益受损，并不属于行政法意义上的利害关系。原告会员资格的取得系基于与北京国际高尔夫游乐公司之间建立 的民事合同法律关系，在履行合同过程中，其权益受损应当另行通过其他途径解决。【其实没有直接运用保护规范理论而是值得保护理论——在公法上不值得保护，民事诉讼的解决比较直接的话就不应当到行政诉讼中来】

**二审法院判决：**

本案中，上诉人所主张的法律地位，是其作为涉案球场的会员，具有使用球场的权利，**该权利显然属于债 务法律关系的范畴，上诉人主张其处于类似于物权人的地位并无事实和法律依据【不让发改委来拆好像是对物享有支配权，但实际上并没有，只是一种债权，没有法律基础】**

**。针对上述权利，并无法律规范规定被上诉人负有考量和保护的法定职责【同一个问题的两个侧面—— 行政机关的保护义务和享有值得保护的合法权益】，或者《退出通知》已经直接对债务关系产生法律拘束力**。因此，就上诉人所主张的权利而言，被上诉人并不处于义务主体的地位，**故上诉人针对被上诉人提起本案诉讼不具有行政法上的请求权基础。**

2018年《适用解释》第13条：债权人以行政机关对债务人所作的行政行为损害债权实现为由提起行政诉讼的，人民法院应当告知其就民事争议提起民事诉讼，但行政机关作出行政行为时依法应予保护或者应予考虑的除外。

1. **合法权益属于原告【最核心的一点】【排除反射利益】**

整个原告资格就是围绕合法权益和原告的关系展开的，除非发生了原告资格的转移，否则不能主张。

**基本法理**：一个人只能最有效地维护自己的合法权益。如果他人利益受损可能影响诉讼效率。

他人除了指个别的他人也包括公益诉讼，法院都是不接受的。如果允许个人以公共利益名义起诉政府，可能形成政治秀场。检察机关可以代表公共利益提起行政诉讼，普通个人不行。

还要求权利个别化地指向你，是一种主观权利而不是一种反射力，也有关合法权益的理解。合法权益是一种主观权利——主观上可以主张的权利，但是有时候法律还会规定其他的东西，为了公共利益，可能间接对你产生好处，正好有利于一部分私人，比如政府一开始准备搞一个学校后来不搞了，为了买学区房利益受损的人就不是受保护的利益，而是反射利益，不受法律保护。Eg北京案例，买了学区房，小学每年收

120人，但是适龄儿童人数增加，等到人家真的要上学的时候发现人数太多，资源教室都不够用了，教育局就出来协调打算分流，还考虑其他因素，录前面120人，房子砸在手里了，家长不能起诉教育局，没有法律基础，只是一种反射力。**围绕优质小学周边的房产是一种公共利益，正好辐射到你身上而已，不是政 府为了你的利益才这么划定的学区。**

合法权益应属于原告自身，非他人的利益。

只有切实受到损害或损害威胁的人，才最适宜于主张其权利并进行有效辩论。

**应属于具有个别化指向的权益（主观权利），不包括反射利益（国家为了促进公共利益而采取的措施正好有利于部分私人）**。

**例1：**

某富有正义感的小学教师甲发现国内某饮料广告存在不雅内容。甲认为此类广告将对其学生的健康成长造成不利影响，故向市场监管机关举报。市场监管机关未予答复，甲向法院起诉该机关不作为。甲是否具有原告资格？

**不具有原告资格，因为不是在主张自己的合法权益而是为他人在主张合法权益。例2：**

H市政府为增加城市绿化，在城市主干道两旁种植了大量法国梧桐。甲的住宅临街，每年夏天，梧桐树为

其遮蔽毒辣的阳光，甲也时常在梧桐树下乘凉。后因**梧桐树落叶量大，清理困难，H市政府决定移除全市道路两侧的梧桐树**。**甲认为市政府的决定对其生活带来了不便，提起行政诉讼。**甲应当向哪一级法院起诉？甲是否具有原告资格？

*甲得以乘凉，其实是公共政策的反射利益，并不属于行政诉讼法所保护的合法利益，不具有可诉性。*

*暂时不讨论受案范围——首先考虑管辖：被告是市政府，起诉的法院应当是中级人民法院。跟这里有关的问题甲是是否具有原告资格，关键是看主张的合法权益跟你有没有关系。虽然树叶在夏天的时候可以提供福利，但是并不是政府种树的根本目的，根本目的是为了绿化等公共利益，顺带着给你提供一些福利，属于反射利益。且在规范中没有相关的规范基础。Eg设区的市的条例。不会考虑对个别公民的影响，不具有合法的基础。*

**反射利益与合法权益的区分可以认为是对合法权益的界定的要件中，也可以认为是在是否属于相对人的要件中，可以通用。**

**例3： 【争议】**

2001年，南京市中山陵园管理局于中山陵风景管理区紫金山兴建“南京市紫金山观景台”。此事经当地媒体披露后，引起南京社会备界的强烈关注。同年10月17日下午，**东南大学施建辉、顾大松两位教师，以南京市规划局在对观景台的规划许可中未依法行政，致使观景台的建设给紫金山的自然风景造成破坏为**

**由，向南京市中级人民法院提起行政诉讼，要求南京市规划局撤销对紫金山观景台的规划许可【案件重 大所以到中级法院起诉】**。中院以该案在本辖区内**未造成重大影响，不属中院受理的在本辖区内的重大、 复杂的行政案件的范围为由【回避了实质问题】，**裁定驳回原告之起诉。

**本案原告是否具有原告资格？此案中的“利益”与上例中有何区别？**

《南京市中山陵园风景区保护和管理条例》（1998年5月19日南京市第十二届人民代表大会常务委员会第二次会议制定 1998年8月28日江苏省第九届人民代表大会常务委员会第四次会议批准）

第7条：编制风景区规划和各景区详细规划必须遵循以下原则：

（一）符合有关保护和利用风景名胜资源的法律、法规的规定；

（二）与南京钟山风景名胜区总体规划、国土规划和城市总体规划相协调；

（三）保持自然景观和人文景观的原有风貌，维护风景区的生态平衡，各项建设设施应当与风景区环境相协调。

**【不属于反射利益】此种观赏优美风景的公共利益由各个个体的利益共同构成，并不属于反射利益。**相反，这一利益并不完全是公共利益，包括了一部分的个人利益，在某种程度上，此种利益归属于个体，因而具备一定意义上的可诉性。但也存在较大争议。

【公益诉讼与本案情况的区别】是否有原告资格？有很多人提出这是公益诉讼所以没有原告资格。**但是这里的起诉所主张的利益和反射利益/他人利益不同，两位老师在诉讼中要保护的利益是欣赏优美风景的权利，这种权力是否属于受案范围需要讨论。**也许有一定的空间，暂时不讨论。**从原告资格角度来讲，是否可以认为观景权属于原告？有一定的联系，主张的内容不是抽象的公共利益而是可以具体化到自己身上 的利益，自己是其中的一份子是否能说权利属于他？这个问题的讨论是有一定意义的。**Eg受噪音影响的人有很多，只有一户要求环保局去管，环保局不管就去告，其他人可以搭便车。但是有人可能说这里不同，受到影响的人是不特定的所以代表公共利益eg化工厂会对整个城市造成环境污染，个人的合法权益受到影响。**虽然有争议但是yq认为可以告。合法权益属于原告没有说只属于原告，以自己受到影响的一份来起诉，是有一定依据的，只是本案中观景的权利过于小了，人数过于多了，看起来是公益诉讼，但是可以**

**分离开来变成一个个人权利的诉讼。**

**【规范基础】当然也要考虑规范基础，《南京中山陵园风景区保护与管理条例》南京市人大制定，规定了风景区规划的时候要遵循一定的原则，保持原有风貌，建设设施要与原有风景相协调，所以规划机关负有一定的考虑义务，所以规划局的行为带有一定的违法性，不符合基本原则。问题在于能否揭示出相对人有合法权益，有难度，因为没有直接规定有观景权，但是有一定的解释空间。可以理解有个别化保 护观景权的意图。**

**——具有原告资格。**

1. **合法权益受到了行政行为的侵犯**

【**侵犯代表直接作用于合法权益的影响**，如果很间接的话就认为利害关系不足，不具有原告资格，标准在于是不是直接损害了合法权益。但是**yq认为直接可以扩展：虽然是间接影响但是影响具有必然性，也可以包含在内。**】

被诉行政行为的不利影响应当**直接作用于当事人**或在**通常情况下将要作用于当事人**。

【因果关系的判断可为合法权益判断吸收。】**例：**

政府决定建造一个城郊交通枢纽，**甲的住宅位于规划范围之内，乙的农用地在规划区周边。甲认为交通枢**

**纽的建设将导致自身房屋遭到拆迁，乙认为交通枢纽的建设将导致其农用地被征收，用来建造被拆迁群 众的安置房。**甲、乙均提起诉讼，何者具有原告资格？

原告资格最核心的判断在于是否属于公法所需要考虑的利益。

*乙：其实没有直接受到规划决定的影响，权益也没有收到政府规划决定的侵犯，因为征地也说不准，这种权利如果没有单行法规说会保护，就不保护，行为关系太远了。*

*甲：好像也没有受到直接影响，因为只是规划决定不是征收决定，但是这里的影响虽然不直接但是是必然 的。拆迁之后再告就太晚了，争议的根本在于规划，允许其告规划行为也会有更好的社会效果。*

**⭐【总结】：原告资格的判断要素**

1、具有公法规范基础的合法权益（行政机关在行为过程中基于法律规范要求它应该予以考虑的一种利益，才是原告资格请求的请求权基础）

2、利益与原告有关（具有个别化指向，利益属于相对人，同时具有个别化的利益归属于你个人）

3、利益确实受到了行政机关行为的直接影响

比受案范围又近了一步，受案范围是法院的角度，原告资格是站在当事人的角度，观察当事人和行为之间是不是有足够的联系，**最后都决定了法院是不是要审理，在判断上经常缠绕在一起**，但是逻辑上可以把他们分开。

1. **司法解释确定的利害关系**

**最高人民法院关于适用《中华人民共和国行政诉讼法》的解释 法释〔2018〕1号**

第十二条有下列情形之一的，属于行政诉讼法第二十五条第一款规定的“与行政行为有利害关系”：

（一）被诉的行政行为涉及其相邻权或者公平竞争权的；

（二）在行政复议等行政程序中被追加为第三人的；

（三）【受害人】要求行政机关依法追究加害人法律责任的；

（四）【信赖利益人】撤销或者变更行政行为涉及其合法权益的；

（五）【投诉举报人】为维护自身合法权益向行政机关投诉，具有处理投诉职责的行政机关作出或者未作出处理的；

（六）其他与行政行为有利害关系的情形。

司法解释要成立也要符合行政诉讼法的规定，法院列举的有利害关系的人也应该满足要件。

1. **相邻权人**

【最重要的是第一个要件：合法权益是符合要求的合法权益，是否有公法规范基础，是否值得保护】【相邻权人有规范保护，即使没有也认为值得保护。保护规范在物权法中】

行政机关的行为损害采光、通风、排水、通行等相邻权。**理论上认为作为第三人的邻人权利的确认可以不依赖于实体法的明确赋权，事实影响就足以成为第三人利益应予权衡和考虑的因素**。

物权人的利益一般应被考虑。**例：相邻权纠纷**

某公司准备新建一高层写字楼，申请并获得了A市规划局颁发的建设用地规划许可证。甲的住宅紧邻规划地块，写字楼完工后将影响其采光。甲向法院起诉请求撤销该规划许可证。【采光权受损，原告资格没有问题】

本案应由何地法院管辖？【相邻关系涉及物权问题，作为不动产物权，应当由不动产所在地法院管辖】 规划局答辩时称，写字楼建设尚未开始，甲的权益并未受到实际损害，故不具有原告资格。该主张是否成立？【实际上不是原告资格而是受案范围的问题。】*此时的行政决定已经作出，符合成熟性原则的要求，所以可以提起行政诉讼。【***实际影响和实际损害不是相同的概念***，*损害是赔偿法上的问题，但是起诉不需要损害，只需要实际影响，本案中实际影响体现在规划许可证已经发出了，必然会产生影响，影响已经存在了，侵犯也是直接的，所以有原告资格】

**不要把行为尚未产生实际损害和尚未发生法律效果混淆。如是尚未发生法律效果，就不属于受案范围，因为没有发生实际影响，但是发生法律效果的并不一定发生实际损害，可能是未来必然发生**。

1. **公平竞争权人**

行政机关的行为违背公平竞争原则，给予某一市场参与者特别优势。**例：**

某地政府对本地企业给予特别财政补贴，导致这些企业产品价格低于行业一般价格。受不利影响的企业可

以起诉该地政府侵犯公平竞争权。

被不公平竞争的人可以要求监管机关对竞争者监督但不作为，或者政府帮助一方形成不公平的竞争地位，都会影响公平竞争权。法律基础是《反不正当竞争法》，行政诉讼法的受案范围也有规定（对公平竞争权的保障）。

公交公司的案件：一方起诉政府，受损的合法权益就是公平竞争的权利，是有规范依据的。

1. **复议案件的申请人与第三人**

经复议案件的原复议申请人和在复议中被追加为第三人的，**若对复议决定不服，可以提起行政诉讼**。【复议中的申请人就相当于起诉中的原告，复议中有申请人资格就意味着行政诉讼中有原告资格】【第三人为什么可以来起诉？追加为第三人说明与案件有关，如果复议决定最后对你造成了影响，跟你的关系就比较密切了，就有原告资格，如果没有产生影响就没有原告资格】

**第三人应受到复议决定实际影响方能起诉**。

1. **受害人【比较复杂】【主要指的是治安案件中的受害人】**

【按照保护规范理论，合法权益应当值得保护，治安案件中可以通过民事途径解决争议，没有必要通过行政途径解决，有没有赋予他这样的权利是值得考虑的，各国现在认识比较一致，有权请求公权力机关对加害人惩戒，如果惩戒不足可以起诉公权力机关，不妨碍民事赔偿要求，因为民事赔偿只是财产上的矫正，还有实现正义的需要。如果公权力机关不能很好地行使维护正义的职能，就可能出现同态复仇。如果不能很好地行使追究的职责，**应该通过起诉促使公权力机关实现正义。**法律规范基础在于：**1、行政诉讼法中受害人有权提起行政诉讼2、单行管理法：治安管理处罚法97条规定公安机关要向相关被处罚人送达处罚决定书，如果存在被侵害人应当抄送副本，因为要告诉你正义已经得到了实现。如果处罚不满意就有了 挑战公安机关的资格**】

部分行政处罚案件中存在受害人，受害人若认为行政处罚决定违法，可提起行政诉讼。

主要针对**治安类案件**中的侵害人身权、财产权案件。行政机关对加害人的处理严格来说并不直接影响受害人的权益，但在禁止私力救济的情况下，应当赋予受害人更大的救济可能性。在其他处罚案件类型中，可 考虑受害人权益受损程度【权利受侵害的现实性和严重性程度】决定是否赋予其原告资格（如，一包方便面的侵权受害方并不受到该条规定的保护）。

若加害人与受害人均不服提起诉讼，两个诉讼应当合并审理。加害人和受害人均是原告，但不是共同原告。

1. **信赖利益人**

【司法解释中说撤销变更行为涉及其合法权益的，主要就是信赖利益。行政许可被撤销/变更，相关利益受损就可以起诉，规范基础在行政许可法中，如果不是行政许可，其他行为被撤销变更了，也可以将信赖 保护原则作为基础，是行政法的基本原则，可以作为违法主张的基本依据。】

**撤销或者变更行政行为涉及其合法权益的当事人具有原告资格。**

**如根据利害关系人申请，许可决定作出机关或其上级机关撤销许可，许可申请人可以起诉。若许可被撤销，与被许可人仅存在债务关系的人一般不应具有针对行政行为的原告资格。**

1. **投诉举报【争议较大】**

【司法解释要求】**为维护自身合法权益**向行政机关投诉，具有处理投诉职责的行政机关作出或者未作出处理的。

【两个要件：1、**为了维护自身的合法权益。**如果是为了公共利益举报的，没有原告资格。2、**处理投诉举报的机关有处理投诉举报的职责**，机关需要进行回应和查出，就是要求相关机关个别化地保护相对人的利益，如果没有说处理投诉举报的职责，监管就是一种概括性的监管，概括性的监管在公民有反射利益，如果**法律规定有处理投诉举报的职责，就意味着有个别化指向的权利，是符合基本法理要求的。**但是实践 中很多地方法院不赞同这样的要求。Eg消费者向市场监管机关举报，不来管，能否起诉？如果都可以承认的话案件数量就会变得很多，法院认为可以通过民事方式解决，就认为投诉举报人不具有原告资格。每个法院认识都不一样。】

举报行为带有公共利益指向，单纯提供线索的举报并不可诉。**例1：**

原告毛培旺是**经被告兴化市民政部门批准核发有效证件**，在陶庄镇范围内从事**殡葬遗体接运服务的个体服**

**务商**。而**第三人张某未经许可非法从事殡葬遗体接运服务**，且又登记殡葬用品店从事非法殡葬营运。**原告 向被告兴化市民政局举报，要求其对第三人的行为进行制止和处罚。尽管被告兴华市民政局对第三人进行了行政处罚，但涉及的车辆仍在非法营运，违法行为仍旧继续，**因此，原告诉至法院，请求判令被告依法查处并制止第三人非法经营的行为。

本案中毛培旺是否具有原告资格？**法院认为：**

被告作为行政区域内的殡葬管理部门，其有权对未经县级以上民政部分批准从事殡葬服务业务的行为进行处理。但**该处理是出于对不特定公众利益的保护，并不会对举报人个人的合法权益造成影响。**原告举报的目的在于，通过被告对第三人的制止或处罚，增加自身的收入，即原告对于**要求被告实施的行政行为仅具有反射性利益，而非法律上的权益**。原告以其举报的行为被作否定性评价后，可能会间接有利于保护其所主张的收入权益为由，不能取得原告主体资格。

*法院解释为反射性利益，主要逻辑在于原告的主张不是让自己受到影响，而是让行政机关履行一般化的监管职责，只是搭便车，但是****这种理解有问题。原告起诉受损的合法权益是公平竞争权，是原告受法律保护的权利，不是一种反射利益而是一种主观权利，是允许他来起诉的。一方面举报人是为了维护自己的权 利，另一方面民政部门也要有处理投诉举报的职责。***

殡葬运输从业者和普通公众是否一样？

**例2：“职业打假人”的原告资格【争议更大】**

原告任海超于2016年7月2日向第三人奉化市日新平民药品零售有限公司购买绞股蓝396元（36包，单价11元），并自称于购买后几日内便知该绞股蓝违反了相关法律规定，**属于不安全食品**，又自称通过其联系，介绍其朋友吴江与王可裕分别于2017年7月18日、2017年7月29日**分三次向第三人购买绞股蓝【知假买**

**假——食品领域十倍赔偿金】**5500元、385元、11000元。后原告于2016年7月31日**通过邮寄方式向被告宁波市奉化区市场监督管理局进行投诉举报，要求其予以处理。被告对第三人进行检查后**，做出《当场行政处罚决定书》，对其销售的中药材绞股蓝包装不符合规定要求的行为处以警告以及责令改正的处罚。但原告认为被告的处罚过轻，侵犯了原告的合法权益，因此向法院起诉，要求判决撤销被告的《当场行政处罚决定书》，并要求被告重新作出新的行政处罚。

任海超是否具有原告资格？**【如果没有职业打假人，肯定就有原告资格，但是形成一个全产业链之后如果****肯定原告资格，职业打假人带来的案件就太多了，整个监管机关就围着职业打假人转，市场监管总局一 直想整治职业打假人，现在法院与职业打假人的观点越来越一致。从法院角度来说，一是通过控制原告 资格虽然是合法权益但是不值得通过公法途径保护，但是司法解释中说了投诉举报人可以来起诉，所以 可能需要另外的地方分析：相关机关有没有处理投诉的职责？消费者权益保护法第32条：应该依照法律法规的规定保护消费者的合法权益，是否可以认定公法规范基础？有些困难，因为这里指的是普遍的职 权。第二款说应当听取意见及时调查处理：要求工商管理等部门对消费者意见及时处理，消费者在这里 就具有了要求其处理意见的权利。所以消费者是有权利起诉的。所以应该是有原告资格的。现在还在想另一个办法，市场监管总局要重新定义消费者，把职业打假人剔除出去。有一些机关试图通过规章的方式变更对消费者概念的理解等等。】**

法院认为：

原告作为涉案绞股蓝的投诉人，投诉目的是为获取十倍赔偿金，……这**显然属于私法上的利害关系，并不 属于被告作出行政行为时需要考虑和保护的法律上的利益，故原告诉称的被侵害利益应选择民事诉讼途径解决**。且本案被诉行政行为系被告对第三人做出的行政处罚决定，该行为产生实体影响的利害关系人是第三人，对原告的合法权益并不产生直接影响。

**（二）原告资格的转移**

1. **公民的原告资格转移【原来的原告没有了】**

有权提起诉讼的公民死亡，其**近亲属**可以提起诉讼。

“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。【首先必须是亲属】

【实践中继受人提起诉讼通常是自己的利益受到损害，但是不能以自己利益受损作为判断标准】

⭐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【不是原告资格的转移，因为原告资格的转移要求你没了，限制自由时原告资格依然属于你】。近亲属起诉时无法与被限制人身自由的公民取得联系，近亲属可以先行起诉，并在诉讼中补充提交委托证明。

**例：**

甲患重病，其妻与之离婚。保姆乙对甲照顾有加，甲遂与乙登记结婚。后甲因病逝世，甲与前妻所生子丙认为民政部门为甲乙办理的婚姻登记侵犯其继承权，故向法院提起行政诉讼。

丙是否具有原告资格？

虽然继承权是受法律保护的权益，但是婚姻登记的时候不需要考虑继承权，对婚姻登记行为提起诉讼，丙以自己名义提起诉讼是不行的，

若丙主张甲乙结婚并非甲自愿，丙是否具有原告资格？

有。eg举证甲收到了乙的强迫，必须要婚姻登记，意志不自愿的情况下进行婚姻登记，有可能可以，因为是为了维护甲的合法权益，是受婚姻法保护的可以起诉的合法权益，虽然最后的目的都是为了遗产，但是采取的诉讼路径是很重要的。

1. **组织的原告资格转移**

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。

**（三）部分特殊原告资格的规定**

1. **合伙**
   1. 合伙企业向人民法院提起诉讼的，应当以核准登记的字号为原告。
   2. 未依法登记领取营业执照的个人合伙的全体合伙人为共同原告；全体合伙人可以推选代表人，被推选的代表人，应当由全体合伙人出具推选书。
2. **个体工商户**

个体工商户向人民法院提起诉讼的，**以营业执照上登记的经营者为原告。有字号的，以营业执照上登记的字号为原告【和民诉法差不多】**，并应当注明该字号经营者的基本信息。

例：原告杭州市西湖区方林富炒货店（个体工商户），住所地渐江省杭州市西湖区西溪路78号 。经营者庞清连。

**3⭐.股份制企业的股东大会、股东会、董事会**

股份制企业的**股东大会、股东会、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（《行政复议法实施条例》规定为“侵犯企业合法权益的”，此处也应作广义理解），**可以企业名义提起诉讼。**

【涉及起诉的原告和受到影响的相对人不是同一人的问题。有时候法定代表人和内设机构的想法不一样eg法定代表人不愿意起诉但是股东要起诉，但是因为公章不能以企业名义起诉，股东不能以自己名义起诉，但是可以通过股东会整体让股东会以企业名义起诉，因为受到影响的是企业】

*企业内部机构可以代表企业提起行政诉讼。*

1. **⭐联营企业、中外合资或者合作企业的联营、合资、合作各方**

联营企业、中外合资或者合作企业的联营、合资、合作各方，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，可以**自己的名义**提起诉讼。

*在同一组织之中，参与各方的利益诉求可能不同，因而应当允许各自以自己的名义提起诉讼。*

例：中外合资网络文化企业B开发了一款网络游戏。投放市场后，文化部门认为该游戏涉及色情及暴力内容，对B公司处以罚款。若中方经营者甲接受处罚，外方经营者乙认为该处罚违法，则乙当以何名义起 诉？

合资企业双方谈不拢，双方可以**以自己的名义**提起诉讼。更加有利于救济企业的合法权益，防止其中一方不敢告政府。

1. **企业主体资格被消灭情形【更加特殊】**

非国有企业**被行政机关**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诉讼。【虽然企业没了但是仍然可以提起诉讼，如果起诉成功认为政府把企业关必的行为违法，可以通过让法院撤销决定让企业重新活过来，借尸还魂。】

1. **非营利法人**

事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等**非营利法人的出资人、设立人**认为行政行为损害法人合法权益的，可以自己的名义提起诉讼。

1. **业主委员会**

业主委员会对于行政机关作出的涉及业主**共有利益**的行政行为，可以自己的名义提起诉讼。业主委员会不起诉的，专有部分占建筑物总面积过半数或者占总户数过半数的业主可以提起诉讼。

**（四）检察公益诉讼**

**《行政诉讼法》第25条第4款：**

人民检察院在履行职责中发现**生态环境和资源保护、食品药品安全、国有财产保护、国有土地使用权出让**等领域**负有监督管理职责的行政机关**违法行使职权或者不作为，致使国家利益或者社会公共利益受到侵害的，应当向行政机关提出检察建议，督促其依法履行职责。行政机关不依法履行职责的，人民检察院依法向人民法院提起诉讼。

**二、行政诉讼的被告**

**（一）被告资格**

1. **一般被告**

【一般规则：行政机关和法律法规授权组织】

公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，作出行政行为的行政机关是被告。*此处的“行政机关”包括法律、法规、规章授权组织，即理解为学理上的“行政主体”。*若为行政不作为案件，则负有相应履行职责的机关为被告。

【还有一些补充性的规定，如下】

1. **经复议案件的被告**
2. **经复议的案件，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和复议机关是共同被告；复议机关改变原行政行为的，复议机关是被告。**

**“复议机关决定维持原行政行为”**，包括复议机关**驳回**复议申请或者复议请求的情形，但以复议申请不符 合受理条件为由驳回的除外。（不符合受理条件的驳回仅含有复议机关不予审查的意思，并非是对被复议行政行为的维持）

*在广义理解上，驳回决定包含着维持，驳回决定甚至可以完全取代维持*

**“复议机关改变原行政行为”**，是指复议机关改变原行政行为的处理结果。复议机关改变原行政行为所认定的主要事实和证据、改变原行政行为所适用的规范依据，但未改变原行政行为处理结果的，视为复议机 关维持原行政行为。

复议机关确认原行政行为无效，属于改变原行政行为。复议机关确认原行政行为违法，属于改变原行政行为，但复议机关以违反法定程序为由确认原行政行为违法的除外。（确认原行政行为程序违法的复议决定视为复议维持）

例：甲参与斗殴，被区公安分局以《治安管理处罚法》上“故意伤害他人身体”的相关规定为依据，处以拘留5日的处罚。甲不服，提起复议，市公安局将依据改为“扰乱公共秩序”，仍然决定拘留5日。市公安局的复议决定属于复议维持还是复议改变？

*只是改变了原行政行为所依据的规范规定，并未实质改变原行政行为的处理结果，因而应当视为复议维持而非复议改变。*

1. **复议机关在法定期限内未作出复议决定，公民、法人或者其他组织起诉原行政行为的，作出原行政行为的行政机关是被告；起诉复议机关不作为的，复议机关是被告。**

相对人在复议机关不作为时具有选择权。

**仅起诉复议不作为，不属于“经复议案件”，仅复议机关所在地法院有管辖权。**

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和复议机关是共同被告。原告只起诉作出原行政行为的行政机关或者复议机关的，人民法院应当告知原告追加被告。原告不同意追加的，人民法院应 当将另一机关列为共同被告。（不是列为第三人）

**行政复议决定既有维持原行政行为内容，又有改变原行政行为内容或者不予受理申请内容的，作出原行 政行为的行政机关和复议机关为共同被告。**

1. **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。 若一份行政决定书上存在多个机关的署名和印章，则这是一个多机关共同作出的行为。

行政机关采取联合执法或统一办理、联合办理、集中办理形式实施行政行为不一定是共同作出行政行为。

【实质上来讲做共同被告是不同的主体经过意思联络做出了统一意志的统一行为，形式上表现是某一个文书上同时盖了两个或多个机关的印章，如果是几个机关联合做出的，是不是共同行为？联合检查/共同执法不一定是共同决定的，如果是各自决定的就是单独行为，只是行为之间存在协同性。】【共同行为是有意思联络的共同决定，在同一个决定上共同盖章，这样就要当共同被告。】

1. **行政委托时的被告**

行政机关委托的组织所作的行政行为，**委托的行政机关是被告**。【受托方本身不具有独立的行政权力】

⭐被委托组织超越委托范围，以谁为被告？

Eg被委托组织超越行政处罚的幅度范围进行行政处罚？法律没有明确规定，但是可以借鉴一般的法律原 理，这里有点像民事上的表见代理，表见代理由委托人承担责任。相对方有理由相信是具有管理权限的。具有了行政执法的外观，相对人可能不能明确知道权限范围，不能苛求，所以对相对人来说即便受托方超过了权限范围，责任应当由委托方承担，否则委托由委托人承担责任就没有意义了。【合法的时候根本不用承担责任】

1. **行政机关被撤销时的被告**

行政机关被撤销或者职权变更的，**继续行使其职权的行政机关**是被告。

行政机关被撤销或者职权变更，没有继续行使其职权的行政机关的，以**其所属的人民政府为被告**；【垂管的】实行垂直领导的，以**垂直领导的上一级行政机关为被告**。

1. **经批准行为的被告**

当事人不服经上级行政机关批准的行政行为，向人民法院提起诉讼的，以**在对外发生法律效力的文书上署 名的机关为被告**。【eg处罚决定由省厅批准以市局签字，市局当被告，与行政复议相反，行政复议是谁批准谁当被告。但是下级机关没有自由，起诉他没有用，能不能直接起诉批准行为让批准的机关当被告？诉讼法没有这样规定，但是实际中也可以以批准的机关做被告直接起诉批准行为】（行政复议中，批准机关为被申请人）【为什么现在没有规定起诉批准行为？可能是考虑到批准决定的影响不够直接，或者是批准只是行政运行中的一个环节，不是最终的决定，没有成熟。但是yq认为批准决定还是有些不同。确实批准行为没有直接影响相对人，但是如果下级机关已经没有选择的空间了，必须按照批准决定所确定的方案执行的话，就意味着批准决定事实上就必然影响相对人的合法权益了，应当承认构成了侵犯，可以认定为几乎是直接影响的情况。说他是成熟的是因为经过上级机关批准的决定是不会再变的，所以坚持成熟性意义不大，所以可以肯定批准决定，尽管司法解释没有肯定】【为什么行政复议法规定了？因为行政复议就是找上级机关进行的，针对的决定是经过上级机关批准然后做出的，如果针对决定不服又找你的上级机关复议，就变成了批准机关自己复议自己，是不合适的，所以要找批准机关的上级机关复议，针对的就是批准决定，是实际解决纠纷的思路。】

1. **行政机关自行组建机构的被告资格**

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。【没有组织法依据的机关没有行政主体资格，要有组织机关担任被告】

1. **内设机构和派出机构的被告资格。**
2. **存在法定授权但超越授权：**法律、法规或者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。
3. **无法定授权但有组织授权：**没有法律、法规或者规章规定，行政机关授权其内设机构、派出机构或者其他组织行使行政职权的，属于行政诉讼法第二十六条规定的委托。当事人不服提起诉讼的，应当以该行政机关为被告。

**一般来说不能当被告，但是很多法律法规做了特殊的授权，授权范围内的可以自己当被告**。

如果超出授权范围的？目前规定的是仍然是你当被告，因为你已经具有了行政主体的外观，除非你原来没有职权授权不是法律法规规章授权的，而是行政机关自己授权的，理解成委托，按照委托的法理处理。 原来有区分种类越权和幅度越权，现在从规范表述上来讲好像取消了，但是种类越权就理解成没有类似的权利而行使这样的权力，按道理应该让所在的机关承担责任，但是目前司法解释没有遵循这样的思路，有些混乱，目前的规定会有理解上的难度。制定的法官说理解成彻底没有而不是仅这一项没有，但是不一定就这么理解。

1. **幅度越权**：法律、法规或者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。 **2）种类越权**：没有法律、法规或者规章规定，行政机关授权其内设机构、派出机构或者其他组织行使行 政职权的，属于行政诉讼法第二十六条规定的**委托**。当事人不服提起诉讼的，应当以该行政机关为被告。

1. **开发区管理机构的被告资格**

*开发区管理机构一般视为当地人民政府的派出机构，按道理应当按照派出机构的规则处理，但根据司法解释，由国务院、省级人民政府批准设立的开发区管理机构一般按照一级人民政府机构的地位加以处理【例如，其职能部门可以单独成为行政诉讼被告】。对于其他的开发区管理机构，仍按照派出机构的相关规则加以处理。*

1. 当事人对**由国务院、省级人民政府批准设立的开发区管理机构**作出的行政行为不服提起诉讼的，以该开发区管理机构为被告；对由国务院、省级人民政府批准设立的开发区管理机构所属职能部门作出的行政行为不服提起诉讼的，以其职能部门为被告。（自然具有行政主体资格）
2. 对**其他开发区管理机构**所属职能部门作出的行政行为不服提起诉讼的，以开发区管理机构为被告；开发区管理机构没有行政主体资格的，以设立该机构的地方人民政府为被告。

【因为开发区管理机构地位很尴尬，也不是地方政府，开发区里面需要一个专门的政府管理机构方便管 理，开发区管委会，下属有很多管理部门。从外观上看像是人民政府，但是没有地方组织法依据，只是临时设立的机构。开发成功了可能成为区政府。地方性法规可能会设定行政主体资格，但是这也有问题，这种规定权地方立法能否行使很有疑问，按照对立法法8的严格理解，按照组织法规定比较好，但是没有规定，法律留出很大的空白，但是在法律实践中不规定清楚会出现很多问题，没有主体资格算谁的？比较混乱，所以司法解释就做了统一——对开发区进行分类，级别高的开发区具有主体资格，其他资格就要看有没有专门法律授权了，如果有授权可以承认是专门法律法规授权组织，如果没有授权，就难以当被告。划分具有科学性但是没有法律依据，是一种创制。】

1. **村委会或居委会的被告资格**

当事人对村民委员会或者居民委员会依据法律、法规、规章的授权履行行政管理职责的行为不服提起诉讼的，以村民委员会或者居民委员会为被告。

【没有行政主体资格，属于基层群众自治组织】*村委会、居委会作为基层群众自治组织，不属于国家行政 机关序列，但是确实在履行一些权力，委托或授权，可以通过法律、法规、规章授权成为行政主体。如部分地方性法规授权村委会行使社会救助、宅基地审批等职能。*

1. **房屋征收部门的被告资格**

市、县级人民政府确定的房屋征收部门组织实施房屋征收与补偿工作过程中作出行政行为，被征收人不服提起诉讼的，以房屋征收部门为被告。

*《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条：确需要征收房屋的，由市、县级人民政府作出房屋征收决定。因此，对征收补偿决定不服，被告为市、县人民政府。*

*对签订征收补偿协议、强制拆迁等行为不服的，应当以房屋征收部门为被告。*

**（二）行政机关负责人出庭应诉**

《行政诉讼法》第3条第3款：被诉行政机关负责人**应当**出庭应诉。不能出庭的，应当委托行政机关相应的工作人员出庭。（**不能仅委托律师出庭——**“民告官、不见官”现象）

行政机关负责人，包括行政机关的正职、副职负责人以及其他参与分管的负责人。

涉及重大公共利益、社会高度关注或者可能引发群体性事件等案件以及人民法院书面建议行政机关负责人出庭的案件，被诉行政机关负责人应当出庭。

行政机关负责人有正当理由不能出庭应诉的，应当向人民法院提交情况说明，并加盖行政机关印章或者由该机关主要负责人签字认可。行政机关拒绝说明理由的，不发生阻止案件审理的效果，人民法院可以向监察机关、上一级行政机关提出司法建议。（只要不出庭都需要提交情况说明）

行政机关负责人和行政机关相应的工作人员均不出庭，仅委托律师出庭的或者人民法院书面建议行政机关负责人出庭应诉，行政机关负责人不出庭应诉的，人民法院应当记录在案和在裁判文书中载明，并可以建议有关机关依法作出处理。

**三、行政诉讼的第三人**

**（一）第三人的范围**

【民事诉讼的第三人：有独三和无独三。**行政诉讼中没有有独三，全部都是无独三，因为民事诉讼中的有独三其实就是原告，以原被告为共同被告提起诉讼；行政诉讼中不可能存在，要么是原告型第三人要么 是被告型第三人，不可能以原被告双方为被告，所以这里第三人都是无独三，但是无独三又分为两种， 一种是必须参加的第三人，一种是可以通知参加的第三人。**如何判断必须要参加的第三人？和**被诉的行为**存在利害关系，和原告资格的标准是一样的：本来要当原告但是没有起诉，法院判决会直接影响合法权 益，所以法院一定要通知你参加起诉。因为要给你一个陈述申辩的机会。还有一种是可以来可以不来，是案件判决结果有利害关系的第三人，这种人不是跟行为有利害关系，而是同**案件的处理结果**有利害关系，通常是没有原告资格的，只是案件判决出来后会出现间接的影响，来不来考虑的因素是有没有重要权益、是不是有助于协助查清事实，可以作为第三人参加进来或者法院可以通知，但法院没有应当通知的义务。如果是必须参加的当事人应当通知而没有通知，就是诉讼程序的重大问题，要发回重审，不会构成当事人的遗漏。】

公民、法人或者其他组织同**被诉行政行为有利害关系但没有提起诉讼**，或者**同案件处理结果有利害关系的**，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。

*行政诉讼中的第三人均为无独立请求权第三人，并不存在有独立请求权第三人。如果第三人有独立请求 权，可以另行单独提起新的行政诉讼，以原告身份参与行政诉讼。*

*民事诉讼有独立请求权第三人同时以案中原被告双方为被告提起诉讼，由于行政诉讼只能起诉行政主体，因此不能以案中原告为被告提起诉讼，所以行政诉讼制度中不存在有独立请求权第三人。*

1. **同被诉行政行为有利害关系**

仅指**原告型第三人**：有原告资格的行政相对人，如行政许可案件中其他被驳回申请的当事人、行政处罚案件中的被处罚人或受害人。

行政机关的同一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。

1. **同案件处理结果有利害关系**

与行政案件处理结果有利害关系的第三人，可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知其参加诉讼。包括**被告型第三人**和**其他与案件处理结果有利害关系的第三人**。

同案件结果有利害关系的范围宽于原告资格中的利害关系，这类第三人往往人数众多，法院并非应当通知其参加诉讼。

例1：某建筑公司与县公路局签订了建筑一条公路的行政合同，之后，该建筑公司又与某沥青厂签订了供应2000吨A号沥青的民事合同，明确规定该沥青将用于前行政合同指称的公路修建。公路工程开工后，县公路局以工程质量要求较高为由，不同意该建筑公司签订的供货合同，**要求建筑公司购买另一沥青厂的名 牌B号沥青**，该建筑公司不同意。**县公路局单方面解除行政合同，导致该建筑公司与某沥青厂的民事合同不能履行。**建筑公司提起行政诉讼，某沥青厂要求作为第三人参加行政诉讼。

属于原告型的第三人，支持原告的诉讼主张，与行政协议本身没有利害关系，只是和案件处理结果之间有利害关系。沥青厂没有行政诉讼的原告资格，但是可以作为第三人参加进来，因为如果建筑公司胜诉的 话，有利害关系，而且可以有利于原告举证。*沥青厂在此处没有原告主体资格，但属于与案件处理结果由利害关系的第三人。*

**⭐被告型第三人**包括1、作出矛盾行为的行政机关、2、当事人不愿意追加为共同被告的其他行政主体（必 要的共同诉讼中如果当事人坚持只告一个，就作为第三人，但是实际上就是被告）、在行政决定中署名的非行政主体（有时候政府行为的时候会带着一些没有职权的协会eg消费者权益保护协会）等

【矛盾的行政行为】例2：某村民向镇政府申请建房，虚报多报户口，镇政府工作人员未认真核查，发给其建房许可证，该村民开始建房。后经县土地管理局查明，**对该村民给予行政处罚要求其退还非法用地， 并处以罚款。**村民起诉土地局，镇政府可以作为第三人参加。

*镇政府和土管局的行为是矛盾的。都涉及同一件事情，属于被告型第三人。*

**（二）第三人的诉讼权利**

【主要是辩论举证等，有助于诉讼】

人民法院判决第三人承担义务或者减损第三人权益的，第三人**有权依法提起上诉**。（《行政诉讼法》第29条第2款）

人民法院判决其承担义务或者减损其权益的第三人，有权提出上诉或者申请再审。（《适用解释》第30条

第2款）

第三人未因判决承担义务或权益未被减损的，无上诉及申请再审的权利。

【问题在于第三人能否提起诉讼请求——没有法律支持——要提诉讼请求应该按照原告起诉条件直接提起行政诉讼，如果是针对同一个行为要进行并案处理，但是诉讼中第三人没有直接提起诉讼请求的权利】 行政诉讼中的第三人类似于民事诉讼法中的无独立请求权第三人。

第三人若欲提出诉讼主张，应当通过起诉的形式【也即不存在有独立请求权的第三人的情况】。

例：甲和乙发生冲突，甲将乙打伤，公安机关对甲处以5日拘留。甲不服，提起行政诉讼，乙未起诉。法院通知乙作为第三人参加诉讼，诉讼中乙认为公安机关对甲的处罚过轻，要求法院予以变更，法院是否可以支持？

乙如果诉讼过程中觉得处罚过轻，应该以原告身份提起一个诉——要考虑诉讼期限的限制。6mon，如果超过起诉期限，乙就失去了提起诉讼请求的资格。

*第三人因****不能归责于本人的事由****未参加诉讼，但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书损害其合 法权益的，可以依照行政诉讼法第九十条的规定，自知道或者应当知道其合法权益受到损害之日起六个月内，向上一级人民法院****申请再审****。*

*不可归责于本人的事由包括：*

1. *不知道诉讼；*
2. *申请参加未获批准；*
3. *知道诉讼，但因客观原因无法参加；*
4. *其他不可归责于本人的事由。第三人应对上述事由承担举证责任*。

**四、共同诉讼**

【和民事诉讼中一样，分为必要共同诉讼和普通共同诉讼】

当事人一方或者双方为二人以上，因同一行政行为发生的行政案件，或者因同类行政行为发生的行政案件、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的，为共同诉讼。

**（一）必要的共同诉讼**

当事人一方或者双方为两人以上，因同一行政行为发生行政争议，人民法院必须合并审理的诉讼。

⭐出发点是诉讼经济与避免矛盾判决。

【行政诉讼中的统一诉讼标的就是统一行政行为。现在审查的是合法性，如果两个告的是一个行为，必须合并到一个诉中处理，否则可能对合法性的判决矛盾。Eg两个原告告了同一个行为/行为由两个被告共同作出——各个相关方都必须参加，如果共同原告放弃诉讼权利可以不来，如果不放弃又不来的就作为第三 人，因为还是可以上诉的。被告就必须追加，当事人起诉的时候遗漏一个被告，需要追加，如果坚决不起诉，要增加第三人】

**特征：**

1、当事人一方或双方为两人以上；

2、诉讼标的的同一性；（诉讼标的即当事人诉请法院处理的争议法律关系。）

3、共同诉讼人应共同参加诉讼；

4、共同诉讼人行为具有一致性（区别于第三人）；

5、**法院必须合并审理、合一判决**。

例：某县公安局和交通局共同作出决定，认定甲、乙合伙共有从事运输的货车违反道路交通管理条例，决定暂扣货车，甲、乙不服所提起行政诉讼。

⭐必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院应当依法通知其参加；当事人也可以向人民法院申请参加。

⭐人民法院追加共同诉讼的当事人时，应当通知其他当事人。应当追加的原告，已明确表示放弃实体权利的，可不予追加；既不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的，应追加为第三人，其不参加诉讼，不能阻碍人民法院对案件的审理和裁判。

⭐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，**但行政复议机关作共同被告的除外**。

**（二）普通共同诉讼**

当事人一方或者双方为两人以上，诉讼的标的是同一种类，经当事人同意，人民法院认为也可以合并审理而将其合并审理的共同诉讼。

【不是同一个行为，行政机关可能做了很多个行为，但是具有相似性eg基本事实相似等，放在一起审比较节省时间，也可以拆开审理，比如信息公开中的滥诉情况，可以增加案件数量。普通共同诉讼具有灵活 性。**判决最后不合一。**】

**特征：**

1、诉讼标的是同一种类。

2、有数个诉讼请求。

3、是可分之诉

2018《适用解释》第73条：根据行政诉讼法第二十七条的规定，有下列情形之一的，人民法院可以决定合并审理

（一）两个以上行政机关分别对同一事实作出行政行为，公民、法人或者其他组织不服向同一人民法院起诉的；

例：丙未办理任何证照而开设餐馆，被工商、卫生、城建、食药分别处罚。丙不服，提起行政诉讼。

（二）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；

例：甲、乙二人开货车跑运输，因超速被公安交管机关在收费站分别处罚。甲、乙不服，提起行政诉讼。

（三）在诉讼过程中，被告对原告作出新的行政行为，原告不服向同一人民法院起诉的；

（四）人民法院认为可以合并审理的其他情形。

**（三）代表人诉讼（集团诉讼）**

**当事人一方人数众多的共同诉讼**，可以由当事人推选代表人进行诉讼。**代表人的诉讼行为对其所代表的当事人发生效力，但代表人变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，应当经被代表的当事人 同意。【有一定限制，不能影响实体权利】**

仅限于原告。

“人数众多”一般指十人以上。

当事人推选不出的，可以由人民法院在起诉的当事人中指定代表人。

代表人的权利仅包括提出管辖权异议、提供证据、进行法庭辩论等**不涉及当事人实体权利**的行为。

**五、行政诉讼代理人**

**（一）法定代理人**

没有诉讼行为能力的公民，由其法定代理人代为诉讼。法定代理人互相推诿代理责任的，由人民法院指定其中一人代为诉讼。

**（二）委托代理人**

当事人、法定代理人，可以委托一至二人作为诉讼代理人。下列人员可以被委托为诉讼代理人：

1. 律师、基层法律服务工作者；
2. 当事人的近亲属或者工作人员；
3. 当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民**（禁止一般公民代理）**。

【民事诉讼法-委托代理规定】

第五十八条当事人、法定代理人可以委托一至二人作为诉讼代理人。下列人员可以被委托为诉讼代理人：

（一）律师、基层法律服务工作者；

（二）当事人的近亲属或者工作人员；

（三）当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民。民事诉讼也基本取消了一般的公民代理。

有关社会团体推荐公民担任诉讼代理人的，应当符合下列条件：

1. 社会团体属于依法登记设立或者依法免予登记设立的**非营利性法人组织**；
2. 被代理人属于该社会团体的成员，或者当事人一方住所地位于该社会团体的活动地域；
3. 代理事务属于该社会团体章程载明的业务范围；
4. 被推荐的公民是该社会团体的负责人或者与该社会团体有合法劳动人事关系的工作人员。

**（三）当事人、代理人权限**

代理诉讼的律师，有权按照规定查阅、复制本案有关材料，有权向有关组织和公民调查，收集与本案有关的证据。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的材料，应当依照法律规定保密。

当事人和其他诉讼代理人有权按照规定查阅、复制本案庭审材料，但涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的内容除外。

**课后综合：齐来发与山东省交通运输厅道路运输局不履行法定职责案一、基本案情**

2011年9月27日原告齐来发与济南长途汽车运输有限责任公司签订协议书，由其承包经营济南长途汽车运输有限责任公司的鲁A48307号客车。2012年11月9日原告向被告山东省交通运输厅道路运输局邮寄了书面申请，申请书认为莱芜交运集团长途客运有限公司鲁S30886号客车超范围不按批准线路经营，侵犯了原告的合法权益并造成了经济损失，原告要求被告：1、依法履行职责查处莱芜交运集团长途客运有限公司鲁S30886客车超范围线路经营；2、禁止该车辆侵占原告的路线营运；3、吊销其道路运输经营许可证。被告于2012年11月12日收到上述书面申请，至原告提起诉讼之日未作出答复。原告认为被告应当履行法定职责，向原审法院提起行政诉讼。

**一审法院认为：**

1. 《道路运输条例》（行政法规）第69条规定：违反本条例的规定，客运经营者、货运经营者有下列情形之一的，由县级以上道路运输管理机构责令改正，处1000元以上3000元以下的罚款；情节严重的，由原许可机关吊销道路运输经营许可证：（一）不按批准的客运站点停靠或者不按规定的线路、公布的班次行驶的……。如果原告认为鲁S30886客车存在违反上述规定的情形，应当向县级道路运输管理机构投诉举报，由该机关根据认定的事实，作出处理。该机关对投诉人资格首先进行认定，如认定被投诉举报的车辆违法情节严重可由其转交违法车辆原发证机关处理，或告知投诉举报人向原发证机关处理。原发证机关在认定违法车辆情节严重的情况下依法处理。上述处理方式符合《中华人民共和国道路运输管理条例》第六十九规定的逻辑顺序。
2. 据此，原告要求被告赔偿经济损失60万元的诉讼请求（不属于直接损失），无法律和事实依据，同样应予驳回。

**原告上诉意见：**

1. 被上诉人山东省交通运输厅道路运输局给山东莱芜交运集团长途客运有限公司颁发了经营许可证就有义务监督许可证的实行，现该公司超范围经营情节严重，理所当然应当由被上诉人查处。
2. 被上诉人很显然属于县级以上道路运输管理机构又是发证机关，对超范围经营有义务进行查处，一审所谓的逻辑顺序没有法律依据。
3. 上诉人一年来多次书面及电话还有亲自去被上诉人信访处，反映超范围经营情节严重的情况，被上诉人一直给答复协调解决，从未提起不属于他们的职责。一审开庭时被上诉人认可属于他们的职责。（诉讼法上的自认只适用于事实问题，权属是法律问题）

**原审第三人莱芜交运集团意见（与行政不作为存在利害关系，应当参加诉讼）：**

1、上诉人运营的车辆属于济南长途汽车运输责任有限公司所有，该车辆的实际运营主体是上述公司，个人不允许经营客运，因此该车辆与我方车辆存在纠纷，应由济南长途汽车运输责任有限公司起诉或要求交通部门查 处，一审原告主体不适格。（不合适，齐来发具有利益的独立性）

2、我方车辆严格按照审批线路和班次经营，不存在超范围经营问题，也不存在不按规定线路经营问题，我方已向交通部门作出说明，因此我方不应受到行政查处，上诉人的诉讼请求不应得到支持。

**二、本案涉及法律问题**

1. **侵犯了何种合法权益？【受案范围】**

第十二条人民法院受理公民、法人或者其他组织提起的下列诉讼：

(六)申请行政机关履行保护人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；（关于不作为）

经营权和人身权财产权密切相关，在被保护的范围

1. **齐来发是否有权主张政府查处他人违规经营【原告资格】是否具有个别化指向？**

一审法院：原告向被告邮寄送达书面申请，该申请有具体要求被告履行职责的请求事项，而且该事项与交通运输主管部门的相关职责有关，被告对该申请未予答复，原告对此提起行政诉讼符合法律规定的形式要件，原告具备主体资格。（不充分，要看有没有规范基础）

**是否属于合法权益？**

《道路运输条例》12条：县级以上道路运输管理机构在审查客运申请时，应当考虑客运市场的供求状况、普遍服务和方便群众等因素

观点一：基于公共利益的考虑，没有针对经营者利益的考虑

观点二：考虑供求状况意味着不是充分的市场竞争，其中考虑了经营者单独的利益

1. **二审法院认为，山东省交通运输厅道路运输局收到齐来发的上述申请后，应当根据其职权范围的规定对其申请作出相应处理。请问应当如何处理？**

二审法院判断：根据《中华人民共和国道路运输条例》、省政府鲁政发（1994）91号、鲁政发（106）号、鲁政发（1999）34号文件以及交通部门三定方案确定的职责分工，我省各级交通稽查机构，包括交通稽查支队、大队（站）作为道路运政职能的路检路查执法机构，是法规授权的主体，应当以自己的名义实施道路运输行政处罚和行政强制措施。由上述规定可知，对客运经营者不按规定线路行驶的行为进行检查的执法主体是省内各级 交通稽查机构，在客运经营者存在上述违法行为、且情节严重的情况下，原许可机关才具有吊销道路运输经营许可证的权力。

《山东省交通运输厅职能配置、内设机构和人员编制规定》

第1条：根据党中央、国务院批准的《山东省机构改革方案》和《中共山东省委、山东省人民政府关于山东省省级机构改革的实施意见》，制定本规定。

第3条 省交通运输厅贯彻党中央关于交通运输工作的方针政策和决策部署，落实省委工作要求，在履行职责过程中坚持和加强党对交通运输工作的统一领导。主要职责是：

……

（五）承担公路、水路、地方铁路、机场以及城市轨道交通建设市场监管责任。拟订公路、水路、地方铁路以

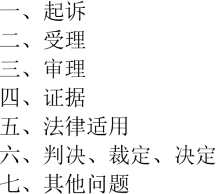
及城市轨道交通工程建设相关政策、制度、标准并监督实施，拟订机场工程建设相关政策、制度并监督实施。组织协调公路、水路、地方铁路以及城市轨道交通有关重点工程建设和工程质量、安全生产监督管理，组织协调机场有关重点工程建设工作，指导公路、水路、地方铁路、机场以及城市轨道交通基础设施管理和维护。按照规定负责港口规划和岸线使用管理工作。

（原告的范围依据法源性文件，三定方案不能作为法律依据；有监管职责，应履行告知转送的义务）

# 第十二讲 行政诉讼的过程

2022年5月24日 14:00

**第十二章行政诉讼的过程**



**一、起诉**

【主要解决的问题是起诉的条件，之前也在讲eg受案范围、原告资格、管辖，还有一项：起诉期限（时间条件）】

**（一）起诉期限**

【和民事诉讼中的诉讼时效与根本区别，时效制度和期限制度不同】

* 1. **起诉期限与诉讼时效的区别：**

1. 超过诉讼时效丧失**实体胜诉权**，但相对人并未丧失起诉权，超过起诉期限则会导致起**诉权丧失【不能提起救济：与行政行为的形式确定力有关：行政行为做出后如果要提起争议，需要在法定期限内提出，如果争议期内没有提出，行政行为就有了确定力/不可争讼力。为什么不采用诉讼时效制度？因为行政行为带有对世性，需要保证比较高的权威程度，不能总是处于待定状态，因此对于行政行为的攻击一定要严格限制范围，超过期限之后就不能再质疑，否则会给社会秩序带来长期的不稳定，本质上在于行政行为有确定 力】**；
2. 法院**不可主动审查**诉讼时效问题，但可以**主动审查**起诉期限问题；
3. 诉讼时效可以中断，中断后【如果主张权利】重新起算；起诉期限则**没有重新起算一说，只存在扣除与延长的问题**。【与政府谈判过程中拖着拖着可能就超过起诉期限了】
   1. **起诉行政作为案件的期限**

**【对积极的作为】**公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当自**知道或者应当知道**【只有 相对人知道了行政行为的内容才发生效力，送达才生效，如果没有告知就没有发生效力，一般行政决定都要做送达；应当知道是一种推定，相对人有很多途径得知，但是**行政诉讼法上的应当知道要求获取信息的来源具有正式性和官方性**，一般的道听途说不能作为应当知道的来源，仍然可以认为相对人不知道。Eg公交车案，相对人一开始不知道做了会议纪要，向市交通局要求查处的时候才知道的，虽然市政府没有告知，但是**相对人通过另外的机关了解到了行为的存在，就推定应当知道**；eg刘艳文案，没有博士学位也没有被告知，不能算是知道应当知道，但是别人拿到了自己没拿到不能做推定，只有到学校问了才能确定是应当知道。相关的告知属于行政行为的重要一环，如果没有做，具有违法性，因此知不知道行政机关必须留下证据，eg送达回证录音录像，如果举证不能，举证责任要行政机关承担】作出行政行为之日起（也就是行政行为生效之日起）**六个月内**提出。法律另有规定的除外。

⭐作出行政行为不代表行政行为生效。

⭐行政行为经送达相对人之后方能生效，因此当事人知道或应当知道作出行政行为之日就意味着行政行为的生效之日。

⭐“知道或应当知道”应由行政机关承担举证责任。

⭐**【最长时间】**例外一：⭐因不动产提起诉讼的案件自行政行为作出之日起**超过二十年**，其他案件自行政行为作出之日起**超过五年**提起诉讼的，人民法院不予受理。

⭐因不动产提起诉讼的案件是指不动产物权案件。

【最根本的目的是为了维护稳定性，因为不知道而延缓是有限度的，有最长起诉期限的限制，如果过了还不知道，就再也不可以来诉了，不动产案件20年，其他案件5年。是有一定合理性的。一般来说5年还不知道，说明是没有什么实际影响的，法律也没有必要保护你。】

⭐**【起算点的例外】**例外二：行政机关作出行政行为时，未告知公民、法人或者其他组织起诉期限的，起

诉期限从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道起诉期限之日起计算，**但从知道或者应当知道行政行 为内容之日起最长不得超过一年。**【如果知道行为内容但不知道有起诉期限这个制度的，起诉期限也不开始计算，这里又涉及最长时间，从知道行为内容起不超过一年。】

例：1999年4月1日，A县政府在修建公路时占用了甲村的土地，由于距离甲村较远，甲村村民未察觉，A县政府也未告知。**2019年3月1日**，A县政府决定拓宽道路，需进一步征收甲村土地。**此时，甲村才发现先前还有一块土地被占，故向县政府主张补偿。县政府认为此事时间过于久远，不予补偿。**若甲村提起行政诉讼，起诉期限如何计算？



一般从最左端开始计算期限6个月，但如果情况比较复杂：1、不知道行为：第二个箭头开始算2、不知道起诉期限：**第三个箭头开始算【如果2、3个箭头之间超过一年，就不保护起诉期限了】4、最长起诉期限20/5年，从行为做出之日起计算，如果知道行为内容和最长起诉期限之间不到六个月了，就按照短的那个算，就是按照最长起诉期限算。**

分情况：99年占用时没有告知：期限没有起算，19年3月1号知道行为之后，如果也知道起诉期限问题，就往后推六个月，如果不知道有起诉期限问题，照理说可以延长一年，**但是已经不到1年时间了，到2019年12月1号就不再延续了。**

* 1. **起诉不作为案件的期限**

起算点：确认有行政不作为-法定履行期限届满不作为无特别规定（法律法规）履职期限：

申请行政机关履行保护其人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关在**接到申请之日起两个月内不 履行的**，公民、法人或者其他组织可以向人民法院提起诉讼。法律、法规对行政机关履行职责的期限另有规定的，从其规定。

若**不存在法定履职期限**，应当在申请之日起**两个月【统一设置的履行期限】**后的**六个月内**提出；若存在法定履职期限，应当在行政机关履行法定职责期限届满之日起六个月内提出。

若行政机关**作出拒绝履行的决定**，提起诉讼不受履职期限的限制。

⭐在**紧急情况下**请求行政机关履行保护其人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关不履行的，

【因为应当**即时履行**，因为履行期限缩短到0了，构成不履行法定职责，就能够确定存在行政不作为】提起诉讼不受前款规定期限的限制。

* 1. **经复议案件起诉期限的特别规定**

不服复议决定的，可以在**收到复议决定书之日起【作为，但是涉及两个行为的稳定性，需要及时寻求救 济】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。

* 1. **起诉期限的扣除与延长**

因**不可抗力或者其他不属于其自身的原因耽误起诉期限的，被耽误的时间不计算在起诉期限**内。

因前款规定**以外的其他特殊情况耽误起诉期限的**，在障碍消除后**十日内**，可以**申请延长期限**，是否准许由人民法院决定。

【总结：行政诉讼法的起诉条件】

**（二）法定起诉条件**

1. 【原告资格，利害关系】原告是符合行政诉讼法第二十五条规定的公民、法人或者其他组织；（不包括明显不具有原告资格）
2. 有明确的被告；
3. 有具体的诉讼请求和事实根据；
4. 属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖。

【起诉期限】

形式：书面和口头都可，但是大多是书面的**何谓“明确的被告”？**

*原告提供被告的名称等信息足以使被告与其他行政机关相区别的，可以认定为“有明确的被告”。起诉状*

*列写被告信息不足以认定明确的被告的，人民法院可以告知原告补正；原告补正后仍不能确定明确的被告的，人民法院裁定不予立案。（明确的被告并非正确的被告，若被告不正确，并不产生不予立案的法律效果。）*

**何谓“具体的诉讼请求”？**

*请求判决撤销或者变更行政行为；*

*请求判决行政机关履行特定法定职责或者给付义务；请求判决确认行政行为违法；*

*请求判决确认行政行为无效；*

*请求判决行政机关予以赔偿或者补偿；请求解决行政协议争议；*

*请求一并审查规章以下规范性文件；请求一并解决相关民事争议；*

*其他诉讼请求。*

*当事人单独或者一并提起行政赔偿、补偿诉讼的，应当有具体的赔偿、补偿事项以及数额；请求一并审查**规章以下规范性文件的，应当提供明确的文件名称或者审查对象；请求一并解决相关民事争议的，应当有具体的民事诉讼请求。*

**何谓原告起诉时的“事实根据”？**

*原告起诉时应有****初步****的证据证明其和被告之间存在行政争议，但并不需要达到证明被告行为违法的程度。因为行政行为合法性的举证责任由被告承担。*

*2018《适用解释》第54条：公民、法人或者其他组织提起诉讼时应当提交以下起诉材料：*

*（一）原告的身份证明材料以及有效联系方式；*

*（二）被诉行政行为或者不作为存在的材料；（一般为行政决定书。若行政机关作出行政行为时没有制作或者没有送达法律文书，公民、法人或者其他组织只要能证明行政行为存在，并在法定期限内起诉的，根据司法解释规定，人民法院应当依法立案。）*

*（三）原告与被诉行政行为具有利害关系的材料；*

*（四）人民法院认为需要提交的其他材料。*

**（三）起诉形式**

1. **书面起诉**

起诉应当向人民法院递交起诉状，并按照被告人数提出副本。

1. **口头起诉**

书写起诉状确有困难的，可以口头起诉，由人民法院记入笔录，出具注明日期的书面凭证，并告知对方当事人。

**二、受理**

【在立案庭完成，是一个比较难的环节，法院会通过各种方法不立案。为了提高受案率，采用立案登记制。】

**（一）予以立案**

人民法院在接到起诉状时对**符合本法规定的起诉条件**的，应当**登记立案**。

**对当场不能判定是否符合本法规定的起诉条件的【立案庭对一些边界问题不是很清楚】，应当接收起诉 状，出具注明收到日期的书面凭证，并在七日内决定是否立案。**（2018年《适用解释》：七日内仍不能作 出判断的，应当先予立案。）

**（二）补正后立案**

**起诉状内容欠缺或者有其他错误的，**应当给予指导和释明，并**一次性告知**当事人需要补正的内容。不得未

经指导和释明即以起诉不符合条件为由不接收起诉状。

在指定期限内补正并符合起诉条件的，应当登记立案。当事人拒绝补正或者经补正仍不符合起诉条件的，退回诉状并记录在册；坚持起诉的，裁定不予立案，并载明不予立案的理由。

**【对立案环节的救济制度】**对于1）**不接收起诉状、2）接收起诉状后不出具书面凭证，以及3）不一次性告知当事人需要补正的起诉状内容的，**当事人可以向上级人民法院投诉，上级人民法院应当责令改正，并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。

【现在立案率很高，导致裁定驳回率很高。】

**（三）不予立案**

不符合起诉条件的，作出**不予立案的裁定【可以上诉的裁定之一：不予立案/驳回起诉/管辖权异议】**。裁定书应当载明不予立案的理由。原告对裁定不服的，可以提起上诉。

人民法院既不立案，又不作出不予立案裁定的，当事人**可以向上一级人民法院起诉**。上一级人民法院认为符合起诉条件的，**应当立案、审理，也可以指定其他下级人民法院立案、审理**。

**（四）裁定驳回起诉（属于审理阶段，行政庭处理）**

【处理的问题：行政诉讼的起诉是否符合法定起诉要件，理论上立案阶段应该排除，但是立案阶段比较宽松】对于已经立案的案件，发现不符合起诉条件，应当**裁定驳回起诉**。

【原告资格是政策性在变化的，相关的尺度由审判庭判断比较合适】

*驳回诉讼请求是判决，驳回起诉是裁定*

**⭐诉讼过程的三个阶段**

立案阶段（较宽松）——起诉条件审查阶段——实体审理阶段

⭐2018年《适用解释》第69条：有下列情形之一，已经立案的，应当**裁定驳回起诉**：

（一）不符合行政诉讼法第四十九条规定的（起诉条件）；

（二）超过法定起诉期限且无行政诉讼法第四十八条（扣除与延长）规定情形的；

（三）错列被告且拒绝变更的（被告不正确）；

（四）未按照法律规定由法定代理人、指定代理人、代表人为诉讼行为的；

（五）未按照法律、法规规定先向行政机关申请复议的；**【特殊】**【**复议前置情形**：一般来说复议和诉讼是可以选的，但是有些情况必须先复议再诉讼；如果规定复议前置不能直接起诉】

（六）重复起诉的（当事人就已经提起诉讼的事项在诉讼过程中或者裁判生效后再次起诉，且当事人、诉讼标的、诉讼请求均相同）；

（七）撤回起诉后无正当理由再行起诉的；**【特殊】**【民事诉讼可以起诉，**没有正当理由行政诉讼不可以 再起诉，正当理由主要是自由意志（被骗了），如果自由意志之下撤诉了，就不能再起诉**】

（八）行政行为对其合法权益明显不产生实际影响的；

（九）诉讼标的已为**生效裁判或者调解书所羁束的；【重复起诉】？和6有什么区别？**

（十）其他不符合法定起诉条件的情形。

前款所列情形**可以补正或者更正的，人民法院应当指定期间责令补正或者更正；在指定期间已经补正或者****更正的，应当依法审理。**

**⭐人民法院经过阅卷、调查或者询问当事人，认为不需要开庭审理的，可以迳行裁定驳回起诉。**

**三、审理**

【目前的审理程序有一审二审再审。一审中还有一般程序和简易程序】

**（一）概括规定**

1. **审理、判决公开**

【审判公开】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。涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。

【裁判文书公开】人民法院应当公开发生法律效力的判决书、裁定书，供公众查阅，但涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的内容除外。

【最直接的目的是为了方式司法腐败，有利于促进司法公正。对司法改革的影响是深远的。法官现在在写判决的时候会认真的多】

1. **调解**

【与民事不太一样，更严肃，首先体现在调解范围上，公法上的范围有限制】

1. **调解适用的范围**

**人民法院审理行政案件，不适用调解。**但是，**行政赔偿、补偿以及行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权的案件**可以调解。【如果是羁束行政行为就没有调解的可能性，但是理论总是在变化的，**eg行政和解制度**，证监会发现事情查不清楚，让对方交一笔和解金就不再追究，**在传统理论上有问题，放弃执法职 责，但是在一些特殊情况下，一些条件符合的情况下也可以接受和解。】**

1. **调解的原则**

调解应当遵循自愿（需要征得双方当事人同意）、合法原则，不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益。

**【调解是自愿的**，以前法院逼迫调解，因为政治口号建设社会主义和谐社会。】

1. **调解的过程**

⭐**调解过程不公开**，但当事人同意公开的除外。（⭐**调解协议内容不公开**，但为保护国家利益、社会公共利益、他人合法权益，人民法院认为确有必要公开的除外）

经人民法院准许，**第三人可以参加调解。人民法院认为有必要的，可以通知第三人参加调解**。

1. **调解的法律效果**

调解达成协议，人民法院应当制作调解书。**调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。（必须双方签收）**

当事人**一方或者双方不愿调解、调解未达成协议的，人民法院应当及时判决**。当事人必须履行人民法院发生法律效力的调解书。（**调解书不可以上诉**）

**当事人自行和解或者调解达成协议后，请求人民法院按照和解协议或者调解协议的内容制作判决书的，人民法院不予准许**。

【调解不成要继续判决，如果接受签收了调解书，就变成了有强制法律效力的。与行政行为的效力很像，有拘束力，遵守调解协议的要求履行义务，有强制执行效力，可以申请强制执行。与行政机关的调解不 同，行政机关的调解没有法律效力，没有实际影响，而且行政机关解决的是民事主体之间的民事争议，但是司法审查中的调解解决的是行政争议。】

【一审法院的判决可以上诉，因为是法院的意志，调解是双方的意志，同意了的事情不能不服，不可以上诉，除非出现意志不自由的情况，通过再审程序推翻效力】

1. **回避**
2. **回避的申请**

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。

以上规定适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

**【操作方式】**当事人申请回避，应当说明理由，**在案件开始审理时提出**；回避事由在案件开始审理后知道的，应当**在法庭辩论终结前提**出。（合议阶段不可再提申请）

【问题在于利害关系的程度，比原告资格中的利害关系宽泛得多，只要有影响都要回避eg律师和法官在大学的时候是情敌，所以申请回避，这个地方的利害关系是典型的利害关系，这种私人恩怨很大可能影响案件的处理】

1. **申请回避的效果**

被申请回避的人员，**在人民法院作出是否回避的决定前，应当暂停参与本案的工作，但案件需要采取紧急措施的除外**（如紧急的证据或财产保全）。

【**会造成审判活动的中止，回避制度在实践中有被滥用的情况**，原告知道案件不一定能赢但是要给政府制造麻烦，就提起诉讼之后不停申请回避，给诉讼过程制造障碍，为了避免恶意利用回避制度，对于当事人明显不适宜的回避申请可以当庭驳回eg被告之前有案件胜诉所以要求法官回避，是没有依据的主张】

1. **回避的决定**

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。

对当事人提出的回避申请，人民法院应当在三日内以口头或者书面形式作出决定。对当事人提出的明显不 属于法定回避事由的申请，法庭可以依法当庭驳回。（一般需要休庭）

1. **驳回回避申请的救济**

申请人对驳回回避申请决定不服的，**可以向作出决定的人民法院申请复议一次。复议期间，被申请回避的人员不停止参与本案的工作。【不再中止诉讼活动】**对申请人的复议申请，人民法院应当在三日内作出复议决定，并通知复议申请人。

**（二）一审普通程序**

行政诉讼第一审程序参照民事诉讼程序进行。

1. **被告答辩**

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**十五日内**向人民法院提交作出行政行为的证据和所依据的规范性文件，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。

不提供或者无正当理由逾期提供证据，视为没有相应证据。

【被告的答辩，行政诉讼需要刚性的时间要求，15d是很重要的，如果没有完成答辩后果很严重，涉及证据的问题】

1. **审判组织**

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**。

1. **宣判**

人民法院对公开审理和不公开审理的案件，**一律公开宣告判决。**（不宜公开的内容应尽量不写入判决书，或在宣判时予以隐去）

**当庭宣判的，应当在十日内发送判决书；定期宣判的，宣判后立即发给判决书。宣告判决时，必须告知当事人上诉权利、上诉期限和上诉的人民法院**。

1. **审理期限**

人民法院应当在立案之日起**六个月内**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**。【简易程序：45d】

【行政诉讼和民事诉讼审限的基本规定是差不多的，但是整体上说公法规范更严格，民事诉讼中延长审限只需要院长批准，行政诉讼中延长审限都需要高级人民法院批准，这就造成了很多麻烦，基层人民法院需要层报到高院，比较麻烦，是为了促使法院尽快完成审理，因为需要尽快稳定行政管理关系，行政行为具 有对世性。但是现实中复杂的案件该延长还是要延长eg方林富案】

【没有特殊情况，行政诉讼还是应该适用一般程序。】

**（三）一审简易程序**

审判组织可以独任审理、审限短

原来不设简易程序，行政案件比较复杂，担心法官不敢审。

1. **简易程序的适用条件**

人民法院审理下列**第一审行政案件【第一次用第一审程序审理的案件，二审不适用，（其他情况eg再审使用一审程序的、发回重审的第一审都不能使用简易程序，因为简易程序案件简单争议不大事实清楚，如果都发回重审再审了说明问题很严重】**，认为**事实清楚、权利义务关系明确、争议不大**的，可以适用简易程序：【法院有裁量空间】

**三种可以直接适用的（即便当事人不同意）法定情形：**

1. 被诉行政行为是依法当场作出的；【简易处罚程序作出的行政处罚决定/当场做出的行政许可（形式审查材料），但是行政强制措施不算是，当场做出应该理解为当场做出行政决定，因为行政强制措施是经过批准做出决定，当场做出的只是实施行为，决定不完全是当场做出的，并不符合这里的要求，即使是紧急做出的也需要后续批准同意，涉及的影响比较大，所以不适用】
2. 案件涉及款额二千元以下的；【案件标的小，争议不大，可以使用简易程序节约资源】
3. 属于政府信息公开案件的；【不是涉及的权利义务小，而是审理起来比较模式化，主要审查的就是该不该公开】

除上述情形外，当事人各方同意适用简易程序的，可以适用简易程序。【简易程序只是备选方案，有简易程序转成普通程序的程序eg案件不简单/审限不够用，可以裁定转为普通程序】

发回重审、按照审判监督程序再审的案件不适用简易程序。

**高级人民法院是否可以适用简易程序？**

高级人民法院（有可能审理一审案件）**不可以**适用简易程序，因为是**受案范围为辖区内的重大疑难案件**

**何谓“事实清楚”？**

“事实清楚”，是指当事人对争议的事实陈述基本一致，并能提供相应的证据，无须人民法院调查收集证据即可查明事实。

**何谓“权利义务关系明确”？**

“权利义务关系明确”，是指行政法律关系中权利和义务能够明确区分。*通常是单向关系，一般不包括第三人*

**何谓“争议不大”？**

“争议不大”，是指当事人对行政行为的合法性、责任承担等没有实质分歧。（没有实质分歧不代表没有分歧）

1. **简易程序的特别规定**

适用简易程序审理的行政案件，由**审判员一人独任审理**，并应当在立案之日起**四十五日**内审结。

1. **转为普通程序**

人民法院在审理过程中，发现案件不宜适用简易程序的，**裁定**转为普通程序。

需要转为普通程序审理的，应当在审理期限届满前作出裁定并将合议庭组成人员及相关事项书面通知双方当事人。

案件转为普通程序审理的，审理期限自人民法院立案之日起计算。

**（四）二审程序**

【对一审判决不服，谁都可以不服，原告被告第三人都行。与行政复议不同，行政复议中，如果相对人申请复议机关复议，复议机关如果认定行政机关行为违法，如果相对人不服，可以提起行政诉讼，如果行政机关不服，行政机关没有救济机会，不能告到法院，但是对于一审判决，行政机关可以上诉，有时间限 制，判决15d，裁定10d（期限制度），不可抗力有期限的延长问题】

1. **提出上诉**

【向上一级法院上诉，但是**上诉状依然交给一审法院**，法律没规定能不能直接交给二审法院，因为如果提交上诉不是只交上诉状就可以的，相关案卷材料都需要随案移送，所以一审法院代你转交比较合适，基本不会剥夺上诉权的，因为改判是很常见的事情】

**针对判决**：当事人不服人民法院第一审判决的，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。

**针对裁定**：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。

·当事人包括原被告双方和第三人；

·可以上诉的裁定包括不予立案、驳回起诉、管辖权异议三项。

·第一审人民法院作出判决和裁定后，当事人均提起上诉的，上诉各方均为上诉人。诉讼当事人中的一部分人提出上诉，没有提出上诉的对方当事人为被上诉人，其他当事人依原审诉讼地位列明。

·当事人提出上诉，应当按照其他当事人或者诉讼代表人的人数提出上诉状副本。

·原审人民法院收到上诉状，应当在五日内将上诉状副本发送其他当事人，对方当事人应当在收到上诉状副本之日起十五日内提出答辩状。

*·原审人民法院应当在收到答辩状之日起五日内将副本发送上诉人。对方当事人不提出答辩状的，不影响人民法院审理。*

·原审人民法院收到上诉状、答辩状，应当在五日内连同全部案卷和证据，报送第二审人民法院；已经预收的诉讼费用，一并报送。

1. **审理方式**

人民法院对上诉案件**，应当组成合议庭（不得独任审判）**，开庭审理。经过阅卷、调查和询问当事人，对没有提出新的事实、证据或者理由，合议庭认为不需要开庭审理的，也可以**不开庭审理**。（以开庭审理为原则）【一审必须开庭，二审有可能对事实和证据没有疑义，只是对规范理解不服，不一定需要开庭审 理，因为法庭调查的主要功能是查明事实和就法律问题展开辩论，如果证据理由都没有什么新的，二审就没必要开庭审理了。只是成本比较高。】

1. **审理内容**

人民法院审理上诉案件，应当对原审人民法院的判决、裁定和被诉行政行为进行**全面审查【一审法院也要 做全面审查——对行政行为的合法性，不限于当事人提出的请求eg有时候只是认为适用法律错误，但法院发现适用法律没有错误但是事实不清证据不足，法院要全面审查，依据是行政诉讼法的第一条，立法目的，要公正及时审理案件（回避管辖、时限），保护公民法人和其他组织的合法权益（主观利益）、监督行政机关依法行使职权（我们的行政诉讼制度不只是保护老百姓的利益，也是在代表国家实施监督行政机关的行为，是对客观公共利益的维护，不限于相对人主张的范围）】**。

行政诉讼中的审查不限于相对人上诉请求，如原告认为行政行为程序违法，法院可以判决行政行为没有法律依据。

二审程序中的审查是对具体行政行为和一审裁判的双重性审查。

1. **审理期限**

人民法院审理上诉案件，应当在收到上诉状之日起**三个月**内作出终审判决。有特殊情况需要延长的，由高级人民法院批准，**高级人民法院审理上诉案件需要延长的，由最高人民法院批准**。【最高院直接二审的比较少，这样直接规定就可以了】

**（五）再审程序（审判监督程序）**

【二审判决生效后还可以通过再审程序否定效力，将已经生效的司法决定否决掉，和在行政程序中否定已生效的行政决定本质上是一样的，我国没有行政程序法，但是理论上是存在的，称为行政决定的重开eg处罚决定做出了，生效了，法定救济期限过了，能否撤销重新做一个？是可以的，决定自我纠错或者上级行政机关纠错。相对人也可以自己来主张，因为有批评建议的权利，很像司法上的再审程序。但是审判监督程序毕竟是要否定已生效的裁判，不能随便否定，所以需要一定的条件，和二审不同，二审不需要特别理由，只要不同意一审就可以了。】

1. **再审的情形（《行政诉讼法》第91条）【8项】**

当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：

1. 不予立案或者驳回起诉确有错误的；【都是裁定】【管辖权异议裁定不能再审，防止司法混乱】
2. 有**新的证据**，足以推翻原判决、裁定的；
3. 原判决、裁定认定事实的**主要证据不足**、未经质证或者系伪造的；
4. 原判决、裁定适用法律、法规确有错误的；【法律问题，争议比较大，yq认为问题比较大。实践中经常出现的再审判决就是原审适用法律错误，因为事实错误的概率不是特别大，大多数都是法律问题，原来的判决不一定对法律的理解就是完全错误的，只是后来的法院对法条的理解有不同的观点，可能是学理上不同观点，没有法条规定，甚至有时上级法院的理解是错误的。这一条的直接效果就是创造了第三个审级，如果再审法院把自己当作上诉法院，不是再审的目的，所以第四项应当是违反了明确规定，如果只是对法 律理解的不同不能归入，否则会造成再审的范围扩张】
5. 违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的【重大程序瑕疵】；（审判组织不合法、未回避等）
6. 原判决、裁定遗漏诉讼请求的；【遗漏诉讼请求的判决裁定对于诉讼标的已经起到了羁束作用，法院对行政行为的合法性已经判断过了，如果再重新起诉可能会发生矛盾，所以当诉讼标的已经被原生效裁判羁束的情况下，只能撤销原判重新审判】
7. 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；
8. 审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。

【总结：只有适用法律确有错误是有讨论空间的】

1. **再审的启动**

在行政行为上，重新做出新行为可以是做出原行为的机关或上级可以，当事人没有法定请求权，但司法程序中有规定申请权

1. **当事人申请再审**

**当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为确有错误的，可以向上一级人民法院申请再审，**但**判决、裁定不停止执行。（仅指申请期间不停止执行）【有执行力没有确定力，判决生效之后仍然有争讼的可能 性，效力没有被最终确定】**

当事人向上一级人民法院申请再审，应当在**判决、裁定或者调解书**发生法律效力后**六个月内提出**。有下列情形之一的，自知道或者应当知道之日起**六个月内**提出【不是再审审查的期限，是当事人决定要不要再审的期限】（该期限不适用中止、中断、延长）：【调解书不可以上诉但是可以再审eg违反自愿原则、损害公共利益等】

1. 有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；
2. 原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；
3. 据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；
4. 审判人员审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。

·当事人主张的再审事由**成立**，且符合行政诉讼法和司法解释规定的申请再审条件的，人民法院应当**裁定再审**。

·当事人主张的再审事由**不成立**，或者当事人申请再审超过法定申请再审期限、超出法定再审事由范围等不符合行政诉讼法和司法解释规定的申请再审条件的，人民法院应当**裁定驳回再审申请**。

·人民法院应当自再审申请案件立案之日起**六个月内审查**，有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。

**⭐当事人经一审判决后在法定期限内未提出上诉，是否可以申请再审？**

理论上有争议。如果对一审判决不服，应当充分利用正常的救济程序，应该二审，所以主张不应当接受再审，但是这种主张没有法律依据，法律没有因此剥夺再审的权利，**所以按照目前的诉讼法，当事人可以申请再审**。

**⭐当事人对再审判决、裁定不服可否再次申请再审？**

**不能。再审只能向法院申请一次，如果再审申请被驳回了，或者已经经过再审了，就不能再审。**如果打穿中国法院系统是怎么做到的？其他的制度，除了相对人申请再审的途径之外，其他的主体也可以启动eg本院（作出原生效判决的法院）、上级法院、检察院都可以直接启动的。

《最高人民法院关于行政申请再审案件立案程序的规定》第2条申请再审，有下列情形之一的，人民法院不予立案：

（一）再审申请被驳回后再次提出申请的；

（二）对再审判决、裁定提出申请的；

（三）在人民检察院对当事人的申请作出不予提出检察建议或者抗诉决定后又提出申请的；

前款第一项、第二项规定情形，人民法院应当告知当事人可以向人民检察院申请检察建议或者抗诉。

1. **本院再审**

各级人民法院**院长**对本院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第九十一条规定情形之一，或者发现调解违反自愿原则或者调解书内容违法，认为需要再审的，应当提交审判委员会讨论决定。

1. **上级法院要求再审**

最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第九十一条规定情形之一，或者发现调解违反自愿原则或者调解书 内容违法的，**有权提审或者指令下级人民法院再审**。

1. **检察机关抗诉**

**两种手段：抗诉/检察建议**。内容上没区别但是针对对象和情景是不一样的：抗诉是上抗下，上级检察院发现下级法院，检察建议是平级提出的。特例：最高人民检察院对应最高人民法院可以提起抗诉，出现同级抗诉。一般来说eg北京市检察院对应北京市高级人民法院，（检察院除了最高之外都没有最高等头衔，只有地方名称）如果北京市检察院认为北京一中院的审判有问题，可**以提出抗诉，要向同级提出抗诉（北京 高院**），如果是北京一分检发现一中院有问题，不能抗诉只能提检察建议。

不一定上一级抗诉，最高人民检察院可以直接针对基层人民法院的判决提出抗诉，但是实践中大多是上一级抗诉。

⭐最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第九十一条规定情形之一，或者**发现调解书损害国家利益、社会 公共利益的**，应当**提出抗诉**。

⭐地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第九十一条规定情形之一，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，可以向同级人民法院提出**检察建议**，并报上级人民检察院备案；也可以提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。（抗诉必然引起再审，检察建议则不一定。）

⭐人民检察院**提出抗诉**的案件，接受抗诉的人民法院应当自收到抗诉书之日起三十日内**作出再审的裁定**；有行政诉讼法第九十一条第二、三项规定情形之一的（即存在事实问题的），**可以指令下一级人民法院再 审，但经该下一级人民法院再审过的除外（仍然可以指定其他下级法院再审）**。

⭐人民法院收到再审**检察建议**后，应当组成合议庭，在三个月内进行审查，发现原判决、裁定、调解书确有错误，需要再审的，依照行政诉讼法第九十二条规定裁定再审，并通知当事人；经审查，决定不予再审的，应当书面回复人民检察院。

【抗诉直接可以启动再审程序，但检察建议不一定，因为同级，法院只是应该进行审查，判断是否符合诉讼法91条的再审情形，如果符合就再审，如果不符合就决定不再审并回复检察院，但是检察院可以继续找上级检察院提起抗诉，就要再审】

**⭐当事人申请抗诉或检察建议**

有下列情形之一的，当事人可以向人民检察院申请抗诉或者检察建议：

1. 人民法院驳回再审申请的；
2. 人民法院逾期未对再审申请作出裁定的；
3. 再审判决、裁定有明显错误的。

**人民法院基于抗诉或者检察建议作出再审判决、裁定后，当事人申请再审的，人民法院不予立案。**

【当事人可以申请抗诉或检察建议，这样就可以打穿审判系统。向检察机关申请抗诉就包括明显错误的情况，如果检察院认为明显错误就是错误。】

【我们目前的再审制度，让案件可以来回在司法系统中来回翻，带来了司法资源很大的浪费，怎样防止司法资源的空转，是要注意的问题。但是再审不能被取消，还为了获得公正体验。】【再审的纠纷和司法资源的浪费哪个更重要？需要经验判断】

1. **再审的审理**

⭐人民法院按照审判监督程序再审的案件，**发生法律效力的判决、裁定是由第一审法院作出的，按照第一 审程序审理，所作的判决、裁定，当事人可以上诉；【不能用简易程序】**

⭐**发生法律效力的判决、裁定是由第二审法院作出的，按照第二审程序审理**，所作的判决、裁定，是发生法律效力的判决、裁定；

⭐上级人民法院按照审判监督程序提审的，按照第二审程序审理，**所作的判决、裁定是发生法律效力的判 决、裁定。**

⭐人民法院审理再审案件，应当另行组成合议庭。

⭐按照审判监督程序决定再审的案件，裁定中止原判决、裁定、调解书的执行**，但支付抚恤金、最低生活 保障费或者社会保险待遇的案件，可以不中止执行**。**【申请再审期间不发生判决裁定中止的问题】**

⭐被申请人及原审其他当事人在庭审辩论结束前提出的再审请求，符合本解释规定的申请期限的，人民法院应当一并审理。

**四、证据**

【和民事诉讼有很大不同，民事诉讼是谁主张，谁举证，但是行政诉讼中关于具体行政行为合法性的举证责任不由原告承担，举证责任倒置，由行政机关证明其行为合法。出于公平的考虑，弥补管理与被管理的 地位的不平等】

**（一）被告的举证**

1. **被告的举证责任**

·被告**对作出的行政行为负有举证责任**，应当提供作出该行政行为的证据和所依据的规范性文件。

【法律的基本推定】行政诉讼中预先推定被告行为违法。

【允许第三人帮助被告举证；eg齐来发案中莱芜交运集团也可以举证】·被告不提供或者无正当理由逾期提供证据，视为没有相应证据。但是，被诉行政行为涉及第三人合法权益，第三人提供证据的除外。

1. **被告举证的期限**

【比民事诉讼要求更高，被告比原告要求高】·被告应当在**收到起诉状副本之日起十五日内**【答辩期】向人民法院提交作出行政行为的证据和所依据的规范性文件，并提出答辩状。【延期举证很难，除非有特别正当的事由eg不可抗力，因为我们认为行政机关在做行政决定的时候所有的证据都清楚了】【到期不举证视为没有证据，行为违法，实在没收集完只能败诉】

⭐被告在作出行政行为时已经收集了证据，但因不可抗力等正当事由不能提供的，经人民法院准许，可以延期提供。

·实践中认可的理由包括**卷宗丢失、因年代久远而查找困难**，否定的理由包括**案件承办人出国考察、其他单位未 及时移交卷宗**。【法院认可的正当理由接近于不可抗力：主观上无法避免无法控制，后面的不属于不能控制的范围】

1. **⭐被告在诉讼中收集补充证据的限制**

【所有证据应该在行政决定作出之前就收集完毕了，如果后来再收集证据就是非法证据，即便确实可以证

明行为的合法性，但是这里的价值判断是通过证据规则迫使行政机关依法行政不能事后补正】【所以原告要审核被告证据清单，如果决定作出后才形成的，就是不合法的。但是也有例外，出现行政程序中原告没提出的问题，诉讼伏击证据，可以允许重新举证。】

·在诉讼过程中，被告及其诉讼代理人不得自行向原告、第三人和证人收集证据。

·被告及其诉讼代理人在作出具体行政行为后或者在诉讼程序中自行收集的证据不能作为认定被诉具体行政行为合法的依据。

【伏击证据】·原告或者第三人提出了其在行政处理程序中没有提出的理由或者证据的，经人民法院准许，被告可以补充证据。

**洛阳市公安局长安路分局、钟某某治安管理处罚案**

2018年1月14日，长安路分局对钟某某作出长安公（治）行罚决字[2018]10005号行政处罚决定，认定2017年12月

25日19时许，孙某某与钟某某1因经济纠纷发生争执，其后钟某某到场后对孙某某实施了殴打行为，予以治安行政处罚。钟某某不服，提起本案诉讼，请求撤销该处罚决定。

洛阳市中级人民法院二审认为，……孙某某未明确指认钟某某殴打自己；靳玉生只是证明钟某某与孙某某撞到一起；杨光不清楚孙某某如何倒地；只有询问钟某某笔录记载钟某某陈述打了孙某某，而询问笔录记载与询问录音录像不一致。现场监控视频无法看清钟某某有“朝孙某某头上打了一拳”的动作；一审法院据此认定长安路分局作出的行政处罚决定书证据不足。

长安路分局申请再审：**根据调取的现场监控视频及慢放处理【补充证据，做决定是依据没慢放的视频做出的，行 政处罚的决定是违法的】**，可清楚体现钟某某跑至孙某某面前停下，而后挥拳击打孙某某头部，医院诊断证明也印证孙某某头部受伤事实存在，且诊断证明中载明的孙某某受伤部位与视频中钟某某挥拳殴打部位一致。原审判决认定事实不清，依法应予撤销。

再审法院：……长安路分局调取了事发现场小区的监控视频，由于钟某某与孙某某肢体接触时间短，动作迅速，故将该视频以慢放形式处理，视频中可以辨别出在18点59分36秒（视频载明时间）钟某某用右手出拳殴打孙某某左侧头部的行为。

**（二）原告的举证**

【原告也是有举证责任的】

1. **原告的举证权利**

【是举证的权利不是举证的责任】·原告可以提供证明行政行为违法的证据。原告提供的证据不成立的，不免除被告的举证责任。

【但是关于行政行为合法性的证明，原告也有一定的义务，就是**在行政程序当中**需要配合行政机关进行证 据的提供，如果你当时没有陈述申辩而到法院陈述申辩是不行的，法院可以不予采纳，如果行政程序完成了，行政决定做出了，就没有义务了，但是行政程序中合理的收集证据的要求是要满足的，但是如果不合理。没法律依据，也可以拒绝。】

【不采纳的证据】·

⭐被告有证据证明其在行政程序中依照法定程序要求原告或者第三人提供证据，原告或者第三人依法应当 提供而没有提供，在诉讼程序中提供的证据，人民法院一般不予采纳。

·行政机关需要举证说明要求过当事人提供证据。

·不是当事人依法应当提供的，行政机关不得要求相对人提供。

·若该证据关涉基本事实，法院还是可以采纳。

1. **原告的举证责任**
2. **起诉时的初步证明**

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。

【原告资格、具体的行为，但不需要非常的完善】

2018《适用解释》第54条：公民、法人或者其他组织提起诉讼时应当提交以下起诉材料：

（一）原告的身份证明材料以及有效联系方式；

（二）被诉行政行为或者不作为存在的材料； （一般为行政决定书）【文书】

（三）原告与被诉行政行为具有利害关系的材料；

（四）人民法院认为需要提交的其他材料。

1. **不作为案件**

【要证明自己曾经申请过，主要是要证明行政机关有没有**作为义务**】在起诉被告不履行法定职责的案件中，原告应当提供其向被告提出申请的证据。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；（法定职责应具有个别化指向）

②原告因正当理由不能提供证据的。（如行政机关拒不颁发许可证且拒绝给予任何手续或凭证）

【从诉讼有效性，将证明责任放到原告是合理的：你曾经提出过申请但是他没来。但是存在例外：1、有一些不需要申请eg人民警察法保护公民不需要申请，当事人不需要再证明了，只要证明自己遇到危险警察在附近2、被告原因导致原告无法证明自己提出过申请。以前行政机关运作不健全eg行政许可申请以前没有凭证，无法证明，是行政机关内部制度欠缺导致的案件】

1. **赔偿、补偿案件**

【类比侵权法中的赔偿补偿。如果证明不了有损失就不能证明】在行政赔偿、补偿的案件中，原告应当对行政行为造成的损害提供证据（如医疗费单据、购物凭证等）。

【例外eg行政机关在夜晚推倒房子，生活物品的损失很难举证，举证责任倒置。通常原告会举出很高的 数，被告会证明到底有多少，证明不了法院通常支持原告】因被告的原因导致原告无法举证的，由被告承担举证责任。

对于各方主张损失的价值无法认定的，应当由**负有举证责任的一方当事人申请鉴定**，但法律、法规、规章规定行政机关在作出行政行为时依法应当评估或者鉴定的除外；负有举证责任的当事人拒绝申请鉴定的，由其承担不利的法律后果。【实践中鉴定的对象不存在了，彻底毁损，就只能法院来猜了】

当事人的损失因客观原因无法鉴定的，人民法院应当结合当事人的主张和在案证据，**遵循法官职业道德， 运用逻辑推理和生活经验、生活常识等**，酌情确定赔偿数额。

【证据规则需要在不同利益之间进行精确的平衡，默认是谁主张谁举证，但是出于公平考虑，行政行为合法性举证责任倒置，但是行政程序过程中如果被告要求原告配合，原告也有责任进行配合。从举证的程序上说，原告比被告要松得多】

1. **原告的举证时限**

【开庭以前/证据交换日之前，有时会专门组织庭前证据交换，如果有庭前证据交换，就在交换之日前举证】原告或者第三人应当在开庭审理前或者人民法院指定的交换证据清单之日提供证据。（若指定证据交换日期，应以该日期为最后举证日期）

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。逾期提供证据的，人民法院 应当责令其说明理由；拒不说明理由或者理由不成立的，视为放弃举证权利。

原告或者第三人在第一审程序中无正当事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。

⭐原告和第三人延期举证

【比较宽松】当事人申请延长举证期限，应当在举证期限届满前向人民法院提出书面申请。【但是必须在一审完成前举证，二审不可以提出新证据除非证据是新发现的】

申请理由成立的，人民法院应当准许，适当延长举证期限，并通知其他当事人。申请理由不成立的，人民法院不予准许，并通知申请人。

**⭐·庭前证据交换**

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，并将交换证据清单的情况记录在卷。

**（三）证据的认定**

【质证和认证】

人民法院应当按照法定程序，全面、客观地审查核实证据。对未采纳的证据应当在裁判文书中说明理由。

1. **证据能力认定**

【**关联性**和**真实性**主要不是法律问题，而是根据逻辑和生活经验，法律更关心证据的**合法性**问题】

1. **关联性审查**

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。

1. **真实性审查**

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：证据形成的原因；发现证据时的客观环 境；证据是否为原件、原物，复制件、复制品与原件、原物是否相符；提供证据的人或者证人与当事人是否具有利害关系；影响证据真实性的其他因素。

1. **合法性审查**

【非法证据排除，不是所有非法证据都要排除，存在价值考量】【证据法的目的：一是要证明案件事实，

二是考虑取证成本问题，如果成本特别高，也不是法律要追求的目标。两者之间要达到平衡状态，有时候违法的取证手段可以大大降低取证成本，具有可接受性，具有经济上的考量，比例原则，违法取证可以接受，所以要考虑违法的严重性程度】

⭐以非法手段取得的证据，不得作为认定案件事实的根据。

**⭐有下列情形之一的，属于“以非法手段取得的证据”：**

1. **严重违反法定程序**收集的证据材料；（损害当事人重要程序利益且可能影响实体，如应回避的没有回 避、剥夺相对人陈述申辩权）【通常是指影响了实体结果】
2. **以违反法律强制性规定的手段获取**且**侵害他人合法权益**的证据材料；（偷拍、偷录）【本来只有前半段，但是实践中如果完全禁止会导致收集不了，所以加了后半句】【偷拍偷录不一定影响隐私，隐私是你不愿意让别人知道的或者别人知道了对你有害的信息。不是所有的事情都是隐私，在公开场合讲话被偷拍偷录不一定是隐私。如果没有影响隐私权，可以在法庭上作为证据取证】
3. **以利诱、欺诈、胁迫、暴力等手段**获取的证据材料。【与第二种有重合】

【违法取证不一定被排除违法证据】【但是没有明确说明的是：是不是只要侵犯合法权益就构成非法证据还是要严重？按照目前条文似乎只要侵犯就构成非法证据，但是这是不符合实践情况的】

例1：上海市民张军驾驶“长安福特”在路口等红绿灯时，一名30多岁的男子捂住腹部，声称“胃痛”，w要求张军搭载一程。7分钟后，该男子“完全没有了胃疼的样子”，并主动提出，“我给你10块钱”。张军称，他当时立刻表示，“我是私家车，你胃疼才载你的，不要你钱”。两分钟后，“长安福特”应男子要求，转弯，停下。该男子试图拔出该车钥匙，并与张军扭成一团。七八名身穿黄绿色制服的执法人员包抄上来。张军随后被执法人员强行押入一辆面包车，“长安福特”遭到扣押，那位男乘客则不知去向。上海市闵行区城市交通行政执法大队认定张军为“非法营运”，并处以1万元的罚款。

是违法的陷阱取证。正常的陷阱取证当然可以扮成乘客打车但是主动提钱的事情是在诱惑他产生违法意图，这种行为应该被禁止，可以等着他主动提出。而且除了诱惑之外还利用对方善心让自己打车，违背了公序良俗，所以应当认为是违法的取证行为。

⭐警察圈套/陷阱取证/诱惑侦查/钓鱼执法是否合法？

在刑事侦查活动中，诱惑侦查被当作一种正当的侦查技术和手段，广泛地应用于许多隐蔽性强、侦查难度大的案件。

【按照明确规定，不吻合取证要求。行政处罚的调查活动要两个工作人员出示证件检查调查，还是用了引诱手段，都是非法行为】

【是否合法？取证手段确实不是最正常的，但是对于具有隐蔽性的违法犯罪行为，成本最低，效果最好， 所以是可以接受的，所以证据理论中对陷阱取证有一定的区分，不是所有的陷阱取证都是违法的】【因为所针对的违法行为一般都是秘密操作，有时候正大光明调查就很难调查，诱惑侦察是需要的，刑诉中更为突出eg贩毒、走私】

**⭐钓鱼执法的分类：**

1. 犯意诱惑型（禁止）
2. 机会提供型（允许）

【但是要把握度什么是合法的?】【让本来不想违法的人违法了就是违法的陷阱取证，如果只是提供一个机会让原来想违法的人恰好做了，就是合法的陷阱取证。Eg警察购买毒品，用市场价格进行交易引来毒贩，没有问题；但是如果三倍价格进行交易，就产生不当的刺激，本身没有犯罪意图的人产生了犯罪意图，构成违法取证。这样的思路也可以迁移到行政诉讼的钓鱼执法中来，虽然行政诉讼证据规则规定侵犯他人合法权益的方式取得的证据应当排除，但是并没有考虑倒具有隐蔽性的违法行为，如果出现了一般调查取证手段无法取证的情况，应当允许 采用一些违法eg偷拍偷录利诱手段，但是要把握度】

1. **证明力认定**

国家机关以及其他职能部门依职权制作的公文文书**优于**其他书证；

鉴定结论、现场笔录、勘验笔录、档案材料以及经过公证或者登记的书证**优于**其他书证、视听资料和证人证言；原件、原物**优于**复制件、复制品；

法定鉴定部门的鉴定结论**优于**其他鉴定部门的鉴定结论；

法庭主持勘验所制作的勘验笔录**优于**其他部门主持勘验所制作的勘验笔录；原始证据**优于**传来证据；

其他证人证言**优于**与当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人提供的对该当事人有利的证言；

出庭作证的证人证言**优于**未出庭作证的证人证言；

数个种类不同、内容一致的证据**优于**一个孤立的证据。

并不是机械使用，还要借助其他逻辑推理经验判断，只有通过其他方法不能判断了，才用这些公式。证明

力大的也不一定可以定案，还要看证明标准。

**（四）证明标准**

1. **排除合理怀疑标准**

对案件的证明必须达到诉讼所能认知的最高程度（拘留、较大数额罚款、责令停产停业、吊销许可证或执照）；

【很严重。但是证明的事实不是案件本来的事实，我们只追求法律上能够接受的事实，排除合理怀疑大概是九成以上的把握。法律上真实就可以了。百分百查清事实成本太高了。很少要求排除合理怀疑的标准，除非你影响的利益和刑事诉讼差不多。】

1. **明显优势标准**

要求该优势足以使法官确信其主张的事实真实存在（绝大多数一般情形）；

【大多数案件。我所证明的事实比你有优势的多，虽然有一定怀疑但是事实成立的把握比较大】

1. **优势标准**

【标准最低，不要求明显优势】

证据表明待证事实存在的**可能性明显大于不存在的可能性**（简易程序）。【实践中只要超过50%就可以了，适用于对相对人权利义务影响比较小的案件，特别是简易程序案件】

例1：2013年4月2日，汉阳交巡警在汉阳大道赫山路口联勤路查，一辆车牌号为“鄂A\*\*M21”的小客车沿赫山路从南向北驶来。民警示意司机靠边接受检查，**司机闯红灯加大油门逃跑，民警立即驾车拦截，最终在将该车拦 停 。民警要求驾驶员吴某配合进行酒精测试，吴某竟升起车窗，锁上车门，从车里拿出两个小酒瓶，当着民警的面喝了几口**。随后，吴某接受呼吸检测，呼吸酒精检测数值达到3580mg／100ml，构成醉驾。

【**能否认定醉驾？**原来喝酒以前的读数不可能取得了，认定他存在违法行为的证据不存在了。要认定需要做证据推定：当事人喝酒的行为明显要掩盖之前喝酒的证据，掩盖的行为可以推定之前存在酒驾的证据，推定能不能作为定案依据，取决于定案标准，如果要求排除合理怀疑，难以作为定案证据eg把毒品撒到海里说是面粉，无法定案，但是这里情况不一样，贩毒是严重的犯罪行为，酒驾醉驾都比较轻，不要达到刑事诉讼的证明标准，结合取证效果执法目的等考虑，这种推定在这一类案件中是适用的。只要达到明显优势就可以了，**其实这里八成以上是可以确定的。现在新的证据规则确定，当着警察喝酒吹出来是多少就算多少，所以证明标准不是绝对的】**

【简易程序】例2：原告廖宗荣驾驶小轿车被执勤交通警察陶祖坤示意靠边停车。陶祖坤认为廖宗荣无视禁止左转弯交通标志违规左转弯，其行为已违反道交法的规定，依法应受处罚，遂向廖宗荣出具行政处罚决定书。廖宗荣拒绝在处罚决定书上签字，但仍缴纳了200元罚款。【实际上扩张了行政处罚法的使用范围】事后，廖宗荣在申请行政复议时指出，**行政处罚决定书是一名交通警察在仅凭个人主观臆断的情况下作出的，事实不清且没有证 据**。【如果按照较高的证明标准准，两方都没有优势，所以需要法官根据证据规则做一个决断，相信了交警的证言——因为公务人员天然带有权威性】

法院认为：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，**以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**。【影响不大，适用优势证据标准，可能当时真的没有违法，但是法院必须作出决断】

**五、行政诉讼中的法律适用**

在行政诉讼中比其他两种诉讼复杂。民事诉讼和刑事诉讼的法律适用的规范来源比较单纯，就是来自全国人大及其常委会制定的法律。因为立法法规定民事基本制度和犯罪与刑罚是人大的立法保留事项，但是行政诉讼不同。行政诉讼的每个领域都有自己的单行法，也各自有很多地方性法规和规章。规范的数量庞 大，层级多样化，导致行政诉讼中的法律适用是比较麻烦的问题，导致法院需要考虑很多法律规范。行政审判活动中适用的法律规范更多的不是中央层面的法律法规而是地方的规章，因为中央立法都比较抽象原则，实践中的操作细则中央立法无法很详细，交给地方立法操作。民族自治地方还要考虑自治条例和单行条例的问题。适用过程中因为规范很多会出现问题，第一节课讲了不同法源规范之间存在冲突的情况。但是只是一个方面，另一个方面涉及法官对审理依据的规范要达到什么样的尊重程度。

**（一）审判的依据**

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，同时参照规章**。地方性法规适用于本行

政区域内发生的行政案件。

【**依据和参照的区别**：依据的尊重程度是更高的，是不容置疑的，判决是要根据它做出的，不能质疑它的 合法性，原因是宪法层面的。因为法律地方性法规都是立法机关规定的，根据宪法，法院无权质疑，不能审查人大指定的规范，只能作为审判的依据，虽然可以认为但是不能说出来。但是这一点会产生实践的问题，如果发现地方性法规与法律是抵触的，实践中采取鸵鸟政策，虽然法官无权审查，但是允许法官进行法律规范的选择适用，事实上就是允许进行审查，抵触的时候不要适用就好了，适用上位法就好了，不能在判决书中进行合法性评价，是一个妥协的选择】

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。

⭐“依据”意味着法院不能对上述文件的合法性进行审查。

⭐理论上认为，法院可以对“依据”的法源是否抵触上位法进行判断，但不能在判决中就其合法性发表意见。

**（二）审判的参照**

【处于依据地位的只有法律法规自治条例单行条例，不包括规章，规章地位被称为参照，因为是行政机关 制定的，没有宪法理由。从宪法角度行政机关受司法机关监督，法院还可以审查规章是不是违法的。但是规章又有一个地方比较尴尬，虽然是行政机关制定的，但是被列在了法源中，也应该表示尊重，所以这两种性质相互之间有些矛盾，实践中就把他当作地位不那么高的法，法院可以进行合法性审查。经过合法性审查发现规章的内容是合法的，就可以把他变为审理活动的依据，发现不合法就不适用，法院可以在判决书中对规章的合法性进行评论。和前面的不同，但是实际上没有区别，都要审查。从宪法根源上讲地位不同。法院采取的法律态度也不同。】

人民法院审理行政案件，参照规章。

⭐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。

⭐法院在判决书中可以对是否应适用规章发表意见。

**（三）审判的参考**

【红头文件，不属于立法法规定的法源范围，实践中依据规范性文件作出的行为是最多的。规章是不够 的。很多具体行政行为依据规范性文件作出，因为不是法源，所以法院不需要给予尊重，如果是规章有调 整，法院一定要审查，但是对规范性文件可以无视，但是实践中规范性文件对法院就是具有事实上的约束作用，法院不会轻易用自己的判断替代行政机关的政策性判断。因此，在司法审判的实践活动中，**规范性文件其实发挥着与规章相似的作用**。如果符合上位法，法院也会将规范性文件作为法律依据，实际上是上位法的延伸，具有了上位法延伸的效力，如果不合法，就可以在规范性文件中进行合法性评价】

人民法院经审查认为被诉具体行政行为依据的具体应用解释和其他规范性文件合法、有效并合理、适当 的，在认定被 诉 具 体行政行为合法性时应承认其效力；人民法院可以在裁判理由中对具体应用解释和其他规范性文件是否合法、有效、合理或适当进行评述。

⭐理论上法院对规范性文件可以比对规章进行更深层次的审查。

**【总结】依据法律法规、参照规章、参考规范性文件。**

**六、判决、裁定、决定**

判决、裁定：审理程序终结的方式

判决处理实质问题，裁定处理程序问题，决定处理特殊问题eg回避

主要是判决，最重要的是一审判决。与民事诉讼不同，因为行政诉讼审查的标的是行政行为的违法性。根据不同情况作出不同判决。

**（一）一审判决**

**主要判决类型**

**原告败诉**：驳回判决【行政行为合法就一种行为】

**原告胜诉**：撤销判决、履行判决、变更判决、确认判决、赔偿判决【赔偿判决不是普通行政诉讼中要审查的诉讼标的，是国家赔偿的法律关系，属于另一个诉，但是可以在行政诉讼中处理】（附带适用）

【行政行为不合法有多种形式。主要是撤销判决（溯及既往地消灭效力），首要适用，但不是所有情况都适用。如果没有存在一个行政行为eg行政不作为构成违法，就没有撤销的对象，就适用履行判决。变更判决就是撤销判决的演化，变更包括首先要撤销原来的行为，在此基础上由法院代替行政机关作出新的决

定，司法变更判决，司法权介入行政权，涉及两种权力的交叉，适用范围有限；确认判决是一种兜底形 式，在其他判决形式都不合适的情况下适用，包括确认违法和确认无效判决eg被打的时候警察不作为，被打之后起诉，这时候判决他履行已经没有实际意义了，这时候可以判决确认不作为违法，是一种弥补性判决；eg撤销违法行为会损害公共利益，就可以适用确认判决，可以附带赔偿等】

**其他判决类型**

针对行政协议的判决【更像是对民事合同的审理，很多方面与民事合同的判决是相似的。可以看最高院新出的关于行政协议的司法解释。与民事诉讼比较接近。】

1. **驳回判决（取代原法的“维持判决”）**是指驳回原告的诉讼请求。

1989年原告败诉的主判决形式是维持判决，维持判决是维持被诉行为合法性的判决，现在改成了驳回原告

的诉讼请求，是一个问题的两个方面。

为什么现在用驳回不用维持？因为用维持会带来很多问题：1、维持判决和撤销判决一样，需要一个具体的对象，如果是不作为就很奇怪。2、维持是司法机关对行政机关行为的背书。万一下次行政机关认为行政行为做错了要重做，行政行为的重开（类似司法判决的再审），如果行为已经被法院维持了，行政行为就没有权力改变了，因为法院有加持，必须先改变法院的维持判决，会带来很多麻烦。所以最好换成驳回原告的诉讼请求。没有直接评价行政行为，只是评价原告诉讼的行为。

**另一个问题：判决与裁定**。判决解决实体请求的问题，裁定解决诉讼进程的问题

起诉环节有不予受理、驳回起诉的裁定，实体审理之后有驳回诉讼请求的判决。驳回诉讼请求是因为行政行为不具有违法性，**原告的起诉没有实体法基础，驳回起诉裁定是因为没有起诉条件，没有资格进入正式 的实体审理环节，所以用裁定进行驳回。**

行政行为证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的，或者原告申请被告履行法定职责或者给付义 务理由不成立的，人民法院判决驳回原告的诉讼请求。

例：下列哪些行为应当判决驳回诉讼请求？

超过法定起诉期限的；【裁定，不符合起诉条件】

起诉行政机关不作为理由不成立的；【判决，实体审理作为义务】被诉行政行为合法，但因情势变更需要废止的；【判决】

撤回起诉后无正当理由再次起诉的。【涉及起诉条件，裁定】

1. **撤销判决（责令重作）【基础和中心】**

认定行为违法的判决中最重要的判决形式就是撤销判决，溯及既往的撤销效力。对象是具体行政行为（对于抽象行政行为，法院可以发司法建议）**对于具体行政行为违法，法院可以撤销行为。但事实行为违法可 能只能适用确认行为违法无法撤销。**

**撤销之后是否要重做行为？**因为有时候虽然行为违法，但是不意味着行为是没有意义的，**如果事情还是要做的，法院就可以判决被告重新作出行为**，（不是必须，因为有一些情况不适宜判决重做，**取决于行为是否具有重做的可能性和必要性**eg本身是超越职权滥用职权的行为，就不能判决重做。）

1. **撤销判决适用的情形**

行政行为有下列情形之一的，人民法院**判决撤销或者部分撤销**，并**可以判决被告重新作出**行政行为：

（一）主要证据不足的；

（二）适用法律、法规错误的；【可以重做，重做期限法院可以根据实体法规定设置】

（三）违反法定程序的；

（四）超越职权的；【不可重做】

（五）滥用职权的；【不可重做】

（六）明显不当的。

⭐责令重作行政行为法院可以合理设定履行期限；

⭐**依申请行为被撤销后不可直接责令重做**；【与行为性质有关，理论上行政许可依申请进行，需要当事人协助做一定的事情，行政机关不能发许可证，只能等着相对人再来申请】

⭐超越职权不适用责令重作判决。

1. **重作行政行为的要求**

【为了防止行政机关滥用职权消极抵抗，需要由补充性制度规定关于重做判决的具体要求。】

⭐人民法院判决被告重新作出行政行为的，被告**不得以同一的事实和理由作出与原行政行为基本相同的行 政行为。**（《行政诉讼法》第71条）【法院可以认定行政机关拒不履行判决裁定，轻则对负责人罚款，重则直接抓人进行司法拘留，现实中可能不会这么严重，可能会向行政机关同级的监察机关提出司法建议，

进行监察处分活动】

**问题：什么行为可以认为是不一样的行为？**

**不需要所有的部分都不一样，**这也是不可能的，行政结果和事实都有可能是一样的。要求重做不一样的行为主要是指**事实和理由部分不一样。**

⭐人民法院判决被告重新作出行政行为，**被告重新作出的行政行为与原行政行为的结果相同，但主要事实 或者主要理由有改变的**，不属于行政诉讼法第七十一条规定的情形。

**（结果能不能一样要看法院判决的形式eg结果明显不当而撤销就是针对结果，结果不能再一样了），事实也不会强制要求不一样。**

⭐【不一样的例外】人民法院以**违反法定程序为由**，判决撤销被诉行政行为的，行政机关重新作出行政行 为**不受行政诉讼法第七十一条规定的限制**。【事实和理由和原来都一样，法律是可以接受的】

**也不是绝对要求，有例外**，可以做出一模一样的决定eg**因为违反法定程序被撤销**

1. **重新作出相同行政行为的后果**

行政机关以同一事实和理由重新作出与原行政行为基本相同的行政行为，人民法院应当根据行政诉讼法第七十条、第七十一条的**规定判决撤销或者部分撤销**，并根据行政诉讼法第九十六条的规定处理（即**认定行政机关拒不履行判决**）。

1. **履行判决【针对不作为行为】**

有法定职责但是没有做该做的事情。

1. **责令履行法定职责**

**什么叫做不履行法定职责？**首先要有法定职责，

⭐**法定职责应作广义理解**；

【法定职责的概念：实务中比较广泛，不仅包括法律明确规定的行政机关要做的事情，**还包括行政机关有作为义务、注意义务，法律没有明确规定但是可以从法律原则中可以解释出来的事情，都属于法定职责。**Eg有一个村民拉着一些生猪准备去卖，路口遇见行政机关检查，行政机关检查的时候就把箱子斜着放，猪就全部侧滑到一侧去了，相对人就请求先把猪拉走卖了再接受处理，行政机关不同 意，最后处理的时间比较长，等到市场上的时候发现猪死了，造成很大损失，相对人就告到法院说行政机关违法，行政机关主张自己没有相关义务，我们认为这里是有义务的，在行使行政职权的时候有一定的注意义务附随义务，如果没有达到的话，行为也是违法的，构成不履行法律职责。但是案件中的判决应该采用变通的确认违法判决，但是如果履行义务还有价值的话就应该责令履行法定职责】

人民法院经过审理，查明**被告不履行法定职责的**，判决被告在一定期限内履行。

**⭐不履行法定职责包括拒绝履行、拖延履行、不完全履行、不予答复等；**

例：申请颁发许可证，行政机关不回复是否构成不履行法定职责？明确拒绝颁发许可证呢？

【不履行：包括拒绝履行、拖延履行、不完全履行，存在争议的地方是到底是程序履行还是实体的履行eg一个人去申请许可，如果对方**不答复或者拒绝答复肯定构成不履行**，但是如果他受理了之后认为你不符合条件所以不颁发许可证，是不是不履行？传统认为不属于不履行，而是积极履行了，应该采取撤销判决，应该撤销行政机关拒绝办法许可的决定，但是现在通行的另一种理解：**不是指程序上不 履行而是实体不履行**：当我符合条件但你认为不符合条件从而不颁发许可证的情况，**也采取责令履行判决的性质**，这种理解效率更高】

⭐对**需要进行调查或裁量的行为，法院判决不应限定履行职责的结果**。

【法院要责令到什么程度？**如果行政机关是羁束行为，法官可以按照法律的明确规定判决行政机关要做那些事情，如果是带有裁量性的，不能直接判决具体的结果，行政裁量是立法机关授予行政机关的裁量空间，法院不能随意使用，除非裁量显著不合法。**责令重做也有一些相似性。如果重新做的行为也有一定裁量性，法院也不能要求行政机关】

1. **责令履行给付义务【物质帮助】**

人民法院经过审理，查明被告依法负有给付义务的，判决被告履行给付义务。

⭐责令履行职责判决的特定形态；

⭐针对抚恤金、最低生活保障费、社会保险费等金钱或特定财物的给付（不包括对行为的给付）；

⭐法院判决**应当明确需给付的内容，而非简单判决限期履行**（行政机关无进一步裁量空间）；

【履行法定职责的给付是一种对行为的给付，这里指的是对财产财物等特定物的给付，并不是行为。yq认为理解成对行为的给付也可以，本质上是相似的。**为什么要分开这两种？**主要是这种对物的直接给付更直接一些。如果是对行为的给付，给付的数额相对人不满意可能又要提起诉讼，不太有效，所以干脆直接在裁判中写清楚要给多少钱，这种对物的一般给付之诉有利于化解纠纷】

1. **当事人请求履行判决的条件**

原告请求被告履行法定职责或者依法履行支付抚恤金、最低生活保障待遇或者社会保险待遇等给付义务，**原告未先向行政机关提出申请的，人民法院裁定驳回起诉**。

【不申请就没有原告资格，原告要负责举证提出过申请，如果不能证明就不具有原告资格】【大多数情况不作为的驳回起诉都是在判决中，但是也有可能存在裁定驳回的情况，**除了没有提出申请之外，行政机关没有作为义务也可以裁定驳回**，当行政机关**显然**没有作为义务的时候】

人民法院经审理认为原告所请求履行的法定职责或者给付义务明显不属于行政机关权限范围的，可以**裁定**驳回起诉。【eg被打报警警察20min赶来，来之前伤人行为结束了，法院认为20min是合理期限，不履行法定职责不成立，就判决驳回起诉；但是如果买东西不满意报警让警察来管，警察没来，向法院起诉，就不需要进行审理，明显不属于权限范围，就直接裁定驳回起诉，反映出裁定和判决的不同。裁定处理起诉资格，但后者实际上也是实体问题，属于被告告错了，是起诉条件中要考虑的问题，所以使用裁定驳回起 诉】

⭐若法院认为原告**申请给付理由不成立**，应当**判决驳回诉讼请求**。

1. **确认违法判决【兜底作用】**

如果前两种适用不了的情形，而且适用的情形比较广泛，两个大类五种情形。确认违法判决主要用于不宜或者无法适用撤销、履行判决的情形。

1. **不宜撤销【可以适用撤销判决但是撤销判决不大合适所以变通适用，事情太大或太小了】**

【事情太大】①行政行为依法应当撤销【确实违法eg违法建筑】，但**撤销会给国家利益、社会公共利益造 成重大损害的**；（注意是国家社会公共利益，如果重大损害是商业利益，eg违章别墅为了公共利益拆除别墅。这里衡量的是公共利益和行为违法性之间的关系）【日本法上称为情况判决】

【不值得撤销】②行政行为程序轻微违法，但对原告权利不产生实际影响的。【原来没有这一条，轻微违法也要撤销，但是实践中成本收益不成比例eg送达期限超过一天，遗漏当事人签字等】

⭐有下列情形之一，且对原告依法享有的听证、陈述、申辩等**重要程序性权利不产生实质损害的**，属于 **“程序轻微违法”**：

①处理期限轻微违法；

②通知、送达等程序轻微违法；

③其他程序轻微违法的情形（如现场笔录遗漏当事人签字等，没有必要浪费资源，所以有的法院以前判决维持，不利于化解纠纷很不和谐，所以加进了新的情况。一方面节约了很多资源，也让相对人消解了怨气，如果已经产生了造成实体影响的程度，必须判决撤销行为）。

1. **无法撤销或履行【事实上无法适用前两种】**

①行政行为违法，但**不具有可撤销内容的**；（如行为已经执行完毕eg【拆除违法建筑，已经拆没了】，事实影响已经发生，无法撤销）

②**被告改变原违法行政行为，原告仍要求确认原行政行为违法的**【eg行政机关一看自己被起诉了，在诉讼过程中就把行为给改了，但是原告也不撤诉，坚持告以前的行为，但是已经被改了，已经不存在了】；

③**被告不履行或者拖延履行法定职责，判决履行没有意义**的。【不作为案件中，该履行你不来，作为已经来不及了，这时候法院就判决不作为违法，也是有意义的，如果造成了相对人的损害，可以主张国家赔 偿】

1. **确认无效判决**

【与确认违法的作用完全不一样，**确认无效其实和撤销判决是一种类型，如果行为一般违法，就撤销，如果行为重大且明显严重违法，就适用确认无效判决**】

⭐行政行为有实施主体不具有行政主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形，原告申请确认行政行为无效的，人民法院判决确认无效。

2018年《适用解释》第99条， “**重大且明显违法**”的情形：

①行政行为实施主体不具有行政主体资格；

②减损权利或者增加义务的行政行为没有法律规范依据；

③行政行为的内容客观上不可能实施；

④其他重大且明显违法的情形。

**【确认无效的优势**：**撤销判决是有起诉期限限制的，确认无效就意味着确认行为没有确定力执行力，没有 起诉期限限制**，但是问题是你觉得行为是无效的，法院不一定觉得行为无效，法院可能认为之构成一般违法，就有起诉期限了，就涉及法院的选择问题】

**⭐撤销与确认无效之间的依职权选择**

1、公民、法人或者其他组织起诉请求撤销行政行为，人民法院经审查认为行政行为无效的，应当作出确认

无效的判决。

2、公民、法人或者其他组织起诉请求确认行政行为无效，人民法院审查认为行政行为不属于无效情形，**经 释明，原告请求撤销行政行为的，应当继续审理并依法作出相应判决；**

**3、原告请求撤销行政行为但超过法定起诉期限的，裁定驳回起诉；原告拒绝变更诉讼请求的，判决驳回其诉讼请求。**

**【撤销和相对无效对相对人其实没有什么差别，因为抵抗权已经没意义了，法院确认无效和撤销对相对人效果是一样的，但是对行政机关意义不同，违法程度不同】**

**⭐确认违法和确认无效判决的后果**

人民法院判决确认违法或者无效的，可以同时判决责令被告采取补救措施；给原告造成损失的，依法判决被告承担赔偿责任。

1. **变更判决**

【撤销判决的进一步发展，其实是有问题的，违背宪法的分权原则，司法不能随意干预行政，因此**只有特殊情况才能直接变更，也不是必然变更，可以撤销重做，必要的时候才直接变更。只有行政处罚明显不当或者其他涉及款额确定的行为才行。**款额的确定法院变更是有依据的，征收补偿款相关法律法规也有规 定，如果行政机关算的不对可以直接变更。违反分权原则有问题的是行政处罚的变更，说的是处罚明显不当而不是罚款明显不当，事实上是法院替代行政机关做了处罚决定，有一点不合理，因为即便明显不当，你撤销之后在合适区间中让他重新行为是可以的，但是直接替代行政机关做决定是有问题的，**但是这里考虑到诉讼效率，避免循环诉讼问题，因此，这里是在两个价值的平衡**】

**行政处罚明显不当**，或者**其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误**的，人民法院可以判决变更。（也可以作出撤销判决）

例：税费征收数额错误、行政给付款额错误、征收补偿款数额错误

【限制1：**变更权范围的横向限制**】

【限制2：**禁止不利变更的限制**。类似上诉不加刑，除非有另外的利害关系人同时起诉（治安案件的受害人）二者诉讼请求相反，不受禁止不利变更原则的限制】人民法院判决变更，不得加重原告的义务或者减 损原告的权益。但利害关系人同为原告，且诉讼请求相反的除外。（**禁止不利变更**）

【总结】主判决：驳回判决、撤销判决，其他是基于特殊情况的变通形式。

1. **针对行政协议的判决**

被告不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除本法第十二条第一款第十一项规定的协议的，人民法院判决被告承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等责任。

被告变更、解除本法第十二条第一款第十一项规定的协议合法，但未依法给予补偿的，人民法院判决给予补偿。

【注意：也有认为行政机关解除/变更协议的行为违法，这种行政请求可以直接作为单方行政行为看待，法院可以判决撤销、确认违法等等，其他就是协议性的事项了，要求继续履行、确认协议效力等与民事诉讼相似】

1. **行政赔偿判决**

【不是普通行政诉讼的判决，普通行政诉讼审理的诉讼标的是行政行为的违法性，而行政赔偿诉讼中的诉讼标的是国家赔偿上的法律关系，赔偿事实上是另外一个诉，定案的时候也会用另一个案号来处理，但是出于效率考虑会一并审理，但是最后下判决的时候用另外一个案号】

【法院审理过程中如果发现可能有赔偿的问题可以向相对人释明，降低诉讼成本和原告负担，原告不愿意也没问题，可以另外提出国家赔偿诉讼】

《国家赔偿法》第9条第2款：赔偿请求人要求赔偿应当先向赔偿义务机关提出，也可以在申请行政复议或者提起行政诉讼时一并提出。

2018年《适用解释》第95条：人民法院经审理认为被诉行政行为违法或者无效，可能给原告造成损失，**经 释明**，原告请求一并解决行政赔偿争议的，人民法院可以就赔偿事项进行调解；调解不成的，应当一并判决。人民法院也可以告知其就赔偿事项另行提起诉讼。

**（二）二审裁判**

【一审判决形式也是和其他诉讼不同的主要体现，围绕行政行为的合法性等不同情况展开】

【二审主要有四种情况】

1. **原裁判正确**

原判决、裁定认定事实清楚，适用法律、法规正确的，判决或者裁定**驳回上诉，维持原判决、裁定**。

⭐判决对判决，裁定对裁定。

【既驳回上诉也维持原判，两方面都做，但是法院对行政机关的决定采取维持决定会出现问题，所以一审只说驳回】

1. **原裁判存在一般性事实错误或法律适用错误**

原判决、裁定**认定事实错误或者适用法律、法规错误的**，**依法改判、撤销或者变更。**（撤销、变更主要针 对裁定；判决一旦撤销，就意味着发回重审）

【法律使用错误：直接改判；事实问题：也可以改判，要看是一般事实问题还是严重的事实问题（基本事实），后者发回重审，因为原审法院有利于事实调查】

第二审人民法院经审理认为原审人民法院**不予立案或者驳回起诉的裁定确有错误且当事人的起诉符合起诉条件的，应当裁定撤销**原审人民法院的裁定，指令原审人民法院依法立案或者继续审理。（若原裁定虽然错误，但二审法院认为当事人仍然不符合起诉条件，在指正一审法院错误后仍然应当驳回上诉维持原裁 定）

1. **原判决存在严重事实问题**

原判决认定基本事实不清、证据不足的，**发回原审人民法院重审【原审法院离实施现场比较接近，有利于调查，就发回重审】**，或者查清事实后改判【如果对事实的审判方便性差不多，也可以查清事实后改

判】；

1. **原判决存在严重程序问题**

原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，**裁定撤销原判决**，**发回原审人民法院重**

**审**。【不可以直接改判。如果二审中审理发现一审有严重程序问题，不可以直接改判，剥夺了当事人的审级利益，因为当事人原本有两审的权利，但是一审中相关问题没有得到公正审理，一审的实体审理不能被认为是合法的一审。事实和法律问题就不需要，因为本身就是二审设置的原因】

严重违反程序的情形还包括：遗漏诉讼请求、应回避未回避等；存在严重程序问题的，不可直接改判。

⭐**【特别的规定】**原审判决遗漏行政赔偿请求，第二审人民法院经审查认为依法不应当予以赔偿的，应当判决驳回行政赔偿请求。

【影响了当事人的审级利益吗？严格来说有影响，但实际没有这种可能性。就算发回重审也没有不同判断的可能性，因为确认违法的行为才会引起赔偿，合法行为造成损失只能导致补偿，合法行为造成的损失是补偿而不是赔偿，**二审法院认为不应该赔偿就意味着没有赔偿基础，认为行政行为是合法 的发回一审法院也认为是合法的，一审也只能作出不予赔偿的判决，所以直接在二审法院中判决驳回赔偿请求。**如果二审法院觉得是应该赔偿的遗漏了，就有审级利益了。也可以在二审中进行调解及时解决纠纷。】

⭐**【两个诉讼标的，只需要部分发回重审，比较特殊】**原审判决遗漏行政赔偿请求，第二审人民法院经审理认为依法应当予以赔偿的，在确认被诉行政行为违法的同时，可以就行政赔偿问题进行调解；调解不成的，**应当就行政赔偿部分发回重审。**

当事人在第二审期间提出行政赔偿请求的，第二审人民法院可以进行调解；调解不成的，应当告知当事人另行起诉。

【如果相对人一审中没有提出赔偿请求，二审再提出，实际上已经晚了，但是可以通过调解的方式处理。如果没有办法调解，可以另行起诉。】

1. **发回重审的限制**

⭐原审人民法院对发回重审的案件作出判决后，**当事人提起上诉的，第二审人民法院不得再次发回重审**。

⭐第二审人民法院裁定发回原审人民法院重新审理的行政案件，原审人民法院应当**另行组成合议庭**进行审理。

例：1993年，甲公司与乙公司签订股权转让协议，【甲公司是外资公司，乙公司是本土企业】乙公司将其拥有的丙公司60%的股权转让给甲公司。甲公司成为丙公司股东后，丙公司的经营状况大幅改善，持续盈 利。1996年，A市经贸委作出一批复决定，同意乙公司【甲公司低价收购股份，说明企业管理确实是一种科学，中国企业也持续发展】其在丙公司中的权益。当月，乙公司持经贸委批复宣布甲公司已非丙公司股

东，并强行接管了丙公司【乙公司想把丙公司再收回来，但是直接收收不回来，就想去找政府，政府也帮忙了，同意乙公司收回丙公司的权利】【乙公司就强行接管丙公司，抢公章。关键是直接强行接管没有法律意义，要成为股东需要股权变更登记】；A市工商局根据经贸委批复变更了工商登记【可能A市政府介入了】。

甲公司在丙公司中的财产完全丧失，故提起行政诉讼，要求撤销经贸委的批复和工商局的变更登记，并恢复其股东地位。一审法院以事实不清、证据不足为由撤销了两行政机关的决定**，但未就恢复股东地位作出 判决**。甲公司不服提出上诉，以下说法正确的是：

1. 工商变更登记被撤销后，甲公司的股东地位自然恢复；【不对，因为即使撤销了也没有变回原来的登记】
2. 一审法院应当同时判决恢复原工商登记状态；【当时遗漏了诉讼请求，其实应该判决恢复甲公司股权状态。是有一定道理的，实际上甲公司的诉求就是恢复权利，但是恢复某个状态不是法院能决定的事情，法院只能判决政府做什么事情。那么法院是否有权利让政府恢复原来的状态呢？有争议。股权变更登记是以 申请行为，法院不能直接判决行政机关作出行为。但是本案中甲公司起诉的时候已经诉求了这一点，能不能认为已经申请了？如果说申请已经存在，法院要判决行政机关作出恢复原登记的判决，还有另一个问题是是否存在行政机关要权衡考虑的其他问题，是不是法律羁束的行为，如果需要裁量，法院也不能直接判决行政机关作出行为，比较合理的方案是**判决工商管理机关在一定期限内根据相对人申请及时作出进一步的股权变更行为**】
3. 二审法院应当维持一审判决；
4. 二审法院应当就恢复甲公司股东地位的诉请进行审查并作出判决；
5. 【正确】二审法院应当裁定撤销一审判决，发回重审，一审法院应当另行组成合议庭审理。【正确，因为遗漏诉讼请求二审法院不能直接判决，只能撤销一审判决发回重审，不可以适用简易程序也不可以使用原来的合议庭】

**（三）再审裁判**

人民法院审理再审案件，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裁判【相当于改判】，也可以裁定撤销生效判决或者裁定，**发回作出生效判决、裁定的人民法院重新审理。【因为再审有可能是一审程序有可能是二审程序】**

**⭐二审或再审中对立案、不予立案或者驳回起诉错误的处理**

人民法院审理二审案件和再审案件，对原审法院立案、不予立案或者驳回起诉错误的，应当分别情况作如下处理：

（一）第一审人民法院作出实体判决后，第二审人民法院认为不应当立案的，在撤销第一审人民法院判决的同时，可以迳行驳回起诉；

（二）第二审人民法院维持第一审人民法院不予立案裁定错误的，再审法院应当撤销第一审、第二审人民法院裁定，**指令第一审人民法院受理**；

（三）第二审人民法院维持第一审人民法院驳回起诉裁定错误的，再审法院应当撤销第一审、第二审人民法院裁定，**指令第一审人民法院审理。**

**（四）裁定和决定**

1. **裁定**

2018年《适用解释》第101条：

裁定适用于下列范围：

（一）不予立案；（二）驳回起诉；（三）管辖异议；（四）终结诉讼；（五）中止诉讼；（六）移送或者指定管辖；（七）诉讼期间停止行政行为的执行或者驳回停止执行的申请；（八）财产保全；（九）先予执行；（十）准许或者不准许撤诉；（十一）补正裁判文书中的笔误；（十二）中止或者终结执

行；（十三）提审、指令再审或者发回重审；（十四）准许或者不准许执行行政机关的行政行为；（十五）其他需要裁定的事项。

**对第一、二、三项裁定，当事人可以上诉**。

1. **决定**

针对诉讼中的特殊问题所作的处理，包括人员回避、对妨碍诉讼行为采取强制措施、审委会再审决定、有关一并解决民事争议等。

**决定均不可上诉**，但**部分影响当事人权益的决定可以申请复议eg回避决定可以申请一次复议**。

**七、行政诉讼中的其他问题**

**（一）规范性文件附带审查**

制度上是14-15修改时引入的新制度，但是其实对规范性文件的审查是一直存在的，之前的是以法源适用的

形式存在。在适用的尊重程度上有所不同。但是这次明确化了，相对人可以直接提出审查的请求。

1. **审查范围**

《行政诉讼法》第53条：公民、法人或者其他组织**认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法**，在对行政行为提起诉讼时，**可以一并请求对该规范性文件进行审查。**

前款规定的规范性文件不含规章。

**1、审查的对象**：国务院部门、地方人民政府、地方人民政府部门的规范性文件，排除了国务院的规范性文 件（规章、国办发国发文件）【规章是法源，是法源审查案件的依据和参照，虽然实际上可以审查但是不能正大光明的审查，相对人可以起诉的是规章以下的规范性文件，包括从省到乡的地方人民政府和省市县各级政府组成部门】

**2、审查不合法**：对规范性文件的审查是合法性审查，是**狭义的合法性审查**，有没有广泛适用的空间下面讨论（对行政行为有明显不当等合理性审查）

**3、审查方式**：附带审查，要附带于具体行政行为的审查，抽象行政行为不受法院的干预。

1. **审查程序**

公民、法人或者其他组织请求人民法院一并审查行政诉讼法第五十三条规定的规范性文件，**应当在第一审 开庭审理前提出；有正当理由的，也可以在法庭调查中提出。**

【不能事后提出。但是法院可以依职权主动审查，为什么要要规定相对人提出的时间呢？有的法院说没有及时提出正当性理由就不审查合法性反而就不审查规范性文件了，这不符合立法原意。所以**对正当理由应 当做广义的理解**。Yq认为相对人在庭审过程中提出要求审查规范性文件也是可以的】

**人民法院在对规范性文件审查过程中，发现规范性文件可能不合法的，应当听取规范性文件制定机关的意 见。**【审查的时候要把制定机关叫过来，可以主动过来也可以要求来。涉及对规范性文件的解释，规范性文件的适用要听取原意解释。从制定机关角度可以更好陈述概念理解和选择。但是有时候不来，提供书面解释裁量也是可以的。但是有的制定机关级别很高，不理你，法院也没有什么办法，要照样审查】

制定机关申请出庭陈述意见的，人民法院应当准许。

行政机关未陈述意见或者未提供相关证明材料的，不能阻止人民法院对规范性文件进行审查。

1. **审查标准**

**有下列情形之一的，属于行政诉讼法第六十四条规定的“规范性文件不合法”：**

①超越制定机关的法定职权或者超越法律、法规、规章的授权范围的；【法律保留原则】

②与法律、法规、规章等上位法的规定相抵触的；【法律优先原则】

③没有法律、法规、规章依据，违法增加公民、法人和其他组织义务或者减损公民、法人和其他组织合法权益的；【法律保留原则】

④未履行法定批准程序、公开发布程序，严重违反制定程序的；【法律优先原则】

⑤其他违反法律、法规以及规章规定的情形。

【1、3是法律保留原则的要求，2是法律优先原则，4是法律优先原则但是不是针对内容。】

【传统理论理解，司法对政策的干预是有限的，法律没有规定的就是行政机关自由操作的空间。但是实际发展中行政滞后于社会的发展，行政机关变化速度也很快，立法机关的反应速度更慢一些。最早是由行政机关作出反应，行政机关在没有上位法依据的时候作出反应只能依靠规范性文件。有的规范性文件制定出来就是没有明确的上位法依据，上位法没有想过这些事情或者上位法只是原则性的规定，这时候被监管方认为行政机关没有上位法进行监管，法院应当怎么审查？没有上位法或者只有几个原则的时候，应当怎么判断合法性？**实际上没办法判断狭义的合法性，含有很大的主观解释空间。**Eg上位法说要保护环境，环境部门说要降低企业中的铅含量，企业的成本大大提高，就和环保部门之间产生争议。带有很强价值判断的因素。**法院在根本上还是不能介入政策问题的判断**，但是法院可以考虑行政机关在作出政策选择的时候是不是充分考虑了各个方面的因素，行政机关作出决策是不是存在恣意任性，**这实际上和对裁量行为的审查是类似的，只要没有达到严重不合理的程度，就应该接受行政机关的选择，因为这是你的政策判断权。但是如果你在制定相关政策文件的时候考虑因素不足，存在滥用职权的嫌疑，或者标准的选择上明显不合 理，就可以认为规范性文件不合法。**】

【所以援用对具体行政行为的审查框架，一般来说对规范性文件也是做合法性的判断，**但是不是绝对不能 考虑合理性问题，考虑合理性问题主要存在于严重不合理的情况，或者考虑过程审查方法，要素是不是都考虑到了。**划定司法权和行政权的边界是需要进一步需要解决的理论问题。】

审查完了之后不是一般的判决。

1. **审查后果**

人民法院经审查认为行政行为所依据的规范性文件合法的，**应当作为认定行政行为合法的依据**；经审查认为规范性文件**不合法的**，**不作为人民法院认定行政行为合法的依据，并在裁判理由中予以阐明【最终还是要落脚到具体行政行为上去，法院不可以直接把规范性文件废除，没有发布政策的权力也没有废止政策的权力，是宪法规定的】**。

作出生效裁判的人民法院**应当向规范性文件的制定机关提出处理建议，【一般都会改，法院不能自己做对规范性文件效力产生影响的事情。但是如果是高级的法院，事实上规范性文件的效力已经没有了。事实上以后在到法院去都会认为不合法。从这个角度讲，法院的判决会产生影响规范性文件实效的效力，但是应然上影响规范性文件效力的要靠行政机关和监察机关】并可以抄送制定机关的同级人民政府、上一级行政机关、监察机关以及规范性文件的备案机关**。

⭐规范性文件不合法的，人民法院可以在裁判生效之日起三个月内，向规范性文件制定机关提出修改或者废止该规范性文件的**司法建议**。

⭐规范性文件由多个部门联合制定的，人民法院可以向该规范性文件的主办机关或者共同上一级行政机关发送司法建议。

⭐接收司法建议的行政机关应当在收到司法建议之日起**六十日**内予**以书面答复**。情况紧急的，人民法院可以**建议制定机关或者其上一级行政机关立即停止执行**该规范性文件。

⭐人民法院认为规范性文件不合法的，应当在裁判生效后报送上一级人民法院进行备案。涉及国务院部门、省级行政机关制定的规范性文件，司法建议还应当分别层报最高人民法院、高级人民法院备案。

**（二）行政附带民事诉讼**

【两个诉还是两个诉，是物理意义上的合并，是两个诉讼标的，范围是有限的】

1. **范围**

在涉及行政**许可、登记、征收、征用和行政机关对民事争议所作的裁决【范围，总结得到的经常会遇到民事问题的行政行为】**的行政诉讼中，当事人申请一并解决相关民事争议的，人民法院可以一并审理。

【可能行政争议为基础，可能民事争议为基础，也可能仅是一般牵连关系】

Eg建筑许可证影响邻居的相邻权，邻居起诉许可证和侵犯相邻权

Eg婚姻登记存在违背相对人意思的行为，要求返还财产撤销登记/房地产返还 Eg裁决行为本身就是对民事纠纷作出的

【征收征用】例：甲将房屋租给乙，后市政府决定对该房屋进行征收，乙冒充甲领取征收补偿款。甲得知后认为补偿数额太低，起诉市政府，同时对乙提起民事诉讼，要求返还补偿款。

**原理/好处**：让诉讼变得更经济，减少讼累，但是在涉及行政行为的范围上有比较严格的限制，没有等字，**其他行政行为如果与民事行为也有关联，就不能提起附带民事诉讼**eg行政处罚

因为合起来会造成衔接上的问题eg破坏民事诉讼的管辖，会影响民事诉讼的审理，所以要限制范围

【但是有一些情况联系很紧密有进行民事诉讼的必要】eg被害人被打公安机关没有来，存在加害人的侵权和公安机关的不作为相结合造成了被害人的损害，这两者的责任应当怎么分配？如果提两个诉不利于审 理，**但是从目前的法条中难以解释出来，目前需要分开处理。**

1. **申请与受理**

【提出民事诉讼的时机】公民、法人或者其他组织请求一并审理相关民事争议，应当在**第一审开庭审理前** 提出；**有正当理由的，也可以在法庭调查中提出**。

【提出民事诉讼的时机，和国家赔偿的情况类似】⭐若在二审中提出，可进行诉前调解，调解不成应告知另行起诉。

人民法院**决定**在行政诉讼中一并审理相关民事争议，或者案件当事人一致同意相关民事争议在行政诉讼中一并解决，人民法院准许的，由受理行政案件的人民法院管辖。

⭐**突破民事诉讼一般管辖规则**（但**不对抗专属管辖规则和协议管辖约定、约定的仲裁不能突破，要按照后者进行**）。

【管辖权恒定原则】公民、法人或者其他组织请求一并审理相关民事争议，人民法院经审查发现**行政案件 已经超过起诉期限，民事案件尚未立案的，告知当事人另行提起民事诉讼；民事案件已经立案的，由原审判组织继续审理**。

人民法院在审理行政案件中**发现民事争议为解决行政争议的基础，当事人没有请求人民法院一并审理相关民事争议的，人民法院应当告知当事人依法申请一并解决民事争议**。当事人就民事争议另行提起民事诉讼并已立案的，人**民法院应当中止行政诉讼的审理。民事争议处理期间不计算在行政诉讼审理期限内**。

有下列情形之一的，人民法院应当作出**不予准许一并审理民事争议的决定**，并告知当事人可以依法通过其他渠道主张权利：

（一）法律规定应当由行政机关先行处理的；

（二）违反民事诉讼法专属管辖规定或者协议管辖约定的；

（三）约定仲裁或者已经提起民事诉讼的；

（四）其他不宜一并审理民事争议的情形。

**对不予准许的决定可以申请复议一次。**

1. **审理**

【要注意是两个诉：诉讼时效vs起诉期限（超过了起诉期限就都不审了）、举证规则不同：谁主张谁举证

vs举证责任倒置；调解问题，行政诉讼中赔偿补偿裁量权等问题才能调解，要作为两个诉处理】 人民法院在行政诉讼中一并审理相关民事争议的，民事争议应当单独立案，由同一审判组织审理。

人民法院一并审理相关民事争议，适用民事法律规范的相关规定，法律另有规定的除外。（包括民事实体法和民事诉讼法）

1. **裁判**

对行政争议和民事争议应当**分别裁判**。

⭐【上诉】【**分别上诉**但是一并移送案卷，体现了全面审查原则，民事诉讼也要进行全面审查，有可能发现没有上诉的部分有问题，可以直接按审判监督程序进行再审】当事人仅对行政裁判或者民事裁判提出上诉的，未上诉的裁判在上诉期满后即发生法律效力。**第一审人民法院应当将全部案卷一并移送第二审人民法院**，由行政审判庭审理。第二审人民法院发现未上诉的生效裁判确有错误的，应当按照审判监督程序再审。

**（三）撤诉**

【某种意义上扮演了调解的功能。一般行政诉讼不能进行调解，现实中又有相互和解的需要，一种表现方式就是撤诉制度，行政机关会与相对人商量一下撤诉私下解决，因为相对人得到的好处会更多。过去主张和谐社会，司法解释也鼓励法院尽可能多的采用和解调解结案，行政机关可以重开行政程序，改变之前的行政行为，如果相对人接受就可以撤诉。撤诉率不断提高，但是是不大正常的，有人为干预的情况在里 面，2012年以后司法政策改变了，不再强调撤诉的重要性，撤诉率又下降】

1. **撤诉的提出/按撤诉处理**

**【申请撤诉:申请的时间】**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。**

【需要进行审查：是不是符合公共利益、是不是符合真实意愿、相对人是不是违反法庭秩序需要惩处】

**【按撤诉处理】**经人民法院传票传唤，原告无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，可以按照撤诉处理；被告无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。

【**原告撤诉或视为撤诉之后不得再次起诉】**【被告无故不参加诉讼缺席判决】

**【被告改变行为的情形】**

⭐【被告改变行政行为，应当准许撤诉的情形】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。被告改变被诉具体行政行为，原告申请 撤诉，符合下列条件的，人民法院应当裁定准许：

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，③不损害公共利益和他人合法权益；

④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；

⑤第三人无异议。

⭐原告或者第三人对改变后的行政行为不服提起诉讼的，人民法院应当**就改变后的行政行为进行审理**。

⭐被告改变原违法行政行为，原告仍要求确认原行政行为违法的，人民法院应当依法作出**确认判决**。

⭐原告起诉被告不作为，在诉讼中被告作出行政行为，原告不撤诉的，人民法院应当**就不作为依法作出确认判决**。

【被告改变具体行政行为如果原告认可行为，可以撤诉结案，如果原告不撤诉，法院可以继续审查被改变的行为，对原来的行为作出确认违法的判决，如果原告对改变以后的行为不服，还需要再提一个 诉，法院就改变后的行为进行审理】

1. **法院审查**

审查包括**自愿性审查**（不存在欺诈、胁迫、重大误解等情形）和**合法性审查**（撤诉行为是否存在规避法律的情形）

当事人申请撤诉或者依法可以按撤诉处理的案件，当事人有违反法律的行为（如申请人存在妨碍诉讼的行为）需要依法处理的，人民法院可以不准许撤诉或者不按撤诉处理。

⭐“当事人有违反法律的行为”并不包括行政行为违法，即便行政行为违法，当事人仍然可以撤诉。

1. **撤诉的后果**

人民法院**裁定准许原告撤诉后**，**原告以同一事实和理由重新起诉的**，人民法院**不予立案**。（为维护行政行为权威性，此处规定于民诉法不同）

人民法院**裁定准许行政诉讼原告撤诉**，但其**对已经提起的一并审理相关民事争议不撤诉的**，人民法院应当**继续审理**。

准予撤诉的裁定确有错误，**原告申请再审**的，人民法院应当**通过审判监督程序撤销原准予撤诉的裁定，重新对案件进行审理**。

**五、执行（未讲）**

**（一）一般规定**

1. **诉讼执行的启动**

对发生法律效力的行政判决书、行政裁定书、行政赔偿判决书和行政调解书，负有义务的一方当事人拒绝履行的，对方当事人可以依法申请人民法院强制执行。

公民、法人或者其他组织拒绝履行判决、裁定、调解书的，行政机关或者第三人可以向第一审人民法院申请强制执行，或者由行政机关依法强制执行（若诉讼中已停止执行）。

诉讼中**停止执行**的情形

**《行政诉讼法》第56条**

诉讼期间，不停止行政行为的执行。但有下列情形之一的，裁定停止执行：

（一）被告认为需要停止执行的；

（二）原告或者利害关系人申请停止执行，人民法院认为该行政行为的执行会造成难以弥补的损失，并且停止执行不损害国家利益、社会公共利益的；

（三）人民法院认为该行政行为的执行会给国家利益、社会公共利益造成重大损害的；

（四）法律、法规规定停止执行的。

当事人对停止执行或者不停止执行的裁定不服的，可以申请复议一次。

1. **申请执行期限**

申请执行的期限为二年。申请执行时效的中止、中断，适用法律有关规定。逾期申请的，除有正当理由外，人民法院不予受理。

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。

1. **申请执行的管辖**

发生法律效力的行政判决书、行政裁定书、行政赔偿判决书和行政调解书，由第一审人民法院执行。

第一审人民法院认为情况特殊，需要由第二审人民法院执行的，可以报请第二审人民法院执行；第二审人民法院可以决定由其执行，也可以决定由第一审人民法院执行。（但执行申请仍然要向第一审法院提出）

1. **行政机关拒不履行判决裁定时的措施**

行政机关拒绝履行判决、裁定、调解书的，第一审人民法院可以采取下列措施：对应当归还的罚款或者应当给付的款额，通知银行从该行政机关的账户内划拨；

在规定期限内不履行的，从期满之日起，对**该行政机关负责人**按日处五十元至一百元的罚款；（对工作人员进行罚款而非对机关罚款）

将行政机关拒绝履行的情况予以公告；

向监察机关或者该行政机关的上一级行政机关提出司法建议。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；

拒不履行判决、裁定、调解书，社会影响恶劣的，可以**对该行政机关直接负责的主管人员和其他直接责任人员**予以拘留；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

**（二）先予执行**

人民法院对起诉行政机关没有依法支付抚恤金、最低生活保障金和工伤、医疗社会保险金的案件，权利义务关系明确、不先予执行将严重影响原告生活的，可以根据原告的申请，裁定先予执行。

鉴于执行回转的困难，先予执行条件限制严格；

行政诉讼中的先予执行不需要提供担保。

当事人对先予执行裁定不服的，可以申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行。

复议向作出先予执行裁定的法院提出。**例：以下案件是否可适用先予执行？**

1. 因公伤残军人甲起诉要求县民政局支付抚恤金；
2. 孤儿乙起诉县民政局，要求发放《特困人员供养证》；申领抚养费可以先予执行，但申请证件不可先予执行
3. 丙遭到公安机关工作人员殴打，起诉要求国家赔偿；

# 第十三讲 行政赔偿

2022年5月30日 23:29

**第十四章行政赔偿**

国家赔偿法要解决的是国家机关运用公权力的时候侵犯公民法人其他组织权利时的赔偿制度，这里只讲行政机关侵权行为。

目前纳入国赔法的只有行政机关和司法机关，规定比较详细的是行政机关和刑事司法机关的赔偿，对于民事和行政司法机关在诉讼活动中（国家赔偿法38）造成损害的赔偿，只规定了一条，具体程序参照刑事赔偿。

范围上，行政赔偿大于刑事司法赔偿，几乎所有的行政行为造成损害，就要赔偿。刑事司法列举的可以赔偿，没有列举的有争议，实践中支持了，但是学理上对刑事司法赔偿的范围很限缩。民事、行政只包括司法意义上的强制措施（eg法院罚款）和执行错误，民事行政错判不可以赔偿，因为一般涉及财产问题，可以通过执行回转方式，不需要国家赔偿，但是实际中无法执行回转能否赔偿，具有争议。

**一、国家赔偿概述**

**（一）国家赔偿的类型**

1. **行政赔偿**

【2】对**行政机关及其工作人员**在**行使行政职权时**侵犯人身权、财产权行为的赔偿。

1. **刑事赔偿**

对行使侦查、检察、审判职权的机关以及看守所、监狱管理机关及其工作人员在行使职权时侵犯人身权、财产权行为的赔偿。

1. **其他司法赔偿**

对法院在民事诉讼、行政诉讼过程中，违法采取对妨害诉讼的强制措施、保全措施或者对判决、裁定及其 他生效法律文书执行错误，造成损害的行为的赔偿。

**（二）国家赔偿的归责原则**

【归责原则：如何分配责任，民法上责任原则是过错归责原则，特别情况下无过错责任】

【和侵权责任法比较相似，只是侵权主题变成了国家，但是国家赔偿法第一部立法采取了违法归责原则，只有行为违反了法律规定，才要承担责任，如果只是造成损害没有违法，就不需要承担责任。**边界有所不同**。Eg一个人拉着猪，检察人员让猪挤在了一起都死了，国家要不要承担责任？重要在于行政机关有没有违法（违反法律的明确规定），在原来的理解下，有过错不违法。同时**违法的行为不一定有过错**。Eg行政许可中不符合条件发了许可证，这违法了但是行政机关不可能审查出来，行政机关没有过错，**所以违法和 过错不完全重合**，违法归责原则受到批评，**现在的通说把违法的范围扩大了，要求上例中行政机关有客观的必要注意义务，防止相对人的合法权益因为你的行为产生额外损害，如果产生了损害，就认为你没有尽到注意义务，属于违法**。对于违法没有过错的情形，学理上不主张行政机关承担赔偿责任，随着判例发展，1994年违法和过错事实上相同，2010年又进行了调整，**把违法改成了有本法规定的**。需要结合本法的规定，链接到具体条文了。如下所示。】

《侵权责任法》第6条：行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。

《国家赔偿法》（1994）第2条：国家机关和国家机关工作人员**违法**行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，受害人有依照本法取得国家赔偿的权利。

《国家赔偿法》（2010）第2条：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。

**【行政司法赔偿】**《国家赔偿法》（2010）第3条：行政机关及其工作人员在行使行政职权时**有下列侵犯人身权情形之一**的，**受害人有取得赔偿的权利**:

(一)违法拘留或者违法采取限制公民人身自由的行政强制措施的;【违法是前提】

(二)非法拘禁或者以其他方法非法剥夺公民人身自由的;【也要求违法。**违法拘留和非法拘禁的区别？**违法拘留是行政机关有拘留权但是违反法律规定行使拘留权；eg法律规定可以拘留15d但是拘留了20d，非法拘禁是根本没有拘留的权力。】

(三)以殴打、虐待等行为或者唆使、放纵他人以殴打、虐待等行为造成公民身体伤害或者死亡的;【没有违法要件，但是所有殴打虐待都是违法的，所以也要求违法】

(四)违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的;【也要求违法eg使用枪支伤到了群众】 (五)造成公民身体伤害或者死亡的其他违法行为。【其他违法行为，也要求违法】

【**其实全部都有违法的要件**，所以总则中没有规定归责原则，但是**具体条文规定仍然是违法归责原则**，**也 就是事实上的过错原则**。公法上的过错是一种**客观过错**不是主观过错，主观过错强调行为人的主观状态，能不能认识到自己行为的性质，如果认识不到也是没有过错的eg夫妻刚刚结婚老婆把老公敲成植物人，如果**从客观过错来讲，正常人可以预料到后果，肯定有过错**，但是从主观上来讲可能缺乏社会经验，不存在主观过错。**在公法上没有争议，都是客观过错，采用社会通行标准**，可以意识到行为的后果。】

**【刑事司法赔偿】**《国家赔偿法》（2010）第17条：行使侦查、检察、审判职权的机关以及看守所、监狱管理机关及其工作人员在行使职权时有下列侵犯人身权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利:

(一)违反刑事诉讼法的规定对公民采取拘留措施的，或者依照刑事诉讼法规定的条件和程序对公民采取拘留措施，但是拘留时间超过刑事诉讼法规定的时限，其后决定撤销案件、不起诉或者判决宣告无罪终止追究刑事责任的;【仍然是违法】

(二)对公民采取逮捕措施后，决定撤销案件、不起诉或者判决宣告无罪终止追究刑事责任的;【**没有规定违法，这是一种结果责任**，不考虑行为的性质，只要执行逮捕之后不追究刑事责任，通过事后程序判断逮捕的错误，至于逮捕有没有其他过错在所不问，都要赔偿】

(三)依照审判监督程序再审改判无罪，原判刑罚已经执行的;【结果责任，不论前面的法院是否有过错】

(四)刑讯逼供或者以殴打、虐待等行为或者唆使、放纵他人以殴打、虐待等行为造成公民身体伤害或者死亡的;【违法行为】

(五)违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的。【违法行为】

【刑事司法的列举和行政不一样，一是**刑事司法中没有兜底条款**，行政机关违法都可以纳入其中，但是刑事司法机关职能限于列举的情况，范围比较狭窄，第二**归责原则不同，刑事赔偿中有结果规则**，行政赔偿中都是违法原则，所以前面条文进行改动，把违法改成了本法规定的】

## 目前的国家赔偿法根据赔偿类别的不同适用不同的归责原则，其中行政赔偿适用违法归责原则，司法赔偿 同时适用违法归责原则与结果归责原则。

***违法不仅指违反明确的法律规范，同时也指未履行公法上必要的注意义务。****（学理主张，亦被部分司法实践认可）*

***国家赔偿中的违法的行为不一定包含过错****。例如，即便行政机关已尽必要的审查义务，但仍然没有发现相对人不具备获得许可的条件，此时该授予许可的行为仍然违法。不过实务观点认为，虽然此时行政许可应被撤销，但行政机关并无过错，不应承担赔偿责任。【****违法责任VS过错责任****】*

**例**：李某租用一商店经营服装。某区公安分局公安人员驾驶警车追捕时，为躲闪其他车辆，不慎将李某服装店的橱窗玻璃及模特衣物撞坏。事后，公安分局与李某协商赔偿不成，李某请求国家赔偿。针对李某的损失，是否应当给予国家赔偿？

要求行政机关的行为具有违法性。公安局追赶逃犯的时候出现意外是正常的，不能认为是违法行为造成的损失，但是他**有必要审慎的注意义务，但是在追捕的时候审慎义务是降低的**，**不具有可谴责性，不是违法 行为，不符合国家赔偿的要件**。这里进行的是补偿，因为是合法行为造成的损害。不是要走国家赔偿程序。申请国家赔偿应该驳回或者不予受理，实践中可以转成补偿支付。

*应当给予补偿，而非国家赔偿。李某的行为属于在正当执法过程中发生的意外状况，并不是违法行为。*

**（三）国家赔偿责任的构成要件**

《**国家赔偿法》第2条**：**国家机关和国家机关工作人员**【**主体要件**，不能是私主体，但是国家机关包括法律法规授权组织（行政赔偿领域）】行使职权【**公权力行为】**，有本法规定的侵犯公民、法人和其他组织合法权益的情形【**侵权要件**，3、4、17、18中的规定】，造成损害的【**存在损害事实+存在因果关系**】【**损害要件**，和侵权要件不同，侵权可能不损害eg扣押字画，构成侵权但是不一定损害】，受害人有依照本法取得国家赔偿的权利。

1. **国家侵权行为**
2. **应为公法职务行为（外观标准为主）**

**⭐标准**

【应该是职务行为不是个人行为——要区分哪些是个人行为哪些是组织行为】

【**最本质标准：行为的目的，是为了履行公职还是为了私利考量。**但是目的是很难判断的，就有了**外观标准**，问题在于外观的判断和真实目的的判断是不统一的，**通说认为以外观标准为主，目的标准为辅，目的起到补充作用，如果从外观上（社会客观标准）认为是职务行为，就归类成职务行为，除非有其他事显示明显不是职务行为，是为了更有效保护被害人**，eg如果行为带有个人因素但是被害人请求国家赔偿，很大

的因素是侵权人自己赔不起，扩大职务行为的范围，包括一部分含有个人目的的行为，更有利于保护相对人】

**例1**：警察**执勤时**与人发生争执，开枪将其打死，是否为职务行为？【执勤时，即便争吵不一定和执勤有关，但是是在执勤的外观之下的】【职务行为的判断和时空环境有关，有没有在上班时间有没有穿制

服】√

**例2**：工商管理人员下班后身着制服在菜场买菜，与摊贩发生争执，将其打伤，是否为职务行为？【具有一定的外观，穿着制服，到市场上去，但是是下班时间再买菜，可以被个人目的否定掉，而且调查活动不可能是一个人，一般社会认知都可以这样判断，所以应当认定是个人的侵权行为】——**【目的十分明显足以否定外观标准】**×

**例3**：警察下班以后携带枪支前往仇人住处将其射杀。【目的非常私人化，可以判断是私人行为，不具有公务行为的外观，但是也有反对意见，因为警察带着枪不是谁都做得到的，警察自己有带枪的便利性，是职 务提供机会的行为，就职务提供的机会，国家应当承担责任，应当纳入职务行为，尽量扩大范围，也有人主张可以视为一种无意思联络的数人侵权，主要侵权人是警察，公安机关没有尽到枪支的管理义务，因为一般警察拿不到枪，所以枪支保管有问题。】

【职务行为还不够，**还要求公法上的职务行为**，不能是私法的职务行为，如果没有行使公权力就没有国家赔偿】

**⭐范围**

**⭐不包括国家行为、抽象行为（其实也不包括内部行为）**

**⭐包括行政不作为**

【**国家行为**：范围和行政机关相似，但是排除理由与行政诉讼不同：对于其他机关的行为，防止比较敏感 eg军事机关、外交部，不走国家赔偿程序。**对于行政机关可以实施的其他行为**eg宣布紧急状态是国家行 为，但疫情中的地区封锁行为，是否属于国家行为？有一定的争议，带有一些国家行为的性质eg边境封 锁？对于地域性的传染病控制？边界何在？**如果排除出了国家行为的范畴，就意味着可以主张国家赔偿，可以作为行政诉讼的对象**】

【**抽象行为**：不同机关都包括，因为涉及的面太广了。但是日本发生过实例，起诉了国会议员和立法机 关，涉及麻风病预防法，认为不应该区别对待但是法律没有修改，最后过了很久才废除，被收容隔离的患者提起了诉讼，认为对麻风病患者应当被平等对待，但立法上没有作为，认为有立法上的不作为和慢作 为，法院支持了原告主张，但是案件很特殊，受到影响的群体不多而且损害很大，所以理论有所突破，绝大多情况都要排除】

【**行政不作为**：主要因为行政赔偿条款中有兜底条款，可以解释进去。】【一般诉讼领域不作为能否赔偿有争议，不作为通常体现在行政机关没有履行好某种保护人身权财产权的责任，这种侵权可能和第三人或自然力的损害结合才会造成损害，是积极损害向你发生但是没有及时阻止，有点类似安全保障义务】

**因行政机关不履行、拖延履行法定职责，致使公民、法人或者其他组织的合法权益遭受损害的，人民法院 应当判决行政机关承担行政赔偿责任。在确定赔偿数额时，应当考虑该不履行、拖延履行法定职责的行为在损害发生过程和结果中所起的作用等因素。**

例4：甲被乙当街殴打，巡警丙路过时未加制止。甲可否请求丙所在公安机关承担赔偿责任？【如果巡警在执行公务没有加以制止就有不作为违法，但是也有人认为是否执行公务不是必要条件，因为警察法规定警察有发现危险及时救助的义务，不讨论这个的话，假设在执行公务过程中不作为肯定构成不作为，就要和侵权人一起分担赔偿，**按照影响结果大小确定数额**】√

例5：某地食品管理部门未尽日常监管职责，致使不符合卫生标准的食品进入市场，造成部分消费者出现食源性中毒。请问受害者是否可以主张国家赔偿？【能否主张没有进到监管职责？与上例不同，上面的巡警路过是一种具体情境，**这里是一种抽象监管，而国家赔偿中的主张与行政诉讼相同，要求具体性，只有要求对个体有个别保护义务，才可以主张赔偿**。泛泛意义上的监管职责不在赔偿的范围内，这是目前的学理理解，但是未来可能变化，因为国家赔偿法没有完全把这种情况排除掉，保护规范理论是否必然从行政诉讼迁移到国家赔偿中来，可以进行讨论，但是现在不行，只有你具有一种特别被保护的地位的时候才能主张国家赔偿】×

1. **侵权损害事实**

损害的对象须为“**合法权益**”。

**包括两点：1、物理上的损失（金钱、人身）2、损失的是合法利益不是违法利益**

**例：**山西省祁县华誉纤维厂于2003年8月成立，主要经营范围为化纤材料。2007年5月25日祁县人民政府下发祁政发(2007)20号文件，**以不符合国家产业政策，污染严重，治理无望，决定淘汰该企业，下令于2007**

**年5月27日关闭祁县华誉纤维厂**。【直接根据产业政策而强行关停案涉企业没有直接的法律依据】华誉厂不服，提**起行政诉讼**，**祁县人民政府该行为被晋中市中级人民法院确认违法。【而不是撤销判决，因为案涉企业已经关闭，只能通过确认违法进行事后救济，也有可能政府关闭行为程序违法但关闭正确】**原告遂提出**国家赔偿请求**，**要求赔偿在强制关停中损失的二硫化碳产品（危险化学品）和生产设备【举证过程中确 认原告没有获得许可】。**被告主张原告未取得相关生产许可，故该损失不应予以赔偿。**经查明，华誉厂确实未取得二硫化碳生产许可**。被告主张是否成立？

*损害是存在的，但是损失是否是合法权益需要讨论，二硫化碳是非法财物，****但是生产设备不一定是非法的利益****，因为二硫化碳不是完全禁止的（假烟毒品的生产设备是违法的）但是二硫化碳可能以后可以合法生产，所以不是违法财物。****如果损害了设备，就可以赔偿。***

1. **行为与损害后果间具有因果关系**

**国家赔偿法中的因果关系：相当因果关系说**：**若无A，则无B【A是B的必要条件】；若有A，通常容易产生**

**B【A近似B的充分条件】。【结合事实，也会融入价值成分】**

**【区别于直接损失与间接损失的判断，不管是直接间接的因果关系，只要是相当的关系都算是因果关系，而国赔法上直接损失指的是对现有财产的直接减损，间接损失是可得利益的损失，是未来可以期待的，可能是必然产生的eg房屋租金房屋被拆迁，国家赔偿法只赔偿直接损失。】**

**例1**：城管在主干道开车追赶骑三轮的小贩，小贩慌不择路，被迎面开来的货车撞死。城管的行为与小贩死亡之间是否具有因果关系？

公权力机关+公权力行为+生命权侵犯已经满足，按照相当因果关系理论，如果不追击就不会死亡，如果有追击，在主干道上车流很大很可能慌不择路，应当*肯定其相当因果关系。【有价值选择的成分】*

*【打击非法钓鱼，两个人在禁止钓鱼的地方垂钓，城管偷偷躲到背后准备抓捕，两个人从陆路跑了，一个人跳水里，抽筋淹死了，能不能主张国家赔偿？不需要，因为作为正常人可以从陆路跑，罚款也没有什么大不了的，淹死是自己的原因，并不是国家机关行为的原因。】【到哪里算是正当？】*

**例2**：陈宝山与陈辽生于2005年6月在洛阳市宜阳县张午乡平南村洛河滩开办采砂厂，同年7月25日以陈辽生名义**办理了河道采砂许可证**。在陈辽生申请开办砂厂之初，宜阳县水利局的申请登记制式表格中，**已明确载明申请人在每年的7、8、9月的主汛期内为禁采期。进入禁采期，砂厂应无条件平复沙滩，并将采砂设备及人员撤离现场。**

2005年10月2日上午9时许，洛阳市防汛指挥部电话通知宜阳县防汛指挥部，**告知故县水库在十时下泄洪300个流量，并逐渐加大。宜阳县防汛指挥部又电话通知张午乡政府，乡政府又电话通知第三人陈辽生采砂场所在地的平南村党支部书记马电杰，要求各村做好防汛工作，河滩群众全部撤离。**上午十二时许，陈辽生所在砂场五名工人驾驶装载机欲越过已不断上涨的河水回到陆地，车到河中熄火，水越涨越大，水漫进驾驶室，即打110报警等待救援。到晚上七点二十分左右车被水冲翻，车上五人全部落水，其中三人死亡。死者家属向宜阳县人民法院提起民事诉讼，要求陈宝山与陈辽生赔偿。**陈宝山履行民事赔偿义务后，提起行政诉讼，认为由于宜阳县水利局未尽到泄洪通知的义务而造成不在场人员伤亡，这个事故的发生宜阳县水利局有不可推卸的法定责任，故要求宜阳县水利局给予行政赔偿【还有公安机关】。**本案中，水利局未充分履行通知义务是否与损害后果具有因果联系？

**【是否存在违法行为？严格来讲水利部门没有通知到位，是有问题的，因为没有逐一核实列表，没有认真负责，所以注意义务是可以争辩的，即便行为违法，是否一定会导致人员损失？不一定。在明显处于汛期的时段，采砂工厂应当履行足够的注意义务，且办理采砂许可证之时，有关机关已经履行了充分的告知义务，自己要有注意义务，且发布通知的时候肯定还有其他途径。在泄洪之前，有关机关也已经进行了必要的通知和警示（尽管没有尽到充分的通知义务）】国家不需要承担赔偿责任。——再次体现因果关系的价值选择倾向，取决于你怎么来论证。**

**（四）免责事由**

**⭐属于下列情形之一的，国家不承担赔偿责任：**

**（一）行政机关工作人员与行使职权无关的个人行为**；【与构成要件有关，**不符合公权力行为的要件**，吧免责要件与构成要件放在一个层次讨论，虽然可以解决问题，但是有点不分明】

**（二）因公民、法人和其他组织自己的行为致使损害发生的**；（如公民在被拘留期间自伤、自残，但若是因为行政机关原因导致的不能免除国家赔偿责任）【与构成要件有关，不是国家行为，但是也可能有一种情况是相结合造成的损害eg被行政拘留期间行政机关没有发现自伤，是否构成分担责任的结果？需要结合具体情形的，**但是自己自伤的原因力范围之内，行政机关不需要承担责任**，但是如果有相当因果关系（受到虐待）虽然有些间接，可以认为具有相当因果关系，**如果是自由意志决定的，行政机关不承担责任**eg被拘留人挣脱手铐爬到楼顶上跳到另一个楼顶摔骨折了，是自己造成的损害结果，不满足构成要件】

**（三）法律规定的其他情形。**【兜底条款】

【**实际上不是归责原则，eg不可抗力、正当防卫才是免责层面的**，但是公权力机关基本没有这些，有可能有紧急避险，可以免除责任，但是也没有必要规定类似的事由了，不需要再单独规定，直接做合法违法的评价就可以了，如果合法就直接国家补偿，因此对免责事由都落在了构成要件上】

**例**：任敏与杨洋系夫妻关系。2013年9月1日上午9时许，铜鼓镇政府安全监督管理办公室【内设机构，应该由镇政府承担责任】工作人员向军等人进行交通检查。任敏搭乘杨洋驾驶的两轮摩托车从巫山县官渡镇驶往庙宇镇，当行驶至铜鼓镇加油站路段时，因杨洋未戴头盔，向军等人通过喊话的方式纠正其违法行为，但杨洋未停车。当向军欲用手抓摩托车钥匙时，杨洋为躲避该行为致使摩托车倒地，造成任敏受伤。任敏伤后被送往巫山县人民医院治疗，经诊断为特重型颅脑损伤、多器官功能不全。杨洋提起行政诉讼，要求确认铜鼓镇政府工作人员在履行职务时违法，并赔偿损失。

镇政府要不要担负国家赔偿责任？**公权力行为√（交通执法检查）+损害结果（人身权利），是否有因果关系？**有争议，有人说是自己的行为，免责事由第二项，可以不承担责任，但是行政机关有原因力，不应该拔车钥匙，会预料到非常危险，应该具有相当因果关系，所以应当按照比例分别承担责任。**是否违法？**普通镇政府没有强制拦车拔车钥匙的权利。从合理性角度，考虑比例原则，你的目标是让大家安全驾驶，但是手段回带来更大损害，评价上构成违法，应当承担赔偿责任。

**二、行政赔偿的范围与方式**

【确定有责任之后**如何赔偿**的问题】

**（一）行政赔偿的范围**

【事实上就是国家赔偿法保护的合法权益的范围，比较小，做了很多限制】

【目前仅限至于人身权、财产权，且不是所有人身权都可赔偿】

1. **人身权**

行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯人身权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利:

**（享有拘留权的机关）违法拘留**或者违法采取限制公民人身自由的行政强制措施的；

**（没有拘留权的机关）**非法拘禁或者以其他方法非法剥夺公民人身自由的；

以殴打、虐待等行为或者唆使、放纵他人以殴打、虐待等行为造成公民身体伤害或者死亡的；**违法使用武器、警械**造成公民身体伤害或者死亡的；

造成公民身体伤害或者死亡的其他违法行为。

**仅包括生命、健康、自由等人身权。（姓名权、隐私权、荣誉权等并不受国家赔偿的保护）**

1. **财产权**

行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯财产权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：违法实施罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚的；

违法对财产采取查封、扣押、冻结等行政强制措施的；违法征收、征用财产的；

造成财产损害的其他违法行为。

**问题：如果损害了其他权利但是损害了财产利益是否应该赔偿？**

eg侵犯劳动权受教育权是否进行赔偿？仔细看条款，吊销许可证执照是通过资格罚，财产利益损失是一种间接的影响，如果认可的话，就说明不一定直接影响到财产权，那是否可以肯定作用到其他的权利间接影响到财产利益呢？eg齐玉玲案，冒名顶替上学问题，如果教委在行使招生职权的时候存在违法性，后续存在一些财产损害，是否能主张国家赔偿，有争议。能否将侵犯其他权利间接影响到财产利益行为解释为侵犯财产权的行为？**yq认为可以，可以把这个行为理解为做出以后影响到了财产利益，只要有相当因果关系就可以**】

1. **精神损害【新纳入的，没有纳入行政损害赔偿的范围】**

有国家赔偿法第3条和第17条（行政、刑事司法赔偿）规定的侵犯人身权情形之一，致人精神损害的，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**【一般没有金钱补偿，精神补偿】；**造成严重后果的，应当支付相应的精神损害抚慰金**。【国赔法引进的主要条文】

**严重后果的两种理解方式：**1、严重的精神损害后果eg抑郁症；2、造成人身权损害的严重后果eg身体重伤，推定严重的精神损害按照立法机关的意思，**两种理解都采用**，都应该支付精神抚慰金。

**造成严重后果通常指造成死亡**【家属的精神损害，权利人是家属，作了扩张，应该放到人身权上面】、**残疾、重伤、精神障碍等**。【人身自由权有另外的赔偿，**这里的精神损害重点是身体权、生命权**，但是实践中精神损害的严重后果可以扩展到更广泛eg一个领导举报了另一个领导，被打击报复，被判了受贿罪关了7

年，妻子改嫁，儿子外出打工，认为是法院判错了，法院最后支持了精神损害赔偿的主张，不是出于人身权的损害，不是立法机关设想的精神损害，这种精神痛苦来源于社会关系的改变，也已被法院纳入了。国家赔偿的赔偿标准比民事赔偿低，所以进行了突破，通过精神抚慰金进行弥补。】

**（二）赔偿方式与标准**

**⭐赔偿方式：**

国家赔偿以**支付赔偿金**为主要方式。

能够**返还财产**或者**恢复原状**的，予以返还财产或者恢复原状。

**⭐赔偿标准**

1. **侵犯人身权**

①侵犯公民**人身自由**的，每日赔偿金按照**国家上年度职工日平均工资【实践中是作出赔偿决定的上一年度】**计算。

②侵犯公民**生命健康权**的，赔偿金按照下列规定计算：

* 1. 造成身体伤害的，应当支付**医疗费、护理费**，以及赔偿因误工减少的收入【超越了对身体健康的赔偿，属于间接损失，本来是不赔的，这里特别规定】。减少的收入每日的赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算，最高额为国家上年度职工年平均工资的五倍；
  2. 造成部分或者**全部丧失**劳动能力的，应当支付**医疗费、护理费、残疾生活辅助具费、康复费**等因残 疾而增加的必要支出和继续治疗所必需的费用，以及**残疾赔偿金**。残疾赔偿金根据丧失劳动能力的程度，按照国家规定的伤残等级确定，最高不超过国家上年度职工年平均工资的二十倍。造成全部丧失劳动能力的，对其扶养的无劳动能力的人，还应当支付生活费；
  3. 造成死亡的，应当支付**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（二十倍仅指死亡赔偿金，医药费、丧葬费另行计算）**。对死者生前扶养的无劳动能力的人，还应当支付**生活费**。

生活费的发放标准，参照当地最低生活保障标准执行。被扶养的人是未成年人的，生活费给付至十八周岁止；其他无劳动能力的人，生活费给付至死亡时止。

1. **侵犯财产权**

侵犯公民、法人和其他组织的财产权造成损害的，按照下列规定处理:

①处罚款、罚金、追缴、没收财产或者违法征收、征用财产的**，返还财产**；

②查封、扣押、冻结财产的，解除对财产的查封、扣押、冻结，造成财产损坏或者灭失的，依照本条第三项、第四项的规定赔偿；

③应当返还的财产损坏的，能够恢复原状的恢复原状，不能恢复原状的，按照损害程度给付相应的赔偿金；

④应当返还的财产灭失的，给付相应的赔偿金；

⑤财产已经拍卖或者变卖的，给付拍卖或者变卖所得的价款；变卖的价款**明显低于财产价值的【主要是当时防止贱卖，如果涨价了呢？】**，应当支付相应的赔偿金；

⑥吊销许可证和执照、责令停产停业的，**赔偿停产停业期间必要的经常性费用开支**【不是停产停业损失，而**是直接损失**，不包括间接损失，间接损失只能通过司法突破实现】（仅包括直接损失，不包括期待利益和利润损失）

⑦返还执行的罚款或者罚金、追缴或者没收的金钱，解除冻结的存款或者汇款的，应当支付银行同期存款利息；

⑧对财产权造成其他损害的，按照直接损失给予赔偿。

**最大的问题：只赔直接损失不赔间接损失**，设备厂房的损毁是直接损失，利益损失是间接损失，是为了减少财政负担，但是带来了很大的问题eg房屋拆迁，如果先征收再拆迁，就比较贵，如果直接强拆，就只赔直接损失，反而赔偿的额度很低，很不公平，现在法院已经突破了国家赔偿法的范围，*按照征收补偿的价 格进行赔偿，如果是在国有土地上进行补偿，房屋的价格要赔市场价，而且要赔停产停业损失*

**另一个问题：时间过了比较久，物没有发生损毁但是市场价格已经剧烈变动了**eg运输大理石被扣押，后来行为违法返还了，但是损失已经无法挽回了，因为贬值了，只能卖原来价值的一般，我们认为剩下的一般也要赔偿，因为造成的损失应该是行政行为发生的时候相应财产的市场价格。事后跌价应当按照原来价 格。但是如果后来涨价了，过了若干年以后，再审确认违法，国家赔偿应当按照后来的价款，只能按照公平原则，主张后来的价格赔偿。

【实践中两种都可以主张】

**（三）赔偿费用的支付**

**赔偿费用列入各级财政预算。**

赔偿请求人凭生效的判决书、复议决定书、赔偿决定书或者调解书，向赔偿义务机关申请支付赔偿金。 赔偿义务机关应当自收到支付赔偿金申请之日起七日内，依照**预算管理权限**向有关的财政部门提出支付申 请。财政部门**应当**自收到支付申请之日起十五日内支付赔偿金。

【原来是机关自己支付，导致拖延】【国家赔偿体现了国家赔偿法的基本精神】

**国家是真正的赔偿主体，国家机关是国家法人的代理人，代理国家通过财政承担赔偿责任。**

**三、赔偿请求人和赔偿义务机关**

**（一）赔偿请求人**

【和行政诉讼的原告相似，就是受害人，死亡了就是权利承受人主张】

**受害的公民、法人和其他组织**有权要求赔偿。

受害的公民死亡，其**继承人和其他有扶养关系的亲属**有权要求赔偿。有扶养关系的亲属不一定是近亲属；

根据《行政赔偿案件规定》，**死者生前抚养的无劳动能力的人**也有权起诉。

受害的法人或者其他组织终止的，其**权利承受人**有权要求赔偿。

**（二）赔偿义务机关**

【和行政主体认定标准基本一样，谁侵权谁来当义务机关eg授权、委托、共同侵权连带责任、行政复议】行政机关及其工作人员行使行政职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，该行政机关为赔偿义务机关。

⭐【**行政复议的特殊情况**：如果维持了，就是原来的机关为义务机关】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。【100加到200，原机关赔1，复议机关赔100】**

赔偿请求人可以向共同赔偿义务机关中的任何一个赔偿义务机关要求赔偿，该赔偿义务机关**应当先予**赔偿。

**四、行政赔偿程序**

**（一）单独提起和一并提起的选择**

赔偿请求人要求赔偿，①应当先向赔偿义务机关提出，②也可以在申请行政复议或者提起行政诉讼时一并提出。

【正常来讲可以自己选择，方便的话可以一并请求，和合法性审查是另一个法律关系，要**一并处理，分别立案**，法院一般合并审理，也可以单独审理eg赔偿条件不成熟，一并请求相关程序按照复议法诉讼法操作 eg时效】

⭐公民、法人或者其他组织在提起行政诉讼的同时一并提出行政赔偿请求的，人民法院应**一并受理**。

⭐当事人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。

*实务中，针对****侵权的事实行为****，也可以直接向法院提起确认违法之诉，同时一并主张国家赔偿。*

⭐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**，**其起诉期限按照行政诉讼起诉期限的规定执行**。二审过程中提出新的赔偿请求的，应当先行调解，调解一致的，二审法院出具调解书；**调解不成的，告知另行起诉**，二审法院依法判决。【不存在发回重审的情形】

**（二）单独提出行政赔偿的专门程序**

1. **申请**

**【向赔偿义务机关提起】**

**【问题：确定行为违法的前提之下才能提起赔偿，由赔偿义务机关自己确定自己的行为违法，就可能出现问题】【单独的赔偿中，如果对赔偿不满意可以提起行政赔偿诉讼，就相当于在一并提起的程序中的行政 赔偿诉讼，如果行政机关不确认行为违法，不能提起行政赔偿诉讼，因为行政赔偿诉讼不解决行政行为合法性问题，只解决赔偿问题。风险在于还要提起复议诉讼，如超过了期限就具有确定力了，无法请求赔偿**

**了，所以最好一并提出，但是考虑道灵活性和效率可以单独申请。】【法理上必须强调违法性是需要确认的】【也有可能提前认定了行为违法，但是当时没有主张赔偿，可以直接通过单独行政赔偿程序主张赔 偿】**

**【单独提出的，运用时效制度不是期限制度，类似侵权法，2年时效，有中止问题，最后6mon内可以中止，但是国赔法中不能中断，只能中止，从知道或应当知道侵权行为之日起开始算。】**

要求赔偿应当递交**申请书**，赔偿请求人书写申请书确有困难的，可以委托他人代书；也可以口头申请，由赔偿义务机关记入笔录。

赔偿请求人不是受害人本人的，应当说明与受害人的关系，并提供相应证明。（针对公民死亡或组织终止的情形）

赔偿请求人当面递交申请书的，赔偿义务机关应当当场出具加盖本行政机关专用印章并注明收讫日期的书面凭证。申请材料不齐全的，赔偿义务机关应当当场或者在五日内一次性告知赔偿请求人需要补正的全部内容。

**赔偿请求人请求国家赔偿的时效为两年**，自其**知道或者应当知道**国家机关及其工作人员行使职权时的**行为侵犯其人身权、财产权**之日起计算，但被羁押等限制人身自由期间不计算在内。在申请行政复议或者提起行政诉讼时一并提出赔偿请求的，适用行政复议法、行政诉讼法有关时效的规定。

赔偿请求人**在赔偿请求时效的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，时效中止**。从中止时效的原因消除之日起，赔偿请求时效期间继续计算。

1. **决定**

**赔偿义务机关**应当自收到申请之日起**两个月内，作出是否赔偿的决定**。赔偿义务机关作出赔偿决定，应当充分听取赔偿请求人的意见，并可以与赔偿请求人就赔偿方式、赔偿项目和赔偿数额依照国家赔偿法第四章的规定进行协商。

赔偿义务机关决定赔偿的，应当制作赔偿决定书，并自作出决定之日起十日内送达赔偿请求人。

赔偿义务机关决定不予赔偿的，应当自作出决定之日起十日内书面通知赔偿请求人，并说明不予赔偿的理由。

1. **单独提起行政赔偿诉讼**

【单独的国家赔偿之诉】

【是**对赔偿处理不满或不作为**】【必须已经经过了赔偿义务机关的处理，不能直接到法院解决赔偿问题，需要赔偿义务机关先行处理，法院要审查是否符合条件，刑诉法解释21】

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。

**赔偿请求人单独提起行政赔偿诉讼，须以赔偿义务机关先行处理为前提。**

**《行政赔偿解释》第21条：赔偿请求人单独提起行政赔偿诉讼，应当符合下列条件：**

1. 原告具有请求资格；
2. 有明确的被告；
3. 有具体的赔偿请求和受损害的事实根据；
4. **【单独的】加害行为为具体行政行为的，该行为已被确认为违法；【不解决行为的合法性问题，可以通过信访或自己决定，这里的具体行政行为应当是法律行为，不包括行政事实行为，实务中，如果事实行为 的侵害认为不需要提前确认违法，可以在行政赔偿诉讼中确认违法，因为行政法律行为是有确定力的】 (5)【单独的】赔偿义务机关已先行处理或超过法定期限不予处理；【先行处理/不处理】**

(6)属于人民法院行政赔偿诉讼的受案范围和受诉人民法院管辖； (7)符合法律规定的起诉期限。

**⭐赔偿诉讼中的举证责任**【不同于举证责任导致，类似于民事诉讼】

**【一般举证责任】**人民法院审理行政赔偿案件，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。**

**【国赔法中规定的倒置】**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。【法律修改前问题比较严重，看守所里莫名其妙死亡的事件很常发生】

【其他特殊情况倒置：自己的损失因为行政机关原因无法举证，可能发生倒置】

**（三）追偿**

**【追偿情形】**赔偿义务机关赔偿损失后，应当责令有**故意或者重大过失的工作人员**或者**受委托的组织或者个人**承担部分或者全部赔偿费用。

对**有故意或者重大过失**的责任人员，有关机关应当依法给予处分；构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。

【不是所有过错都要公职人员承担（原来理论是这样，因为国家不可能犯错，现在已经被摒弃了，国家要承担兜底责任，一般过错国家承担）】

# 行政法过程中红、绿、黄灯模式的比较分析

2022年3月8日 21:19

学习基础：原理（概念与原则）+规范/实定法+实践/案例分析

行政法的核心范畴：行政权力vs公民权利

**行政法与行政诉讼法**基本原理

行政法概念

行政法理论基础行政法渊源

行政法基本原则行政组织法

行政法主体

行政机关授权组织

（委托组织）

（公务员） 行政法相对人

（行政法制监督主体）（立法授权监督、行政上下级监督、司法监督）行政行为法

行政行为

行政权力的体现行政法救济法

行政复议行政诉讼行政赔偿行政补偿

**行政法中的核心问题是政府与公民的关系问题，是行政权力与公民权利的关系问题**。罗豪オ教授在《行政法的核心与理论模式》一文中曾指出，当前理论界已就行政法的核心问题达成了一定的共识，即**应以行政权与公民权的 关系为核心来重构行政法的理论体系**。

但是即便承认行政权与公民权的关系是行政法的核心，也不等于只有一种理论模式。**对行政权力和公民权利相互关系的认知和定位的不同，以及价值取向、目标的差别，会形成不同的理论模式**。

行政法学上三种典型模式：**传统管理论、传统控权论和现代平衡论模式**），通过对这些模式的比较研究，探讨、可以分析行政过程中行政主体与行政相对人之间的法律关系的变化和各自模式下相应法律制度的特点。

**从行政过程的角度考察三种理论模型的特点**

传统的行政法学往往是将行政法分为行政组织法、行政行为法和行政救济法来分别研究的，往往是从静态的角度去分析行政组织的形态，行政机关的职权职责，讨论行政行为的几种表现形式和各自特点，或者是行政法上的救济制度等，往往对相关问题多作静态分析和个别分析。这套逻辑与行政权力有密切关系，可以说它们都是以行政权力的“载体”存在的。

如果说传统行政法研究某个行政行为，只是研究行政行为体系中一个“点”的话，那么行政过程研究则是研究由不同的行政行为的“点”所构成的一条“线”和“链”，并在此基础上研究“面”和“体”。

因为它**不仅研究某个行政行为**，将某个行政行为分解为若干**不同的环节和阶段进行研究**（如行政立法可以分为若干个环节：立法预测、起草、协商、协调、征求意见、审议通过和正式发布），而且还研究若干**前后相连的行政行为之间的关系**（如行政立法、行政执法、行政司法行为之间的关系，行政决策、行政执行与行政监督、行政救济的天条等等），并进而**研究行政行为的主体、主体拥有的职权和行政相对人权利的行使、义务的履行，以及彼此之间的相互作用，还要研究行为主体所追求的价值目标与应当遵循的原则**。

以行政过程作为问题的切入点，将主体、行为、价值目标与原则和制度置于一个系统中来作整体研究，可以突显其科学性与系统性。

可以说，行政过程论是考察行政法理论体系的研究视角之一，既不是拘泥于某一个或某几个具体的行政行为形 式，也不是拘泥于某个单独的、具体的制度，而是分析行政权力的运行过程中各个不同阶段或环节带有共同性的

问题。

**行政过程(广义)是指行政主体在行政权力的配置、实施(运作)与受监督的过程中与其他主体之间所产生的相互作用与相互影响在时空上的各种表现形式和状态。**

从参与者主体之间相互关系的角度看，包括**行政机关与立法机关(权力机关)的关系**(立法授权和立法监督)**行政机关系统内行政机关与行政机关之间的相互关系**(既有授权的关系，也有监督的关系，还有平行的协调、合作等多种关系)，**行政机关与其公务员之间的关系**，有**行政机关与行政相对人之间的关系**，有**行政机关与司法机关的关系**(主要是事后监督的关系，包括对行政机关和行政机关公务员的监督在内)等，但其中**最核心的关系是行政主体 与行政相对人之间**的关系。

**那么，行政过程与行政行为、行政程序之间是何种关系？它们之间既有联系又有区别。**

**行政过程与行政行为的关系**

通说认为，**行政行为是指国家行政机关（和法律、法规）授权的组织）依法实施行政管理，直接或间接产生法律效果的行为**。

**二者的联系**

**行政过程是行政行为的载体，而行政行为是行政过程的某种具体表现形式而已**。任何行政行为的作出都是需要经历一定的行政过程(或者说经历一定的程序，如果存在程序规则的话)而完成，没有不需要经过过程而作出的行政行为，也没有无行政行为形式的行政过程。所以从一定意义上讲，**任何行政行为都拥有一个作出行政行为的过 程**。行政行为最多是经历一定行政过程后形成的结果的一种形式而已。任何行政过程总有一定表现形式的行政行为。

**二者的区别**

**行政过程中不仅有行政主体的行政行为，还有行政相对人的行为**，除了行政主体与行政相对人的行为外，**还可能与权力机关对行政机关的授权与监督的行为、司法机关对行政机关的行为的监督行为等产生一定的联系**。

在研究行政过程的时候，**尽管行政行为是研究的重要内容，但是它不是将其作为孤立的行为主体——行政主体单方面运用行政权力的结果而进行研究的，与之不同的是，我们将之置于一个动态系统中，通过行政相对人的有效参与而完成的行政行为**。

**行政过程与行政程序的关系**

从法学意义上分析，所谓**行政程序，是指行政主体行使行政权所应遵循的步骤、方式、形式以及实施这些步骤与方式的顺序和时限的原则和规则体系**。它是行政活动在时间与空间上的表现形式。任何行政活动都必须经过一定程序才能完成，程序合理、公正与否直接影响到行政活动的效率与公正，因此行政程序是现代行政法的重要组成部分。

**二者的联系是：**

**行政过程包含着行政程序**，行政程序是行政过程范畴中一项极为重要的形式。行政程序是人们通过总结事物发展客观规律人为设定若干规则而表现出来的，从这个意义上可以说**行政程序往往涉及若干法定的规则、应然性规 则**。**行政程序是行政过程的一个部分，但过程也有总过程与具体过程之分**。**在某个具体过程中，行政程序也就体现为一种行政过程**，此时行政过程与行政程序实际上具有重合性、渗透性。

**二者的区别是：**

1. **所对应的比较系统不尽相同**。过程与结果相对应，行政过程与行政结果(行政决定表现形式)相对应；行政程序与行政实体相对应。也就是说，行政程序作为一种形式与行政实体的内容相对应。
2. **主体范围不同**。行政过程的主体范围多于行政程序的主体范围。具体说来，理论上，行政程序的主体一般是行 政主体与行政相对人。但行政过程的主体不限于此，还包括权力机关与司法机关。
3. **所形成的法律关系的种类不完全相同**。行政程序所形成的法律关系主要是行政程序法律关系，而行政过程中的法律关系，既包含行政程序法律关系，又包含有某种行政实体法律关系，既有行政主体与行政相对人之间的行政法律关系，又有权力机关与行政机关、司法机关与行政机关等多重法律关系。
4. **行政过程所涵盖的范围大小不同。**

仅从时空要素分析，行政过程所涵盖的可能是若干程序组成的“线”或“链”，甚至是由不同的“线”与“链”所构成的“面”与“体”。而行政程序往往可能是行政过程中的某个“点”或是某一“段”，程序虽有其自身的系统与独立性，但是它往往是过程中的某一个环节与阶段。过程可以由若干程序所组成，这样程序也就往往成为过程中的一个部分。

1. **行政过程往往既涉及实然性的状态描述，又可能涉及应然性的规则适用**，但更多的是实然性问题，而**行政程**

**序往往涉及应然性的规则范畴**。其评判标准往往涉及到是否遵守了预设的程序规则。

一般来讲，若无程序规则作为前提就谈不上所谓的程序违法，因为没有了作为评判的基本依据和标准，也就不存在所谓的任意程序或非法定程序。若无法律规定的程序，那也就没有所谓对于程序的违反，在大陆法系的国家往往都是这样的评判标准。**对于一个已经发生并现实存在的行政行为进行评价分析时，客观上它确实经历了一个行政过程，但是该行为是否违反了相应的法定程序，是否是一个合法有效的行为，则必须跟相关的程序规则作比 较（事实上除了程序标准还有其他衡量标准），并作出衡量与评价**。

当然，即使行政过程与行政程序存在如此多的不同，但二者的关系还是非同一般。**程序是过程中必不可少的要 素，而且在现代行政法中，行政程序越来越占据重要地位**。从行政过程的角度来分析行政法的问题，也是**力图使行政过程更能受到有效的程序控制**，使得行政权力的行使不至于专横、恣意与任性，而要使它受严格的程序规则制约。行政法的发展历史就是程序规范发生作用的历史，一点不假。

**综上所述，以行政过程作为问题的切入点，将主体、行为、价值目标与原则和制度置于一个系统中来作整体研究，可以突显其科学性与系统性。**

如果说不同的行政法理论模型是一种价值选择，那么，行政过程论则是考察行政法理论体系的研究视角之一，它既不是拘泥于某一个或某几个具体的行政行为形式，也不是拘泥于某个单独的、具体的制度，而是分析行政权力的运行过程中各个不同阶段或环节带有共同性的问题。

这样使得研究的视野更加开阔，内容更加丰富。是**从过程的视角去透视行政法中最核心的问题——行政主体的行政权与行政相对人的公民权，是从更宏观的角度来分析和研究现代行政过程中的价值追求、应当遵守的原则与应当构筑的制度———即理念、原则与制度。**以行政过程作为问题的切入点，将主体、行为、价值目标与原则和制度。

在过去，传统行政法学理论不是特别重视行政行为的过程研究，有的甚至不考虑行政行为的过程，而**现代行政法 学理论则开始重视行政行为的过程性，实际上是要明确行政过程中主体双方或多方之间的关系**。具体说，就是**现代行政法中作为核心主体的行政主体与行政相对人之间的法律关系和作为监督主体的国家权力机关、司法机关和行政监督机关与行政主体之间的法律关系。**

在行政法学中研究现代行政过程则应强调行政主体与行政相对人双方互动的过程，亦即必须有行政相对人的参 与。主要研究如何构建一种有效的运作机制（激励机制与制约机制）与平台，使得双方的权利义务关系得以互 动，而不应是僵死的、静止的法律条文或文本形式。惟有对行政过程中行政主体与行政相对人之间的法律关系做深入研究，才能更好地掌握现代行政法的本质。所以，湛中乐教授认为，结合行政过程研究，了解有关行政主体与行政相对人之间的法律关系的变化及特点，探讨行政过程中各主体追求的价值目标和应当遵循的原则，分析如何构建反映时代精神的制度和运行机制等，是现代行政法学研究者的历史使命。

———湛中乐：《现代行政过程论——法治理念、原则与制度》，北京大学出版社2005年版，第41页。

**一、概述**

“红灯理论”模式——传统控权模式

早期的英美模式，自由主义的模式特别注重法律与行政的关系

“绿灯理论”模式——传统管理模式

eg计划经济、以行政权为核心 “黄灯理论”模式——平衡理论

依法获得权力，并要有所作为

**二、简要评析**

“行政法理论基础”其实是一个很难准确、完整界定的概念，通说认为，应当具备以下特征：**从理论高度来看，应当具有指导力；**

部门法的理论基础应当具有对部门法实践进行导向、概括和升华的作用和意义。**从理论广度来看，应当具有涵盖力；**

必须能够全面反映部门法的整个历史发展过程、该部门法在各国的不同表现、该部门法所有领域的内容和特征、该部门法不同时期的指导思想和观念。

**从理论深度来看，应当具有渗透力；**

部门法的理论基础必须能够深刻反映部门法的起源、性质、特征、功能、观念和价值目标，反映部门法与其他相关部门法之间的关联性，反映部门法与社会经济、政治和文化生活的关联性。

**从理论密度来看，应当具有浓缩力。**

至此，我们可以给行政法的理论基础下一个定义:**行政法的理论基础是指从行政法的功能角度来确立一个基本观**

**念，从而奠定相当长时期(时代)内行政法的立法、执法和司法等理论体系的基石和根据**。

其特点是:它对该时期行政法实践具有指导力、涵盖力、渗透力和浓缩力，是行政法理论体系的基石和起点。 我国行政法学界争论较多的可谓“三论”之争，即“管理论”、“控权论”、“平衡论” ，也还有学者提出一

些其他理论主张、观点，它们都涉及对行政法本质、行政法功能的不同认识，只是融进了主张者不同的价值判断标准罢了。

这里特别需要指出的是，学界对“三论”的争鸣，应当建立在对某些特定概念与范畴达成基本共识的基础之上，即“管理论”、“控权论” 有其特定的涵义，否则无法实现观点交锋。这里的“管理”、“控权”应当有其特 定的含义，即管理指管制、管治之意，控权即指限制权力。

**行政法红、绿、黄灯模式的分歧奠基于学界对行政法的性质、范围、功能、制度安排及其理论基础的不同理解。**

红灯理论模式—规范主义模式

—控权模式

绿灯理论模式—功能主义模式

—管理模式

黄灯理论模式—现代行政法平衡理论

—平衡模式

**二、红灯理论**

**核心：**规范主义模式把行政法视作“控制政府权力的法”，其旨在通过一套规则设置保护个人免遭政府侵害，因此个人的权利和自由优于行政便利或行政效率。

行政法作为近代资本主义兴起后的产物，伴随着分权理论而产生最早产生于西方。由于英美国家当时特殊的历史背景和法律文化传统等因素，“行政法就是控制（限制）政府权力的法”，“行政法是管理行政机关的法，而不是由行政机关制定的法”，便有其合理性，甚至至今仍不失其“真理性”的一面。

西方的控权学说有其特殊的背景因素：

* 1. 从英、美国家建立的背景看，议会至上、法律至上、议会主权下特别**强调行政的法律从属性**，强调政府的行政行为同样要受到普通法下统一的司法审查，这是英国法治理论的精华，是自然公正原则的必然要求，也是美国正当法律程序原则的要求。
  2. 从英美国家的法律文化观念看，在早期的自由资本主义时期，人们对于公共利益和个人利益，权力与自由等关系的价值选择上，往往选择私人利益、个人自由，这与西方国家尤其重视个体权利的法律传统密切相关，在这些国家里，**保障个体权利和个人自由的观念可谓深入人心或根深蒂固**，甚至反映到其宪法条文中也特别突出“私有财产神圣不可侵犯”，突出“私有财产神圣不可侵犯”。
  3. 从西方国家早期兴起的权力制衡学说看，西方国家学者最早提出了**权力制衡理论**并影响了当时国家权力架构体系和诸多理论，“行政法是控制政府权力的法”便是这种权力制衡学说在公法领域中的反映和体现。

**在传统的控权理论模式下，他们注重的是委任立法和司法审查。**

他们对行政权力的形式保持高度的警惕，认为行政法的功能主要在于限制赋予行政权力，限定行政权力的行使范围，加强对行政权力的立法监控和对行政权力的极为严格的司法审查，发挥议会（立法机关）和法院的监督作用。

**基本内容**

**法律主权原则**，也即议会主权，议会为社会确立普遍性规则，行政机关严格按照规则设定的范围和程序进行管理。——红灯理论很少对立法机构的政治和政策性行为发表意见。

**越权无效原则**，即法律的基本功能在于裁判和控制，法院的功能在于消极地按照法律来审查行政机关行为的合法性问题（即行政机关超越法律权力：越权或滥用权力）。——注意合法性审查与合理性审查的区 分。

该模式根植于（1）自由放任（laissez—faire）的经济理论，（2）经典宪政主义（17、18世纪宪政）的人权保障和（3）有限政府观念及其（4）自由主义、保守主义文化传统，体现的是对政府权利根深蒂固的怀疑和把国家介入公民个人权利（尤其是财产权）降到最低的欲求。

**可以将这种传统控权论模式下的行政过程的特点作如下归纳：**

1. 注重的是**限权行政———限制型行政或监控型行政**，或者说政府行政权被限制在一个极小的范围之内。行政机关没有或者说只有很小的自由裁量权，而且被要求严格的遵守权力行使的规则，严格地适用“无法律即无行政”。

在立法控制方面，德国、法国都实行严格的“法律保留原则”，尤其是在干预行政、损益行政等领域。行政机关的行政行为必须有明确的法律依据，行政机关行使权力不得越权。在英国，越权无效原则得到广泛和普遍适用。

1. **行政过程中主体地位的平等性**，行政主体与行政相对人之间存在的是在法律保障下的管理与被管理、服务与受服务的双重关系之中。

国家与公民也是平等的

所以在英美国家，传统的控权论者基于对其宪法要义的理解，认为政府与公民都是平等的，国家与公民也是平等的，所以当发生纠纷，出现争议时，也都是由统一的法院（指普通法院），适用普通法进行审理。通过这些也可以看出传统控权论者的确十分强调对个人利益的保护，对个人自由的保障，将其概括为保障个人自由为本位并不为过。在法国、德国等大陆法系国家，则是由行政法院审理行政争议案件，同样体现出政府与公民主体地位的平等性。

1. **强调议会立法或对委任立法的监督作用，强调通过严格的议会立法来谨慎授权**，充分注意对行政机关制定的规章或相关决定的审查，注意这种事前的防御。另外，特别注重法院实施严格的司法审查，从而加强对行政权力的有效制约和监督，注意对公民权益的事后补救。所以在传统的控权论中，议会和法院的作用特别彰显和突出。
2. **行政过程中手段的相对复合性**，在程序行政领域，虽然也采取行政命令、行政处罚等手段，但这些领域中**具有一定强制性的行为往往通过法律设定有司法机关的对于过程的干预**，或者说法律本来就没有将强制权直接授予给行政机关，而是授予给法院行使，如英国的人身保护令状制度等。另外，在有些领域，政府与行政相对人之间存在着某种事务管理方面可以采用合同或契约的方式进行。
3. 从**法律规范结构**上讲，既有专门针对行政相对人的“假定、行为模式、法律后果”，也有针对行政主体或行政机关公务员的行为后果的部分内容。
4. 对于行政主体的行政行为的实施，应遵循**自然正义原则或正当法律程序原则**，**程序正义的观念强烈**，尽管没有或很少有行政机关实施行政行为的具体程序规定，但这一普通法下的程序观念的影响很深刻。
5. 行政管理的目的是保障个人的生命、自由不受非法侵犯，维护公民个人的财产。所谓**公共利益和社会利益一般要让位于个人利益**，除非有法律的特别规定。
6. 从行政权与立法权、司法权之间的监督制约关系来讲，行政权力过程系统存在开放性，**有着强有力的外部监督机制**，这样既有来自议会的立法监督，又有强有力的司法监督即司法审查制度。

**传统控权论影响下的法律制度的特点：**

1. 在早期，严格限制行政机关制定法规和规章，强调无法律即无行政。行政机关不应该拥有行政自由裁量权，或者只能有非常小的自由裁量权。
2. 就行政行为的过程而言，传统的控权论者认为无论行政机关从事何种行政行为，都必须遵循公正、合理的能够保证最低限度公正的程序，试图以此来制约行政权力的行使，防止行政权力的滥用可能给行政相对人造成的侵害。

传统的控权论除了英美式的程序控制论外，还有欧洲大陆法系国家以法国、德国为代表的严格规则主义控权模式。相比之下，德国、法国更多地注重从议会的授权立法，如通过立法限制行政权力，划定行政权力的范围和权限，探讨行政行为的各种形式及其特点，包括行政行为的成立、无效、撤销与废止等来研究对行政主体行政权力的控制。

**主要问题：**

红灯理论立足于形式主义法治的传统，认为通过独立公正的法院可以完全保障公民的合法权利，从而忽略

了社会现实的发展需要。

行政权与立法权、司法权的划分源于分权学说，早在亚里士多德所提出的“政体三要素论”中就已初见雏形（议事权、行政权和审判权），在近代，启蒙思想家洛克、孟德斯鸠等人更是对立法、行政、司法三权分立进行了深入探讨。

但问题在于：无论是西方的权力分立原则还是我国的权力分工概念，其理论初衷都不在于确定权力之间的完全排他性，而在于防范权力过分集中，以防止独裁的出现，都没有彻底划定行政权与立法权、司法权之间的边界。前者奉行的是“自由保卫—三权分立与制衡—相应国家机构创设”的规范逻辑，但行政与立法、司法之间的权力边界未必就是泾渭分明的，加之三权的彼此牵扯制衡，所谓的“分立”只是在比较有限的范围内才有可能。

从经验基础来看，权力极端分立的国家可能由于治理能力的短缺而无力保卫自由，许多国家机构的组织与运作实践都保留着相当程度的权力混合现象。以美国为例，各种“准司法”“委托立法”“行政司法”大量出现，以及“第四权力分支”即各种独立规制机构的发展，都成为传统三权分立学说的现实演绎。

**三、绿灯理论**

**核心**：功能主义模式认为行政法主张以行政为中心，是确定行政机关的组织、权力和职责的一套规则，是政府有效推行社会政策、实现社会管制或提供公共服务的工具，强调法律对提高行政效率和促进公共利益而具有的管理与便捷功能。

对国家的扩展持宽容和支持态度，鼓励发挥国家作用，国家被视为促进共同体目标实现的有效方式。——

通过国家承担起一定标准的供给任务，力求建立既能高效提供服务，又能负起责任的有组织的机构。

民主的和政治性控制，绿灯主义者认为，“民主的和政治性控制优于司法的控制，可以通过议会对行政的问责能更好的适用时代发展的需要，从而起到了扩大政府权力的作用。”但绿灯理论并不否认红灯理论的司法控制作用，希望在能够扩大公民的参与和行政的透明度的同时，法院也能够发展出更精致的司法审查理由，行政法应既起到规制行政又起到推进积极行政的作用。

**社会背景**：从十九世纪末以来，为了应对越来越多的社会事务，国家作用逐渐被放置于优先地位。**理论基础**：其理论基础可以在（1）社会进化论（ evolutionary social theory ）和（2）实用主义哲学

（pragmatism）中获得解释。

在个别国家特殊的历史时期（如德国、日本第二次世界大战以前的特别权力关系理论），对于统治者或官僚机构来讲，“行政法是管理法”占有很大的市场，在他们看来似乎是合理的、最易接受的。

德国行政法传统上将学生、公务员与国家之间的关系作为“特别权力关系”，从而区别于“一般权力关系”。

“**特别权力关系**”理论为德国学者奥托·迈耶（Otto Mayer）所创，“系指基于法律上的特别原因，为达成公法上特定目的，于必要的范围内，一方取得概括支配他方的权能，他方对之负有服务的义务，而以此为内容的关系”。

例如，适用于教育领域，它意味着学生一旦入学，就与代表国家的学校形成内部行政关系。学校取得概括支配学生的权能，学生必须服从学校的规定，不能寻求外部的司法救济。

原苏联还有我国解放后相当长一段时期内，“管理论”曾占据主导地位。

我国在20世纪50年代初期至80年代前期可以说是照搬原苏联模式的。原苏联的行政法学者B.M.马诺辛提出的行政法定义和所著《苏维埃行政法》是管理论的典型代表。这种观点和学说主张从后来我国有关行政法的教材、著作和作者中可以发现其影响的痕迹。如“行政法是关于国家各个方面行政管理活动的法律规范的总称”。

它是立足于“行政本位”、“官本位”或“政府本位”来看待行政法的功能与作用的。

**可以将这种管理论模式下的行政过程的特点作如下归纳：**

* 1. 最突出的特点是命令式行政（又称管制式行政）或称**命令行政、规制行政**。行政主体与行政相对人是命令—服从关系、约束—被约束关系、管理—被管理的关系。
  2. 行政过程中**行政主体与行政相对人二者地位的非平等性**，行政主体与行政相对人之间存在的是一种**主体与客体的关系**。二者的地位是不平等的。**行政主体是行政权力的行使者、支配者，是行政权力的享有**

**者，即所谓权力主体，而不是行政行为的责任承担者**。行政主体就像一个封建式的“家长”。相反，**行政相对人只是行政行为的承受者，行政义务的领受者、履行者和法律责任的承担者，被视为行政客体，没有独立的人格主体地位**。

* 1. 行政权力获取方面，国家权力机关在现实社会生活中的作用十分有限，要么是**无限授权，空白授权，要么是政府自我授权，行政自由裁量权没有明确边界**。**行政执法活动要么没有明确的法律依据**（也就是常说的“无法可依”或者是法律虚无），要么就是往往以政策取代法律，以各种行政规范性文件（即所谓 “红头文件”）取代已有的法律（有法不依、执法不严）。行政权力的行使通常以是否服从并服务于现实政治为正确与否之标准，实践中典型的表现就是权大于“法”，“人治”色彩极浓。

1. **行政过程中手段的单一性，往往是行政命令、行政处罚、行政强制为主要特征**。在行政决策、行政立法等重大行政行为时，除当权者以外，普通民众不可能有任何参与或听证以反映和表述自己意见的机会。在对于具体的行政行为时，行政相对人也只有被动接受和服从行政决定的义务，没有任何的申辩与质证，行政机关的决定往往由行政机关单方意志作出。
2. **从法律规范结构上讲，只有专门针对行政相对人的“假定、行为模式、法律后果”，而没有针对行政主体或行政机关公务员的行为后果的内容**。法律责任的承担者只有行政相对人一方。
3. **对于行政相对人责任的追究也是只看结果，不重视过程**（更谈不上所谓正当程序），缺乏行政程序的观念，没有或很少有行政机关实施行政行为的具体程序规定，也就更谈不上有所谓反映民主性和公开性的行政程序法律规范。
4. **行政管理的目的是维护社会秩序、公共秩序，更直接地说是维护统治者既定的统治秩序**。所谓行政法律规范，仅仅是满足统治者政治需要的工具和手段。
5. **行政管理方法的强制性**。强制性反映的是行政主体不尊重行政相对人的个人意志，或者强行将管理者意志加于行政相对人一方。在行政行为的形成过程中（从意志形成的角度分析）明显具有单方性，根本无双方合意，这样很明显在行政管理方式中就不可能出现所谓的行政合同、行政指导等多样化的行为形式。
6. **从行政权与立法权、司法权之间的监督制约关系讲，行政权力过程系统存在封闭性，往往缺乏外部的有效监督，这样既无立法监督（或有名无实）也无司法审查（或称司法监督），甚至没有严密的行政复议制度**。在内部只存在所谓对行政机关公务员违法行为的内部纪律的追究，但这种违法行为对外部而言，对行政相对人并不承担行政法律责任，也就决无行政赔偿或国家赔偿可言。对行政相对人而言不产生任何法律效果。

**主要问题：**

绿灯理论建立在政府的大规模化是现代社会发展趋势的立场上，注重政府权力的扩张和对社会的干预，因此对如何规制政府权力的扩张程度以保证其能实现社会有效率地运转，一直存有疑问。

在传统管理论占主导地位的社会中，行政机关居于管理者地位，处于管制者地位，它行使着对社会进行全面干预的职能，在这种情形下，政府就是一个全能政府的形象。**行政相对人则是完全的被管制者，是行政管理的对象，而且是被动管理的对象和权力作用的客体**。这样的社会往往是政治体制采取中央集权的政治体制，强调行政机构的政治性，在政治机构的设置和操作方面，强调政治命令的国家主权性、效率性，不重视也不可能重视民主性的问题。

我们可以看出，在这种“管理论”观念支配下的行政法学体系也往往呈现出相对应的特点：行政法学的体系往往是行政法基本概念和原理原则、行政组织法、行政作用法（行政活动法、行政行为法），从行政机关的行政管理的角度来定义行政法，将行政管理的原则等同于行政法的基本原则，在行政组织法中只研究行政机关体系的构成，研究行政机关的职权种类和内容特点，**并不分析行政组织的主体资格及与法律责任之间的关系**，着重研究行政机关工作人员的行为规范和纪律规范，但**并不研究行政机关工作人员对外行为的责任承担的形式**，即便是有关行政机关工作人员的研究中也没有对其权利受行政决定影响后的法律救 济，往往认为是特别权力关系的范畴。

在对行政作用法（或行政行为法、行政活动法）的研究中，也只简单地研究行政作用的几种方式，如行政政策、行政命令、行政处罚、行政强制等，并**不研究行政行为实施过程中应当遵守的程序规则，也就根本不去研究所谓“正当程序”的法学理论问题**。行政程序法在管理论体系中并没有相应地位，可以说无一席之地。在管理论模式下的行政法学体系中往往**没有事后监督和救济的“行政救济法”，尤其没有对行政行为不服后的司法救济和相应的国家赔偿制度部分**。另外，在监督体制方面，**往往忽略权力机关对行政机**

**关行政行为的监督的研究**。在管理论模式中，行政政策往往是行政机关基于行政管理的实际需要而制定，行政法学者也不去研究这种行政政策的制定依据和应当接受的法律监督与制约的关系。

从历史发展阶段看，在第二次世界大战以前，西方国家行政法学界普遍认为行政法是一种控权法（或称限权法），即控制（限制）政府权力的法律，这种传统“控权论”的产生有其历史的必然性，其内容也具有一定的合理性，直至如今其对政府权力进行法律控制的精髓仍有可取之处，只不过不能用静止的观点、用单纯控权的观点来分析行政法的本质、功能，还应当正视现代社会行政权积极作用的发挥，具有维护社会秩序的作用等方面。不过其“以权力制约权力”、“以权利制约权力”的思想仍可资借鉴，应当继承与发扬。

传统“管理论”的主张虽然在总体上显得过时，容易导致行政专横和对人权的侵犯，但是也决不应一概否定。因为以历史唯物主义的观点看，其存在也曾有过合理的基础，从辩证角度看，“管理论”中注意维护社会秩序，强调公共利益和提高行政效率亦有可取之处。

**四、“黄灯理论”模式**

**核心：**黄灯理论是联接对无数行政决定进行某种控制的必要性、关注为行政行为设置某些良好标准以保证行政决定的高效，与保护人权的综合体。

——平衡论

**扩大私人参与途径：**一方面，政府应当承担起越来越多的社会责任，保障公民的基本权利和自由；另一方面，并不是所有的公共事务必须由政府亲历亲为，许多事务由民间组织承担可能会更具有效率，更有助于保障人权。

**政府管理灵活性：**政府一方面要适应急剧变革的需要，应对突发的和新生的社会实践，起到公民权利和社会公共事务的保障和兜底作用；另一方面也要有足够的灵活性，避免陷入官僚主义和“政府全能”的陷 阱。

绿灯理论的立场是政府权力扩张是社会发展的主题，而私营部门的参与和公私合作逐渐在改写着政府参与的立场，于是基于对红灯和绿灯理论反思的黄灯理论逐渐融合着以往两种理论的立场，**力求对行政进行内外控制和让行政机关独立工作之间寻找平衡。**

作为黄灯模型的中国话语表达，“平衡论”摆脱了传统理论的束缚，既吸收各自的合理之处，又扬弃各自的不适应之处，是对传统“管理论”、传统“控权论”的批判与继承、扬弃与发展，是对行政法价值理性思考的结果，是对行政法功能全面、完整认识的结果。

关于“平衡论”的基本观点，罗豪才教授个人撰写或与其研究生合作撰写的一系列论文宣示了平衡论者关于行政法目的、内容、基本原则和手段的基本看法和主张，而且这些观点还在不断深化和发展之中，不过现已形成的基本观点对于国内行政法学界已经产生了不小的影响。

**总结平衡论学者的主要观点有：**

1. 关于行政法的目的。行政法既要保障行政管理的有效实施，又要防止公民权利的滥用或违法行使。行政机关的权力和相对方的权利应保持总体平衡。
2. 关于行政法的内容。行政法是调整行政关系和监督行政关系的法律规范和原则的总称，行政法的调整对象主要有两方面：行政关系和监督行政关系。行政关系和监督行政关系经行政法调整后，形成行政法律关系和监督行政法律关系。两者互相联系，共同构建统一、和谐的行政法律秩序。行政法的原则也是行政法不可或缺的重要内容。
3. 关于行政法的基本原则。平衡论认为，依法行政是行政法的一项重要的基本原则，但对依法行政的内涵应予以新的解释。
4. 关于行政法的手段。

**现代行政法平衡理论模式下行政过程的特点应当是：**

1. 现代行政法的行政过程模式应当是一种新型的**沟通—（协作）合作———服务模式**。

这种模式下行政法的功能方面注重的是服务行政与秩序行政并重，积极行政与消极行政共存，且越来越突出服务行政、积极行政的比重。行政管理的目的是既要保障个人的生命、自由不受非法侵犯、维护公民个人的财产，同时也要维护公共利益和社会利益，二者兼顾。当然行政管理的最终（终极）目的应当是维护作为社会中的“人”的尊严，保障行政相对人的权利和自由。

这种模式下注重行政主体与行政相对人之间的协商、合作与沟通。

传统管理论只注意到了秩序行政的一方面，过分强调了维护社会管理秩序的职能，而忽略了服务行政的方面，忽略了政府的服务职能。传统的控权论则只看到了行政权力滥用可能造成的对公民权益的损害的一方面，忽略了积极行政在现代社会中应该和可能发挥的促进作用与保障作用；没有注意到如何激励和促进行政主体积极作为，从而可以为社会、为行政相对人提供更高质量的行政服务，也没有看到在现代社会中，**行政主体与行政相对人可以通过多种方式形成利益的共存空间，彼此之间可以通过合作、协商等实现行政管理和保护行政相对人利益的“双赢”**，从而实现二者利益的最大化，使二者处于一种良性互动的关系之中，进而摆脱二者只有处于一种完全对立的关系和模式下的观念束缚。

1. **行政过程中行政主体与行政相对人之间主体地位的平等性**，行政主体与行政相对人之间存在的是在良好法律保障下的服务与被服务、管理与被管理的双重关系之中。
2. **行政管理方法的多样化与单向度的强制指令的减少**。

行政过程中手段的多样化和多元化，在秩序行政管理领域有行政命令、行政处罚、行政强制等手段，但在服务行政领域则有行政指导和提供行政物质帮助、社会救助等手段和方式。而且这种对行政相对人提供服务的手段和措施会随着社会的发展占有越来越高的比例。进入福利国家以后，政府提供的各种保障手段也将越来越完善。

1. **注重法律制定阶段的实体规则控制与程序规则控制并行（权利义务配置）———（事前控制）立法控制。**

对于我国来说，当前和相当长一段时间要特别强调行政程序方面的立法，让程序规则控制成为立法控制中的重心。当然，我们也要注意到现代行政法越来越追求行政行为的实质合理性。这样，判断行政权力正当性的标准也就从原来的形式化日益趋向实质化。

1. **注重行政行为阶段的过程控制———（事中控制）行政行为过程控制。**

对行政行为进行过程控制，其实质就是对行政权力的运行特别是行政自由裁量权的运用进行控制。传统的管理法基于对社会，对行政相对人秩序管理的实际需要，只强调行政权力的运用与实施，忽略对行政权力的控制，所以不可能产生对行政权力的程序制约的制度。传统控权论中以法国和德国为代表的实体规则控权模式，也只是注重目标与结果的控权，这样在现代社会受到了严重冲击，因为它无法有效地控制行政自由裁量权的运用。第二次世界大战以后，尤其是进入20世纪八九十年代以来，程序控制的注重过程为现代国家的行政法学界所普遍关注，很多国家开始制定了含有行政程序规则的单行法律或统一的《行政程序法》法典。

更为重要的是，平衡理论特别强调的是过程控制，即通过行政过程或者说是行政程序来强调对行政权力的制约和控制，来加强对行政相对人权利和自由的保障。

1. **注重权利救济阶段的司法控制———（事后）司法控制。**

二十余年的理论发展是一个开放式和连续性的过程，在不同阶段的研究重点有所不同。而且基于不同学者的知识结构、学术背景、研究偏好等差异，必然会产生多元性的理论。但是，平衡论最基础、最根本的学 术观点始终贯穿于各研究阶段中，也体现在不同学者的研究成果里，主要表现为以下几个方面：

**（一）以“关系”视角构建行政法体系**

学术界的传统观点认为行政法的核心是研究行政权的运行，研究法律与行政权的关系，“管理论”与“控权论”均围绕着法律应该是控制行政权，还是保护行政权进行论述。两者都未强调作为行政权对立面的公民权，只是将其作为行政权作用的对象。尽管有的学说认为其目标是保障和实现公民权，但是在根本上仍没有体现相对方在行政行为中的独立地位，没有把握行政权与公民权之间既对立又互动的关系，带有一定片面性。

**平衡论主张以“关系”为视角来构建行政法的理论体系，这里的“关系”包括“行政关系”和“监督行政关系”两部分**，行政法的概念应当表述为，调整行政关系和监督行政关系的法律规范和原则的总称。

**行政法关系的核心应当是“权力——权利”（Power-Right）关系**，这种关系不仅具有时空性，在不同的社会条件下表现出不同的具体形态。例如，秩序行政与服务行政的表现就有差别。而且还具有广泛的关联

性，与行政法上的权力—权力关系和权利—权利关系实现多方面的衔接。单纯坚持围绕公共权力展开行政法的内容，既不能体现公共行政的现实，也不能满足其需要。只有坚持“关系”视角并结合实践灵活运用，才能建构合理的行政法制度，最终实现行政权与公民权的平衡。

**（二）关注行政法制约激励和协商机制**

**平衡论主张，现代行政法的机制是由双向制约、双向激励和双向协商整合而成的**。制约机制既制约行政权非理性膨胀、保护相对方合法权益，又制约相对方滥用权利、维护行政秩序。激励机制既激励行政主体积极行政、为公众谋求更多的利益，又激励相对方积极实践法定权利、参与行政。以增强私人的利益。

无论是管理论还是控权论，都只强调对行政法主体中的一方进行控制，都偏向于制约机制，而没有给予激励机制足够的重视。片面主张消极制约的行政法，要么压抑相对方的能动性，要么成为行政主体积极行政的障碍。

**平衡论主张，行政法应当通过协商机制实现各方主体之间的平衡和稳定。**行政法过程也已经被塑造成一个各行政法主体可以博弈的场域，相关利益主体都被授权进行比较充分的参与。这些制度都容许各方利益主体进入行政法过程，表达各自的利益诉求，进行讨价还价，并据此采取有利于各自最大化利益偏好的策略，形成基于合意的均衡。

**（三）实现行政法关系的结构性均衡**

平衡论认为，**无论在哪个具体的行政法关系中，行政法的权利义务机构都是不对等的，但这种不对等是必要的**。若双方同质化，权力义务对等，此时的法律关系就转化为民事法律关系。传统行政法学倾向于认为行政法的固有特征之一就是行政权与相对方权利义务的不平等(不对等)，正是这种“单方性、强制性与非对等性”将行政法与其他部门法区别开来。平衡论并未否认这一点，其立论前提就是行政法主体地位平等但结构不对称、权利义务不对等。**这种单向不平衡不仅仅体现在行政实体法关系，还发生在行政程序法律关系中**，突出行政机关恒定为被告而具有应诉、举证等诸多义务，以促进依法行政和为公民提供有效补救。

但是，行政法是“治民”与“治吏”的辩证统一，既调整行政关系，又调整监督行政关系，是调整这两类关系的法律规范和原则的总称，而非仅指监督行政法律关系或者行政关系，其中行政关系又可再细分为行政实体法律关系和行政程序法律关系。如果认为行政法只谈“行政关系”，就会导致“管理论”，如果认为只谈“监督行政关系”，则会使行政法成为“控权法”。因此，平衡论中的行政法关系既包括行政实体法律关系和行政程序法律关系，也包括监督行政法律关系，三者最显著的一个特征是权利义务不对等性，但后两者的不对等性与前者的不对等性是倒置的。**行政程序法律关系和监督行政关系中行政机关的义务增加，形成行政机关的被动、弱势地位，“抵消”实体关系中行政机关的主导、强势地位**，同时增加前两者中相对人的权利“弥补”实体关系中相对人权利的不足。这就平衡了行政主体与行政相对方的权利义务关系，保证了各主体法律地位的平衡，体现了现代行政法的民主性。

**结论：**

红灯理论是传统行政法的产物，认为司法控制可以很好的实现行政法的目的；

而绿灯理论是行政扩张的产物，行政国家的出现需要支撑其存在的理论；

黄灯理论则是综合了以上两种理论的观点，认为公共行政模式下既需要政府的积极作为以促进公益，又需要公民的有序参与来改善单方行政的弊端，这也是与当前的公共治理理念所相吻合的。

# 行政复议

2022年5月30日 21:09

**行政复议**

根本不同：复议的审理主体和诉讼主体不同，由作出被争议行为的行政机关的上级行政机关进行审理，在此基础上生发出和行政诉讼不一样的制度。但原理和基本制度一样。

**一、行政复议概述**

**（一）行政复议的概念**

具有法定授权的行政机关根据法定程序审查处理行政相对人与行政主体之间行政争议的一种法律制度。

**（二）行政复议的基本特点**

1. **行政系统内部的争议处理机制【最根本区别】**区别于行政诉讼。

【性质：是一种行政系统内部的争议处理机制。与法院处理争议的区别是，处理公正性可能不一样，法院

是一体监督，虽然司法受到行政机关的干预，但也是另外一个机关。而上下级行政机关有行政隶属关系，同一个系统内存在包庇的空间，复议的维持率很高，广受诟病。】

【调整：旧制度：原来如果对复议机关决定不服的，如果是纠错决定，就复议机关自己当被告，如果是维持决定，原机关自己当被告，这种制度就会激励复议机关尽力维持，避免自己当被告，现在刑诉法改成双被告制度，有一定的效果，现在能纠错就纠错，能撤销就撤销】

1. **是对争议的处理**

区别于对行政工作的批评建议的处理。【基于公共利益提出建议可以走信访渠道】

【争议案件，有双方主体。从法律角度主张，所有争议应该进入法定的争议解决渠道（行政复议和行政诉讼），专门处理纠纷（不鼓励信访）通过信访进行批评活动不代表有什么争议，只是感觉不满或者基于公共利益。】

1. **处理对象为行政争议**

【行政机关处理的争议不一定是行政争议】区别于行政裁决。

【行政复议处理的是行政机关和相对人之间的行政纠纷。和司法审查行政诉讼的对象是一致的。】

1. **审查范围较宽**

不仅审查合法性，也审查适当性。【比行政诉讼要宽，因为审理者不一样，司法权不可以过度介入行政 权，司法权和行政权有界限，而行政复议的审查者是行政机关，行政权审查行政权没有边界问题，可以审理合法性和合理性问题。】

1. **依申请开展**
2. **审查方式简便灵活**

书面审查、一级复议、期限较短（申请60天，审理60天）

快速便捷节省成本解决纠纷

**二、行政复议的受案范围**

**（一）具体行政行为**

【总则性条款一致】《行政复议法》第2条：公民、法人或者其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益，向行政机关提出行政复议申请，行政机关受理行政复议申请、作出行政复议决定，适用本法。

具体可复议的具体行政行为列举于《行政复议法》第6条，可认为与行政诉讼受案范围一致。

【因为复议制度和诉讼制度有衔接，行为经过复议后，如果不是终局的，就可以去提起行政诉讼。能复议的就能诉讼，能诉讼的也应该能复议。行政协议问题，法院可以审，但是可能不在行政复议受案范围。但两者存在链接关系，法定的救济途径就只是复议和诉讼，诉讼范围扩大的行为，如果只属于诉讼，复议没有资格，就限制了救济途径，这种限制有法律的明确规定比较妥当。应该默认两种救济途径都可以进

行。】

【复议法的兜底条款比诉讼法宽泛。虽然复议法“侵犯其合法权益”比较宽泛，复议的范围基本限制在人身权财产权等合法权益上，但有争议，法律上有争议空间。】

【和行政诉讼基本一致。有些列举有出入。】

**（二）抽象行政行为**

【也是类似于行政诉讼】

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:【规章以外的规范性文件，在复议法上叫做行政规定，诉讼法上叫做规范性文件，而且规定的要早，宪法上分权原则没问题】

国务院部门的规定；

县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定；

乡、镇人民政府的规定。

【以上所列规定不含规章。】

申请人认为具体行政行为所依据的规定不合法的，可以在对具体行政行为申请行政复议的同时一并提出对该规定的审查申请；申请人在对具体行政行为提出行政复议申请时尚不知道该具体行政行为所依据的规定的，可以在行政复议机关作出行政复议决定前向行政复议机关提出对该规定的审查申请。

【——和《行政诉讼法》规定的一致】

**（三）内部行为和非行政行为**

【原理和行政诉讼一样，都要求具有处分性的行为，我国扩展到事实行为。】

不服行政机关作出的行政处分或者其他人事处理决定的，依照有关法律、行政法规的规定提出申诉。不服行政机关对民事纠纷作出的调解或者其他处理，依法申请仲裁或者向人民法院提起诉讼。

【只具有内部效果，不具有法律效果的行政行为，不属于受案范围】

**三、行政复议的申请**

**（一）申请期限与方式**

1. **申请期限**

公民、法人或者其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益的，可以自知道该具体行政行为之日起**六十日**内提出行政复议申请；但是**法律规定**的申请期限**超过六十日**的**除外**。【（法规规定不行，且60天是底线，如果规定少于60天则不行）（但是以后的法律规定有少于60天的，新法优于旧法，但是只是理论的分析，目前没有这种情况）强调效率，比诉讼法短得多】【审理期限最长60天】【是期限而不是时效】

**根据《实施条例》，“应当知道”也包含在内。【注意应当知道是通过比较官方的形式告知，通常就是不需要送达要有官方途径，需要送达要送达】**

⭐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。

⭐针对行政作为的申请期限计算；

当场作出具体行政行为的，自具体行政行为作出之日起计算；

载明具体行政行为的法律文书直接送达的，自受送达人签收之日起计算；

载明具体行政行为的法律文书邮寄送达的，自受送达人在邮件签收单上签收之日起计算；没有邮件签收单的，自受送达人在送达回执上签名之日起计算；

具体行政行为依法通过公告形式告知受送达人的，自公告规定的期限届满之日起计算；

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，事后补充告知的，自该公民、法人或者其他组织收到行政机关补充告知的通知之日起计算；

被申请人能够证明公民、法人或者其他组织知道具体行政行为的，自证据材料证明其知道具体行政行为之日起计算。（官方途径证据，判断应当知道）

【规定的更细致，因为不好说适用民事诉讼】

⭐行政机关作出具体行政行为，依法应当向有关公民、法人或者其他组织送达法律文书而未送达的，视为该公民、法人或者其他组织不知道该具体行政行为。（未送达推定不知道）

⭐针对行政不作为的申请期限计算（复议法规定的有点简单）

公民、法人或者其他组织申请行政机关履行法定职责，行政机关未履行的，行政复议申请期限依照下列规定计算：

有履行期限规定的，自履行期限届满之日起计算；

没有履行期限规定的，自行政机关收到申请满60日起计算。

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人身权、财产权的法定职责，行政机关不履

行的，行政复议申请期限不受前款规定的限制。

行政机关作出的具体行政行为对公民、法人或者其他组织的权利、义务可能产生不利影响的，应当告知其申请行政复议的权利、行政复议机关和行政复议申请期限。

⭐未告知的法律后果可以参照行政诉讼法相关规定处理。【eg最长期限可以用诉讼法，因为本来是比复议法长的，足够保护权利、不知道期限按知道时起算】

1. **申请方式**

申请人申请行政复议，可以书面申请，也可以口头申请；口头申请的，行政复议机关应当当场记录申请人的基本情况、行政复议请求、申请行政复议的主要事实、理由和时间。

⭐申请人书面申请行政复议的，可以采取当面递交、**邮寄或者传真**等方式提出行政复议申请。有条件的行政复议机构可以接受以电子邮件形式提出的行政复议申请。（诉讼须有起诉状）

⭐申请人口头申请行政复议的，行政复议机构应当当场制作行政复议申请笔录交申请人核对或者向申请人宣读，并由申请人签字确认。

⭐有下列情形之一的，申请人应当提供证明材料：【不能省略，要承担不利后果】

认为被申请人**不履行法定职责**的，提供曾经要求被申请人履行法定职责而被申请人未履行的证明材料；【除非是行政机关的原因】

申请行政复议时一并提出行政赔偿请求的，提供受具体行政行为侵害而造成损害的证明材料；法律、法规规定需要申请人提供证据材料的其他情形。

**（二）申请人与被申请人**

1. **申请人**

依照行政复议法和实施条例的规定申请行政复议的公民、法人或者其他组织是申请人。

有权申请行政复议的公民死亡的，其近亲属可以申请行政复议。有权申请行政复议的公民为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，其法定代理人可以代为申请行政复议。有权申请行政复议的法人或者其他组织终止的，承受其权利的法人或者其他组织可以申请行政复议。

⭐【第三人不太一样】申请人、第三人可以委托1至2名代理人参加行政复议。（被申请人不得委托）

行政复议期间，行政复议机构认为申请人以外的公民、法人或者其他组织与被审查的具体行政行为有利害关系的，**可以**通知其作为第三人参加行政复议。（区别于行政诉讼中的应当通知）【诉讼中是必须要参加和可以要参加，复议法没有区分，所有都是可以参加也可以不参加，如果应当参加没有通知，也没有关系，可以去法院告复议决定，为了行政复议效率可以牺牲正确性】

行政复议期间，申请人以外的公民、法人或者其他组织与被审查的具体行政行为有利害关系的，可以向行政复议机构申请作为第三人参加行政复议。

第三人不参加行政复议，不影响行政复议案件的审理。

1. **被申请人**

【不同点：经过批准行为，**行政诉讼中，以对外发生效力的署名机关作为被告；复议中是批准机关**，因为**批准机关通常是作出生效法律文书的上级机关，所以应把实质作出决定的机关为被申请人。**】

公民、法人或者其他组织对行政机关的具体行政行为不服申请行政复议的，作出具体行政行为的行政机关是被申请人。

行政机关与法律、法规授权的组织以共同的名义作出具体行政行为的，行政机关和法律、法规授权的组织为共同被申请人。

行政机关与其他组织以共同名义作出具体行政行为的，行政机关为被申请人。

下级行政机关依照法律、法规、规章规定，经上级行政机关批准作出具体行政行为的，批准机关为被申请人。（行政诉讼中以在对外发生法律效力的文书上署名的机关为被告）

行政机关设立的派出机构、内设机构或者其他组织，未经法律、法规授权，对外以自己名义作出具体行政行为的，该行政机关为被申请人。

**（三）⭐管辖机关**

【与诉讼的基本差异】

【基本原理是作出被争议行政行为的上一级行政机关】根据被申请人情况不同，管辖机关有所区别：

1. **被申请人是地方政府工作部门**

对县级以上地方各级人民政府工作部门的具体行政行为不服的，由申请人选择，可以向该部门的本级人民政府申请行政复议，也可以向上一级主管部门申请行政复议。【条块的上一级都可以】

1. **被申请人是地方人民政府本身**

对地方各级人民政府的具体行政行为不服的，向上一级地方人民政府申请行政复议。

对省、自治区人民政府依法设立的派出机关所属的县级地方人民政府的具体行政行为不服的，向该派出机关申请行政复议。

1. **被申请人是垂直领导机关【条条管辖】**

对海关、金融、国税、外汇管理等实行垂直领导的行政机关和国家安全机关的具体行政行为不服的，向上一级主管部门申请行政复议。

⭐以上仅指中央垂管机关

申请人对经国务院批准实行省以下垂直领导的部门作出的具体行政行为不服的，可以选择向该部门的本级人民政府或者上一级主管部门申请行政复议；省、自治区、直辖市另有规定的，依照省、自治区、直辖市的规定办理。

【垂管部门的范围是在变化的eg税务部门本来不属于垂管，不交给中央，后来实行分税制才好，可以增强中央政府的统一领导】

【省以下的垂管：省一级统一管理，eg以前的工商监管，是行政监管的必要，让监管机构独立是一个独立的方法，还是双复议管辖的制度，除非省里有特别规定但是实践中已经没有了。】

1. **被申请人是国务院部门或省级地方政府**

【按理说应该是国务院复议，但现在是自我复议】

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【自己复议】**。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。【终裁不可**

**诉，国务院不当被告】**

申请人对**两个以上国务院部门共同作出的具体行政行为不服**的，可以**向其中任何一个国务院部门提出行政复议申请**，由**作出具体行政行为的国务院部门共同作出行政复议决定**。（不可直接向国务院申请行政复议）

1. **其他相对复杂情形下的管辖确定**
2. 对县级以上地方人民政府依法设立的**派出机关**的具体行政行为不服的，向设立该派出机关的人民政府申请行政复议；【市辖区政府/不设区的市政府，县以下就没有排除机关了】
3. 对政府工作部门依法设立的**派出机构**依照法律、法规或者规章规定，以自己的名义作出的具体行政行为不服的，向**设立该派出机构的部门或者该部门的本级地方人民政府**申请行政复议；【双复议机关制度】

【如对派出所处罚决定不服，可以向设立它的区县公安局申请，也可以向区县政府申请。】【防止官官相护，有利于提高公正性】

1. 对法律、法规**授权的组织**的具体行政行为不服的，分别**向直接管理该组织的地方人民政府、地方人民政府工作部门或者国务院部门**申请行政复议；【授权组织-管理部门】【eg疾控中心-卫健委】
2. 对**两个或者两个以上行政机关以共同的名义**作出的具体行政行为不服的，向其**共同上一级行政机关**申请行政复议；

【国务院比较特殊，如果两个部门共同作出行为，像一个部门申请，两个部门共同复议决定】

1. 对**被撤销的行政机关**在撤销前所作出的具体行政行为不服的，向继续**行使其职权的行政机关的上一级行政机关**申请行政复议。

有上述5种情形之一的，申请人也可以向具体行政行为发生地的**县级地方人民政府**提出行政复议申请（搞不清楚到底找谁的时候，县级地方政府有转送义务，便民措施），由接受申请的县级地方人民政府自接到该行政复议申请之日起七日内，转送有关行政复议机关，并告知申请人。

**四、行政复议的受理**

**（一）受理条件**

【与诉讼差不多，情况就这几种】

行政复议申请符合下列规定的，应当予以受理：有明确的申请人和符合规定的被申请人；

申请人与具体行政行为有利害关系；有具体的行政复议请求和理由；

在法定申请期限内提出；

属于行政复议法规定的行政复议范围；

属于收到行政复议申请的行政复议机构的职责范围；

其他行政复议机关尚未受理同一行政复议申请，人民法院尚未受理同一主体就同一事实提起的行政诉讼。例：张某等12位村民未经规划部门批准，擅自在城乡接合部建设仓库用于出租。A市甲区规划局对其作出了《强制拆除决定书》。张某等几位村民不服，想以“某村12名村民”的名义，以区规划局为被申请人，向A市政府提出行政复议申请，请求撤销该决定书。该申请是否符合行政复议法的要求？

【不符合复议法要求，1、名义：某村12名村民是信访材料的方式，如果正式纠纷解决途径，不可以很模糊地说，当事人需要明确。2、而且被申请人是区规划局，但是向A市政府提出申请，有权机关应该是直接上级（市规划局和区人民政府），A市政府不是有权管辖的机关。**A市肯定不予受理，但是首先申请材料不清楚，但应该告知补正，另外申请的机关错误，告知不由本机关受理，从两个有权机关中选一个**。】

**（二）受理程序**

行政复议机关收到行政复议申请后，应当在五日内进行审查

1. **不予受理**

不符合行政复议法规定的行政复议申请，决定不予受理，并书面告知申请人。

1. **告知另行申请复议**

对符合本法规定，但是不属于本机关受理的行政复议申请，应当告知申请人向有关行政复议机关提出。

1. **决定受理**

不属于以上情况的，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。

1. **告知补正**

行政复议申请材料不齐全或者表述不清楚的，行政复议机构可以自收到该行政复议申请之日起5日内书面通知申请人补正。补正通知应当载明需要补正的事项和合理的补正期限。无正当理由逾期不补正的，视为申请人放弃行政复议申请。补正申请材料所用时间不计入行政复议审理期限。

1. **管辖争议**

申请人就同一事项向两个或者两个以上有权受理的行政机关申请行政复议的，由最先收到行政复议申请的行政机关受理；同时收到行政复议申请的，由收到行政复议申请的行政机关在10日内协商确定；协商不成的，由其共同上一级行政机关在10日内指定受理机关。协商确定或者指定受理机关所用时间不计入行政复议审理期限。

**（三）不受理的救济**

公民、法人或者其他组织依法提出行政复议申请，行政复议机关无正当理由不予受理的，上级行政机关可以先行督促其受理；经督促仍不受理的，应当责令其限期受理，必要时也可以直接受理；认为行政复议申请不符合法定受理条件的，应当告知申请人。

复议机关不受理复议申请或者在法定期限内不作出复议决定，公民、法人或者其他组织不服，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当依法立案。

**五、行政复议的审理**

**（一）审理方式**

【复议讲究效率，主要是不用进行开庭。】

行政复议原则上**采取书面审查**的办法，但是申请人提出要求或者行政复议机关负责法制工作的机构认为有必要时，可以向有关组织和人员调查情况，听取申请人、被申请人和第三人的意见（可以采取听证的方式审理）。【不一定是听证程序，可以是单向的或者电话联系，不一定三角形的质证方式】

⭐复议机关在复议过程中可以调查核实证据。但复议机关在复议过程中不能以其新收集的证据证明原行为的合法性。

【但是也要满足有证在先原则，不能收集证据证明行政机关合法，即便有利于行政机关，也是证据不足，事实不清，牺牲个案中的事实认定。

【主要是进行核实工作，但是有时候涉及国家利益公共利益也是可以收集证据的】

调查取证时，行政复议人员不得少于2人，并应当向当事人或者有关人员出示证件。被调查单位和人员应当配合行政复议人员的工作，不得拒绝或者阻挠。

需要现场勘验的，现场勘验所用时间不计入行政复议审理期限。

行政复议期间涉及专门事项需要鉴定的，当事人可以自行委托鉴定机构进行鉴定，也可以申请行政复议机构委托鉴定机构进行鉴定。鉴定费用由当事人承担。鉴定所用时间不计入行政复议审理期限。

**（二）审理程序**

行政复议机构审理行政复议案件，应当由2名以上行政复议人员参加。

【（2人这样可能不公正，想采用行政复议委员会，不是两个人审理，台湾地区就是采取这样的模式，行政诉愿制度，诉愿委员会包括行政机关工作人员、行政法学者、律师等其他人士，公正性程度比较高。但俞祺对前景不乐观，制度成本太高，时间投入巨大，县级市人都凑不齐，大多数试点都审理的案件不多，不太可能全面铺开，但也有比较多的，eg山东省济宁市有很大的行政复议委员会，所有的都由它审理，】行政复议机关负责法制工作的机构应当自行政复议申请受理之日起七日内，将行政复议申请书副本或者行政复议申请笔录复印件发送被申请人。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十日 内，提出书面答复，并提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料。

⭐被申请人不履行或拖延履行上述答复义务，将被视为该具体行政行为没有证据、依据，复议机关应决定撤销该具体行政行为

⭐复议机关在复议程序中收集和补充的证据，或者作出原具体行政行为的行政机关在复议程序中未向复议机关提交的证据，不能作为人民法院认定原具体行政行为合法的依据。

⭐阅卷权：申请人、第三人可以查阅被申请人提出的书面答复、作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料，除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外，行政复议机关不得拒绝。【一般会直接邮寄给当事人】

行政复议机关应当自受理申请之日**起六十日**内作出行政复议决定；但是法律规定的行政复议期限**少于六十日的除外**【促进效率】。情况复杂，不能在规定期限内作出行政复议决定的，经行政复议机关的负责人批准，可以适当延长，并告知申请人和被申请人；但是延长期限最多不超过三十日。

**（三）复议申请的撤回（类似于撤诉）**

行政复议决定作出前，申请人要求撤回行政复议申请的，经说明理由，可以撤回；撤回行政复议申请的，行政复议终止。

**申请人撤回行政复议申请的，不得再以同一事实和理由提出行政复议申请【但是可以提起行政诉讼，但撤诉后不能再复议，因为复议机关不能审查法院的判决，但是复议前置撤回复议后就不能诉讼了】**。但是，申请人能够证明撤回行政复议申请违背其真实意思表示的除外。

行政复议期间被申请人改变原具体行政行为的，不影响行政复议案件的审理。但是，申请人依法撤回行政复议申请的除外。

法律、法规未规定行政复议为提起行政诉讼必经程序，公民、法人或者其他组织向复议机关申请行政复议后，又经复议机关同意撤回复议申请，在法定起诉期限内对原行政行为提起诉讼的，人民法院应当依法立案。

**⭐复议撤回不影响相对人的诉权，但若按照法律规定，复议需要前置，则撤回复议申请后不得再提起诉讼。**

**（四）规范性文件附带审查**

【行政机关可能有权处理文件，也可能不能直接审理，eg市公安局不能直接审查公安部文件】

申请人在申请行政复议时，一并提出对行政复议法第七条所列有关规定的审查申请的，行政复议机关对该规定有权处理的，应当在三十日内依法处理；无权处理的，应当在七日内按照法定程序转送有权处理的行政机关依法处理，有权处理的行政机关应当在**六十日**内依法处理。处理期间，中止对具体行政行为的审 查。（依申请审查）

行政复议机关在对被申请人作出的具体行政行为进行审查时，认为其依据不合法，本机关有权处理的，应当在三十日内依法处理；**无权处理的，应当在七日内按照法定程序转送有权处理的国家机关依法处理。处理期间，中止对具体行政行为的审查**。（主动发现）【没有规定有权机关的处理期限】

⭐**有权机关包括制定机关和依据宪法对该制定机关有监督权的机关；**

⭐**有权机关的处理将直接影响该规范性文件的效力。**

【运行效果不好。遇到违法问题必须停止审理，等待有权机关处理，很影响效率。而且这是下级机关质疑上级机关的文件，条线有领导关系，不太符合官场惯例。所以极少。】

**（五）和解与调解**

1. **和解（和诉讼稍有不同）**

【诉讼法中和解是通过撤诉形式】

公民、法人或者其他组织对行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权作出的具体行政行为不服申请行政复议，申请人与被申请人在行**政复议决定作出前自愿达成和解的，应当向行政复议机构提交书面和解协议**；和解内容不损害社会公共利益和他人合法权益的，行政复议机构应当准许。

【问题：和解协议是何种效力没有说清楚，如果相对人不服和解协议，而和解协议没有行政机关背书，反悔后能否起诉有争议，没有复议机关背书，yq认为可以把和解协议理解为是一种行政机关和相对人就纠纷问题达成的行政协议，行政协议可以起诉。行政协议不可诉的时候就比较疑惑，和解协议的作用解释比较困难】

达成和解的，行政复议程序终止。

【理论上有观点认为和解协议应具有拘束效力，但并无法律依据。】

1. **调解**

有下列情形之一的，行政复议机关可以**按照自愿、合法**的原则进行调解：

公民、法人或者其他组织对行政机关行使法律、法规规定的**自由裁量权**作出的具体行政行为不服申请行政复议的；

当事人之间的**行政赔偿或者行政补偿纠**纷。

当事人经调解达成协议的，行政复议机关应当制作行政复议调解书。调解书应当载明行政复议请求、事 实、理由和调解结果，并加盖行政复议机关印章。行政复议调解书经双方当事人签字，即具有法律效力。

【如果相对人不服调解协议，因为不是出于真实意思表示，是否可以起诉有争议，通行观点支持。可以把调解书视为行政复议机关的行政决定，是由行政机关背书作出的决定，所以可起诉】

调解未达成协议或者调解书生效前一方反悔的，行政复议机关应当及时作出行政复议决定。

**六、行政复议的决定**

【要按照程序来】

行政复议机关负责法制工作的机构应当对被申请人作出的具体行政行为进行审查，提出意见，经行政复议机关的负责人同意或者集体讨论通过后，作出行政复议决定。

行政复议机关作出行政复议决定，应当制作行政复议决定书，并加盖印章。行政复议决定书一经送达，即发生法律效力。

**（一）维持、驳回决定**

具体行政行为认定事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法，内容适当的，决定维持【保留了维持，正常情况下认为行为合法就直接维持，维持是主决定形式，驳回是辅助，有两种情况】。

**⭐驳回申请决定**

有下列情形之一的，行政复议机关应当决定驳回行政复议申请：

申请人认为行政机关**不履行法定职责**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**；

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本条例【复议法实施条例】**规定的受理条件的。

【不是同一个层面上的驳回，第一种是实体层面上的驳回，第二种是审理条件的驳回，诉讼法上分成判决和裁定】

上级行政机关认为行政复议机关驳回行政复议申请的理由不成立的，应当责令其恢复审理。

**（二）纠错决定**

【复议纠错不一定属于“复议改变”。】

【纠错文义上属于复议改变，但是诉讼法上讲复议机关改变原行为只指改变原行为结果，事实理由都不叫复议改变，所以复议改变比纠错范围小一点。】

1. **履行决定**

【针对不作为】

被申请人不履行法定职责的，决定其在一定期限内履行；

1. **撤销、变更、确认违法决定**

【诉讼法：主要撤销判决，但是复议机关比法院更灵活，变更没有被限制，确认违法是补充行为，撤销的主体地位不突出】

具体行政行为有下列情形之一的，决定撤销、变更或者确认该具体行政行为违法；决定撤销或者确认该具

体行政行为违法的，可以责令被申请人在一定期限内重新作出具体行政行为:主要事实不清、证据不足的；

适用依据错误的；违反法定程序的；

超越或者滥用职权的；

具体行政行为明显不当的。

⭐责令重做的要求

行政复议机关责令被申请人重新作出具体行政行为的，被申请人不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为相同或者基本相同的具体行政行为。（1、相同的认定：结果可以相同）（2、程序违法也应有例 外）

行政复议机关责令被申请人重新作出具体行政行为的，被申请人应当在法律、法规、规章规定的期限内重新作出具体行政行为；法律、法规、规章未规定期限的，重新作出具体行政行为的期限为60日。

⭐变更决定的要求【比较广泛】【不同于诉讼中变更：行政行为明显不当或者涉及款物的行为，比较受限制，因为分权原则】

具体行政行为有下列情形之一，行政复议机关可以决定变更：

①认定事实清楚，证据确凿，程序合法，但是**明显不当【合理性问题】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**。【替原机关找证据，在复议法上是被允许的，因为**不影响对原机关行为的合法性判断**（即不影响有证在先原则，没有补正合法性），当然可以要求撤销重做，但基于效率考虑，也可以由复议机关亲自调查事实，其实相当于弥补原机关的决定，但是还是一种纠错，必须先说是一种违法决定】

⭐程序违法、超越或滥用职权不适用变更。（行为不该存在）

禁止不利变更：行政复议机关在申请人的行政复议请求范围内，不得作出对申请人更为不利的行政复议决定。

**（三）一并赔偿决定**

【诉讼中是两个诉讼标的】

申请人在申请行政复议时可以一并提出行政赔偿请求，行政复议机关对符合国家赔偿法的有关规定应当给予赔偿的，在决定撤销、变更具体行政行为或者确认具体行政行为违法时，应当同时决定被申请人依法给予赔偿。

⭐【对财物的损害可以主动决定赔偿，不同于诉讼】申请人在申请行政复议时没有提出行政赔偿请求的，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、冻结等具体行政行为时，应当同时责令被申请人返还财产，解除对财产的查封、扣押、冻结措施，或者赔偿相应的价款。【原来的行政行为是针对财物作出的，撤销变更的同时依法进行财产的返还和赔偿，也是简洁性的考虑，默认相对人同意】

**针对财物作出的撤销、变更决定可以主动决定赔偿。【诉讼中不告不理】**

**（四）复议决定的履行**

1. **被申请人的履行**

被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定的，**行政复议机关或者有关上级行政机关应当责令其限期履行**。

【问题：**相对人能否再起诉不履行复议决定，实务有争议**。此时作为义务来自于行政复议决定，不作为可以告到法院，但是这里有点太间接，不具有必要的诉的利益，法院应驳回相对人的起诉，最直接的还是要去找复议机关。因为上级机关有指挥权有制约措施。上级机关不行，法院更难说。】

1. **申请人的履行**

申请人逾期不起诉又不履行行政复议决定的，或者不履行最终裁决的行政复议决定的，按照下列规定分别处理：

①**维持具体行政行为的行政复议决定，由作出具体行政行为的行政机关依法强制执行**，或者申请人民法院强制执行；

②**变更具体行政行为的行政复议决定，由行政复议机关依法强制执行**，或者申请人民法院强制执行。

**七、复议与诉讼**

【复议结束后，可以提起诉讼，出现衔接问题】

**（一）复议与诉讼的选择**

1. **自由选择原则**

对属于人民法院受案范围的行政案件，公民、法人或者其他组织可以先向行政机关申请复议，对复议决定不服的，再向人民法院提起诉讼；也可以直接向人民法院提起诉讼。

1. **复议前置例外**

法律、法规规定应当先向行政机关申请复议，对复议决定不服再向人民法院提起诉讼的，依照法律、法规的规定。

**如《行政复议法》第30条第1款：**

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。

“已经依法取得”需具有所有权或使用权证明；（没有取得的，不用前置，eg初始登记的情况，申请登记不给登记，不需要前置）

根据相关司法解释，本款中需要复议前置的行为**不包括涉及自然资源的处罚和强制措施等**。

*【包括如行政裁决，裁决给他人。因为这种所有权使用权兹事体大，标的额大，由行政机关决定比较合适。*

**另比如《税收征管法》第88条：**

纳税人、扣缴义务人、纳税担保人同税务机关在纳税上发生争议时，必须先依照税务机关的纳税决定缴纳或者解缴税款及滞纳金或者提供相应的担保，然后可以依法申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法向人民法院起诉。

【税收具有敏感性和专业性。有宪法学者指出这违反宪法，寻求救济应该没有前提条件，但这里设置先交钱后申请复议】

【起诉期限问题：如果复议前置，6om的起诉期限就没有限制了，影响诉讼权利，所以yq认为由法律规定复议前置比较合理】

1. **复议终局的例外**

国务院可以作最终裁决。省级地方政府也享有一定的行政裁决权力。

**《行政复议法》30条第2款：**

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**。

确认行为不包括初始登记；【前款是已经取得的必须前置，第二款规定的是省政府的确权决定】根据宪法和土地管理法，区划勘定、调整和土地征收决定权属于国务院和省级政府；

复议终局的是省级政府的复议决定。

【对于部委的自我复议，可以找国务院裁决，走了国务院路径就不可以再找法院】

**（二）经复议案件的司法审查**

复议如何进入诉讼？

**1 经复议案件的被告**

1. 经复议的案件，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和复议机关是**共同被告**；复议机关**改变原行政行为**的，复议机关是被告。

⭐“复议机关决定维持原行政行为”，【除了维持决定之外】**包括复议机关驳回复议申请或者复议请求的情形，但以复议申请不符合受理条件为由驳回的除外**（没有在实体上认可原机关的决定，没有实体审查就谈不上是否维持了决定）。【维持决定+驳回-以不符合申请条件为由驳回（也不是改变）】 “复议机关改变原行政行为”，是指复议机关改变原行政行为的处理结果【与正常理解不同，为了促进对事实规范依据的监督】。复议机关**改变原行政行为所认定的主要事实和证据、改变原行政行为所适用的**

**规范依据，但未改变原行政行为处理结果的**，视为复议机关**维持原行政行为**。【改不改都要当被告】

⭐复议机关确认原行政行为无效，属于改变原行政行为。复议机关确认原行政行为违法，属于改变原行政行为，但复议机关以违反法定程序为由确认原行政行为违法的除外。（确认原行政行为程序违法的复议决定视为复议维持）

例：甲参与斗殴，被区公安分局以《治安管理处罚法》上“故意伤害他人身体”的相关规定为依据，处以拘留5日的处罚。甲不服，提起复议，市公安局将依据改为“扰乱公共秩序”，仍然决定拘留5日。市公安局的复议决定属于复议维持还是复议改变？

两个机关做共同被告，现在视为复议维持

1. 【选择权】复议机关在法定期限内**未作出复议决定**，公民、法人或者其他组织起诉原行政行为的，作出原行政行为的行政机关是被告；//起诉复议机关不作为的，复议机关是被告。

⭐相对人在复议机关不作为时具有选择权。

1. **管辖【例外】**

【地域管辖：双重管辖】**经复议案件**，也可以由复议机关**所在地**法院管辖（默认是作出行为的机关所在地法院）。（《行政诉讼法》18条第2句）

【级别管辖】复议机关作共同被告的案件，以作出**原行政行为的行政机关确定案件的级别管辖**。（《适用解释》第134条第3款）——考虑法院案件分配问题

例：某人被A市甲区工商局处罚，经位于A市乙区的市工商局复议维持，1）若要起诉，由哪些法院管辖？

1. 若复议改变，由哪些法院管辖？3）若复议机关是甲区政府，复议维持或改变时分别由谁管辖？
2. 复议维持，双被告，甲区法院和乙区法院都有权管辖，以甲区工商局定级别管辖。
3. 甲区法院和乙区法院都有权管辖，因为**也是经复议案**件，级别按照复议机关来定，仍然在基层法院
4. 复议维持时，级别以原机关定级别，基层法院；复议改变，单独当被告，以复议机关确定级别管辖，A

市中级人民法院

1. **起诉期限**

……

1. **复议诉讼不同时进行**

公民、法人或者其他组织申请行政复议，行政复议机关已经依法受理的，或者法律、法规规定应当先向行政复议机关申请行政复议、对行政复议决定不服再向人民法院提起行政诉讼的，在法定行政复议期限内不得向人民法院提起行政诉讼。

【起诉期限：一般6个月，经复议案件起诉期限15天】

公民、法人或者其他组织向人民法院提起行政诉讼，人民法院已经依法受理的，不得申请行政复议。

法律、法规未规定行政复议为提起行政诉讼必经程序，公民、法人或者其他组织既提起诉讼又申请行政复议的，**由先立案的机关管辖**；同时立案的（同一天），由公民、法人或者其他组织选择。

1. **审理与裁判**
2. **复议维持情形**

复议机关与作出原行政行为的行政机关为共同被告的案件，人民法院应当在审查原行政行为合法性的同 时，一并审查复议决定的合法性，并对复议决定和原行政行为**一并作出裁判【但是也是两个行为】**。【分别证明合法性】

作出原行政行为的行政机关和复议机关对原行政行为合法性共同承担举证责任，可以由其中一个机关实施举证行为。复议机关对复议决定的合法性承担举证责任。

对复议决定合法性的举证责任主要包括复议程序的合法性、改变原行为事实理由的合法性等。

【司法解释奇葩条文：】复议机关作共同被告的案件，复议机关在复议程序中依法收集和补充的证据，**可以作为人民法院认定复议决定和原行政行为合法的依据**。【超越有证在先原则，不太合适】（**先取证后 决定原则的例外**）

⭐判决：

【都错误】人民法院判决撤销原行政行为和复议决定的，可以判决作出原行政行为的行政机关重新作出行政行为。

人民法院判决作出原行政行为的行政机关履行法定职责或者给付义务的，应当同时判决撤销复议决定。（原机关不作为，且复议机关不纠正）

**原行政行为合法、复议决定违法的【事实理由的改变】**，人民法院可以判决撤销复议决定或者确认复议决定违法，同时判决驳回原告针对原行政行为的诉讼请求。（问题：如复议机关把事实理由改变相当于对原行为作了变更，此时原行为还是否存在是有问题的，撤销复议决定以后，**原行为效力还存不存在需要讨**

**论**。因为把其理解为复议维持，意味着原行为在，复议机关作了一个加持，撤掉加持以后驳回诉讼请求就可以了）

【复议维持的情况下为何会出现原行为合法，复议决定违法？

原行政行为不符合复议或者诉讼受案范围等受理条件，复议机关作出维持决定的，人民法院应当裁定一并驳回对原行政行为和复议决定的起诉。】

1. **复议改变情形**

复议决定改变原行政行为错误，人民法院判决撤销复议决定时，可以一并责令复议机关重新作出复议决定或者判决恢复原行政行为的法律效力。

⭐原行为已被复议决定否定，视为法律上是否存在，撤销复议决定并不意味着原行为效力自然恢复，还涉及以申请行为，还要由相对人再作出依申请的意思表示才能恢复。