

2018 年行政法与行政诉讼法主观题讲义

李佳

第一章 行政法基本原则

案例 1 合法行政原则¹

上海市静安区工商分局于 2003 年 7 月 14 日对东兆公司作出沪工商静案处字[2003]第 060200310347 号行政处罚决定。处罚决定认定东兆公司于 2003 年 4 月至 5 月, 未经国家主管部门审批取得危险化学品经营资格和未经过工商行政管理部门登记注册, 擅自经销进口危险化学品, 累计销售数量 101. 10 吨, 销货款 1109 815. 34 元, 无违法所得。东兆公司的行为违反了《危险化学品安全管理条例》第 57 条第 (4) 项的规定, 对其作出罚款人民币 40 万元的处罚决定。静安工商分局于 2003 年 7 月 9 日对东兆公司做了书面告知, 于同年 7 月 14 日作出沪工商静案处字[2003]第 060200310347 号行政处罚决定, 写上处罚结果并将决定书向东兆公司做了送达。东兆公司不服行政处罚, 向上海市工商行政管理局提出行政复议。上海市工商行政管理局于 2003 年 12 月 1 日作出沪工商复决字[2003]第 51 号复议决定, 维持了原行政处罚决定。东兆公司向法院提起诉讼。

原告诉称, 其是民营企业, 从 2003 年 4 月开始从事危险化学品的经营活动, 因无文件渠道, 故对如何办理危险化学品经营许可证一无所知。但其在经营过程中未产生任何危险后果, 也无违法所得。现静安工商分局对其罚款 40 万元, 处罚不公。静安工商分局不是按照《安全生产法》的规定处罚, 而是按照《危险化学品安全管理条例》处罚, 属适用法律不当。请求撤销静安工商分局作出的沪工商静案处字[2003]第 060200310347 号行政处罚决定。

被告辩称, 东兆公司在设立前就以其他公司的名义从事危险化学品经营活动, 且违法所得数额巨大。东兆公司的违法行为具有连续性, 故我局在全面审查的前提下进行处罚, 处罚相当。《安全生产法》第 9 条、第 32 条、94 条赋予工商行政管理机关按照《危险化学品管理条例》有关规定进行处罚的职权。故我局所做行政处罚, 执法主体适格, 认定事实清楚, 执法程序合法, 适用法律正确, 处罚幅度适当, 请求维持行政处罚决定。

【关联法条】

《安全生产法》

第 9 条 国务院负责安全生产监督管理的部门依照本法, 对全国安全生产工作实施综合监督管理; 县级以上地方各级人民政府负责安全生产监督管理的部门依照本法, 对本行政区域内安全生产工作实施综合监督管理。

国务院有关部门依照本法和其他有关法律、行政法规的规定, 在各自的职责范围内对有关的安全生产工作实施监督管理; 县级以上地方各级人民政府有关部门依照本法和其他有关法律、法规的规定, 在各自的职责范围内对有关的安全生产工作实施监督管理。

第 32 条 生产、经营、运输、储存、使用危险物品或者处置废弃危险物品的, 由有关主管部门依照有关法律、法规的规定和国家标准或者行业标准审批并实施监督管理。

第 84 条 未经依法批准, 擅自生产、经营、储存危险物品的, 责令停止违法行为或者予以关闭, 没收违法所得, 违法所得十万元以上的, 并处违法所得一倍以上五倍以下的罚款

¹为实现内容简化, 本讲议案情均进行了加工整理, 同时部分解析来源于实务和理论部门的判例、论文。

款，没有违法所得或者违法所得不足十万元的，单处或者并处二万元以上十万元以下的罚款；造成严重后果，构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任。

第 94 条 本法规定的行政处罚，由负责安全生产监督管理的部门决定；予以关闭的行政处罚由负责安全生产监督管理的部门报请县级以上人民政府按照国务院规定的权限决定；给予拘留的行政处罚由公安机关依照治安管理处罚条例的规定决定。有关法律、行政法规对行政处罚的决定机关另有规定的，依照其规定。

《危险化学品安全管理条例》

第 57 条 违反本条例的规定，有下列行为之一的，分别由工商行政管理部门、质检部门、负责危险化学品安全监督管理综合工作的部门依据各自的职权予以关闭或者责令停产停业整顿，责令无害化销毁国家明令禁止生产、经营、使用的危险化学品或者用剧毒化学品生产的灭鼠药以及其他可能进入人民日常生活的化学产品和日用化学品；有违法所得的，没收违法所得；违法所得十万元以上的，并处违法所得一倍以上五倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足十万元的，并处五万元以上五十万元以下的罚款；触犯刑律的，对负有责任的主管人员和其他直接责任人员依照刑法关于危险物品肇事罪、非法经营罪或者其他罪的规定，依法追究刑事责任：

(一) 未经批准或者未经工商登记注册，擅自从事危险化学品生产、储存的；

【问题】

1. 静安工商分局是否对于擅自经销进口危险化学品具有行政处罚决定的行政执法资格？
2. 静安工商分局适用法律依据是否正确？
3. 如何确定本案的被告？
4. 如何确定本案的举证责任？
5. 本案应当如何判决？

【案例解析】

1. 根据《安全生产法》第 94 条规定：“本法规定的行政处罚，由负责安全生产监督管理的部门决定。有关法律、行政法规对行政处罚的决定机关另有规定的，依照其规定。”安全处罚原则上应当由负责安全生产监督管理的部门决定，但关键在于第 94 条具有“除外条款”，也就是“有关法律、行政法规对行政处罚的决定机关另有规定的，依照其规定”。《危险化学品安全管理条例》是国务院制定的行政法规，既然《安全生产法》允许《危险化学品安全管理条例》等行政法规对行政处罚的决定机关作出另外规定，那么根据《危险化学品安全管理条例》第 57 条规定：“未取得危险化学品经营许可证或者未经工商登记注册，擅自从事危险化学品经营的，工商行政管理部门等依据各自的职权进行查处。”静安工商分局具有对违法经营危险化学品的行为进行处罚的职责。

2. 在法律适用方面，静安工商分局依照《危险化学品安全管理条例》第 57 条的规定进行处罚，确有不当地。因为，《安全生产法》第 9 条第 2 款规定：“县级以上地方各级人民政府有关部门依照本法和有关法律、法规的规定，在各自职责范围内对有关安全生产工作实施监督管理。”该款蕴含了县级以上地方各级工商行政管理部门应依照“本法”即《安全生产法》的有关规定，在职责范围内对安全生产工作进行监管、查处违法行为的内容。

《安全生产法》和《危险化学品安全管理条例》虽然都对未经批准经营危险化学品的违法行为作了处罚规定，但两者所规定的罚款幅度是不同的，《危险化学品安全管理条例》规定“没有违法所得或者违法所得不足 10 万元的，并处 5 万元以上 50 万元以下的罚款”，而《安全生产法》规定“没有违法所得或者违法所得不足 10 万元的，单处或者并处 2 万元以上 10 万元以下的罚款”。《安全生产法》在《危险化学品安全管理条例》之后颁布实

施，且属高位阶法律规范，应优先适用，静安工商分局依据《危险化学品安全管理条例》作出处罚属于适用法律依据错误。

3. 本案属于复议维持的情况，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，所以，本案的被告为上海市工商行政管理局和静安区工商分局。

4. (1) 在复议维持的情况下，应当作出原行政行为的行政机关（静安区工商分局）和复议机关（上海市工商行政管理局）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（上海市工商行政管理局）对复议决定的合法性承担举证责任。

(2) 原告东兆公司应当举证证明自己的起诉符合起诉条件。

5. 静安工商分局在作出处罚时，应适用高位阶的法律规范《安全生产法》，却适用了低位阶的《危险化学品安全管理条例》，法院应当撤销行政处罚决定，同时，对于上海市工商行政管理局作出沪工商复决字[2003]第 51 号复议维持决定，法院也应当予以撤销，可以判决作出静安工商分局重新作出行政行为。

同一立法主体制定

能够判断效力层级：上位法优于下位法

不同立法主体制定

不能判断效力层级

图 1：法律规范冲突解决规则

案例 2 比例原则

2013 年 3 月，杨某向市房产管理局等单位申请廉租住房，因其家庭人均居住面积不符合条件，未能获得批准。后杨某申请公开经适房、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）。市房产管理局于 2013 年 4 月 15 日向杨某出具了《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政务信息网、市房管局网站进行了公示。杨某提起诉讼，要求一并公开所有享受保障性住房人员的审查材料信息。

区法院经审理认为,杨某要求公开的政府信息包含享受保障性住房人的户籍、家庭人均收入、家庭人均住房面积等内容,此类信息涉及公民的个人隐私,不应予以公开,判决驳回杨某的诉讼请求。

关联法条:

《廉租住房保障办法》

经审核,家庭收入、家庭住房状况符合规定条件的,由建设(住房保障)主管部门予以公示,公示期限为15日;对经公示无异议或者异议不成立的,作为廉租住房保障对象予以登记,书面通知申请人,并向社会公开登记结果。

《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》

社区(单位),对每位申请保障性住房人的家庭收入和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。

【问题】

杨某要求公开的政府信息包含享受保障性住房人的户籍、家庭人均收入、家庭人均住房面积等内容,此类信息涉及公民的个人隐私,请结合行政法基本原则,分析行政机关是否应当予以公开该信息?

【案例解析】

1.根据合法行政原则的要求,没有法律、法规、规章的依据,行政机关不能用行政行为限制公民、法人或者其他组织的权利和自由或增设义务,但是,就本案而言,政府信息的公开应适用《政府信息公开条例》第14条第4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。同时,《廉租住房保障办法》和《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》均规定,申请保障性住房人的家庭收入和生活状况在行政机关调查核实后会张榜公示,当住房申请人申请保障性住房时,即视为其同意行政机关公开该部分个人隐私,所以,房管局有权予以公开。

2.保障公众知情权与保护公民隐私权两者发生冲突时,应根据比例原则的要求在公共利益和私人利益之间实现平衡。如果相应的政府信息公开或不公开涉及公共利益,则应根据比例原则,确定公开和保密何者利益更为重大。如果公开利益更为重大,不公开对公共利益可能造成重大不利影响,则即使隐私权当事人不同意公开,也应予以公开,但应选择对当事人隐私权利益损害最小的方式公开。保障性住房制度是政府为解决低收入家庭的住房问题而运用公共资源实施的一项社会福利制度,直接涉及到公共资源和公共利益。在房屋供需存有较大缺口的现状下,某个申请人获得保障性住房,会直接减少可供应房屋的数量,对在其后欲获得保障性住房的轮候申请人而言,意味着机会利益的减损。为发挥制度效用、依法保障公平,利害关系方的知情权与监督权应该受到充分尊重,其公开相关政府信息的请求应当得到支持。因此,在保障性住房的分配过程中,当享受保障性住房人的隐私权直接与竞争权人的知情权、监督权发生冲突时,应根据比例原则,以享受保障性住房人让渡部分个人信息的方式优先保护较大利益的知情权、监督权,相关政府信息的公开不应也不必以权利人的同意为前提。

案例3 比例原则与程序正当原则

李某系江宁大学学生,2013年3月10日,李某在考试中替考。李某的替考作弊行为被发现后,听从监考人员的劝导,当即承认替考作弊的事实,后又积极配合调查,查清事实。4月15日,江宁大学召开“2013年第4次校长办公会”,该会议决定开除李某学籍。该会议决定的记录内容中无记载对作出李某开除学籍予以讨论的内容,亦无记载开除李某学籍应当适用具体法律及规范性文件的内容。同年4月24日,江宁大学作出2013第58号处理决定,对李某考试作弊行为作出开除学籍处分。江宁大学未书面向李某送达该决定。

同时,江宁大学无证据证对李某予以开除学籍的向李某履行了告知义务、听取了李某的陈述申辩。

【关联法条】

《普通高等学校学生管理规定》

第 16 条 学生严重违反考核纪律或者作弊的,该课程考核成绩记为无效,并由学校视其违纪或者作弊情节,给予批评教育和相应的纪律处分。

第 54 条 学生由他人代替考试、替他人参加考试、组织作弊、使用通讯设备作弊及其他作弊行为严重的,学校可以给予开除学籍处分。

第 55 条 学校对学生的处分,应当做到程序正当、证据充分、依据明确、定性准确、处分适当。

第 56 条 学校在对學生作出处分决定之前,应当听取学生或者其代理人的陈述和申辩。

《江宁大学普通本、专科学生学籍管理实施细则(试行)》

第 49 条 考试违纪者,根据情节轻重和认错态度给予警告或严重警告的处分;考试作弊者根据情节轻重和认错态度给予记过及直至开除学籍的处分。

【问题】

1. 本案为行政诉讼还是民事诉讼?
2. 江宁大学是否具有行政诉讼的被告资格?
3. 江宁大学开除李某学籍的行为是否违反了程序正当原则?
4. 江宁大学开除李某学籍的行为是否违反了比例原则?

【案例解析】

1. 依据《教育法》、《高等教育法》的规定,高等院校是法律法规授权的组织,行使国家教育管理权的组织,具有培养人才,并对接受普通高等学历教育的学生依法管理的法定职责。学生和高校在学籍管理、学位获得等问题上是管理者与被管理者的行政法律关系。所以,江宁大学开除李某学籍,实际上是在行使公法上的管理权,李某不服而提起的诉讼应当为行政诉讼,而非民事诉讼。

2. 江宁大学作为高等学校教育机构,由国家法律授权,行使国家行政权力,且具有独立法人资格,当然具有行政权力主体地位,享有对其管理的违反规定的受教育者予以行政惩戒的权力。

3. 违反。正当程序原则起源于英国法中古老的“自然正义”原则。其核心内容包括两个方面:(1)任何人不能做自己案件的法官。行政机关工作人员处理涉及与自己有利害关系的事务时,应主动回避或应当事人的申请回避。(2)对他人做出不利决定时,应当说明理由、听取陈述和申辩。正当程序原则不仅可以避免滥用职权、遏制腐败现象,从而可以有效保护公民的合法权益,而且还能够克服官僚主义、避免无效行政,从而可以有效提高行政效率。

开除学籍意味着普通高等在校学生丧失学生身份,对学生受教育的权利产生重大影响。按照程序正当原则,行政机关作出不利于公民的行政行为时,必须遵循正当、公正的程序。本案中,江宁大学作为具有对学生教育管理权限的高等学校,在作出开除李某学籍处理前,应当告知其拟作出决定的事实、理由及依据,并应同时告知原告徐思嘉依法享有的权利,听取徐思嘉的陈述和申辩。但被告并无证据证明其在作出决定前已经遵守了法定程序,因此应当认定被告开除李某学籍决定的程序不当。

4. 违反。比例原则有三方面的要求,这三个内涵是分层次的递进关系:第一,合目的性,是指行政机关行使裁量权所采取的具体措施必须符合法律目的。第二,适当性,是指

行政机关所选择的具体措施和手段应当为法律所必需，结果与措施、手段之间存在着正当性。第三，损害最小，是指行政机关在可以采用多种方式实现某一行政目的的情况下，应当采用对当事人权益损害最小的方式。

具体行政行为的作出，必须符合行政比例原则，意即享有作出具体行政行为之权利的机关或组织，在实施行政权的手段和行政目的之间，应当存在比例关系，不能超过目的所要求的价值或范围，必须在侵害行政相对人权利最小的范围内予以行使。第 54 条规定：

“学生由他人代替考试、替他人参加考试、组织作弊、使用通讯设备作弊及其他作弊行为严重的，学校可以给予开除学籍处分”。上述规定赋予学校针对学生考试作弊者享有纪律处分的权利，体现应当针对考试作弊不同情形者处以不同纪律处分的立法意图。江宁大学根据李某替考作弊之情形，“可以”选择适用开除学籍处分之权利。但“可以”并非“必须”适用开除学籍处分。同时，李某的替考作弊行为被发现后，当即承认作弊事实，后又积极配合调查，主观上追求从轻处罚的目的，客观上未有其他情节严重的行为。江宁大学未在《普通高等学校学生管理规定》的范围内审慎实施，从严掌握的情形下，未考虑开除学籍的处分结果与李某替考作弊的事实、性质、情节及社会危害性程度相当之间的比例关系，在享有多种纪律处分可选择的情况下，择其最重者予以处分，没有体现江宁大学应当在作出决定时所必须具有的合理的、善意的和有正当理由的基础，与行政法的比例原则相悖离。

案例 4 信赖利益保护原则

依云市大风村某块土地为第三村民组集体所有。1992 年 11 月 30 日，依云市中原区计划统计局向第三村民组下发第 101 号关于下达农村集体固定资产投资计划的通知文件，同意第三村民组自筹资金在涉案土地新建第一调味品厂。1993 年 3 月，第一调味品厂经依云市工商局批准核发营业执照，负责人张强，经济性质为个体工商户。

1995 年 11 月 25 日，大风村三组与第一调味品厂向依云市土地管理局提交《关于违章用地的检查及补办征地手续的申请》，以依云调味品厂系大风村村办企业名义申请补办征地手续。其后，依云市国土管理局下发的补偿安置方案中注明第一调味品厂为大风村村办企业。1996 年 3 月 14 日，依云市国土管理局同意补办征地手续。同年 3 月 15 日，大风村三组与第一调味品厂共同向依云市国土管理局递交的免交征地费用申请中载明，第一调味品厂是大风村三组新建工厂。1996 年 3 月 26 日，依云市国土管理局向第一调味品厂下达《关于申请建设用地的批复》，同意该厂征用涉案土地，并告知其抓紧办理补偿、拆迁、安置等手续，领取土地使用证。第一调味品厂随后填写相关申请表，其中在办理土地使用证申请表（二）的经济性质栏填写为“个体”。

1996 年 12 月 25 日，依云市政府为第一调味品厂颁发国有土地使用证，其中载明土地性质为划拨，面积 12,612.7 平方米。同年 3 月 16 日，大风村三组与第一调味品厂曾达成协议，约定涉案土地由大风村三组以第一调味品厂的名义自征自用，权属归大风村三组，由第一调味品厂租用。双方及大风村村委均加盖公章。

自 1999 年开始，第一调味品厂与大风村三组因涉案土地权属发生争议。2005 年 6 月 9 日，第一调味品厂以征地补偿安置费名义汇款 339,746.40 元，遭到大风村三组拒收。

大风村三组于 2006 年 9 月 14 日又向依云市政府提出要求撤销该证的应用。依云市政府相关工作人员在 2006 年 9 月 22 日对第一调味品厂负责人进行了口头询问并制作了调查笔录，但询问时未告知调查目的、可能因涉嫌欺骗未如实登记、行政机关拟注销涉案土地使用证等情况。2006 年 12 月 28 日依云市政府作出了《关于注销第 3483 号国有土地使用证的决定》（4 号决定），以第一调味品厂与大风村三组采取欺骗手段，未如实登记获颁土地使用证为由，决定予以注销。4 号决定作出后，第一调味品厂不服，申请行政复议，

某省政府复议维持了4号决定。第一调味品厂仍不服，提起行政诉讼，请求撤销4号决定。涉案土地在诉讼过程中已用于房地产开发。

依云市中原区人民法院曾于2006年5月10日作出民事判决，以第一调味品厂享有权利，而大风村三组分配给其村民占有使用，妨害了土地使用权的正常行使为由，判决大风村三组在6个月内返还给第一调味品厂。

2007年11月10日，依云市中级人民法院一审认为，第一调味品厂当时不属于可补办用地手续的范围，依云市政府作出被诉注销决定符合某省《实施〈土地管理法〉办法》相关规定，遂判决维持4号决定。第一调味品厂上诉后，某省高级人民法院在2008年二审作出驳回上诉、维持原判的判决，此后又两次再审中，在2010年和2013年也作出维持二审判决、维持初次再审判决的处理结果。

案件再次申请再审后，2014年4月28日，最高人民法院决定受理此案。

材料一：按照20世纪90年代的规定，申请补办征地手续主体为“农村集体经济组织兴办的经济实体”。而且，“被占地群众的生产和生活已得到依法补偿和妥善安置”。

材料二：某省《实施〈乡镇企业法〉办法》第2条第5项规定农民个人可举办乡镇企业；第8条规定，农民个人或合伙从事商业经营，符合企业条件的，工商行政管理部门应当依法登记为企业，不得登记为个体工商户。

材料三：某省《实施〈土地管理法〉办法》第11条的规定，土地登记和颁发土地证书后发现有错登、漏登或有违法情节的，原登记发证机关应依法更正，收回或注销原发土地证书，换发新的土地证书。

【问题】

1. 1996年依云市政府颁发的国有土地使用权证是否合法？为什么？
2. 2006年依云市政府的4号决定是否合法？为什么？
3. 2006年依云市政府的4号决定是否违反了信赖利益保护原则？
4. 最高人民法院受理本案后，可以由哪个法院来审理本案？
5. 法院应当使用何种判决？为什么？
6. 第一调味品厂就其利益损失还可以采取哪些途径寻求救济？

【案例解析】

1. 1996年依云市政府颁发的国有土地使用权证是不合法的。因为存在事实认定有误的问题。根据当时的规定，个体工商户不能取得国有土地使用权证，而必须是“农村集体经济组织兴办的经济实体”。第一调味品厂实际上是张强也就是个人兴办的经济实体，不是农村集体经济组织兴办的实体经济，而且在工商机关登记的经济性质也是个体工商户。所以，申请人的主体资格就是不具备的。因此，国有土地使用权证的颁发是错误的。

2. 2006年依云市政府的4号决定不合法。第一，主要证据不足。调味品厂在与大风村三组共同申请土地登记时曾经自称“村办企业”，亦曾在有关申请表中填写过“个体”的经济性质。虽然申请人对经济性质的表述前后不一，但尚不构成对真实经济性质的刻意隐瞒，故4号决定认定调味品厂与村三组在登记中采取欺骗手段，证据并不充分。可见，因为4号决定所撤销的1996年国有土地使用权证，不是单纯由申请人提供的信息有误差造成的，不能认定是申请人欺骗申领国有土地使用权证，而也与颁证机关未尽谨慎审查义务有关。再加上当时的复杂情形，4号决定简单将国有土地使用权证撤销，增加了事后处理的难度。第二，违反正当程序。4号决定做出之前没有告知当事人调查的原因和后果，也未听取当事人陈述和申辩，对当事人权益造成如此重大影响的行政决定的作出违反《行政处罚法》第32条和第41条的规定，属于程序违法。

3. 本案满足信赖利益保护原则的构成要件: (1) 信赖基础: 市政府同意调味品厂征用涉案土地并予以发放国有土地使用证, 调味品厂已取得了土地使用权; (2) 信赖利益: 调味品厂基于政府的颁证行为具有了信赖利益, 已有合法投入, 市政府以调味品厂采取欺骗手段, 未如实登记获颁土地使用证为由, 决定予以注销, 会对其前期投入产生损害。 (3) 信赖利益具有正当性, 虽然申请人对经济性质的表述前后不一, 但没有证据证明该厂尚不构成对真实经济性质的刻意隐瞒, 而且, 1996 年国有土地使用权证不是单纯由申请人提供的信息有误差造成的, 行政机关也存在责任。所以, 市政府注销国有土地使用权证侵犯了其依法享有的土地使用权, 违反了信赖利益保护原则。

4. 本案可以由最高人民法院、省高级人民法院或者其他下级人民法院审理, 由最高人民法院决定。因为《行政诉讼法》第 92 条第 2 款规定, 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、裁定按照审判监督程序受理的, 有权提审或者指令下级人民法院再审。

5. 最高人民法院应当使用确认判决。因为按照《行政诉讼法》的规定, 本应当作出撤销判决, 但是根据《行政诉讼法》第 70 条和第 74 条第 1 款第 1 项的规定, 撤销违法行政行为会给社会公共利益造成重大损害的, 应当不予撤销, 而是作出确认违法的判决。

6. 第一调味品厂就其利益损失还可以向行政机关请求行政赔偿。行政机关拒绝赔偿的, 可以向人民法院提起行政赔偿诉讼。

【知识拓展】合法行政原则与信赖利益保护原则的关系

信赖利益保护原则立足于保障人民利益的立场, 强调的是人民主观上对于法律秩序的维护, 而不只是单纯的客观法律秩序的维护, 信赖利益保护是“主观上的法安定性原则”。维护客观秩序安定性的合法性原则与维护主观预期安定性的信赖利益保护原则, 在一定情况下可能会发生冲突, 因为“依法行政原则要求保持合法的状态, 撤销一切违法的行为, 对此应当一如既往地遵守。站在其对立面的是一——这种认识也是司法改变的理由——信赖利益保护原则。要求保护受益人对行政机关所造成的状态的信任, 维持违法的行为。”

传统的行政法强调客观法秩序的安定性, 只要行政行为违法, 有权机关就可以撤销该行为并使法效果复归到合法的状态当中, 1956 年德国行政法院在一个行政抚恤金案件中推翻了这种传统认识。当时的西德民政局书面承诺给东德的一名已故公务员的遗孀一定数额的抚恤金, 基于此种信任该妇女迁居到柏林, 并开始享受政府承诺方法的抚恤金。但后来事实证明她并不符合法定的条件, 当地的民政局因此决定停止发放抚恤金, 并要求该妇女退还已经领受的政府补助。柏林高级行政法院 (BVerwGE 9, 251) 和西德联邦行政法院

(BVerwGE 5, 312) 均先后作出了支持该寡妇诉求的判决, 法院认为, 本案中存在依法行政原则和法律安定性原则之间的冲突, 按照法律规定, 发放抚恤金的行政行为的确是违法的, 但同时该妇女又有正当的理由信赖该行政行为的合法性并确已根据这种信赖而迁居柏林。这两个原则都是法治国原则的要素, 并无孰优孰劣、孰高孰低之分, 行政机关在撤销该行政决定前必须对依法行政原则所保障的公共利益和保护私人对行政行为合法性的信赖需要进行衡量, 只有公共利益大于私人的信赖利益时才可撤销此行政行为。违法状态是由行政机关本身所造成, 当行政机关欲撤销该违法状态时, 人民善意无过失信赖行政机关公权力行为所遭受的损失, 若皆归由人民承受, 显然有违实质正义之理念。这个标志性的案件改变了长期的“绝对依法行政”的形式法治思想对公民个人权利的忽视, 彰显了对重视个人尊严、保护私权、关注规范背后的法律价值的实质法治理念。

人民对于国家或其他公权力主体的行为予以信赖, 并因信赖该行政行为之存续而有益上之损失, 同时此利益又属值得保护之利益, 那么在该行为撤销、废止或变更时, 人民

的信赖利益应受适当之保护。对于合法的授益行为废止、变更时候，若人民因信赖公权力而有利益上的损失应给予相应的存续或利益保护，自不待言，这是信赖利益保护原则与行政合法性原则两个原则的题中之意，刘飞教授将此形容为二原则处于合作状态。稍有疑难的是，对于违法授益行政行为撤销时，应该如何解决依法行政原则和信赖利益保护原则的冲突呢？我们的回答是以个案判断的方式进行利益权衡，在审查中决定优先保护公共秩序、公共利益还是保护个人生活秩序、个人利益，在此基础上再决定是否撤销该行为。此处需经过利益之权衡才能判断是否要保护人民的信赖利益。（见下图）

在甲公司诉国土资源部国土资源行政复议决定案（【2018】最高法行再6号）中，最高人民法院认为：对已经存续的、存在瑕疵甚至是违法情形的行政行为，而是要求根据不同情况作出不同处理。行政机关应当权衡撤销对法秩序的维护与撤销对权利人合法权益造成损害的程度以及采取补救措施的成本等诸相关因素；认为撤销存在不符合公共利益等情形时，可以决定不予撤销而选择确认违法；确需撤销的，还需指明因撤销许可而给被许可人造成的损失如何给予以及给予何种程度的补偿或者赔偿问题。如此，方能构成一个合法的撤销决定。

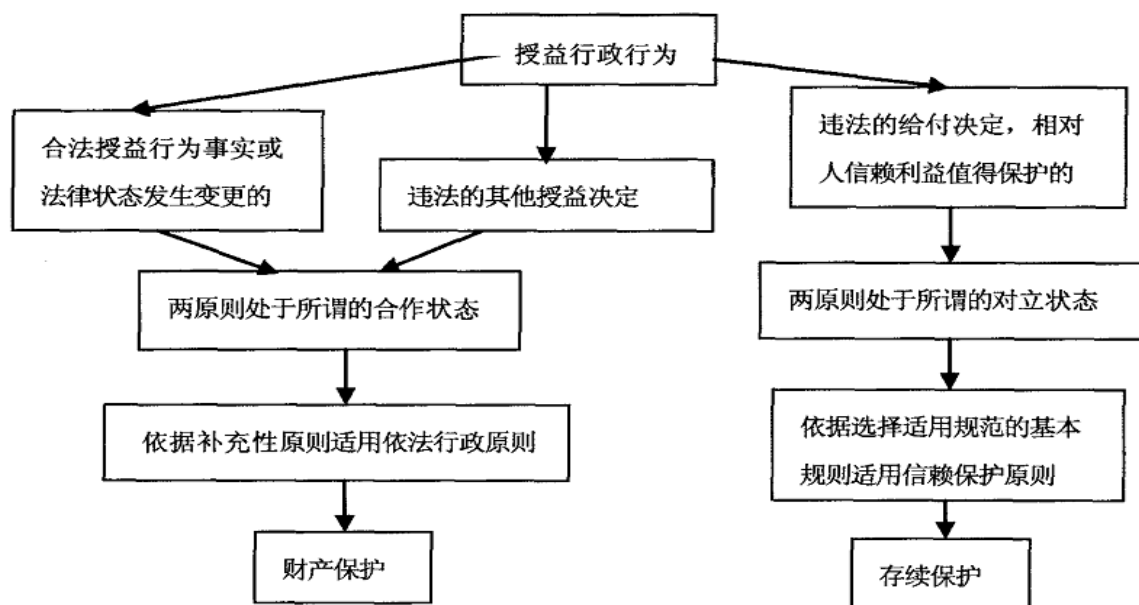


图 2：信赖利益保护原则示意图

第二章 行政行为理论

案例 5：行政行为合法性判断标准

新民公司系经过相关行政部门许可，从事瓶装民用液化气零售经营的企业。2015年6月29日，如皋市监局（如皋市为不设区的市）接到新民公司销售不合格液化气的举报后，对新民公司经营场所进行现场检查，如皋市监局在执法检查过程前出示执法证，告知了申

请回避等权利，市监局发现新民公司 3 号储气罐内有 6 吨液化石油气，执法人员制作了现场检查笔录，并委托南通市产品质量监督检验所技术人员对 3 号储气罐内气体进行抽样。2015 年 7 月 1 日，南通市产品质量监督检验所出具检验报告，对照两项国家标准，新民公司所销售的液化石油气 3 项分组均不符合国家标准，按照国家标准，液化石油气中二甲醚含量应为零，而案涉气的检测报告显示其二甲醚含量高达 22.7，结论为不合格。2015 年 7 月 3 日，如皋市监局将上述检验报告向新民公司予以送达，同时对案涉 6 吨液化气采取查封强制措施。新民公司经营管理人员任田田向如皋市监局陈述，新民公司存在进货渠道并非来自正规公司、明知液化回收碳 4 燃料气并非液化石油气而购进的事实，2015 年 6 月 12 日，新民公司以 3100 元每吨价格购进液化回收碳四燃料气 7.5 吨，以 4483 元每吨价格销售 1.5 吨，剩余 6 吨存放 3 号储气罐，对检验报告结论无异议，并提供了购货单和销售票据。2015 年 8 月 25 日，如皋市监局向新民公司送达了行政处罚听证告知书，根据新民公司的申请，2015 年 9 月 7 日，如皋市监局召开了听证会。经集体讨论，2015 年 12 月 5 日，如皋市监局作出皋市监罚字（2015）01023 号行政处罚决定书（以下简称 23 号处罚决定），决定对新民公司作出如下处罚：1. 责令停止销售不合格液化气 6 吨，2. 没收销售的不合格液化气 6 吨，3. 没收违法所得 2074.5 元，4. 处货值 1.5 倍罚款计 50433.75 元。

新民公司不服，曾向如皋市人民政府提起行政复议，复议过程中，新民公司已将查封的 6 吨液化气自行退回给供货商，原 23 号处罚决定主文第 1-2 项无法得到执行，如皋市监局于 2016 年 3 月 10 日撤销了 23 号处罚决定，新民公司撤回行政复议申请。

2016 年 4 月 22 日，如皋市监局对本案重新进行审理。同年 12 月 30 日，如皋市监局重新向新民公司送达行政处罚告知书，告知新民公司拟作出行政处罚的事实、理由、依据及处罚内容，并告知其依法享有陈述、申辩和要求听证的权利。告知拟处罚内容不包括被撤销的 23 号处罚决定中第 1 项及第 2 项。2017 年 4 月 10 日，如皋市监局对新民公司作出皋市监罚字（2017）01023K 号行政处罚决定书（以下简称 23K 号处罚决定），认定新民公司销售不合格民用液化石油气行为，违反了《产品质量法》第 39 条的规定。依据第 50 条规定，决定对新民公司处罚如下：1. 没收违法所得 2074.5 元；2. 处货值金额 1.5 倍罚款计 50433.75 元。该处罚决定于同年 4 月 11 日向新民公司送达。

新民公司不服提起行政诉讼，认为如皋市监局作出 23K 号处罚决定前，已经将原 23 号处罚决定中没收案涉液化气的内容撤销，如皋市监局不能再就案涉液化气问题再次作出处罚。如皋市监局对上诉人按货值的 1.5 倍罚款，量罚有失公正。如皋市监局原所作处罚撤销后，不得以相同事实和理由重新作出处罚决定，且重作期限超过法定期限，行政行为的程序亦严重违法。请求确认如皋市监局所作 23K 号处罚决定违法，并予以撤销。

【问题】

1. 请分析 23K 号处罚决定的合法性。
2. 对于本案法院应当如何判决？

关联法条：

《产品质量法》

第 8 条 国务院产品质量监督部门主管全国产品质量监督工作。国务院有关部门在各自的职责范围内负责产品质量监督工作。

县级以上地方产品质量监督部门主管本行政区域内的产品质量监督工作。县级以上地方人民政府有关部门在各自的职责范围内负责产品质量监督工作。

法律对产品质量的监督部门另有规定的，依照有关法律的规定执行。

第 50 条 在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格产品冒充合格产品的，责令停止生产、销售，没收违法生产、销售的产品，并处违法生产、销售产品货值金额百分之五十以上三倍以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得。

《工商行政管理机关行政处罚程序规定》

第 57 条 行政处罚案件一般应当自立案之日起九十日内作出处理决定；案情复杂，不能在规定期限内作出处理决定的，经负责人批准可以延长三十日，案件特别复杂，经延长仍不能作出处理决定的，应当由行政机关集体讨论决定是否继续延期。

《关于印发如皋市市场监督管理局主要职责内设机构和人员编制规定的通知》

如皋市监局作为县级地方产品质量监督部门，具有对辖区内生产、流通领域的产品进行监督及对产品质量违法行为进行处罚的职责。

【案例解析】

1. 被诉处罚决定主体适格，认定事实清楚，适用法律正确，量罚适当，但行政处罚程序轻微违法。

第一，如皋市监局具有行政处罚的主体资格。

根据《产品质量法》的规定，县级以上地方人民政府有关部门在各自的职责范围内负责产品质量监督工作，按照《关于印发如皋市市场监督管理局主要职责内设机构和人员编制规定的通知》，如皋市监局作为县级地方产品质量监督部门，具有对辖区内生产、流通领域的产品进行监督及对产品质量违法行为进行处罚的职责，所以，如皋市监局对于新民公司违法行为有行政处罚的主体资格。

第二，如皋市监局认定新民公司销售不合格液化气的事实清楚。

如皋市监局对新民公司销售的液化气监督检查后，经抽样取证并送有法定资质的机构进行检验，检验结果表明，新民公司所销售的液化气组分技术要求均不符合上述国家标准的要求。如皋市监局抽样取证、现场检查符合相关规定，检验报告向新民公司予以送达，新民公司负责经营的任田田对检验报告结论表示认可。因此认定新民公司销售不合格液化气违法行为的事实清楚。

第三，处罚决定适用法律、法规正确。

《产品质量法》第 39 条规定，销售者销售产品不得以不合格产品冒充合格产品。所谓合格产品，对于有国家强制性标准的产品来说，是指符合国家的强制性标准。本案中现有证据表明，新民公司销售的液化气不符合国家强制规定，如皋市监局认定新民公司销售液化气行为违反《产品质量法》第 39 条规定，定性正确。《产品质量法》第 50 条规定，在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格产品冒充合格产品的，责令停止生产、销售，没收违法生产、销售的产品，并处违法生产、销售产品货值金额百分之 50 以上 3 倍以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得。依据上述规定，如皋市监局行政处罚适用法律正确。

第四，本案涉行政处罚程序部分违法。

本案中，如皋市监局在执法检查过程前出示执法证，告知了申请回避等权利，并与新民公司负责经营管理的任田田进行了询问，执法人员的行为符合相关法律规定。在处罚决定书作出前，如皋市监局根据法律规定向新民公司履行了告知义务，并且根据新民公司的申请举行了听证会。重新作出的处罚决定未加重对新民公司的处罚并向新民公司进行了送达。如皋市监局作出的 23K 号处罚决定并没有侵害新民公司程序性权利。但是，依据《工商行政管理机关行政处罚程序规定》第 57 条规定，行政处罚案件一般应当自立案之日起 90 日内作出处理决定；案情复杂，不能在规定期限内作出处理决定的，经负责人批准可以延长 30 日，案件特别复杂，经延长仍不能作出处理决定的，应当由行政机关集体讨论决定

是否继续延期。本案中，被上诉人于 2016 年 3 月 10 日撤销了原处罚决定，重新所作的处罚决定，并未涉及新的事实和依据，被上诉人迟至 2017 年 4 月 10 日方作出新的处罚决定，明显超过法定期限，属于程序违法的情形。

第五，处罚决定量罚适当。

新民公司存在进货渠道并非来自正规公司、明知是液化回收碳 4 燃料气并非液化石油气而购进的事实，且按照国家标准液化气中二甲醚含量应为零，而案涉气的检测报告显示其二甲醚含量高达 22.7，属危险品。如皋市监局综合考量上述违法情节，在法定量罚幅度范围内，按货值的 1.5 倍量罚，量罚合理适当。同时，如皋市监局因新民公司已经擅自处分了不合格气体，导致 23 号处罚没收等内容无法实际进行，所以撤销了原 23 号处罚决定，并不意味着如皋市监局不能依法重新作出处罚决定，再作出新的处罚决定并非构成反复无常的滥用职权行为。

2.被诉处罚决定认定事实清楚，适用法律正确，量罚适当，但行政处罚程序轻微违法，根据《行政诉讼法司法解释》第 96 条第 1 项规定，处理期限轻微违法，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，属于行政诉讼法第 74 条第 1 款第 2 项规定的“程序轻微违法”。本案被上诉人的行为，属于程序轻微违法的情形，应当依照《行政诉讼法》第 74 条第 1 款第 2 项规定确认为违法。

案例 6 行政许可的定性

2003 年 11 月 3 日，星碟公司向北京市工商行政管理局申请股东变更登记，同时提交了一份《股东会决议》，内容为：“全体股东一致同意公司变更股东，原股东周某所持股份 5 万元全部转让给孙某”和一份《转股协议》，内容为：“周某将自己在星碟公司所持 5 万元股权全部转让给孙某”，上述文件中均有署名“周某”的签字。2003 年 11 月 5 日，北京市工商行政管理局对原告的变更登记申请予以核准。随后另案中，两审法院经审理，认定星碟公司用作办理股东变更登记的《股东会决议》、《转股协议》实为冒用周某名义所形成，内容上不真实，并分别判决上述决议及协议无效。2006 年 5 月 31 日，周某向朝阳区工商局递交《撤销公司变更登记行为申请书》，要求撤销将其股东身份变更为孙某的公司登记行为，并提交了前述生效判决书。2006 年 6 月 19 日，朝阳区工商局以法院判决转股协议无效为由，依据《行政许可法》第 69 条作出前述京工商朝注册企许撤字（2006）1 号《撤销登记决定书》。原告对此不服，申请行政复议。2006 年 9 月 29 日，北京市工商行政管理局作出《行政复议决定书》，维持了原撤销登记决定。

【问题】

朝阳区工商局《撤销登记决定书》适用法律是否正确？

【案例解析】

行政许可是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请，经依法审查，准予其从事特定活动的行为。据此，《行政许可法》定义的行政许可是赋予行政相对人某种权利和资格，准予当事人从事某种活动的行政行为。依照《公司法》的规定，公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。据此，公司股东转让股权的民事法律行为，经股东会决议表决通过即发生民事法律效力，登记机关的核准登记并非该民事法律行为的生效要件，不经登记机关办理变更登记只是不产生对抗第三人的效力，登记机关的登记行为不具有赋权性，仅具有对社会公示的法律效力。因此，股东变更登记不具有《行政许可法》规定的行政许可行为的法律属性。被告朝阳区工商局将股东变更登记定性为行政许可事项，并依据《行政许可法》作出《撤销登记决定书》，属适用法律错误。

【考点拓展】实践中对行政许可及易混淆相关行为的认定²**(一)性质认定为行政许可的案例****1. 土地行政登记及颁证行为**

在“李萍诉江西省于都县政府和赣州市政府行政许可案”中，法院认为，最高人民法院《行政审判庭关于行政机关颁发自然资源所有权或者使用权证的行为是否属于确认行政行为问题的答复》([2005]行他字第4号)也明确规定，有关土地等自然资源所有权或者使用权的初始登记，属于行政许可性质，不应包括在行政确认范畴之内。因此，于都县国土资源局与原告签订土地出让合同，收取出让金，于都县人民政府予以土地登记并颁发国有土地使用证的行为是一种赋予特定权利的行为而不是一种行政确认，属于行政许可。

2. 重建房屋的申请审核

在“陈吉云与南通市城乡建设局不履行法定职责案”中，原告陈吉云提出的重建房屋的申请当归属行政许可的范畴。

(二)性质认定为非行政许可的案例**1. 股东变更登记**

在“山东惠民兆通德煤焦有限公司诉惠民县工商行政管理局行政登记案”中，法院认为股东变更登记不设立新权利，系对股东权利的公示和确认，不具有《行政许可法》规定的行政许可行为的法律属性。上诉人惠民兆通德公司关于撤销股东变更登记系行政许可事项，被上诉人应适用《行政许可法》受理其申请或依职权作出撤销变更登记决定的上诉理由不成立，本院不予支持。

2. 企业法定代表人的变更

在“梁志雄与江门市工商行政管理局新会分局工商行政登记案”中，法院认为企业的设立登记，是根据法律的规定允许企业从事特定行为。而企业法定代表人的变更并不具备行政许可的属性，因此，在工商行政管理部门办理变更企业法定代表人，属于行政登记行为。

3. 保障性商品房购买申请的审核

在“郑民锋与厦门市建设与管理局不履行法定职责案”中，法院认为，根据《行政许可法》第2条的规定，行政许可是指在国家一般禁止的前提下，对符合特定条件的行政相对方通过颁发许可证执照等形式赋予其从事某种活动的法律资格或者权利，主要是为了规范行政机关管制市场的行为。而社会保障性住房，则是指政府提供优惠，限定户型、面积、价格等，向本市住房困难家庭，以出租或者出售方式提供的政策性住房。该类住房的供给，明显带有福利给付性质，与行政许可并不一致。虽然租赁或者购买保障性住房需要提出相关申请，被告也存在按照相关规定予以审核的管理行为，但系针对申请户是否符合本市户籍的住房困难家庭等限定条件的确认，故不属于行政许可，亦不应适用行政许可的相关时限规定。

4. 房屋产权登记

在“龚文勇诉长沙市房屋产权管理局劳动和社会保障行政管理案”中，法院认为，行政许可是依申请的行政行为，是一种经依法审查的行为，是一种授益性行政行为。公民申请办理房屋产权登记，不属于行政许可。因为，房屋产权登记属于事后程序，是保护和确认登记人的权利，而不是重新赋予其权利。在房屋产权登记中，行政机关行使的不是行政管理权，而是以第三人的身份出现，起证实和确认作用。

² 本部分内容来源于徐晨著：《行政法理论与判解研究——以司法审查为中心》，中国政法大学出版社2017年版，第299-302页。

5. 土地使用权抵押登记

在“李某等人诉信宜市国土资源局履行法定职责案”中，法院认为，对于《行政许可法》第2条的规定，按一般理解，行政许可存在的前提是法律一般地禁止从事特定活动。而事实上，法律没有一般地禁止土地使用权抵押登记，所以，土地使用权抵押登记不属于行政许可。

6. 办理组织结构代码证

在“湖南锐杰律师事务所与长沙市质量技术监督信息管理所行政检查案”中，法院认为，根据《行政许可法》《组织机构代码管理办法》的相关规定，组织机构代码证制度是为了规范和加强我国组织机构代码管理工作，推进相应信息化管理基础建设而建立的，其登记对象是已经依法设立的组织机构，组织机构代码证本身并不具有批准组织机构成立或者准予组织机构从事特定活动的法律效力。因此，被告对原告办理组织结构代码证的行为不属于行政许可行为。

7. “回复函”的性质

在“梅峰卫生院与湖州市吴兴区卫生和人口计划生育局行政许可案”中，法院认为根据，《行政许可法》第2条的规定，涉诉“回复函”仅为同意埭溪镇人民政府提出的对梅峰卫生院管理的里阳、庄上两社区卫生服务站及大冲服务点的管理体制进行调整的意向，并非依相关人员的申请作出新的行政许可，故不符合《行政许可法》对行政许可行为的认定标准。

案例 7：行政处罚的定性

2004年3月10日，省事业单位局根据硬笔协会和蓝天公司的申请，核准了研究院的事业单位法人设立登记。2010年至2012年，该局三次要求研究院提交继续具备国有资产性质的有效证明，并于2013年5月至7月就硬笔书协和蓝天公司出资开办研究院的情况，到省财政厅、省民间组织管理局、省审计厅进行了调查，其中财政厅出函证实，财政未拨付硬笔书协用于设立研究院的专项资金，民间组织管理局出函证实，硬笔书协2004~2012年对外投资均为零，在研究院设立登记时没有对外投资记载，审计厅出函证实，2003年11月28日前，硬笔书协账面没有资金来源用于出资50万元设立研究院。本案证据足以证实，研究院在开办登记时，开办资金并非由申请开办单位实际真实投入，省事业单位局依据虚假的经费来源证明，核准研究院的事业单位法人设立登记，不符合《事业单位登记管理暂行条例》的规定。据此，2013年8月7日，省事业单位局召开协调会，形成会议纪要，决定撤销研究院的事业单位法人登记。

关联法条：

《事业单位登记管理暂行条例》

第2条第1款 本条例所称事业单位，是指国家为了社会公益目的，由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的，从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织。

第5条第1款 县级以上各级人民政府机构编制管理机关所属的事业单位登记管理机构（以下简称登记管理机构）负责实施事业单位的登记管理工作。县级以上各级人民政府机构编制管理机关应当加强对登记管理机关的事业单位登记管理工作的监督检查。

第7条 申请事业单位法人登记，应当向登记管理机构提交下列文件：

（一）登记申请书；

- (二) 审批机关的批准文件;
- (三) 场所使用权证明;
- (四) 经费来源证明;
- (五) 其他有关证明文件。

【问题】

1. 有观点认为事业单位法人登记属于行政登记行为, 不属于行政许可行为, 不应当适用《行政许可法》的规定, 对此, 你是否赞同?
2. 原告诉称《行政许可法》于2004年7月1日起施行, 对施行前的行为没有溯及力, 研究院登记的时间是2004年3月10日, 发生在《行政许可法》施行以前, 本案不应适用《行政许可法》第69条第2款之规定, 对此, 你是否赞同?
3. 原告诉称根据《行政处罚法》第29条第1款之规定, 违法行为在二年内未被发现的, 不再给予行政处罚。本案中, 省事业单位局针对2004年的行为, 于2014年作出处罚决定, 明显超出了两年的时间, 所以, 法院应当撤销事业单位局撤销研究院的事业单位法人登记。对此, 你是否赞同?
4. 省事业单位局以会议纪要方式撤销研究院的事业单位法人登记是否合法?

【案例分析】

1. 根据《行政许可法》第12条的规定, 企业或者其他组织的设立等需要确定主体资格的事项属于行政许可, 所以, 事业单位法人登记属于行政许可。
2. 不赞同。行政相对人的行为发生在新法施行以前, 行政行为作出在新法施行以后, 人民法院审查行政行为的合法性时, 实体问题适用旧法规定, 程序问题适用新法规定, 但按照行政行为的性质应当适用新法的实体规定的除外。本案中, 采取欺骗手段取得研究院事业单位法人登记的行为, 发生在《行政许可法》施行以前, 省事业单位局核准研究院设立登记不符合当时的《事业单位登记管理暂行条例》等法律规定, 根据依法行政原则应当予以纠正; 而省事业单位局自我纠错行为发生在《行政许可法》施行以后, 选择何种方式对过去的违法行为进行纠正, 应当适用《行政许可法》的规定。
3. 不赞同。省事业单位局决定撤销研究院的事业单位法人登记, 是对错误的登记行为的自我纠正, 不是对采取欺骗行为取得研究院事业单位法人登记的行为进行处罚, 撤销并没有未当事人增加新的义务负担, 不具有行政处罚的惩戒性。既然撤销的性质不属于行政处罚, 所以, 行政机关自己撤销违法的行政行为, 不应受2年行政处罚除斥期间的拘束。
4. 不可以。会议纪要对当事人的权益产生实质性影响, 符合具体行政行为的特征, 省事业单位局应当通过实施具体行政行为的法定程序和方式作出行政决定书撤销许可决定。会议纪要往往是行政机关内部决策文件, 通常只是政府及相关职能部门参加, 在利害关系人没有事先被告知、事中没有陈述申辩的机会、事后没有向其说明理由的情况下, 作出该决定是对当事人权利的伤害, 因而是违法的。

【考点拓展】实践中对行政处罚及易混淆相关行为的认定

下面我们列举几类常见的因为不具有惩戒性而并非处罚的行为类型:

1. 滞纳金。征收滞纳金的目的, 在于催促当事人缴纳本金, 它的行为目的是执行, 而不是惩戒, 故其行为性质属于行政强制执行, 而非行政处罚。
2. 收费行为。比如超标排污费、社会抚养费、补缴防空地下室易地建设费、追缴社会保险费等, 这些费用的征收往往都是为了一定的社会管理的目的, 而不是为了惩罚当事人, 所以它们的性质属于行政征收。
3. 责令限期改正。责令改正的功能在于恢复合法状态, 没有给当事人增加负担, 因而不具有惩戒性。责令改正的行为性质命题人认为属于行政强制措施。

4.责令立即停止侵权行为,在“北京市御水苑房地产开发有限责任公司不服北京市工商行政管理局海淀分局行政处罚案”中,一审法官认为被告的“责令立即停止侵权行为”不属于行政处罚种类,属于行政命令。也有观点认为属于行政强制措施。

4.取消学籍不属于行政处罚。

5.取缔行为。取缔是对未经许可的非法组织或非法活动予以清除或禁止的行政行为,不属于行政处罚,而属于行政强制措施,学界和实务部门也有观点认为属于行政命令行为。比如,卫生行政部门对未经批准开办医疗机构行医或者非医师行医的违法行为进行取缔;又如,工商部门对无照经营者作出的责令停业通知,不同于对有经营资格而违法经营的人作出的责令停产停业处罚,在性质上,这种通知不是行政处罚。

6.撤销行为。行政机关对违法的行政行为予以撤销,属于行政机关自我纠错的行为,并没有给当事人增加性的负担,撤销不是行政处罚。

7.注销行为。注销是被许可人从事许可事项的权利已经灭失或者无法实际行使,行政机关针对许可证等法律文书等登记事项予以取消的行为,不属于行政处罚。

除此以外还要注意,暂扣许可证、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、宣布考生考试成绩作废并停考1年的决定、属于行政处罚,对此,考生也经常判断失误。

案例8 行政强制措施的定性

某安监局对某冰块销售公司实施安全检查时发现了存在严重安全隐患,向该公司作出《责令限期整改指令书》,责令上诉人在2013年7月15日前对前述安全问题整改完毕。

指令书指定的整改日期届满后,安监局进行复查,发现上诉人公司并未在规定期限内完成整改,于是安监局向该公司发出《整改复查意见书》和《现场处理措施决定书》,认定该公司使用的氨制冷工质的生产车间与民宅距离约5.3米,与西面空置建筑距离不足3米;制冰车间与公司内办公室、住宿所用楼房距离约0.5米,无法保证安全生产,根据《安全生产法》第56条第1款第(3)项之规定,作出责令上诉人公司立即将液氨转移,在液氨未转移前暂时停止生产活动的现场处理措施决定。

该公司认为安监局作出的决定属于行政处罚中的责令停产;安监局并未告知该公司有要求举行听证的权利,故其实施行政处罚的程序违法。

关联法条:

《安全生产法》(2002年版)

第56条 负有安全生产监督管理职责的部门依法对生产经营单位执行有关安全生产的法律、法规和国家标准或者行业标准的情况进行监督检查,行使以下职权:

(一)进入生产经营单位进行检查,调阅有关资料,向有关单位和人员了解情况。

(二)对检查中发现的安全生产违法行为,当场予以纠正或者要求限期改正;对依法应当给予行政处罚的行为,依照本法和其他有关法律、行政法规的规定作出行政处罚决定。

(三)对检查中发现的事故隐患,应当责令立即排除;重大事故隐患排除前或者排除过程中无法保证安全的,应当责令从危险区域内撤出作业人员,责令暂时停产停业或者停止使用;重大事故隐患排除后,经审查同意,方可恢复生产经营和使用。

(四)对有根据认为不符合保障安全生产的国家标准或者行业标准的设施、设备、器材予以查封或者扣押,并应当在十五日内依法作出处理决定。

【问题】

你是否赞同某冰块销售公司的观点?

【案例解析】

不赞同。安监局作出的《现场处理措施决定书》是基于该公司存在重大事故隐患而采取的暂时性措施,具有临时性和紧急性的特点,其目的是为了预防或制止危险状态以及不利后果,而非对违法事实的最终认定和处理,故被诉具体行政行为属于行政强制措施,不属于行政处罚。同时,《现场处理措施决定书》仅是为确保该公司的人身财产及周边环境安全而作出的临时决定,并非该事件的最终处理结果,不同于行政处罚。既然安监局的《现场处理措施决定书》不属于行政处罚,所以,自然无须根据《行政处罚法》的要求对该行政行为予以听证。

案例9 行政许可中的违法性继承

2006年1月16日,国土资源部向乙公司颁发《采矿许可证》,开采矿种为“锡矿、钨、砷”(锡矿储量达到中型以上),有效期限为2006年1月至2014年9月。2006年3月24日,经省国土厅授权,市国土局向甲公司颁发了2006年《采矿许可证》,开采矿种为“铅矿、锌、银”(储量为小型),有效期限为2006年3月至2011年3月。2010年12月,市国土局进行换证。2011年该证到期后,由省国土厅办理采矿权延续登记手续,并将开采矿种变更为“锡矿、铅、锌,综合回收钨、银、铜”,该采矿许可证的有效期限为2011年9月至2014年9月。

乙公司矿区与甲矿区存在垂直投影重叠,甲矿开采标高为790米至1200米,乙矿开采标高为760米至370米,因在采矿许可证有效期内无法解决重叠问题,乙公司于2012年11月向国土资源部提出行政复议申请,请求撤销省国土厅(授权市国土局)于2006年向甲公司颁发、于2011年又经省国土厅延续的2011年《采矿许可证》的具体行政行为。2014年7月14日,国土资源部经审理认为,根据《国务院办公厅转发国土资源部〈关于进一步治理整顿矿产资源管理秩序的意见〉的通知》的规定:“一个矿山原则上只能审批一个采矿主体。不能违法重叠和交叉设置探矿权、采矿权”的规定,省国土厅在2006年3月24日授权市国土局向甲公司颁发2006年《采矿许可证》时,乙公司的采矿权已经合法

存在,省国土厅该发证行为违反了有关矿业权重叠与交叉的禁止性规定,同时,省国土厅在 2006 年授权市国土局向甲公司颁发 2006 年《采矿许可证》属于主体违法,于是,撤销了甲公司 2011 年《采矿许可证》。甲公司不服,提起行政诉讼。

关联法条:

《国务院办公厅转发国土资源部〈关于进一步治理整顿矿产资源管理秩序的意见〉的通知》(国办发〔2001〕85号)

一个矿山原则上只能审批一个采矿主体。不能违法重叠和交叉设置探矿权、采矿权。符合法定边探边采条件的,必须依法申请采矿许可证。未完成规定的勘查工作和审批程序,不能发放采矿许可证。

对未按照法定程序和权限颁发的勘查许可证、采矿许可证,向不符合法定条件的申请者颁发的勘查许可证、采矿许可证,违法设置的相互重叠或交叉的勘查许可证、采矿许可证,都要依法抓紧进行纠正。该吊销的要依法吊销,该注销的要坚决注销,该协调处理的要妥善处理。

《关于规范勘查许可证采矿许可证权限有关问题的通知》(国土资发〔2005〕200号,以下简称国土资发〔2005〕200号文件)

(十)钨、锡、锑、稀土矿床储量规模为中型(含)以上的,由国土资源部颁发采矿许可证,其余授权省级人民政府国土资源主管部门颁发采矿许可证。

(十一)金、银、铂、锰、铬、钴、铁、铜、铅、锌、铝、镍、钼、磷、钾、铀、金、金刚石、铌、钽矿床储量规模为大型(含)以上的,由国土资源部颁发采矿许可证,其余授权省级人民政府国土资源主管部门颁发采矿许可证。

(十七)省级人民政府国土资源主管部门对国土资源部授权其审批登记颁发的勘查许可证、采矿许可证的权限不得再行授权。

【问题】

1. 经省国土厅授权市国土局向甲发放的 2006 年采矿许可是否合法?
2. 《行政许可法》对被许可人申请延续行政许可有效期有何要求?行政许可机关接到申请后应如何处理?
3. 2006 年采矿许可是否属于 2011 年采矿许可合法性审查要素?复议机关可否以 2006 年采矿许可违法为由,撤销 2011 年采矿许可?
4. 行政机关在撤销 2011 年采矿许可时应遵照什么行政法基本原则?

【案例解析】

1. 省国土厅授权市国土局颁发本案采矿许可证不符合有关规定。按照相关法律规定,本案涉及的小规模铅、锌、银等矿种由国务院地质矿产主管部门授权省级国土资源部门审批发证,并且不得再行授权。省将小规模铅、锌、银等矿种的审批发证权限下放至市级国土资源部门。2006 年《采矿许可证》由市国土局颁发,省国土厅认可该发证行为主体违法。

2. 《行政许可法》第 50 条规定,被许可人需要延续依法取得的行政许可的有效期的,应当在该许可有效期届满 30 日前向作出许可决定的行政机关提出申请。但法律、法规、规章另有规定的,依照其规定。行政机关应根据被许可人的申请,在该许可有效期届满前作出是否准予延续的决定;逾期未作出决定的,视为准予延续。

3. 省国土厅 2011 年行政许可,系对市国土局 2006 年行政许可的承继和延续,因而对 2011 年行政许可的合法性审查,也必然会涉及对 2006 年行政许可的合法性评价。但是,不能认为只要 2006 年行政许可存在合法性问题,就必然影响 2011 年行政许可的合法性。只

有在 2006 年行政许可存在重大明显违法或者存在显而易见的违法且无法补正的情况下，才可能直接影响到 2011 年行政许可的合法性。

具体到本案，市国土局 2006 年许可行为，虽违反了由省级国土资源部门审批发证并不得再行授权的规定，但省国土厅将审批发证权限违法下放至市级国土资源部门的法律责任，不应全部由甲公司承担。甲公司持有的 2006 年《采矿许可证》，系通过法定程序依法取得，其合法的矿产资源权益应当受到法律保护。尤为重要的是，市国土局颁发的 2006 年《采矿许可证》于 2011 年到期后，延续许可的审批主体已经由市国土局变更为省国土厅，并由省国土厅以自己的名义颁发了 2011 年《采矿许可证》。因此，2006 年许可行为存在越权情形，已经得到 2011 年许可行为的治愈，其越权颁证的后果已经消除，并不构成违法性继承问题。

4. (1) 撤销应当遵守合法行政原则。国土资源部撤销 2011 年《采矿许可证》所援引的最主要的依据为〔2001〕85 号文件，但该文也仅规定“一个矿山原则上只能审批一个采矿主体。不能违法重叠和交叉设置探矿权、采矿权”。但该文件未规定重叠设置的采矿权只能予以撤销，法律对类似于本案因历史原因形成的重叠的采矿权撤销程序、步骤、方法及具体情形均无具体规定。〔2001〕85 号文件对于违法设置的相互重叠或者交叉的采矿许可，要求依法抓紧进行纠正，而纠正的方式包括“该吊销的要依法吊销，该注销的要坚决注销，该协调处理的要妥善处理”。据此，对因采矿权主体不同且采矿权重叠之情形，处理方式是多重的且可以综合运用，撤销重叠的采矿许可仅为其中一种处理方式。

(2) 撤销应当遵守信赖利益保护原则与合理行政原则。

坚持依法行政和有错必纠是法治的基本要求，但法治并不要求硬性地、概无例外地撤销已经存续的、存在瑕疵甚至是违法情形的行政行为，而是要求根据不同情况作出不同处理。颁发采矿许可证属于典型的许可类授益性行政行为，撤销采矿许可必须考虑被许可人的信赖利益保护，衡量撤销许可对国家、他人和权利人造成的利益损失大小问题。确需撤销的，还应当坚持比例原则，衡量全部撤销与部分撤销的关系问题，同时应当妥善解决因给被许可人造成的损失如何给予以及给予何种程度的补偿或者赔偿问题。如此，方能构成一个合法的撤销决定。

(3) 撤销应当遵守正当程序原则原则

行政机关应当充分听取当事人陈述申辩，对当事人进行充分有效的说理，在行政决定中说明理由，以此表明行政机关已经全面客观地查清了事实，综合衡量了与案情相关的全部因素，而非轻率或者武断地作出决定。不说明裁量过程和没有充分说明理由的决定，既不能说服行政相对人，也难以有效控制行政裁量权。

第三章 行政程序理论

案例 10 程序正当原则

2003 年 12 月 20 日，甲县图书馆与原告黄某联办多媒体电子阅览室。经双方协商，由黄某出资金和场地，每年向甲县图书馆缴管理费 2400 元。2004 年 4 月 2 日，黄某开通了 ADSL84992722（期限到 2005 年 6 月 30 日），在甲县赵镇桔园路一门面房挂牌开业。4 月中旬，甲县文体广电局市场科以整顿网吧为由要求其停办。经甲县图书馆与黄某协商，甲县图书馆于 5 月中旬退还黄某 2400 元管理费，摘除了“甲县图书馆多媒体电子阅览室”的牌子。2005 年 6 月 2 日，甲县工商局会同甲县文体广电局、甲县公安局对原告甲县赵镇桔

园路门面房进行检查时发现，数名成年人在上网游戏。原告未能出示《网络文化经营许可证》和营业执照。甲县工商局按照《互联网上网服务营业场所管理条例》第 27 条“擅自设立互联网上网服务营业场所，或者擅自从事互联网上网服务经营活动的，由工商行政管理部门或者由工商行政管理部门会同公安机关依法予以取缔，查封其从事违法经营活动的场所，扣押从事违法经营活动的专用工具、设备”的规定，以工商扣字(2005)第 02747 号

《扣留财物通知书》决定扣留原告的 32 台电脑主机，并取缔了原告的上网服务营业场所。对该扣押行为及扣押电脑主机数量有异议遂诉至法院，认为实际扣押了其 33 台电脑主机，并请求撤销该《扣留财物通知书》。2005 年 10 月 8 日甲县人民法院判决驳回原告要求撤销《扣留财物通知书》的诉讼请求，但同时确认甲县工商局扣押了 33 台电脑主机。

同年 10 月 12 日，甲县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 27 条的规定作出了《行政处罚决定书》，决定“没收扣留的从事违法经营活动的电脑主机 32 台”。

原告诉称，甲县工商局在作出处罚决定前只按照行政处罚一般程序告知黄某等三人有陈述、申辩的权利，而没有告知听证权利，违反了法定程序，依法应予撤销。

被告辩称，《行政处罚法》第 42 条仅规定：“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。”根据 42 条规定，没收电脑并没有在应当告知听证权利的范围之内，所以，工商局没收电脑未予听证并不属于程序违法。

【关联法条】

《四川省行政处罚听证程序暂行规定》

第 3 条 本规定所称较大数额的罚款，是指对非经营活动中的违法行为处以 1000 元以上，对经营活动中的违法行为处以 20000 元以上罚款。

【问题】

1. 工商局取缔了原告上网服务营业场所的法律性质是否为行政处罚？
2. 行政机关作出没收较大数额涉案财产的行政处罚决定时，未告知当事人有要求举行听证的权利或者未依法举行听证的，是否属于程序违法行为？
3. 如果法官认为工商局未予以听证，属于程序违法，是否应当撤销行政处罚决定？有观点认为，如果仅仅是违反法定程序，实体处罚没有错误，撤销后行政机关可以以同样的事实和事由作出完全一样的处罚，此种情况撤销原处罚是否必要？对此，请谈谈你的观点。

【案例解析】

1. 取缔是对未经许可的非法组织或非法活动予以清除或禁止的行政行为，不属于行政处罚，而属于行政强制措施，学界和实务部门也有观点认为属于行政命令行为。取缔和责令停产停业是不同的，责令停产停业是以存在当事人合法的从业资格为前提，只有当行政机关作出责令停产停业限制或剥夺其享有的生产经营权时，才能显示出行政处罚行为应当具有的制裁性和惩罚性。而取缔是对于禁止不具有从业合法资格的相对人继续经营的行政行为，并未给当事人增加新的不利负担，当事人本身就不具备从事该项活动的营业资格。

2. (1) “没收较大数额涉案财产”是否属于听证范围

《行政处罚法》第 42 条采用列举方式，明确规定应当听证的处罚决定种类为“责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等”。单纯从文义解释上看，对应当进行听证的处罚决定可以有两种理解：一是闭合式的理解，即仅包括责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款三类；二是开放式的理解，即除了该三种行政处罚之外，还包括

其他在性质上相似的行政处罚。二者主要分歧在于对“等”字的理解,即我们通常说的“等内”还是“等外”问题。要对此作出正确解答,首先要探寻该条文的立法本意。

行政处罚中的听证,是指行政机关在行政处罚中应听取当事人的陈述、意见、要求或证明,以便作出公正、合法的裁决,保障当事人的合法权益。听证的最初目的是以自然的公正来防止行政处罚权的滥用,同时最大限度地保障当事人的合法权益。当然考虑到行政效率的要求,不可能对全部行政处罚设置听证,应只对较重大的、对当事人的合法权益有较大影响的处罚设立听证程序。从这个角度上说,对相对人产生重大影响的行政处罚决定当然不仅限于《行政处罚法》第42条所明文列举的三种,还应该包括其他与该三种行政处罚类似且对相对人权利义务产生重大影响的行政处罚。其实这也是行政处罚法设立听证程序的立法本意所在。

八届全国人大法律委员会关于行政处罚法(草案)审议结果的报告指出:草案规定,对行政机关作出的责令停产停业、吊销营业执照、较大数额罚款三种行政处罚,当事人可以要求举行听证。有代表提出,这一规定仅适用于这三种行政处罚,范围较窄,吊销各种许可证和执照也是对当事人权益影响较大的行政处罚,建议扩大允许听证的范围,以更充分地保护当事人权益。因此,对该条进行修改,不仅增加了“吊销许可证”内容,还多了“等”字。由此可见,立法机关和人大代表当时已认识到听证范围较窄的问题,用完全列举法对以后听证范围扩大将形成障碍,因此“等”是一种立法技巧,为扩大听证范围埋下伏笔。如果是“等内”,完全可以采取草案中的表述方式,而没有必要加一个引起歧义的“等”字。

具体到本案涉及的没收较大数额财产是否应适用听证程序的问题,在司法实践中,一般均认为“等”是开放式的不完全列举。没收较大数额的违法所得或者非法财物,都对相对人的权益影响很大,所以,应当属于“等”之列。

2004年最高人民法院给江宁高级法院《关于没收财产是否应进行听证及没收经营药品行为等有关法律问题的答复》中亦遵循立法本意,进一步明确:“人民法院经审理认定,行政机关作出没收较大数额财产的行政处罚决定前,未告知当事人有权要求举行听证或者未按规定举行听证的,应当根据行政处罚法的有关规定,确认该行政处罚决定违反法定程序。”虽然该答复仅是个案答复,不属于司法解释,但对司法实践中此类问题的处理给了一个正确的指引。

(2) 如何认定“较大数额”

“没收较大数额财产”与“较大数额罚款”均是对当事人的财产权有重大影响的行政处罚。本案中,行政机关没收了相对人30多台电脑,价值10余万元。对个人来说,其影响远远超过多数较大数额罚款。“举轻以明重”,如果不赋予相对人听证的权利,显然不符合合理性原则,对相对人也不公平。因此,对行政处罚法第四十二条的规定予以拓展细化,将没收较大数额财产纳入适用听证程序的范围,符合我国行政处罚法的立法本意。

关于“较大数额”的标准问题。我们认为,主要应参照“较大数额罚款”的认定标准。本案中,应参照《四川省行政处罚听证程序暂行规定》关于较大数额罚款的认定标准予以认定。该规定第三条明确,本规定所称较大数额罚款,是指非经营活动中的违法行为处以1000元以上,对经营活动中的违法行为处以20000元以上罚款。没收30余台电脑价值10万元左右,属于“较大数额”,理应适用听证程序。

这里还要注意“没收较大数额财产”中“财产”的范围问题,没收较大数额财物或者违法所得都应视为“没收较大数额财产”,这里的“财产”既包括实物也包括以金钱、股票、债券等为表现形式的违法所得等。实物原则上包括动产,也应包括不动产。

3. 行政审判兼具解决行政争议与监督行政机关依法行政的功能。行政行为程序违法应当予以撤销,还是确认违法,而应根据行政行为实体结果的正当性、程序的独立价值、行

政相对人的权益受损程度、程序目的等因素予以综合裁量。行政程序环节众多，其设立目的并不完全相同，有的程序是为了保障当事人的合法权益，有的程序是为了规范行政流程提高行政效率。因此，结合个案的具体情形，在保障公正的情况下兼顾效率。

如果行政行为为较为严重的违反正当程序，例如应当听证而未听证、没有告知当事人处罚决定的内容，可能对当事人权利造成实际影响，就可能会被法院撤销。行政程序并不是工具，其并不只是实现行政目标的手段，行政程序具有自身的独立价值。撤销违反正当程序的行政行为，不仅可以保障公民、法人或其他组织的合法权益，而且还有利于树立程序正义的理念，有利于提高行政机关工作人员的程序意识，从而可以有效保障科学行政、民主行政。虽然行政机关完善了听证程序后有可能作出完全与上次一致的处罚，但是为了保证行政公正，而降低行政决定的效率在这种情况下也是有必要的。

反过来，如果行政行为虽然存在程序轻微违法，但该违法行为对行政相对人的实体权利未产生影响，比如，行政机关处理期限轻微违法，或通知送达方式违法等。法院应当根据案件事实综合裁量，判决确认该行政行为程序违法，而无需撤销行政行为的，这样既有利于督促行政机关依法定程序行使权力，又实质性解决了本案争议，同时还兼顾了行政效率原则，避免形成累诉。

【考点拓展】行政程序的概念和价值

行政程序是行政主体实施行政行为时所应当遵守的方式、方法和步骤、时限和顺序的结合形式。就行政程序的作用而言，一方面它可以限制行政权的滥用，另一方面它可以吸收行政相对人的不满，较为彻底地解决行政争议。故凡是法治国家，都必有一套相对完整的行政程序法律体系。法治国家所有的行政程序，都应当具有正当性；只有具有正当性的行政程序，才能达成法治国家的目的。行政程序具有以下功能和价值：

第一，完善沟通渠道，提高行政行为的社会可接受程度。程序制度可以通过民众提前介入行政决定，提高人民的信赖感，减少事后的行政争议。行政程序通过让公民参加行政决定过程，赋予公民充分而对等的自由发言的机会，行政程序中民众参与的过程就是行政机关与公民相互说服的过程，这样的行政决定更容易获得人们的共鸣和支持，减少决策后的冲突与震荡。

第二，行政程序有利于行政机关全面的获得行政资讯，使行政决定更加集思广益，提升行政决策品质，民众在行政决定过程中可以对行政决定的合法性和正当性提供抗辩，给行政机关的决策提供一个反思的机会，最终有效提高行政决定的理性。

第三，行政程序体现了对公民人性尊严的尊重。正当的行政程序设置了个人的参与机制，可以让与法律程序结果有关的个人参与到程序过程中，并充分表达自己的意见。通过行政程序让公民参与到行政权行使的过程中，让他看到行政权行使的基本过程，而他在行政程序中行使了法律规定的所有程序权利，其自身的人格也获得了行政机关的尊重。而如果行政决定过程中，行政机关既不公开决定依据、过程及结果，也不听取当事人意见，还不向当事人说明理由的话，那么说明行政机关并没有将公民视作可对话的对等主体，是对公民人性尊严的藐视。

第四，正当程序是限制公权力滥用的有效手段。传统法治重视的是事前立法控权和事后司法控权，现代法治则更重视事中程序控权。法律不仅赋予政府以管理现代社会、经济事务的必要的，范围和限度明确的权限，而且赋予政府以应对未来各种具体情况或突发事件的广泛的自由裁量权。但是政府无论是行使法定权限，还是行使自由裁量权，都必须遵守公开、公正、公平的行政程序。这样，政府就既可以放开手脚为“善”，发挥政府在现代社会中应该发挥，特别是只能由政府发挥的作用；同时，又可以有效防止政府在行使权

力过程中为“恶”，抑制其腐败和滥用权力的可能性。行政公开、行政参与制度会对政府公权力行使营造一种无形的监督氛围，对可能违法和滥用权力者形成一种无形的威慑力。

第五，正当程序是维持社会秩序的稳定的有效手段。通过行政程序来达成解决利益冲突的方案，可以最大限度地减少各方利益主体的损失，即使因利益受到损失而产生的不满也可以在行政程序过程中尽情地得到发泄，行政程序为当事人提供了一个可以平等陈述理由的机会和场合，任何理由都可以在这里获得宣泄、交流，每个当事人的理由都可以在对方陈述中获得自我验证，双方的对立情绪由此可能得到化解，并为行政程序所吸收，从而为当事人在行政程序中实现合意提供了条件。

案例 11 行政处罚程序中的回避原则

历城区公安分局港沟派出所接到报案，称赵某某夫妇采用静坐、拦挡等形式阻挠公司正常施工。2013 年 10 月 12 日上午 9 时许，港沟派出所六名民警到赵某某家对其进行传唤。赵某某无正当理由，拒不接受传唤，在民警对其进行强制传唤时，赵某某蹬踹民警，大喊大叫，拒不配合民警工作，阻碍民警依法执行职务。同日 12 时 40 分至 13 时 09 分，上述民警中的、胡某对赵某某在被强制传唤过程中的言行进行询问并制作了询问笔录。同日 15 时 40 分，田某、胡某告知赵某某因其阻碍民警依法执行职务，拟对其进行处罚。同日 21 时，历城区公安分局作出历城公行罚决字（2013）第 01076 号行政处罚决定，认为赵某某阻碍国家机关工作人员依法执行职务，决定对赵某某处以行政拘留 10 日。赵某某不服该处罚决定，提起行政诉讼。诉讼理由之一是赵某某阻碍民警执行职务是行政处罚的客体，被阻碍的对象是历城区公安分局下属港沟派出所执行职务的民警，该民警又是行政处罚案件的承办人，可能影响案件公正处理，港沟派出所的办案民警应当自行回避。请求法院撤销被告作出的历城公行罚决字（2013）第 01076 号行政处罚决定，判令被告赔礼道歉。

【问题】

行政相对人因妨碍执行公务被行政处罚，被妨碍执行公务的民警在作出处罚决定时，是否应当回避？

【案例解析】

本案中，历城区公安分局作出的行政处罚决定是侵益性行政行为。侵益性行政行为由于直接损害相对人的利益，就要求行政机关必须谨慎地行使这种权力。与此要求相适应，法律上对这种权力行使的程序提出的要求也是比较高的，必须严格遵守正当程序原则，切实保障行政相对人的权利。正当程序原则的一个重要内容就是回避制度。

行政程序中的回避是指行政机关工作人员在行使职权过程中，因其与所处理的事务有利害关系，为保证程序进展和实体结果的公正性，有权机关根据当事人的申请或行政机关工作人员的请求，依法终止其职务行为并由其他执法人员处理该事务的制度。回避制度要求与处理的行政事务有利害关系的人不得参与相关行政活动，其主要价值在于防止偏私，保障公正，是行政程序的一项基本制度。在适用回避制度时，对利害关系的判断显得尤为重要。治安管理处罚法第八十一条第一款规定中所列举的利害关系的依据是该利害关系可能影响案件公正处理，而这也是我们判断是否存在利害关系之根本标准。历城区公安分局称治安管理处罚法规定的回避仅针对执法人员以普通公民身份成为当事人的情形，显然没有准确把握回避制度的精神和原意，其主张是不能成立的。

程序正义要求“任何人不能做自己案件的法官”。本案中，历城区公安分局所属民警田某和胡某，既是对赵某某进行强制传唤过程中的具体行政行为的执行者，即是该具体行政行为中的一方当事人，又参与了针对被执法人是否妨碍其执法的调查、询问等一系列的

行政处罚程序活动，充当了自己案件的法官，违反了正当程序原则，其行政处罚决定认定事实是否清楚、适用法律是否正确已不重要，因为该程序不正当已足以导致处罚决定不具有正当性。本案被诉具体行政行为构成程序违法，应予撤销，符合程序正义的要求。

案例 12 政府信息公开程序

2014 年 8 月 11 日，甲市乙区政府作出（2014）第 168 号《答复告知书》（以下简称第 168 号告知书），告知张某其所申请获取的信息涉及乙区北部地区开发工作。甲市领导对相关工作确有批示，但未有正式文件批复。根据国务院《关于做好政府信息依申请公开工作的意见》相关规定：“行政机关在日常工作中制作或者获取的内部管理信息以及处于讨论、研究或者审查中的过程性信息，一般不属于《政府信息公开条例》所指应公开的政府信息”，所以，不应当予以公开。张某不服乙区政府作出的第 168 号告知书，申请行政复议。2014 年 12 月 9 日，甲市政府作出甲市政复字（2014）937 号《行政复议决定书》，维持第 168 号告知书。张某不服，向法院提起行政诉讼，请求法院撤销甲市政府作出的第 168 号告知书及第 937 号复议决定书，判令甲市政府公开“2013 年甲市政府对海淀区北部地区整体开发方案出具的政策批复”，判令甲市政府对张某所提行政复议申请重新作出处理。

【问题】

如果你是本案的法官，你会如何判决？

【案例解析】

依照《政府信息公开条例》第 2 条的规定，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。根据这一定义，政府信息包括一切记载信息的载体，并非只有形成正式文件的才构成政府信息。构成政府信息，也未必必须具备正式性、准确性和完整性。

但是，这也不是说凡行政机关在履行职责过程中形成的政府信息都必须公开。从世界范围来看，普遍将一些内部信息、过程信息、决策信息列为可以不公开的例外情形。这些信息普遍具有“内部性”和“非终极性”的特点，属于“意思形成”的信息，一旦过早公开，可能会引起误解和混乱，或者妨害率直的意见交换以及正常的意思形成。《政府信息公开条例》虽然没有明确对此作出规定，但国务院《关于做好政府信息依申请公开工作的意见》第 2 条第 2 款规定：“行政机关在日常工作中制作或者获取的内部管理信息以及处于讨论、研究或者审查中的过程性信息，一般不属于《政府信息公开条例》所指应公开的政府信息。”这一解释性规定符合国际通例，也有利于兼顾公开与效率的平衡。本案中，甲市领导对乙区北部地区开发建设所作批示，就具有“内部性”和“非终极性”的特点，乙区政府在说明理由的基础上不予公开，并无不妥。

综上，本案乙区政府作出第 168 号告知书合法，法院应当判决驳回原告对第 168 号告知书和复议维持决定的诉讼请求。

第四章 行政法主体理论（原告、被告和第三人）

案例 13 原告资格的判断

2015 年 3 月 24 日，昌平发改委对北京国际高尔夫游乐公司作出《退出通知》，其中载明：“……北京国际高尔夫球场（以下简称涉案球场）及其所属地上物违反了《水法》、《北京市城市规划条例》、《北京市城乡规划条例》、《风景名胜区管理暂行条例》等规

定。请贵球场于 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 月底前完成高尔夫球场的退出, 望贵单位予以配合”。2015 年 6 月 6 日, 北京国际高尔夫游乐公司向其会员发出《停业告知》, 告知自 2015 年 6 月 8 日起涉案球场停止营业。原告李冰认为自己是涉案球场的会员, 其享有使用该球场的合法权益, 该权益类似于物权。由于《退出通知》导致涉案球场停业, 致使自己不能继续使用该球场, 对自己的上述合法权益产生了直接的损害, 该《退出通知》与自己具有利害关系, 请求法院依法撤销《退出通知》, 一审法院裁定驳回李冰的起诉, 李冰不服, 提起上诉。

【问题】

请分析李冰是否具有行政诉讼的原告资格?

【案例解析】

只有与行政行为有直接利害关系的人才原告, 即除了行政管理相对人外, 其他与被诉行政行为存在直接利害关系的人和组织也具有原告资格。相对人具有利害关系自无须多言, 但相关人的利害关系的内涵仍较为模糊, 尚属一个不确定的法律概念, 需要借助具体细致的规则加以识别和判断。从审判实践看, 通行的做法是将利害关系界定为行政行为与起诉人权利义务之间的变量关系, 具体而言, 利害关系反映的是行政行为的有无, 能否引起起诉人权利义务发生增减得失之变化。如果特定行政行为的存在与否能够引发起诉人具体权利义务的消长变更, 则应认定起诉人与行政行为存在利害关系, 进而赋予其原告资格, 反之则不应确认。

本案的争议焦点, 即在李冰与被诉的《退出通知》之间是否具有行政诉讼法上的“利害关系”, 进而便可以判断李冰是否具有原告资格。债权人一般不具有行政诉讼的原告资格。债权的实质, 即是债权人要求债务人作为或者不作为的一种请求权。基于债务关系的相对性原理, 债权人基于债务关系所享有的权利应当向债务人加以主张。即使因第三方原因导致债务人不能继续履行债务的, 债权人也应当直接向债务人主张权利。因此, 债权人一般不能直接以非债务关系当事人的行政机关为义务对象主张权利, 除非相关法律规范已经明确规定, 行政机关负有考量和保护债务关系的法定职责或者行政机关的履责行为已经直接对债务关系产生法律拘束力。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。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, 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。

案例 14 投诉举报人的原告资格

2015 年 8 月 18 日, 杨某因认为自己购买的上海美雅化妆品股份有限公司生产的芦荟魔芋舒缓面膜存在违法情形向国家食品药品监督管理总局投诉举报, 杨某在举报中声称, 案外人非法添加未获批准的化妆品原料“魔芋根提取物”, 并且虚假报备国产非特殊用途化妆品信息; 经销企业销售不符合《化妆品卫生标准》, 虚假备案的国产非特殊用途化妆品, 要求国家食品药品监督管理总局查处违法行为, 对自己的举报予以奖励, 且需要国家食品药品监督管理总局书面回复。国家食品药品监督管理总局于 2015 年 8 月 26 日受理后转交上海市宝山区市场监督管理局和松江区市场监督管理局处理, 2015 年 9 月 29 日和 2015 年 10 月 10 日, 上述两部门分别答复原告涉案化妆品不构成其投诉举报所反映的问题。

2015 年 12 月 8 日, 杨某对上海食药局 2015 年 2 月 11 日对涉案化妆品的生产企业上海美雅化妆品股份有限公司进行的备案后检查并予通过行为不服, 以上海食药局为被申请

人向国家食品药品监督管理总局提出行政复议申请,要求撤销被申请人对涉案化妆品备案后检查予以“通过”的行为,并责令其重新依法作出具体行政行为。杨某主张,其是涉案化妆品的消费者,也是相关违法行为的投诉举报人,由于上海食药局作为监管机关在其检查过程中对存在违法情形的产品予以检查通过,从而导致原告在市场上购买到了违法产品,因此原告与检查行为之间具有利害关系。

法院于2015年12月9日收到该起诉,于2015年12月16日作出被诉不予受理决定,理由为:杨某与被诉具体行政行为没有直接利害关系。

【问题】

法院的处理是否正确?

【案例解析】

如果特定行政行为的存在与否能够引发起诉人具体权利义务的生长变更,则应认定起诉人与行政行为存在利害关系,进而赋予其原告资格,反之则不应确认。遵照这一标准和确认规则,举报人和投诉人就违法行为向行政机关举报或者投诉后,行政机关是否受理、是否作出处理,通常不会对举报人和投诉人的权利义务产生增减得失之影响,因此不宜赋予原告资格。例如,甲向公安机关举报,称乙和丙在实施赌博,要求进行查处,公安机关经调查认定乙和丙仅是一般性娱乐活动后作出不予处罚决定,甲不服诉请法院撤销该不予处罚决定。在此情形下,公安机关作出的不予处罚或处罚决定均不会对甲的权利义务产生实际影响,故甲与公安机关行政行为不存在利害关系,其不能作为原告提起行政诉讼。可以说,起诉人无论是基于公益抑或其他意图就城建、治安管理等领域的违法违规行为提出举报和投诉后,即便发生不予查处或者查处不力等现象,其也无权就此向人民法院提起行政诉讼。当然,在举报人或投诉人与违法行为人存在特定法律关系,例如相邻关系、共有关系、身份关系等情况下,举报人和投诉人则享有诉权,具有原告资格。

对于本案,食药部门在对备案后的涉案化妆品履行检查职责时,并不负有保护特定消费者合法权益的义务,至于原告是否是涉案化妆品的实际消费者,不影响本案的认定结论。特定消费者与化妆品生产、经营单位之间的消费者合同权益争议,仍应通过相应的民事法律途径予以解决,而非直接针对食药部门的检查行为申请行政复议。因此,被诉不予受理决定以原告与检查行为之间不具有利害关系为由,认定其不具有原告资格,并无不当。

案例 15 被告资格问题

重庆高新技术产业开发区征地服务中心于2015年12月25日与蒋某签订了《征地拆迁补偿安置协议》,但蒋某以协议违法为由,以重庆高新区管委会为被告提起诉讼,请求法院判决撤销该《征地拆迁补偿安置协议》。重庆市第五中级人民法院认为,蒋某认为其与征地服务中心签订的《征地拆迁补偿安置协议》侵害其合法权益,以重庆高新区管委会为被告提起诉讼属于错列被告。经释明后仍拒绝变更,依法应予驳回起诉。蒋某不服提起上诉,重庆市高级人民法院二审维持一审裁定。

蒋某不服,向最高人民法院申请再审,请求撤销一、二审裁定,依法再审本案。理由为本案没有错列被告。征地服务中心系事业单位,不具备行政主体资格,其以自己名义签订的征收补偿合同,应当以组建该中心的重庆高新区管委会作为被告。

最高人民法院查明,重庆高新技术产业开发区于1991年3月经国务院批准成立的经济开发区,征地服务中心受重庆高新区管委会领导,代表重庆高新区管委会承担征地工作的事业单位。

【问题】

蒋某以重庆高新区管委会作为被告提起诉讼是否属于错列被告？最高人民法院应当如何处理？

【案例解析】

行政诉讼的被告是指被公民、法人或者其他组织起诉某一行政行为侵犯其合法权益，而由人民法院通知应诉的具有国家行政职权的机关或者组织。在我国确定行政诉讼被告时，应当考虑以下三个要素：一是在程序上，受公民、法人或其他组织起诉，且由人民法院通知应诉的机关或组织；二是在实体上，行使国家行政管理职权职责并作出行政行为（作为或者不作为），且该行为被公民、法人或其他组织认为侵犯其合法权益的机关或者组织；三是在组织上，属于能够独立承担法律责任的机关或组织，亦即行政主体。

首先，根据《行政诉讼法司法解释》第 21 条规定，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，而重庆高新技术产业开发区于 1991 年 3 月经国务院批准成立的经济开发区，可见，重庆市高新技术产业开发区具有独立的被告资格。

其次，征地服务中心受重庆高新区管委会领导，代表重庆高新区管委会承担征地工作的事业单位，本身不具备行政主体资格，亦没有法律、法规或者规章授权其实施补偿安置。根据《行政诉讼法司法解释》第 20 条规定：“行政机关组建并赋予行政管理职能但不具有独立承担法律责任能力的机构，以自己的名义作出行政行为，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”，结合本案征地服务中心作为代表重庆高新区管委会承担征地工作的机构这一事实，本案可以认定由重庆高新区管委会委托征地服务中心实施了补偿安置，本案当事人以重庆高新区管委会作为被告提起诉讼，并无不当。

本案原审法院认为“蒋大玉提起诉讼以重庆高新区管委会为被告属于错列被告，且经一审法院释明仍拒绝变更，裁定驳回其起诉”显属不当，依法应予纠正。蒋大玉提起本案诉讼，符合行政诉讼法定受理条件，最高人民法院应当裁定撤销一审、二审行政裁定；指令重庆市第五中级人民法院继续审理本案。

案例 16 经过复议再起诉被告资格问题

2016 年 7 月 29 日，王林生向川汇区政府申请信息公开，内容是“市发（1983）20 号《关于处理私有出租房屋社会主义改造遗留问题的通知》是什么时间清理与失效或有效的记录信息”。该《通知》文件头为“中共周口市委文件”，落款署名单位是“中共周口市委委员会、周口市人民政府”。2016 年 8 月 8 日，川汇区政府作出川政信公复 001 号《政府信息公开申请答复书》，答复内容为“由于您申请公开的文件是原中共周口市委文件，不属于本机关公开职责权限范围”。王林生不服，提出复议申请，周口市政府于 2016 年 8 月 16 日作出周政（复不可诉）字〔2016〕11 号《行政复议不予受理决定书》，内容为：申请人申请公开的文件是原中共周口市委的文件，不属于政府信息公开职责范围。川汇区已于 2016 年 8 月 8 日对申请人进行了公开答复，不构成不作为，故根据《行政复议法》第十七条关于“对不符合本法规定的行政复议申请，决定不予受理”的规定，王林生不服，提起行政诉讼，请求撤销该不予受理决定，判定周口市政府行政复议内容未予以据实查处违法。

【问题】

本案应当如何确定行政诉讼的被告？

【案例解析】

区分复议机关的驳回复议申请究竟属于因理由不成立而驳回，还是因不符合受理条件而驳回，应当适用实质性标准。名为驳回复议申请，甚至名为不予受理决定，但事实上对

复议请求作出了实体审查的，也应当定性为驳回复议请求，进而构成对原行政行为的维持。本案中，尽管周口市政府作出的周政（复不可诉）字〔2016〕11号《行政复议不予受理决定书》援引的是《行政复议法》第17条关于“对不符合本法规定的行政复议申请，决定不予受理”的规定，但其在决定书中指出：“申请人申请公开的文件是原中共周口市委的文件，不属于政府信息公开职责范围。川汇区已于2016年8月8日对申请人进行了公开答复，不构成不作为。”事实上是对复议请求进行了实体审查，其情形也符合《行政复议法实施条例》第48条第1款第1项“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”情形，而非第1款第2项“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规定的受理条件的”情形。所以，本案属于复议维持，如果原告提起行政诉讼，被告应当为区政府和市政府。

案例 17 第三人

夏某的房屋被拆迁后，被安置于由恒信房产公司修筑的世纪花园住宅小区。2001年5月8日，恒信房产公司向市建设局报告，世纪花园住宅小区的住宅楼已经建成，申请竣工综合验收，同时提供了竣工综合验收所需的各种验收资料。市建设局组织专家到现场验收后，世纪花园住宅小区总得分为80.5分，无不合格项目。据此，市建设局于2001年6月18日为恒信房产公司颁发了15号验收合格证。夏某认为，在市建设局验收时，世纪花园住宅小区尚未安装电表，明显不具备竣工合格条件，市建设局却为恒信房产公司颁发验收合格证，严重损害原告利益，请求判令撤销被告颁发的15号验收合格证。

【问题】

恒信房产公司能否作为诉讼参加人参加到本诉讼中？它的法律身份是什么？

【案例解析】

世纪花园小区由恒信房产公司修筑，所以，法院审理15号验收合格证会直接影响到它的利益，如果法院撤销了该许可证，恒信房产公司会遭受巨大的利益损失，所以，它有权作为诉讼参加人参加到本诉讼中。恒信公司并没有提起诉讼，它合适的法律身份是行政诉讼的第三人。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。

第五章 行政诉讼受案范围

案例 18 具体行政行为和内部行为的区别

2015年6月1日，经市工商局核准，甲公司取得企业法人营业执照，经营范围为林产品加工，经营方式是加工、收购、销售。2015年12月1日，县政府接到关于甲公司破坏性地砍伐林木的举报，遂致函市政府，要求调查。2015年12月10日，市政府开会形成会议纪要，要求市林业局负责对甲公司乱砍滥伐行为进行查处。1个月后，市林业局以甲公司无证加工木材为由处以30万元罚款，并吊销了甲公司的企业法人营业执照。在处罚决定作出后，市林业局将处罚事实和理由抄告企业法人营业执照发放机关市工商局。2016年1月15日，市工商局认为市林业局吊销企业法人营业执照行为超越了自己的法定权限，于是报请市政府请求撤销该处罚决定。市政府经过调查后，于2016年1月25日将市林业局对甲公司作出的处罚决定予以撤销，并对直接责任人员张某予以记过处分。

【问题】

以上行为中有哪些属于内部行为?

【案例解析】

具体行政行为是行政主体为了管理外部的公共事务,针对外部对象而作出的行为。外部性的特征使具体行政行为与内部行政行为区别开来。内部行政行为,指的是行政主体为了管理内部事务,对其内部组织或个人实施的行为。

对于内部行为的把握,最好用的判断方法为:“内外看身份”。如果行为对象具有内部身份,那么该行为是内部行为;但如果行为对象具有普通公民、企业或其他组织的外部身份,那么该行为是外部行为。在本案例中,市工商局向甲公司发放企业法人营业执照、市林业局对甲公司处以 30 万元罚款,并吊销了企业法人营业执照的处罚决定、市政府将市林业局对甲公司作出的处罚决定予以撤销等 3 个行为均为针对“外部人”甲公司的具体行政行为;县政府致函市政府要求调查、市政府要求市林业局负责查处的会议纪要、市林业局抄告市工商局处罚事实和理由、市工商局报请市政府请求撤销该处罚决定、市政府对直接责任人员张某予以记过处分等 5 个行为是内部行为,因为这 5 个行为针对的对象均为行政机关中的其他机构或公务员等“自己人”。

案例 19 具体行政行为与事实行为、行政合同的区别

2015 年 1 月 1 日,某直辖市政府根据国务院的授权出台了该市的《城市综合执法规定》,决定将工商部门查处无证摊贩的处罚权交由城管局行使。2015 年 11 月 1 日,城管局与该市繁华商业区的商户都签订了《门前三包协议书》,约定商户门前出现无证摊贩经营时,商户应当及时向城管局举报。2015 年 11 月 11 日,城管局接到举报称摊贩张某在一商业街摆摊卖麻辣烫,遂派出城管队员李某前去扣押其小推车,并要求张某缴纳 1000 元城市治理费。李某在扣押的同时,还殴打了张某。张某对于被要求缴纳 1000 元城市治理费的决定不服,向城管局申诉。2016 年 1 月 1 日,城管局向其送达了《关于张某就 1000 元城市治理费申诉的处理意见》,该意见表示原征收决定符合法律要求,驳回张某的申诉请求。张某向城管局申请政府信息公开,要求公开城管局讨论其申诉意见的会议意见。2016 年 2 月 1 日,城管局以该信息涉及国家秘密为由,拒绝公开。

【问题】

在此案中,哪些行为属于具体行政行为?哪些属于行政诉讼的受案范围?

【案例解析】

(1) 某市出台《城市综合执法规定》属于抽象行政行为。具体行政行为的约束对象是特定的,如果一个行政行为是针对不特定对象作出的,那么这个行政行为一定不是具体行政行为,而是它的反面——抽象行政行为。本行为不属于行政诉讼的受案范围

(2) 市政府决定将工商部门查处无证摊贩的处罚权交由城管局行使的行为属于内部行为。具体行政行为是行政主体为了管理外部的公共事务,针对外部对象而作出的行为。外部性的特征使具体行政行为与内部行政行为区别开来。内部行政行为,指的是行政主体为了管理内部事务,对其内部组织或个人实施的行为。本行为不属于行政诉讼的受案范围

(3) 属于行政合同行为。行政合同行为是双方的,而具体行政行为是单方的。行政合同虽非具体行政行为,但属于行政诉讼的受案范围

(4) 要求张某缴纳 1000 元城市治理费完全满足具体行政行为四大核心特征，均属于具体行政行为。属于行政诉讼的受案范围。

(5) 城管队员李某殴打张某的行为属于事实行为中的暴力侵权行为。打人等暴力侵权行为之所以被归类为事实行为，是因为行政机关作为一个整体，从其机关意志的角度不可能具有“打人”的目的。打人只可能是公务员或临时工的个人意志，所以，由于“打人”欠缺了处分性的主观层次，该行为只能被归类为事实行为。不属于行政诉讼的受案范围。

(6) 《关于张某就 1000 元城市治理费申诉的处理意见》属于事实行为中的重复处理行为。重复处理行为是指行政机关作出的与原有的生效行政行为没有任何改变的二次决定。重复处理行为实质上是对原已生效的行政行为的简单重复，并没有形成新的事实或者权利义务状态。不属于行政诉讼的受案范围。

(7) 城管局拒绝公开政府信息是命题人常考查的具体行政行为中的行政不作为。具体行政行为可以分为作为与不作为，行政不作为是行政主体应当履行某种法律职责，能够履行而不履行的行为。只要行政机关在某种状态下“当为，能为而不为”就构成了不作为。“当为，能为而不为”是指行政机关应当履行，能履行却没有履行。属于行政诉讼的受案范围。

案例 20 内部行为外部化

2010 年 8 月 31 日，安徽省来安县国土资源和房产管理局向来安县人民政府报送《关于收回国有土地使用权的请示》，请求收回该县永阳东路与塔山中路部分地块土地使用权。9 月 6 日，来安县人民政府作出《关于同意收回永阳东路与塔山中路部分地块国有土地使用权的批复》。来安县国土资源和房产管理局收到该批复后，没有依法制作并向原土地使用权人送达收回土地使用权决定，而直接交由来安县土地储备中心付诸实施。魏永高、陈守志的房屋位于被收回使用权的土地范围内，其对来安县人民政府收回国有土地使用权批复不服，提起行政复议。2011 年 9 月 20 日，滁州市人民政府作出《行政复议决定书》，维持来安县人民政府的批复。魏永高、陈守志仍不服，提起行政诉讼，请求人民法院撤销来安县人民政府上述批复。

一审法院认为：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，不属于人民法院行政诉讼的受案范围。被告作出的《关于同意收回永阳东路与塔山中路部分地块国有土地使用权的批复》，是内部行政行为，对原告权利义务不产生实际影响，原告对该批复起诉，不属于人民法院行政诉讼的受案范围，应当裁定驳回魏永高、陈守志的起诉。

魏永高、陈守志向二审法院提出上诉。

【关联法条】

《安徽省国有土地储备办法》（安徽省人民政府 2004 年 177 号令）

第十一条 以收回方式储备国有土地应当遵循下列程序：

（一）拟订方案。以收回方式储备国有土地的，土地储备机构应当拟订国有土地使用权收回方案。其中，以有偿方式收回划拨土地使用权的，应当参照当地征收土地补偿标准，确定补偿数额；以有偿方式收回出让土地使用权的，根据使用土地年限和土地开发情况，确定补偿数额。以有偿方式收回本办法第八条第四项规定的土地使用权的，按照征收土地补偿标准，确定补偿数额。储备国有土地收回方案涉及省属单位的，该方案应当报省人民政府国土资源行政主管部门确定。

（二）方案审核。土地储备机构应当将国有土地使用权收回方案报县（市）以上地方人民政府国土资源行政主管部门；国土资源行政主管部门收到收回方案后，应当举行听证，并根据听证会意见对收回方案予以审核。

(三) 报经批准。审核同意的国有土地使用权收回方案, 由县(市)以上地方人民政府国土资源行政主管部门报依法有批准权的人民政府批准。

(四) 土地使用权收回通知。县(市)以上地方人民政府国土资源行政主管部门应当根据有批准权的人民政府的批准决定, 向土地使用权人下达土地使用权收回通知。

(五) 补偿费用支付。以有偿方式收回土地使用权的, 土地储备机构应当自土地使用权收回通知下达后 30 日内, 将补偿费用全额支付给原土地使用权人或者与原土地使用权人签订土地使用权补偿协议。

(六) 注销登记。以无偿方式收回土地使用权的, 县(市)以上地方人民政府国土资源行政主管部门应当在下达土地使用权收回通知的同时, 办理土地使用权注销登记手续, 注销土地使用权证书; 以有偿方式收回土地使用权的, 县(市)以上地方人民政府国土资源行政主管部门应当在土地储备机构将补偿费用全额支付给原土地使用权人或者与原土地使用权人签订土地使用权补偿协议后, 办理土地使用权注销登记手续, 注销土地使用权证书。

【问题】

1. 本案应当如何确定行政诉讼的被告?
2. 你是否赞同一审法院的裁定理由?
3. 如果你是本案的二审法院的法官, 你会如何裁判本案?

【案例解析】

1. 魏永高、陈守志对来安县人民政府作出的同意收回国有土地使用权的批复不服提起的行政诉讼, 本案的审理对象是批复的合法性, 由于作出批复的行政主体是来安县人民政府, 而非当地所属的国土和房产局, 所以被告应当是来安县人民政府。

2. 不赞同。根据《安徽省国有土地储备办法》以收回方式储备国有土地的程序规定, 来安县国土资源行政主管部门在来安县人民政府作出批准收回国有土地使用权方案批复后, 应当向原土地使用权人送达对外发生法律效力的收回国有土地使用权通知。来安县人民政府的批复属于内部行政行为, 不向相对人送达, 对相对人的权利义务尚未产生实际影响, 一般不属于行政诉讼的受案范围。但本案中, 来安县人民政府作出批复后, 来安县国土资源行政主管部门没有制作并送达对外发生效力的法律文书, 即直接交来安县土地储备中心根据该批复实施拆迁补偿安置行为, 对原土地使用权人的权利义务产生了实际影响; 原土地使用权人也通过申请政府信息公开知道了该批复的内容, 并对批复提起行政复议, 复议机关作出复议决定时也告知了诉权, 该批复已实际执行并外化为对外发生法律效力的具体行政行为。因此, 对该批复不服提起行政诉讼的, 人民法院应当依法受理。

内部行为外部化后的可诉性问题, 在最高人民法院《行政审判办案指南(一)》(法办[2014]17号)中得到了确认, 行政机关的内部会议纪要不可诉。但其直接对公民、法人或者其他组织的权利义务产生实际影响, 且通过送达等途径外化的, 属于可诉的具体行政行为。

3. 既然对该批复不服提起行政诉讼的, 人民法院应当依法受理, 二审法院裁定如下: 一、撤销一审行政裁定; 二、指令原审法院继续审理本案。

案例 21 过程性行为的判断及可诉性

原告王明德系王雷兵之父。王雷兵是四川嘉宝资产管理集团有限公司峨眉山分公司职工。2013年3月18日, 王雷兵因交通事故死亡。由于王雷兵驾驶摩托车倒地翻覆的原因无法查实, 四川省峨眉山市公安局交警大队于同年4月1日依据《道路交通事故处理程序规定》第五十条的规定, 作出乐公交认定(2013)第00035号《道路交通事故证明》。该

《道路交通事故证明》载明：2013年3月18日，王雷兵驾驶无牌“卡迪王”二轮摩托车由峨眉山市大转盘至小转盘方向行驶。1时20分许，当该车行至省道S306线29.3KM处驶入道路右侧与隔离带边缘相擦挂，翻覆于隔离带内，造成车辆受损、王雷兵当场死亡的交通事故。

2013年4月10日，第三人四川嘉宝资产管理集团有限公司峨眉山分公司就其职工王雷兵因交通事故死亡，向被告乐山市人力资源和社会保障局申请工伤认定，并同时提交了峨眉山市公安局交警大队所作的《道路交通事故证明》等证据。被告以公安机关交通管理部门尚未对本案事故作出交通事故认定书为由，于当日作出乐人社工时（2013）05号（峨眉山市）《工伤认定时限中止通知书》（以下简称《中止通知》），并向原告和第三人送达。

峨眉山市公安局交警大队就王雷兵因交通事故死亡，依据所调查的事故情况，只能依法作出《道路交通事故证明》，而无法作出《交通事故认定书》。2013年6月24日，原告通过国内特快专递邮件方式，向被告提交了《恢复工伤认定申请书》，要求被告恢复对王雷兵的工伤认定。因被告未恢复对王雷兵工伤认定程序，原告遂于同年7月30日向法院提起行政诉讼，请求判决撤销被告作出的《中止通知》。

【关联法条】

《道路交通事故处理程序规定》

第50条 道路交通事故成因无法查清的，公安机关交通管理部门应当出具道路交通事故证明，载明道路交通事故发生的时间、地点、当事人情况及调查得到的事实，分别送达当事人。

《工伤保险条例》

第20条 社会保险行政部门应当自受理工伤认定申请之日起60日内作出工伤认定的决定，并书面通知申请工伤认定的职工或者其近亲属和该职工所在单位。

社会保险行政部门对受理的事实清楚、权利义务明确的工伤认定申请，应当在15日内作出工伤认定的决定。

作出工伤认定决定需要以司法机关或者有关行政主管部门的结论为依据的，在司法机关或者有关行政主管部门尚未作出结论期间，作出工伤认定决定的时限中止。

【问题】

《中止通知》是否属于不对外发生法律效力过程性行政行为？

【案例解析】

不属于。过程性行政行为是指行政主体“在行政程序开始或进行程序中针对程序而非就最终实体问题所为之决定或行为，其具有促进程序之进行而最终以达成实体决定之目的”。³

在传统行政法学理论以及以往的行政审判实践中，受到司法成熟性原则以及程序性行政行为不直接涉及相对人权利义务观念的影响，一般认为只有在后续实体性行政行为的阶段，相对人才可以针对后续实体性行政行为提起行政诉讼。此时，程序性行政行为的违法性已经被吸收到后续的实体性行政行为之中，在针对后续实体性行政行为提起的行政诉讼中，可以以前置的程序性行政行为的违法作为理由而主张后续实体性行政行为的违法性。依据上述理由，一方面没有必要对某个阶段的程序性行政行为进行司法干预；另一方面，不恰当的司法干预将影响一般行政行为合理的流程状态，可能适得其反。因此，司法审查主要应当

³朱维究、阎尔宝：“程序行政行为初论”，载《政法论坛》1997年第3期；杨科雄：“试论程序性行政行为”，载《法律适用》2010年第8期。

审查实体性行政行为,而非程序性行政行为。但是,如果行政主体并未在法定、合理的期限内推进行政程序的正常进行,某环节无端中断、中止,行政程序出现不合理的迟延,并导致相对人权益无法及时得到保证,实际影响了相对人合法权益的,该情况下的程序性行政行为法律效力就应当视为独立的、现实的,而并非暂时的,就应当具备可诉性。⁴

就本案而言,被告作出《中止通知》,属于工伤认定程序中的过程性行政行为,如果该行为不涉及终局性问题,对相对人的权利义务没有实质影响的,属于不成熟的行政行为,不具有可诉性,相对人提起行政诉讼的,不属于人民法院受案范围。但如果该程序性行政行为具有终局性,对相对人权利义务产生实质影响,并且无法通过提起针对相关的实体性行政行为的诉讼获得救济的,则属于可诉行政行为,相对人提起行政诉讼的,属于人民法院行政诉讼受案范围。

就本案而言,峨眉山市公安局交警大队就王雷兵因交通事故死亡,依据所调查的事故情况,只能依法作出《道路交通事故证明》,而无法作出《交通事故认定书》。而本案被告在第三人申请认定工伤时已经提交了相关《道路交通事故证明》的情况下,仍然作出《中止通知》,并且一直到原告起诉之日,被告仍以工伤认定处于中止中为由,拒绝恢复对王雷兵死亡是否属于工伤的认定程序。由此可见,虽然被告作出《中止通知》是工伤认定中的一种过程性行为,但该行为将导致原告的合法权益长期,乃至永久得不到依法救济,直接影响了原告的合法权益,对其权利义务产生实质影响,并且原告也无法通过对相关实体性行政行为提起诉讼以获得救济。因此,被告作出《中止通知》,属于可诉行政行为,人民法院应当依法受理。

第六章 行政诉讼程序

一、基础知识

(一) 起诉期

| | | |
|-------|-------|--|
| 诉作为 | 全知道 | 知道具体行政行为作出之日起 6 月内 |
| | 知一半 | 知道诉权或起诉期限之日起 6 月内,且在(应)知道行为内容 1 年内 |
| | 全不知 | 知道行为内容之日起 6 月内,且在行为作出之日起 5 年内(不动产 20 年内) |
| 诉不作为 | 明确拒绝 | 拒绝之日 6 个月 |
| | 有履行期 | 履行期届满后可以起诉,期限 6 个月 |
| | 无履行期 | 申请满 2 个月后可以起诉,期限 6 个月 |
| | 紧急情况 | 当时便可以起诉,期限 6 个月 |
| 复议后起诉 | 复议作为 | 收到复议决定之日起 15 日内,复议维持和改变以复议决定送达时间确定起诉期限 |
| | 复议不作为 | 复议期限届满之日起 15 日内 |

(二) 受理(立案登记制,对当事人依法提起的诉讼,一律接收起诉状,之后再分情况处理)

| | | |
|---|---------------------|------------------|
| 处 | 当场或 7 日内能够判断符合起诉条件 | 登记立案 |
| | 当场能够判断不符合起诉条件 | 裁定不予立案并载明不予立案的理由 |
| | 当场或 7 日内不能够判断符不符合起诉 | 先予立案 |

⁴豆晓红、李兵:《<王明德诉乐山市人力资源和社会保障局工伤认定案>的理解与参照——程序性行政行为的可诉性问题》,载人民司法(案例)2018年第2期。

| | | | |
|------------------|--|--|---|
| 理 方 式 | 条件 | | |
| | 起诉状内容或者材料存在欠缺 | 法院应当给予指导和释明；一次性全面告知需要补正的内容、材料及期限 【后续处理】 1. 在指定期限内补正并符合起诉条件的, 应当登记立案 2. 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 3. 当事人拒绝补正或者经补正仍不符合起诉条件且坚持起诉的, 裁定不予立案, 并载明不予立案的理由 | |
| 救 济 途 径 | 不立案的救济 | 向上一级法院上诉 | |
| | 受理瑕疵的救济 | 救济范围 | 1. 不接收起诉状 2. 接收起诉状后不出具书面凭证 3. 不一次性告知当事人需要补正的起诉状内容 |
| | | 救济途径 | 向上级法院投诉, 上级法院应当责令改正, 并对直接负责人和其他直接责任人依法给予处分 |
| | 不立不裁的救济 | 救济范围 | 既不立案, 又不出具不予立案的裁定 |
| | | 救济途径 | 向上一级法院起诉, 上一级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法院立案、审理 |
| 备 注 | 有下列情形之一的, 已经立案的, 应当裁定驳回起诉: 1. 不符合行政诉讼法第 49 条 (有原告资格、有明确的被告、有具体的诉讼请求和事实根据、属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖) 规定的; 2. 超过法定起诉期限且无耽误起诉期限的正当理由的; 3. 错列被告且拒绝变更的; 4. 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; 5. 未按照法律、法规规定先向行政机关申请复议的; 6. 重复起诉的; 7. 撤回起诉后无正当理由再行起诉的; 8. 行政行为对其合法权益明显不产生实际影响的; 9. 诉讼标的已为生效裁判或者调解书所羁束的; | | |

(三) 一审审理程序

| | | |
|------------------|------|--|
| 普 通 程 序 | 审理对象 | 1. 被诉行政行为的合法性 2. 复议维持, 原行政行为合法性与复议决定的合法性 |
| | 审理方式 | 1. 必须采取言词审理的方式。 2. 以公开审理为原则, 但是, 国家秘密、个人隐私绝对不公开, 商业秘密申请可以不公开 |
| | 审理期限 | 6 个月; 需延长由中院批, 中院审理的由最高院批 【注意】 审理期限, 是指从立案之日起至裁判宣告、调解书送达之日止的期间, 但公告期间、鉴定期间、调解期间、中止诉讼期间、审查当事人提出的管辖异议以及处理法院 |

之间的管辖争议期间不应计算在内**(四) 二审程序**

| | |
|-------------|--|
| 上诉主体 | 原告、被告、一审受到不利判决第三人 |
| 上诉期限 | 判决书 15 日内；裁定 10 日内 |
| 审理方式 | 原则上应开庭，没有新事实、理由、证据的可以书面审理 |
| 审理对象 | 一审法院的裁判和被诉行政行为合法性全面审查 【注意】民诉二审对象为上诉范围，刑诉二审对象为一审判决全面审查 |
| 审理期限 | 3 个月；需延长由高院批，高院审理的由最高院批 |

(五) 延期审理、中止诉讼和终结诉讼

| | |
|------------------|---|
| 延期 审理 | 1.应当到庭的当事人和其他诉讼参与人有正当理由没有到庭 2.当事人临时提出回避申请且无法及时作出决定 3.需要通知新的证人到庭，调取新的证据，重新鉴定、勘验，或者需要补充调查 |
| 中止 诉讼 | 1. 原告死亡，须等待其近亲属表明是否参加诉讼 2.原告丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人 3.作为一方当事人的行政机关、法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人 4.一方当事人因不可抗力事由不能参加诉讼 5.案件涉及法律适用问题，需要送请有权机关作出解释或者确认 6. |
| 终结 诉讼 | 1.原告死亡，没有近亲属或者近亲属放弃诉讼权利 2.作为原告的法人或者其他组织终止后，其权利义务的承受人放弃诉讼权利 3. 因原告死亡须等待其近亲属表明是否参加诉讼，或者原告丧失诉讼行为能力尚未确定法定代理人，或者作为一方当事人的行政机关、法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人这三种原因，使诉讼中止满 90 日仍无人继续诉讼，但有特殊情况的除外 |

(六) 行政诉讼中的自愿撤诉

| | |
|-----------|---|
| 一改 | 改的动因：（1）被告自主改变；（2）法院建议改变 改的表现：（1）改变行为结果；改变事实证据；改变规范依据并影响其定性。（2）视为改变：履行法定职责；补救补偿；对行政裁决案件，书面认可原告与第三人达成的和解 改的时间：一审、二审、再审 |
| 二撤 | 出于原告真实的意思表示撤回起诉 |
| 三裁 | 裁的条件：被诉行为的改变。（1）不违法违规、不越权弃权、不侵犯法益；（2）书面告知法院；（3）第三人无异议 裁的结果：（1）准予撤诉；（2）不予撤诉；（3）不能即时履行或一次性履行的，可以裁定准许撤诉，也可裁定中止审理 |

二、案例**案例 22 行政诉讼起诉期**

甲与乙婚后购买一套房屋，产权证载明所有权人为乙。后双方协议离婚，约定房屋赠与女儿，甲可以居住房屋至女儿满 18 岁，但未办理房屋所有权转移登记。不久，乙与丙签订抵押借款协议，将房屋抵押给丙，2005 年 10 月 8 日丙取得房产局发放的房屋他项权利证书。2006 年 11 月 7 日，丙在联系不到乙的情况下，找到甲并出示抵押相关材料和证书，甲才知该房屋已被抵押，遂要求房产局解决，未获得满意答复，后于 2007 年 1 月 16 日向法院起诉请求注销该证书。

【问题】

法院可否受理本案？

【案例解析】

本案属于“全不知”，甲根本不知道行政机关作出房屋所有权抵押登记的内容。“全不知”是指行为虽然客观上作出了，但是行政机关根本没有告知当事人行政行为的内容，当事人后来才知道行为内容的情况。

在“全不知”的情况下，当事人起诉，需要以下两个条件同时满足：

1. 起诉期：知内容 6 个月内；

2. 最长保护期限：行为作出 5 年（不动产案件 20 年）内。

就本案而言，当事人起诉期限应当同时满足：

1. 知内容 6 个月内，2006 年 11 月 7 日至 2007 年 5 月 7 日；

2. 行为作出 20 年内，2005 年 10 月 8 日至 2025 年 10 月 8 日；

综上，1、2 两个条件重合部分为 2006 年 11 月 7 日至 2007 年 5 月 7 日，本案在行政诉讼的起诉期和最长保护期内，法院应当予以立案。

案例 23 重复起诉

2015 年 1 月 15 日，杨某以甲市政府、乙区政府为被告提起诉讼，要求确认两被告不依申请履行保护其土地承包经营权及地上农作物法定职责的行为违法，市中院予以立案受理。在该案审理过程中，杨某请求乙区政府查处丙镇政府非法强行占用其耕地并损毁其地上农作物的行为，2015 年 2 月 20 日，区政府拒绝了杨某的履责请求，2015 年 3 月 20 日，杨某提起诉讼，请求法院判决区政府履行查处下级机关违法行为的职责。

【问题】

1. 杨某 2015 年 3 月 20 日提起的诉讼是否属于重复起诉？

2. 杨某 2015 年 3 月 20 日提起的诉讼是否属于行政诉讼受案范围，法院应当如何处理？

【案例解析】

1. 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，同时具有下列情形的，构成重复起诉：（1）后诉与前诉的当事人相同；（2）后诉与前诉的诉讼标的相同；（3）后诉与前诉的诉讼请求相同，或者后诉的诉讼请求被前诉裁判所包含。就本案而言，第一，两次起诉的被告是不同的，1 月 15 日的诉讼被告为甲市政府、乙区政府，3 月 20 日的诉讼被告为乙区政府；第二，两次起诉的诉讼请求是不同的，1 月 15 日的诉讼请求为确认被告不保护自己土地承包权的行为违法，3 月 20 日的诉讼的诉讼请求为判决区政府履行查处下级机关违法行为的职责，可见，3 月 20 日提起的诉讼不属于重复起诉。

2. 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、督促履责等行为属于内部行政行为，不属于行政诉讼的受案范围，法院应当作出不予立案的裁定，裁定书应当载明不予立案的理由。

案例 24 地域管辖与管辖权异议

刘某在未取得建设工程规划许可证情况下，在公路两侧建设沿街楼房。2014 年 3 月 11 日，县规划局向刘某下达《停止违法建设通知书》。2014 年 6 月 16 日，县规划局向刘某下达《责令限期拆除违法建设决定书》，刘某不予以拆除，县规划局对刘某作出罚款 5 万元的决定，刘某对罚款不服向市规划局提起行政复议，市规划局认为该处罚送达期限超期 1 天，于是确认处罚决定违法。刘某不服，向市规划局所在地法院提起行政诉讼，被告提出管辖权异议，认为本案为不动产案件，应由不动产所在地法院管辖。

【问题】

1. 本案的被告应当如何确定？
2. 被告提出的管辖权异议是否成立？
3. 如果法院裁定驳回了被告的管辖权异议，被告应当如何寻求救济？

【案例解析】

1. 2018 年行政诉讼法司法解释第 22 条第 3 款规定：“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。”本案仅仅以行为程序违法为由确认违法，并没有改变行为的实体内容，属于复议维持的情形，所以，被告应当为县规划局和市规划局。

2. 不成立。因不动产提起的行政诉讼，应当由不动产所在地法院管辖，但是不动产案件是指因行政行为导致不动产物权变动而提起的诉讼，本案是针对罚款起诉，罚款不会导致不动产的物权发生变动，所以，不当由不动产所在地法院管辖。同时，本案属于经复议的案件，既可以由最初作出行政行为的行政机关所在地（县规划局所在地）人民法院管辖，也可以由复议机关所在地人民法院（市规划局所在地）管辖。可见，当事人向市规划局所在地法院起诉是符合地域管辖原理的。

3. 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。

案例 25 复议前置、撤诉制度与二审判决

甲市土地局对一块使用权存有争议的土地作出处理，分别给工贸公司、磷肥厂颁发了《国有土地使用权证》。大河公司认为土地局的行为侵犯了本公司的国有土地使用权，于是向甲市政府提起行政复议，复议机关维持了土地局的行政行为。

大河公司于 2006 年 5 月 18 日向甲市中级人民法院提起行政诉讼，诉讼中，被告甲市政府和甲市土地局在原告大河公司和第三人工贸公司、磷肥厂中间进行协调，表示由市政府负责解决问题，并为此召开了市长办公会议，形成了《关于大河公司土地遗留问题解决方案》、《甲市人民政府市长办公会议纪要》。在这种情况下，原告大河公司申请撤回起诉，甲市中级人民法院作出（2006）甲行初字第 8 号裁定，准予原告大河公司撤回起诉。

此后，大河公司多次要求被告甲市政府、甲市土地局解决土地使用权问题，但二被告未按上述会议形成的文件解决问题，2006 年 8 月 18 日，大河公司遂以二被告行政不作为为由再次提起行政诉讼。一审法院认为，起诉人大河公司就本案曾于 2006 年 5 月 18 日向本院提起行政诉讼，在审理过程中起诉人以与政府自行协商为由向本院提出撤诉申请，本

院依据起诉人的申请作出了（2006）甲行初字第8号准予起诉人撤回起诉的行政裁定，现起诉人又以同一事实和理由重新起诉，本院不予立案。原告向二审法院提出上诉。

【问题】

1. 本案可否不经过复议直接起诉，要求法院撤销给工贸公司、磷肥厂颁发的《国有土地使用权证》？
2. 本案一审法院的审理对象是什么？
3. 如果原告对《关于大河公司土地遗留问题解决方案》、《甲市人民政府市长办公会议纪要》的方案不同意而不同意撤诉，法院是否应当继续审理本案？审理对象是什么？
4. 原告在2006年8月18日的起诉是否属于重复起诉？法院作出不予受理的裁定是否合法？
5. 二审法院应当作出何种裁判？
6. 如果你是一审法院的法官，在原告申请撤诉时，有无更好的方案避免类似情况的再次发生？

【案例解析】

1. 甲市土地局给工贸公司、磷肥厂颁发《国有土地使用权证》满足自然资源复议前置的条件。“国有土地使用权”满足“自然资源所有权”的第一个条件；“侵犯了本公司的国有土地使用权”满足“已取得”的第二个条件；“给工贸公司、磷肥厂颁发了《国有土地使用权证》”满足“给了别人”的第三个条件。三个条件均满足，因此，本案属于复议前置案件，当事人不可直接提起行政诉讼。

2. 复议机关决定维持原行政行为，起诉后法院审理对象为原行政行为（颁发《国有土地使用权证》）与复议决定的合法性。

3. 在本案中，虽然市政府的《关于大河公司土地遗留问题解决方案》、《甲市人民政府市长办公会议纪要》事实上已经将土地局颁发《国有土地使用权证》行为的内容作出了改变，但如果原告不撤诉，那么根据“不诉不理，诉了就得理”的基本法理，法院依然需要继续审理改变前的行政行为，也就是法院的审理对象依然是《国有土地使用权证》的颁发行为与复议决定的合法性。

4. 大河公司于2006年5月18日向甲市中级人民法院提起行政诉讼，诉讼对象为改变前颁发《国有土地使用权证》的行为；而2006年8月18日的起诉，诉讼对象已经是改变后的两机关不履行《关于大河公司土地遗留问题解决方案》、《甲市人民政府市长办公会议纪要》的行政不作为行为。诉讼标的有所不同，自然不属于重复起诉。

5. 由于一审法院不予立案的裁定理由不成立，二审法院应当撤销原裁定，责令一审法院审理本案。

6. 本案属于被告不能即时履行或一次性履行义务的情况，如果法院直接撤诉，很容易出现被告拒不履行义务的情况，所以，法院可以中止审理案件，之后视情况决定是否准予撤诉。

第七章 行政诉讼证据和法律适用制度

一、基础知识

（一）证据的种类

| | |
|--------------|---|
| 书证 | 1. 可提供非原件; 2. 提供由有关部门保管的书证非原件必须盖章 ; 3. 提供专业资料文献应附说明 |
| 物证 | 1. 可以是原物的照片录像等; 2. 数量较多的种类物可以只提供一部分 |
| 视听资料 | 1. 可提供复制件; 2. 应注明制作方法、时间、制作人、证明对象等 ; 3. 声音资料应附文字记录 |
| 证人证言 | 1. 证人基本情况; 2. 证人签名或盖章、注明日期; 3. 附有证明证人身份的文件 ; 4. 证人因履行出庭作证义务而支出的交通、住宿、就餐等必要费用以及误工损失, 由败诉一方当事人承担 【注意】原告或者第三人对被告的证据的合法性和真实性有异议, 可以要求相关 行政执法人员 出庭说明的, 法院可以准许。 此处是出庭说明, 而非作为证人 |
| 鉴定意见 | 1. 要有鉴定人的签名 和 鉴定部门的盖章 2. 一般书面鉴定结论即可, 但当事人要求鉴定人出庭的, 鉴定人应出庭 |
| 电子数据 | 电子数据是以二进制数字方式凭借计算机生成和识别的, 存放介质为光盘或SD卡、U盘、电脑磁盘等其他数字存储介质, 而视听资料是存放在录像带、磁带、胶片等模拟信号存放介质中的, 而且视听资料只能在物理空间传播, 电子数据可以在虚拟空间内无限制的快速传播 |
| 现场笔录 | 1. 由执法人员和当事人签名, 当事人拒签或不能签的应注明原因 , 有其他人在场可由其签名 2. 一般提供书面现场笔录即可, 但当事人对现场笔录的合法性或真实性、执法人员的身份的合法性有异议时, 应出庭 |
| 勘验笔录 | 1. 法院可以依当事人申请或者依职权勘验现场 2. 勘验人必须出示法院的证件, 并 邀请当地基层组织或者当事人所在单位派人参加 3. 当事人或其成年亲属应当到场, 拒不到场的, 不影响勘验的进行 , 但应在勘验笔录中说明情况 4. 勘验笔录, 由勘验人、当事人、在场人签名。当事人对勘验结论有异议的, 可以在举证期限内申请重新勘验, 是否准许由法院决定 |
| 当事人陈述 | 谈话笔录, 要求询问人、被询问人签名或者盖章 |
| 域外证据 | 1. 经所在国公证机关证明, 并经中国驻该国使领馆认证, 或履行有关条约中规定的证明手续 2. 在港澳台形成的证据应按照规定办理证明手续 |
| 外文证据 | 翻译机构中文译本由翻译机构盖章 或者 翻译人员签名 |

(二) 认证规则

| | |
|-------------|--|
| 无效力 | 以非法手段取得的证据, 不得作为认定案件事实的根据 1. 严重违反法定程序收集的证据材料 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 3. 以利诱、欺诈、胁迫、暴力等手段获取的证据材料 |
| 片面效力 | 下列证据是不能作为认定被诉行政行为合法的证据 (但可证明行政行为违法): 1. 被告及其代理人在作出行政行为后或在诉讼程序中自行收集的证据 2. 原机关在复议程序中未向复议机关提交的证据 3. 原告或者第三人在诉讼程序中提供的、被告在行政程序中未作为行政行为依据的证据 4. 被告在行政程序中非法剥夺公民、法人依法享有的陈述、申辩或听证权利所获得的证据 【注意】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, 可以作为法院认定复议决定和原行政行为为合法的依据 |
| 弱效力 | 下列证据是不能单独作为定案依据 (但可以和其他证据共同证明待证事实): 1. 未成年人所作的与其年龄和智力状况不相适应的证言 2. 与一方当事人有亲属关系或者其他密切关系的证人作的对该当事人有利的证言, 或者与一方当事人有不利关系的证人所作的对该当事人不利的证言 3. 应当出庭作证而无正当理由不出庭作证的证人证言 4. 难以识别是否经过修改的视听资料 5. 无法与原件、原物核对的复制件或者复制品 6. 经过一方当事人或者其他人员改动、对方当事人不予认可的证据材料 |

| | |
|-------------|--|
| 效力比较 | <p>证明同一事实的数个证据，其证明效力一般可以按照下列情形分别认定：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 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 2. 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 3. 原件、原物优于复制件、复制品 4. 法定鉴定部门的鉴定结论优于其他鉴定部门的鉴定结论 5. 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 6. 原始证据优于传来证据 7. 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 8. 出庭作证的证人证言优于未出庭作证的证人证言 9. 数个种类不同、内容一致的证据优于一个孤立的证据 |
|-------------|--|

(三) 行政诉讼的法律适用规则

| | 种类 | 说明 |
|-----------|-----------|---|
| 依据 | 法律、法规 | <ol style="list-style-type: none"> 1. 必须适用，不能拒绝适用 2. 多个文件均为“依据”地位时的解决办法： <ol style="list-style-type: none"> (1) 优先按照上位法优于下位法，新法优于旧法，特别法优于一般法的冲突规则解决 (2) 上述规则无法解决时，应当依法送请有权机关处理。无法解决的情况包括： <ol style="list-style-type: none"> ①冲突规范所涉及的事项比较重大； ②有关机关对是否存在冲突有不同意见； ③应当优先适用的法律规范的合法有效性尚有疑问 |
| 参照 | 规章 | <p>法院有权对规章选择适用：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 对符合法律、行政法规规定的规章予以适用，参照规章进行审理，并将规章作为审查具体行政行为合法性的根据 2. 对不符合或不完全符合法律、法规原则精神的规章，法院有灵活处理的余地，可以不予以适用 |
| 参考 | 其他规范性文件 | 法院参考其他规范性文件也只是考虑其规定，其他规范性文件仍只具有辅助作用（规章在符合法律、法规的情况下法院必须参照适用） |
| 转化 | WTO规则 | 转化成国内法后才可以适用 |
| 援引 | 司法解释 | 如果行政审判适用了司法解释，要在裁判文书中指出 |

二、案例

案例 26 一对一证据的审查与认定

2010年1月8日18时12分，甲市交管局民警王某发现杨某驾驶的小轿车在景山路南往北方向行驶至景山路红绿灯处时，在右转弯车道上往左边排队缓慢行驶的车辆的右侧往左侧强行插入，影响其他车辆的正常行驶，遂当场作出公安交通管理简易程序处罚决定书，对杨某罚款200元，并当场送达给杨某。之后，杨某缴纳了罚款及滞纳金78元。杨某不服处罚决定，起诉至甲市香洲区人民法院。

杨某认为：一、《行政处罚法》第33条规定，对公民处以50元以下罚款时，才能适用简易程序。《行政处罚法》是全国人大制定的法律，《道路交通安全法》是全国人大常委会制定的法律，按照《立法法》的有关规定，《行政处罚法》的效力高于《道路交通安全法》，被告对原告作出罚款200元的处罚违反了行政处罚法的规定，应认定为无效。二、原告被交警处罚的路段明显划有白色虚线，距离前方排队通过红绿灯的车辆相距至少100米以上，车辆间隔稀疏，原告跟着一辆黄色大巴行驶，被告仅凭一名交警的现场比例不能证明原告实施了违法行为，“从前方车辆两侧穿插行驶”的违法行为认定不成立，处罚证据不足。因此，请求法院：1.撤销被告作出的处罚决定；2.判令被告返还罚款200元、滞纳金78元；3.本案诉讼费、原告交通费132元、机构代码查询费5元由被告承担。

甲市公安交管局认为：虽然《行政处罚法》规定公民处以 50 元以下罚款时，才能适用简易程序，但《道路交通安全法》第 107 条规定：“对道路交通安全违法行为人予以警告、200 元以下罚款，交通警察可以当场作出行政处罚决定，并出具行政处罚决定书。”《道路交通安全法》是针对交通管理作出的特别规定，而《行政处罚法》是针对一般情况作出的一般规定，当特别规定与一般规定不一致时，应优先适用特别规定，因此，应优先适用《道路交通安全法》，行政处罚适用法律正确。

【问题】

1. 本案法律规则应当如何适用？
2. 本案中，法官可否仅凭一名交警的现场笔录认定杨某实施了违法行为？
3. 交管局可否依据作出行政处罚后自行收集的证人证言等证据作为认定被诉行为合法的依据？

【案例解析】⁵

1. 全国人大制定的法律《行政处罚法》和全国人大常委会制定的法律《道路交通安全法》就简易程序规定不同，当事人争论的表面上是两个法的法律效力位阶问题，实质上却涉及全国人大与全国人大常委会的法律地位和关系问题。依据《宪法》，全国人大常委会是全国人大的常设机关，是全国人大的组成部分，是经常性的最高国家权力机关和全国人大日常事务处理机关，全国人大和全国人大常委会共同行使国家立法权。也就是说，全国人大和全国人大常委会是同一个机关，二者并不存在地位的高低之分。

尽管宪法第将法律进一步细分为基本法律和非基本法律。但是，这种区分只是表明全国人大和全国人大常委会之间的不同分工而已，而且这种分工也不具有绝对性。因为，《宪法》第 67 条第（3）项、《立法法》第 3 条第 3 款均明确规定，在全国人大闭会期间，全国人大常委会有权对全国人大制定的法律进行部分补充和修改。而且，我国《宪法》第 3 条关于法律规范效力位阶的规定中，均没有区分出基本法律和非基本法律而规定不同的效力位阶，而是将其作为同一位阶的法规予以规定，因此，所谓的基本法律的效力位阶高于非基本法律的观点并无实定法上的依据。

具体到本案来说，《行政处罚法》和具有同等法律效力。当然，《行政处罚法》是关于行政处罚的一般规定，《道路交通安全法》是针对道路交通安全违法行为的处罚所作出的特别规定，而且，《道路交通安全法》的制定时间要晚于行政处罚法，即《道路交通安全法》是新法，《行政处罚法》是旧法。据此，在对道路交通安全违法行为作出行政处罚时，应当适用属于特别规定和新法的《道路交通安全法》。本案中，交管部门依据《道路交通安全法》的规定当场对杨某作出罚款 200 元的处罚，适用法律是正确的。

2. 考虑到道路交通安全违法行为发生的即时性、易逝性和证据的难以固定性等客观实际，也为了保障道路交通的有序、安全和畅通，《行政处罚法》等法律、法规和规章中对于简易程序中的证据调查、收集等则没有作出明确要求，仅要求口头告知违法行为的基本事实。当场处罚中的证据调查、收集与行政处罚一般程序的要求应当有所区分，即低于一般程序中的调查、收集要求。进而，人民法院在审核、认定当场处罚所作出的行政处罚行为的证据时，也应当适用比按照一般程序所作出的行政处罚行为的证据更低的证明标准。

具体到本案来说，虽然只有执法交警王某出具的执法经过说明这一份证据，但只要交警王某是具有执法主体资格的执法人员，如果没有相反证据否定其所陈述的情况的客观真实性，且没有证据证明该交警与违法行为人杨某之间存在利害关系，交警的陈述就比杨某

⁵ 本案分析来源于黄新波：《道路交通违法当场处罚之法律适用》，载《人民司法》2011 年第 6 期。

的否定和证据更具有证明效力上的优势，就应当作为证明违法行为存在的优势证据。依据最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第 63 条第（3）项的规定，作为现场笔录的简易程序处罚决定书的证明效力优于其他书证、视听资料和证人证言。

综上，本案中，法官可以仅凭一名交警的现场笔录认定杨某实施了违法行为。与本案类似，最高人民法院公报案例“廖宗荣诉重庆市交警二支队行政处罚决定案”，同样涉及一对一的证据的效力认定问题，《最高人民法院公报》归纳的裁判摘要认为，交通警察对违法行为所作陈述如果没有相反证据否定其客观真实性，且没有证据证明该交通警察与违法行为人之间存在利害关系，交通警察的陈述应当作为证明违法行为存在的优势证据。

3.不可以。行政机关在作出行政行为的时候，遵循先取证后裁决的原则，需要有充分的证据为其行政行为做支撑。被告在行政诉讼中所提供的证据，原则上都应当是从处罚、许可和强制作出时遵照的行政程序证据中转化而来的，在行政程序阶段被告的证据应当是充分、合法、关联的，在此基础上，被告才作出的行政行为。所以，被告只能用作作出行政行为当时的证据，证明其当时行政行为的合法性，一般不能事后补充证据。在行政程序完结，行政行为作出后，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，其行政程序后收集的证据原则上不得被用于认定被诉行为的合法性。

案例 27 行政诉讼的法律适用和行政规范性文件的附带审查

原告陈某诉称：南京市江宁区某小区 23-201 室住房原为曹某所有。2011 年 5 月 23 日，曹某亲笔书写遗嘱，将该房产及一间储藏室（8 平方米）、以及曹某名下所有存款金、曹某住房中的全部用品无条件赠给陈某。后曹某于 2011 年 6 月 22 日在医院去世。2011 年 7 月 22 日，原告经南京市公证处作出公证，声明接受曹某的全部遗赠。2011 年 8 月 3 日，原告携带曹某遗嘱、房产证、公证书等材料前往被告下设的房地产交易中心办理过户手续被拒绝。2011 年 10 月 10 日，原告向被告提出书面申请要求被告依法为其办理房屋所有权转移登记，被告于 2011 年 10 月 27 日书面回复，以“遗嘱未经公证，又无‘遗嘱继承公证书’”为由不予办理遗产转移登记。综上，原告认为被告强制公证的做法，与我国现行的《继承法》、《物权法》、《公证法》等多部法律相抵触。故提起行政诉讼，要求法院确认被告拒为原告办理房屋所有权转移登记的行为违法，责令被告就该涉案房屋为原告办理房屋所有权转移登记。

被告区住建局辩称：本案原告陈某仅依据曹某所立书面遗嘱为依据提出房屋所有权转移登记申请，该遗嘱并未经过公证，且原告也未提供该遗嘱分割协议，故不符合《联合通知》的规定，不应为其办理房屋所有权转移登记。综上，被告不予办理房屋所有权转移登记的具体行政行为事实清楚、程序合法、适用法律正确，请求法院依法驳回原告的诉讼请求。

南京市江宁区法院经审理查明：南京市江宁区双龙大道 833 号南方花园 A 组团 23-201 室房屋所有权人为曹某。2011 年 5 月 23 日，曹某亲笔书写遗嘱，将该房产及一间储藏室（8 平方米）以及曹某名下所有存款金、曹某住房中的全部用品无条件赠给原告陈某。后曹某于 2011 年 6 月 22 日在医院去世。曹某书面遗嘱的真实性已进行司法鉴定，南京师范大学司法鉴定中心出具的鉴定意见为：曹某该书面遗嘱中“曹某”签名与提供的签名样本是同一人书写。2011 年 8 月 3 日，原告携带曹某遗嘱、房产证等材料前往被告区住建局下设的房地产交易中心办理房屋所有权转移登记被拒绝。2011 年 10 月 10 日，原告向被告提出书面申请要求被告依法为其办理房屋所有权转移登记，被告于 2011 年 10 月 27 日书面回复，以“遗嘱未经公证，又无“遗嘱继承公证书””为由不予办理遗产转移登记。综上，

原告认为被告强制公证的做法,与我国现行的《继承法》、《物权法》、《公证法》等多部法律相抵触。故向本院提起行政诉讼,要求法院确认被告拒为原告办理房屋所有权转移登记的行为违法,责令被告就涉案房屋为原告办理房屋所有权转移登记。

【关联法条】

《继承法》

第16条第3款 公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。

第17条第2款 自书遗嘱由遗嘱人亲笔书写,签名,注明年、月、日。

《物权法》

第10条 国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法,由法律、行政法规规定。

《房屋登记办法》(建设部2008年第168号令)

第32条 发生下列情形之一的,当事人应当在有关法律文件生效或者事实发生后申请房屋所有权转移登记:

- (一) 买卖;
- (二) 互换;
- (三) 赠与;
- (四) 继承、受遗赠;
- (五) 房屋分割、合并,导致所有权发生转移的;
- (六) 以房屋出资入股;
- (七) 法人或者其他组织分立、合并,导致房屋所有权发生转移的;
- (八) 法律、法规规定的其他情形。

《司法部、建设部关于房产登记管理中加强公证的联合通知》(司公通字[1991]117号)

遗嘱人为处分房产而设立的遗嘱,应当办理公证。遗嘱人死亡后,遗嘱受益人须持公证机关出具的“遗嘱公证书”和“遗嘱继承权公证书”或“接受遗赠公证书”,以及房产所有权证、契证到房地产管理机关办理房产所有权转移登记手续。

处分房产的遗嘱未经公证,在遗嘱生效后其法定继承人或遗嘱受益人可根据遗嘱内容协商签定遗产分割协议,经公证证明后到房地产管理机关办理房产所有权转移登记手续。

对遗嘱内容有争议,经协商不能达成遗产分割协议的,可向法院提起诉讼。房地产管理机关根据判决办理房产所有权转移登记手续。

【问题】

1. 《联合通知》的性质是什么?可否适用于本案?理由是什么?
2. 法院审理本案时应如何适用法律、法规?理由是什么?
3. 本案不予办理遗产转移登记是否合法?
4. 原告在对行政行为提起诉讼时,一并请求对《联合通知》进行审查,法院遵照何种程序?应当审查什么内容?
5. 如果法院经过审查认为该《联合通知》违法,对该通知应当如何处理?

【案例解析】

1. 从《联合通知》文件编号司公通字[1991]117号可以判断,《联合通知》是由司法部和建设部联合发布的政府性规范文件,在行政诉讼中不属于法院应当依据或者参照适用的规范,但可以作为证明被诉行政行为合法的事实依据之一。

2. 《联合通知》规范的内容不得与《物权法》、《继承法》、《房屋登记办法》等法律法规相抵触。《物权法》第10条第2款规定不动产统一登记的范围、登记机构和登记办法,应由法律、行政法规规定。《联合通知》在法律位阶上属规范性文件,而非法律、行政法规。而真正有权作出规定的《房屋登记办法》却均未将公证机构出具的遗嘱公证书作为办理房屋转移登记的必备要件。《联合通知》仅规定了遗嘱继承人或者遗嘱受益人持公证遗嘱或经过公证的财产分割协议才可以申请房产所有权转移登记,从而将除公证遗嘱外享有其它遗嘱形式的受益人排除在外了。换句话说,对于未经公证的生效遗嘱,即使其法定继承人或遗嘱受益人根据遗嘱内容协商签定了遗产分割协议,也必须经过公证证明后登记机关才能为其办理房产所有权转移登记。这种强制性规定,不仅明显侵害了除公证遗嘱外以其他形式的遗嘱应当享有遗产利益的受益人,实际上也侵害了立遗嘱人以其他方式作出意思表示处分遗产的权利,明显违背了《继承法》的立法原意。《联合通知》所规定的强制公证条款违背了《立法法》第87条第(一)、(二)项规定的下位法不得违反上位法、立法不得超越立法权限的基本精神。

3. 判断行政行为的违法性要从主体、法律依据、事实依据、程序和是否存在明显不合理等5个方面着手,本案属于适用法律依据违法的情况。被告依据《联合通知》的规定要求原告必须出示遗嘱公证书才能办理房屋转移登记的行为与法律法规相抵触,对该涉案房屋不予办理房屋所有权转移登记的具体行政行为违法。

4. (1) 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。制定机关申请出庭陈述意见的,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,不能阻止法院对规范性文件进行审查。

(2) 法院对规范性文件进行一并审查时,可以从规范性文件制定机关是否超越权限或者违反法定程序、作出行政行为所依据的条款以及相关条款等方面进行。有下列情形之一的,属于“规范性文件不合法”:第一,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;第二,与法律、法规、规章等上位法的规定相抵触的;第三,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;第四,未履行法定批准程序、公开发布程序,严重违反制定程序的。

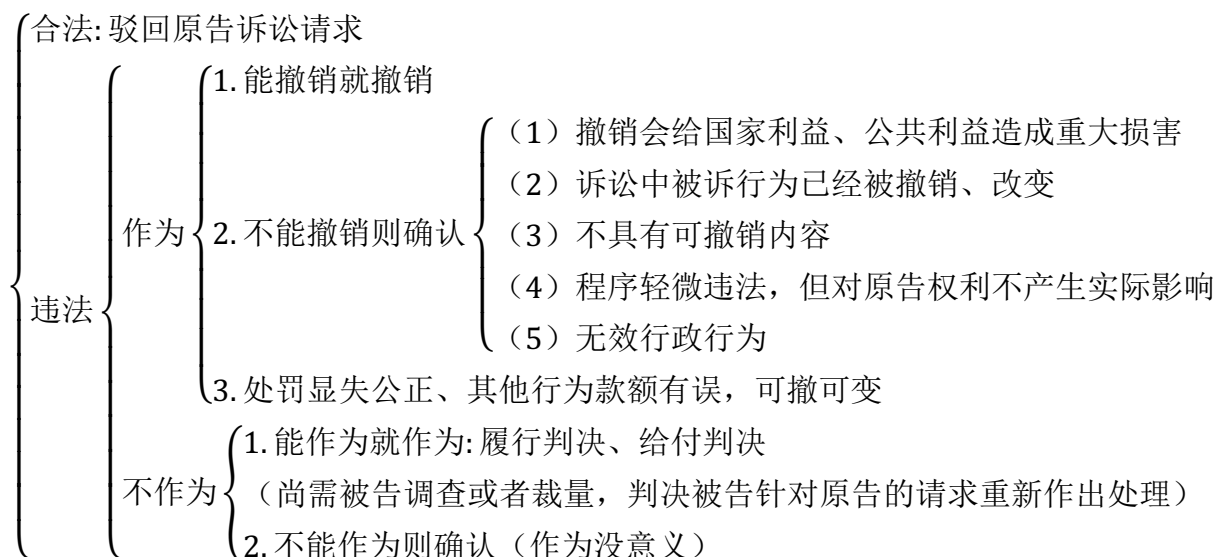
5. (1) 经审查认为规范性文件不合法的,不作为法院认定行政行为合法的依据,并在裁判理由中予以阐明。作出生效裁判的法院应当向规范性文件的制定机关提出处理建议,并可以抄送制定机关的同级政府、上一级行政机关、监察机关以及规范性文件的备案机关。

(2) 规范性文件不合法的,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,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。

第八章 行政诉讼判决

一、基础知识

(一) 一审判决



【知识点拨】

1. 判决是对应当事人起诉的诉讼请求的, 行政诉讼法具体的诉讼请求包括

- (1) 请求判决撤销或者变更行政行为;
- (2) 请求判决行政机关履行特定法定职责或者给付义务;
- (3) 请求判决确认行政行为违法;
- (4) 请求判决确认行政行为无效;
- (5) 请求判决行政机关予以赔偿或者补偿;
- (6) 请求解决行政协议争议;
- (7) 请求一并审查规章以下规范性文件;
- (8) 请求一并解决相关民事争议;
- (9) 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。

当事人未能正确表达诉讼请求的, 人民法院应当要求其明确诉讼请求。

2. 程序轻微违法, 但对原告权利不产生实际影响属于不能撤销的情形, 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”: 第一, 处理期限轻微违法; 第二, 通知、送达等程序轻微违法; 第三, 其他程序轻微违法的情形。**

3. 无效行政行为的判断, 有下列情形之一的, 属于“重大且明显违法”: **第一, 行政行为实施主体不具有行政主体资格; 第二, 减损权利或者增加义务的行政行为没有法律规范依据; 第三, 行政行为的内容客观上不可能实施; 第四, 其他重大且明显违法的情形。**

(二) 二审判决

| | 裁判类型 | 适用情形 |
|------|---------------|--|
| 原判正确 | 1. 维持原判 | 一审认定事实清楚, 适用法律、法规正确的 |
| 原判错误 | 2. 撤销原判, 直接改判 | 一审认定事实清楚, 但适用法律、法规错误的 |
| | 3. 撤销原判, 发回重审 | 一审遗漏了必须参加诉讼的当事人或者诉讼请求的, 违反了法定程序 |

| | | |
|-------------|--|-----------------------------------|
| | 4. 撤销原判， 依法改判 或发回重审 | 原判决认定事实不清、证据不足，可在查清事实后依法改判或直接发回重审 |
| | 5. 裁定驳回起诉 | 一审作出实体判决后，二审法院认为不应当受理的 |
| 裁定错误 | 6. 撤销裁定，指令受理或继续受理 | 一审不予受理或驳回起诉裁定确有错误的 |
| 备注 | 行政诉讼二审判决，高度类似与民事诉讼，但有一点不同，就是一审遗漏了赔偿请求的情况： 【欺软】 原审判决遗漏行政赔偿请求，第二审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。 【怕硬】 原审判决遗漏行政赔偿请求，第二审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。 | |

二、案例

案例 28 撤销判决与确认违法判决

益民公司于 1999 年 4 月工商注册成立（未取得燃气经营资格），经营范围为管道燃气、燃气具、高新技术和房地产。2000 年 7 月 7 日，原周口地区建设局对益民公司作出《关于对周口市益民燃气有限责任公司为“周口市管道燃气专营单位”的批复》（2003 年 11 月 9 日，周口市建设委员会以缺少法律依据，不符合有关规章和规范性文件，属越权审批为由废止了该文），批准益民公司为周口城市管道燃气专营单位。此后，益民公司又先后取得了燃气站《建设用地规划许可证》、部分路段的燃气管网铺设《建设工程规划许可证》和《建设工程施工许可证》等批准文件。截至一审判决，益民公司已在周口市川汇区建成燃气调压站，并在该区的主要街道和部分小区实际铺设了一些燃气管道。2002 年 9 月 23 日，面对当时周口市两家燃气公司并存的状况，周口市规划管理局根据市政府常务会议的决定，要求益民公司必须停止管道铺设。

2003 年 4 月 26 日，周口市发展计划委员会（以下简称市计委）根据建设部 272 号文《关于加快市政公用行业市场化进程的意见》的要求，着手组织周口市天然气城市管网项目法人招标，5 月 2 日发出《周口市天然气城市管网项目法人招标方案》（以下简称《招标方案》）。6 月 19 日，市计委依据评标结果和考察情况向亿星公司下发了《中标通知书》，确定亿星公司中标。6 月 20 日，市政府作出周政（2003）54 号《关于河南亿星实业集团有限公司独家经营周口市规划区域内城市管网燃气工程的通知》（以下简称 54 号文），确定由亿星公司独家经营周口市规划区域内城市天然气管网工程。54 号文送达后，亿星公司办理了天然气管网的有关项目用地手续，购置了输气管道等管网设施，于 2003 年 11 月与中国石油天然气股份有限公司西气东输管道分公司（以下简称中石油公司）签订了用气协议，并开始动工开展管网项目建设。

益民公司认为，市计委、市政府作出的上述《招标方案》、《中标通知》和 54 号文违反了法律规定，并侵犯了其依法享有的管道燃气经营权，向河南高院提起行政诉讼，请求法院撤销上述三个具体行政行为，并赔偿其除铺设管道之外的经济损失 3500 万元。

法院审理查明，市计委、市政府行政行为违法，同时，还查明“西气东输”工程在周口市的接口问题已迫在眉睫，同时，亿星公司已于 2003 年 11 月与中石油公司签订了用气协议，并将于 2004 年 7 月开始向周口市民大规模供气，亿星公司在招标程序并未存有过错。

【问题】

1. 市计委、市政府作出的上述《招标方案》、《中标通知》和 54 号文是否违反了信赖利益保护原则？

2. 本案应当如何判决？

【案例解析】

1. 本案满足信赖利益保护原则的构成要件：（1）信赖基础：存在对益民公司燃气专营权的批准，“益民公司已取得了燃气专营权”；（2）信赖利益：“益民公司基于信赖该批准行为”已有合法投入，益民公司原来基于有关行政机关授予的燃气经营权而进行的工程建设和其他资产投入将形成益民公司的损失，信赖利益的构成就是工程建设和其他资产投入。

（3）信赖利益具有正当性，益民公司信赖的发生出于相对人的善意且无过错。市计委、市政府作出的《招标方案》、《中标通知》和 54 号文违侵犯了其依法享有的管道燃气经营权，违反了信赖利益保护原则。

2. 虽然市计委作出《招标方案》、发出《中标通知书》及市政府作出 54 号文的行为存在适用法律错误、违反法定程序之情形，且影响了上诉人益民公司的信赖利益，但如果撤销被诉行政行为，就会对周口市的公共利益造成较大不利影响，影响周口市民对于燃气的正常使用，同时，也会影响善意第三人的亿星公司利益。根据相关法律规定，行政行为依法应当撤销，但撤销会给国家利益、社会公共利益造成重大损害的，法院应当判决确认违法，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。

案例 29 重新处理判决（答复判决）

余某在紧临三亚金冕混凝土有限公司海棠湾混凝土搅拌站旁种有 30 亩龙眼果树。为掌握搅拌站产生的烟尘对周围龙眼树开花结果的环境影响情况，于 2013 年 6 月 8 日请求三亚市国土环境资源局（以下简称三亚国土局）公开搅拌站相关环境资料，包括：三土环资察函（2011）50 号《关于建设项目环评审批文件执法监察查验情况的函》、三土环资察函（2011）23 号《关于行政许可事项执法监察查验情况的函》、三土环资监（2011）422 号《关于三亚金冕混凝土有限公司海棠湾混凝土搅拌站项目环评影响报告表的批复》、《三亚金冕混凝土有限公司海棠湾混凝土搅拌站项目环评影响报告表》。7 月 4 日，三亚国土局作出《政府信息部分公开告知书》，同意公开 422 号文，但认为 23 号、50 号文系该局内部事务形成的信息，不宜公开；《项目环评影响报告表》是企业文件资料，不属于政府信息，也不予公开。原告提起行政诉讼，请求判令三亚国土局全部予以公开。

【问题】

1. 三亚国土局认为《项目环评影响报告表》是企业文件资料不属于政府信息，对此，你是否赞同？

2. 三亚国土局认为 23 号、50 号文系该局内部事务形成的信息，不宜公开，对此，你是否赞同？

3. 法院查明《项目环评影响报告表》可能存在涉及第三方商业秘密的情形，法院应当如何判决？

【案例解析】

1. 不赞同。政府信息不仅包括行政机关制作的信息，同样包括行政机关从公民、法人或者其他组织获取的信息。因此，本案中行政机关在履行职责过程中获取的企业环境信息同样属于政府信息。

2. 不赞同。23 号、50 号文，虽然文件形式表现为内部报告，但实质仍是行政管理职能的延伸，不属于内部管理信息。凡属于政府信息，如不存在法定不予公开的事由，均应予以公开。被告未能证明申请公开的信息存在法定不予公开的情形，简单以政府内部信息为由答复不予公开，属于适用法律错误。

3. 考虑到行政机关获取的企业环境信息可能存在涉及第三方商业秘密的情形，法院应当首先由行政机关在行政程序中作出判断，不应越俎代庖直接判决公开，以体现对行政机关首次判断权的尊重，根据《关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》第 9 条规

定：“被告对依法应当公开的政府信息拒绝或者部分拒绝公开的，人民法院应当撤销或者部分撤销被诉不予公开决定，并判决被告在一定期限内公开。尚需被告调查、裁量的，判决其在一定期限内重新答复。”法院应当撤销三亚国土局不予公开的决定，判决其在一定期限内对原告重新答复。

第九章 国家赔偿

案例 30 国家赔偿的赔偿方式和标准

2014 年 10 月 25 日，婺城区政府作出《房屋征收决定》，载明：因旧城区改建的需要，决定对迎宾巷区块范围内房屋实行征收；房屋征收实施单位改造工程指挥部，许某的房屋被纳入本次房屋征收范围，该房屋 1987 年 6 月 2 日经申请取得婺城区政府批准建房的 NO. 002333 号建房许可证。但改造工程指挥部与许某就拆迁事宜一直未能达成拆迁补偿协议，也未明确同意将案涉房屋腾空并交付拆除。

2014 年 11 月 11 日星期三，改造工程指挥部书面通知许某“婺城区政府定于 2014 年 11 月 14 日对未签订拆迁补偿协议的房屋依法依规实施强拆”。11 月 13 日，改造工程指挥部对许某的房屋断水断电。11 月 14 日，改造工程指挥部对许某的房屋进行了强制拆除，许某尚未来得及将房屋内的家具、衣物等个人物品搬离，区政府也未依法对屋内物品登记保全，未制作物品清单并交许某签字确认。许某认为拆迁决定违反了“先补偿、后搬迁”的原则，就区政府的强拆行为，2015 年 12 月 22 日诉至法院，要求撤销区政府的强拆行为，并请求法院判令被告恢复房屋原貌，并赔偿房屋内的家具、衣物等个人物品损失 5 万元、因拆迁而失踪的祖传玉镯 300 万元。

【关联法条】

《征收与补偿条例》

第 4 条 市、县级人民政府负责本行政区域的房屋征收与补偿工作。

市、县级人民政府确定的房屋征收部门组织实施本行政区域的房屋征收与补偿工作。

第 5 条 房屋征收部门可以委托房屋征收实施单位，承担房屋征收与补偿的具体工作。房屋征收实施单位不得以营利为目的。

房屋征收部门对房屋征收实施单位在委托范围内实施的房屋征收与补偿行为负责监督，并对其行为后果承担法律责任。

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。

第 28 条 被征收人在法定期限内不申请行政复议或者不提起行政诉讼，在补偿决定规定的期限内又不搬迁的，由作出房屋征收决定的市、县级人民政府依法申请人民法院强制执行。

《行政诉讼法解释》

第 47 条 根据行政诉讼法第三十八条第二款的规定，在行政赔偿、补偿案件中，因被告的原因导致原告无法就损害情况举证的，应当由被告就该损害情况承担举证责任。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。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。

【问题】

1. 本案是否应当由改造工程指挥部承担行政赔偿责任?
2. 区政府的强拆房屋行为是否合法?为什么?
3. 本案的合法执行程序应当是什么样的?
4. 法院应当作出何种判决?
5. 许某提出对屋内物品、玉镯的赔偿请求应当由谁承担举证责任?
6. 对于房屋价格赔偿,许某请求法院判令被告恢复房屋原貌;一审法院判决责令婺城区政府参照《征收与补偿条例》第19条对许某进行赔偿;二审法院判决认为应当通过后续的征收补偿程序获得救济,并据此驳回许某的行政赔偿请求,对此,你三种观点是否赞同?你认为对于房屋损失应当如何确定赔偿方式与赔偿标准?

【案例解析】

1. 不应当。根据《征收与补偿条例》,房屋征收部门可以委托房屋征收实施单位,承担房屋征收与补偿的具体工作,本案的房屋征收部门是区政府,而改造工程指挥部为房屋征收实施单位,区政府应当对房屋征收实施单位在委托范围内实施的房屋征收与补偿行为负责监督,并对其行为后果承担法律责任,所以,本案应当由区政府承担赔偿责任。

2. 第一,区政府依法应对许某作出补偿决定后,通过申请法院强制执行的方式强制执行,而不能直接将案涉房屋拆除。第二,本案中强拆还违反了《行政强制法》第43条的禁止性规定,一是法律规定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的,本案中区政府对当事人采取了断水断电的方式;二是法律规定不得在夜间或者法定节假日实施行政强制执行,但是本案中区政府拆除房屋是在11月14日(星期六)进行的,违反了禁止性规定。因此,区政府强制拆除许某房屋的行为是违法的。

3. 根据《征收与补偿条例》第28条,被征收人在法定期限内不申请行政复议或者不提起行政诉讼,在补偿决定规定的期限内又不搬迁的,由作出房屋征收决定的市、县级人民政府依法申请人民法院强制执行。本案应当是由行政机关申请法院执行,因此应当适用《行政强制法》的规定,行政机关申请法院强制执行的程序包括:(1)提出申请;(2)法院对行政机关的申请进行审查。如果被申请执行的具体行政行为有明显缺乏事实根据的、明显缺乏法律依据的或者有其他明显违法并损害被执行人合法权益的情形的,法院应当裁定不准予执行。(3)法院决定执行的,采取强制执行措施实施强制,或者通知协助执行人协助执行。

4. 本案拆除行为主体和程序违法,本应当予以撤销,房屋已经拆迁,撤销该违法行政行为没有意义,法院应当作出确认违法的判决。

5. (1) 因为区政府强拆过程中没有履行法定程序导致当事人尚未搬离个人财产,当事人也无法就损害情况举证,区政府应当承担举证责任,区政府可以根据市场行情,结合许某实际情况以及所提供的现场照片、物品损失清单等,按照有利于许某的原则酌情确定赔偿数额,对房屋内财产损失依法赔偿。

(2) 对于财产损失中数额巨大的玉镯,当事人应当承担举证责任。本案中损失的价值无法认定,而且无法鉴定,应由法官根据逻辑推理和生活经验、生活常识等来酌情确定赔

偿数额。本案中当事人主张的玉镯的损失已经超出市场价值，不是符合生活常理的房屋内物品，应当由当事人承担举证责任。⁶

6. 不赞同。（1）赔偿方式应当是经济赔偿，而非恢复原状。《国家赔偿法》第32条规定，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。据此，返还财产、恢复原状是国家赔偿首选的赔偿方式，既符合赔偿请求人的要求也更为方便快捷；但其适用条件是原物未被处分或未发生毁损灭失，若相关财产客观上已无法返还或恢复原状时，则应支付相应的赔偿金或采取其他赔偿方式。本案中，案涉房屋已经被列入旧城区改造的征收范围，且已被婺城区政府拆除，因此，对许某要求恢复房屋原状的赔偿请求，法院无法予以支持。

（2）赔偿标准。本案在强制拆除前，既无征收决定，也无补偿决定，许某也未同意先行拆除房屋，且至今双方仍未达成补偿安置协议，许某至今未得到任何形式补偿。既然拆除行为违法，则房屋赔偿不应按照合法拆除的补偿标准来确定房屋赔偿标准。也就是说，对许某房屋损失的赔偿，不应再依据《征收与补偿条例》第19条所规定的《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为基准确定，而应按照有利于保障许某房屋产权得到充分赔偿的原则，以在本判决生效后作出赔偿决定时点的案涉房屋类似房地产的市场价格为基准确定。可见，一审、二审法院均属对《国家赔偿法》、《征收与补偿条例》等相关规定的错误理解。

附录 行政诉讼重要法律文书

文书1：行政一审判决书

×××××人民法院

行政判决书

(×××××) ×行初字第××号

原告×××，……(写明姓名或名称等基本情况)。

法定代表人×××，……(写明姓名、职务)。

委托代理人(或指定代理人、法定代理人)×××，……(写明姓名等基本情况)。

被告×××，……(写明行政主体名称和所在地址)。

法定代表人×××，……(写明姓名、职务)。

委托代理人×××，……(写明姓名等基本情况)。

第三人×××，……(写明姓名或名称等基本情况)。

法定代表人×××，……(写明姓名、职务)。

委托代理人(或指定代理人、法定代理人)×××，……(写明姓名等基本情况)。

原告×××不服被告×××(行政主体名称)……(行政行为)，于××××年××月××日向本院提起行政诉讼。本院于××××年××月××日立案后，于××××年××月××日向被告送达了起诉状副本及应诉通知书。本院依法组成合议庭，于××××年××月××日公开(或不公开)开庭审理了本案。……(写明到庭参加庭审活动的当事人、行政机关负责人、诉讼代理人、证人、鉴定人、勘验人和翻译人员等)

⁶可以作为参考的是2018年最高人民法院指导案例91号“沙明保等诉马鞍山市花山区人民政府房屋强制拆除行政赔偿案”，明确了在房屋强制拆除引发的行政赔偿案件中，原告提供了初步证据，但因行政机关的原因导致原告无法对房屋内物品损失举证，行政机关亦因未依法进行财产登记、公证等措施无法对房屋内物品损失举证的，人民法院对原告未超出市场价值的符合生活常理的房屋内物品的赔偿请求，应当予以支持。

到庭参加诉讼。……(写明发生的其他重要程序活动,如:被批准延长本案审理期限等情况)。本案现已审理终结。

被告×××(行政主体名称)于××××年××月××日作出……(被诉行政行为名称),……(简要写明被诉行政行为认定的主要事实、定性依据和处理结果)。

原告×××诉称,……(写明原告的诉讼请求、主要理由以及原告提供的证据、依据等)。

被告×××辩称,……(写明被告的答辩请求及主要理由。)

被告×××向本院提交了以下证据、依据:1.……(证据的名称及内容等);2.……。

第三人×××述称,……(写明第三人的意见、主要理由以及第三人提供的证据、依据等)。

本院依法调取了以下证据:……(写明证据名称及证明目的)。

经庭审质证(或庭前交换证据、庭前准备会议),……(写明当事人的质证意见)。

本院对上述证据认证如下:……(写明法院的认证意见和理由)。

经审理查明,……(写明法院查明的事实。可以区分写明当事人无争议的事实和有争议但经法院审查确认的事实)。

本院认为,……(写明法院判决的理由)。依照……(写明判决依据的行政诉讼法以及相关司法解释的条、款、项、目)的规定,判决如下:

……(写明判决结果)。

……(写明诉讼费用的负担)。

如不服本判决,可以在判决书送达之日起十五日内向本院递交上诉状,并按对方当事人的人数提出副本,上诉于××××人民法院。

审 判 长 ×××
审 判 员 ×××
审 判 员 ×××
××××年××月××日
(院印)

本件与原本核对无异
书 记 员 ×××

附:本判决适用的相关法律依据

文书 2: 行政二审判决书

××××人民法院
行政判决书

(××××)×行终字第××号

上诉人(原审×告)×××,……(写明姓名或名称等基本情况)。

被上诉人(原审×告)×××,……(写明姓名或名称等基本情况)。

(当事人及其他诉讼参加人的列项和基本情况的写法,除当事人的称谓外,与一审行政判决书样式相同。)

上诉人×××因……(写明案由)一案,不服××××人民法院(××××)×行初字第××号行政判决,向本院提起上诉。本院依法组成合议庭,公开(或不公开)开庭审理了本案。……(写明到庭的当事人、诉讼代理人等)到庭参加诉讼。本案现已审理终结。(未开庭的,写“本院依法组成合议庭,对本案进行了审理,现已审理终结”)。

……(概括写明原审认定的事实、理由和判决结果,简述上诉人的上诉请求及其主要理由和被上诉人的主要答辩的内容及原审第三人的陈述意见)。

……(当事人二审期间提出新证据的,写明二审是否采纳以及质证情况,并说明理由。如无新证据,本段不写)。

经审理查明,……(写明二审认定的事实和证据)。

本院认为,……(写明本院判决的理由)。依照……(写明判决依据的法律以及相关司法解释的条、款、项、目)的规定,判决如下:

……(写明判决结果)。

……(写明诉讼费用的负担)。

本判决为终审判决。

审 判 长 ×××
审 判 员 ×××
审 判 员 ×××
××××年××月××日
(院印)

本件与原本核对无异

书 记 员 ×××

附:本判决适用的相关法律依据

文书3:起诉状

行政起诉状

原告×××,……(自然人写明姓名、性别、工作单位、住址、有效身份证件号码、联系方式等基本信息;法人或其他组织写明名称、地址、联系电话、法定代表人或负责人等基本信息)。

委托代理人×××,……(写明姓名、工作单位等基本信息)。

被告×××,……(写明名称、地址、法定代表人等基本信息)。

其他当事人×××,……(参照原告的身份写法,没有其他当事人,此项可不写)。

诉讼请求:……(应写明具体、明确的诉讼请求)。

事实和理由:……(写明起诉的理由及相关事实依据,尽量逐条列明)。

此致

××××人民法院

原告:×××(签字盖章)

[法人:×××(盖章)]

××××年××月××日

(写明递交起诉之日)

附:

1. 起诉状副本××份
2. 被诉行政行为××份
3. 其他材料××份

文书 4: 答辩状

行政诉讼答辩状

答辩人×××, ……(写明名称、地址、法定代表人等基本信息)。

法定代表人×××, ……(写明姓名、职务等基本信息)。

委托代理人×××, ……(写明姓名、工作单位等基本信息)。

因×××诉我单位……(写明案由或起因)一案, 现答辩如下:

答辩请求: ……

事实和理由: ……(写明答辩的观点、事实与理由)。

此致

××××人民法院

答辩人: ××× (盖章)

××××年××月××日

(写明递交答辩状之日)

附:

1. 答辩状副本×份
2. 其他文件×份
3. 证物或书证×件

文书 5: 上诉状

上诉状

上诉人×××, ……(写明姓名或名称等基本情况)。

被上诉人×××, ……(写明姓名或名称等基本情况)。

上诉人×××因……(写明案由)一案, 不服××××人民法院××××年××月××日作出的(××××)×行×字第××号(判决或裁定), 现提出上诉。

上诉请求:

……(写明具体的上诉请求)。

上诉理由:

……(写明不服原审判决和裁定的事实及理由)。

此致

××××人民法院

上诉人: ××× (签字或者盖章)

××××年××月××日

附: 上诉状副本××份