# Table of Contents

[扉页](#p2)

[版权信息](#p3)

[目录](#p7)

[序](#p5)

[一、行政不作为](#p11)

[1延迟履行法定职责的时间界定问题](#p11)

[2村民代表会议决议侵害村民权利时乡政府须履行监督职责](#p15)

[3行政机关超过合理期限不履行职责构成行政不作为](#p20)

[4行政机关拒收信件可认定为拒绝履行法定职责](#p25)

[5受理登记制度不完备,被诉行政机关构成不作为](#p30)

[6行政机关不存在拒绝履行或怠于履行法定职责的认定标准](#p36)

[7因客观原因导致行政机关不能充分履行义务时,不能认定行政机关存在行政不作为](#p43)

[8开发商未缴纳国有土地出让金,购房者能否办理不动产登记](#p48)

[二、行政确认](#p56)

[9工伤行政确认案件履行工作职责与遭受暴力伤害之因果关系的采纳标准](#p56)

[10超过法定退休年龄的务工农民因工伤亡的工伤认定](#p61)

[11出租汽车司机视同工伤认定的司法判断基准](#p67)

[12单方事故的工伤认定举证责任如何分配](#p74)

[13非工作时间、非工作岗位的举证责任应由用人单位承担](#p78)

[14对因时限中止无效致超期作出但对原告权利不产生实际影响的工伤认定决定应当确认违法](#p84)

[15工作期间因临时解决合理的生理需要](#p91)

[16交警部门无法作出事故责任认定时的工伤认定](#p95)

[17伤情与病情关联性技术意见的审查标准](#p100)

[18因劳动关系确认事项引起的仲裁或诉讼期间应从工伤申请期限内予以扣除](#p106)

[19行政机关自行纠错行为的司法审查](#p111)

[20知青下乡期间及返城招工后的工作时间能否视同养老保险缴费年限](#p115)

[21对于历史遗留的无证房产的确权登记应区别对待](#p119)

[22房产主管部门应审慎审查用于权属登记的测绘成果](#p123)

[23确定土地权属的行政规章与土地管理法不抵触时可以适用](#p127)

[三、行政许可](#p132)

[24具有持续性效力的行政行为以行政判决时为裁判基准时](#p132)

[25“无照”申请人申请药品经营行政许可证是否违反“先照后证”制度](#p136)

[26对建设用地申请财产保全的权利人是否是该土地上商品房预售许可的利害关系人](#p140)

[27阳光房在建设前应当依法取得建设工程规划许可证](#p145)

[28行政行为补正后,应当以补正后的行政行为为审查对象](#p150)

[29行政案件处理也要适用诚实信用原则](#p154)

[30颁发林木采伐许可时,行政机关应该听取利害关系人的意见](#p158)

[四、行政征收](#p164)

[31房屋被征收并作出补偿决定后,被征收人与后续行政许可行为不具备利害关系](#p164)

[32是否撤销县政府的违法征收行为需兼顾其他法定情形](#p169)

[33房屋承租人可以直接得到征收补偿](#p174)

[34房屋征收补偿安置协议的成立生效](#p178)

[35集体土地征收过程中行政机关强制执行的合法性问题探讨](#p183)

[五、行政处罚](#p188)

[36瑶医因非法行医而产生的冲突与出路](#p188)

[37畜禽屠宰企业经过分类及定量包装加工的产品属于食品①](#p194)

[38涉“最高级”广告用语行政处罚法律适用](#p203)

[39食药部门对传统食品进行行政处罚应充分考虑传统食品厂商已取得的批准决定](#p207)

[40第三方认证机构对其认证的企业是否持续符合法律法规的要求具有跟踪监督的职责](#p212)

[41独立董事应当对上市公司信息披露违法行为承担法律责任](#p216)

[42行刑衔接过程中“二罚”的正当性分析](#p221)

[43个人开发经营房地产的行为定性及法律适用](#p228)

[44行政机关根据未经过告知和听证的新证据作出行政处罚决定构成违反法定程序](#p235)

[45公安机关选择处罚种类时应当考量具体事件的特殊情况](#p241)

[46行政相对人的自救措施能否成为违法阻却事由问题](#p246)

[47对行政相对人及其服务网点同时处以行政罚款违反“一事不再罚”原则](#p249)

[48违反合意顺序及费用平摊方式的拼车行为构成擅自从事非法客运活动](#p255)

[49网约车不因属新生事物而具有天然合法地位](#p260)

[50对国土资源违法行为中涉嫌犯罪的可否进行行政处罚](#p269)

[六、行政强制](#p273)

[51促使未完全履行的行政处罚得到强制执行是行政机关的法定职责](#p273)

[52道路交通管理中扣押机动车的法定程序要求](#p277)

[53对危险房屋作出紧急避险决定应具有目的正当性](#p283)

[54拆违案件中被告的确定和赔偿责任的承担](#p287)

[55非“在建”状态违建不适用“快拆”机制](#p292)

[56违法建筑不构成行政行为违法性的阻却事由](#p296)

[57公安机关对不在案发现场的当事人作出的口头传唤行为违法](#p301)

[七、行政赔偿](#p306)

[58看守所救治不及时是否应当承担赔偿责任](#p306)

[59拆除违法建筑过程中不当处置有利用价值的建筑材料是否应承担赔偿责任](#p313)

[60国有土地上房屋强拆后如何确定赔偿标准](#p319)

[61人民法院对重整程序中的执行行为不承担国家赔偿责任](#p326)

[八、行政程序](#p332)

[62房屋登记部门对宅基地房屋的登记申请不得增设条件](#p332)

[63动产抵押登记机关仍应依据《担保法》的规定审查动产权属](#p336)

[64社保机构调查核实义务是否履行到位的判定](#p345)

[九、政府信息公开](#p349)

[65证券监管信息的公开途径](#p349)

[66不动产信息的公开应适用“特别法”](#p356)

[67要求申请人更改、补充的政府信息告知书并非一概不可诉](#p360)

[68刑事转行政处罚案中直接影响相对人行政处罚结果的刑事侦查信息应予公开](#p364)

[69行政机关对派出机构制作或保存的信息是否负有公开的义务](#p370)

[70政府信息公开权利外表下重复救济行为的诉权认定](#p374)

[71政府信息不存在时的司法审查标准](#p379)

[十、其 他](#p385)

[72承租人对房屋权属登记行为是否具备利害关系](#p385)

[73房屋买卖合同网签行为不具有行政诉讼可诉性](#p389)

[74公房承租权的继承更名应尊重原承租人的处分权](#p392)

[75夫妻分别代理不同主体参与投标涉嫌串通投标](#p398)

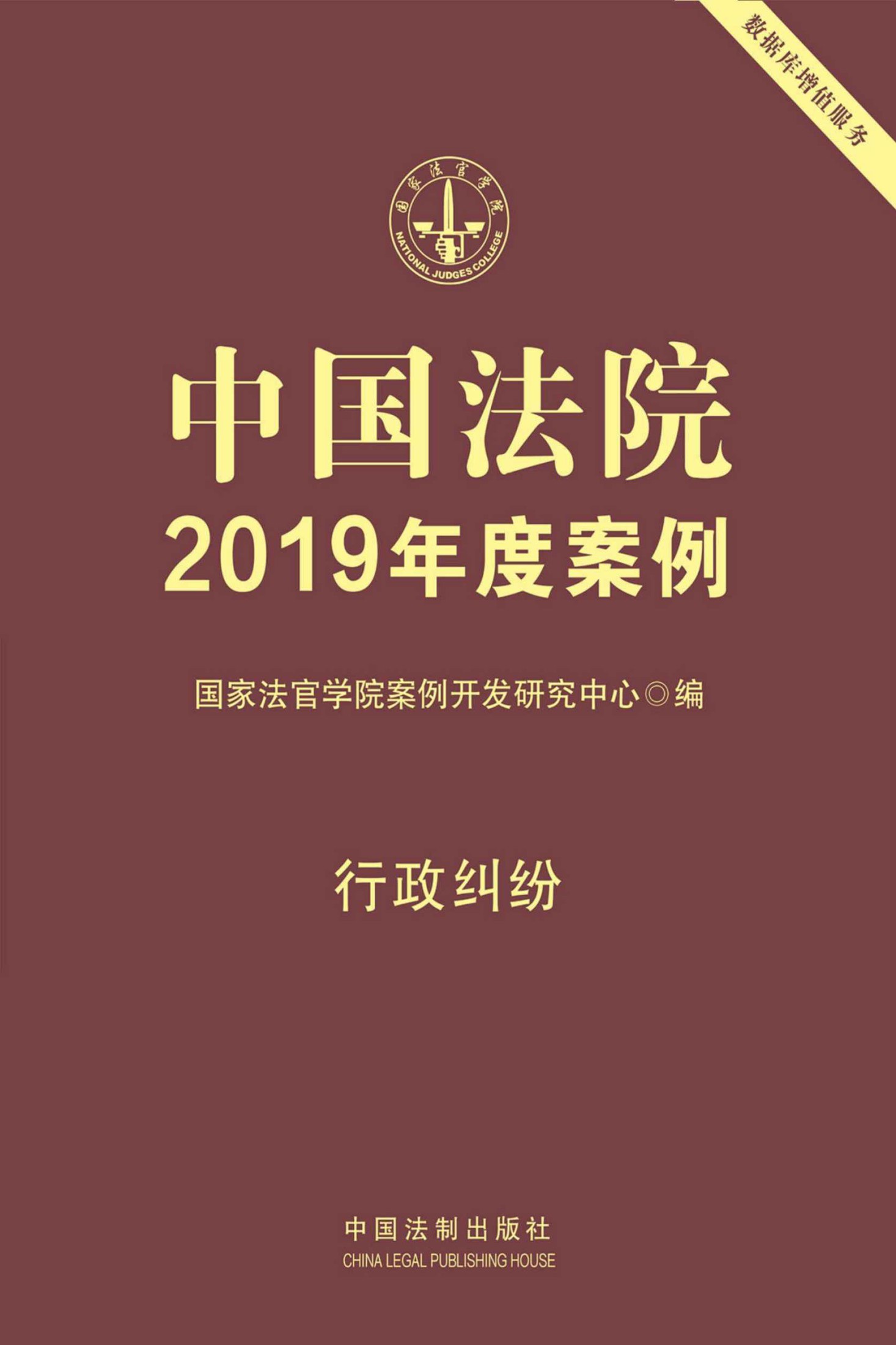
[76国有土地使用权出让中善意受让人的信赖利益保护](#p403)

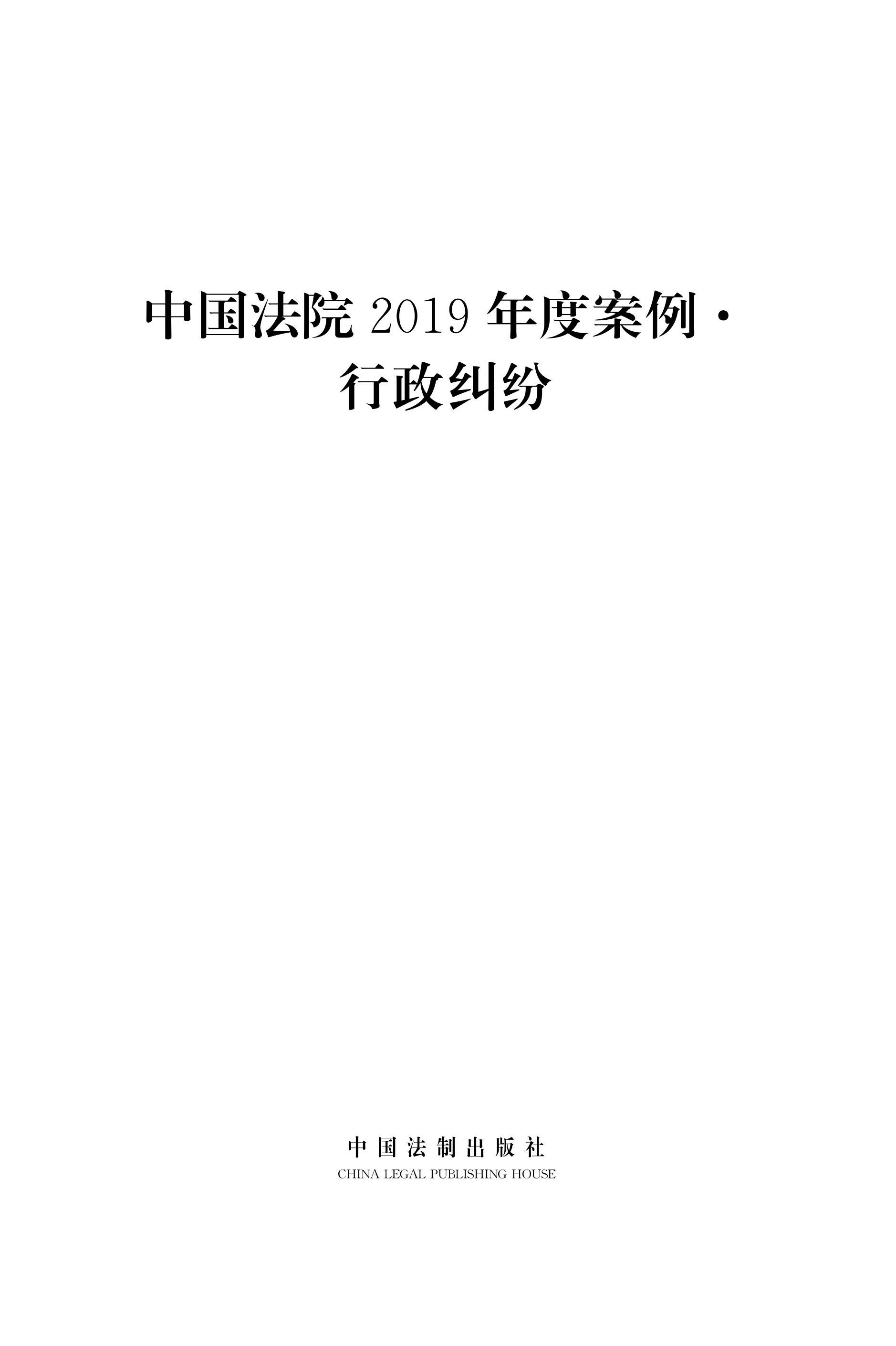
[77以官网形式公告被诉行政批复的审查认定](#p408)

[78学校依法能够将遵纪守法、道德品行因素细化并纳入学位评定标准](#p413)

[79提供虚假材料办理的户口登记注销与否应考虑被注销人的权益保护](#p419)

[80审理取消考试资格行政处理案件时应当适用较高的证明标准](#p423)





图书在版编目(CIP)数据

中国法院2019年度案例.行政纠纷/国家法官学院案例开发研究中心

编.—北京:中国法制出版社,2019.4

ISBN 978-7-5216-0052-0

Ⅰ.①中…Ⅱ.①国…Ⅲ.①行政法-案例-汇编-中国Ⅳ.①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第040375号

策划编辑:李小草(lixiaocao2008@sina.cn) 责任编辑:韩璐玮 赵律玮封面设计:温培英、李宁

中国法院2019年度案例·行政纠纷

ZHONGGUO FAYUAN 2019 NIANDU ANLI·XINGZHENG JIUFEN

编者/国家法官学院案例开发研究中心

经销/新华书店

印刷/

开本/730毫米×1030毫米 16开印张/ 20.75 字数/ 293千

版次/2019年4月第1版 2019年4月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5216-0052-0定价:58.00元

北京西单横二条2号

邮政编码 100031传真:010-66031119

网址:http://www.zgfzs.com编辑部电话:010-66071862

市场营销部电话:010-66033393邮购部电话:010-66033288

(如有印装质量问题,请与本社印务部联系调换。电话:010-66032926)

序

法律的生命在于实施,而法律实施的核心在于法律的统一适用。

《中国法院年度案例》丛书出版的价值追求,即公开精品案例,研究案例

所体现的裁判方法和理念,提炼裁判规则,为司法统一贡献力量。

《中国法院年度案例》丛书,是国家法官学院于2012年开始编辑出

版的一套大型案例丛书,之后每年年初定期出版,由国家法官学院案例开

发研究中心具体承担编辑工作。此前,该中心坚持20余年连续不辍编辑

出版了《中国审判案例要览》丛书近90卷,分中文版和英文版在海内外

发行,颇有口碑,享有赞誉。现在编辑出版的《中国法院年度案例》丛

书,旨在探索编辑案例的新方法、新模式,以弥补当前各种案例书的不

足。该丛书2012~2018年已连续出版7套,一直受到读者的广泛好评,并迅

速售罄。为更加全面地反映我国司法审判的发展进程,顺应审判实践发

展的需要,响应读者需求,2014年度新增3个分册:金融纠纷、行政纠纷、

刑事案例,2015年度将刑事案例调整为刑法总则案例、刑法分则案例2

册,2016年度新增知识产权纠纷分册,2017年度新增执行案例分册,2018

年将刑事案例扩充为4个分册。现国家法官学院案例开发研究中心及时

编撰推出《中国法院2019年度案例》系列丛书,共23册。

总的说来,当前市面上的案例丛书百花齐放,既有判决书网,可以查

询各地、各类的裁判文书,又有各种专门领域的案例汇编书籍,以及各种

案例指导、案例参考等读物,十分活跃,也各具特色。而《中国法院年度

案例》丛书则试图把案例书籍变得“好读有用”,故在编辑中坚持以下

方法:一是高度提炼案例内容,控制案例篇幅,每个案例基本在3000字以



内;二是突出争议焦点,剔除无效信息,尽可能在有限的篇幅内为读者提

供有效、有益的信息;三是注重对案件裁判文书的再加工,大多数案例由

案件的主审法官撰写“法官后语”,高度提炼、总结案例的指导价值。

同时,《中国法院年度案例》丛书还有以下特色:一是信息量大。国

家法官学院案例开发研究中心每年从全国各地法院收集到的上一年度审

结的典型案例超过10000件,使该丛书有广泛的选编基础,可提供给读者

新近发生的全国各地的代表性案例。二是方便检索。为节约读者选取案

例的时间,丛书分卷细化,每卷下还将案例主要根据案由分类编排,每个

案例用一句话概括裁判规则、裁判思路或焦点问题作为主标题,让读者

一目了然,迅速找到需求目标。

中国法制出版社始终全力支持《中国法院年度案例》的出版,给了

作者和编辑们巨大的鼓励。2018年新推出数据库增值服务,2019年继续

提供数据库增值服务并充实完善数据内容。购买本书,扫描前勒口二维

码,即可在本年度免费查阅使用上一年度案例数据库。我们在此谨表谢

忱,并希望通过共同努力,逐步完善,做得更好,真正探索出一条编辑案例

书籍、挖掘案例价值的新路,更好地服务于学习、研究法律的读者,服务

于社会,服务于国家的法治建设。

本丛书既可作为法官、检察官、律师等司法实务工作人员的办案参

考和司法人员培训推荐教程,也是社会大众学法用法的极佳指导,亦是教

学科研机构案例研究的精品素材。当然,案例作者和编辑在编写过程中

也不能一步到位实现最初的编写愿望,可能会存在各种不足,甚至错误, 欢迎读者批评指正,我们愿听取建议,并不断改进。

[目录](#p106)

封面

[扉页](#p2)

[版权信息](#p3)

[序](#p5)

[一、行政不作为](#p11)

[1延迟履行法定职责的时间界定问题](#p11)

[2村民代表会议决议侵害村民权利时乡政府须履行监督职责](#p15)

[3行政机关超过合理期限不履行职责构成行政不作为](#p20)

[4行政机关拒收信件可认定为拒绝履行法定职责](#p25)

[5受理登记制度不完备,被诉行政机关构成不作为](#p30)

[6行政机关不存在拒绝履行或怠于履行法定职责的认定标准](#p36)

[7因客观原因导致行政机关不能充分履行义务时,不能认定行政机关存在](#p43)

[行政不作为](#p43)

[8开发商未缴纳国有土地出让金,购房者能否办理不动产登记](#p48)

[二、行政确认](#p56)

[9工伤行政确认案件履行工作职责与遭受暴力伤害之因果关系的采纳标](#p56)

[准](#p56)

[10超过法定退休年龄的务工农民因工伤亡的工伤认定](#p61)

[11出租汽车司机视同工伤认定的司法判断基准](#p67)

[12单方事故的工伤认定举证责任如何分配](#p74)

[13非工作时间、非工作岗位的举证责任应由用人单位承担](#p78)

[14对因时限中止无效致超期作出但对原告权利不产生实际影响的工伤认](#p84)

[定决定应当确认违法](#p84)

[15工作期间因临时解决合理的生理需要](#p91)

[16交警部门无法作出事故责任认定时的工伤认定](#p95)

[17伤情与病情关联性技术意见的审查标准](#p100)

[18因劳动关系确认事项引起的仲裁或诉讼期间应从工伤申请期限内予以](#p106)

扣除

[19行政机关自行纠错行为的司法审查](#p111)

[20知青下乡期间及返城招工后的工作时间能否视同养老保险缴费年限](#p115)

[21对于历史遗留的无证房产的确权登记应区别对待](#p119)

[22房产主管部门应审慎审查用于权属登记的测绘成果](#p123)

[23确定土地权属的行政规章与土地管理法不抵触时可以适用](#p127)

[三、行政许可](#p132)

[24具有持续性效力的行政行为以行政判决时为裁判基准时](#p132)

[25“无照”申请人申请药品经营行政许可证是否违反“先照后证”制度](#p136)

[26对建设用地申请财产保全的权利人是否是该土地上商品房预售许可的](#p140)

[利害关系人](#p140)

[27阳光房在建设前应当依法取得建设工程规划许可证](#p145)

[28行政行为补正后,应当以补正后的行政行为为审查对象](#p150)

[29行政案件处理也要适用诚实信用原则](#p154)

[30颁发林木采伐许可时,行政机关应该听取利害关系人的意见](#p158)

[四、行政征收](#p164)

[31房屋被征收并作出补偿决定后,被征收人与后续行政许可行为不具备](#p164)

[利害关系](#p164)

[32是否撤销县政府的违法征收行为需兼顾其他法定情形](#p169)

[33房屋承租人可以直接得到征收补偿](#p174)

[34房屋征收补偿安置协议的成立生效](#p178)

[35集体土地征收过程中行政机关强制执行的合法性问题探讨](#p183)

[五、行政处罚](#p188)

[36瑶医因非法行医而产生的冲突与出路](#p188)

[37畜禽屠宰企业经过分类及定量包装加工的产品属于食品①](#p194)

[38涉“最高级”广告用语行政处罚法律适用](#p203)

[39食药部门对传统食品进行行政处罚应充分考虑传统食品厂商已取得的](#p207)

[批准决定](#p207)

[40第三方认证机构对其认证的企业是否持续符合法律法规的要求具有跟](#p212)

[踪监督的职责](#p212)

[41独立董事应当对上市公司信息披露违法行为承担法律责任](#p216)

[42行刑衔接过程中“二罚”的正当性分析](#p221)

[43个人开发经营房地产的行为定性及法律适用](#p228)

[44行政机关根据未经过告知和听证的新证据作出行政处罚决定构成违反](#p235)

[法定程序](#p235)

[45公安机关选择处罚种类时应当考量具体事件的特殊情况](#p241)

[46行政相对人的自救措施能否成为违法阻却事由问题](#p246)

[47对行政相对人及其服务网点同时处以行政罚款违反“一事不再罚”原则](#p249)

[48违反合意顺序及费用平摊方式的拼车行为构成擅自从事非法客运活动](#p255)

[49网约车不因属新生事物而具有天然合法地位](#p260)

[50对国土资源违法行为中涉嫌犯罪的可否进行行政处罚](#p269)

[六、行政强制](#p273)

[51促使未完全履行的行政处罚得到强制执行是行政机关的法定职责](#p273)

[52道路交通管理中扣押机动车的法定程序要求](#p277)

[53对危险房屋作出紧急避险决定应具有目的正当性](#p283)

[54拆违案件中被告的确定和赔偿责任的承担](#p287)

[55非“在建”状态违建不适用“快拆”机制](#p292)

[56违法建筑不构成行政行为违法性的阻却事由](#p296)

[57公安机关对不在案发现场的当事人作出的口头传唤行为违法](#p301)

[七、行政赔偿](#p306)

[58看守所救治不及时是否应当承担赔偿责任](#p306)

[59拆除违法建筑过程中不当处置有利用价值的建筑材料是否应承担赔偿](#p313)

[责任](#p313)

[60国有土地上房屋强拆后如何确定赔偿标准](#p319)

[61人民法院对重整程序中的执行行为不承担国家赔偿责任](#p326)

[八、行政程序](#p332)

[62房屋登记部门对宅基地房屋的登记申请不得增设条件](#p332)

[63动产抵押登记机关仍应依据《担保法》的规定审查动产权属](#p336)

[64社保机构调查核实义务是否履行到位的判定](#p345)

[九、政府信息公开](#p349)

[65证券监管信息的公开途径](#p349)

[66不动产信息的公开应适用“特别法”](#p356)

[67要求申请人更改、补充的政府信息告知书并非一概不可诉](#p360)

[68刑事转行政处罚案中直接影响相对人行政处罚结果的刑事侦查信息应](#p364)

[予公开](#p364)

[69行政机关对派出机构制作或保存的信息是否负有公开的义务](#p370)

[70政府信息公开权利外表下重复救济行为的诉权认定](#p374)

[71政府信息不存在时的司法审查标准](#p379)

[十、其 他](#p385)

[72承租人对房屋权属登记行为是否具备利害关系](#p385)

[73房屋买卖合同网签行为不具有行政诉讼可诉性](#p389)

[74公房承租权的继承更名应尊重原承租人的处分权](#p392)

[75夫妻分别代理不同主体参与投标涉嫌串通投标](#p398)

[76国有土地使用权出让中善意受让人的信赖利益保护](#p403)

[77以官网形式公告被诉行政批复的审查认定](#p408)

[78学校依法能够将遵纪守法、道德品行因素细化并纳入学位评定标准](#p413)

[79提供虚假材料办理的户口登记注销与否应考虑被注销人的权益保护](#p419)

[80审理取消考试资格行政处理案件时应当适用较高的证明标准](#p423)

一、行政不作为

1延迟履行法定职责的时间界定问题

——甘劲增诉巴马瑶族自治县食品药品监督管理局不履行法定职责

案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区河池市巴马瑶族自治县人民法院(2017)桂1227行初

14号行政判决书

2.案由:不履行法定职责纠纷

3.当事人

原告:甘劲增

被告:巴马瑶族自治县食品药品监督管理局

【基本案情】

2017年5月25日,原告认为其在淘宝网店荣烽特产店购买的由广西巴

马正中长寿食品有限公司生产的山茶籽油存在掺假掺杂的问题,于2017

年6月13日向被告提交《投诉举报书》,要求对被投诉人的货物来源等环

节进行核实,责令停止销售,退还购物款等费用,并要求被告在法定期限

内以书面的形式告知其受理情况和调查处理结果,且根据实际情况给予

相应的投诉举报奖励。2017年8月11日,被告向原告作出书面复函,其中

第三项答复内容为:“2017年6月16日,我局已对广西巴马正中长寿食品

有限公司涉嫌生产销售标签不符合规定山茶籽油的行为进行立案调查。

目前,案件正在办理中。”原告认为,被告该答复并不是对其投诉举报事

项作出的实质性调查处理结果,故向本院提交行政起诉状,请求本院依法

确认被告未在法定期限内答复的行政行为违法,并判令被告向原告答复

关于原告投诉举报案件的调查处理结果。2017年11月15日及11月21日, 被告针对原告的举报事项作出了复函,认定广西巴马正中长寿食品有限

公司向巴马荣烽特产店销售过标签不符合规定的山茶油,并给予该公司

没收物品、没收违法所得、进行罚款的行政处罚,但认为原告不符合

《食品药品违法行为举报奖励办法》应给予奖励的相关规定,故不予以

奖励,对赔偿问题建议原告向法院另提起民事诉讼。被告的该复函在开

庭前已送达给原告。在庭上,原告亦认可被告在诉讼期间已经对其举报

作出了实质性答复,履行了法定职责,但原告仍认为,被告履行法定职责

的时间已经超过《食品药品投诉举报管理办法》第二十条第一款规定的

60日的法定期限,属于拖延履行,故坚持其诉讼请求。

【案件焦点】

食品药品监督管理部门在投诉举报的受理期限和办结期限中是否存

在不履行法定职责的行为。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区巴马瑶族自治县人民法院经审理认为:对公民反映

的食品在生产、流通等环节存在违法行为的投诉举报,食品药品监督管

理部门应当按照相关法律法规规定,对受理的投诉举报进行调查处理,并

将处理结果反馈投诉举报人,及时解决和回应公众诉求。而对投诉举报

的受理期限和办结期限,《食品药品投诉举报管理办法》第十五条和第

二十条第一款均有明确规定,即食品药品监督管理部门收到投诉举报之

日起5日内须作出是否受理的决定,并在受理之日起60日内向投诉举报人

反馈办理结果,情况复杂的,可适当延长办理期限。管辖、检测等时间不

计算在投诉举报办理期限内。具体到本案中,经庭审查明,被告于2017年

6月13日收到原告投诉举报后,于6月16日进行立案调查,于8月11日作出

复函告知原告案件正在办理中,于11月15日及11月21日作出两份内容相

似的复函告知原告已对被投诉人进行相关的行政处罚。因被告于8月11

日作出的复函只是告知原告案件的办理进度,并不是向原告反馈办理结

果,而11月15日的答复已经超出60日的法定期限,且被告没有证据证实其

存在依法延长期限或者应予以扣除期限的特殊情形,属于未在法定期限

内作出答复,构成拖延履行法定职责。但因被告客观上已经履行了职责, 判决履行已经没有实际意义,故根据《中华人民共和国行政诉讼法》第

七十四条第二款第(三)项“行政行为有下列情形之一,不需要撤销或者

判决履行的,人民法院判决确认违法……(三)被告不履行或者拖延履行

法定职责,判决履行没有意义的”之规定,依法确认被告拖延履行法定职

责的行为违法。

依照《食品药品投诉举报管理办法》第九条、第十五条、第二十条

第一款,《中华人民共和国行政诉讼法》第七十四条第二款第(三)项之

规定,判决如下:

一、确认被告巴马瑶族自治县食品药品监督管理局未在法定期限内

履行法定职责的行为违法;

二、驳回原告甘劲增的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案中,原告于2017年6月13日向被告提交了《投诉举报书》,被告

于2017年8月11日、11月15日和11月21日作出了书面复函。各方对此并

无异议。本案的争议焦点在于被告巴马食品药品监督管理局是否构成迟

延履行法定职责。

迟延履行是指履行法定职责的事由发生后,行政机关在规定或承诺

的期限内以各种理由推诿、不明确作出结论性的答复。结合行政审判实

践,不履行法定职责主要有三种基本形态:拒绝履行、迟延履行、不予答

复。迟延履行属于不履行法定职责的基本形态之一。笔者认为,被告巴

马食品药品监督管理局已构成迟延履行。主要理由如下:

1.行政机关已超过法定履行职责的期限。行政机关履行法定职责的

期限可分为一般期限、法定期限和特殊期限。一般期限即前述规定的60

日;法定期限是指法律、法规、规章和其他规范性文件对行政机关履行

职责规定的期限;特殊期限是指对于行政相对人在紧急情况下请求行政

机关履行保护其人身权、财产权法定职责时,行政主体的履行期限另作

特殊规定。显然本案被告履行法定职责期限适用法定期限,即《食品药

品投诉举报管理办法》的规定。

2.行政机关在履行法定职责期限内不明确作出结论性意见。在行政

审判实践中被告认为其已履行职责或者义务,只是原告因未达到自身的

目的而认为被告没有履行职责的情况,我们认为应着重审查被告所提供

的证据材料是否能够证明其确实按照相关规定履行了法定职责。本案中

被告6月16日进行立案调查,8月11日的复函仅告知原告案件正在办理。

行政机关在法定期限内仅向相对人答复履行进度,不明确作出结论性处

理意见,均为迟延履行的表现。

编写人:广西壮族自治区巴马瑶族自治县人民法院 韦祝瑜

2村民代表会议决议侵害村民权利时乡政府须履行

监督职责

——姜言义、席志兰诉北京市延庆区珍珠泉乡人民政府不履行法定

职责案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市延庆区人民法院(2017)京0119行初37号行政判决书

2.案由:不履行法定职责纠纷

3.当事人

原告:姜言义、席志兰

被告:北京市延庆区珍珠泉乡人民政府(以下简称乡政府)

第三人:北京市延庆区珍珠泉乡小铺村民委员会(以下简称村委会)

【基本案情】

姜言义、席志兰系北京市延庆区珍珠泉乡小铺村村民,在本村从事

看山护林工作。关于山区生态林管护员轮岗工作方案,2013年5月25日和

2014年5月16日,北京市延庆区园林绿化局分别印发了延园绿文〔2013〕

69号《通知》及延园绿文〔2014〕76号《通知》。上述两份《通知》规

定,生态林管护员的选用标准年龄要求男劳动力18~65周岁,女劳动力

18~55周岁,如果本村适龄人员少,需要使用超龄人员的男性不得超过70

周岁,女性不得超过65周岁。根据小铺村委会提交的证据记载,2013年7

月1日,小铺村村民代表会议讨论决定,姜言义、席志兰作为超龄人员从

事山区生态林管护林员工作,每人每月扣工资300元。姜言义、席志兰

在2013~2015年(2013年7月1日~2015年6月30日)从事管护员的工作,年龄

分别为67、68周岁和62、63周岁,均属于超龄看山人员。2017年4月18

日,姜言义、席志兰向被告以书面形式递交了“关于要求乡政府依法履

行‘行政行为’职能的申请”。2017年4月28日,乡政府作出被诉“答

复”,告知姜言义、席志兰的请求因缺少事实和法律依据,不能得到支

持。后姜言义、席志兰于2017年5月3日向本院提起行政诉讼,要求判决

撤销乡政府作出的被诉“答复”,同时判决乡政府依法履行监督职责,责

令小铺村委会改正扣押工资的行为。

另查,姜言义、席志兰曾于2016年1月7日向本院提起民事诉讼,要求

小铺村委会支付其被扣留的看山款及相应利息,支付其误工费等损失,并

且要求小铺村委会公开向姜言义、席志兰赔礼道歉。本院作出(2016)京

0119民初526号民事裁定书,以不属于受案范围裁定驳回二原告的起诉。

【案件焦点】

村委会村民代表会议的决议内容是否侵犯原告的合法权益。

【法院裁判要旨】

北京市延庆区人民法院经审理认为:本案的争议焦点在于2013年7月

1日作出的村民代表会议中关于对姜言义、席志兰每人每月扣300元的决

议内容,是否侵犯原告的合法权益。对此,乡政府认为,看山护林人员工

资的发放标准属于村民自治范畴,该决议未违反区和乡制定的文件政策, 且姜言义、席志兰当时也在决议上签字了,乡政府应尊重村民代表决议

内容,同时,乡政府表示愿意协助村委会纠正,但不能过多干涉,无权强制

要求村委会改正。小铺村委会在庭审中表示,决议内容确实不合理,村里

前后政策不一致,导致了只针对姜言义、席志兰超龄看山少发300元的情

况,小铺村委会表示愿意纠正。本院认为,根据《中华人民共和国行政诉

讼法》的相关规定和立法精神,行政诉讼旨在促进行政争议的解决。本

案中,姜言义、席志兰认为,村民代表会议内容违反看山护林政策且违反

同工同酬的政策,不公平、不合理;小铺村委会也认为该决议内容对二原

告不公平,并愿意纠正;乡政府在庭审中亦表示,愿意解决该问题并提供

相关支持。在此情况下,责令政府履行法定职责更为妥当。同时,园林局

文件以及被告制订的工作方案等文件未规定超龄看山人员在工资标准上

要比其他人员低,且二原告在与其他看山护林人员同工的情况下,应同工

同酬,因此,二原告要求被告对小铺村委会上述行为进行责令改正的诉讼

请求,法院亦应予以支持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十

二条、《最高人民法院关于适用<中华人民共和国行政诉讼法>若干问题

的解释》[[1]第](#p55)二十二条之规定,判决如下: 一、撤销北京市延庆区珍珠泉乡人民政府于2017年4月28日作出

的“对《关于请求北京市延庆区珍珠泉乡人民政府依法履行‘行政作

为’职能的申请》的答复”;

二、责令被告北京市延庆区珍珠泉乡人民政府于本判决生效之日起

两个月内履行法定职责,对原告姜言义、席志兰所申请之事履行监督职

责。

【法官后语】

本案的历史背景源于具有中国特色的基层群众自治制度。发案原因

是原告认为村民代表会议的决议侵犯其财产权利,要求乡镇政府履行监

督职责。村民委员会是村民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众

性自治组织,乡镇人民政府对村民委员会的工作给予指导、支持和帮助, 不得干预依法属于村民自治范围内的事项。但是当村民自治章程、村规

民约以及村民会议或者村民代表会议的决定与宪法、法律、法规和国家

的政策相抵触,有侵犯村民的人身权利、民主权利和合法财产权利的内

容时,乡镇人民政府有权责令其改正。

本案审理的难点在于认定第三人小铺村委会村民代表会议的决议内

容是否侵犯原告的合法权益。村民代表会议经村民会议授权可以讨论决

定涉及村民利益的重大事项。本案中,小铺村委会根据园林绿化局文件, 认为二原告已经超龄,后召开村民代表会作出对二原告每月减少300元工

资的决议。在我国,村民代表会议制度是村级治理中民主决策的重要体

现,但并不表示不受任何监督与制约。本案中,二原告与其他看山护理人

员在工作性质、工作内容、工作时间等方面均一致,同工理应同酬,不能

因为超龄而被克扣工资。《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地

方各级人民政府组织法》第六十一条也规定,保护社会主义全民所有的

财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的合法财产,维护社

会秩序,保障公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及保障宪法和法

律赋予妇女的男女平等、同工同酬和婚姻自由等各项权利,是乡镇人民

政府的职权。综上,本案被告珍珠泉乡政府应当履行对小铺村村民代表

会议决议的监督职责。

本案的判案意义主要有以下两点:一是充分体现了行政诉讼“实质

性解决行政争议”的立法宗旨,依法保护了公民、法人和其他组织的合

法权益。本案原告几年来一直因为超龄被扣发看山护林工资一事要求村

委会、乡政府解决,为此也提起过民事诉讼,但问题一直未得到有效解

决。法院在受理后,积极督促被告行政机关负责人出庭应诉,倾听原告的

诉求,并充分考虑到第三人小铺村委会愿意自我纠正,被告珍珠泉乡政府

亦表示愿意解决该问题并提供相关支持的情况,责令被告珍珠泉乡政府

履行法定职责更为妥当,可以促进该案纠纷的实质性解决。二是通过判

决被告珍珠泉乡政府对侵害原告权利的村委会决议履行监督职责,体现

了在“乡政村治”这种具有中国特色的农村政治模式下,乡镇政府对于

农村基层自治组织的工作既不能“越位”,随意干预村民自治范围内的

事项,但同样也不能“错位”和“缺位”,对村民委员会工作放任自流。

乡镇政府要实现行政管理与基层群众自治的有效衔接和互动,在村民代

表会议作出侵害村民合法权益时,要及时履行监督职责,只有如此,才能

更好地保护村民的合法权益,保障农村基层自治组织工作的有效开展。

编写人:北京市延庆区人民法院 王芹

3行政机关超过合理期限不履行职责构成行政不作

为

——蒋卫星诉江阴市城市管理行政执法局要求履行法定职责案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市中级人民法院(2017)苏02行终246号行政判决书

2.案由:要求履行法定职责纠纷

3.当事人

原告(上诉人):蒋卫星

被告(被上诉人):江阴市城市管理行政执法局

第三人(原审第三人):王雪英

【基本案情】

蒋卫星系江阴市小河一村11幢3号房屋(以下简称3号房屋)的现产权

人,房屋东面相邻的11幢2号房屋(以下简称2号房屋)产权人为王雪英的

儿子夏海东,两家房屋之间原有一通道相隔,南面均有一个院子。蒋卫星

购买该房屋前,2号房屋实际居住人王雪英在通道内、2号房屋南面院内

进行了搭建。蒋卫星购买上述3号房屋后,于2014年12月起向江阴市城市

管理行政执法局(以下简称江阴城管局)投诉反映上述2号房屋的违法建

设情况,要求予以查处。2015年11月27日,江阴城管局作出行政处罚决定

书,认定王雪英上述搭建建(构)筑物的行为违反了《中华人民共和国城

乡规划法》(以下简称《城乡规划法》)第四十四条第一款规定,构成了

《城乡规划法》第六十四条所指的未取得建设工程规划许可证进行建设

的行为,并认定王雪英已自行拆除了通道内南面搭建的阳光房,同时限王

雪英在收到本决定书之日起7日内拆除通道内北面和南面院内的建(构) 筑物及其他工程建设。

江阴城管局作出上述行政处罚决定书后,王雪英未履行。2016年5

月12日,江阴城管局作出澄城执强拆决字(2015)第2001号行政强制拆除

决定书,决定强制拆除涉案2号房屋西侧通道内北面和2号房屋南面院内

全部违法建设及其他工程建设,强制执行的方式和时间规定为上述行政

处罚决定送达之日起届满六个月后。2016年10月14日,江阴城管局将涉

案2号房屋院内南面与合法建设相连接的二楼阳光房予以强制拆除,在该

房屋南面搭建的一层建筑物及西侧与3号房屋相邻的通道内北面搭建的

建筑物未予拆除。蒋卫星起诉至法院,请求判令江阴城管局继续履行法

定职责,立即拆除违法建设,排除妨碍,恢复原状;判令江阴城管局赔偿蒋

卫星损失11万元、承担本案诉讼费用。本案一审审理中,江阴城管局于

2017年3月30日作出行政强制中止执行决定书,决定对上述澄城执强拆决

字(2015)第2001号行政强制拆除决定书中尚未拆除的部分中止执行。

【案件焦点】

在法律法规及行政规章对于城建管理机关作出行政强制拆除决定后

应在多长时间内实施没有明确规定的情况下,江阴城管局未及时履行拆

除职责是否构成行政不作为,是否应承担赔偿责任。

【法院裁判要旨】

江苏省江阴市人民法院经审理认为:江阴城管局对王雪英违法建设

作出行政强制拆除决定书后应在多长时间内实施拆除行为,法律法规并

无明确强制性规定,故江阴城管局有权决定实施强制拆除行为的具体时

间,但根据行政程序正当原则,江阴城管局作为行政机关应在合理期限内

实施强制拆除的行为,如遇有《中华人民共和国行政强制法》第三十九

条第一款规定的情形之一的,应及时作出中止执行的决定,并待中止执行

情形消失后恢复执行。本案中,江阴城管局于2016年5月12日作出的行政

强制拆除决定书中对强制执行的时间定为行政处罚决定送达之日起届满

六个月后,强制执行的时间实际未予具体明确。江阴城管局于2016年10

月拆除了部分建筑,剩余部分一直未予拆除,故江阴城管局存在怠于履行

法定职责的情形。关于江阴城管局在本案审理期间作出的中止执行决定

的合法性,与本案不属同一法律关系,本案不予理涉。关于蒋卫星提出的

行政赔偿的诉讼请求,根据相关规定,蒋卫星应就其主张的行政赔偿的损

失提供相应的证据,且其损失与江阴城管局的行政行为须存在直接的因

果关系,即必须是江阴城管局的行政行为或在行使职权中造成的。蒋卫

星在本案中提出的行政赔偿请求,无相应的事实根据,不予支持。

江苏省江阴市人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十

四条第二款第(三)项、《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题

的规定》第三十三条之规定,作出如下判决:

一、确认江阴城管局怠于履行法定职责的行为违法;

二、驳回蒋卫星其他诉讼请求。

蒋卫星不服一审判决,提出上诉。江苏省无锡市中级人民法院经审

理认为:蒋卫星就实体部分的上诉缺乏事实和法律依据,不予采纳。原审

判决认定事实清楚,对实体问题的处理亦无不当,应予维持。

江苏省无锡市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第

八十九条第一款第(一)项之规定,作出如下判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

行政机关超过合理期限未履责属于行政行为程序不当。修改后的

《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条规定的撤销判决适用情形中增

设了“明显不当”,表明行政诉讼法的司法审查原则在一定程度上拓展

到了合理性审查。对于程序明显不当的行政行为的把握主要考虑在法律

没有规定行政行为的履行期限、方式等情况下,行政行为显然超出了合

理的期限、方式,导致行政相对人或利害关系人的利益受损。表现在不

作为领域,程序上的明显不当会导致法院作出确认违法判决或者履行判

决。我国现有的法律法规和行政规章等对于城建行政机关作出行政强制

拆除决定后应在多长时间内实施确无明确规定,但这并不意味着行政机

关可以无限期地拖延履行,而应根据程序正当和效率的原则把握合理期

限,及时履行法定职责。本案中,江阴城管局于2016年5月12日作出行政

强制拆除决定书,于2016年10月拆除了一部分,剩余部分一直未予拆除, 且在蒋卫星起诉后五个月方作出中止执行的决定,故可以认定江阴城管

局未在合理期限内履行法定职责,程序上明显不当,构成行政不作为。

诉讼过程中产生新的行政行为,不宜一并审理。《中华人民共和国

行政强制法》第三十九条规定了在特定情形下,行政机关可以中止执行, 待中止情形消失后恢复执行。本案中,江阴城管局在一审审理过程中作

出行政强制中止执行决定书,决定对行政强制拆除决定书中尚未拆除的

部分中止执行,蒋卫星提出应当在本案中对该中止执行决定书进行一并

审理。因中止执行决定的合法性与本案要求履行法定职责分属不同的法

律关系,属于两个行政行为,故在本案中一并审理并无依据。同时,江阴

城管局在作出中止执行决定后何时恢复执行属于其行政职权范围,法院

无法确定江阴城管局强制拆除的履责期限,故对于蒋卫星要求立即拆除

违法建设的诉讼请求不予支持,仅确认江阴城管局怠于履行法定职责的

行为违法。

行政行为违法并不必然导致产生行政赔偿。《最高人民法院关于审

理行政赔偿案件若干问题的规定》第三十二条规定,原告在行政赔偿诉

讼中对自己的主张承担举证责任。被告有权提供不予赔偿或者减少赔偿

数额方面的证据。不同于行政诉讼中被告举证的一般原则,在行政赔偿

诉讼中,原告应对其主张的赔偿数额承担举证责任,且该损失限于违法行

政行为所造成的直接损失。本案中,蒋卫星虽主张11万元的租金损失,但

并未提供证据予以证实该直接损失的存在,故对于其一并提出的赔偿请

求不予支持。

编写人:江苏省无锡市中级人民法院 崔晓萌

4行政机关拒收信件可认定为拒绝履行法定职责

——董德瑞诉北京市公安局丰台分局卢沟桥派出所不履行法定职责

案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市丰台区人民法院(2016)京0106行初290号行政判决书

2.案由:不履行法定职责纠纷

3.当事人

原告:董德瑞

被告:北京市公安局丰台分局卢沟桥派出所(以下简称卢沟桥派出

所)

【基本案情】

2016年8月10日,董德瑞通过EMS向卢沟桥派出所邮寄《调取办案信

息申请表》。EMS快递单上载明编号为1042541610719,寄件人为董德瑞, 收件人为办公室,单位名称为丰台公安分局卢沟桥派出所,单位地址为北

京市丰台区晓月苑三里13号楼,内件品名为调取办案信息申请表。编号

为1042541610719邮件全程跟踪查询结果显示:2016年8月12日07时44

分21秒未妥投,未妥投原因为收件人不在指定地址,下一步动作是退回寄

件人。特快专递邮件再投、改退批条显示改退原因为值班人员拒收。

2016年8月13日,该邮件退回董德瑞,董德瑞认为卢沟桥派出所未履行法

定职责。

【案件焦点】

1.如何认定派出所值班人员拒收信件行为的性质;2.派出所值班人

员直接拒收信件是否构成不履行法定职责。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为:卢沟桥派出所作为具有一定行

政管理职责的行政机关,具有接收公民、法人或者其他组织寄送的邮件, 并根据邮件内容作出相应处理的法定职责。本案中,董德瑞向卢沟桥派

出所寄送内件品名为调取办案信息申请表的邮件,卢沟桥派出所直接拒

绝接收不当,本案审理中卢沟桥派出所已经知晓董德瑞的申请内容,其应

履行进一步处理的职责。

北京市丰台区人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十

二条、《最高人民法院关于适用<中华人民共和国行政诉讼法>若干问题

的解释》第二十二条之规定,作出如下判决:

责令被告北京市公安局丰台分局卢沟桥派出所于本判决生效之日起

七日内对原告董德瑞于2016年8月10日提出的《调取办案信息申请表》

的申请作出处理。

【法官后语】

一、派出所值班人员拒收信件行为的性质

行政诉讼受案的前提是争议行为属于行政行为,根据行政诉讼法和

相关司法解释的规定,构成行政行为须同时具备以下要件:1.主体是行政

机关,或是法律、法规、规章授权的非行政机关组织;2.必须是行政主体

在行政管理活动中行使行政职权的行为;3.必须针对特定人、特定的具

体事项;4.必须是对相对人的权利义务产生法律影响的行为。

本案中,卢沟桥派出所值班人员拒收信件的行为符合上述要件,属于

行政行为,理由如下:1.特快专递邮件再投、改退批条显示改退原因为卢

沟桥派出所值班人员拒收,派出所值班人员在工作时间、工作场合作出

的与工作职责相关的行为,其行为后果应由派出所承担;2.卢沟桥派出所

值班人员拒收的是原告这一特定相对人邮寄的特定信件,符合上述第3项

要件;3.依法履行职责、行使行政管理职能是行政机关的本职工作。对

行政管理职能的外延应作宽泛理解,与行使行政管理职能相关的辅助

性、预备性的工作也应被纳入。派出所作为公安机关派出机构,接收当

事人的信件系其为行使管理职能所做的预备性、辅助性工作,应属派出

所行使行政管理职能的行为;4.对相对人的权利义务产生法律影响的行

为是指行政主体作出的行为一旦生效,将会导致行政相对人在法律上的

权利义务增加、减少或者无法取得某种权利,使得合法权益得不到应有

的保护,而且通过民事诉讼或者刑事诉讼的途径无法解决。本案中,原告

为满足知情权,以信件形式向被告寄送《调取办案信息申请表》,被告拒

绝接收信件,该行为的直接后果是原告的申请事项将不可能被纳入被告

履行行政管理职责的相关范畴,原告的权益将得不到应有的保护。因此, 卢沟桥派出所拒收信件的行为是对原告的权利义务产生了法律影响的行

为,具有明显的外部法律效果。

综上所述,被告拒收原告信件的行为应属作为行政机关的被告针对

原告这一特定的相对人,就原告履责申请作出的对原告的权利产生一定

影响的行为,属行政行为,具有可诉性。

二、派出所值班人员直接拒收信件构成不履行法定职责

行政机关拒收信件是否构成不履行法定职责,应从以下几个方面进

行考量:一是原告是否向被告提出过申请,二是被告就原告申请事项是否

负有相应的法定职责和义务,三是被告是否具备履行职责的条件,四是被

告是否存在不履行法定职责的行为。本案在审查卢沟桥派出所是否存在

不履行法定职责情形时也主要围绕以上四个方面展开。

1.原告已向被告提出履责申请。依据行政诉讼法的规定,在起诉被

告不履行法定职责的案件中,除被告应当依职权主动履行法定职责和原

告因正当理由不能提供证据的,原告应当提供其向被告提出申请的证

据。本案中,从原告提供的EMS快递单、邮件再投、改退批条及邮件全程

跟踪查询结果可知,原告已通过邮寄方式向被告送达《调取办案信息申

请表》。

2.被告就原告申请事项负有相应的法定职责和义务。行政机关在履

行行政职能时,应尽到合理的注意义务,该合理注意义务作为一种附随义

务,是比例原则在行政法中的具体适用,同时也是高效便民原则的体现。

本案审理中,被告主张原告向其邮寄的《调取办案信息申请表》属于政

府信息公开申请,应向北京市公安局丰台分局提出申请,被告不负有信息

公开的法定职责,其拒收信件行为不属于不履行法定职责。笔者认为,在

被告未拆封邮件的情况下,仅从邮件信封显示的信息不能准确判断原告

申请事项属于政府信息公开申请。被告作为公安机关的派出机构,其在

收到原告邮寄的信件后,出于为当事人提供便利及保护其知情权的需要, 应当及时作出处理,对不属于其职责范围的事项,基于行政机关内部工作

流程及分工,亦应及时向其他负责处理该事项的部门进行转交。

3.被告具备履行职责的条件。对于依申请的行政行为,当事人一旦

提出申请,行政机关的作为义务便已具体化。本案中,被告收到原告邮寄

的信件后,针对原告的申请事项作出相应处理的义务就已经具体化,具备

了履行职责的条件。

4.被告存在不履行法定职责的行为。行政机关在履行职能时应尽的

合理的注意义务要求其在处理当事人申请时需要采取必要的措施和手

段,如果未履行必要的附随义务,应视为行政机关未尽到合理的注意义

务,构成实质上的不履行法定职责。本案中,从原告提供的邮件再投、改

退批条及邮件全程跟踪查询结果等证据可以看出,被告在收到原告邮寄

的信件后未进行拆封查看便拒绝接收,该拒收信件的行为应认定为不履

行法定职责。

综上所述,公民、法人或者其他组织以邮寄信件的方式向负有相应

职责的行政机关提出履责申请,该行政机关应尽到必要合理的注意义务, 履行相应的职责,其直接拒绝接收信件的行为既缺乏相应的法律依据,也

不符合合理行政原则,应认定为不履行法定职责。

编写人:北京市丰台区人民法院 郑文静 王培松

5受理登记制度不完备,被诉行政机关构成不作为

——互助某某矿业开发有限公司诉海东市国土资源局等不履行法定

职责案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

青海省西宁市城西区人民法院(2017)青0104行初46号行政判决书

2.案由:不履行法定职责纠纷

3.当事人

原告:互助某某矿业开发有限公司(以下简称某某公司)

被告:海东市国土资源局、互助土族自治县国土资源局(以下简称互

助县国土资源局)

【基本案情】

2010年6月18日,被告海东市国土资源局发布采矿权挂牌出让公告, 挂牌出让互助县松多乡马营村大理岩矿的采矿权。2010年7月18日,案外

人祁某银以780000元竞得互助县松多乡马营村大理岩矿的采矿权。后祁

某银注册成立原告某某公司,经祁某银的申请将采矿权人变更为原告某

某公司。2011年1月11日,原告某某公司与被告海东市国土资源局签订

《采矿权出让合同》,被告海东市国土资源局向原告某某公司颁发了

《采矿许可证》,有效期为六年,自2011年1月11日起至2017年1月12日

止。《采矿权出让合同》第十一条约定,根据《矿产资源开采登记管理

办法》第七条第一款的规定,采矿许可证有效期满,需继续采矿的,采矿

权人应当在采矿许可证有效期届满的30日前,到登记管理机关办理延续

登记手续。采矿权人逾期不办理延续登记手续的,采矿许可证自行废

止。

2016年10月8日,被告海东市国土资源局向原告某某公司作出通知, 告知原告的采矿许可证即将到期,应在许可证有效期届满30日前,向互助

县国土资源局提出办理延续或注销登记手续的申请,逾期不办理有关手

续的,将按照规定予以处罚。原告某某公司的总经理王二龙于2016年12

月2日签收该份通知。2017年4月10日,被告海东市国土资源局发布《关

于注销采矿许可证的公告》,因原告某某公司的采矿许可证到期未申请

延续,决定注销原告某某公司的互助县松多乡马营村大理岩矿的采矿许

可证,要求采矿权人于公告发布之日起60日内到被告海东市国土资源局

申请采矿权注销登记手续,逾期未申请办理注销的,视为注销通知已送达

并直接注销采矿权许可证。原告于2017年4月18日签收该份公告,后于

2017年6月14日提起本案行政诉讼。因原告的起诉,被告海东市国土资源

局尚未注销原告的采矿许可证。

案涉采矿证延续登记的审批权属于被告海东市国土资源局。依据青

海省国土资源厅发布的《采矿权延续审批的服务指南》的规定,采矿权

延续审批的行政许可事项行使依据为《矿产资源开采登记管理办法》第

七条;受理条件为年检合格;采矿权人应当在采矿许可证有效期届满前30

日前,到登记管理机关办理延续登记手续;申办材料包括采矿权延续申请

报告、采矿权延续申请登记书、州或县国土资源局关于采矿权人履行义

务等情况及延续的审查意见等。依据2013年2月26日发布的青国土资

〔2013〕73号《青海省国土资源厅关于省级发证采矿权延续登记管理有

关问题的通知》的规定,采矿许可证有效期届满前已经提交延续申请的, 州、县国土资源部门应及时完成审查并向上一级国土资源部门出具初步

审查意见,未能及时完成审查的,审查意见中需补充说明申请人提交申请

时间和延误审查的原因。州、县审批采矿权延续登记管理可参照本通知

要求执行。被告海东市国土资源局依据上述规定,在原告的采矿许可证

到期前,通知原告在采矿许可证有效期届满30日前向互助县国土资源局

提出办理延续或注销登记手续的申请,确定由被告互助县国土资源局作

出关于采矿权人履行义务等情况及延续的审查意见后,报送被告海东市

国土资源局审批。

被告海东市国土资源局、互助县国土资源局有相应的收文登记制

度,收文登记记录包括各类采矿证延续申请,在被告互助县国土资源

局2016年2月至2017年2月的收文登记中,没有关于原告提交延续申请的

收文登记记录。被告互助县国土资源局辩称2017年2月春节后收到原告

提交的采矿证延续申请,因为涉及群众上访问题没有受理,所以未在收文

登记本中记录。

【案件焦点】

原告某某公司是否在《采矿许可证》有效期届满30日前提交了采矿

证延续登记申请,二被告是否存在行政不作为。

【法院裁判要旨】

本院认为,被告互助县国土资源局受理采矿证延续申请的登记制度

不完备,被告主张原告申请延续登记超过法定期限的理由不成立。《最

高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第四条规定,公民、法

人或者其他组织向人民法院起诉时,应当提供其符合起诉条件的相应的

证据材料。在起诉被告不作为的案件中,原告应当提供其在行政程序中

曾经提出申请的证据材料。但有下列情形的除外:(一)被告应当依职权

主动履行法定职责的;(二)原告因被告受理申请的登记制度不完备等正

当事由不能提供相关证据材料并能够作出合理说明的。被告认为原告起

诉超过法定期限的,由被告承担举证责任。本案中,被告互助县国土资源

局自认原告于2017年2月向被告互助县国土资源局提交了采矿证延续申

请,但在被告互助县国土资源局2017年2月的收文登记中,并无原告提交

采矿证延续申请的收文登记记录,且被告互助县国土资源局在收到原告

的延续申请后,没有出具收据或受理通知书,也没有对申请给予书面回

复,因此,本院认为被告互助县国土资源局受理采矿证延续申请的登记制

度不完备,原告确实难以提交其向被告互助县国土资源局申请履行法定

职责的证据材料。现被告互助县国土资源局认为原告未在采矿证有效期

届满30日前提交延续申请,提交申请超过法定期限,应由被告互助县国土

资源局举证证明,但是被告互助县国土资源局对此并无证据证实,应当承

担举证不能的法律后果,故本院认为原告主张被告互助县国土资源局不

履行法定职责的理由成立。依据《中华人民共和国行政许可法》第四十

三条“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。但是,法律、法规另有规定的,依照其规定”的规定,被告互助县国

土资源局应当在本判决生效后20日内对原告的采矿证延续申请审查完

毕,并报送被告海东市国土资源局审批。

被告海东市国土资源局虽依据《青海省国土资源厅关于省级发证采

矿权延续登记管理有关问题的通知》的规定,在采矿证有效期届满前通

知原告依程序向被告互助县国土资源局提交延续申请,但被告海东市国

土资源局作为该行政许可事项的审批机关和登记管理机关,对被告互助

县国土资源局受理采矿证延续申请负有监督职责,对被告互助县国土资

源局未履行法定职责的行为的法律后果承担责任。因此,被告海东市国

土资源局、互助县国土资源局对原告提出的采矿证延续申请未及时作出

处理的行为,属于行政不作为,原告主张二被告未履行法定职责的理由成

立。依据《矿产资源开采登记管理办法》第六条第一款“登记管理机关

应当自收到申请之日起40日内,作出准予登记或者不予登记的决定,并通

知采矿权申请人”的规定,被告海东市国土资源局应当在本判决生效后

40日内对原告的采矿证延续申请作出处理。

此外,原告申请采矿证延续是否符合条件以及被告海东市国土资源

局是否应为原告办理采矿证延续登记,属于二被告的行政职责审查范围, 不宜由人民法院径行判决,故原告要求法院判决二被告限期办理采矿证

延续登记的诉讼请求,本院不予支持。依照《中华人民共和国行政诉讼

法》第三十八条、第七十二条,《中华人民共和国许可法》第四十三条,

《最高人民法院关于执行<中华人民共和国行政诉讼法>若干问题的解

释》第五十六条第(四)项,《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题

的规定》第四条的规定,判决如下:

一、责令被告互助土族自治县国土资源局在本判决生效之日起20日

内对原告互助某某矿业开发有限公司的《互助县松多乡马营村大理岩矿

的采矿证延续登记申请》作出审查意见并报送被告海东市国土资源局审

批,被告海东市国土资源局在本判决生效之日起40日内对采矿证延续申

请作出处理;

二、驳回原告互助某某矿业开发有限公司的其他诉讼请求。

宣判后,双方均未上诉,判决已生效。

【法官后语】

本案是一起涉及环境资源的行政案件,审理争议焦点在于原告是否

在法定期限内提出延续登记的申请。根据《中华人民共和国行政诉讼

法》第三十八条的规定,诉行政机关不作为的案件的举证责任分配,要求

原告应当提供其向被告提出申请的证据,同时该条有但书规定:“但有下

列情形之一的除外:(一)被告应当依职权主动履行法定职责的;(二)原告

因正当理由不能提供证据的。”《最高人民法院关于行政诉讼证据若干

问题的规定》第四条前两款对此进一步规定,公民、法人或者其他组织

向人民法院起诉时,应当提供其符合起诉条件的相应的证据材料。在起

诉被告不作为的案件中,原告应当提供其在行政程序中曾经提出申请的

证据材料。但有下列情形的除外:(一)被告应当依职权主动履行法定职

责的;(二)原告因被告受理申请的登记制度不完备等正当事由不能提供

相关证据材料并能够作出合理说明的。

因此,审理诉行政机关不履行法定职责的案件时,在审查原告是否提

供其在行政程序中曾经提出申请的证据材料的同时,应一并审查被诉行

政机关是否应当依职权主动履行职责,或者是否存在当事人因正当理由

无法举证的情形。本案因被告行政机关的受理申请的登记制度不完备, 行政相对人难以提交相应的证据,判令被告构成不作为,以此促使及监督

行政许可机关完善相应的受理登记制度,依法履行法定职责。

编写人:青海省西宁市城西区人民法院 李成玲

6行政机关不存在拒绝履行或怠于履行法定职责的

认定标准

——云南佩洛仕珠宝有限公司诉原中华人民共和国国家工商行政管

理总局不履行垄断查处法定职责案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院(2017)京01行初543号行政判决书

2.案由:不履行垄断查处法定职责纠纷

3.当事人

原告:云南佩洛仕珠宝有限公司(以下简称佩洛仕公司)

被告:原中华人民共和国国家工商行政管理总局(以下简称国家工商

总局)

【基本案情】

2014年10月16日,佩洛仕公司向国家工商总局反垄断与反不正当竞

争执法局邮寄提交第一次举报材料,请求国家工商总局对佳×福“滥用

市场支配地位,排除、限制竞争”的违法行为,依法立案调查,并依法予

以确认,以便佩洛仕公司依法向法院主张权利。2014年10月28日,国家工

商总局将佩洛仕公司的第一次举报转送云南省工商行政管理局(以下简

称云南省工商局)办理。之后,云南省工商局对佩洛仕公司的第一次举报

进行了处理,认为昆明佳×福与云南立强珠宝公司的行为不构成垄断,并

将该结果及该结果告知佩洛仕公司的情况作了《答复记录》反馈给国家

工商总局。2016年9月10日,佩洛仕公司向国家工商总局邮寄第二次举报

的材料,请求国家工商总局对昆明佳×福在昆明佳×福所有市场与云南

省立强珠宝公司签订“垄断协议”,限制、排除佩洛仕公司及其他经营

者在昆明佳×福市场销售“金银首饰、K金首饰、镶嵌的珠宝首饰”的

协议垄断经营行为,依法予以立案调查、确认,并作出相应的行政处罚。

2016年9月30日,国家工商总局作出〔2016〕182号转办函件,将佩洛仕公

司的第二次举报转至云南省工商局办理。云南省工商局展开了核查工

作,对昆明佳×福做了初步调查,昆明佳×福向云南省工商局出具《情况

说明》;对佩洛仕公司的法律顾问及法定代表人也进行了调查。2016

年11月25日,云南省工商局将对佩洛仕公司第二次举报的调查情况书面

反馈给国家工商总局。之后,佩洛仕公司认为国家工商总局未依法履行

对其举报进行调查、认定、处理的法定职责,故提起同级行政复议申

请。2017年1月4日,国家工商总局收到佩洛仕公司提交的《行政复议申

请书》,复议请求为:1.依法确认被申请人在法定期间不依法履行反垄断

经营调查、认定的法定职责违法;2.依法履行对昆明佳×福协议垄断经

营违法行为调查、认定的法定职责。2017年1月17日,国家工商总局竞争

执法局提交了行政复议答复意见及作出具体行政行为的相关证据材料。

同年3月1日,国家工商总局作出工商复字〔2017〕79号《行政复议决定

书》(以下简称被诉复议决定),认为复议被申请人在收到佩洛仕公司的

举报后,依照《工商行政管理机关查处垄断协议、滥用市场支配地位案

件程序规定》(以下简称工商机关查处垄断案件程序规定)第三条第二款

第(三)项的规定,依法将佩洛仕公司的举报转至云南省工商局处理,已经

履行了法定职责。根据《中华人民共和国行政复议法实施条例》(以下

简称复议法实施条例)第四十八条第一款第(一)项的规定,驳回了佩洛仕

公司的全部行政复议申请。佩洛仕公司不服,提起本案诉讼。

庭审中,佩洛仕公司明确表示,其是针对第二次举报认为国家工商总

局没有履行法定职责而提起本案诉讼的,对被诉复议决定作出的程序无

异议。佩洛仕公司亦确认,其诉讼请求中所称的国家工商总局不依法履

行的市场垄断经营调查、认定、确认的法定职责,指的是请求国家工商

总局对其举报事项履行立案调查、处理的法定职责。

庭审后,云南省工商局于2017年7月24日向国家工商总局反垄断与反

不正当竞争执法局出具《不予立案情况说明》,建议国家工商总局竞争

执法局对佩洛仕公司的举报不予立案。2017年8月17日,国家工商总局反

垄断与反不正当竞争执法局作出〔2017〕132号决定,根据工商机关查处

垄断案件程序规定第八条的规定及云南省工商局的核查意见,决定对佩

洛仕公司举报的事项不予立案调查。佩洛仕公司收到该不予立案决定

后,表示坚持本案诉讼。

【案件焦点】

1.国家工商总局是否具有查处佩洛仕公司举报事项的职责;2.国家

工商总局是否存在拒绝履行职责或者存在超过法定期限怠于履行该职责

的情形。

【法院裁判要旨】

北京市第一中级人民法院经审理认为:本案中,原告认为昆明佳×福

存在“滥用市场支配地位,排除、限制竞争”的违法行为而向被告进行

举报,要求被告依法履行立案调查、处理的法定职责。本案应当首先查

明被告对原告举报事项是否具有履行立案调查、处理的职责。根据《反

垄断法》第十条第二款及工商机关查处垄断案件程序规定第一条、第二

条、第八条的规定,针对本案原告的举报事项,被告具有决定是否立案调

查、处理,或者决定由省级工商行政管理局立案调查、处理的职责。

此外,在被告对原告举报的事项具有决定立案之职责的情况下,本案

需审查被告是否正在履行或者已经履行了相关职责。根据工商机关查处

垄断案件程序规定第六条、第七条第一款的规定,被告将其受理的发生

在某一行政区域内涉嫌垄断行为的举报,交由该行政区域内省级工商行

政管理局负责对涉嫌垄断行为的举报进行核查工作,并不存在与法律、

法规、规章规定相悖之情形。故,本案中,被告在收到原告的第二次举报

材料后,将原告的举报材料转至举报的违法行为地云南省工商局进行核

查并无违法之处。云南省工商局在收到被告的转办函之后,针对原告的

举报事项向昆明佳×福超市了解情况,并联系了原告,云南省工商局开展

了相关核查工作。因截至原告提起本案诉讼时,云南省工商局尚未将对

原告举报事项的核查结果及是否立案的意见向被告报告,故被告对原告

举报事项的办理仍处于核查阶段,对原告举报事项是否立案调查、处理, 被告需待云南省工商局的核查结果及是否立案的意见出具后再行决定。

鉴于法律、法规、规章并无明确规定被告对涉嫌垄断行为的举报履行查

处职责的期限,故应认定原告提起本案诉讼时,被告对原告的举报事项处

于正在履责状态之中。

关于本案的行政复议程序,原告明确表示对被告作出被诉决定的行

政程序无异议。本院经审查,对该行政程序的合法性予以确认。

另外,被告反垄断与反不正当竞争执法局在本案诉讼期间对原告作

出〔2017〕132号决定,对原告举报事项不予立案调查、处理,原告如果

对该决定不服,可通过其他途径进行救济。

综上,法院判决:

驳回原告云南佩洛仕珠宝有限公司的诉讼请求。

【法官后语】

本案是由于原告认为被告未对其举报事项履行查处职责而引发的, 在诉讼类型上应当属于履行法定职责之诉。该类案件至少需要审查以下

几个方面的内容:1.原告是否向被告提出履行法定职责的申请;2.被告是

否具有相关的法定职责;3.被告是否存在拒绝履行该职责的情形;4.被告

是否存在超过法定期限怠于履行该职责的情形。下面结合本案的情况一

一进行阐明。

一、本案原告以举报的形式向被告提出履责申请

举报是公民、法人或者其他组织参与行政管理的重要途径,除了维

护自身合法权益,对于监督行政机关依法行使职权、弥补行政机关执法

能力不足也发挥着积极作用。公民、法人或者其他组织可以就何种事项

向哪个行政机关投诉举报,取决于法律、法规或者规章的具体规定。也

就是说,原告要求被告依照其举报为一定行为,原告应当具有相应的权利

依据。就本案涉及的垄断执法领域,根据工商机关查处垄断案件程序规

定第五条第一款的规定,任何单位和个人有权向工商行政管理机关举报

涉嫌垄断行为。该规定第六条第一款还规定,国家工商行政管理总局和

省级工商行政管理局负责举报材料的受理。本案中,原告认为昆明佳×

福存在的垄断经营行为,为了维护自身的合法权益向被告举报,请求被告

对其举报事项履行立案调查、处理的法定职责。根据上述规定,原告具

有就昆明佳×福涉嫌垄断行为向被告提起举报的权利依据。

二、被告对原告举报的事项具有履行立案调查、处理的职责

原告要求行政机关履行相应的法定职责的前提之一应是该行政机关

具有相应的法定职责。本案中,被告的法定职责比较明确,来源于法律及

规章的授权。《反垄断法》第十条第二款规定,国务院规定的承担反垄

断执法职责的机构根据工作需要,可以授权省、自治区、直辖市人民政

府相应的机构,依照本法规定负责有关反垄断执法工作。工商机关查处

垄断案件程序规定第一条、第二条规定,为规范和保障工商行政管理机

关依法查处垄断行为,依据《反垄断法》制定本规定。国家工商总局统

一负责垄断协议、滥用市场支配地位方面的反垄断执法工作。国家工商

总局根据工作需要,可以授权有关省级工商行政管理局负责垄断协议、

滥用市场支配地位方面的反垄断执法工作。同时,第八条规定,国家工商

总局根据对举报内容核查的情况,决定立案查处工作。国家工商行政管

理总局可以自己立案查处,也可以根据本规定第三条的规定授权有关省

级工商行政管理局立案查处。根据上述规定,针对本案原告的举报事项, 被告具有决定是否立案调查、处理,或者决定由省级工商行政管理局立

案调查、处理的职责。

三、被告根据相关规定已经为一定行为时,应认定被告不存在拒绝

履责的情形拒绝履责包括行政机关不履行程序上的义务。我国目前尚未

制定统一的行政程序法,对于履责程序,要看相关的法律、法规或者规章

对行政机关规定了哪些程序上的义务。如果行政机关履行了法律、法规

或者规章规定的程序上的义务,如转办的义务,就应认定行政机关不存在

拒绝履责的情形。工商机关查处垄断案件程序规定第六条前两款规定, 国家工商总局和省级工商行政管理局负责举报材料的受理。受理机关收

到举报材料后,应当进行登记并对举报内容进行核查。该规定第七条第

一款规定,省级工商行政管理局应当对发生在本行政区域内涉嫌垄断行

为的举报进行核查,并将核查的情况以及是否立案的意见报国家工商总

局。根据上述规定,这种核查义务适用属地管辖原则,被告在程序上的义

务是将其受理的发生在某一行政区域内涉嫌垄断行为的举报,交由该行

政区域内省级工商行政管理局负责对涉嫌垄断行为的举报进行核查工

作。本案中,被告将原告的举报材料转至举报的违法行为地云南省工商

局进行核查,已经依照工商机关查处垄断案件程序规定对能否立案履行

了阶段性审查之职责,不存在拒绝履责的情况。

四、在法律、法规、规章对被告履责的期限没有明确规定时,若被

告根据相关规定已经为一定行为,则应认定被告对原告举报事项的查处

处于履责状态中,不存在怠于履责的情形

本案中,法律、法规、规章并无明确规定被告对涉嫌垄断行为履行

立案查处职责的期限。根据工商机关查处垄断案件程序规定第六条、第

七条第一款的规定,被告已经将原告的举报材料转至云南省工商局进行

核查。同时,工商机关查处垄断案件程序规定第八条规定,国家工商总局

根据对举报内容核查的情况,决定立案查处工作。国家工商行政管理总

局可以自己立案查处,也可以根据本规定第三条的规定授权有关省级工

商行政管理局立案查处。本案中,被告将原告举报材料转云南省工商局

办理后,云南省工商局对昆明佳×福及原告进行了调查,但在本案原告起

诉前云南省工商局并未向被告出具核查意见,而对原告举报事项是否立

案调查、处理,被告需待云南省工商局的核查结果及是否立案的意见出

具后再行决定。据此,应认定对原告举报事项的办理仍处于核查阶段,原

告提起本案诉讼时,被告对原告的举报事项处于正在履责状态之中,不存

在拒绝或者超过法定期限怠于履行的情形。

编写人:北京市第一中级人民法院行政庭 梁菲 王素南

7因客观原因导致行政机关不能充分履行义务时, 不能认定行政机关存在行政不作为

——肖志军诉深圳市罗湖区东湖街道办事处不履行物业监管法定职

责案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03行终62号行政判决书

2.案由:不履行物业监管法定职责纠纷

3.当事人

原告(被上诉人):肖志军

被告(上诉人):深圳市罗湖区东湖街道办事处

【基本案情】

东湖豪庭小区部分业主于2015年6月26日向深圳市罗湖区东湖街道

办事处提交召开业主大会选举业主委员会的申请书。2015年7月20日,深

圳市罗湖区东湖街道办事处在东湖豪庭小区发布《关于成立业主委员会

换届选举的公告》,内容为:东湖豪庭小区业主代表已向东湖街道办事处

递交了要求召开业主大会选举业主委员会的申请书,由于2014年11月东

湖豪庭业主委员会任期届满未按期完成换届工作,根据《<深圳经济特区

物业管理条例>实施若干规定》第三十四条第三款的规定,上一届业主委

员会未换届成功,本次业主委员会选举将按首届业主委员会成立流程开

展相应工作。同日,深圳市罗湖区东湖街道办事处还发布了《关于将召

开东湖豪庭业主大会推选筹备组业主代表公告》,内容为:筹备组业主推

荐时间为2015年7月20日起至8月3日17时止,请业主将推荐表在规定时间

内递交到翠鹏社区工作站。由于筹备组成员报名人数未达到最低人数要

求,深圳市罗湖区东湖街道办事处于2015年8月5日、2015年8月21日、

2015年9月9日、2015年9月30日、2015年12月16日、2016年3月21日多次

延长报名时间,最后的报名截止时间为2016年4月8日17时。在报名期内, 有四名业主被推荐成为筹备组成员,分别是邬国基、向凤妮、陈颖勋、

朱新玉。2016年4月,深圳市罗湖区东湖街道办事处收到两名业主签署的

《关于要求取消违规装修业主进入筹备组的函》,该两名业主向深圳市

罗湖区东湖街道办事处反映业主陈颖勋违规装修的行为,认为陈颖勋不

符合筹备组候选人的条件。深圳市罗湖区东湖街道办事处于2016年5

月11日、5月17日、6月6日与多名业主谈话调查。2016年5月31日,深圳

市罗湖区东湖街道办事处就上述投诉情况向罗湖区住房和建设建局发函

请示,请求明确陈颖勋是否可以成为筹备组成员。2016年6月12日,罗湖

区住房和建设局作出回复。肖志军认为,事实上已经有三名业主报名申

请成为筹备组成员,达到了成立业主大会会议筹备组的条件,而被告不履

行其法定职责,遂诉至法院。

【案件焦点】

深圳市罗湖区东湖街道办事处是否存在不履行“宣布成立东湖豪庭

业主大会会议筹备组法定职责”的行为。

【法院裁判要旨】

一审判决认为,深圳市罗湖区东湖街道办事处发布推选筹备组业主

代表公告后,因报名人数不足多次延期,在最后的报名截止时间即2016年

4月8日17时前有四名业主报名,报名的人数符合《深圳经济特区物业管

理条例》第二十条规定的业主代表人数。截至本案一审辩论终结前,在

长达六个月的时间中,深圳市罗湖区东湖街道办事处仍未组织、协调成

立筹备组。判决:

一、确认深圳市罗湖区东湖街道办事处未履行组织、协调成立首次

业主大会会议筹备组的行为违法;

二、责令深圳市罗湖区东湖街道办事处于本判决生效之日起三十日

内履行组织、协调成立首次业主大会会议筹备组的职责。

二审判决认为,深圳市罗湖区东湖街道办事处未能在收到书面告知

后一个月内,负责核实并组织、协调成立首次业主大会会议筹备组。但

其原因并非深圳市罗湖区东湖街道办事处不履行法定职责所致,相反,深

圳市罗湖区东湖街道办事处一直在履行法定职责并致力于实现这个目

标,且肖志军也承认深圳市罗湖区东湖街道办事处没有成立筹备组是因

为在2016年4月8日之前报名人数没有达到法定人数。深圳市罗湖区东湖

街道办事处自收到申请之日起至2016年4月8日不间断地履行着义务。东

湖豪庭业主大会会议筹备组不能成立的原因,并非深圳市罗湖区东湖街

道办事处不履行法定职责,而是客观原因。深圳市罗湖区东湖街道办事

处在本案中不存在不履行“在收到书面告知后一个月内,负责核实并组

织、协调成立首次业主大会会议筹备组”法定职责的情形,原审判决适

用法律错误,应予改判。肖志军的诉讼请求,缺乏事实根据和法律依据, 应予驳回。判决:

一、撤销广东省深圳市盐田区人民法院(2016)粤0308行初1223号行

政判决;

二、驳回被上诉人(原审原告)肖志军的全部诉讼请求。

【法官后语】

本案是一宗告行政机关不作为的案件,其主要涉及对行政不作为的

认定问题。要判断行政机关是否存在不履行法定职责的行为,一要判断

行政机关是否负有法定职责;二要判断行政机关是否有不履行法定职责

的表现;三要判断该法定职责在客观上能否如期履行。只有三个条件都

具备了,才能认定行政机关存在不履行法定职责的行为。从法条规定来

看,深圳市罗湖区东湖街道办事处依法负有“在收到书面告知后一个月

内,负责核实并组织、协调成立首次业主大会会议筹备组”的法定职责, 但却没有在规定期限内完成“组织、协调成立首次业主大会会议筹备

组”的任务,似乎存在行政不作为。但其原因并非深圳市罗湖区东湖街

道办事处不履行法定职责,而是报名人数没有达到法定人数、有业主投

诉需要审核报名资格等客观原因。相反,深圳市罗湖区东湖街道办事处

一直在履行法定职责并致力于实现这个目标,不存在主观上故意不履行

职责、怠于行使职权等情形。对于行政机关无法做到的事情,法院不应

该也不能认定行政机关存在行政不作为。深圳市罗湖区东湖街道办事处

在收到申请之后的一年多的时间内,并没有放弃履行自己的法定职责,在

存在报名人数不足等客观困难及部分业主投诉、诉讼等因素的情况下, 仍一直在积极推动东湖豪庭业主大会会议筹备组成立的相关事宜,该行

为应当值得肯定。

综上,要判断行政机关是否存在行政不作为时,既要审查行政机关是

否存在法定职权、是否没有履行法律规定的义务,还要审查行政机关在

客观上能否履行该义务。对于因客观原因导致行政机关不能充分履行义

务、实现行政管理目标时,法院不能简单地认定行政机关存在行政不作

为。

裁判文书最后指出,成立业主大会会议筹备组是对全体业主有益的

大事,肖志军作为小区业主成员之一,一方面有权监督行政机关依法行

政,另一方面也可以业主身份支持、配合、协助行政机关推动东湖豪庭

业主大会会议筹备组的成立。行政机关并非无所不能,恪守职责是法律

对行政机关设定的基本义务。但东湖豪庭业主大会会议筹备组的成立, 既需要行政机关积极履行职责,更离不开全体业主的共同努力和支持。

这部分是裁判文书的亮点。承办人就涉案的业委会选举问题,站在大局

的高度对各方当事人提出殷切期望,让胜诉方振奋,让败诉方反思,实现

了案结事了、服判息诉。

编写人:广东省深圳市中级人民法院 王成明

8开发商未缴纳国有土地出让金,购房者能否办理

不动产登记

——谭某诉西宁市不动产登记服务中心不履行法定职责案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

青海省西宁市中级人民法院(2017)青01行终85号行政判决书

2.案由:不履行法定职责纠纷

3.当事人

原告:谭某

被告:西宁市不动产登记服务中心

第三人:青海大兴源房地产开发有限公司(以下简称大兴源公司)

【基本案情】

2004年3月11日,西宁市人民政府作出宁政土(2004)10号《关于对

2004年第二批国有土地挂牌出让方案的批复》,其中确定对西川南路原

殷家庄村约16240平方米的集体土地,经统征后作为住宅小区建设对外挂

牌出让,规划用途为住宅。第三人大兴源公司经挂牌报价交易成交,取得

上述国有土地使用权,2004年3月30日,第三人与西宁市国土资源局签订

《国有土地使用权出让合同》,并办理了国有土地使用权登记,确定宗地

用途为城镇单一住宅用地。之后,第三人大兴源公司对该宗土地进行房

地产开发,对其中部分土地开发建设为商业用房。2011年9月20日原告谭

某与第三人签订了《商品房买卖合同》,购买了西川南路49号3号楼49-69、49-71、49-75、49-77、49-81、49-83、49-85室的商业房屋。2012

年10月31日,西宁市住房保障和房产管理局为原告办理了西川南路49号3

号楼49-69、49-71、49-75、49-77、49-81、49-83、49-85室的房屋所

有权证,其中载明规划用途为商业。2012年2月8日,西宁市国土资源局根

据第三人的申请,作出《关于青海大兴源房地产开发有限公司西川南路

占地面积分摊的说明》,其中商业分摊面积为3734.06平方米,住宅配套

设施面积为12399.27平方米。第三人大兴源公司至今未能缴纳商业分摊

面积的土地出让金。2017年4月,原告向被告提交材料要求办理不动产权

证书,2017年5月被告答复原告:因第三人未缴纳商业用地的土地出让金, 故不能办理。

原告谭某认为,原告购买商品房用于商业用途。2012年,西宁市住房

保障和房产管理局为原告办理了房屋所有权证,载明的规划用途均为商

业。2017年4月,原告向被告提交材料,申请办理不动产权证书。被告以

第三人作为开发商没有办理土地用途的变更,也没有按照商业用途补缴

土地出让金为由,表示无法办理不动产权证书。原告认为,补缴土地出让

金,既是第三人的义务,又是土地主管部门的责任。土地主管部门怠于催

缴,致使土地出让金至今未缴,但不能以此损害原告的合法权益。因此, 原告诉请法院判令被告对原告所有的西宁市城西区西川南路49号3号楼

49-69、49-71、49-75、49-77、49-81、49-83、49-85室办理不动产权

证书。

被告不动产登记服务中心认为,原告向被告申请办理涉案不动产权

证书时,经被告审查,根据西宁市政府(宁政土〔2004〕10号)《关于对

2004年第二批国有土地挂牌出让方案的批复》,第三人通过招拍挂方式

取得了位于西川南路殷家庄村用途为城镇单一住宅用地的宗地。第三人

在开发过程中,对规划进行变更,由住宅用地变为商业用地。西宁市国土

资源局多次向第三人催缴因改变土地用途产生的土地出让金,但第三人

至今未缴纳。被告已向原告告知:未缴清改变土地用途产生的土地出让

金,涉案房产不动产证书无法办理。根据《不动产登记暂行条例实施细

则》第三十七条的规定,原告未按相关规定提供申请材料,其诉求没有任

何事实及法律依据,请求法院在查明事实的基础上驳回原告的诉讼请

求。

第三人大兴源公司认为:第一,原告与第三人在签订《商品房买卖合

同》时明确约定案涉房屋的土地规划用途为城镇住宅,房屋本身用途为

商业。原告在办理房屋所有权证后,未办理土地使用权证,后因不动产登

记制度变化,导致无法办理不动产权证,不是第三人引起的,后果应由其

自行承担,与第三人无关。第二,2003年5月22日,西宁市城乡规划建设局

向第三人颁发的建设用地规划许可证上注明西川南路殷家庄村地块的用

地项目名称为商业、公建、住宅小区。而2004年3月30日,西宁市国土资

源局在与第三人签订的《国有土地使用权出让合同》中却将土地用途改

为住宅。在房屋竣工验收完成后,西宁市住房保障和房产管理局又为第

三人办理了商业用途的房屋许可证。上述三家主管机关的不同行政行为

使土地使用权证与房屋所有权证登记内容不一致,导致原告不能办理不

动产登记事宜,不符合《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第

十条的规定,属于行政机关的行政行为引起的,与第三人无关。第三,案

涉房屋均已竣工验收、完成交付、权属明晰,第三人已经为原告履行了

办理不动产登记的协助义务。原告不能顺利取得不动产登记证与第三人

无关。

【案件焦点】

1.被告西宁市不动产登记服务中心是否存在不履行不动产登记的问

题;2.关于第三人未按分摊的商业用地面积补缴土地出让金是否必然导

致原告无法办理不动产登记的问题。

【法院裁判要旨】

青海省西宁市城北区法院经审理后认为:

第一,根据《中华人民共和国城市房地产管理法》第十六条“土地

使用者必须按照出让合同约定,支付土地使用权出让金;未按照出让合同

约定支付土地使用权出让金的,土地管理部门有权解除合同,并可以请求

违约赔偿”、第十八条“土地使用者需要改变土地使用权出让合同约定

的土地用途的,必须取得出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部

门的同意,签订土地使用权出让合同变更协议或者重新签订土地使用权

出让合同,相应调整土地使用权出让金”之规定以及中华人民共和国国

土资源部颁布的《土地登记办法》(已于2017年12月29日被废止)第二十

七条“依法以出让方式取得国有建设用地使用权的,当事人应当在付清

全部国有土地出让价款后,持国有建设用地使用权出让合同和土地出让

价款缴纳凭证等相关证明材料,申请出让国有建设用地使用权初始登

记”的规定,第三人大兴源公司通过出让方式取得案涉国有土地使用权, 但登记的土地用途为城镇单一住宅用地。第三人在开发建设中改变了部

分土地的用途建成了商业用房,第三人应当取得西宁市国土资源局的同

意,重新签订土地出让合同及调整土地使用权出让金,并且应缴纳相应的

土地出让金,才能取得商业用地登记。2012年2月8日,西宁市国土资源局

对第三人的案涉土地进行了分摊,确定了商业用地面积,但第三人未能缴

纳商业用地土地出让金,不符合上述规定,无法取得商业用地登记。

第二,根据中华人民共和国国土资源部颁布的《不动产登记暂行条

例实施细则》第十五条“不动产登记机构受理不动产登记申请后,还应

当对下列内容进行查验……(四)法律、行政法规规定的完税或者缴费凭

证是否齐全”及第三十七条“申请国有建设用地使用权及房屋所有权变

更登记的,应当根据不同情况,提交下列材料:(一)不动产权属证书;(二) 发生变更的材料;(三)有批准权的人民政府或者主管部门的批准文件; (四)国有建设用地使用权出让合同或者补充协议;(五)国有建设用地使

用权出让价款、税费等缴纳凭证;(六)其他必要材料”的规定,原告向被

告申请办理不动产权登记,应当提交国有建设用地使用权出让价款、税

费等缴纳凭证。由于第三人未能缴纳商业用地土地出让金,无法取得商

业用地登记,致使原告无法提供相关缴费凭证。被告经审核查验,认为原

告提交的申请不动产登记的资料不全,不符合办理规定,向原告答复不予

办理并说明理由的行政行为并无不当,且适用法律法规正确。原告主张

其已经具备办理不动产权属证书的条件,被告应为原告办理不动产权证

书的诉讼请求,无事实及法律依据,不予支持。

第三,对第三人提出西宁市城乡规划建设局颁发的建设用地规划许

可证、原西宁市房产管理局颁发的商品房预售许可证与西宁市国土资源

局确定的土地用途不同,三家主管机关的不同行政行为不符合《城镇国

有土地使用权出让和转让暂行条例》第十条的规定的诉讼意见,本院认

为,第三人是依据西宁市人民政府《关于对2004年第二批国有土地挂牌

出让方案的批复》文件经出让而取得案涉土地,该文件中确定土地用途

为住宅。西宁市国土资源局与第三人签订《国有土地出让合同》,确定

土地用途为城镇单一住宅符合该文件规定。而且,第三人在改变部分土

地用途建成商业用房后,西宁市国土资源局对宗地面积进行了分摊,第三

人未按分摊的商业用地面积补缴土地出让金,责任在于第三人。因此,对

第三人的诉讼意见不予采纳。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六

十九条、第一百零二条之规定,判决如下:

驳回原告谭某的诉讼请求。

青海省西宁市中级人民法院经二审审理后认为:根据《不动产登记

暂行条例》第七条第一款“不动产登记由不动产所在地的县级人民政府

不动产登记机构办理;直辖市、设区的市人民政府可以确定本级不动产

登记机构统一办理所属各区的不动产登记”的规定,市不动产中心具有

对辖区范围内不动产进行登记管理的法定职责。根据《土地登记办法》

(已于2017年12月29日被废止)第二十七条“依法以出让方式取得国有建

设用地使用权的,当事人应当在付清全部国有土地出让价款后,持国有建

设用地使用权出让合同和土地出让价款缴纳凭证等相关证明材料,申请

出让国有建设用地使用权初始登记”的规定,以出让方式取得土地使用

权的使用者应当支付全部土地出让金后申请办理相关登记。第三人在土

地改变用途后应缴纳土地出让金。《不动产登记暂行条例》第十六条、

第十七条、第十八条对不动产登记申请人应提交的材料及不动产登记机

构收到申请材料后的办理要求均作了明确规定。同时,《不动产登记暂

行条例实施细则》对房屋所有权登记应提交的材料予以了细化。市不动

产中心在受理谭某的登记申请后对材料进行了审查,履行了审慎审查的

法定职责,因谭某提交的申请材料不符合上述规定的形式要件,故不予办

理不动产权证登记有据可依。另本院认为对于谭某提出市不动产中心应

当向第三人催缴土地出让金的建议应引起足够重视。依照《中华人民共

和国行政诉讼法》第八十九条第一款第(一)项之规定,判决: 驳回上诉,维持原判决。

【法官后语】

本案是原告等10人分别起诉的同类型行政案件中的一件案件,纠纷

的起因是原告等10人分别购买第三人大兴源公司开发的商铺。大兴源公

司在改变部分土地用途建成商业用房后,未按分摊的商业用地面积补缴

土地出让金,无法取得商业用地登记。继而无法提交国有建设用地使用

权出让价款、税费等缴纳凭证,因此无法办理房屋不动产登记。

本案涉及的法律问题为以下两个:

第一,被告不动产登记中心是否存在不履行不动产登记的问题。不

履行法定职责是指行政主体负有某种特定的职责或义务,应当根据行政

相对人的申请或职权要求作出相应的行政行为,但其在法定或合理期限

内拒绝履行或不予答复,申请人认为行政机关侵犯其合法权益,可以提起

行政诉讼。本案中原告申请办理房屋不动产登记,被告认为原告提交的

[登记资料缺少国有建设用地使用权出让价款、税费等缴纳凭证,未给予](#p17)

[办理登记,并向原告进行了告知,符合《不动产登记暂行条例实施细则》](#p17)

[第十五条“不动产登记机构受理不动产登记申请后,还应当对下列内容](#p17)

[进行查验……(四)法律、行政法规规定的完税或者缴费凭证是否齐](#p17)

[全”的规定,因此,被告不存在不履行法定职责的问题。](#p17)

[第二,关于大兴源公司未按分摊的商业用地面积补缴土地出让金是](#p17)

[否必然导致原告等购房业主无法办理不动产登记的问题。对此,本院的](#p17)

[不同承办法官存在不同的认识:一是认为不应当办理不动产登记;二是认](#p17)

[为应当予以办理,如果第三人长期不缴纳土地出让价款,商铺业主就永远](#p17)

[无法办理不动产登记,这对于业主不公平。笔者同意第一种意见,理由是](#p17)

[《不动产登记暂行条例实施细则》第三十七条:“申请国有建设用地使](#p17)

[用权及房屋所有权变更登记的,应当根据不同情况,提交下列材料……](#p17)

[(五)国有建设用地使用权出让价款、税费等缴纳凭证……”法律明文规](#p17)

[定应当提交土地出让金缴费凭证,如果行政机关不予审查就直接办理,势](#p17)

[必造成国家税费流失、失去监管的情况,同时也违反了法律法规。再者,](#p17)

[现今我国实行房屋所有权证和土地使用权证合一的制度,国有土地使用](#p17)

[人依法缴纳国有建设用地使用权出让价款、税费之后,办理国有土地使](#p17)

[用权登记,取得相应物权,才能进行下一步房屋不动产的登记,进而取得](#p17)

[房屋不动产的物权。否则,不能依法取得房屋不动产权证。但是,对于第](#p17)

[二种意见,也应当考虑由于开发商不依法缴纳土地出让金,导致商铺业主](#p17)

[的权益受到损害,使得商铺物权存在不确定性,这不符合法律保护当事人](#p17)

[合法权益的原则。对此,二审法院在判决理由中提出建议,不动产登记部](#p17)

[门应当向开发商大兴源公司进行催缴,依法行使相关的行政职权,以便解](#p17)

[决案涉的纠纷问题。](#p17)

[编写人:青海省西宁市城北区人民法院 贺众明](#p17)

[[1].2018年2月8日,《最高人民法院关于适用<中华人民共和国行政诉讼](#p17)

法>的解释》开始施行,《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》《最高人民法院关于适用<中华人民共和国行

政诉讼法>若干问题的解释》同时废止。本书案例引用的裁判文书大多

是2018年2月8日前作出的,“法院裁判要旨”部分中提及《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》或《最高人

民法院关于适用<中华人民共和国行政诉讼法>若干问题的解释》是合

法、合理的,本书将不再另外提示该两部法律文件已被废止。

二、行政确认

9工伤行政确认案件履行工作职责与遭受暴力伤害

之因果关系的采纳标准

——北京市均豪物业管理股份有限公司南宁分公司诉南宁市人力资

源和社会保障局等工伤行政确认案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2017)桂01行终8号行政判决

书

2.案由:工伤行政确认纠纷

3.当事人

原告(上诉人):北京市均豪物业管理股份有限公司南宁分公司(以下

简称均豪物业南宁分公司)

被告(被上诉人):南宁市人力资源和社会保障局(以下简称人社

局)、广西壮族自治区人力资源和社会保障厅(以下简称人社厅) 原审第三人:李天稳

【基本案情】

第三人李天稳系原告均豪物业南宁分公司的职工,担任工程主管岗

位的工作。2015年4月16日8时许,李天稳受均豪物业南宁分公司的安排

前往安吉项目现场办公,在要求其下属姜福伟留下开会的过程中发生争

执,被姜福伟打伤右眼,于当日到广西壮族自治区民族医院治疗。嗣后, 李天稳于2015年10月26日到广西壮族自治区人民医院治疗,医院诊断:1.

右眼球破裂伤;2.右眼人工晶体嵌顿。2015年11月24日,李天稳向被告人

社局申请工伤认定。人社局受理后,于2015年12月1日作出《工伤认定限

期举证通知书》,要求均豪物业南宁分公司履行举证责任。均豪物业南

宁分公司于2015年12月11日签收《工伤认定限期举证通知书》,并于

2015年12月28日向人社局提交相关材料。2016年1月20日,人社局作出南

人社工伤认字〔2016〕6号《认定工伤决定书》,认定李天稳受伤符合

《工伤保险条例》第十四条第(三)项的规定,属于工伤认定范围,予以认

定为工伤。均豪物业南宁分公司不服,向被告人社厅申请行政复议,人社

厅于2016年5月4日作出桂人社复决字〔2016〕12号《行政复议决定

书》,决定维持人社局作出的南人社工伤认字〔2016〕6号《认定工伤决

定书》。均豪物业南宁分公司收到复议决定后不服,向法院提起行政诉

讼,认为李天稳并非在履行工作职责中受到暴力伤害受伤,且其本人存在

过错,不应认定为工伤。

【案件焦点】

1.第三人李天稳所受到的暴力意外伤害是否因履行工作职责所

为;2.因履行工作职责遭受意外伤害的因果关系标准应当如何采纳;3.工

伤行政确认案件中是否应考虑当事人的过错。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区南宁市西乡塘区人民法院经审理认为:《工伤保险

条例》第十四条第(三)项规定,在工作时间和工作场所内,因履行工作职

责受到暴力等意外伤害的,应当认定为工伤。李天稳作为均豪物业南宁

分公司的工程主管,其岗位职责包括员工管理、检查下属工作纪律等,事

发时李天稳要求其下属姜福伟留下参加会议,是履行工作职责的表现,双

方因此发生争执并导致李天稳右眼被打伤,与李天稳履行工作职责存在

因果关系。李天稳系因履行工作职责受到暴力伤害受伤,其受伤的情形

符合《工伤保险条例》第十四条第(三)项之规定。均豪物业南宁分公司

主张李天稳受到暴力伤害与履行工作职责无关,被他人殴打系双方平时

个人恩怨所致,但未在工伤认定程序及诉讼程序中提交足够证据证实其

主张。两被告在法定期限内作出的工伤认定结论,事实清楚,证据充分, 程序合法,适用法规正确。

广西壮族自治区南宁市西乡塘区人民法院依照《中华人民共和国行

政诉讼法》第六十九条的规定,判决:

驳回原告北京市均豪物业管理股份有限公司南宁分公司的诉讼请

求。

均豪物业南宁分公司上诉称,李天稳违法安排员工姜福伟加班,并挑

衅在先,故而发生冲突,请求撤销原审判决,确认被上诉人作出的工伤行

政确认及行政复议决定无效。

广西壮族自治区南宁市中级人民法院认为,一审判决认定事实清楚, 证据充分,法律适用正确。据此判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

《工伤保险条例》第十四条第(三)项规定,在工作时间和工作场所

内,因履行工作职责受到暴力等意外伤害的,应当认定为工伤。一般情况

下,在工伤行政确认中,职工在履行工作职责中受到非本单位员工等人员

所施行的暴力等意外伤害,用人单位对其受伤可以认定为工伤并无较大

争议。如果职工所受到的伤害是其与同事之间的争吵与打架所致,受伤

害的职工本人也存在过错的情况下,大部分用人单位都认为不应当认定

为工伤。本案中李天稳受伤是因其履行工作职责所为,应认定为工伤,主

要理由如下:

第一,职工在工作时间和工作岗位,其所受到的暴力等意外伤害的起

因是履行工作职责所致,则应当认定为工伤。但是应当注意的是,职工所

受到的暴力伤害必须与履行工作职责存在直接的因果关系,在此种情况

下,其所受到伤害就算是因其与同事争吵所致,也应当认定为工伤。本案

中,李天稳作为均豪物业南宁分公司的工程主管,其岗位职责包括员工管

理、检查下属工作纪律等,事发时第三人李天稳要求姜福伟留下参加会

议,是履行工作职责的表现,双方因此发生争执并导致李天稳右眼被姜福

伟打伤。李天稳受到伤害的直接原因就是因其作为单位的主管要求同

事“留下加班参加会议”而导致同事对其的不满,继而引发争吵、打架, 导致其右眼被打伤,因此,李天稳所受到的伤害与其履行工作职责存在直

接因果关系,其在工作场所、工作时间内,因履行工作职责受到暴力意外

伤害,应当认定为工伤。

第二,在工伤行政确认中,一般实行无过错原则,即工伤认定不以劳

动者是否存在过错为认定与否的前提,只要员工是在工作时间和工作岗

位因履行工作职责受到暴力等意外伤害,就应当认定为工伤。本案中,虽

然均豪物业南宁分公司主张李天稳违法要求员工加班而不应认定为工

伤,但即便李天稳存在该情况,其行为也仅属于违反单位劳动纪律,这一

过错不足以导致其丧失获得工伤保险救济的资格,该过错也不影响对其

所受伤害是否属于工伤的判断。

综上,为了能更充分地保障受伤害职工因履行工作职责遭受事故伤

害而获得工伤保险救济的权利,在工伤认定环节中,对于职工因受到暴力

等因素导致的意外伤害,对因果关系的把握不应采取过于严格的标准。

职工在工作时间和工作岗位上,若遭受暴力伤害事故的直接起因是因履

行工作职责所致,则工伤行政确认应当采用无过错原则,职工所受到的伤

害应当认定为工伤。

编写人:广西壮族自治区南宁市西乡塘区人民法院 王文珠

10超过法定退休年龄的务工农民因工伤亡的工伤

认定

——北京华创丽幕墙有限公司诉北京市丰台区人力资源和社会保障

局、北京市丰台区人民政府工伤认定、行政复议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院(2018)京02行终230号行政判决书

2.案由:工伤认定、行政复议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):北京华创丽幕墙有限公司(以下简称华创丽公司) 被告(被上诉人):北京市丰台区人力资源和社会保障局(以下简称丰

台人保局)、北京市丰台区人民政府(以下简称丰台区政府)

一审第三人:李素洁

【基本案情】

李素洁与赵德来系夫妻关系。赵德来1954年7月6日出生,于2014年

年满60岁,户籍性质为农业家庭户口。2015年3月16日,赵德来到华创丽

公司工作,担任打磨工。2015年3月19日,赵德来与华创丽公司签订劳动

合同,劳动合同期限自2015年3月16日起至2018年3月15日止。2015年8

月17日15时左右,赵德来因身体不适,被送往北京市丰台中西医结合医院

抢救。经抢救无效,赵德来于当日16时46分死亡,死亡原因为心源性猝

死。

李素洁因赵德来与华创丽公司劳务合同纠纷一案诉至一审法院。

2016年5月18日,一审法院作出(2016)京0106民初7054号民事判决书,认

定赵德来于2015年3月16日至2015年8月17日在华创丽公司从事打磨工

作,双方虽签订劳动合同,但赵德来到华创丽公司工作时已超过法定退休

年龄,故赵德来与华创丽公司之间无法建立劳动关系,应认定双方形成劳

务关系,判决确认赵德来与华创丽公司于2015年3月26日至2015年8月17

日存在劳务关系。

2016年6月15日,李素洁向丰台人保局提出工伤认定申请。丰台人保

局以赵德来与华创丽公司没有劳动关系为由作出《工伤认定申请不予受

理决定书》,决定不予受理该工伤认定申请。李素洁不服,于2016年7

月15日向一审法院提起行政诉讼。一审法院作出(2016)京0106行初238

号行政判决书,判决撤销丰台人保局作出的《工伤认定申请不予受理决

定书》,并责令丰台人保局于判决生效后受理李素洁的工伤认定申请。

后该行政判决书发生法律效力。

2017年5月22日,李素洁再次向丰台人保局提出工伤认定申请。2017

年7月18日,丰台人保局作出京丰人社工伤认(1060T0339869)号《认定工

伤决定书》,认定2015年8月17日,赵德来在工作时间和工作岗位,突发疾

病经北京市丰台中西医结合医院抢救无效死亡,死亡原因为心源性猝

死。赵德来受到的事故伤害,符合《工伤保险条例》第十五条第一款第

(一)项之规定,属于工伤认定范围,予以认定为视同工伤。

华创丽公司不服,向丰台区政府申请行政复议。2017年10月27日,丰

台区政府作出丰政复字〔2017〕160号《行政复议决定书》,维持了上述

认定工伤决定。华创丽公司仍不服,提起本诉讼。

【案件焦点】

1.丰台人保局作出认定工伤决定书认定赵德来视同工伤是否合

法;2.丰台区政府作出复议决定维持丰台人保局的认定工伤决定书是否

合法。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为:丰台人保局依据法院生效行政

判决受理李素洁提出的工伤认定申请,并依据赵德来在工作时间、工作

岗位突发疾病,经抢救无效在48小时之内死亡的事实,认定赵德来的死亡

属于视同工伤的情形,证据充分,适用法律法规正确。同时,丰台人保局

自接到李素洁的工伤认定申请后,履行了相关认定工伤程序,执法程序符

合法律规定。此外,根据丰台区政府提供的证据可以证明,其作出的被诉

行政复议决定程序合法。据此,一审法院根据判决:

驳回华创丽公司的诉讼请求。

华创丽公司上诉认为,华创丽公司与赵德来是劳务合同关系,不是劳

动关系。赵德来不具备认定工伤的基本条件。赵德来的情况属于视同工

伤,不是因工作原因而认定工伤,不应适用(2010)行他字第10号《最高人

民法院行政审判庭关于超过法定退休年龄的进城务工农民因工伤亡的, 应否适用<工伤保险条例>请示的答复》的规定。

北京市第二中级人民法院经审理认为:赵德来为超过法定退休年龄

的务工农民。2015年3月19日,赵德来与华创丽公司签订劳动合同,劳动

合同期限自2015年3月16日起至2018年3月15日止。2015年8月17日15时

左右,赵德来在工作时间和工作岗位,因身体不适,被送往北京市丰台中

西医结合医院抢救。经抢救无效,赵德来于当日死亡,死亡原因为心源性

猝死。根据《工伤保险条例》第十五条第一款第(一)项的规定,职工在

工作时间和工作岗位,突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡

的,视同工伤。根据(2010)行他字第10号《最高人民法院行政审判庭关

于超过法定退休年龄的进城务工农民因工伤亡的,应否适用<工伤保险条

例>请示的答复》的规定,用人单位聘用的超过法定退休年龄的务工农

民,在工作时间内、因工作原因伤亡的,应当适用《工伤保险条例》的有

关规定进行工伤认定。赵德来受到的伤害事故符合上述答复规定的情

形,属于工伤认定范围,应认定为视同工伤。丰台人保局作出的被诉《认

定工伤决定书》认定事实清楚,适用法律法规正确。丰台区政府行政复

议程序符合《中华人民共和国行政复议法》的规定。

在本案诉讼中,华创丽公司主张其与赵德来是劳务合同关系,不存在

劳动关系,不应当认定为工伤。关于该问题,本院认为,赵德来与华创丽

公司签订的劳动合同已证明赵德来是其单位的员工,工作岗位为打磨工, 按月领取工资。赵德来与华创丽公司之间的工作具有连续性,客观上存

在管理与被管理的关系。赵德来虽为超过法定退休年龄的务工农民,但

从其与华创丽公司的实质关系来看,其符合最高人民法院(2010)行他字

第10号规定的情形,应当受《工伤保险条例》的调整。因此,对于华创丽

公司的主张,本院不予支持。二审法院判决:

驳回上诉,维持一审判决。

【法官后语】

超过60周岁继续在城市务工的农民在工作时间因工受伤是否应当适

用《工伤保险条例》的规定进行工伤认定直接关系到这些务工农民的合

法权益。要作出解答,首先就要确定超过法定退休年龄的人员与现用人

单位之间能否形成劳动关系。

首先,法律法规并未对超过法定退休年龄的进城务工农民从事劳动

并享受工伤待遇作出禁止性规定。《关于贯彻执行<中华人民共和国劳

动法>若干问题的意见》第二条规定:“中国境内的企业、个体经济组织

与劳动者之间,只要形成劳动关系,即劳动者事实上已成为企业、个体经

济组织的成员,并为其提供有偿劳动、适用劳动法。”《中华人民共和

国社会保险法》第三十六条第一款中规定,职工因工作原因受到事故伤

害或者患职业病,且经工伤认定的,享受工伤待遇。第四十三条规定,工

伤职工有下列情形之一的,停止享受工伤保险待遇:丧失享受待遇条件

的;拒不接受劳动能力鉴定的;拒绝治疗的。因此,对于超过法定退休年

龄的劳动者并无禁止享受工伤待遇的规定。

其次,要注意区分超过法定退休年龄务工人员与现用人单位之间发

生的是事实劳动关系还是劳务关系。从关系构成主体来看,劳务关系是

劳动者向用人单位提供劳务,获取劳动报酬,劳动者不是用人单位的成

员,与用人单位并未形成管理与被管理的关系;而事实劳动关系中的劳动

者是用人单位的成员,其与用人单位之间是管理与被管理的关系。从形

态上看,劳务关系一般反映的是一次性商品交换关系;而事实劳动关系则

是一种相对稳定、持续的关系。从法律属性上看,因劳务关系而产生的

人身损害等法律关系,属于民事法律关系范畴,应由民法调整;而事实劳

动关系反映的是行政法律关系属性,由劳动法调整。

《最高人民法院行政审判庭关于超过法定退休年龄的进城务工农民

因工伤亡的,应否适用<工伤保险条例>请示的答复》[(2010)行他字第10

号]答复内容提到:“用人单位聘用的超过法定退休年龄的务工农民,在

工作时间内、因工作原因伤亡的,应当适用《工伤保险条例》的有关规

定进行工伤认定。”本案中,华创丽公司主张其与赵德来是劳务合同关

系,不存在劳动关系,不应当认定为工伤。关于该问题,法院认为,赵德来

与华创丽公司签订的劳动合同已证明赵德来是其单位的员工,工作岗位

为打磨工,按月领取工资;且其与华创丽公司之间的工作具有连续性,客

观上存在管理与被管理的关系。赵德来虽为超过法定退休年龄的务工农

民,但从其与华创丽公司的实质关系来看,其符合最高人民法院(2010)行

他字第10号规定的情形,应当受《工伤保险条例》的调整。2015年8月17

日15时左右,赵德来在工作时间和工作岗位,因身体不适,被送往北京市

丰台中西医结合医院抢救。经抢救无效,赵德来于当日16时46分死亡,死

亡原因为心源性猝死。根据《工伤保险条例》第十五条第一款第(一)项

的规定,职工在工作时间和工作岗位,突发疾病死亡或者在48小时之内经

抢救无效死亡的,视同工伤。因此,丰台人保局作出本案被诉《认定工伤

决定书》并无不当。

编写人:北京市第二中级人民法院 李智涛 郭子枫

11出租汽车司机视同工伤认定的司法判断基准

——孙雨诉北京市平谷区人力资源和社会保障局工伤认定案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院(2017)京03行终43号行政判决书

2.案由:工伤认定纠纷

3.当事人

原告(上诉人):孙雨

被告(被上诉人):北京市平谷区人力资源和社会保障局(以下简称平

谷人社局)

一审第三人(被上诉人):北京万泉缘出租汽车有限责任公司(以下简

称万泉缘公司)

【基本案情】

孙雨与钟海系夫妻关系,钟海生前系万泉缘公司出租汽车驾驶员(单

班),双方于2014年6月12日签订《劳动合同书》,合同期限为2014年6

月13日至2016年6月30日。2015年4月27日,钟海出车运营,根据其车辆运

营轨迹显示,当晚23时45分左右,钟海将其所驾出租车停至巴山雪小吃附

近。当晚23时57分,钟海自行呼叫“120”,急救车于2015年4月28日

00∶00出发,到达现场时间为2015年4月28日00∶08,急救车到达现场时

发现钟海蹲于路边,意识模糊,不能言语,钟海后被紧急送往中国人民解

放军第二炮兵总医院进行抢救,2015年4月28日1时54分,钟海经抢救无效

死亡,死亡原因为猝死,过敏性哮喘。根据北京急救中心院前病案记录显

示,现场地址为小西天牌楼底下,简要病史表述为“患者15分钟前无诱因

感憋气、呼吸困难,自行呼叫120,车到现场后患者蹲于路边,意识模糊, 不能言语,之后出现意识障碍,呼之不应,无双眼凝视,无口角歪斜,无四

肢抽搐,无二便失禁”,既往史表述为“其他病史:过敏性哮喘病史20年, 具体情况不详”。2015年6月9日,孙雨向平谷人社局提出认定钟海为工

伤的申请,当日,平谷人社局向孙雨出具工伤认定申请补正材料通知书, 孙雨补齐材料后,平谷人社局于2015年9月28日作出工伤认定申请受理决

定书并送达孙雨及万泉缘公司。平谷人社局向孙雨、万泉缘公司收集证

据并调查核实,孙雨及万泉缘公司均认可钟海系万泉缘公司出租汽车驾

驶员,运营时间不定时。平谷人社局在向万泉缘公司进行调查时,该公司

工作人员表示对钟海发病时间、地点均不清楚。平谷人社局于2015年11

月26日作出被诉决定书。孙雨不服,向一审法院提起行政诉讼。

【案件焦点】

钟海的死亡是否符合《工伤保险条例》第十五条第一款第(一)项规

定的视同工伤的情形。

【法院裁判要旨】

北京市平谷区人民法院经审理认为:视同工伤应当同时具备“在工

作时间内、在工作岗位上、突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效

死亡”三个法定条件。根据出租车的运行轨迹回放图,可以证实钟海将

其驾驶的出租车停放至巴山雪小吃附近后,钟海就未再驾驶该车辆行

驶。当日23时57分,距离其停驶车辆12分钟后,钟海拨打“120”急救电

话,且其拨打电话的地点系距离其出租车140米左右的小西天牌楼下。由

此可以认定,钟海是在停止运营出租车并离开出租车后发病,不属于在工

作时间和工作岗位突发疾病。现有证据不能证明钟海是在突发疾病后才

停止驾驶出租车,不能证明钟海发病时处于工作时间和工作岗位。依照

《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条之规定,判决:

驳回孙雨的诉讼请求。

孙雨上诉称,一审法院对于钟海发病时间、发病地点的认定缺乏依

据且不符合常理。一审法院采纳的部分证据不足,万泉缘公司出具的情

况说明中的多个内容与现实情况不符,一审法院却予以采纳。现请求撤

销一审判决,撤销被诉决定书并责令平谷人社局重新作出工伤认定决

定。平谷人社局同意一审判决,请求二审法院维持一审判决。万泉缘公

司经合法传唤未到庭。

北京市第三中级人民法院经审理认为:对被诉决定书的合法性审查

需要从认定钟海突发疾病是否在工作时间、工作岗位及突发疾病后是否

在48小时之内经抢救无效死亡等方面进行。

关于工作时间和工作岗位的认定。根据相关法律及规范性文件的规

定,结合钟海与万泉缘公司签订的劳动合同,本院可以认定钟海系万泉缘

公司的出租汽车驾驶员,其工作时间系不定时工作制。因其工作时间不

固定,工作地点亦不可能固定,其工作地点具有流动性的特点,唯一不变

的就是工作内容,故对于作为出租汽车驾驶员的钟海工作时间、工作岗

位的理解和把握,不应过于狭隘,要结合钟海的工作性质、职务、工作方

式、特点进行全面、客观的理解。本案中,根据2015年4月27日钟海事发

的时间轴来分析,钟海在2015年4月27日23时45分时仍处于运营状态,在

其停车12分钟后,于23时57分自行呼叫120,在急救车到现场后其蹲于路

边,根据这一事实可以认定钟海的发病距离其停车时间间隔较短,甚至无

法排除钟海在工作时间即已发病的可能性。

关于突发疾病死亡的认定。“突发疾病”应考虑职工在工作时间和

工作岗位上突然发病,且情况紧急,在工作岗位上死亡或者从工作岗位上

直接送往医院抢救并在48小时内死亡的情形。从钟海呼叫120到其死亡

的时间仅仅间隔不到2小时,同时也可以认定呼救地点是从工作岗位直接

到其抢救的医疗机构之间的“两点一线”,未有其他更广泛的外延,符合

《北京市工伤认定办法》第十一条规定的情形。

根据以上认定,本院认为平谷人社局认定钟海受到的伤害不符合

《工伤保险条例》第十五条第一款第(一)项规定的视同工伤的情形,该

认定过于严苛,没有充分考虑到钟海作为出租汽车驾驶员的职业特点和

其猝死前的具体情况,与《工伤保险条例》的立法宗旨相悖。本院依法

应予撤销,并责令平谷人社局重新作出相应行政行为。平谷人社局应当

充分考虑到出租汽车驾驶员从事特定工作的工种特点,将职工发病情

况、施救过程与其工作时间、岗位等要件相结合予以综合考量,作出符

合案件实际情况的判断。综上,根据《中华人民共和国行政诉讼法》第

七十条第(一)项、第八十九条第一款第(二)项、第八十九条第三款之规

定,判决:

一、撤销(2016)京0117行初56号行政判决;

二、撤销平谷人社局于2015年11月26日作出的被诉决定; 三、责令平谷人社局在法定期限内就孙雨提出的工伤认定申请重新

作出行政行为。

【法官后语】

劳动保障行政部门作出工伤认定的行政行为,应当对主体、时间、

空间等方面综合进行考量,以确保作出的行政行为定性准确,切实维护劳

动者合法权益;对于出租汽车驾驶员工作时间、工作岗位的认定、理解

和把握,不应过于狭隘,要结合出租汽车司机的工作性质、职业特点、工

作方式,进行全面、客观的理解。本案中,劳动保障行政部门应当充分考

虑到出租汽车司机从事特定工作的工种特点,将职工发病情况、施救过

程与其工作时间、岗位等要件相结合予以综合考量,作出符合案件实际

情况的判断。

一、视同工伤认定中的“工作时间”

认定职工工伤的工作时间,是指法律规定的时间、劳动合同约定的

工作时间、用人单位规定的工作时间、加班加点工作的时间以及完成用

人单位临时指派工作的时间。因此,关于工作时间的问题,可以从多个角

度进行理解。由于出租汽车司机的工作性质和职责的限制,不宜实行定

时工作制,可以实行不定时工作制。在《国务院关于职工工作时间的规

定》及《<国务院关于职工工作时间的规定>问题解答》中,明确规定了

不定时工作制是针对因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系,无

法按标准工作时间衡量或需要机动作业的职工所采用的一种工时制度, 如出租汽车驾驶员可实行不定时工作制。

根据本案的案情,钟海系出租汽车司机,法院可以认定其工作时间系

不定时工作制,这种工作制度是在一定周期内综合计算工作时间的一种

工时制度,它的本质是在一定周期内看平均工作时间是否超过法定要求, 这个周期往往是以周、月、季度或年来计算的。

二、视同工伤认定中的“工作岗位”及“突发疾病”

工作岗位是指劳动者劳动时所处的位置,由工种、职务、工作地点

等因素构成。《工伤保险条例》第十四条第(一)项、第(三)项所规定的

应当认定为工伤的条件之一是“在工作时间和工作场所内”,而第十五

条第一款第(一)项规定的视同工伤的条件之一是“在工作时间和工作岗

位”。仅就字面理解,“工作场所”和“工作岗位”两个概念的含义应

存在差异。从空间范围看,工作场所的区域范围较工作岗位的范围大,工

作岗位应指职工具体履行工作职责的场所。

笔者认为,《工伤保险条例》第十五条第一款第(一)项规定的“在

工作岗位”,本意应是指在工作场所从事或履行与工作有关的活动,不能

仅理解为是一个空间范围概念。因为职工到岗后,若不是从事工作,而是

从事其他与工作无关的私人活动,在此场所和过程中突发疾病死亡,也视

同为工伤,显然不具有公平合理性。据此,《工伤保险条例》该项所规定

的“在工作岗位”应从两个方面理解:一是指空间范围,职工在工作场

所。这里的工作场所应与第十四条规定的“工作场所”含义相同,它既

包括职工基于工作职责、性质的需要及单位工作纪律要求而应在或可在

的场所,也包括为单位解决职工在工作过程中的合理生理健康需要,而提

供的休息场所、工作场所内的卫生间、茶水间、更换工作服衣帽间等, 但不包括与工作无直接关联的职工宿舍、食堂、绿地等生活场所。二是

指职工突发疾病时,其在从事或履行与工作有关的活动。同上所述,“因

工作”是认定为工伤、享受工伤待遇的根本要素,职工在工作场所或工

作岗位,须从事与工作有关的活动,此时受到伤害或突发疾病,认定为工

伤才具有合理性。同时,从工作岗位是否相对固定来划分,可以把工作岗

位分为固定性工作岗位和流动性工作岗位。由于出租汽车驾驶员的工作

时间不固定,工作地点亦不可能固定,其工作地点具有流动性的特点,其

唯一不变的就是工作内容,因此,对于出租汽车司机这种在流动性工作岗

位的劳动者,应以其是否在从事相应的工作内容来界定其是否在工作岗

位,而不能以其所在的区域来加以界定。

突发疾病是指劳动者在工作期间突然发生的任何种类的疾病,不论

是职工已知的疾病还是未知的疾病,有诱因的疾病还是无诱因的疾病。

职工突发疾病时的活动只要与工作具有关联性即可,而不需要突发疾病

与从事的工作有病理上的因果关系。对于48小时的认定不是以在工作岗

位的发病时间为起算时间,而是以到达第一家医疗机构的初次诊断时间

作为突发疾病的起算时间。

结合本案的案情,即使现有证据无法准确认定其发病时间是否为工

作时间,但是无法排除其可能于工作时间发病、其发病地点在工作岗

位、其发病与工作密不可分,这就足够认定钟海突发疾病属于在工作时

间、工作地点发生的。

编写人:北京市第三中级人民法院 韩勇

12单方事故的工伤认定举证责任如何分配

——吴丽红等诉威海市人力资源和社会保障局工伤行政确认案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

山东省威海市中级人民法院(2017)鲁10行终79号行政判决书

2.案由:工伤行政确认纠纷

3.当事人

原告(上诉人):吴丽红、吴双、刘思琪

被告(被上诉人):威海市人力资源和社会保障局(以下简称威海市人

社局)

第三人:威海建设集团建圆施工有限公司(以下简称建圆施工有限公

司)

【基本案情】

死者刘华勋原系建圆施工有限公司职工,系吴丽红之夫、吴双及刘

思琪之父。2014年10月26日17时许,刘华勋在骑两轮摩托车下班行至威

海龙山路与锦山路交叉路口处发生车祸。经威海海大医院抢救无效于

2014年10月27日死亡。2014年11月19日,交警四大队作出《交通事故证

明》,证明刘华勋属于驾驶两轮摩托车单方肇事死亡,且该证明中载明: 刘华勋驾驶的摩托车与路北桥头相撞后翻入桥下;未有与其他车辆剐碰

的痕迹;经尸检刘华勋符合交通事故致颅脑死亡;静脉血样中未检出乙醇

成分;两轮摩托车制动性符合国家标准、灯光系统无法鉴定。后建圆施

工有限公司于2014年11月21日向威海市人社局提出工伤认定申请,被告

于2015年2月4日作出(2015)第76号《工伤认定通知书》,认定刘华勋系

非因工死亡。吴丽红等人不服,提起行政诉讼。一审法院经审理后作出

一审判决,撤销被告作出的(2015)第76号《工伤认定通知书》。威海市

人社局不服,上诉至威海市中级人民法院。威海市中级人民法院于2016

年8月23日作出二审判决,判决驳回上诉,维持原判。2016年9月27日,威

海市人社局作出(2016)第0554号《工伤认定决定书》,认定刘华勋所受

伤害系非因工死亡。吴丽红等人仍不服,于2017年1月3日向本院提起行

政诉讼,要求撤销威海市人社局作出的工伤认定决定书。吴丽红等人认

为,《工伤保险条例》第十四条第(六)项仅排除了在交通事故中负主要

责任和全部责任的受害人可以享受工伤待遇的情形,并未排除在事故责

任无法认定情况下的受害职工可以主张享受工伤保险待遇的权利。刘华

勋在下班途中发生单方事故,有权机关并没有出具事故责任认定书,被告

作出的不予认定工伤的决定主要证据显然不足。

2015年1月20日,吴丽红等人在起诉高技区科技新城建设办公室生命

权、健康权、身体权纠纷一案中,认为高技区科技新城办公室对涵洞负

有维护管理义务,要求其赔偿丧葬费、死亡补偿费等共计621741.5元。

后该案经调解,高技区科技新城建设办公室给付吴丽红等人20000元补偿

款,案件受理费由吴丽红等人负担。

【案件焦点】

单方事故案件中交警部门的《交通事故证明》能否认定刘某在事故

中负主要责任。

【法院裁判要旨】

一审法院认为,《工伤保险条例》第十四条第(六)项规定,在上下班

途中,受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、

火车事故伤害的,应当认定为工伤。本案中,各方当事人对刘华勋系下班

途中发生交通事故均无异议,争议的焦点问题是刘华勋在交通事故中是

否承担非本人主要责任。工伤认定过程中,认定职工在上下班途中是否

受到非本人主要责任交通事故伤害,原则上应当以公安部门出具的交通

事故责任认定书、结论性意见和人民法院生效裁判等法律文书为依据。

当既无公安部门出具的责任认定意见,又无人民法院生效裁判文书的特

殊情形时,虽不能排除受伤职工享受工伤保险待遇的可能性,但受伤职工

认为其在交通事故中无责或承担非本人主要责任的,应当提供证据加以

证明,即职工对于其符合工伤认定的情形承担初步的举证责任,该举证责

任不属于用人单位承担举证责任倒置的范围,亦不属于行政诉讼中被诉

行政机关应当承担举证责任倒置的范围。本案中,对于刘华勋所发生的

交通事故,交警四大队出具《交通事故证明》,未对事故责任作出认定, 但载明刘华勋发生交通事故并未有与其他车辆剐碰的痕迹。而在原告提

起的民事赔偿诉讼中,根据法院庭审查明的事实,亦不能证明由于其他外

力介入导致刘华勋发生交通事故并死亡。因此,在原告未能完成其初步

的举证责任的情况下,其受伤情形不符合《工伤保险条例》第十四条第

(六)项规定的情形。威海市人社局在调查核实的基础上,据此认定刘华

勋死亡不符合非本人主要责任的限制条件,进而作出非因工死亡的工伤

决定并无不当。

综上,被诉工伤行政确认行为认定事实清楚,证据充分,程序合法,适

用法律正确。法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条之规

定,判决如下:

驳回原告吴丽红、吴双、刘思琪的诉讼请求。

二审法院同意一审法院裁判意见。

【法官后语】

本案是典型的单方事故案件,其处理重点主要是,在有权机关未对道

路交通事故作出责任划分时,人社部门如何依法作出工伤认定决定。

《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第一条第

一款、第二款规定:“人民法院审理工伤认定行政案件,在认定是否存在

《工伤保险条例》第十四条第(六)项‘本人主要责任’、第十六条第

(二)项‘醉酒或者吸毒’和第十六条第(三)项‘自残或者自杀’等情形

时,应当以有权机构出具的事故责任认定书、结论性意见和人民法院生

效裁判等法律文书为依据,但有相反证据足以推翻事故责任认定书和结

论性意见的除外。前述法律文书不存在或者内容不明确,社会保险行政

部门就前款事实作出认定的,人民法院应当结合其提供的相关证据依法

进行审查。”根据上述规定,事故责任认定原则上应当以有权机构出具

的事故责任认定书、结论性意见和人民法院生效裁判等法律文书为依

据,没有上述依据的,社会保险行政部门有权结合相关证据进行认定。上

下班途中发生交通事故的工伤认定案件中,受伤职工认为其在事故中无

责或非本人主要责任,应当提供证据加以证明,即职工对于其符合工伤认

定的情形承担初步的举证责任,该举证责任不属于用人单位承担举证责

任倒置的范围,亦不属于行政诉讼中被诉行政机关应当承担举证责任倒

置的范围。除受伤职工对工伤认定的基础事实举证外,人社部门还负有

事实调查职责和义务,在穷尽调查措施之后,综合现有证据,运用自由裁

量权,判断受伤职工在该交通事故中是否负有主要责任,从而作出是否是

工伤的认定。具体到本案中,之所以会出现两次工伤认定,虽然认定结论

相同,但法院判决不同,主要是因为在第一次工伤认定过程中,人社部门

并没有履行调查核实权,而在第二次工伤认定中,人社部门履行了职责, 依法调查核实有关情况,提供的证据能够证明并无其他外力介入导致刘

华勋发生交通事故并死亡,因此其作出的工伤认定结论证据充分。

编写人:山东省威海市环翠区人民法院 邹艳茹

13非工作时间、非工作岗位的举证责任应由用人

单位承担

——北京市天成环宇建筑机械租赁有限公司诉北京市西城区人力资

源和社会保障局工伤认定案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院(2018)京02行终125号行政判决书

2.案由:工伤认定纠纷

3.当事人

原告(上诉人):北京市天成环宇建筑机械租赁有限公司(以下简称天

成环宇公司)

被告(被上诉人):北京市西城区人力资源和社会保障局(以下简称区

人社局)

一审第三人(被上诉人):陈光文

【基本案情】

2013年4月19日至2015年9月16日,陈光文与天成环宇公司存在劳动

关系,岗位为单位养鹅。2015年7月22日,陈光文在天成环宇公司养鹅大

棚上盖防晒网,不慎跌落受伤。经北京市房山区良乡医院诊断为:(1)胸

12椎体爆裂骨折;(2)胸9~12椎体棘突骨折;(3)左侧第12后肋骨折;(4)胸

11椎体右侧横突骨折;(5)腰1椎体双侧横突骨折;(6)腰2椎体右侧横突骨

折。2015年9月18日,陈光文向区人社局提出工伤认定申请。2015年9

月21日,区人社局决定受理。2016年11月18日,区人社局作出《认定工伤

决定书》。

2016年9月21日受理陈光文的工伤认定申请后,区人社局调查核实情

况如下:我局于2016年9月23日依法向天成环宇公司送达了《工伤认定申

请受理决定书》及《告知通知书》。天成环宇公司否认陈光文系因工作

原因受伤,但该公司未能就该主张向我局提供充分证据予以证明。故根

据《工伤保险条例》和《工伤认定办法》的有关规定,我局依法对该员

工提出的工伤认定申请予以确认。陈光文受到的事故伤害,符合《工伤

保险条例》第十四条第(一)项之规定,属于工伤认定范围,现予以认定为

工伤。如对本工伤认定决定不服的,可自接到本决定书之日起60日内向

北京市西城区人民政府或北京市人力资源和社会保障局申请行政复议, 或者6个月内向人民法院提起行政诉讼。本通知一式五份,均具有同等法

律效力。由区人社局存档一份,送西城区劳动能力鉴定委员会、西城区

社保经办机构各一份、发陈光文一份、发天成环宇公司一份。

【案件焦点】

1.工伤认定申请是否超期;2.非工作时间、非工作原因的举证责任

如何承担。

【法院裁判要旨】

一审法院认为,依照《工伤保险条例》《北京市实施<工伤保险条例

>若干规定》,区人社局具有负责西城区行政区域内工伤保险工作的法定

职责。区人社局收到陈光文的申请后,及时依法受理,审查陈光文提交的

证据材料,开展调查工作,复印相关材料,制作调查笔录。上述活动,形成

了对陈光文申请的全面审查。

《工伤保险条例》第十四条第(一)项规定,职工在工作时间和工作

场所内,因工作原因受到事故伤害的,应当认定为工伤。第十九条第二款

规定,职工或者其近亲属认为是工伤,用人单位不认为是工伤的,由用人

单位承担举证责任。

关于天成环宇公司认为陈光文受伤时间为非工作时间、亦非工作原

因的主张,《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规

定》第四条第(一)项规定,社会保险行政部门认定下列情形为工伤的,人

民法院应予支持:职工在工作时间和工作场所内受到伤害,用人单位或者

社会保险行政部门没有证据证明是非工作原因导致的。本案中,陈光文

的岗位为单位养鹅。受伤当日,陈光文在养鹅大棚上盖防晒网,属于履行

其工作职责,因此受到伤害,即由于工作原因造成。且天成环宇公司未提

交证据材料予以否定,故法院对此予以确认。对于工作时间,考虑到陈光

文的工作性质和工作内容,不可能严格执行固定工作时间。天成环宇公

司未提交证据材料证明该公司执行严格的上下班制度,亦未证明陈光文

受伤的时间是在非工作时间,故法院对其主张不予支持。

天成环宇公司请求撤销《认定工伤决定书》的诉讼请求缺乏事实与

法律依据,不予支持。综上,依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十

九条的规定,判决:

驳回天成环宇公司的诉讼请求。

天成环宇公司不服一审判决,提起上诉,提出陈光文因其自身违反安

全规定,在非工作时间、非工作岗位从事私事导致受伤,《认定工伤决定

书》及一审判决认定事实不清,适用法律错误,故请求撤销一审判决及

《认定工伤决定书》,诉讼费由区人社局及陈光文承担。区人社局及陈

光文同意一审判决,请求予以维持。

北京市第二中级人民法院经二审审理认为:依照《工伤保险条例》

及《北京市实施<工伤保险条例>若干规定》的规定,县级以上地方各级

人民政府劳动保障行政部门负责本行政区域内的工伤保险工作。据此, 区人社局作为劳动保障行政主管机关,负有办理本行政区域内工伤保险

工作的法定职责,依法有权对辖区内企业或个人提出的工伤认定申请是

否成立作出认定。

《工伤保险条例》第十四条第一款第(一)项规定,在工作时间和工

作场所内,因工作原因受到事故伤害的,应当认定为工伤。第十九条第二

款规定,职工或者其近亲属认为是工伤,用人单位不认为是工伤的,由用

人单位承担举证责任。本案中,陈光文与天成环宇公司于2013年4月19日

至2015年9月15日期间存在劳动关系,陈光文的岗位为单位养鹅。2015年

7月22日,陈光文在养鹅大棚上盖防晒网,属于履行工作职责,因此受到伤

害,即由于工作原因造成;考虑到其工作性质、工作内容,不可能严格执

行固定工作时间,且天成环宇公司并未提交证据材料证明该公司执行严

格上下班制度及陈光文受伤的时间是在非工作时间。另,区人社局在收

到陈光文的工伤认定申请后,依法受理,并对陈光文提交的证据材料进行

审查,开展了调查工作,依据调查核实的情况作出《认定工伤决定书》, 认定事实清楚,适用法律正确,程序亦无不当。据此,一审法院判决驳回

天成环宇公司的诉讼请求正确,本院予以维持。天成环宇公司的上诉请

求,缺乏事实和法律依据,本院不予支持。依照《中华人民共和国行政诉

讼法》第八十九条第一款第(一)项之规定,判决:

驳回上诉,维持一审判决。

【法官后语】

一、关于工伤认定申请是否超期的问题

天成环宇公司认为陈光文的工伤认定已超过期限。根据《工伤保险

条例》第十七条前两款的规定,职工发生事故伤害或者按照职业病防治

法规定被诊断、鉴定为职业病,所在单位应当自事故伤害发生之日或者

被诊断、鉴定为职业病之日起30日内,向统筹地区社会保险行政部门提

出工伤认定申请。遇有特殊情况,经报社会保险行政部门同意,申请时限

可以适当延长。用人单位未按前款规定提出工伤认定申请的,工伤职工

或者其近亲属、工会组织在事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业

病之日起1年内,可以直接向用人单位所在地统筹地区社会保险行政部门

提出工伤认定申请。本案中,陈光文于2015年12月9日向房山区劳动人事

争议仲裁委员会提出仲裁申请。2016年1月29日,房山区劳动人事争议仲

裁委员会作出的裁决书认定陈光文与天成环宇公司于2013年4月19日至

2015年9月15日期间存在劳动关系,陈光文的岗位为单位养鹅。该裁决

有15日的上诉期。双方均未提起诉讼,且存在劳动关系一节,天成环宇公

司并未否认。陈光文提起裁定期间应予扣除。后陈光文于2016年9月18

日向区人社局提出申请,区人社局于9月21日受理,故其提出工伤认定并

未超过法定期限。

二、关于非工作时间、非工作原因举证责任的承担问题

《工伤保险条例》第十九条第二款规定,职工或者其近亲属认为是

工伤,用人单位不认为是工伤的,由用人单位承担举证责任。该规定不仅

是工伤认定中举证责任的基本原则,同时也是人民法院审查劳动保障行

政部门进行工伤行政确认中举证责任分配是否准确的标准。

《工伤保险条例》第十四条第(一)项规定,在工作时间和工作场所

内,因工作原因受到事故伤害的,应当认定为工伤。据此认定工伤通常需

具备工作时间、工作场所和工作原因三要素。其中工作原因是核心因

素,而工作时间、工作场所是用以判断工作原因的辅助因素。当工作原

因系工伤的间接原因,或者工作原因不甚清晰而难以查明时,判断工作时

间、工作场所就至关重要。“因工作原因”通常指职工所受伤害与所从

事的工作之间存在因果关系,即职工履行工作的行为与造成的伤害事故

的结果之间具有因果关系。对“因工作原因”应作全面理解,工作原因

并不严格限定在本职工作范围内,根据用人单位安排所从事的其他临时

性工作或者为用人单位利益所付出的劳动也应被认定为工作原因,即职

工为完成本职工作而从事的与工作内容有关劳动的合理延伸,也应当认

定为因工作原因,由此所遭受的伤害也可以认定系因工作原因所致。一

般情况下,认定工伤需工作时间、工作场所和工作原因“三因素”同时

具备;但在一些特殊情况下,是否是工作原因不明,但在工作时间、工作

场所内受到伤害的,可以推定为工作原因,用人单位对此有异议的,应就

非工作原因的主张承担举证责任。

本案中,2015年7月22日,陈光文在养鹅大棚上盖防晒网,属于履行工

作职责,因此受到伤害,即由于工作原因造成;考虑到其工作性质、工作

内容,不可能严格执行固定工作时间,且天成环宇公司并未提交证据材料

证明该公司执行严格上下班制度及陈光文受伤的时间是在非工作时间, 故可认定陈光文所受伤害系“因工作原因”所致。

编写人:北京市第二中级人民法院 刘彩霞

14对因时限中止无效致超期作出但对原告权利不

产生实际影响的工伤认定决定应当确认违法

——周某耀诉深圳市人力资源和社会保障局工伤认定案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03行终860号行政判决书

2.案由:工伤认定纠纷

3.当事人

原告(上诉人):周某耀

被告(被上诉人):深圳市人力资源和社会保障局(以下简称深圳人社

局)

原审第三人:思某实业(深圳)有限公司(以下简称思某实业公司)

【基本案情】

2012年10月11日12时许,思某实业公司职工周某萍驾驶自行车在万

丰村万安路由南往北行驶至万丰幼儿园路口时,自行车失控倒地、周某

萍受伤并经抢救无效死亡。同年11月6日,交警部门对上述事故作出《道

路交通事故证明》(以下简称涉案事故证明),载明“经现场勘察及调查

取证证实:无法查证自行车倒地的原因,无法查证道路交通事故事实”。

同年11月9日,周某萍近亲属向深圳人社局提出周某萍工伤认定申请。同

年11月20日,深圳人社局对周某萍同事进行调查询问,同事称其于2012

年10月11日中午下班途经万丰幼儿园(附近)时看见周某萍及其自行车倒

在地上,其当时未发现周某萍旁边有其他车辆或者碰撞痕迹。同年12月6

日,周某萍近亲属向深圳人社局提交了涉案事故证明。同年12月24日,深

圳人社局对周某萍工伤认定申请予以受理,并以工伤认定结论为“需要

以有关行政主管机关责任划分明确的交通事故证明材料为依据,经查,有

关行政主管机关尚未作出相关结论”为由,作出工伤认定决定时限中止

的通知。

另据周某萍近亲属向深圳人社局提交的《深圳万丰医院死亡记

录》、相关检验鉴定材料载明:1.周某萍死亡原因为外伤致重型颅脑损

伤、双肺挫裂伤、创伤性休克引起呼吸、循环功能衰竭,“符合钝性物

体作用于头部致颅脑损伤死亡”,“未检见周某萍尸表与其他车辆碰撞

形成的损伤痕迹”;2.自行车“车况良好”,制动性能及行驶性能良好、

转向性能合格,“未检见自行车与其他车辆刮擦、碰撞痕迹”。

2015年9月7日,深圳人社局作出深人社认字(宝)〔2015〕

第581509001号工伤认定决定(以下简称被诉工伤认定决定),认为周某

萍“于2012年10月11日驾驶自行车在沙井万安路万丰幼儿园路口,自行

车失控倒地,经抢救无效死亡”不符合《工伤保险条例》第十四条、第

十五条规定之情形,故决定认定周某萍“不属于或不视同工伤”。周某

萍之父周某耀不服,提起本案行政诉讼。

【案件焦点】

1.深圳人社局对周某萍死亡不予认定为或视同工伤的决定的结论是

否合法;2.深圳人社局因中止认定时限而迟延作出被诉工伤认定决定的

程序是否合法。

【法院裁判要旨】

广东省深圳市盐田区人民法院经审理认为,在案证据证明:1.周某萍

于2012年10月11日中午下班途中因其驾驶的自行车失控倒地的道路交通

事故(以下简称涉案事故)受伤,后被送至医院救治并于当月15日死亡;2.

涉案事故发生后,周某萍驾驶的自行车经检验为车况良好,未检见其制动

性能、转向性能及行驶性能异常,未检见其存在与其他车辆刮擦、碰撞

的痕迹,而周某萍经鉴定系因“钝性物体作用于头部致颅脑损伤死

亡”、其尸表经检验未见与其他车辆碰撞形成的损伤痕迹;3.交警部门

经调查,已作出以无法查证周某萍驾驶的自行车倒地原因与涉案事故事

实为结论的涉案事故证明;4.深圳人社局经调查询问,相关证人称其未发

现涉案事故现场有其他车辆或者碰撞痕迹;5.本案无证据证明存在由有

权机构出具的、认定涉案事故是否属于周某萍本人主要责任的法律文

书。据此,在案证据不能证明涉案事故属于道路交通意外事故或者存在

除周某萍外的其他责任主体、不能证明涉案事故系非周某萍本人主要责

任或者全部责任所致,故认定周某萍在涉案事故中受伤致死符合《工伤

保险条例》第十四条第(六)项规定的情形主要证据不足。同时,本案无

证据证明周某萍死亡符合应当认定为工伤或者视同工伤的其他法定情

形。因此,深圳人社局对周某萍死亡作出不予认定亦不视同工伤的被诉

工伤认定决定,其实体处理结论合法。但是,交警部门已于2012年11月6

日作出涉案事故证明、载明其无法查证自行车倒地的原因以及涉案事故

事实,此系交警部门依其法定职责对涉案事故作出的结论性文书。在深

圳人社局已于2012年12月6日收到涉案事故证明,并于当月24日对周某萍

工伤认定申请予以受理,且本案无证据证明涉案事故责任划分事项正处

于司法机关或者有关行政主管部门尚未、但必将对之作出结论期间的情

况下,其仍以其需要有关行政主管部门提供“责任划分明确的交通事故

证明材料”为由中止认定时限,并迟至2015年9月7日才作出被诉工伤认

定决定,上述中止行为的作出缺乏事实依据,被诉工伤认定决定的作出已

明显超过法定60日期限,属于超期作为、程序违法。鉴于被诉工伤认定

决定已作出且其结论合法、不因其是否超期作出而异,故上述超期作为

的程序违法事项对周某耀权利不产生实际影响,被诉工伤认定决定依法

应予以确认违法但不撤销。综上,依照《中华人民共和国行政诉讼法》

第七十四条第一款第(二)项之规定,判决如下:

确认被告深圳市人力资源和社会保障局于2015年9月7日作出的深人

社认字(宝)〔2015〕第581509001号工伤认定决定违法。

广东省深圳市中级人民法院经审理认为,深圳人社局提交的病历资

料、《道路交通事故证明》《道路交通事故车辆技术鉴定书》《道路交

通事故车辆技术检验报告》《痕迹司法鉴定检验报告书》《法医学实体

检验意见书》及调查笔录等证据材料相互印证,可证明周某萍事发当日

驾驶自行车在深圳市宝安区沙井街道万安路万丰幼儿园路口,自行车失

控倒地,导致其受伤经抢救无效死亡的事实。因交警部门等有权机关无

法查证自行车倒地的原因及涉案事故事实,未对涉案事故责任作出认定, 无法证明周某萍在涉案事故中承担非本人主要责任,即周某萍不符合在

下班途中受到非本人主要责任的交通事故伤害应认定为工伤的法定情

形,亦不符合应认定为工伤或视同工伤的其他法定情形,故深圳人社局据

此认定周某萍的死亡情形不属于或不视同工伤合法有据。此外,深圳人

社局超过法定期限作出被诉工伤认定决定,存在不当,但被诉工伤认定决

定的结论正确,超期作出被诉工伤认定决定未对周某耀的权利产生实际

影响,故依法确认被诉工伤认定决定违法。综上,依照《中华人民共和国

行政诉讼法》第八十九条第一款第(一)项之规定,判决如下: 驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

工伤认定行政纠纷是社会保险行政纠纷的常见类型,本案涉及此类

纠纷审理工作中多个容易混淆的问题,值得关注。同时,《中华人民共和

国行政诉讼法》第七十四条第一款第(二)项规定的以程序轻微违法、但

对原告权利不产生实际影响为由确认行政行为违法的判决方式,是我国

修法后的一大亮点,体现出对行政行为程序合法性要求进一步提高的立

法理念。司法实践中对上述新增判决方式应如何适用存有一定争议,本

案是为一例。

第一,工伤事实不明确、经调查核实仍无法确认符合法定工伤情形

的,不予认定为或视同工伤。工伤认定属于行政确认, [[1]依](#p131)工伤认定申

请人的申请作出,是一种被动启动、审核确认工伤依法是否成立的行政

行为。依据《工伤保险条例》第十九条第一款之规定,在工伤认定申请

被受理后,对职工是否具有法定工伤情形,工伤认定行政机关有权予以调

查核实,用人单位、职工等相关主体有义务按照工伤认定行政机关的要

求提供相关证明材料或者实施其他协助调查的行为。在职工是否具有法

定工伤情形的事实不明确,工伤认定行政机关经调查核实仍不足以确认

的情况下,工伤事实不能成立,其依法应当作出不予认定为或视同工伤的

决定。本案中,对周某萍死亡是否符合法定工伤情形的判断,关键在于对

其遭受的交通事故(以下简称涉案事故)是否系“非本人主要责任”事实

的认定。对该关键事实的认定,一般应以有权机构出具的法律文书为依

据,除非有相反证据足以推翻该依据。因本案不存在认定该关键事实的

法律文书,深圳人社局经调查核实亦不能查实,同时本案也没有证据证明

周某萍死亡符合其他法定工伤情形,故对周某萍死亡作出不予认定为工

伤或视同工伤的决定,该决定结论的作出具有相应事实与法律依据。得

出该结论的事实基础为:涉案事故是否系“非本人主要责任”的事实无

法查清,而非认定涉案事故系“本人主要责任”。本案庭审过程中,有观

点认为无证据证明“本人主要责任”则应当认定为“非本人主要责

任”,或者认为不予认定工伤应建立在认定“本人主要责任”的事实基

础之上,这些观点显然是不成立的。

第二,时限中止事由不成立的,不产生时限中止的法律效果,工伤认

定处理时限连续计算。根据《工伤保险条例》第二十条第三款之规定, 中止工伤认定处理时限条件如下:一是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;二是上述结论尚未作出;三是中

止时长为工伤认定申请处理期间与上述结论作出期间重合的期间。本案

中,深圳人社局认为工伤认定决定的作出需要以“责任划分明确的交通

事故证明材料”为依据,但其在工伤认定申请受理之前,已收到交警部门

出具的涉案事故证明。该证明载明,自行车倒地原因以及涉案事故事实

无法查证,即交警部门未能就涉案事故是否属周某萍“本人主要责

任”作出认定,而本案亦无证据证明司法机关或者其他行政主管部门将

对此作出认定。可见,“责任划分明确的交通事故证明材料”并不存在

且无存在预期,深圳人社局以其需要该材料为依据作出认定为由中止工

伤认定处理时限,该中止事由不成立、不能产生中止时限的法律效果。

在所需依据不存在的情况下,工伤认定行政机关仍应根据其所能调查核

实的情况依法作出相应工伤认定决定。

第三,工伤认定决定因时限中止无效导致超期作出、但对原告权利

不产生实际影响的,应当确认违法但不撤销。《中华人民共和国行政诉

讼法》第七十四条第一款第(二)项规定:“行政行为有下列情形之一的, 人民法院判决确认违法,但不撤销行政行为……(二)行政行为程序轻微

违法,但对原告权利不产生实际影响的。”适用该情形需同时满足以下

两个条件:一是行政行为程序轻微违法。对“轻微违法”的判断,可以从

该程序的违法程度、在整个行为程序中承担的作用以及该程序违法对行

政相对人权益的影响等方面综合考虑;二是该程序违法情形对原告权利

不产生实际影响。本案中,因被诉工伤认定决定时限中止无效、其作出

时限连续计算,故深圳人社局自2012年12月24日受理工伤认定申请至

2015年9月7日作出被诉工伤认定决定,该决定的作出已明显超过法定期

限,属于超期作为、程序违法。由于被诉工伤认定决定对周某萍死亡情

形不予认定为或视同工伤的结论正确,上述超期作为的程序违法事项未

实际影响原告权利,如判决撤销重作将导致程序空转、徒增诉累,故本案

以“程序轻微违法、但对原告权利不产生实际影响”为由对该决定作确

认违法但不撤销处理,司法评价准确、社会效果较好。本案裁判后,《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》公布实施, 从该解释第九十六条关于“程序轻微违法”情形的判断标准看,本案的

裁判理念也符合上述解释精神。

第四,因程序轻微违法被确认违法的行政行为,其法律效力不减。行

政行为根据《中华人民共和国行政诉讼法》第七十四条第一款第(二)项

被确认违法,是法院经全面审查其合法性后,认为其仅存在程序轻微违法

情形、但对原告权利不产生实际影响,故依法作出的一个不影响其法律

效力的否定性评价。行政行为按前述法条被确认违法后,其并未被依法

撤销,其法律效力不减。因此,在法律效力上,此类被确认违法的行政行

为与合法行政行为无异,具有与合法行政行为同等的拘束力、确定力和

执行力,对行政相对人设定的权利和义务依然有效。

编写人:广东省深圳市盐田区人民法院 吴文芬

15工作期间因临时解决合理的生理需要

所受意外伤害属于工伤

——启东市保安服务公司诉启东市人力资源和社会保障局劳动和社

会保障行政确认案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省南通市中级人民法院(2017)苏06行终412号行政判决书

2.案由:劳动和社会保障行政确认纠纷

3.当事人

原告(上诉人):启东市保安服务公司(以下简称启东保安公司) 被告(被上诉人):启东市人力资源和社会保障局(以下简称启东人社

局)

第三人(被上诉人):秦卫星

【基本案情】

秦卫星系启东保安公司的劳务派遣工,由启东保安公司安排至启东

市中等专业学校担任保安工作。启东市中等专业学校从事门卫安保工作

的人员有六人,分为两个班次交接。其中,秦卫星、仇新平、管卫生三人

为一个班次,另三人为一个班次。2016年4月26日为秦卫星等三人的班

次,具体工作时间为4月26日早晨7点至4月28日的早晨7点,整个班次的工

作时间为48小时。上班期间,在学生中午放学时间段即11点左右,三名保

安必须同时在岗。其余时间段内,保安原则上不能离开工作岗位,在确保

有人在岗的情况下,其余保安可解决吃饭等必要生活事项。启东市中等

专业学校与秦卫星的家均在启东市汇龙镇,电瓶车往返一次需二十分钟

左右。2016年4月26日10时15分左右,秦卫星在自启东市中等专业学校回

家途中,因发生了非本人主要责任的交通事故受伤。2016年7月8日,秦卫

星向启东人社局申请认定工伤。2016年9月1日,启东人社局作出启人社

工决字〔2016〕0586号认定工伤决定书,认定秦卫星下班途中发生交通

事故受伤为工伤。启东保安公司不服,向一审法院提起行政诉讼,请求撤

销启东人社局所作的启人社工决字〔2016〕0586号认定工伤决定。

【案件焦点】

因解决自身合理的生理需要在临时回家途中受到意外伤害是否属于

工伤。

【法院裁判要旨】

江苏省海门市人民法院经审理认为:根据《工伤保险条例》的规定, 启东人社局作为县级人民政府社会保险行政部门,具有对辖区内工伤行

政确认的法定职权。《工伤保险条例》第十四条第(六)项规定,职工在

上下班途中受到非本人主要责任的交通事故伤害的,应当认定为工伤。

首先,应当认定秦卫星系回家吃饭途中发生的交通事故。秦卫星在事故

发生后对交警所作的陈述及秦卫星工友的证言均证实秦卫星系回家吃

饭;其次,秦卫星离开工作岗位回家吃饭,途中发生交通事故仍属下班途

中。秦卫星上班时间为连续72小时,就餐属合理的生理需要。秦卫星回

家吃饭,符合正常生活情理,亦属合理时间、合理路线,应当认定为下班

途中;最后,秦卫星离开岗位回家吃饭,并不违反劳动纪律。退一步而言, 即使秦卫星离岗回家吃饭违反劳动纪律具有过错,也并不构成排除工伤

认定的法定理由。基于上述三点,启东人社局认定秦卫星系在下班途中

发生交通事故,并据此认定工伤,并无不当。启东人社局所作工伤认定决

定事实清楚,程序合法,适用法律正确。启东保安公司的诉请缺乏事实依

据,不予支持。

江苏省海门市人民法院依据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十

九条之规定,作出如下判决:

驳回启东保安公司的诉讼请求。

启东保安公司不服一审判决,提起上诉。江苏省南通市中级人民法

院经审理,同意一审法院裁判意见。

【法官后语】

《工伤保险条例》第十四条第(一)项规定,职工在工作时间和工作

场所内,因工作原因受到事故伤害的,应当认定为工伤。这一规定包括三

个要点:一是事故伤害的发生;二是事故发生在工作时间和工作场所内; 三是事故是因为工作原因所致。这三个要点相互关联,且缺一不可。工

作时间、工作场所、工作原因是认定工伤的基本标准,也是认定工伤的

基本原则。从界定的范围来看,工作时间即用人单位规定的上下班以及

加班的时间,如法律规定的工作时间、单位规定的工作时间、加班加点

的工作时间、开展与工作有关的预备性或者收尾性的工作时间等。工作

场所即职工从事本职工作的区域,如职工日常工作所在的场所、领导临

时指派职工从事某项工作的场所、职工来往于工作场所之间的合理区

域、职工工间内休息的场所和职工为满足健康、生理需要而必须经过的

场所等。工作原因即与职工从事本职工作相关的原因,也可以理解为劳

动者受到事故伤害与从事的本职工作之间存在因果关系。因工作原因受

到事故伤害,既包括职工在工作时间、工作场所内,也包括职工在工作期

间因临时解决合理的生理需要而遭受的意外伤害。

本案中,秦卫星作为启东保安公司派遣至启东市中等专业学校的保

安,连续在岗工作的时间达48小时,其正常解决合理生理需要的事项应予

保护。用人单位规定11点左右学生放学时,同班次三名保安必须同时在

岗,秦卫星为保证11点在岗,于10点15分左右回同在启东市汇龙镇的家中

吃饭,可以认定为合理解决自身生理的需要。秦卫星也就回家吃饭的事

项向同班次同事进行了告知,故启东人社局认定秦卫星系在回家吃饭途

中因交通事故受到意外伤害,认定事实并无不当。

需要指出的是,10点15分左右,并非秦卫星的上、下班时间,启东人

社局所作工伤认定中,将秦卫星回家吃饭的行为,适用《工伤保险条例》

第十四条第(六)项“在上下班途中,受到非本人主要责任的交通事

故”的规定,认定秦卫星所受伤害为工伤,适用法律不当。但鉴于工伤决

定认定秦卫星为工伤的结论并无不当,为减少当事人的诉累,保障受伤职

工及时获得救治,法院不宜仅因被诉工伤决定适用法律不当而予以撤

销。

编写人:江苏省南通市中级人民法院 郁娟 陆炜炜

16交警部门无法作出事故责任认定时的工伤认定

——高振荣诉淄博市临淄区人力资源和社会保障局工伤行政确认案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

山东省淄博市中级人民法院(2017)鲁03行终148号行政判决书

2.案由:工伤行政确认纠纷

3.诉讼双方

原告(上诉人):高振荣

被告(被上诉人):淄博市临淄区人力资源和社会保障局(以下简称临

淄区人社局)

【基本案情】

高振荣系海湾山东海湾吊装工程股份有限公司(以下简称海湾吊装

公司)职工,从事吊车司机工作。2015年2月21日,高振荣驾驶鲁

CHW×××号小型轿车从嘉祥县前往海湾吊装公司在烟台龙口公司工地

上班途中发生交通事故。高振荣受伤后进入淄博市第一医院治疗,被诊

断为:上下肢多发性骨折(左);骨盆骨折;胸部多发伤。2015年3月15日, 海湾吊装公司向临淄区人社局提出工伤认定申请, 2015年3月30日临淄

区人社局依法受理了海湾吊装公司的工伤认定申请。2015年4月1日,临

淄区人社局认为单位未能出具公安机关交通管理部门、司法机关以及法

律、行政法规授权组织出具的高振荣在此次交通事故中的责任结论,作

出临人社工认中字〔2015〕7号《工伤认定中止通知书》。2015年3月25

日,淄博市公安局交警支队博山大队作出(淄)公交证字〔2015〕

第2015030001号《道路交通事故证明》,载明:经询问当事人高振荣,其

陈述事故发生时因有同方向行驶的其他车辆变更车道,自己采取措施时

导致车辆向右行驶撞至道路东侧护坡墙壁,造成交通事故;经鉴定无法判

断事故发生时鲁CHW×××号小型轿车是否与其他车辆接触,对造成事故

的原因也无法判定;经调查访问没有找到目击证人,现场无交通警察指

挥,也无交通监控设施,无法查清高振荣驾车与道路东侧护坡墙壁相撞的

原因。该道路交通事故形成原因无法查清。2016年5月19日,临淄区人社

局作出临人社工决字〔2016〕109号《不予认定工伤决定书》,认定高振

荣于2015年2月21日06:05左右在滨莱高速公路滨州方向96千米300米处

发生的交通事故为单方交通事故,其情形不符合“非本人主要责任”的

认定条件,也不符合《工伤保险条例》第十四条、第十五条认定工伤或

者视同工伤的情形,对高振荣受到的伤害不予认定或者视同工伤。

【案件焦点】

交警部门无法作出事故责任认定的情况下如何认定工伤。

【法院裁判要旨】

山东省淄博市临淄区人民法院一审认为:高振荣发生的事故伤害为

单方交通事故。虽然其自述因有同方向行驶的其他车辆变更车道,自己

采取措施时导致车辆向右行驶撞至道路东侧护坡墙壁,但是并未提供有

关证据证实。从淄博市公安局交通警察支队博山大队(淄)公交证字

〔2015〕第2015030001号《道路交通事故证明》《山东理工大学交通安

全司法鉴定所交通事故司法鉴定意见书》(山理工交通安全司法鉴定所

〔2015〕交鉴字第3-7号)及调查核实的情况来看,均未发现有其他造成

高振荣发生交通事故的原因,也无其他事故责任方。因此,其不符合“非

本人主要责任”的认定条件,也不符合《工伤保险条例》第十四条、第

十五条认定工伤或者视同工伤的情形。被告临淄区人社局作出临人社工

决字〔2016〕109号《不予认定工伤决定书》符合法律规定。据此判决: 驳回高振荣的诉讼请求。

高振荣不服一审判决,提起上诉。山东省淄博市中级人民法院经审

理认为:本案中,高振荣系海湾吊装公司的职工,从事吊车司机工作,根据

海湾吊装公司的经营业务以及高振荣的工作性质,高振荣应是在公司各

个工地从事吊车司机工作。2015年2月春节前,高振荣已经被公司派往其

在龙口中集来福士海洋工程有限公司工地上班,高振荣在本单位以外的

龙口工地的工作地点和时间相对固定,其在工地春节放假期满返回工地

上班途中发生的交通事故,应当按照“上下班途中”要件来进行处理认

定。高振荣上诉主张其属于因工外出期间由于工作原因受伤,应当认定

为工伤的上诉理由不能成立,不予支持。因存在特殊情形而排除工伤认

定,社会保险部门作出不予认定工伤决定必须以能够证明存在特殊情形

的证据为依据,如果没有相关证据,而职工受伤害符合认定为工伤的其他

条件的,应当认定为工伤。临淄区人社局在交警部门对道路交通事故形

成原因无法查清的情形下,仅认为高振荣主张因有同方向行驶的其他车

辆变更车道导致发生交通事故但未提供证据证实为由,认定高振荣发生

的交通事故是由高振荣承担主要责任以上的单方事故,事实不清,证据不

足,依法予以撤销。原审判决认定事实不清,证据不足,依法予以撤销。

据此,二审判决:

一、撤销一审判决;

二、撤销临淄区人社局作出的临人社工决字〔2016〕109号《不予

认定工伤决定书》;

三、责令临淄区人社局在法定期限内重新作出行政行为。

【法官后语】

本案主要涉及交警部门无法作出交通事故责任认定时的工伤认定问

题。

交警部门出具事故责任书对于工伤认定具有重要作用。通常情况

下,交通事故发生后交警部门结合现场调查情况能够作出事故责任认定

书,但特殊情形下可能事故责任无法认定。根据《最高人民法院关于审

理工伤保险行政案件若干问题的规定》第一条第二款的规定,有权机构

出具的事故责任认定书、结论性意见等法律文书不存在或者内容不明

确,社会保险行政部门就前款事实作出认定的,人民法院应当结合其提供

的相关证据依法进行审查。该款规定明确了在交警部门无法认定事故责

任的情况下,人社部门仍应当依法作出事实认定。同时该条还明确了法

院对人社部门作出的事实认定应当结合其提供的相关证据依法进行审

查。

《中华人民共和国行政诉讼法》第三十四条规定:“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。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……”从行政诉讼法规定的举证责任分配来看,在行政诉讼中应当由

被告承担举证责任,这与民事诉讼法规定的“谁主张,谁举证”存在差

异,有利于保障劳动者的合法权益。根据《工伤保险条例》的规定,职工

在上下班途中遭遇交通事故的,除本人承担主要责任外,应当认定为工

伤。人社部门如果不予认定工伤,应当提供职工符合不予认定工伤条件, 即职工本人承担交通事故主要或全部责任的证据。实践中有观点认为, 在交警部门无法作出交通事故责任认定时,应当由劳动者承担举证责任, 劳动者无法举证的,法院对于人社部门作出的不予认定工伤决定应予维

持(即判决驳回原告的诉讼请求)。这一观点本质上是将行政诉讼的举证

责任分配与民事诉讼的举证责任分配混同,错误地强调“谁主张、谁举

证”,没有从立法目的层面正确认识行政诉讼法关于举证责任分配的重

要意义。

综上,工伤认定的具体标准与范围体现了我国在立法层面上的利益

博弈与价值观念的演化,并且关系到对职工、用人单位与工伤保险单位

之间的具体风险分配。工伤认定的处理原则,既要尊重工伤保险制度的

立法目的和宗旨,也要考虑工伤职工保障的实际需要,在无法划分交通事

故责任的情形下,采用存疑时有利于劳动者之原则,彰显了工伤保险对劳

动者合法权益的保护,可使我国工伤范围的界定达到国际劳工保护的标

准,体现以人为本与构建和谐社会的理念。公安交通管理部门出具的事

故责任认定书是社会保险行政部门履行工伤认定职责的重要依据,但并

非工伤认定的前提条件。公安交通管理部门无法认定事故责任的,社会

保险行政部门不得以此为由不予认定工伤。本案二审意见符合《工伤保

险条例》《劳动法》《社会保险法》保障受害劳动者救济和补偿优先的

立法目的和保护弱者的立法精神,无疑是正确的。

编写人:山东省淄博市中级人民法院 荣明潇

山东省淄博市临淄区人民法院 刘海红

17伤情与病情关联性技术意见的审查标准

——翁玉中诉广州市番禺区人力资源和社会保障局工伤认定决定及

广州市人力资源和社会保障局行政复议决定案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广州铁路运输第一法院(2017)粤7101行初2005号行政判决书

2.案由:工伤认定决定、行政复议决定纠纷

3.当事人

原告:翁玉中

被告:广州市番禺区人力资源和社会保障局(以下简称番禺人社

局)、广州市人力资源和社会保障局(以下简称市人社局)

【基本案情】

翁玉中为广州市番禺艺彩印刷联合有限公司的员工。2014年10月6

日20∶30分左右,翁玉中下班骑电动车回租住地途经广州市番禺区石基

镇塱边村荔枝湖酒店附近路段时因路边土堆不慎摔倒,致使右膝部受伤, 当时没有向单位报告或去医院治疗。后因膝部异样前往医院治疗,2014

年11月9日门诊诊断为:右膝软组织挫伤。2015年1月22日10∶30分左右, 翁玉中在公司生产车间工作时因不慎被工作台的铁架碰撞到原受伤部位

右膝部,经广州市番禺中心医院2015年1月28日诊断为:右膝外伤术后碰

伤。2015年5月20日,翁玉中申请工伤认定。2015年9月25日,番禺人社局

再次委托广州市劳动能力鉴定委员会进行伤情与病情关联性鉴定。2015

年11月5日,广州市劳动能力鉴定委员会作出穗劳鉴〔2015〕0410809号

《伤情与病情关联性技术意见》,认定“右膝软组织挫伤;膝关节损伤; 右膝外侧半月板损伤;前交叉韧带挫伤”的诊断意见与2015年1月22日右

膝部碰到工作台受伤的伤情存在关联性。2015年11月12日,番禺人社局

作出认定工伤决定书,决定“翁玉中于2014年10月6日下班途中摔伤的情

形不符合《工伤保险条例》第十四条应当认定为工伤和第十五条视同工

伤的规定,不应当认定为工伤。翁玉中于2015年1月22日工作时右膝

部‘右膝软组织挫伤;膝关节损伤;右膝外侧半月板损伤;前交叉韧带挫

伤’的受伤情形,符合《工伤保险条例》第十四条第(一)项的规定,应当

认定为工伤。其余的诊断不应当认定为工伤”。翁玉中不服,诉至本

院。本院作出(2016)粤7101行初1391号行政判决,撤销穗番人社工伤认

〔2015〕014283号《认定工伤决定书》。2016年12月19日,番禺人社局

再次委托广州市劳动能力鉴定委员会鉴定。2016年12月30日,广州市劳

动能力鉴定委员会出具穗劳鉴〔2016〕0412289号《伤情与病情关联性

技术意见》。2017年1月18日,番禺人社局作出穗番人社工伤认〔2017〕

005815号《认定工伤决定书》,翁玉中不服,申请行政复议。市人社局于

2017年5月17日作出行政复议决定,维持了番禺人社局作出的穗番人社工

伤认〔2017〕005815号《认定工伤决定书》。翁玉中仍不服,向本院提

起本诉。

【案件焦点】

医院对翁玉中所作诊断的病情与翁玉中2015年1月22日所受伤情是

否具有关联性。

【法院裁判要旨】

根据《工伤保险条例》第十四条的规定,因翁玉中2015年1月22日在

工作时间和工作场所内受伤前,其于2014年10月6日下班骑电动车回租住

地途中因路边土堆不慎摔倒致右膝部受伤的情况确实存在。该次摔倒受

伤的伤情对翁玉中2015年1月22日在工作时间和工作场所内受伤情形存

在影响。因此,详细认定医院对翁玉中所作诊断的病情与翁玉中2015年1

月22日所受伤情是否具有关联性,是确定涉案工伤认定决定所认定事实

是否清楚的关键。

广州市劳动能力鉴定委员会出具的2016年12月30日穗劳鉴〔2016〕

0412289号《伤情与病情关联性技术意见》存在以下问题:一是番禺人社

局向广州市劳动能力鉴定委员会提交的《伤情与病情关联性鉴定委托

书》,将翁玉中受伤日期一栏错误填写为2015年11月28日;二是该伤情与

病情关联性技术意见有三处将翁玉中受伤日期错误描述为2015年11月28

日;三是番禺人社局向广州市劳动能力鉴定委员会提交的《伤情与病情

关联性鉴定委托书》所附的翁玉中的就医材料清单中,未见番禺区中医

院2016年1月6日出具的疾病证明书,该疾病证明书诊断为右膝关节韧带

术后损伤;四是该伤情与病情关联性技术意见与广州市劳动能力鉴定委

员会2015年11月5日作出的穗劳鉴〔2015〕0410809号《伤情与病情关联

性技术意见》中对右膝外侧半月板相关损伤的认定存在矛盾之处。穗劳

鉴〔2015〕0410809号《伤情与病情关联性技术意见》认定“右膝软组

织挫伤;膝关节损伤;右膝外侧半月板损伤;前交叉韧带挫伤”的诊断意

见与翁玉中2015年1月22日右膝部碰到工作台受伤的伤情存在关联性,而

穗劳鉴〔2016〕0412289号《伤情与病情关联性技术意见》则认为相关

病情与翁玉中“2015年1月22日”受伤的伤情不存在关联性。

翁玉中对该关联性认定所提异议已经由法院审查查实,故番禺人社

局在上述伤情与病情间关联性认定的基础上,作出的穗番人社工伤认

〔2017〕005815号认定工伤决定,应属认定事实不清,依法应予撤销,撤

销后番禺人社局应重新对翁玉中的工伤认定申请作出处理。市人社局作

出的维持穗番人社工伤认〔2017〕005815号认定工伤决定的复议决定, 同理应予撤销。

综上所述,法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第

(一)项、第七十九条的规定,判决如下:

一、撤销被告广州市番禺区人力资源和社会保障局作出的穗番人社

工伤认〔2017〕005815号认定工伤决定;

二、撤销被告广州市人力资源和社会保障局作出的穗人社复案字

〔2017〕第31号行政复议决定;

三、责令被告广州市番禺区人力资源和社会保障局在本判决生效之

日起60日内对原告翁玉中2015年1月22日受伤的情形重新作出工伤认定

处理。

【法官后语】

伤情与病情关联性技术意见是劳动能力鉴定机构出具的,职工受伤

情形与医院诊断的病情结论间关联程度的鉴定意见,根据《广州市职工

伤病劳动能力鉴定办法》(以下简称《鉴定办法》)第三条“本办法所称

劳动能力鉴定包括下列事项……(七)伤情与病情关联性的技术性意

见……”的规定,伤情与病情关联性技术意见属于劳动能力鉴定。《鉴

定办法》第五条前两款规定,市劳动能力鉴定委员会设立职工伤病劳动

能力鉴定医疗卫生专家库(以下简称专家库)。对伤病职工进行劳动能力

鉴定时,市劳动能力鉴定委员会在专家库中随机抽取3名或者5名相关专

家组成专家组,进行劳动能力鉴定并出具书面鉴定意见。伤情与病情关

联性技术意见作为鉴定意见,为法定证据类型之一,行政机关在无法判断

伤情与病情关联性时,可委托市劳动能力鉴定委员会出具专业意见。

审判机关与行政机关对医学专业知识的掌握有限,较为依赖中立的

专业机构出具的结论,使得该技术意见在工伤认定类行政诉讼案件中起

着举足轻重的作用。为防止相关人员利用专业优势,影响审判人员的判

断,对该技术意见进行实体性与程序性审查非常必要。

就实体性审查而言,作为审判人员,因专业领域的不同,只要无相反

的更权威的鉴定结论或存在证据证明该技术意见明显与事实不符或不合

常理等情况,法院应当推定关联性技术意见的客观性成立。双方均委托

专业机构鉴定得出不同结论的,可在庭审中互相质证,辨明是非。

就程序性审查而言,主要审查该关联性鉴定是否依照《鉴定办法》

规定的流程和要求进行:1.组成人员方面,是否随机抽取3名或者5名相关

专家组成专家组,再次鉴定是否随机抽取5名或者7名相关专家组成合议

专家组,进行劳动能力鉴定并出具书面鉴定意见,已参加初次鉴定的专家

有无参加再次鉴定;2.鉴定程序方面,鉴定申请人是否向专家组提交全部

诊断意见和检查化验结果,专家组的鉴定流程是否符合规定;3.利害关系

人的权利保障情况。劳动能力鉴定结论作出后,应当在20日内送达用人

单位、伤病职工或者其近亲属,以保障利害关系人的知情权。申请人对

鉴定结论不服的,可以依照第十四条、第十五条申请再次鉴定的权利告

知。

本案争议焦点在于医院对翁玉中所作诊断的病情与翁玉中2015年1

月22日在工作时间和工作场所内所受伤情是否具有关联性。因翁玉中确

实存在2014年10月6日下班骑电动车回租住地途中因路边土堆不慎摔倒

致右膝部受伤的情况。该次摔倒受伤的伤情对翁玉中2015年1月22日在

工作时间和工作场所内受伤情形存在影响,故区分两次受伤对最终病情

的影响及关联性程度非常重要。

番禺人社局向广州市劳动能力鉴定委员会提交的《伤情与病情关联

性鉴定委托书》所附的翁玉中的就医材料清单中,未见番禺区中医

院2016年1月6日出具的疾病证明书,该疾病证明书诊断为“右膝关节韧

带损伤术后”,委托缺乏全面性,导致技术意见缺乏全面性,未能全面评

估关联程度。而且,先后两份关联性技术意见就同一病情诊断结论“右

膝外侧半月板损伤”与伤情的关联性判断矛盾,客观性存疑。因此,建立

在穗劳鉴〔2016〕0412289号《伤情与病情关联性技术意见》基础上的

穗番人社工伤认〔2017〕005815号认定工伤决定及穗人社复案字

〔2017〕第31号行政复议决定应予撤销。

编写人:广州铁路运输第一法院 许青 郭志鹏

18因劳动关系确认事项引起的仲裁或诉讼期间应

从工伤申请期限内予以扣除

——北京京华兴商品混凝土有限公司诉北京市朝阳区人力资源和社

会保障局劳动社会保障行政确认案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市朝阳区人民法院(2017)京0105行初263号行政判决书

2.案由:劳动社会保障行政确认纠纷

3.当事人

原告:北京京华兴商品混凝土有限公司(以下简称原告)

被告:北京市朝阳区人力资源和社会保障局(以下简称被告)

第三人:王某(以下简称第三人)

【基本案情】

2016年4月25日,第三人向被告申请工伤认定,同时提交相关材料。

当日,被告决定予以受理。2016年4月26日,被告对第三人进行询问,第三

人自述其系原告的司机,2014年6月9日在单位排队拉活时被庚某打伤,已

报警。经过初审,被告认为伤害事故涉及暴力伤害,但第三人申请的材料

缺少公安机关的证明,故于2016年4月29日决定中止工伤认定程序。2016

年5月6日、5月12日,被告对原告车队队长及原告司机进行调查,核实了

第三人的工作岗位、受伤原因和经过。2016年8月14日,北京市公安局朝

阳分局管庄派出所出具《情况说明》,说明了第三人受伤地点及原因。

此后。被告再次对第三人进行询问,核实其受伤经过,并对原告办公室主

任进行调查,笔录记载其认可第三人与原告存在劳动关系及第三人受伤

的事实经过,原告认可第三人属工伤。2016年10月13日,被告作出京朝人

社工伤认(1050T0323563)号《认定工伤决定书》,认定第三人所受伤害

为工伤,并应第三人申请作出《增补受伤部位决定书》。

在劳动关系方面,北京市朝阳区劳动人事争议仲裁委员会于2015年5

月14日收到第三人仲裁申请,并于2015年11月16日作出京朝劳人仲字

〔2015〕第08715号《裁决书》。原告不服,提起民事诉讼,民事判决确

认原告与第三人2013年7月1日至2014年12月31日存在劳动关系,该判决

于2016年4月1日生效。

原告不服该《认定工伤决定书》,认为依据《工伤保险条例》第十

七条第二款的规定,工伤职工申请工伤认定的期限为自伤害发生之日起

一年内,可以直接向单位所在地统筹地区社会保险行政部门提出工伤认

定申请,因此,第三人应当在2015年6月9日前提出工伤认定申请,但第三

人于2016年4月25日提出工伤认定申请已超过法定期限,应当驳回其申

请,遂诉请法院撤销被告作出的京朝人社工伤认(1050T0323563)号《认

定工伤决定书》。

【案件焦点】

被告受理第三人的工伤认定申请是否违反法定申请时限的规定。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为:本案涉及工伤职工自行申请的

情形,依据《工伤保险条例》第十七条第二款的规定,第三人应在事故伤

害发生之日起1年内向社会保险行政部门申请工伤认定。依据《北京市

实施<工伤保险条例>若干规定》第九条的规定,因确认劳动关系发生争

议影响工伤认定的,应当在申请工伤认定前依法解决劳动争议。解决劳

动争议的时间,不计算在工伤认定申请时限内。这是对工伤认定申请时

限扣除情形的规定,其并未违反上位阶的法律规定,且符合《工伤保险条

例》的立法精神,与《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问

题的规定》中“不属于职工……自身原因超过工伤认定申请期限的,被

耽误的时间不计算在工伤认定申请期限内”的精神相一致,依法应作为

本案审理依据。本案中,现有证据已证明第三人在发生工伤事故后因劳

动关系确认事项向仲裁委申请劳动仲裁,后原告对此又提起民事诉讼,因

此,本案中因劳动关系确认事项引起的仲裁和诉讼期间,属于非因第三人

本人而耽误的时间,应从申请期限内予以扣除。被告处理方式符合上述

规定,法院予以认可。

针对原告认为其与第三人无劳动关系争议,第三人没有提起仲裁或

诉讼的必要性,本案不存在扣除申请时限的情形的主张,法院认为:第一, 原告单方主张不能否定客观事实;第二,衡量扣除情形是对客观事实是否

发生的情形考查,而非对进行相关程序是否有必要的主观判断,且进行仲

裁或诉讼的必要性是双方基于不同立场后形成的认识,本案第三人并未

持有其与原告签订的劳动合同,且在事故发生后向原告发出了解除劳动

关系的通知,在此情况下其提起仲裁有其必要性和合理性。因此,原告该

主张不能成立。

被告在接收第三人申请后,履行法定步骤,并在法定期限内作出决

定,履行执法程序并无不当,法院不持异议。综上,原告诉讼理由不能成

立,法院遂判决:

驳回原告诉讼请求。

【法官后语】

“法律不保护躺在权利上睡觉的人。”工伤认定申请时限制度存在

的意义也在于此,通过规定工伤认定的申请时限,敦促用工单位和受害职

工积极行使权利,使得此种行政确认行为处于相对稳定和受监督的状

态。但是,申请时限的存在不应给受伤害职工权利的行使带来困难,否

则,就违背了工伤认定制度的立法目的。因此,申请时限扣除情形的存在

就具有了充分的必要性,本案的关键问题也在于此。

目前,严格来说,针对申请时限的扣除情形,《工伤保险条例》并无

明确的规定,仅规定了申请时限的延长情形。在此基础上,《北京市实施

<工伤保险条例>若干规定》第九条对工伤认定申请时限作出了规

定:“因确认劳动关系发生争议影响工伤认定的,应当在申请工伤认定前

依法解决劳动争议。解决劳动争议的时间,不计算在工伤认定申请时限

内。”那么,该地方政府规章中的规定,本案是否可以适用?或者进一步

说,该地方政府规章是否合法有效,本案是否可以参照适用?这是解决本

案焦点问题即被告受理第三人的工伤认定申请是否违反法定申请时限规

定的关键。对此,笔者认为,应首先判断其是否与上位法相抵触,根据最

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》的规

定,下位法不符合上位法的情形主要表现为违反上位法立法目的扩大或

限缩权利主体和义务主体的权利、义务范围等。经过审查,《北京市实

施<工伤保险条例>若干规定》对工伤认定申请时限扣除情形的规定未有

与上位法相抵触的情形,更重要的是,其与《工伤保险条例》保护工伤职

工的合法权益、为其提供救济渠道的立法目的相契合,并与《最高人民

法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》中“不属于职工……

自身原因超过工伤认定申请期限的,被耽误的时间不计算在工伤认定申

请期限内”规定的精神具有高度的一致性。因此,笔者认为,该地方政府

规章合法有效,是对工伤认定申请时限制度的有益补充和完善,本案在审

理过程中应当对其参照适用。据此,本案第三人因确认劳动关系引起的

劳动仲裁和民事诉讼的期间,不应归咎于第三人,属于非因第三人本人原

因耽误的期间,应当从工伤认定申请期限内予以扣除。

笔者认为,公正与效率这两种价值在位阶上并无高低之分,然而在工

伤认定案件中,虽然工伤认定申请时限制度的存在是对工伤职工怠于行

使申请权而做出的限制,但在目前我国劳动者处于相对弱势的大背景下, 在遭遇本案的特殊情形时,工伤认定的申请时限应做出特殊的利益考虑, 从而使得公正与效率得到动态的平衡。

编写人:北京市朝阳区人民法院 朱军巍 孙雯

19行政机关自行纠错行为的司法审查

——李国顺诉扬州市邗江区人力资源和社会保障局撤销工伤行政确

认案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省扬州市中级人民法院(2017)苏10行终227号行政判决书

2.案由:撤销工伤行政确认纠纷

3.当事人

原告(被上诉人):李国顺

被告(上诉人):扬州市邗江区人力资源和社会保障局(以下简称邗江

人社局)

第三人(上诉人):扬州五星水族用品有限公司

【基本案情】

2016年2月29日,被告邗江人社局作出扬邗人社工认字(2016)第118

号认定工伤决定书,认定原告李国顺于2015年7月30日上午在第三人扬州

五星水族用品有限公司上班操作时,因堆放的玻璃倒下致其右前臂外伤

伴肌腱、神经损伤为工伤。2016年12月21日,扬州市人力资源和社会保

障局工伤保险处向被告邗江人社局作出《建议书》,内容主要为:对李国

顺的劳动能力复核鉴定工作过程中,发现李国顺受伤初始就医治疗的病

史资料并非其本人的,建议对作出的工伤认定结论重新组织调查核实。

2016年12月28日,被告邗江人社局作出《撤销决定》,以李国顺受伤初始

就医治疗的病史资料并非其本人的为由,撤销对原告李国顺作出的扬邗

人社工认字(2016)第118号认定工伤决定书。另查明,扬州邗江国建医院

门诊部及住院部在2015年12月29日共同出具《证明》,证实原告李国顺

因右前臂外伤伴肌腱、神经损伤,曾用刘金茂名就医。

【案件焦点】

被告邗江人社局作出的《撤销决定》是否合法。

【法院裁判要旨】

江苏省扬州市江都区人民法院经审理认为:参照《人力资源社会保

障部关于执行<工伤保险条例>若干问题的意见(二)》第十条的规定,因

工伤认定申请人或者用人单位隐瞒有关情况或者提供虚假材料,导致工

伤认定决定错误的,社会保险行政部门发现后,应当及时予以更正。本案

中,原告李国顺于2015年7月30日上午上班操作时,因堆放的玻璃倒下被

砸伤右臂,被告邗江人社局据此认定原告李国顺构成工伤。现被告邗江

人社局仅因原告受伤初始就医治疗的病史资料系冒用刘金茂的姓名而撤

销工伤认定,理由不够充分,不足以证明原告存在隐瞒有关情况或者提供

虚假材料,导致工伤认定决定错误的事实,故应当确认被告作出的撤销决

定无事实依据,主要证据不足。此外,《江苏省行政程序规定》(江苏省

人民政府令第100号)第六十条规定:“行政执法决定应当以书面形式作

出。但是法律、法规、规章另有规定的除外。行政执法决定应当载明下

列事项:(一)当事人的基本情况;(二)事实以及证明事实的证据;(三)适

用的法律规范;(四)决定内容;(五)履行的方式和时间;(六)救济的途径

和期限;(七)行政机关的印章与决定日期;(八)应当载明的其他事

项。”本案被告邗江人社局作出的《撤销决定》未载明适用的法律规

范,救济的途径和期限等。综上,被告邗江人社局作出的《撤销决定》事

实不清,证据不足,应当予以撤销。据此,依照《中华人民共和国行政诉

讼法》第七十条第(一)项之规定,判决如下: 撤销被告扬州市邗江区人力资源和社会保障局于2016年12月28日作

出的《撤销决定》。

被告邗江人社局及第三人扬州五星水族用品有限公司不服提起上

诉,江苏省扬州市中级人民法院于2018年3月23日作出行政判决: 驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

根据依法行政及有错必纠的原则,行政行为不仅应当依法作出,还应

始终保持合法状态,违法的行为亦应依法及时纠正。由于行政行为具有

公信力及确定力,自作出即被推定为合法有效并被尊重,非因法定原因和

经法定程序不得撤销或变更。司法实践中,对于行政机关自行纠错行为

的审查应当注意以下几个方面:

第一,审查原行政行为是否合法。对行政机关自行纠错行为的合法

性审查,与对一般行政行为的合法性审查的区别在于,审查自行纠错行为

是否合法以审查原行政行为是否违法或不当为前提,即需审查两个行政

行为,但是无需对原行政行为进行全面审查。如果原行政行为不存在证

据不足、超越职权、滥用职权等违法情形的,则行政机关自行纠错行为

属认定事实不清、证据不足,应将其撤销。本案中,虽然原告提供的医疗

病案显示其曾冒用他人姓名进行治疗,可能存在扰乱医疗保险秩序的违

法行为,但是根据现有材料能够确定原告发生工伤的客观事实,被告亦进

行了工伤认定,原告不存在提供虚假材料获得工伤认定的违法行为,故被

告根据上级指示,仅以相关医疗病案患者姓名与原告本人姓名不一致为

由撤销对原告的工伤认定,属事实不清,证据不足。

第二,审查自行纠错行为程序是否合法。我国目前尚未有法律、法

规明确行政机关自行纠错应遵循何种程序,这种现状为审查该行为是否

违反法定程序带来了相当的难度。笔者认为,应根据案件的实际情况结

合行政法的基本原则进行裁量。可重点把握行政机关自行纠错过程中, 是否告知相对人并给予其陈述和申辩的机会,在采取新的证据材料时,是

否给予相对人知悉和质证这些材料的机会,这是行政程序公开、公正原

则以及程序参与原则的要求,在没有具体规则可以遵循的情况下,可发挥

基本原则的功能。此外,有些省份出台了关于行政程序的相关规定,行政

机关亦应当予以遵守,如本案中江苏省人民政府出台了《江苏省行政程

序规定》,被告在作出《撤销决定》时应当参照该行政程序规定。

第三,兼顾信赖利益保护原则。在特定情况下,为最大限度地保护法

律安定性及当事人信赖利益,即使行政行为违法,也不能随意将其撤销。

例如,对于行政许可等授益性行政行为,只要相对人具有正当的、值得保

护的信赖利益,如果相对人主观上没有故意或重大过失,原则上不能撤销

该行政行为,除非不撤销该行为会严重危及社会公共利益。对于确实需

要撤销的,也应选择对利害关系人权益损害最小的方案。对因行政机关

撤销行为导致相对人信赖利益受损的,应当按照过错原则承担自行纠错

行为带来的一系列不利后果,不得将因行政机关未依法履行审查职责等

原因导致的执法责任,转由相对人承担。

编写人:江苏省扬州市江都区人民法院 袁江华

20知青下乡期间及返城招工后的工作时间能否视

同养老保险缴费年限

——陆振伟诉浙江省诸暨市人力资源和社会保障局劳动保障行政确

认案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

浙江省绍兴市中级人民法院(2017)浙06行终413号行政判决书

2.案由:劳动保障行政确认纠纷

3.当事人

原告(上诉人):陆振伟

被告(被上诉人):浙江省诸暨市人力资源和社会保障局(以下简称诸

暨市人社局)

【基本案情】

1969年1月,陆振伟作为知识青年下乡到原诸暨县红湖乡。1979年12

月,经原诸暨县劳动局招工进入诸暨化肥厂工作,为全民所有制固定工。

1987年8月,诸暨化肥厂同意陆振伟辞职。2011年11月,陆振伟按照《浙

江省人力资源和社会保障厅、浙江省财政厅关于解决未参保集体企业退

休人员及其他相关人员基本养老保障等遗留问题的实施意见》(浙人社

发〔2011〕211号)文件规定补缴1972年9月至1987年8月的养老保险费。

2011年12月,陆振伟以个体劳动者身份办理职工养老保险参保手续,缴费

年限为2011年1月至2016年7月。2016年7月13日,诸暨市人社局对陆振伟

作出职工基本养老保险待遇核准行为,核准陆振伟养老保险累计缴费年

限为20年7个月(其中视同缴费年限为0,实际缴费年限为20年7个月)。陆

振伟认为其作为知识青年下乡插队期间及诸暨化肥厂工作期间共计15年

应视同养老保险缴费年限,遂提起行政诉讼。

另查明,诸暨县劳动局于1985年11月12日出具证明,明确陆振伟系

1969年1月下放红湖乡的知识青年,于1979年12月招工。因陆振伟系1956

年9月出生,故从1972年9月起算工龄。

【案件焦点】

陆振伟在知青下乡期间及诸暨市化肥厂工作期间(即1972年9月至

1987年8月)的15年工作年限是否应视同养老保险缴费年限。

【法院裁判要旨】

浙江省诸暨市人民法院经审理认为:陆振伟在知青下乡期间及诸暨

市化肥厂工作期间[即原告陆振伟按照《浙江省人力资源和社会保障

厅、浙江省财政厅关于解决未参保集体企业退休人员及其他相关人员基

本养老保障等遗留问题的实施意见》(浙人社发〔2011〕221号)文件的

规定一次性缴纳基本养老保险费期间]的15年工作年限不应视同养老保

险缴费年限,分析评判如下:

《浙江省劳动厅关于企业部分职工连续工龄与缴费年限计算问题的

通知》(浙劳险〔1995〕221号)中规定:“企业职工在省政府浙政

〔1988〕53号文下达之日后,经企业批准辞职并持有《辞职证明书》的, 其辞职前和再次参加工作后的连续工龄可合并计算,其实际缴费年限也

可合并计算。”陆振伟于1987年8月辞职,在浙政〔1988〕53号文下达之

日前,故不适用该通知。根据《浙江省人力资源和社会保障厅、浙江省

财政厅关于解决未参保集体企业退休人员及其他相关人员基本养老保障

等遗留问题的实施意见》(浙人社发〔2011〕221号)的规定,具有本省户

籍,经组织人事部门或劳动行政部门办理招录用或招工手续的原机关、

企事业、社会团体等单位的职工,因辞职、除名、自动离职原因离开单

位的,其在原单位的工作年限经审核后,可申请一次性缴纳原工作年限的

基本养老保险费。陆振伟作为知识青年下乡到原诸暨县红湖乡,1979年

12月经劳动行政部门招工为全民所有制固定工, 1987年8月辞职,诸暨市

人社局经审核后,陆振伟于2011年11月一次性缴纳了1972年9月至1987年

8月(含知青下乡期间)15年原工作年限的基本养老保险费,符合上述文件

规定。

综上,在没有法律规定的情况下,对诸暨市人社局作出涉案行政行为

所适用的政策依据,司法审判应从政策的稳定性、延续性角度出发,予以

尊重并参照适用。诸暨市人社局据此对陆振伟作出职工基本养老保险待

遇核准行为,认定事实清楚,适用法律正确,程序合法。原告之诉请,依据

不足,依法应予驳回。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条

之规定,判决如下:

驳回陆振伟的诉讼请求。

陆振伟不服上述判决,提起上诉。浙江省绍兴市中级人民法院经审

理认为:《浙江省劳动厅关于企业部分职工连续工龄与缴费年限计算问

题的通知》(浙劳险〔1995〕221号)规定:“企业职工在省政府浙政

〔1988〕53号文下达之日后,经企业批准辞职并持有《辞职证明书》的, 其辞职前和再次参加工作后的连续工龄可合并计算,其实际缴费年限也

可合并计算。”本案中,陆振伟于1987年8月辞职,在浙政〔1988〕53号

文下达之日前,故不能适用上述规定。根据《浙江省人力资源和社会保

障厅、浙江省财政厅关于解决未参保集体企业退休人员及其他相关人员

基本养老保障等遗留问题的实施意见》(浙人社发〔2011〕221号)的规

定,具有本省户籍,经组织人事部门或劳动行政部门办理招录用或招工手

续的原机关、企事业、社会团体等单位的职工,因辞职、除名、自动离

职原因离开单位的,其在原单位的工作年限经审核后,可申请一次性缴纳

原工作年限的基本养老保险费。陆振伟作为知识青年下乡到原诸暨县红

湖乡,1979年12月经劳动行政部门招工为全民所有制固定工,1987年8月

辞职,故诸暨市人社局以陆振伟于2011年11月一次性缴纳了1972年9月至

1987年8月(含知青下乡期间)计15年原工作年限的基本养老保险费,符合

浙人社发〔2011〕221号之规定。故诸暨市人社局的涉案核准行为依据

确凿充分。

浙江省绍兴市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第

八十九条第一款第(一)项之规定,作出如下判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

知识青年下乡是历史遗留问题,该类人员也属于历史中的特殊人

员。而知青下乡期间与返城招工后的工作时间计算为连续工龄后,发生

自动离职等情形的,对于连续工龄及缴费年限计算的问题,人社部门按照

原浙江省劳动厅《关于企业部分职工连续工龄与缴费年限计算问题的通

知》(浙劳险〔1995〕221号)的规定处理后,当事人不服而引发的信访情

形较多。为照顾解决该类特殊人员的基本养老保障问题,浙江省人力资

源和社会保障厅、浙江省财政厅于2011年7月20日出台了《关于解决未

参保集体企业退休人员及其他相关人员基本养老保障等遗留问题的实施

意见》,其中第四条第(三)项的规定对相应情形的工龄认定及基本养老

保险费的缴纳问题均予以了明确。目前,尚无法律规定对知青下乡期间

及返城工作期间可否计算为工龄,可否视同缴费年限。在没有法律规定

的情形下,司法审判应从政策的稳定性、延续性角度出发,予以尊重并参

照适用,对人社部门对本案类似情形作出的行政行为,应认定其适用依据

充分,不应以此理由予以撤销或重做。

编写人:浙江省诸暨市人民法院 赵晓妤

21对于历史遗留的无证房产的确权登记应区别对

待

——济南华泰医药有限公司诉济南市人民政府房地产确权登记案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

山东省高级人民法院(2017)鲁行终1474号行政判决书

2.案由:房地产确权登记纠纷

3.当事人

原告(被上诉人):济南华泰医药有限公司(以下简称济南华泰公司) 被告(上诉人):济南市人民政府(以下简称市政府)

【基本案情】

济南华泰公司在济南市二环东路7889号拥有一幢连体无证住宅,该

房屋所在土地经山东省人民政府鲁政土字(2006)341号文件批准征为国

有,济南华泰公司取得了用地手续。2014年2月,市政府成立济南市解决

城市建设历史遗留问题领导小组及市联合办公室,并下发《关于妥善解

决处理国有土地上历史遗留无证住宅问题的意见》。根据该文件的相关

规定,济南华泰公司于2015年向济南市历下区人民政府解决城市建设历

史遗留问题领导小组及联合办公室上报了申请办理房产证的材料,区领

导小组办公室作出初审意见认为济南华泰公司的涉案房屋形成时间

为1992年3月31日,区领导小组办公室将其申请材料及初审意见上报市联

合办公室,但市联合办公室未予答复。2017年2月,济南华泰公司再次向

市联合办公室提出书面申请,要求办理涉案房产的确权手续。2017年3

月9日,市联合办公室作出《关于济南华泰医药有限公司项目办理结果的

复函》,认为涉案房产位于千佛山风景名胜区规划用地范围内,与规划实

施及风景名胜区管理存在严重冲突,故不同意办理。市政府将不予办理

的决定于2017年3月9日书面告知济南华泰公司,诉讼中,市政府认为其上

述行为符合法律法规的规定,并无不当。

【案件焦点】

市政府作出的《关于济南华泰医药有限公司项目办理结果的复函》

是否合法。

【法院裁判要旨】

《关于妥善解决处理国有土地上历史遗留无证住宅问题的意见》第

二条第(一)项规定:“对1993年7月1日市政府印发《关于划分市区国有

土地等级做好土地出让工作的通知》(济政发【1993】48号)之前形成的

无证住宅,不再进行技术审查和行政处罚,免缴各种规费,经市级建筑质

量监督机构审查或房屋安全鉴定机构符合安全使用要求的,建设单位和

购房人按当时政策缴纳有关税费后,可持相关材料申请办理房产

证。”济南华泰公司位于二环东路7889号的历史遗留无证住宅,经济南

市历下区解决城市建设历史遗留领导小组办公室认定,系1992年3月31日

形成,符合上述政策规定。因此,济南华泰公司向济南市历下区解决城市

建设历史遗留问题领导小组办公室申报,并经其初审通过后上报至市联

合办公室,市政府具有对济南华泰公司的申请作出处理的职责和义务。

市联合办公室于2017年3月9日作出《关于济南华泰医药有限公司项

目办理结果的复函》,认为涉案房产位于千佛山风景名胜区规划用地范

围内,与规划实施及风景名胜区管理存在严重冲突,故不同意办理,其依

据是《风景名胜区条例》第二十七条、第三十条的相关规定,该规定系

禁止建设违反风景名胜区规划的建筑物,并对建设活动规范提出要求,对

本案涉案房产早在千佛山风景名胜区规划之前就已经建成的情形,“应

当按照风景名胜区规划,逐步迁出”,并未对办理涉案房产的确权手续作

出禁止性规定。况且,执行《关于妥善解决处理国有土地上历史遗留无

证住宅问题的意见》与落实《千佛山风景名胜区总体规划(2014—

2035)》属于不同的法律关系,二者不存在冲突。市政府应遵循“为群众

排忧解难的态度,采取积极务实措施,解决复杂的历史遗留问题,维护群

众根本利益”这一指导思想,尊重历史、维护公平和政府公信力,积极妥

善地处理济南华泰公司的申请事项。市联合办公室作出的《关于济南华

泰医药有限公司项目办理结果的复函》适用法律法规不当,应予撤销,市

政府应依法对济南华泰公司的申请重新履行法定职责。

综上,依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第(二)项之规

定,判决:

一、撤销济南市人民政府于2017年3月9日作出的《关于济南华泰医

药有限公司项目办理结果的复函》;

二、限济南市人民政府自本判决生效之日起60日内对济南华泰医药

有限公司的申请重新作出处理。

二审法院同意一审法院的裁判意见,驳回市政府上诉,维持原判决。

【法官后语】

本案中,济南华泰公司的国有土地上房屋确系在千佛山风景区规划

用地范围内,且早在千佛山风景名胜区规划之前就已经形成,未办理房屋

所有权证书属于历史遗留问题。依据《关于妥善解决处理国有土地上历

史遗留无证住宅问题的意见》(以下简称《意见》)的有关规定,该房产

应当补办手续,市政府具有为济南华泰公司办理涉案房屋所有权证的法

定职责。《意见》是为解决国有土地上未办理房屋产权登记历史遗留问

题而出台的意见,而《风景名胜区条例》规定的是风景名胜规划区域内

禁止建设违反风景名胜区规划的建筑物,并对建设活动规范提出要求,对

规划区域内符合条件的房屋确权行为并未作出禁止性规定,依照此条例

的相关规定,涉案房产应当按照风景名胜区规划,逐步迁出,因此,二者之

间不存在矛盾和冲突。市政府仅依据《风景名胜区条例》以及《千佛山

风景名胜区总体规划(2014—2035)》的有关规定作出《关于济南华泰医

药有限公司项目办理结果的复函》,对济南华泰公司的申请不予办理,属

于适用法律、法规不当,依法应当予以撤销并对济南华泰公司的申请重

新作出处理。

在房地产确权登记工作中,不可避免地要涉及历史遗留的无证房地

产的认定和处理问题,这类房地产的存在原因一般都很复杂,不能一律按

照违法建筑处理,应本着尊重历史、实事求是、宽严相济、法律效果和

社会效果相统一的原则,区分不同时期、不同类型的历史遗留问题,按照

形成时间分阶段确定处理政策,有效推动问题解决。本案的意义在于人

民政府应当是诚信政府,人民群众对于其制定的有效文件持有合理信赖, 因此,政府在作出具体行政行为时,要区分不同法律关系的不同要求,准

确认定事实,正确适用法律法规,积极回应人民群众的合理诉求,维护人

民群众切身利益,从而提升政府公信力。

编写人:山东省济南市中级人民法院 孙继发 尹逊航

22房产主管部门应审慎审查用于权属登记的测绘

成果

——江美诉海门市住房和城乡建设局房屋面积行政确认案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省南通市中级人民法院(2017)苏06行终666号行政判决书

2.案由:房屋面积行政确认纠纷

3.当事人

原告(被上诉人):江美

被告(上诉人):海门市住房和城乡建设局(以下简称海门住建局) 原审第三人(上诉人):海门中南世纪城开发有限公司(以下简称中南

公司)

【基本案情】

中南世纪锦城21幢由中南公司开发。原通过图审的设计文件将该幢

房屋南侧设计为双阳台,因容积率控制需要,该建设项目的修建性详细规

划论证组进行论证后,对规划设计文件提出了修改意见:住宅建筑南侧控

制双阳台,北侧限制内置式阳台。后案涉建设项目的设计文件变更为房

屋南侧一个阳台,一个休息间,该变更行为经海门住建局核准后,成为中

南公司申办建设工程规划许可证的设计方案。2015年,受中南公司委托,

海门市公信测绘公司对21幢楼建筑面积进行勘测并出具了《测绘报告

书》,报告中的分户面积明细表载明该楼1305号房屋的建筑面积

为92.87m2,对南侧休息间系按全面积计算。该测绘结果经海门住建局审

核通过,并用于房屋产权登记。

江美认为案涉休息间应当参照未封闭阳台计算一半面积,遂提起诉

讼请求判决撤销海门住建局对其所购1305室建筑面积测绘结果的行政确

认行为。

经法院实地查看,该房屋南侧一个阳台,一个休息间,结构无异。

【案件焦点】

海门住建局对测绘成果的确认行为是否合法。

【法院裁判要旨】

江苏省如皋市人民法院经审理认为:根据《房屋面积测算技术规

程》的规定,阳台应按其维护结构外围水平投影面积的一半计算。案涉

休息间与阳台在结构上基本一致,对其计算全面积,导致购房人要按照全

面积支付购房款,侵害了购房人的利益。《测绘报告书》对休息间计算

全面积明显错误,海门住建局对测绘成果的确认行为违法。

江苏省如皋市人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十

条第(一)项之规定,作出如下判决:

撤销海门住建局对海门市中南世纪锦城21幢楼13单元1305号房建筑

面积的行政确认行为。

海门住建局、中南公司认为案涉房屋通过审核的规划设计方案中载

明南侧为一个阳台、一个休息间,故对休息区应当计算全面积,遂提起上

诉。江苏省南通市中级人民法院经审理认为:房产测绘成果应当与房产

自然情况保持一致。海门住建局对用于房屋权属登记的测绘成果有进行

全面、严格审核的职责。案涉休息间与阳台外观、结构并无差异,仅是

设计施工图中标注的功能分区名称不一致。在设计施工图与房屋自然状

况不相符合的情况下,海门住建局对测绘成果予以确认显然有失公允。

江苏省南通市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第

八十九条第一款第(一)项之规定,作出如下判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

对于购房者而言,房屋面积测绘成果关系到购房总价,看似不起眼的

几平方米带来的是几千元甚至几万元的价格差距,直接影响到购房人的

经济利益。对房产测绘成果的审核,是房产部门重要的基础性工作,也是

监管房产市场健康发展的重要手段。目前,部分房产管理部门对房产面

积测量成果的审核履职不到位,造成了诸多产权面积不实的现象,引发不

少纠纷。

根据《房产测绘管理办法》第七条、第十八条的规定,房产测绘成

果应当与房产自然状况保持一致;用于房屋权属登记等房产管理的房产

测绘成果,房地产行政主管部门应当对施测单位的资格、测绘成果的适

用性、界址点准确性、面积测算依据及方法等内容进行审核。此种审核

作为一种具体行政确认行为应当建立在正当考虑的基础之上,遵循合理

行政原则,尽到应有的审慎注意义务,以防止有可能损害行政相对人或其

他利害关系人合法权益的危害结果发生。反之,则认为行政机关怠于履

行其必要的行政义务。本案中,海门住建局应以其判断与识别能力为限

度,在专业范围内对测绘成果的合理性尽到审慎审查义务。案涉休息间

与未封闭阳台结构完全无异,中南公司事实上并未对原双阳台的设计进

行变更。海门住建局在实地勘查后却仍然机械地以设计图中所谓的功能

区划分作为面积测算依据,明显违背了测绘成果与房屋自然状况相符的

基本要求,也有悖于合理行政原则。该局未能尽到必要的审慎审查义务, 所作行政确认行为依据不足,应予撤销。

编写人:江苏省南通市中级人民法院 鲍蕊

23确定土地权属的行政规章与土地管理法不抵触

时可以适用

——同仁县年都乎乡郭么日村民委员诉同仁县人民政府、青海省黄

南藏族自治州人民政府土地行政确认案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

青海省高级人民法院(2017)青行终5号行政判决书

2.案由:土地行政确认纠纷

3.当事人

原告(上诉人):同仁县年都乎乡郭么日村民委员会(以下简称郭么日

村委会)

被告(被上诉人):同仁县人民政府(以下简称同仁县政府)、青海省

黄南藏族自治州人民政府(以下简称黄南州政府)

原审第三人:同仁县水土保持工作站(以下简称同仁县水保站)、同

仁县民政局

【基本案情】

同仁县年都乎乡年都乎村民委员会和郭么日村委员会因对位于两村

交界处、由同仁县水保站自1982年使用的面积为122677.9平方米的两宗

土地的权属与同仁县水保站三方相互之间发生争议,于2013年8月申请同

仁县政府确权,同仁县政府于同年10月作出确权决定。同仁县年都乎乡

年都乎村民委员会提起诉讼,在诉讼中因郭么日村委会亦申请确权,同仁

县政府主动撤销了2013年的确权决定。2014年10月,同仁县政府作出

(2014)第01号确权决定,该决定经复议后,因程序问题被黄南州政府撤

销。同仁县政府遂重新作出同政决(2015)第01号《土地权属争议决定

书》,将争议土地确认为国有土地,使用权确认给现实际使用单位。同仁

县年都乎乡年都乎村民委员会、郭么日村委会不服,分别提出复议申请, 黄南州政府作出黄政复决书字(2015)3号《行政复议决定书》,维持了该

确权决定。随后两村委会分别提起行政诉讼,要求撤销确权决定和复议

决定。

【案件焦点】

1.适用《确定土地所有权和使用权的若干规定》是否准确;2.同仁

县政府确权决定认定事实是否清楚。

【法院裁判要旨】

一审法院认为,同仁县良种繁殖场改建的青年集体农场位于年都乎

村一带,与争议土地所处位置相吻合。知青农场撤销后,房屋等财产移交

同仁县民政科,1982年,同仁县民政科将原农场人员及财产移交同仁县水

保站,后争议土地一直由同仁县水保站使用至今。以上事实不仅有文件

内容明确的党委、政府的规范性文件证实,而且证据间能相互印证争议

土地一直作为国有土地在使用。同仁县政府作出的《土地权属争议决定

书》,从实际出发,依据历史沿革、面对现实,根据土地利用现状和历史

因素,认定的基本事实清楚,证据确实,适用法律、法规正确,符合法定程

序,应予维持。黄南州政府根据《中华人民共和国行政复议法》第二十

二条、第二十三条的规定,进行书面审查,行政复议程序符合《中华人民

共和国行政复议法》的相关法律规定,亦应予维持。郭么日村委会引用

《中华人民共和国土地管理法》和《确定土地所有权和使用权的若干规

定》说明集体土地受国家保护。同时,以中国人民解放军青海省同仁县

公检法机关军事管制小组刑事判决及照片证明郭么日村民世代生活居住

在该地,但证据不能印证土地归该村所有,也不能证明土地使用权归该村

占有。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条的规定,判决: 驳回郭么日村委会的诉讼请求。

郭么日村委会上诉称:1.大量事实证明争议土地一直归郭么日村集

体所有,一审法院在没有任何证据证实的情况下维持同仁县政府确定争

议土地为国有的确权决定,属认定事实不清,证据不足;2.一审判决对其

提出的同仁县政府土地确权决定适用法律错误,在《中华人民共和国土

地管理法》第八条与《确定土地所有权和使用权的若干规定》第十八条

原则不同的情况下,未适用上位法的原因没有分析认定,而是予以回

避;3.黄南州政府在一审时无证据证明复议决定按照《中华人民共和国

行政复议法》第二十三条、第二十八条规定的程序作出,一审法院认定

程序合法错误。请求撤销一审判决,撤销同仁县政府的确权决定和黄南

州政府的行政复议决定,责令同仁县政府重新确权。

同仁县政府答辩称:1.同仁县政府在确权过程中严格依法依规进行, 举行听证,全面告知申请人权利,充分听取意见,并对证据进行质证。从

现有档案材料和利用现状看,同仁县水保站、同仁县民政局一直在使用

涉案争议土地,说明该地一直作为国有土地使用。一审法院根据查明的

事实对同仁县政府提交的证据依法认定,事实清楚,证据确实充分;2.土

地权属争议的处理适用《中华人民共和国土地管理法》《土地权属争议

调查处理办法》《确定土地所有权和使用权的若干规定》,符合法律适

用原则,一审判决适用法律准确。请求驳回上诉,维持原判。

黄南州政府答辩称:1.一审法院根据同仁县相关文件,结合历史沿

革、土地利用现状等综合因素认定土地为国有土地,事实清楚,证据充

分;2.黄政复决书字(2015)3号《行政复议决定书》程序合法,不存在违

法之处。《中华人民共和国行政复议法》第二十八条规定的程序为选择

性程序,复议不必然需要集体讨论,复议决定由复议机关出具,不存在违

法和不提交证据的问题。同仁县政府已按照《中华人民共和国行政复议

法》第二十三条的规定履行了提交答辩状、证据、依据的程序。

二审法院认为,《中华人民共和国土地管理法》第八条第二款“农

村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于农民集体

所有”的规定,是对土地国家所有权的保护,是土地国家所有权的一种延

伸,是对土地集体所有权的一种限定,不能据此以权属不明为由将农村和

城市郊区的土地直接确认为集体所有。《确定土地所有权和使用权的若

干规定》《土地权属争议调查处理办法》是国家土地主管部门根据土地

管理法的授权制定的,在土地权属不明的情况下,人民政府确认土地所有

权或使用权,依法进行土地登记应当适用的部门规章,其与《中华人民共

和国土地管理法》之间并无冲突。根据《土地权属争议调查处理办法》

第十九条“土地权属争议双方当事人对各自提出的事实和理由负有举证

责任,应当及时向负责调查处理的国土资源行政主管部门提供有关证据

材料”的规定,土地权属争议的各方当事人需对自己提出的事实和理由

举证证明。本案中,郭么日村委会提交的证据不能形成完整的证据链。

同仁县水保站和同仁县民政局提交的证据,充分证明从1982年起,除2001

年划拨给同仁县民政局修殡仪馆的土地外,该争议土地一直由同仁县水

保站使用。黄南州作出的复议决定在提交证据上存在的瑕疵不足以导致

复议决定被撤销。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一

款第(一)项的规定,判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

《中华人民共和国土地管理法》及根据该法制定的《确定土地所有

权和使用权的若干规定》《土地权属争议调查处理办法》是在土地权属

不明情况下,人民政府确认土地所有权或使用权,依法进行土地登记应当

适用的法律及部门规章。《中华人民共和国土地管理法》第八条第二

款“农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于农

民集体所有”的规定是对土地国家所有权的保护和土地集体所有权的限

定。《确定土地所有权和使用权的若干规定》第十八条“土地所有权有

争议,不能依法证明争议土地属于农民集体所有的,属于国家所有”的规

定是在土地所有权不明情况下的确权规则,并未违反《中华人民共和国

土地管理法》第八条第二款的规定。根据《土地权属争议调查处理办

法》第三条“调查处理土地权属争议,应当以法律、法规和土地管理规

章为依据。从实际出发,尊重历史,面对现实”及第十九条“土地权属争

议双方当事人对各自提出的事实和理由负有举证责任,应当及时向负责

调查处理的国土资源行政主管部门提供有关证据材料”的规定,土地权

属争议需各方当事人对自己提出的事实和理由举证证明,人民政府根据

各方当事人举证和对地籍材料的调查情况,结合新中国成立后的土地改

革情况,以法律、法规和土地管理规章为依据,从实际出发,尊重历史,面

对现实作出确权决定。故法院在审理土地确权案件时,对时间久远、很

难查清土地权属的土地争议,要充分尊重政府处理土地权属的自由裁量

权,在合法性审查的同时考虑合理性,尊重人民政府对合理利用土地、化

解争议、促进稳定等因素的判断。

编写人:青海省高级人民法院 边红丽

[[1].胡建淼:《行政法学》(第四版),法律出版社2015年版,第392、393](#p88)

[页。](#p88)

三、行政许可

24具有持续性效力的行政行为以行政判决时为裁

判基准时

——胡永峰诉北京市朝阳区公安消防支队行政许可案

【案件基本信息】

`1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院(2017)京03行终673号行政判决书

2.案由:行政许可纠纷

3.诉讼双方:

原告(上诉人):胡永峰

被告(被上诉人):北京市朝阳区公安消防支队

第三人(被上诉人):北京居然靓屋灯饰有限公司

【基本案情】

2014年6月1日,原告与第三人签订《居然之家招商合同<2014>版》, 租赁第三人北五环店中摊位进行商业经营,租赁期限为2014年6月1日至

2016年4月30日。

2014年9月5日,被告作出朝公消安检字(2014)第0311号《公众聚集

场所投入使用、营业前消防安全检查合格证》(以下简称《检查合格

证》),许可原告租赁摊位所在的公共聚集场所作为灯饰商店投入使用和

营业。

原告诉称第三人并未按照法律规定在开业前取得上述消防许可证, 且未经规划许可私自在涉案经营场所内加盖违法建设,给商户带来了火

灾安全隐患。被告在已知第三人存在违法行为的情况下,违规对第三人

发放消防安全检查合格证,存在违法行政及侵害原告及其他商户合法权

益的行为。因此,请求法院撤销被告颁发的《检查合格证》。

2016年2月26日,在案件的审理过程中,被告根据第三人下属来广营

分公司的申报,对该公司申报的居然靓屋北五环灯饰城改造工程首层商

户装修工程消防设计作出朝公消审〔2016〕第0297号《建设工程消防设

计审核意见书》,经审核认定上述工程的消防设计为合格。2016年7月25

日,被告作出京公(朝)消验字〔2016〕第0890号《建设工程消防验收意

见书》,经复验对上述改造工程的验收结论为合格。

【案件焦点】

法院应当以行政行为作出时还是行政判决作出时的事实和法律作为

判断被告作出的《检查合格证》合法性的裁判基准时。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为:本案中,被告根据第三人的申

请,对涉案场所一楼至三楼进行了消防安全检查,在认定第三人不存在不

予许可的情形后,对第三人作出本案被诉《检查合格证》。之后,在本案

审理过程中,被告根据第三人的申请,对其未进行检查的部分进行消防安

全检查,并经复验认定该部分符合验收条件,作出了合格的验收意见。因

此,涉案场所符合投入使用和营业的条件。虽然被告在作出被诉《检查

合格证》时,未进行全面的消防安全检查,但在涉案场所实质上已经达到

许可条件的情况下,被告的上述行为,不应成为被诉《检查合格证》应予

撤销的事由。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十

九条之规定,判决如下:

驳回原告胡永峰的诉讼请求。

原告持原审起诉意见提起上诉。北京市第三中级人民法院经审理, 同意一审法院的认定意见。

【法官后语】

法院对行政行为的合法性进行评判是以某一时点为准的“抓拍

式”行为,应当以哪一时点的案件事实与法律进行裁判的问题称为裁判

基准时问题。理论上对裁判基准时的选取有两种观点:行政行为作出时

和行政判决作出时。

我国现行的《中华人民共和国行政诉讼法》《最高人民法院关于适

用<行政诉讼法>的解释》及《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题

的规定》中对原告、被告及第三人通过提交证据固定案件事实的时点作

出了规定,但根据上述法律规定和司法解释,尚不能确定行政诉讼裁判基

准时是行政行为作出时还是行政判决作出时。实践中,裁判基准时的选

取还应当考虑被诉行政行为的效力性质、原告与行政行为的关系等因

素,并采用利益权衡的方法谨慎判断。

具体到本案中,首先,被诉《检查合格证》有持续性效力。具有持续

效力的行政行为,就如同原行政机关不断地重新作出行政行为。据此,应

当以行政判决作出时的事实和法律来判断其合法性。否则,就是对其持

续性效力的否定。

其次,本案原告相对于被诉的《检查合格证》系行政相关人,其诉权

来自因消防安全不达标而致损的法律保护之需要,但事实证明涉案场所

符合消防安全要求,没有侵害原告合法权益的可能。假设选取行政行为

作出时作为裁判基准时,《检查合格证》因作出时事实调查遗漏被撤销

或确认违法,实质上未增加原告的权益,反而将减少行政相对人的信赖利

益及相关社会公众利益,不符合行政诉讼保障利益的目标。

由此,一审、二审法院的判决以行政判决作出时为裁判基准时是恰

当的。

编写人:北京市朝阳区人民法院 寇天功 鞠仁

25“无照”申请人申请药品经营行政许可证是否

违反“先照后证”制度

——北京济世康泰大药房有限公司诉北京市朝阳区食品药品监督管

理局行政许可案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院(2017)京03行终25号行政判决书

2.案由:行政许可纠纷

3.当事人

原告(上诉人):北京济世康泰大药房有限公司

被告(被上诉人):北京市朝阳区食品药品监督管理局

【基本案情】

2015年10月21日,原告向被告提出开办药品零售企业申请,被告于同

日受理。此后,被告查明百世堂公司已于2015年10月8日在原告拟注册地

址地域范围内,向被告提出了开办药品零售企业的筹建申请。

2015年10月23日,被告工作人员至原告拟注册地址进行实地测量,经

测量该地址与最近的正在进行药品零售企业筹建申请审查的百世堂公司

的可行进距离为280米。2015年11月13日,被告作出《北京市药品零售同

意筹建通知书》,决定同意百世堂公司的筹建。2015年11月16日,百世堂

公司取得工商注册登记。

2015年11月30日,被告作出本案被诉《决定书》,根据《北京市开办

药品零售企业暂行规定》第五条“新开办药品零售企业应与已有药品零

售企业之间具备350米以上的可行进距离”的规定,认定原告申请的地址

与申请在先的筹建药品零售企业——百世堂公司相距280米,不符合上述

规定。遂对原告提出的申请作出不予许可决定。

【案件焦点】

未取得《营业执照》的百世堂公司提出开办药品零售企业的筹建申

请是否属于行政许可的“在先申请”。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为:首先,《北京市开办药品零售企

业暂行规定》第五条中的“已有药品零售企业”不应仅指已实际获得药

品经营许可并实际从事药品经营活动的企业。药品零售企业开办经营许

可是一个涉及多环节、存在一定周期的动态审批过程。一个拟筹建药品

零售企业在申请许可的周期内可能存在同一地域内多个拟筹建企业同时

或先后申请的情形。如果将“已有”作字义上的限缩性理解,则无法实

现药品零售企业经营许可的有序开展,会造成许可秩序的混乱。因此,被

告在许可中将先提出筹建申请的企业涵盖在“已有药品零售企业”中的

理解具有合理性和可操作性,本院应予以认可;其次,根据《药品管理法

实施条例》第十二条的规定,申领《药品经营许可证》开办药品零售企

业包括筹建与验收两个阶段,《北京市开办药品零售企业暂行规定》中

要求企业在提出筹建申请时应提交《企业名称预先核准通知书》。“先

照后证”制度实施后,北京市食品药品监督管理局规定药品生产经营主

体向食品药品监督管理部门申请新办许可审批的,仅需提供《营业执

照》,不再需要提交《名称预先核准通知书》,但提交《营业执照》的时

间未要求必须在筹建阶段。所以,本案中百世堂公司虽然在向被告提出

药品零售企业筹建申请时未取得《营业执照》,但未违反“先照后

证”制度,故该筹建申请应当成立。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十

九条之规定,判决如下:

驳回原告北京济世康泰大药房有限公司的全部诉讼请求。

原告持原审起诉意见提起上诉。北京市第三中级人民法院经审理认

为,被上诉人北京市朝阳区食品药品监督管理局作出的《决定书》事实

清楚,依据充分。北京市第三中级人民法院依照《中华人民共和国行政

诉讼法》第八十九条第一款第(一)项之规定,判决如下:

驳回上诉,维持一审判决。

【法官后语】

本案的处理重点在于如何确定“申请在先”的行政许可申请。我国

《行政许可法》第五十七条规定,有数量限制的行政许可,两个或以上申

请人的申请均符合条件的,应当根据受理行政许可申请的先后顺序作出

准予行政许可决定。

根据《北京市开办药品零售企业暂行规定》中“新开办药品零售企

业应与已有药品零售企业之间具备350米以上的可行进距离”的规定,药

品经营许可属于在相应地域内有数量限制的行政许可,应适用行政许

可“申请在先”原则。根据《药品管理法》《药品管理法实施条例》的

相关规定,市场主体申请药品经营许可被分为筹建申请和验收申请两个

阶段。本案中,百世堂公司先于原告向食药监管部门提出了筹建申请,属

于在先的药品经营许可申请。

值得注意的是,本案涉及对“先照后证”制度的理解,以确定百世堂

公司的筹建申请是否成立。“先照后证”制度是国务院作出的行政决

定,其核心是改革工商登记制度,清理和压缩现有的工商登记前置审批事

项,降低市场主体的准入门槛,激发市场活力。本案中,北京市食品药品

监督管理局为实施“先照后证”制度发布相关文件,该文件中未规定行

政许可申请人需提交《营业执照》的时间,故百世堂公司的筹建申请虽

未提交《营业执照》,但不违反“先照后证”制度,该筹建申请应当成

立。

编写人:北京市朝阳区人民法院 朱军巍 鞠仁

26对建设用地申请财产保全的权利人是否是该土

地上商品房预售许可的利害关系人

——重庆中讯金通投资(集团)有限公司诉合江县住房和城乡规划建

设局商品房预售行政许可案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省泸州市中级人民法院(2017)川05行终151号行政裁定书

2.案由:商品房预售行政许可纠纷

3.当事人

原告(上诉人):重庆中讯金通投资(集团)有限公司(以下简称重庆中

讯公司)

被告(被上诉人):合江县住房和城乡规划建设局(以下简称合江县住

建局)

【基本案情】

2013年,合江县国土局将坐落于合江县城荔城大道4号地块(城西公

园旁),面积为61171.13平方米的国有土地使用权出让给第三人。第三人

缴纳了第一期土地出让价款后,在此土地上进行“英伦府邸”房地产开

发。2016年5月12日,合江县国土局为第三人已缴纳土地出让金的部分土

地办理了不动产权证书。2016年1月26日,被告合江县住建局依据第三人

的申请及提交的材料,向第三人颁发了(合住建)房预售证第5号商品房预

售许可证。

另查明,原告与第三人因借款合同产生纠纷,于2015年5月27日向泸

州市中级人民法院申请诉前保全,泸州市中级人民法院作出民事裁定书

和协助执行通知书,查封第三人获得的该宗土地,要求未经法院许可,不

得办理转让、抵押等手续,查封期限为3年。合江县国土局据此对该土地

办理了查封登记。2015年6月25日,泸州市中级人民法院就土地查封一事

告知了第三人法定代表人夏宁璐,同时鉴于第三人尚未取得土地使用证, 允许第三人继续办理土地使用权证。后原告以第三人为被告向重庆市第

一中级人民法院提起了借款合同诉讼。

原告认为,其系查封土地权益的利害关系人,被告颁发《商品房预售

许可证》时未保证原告的听证权利,违反了法律法规的相关规定,系程序

违法,严重侵害了原告的合法权益。故提起行政诉讼,请求撤销被告作出

的(合建房)预售证第5号《商品房预售许可证》或确认该行政行为违

法。

【案件焦点】

本案中原告重庆中讯公司与被告合江县住建局的行政许可行为之间

是否有利害关系、是否具有诉讼利益。

【法院裁判要旨】

四川省泸州市合江县人民法院经审理认为:原告重庆中讯公司并非

被告作出的商品房预售许可行政行为的利害关系人,不具有诉的利益,不

是本案的适格原告。首先,原告为保障债权的实现而申请法院查封土地, 土地被法院查封后,权利自然及于土地上的房屋。第三人出售了土地之

上的商品房,应由相关职能部门在办理商品房过户登记时予以限制。而

被告颁发商品房预售许可与原告债权的实现并不直接产生法律关系,原

告不是该行政行为的利害关系人。其次,被告作出的商品房预售许可证

仅赋予第三人出售商品房的资格,为授益性行政行为,而商品房的出售是

第三人与购买者之间的买卖关系,属民事行为。法院的保全措施要求第

三人未经法院许可,不得办理转让、抵押等手续,该措施系约束第三人出

售商品房的行为,而非限制被告作出商品房预售许可,即使原告是土地查

封的申请人,也与被告的行政行为无直接关联。但第三人未遵守法院的

保全裁定,可由法院依据法律规定予以制裁。综上,原告与被告的行政行

为之间没有利害关系,其并非适格的诉讼主体。

四川省合江县人民法院依据《中华人民共和国行政诉讼法》第二十

五条第一款、第四十九条,《最高人民法院关于适用<中华人民共和国行

政诉讼法>若干问题的解释》第三条第一款第(一)项之规定,作出如下裁

定:

驳回原告重庆中讯金通投资(集团)有限公司的起诉。

重庆中讯公司持原审起诉意见提起上诉。四川省泸州市中级人民法

院经审理认为:依据《中华人民共和国行政诉讼法》第二十五条第一

款、第四十九条之规定,行政行为的相对人以及其他与行政行为具有利

害关系的公民、法人或者其他组织具备行政诉讼的起诉资格。本案中, 上诉人重庆中讯公司为实现对第三人的债权向泸州市中级人民法院申请

诉前财产保全。法院裁定查封第三人的该宗涉案土地,并裁定未经法院

许可,不得办理转让、抵押等手续,查封期限为3年。土地被法院查封后, 权利自然及于包括房屋在内的地上构建筑物,然而该诉前财产保全裁定

仅系约束第三人出售商品房的行为,并非限制被上诉人合江县住建局作

出商品房预售许可行为,第三人未经法院许可,违反法院的保全裁定,出

售查封土地之上的商品房,应由相关职能部门在办理商品房过户登记时

予以限制,并可由法院依据相关法律规定予以制裁。但上诉人作为土地

查封的申请人,与被上诉人颁发商品房预售许可无直接关联,被上诉人颁

发商品房预售许可对上诉人债权的实现并未直接产生法律上的效果,上

诉人不是该行政行为的利害关系人,不具有诉的利益。综上,上诉人与被

上诉人的行政行为之间没有利害关系,其并非具备行政诉讼的诉讼主体

资格。故原审法院依法裁定驳回起诉,并无不当。

四川省泸州市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第

八十九条第一款第(一)项“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”之规定,作出如

下裁定:

驳回上诉,维持原裁定。

【法官后语】

在行政诉讼中,原告资格被看作平衡公私利益的重要门槛。本案的

处理结果是以原告不具有行政诉讼的原告主体资格裁定驳回起诉的,重

点主要在于对“与行政行为有利害关系”的理解。《中华人民共和国行

政诉讼法》第二十五条第一款规定:“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、法人和其他组织,有权提起诉讼。”“利害

关系”虽然相较于旧的司法解释在表述上少了“法律上”三个字,但精

神实质是连贯一致的,是指公民、法人和其他组织的合法权益受到行政

行为法律上的实质影响,即合法权益受到行政行为的法律意义上的不利

影响或不法侵害。

在本案判决生效后,《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》于2018年2月8日开始实施,该司法解释第十二条对《行

政诉讼法》第二十五条规定的“与行政诉讼行为有利害关系”的情形作

了列举,包括被诉行政行为涉及相邻权或公平竞争权、在行政复议等行

政程序中被追加为第三人等六种情形,最后一种情形以“其他与行政行

为有利害关系的情形”作为兜底。本案原告起诉的情形不属于该司法解

释第十二条列举的六种情形之一,而属于第十三条的情形,即“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”。判断是否有“利害关系”的

标准主要是看权利义务是否有增减得失,但间接利害关系不属于法律上

的直接利害关系,故还应考虑提起诉讼后能否得到实际的诉讼利益。

编写人:四川省泸州市合江县人民法院 刘毅

27阳光房在建设前应当依法取得建设工程规划许

可证

——雍守炎诉宝应县城市管理行政执法局城建行政命令案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省扬州市中级人民法院(2017)苏10行终244号行政判决书

2.案由:城建行政命令纠纷

3.当事人

原告(上诉人):雍守炎

被告(被上诉人):宝应县城市管理行政执法局(以下简称宝应城管

局)

【基本案情】

雍守炎在未办理建设工程规划许可证的情况下,于2017年3月4日在

宝应县花城路宝中宿舍第6幢搭建阳光房。宝应城管局于2017年3月4日

对雍守炎建设阳光房的行为进行案件受理,并展开调查,于同日向雍守炎

作出宝城执停字〔2017〕第0004042号《责令停工核查通知书》,责令雍

守炎立即停工建设。雍守炎收到该通知书后,仍然继续施工。宝应城管

局于2017年3月9日向雍守炎作出宝城执改字〔2017〕第0004042号《责

令改正通知书》,责令雍守炎三日内自行拆除位于宝应县花城路宝中宿

舍第6幢的阳光房。2017年8月7日,案件调查终结。因雍守炎未按责令改

正通知书的要求自行改正,宝应城管局经集体会审后,于2017年8月8日向

雍守炎送达宝城限告字〔2017〕第3号《限期拆除告知书》。雍守炎对

此向宝应城管局书面提出申辩,认为宝应城管局执法无据,请求撤销《限

期拆除告知书》。宝应城管局复核后对雍守炎的申辩意见未予采纳。宝

应城管局于2017年8月15日向雍守炎作出宝城执限拆字〔2017〕第319号

《限期拆除决定书》。雍守炎收到该决定书后不服,故提起诉讼。

【案件焦点】

1.阳光房在建设前是否应当依法取得建设工程规划许可证;2.宝应

城管局的行政执法是否公平。

【法院裁判要旨】

江苏省高邮市人民法院经审理认为:关于阳光房在建设前是否应当

依法取得建设工程规划许可证的问题。根据《中华人民共和国城乡规划

法》第四十条第一款的规定,在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑

物、道路、管线和其他工程建设的,建设单位或者个人应当向城市、县

人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇

人民政府申请办理建设工程规划许可证。法律具有原则性与滞后性,不

可能穷尽一切社会现象,它永远滞后于丰富的现实生活。该条虽未明确

列举“阳光房”,但阳光房实质上就是用钢材、玻璃等材料建设的房屋, 只不过建筑材质不是常见的砖瓦、混凝土。因此,阳光房即便不属于该

条明确规定的“建筑物、构筑物”,亦应当属于“其他工程”。根据该

条的立法本意,“阳光房”应当属于该条调整的范畴,故应当在建设前依

法取得建设工程规划许可证。原告在未取得建设工程规划许可证的情况

下建设阳光房,被告在责令原告立即停工建设后,原告仍然继续施工。根

据《中华人民共和国城乡规划法》第六十四条、《江苏省城乡规划条

例》第六十二条第一款、第二款第(三)项的规定,被告责令原告自行拆

除,并无不当。另外,被告履行了告知、听取陈述、申辩、负责人集体讨

论等程序,原告对被告作出限期拆除决定的整个行政执法程序并无异

议。

关于宝应城管局的行政执法是否公平的问题。行政执法资源的有限

性与违法现象的复杂性、多样性之间始终存在矛盾,导致效率与公平亦

始终处于矛盾之中。被告根据宝应当地的历史情况与现实情况,对原告

建设的阳光房作出限期拆除决定,并无不当。

江苏省高邮市人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十

九条之规定,作出如下判决:

驳回原告雍守炎的诉讼请求。

雍守炎持原审起诉意见提起上诉。扬州市中级人民法院经审理认

为:《中华人民共和国城乡规划法》第四十条第一款规定,在城市、镇规

划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设的,建设单位

或者个人应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、

直辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证;第六

十四条规定,未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可

证的规定进行建设的,由县级以上地方人民政府城乡规划主管部门责令

停止建设;尚可采取改正措施消除对规划实施的影响的,限期改正,处建

设工程造价百分之五以上百分之十以下的罚款;无法采取改正措施消除

影响的,限期拆除,不能拆除的,没收实物或者违法收入,可以并处建设工

程造价百分之十以下的罚款。就本案而言,雍守炎在自家房屋顶部加建

高2.35米,面积66.78平方米的阳光房,未领取建设工程规划许可证,违反

了《中华人民共和国城乡规划法》的规定,宝应城管局在责令雍守炎立

即停工建设后,雍守炎仍然继续施工的情况下,根据法律规定,责令雍守

炎自行拆除,并无不当。针对雍守炎上诉称阳光房建设不是个人建房建

设,无需领取建设工程规划许可证的理由,本院认为,建筑物是指一般具

备、包含或提供人类居住功能的人工建造物,雍守炎在自家房顶建设高

2.35米,面积66.78平方米的阳光房,不论当初是为防止屋面漏雨,还是为

增加使用面积建设,均明显属于《中华人民共和国城乡规划法》中规定

的建筑物范围,依法应当领取建设工程规划许可证后方能建设,雍守炎认

为阳光房无需领取建设工程规划许可证的上诉理由,缺乏法律依据,本院

不予采纳。

关于雍守炎上诉称宝应城管局选择性执法问题,对此本院认为雍守

炎未领取建设工程规划许可证搭建阳光房,事实清楚,证据充分,宝应城

管局依法行使处罚权,于法有据。

扬州市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九

条第一款第(一)项之规定,作出如下判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

在城市规划区内从事任何建设活动,均应当取得建设工程规划许可

证,否则应承担相应的法律后果。不仅《中华人民共和国城乡规划法》

第四十条第一款、第六十四条对此有明确规定,而且住房和城乡建设部

《住宅室内装饰装修管理办法》第六条亦规定:“装修人从事住宅室内

装饰装修活动,未经批准,不得有下列行为:(一)搭建建筑物、构筑物; (二)改变住宅外立面,在非承重外墙上开门、窗……本条所列第(一) 项、第(二)项行为,应当经城市规划行政主管部门批准……”根据以上

规定,对未取得建设工程规划许可证从事建设的行为,要受到责令停止建

设,或限期改正,或拆除、没收,并处罚款等相应的制裁措施。建筑物的

外观及构造,在规划主管部门作出规划许可及规划验收之前均已确定,建

设单位应当按照建设工程规划许可证规定的建筑面积及批准的施工图施

工,如果建设单位未按图施工,或者竣工后开发商、业主擅自改建、加建

建筑物和构筑物,均属违法建设行为。虽然原告称在自家的屋面上所建

的阳光房并非建设工程,不需要取得建设工程规划许可证,但其实质是未

经规划许可擅自用钢材、玻璃等材料围成封闭空间。阳光房不仅改变了

小区原有设计规划及建筑物原有外立面,还可能造成安全隐患,因而属于

违法建设行为。

违法行为普遍存在,不代表行政机关不可以对其中一个或数个违法

行为进行追究,也不意味着在其他人的法律责任没有被追究之前,对某一

特定行为人的违法行为进行查处,就是不公正的执法。公正执法并不能

机械性地理解为要求对所有同类违法行为同时处理,特别是在违法行为

普遍存在的情况下,要求行政机关同时对所有违法行为进行查处,事实上

也无法实现。因此,行政机关对于任何违法行为的查处,均存在由少到

多、由点及面的过程。

编写人:江苏省高邮市人民法院 朱远军

28行政行为补正后,应当以补正后的行政行为为审

查对象

——谢云等诉苏州工业园区国土环保局环评行政许可案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省苏州市中级人民法院(2016)苏05行终285号行政判决书

2.案由:环评行政许可纠纷

3.当事人

原告(上诉人):谢云、张敬武、张喜满

被告(被上诉人):苏州工业园区国土环保局(原园区环保局)

【基本案情】

2014年1月2日,原园区环保局作出《榭雨变环评批复》,同意苏州供

电公司按《榭雨变环境影响报告表》确定的方案建设榭雨变电站,其中

对该变电站的声环境执行标准采用《声环境质量标准》2类及《工业企

业厂界环境噪声排放标准》2类。

后苏州工业园区规划建设局于2015年1月12日对涉案许可项目作出

建设项目选址意见书,涉案许可项目选址较选址选线方案规划意见向西

平移约20米。同年11月13日,原园区环保局作出《榭雨变环评补充分析

函》,要求苏州供电公司对许可项目的声环境影响进行补充分析。苏州

供电公司向原园区环保局提交《榭雨变环境影响补充分析报告》,该变

电站站址西侧、北侧、南侧站界声环境质量标准执行《工业企业厂界环

境噪声排放标准》(GB

12348-2008)4类标准限值要求,东侧站界执行

《工业企业厂界环境噪声排放标准》(GB

12348-2008)1类标准限值要

求。

谢云等人居住的小区毗邻拟建的榭雨变电站,认为《榭雨变环评批

复》作出的时间为2014年1月2日,所依据的事实及法律依据均应在该日

期前存在。《榭雨变环境影响补充分析报告》发生在《榭雨变环评批

复》之后,不能作为被诉行政行为的事实依据。榭雨变电站应当执行

《工业企业厂界环境噪声排放标准》(GB

12348-2008)1类标准限值要

求,故对原园区环保局作出的《榭雨变环评批复》不服,提起诉讼。

【案件焦点】

《榭雨变环境影响补充分析报告》能否作为证明《榭雨变环评批

复》合法性的事实依据。

【法院裁判要旨】

江苏省苏州市姑苏区人民法院经审理认为:本案中原园区环保局作

出《榭雨变环评批复》后,涉案项目拟建址发生向西平移约20米的情况, 苏州供电公司为此对许可项目的声环境影响进行补充分析并提交了《榭

雨变环境影响补充分析报告》。该变动情况未构成“重大变动”的情

形,无需重新报批环评文件,故本案环评行政许可的内容应由《榭雨变环

境影响报告表》《榭雨变环评批复》《榭雨变环境影响补充分析报告》

等文件组成,本案对行政行为合法性的审查也主要针对已由《榭雨变环

境影响补充分析报告》更替相应内容后的《榭雨变环境影响报告表》。

苏州市姑苏区人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十

九条之规定,判决如下:

驳回谢云、张敬武、张喜满的诉讼请求。

谢云、张敬武、张喜满持原审起诉意见提起上诉。苏州市中级人民

法院经审理认为,程序及方式之规定,旨在促使行政机关能作出内容正确

之决定,其本身尚非目的。如果《榭雨变环境影响补充分析报告》可以

促进或改善涉案环境行政许可的正确性,基于法律关系稳定等要求,应当

允许其作为本案涉诉行政行为合法性的事实依据。此外,涉案环评行政

许可作出后,建设项目拟建址向西平移约20米,为保证建设项目的环境合

法性,苏州供电公司应当进行环境影响补充分析,且该许可项目的建址变

动情况,未构成《环境影响评价法》第二十四条第一款规定的“重大变

动”,无需重新报批环评文件。故本案环评行政许可的内容应由《榭雨

变环境影响报告表》《榭雨变环评批复》《榭雨变环境影响补充分析报

告》等文件组成,原审判决对行政行为合法性的审查主要针对已由《榭

雨变环境影响补充分析报告》更替相应内容后的《榭雨变环境影响报告

表》,并无不当。

苏州市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九

条第一款第(一)项之规定,作出如下判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案处理重点主要是《榭雨变环境影响补充分析报告》中关于声环

境标准的相关内容,能否作为认定《榭雨变环评批复》合法性的有效证

据。本案中《榭雨变环境影响报告表》确定变电站的声环境执行标准采

用《声环境质量标准》2类及《工业企业厂界环境噪声排放标准》2类, 客观上不符合相关规定,但是如果将《榭雨变环评批复》之后形成的

《榭雨变环境影响补充分析报告》作为本案环评行政许可合法性的事实

依据,客观上会产生替换《榭雨变环境影响报告表》中声环境标准相关

内容的后果,该变化足以影响最终实体判决结果。

本案中,《榭雨变环境影响补充分析报告》可以视为对《榭雨变环

评批复》的补正,理由如下:一是涉案建设项目实际情况,本案中涉案环

评行政许可作出后,建设项目拟建址向西平移约20米,为保证建设项目的

环境合法性,苏州供电公司对此应当进行环境影响补充分析。二是法律

法规规定方面,《环境影响评价法》第二十四条第一款规定,建设项目的

环境影响评价文件经批准后,建设项目的性质、规模、地点、采用的生

产工艺或者防治污染、防止生态破坏的措施发生重大变动的,建设单位

应当重新报批建设项目的环境影响评价文件。涉案建设项目的上述变动

情况,未构成“重大变动”,无需重新报批环评文件。三是法律关系稳定

及行政经济的考虑,《榭雨变环评批复》实质并无不当,予以撤销重做, 并不符合行政经济、效率之基本原则。故《榭雨变环境影响补充分析报

告》是否可以作为本案环评行政许可合法性的事实依据,不能简单地以

《榭雨变环境影响补充分析报告》形成时间为基准。

因此,本案原园区环保局在环评行政许可作出后,环评行政许可所依

据的部分事实发生变化,而依法又无须重新作出新的环评行政许可,原园

区环保局针对变化的情况对原行政行为的部分内容补正的,人民法院在

审查行政行为合法性时,应当以补正的行政行为为审查对象。当事人主

张只能以补正前的行政行为作为评价行政行为合法性依据的,人民法院

不予支持。但是对于行政行为的补正应当注意以下几点:一是补正行为

应当有利于当事人的合法权益;二是补正行为可以促进和改善行政行为

的正确性,修复行政行为合法性的瑕疵,符合行政经济原则;三是补正行

为应当发生在行政诉讼之前。

编写人:江苏省苏州市中级人民法院 姜雨昊

29行政案件处理也要适用诚实信用原则

——王炳华诉苏州市吴江区七都镇人民政府土地行政许可案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省苏州市中级人民法院(2017)苏05行终424号行政判决书

2.案由:土地行政许可纠纷

3.当事人

原告(上诉人):王炳华

被告(被上诉人):苏州市吴江区七都镇人民政府(以下简称七都镇政

府)

第三人:苏州市吴江区七都镇吴溇村村民委员会(以下简称吴溇村委

会)、沈月华、王凤珠(系王炳华同一户籍内的亲属)

【基本案情】

1995年10月24日,王炳华与七都镇政府下属村镇建设办公室签订协

议书,约定由于七都镇政府实施动迁,乙方(王炳华)自建房屋,由甲方(七

都镇政府下属村镇建设办公室)按照建设规划和规定住宅面积帮助划地; 在增补页中第2款“乙方(王炳华)另行自购住房、营业用房,甲方(七都

镇政府下属村镇建设办公室)一次性奖励112556.23元”。2016年9月29

日,吴溇村委会向七都镇政府出具证明,请政府根据原房屋已拆迁和实际

居住情况给予考虑和照顾。2017年1月10日,七都镇政府下属农村住房建

设管理领导小组经集体讨论认为王炳华户不再符合申请宅基地建房的条

件。王炳华不服,遂提起行政诉讼。

【案件焦点】

对协议书行政法上的效力的理解和适用。

【法院裁判要旨】

江苏省苏州市吴江区人民法院经审理认为:依据《中华人民共和国

土地管理法》第六十二条第三款关于“农村村民住宅用地,经乡(镇)人

民政府审核,由县级人民政府批准;其中,涉及占用农用地的,依照本法第

四十四条的规定办理审批手续”的规定,七都镇政府作为乡镇人民政府, 依法具有对农村村民住宅用地进行审核的法定职权。根据《苏州市吴江

区农村住房建设管理实施意见(试行)》的规定,村民自愿退出宅基地并

已签订补偿协议的,国土资源部门不予批准宅基地。

本案中,王炳华户在1995年签订的拆迁协议书中虽约定了“乙方(王

炳华)自建房屋,由甲方(七都镇政府)按照建设规划和规定住宅面积帮助

划地”,但增补条款明确约定“乙方(王炳华)另行自购住房、营业用房, 甲方(七都镇政府下属村镇建设办公室)一次性奖励112556.23元”,显示

王炳华户系自愿退出宅基地并已签署补偿协议,属于不予批准宅基地的

情形,七都镇政府据此作出的答复并无不当。

江苏省苏州市吴江区人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》

第六十九条和《最高人民法院关于执行<中华人民共和国行政诉讼法>若

干问题的解释》第四十九条第三款的规定,判决:

驳回王炳华要求撤销七都镇政府于2017年1月10日对王炳华的申请

作出的审核回复并责令七都镇政府重新作出审核的诉讼请求。

王炳华不服,向苏州市中级人民法院提起上诉。苏州市中级人民法

院经审理认为:王炳华于1995年与七都镇政府下属村镇建设办公室就王

炳华户位于七都镇吴溇村的宅基地上房屋拆迁签订了拆迁协议并且已履

行完毕。因王炳华在1995年涉案拆迁中选择了自愿退出宅基地另行自购

住房的拆迁方式,也实际取得了另行自购住房的一次性奖励款,故王炳华

户不符合申请宅基地的条件,七都镇政府作出的答复并无不当。据此,判

决:

驳回上诉,维持一审判决。

【法官后语】

诚实信用原则虽然最早出现在私法之中,但在公法领域也逐渐得到

学界和实务界的认可。很多学者着眼于行政主体的诚实信用,但行政相

对人的诚实信用很少得到应有的重视。本案中,各方当事人对案件的基

本事实都没有争议,争议的焦点问题在于各方对协议书行政法上效力的

理解和适用的看法不同。一种意见认为不管当事人如何约定,只要法律

不禁止,就应当允许当事人申请宅基地,因此应当判令七都镇政府履行法

定职责;另一种意见认为当事人之间的协议对双方都有约束力,对于当事

人因不诚信而可能获得的额外利益不应支持,因为这样不仅对于遵守规

则的当事人不公平,也不利于整个社会良好风气的构建。笔者同意第二

种意见,理由如下:

一是诚实信用原则事实上已经成为行政法的一项基本原则。虽然我

国还没有行政法典,也没有行政程序法,但我国《行政许可法》第八条明

确规定了行政许可领域的合法信赖保护原则,它要求政府实施行政许可

行为时必须遵循诚信原则,不得任意变更已生效的行政行为,否则需赔偿

给行政行为相对人所造成的损失。诚实守信既是一项道德原则,也是一

项法律原则。虽然该法只规定了行政机关必须要讲诚信,但行政相对人

讲诚信也是应有之义。随着行政法治的不断推进,行政各方当事人都应

当遵守诚信原则也必将成为行政程序法的基本原则。

二是如果当事人能通过不遵守诚信原则获得额外的利益,那么这对

遵守诚信原则的当事人不公平。本案中,与涉案情形类似的有上百户,除

王炳华户外,其他户均按照两种方式处理:要么放弃宅基地领取自购住房

的一次性奖励款,要么选择宅基地放弃领取自购住房的一次性奖励款。

如果王炳华户既能获得宅基地又能获得自购住房的一次性奖励款,那么

对于其他遵守规则的当事人不公平,也将引起不必要的纠纷。

三是对王炳华户的诉请不予支持也符合《中华人民共和国合同法》

的相关规定。《中华人民共和国合同法》第六条规定,当事人行使权

利、履行义务应当遵循诚实信用原则。第八条规定,依法成立的合同,对

当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅

自变更或者解除合同。依法成立的合同,受法律保护。虽然本案中双方

达成的协议与合同法中规定的合同并不完全一致,但都是双方合意形成

的对双方权利义务关系进行约定的文件,因此也必须符合合同法的相关

规定,如支持王炳华的诉请,则将和生效的合同发生冲突。

四是王炳华户的合法权益已经得到有效保障。本案中,王炳华户

在1995年获得的112556.23元足够其在当地自购住房。王炳华户在1995

年获得了自购住房的一次性奖励款,其在2016年以《土地管理法》没有

规定此种不予安排宅基地的情形为由来申请宅基地,不应得到支持。这

是因为诚信原则是诉讼程序的底线,也是法治建设的生命线。

编写人:江苏省苏州市吴江区人民法院 秦绪栋

30颁发林木采伐许可时,行政机关应该听取利害关

系人的意见

——王振来等诉北京市密云园林绿化局林木采伐行政许可案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院(2016)京03行终735号行政判决书

2.案由:林木采伐行政许可纠纷

3.当事人

原告(被上诉人):王振来、梁九平、王卫红

被告(上诉人):北京市密云区园林绿化局(以下简称密云区园林绿化

局)

一审第三人:原北京市密云县溪翁庄镇金叵罗村民委员会(以下简称

金叵罗村委会)

【基本案情】

王振来、王卫红系梁九平及其夫王起明(已去世)之子女。2004年, 王起明承包了金叵罗村南台西下坎偏坡地的土地20.4亩(承包期一年), 并在地边的泄洪渠道栽种树木,其中包括本案被诉采伐许可证所涉135棵

杨树。2013年7月1日,金叵罗村委会向密云县溪翁庄镇林业工作站提出

申请,内容为:为保障金叵罗村民汛期生命财产的安全,经党支部、村委

会干部实地考察,有135棵树影响了雨季泄洪,危及百姓生命安全。危树

地点在南大坑及叠水坑,为保障泄洪道内的畅通,经两委会议研究决定, 向林业站申请将135(棵)树进行砍伐,以此来确保汛期内广大村民的生命

财产安全。望主管领导审阅后给予批复。同日,密云县溪翁庄镇林业工

作站填写了采伐(移植)林木申请表,该表主要内容为:树权人(单位):金

叵罗村;采伐(移植)树木详细地址:溪翁庄镇金叵罗村叠水坑处,东至

道、西至地、南至小道、北至地;林木权属:个人;土地类型:非规划林

地;树种:用材林;林木用途:自用;申请采伐(移植)原因及意见:因在排水

沟边,影响排洪,需砍伐树木135棵。2013年7月2日,原密云县园林绿化局

林政资源科在上述申请表的审核意见栏中“区(县)林政部门意见”处填

写了“同意”并加盖了公章。2013年7月3日,原密云县园林绿化局在上

述申请表的审核意见栏中“区(县)园林绿化局意见”处填写了“同

意”并加盖了公章。2013年7月4日,原密云县园林绿化局作出被诉采伐

许可证。涉案杨树已被金叵罗村委会采伐完毕。

【案件焦点】

原密云县园林绿化局向金叵罗村委会作出林木采伐许可行为是否合

法、是否应该听取利害关系人的意见。

【法院裁判要旨】

北京市密云区人民法院经审理认为:根据《中华人民共和国森林

法》的规定,原密云县园林绿化局具有颁发林木采伐许可证的法定职

责。根据《中华人民共和国森林法实施条例》第三十条第一款之规定, 申请林木采伐许可证,应当提交申请采伐林木的所有权证书或者使用权

证书。本案中,原密云县园林绿化局收到林木采伐申请后,应当审查金叵

罗村委会是否提交了申请采伐林木的所有权证书、使用权证书,或者其

他有关申请采伐林木权属的证明材料。现密云区园林绿化局在举证期限

内提供并当庭出示的证据中缺乏上述权属证明材料,故应认定原密云县

园林绿化局作出被诉采伐许可证的主要证据不足。密云区园林绿化局提

出原密云县园林绿化局为了紧急避险而采取预先审批程序作出被诉采伐

许可证之主张,不符合《中华人民共和国森林法实施条例》第三十条第

二款中有关因防洪抢险之紧急情况需要采伐林木的规定,一审法院不予

采纳。鉴于涉案杨树已被采伐,被诉采伐许可证不具有可撤销内容,故对

于被诉采伐许可证,一审法院应予确认违法。一审法院遂判决: 确认密云区园林绿化局于2013年7月4日作出的被诉采伐许可证违

法。

北京市第三中级人民法院经审理认为:根据《中华人民共和国森林

法实施条例》第三十条第一款的规定,申请林木采伐许可证,应当提交申

请采伐林木的所有权证书或者使用权证书,还应当提交包括采伐林木的

目的、地点、林种、林况、面积、蓄积量、方式和更新措施等内容的文

件。本案中,一审第三人金叵罗村委会申请被诉采伐许可证时,并未提交

申请采伐林木的所有权证书或者使用权证书。

《中华人民共和国行政许可法》第三十六条规定,行政机关对行政

许可申请进行审查时,发现行政许可事项直接关系他人重大利益的,应当

告知该利害关系人。申请人、利害关系人有权进行陈述和申辩。行政机

关应当听取申请人、利害关系人的意见。本案中,金叵罗村委会认可涉

案林木系个人所有,却并未向原密云县园林绿化局提交事先征求王振来

等三人意见的相关材料。原密云县园林绿化局在审查环节中,也未能依

照上述法律规定,告知王振来等三人该行政许可事项,未听取其三人陈述

和申辩意见,即核发被诉采伐许可证。该行政许可行为应属事实认定不

清、程序违法。

此外,鉴于涉案林木已被采伐,林木采伐许可行为系一事一申请,故

被诉采伐许可证不具有可撤销内容,一审法院判决确认违法,符合法律规

定,并无不当,二审法院应予维持。上诉人密云区园林绿化局主张王振来

等三人的起诉超过法定起诉期限的上诉意见,缺乏事实和法律依据,二审

法院不予支持。二审法院判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

一、申请采伐林木许可应以取得行政许可为前提

行政许可是行政机关依法对社会、经济事务实行事前监督管理的一

种有效手段。其具有三个特征:第一,行政许可是一种依申请的行政行

为。行政相对人提起申请是颁发行政许可的前提条件。第二,行政许可

的内容是国家一般禁止的活动。行政许可以一般禁止为前提,以个别解

禁为内容,即在一般禁止的前提下,对符合特定条件的行政相对方解除禁

止,使其享有特定的资格和权利,能够实施某项特定的行为。第三,行政

许可具有法定性,即设定和实施行政许可,均应当依照法定的权限、范

围、条件和程序。

出于对森林资源的保护、培育和合理利用,采伐林木的行为需要取

得行政许可。《中华人民共和国森林法》第三十二条第一款规定,采伐

林木必须申请采伐许可证,按许可证的规定进行采伐;农村居民采伐自留

地和房前屋后个人所有的零星林木除外。《中华人民共和国森林法实施

条例》第三十条第一款则进一步规定,申请林木采伐许可证,除应当提交

申请采伐林木的所有权证书或者使用权证书外,还应当按照下列规定提

交其他有关证明文件:(一)国有林业企业事业单位还应当提交采伐区调

查设计文件和上年度采伐更新验收证明;(二)其他单位还应当提交包括

采伐林木的目的、地点、林种、林况、面积、蓄积量、方式和更新措施

等内容的文件;(三)个人还应当提交包括采伐林木的地点、面积、树

种、株数、蓄积量、更新时间等内容的文件。本案中,金叵罗村委会申

请被诉采伐许可证时,并未提交申请采伐林木的所有权证书或者使用权

证书。此外,林木采伐许可作为一种行政许可行为,不仅应当符合森林法

的规定,还应当受到行政许可法的一般约束。

二、行政许可中的正当程序原则

随着社会民主法治进程的不断推进,行政程序中正当程序的理念得

以进一步深化和落实。正当程序原则的基本含义是,行政机关实施行政

行为,可能影响公民、法人或者其他组织合法权益的,应当在作出行政行

为之前向当事人和利害关系人告知事实,并说明理由,听取公民、法人或

者其他组织的意见。

《中华人民共和国行政许可法》第三十六条规定,行政机关对行政

许可申请进行审查时,发现行政许可事项直接关系他人重大利益的,应当

告知该利害关系人。申请人、利害关系人有权进行陈述和申辩。行政机

关应当听取申请人、利害关系人的意见。可以说,该条规定是正当程序

原则在行政许可法领域法定化的体现之一。如果行政机关作出对利害关

系人产生不利影响的行政行为前,没有给该利害关系人申辩机会的,就不

符合正当程序原则,由此可能损害利害关系人的合法权益,人民法院应认

定被诉行政行为违反法定程序。

本案中,原密云县园林绿化局主张,没有任何证据证明涉案林木系散

生树,且采伐林木申请表内容已经明确写明了林木权属为个人,林业站和

金叵罗村委会以及王振来等三人都确认林木权属为个人,故涉案林木权

属证明清晰。对此,法院认为,金叵罗村委会既然认可涉案林木系个人所

有,却并未向原密云县园林绿化局提交事先征求王振来等三人意见的相

关材料。原密云县园林绿化局在审查环节中,也未能依照行政许可法的

规定,告知王振来等三人该行政许可事项,未听取该三人陈述和申辩意

见,即核发被诉采伐许可证。因此,该行政许可行为应属事实认定不清、

程序违法。

三、《中华人民共和国森林法实施条例》第三十条第二款规定的适

用情形

《中华人民共和国森林法实施条例》第三十条第二款规定,因扑救

森林火灾、防洪抢险等紧急情况需要采伐林木的,组织抢险的单位或者

部门应当自紧急情况结束之日起30日内,将采伐林木的情况报告当地县

级以上人民政府林业主管部门。该条适用的前提条件是扑救森林火灾、

防洪抢险等紧急情况,申请主体为组织抢险的单位或部门,申请时限为自

紧急情况结束之日起30日内。本案中,原密云县园林绿化局未能向法院

提交认定金叵罗村委会申请被诉采伐许可证是出于防洪抢险等紧急情况

需要的相关证据材料,并且从程序上来看,金叵罗村委会取得许可在前, 砍伐行为在后,也不属于紧急避险“先采伐后申请”的审批程序情形。

故法院对密云区园林绿化局的该项答辩主张未予采信。

编写人:北京市第三中级人民法院 杨旸

四、行政征收

31房屋被征收并作出补偿决定后,被征收人与后续

行政许可行为不具备利害关系

——姜某等人诉厦门市规划委员会建设工程规划行政许可案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院(2017)闽02行终21号行政裁定书

2.案由:建设工程规划行政许可纠纷

3.当事人

原告(上诉人):姜某、蒋某、罗某、颜某、林甲、王某、杨某、林

乙、周某、林丙(以下简称姜某等人)

被告(被上诉人):厦门市规划委员会

【基本案情】

因厦门轨道交通1号线建设项目的需要,厦门市思明区人民政府于

2013年12月19日作出《关于轨道交通1号线(梧村段)建设项目房屋征收

决定》(厦思政〔2013〕186号),对姜某原位于厦门市思明区湖滨南路

224号之六102室房屋及附属杂物间予以征收,并于2014年8月7日作出厦

思政征〔2014〕27号国有土地上房屋补偿决定。厦门市思明区人民政府

于2013年12月20日作出《关于轨道交通1号线(梧村段)建设项目房屋征

收决定》(厦思政〔2013〕190号),对原告蒋某原位于厦门市思明区湖滨

南路240号之二305室房屋及附属杂物间予以征收,并于2014年7月18日作

出厦思政征〔2014〕7号国有土地上房屋补偿决定。厦门市思明区人民

政府于2013年12月19日作出《关于轨道交通1号线(梧村段)建设项目房

屋征收决定》(厦思政〔2013〕186号),对原告罗某原位于厦门市思明区

湖滨南路246号之十六301室房屋、原告颜某原位于厦门市思明区湖滨南

路246号之十三703室的房屋及杂物间、原告林甲原位于厦门市思明区湖

滨南路244号303室的房屋及杂物间、原告王某原位于厦门市思明区湖滨

南路240号之一203室的房屋及杂物间、原告杨某与林乙原位于厦门市思

明区湖滨南路222号之五104室的房屋及杂物间、原告周某原位于厦门市

思明区湖滨南路234号之四201室的房屋及杂物间、原告林丙原位于厦门

市思明区湖滨南路224号之一502室的房屋予以征收,并分别作出相应的

国有土地上房屋补偿决定。相关补偿决定发生法律效力后,原告蒋某未

履行补偿决定确定的搬迁义务,厦门市思明区人民政府遂向厦门市中级

人民法院申请先予执行。厦门市中级人民法院于2015年4月7日作出

(2014)厦行初字第23号行政裁定书,裁定准予先予执行,由厦门市思明区

人民政府组织实施。原告姜某、罗某、颜某、林甲、王某、杨某、林

乙、周某、林丙未履行补偿决定确定的搬迁义务,厦门市思明区人民政

府遂向本院申请强制执行,本院分别作出相应的行政裁定,裁定准予强制

执行,由厦门市思明区人民政府组织实施。2015年9月,厦门市思明区人

民政府组织实施,对原告姜某等人原位于厦门思明区湖滨南路在厦门市

轨道交通1号线(梧村段)建设项目范围内的房屋予以拆除。该地块建设

用地使用权划拨给厦门轨道交通集团有限公司用于轨道交通及配套项目

的建设。

被告厦门市规划委员会于2015年11月27日以轨道交通1号线文灶站

公交地块配套项目(二期)的项目名称向厦门轨道交通集团有限公司颁发

建字第350203201504188号建设工程规划许可证。

原告认为,被告颁证没有征求原告等利害关系人的意见,也未告知利

害关系人应当享有的合法权益,没有对报审材料尽到实质审查的义务,实

体和程序上均违反法律规定,侵犯了原告的合法权益。被告厦门市规划

委员会辩称,原告在案涉地块的房屋已经被厦门市思明区人民政府征收, 并已拆迁完毕,因此,原告的物权已经消灭,原告与其后颁发的建设工程

规划许可证没有利害关系,也不是行政相对人,应裁定驳回原告的起诉。

【案件焦点】

房屋被政府征收并作出补偿决定后,被征收人与后续作出的建设工

程规划许可等行政行为是否具有利害关系。

【法院裁判要旨】

厦门市思明区人民法院经审理认为:原告原位于厦门市思明区湖滨

南路的房屋虽在案涉建设工程规划许可证许可的用地范围内,但鉴于原

告在该地块的房屋已被厦门市思明区人民政府征收,厦门市思明区人民

政府已对原告被征收的房屋作出补偿决定,并依据人民法院作出的准予

执行的行政裁定,于2015年9月将房屋予以强制拆除。至此,原告在案涉

建设工程规划许可证的用地范围内既无合法所有权的房屋,又无相应的

土地使用权,因此,被告作出的案涉建设工程规划许可证,与原告不存在

法律上的利害关系。综上,原告并非《中华人民共和国行政诉讼法》第

二十五条第一款规定的案涉建设工程规划许可证的行政相对人,亦非利

害关系人。一审法院遂裁定:

驳回原告姜某等人的起诉。

厦门市中级人民法院经审理认为:姜某等人原位于案涉地段国有土

地上的房屋及附属物位于《厦门市思明区人民政府关于轨道交通1号线

(梧村段)建设项目房屋征收决定》的征收范围内,因与房屋征收部门未

能达成补偿协议,厦门市思明区人民政府于2014年7~8月就姜某等人的房

屋及附属物作出相应的征收补偿决定。针对征收补偿决定,姜某等人于

2014年10~11月分别向厦门市中级人民法院提起行政诉讼。案件审理期

间,姜某等人经传票传唤,无正当理由拒不到庭,厦门市中级人民法院于

2015年8月作出行政裁定书,裁定按撤诉处理。行政裁定已于当月发生法

律效力,相应征收补偿决定已生效。据此,上诉人的房屋经依法征收,其

已获得安置补偿,截至本案诉讼时,没有证据证明上诉人仍享有原房屋所

在地的国有土地使用权,其与案涉建设工程规划许可证不具有利害关

系。二审法院遂裁定:

驳回上诉,维持原裁定。

【法官后语】

在行政法上,利害关系是确定原告资格的法定标准,但如何认定利害

关系,在理论界和实务界一直众说纷纭。不过可以达成共识的是,判断构

成利害关系的基本要素有两个:一是当事人的合法利益受到损害或有受

到损害的现实可能性;二是权益损害与具体行政行为之间应当具有因果

关系,即具体行政行为是因,权益损害是果。在实践中,对于行政法上

的“合法权益”应当如何理解、“利害关系”的范畴如何界定,需结合

具体案件进行分析。在房屋拆迁诉讼中,当事人与涉诉行政行为之间是

否具有利害关系的认定,应当结合涉诉行政行为本身的性质、涉诉行政

行为与拆迁的时间先后等因素进行具体甄别。

本案中,姜某等人原位于案涉地段国有土地上的房屋及附属物位于

《厦门市思明区人民政府关于轨道交通1号线(梧村段)建设项目房屋征

收决定》的征收范围内,因姜某等人与房屋征收部门未能达成补偿协议, 厦门市思明区人民政府于2014年7~8月就姜某等人的房屋及附属物作出

相应的征收补偿决定。相关征收补偿决定发生法律效力后,厦门市思明

区人民政府依据法院作出的准予执行的行政裁定,于2015年9月对案涉房

屋组织拆除。《中华人民共和国物权法》第二十八条规定:“因人民法

院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等,导致物权设

立、变更、转让或者消灭的,自法律文书或者人民政府的征收决定等生

效时发生效力。”《国有土地上房屋征收与补偿条例》第十三条第三款

规定:“房屋被依法征收的,国有土地使用权同时收回。”至此,姜某等

人在案涉建设工程规划许可证的用地范围内既无合法所有权的房屋,又

无相应的土地使用权。被告后续作出的案涉建设工程规划许可证,与原

告不存在法律上的利害关系。换言之,被告变更案涉许可证不会对原告

产生任何影响。

综上,依照《最高人民法院关于适用<中华人民共和国行政诉讼法> 若干问题的解释》第三条第一款第(一)项的规定,不符合《行政诉讼

法》第四十九条规定的,已经立案的,应当裁定驳回起诉。原告并非《中

华人民共和国行政诉讼法》第二十五条规定的案涉建设工程规划许可证

的行政相对人,亦非利害关系人,依法应裁定驳回原告的起诉。

编写人:福建省厦门市思明区人民法院 王叶萍 王晨安

32是否撤销县政府的违法征收行为需兼顾其他法

定情形

——黄某诉犍为县人民政府土地行政征收案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省高级人民法院(2017)川行终625号行政裁定书

2.案由:土地行政征收纠纷

3.当事人

原告(被上诉人):黄某

被告(上诉人):犍为县人民政府

【基本案情】

原告黄某拥有位于犍为县玉津镇铜高村七组的承包地、自留地、竹

林地及宅基地。2013年12月6日,犍为县土地开发整理储备中心与犍为县

玉津镇铜高村七组签订了《征地协议书》,协议载明征收范围为玉津镇

铜高村七组国道213线靠岷江河一侧坝区集体土地。该征收范围涉及原

告使用的承包地、自留地、竹林地面积3.36亩,宅基地286.99平方米。

2014年7月4日,四川省人民政府作出川府土〔2014〕653号《四川省

人民政府关于犍为县2014年第2批城市建设用地的批复》;2014年8月1

日,四川省人民政府作出川府土〔2014〕743号《四川省人民政府关于犍

为县2014年第3批城市建设用地的批复》。该两份批复征收范围包含原

告黄某的承包地、自留地、竹林地0.30亩。被告实际征收原告上述批复

征收范围外的承包地、自留地、竹林地3.06亩,宅基地286.99平方米。

原告认为被告未依法报批并获得相关批准文件,属于未批先征、少

批多征。被告主张征收铜高村七组的土地是获得四川省人民政府批准的

合法有效征地行为,且征地程序合法。

【案件焦点】

被告征收原告户所使用的土地是否属于未批先征的行为以及是否应

予撤销。

【法院裁判要旨】

四川省乐山市中级人民法院经审理认为:被告土地征收具体实施部

门与犍为县玉津镇铜高村七组于2013年12月6日签订了《征地协议书》, 表明被告于当日作出了征收犍为县玉津镇铜高村七组国道213线靠岷江

河一侧坝区集体土地约221亩的行为。该征收行为涉及原告使用的承包

地、自留地、竹林地3.36亩,宅基地286.99平方米。而四川省人民政府

川府土〔2014〕653号《四川省人民政府关于犍为县2014年第2批城市建

设用地的批复》和川府土〔2014〕743号《四川省人民政府关于犍为县

2014年第3批城市建设用地的批复》分别于2014年7月4日和2014年8月1

日作出。原告所使用的承包地、自留地、竹林地0.30亩在上述批文征收

范围内,承包地、自留地、竹林地3.06亩,宅基地286.99平方米在上述批

文征收范围外。故被告在未取得上述征地批复前,对原告所使用的涉案

土地实施的征收行为,属未批先征的行为,严重违反法定程序。

关于被告犍为县人民政府的违法征收行为是否应予撤销的问题。被

告未经批准征收原告所使用的涉案土地的行为违反了法定程序,依照

《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第(三)项的规定,属于应当判

决撤销的行政行为。但是否判决撤销,还需兼顾其他法定情形。《中华

人民共和国土地管理法》第二条第四款规定:“国家为了公共利益的需

要,可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿。”本案中,四川省人

民政府分别于2014年7月4日和2014年8月1日作出了川府土〔2014〕653

号《四川省人民政府关于犍为县2014年第2批城市建设用地的批复》和

川府土〔2014〕743号《四川省人民政府关于犍为县2014年第3批城市建

设用地的批复》,表明被告征收上述批文征收范围内原告所使用的土地

的行为,已取得了四川省人民政府的批准,是为了公共利益的需要而实施

的征收行为。如果撤销该行为,将会给公共利益造成重大损害。依照

《中华人民共和国行政诉讼法》第七十四条第一款第(一)项的规定,应

当确认被告犍为县人民政府征收上述批文征收范围内的原告所使用的承

包地、自留地、竹林地0.30亩的行为违法,但不撤销该征收行为。而对

于被告征收超出上述征地批文征收范围外原告所使用的承包地、自留

地、竹林地3.06亩、宅基地286.99平方米的行为,由于在案证据不能证

明被告该征收行为是为了公共利益的需要而实施,故应当依法予以撤

销。

综上所述,一审法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条

第(三)项、第七十四条第一款第(一)项的规定,判决如下: 一、确认被告犍为县人民政府对位于川府土〔2014〕653号《四川

省人民政府关于犍为县2014年第2批城市建设用地的批复》和川府土

〔2014〕743号《四川省人民政府关于犍为县2014年第3批城市建设用地

的批复》征收范围内原告黄某的承包地、自留地、竹林地0.30亩的征收

行为违法;

二、撤销被告犍为县人民政府对位于川府土〔2014〕653号《四川

省人民政府关于犍为县2014年第2批城市建设用地的批复》和川府土

〔2014〕743号《四川省人民政府关于犍为县2014年第3批城市建设用地

的批复》征收范围外原告黄某的承包地、自留地、竹林地3.06亩、宅基

地286.99平方米实施的征收行为。

犍为县人民政府不服一审判决,提起上诉。在二审审理过程中,犍为

县人民政府以已与黄某达成和解为由,申请撤回上诉。二审法院经审理

后裁定如下:

准许上诉人犍为县人民政府撤回上诉。

【法官后语】

本案为犍为县清溪镇铜高村19户村民诉犍为县人民政府土地征收行

为违法系列案的其中一案。通过对该系列案件的审查,确立了“确认征

地批复范围内的未批先征行为违法,撤销征地批复范围以外的土地征收

行为”的审理思路。而本案的处理重点在于对征地批复范围以外的土地

征收行为是否应予撤销。

对于本案被告征收超出前述征地批复范围外原告所使用土地的行

为,属于少批多征的违法行为,严重违反法定程序,依法应当判决撤销。

被告主张超出征地批复范围外的土地系为了公共利益需要而征收,依法

不应撤销。《中华人民共和国土地管理法》第二条第四款规定,国家为

了公共利益的需要,可以依法对土地实行征收或者征用并给予补偿。根

据《中华人民共和国土地管理法》第四十五条、第四十六条第一款的规

定,对被征收土地,须经国务院或者省级人民政府依照法定程序批准征收

后,才能实施征收行为。上述规定表明,因公共利益的需要而批准征地是

上述有权机关的专属职权。如果人民法院对超出征地批复范围外的征收

土地行为因公共利益的需要只确认其违法而不予撤销,即认可了征收主

体在未经依法批准的情况下实施的征收行为的效力,实质上以司法审查

权代替了专属行政权,不符合上述法律规定。

该系列案件不仅有效保护了村民的农村土地承包经营权,维护了当

地社会稳定,同时督促了政府严格依法征收土地,促进了土地征收征用相

关法律制度的进一步完善。

编写人:四川省乐山市中级人民法院 吕南屏 朱海丽

33房屋承租人可以直接得到征收补偿

——尹某、刘某诉芦淞区人民政府、株洲市房产管理局行政征收及

行政赔偿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省高级人民法院(2017)湘行终411号行政判决书

2.案由:行政征收及行政赔偿纠纷

3.当事人

原告(上诉人):尹某、刘某

被告(被上诉人):芦淞区人民政府、株洲市房产管理局

原审第三人:株洲市人民防空办公室、株洲市财政局

【基本案情】

2009年7月20日,刘某与株洲市人防工程开发处签订《人防工程使用

租赁合同》,2012年4月28日又续签合同至2019年10月27日,租赁株洲市

人民防空办公室的房屋用于经营九杯红酒店(尹某系经营者,刘某系实际

经营者)。2009年7月23日承租人刘某向株洲市人防工程开发处申请对租

赁的房屋进行改造,预计改造费用80万元左右,申请获得该处同意。2009

年下半年,原告刘某经株洲市人民防空办公室同意在该单位的土地上自

建临街铺面(未办理任何建房审批手续),作为该酒店的一部分。

2015年8月17日,因湘江株洲城区河东段综合治理工程项目建设需

要,株洲市芦淞区人民政府发布株芦征决字〔2015〕5号国有土地上房屋

征收决定,刘某租赁的涉案房屋位于征收范围内。2015年9月29日,株洲

市房产管理局、株洲市芦淞区人民政府、株洲市财政局、株洲市人民防

空办公室、株洲市国有土地上房屋征收处芦淞中心、株洲市行政事业单

位资产管理处、株洲市人防工程维护管理处、湘江综合治理项目建设地

区房屋征收指挥部,就涉案出租房屋征收补偿问题签订了《国有土地上

房屋征收补偿安置协议书》。在涉案出租房屋征收补偿的问题上,如对

停产停业损失的补偿、装饰装修价值的补偿等,芦淞区人民政府、株洲

市房产管理局没有听取刘某、尹某的意见。刘某、尹某认为,该《国有

土地上房屋征收补偿安置协议书》补偿太低,侵犯了其合法财产权益,请

求法院依法撤销该《国有土地上房屋征收补偿安置协议书》。

【案件焦点】

房屋承租人是否可以直接得到相关征收补偿。

【法院裁判要旨】

湖南省株洲市中级人民法院一审认为,被告在本案征收过程中,在房

屋征收补偿时未征求房屋承租人即原告的意见,违反程序正当原则,被告

与第三人签订《国有土地上房屋征收补偿安置协议书》违反法定程序, 依据《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第(三)项的规定,判决撤

销了该协议。

湖南省高级人民法院二审认为,用于经营的租赁房屋被征收时,该房

屋的价值应当补偿给被征收房屋的所有人,但由承租人完成的室内装饰

装修和扩改建项目的价值、经营设备等的搬迁费用、停产停业损失等, 应当依法补偿给承租人。本案中,上诉人对涉案租赁的房屋进行了装饰

装修及改造,并自建了铺面用于酒店经营。但涉案房屋在租赁期限内被

征收时,被上诉人与原审第三人签订的《国有土地上房屋征收补偿安置

协议书》没有将房屋承租人即上诉人列为补偿协议相对人,属于遗漏征

收对象,程序不当。二审法院同意一审法院裁判意见。

【法官后语】

《国有土地上房屋征收与补偿条例》虽然没有明确规定将房屋承租

人列为征收补偿对象,但是笔者认为,房屋承租人可以作为征收补偿协议

相对方,直接获得相关征收补偿。理由如下:

第一,《国有土地上房屋征收与补偿条例》并没有对房屋承租人进

行征收补偿的禁止性规定。

第二,房屋承租人获得相关补偿有法律依据。《中华人民共和国物

权法》第三十九条规定:“所有权人对自己的不动产或者动产,依法享有

占有、使用、收益和处分的权利。”如果房屋承租人对租赁房屋进行了

装饰装修、改造,或者购置设备利用租赁房屋进行生产经营,那么房屋承

租人对这部分财产依法享有所有权。《中华人民共和国宪法》第十三条

第三款规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私

有财产实行征收或者征用并给予补偿。”公民私有财产的保护具有宪法

依据。因此,在房屋征收过程中,将相关的装饰装修价值、停产停业损失

以及生产设备设施搬迁费、临时安置补助费等款项补偿给房屋承租人符

合宪法和相关法律、法规的规定。

第三,将房屋承租人排除在征收补偿之外与其法律地位不相符。对

房屋进行过装修改造的房屋承租人,对房屋征收显然具有财产权益,与征

收行为具有直接的利害关系。在房屋征收中,处置房屋承租人的财产,却

不征求其意见,有违程序正当原则,于法、于理不符。

第四,将房屋承租人排除在征收补偿之外不利于征收的顺利进行。

如果将房屋承租人排除在外,房屋承租人会对相关行政行为申请行政复

议或提起行政诉讼,不利于行政争议的实质解决,影响征收的顺利进行和

征收项目建设的顺利推进。

编写人:湖南省株洲市中级人民法院 罗颖红 苏新柱

34房屋征收补偿安置协议的成立生效

——罗某诉北京市门头沟区人民政府房屋征收办公室不履行房屋征

收补偿安置协议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院(2017)京01行终843号行政判决书

2.案由:不履行房屋征收补偿安置协议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):罗某

被告(被上诉人):北京市门头沟区人民政府房屋征收办公室(以下简

称门头沟区征收办)

【基本案情】

原告罗某作为被征收人分别于2012年6月22日、2012年10月18日在

《北京市门头沟区房屋征收补偿安置协议》(以下简称《协议》)及《北

京市门头沟区房屋征收补偿安置补充协议》(以下简称《补充协议》)上

签字,并于2012年10月20日签署交房验收单。上述《协议》及《补充协

议》“区房屋征收事务中心”处均未盖章或签字。北京市门头沟区人民

政府发布的文件规定,拆迁范围确定后,拆迁范围内的单位和个人不得进

行新建、扩建、改建房屋,实施抢搭强建、突击装潢的活动。

【案件焦点】

1.《协议》及《补充协议》是否成立生效;2.能否直接适用民事法

律规范对行政协议的成立生效作出认定。

【法院裁判要旨】

北京市门头沟区人民法院经审理认为:根据《合同法》第三十七

条、第四十四条第一款之规定,采用合同书形式订立合同,在签字或者盖

章之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。依法

成立的合同,自成立时生效。因此,本案主要审查是否存在原告已经履行

主要义务、被告接受的情形。根据《补充协议》第三条的约定,原告的

主要义务是在规定的时间内完成搬家和腾空房屋。原告于2012年10月20

日签署交房验收单,其交付房屋的时间符合协议约定的时间。但是,在门

头沟区审计局的跟踪审核下,涉案房屋属于抢搭、强建建筑,依法不应纳

入房屋征收范围。故原告搬家和腾空房屋的行为并不能认定为履行主要

义务,涉诉协议未成立生效。一审法院遂判决:

驳回原告罗某的诉讼请求。

罗某上诉称:一审法院认定事实和适用法律均存在错误。被上诉人

门头沟区征收办在二审期间没有提出新的答辩意见。北京市第一中级人

民法院经审理认为,涉诉《协议》及《补充协议》属于行政协议范畴,性

质为房屋的征收补偿安置。根据《国有土地上房屋征收与补偿条例》第

二十九条的规定,涉诉《协议》及《补充协议》约定的内容、原告腾空

的房屋是否符合规定均需经审计机关的审核、认可。房屋征收项目审计

部门依据卫片影像对比情况报告及北京市门头沟区人民政府发布的文

件,认定其属于抢搭、强建建筑,对涉案的《协议》及《补充协议》不予

审计通过,系履行其房屋征收审核的法定职责,对其合法性应予认可。因

此,原告搬家和腾空房屋的行为并不能认定为其履行了主要义务,涉诉

《协议》及《补充协议》并未成立生效。二审法院判决:

驳回上诉,维持一审判决。

【法官后语】

本案的判断难点在于能否直接适用民事法律规范对行政协议的成立

生效作出认定,以及在适用民事法律规范作出判断的过程中应当作出何

种特殊考量。

一、兼具行政性、合意性、区域性的房屋征收补偿安置协议

房屋征收补偿安置协议作为一种行政协议,兼具行政性与合意性,同

时亦具有区域性。房屋征收补偿安置工作是在一定的行政区域内组织开

展的,协议的签订方式、协议中约定的履行方式等都具有明显的区域特

点,因此在审理涉房屋征收补偿安置协议的案件时,必须充分尊重本行政

区域内的相关征收政策与区情。本案中,根据门头沟区的相关征收政策, 征收补偿安置协议的签订一般按照以下程序进行:被征收人签字确认、

被征收人按照协议约定交房、征收服务公司进行交房验收、审计部门跟

踪审核、征收部门根据审计结果签署协议、履行协议。该环节的特殊之

处主要有三点:一是在审计审核通过之前,只有征收人在征收补偿安置协

议上的单方签字,征收部门签字盖章发生在审计通过之后;二是房屋征收

部门委托征收服务公司对被征收人腾空的房屋进行验收,验收的目的在

于确认房屋交付这一事实;三是协议中一般约定,在双方确认并签署《交

房验收单》之后的一定期限内房屋征收部门履行协议,如发放补偿款

等。

二、能否适用民事法律规范认定房屋征收补偿安置协议的成立生效

有学者认为,在适用行政法的过程中可以适用私法规范,用以补充或

填补漏洞,因为“私法领域有充分之法律条文足资应用” [[1]](#p187)“‘借

用’的前提是法律关系具有相同特征,私法已有相应规定,而公法仍存在

明显漏洞” [[2]。](#p187)这里强调的是行政法律规范的优先适用及民事法律规

范的补充适用,即法院在适用行政法律规范的同时,可以适用不违反行政

法和行政诉讼法强制性规定的民事法律规范。

本案中,关于涉诉房屋征收补偿安置协议成立生效的认定,可以适用

《合同法》关于合同成立、生效的相关规定。《合同法》第三十七条、

第四十四条第一款规定,采用合同书形式订立合同,在签字或者盖章之

前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受的,该合同成立。依法成立

的合同,自成立时生效。

三、如何适用《合同法》认定房屋征收补偿安置协议的成立生效

在补充适用民事实体法律规范的过程中,需要结合行政协议的特点

及案件具体情况,进行符合房屋征收补偿实际情况的理解与适用,防止民

事审判思维一味遁入行政案件的审理过程中。本案需要审查是否存在原

告已经履行主要义务、被告接受的情形。

第一,关于被征收人是否履行主要义务。《补充协议》约定,被征收

人应当在协议签订之日起5个工作日内完成搬家和腾空房屋。原告分别

于2012年6月22日、2012年10月18日签订《协议》及《补充协议》,并于

2012年10月20日签署交房验收单,故其交付房屋的时间符合协议约定的

时间。但是,根据《国有土地上房屋征收与补偿条例》第十六条第一款

关于“不得在房屋征收范围内实施新建、扩建、改建房屋和改变房屋用

途”的规定,被征收人“履行主要义务”既包括按照协议约定搬家和腾

空房屋,也包括腾空的房屋符合规定。当腾空的房屋存在抢搭、强建等

情况时,不能认为被征收人“已经履行主要义务”。

第二,关于审计部门跟踪审核的合法性。根据《国有土地上房屋征

收与补偿条例》第二十九条第二款的规定,审计机关应当加强对征收补

偿费用管理和使用情况的监督。门头沟区审计局对涉诉《协议》及《补

充协议》中约定的内容、罗某腾空的房屋是否符合规定进行审核后,结

合门头沟区人民政府发布的文件,认定涉案房屋属于抢搭、强建建筑,故

对涉案的《协议》及《补充协议》不予审计通过。门头沟区审计局的跟

踪审核行为符合房屋征收的法定程序,应认可其作出的认定的合法性。

第三,关于征收部门是否“接受”被征收人履行的义务。与被征收

人“履行主要义务”相对应,征收部门的“接受”同样包含两层含义:一

是认可被征收人已经交付房屋这一事实,对此时交付的房屋应当是“接

收”,而不是真正意义上的“接受”;二是被征收房屋已通过审计部门审

核,不存在抢搭、强建等情形,此时征收部门才真正“接受”了被征收人

履行的义务。因此,征收服务公司对被征收房屋的验收仅仅是一种事实

存在意义上的“接收”,确认房屋交付这一事实,并不等于征收部门已

经“接受”被征收人履行的义务,只有经过后续的审计等环节,才能构成

真正意义上的“接受”。综上所述,原告搬家和腾空房屋的行为并不能

认定为其履行了主要义务,被告对此并未予以认可或接受,故双方签订的

涉诉协议并未成立生效。

编写人:北京市门头沟区人民法院 王晶

35集体土地征收过程中行政机关强制执行的合法

性问题探讨

——王某诉厦门市翔安区新店镇人民政府确认强制执行行为违法案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市集美区人民法院(2017)闽0211行初113号行政判决书

2.案由:确认强制执行行为违法纠纷

3.当事人

原告:王某

被告:厦门市翔安区新店镇人民政府(以下简称新店镇政府)

【基本案情】

2015年5月13日,厦门市国土资源与房产管理局翔安分局发布厦国土

房翔〔2015〕通告9号《关于翔安机场快速路南段(翔安南路—大嶝段) 一期项目建设用地土地征收的预先通告》(以下简称《预先通告》),原

告王某的苗圃在该《预先通告》所涉及的建设用地范围内。2015年6月8

日,被告新店镇政府与厦门市翔安区新店珩厝社区居民委员会签订《翔

安机场快速路南段(翔安南路—大嶝段)一期项目征收补偿协议书》。厦

门市翔新隆房屋征迁服务有限公司分别于2015年11月4日、2017年1月5

日、2017年1月13日、2017年6月9日、2017年6月26日就苗圃搬迁赔偿事

宜与原告协商,但未达成一致意见。2017年6月13日,被告作出《告知

书》,告知原告王某于2017年6月16日前与其签订征收补偿协议,并自行

迁移,逾期被告将采取措施保障施工。2017年6月28日,被告强制推掉原

告位于厦门市翔安区新店镇珩厝社区的苗圃。原告请求:1.依法确认被

告于2017年6月28日私自推掉原告坐落于厦门市翔安区新店镇珩厝社区

的苗圃的具体行政行为违法;2.被告承担本案全部诉讼费用。

【案件焦点】

被告在集体土地征收过程中对原告作出强制执行行为是否合法。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市集美区人民法院经审理认为,根据法无授权不可为的

行政法治原则,行政机关实施行政管理,应当依照法律、法规、规章等相

关规定,并严格遵守法定的权限和程序进行。关于被告在庭审过程中提

出的其系受区政府委托而实施强制推掉案涉苗圃行为之主张,因其未提

供相关证据证明该委托关系的存在,故该主张缺乏事实依据,本院不予采

纳。

《中华人民共和国土地管理法实施条例》第二十五条第三款规

定:“……对补偿标准有争议的,由县级以上地方人民政府协调;协调不

成的,由批准征收土地的人民政府裁决。征地补偿、安置争议不影响征

收土地方案的实施。”根据该规定,原告王某与被告新店镇政府就案涉

苗圃的补偿标准存有争议,可以由翔安区人民政府协调,若协调不成的, 由批准征收土地的人民政府作出裁决,但至案涉苗圃被推掉时,相关补偿

争议并未得到解决,各方既未达成征收补偿协议,也未报请批准征收土地

的人民政府作出裁决。《中华人民共和国土地管理法实施条例》第四十

五条规定:“违反土地管理法律、法规规定,阻挠国家建设征收土地的, 由县级以上人民政府土地行政主管部门责令交出土地;拒不交出土地的, 申请人民法院强制执行。”《中华人民共和国行政强制法》第三十四条

规定:“行政机关依法作出行政决定后,当事人在行政机关决定的期限内

不履行义务的,具有行政强制执行权的行政机关依照本章规定强制执

行。”该法第五十三条规定:“当事人在法定期限内不申请行政复议或

者提起行政诉讼,又不履行行政决定的,没有行政强制执行权的行政机关

可以自期限届满之日起三个月内,依照本章规定申请人民法院强制执

行。”本案中,被告于2017年6月28日强制推掉案涉苗圃时,并未与原告

达成征收补偿协议,故被告案涉行为的性质应属于行政强制执行。根据

在案证据,被告在实施行政强制执行时,并未作出行政决定,也未取得有

权行政机关作出的行政决定,亦未取得人民法院准予强制执行许可,故被

告在本案中实施强制推掉案涉苗圃的具体行政行为,缺乏法律依据,亦违

反法定程序。原告要求确认被告强制推掉其苗圃的行政行为违法,于法

有据,本院予以支持。综上,依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十

四条第二款第(一)项之规定,判决如下:

确认被告厦门市翔安区新店镇人民政府于2017年6月28日推掉原告

王某位于厦门市翔安区新店镇珩厝社区的苗圃的行政行为违法。

【法官后语】

一、农村集体土地征收的主要程序步骤及司法审查过程中发现的征

收程序中存在的主要问题

根据《中华人民共和国土地管理法》和《中华人民共和国土地管理

法实施条例》等相关规定,农村集体土地国家征收的主要程序步骤如

下:1.发布征地通告;2.征询村民意见;3.地籍调查和地上附着登记;4.拟

订“一书四方案”组卷上报审批(建设用地说明书、农用地转用方案、

补充耕地方案、征收土地方案、供应土地方案);5.发布征用土地公

告;6.征地补偿方案公告(征求意见、听证、修改征地补偿、安置方

案);7.报批征地补偿安置方案;8.批准征地补偿方案;9.土地补偿登

记;10.实施补偿安置方案和交付土地。

司法实践中,行政机关在征收程序中存在的主要问题有:1.发布征地

通告后未有效征询村民意见。如在本案中,国土部门发布《关于翔安机

场快速路南段(翔安南路—大嶝段)一期项目建设用地土地征收的预先通

告》(属于征地通告)后,在案证据无法证明征收单位是否有认真、有效

地征询村民意见。2.未发布征地公告就开始强制征收土地。如在本案中

,新店镇政府在仅有国土部门发布的征收预先通告,而无征收单位正式发

布征地公告之情况下,就强制征收集体土地,程序违法。3.征地补偿方案

未征求意见,补偿方案主要反映征收人的意思表示,而未体现多数被征收

人的利益诉求。实践中,对集体土地的征地补偿方案往往仅是征收人单

方制订,而未取得多数被征收人的认可,即在征地补偿方案的制订、发布

程序中,缺乏征求被征收人意见、听证、根据多数被征收人意见调整补

偿方案之过程,导致即便发布征地补偿方案,多数被征收人仍对补偿方案

的公平公正及合法性产生怀疑,不同意按该征地补偿方案进行征收。4.

对未达成征收补偿协议的,未依照法定程序强制征收。如在本案中,被告

新店镇政府在实施行政强制执行时并未作出行政决定,也未取得有权行

政机关作出的行政决定,亦未取得人民法院准予强制执行的许可,故被告

在本案中实施强制推掉案涉苗圃的具体行政行为,缺乏法律依据,亦违反

法定程序。

二、人民法院在推进依法行政和法治政府建设进程中的使命和担当

依法行政和法治政府建设不能仅停留在口头、纸面文件或报告材料

上。在司法实践中,很多的征收、拆迁项目涉及政府的重点工程建设,在

这些具体的案件中,人民法院如何发挥行政审判职能作用,如何切实加强

对征收等行政行为合法性的司法审查力度,如何保障辖区重点工程建

设、维护辖区社会稳定,对人民法院的行政审判人员来说均是一次次严

峻的考验。当两者无法兼顾,甚至发生矛盾或冲突时,如何把握?应以何

者为重?现实生活中,行政机关违法强制征收、强制拆除的情况仍然存

在,故笔者认为当前我们更需要监督行政机关依法行政,创造一个良好的

法治环境,也更需要人民法院切实加强对行政行为的司法审查力度。可

以说,民众用口头方式十次提醒行政机关要遵守法定程序、不要违法行

政,可能不如法院作出一次撤销行政行为的判决或确认行政行为违法的

判决效果好。因此,本案经调解无果后,依法判决行政机关败诉,即确认

新店镇政府实施的推掉苗圃的行政行为违法,可以对其他行政机关起到

较好的警示和导向作用,有利于行政机关增强法治意识,推进法治政府建

设。

编写人:福建省厦门市集美区人民法院 丁耀霜

[[1].吴庚:《行政法之理论与实用》,台湾三民书局股份有限公司2014年](#p180)

[版,第33页。](#p180)

[[2]. [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社](#p180)

[2002年版,第50页。](#p180)

五、行政处罚

36瑶医因非法行医而产生的冲突与出路

——庞福万诉金秀瑶族自治县卫生和计划生育局、金秀瑶族自治县

人民政府卫生行政处罚案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区来宾市中级人民法院(2017)桂13行终68号行政判决

书

2.案由:卫生行政处罚纠纷

3.当事人

原告(上诉人):庞福万

被告(被上诉人)金秀瑶族自治县卫生和计划生育局(以下简称金秀

县卫计局)、金秀瑶族自治县人民政府(以下简称金秀县政府)

【基本案情】

2016年12月10日至29日,原告庞福万将一些常用草药从金秀县长垌

乡六架屯搬到该县长垌乡长垌街经营。2016年12月27日,被告金秀县卫

计局接到社会举报,便立案对庞福万的行为进行调查。2017年3月24日, 金秀县卫计局经调查认定庞福万的行为是非医师行医,并以金卫医

罚(2017)1号行政处罚决定书对庞福万作出没收违法所得22.5464万元, 并处罚款6万元的行政处罚。庞福万不服,依法向被告金秀县政府申请行

政复议,金秀县政府经复议于2017年7月15日以金政复决字(2017)3号行

政复议决定书维持金秀县卫计局金卫医罚(2017)1号行政处罚决定书。

庞福万仍不服,于2017年8月3日向金秀瑶族自治县人民法院提起行政诉

讼,请求撤销金秀县卫计局金卫医罚(2017)1号行政处罚决定书和金秀县

政府金政复决字(2017)3号行政复议决定书。

【案件焦点】

庞福万的行为是否构成非法行医、是否应当进行行政处罚。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区金秀瑶族自治县人民法院经审理认为:原告庞福万

在未取得医师资格证书的情况下擅自行医,属于非医师行医的违法行为, 金秀县卫计局认定原告的行为违反了《中华人民共和国执业医师法》第

三十九条的规定,遂依法对原告作出行政处罚决定,认定事实清楚,证据

充分,程序合法,适用法律正确,依法应予以维持。庞福万认为其行为是

出卖草药,并非非法行医,其根据患者提供的医院诊断意见和检查报告来

确定患者服用草药的种类和剂量,决定权在原告,并非患者,故庞福万认

为其不是非法行医,理由不充分,不予认定。金秀县卫计局对庞福万的行

为认定为非法行医,适用《中华人民共和国执业医师法》对庞福万进行

处罚并无不当。庞福万起诉要求撤销金秀县卫计局金卫医罚〔2017〕1

号行政处罚决定书和金秀县政府金政复决字(2017)3号行政复议决定书, 理由不充分,依法应予驳回。一审法院遂判决:

驳回原告庞福万的诉讼请求。

庞福万上诉称:第一,原审认定的主要事实不清。原审法院认定“庞

福万在未取得医师资格证书的情况下擅自行医,属于非医师行医的违法

行为”是错误的。庞福万从部队退伍返回原籍承传祖业从事瑶族民间采

集瑶草药,卖瑶草药营生已有40余年,1996年6月1日,金秀县卫生局给庞

福万颁发金秀县社会医生行医执照,凭此证照庞福万一直从事民间行医

活动,该证照没有强制性年审,金秀县卫计局至今亦未有行文收回或注销

该社会医生行医执照,该证未被注销前应视为受法律保护的合法有效证

件,持该证卖瑶草药给病患者用于治病合法。第二,原审法院认定的证据

不足。原审法院对庞福万在原审提供的客观、真实及关联的证据一概予

以否定,显失公平。第三,适用法律错误。原审法院认定事实和证据错

误,导致适用法律错误。庞福万持有金秀县社会医生行医执照,民间社会

医生不属于《中华人民共和国医师法》调整的对象范畴。第四,金秀县

卫计局对庞福万作为民间社会医生专营瑶草药具有法定不予处罚的情形

不予认定,执法不公。请求二审法院依法撤销金秀县人民法院(2017)桂

1324行初7号行政判决;撤销金秀县卫计局金卫医罚〔2017〕1号行政处

罚决定书;撤销金秀县政府金政复决字〔2017〕3号行政复议决定书。

金秀县卫计局、金秀县政府辩称:原审判决认定事实清楚,适用法

律、法规正确,金秀县卫计局作出的行政处罚决定和金秀县政府作出的

行政复议决定,认定事实清楚,适用法律正确,依法应当驳回上诉,维持原

判。

广西壮族自治区来宾市中级人民法院经审理认为,医疗活动事关广

大人民群众的健康和生命,从事医疗活动应具备良好的医疗执业水平,并

依法取得相应资格;庞福万虽然持有1996年6月1日金秀县卫生局颁发的

金秀县社会医生行医执照,但是该社会医生行医执照在1999年5月1日

《中华人民共和国执业医师法》实施后就已经失效,庞福万在未取得医

师资格证书、医生执业注册证书的情况下擅自行医,属于非法行医的行

为,违反了《中华人民共和国执业医师法》的有关规定,金秀县卫计局在

接到群众举报后按规定及时立案,在查明事实后、决定作出行政处罚前, 就行政处罚决定认定的事实、理由、依据以及当事人依法享有的陈述、

申辩、听证等权利对庞福万进行了告知,在庞福万不提出相关陈述、申

辩、听证的情况下,金秀县卫计局根据查明的事实,按照法律规定的程

序,依法作出行政处罚决定,认定事实清楚,证据充分,适用法律正确,行

政程序合法,依法应予以维持;金秀县政府经复议后予以维持正确,复议

程序合法。庞福万的上诉意见未能提出充分的事实依据和法律依据。一

审判决认定事实清楚,适用法律正确,程序合法。二审法院遂判决: 驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

庞福万的行为是否构成非法行医,是否应当予以行政处罚?在本案二

审审理过程中,存在两种意见。

第一种意见认为,庞福万的行为不构成非法行医,不应当进行行政处

罚。理由是:1.庞福万承传祖业从事瑶族民间采集、经营瑶草药营生至

今已有40余年。1996年6月1日,金秀县卫生局给庞福万颁发金秀县社会

医生行医执照,至今未行文收回或注销该社会医生行医执照,该证未被注

销前应视为受法律保护的合法有效证件,持该证行医合法。庞福万的中

草药经检验合格无毒,庞福万在行医过程中基本都能够治愈患者,没有发

生医疗事故或者患者到卫生管理部门投诉的情况,庞福万行医的行为是

合法的,不应当进行行政处罚。2.从国家推动中医药振兴发展、保护和

传承好中医药宝库、保护好少数民族地区瑶医瑶药、改革传统医学师承

和确有专长执业资格准入制度、传承发展中医药事业的角度出发,都不

应该对庞福万进行行政处罚。3.金秀县卫计局认定庞福万非法行医的事

实不清,证据不足,进行处罚不当;金秀县政府对金秀县卫计局错误的行

政处罚决定予以维持,适用法律不当;原审法院认定事实不清,适用法律

不当,判决错误,均依法应予撤销。

第二种意见认为,1999年5月1日实施的《中华人民共和国执业医师

法》规定,从事医疗活动应具备良好的医疗执业水平,并依法取得医师资

格证书、医生执业注册证书;庞福万在未取得医师资格证书、医生执业

注册证书的情况下擅自行医,属于非法行医的行为,违反了《中华人民共

和国执业医师法》的有关规定,金秀县卫计局根据查明的事实,按照法律

规定的程序,依法作出行政处罚决定,适用法律正确,行政程序合法,依法

应予以维持;金秀县政府经复议后予以维持正确,复议程序合法。庞福万

提出的上诉意见,没有事实、法律依据,理由不当,不予支持。原审判决

认定事实清楚,实体判决正确,审判程序合法,应予维持。

合议庭成员审理思路出现分歧,其主要原因在于对认定非法行医的

法律法规规定的理解不同。庞福万虽然持有1996年6月1日金秀县卫生局

颁发的社会医生行医执照,但是该行医执照在《中华人民共和国执业医

师法》实施后就已经自动失效;由于庞福万在未取得医师资格证书、医

生执业注册证书的情况下擅自行医,属于非法行医的行为,依法应当对其

作出行政处罚;金秀县卫计局认定庞福万的行为构成非法行医,事实清

楚,依法作出行政处罚决定,程序合法,适用法律正确,处理是正确的。

2018年的《政府工作报告》强调要“支持中医药事业传承发展”; 从国家推动中医药振兴发展、保护和传承好老祖宗留给我们的中医药宝

库、传承发展中医药事业的角度出发,都应该保护好少数民族地区瑶医

瑶药,改革传统医学师承和确有专长执业资格准入制度;2017年3月24日, 在金秀县卫计局对庞福万作出行政处罚后,《中华人民共和国中医药

法》于2017年7月1日起施行。《中华人民共和国中医药法》第十五条第

二款规定,以师承方式学习中医或者经多年实践,医术确有专长的人员, 由至少两名中医医师推荐,经省、自治区、直辖市人民政府中医药主管

部门组织实践技能和效果考核合格后,即可取得中医医师资格;按照考核

内容进行执业注册后,即可在注册的执业范围内,以个人开业的方式或者

在医疗机构内从事中医医疗活动。庞福万经营瑶草药行医已有40余

年,1996年6月1日,金秀县卫生局曾给庞福万颁发过金秀县社会医生行医

执照,庞福万在行医过程中基本都能够治愈患者,有益于社会;像庞福万

这样一位以师承方式学习中医,经过多年实践,医术确有专长的民间从医

人员,年龄偏大,又没有学历,医生资格考试有一定的困难,根据《中华人

民共和国中医药法》第十五条第二款的规定,对这些人员进行实践技能

和效果考核合格后,即可取得中医医师资格后进行执业。为此,我院发出

司法建议,建议金秀县卫计局依照《中华人民共和国中医药法》第十五

条第二款的规定,根据庞福万的行医事实、医疗水平能力,进行考核,由

至少两名中医医师推荐,经广西壮族自治区人民政府中医药主管部门组

织实践技能和效果考核合格后,即可取得中医医师资格;按照考核内容进

行执业注册后,即可在注册的执业范围内,以个人开业的方式从事中医医

疗活动,从而更好地传承中医,发展瑶医瑶药,为病患者服务,造福于人民

群众。

编写人:广西壮族自治区来宾市中级人民法院 韦柳林

37畜禽屠宰企业经过分类及定量包装加工的产品

属于食品[[1]](#p272)

——福建省万鑫肉业发展有限公司诉靖江市市场监督管理局、靖江

市人民政府食品安全行政处罚及行政复议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省泰州市中级人民法院(2016)苏12行终125号行政判决书

2.案由:食品安全行政处罚及行政复议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):福建省万鑫肉业发展有限公司(以下简称福建万鑫公

司)

被告(被上诉人):靖江市市场监督管理局、靖江市人民政府

【基本案情】

福建万鑫公司是一家屠宰企业,主要从事生猪屠宰、冷藏、加工和

销售。靖江市三圣食品厂是一家肉制品制造、销售企业,主要从事猪肉

脯生产和销售。2015年4月,靖江市三圣食品厂考虑到猪肉涨价,决定采

购生产原料猪肉库存,其通过李建新向福建万鑫公司购进冻猪后腿肉25

吨,双方未订立书面合同,采购均通过电话联系完成,福建万鑫公司将冻

猪后腿肉送至靖江市三圣食品厂指定的冷库,并提交了鲜冻产品调拨

单、动物检疫合格证明、检验报告。2015年4月13日,靖江市市场监督管

理局对靖江市天福食品冷冻厂进行执法检查,发现该厂冷库内有靖江市

三圣食品厂(靖江市市场监督管理局已对其另案处理)向福建万鑫公司采

购的上述“两扒肉”(猪后腿肉),采用塑料编织袋包装,包装袋印有产品

名称、净含量(25千克)、厂名厂址、电话号码等内容,包装袋贴有“动

物产品检疫合格”标志,但包装袋内未附产品标签和合格证,未标注产品

生产日期、保质期、贮存条件,产品共1000袋,每袋25千克,共计25000千

克,货值金额425000元。靖江市市场监督管理局认为福建万鑫公司销售

的“两扒肉”属于预包装食品,福建万鑫公司未标注生产日期、保质

期、贮存条件,违反了食品安全法关于预包装食品的标签规定,遂予以立

案查处,经过行政处罚告知程序,对福建万鑫公司作出罚款850000元的处

罚。福建万鑫公司不服,向靖江市人民政府申请行政复议,靖江市人民政

府受理后作出维持该行政处罚的行政复议决定。

福建万鑫公司不服,诉至法院称:1.福建万鑫公司系畜禽屠宰企业, 依据国办发〔2013〕24号《国务院办公厅关于印发国家食品药品监督管

理总局主要职责内设机构和人员编制规定的通知》(以下简称24号文), 畜禽屠宰环节的监管由农业部门负责,原告销售的猪肉产品标签标识存

在瑕疵应由福建当地的农业部门按照《中华人民共和国农产品质量安全

法》(以下简称《农产品质量安全法》)的规定处罚,靖江市市场监督管

理局无检查权、无处罚权。2.案涉冷冻猪后腿肉属于食用农产品,不属

于食品。国家食品药品监督管理总局亦明确冷冻速冻畜禽肉经过分割、

冷冻速冻、包装等简单加工的,仍为农产品,不属于食品,不实施食品生

产许可管理。对该批猪肉的质量安全管理应适用《农产品质量安全

法》,不适用《食品安全法》。3.本案所涉猪肉不属于预包装食品。本

案猪肉的外包装无任何标识作用,其作用仅为便于运输和称重计量,将来

在食品厂生产前均要去除包装,不符合《预包装食品标签通则》中对预

包装食品的定义。4.靖江市市场监督管理局作出的行政处罚违反了比例

原则,没有选择对原告权利侵害最小的方式,同时也违反了《行政处罚

法》的立法目的。故请求法院撤销靖江市人民政府作出的(2015)靖行复

第26号行政复议决定书及靖江市市场监督管理局作出的(靖江)市监罚

字(2015)8-021号行政处罚决定书。

【案件焦点】

1.涉案的冷冻猪后腿肉是否属于食品;2.被上诉人靖江市市场监督

管理局作出的行政处罚是否合法。

【法院裁判要旨】

江苏省靖江市人民法院经审理认为:

首先,福建万鑫公司将“两扒肉”作为食品原料销售给食品加工企

业靖江市三圣食品厂,进入流通领域后,该“两扒肉”作为食品原料,已

符合食品的特征,对其应适用《食品安全法》及相关配套的规定进行监

管。同时福建万鑫公司销售的1000袋“两扒肉”(每袋均为25千克)共计

25000千克,依据《预包装食品标签通则(GB 7718-2011)》中对预包装食

品的定义:预先定量包装或制作在包装材料和容器中的食品,包括预先定

量包装以及预先定量制作在包装材料和容器中并且在一定量限范围内具

有统一的质量或体积标识的食品。该“两扒肉”符合预先定量包装或制

作的特点,属于预包装食品。另外,福建万鑫公司提交的福州市产品质量

检验所出具的检验报告中注明的检验依据为《关于转发全国食品安全整

顿办公室<食品中可能违法添加的非食用物质和易滥用的食品添加剂名

单(第四批)>通知》[食药监办食函(2010)139号-3,以下简称139号食药

监办函],说明该“两扒肉”是按照食品安全标准进行检验的,福建万鑫

公司关于该“两扒肉”系农产品,不属于预包装食品的理由不能成立。

其次,根据24号文规定,农业部门负责食用农产品从种植养殖环节到

进入批发、零售市场或生产加工企业前的质量安全监督管理,食用农产

品进入批发、零售市场或生产加工企业后,按食品由食品药品监督管理

部门监督管理,农业部门负责畜禽屠宰环节和生鲜乳收购环节质量安全

监督管理。而我市质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理进行了

职能整合,组建了市市场监督管理局,因此,靖江市市场监督管理局具有

查处本案所涉“两扒肉”违反预包装食品标签规定的法定职责。福建万

鑫公司认为其不具有处罚权的理由不能成立。福建万鑫公司认为本案所

涉“两扒肉”未标注生产日期等,系自身疏于管理、员工业务陌生造成, 显然难以令人信服。食品标签中的生产日期、保质期、贮存条件等信

息,涉及消费者的知情权和选择权,影响食品原料的质量安全,是食品生

产经营者必须强制执行的食品安全标准。福建万鑫公司在销售该“两扒

肉”时,虽然向靖江市三圣食品厂提供了检验检疫证明,但是动物检疫合

格证明、检验报告以及福建万鑫公司出具的证明均不能说明该“两扒

肉”的准确生产日期。根据靖江市市场监督管理局现场执法情况来看, 该批猪肉在冷库保存,且未标注生产日期、保质期及贮存条件,经长期保

存后,一旦流入生产、销售领域,会给消费者带来极大的质量安全隐患。

现福建万鑫公司以其管理上的疏忽系轻微违法行为,不应对其过重处罚

的理由显然不能成立。综上,靖江市市场监督管理局作出的行政处罚决

定事实清楚,适用法律、法规等正确,程序合法。靖江市人民政府作出的

行政复议决定程序合法。一审法院遂判决:

驳回福建万鑫公司的诉讼请求。

福建万鑫公司上诉称,根据《食用农产品市场销售质量安全监督管

理办法》第五十七条以及《国家食品药品监管总局办公厅关于冷冻速冻

禽畜肉生产许可问题的复函》[食药监办监一函〔2014〕309号,以下简

称309号食药监办函]的规定,涉案的冷冻猪后腿肉系农业活动中直接获

得的动物产品经过切割、冷冻加工所形成的,属于食用农产品,而非食

品,且即便属于食品,也不符合“预先定量包装”的要求,不能认定为预

包装食品,被上诉人靖江市市场监督管理局不具有作出涉案行政处罚的

法定职权,且处罚过高,违反过罚相当的原则。

江苏省泰州市中级人民法院经审理认为:根据《食品安全法》第九

十九条第一款以及《农产品质量安全法》第二条第一款的规定可知,食

品是指各种供人食用或者饮用的成品和原料以及按照传统既是食品又是

药品的物品,但是不包括以治疗为目的的物品;农产品是指来源于农业的

初级产品,即在农业活动中获得的植物、动物、微生物及其产品;食用农

产品是指供食用的源于农业的初级产品。由此可知,农产品与食品的范

畴本身具有一定的交叉,农产品中的食用农产品应当属于食品范畴中的

一种,但基于农产品的特性,我国就农产品的监管制定了单行法律即《农

产品质量安全法》以排除《食品安全法》的规制。因此,本案中上诉人

及被上诉人争论的以及法院判决阐述的食品的范畴应当指除食用农产品

外的食品,可以视为狭义的食品,故“本院认为”部分中所称食品,均指

狭义的食品。现结合各方诉辩意见,综合评判如下:

首先,涉案的冷冻猪后腿肉属于食品。《农业部、食品药品监督总

局关于加强食用农产品质量安全监督管理工作的意见》中对于食用农产

品的定义是:“食用农产品是指来源于农业活动的初级产品,即在农业活

动中获得的、供人食用的植物、动物、微生物及其产品。‘农业活

动’既包括传统的种植、养殖、采摘、捕捞等农业活动,也包括设施农

业、生物工程等现代农业活动。‘植物、动物、微生物及其产品’是指

在农业活动中直接获得的以及经过分拣、去皮、剥壳、粉碎、清洗、切

割、冷冻、打蜡、分级、包装等加工,但未改变其基本自然性状和化学

性质的产品。”由此可知,食用农产品与食品的区别在于食用农产品系

直接来源于农业活动的,未经过任何加工和处理的,或者是虽经过简单加

工,但并未改变其基本自然性状和化学性质的,而食品则是经过一定的生

产加工而成的。本案中,涉案的冷冻猪后腿肉与一般的生猪屠宰、切割

不同,其不仅进行了屠宰、切割、冷冻等简单加工,更为关键的是进行了

明确的分类处理,即该批猪肉系经挑选而成的猪后腿肉即俗称的“两扒

肉”,而不包括其他部位的猪肉,故其与普通的屠宰、切割后的生猪肉自

然性状不一致,这也导致实践中其售价与普通的屠宰、切割后的生猪肉

的售价明显不同。同时,涉案的冷冻猪后腿肉还进行了定量的包装,即按

每袋25千克进行装袋,进一步与一般的散装猪后腿肉区分开来,也对其售

价乃至双方买卖协议的订立具有重要影响。另外,上诉人在销售涉案的

冷冻猪后腿肉给案外人靖江市三圣食品厂时,提交的作为销售标的质量

合格的证明材料以及产品卫生质量检验合格证,均证明上诉人自身在生

产、销售涉案冷冻猪后腿肉时均是按照食品的要求和标准进行质量控制

的,且上述报告及合格证也是销售行为成立的必要条件。综上,涉案的冷

冻猪后腿肉经过了分类处理以及定量包装的加工,且该加工属于改变了

其基本自然性状的复杂及精细化的加工,因此,应当认定涉案的冷冻猪后

腿肉属于加工形成的食品,而非食用农产品。

其次,涉案的冷冻猪后腿肉属于预包装食品。根据《食品安全法》

第九十九条第三款以及《预包装食品标签通则(GB 7718-2011)》第2.1

条的规定,预包装食品是指预先定量包装或者制作在包装材料、容器中

的食品,包括预先定量包装以及预先定量制作在包装材料和容器中并且

在一定量限范围内具有统一的质量或体积标识的食品。由此可见,预包

装食品的核心要素应当包含“预先定量”“包装”“食品”。本案中, 上诉人与靖江市三圣食品厂签订的冷冻猪后腿肉购销协议上虽没有明确

约定冷冻猪后腿肉需每袋定量包装,但因其进行跨省销售,故其在出厂和

运输过程中必然进行定量包装而非散装销售,事实上上诉人也是以每袋

定量25千克进行包装销售,且在客观实践中,散装冷冻猪后腿肉销售的价

格与经过定量包装的冷冻猪后腿肉之间存在明显差异。综上,涉案冷冻

猪后腿肉符合“预先定量”的包装要求,属于预包装食品。

再次,被上诉人靖江市市场监督管理局具有行政处罚权。根据《食

品安全法》第四条第三款的规定,国务院质量监督、工商行政管理和国

家食品药品监督管理部门依照本法和国务院规定的职责,分别对食品生

产、食品流通、餐饮服务活动实施监督管理;第五条第二款规定,县级以

上地方人民政府依照本法和国务院的规定确定本级卫生行政、农业行

政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门的食品安全监督

管理职责。有关部门在各自职责范围内负责本行政区域的食品安全监督

管理工作。可见,我国之前对于食品的安全监管工作是分属工商、质

监、食药监等部门管理,但因多头管理造成实践中食品安全监管的漏洞, 国务院根据《食品安全法》第一百零三条“国务院根据实际需要,可以

对食品安全监督管理体制作出调整”的规定对食品安全监管体制进行了

改革。2013年3月14日,第十二届全国人民代表大会第一次会议批准通过

了《关于国务院机构改革和职能转变方案的决定》,明确了“为加强食

品药品监督管理,提高食品药品安全质量水平,将国务院食品安全委员会

办公室的职责、国家食品药品监督管理局的职责、国家质量监督检验检

疫总局的生产环节食品安全监督管理职责、国家工商行政管理总局的流

通环节食品安全监督管理职责整合,组建国家食品药品监督管理总

局……对生产、流通、消费环节的食品安全和药品的安全性、有效性实

施统一监督管理”。国务院于2013年4月10日下发了《国务院关于地方

改革完善食品药品监督管理体制的指导意见》(国发〔2013〕18号)文

件,进一步明确要求各地抓好食品药品监管体制改革和机构的调整工

作。由此可见,当前我国食品安全监管职能已划归食品药品监督管理部

门。同时,江苏省人民政府办公厅于2014年11月7日印发的《关于调整完

善市县工商质监食品药品管理体制加强市场监管的意见》(苏政办发

〔2014〕93号)明确要求,全省各县(市、区)工商、质监、食品药品监管

均需进行职能整合,组建县(市、区)市场监督管理局,同时加挂食品药品

监督管理局牌子。因此,被上诉人靖江市市场监督管理局具有行使食品

药品安全监管职能,具有作出涉案行政处罚决定的行政职权。

最后,被上诉人作出的行政处罚适用法律正确。本案中,上诉人生产

销售的涉案冷冻猪后腿肉标签中未标明其生产日期、保质期以及贮存条

件等,且涉案冷冻猪后腿肉价值达425000元,根据《食品安全法》第四十

二条以及第八十六条的规定,应处以货值金额两倍的罚款并没收违法所

得,因涉案的冷冻猪后腿肉已实际交付给靖江市三圣食品厂,且未取得对

等货款,故被上诉人未同时并处没收违法所得、违法生产经营的食品的

行为适用法律正确,并无不当。

一审判决认定事实清楚,适用法律正确,程序合法。二审法院遂判

决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

近年来,我国食品安全问题频发,已成为广大社会民众所关注的焦

点,其根源不仅在于部分不良商家为了谋取利益而做出违法行为,还在于

当前我国食品安全方面的法律法规尚存在一定的空白或者冲突,从而导

致部分监管部门执法“底气”不足。例如,本案所涉及的食品与食用农

产品概念区分不明,可能导致部分食品以“食用农产品”的名义逃避监

管情形的发生。对此,监管部门以及法院在司法审查过程中区分食品与

食用农产品时应当注意以下几个方面:

第一,区分食品与食用农产品,关键在于产品的性质,而不在于生产

主体性质。根据《农产品质量安全法》以及《农业部、食品药品监督总

局关于加强食用农产品质量安全监督管理工作的意见》等相关规定,食

用农产品作为一种农产品,其是一种直接源于农业的初级产品,其核心特

征是“初级”,即该产品具有一定的天然性,没有经过生产加工,或仅经

过一些简单的基本加工,且必须未改变其基本的自然性状和化学性质。

因此,区分食用农产品与食品的关键就在于该产品是否突破了“初级

性”特征的要求,是否经过了精细化或者是复杂化的生产加工。如果畜

禽屠宰企业实施了超过畜禽屠宰范围的工作,那么这些经过精细化或者

是复杂化生产加工的产品应认定为食品,而非农产品。

第二,区分食品与食用农产品,应当与该产品生产及销售的质量标准

相符。根据主客观相一致的原则,对于食品与食用农产品的区分而言,在

根据产品性质进行区分的同时,可以依据该产品生产、销售时企业的主

观认知予以认定。生产、销售企业虽辩称其产品系食用农产品,但其在

生产、销售过程中均依照食品的生产销售标准,甚至要求该产品在生

产、销售过程中必须依照食品的相关标准、取得相应的资格证书等,应

当认定其产品属于食品。

第三,区分食品与食用农产品,应从健全整个监管体系的角度出发, 确保监管无漏洞。我国现行的食品安全法律体系尚存在一定的空白或者

说法律理解尚存在一定争议,此时应当从《食品安全法》等法律法规的

立法本意以及完善食品安全监管体系的角度予以倾向性的考量,以确保

该产品的法律监管体系上不存在重大漏洞。当前对于冷冻猪后腿肉流转

之后的贮存,我国并没有强制性规定,如将冷冻猪后腿肉定性为农产品, 其只要在前期取得动物检验合格证,即可在冷库中贮存很长的年限,甚至

可达十几年、几十年,即俗称的“僵尸肉”,却没有任何单位就此承担法

律责任,而这一类经长期冷冻的猪肉一旦流入生产、销售领域,必然会给

广大消费者带来极大的食品质量安全隐患。因此,从整体监管体系而言, 将涉案的冷冻猪后腿肉定性为食品,更有利于完善对该类产品的法律监

管,确保不会存在重大监管漏洞,避免违法行为存在却无法律规制的情形

发生。

编写人:江苏省泰州市中级人民法院 蔡鹏

38涉“最高级”广告用语行政处罚法律适用

——上海合护安全用品有限公司诉上海市长宁区市场监督管理局行

政处罚决定案

【案件基本信息】

1.裁判书字号:

上海铁路运输法院(2017)沪7101行初154号行政判决书

2.案由:行政处罚决定纠纷

3.当事人:

原告:上海合护安全用品有限公司(以下简称合护公司)

被告:上海市长宁区市场监督管理局(以下简称长宁市场监管局)

【基本案情】

2014年4月5日至2016年3月10日,原告合护公司在天猫商城内对其销

售的“3M9332FFP3N99防护口罩”进行宣传时,使用了“店长推荐!一级

代理正品3M顶级”“顶级防护口罩2只包邮”“顶级防护口罩”“顶级

防护之兼防油性颗粒物”“顶级防护之高效静电滤材”“顶级防护之冷

气流呼吸阀”“顶级防护之独立包装设计”等内容。该商品自2013年10

月17日在“天猫商城”开始销售,于2016年3月10日下架,共计10笔交易, 其中在2015年《中华人民共和国广告法》(以下简称《广告法》)修订实

施后实际交易1笔,金额为65元。被告长宁市场监管局认定合护公司的上

述行为违反了《广告法》第九条第(三)项之规定,经听证、延长审理期

限后,根据该法第五十七条第(一)项和《中华人民共和国行政处罚法》

(以下简称《行政处罚法》)第二十七条第一款第(一)项之规定,于2017

年1月19日作出长市监案处字〔2017〕第050201611533号行政处罚决定, 责令合护公司停止发布违法广告并罚款10万元。

合护公司不服,向法院提起本案诉讼,认为被诉行政处罚决定定性及

适用法律错误,处罚过重,要求予以撤销。

长宁市场监管局辩称,合护公司并非合理使用“顶级”用语,涉案广

告具有误导消费者,损害同行业竞争者利益的可能性,属于使用“最高

级”等用语的广告违法行为,定性准确,且已综合考量其整改情况和违法

行为的情节,适用了《行政处罚法》第二十七条第一款第(一)项之规定

减轻了处罚,裁量适当。

【案件焦点】

1.原告在涉案商品销售网页中使用“顶级”词汇描述涉案商品的行

为是否违反《广告法》第九条第(三)项禁止使用“最高级”“最佳”等

用语的规定;2.被告适用《广告法》第五十七条第(一)项和《行政处罚

法》第二十七条第一款第(一)项之规定对原告处以罚款10万元,处罚裁

量是否适当。

【法院裁判要旨】

法院生效判决认为:合护公司使用“顶级”一词,与《广告法》第九

条第(三)项规定的“最高级”等用语具有相同语义。除“一级代理正品

3M顶级”的描述将商品限定在所属品牌3M的范围内,描述其在该品牌中

的分类等级,属合理使用范围外,其他六处使用“顶级”均未限定在一定

的范围内,且缺乏如此使用的客观事实依据,并非合理使用,属于《广告

法》第九条第(三)项规定的广告违法行为。

《广告法》第五十七条第(一)项对上述违法行为在一般情况下的处

罚幅度为二十万元以上一百万元以下。合护公司发布涉案广告近两年, 其间也有交易产生,具有一定的社会危害性,故被告应适用该罚则对其进

行处罚。但合护公司销售涉案商品以来仅交易10笔,销售金额较小,且在

被告立案前,采取了整改措施下架涉案商品,主动消除了违法行为的危害

后果,故违法情节和社会危害性并不严重。行政机关在执法过程中,应坚

持“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。被告综合考量合护公司

的违法情节、整改情况及社会危害性等因素,在适用《广告法》第五十

七条第(一)项之规定的基础上,同时适用《行政处罚法》第二十七条第

一款第(一)项之规定,对合护公司进行了减轻处罚,体现了行政处罚公正

的原则,裁量适当,故判决驳回合护公司的诉讼请求。

【法官后语】

在行政处罚案件中,如何进行处罚裁量,考验的是法官对于公平公正

的理解和价值选择。根据《行政处罚法》第四条第一款之规定,行政处

罚遵循公正原则。因此,无论是行政机关在执法中还是人民法院在司法

中,均应坚持“过罚相当”原则,决定处罚的种类和幅度,不能畸轻畸重, 这样才能既惩处违法行为,又有助于公民形成自觉守法的意识和习惯,以

实现行政处罚的价值和目的。这需要法官对于法律规定及立法目的有深

入的了解,对相关法律规定之间的适用有正确的把握,对司法权监督行政

权的标准有清晰的认识。

对于涉案违法行为进行罚款的幅度,在《广告法》修订实施前,一般

为广告费用一倍以上五倍以下的罚款,在《广告法》修订后,一般为二十

万元以上一百万元以下的罚款,加大了处罚力度。本案原告的违法行为

跨越了《广告法》修订前后,销售金额较少,且在被告立案前,采取了整

改措施下架涉案商品,主动消除了违法行为的危害后果,违法情节和社会

危害性并不严重。故法院经审理认为行政机关在确定处罚幅度时,在适

用《广告法》罚则的基础上,同时适用《行政处罚法》第二十七条第一

款第(一)项关于减轻处罚的一般规定,对原告减轻了处罚,裁量适当,故

判决驳回合护公司的诉讼请求。

本案的司法标准符合《广告法》的立法宗旨,也体现了行政处

罚“过罚相当”原则,在适用《广告法》罚则的基础上,适用《行政处罚

法》的一般规定减轻处罚,使处罚幅度与违法事实、情节和社会危害性

等相适应,体现了行政处罚的公正。

编写人:上海铁路运输法院 沈丹

39食药部门对传统食品进行行政处罚应充分考虑

传统食品厂商已取得的批准决定

——南通颐生酒业有限公司诉北京市丰台区食品药品监督管理局行

政处罚案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院(2016)京02行终1365号行政判决书

2.案由:行政处罚纠纷

3.当事人

原告(上诉人):南通颐生酒业有限公司(以下简称颐生公司) 被告(被上诉人):北京市丰台区食品药品监督管理局(以下简称丰台

食药局)

第三人:北京物美商业集团股份有限公司大卖场云岗店(以下简称物

美云岗店)

【基本案情】

丰台食药局对物美云岗店作出(京丰)食药监食罚〔2015〕200001-1

号行政处罚决定书(以下简称《处罚决定书》)。《处罚决定书》认定物

美云岗店于2014年8月6日至2014年11月13日,在其注册登记的经营场所

内销售的食品中添加了药品,其间货值总额为796元,获违法所得31.84

元,上述行为违反了《中华人民共和国食品安全法》(2009年版本, 非2015年修订后的版本,以下简称《食品安全法》)第五十条及《北京市

食品安全条例》第三十四条第(五)项的规定,依据《北京市食品安全条

例》第六十八条第二款及《北京市食品药品监督管理局行政处罚自由裁

量权适用规定(试行)》第七条第一款第(二)项的规定,决定对物美云岗

店没收违法所得31.84元、罚款2388元。颐生公司诉称,2011年5月,原中

华人民共和国卫生部(以下简称卫生部)办公厅作出卫办监督函〔2011〕

123号《卫生部办公厅关于“船牌颐生”茵陈大曲酒生产经营有关问题

的复函》(以下简称123号《复函》),认定其产品属于已有连续多年生产

历史的传统食品,根据《食品安全法》和《禁止食品加药卫生管理办

法》的有关规定,允许其继续生产经营。被处罚的产品正是“船牌颐

生”茵陈大曲酒的系列产品,且其生产的产品已取得江苏省质量技术监

督局颁发的全国工业产品生产许可证,是允许生产经营的,并未违法。

2016年3月21日,江苏省卫生和计划生育委员会出具了苏卫办函〔2016〕

41号复函。2016年4月11日,国家卫生和计划生育委员会食品安全标准与

监测评估司出具了国卫食品评便函〔2016〕54号《关于“船牌颐生”茵

陈大曲酒相关问题的复函》。二机关对“船牌颐生”茵陈大曲酒生产经

营有关问题进行了说明。

【案件焦点】

物美云岗店销售的“颐生”牌茵陈酒是否属于123号《复函》中允

许颐生公司生产经营产品的范围。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为:丰台食药局作为本行政区域的

食品安全监督管理机关,具有受理对相关食品安全违法行为的举报,并依

法作出处理的法定职责。《食品安全法》第五十条规定,生产经营的食

品中不得添加药品,但是可以添加按照传统既是食品又是中药材的物

质。按照传统既是食品又是中药材的物质的目录由国务院卫生行政部门

制定、公布。卫生部《禁止食品加药卫生管理办法》第七条第一款规

定,在食品卫生法生效以前,传统上把药物作为添加成分加入,不宣传疗

效并有30年以上连续生产历史的定型包装食品品种,经所在地省、自治

区、直辖市卫生行政部门批准并向卫生部备案,可以经售,销售地区不

限。本案中,丰台食药局经调查认为茵陈收录于《中华人民共和国药

典》(2010年一部),属于药品。根据《卫生部关于进一步规范保健食品

原料管理的通知》及其附件的规定,红花属于可用于保健食品的物品。

故涉案“颐生”牌茵陈酒作为普通食品,不得添加茵陈、红花。对此,颐

生公司虽然提供了报请批准其酒类产品添加茵陈、红花的相关审批流程

文件及123号《复函》,但并不能据此得出涉案“颐生”牌茵陈酒已经相

关卫生行政部门批准销售的结论。丰台食药局所作《处罚决定书》,认

定事实清楚,适用法律正确,程序合法。遂判决:

驳回原告的诉讼请求。

颐生公司不服一审判决,上诉至北京市第二中级人民法院,请求撤销

《处罚决定书》。颐生公司认为:从其产品名称备案申报过程、历史证

据、企业标准备案内容等方面,可以证明江苏省卫生主管机关批准生产

经营的“船牌颐生”茵陈大曲酒是其所生产系列产品的通用名称,“颐

生”牌茵陈酒作为其中一种产品已经批准合法经营。一审法院未论及苏

卫办函〔2016〕41号复函,更未考虑江苏省卫生主管机关已批准其生产

经营的事实,仅因名称不同就认定“船牌颐生”茵陈大曲酒与“颐

生”牌茵陈酒是不同产品,系认定事实错误;其产品的审批权属于江苏省

卫生厅,其系列产品以“船牌颐生”茵陈大曲酒为通用名称经江苏省卫

生厅批准并报送卫生部备案,在认定其经批准备案的产品范围问题上,应

以江苏省卫生厅对“船牌颐生”茵陈大曲酒所指产品范围为准。一审法

院所作判决中不能据此得出涉案“颐生”牌茵陈酒已经相关卫生行政部

门批准销售的结论,无视了现存证据证明的事实,系认定事实不清;江苏

省卫生厅、江苏省质量技术监督局、南通市卫生及工商管理等行政机关

甚至广州市荔湾区人民法院的民事判决书,均认为其生产、销售的“颐

生”牌茵陈酒是合格产品,可以合法经营,丰台食药局却作出相反认定, 系认定事实不清。丰台食药局同意一审法院所作判决,请求予以维持。

物美云岗店未对一审法院所作判决提起上诉。

北京市第二中级人民法院经审理认为:根据《食品安全法》《北京

市食品安全条例》及北京市人民政府关于对北京市食品药品监督管理相

关文件的规定,丰台食药局具有对辖区内涉嫌食品药品违法行为进行调

查,并依法予以查处的法定职责;依照《中华人民共和国行政诉讼法》的

有关规定,行政机关在行使职权作出行政行为时,应当确保行政行为证据

确凿,适用法律、法规正确,符合法定程序,应当对作出的行政行为负举

证责任,提供作出行政行为的证据和所依据的规范性文件。本案中,丰台

食药局认定物美云岗店销售的“颐生”牌茵陈酒中添加了药品,该行为

违反《食品安全法》第五十条等法律、法规的规定,对此,颐生公司主张

依据《禁止食品加药卫生管理办法》第七条第一款的规定,经江苏省卫

生主管机关批准并报卫生部备案,生产销售上述产品合法。依照上述法

律规定,丰台食药局应当对物美云岗店销售的“颐生”牌茵陈酒,不在

123号《复函》中允许颐生公司生产经营产品范围内承担举证责任,但丰

台食药局提交的在案证据,不能对上述情形予以充分必要的证明,故《处

罚决定书》认定事实所依据的证据不足,应予撤销。一审判决认定事实

基本清楚,但适用法律有误。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七

十条第(一)项、第八十九条第一款第(二)项的规定,作出如下判决: 一、撤销北京市丰台区人民法院(2015)丰行初字第167号行政判决

书;

二、撤销北京市丰台区食品药品监督管理局所作(京丰)食药监食罚

〔2015〕200001-1号行政处罚决定书。

【法官后语】

本案涉及食药部门对传统食品进行行政处罚应充分考虑传统食品厂

商已取得的批准决定、对作出的行政行为负举证责任的问题,以及对涉

及中小企业产权的行政行为应当尽到充分的审慎审查义务的问题。本案

焦点在于“颐生”牌茵陈酒是否属于123号《复函》中允许颐生公司生

产经营产品的范围。依照法律规定,丰台食药局应当对涉案食品不在123

号《复函》中允许颐生公司生产的经营产品范围内承担举证责任,但其

提交的在案证据不能对上述情形予以充分必要的证明,没有尽到举证义

务。本案判决认为被告认定事实依据的证据不足,行政行为应予撤销,这

样能够督促行政机关规范认定事实的程序,增强对企业进行行政处罚的

合法性。此外,颐生公司系在南通市有着上百年历史的老字号企业,拥有

几十种酒类产品,否定其经江苏省卫生厅批准生产的“船牌颐生”茵陈

大曲酒是其生产的一系列酒类产品通用名称可能导致该企业无法继续运

营,面临破产危机,丰台食药局应当在处罚前询问生产企业的意见,对涉

及企业生死存亡的决定应尽到充分的审慎义务。而且,该涉案食品的审

批权属于江苏省卫生厅并已经过卫生部备案,在认定产品范围的问题上, 丰台食药局应咨询江苏省卫生厅和卫生部的意见,尊重企业已获取的生

产许可,巩固处罚的事实依据。

编写人:北京市第二中级人民法院 严勇 方浩然

40第三方认证机构对其认证的企业是否持续符合

法律法规的要求具有跟踪监督的职责

——北京中大华远认证中心诉盐城市亭湖区市场监督管理局质监行

政处罚案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省盐城市中级人民法院(2017)苏09行终134号行政判决书

2.案由:质监行政处罚纠纷

3.当事人

原告(上诉人):北京中大华远认证中心(以下简称华远认证中心) 被告(被上诉人):盐城市亭湖区市场监督管理局

【基本案情】

原告于2013年6月9日向盐城黄海公司颁发了证书号

为ANAB13Q20316R2M的质量管理体系《认证证书》,证书有效期至2016

年6月8日,认证注册范围包括A01-1、A02-2氨基烘干清漆,A16-51各色氨

基烘干锤纹漆等。2016年4月,被告在对盐城黄海公司现场检查中发现盐

城黄海公司持有的《全国工业产品生产许可证》(编号为XK13-020-00718),有效期至2015年12月29日。被告于2016年4月15日对原告涉嫌未

对盐城黄海公司主要产品的生产许可证明文件的合法性实施有效监督, 违反《中华人民共和国认证认可条例》第二十七条的规定,对其正式立

案调查。被告先后向原告发出亭市监询通字(2016)第0415-1、0426-1、

0506-1号《询问通知书》及亭市监限提字(2016)第0426-1、0506-1号

《限期提供证据通知书》、(2016)第Z014号《行政处罚听证告知书》、

被告于2016年8月1日作出亭市监案(2016)第Z014号《行政处罚决定

书》。该处罚决定书查明,原告于2013年6月9日向盐城黄海公司颁发了

证书号为ANAB13Q20316R2M的质量管理体系《认证证书》,证书有效期至

2016年6月8日。盐城黄海公司生产许可证于2015年12月29日到期失效

后,仍然持有上述《认证证书》并生产认证注册范围的产品。原告未对

盐城黄海公司主要产品的生产许可证明文件的合法性实施有效监督,违

反《中华人民共和国认证认可条例》第十八条第一款、第二十二条第一

款、第二十七条的规定。依据《中华人民共和国认证认可条例》第六十

条第一款第(三)项规定作出了行政处罚:1.责令改正违法行为;2.罚款人

民币100000元,上缴国库。

原告于2014年6月22日、2015年6月7日对盐城黄海公司实施了两次

监督审核,于2016年4月18日、2016年4月22日对颁发给盐城黄海公司的

证书号为ANAB13Q20316R2M的质量管理体系《认证证书》采取暂停使

用、撤销证书的措施。原告认为被告作出的《行政处罚决定书》认定事

实不清,证据不足,适用法律错误,于2016年8月29日诉至法院。

【案件焦点】

被认证企业不配合导致认证机构未有效履行跟踪监督职责的,市场

监督管理机关可否对认证机构给予行政处罚。

【法院裁判要旨】

江苏省盐城市盐都区人民法院经审理认为:《中华人民共和国认证

认可条例》第五十五条规定,县级以上地方人民政府质量技术监督部门

和国务院质量监督检验检疫部门设在地方的出入境检验检疫机构,在国

务院认证认可监督管理部门的授权范围内,依照本条例的规定对认证活

动实施监督管理。盐城市亭湖区市场监督管理局具有对认证活动实施监

督管理的法定职责。《质量管理体系认证规则》第5.1条规定,认证机构

应对持有其颁发的质量管理体系认证证书的组织进行有效跟踪,监督获

证组织持续运行质量管理体系并符合认证要求。本案中,涉案盐城黄海

公司的生产许可证于2015年12月29日到期,到期后,被告对黄海公司作出

的《认证证书》仍持续有效,原告未进行有效跟踪,监督盐城黄海公司是

否持续符合质量管理体系的认证要求。原告辩称其对盐城黄海公司的监

督审核时间间隔没有超过《质量管理体系认证规则》第5.2.1条规定的

12个月,且根据原告与盐城黄海公司签订的协议,应由盐城黄海公司告知

原告认证状态发生变化的说法,本院不予认可。因此,被告盐城市亭湖区

市场监督管理局依法对原告华远认证中心违法行为作出的上述行政处罚

认定事实清楚,适用法律、法规正确。依照《中华人民共和国行政诉讼

法》第六十九条之规定,于2016年12月8日作出(2016)苏0903行初362号

行政判决:

驳回原告华远认证中心的诉讼请求。

华远认证中心不服一审判决,提起上诉,二审法院同意一审法院裁判

意见,维持原判。

【法官后语】

我国经济体制由计划经济转变为市场经济,随之而来的就是企业之

间竞争格局的形成,而企业竞争最重要、最根本的就是质量问题的竞

争。ISO9000族的质量管理体系认证也就顺利地走向了企业的管理舞台, 并使得消费者对其产生了信赖利益。《质量管理体系认证规则》第5.1

条规定,认证机构应对持有其颁发的质量管理体系认证证书的组织进行

有效跟踪,监督获证组织持续运行质量管理体系并符合认证要求。本案

中,盐城黄海公司的生产许可证于2015年12月29日到期,到期后,华远认

证中心未进行有效跟踪,以致其发给盐城黄海公司的《认证证书》仍在

持续有效。盐城黄海公司仍使用华远认证中心的认证证书参与社会竞

争,损害了其他竞争者及消费者的利益,华远认证中心在认证的同时应对

其他竞争者及消费者负责,其应当承担相应责任。

编写人:江苏省盐城市盐都区人民法院 宋君

41独立董事应当对上市公司信息披露违法行为承

担法律责任

——陈森林诉中国证券监督管理委员会四川监管局、中国证券监督

管理委员会证券管理行政处罚及行政复议案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院(2017)京02行终1461号行政判决书

2.案由:证券管理行政处罚及行政复议纠纷

3.当事人

原告(上诉人):陈森林

被告(被上诉人):中国证券监督管理委员会(以下简称证监会)、中

国证券监督管理委员会四川监管局(以下简称四川证监局)

【基本案情】

陈森林原系成都前锋电子股份有限公司(以下简称前锋股份公司)独

立董事。2015年7月21日,四川证监局对前锋股份公司涉嫌信息披露违法

行为予以立案调查。经查,四川证监局认定前锋股份公司存在未依法披

露重大诉讼和重大担保事件的违法行为。具体为:2010年12月9日,五洲

证券有限公司破产清算组起诉前锋股份公司要求履行8700万元出资义

务,涉诉金额巨大,占上市公司净资产比例高,属于应予披露的重大诉讼

事项。2011年至2015年,前锋股份公司控股子公司北京标准前锋商贸有

限公司以其名下定期存单为时任董事兼总经理的朱某控制的企业提供22

次担保,共计3.72亿元,涉及交易次数众多、交易金额巨大,属于应予披

露的重大担保事项。四川证监局认为陈森林作为前锋股份公司的独立董

事,依法对上市公司信息披露事项负有法定保证责任。前锋股份公司未

依法披露相关重大诉讼及担保事项,陈森林在上市公司存在重大遗漏的

相关定期报告上签署确认意见,且未能提供证据证明已采取必要、有效

措施监督上市公司履行相关信息披露义务。2016年7月7日,四川证监局

对前锋股份公司、陈森林等人员作出川证监处罚字〔2016〕1号《行政

处罚事先告知书》,告知拟作出的行政处罚及该行政处罚所根据的违法

事实、理由、法律依据,同时并告知了陈森林享有陈述、申辩的权利。

2016年7月21日,陈森林向四川证监局提交了书面《申辩意见》,但未提

交相关证据。依据《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)的

有关规定,四川证监局在履行了立案调查、集体讨论决策、行政处罚事

先告知、听取当事人陈述申辩等程序后,认定陈森林为前锋股份公司信

息披露违法行为的“其他直接责任人员”,于2016年9月6日作出被诉处

罚决定,其中对陈森林处以警告并罚款3万元的行政处罚。陈森林对此不

服,于2016年10月31日向证监会提出行政复议申请。2016年11月10日,证

监会书面通知陈森林补充提交身份证明文件。2017年1月10日,陈森林向

证监会补充提交了身份证明文件。2017年1月24日,证监会作出被诉复议

决定。

【案件焦点】

独立董事是否应当对上市公司信息披露违法行为承担法律责任。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为:《中华人民共和国公司法》(以

下简称《公司法》)第一百四十七条第一款规定,董事、监事、高级管理

人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉

义务。该法第一百一十二条第三款规定,董事应当对董事会的决议承担

责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决

议,致使公司遭受严重损失的,参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经

证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的,该董事可以免除责任。

本案原告陈森林作为上市公司前锋股份的独立董事,对公司负有勤勉义

务,对其签字的董事会决议承担法律责任。本案前锋股份公司存在未依

法披露发生的重大诉讼及重大担保事件的违法行为,原告作为独立董事

在未披露重大诉讼及担保事件的年度报告上签字,应当承担相应的法律

责任。

综上所述,被诉处罚决定认定事实清楚,程序合法,并无不当之处。

证监会作出的复议决定程序合法,结论正确。一审法院遂判决: 驳回原告陈森林的诉讼请求。

陈森林不服一审判决,向北京市第二中级人民法院提起上诉。二审

法院经审理认为:根据《证券法》第六十三条的规定,发行人、上市公司

依法披露的信息,必须真实、准确、完整,不得有虚假记载、误导性陈述

或者重大遗漏。根据《上市公司信息披露管理办法》第三十八条、第四

十二条、第五十八条第一款的规定,上市公司董事、监事、高级管理人

员应当勤勉尽责,关注信息披露文件的编制情况,保证定期报告、临时报

告在规定期限内披露,配合上市公司及其他信息披露义务人履行信息披

露义务;董事应当了解并持续关注公司生产经营情况、财务状况和公司

已经发生的或者可能发生的重大事件及其影响,主动调查、获取决策所

需要的资料;上市公司的董事、监事、高级管理人员应当对公司信息披

露的真实性、准确性、完整性、及时性、公平性负责,但有充分证据表

明其已经履行勤勉尽责义务的除外。由此可见,陈森林作为时任前锋股

份公司独立董事,对该公司信息披露的真实性、准确性、完整性、及时

性、公平性负有勤勉尽责义务。根据在案证据,陈森林在四川证监局对

其作出《行政处罚事先告知书》后,未能提出相应证据证明其作为公司

独立董事已经履行勤勉尽责义务而可以不承担相应责任。因此,四川证

监局所作关于其没有提供证据显示其勤勉尽责,对前锋股份公司相关信

息披露违法事项实施了必要的、有效的监督,其为前锋股份公司涉案违

法行为的其他直接责任人员的认定,事实清楚。一审判决认定事实清楚, 适用法律正确,程序合法。二审法院遂判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案值得探讨的法律问题是独立董事是否应当为上市公司信息披露

违法行为承担法律责任。具体来讲,分为三个小问题:一、独立董事是否

属于《证券法》第一百九十三条规定的可以追责的“其他直接责任人

员”;二、董事勤勉义务的主要内容;三、谁来承担已尽勤勉义务的举证

责任。

关于第一个问题。我们认为独立董事属于《证券法》第一百九十三

条规定的“其他直接责任人员”,应当为上市公司信息披露违法行为承

担相应法律责任。上市公司的独立董事是指不在公司担任除董事外的其

他职务,并与其所受聘的上市公司及其主要股东不存在可能妨碍其进行

独立客观判断的关系的董事。上市公司设立独立董事制度的目的在于独

立董事可以独立履行职责,不受上市公司主要股东、实际控制人或者其

他与上市公司存在利害关系的单位或个人的影响,以维护公司整体利益, 尤其是中小股东的合法权益不受损害。独立董事比其他普通董事更加强

调对上市公司及全体股东负有诚信与勤勉义务。《证券法》第六十八条

第三款规定,上市公司董事、监事、高级管理人员应当保证上市公司所

披露的信息真实、准确、完整。上市公司因信息披露违法,独立董事应

当属于《证券法》第一百九十三条规定的“其他直接责任人员”。

关于第二个问题。有人认为《公司法》及《证券法》对董事勤勉义

务的内涵没有具体列明,因此不能以违反勤勉义务对董事追究责任。我

们认为,《公司法》第一百四十七条第一款明确规定了董事对公司负有

忠实义务和勤勉义务。勤勉义务的具体内容在《上市公司信息披露管理

办法》中有具体规定,“勤勉义务”包含“了解并持续关注公司生产经

营情况、财务状况和公司已经发生的或者可能发生的重大事件及其影

响,主动调查、获取决策所需要的资料”“关注信息披露文件的编制情

况……配合上市公司及其信息披露义务人履行信息披露义务”。原告陈

森林对涉案上市公司历时四年的重大诉讼,持续五年、涉案金额3.72亿

的重大担保事件,应当积极了解并持续关注,这是董事勤勉义务的题中应

有之义。

关于第三个问题。原告陈森林认为,依据“谁主张,谁举证”原则, 被告既然认为原告未尽到“勤勉义务”,其应当举证予以证明。关于勤

勉义务的举证问题,《最高人民法院关于审理证券行政处罚案件证据若

干问题的座谈会纪要》中有明确规定。该纪要第四条第二款规定,监管

机构根据《证券法》第六十八条、第一百九十三条规定,结合上市公司

董事、监事、高级管理人员与信息披露违法行为之间履行职责的关联程

度,认定其为直接负责的主管人员或者其他直接责任人员并给予处罚,被

处罚人不服提起诉讼的,应当提供其对该信息披露行为已尽忠实、勤勉

义务等证据。可见,对信息披露行为是否尽忠实、勤勉义务的证明责任

应当由被处罚人即本案原告承担。

编写人:北京市西城区人民法院 冒智桥

42行刑衔接过程中“二罚”的正当性分析

——周继和诉中国证券监督管理委员会行政处罚决定案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市高级人民法院(2017)京行终2804号行政判决书

2.案由:行政处罚决定纠纷

3.当事人

原告(上诉人):周继和

被告(被上诉人):中国证券监督管理委员会(以下简称证监会)

【基本案情】

2016年8月16日,证监会作出〔2016〕101号《行政处罚决定书》(以

下简称被诉决定),认定:周继和从张健业处获悉内幕信息,并于涉案期间

内控制“周继和”“赖启财”“李廷玉”账户买入“江泉实业”,于

2014年5月12日至10月8日卖出获利。周继和的行为违反了《证券法》第

七十三条和第七十六条第一款的规定,构成《证券法》第二百零二条所

述内幕交易行为,违法所得为12640120.03元。被告根据周继和违法行为

的事实、性质、情节与社会危害程度,依据《证券法》第二百零二条的

规定,决定对周继和没收违法所得12640120.03元,并处以12640120.03元

罚款。

北京市第一中级人民法院经审理查明:原告于内幕信息敏感期内控

制“周继和”等账户买入“江泉实业”,后卖出获利。2014年4月至6

月12日,原告与张健业存在频繁通信联系。

2014年7月7日,被告接到上海证券交易所反映“江泉实业”因筹划

重大资产重组停牌前,“赖启财”“李廷玉”等账户交易异常的情况后, 决定对张健业等人进行调查。后被告向原告依法开展调查,向原告出示

了执法证件和调查通知书,依法制作了询问笔录并收集了其他相关证据

材料。在调查过程中,因发现张健业等人行为涉嫌犯罪,被告于同年10

月14日将该案移送公安机关。

2015年7月15日,四川省公安厅对原告作出川公直(经)终侦字

〔2015〕01号《终止侦查决定书》,查明原告涉嫌内幕交易证据不足,根

据《公安机关办理刑事案件程序规定》第一百八十三条第二款之规定, 决定终止对原告的侦查。

2015年7月28日,公安部将原告交易“江泉实业”案移送被告依法处

理,并将有关证据材料移送被告。2016年1月4日,被告向原告作出《行政

处罚事先告知书》,告知拟对原告作出行政处罚的事实、理由、依据,并

告知其相关权利。1月25日,原告收到该告知书并申请举行听证会。1

月29日及2月1日,原告及其委托代理人前往被告处查阅案件材料;2月22

日,被告向原告送达听证通知书,告知原告听证时间、地点及相关权利。

3月4日,被告举行听证,听取原告陈述申辩意见。8月16日,被告作出被诉

决定。9月5日,原告签收。

【案件焦点】

1.原告是否知悉内幕信息并利用内幕信息进行内幕交易行为;2.公

安机关以“证据不足”对原告所作终结侦查决定是否成为被告作出行政

处罚的阻却事由。

【法院裁判要旨】

北京市第一中级人民法院经审理认为: 关于第一个争议焦点:被告在综合分析原告交易行为特征的基础上, 认定原告知悉内幕信息并利用内幕信息实施内幕交易行为并无不当。

关于第二个争议焦点:公安机关以“证据不足”对原告作出终止侦

查决定并不构成被告对其进行行政处罚的阻却事由。根据《公安机关办

理刑事案件程序规定》第一百八十三条第二款规定,对于经过侦查发现

共同犯罪案件中部分犯罪嫌疑人不够刑事处罚的,应当对有关犯罪嫌疑

人终止侦查,并对该案件继续侦查。四川省公安厅根据上述规定作出川

公直(经)终侦字〔2015〕01号终止侦查决定书,以“证据不足”决定终

止对原告的侦查程序,系刑事侦查机关对犯罪嫌疑人是否符合刑事追诉

标准作出的独立判断,并不影响之后行政处罚程序的进行,不能成为被告

作出被诉决定的程序阻却事由。被告有权在接受公安机关移送案件后, 对刑事侦查程序中所获取的证据进行审查,并依据《证券法》有关规定

进行行政处罚。原告有关该问题的主张缺乏法律依据,不予支持。原告

称大额罚款的行政处罚应当适用排除合理怀疑证明标准的相关主张,亦

缺乏法律依据,法院亦不予支持。一审法院遂判决:

驳回原告周继和的诉讼请求。

周继和不服一审判决,向北京市高级人民法院提起上诉,其上诉理

由、证监会的答辩理由均与一审相同。北京市高级人民法院经审理查明

的事实与证据认定情况与一审相同。二审法院裁判理由与一审法院相

同,二审法院判决:

驳回上诉,维持一审判决。

【法官后语】

原告的内幕交易行为经过刑事司法程序被公安机关作终止侦查处理

后,再由证券监管部门依据行政法律规范追究行政责任。对原告而言,实

际上对其同一违法行为分别由不同的国家机关依据不同的法律规范进行

了两次评价,这是否属于“重复评价”?是否有违“一事不二罚”的原

则?单独基于刑事追诉证明标准与行政处罚证明标准实践层面的差异导

致的同一行为出现不同法律评价的结果是否会侵害民众对公权力的信

赖?在行刑衔接的语境下,“一事二罚”是否具有正当性基础?

对此,我们认为,刑事司法程序和行政处罚程序是两个独立的程序, 两者在证明标准、法律适用方面均存在区别。但在行刑衔接的情况下, 公安机关以“证据不足”对行为人所作的终结侦查决定不能成为行政机

关作出行政处罚的阻却事由。反向移送过程中刑事司法机关获取的证据

经过审查可以作为行政处罚的证据使用。行刑衔接语境下对同一违法行

为进行“一事二罚”具有其正当性基础。

一、国家权力分工的精细化

随着社会生活的发展以及社会分工的精细化,国家权力从最初的行

政与司法不分演化为行政权与司法权的日渐剥离。行政权自身也因顺应

社会管理的需要而不断地细化。国家与市民社会的分离状态不断被打

破,行政权日益渗入社会生活的各个角落。行政权的权能涵盖了各种管

理领域,并且成为垄断性的权力。例如,行政许可权就是专属于行政机关

的权力,对违反行政许可管理的行为进行的部分资格罚、行为罚天然地

由行政机关垄断。与此相反,司法权的权能日渐局限于裁判领域,其对社

会关系的调整乃是通过终局性的裁判权来实现的。对于司法权保留的涉

及公民人身自由与财产权事项均属基本权利范畴,司法权具有初次的调

整权;而对于由行政权专属的事项范畴,司法权仅具有二次的判断权,其

只能通过司法审查的方式监督行政权以间接达到对此类权利义务关系调

整的效果。在这种情况下,由不同的权力机关分别对公民个人行为进行

适法性评价便具有权力来源的正当性。尤其是在涉及不同质的处罚类别

时,分别由行政机关行使专属其享有的权力、刑事司法机关行使刑事追

诉权,即对“一事”分别进行“二罚”并不违反“一事不二罚”原则。

在这种情况下,行政法上“一事不二罚”中的“二罚”可以包含刑罚,广

义上刑事强制措施亦应当包含在内。因为刑事强制措施亦是对当事人行

为进行违法性评价的后果。

二、法律责任的体系化

现代国家尤其是大陆法系国家的法律责任可明确区分为四种:民事

责任、行政责任、刑事责任及违宪责任。民法责任是私法责任,行政责

任、刑事责任及违宪责任均为公法责任。四种责任共同构成了法律责任

体系。而法律责任体系化的重要目的在于对不法行为进行全面而无漏洞

的追究。对此,国内多数刑法学者亦持肯定态度。行刑衔接过程中行政

处罚与刑罚竞合的情境下,作为承担行政责任重要方式的行政处罚与承

担刑事责任重要方式的刑罚,其适用目的、证明标准、构成要件均不相

同,且各成独立的责任体系。由于行政犯具有双重违法性,在适用刑法责

任进行评价后,仍旧可以进行行政责任评价,这并不违反“一事不二

罚”原则。在涉及同质处罚竞合的情况下,尤其是在刑事司法程序因证

明标准严格而未进行刑事责任追究时,行政监管机关在接受移送后应当

以行政处罚的证明标准、构成要件对违法行为进行评价,亦不违反“禁

止重复评价”原则,因为其对违法行为进行评价所依据的法律规范不

同。

三、制度正当性——行政犯的特殊立法模式

行政犯是与刑事犯相对的概念,指违反以达到特定的行政目的而制

定的法规的行为即违反派生性生活秩序的行为。行政犯的特殊性在于其

是对基于特定行政性目的或政策需要而制定的禁止或命令性规定的违

反。我国刑法中存在着大量的规定某类违反行政法律规范的行为,情节

达到一定的严重程度,构成犯罪的条文。在行政法的各部门法中,上述类

型的规定也并不鲜见。上述刑法或其他行政法规的规定是行刑衔接问题

产生的立法原因,也是我们探讨处罚竞合时“一事二罚”正当性的制度

基础。

上述行政犯的立法模式可以称之为定性与定量相结合的立法模式。

刑法作为惩治犯罪的法律,具有对其他部门法的补充性。一行为构成犯

罪既需要在行为类型上符合构成要件,亦需要在社会危害性上达到刑事

制裁的程度,因为刑法是社会关系调整的最后一道屏障。定性规定指的

就是对行为类型的规定,定量规定指的是关于社会危害性程度的规定。

我国刑法对行政犯采取定性与定量相结合的立法模式。这就不可避免地

会产生同一违法行为仅因社会危害程度的不同,有的构成行政违法,有的

构成刑事犯罪的现象。尤其在构成刑事犯罪的场合,违法行为已然是行

政违法,只不过在社会危害性程度上达到了犯罪标准,在处罚上选择了刑

事制裁而已。实质上仍是对同一行为的行为性质进行了两次评价。可

见,上述立法模式必然会导致行政法评价与刑事司法评价的竞合,即行政

犯具有双重违法性。

在处罚上,行刑衔接情境下同质罚相互折抵的立法现状仍旧说明我

国立法在考虑违法行为人所负的责任上采取的是“一事不二罚”原则, 避免对违法行为人进行二次追责。但笔者认为这种“一事不二罚”实际

上并非纯粹意义上“一事不二罚”原则所要禁止的“二罚”,只不过是

行政机关在进行行政处罚时基于比例原则的要求进行行政自由裁量的结

果,行政机关本身是有职权进行处罚的。在这种情形下,“二罚”涵盖了

刑事制裁,要求行政机关在进行行政处罚时,应考虑违法行为人所受刑事

制裁的情况,即在启动行政权对违法行为人进行追责时,必须将违法行为

人是否受到刑事制裁以及受到何种刑事制裁的情况均考虑在裁量范围之

内,并且要与违法行为人的主观恶意、社会危害性相适应。笔者认为,这

种考虑是必需的。行政机关进行行政处罚时必须受到行政法上比例原则

的约束,如果不考虑行为人所受刑事制裁的情况,则可能会导致对比例原

则的违反。可见,在行刑衔接同质罚相互折抵的立法现状并不能当然得

出“一事”不能“二罚”的结论,并不能否认行政机关与刑事司法机关

均具有各自作出相应处罚的职权。这与纯粹意义上行政处罚领域的“一

事不二罚”原则及刑事司法程序中的“一事不再理”原则并不相同,因

为这两个原则在各自领域中均构成对职权来源正当性的限制,而在行刑

衔接语境下讨论行政处罚领域的“一事不二罚”原则涉及的主要是行政

自由裁量权行使的问题。

如果我们将“二罚”理解为行政自由裁量权问题,即将刑事制裁作

为行政裁量的因素进行考虑,而不是以“一事不二罚”原则去否定行政

机关行使处罚权的合理性,那么在行刑衔接语境下经刑事司法程序未作

刑事制裁后,行政机关再进行行政处罚的正当性问题便容易理解。只不

过我国行政处罚法并未将比例原则作为处罚的原则性条款加以规定,在

此情况下,如何以比例原则指导具体的行政处罚实践,则是需要理论界与

实务界共同关注的。

编写人:北京市第一中级人民法院 魏浩锋

43个人开发经营房地产的行为定性及法律适用

——颜庆贵、黄华生诉柘荣县工商行政管理局等行政处罚决定及行

政复议决定案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省宁德市中级人民法院(2017)闽09行终27号行政判决书

2.案由:行政处罚决定及行政复议决定纠纷

3.当事人

上诉人(一审原告):颜庆贵、黄华生

被上诉人(一审被告):福鼎市人民政府、柘荣县工商行政管理局(以

下简称柘荣县工商局)、宁德市工商行政管理局(以下简称宁德市工商

局)

被上诉人(一审第三人):福鼎市总工会

【基本案情】

2009年11月23日,原告黄华生个人向柘荣县国土资源局提交竞买申

请,通过公开招投标竞拍取得柘荣县615西路25号国有建设用地使用权, 该土地面积为2204.8平方米,土地用途为综合用地,包括住宅和商业(批

发零售);2009年12月16日,原告与柘荣县国土资源局签订《国有建设用

地使用权出让合同》,并支付了土地使用权出让款810万元。2010年10

月20日,福建同辉机电设备有限公司(于2009年7月7日成立,股东为黄新

华、王超平)以委托原告竞拍土地拟建公司配套建筑为由,向柘荣县建设

局申请审批建设同辉小区,并请求对原规划方案(柘建函〔2008〕30号) 予以局部调整。2011年5月10日,柘荣县人民政府以专题会议纪要

(〔2011〕36号)的形式同意调整同辉小区规划设计方案,将原设定规划

三幢多层建筑调整为一幢12层高层建筑。2011年5月26日之后,原告相继

获得《建设用地规划许可证》《建设用地批准书》《建设工程规划许可

证》《国有土地使用权证》《建筑工程施工许可证》。2011年10月20

日,原告委托福建省闽东荣冠建设工程有限公司为施工单位开工建设同

辉小区,包括一幢12层建筑物共39套住房及道路、供水、供电、排污管

道、绿化等基础设施。2013年10月25日,原告为上述房产办理房屋所有

权初始登记,一至三层商业按层登记,四至十二层36套住宅按套登记,共

办理39本房产证,房屋所有权人均登记在原告黄华生名下。2013年11月5

日,原告将原有的一本《国有土地使用权证》分割成39本,亦全部登记在

原告个人名下。至案发之日,原告共对外出售同辉小区单元房16套,并将

这16套房屋过户到购房者名下,销售面积共计1852.32平方米,销售所得

共计8598778.5元。其中有13套房屋是在2013年8月5日前,即同辉小区尚

未竣工验收、原告尚未取得房屋所有权前已对外出售。

2014年11月18日,经上级机关交办,被告柘荣县工商局对原告涉嫌无

照经营房地产一案予以立案并进行调查取证。2015年2月2日,被告委托

宁德市闽宁价格认证评估有限公司对建房成本价格进行评估,根据宁德

市闽宁价格认证评估有限公司出具的《价格成本核算报告书》认定原告

开发建设同辉小区开发成本价为2397.72万元(征地费838.3万元+建安工

程费1559.42万元);2015年3月12日,被告向柘荣县地税局调取原告对外

出售的16套房屋的税收凭据,确认16套房屋缴纳的税收合计778189.55

元,由此认定同辉小区开发成本价为每平方米3869.79元(2397.72万元÷

可售面积6196平方米),原告违法所得为652499.54元(销售所得

8598778.5元-开发成本每平方米3869.79元×已售面积1852.32平方米-

税收778189.55元)。2015年3月27日,被告向原告送达《行政处罚听证告

知书》,经原告申请,2015年4月10日被告依法组织了听证,原告黄华生及

委托代理人吴伏平、兰细贤到会参加了听证。听证后,被告经过集体研

究和审批,于2015年4月13日作出柘工商处字〔2015〕06号《行政处罚决

定书》,认定原告未经工商行政管理部门核准登记取得营业执照,擅自从

事房地产开发建设并对外销售,该行为违反了《无照经营查处取缔办

法》(已被自2017年10月1日起施行的《无证无照经营查处办法》所废

止)第二条和《城市房地产管理法》第三十条的规定,依据《无照经营查

处取缔办法》第十四条第二款、《城市房地产管理法》第六十五条、

《城市房地产开发经营管理条例》第三十三条的规定,对原告作出如下

处罚:1.责令停止房地产开发经营活动;2.没收违法所得652499.54元;3.

罚款652499.54元。该《行政处罚决定书》于2015年4月17日送达原告。

原告不服,向被告宁德市工商局申请行政复议,被告于2015年6月17日受

理后,依法通知柘荣县工商局提交作出行政处罚的证据、依据和有关材

料,并延长审理期限至2015年9月14日。被告于2015年9月10日作出(宁) 工商复字〔2015〕4号《行政复议决定书》,维持了柘荣县工商局作出的

柘工商处字〔2015〕06号行政处罚决定。原告不服,遂引发本案诉讼。

【案件焦点】

1.被告认定原告实施房地产开发经营行为的事实是否清楚;2.《城

市房地产开发经营管理条例》是否适用本案。

【法院裁判要旨】

福建省福安市人民法院经审理认为:根据《城市房地产管理法》和

《城市房地产开发经营管理条例》的规定,进行城市房地产开发经营的

主体必须是房地产开发企业,自然人无权进行城市房地产开发。原告在

未经工商行政管理机关核准登记,领取营业执照的情况下,个人对柘荣县

615西路25号2204.8平方米土地,以福建同辉机电设备有限公司配套建筑

自用的名义申请建设同辉小区,在未竣工验收的情况下,即对外出售同辉

小区单元套房,向购房者收取首付款,共售出过户同辉小区单元房16套, 其行为构成未经工商行政管理机关核准登记领取营业执照,擅自从事房

地产开发建设并对外销售的无照经营行为。被告柘荣县工商局对原告未

取得营业执照从事房地产开发经营的违法行为有实施行政处罚的法定职

权。被告根据《中华人民共和国行政处罚法》的规定,依法履行了立

案、调查、告知、听证、集体研究等程序后,根据《无照经营查处取缔

办法》第十四条第二款、《城市房地产管理法》第六十五条、《城市房

地产开发经营管理条例》第三十三条的规定,作出柘工商处字〔2015〕

06号行政处罚决定的行政行为,认定事实清楚,证据确凿,程序合法,适用

法律、法规正确。被告宁德市工商局作出(宁)工商复字〔2015〕4号行

政复议决定,维持被告柘荣县工商局作出的行政处罚决定,认定事实清

楚,程序合法,不存在违法之处。原告关于两被告作出的被诉行政行为认

定事实不清、程序违法、适用法律错误的主张,依据不足,依法不予支

持。

福建省福安市人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十

九条的规定,作出如下判决:

驳回原告黄华生的诉讼请求。

黄华生持原审起诉意见提出上诉。福建省宁德市中级人民法院经审

理认为:被上诉人柘荣县工商局作为工商行政管理部门,对于无照经营有

法定的监督管理职权,其所作的行政处罚决定认定事实清楚,适用法律正

确,程序合法。被上诉人宁德市工商局依法履行行政复议程序,维持柘荣

县工商局的行政处罚决定,认定事实清楚,适用法律正确,程序合法。原

审判决驳回黄华生的诉讼请求正确,依法应予维持。上诉人所提上诉请

求不能成立,应予驳回。

福建省宁德市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第

八十九条第一款第(一)项规定,作出如下判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

首先,本案属于新类型行政案件,原告建设并出售房屋的行为如何定

性是本案的难点问题。现有法律允许个人竞拍国有建设用地使用权,允

许个人取得建设项目规划许可,允许个人按套进行房屋所有权和土地使

用权登记,也允许个人处分物权,转让或抵押房产,在转让房产(二手房) 过程中亦可能获利,这与个人开发经营房地产的行为如何区分,难以界

定。目前法律未对个人在国有土地上建房行为的规模、面积作出规定或

限制,个人建房行为是否构成房地产开发没有法定标准,存在法律上

的“漏洞”。因而,本案在审理过程中,存在两种不同的意见。

第一种意见认为原告个人竞拍土地后,虽然取得相关规划许可审批

手续建设同辉小区,但原告在城市规划区内国有土地上进行建设并出售

套房的行为,实质是个人进行房地产开发经营的行为。根据《城市房地

产开发经营管理条例》第二条、第七条、第三十三条和《无照经营查处

取缔办法》第四条第一款第(三)项的规定,从事房地产开发经营活动,应

成立房地产开发企业并取得营业执照,原告虽然取得建设规划许可及两

权证,但未依法取得营业执照从事房地产经营活动,属无照经营行为。第

二种意见认为《城市房地产管理法》未明确规定房地产开发和交易的主

体,未禁止个人进行房地产开发和交易。原告的行为从实质上看符合个

人开发经营房地产的行为特征,但也符合土地管理法、城乡规划法、物

权法等法律的规定。在法律对个人开发经营房地产未作禁止性规定及没

有法定标准的情况下,认定原告的行为属开发经营房地产,构成无照经

营,可能会与其他部门法(如土地管理法、城乡规划法、物权法等)产生

冲突。

笔者赞同第一种意见,原告的行为应认定为房地产开发经营行为。

理由如下:1.房地产开发经营行为的法律判断。《城市房地产管理法》

第二条规定,在中华人民共和国城市规划区国有土地(以下简称国有土

地)范围内取得房地产开发用地的土地使用权,从事房地产开发、房地产

交易,实施房地产管理,应当遵守本法。本法所称房屋,是指土地上的房

屋等建筑物及构筑物。本法所称房地产开发,是指在依据本法取得国有

土地使用权的土地上进行基础设施、房屋建设的行为。本法所称房地产

交易,包括房地产转让、房地产抵押和房屋租赁。《城市房地产开发经

营管理条例》第二条规定,本条例所称房地产开发经营,是指房地产开发

企业在城市规划区内国有土地上进行基础设施建设、房屋建设,并转让

房地产开发项目或者销售、出租商品房的行为。因此,房地产开发经营

行为的外在表现在于两个方面:一方面是开发行为“进行基础设施建

设、房屋建设”,另一方面是经营性“转让房地产开发项目或者销售、

出租商品房”。2.原告实施的行为符合法定房地产开发经营行为的要

件。原告系通过招投标竞拍取得相应的国有土地使用权,于2011年10

月20日委托福建省闽东荣冠建设工程有限公司为施工单位开工建设同辉

小区,包括一幢12层建筑物共39套住房及道路、供水、供电、排污管

道、绿化等基础设施。后原告将上述房产办理了房屋所有权初始登记, 一至三层商业按层登记,四至十二层36套住宅按套登记,共办理39本房产

证。2013年2月至2014年7月,原告共对外出售同辉小区单元房16套,并将

这16套房屋过户到购房者名下,销售面积共计1852.32平方米,销售所得

共计8598778.5元。其中有13套房屋是在2013年8月5日前,即同辉小区尚

未竣工验收、原告尚未取得房屋所有权前已对外出售。因此,原告已实

施了开发经营房地产的行为。3.原告关于其系正常的物权转让行为的主

张依据不足。原告主张其自行建设了房屋,此后因公司资金周转出现困

难,而出售自有房屋,属正常的物权转让,并非开发经营行为。但《城市

房地产管理法》第三十八条第(六)项规定“未依法登记领取权属证书

的”房地产不得转让,而原告在对外出售的16套房产中,有13套系在未办

理权属登记证书的情况下出售的,故原告出售该13套房屋的行为并非正

常的物权转让行为,更类似于商品房预售行为。

其次,关于法律适用问题。原告未取得营业执照从事房地产开发经

营,可以适用《城市房地产开发经营管理条例》进行处罚。理由如下:1.

从文义上看,《城市房地产开发经营管理条例》第三十三条所规范的违

法前提为“未取得营业执照”“从事房地产开发经营”,也即从字义上

看,该条并未限定违法主体仅为企业,只要没有取得营业执照从事房地产

开发,就应当适用该条款进行处理。2.从立法目的上看,《城市房地产开

发经营管理条例》第一条体现了该条例的立法目的在于规范房地产开发

经营,促进和保障房地产业的健康发展。而法律为保障房地产开发经营

的健康发展对开发经营主体进行了规定,根据《城市房地产管理法》第

二十九条第一款、第二款及《城市房地产开发经营管理条例》第五条的

规定,房地产开发经营主体需满足一定的资质要求,原告作为自然人未取

得,也无法取得相应开发经营房地产的营业执照,按照《城市房地产开发

经营管理条例》第三十三条规定承担法律责任,也符合上述立法目的要

求。3.从违法后果看,原告作为自然人未取得房地产开发经营的执照,逃

避了有关职能部门的监管,在涉案房屋未取得权属登记的情况下预售给

买受人,规避了国家关于商品房预售管理规范,扰乱了房地产经营管理秩

序,也应当依法予以制裁。

另外,本案亦反映出一个法律问题,即法律在对个人在国有土地上建

房行为的规模、监管等规定上存在空白,对个人建房出售的行为与个人

开发经营房地产的行为如何区分没有明确规定,亦容易让当事人钻了法

律的“空子”。

编写人:福建省福安市人民法院 杨文英

44行政机关根据未经过告知和听证的新证据作出

行政处罚决定构成违反法定程序

——天津市鸿翔昊宇混凝土搅拌有限公司诉天津市国土资源和房屋

管理局武清区国土资源分局等土地管理行政处罚案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

天津市第一中级人民法院(2017)津01行终348号行政判决书

2.案由:土地管理行政处罚纠纷

3.当事人

原告(被上诉人):天津市鸿翔昊宇混凝土搅拌有限公司(以下简称鸿

翔昊宇公司)

被告(上诉人):天津市国土资源和房屋管理局武清区国土资源分局

(以下简称武清国土分局)、天津市武清区人民政府(以下简称武清区政

府)

【基本案情】

武清国土分局经调查认定鸿翔昊宇公司未经批准自2011年年底,在

京沪高速东侧、滨保高速北侧占地建搅拌站。2012年7月18日,武清国土

分局为鸿翔昊宇公司颁发了津武国土临时字〔2012〕第033号《临时建

设用地批准书》,用地单位名称为鸿翔昊宇公司,批准用地面积39763.1

平方米,土地用途为临时用地,批准期限为2012年7月至2014年7月。但鸿

翔昊宇公司在临时用地期满后一直未办理涉案地块的合法手续。武清国

土分局对鸿翔昊宇公司先后作出《责令停止违法行为通知书》《责令限

期整改通知书》。2014年12月15日,武清国土分局作出津武国土监字

〔2014〕第133号《行政处罚告知书》,载明:1.退还非法占用的土地;2.

限期15日内自行拆除在非法占用的42885.2平方米土地上新建的建筑物

和其他设施,并恢复土地原貌;3.处以罚款428852元。

鸿翔昊宇公司在收到《行政处罚告知书》后申请听证,武清国土分

局于2015年1月21日组织了听证。武清国土分局因需要具有耕地破坏鉴

定资质的组织对原告造成的耕地破坏程度进行鉴定,于2015年1月27日中

止调查,于2015年9月1日决定恢复调查。2015年9月10日,新疆维吾尔自

治区司法鉴定科学技术研究所农林牧司法鉴定中心出具司法鉴定书,其

中载明“原告鸿翔昊宇公司在占用的土地中修建道路(水泥面)、房

屋(水泥地坪)、堆料场地等硬化地面共计为44597.2平方米”。2015年9

月10日,武清国土分局再次中止调查。2016年6月8日,以完善了证据为由

决定恢复调查。2016年6月13日,作出了津武国土执字〔2014〕第133号

《行政处罚决定书》,行政处罚内容为:1.退还非法占用的土地;2.限

期15日内自行拆除在非法占用的44597.2平方米土地上新建的建筑物和

其他设施,并恢复土地原状;3.处以每平方米10元的罚款,共计44597.2平

方米×10元=445972元。鸿翔昊宇公司对该处罚决定不服,向武清区政府

提起行政复议,武清区政府作出维持武清国土分局行政处罚决定的复议

决定,并已送达。鸿翔昊宇公司不服上述行政处罚决定和行政复议决定, 诉至法院。

【案件焦点】

武清国土分局以未经过告知和听证的新证据认定违法事实并作出行

政处罚决定,是否属于违反法定程序。

【法院裁判要旨】

天津市武清区人民法院一审认为:被告武清国土分局对原告事先处

罚告知书中载明的非法占地的平方米数与处罚决定书中载明的非法占地

平方米数不一致,且处罚决定认定的非法占地的平方米数大于处罚前告

知的平方米数,对于超出部分未告知被处罚人陈述、申辩权利,导致被告

武清国土分局对原告作出的行政处罚决定事实不清,主要证据不足,违反

法定程序。武清区政府所作行政复议决定,维持了被诉行政处罚决定,亦

存在事实不清、证据不足的问题,复议结果错误。

天津市武清区人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十

条第(一)项、第(二)项、第(三)项、第七十九条的规定,作出如下判决: 一、撤销被告天津市国土资源和房屋管理局武清区国土资源分局于

2016年6月13日作出的津武国土执字〔2014〕第133号《行政处罚决定

书》;

二、撤销被告天津市武清区人民政府2016年10月25日作出的津武政

复字〔2016〕7号《行政复议决定书》;

三、判令被告天津市国土资源和房屋管理局武清区国土资源分局于

本判决生效后60日内对原告占用涉案土地行为重新作出处理。

武清国土分局、武清区政府不服一审判决,均提起上诉。天津市第

一中级人民法院二审认为:上诉人武清区国土分局虽然在作出行政处罚

告知书后举行了听证程序,但此后又进行了司法鉴定,上诉人在举行听证

后又发现并考虑了新的重要证据和事实,行政处罚将使被上诉人承担比

听证时更为不利的后果。上诉人武清区国土分局就此新增证据、认定事

实和罚款金额,没有告知被上诉人,也没有给予其陈述、申辩的机会,违

反法定程序。国土资源部《国土资源听证规定》第三十三条规定,主管

部门应当根据听证笔录,依法作出行政处罚决定。因此,上诉人不能根据

听证中没有涉及的事实和证据作出处罚决定。本案听证之后上诉人根据

新的证据对被上诉人违法事实作出新的认定,并对罚款金额作出新的决

定,对此应当给予被上诉人再次听证的机会。

综上,被诉行政处罚决定依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七

十条第(三)项的规定应予撤销,武清区政府所作行政复议决定亦应予撤

销。一审判决结果正确,但适用《中华人民共和国行政诉讼法》第七十

条第(一)项和第(二)项不妥,二审予以纠正。

天津市第一中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八

十九条第一款第(一)项的规定,作出如下判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

一、关于告知与陈述申辩权的实现问题

行政处罚是典型的负担性行政行为,对于行政相对人程序权利的保

障应当更加周严。告知与听取陈述申辩是行政处罚法确立的基本程序制

度,贯穿行政处罚全过程,也是行政机关办理行政处罚案件时必须履行的

法定程序性义务。

行政相对人获得告知是其陈述申辩权得以实现的前提。行政机关的

告知应当及时、全面、真实、充分,实际作出的处罚决定应当与告知内

容一致,不能根据未经告知的事实、理由、依据作出处罚决定。本案中, 上诉人在作出处罚告知后,又根据鉴定结论这一新的证据认定了新的事

实,据此作出的处罚决定书中认定的非法占地面积与罚款金额均大于处

罚告知的内容。对于新增的重要证据、认定事实和罚款数额,上诉人并

未告知被上诉人,也未听取其陈述、申辩,违反了行政处罚法的基本制

度,实质影响了行政相对人重要程序权利的实现,应认定为违反法定程

序。

二、关于针对新证据的再次听证问题

正当程序原则要求“任何人在行政机关作出对他权益有实质影响的

决定前,都有机会获得充分的告知和有效的被听取意见的机会” [[2]。](#p272)听

证是在行政程序中以公开对等的方式听取意见的法定制度,行政相对人

可以通过举证、质证、辩论等,充分发表意见,提出有针对性的抗辩理

由,更有利于查明案件事实和保护行政相对人的合法权益。行政处罚经

过听证程序后,如果出现新的证据,行政机关将根据该证据认定新的事

实,导致原处罚告知中认定的违法事实改变、处罚幅度加重的,应当及时

告知被处罚人,听取其陈述、申辩并组织再次听证。

本案中,上诉人武清国土分局虽然在作出行政处罚告知书后举行了

听证程序,但此后又进行了司法鉴定,该司法鉴定结论认定的被上诉人非

法占地面积大于行政处罚告知书、听证笔录的记载面积,由此罚款金额

也将大于行政处罚告知书、听证笔录的记载。至此,上诉人在举行听证

后又发现并考虑了新的证据,根据新的证据认定事实所作出的行政处罚

决定,将使被上诉人承担比听证时更为不利的后果。在这种情况下,应当

将新增内容重新告知被上诉人,并给予其再次听证的机会。

三、关于处罚决定与听证笔录记载不一致的问题

在听证制度的发展过程中,一些国家在行政程序法中形成了听证笔

录具有“案卷排他”效力的规则。具体是指:“全部听证的记录和文件

构成案卷的一部分,行政机关的裁决只能以案卷作为依据,不能在案卷以

外,以当事人所谓知悉的和未论证的事实作为依据。” [[3]我](#p272)国《行政处

罚法》中虽然没有明确规定,但如果在相应行政管理领域的部门规章中

明确规定行政机关应当根据听证笔录作出行政处罚决定的,行政机关应

当从其规定,不能根据听证笔录中没有涉及的事实和证据作出处罚决

定。根据国土资源部《国土资源听证规定》第三十三条的规定,主管部

门应当根据听证笔录,依法作出行政处罚决定。本案中,上诉人武清国土

分局以超出听证笔录所记载的违法事实和处罚金额作出行政处罚决定, 违反了上述规章的规定,属于违反法定程序。

编写人:天津市第一中级人民法院 芦一峰

45公安机关选择处罚种类时应当考量具体事件的

特殊情况

——陈立禄诉珠海市公安局斗门分局、珠海市公安局治安管理处罚

案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省珠海市中级人民法院(2017)粤04行终59号行政判决书

2.案由:治安管理处罚纠纷

3.当事人

原告(被上诉人):陈立禄

被告(上诉人):珠海市公安局斗门分局(以下简称斗门分局) 被告:珠海市公安局(以下简称市公安局)

【基本案情】

2015年10月28日上午,陈立禄作为中山榄菊蚊香的销售代表到珠海

市斗门区井岸镇西埔好又多超市洽谈业务时,与西埔好又多超市经理徐

猛因口角引起争执,发生肢体碰撞,陈立禄头部受伤。10时45分,陈立禄

通过110报警平台报警。市公安局新青派出所接报后,到达斗门区井岸镇

西埔好又多超市处警。11时,新青派出所将徐猛传唤到派出所进行调

查。陈立禄因受伤流血,先到遵义医学院第五附属(珠海)医院作了头部

创伤缝合和其他伤情处理。16时许,陈立禄在配偶卢扬见的陪同下到新

青派出所接受调查。在调查过程中,新青派出所分别向陈立禄、徐猛、

王海标(西埔好又多超市供货商)、谢扬娇(西埔好又多超市员工)进行调

查询问,并组织王海标和谢扬娇对陈立禄、徐猛进行比对辨认,以确定当

事人,并委托斗门区公安司法鉴定中心对陈立禄的伤情进行鉴定,鉴定意

见为轻微伤。徐猛在接受询问时,表示不需要验伤,在斗门分局提供的案

卷材料中,也没有反映徐猛有伤情的材料。

斗门分局根据陈立禄、徐猛的陈述和申辩,王海标、谢扬娇的证人

证言,民警抓获经过等证据,认定陈立禄的行为已构成殴打他人,根据

《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十三条之规定,于2015年10

月29日作出珠公斗行罚决字〔2015〕02384号《行政处罚决定书》,对陈

立禄处予行政拘留三日(期限从2015年10月29日起至2015年11月1日止); 对徐猛处予行政拘留五日(期限从2015年10月29日起至2015年11月3日

止)。卢扬见陪同陈立禄在斗门分局新青派出所至2015年10月29日凌晨2

时许,斗门分局在新青派出所向卢扬见送达了《行政拘留家属通知书》, 卢扬见签收该份通知后,独自离开新青派出所。

另查明,卢扬见于2015年11月23日在中山市中医院剖宫生产女婴一

名(40+2周),即2015年10月29日陪伴陈立禄在新青派出所接受调查询问

时已临近预产期。

【案件焦点】

1.斗门分局作出行政处罚决定所认定的事实是否清楚;2.斗门分局

作出的行政处罚是否合理。

【法院裁判要旨】

广东省珠海市金湾区人民法院一审认为,斗门分局认定陈立禄构成

故意殴打他人的证据主要是陈立禄、徐猛的询问笔录以及王海标、谢扬

娇的证人证言。首先,陈立禄在公安机关的询问笔录显示其从未供述其

殴打过徐猛;其次,谢扬娇的证人证言显示,在陈立禄、徐猛两人发生冲

突时,谢扬娇并不在场,而是冲突结束后才出现在现场,并未目睹整个冲

突的过程,到现场时只看到“徐猛站着,原告坐在地上捂着头并且打电话

报警”,并未证明陈立禄有殴打徐猛的行为;最后,王海标的证人证言虽

有证明双方有相互殴打情形,但王海标系珠海市味道香商贸公司的销售

代表,与徐猛所任经理职务的好又多超市存在利害关系,且其所作证言在

本案中只是孤证,不能和其他证据形成相互印证的证据链。斗门分局向

本院提供的证据材料中,也没有证据显示徐猛存在伤情,结合徐猛拒绝验

伤的情形,综合本案的其他证据和案情判断,斗门分局作出行政处罚决定

所认定的事实不清,证据不足。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第

七十条第一款第(一)项和第七十九条之规定,作出如下判决: 一、撤销被告珠海市公安局斗门分局作出的珠公斗行罚决字

〔2015〕02384号《行政处罚决定书》;

二、撤销被告珠海市公安局作出的珠公复决字〔2016〕2号《行政

复议决定书》。

广东省珠海市中级人民法院二审认为,原判关于被诉《行政处罚决

定书》主要证据不足的认定,是从多角度分析后并结合徐猛表示不需验

伤等情形而得出的,其判案理由应予认同。此外,斗门分局对陈立禄作出

处罚时选择处罚种类明显不当。第一,斗门分局在作出行政处罚时有相

应的裁量权。《中华人民共和国行政处罚法》第四条第二款规定了“过

罚相当原则”,即“实施行政处罚必须……与违法行为的事实、性质、

情节以及社会危害程度相当”。此外,第二十七条还规定了依法从轻或

减轻若干情形。而《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十三条第一

款规定:“殴打他人的,或者故意伤害他人身体的,处五日以上十日以下

拘留,并处二百元以上五百元以下罚款;情节较轻的,处五日以下拘留或

者五百元以下罚款。”据此,斗门分局在选择罚款或拘留、是否决定从

轻处罚时有裁量权。第二,斗门分局选择处罚种类时未考量应当考量的

因素。徐猛表示无需验伤,相对而言陈立禄伤情明显较重;陈立禄配偶卢

扬见已临近预产期,在其夫接受处罚的当天陪同至次日凌晨2时许,需要

其夫必要的照顾。而斗门分局对陈立禄作出拘留三日的处罚,显然未考

量前述情形,实属不合理,这是具有一般理性的人都能发现的不公正问

题。二审法院认为,若斗门分局在处理案涉警情时选择罚款的处罚方式

处理,既不违背过罚相当原则,也能实现行政目的。《中华人民共和国行

政诉讼法》第七十条第(六)项规定,行政行为明显不当的,人民法院判决

撤销。故本案也可判决撤销被诉《行政处罚决定书》。遂依照《中华人

民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第(一)项的规定,作出如下判

决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案的亮点有两处:一是行政行为的审理应当全面且充分,需要体现

出人民法院在审理行政案件时遵循的全面审查原则。一审法院仅对斗门

分局作出的行政处罚所认定的事实作出审查,虽然裁判理由充分而具有

说服力,二审法院对此也予以全部认可,但是二审法院对案涉行政处罚行

为的合理性分析更加充实了论证说理部分。行政审判的功能不能仅满足

于判断被诉行政行为是否合法,发现其一处不合法之处便直接作出判决, 这显然不够。因为监督、指导行政机关依法行政,促进法治政府的建设

是重中之重,所以对被诉行政行为应当进行全面审查,在裁判文书中也要

对其进行全面的说理论证。只有指出其全部的不合法、不合理之处,才

能有效地规制行政机关正确行使手中的权力。

二是为如何判断行政行为“明显不当”提供了一个新样本。行政诉

讼法规定了可以对“滥用职权”“明显不当”的行政行为予以撤销或变

更,行政机关在作出处罚决定时,应当考虑法律规定应当考虑的因素和具

体事件的特殊情况或情节。同时,行政机关作出的决定也不得违反一般

人的理性,违反通常的比例原则或者违背一般公平观念,否则属于“滥用

职权”“明显不当”。本案中存在如下事实:徐猛表示无需验伤,相对而

言陈立禄伤情明显较重;陈立禄配偶卢扬见已临近预产期,在其夫接受处

罚的当天陪同至次日凌晨2时许,实际上,陈立禄的配偶更需要其夫必要

的照顾。斗门分局对陈立禄作出拘留三日的处罚,显然未考量前述的特

殊情况,这是具有一般理性的人都能发现的不公正问题,实属不合理。本

案若选择罚款的处罚方式处理,既不违背过罚相当原则,又能实现行政目

的。因此,本案从行政诉讼法新增的合理性审查原则出发,对行政机关明

显不合理的可自由裁量的行政处罚决定予以撤销,强调行政机关在执法

过程中不可单纯追求执法效果,应采取对相对人权益造成最少损害的合

理、正当的执法措施,对行政机关在日后执法过程中遇到类似情形的案

件具有指导意义。

编写人:广东省珠海市金湾区人民法院 龚靖媛

46行政相对人的自救措施能否成为违法阻却事由

问题

——刘省亭诉金乡县公安局治安行政处罚案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

山东省济宁市嘉祥县人民法院(2017)鲁0829行初52号行政判决书

2.案由:治安行政处罚纠纷

3.当事人

原告:刘省亭

被告:金乡县公安局(以下简称县公安局)

第三人:山东方杰建筑工程有限公司(以下简称方杰公司)

【基本案情】

原告所属房屋(住宅、商用)的门口是居民出行主要道路,也是本案

第三人方杰公司的施工现场。2017年7月18日,第三人方杰公司在原告的

房屋外建设围墙,原告为了通行问题,阻碍第三人施工,致第三人停工半

小时。之后,被告经立案、调查取证、告知、处罚审批,作出金公(羊)行

决字〔2017〕10981号行政处罚决定书,并送达给原告。由于原告系哺乳

不满一周岁婴儿的妇女,被告根据《中华人民共和国治安管理处罚法》

第二十一条第(四)项之规定,对其未送拘留所执行。

【案件焦点】

1.被诉行政行为事实是否清楚、证据是否确凿;2.被诉行政行为适

用法律是否正确。

【法院裁判要旨】

山东省济宁市嘉祥县人民法院经审理认为:《中华人民共和国治安

管理处罚法》第二十三条规定:“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,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下

罚款:(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……”本案

中,被告以原告于2017年7月18日9时许,在羊山镇东四村第三人施工现

场,长时间坐在施工现场阻碍施工,且不听工作人员劝阻这一事实作出被

诉行政行为,没有充分考虑原告与第三人之间纠纷发生的原因是否系通

行问题、原告的行为是否系为维护其合法权益所采取的必要自救措施、

该纠纷中是一方过错还是双方过错。被告在没有考量上述因素的前提

下,作出被诉行政行为不符合上述法律规定。原告坚持被诉行政行为事

实不清、适用法律错误的观点,应予采纳。原告在庭审质证时,主张被告

未按法律规定告知原告拟作出行政处罚的内容及听证的权利,被诉行政

行为程序违法的观点,因无确凿证据及依据,应不予支持。

山东省济宁市嘉祥县人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》

第七十条第(一)项之规定,判决如下:

撤销被告金乡县公安局于2017年7月18日作出的金公(羊)行决字

〔2017〕10981号行政处罚决定。

一审宣判后,原、被告均未上诉。该案判决已发生法律效力。

【法官后语】

合法行政原则、合理行政原则、信赖保护原则是行政法的基本原

则,其中合理行政原则即比例原则又是行政法的一项实体性原则。这些

原则的确立,为行政机关进行执法实践活动提供了指导。在执法活动中, 行政机关及其工作人员必须严格遵守这些原则,确保所作的行政行为合

法正当。

本案中,被告依据原告长时间坐在施工现场阻碍施工且不听工作人

员劝阻这一事实作出被诉行政行为。存在的问题是:第一,被告没有充分

考虑原告与第三人之间纠纷发生的原因系通行问题、原告的行为是否系

为维护其合法权益所采取的必要自救措施、该自救措施能否成为违法阻

却事由;第二,对于矛盾的双方,被告没有准确衡量双方的过错分布及程

度(是一方过错还是双方过错、双方的过错大小等)。基于《中华人民共

和国行政诉讼法》的立法原意及立法精神,行政机关所作的行政行为必

须符合合理行政原则。换言之,行政行为必须从“目的取向”“法律后

果”“价值取向”三个方面综合考量,其所作行政行为必须是适当的、

必要的、符合比例的。具体来讲,实现目的的手段是侵害最小的;目的本

身是适当的,不过分的;在面临多数可能选择的处置方法中,应就方法与

目的的关系权衡更有利者而为之。结合本案审理查明的事实,被诉行政

行为有违合理行政原则。

编写人:山东省济宁市嘉祥县人民法院 王于建

47对行政相对人及其服务网点同时处以行政罚款

违反“一事不再罚”原则

——南阳百事通旅行社有限公司诉南阳市工商行政管理局宛城分局

工商行政管理案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省南阳市中级人民法院(2017)豫13行终391号行政判决书

2.案由:工商行政管理纠纷

3.当事人

原告(被上诉人):南阳百事通旅行社有限公司(以下简称百事通公

司)

被告(上诉人):南阳市工商行政管理局宛城分局(以下简称工商局宛

城分局)

第三人:湖北清江画廊旅游开发有限公司(以下简称湖北旅游公司)

【基本案情】

百事通公司及其下属服务网点在店中放置湖北清江画廊景点的宣传

彩页,彩页上印有“全国民族文化旅游十大新兴品牌”字样,百事通公司

及其服务网点在消费者咨询、报名时依据该宣传页内容对消费者进行宣

传。2016年7月,工商局宛城分局收到对百事通公司及其下属两个服务网

点关于清江画廊景点宣传彩页的举报后立案调查,认为百事通公司及其

服务网点在店中放置的清江画廊景点宣传彩页上印制的“全国民族文化

旅游十大新兴品牌”字样,与其获得的“2008全国民族文化旅游推介活

动新兴十大品牌”称号相比,隐去了“2008”的字样,模糊了其获奖年

份,构成了引人误解的虚假宣传,违反了《中华人民共和国反不正当竞争

法》的相关规定,遂分别对百事通公司及其下属两个服务网点作出了三

个行政处罚决定书。这三个行政处罚均涉及清江画廊景点宣传彩页问

题,均有罚款内容,每个处罚2万元,共计罚款6万元。

【案件焦点】

因同一违法行为给予行政相对人及其服务网点多次罚款的行政处罚

是否违反了“一事不再罚”的原则。

【法院裁判要旨】

河南省南阳市方城县人民法院经审理认为:原告门店中放置的清江

画廊景点的宣传彩页系第三人湖北旅游公司印制,而非原告制作。原告

在经营中向消费者推荐介绍的行为不是对其自身的宣传,且清江画廊景

点曾在2008年获得中国民族报社组织评选的“新兴十大品牌”的称号, 有一定的影响力,被告据此认为原告的行为构成引人误解的虚假宣传行

为,并根据《中华人民共和国反不正当竞争法》的规定对原告进行处罚

明显不当。该处罚认定的事实不清、证据不足,且适用的法律不当。本

案中即便原告的经营行为存在虚假宣传的行为,也应依《中华人民共和

国旅游法》《中华人民共和国消费者权益保护法》的相关规定进行处

理,原告请求撤销处罚决定书的请求正当。河南省南阳市方城县人民法

院经审理,作出如下判决:

撤销工商局宛城分局作出的宛工商宛城分处字(2017)0034号行政处

罚决定书。

工商局宛城分局不服一审判决,上诉至河南省南阳市中级人民法

院。

河南省南阳市中级人民法院经审理认为:2016年7月,工商局宛城分

局对百事通公司及其下属两个服务网点就清江画廊宣传彩页一事分别立

案查处,并分别作出行政处罚决定,三个行政处罚均有罚款内容,共计罚

款6万元。根据《河南省工商行政管理机关行政处罚自由裁量权适用规

则和执行标准》第八十条的规定,经营额是处以罚款的重要裁量基准。

涉案的百事通公司服务网点所谓的经营额都是交给百事通公司,各个网

点并非独立核算单位,并没有独立的财产,并不能独立承担财产责任。就

涉案服务网点介绍景点宣传单的行为,其三次罚款的行政责任实质上均

由百事通公司负担,相当于百事通公司就同一事项、同样数额的经营额

重复性地受到了三次罚款的处罚。各个服务网点介绍景点宣传彩页的行

为在时间和空间上紧密关联,应当属于法律上的单一行为。《中华人民

共和国行政处罚法》第二十四条明确规定,对当事人的同一个违法行为, 不得给予两次以上罚款的行政处罚。工商局宛城分局上述处罚行为有

违“一事不二罚”的法律原则。故上诉人的上诉理由依法不能成立,一

审法院判决结果适当。河南省南阳市中级人民法院遂判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案的焦点之一是工商局宛城分局对百事通公司及其两个服务网点

的三次行政处罚是否违反了行政处罚法“一事不再罚”的原则,对此笔

者分析如下:

一、对“一事不再罚”原则的理解

《中华人民共和国行政处罚法》第二十四条规定:“对当事人的同

一个违法行为,不得给予两次以上罚款的行政处罚。”该条规定在法理

上一般将其定义为“一事不再罚”原则或“一事不二罚”原则,其目的

在于防止对同一违法行为的重复处罚,体现罚过相当的法律原则,以保护

行政相对人的合法权益。

1.对“一事”的理解。“一事”一般指“同一违法行为”,该“违

法行为”指的是行政相对人违反行政法规范(或者说违反行政管理秩序) 的行为,而非其他违法行为,更非违纪行为。“同一违法行为”指的是行

政相对人实施了一个违反行政法规范的行为,在客观上仅有一个独立完

整的违法事实。该“违反行政法规范的行为”既包括一个违法行为即单

一违法行为,也包括连续性违法行为即行政相对人基于同一故意,连续实

施的同一性质的行政违法行为,还包括继续性违法行为即行政相对人实

施一个违法行为后,该违法行为在一定时间段内处于持续状态;该“独立

完整的违法事实”是一个独立的违法行为而非一类违法行为,是同一违

法行为人实施而非二人以上,是同一违法事实而非一次违法事件。只有

符合上述条件才能认定为“一事”。

2.对“不再罚”的理解。对于“不再罚”的理解一般应把握一个原

则,即无论是同一行政机关针对行政相对人的一个违法行为,还是多个行

政机关针对行政相对人的一个违法行为,“不再罚”都要求在前一个行

政处罚程序结束之后不得再启动新的行政处罚程序对行政相对人进行再

次处罚。这里包含了以下几层意思:(1)同一行政机关对同一行政相对人

的“一事”只能给予一次处罚,这里的一次处罚并不意味着只有一个处

罚内容,可能会有好几个处罚内容;(2)不同行政机关根据同一理由和法

律规定针对同一行政相对人的“一事”只能给予一次处罚,即行政相对

人已经受到一个行政机关的处罚后,另一行政机关不能再次实施处罚; (3)不同行政机关根据不同理由和法律规定对行政相对人的“一事”不

得给予两次以上同种类的行政处罚,即不同行政机关可以根据不同事由

对同一行政相对人实施处罚,但这些处罚只能属于不同种类的处罚,而不

能属于同种处罚。

3.上述对“一事不再罚”原则的理解是法理上的广义理解,具体到

《中华人民共和国行政处罚法》第二十四条,并不是完全意义上的“一

事不再罚”,它仅指狭义的“一事不再罚”,即行政机关对行政相对人的

同一违法行为进行处罚时,如果该处罚内容是罚款,则不得给予两次以上

的罚款处罚,至于其他类别的处罚则没有明确适用“一事不再罚”原

则。

二、本案行政机关的处罚违反了“一事不再罚”原则

根据本案二审查明的事实,工商局宛城分局对百事通公司本身及其

下属的两个服务网点分别立案查处,并分别作出行政处罚决定,均有罚

款2万元的内容,共计罚款6万元。

1.关于这三次行政处罚的内容。这三次行政处罚针对的均是清江画

廊的宣传彩页问题,工商局宛城分局认定百事通公司及其下属服务网点

所放置的清江画廊宣传彩页上印制的“全国民族文化旅游十大新兴品

牌”字样,与其获得的“2008全国民族文化旅游推介活动新兴十大品

牌”称号相比,隐去了“2008”的字样,模糊了其获奖年份,构成引人误

解的虚假宣传,因此对这三个主体均处以2万元的罚款,属于针对相同的

原因处以相同内容的处罚。

2.关于这三次行政处罚的性质。三个主体在同一时间段同时放置内

容相同的清江画廊宣传彩页,宣传方式均为在消费者咨询报名时由三个

主体依据宣传内容对消费者进行宣传,该行为在时间和空间上具有持续

性和关联性,属于法律上的单一行为。

3.关于这三次行政处罚的结果。百事通公司下属两个服务网点的营

业额均归百事通公司所有,其没有独立的财产,无法独立核算,因此不具

备独立的人格,不是独立法人,没有独立的责任能力,对这两个网点的罚

款处罚只能由具备独立人格的百事通公司来承担,这就导致三个不同的

行政处罚结果最终由一个主体承担了。

综合以上三点,可以看出工商局宛城分局针对百事通公司宣传清江

画廊彩页的一个违法行为,给予了三次罚款的行政处罚,违反了行政处罚

法“一事不再罚”的原则,因此法院判决撤销工商局宛城分局的行政处

罚决定正确。

编写人:河南省南阳市中级人民法院 陈立丽 白云

48违反合意顺序及费用平摊方式的拼车行为构成

擅自从事非法客运活动

——谢金国诉上海市宝山区建设和交通委员会交通执法大队交通行

政处罚案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

上海市第二中级人民法院(2017)沪02行终29号行政判决书

2.案由:交通行政处罚纠纷

3.当事人

上诉人(原告):谢金国

被上诉人(被告):上海市宝山区建设和交通委员会交通执法大队

【基本案情】

2016年7月18日,原告谢金国通过嘀嗒拼车平台看到乘客发布的出行

需求并响应接单。经与乘客相互确认,原告驾驶车牌号为浙F3××××

的小客车至宝山区海江三路牡丹江路路口接载乘客,在驶往乘客目的地

嘉定区江桥万达广场的过程中,被被告上海市宝山区建设和交通委员会

交通执法大队查获。经查,该车辆无上海市出租汽车营运证,乘客曾于上

车后通过嘀嗒拼车平台支付车费45元,后因原告被查获,无法到达目的

地,车费退还乘客。另查明,截至被查获时,原告已通过嘀嗒拼车平台承

接载客业务600余次,其中于2016年7月11日至18日载客40次,每次的行程

都不相同,且原告曾于2015年2月3日因擅自从事非法客运活动被被告查

处。2016年9月22日,被告作出2162340574号行政处罚决定,认定原告擅

自从事非法客运活动被查获且未有安全隐患(第2次),依据《上海市出租

汽车管理条例》(以下简称《条例》)第四十九条第一款的规定,对原告

处以3万元罚款。原告不服,认为根据《国务院办公厅关于深化改革推进

出租汽车行业健康发展的指导意见》(国办发〔2016〕58号,以下简称58

号文)第四条第(十)项的规定,其行为属于私人小客车合乘(也称为拼

车、顺风车)。被诉行政处罚决定错误,请求法院依法判决撤销。

【案件焦点】

1.原告通过嘀嗒拼车平台承接业务载客的行为是否属于私人小客车

合乘;2.被告以原告擅自从事出租汽车经营进行处罚是否正确。

【法院裁判要旨】

一审法院经审理后认为,根据《条例》第四条第二款的规定,被告具

有负责具体实施本行政区域内出租汽车客运监督检查并实施行政处罚的

法定职权,其执法主体适格。被告依法立案调查,在履行了听证告知义务

后,作出被诉行政处罚决定并送达原告,其执法程序合法。被告提供的乘

客情况说明、询问笔录及原告的庭审陈述,可以证明原告于2016年7月18

日驾驶非本市车辆,通过嘀嗒拼车平台承接一笔从本区海江三路牡丹江

路出发的业务,并按照乘客的意愿驶往本市嘉定江桥万达广场。上车后, 乘客曾按照嘀嗒拼车平台的计费方式支付了车费人民币45元,虽然车费

最终退还乘客,但是系原告意志以外的原因所导致的。原告的上述行为

属于按照乘客意愿提供运送服务并收取费用,构成擅自从事出租汽车经

营活动,违反了《条例》第十四条第四款的规定,因原告此前曾因擅自从

事非法客运活动被查获而受到行政处罚,故被告依据《条例》第四十九

条第一款的规定,对原告作出罚款3万元的行政处罚,认定事实清楚,适用

法律正确,量罚适当。关于原告认为其行为属于58号文规定的私人小客

车合乘(即拼车、顺风车)的诉称意见,一审法院认为,本案系由乘客率先

发布出行需求,原告再根据出行线路等选择承接载客业务,并非58号文规

定的私人小客车合乘,故对原告的该诉称意见不予采纳。依照《中华人

民共和国行政诉讼法》第六十九条的规定,判决如下:

驳回原告谢金国的诉讼请求。

一审宣判后,谢金国提起上诉,二审法院以与一审相同的理由驳回上

诉,维持原判。

【法官后语】

一、原告通过嘀嗒拼车平台承接业务载客的行为是否属于私人小客

车合乘

2016年7月26日,国务院办公厅下发58号文,该文第四条第(十)项对

私人小客车合乘的行为进行了规定:私人小客车合乘,也称为拼车、顺风

车,是由合乘服务提供者事先发布出行信息,出行线路相同的人选择乘坐

合乘服务提供者的小客车、分摊部分出行成本或者免费互助的共享出行

方式。因此,私人小客车合乘应当具备遵循合乘合意达成先后顺序及不

具有营利性质两个条件:

(一)合乘双方达成合意应遵循严格的先后顺序

合乘合意的达成方式应当由合乘服务提供者(以下简称车主)先行发

布出行信息,再由合乘者(以下简称乘客)选择驾驶员车辆合乘出行,反之

则不可。本案中,不论是嘀嗒拼车合乘协议、乘客询问笔录等证据,还是

当事人在庭审中的陈述,均可以证明是乘客先行通过嘀嗒拼车平台发布

出行需求,原告再通过该平台上根据乘客的目的地选择承接业务,上述行

为方式不符合58号文的规定,不构成私人小客车合乘。

(二)合乘出行不存在明显的营利性质

乘客承担费用的上限为参与平摊部分出行成本,若载客行为明显具

有营利性质,则不属于私人小客车合乘。本案中,从乘客上车地点海江三

路牡丹江路路口至嘉定江桥万达,途中距离约为29千米,而原告驾驶小客

车的型号为雪佛兰赛欧,根据厂商官网显示,该车型标准油耗约

为5.1L/100km,当日92号汽油报价约为6.1元/L,按照上述数据计算,原告

驾驶车辆所产生的油费约为9元,且没有过路及过桥费用。而乘客上车后

已经按照嘀嗒拼车平台的计费标准支付费用45元,明显超过平摊费用的

合理范围,故而原告的载客行为存在营利性质。

二、原告是否属于未经许可擅自从事出租汽车经营

(一)是否适用《条例》

本案中,被告作出被诉处罚决定的法律依据为《条例》的规定,而原

告认为其行为并不属于出租汽车经营活动,不应当适用该《条例》。笔

者认为,根据《条例》第二条前两款的规定,出租汽车是指按照乘客和用

户意愿提供客运服务或者车辆租赁服务的客车,客运服务是指按照乘客

意愿提供运送服务,并且按照里程和时间收费的出租汽车经营活动。本

案中,原告根据乘客的需求提供运送服务,其计费方式为嘀嗒拼车平台根

据里程自动计费,符合《条例》所规范的出租汽车。因此,被告适用《条

例》对原告的违法行为作出认定并进行处罚并无不当。

(二)是否属于擅自从事非法客运活动

根据《条例》第十四条第四款的规定,非本市车辆不得用于起点和

终点在本市行政区域内的出租汽车经营活动,原告驾驶的小客车悬挂浙

江牌照,并非本市车辆,且其起点及终点均位于本市范围内,考虑到原告

曾于2015年2月3日因擅自从事非法客运活动被被告查处,故被告认定原

告擅自从事非法客运活动被查获且未有安全隐患(第2次),根据《条例》

第四十九条第一款的规定及《上海市交通委员会关于印发<上海市交通

委员会关于出租汽车和车辆非法客运行政处罚的裁量基准>的通知》(沪

交行规〔2018〕2号)第21项的规定,对原告罚款3万元适用法律正确,裁

量适当。

编写人:上海市宝山区人民法院 王秀岩

49网约车不因属新生事物而具有天然合法地位

——张军库诉北京市交通执法总队行政处罚案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院(2017)京02行终610号行政判决书

2.案由:行政处罚纠纷

3.当事人

上诉人(一审原告):张军库

被上诉人(一审被告):北京市交通执法总队

【基本案情】

2016年4月20日20时16分,张军库驾驶京P2××××号车辆行驶至北

京市丰台区北京南站二层西进口处,遇北京市交通执法总队执法人员对

其进行检查。经查,张军库通过易到手机软件从北京南站拉载一名乘客, 准备送至新光天地,乘客通过软件显示的金额支付车费,检查时乘客尚未

支付车费。由于张军库驾驶的车辆未取得出租汽车经营许可证件,执法

人员初步认定其存在未依法取得经营许可,擅自从事出租汽车经营的行

为。执法人员制作现场笔录交张军库阅看,笔录载有上述事实并载

明“执法人员已告知当事人实施强制措施的理由、依据以及其依法享有

的陈述权和申辩权”。张军库签名并写下“无意见”“情况属实”。执

法人员对乘客进行了询问并填写询问笔录,乘客在询问笔录上签字,表示

不认识张军库,是通过易到用车手机软件约乘该车,并确认记录属实。执

法人员随即开具《扣押车辆决定书》,依法扣押车辆,要求张军库在规定

时间到指定地点接受调查和处理,同时告知相关权利,张军库签字确认。

2016年4月27日,张军库到北京市交通执法总队处接受调查处理时, 递交了《听证申请书》,要求对《扣押车辆决定书》进行听证。2016年4

月28日,北京市交通执法总队作出《北京市交通执法总队告知听证通知

书》并送达张军库,张军库要求听证。2016年5月3日,北京市交通执法总

队以案件情况复杂为由作出《延长扣押期限决定书》,决定延长对上述

车辆的扣押期限15日,至2016年5月20日。2016年5月12日,北京市交通执

法总队举行听证会,听证结论为:听证主持人认为此案中申请人张军库存

在利用车辆为工具运送乘客,收取乘客车费的事实,构成了非法从事出租

汽车经营。2016年5月20日,北京市交通执法总队作出《行政处罚决定

书》,当日送达张军库,张军库拒绝签字。同日,北京市交通执法总队作

出《扣押物品处理决定书》,决定将上述车辆返还张军库,张军库在签收

人处签名。

北京市交通执法总队作出的《行政处罚决定书》主要内容

为:“2016年4月20日20时16分,当事人张军库驾驶京P2××××号车行

驶至丰台区北京南站二层西进口被检查人员示证检查,经查:当事人驾驶

该车通过易到手机软件由北京南站载1名乘客,准备送往东城区新光天

地,乘客通过软件显示金额支付车费。检查时,当事人尚未收取乘客车

费……构成未取得出租汽车经营许可擅自从事出租汽车经营。此行为违

反《无照经营查处取缔办法》第四条第一款第(一)项的规定。以上违法

事实有现场笔录、询问笔录、证明材料等予以佐证。经查事实清楚,根

据《无照经营查处取缔办法》第十四条的规定,本机关决定给予如下处

罚:罚款玖仟元整。”

【案件焦点】

在涉及“网约车”运营案件中如何认识“网约车”的属性、适用什

么样的法律规范、怎么确定法治政府对于新兴事物的合理管理界限、如

何解决行政审判面对新兴事物引发的行政诉讼的定位等。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为:北京市交通执法总队作为道路

运输行政执法部门,对道路运输行业中的违法行为负有监督管理并实施

行政处罚的法定职权。根据《无照经营查处取缔办法》第四条第一款第

(一)项、第十四条,并参照《原国务院法制办公室对<关于请明确对未取

得出租车客运经营许可擅自从事经营活动实施行政处罚法律依据的函> 的复函》(国法函〔2005〕432号)的规定,从事出租汽车经营应当取得行

政许可,未经许可擅自从事出租汽车经营的,应承担相应的法律责任:对

于无照经营行为,由行政机关没收违法所得,尚不够刑事处罚的,并处2万

元以下的罚款;无照经营行为规模较大、社会危害严重的,并处2万元以

上20万元以下的罚款。本案中,北京市交通执法总队提供的证据材料已

形成完整的证据链,结合当事人的陈述,能够确认张军库存在未经许可擅

自从事出租汽车经营的行为。北京市交通执法总队作出的《行政处罚决

定书》事实清楚,适用法律正确,程序合法,处罚幅度亦无不当。张军库

认为其签字非本人真实意思表示的相关意见,缺乏事实根据,不予采信; 其关于北京市交通执法总队扣车逾期的陈述与事实情况不符,不予采信; 其要求确认北京市交通执法总队所作《行政处罚决定书》违法的诉讼请

求缺乏事实和法律依据,不予支持。依照《中华人民共和国行政诉讼

法》第六十九条之规定,判决如下:

驳回张军库的诉讼请求。

张军库不服一审判决,以一审法院认定事实不清,片面采信被上诉人

证据,适用法律错误,违反法定程序,北京市交通执法总队非法取得的证

据不足以证明张军库非法运营,其从事的是网约车并非出租车等理由提

起上诉,请求撤销一审判决,依法改判支持其一审诉讼请求。北京市交通

执法总队同意一审判决,请求予以维持。

北京市第二中级人民法院经审理认为,北京市交通执法总队作为道

路运输行政执法部门,对道路运输行业中的违法行为负有监督管理并实

施行政处罚的法定职权。根据《无照经营查处取缔办法》第四条第一款

第(一)项、第十四条,并参照《原国务院法制办公室对<关于请明确对未

取得出租车客运经营许可擅自从事经营活动实施行政处罚法律依据的函

>的复函》(国法函〔2005〕432号)的规定,从事出租汽车经营应当取得

行政许可,未经许可擅自从事出租汽车经营的,应承担相应的法律责任: 对于无照经营行为,由行政机关没收违法所得,尚不够刑事处罚的,并处2

万元以下的罚款;无照经营行为规模较大、社会危害严重的,并处2万元

以上20万元以下的罚款。本案中,北京市交通执法总队提供的现场笔

录、对乘客的询问笔录、执法记录仪截屏及对张军库的询问笔录等证据

材料已形成完整的证据链,结合当事人的陈述,能够确认张军库存在未经

许可擅自从事出租汽车经营的行为。北京市交通执法总队在作出处罚决

定前,依法组织听证会,充分保障了张军库陈述、申辩的权利,后结合张

军库擅自从事出租汽车经营的行为,北京市交通执法总队在职权范围

内、处罚幅度内对其作出《行政处罚决定书》,认定事实清楚,适用法律

正确,程序合法,处罚幅度亦无不当。

关于张军库认为其从事网约车并非出租车不应以非法从事出租汽车

予以处罚的相关意见,本院认为,网约车作为社会发展中的新生事物,在

便利人民群众出行、满足人民群众多元化出行需求方面具有积极作用, 需要政府予以包容,以免扼杀新生事物,但对于新生事物的包容态度,并

不导致其天然地具有合法地位,其合法地位的取得,仍需各地人民政府根

据实际情况,结合当地人口、交通、市政等多方面因素,因地制宜制定相

应的行政法律法规予以规范、调整。张军库的该上诉理由,强调网约车

的特殊性,而忽视其从事运营的一般属性,故对其按照非法从事出租汽车

予以处罚并无不当。综上,北京市交通执法总队已依法履行了法定程序, 认定事实清楚,程序合法。张军库的诉讼请求缺乏事实和法律依据,应不

予支持。综上,一审判决认定事实清楚,程序合法,并无不当,应予维持。

张军库的上诉意见缺乏事实和法律依据,本院对其上诉请求不予支持。

依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第(一)项之

规定,判决如下:

驳回张军库的上诉请求,维持一审判决。

【法官后语】

一、“网约车”在法律层面上的特殊性与一般性

什么是“网约车”?有人将“网约车”概括为“基于移动互联网、

大数据技术和实时撮合机制,通过手机APP召车软件提供车辆和驾驶服

务,从而满足乘客个性化出行的智能城市交通服务类型,属准公共交通形

态,是共享经济的体现” [[4]](#p272)。

笔者认为,“网约车”是互联网时代的交通运输新模式,与以特许经

营为基础的出租车等传统准入式的交通运输方式形成鲜明的新旧对比。

简言之,“网约车”是共享经济[[5]模](#p272)式下,基于移动互联网技术及智能

移动终端的网络平台,向消费者提供交通运输服务的模式。

“网约车”在法律层面上具有一般性,主要体现在:“网约车”提供

营利性交通运输服务,不论基于何种模式、利用何种平台,“网约车”的

承运人属性是不变的,从事交通运输经营的性质是不变的。当然,根据不

同网络平台与承运车辆之间的关系,有些是以平台整体为承运人,如神州

专车,属利用自有车辆,雇用专职司机进行运营,“网约车”是此类平台

的外在形式,亦具有上述一般性,在此不作赘述。

“网约车”在法律层面上具有特殊性,主要体现在:不同于传统出租

车的准入式特许经营,“网约车”以共享经济的模式规避、冲击了特许

经营的准入。对比传统出租车,“网约车”涉及更多元复杂的法律关系, 至少涉及网络平台、“网约车”、乘客三方,有些网络平台在引入劳务

派遣公司解决“网约车”司机劳动关系问题的情况下,“网约车”甚至

具有更多方的民事、行政法律关系。“网约车”属“大众创业,万众创

新”背景下的新生事物,处于法律法规规范的模糊地带,管理传统交通运

输行业的思维和模式难以套用到“网约车”上来。

区分“网约车”在法律层面上的特殊性和一般性,是构建、完善相

应管理规范的基础,“网约车”的特殊性决定政府对其应予以适度包容, 以免扼杀新生事物,“网约车”的一般性决定政府对其应予以管理规范, 不能放任自流。

二、法治政府对于“网约车”等新生事物的管理界限

法治政府要求行政机关依法行政,本案涉诉行政处罚发生时,从国家

到地方层面,均无专门规范“网约车”的行政法规、规章,属法律法规的

空白期,直到2016年11月1日,交通运输部等七部委发布的《网络预约出

租汽车经营服务管理暂行办法》正式施行,才授权各地政府、相应机关

制定相应管理细则。北京市于2016年12月21日起实施《北京市网络预约

出租汽车经营服务管理实施细则》,从网络平台、车辆、驾驶人员等方

面对“网约车”作出了细化规定。同时北京市人民政府还出台了《北京

市人民政府办公厅关于深化改革推进出租汽车行业健康发展的实施意

见》、北京市交通委等单位还制定了《北京市私人小客车合乘出行指导

意见》等规范性文件,来完善“网约车”的行政法律法规体系。

抛开涉及“网约车”的行政法规,遵从法不溯及既往的原则(参照相

应规定对当事人更加不利),从案件当时来看,对“网约车”应不应该予

以处罚、适用何种法律法规,都是值得探讨的问题,案件背后更多的是政

府管理与新兴事物发展之间关系的思考。

本案中,交通行政主管部门认为张军库非法从事营运活动,适用《无

照经营查处取缔办法》,并参照《原国务院法制办公室对<关于请明确对

未取得出租车客运经营许可擅自从事经营活动实施行政处罚法律依据的

函>的复函》规定对其予以处罚,适用法律并无不当。交通行政主管部门

抓住“网约车”从事营利性交通运输服务的一般性、基本属性,对此予

以处罚,符合当时的法律法规规定。

值得我们思考的是,未来如何构建更加合理的“网约车”管理规定, 尊重“网约车”的特殊性,充分发挥“网约车”作为新生事物在推动创

新、服务大众方面的优势。可以说,“网约车”作为新生事物出现后,摆

在政府面前的就是如何理顺包容新生事物与行政管理的关系。以笔者所

在的北京市为例,在“网约车”出现、发展、繁荣的过程中,政府采取的

是相对包容的管理态度,并未武断地一律定性为非法营运,亦未大量适用

行政处罚,重点围绕如车站、机场、火车站等传统出租车行业聚集局域

或巡游车揽客、巡游车排队揽客区域,对“网约车”予以管理,针对其他

区域的“网约车”并未强力介入,这一点可以通过《北京市网络预约出

租汽车经营服务管理实施细则》颁布实施后,北京市设置的过渡期政策

及相应的规范性法律文件来印证。

行政管理中旧有的管理方式方法存在巨大的惯性,政府也存在路径

依赖,从北京市管理“网约车”的动态过程中,我们可以看出缓解交通拥

堵与利用闲置车辆相互制约又相互依存,行政权力的过多介入,会增

加“网约车”服务成本,又会阻碍新兴事物的发展。面对“两难局面”, 法治政府对新生事物应持包容、有限管理的态度,但不是放弃管理、放

任发展。尤其是对于市场创新引发的资源重新配置的新兴事物,法治政

府的合理管理界限就是针对新兴事物的一般性、基本属性进行有限管

理,尊重新兴事物的特殊性,予以适度包容,同时结合本地的实际情况,制

定相应的行政法律法规予以规范。

“网约车”作为社会发展中的新生事物,在便利人民群众出行、满

足人民群众多元化出行需求方面具有积极作用,需要政府予以包容,以免

扼杀新生事物,但对于新生事物的包容态度,并不导致其天然地具有合法

地位,其合法地位的取得,仍需各地人民政府根据实际情况,结合当地人

口、交通、市政等多方面因素,因地制宜制定相应的行政法律法规予以

规范、调整。

三、行政审判在涉及新兴事物中的定位思考

在行政诉讼中,法院对于行政行为的合法性进行审查,并在特殊情形

下进行合理性审查,但对于行政行为自由裁量的内容和专业性、政策性

的内容,法院难以审查。美国行政判例确定的著名的“谢弗朗原

则” [[6],](#p272) 体现的是法院对于行政机关在专业性法律解释方面的尊

让,“谢弗朗原则”体现的法律精神,可以借鉴到人民法院对涉及新生事

物的行政审判中来,即对行政机关在新生事物出现发展过程中的自由裁

量、规范制定予以尊让,避免人民法院以自己的判断代替行政机关的判

断。

笔者认为,当前,新生事物正在以迅猛的速度喷涌出现,从共享单

车、人工智能到无人驾驶、虚拟现实交互,让人目不暇接。同时新生事

物的出现,必然涉及新型的法律关系出现、新的行政管理的后续跟进。

行政法官应当清醒地认识到自身的局限,行政法官就专业性、技术性、

政策性强的行政事务相较于行政机关并不具有更多的优势,特别是在涉

及新问题、新生事物的诉讼当中。行政法官审理此类案件亦应遵循包

容、有限审查的原则,审查行政机关行政行为合法性的同时,秉持包容态

度,关注行政行为的合理性,对于未有法律法规予以规范的新生事物,尊

重行政机关在适用法律、程序上的合理判断。这种尊重,不意味着行政

法官放弃在行政诉讼中监督行政机关的价值定位、无边界地放松司法审

查力度,而是在监督基础上尊重。

总之,随着“网约车”管理规范的制定,对于“网约车”的地位、性

质等讨论暂时告一段落,但这些行政法律法规也不应该是一成不变的,我

们也要关注相应规范的发展,在实践中总结完善相应法律法规,积极吸收

实践经验、教训、理论成果并予以不断完善,形成一个动态的规则体

系。

编写人:北京市第二中级人民法院 王元

50对国土资源违法行为中涉嫌犯罪的可否进行行

政处罚

——黄文诉巴马瑶族自治县国土资源局行政处罚案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区巴马瑶族自治县人民法院(2017)桂1227行初12号行

政判决书

2.案由:行政处罚纠纷

3.当事人

原告:黄文

被告:巴马瑶族自治县国土资源局

第三人:黄甫德

【基本案情】

2016年7月20日,被告巴马瑶族自治县国土资源局经巡查发现巴马县

那桃乡平林村坡甫屯硅矿场未取得采矿许可证,擅自在位于那桃乡平林

村坡甫屯从事硅矿开采,故对平林村坡甫屯硅矿场作出《责令停止采矿

行为通知书》,后又于2016年10月9日、2016年11月11日分别对原告黄文

作出《责令停止采矿行为通知书》,责令其立即停止非法采矿活动,拆除

所有采矿设备,撤走采矿人员,拒不停止开采的,将依法从重予以处罚。

2017年1月6日,被告巴马瑶族自治县国土资源局作出《财物扣押通知

书》,认定第三人黄甫德未经审批部门许可,于2016年11月15日擅自使用

钩机在位于巴马县那桃乡平林村坡甫屯参与非法开采硅矿,决定没收黄

甫德的两台挖掘机。2017年3月10日,被告巴马瑶族自治县国土资源局将

该案移送公安机关,2017年7月6日,巴马瑶族自治县公安局决定对黄文涉

嫌非法采矿案立案侦查,并对黄文采取取保候审的强制措施。2017年8

月10日,被告巴马瑶族自治县国土资源局作出巴国土资罚决字〔2017〕

15号《行政处罚决定书》,决定:没收黄文采出的矿产品和用于非法采矿

的两台挖掘机,并罚款人民币9万元。原告黄文不服,于2017年9月8日提

起行政诉讼。

【案件焦点】

被告巴马瑶族自治县国土资源局将案件移送公安机关立案后,又对

原告黄文作出行政处罚,其程序是否合法,适用法律是否正确。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区巴马瑶族自治县人民法院经审理认为:根据《中华

人民共和国行政处罚法》第七条第二款和《国土资源部、最高人民检察

院、公安部关于国土资源行政主管部门移送涉嫌国土资源犯罪案件的若

干意见》第二条第二款、第九条、第十一条之规定,县级以上国土资源

行政部门在依法查处国土资源违法行为过程中,发现违法事实涉嫌犯罪

的,依法需要追究刑事责任的,依法应当向公安机关移送,不得以行政处

罚代替移送。对公安机关不予以立案的案件,依照有关法律、法规或者

规章的规定应给予行政处罚的,国土资源行政部门应当依法实施行政处

罚,同时将《行政处罚决定书》抄送同级人民检察院。本案中,被告在对

原告作出行政处罚前,发现原告涉嫌犯罪并已将案件移送公安机关查处, 公安机关也已经对原告涉嫌非法采矿罪作出立案决定,并对原告采取了

取保候审的强制措施,被告对该案已不具有行政处罚权,但被告又因同一

事由对原告作出行政处罚,违反了上述规定,属于程序违法,适用法律错

误。

依照《中华人民共和国行政处罚法》第七条第二款,《国土资源

部、最高人民检察院、公安部关于国土资源行政主管部门移送涉嫌国土

资源犯罪案件的若干意见》第二条第二款、第九条、第十一条,《中华

人民共和国行政诉讼法》第七十条第(二)项、第(三)项之规定,判决如

下:

撤销被告巴马瑶族自治县国土资源局于2017年8月10日作出的巴国

土资罚决字〔2017〕15号行政处罚决定书。

【法官后语】

本案中,原告未取得采矿许可证,擅自从事采矿的行为在法律适用方

面同时触犯行政法律规范和刑事法律规范,即法条竞合。此处的“竞

合”是指一违法行为同时触犯两个或者两个以上法律规范,根据被触犯

的不同法律规范的规定,均应承担相应的法律责任。

本案的争议焦点在于被告巴马瑶族自治县国土资源局将案件移送公

安机关立案后,又对原告黄文作出行政处罚,其程序是否合法,适用法律

是否正确。根据《中华人民共和国行政处罚法》第七条的规定,公民、

法人或者其他组织因违法受到行政处罚,其违法行为对他人造成损害的, 应当依法承担民事责任。违法行为构成犯罪,应当依法追究刑事责任,不

得以行政处罚代替刑事处罚。综合本案证据,笔者从两个方面对“不得

以行政处罚代替刑事处罚”进行理解:

第一,违法行为严重构成犯罪的,属于违反刑法的行为,应当移交相

关司法部门给予刑事处罚,一般不应再给予行政处罚。本案中针对原告

非法采矿的行为,被告已将相关材料移交公安机关,且公安机关已对原告

进行了刑事立案。此种情况下,应适用刑事法律规范对原告的采矿行为

进行相应的刑事处罚,针对同一行为行政机关在此阶段不应再次对原告

进行行政处罚。

第二,在特殊情况下,仅给予刑事处罚,并不能消除违法行为的危害

后果,可以在给予行为人刑事处罚的同时给予行政处罚,但此种情况仅限

于正在进行的行为罚,不包括已经停止的违法行为。结合本案,公安机关

已对原告作出涉嫌非法采矿罪的立案调查,如果在此阶段原告非法采矿

行为仍处于持续进行的状态,行政机关则有权对行为相对人进行处罚,否

则行政机关不应针对同一行为再次对行为相对人进行行政处罚。

编写人:广西壮族自治区巴马瑶族自治县人民法院 韦祝瑜

[[1].本案“法院裁判要旨”中所称《中华人民共和国食品安全法》(以](#p194)

[下简称《食品安全法》)均为自2009年6月1日起施行的《食品安全法》,](#p194)

[非自2015年10月1日起施行的新法。](#p194)

[[2]. [美]恩斯特·盖尔霍恩、罗纳德·M.莱文:《行政法》,法律出版](#p239)

[社2011年版,第5页。](#p239)

[[3].王名扬:《美国行政法》(上册),北京大学出版社2016年版,第369](#p239)

[页。](#p239)

[[4].侯登华:《共享经济下网络平台的法律地位——以网约车为研究对](#p264)

[象》,载《政法论坛》2017年第1期。](#p264)

[[5].共享经济是一个复杂的经济学概念,其主要特征为提高社会闲置资](#p264)

[源利用率、为消费者提供便利。](#p264)

[[6].关于“谢弗朗原则”的论述、阐释很多,该原则系由谢弗朗诉美国](#p267)

[自然资源保护委员会案判词总结而成,主要内容即法院对行政机关专门](#p267)

[领域法律解释的尊让。](#p267)

六、行政强制

51促使未完全履行的行政处罚得到强制执行是行

政机关的法定职责

——湖北省宜昌市夷陵区人民检察院诉宜昌市夷陵区林业局不履行

法定职责案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖北省宜昌市夷陵区人民法院(2017)鄂0506行初1号行政判决书

2.案由:不履行法定职责纠纷

3.当事人:

公益诉讼人:湖北省宜昌市夷陵区人民检察院(以下简称夷陵区检察

院)

被告:宜昌市夷陵区林业局(以下简称夷陵区林业局)

【基本案情】

2014年6月,雷家畈采石场(经营者蒋振斌)经临时批准在占用夷陵区

龙泉镇雷家畈村集体所有的灌木林地1公顷的情况下,越界开采位于该村

四组榨房河水库边的14.2亩林地,改变林地用途,损毁植被。2014年7

月29日,夷陵区林业局立案、调查核实后,依法对该采石场作出行政处罚

决定,罚款94744元、限令2014年12月30日前恢复原状。雷家畈采石场没

有提起行政复议和行政诉讼,并于同年8月12日交清罚款。2014年至2015

年上半年,雷家畈采石场采取移栽树木等措施,但因没有进行有效的维

护、管理,树木成活率低,没有达到恢复原状的要求。尽管如此,夷陵区

林业局没有代履行,也没有申请法院强制执行。2016年6月22日,夷陵区

检察院向夷陵区林业局提出检察建议,要求督促采石场全面执行行政处

罚决定,恢复林地原状。2016年7月12日,夷陵区林业局书面回复,并提供

了雷家畈采石场《关于继续植被恢复治理的实施方案》。但截至起诉之

日,被雷家畈采石场毁损的9000多平方米的林地的岩层仍处于裸露状态, 没有恢复原灌木林地的原状,对邻近的储蓄饮用水源地榨坊河水库水质

造成一定影响。

【案件焦点】

行政机关作出行政处罚决定后,被处罚人未完全履行的,行政机关是

否具有促使其得到强制执行的职责。

【法院裁判要旨】

湖北省宜昌市夷陵区人民法院经审理认为:被告夷陵区林业局对雷

家畈采石场限期收缴了罚款、责令其补种了部分树木,在收到检察机关

的检察建议后,也督促了该采石场实际经营者采取措施来恢复被毁林地

的原状,确实履行了部分职责,但是并没有因不法状态持续而进行催告、

代履行或委托第三人履行,其所采取的措施和力度并不充分,没有完全履

行法定职责,履职行为存在明显的瑕疵,与被毁损林地至今未能得到恢复

有直接关联。公益诉讼人要求确认被告不履行法定职责违法,理由成立, 应予支持。依照《中华人民共和国森林法》第四十三条、第四十四条,

《中华人民共和国行政强制法》第十三条、第五十条、第五十三条和

《中华人民共和国行政诉讼法》第七十二条、第七十四条第二款第(一) 项、第七十六条之规定,判决如下:

一、确认被告宜昌市夷陵区林业局在执行鄂宜夷林罚书字〔2014〕

第049号《林业行政处罚决定书》过程中,未完全履行法定职责违法; 二、责令被告宜昌市夷陵区林业局在本判决发生法律效力后立即对

鄂宜夷林罚书字〔2014〕第049号《林业行政处罚决定书》确定的雷家

畈采石场恢复被毁损林地原状的行政义务,继续履行监督、管理的法定

职责。

【法官后语】

行政强制属于行政机关履行的职责范畴,不仅应当受到保障,而且应

当受到监督;其设定和实施都由法律、法规予以规定,属于法定职责,符

合情形时必须适用,而不是行政机关自由裁量的范围。行政机关针对违

法行为作出行政处罚后,应当依法监督被处罚人在规定的期限内履行完

毕,被处罚人不履行或者不完全履行时经催告后仍不履行的,行政机关应

当依照法律、法规启动行政强制执行或者申请人民法院强制执行,这是

法定的程序义务,也是其不可推卸的职责。

本案中,被告夷陵区林业局在明知雷家畈采石场没有恢复被毁损林

地生态的情形下,在检察机关提出检察建议后,依然只是采取指导性措

施,反复报告、指导、要求等,并未依照《行政强制法》的规定催告被处

罚人限期履行和在催告无效后依照《森林法》第四十四条第三款、《行

政强制法》第五十条的规定采取代履行的强制执行方式,其行政管理行

为无法产生相应的效果,导致处罚决定长期未能得到执行,既不利于生态

环境的迅速恢复,也损害了行政执法的严肃性。因此,本案被告没有做到

依法履行职责,不符合依法行政的要求。行政执法不同于行政指导、行

政协调等非强制性行政管理行为,其必须严格遵守既定的法定程序、履

行法定的职责,否则即构成行政违法。

编写人:湖北省宜昌市夷陵区人民法院 刘辉洲

52道路交通管理中扣押机动车的法定程序要求

——连筱扬诉厦门市公安局交通警察支队特勤机动大队交通管理行

政强制措施案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院(2017)闽02行终153号行政判决书

2.案由:交通管理行政强制措施纠纷

3.当事人

原告(被上诉人):连筱扬

被告(上诉人):厦门市公安局交通警察支队特勤机动大队

【基本案情】

原告连筱扬系车牌号为闽D×××1的车辆所有人。2016年6月5日21

时许,案涉车辆在思明区湖滨东路南湖公园行驶(自北向南)。2016年6

月6日,被告对原告涉嫌擅自改变已登记的机动车结构的违法行为进行受

理。同日,被告根据《厦门经济特区道路交通安全若干规定》第四十九

条第(八)项之规定决定对原告名下车牌号为闽D×××1的车辆采取扣留

的行政强制措施。2016年6月7日,被告工作人员前往金辉园地下停车场

对案涉车辆进行锁车。

2016年6月29日10时许,被告工作人员前往金辉园地下停车场对案涉

车辆开锁,并将车开至车库出口处停留。2016年6月29日11时许,被告在

金辉园小区车库出口向原告出具编号为350230320011364的《公安交通

管理行政强制措施凭证》(该凭证同时作为现场笔录),其主要内容如下: 当事人(即原告连筱扬)于2016年6月29日11时1分在双涵路厦禾路口至湖

滨南路口段实施擅自改变已登记的机动车结构的违法行为(代码802ZD), 根据《厦门经济特区道路交通安全若干规定》第四十九条第(八)项的规

定,采取行政强制措施即扣留机动车。原告在该行政强制措施凭证上签

字表示对记载内容有异议。随后,被告工作人员将案涉车辆从金辉园地

下车库出口处开离该小区。原告不服被告扣车的行政强制措施,向法院

提起行政诉讼。

另查明,案涉车辆经鉴定在外观、行驶系与原厂设计参数不一致;原

告及其家人2016年6月6日至6月15日在国外。

【案件焦点】

被告对案涉车辆采取扣押行政强制措施的一系列行为是否符合法律

规定。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市思明区人民法院经审理认为:《厦门经济特区道路交

通安全若干规定》第四十九条第(八)项规定,对于擅自改变已登记机动

车的结构或者构造的,公安机关交通管理部门可以扣留车辆,故被告作为

公安机关交通管理部门具有对改装车辆行为采取强制措施的职权。

被告工作人员在案涉行政强制措施实施前向行政机关负责人进行了

报告并获批准。被告作出案涉行政强制措施时,由其工作人员卢××、

李××当场向原告告知采取行政强制措施的理由、依据以及其依法享有

的权利、救济途径,听取了原告的意见,书面行政强制措施凭证上记录了

原告的异议并由其签名。至此,被告作出案涉行政强制行为符合法定程

序,并无不当。

被告陈述案涉行政强制措施针对的是2016年6月5日21时许案涉车辆

在湖滨东路南湖公园路段存在的擅自改变已登记的机动车结构的违法行

为,由于警务通设备将开具文书的时间默认为违法时间,故案涉凭证记载

的违法时间为“2016年6月29日11时1分”。从案件查明的事实可知,案

涉凭证记载“2016年6月29日11时1分”案涉车辆“在双涵路厦禾路口至

湖滨南路口段”实施擅自改变已登记的机动车结构的违法行为,实际上

2016年6月29日11时许案涉车辆在金辉园地下车库出口处,而非案涉凭证

所载路段。本案中,案涉车辆于2016年6月7日由被告工作人员进行锁车, 截至2016年6月29日被告完全有时间和条件制作行政强制措施凭证,而非

用警务通设备以现场的时间地点为此前的行为开具强制凭证,由于案涉

凭证记录的违法时间及违法地点均与客观事实不符,在此基础上作出的

行政强制措施主要证据不足、认定事实不清,应予撤销。

需要指出的是,车辆驾驶人、车主等与道路交通活动有关的单位和

个人应当严格遵守道路交通安全法律法规,不得为擅自改变已登记的机

动车外形和机动车特征、有关技术数据等行为。本案对于案涉行政强制

措施的撤销,并不意味着对案涉车辆实施擅自改变已登记的机动车结构

行为的肯定评价。被告作出的案涉行政强制措施程序合法,但认定事实

不清,应予撤销。据此,依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第

(一)项的规定,判决如下:

撤销被告厦门市公安局交通警察支队特勤机动大队于2016年6月29

日作出的编号为350230320011364的公安交通管理行政强制措施凭证。

福建省厦门市中级人民法院经审理认为:本案被上诉人所有的闽

D×××1小型汽车因涉嫌改装,行政机关为避免危害发生,对该车辆实施

强制扣押的行为,属于《中华人民共和国行政强制法》第二条第二款规

定的行政机关在行政管理过程中实施的行政强制措施。但是,行政机关

采取行政强制措施应当遵守《中华人民共和国行政强制法》对行政强制

措施实施程序的相关规定。从本案查明的事实可以认定,上诉人于2016

年6月5日发现了案涉车辆涉嫌改装,于2016年6月6日追踪至案涉车辆停

放的位置,并于2016年6月7日对案涉车辆实施了锁车的强制措施,至此, 上诉人已对案涉车辆采取了行政强制措施,但并未按照法律规定的程序

要求予以操作,上述实施锁车的行政强制措施的执法程序不符合法定要

求。2017年6月29日,上诉人出具对案涉车辆的行政强制措施凭证,只是

对2016年6月7日所采取的扣押车辆行为的事后凭证,且该行政强制措施

凭证在认定违法时间和违法地点又与事实不符,因此,该行政强制措施凭

证明显认定事实不清。

根据《中华人民共和国行政强制法》第十七条、《中华人民共和国

道路交通安全法》第五条、《厦门市经济特区道路交通安全若干规定》

第四条的规定,本案系诉道路交通管理行政强制措施,该行政强制措施系

由厦门市公安局交通警察支队特勤机动大队作出的,但本院查明,厦门市

公安局交通警察支队特勤机动大队只是厦门市交通警察支队的内设机

构,其所作出的行政行为的法律后果应由厦门市交通警察支队承担。原

审判决在本案被告的确定上存有不妥。

鉴于案涉车辆确实存在涉嫌改装以及上道路行驶的事实,上诉人作

为执法部门,根据法律规定有权对被上诉人的上述行为采取行政强制措

施;原审判决对上诉人在行政强制措施凭证上事实认定方面存在的不当

已经作出了分析,本院予以认可,但原审判决认定上诉人采取的行政强制

措施程序合法,与法不符,本院予以更正。由于原审法院对本案采用的判

决方式不够准确,本院予以更正。据此,依照《中华人民共和国行政诉讼

法》第八十九条第(二)项、第七十四条第二款第(一)项之规定,判决如

下:

一、撤销厦门市思明区人民法院(2016)闽0203行初299号行政判决; 二、确认厦门市交通警察支队特勤机动大队对闽D×××1小型汽车

采取的行政强制措施违法。

【法官后语】

本案着重对被告采取行政强制措施的程序是否合法、事后开具的行

政强制措施凭证的合法性的审查问题以及人民法院应如何根据案件情况

适用判决方式等进行分析。

行政强制措施的实施程序,指的是行政机关采取行政强制措施时应

当遵循的方式、步骤、时限和顺序等要素构成的行为的连续过程。行政

强制措施实施程序的基本要求,既包括对行政执法主体的要求,也包括保

障当事人程序权利的程序要求等。本案涉及行政强制措施的采用是否符

合法定程序要求。根据《中华人民共和国行政强制法》第十八条的规

定,行政强制措施的采取需要符合法定的十项基本要求。本案执勤民警

发现案涉车辆涉嫌改装的违法行为,追踪至案涉车辆停放的小区私家车

位,在当事人未能到场或邀请见证人到场的情况下,也未出具任何凭证, 径行对案涉车辆采取锁车的行政强制措施,至此,该行政强制措施明显不

符合法律规定。之后,在与当事人的不断接触中,亦未补充出具相关的强

制措施凭证。直至2017年6月29日,执勤民警准备对案涉车辆转移扣押场

所时,与当事人发生正面冲突,并在当天出具行政强制措施凭证,但该事

后凭证上对案涉车辆涉嫌改装上路的时间、地点的认定也与事实不符。

因此,虽然案涉车辆存在涉嫌改装上路的事实,但是厦门市交通警察支队

特勤机动大队对案涉车辆采取行政强制措施的过程明显与法不符。

行政诉讼判决方式是行政诉讼法制度中重要、关键的部分。我国行

政诉讼法规定了行政诉讼案件的多种判决方式,确认判决方式是其中之

一,它是指法院通过对被诉行政行为的审查,确认行政行为合法性状态或

者原被告之间是否存在行政法律关系的判决。它针对的是被诉行政行为

合法、有效或者违法、无效的情形的确认。当然,确认判决作为一种变

通判决,旨在体现法律效果与社会效果的平衡,为维护法律的权威性与严

肃性,应从严把握此种判决方式的标准与适用。本案采用确认判决的主

要理由在于:一是案涉车辆涉嫌改装的事实可以认定,该改装行为属于违

法行为,应接受处罚;二是本案因扣车的强制措施所引发,扣车行为已经

发生,并不具有可逆转性。因此,本案应采用确认的判决方式更为准确。

编写人:福建省厦门市中级人民法院 林琼弘

53对危险房屋作出紧急避险决定应具有目的正当

性

——王江超等诉九台市住房和城乡建设局紧急避险决定案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

吉林省长春市中级人民法院(2016)吉01行终5号行政判决书

2.案由:城建行政决定纠纷

3.当事人

原告(被上诉人):王江超、王江春、王娟

被告(上诉人):九台市住房和城乡建设局(以下简称九台住建局)

【基本案情】

2010年,吉林省人民政府作出第250号《使用土地批复》,批准对九

台市九台街道办事处向阳村的集体土地实施征收。2013年11月19日,经

吉林省国土资源厅批准,原告王江超、王江春、王娟(以下简称王江超

等)的房屋被列为棚户区改造项目的征收范围。因征收部门与王江超等

对房屋补偿问题未达成一致,2013年11月19日,九台市国土资源局对王江

超等作出责令交出土地的决定。2015年4月7日,经王江超等所在的街道

办事处向九台住建局所属的九台市房屋产权管理中心报告,通过吉林省

建筑工程质量检测中心对王江超等的房屋进行鉴定,王江超等的房屋被

鉴定为“D级危险”房屋。2015年4月23日,九台住建局对王江超等认定

为“D级危险”的房屋分别作出紧急避险决定。次日,对王江超等进行催

告,限期王江超等三日内自行拆除。在王江超等未拆除危险房屋的情况

下,九台住建局于2015年4月28日在九台市公证处公证保全证据的前提

下,对王江超等的房屋实施了强制拆除。王江超等对九台住建局于2015

年4月23日作出的紧急避险决定不服,提起行政诉讼。

【案件焦点】

房屋已被列入征收范围,经协商未对补偿问题达成一致的情况下,危

险房屋管理部门认定被征收房屋为危房,并强制拆除的行政行为是否具

有目的正当性。

【法院裁判要旨】

吉林省九台市人民法院经审理认为:九台住建局对王江超等作出紧

急避险决定的房屋在九台市国土局2010年第1批次农用地转用项目房屋

征收范围内,应按征收补偿程序进行,九台住建局不应按危险房屋作出紧

急避险决定,对王江超等所有房屋予以拆除,此行为违反法定程序,属程

序违法。王江超等要求九台住建局将拆除房屋在原地重建的诉讼请求无

法实现,对此情况一审法院对王江超等已经予以释明,但王江超等明确表

示仍坚持此诉求,不予支持。

吉林省九台市人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十

九条、第七十条第(三)项之规定,作出如下判决:

一、撤销九台市住房和城乡建设局作出的九住(紧)决字〔2015〕第

1、2、3号紧急避险决定;

二、驳回原告王江超等的诉讼请求。

九台住建局不服原审判决,上诉称:首先,没有任何法律规定对征收

范围内的房屋不能按照危险房屋作出紧急避险决定;其次,九台住建局系

依据《城市危险房屋管理规定》等相关法律规定作出的行政决定,系依

法行使职权,并且在履行职责过程中认定事实清楚,适用法律正确,程序

合法。

吉林省长春市中级人民法院经审理认为,2010年吉林省人民政府第

250号《使用土地批复》批准对九台市九台街道办事处向阳村的集体土

地实施征收,被上诉人的房屋在该征收范围内,故涉案房屋应当由征收部

门进行补偿后,按照征收程序予以拆除。九台住建局在征收部门未对王

江超等的房屋进行补偿的情况下对房屋作出紧急避险决定,不符合正当

程序,应予撤销。

吉林省长春市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第

七十条第(三)项、第八十九条第一款第(一)项的规定,作出如下判决: 驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

根据《城市危险房屋管理规定》的规定,危险房屋是指结构已严重

损坏或承重构件已属危险构件,随时有可能丧失结构稳定和承载能力,不

能保证居住和使用安全的房屋。对危险房屋鉴定及强制拆除等危险房屋

管理工作的目的系保障房屋所有人的居住和使用安全,促进城市房屋的

有效利用。据此,作为危险房屋管理工作的职能部门作出紧急避险决定

必须满足上述目的,即具有正当目的。行政行为目的正当性系行政行为

比例原则的重要组成部分。行政机关作出行政行为应当符合法律目的, 行政机关实施行政管理职能可以采用多种方式实现其行政目的,但应排

除不相关因素的干扰,避免采用损害当事人合法权益的方式进行。

本案中,2010年吉林省人民政府作出集体土地征收批复,批准对王江

超等人房屋所占的集体土地进行征收,九台市国土资源局作为集体土地

征收的实施部门在征收程序中,与王江超等对集体土地上房屋的补偿等

问题进行了沟通协商,发布了补偿告知并作出责令交出土地决定。据此, 征收实施单位已经对涉案房屋所占土地启动了征收程序,按照征收政策, 王江超等应当获得补偿。但在征收部门未对王江超等进行补偿的情况

下,九台住建局以城市房屋危险工作管理部门的身份介入集体土地征收

工作中,由王江超等被征收人所在街道办事处提出报告,将王江超等人的

房屋鉴定为D级危房,进行强制拆除,导致王江超等房屋未获得征收补偿

利益,违反了行政行为目的正当性原则。集体土地征收工作中,在征收补

偿问题达不成一致的情况下,征收部门可以与被征收人按照征收补偿相

关程序进行协商或复议、诉讼处理,必要的情况下可以对责令交出土地

决定进行强制执行,在对被征收房屋进行合理补偿的前提下强制拆除。

本案中,由九台住建局对被征收房屋进行危房鉴定并非出于保障房屋所

有人的居住和使用安全、促进城市房屋的有效利用的目的,而是配合房

屋征收部门达到拆除房屋之目的,显属不当,不应得到支持。

编写人:吉林省长春市中级人民法院 高婧明

54拆违案件中被告的确定和赔偿责任的承担

——吴红英诉吴江经济技术开发区管理委员会城建行政强制案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省苏州市中级人民法院(2017)苏05行终404号行政裁定书

2.案由:城建行政强制纠纷

3.当事人

原告(被上诉人):吴红英

被告(被上诉人):吴江经济技术开发区管理委员会(以下简称开发区

管委会)

第三人(上诉人):张学金

【基本案情】

2012年5月26日,原告和第三人签订租地协议;2015年5月12日,双方

签订协议对涉案土地出租进行约定。2015年10月,被告下属城市管理行

政执法大队(以下简称城管大队)与第三人签订协议书,约定对涉案地块

上的建筑物、设施、堆积物进行清场,工作期间第三人应当配合城管大

队工作;约定在被告确定全部清理工作完成后,一次性补偿第三人人民

币150万元;工作内容及范围包括该地块内所有建筑物、围墙及设施,租

房户清场由第三人负责,城管大队可以适当参与,配合工作,但不承担任

何经济补偿。2016年9月9日,原告向被告申请国家赔偿,称2016年1月22

日被告在没有向原告送达任何手续的情况下组织相关单位将其房屋进行

拆除,但被告没有进行赔偿,因此请求法院依法判令被告赔偿原告财产损

失65万元。

【案件焦点】

1.谁是本案的适格被告;2.举证责任如何分配;3.赔偿数额如何确

定。

【法院裁判要旨】

江苏省苏州市吴江区人民法院经审理认为:第一,被告根据《中华人

民共和国城乡规划法》第六十五条和《苏州市城乡规划条例》第六条第

三款关于“镇人民政府依法做好城乡规划管理的相关工作”的规定,有

对城乡进行规划管理的行政职权。第二,即使没有发现被告工作人员身

穿制服,也不能排除其是在参加执法活动的可能性,故采信原告的主张即

拆除原告所建构筑物的行为应由被告承担责任。第三,本案被告对原告

的违法建筑尚未作出行政决定,在此情况下即实施拆除行为,属于程序违

法。本案中,原告被拆除的建筑物等为违法建筑,依照《中华人民共和国

国家赔偿法》的规定,对违法建筑损害部分不予赔偿,但因在本案中被告

因违反行政程序进行的违法拆除,故不宜将整个违法建筑认定为违法利

益。被告在实施拆除行为前未通知原告,客观上剥夺了原告自行小心拆

除、尽量保留建材使用价值的机会,故被告应当对其强制拆除引起的建

筑材料及其辅料的损失与原告自行小心拆除而引起的损失之间的差额进

行赔偿。第四,本案中,原告对被告拆除的建筑物主张行政赔偿,并进行

了一定的举证,而被告违反法定程序对违法建筑进行拆除,没有履行证据

保全的义务,导致现场损失的具体数额无法得到有效确定。因此,法院不

能将损失无法确定的举证责任简单归于原告或者被告,而应根据原告举

证情况以及被告在证据保全方面的过错进行重新分配。江苏省苏州市吴

江区人民法院遂判决如下:

一、确认开发区管委会作出的行政强制行为违法; 二、开发区管委会赔偿原告人民币14万元。

张学金不服,向江苏省苏州市中级人民法院提起上诉。江苏省苏州

市中级人民法院经审理认为:原审判决确认开发区管委会作出的行政强

制行为违法,并由开发区管委会赔偿吴红英人民币14万元,这一判决结果

既未要求原审第三人承担义务,也没有减损其权益,故张学金无权就本案

提起上诉。据此,依照《中华人民共和国行政诉讼法》第二十九条第二

款、《最高人民法院关于适用<中华人民共和国行政诉讼法>若干问题的

解释》第三条第一款第(十)项之规定,裁定:

驳回张学金的上诉请求。

【法官后语】

违法建筑拆除是一个困扰行政机关和法院很久的问题,一个基本的

共识是:拆违不能违拆。涉违法建筑拆除所涉的行政诉讼案件常遇到以

下几个问题:第一,拆除主体是谁;第二,举证责任如何分配;第三,赔偿数

额如何认定。本案虽然不复杂,但以上三个问题都涉及了。具体而言,争

议主要如下:

一、关于谁是本案的适格被告

原告认为是被告拆的,被告和第三人则认为是案外人所为。笔者认

为根据本案的具体情况,应当推定开发区管委会是本案的适格被告。具

体理由有:1.开发区管委会具有拆除涉案构筑物的法定职权。根据《中

华人民共和国城乡规划法》第六十五条和《苏州市城乡规划条例》第六

条第三款关于“镇人民政府依法做好城乡规划管理的相关工作”的规

定,被告与同里镇人民政府实行“区镇合一”,有对域内城乡进行规划管

理的行政职权。2.原告提供了被告实施涉案行为的初步证据。原告提供

了被告下属城市管理行政执法大队与第三人签订的协议书以及原告申请

作证证人的证言,且原告提到曾向公安机关报警。3.被告为涉案行为的

受益者。被告本来就要对涉案构筑物进行拆除,对涉案构筑物进行拆除

符合公共利益,也符合开发区管委会进行行政管理的本意。4.被告虽提

出应由案外人承担,但未能提供任何证据,应当承担举证不能的法律后

果。

二、关于举证责任分配问题

笔者认为应当根据案件的实际情况在原告和被告之间合理分配举证

责任。本案中,原告对被告拆除的建筑物主张行政赔偿,并进行了一定的

举证,而被告违反法定程序对违法建筑进行拆除,没有履行证据保全的义

务,导致现场损失的具体数额无法得到有效确定。因此,法院不能将损失

无法确定的举证责任简单归于原告或者被告,而应根据原告举证情况以

及被告在证据保全方面的过错进行重新分配。

三、赔偿数额如何认定

本案中,被告因违反行政程序进行违法拆除,不宜将整个违法建筑认

定为违法利益。被告在实施拆除行为前未通知原告,而客观上剥夺了原

告自行小心拆除、尽量保留建材使用价值的机会,故被告应当对其强制

拆除引起的建筑材料及其辅料的损失与原告自行小心拆除而引起的损失

之间的差额进行赔偿。另外,涉案行为导致相对人存放于违建内的物品

毁损,行政机关应承担相应赔偿责任。如果当事人对物品价值存在争议, 行政机关未依法通知相对人到场、未依法履行制作室内存放物品财物清

单等证据固定义务,导致违建内的物品毁损情况事实不清的,如相对人可

以提供初步证据证明违建内的物品情况,行政机关无相反证据的,法院将

酌情确定赔偿数额、判决行政机关承担相应的赔偿责任。即便是违法建

筑,建筑材料仍然是有价值的物品。当事人对这些材料仍然享有所有权, 可以自行拆除,挪作他用。本案中,法院到住建局和工程造价单位,就涉

案建筑的材料费等进行了核定,并酌情判决赔偿14万元。判决后,原、被

告均未提起上诉,第三人的上诉已经被驳回,被告也已经履行了相关法律

义务,本案实现了案结事了。

编写人:江苏省苏州市吴江区人民法院 秦绪栋

55非“在建”状态违建不适用“快拆”机制

——范木瓜诉厦门市同安区城市管理行政执法局、厦门市同安区人

民政府城建行政处罚案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市集美区人民法院(2017)闽0211行初82号行政判决书

2.案由:城建行政处罚纠纷

3.当事人

原告:范木瓜

被告:厦门市同安区城市管理行政执法局(以下简称同安行政执法

局)

被告:厦门市同安区人民政府(以下简称同安区政府)

【基本案情】

2016年12月19日,被告同安行政执法局作出询问通知

书(No:0009690),要求原告范木瓜于2016年12月19日15时至同安行政执

法局祥平中队接受询问。2016年12月31日,被告同安行政执法局作出责

令改正违法行为通知书(No.0014356),要求原告范木瓜于2017年1月3日

至同安行政执法局祥平中队接受询问。2017年1月5日,被告同安行政执

法局作出厦同城执限拆〔2017〕57号《责令限期拆除决定书》,要求原

告在2日内将存放于以上建筑物内的财物搬迁完毕,并自行拆除违法建设

的住宅、附属及遮雨棚,逾期未拆除的,该局将组织强制拆除。2017年1

月11日,原告向被告同安区政府提出复议申请,请求依法撤销厦同城执限

拆〔2017〕57号《责令限期拆除决定书》。2017年4月11日,同安区政府

作出厦同政行复〔2017〕3号行政复议决定书,维持厦同城执限拆

〔2017〕57号《责令限期拆除决定书》。

另查明,案涉建筑物无合法权属证明或用地审批手续。在被告同安

行政执法局对案涉建筑物进行查处时,案涉建筑物未处于在建状态。

【案件焦点】

1.被告同安行政执法局作出案涉责令限期拆除决定书程序是否合

法;2.被告同安区政府作出的复议决定有无事实和法律依据,程序是否合

法。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市集美区人民法院经审理认为:根据《厦门经济特区城

市管理相对集中行使行政处罚权规定》第五条第(二)项、第(三)项之规

定,被告同安行政执法局作为集中行使城市管理行政处罚权的执法机关, 具有查处辖区内的违法建设、非法占地案件的法定职权。案涉建筑物在

被查处时未处于在建状态,不属于《厦门经济特区城市管理相对集中行

使行政处罚权规定》第二十四条所规定的“在建的违法建筑物、构筑

物”。被告同安行政执法局作出案涉决定书系因原告之行为违反《中华

人民共和国土地管理法》第二条第三款之规定,根据《中华人民共和国

土地管理法》第七十六条、第七十七条之规定对原告之行为作出处罚, 其应当符合行政处罚相应的程序要求。但根据在案证据,被告同安行政

执法局作出案涉拆除决定书未对原告进行罚前告知,未保障原告陈述、

申辩之权利,属于程序违法,被告同安区政府经复议后予以维持亦属不

当。原告请求撤销被告同安行政执法局作出的厦同城执限拆〔2017〕57

号《责令限期拆除决定书》及被告同安区政府作出的厦同政行复

〔2017〕3号行政复议决定书,有相应的事实与法律依据,应予支持。

一审法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第(三)项之

规定,判决如下:

一、撤销被告厦门市同安区城市管理行政执法局于2017年1月5日作

出的厦同城执限拆〔2017〕57号《责令限期拆除决定书》; 二、撤销被告厦门市同安区人民政府于2017年4月11日作出的厦同

政行复〔2017〕3号《行政复议决定书》。

该案一审宣判后,原、被告双方均未上诉。该判决现已生效。

【法官后语】

《中华人民共和国行政强制法》第四十四条规定,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。一般来说,对该条文所规

定的“建筑物、构筑物、设施”的理解,指的是已经完工的“建筑物、

构筑物、设施”。违法建设具有搭建容易、拆除困难的突出特点,由此

也产生了另外一个问题,即对于在建、尚未完工的“建筑物、构筑物、

设施”,如果也适用该条款,就难以确保拆违程序的便捷、顺遂、及时、

有效。

出于对执法效率及最大限度地减少违法当事人损失、降低执法成

本、提升执法效果的考量,针对现行《中华人民共和国行政强制法》的

法律困境,很多地方出台了相关的“即查即拆”或“快处机制”的制度

设计。

因为建筑物、构筑物、设施等是重要财产,涉及价值较大,多数还关

系到当事人的生产生活,影响到城市的有序发展和建筑物周围许多人的

利益,涉及面广,社会影响大,社会关注度高,所以行政机关对于在建违建

在适用“即查即拆”或“快处机制”时应符合相关程序及条件。

本案中,原告确认案涉建筑物无合法权属证明或用地审批手续。但

原、被告亦确认,被告对案涉建筑物进行查处时,案涉建筑物未处于在建

状态。故不属于在建违法建设,不应适用“即查即拆”或“快处机

制”。被告同安行政执法局作出案涉拆除决定书未对原告进行罚前告

知,未保障原告陈述、申辩之权利,属于程序违法,被告同安区政府经复

议后予以维持亦属不当,故判决撤销案涉拆除决定书及复议决定书。

编写人:福建省厦门市集美区人民法院 蓝水凤

56违法建筑不构成行政行为违法性的阻却事由

——章裕能诉台州市黄岩区人民政府澄江街道办事处政府行政强制

案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

浙江省台州市中级人民法院(2017)浙10行终238号行政裁定书

2.案由:政府行政强制纠纷

3.当事人

原告(上诉人):章裕能

被告(上诉人):台州市黄岩区人民政府澄江街道办事处(以下简称澄

江街道办事处)

【基本案情】

2016年3月7日,台州市黄岩区“三改一拆”行动领导小组办公室(以

下简称区“三改一拆”办公室)作出《限期拆除决定书》,认定原告章裕

能在本区澄江街道星江村153号搭建建筑物、构筑物的行为违反了相关

法律、法规的规定,责令原告在2016年3月12日前自行拆除上述违法建

筑,逾期不拆除的,将依法强制拆除。原告不服该《限期拆除决定书》, 逾期未拆除上述房屋。2016年3月14日下午,被告澄江街道办事处为对上

述房屋予以强制拆除,组织人员将上述房屋内的家具、衣服等财物予以

强制搬移。

另查明,原告不服区“三改一拆”办公室作出的《限期拆除决定

书》,向台州市中级人民法院提起行政诉讼,该院作出(2016)浙10行

初125号行政判决,对区“三改一拆”办公室作出的《限期拆除决定书》

予以撤销。目前该判决已发生法律效力。

原告章裕能起诉称:原告修理年久失修的澄江街道星江村153号老

屋。2016年3月7日,区“三改一拆”办公室在没有进行实地调查并听取

原告陈述、申辩和告知原告听证权利的情况下,作出《限期拆除决定

书》。2016年3月14日,被告指派几十人强行闯入原告住宅,对原告房屋

内的物品强制搬离,门窗被严重破坏,家具、衣物、机器设备、五金件等

物品因被告未落实专人保管等原因大部分丢失或严重损坏。由于被告无

权实施行政强制措施,其实施的搬离行为主体不适格,且被告未进行现场

勘验、未现场制作笔录、未告知听证权利等,程序违法。现区“三改一

拆”办公室作出的《限期拆除决定书》因超越职权被台州市中级人民法

院判决撤销,故请求判令被告赔偿原告经济损失136125元。

被告澄江街道办事处答辩称:第一,区“三改一拆”办公室主体适

格,作出的《限期拆除通知书》事实清楚,证据确实、充分,程序合法。

1.“三改一拆”是指浙江省委省政府决定,自2013年至2015年在全省深

入开展改造和拆除违法建筑三年行动。区“三改一拆”办公室虽是临时

机构,但其作出《限期拆除通知书》是被允许的。2.《限期拆除通知

书》中涉及的原告房屋确系违法建筑,应予拆除的基本事实清楚,证据确

实、充分。在《限期拆除通知书》作出前后,相关工作人员多次上门工

作,反复劝说,说明被告房屋属“三改一拆”范围,并告知逾期拆除可能

造成的后果。原告的权利得到了切实保障,程序合法,只是原告的一意孤

行才造成今天的局面。2016年3月14日对原告的家具、衣物等进行搬离

是答辩人指派人员依法搬离。第二,原告要求确认行政行为违法、行政

赔偿等诉讼请求于法无据。原告行政行为合法。本案中,虽然区“三改

一拆”办公室作出《限期拆除通知书》和部分实施了强制拆除行为,但

由于涉案的原告房屋不具合法性,原告主张损害赔偿没有法律依据。综

上,要求驳回原告的不当请求。

【案件焦点】

作为行政强制对象的违法建筑能否构成被告行政强制行为违法性的

阻却事由。

【法院裁判要旨】

一审法院经审理认为:被告澄江街道办事处为执行区“三改一

拆”办公室作出的《限期拆除决定书》,于2016年3月14日组织人员将原

告章裕能涉讼房屋内的家具、衣服等财物予以强制搬离,事实清楚。被

告上述强制搬离行为是强制拆除原告违法建筑的组成部分,属于实施行

政强制执行权的行为。《中华人民共和国行政强制法》第三十四条规

定:“行政机关依法作出行政决定后,当事人在行政机关决定的期限内不

履行义务的,具有行政强制执行权的行政机关依照本章规定强制执

行。”这就要求行政决定必须依法作出,才能保障行政强制执行行为的

合法性。如果行政决定本身就是违法的,则依据该行政决定实施的行政

强制执行行为当然违法。结合本案,区“三改一拆”办公室作出的《限

期拆除决定书》因不具有合法性,已经被人民法院生效的行政判决予以

撤销,故该《限期拆除决定书》不能作为行政强制执行行为的合法依

据。退一步说,即便该《限期拆除决定书》合法,被告在实施上述行政强

制执行行为前未按照《中华人民共和国行政强制法》的有关规定履行催

告、听取陈述和申辩等程序事项,其行为在程序上也不具有合法性。据

此,依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十四条第二款第(一)项和

《中华人民共和国行政强制法》第三十四条之规定,判决如下: 被告台州市黄岩区人民政府澄江街道办事处于2016年3月14日强制

搬离原告章裕能坐落本区澄江街道办事处星江村153号房内财物的行政

强制行为违法。

一审宣判后,被告澄江街道办事处提起上诉,二审中又申请撤回上

诉。

二审法院经审理认为:上诉人申请撤回上诉系其真实意思表示,且不

违反法律规定,对其撤诉申请应予以准许。据此,依照《中华人民共和国

行政诉讼法》第六十二条之规定,裁定准许上诉人台州市黄岩区人民政

府澄江街道办事处撤回上诉。现一审判决已发生法律效力。

【法官后语】

涉案房屋确属违法建筑,被告澄江街道办事处据此抗辩称,其行政强

制行为具有正当性与合法性。笔者认为:未经法定程序不得对违法建筑

实施行政强制行为,违法建筑不构成行政强制行为违法性的阻却事由。

一、涉案行政行为违法性的构成

1.涉案行政行为缺乏依据

2.涉案行政行为违反了法定程序

依法行政是行政行为的必备要件之一。在其他构成要件具备的情况

下,若行政机关违反法定程序,也将构成违法行政行为。被告澄江街道办

事处在对原告章裕能违法建筑搬离前,未履行必备程序,违反了法定程

序,由此也构成违法行政行为。

二、违法建筑并不构成行政行为违法性的阻却事由

1.从法益来看,非法建筑亦属于限制性保护的法益

对于法律保护的权益,学理上存在三种观点:一是“本权说”,即法

律只保护合法的所有权及其衍生的权利;二是“占有说”,即法律保护物

权主体对物权的事实占有;三是“折中说”,即公私财产所有权及租赁

权、借贷权等本权以及未经法定程序没收的财产利益,均受保护。

笔者同意第三种观点,认为未经法定程序没收的财产利益应受限制

性保护,理由如下:(1)法律保护的不仅是一种财产权利,更是一种和平、

稳定的社会秩序。(2)涉案非法建筑依法受到限制。非法建筑在一定程

度上受到保护,并不意味着等同于合法建筑。(3)附着在非法建筑上的动

产是合法财产。

2.从保护程度看,违法拆除应被禁止

3.行政行为的正当目的不构成行为违法性的阻却事由

编写人:浙江省台州市黄岩区人民法院 应海波 刘宇鸣

57公安机关对不在案发现场的当事人作出的口头

传唤行为违法

——陈树柏诉重庆市丰都县公安局行政强制案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

重庆市第三中级人民法院(2017)渝03行终22号行政判决书

2.案由:行政强制纠纷

3.当事人

原告(被上诉人):陈树柏

被告(上诉人):重庆市丰都县公安局

【基本案情】

陈树柏系丰都县双路镇人民政府工作人员。2016年5月30日中午,陈

树柏在丰都县双路镇楠木村村委活动室因工作琐事与同事曾红星发生纠

纷。丰都县公安局城东派出所接警后,派民警吴林和三名辅警前往纠纷

现场进行调查,城东派出所双路警务室社区民警文学也接到通知赶到纠

纷现场协同调查。民警到达纠纷现场后,因陈树柏已离开,经调查得知陈

树柏已下乡扶贫。办案民警经电话请示派出所负责人后,决定将陈树柏

口头传唤至派出所接受调查。办案民警遂驾车下乡寻找陈树柏,在楠木

村9组的乡村道路上与陈树柏乘坐的车辆相遇。民警吴林与三名辅警下

车走到陈树柏车外,向陈树柏表明身份,并告知陈树柏现在是口头传唤,

如其不配合,将采取强制传唤。陈树柏下车后有转身的行为,办案民警遂

对陈树柏使用手铐约束并强制传唤至城东派出所进行调查。调查时,丰

都县公安局告知了陈树柏依法享有的权利义务,并对陈树柏随身携带的

物品进行了安全检查、登记和保管。陈树柏于2016年5月31日0时许回

家。

【案件焦点】

重庆市丰都县公安局对陈树柏作出的口头传唤行为是否合法。

【法院裁判要旨】

重庆市涪陵区人民法院经审理认为:丰都县公安局是适格被告,其接

到报案,经初步走访了解后,认为需要传唤陈树柏接受调查,因在乡村道

路上与陈树柏相遇,遂对陈树柏进行口头传唤。但丰都县公安局在执行

强制传唤的过程中,仅有一名民警和三名辅警在场实施执行,不符合《中

华人民共和国行政强制法》第十七条第三款“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”和第十八

条“行政机关实施行政强制措施应当遵守下列规定……(二)由两名以上

行政执法人员实施……”的规定。丰都县公安局对陈树柏实施强制传唤

措施的程序不合法,依法应当确认违法。

重庆市涪陵区人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十

四条第二款第(一)项之规定,判决如下:

确认被告丰都县公安局于2016年5月30日对原告陈树柏实施的强制

传唤措施违法。

重庆市丰都县公安局不服一审判决,提起上诉。重庆市第三中级人

民法院经审理认为:本案强制传唤系丰都县公安局在作出行政处罚前,对

违法行为人采取的程序性调查取证措施,陈树柏对该传唤措施不服,以丰

都县公安局作为被告提起诉讼,亦无不当。原审判决认定丰都县公安局

一名民警和三名辅警实施强制传唤的事实与本院审理查明的事实不符, 本院予以纠正。根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第八十二条第

一款的规定,需要传唤违反治安管理行为人接受调查的,经公安机关办案

部门负责人批准,使用传唤证传唤。对现场发现的违反治安管理行为人, 人民警察经出示工作证件,可以口头传唤。该条第二款规定,对无正当理

由不接受传唤或者逃避传唤的人,可以强制传唤。本案中,办案民警在对

案件进行调查时,所涉纠纷已经结束,陈树柏已下乡扶贫不在案发现场, 丰都县公安局需要传唤陈树柏接受调查,应按照上述法律规定,经负责人

批准使用传唤证传唤。本案不属于可适用口头传唤的情形,故缺乏强制

传唤的前提。因此,丰都县公安局实施的强制传唤措施不合法,应予撤

销,但因该传唤措施已经实施完毕,不具有可撤销内容,一审判决确认违

法的裁判结果正确,本院予以维持。

重庆市第三中级人民法院依据《中华人民共和国行政诉讼法》第八

十九条第一款第(一)项之规定,判决如下:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

根据《中华人民共和国行政强制法》的规定,我国将行政强制分为

行政强制措施和行政强制执行,本案被诉行政行为是公安机关作出的强

制传唤行为,是一种强制措施,通过对行政强制措施的司法识别,可以认

定本案公安机关作出的口头传唤行为与行政强制措施的限制性不符。

一、强制传唤行为的性质

根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第八十二条“需要传唤违

反治安管理行为人接受调查的,经公安机关办案部门负责人批准,使用传

唤证传唤。对现场发现的违反治安管理行为人,人民警察经出示工作证

件,可以口头传唤……对无正当理由不接受传唤或者逃避传唤的人,可以

强制传唤”的规定,强制传唤行为是当被传唤人无正当理由不接受传唤

或者逃避传唤时而作出的具体行政行为。因此,强制传唤行为本身存在

两层含义:第一,传唤决定;第二,对传唤决定的强制实施行为,即强制传

唤行为可以分为传唤决定的“基础行为”和实施该行政决定的“执行行

为”。

传唤决定这一“基础行为”可以分为两种方式:传唤证和口头传

唤。实施行为这一“执行行为”也可以分为两种:行政相对人配合履

行“容忍”或“不作为”的义务而使得该行为得以执行;行政相对人不

履行“容忍”或“不作为”的义务而使得该行为需由行政主体强制执

行。从行政相对人的“容忍”或“不作为”的义务来看,无论是行政相

对人配合实施,还是行政主体强制执行,都与行政强制执行中强制行政相

对人履行的“作为”义务有明显区别。因此,强制传唤行为是一种行政

强制措施。

二、从行政强制措施的司法识别角度来看,“案发现场”是公安机

关作出口头传唤的合法性前提

根据《中华人民共和国行政强制法》第二条第二款的规定,行政强

制措施是指行政主体在行政管理过程中,为制止违法行为、防止证据损

毁、避免危害发生、控制危险扩大等情形,依法对公民的人身自由实施

暂时性限制,或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的

行为。因此,从文义解释来看,合法的行政强制措施至少有以下四个特

点:第一,行政性,即行政强制措施是有权的行政主体以法定程序作出的

行政行为;第二,控制性,即具有强制性,能够对行政相对人的人身或财产

权益进行一定的强制控制;第三,暂时性,即该措施并非对行政相对人相

关权利的最终处分;第四,限制性,即采取行政强制措施应当进行限制,其

适用条件必须是“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”。因此,从本案来看,公安机关的口头传唤行为虽然

符合上述行政性、控制性和暂时性特点,但由于口头传唤并非在案发现

场作出,与限制性特点相悖,既不符合《中华人民共和国治安管理处罚

法》第八十二条第一款的规定,又不符合《中华人民共和国行政强制

法》第二条第二款的规定,应被认定为违法。

编写人:重庆市第三中级人民法院 李昊 袁钦明

七、行政赔偿

58看守所救治不及时是否应当承担赔偿责任

——陈长红、李小梅诉融水苗族自治县公安局不履行人身保护法定

职责及行政赔偿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区柳州市中级人民法院(2017)桂02行赔终2号行政判

决书

2.案由:不履行人身保护法定职责及行政赔偿纠纷

3.诉讼双方

原告(上诉人):陈长红、李小梅

被告(上诉人):融水苗族自治县公安局(以下简称融水县公安局)

【基本案情】

2016年3月29日,陈军因涉嫌盗窃罪被被告融水县公安局抓获,3月30

日被刑事拘留,同日21时40分,刚进看守所的陈军随民警莫永忠、肖敦耀

到看守所生活用品保管仓库领取床上用品时突然倒地,口吐白沫,四肢抽

搐,不省人事,在场的民警用对讲机呼叫所医,21时56分所医黄岳到场,并

同苏醒后的陈军进行了一些对话,后将其关进监舍,视频中所医没有釆取

救治措施。3月31日凌晨2时54分,陈军在床上四肢抽搐,口吐白沫,同监

舍人员报警,值班民警吴彦明、陈熹在8分钟后赶到查看,视频未反映出

对病人采取相应治疗措施的情况。3月31日7时10分,陈军起床时四肢抽

搐,从床上滚落床底,头部重撞水泥地,同监舍人员报警,7时17分,陈军自

己苏醒,7时25分,陈军爬起来坐在自己床头,7时27分放风时,陈军歪歪斜

斜地走出监舍,7时57分,陈军走到一个门口时站立不稳又倒在地上。在

此过程中,没有民警到场处置。8时24分,所医黄岳在监舍门外喊取药,同

监舍的其他几个人先围着监舍门的取物口,之后陈军也跟上去,但视频中

没有陈军取到药并服用的情况。3月31日10时43分,陈军在放风场院边监

舍门口倒地,头部倒进监舍门内,同监舍人员报警,10时46分民警吴永高

到场,简单了解后离开,10时47分,所医黄岳、何茜到场,但并未采取任何

治疗措施,之后,陈军自己从地上爬起,所医黄岳、何茜随后也离开。3

月31日14时36分,陈军在放风场内行走中突然后倒,后脑撞着桌子边,不

省人事,同监舍人员报警,14时37分,民警莫永忠到场,与围观的人员简单

对话后离开。15时民警莫永忠又来到现场,陈军还倒地未醒,也未见被告

采取任何抢救措施,15时4分,所医何茜到场, 15时10分,看守所所长何世

南与几名民警用担架将陈军抬出监舍,送融水县人民医院诊治并转柳州

市工人医院抢救,但陈军还是抢救无效死亡。经广西金桂司法鉴定中心

法医病理司法鉴定,结论为陈军系外伤性颅内出血并发支气管肺炎死

亡。2016年7月10日,原告以被告融水县公安局不正确履行法定职责为

由,向被告提出国家赔偿申请,同年8月15日,被告融水县公安局决定不予

赔偿。原告不服,依法提起行政诉讼,要求被告赔偿各项损失共计

1464820元。

【案件焦点】

1.被告在对死者陈军的监管过程中有没有违法行为,这种行为与陈

军的死亡后果有没有因果关系;2.被告的不予赔偿决定有没有事实和法

律依据,对于陈军的死亡后果,被告应不应该承担行政赔偿责任。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区融水苗族自治县人民法院经审理认为:关于被告在

对死者陈军的监管过程中有没有违法行为,这种行为与陈军的死亡后果

有没有因果关系的问题,原告认为,被告融水县公安局在发现死者陈军多

次重复出现相同症状并撞到头部等重要部位,无法正常行走的情况下,仍

未采取就医诊治措施,致使陈军第四次、第五次病情发作,头部多次被重

撞,最后颅内出血抢救不及时死亡,如果被告严格按照《中华人民共和国

看守所条例》的有关规定,在陈军发生前两次异常情况就送医院诊断治

疗的话,陈军就不会死亡,因此,陈军的死亡后果与被告的违法行为有直

接的因果关系。被告则认为,陈军因涉嫌犯盗窃罪被羁押,被告在收押、

监管过程中发现陈军出现异常情况后,及时给陈军服药两次,不存在违法

行为,陈军的死亡是其自身原因造成的,与被告的监管行为不存在因果关

系。本院认为,就本案而言,判断被告的行为是否违法,要看陈军在出现

异常情况后,被告是否采取了适当的救济措施,视频资料中没有发现被告

对陈军采取救济措施的情况,被告虽向法庭提供了所医黄岳两次给死者

陈军的用药记录凭证,但被告对陈军同监人员的调查材料和调查结论都

没有相应的记载,是孤证,无法形成证据链,因此,对被告融水县公安局的

辩解,不予支持。

关于被告的不予赔偿决定有没有事实和法律依据,对于陈军的死亡

后果,被告应不应该承担行政赔偿责任的问题,原告认为,被告未尽到严

密看管、保证人身安全的行政职责,疏于管理,监管失职,导致陈军因患

病未得到及时医治而死亡,被告应承担赔偿责任。被告所作出的不予赔

偿决定应予撤销。被告认为作出不予赔偿的决定,认定事实清楚、证据

确实充分、适用法律正确,应驳回原告的诉讼请求。一审法院认为,具体

行政行为的作出要有相应的事实和法律依据,《中华人民共和国看守所

条例》第四条规定,看守所监管人犯必须坚持严密警戒看管与教育相结

合的方针,保障人犯的合法权益;第二十六条又规定,看守所应当配备必

要的医疗器械和常用药品,人犯患病应当给予及时治疗,需要到医院治疗

的,当地医院应当负责治疗,病情严重的,可以依法取保候审。根据《中

华人民共和国看守所条例实施办法(试行)》第十六条第一款的规定,值

班干警发现问题,要果断采取有效措施,及时处置,并按规定向上级报

告。本案中,死者陈军连续多次出现异常情况,被告的工作人员并没有按

规定进行必要的诊断救治,违反了上述法律法规规定,与陈军的死亡有直

接的因果关系,应当承担赔偿责任。但本案中,死者陈军本身有疾病,应

分清各方责任大小。死者陈军在第一次发病时,被告已明确要求其少活

动,注意休息,但死者陈军仍到放风场内活动,因此,对死亡后果的发生应

承担主要责任,即60%。被告融水县公安局应当承担次要责任,即40%,根

据《中华人民共和国国家赔偿法》第三十四条第一款第(三)项的规定, 侵犯公民生命健康权造成死亡的,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。最高人民法院公布的国家上年度

(2015年)职工年平均工资为63241元。依此计算,被告融水县公安局应赔

偿的数额为63241元×20 ×40%=505928元。《中华人民共和国国家赔偿

法》第三十五条规定:“有本法第三条或者第十七条规定情形之一,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;造成严重后果的,应当支付相应的精神损害抚慰金。”根

据本案及当地生活水平等的实际情况,被告应支付原告精神损害抚慰金

人民币60000元。

综上所述,被告融水县公安局作出的融公赔字(2016)001号《国家赔

偿决定书》应予撤销,原告的诉讼请求应予支持。依照《中华人民共和

国行政诉讼法》第七十条第一款、第二款,《中华人民共和国看守所条

例》第四条、第二十六条,《中华人民共和国国家赔偿法》第三十四条

第一款第(三)项、第三十五条的规定,判决如下:

一、撤销被告融水苗族自治县公安局2016年8月15日作出融公决字

〔2016〕001号《国家赔偿决定书》;

二、判令被告融水苗族自治县公安局赔偿原告死亡赔偿金人民币

505928元。支付原告精神损害抚慰金人民币60000元,两项合计565928

元,限在本判决生效后一个月内付清;

三、驳回原告的其他诉讼请求。

广西壮族自治区柳州市中级人民法院经审理认为:根据《中华人民

共和国看守所条例》第四条、第二十六条之规定,看守所监管人犯,必须

坚持严密警戒看管与教育相结合的方针,保障人犯的合法权益;看守所应

当配备必要的医疗器械和常用药品,人犯患病应当给予及时治疗。本案

中,因陈军在融水县看守所关押期间连续多次出现异常情况,而融水县看

守所工作人员并未按照上述规定采取有效的措施对其进行必要的诊断救

治,故与陈军的死亡有直接因果关系,应承担相应的赔偿责任。但因陈军

生前发病后未根据自身的情况少活动、多休息,仍到放风场地活动导致

碰撞,后经抢救无效死亡,故其对此亦应承担相应的责任。一审判决依此

确定双方的责任大小并判令融水县公安局支付陈长红、李小梅相应的死

亡赔偿金、丧葬费与精神损害抚慰金,认定事实清楚,证据确凿,并无不

当。融水县公安局上诉称陈军的死亡与融水县看守所无直接因果关系, 而陈长红、李小梅则上诉称陈军不应对其自身的死亡承担相应的责任, 但双方均未能提交充分有效的证据支撑其主张,本院不予支持。

另,根据《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》

第三十四条之规定,人民法院对赔偿请求人未经确认程序而直接提起行

政赔偿诉讼的案件,在判决时应当对赔偿义务机关致害行为是否违法予

以确认。本案中,陈长红、李小梅在融水县公安局的 行为未经有权机关

确认是否违法之前便直接向法院提起行政赔偿诉讼,而一审判决虽然在

事实理由部分对融水县公安局的行为进行了分析论证,亦明确了该行为

的违法性,但在主文部分未对此进行相应的确认和表述,违反了前述规定

的要求。如此,判令融水县公安局承担相关责任、支付相关费用将缺乏

相应的前提依据,本院在此予以纠正。此外,从陈长红、李小梅在诉状中

的陈述来看,其诉讼请求包括要求撤销融水县公安局作出的不予赔偿决

定,并判令融水县公安局支付前述费用,虽然确定的金额与陈长红、李小

梅主张的并不完全一致,但二人的全部诉请实质上均已得到支持。因此, 一审判决主文第三项关于“驳回原告的其他诉讼请求”的表述有误,本

院在此予以纠正。至于陈长红、李小梅认为一审法院收取其案件受理费

不合法的诉讼观点,本院认为,如前所述,因本案属赔偿请求人未经确认

程序而直接提起的行政赔偿诉讼案件,人民法院在判决时应当对赔偿义

务机关的行为是否违法予以确认,故收取相应的案件受理费并无不当。

广西壮族自治区柳州市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉

讼法》第八十九条第一款第(二)项、《最高人民法院关于审理行政赔偿

案件若干问题的规定》第三十四条之规定,判决如下:

一、维持融水苗族自治县人民法院(2016)桂0225行初20号行政判决

第一项、第二项,即“一、撤销融水苗族自治县公安局2016年8月15日作

出的融公决字〔2016〕001号《国家赔偿决定书》;

二、判令融水苗族自治县公安局赔偿陈长红、李小梅死亡赔偿金人

民币505928元,支付陈长红、李小梅精神损害抚慰金人民币60000元,两

项合计565928元,限在一审判决生效后一个月内付清;

三、撤销融水苗族自治县人民法院(2016)桂0225行初20号行政判决

第三项,即“驳回原告的其他诉讼请求”;

四、确认融水苗族自治县公安局未对陈军正确履行人身保护法定职

责的行政行为违法。

【法官后语】

近几年来,犯罪嫌疑人、被告人在羁押场所突发急病或因病死亡的

现象增多,如何保障其人权成为热议的话题。就本案而言,看守所是否具

有不履行法定职责的情形以及该行为与死者的死亡后果是否存在因果关

系,是本案争议的焦点之一。

根据《中华人民共和国看守所条例》第四条、第二十六条之规定, 看守所监管人犯,必须坚持严密警戒看管与教育相结合的方针,保障人犯

的合法权益;看守所应当配备必要的医疗器械和常用药品,人犯患病应当

给予及时治疗。也就是说,看守所作为犯罪嫌疑人、被告人审前羁押机

构,不仅仅担负着防止犯罪嫌疑人、被告人逃跑,保证审判活动顺利进行

的职责,同时,犯罪嫌疑人、被告人虽然被限制了人身自由,但其依法享

有的实体权利和诉讼权利也要得到保护,尤其是犯罪嫌疑人、被告人的

生存权,对自我救济不能的犯罪嫌疑人、被告人,看守所应当及时安排救

治,对此《中华人民共和国看守所管理条例》第二条作了明确规定。本

案中,死者在看守所关押期间连续多次出现异常情况,而看守所工作人员

并未按照规定采取有效的措施对其进行必要的诊断救治,其行为与死者

的死亡存在直接的因果关系。被告虽然主张已在死者出现异常情况时采

取了相应的措施,但未能提交充分有效的证据予以证明,故看守所未能及

时分析判断死者的情况,未及时对犯罪嫌疑人进行有效的救治或送医而

导致其死亡,看守所在本案中存在一定的过错,应当承担相应的赔偿责

任。

看守所对犯罪嫌疑人的死亡存在一定的过错,但并不意味着由其承

担全部责任。犯罪嫌疑人生前发病,但其未根据自身的情况少活动、多

休息,仍到放风场地活动导致病发摔倒,头部与硬物碰撞后导致抢救无效

死亡,因此其亦应当承担相应的责任。

编写人:广西壮族自治区融水苗族自治县人民法院 刘琼琼

59拆除违法建筑过程中不当处置有利用价值的建

筑材料是否应承担赔偿责任

——陈达诉南通市通州区张芝山镇人民政府行政赔偿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省南通市中级人民法院(2017)苏06行赔终3号行政判决书

2.案由:行政赔偿纠纷

3.当事人

原告(上诉人):陈达

被告(上诉人):南通市通州区张芝山镇人民政府(以下简称张芝山镇

政府)

【基本案情】

2000年,陈达未经规划审批,在通州区张芝山镇通启桥村38组其住宅

后建设厂房1210.36m2。该建筑位于张芝山镇乡、村庄规划区内。后陈

达以上述厂房为经营场所注册个体工商户,用于经营织布、床上用品加

工、销售。2015年1月21日,张芝山镇政府向陈达作出《责令限期拆除违

法建设事先告知书》,告知拟作出《责令限期拆除违法建筑决定》的理

由、依据及享有陈述、申辩和听证的权利。2015年5月8日,张芝山镇政

府作出《责令限期拆除违法建筑决定书》,限于2015年5月11日前自行拆

除上述违法建筑,逾期不拆除的,被告将依法帮助拆除。2015年6月20日,

被告组织人员将陈达厂房内的物品搬离,未清点财产、未制作财产清单, 亦未明确由原告保管搬离的物品,后将厂房拆除,将搬出的物品直接堆放

在厂房外、原告房屋边,其中,纺织成品和半成品打包后整齐堆放,并加

盖雨布,其他财产包括机器设备等露天放置在场地,未采取任何保护措

施。之后如东县人民法院以程序违法为由判决确认张芝山镇政府强制拆

除陈达厂房的行为违法。该判决生效后,陈达向张芝山镇政府提出国家

赔偿申请,张芝山镇政府以未侵犯其合法权益为由决定不予赔偿。原告

认为张芝山镇政府未妥善保管原告的财产,要求赔偿其厂房损失、动产

损失、停产停业损失、设备搬迁费用等损失共计300余万元。被告认为, 违法建筑不属于赔偿范围,且被告对拆除后的财产采取了适当的保护措

施,未造成物品损坏,拆除后的财产堆放在原告家场地,原告未及时处理

财产造成的损失由其自行承担。

【案件焦点】

被告张芝山镇政府对原告强制拆除造成的损失该如何赔偿。

【法院裁判要旨】

江苏省如皋市人民法院经审理认为:张芝山镇政府强制拆除涉案厂

房行为已被生效判决书确认为违法,且拆除行为客观上给原告造成了财

产损失。

关于不动产损失。原告未经依法审批所建筑的厂房为违法建设,故

原告为建筑上述厂房所支出的人工费及其他费用并非合法损失,依法不

属于行政赔偿的范畴。对于被拆卸后尚有利用价值的物品,属于原告的

合法财产,但因原告负有自行拆除义务,即使由其自行组织拆除,亦不可

能完全保有原先的使用价值,可利用的价值应在材料费的70%左右,因张

芝山镇政府并未尽必要的谨慎义务,导致了该材料中70%的价值又有所毁

损,酌情认定因被告未采取保护性拆除所致可利用财产的损毁价值为材

料费70%中的70%。

关于动产损失。张芝山镇政府在拆除厂房之前,未制作财产清单,亦

未明确对搬离的物品由原告保管,对厂房内的财产直接放置在厂房外、

原告居住的房屋边,虽然将原告厂房内的纺织成品和半成品打包后整齐

堆放并加盖雨布,但是纺织品经雨淋、受潮后易毁损或贬值,仅加盖防雨

布并不能有效起到防雨防潮的作用和效果。而且,被告对其他财产也未

采取有效保护措施,致使财产损毁或贬值。当然,虽然被告未明确上述财

产交由原告保管,但是原告当时在场,且该财产放置在原告家屋后,原告

具备管理和控制上述财产的能力和条件,但是其未及时处置上述财产,放

任损失扩大,其应承担一定责任。综合考虑原、被告的责任大小,被告赔

偿动产损失的60%,其余损失由原告自行承担。

关于停产、停业损失及设备搬迁费用。根据《中华人民共和国国家

赔偿法》第三十六条第(八)项的规定,侵犯公民、法人和其他组织的财

产权造成损害的,按照直接损失给予赔偿。因原告案涉厂房系违法建筑, 应当予以拆除,即便原告自行拆除亦会产生上述费用或损失,而且停业损

失属于间接损失,亦不属于行政赔偿的范围,故对原告该主张不予支持。

据此,江苏省如皋市人民法院判决如下:

一、被告南通市通州区张芝山镇人民政府赔偿原告陈达财产损失

741297元,于本判决生效后一个月内履行;

二、驳回原告陈达的其他诉讼请求。

陈达、张芝山镇政府均提起上诉,南通市中级人民法院经审理,同意

江苏省如皋市人民法院的裁判意见。

【法官后语】

本案系违法强制拆除违法建筑所引起的行政赔偿案件。在此类案件

中,需要着重厘清赔偿范围及在原告对损害事实举证受阻的情况下如何

确定举证责任的问题。

一、关于赔偿范围

从《中华人民共和国国家赔偿法》第二条及《中华人民共和国行政

诉讼法》第七十六条的规定可以看出,行政赔偿责任的构成要件应当包

括行政行为的违法性、合法权益受到实际损害、实际损害与违法行政行

为存在因果关系。因此,在确定赔偿范围时主要考量损失是否为权利人

的合法财产遭受的损失、该损失与行政行为是否存在直接因果关系(间

接损失亦不属国家赔偿法规定的赔偿范围)。而违法建筑强制拆除引起

的行政赔偿案件中,最常见的损失为不动产(建筑物)损失、建筑物内的

动产损失、停产停业、设备搬迁损失等。

1.不动产损失

违法建筑不受法律保护,但公民的合法财产受法律保护,即违法建筑

的搭建人对建筑材料享有的所有权受法律保护,而该所有权仅应当为拆

除后的建筑材料享有的所有权,并非搭建人搭建时投入的建筑材料的所

有权。因为违法建筑不受法律保护,搭建人搭建时投入的建筑材料成本

系其对违法行为的投入,所以不属于其合法财产损失范围。

即便搭建人对拆除后的建筑材料享有所有权,但从现实可能性的角

度考虑,无论是搭建人自己拆除还是执法人员拆除,都不可能完全保有拆

除前的财产价值。因此,应当确定一个合理的损失率,该损失视为强制拆

除行为的附随结果。当然,在确定损失率时也应兼顾建筑物的成新率、

构造等因素。换言之,此合理损失率并非一个固定值,其可能因建筑物的

年限、构造不同而有所不同。

因为强制拆除具有合理的损失率,所以只有在拆除人暴力、野蛮拆

除,可能造成拆除后建筑材料再利用价值减少,亦即损失率明显超过合理

限度的情况下,才可能产生行政赔偿的后果。本案中,原告的厂房为砖混

结构、彩钢结构、砖木结构的厂房,认定合理损失率为30%,拆除不当致

可利用财产损失70%,认定赔偿率为49%。如果违法建筑刚刚建成,其合理

损失率认定20%也并无不可。

2.关于动产损失

对于拆除行为造成建筑物内部的动产损失的,拆除人应当承担责

任。因为该动产为权利人的合法财产,所以拆除人在拆除时对该合法财

产负有审慎注意和妥善安置的义务。如因拆除人明显未尽文明拆除义务

导致权利人该动产遭受损失的,拆除人应当全额赔偿。本案所涉动产损

失,法院要求原告分担的主要原因是原告有控制和管理动产不受损失的

能力和条件,其放任财产损失扩大,应分担责任。假设本案原告对动产无

控制和管理的能力和条件,则被告应赔偿全部动产损失。

3.关于停产停业、搬迁设备损失等

应当认定该部分损失与被告拆除厂房的行为无直接因果关系。因为

违法建筑应当予以拆除,即便原告自行拆除亦会产生上述费用或损失,所

以该损失不能列入行政赔偿的范围。

二、关于损害事实的举证责任

《中华人民共和国行政诉讼法》第三十八条第二款规定,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。因被告

的原因导致原告无法举证的,由被告承担举证责任。从结果意义上的举

证责任来讲,无论该条规定的是举证责任的转移还是举证责任的倒置,在

实践中都很难把握。例如,被告强制拆除时没有对拆除现场进行财产登

记、没有拆除现场视频资料,而原告提供的证据仅为自己制作的财产清

单,甚至是拆除前一段时间的盘货清单,如果按照该条规定,应由行政机

关对损失事实承担举证责任,而行政机关事实上又不能举证,那么导致的

结果可能是按照原告提供的证据认定损失。很显然,该结果有明显的不

合理性。本案情况便是如此,也正是基于对原告提供的关于动产损失证

据存疑,本案在鉴定过程中,法官和鉴定人均到现场进行了核查,在无法

对财产进行精准确认的情况下,采取了相对合理的标准,对原告的动产损

失进行了界定。因此,我们认为解决原告对损失举证受阻的思路是适当

降低原告损害事实的证明标准和合理的司法裁量,即在行政机关程序违

法导致原告证明受阻的情况下,损害赔偿事实证明标准应当降低,达到优

势证明标准即可,然后由法官在此基础上对原告主张的损害事实进行客

观、公平、合理的判定,排除明显不合理的损失。

编写人:江苏省如皋市人民法院 张弦

60国有土地上房屋强拆后如何确定赔偿标准

——王满意诉枣庄市薛城区人民政府行政赔偿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

山东省枣庄市中级人民法院(2017)鲁04行终22号行政赔偿判决书

2.案由:行政赔偿纠纷

3.当事人

原告(上诉人):王满意

被告(上诉人):枣庄市薛城区人民政府(以下简称薛城区政府)

【基本案情】

2008年2月28日,被告薛城区政府成立了城中村改造工作领导小组, 具体负责包括原告王满意所在村庄在内的城中村改造工作的组织实施。

2010年10月14日,被告工作人员通过摸底调查,明确了原告房屋面积

为300.24m2(其中主房面积245.64m2,补偿单价850元;配房面积54.6m2,补

偿单价600元);附属物共22项,补偿总计94918.35元。原告认为补偿标准

过低,拒绝签订补偿安置协议。2011年1月29日,原告住房被强制拆除。

2013年6月,原告在滕州市人民法院起诉,请求确认强拆其房屋违法。后

该院作出(2013)滕行初字第79号行政判决,确认薛城区政府强拆原告房

屋的行为违法,该判决现已生效。

本案审理中,2016年1月15日,被告提出评估申请,要求对原告房屋在

被拆除时点的相应价值进行评估认定。一审法院接受申请后,依法委托

鉴定机构进行评估。后评估公司于2016年8月24日出具了评估报告书,主

要内容为:“……估价对象在价值时点为一处宅基地房屋,土地性质为集

体土地。现其土地性质已变为国有出让土地,地上建有房地产楼盘。价

值时点:2011年1月29日,为估价对象房屋被拆除之日。估价结果:估价对

象房地产在价值时点的市场价值为人民币88.02万元。”原告对该评估

报告予以认可,而被告提出异议。

二审另查明,山东省人民政府于1995年1月12日作出《山东省人民政

府关于将枣庄市薛城区薛城镇北一村等无地农民的农村户口转为城镇居

民户口批复》(鲁政〔1995〕4号),同意枣庄市人民政府将薛城区薛城镇

东小庄村2664人的农村户口转为城镇居民户口。又查明,在另案当事人

魏德山夫妇诉薛城区政府行政赔偿一案中,王满意被拆除房屋坐落地东

小庄全村在1999年7月经山东省人民政府批准的《枣庄市城市总体规划

(1997—2010年)》中被确定为城市建设用地范围内。在2010年10月24日

的薛城区政府文件(薛政法〔2010〕65号)《关于申请薛城区常庄镇东小

村延续城中村改造政策的请示》中载明:“东小村因属国有土地,被纳入

棚户区改造范围。”还查明,根据另案原告魏德山夫妇的申请并结合本

案实际,该院在枣庄市房地产开发和房屋征收管理办公室调取了2017

年1~9月薛城区金水湾A区项目商品住宅网签均价数据:2017年1~9月薛城

区金水湾A区项目商品住宅网签均价为4576元/m2。

【案件焦点】

薛城区政府对王满意应予赔偿的项目具体包括哪些,应予赔偿的标

准、数额应为多少。

【法院裁判要旨】

山东省滕州市人民法院经审理认为:已生效的(2013)滕行初字第79

号行政判决已确认被告薛城区政府强行拆除原告房屋的行为违法,因此, 原告请求赔偿的条件已经成立。被告强拆原告房屋造成原告相关财产灭

失,应按照直接损失给付相应的赔偿金。《最高人民法院关于审理涉及

农村集体土地行政案件若干问题的规定》第十二条第二款规定,征收农

村集体土地时未就被征收土地上的房屋及其他不动产进行安置补偿,补

偿安置时房屋所在地已纳入城市规划区,土地权利人请求参照执行国有

土地上房屋征收补偿标准的,人民法院一般应予支持,但应当扣除已经取

得的土地补偿费。原告居住区域在实施城中村改造时已经纳入城市规划

区,原告要求参照国有土地上房屋征收补偿标准对其房屋价值评估,符合

上述规定。房屋价值评估报告书的评估分析及结果合法有效,可以作为

原告房屋价值损失的裁判依据;被告对该评估报告的异议理由不能成

立。关于房屋附属物损失,原告认可了《城中村改造拆迁补偿明细表》

中计算的附属物补偿金额,对原告自认的数额,被告没有异议,可直接作

为该项损失的裁判依据。关于被砸毁物品的损失,原告虽自行列举了损

失清单,但没有有效证据加以印证,无法予以确认。关于原告主张的搬迁

补助费、临时安置补助费的诉求,不属于行政赔偿范围,不予支持。本案

系行政赔偿之诉,原告主张的利息损失,无法律依据,不予支持。该院依

照《中华人民共和国国家赔偿法》第七条第一款,第三十二条,第三十六

条第(四)项、第(八)项;《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问

题的规定》第三十三条之规定,判决如下:

一、被告枣庄市薛城区人民政府于判决生效之日起三十日内赔偿原

告王满意房屋价值损失880200元、附属物价值损失94918.35元,合计

975118.35元;

二、驳回原告王满意的其他赔偿请求。

王满意不服原审判决,提起上诉称:一审未支持搬迁补助费、临时安

置补助费、被砸物品损失、利息损失错误。上诉请求:1.维持原判第一

项;2.撤销原判第二项,并改判增加薛城区政府赔付王满意下列损失:搬

迁补助费损失3000元、临时安置补助费损失231607元、被砸物品损失

20000元、利息损失(自2011年1月29日住房被强拆之日起,以1229725.35

元为基数,按照每日万分之1.75元的利率标准计算至实际给付之日)。

薛城区政府亦不服原审判决,提起上诉称:原审依照“参照执行国有

土地上房屋征收补偿标准”对原告房屋进行价值评估认定,并以此为据

判令薛城区政府承担赔偿责任,于事实、法律均无依据。上诉请求:撤销

原判,将案件发回重审。

山东省枣庄市中级人民法院二审认为,按照《中华人民共和国行政

诉讼法》第八十七条的规定,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。据此,该院对原审判决

进行了全面审查。

关于被强拆房屋的价值问题,该院认为,本案房屋于2011年1月29日

被拆除,至今未获赔偿,原审法院于2016年3月委托有资质的鉴定机构对

涉案房屋进行市场价格评估,评估机构于同年8月对该房屋市场价格作出

评估报告时选取的时间节点为该房屋被强拆时即2011年1月29日,对王满

意而言显失公平;同时,原审评估机构对涉案房屋评估时将该房屋所在土

地性质定性为“集体土地”,只是“现在已变为国有土地”,评估时

是“参照国有土地上房屋评估标准”进行,但根据二审查明的事实可知, 王满意房屋被拆除时其坐落土地已变为国有土地。可见,原审评估时对

房屋坐落土地定性不当,这也很可能影响最终的评估结果。因此,原审的

评估报告存在严重缺陷,评估报告所得数据不应采用。山东省高级人民

法院在与王满意同村的另案当事人魏德山夫妇等诉薛城区政府行政赔偿

三案的发回重审裁定中明确指出:“对于薛城区政府赔偿上诉人房屋损

失的数额,应当比照同区位、现阶段房屋的市场价格计算。”因此,对王

满意房屋损失的赔偿也应比照同区位、现阶段房屋市场价格计算。王满

意原被拆除房屋所在地被征收为国有土地后,现在原处兴建了薛城区金

水湾A区小区,故该院在枣庄市房地产开发和房屋征收管理办公室调取的

2017年1~9月薛城区金水湾A区项目商品住宅网签均价4576元/m2即同区

位、现阶段的市场价格,可以作为对王满意被拆除主房赔偿的单价标

准。对配房赔偿的单价标准,可以比照2007年枣庄市人民政府112号令、

枣价发〔2006〕78号文件综合评定的补偿标准中合法配房补偿单价占合

法主房补偿单价的比例即主房单价的70.59%(600元/m2÷850元/m2),即

3230.20元/m2(4576元/m2× 70.59%)计算赔偿配房的单价。故对王满意

房屋损失的赔偿总额为1300417.56元(245.64m2×4576

元/m2+54.6m2×3230.20元/m2)。

关于附属物的损失问题,对附属物价值94918.35元,原审时各方当事

人均无异议,二审对该数额予以确认。

关于附属物之外的被砸物品的损失问题,对违法强拆造成的财产损

失,应予赔偿。本案中,薛城区政府未提供证据证明其在实施强制拆除过

程中采取了证据保全措施,也不能证明其按正当程序妥善保管了王满意

的室内物品,对此,薛城区政府应承担举证不能的法律后果。根据王满意

提供的被砸毁物品清单,结合日常生活经验,考虑物品折旧等因素,酌定

赔偿10000元为宜。

关于搬迁补助费、临时安置补助费问题,该院认为,王满意的住房被

强拆后,因搬迁另择新居,会产生合理的费用;王满意的房屋被强拆后,薛

城区政府没有为其提供周转用房,也未提供临时安置补助费,王满意无论

是租房还是通过其他途径解决住房问题,都会产生直接损失。对此,可以

参照自2007年5月1日起施行的《枣庄市城市房屋拆迁管理实施办法》

(枣庄市人民政府令第112号)第三十三条、第三十四条的规定,由薛城区

政府向王满意一次性支付搬迁补助费500元、临时安置补助费3002.4元

(300.24m2×10元/m2,铁皮棚厦面积不计算在住房面积内)。

关于利息损失问题,因该院在另案当事人魏德山夫妇等诉薛城区政

府行政赔偿三案中调取的枣庄房地产开发办出具的薛城区金水湾A区商

品住宅网签均价系同区位、现阶段的价格,故对王满意要求赔偿利息的

诉讼请求,不予支持。

综上,上诉人王满意的部分上诉理由成立,对其合法的上诉请求予以

支持;上诉人薛城区政府的上诉理由不能成立,不予支持。原审判决认定

部分事实不当,予以纠正。本案经该院审判委员会讨论决定,依据《中华

人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款,并参照自2007年5月1日起

施行的《枣庄市城市房屋拆迁管理实施办法》第三十三条、第三十四条

之规定,判决如下:

一、撤销山东省滕州市人民法院(2013)滕行初字第80号行政赔偿判

决;

二、上诉人枣庄市薛城区人民政府于本判决生效之日起三十日内赔

偿原告王满意房屋损失1300417.56元、附属物损失94918.35元、被砸物

品损失10000元、搬迁补助费500元、临时安置补助费3002.4元,共计

1408838.31元;

三、驳回上诉人枣庄市薛城区人民政府的诉讼请求和上诉人王满意

的其他赔偿请求。

【法官后语】

确定本案强拆房屋赔偿的标准,关键要把握好两点:第一,对原告房

屋的性质准确定位问题,即其到底属于农村宅基地上的民房还是国有土

地上的房屋;第二,对房屋作价赔偿时的时间节点问题,即按强拆时的房

屋市价还是作出裁判时的现阶段市价。

关于第一个问题,通过二审另查明的事实来看,本案房屋被强拆时, 其坐落的土地已经变为了国有土地。因此,对原土地上坐落的房屋强拆

后赔偿时,进入诉讼程序后作价评估不能按照农村集体土地上房屋的标

准进行赔偿。

关于第二个问题,因王满意房屋被违法强拆后损失迟迟未获赔偿(自

2011年1月房屋被强拆至2017年12月底法院作出裁判时,王满意分文未

得),系被告薛城区政府单方过错造成,故如果“参照”该房屋“被强拆

时点”即2011年1月其附近国有土地上房屋市价标准对其赔偿,对王满意

而言显失公正。因此,人民法院作出裁判时对王满意房屋损失应当比照

同区位、现阶段房屋的市场价格计算方显公平。二审中,在双方当事人

均未申请评估的情况下,人民法院于官方专业机构调取的在原住房所在

片区上兴建的商品住宅合理期间内的网签均价(本案中,二审法院调取的

数据为2017年1~9月王满意房屋被强拆后在原址所建的金水湾A区商品房

网签均价),系同区位、现阶段房屋的市场价格,可以此为据作出赔偿判

决。如是,也是利益衡平原则在司法实践中的生动体现;据此,也可倒逼

行政机关减少甚或杜绝违法强拆、不断提高依法行政水平,客观上达到

保护行政相对人合法权益的立法目的。

编写人:山东省枣庄市中级人民法院 李帅

61人民法院对重整程序中的执行行为不承担国家

赔偿责任

——宏亿隆投资管理有限公司诉厦门市中级人民法院国家赔偿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省高级人民法院赔偿委员会(2017)闽委赔9号国家赔偿决定书

2.案由:国家赔偿纠纷

3.当事人

赔偿请求人:宏亿隆投资管理有限公司(以下简称宏亿隆公司) 赔偿义务机关:厦门市中级人民法院(以下简称厦门中院)

【基本案情】

经审查,厦门中院于2015年12月28日裁定受理厦门恒心物业管理有

限公司申请厦门海洋实业(集团)股份有限公司(以下简称海洋股份公司) 破产重整一案,并指定福建中浩会计师事务所有限公司担任海洋股份公

司管理人。2016年1月11日,厦门中院作出决定,准许海洋股份公司在管

理人的监督下自行管理财产和营业事务。2016年9月1日,海洋股份公司

向厦门中院提交重整计划草案,并提交债权人会议和出资人组进行表

决。2016年9月22日,海洋股份公司第二次债权人会议暨出资人组会议在

厦门中院召开。重整计划草案提交海洋股份公司第二次债权人会议和出

资人组会议进行表决,在各表决组均获通过。2016年9月22日,海洋股份

公司以重整计划已经获得债权人会议和出资人组会议表决通过为由向厦

门中院提出申请,请求批准重整计划。厦门中院认为海洋股份公司重整

计划草案表决程序合法、有效,内容符合法律规定,重整计划已获各表决

组表决通过,海洋股份公司的申请符合法律规定,依法应裁定批准,遂于

2016年10月9日以(2015)厦民破字第8-3号民事裁定书裁定:1.批准海洋

股份公司重整计划;2.终止海洋股份公司重整程序。

在审理海洋股份公司破产重整案期间,2016年9月26日,厦门中院收

到宏亿隆公司等五家申请人以2016年9月22日的债权人会议决议通过海

洋股份公司的重整计划草案违反相关法律规定,损害其合法权益为由,请

求撤销该决议,责令债权人会议依法重新作出决议。厦门中院于2016

年10月9日以(2015)厦民破字第8-4号民事裁定书,裁定驳回该五家申请

人的申请。

以上两份裁定均已发生法律效力。

2016年11月15日,海洋股份公司以重整计划业经批准并生效为由,向

厦门中院提交书面申请,要求向中国证券登记结算有限责任公司北京分

公司出具协助执行通知书,由北京分公司协助其办理股份划转事宜,将宏

亿隆公司(股东账户为0800159705)持有的12295219股海洋股份公司非流

通股转入中惠融通投资管理(深圳)有限公司(股东账户为0800312543)。

2016年11月18日,厦门中院作出(2015)厦民破字第8号T-6协助执行通知

书,要求中国证券登记结算有限责任公司北京分公司协助办理包括以下

事项:1.将海洋股份公司非流通股股东宏亿隆公司让渡所持股的90%(股

票简称:海洋3,股票代码:400022),共计12295219股,划转至受让方中惠

融通投资管理(深圳)有限公司(证券账户号:0800312543)的证券账户内, 每股作价人民币2.73元。2016年11月24日,厦门中院向中国证券登记结

算有限责任公司北京分公司送达上述协助事项,现宏亿隆公司所持海洋

股份公司非流通股中的12295219股已被划转。宏亿隆公司对此不服,遂

提出国家赔偿请求。

【案件焦点】

厦门中院向相关部门送达协助事项,划转宏亿隆公司股权行为是否

违法。

【法院裁判要旨】

厦门中院经审理认为,《最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法

赔偿若干问题的解释》第一条规定:“根据国家赔偿法第三十一条的规

定,人民法院在民事、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,侵犯公

民、法人和其他组织合法权益造成损害的,依法应由国家承担赔偿责

任。”国家承担赔偿责任的前提是人民法院在民事、行政诉讼中存在违

法行为。赔偿请求人宏亿隆公司要求确认厦门中院于2016年11月18日所

作出的(2015)厦民破字第8号T-6协助执行通知书及据此而要求中国证券

登记结算有限责任公司北京分公司协助办理股权划转行为违法,因此,认

定厦门中院向中国证券登记结算有限责任公司北京分公司出具协助执行

通知是否违法是处理本案的关键。

厦门中院作出讼争协助执行通知系依据重整企业海洋股份公司的申

请,依照法律的规定,向相关单位发出司法协助(出具《协助执行通知

书》),按照重整计划的约定划转非流通股股东让渡的股份。厦门中院经

审查后,认为海洋股份公司的申请符合法律规定,遂采取了赔偿申请人所

提及的要求其他单位予以司法协助的措施。赔偿申请人于申请赔偿中主

张,在其因对重整计划存在异议而拒绝履行重整计划约定的“无偿让渡

90%现持股份”义务时,该破产重整案件已经符合《中华人民共和国企业

破产法》第九十三条第一款所规定的破产条件,即“债务人不能执行或

者不执行重整计划的,人民法院经管理人或者利害关系人请求,应当裁定

终止重整计划的执行,并宣告债务人破产”。此时,重整案件的审理法院

即厦门中院应当裁定终止重整计划的执行,并宣告债务人海洋股份公司

破产,而厦门中院却向相关部门发出协助执行通知,该执行行为违法,由

此导致其持有股份被划转,应承担国家赔偿责任。

赔偿请求人的上述主张,不予采纳。理由是:第一,《中华人民共和

国企业破产法》第九十二条第一款规定,经人民法院裁定批准的重整计

划,对债务人和全体债权人均有约束力。海洋股份公司的重整计划,经本

院(2015)厦民破字第8-3号民事裁定批准,已经发生法律效力,对债务人

和全体债权人均有约束力。根据重整计划“二、出资人权益调整方

案”之“(三)出资人权益调整的内容”的约定,“1.宏亿隆公司无偿让

渡90%现持有股份,非流通股股东宏亿隆公司在控制海洋股份公司期间, 违反法律规定及公司章程的规定,未经董事会及股东大会决定进行关联

交易,以明显低于市场价承租公司资产,获得不当利益,损害了全体债权

人及其他股东的合法权益,因此宏亿隆公司无偿让渡其持有股份的90%即

12295219股”;“2.除宏亿隆公司外的其他非流通股股东无偿让渡60%现

持有股份”。故,宏亿隆公司应无偿让渡其现持有公司股份12295219股, 事实清楚;同时,根据重整计划“七、重整计划的执行和执行监

督”之“(四)协助执行事项”的约定,“重整计划执行过程中,涉及需要

有关单位协助执行的,公司和/或管理人向法院提出申请,请求法院向有

关单位出具要求其协助执行的司法文书”,在重整计划执行过程中,厦门

中院根据海洋股份公司的申请,向中国证券登记结算有限责任公司北京

分公司出具协助执行通知,并未违法。第二,《中华人民共和国企业破产

法》第九十三条第一款规定,债务人不能执行或者不执行重整计划的,人

民法院经管理人或者利害关系人请求,应当裁定终止重整计划的执行,并

宣告债务人破产。本条款中的债务人在本案中指的是海洋股份公

司,“不能执行”一般是指重整计划缺乏可行性或者实际情况发生了变

化等客观原因,导致债务人不能按照重整计划执行;“不执行”指的是债

务人具备执行重整计划的能力,但其主观上没有执行的诚意而对重整计

划不予执行,宏亿隆公司在重整计划中系出资人,并非该条款规定所指的

债务人,其应依照出资人权益调整的内容履行无偿让渡90%现持有股份的

履行义务,宏亿隆公司主张因其不履行重整计划,应当裁定宣告债务人破

产,没有法律依据。

厦门中院依照《中华人民共和国国家赔偿法》第二十四条第二款、

第三款之规定,作出如下决定:

驳回赔偿请求人宏亿隆公司申请国家赔偿的请求。

宏亿隆公司不服该赔偿决定,向福建省高级人民法院赔偿委员会申

请作出赔偿决定。福建省高级人民法院赔偿委员会经审查认为:赔偿请

求人宏亿隆公司以赔偿义务机关厦门中院执行错误为由申请国家赔偿, 故本案的争议焦点是厦门中院向中国证券登记结算有限责任公司北京分

公司出具协助执行通知是否违法。《最高人民法院关于民事、行政诉讼

中司法赔偿若干问题的解释》第四条对执行错误的范围作了明确规

定:“……(一)执行尚未发生法律效力的判决、裁定、民事制裁决定等

法律文书的;(二)违反法律规定先予执行的;(三)违法执行案外人财产且

无法执行回转的;(四)明显超过申请数额、范围执行且无法执行回转的; (五)执行过程中,对查封、扣押的财产不履行监管职责,严重不负责任, 造成财物毁损、灭失的;(六)执行过程中,变卖财物未由合法评估机构估

价,或者应当拍卖而未依法拍卖,强行将财物变卖给他人的;(七)违反法

律规定的其他情形。”本案中,厦门中院在重整计划执行过程中,向中国

证券登记结算有限责任公司北京分公司出具协助执行通知,所依据的是

已合法生效的(2015)厦民破字第8-3号民事裁定及其批准的重整计划,并

不存在《最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解

释》第四条规定执行错误的情形。宏亿隆公司要求厦门中院返还(恢复

原状)宏亿隆公司12295219股海洋股份公司股票,没有事实和法律依据, 该国家赔偿主张不能成立。

福建省高级人民法院国家赔偿委员会依照《中华人民共和国国家赔

偿法》第三十八条和《最高人民法院关于人民法院赔偿委员会审理国家

赔偿案件程序的规定》第十九条第(一)项的规定,作出如下决定: 维持赔偿义务机关厦门市中级人民法院作出的(2017)闽02法赔2号

国家赔偿决定。

【法官后语】

本案系人民法院在审理企业重整案件中引发的国家赔偿。人民法院

在审理企业破产或破产重整案件中,除依法审查各类表决事项的合法性

外,还需要依据生效的表决事项作出相应裁定,并据此要求各债权人、债

务人履行或要求各相关部门依法协助履行。相应裁定内容包括但不限于

批准重整计划的裁定、和解协议、债权分配比例、资产处置方案等。根

据《中华人民共和国企业破产法》第九十二条第一款“经人民法院裁定

批准的重整计划,对债务人和全体债权人均有约束力”及第一百一十六

条第一款“破产财产分配方案经人民法院裁定认可后,由管理人执

行”的规定,经人民法院裁定批准的重整计划及破产财产分配方案裁定

系已经生效的执行文书,权利人可据此向人民法院申请执行或申请人民

法院出具协助执行文书,要求相关单位协助执行。负有履行义务的债务

人,对法院裁定批准的重整计划或破产财产分配方案有异议的,可以在破

产或重整程序中主张其权利,其以法院执行错误,要求受理法院承担国家

赔偿责任,没有事实和法律依据。本案中,厦门中院在重整计划执行过程

中,向中国证券登记结算有限责任公司北京分公司出具协助执行通知,所

依据的是已合法生效的(2015)厦民破字第8-3号民事裁定及其批准的重

整计划,并不存在《最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干

问题的解释》第四条规定执行错误的情形。宏亿隆公司要求厦门中院返

还(恢复原状)其股票,没有事实和法律依据,该国家赔偿主张不能成立。

编写人:福建省厦门市中级人民法院 纪荣典

八、行政程序

62房屋登记部门对宅基地房屋的登记申请不得增

设条件

——钟记和诉广州市国土资源和规划委员会不动产登记案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广州铁路运输中级法院(2017)粤71行终552号行政判决书

2.案由:不动产登记纠纷

3.当事人

原告:钟记和

被告:广州市国土资源和规划委员会(以下简称市国规委)

【基本案情】

2016年4月11日,原告钟记和向被告市国规委的派出机构广州开发区

房地产管理所提交穗黄国调字〔2016〕01号《土地权属争议案件调解

书》、常住人口登记卡复印件、身份证复印件、《地籍调查表》等资

料,申请登记宅基地使用权,广州开发区房地产管理所向原告开具了收件

回执。2016年5月20日,原告向广州开发区房地产管理所申请房产测绘, 广州开发区房地产管理所已受理并承诺60个工作日办结。后原告又提交

了《房屋建筑面积测绘成果报告书》《具结书》《建筑年代证明》

《“一户一宅”证明》等资料。2016年9月18日,被告向原告作出《告知

函》,告知原告根据《不动产登记暂行条例》第十六条第一款的规定,其

提交的《土地权属争议案件调解书》没有明确土地用途、用地界线、用

地面积,记载的建筑面积与实际面积不符,因此,需要补正相关资料后再

正式递件。原告认为被告存在行政不作为,起诉至法院。

【案件焦点】

被告是否尽到了登记审查的义务,是否应该为原告进行房屋登记。

【法院裁判要旨】

广州铁路运输第一法院经审理认为:本案中,原告于2016年4月11日

向被告申请房屋登记,被告虽开具了收件回执,但直至2016年9月18日才

向原告发出《告知函》,要求原告补正相关材料,被告的做法不符合上述

规定。原告向被告申请房屋登记时,提交了《土地权属争议案件调解

书》《房屋建筑面积测绘成果报告书》《地籍调查表》《具结书》《建

筑年代证明》《“一户一宅”证明》等资料,其中虽然没有明确署明的

土地用途、用地界限、用地面积证明等资料,但实际上,原告提交的《房

屋建筑面积测绘成果报告书》《地籍调查表》中已包含了土地用途、用

地界线、用地面积,虽然上述《房屋建筑面积测绘成果报告书》及《地

籍调查表》中记载的用地面积与《土地权属争议案件调解书》中记载的

用地面积不一致,但《土地权属争议案件调解书》解决的是土地权属问

题,生效的调解书具有法律效力,是土地登记的依据,在该调解书中已明

确了涉案土地及房屋的权属,被告应根据专业部门出具的涉案土地及房

屋的测量成果报告确定用地面积。原告提交的资料已经符合上述法律规

定,被告以原告缺少上述资料告知原告需补正相关资料后再正式递件不

符合法律规定。因此,被告向原告发出《告知函》不予办理房屋登记的

行为构成不作为,原告请求被告为其办理房屋登记的请求理由成立,予以

支持。至于原告认为被告没有在公开场所公开办理指南及手册等问题, 不属于本案的审理范围,本案不作处理。

综上所述,一审法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十二

条的规定,判决如下:

被告广州市国土资源和规划委员会于本判决发生法律效力之日起五

日内对原告钟记和的宅基地登记申请作出处理。

二审法院同意一审法院的裁判意见。

【法官后语】

本案系当事人不服不动产登记部门不予登记的诉讼案件。主要的争

议焦点是当事人提供的材料是否符合《不动产登记暂行条例》的规定, 被告市国规委是否应为原告办理不动产登记。

本案中,原告钟记和提交了《土地权属争议案件调解书》《房屋建

筑测绘成果报告书》《地籍调查表》等证据证明房屋的权属来源、界址

坐标、用地面积等条例规定的内容,其实质内容已经符合《不动产登记

暂行条例》第十六条第一款的规定。虽然在原告提交的材料中房屋的测

绘建筑面积与调解书中记载的面积不一致,但原告已经明确表示愿意以

测绘的面积作为登记面积,在地址唯一、权属来源有证明、面积确定的

情况下,被告以缺乏证明土地用途、用地界线、用地面积等信息的资料

为由不为原告办理房屋登记,显然是只注重形式审查,而未对原告提交的

材料进行全面的综合审查,人为地设置了登记的障碍,不符合《不动产登

记暂行条例》制定的目的。

依法行政是对行政机关最基本的要求。自广州地区停止发放宅基地

证以来,十多年来政府对农民住房问题一直实行只堵不疏的政策,没有再

给予过办证,农民建房无手续可办或无法办,农村违规违建的情况更加严

重,不仅造成农村土地管理的混乱,也对房产管理秩序造成了极大冲击, 农民的利益得不到保障,这种现象亟待法律制度予以规范。2015年施行

的《不动产登记暂行条例》对农村宅基地登记作出了明确规定,其中第

四条第二款更是明确规定,不动产登记遵循严格管理、稳定连续、方便

群众的原则,方便群众即行政机关在进行登记时的三大原则之一。本案

中的登记机关在当事人提交的材料实质符合法律规定的前提下,仍然以

形式不符合等诸多借口推脱办理登记,不仅没有从法规要求的便民原则

出发,也没有达到依法行政的基本要求,应该予以纠正。本案的意义在于

督促行政机关依法行政,并在行政过程中以群众的利益优先,不设置障

碍、不增加门槛,切实保证群众的利益得到实现。

编写人:广州铁路运输第一法院 杨易琴

63动产抵押登记机关仍应依据《担保法》的规定

审查动产权属

——江苏泰宝工业炉有限公司诉泰兴市市场监督管理局动产抵押登

记案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省泰州市中级人民法院(2017)苏12行终51号行政判决书

2.案由:动产抵押登记纠纷

3.当事人

原告(被上诉人):江苏泰宝工业炉有限公司(以下简称泰宝工业炉公

司)

被告(上诉人):泰兴市市场监督管理局

原审第三人:江苏泰宝电器制造有限公司(以下简称泰宝电器公

司)、钱新桃

【基本案情】

钱新桃系泰兴市博诚铸件厂的业主,2010年5月10日泰宝电器公司向

案外人杨平借款55万元,2012年11月5日,泰宝电器公司向钱新桃借款20

万元,同时钱新桃代泰宝电器公司向杨平偿还55万元。同日,泰宝电器公

司向泰兴市市场监督管理局(原泰兴市工商行政管理局)申请办理动产抵

押登记,并提交了动产抵押登记书,在该登记书中登记抵押物名称为瓦房

店立式车床CQ5240A、沈阳车床CW61125B、天津龙门铣床XQ2010C-30各

一台,所有权均为泰宝电器公司所有,抵押物总价值95万元。同日泰兴市

市场监督管理局对上述动产作出了动产抵押登记。

另查明,因泰宝电器公司未偿还钱新桃借款,钱新桃于2013年7月诉

至法院,江苏省泰兴市人民法院于2013年9月18日作出(2013)泰民初字

第0946号民事判决书,判决泰宝电器公司偿还钱新桃人民币75万元及利

息;钱新桃有权对上述债权及利息以泰宝电器公司所有的瓦房店双柱立

式车床CQ5240A、沈阳车床CW61125B、天津龙门铣床XQ2010C-30折价或

者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。该案在执行过程中,江苏省泰

兴市人民法院于2014年1月15日作出(2013)泰执字第2829-1号执行裁定

书,拍卖泰宝电器公司的双柱立式车床CQ5240A一台,沈阳车床CW61125B

一台,天津龙门铣床XQ2010C-30一台。2014年4月18日,泰宝工业炉公司

向法院提出执行异议,认为裁定拍卖的三台机床均系其所有。江苏省泰

兴市人民法院于2014年7月30日作出裁定:中止(2013)泰执字第2829号民

事裁定书中对瓦房店双柱立式车床CQ5240A的执行。2014年8月15日,泰

宝工业炉公司以钱新桃、泰宝电器公司为被告向法院提起民事诉讼,要

求判决其对沈阳车床CW61125B、天津龙门铣床XQ2010C-30享有所有权, 并对上述两台车床停止执行。江苏省泰兴市人民法院于2015年12月28日

作出判决:一、泰宝工业炉公司对沈阳车床CW61125B一台享有所有权,对

该车床不得执行;二、驳回泰宝工业炉公司请求对本院(2013)泰执字

第2829-1号执行裁定书中天津龙门铣床XQ2010C-30一台停止执行的诉讼

请求。泰宝工业炉公司不服,提起上诉,2016年5月16日泰州市中级人民

法院作出判决:驳回上诉,维持原判。

泰宝工业炉公司遂诉至江苏省泰兴市人民法院,请求撤销泰兴市市

场监督管理局办理的瓦房店双柱立式车床CQ5240A、沈阳车床

CW61125B、天津龙门铣床XQ2010C-30动产抵押登记。

【案件焦点】

1.原告是否有权起诉;2.泰兴市市场监督管理局作出的动产抵押登

记是否合法有效。

【法院裁判要旨】

江苏省泰兴市人民法院经审理认为:

对于焦点1,本案中,原告对瓦房店双柱立式车床CQ5240A、沈阳车床

CW61125B拥有所有权,已经生效法律文书确认。泰宝电器公司称以上车

床为其所有并申请抵押登记,被告予以登记,原告与被告的抵押行为具有

法律上的利害关系,故原告有权起诉。

对于焦点2,法院认为,应撤销被告办理的瓦房店双柱立式车床

CQ5240A、沈阳车床CW61125B的抵押登记。理由如下:(1)《中华人民共

和国物权法》(以下简称《物权法》)第一百八十九条规定:“企业、个

体工商户、农业生产经营者以本法第一百八十一条规定的动产抵押的, 应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记……”《动产抵押登

记办法》第二条第一款规定:“企业、个体工商户、农业生产经营者以

《中华人民共和国物权法》第一百八十条第一款第四项、第一百八十一

条规定的动产抵押的,应当向抵押人住所地的县级工商行政管理部门(以

下简称登记机关)办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记, 不得对抗善意第三人。”故被告具有负责本行政区域内动产抵押登记的

法定职责。(2)被告作为动产抵押登记部门应依据法律规定作出动产抵

押登记。根据《物权法》第一百八十条第一款第(四)项的规定,债务人

或者第三人对有权处分的生产设备、原材料、半成品、产品可以抵押。

第一百八十四条第(四)项规定,所有权、使用权不明或者有争议的财产

不得抵押。《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)第四十四

条规定,办理抵押物登记,应当向登记部门提供下列文件或者其复印件: (一)主合同和抵押合同;(二)抵押物的所有权或者使用权证书。《物权

法》和《担保法》作为制定《动产抵押登记办法》的依据,《担保法》

第四十四条规定与《物权法》的规定并不冲突,《动产抵押登记办法》

未对登记机关审查事项进行规定,但并不等同于登记机关无需履行审查

义务。登记机关在适用《动产抵押登记办法》时也应适用该法的上位法

《物权法》和《担保法》的相关规定,进行实质性审查,被告在办理动产

抵押登记时应审查抵押人提供的购买单据或转让合同等抵押财产权属证

明。本案中,被告在泰宝电器公司填写动产抵押登记书前,要求泰宝电器

公司阅读《动产抵押登记办理须知》,并未要求第三人泰宝电器公司提

供抵押财产的权属证明,被告未尽审查义务,故对其所作的瓦房店双柱立

式车床CQ5240A、沈阳车床CW61125B的抵押登记应予撤销。至于天津龙

门铣床XQ2010C-30,本院生效判决已认定原告要求确认其对该铣床享有

所有权的诉讼请求不能成立,故原告与该铣床的抵押登记行为没有利害

关系。

一审法院遂判决:

撤销被告办理的登记编号为苏M5-2012-11-5-105号动产抵押登记中

对瓦房店双柱立式车床CQ5240A、沈阳车床CW61125B的动产抵押登记。

泰兴市市场监督管理局上诉称:(1)动产抵押登记仅起公示作用,不

是对抵押权是否成立的确认,更不是对抵押物产权归属的确认,因此,上

诉人的抵押登记行为对被上诉人的权益不产生实质性影响;(2)《物权

法》并没有任何条款规定动产抵押登记部门需要对动产抵押登记物的权

属进行实质性审查;(3)《担保法》中的抵押登记规则是基于抵押权采取

登记生效主义而作出的立法设计,但《物权法》对动产抵押登记实行登

记对抗主义,且《物权法》第一百七十八条规定“担保法与本法的规定

不一致的,适用本法”。故《担保法》中基于登记生效主义的动产抵押

登记规则应不再适用,要求抵押申请人提供抵押物的所有权证书或者使

用权证书无法律依据;(4)除了船舶、航空器和机动车等动产有登记部

门,机器设备、原材料等没有产权登记部门,如要求动产抵押登记部门对

产权归属进行实质审查,等同于对动产物权进行确权;(5)本案诉讼是被

上诉人的一次不当恶意诉讼,被上诉人与抵押人之间存在诸多利益交织, 共同欺诈、侵害抵押权人利益之嫌很明显。综上,请求二审法院依法撤

销一审判决,驳回被上诉人的诉讼请求。

江苏省泰州市中级人民法院经审理认为:

首先,案涉的动产抵押登记行为具有可诉性,被上诉人作为案涉动产

抵押登记行为所涉机器设备的实际所有权人具有提起本案诉讼的主体资

格。理由如下:案涉抵押登记行为作为上诉人对外作出的行政行为,具有

明显的公示效力,正是基于该公示效力,记载在抵押物登记证上的抵押权

人在抵押合同或者抵押登记行为未经有权机关撤销之前被推定为真实有

效,抵押权人或者其他相关人员据此行使相关权利,符合信赖利益保护原

则,也必然会导致抵押物上的民事权利义务的变更,正如本案中,原审第

三人基于抵押登记行为的公示效力行使抵押权并使案涉的动产进入了司

法执行阶段;同时,根据《物权法》第一百八十八条之规定,动产抵押登

记行为具有对抗效力,案涉动产进行抵押登记之后,抵押权人获得对抗善

意第三人的权力,也可能对案涉动产民事权利义务的变更产生影响。综

上,案涉抵押登记行为对案涉动产的实际所有权人即被上诉人权利义务

已经造成实质影响,具有可诉性。被上诉人作为案涉动产的实际所有权

人,具有提起本案诉讼的主体资格。

其次,案涉的动产抵押登记行为应予撤销。本院认为,案涉动产抵押

登记行为的审查应当遵循行政诉讼的司法审查标准。《中华人民共和国

行政诉讼法》第六条规定:“人民法院审理行政案件,对行政行为是否合

法进行审查。”由此可见,我国行政诉讼中确定的是合法性审查原则,不

应将司法审查中的合法性审查标准同行政执法过程中的行政机关的审查

标准混淆。前者是法院通过审查被诉行政行为作出时的职权依据、认定

事实、适用法律、履行的程序等方面是否符合法律、法规的规定从而作

出确认被诉行政行为合法与否的裁判,该裁判并不必然代表对行政机关

主观过错的认定;后者是取决于设定该行政职能的法律法规中对行政机

关在履行职责过程中审查义务的规定,其直接关联的是行政机关在作出

行政行为时是否存在主观过错,如造成损失的是否应当承担赔偿责任的

问题。就本案中案涉的动产抵押登记行为的合法性审查而言,根据《物

权法》及《动产抵押登记办法》等法律法规的规定,动产抵押登记系抵

押人为担保债务的履行不转移财产的占有,向工商行政管理部门申请将

动产抵押登记给债权人,以保证抵押权人在抵押人不履行到期债务或者

发生约定的实现抵押权的情形时的优先受偿权的行为。因此,动产抵押

登记所涉动产必须是抵押权人有权处分的财产,本案中,对案涉动产中的

瓦房店双柱立式车床CQ5240A、沈阳车床CW61125B,原审第三人均不享有

合法处分权,上诉人在受理被上诉人申请后对原审第三人不享有合法处

分权的动产作出案涉动产抵押登记行为,明显属认定事实错误,依据《中

华人民共和国行政诉讼法》第七十条第(一)项之规定,依法应予撤销,一

审判决并无不当,依法应予维持。

最后,上诉人在抵押登记过程中未尽到法定审查义务。理由如下:第

一,根据案涉动产抵押登记行为作出时施行的《动产抵押登记办法》第

二条第一款的规定,企业、个体工商户、农业生产经营者以现有的以及

将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押的,应当向抵押人住所地

的县级工商行政管理部门(以下简称动产抵押登记机关)办理登记。未经

登记,不得对抗善意第三人。附件《动产抵押登记办理须知》第四条规

定:“《中华人民共和国物权法》第一百八十四条规定下列动产不得抵

押:(一)学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的

教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施;(二)所有权、使用权不

明或者有争议的财产;(三)依法被查封、扣押、监管的财产;(四)法律、

行政法规规定不得抵押的其他财产。”《物权法》第一百八十条规

定:“债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押:(一)建筑物和其

他土地附着物……”第一百八十一条规定:“经当事人书面协议,企业、

个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材

料、半成品、产品抵押,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的

实现抵押权的情形,债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。”结

合上述规定可知,抵押物的权属系抵押权设立的生效要件之一,动产抵押

登记作为抵押权的公示以及据此产生对抗善意第三人的法律效果的行

为,应当对抵押权生效要件进行审查,对抵押物的权属进行审查;第二,

《动产抵押登记办法》第一条规定,为规范动产抵押登记工作,保障交易

安全,促进资金融通,根据《中华人民共和国担保法》《中华人民共和国

物权法》《企业信息公示暂行条例》等法律、行政法规,制定本办法。

《担保法》第四十四条明确规定,办理抵押物登记,应当向登记部门提供

下列文件或者其复印件:(一)主合同和抵押合同;(二)抵押物的所有权或

者使用权证书。由此可见,作为《动产抵押登记办法》的制定依据、上

位法,《担保法》明确要求在抵押登记应就抵押物的权属进行审查。关

于上诉人诉称《物权法》将动产抵押登记明确为登记对抗性质,故《担

保法》中基于登记生效原则制定的第四十四条规定应不予适用的问题, 本院认为,《担保法》第四十四条规定与《物权法》第一百八十四条规

定并无冲突,《物权法》虽将动产抵押登记由登记生效改为登记对抗,但

对于抵押物权属的要求并未变动,仍然强调抵押物必须是抵押人具有合

法处分权的物品。因此,在抵押登记中审查抵押物的权属,与《物权法》

的立法本意并无冲突,在《物权法》没有对办理抵押登记须提交的材料

作出明确规定的情形下,工商登记部门在适用《动产抵押登记办法》的

同时,还应当适用《担保法》第四十四条规定,一并审查抵押物的权属。

综上所述,根据《动产抵押登记办法》的制定依据以及上位法即《担保

法》《物权法》的相关规定,以及结合《动产抵押登记办法》上下条文

解释,工商登记部门在进行动产抵押登记时,应当就当事人是否对抵押物

具有合法处分权进行审查。本案中,上诉人在作出案涉动产抵押登记行

为时,仅要求原审第三人填写动产抵押登记书,自行阅读《动产抵押登记

办理须知》,并未要求提供抵押财产的权属证明,未尽到审查义务,导致

案涉动产抵押登记行为认定事实错误。

综上,一审法院判决撤销案涉动产抵押登记行为正确,依法应予维

持,上诉人的上诉请求于法无据,依法应予驳回。二审法院遂判决: 驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

动产抵押登记对拓宽融资渠道、加快资本流通、增强经济交易的稳

定与安全等具有非常积极的作用,然而由于其上位法《担保法》出台时

期相对较早,其中许多立法理念随着时代发展已经发生一定的变化,特别

是动产抵押权的生效模式已经发生根本转变,其中《担保法》确定的动

产抵押登记生效模式已被2007年出台的《物权法》变更为登记对抗模

式。同时,随着政府职能的不断转变,对行政行为规范化、简约化的要求

不断提升,对于动产抵押登记行为的审查也逐渐从实质审查向形式审查

转变。而且,动产物权的设立和转让自交付时发生效力,因此对于动产权

属的认定在实践中存在一定的障碍。正是上述立法规定和理念的冲突以

及实践的障碍,导致动产抵押登记行为的审查在实践中存在一定的问

题。实践中,工商登记部门对于动产抵押登记过程中的审查义务往往更

倾向于简单适用《动产抵押登记办法》的规定,即仅需审查申请人提交

的《动产抵押登记书》以及抵押合同双方当事人主体资格证明或者自然

人身份证明文件,对动产抵押物的权属不予审查。

对此,笔者认为,一方面,上述不对动产抵押物的权属进行任何审查

的理念,不仅有违朴素的正义观,而且会导致社会广大民众的动产权利处

于一种不确定状态,使得广大民众的动产随时都有可能因其他无权处分

人通过签订抵押合同等方式而被抵押登记;另一方面,应当对《担保法》

的相关条文进行分类甄别,《担保法》中部分条款以及理念虽然已为

《物权法》所变更,但并不代表《担保法》中所有款项均不能适用,事实

上,《担保法》仍然是现行有效的。对于《担保法》中规定的动产抵押

登记生效理念,应当认识到其确实已经失效,但是,应仅针对抵押合同生

效和抵押权设立的相关条款,对于抵押登记行为所需提供的材料的规定

并无影响,且事实上,根据《担保法》及《物权法》的相关规定,抵押人

对抵押物具有处分权是基础前提,《担保法》第四十四条规定抵押登记

时应当提交抵押物所有权或者使用权证书,与上述规定并不矛盾,应当继

续适用。虽然动产一般不具有权属证书,但是应当对《担保法》第四十

四条规定中的所有权或者使用权证书进行广义理解,即能够证明具有所

有权或者使用权的相关材料。

编写人:江苏省泰州市中级人民法院 蔡鹏

64社保机构调查核实义务是否履行到位的判定

——郑兴国诉乐山市人力资源和社会保障局社会保障行政批准案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省乐山市中级人民法院(2017)川11行终77号行政判决书

2.案由:社会保障行政批准纠纷

3.当事人

原告(上诉人):郑兴国

被告(被上诉人):乐山市人力资源和社会保障局(以下简称乐山市人

社局)

【基本案情】

郑兴国原工作单位为五通桥区劳动力调配站五·七工程队。后五通

桥区劳动力调配站升级为县级集体企业并更名为乐山市第二建筑公司, 但五·七工程队并未同时升级,仍为县以下小集体企业。1998年11月,乐

山市第二建筑公司破产。

2016年4月28日,郑兴国向乐山市人社局申请提前退休。2016年8月4

日,乐山市人社局作出《通知书》,不予批准郑兴国提前退休申请。郑兴

国不服提起行政诉讼,四川省峨眉山市人民法院于2016年11月15日判决

责令乐山市人社局对郑兴国提前退休申请重新作出处理,双方在法定期

限内均未提出上诉。

2017年1月11日,乐山市人社局经调查再次作出《关于不予批准特殊

工种提前退休的决定》,认为根据四川省劳动和社会保障厅《关于印发< 四川省完善企业职工基本养老保险制度实施办法的实施细则>的通知》

(川劳社发〔2006〕18号)的规定,从事特殊工作提前退休的对象为国有

企业和县以上集体所有制企业(含其改制后的企业)职工,未经劳动部门

批准招用的临时工从事特殊工作的,不能办理提前退休。郑兴国系未经

过劳动部门批准招用的临时工,对其提前退休不予审批。郑兴国不服诉

至四川省峨眉山市人民法院,请求判决撤销乐山市人社局作出的《关于

不予批准特殊工种提前退休的决定》,责令乐山市人社局作出准予其提

前退休的行政审批决定,并判决乐山市人社局支付其从2015年1月1日起

的退休待遇。

【案件焦点】

如何判定社保机构的调查核实义务是否履行到位。

【法院裁判要旨】

四川省峨眉山市人民法院经审理认为:本案中无证据证明原告办理

了接班手续被乐山市第二建筑公司录用为正式职工。被告对原告申请提

前退休不予审批结论并无不当,但其作出的《关于不予批准特殊工种提

前退休的决定》中未向原告告知相关复议权、复议机关、诉权及申请期

限,属违反法定程序。

四川省峨眉山市人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七

十四条第一款第(二)项,《最高人民法院关于执行<中华人民共和国行政

诉讼法>若干问题的解释》第五十六条第(四)项之规定,作出如下判决: 一、确认乐山市人力资源和社会保障局2017年1月11日对原告郑兴

国作出的《关于不予批准特殊工种提前退休的决定》违法;

二、驳回原告郑兴国的其他诉讼请求。

郑兴国不服,以乐山市人社局和一审判决没有查清事实为由,提起上

诉。四川省乐山市中级人民法院二审认为:行政机关受理当事人特殊工

种提前退休申请后,应当根据审核需要对当事人是否符合提前退休条件

进行调查核实。本案中,郑兴国是否经过劳动部门批准招用这一事实与

郑兴国能否办理特殊工作提前退休问题具有重大关联,但乐山市人社局

受理本案提前退休申请后,在行政程序中未对以上事实进行充分调查核

实,其作出的《不予批准特殊工种提前退休决定》主要证据不足。鉴于

在本案二审中,双方当事人均提出了新的事实和理由,乐山市人社局仍需

要进一步调查核实郑兴国是否符合提前退休条件,本案尚不能直接判令

其为郑兴国办理提前退休手续,乐山市人社局应当在进一步全面调查核

实后对上诉人的申请重新作出处理。

四川省乐山市中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第

八十九条第一款第(二)项之规定,作出如下判决:

一、撤销四川省峨眉山市人民法院(2017)川1181行初9号行政判决

书;

二、撤销被上诉人乐山市人力资源和社会保障局2017年1月11日作

出的《关于不予批准特殊工种提前退休的决定》;

三、责令被上诉人乐山市人力资源和社会保障局重新对上诉人郑兴

国的申请作出调查处理;

四、驳回上诉人郑兴国的其他诉讼请求。

【法官后语】

在涉及退休审批以及退休待遇核定、支付问题引发的行政案件中, 有关社保机构法定调查核实义务的履行情况,是法院判断其是否依法履

职的重要前提,是法院审查被诉行政行为证据是否充分的关键内容;而如

何判定社保机构的调查核实义务是否履行到位,现行法律法规和司法实

践均无统一的观点。

本案中,一、二审法院审理思路出现分歧,主要原因即在于对上述问

题的不同理解。一审认为,现实中社保机构事务繁杂,经办人员数量较

少,履职受到客观条件限制,不能对社保机构的调查核实义务过分苛责。

特殊工种提前退休审批系依申请的行政行为,当事人应当承担举证责任

证明其符合申请条件,行政机关经初步调查核实后无法排除证据矛盾的

则可径行驳回申请人的申请。二审则认为,社保机构受理特殊工种提前

退休申请后,具有调查核实的职责,对此职责不得推诿和懈怠。行政机关

对于特殊工种提前退休审批应当尽到充分的调查核实义务,尽最大可能

排除证据之间的矛盾和疑点,以充分保障劳动者合法权益。判定社保机

构调查核实义务是否履行到位,不能仅根据原始档案的记载,也不是初步

调查即可,而应以是否审慎充分调查为标准。本案中,乐山市人社局对于

郑兴国提出的重要证据线索以及主要证据之间的矛盾没有进行充分调查

核实,未穷尽手段核实,应当认定乐山市人社局调查核实义务未履行到

位,遂对一审判决予以改判。

需要注意的是,劳动和社会保障行政案件往往涉及不同时期的规范

性文件,政策性较强,其中转制、破产企业职工人员的退休审批案件情况

尤其复杂,涉及人员较多,案件处理具有一定的难度。对此类案件的审理

需尊重历史,做到合法、合理和公平。本案系破产企业职工因不服社保

部门对其提前退休不予审批引发的争议,该案树立的裁判规则对同类案

件的处理具有参考意义。

编写人:四川省乐山市中级人民法院 易晓芸

九、政府信息公开

65证券监管信息的公开途径

——刘志清诉中国证券监督管理委员会政府信息公开案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市高级人民法院(2017)京行终3926号行政裁定书

2.案由:政府信息公开纠纷

3.当事人

原告:刘志清

被告:中国证券监督管理委员会(以下简称中国证监会)

【基本案情】

原告刘志清于2016年8月23日向被告中国证监会提交2份信息公开申

请,申请公开:1.康美药业股份有限公司(以下简称康美药业)2015年及

2016年至今累计新增借款的公告;2.康美药业收到上海证券交易所问询

函查询经过。被告中国证监会于2016年9月7日作出《监管信息告知书》

(证监信息公开〔2016〕364号,以下简称被诉告知书),主要答复内容为:

关于第1项申请,已由康美药业在中国证监会指定信息披露的网站“巨潮

资讯网”(www.cninfo.com.cn)公开披露,申请人可自行登录该网站查询

康美药业的公告。关于第2项申请,上海证券交易所对康美药业发出问询

函,属于交易所自律监管行为,其“经过”不属于《中华人民共和国政府

信息公开条例》(以下简称《政府信息公开条例》)规定的“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”。原

告刘志清不服被诉告知书,提起本案诉讼。原告刘志清请求法院确认被

诉告知书违法并予以撤销,判令被告中国证监会重新作出答复。

【案件焦点】

与上市公司有关的证券监管信息是否属于政府信息公开条例依申请

公开制度所调整的范畴。

【法院裁判要旨】

北京市第一中级人民法院经审理认为:原告刘志清所提申请,不属于

政府信息公开条例依申请公开制度所调整的范畴。

《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)第三条规

定:“证券的发行、交易活动,必须实行公开、公平、公正的原

则。”《证券法》设立信息披露制度的目的,正是为证券投资者平等获

取信息提供法律保障,确保投资者的机会公平。因此,《证券法》上信息

公开的核心在于公开的平等性,即要么不公开,要么应同时向不特定的投

资者平等公开,而不得仅向个别投资者公开。由于《政府信息公开条

例》第十三条所规定的依申请公开制度并不考虑社会公众是否平等获取

信息的问题,因此与《证券法》上的信息公开在制度旨趣上存在实质性

差别。如果个人可以通过政府信息依申请公开的途径独立于其他投资者

获取与上市公司有关的信息,就会破坏证券市场的信息公平,进而可能扰

乱证券市场的正常秩序。由此,个人依据《政府信息公开条例》申请获

取相关信息的请求权基础已不存在,无论相关信息是否已经通过信息披

露或者其他法律途径向社会公开,均不涉及个人再行依申请公开的问

题。

虽然《证券法》中信息披露的直接义务主体是上市公司,但是证券

监管机关在对上市公司履行监管职责过程中制作、获取的证券监管信

息,不可避免地包含与上市公司相关的内容,证券监管机关仅应将上述信

息用于履行监管职责,其无权向个别公民、法人或者其他组织予以公开, 否则同样会破坏《证券法》所维护的公开、公平、公正的证券市场秩

序。因此,基于《证券法》的立法目的,证券监管机关在履行监管职责过

程中制作或者获取的与上市公司相关的信息的公开范围、方式、途径和

程序等,均应当符合《证券法》关于证券信息公开的基本原则和要求,不

应属于《政府信息公开条例》依申请公开制度的调整范畴。

本案中,原告所申请的信息均是与上市公司相关的信息,无论上述信

息是否为证券监管机关制作或者获取,也无论是否客观上已经通过其他

法律途径向社会公众公开,均不属于《政府信息公开条例》中依申请公

开制度的调整范畴。被告针对原告的申请作出的被诉告知行为应属于便

民答复,对原告的权利义务不产生实际影响。原告提起的本案诉讼不符

合法定起诉条件,依法应予驳回。遂裁定:

驳回原告刘志清的起诉。

刘志清不服一审裁定,提起上诉,北京市高级人民法院经审理,同意

一审裁判理由,裁定驳回上诉,维持一审裁定。

【法官后语】

本案对于厘清政府信息公开制度与证券信息披露制度之间的关系, 廓清政府信息依申请公开制度的适用边界具有重要的探索价值,也是通

过司法裁判弥补法律制度漏洞的一个典型案件。

一、政府信息公开与其他信息公开制度的关系

政府信息公开制度适用于各个行政管理领域,但在许多行政管理领

域也有各自的特殊信息公开制度,如不动产登记领域的查询制度、工商

行政管理领域的企业信息查询制度、行政处罚、行政许可领域的卷宗查

询制度等。政府信息公开制度与这些特殊领域的信息公开制度之间的关

系,一直是信息公开理论中的一个疑难问题。理论上认为二者存在两种

关系:第一种是平行关系,即政府信息公开与特殊领域的信息公开各自平

行适用。对于同一信息,无论是否属于其中某一个制度的调整范畴,均不

能以此排斥同时还可以适用其他的信息公开制度。第二种是排他关系, 即同一信息或者适用一般政府信息公开制度,或者适用特殊领域的信息

公开制度。如果某一信息属于其中一个制度的调整范畴,无论基于该制

度这一信息能否公开,均排斥适用其他的信息公开制度。在这种关系之

下,政府信息公开制度与其他领域的特别规定构成一般法与特别法的关

系,基于特别法优于一般法的原则,对于这些特殊的政府信息不再适用一

般的政府信息公开制度。

在不同的行政管理领域,信息公开制度与一般政府信息公开制度的

关系,需要结合该领域信息的具体特点以及该领域信息公开制度的目的

等予以综合分析判断。目前在司法解释和国务院办公厅的一些答复中, 已经涉及了这一问题。例如,《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》第二条规定:“公民、法人或者其他组织对下

列行为不服提起行政诉讼的,人民法院不予受理……(四)行政程序中的

当事人、利害关系人以政府信息公开名义申请查阅案卷材料,行政机关

告知其应当按照相关法律、法规的规定办理的。”该规定实际上将行政

程序中的案卷材料查阅制度作为信息公开制度的特别制度,从而排斥了

特定主体另行通过政府信息公开途径查阅相关信息。2016年,在国务院

办公厅政府信息与政务公开办公室对原国土资源部办公厅作出的国办公

开办函〔2016〕206号回函中,国务院办公厅认为:“不动产登记资料查

询,以及户籍信息查询、工商登记资料查询等,属于特定行政管理领域的

业务查询事项,其法律依据、办理程序、法律后果等,与《政府信息公开

条例》所调整的政府信息公开行为存在根本性差别。当事人依据《政府

信息公开条例》申请这类业务查询的,告知其依据相应的法律法规规定

办理。”这一回函将“不动产登记资料”“户籍信息”“工商登记资

料”的查询,与一般的政府信息公开制度区分开,并且明确认为二者是排

他的关系,即上述信息适用特殊的查询制度,不再适用政府信息公开制

度。

二、证券监管信息的公开途径

证券监管信息是指证券监管机关在履行监管职责过程中制作或者获

取的直接与被监管对象相关的信息。从域外的政府信息公开制度来看, 如在美国、英国、德国等西方国家的政府信息公开法律规定中,包括证

券监管信息在内的金融监管信息均予以豁免公开。例如,《美国法典》

第5章第552条(5

U.S.Code§552,又称《信息自由法》)(b)款第8项规

定:“本章规定不适用于以下信息……(8)负有规制或监督金融机构的行

政机关制作的,或以其名义制作的,或为其使用的各种核查、经营或者情

况报告等,相关信息包含于上述材料或者与上述材料相关。”上述规定

将金融监管机关在履行对监管对象的监管职责的过程中所形成的所有信

息,均排除于信息公开的范围之外。并且,这一豁免的趋势还在不断扩

大。在德国的《信息自由法》中也有类似的规定,该法第3条第1款第(d) 项明确规定,金融监管机关履行其监管职责而形成的信息,不予公开。

金融监管信息豁免公开的理由有以下几个方面:第一,金融监管机关

为了监管的需要,必须从监管对象处获取大量信息,这些信息大部分都不

能达到“商业秘密”的标准,但是如果监管机关对于这些信息都按照信

息公开制度予以公开,可能会对监管对象的经营活动造成损害,或者监管

对象就不愿意再向监管机关如实、全面地提供信息了。因此,无论是证

券监管、银行业监管还是保险业监管,其监管信息原则上都予以豁免。

第二,证券领域还有一定特殊性,就是证券信息的披露制度,这一制度要

求与上市公司相关的信息必须同时向市场公开,即确保信息公开的平等

性。而这一要求,恰恰是政府信息依申请公开制度所不能满足的,因此对

于证券监管信息按照政府信息依申请公开制度来公开,可能会对证券法

中的信息披露制度造成破坏。因此,二者在制度目的上存在明显的冲突, 政府信息依申请公开制度与证券信息披露制度无法平行适用,只能采取

特别法优于一般法的原则,适用证券法中关于信息披露的特别规定。

三、本案裁判标准适用的界限

首先,本案的裁判标准目前只能适用于证券监管类信息,而不能直接

适用于银行、保险等其他金融监管领域。从域外信息公开豁免的通行规

定来看,一般都会对金融监管信息豁免公开。但是,对于金融监管信息的

一般性豁免需要有明确的法律依据。本案是从证券信息披露和政府信息

依申请公开之间的制度区别角度,认为证券信息不能直接适用政府信息

依申请公开规定予以公开,尚不涉及其他金融监管信息。对于银行、保

险等其他金融监管信息的公开途径以及与政府信息依申请公开制度的关

系等,尚未有充分的法律依据,因此这些问题都还有待进一步研究。

其次,本案裁判认定的证券监管信息不适用政府信息依申请公开制

度,但不影响证券监管机关按照政府信息主动公开的规定公开相关信

息。政府信息的主动公开,并不违反证券信息公开的平等性,因此政府信

息主动公开与证券信息披露是可以并行的,从这个角度来看,不能认为证

券信息披露与整个政府信息公开制度都不具有交叉关系,而只是与其中

的依申请公开存在制度冲突。在实践当中,证监会经常将大量的证券监

管信息通过其指定的网站或者媒体向社会公开,既是证券信息披露的一

种途径,也是政府信息主动公开的一种方式。只是从行政审判的权限范

围而言,证券监管机关是否主动公开证券监管信息不属于行政诉讼的审

查范围。

最后,证券监管信息主要是指证券监管机关对监管对象履行职责过

程中形成的信息,不包括证券监管机关自己的一般工作信息,如证券监管

机关制定的规范性文件的公开、证券监管机关法定职责、机构设置的公

开等。这些有关证券监管机关自己的工作类信息,并不涉及被监管对象

的情况,并不会与证券信息披露制度产生冲突。当然,并非所有的证券监

管工作类信息都应当予以公开,但其是否免于公开仍然应当按照政府信

息公开条例的规定予以分析,不属于证券信息披露制度的调整范畴。

编写人:北京市第一中级人民法院 龙非

66不动产信息的公开应适用“特别法”

——周建明诉如皋市国土资源局政府信息公开案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省南通市中级人民法院(2017)苏06行终104号行政判决书

2.案由:政府信息公开纠纷

3.当事人

上诉人(原审原告):周建明

被上诉人(原审被告):如皋市国土资源局(以下简称如皋国土局)

【基本案情】

2016年9月20日,周建明向如皋国土局申请政府信息公开,信息内容

描述为“申请人房屋所在区域GJ2010-133号地块国有建设用地使用权出

让合同”。

如皋国土局收悉后于2016年10月8日作出186号答复,主要内容

为:“经了解,周建明申请‘房屋所在区域GJ2010-133号地块国有土地使

用权出让合同’信息,属于《不动产登记暂行条例》所规定的不动产登

记信息。根据上述条例第二十七条的规定,建议根据上述规定持相关证

明材料到如皋国土局依法进行查询、复制。周建明申请的土地出让合同

受让人为如皋市高城投资有限公司、如皋市民生住房开发有限公司,该

地块土地出让结果属于主动公开的信息,公开的土地出让结果网址提供

给周建明

(http://www.rggtj.gov.cn/BSFW/tdcrjg/1501.html,http://www.rggtj.

gov.cn/BSFW/tdcrjg/1500.html)。”

周建明不服,以如皋国土局未按照《中华人民共和国政府信息公开

条例》的规定履行政府信息公开的法定职责为由,诉至法院,请求撤

销186号答复并责令被告重新答复。

【案件焦点】

如皋国土局以周建明所申请公开的信息属于《不动产登记暂行条

例》所规定的不动产登记信息为由未直接予以公开,是否合法。

【法院裁判要旨】

江苏省海安县人民法院经审理认为:《不动产登记暂行条例》第二

十七条第一款规定,权利人、利害关系人可以依法查询、复制不动产登

记资料,不动产登记机构应当提供。周建明要求如皋国土局公开的政府

信息为国有土地使用权出让合同,该合同属于不动产登记资料。如皋国

土局依照《不动产登记暂行条例》审查周建明申请的案涉信息后,作出

186号答复,建议周建明根据上述规定持相关证明材料到如皋国土局依法

进行查询和复制。该答复事实清楚,适用法律法规正确。

江苏省海安县人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十

九条的规定,作出如下判决:

驳回原告周建明的诉讼请求。

周建明不服一审判决,提起上诉称:1.国有土地使用权出让合同属于

政府信息,如皋国土局未公开合同文本,而仅公开供地结果的行为违反了

《中华人民共和国政府信息公开条例》的规定。2.如皋国土局未能提供

证据证明被诉答复中的土地受让人与土地实际受让人一致的证据,一审

认定上诉人的知情权已经得到满足没有依据。3.对于案涉信息的公开应

当适用《中华人民共和国政府信息公开条例》的规定,而不应当适用

《不动产登记暂行条例》。一审判决驳回上诉人的诉请错误,请求二审

法院撤销一审判决及被诉答复,责令如皋国土局重新作出答复。

江苏省南通市中级人民法院经审理认为:一审法院经审理后所作驳

回上诉人诉请的判决正确,应予以维持。上诉人的上诉理由不能成立,本

院不予采信。据此,依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第

一款第(一)项之规定,判决如下:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

国有土地使用权出让合同系土地管理部门在履行土地管理职责过程

中制作和保存的信息,依法属于《中华人民共和国政府信息公开条例》

第二条规定的政府信息。但是,《不动产登记暂行条例》《不动产登记

暂行条例实施细则》对不动产登记机构公开不动产登记资料的条件、程

序等作出了专门规定。

根据《不动产登记暂行条例》第十六条第一款的规定,申请人申请

不动产登记的,应当提交相关的不动产权属来源证明材料、登记原因证

明文件、不动产权属证书等。国有土地使用权出让合同作为不动产权属

来源证明材料属于不动产登记资料。在《中华人民共和国政府信息公开

条例》《不动产登记暂行条例》对不动产登记资料公开事项作出不同规

定的情形下,根据特别法优于普通法的法律适用原则,对不动产登记资料

的公开应当适用《不动产登记暂行条例》及其相关规定。

此外,国务院办公厅政府信息与政务公开办公室国办公开办函

〔2016〕206号文中亦明确,不动产登记资料查询,以及户籍信息查询、

工商登记资料查询等,属于特定行政管理领域的业务查询事项,其法律依

据、办理程序、法律后果等,与《中华人民共和国政府信息公开条例》

所调整的政府信息公开行为存在根本性差别。当事人依据《中华人民共

和国政府信息公开条例》申请这类业务查询的,告知其依据相应的法律

法规办理。

本案中,如皋国土局收到周建明公开国有土地使用权出让合同的申

请后,不仅告知周建明应根据《不动产登记暂行条例》的规定进行查询, 同时还向周建明提供了土地出让结果的网址以及案涉地块的受让人。如

皋国土局所作被诉答复符合上述规定,周建明认为如皋国土局应当依照

《中华人民共和国政府信息公开条例》的规定向其公开国有土地使用权

出让合同的主张不能成立。

编写人:江苏省海安县人民法院 刘昌海

67要求申请人更改、补充的政府信息告知书并非

一概不可诉

——高天群诉都江堰市人民政府幸福街道办事处政府信息公开案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省成都市中级人民法院(2017)川01行终550号行政判决书

2.案由:政府信息公开纠纷

原告(被上诉人):高天群

被告(上诉人):都江堰市人民政府幸福街道办事处(以下简称幸福街

办)

【基本案情】

2016年4月20日,幸福街办作出《关于高天群信访事项处理意见书》

(以下简称《信访事项处理意见书》),载明“幸福村四组2000年至2014

年的集体资金主要用于本村村民拆迁补偿、安置房小区公共区域基础设

施建设以及发放本组村民水户表补助1600元/人、电户表补助800元/人, 财务收支账目和会计凭证现留存于幸福街道财政所”。2016年8月21日, 高天群据此向幸福街办提出《政府信息公开申请表》,申请公开“幸福

村四组2000年至2014年的集体资金主要用于本组村民拆迁补偿,公开本

组村民拆迁补偿费发放情况”的政府信息。幸福街办收到该申请后作出

2016年第78号《政府信息公开告知书》(以下简称78号告知),告知高天

群:“申请的信息已在幸福村四组主动公开,可向幸福村四组联系咨

询。”高天群不服,向都江堰市人民政府(以下简称都江堰政府)申请行

政复议,2016年11月23日,都江堰政府作出都府得复〔2016〕48号《行政

复议决定书》,认为幸福街办作出的《信访事项处理意见书》载明的内

容,显示幸福街办在履行职责中获取并保存了高天群申请公开的上述信

息,不应当回避其应当履行的政府信息公开法定职责,因此撤销了78号告

知,并责令幸福街办重新作出答复。2016年12月12日,幸福街办重新作出

2016年第132号《政府信息公开申请告知》(以下简称132号告知),告知

高天群“你申请公开的信息内容表述不明确,请你对所需政府信息的文

件名称、文号或者其他特征作补充说明,以便本行政机关查找相关信

息”。高天群收悉后,于2016年12月18日向幸福街办递交《政府信息更

正补充说明》,补充说明内容为:“申请人向被申请人递交政府信息公开

申请,要求公开‘本组村民拆迁补偿费发放情况’的政府信息,该政府信

息来源于2016年4月20日幸福街办作出的《信访事项处理意见书》中,显

示幸福村四组2000年至2014年的集体资金主要用于本组村民拆迁补

偿。”幸福街办收悉后,于2017年1月9日作出2016年第141号《政府信息

公开申请告知书》(以下简称140号告知),告知高天群“因你申请公开的

内容表述不明确,向你释明并请你对所需政府信息的文件名称、文号或

者其他特征作补充说明,但你重新提交的《政府信息更正补充说明》仍

未对你所需的政府信息作出具体、明确说明,故本行政机关无法查找相

关信息,无法提供”。高天群不服,提起诉讼。请求撤销幸福街办140号

告知,并请求判令幸福街办对其申请内容进行公开。

【案件焦点】

原告高天群对被告幸福街办作出的要求申请人补充更正说明的140

号告知提起的诉讼,是否属于《最高人民法院关于审理政府信息公开案

件若干问题的规定》第二条规定的人民法院不予受理的范围,是否应当

依据该条的规定裁定驳回高天群的起诉。

【法院裁判要旨】

四川省崇州市人民法院经审理认为:根据《中华人民共和国政府信

息公开条例》(以下简称《政府信息公开条例》)第二条的规定,本条例

所称政府信息,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。本案中,高天群根据幸福街办作出的《信访事

项处理意见书》中的表述,申请公开“幸福村四组2000年至2014年的集

体资金主要用于本组村民拆迁补偿”的政府信息,因幸福街办作出的

《信访事项处理意见书》中显示其在履行职责过程中获取并保存了高天

群所申请的相关信息,故幸福街办具有公开高天群要求公开的政府信息

的法定职责。幸福街办称高天群申请公开内容表述不明确,因高天群已

经提供了申请公开信息的来源和要求公开的内容,故不应再过分苛求申

请人对于信息内容的描述。一审法院依照《中华人民共和国行政诉讼

法》第六十三条之规定,判决如下:

责令被告都江堰市人民政府幸福街道办事处在本判决生效后十五日

内重新作出答复。

幸福街办以原审法院未查清该信访意见书中所涉及内容的具体所

指,认定事实不清,且被上诉人申请公开的政府信息可能涉及其他自然

人、法人、组织的隐私和不宜公开的信息,因此其应明确所需的政府信

息的名称、文号或其他特征。请求依法予以改判。

被上诉人高天群答辩称,其所申请的信息来源于上诉人2016年4月20

日作出的《信访事项处理意见书》,该信息属于依法公开的政府信息,不

属于《政府信息公开条例》第十四条的范围。请求维持原判。

四川省成都市中级人民法院经审理认为:原审判决正确,审判程序合

法。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第(一)项的

规定,判决如下:驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

《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》

第二条规定:“公民、法人或者其他组织对下列行为不服提起行政诉讼

的,人民法院不予受理:(一)因申请内容不明确,行政机关要求申请人作

出更改、补充且对申请人权利义务不产生实际影响的告知行为……”该

条规定将确实因申请内容不明确,行政机关告知要求补充更正,申请人对

补充更正告知书不服的情形,挡在了行政诉讼之外,以节约司法资源。但

在实践中,也不乏一些行政机关,对清楚明确的政府信息公开申请,也采

用该条规避申请人对其提起行政诉讼,逃避公开职责。因此,法院在审理

中不能一概以通知内容属于“补充更正”而不予受理,还应当同时把握

是否确实“对申请人权利义务不产生实际影响”,如果行政机关对已经

清楚明确的申请仍然以不清楚进而要求补充更正,已经影响了申请人对

政府信息的知情权,那么就不符合该条规定,应予以受理。

具体到本案中,高天群已经详尽阐述了申请信息的来源,亦详尽阐述

了所申请信息的内容,已达到了通常无法再明确的程度,但幸福街办反复

出具要求申请人对申请内容进行明确的告知书,利用要求补充更正的告

知不属于人民法院受理范围这一点来消极逃避政府信息公开义务,显然

已经影响了申请人高天群对政府信息的知情权,因此一审法院受理了该

案,同时判决撤销被诉告知书并责令被告重新作出答复。这样的处理方

式,是对《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》第二条的正确理解和运用,有利于促进行政机关依法履行政府信息

公开职责,保护政府信息公开申请人的知情权。

编写人:四川省崇州市人民法院 吴冬开

68刑事转行政处罚案中直接影响相对人行政处罚

结果的刑事侦查信息应予公开

——郭治娥诉北京市公安局丰台分局信息公开案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院(2017)京02行终1105号行政判决书

2.案由:信息公开纠纷

3.当事人

原告(上诉人):郭治娥

被告(被上诉人):北京市公安局丰台分局(以下简称丰台公安分局)

【基本案情】

2016年8月16日,丰台公安分局收到郭治娥邮寄的《政府信息公开申

请表》。郭治娥要求获取的信息为“2015年6月18日至2015年6月28日, 丰台公安分局行政处罚决定书,京公丰行罚决字〔2015〕003285号,对郭

治娥行政处罚决定书的全卷以及目录”。2016年8月16日,丰台公安分局

出具京公丰(2016)第78号-回《登记回执》,并于2016年8月19日向郭治

娥邮寄送达。2016年9月1日,丰台公安分局作出京公丰(2016)第78号-延

《政府信息延长答复期限告知书》,并于当日向郭治娥邮寄送达。因郭

治娥长期不接电话,该信件于2016年9月5日退回丰台公安分局。2016年9

月23日,丰台公安分局再次向郭治娥邮寄送达京公丰(2016)第78号-延

《政府信息延长答复期限告知书》。2016年9月20日,丰台公安分局作出

被诉政府信息答复告知书,公开了对郭治娥作出行政处罚决定所依据的

全部卷宗材料,并于当日将该答复告知书与公开的政府信息内容一并向

郭治娥邮寄送达。郭治娥对该答复告知书不服,遂直接提起本诉讼。

另查明,丰台公安分局未公开的卷宗材料为作出行政处罚前的刑事

程序卷宗材料。

【案件焦点】

公安机关作出行政处罚前的刑事程序卷宗材料是否应当公开。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为:根据《中华人民共和国政府信

息公开条例》(以下简称《政府信息公开条例》)第二条、第六条、第十

三条的规定,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;公民可以根据自身生产、生活、科研等

特殊需要向相关政府部门申请获取政府信息;行政机关应当及时、准确

地公开政府信息。根据《政府信息公开条例》第二十一条第(一)项、第

(三)项的规定,对申请公开的政府信息,属于公开范围的,应当告知申请

人获取该政府信息的方式和途径;该政府信息不存在的,应当告知申请

人。本案中,原告郭治娥申请公开的内容为“行政处罚决定书的全卷以

及目录”。关于行政处罚决定书的全卷,丰台公安分局已及时予以公

开。对于郭治娥认为丰台公安分局未依法公开的案卷内容,经审查属于

丰台公安分局依照《中华人民共和国刑事诉讼法》的相关规定,在履行

其刑事侦查职责过程中制作的材料,不属于行政机关在履行行政职责过

程中制作的信息,丰台公安分局未予公开,并无不当。关于目录,丰台公

安分局在查明该政府信息不存在后依法答复郭治娥信息不存在。综上, 丰台公安分局作出的被诉政府信息答复告知书认定事实清楚,适用法规

正确,符合法定程序。原告郭治娥的诉讼请求,缺乏事实和法律依据,不

予支持。

北京市丰台区人民法院根据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十

九条之规定,判决如下:

驳回原告郭治娥的诉讼请求。

郭治娥不服一审判决,提出上诉。北京市第二中级人民法院经审理

认为:《政府信息公开条例》第二条、第六条、第十三条规定,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;公民可以根据自身生产、生活、科研等特殊需要向相关政府

部门申请获取政府信息;行政机关应当及时、准确地公开政府信息。

《政府信息公开条例》第二十一条第(一)项、第(三)项规定,对申请公

开的政府信息,属于公开范围的,应当告知申请人获取该政府信息的方式

和途径;该政府信息不存在的,应当告知申请人。本案中,郭治娥申请公

开的内容为“行政处罚决定书的全卷以及目录”。对于行政处罚决定书

的全卷,丰台公安分局已及时向郭治娥公开。对于郭治娥认为丰台公安

分局未依法公开的案卷内容,本院经审查认为,属于丰台公安分局依照

《中华人民共和国刑事诉讼法》的相关规定,在履行其刑事侦查职责过

程中制作的材料,不属于行政机关在履行行政职责过程中制作的信息,不

属于《政府信息公开条例》的调整范围,丰台公安分局未予公开,并无违

法之处。关于郭治娥申请公开的行政处罚决定书的目录,丰台公安分局

在查明该政府信息不存在后依法答复郭治娥信息不存在,亦符合法律规

定。综上,丰台公安分局作出的被诉政府信息答复告知书认定事实清楚, 适用法规正确,程序合法。郭治娥的诉讼请求,缺乏事实和法律依据,应

当予以驳回。一审法院根据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条

之规定,判决驳回郭治娥的诉讼请求正确,本院予以维持。郭治娥的上诉

请求,没有事实和法律依据,本院不予支持。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八

十九条第一款第(一)项之规定,判决如下: 驳回上诉,维持一审判决。

【法官后语】

根据《政府信息公开条例》第二条的规定,本条例所称政府信息,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《中华人民共和国人民警察法》第二条第一款、第六

条[[1]的](#p384)规定,公安机关承担刑事侦查和行政管理双重职责,那么,公安机

关在履行这两种职责时制作或者获得的信息是否不加区分一律予以公

开?这一问题在刑事转行政处罚案件中体现得更为突出。

本案中,2015年6月18日至6月28日,丰台公安分局对郭治娥作出的行

政处罚决定书(京公丰行罚决字〔2015〕003285号)相关卷宗中,既有丰

台分局作出行政处罚决定的相关信息,也有其履行刑事侦查职责时制作

或者获得的相关信息。原告(上诉人)郭治娥要求公开全卷。被告(被上

诉人)丰台分局则认为,其中属于行政处罚前的刑事程序卷宗材料不属于

信息公开范围,不应予以公开。对于双方争议的焦点问题,法官的观点见

仁见智,主要有以下三种观点:

第一种观点认为,刑事侦查信息不属于信息公开范围,公安机关不予

公开合法有据。

第二种观点认为,刑事侦查信息与行政程序信息应一体对待,应该公

开所有案卷,公安机关仅公开行政程序信息,而不公开刑事侦查信息,行

政行为不合法。

第三种观点认为,刑事转行政处罚的案卷中,刑事侦查信息具有独立

性,不属于政府信息,但是,刑事侦查信息与行政信息具有关联性,作为行

政处罚依据的询问笔录应当予以公开。

本案最终采取了第三种观点,理由如下: 一方面,公安机关履行刑事侦查职责过程中制作的材料不属于政府

信息。如前所述,政府信息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,“行政机关”这一主体范围的限定决

定了“履行职责”特指履行行政管理职责。这一点可以从《政府信息公

开条例》第二章“公开的范围”中列举的具体内容中得到印证。而根据

《中华人民共和国人民警察法》《公安机关组织管理条例》等相关法律

法规的规定,公安机关承担着刑事侦查和行政管理双重职责,相应地,公

安机关也具有双重属性:既属于司法机关,也属于行政机关。因此,公安

机关的信息公开也应该加以区分:如果是作为行政机关,在履行行政管理

职责过程中制作或者获取的,以一定形式记录、保存的信息,属于信息公

开范围,应当予以公开;如果是作为司法机关,在履行司法侦查职责过程

中制作或者获取的信息,不属于《政府信息公开条例》信息公开的范围, 不予公开。

另一方面,刑事转行政处罚的案件具有特殊性。司法实践中,存在一

部分先以刑事案件立案,公安机关侦查后发现嫌疑人的行为不构成犯罪, 将案件转为行政处罚案件的情况。刑事转行政处罚的案件具有一定的特

殊性,因为公安机关的调查询问、搜集证据等基础性工作集中在刑事侦

查阶段,是后续作出行政处罚行为的事实基础。这部分司法侦查信息既

具有独立性,又和后续行政处罚信息密切相关。因此,为保护被处罚人的

知情权,应当把这一部分司法侦查信息作为特殊情况予以公开。本案中, 被告(被上诉人)丰台公安分局已经将刑事侦查阶段的询问笔录等直接影

响原告(上诉人)郭治娥行政处罚结果的实质性内容予以公开,未公开的

仅是依据《中华人民共和国刑事诉讼法》进行的程序性案卷,其信息公

开行为合法合理,应当予以支持。

综上,两审法院的判决,既监督了行政机关依法行政,又保护了行政

相对人的知情权,合法合理,均为正确。

编写人:北京市丰台区人民法院 李威娜 王悦

69行政机关对派出机构制作或保存的信息是否负

有公开的义务

——腾龙芳烃(漳州)有限公司诉厦门市国土资源与房产管理局政府

信息公开案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市思明区人民法院(2017)闽0203行初428号行政裁定书

2.案由:政府信息公开纠纷

3.当事人

原告:腾龙芳烃(漳州)有限公司

被告:厦门市国土资源与房产管理局

【基本案情】

2006年12月,厦门市国土资源与房产管理局海沧分局(以下简称海沧

分局)、厦门市海沧区人民政府与原告签订(2006)厦海地合(协)字143号

厦门市国有土地使用权有偿使用出让合同,将位于厦门市海沧区南部工

业区的宗地出让给原告。后因故厦门市人民政府批复海沧分局和厦门市

规划委员会将合同项下土地另行出让。

2017年7月10日及7月19日,原告两次向海沧分局申请公开国有土地

使用权被收回的相关批准文件、补偿方案及依据等相关政府信息。海沧

分局分别向原告发出政府信息公开告知书,告知原告(2006)厦海地

合(协)字143号厦门市国有土地使用权有偿使用出让合同已于2014年11

月25日解除,并要求原告补充提供合法拥有上述合同项下由有权机关颁

发的土地权属证明。2017年8月16日,原告致函海沧分局,依然要求海沧

分局公开其所申请的政府信息。2017年9月4日,海沧分局作出厦国土房

海函〔2017〕103号回函,回复原告:1.经查,你公司并未依法取得该地块

的土地使用权证,因此你公司所申请的“合法拥有的上述合同项下的土

地而被收回国有土地使用权的批准文件和补偿方案”不存在。2.根据

《中华人民共和国政府信息公开条例》第二条“本条例所称政府信息, 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”,你公司所申请的“收回国有土地使用权的批准文件的相关

依据和补偿方案的相关依据”是就相关问题进行咨询,并非《中华人民

共和国政府信息公开条例》所规定的政府信息公开申请。

原告不服海沧分局作出的政府信息公开回复,遂以厦门市国土资源

与房产管理局为被告向法院提起行政诉讼。

【案件焦点】

行政机关对派出机构制作或保存的信息是否负有公开的义务。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市思明区人民法院经审理认为:案涉厦门市海沧区南部

工业区宗地的相关信息系由海沧分局制作并保存的,海沧分局作为被告

下属的一个相对独立的分支机构,具备独立承担有关政府信息公开的法

律责任能力。原告亦系向海沧分局申请,海沧分局亦作出了相应的回

复。因此,海沧分局系本案适格的被告,厦门市国土资源与房产管理局并

非本案的适格被告。法院已依法告知原告变更被告,但原告不同意变

更。一审法院遂裁定:

裁定驳回原告的起诉。

【法官后语】

为了保障公民、法人和其他组织依法获取政府信息,提高政府工作

的透明度,促进依法行政,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,政府信息公开制度已然成为我国行政法规中不

可或缺的重要组成部分。《中华人民共和国政府信息公开条例》第二条

规定:“本条例所称政府信息,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。”本案涉及的法律问题,系信息

公开义务主体的确定。在我国立法过程中,信息公开义务主体也一直

在“便利申请”和“审查权限”两个侧重点之间徘徊。

本案涉及政府信息公开义务主体确定的一项重要原则,即“谁制作

或保存谁公开”的原则。《中华人民共和国政府信息公开条例》第十七

条规定:“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。法律、法规对政府信息公开的权限另有规

定的,从其规定。”“谁制作或保存谁公开”的原则,有利于明确最初掌

握某项具体政府信息的行政机关,保证公开主体的明确性。既可避免行

政机关相互推卸公开责任,妨碍申请人及时获取政府信息,又可防止不同

的行政机关重复公开。同时,这项原则还有利于明确政府信息公开的审

查主体和审查责任。作为某项具体政府信息的原始制作者、采集者,该

行政机关比其他行政机关更加了解政府信息的内容以及相关背景资料, 能够更加方便地对拟公开的政府信息进行审查,更加全面地权衡是否应

当进行公开。在司法实践中,若任意扩大信息公开的义务主体,必将造成

公共资源的浪费。

本案中,首先,案涉厦门市海沧区南部工业区宗地的相关信息系由海

沧分局制作并保存的,被告厦门市国土资源与房产管理局并非案涉信息

的制作或保存主体。海沧分局作为被告下属的一个相对独立的派出机

构,具备独立承担有关政府信息公开的责任能力。

其次,《厦门市土地管理若干规定》第三条规定,市土地行政主管部

门负责本市辖区内土地的统一管理和监督工作。区土地行政主管部门和

市土地行政主管部门驻区分局具体负责辖区的土地管理和监督工作。该

规定已经授予海沧分局法定的职权范围。根据《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》第二十条第二款的规定,法

律、法规或者规章授权行使行政职权的行政机关派出机构超出法定授权

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。本案中,海沧分局的性质系被告厦门市国土资源与房产

管理局的派出机构,因此,原告不服其作出的政府信息公开回复而提起诉

讼,应当以其作为被告。

综上,海沧分局系本案适格的被告。依照《最高人民法院关于适用< 中华人民共和国行政诉讼法>若干问题的解释》第三条第一款第(三)项

之规定,错列被告且拒绝变更的,已经立案的,应当裁定驳回起诉。

编写人:福建省厦门市思明区人民法院 王叶萍 王晨安

70政府信息公开权利外表下重复救济行为的诉权

认定

——张立军、郭志民诉天津市武清区人民政府、天津市人民政府政

府信息公开案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

天津市高级人民法院(2017)津行终124号行政裁定书

2.案由:政府信息公开纠纷

3.当事人

原告(上诉人):张立军、郭志民

被告(被上诉人):天津市武清区人民政府(以下简称武清区政府)、

天津市人民政府

【基本案情】

二原告向天津市武清区梅厂镇人民政府申请政府(以下简称梅厂镇

政府)信息公开,所需信息内容为“2011年5月梅厂镇政府实行《(梅厂片

区)梅上示范镇建设》中,对梅厂一村郭志民、王新索两户‘房屋价值补

偿’的分户评估报告”。2015年8月10日,梅厂镇政府作出《信息公开答

复书》,向其提供了分户估价结果报告,并告知原告所需原件可现场查

阅,复印件可自取。同日,二原告在现场查阅并领取了复印件后,不服该

《信息公开答复书》,以公开的原始评估报告本身不合法,复印件也不合

法为由,向梅厂镇政府提交《信息公开更正申请书》,梅厂镇政府于2015

年8月27日向二原告作出《不予重复答复告知书》,告知该申请为同一申

请人向同一行政机关就同一内容反复提出的申请,不再重复答复。2015

年8月31日,原告郭志民、案外人王新索(委托代理人为其子即本案原告

张立军)向天津市武清区人民法院提起诉讼,请求确认梅厂镇政府《信息

公开答复书》违法并判令梅厂镇政府履行合法分户评估报告的法定告知

义务。天津市武清区人民法院一审判决驳回二原告的诉讼请求。二原告

不服,提起上诉,二审法院于2016年3月24日判决驳回上诉,维持原判。

2016年5月11日,原告郭志民、张立军又向被告武清区政府举报,要求武

清区政府依法查处梅厂镇政府对二原告《信息公开更正申请书》不依法

履行信息公开义务的行政行为,责令其改正并依法依规重新答复。2016

年5月27日,被告武清区政府作出《关于郭志民、张立军反映问题的回

复》,回复称梅厂镇政府对二原告申请作出的答复行为的合法性已经

一、二审两级法院判决认定,请依法依规执行法院判决。二原告不服,就

该回复向被告天津市人民政府申请复议。被告天津市人民政府于2016

年9月28日作出《行政复议决定书》,驳回二原告的行政复议申请。二原

告仍不服,提起行政诉讼。

【案件焦点】

1.政府信息公开案件中,政府信息内容本身是否合法是否属于人民

法院审查范围;2.行政机关层级监督行为是否属于行政诉讼受案范围;3.

原告在行政机关信息公开答复已受生效裁判羁束的情况下,转而向上级

政府举报、申请复议,并借书面回应再次提起政府信息公开行政诉讼,是

否属于重复救济。

【法院裁判要旨】

天津市第一中级人民法院经审理认为:本案二原告就“分户评估报

告”提出政府信息公开申请、政府信息公开更正申请,并提起政府信息

公开行政诉讼,此后又就政府信息公开问题进行举报、申请行政复议,进

而再次提起行政诉讼。综而观之,二原告的诉求主张核心是“分户评估

报告”的知情权,实质则是主张“分户评估报告”不合法。政府信息公

开制度解决的是政府信息公开与否的问题,在政府信息公开中,政府没有

义务对于政府信息本身的合法性作出分析或评判;层级监督不属于行政

诉讼受案范围,当事人请求上级政府行使层级监督职责,无诉讼权利保护

之必要性;原告在行政机关信息公开答复已受生效裁判羁束的情况下,转

而向上级政府举报、申请复议,并借书面回应再次提起政府信息公开行

政诉讼,其起诉已无应受司法保护的现实利益,属于重复救济,应予以驳

回。一审法院遂裁定:

驳回原告郭志民、张立军的起诉。

张立军、郭志民不服一审裁定,上诉称:请求二审法院查清事实,依

法撤销一审裁定;并判决一审法院依法受理并审理本案。其上诉的主要

理由是一审裁定认定事实错误,适用法律错误。

天津市高级人民法院经审理认为:当事人向人民法院提起行政诉讼, 应当符合法律规定的起诉条件,且属于《中华人民共和国行政诉讼法》

规定的受案范围。人民法院受理行政案件的范围,是由法律设定的,而非

由行政机关或者行政机关的法律文书设定的;行政机关法律文书错误告

知当事人可以提起行政诉讼,当事人因此提起诉讼的,人民法院经依法审

查,不符合法律规定起诉条件的应作出不予立案的裁定,已经立案的应裁

定驳回起诉。本案被上诉人武清区政府针对上诉人的举报作出的回复行

为既未侵犯二上诉人的人身权、财产权,也未侵犯其知情权,对二上诉人

权益明显不产生实际影响,不论二上诉人是否满意,均不属于可诉的行政

行为。一审法院裁定驳回郭志民、张立军对二被上诉人的起诉认定事实

清楚,适用法律正确,审理程序合法。二审法院遂裁定:

驳回上诉,维持原裁定。

【法官后语】

“以公开为原则,以限制为例外”,这已是当下世界范围内政府信息

公开立法的基本原则。[[2]但](#p384)在司法实践领域,缠诉、滥诉行为日益加剧

着行政诉讼本已饱受诟病的制度空转, [[3]](#p384)亦对司法权威产生了一定的威

胁。在政府信息公开诉讼中,当事人利用低廉的经济成本,频繁启动政府

信息公开诉讼,滥用信息公开申请权、滥用诉权的现象仍较为突出。

一、政府信息内容本身的合法性不属于法院审查范围

有诉的利益是提起政府信息更正申请诉讼的一个实质要件,利益是

衡量诉权的尺度,无利益即无诉权。政府信息公开制度的设计在于解决

政府信息存在与否、记载是否准确的问题。《中华人民共和国政府信息

公开条例》(以下简称《政府信息公开条例》)立法旨在保护公民知情

权,而非信息内容本身的合法性,尤其在政府信息已被公开且被生效判决

确认的情况下,当事人再行通过政府信息更正申请的方式提起行政诉讼, 缺乏诉的利益,政府信息“不准确”不应与政府信息内容不合法画上等

号,法院应仅就政府信息记载的准确性而非合法性作出审查。

二、层级监督不属于行政诉讼受案范围

“判令被告武清区政府依法依规履行查处梅厂镇政府在信息公开工

作中拒绝更正信息的违法行为并责令梅厂镇政府依法依规更正信息,重

新依法依规作出书面答复”是否属于行政诉讼受案范围是本案的另一个

争议焦点。笔者认为,原告的该诉求属于要求上级机关对下级机关行使

监督职责,不属于行政诉讼受案范围。

层级监督行为是基于行政机关内部的上下级关系而产生的内部监管

行为,是行政机关内部纵向的、自上而下的权力运行过程,是行政机关体

系内的自我纠错行为。上级政府监督职责行使的结果不会对当事人直接

产生法律上的羁束效力,若上级政府基于层级监督职责发现问题后,作出

撤销或改变下级政府决定的行政行为,当事人可直接就改变决定的行政

行为提起行政诉讼或申请行政复议。当事人对下级政府所作出的行政行

为不服,可以直接针对该行政行为提起诉讼,亦可就该行为申请行政复议

以实现权利救济。在具有更便捷的纠纷解决方式的情况下,二原告坚持

诉上级政府不履行层级监督职责,既不利于纠纷的及时解决,也容易形成

诉累,无应受司法保护的现实利益。

回顾整个案件,二原告就“分户评估报告”提出政府信息公开申请, 梅厂镇政府遂作出《信息公开答复书》并向其提供了分户估价结果报

告,二原告现场查阅原件并获取了复印件,至此,二原告的知情权已经得

到保障。此后,二原告对该《信息公开答复书》提起政府信息公开行政

诉讼,案经人民法院两审裁判确认该信息公开答复的合法性。至此,二原

告的诉权亦得到了充分保障。二原告在行政机关信息公开答复已经由司

法审查并受生效裁判羁束的情况下,转而向上级政府举报、申请复议,并

借行政机关的书面回应再次提起行政诉讼,仍然要求人民法院责令行政

机关重新作出答复,其起诉已无应受司法保护的现实利益,其诉的基础已

经丧失,应裁定驳回起诉。

编写人:天津市第一中级人民法院 张全 闫树超

71政府信息不存在时的司法审查标准

——朱顺华诉南通市崇川区文峰街道办事处政府信息公开案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省南通市中级人民法院(2017)苏06行终719号行政判决书

2.案由:政府信息公开纠纷

3.当事人

原告(被上诉人):朱顺华

被告(上诉人):南通市崇川区文峰街道办事处(以下简称文峰街办)

【基本案情】

2017年6月21日,朱顺华向文峰街办邮寄11份政府信息公开申请表, 要求根据文峰街办2017年6月5日召开的“房屋征收扫尾清盘百日攻坚动

员会”会议记录内容,分别公开动员会的:1.详细工作部署及会议纪

要;2. 40户居民的名单;3. 10户非居名称;4.组织框架;5.实施方案;6.

推进模式;7.任务分工和考核办法;8.职权依据;9.攻坚项目的标段及标

段长的姓名;10.工作组成员名单;11.与外包服务公司签订的协议。

针对朱顺华的11份申请,文峰街办于同年7月10日作出〔2017〕第5

号《政府信息公开告知书》,主要内容为:1.关于40户居民的名单、10户

非居名称、攻坚项目的标段及标段长的姓名、工作组成员名单的信息, 见提供的《文峰街道2017年度第二轮征收攻坚任务分解表》打印件;2.

《文峰街道2017年度扫尾清盘百日攻坚考核办法》属于内部信息,依法

不属于公开范围;3.文峰街办为行政机关,相关职权来源于法律授权,但

法律条文不属于政府信息;4.文峰街办虽确定了相应的征收服务外包单

位,但至今暂未与征收服务外包单位签订协议书,该信息不存在;5.关于

组织框架、推进模式、工作部署、实施方案、任务分工,是对文峰街办

领导在会议上所宣读的《文峰街道2017年度第二轮征收攻坚任务分解

表》的解读,该解读并无有形载体予以记载,不属于《中华人民共和国政

府信息公开条例》(以下简称《政府信息公开案例》)第二条所指的政府

信息;6.没有制作会议纪要,该信息不存在。告知书特别说明,新闻报道

一般是对会议发言人员口头陈述的整理加工,该报道内容并不一定与发

言人员的原话内容完全一致。此外,发言人员的陈述也并非与会议准备

的书面内容完全一致。7月10日,文峰街办将《政府信息公开告知书》

《文峰街道2017年度第二轮征收攻坚任务分解表》邮寄送达给朱顺华。

【案件焦点】

文峰街办在政府信息公开告知书中对外包服务协议等信息所作

的“不存在”答复能否成立。

【法院裁判要旨】

江苏省南通市港闸区人民法院经审理认为:文峰街办主张朱顺华申

请公开的文峰街办与外包服务单位签订的协议、会议纪要等信息暂不存

在和没有有形载体予以记载,应当对其是否尽到合理的检索义务负举证

责任,而不能笼统地以特别说明的形式予以答复。文峰街办提交的证据, 无法证明其在收到朱顺华的申请后,履行了合理检索义务,因此,相关信

息不存在的答复,缺乏证据支持。江苏省南通市港闸区人民法院依照

《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第(一)项、《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》第九条第一款之规定, 作出如下判决:

一、撤销文峰街办作出的政府信息公开告知书中有关文峰街办与外

包服务单位签订的协议、案涉征收攻坚任务的组织框架、推进模式、工

作部署、实施方案、任务分工及会议纪要的信息的答复;

二、责令文峰街办于判决书生效之日起十五日内重新作出行政行

为;

三、驳回朱顺华的其他诉讼请求。

文峰街办不服一审判决,提出上诉。江苏省南通市中级人民法院经

审理认为:在通常情况下,行政机关对自己在行政程序中提出的主张必须

承担举证责任,但是,在原告要求行政机关履行法定职责之诉、行政机关

提出了一个消极事实等情形下,不能认为行政机关仍然需要承担全部的

举证责任。在申请人所申请的政府信息不存在的情形下,行政机关并不

承担举证责任,只需要承担对政府信息不存在进行告知和说明理由的义

务。说明理由义务的完成只需要基于一个是否符合常理的解释,它要求

行政机关所作出的说明具有充分、可信的理由即可。本案中,文峰街办

对外包协议不存在作出的解释是:虽确定了服务外包单位,但并没有签订

协议书,而是按照惯例在收尾结算时才正式签订。对于攻坚任务的组织

构架、推进模式等的说明是:虽然相关媒体报道中涉及了上述内容,但是

上述信息并没有形成有形的载体予以记载。文峰街办召开的是拆迁扫尾

攻坚动员会,按照惯例无须形成专门的会议纪要。综上,文峰街办对不存

在的信息已经履行了告知和合理说明理由义务。江苏省南通市中级人民

法院依照《政府信息公开条例》第二条、第二十一条第(三)项,《中华

人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第(二)项、第六十九条,

《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》第十

二条第(一)项之规定,作出如下判决:

一、撤销南通市港闸区人民法院(2017)苏0611行初261号行政判决; 二、驳回被上诉人朱顺华的诉讼请求。

【法官后语】

政府信息公开在满足公众知情权、监督行政机关依法行政等方面发

挥了很大作用,但有时行政机关频频采用信息不存在的答复,引发了很大

争议。同时,政府信息不存在一旦进入诉讼程序常常会陷入证明责任的

困境:一方面让被告承担信息不存在的消极事实的证明责任,明显违

反“肯定者应证明,否定者不应证明”这一举证责任的基本法则,让主张

消极事实的一方当事人举证本身也是强人所难;另一方面让处于弱势地

位的原告承担举证责任,更是一个几乎不可能完成的任务。正如章剑生

教授所言,原告申请政府信息公开,但被告认为其所申请的政府信息并不

存在,由此引发的政府信息公开案件中如何分配举证责任,在行政诉讼法

律框架下是一个从没遇到过的新问题。

本案的裁判进一步明确了在行政诉讼中“谁主张,谁举证”依然是

举证责任分配的基本原则。举证责任可分为客观举证责任与主观举证责

任。客观举证责任又称实质举证责任,指案件终结时,如果出现法律要件

事实真伪不明,由该法律要件成立能够得到有利结果的当事人承担不利

后果。主观举证责任又称形式举证责任,指当事人为支持自己的主张,避

免不利后果,向法院提出证明自己主张成立的证据。关于举证责任的分

配,《中华人民共和国行政诉讼法》第三十四条第一款规定,被告对作出

的行政行为负有举证责任,虽然第三十八条也规定了特殊情形下原告承

担举证责任的情形,但不能囊括行政诉讼的全部情形,尤其是在管理型行

政向服务型行政转变的当下,粗放型的举证责任分配不能适应行政诉讼

的实际。

在政府信息不存在诉讼中,行政机关可以提出证据证明信息不存在

的主张,但因行政机关主张的是一个消极事实,其不必然存在比原告更多

的证据,依据“谁主张,谁举证”的基本原则,无需承担客观意义上的举

证责任,也就是说当法律要件事实真伪不明时,行政机关不应因未举证而

承担不利的后果。申请人是信息获取的发起者,为了证明其主张成立,需

要积极举证,并且要承担客观意义上的举证责任。但是鉴于行政诉讼的

特点以及行政机关的相对优势的地位,同时为避免行政机关滥用信息不

存在的答复,相关法律规范赋予行政机关在信息不存在情形下的说明理

由义务,当行政机关作出相关理由说明后,申请人仍未能提供充分的证据

或者反驳理由的,应承担不利的法律后果。

说明理由是指行政主体在作出对行政相对人合法权益产生不利影响

的行政行为时,除法律特别规定外,必须向行政相对人说明作出该行政行

为的事实因素、法律依据以及进行自由裁量时所考虑的政策、公益等因

素。通过信息不存在时的理由说明,一方面可以防止信息不存在答复的

滥用,实现对行政机关的有效监督,当行政机关所作出的说明存在严重缺

陷,或者申请人提供了充分的证据、作出了有力的反驳,使得行政机关的

说明理由无法达到合理的程度时,行政机关仍需要承担不利的后果;另一

方面只要行政机关对信息不存在能够作出合理、有说服力的说明,就可

以证实答复的合理性,摆脱了举证责任带来的僵局。

说明理由义务的内容及程度需要根据具体案情确定。法律规定行政

机关具有某种法定职责,或者信息属于行政机关主动公开的,行政机关应

当说明信息不存在的具体原因,说明应达到充分、确信的程度。对于其

他情形,行政机关只需给申请人一个合理的解释即可。在对行政机关是

否履行了说明理由义务进行判断时,也应当坚持有限审查的原则,只要行

政机关的理由说明合理、可信,就应予以尊重,法院非要以自己的判断否

定行政机关的判断,无疑会形成强人所难的局面,据此作出的判决将处于

尴尬的境地,因为对于一个客观不存在的信息,行政机关根本无法履行公

开的义务。

还需要说明的问题是,尽管不少观点主张行政机关应当对履行检索

义务举证,但是姑且不论检索的主观性及相关检索人员的责任心,有的信

息本身就不存在一个可供检索的平台。因此,履行检索义务是行政机关

答复合法性的必要条件,而不是充分条件,不能仅因其未履行检索义务而

得出否定被诉答复的结论,检索义务的履行也完全可以在说明理由环节

中实现。

编写人:江苏省南通市中级人民法院 金保阳 张祺炜

[[1]. 《中华人民共和国人民警察法》第二条第一款规定:“人民警察的](#p367)

[任务是维护国家安全,维护社会治安秩序,保护公民的人身安全、人身自](#p367)

[由和合法财产,保护公共财产,预防、制止和惩治违法犯罪活动。”第六](#p367)

[条规定:“公安机关的人民警察按照职责分工,依法履行下列职责:(一)](#p367)

[预防、制止和侦查违法犯罪活动;(二)维护社会治安秩序,制止危害社会](#p367)

[治安秩序的行为;(三)维护交通安全和交通秩序,处理交通事故;(四)组](#p367)

[织、实施消防工作,实行消防监督;(五)管理枪支弹药、管制刀具和易燃](#p367)

[易爆、剧毒、放射性等危险物品;(六)对法律、法规规定的特种行业进](#p367)

[行管理;(七)警卫国家规定的特定人员,守卫重要的场所和设施;(八)管](#p367)

[理集会、游行、示威活动;(九)管理户政、国籍、入境出境事务和外国](#p367)

[人在中国境内居留、旅行的有关事务;(十)维护国(边)境地区的治安秩](#p367)

[序;(十一)对被判处拘役、剥夺政治权利的罪犯执行刑罚;(十二)监督管](#p367)

[理计算机信息系统的安全保护工作;(十三)指导和监督国家机关、社会](#p367)

[团体、企业事业组织和重点建设工程的治安保卫工作,指导治安保卫委](#p367)

[员会等群众性组织的治安防范工作;(十四)法律、法规规定的其他职](#p367)

[责。”](#p367)

[[2].章剑生:《知情权及其保障——以政府信息公开条例为例》,载《中](#p377)

[国法学》2008年第4期,第149页。](#p377)

[[3].刘平:《谨慎地拒绝:政府信息公开之诉滥用及立法规制——以“诉](#p377)

[的利益”为内核破局》,载《全国法院第27届学术讨论会获奖论文集》,](#p377)

[第740页。](#p377)

十、其 他

72承租人对房屋权属登记行为是否具备利害关系

——蔡强、周在泉诉厦门市国土资源与房产管理局房屋产权行政登

记案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院(2017)闽02行终189号行政裁定书

2.案由:房屋行政登记纠纷

3.当事人

原告(上诉人):蔡强、周在泉

被告(被上诉人):厦门市国土资源与房产管理局

第三人(原审第三人):黄味

【基本案情】

2014年12月29日,原告蔡强、周在泉与第三人黄味、案外人蒋建国

签订一份《租赁合同》,由原告向第三人黄味、案外人蒋建国承租坐落

于厦门市思明区曾厝垵村曾厝垵社228之一的房屋。该《租赁合同》约

定:黄味、蒋建国保证租赁物系其合法所有的,黄味、蒋建国对租赁物具

有完整的所有权和使用权,黄味、蒋建国提供租赁物的权属证书作为本

合同的附件;蔡强、周在泉承租租赁物作为酒店、客栈、会所或者其他

商业使用。合同履行过程中,蔡强、周在泉与黄味、蒋建国之间发生纠

纷,黄味、蒋建国向法院提起民事诉讼,案号为(2015)思民初字第16721

号。2016年4月8日,一审法院作出(2015)思民初字第16721号民事判决。

蔡强、周在泉不服一审判决,提起上诉,二审案号为(2016)闽02民终2275

号。2016年11月1日,厦门市中级人民法院作出(2016)闽02民终2275号民

事裁定,将案件发回厦门市思明区人民法院重审。目前,重审案件尚在审

理中。

2017年2月7日,被告厦门市国土资源与房产管理局向第三人黄味核

发闽(2017)厦门市不动产权第9100002号《中华人民共和国不动产权证

书》,其中载明:权利人为黄味,坐落为厦门市思明区滨海街道曾厝垵社

区曾厝垵社228之一号,权利类型为宅基地使用权/房屋所有权,用途为农

村宅基地/住宅。

原告认为,被告颁证时未进行严格审查,其违法行政行为将影响原告

与黄味、蒋建国之间租赁合同的效力认定,案涉登记行为损害了原告的

利益。被告厦门市国土资源与房产管理局辩称,原告并非案涉行政行为

的相对人或利害关系人,其诉讼主体不适格,应当驳回原告的起诉。第三

人黄味述称,原告既不是被诉行政行为的相对人,也与该行政行为无利害

关系,被告的颁证行为符合法律程序,合法有效,并没有侵害原告的任何

权利;原告并非本案适格原告,请求驳回原告的起诉。

【案件焦点】

行政机关在后的物权登记行为是否对在先签订的租赁合同效力及其

他承租权益产生影响,承租人对房屋权属登记行为是否有利害关系。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市思明区人民法院经审理认为:原告作为涉讼房产的承

租人,以承租人的身份对本案的物权登记行为提起行政诉讼。而作为承

租人,其对案涉房产的物权并不存在现实的或可期待的合法权益,被告为

案涉房产办理权属登记,并不会侵害其合法权益。再者,原告与第三人黄

味、案外人蒋建国因租赁合同产生的纠纷,与被诉行政行为并无关联,其

承租权益无法通过行政诉讼寻求救济,应在民事诉讼框架内解决。此外, 被诉行政行为作出的时间为2017年2月7日,而原告与第三人黄味、案外

人蒋建国签订租赁合同的时间为2014年12月29日,故不存在基于被诉行

政行为产生信赖利益的情形。综上,原告与被诉行政行为并不具有法律

上的利害关系,一审法院遂裁定:

驳回蔡强、周在泉的起诉。

福建省厦门市中级人民法院经审理认为:行政诉讼的“利害关

系”应限于公法上的利害关系,即行政机关作出行政行为时所依据的行

政实体法和适用的实体法律规范体系,要求行政机关考虑、尊重和保护

有关的权利和法律上的利益。本案中,蔡强、周在泉基于与第三人的民

事租赁合同纠纷主张与案涉不动产登记行为具有利害关系,因该利害关

系属于民事范畴,故应通过民事诉讼解决。二审法院遂裁定:驳回上诉, 维持原裁定。

【法官后语】

行政诉讼之原告诉讼主体资格的认定,一直以来系我国行政审判理

论及实务领域的热点和难点问题。《中华人民共和国行政诉讼法》第二

条第一款规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工

作人员的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。”第二十五条第一款规定:“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。”上述规定

确立了“利害关系标准”的基本原则。利害关系的司法判断,暗含着保

护规范说的框架。也就是说,主要看个案中所适用的法律规范是否存在

保护利益的目的,即行政机关作出行政行为时所依据的行政实体法和适

用的实体法律规范体系,是否要求行政机关考虑、尊重和保护有关的权

利和法律上的利益。

回归本案,首先,原告并非涉案产权登记行为的行政相对人。可以明

确的是,案涉行政行为系被告向第三人黄味核发不动产权证书的行政行

为,该行政行为的相对人为第三人黄味。

其次,本案的争议焦点是原告与被告的产权行政登记行为是否具有

利害关系。本案中,原告作为承租人,对案涉房产的物权并不存在现实的

或可期待的合法权益,被告为案涉房产办理权属登记,并不会对原告的合

法权益造成侵害。原告主张的承租权益属于民事范畴,应当通过民事诉

讼解决,不属于行政法上的“利害关系”范畴。

此外,案涉不动产权证作出的时间为2017年2月7日,而原告与黄味、

案外人蒋建国签订租赁合同的时间为2014年12月29日,被告在后的产权

登记行为,对于原告与第三人之间在先签订的租赁合同效力及原告作为

承租人的承租权益并不产生影响,原告亦不存在基于被诉行政行为产生

信赖利益的情形。

编写人:福建省厦门市思明区人民法院 王叶萍 王晨安

73房屋买卖合同网签行为不具有行政诉讼可诉性

——张旭光诉北京市朝阳区房屋管理局、北京市住房和城乡建设委

员会行政不作为案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市朝阳区人民法院(2017)京0105行初221号行政裁定书

2.案由:行政不作为纠纷

3.当事人

原告:张旭光

被告:北京市朝阳区房屋管理局(以下简称区房管局)、北京市住房

和城乡建设委员会(以下简称市住建委)

【基本案情】

2016年5月20日,原告和案外人郭章友签订了《北京市存量房屋买卖

合同(自行成交版)》。在原告不知情的情况下,铭创置地公司就通过区

房管局、市住建委上传了合同号C130289X号网上签约合同。2016年11

月29日,原告前往区房管局要求注销上述网签合同,并提交了相关的证据

材料,区房管局拒绝注销网签合同,并出具了朝房答字(2016)269号《信

访事项答复意见书》。后原告向市住建委提出复议,市住建委作出京建

复字(2017)16号《行政复议决定书》,驳回了原告的复议申请。故原告

依法向法院提起行政诉讼,要求法院:1.依法撤销区房管局作出的朝房答

字(2016)269号《信访事项答复意见书》和市住建委作出的京建复

字(2017)16号《行政复议决定书》;2.判令区房管局、市住建委注

销2016年7月5日由铭创置地公司违规上传的合同号C130289X号网签合

同。

【案件焦点】

涉案存量房买卖合同签订后进行的网签行为是否具有行政诉讼可诉

性。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为:公民、法人或其他组织提起行

政诉讼应当符合起诉条件。根据《中华人民共和国行政诉讼法》《最高

人民法院关于适用<中华人民共和国行政诉讼法>若干问题的解释》的规

定,当事人提起行政诉讼不属于人民法院受案范围,已经立案的,应当裁

定驳回起诉。本案中,根据《北京市建设委员会关于全面推行存量房买

卖合同网上签约有关问题的通知》的规定,各区县建委、房管局设置的

服务窗口负责为本辖区内的存量房买卖提供网上签约服务。由此可见, 网签合同是房屋登记行政主管部门推出的一项服务举措,签订房屋买卖

合同行为实质应是民事法律行为,房屋登记主管机关提供的网上签约服

务与存量房屋买卖的相关人不产生行政法律上的利害关系,该行为不具

有可诉行政行为的特征,故被诉行为不属于行政诉讼审判权限范围,原告

的起诉不符合法定起诉条件,应当裁定驳回其起诉。对于原告提出要求

撤销市住建委作出的《行政复议决定书》的起诉,本院一并予以驳回。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第四十

九条第(四)项、第七十九条,《最高人民法院关于适用<中华人民共和国

行政诉讼法>若干问题的解释》第三条第一款第(一)项之规定,裁定如

下:

驳回原告张旭光的起诉。

【法官后语】

本案的处理重点在于辨别具备行政诉讼可诉性的行为。根据《中华

人民共和国行政诉讼法》的规定,可诉的行政行为应当被认为具有对公

民、法人或者其他组织的合法权益的侵犯性,因此对公民、法人或者其

他组织的权利义务不产生实际影响的行为不具有可诉性。

针对涉案网签行为,有观点认为区房管局负有对为辖区内存量房买

卖合同提供网上签约服务的法定职责,故网签行为具有行政诉讼可诉性; 还有观点认为网签行为系服务举措,与存量房屋买卖的相关人不产生行

政法律上的利害关系,故网签行为不具有行政诉讼可诉性。

本案采纳第二种观点,认为存量房网签行为不具有可诉行政行为的

特征。根据《中华人民共和国合同法》第四十四条第二款的规定,只有

法律、行政法规才能规定批准、登记等合同的特别生效要件,而网签显

然不是合同生效的特别要件,故网签行为不具有针对当事人买卖合同权

利的法律约束力。另外,从房屋主管行政机关的角度来看,网签本质上是

一种为方便行政管理的网络备案,不具有创设权利的处分性质。其作为

一种程序性事实行为,仅具备公示的功能。

编写人:北京市朝阳区人民法院 郑瑞涛 鞠仁

74公房承租权的继承更名应尊重原承租人的处分

权

——许俊斌诉厦门市房屋管理中心、厦门市国土资源与房产管理局

公房管理行政决定案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院(2017)闽02行终119号行政判决书

2.案由:公房管理行政决定纠纷

3.当事人

原告(上诉人):许俊斌

被告(被上诉人):厦门市房屋管理中心、厦门市国土资源与房产管

理局

【基本案情】

张家辉系厦门市湖里区江浦南里58号502室直管公房原承租人。

1999年8月26日,张丽雪以父女关系为由,通过更名换户取得原由张家辉

承租的案涉直管公房承租资格。2006年1月28日,张家辉死亡。2006年2

月17日,张丽雪与厦门市湖里房屋管理所(现被并入厦门市房屋管理中

心)就案涉直管公房签订厦国土房住字第湖000080号住宅租赁合同,租赁

期限为2006年1月1日至2006年12月31日。另查明,1996年3月8日,厦门市

公安局禾山派出所出具证明,证明张家辉、张丽雪两人确系父女关系。

后厦门市公安局禾山派出所及厦门市公安局江头派出所分别于2006年6

月23日、2007年3月12日联合出具更正说明:1995年11月15日张丽雪办理

户口迁入张家辉户内,两人一直表明系父女关系但未能提供父女关系证

明,现更正说明1995年11月15日签发的张丽雪户口本中,张丽雪“与户主

关系”一栏不应登记为“女儿”,而应登记为“其他亲属”。还查明,张

家辉之子张新民向厦门市房屋管理中心提供福建正泰司法鉴定中心于

2016年2月20日作出的正泰司鉴〔2016〕文鉴字第024号《文书司法鉴定

意见书》。该鉴定意见显示,案涉《住户更名换户申请表》中申请理由

栏签盖处的“张家辉”签名字迹与提供的张家辉书写的样本字迹为不同

人书写字迹。再查明,2016年7月8日,厦门市房屋管理中心作出《关于取

消张丽雪直管公房承担资格的告知函》,函告张丽雪之子许俊斌:厦门市

湖里区江浦南里58号502室直管公房原承租人为张家辉(已故);1999年8

月26日,张丽雪(已故)通过更名换户取得上述公房的承租资格;现张家辉

之子张新民提供证据证明张丽雪系提供虚假材料骗取上述公房的承租资

格;经调查核实后,厦门市房屋管理中心依据《中华人民共和国行政许可

法》第六十九条第二款规定,取消张丽雪的承租资格,并收回案涉直管公

房。许俊斌不服,于2016年7月14日向厦门市国土资源与房产管理局申请

行政复议。2016年9月6日,厦门市国土资源与房产管理局作出厦国土房

行复〔2016〕6号行政复议决定,维持厦门市房屋管理中心作出的《关于

取消张丽雪直管公房承租资格的告知函》,并于2016年9月8日送达许俊

斌。许俊斌不服,提起本案行政诉讼。

二审补充查明,张家辉系厦门市湖里区江浦南里58号502室直管公房

原承租人。1985年张家辉经人民法院复查改判无罪后,由张丽雪承担主

要赡养义务,与张家辉以父女名义一起共同生活。1999年8月26日,张丽

雪提交一份加盖有张家辉私章和签名的《住户更名换户申请表》,要求

将厦门市湖里区江浦南里58号502室直管公房的承租人由张家辉更名为

张丽雪,当时的房屋主管部门领导签名同意办理更名手续,但并未与张丽

雪签订住房租赁合同。2006年1月28日,张家辉死亡。2006年2月17日,张

丽雪与厦门市湖里房屋管理所就厦门市湖里区江浦南里58号502室直管

公房签订厦国土房住字第湖000080号《住宅租赁合同》。

【案件焦点】

厦门市房屋管理中心于2016年7月8日取消张丽雪直管公房承租资格

是否符合相关规定。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市思明区人民法院一审认为:直管公房租赁系一项带有

社会福利的住房保障政策,旨在解决无房户或住房困难家庭的住房问

题。原厦门市土地房产管理局《房屋管理的办事程序》第一条“更名换

户程序”第(二)项中规定,承租人要求更改同住直系亲属为承租人,必须

由承租人提交书面报告,同时湖里房屋管理所《申请更名换户须知》第

二条第(一)项明确规定直管公房更名换户的范围仅限于原承租人的直系

亲属。案涉《住户更名换户申请表》载明张丽雪与原承租人张家辉为父

女关系,且张家辉无其他子女。许俊斌为证明张家辉与张丽雪构成事实

收养关系,提供了《报告证明》《厦门市江头人民调解委员会调解书》

《情况说明》《证明》《户籍证明》。登记公民身份户籍信息系公安机

关的法定职权,自然人陈述或是村委会有关收养关系的证明,与公安机关

出具证明不符的,应当以公安机关证明为准。许俊斌至今未申请撤销厦

门市公安局禾山派出所及厦门市公安局江头派出所对张丽雪与原承租人

张家辉亲属关系的更正证明,厦门市房屋管理中心据此认定《住户更名

换户申请表》上张丽雪与原承租人张家辉父女关系记载存在不实,并无

不妥。本案中,各方对于张新民系张家辉之子并无异议,上述申请表所载

的张家辉无其他子女的内容亦与事实不符。再者,该申请表申请理由栏

签盖处的“张家辉”签名字迹亦非张家辉本人签署。可见,张丽雪并非

与原承租人张家辉同住的直系亲属,案涉更名换户申请表存在虚假内容, 且该申请亦非原承租人张家辉亲自签字确认,厦门市房屋管理中心据此

作出取消张丽雪直管公房承租资格的行政行为,并无不当。厦门市国土

资源与房产管理局行政复议决定符合行政复议法的相关规定,复议程序

合法有效。综上,厦门市房屋管理中心作出的取消张丽雪直管公房承租

资格的行为证据确凿,适用法律、法规正确,符合法定程序。厦门市国土

资源与房产管理局的行政复议决定符合法律规定。许俊斌的诉讼请求于

法无据,不予支持。

许俊斌提起上诉。福建省厦门市中级人民法院经审理认为:本案无

争议的事实是张家辉晚年由张丽雪尽主要赡养义务,双方长期以父女相

称共同生活。张丽雪系案涉公房的共同使用人,亦系张家辉唯一同住家

庭成员,其在张家辉去世后作为承租人承租案涉公房,原湖里房屋管理所

据此与张丽雪签订《住宅租赁合同》,符合《房屋管理的办事程序》第

一条“更名换户程序”第(一)项“原承租人死亡,由原承租人的同住家

庭成员协商一致可以申请变更”的规定,并无不当。《住户更名换户申

请表》申请理由栏签盖处的“张家辉”签名字迹虽非张家辉本人签署, 但厦门市房屋管理中心当庭确认张家辉本人是同意更名给张丽雪的。厦

门市房屋管理中心以《住户更名换户申请表》申请理由栏签盖处的“张

家辉”签名字迹非张家辉本人签署,即认为更名非张家辉本人真实意思

表示,该认定事实有误,以此为由作出的《关于取消张丽雪直管公房承租

资格的告知函》不当,应予撤销。

需要指出的是,公房承租权系一项具有社会福利性质的住房保障政

策,应尊重公房承租人在法律允许的范围内对公房承租权的处分。案涉

房屋原承租人张家辉生前通过《报告证明》《遗嘱》等亲笔书写明确表

示,因晚年与张丽雪同住,并主要依靠张丽雪赡养照顾,愿意将承租的案

涉公房交由张丽雪继续承租,并不违反厦门市公房管理的政策法规规定, 行政权和司法权均应尊重张家辉的意思表示。二审法院遂判决: 一、撤销厦门市思明区人民法院(2016)闽0203行初278号行政判决;

二、撤销厦门市国土资源与房产管理局厦国土房行复〔2016〕6号

《行政复议决定书》;

三、撤销厦门市房屋管理中心2016年7月8日《关于取消张丽雪直管

公房承租资格的告知函》。

【法官后语】

公房承租系我国计划经济时代留存的一项具有社会福利性质的住房

保障政策,在承租权人死亡时,其同住的符合相应条件的家属可以成为承

租人,继续享有公房承租合同项下的权利。在民事诉讼中一般认为,公房

承租权不仅仅是债权关系,更重要的是一种物权关系,具有福利性质,是

可继承、可补偿分割的,公房承租人在法律允许的范围内对公有房屋占

有、使用、收益和有限处分的权利,性质上更接近所有权的用益物权,越

来越趋向于“私有化”,公房虽然不能作为承租人的遗产进行继承分割, 但是福利性的公房承租是可以继承的,应尊重公房承租人在法律允许的

范围内对公房承租权的处分。行政诉讼亦应借鉴民事诉讼中关于公房承

租权性质的认定。

本案无争议的事实是张家辉晚年由张丽雪尽主要赡养义务,双方长

期以父女相称共同生活。张丽雪系案涉公房的共同使用人,亦系张家辉

唯一同住家庭成员,其在张家辉去世后作为承租人承租案涉公房,原湖里

房屋管理所据此与张丽雪签订《住宅租赁合同》,符合《房屋管理的办

事程序》第一条“更名换户程序”第(一)项“原承租人死亡,由原承租

人的同住家庭成员协商一致可以申请变更”的规定,并无不当。《住户

更名换户申请表》申请理由栏签盖处的“张家辉”签名字迹虽非张家辉

本人签署,但厦门市房屋管理中心当庭确认张家辉本人当时在更名换户

申请时与张丽雪一同到厦门市房屋管理中心申请变更,且其本人是同意

更名给张丽雪。至于案外人张新民主张其系张家辉亲生子,但经过庭审

调查,其因父亲被判刑,父母离异后并未与张家辉生活在一起,并未赡养

张家辉,且张家辉生前通过《报告证明》《遗嘱》等亲笔书写明确表示, 因晚年与张丽雪同住,并主要依靠张丽雪赡养照顾,愿意将承租的案涉公

房交由张丽雪继续承租,其子无权干涉,张家辉的该意思表示并不违反有

关公房管理的政策法规规定,行政权和司法权均应对张家辉的该意思表

示予以尊重。这样的判决有利于维护公房承租关系的稳定,进而便于公

房管理。

编写人:福建省厦门市中级人民法院 江雪玉

75夫妻分别代理不同主体参与投标涉嫌串通投标

——南京良仕医疗器械有限公司诉靖江市财政局招投标投诉行政处

理案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省泰州市中级人民法院(2017)苏12行终194号行政判决书

2.案由:招投标投诉行政处理纠纷

3.当事人

原告:南京良仕医疗器械有限公司(简称良仕公司)

被告:靖江市财政局(以下简称市财政局)

第三人:靖江市公共资源交易中心(以下简称市资源交易中心)、江

苏优然科技有限公司(以下简称优然公司)

【基本案情】

2016年7月,靖江市人民医院委托市资源交易中心就一批超高清腹腔

镜设备采购进行招投标,良仕公司预中标,优然公司未中标。后因公示中

标总价错误,首次投标作废标处理。9月,就同一项目再次组织招投标,增

加了“选配可升级为3D腔镜系统的一套设备”的扩展性条款,良仕公

司、优然公司、乐硕公司等五家公司参与。9月28日,该项目开标,马

某、陈某分别代表优然公司、乐硕公司到场,两人系夫妻关系。经评标, 确定并公告优然公司预中标。

2016年10月10日,良仕公司向市财政局采购办公室、市资源交易中

心、市人民医院提出质疑:1.该公司再次投标降价17万元,而优然公司保

持价格不变却中标;2.优然公司提供虚假的技术参数;3.优然公司、乐硕

公司投标代表系夫妻关系,且该两家公司为关联企业,存在串通投标行

为。市资源交易中心回复不予采纳后,良仕公司根据《政府采购供应商

投诉处理办法》(该办法已于2018年3月1日被《政府采购质疑和投诉办

法》所废止),以相同理由,于10月30日向具有投诉处理职权的市财政局

发出投诉书,请求重新评标,暂停采购活动,查处串通投标行为。

11月15日,在征询良仕公司、优然公司后,市财政局认为良仕公司投

诉事项缺乏事实和法律依据,作出靖财购决〔2016〕4号处理决定,维持

原评审结果,并分别送达两公司。

原告不服该处理决定,向江苏省泰州医药高新区人民法院提起行政

诉讼。

【案件焦点】

1.人民法院是否可以审查招投标评审意见;2.在法律未有明确规定

的情况下,夫妻分别代理不同主体参加投标是否涉嫌串通投标。

【法院裁判要旨】

江苏省泰州医药高新技术产业开发区人民法院一审认为:

关于第一个焦点,原则上,财政部门在处理投诉以及法院在司法审查

时,均不得干涉评标委员会的专业意见。然而,行政法上有“平等原

则”,旨在要求行政机关处理行政事务应同等对待相同之情形。本案中, 在两次评标人与供应商投标内容均为一致的条件下,若评标结果差异过

大,则显然有悖上述法律原则,投诉处理部门与司法机关因此具有对评审

结果予以形式审查的余地。现已经查明原告良仕公司、第三人优然公司

在本次招投标中就选配设备的供给方式与首次招投标时发生了重大变

化,该事实构成对适用平等原则所需“相同情形”这一涵摄条件的改变, 故原告虽然对投标价作下调处理以提升投标竞争力,但是客观上欠缺予

以“同等对待”之基础,首次评标结果丧失参照价值。

关于第二个焦点,《中华人民共和国招标投标法实施条例》第四十

条规定:“有下列情形之一的,视为投标人相互串通投标……(二)不同投

标人委托同一单位或者个人办理投标事宜……”从上述规定本意进行分

析,同一单位或个人因主体同一,在处理不同事务时存在认识与行动的一

体化,故其代理不同投标人,得以推定不同投标人之间存在谋求中标或排

斥特定投标人的联合行动。而夫妻关系以财产共有制为基础,系社会观

念上最为普遍认同的利益趋同体,虽不属“同一单位或个人”之情形,但

具有与“同一单位或个人”所高度一致的认识与行动上的一体性。虽然

这一推定在实践中会受夫妻感情状况、财产所有制情况等因素的影响, 但是这些因素应待投诉处理部门予以核查后再予具体判定,不宜据此直

接否定夫妻关系在考量是否存在串通投标时的重要价值。

江苏省泰州医药高新技术产业开发区人民法院依照《中华人民共和

国行政诉讼法》第七十条之规定,判决如下:

一、撤销被告靖江市财政局作出的靖财购决〔2016〕4号投诉处理

决定中针对原告南京良仕医疗器械有限公司投诉书中第三个投诉事项所

作处理部分;

二、责令被告靖江市财政局于本判决生效后四十五日内针对原告南

京良仕医疗器械有限公司投诉书中第三个投诉事项重新作出处理; 三、驳回原告南京良仕医疗器械有限公司要求撤销靖江市财政局作

出的靖财购决〔2016〕4号投诉处理决定中其他处理部分的诉讼请求。

一审宣判后,靖江市财政局不服,上诉至江苏省泰州市中级人民法

院。二审法院同意一审法院的裁判意见。

【法官后语】

一、有关行政诉讼中对专业意见的判断余地问题

行政诉讼受案范围决定了人民法院司法审查的限度,受案范围的大

小与国家历史文化、民主政治和法治建设等有密切关联,呈现逐步扩大

的趋势。我国行政诉讼法及司法解释就不属于行政诉讼受案范围的行为

作出了列示规定。除此之外,还有一些法律虽未明确排除,但因所涉事务

具有高度专业性与技术性,人民法院欠缺评价能力,原则上亦应属排除审

查的特定类型之行为。本案所涉招投标中评标委员会的评标意见即是如

此,类似的在实践中还有审计鉴定意见、试卷的评阅行为等。

关于高度专业行为是否完全排除审查,域外学说亦确定了若干例外

情形,即承认法院可以不涉及专业意见内容,只作形式上的核查,如发现

试卷评阅中就相关总分的计算错误,可以判断以该成绩所作出的录取行

为的合法性等。本案中法院的审查方式亦是如此,即并未涉及评审意见

的内容,而是依照“同等条件、同等对待”之平等原则,核查要件一致的

情况下结论是否一致;然而因招标内容发生变化,为评标结论不一致提供

了原因,故不再评判评审意见的正确性。但需要指出的是,法院审查此类

行为作出的只能是“正确”或“错误”的判断,不可能对其应有的内容

作出终局的、确定的、成熟的判断。

二、有关夫妻分别代理不同投标人参与招投标是否涉嫌串通投标的

问题

首先,《中华人民共和国招标投标法实施条例》《中华人民共和国

政府采购法实施条例》虽未将本情形列为串通投标,但笔者认为,恶意串

通投标行为,即使未在法律明确列举的特定情形之中,也仍需考察是否符

合法律的概括规定。上述法律规定,对投标人之间谋求中标或排斥特定

投标人的联合行动均应认定为恶意串通投标的行为,故即使法律未明确

禁止夫妻二人代表不同投标人参加同一招投标活动,并不当然可以排除

存在串通投标的事实。

其次,《中华人民共和国招标投标法实施条例》第四十条规定:“有

下列情形之一的,视为投标人相互串通投标……(二)不同投标人委托同

一单位或者个人办理投标事宜……”结合该条规定的立法目的,该

处“同一单位或个人”背后所隐藏的深层次含义是排除利益共同体或联

合行动体,因为这些主体代理不同投标人参与投标必然会采取一致行动

谋定中标或排挤竞争对手,从而严重破坏招投标的公平性、公开性和公

正性。因此,应当对“同一单位或个人”作目的性扩张解释,凡是利益趋

同或行动一致的不同主体代理投标足以影响招投标公正的,均应当予以

规制。本案中的第三人与另一投标单位的投标代理人是夫妻关系,按照

社会普遍认知,属于上述论证中的利益共同体、行动联合体。虽然实践

中确实存在夫妻关系不佳甚至名存实亡或夫妻内部约定分别财产制的情

况,但从常理来看,夫妻二人分别代理不同投标人参与同一招投标程序几

乎不可能纯属巧合,不能就此排除串通投标的可能性。而良仕公司在发

现这一事实并将相关证据提交靖江市财政局后,靖江市财政局并未予以

重视,直接以法律无明文禁止作出处理,存在不当。

三、本案的典型意义

1.行政机关在履行职责中,首先应当正确地检索、发现、解释法

律。本案靖江市财政局未依法正确处理投诉,根本原因就是机械地检

索、适用形式上的法条,未能解读法律背后的实质立法目的,从而导致调

查方向错误,忽略了至关重要的事实和关联证据。

2.财政部门处理招投标投诉时,应当对具体的投诉事项结合投诉人

的初步举证审慎开展调查,本案的处理在一定程度上填补了串通投标主

体认定中的空缺,有利于切实发挥招投标机制的作用,消除违法招标行

为,维护正常的招投标秩序。

编写人:江苏省泰州医药高新技术产业开发区人民法院 李剑峰 祝倩

76国有土地使用权出让中善意受让人的信赖利益

保护

——邓四平、龚敏诉泸溪县国土资源局土地行政合同案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院(2017)湘31行终48号行

政判决书

2.案由:土地行政合同纠纷

3.当事人:

原告(上诉人):邓四平、龚敏

被告(被上诉人):泸溪县国土资源局

第三人:程甲亮

【基本案情】

第三人程甲亮因继承取得位于湖南省泸溪县浦市镇农贸市场旁一

块33平方米的宅基地。该宅基地四周有空闲的国有土地可利用,与原告

邓四平、龚敏的住宅相邻。2014年7月,第三人在此拆旧建新,占用了该

空闲的国有土地37.5平方米,因而与两原告邓四平、龚敏发生纠纷。泸

溪县规划部门及被告泸溪县国土资源局对第三人建房进行现场勘查和土

地调查,发现第三人建房占用的空闲土地是国有土地,第三人无土地使用

权证,但如经过规划并公示,第三人扩建具有可行性。8月20日,被告向泸

溪县人民政府递交《关于以协议方式补办土地出让供地的请示》,建议

对第三人已开工建设超占用地面积先进行行政处罚,再按规划条件以协

议方式办理国有土地出让手续,并按土地评估补交土地价款。泸溪县城

乡建设规划局下达泸规发(2014)71号规划文件,对涉案用地进行了规划, 明确规划为居住用地。第三人在泸溪县城乡建设规划局对涉案用地规划

后,缴纳超占用地面积罚款,同时按土地评估补交土地价款。泸溪县人民

政府以(2014)政地出字第067号国有土地使用权审批单,同意以协议或按

评估价出让37.5平方米国有土地使用权供第三人建住宅。同年12月29

日,被告据此与第三人签订4331222014069号《国有建设用地使用权出让

合同》。第三人按上述行政程序取得涉案土地后修建住宅。2016年1

月18日,第三人申领了涉案土地国有土地使用权证。

原告诉称,该合同标的和其有利害关系。签订《国有建设用地使用

权出让合同》,依照《协议出让国有土地使用权规定》的程序,首先应当

对国有土地出让计划在土地有形市场等指定场所向社会公布;其次应在

确定只有一个意向用地者之后,才能协议出让。但被告未提供法律依据, 证明可以不经公布直接以协议方式出让该国有土地使用权。故被告与第

三人签订的《国有建设用地使用权出让合同》,在程序上存在重大且明

显违法的情形,侵犯了两原告的公平竞买权,损害了原告的利益,属于无

效的行政行为。请求依法确认被告与第三人签订《国有建设用地使用权

出让合同》的行为无效。

【案件焦点】

被诉行政行为是否程序违法;如是,是否应该予以撤销。

【法院裁判要旨】

湖南省湘西土家族苗族自治州泸溪县人民法院经审理认为:第三人

程甲亮因拆旧建新,申请规划和用地,经国土和规划部门实地勘查及土地

调查,被告泸溪县国土资源局依据第三人的申请,按照综合利用土地的原

则,考虑客观实际情况,经公示规划条件、土地评估、泸溪县人民政府批

准,以评估价协议出让给第三人建房使用,并与第三人签订行政合同的行

为,程序合法。本案协议出让土地不适用《协议出让国有土地使用权规

定》中应向社会公布的规定。被告与第三人签订行政合同的行为,证据

确凿,适用法律、法规正确,符合法定程序。原告以被告未向社会公布国

有土地出让计划为由,认为被告签订的行政合同在程序上存在重大且明

显违法的情形,侵犯了其公平竞买权,属于无效的行政行为的理由不能成

立。原告也没有证据证明其利益因此遭受了直接损害。

湖南省湘西土家族苗族自治州泸溪县人民法院依照《中华人民共和

国行政诉讼法》第六十九条、第七十五条之规定,作出如下判决: 驳回原告邓四平、龚敏的诉讼请求。

原告邓四平、龚敏不服该一审判决,以土地出让只有四种法定方式, 只要是协议出让土地都应该遵守《协议出让国有土地使用权规定》的相

关规定并按照相关程序办理;一审法院突破法律规定,创设出第五种国有

土地使用权出让方式是错误的等为由,提起上诉,请求撤销原判,依法改

判。

湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院经审理认为:被诉行政

合同既不存在行政诉讼法规定的无效情形,亦不存在合同法规定的无效

情况,上诉人要求确认本案被诉行政合同无效无事实和法律依据。根据

《协议出让国有土地使用权规定》第二条、第三条的规定,除招标、拍

卖或者挂牌方式出让国有土地使用权外,以协议方式出让国有土地使用

权的必须适用本规定。被诉行政合同应适用《协议出让国有土地使用权

规定》第七条关于向社会公布的规定。被上诉人未履行向社会公布的程

序,直接与第三人签订了本案被诉行政合同,属于程序违法。上诉人主张

的公平竞争权仅属于预期的可能实现的一项权益。上诉人既没有提供证

据证明其准备行使或已经行使该项权利,也没有提供证据证明该权利因

被诉行政行为侵害产生了实际损害后果。被诉行政合同签订后,第三人

已经履行了该合同规定义务并完成了建房行为。与被上诉人签订协议, 第三人在主观上并没有过错,其基于对行政机关合理的信赖而签订并履

行该合同所产生的信赖利益,应当予以保护。被诉行政合同虽程序违法, 但没有证据证明对上诉人权利已经产生实际影响,且第三人的信赖利益

应当予以保护。一审法院认定事实基本清楚,但适用法律、法规错误,判

决不当。

湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院依照《中华人民共和国

行政诉讼法》第八十九条第一款第(二)项、第二款和第七十四条第一款

第(二)项的规定,作出如下判决:

一、撤销泸溪县人民法院(2017)湘3122行初3号行政判决; 二、确认4331222014069号《国有建设用地使用权出让合同》行政

行为违法;三、驳回邓四平、龚敏请求对4331222014069号《国有建设用

地使用权出让合同》确认无效的诉讼请求。

【法官后语】

本案如何处理,关键点不在于应否认定被诉行政行为程序违法,而在

于应该如何在原告主张的公平竞争权和第三人主张的信赖利益之间进行

平衡。

行政法上有著名的信赖利益保护原则。该原则是指当非恶意的行政

相对人或利害关系人对行政机关作出的行政行为已产生信赖利益,并且

这种信赖利益因其具有正当性而应该得到保护时,行政机关或者人民法

院就不得轻易撤销该行政行为;如果必须撤销时,行政机关就应该补偿或

赔偿行政相对人或利害关系人因此遭受的信赖利益损失。该原则是民法

诚实信用原则在行政法上的具体体现。根据该原则,行政机关的自我纠

错将会受到严格限制,只有在符合法定情形且有必要时,才能予以撤销或

变更。

信赖利益保护原则在我国立法中有明确体现,如《中华人民共和国

行政许可法》第八条规定:“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。”

本案系住宅相邻人因国有土地出让问题而引发的行政纠纷。被诉行

政合同签订之前,涉案土地已经规划许可、出让审批给第三人,第三人按

土地评估价补交了土地出让价款,后在此地块上修建了住宅,并领取了土

地使用权证。被告与第三人签订被诉行政合同时,未履行向社会公布的

必要程序,因而该行政行为具有程序违法性。但是,第三人基于对当地政

府对涉案土地的规划许可、出让审批和登记行为而产生的信赖利益,相

比原告主张的预期公平竞争权的利益,显然更应优先受到保护。故,根据

信赖利益保护原则,本案被诉行政合同不应该撤销,但应予确认违法。

编写人:湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院 田玉莲

77以官网形式公告被诉行政批复的审查认定

——孙丹等诉北京市朝阳区环境保护局环境影响报告批复案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院(2017)京03行终612号行政裁定书

2.案由:环境影响报告批复纠纷

3.当事人

原告(上诉人):孙丹、姜薇、段淇、张捷(以下简称四上诉人) 被告(被上诉人):北京市朝阳区环境保护局(以下简称朝阳区环保

局)

第三人(上诉人):北京市朝阳区卫生和计划生育委员会

【基本案情】

孙丹、姜薇、段淇、张捷、丁殿龙(以下简称孙丹等五人)诉称:首

先,北京市朝阳区麦子店社区卫生服务中心所在的J8附属楼不能用作医

疗用地;其次,朝阳区环保局弄虚作假,被诉许可行为所依据的《设置医

疗机构批准书》并非社区卫生服务中心的《设置医疗机构批准书》,而

且审核人的资格证号与国家颁布的资格证号不同;最后,听证会现场利害

关系人范围错误,听证会程序不当。综上,请求法院判决撤销朝环保审字

〔2014〕0852号《关于对北京市朝阳区卫生局建设北京市朝阳区麦子店

社区卫生服务中心项目环境影响报告表的批复》(以下简称《批复》)。

朝阳区环保局辩称:孙丹等五人起诉超过法定期限,应驳回其起诉。

朝阳区环保局于2014年10月9日作出被诉许可行为,于同日在其网站上进

行了公示,并明确告知了诉权诉期,孙丹等五人于2015年7月27日起诉,已

超过了法定起诉期限。同时,朝阳区环保局作出的许可行为事实清楚,适

用法律、法规正确,符合法定程序,孙丹等五人起诉的事实和理由不成

立。综上,被诉《批复》适用法律法规正确,符合法定程序,孙丹等五人

起诉超过法定起诉期限,请求法院裁定驳回其起诉。

【案件焦点】

1.朝阳区环保局的公告行为如何认定;2.孙丹等五人的起诉期限应

当如何认定。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为:朝阳区环保局在作出被诉《批

复》之前,组织利害关系人进行了听证,孙丹等五人参加了该听证程序。

朝阳区环保局于2014年10月9日作出该《批复》后,在其网站及北京市环

境保护局网站对该《批复》进行了公示,并告知了相关权利人享有的诉

讼权利及起诉期限。因涉案行为属环境保护许可行为,与该行政行为具

有行政法律上利害关系的主体具有不确定性,朝阳区环保局采取网站公

示的方式,向不特定主体告知《批复》的内容及诉权、起诉期限具有其

合理性,能够达到相应的法律效果。孙丹等五人在被诉行政许可行为作

出前,参与了朝阳区环保局组织的听证程序,应对《批复》的作出具有一

定的预期,现其于2015年7月才提起本次诉讼,明显超过了法定起诉期限, 且无正当理由。因此,孙丹等五人所提诉讼不符合法定起诉条件,依法应

予驳回。一审法院遂裁定:

驳回孙丹等五人的起诉。

四上诉人不服,提起上诉。北京市第三中级人民法院经审理认为:朝

阳区环保局于2014年10月9日作出被诉批复,并主张于同日在其网站上进

行了告示,孙丹等五人于2015年7月27日起诉已超过了法定起诉期限。但

朝阳区环保局提交的证据并不足以证明其已于作出批复当日即2014年10

月9日已将被诉批复在其网站上予以公示,同时,四上诉人对朝阳区环保

局已于作出批复当日在网站公示的情况并不认可,故不能推定本案四上

诉人在朝阳区环保局主张的时间已得知本案被诉批复。现本案中孙丹等

五人于2015年7月向一审法院提起诉讼,并未超过《最高人民法院关于执

行<中华人民共和国行政诉讼法>若干问题的解释》第四十一条第一款

[[1]规](#p430)定的起诉期限,一审法院裁定驳回其起诉错误,应予纠正。二审法

院遂裁定:撤销一审裁定,指令一审法院继续审理。

【法官后语】

随着信息化的发展,越来越多的机关采取了网上办公的新举措,官网

送达成了法律生活的新问题。行政机关往往以其已在官网公示相关行政

文书为由来起算利害相关人的起诉期限,司法机关应当对新出现的官网

公告方式予以审视,既要审查公告形式的完备性、真实性,又要准确把握

适用行政诉讼的举证责任规则。

一、官网公告应当具备的形式

实践中,行政机关在其官网上发布通知或送达行政文书,具有方便、

快捷、专用、公开的特点。虽然《中华人民共和国民事诉讼法》《中华

人民共和国行政诉讼法》中有关送达的规定中并没有官网公告,但是法

律规定并不当然拒绝符合公告要求的官网送达方式。对于一些可能影响

的利益较为多元、涉及多个群体的利益的批复或文件,行政机关无法一

一送达,故而采取在官网公告通知的方式具有合理性。但官网公告应当

具备“广而告之、方便查找、真实完整”的要求,诉讼中留存的截屏证

据要具有网页链接打开的连续性、记载信息的完备性以及网页内容的实

效性等特征,涉及起诉期限抗辩的,还应当具有公告内容时间记载的真实

完整性。因此,网站公告的内容、形式应当符合公告的基本形式,要具有

文件文号、审批时间、审批人、项目详情、利害相关人诉权诉期告知、

公告期限、公告自身上传公示时间等完整内容,仅仅有文号名称的、无

法点击浏览以上详情的,不能认为已公告完成。

参照原环境保护部《建设项目环境影响评价政府信息公开指南(试

行)》第二条第一款的规定,各级环境保护主管部门应将主动公开的环境

影响评价政府信息通过本部门政府网站公开。正如前述,环境保护行政

主管部门采取官网公告的方式有其合理性和政策支撑,但亦应当满足公

告的要求,具备真实性、完整性的特点。

本案中,朝阳区环保局并无确凿证据证实其已在官网显著位置完成

了公告行为:首先,其提供的初步网站公告证据并不具有网站截屏的特

征,不能往回或往前点击,无法反映出这是朝阳区环保局的官网,而直接

从朝阳区环保局官网进入,亦无法找到能够链接到该截屏的界面。其次, 该截屏证据仅载明了批复文号、项目名称、建设地点等信息,对批复中

具体的九项内容并未明确显示,亦无法点击浏览信息明细。再次,该证据

仅载明了批复的时间,却无法显示该批复被上传至网站上对外公示的具

体日期,作出时间并不能当然等同于上传公开时间。最后,参照《环境影

响评价公众参与暂行办法》(该办法已于2019年1月1日被《环境影响评

价公众参与办法》所废止)第十三条第一款的规定,朝阳区环保局应当在

其本级的政府网站上公告批复内容,上级机关网站上的公告不能替代和

免除下级机关的公告义务。

因此,朝阳区环保局所作的网站公告,并不满足具有完整的审批文

号、审批时间、项目名称、建设单位及建设地点、公告期限等要求,并

不符合公告的基本形式,不能认为已完成公告义务。

二、举证责任的认定

《中国行政审判指导案例》第8号案例确认了“证明原告知道具体

行政行为内容的证据需要达到排除合理怀疑的程度”的规则。以官方网

站公告的方式作出行政行为的,同样应当适用上述规则。被告认为原告

已经知道行政行为内容的并主张原告超过法定期限起诉的,应当提交证

明力高的证据;被告提交的证据存疑,又无其他旁证的,且原告能对知道

行政行为的期限和途径提出合理解释的,应当认定被告举证不能,不能当

然推定原告已于被告主张的期间知道行政行为。同时,被告网站公示内

容中未告知起诉期限的,即使原告确实已从官网中获知了行政行为,其起

诉期限也应当按照当时适用的《最高人民法院关于执行<中华人民共和

国行政诉讼法>若干问题的解释》第四十一条的规定计算。

本案中,朝阳区环保局仅提交了网页截屏复印件,但该证据形式上不

符合《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第十二条中有

关计算机数据证据的提供要求,截屏网址中也无法反映时间,不能证明该

批复被上传至网站上对外公示的具体日期,即无法推定相对人可以通过

网页查询获悉批复的时间。朝阳区环保局主张北京市环境保护局网站的

公告中载明了公告时间,但该网站截屏亦不符合证据提供要求,只有内容

本身显示了公示时间,截屏其他部分亦不能显示上传编辑日期,四上诉人

对网站公告的真实性存疑。在朝阳区环保局举证存疑的情况下,法院应

当认定其主张不能成立。二审审理过程中,四上诉人主张2015年“两

会”前后朝阳区环保局干部口头告知了被诉批复的内容但未告知起诉期

限,朝阳区环保局对此口头告知的情况予以认可,该主张具有合理性,法

院予以采信。

编写人:北京市第三中级人民法院 陈金涛

78学校依法能够将遵纪守法、道德品行因素细化

并纳入学位评定标准

——时间诉台州学院教育行政管理案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

浙江省台州市中级人民法院(2017)浙10行终15号行政判决书

2.案由:教育行政管理纠纷

3.当事人

原告(上诉人):时间

被告(被上诉人):台州学院

【基本案情】

原告时间于2012年9月就读于被告台州学院汉语言文学专业。2014

年2月22日,因其在《中国新闻史》课程的补考中夹带与考试有关的小纸

条被监考老师发现,监考老师在台州学院课程考核试场情况登记表的试

场情况中填写:“在《中国新闻史》补考过程中夹带有与考试有关的小

纸条,被监考教师发现。”原告本人在该登记表上签字确认。2014年2

月28日,被告依据《台州学院学生考试违规认定处理办法》第七条的规

定,作出台学院发〔2014〕17号《关于给学生占凯峰等五十二人处分的

决定》,给予其记过处分。2016年6月4日,原告时间填写台州学院学士学

位授予申请表,台州学院在不能授予学位原因一栏中,写明补考时携带与

考试相关的资料。2016年6月14日,台州学院以原告时间考试作弊受记过

处分为由拒绝向原告授予学士学位。

【案件焦点】

被告台州学院作出的不授予原告时间学位的决定是否合法,被告制

定的《台州学院学位授予办法》中授予学士学位的评定标准是否超出了

法律的授权范围。

【法院裁判要旨】

浙江省临海市人民法院经审理认为:被告台州学院依据《中华人民

共和国学位条例暂行实施办法》第二十五条“学位授予单位可根据本暂

行实施办法,制定本单位授予学位的工作细则”的规定,有权制定《台州

学院学位授予办法》,同时,《台州学院学位授予办法》第四条第一款第

(二)项规定“考试作弊受到记过及以上处分,或因其他原因受到留校察

看处分者,不得授予学士学位”的内容,符合《中华人民共和国学位条

例》第二条、第四条以及《国务院学位委员会关于对<中华人民共和国

学位条例>等有关法规、规定解释的复函》第一条“《中华人民共和国

学位条例》第二条规定,申请学位的公民要拥护中国共产党领导、拥护

社会主义制度,其基本内涵是相当丰富的,涵盖了对授予学位人员的遵纪

守法、道德品行的要求”的规定,被告台州学院将遵纪守法、道德品行

因素纳入其制定的《台州学院学位授予办法》作为授予学士学位的评定

标准,没有超出法律的授权范围。原告时间于2014年2月22日在《中国新

闻史》课程补考过程中夹带相关纸条,被告依据《台州学院学生考试违

规认定处理办法》第七条给予其记过处分,该决定的内容据原告时间自

认在被告作出不同意授予原告时间学士学位的决定之前即2016年6月2日

已经知道,但原告未向被告主张相应的权利,故该处分决定具有效力,原

告称被告未向其送达处分决定于事实无据。综上,被告台州学院根据本

校制定的《台州学院学位授予办法》,按照学士学位的评定程序,经校学

位评定委员会审核,以原告受过记过处分为由决定不授予原告学士学位, 符合法律法规关于学位授权的规定。据此,依据《中华人民共和国行政

诉讼法》第六十九条、《最高人民法院关于执行<中华人民共和国行政

诉讼法>若干问题的解释》第五十六条第(四)项的规定,判决如下:驳回

原告时间的诉讼请求。

浙江省台州市中级人民法院二审认为:

第一,被上诉人认定上诉人考试作弊,提供的证据有台州学院课程考

核试场情况登记表、上诉人本人书写的情况说明。该登记表载明考试时

间为2014年2月22日、考试科目为中国新闻史、作弊形式为夹带有与考

试有关的小纸条,表上有两名监考老师的签名,上诉人本人在情况确认一

栏中签名。该证据能证明上诉人考试作弊的事实。被上诉人是否提供上

诉人用于作弊的小纸条,不影响对上诉人作弊事实的认定。上诉人代理

人在本院审理时承认上诉人的签名系上诉人本人所签,但认为是被迫的, 未能提供证据,对其主张本院不予支持。

第二,被上诉人根据上诉人本人对考试作弊事实的签名确认和书写

情况的实际情况,于2014年2月28日对上诉人作出记过处分的决定,其程

序并不违法。根据《台州学院学生违纪处分条例》第二十三条的规定, 学校对学生作出的处分决定在一定范围内公布,同时由学院将处分决定

书送交本人,送达方式有本人签收和邮寄到学生家里两种方式。被上诉

人没有提供向上诉人或其家长书面送达处分决定的证据,但载入学生手

册的《台州学院学生考试违规认定处理办法》第七条明确规定,考生作

弊的后果是记过或记过以上处分。因此,上诉人作为台州学院的学生应

当知道其作弊的后果。即使按照上诉人代理人自认上诉人在2016年6月2

日才知道被记过处分,其自认在2016年6月14日口头向被上诉人人文学院

提出,也已经超过处分决定载明的五个工作日内书面向学生申诉处理委

员会书面申诉的期限。被上诉人对上诉人的处分决定已生效。

第三,涉案的台学院发〔2014〕17号《关于给学生占凯峰等五十二

人处分的决定》并没有明确上诉人被记过处分的期限,且到目前为止未

被撤销或解除。上诉人认为按照《全面推进依法治校实施纲要》第十五

条、《中华人民共和国行政处罚法》第三十九条、《中华人民共和国公

务员法》第五十八条、《事业单位人事管理条例》第二十九条的规定, 其被记过处分决定在2015年3月7日前已经失效的理由不成立。

第四,根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》第二十五条

的规定,学位授予单位可根据本暂行实施办法,制定本单位授予学位的工

作细则,被上诉人有权制定《台州学院学位授予办法》。《台州学院学

位授予办法》将学生遵纪守法、道德品行因素作为授予学士学位的评定

标准,并不违反《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》《普通高等

学校学生管理规定》的规定。《台州学院学位授予办法》第四条第一款

第(二)项规定考试作弊受到记过及以上处分,或因其他原因受到留校察

看处分者,不得授予学士学位,并没有超出法律的授权范围。被上诉人以

上诉人考试作弊且受记过处分为由,不授予其学位证书,并不违法。上诉

人以被上诉人对其考试作弊在记过处分后又不授予学位证书,违背《中

华人民共和国行政处罚法》一事不再罚原则的上诉理由不成立。

综上所述,浙江省台州市中级人民法院依照《中华人民共和国行政

诉讼法》第八十九条第一款第(一)项之规定,判决如下:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案原、被告之间的一大分歧在于被告台州学院制定的《台州学院

学位授予办法》中授予学士学位的评定标准,是否超出法律的授权范

围。法官主要从以下几个方面进行考虑:

一、立法本意:道德作为评价标准

当前司法实践中关于因学生考试作弊受到纪律处分而产生的学位授

予纠纷并不少,但裁判结果却大相径庭,同级别和不同级别的法院都会产

生不同的裁判。这与当前立法中存在一定的缺位有所关联。不同法院作

出不同判决的主要原因在于对现行立法的理解有所不同。综观立法,与

学位授予有关的立法主要有《中华人民共和国学位条例》《中华人民共

和国学位条例暂行实施办法》《普通高等学校学生管理规定》等,其中

前两部适用最为广泛。显然,目前对于学位授予相关制度的规定尚未有

层级较高的法律予以授权和规制,且上述文件并未明确提出学校处分与

学位授予之间的关系,仅提出可以授予学位的条件为政治正确和具有一

定学术水平。这一内容涵盖非常之广。《国务院学位委员会关于对<中

华人民共和国学位条例>等有关法规、规定解释的复函》(学位〔2003〕

65号)对政治正确进行了解释,认为其内涵丰富,涵盖了遵纪守法、道德

品行的要求。由此可以得出,当前我国将道德品行纳入了学位授予评价

标准,申请学位人员不仅要达到学术标准,还应当具备良好的道德品行, 结合相关法律、法规规定,学校将道德品行予以细化,制定相关的学位授

予章程规则并未超出上位法授权之范围。

此外,对于条文的理解与解读不应当局限于语言文字本身,而应当从

立法背后的深意与实质进行思考。从关于学位授予的相关法规来看,学

位授予采用了双重标准,即学位申请人既要符合思想政治条件,又要满足

学术标准。此种标准的制定不仅规范了学位授予工作的开展,切实将学

位授予符合标准的申请人,同时也能够推动学校培养真正全面的人才。

学位授予条件的制定与学位制度的应然定位和社会对学位获得者的道德

期许相一致。因此,各高校在相关条例的指导下细化标准,制定与自身教

学特色相结合的学位授予细则有助于加强学位管理工作,培养真正有素

质和学术深度的学生,符合立法的本意。

二、司法要求:有限的司法干预

根据《中华人民共和国学位条例》《中华人民共和国学位条例暂行

实施办法》等规定,高校享有其教育自主管理权和学术自主权,且学位的

认定涉及专业判断、专业管理,故高校对其学位享有自主权。但是高校

属于法律、法规授权的组织,其作出的学位授予行为应当属于行政行为, 受到《中华人民共和国行政诉讼法》及相关法律的约束,具有可诉性。

这其中涉及司法权与高校自主权之间的平衡。司法权过度的干预会损害

高校的学术自主权和教育自主管理权,司法的“外行”可能会影响学位

授予工作中专业方面的认定;司法权如果不介入,则会容易引发高校自主

权利的膨胀,进而侵害学生的合法权益。因此,就司法实践来看,大多采

用的是有限的司法干预的方式。一方面,行政诉讼相关立法本就对司法

审查行政行为做了限制。根据相关立法,法院仅对行政行为的合法性进

行审查,在学位授予纠纷中,法院仅对学位授予是否合法进行审查,主要

针对学校学位授予行为的程序及事实进行审查。该事实主要是指学校决

定是否授予该学位申请人学位所依据的事实,如学术是否达标、思想政

治是否正确。对于学位授予如何确定、采用何种标准等则充分尊重高校

的自主权,由高校制定和管理。

三、结论

具体到本案中,被告台州学院作为高校,其享有充分的自主权,有权

制定相应的学位授予程序、标准等,且其制定的《台州学院学位授予办

法》中将遵纪守法、道德品行因素细化并纳入学位评定标准并没有超出

法律授权的范围,故其向原告时间作出的不予授予学位决定并无不妥。

编写人:浙江省临海市人民法院 应争

79提供虚假材料办理的户口登记注销与否应考虑

被注销人的权益保护

——陈岳君诉广州市公安局增城区分局注销户籍决定案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广州铁路运输中级法院(2017)粤71行终1980号行政判决书

2.案由:不服注销户籍决定纠纷

3.当事人

原告:陈岳君

被告:广州市公安局增城区分局(以下简称增城公安分局)

【基本案情】

2008年3月28日,陈岳君的户口由广东省化州市迁入增城市,2015年

因陈岳君属于未成年人单独户口,故增城公安分局需要其提交申请表增

加监护人,后增城公安分局经核查发现陈岳君在此前入户时提交的材料

中《出生医学证明》有虚假的嫌疑,遂开展调查。2015年3月30日,增城

市妇幼保健院出具《出生医学证明》真伪鉴定书,核实陈岳君提交的其

《出生医学证明》并非茂名市妇幼保健院签发,系假证。2016年7月11

日,化州市公安局宝圩派出所回函增城公安分局,称陈岳君2008年3月28

日前在化州市宝圩镇的户口入户档案是用虚假材料入户的,不合法、不

真实,属于空降户口。陈岳君于2016年1月26日做亲子鉴定,广东省妇幼

保健院法医物证司法鉴定所出具司法鉴定意见书,认定陈盛波、莫波玲

与陈岳君之间存在亲生血缘关系,且化州市妇幼保健院出具了一份签发

日期为2016年3月10日的《出生医学证明》,记载了陈岳君的出生情况、

父亲系陈盛波、母亲系莫波玲。2016年8月30日,增城公安分局作出重

复(虚假)户口处理告知书,告知陈岳君在增城区荔城街登记的户口违反

有关户口管理规定,属于重复(虚假)户口。公安机关将依照《中华人民

共和国户口登记条例》第三条、第六条、第十条等有关规定注销该户

口,并告知陈岳君有陈述、申辩的权利。同年9月1日,陈岳君提出陈述、

申辩,认为其与父母系亲子关系,《出生医学证明》虚假只是入户条件中

的非决定性因素,不应影响入户登记的合法性,且2016年3月10日其已经

补办了一张真实的《出生医学证明》。因此,其入户增城区合法有效,同

时申请听证。2016年9月9日,增城公安分局出具不予受理听证通知书,告

知陈岳君注销户口不属于听证事项范围,对其听证申请不予受理。2016

年10月8日,增城公安分局出具户口注销证明,因陈岳君在增城区荔城街

户口违规,现予以注销。陈岳君不服,诉至法院。

【案件焦点】

对提供虚假材料办理的户口登记注销与否应如何权衡。

【法院裁判要旨】

广州铁路运输第一法院经审理认为:依据《广东省公安厅关于妥善

处理重复(虚假)户口的意见》的有关规定,虽陈岳君入户增城区时提交

的《出生医学证明》形式有瑕疵,但其与陈盛波、莫波玲之间的亲生血

缘关系并非虚构捏造,增城公安分局不应以形式上的瑕疵否定真实亲生

血缘关系,且从2008年陈岳君入户增城区至今,已经产生诸多法律关系, 不可逆转,注销其户口将对陈岳君产生不利影响,不利于保护未成年人的

合法权益。因此,增城公安分局注销陈岳君户口认定事实错误,应当予以

撤销。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第(一)项的规定,

判决如下:

撤销增城公安分局于2016年10月8日作出的户口注销证明。

增城公安分局不服一审判决,提起上诉。广州铁路运输中级法院经

审理认为:对采用隐瞒事实真相、编造虚假事实、提交虚假声明或者证

明材料等手段办理户口登记的,依法坚决支持公安机关不予核准或依法

查处。陈岳君的法定代理人确系提供虚假材料取得户口,原审法院认定

不当,本院予以指明。关于涉案户口登记应否注销的问题,依据相关规定

精神,结合本案具体情况,除涉案虚假《出生医学证明》外,陈岳君的法

定代理人申报入户及户口迁移过程中并不存在其他违法行为。此外,从

申报入户至增城公安分局核查发现涉案《出生医学证明》虚假,已接近

17年,陈岳君本人根据该户口形成了生活、学习等稳定的各方面社会关

系,注销其户口对其合法权益影响较大,且以虚假材料进行申报的行为系

由其法定代理人实施。在注销其现有户口后再由其重新申办户口和保护

未成年人合法权益之间,本院权衡后认为注销其现有户口后再由其重新

办理入户应让位于对未成年人合法权益的保护,遂支持原审法院撤销涉

案被诉行政行为的处理结果。但这并不表明本院对以虚假材料办理户口

登记行为的支持或纵容。公安机关应按照相关法律规定追究申报人的法

律责任,其法定代理人亦应进行反思和检讨。依照《中华人民共和国行

政诉讼法》第八十九条第一款第(一)项的规定,判决如下:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案关键在于,提供虚假材料办理的户口登记注销与否应如何权

衡。根据《广东省公安厅关于妥善处理重复(虚假)户口的意见》《国务

院办公厅关于解决无户口人员登记户口问题的意见》及《广东省人民政

府办公厅关于解决无户口人员登记户口问题的实施意见》等规定,申报

人提供虚假材料办理户口登记的行为应当承担相应的法律责任,以虚假

材料办理户口登记的行为亦不应得到支持。

就本案而言,存在不同的价值判断。根据亲子鉴定证明、化州市妇

幼保健院出具的真实的《出生医学证明》等,结合陈岳君的情况,除涉案

虚假《出生医学证明》外,陈岳君的法定代理人申报入户及户口迁移过

程中并不存在其他违法行为。此外,从申报入户至增城公安分局核查发

现当初申报入户的《出生医学证明》虚假,已接近17年,陈岳君本人亦从

一个婴儿成长至快要成年,其根据该户口形成了生活、学习等稳定的各

方面社会关系,注销其户口对其合法权益影响较大,且以虚假材料进行申

报的行为系由其法定代理人实施,这一违法行为造成的一系列法律后果

不应由陈岳君全部承担。在注销其现有户口后再由其重新申办户口和保

护未成年人合法权益之间,二审法院权衡后认为注销其现有户口后再由

其重新办理入户应让位于对未成年人合法权益的保护,故支持原审法院

撤销涉案被诉行政行为的处理结果,这也是社会效果与法律效果统一的

体现。

当然,对于申报人提交虚假材料申报入户登记的行为,公安机关应按

照相关法律规定追究其法律责任。申报人自身亦应对此种行为进行反思

和检讨。公安机关在进行入户登记、户口迁移等过程中一直未发现申报

人提交虚假材料,在时隔十几年之后的核查过程中才发现问题,亦应对其

本身的工作予以反思与总结,在今后办理当事人入户等涉及重大个人权

益的行为时,应当加强审查,提高工作质量,避免出现错误入户后再行撤

销而对已经稳定的法律关系产生影响。法院在审判此类纠纷的过程中, 对于行政机关认定事实清楚、证据充分的行为应当予以肯定,当涉及不

同价值判断时,作出的裁判需权衡其处理结果产生的不同影响,从而更好

地实现法律效果与社会效果的统一。

编写人:广州铁路运输第一法院 李佳 马昊

80审理取消考试资格行政处理案件时应当适用较

高的证明标准

——冯利发诉福建省人事考试中心、福建省人力资源和社会保障厅

教育行政处理案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省福州市中级人民法院(2017)闽01行终103号行政判决书

2.案由:教育行政处理纠纷

3.当事人

原告(上诉人):冯利发

被告(被上诉人):福建省人事考试中心、福建省人力资源和社会保

障厅

【基本案情】

2015年9月20日,冯利发在福建工程学院(鳝溪校区)考点第037考场

参加2015年一级建造师执业资格考试“专业工程管理与实务(建筑工

程)”科目的考试,考试时间为14∶00~18∶00,考场座位号为16号。考试

结束后,第037考场两名监考老师在清点试卷时,发现缺少17号考生的空

白试卷题本,遂报告主考室。考务人员致电冯利发询问试卷事宜。随后

冯利发将该考场缺少的试卷题本送回主考室。同日,考点主考及第037考

场两名监考老师制作了《福建省专业技术人员资格考试应试人员违纪违

规行为记录单》,记录冯利发将他人试卷带出考场,冯利发拒绝在记录单

上签字。福建省人事考试中心于当日作出《福建省专业技术资格考试应

试人员违纪违规行为处理决定书》,认定冯利发将他人试卷带出考场的

违规违纪事实,根据《专业技术人员资格考试违纪违规行为处理规定》

(2011年版)第七条第三项的规定作出“当次全部科目成绩无效,2年内不

得参加各类专业技术人员资格考试”的处理。冯利发不服,于2015年10

月20日向福建省人力资源和社会保障厅申请行政复议。2016年1月15日, 福建省人力资源和社会保障厅作出闽人社复决字〔2016〕第3号《行政

复议决定书》,认定福建省人事考试中心在作出处理决定书之前未书面

告知申请人享有陈述和申辩的权利,程序违法,决定撤销福建省人事考试

中心作出的《福建省专业技术资格考试应试人员违纪违规行为处理决定

书》,并要求福建省人事考试中心在60日内重新作出行政行为。

2016年2月29日,福建省人事考试中心作出《福建省专业技术人员资

格考试应试人员违纪违规行为处理告知书》,并送达冯利发。同年3月4

日,冯利发向被告福建省人事考试中心提交书面陈述。2016年3月15日, 福建省人事考试中心作出《福建省专业技术资格考试应试人员违纪违规

行为处理决定书》。冯利发不服,向福建省人力资源和社会保障厅申请

行政复议。2016年5月25日,福建省人力资源和社会保障厅作出闽人社复

决字〔2016〕第30号《行政复议决定书》,维持福建省人事考试中心作

出的《福建省专业技术资格考试应试人员违纪违规行为处理决定书》。

【案件焦点】

被告福建省人事考试中心对原告作出“将他人试卷带出考场”的违

纪违规行为的认定是否正确。

【法院裁判要旨】

福建省福州市鼓楼区人民法院经审理认为:原告冯利发于2015年9月

20日接考场工作人员电话,被询问考卷事宜后,将17号考生的试卷题本送

回考场。对于上述事实,原、被告双方并无争议。本案中,原告确认其送

回17号考生试卷题本的事实,但否认是被原告带出考场,而主张该试卷题

本乃原告在考场外走廊拾得。根据被告福建省人事考试中心的陈述,考

场所在位置并未使用监控,故对原告陈述的在考场走廊拾得的事实无法

通过监控录像查证。根据原告的起诉状、庭审陈述和监考老师在询问笔

录中的陈述,可以确认本案原告系在考试结束铃响后,停止答卷,且原告

系从讲台前面的门离开。从被告福建省人事考试中心提供的考场布置图

来看,原告的位置位于教室第一排,即讲台右下方处,原告离开教室需绕

过讲台从讲台左门出去。另结合监考老师在询问笔录中关于“……16号

考生尚未交卷,1~15号放一叠,17~30号放置在第二叠,刚好17号在第二叠

第一本……打铃后,考场上剩5位考生还未交卷,在收齐所有试卷进行清

点后,只有冯利发离开考场,其他四位考生还在收拾东西……”的陈述以

及考场工作人员跟原告电话交涉后,原告即送回17号考生试卷题本的事

实,可以确认,原告是唯一有条件取走17号考生试卷题本而不被发现的考

生。原告庭审中主张其拾得试卷题本时并不清楚所拾得的物品系试卷题

本。从被告福建省人事考试中心提供的试卷题本封面来看,试卷封面

上“专业工程管理与实务(建筑工程专业)”系黑色字体,且封面第一行

即“2015年度全国一级建造业执业资格考试试卷”,原告作为刚刚结束

当次考试的考生,无法辨别拾得的物品,于理不合。故对原告该主张,不

予支持。综上,原告关于在考场外走廊拾得试卷题本的主张,缺乏事实依

据,不予支持。另根据被告福建省人事考试中心提供的原告冯利发的

《2015年一级建造师执业资格考试准考证》,该准考证上考场规则第九

项规定,不得将试卷和答题卡带出考场。原告作为一名应试人员,对准考

证上的规定是知道且应当知道的。被告福建省人事考试中心根据其收集

的材料认定原告将他人试卷带出考场,并无不当。原告关于被告福建省

人事考试中心未核对监控录像违反法定程序的主张,因涉案考场未使用

监控,且被告福建省人事考试中心按照《专业技术人员资格考试违纪违

规行为处理规定》(2011年版)规定的处理程序,在重新作出处理决定前

向原告送达了《福建省专业技术人员资格考试应试人员违纪违规行为处

理告知书》,告知原告享有陈述、申辩权利,在原告提交书面陈述后,被

告福建省人事考试中心向监考老师进行了询问,才作出本案的处理决定, 程序合法。故对原告该主张,不予支持。

被告福建省人力资源和社会保障厅受理原告的行政复议申请后,按

规定向行政复议被申请人发出了提交答复通知书,并在法定期限内作出

闽人社复决字〔2016〕第30号《行政复议决定书》,复议程序合法。原

告要求撤销被告福建省人事考试中心作出的《福建省专业技术资格考试

应试人员违纪违规行为处理决定书》,无事实和法律依据,不予支持。一

审法院遂判决:

驳回原告冯利发的诉讼请求。

冯利发上诉称:行政机关作出处罚的事实应当是由证据证明的事实, 不应该是推测的事实。被上诉人在行政复议、行政诉讼中均自认所谓

的“上诉人将他人试卷题本带出考场”是推测,不是凭证据能够证明的

事实。被上诉人福建省人事考试中心辩称:根据本案事实及证据,于2016

年3月15日对上诉人作出的处理决定程序合法、事实清楚、证据确凿、

适用法律法规正确。被上诉人福建省人力资源和社会保障厅辩称:被上

诉人作出的行政复议决定认定事实清楚、程序合法、适用法律法规正

确。

福建省福州市中级人民法院经审理认为:根据《专业技术人员资格

考试违纪违规行为处理规定》(2011年版)第三条、第五条的规定,地方

各级考试主管部门、考试机构按照考试管理权限依据本规定对应试人员

的违纪违规行为进行认定与处理,被上诉人福建省人事考试中心具有对

涉案考试违规违纪行为进行认定和处理的职权。根据《中华人民共和国

行政复议法》的规定,被上诉人福建省人力资源和社会保障厅作为福建

省人事考试中心的上级主管机关,具有通过行政复议程序对福建省人事

考试中心作出的行政行为进行审查的职权。福建省人事考试中心对冯利

发作出“将他人试卷带出考场”违纪违规行为的认定具有事实依据,且

程序并无不当。福建省人力资源和社会保障厅作出的复议决定合法,复

议程序亦合法。二审法院遂判决:

驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

福建省人事考试中心是本案的适格被告。根据2015年修正后的《中

华人民共和国教育法》(以下简称《教育法》)第七十九条的规定,考生

在国家教育考试中有非法获取考试试题或者答案等作弊行为,情节严重

的,由教育行政部门责令停止参加相关国家教育考试一年以上三年以

下。由此可见,作出责令停止参加相关国家教育考试行政处理的法定机

关是教育行政部门。《专业技术人员资格考试违纪违规行为处理规定》

(2011年版)第三条“……本规定所称考试主管部门,是指各级人力资源

社会保障行政部门、有关行政部门以及依据法律、行政法规的规定具有

考试管理职能的行业协会或者学会等……考试机构,是指经政府及其有

关部门批准的各级负责专业技术人员资格考试考务工作的单位”及第五

条“……地方各级考试主管部门、考试机构依据本规定对应试人员的违

纪违规行为进行认定与处理……”中关于考试主管部门、考试机构管理

权限规定是否有抵触上位法之嫌的问题,存有两种不同观点:一种观点认

为,根据《中华人民共和国立法法》下位法服从于上位法的规定,应当以

《教育法》为准,即作出责令停止参加相关国家教育考试行政处理的法

定机关应当是省级人力资源保障行政部门,因为从法律上来讲,一个对外

产生法律效果的行为,必须是以省级人力资源保障行政部门的名义作出

的,从外部法律关系而言,只有省级人力资源保障行政部门才具有承担法

律责任的资格;另一种观点认为,国家教育等考试行政处理,基本以教育

考试院、考试中心等单位的名义作出,人社部规章所称的教育考试机构, 应当是指以上这些事业单位。出于行政管理的现实需要,为处理专项行

政事务设立的这些事业单位经过法律、法规的明确授权,就具备了教育

行政主体的资格,有对考试违规违纪行为进行认定和处理的法定职权。

笔者同意第二种观点,本案被告福建省人事考试中心虽然是福建省人力

资源和社会保障厅直属事业单位,并非行政机关,但是根据《专业技术人

员资格考试违纪违规行为处理规定》(2011年版)第三条、第五条的明确

授权,其具有对涉案考试违规违纪行为进行认定和处理的法定职权,是本

案的适格被告。根据《中华人民共和国行政复议法》的有关规定,被告

福建省人力资源和社会保障厅作为福建省人事考试中心的上级主管机

关,具有通过行政复议程序对福建省人事考试中心作出的行政行为进行

审查的职权,也是本案的适格被告。

考试违规违纪行为的认定和处理,是属于行政处罚,还是属于一般的

对行政相对人不利的行政处理决定呢?笔者认为,应当具体情况具体分

析。如果因为考生考试违规违纪,使得考试成绩不能反映出应试者的真

实水平,认定该成绩无效或者取消该科考试成绩,应当说是一种确认和推

定的行为,并未对应试者进行相应的制裁。但如果认为此次考试各科成

绩均无效或者因此一到数年不得参加考试、限制其今后参加考试的资格

等,则带有明显的惩罚性。本案中,被告福建省人事考试中心作出的行政

处理决定书对原告予以“当次全部科目成绩无效,2年内不得参加各类专

业技术人员资格考试”的处理,系对违规违纪考生而言相当严重的行政

处理,具有相当强的惩罚性,依照《中华人民共和国行政处罚法》第九

条、第十条的精神,应当属于对行政相对人权益影响较大的行政行为。

在明确本案被诉行政行为的性质后,转眼于本案争议的焦点,即福建

省人事考试中心对原告冯利发作出“将他人试卷带出考场”违纪违规行

为的认定是否正确。在现场没有监控录像,无法还原案件客观事实的情

况下,对原告“将他人试卷带出考场”违纪违规行为的事实认定,就涉及

被告作出行政处理行为所依据的证据效力及证明标准的问题。根据《最

高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第五十三条“人民法院

裁判行政案件,应当以证据证明的案件事实为依据”的规定,人民法院根

据法律规定的诉讼程序查明的事实实质上是一种法律上的真实的证明标

准。因此,行政诉讼证明标准是指按照《中华人民共和国行政诉讼法》

的规定,举证负责人提供证据对案件事实加以证明在质和量上所要达到

的程度;从法院的角度而言,证明标准是人民法院对证据进行衡量、判

断,查明行政案件的事实真相,尤其是被诉行政行为是否符合案件事实真

相和法律事实的标准。但由于被诉具体行政行为的类型多样化,行政证

据的证明标准也不是单一的,应因具体行政行为性质的不同而使用不同

的证明标准。行政案件证明标准的高低,原则上取决于被诉具体行政行

为对原告权益影响的大小。从目前审判的实际看,对于涉及限制人身自

由、较大数额的罚款等对行政相对人人身财产权益影响较大的案件,可

以比照适用类似于刑事案件的证明标准。本案中被告福建省人事考试中

心作出的行政处理决定书属于对行政相对人权益影响较大的行政行为。

因此,法官采用了较高的证明标准,要求被告福建省人事考试中心证明被

诉行政行为的合法性。

在认定考试作弊行为的证据审查方面还应当注意该类案件的特殊

性,因为进入诉讼阶段后,被认为有考试违纪情形的人员往往不会承认其

实施了某种可能被视为违纪的行为或者总要质疑被告证据的客观性、关

联性、合法性等,而这个时候被告出示的证据往往只有监考人员单方面

的记录或者证人证言等。由于考试过程中的作弊行为转瞬即逝,考试行

为具有不可再现性,所以所谓取证或者说证据的取得便具有很明显的特

殊性。因此,法官在采用较高的证明标准的情况下,结合了认定考试作弊

行为证据审查方面的特殊性,对原、被告双方的证据进行了综合认定,确

认法律事实。根据被告福建省人事考试中心提交的证据,考场所在位置

并未使用监控,故对原告陈述的在考场走廊拾得他人试卷题本的事实无

法通过监控录像查证。但原告系在考试结束铃响后停止答卷并从讲台前

面的门离开考场,且铃响后仅有原告离开考场,剩余的5位未交卷考生在

监考老师进行试卷清点时均在现场。另结合监考老师在询问笔录中关

于“……16号考生尚未交卷,1~15号放一叠,17~30号放置在第二叠,刚

好17号在第二叠第一本”的陈述以及考场工作人员跟原告电话交涉后, 原告即送回17号考生试卷题本的事实,可以确认原告是唯一有条件取

走17号考生试卷题本而不被发现的考生。被告福建省人事考试中心提供

的证据真实,案件主要事实均能为证据所证明,且各证据之间存在清楚的

逻辑关系,证据与案件事实之间也没有矛盾,客观上排除了其他人携带试

卷离开考场的可能性。而原告主张其系在考场外的走廊捡到试卷题本, 且不知道捡到的是什么的辩解理由,其并没有提供证据进行佐证,而且因

涉案试卷题本为A4大小并装订成册,封面用明显的黑体字标明“专业工

程管理与实务(建筑工程专业)”,第一行为“2015年度全国一级建造师

执业资格考试试卷”,作为刚刚参加完该次考试的考生不知该试卷题本

为何物,与常理明显不符。因此,法官认为被告福建省人事考试中心认定

原告存在“将他人试卷带出考场”的违纪违规行为,是有事实依据的。

本案中,被告福建省人事考试中心作出的行政处理决定书对原告予

以“当次全部科目成绩无效,2年内不得参加各类专业技术人员资格考

试”的处理,系对行政相对人权益影响较大的行政行为,为保障行政相对

人的权益,采用了较高的证明标准,要求被告作出行政行为时所认定的事

实需排除其他合理怀疑。一审法院通过对全部证据的综合审查及全面、

客观和公正的分析判断,确定证据材料与案件事实之间的证明关系,认为

被告关于“将他人试卷带出考场”考试违规违纪行为的认定,已经达到

可以排除其他考生取走试卷题本可能的标准。这体现了法院在经过利益

衡量后,调高证明标准,确保能最大限度地保护行政相对人权益的态度。

编写人:福建省福州市鼓楼区人民法院 黄人堃 李雅梦

[[1].该司法解释已废止,2018年2月6日颁布的《最高人民法院关于适用<](#p410)

[中华人民共和国行政诉讼法>的解释》第六十四条第一款对此作了规](#p410)

[定。](#p410)

# Document Outline

* [扉页](#p2)
* [版权信息](#p3)
* [目录](#p7)
* [序](#p5)
* [一、行政不作为](#p11)
  + [1延迟履行法定职责的时间界定问题](#p11)
  + [2村民代表会议决议侵害村民权利时乡政府须履行监督职责](#p15)
  + [3行政机关超过合理期限不履行职责构成行政不作为](#p20)
  + [4行政机关拒收信件可认定为拒绝履行法定职责](#p25)
  + [5受理登记制度不完备,被诉行政机关构成不作为](#p30)
  + [6行政机关不存在拒绝履行或怠于履行法定职责的认定标准](#p36)
  + [7因客观原因导致行政机关不能充分履行义务时,不能认定行政机关存在行政不作为](#p43)
  + [8开发商未缴纳国有土地出让金,购房者能否办理不动产登记](#p48)
* [二、行政确认](#p56)
  + [9工伤行政确认案件履行工作职责与遭受暴力伤害之因果关系的采纳标准](#p56)
  + [10超过法定退休年龄的务工农民因工伤亡的工伤认定](#p61)
  + [11出租汽车司机视同工伤认定的司法判断基准](#p67)
  + [12单方事故的工伤认定举证责任如何分配](#p74)
  + [13非工作时间、非工作岗位的举证责任应由用人单位承担](#p78)
  + [14对因时限中止无效致超期作出但对原告权利不产生实际影响的工伤认定决定应当确认违法](#p84)
  + [15工作期间因临时解决合理的生理需要](#p91)
  + [16交警部门无法作出事故责任认定时的工伤认定](#p95)
  + [17伤情与病情关联性技术意见的审查标准](#p100)
  + [18因劳动关系确认事项引起的仲裁或诉讼期间应从工伤申请期限内予以扣除](#p106)
  + [19行政机关自行纠错行为的司法审查](#p111)
  + [20知青下乡期间及返城招工后的工作时间能否视同养老保险缴费年限](#p115)
  + [21对于历史遗留的无证房产的确权登记应区别对待](#p119)
  + [22房产主管部门应审慎审查用于权属登记的测绘成果](#p123)
  + [23确定土地权属的行政规章与土地管理法不抵触时可以适用](#p127)
* [三、行政许可](#p132)
  + [24具有持续性效力的行政行为以行政判决时为裁判基准时](#p132)
  + [25“无照”申请人申请药品经营行政许可证是否违反“先照后证”制度](#p136)
  + [26对建设用地申请财产保全的权利人是否是该土地上商品房预售许可的利害关系人](#p140)
  + [27阳光房在建设前应当依法取得建设工程规划许可证](#p145)
  + [28行政行为补正后,应当以补正后的行政行为为审查对象](#p150)
  + [29行政案件处理也要适用诚实信用原则](#p154)
  + [30颁发林木采伐许可时,行政机关应该听取利害关系人的意见](#p158)
* [四、行政征收](#p164)
  + [31房屋被征收并作出补偿决定后,被征收人与后续行政许可行为不具备利害关系](#p164)
  + [32是否撤销县政府的违法征收行为需兼顾其他法定情形](#p169)
  + [33房屋承租人可以直接得到征收补偿](#p174)
  + [34房屋征收补偿安置协议的成立生效](#p178)
  + [35集体土地征收过程中行政机关强制执行的合法性问题探讨](#p183)
* [五、行政处罚](#p188)
  + [36瑶医因非法行医而产生的冲突与出路](#p188)
  + [37畜禽屠宰企业经过分类及定量包装加工的产品属于食品①](#p194)
  + [38涉“最高级”广告用语行政处罚法律适用](#p203)
  + [39食药部门对传统食品进行行政处罚应充分考虑传统食品厂商已取得的批准决定](#p207)
  + [40第三方认证机构对其认证的企业是否持续符合法律法规的要求具有跟踪监督的职责](#p212)
  + [41独立董事应当对上市公司信息披露违法行为承担法律责任](#p216)
  + [42行刑衔接过程中“二罚”的正当性分析](#p221)
  + [43个人开发经营房地产的行为定性及法律适用](#p228)
  + [44行政机关根据未经过告知和听证的新证据作出行政处罚决定构成违反法定程序](#p235)
  + [45公安机关选择处罚种类时应当考量具体事件的特殊情况](#p241)
  + [46行政相对人的自救措施能否成为违法阻却事由问题](#p246)
  + [47对行政相对人及其服务网点同时处以行政罚款违反“一事不再罚”原则](#p249)
  + [48违反合意顺序及费用平摊方式的拼车行为构成擅自从事非法客运活动](#p255)
  + [49网约车不因属新生事物而具有天然合法地位](#p260)
  + [50对国土资源违法行为中涉嫌犯罪的可否进行行政处罚](#p269)
* [六、行政强制](#p273)
  + [51促使未完全履行的行政处罚得到强制执行是行政机关的法定职责](#p273)
  + [52道路交通管理中扣押机动车的法定程序要求](#p277)
  + [53对危险房屋作出紧急避险决定应具有目的正当性](#p283)
  + [54拆违案件中被告的确定和赔偿责任的承担](#p287)
  + [55非“在建”状态违建不适用“快拆”机制](#p292)
  + [56违法建筑不构成行政行为违法性的阻却事由](#p296)
  + [57公安机关对不在案发现场的当事人作出的口头传唤行为违法](#p301)
* [七、行政赔偿](#p306)
  + [58看守所救治不及时是否应当承担赔偿责任](#p306)
  + [59拆除违法建筑过程中不当处置有利用价值的建筑材料是否应承担赔偿责任](#p313)
  + [60国有土地上房屋强拆后如何确定赔偿标准](#p319)
  + [61人民法院对重整程序中的执行行为不承担国家赔偿责任](#p326)
* [八、行政程序](#p332)
  + [62房屋登记部门对宅基地房屋的登记申请不得增设条件](#p332)
  + [63动产抵押登记机关仍应依据《担保法》的规定审查动产权属](#p336)
  + [64社保机构调查核实义务是否履行到位的判定](#p345)
* [九、政府信息公开](#p349)
  + [65证券监管信息的公开途径](#p349)
  + [66不动产信息的公开应适用“特别法”](#p356)
  + [67要求申请人更改、补充的政府信息告知书并非一概不可诉](#p360)
  + [68刑事转行政处罚案中直接影响相对人行政处罚结果的刑事侦查信息应予公开](#p364)
  + [69行政机关对派出机构制作或保存的信息是否负有公开的义务](#p370)
  + [70政府信息公开权利外表下重复救济行为的诉权认定](#p374)
  + [71政府信息不存在时的司法审查标准](#p379)
* [十、其 他](#p385)
  + [72承租人对房屋权属登记行为是否具备利害关系](#p385)
  + [73房屋买卖合同网签行为不具有行政诉讼可诉性](#p389)
  + [74公房承租权的继承更名应尊重原承租人的处分权](#p392)
  + [75夫妻分别代理不同主体参与投标涉嫌串通投标](#p398)
  + [76国有土地使用权出让中善意受让人的信赖利益保护](#p403)
  + [77以官网形式公告被诉行政批复的审查认定](#p408)
  + [78学校依法能够将遵纪守法、道德品行因素细化并纳入学位评定标准](#p413)
  + [79提供虚假材料办理的户口登记注销与否应考虑被注销人的权益保护](#p419)
  + [80审理取消考试资格行政处理案件时应当适用较高的证明标准](#p423)