

学校的理想装备

电子图书·学校专集

校园网上的最佳资源

行政法学 (修订本)

 **eBOOK**
网络资源 中国风

序言

党的十五大，将依法治国，建设社会主义法治国家，作为我国政治体制改革的重要目标和内容，第一次写入党的纲领性文件，这是党的领导方式和执政方式的重大完善和发展，具有划时代的意义。改革开放越深入，市场经济越发展，经济活动和利益关系越错综复杂，就越迫切地需要完善的法治来引导、规范、约束和保障市场经济所必须的良好秩序，市场经济与法治的内在联系将会越来越紧密，经济发展所需要的法律需求将会越来越大。这就意味着我国律师业正面临着一个极好的发展机遇。回顾十四大以来的律师工作，总的说，这几年改革的方向是正确的，改革的措施是符合实际的，改革的成果是明显的。几年来，各级司法行政机关、律师协会和广大律师，在以江泽民同志为核心的党中央领导下，高举邓小平理论伟大旗帜，按照司法部党组的部署，积极探索，努力实践，律师工作取得了长足发展。律师队伍的数量和质量明显提高。目前，全国律师工作人员已达 10 万余人，具有博士、硕士学历的 3000 余人，律师事务所 8300 多家。律师的业务领域不断拓展，广大律师逐步介入金融、证券、房地产、知识产权保护、国际贸易、反倾销、高科技等市场经济的新兴领域。律师的对外交流与合作进一步加强。已有 7 家律师事务所在国外设立办事处，有 50 家外国律师事务所、23 家香港地区律师事务所在境内设立办事处。律师在社会生活中的重要作用日益显现。律师积极参与的河北衡水 100 亿美元诈骗案，新疆克拉玛依特大火灾案、浙江千岛湖游船特大抢劫案的辩护和代理工作，维护了法律的尊严和统一，促进了社会稳定。广大律师积极参与大型项目，如三峡工程、黄河小浪底工程、大亚湾核电站、上海地铁工程等，为确保上述工程的顺利进行作出了贡献，赢得了各级领导和社会各界的广泛赞誉。可以说律师在建立社会主义市场经济体制、加强民主法制建设、促进对外开放等方面所发挥的作用越来越引人注目。

1986 年，司法部开始组织律师资格统一考试，至今已举办了九次。自 1993 年起，两年一次的全国律师资格考试改为一年一次。1996 年，全国第一部律师法典《中华人民共和国律师法》把律师资格考试制度作为律师队伍发展的主要途径确认下来，为律师资格考试工作的科学化、规范化提供了法律依据。几年来，律师资格考试制度不断完善，赢得了全社会的关注和重视。到目前为止，已有 55.8 万人报名参加了全国律师资格考试，有 11.4 万人通过考试取得了律师资格，为律师队伍输送和储备了一大批专业人才。律师资格考试制度的实行和律师制度改革的不深入，使人们日益认识到律师在社会发展中的重要作用，律师行业已成为令人崇尚的行业之一。

随着党的十五大精神的贯彻落实，社会政治、经济、文化等建设事业将进入一个全新的历史阶段，特别是经济体制改革和经济发展战略的实施，如国有企业改革，组建大企业集团及国有小型企业改组、联合、兼并、租赁、股份合作制、出售、破产，金融与证券市场的建立等都为律师工作的进一步改革发展提供了更为广阔的舞台。我们完全有理由相信，律师队伍将有一个更大的发展。为了适应形势发展的需要，司法部在总结历年律师资格考试工作经验的基础上，组织专家、学者和执业律师重新编写了律师资格考试指导用书。这套用书在内容编排、学科设置、整体框架、篇幅分配、编写角度和深度等方面都比过去的用书有明显改进，突出了基本法律知识及律师实务和

技能。它不仅具有辅导考试的作用，而且还能在较大范围、较深层次上起到法制宣传教育的作用。我希望这套用书，能够成为广大考生以及热爱律师事业、热爱法制工作的人们的良师益友。我祝愿所有读者都能从该书中学有所得，祝愿该书对所有考生都有所裨益，并通过你们的努力，加入到律师队伍中来，为律师事业的发展作出贡献。

司法部部长 高思程
1998年4月28日

出版说明

为了适应我国律师资格考试发展的需要,进一步完善与律师资格考试相关的配套措施,并为广大考生提供适合律师资格考试特点的学习、复习用书,经过酝酿与准备,《全国律师资格考试指定用书》出版发行。

这套指定用书分为教材系列和主要参阅法律、法规汇编系列,共九册。其中教材系列为七册;主要参阅法律、法规汇编系列为二册,收入75个法律、法规、司法解释。现就这套书籍的编撰、出版说明如下:

一、教材系列由全国律师资格考试指定用书编辑委员会主持编辑,约请北京大学、中国人民大学、中国政法大学、北京商学院、华东政法大学、清华大学、北京联合大学应用文理学院、中国社会科学院法学研究所及司法部律师司等单位的学者、专家和北京部分律师事务所律师撰写。书稿撰写前曾进行数次研讨、论证,确定重点学科、撰写大纲、教材特点等,并由各书主编、副主编审阅统稿,最后由司法部律师资格考试委员会组织有关专家审定。

二、教材系列共七本书,即:(一)法学基础理论·宪法学;(二)刑事法学;(三)民事法学;(四)商事法学·经济法学;(五)行政法学;(六)国际经济法学·国际私法学;(七)律师制度与律师实务。其中,刑事法学包括刑法和刑事诉讼法,民事法学包括民法和民事诉讼法,合同法、知识产权法归入民法,公司法、外商投资企业法、合伙企业法、破产法、票据法、保险法、海商法归入商事法学。

三、前述七本书的划分主要是根据学科比重、编写体例、内容安排以及律师资格考试的特点而设计的,并不代表或反映编撰者和审定者对各法学学科进行划分的意见或观点。对于各法学学科理论中尚存争议的问题,除非需要对某一理论或制度问题的诸种学术观点作客观、公正的介绍,本教材力求采通行之说,尽量避免编撰者的一家之言。

四、教材系列力求反映和体现律师资格考试和律师职业的特点,突出法学理论与司法实践的结合,强调律师素质教育与应试指导的结合,尤其突出对重要立法的阐述和学科基本理论、基本制度在司法实践中的运用。其理论水准定位在大学本科层次。在内容安排、文字风格等方面力求与已有的其他法学教材相区别。

五、基于律师资格考试命题与标准答案的准确性、科学性、客观性、有效性的要求,教材系列对各项具体法律制度的阐释均以我国现行有效的法律、法规、司法解释为依据。

六、教材系列体系与内容将保持相对稳定性和连续性,但将根据现行法律的修订而在再版时及时作出相应的修改。

七、主要参阅法律、法规汇编系列是根据教材系列确定的体系。由司法部律师资格考试委员会组织参与教材撰写的专家、教授共同选定。为方便考生复习,减轻考生负担,此次对所选法律、法规进行了较大的压缩,只选定较为重要的法律、法规、司法解释。教材系列中已有较为详细阐述的法规、司法解释未再收入。律师资格考试命题将主要以本汇编为法律依据,但是考生复习时仍应注意了解和掌握教材中相关部分所涉及的有关法规和解释。

八、司法部律师资格考试委员会将于每年以本套指定用书为依据颁布当年的考试大纲。律师资格考试命题以当年的考试大纲为依据。

本套指定用书在编辑、出版过程中,得到了前述单位和有关人员的大力

支持和协作，司法部高昌礼部长还为本套书撰写了序言，在此一并表示衷心的感谢。由于时间仓促，书中难免有疏漏和不当之处，请广大考生和读者不吝指正。

《全国律师资格考试指定用书》

编辑委员会

1998年5月

修订说明

《全国律师资格考试指定用书》出版已近一年。一年来，我国的民主法制进程在“依法治国”方略的指引下，又向前迈了一大步，从1998年下半年到1999年3月，国家先后颁布了《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国宪法修正案》和《中华人民共和国合同法》，对《中华人民共和国土地管理法》及《中华人民共和国土地管理法实施条例》作了修改，随着这些法律的颁布实施，我们编辑的这套《全国律师资格考试指定用书》也须作相应的修订。

此次修订主要有以下几个方面：第一，根据读者的意见和立法的变化，对原书的考试大纲所列知识点作了部分充实；第二，对原套书中的主要参阅法律、法规汇编进行了增删，增加《中华人民共和国宪法修正案》和《中华人民共和国合同法》等法律，删除失效的法律、法规；第三，根据国家近一年颁布的法律和司法解释，对原套书的七本教材中的有关内容作了相应的修改。尤其是对教材中所涉及的《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国宪法修正案》和《中华人民共和国合同法》的部分都进行了改写；第四，对原书章以下的体例作少量调整，对原书的疏漏加以补正。

此次修订力求在学理阐述上系统科学，在各章节上层次分明，同时文字精练，修辞准确。鉴于篇幅所限，各卷书一般不评介当前的学术争议，也不专论通说之外的个家之言。在原作者修订的基础上，又请部分作者对各书的体例及文字进行了统校。

修订工作由司法部领导段正坤同志、律师公证工作指导司负责人贾午光、吴明德同志主持，参加各书修订及统稿的人员有：段正坤、贾午光、吴明德、邱征、周塞军、刘凯湘、马怀德、潘剑锋、王卫国、王传丽、陈光中、陈卫东、赵永林、韩大元、舒国滢、钱明星、裴广川、刘晓红、贾京平、刘晔、李传敢、徐波、阎欣、于晋。在此，我们对参加修订工作的所有人员和关心这套书并提出修改意见的各界人士表示衷心的感谢。

《全国律师资格考试指定用书》
修订委员会
1999年3月

行政法学

第一编 行政法导论

第一章 行政法概述

第一节 行政法的基本概念

作为一个律师，不仅应尽可能全面、系统地了解、掌握调整各种不同社会关系的制定法规范，善于运用各种不同的相应制定法规范去维护其所代理的当事人的合法权益，而且应尽可能深入、广泛地了解、掌握对制定法规范和相应法律原理、原则进行阐释的各种法学理论，善于运用各种不同法律学科的法学理论去分析、解决其在执业实践中遇到的不同实际法律问题。要做到这一点，律师在其尚未成为律师前，首先必须全面学习各部门法学知识，掌握各部门法律学科的一些最基本的概念。

行政法学的基本概念很多，本书的每一编、章、节都要涉及若干基本概念。对这些基本概念，我们将分别在各编、章、节中予以介绍和阐述。但对涉及全书的几个最重要的基本概念，则有必要在我们学习各具体编、章、节之前，先予以粗略的阐释。

一、行政

行政有一般行政与国家行政之分。一般行政是指各种组织（包括机关、团体、单位等）的执行、管理职能：执行即执行组织领导层的决策及决策所确定的目标、纲领、方案；管理即是对组织的运作进行规划、控制，对组织系统成员的活动进行组织、指挥、协调、监督。国家行政是指国家这一特殊组织的执行、管理职能：执行即执行国家法律、政策及法律、政策所确定的目标、规划；管理即是对国家内政、外交事务的组织、指挥、协调、监督。行政法学研究的行政，是指国家行政。

国家行政在实际运作中有形式行政与实质行政之分。形式行政是以行政的主体来界定行政：凡是国家行政机关行使的职能即为行政，不管该职能的内容是实施具体行政行为，还是制定抽象的行政法规、行政规章，或是裁决公民、法人或其他组织之间的争议。实质行政是以行政的实质内容作为界定行政的标准：凡是国家机关实施具体的执行、管理行为即为行政，不管该行为的主体是行政机关，还是立法机关或司法机关。按照形式行政的标准，立法机关和司法机关对其内部人、财、物的管理不属行政的范畴；按照实质行政的标准，行政机关制定行政法规、行政规章和裁决行政、民事纠纷的行为不属行政的范畴（称为“准立法”和“准司法”）。行政法学研究的行政，主要是指形式行政。

行政，在我们的日常使用中，还有静态行政与动态行政之分。静态行政是指行使行政职能的机关，即行政机关；动态行政是指行使行政职能的行为，即行政行为。行政法学研究的行政，既包括静态行政，又包括动态行政，但主要是动态行政。

二、行政关系

行政关系通常是指作为行政主体的行政机关和法律、法规授权的组织，因行使行政职权或接受法制监督而与外部国家机关、组织、个人发生的各种关系以及各行政主体相互之间，行政机关与所属国家公务员及被委托的组织、个人之间，法律、法规授权的组织与其工作人员之间发生的内部关系。

行政关系的基本特征有三：其一，存在双方或双方以上的当事人；其二，其中必有一方是行政主体或其工作人员；其三，相应关系是因行政主体行使职权或接受法制监督而发生的。某种社会关系只要具备以上三个基本特征，就可以认定其属于行政关系。但某些特定行政关系除了以上三个特征外，还有其他特征。因为以上三个特征是所有行政关系的共性，特定行政关系则除了共性外，还必然存在自己的个性。例如，行政管理关系的一方当事人是行政主体，另一方当事人必须是作为行政相对人的个人、组织，而不能是行使行政职权的行政机关或法律法规授权的组织；行政法制监督关系的一方当事人是行政主体及国家公务员，另一方是作为行政法制监督主体的国家机关、公民个人或组织，前者处于被监督地位，后者处于监督主体地位，具有主导权，等等。

行政关系根据其发生的领域不同，可以分为外部行政关系和内部行政关系。外部行政关系指行政主体因行使行政职权和接受行政法制监督而与外部国家机关、个人、组织所发生的关系。内部行政关系指行政主体内部相互之间的关系，包括上下级行政机关之间，平行行政机关之间，行政机关与所属机构和公务员之间，行政机关首长与工作人员之间，行政机关与受委托行使某种职能的组织、个人之间，以及法律法规授权的组织内部相互之间，法律法规授权组织与其执法人员之间发生的关系。

外部行政关系与内部行政关系比较，前者是基本的行政关系，后者是从属的关系。内部行政是为外部行政服务的。行政主体存在的目的即在于对外部社会实施管理，保证国家法律和政策的实施，外部行政关系就是为此目的而发生的。失去此目的，作为行政主体的行政机关和法律法规授权的组织就没有存在的根据，内部行政关系亦无从发生。因此，行政法学主要研究外部行政关系。当然，内部行政关系也有其重要意义。行政主体要对外部实施管理，与外部社会发生关系，不能不建立有序、有效运转的行政系统，协调系统内部的各种相互关系。事实上，行政系统内部发生各种类、各层次的关系与外部行政关系是互相依存的。从而行政法学研究外部行政关系不能不同时研究内部行政关系。

外部行政关系根据其性质，又可分为行政管理关系和行政法制监督关系。行政管理关系是指行政主体因对外行使行政管理职能而与作为行政相对人的个人、组织发生的关系。例如，公安机关因维护社会秩序与违反治安管理的人发生的关系（治安管理处罚关系）；税务机关因征收税款而与纳税义务人发生的关系（税收关系），工商行政机关因打击不正当的竞争行为、维护市场经济秩序而与作为市场主体的企业或其他经济组织发生的关系（检查、监督关系），等等。行政法制监督关系是指行政主体因接受法制监督而与作为监督主体的国家权力机关、司法机关、专门行政监督机关以及社会组织、公民个人而发生的关系。例如，行政机关的行政法规、规章因与宪法、法律相抵触而被权力机关撤销所发生的关系，行政机关的具体行政行为因违法、显失公正而被人民法院撤销、变更所发生的关系，行政机关公务员的行为因被公民个人、组织认为侵犯其权益而提起申诉、控告、检举所发生的关系，等等。

行政管理关系与行政法制监督关系相比较，前者是基本的、第一层级的行政关系，后者是在前者基础上产生的第二层级的行政关系。行政主体存在的目的是实施管理，而不是接受监督，有了管理的存在才有监督的必要，因

此有了行政管理关系，才有可能产生行政法制监督关系，即监督行政的关系。然而行政法制监督对于行政管理也不是可有可无的，有了行政管理就必须有对行政的监督，否则，行政就可能滥用权力，廉政、勤政就没有保障，行政管理就不可能有效进行。因此，行政法制监督关系又是行政管理关系发展的必然结果，是在行政管理关系基础上产生的一种制约行政管理关系的关系。行政法制监督关系与行政管理关系由于二者有如此密切的联系，故它们在行政法学中具有同样重要的地位。

行政法的调整对象是行政关系。这里的“行政关系”，既包括外部行政关系，也包括内部行政关系，既包括行政管理关系，也包括行政法制监督关系。但从现行法律、法规考察，行政法实际调整的行政关系则是特定的。它只是一定范围的行政关系，而不可能是全部行政关系；某些行政关系，特别是某些内部行政关系，往往留给行政机关内部的制度、纪律、职业道德或政策去调整。

三、行政法

行政法是规定国家行政主体的组织、职权、行使职权的方式、程序以及对行使行政职权的法制监督，调整行政关系的法律规范系统。

对行政法的这一定义，我们可以从行政法的基本内容、主要功能和它区别于其他法律部门的特征几个方面加以认识和理解。

行政法的基本内容包括三大部分：（1）行政组织法。行政组织法主要规定行政主体的组织、性质、地位和职权；（2）行政行为法。行政行为法主要规定行政主体行使职权的方式、程序；（3）行政法制监督、行政救济、行政责任法。行政法的这一部分主要规定对行政主体行使职权行为如何实施法制监督；对受到违法行政行为侵犯的行政相对人如何进行法律救济；行政主体及其工作人员对其违法失职行为应承担什么样的法律责任。行政法的这三个部分分别调整着三种不同的行政关系：行政组织法主要调整内部行政关系；行政行为法主要调整行政管理关系；行政法制监督、行政救济、行政责任法主要调整行政法制监督关系。当然，不同部分行政法对不同行政关系的调整分界不是绝对的。例如，行政组织法不仅调整内部行政关系，同时它也必然调整外部行政管理关系：行政主体必须根据行政组织法规定的职权对行政相对人个人、组织实施管理，越权行政将引起相对人的不服和异议。行政组织法同样也调整行政法制监督关系：行政法制监督主体对行政主体行使职权行为进行审查监督时，必须根据行政组织法审查行政行为实施者的行政主体资格和职权范围，并据此确认相应行政行为的合法性。同样的道理，行政行为法也不仅只调整行政管理关系，在一定的场合，它也调整内部行政关系（内、外行政程序的区分是很困难的）和行政法制监督关系；行政法制监督、行政救济、行政责任法也不仅只调整行政法制监督关系，在一定的场合它也调整行政管理关系和内部行政关系（特别是行政监察监督，它虽然属于行政法制监督的范畴，但同时也是行政系统的一种内部监督）。

行政法的功能主要有两个方面：（1）建立行政主体的组织，赋予其行政职权，确定其行使职权的方式、程序，使之有效地对社会实施管理，保证国家法律和政策确立的管理目标的实现，保障秩序，促进社会、经济、文化的发展；（2）建立行政法制监督机制，控制行政权力，防止行政主体滥用职权，以维护国家社会公益和保护个人、组织的合法权益。

对于行政法的两种功能，国内和国外的一些学者往往只强调其中的一个

方面，而忽视其中的另一个方面。有的学者过分强调行政法对行政管理的保障功能，认为行政法的基本作用就是保证行政主体对社会实施管理，提高行政效率；有的学者则只强调行政法对行政权的监督、控制功能，认为行政法的基本作用就是对行政主体行使行政权的行为进行控制、制约，以保护个人、组织的合法权益。前一派学者的理论被称为“管理论”，后一派学者的理论被称为“控权论”。

针对“管理论”和“控权论”的片面性，本世纪中叶以后，国内外一些学者提出了兼顾行政法两种功能的“平衡论”，主张行政法既应发挥保障行政管理，提高行政效率，以促进社会经济、文化发展的“积极作用”，又应发挥控制、制约行政权，防止其滥用，以保护国家社会公益和个人、组织合法权益的“消极作用”。很显然，“平衡论”比较全面、比较准确地把握和揭示了行政法的功能。但是对“平衡论”也要有正确的理解，不能把它视为一种“调和”的、“折衷主义”的学说。“平衡”不是绝对的平衡，行政法的两种功能应根据各国的国情而有所侧重，有所倾斜，在过分重视行政效率，对公民权益保护有所忽视的国家，行政法应更多地发挥控权功能；反之，在过分重视个人权利、个人自由，对社会公益有所忽视的国家，行政法应更多地发挥维护行政权有效行使的功能。在同一个国家的不同时期，行政法的两种功能也不应是绝对平衡的，在经济很不发展，人民生活温饱问题尚未解决的时期，行政法应适当加强其效率保障功能，而不宜过分强化其控权功能；相反，在经济较为发展，政府腐败现象较严重的时期，行政法的控权功能就应相应加强而不宜再一味地强调“效率优先”。总之，平衡是法律目标、法律价值的总体平衡，而不是时时事事不分轻重的平均。

行政法定义中所表述的行政法是“调整行政关系的法律规范系统”是行政法最重要的特征。行政法不同于刑法、民法，有一部统一系统的法典。行政法是由大量的各种分散的单行法律文件构成的法律系统，其法律形式包括法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例以及规章等，尤以行政法规和规章为多。刑法、民法虽然也有一些单行的法律文件，也有一些零星的法律规范散见于其他法律文件中，但刑法典、民法典毕竟包含了刑法、民法的几乎全部主要规范。行政法则不然，它没有、也不可能有一部包含行政法全部主要规范的完整法典，行政法的法律规范散见于法律、法规乃至规章等各种法律规范文件之中。行政法不可能制定成一部统一的法典，是由行政活动范围的广泛性、行政活动内容的变动性以及行政关系的复杂性、多层次性决定的：行政活动范围非常之广泛，包括政治、经济、国防、外交、教育、社会安全和秩序等各种领域，不可能制定一部统一的法典，同时既调整所有这些不同领域的管理，又调整对所有这些不同领域管理的行政法制监督；且行政机关对整个国家的政治、社会、经济、文化生活实行具体组织、领导和日常管理的活动，亦不可能制定一部能预见到未来各种情况、从而分别对这些情况作出相应规定的，并对之设定相应监督、制约机制的，具有较长稳定性的法典（因为法典必须具有相对稳定性，不可能经常进行修改）。

行政法在整体上没有统一、系统的法典，但是这并不意味着行政法在局部上没有单行的法典。实践中，这种单行法典是很多的，而且调整着一定领域较广泛的行政关系，如行政组织法、公务员法、行政程序法、行政执行法、行政处罚法、行政复议法、行政诉讼法、行政赔偿法，等等。

四、行政法的基本原则

行政法基本原则是指指导和规范行政法的立法、执法以及指导、规范行政行为的实施和行政争议的处理的基础性法则，是贯穿于行政法具体规范之中，同时又高于行政法具体规范，体现行政法基本价值观念的准则。

行政法的基本原则不是制定法的具体规定，而是贯穿于制定法具体规定中的一种更高层次的准则。这种准则是一定历史阶段、一定国度内的人们关于行政法普遍价值观念的集中反映。在不同的历史阶段、不同的国度，这种准则不可能完全相同，但也不可避免地会存在共性，而且这种共性在现代社会会日益增多。行政法基本原则是由各国行政法学者总结、概括，并通过行政法教科书或专门著作加以表述的，它本身没有法律强制约束力。但立法机关一旦将其精神贯彻于立法中，使之体现于制定法，它就具有了强制性的规范作用，行政主体和行政相对人均应予以遵循。

行政法因为不同于其他部门法，没有一部统一的法典，其法律规范散见于各种不同形式的法律规范文件之中。故基本原则有特殊重要的意义：首先，它有利于保障各不同立法主体制定的不同法律文件在立法精神上的统一，防止其相互矛盾和冲突；其次，它有利于补充和协调制定法，规范行政执法、行政裁决、行政复议和行政审判行为。因为制定法无论如何完善、周密，对于它所调整的实际社会生活来说，也只能是涉及其很有限的领域，大量的社会生活是法所不及处或为法的调整所疏漏。在制定法不及或疏漏之处，行政法的基本原则就可起到补充调整作用。即使制定法无任何疏漏之处，大量分散的制定法规范在适用时也必须有一些基本原则作为指导。否则，制定法的适用仍会导致不统一和不公正，或者导致形式上的合法而实质上的不合理。

对行政法基本原则的涵义和范围，学者们因其研究角度和研究方法不同，故对之认识和表达也不完全一样，有的学者将之概括为两项原则：合法性原则与合理性原则；有的概括为四项原则：依法行政原则，行政制约原则，行政公正原则，行政效益原则；有的概括为六项原则：行政法治原则，监督行政原则，行政公正原则，行政公开原则，行政合理原则，行政效率原则。对行政法基本原则的这些不同表述在形式上虽然存在很大的差别，但在实质上却有很多相同的内容，甚至可以说其基本内容是相同的，只是概括的方式和表达的用语不一致。可见，不同行政法学者在对行政法基本原则的研究方面，已在很大程度上达成了共识。

本书将行政法的基本原则表述为四项：行政法治原则，行政公正原则，行政公开原则，行政效率原则。此四项原则所包含的内容与前述两原则，四原则，六原则所包含的内容是基本相同的：行政法治原则包含合法性原则及行政制约或监督行政原则的内容；行政公正、行政公开、行政效率原则包含着合理性原则的内容。本书之所以采四原则表述法而不采上述两原则，是因为笔者认为两原则表述法过于概括，不便于人们透过原则的名称而较迅速、较准确地把握原则的内容；而六原则表述法又显得有些重复。法治原则包括监督制约原则的内容；公正、公开、效率原则包括合理原则的内容。当然，我们将行政法基本原则归纳为四原则，但这四原则并非是平行的和同等重要的。在此四原则中，行政法治原则是最核心的原则。行政公正、行政公开、

罗豪才主编《行政法学》，中国政法大学出版社 1989 年版，第 37—45 页。

集政简主编《中国行政法学教程》，河南大学出版社 1989 年版，第 26—30 页。

杨海坤著《中国行政法基本理论》，南京大学出版社 1992 年版，第 149—155 页。

行政效率都是围绕着行政法治原则而展开的原则，公正、公开、效率都是以法治为前提的，离开了法治这个前提和中心，整个原则就不可能构成一个统一的基本价值和基本规范体系。因此，我们在阐述作为行政法基本原则的四原则时，重点阐述行政法治原则。

（一）行政法治原则

行政法治原则的主要内容有下述四项：（1）依法行政。依法行政指行政主体实施任何行政行为均要遵循法定权限、法定实体规则和法定程序规则。违反法定权限、法定实体规则或法定程序规则实施的行政行为构成无效或可撤销的行政行为，相应行政行为自始不产生法律效力或根据行政相对人的请求，由有权机关终止其法律效力。（2）控制滥用自由裁量权。控制滥用自由裁量权指通过法律机制将行政主体实施的自由裁量行政行为控制在适度、合理的范围内，防止其滥用。为保证行政主体对行政自由裁量权的适度、合理行使，法律为之设定了事前、事中和事后控制机制：事前控制主要是授权控制，对自由裁量权设定明确的界限；事中控制主要是程序控制，自由裁量行为应遵循必要的法定程序规则；事后控制主要是行政复议和司法审查，即接受相应的行政和司法监督。（3）政府对侵权行为承担法律责任。行政法治要求政府和公民一样，如其行为违法侵犯他人（行政相对人）合法权益，应依法承担侵权赔偿责任。（4）保护人权，维护公民的合法权益。政府实施任何行政行为，都应尊重和保护公民的人权，包括尊重和保护公民的人身自由、人格尊严，维护公民的其他人身权利和财产权利。

（二）行政公正原则

行政公正原则的主要内容有下述六项：（1）办事公道，不徇私情。（2）平等对待不同身份、民族、性别和不同宗教信仰的行政相对人。（3）合理考虑相关因素，不专横武断。（4）在处理与自己或自己近亲属有利害关系的事务时应予回避，不得自己做自己的法官。（5）在处理涉及两个或两个以上相对人利害关系的事务时，不得在一方当事人不在场的情况下单独与另一方当事人接触。（6）不在事先未通知和听取相对人申辩意见的情况下做出对其不利的行政行为。

（三）行政公开原则

行政公开原则的主要内容有下述五项：（1）行政法规、规章以及其他规范性文件制定应采取一定方式让公众参与，听取公众的意见，必要时公开举行听证会，听取有关利害关系人的意见、建议。（2）已制定的行政法规、规章及其他规范性文件应通过公开的政府刊物公布，让公众知晓。（3）行政机关收集、保存的涉及相对人有关信息的文件、资料，除法律、法规规定应予保密的以外，应允许相对人查阅、复制。（4）有关行政执法行为的条件、标准、手续等应通过一定方式公布，使相对人事先知悉。（5）对行政机关及其工作人员遵纪守法、廉政、勤政的情况，应允许新闻媒介在真实、准确的前提下予以公开报道，使之接受人民群众和舆论的监督。

（四）行政效率原则

行政效率原则的主要内容有下述三项：（1）行政主体实施任何行政行为，应严格遵循法定步骤、顺序和时限，不得违法增加手续，拖延耽搁。（2）行政机关应严格遵循法定编制，保持机构精干，不得任意增人扩编，导致机构臃肿，人浮于事。（3）行政主体实施行政行为应进行必要的成本—效益的测算和分析，应从多个方案中选择最佳方案，以保障相应行政行为取得较好的

经济和社会效益。

第二节 行政法律关系

一、行政法律关系的概念

行政法律关系指行政法所调整的行政关系。所谓“行政关系”，是指行政主体因行使行政职权和接受行政法制监督而与外部行政相对人、行政法制监督主体发生的关系，以及行政主体内部相互之间发生的关系。所谓“调整”，指法律赋予关系双方当事人以实体和程序上的权利，规定双方当事人实体和程序上的义务，使相互关系的进行能适应立法者想要确立的某种秩序状态。

行政法律关系与行政关系的区别在于：后者未经法律调整，只是一种事实社会关系，而前者是依据法律发生的，或者虽非根据法律发生，但法律已对关系双方当事人的权利义务作出了规定，双方关系的进行已进入法律调整之中：当事人的相应权利受到法律保护，当事人的相应义务必须履行，如违反义务，则要承担相应的法律责任。

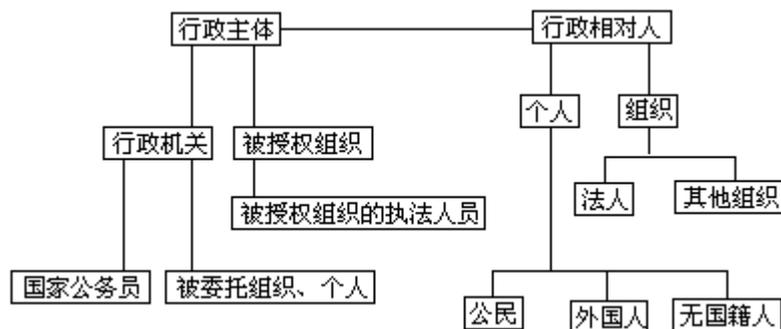
在理论上，行政关系与行政法律关系有明确的区分。但在实践中，二者往往是一体的，因为行政关系不同于其他社会关系，它是行政主体因行使职权或接受法制监督而与其他主体发生的关系，行政职权或行政法制监督都是法律预先加以规定的，因此，绝大多数行政关系从一开始就是受法律调整的，因而就是行政法律关系。

但行政领域也有一些关系并非法律关系或并非一开始就是法律关系。例如，行政机关实施的许多内部行为、事实行为目前尚没有法律、法规对之加以调整，因这些行为而发生的关系就只是行政关系而非行政法律关系。然而行政机关的相应内部行为、事实行为如果侵犯了某种内部或外部人员、组织的有关权益，引起内部或外部行政争议，原事实关系就可能转化为法律关系。行政复核、行政复议、行政诉讼的关系都只能是法律关系。

二、行政法律关系的种类

行政法律关系主要有下述三类：第一类为行政管理法律关系，第二类为行政法制监督法律关系，第三类为内部行政法律关系。

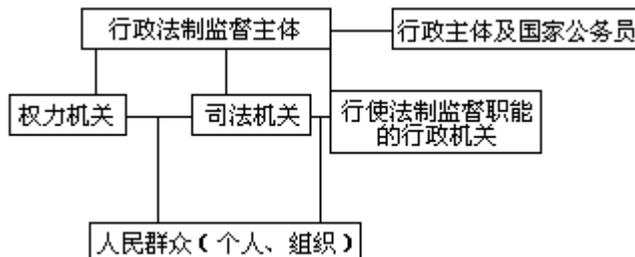
行政管理法律关系是作为行政主体的行政机关和法律、法规授权的组织因行使行政职权而与作为行政相对人的个人、组织所发生的关系。该关系如下图所示：



行政管理法律关系的主体是行政主体和行政相对人。“行政主体”包括行政机关和法律、法规授权的组织（简称“被授权组织”）。行政机关行使职权的行为是通过国家公务员实施的，必要时，行政机关也可依法将某些行政职权委托非国家机关的某些社会组织及非国家公务员的某些个人行使（行政机关委托的组织、个人简称“被委托组织、个人”）。法律、法规授权组织行使职权的行为是通过其执法人员实施的。“行政相对人”包括个人和组

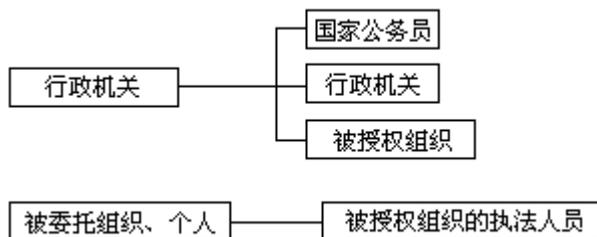
组织，“个人”主要指公民，也包括外国人、无国籍人，“组织”主要指法人组织，也包括非法人的其他组织。

行政法制监督法律关系是作为被监督对象的行政主体和国家公务员因接受行政法制监督而与作为行政法制监督主体的国家权力机关、司法机关、专门行政监督机关以及人民群众（个人、组织）等发生的关系。该关系如下图所示：



行政法制监督法律关系的主体包括监督主体和监督对象。监督主体包括权力机关、司法机关和行使法制监督职能的行政机关以及人民群众（个人、组织）。作为监督主体的权力机关、司法机关和行使法制监督职能的行政机关可以对监督对象采取有法律效力的监督措施，但作为监督主体的人民群众（个人、组织）不能直接对监督对象采取有法律效力的监督措施，他们必须通过作为国家机关的监督主体采取此种措施。行政法制监督的对象是行政主体及国家公务员。国家公务员在行政管理法律关系中不是独立的主体，他们只是行政主体的代表，代表行政主体实施行政行为。但在行政法制监督法律关系中，国家公务员与行政主体同时作为法律关系的一方主体，他们可以构成行政法制监督的直接对象。例如，行政监察机关可以直接对国家公务员科处行政处分，权力机关也可以对作为政府组成人员的国家公务员实施直接监督（如免职、罢免等）。

内部行政法律关系是指国家行政机关系系统内部上下级行政机关，平行行政机关之间，行政机关与所属国家公务员之间，行政机关与被委托组织、个人之间以及被授权组织与所属执法人员之间而发生的各种关系。该关系如下图所示：



内部行政关系主要是指行政机关内部的关系，各种级别、各种地域、各种部门行政机关之间的相互关系以及行政机关与所属国家公务员的关系（此种关系包括国家公务员因行使职权而与行政机关发生的工作关系和国家公务员因工资、福利、休假、保险待遇等而与行政机关发生的特殊劳动关系两种情况）。行政机关与被授权组织、被委托组织、个人以及被授权组织与其执法人员的关系在整个内部行政关系中所占比重是很小的。

三、行政法律关系的发生、变更与消灭

（一）行政法律关系的发生

行政法律关系作为行政法调整的社会关系，其发生不同于一般的社会关

系的发生，需取决于一定的法律条件和事实条件。行政法律关系发生的条件主要包括：（1）具有明确的法律关系主体。例如，行政管理法律关系的发生必须具有行政主体和行政相对人，行政法制监督关系的发生必须具有行政法制监督主体和被监督对象，内部行政法律关系的发生必须具有行政机关和公务员，或双方行政机关，或行政机关与被委托的组织等。一方当事人找不到对方当事人或弄清对方当事人是谁，就不能发起相应的行政法律关系。如某公民欲提起申诉或申请行政复议，但他不知道被申诉人或被复议人是谁，是哪个行政机关或公务员侵犯了他的权益，相应行政申诉或行政复议就不会被有权机关受理，从而不能发生相应行政法律关系。（2）具有明确的法律规范根据。行政法律关系属于法律关系，其发生必须以相应法律、法规或规章为根据。没有法律规范根据，其法律关系要么不能形成，要么在形成后难以产生预期的法律效果。例如，公民申请许可证照，如果没有法定依据，要么其申请不会为行政机关所接受，不能形成相应的行政法律关系；要么其申请虽错误地被行政机关接受，其违法取得许可证照之后仍可随时为行政机关所取消。又如行政机关给予相对人行政处罚，如果没有法律规范根据，该处罚要么自然无效，要么随后为有权机关宣布无效。（3）具有引起相应行政法律关系发生的法律事实。行政法律关系不能因关系主体和法律规范的存在而自动发生，其发生还必须由一定的法律事实所引起。法律事实包括行为和事件。引起行政法律关系发生的法律事实主要是行为，而且主要是行政主体一方的行为，如行政主体对行政相对人实施的行政处罚行为、行政强制行为、行政征收行为等。有些行政法律关系也可由行政相对人的行为所引起，如相对人的申请许可证照行为、申请行政复议行为、行政申诉、控告、检举行为等。事件作为引起行政法律关系发生的法律事实的情形较少，其中主要有战争、自然灾害、公民的出生、死亡等。

（二）行政法律关系的变更

行政法律关系在进行过程中可能因外部条件的变化而变更，也可因其本身一定因素的变化而变更。外部条件变化的情况主要包括：（1）作为行政法律关系发生根据的法律、法规、规章或其他规范性文件改变，导致行政法律关系双方当事人权利义务的变更；（2）作为行政法律关系发生导因的法律事实变化，引起行政法律关系的主体或内容变更。行政法律关系本身因素变化的情况主要包括：（1）行政法律关系主体变更，如作为一方当事人的公民死亡或丧失行为能力，其近亲属接替或代理其参加相应行政法律关系，作为另一方当事人的行政机关或法律、法规授权的组织实施行政职权的机关、组织接替其参加相应行政法律关系。（2）行政法律关系客体变更。行政法律关系的客体包括物、行为、智力成果等，其中主要是当事人双方的行为。在行政法律关系进行过程中，作为其客体的物、行为、智力成果等发生变化，自然会引引起相应行政法律关系的变更。（3）行政法律关系内容因其他因素的变化而引起变更。行政法律关系内容即双方当事人的权利、义务。双方当事人权利、义务可以因法律规范的变化而变更，也可以依双方当事人协商或第三者调解（协商和调解须有法律根据）而变更，有时还可因某种法律事实的变化而变更。

（三）行政法律关系的消灭

行政法律关系消灭的情形主要有：（1）双方当事人发生法律关系的目标实现，相应行政法律关系结束。（2）行政法律关系主体一方消失（如作为相

对人的公民死亡，作为相对人的组织被撤销等），且无权利、义务承受人接替参加相应行政法律关系。（3）作为行政相对人的公民丧失行为能力，且无法定代理人代其继续参加相应行政法律关系。（4）作为相应行政法律关系的客体消灭，该行政法律关系无继续存在和进行的意义。（5）根据新的法律、法规、规章或其他规范性法律文件，相应行政法律关系应予终止。

第二章 行政法的法源

“法源”指法的存在形式，法律部门中法律规范的来源或出处，亦即法律规范的载体。行政法由于调整的社会关系的广泛和难于制定一部统一的法典，因此，法律规范极为分散，法源众多。一般来说，我国行政法的法源包括宪法、法律、行政法规、部门规章、地方性法规、自治条例、单行条例、地方政府规章等。此外，我国与外国政府签订的条约、协定，国家机关的法律解释、国家行政机关与执政党、社会组织联合发布的文件中有时也载有某些行政法规范，它们也应认为是行政法的渊源。在国外，行政法的法源通常还包括法院判例、行政惯例和行政法理。行政法理一般由获得社会较普遍认同的行政法权威著作阐释，法院在行政审判时可以引用。

第一节 行政法的基本法源

在行政法的各种法源中，最高国家权力机关制定的宪法、法律，最高国家行政机关制定的行政法规，地方国家权力机关和民族自治地方权力机关制定的地方性法规、自治条例、单行条例以及宪法、组织法授权的特定中央部门行政机关和地方行政机关制定的规章是基本法源。行政法律规范的其他载体是非基本法源。非基本法源数量较少，应用率较低。本节介绍基本法源，下一节将简略地介绍其他法源。

一、宪法

作为国家根本法的宪法，不仅是行政法的渊源，同时也是其他法律部门的渊源，但是由于行政法与宪法有着最为密切的联系，所以宪法作为行政法的渊源，包含着更多的行政法规范和重要的行政法原则，宪法包含的行政法规范主要有：

（一）关于行政管理活动基本原则的规范。如关于人民参与管理的原则、法制统一的原则、工作责任制原则、民族平等原则、行政首长负责制原则、行政机关工作人员接受人民监督和保障公民权利的原则等基本原则规范。

（二）关于国家行政机关组织、基本工作制度和职权的规范。如关于国务院的组织、基本工作制度和职权的规范；关于国务院各部委和审计机关的基本职权规范；关于地方各级人民政府的组织、基本工作制度和基本职权的规范；关于民族自治地方人民政府的组织、基本工作制度和基本职权的规范等。

（三）关于国家行政区域划分和设立特别行政区的规范。

（四）关于公民基本权利和义务的规范。如关于公民批评权、建议权、申诉权、取得赔偿权、言论、出版、集会、结社、游行、示威自由权、非经法定程序不受逮捕拘留权、劳动权、受教育权、社会保障权以及服兵役的义务、纳税的义务、遵守法律、公共秩序、尊重社会公德的义务的规范。

（五）关于保护外国人合法权益和关于外国人义务的规范。

（六）关于国有经济组织、集体经济组织、外资或合资经济组织以及个

关于“法源”，有各种解释。有人认为，“法源”是先于法律而存在的构成法律的规则；有人认为，“法源”是产生法律的原动力；也有人提出，“法源”是制定法律的机关；还有人提出，“法源”是产生法律的原因。我们这里使用的“法源”，是指法的存在形式、法律规范的载体。

体劳动者在行政法律关系中的权利、义务的规范。如关于国有企业在法律规定的范围内享有经营管理自主权的规范、关于集体经济组织在遵守有关法律的前提下享有独立进行经济活动自主权的规范、关于国家保护私营经济合法权益，对私营经济实行引导、监督 and 管理的规范等。

(七) 关于国家发展教育、科学、医疗卫生、体育、文学艺术、新闻广播、出版发行等事业方针政策的规范；关于发挥知识分子作用、建设社会主义精神文明、推行计划生育、保护环境、防止污染和其他公害的规范；关于加强国防、保卫国家安全和维护社会秩序的规范等。

二、法律

法律作为行政法的渊源，包括由全国人民代表大会制定的基本法律，如《国务院组织法》、《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》、《统计法》、《兵役法》、《行政诉讼法》、《行政处罚法》等；也包括由全国人民代表大会常务委员会制定的非基本法，如《国家赔偿法》、《治安管理处罚条例》、《食品卫生法》、《药品管理法》、《身份证条例》、《行政监察法》等。

应该指出，现行宪法通过以前，立法权由全国人民代表大会行使，即只有全国人民代表大会才能制定法律。全国人大常务委员会制定通过的规范性文件不能称为法律，它们叫做“法令”。法令同样是行政法的渊源。

法律既是行政法的渊源，自然也是刑法、民法和其他部门法的渊源。但单个的法律有些仅包含行政法规范，如《国务院组织法》、《治安管理处罚条例》、《行政处罚法》；有些则不包含行政法规范，如《刑法》、《刑事诉讼法》等；有些既包含行政法规范，又包含其他法律部门的法律规范。主要作为行政法渊源的律不仅包含行政法规范，同时还可能或多或少地包含某些其他法律部门的法律规范。如许多行政法律中就包含有关刑法规范（行政法律中规定的刑罚又称“行政刑罚”）。此外，主要作为其他法律部门渊源的律也可能或多或少地同时包含某些行政法规范。如《婚姻法》中关于结婚登记的规范就属于行政法规范，《商标法》中关于商标登记、管理、争议裁决的规范，《经济合同法》中关于合同管理、违法合同的处理的规范亦都属于行政法规范，等等。

三、行政法规

行政法规是国务院依宪法授权制定的规范性法律文件（宪法第 89 条）。它作为行政法的渊源，调整着国家经济、社会、文化等各方面的广泛的行政社会关系。其数量是大量的，《国务院公报》每年登载的行政法规即有六、七十件之多。可见，行政法规是行政法的主要渊源。在 1982 年现行宪法颁布以前，行政法规不仅指国务院制定的规范性法律文件，而且指所有国家行政机关制定的规范性文件，是行政机关所有规范性文件的总称。因此，我们在研究和使“行政法规”这一法律概念时，一定要注意其含义在现行宪法颁布前后的区别。

此外，在说到行政法规是行政法的渊源时，应该特别指出，行政法规是行政法的渊源，这并不等于说行政法是行政法规的总称或行政法是行政法规和行政规章的总称，因为行政法规范不仅存在于行政法规和行政规章之中，同时也存在于法律和其他形式的法律文件之中。再者，说行政法规是行政法的渊源也不等于说所有的行政法规都是行政法，或所有的行政法规和行政规章都是行政法，因为行政法规和行政规章不仅可以载有行政法规范，而且也

可以载有经济法、劳动法、婚姻法，甚至民法和刑法的规范（尽管这种情况较少或很少）。所以，行政法规也可以是其他法律部门的法源。当然，行政法规主要还是行政法的渊源。

四、部门规章

部门规章指国务院各部、委和某些其他工作部门发布的规章。根据宪法和组织法，在国务院的工作部门中，只有部委才能发布规章（《宪法》第 90 条，《国务院组织法》第 10 条）。但根据实际的迫切需要，国务院通过行政法规或规范性文件授权，国务院的直属机构和某些其他工作部门也可以发布规章。部门规章作为行政法的渊源，其数量比行政法规更多，调整着广泛的行政社会关系。

五、地方性法规

根据宪法的规定，省、自治区、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规，报全国人民代表大会常务委员会备案（《宪法》第 100、115 条）。根据现行地方组织法的规定，省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的“较大的市”的人民代表大会和它们的常务委员会，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区地方性法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规，报省、自治区人大常委会批准后施行，报全国人大常委会和国务院备案（《地方组织法》第 7、43 条）。此外，经全国人大和全国人大常委会的特别授权，经济特区市（深圳、厦门、汕头、珠海）的人民代表大会及其常务委员会可根据经济特区的具体情况和实际需要，遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则，制定地方性法规，报全国人大常委会、国务院和省人大常委会备案。地方性法规调整着广泛的行政社会关系，是我国行政法的重要渊源之一，自 1982 年现行宪法颁布以后，我国各省、市、自治区的人大常委会开始行使制定地方性法规的权限，陆续制定了一大批规定有关地方行政管理的地方性法规。如北京市人大常委会制定的《农村林木资源保护管理条例》、《城市建设规划管理暂行办法》、《城市绿化管理暂行办法》、《道路交通管理暂行规则》、《农村建房用地管理办法》、《商用计量器具管理办法》、《城乡集市贸易食品卫生管理办法》、《农村村民委员会暂行组织条例》等。

六、自治条例和单行条例

国务院《行政法规制定程序暂行条例》、《法规、规章备案规定》、《国务院办公厅关于地方政府和国务院各部门规章备案工作的通知》均有关于国务院直属机构等部门制定、发布规章的规定。

国务院 1994 年 12 月 5 日发文，批准唐山市、大同市、包头市、大连市、鞍山市、抚顺市、吉林市、齐齐哈尔市、青岛市、无锡市、淮南市、洛阳市、重庆市十三市；1988 年 3 月 5 日批准宁波市；1992 年 7 月 25 日批准邯郸市、本溪市、淄博市三市为“较大的市”。这些市的人大和人大常委会可以制定地方性法规，报省级人大常委会批准，这些市的人民政府可以根据法律、行政法规和地方性法规制定规章。

1992 年 7 月 1 日，第七届全国人大常委会第 26 次会议决定授权深圳市人大和人大常委会根据具体情况和实际需要，遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则，制定法规，在深圳经济特区实施，并报全国人大常委会、国务院和广东省人大常委会备案；授权深圳市人民政府制定规章并在深圳经济特区组织实施。1994 年 3 月 22 日第八届全国人大第 2 次会议决定授权厦门市人大和人大常委会根据经济特区的具体情况和实际需要，遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则，制定法规，在厦门经济特区实施，并报全国人大常委会、国务院和福建省人大常委会备案；授权厦门市人民政府制定规章并在厦门经济特区组织实施。1996 年 3 月 17 日第八届全国人大第 4 次会议又对汕头市和珠海市作了上述同样的授权。

根据宪法规定，民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例，报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例，报省或者自治区的人民代表大常务委员会批准后生效，并报全国人民代表大会常务委员会备案（《宪法》第116条）。自治条例和单行条例不同于地方性法规。首先，地方性法规必须“不同宪法、法律、行政法规相抵触”，而自治条例、单行条例则可依照当地民族的政治、经济和文化的特点制定，对某些法律和行政法规的规定，可以在报经上级国家机关批准后作某些变通。其次，地方性法规只有省、自治区、直辖市人大及人大常委会、省、自治区人民政府所在地的市和国务院批准的较大的市以及某些经济特区市的人大和人大常委会有权制定，而自治条例、单行条例则可由省一级的自治区、省辖市一级的自治州以及县一级的自治县的人民代表大会制定。再者，地方性法规须报全国人大常委会备案，而自治区的自治条例和单行条例须报全国人大常委会批准。自治州、自治县的自治条例和单行条例须报省或自治区人大常委会批准和报全国人大常委会备案。

自治条例和单行条例作为行政法的渊源，既可以规定民族自治地方的自治机关的组织和工作，也可规定地方行政管理事务，如，一些自治地区人大制定的集市贸易管理条例、食品卫生管理条例、保护农村专业户合法权益的规定等。

七、地方政府规章

地方政府规章是指省、自治区、直辖市人民政府、省、自治区人民政府所在地的市和国务院批准的较大的市以及经济特区市的人民政府制定的规章。地方政府规章作为行政法的渊源，其数量大大超过地方性法规，例如北京市人大常委会每年制定的地方性法规不到十个，而北京市人民政府每年制定的规章均达几十个之多。这些规章的内容包括公安、民政、城市建设、市政管理、财税、工商、农业、地质、矿产、科技、文卫、外事、外贸、劳动、人事、编制等若干类别。如《关于农民进入集镇落户问题的若干规定》、《关于处理卖淫活动的暂行规定》、《殡葬管理暂行办法》、《建设工程质量管理监督办法》、《关于新建居住区公共设施配套建设的规定》、《关于禁止随地乱扔乱倒废弃物的规定》、《出租汽车管理暂行办法》、《关于加强公司企业登记管理的暂行规定》、《录像制品管理暂行办法》、《劳动保护监察试行办法》等。

第二节 行政法的其他法源

行政法除了上述基本法源外，还存在一些其他法源。这些法源主要包括下述三类：

一、国际条约和协定

国际条约或国家间协定有的涉及国内行政管理，成为调整国家行政机关与公民、法人或外国人之间行政关系的行为准则，因此，它们也是行政法的渊源。例如，我国和世界很多国家签订的领事条约，其中关于领事馆的设立、馆长的任命、承认、领事的职权、护照和签证的颁发，同派遣国国民的联系、公证和认证、监护托管等规定都涉及国家行政管理，调整着一定领域的行政关系。又如，我国和世界一些国家签订的刑事、民事、商事、司法协助的协定，其中很多规定涉及国家行政管理，调整一定领域的行政关系。很多其他条约、协定，也或多或少与国家行政管理有一定关系，如《万国邮政公约》、《承认及执行外国仲裁裁决公约》、《国际劳工公约》、《核事故或辐射紧急援助公约》、《国际热带木材协定》、《邮政包裹协定》等。

二、国家机关的法律解释

国家机关的法律解释也是行政法的渊源。法律解释包括最高国家权力机关的解释、国家司法机关的解释、中央国家行政机关的解释、地方国家权力机关和行政机关的解释。1981年6月10日第五届全国人大常委会第19次会议通过《关于加强法律解释工作的决议》，对法律解释作出了如下决定：（1）凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由全国人大常委会进行解释或用法令加以规定。（2）凡属于法院审判工作中具体适用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体适用法律、法令的问题，由最高人民检察院进行解释。两院解释如果有原则性的分歧，报请全国人大常委会解释或决定。（3）不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题，由国务院及主管部门进行解释。（4）凡属于地方性法规条文中本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由制定法规的省、自治区、直辖市人大常委会进行解释或作出规定。凡属于地方性法规如何具体应用的问题，由省、自治区、直辖市人民政府主管部门进行解释。在各种法律解释中，最高人民法院的司法解释具有特殊重要的地位。因为在法律解释实践中，最高国家权力机关很少作出过立法解释，很多法律都是在司法实践中由最高人民法院进行司法解释。行政解释和地方解释虽然也具有重要意义，但是这些解释是否符合法律原意，人民法院在审理具体案件时往往要附带对之进行适当的司法审查。人民法院认为相应解释不符合法律原意，虽然不能撤销和宣布其无效，但可不予适用，或者以司法解释取而代之。司法解释的形式分为解释、规定、批复三种。对某一法律、某一类案件、某一类问题如何适用法律所作的规定，采用“解释”的形式；对审判工作提出的规范、意见，采用“规定”的形式；对高级人民法院、军事法院就审判中具体应用法律问题的请示所作的答复，采用“批复”的形式。——最高人民法院对法律的司法解释通常非常具体，具有很强的操作性，例如，1991年最高人民法院对《行政诉讼法》的解释包括12节，115条，而《行政诉

参见《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（1991年5月29日最高人民法院审判委员会第499次会议通过）。

讼法》本身仅有 75 条。可见，司法解释在法律渊源中具有的重要地位。

三、国家行政机关与执政党、社会组织联合发布的规范性文件

国家行政机关与执政党、社会组织联合发布的作为行政法法源的规范性文件是社会主义国家行政法的一大特色。这样的规范性文件虽然不多，而且随着政治体制改革的深入，党政不分的现象的逐步消除，今后将会更少或不再存在，但现在它仍是行政法的一个渊源。例如，国务院和中共中央联合发布的文件，国务院部、委和总工会、妇联等联合发布的文件，有些即涉及一定的行政管理问题，调整一定的行政关系，因此，应认为它们也是行政法的渊源之一。

第三章 行政主体

第一节 行政主体概述

一、行政主体的概念

行政主体是指能以自己名义行使国家行政职权，作出影响行政相对人权利义务的行政行为，并能由其本身对外承担行政法律责任，在行政诉讼中能作为被告应诉的行政机关或法律、法规授权的组织。

首先，行政主体是行使国家行政职权，实施行政行为的机关、组织。这一点使之区别于一般的企事业组织和社会团体。企事业组织和社会团体没有法律、法规的特别授权，不能行使国家行政权和实施行政行为。

其次，行政主体是能以自己的名义行使国家行政职权，实施行政行为的机关、组织。这一点使之区别于行政机关委托行使一定职权，实施一定行政行为的组织。被委托的组织虽然在委托范围内可以行使国家行政职权，实施行政行为，但它们不能以自己的名义，而只能以委托行政机关的名义行使行政职权，实施行政行为。从而，被委托的组织不属于行政主体。

第三，行政主体是能由其本身就其职权行为对外承担行政法律责任，在行政诉讼中能作为被告应诉的机关、组织。这一点使之区别于国家公务员。公务员虽然行使国家行政权，实施行政行为，但他们对自己行使职权的行为不由其本身对外承担行政法律责任，在行政诉讼中，不能作为被告应诉。公务员实施的职权行为，由其所在行政机关对外承担行政法律责任，在行政诉讼中，由其所在行政机关作为被告应诉。公务员对其行使职权的行为只对行政机关负内部行政责任。从而，国家公务员不是行政主体。

第四，行政主体包括行政机关和法律、法规授权的组织。行政主体主要指行政机关，但又限于行政机关。法律、法规如授权非行政机关的某种组织行使某项行政职权，实施某种行政行为，该组织即能取得行政主体的地位。

二、行政主体与相关概念的区别

为了进一步明确行政主体的概念，我们有必要将行政主体与下述其他相关概念加以比较和区分。

（一）行政主体与行政法律关系主体

行政主体是行政法律关系主体的一种。在行政法律关系中，行政主体通常恒定为一方主体，另一方主体可能是公民、法人或其他组织（即行政管理法律关系中的行政相对人）；可能是国家公务员或被委托行使行政职权的组织（即内部行政法律关系中的相对方当事人）；也可能是国家行政法制监督机关（行政法制监督关系中的监督主体，如权力机关、司法机关、专门行政监督机关）。行政主体通常是相对于行政相对人而言，表明其在行政管理法律关系中所处的地位；而行政法律关系主体通常是相对于行政法律关系客体而言，表明围绕相应客体而展开法律关系的各方当事人。

（二）行政主体与行政机关

行政机关是行政主体的一种。行政主体除了行政机关以外，还有法律、法规授权的组织。行政主体的概念主要用于表明相应机关、组织在行政法律关系中的法律地位：它具有对行政相对人的行政管理权，行政相对人有服从行政主体管理的义务；而行政机关的概念主要用于表明相应国家机关的性质：它是行使国家行政权的机关，与之相对应的是立法机关和司法机关，它

们分别行使国家立法权和国家司法权。

（三）行政主体与国家公务员

国家公务员是行政主体的代表。行政主体的职权通常通过国家公务员实施，离开了国家公务员，行政主体不可能存在。然而，国家公务员却不是行政主体：国家公务员实施的一切行政行为的后果均归属于行政主体，由行政主体对外承担行政法律责任。行政主体与国家公务员的关系有一定的雇主和雇员关系的性质，但又不完全同于这种关系。国家公务员是为国家服务的，行政主体则是由国家授权专门行使国家行政职权的。国家公务员直接从属于一定的行政主体，但他们不是行政主体的“私仆”，而是国家和人民的“公仆”。公仆不同于私仆，公仆对作为主人的国家和人民有忠诚的义务。公仆既是人民的服务员，也是人民的组成分子，从而国家也是公务员自己的国家。

第二节 行政机关

一、行政机关的概念

行政机关是指依宪法或行政组织法的规定而设置的行使国家行政职能的国家机关。

首先，行政机关是国家机关，是由国家设置、代表国家行使国家职能的机关。这一点使它与政党、社会组织、团体相区别。政党，特别是执政党，虽然能对国家政治、经济的发展起重要的，甚至是决定性的影响作用，但它们不是国家机关。社会组织、团体虽然经法律、法规授权，也可以行使一定的国家行政职权，但它们不是由国家设置的专门代表国家行使国家职能的，从而不属于国家机关。

其次，行政机关是行使国家行政职能的国家机关。这一点使它与立法机关、司法机关相区别。立法机关、司法机关虽然也都是国家机关，但立法机关行使的是国家立法职能，司法机关行使的是国家司法职能（国家审判职能和检察职能），而行政机关行使的是国家行政职能，即执行法律，管理国家内政、外交事务的职能。

第三，行政机关是依宪法或行政组织法的规定而设置的行使国家行政职能的国家机关。这一点使它与法律、法规授权的组织区别开来。法律、法规授权的组织不是依宪法或行政组织法设置的，它们行使一定的职权是基于具体法律、法规的授权。因此，行政机关是固定的、基本的行政主体，而法律、法规授权的组织只有在行使其所授职权时才具有行政主体的地位。

二、行政机关的特征

行政机关与其他国家机关比较，具有下述特征：

（一）行使国家行政职权，管理国家行政事务

行使国家行政职权，管理国家行政事务是行政机关区别于其他国家机关的实质特征。根据宪法，人民代表大会行使国家立法权和对其他国家机关的监督权；人民法院行使国家审判权；人民检察院行使国家检察权；行政机关行使行政权。所谓“行政权”，是指执行法律、实施法律，对国家内政、外交事务进行管理的权力。国家权力机关立法，行政机关执法，二者的区别是显然的。行政机关执法，司法机关也执法（司法也属于执法范畴），二者似乎难于区别。但实际上，二者存在着重要区别：行政机关的执法是通过对国家内政、外交事务进行管理实现的，而司法机关的执法是通过裁决法律争议和进行法律监督实现的。

（二）行政机关在组织体系上实行领导——从属制

行政机关由于行使的是行政管理职能，特别要求速度和效率，故在组织体系上实行领导——从属制，即上级行政机关领导下级行政机关，下级行政机关从属于上级行政机关，向上级行政机关负责和报告工作。这一特征是国家权力机关和国家审判机关均不具备的。上级国家权力机关不对下级国家权力机关实施领导，不能对下级国家权力机关发号施令。上级国家权力机关对于下级国家权力机关制定的同宪法、法律、行政法规相抵触的地方性法规和决议，只能通过法律程序予以撤销；上级人民法院亦不对下级法院实施领导，不能对下级人民法院发号施令。上级人民法院对于下级人民法院作出的错误的判决、裁定，只能通过审判监督程序予以纠正。

（三）行政机关在决策体制上一般实行首长负责制

行政机关由于代表国家直接对公民、法人和其他组织实施管理，特别要求权限清楚、责任明确，故在决策体制上一般实行首长负责制。而国家权力机关和国家审判机关行使职能通常都采取合议制的形式。因为国家权力机关行使的是国家立法权和国家基本政策的决定权，人民法院行使的是国家审判权。前者是为人们确定行为规范，涉及全体国民未来的权利义务；后者是为人们判别是非曲直，惩罚犯罪和解决争议，涉及的是对过去事件的评价，且此种评价将直接影响到国民的生命、自由、财产及其他权益，故均必须特别慎重。且立法和司法不具有行政那样的急迫性，不像行政那样往往要在短时间内，有时甚至要在几小时、几分钟内对某一紧急的问题作出决定，故也有可能以较多的时间进行集体讨论和作出决定。

（四）行政机关行使职能通常是主动的、经常的和不间断的

行政机关由于行使的是国家社会、经济、文化的组织管理职能，包括保障国家安全、维护社会秩序、发展社会经济和福利等，故其职能行使必须连续而不间断，主动行使而不必待人请求。虽然行政机关有些职能的行使是应相对人请求进行的，如颁发证照等，但这只是行政职能中的一小部分。这既不同于法院，法院行使审判职能是不告不理，当事人不起诉，法院不主动立案；也不同于立法机关，立法机关行使职能虽然是主动的，但却不是经常和不间断进行的。立法机关通常是定期召开会议，通过有期限的会议行使职能。

（五）行政机关最经常、最直接、最广泛地与个人、组织打交道

行政机关行使的各项职能由于与个人、组织有着最密切的联系，无论是征集兵役、收税、维持社会秩序、颁发证照、管理商标、广告，还是规定产品质量标准、确定利率、进行环境监测，都直接涉及到个人、组织的权益。行政机关为了实施管理，必须与个人、组织发生广泛的联系。司法机关在行使职能过程中虽然也直接与个人、组织打交道，但其联系主要只限于诉讼过程中，远不及行政机关与相对人的联系经常、广泛。立法机关与个人、组织的联系亦不及行政机关与相对人的联系经常、广泛和直接，法律对个人、组织行为的调整往往要通过行政执法或司法的途径实现。

三、行政机关的分类

根据不同的标准，对行政机关可以作各种不同的分类：

（一）中央行政机关与地方行政机关

根据行政机关职权管辖的范围，行政机关分为中央行政机关与地方行政机关。中央行政机关的管辖范围及于全国，而地方行政机关管辖范围只及于相应地方行政区域。

中央行政机关包括国务院、国务院各部委、国务院直属机构和国务院办事机构。

国务院即中央人民政府，是最高国家权力机关的执行机关，是最高国家行政机关。国务院由全国人民代表大会产生，对全国人民代表大会负责，受全国人民代表大会及其常务委员会监督。国务院由总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长组成，实行总理负责制。国务院设有全体会议和常务会议两种会议。国务院全体会议由国务院全体成员组成，国务院常务会议由总理、副总理、国务委员、秘书长组成。总理召集和主持国务院全体会议和国务院常务会议。国务院工作中的重大问题，必须经国务院常务会议或国务院全体会议讨论决定。国务院发布的决定、命令和行政法规，向全国人大常委会提出的议案，任免人员，由总理签署。

国务院各部委是国务院的工作部门，部委的设立经总理提出，由全国人民代表大会决定，在全国人民代表大会闭会期间，由全国人大常委会决定。部、委实行部长、主任负责制，部长、主任领导本部门的工作，召集、主持部务会议、委务会议和委员会会议。部、委工作中的方针、政策、计划和重大行政措施，应向国务院请示、报告，由国务院决定。部、委上报国务院的重要请示、报告和下达的命令、指示由部长、主任签署。

国务院直属机构是国务院主管各项专门业务的机构。国务院直属机构由国务院根据工作需要和精简的原则设立，无需全国人大或全国人大常委会批准。国务院办事机构是协助总理办理专门事项的机构。国务院办事机构的设立亦由国务院根据工作需要和精简的原则自行决定，无需经全国人大或全国人大常委会批准。

地方行政机关包括地方各级人民政府及其工作部门。地方行政机关一般分为三级：省、自治区、直辖市的人民政府；县、自治县、县级市人民政府；乡、民族乡、镇人民政府。在某些地方，省级地方行政机关与县级地方行政机关之间还设有一级人民政府，即自治州人民政府、设区的市和市管县的市的人民政府，这些地方的行政机关即为四级而不是三级。至于在省、自治区人民政府之下设立的地区行署，在县、自治县人民政府之下设立的区公所，在市、市辖区人民政府之下设立的街道办事处，它们均不是一级地方行政机关，而只是相应的地方人民政府的派出机关。此外，我国地方行政机关还包括特别行政区政府，如香港特别行政区政府。

地方各级人民政府是地方各级人民代表大会的执行机关，同时是地方各级国家行政机关。地方各级人民政府实行双重从属制：既从属本级人民代表大会，对本级人民代表大会负责和报告工作；同时又从属于上一级国家行政机关，对上一级国家行政机关负责和报告工作，并且接受国务院的统一领导和服从国务院。

地方各级人民政府由正副职政府首长和各政府工作部门负责人组成。省、州级人民政府组成人员包括秘书长，乡镇人民政府则只设乡、镇长，副乡、镇长，而不再设专门工作部门。地方各级人民政府均实行首长负责制。县级以上地方人民政府同时也设全体会议和常务会议两种会议。全体会议由本级人民政府全体成员组成，常务会议由正副职政府首长组成，省、州政府常务会议的组成人员还包括秘书长。政府正副职行政首长主持本级人民政府的全体会议和常务会议。政府工作中的重大问题，必须经政府常务会议或全体会议讨论决定。

地方人民政府工作部门的设立由本级人民政府决定，报上一级人民政府批准。地方人民政府各工作部门既受本级人民政府统一领导，同时受上一级人民政府主管部门的领导或业务指导。

地方行政机关分为一般地方行政机关与民族自治地方行政机关。民族自治地方的人民政府既是民族自治地方人民代表大会的执行机关，也是民族自治地方的行政机关。同时，自治区、自治州、自治县的人民政府与其相应人民代表大会同为民族自治地方的自治机关。

民族自治地方行政机关的组织同于一般地方行政机关的组织，只是自治区、自治州、自治县人民政府的正职行政首长必须由实行民族区域自治的民族的公民担任。民族自治地方的行政机关除行使宪法和法律规定的一般地方行政机关的职权外，同时依照宪法、民族区域自治法和其他有关法律的规定

行使自治权，根据本地方实际情况贯彻执行国家的法律、政策。

（二）一般权限行政机关与部门权限行政机关

根据行政机关权限的性质，行政机关分为一般权限行政机关与部门权限行政机关。一般权限行政机关的权限是全方位的，涉及各个行政领域和各种行政事务，如国务院和地方各级人民政府，而部门行政机关的权限是局部性的，仅涉及特定行政领域和特定行政事项，如国务院各部委，地方人民政府的各工作部门。

一般权限行政机关和部门权限行政机关都是独立的行政主体，能以自己的名义对外行使职权和由其本身承担相应职权行为的法律责任。但部门行政机关受一般权限行政机关的领导，一般权限行政机关有权向部门行政机关发布命令、指令、指示，部门权限行政机关对一般权限行政机关的命令、指令、指示有服从的义务。

（三）职能性行政机关与专业性行政机关

根据行政机关管理的客体和内容，行政机关分为职能性行政机关和专业性行政机关。职能性行政机关管理的客体和内容是综合性的、跨部门、跨行业的，如工商、税务、统计、环保、财政、人事、计划、审计、监察等行政管理机关，专业性行政机关管理的客体和内容是专门性、部门性、行业性的，如电子、机械、石油、煤炭、农业、林业、矿产、水电等行政管理机关。

过去我国由于实行计划经济体制，行政机关对经济管理干预过多过细，故专业性行政机关设置过多（仅机械工业的管理就曾设置8个部）。随着体制改革的深入，今后国家将逐步加强职能性行政机关，逐步减少或以其他组织形式取代专业性行政机关。《中共中央关于制定国民经济和社会发展“九五”计划和2010年远景目标的建议》中指出：“要按照精简、统一、效能的原则，着手制定进一步改革和调整政府机构的方案，把综合经济部门逐步调整和建设成为职能统一，具有权威的宏观调控部门；把专业经济管理部门逐步改组成为具有政府职能的经济实体，或改为国家授权经营国有资产的单位和自律性行业管理组织；……”。

（四）专门执法行政机关与普通管理行政机关

根据行政机关行使职能适用法律的情况以及与行政相对人的关系，行政机关分为专门执法行政机关与普通管理行政机关。专门行政执法机关通常直接与行政相对人打交道，直接适用法律、法规、规章对行政相对人作出具体行政行为，如公安、工商、税务、土地、环保、海关、卫生等行政机关；而普通管理行政机关通常不直接与相对人打交道，其行使职权通常依行政从属关系而不直接适用法律、法规、规章，如人事、财政、计划以及工业、农业、商业、交通、邮政等行政管理机关。

行政机关的此种分类在行政法学上有较大意义。因为行政法学主要研究行政主体与行政相对人的关系，研究法律对作为行政相对人的个人、组织的权益的保护。为此，行政法学必须将上述两种行政机关加以区分，并把重点放在对第一种行政机关的研究上。在实践中，人们一般习惯称前一种行政机关为“执法机关”，后一种机关称“一般行政机关”。这种称呼严格来说是不科学的，因为行政机关在整体上都是执法机关，只是在执法的性质和手段上，各种行政机关存在着区别。为了避免误解，我们将此两种机关分别称为“专门执法行政机关”和“普通管理行政机关”。“专门”是相对“普通”而言的，即意味着不排除非“专门执法行政机关”的其他行政机关也是执法

机关。

（五）外部管理行政机关与内部管理行政机关

根据行政机关的管理对象，行政机关可以分为外部管理行政机关与内部管理行政机关。外部管理行政机关管理的对象是作为外部行政相对人的个人、组织，如公安、工商、海关、民政等行政机关，内部管理行政机关管理的对象是行政机关内部机构及人员。如办公厅、机关事务局、编制委员会、研究室、档案局以及人事、财务、后勤等工作机关。

行政机关分为外部、内部机关只是相对的，在外部行政机关内也必然设有内部管理机构，在内部行政机关内也必然同时设有管理本机关外部事务的机构和管理本机关内部事务的机构。如公安部是外部行政机关，但它也设有管理内部人事、财务、文秘事务的“内部”机构；国家人事部是内部行政机关，但它既设有管理国务院各部委人事的“外部”机构，同时设有管理人事部本部事务的“内部”机构。

（六）首长制行政机关与委员制行政机关

根据行政机关的决策和负责体制，行政机关分为首长制行政机关和委员制行政机关。首长制行政机关的最终决策权归于行政首长，行政首长对整个行政机关的行为负责；委员制行政机关的决策权归于一个由若干委员组成的委员会，委员会对所有决策性的问题均集体讨论，根据少数服从多数的原则作出决策，并由集体共同对其决策负责。行政机关由于其职能性质的要求，一般多实行首长负责制。但也有一些机关实行委员会制（包括一些由若干机关负责人组成的非实体的委员会），特别是一些较多地行使准立法和准司法职能的机关，实行委员会制更有发展的趋势。战后国外大量发展起来的独立管理机构，大多设立委员会作为决策机构，而较少实行首长个人负责制。

（七）行政机关的其他分类

行政机关根据其他不同的标准，还可作其他不同的分类。例如，根据其基本职能，可以分为行政立法机关，行政执法机关，行政司法机关或者分为行政决策机关，行政执行机关，行政信息咨询机关，行政监督机关；根据其权力来源，可分为实体行政机关，派出行政机关（行政公署、区公所、街道办事处）；根据其存续时间，可分为常设性行政机关，临时性行政机关；等等。

第三节 其他行使行政

职权的组织

行政职权除由国家行政机关行使外，其他非国家行政机关的组织经法律、法规授权或行政机关的委托，也可行使一定的行政职权。法律、法规授权行使一定行政职权的组织与行政机关一样，也具有行政主体的地位。行政机关委托行使一定行政职权的组织本身不具有行政主体的地位，其行使行政职权行为的责任归属于委托行政机关，委托行政机关是相应行政行为的行政主体。

一、法律、法规授权的组织

（一）法律、法规授权的组织概念

法律、法规授权的组织是指依具体法律、法规授权而行使特定行政职能的非国家机关组织。

首先，法律、法规授权的组织是指非国家机关的组织。它们不同于行政机关，不具有国家机关的地位。它们只有在行使法律、法规所授职权时，才享有国家权力和承担行政法律责任，在非行使法律、法规授权时，它们只是一般的民事主体，享有民事权利和承担民事义务。

其次，法律、法规授权的组织行使的是特定行政职权而非一般行政职权。所谓“特定职权”，即限于相应法律、法规明确规定的某项具体职权或具体事项，其范围通常是有限的。正式行政机关则行使国家的一般行政职权，不限于某种具体领域的某种具体事项。

第三，法律、法规授权的组织其职权为具体法律、法规所授，而非行政组织法所授。且具体法律、法规对相应组织的授权通常是有期限的，通常限于办理某一具体行政事务：该行政事务完成，相应授权即结束。而行政组织法对行政机关的授权则具有相对稳定性，只要该行政机关存在，它就一直行使所授职权。

（二）法律、法规授权组织的种类

法律、法规授权组织的范围较为广泛，且不是固定不变的。根据国家行政管理的需要，法律、法规对授权的对象经常会有所调整。目前我国现行法律、法规授权组织主要有下述几类：

1. 社会组织、团体。社会组织、团体虽然不是行政机关，不属于行政系统，但是法律、法规往往授权它们行使某些行政职能，如各种行业协会，它们往往依法律、法规授权管理本行业广泛的行政事务。在国外，律师协会、医师协会一类组织，不仅行使确认资格、颁发证照的职权，而且可对其组织成员实施处罚、制裁等。

2. 企事业组织。企事业组织主要是行政管理的对象，但在特定情况下，法律、法规也可授权其行使一定行政职能。特别是在我国目前体制转轨时期，一些全国性专业公司，有许多刚由行政机关改制而成，在一定时期内仍具有一定行政性。故法律、法规往往授权它们行使某些行政职能，主管部委也往往会委托它们处理某些行政事务。至于事业组织，法律、法规授权或行政机关委托它们行使行政职能的情况更多些，如《食品卫生法》授权卫生防疫站、食品卫生监督站对食品卫生进行检查监督，对违反食品卫生法的行政相对人给予行政处罚等。

3. 基层群众性自治组织。基层群众性自治组织是指城市和农村按居民居住的地区设立的居民委员会和村民委员会。基层群众性自治组织与国家基层政权有着极密切的联系。基层群众性自治组织的工作受基层人民政府或其派出机构指导：城市居民委员会受市或市辖区的派出机构——街道办事处的指导；村民委员会受乡、民族乡、镇的人民政府的指导。居民委员会、村民委员会除了根据相应组织法的授权，协助基层人民政府工作外，还经常根据其他法律、法规的授权，行使某些行政职能和办理某些行政事务，如代税务机关收税，代民政机关发放救灾款、救济物资，代统计机关办理有关统计事项等。

4. 各种技术检验、鉴定机构。行政机关在行使行政职能时，往往涉及一些需要运用专门知识、专门技能、专门设备进行检验、鉴定的问题。对于这些技术检验、鉴定事务，法律、法规通常规定主管行政机关可委托有关技术性机构办理。例如，《计量法》规定，县级以上人民政府计量行政部门可根据需要设置计量检定机构，或授权其他单位的计量检定机构，执行强制检定和其他检、测试任务。此外，《国境卫生检疫法》、《药品管理法》、《进出口商品检验法》以及有关环境保护、资源利用、产品质量管理等方面的法律、法规也规定了类似的授权条款。

（三）被授权组织的法律地位

被授权组织的法律地位体现在下述三个方面：

1. 被授权组织在行使法律、法规所授职权时，享有与行政机关相同的行政主体地位。

2. 被授权组织以自己的名义行使法律、法规所授职权，并由其本身就行使职权的行为对外承担法律责任。

3. 被授权组织在执行其本身的职能（非行政职能）时，不享有行政权，不具有行政主体的地位。

二、行政机关委托的组织

（一）行政机关委托的组织概念

行政机关委托的组织是指受行政机关委托行使一定行政职权的非国家机关的组织。

首先，被委托的组织不是行政机关或其他国家机关，它们的基本职能不是行使行政职权或其他国家职权，而是从事其他非国家职能性质的活动，如生产活动、经营活动、科研活动等。行政机关虽然也可以在本系统内相互委托，如上级行政机关委托下级行政机关行使某种职能，甲地行政机关委托乙地行政机关办理某种事项等，但这种委托是行政机关系统内的相互协作。不同于行政机关对非国家机关的组织的委托，其被委托机关、机构、单位不属于本节研究的被委托组织。

其次，被委托的组织仅能根据委托行使一定的行政职权，而不能行使一般的行政职权。所谓“一定的行政职权”，指委托行政机关委托其行使的并且依据法理是允许委托其他组织行使的某种行政职权。有些行政职权，根据法理是不允许委托非行政机关的组织行使的，如行政立法权、对行政相对人实施涉及其人身自由的行政处罚或行政强制措施权，颁发营业执照或其他重要许可证照权。

第三，被委托的组织行使一定的行政职权是基于行政机关的委托，而非基于法律、法规的授权。因此，其行使职权是以委托行政机关的名义，而不

是以被委托组织自己的名义进行，其行为对外的法律责任也不是由其本身承担，而是由委托行政机关承担。

（二）被委托组织的条件和范围

被委托组织的条件通常由具体法律、法规规定。例如，《行政处罚法》规定，行政机关依照法律、法规或者规章的规定，可以在其法定权限内委托其他组织实施行政处罚，但受委托的组织必须符合以下条件：（1）属于依法成立的管理公共事务的事业组织；（2）具有熟悉有关法律、法规、规章和业务的工作人员；（3）对违法行为需要进行技术检查或者技术鉴定的，应当有条件组织进行相应的技术检查或者技术鉴定。

被委托组织的范围也是相当广泛的。一般来说，被授权组织的范围通常也是受行政机关委托行使行政职权的组织的范围。当法律、法规授权这些组织行使行政职权时，它们即为被授权组织；当法律、法规未授权，而是行政机关委托它们行使一定行政职权时，它们即为被委托的组织。在实践中，下述两类组织也经常受行政机关委托行使某些行政职权：

1. 群众性治安保卫组织。群众性治安保卫组织是指在全国城乡普遍设立的治安保卫委员会和主要在一些大中城市设立的联防队。治保会和治安联防队通常被委托行使某些行政管理职能。

2. 某些私人组织。在某些行政管理领域，法律、法规还规定主管行政机关可委托私人组织行使某种行政职能，办理某种行政事务。例如，国务院发布的《家畜家禽防疫条例》规定，农牧部门及其畜禽防疫机构可以委托有条件的饲养户（或饲养单位）检疫，家畜出售者可持有被授权检疫的饲养户（或检疫单位）的检疫证明进入市场。

（三）被委托组织的主要权利、义务

被委托组织的主要权利有：

1. 取得履行职责所应有的权力、管理手段和工作条件；
2. 依法行使被委托的职权和办理被委托的事项；
3. 取得履行职责所需要的经费和报酬；
4. 请求有关行政机关协助排除其在履行职责中所遇到的障碍；
5. 向委托行政机关提出变更委托范围和改进相应领域行政管理的建议。

被委托组织的主要义务有：

1. 在委托行政机关委托的范围内行使职权，不超越委托权限；
2. 依法办事，不徇私舞弊、以权谋私；
3. 接受委托行政机关的监督、指导，向委托行政机关请示、汇报和报告工作；
4. 认真履行被委托的职责，热情为相对人服务，听取相对人的意见，接受相对人的监督。

第四章 国家公务员

第一节 国家公务员概述

一、国家公务员的概念

国家公务员是指国家依法定方式和程序任用的，在中央和地方各级国家行政机关中工作的，依法行使国家行政权、执行国家公务的人员。

首先，国家公务员是经法定方式和程序任用的人员。所谓“法定方式”，是指宪法、组织法、国家公务员法和其他有关法律规定的方式。我国现行法律规定国家公务员任用的主要方式有选任、考任、委任、调任四种方式。所谓“法定程序”，是指宪法、选举法、国家公务员法和其他有关公务员任用的法律、法规规定的程序。例如，考试任用程序包括公告、通知、报名、资格审查、笔试、口试、身体检查、确定正式录用对象和送达录用通知书等步骤。国家公务员的任用必须经过上述法定方式和法定程序。否则，就不能取得国家公务员资格。用人单位未经法定方式和程序任用公务员是非法的，所授予的公务员资格是无效的。

其次，国家公务员是在中央和地方各级国家行政机关中工作的人员。这一点意味着，国家公务员不包括国有企、事业组织的干部，不包括社会团体的工作人员，也不包括立法机关、司法机关的工作人员。

最后，国家公务员是指行政机关中依法行使国家行政权、执行国家公务的人员。国家公务员虽然是在国家行政机关中工作的人员，但在国家行政机关中工作的人员不都是国家公务员。只有在国家行政机关中依法行使国家行政权，执行国家公务的人员才是国家公务员。国家公务员不包括国家行政机关中的工勤人员。

在西方国家，国家公务员通常分为政务类公务员和业务类公务员两大类。政务类公务员通常是指通过选举或任命产生，与相应政党共进退的政府组成人员以及其他政治性较强的职位的行政人员；业务类公务员通常是指通过竞争考试任职，政治上保持中立，无重大过错即在政府中长期任职，并受一般公务员法规调整的公职人员。

我国不实行政党轮流执政的多党制度，故国家公务员亦没有政务类和业务类的划分。根据《国家公务员暂行条例》，我国国家公务员分为各级人民政府组成人员的公务员和一般公务员。各级人民政府组成人员根据组织法由各级国家权力机关选举或通过决定产生，其任期与相应政府每届的任期相同。政府换届后，上一届政府组成人员可在下一届政府中留任，如其不留任下届政府组成人员，可转任一般公务员（如由部委负责人改任直属机构、办公机构的负责人）。一般公务员则根据《国家公务员暂行条例》通过考任、调任、委托等方式产生，其任职不受政府换届的影响。一般公务员通过法定程序也可转任政府组成人员。在我国，此两类公务员没有西方国家政务类公务员与业务类公务员的严格界限。

此外，我国国家公务员还分为领导职公务员和非领导职公务员。领导职公务员是指总理、副总理、国务委员、正副省长、部长、正副市长、正副司、局、厅长、正副县、处长、正副科、镇、乡长等；非领导职公务员是指办事员、科员、正副主任科员、助理调研员、调研员、助理巡视员、巡视员等。对于担任主任科员以下的非领导职公务员，根据《国家公务员暂行条例》，

一律采用“公开考试、严格考核”的办法录用，而对于领导职公务员，其任用的办法是选任、委任、调任等。

二、国家公务员的法律地位

国家公务员的法律地位在不同的行政法律关系中是不一样的。

在外部行政管理法律关系中，国家公务员代表行政机关，以所在行政机关的名义行使国家行政权，其行为的结果归属于相应行政机关。外部行政管理法律关系是行政机关与作为行政相对人的个人、组织发生的关系，而不是国家公务员与相对人发生的关系。国家公务员在行政管理法律关系中并非作为一方当事人出现，不具有一方当事人的资格。

在行政诉讼法律关系中，国家公务员既不能作原告，也不能作被告，不具有诉讼当事人的地位。根据行政诉讼法的规定，只有公民、法人或其他组织认为行政机关具体行政行为侵犯其合法权益时，才能提起行政诉讼，取得行政诉讼的原告资格；只有作出具体行政行为的行政机关或通过行政复议改变原具体行政行为的复议机关才能被诉和取得行政诉讼被告的资格。

当然，国家公务员在非处于公务员地位时，可以成为行政相对人，作为外部行政法律关系一方主体与行政机关发生关系，对行政机关的具体行政行为不服，可以提起行政诉讼，成为行政诉讼的原告。

在内部行政法律关系中，国家公务员则可以以公务员的名义作为一方当事人与行政机关发生法律关系。例如，行政机关对公务员进行考核、奖惩、晋升、确定工资福利待遇；公务员要求行政机关改善其工作条件、工资待遇，对考核、奖惩、晋升结果不服，向行政机关提出申诉等，这些行为所引起的行政法律关系都是以国家公务员为一方当事人，国家行政机关为另一方当事人的内部行政法律关系。对于国内部行政法律关系发生的争议，一般由行政机关本系统处理，不能提起行政诉讼。

在行政法制监督法律关系中，国家公务员可以作为监督对象与监督主体发生关系，成为关系的一方当事人。例如，行政监察机关可以直接对所有公务员进行监督；国家权力机关可以通过质询、特别调查、罢免等形式对作为政府组成人员的公务员进行监督；人民法院在对具体行政行为进行司法审查过程中，亦可通过司法建议等形式间接对公务员进行监督。

第二节 国家公务员的权利与义务

一、国家公务员的权利

根据《国家公务员暂行条例》，国家公务员享有下述权利：

（一）职位保障权

国家公务员非因法定事由和非经法定程序不得被免职、降职、辞退或受到行政处分。

（二）执行职务权

国家公务员有权依法执行职务，获得履行职责所应有的条件和权力。

（三）工资、福利权

国家公务员有权获得劳动报酬和享受保险、福利待遇。

（四）参加培训权

国家公务员有权参加政治和业务知识的培训。

（五）批评、建议权

国家公务员有权对国家行政机关及其领导人员的工作提出批评和建议。

（六）申诉、控告权

国家公务员合法权益被侵犯或受到不公平待遇，有权向有关机关提出申诉或控告。

（七）辞职权

国家公务员有权根据法定条件和法定程序辞职。

（八）宪法和法律规定的国家公务员的其他权利。

二、国家公务员的义务

根据《国家公务员暂行条例》，国家公务员必须履行下列义务：

（一）守法的义务

国家公务员必须遵守宪法、法律和法规，不得违宪、违法。

（二）依法办事的义务

国家公务员必须依照国家法律、法规和政策执行公务，不得违法行政。

（三）联系群众的义务

国家公务员必须密切联系群众，倾听群众的意见，接受群众的监督，努力为人民服务。

（四）维护国家利益的义务

国家公务员必须随时注意维护国家的安全、荣誉和利益。

（五）忠于职守的义务

国家公务员必须忠于职守，勤奋工作，尽职尽责，服从命令。

（六）保守秘密的义务

国家公务员必须随时注意保守国家秘密和工作秘密，防止泄密。

（七）廉洁奉公的义务

国家公务员必须公正廉洁，克己奉公，不得以权谋私。

（八）宪法和法律规定的国家公务员的其他义务。

第三节 国家公务员执行公务的行为

一、执行公务的标志

执行公务的标志是公务员为了向行政相对人表明自己的身份，使相对人易于识别，而在行为时设置的一种外形标记。例如，警察穿戴的制服，治安人员佩戴的印有“执勤”字样的袖章，工商、税务、卫生、计量、市容管理等工作人员在执行职务时佩戴的其他执法标志。

设置执行公务的标志有着多方面的意义：第一，有利于公务员迅速向相对人表明其身份，便于其对相对人实施管理；第二，有利于相对人迅速识别公务员的身份，便于其要求公务员为其提供服务；第三，有利于区分公务员执行公务的行为和非执行公务的行为，以确定相应行为的效力和责任归属；第四，有利于对公务员执行公务的行为实施监督。由于执行公务的标志有上述诸种作用，故现行法律、法规越来越多地要求各执法机关为其公务员执行公务设置相应的执法标志。

二、公务员执行公务行为的识别

公务，即国家事务，这里特指国家行政机关主管的事务。国家公务员，即执行公务的国家工作人员。国家公务员的职责即是执行公务，代表国家行政机关和以国家行政机关的名义对社会实施管理。

然而，国家公务员的行为并非都是执行公务的行为，具有国家公务员身份的人同时也具有公民的身份。具有公务员身份的人只有以公务员身份实施的行为才是执行公务的行为，他以公民身份实施的行为不能认为是执行公务的行为。

在行政法上，区分国家公务员执行公务的行为与非执行公务的行为，确定其执行公务的行为和非执行公务的行为的界限是非常重要的，它不仅关系着相应行为的效力，而且关系着行为责任的归属。然而，怎样区分公务员不同性质的行为呢？法律上不存在唯一绝对的标准，实践中通常综合考虑下述四种因素：

（一）时间因素

公务员在上班时间实施的行为，通常认为是公务行为。反之，公务员在下班以后实施的行为则一般视为个人行为。

（二）岗位因素

公务员在其工作岗位上实施的行为通常认为是公务行为。反之，公务员离开工作场所实施的行为则多视为个人行为。

（三）职责因素

公务员非在上班时间和工作场所实施的行为如与其职责有关，通常亦可认为是公务行为。反之，如其行为既非在上班时间和工作场所实施，又不能证明相应行为与其职责有关，则应认为该行为是个人行为。

（四）命令因素

公务员依行政首长命令、指示或委托实施的行为通常可以认为是公务行为。反之，如其行为既无首长命令、指示、委托依据，又非在上班时间和工作场所实施或能证明与其职责有关，则应认为该行为是个人行为。

三、公务行为的效力与责任

国家公务员执行公务的行为是代表所在行政机关，以所在行政机关名义实施的行为，实质上即是代表国家，以国家名义实施的行为。因此，国家公

务员执行公务的行为具有法律效力，公务员向相对人发布的行政命令、采取的行政措施、实施的各种具体行政行为，相对人有遵守、服从的义务。

相对人对国家公务员执行公务的行为有异议，认为公务员的行为有违法或不当之处，可以依法向国家有关机关提出申诉、复议或行政诉讼。但在有关国家机关对相应行为进行审查，确认其违法、不当并予以撤销之前，相应行为并不失去法律效力，相对人有继续遵守和服从的义务。

国家公务员执行公务的行为如果被有权国家机关撤销，且其行为已造成了相对人的损失，相对人可以要求公务员所在行政机关承担损害赔偿责任。相对人不能直接要求公务员进行损害赔偿，因为公务员的行为是以所在行政机关的名义作出的。

在外部行政法律关系中，国家公务员对其执行公务过程中的违法、失职行为不直接向相对人承担损害赔偿责任，但在内部行政法律关系中，公务员必须向所在行政机关承担责任，包括纪律责任和经济责任。行政机关对于在执行公务过程中违法的国家公务员，可以予以警告、记过、降级、撤职直至开除公职等各种纪律处分。行政机关还可以向因违法行为导致行政机关进行损害赔偿的公务员追偿赔偿金的一部或全部。国家公务员就执行公务行为对于国家行政机关的责任源于国家公务员与国家之间的权利义务关系。根据这种权利义务关系，国家公务员有权执行公务和享受因执行公务而从国家取得的工资、福利待遇，同时公务员有义务忠于职守和依法执行公务。否则，他即要承担对国家的法律责任。

第五章 行政相对人

第一节 行政相对人概述

一、行政相对人的概念

行政相对人是指在行政管理法律关系中与行政主体相对应的另一方当事人，即行政主体的行政行为影响其权益的个人、组织。

首先，行政相对人是指处在行政管理法律关系中的个人、组织。任何个人、组织，如果不处在行政管理法律关系中而处在其他法律关系中，就不具有行政相对人的地位，不能赋予其“行政相对人”的称谓。行政管理法律关系包括整体行政管理法律关系和单个具体的行政管理法律关系。在整体行政管理法律关系中，所有处于国家行政管理之下的个人、组织均为行政相对人；而在单个的具体行政管理法律关系中，只有其权益受到行政主体相应行政行为影响的个人、组织，才在该行政法律关系中具有行政相对人的地位。

其次，行政相对人是指行政管理法律关系中作为与行政主体相对应的另一方当事人的个人、组织。行政管理法律关系不同于民事法律关系，双方当事人的法律地位是不平等的：一方享有国家行政权，能依法对对方当事人实施管理，作出影响对方当事人权益的行政行为；而另一方当事人则要服从管理、依法履行相应行政行为确定的义务。有权实施行政管理行为的一方当事人在行政法学中谓之“行政主体”，而接受行政主体行政管理的一方当事人在行政法学中则谓之“行政相对人”。作为行政主体的一方当事人是行政机关和法律、法规授权的组织，作为行政相对人的一方当事人是个人、组织。行政机关和法律、法规授权的组织在整体行政管理法律关系中虽然恒定地作为行政主体，但在具体的法律关系中，有时也会处于被其他行政机关或法律、法规授权的组织管理的地位，成为行政相对人。

第三，行政相对人是指在行政管理法律关系中，其权益受到行政主体行政行为影响的个人、组织。行政主体行政行为对相对人权益的影响有时是直接的，如行政处罚、行政强制措施、行政许可、行政征收等；有时其影响可能是间接的，如行政主体批准公民甲在依法由公民乙经营的土地上盖房，该批准行为对公民甲权益的影响是直接的，而对公民乙权益的影响是间接的。作为个人、组织，无论其权益是受到行政主体行政行为的直接影响，还是间接影响，都是行政相对人。那种把行政相对人仅仅界定为行政主体行政行为直接对象的观点是不适当的，不利于行政法保护公民个人、组织合法权益的目的的最佳实现。

二、作为行政相对人的个人

作为行政相对人的个人主要指公民。在绝大多数行政管理领域，与行政主体发生法律关系的对方当事人都可能是公民，如行政许可、行政征收、行政给付、行政强制、行政处罚、行政裁决，公民都可以成为这些行政行为的直接或间接对象，从而作为行政管理法律关系的行政相对人。

国家公务员在执行国家公务时是行政主体的代表，不具有行政相对人的地位。但其在非执行公务时则具有公民的身份，同样要接受各种有关的行政管理，成为行政管理法律关系的行政相对人。

非中国公民的外国人和无国籍人在中国境内时，必须服从中国的法律，接受中国的行政管理，要与作为行政主体的行政机关和法律、法规授权的组

织发生各种行政法律关系，成为行政管理法律关系中的行政相对人。

作为行政相对人的个人，无论是中国公民还是外国人、无国籍人，在行政管理法律关系中，他们均享有相应法律、法规规定的各种权利，同时要承担相应法律、法规为之确定的义务。他们在与行政主体打交道时，行政主体如违法侵犯他们的权利，他们可依法申请行政复议或提起行政诉讼，以寻求相应的行政法律救济。反之，行政相对人如不履行法定义务，违反行政管理秩序，行政主体则可以对之采取行政强制措施或行政制裁措施，追究其法律责任。

三、行为行政相对人的组织

作为行政相对人的组织主要指各种具有法人地位的企业组织、事业组织和社会团体，包括在我国取得法人资格的外国企业、事业组织。行政主体对社会、经济、文化等各项事业进行管理，其主要对象即是各种法人组织。行政主体为实现其行政管理目标，经常要对各种法人组织实施各种行政行为，如批准、许可、授予、免除、征收、给付、统计、检查监督、处罚等。在这些行政行为所引起的行政管理法律关系中，法人组织都处于行政相对人的地位。

除了法人外，非法人组织也可成为行政管理法律关系中的行政相对人。所谓“非法人组织”，指经有关主管部门认可，准许其成立和进行某种业务活动，但不具备法人条件，没有取得法人资格的社会团体或经济组织。它们虽设有代表人或管理人，但不一定具有独立的财产、营业机构和组织章程。这些组织主要包括：经国家有关部门认可的从事一定生产或经营活动的经济实体（如合伙组织、联营组织等）；经一定主管机关认可的，处于筹备阶段的企业、事业组织或群众团体；经国家有关部门批准在我国设立经营一定业务或从事一定社会活动但未取得我国法人资格的外国组织（如外国公司设立于我国的产品修理服务机构，商务代办处等）。这些组织虽然不具有法人资格，但同样必须接受国家行政管理，行政主体同样可以对它们实施各种行政管理行为，包括对它们发布行政命令，采取行政措施，科处行政处罚等，因此，非法人组织与法人组织一样，在行政管理法律关系中也处于行政相对人的地位。

国家机关（包括国家行政机关）在行使相应国家职权时，是国家职权行为的主体，不能成为行政相对人。但国家机关实施非职权行为或处在非行使职权的场合、领域，如处在治安、交通、卫生、环境、规划、文化、体育等领域，则同样要接受相应行政主体的管理，相应行政主体同样可以依法对之实施有关的行政行为。在这种场合，国家机关处于与一般法人或非法人组织同样的地位，是作为行政相对人而不是作为相应国家职权行为主体与行政主体打交道。

组织作为行政相对人与行政主体打交道时，应由其法定代表人代表。组织的其他成员未取得组织法定代表人的授权，不能以组织的名义与行政主体发生行政法律关系。

第二节 行政相对人的权利与义务

一、行政相对人的权利

根据有关法律、法规的规定，行政相对人在行政管理法律关系中主要享有下述权利：

（一）申请权

行政相对人有权依法向行政主体提出实现其法定权利的各种申请，如申请办理许可证照，申请取得抚恤金、补助金、救济金，在合法权益受到侵犯时，申请获得法律保护，等等。

（二）参与权

行政相对人有权依法参与行政管理，如参与行政法规、规章及行政政策的制定（参加讨论、听证、论证等）；参与国民经济和社会发展计划的编制和实施；参与与自身有利害关系的具体行政行为的相应程序等。

（三）了解权

行政相对人有权依法了解行政主体的各种行政信息，包括各种规范性文件、会议决议、决定、制度、标准、程序规则，以及与行政相对人本人有关的各种档案材料。除法律、法规规定应予保密的外，相对人均有权查阅、复制。

（四）批评、建议权

行政相对人对行政主体及其工作人员实施的违法、不当的行政行为有权提出批评，并有权就如何改善行政主体的工作和提高行政管理质量提出建议、意见。

（五）申诉、控告、检举权

行政相对人对行政主体及其工作人员作出的对其本身不公正的行政行为有权申诉，对行政主体及其工作人员的违法、失职的行为有权控告或检举。

（六）陈述、申辩权

行政相对人在行政主体作出与自身权益有关、特别是不利的行为时，有权陈述自己的意见、看法，提供有关证据材料，进行说明和申辩。

（七）申请复议权

行政相对人对行政主体作出的具体行政行为不服，有权依法申请复议。

（八）提起行政诉讼权

行政相对人对行政主体作出的具体行政行为不服，有权依法提起行政诉讼。

（九）请求行政赔偿权

行政相对人在其合法权益被行政主体违法侵犯并造成损失时，有权请求行政赔偿。

（十）抵制违法行政行为权

行政相对人对于行政主体实施的明显违法或重大违法的行政行为，有权依法予以抵制，如抵制没有法律根据的摊派、罚款和收费等。

二、行政相对人的义务

根据有关法律、法规的规定，行政相对人在行政管理法律关系中，主要应履行下述义务：

（一）服从行政管理的义务

在行政管理法律关系中，行政相对人的首要义务是服从行政管理：遵守

行政机关发布的行政法规、规章和其他规范性文件；执行行政命令，行政决定；履行行政法上的各项义务。

（二）协助公务的义务

行政相对人对行政主体及其工作人员执行公务的行为，有主动予以协助的义务。如配合公安机关维持社会秩序，协助人民警察追捕违法犯罪分子或抢救交通事故致伤人员，必要时为公务人员提供交通工具或执行公务所必要的其他设施，如防洪、灭火器材等。

（三）维护公益的义务

行政相对人有义务维护国家和社会公共利益。在国家社会公共利益正受到或可能受到损害或威胁时，行政相对人应采取措施，尽可能防止或减少损害的发生。行政相对人因维护公益致使本人财产或人身受到损失或伤害，事后可请求国家予以适当补偿。

（四）接受行政监督的义务

行政相对人在行政管理法律关系中，要接受行政主体依法实施的监督，包括检查、审查、检验、鉴定、登记、统计、审计，向行政主体提供情况说明，有关材料或报表、账册等。

（五）提供真实信息的义务

行政相对人在向行政主体申请提供行政服务（如申请许可证照）或接受行政主体监督时，向行政主体提供的各种信息资料应真实、准确，如其故意提供虚假信息，将要为之承担相应的法律责任。

（六）遵守法定程序的义务

行政相对人无论是请求行政主体实施某种行政行为（如申请办理营业执照、申请行政复议等），还是应行政主体要求作出某种行为（如纳税、征用财产等），均应遵守法律、法规规定的程序、手续、时限。否则可能导致自己提出的相应请求不能实现，甚至要为之承担相应的法律责任，如不按时纳税，可能要受到被科处滞纳金或其他形式的行政处罚。

第六章 行政法制监督主体

第一节 行政法制监督概述

一、行政法制监督的概念

行政法制监督是指国家权力机关、国家司法机关、专门行政监督机关及人民群众依法对行政主体及国家公务员行使行政职权行为和遵纪守法行为的监督。

行政法制监督的主体是国家权力机关、国家司法机关、专门行政监督机关以及作为人民群众的个人、组织（即行政管理法律关系中的行政相对人）。国家权力机关、国家司法机关、专门行政监督机关作为行政法制监督主体，能对监督对象采取直接产生法律效力的监督措施，如撤销行政行为、处罚违法违纪的公务员等。人民群众作为行政法制监督主体，不能对监督对象作出直接产生法律效力的监督行为，而只能通过批评、建议或申诉、控告、检举向有权国家机关反映，或通过舆论机构揭露、曝光，引起有权国家机关注意，使之采取能产生法律效力的措施，以实现监督对象的监督。

行政法制监督的对象是行政主体及国家公务员。在行政法制监督法律关系中，一方是监督主体，一方是监督对象，监督对象首先是行政主体，即行政机关和法律、法规授权的组织，其次是国家公务员。国家公务员在行政管理法律关系中只是行政主体的代表，在行政管理中代表行政主体行使行政职权，但在行政法制监督法律关系中，却可与行政主体并列，成为独立的监督对象，特别是在行政监察中，国家公务员是最主要的监督对象。

行政法制监督的主要内容是行政主体行使行政职权的行为和国家公务员遵纪守法的行为。对行政主体依法行使职权行为的监督主要是对行政行为合法性的监督，合理性监督和效率监督不是行政法制监督的主要任务。对国家公务员的监督包括“纪”和“法”两个方面，在现代，公务员的“纪”通常也都由公务员法加以明确规定。因此，对公务员的监督也可以归结为对其守法的监督；整个行政法制监督则可归结为对行政主体及国家公务员依法、守法的监督。

二、行政法制监督与行政监督的区别与联系

（一）行政法制监督与行政监督的区别

1. 监督对象不同。行政法制监督与行政监督最重要的区别是二者监督的对象不同：前者监督的对象是行政主体及国家公务员；后者监督的对象是行政相对人。

2. 监督主体不同。行政法制监督的主体是国家权力机关、国家司法机关、专门行政监督机关以及作为人民群众的个人、组织；而行政监督的主体则正是行政法制监督的对象——行政主体。

3. 监督内容不同。行政法制监督主要是对行政主体行为合法性的监督和对公务员遵纪守法的监督；而行政监督主要是对行政相对人遵守法律和履行行政法上义务的监督。

4. 监督方式不同。行政法制监督主要采取权力机关审查、调查、质询、司法审查、行政监察、审计、舆论监督等方式；而行政监督主要采取检查、检验、登记、统计、查验、鉴定等方式。

（二）行政法制监督与行政监督的联系

1. 两种监督的总目标相同。无论是行政法制监督，还是行政监督，其监督的出发点都是为了维护和保障行政法治，维护和保障行政管理秩序，以在行政领域实现民主、公正和提高效率的总目标。

2. 两种监督主体有部分交叉。行政法制的监督主体包括专门行政监督机关，如监察机关、审计机关，实际上还包括一般行政机关。而这些行政机关同时也是行政监督的主体。

3. 两种监督有时相互结合进行。行政法制监督和行政监督是两种性质不同的监督，但此两种监督有时相互结合进行。例如，有关国家机关联合进行的执法大检查，既检查相对人遵守法律和履行行政义务的情况，也同时检查行政主体及其工作人员执法和廉政的情况。个别国家机关进行的单项法律检查，有时也同时包括对行政主体执法情况和对行政相对人守法情况的检查。行政法制监督和行政监督在一定条件下同时进行更有利于提高监督效率。

第二节 行政法制监督主体

一、国家权力机关

各级国家权力机关，特别是全国人大和全国人大常委会，是行政法制监督的最重要的主体。

国家权力机关对行政的监督主要是对行政机关抽象行政行为的监督，如最高国家权力机关对国务院行政法规的监督，省、自治区、直辖市人大、人大常委会对地方政府规章的监督，其他地方国家权力机关对相应地方人民政府规范性文件的监督。国家权力机关对抽象行政行为的监督既可以通过备案制度进行，也可以应其他监督主体的请求进行。国家权力机关通过审查监督，如认为行政机关的抽象行政行为同有关法律、法规相抵触，可以撤销相应抽象行政行为。

除了对抽象行政行为进行监督外，国家权力机关对行政的监督还包括对各级人民政府组成人员的监督。国家权力机关如发现政府组成人员有渎职、失职行为，可以通过法定程序罢免相应渎职、失职人员。

二、国家司法机关

国家司法机关包括人民法院和人民检察院。

人民法院作为行政法制监督主体，其主要监督方式是通过行政诉讼——对具体行政行为的合法性进行审查，撤销违法的具体行政行为，变更显失公正的行政处罚行为，以实现其监督职能。除此以外，人民法院还可以通过司法建议的方式，建议行政机关纠正不属人民法院撤销范围的违法行政行为和建议处分在违法行政行为中有过错的国家公务员。

人民检察院作为行政法制监督的主体，主要限于对严重违法乱纪，可能构成犯罪的国家公务员的监督。人民检察院特别通过对犯有渎职罪的公务员进行侦查和提起公诉，实现其行政法制监督职能。此外，人民检察院还具体对劳改劳教场所及其管教人员实施日常监督，通过处理劳改劳教工作中的违法行为，保障这一特定行政管理领域的行政法制。

三、专门行政监督机关

专门行政监督机关主要指行政监察机关和国家审计机关。二者既是行政系统内部监督机制的环节，同时也是国家行政法制监督机制的环节。

行政监察机关作为行政法制监督主体，主要是对国家公务员遵纪守法情况实施监督。行政监察机关通过主动调查和接受行政相对人的申诉、控告、检举，发现相应国家公务员的违法违纪行为，并通过直接处分或建议相应主管行政机关处分违法、违纪的公务员，以纠正国家公务员队伍中的违法、腐败现象，保障整个行政系统的廉政、勤政。

国家审计机关作为行政法制监督的主体，主要是对各级人民政府及其工作部门的财政收支行为进行监督。审计机关通过审计监督，发现监督对象违法或违反国家有关规定的财政收支行为，依法予以处理、处罚，或提请有权处理的机关依法予以处理、处罚，以保障财政领域的行政法制。审计机关对行政机关以外的金融机构、企事业单位的财务收支进行审计监督不属于行政法制监督，而属于行政监督的范围。

四、作为人民群众的个人、组织

个人、组织在行政管理法律关系中是管理对象，是行政相对人，而在行政法制监督关系中，则是监督主体，有权对行政主体行使职权的行为和国家

公务员遵纪守法的情况实施监督。当然，个人、组织作为行政法制监督主体，不能直接对监督对象采取有法律效力的监督措施、监督行为，个人、组织的监督是通过向有权国家机关提出批评、建议、申诉、控告、检举、起诉或通过报刊、杂志等舆论工具对违法行为予以揭露、曝光，为有权国家机关的监督提供信息，使之采取有法律效力的监督措施、监督行为，实现行政法制监督的目的。由此可见，作为人民群众的个人、组织的监督，是其他法制监督启动的基本动力，是整个行政法制监督的基础。

第二编 行政行为

第七章 行政行为概述

第一节 行政行为的概念与特征

一、行政行为的概念

行政行为的概念有广义、狭义、最广义和最狭义之分。

最广义的行政行为是指行政主体实施的所有行为。它包括法律行为和事实行为，即只要行为主体是行政主体，其行为即为行政行为，其他国家机关、企事业单位、社会团体或公民个人等的行为不是行政行为。

广义的行政行为是指行政主体实施的所有产生行政法律效力的行为。行政主体实施的法律行为可能是行政法律行为，也可能是民事法律行为，行政主体实施的产生民事法律效力的行为不是行政行为。

狭义的行政行为是指行政主体实施的外部单方行政法律行为。即行政主体对公民、法人或其他组织所实施的，并由行政主体单方面意思表示而形成的具有行政法律效力的行为。

最狭义的行政行为是指行政主体实施的外部单方行为中的具体行政行为。即是行政主体针对特定的人或特定的事所实施的、只对特定人或特定的事产生行政法律效力的行为。

本书使用的行政行为一般采取广义的界定，即指行政主体实施的产生行政法律效力的行为。理解这一概念，应把握以下几个要件：

（一）主体要件，行政行为是行政主体的行为。行政主体包括行政机关及法律、法规授权的组织，行政机关的公务员和被授权组织、被委托组织的工作人员以行政主体名义实施的行为视为行政主体的行为。非行政主体的其他国家机关、企事业单位、社会团体或公民个人，在无法律、法规授权和行政主体的合法委托时，均不能实施行政行为。

（二）权力要件，行政行为是行政主体行使行政权力的行为。作为行政主体的行政机关和法律、法规授权的组织并非在任何时候都是以行政主体的身份出现，当其非行使国家行政权力时，其所实施的行为不是行政行为，如行政机关购买办公用品或租用办公场所的行为即为一般民事行为。只有在行政主体为了实现国家行政管理职能而行使国家行政权力时所采取的行为才是行政行为。

（三）效力要件，行政行为是具有行政法律效力的行为。能产生法律效力是指能在法律上影响相对人的权利义务，这种影响可能是有利于相对人的，如颁发许可证照、发放抚恤金等，也可能是对相对人不利的，如进行行政处罚或行政强制等。行政主体的有些行为是不具有法律效力的，如气象预报、发布统计数字等，因而它们不是行政行为。

以上是行政行为广义的定义，但在许多情况下，我们并不研究如此广泛的行政行为，而是在狭义的范围内使用行政行为的概念，即仅指行政主体实施的外部单方行政行为。而不包括行政主体的内部行政行为，也不包括行政主体经与相对人协商而作出的行政行为，如行政合同等。

二、行政行为的特征

行政行为作为行政主体行使行政权力的行为，同其他法律行为相比，具

有以下特殊性：

（一）行政行为的从属性

行政机关是我国的执法机关，行政行为是执行法律的行为，因而行政行为必须从属于法律。行政机关和代表行政机关的公务员不能任意实施行政行为而必须严格依法进行。行政行为的从属性表现为：（1）行政行为的实施必须有法律根据，即行政主体必须根据体现人民意志和利益的法律行事，不得离开法律而自行其是。（2）行政行为必须在法律规定的时间和空间范围内实施。（3）行政行为是受法律规范和约束的行为，任何违法、越权的行为都是无效或可撤销的行为。

（二）行政行为的单方性

行政行为的单方性主要是指，行政主体只要是在其法定职权范围内，即可自行决定和直接实施行政行为，而不受行政相对人意志的影响或左右。这种单方性不仅表现在依职权的行政行为中，而且还表现在依申请的行政行为中，如颁发许可证照、发放抚恤金等，虽然是在相对人申请的前提下作出，但对是否颁发证照或是否发放抚恤金还是由行政主体依法决定，相对人的申请行为并不必然引起行政主体颁发证照或发放抚恤金的行为。至于行政主体为实现行政职能而签订行政合同的行为，不具有严格的单方性，属于特殊的行政行为。

（三）行政行为的裁量性

依法行政的原则要求行政主体要依据法律规定采取行政行为，但由于行政管理的复杂性与多变性，任何法律都不可能将行政主体的每一个行政行为的每一个步骤、每一个细节都予以详细规定。此外，行政主体也必须享有一定的自由裁量权，才能合理、科学地进行行政管理，实现行政职能。行政行为的这种裁量性并不与其法律从属性截然对立，行政主体执行法律并不是机械、被动地适用法律，而应充分发挥其主观能动性，积极、灵活地执行，同样，自由裁量也不是无限制的，它必须在法律规定的范围内进行，并要符合法律的立法目的和宗旨。

（四）行政行为的强制性

行政行为是行政主体代表国家，为实现国家管理职能而以国家名义进行的，它必须以国家强制力为后盾。行政行为的强制性体现在，行政行为一经作出即产生法律效力，相对人必须遵守和服从。否则，行政机关可以自行或依法申请人民法院强制执行。只有确立行政行为的强制性才能使行政行为的内容得到实现，使行政管理得以顺利进行，法律秩序和社会秩序得以维持。

第二节 行政行为的内容与分类

一、行政行为的内容

任何法律行为都是以法律关系当事人的权利义务的产生、变更和消灭为内容，行政行为当然也不例外。行政行为的内容，是指行政行为对行政相对人权利、义务产生的具体影响。不同种类的行政行为有不同内容。

（一）赋予权益或设定义务

行政行为通过赋予相对人一定的权益或为相对人设定一定的义务，而使相对人取得新的法律地位，并在行政主体与相对人之间形成一种新的行政法律关系。

1. 赋予权益。行政行为赋予权益既包括赋予行政法上的权益，也包括赋予民法上的权益；既包括赋予相对人从事某种活动或行为的资格，如颁发证照、赋予证照申请人从事经营活动或从事某些专业性工作的资格、批准社会团体成立赋予申请者取得团体法人的资格等，也包括赋予相对人从事某种活动或行为的能力。例如，公安机关根据《中华人民共和国游行示威法》批准相对人游行，即赋予相对人举行游行示威的权利。

2. 设定义务。行政行为设定义务可能是设定相对人的作为义务，如要求相对人缴纳罚款或税款、命令相对人在一定期限内拆除违章建筑物等，也可能设定相对人的不作为义务，如命令违法经营者停业整顿、禁止一定区域的通行或在一定范围、一定时期内禁止狩猎等。

（二）剥夺权益或免除义务

行政行为通过剥夺相对人的某项权益或免除相对人的某种义务，从而取消其原有的法律地位或解除原有的法律关系。

1. 剥夺权益。行政主体通过行政行为依法剥夺相对人从事某种活动或行为的资格或权能，如吊销相对人的营业执照，使证照持有者丧失经营活动的资格，撤销对违法社团的登记使该社团丧失团体法人的资格。剥夺权益还指剥夺相对人的既有权利，如行政处罚中的罚款即是剥夺相对人对自己部分财产的所有权。

2. 免除义务。行政行为免除义务可能是免除相对人的作为义务，如免除纳税人的纳税义务、免除相对人服兵役的义务；也可能是免除相对人的不作为义务，如免除相对人停业整顿的义务、允许相对人重新营业或生产。免除义务通常是在法定的特殊条件具备的情况下进行的，行政主体不能无视法律规定的条件，随意实施免除义务的行政行为。

（三）变更权利义务

行政行为可通过改变相对人的原有权利义务而使法律关系的内容发生变化，即对相对人原来所享有的权利或所承担的义务范围进行了缩小或扩大。如行政主体通过减税，即改变了相对人原有的纳税义务，使其义务范围缩小了，行政主体批准企业扩大或缩小经营范围，即改变了相对人原有的经营权限，使相对人权利义务范围扩大或缩小。

（四）确认法律事实与法律地位

1. 确认法律事实。行政主体对具有法律意义的某种客观情况依法予以确认。如，对相对人是否达到服兵役年龄的确认。确认不直接为相对人创设权利义务，但为相对人权利义务的取得和丧失提供依据。

2. 确认法律地位。行政主体对某种法律关系是否存在及其存在的状况予

以认定。如，土地管理部门或人民政府对土地所有权或使用权的确认等。

行政行为的上述内容并不是相互排斥的，某一个行政行为可能同时具有几项内容，如罚款行为就同时包含剥夺财产权利和设定财产给付义务两个内容。

二、行政行为的分类

行政行为根据不同的标准可以作不同的分类。对行政行为进行分类不仅有利于认识各种行政行为的特征，而且也有利于分析各种行政行为的特殊有效构成要件，以不同标准认定不同行政行为的合法性。

（一）抽象行政行为与具体行政行为

按行政行为的对象是否特定，可分为抽象行政行为和具体行政行为。

抽象行政行为，是指行政主体以不特定的人或事为对象所实施的行政行为。抽象行政行为一般以规范性文件的形式表现出来，既包括行政立法，如国务院制定的行政法规，各部委制定的部门规章，省级政府、省会市政府及国务院批准的较大的市政府制定的政府规章等；也包括其他规范性文件，即行政机关如一般市、县人民政府及其工作部门发布的其他具有普遍约束力的决定、命令；抽象行政行为还可能以非规范性文件表现出来，如行政主体发布的针对不特定人或事的通常一次性适用的决定、决议或通知等。

具体行政行为，是指行政主体以特定的人或事为对象所实施的行政行为。具体行政行为一般包括行政许可行为、行政确认行为、行政奖励行为、行政征收行为、行政给付行为、行政处罚行为、行政强制行为、行政裁决行为等。它主要体现为有书面形式的行政决定，如行政处罚决定书、行政许可证、行政强制执行书等，也有非书面形式的行政决定，如口头警告、紧急措施等。

抽象行政行为与具体行政行为有许多重要区别：第一，抽象行政行为针对的对象是不特定的多数人或事，而具体行政行为针对的对象是特定的人或事。第二，抽象行政行为一般针对将要发生的事项，而具体行政行为多针对已经发生的事项。第三，抽象行政行为的主体有较严格的限制，而且多为较高层次的主体，特别是行政立法的主体必须是法定的有权主体，而具体行政行为的主体没有特别限制，任何有资格的行政主体都可以依法作出具体行政行为，而且一般情况下较低层次的主体居多。

在一般情况下抽象行政行为和具体行政行为的分界是清楚的。如国务院制定行政法规，省政府制定行政规章的行为很明显是抽象行政行为，而行政机关进行行政处罚，采取行政强制措施的行为则是具体行政行为。但在某些情况下，人们对划分抽象行政行为和具体行政行为还存在一定困难，主要问题在于怎样区别对象的特定与不特定。如行政机关对某一居民区的居民发布限期搬迁的通知，在外在形式上，通知针对的是不特定的人，而实际上这一居民区只有五户居民，即实际受该通知约束的对象是具体而特定的公民。此种行为是属于抽象行政行为还是具体行政行为则较难判断。因此，在特定与不特定之间并不存在一个绝对的标准，在具体案件的判断中应根据情况进行具体分析，既要有利于对广大公民、法人或其他组织的合法权益进行保护，也要有利于国家和社会的公共利益。

将行政行为划分为抽象行政行为和具体行政行为在行政法制实践中，特别是在行政诉讼中有重要意义。行政诉讼法在确定受案范围时采用了抽象行政行为和具体行政行为的分类，我国行政诉讼只能针对具体行政行为，抽象

行政行为是不可诉的。最高人民法院 1991 年 5 月 29 日通过的《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第 1 条规定：具体行政行为是指国家行政机关和行政工作人员、法律法规授权的组织或者个人在行政管理活动中行使职权，针对特定的公民、法人或其他组织，就特定的具体事项，作出有关该公民、法人或其他组织义务的单方行为。”这一定义是对具体行政行为所作的司法界定，虽然从理论引讲并不十分严格和科学，但对司法审判的实践具有重要意义。

（二）羁束行政行为与自由裁量行政行为

按行为受法律规范拘束程度的不同，行政行为可分为羁束行政行为和自由裁量行政行为。

羁束行政行为，是指由法律法规对行政行为的范围、条件、形式、程度、方法等都作了详细、明确而具体的规定，行政主体只能依据法律法规的规定，不能自行选择裁量而作出的行政行为。行政主体在作出羁束行政行为时，必须严格依照法律法规的规定进行，不能将自己的意志参与其间，即不能自行斟酌、选择或判断。例如，税务机关征税必须严格按照税法所规定的税种、税目和税率计算税额，而不能自行变动、多征或少征。

自由裁量的行政行为，是指法律法规对行政行为的范围、条件、形式、程度和方法等未作详细、具体而明确的规定，行政主体可以在法律法规规定的幅度或范围内，或在符合立法目的和原则的前提下，根据具体情况自行选择、裁量所作出的行政行为。例如，《中华人民共和国文物保护法》第 7 条规定，“……国家文化行政管理部门在各级文物保护单位中，选择具有重大历史、艺术、科学价值的作为全国重点文物保护单位，或者直接指定全国重点文物保护单位，报国务院核定公布。”这一条文即赋予了行政主体以较大的自由裁量权，它不仅可自行确定“重大历史、艺术、科学价值”的标准，还可“选择”或“直接指定”。

羁束行政行为和自由裁量行政行为的划分主要是依据法律条文的内容来确定，当法律条文有明确具体规定时为羁束行政行为，否则为自由裁量行政行为。但羁束行政行为和自由裁量行政行为的划分也不是绝对的。法律法规不可能对所有情况和所有方法都作出明确具体的规定，即在羁束行政行为中通常也存在一定的自由裁量成分。而行政机关作出的自由裁量行政行为也不是没有任何限制的，在自由裁量行政行为中也存在一定的羁束因素，如法律法规通常规定了行政主体自由裁量的范围，或在法律法规授权时规定了一定的授权目的、原则，行政主体在作出自由裁量行政行为时，不能违背法律法规授权的目的及不得超出法定的自由裁量范围。

在行政法上区分羁束行政行为和自由裁量行政行为的意义在于：（1）在行政管理实践中，对不同种类行政行为的要求不同。行政主体在作出羁束行政行为时，必须严格依法进行；而在其作出自由裁量行政行为时，则可以在不违反法律目的和超出法定范围的前提下，自行决定行政行为的内容、程序和方法。（2）在行政诉讼中，对不同种类行政行为的司法审查不同。行政诉讼法规定，人民法院对具体行政行为的合法性进行审查，一般不对行政行为合理性进行审查。因此，对羁束行政行为，人民法院必须全面审理，如行为违法，即可予以撤销；而对自由裁量的行政行为，人民法院一般不予审查，只在行政处罚显失公正时才有权予以变更。

（三）依职权行政行为与依申请行政行为

按行为启动方式的不同，行政行为可分为依职权行政行为和依申请行政行为。

依职权行政行为是指由行政主体依法定职权主动实施而无须行政相对人申请启动的行政行为，此种行为又称主动的行政行为或积极的行政行为。例如，公安机关依法对行政违法人进行治安处罚，税务机关依法对纳税义务人征收税款，物价部门依法对经营部门进行物价检查等等。

依申请行政行为是指行政主体必须根据行政相对人的申请才能实施的行政行为，此种行为又称被动的行政行为或消极的行政行为。例如，工商机关颁发营业执照，环境部门颁发排污许可证，教育委员会批准学生的出国申请等等，都是以行政相对人的申请为前提条件，即行政相对人的申请是行政行为开始的先行程序。当然，行政相对人的申请并不是此种行为成立的唯一条件，如果其申请不符合法定要求，行政主体可以不予受理，也可以在受理后对不具备法定条件的行政相对人作出拒绝的答复。

依职权行政行为和依申请行政行为的确定是以法律法规的预先规定为依据的。一般来讲，依职权的行政行为通常是行政主体为维护国家利益和公共秩序，而为行政相对人设定某种义务的行为，依申请的行政行为则通常为受益行为，行政主体通过批准或许可行政相对人实施某种行为或免除某种义务，赋予或保护行政相对人某种特定权益。

此种分类的意义在于：明确不同种类行政行为的不同行为规则。依职权的行政行为，只要有法定事实的发生，行政主体便能为之，同时也必须为之，对于这种主动的行政行为来讲，行政主体应实施而未实施即为失职。依申请的行政行为则必须以行政相对人的申请为前提，行政主体不能主动为之，只要有相对人的申请，行政主体就负有一定的作为义务，必须认真审查，凡符合法定条件的即应予以办理，不符合法定条件或因其他原因不能满足相对人申请的应及时通知相对人。

（四）要式行政行为与非要式行政行为

按行为是否必须具备法定的形式为标准，行政行为可分为要式行政行为和非要式行政行为。

要式行政行为，是指法律、法规规定必须具备某种方式或形式才能产生法律效力的行政行为。例如，行政许可必须颁发许可证，行政立法形成法律文件，行政处罚必须制作行政处罚决定书等等。法律、法规规定的“方式”或“形式”包括书面形式以及名称、特定格式、加盖公章和行政首长签署等。

非要式行政行为，是指法律、法规未规定行为的具体方式或形式，行政主体可以自行选择和采用适当的方式或形式进行，并可产生法律效力的行政行为。例如，在交通管理、治安管理、民航管理等行政工作中，如遇到紧急或危急情况，行政主体经常可以采取非要式的方式来作出行政行为。在非要式行政行为中，行政主体的意思表示不须具备一定的方式或形式，可以用口头（含电话）、书面（含电报），或其他行政主体认为适当的形式进行。

要式行政行为和非要式行政行为的确定也须以法律、法规的具体规定为依据。要式行政行为由法律、法规明确规定，非要式行政行为则由行政主体在其法定职权范围内自行决定。在法治国家，绝大多数行政行为必须以要式的方式作出，只有通过法定的程序或形式来约束和规范行政主体的行为，才能更好的保护相对人的合法权益。当然，也存在一些非要式的行政行为，如对相对人的权利义务并无影响或影响极小的行为，以及在紧急情况下，行政

主体可以采取非要式的行政行为。

行政行为这种分类的意义在于：便于法律对不同的行政行为作出不同的要求，以保障行政行为的有效性和严肃性。对于要式的行政行为，人民法院可以通过审查其程序或方式是否符合法律、法规的规定来确定其行为的合法性，对程序或方式不合法的行为有权予以撤销。而对于非要式的行政行为，则通常不能以其程序或方式不当为由予以撤销。

（五）行政行为的其他分类

行政行为的以上分类是行政法中最重要的几种分类。除此以外，行政行为为还可以按其他标准进行分类。

1. 附款行政行为和无附款行政行为。按行为的生效是否有限制条件为标准，行政行为可分为附款的行政行为和无附款的行政行为。附款行政行为是指附加生效条件的行政行为。如，在行政机关颁发营业执照的许可行为中，行政机关在批准其经营申请的同时，在经营范围、经营方式及经营时间等方面都附加了一定限制，相对人只有在此范围内活动，该营业执照才具有法定效力。通常来讲，这些限制性条件包括时间条件（包括始期和终期条件）、期限条件、作为或不作为条件等。无附款行政行为是指不附加任何限制条件就能立即生效的行政行为。如行政处罚即为无附款的行政行为，它只要符合法定标准和要求即可生效，而无须其他条件限制。

2. 外部行政行为 and 内部行政行为。按行为所针对的对象与行政主体是否有行政隶属关系为标准，行政行为可分为外部行政行为 and 内部行政行为。外部行政行为是指行政主体对社会上的公民、法人或其他组织所实施的行政行为。如，行政处罚，行政强制，行政许可等。内部行政行为是指行政主体对其系统内部的行政组织和公务员所实施的行政行为。如，上级行政机关对下级行政机关工作的检查与监督，行政机关对公务员的奖励和惩处等。

3. 单方行政行为 and 双方行政行为。按参与行政行为意思表示的主体是单方还是双方为标准，行政行为可分为单方行政行为 and 双方行政行为。单方行政行为是指以行政主体单方意思表示即可产生法律效力的行政行为。绝大部分的行政行为均为单方行政行为，如行政处罚，行政强制，行政许可等，这些行为只须行政主体单方面的意思表示就能依法成立，无须取得相对人的同意或认可。双方行政行为是指行政主体与行政相对人共同协商、双方意思表示一致才能有效成立的行政行为。如行政合同或行政委托等。

第三节 行政行为的成立与合法要件

一、行政行为的成立

行政行为的成立指行政行为在完成其法定程序，具备相应法定要件后正式对外发生法律效力。

（一）抽象行政行为的成立要件

1. 经相应行政机关讨论决定。根据《中华人民共和国国务院组织法》第4条的规定，“国务院工作中的重大问题，必须经国务院常务会议或者国务院全体会议讨论决定”。国务院制定行政法规自然属重大问题，从而必须经国务院常务会议或全体会议讨论。未经国务院常务会议或全体会议讨论决定的行政法规，应认为不具备成立要件，不能正式对外产生法律效力。根据《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第60条的规定，享有规章制定权的地方人民政府制定规章，“须经各该级政府常务会议或者全体会议讨论决定”。可见，经各相应政府常务会议或全体会议讨论决定是地方政府规章的成立要件。未经相应政府常务会议或全体会议讨论决定的地方政府规章，应认为不具备成立要件，不能正式对外产生法律效力。至于国务院部委的规章，目前法律、法规尚未规定一定的会议讨论决定程序，但在实践中，部委规章大多是经过相应部委的部务会议、委务会议讨论决定的。今后制定行政程序法，在行政立法程序中应该统一规定行政法规、国务院部委规章和地方政府规章的相应会议讨论审议程序。行政立法因为具有立法性，为了保证民主，法律规定须经相应会议讨论、审议是必要的；但是行政立法同时又具有行政性，为了保障行政首长负责制原则的实现，法律不宜规定行政立法实行表决通过程序。相应行政机关的会议对行政立法只讨论，会议成员可对之充分发表意见，但不进行表决。行政首长认为相应行政立法适当、可行，即签署发布，认为不当或不可行，即予以搁置。其签署发布或不签署发布完全以行政首长自己的权衡、裁量为依据（尽管这种权衡、裁量必然要受到会议成员各种意见的影响），而不以会议成员持赞成意见和持反对意见的人数为依据。

至于行政机关制定行政法规、规章以外的其他规范性文件，则不一定经相应政府的常务会议或全体会议正式讨论、审议，一般经有关行政机关办公会议讨论即可。

2. 经行政首长签署。《国务院组织法》第5条规定，国务院发布行政法规，由总理签署；《国务院办公厅关于改进行政法规发布工作的通知》第1条也规定“国务院发布行政法规，由国务院总理签署发布令”。国务院部委规章和地方政府规章同样要经相应行政首长签署才能对外发生法律效力。《司法部关于起草司法行政法律、法规和制定规章的规定》第16条规定，“司法部制定的行政规章，以中华人民共和国司法部令发布。发布令由部长签署”，《北京市人民政府工作规则》第1条第3项规定，市政府发布规章，由市长签署。可见，行政首长签署是行政立法和其他抽象行政行为成立的重要要件。没有行政首长的签署，抽象行政行为不能对外发生法律效力。

3. 公开发布。抽象行政行为成立的最后一个要件是公开发布。《国务院

国务院办公厅发布的《行政法规制定程序暂行条例》第14条规定，行政法规草案由国务院常务会议审议，或者由国务院总理审批，这一规定与《国务院组织法》不完全一致，应以《国务院组织法》为准。

办公厅关于改进行政法规发布工作的通知》第3条规定，“经国务院总理签署公开发布的行政法规，由新华社发稿，《国务院公报》、《人民日报》应当全文刊载”。目前，法律、法规尚未对国务院部委规章和地方人民政府规章的发布规则和载体作统一规定，根据实践中的做法，部委规章多以相应部委的正式文件发布，其中重要者则登载于《国务院公报》、《法制日报》等刊物。地方人民政府的规章则以相应地方政府的正式文件发布，其中重要者则登载于相应地方重要报刊上，如北京市的规章通常登载于《北京日报》，四川省的规章通常登载于《四川日报》。总之，抽象行政行为不论采取何种形式，都必须公开发布，让所有受相应抽象行政行为拘束的人知晓。否则，相应抽象行政行为就应认为尚未成立，不能对外发生法律效力。

（二）具体行政行为的成立要件

1. 行政主体作出行政决定。具体行政行为一般以行政决定的形式作出。无论是行政主体实施行政处罚，采取行政强制措施，还是颁发或拒绝颁发许可证照，要求相对人履行某种义务，都应作出一个行政决定。这种行政决定在名称上有时可能不叫“行政决定”，例如颁发许可证照，许可证照本身就应该视为是准予颁发的行政决定；拒绝颁发许可证照，其拒绝的通知就应视为是拒绝颁发的行政决定。行政决定无论采取何种形式，都是行政主体正式向行政相对人作出的一种可产生法律效力的意思表示。行政主体的这种正式意思表示是具体行政行为成立的必要要件。行政主体准备作出某种具体行政行为，或正在为作出某种具体行为准备材料、进行调查、鉴定、召开有关会议研究、征求意见等，相应具体行政行为尚未成立（相对人不能对尚未成立的具体行政行为申请复议或提起行政诉讼），只有行政主体就相应具体行政行为的各项准备工作已经完全就绪，有关事实材料、证据已经齐全，行政主体对相应材料、证据已经进行了认真研究，并查阅了相关的法律、法规、规章和其他行政规范性文件，行政主体就相应具体行政行为已形成了确定的意见和对外的正式意思表示（行政决定），在其他有关要件具备后，相应具体行政行为才能正式成立。

行政决定作为具体行政行为成立要件之一在某些特殊情况下会有些例外。有时行政主体尚未作出正式行政决定，就对外宣布，甚至对行政相对人采取某种行为，结果导致相对人人身权（包括名誉权）、财产权的损害。又如行政主体的工作人员殴打、捆绑公民等，根本没有任何行政决定。对于这些行为，只要实际导致了行政相对人合法权益（主要是人身权、财产权）的损害，就应视为具体行政行为已成立。

这种例外情况通常只适用于违法的具体行政行为。合法的具体行政行为必须以正式的行政决定作为其成立要件，违法的具体行政行为则应根据具体情况具体分析，相应行为在尚未导致对行政相对人合法权益的实际损害时，该行为则仍应要求以正式行政决定作出为成立要件。只有正式行政决定尚未作出（或行政主体根本不准备作出），但其行为已损害到相对人合法权益时，该具体行政行为才不要求以行政决定作为成立要件。

2. 行政决定已送达行政相对人。具体行政行为的成立不仅要求行政主体作出正式行政决定，而且要求行政主体在法定期限内将行政决定文书送达行政相对人。

行政送达的方式主要有四种：当面送达、留置送达、邮寄送达、公告送达。

当面送达是行政主体将行政决定文书直接送交受送达人（送达场所可以是行政机关所在地，受送达人住所地或其他场所），由受送达人在送达回证上记明收到的日期，并签名或盖章。受送达人是个人的，本人不在，可交他的同住成年家属签收；受送达人是组织的，应交其法定代表人或该组织负责收件的人签收。

留置送达是指受送达人或他的同住成年家属拒绝接受行政决定文书，行政主体邀请有关基层组织或所在单位的代表到场，说明情况，在送达回证上记明拒收事由和日期，由送达人、见证人签名或盖章，把行政决定文书留在受送达人的住所，视之为送达。

邮寄送达是指行政主体向行政相对人直接送达行政决定文书有困难，通过邮局邮寄送达。邮寄送达回执上注明的收件日期为送达日期。

公告送达是指受送达人下落不明，或采用当面送达、留置送达、邮寄送达均无法送达的，行政主体将行政决定有关内容予以公告。公告送达通常确定一个期限（民事法律文书公告送达期为60日），期限一到即视为送达。

3. 行政决定文书已为行政相对人受领。具体行政行为成立的最后一个要件是行政决定文书已为行政相对人受领。行政主体作出决定后，应在法定期限内将行政决定文书送达相对人，并通过一定方式确认为相对人所受领。行政决定只有在相对人受领后才能正式成立。

确认行政相对人受领的规则是：对于当面送达的行政决定文书，受送达人签收即视为受领；留置送达以送达人将行政决定文书留置于受送达人住所，并在回执上记明受送达人拒收理由、日期，而视为相对人受领；邮寄送达以回执上注明的收件日期视为相对人受领日期；公告送达则以公告确定的一定期限届满的日期视为相对人受领的日期。

具体行政行为一般都要经过上述三道程序，即具备以上三项要件——决定、送达、受领，才能正式成立，对外产生法律效力。但是有些违法的具体行政行为，虽然部分或者完全不具备上述三项要件，如没有作出正式行政决定（没有决定自然说不上送达、受领），或虽作出了行政决定但未送达，或虽送达但尚未为受送达人受领等，但相应行为已实际损害了相对人的合法权益，此种具体行政行为应该视为已经成立。相对人若对此种行为不服，可以以合法权益受到损害的事实为根据而申请行政复议或提起行政诉讼。

二、行政行为的合法要件

行政行为合法要件不同于行政行为的成立要件，已正式成立的行政行为不一定是合法的。违法的行政行为经过相应法定程序，具备有关要件后，亦能对外产生法律效力。行政相对人只能通过行政复议、行政诉讼等法定途径请求有关国家机关确认该违法行为无效或撤销该违法行为。在此之前，除非该违法行为的违法是非常明显、重大的，行政相对人仍要受该行为的约束（不停止执行是行政复议、行政诉讼的原则之一）。行政行为的成立是法律上对行政行为合法性的一种设定，即行政行为一经正式作出，具备相应要件后，即假定它合法，行政相对人必须遵守、服从。但实际上，已经成立的行政行为并不一定是合法的。其中有些是合法的，有些是不合法的。何者合法？何者不合法？对此作出有法律效力的判断权，法律只授予了有关国家机关，而没有授予作为行政相对人的个人、组织。很显然，此种判断权如果留给行政相对人，任何个人、组织都可以对行政行为合法性作出有法律效力的判断，从而决定是否遵守和服从，那整个社会秩序将会陷于混乱。因此，对于行政

相对人来说，任何行政行为一旦作出，均应视之为合法的，以合法行为对待（明显重大的违法除外），如其认为违法，则应请求有关国家机关（如权力机关、上级行政机关、行政复议机关、人民法院等）确认。有关国家机关如何确认行政行为的合法或违法呢？在法律上必须确定一些标准。在实践中，这些标准是分散的，不统一的，不好把握和执行。行政法学将这些标准综合、归纳、抽象，使之具有了相对的统一性，这些统一的标准即是所谓“行政行为的合法要件”。当然这些要件是从各种行政行为的具体合法要件中抽象出来的，它适用于各种行政行为，但它又不能包容和完全取代各种行政行为的所有具体标准。因此，在审查各种不同行政行为的合法性时，既要考虑这些统一的要件，也要兼顾各相应行为的具体合法性标准。

行政行为的合法要件可以概括为三大类：

（一）行为主体合法

行政行为合法首先要求主体合法。主体合法的具体要求包括：

1. 行为主体是行政主体。行政行为必须由行政主体作出，无论是其他国家机关，还是社会组织、团体、企事业单位都无权作出行政行为。有时国家行政机关会和其他国家机关，或社会组织、团体、企事业单位联合作出某一种行为，如联合发布某一规范或非规范性文件，联合采取某一措施，实施某一具体行为等。这种行为如果是有法律根据的，且符合行为机关的职权范围，应视为行政行为，但如果行政相对人对此行为不服，申请复议或提起行政诉讼，只能以行政机关为行政复议的被申请人和行政诉讼的被告，其他机关、组织只能作为第三人。

根据行政法原理，行政主体的行政职权是法定的，一般不宜和其他机关、组织共享。因此，行政机关和其他机关、组织的联合行为应尽量减少，只有在某种特别必须的情况下才能实施，而且必须严格依法实施。

行政行为的主体是行政主体，但行政行为的直接实施者有时是行政主体本身，如行政机关，法律、法规授权的组织，有时则是行政主体的工作人员或行政主体委托的组织或个人。因此，要确定行政行为的主体是否合法时，必须审查行政行为的实施者是谁？如果是行政机关，只要审查相应行政机关是否依法设置，是否有相应组织法根据；如果是法律法规授权的组织，则要审查法律、法规是否授予了该组织以相应权限；如果是行政机关和法律法规授权组织的工作人员，则要审查这些人员是否确定为相应机关、组织的工作人员，是否受该机关、组织所派遣实施相应行为；如果是行政机关委托的组织或个人，则要审查行政机关是否确实有此委托，有无委托书或其他证据，被委托者的行为是否超出了委托范围。总之，要确定行政行为的主体合法，首先必须确定行为是否确实为行政主体所为，行为实施者是否代表行政主体，根据行政主体的指派或委托实施相应行为的。

2. 行为在行政主体的权限范围内。行为主体合法除了要求行为主体必须是行政主体以外，还要求行为主体的行为必须是在权限范围以内。如果行政主体的行为超出了自己的权限范围，其实施的行为属于越权行为。例如，公安机关行使了工商行政管理机关的职权；土地管理机关行使了规划管理机关的职权；法律法规授权的组织行使了法律法规未授予的，应由有关行政机关行使的职权；行政机关委托的组织、个人行使了行政机关未委托的，应为相应行政机关本身行使的职权，等等，都构成行为主体不合法。

3. 应通过一定会议作出的行为通过了相应会议的讨论，并且相应会议有

法定人数出席。有些行政行为依法必须通过一定的会议讨论，然后经行政首长签署，才能对外发生法律效力。如果法律、法规对相应行为有此规定，行政行为的作出则必须通过会议讨论，而且相应会议必须有法定人数出席，才能视为相应行政主体的行为。否则，即为行政主体不合法。

（二）行为内容合法

行政行为内容合法包括下述要求：

1. 行为有事实根据，证据确凿。行政行为与司法行为一样，同样应以事实为根据，以法律为准绳。行政行为内容合法必须以有事实根据为前提。例如，行政主体实施行政处罚行为，必须有行政相对人实施违法行为的事实；行政主体向行政相对人征收个人所得税，必须有相对人已获得某种个人收入的事实；行政主体拒绝给申请许可证的相对人颁发许可证，必须有相对人不符合取得相应许可证法定条件的事实，等等。行政主体作出相应行政行为，不仅要有事实根据，而且此种事实必须证据确凿，而不能根据道听途说或想象推理。否则，该行政行为就会因缺乏可靠的证据基础而受到行政相对人的指控，最终可能被有权机关撤销。

2. 正确适用了法律、法规、规章和行政规范性文件。事实根据和法律根据是行政行为内容合法的两大支柱。行政行为在经过调查、讯问、询问等获取了充分的事实材料和确凿的证据以后，下面的关键环节就是正确适用法律。适用法律包括适用全国人大和人大常委会制定的法律以及从属于法律的法规、规章和行政规范性文件。所谓正确适用首先是指正确把握法律规范的效力等级，先适用高效力层级的法律规范，然后再适用低效力层级的法律规范，低效力层级法律规范与高效力层级法律规范相冲突，则只适用高效力层级规范而不适用低效力层级规范。其次是指正确选择与相应行政行为相适应的法律规范，适用法律规范应该是有针对性的，行政主体应在大量的法律规范中选择解决相应问题相适应的，同时是现行有效的（既不是与之无关的也不是过时的）法律规范。再次是指全面适用法律规范，对某一个行政行为，同时有几个法律规范对之进行调整的，行政主体应同时适用所有有关的规范。例如，行政主体对一个受他人诱骗而储存爆炸、剧毒物品的16岁的少年予以行政处罚，《治安管理处罚条例》调整该处罚行为有3条规范，即规定对违反爆炸、剧毒物品管理行为处罚的第20条，规定对已满14岁不满16岁的人违反治安管理从轻处罚的第9条以及规定对受他人诱骗而实施的违反治安管理行为可以从轻或免予处罚的第16条。行政主体对该违法少年科行政处罚即应同时适用此三条规范。否则，就是没有正确适用法律。

3. 行为目的合乎立法目的。作为行政行为合法的第二个要件——行为内容合法，除了行为须有事实根据、证据确凿和正确适用法律两个主要要求以外，还有另外一个要求，就是行为须合乎立法目的。前两项要求属于客观性要求，后一项要求则是主观性要求，即对行为者主观动机、目的的要求。行政主体实施行政行为，应是为了实现相应立法所欲达到的目的，而不应以权谋私，通过行政职权的行使去实现自己的某种私利，如打击报复，为亲朋好友谋取某种好处等。行政主体实施行政行为如果不是为了实现相应立法的目的，而是出于某种个人的动机，则其行为就是滥用职权。滥用职权的行为在外在形式上可能是合法的，但其实质内容是违法的。例如，某行政机关通过颁发许可证而获取许可证申请人的好处（购买优惠商品，免费进入游乐场所，小孩入托上学享受优惠待遇等）。尽管取得许可证的各企业均符合法定条件，

行政机关给它们颁发许可证也遵循了法律规定的程序、手续，但该行政行为仍然是违法的（对之应追究有关责任人员的法纪或政纪责任）。因为行政主体实施相应行为不是为了实现发展经济促进市场繁荣的立法目的，而是为了为本机关的工作人员谋取各种好处。当然，滥用职权的行为不仅包括外在形式合法，目的不合法的行为，也包括目的不合法，外在形式也不合法的行为。例如行政机关为了从许可证申请人处获取好处，给不符合法定条件的企业发许可证，或者不遵循法定程序给申请人发许可证，等等。

（三）行为程序合法

行政行为程序与行政行为实体有着密切的联系。行为程序合法不仅是行为实体合法的保障，而且也是行为实体合理、公正的保障。虽然行政行为为实体合法、合理、公正不完全取决于行为程序的合法，但行为程序是否合法对行为实体合法、合理、公正确实有着极为重要的影响。

现代行政法极为重视程序，将法定行政程序作为控制行政权滥用，防止行政专制，保障行政民主，保护行政相对人合法权益不被违法行政权侵犯的屏障。行政程序规范现已成为行政法的重要内容，与行政实体规范一道成为调整行政主体行使行政职权的法律规范系统的组成部分。因此，现代行政行为合法的要件不仅包括实体要件，而且包括程序要件。程序合法的要件主要有：

1. 行为符合法定方式。行政行为是各种各样的，法律、法规对各种不同的行政行为规定了各种不同的方式。但也有一些行为方式是各种行政行为为共同的，是法律、法规要求所有行政行为共同遵循的。在国家统一的行政程序法中通常规定各种行政行为共有的行政程序规则和制度，而在具体的行政管理法律文件中则规定各种不同行政行为的具体程序、规则、制度。行政行为符合法定方式包括符合这两个方面的法律规则、制度。特别是符合行政程序法确定的基本规则、制度，如行政行为公开的规则、制度、公众参与的规则、制度，公民获取行政情报（信息）的规则、制度以及有关行政听证、职能分离、不单方接触等的规则、制度。行政行为违反这些法定规则、制度，即缺乏了合法要件，属于违法的行政行为。当然，我国行政程序法尚不完善，目前尚未制定统一的行政程序法，行政行为的方式主要由具体法律、法规规定。因此，行政行为符合法定方式主要指符合具体法律、法规规定的方式，在今后有了统一的行政程序法以后，行为方式合法则主要依据统一的行政程序法确定的标准，同时参考具体法律、法规的规定。

2. 行为符合法定步骤、顺序。行为方式合法是行政行为程序合法的横向要求，而行政行为程序合法的纵向要求则是行为步骤、顺序合法。行为步骤是指行政行为应该经过的过程、阶段、手续。例如，行政主体实施行政处罚行为，首先要立案；然后要进行调查、取证；之后要听取被处罚人的申辩或举行听证；再之后要作出正式处罚决定；最后要将处罚决定书送达被处罚人和为被处罚人受领（简易程序可省略某些步骤）等。行政行为如果没有遵循法定步骤，少进行一道或几道工序，则构成步骤违法。行为顺序是指行政行为各步骤的先后次序：先进行哪一步骤，然后再实施哪一步骤。法律对行政行为的有些步骤是没有严格的顺序要求的，行政主体可以根据自己的裁量，自行确定先实施某一步骤，后实施某一步骤。例如，行政主体强制拆迁行政相对人的违章建筑，通常要经过向相对人下发拆迁通知（要求其自行拆迁）；听取相对人异议，作出强制拆迁决定，采取强制拆迁措施等步骤。其中法律

对听取相对人异议和作出强制拆迁决定没有规定顺序要求，行政主体可自行确定先听取异议，然后作出强制拆迁决定，或先作出强制拆迁决定，再听取异议（异议如确实有理有据，可取消原决定）。但是有些行政行为的步骤，法律对之却有严格的顺序要求，例如行政处罚的先调查取证，后裁决，行政许可的先受理申请，后审查，再发证等，行政主体是必须严格遵循的，违反此种顺序就是违反法定程序，使相应行政行为成为违法行政行为。

3. 行为符合法定时限。法律对行政行为时限的规定，其主要目的在于保障行政效率（法定行政行为方式的主要目的在于保障行政公正，法定行为步骤顺序的目的则二者兼有之），行政行为如没有法定时限，就可能造成拖延耽搁，给国家、社会利益造成严重损害，也会给公民个人、组织的权益造成损害。因此，对行政行为坚持法定时限要求是非常必要的。违反法定时限要求的行政行为是违法行政行为，行政相对人对违反法定时限的行政行为可请求撤销，如相应行为造成了行政相对人的损失，行政相对人还可申请行政赔偿。

第四节 行政行为的效力

一、行政行为效力的构成

行政行为效力由确定力、拘束力和执行力构成。

(一) 行政行为的确定力

行政行为的确定力是指行政行为一经作出，除非有重大、明显违法情形外，即发生法律效力，非依法定程序不得任意变更或撤销。它包括形式上的确定力和实质上的确定力。

形式上的确定力是指行政行为一旦作出，相对人不得任意擅自改变或任意请求改变该行政行为，它又称“不可争力”。行政行为是行政主体代表国家作出，是国家意志的体现。行政主体的行政行为一般涉及国家和社会公共利益，它一经作出即应具有一定权威性和法定的效力。相对人对已作出的行政行为，有服从的义务，当相对人不服行政行为时，其意思表示并不直接否定该行政行为的效力。相对人只有在行政行为成立的一定期限内，依法向上级行政机关申请行政复议或向人民法院提起行政诉讼，请求审查和撤销该行政行为，但在复议或诉讼期间仍不停止行政行为的执行。

实质上的确定力是指行政行为一经作出，行政主体非经法定程序不得任意改变或撤销。行政行为是行政主体代表国家意志对社会实施管理的行为。因而不能任意作出，作出之后也不能随意变更或撤销，应保持行政管理的连续性和稳定性。行政行为的确定力其目的正在于防止行政主体反复无常，任意变更已作出的行政行为，导致对行政相对人权益的损害。当然，如果行政主体或其上级机关发现行政行为违法或不当时，可依法定程序作出变更或撤销行政行为的决定。

行政行为具有的确定力是一种相对确定力，即它并不意味着行政行为绝对不可变更。在行政行为有重大或明显违法时，该行政行为自作出之时起即无效，行政行为有一般违法或不当时，经法定程序，如行政复议、行政诉讼等可变更或撤销。如果不是行政相对人过错造成行政行为违法或不当时，行政主体对因变更或撤销原行政行为而给相对人带来的损害应予赔偿，相对人因原行政行为而已取得的利益，一般也不被收回。但是，如果是因相对人过错而引起行政行为违法或不当时，行政主体不仅不承担因变更或撤销行政行为而给相对人带来的损害，而且还应收回相对人因原行为而取得的利益，如原行政行为给国家、社会造成损害时，相对人还必须负赔偿责任。

(二) 行政行为的拘束力

行政行为的拘束力是指行政行为生效后，所具有的约束、限制行政相对人的法律效力。行政主体作出的行政行为是具有国家意志性的行为，它一经作出即应对相对人具有约束效力，相对人必须遵守和并实际履行行政行为规定的义务，否则将引起相应的法律后果，这种拘束力首先及于行政行为的直接对象，即直接相对人。如行政主体作出纳税人缴纳税款的决定后，该纳税人即应按时缴纳应纳税款，行政主体命令某公司停业整顿，该公司即应在指定期间内不得再行开工营业。同时这种拘束力还及于虽不是行政行为直接对象但与之有利害关系的个人、法人或组织，即间接相对人。如，转让注册商标时，不仅转让人受有关行政行为的拘束，而且受让人也受该行政行为的拘束，即受让人必须保证使用该注册商标的商品质量。又如，行政主体依法冻结某公司存款、帐户时，有关金融机构即应予以支持和配合，不得让该公司

再支取相应款项。

行政行为成立后不仅对该行为的相对人具有拘束力，而且对该行政主体本身及其他一切行政主体和行政工作人员亦有相应的拘束力。他们在行政行为成立后和被依法改变或撤销之前都有遵守和执行该行为的义务，即都受该行为的拘束。如，工商行政机关在给相对人颁发营业执照之后，就不得干涉相对人在执照规定的范围内进行合法经营活动。又如，城建部门决定拆除某一地区建筑时，在这一片地区的所有个人和单位都必须实际履行，包括这一范围内的行政机关也一样，必须服从城建部门的决定。

（三）行政行为的执行力

行政行为的执行力是指行政行为生效后，行政相对人必须实际履行行政行为确定的义务，如其拒绝履行或拖延履行，行政主体可以依法采取必要手段或申请人民法院强制其履行。

行政行为的执行力是与其拘束力紧密联系的。一方面，拘束力是执行力的前提，没有拘束力的行为不能加以强制；行政行为对相对人具有拘束力，故相对人必须履行；相对人拒绝履行或没有法定原因拖延履行时，行政主体就能采取措施促使相对人履行，以实现行政行为的目的。另一方面，执行力是拘束力的保障，没有执行力保障，行政行为难以实现其拘束力。

行政行为的执行力表现为自行执行力和强制执行力的。自行执行力是指行政行为要求行政相对人自觉履行该行政行为确定的义务的法律效力。强制执行力的是指在相对人拒绝履行或拖延履行行政行为确定的义务时，行政主体依法采取强制措施或申请人民法院强制相对人履行该义务。大多数情况下，行政相对人都能自觉履行其义务，但是行政主体的强制执行力的仍必不可少，因为现实生活中总会有些相对人拒不履行义务，没有必要的强制，国家行政管理的职能就无从实现，社会和经济秩序就会陷于混乱。

行政行为的执行力在原则上是不能中止的，除非相应行政行为经法定程序被确认无效或予以撤销。行政行为在行政复议或行政诉讼期间，一般也不停止执行，只有在法律法规规定的特定情形下，才可以暂时停止执行。

二、行政行为的无效、撤销与废止

（一）行政行为的无效

行政行为的无效是指行政行为有明显或重大违法情形，自始至终不产生法律效力。

1. 行政行为无效的条件。行政行为具有如下情形的，可视为无效行政行为，行政相对人可以以其无效为由拒绝执行，有权机关也可宣布该行为无效：

（1）行政主体不明确或行政主体严重超越职权或受胁迫而作出的行政行为。如行政主体在执行公务时不表明身份，在行政决定书上也不明确相应行政主体的身份，即不署法定主体的名称，不加盖行政主体的印章，使行政相对人无从确定该行政行为的主体，则该行政行为为无效的行政行为。行政主体严重超越职权的行为也是无效的行政行为，如，物价部门吊销经营单位的营业执照，工商部门对违法经营者进行行政拘留等都是显而易见的越权行政行为，因而都属无效行为。行政主体因受胁迫、欺骗而作出的行政行为也自始不发生法律效力，如城建部门因相对人的欺骗行为而错误地颁发了建筑许可证，工商部门因相对人的暴力威胁而被迫颁发的营业执照，都属于无效的行政行为。

（2）行政行为有重大或明显违法情形。如某行政机关批准在城市的主要

居民区修建一产生毒气的工厂，如此行政行为生效，则必定会给广大公民带来严重的损害，因此这个行政行为自始是无效的，任何公民、法人或组织都可对此行政决定予以拒绝。又如，商标局作出撤销注册商标的决定，并在决定书中规定，当事人不服其决定的应向人民法院提起行政诉讼，而不能申请行政复议。此行政行为明显违反《中华人民共和国商标法》的规定：“对商标局撤销注册商标的决定，当事人不服的，可以在收到通知 15 天内申请复审，由商标评审委员会作出终局决定，并书面通知申请人。”因此，商标局的这一行政行为明显是违反法律规定的，也是无效的行政行为。

(3) 行政行为有犯罪情形或将导致相对人犯罪。如公安机关命令公安人员或其他公民对相对人使用暴力手段，造成相对人的生命或健康威胁。这种伤害公民生命权、健康权的行为即为犯罪行为，故公安机关的此种命令是无效的行政行为，有关人员可以拒绝执行这一命令。

(4) 行政行为没有可能实施。如城建部门要求某建筑队在半个月内完成修筑某一公共建筑，而该工程所需的正常工作量至少是半年，因此，该行政命令是绝对无法得到实现的，这种根本不可行的行政行为也是无效的行政行为。

2. 行政行为无效的法律结果，包括：(1) 被确认为无效的行政行为自始至终不发生法律效力，即它不仅向后失去法律效力，而且自始不发生法律效力。被该行政行为改变的状态应尽可能恢复到行为以前的状态。(2) 行政相对人可以不受无效行政行为的拘束，可以自行决定不履行该行为设定的义务，并不承担法律责任。同时，行政相对人还可在行政行为作出后的任何时间对该行为提出异议，申请有权机关进行审查，并要求撤销该行政行为。(3) 有权的国家机关，如权力机关、司法机关或行政机关及其上级行政机关，可以在任何时候审查并宣布相应行政行为的无效，而不受时效的限制。(4) 行政主体因该无效行政行为而取得的一切利益（如罚款或没收的财物等）均应返还相对人，并对因此而给相对人带来的损失承担赔偿责任。同时也应收回因该行政行为而给予相对人的权益，如相对人无过错，应对之进行适当的补偿。

(二) 行政行为的撤销

行政行为的撤销是指对已经发生法律效力行政行为，如发现其违法或不当，由有权机关予以撤销，使相应行政行为失去法律效力。

1. 行政行为撤销的条件，包括：(1) 行政行为不具备合法要件。合法行政行为的成立要件包括主体合法、内容合法及程序合法。如果某一行政行为在上述要件方面有缺陷时，则该行政行为为可撤销的行为。(2) 行政行为不适当。不适当的行政行为可能是不合法的行政行为，也可能是合法但不合理的行政行为，主要是指该行政行为内容不公正、不符合当前的国家政策、不合乎一般社会道德等。行政行为不适当，一般情况下应由行政机关来撤销，人民法院通常不能以不适当为由撤销行政行为。

2. 行政行为撤销的法律后果，包括：(1) 行政行为通常自被撤销之日失去法律效力。可撤销的行政行为不同于无效的行政行为，无效的行政行为始终无效，而可撤销的行政行为通常只有在其被撤销后才失去法律效力，当然，根据相对人的过错情况或社会公共利益的需要，撤销的效力也可以一直追溯到行政行为作出之日。(2) 如行政行为是因行政主体的过错而被撤销的，那么，因行政行为被撤销而给相对人带来的一切损失，行政主体应予赔偿。如

行政行为是因相对人的过错而被撤销的，则由相对人对因撤销行政行为而带来的损失自行负责，行政主体也应对通过该行为已给予相对人的利益予以收回。如果是由行政主体及行政相对人的共同过错而引起行政行为的被撤销，则由相对人依其过错程度适当承担法律责任，行政主体或行政工作人员也应对导致行政行为撤销的本身过错承担一定的责任。

（三）行政行为的废止

行政行为的废止是指已发生法律效力行政行为，因具有法定情形而依法定程序宣布废止，使其失去法律效力。

1. 行政行为废止的条件。行政行为具有确定力，一经作出即不得随意废止，只有在具备以下条件之一时，才能被废止：

（1）法律、法规、规章或政策被修改、废止或撤销。作出行政行为时所依据的法律文件或国家政策，如根据需要而被有权机关依法修改、废止或撤销，使该行政行为失去继续存在的根据，有权机关必须废止原行政行为。

（2）实际情况发生重大变化。由于行政行为所针对的客观情况发生变化，使该行政行为失去继续存在的意义，或原行政行为的继续存在将有碍社会政治、经济、文化的发展，甚至可能对社会或国家造成重大损害时，有权机关也应废止该行政行为。

（3）原定任务或目标已经完成。行政行为既定的内容已经得到实现，因而该行为的继续存在已没有必要，相应行政行为应予废止。

2. 行政行为废止的法律后果。（1）被废止的行政行为自废止之日起失去效力，被废止以前的行为及结果仍然有效。行政主体在该行政行为被废止前，通过该行为给予相对人的利益不应收回，相对人已完成的义务也无权要求补偿。（2）行政行为因其法律或政策依据变化而引起废止时，如这种废止给相对人带来较大损失时，行政主体应予以适当补偿。

第八章 行政立法

第一节 行政立法概述

一、行政立法的概念

人们在不同的场合使用“行政立法”往往赋予它以不同的涵义。有时人们从实质上界定“行政立法”，是指所有有权的国家机关制定调整行政关系的法律、法规和规章的活动；或仅指全国人民代表大会及其常务委员会制定行政法律的活动。有时人们从形式上界定“行政立法”，指国家行政机关根据法定权限、遵循法定程序制定行政法规和行政规章的活动。

行政法学所使用的“行政立法”，通常是在形式意义上使用的。这一概念可从以下几个层次理解：

1. 行政立法的主体是依法享有行政立法权的国家行政机关。目前，我国具有法定行政立法权的国家行政机关有：国务院、国务院所属的各部委，省、自治区、直辖市人民政府，省、自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市以及经济特区的人民政府。

2. 行政立法是各行政立法主体根据法定权限、遵循法定程序所进行的准立法行为。不是所有的行政机关都享有行政立法权，享有行政立法权的国家行政机关也不能就所有问题进行行政立法。至于哪些行政机关可以进行行政立法、它们可以就哪些问题进行行政立法、它们进行行政立法时应当遵循什么样的程序，均由法律特别规定。

3. 从行政立法的结果来看，行政立法产生的是具有普遍约束力的规范性文件。这些规范性文件不是针对特定的个人、组织或特定的事项，而是普遍适用的。行政立法是一种抽象行政行为。

二、行政立法的性质与特征

国家行政机关所进行的行政立法活动，既带有行政的性质，是一种抽象行政行为，又带有立法的性质，是一种准立法行为。行政立法的特点体现了其所具有的行政行为和立法行为的双重属性。

（一）行政立法是一种准立法行为

国家行政机关根据宪法和法律的规定或授权获得准立法的资格，当它以此资格在法定权限内、遵循法定的程序制定和发布行政法规和行政规章时，与国家权力机关制定法律的行为，在形式上没有重大的区别。二者都应当遵循一定的立法程序，制定出的法律文件都属于“法”的范畴，体现了法的一般特征：具有普遍性、统一性、规范性和强制性。

但是，行政机关的地位从属于权力机关，国务院是全国人民代表大会及其常务委员会的执行机关，地方各级人民政府是地方各级国家权力机关的执行机关。因此，行政机关的地位决定了它所进行的行政立法活动必然是一种从属性的立法活动，行政立法只是准立法行为。

行政立法与权力机关立法的区别主要表现在：

第一，立法主体不同。权力机关的立法主体是全国人大及其常委会和宪法、组织法特别授权的地方国家权力机关，而行政立法的主体是特定国家行政机关。

第二，立法的调整对象不同。权力机关立法的调整对象是国家政治、经济和文化生活中的重大事项；而行政立法的调整对象是国家在行政管理过程

中所涉及的较为具体的行政事务。

第三，所立之法的效力等级不同。国家立法机关制定的法律，其法律效力高于所有行政立法而仅次于宪法，行政机关制定的行政法规和规章必须符合法律，若与法律相抵触就不具有法律效力。

第四，立法程序不同。权力机关的立法程序一般比较正式、严格，注重民主；行政立法程序相对比较简便、灵活，注重效率。

第五，在司法适用方面不同。权力机关所立之法，是人民法院行政审判的依据，而对于行政机关所立之法，则需要区别对待：行政法规是人民法院行政审判的依据，而行政规章在行政审判中只起“参照”作用。

（二）行政立法是一种抽象行政行为

行政立法的行政性质主要表现在：行政立法的主体是国家行政机关；行政立法所调整的对象主要是行政管理事务及与行政管理密切相关的事务；行政立法的主要目的是为了保障行政机关有效地进行行政管理。

行政立法虽然具有行政行为的属性，但它与行政机关的其他行政行为仍存在着一定的区别：第一，行政立法作为一种抽象行政行为，具有准立法的性质，它是行政机关制定其他规范性文件的依据。第二，行政立法所遵循的程序比具体行政行为严格得多；它所产生的行政法规与行政规章在相应地域范围内具有普遍约束力，而具体行政行为只对特定的人或特定的事项发生法律效力；同时，行政法规和行政规章在其生效时间内具有反复适用性，而具体行政行为一般只能适用一次。

三、行政立法的分类

根据不同的标准，可以对行政立法作不同的分类。

（一）一般授权立法和特别授权立法

行政立法依其权限来源不同，可分为一般授权立法和特别授权立法。所谓一般授权立法，是指国家行政机关直接依照宪法和有关组织法规定的职权制定行政法规和行政规章的活动。我国《宪法》第 89 条规定，国务院可以根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令；第 90 条第 2 款规定，国务院各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限内，发布命令、指示和规章。根据《地方组织法》第 60 条规定：“省、自治区、直辖市的人民政府可以根据法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规，制定规章，……省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府，可以根据法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规，制定规章，……”

所谓特别授权立法，是指国家行政机关依据特定法律、法规的授权或者依照国家最高权力机关的专门决议，制定规范性法律文件的行为。根据我国有关法律的规定，特别授权立法的表现形式有两种：一种是在某一项法律条款中，授权行政机关具体制定实施本法的细则。例如，《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》第 29 条规定：“国务院根据本法制订实施细则”。又如，《中华人民共和国专利法》第 68 条规定：“本法实施细则由专利局制订，报国务院批准后施行。”另一种是国家最高权力机关将本应由其以法律形式规定某一方面事项的权力，而以“决定”、“决议”的形式，特别授权行政机关去行使。例如，1985 年 4 月全国人大常委会通过了《关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行的规定或者暂行条例的决定》。

（二）执行性立法和补充性立法

行政立法依其内容不同，可分为执行性立法和补充性立法。所谓执行性立法是指国家行政机关为了执行法律、地方性法规或上级行政机关发布的规范性文件所进行的行政立法活动。执行性立法不创设新的法律规则、不为行政相对人设置新的权利和义务，它只是通过实施条例、实施细则和实施办法等形式将法律或法规的一般性规定具体化。比如，为了贯彻执行全国人民代表大会在 1988 年通过的《中华人民共和国全民所有制工业企业法》，1992 年 7 月国务院发布了《全民所有制工业企业转换经营机制条例》。又如，为了执行《中华人民共和国著作权法》，经国务院批准，国家版权局于 1991 年 5 月 30 日颁布了《中华人民共和国著作权法实施条例》。

所谓补充性立法是指国家行政机关根据权力机关的授权，对已经颁布的法律、法规尚未规定的某些事项进行补充规定的立法活动。由于补充性立法是对法律、法规没有规定的事项作出规定，可能创设新的法律规则或新的权利义务规范，因此，它必须有特定法律、法规或决议的授权，没有具体法律文件的特别授权，行政机关任意进行的创制性立法是无效的。一般而言，补充性立法所制定的法规、规章通常以补充规定、补充办法的形式表现出来。例如，根据 1985 年 4 月 10 日第六届全国人大三次会议《关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行规定的决定》，1986 年国务院发布了《关于鼓励外商投资的规定》；根据全国人大常委会 1984 年 9 月 18 日《关于授权国务院改革工商税制和发布试行有关税收条例(草案)的决定》，国务院于 1985 年 7 月 3 日发布了《国营企业工资调节税暂行规定》等等。

（三）中央行政立法和地方行政立法

依据行使行政立法权的主体不同，行政立法可分为中央行政立法和地方行政立法。国务院制定行政法规和国务院各部、各委员会制定行政规章的活动属中央行政立法。中央行政立法针对的是全国范围内的普遍性的问题和某些必须由中央统一作出规定的重大问题。中央行政立法制定的法规和规章适用于全国。例如，1988 年 8 月 6 日，国务院发布的《中华人民共和国印花税法暂行条例》；1993 年 9 月 2 日，国务院证券委员会发布的《禁止证券欺诈行为暂行办法》等。

地方行政立法是指特定地方人民政府制定行政规章的活动。目前，我国有权进行地方行政立法的行政机关包括：省、自治区、直辖市的人民政府，省、自治区的人民政府所在地的市和国务院批准的较大的市的人民政府，以及经济特区的人民政府。地方行政立法的目的是给予地方更多的自主性以发挥地方的积极性，所以，地方性立法一方面要根据地方的实际情况，将中央行政立法的规定具体化，确定实施细则和实施办法；另一方面则对有关地方特有的问题或根据地方性法规作出规定，以调整地区性特有的社会关系。与中央行政立法相比，地方行政立法权适用于各地方立法主体所辖的行政区域，在法律效力上，不仅低于中央行政立法，同时也不得与地方性法规相冲突。

第二节 行政立法主体

行政立法的主体，是指依法取得行政立法权，可以制定行政法规或行政规章的国家行政机关。根据我国宪法、组织法以及有关法律、法规的规定，有权进行行政立法的行政机关，主要有七类：

一、国务院

国务院即中央人民政府，是国家最高权力机关的执行机关，也是最高的国家行政机关。为了领导和管理国家各项行政工作，根据宪法和法律的规定，国务院有权制定行政法规。《宪法》第 89 条第 1 款第 1 项规定，国务院有权制定行政法规，该款第 18 项还规定，国务院行使全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会授予的其他职权。因此，国务院还可以根据最高国家权力机关的特别授权法和特别授权决议制定行政法规。

一般而言，国务院可以就其管辖范围内的一切行政事项，依法制定和发布行政法规。国务院制定行政法规的方式有两种。第一，由国务院直接制定和发布行政法规。例如，1994 年 10 月 9 日国务院发布的《中华人民共和国自然保护区条例》。第二，由国务院批准的行政法规。这种行政法规由国务院各主管部门具体制定，由国务院批准，再由制定的主管部门发布的。例如，由国务院批准、国家科委于 1988 年 3 月 21 日颁布的《技术合同管理暂行规定》。

二、国务院各部、各委员会

国务院各部、各委员会是国务院的职能部门。它们各自具有不同的职能和职权领域，各负责某一方面的国家行政事务。在其职权范围内，各部委有权依照法律、行政法规独立地采取行政措施。制定行政规章是行使行政职权的方式之一。

各部委在本部门的权限范围内，可以通过下列两种方式行使行政立法权：第一，宪法和法律规定的一般行政立法权。我国宪法第 90 条规定，国务院各部、委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限内发布命令、指示和规章。《国务院组织法》第 10 条也规定，根据法律和国务院的决定，主管部、委员会可以在本部门的权限内发布命令、指示和规章。第二，通过法律、法规的特别授权而获得的行政立法权。例如，《农副产品购销条例》第 23 条规定：“国务院各有关部门和各省、市、自治区人民政府可根据本条例制定具体实施办法。”

三、国务院直属机构

宪法和国务院组织法没有明确规定国务院的直属机构享有行政立法权，但是某些单项法律和行政法规往往授权国务院直属机构制定实施细则或实施办法的规定。也就是说，国务院直属机构不享有一般行政立法权，但在法律、法规特别授权的情况下，可以在其主管的专门事务范围内，行使行政立法权。其效力等同于行政规章。

四、省、自治区、直辖市人民政府

根据地方组织法和相关法律规定，省、自治区、直辖市人民政府有权制定地方性行政规章。例如，根据《地方组织法》第 60 条规定，省、自治区、直辖市人民政府，可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规，制定规章。此外，省、自治区、直辖市人民政府还可以根据单项法律、法规的规定，结合本地区的实际情况，进行行政立法。如，上海市第八

届人大通过的《上海市劳动保护监察暂行条例》第 33 条规定：“上海市人民政府可根据本条例制定实施细则”。

五、省、自治区人民政府所在地的市人民政府

《地方组织法》第 60 条规定，省、自治区人民政府所在地的市人民政府，可以根据法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规，在其权限内，制定规章。

六、经国务院批准的较大的市的人民政府

《地方组织法》第 60 条规定，经国务院批准的较大的市的人民政府也可以根据法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规，就其职权范围内的行政事项制定规章。目前，经国务院批准的较大的市有：齐齐哈尔、大连、吉林、唐山、包头、宁波等 17 个城市。

七、作为经济特区的市人民政府

根据全国人大或全国人大常委会的特别授权，作为我国经济特区的深圳、汕头、珠海和厦门市人民政府也拥有地方行政规章的制定权。

第三节 行政立法程序

目前，我国尚没有一部对行政立法程序作系统规定的基本法律。1987年4月，经国务院批准，由国务院办公厅发布的《行政法规制定程序暂行条例》，为行政立法行为提供了初步的规范，此后，国务院有关部委和一些地方人民政府也制定并颁布了有关规章制定程序的规范性文件。根据现有行政法规和行政规章的规定，行政立法一般应包括以下程序：

一、编制立法规划

行政立法规划分为五年规划与年度计划。行政立法五年规划根据国民经济和社会发展五年计划所规定的基本任务编制，年度计划则根据国民经济和社会发展年度计划所规定的具体任务制定。对一定时期的法规和规章的修改、补充和清理等各项工作也应当包括在此之内。

国务院行政法规五年规划和年度计划由国务院法制局编制，报国务院审定。

地方政府编制行政立法规划，一般由地方人民政府的职能机关和直属机构根据业务分工拟定本部门的立法规划草案，并于每年年底上报同级人民政府，地方人民政府的法制机构负责汇总部门规划草案，并统一编制地方行政立法规划草案，提请本级人民政府的常务会议审议批准，地方人民政府对于通过的立法规划负责组织执行。

二、起草

起草是指对列入规划、需要制定的行政法规和行政规章，由行政机关相应的主管部门分别草拟的活动。行政法规和行政规章的起草一般有两种：一是较为重要的行政法规和行政规章，其主要内容涉及几个部门业务的，由政府法制机构或主要部门负责，组成由有关部门参加的起草小组进行工作。二是行政法规和规章的主要内容不涉及其他部门业务的，则由主管部门负责起草。在专门的起草小组成立之后，除了主管部门和有关部门之外，还应当吸收有关业务专家和法律专家参加，以便从不同方面对草案提出意见。草案应在广泛调查研究、充分收集相关材料和意见的基础上形成，力求做到内容切实可行，形式完整，结构严谨。

三、征求意见

行政立法过程中的征求意见程序一般包括两个方面的内容，一是听取利害关系人的意见和有关专家的意见。专家的意见包括技术专家、管理专家和法学家的意见。征求利害关系人的意见主要途径是：通过新闻媒介公布即将制定的法规和规章草案，召开相关问题的座谈会或者举行公开听证等，向利害关系人提供发表和陈述意见的机会。二是广泛听取和征求行政机关和其他国家机关中有关部门的意见。在行政立法的过程中，既要征求本部门、本系统的意见，也要征求其他部门和系统的意见，尤其是综合部门的意见；既要听取中央机关的意见，又要听取地方机关的意见。在涉及其他主管部门的业务时，应当与有关部门协商一致，经过反复协商不能取得一致意见的，应当在上报草案时专门提出并说明理由，由上级机关出面协调和裁决。

四、审查

审查是指行政法规和行政规章的草案拟定之后，送交政府主管机构进行审查。审查职能一般由政府法制机构承担。

审查的范围主要包括：（1）立法的必要性和可能性。（2）是否与宪法、

法律、党和国家的方针政策以及上一级规范性文件的规定相冲突。(3)是否在本机关的权限范围内,是否有越权或滥用职权的现象。(4)行政法规、行政规章草案的结构、文字等立法技术是否规范。(5)立法的程序是否符合相关的法律规定。法制部门对行政立法草案审查后,应向行政立法机关提出审查报告,与法规或规章草案一并提交行政立法机关审议。

五、通过

通过是指行政法规、规章在起草、审查完毕后,交由行政立法机关的正式会议讨论审议。根据相关法规和规章的规定,国务院制定的行政法规应经过国务院全体会议或常委会议审议通过,各部委制定的规章应提交部常委会议审议通过;地方政府制定的地方规章需提交地方政府全体会议或常务会议审议通过。

六、公布和备案

公布是指行政法规和行政规章在通过上述程序后公开发布。它是行政法规和行政规章生效的必经程序和必备要件。行政法规和行政规章一般都须通过政府公报或者通过报纸、杂志、电台等宣传舆论工具公开发布。

国务院发布行政法规,由国务院总理签署发布令;经国务院批准、国务院各部门发布的行政法规,由各部门的主要领导人签署发布令;在行政法规的发布令中,应包括发布机关、序号、法规名称、通过或者批准日期,发布日期、生效日期和签署人等内容;经国务院总理签署公开发布的行政法规,由新华社发稿,《国务院公报》、《人民日报》全文刊载。

部门规章的发布一般由部门首长签署发布令发布。几个部门联合发布的规章,由几个部门的首长会签后,以一个部门的发布令发布。

地方政府规章的发布,一般由省长、自治区主席、市长签署发布令。某些重要的地方政府规章应当报上级人民政府批准后方可发布。

备案是指将已经发布的行政法规、行政规章上报法定的机关,使其知晓,并在必要时备查的程序。根据1990年2月18日国务院发布的《法规、规章备案规定》,国务院部门规章、地方人民政府规章应当报国务院备案。国务院部门规章由本部门报国务院备案;地方人民政府规章,由省、自治区、直辖市人民政府统一报国务院备案。按照该《规定》,规章应于发布之日起30日内报国务院备案。

第四节 行政立法效力

一、行政立法效力的涵义

行政立法的效力是指行政法规、行政规章的法律效力，包括地域效力、对人的效力、对事的效力和时间效力。

作为一种抽象行政行为，行政立法只要能有效成立，就具有一般行政行为的确定力、拘束力和执行力。行政立法有效成立的一般前提条件有：第一，行政立法的内容不与宪法、法律和上级行政立法相抵触；第二，没有超越行政立法机关享有的行政立法权；第三，遵循了法定的程序；第四，符合法律规定的行政立法形式。

二、行政立法的效力范围

（一）行政立法效力的时间范围

行政立法的时间效力范围包括行政法规和行政规章的生效时间和终止时间。

行政法规和行政规章的生效时间，一般有两种情况：其一，行政法规或行政规章自发布之日起生效。这是最通用的一种生效方式。采用这种生效方式的法规、规章通常都附以“自发布之日起生效”的条款，来规定其生效日期。其二，行政法规和行政规章另定生效日期。有些行政法规和行政规章发布后不立即生效，而是另行规定生效日期。如1988年8月6日国务院令第11号令发布的《中华人民共和国印花税法暂行条例》规定的生效日期是1988年10月1日；1996年1月29日国务院令第193号发布的《中华人民共和国外汇管理条例》规定的生效日期是1996年4月1日。这种生效方式，有利于新法生效实施之前，人民群众充分了解行政法规或规章的基本内容，同时也有利于行政机关为新法实施作一些准备工作。

行政法规和行政规章终止效力的时间，通常有四种情况。第一是新法废除旧法。如《中华人民共和国外汇管理条例》第54条规定：“本条例自1996年4月1日起施行。1980年12月18日国务院发布的《中华人民共和国外汇管理条例暂行条例》及其配套的细则同时废止。”第二，授权法规定的授权时效届满。权力机关通过特别法律或专门决定授权行政机关就一定事项立法，当授权法明确规定了授权的时间限制时，时限一到，依此授权法规定的行政法规和行政规章即为失效。第三，通过清理、撤销或废止旧的法规和规章。第四，行政立法因规定的社会事实已消灭或效果已完成而失效。

（二）行政立法对人的效力范围

行政立法对人的效力是指行政法规和行政规章适用于哪些人，即对哪些人发生法律效力的问题。行政立法对人的效力实际上是对法律关系主体的约束力，这包括两个方面：一是对国家机关的拘束力，二是对行政管理相对人的约束力，包括对企事业单位、社会团体和个人的效力。一般而言，国务院制定的行政法规和国务院各部委制定的行政规章，除了行政机关本身也应当受该法规或规章的约束以外，对中华人民共和国境内的所有公民、法人和其他组织以及在我国境内的外国公民、企业、组织和无国籍人都发生法律效力，但有特别规定的除外。省、自治区、直辖市人民政府，省、自治区人民政府所在地的市以及经国务院批准的较大的市的人民政府制定颁布的规章，只对其管辖区内的组织、个人有效。

（三）行政立法效力的地域范围

行政立法的地域效力又称“行政立法的空间效力范围”，它是指行政法规和规章在哪些区域内发生效力。由于行政立法的层次和内容不同，其空间效力范围也不一样。首先，国务院制定的行政法规和国务院各部委制定的行政规章，在中华人民共和国领域内普遍有效。再次，省、自治区、直辖市人民政府，省、自治区人民政府所在地的市以及经国务院批准的较大的市的人民政府制定的地方规章，只能在其管辖的区域范围内有效。其次，有些行政法规和行政规章的内容仅就特定地区的问题作出规定，这样的行政法规和行政规章仅在相应的区域内有效。比如，1988年5月4日国务院发布的《关于鼓励投资开发海南岛的规定》只适用于海南岛地区，1984年10月15日大连市人民政府公布的《大连经济技术开发区土地使用管理办法》只适用于该市经济技术开发区，等等。

三、对行政立法的监督

行政法规和行政规章生效后对个人或组织具有普遍约束力和强制执行力。违法或不适当的行政法规或行政规章会严重损害公民、法人和其他组织的合法权益。因此，应当加强对行政立法行为的监督，对违法或不适当的行政法规或行政规章应当及时予以撤销。通常，撤销行政法规和行政规章的权力由行政立法机关的上级行政机关或同级国家权力机关行使。

《宪法》第67条规定，全国人民代表大会常务委员会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令。对于地方国家权力机关是否可以撤销地方规章，法律、法规没有明确规定，但是，由于地方人大享有监督本级人民政府活动的法定权力，同时，根据其他一些法律规范的规定，如《地方组织法》第60条规定，省级政府规章要报同级人大常委会备案，市级政府规章要同时报省级人大常委会和同级人大常委会备案，第8条和第44条规定，县级以上地方各级人大和人大常委会有权撤销本级人民政府的不适当的决定和命令等等，地方人大常委会也应该享有撤销同级人民政府制定的同法律、行政法规和地方性法规相抵触的地方政府规章的权力。

上级行政机关撤销下级行政机关的行政规章主要是基于行政机关系统内部所存在的领导与被领导、监督与被监督关系。根据这种领导权与监督权，上级行政机关不仅可以撤销下级行政机关与宪法、法律或行政法规相抵触的行政规章，而且可以撤销其认为不适当的行政规章。

根据《宪法》第89条规定，国务院有权改变或撤销各部委发布的不适当的命令、指示和规章，也有权改变或撤销地方各级国家行政机关不适当的决定和命令，这里不适当的决定和命令显然包括地方人民政府发布的不适当的规章。此外，根据职权，省、自治区人民政府有权改变或撤销省、自治区人民政府所在地的市和国务院批准的较大的市的人民政府发布的违法和不适当的规章。

根据行政诉讼法的规定，人民法院审理行政案件应当参照国务院各部委和地方人民政府发布的规章。但是，如果在审理案件过程中，人民法院认为地方人民政府制定的规章与国务院各部委制定的规章不一致，可由最高人民法院送请国务院作出解释或者裁决。此外，人民法院如认为行政规章违法，可以建议有权机关撤销或修改。因此，人民法院对行政立法也具有一定的监督权。

第九章 行政处理

第一节 行政处理概述

一、行政处理的概念

行政处理是行政主体为了实现相应法律、法规和规章确定的行政管理目标和任务，应行政相对人申请或依职权处理涉及特定行政相对人特定权利义务事项的具体行政行为。行政处理具有如下特征：

首先，行政处理是一种外部行政行为，涉及特定相对人的具体权益。这使它区别于行政机关处理内部事务的行为。

其次，行政处理是一种具体行政行为。这使它区别于抽象行政行为，抽象行政行为所针对的是不特定的相对人，影响的是不特定的相对人的权益；而行政处理所针对的是特定的相对人，涉及的是特定相对人的权利义务。

再次，行政处理行为是行政主体为了实现行政管理目标和任务而处理相对人特定事项的具体行政行为。这使它区别于行政处罚、行政强制执行等其他具体行政行为。它与行政处罚的不同之处在于，行政处理不具有惩罚性，毋须以相对人的违法作为行为的前提。它也区别于行政强制执行，行政强制执行往往是行政处理或行政处罚的保障，在行政相对人不履行行政处理决定或行政处罚决定时，迫使相对人履行，行政机关可启动行政强制执行程序。

二、行政处理的形式

行政处理是具体行政行为最主要的内容，它有着广泛的形式。最通常的形式有：行政征收、行政许可、行政给付、行政裁决、行政确认、行政奖励和行政调解等。对于前面四种形式，我们将在后面设专节阐述，这里我们先简要介绍后三种形式：

（一）行政确认

行政确认是指行政主体依法对行政相对人的法律地位、法律关系或有关法律事实进行甄别，给予确定、认可、证明并予以宣告的具体行政行为。它主要有七种具体形式：

1. 确定。指对个人或组织法律地位与权利义务的确定，如颁发土地使用证、宅基地使用证与房屋产权证书，以确定相对人的财产所有权。

2. 认可。指对个人或组织已有的法律地位、权利义务以及确认事项是否符合法律要求的承认和肯定。例如，对无效经济合同的确认，对企业性质的判定和产品质量是否合格的认证等等。

3. 证明。指行政主体向其他人明确肯定被证明对象的法律地位、权利义务或某种情况。如各种学历、学位证明、居民身份、货物原产地证明等。

4. 登记。指行政主体应申请人申请，在政府有关登记簿册中记载相对人的某种情况或事实，并依法予以正式确认的行为。例如，工商业登记、房屋产权登记和户口登记等。

5. 批准。指行政主体经对相对人申请事项或某种法律行为的审查，对其中符合法定条件者予以认可或同意的行为。如，相对人申请开办“三资”企业，须先经国家对外经济贸易主管部门审查批准后，才能办理企业登记手续。

6. 鉴证。指行政主体对某种法律关系的合法性予以审查后，确认或证明其效力的行为。如工商管理机关对经济合同的鉴证。

7. 行政鉴定。指行政主体或行政主体指定或委托的专门技术、专门经验

的组织对特定法律事实或客体的性质、状态或质量等所进行的客观评价，如产品质量、交通事故、医疗事故鉴定、审计鉴定等。

（二）行政奖励

行政奖励是指行政主体依照法定条件和程序，对为国家和社会作出重大贡献的单位和个人，给予物质或精神鼓励的具体行政行为。

行政奖励的目的是表彰先进，鞭策后进，充分调动和激发人们的积极性与创造性。它的内容既包括给予相对人物质方面的权益，如发给受奖者一定数额的奖金或奖品，也包括给予相对人精神方面的权益，如授予受奖者某种法定的荣誉等。根据不同的法律、法规和规章的规定，行政奖励的形式主要有：1. 发给奖金或奖品；2. 通报表扬；3. 通令嘉奖；4. 记功；5. 授予荣誉称号；6. 晋级；7. 晋职。

（三）行政调解

行政调解是由行政机关主持，依法对特定纠纷进行的诉讼外调解活动。有权进行行政调解的行政机关有：

1. 基层人民政府。这种调解主要由设在农村和城镇街道办事处的司法助理员负责。

2. 经济行政管理机关和劳动管理机关。

3. 公安机关。《治安管理处罚条例》第5条规定：“对于因民间纠纷引起的打架斗殴或者损毁他人财物等违反治安管理行为，情节轻微的，公安机关可以调解处理。”

4. 其他行政调解。所有国家行政机关对于其所属成员之间或所属成员与其他单位成员之间的纠纷一般都可于纠纷进入正式裁决途径前进行调解。例如，版权管理部门对版权纠纷的调解，房产管理部门对房屋纠纷的调解等等。

三、行政处理的效力

行政处理行为一经作出即具有确定力、拘束力和执行力。虽然许多法律、法规和规章规定，在行政处理行为作出后，相对人有一个申请复议或提起行政诉讼的期限。但相对人提起复议或诉讼的行为并不影响相应行政行为的法律效力，相对人仍须受该行政行为的拘束，如违反了该行政行为确定的义务，行政机关可自行或申请人民法院强制其执行。

行政处理行为只有在有权国家机关宣布无效、撤销或废止后才失去法律效力。宣布无效的行政处理行为自始无效，即行为向前向后均失去法律效力。撤销或废止的行政处理行为，一般自撤销或废止之日起终止其效力，但有些行政处理行为的撤销，效力可溯及其作出之时。

行政处理行为只有在符合成立要件有严重缺陷时，如行为机关不合法、行为的内容或行为的程序明显、严重违背法律规定以及行为机关超越职权的情况下，才能宣布无效；行政处理行为具有一般违法情形或程序、形式不当对，可予以撤销；如果行政处理行为不具备违法情形，只是因形势发展或政策变化而不适应现实需要，或者行为所要实现的目标已经实现而无继续存在的必要时，可予以废止。

行为机关的上级行政机关和行政复议机关都可以宣布行政处理行为无效和撤销行政处理行为。人民法院在行政诉讼中通过对行政处理行为的审查，也可以依法确认和宣布相应的处理行为无效和撤销相应处理行为。现行行政诉讼法仅规定了人民法院对具体行政行为的撤销而未规定其可以宣布行政行为无效。但是这种撤销在大多数情况下都以确认无效为前提，撤销的结果亦

可使相应行政行为向前向后都失去法律效力。

行为机关的上级行政机关可以根据相对人的申诉要求，也可以依职权主动撤销行政处理行为或宣布行政处理行为无效。行政复议机关和人民法院撤销行政处理行为只能根据相对人的请求，通过行政复议和行政诉讼程序进行。

第二节 行政许可

一、行政许可的概念

行政许可是指行政主体应行政相对人申请，通过颁布许可证、执照等形式，依法赋予行政相对人从事某种活动的法律资格或实施某种行为的法律权利的行政处理行为。

行政许可具有下列特征：

1. 行政许可的内容是国家一般禁止的活动。随着社会与经济的发展，行政机关为了管理愈来愈复杂的社会公共事务的需要，通过法律规范的形式，确定统一的标准和界限，以对某些特殊的活动进行控制。行政许可则是在特定对象符合相关法律条件的情况下，对法律、行政法规和行政规章所设定的一般禁止的解除，允许其从事某项特殊的活动，使其享有特定权利和资格。例如，为了保证公共安全、维护交通秩序，国家通过考试等方式给符合一定技术条件的个人发给驾驶执照，赋予其驾驶汽车的权利。又如，国家通过审查对符合特定条件的组织或个人发给许可证，赋予其制作、运输、销售爆炸性物品的权利。

2. 行政许可是一种应申请的行政行为。行政许可是行政主体许可相对人可以从事法律、法规和规章禁止一般个人和组织所为的行为，作为行政许可相对人的个人和组织要获得对此种禁止的解除，就必须具备相应法律、法规和规章规定的特定条件，并向行政主体作出相应的意思表示，此种意思表示的形式就是许可申请书。申请人通过申请书向行政主体提出自己的许可请求，并说明自己所具备的相应法定条件。行政主体通过审查申请人的请求，并确定其具备了相应条件后，才能授予许可。

3. 行政许可是行政主体赋予行政相对人某种法律资格或法律权利的具体行政行为。行政主体赋予行政相对人的这种法律资格或法律权利通常只在一定的期限内有效。此种行政行为必须具备某种特定的形式要件，以便于行政主体对行政相对人进行监督检查。这种特定形式要件就是许可证、执照，具体名称包括准运证、通行证、批准书等等。

4. 行政许可的事项必须有明确的法律规定，许可的范围不得超出法定界限。许可是建立在普遍禁止基础上的解禁行为。如行政机关发放营业执照，是允许相对人从事某种经营活动，但同时也是禁止其他人随意从事经营活动，其他人非经行政机关允许，如从事相应经营活动即属无照经营的违法行为，将依法受到行政处罚。

二、行政许可的种类

根据不同的标准，对行政许可进行分类。

（一）按照许可的性质，行政许可分为行为许可、资格许可

行为许可是指行政主体根据相对人的申请，允许其从事某种活动、采取某种行为的许可形式。此类许可的目的是允许符合法定条件的相对人从事某种类型的活动。这种许可仅限于某种行为活动，不是获得特定资格权能，所以申请该类许可不必经过严格的考试程序。行政相对人取得了行政主体发放的许可证，即能从事相应行为，进行相应活动。

资格许可是指行政机关根据相对人的申请，通过考试、考核程序核发一定证明文书，允许证件持有人从事某项职业或进行某种活动。这是一种与行为许可相对的许可形式，相对人通过许可可以取得某种资格证明，如律师证、

会计证等。资格许可的目的之一是通过制定最低限度的标准以限制某一行业的从业人员，避免不适格的人员从事该行业，给社会造成损失。

(二) 以许可的范围为标准，行政许可分为一般许可和特别许可

一般许可是指行政主体对符合法定条件的申请人直接发放许可证，无特殊条件限制的许可，如生产管理部门发放的产品生产许可证。特殊许可是指除符合一般许可的条件外，对申请人还规定有特别限制的许可，又称特许。如持枪许可，申请人只有符合《中华人民共和国枪支管理法》第5条规定的情形，才可以获得持枪许可。

(三) 以许可是否有附件为标准，行政许可分为独立许可与附文件许可

独立许可是指行政许可证或执照本身就包涵了许可的内容和范围，毋须再用其他文件加以说明的行政许可。比如：律师执照、卫生许可证、持枪证等。这些许可本身就标明了主管行政机关对证件或执照持有人权利义务及其范围、存续时间的规定，不需要再用其他文件附加说明，这类证照的持有人就可以从事证照标明的活动。附文件的许可是指行政许可证或执照本身并没有对许可的内容、范围全部加以说明，还需要其他文件作为该证件或执照的组成部分进一步加以说明。如商标许可书中需附有商标的设计图样，专利证书需附专利附图、照片或专利说明书等。此类证照的持有人在从事被许可的活动时，除了必须持有证件或执照外，还必须同时持该证件或执照的附加文件。

(四) 以许可是否附加义务为标准，行政许可分为一般许可和附义务许可

一般许可是指被许可人可以自由行使许可的权利，如出国护照、驾驶执照、捕捞许可证等。附义务许可是指行政许可证的持有人在获得许可证的同时，承担了在一定期限内从事该项活动的义务，如果在法定期限内没有从事该项活动，他将因此承担一定的法律责任。比如：发明专利和实用新型专利权人，自取得专利之日起满三年，无正当理由，不履行在中国制造其专利产品、使用其专利方法或者许可他人在中国制造其专利产品、使用其专利方法，专利局根据具备实施条件的单位的申请，可以给予实施专利的强制许可。也就是说，发明专利和实用新型专利的专利权人在取得专利权的同时，在三年内负有在中国实施其专利的义务。

(五) 以许可享有的程度为标准，行政许可分为排他性许可和非排他性许可

排他性许可又称独占许可，指个人或组织获得该项许可后，其他任何人或组织均不能再获得该项许可。例如专利许可和商标许可。非排他性许可又称共存许可，是指具备法定条件的任何个人或组织经申请均可获得相应许可，一人获得后不排除其他人获得。

此外，以许可的存续时间为标准，行政许可还可分为长期性许可和附期限许可；根据许可事项的紧急程度，可分为紧急许可、特别许可和普通许可；根据许可的内容，可分为治安许可、工商许可、资源许可、城市规划建设许可、卫生环保许可、交通运输许可、涉外经济许可、生产经营许可等。

三、行政许可的程序

许可程序是指行政主体实施行政许可的步骤、方式、顺序和时限。它是影响行政效率和申请人的一个重要因素，也直接影响相对人权益的得失。行政主体对相对人申请的批准或不批准，关系到相对人能否取得某种权利或资

格，能否从事某种活动。从程序上对行政许可进行规范，是保证行政许可公正、合理的前提条件。目前我国法律、法规对行政许可程序没有统一规定，归纳各种具体法律、法规的零散规定，行政许可程序大致包括下列几个步骤：

（一）申请

申请是行政主体实施行政许可的前提条件。行政相对人个人或组织要取得某项行政许可，首先要向行政机关提出申请。申请书需载明申请人的姓名或组织名称、住址或组织地址、申请许可的内容、理由及相关条件等。申请人向行政主体申请行政许可，除提交申请书以外，法律、法规通常还规定应同时提交有关文件材料，如申请从事食品服务的营业执照，必须同时提交卫生许可证和个人身体健康证。申请排污许可，必须如实填报排污设施、处理设施及排放物种类、数量、浓度等。在申请某些附条件的许可，即取得某一许可必须以拥有另一许可证为前提时，除提交上述有关文件、材料外，还必须提交作为取得相应许可前提的许可证。如动植物及产品入境时，在向海关申请前必须获得动植物检疫机关的检疫许可，否则海关对此申请不予接受。

（二）对申请的审查

许可机关收到申请后，依照法定标准对申请人及申请事项进行全面审查。审查主要包括以下内容：

1. 申请人的资格。申请人必须有行为能力，能够独立承担民事、行政责任。

2. 申请书及附录材料。行政许可机关确定申请人符合资格后还须对申请书的形式加以审查，如果认为申请书不规范，有权要求申请人补齐或重新申报。

3. 申请事项。行政许可机关应确定申请事项是否符合法律规定，是否有明确法律依据、是否具备法定条件等。

4. 有关资格的许可还须审查申请人是否通过规定的考试、考核。

5. 行政许可机关在书面审查申请合格的基础上，对申请书中相对人列举的从事该项活动的的能力、场所、设备和卫生环境等内容应进一步进行调查或考核。

（三）颁发或拒绝颁发许可证

行政许可机关对申请审查之后，一般作出两种决定：一是决定颁发许可证照。许可机关认为申请符合法定条件和标准的，应及时颁发许可证。许可证应载明：许可证名称、许可事项、被许可人姓名、住址、许可有效期限、许可证编号、许可日期等。二是决定不予颁发证照。行政许可机关认为申请人的条件不符合法律或有关规定的，应签发不予批准的通知，并说明不予许可的理由。如果行政许可机关在受理申请后的法定期限内未作出任何表示的，可视为不予批准或拒绝颁发许可证照。

（四）变更许可

取得行政许可的相对人可以根据具体情况变化而要求变更许可内容，行政许可机关在监督检查过程中发现许可不适当的，亦可主动变更。这种变更实质上是对原许可证的修改，一般需许可机关审查后重新核发许可证。如果许可所依据的法律对许可的范围、条件或期限进行了修改或变更，许可机关应及时修改或更换许可证。

第三节 行政征收

一、行政征收的概念

行政征收是指行政主体根据国家和社会公共利益的需要，依法以强制方式无偿取得行政相对人财产所有权的一种行政执法行为。

行政征收具有下述特征：

1. 行政征收的目的是保障国家和社会公共利益的需要。例如，收税是为了保障国家财政的需要，而国家财政是国家机器存在和运转的基本条件。行政征收行为的这一特征是前述行政许可行为所不具有的，在大多数情况下，行政许可的目的是为了保障个人、组织实现他们的权益。虽然个人、组织的权益与国家社会利益在根本上是一致的，但它们的性质、内容、范围均有重要的区别。行政征收行为的这一特征也使它区别于行政给付等其他行政处理行为。

2. 行政征收的实质在于行政主体无偿取得相对人的财产所有权。这使它区别于行政征用，行政征用一般是有偿的，行政主体在行政征用时，应当给予被征用方以相应的经济补偿。从法律后果上看，两者也存在着一定的差异，行政征收使财产所有权从相对人转移到国家那里，而采取行政征用的行政主体只是暂时取得了被征用财产的使用权，而不发生财产所有权的转移。

3. 行政主体实施行政征收必须以相对人负有行政法上的缴纳义务为前提，必须严格依据法律规定。也就是说，行政主体在实施行政征收时，必须依据法律、法规的明确规定，既不能增加或任意减少相对人的义务，也不能任意将法律规定以外的义务强加给相对人。在任意增加相对人的义务或强加给相对人的义务时，行政主体即侵犯了相对人的合法利益；在随意减少相对人的义务时，则使国家、社会公益受损，构成了滥用行政职权的行为。

二、行政征收的内容与分类

（一）行政征收的内容

从我国现行法律、法规的规定来看，行政征收的主要内容有：

1. 税收征收，它是指国家税务机关和地方税务机关依据税收征收管理法和各种具体税法，直接向纳税人收取税款或者通过扣缴义务人向纳税人代扣代缴、代收代缴税款的行政处理行为。我国的税收征收主要包括对内税收征收和涉外税收征收两个方面的内容。

2. 资源费征收。我国宪法规定，城市土地、矿藏、水流、山岭、草原、荒地和滩涂等自然资源属于国家所有。单位和个人在开采、使用国有自然资源时必须依法向国家缴纳资源费。如水资源费的征收、矿产资源补偿费的征收等。

3. 建设资金征收。这是为了确保国家的重点建设，解决重点建设资金不足问题，中央行政机关或地方行政机关面向公民、法人或其他组织实施的征收。例如，公路养路费的征收、港口建设费的征收、国家能源交通重点建设基金的征收等。

4. 排污费的征收。

5. 行政规费的征收。

6. 其他法定征收。

（二）行政征收的分类

以行政征收发生的根据为标准，行政征收可以分为以下三类：

1. 因使用权而引起的征收。资源费、建设资金的征收可以归入此类。此类征收实际上是公民、法人或其他组织有偿使用国有资源、资产的体现，是所有权人的收益权能在行政法上的实现方式。国家通过行政主体借助国家强制力、以征收的形式直接实现国家财产的所有权，从而保证合理而充分地利用国家资源与资产。

2. 因行政法上的义务而引起的征收。税收征收、行政规费的征收均可归入此类。此类征收的实质是国家凭借行政权力，强制无偿地参与公民、经济组织的收入分配，取得财政收入的一种形式。

3. 因违反行政法的规定而引起的征收。排污费的征收可归入此类。征收排污费虽带有惩罚性质，但不属于行政处罚，它只是为了消除相对人给社会带来的不良影响，国家征收一定经费，行政机关以此费用治理污染或补偿污染给社会造成的损失。当然，在相对人拒绝缴纳此项收费时，才导致警告、罚款等行政处罚。

三、行政征收的方式与程序

(一) 行政征收的方式

行政征收的方式包括行政征收的行为方式与计算方式。根据我国的现行法律、法规规定，行政征收的方式有：查账征收、查定征收、查验征收、定期定额征收以及代征、代扣、代缴等。在实际征收中具体运用哪种征收方式应由征收机关根据法律、法规的规定及应征人的具体生产经营情况而定。无论采取何种征收方式，都应当使用书面形式。

行政征收的计算方式，是行政征收制度的重要内容，它直接关系到国家的财政收入和应征人的负担。所以其计算方式不仅应合理、科学，而且应当规范化、法律化，避免主观随意性，一般来说，行政征收的计算方式大多为法律、法规所明确规定。

(二) 行政征收的程序

行政征收的程序是指行政征收行为应采取的步骤、方式和顺序。行政征收按其实现方式不同，可分为相对人自愿缴纳和行政主体强制征收两种。当相对人按照法律、法规规定的期限或行政主体确定的期限全部主动履行了缴纳义务时，行政征收即告结束。当相对人未能按照法律、法规的规定履行缴纳义务时，行政征收即进入强制征收阶段。为了保证行政征收的顺利实施，避免给相对人造成不应有的损害，法律应当明确规定实施强制征收的程序以及行政主体可以采取的强制措施。

《中华人民共和国税收征收管理法》详细规定了税务机关征收税款的程序。征税程序大致分为三个步骤：税务登记、纳税申报和税款征收。

1. 税务登记：企业，企业在外地设立的分支机构和从事生产、经营的场所，个体工商户和从事生产、经营的事业单位，自领取营业执照之日起 30 日内，应持有关证件，向税务机关申报办理税务登记。税务机关审核后发给税务登记证件。从事生产、经营的纳税人，其税务登记内容如发生变化，应自工商行政管理机关办理变更登记之日起 30 日内 或者在向工商行政管理机关申请办理注销登记之前，持有关证件向税务机关申报办理变更或注销税务登记。

2. 纳税申报：纳税人应在法律、行政法规规定或税务机关依法确定的申报期限内办理纳税申报，并报送纳税申报表、财务会计报表以及税务机关根据实际需要要求纳税人报送的其他材料。扣缴义务人则应在申报期限内报送

代扣代缴、代收代缴税款报告表以及税务机关根据实际需要要求扣缴义务人报送的其他资料。

3. 税款征收：纳税人、扣缴义务人根据法定期限或税务机关依法确定的期限缴纳或解缴税款，纳税人有特殊困难，经税务机关批准，可延期缴纳（延期最长不超过 3 个月）。纳税人、扣缴义务人未按规定期限缴纳或解缴税款，税务机关应责令其限期缴纳，并自其滞纳之日起，按日加收滞纳税款千分之二滞纳金。

第四节 行政给付

一、行政给付的概念

行政给付在广义上包括供给行政，社会保障行政，财政资助行政。供给行政是行政主体为个人、组织提供日常生活中必不可少的公用事业服务，如公共道路、公园、学校、医院、博物馆、邮政、自来水、煤气、电力等；社会保障行政是行政主体为个人、组织提供的社会保险和社会福利，如养老金、失业救济、残疾人福利等；财政资助行政是行政主体对具有某种特定情形的地区（如经济贫困地区）、组织（如进行某种新产品研究、试生产的企业）、个人（如难民）予以经济资助、补贴等。狭义的行政给付仅指行政物质帮助，它是行政机关在公民年老、疾病或丧失劳动能力等情况或其他特殊情况下，依照有关法律、法规规定，赋予其一定的物质权益或与物质有关的权益的具体行政行为。本节所阐述的行政给付是狭义的行政给付。

行政给付作为一种行政处理行为具有下述特征：

1. 行政给付是行政主体依法向行政相对人给付金钱或实物。它与行政征收，特别是行政征收中的税收不同。行政征收是行政主体向行政相对人的征与取，特别是征收税款，完全是无偿地取之于民，而行政给付，则是给与付，完全是无偿地用之于民。行政给付的这一特征也使其与行政许可相区别。行政许可赋予行政相对人的是某种法律资格、法律权利，而行政给付给予相对人的是金钱或实物。

2. 行政给付的对象是具有特定情形的行政相对人个人、组织。例如，抚恤金发放的对象是因战、因公伤残的人员，救灾款是发放给灾民，社会福利金是发给社会福利机构或直接发给残疾人、鳏寡孤独的老人和孤儿，而独生子女补贴、有特殊贡献专家津贴等均是分别发给相应特定对象。

3. 行政给付是一种应申请的行政行为。行政给付的这一特征与行政许可相同，但与行政征收相区别。行政许可也是应申请的行政行为，而行政征收则是依职权的行政行为。二者之所以存在此种区别，主要是因为行政征收涉及的主要是国家社会公益，而行政给付、行政许可直接涉及的主要是个人、组织的权益。

4. 行政给付是依据法律和行政法规实施的行政行为。行政给付必须按照法律、行政法规的内容、遵循法定的程序来实施。为了保护相对人的权利，行政机关在实施行政给付的时候，还应当告知相对人一定的救济途径。

二、行政给付的内容与形式

（一）行政给付的内容

行政给付的内容是指行政机关通过行政给付行为赋予给付对象一定的物质上的权益或与物质相关的权益。

1. 物质上的权益。表现为给付相对人一定数量的金钱或实物。

2. 与物质有关的权益。这种行政给付的表现形式很多，如让相对人免费入学受教育、给予相对人享受公费医疗待遇等。

（二）行政给付的形式

行政给付的形式很多，由于我国有关行政给付的法律、法规的规定较为零散，各种具体的行政给付散见法律、法规之中，名称不一，涵义上也差别较大，致使很难界定行政给付的形式。目前，我国有关行政给付形式的法律、法规主要有：《残疾人保障法》、《消防条例》、《军人抚恤优待条例》、

《中国人民解放军志愿兵退出现役安置暂行办法》、《退伍义务兵安置办法》、《革命烈士褒扬条例》、《国有企业待业职工保险规定》等。综合这些法律、法规的规定，可将行政给付的形式概括为以下几种：

1. 抚恤金。这是最为常见的行政给付形式。它包括：（1）牺牲、病故人员抚恤金。此类抚恤金，发给烈士和病故的军人、人民警察、参战民兵、民工，以及党政机关、民主党派、人民团体工作人员的家属。（2）伤残抚恤金。此类抚恤金包括发给革命伤残人员的抚恤金，在乡革命伤残人员的副食品价格补贴，回乡安置的特、一等革命伤残军人护理费，革命伤残人员伤口复发治疗，装修假肢和辅助器械等按规定报销的费用，在乡三等革命伤残人员疾病医疗减免的费用。（3）烈军属、复员退伍军人生活补助费。此项补贴费包括发给在乡退伍红军老战士的生活补助费、副食品价格补贴和护理费，符合规定条件的烈属、在乡复退军人定期定量补助费和烈军属、在乡复退军人临时补助费。（4）退伍军人安置费。此为发给无住房或严重缺房而自立确有困难无法克服的当年回乡义务兵的一次性建房补助费。

2. 特定人员离退休金。此项行政给付主要包括：（1）由民政部门管理的军队离休干部的离休金，生活补助费，副食品价格补贴以及取暖补贴，护理费，死亡后的丧葬费，遗属生活困难补助等。（2）由民政部门管理的军队退休干部，无军籍退休职工和由民政部门发放退休金的地方退休人员的退休金，副食品价格补贴以及取暖补贴，护理费，死亡后的丧葬费，遗属生活困难补助费等。（3）由民政部门发放退职金的退职人员生活费，副食品价格补贴。

3. 社会救济、福利金。此项行政给付主要包括：（1）农村社会救济，即用于对农村五保户、贫困户等的救济。（2）城镇社会救济，用于对城镇居民中无依无靠无生活来源的孤老残幼和贫困户等的救济。（3）精简退职老弱残职工救济。（4）社会福利金，用于对社会福利机构如社会福利院、敬老院、儿童福利院等，流浪乞讨人员收容遣送、安置，社会残疾人团体及其福利生产单位，科研机构（假肢科研机构等）的经费资助。

4. 自然灾害救济金。此项行政给付主要包括：（1）生活救济费，用于解决灾民吃、穿、住及治病等困难，适当扶持灾民生产自救。（2）安置抢救转移费，用于发生特大自然灾害，紧急情况下临时安置、抢救、转移灾民的费用支出。

三、行政给付的程序

行政给付作为行政机关的一种法律行为，须按一定程序实施，尽管我国目前在行政给付方面尚无统一的法律规定，但在不同的法律、法规、规章中对不同形式的行政给付程序均作了一些简单规定。

根据法律、法规的规定，有的行政给付是定期性发放的，如伤残抚恤金、离退休金、烈军属生活困难补助等；有的是一次性发放的，如因公牺牲或病故人员的丧葬费，退伍军人安置费，烈士家属抚恤金等；也有的是临时性发放的，如自然灾害救济，公民突发性困难紧急救济等等。不同的行政给付，其程序也存在着一定的差异。对于定期性的行政给付，通常应由给付对象本人或所在组织、单位提出申请，主管行政机关依法对其进行审查、评定等级，在有些情况下，还需要通过技术专家或专门部门的鉴定，确定标准，然后再定期（按月或按年）发给。对于一次性行政给付，通常由给付对象提出申请，主管行政机关予以审查核实，然后按照法律、法规或规章所确定的标准一次

性发给。至于临时性行政给付，有的由给付对象先提出申请，有的则由有关基层组织确定给付对象，并提出申请报告，主管行政机关进行审查、批准后，再直接发给给付对象，或者经有关基层组织分发给给付对象。

各种行政给付的具体程序应由有关法律、法规或规章规定，不同形式的行政给付程序也存在一些共同的程序规则，主要的有：申请程序、审查程序、批准程序与实施程序，在这些程序中，一般都要求书面形式，由于行政给付的标的多为一定的财物，所以，在具体的给付程序中，法律、法规和规章还会规定一定的财务、物品登记和交接程序。

第五节 行政裁决

一、行政裁决的概念

(一) 行政裁决的概念

行政裁决是指行政主体依照法律授权和法定程序，以第三者的身份，对平等主体之间发生的、与行政管理活动密切相关的特定民事、经济纠纷进行裁决的具体行政行为。

(二) 行政裁决的特征

1. 行政裁决的主体是法律授权的特定行政机关。行政裁决不同于司法机关的司法审判，也不同于社会团体或民间组织的民间仲裁，行政裁决活动在本质上仍属于行政行为的范畴，行使裁决权的主体是对相应民事、经济纠纷有关的行政事项具有管理职权的行政机关。行政机关的这种裁决权来源于法律授权，非经法律授权，行政机关不得实施行政裁决行为。

2. 行政裁决的对象是特定的民事、经济纠纷。行政裁决的对象具有特定性，行政机关不能对所有的民事、经济纠纷都进行裁决，而只能裁决那些法律规定的、与行政管理事项有关的民事纠纷。实际上，民事纠纷在传统上是由法院裁判的，行政机关一般只行使行政权，通常情况下不能裁决民事争议案件。但是，由于社会经济的日益发展，在特定情况下，为实现行政管理目标，也为了避免法院繁琐而复杂的诉讼程序，法律特别规定了个别种类的民事、经济案件由行政主体先予裁决。当然，为了公正起见，行政裁决一般都是非终局性的，法院保留对行政裁决的结果进行司法审查的权力。

3. 行政裁决在形式上具有准司法性。这首先表现为行政机关在行政裁决中并非以管理者而是以居间裁决的主持人身份出现；其次，行政裁决依照的程序也不同于一般的具体行政行为的程序，而是一种准司法程序，它要求行政主体客观公正地审查证据，调查事实，然后依法作出公正的裁决。

4. 行政裁决在效果上具有强制性。行政裁决一经作出，就会在当事人之间设定一种民事、经济上的法律关系，当事人若对该裁决不服，虽可申请复议或提起诉讼，但绝不能自行改变或推翻该裁决。如果当事人不通过合法途径申请复议或提起诉讼，又不履行该裁决，行政机关则有权依法采取强制措施或申请人民法院强制执行。

二、行政裁决的法律依据与裁决机关

(一) 行政裁决的法律依据

目前，我国规定有行政裁决内容的法律有：《土地管理法》、《治安管理处罚条例》、《渔业法》、《环境保护法》、《海洋环境保护法》、《水污染防治法》、《大气污染防治法》、《食品卫生法》、《药品管理法》、《商标法》、《专利法》、《计量法》、《国家建设土地征用条例》、《森林法》、《草原法》、《矿产资源法》、《水法》等。根据这些法律制定的有关条例与实施细则对行政机关行使行政裁决权作了更详细、具体的规定。某些行政法规或行政规章也为一部分行政机关设定了行政裁决权，比如：《兽药管理条例》、《电力设施保护条例》、《种子管理条例》、《家禽家畜防疫条例》、《民间纠纷处理办法》、《关于港口作业事故处理的几项规定》等（但对于法规或规章设定的行政裁决权是否合法有效，理论上存在着争议）。

(二) 行政裁决机关

根据有关法律、法规和规章的规定，目前我国具有行政裁决权的行政主体主要包括：

1. 裁决民事纠纷的一般行政机关。即依法律、法规授权的各级人民政府及其主管部门，包括公安机关、渔政管理机关、环境保护机关（包括负有环境保护职责的海洋局、港监和航政等）、卫生行政机关、工商管理机关、标准计量管理机关、土地管理机关、林业管理机关、矿产资源管理机关、水行政管理机关、农牧业行政管理机关等。

2. 裁决民事纠纷的专门行政机构，即在行政机关内设置的受理和裁决特定争议和纠纷的专门机构。这样的机构主要有两个：一个是国家专利局设置的专利复审委员会，主要受理相对人对专利权人的专利权提出争议的案件；另一个是国家商标局设置的商标评审委员会，主要受理商标注册人对他人已注册的商标提出争议的案件和其他人对商标注册人已注册的商标提出争议的案件。

三、行政裁决的种类与形式

（一）行政裁决的种类

根据我国现行法律的规定，行政裁决主要有以下几类：

1. 损害赔偿裁决。这是指行政机关对平等主体之间发生的、与行政管理相关的损害赔偿争议所作的裁决。此类行政裁决涉及食品卫生、环境保护、医疗卫生、产品质量、社会福利、自然资源利用等领域。当双方当事人就损害赔偿责任、赔偿数额、赔偿方式或赔偿期限产生纠纷后，权益受损方可依法要求法定行政机关进行裁决，确认赔偿责任和解决相关问题，使其受到损害的权益得以恢复。

2. 权属纠纷裁决。这是指行政主体对平等主体之间，就行政管理相关的财产、资源的所有权、使用权的归属发生争议所作出的裁决。如行政机关在进行土地行政管理时，甲与乙就某一土地使用权的归属发生了争议，其中一方向土地管理行政机关提起裁决申请之后，行政机关作出相应的裁决。此类裁决主要涉及土地、草原、森林、水面、滩涂和矿产资源领域纠纷的处理。

3. 侵权纠纷裁决。这是指在平等主体之间，一方当事人认为其行政法上的合法权益受到了另一方侵犯时，依法请求行政机关制止侵害，并责令侵权方对其侵害行为已造成的损失予以赔偿，行政机关应当事人申请，就侵权行为是否发生，双方争议如何处理所作出的裁决。这种裁决通常与损害赔偿裁决一起进行。目前，规定这种裁决的法律主要有：《商标法》、《专利法》、《著作权法》、《土地管理法》等。

（二）行政裁决的形式

目前我国法律授予行政机关行政裁决权的形式主要有以下几种：

1. 法定职责型。它是指法律规定行政机关在处理行政事务时，必须对平等主体之间的纠纷进行裁决。如《渔业法》第 27 条规定：“偷捕、抢夺他人养殖的水产品的，破坏他人养殖水体，养殖设施的，由渔业行政部门或者所属的渔政监督管理机构责令赔偿损失，并处罚款……”又如《土地管理法》第 13 条规定：“土地所有权和使用权争议，由当事人协商解决；协商不成的，由人民政府处理。”

2. 当事人选择型。这是指法律规定行政机构拥有的裁决权必须在当事人申请的情况下才能行使。当事人不申请就不能主动进行裁决，当事人拥有选择权，既可以选择行政机关裁决，也可以径行向人民法院提起民事诉讼。作

这样规定的法律主要有：《药品管理法》、《水污染防治法》等。

3. 行政机关自主型。这种形式是指法律只规定行政机关可以作出裁决，而没有规定其他限制条件，行政机关既可以主动作出裁决，也可以根据当事人申请作出，还可以不裁决，让当事人直接向人民法院提起诉讼。作出此类规定的法律最多，如：《土地管理法》、《商标法》、《海洋环境保护法》、《专利法》、《草原法》等等。

四、行政裁决的程序

尽管许多法律、法规和规章规定了行政裁决的内容，但是这些法律规范大多只是确立了行政机关的裁决权，而很少对裁决的程序作出相应的规范。这种现象不仅影响了行政裁决的公正性，也同时影响了行政裁决的效率。根据有关法律的零散规定和实践中的具体作法，行政裁决的程序大致包括下列几个步骤：

（一）申请

当事人认为自己的权益受损或其他原因与对方当事人发生纠纷时，可依法向主管行政机关提出申请。申请应当满足下列条件：

1. 申请人适格，即申请人应当是民事权益发生争议的当事人或其法定代表人、监护人。

2. 申请必须向有管辖权的行政机关提出，一方面申请裁决的民事、经济纠纷必须是依法可以由行政机关处理的，另一方面被申请的行政机关必须对该民事、经济纠纷具有法定的管辖权。

3. 申请必须在法定期限内提出，如《商标法》规定为 15 天，《专利法》规定为 3 个月，超过法定期限，申请裁决权即自动丧失。

4. 申请一般必须提交申请书。申请书应写明纠纷双方当事人的姓名、住址等自然情况、请求裁决的事项及有关事实依据和理由等，有时申请书还必须附有关材料。如《商标法实施细则》第 17 条规定：“对驳回申请的商标申请复议的，申请人应当在收到驳回通知之日起 15 天内，将《驳回商标复审申请书》一份寄送商标委员会复审，同时附送原《商标注册申请书》、原商标图样 10 份、黑白稿一份和驳回通知。”

（二）受理

行政机关在收到当事人的申请书之后，应当在合理的期限内对申请书进行初步审查，如果符合申请条件的，行政机关应当受理，与上述条件不符的，行政机关应及时通知当事人不予受理，并说明理由。

（三）审理

行政裁决机关在决定受理之后，应当将申请书的副本送交对方当事人，要求其在规定期限内提出答辩书以及必要的有关材料。行政机关对纠纷的事实和证据应当仔细查证核实，有必要的，行政机关可召集当事人进行调查、询问和辩论，行政机关有权责令当事人举证，也可以自行依法调查或向有关公民和组织调查取证。

（四）裁决

行政机关通过审查，认为事实清楚、证据确凿，即可依据有关法律、法规和规章进行裁决。裁决书应载明双方当事人及法定代表人或委托代理人的姓名、住址、身份、纠纷争议的内容、对争议的裁决以及裁决的根据和理由，还要告知当事人能否向法院起诉以及起诉的期限和管辖法院。如果行政裁决是终局裁决，如《专利法》第 43 条第 3 款规定：“专利复审委员会对申请人、

专利权人或者撤销专利权的请求人关于实用新型和外观设计的复审请求所作出的决定为终局决定。” 在此种情况下，即使当事人不服行政裁决也不得向人民法院提起诉讼。

（五）复议

有些法律规定，若当事人不服行政裁决，可以申请原裁决机关的上一级行政机关或法律、法规规定的行政机关重新审查和裁决。

第十章 行政强制

第一节 行政强制概述

一、行政强制的概念

行政强制，是指行政主体为实现一定的行政目的，对相对人的财产及人身自由等采取的强制措施。

行政强制的主体是行政主体，即行政机关或法律、法规授权的组织。行政主体在其自身不具有直接采取行政强制措施权力的情况下，可以申请人民法院实施强制。但人民法院不是行政强制的主体，行政强制措施并不因行政主体申请人民法院实施而改变其作为行政强制的性质。

行政强制的对象是相对人的财产及人身自由。当然，这里所谓相对人是特定的，即拒不履行行政法义务，或对社会、经济秩序以及他人身体健康或安全可能或正在构成危害，或者其本身处在或将处在某种危险状态之下的行政相对人。

行政强制是为了实现行政目的。所谓行政目的，即公共利益，这里主要指迫使法定义务人履行其应履行的义务，或者排除违法行为人对社会、经济秩序、他人身体健康、安全等构成的或可能构成的危害，以及保护其本身处在或将处在某种危险状态下的行政相对人。

行政强制是一种具有可诉性的具体行政行为，相对人不服行政强制措施，可以直接向人民法院提起诉讼，或者经行政复议后再向人民法院起诉。

二、行政强制的种类

从广义上讲，凡表现为强制形态的一切行政上的措施，都可以归类于行政强制。在这种意义上，拘留、罚款、吊销或扣留许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚行为也属于行政强制措施。不过，通常人们所理解的行政强制是狭义上的，是除了行政处罚以外的行政强制措施。行政强制措施可分为对财产的强制措施（如查封、扣押、冻结、强制拆除建筑物、变卖拍卖财物、强制转让专利权、商标权等），对行为的强制措施（如强制许可、强制登记、强制检定等）以及对人身自由的强制措施（如劳动教养、收容遣送、强制检疫、强制治疗、强制戒毒、强制传唤、强制扣留、强制带离现场等）。

行政强制执行是现代行政强制的最基本的类型。此外，行政上的即时强制、行政监督检查中对相对人施加的各种强制措施，都可以归类于行政强制。根据行政强制的性质和程序的阶段性，可以分为执行性强制措施和即时性强制措施二种。

执行性强制措施主要是指行政强制执行，是行政主体为保证法律、法规、规章和其他行政规范性文件以及行政主体本身依法作出的行政决定所确定的行政相对人的义务的实现，而采取的迫使违法拒绝履行相应义务的行政相对人履行义务或通过其他法定方式使相应义务得以实现的一种强制措施，包括直接强制执行措施（如查封、扣押、冻结、划拨、扣缴、强制收购、限价出售等）和间接强制执行措施（如执行罚、代执行等）两种形态。

即时性强制措施是法律赋予部分行政主体的一种紧急处置权，又称预防、制止性强制措施，是指行政主体等有权机关为了维护社会秩序，保障社会安全，保护公民的人身、财产权免受侵害，采取一定的强制措施，对某种

可能或正在发生的违法行为或危害社会及公民个人安全的行为予以预防或制止。例如强制带离现场、盘问、约束、扣留、使用警械、武器、强制隔离、强制检疫、强制治疗等，都属于预防、制止性行政强制措施范畴。预防、制止性强制措施，又可以分为预防性即时强制和制止性即时强制。二者的区别在于其强制对象是“可能”还是“正在”实施违法或危害行为。

三、行政强制的作用及其必要性

（一）行政强制是实施行政法律规范的有力保障

任何一部法律、法规的社会价值都是通过对其贯彻实施而实现的，否则，将是一纸空文。为此，对于那些拒不履行法定义务的义务人，采取强制措施，迫使其遵守法律，执行法律，履行义务，从而保证法律、法规的顺利实施，维护法律、法规的严肃性，维护法制的尊严。

（二）行政强制是行政机关依法行使职权的有力保障

行政机关在行政管理过程中，对相对人科以一定的义务，并使这种义务得以履行，是行政职权行使的必需。但现实生活中有的相对人往往不履行行政义务。行政强制措施的实施有利于预防、制止或避免这类现象的发生，有利于维护和提高行政职权的尊严，确保其有效运行。

（三）行政强制是维护社会公共秩序，促进市场经济发展的必要手段

行政管理的根本目的是维护社会公共秩序，为市场经济的发展创造良好的社会环境，而行政强制措施则是实现这一目标的有效手段之一。行政机关作为社会秩序的维护者，在制止、预防违法行为，敦促相对人履行义务过程中，只靠说服、劝导的手段往往是不够的，对拒不履行义务的相对人还需要采取必要的强制手段或者制裁手段，才能阻止其拒不履行义务的行为，才能及时、有效地排除危害社会公共秩序和公民自由、安全的行为和状态，确保社会稳定、健康地发展。另外，市场经济的发展，要求有一个公开、平等、竞争的社会经济秩序。为了遏止欺行霸市、投机倒把、制造销售假冒伪劣产品等违法经营的行为，也有必要通过行政强制，排除阻碍市场经济发展的行为，促使人们的经济活动在法制化的轨道上运行。

（四）行政强制是教育行政相对人增强法制观念，自觉履行法定义务的有效方法

行政强制虽然是通过实施强制措施来维持社会秩序、经济秩序和公民、法人和其他组织的合法权益，但对相对人的宣传法制以及教育、警戒作用也十分明显。行政机关在实施强制措施过程中，同时着眼于教育义务人，增强其法制观念，促使其自觉履行法定义务。说服教育与强制相结合、强制与预防相结合的原则是行政机关实施行政强制措施必须遵循的行为准则。

第二节 行政强制执行

一、行政强制执行的概 念

行政强制执行，是指在行政法律关系中，作为义务主体的行政相对人不履行其应履行的义务时，行政机关或人民法院依法采取强制措施，迫使其履行义务的活动。

人民法院的强制执行是依行政机关的申请所作的执法行为。人民法院只有根据行政机关的申请，并按照法律规定的程序，才能实施强制执行。人民法院所进行的强制执行，实质上是行政权中执行权能的体现，是行政机关强制执行权的延伸和继续。

二、行政强制执行的特征

（一）行政相对人不履行应履行的义务，是适用行政强制执行的前提条件

行政强制执行是针对行政相对人不履行法律直接规定的或由行政行为确立的义务而采取的强制措施，是强迫作为义务主体的行政相对人履行其应履行的义务，以保障相应行政管理目标的实现。对于行政相对人不构成不履行义务的情形，如未到限定期限的义务，就不能采取行政强制执行措施，否则，便构成对行政相对人合法权益的侵害。

（二）行政强制执行措施由行政机关或人民法院实施

由谁适用行政强制执行的问题，必须依据法律规定。一般情况下，对于紧急的、应及时采取行政强制执行的行政行为，由行政机关实施，而对于经过一段时间不会影响行政行为效果的行政强制执行，出于对行政相对人权益的保护，则由行政机关申请人民法院予以实施。例如，1982年《食品卫生法（试行）》规定，“当事人对食品卫生监督机构给予的行政处罚不服的，在接到处罚通知之日起15天内，可以向人民法院起诉。但是，对食品控制的决定应当立即执行。对罚款的决定不履行又逾期不起诉的，由食品卫生监督机构申请人民法院依照《中华人民共和国民事诉讼法（试行）》规定的程序强制执行”。

（三）行政强制执行的目的是保障行政义务的履行

行政强制执行无论由人民法院实施，还是由行政机关实施，其目的都是为了保障法律直接规定或行政行为所确立的行政义务的履行。人民法院在接受行政机关的行政强制执行申请时，应对行政行为的合法性进行审查，如认定相应行为合法即予以执行，如确认相应行为不合法则应拒绝执行。

（四）行政强制执行的对象具有广泛性

行政强制执行的对象可以是物，如强制划拨；可以是行为，如专利强制许可；也可以是人，如强制扣留。这与民事强制执行将自然人排除在外不同。行政强制执行的具体实施方式，必须由法律、法规明确规定，执行机关必须严格按照法定形式实施，不得任意变更。

（五）行政强制执行不得进行执行和解

行政强制执行，是行政主体依照法律规定对相对人作出的保障行政行为得以执行的强制措施。对于行政主体来说，行使行政权力既是权利又是义务，必须依法行使，不得放弃或自由处置。也就是说，代表国家参加行政法律关系的行政主体不得放弃自己的权力。因此，与民事执行不同，行政主体在行政强制执行过程不得自行与相对人进行执行和解。

三、行政强制执行的种类

行政上的义务，可分为作为义务和不作为义务，又可分为可代替义务和不可代替义务。综合这两种分类方法，可将行政上的义务分为可代替作为义务（如拆除违法建筑物的义务等）、不可代替作为义务（如作为证人提供证言的义务）以及不作为义务（如停止营业的义务）三种。不作为义务性质上都是不可代替的，不存在可代替不作为义务。

根据行政上的义务不同，可采取不同类型的行政强制执行。我国行政法学界一般依据执行人是否可以亲自或请人代替法定义务人履行其义务为标准，将行政强制执行分为间接强制执行和直接强制执行二种。

（一）间接强制执行

通过间接手段迫使义务人履行其应当履行的义务或者达到与履行义务相同状态的行政强制措施，称为间接强制执行。对于不可代替作为义务和不作为义务，通常采取间接强制执行措施。而对于可代替作为义务，既可实行间接强制执行，又可实行直接强制执行。间接强制执行又分为代执行和执行罚二种。

1. 代执行，是行政强制执行机关或第三人代替义务人履行法律、法规直接规定的或者行政行为所确立的义务，并向义务人征收必要费用的强制执行措施。

代执行的实施前提是，必须有法律、法规根据，或者有合法的行政行为存在，而法定义务人不履行其应该履行的法定义务。代执行的主体，必须是行政强制执行机关或其指定的第三人。行政强制机关自身代替义务主体履行义务，是完成其所承担任务的一种有效途径，这也是法律所允许的。由第三人来代为执行，只有在第三人接受该机关指定后才能进行。行政强制执行机关成为代执行主体，并不意味着该机关及其公务员必须具体实施代执行行为，而只要在其主持和指挥下进行即可。代执行的对象是法律、法规直接规定的或者行政行为所确立的可代替作为义务，如违法建筑物的强制拆除、代出义务工等。对于不可代替作为义务和不可代替不作为义务，如接受行政拘留处罚、接受人身隔离、责令停止从事法律禁止事项等，则不能采取代执行的方法。因此，可代替作为义务是代执行的唯一对象。

代执行的程序，一般分为告诫、代执行和征收费用三个阶段。告诫应事先以书面形式进行。在告诫设定的履行期限内，义务人未履行，并且确有不履行义务的故意而不是实际上不能履行时，才可以实施代执行。只有在特殊情况下，由于形势紧迫，来不及采取告诫程序时，才可以不经事先告诫或不待期限届满，立即代为执行，这种情况称为即时代执行。代执行以向义务主体征收费用为终结。代执行费用的数额，应当以代执行实际支出的人力、物力为限，而不应超过这一限度，否则就带有处罚的性质。至于代执行费用征收的时间，是事前征收还是事后征收，目前我国法律尚没有明确规定。一般说来，事前征收既可以给义务主体造成一定的心理压力，促使其自动履行义务，以便圆满地达到行政目的，又可以了解义务主体的支付能力，便于执行机关酌情确立采用执行方法，保证代执行的公正有效实施。因此，事前征收代执行费用具有一定的积极意义。

代执行避免了执行机关直接凭借国家强制力迫使义务人履行义务，从而缓解了义务主体对执行的抗拒心理，只要义务人在代执行过程中不妨碍执行的实施，就可达到执行的目的。因此，代执行是一种应用范围较广的行政强

制执行措施。

2. 执行罚，亦称强制金，是行政强制执行机关对拒不履行不作为义务或不可代替作为义务的义务主体，科以金钱给付义务，以迫使其履行的强制执行措施。

执行罚与行政处罚中的罚款有相似之处，即二者都以行政违法为前提，都是科处相对人一定的金钱给付义务。但是，执行罚与罚款在性质和功能上却有原则的区别。首先，执行罚的目的不是对义务主体进行处罚，而是通过罚缴一定数额的金钱，促使义务主体履行其应履行而拒不履行的义务；而罚款则是对已经发生的行政违法行为给予金钱制裁。其次，执行罚可以针对同一事项反复适用，而罚款则必须遵循“一事不再罚”的原则。

作为行政强制执行中的一种独立的法律制度，执行罚具有如下特点：(1) 执行罚一般只用于不作为义务和不可代替作为义务。执行罚在我国税务、海关、环保、审计等部门的行政管理中已被广泛运用，最为典型的是滞纳金。

(2) 执行罚的数额必须由法律、法规明文作出规定，执行机关不能自行其是。凡法律、法规明确规定了数额的，执行机关只能依法实施，无裁量余地。如税法等规定的滞纳金。如果法律、法规只规定了一定幅度，执行机关就可以在法定幅度内自由裁量，其标准是能够促使义务主体自动履行义务。(3) 执行罚的数额从义务主体应履行义务之日起，按日数计算，并可反复适用。一旦义务主体履行了义务，执行罚则不应再进行。

执行罚的程序大体与代执行相同，即必须预先告诫，在适当的履行期限内义务主体仍不履行其义务时，才能实施执行罚。

(二) 直接强制

直接强制，是指义务主体逾期拒不履行其应履行的义务时，行政强制执行机关对其人身或财产施以强制力，以达到与义务主体履行义务相同状态的一种行政强制措施。

直接强制可分为人身强制和财产强制二种。前者如海关对走私嫌疑人予以扣留，公安机关对违反《治安管理处罚条例》的人予以强制传唤，主管机关对拒绝或逃避隔离的检疫传染病患者予以强制隔离等。后者如根据价格管理条例规定，对拒缴违法所得或拒缴罚款的，物价检查机构可以按有关规定通知其开户银行予以划拨；根据食品卫生法的规定，对腐烂变质食品实行强制销毁等。

尽管在实现国家行政管理目标、保障行政行为所确立的义务得以实际履行的过程中，直接强制具有重要的作用，但是，由于直接强制以国家强制力为手段，以义务主体的人身权利或财产为执行对象，如适用不当，极易造成对义务主体合法权益的侵害。因此，法律对直接强制的适用条件和程序作了非常严格的规定，一般只有在无法采用代执行、执行罚的情况下，或者虽采用了代执行或执行罚，但难以达到执行目的时，才能适用直接强制。总的来说，行政强制应遵循从轻至重按顺序的原则来选择执行措施，以确保在完成行政强制执行的同时，避免给相对人权益造成不应有的损害。

四、行政强制执行的具体实施方式

如前所述，行政强制执行的具体实施方式，必须由法律、法规明确规定，执行机关必须严格按照法定方式实施，不得任意创设或变更。行政强制执行的具体实施方式，可根据行政强制执行的对象分为对财产、行为和人身的方式三种。

（一）对财产的行政强制执行方式

对财产的行政强制执行方式，是指义务主体逾期不履行义务时，行政强制执行机关对义务主体的财产实施强制措施的具体执行方式。

1. 滞纳金。此种方式适用于有缴纳金钱义务的义务主体不按时缴纳应缴款项的情形。主管机关从相对人滞纳之日起，按日并按滞纳金比例加收一定的金额。如《国营企业调节税征收办法》第14条、《增值税条例（草案）》以及《营业税条例（草案）》第13条第1款都规定：“纳税人必须依照税务机关核定的期限交纳税款。逾期不缴的，除限期追缴外，并从滞纳之日起，按日加收滞纳税款5%的滞纳金。”而《行政处罚法》第51条第1项规定，当事人到期不缴纳罚款的，每日按罚款数额的3%加处罚款。

2. 查封、扣押、冻结。查封是指行政主体在行政相对人的财产上加贴封条，予以强制封存。查封期间限制财产权的使用，被查封人不得处分其财产。查封的目的主要是为了保障行政决定的执行和行政相对人的金钱、财产给付义务的实现，防止行政相对人在行政决定强制执行前转移、隐瞒或毁损其可供执行的财产。扣押是指行政主体限制行政相对人对其财产的继续占有和处分的一种强制措施。扣押的主要目的与查封相同，是为了保证行政决定的执行和相对人的金钱、财产给付义务的实现。二者的区别在于：查封的财产一般是不易移动或没有必要转移于行政机关处所的物品，即留在原地查封；而扣押的财产一般是可以移动的，且有必要从相对人处所转移的物品，或者是行政主体在执法检查监督中现场查获的与相对人实施违法行为有关的物品。行政主体查封、扣押行政相对人的财产时，相对人如果是公民个人，应通知其本人或其成年近亲属到场，并通知其工作单位或财产所在地基层组织派人参加；如相对人是组织，则应通知其法定代表人或主要负责人到场。行政主体对于查封、扣押的财产，必须造具清单，由在场人员签名或盖章后，交相对人一份。相对人财产被查封、扣押后，行政主体应责令其在指定期间内履行其法定义务。相对人若逾期不履行，行政主体可以按规定将所查封、扣押的财产交有关单位拍卖或变卖。对国家禁止自由买卖的物品，应交有关单位按国家规定价格收购。冻结是指行政主体在行政调查和检查时，为防止相对人转移资金，以保证日后处罚的执行，通知有关单位冻结相对人的款项。例如，《违反外汇管理处罚施行细则》第11条规定，管汇机关查处违反外汇管理案件，为了防止违法单位转移资金，可以通知银行冻结其违法款项，……对拒不缴付罚没款项的违法单位，管汇机关可以从其开户银行中强制扣款。

3. 强制划拨、强制扣缴、强制抵缴。这些方式适用于有缴纳金钱义务的义务主体逾期不履行缴纳金钱义务的情形。执行时执行机关通知银行从义务主体的存款或其他款项中强行划拨、强制扣缴入库或将义务主体的保证金和被扣留的货物、物品、运输工具等变价充抵应缴纳的金钱，以达到与义务主体履行义务相同的状态。如《价格管理条例》第51条规定：“对拒缴非法所得或者罚款的，物价检查机构可以按照有关规定通知其开户银行予以划拨。”

《海关法》第53条规定：“当事人逾期不履行海关的处罚决定又不申请复议或者向人民法院起诉的，作出处罚决定的海关可以将其保证金没收或者将其被扣留的货物、物品、运输工具变价抵缴。”《营业税条例》第13条第2款规定：“税务机关对纳税人催缴税款无效的，可以通知其开户银行扣缴入库。”

4. 强制收购、限价出售、强制收兑。强制收购是指行政主体对相对人私

自买卖、计价使用、借贷抵押国家禁止流通的物品予以强制收购。例如，根据 1983 年《金银管理条例》第 31 条第 1 项规定，违反有关规定而擅自收购、销售、交换和留用金银的，由中国人民银行或者工商行政管理机关予以强制收购或贬值收购。《投机倒把行政处罚暂行条例》第 9 条规定：对用于投机倒把的商品可以“强制收购”。限价出售是指行政主体对违反国家物价规定，高价出售商品或倒卖商品的相对人，强制其按规定的价格出售有关商品。例如，根据《投机倒把行政处罚暂行条例》第 9 条规定，工商行政管理机关可以强制有关行为人将从零售商店或者其他渠道套购、就地加价倒卖的紧俏商品限价出售。强制收兑，是对套汇者采取的一种强制措施。《违反外汇管理处罚施行细则》第 3 条第 1 项规定：“套入方所得外汇尚未使用的，责令其限期交回，强制收兑；套入方所得外汇已被使用，责令其补交等值的外汇，强制收兑，或者扣减相应的外汇额度。”

5. 强制拆除、强行退还。强制拆除是行政主体责令违章建筑，违法占地建筑的所有人或使用人在指定期限内拆除违章建筑，如逾期不履行，强制执行机关可以通过法定程序予以拆除。如《城市规划条例》第 50 条第 2 项规定：“对违反本条例进行建设的……责令其拆除违章的建筑物、构筑物。”第 51 条规定：“逾期不起诉又不履行的，由城市规划主管部门申请人民法院强制执行。”《土地管理法》也规定，主管行政机关可以申请人民法院强制拆除违章建筑和违法建筑。强行退还，凡违法侵占土地的人，应承担按时退出违法占用土地的义务，如逾期不履行义务，有关国家机关可依法定程序强制义务主体退出违法占用的土地。《土地管理法》第 43 条规定：“……非法占用土地的，责令退还非法占用的土地。”第 52 条规定：“逾期不履行又不起诉的，由作出处罚的机关申请人民法院强制执行。”

（二）对行为的行政强制执行方式

对行为的行政强制执行方式适用于义务主体逾期不履行作为义务的情形，指行政执行机关依照行政强制执行程序迫使相对人履行作为义务。

1. 滞报金。如《海关法》第 18 条第 2 款、第 3 款规定：“进口货物的收货人应当自运输工具申报进境之日起 14 日内……，向海关申报”，“进口货物的收货人超过前款规定期限未向海关申报的，由海关征收滞报金。”

2. 强制服兵役。如《兵役法》第 61 条规定：“有服兵役义务的公民拒绝、逃避兵役登记的，……经教育不改，基层人民政府应当强制其履行兵役义务。”

3. 强制检定。如《计量法》第 9 条规定：“县级以上人民政府计量行政部门对社会公用计量标准器具，部门和企业、事业单位使用的最高计量标准器具，以及用于贸易结算、安全防护、医疗卫生、环境监测方面的列入强制检定目录的工作计量器具，实行强制检定。”

4. 强制许可。如《专利法》第 52 条规定：“发明和实用新型专利权人自专利权被授予之日起满 3 年，无正当理由没有履行本法第 51 条规定的义务的，专利局根据具备实施条件单位的申请，可以给予实施该专利的强制许可。”

（三）对人身的行政强制执行方式

对人身的行政强制执行方式适用于义务主体不履行法定的人身义务或拒不接受公安机关依法作出的人身处罚的情形，即行政执行机关依行政强制执行程序对相对人人身采取行政强制。

对人身的行政强制执行必须有法律根据，其执行内容要件必须由法律具体规定。目前我国对人身的行政强制执行方式主要有：强制传唤、强制扣留、强制履行、遣送出境和强制隔离等。如《治安管理处罚条例》第 34 条第 2 款第 1 项规定：“对无正当理由不接受传唤或者逃避传唤的，公安机关可以强制传唤。”该条例第 35 条规定：“受拘留处罚的人应在限定的时间内，到指定的拘留所接受处罚。对抗拒执行的，强制执行。”《兵役法》第 61 条规定：应征公民拒绝、逃避征集的，预备役人员拒绝、逃避军事训练的，经教育不改，基层人民政府应当强制其履行兵役义务。《外国人入境出境管理法》第 27 条规定：“对非法入境、非法居留的外国人，县级以上公安机关可以拘留审查，监视居住或者遣送出境”。患需要隔离的传染病人应当依有关行政机关的决定在限定时间内到指定场所接受隔离，对拒绝、逃避隔离的，有关行政机关可以将其强制隔离。如《急性传染病管理条例》第 19 条规定：发现甲类传染病人或疑似病人的卫生医疗单位必须立即对病人或疑似病人进行严密隔离和抢救治疗，并采样检验。

五、行政强制执行的原则

（一）依法执行的原则

行政强制执行必须严格依照法律规定进行。首先，执行机关必须合法，无执行权的机关和组织均不得强制执行。其次，执行活动必须有法律依据，没有法律依据便不能强制执行。再次，行政强制执行必须依照法定程序进行。例如，强制迁出房屋、强制拆除违章建筑或强制退出土地，必须依法签发公告；对于查封、扣押的财产，必须造具清单等。

（二）说服教育和强制相结合的原则

行政主体在采取行政强制执行措施前，必须告诫当事人，通过说服教育工作，使当事人依法自觉履行法定义务。只有在说服教育后当事人仍不自觉履行法定义务时，才应对之采取实际强制执行措施。

《治安管理处罚条例》第 4 条、《行政监察法》第 5 条和《行政处罚法》第 5 条均规定了教育和惩处相结合的原则。这一原则是我国行政强制和行政处罚长期实行的原则。当然坚持教育与强制相结合这一原则并不意味着说服教育是强制执行的法定程序。

（三）及时、准确、手段正当的原则

行政强制执行必须在法定期限内进行，不得逾期；当法律、法规没有对执行时限明确作出规定时，执行机关应该在适当时限（即使对相对人隐藏、转移、变卖、毁损强制执行标的物的期限）内采取强制执行措施。行政强制执行必须准确，证据确凿，执行手段合理、公平、适当，以取得最佳社会效果。

（四）执行标的有限的原则

对财产和金钱给付义务的强制执行，应该有一定的范围和限度。根据法律规定，执行机关可以冻结、划拨被执行人的存款，或者扣留、提取被执行人的劳动收入，也可以查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人的财产。但在采取上述措施时，执行机关不得超出被执行人应当履行义务的范围；对于作为被执行人的公民，应当保留其本人及其所扶养家属的生活必需费用和生活必需品，以不影响被执行人及其所扶养家属的最低生活标准为限。在某些复杂的情况下，采取强制执行措施时难以准确判断所涉及财产的价值，执行以后才发现已超出被执行人应当履行义务的范围时，应当将多余部分退还被

执行人。

（五）保护当事人合法权益的原则

在查封、扣押财产时，或者在强制迁出房屋、强制拆除违章建筑、强制退出土地时，应当通知被执行人或者其成年家属（法人或其他组织的法定代表人或者主要负责人）到场。应该赋予被执行人陈述和申辩的权利，必要时，还可为之举行一定范围的听证。如果被查封、扣押的财产是国家禁止自由买卖的物品，应交有关单位按照国家规定的价格收购，不能贱价变卖。

（六）协助执行的原则

在行政强制执行中，若执行标的物不由被执行人占有或持有，而由案外的有关单位或者个人占有、持有或者保存时，执行机关应当通知有关单位或者个人协助执行，有关单位或者个人有义务按照通知的要求协助执行。如果有义务协助执行的有关单位或者个人，在接到协助执行通知书后，无故推拖、拒绝或者妨碍执行，将被依法追究相应法律责任。

六、行政强制执行的程序

（一）行政机关强制执行的程序

1. 调查。相对人逾期不履行其应履行的义务，是行政强制执行的前提。对此，行政机关首先应进行调查。只有通过调查，确认义务人有不履行义务的故意时，才能作出行政强制执行的决定。

2. 审查。为防止义务人合法权益受到侵害，行政强制执行决定作出之前，行政机关应进行严格的审查：一方面审查原行政行为是否存在违法或不当之处，另一方面审查除行政强制执行外是否还有别的更为适宜的手段。经审查，若发现原行政行为有违法或不当之处，不得实施强制执行；若原行政行为合法，但实施相应行为除强制执行外，还有其他更为缓和的手段同样可以达到目的，则应采取更为缓和的手段，而不应实施行政强制执行。

3. 通知和告诫。行政机关在调查和审查基础上作出行政强制执行决定后，不应立即付诸实施。在正式实施强制执行前，应给义务人再一次主动履行义务的机会。为此，应向义务人发出通知和告诫，限定适当的履行期限，要求其自觉履行。

4. 执行。义务人在限定期限内仍不履行义务时，行政机关可以依法采取强制执行措施，以完全实现原行政行为的内容。行政强制执行，应制作现场笔录。属于代执行的，执行费用由义务人承担。

（二）人民法院的强制执行程序

1. 强制执行的申请。在行政相对人逾期不履行其应履行的义务，且法律、法规明确规定此类强制执行由人民法院实施的情况下，主管行政机关应向有关的人民法院（负有义务的行政相对人所在地的法院或不动产所在地的法院）提出正式的书面强制执行申请，请求人民法院采取强制执行。

2. 审查立案。法院在接到强制执行申请书及有关法律文书后，应立即了解案情、明确需要执行的事项，审查该强制执行申请是否合法、适当，以及法律文书是否齐备，内容是否明确，被执行人是否有执行能力等。凡不具备立案条件的，不予立案；凡符合执行条件的，应予立案，并尽快执行；申请书有问题的，应暂缓执行，等问题搞清楚后再执行。

3. 强制执行的决定与通知履行。人民法院通过立案审查后，认为相应案件符合执行条件的，可作出强制执行的决定，并应正式通知被申请人，同时对其进行法制教育。若被申请人确有履行能力，经说服教育，逾期仍不履行

的，人民法院应强制执行。

4. 强制执行的准备与实施。人民法院实施强制执行前，应填写强制执行证，并报院长批准，制定执行计划，通知协助的单位和个人，制订相应的安全措施。执行结束后，应将情况书面通知申请执行的行政机关。

5. 收取费用。强制执行需支出费用的，一律由被执行人负担。被执行人应及时交纳有关费用，否则，人民法院可采取强制手段予以收取。

第三节 即时强制

一、行政上即时强制的概念

在某些情况下，行政强制措施采取不以义务的不履行为前提，而是直接即时实施。例如，为了防止火灾的蔓延，将处于下风头的房屋拆毁。这种措施必须及时、迅速地实施，行政机关没有对房屋所有者发布义务命令的余暇。又如，在行政监督、检查活动中，为取缔淫秽书刊或录像带等，必须进入现场进行检查，若事先发布命令，就难以达到预期的目的。因此，在此类情况下，行政主体可以不发布命令即对相对人的身体、自由及财产施加强制。

行政上的即时强制，是指因紧迫情况行政主体没有余暇发布命令，或者虽然有发布命令的余暇，但若发布命令便难以达到预期行政目的时，行政主体不以相对人不履行义务为前提，而对相对人的人身、自由和财产予以强制的活动或制度。行政上的即时强制，与行政强制执行不同，不是为了直接强制相对人履行行政法上的义务，而是为了制止行政违法，或为了实现行政法上的必要状态而采取的措施。

二、即时强制的类型

根据强制的标的不同，即时强制可分为如下三种：

1. 对人身及人身自由的强制。如《海关法》第 4 条规定的强制扣留、强制搜查，《卫生检疫法》、《急性传染病管理条例》和《艾滋病监测管理的若干规定》规定的强制隔离、强制治疗，以及《人民警察法》第 9 条规定的盘问、检查、留置，该法第 14 条规定的保护性约束措施，第 15 条规定的交通管制，第 17 条规定的现场管制和强行驱散等。

2. 对住宅、工作场所等现场进行的强制。如扫黄打非中执法人员直接进入住宅或商店进行检查、搜查以及审计部门进行的监督和检查等。

3. 对财产的强制。如当场查封、扣押、冻结等。

三、即时强制的要件

（一）必须有法律根据

行政上的即时强制，是由行政机关不进行任何预告而突然采取的强制措施，对相对人的人身、自由及财产具有极大的影响，很容易导致对相对人的合法权益的侵害。因此，一般说来，实施即时强制必须有明确的法律根据。当然，关于即时强制的法律规定，有时是以含糊的、不确定的概念予以规定，笼统地赋予行政机关行使即时强制的权限。因此，其要件的认定及即时强制程度、形态及方法等的选择，一般由执行机关裁量。所以，即时强制权的运用，必须慎重进行。既要及时、果断采取必要措施尽量避免可能的危害发生，又要尽可能使强制措施做到合理、适度。

（二）实施强制时出示证件

即时强制较容易导致对相对人的侵害，所以，实施即时强制时一般要求出示证件。例如，《人民警察法》规定盘问、检查要经出示证件后才能进行。进入住宅、工作场所搜查、检查，一般说来也应该要求出示身份证件和搜查、检查证件。但是，法律并不要求所有即时强制都必须履行这样的程序。例如，对于严重危害社会治安秩序的突发事件实行现场管制时，如情况紧迫执法人员可不在行动前出示证件。

第四节 行政强制的法律性质及法律救济

一、行政强制的法律性质

行政强制行为在一定的情况下，是独立的具体行政行为，但在多数情况下，是从属性的具体行政行为。所谓“独立的具体行政行为”，是指该具体行政行为可以脱离其他具体行政行为而独立存在，该具体行政行为的作出和发生法律效力不以其他具体行政行为的作出和发生法律效力为前提条件。而所谓“从属性的具体行政行为”，是指该具体行政行为不能脱离其他具体行政行为而独立存在，该具体行政行为的作出和发生法律效力必须以其他具体行政行为的作出和发生法律效力为前提条件，或者说如果不作出其他具体行政行为，该具体行政行为就没有必要和可能作出。

二、行政强制的法律救济

为防止行政主体采取不当或违法行政强制给相对人带来权益侵害，有关法律、法规赋予行政相对人就行政强制措施寻求法律救济的权利。

《行政复议条例》第9条赋予行政相对人对行政强制措施申请复议的权利。《行政诉讼法》第11条规定，行政相对人“对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等强制措施不服的”，可以向人民法院提起行政诉讼。为保障行政相对人能够依法取得国家赔偿，《国家赔偿法》第3条、第4条分别规定对人身权和财产权侵犯的情形，其中就包括对财产、人身的行政强制措施。

根据行政强制的法律性质不同，其法律救济途径和方式也有所区别。

对于作为独立性具体行政行为的行政强制措施，行政相对人不服，依法申请复议或提起行政诉讼是不成问题的。但是，对于从属性的具体行政行为，行政相对人不服能否申请复议和提起行政诉讼，则应分别情况对待。如果行政相对人对行政强制措施不服，所不服的是强制执行的行政处理决定或行政处罚决定，则不应对行政强制执行措施申请复议或提起行政诉讼，而应对所执行的行政处理决定或行政处罚决定申请复议或提起行政诉讼。

与之相反，如果行政相对人对行政强制措施不服，所不服的不是执行的行政决定，而是强制执行行为本身，如执行超出所执行的行政决定的范围，使用了违法的执行方法，滥用执行权而违法损害了相对人的人身健康或相对人的财产等，则行政相对人可直接以行政强制措施为行政复议或行政诉讼的客体对行政强制执行本身申请复议或提起行政诉讼。

三、行政调查的程序规则

（一）行政调查的概念、种类和特征

在传统的行政法理论中，关于行政调查，一般将具有强制性质的进入现场检查作为即时强制的一种形态来把握、定位，然而，通常的行政活动都是基于一定的事实认定进行的，在这种意义上，可以说检查、了解等信息收集是行政活动不可或缺的前提。并且，行政主体的信息收集活动，是行政主体履行行政管理职能的重要手段之一，不管其是强制的还是任意的，对于相对人的权益都具有重大影响。因此，这种活动应该置于适当的法律制约之下。对行政调查的控制和救济，应该适用同行政强制执行等行政行为一样的法律途径和法律制度。合法行使行政调查权时，相对人有义务忍受因此而造成的对其权利义务的影响；违法行使行政调查权时，则应由行政主体承担法律责任，行政相对人合法权益受到侵害的，可以获得一定的法律救济。

行政调查，是指为了实现行政目的，由行政主体依据其职权，对一定范围内的行政相对人进行的，可能影响相对人权益的检查、了解等信息收集活动。例如，要求纳税人到税务机关进行税务登记、设置帐簿和根据凭证记帐、办理纳税申报、要求提交有关资料、进入现场检查、实地检查、盘问检查、标本物品的无偿收集等。

行政调查首先可以分为特定调查和一般调查。特定调查，是指行政主体为了特定的行政行为而进行的调查。一般调查，是指行政主体为了一般的行政目的而进行的调查。行政调查还可以分为经常性调查、临时调查和具体案件调查。行政调查也可以分为任意调查、强制调查和间接强制调查。任意调查，是指在取得行政相对人协助的基础上进行的调查；强制调查，是指排除相对方的抵抗而进行的调查，也属于即时强制；间接强制调查，是指以罚则或行政强制措施为背景的任意调查。

行政调查是行政主体的职权行为。在现代法治国家，无论是法定职权、法律授权还是行政委托权，原则上任何行政权的行使都应该有法律根据，但同时又不能不在一定范围内给予行政主体以适当的行为裁量权。因此，关于强制调查和间接强制调查，一般认为需要有法律根据。法律没有明文规定强制调查权，就不能承认行政主体仅依据其自身判断行使强制调查权。在我国，法律规定行政调查权时，一般同时规定了强制调查权。例如，《海关法》规定，对于拒绝接受海关检查、查验进出境运输工具、货物、物品而违反规定的，海关可以扣留实行强制检查。行政调查具有如下特征：

1. 行政调查是行政主体的行为。除行政主体外，其他任何组织或个人都不具有行政调查的主体资格。

2. 行政调查是行政主体的职权行为，具有命令性、强制性和执行性。行政相对人拒绝和违背行政调查，有时会导致行政强制措施的实施，以保证行政调查的实现；有时会导致相对人权利被限制或被剥夺。行政调查既是行政主体的法定职权，又是其法定职责，必须依法行使。行政调查权的行使，既不需要以行政相对人的申请或请求为前提，也不需要与相对人采取协商方式来实现，而是由行政主体根据其职能、职责的需要，能动地作出决定。行政主体依法应履行行政调查权而不履行，构成行政失职，应承担法律责任。行政主体履行行政调查的职责，违反法定职权范围、对象、方式、程序等约束，构成滥用职权，同样要承担相应的法律责任。

3. 行政调查的对象是行政相对人。行政主体内部进行的调查、了解等活动，不是行政调查。

4. 行政调查和行政立法、行政许可、行政处罚、行政强制执行等行政行为紧密相联，但行政调查并不依附于其他行政行为，而是一种独立行政职权。行政调查的结果可能引起行政处罚等其他行政行为，也可能不引起任何其他行政行为。

5. 行政调查的内容是对相对人一定情况的检查、了解等信息收集。行政调查并不直接处理或改变相对人的实体权利和义务（标本收集等对相对人实体权利的剥夺甚微），但是，行政调查是行政主体实施的旨在执行法律和保障行政目的实现的活动，由于其具有迫使相对人服从的强制性效力，所以，它能够对相对人的权利义务产生一定影响，特别是容易限制相对人的权利行使，给相对人增加程序性义务。

（二）行政调查的程序规则

行政调查除了应有法律依据和遵循法定的权限规则外，还必须遵守如下程序规则：（1）进行行政调查时，需出示身份证件，佩带公务标志。对于不具有相应公务身份要求的检查行为，相对人有权予以拒绝。（2）除个别行政调查性质决定了必须突击进行的外，一般行政调查应事先告知相对人，并向相对人说明理由。（3）行政调查的进行应当严格遵循法定时限或合理时限。对于法律规定了调查时限的，必须在规定时限内实施行政调查；对法律没有明确规定调查时限的，应该在通常合理时限内完成行政调查。（4）进入现场调查，应当通知调查相对人到场，并实行公开调查，赋予相对人以提出意见的机会，以防止调查权的滥用，保护相对人的合法权益。（5）进入公民住所调查等，应事先取得有权机关签发的证件。对公民、法人的银行存款帐户和储蓄存款检查，要有具备一定格式要求的许可证明等。（6）关于行政调查结果的资料，不得用于非公务的其他目的。（7）行政调查不得泄漏商业秘密和个人隐私，行政调查主体及其工作人员皆负有保守秘密的义务。

第十一章 行政处罚

第一节 行政处罚概述

一、行政处罚的概念

行政处罚是行政主体为了维护公共利益和社会秩序，保护公民、法人和其他组织的合法权益，对违反行政管理秩序，依法应当给予行政处罚的行政相对人所给予的法律制裁。

行政处罚的主体是作为行政主体的行政机关和法律、法规授权的组织。行政机关和法律、法规授权的组织享有行政处罚权，但这并不是说，每一个行政机关和法律、法规授权的组织都享有对任何违法行为的行政处罚权和能适用任何行政处罚。各行政机关和法律、法规授权的组织只享有与其执法管辖权相适应的行政处罚权和只能适用法律、法规规定其适用的行政处罚。

行政处罚的对象是违反行政管理秩序，依法应当给予行政处罚的行政相对人。所谓“违反行政管理秩序”，是指行政相对人不遵守行政法律规范，不履行行政法律规范规定的义务，侵犯国家、社会公益或其他个人、组织的合法权益，危害行政法律规范所确立的管理秩序的行为。所谓“依法应当给予行政处罚”，是指有关行政管理法律、法规对相应违反行政管理秩序的行为规定了行政处罚。根据行政法理，相对人对法无明文规定制裁的行为，不受行政处罚。行政主体实施行政处罚必须有明确的法律、法规根据。

行政处罚不同于行政处分，二者的区别是：第一，行政处罚是对实施了违反行政管理秩序的行政相对人的制裁，而行政处分是对违反政纪的国家公务员的惩戒；第二，行政处罚属于外部行政行为，相对人不服可以提起行政诉讼，行政处分属于内部行政行为，被处分者不服只能申诉，不能提起行政诉讼；第三，行政处罚的主体是享有相应对外管理权限的行政执法机关或法律、法规授权的组织，而行政处分的主体是公务员所属行政机关或行政监察机关；第四，行政处罚的对象既可以是公民个人，也可以是法人或其他组织，而行政处分的对象一般只能是公务员个人。

行政处罚也不同于刑事处罚，二者的区别是：第一，行政处罚是对违反行政管理秩序行为的制裁，而刑事处罚是对犯罪行为的惩处；第二，行政处罚属于行政行为，由行政主体实施，而刑事处罚属于司法行为，由法院判处；第三，行政处罚适用行政程序，而刑事处罚适用刑事诉讼程序；第四，行政处罚多为金钱性或申诫性处罚，而刑事处罚多为剥夺自由性质的处罚，甚至剥夺人的生命，后者显然重于前者；第五，行政处罚的对象既可以是个人，也可以是组织，刑事处罚的对象一般是自然人（法人犯罪和受刑事处罚的情况相对较少）。

行政处罚与行政强制措施也存在着重要的区别。首先，行政处罚的直接目的是为了制裁违法行为，而行政强制措施的直接目的是为了保障某种行政决定或某种法定义务的履行。故行政主体实施行政强制措施，如对相对人予以约束、扣留或对相对人财产予以扣押等，在相对人履行了义务或应允履行义务后，可以立即解除约束、扣留，返还其被扣押的财产等。而行政主体实施行政处罚，则不以相对人在处罚决定后做出了何种行为而取消原处罚，如相对人因殴打他人而被行政主体行政拘留5天，不能因相对人在行政拘留决定作出后停止了殴打他人行为而不执行拘留决定。作为行政强制执行措施的

执行罚就不是这样，如相对人不执行行政主体作出的搬迁住宅的决定，行政主体给予其执行罚通知，告知其3天内再不搬迁，则处以1000元的执行罚。相对人接此通知后即搬迁了，此执行罚不再执行；如行政主体已预收了执行罚的罚款，则应将此罚款退还相对人。因为执行罚是为了迫使相对人履行义务，而不是制裁相对人。其次，行政处罚的对象是实施了某种违法行为的个人、组织，相对人违法是行政主体实施行政处罚的前提；而行政强制措施的对象则是不履行某种行政义务或对社会具有某种危险性的个人、组织，其不一定实施了违法行为。例如，强制检疫、强制治疗的对象是具有或可能具有某种严重传染疾病的人。行政主体对他们采取强制措施、强制治疗措施不是因为他们有违法行为，而是因为他们已染上或可能染上了的疾病构成了对他人健康的威胁。第三，行政处罚是一种法律制裁行为，行政主体实施该行为是因为相对人违法，故行政处罚后通常要在相对人档案中予以记载、保留；而行政强制措施在很多情况下只是为了保障行政处理、行政处罚决定的实现，并不以相对人实施了违法行为为前提，即使是独立的行政强制措施，其相对人行为也不一定具有违法要素，故对于行政强制措施，一般不在相对人的档案中予以记载和保留。

二、行政处罚的特征

行政处罚的特征，是行政处罚本质的外在表现，是行政处罚区别于其他法律制度或法律措施、手段的具体表现。

（一）行政处罚的主体是行政主体，行政主体实施行政处罚必须依据法定权限

1. 享有和行使行政处罚权的主体是法定的。行政机关享有行政处罚权；根据法律、法规授权，具有管理公共事务职能的组织也可以享有行政处罚权；根据行政机关的委托，符合法定要件的组织可以行使行政处罚权。

2. 就某项特定的行政处罚权而言，并非所有行政主体都当然享有。一个行政机关是否享有行政处罚权以及享有何种行政处罚权和在多大范围内享有行政处罚权，要视国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府的决定而定。但限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。

3. 行使行政处罚权，必须严格依据法定权限。（1）行政机关的行政处罚权，必须在其法定职权范围内实施。如，公安机关不能对违反工商管理法规的行为实施处罚；工商部门不能对违反公安行政法规的行为予以处罚。行政拘留权只能由公安机关行使，而公安机关中哪一级可以行使亦有限定。不同层级的行政机关享有不同范围的处罚权，任何机关都不得逾越职权，行使其他机关的处罚权。（2）法律、法规授权的组织必须在法定授权范围内实施行政处罚。（3）行政机关依照法律、法规或者规章的规定，可以在其法定权限内委托其他组织实施行政处罚，但必须对受委托组织实施行政处罚的行为负责监督，并对该行为的后果承担法律责任。（4）受委托组织必须在委托范围内，以委托行政机关的名义实施行政处罚，并且不得再委托其他任何组织或者个人实施行政处罚。

（二）行政处罚是针对有违反行政法规范行为的行政相对人的制裁

1. 行政处罚是以行政主体的名义行使行政权的行为，针对的是行政相对人。这使行政处罚与行政机关内部对其所属公务员违纪行为予以惩戒的行政处分区别开来。

2. 行政处罚是针对有违反行政法规范行为的行政相对人，表明国家对该

行为的谴责和否定评价。行政相对人，包括法人和自然人。涉及法人违法时，受处罚的除法人外，还可能包括法人代表、法人内部的直接责任人员。

3. 行政处罚是一种制裁，是对违反行政法规范的行政相对人的人身自由、财产、名誉或其他权益的限制或剥夺，或者对其科以新的义务，体现了强烈的制裁性或惩戒性。正是由于行政处罚的强烈惩戒性，行政机关必须严格依照法定权限，根据法律、法规或规章规定的处罚适用条件和程序等实施行政处罚。

（三）行政处罚的目的既是为了有效实施行政管理，维护公共利益和社会秩序，保护公民、法人和其他组织的合法权益，同时也是对违法者予以惩戒，使其以后不再犯

（四）行政处罚是对于违反行政法律规范尚未构成犯罪的行政相对人的制裁

违法行为构成犯罪的，应当依法追究刑事责任，不得以行政处罚代替刑事处罚。即行政处罚是针对尚未构成犯罪的违法行为所给予的制裁。《行政处罚法》之所以要作出这样的明文规定，是因为日常生活中以罚代刑的现象比较普遍，有的地区或部门甚至存在着严重的以罚代刑现象。

第二节 行政处罚的种类与设定

一、行政处罚的种类

行政处罚的形式多种多样，由部门法规定的具体种类曾达 120 余种之多。为了规范和相对统一行政处罚的种类，《行政处罚法》规定了七种行政处罚，即警告，罚款，没收违法所得、没收非法财物，责令停产停业，暂扣或者吊销许可证、执照，行政拘留以及法律、行政法规规定的其他行政处罚。

（一）警告

警告，学术上称为申诫罚，亦称精神罚或影响声誉罚，是指行政机关或者法律、法规授权组织对违法行为人予以谴责和告诫，通过对其名誉、荣誉、信誉等施加影响，引起其精神上的警惕，使其不再违法的处罚形式。警告一般处于其他处罚之前，如违法者仍不纠正违法行为，就将受到更加严厉的处罚。警告具有如下特征：

1. 警告不是单纯的制裁，而是以影响违法者声誉为内容、以令其纠正违法、避免再犯为目的的处罚。警告虽然不涉及违法者的人身自由、财产权利和行为能力等，但通过对其声誉施加影响，可以达到防止其继续或重新违法的处罚目的，具有行政法上的拘束力。

2. 警告是各种处罚中最为轻微的一种处罚形式，主要适用于情节比较轻微或者未造成实际危害后果的违法行为。警告既可以对公民个人适用，也可以适用于法人或其他组织；既可单处，也可并处。

3. 警告是要式行为。警告处罚决定，必须由执行处罚的机关作出书面裁决，向本人宣布并交送本人。根据《治安管理处罚条例》规定，警告裁决书必须向本人宣布并送交本人，裁决书副本还要同时交给受处罚人所在单位和常住地派出所。

（二）罚款

罚款是一种典型的财产罚，指行政处罚主体依法强制违反行政法规范的行为人在一定期限内向国家缴纳一定数额金钱的处罚方式。罚款的数额由具体行政法规范规定，一般是规定最高额和最低额，有时还规定加重和减轻的限额。除依法加重和减轻外，行政处罚机关只能在法定幅度内决定罚款数额。

罚款是对违反行政法律规范行为的制裁措施，只能由行政机关和法律、法规授权的组织以及受行政机关委托的组织依法实施，其他任何组织和个人不得实施。罚款是要式行为，有处罚权的机关或组织必须以书面形式作出罚款决定，依法明确规定罚款的数额和缴纳期限，并按规定告知被罚款人有关申诉和起诉等权利。

作为行政处罚的罚款，是行政机关实施的行政制裁手段，与刑罚罚金相区别。我国刑法上的罚金是法院判处犯罪分子向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。罚款由行政机关和法律、法规授权的组织及受行政机关委托的组织适用，而罚金只能由法院适用；罚款是独立的行政处罚形式之一，而罚金是刑罚中的附加刑的一种；罚款适用于尚未构成犯罪的行政违法行为，而罚金适用于犯罪行为。

作为行政处罚的罚款，与作为排除妨害诉讼行为的司法罚款也不同。前者是由行政机关实施的行政行为，后者则是由法院实施的司法行为。

罚款与执行罚也不同。二者虽然都以金钱缴付为内容，但其目的各异。罚款的目的在于使违法者遭受金钱损失，从而达到制裁的目的；而执行罚的

目的在于迫使义务人履行其应履行的义务。罚款不因违法行为人停止或纠正违法行为而中止或免除；而执行罚一俟义务人开始履行义务便告终止。

（三）没收违法所得、没收非法财物

1. 没收违法所得

没收违法所得，是指特定的行政机关或法定的其他组织依法将违法行为人的违法所得收归国有的处罚形式。违法所得是指违法行为人从事非法经营等获得的利益，如通过赌博或销售伪劣商品所获得的财产和收入、通过投机倒把获取的财产等。违法所得应全部收归国有。例如，1982年《文物保护法》第30条规定，未经文化行政管理部门批准，私自经营文物购销活动的，由工商行政管理部门给予警告或者罚款，并可没收其非法所得或者非法经营的文物；将私人收藏的文物私自卖给外国人的，由工商行政管理部门罚款，并可没收其文物和非法所得。

没收违法所得，虽然并不涉及违法者的合法收入或财产，但这并不影响其作为一种行政处罚的制裁和惩戒意义。因为在没收前该财产或收入暂时由违法者控制，将该财产或收入收归国有，同样影响到违法者自身的利益，导致其已经获得的财产或收入的丧失，体现了国家法律对其否定评价和制裁。尤其是与其他财产罚并处时，更具有强烈的制裁意义。

没收违法所得，不同于刑罚附加刑中的没收财产。没收违法所得是行政机关对违反行政法律规范者给予行政处罚的形式之一；而没收财产，是法院判处的将犯罪分子个人所有财产的一部或全部强制无偿收归国有的刑罚方法。并且，前者适用于行政违法行为，也适用于犯罪行为；而没收财产，根据刑法分则的规定，主要适用于危害国家安全罪和走私，投机倒把，伪造或者倒卖计划供应票证，伪造国家货币或者贩运伪造的国家货币，抢劫，惯窃、惯骗，贪污以及引诱、容留妇女卖淫，制造、贩卖、运输毒品，盗运珍贵文物出口等犯罪。没收财产，其适用对象是犯罪分子的一部或全部，非法或合法的财产；而没收违法所得，顾名思义，其适用对象只能是违法所得。

2. 没收非法财物

没收非法财物，是指行政机关将违反行政法律规范的行为人的违法工具、物品和违禁品等收归国有的处罚形式。非法财物，是指违法者用于从事违法活动的违法工具、物品和违禁品等。例如，用于赌博的赌具、用于捕杀珍奇动物的猎枪、用于非法捕捞的渔具、渔网等，其本身虽非违法所得，但却被用于违法行为，属非法财物，故应予以没收；法律严禁生产、销售、储存的物品，如走私物品、淫秽书刊及录像带、反动宣传品、在车船飞机上携带的易燃、易爆物品等，属于违禁品，应一律没收。没收非法财物的对象只能是非法财物。行政机关只能没收法律、法规明确规定属于非法财物的财产和物品。公民、法人的合法收入及没有用于违法行为的物品，不能成为没收非法财物的对象。没收非法财物，必须依法上交国库或按照法定方式予以处理，处罚机关不得私分、截留、随意毁损，通过非法途径低价处理，或者随意使用。

（四）责令停产停业

责令停产停业，是对违反行政法律规范的工商企业和工商个体户责令其停止生产、停止营业的一种处罚形式。责令停产停业和前述暂扣或者吊销许可证、执照，学术上统称为行为罚，亦称能力罚，即限制或剥夺行政违法者某些特定行为能力和资格的处罚。一般说来，该行为能力或资格是公民个人、

法人和其他组织赖以从事某种活动的条件，不具备该行为能力或资格，就无法从事该方面的活动。责令停产停业具有如下特征：

1. 责令停产停业是限制违法者行为能力的处罚。与罚款、没收等财产罚不同，责令停产停业不是直接限制或剥夺违法者的财产权，而是责令违法者停止其所从事的生产经营及各种业务活动，通过限制其行为能力，间接影响其财产权。

2. 责令停产停业是对违法者科处不作为义务的处罚。违法行为者的某种作为行为违反了行政法律规范，损害了公共利益和社会秩序，行政机关要求其履行不作为义务，停止生产和经营。这一点使得责令停产停业与《森林法》上的“责令补种树木”、《矿产资源法》上的“责令赔偿损失”等科处相对人作为义务的“责令”处理相区别。

3. 责令停产停业是附条件的处罚。责令停产停业只是在一定时期内限制或剥夺相对人的生产经营权，并未最终剥夺其从事生产经营的资格。一旦违法者在一定期限内及时纠正了违法行为，按期履行了法定义务，仍可继续从事曾被停止的生产经营活动，无须重新申请领取有关许可证和执照。在我国现行法律、法规中，关于责令停产停业的表述方法不尽相同，但是，处以停产停业的处罚，一般附有限期改进或整顿的要求，如果接受处罚者在限期内改正了违法行为，就可以恢复营业。如《防止拆船污染环境管理条例》第20条规定，对经限期治理逾期未完成任务的拆船单位，可以根据其造成的危害后果，责令停业整顿或者关闭。如果接受处罚者在限期内改正了违法行为，就可以恢复营业。此外《工商企业登记管理条例》、《食品卫生法》、《药品管理法》等都有此种处罚方式的规定。

4. 责令停产停业是对较为严重的违法行为适用的处罚。责令停产停业，虽然其自身不直接涉及相对人的财产权，但是，其对相对人的行为能力的限制间接造成的财产损失，往往远远大于其他形式的制裁，是一种非常严厉的处罚。所以，一般说来，只有对较为严重的违法行为才能适用。例如，从事加工、生产、经营与人的生命健康密切相关的产品、商品或者违反安全规定从事矿山开采、资源开发、工程建设以及从事违反环境保护法等规定的排污、倾废标准的生产经营活动等违法行为；出版对社会文化秩序及精神健康产生严重不良影响的出版物、音像制品等违法行为。适用责令停产停业的处罚形式，应该严格依法进行，防止行政机关的恣意性。《行政处罚法》对责令停产停业规定了听证程序，这对于保护相对人合法权益，维护公共利益，促进经济发展均有重要意义。

（五）暂扣或者吊销许可证、执照

暂扣或吊销许可证、执照，亦称许可证罚，是指特定行政机关或法定的其他组织依法暂时扣留或者撤销违法者从事某种活动的权利或资格的证书，限制或剥夺其从事该活动的权利或资格的处罚形式。

许可证和执照，是行政机关根据行政法律规范、依相对人的申请核发的，准许相对人从事某种特定活动、享有某种资格的法律凭证。例如，工商行政管理机关核发的营业执照，是允许相对人从事某种特定生产经营活动的法律凭证。只有领取执照者才有资格从事有关生产经营活动，并且，只能从事该执照所允许的范围内的生产经营活动。无照经营，有关部门当然应予以取缔，对于取得许可证和执照的相对人，行政机关有权依法监督其从事生产经营的各项许可活动。当工商企业、个体工商户及其他组织和个人，因其活动违反

了许可证照所允许的有关活动规定，或者超越了正当的经营范围，或者以不正当手段经营及从事有关活动时，工商行政管理机关及其他有权机关，可依法对其采取暂时扣留或者吊销其许可证、执照的处罚措施，限制或剥夺其从事被许可活动的权利和资格。如吊销或扣留持枪许可证、药品制剂许可证、森林采伐许可证、机动车驾驶证、卫生许可证、营业执照等。

暂扣许可证、执照，又称扣留许可证、执照，或称中止使用许可证、执照，是行政机关对违反行政法律规范者采取的暂时中止行为人从事某种活动资格的处罚形式。暂扣许可证、执照，其特点在于暂时中止持证人从事某种活动的资格，待其改正违法行为后或经过一定期限，再发还证件，恢复其资格，允许其重新享有该权利和资格。

吊销许可证、执照，是行政机关撤销允许相对人从事某种活动的资格和权利的凭证，终止其继续从事该凭证所允许的活动的处罚形式。

吊销许可证、执照与暂扣许可证、执照不同。前者是针对较严重的违法行为采取的，是完全取消被处罚人从事某项活动的资格和权利的处罚形式；而后者是针对较轻微的违法行为采取的，仅在一定期限内限制被处罚人从事某项活动的权利和资格的处罚形式。吊销或者暂扣许可证、执照与责令停产停业也不同。责令停产停业是针对一般违法行为实施的行为罚，而吊销或者暂扣许可证、执照是针对实行许可证制度领域的违法行为实施的资格能力罚，适用于取得某种资格和许可权利的行政相对人。

许可证制度是行政管理的重要方式之一，行政主体应特别慎重地运用这一管理方式。尤其是吊销许可证、执照，更应该慎重进行。如《民用爆炸物品管理条例》规定：“违反本条例规定，在生产、储存、销售、运输、使用爆炸物品中，存在安全隐患，经指出仍不改正的，公安机关有权责令限期进行整顿或停业整顿。对屡教不改的，县、市公安局有权吊销其许可证，工商行政管理局同时吊销其营业执照”。《行政处罚法》对吊销许可证照规定了听证程序，即使相对人未要求听证，行政机关作出吊销许可证照处罚也应在充分听取被处罚人意见并经全面、客观、公正地查实核对相对人违法行为事实后，再依据确凿证据和法律规定作出处罚决定。

（六）行政拘留

行政拘留，是法定行政机关（公安机关）依法对违反行政法律规范（特别是治安管理法律规范）的人，在短期内限制其人身自由的一种处罚。因为行政拘留主要适用于治安管理处罚中，故又称治安拘留。

行政拘留，学术上称为人身罚，亦称自由罚，是限制或剥夺违法者人身自由的行政处罚。人身权是宪法规定的公民各种权利得以存在的基础，人身权受到限制或剥夺，意味着其他任何权利都将难以行使。因此，行政拘留是行政处罚中最为严厉的一种处罚，法律对人身罚的设定及实施都有严格的规定。人身罚的设定权集中于全国人大及其常委会，其行使一般仅限于公安行政机关，以防止人身罚的滥用。

根据《治安管理处罚条例》、《外国人入境出境管理法》、《公民出境入境管理法》等法律规范的规定，行政拘留的期限一般为10日以内，较重的不超过15日。只有县级以上的公安机关才享有行政拘留裁决权，其他任何行政机关都没有决定行政拘留的权力。行政拘留一般适用于严重违反治安管理的行为人，并且只有在使用警告、罚款处罚不足以惩戒时才适用。被裁决拘留的人或者其家属能够找到担保人或者按规定交纳保证金的，在申诉和诉讼

期间，原裁决可暂缓执行。

行政拘留不同于行政扣留。行政扣留是行政机关采取的临时限制人身自由的行政强制措施。如《海关法》规定，对走私嫌疑人可予以扣留，扣留的最长期限不得超过 48 小时。而行政拘留是一种治安管理处罚形式，最长期限可以达 15 天。

行政拘留不同于刑事拘留。刑事拘留是公安机关依据《刑事诉讼法》的规定，对罪该逮捕的现行犯或者重大嫌疑分子，在紧急情况下采取的一种临时剥夺其人身自由的刑事强制措施。刑事拘留一般应于拘留 3 日内提请人民检察院审查批准逮捕或释放（对流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，提请审查批准的时间可延长至 30 日）。

行政拘留与司法拘留不同。司法拘留是人民法院为了保障诉讼程序的顺利进行，根据有关诉讼法的规定，对于妨害民事、行政诉讼程序的人所实施的临时剥夺其人身自由的强制措施。司法拘留期间，被拘留人承认并改正错误的，法院可以决定提前解除拘留。

（七）法律、行政法规规定的其他行政处罚

有些行政处罚手段因不经常使用，或以前使用较多，以后应逐渐减少使用，故不宜由《行政处罚法》统一规定而留给单行法律、行政法规根据需要个别设定。有些行政处罚手段因存在较大的争议，如劳动教养，《行政处罚法》也没有予以规定。但是，在行政管理实践中仍然适用，单行法律或法规已经规定的行政处罚种类有：

1. 通报批评。通报批评，是行政机关将对违法者的批评公布于众，指出其违法行为，予以公开谴责和告诫，以避免其再犯的处罚形式。通报批评通常可以单处，也可以与其他行政处罚同时适用。其适用对象包括公民个人、法人和其他组织。由于对通报批评的性质及其适用尚存在较大争议，《行政处罚法》未统一规定，但以前许多法律、法规对之作了规定。如国务院 1987 年《投机倒把行政处罚暂行条例》第 9 条将通报批评作为对投机倒把行为的行政处罚形式。通报批评具有如下特征：

（1）通报批评是以影响违法者声誉为内容、促使违法者纠正违法、避免再犯，并具有广泛教育其他人作用的处罚。通报批评的目的不仅在于制裁和教育违法者本人，而且在于通过将制裁结果公布于众，广泛教育他人引以为戒。

（2）通报批评一般适用于具有较大危害后果的违法行为。虽然通报批评也是申诫罚，但由于将制裁结果公布于众，其具有影响范围广、制裁后果严厉的特征。特别是对于从事生产经营活动的法人或其他组织，通报批评的后果甚至比一般的财产罚更为严厉。因为从事生产经营活动的法人或其他组织的名誉及信誉往往与其经济效益紧密相关，尤其在现代信息社会，一旦受到通报批评处罚，就会导致生产经营活动上的重大经济损失。因此，通报批评一般适用于具有较大危害后果的违法行为。但适用此种处罚应当慎重进行，严禁随意施加，以避免造成难以挽回的损失。

此外，具结悔过、剥夺荣誉称号等也是行政处罚，属申诫罚的范畴。例如，《治安管理处罚条例》规定：“严厉禁止卖淫、嫖宿暗娼以及介绍或者容留卖淫、嫖宿暗娼，违者处 15 日以下拘留、警告、责令具结悔过或者依照规定实行劳动教养。……”

2. 劳动教养。劳动教养是对有轻微犯罪行为，但尚不够刑事处罚条件且

有劳动能力的人实行强制性教育改造的处罚措施。由于对此种处罚的性质和今后是否保留存在争议，所以《行政处罚法》未予规定。劳动教养是过去长期运用的一种很严厉的处罚。为了避免乱施劳动教养处罚，法律、法规一直对劳动教养的适用予以严格限制。劳动教养处罚的现行法律根据是1957年全国人大常委会批准的《国务院关于劳动教养问题的决定》和1979年11月20日全国人大常委会批准的《国务院关于劳动教养的补充决定》，以及1982年1月21日国务院转发公安部制定的《劳动教养试行办法》。

根据《国务院关于劳动教养问题的决定》和《国务院关于劳动教养的补充决定》的规定，劳动教养的期限一般为1至3年，必要时可以延长1年。根据《劳动教养试行办法》第10条规定，劳动教养的对象是：（1）罪行轻微，不够刑事处分的反革命分子、反党反社会主义分子；（2）结伙杀人、抢劫、强奸、放火等犯罪团伙中，不够刑事处分的；（3）有流氓、卖淫、盗窃、诈骗等违法犯罪行为，屡教不改，不够刑事处分的；（4）聚众斗殴、寻衅滋事、煽动闹事等扰乱社会治安，不够刑事处分的；（5）有工作岗位，长期拒绝劳动，破坏劳动纪律、工作秩序、教学科研秩序和生活秩序，妨碍公务，不听劝告和制止的；（6）教唆他人违法犯罪，不够刑事处分的。该《办法》第11条规定：“需要实行劳动教养的人，均由省、自治区、直辖市和大中城市的劳动教养管理委员会审查决定。”第12条第2款规定：“被决定劳动教养的人，对主要事实不服的，由审批机关组织复查。经复查事实确凿，本人还不服的，则应坚持收容劳动教养。”

劳动教养，作为我国特有的行政处罚制度，与劳动改造不同。劳动教养的适用对象是有轻微犯罪行为但尚不够刑事处罚的人，其执行机关是劳动教养机关，且被劳动教养的人员有适当的劳动报酬。而劳动改造，是一种刑罚的执行方式，其对象是已依法被定罪量刑的犯罪分子，其执行机关是监狱或劳改队，且劳改人员的劳动没有报酬。

3. 驱逐出境等。驱逐出境、禁止入境或出境、限期离境等，是指公安、边防、安全机关对违反我国行政法律规范的外国公民、无国籍人采取的强令其离开或禁止进入中国国境的处罚形式。《外国人入境出境管理法》规定，公安机关有权对违反入境出境管理规定的外国人采取“驱逐出境”的处罚。《国家安全法》规定，国家安全机关对违反我国国家安全法的境外人员，“可以限期离境或者驱逐出境”。《边防检查条例》规定，边防检查站对违法者可以处以“禁止进出境”处罚。

二、行政处罚的设定

由于行政处罚是典型的侵益性行政行为，直接关系到行政相对人的人身自由、生产经营和财产权益，因此，设定行政处罚，必须严格按照法律的规定或基于法律的授权进行。由于行政管理范围的广泛性及其内容的复杂性和多样性，决定了行政处罚的设定不应该、也不可能完全集中某个部门手中，因而必定存在性质不同、层级各异的多个设定主体。为了避免出现设定权的冲突和矛盾，解决好中央和地方的关系，权力机关和行政机关的关系，保证国家行政的统一性和权威性，有必要从立法上对行政处罚的设定作出统一规定。通过立法，对出现何种情况、在何种条件下、应给予何种处罚予以规定的权力，称为行政处罚设定权。

（一）法律的行政处罚设定权

《行政处罚法》第9条规定：“法律可以设定各种行政处罚。”“限制

人身自由的行政处罚，只能由法律规定。”这里的“法律”是指全国人大及其常委会制定的规范性文件。行政处罚设定权首先属于一种国家立法行为，是国家的一项极其重要的立法权。全国人大及其常委会的行政处罚设定权十分广泛，可以设定包括限制人身自由的处罚在内的各种行政处罚。人身自由是宪法所保护的公民最为重要的一项基本权利，因而，为了避免随意，限定其必须由法律规定。

（二）行政法规的行政处罚设定权

《行政处罚法》第 10 条规定：“行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。”“法律对违法行为已经作出行政处罚规定，行政法规需要作出具体规定的，必须在法律规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。”这一规定表明，行政法规能够创设一定范围内的行政处罚，还能够对法律已经设定的“行政处罚规定”具体化。也就是说，对于行政法规来说，其“设定权”包括两方面的涵义：其一是创制或创设，即在没有法律规定的情况下创设新的处罚形式、内容、方法等；其二是具体化，即在已有法律规定的基础上，在该规定的处罚行为、种类和幅度的范围内，予以具体规定，使其具有可操作性。行政法规在创设行政处罚方面，具有较大的裁量权，但是，不得创设限制人身自由的处罚。而行政机关的具体规定，必须严格限定在法律规定的范围之内。

（三）地方性法规的行政处罚设定权

《行政处罚法》第 11 条规定：“地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚。”“法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定，地方性法规需要作出具体规定的，必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。”由此可见，地方性法规的行政处罚设定权也包括两方面的内容：其一是创设一定的处罚；其二是对法律、行政法规具体化。

地方性法规具有创设行政处罚的权力。但是，限制人身自由、吊销企业营业执照的行政处罚，由于直接涉及到公民、法人赖以生存、工作或者生产的基本条件，不能随意限制或剥夺，也不能依据不同的标准和条件予以限制或剥夺，而应该由全国统一立法。所以，地方性法规不得设定限制人身自由、吊销企业营业执照的行政处罚。

（四）规章的行政处罚设定权

1. 部委规章的行政处罚设定权。《行政处罚法》第 12 条规定：“国务院部、委员会制定的规章可以在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。”“尚未制定法律、行政法规的，前款规定的国务院部、委员会制定的规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由国务院规定。”

根据上述规定，部委规章的行政处罚设定权同样分为两个部分：首先是具体规定权，是指可以在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度内作出具体规定，既不得超越法律、行政法规的规定，扩大受处罚行为的范围，也不得改变处罚种类，突破处罚限额幅度。其次是创设权，是指法律、行政法规对违法行为及处罚未作规定，行政机关认为必要的，可以设定两种处罚，即警告和罚款。但是，部委规章并没有罚款的全部设定权，罚款的限额由国务院规定；超越国务院规定限额的罚款处罚，对公民、法人将不产生拘束力。

2. 国务院授权的直属机构的行政处罚设定权。《行政处罚法》第 12 条第 3 款规定：“国务院可以授权具有行政处罚权的直属机构依照本条第 1 款、第 2 款的规定，规定行政处罚。”这表明，直属机构，一般情况下不具有行政处罚设定权，只有基于国务院的授权才能享有一定的处罚设定权，即规定警告和罚款的行政处罚。并且，这种有条件的、有限的处罚设定权还要接受进一步的限定——罚款的具体限额由国务院规定。

3. 地方政府规章的行政处罚设定权。《行政处罚法》第 13 条规定：“省、自治区、直辖市人民政府和省、自治区人民政府所在地的市人民政府以及经国务院批准的较大的市人民政府制定的规章可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。”“尚未制定法律、法规的，前款规定的人民政府制定的规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会规定。”

地方政府规章的行政处罚设定权也分为两部分：其一是具体规定权，是指对于法律、法规已经规定了处罚，只能在法律、法规规定的范围内作出进一步的规定，使其更加具体化、更加便于操作，而不能超越有关给予处罚的行为、种类和幅度予以规定。其二是创设权，是指在法律、法规没有规定的情况下，对于违反行政管理秩序的行为可以创设警告和一定数量罚款的处罚。

地方政府规章的行政处罚设定权是有限制的。这表现在：首先其能够设定行政处罚的种类仅限于警告和一定数量罚款；其次其所设定的罚款处罚的限额由省、自治区、直辖市人民代表大会常委会规定，省、自治区人民政府及其所在地的市人民政府和市人大及常委会、国务院批准的较大的市人民政府及其人民代表大会、常委会都没有这项权力。

（五）非法律、法规、规章不得设定行政处罚

行政处罚是行政机关对违反行政管理秩序，尚不构成犯罪的人采取的制裁措施，必须依法进行。有权设定行政处罚的机关必须通过适当形式的规范性文件设定处罚，即有关设定行政处罚的文件必须由特定国家机关制定或认可。除法定的国家机关外，任何组织或个人均不得以任何形式设定行政处罚。

《行政处罚法》第 14 条规定：“除本法第 9 条、第 10 条、第 11 条、第 12 条以及第 13 条的规定外，其他规范性文件不得设定行政处罚。”

第三节 责令当事人改正违法行为

一、责令改正或者限期改正的内容及形态

《行政处罚法》规定：“行政机关实施行政处罚时，应当责令当事人改正或者限期改正违法行为。”（第23条）。改正违法行为，包括停止违法行为，积极主动地协助行政处罚实施机关调查取证，消除违法行为所造成的不良后果，造成损害的，则要依法承担民事责任，依法予以赔偿。有些违法行为可以在受到处罚后立即改正，而有些违法行为的改正则需要一定的时间，如拆除违法建筑物、治理已被污染的环境、补种毁坏的树木等，故应责令其限期改正。

我国现行法律、法规有关行政处罚的规定，大多同时附有“责令改正或限期改正”的规定。例如，《土地管理法》第43条至第47条分别规定了包括责令当事人退还非法占用的土地，限期拆除或者没收在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施的具体情形。《海洋环境保护法》第41条和第42条规定了责令限期治理，缴纳排污费，支付消除污染费用，赔偿国家损失，赔偿因海洋环境污染受到损害的单位 and 个人的损失的具体情形。此外，《环境保护法》等法律均有“责令改正或者限期改正”的规定。《行政处罚法》第23条正是基于我国现行有关法律、法规的规定所作的概括性规定。

二、责令改正或者限期改正与行政处罚的区别和联系

正确理解和掌握责令改正或者限期改正与行政处罚的区别和联系，具有十分重要的意义。过去人们将责令赔偿视为一种行政处罚（财产罚），对二者性质上的区别认识不够。事实上，责令赔偿是行政机关对实施行政违法行为，造成国家或第三人损害的行为人，依法责令其对所造成的损害予以赔偿。例如，《环境保护法》第41条规定：“造成环境污染危害的，有责任排除危害，并对直接受到损害的单位或者个人赔偿损失。”诚然，责令赔偿直接表现为一种行政行为。但是，责令赔偿只是命令违法者对损害他人权益的补救，是对原状的恢复，而不是新义务的科处。违法者履行赔偿义务，并不能因此而免受行政处罚。所以，《行政处罚法》未将责令赔偿作为一种行政处罚规定。

（一）二者的区别

责令改正或者限期改正与行政处罚的区别如下：（1）性质不同。行政处罚是行政主体对违反行政管理秩序的行为，依法定程序所给予的法律制裁；而责令改正或者限期改正违法行为，是行政机关实施行政处罚的过程中对违法行为人发出的一种作为命令。（2）内容不同。行政处罚是对违法行为人的人身自由、财产权利的限制或剥夺，是对违法行为人的惩戒；而责令改正或者限期改正违法行为，其本身并不是制裁，只是要求违法行为人履行法定义务，停止违法行为，消除其不良后果，恢复原状。（3）形式不同。行政处罚有警告、罚款、没收、责令停产停业、暂扣或吊销许可证、执照和拘留等。而责令改正或者限期改正违法行为，因各种具体违法行为不同而分别表现为停止违法行为、责令退还、责令赔偿、责令改正、限期拆除、限期治理等形式。

（二）二者的联系

责令改正或者限期改正与行政处罚的联系表现在如下三个方面：（1）起因相同。二者均是由于相对人的违法行为引起的。（2）目的相同。行政处罚

的目的在于通过惩戒，促使违法行为人不再违反行政管理秩序；而责令改正或者限期改正违法行为在于迫使违法行为人停止违法行为，履行法定的义务，维持正常的行政管理秩序。二者的根本目的均是维护行政管理秩序，保护公民和组织的合法权益，维护公共利益。（3）二者通常同时进行。行政主体在实施行政处罚时，往往同时责令违法行为人改正或者限期改正违法行为。因为只予以行政处罚，不足以恢复正常的行政管理秩序；仅责令改正或者限期改正，不足以惩戒违法者。只有二者同步进行，才能够最终达到行政目的。

第四节 行政处罚的原则

行政处罚的原则，是由《行政处罚法》规定的在设定和实施行政处罚时所必须遵循的一般准则。根据《行政处罚法》的规定，我国行政处罚的原则主要有以下五项：

一、处罚法定的原则

处罚法定的原则，是依法行政原则在行政处罚领域的具体体现。处罚法定的原则包括下述四方面的内容：

（一）处罚设定权法定

法律可以设定各种行政处罚。限制人身自由的行政处罚只能由法律设定。行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚。部委规章可以在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。尚未制定法律、行政法规的，部委规章可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。国务院可以授权具有行政处罚权的直属机构在部委权限范围内规定行政处罚。地方政府规章可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。尚未制定法律、法规的，地方政府规章可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。其他规范性文件不得设定行政处罚。

（二）处罚主体及其职权法定

行政处罚是一种特定的行政权力，除法律、法规、规章规定有行政处罚权的行政机关以及法律、法规授权的的组织外，其他任何机关、组织和个人，均不得行使行政处罚权。此外，具备了主体资格的机关和组织在行使行政处罚权时，还必须遵守法定的职权范围，不得越权和滥用权力。

（三）受处罚行为法定

法无明文规定不受罚。凡法律、法规或者规章未规定予以行政处罚的行为，均不受行政处罚。换言之，行政处罚的实施依据，必须是法定的，公民、法人或其他组织的行为，只有法律、法规或者规章明文规定应予行政处罚的，才受处罚。

（四）处罚种类、内容和程序法定

行政主体对于法定应予处罚的行为，应依法定处罚种类和内容进行处罚。实施行政处罚，不仅要求实体合法，而且还必须程序合法。程序合法是实体合法的保障。没有法定依据或者不遵守法定程序的，行政处罚无效。

二、处罚公正、公开的原则

处罚公正的原则，是处罚法定原则的必要补充。这一原则要求，行政处罚必须公平、公正，没有偏私，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。

一般说来，有关法律、法规和规章都明确规定了与违法行为相当的处罚种类及减免处罚的条件。但由于法律、法规和规章不可能就每一个具体违法事实面面俱到地作出规定，故执法机关享有一定的自由裁量权。只要在法定的范围和幅度内作出裁量，在形式上都合法。但违反比例原则，对较轻的违法行为科以较重的处罚，或对于较重的违法行为科以较轻的处罚，都是不公正的和不适当的。行政处罚显失公正，法院可以判决变更。为确保处罚公平和公正，实施行政处罚还应坚持和贯彻公开原则。处罚公开的原则要求对违

法行为给予行政处罚的规定和行政处罚程序必须公开。有关处罚的实体规定和程序规定必须公布。未经公布的，不得作为行政处罚的依据（第4条第3款）。

实行处罚公开，有利于形成社会舆论监督，确保有权机关依法处罚，同时达到行政处罚惩戒违法者并保证其以后不再犯的目的。程序公开的原则，虽然在总则中未予明确规定，但在具体条文中作了详细规定：（1）行政机关在作出行政处罚之前，应当告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据，并告知当事人依法享有的权利；（2）当事人有权陈述和申辩，行政机关必须充分听取当事人的意见，拒绝听取当事人的陈述或者申辩，行政处罚决定不能成立；（3）行政机关作出责令停产停业，吊销营业执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前，应当告知当事人，当事人对违法事实的认定与行政机关有重大分歧，要求听证的，行政机关应当按行政处罚法所规定的程序组织听证；（4）行政机关给予行政处罚，除适用简易程序外，应当制作载明法定事项的行政处罚决定书；（5）行政处罚决定应当在宣布后当场交付当事人，当事人不在场的，行政机关应依法送达。

三、处罚与教育相结合的原则

实施行政处罚，纠正违法行为，应当坚持处罚与教育相结合，教育公民、法人或者其他组织自觉守法。要维护法的尊严，制止违法行为，确保行政管理秩序，必须确立处罚与教育相结合的原则。处罚必须辅之以教育，但教育也不能代替处罚。为了达到制止并预防违法的目的，对受处罚的违法行为，应在给予处罚时给予帮助教育。对有关相对人主动消除或者减轻违法行为危害后果的、配合行政机关查处违法行为有立功表现的等，应从轻或者减轻行政处罚；对违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果的，可免于处罚，以体现处罚与教育相结合的原则。

四、保障相对人权利的原则

行政处罚所指向的对象是行为人的权利。为了维护良好的社会秩序和确保行政管理的有效实施，对于违反行政法律规范的行为人，应对其相应权利加以限制甚至剥夺。然而，违法或不当的行政处罚，不仅不能达到预期的目的，而且还会损害相对人的合法权益。况且，在行政处罚法律关系中，处罚机关处于优越的地位，可以凭借其手中的权力制裁相对人，而相对人处于弱者的地位，如果没有充分的公正程序保障机制以及救济的机制，就无法预防、矫正违法和不当的行政处罚行为。

《行政处罚法》不仅在总则中确立了保障相对人权利的原则，而且在有关行政处罚的设定、实施及其程序规定中体现了这一指导思想。保障相对人权利的原则的具体内容是：相对人对行政机关所给予的行政处罚，享有陈述权、申辩权；对行政处罚不服的，有权依法申请行政复议或者提起行政诉讼；因行政处罚受到损害的，有权提出赔偿要求。

保障相对人权利的原则实质上是由保障相对人陈述权、申辩权的原则和救济原则构成的。保障相对人陈述权、申辩权的原则，要求行政机关实施行政处罚必须遵循法定程序，未经正当法律程序，任何人的权利不得被剥夺或者限制。这一原则的确立，有助于均衡、协调行政法律关系中当事人地位的不对等，及时纠正由于行政机关执法人员主客观上的原因导致的差错，事前预防或制止违法或不当的行政处罚，确保行政机关依法行政，提高行政效率。处罚救济原则包括两层内容：其一，通过立法规定救济途径，无救济途径不

得设立行政处罚；其二，实施行政处罚，必须首先明确救济途径，并明确告知相对人有关救济的途径。

五、一事不再罚的原则

行政处罚以惩戒违法行为人，使其以后不再犯为目的，而不是为惩罚而惩罚。所以，行政处罚一般以一事一罚、一事不再罚为原则。一事不再罚的原则包括三层意思：（1）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；（2）违法行为构成犯罪的，行政机关必须将案件移送司法机关，依法追究刑事责任；（3）违法行为构成犯罪，人民法院判处拘役或者有期徒刑时，行政机关已经给予当事人行政拘留的，应当依法折抵相应刑期；人民法院处罚金时，行政机关已经给予当事人罚款处罚的，应当折抵相应罚金。

第五节 行政处罚的管辖

一、行政处罚的主体

行政处罚权是一项重要的行政权能，不仅直接关系到行政相对人的合法权益，关系到公共利益和社会秩序，而且还关系到政府和人民的关系，关系到国家和社会的稳定。因此，对于处罚的设定和实施，必须予以严格的规定。按照《行政处罚法》第三章规定，只有有行政处罚权的行政机关和法律、法规授权的组织才能行使处罚权。法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚。行政机关依照法律、法规或者规章的规定，可以在其法定权限内委托其他行政机关或者符合法定条件的组织实施行政处罚。受委托实施行政处罚的行政机关或者组织不得再委托其他任何行政机关、组织或者个人实施行政处罚，而必须在委托的权限内，以委托行政机关的名义实施行政处罚。委托行政机关对受委托行政机关或者组织实施的行为应当负责监督，并对该行为的后果承担法律责任。

（一）行政机关

《行政处罚法》第15条规定：“行政处罚由具有行政处罚权的行政机关在法定职权范围内实施。”行政机关作为行政处罚的实施机关，必须由法律、法规或者规章赋予其行政处罚权。也就是说，行政处罚权由行政机关行使，但并不是所有的行政机关都可以行使行政处罚权。一般地说，行政机关作为行政处罚实施主体并具体实施处罚行为，必需具备下列条件：（1）必须是履行行政职能的外部行政机关，即具有直接对行政相对人实施行政管理职能的行政机关。履行内部职能的行政机构，如内部人事机构、决策咨询机构等不能成为行政处罚实施机关。（2）行政机关所拥有的行政处罚权必须由法律、法规或规章明确规定或授予。（3）行政机关只能对自己主管业务范围内的违反行政管理秩序的行为给予处罚，不仅法律、法规对行政处罚的规定或授权要与行政机关的管理权限相一致，而且行政机关实施行政处罚的权限也要与其管辖权限相一致。（4）行政机关实施行政处罚，包括是否给予处罚，给予什么样的处罚，如何给予处罚等，都必须依照法律、法规或规章的实体规定和程序规定来进行。

（二）具有管理公共事务职能的组织

法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织亦可在法定授权范围内实施行政处罚。原则上，行政机关是行使行政处罚权的主体。但是，鉴于行政处罚涉及领域广泛，种类繁多，性质复杂，而行政机关编制、人员较少这一现实情况，《行政处罚法》明确规定，经法律、法规授权，具有管理公共事务职能的组织可以行使行政处罚权。

具有管理公共事务职能的组织要成为行政处罚权的主体，首先必须有法律、法规的授权。授权必须是法律、法规，而不能是规章。其次，该组织必须是具有管理公共事务职能的组织，即对行政相对人可以行使类似行政管理职能的组织。再次，授权的组织实施行政处罚必须在法律、法规授权的范围之内。超越法定授权范围而实施行政处罚的行为是无效的。

（三）其他组织

依照法律、法规或规章的规定，行政机关可以将某些行政处罚委托给其他组织实施。受委托的组织必须具备下述条件：（1）相应组织是依法成立的管理公共事务的事业组织；（2）具有熟悉有关法律、法规、规章和业务的工

作人员；(3)对违法行为需要进行技术检查或者技术鉴定的，应当有条件组织进行相应的技术检查或者技术鉴定；(4)受委托的组织实施行政处罚应以委托行政机关的名义进行，并接受委托行政机关的监督，委托行政机关对受委托组织实施处罚行为的法律后果负责。

二、行政处罚的管辖规则

(一)层级管辖，或称级别管辖。《行政处罚法》第20条规定，行政处罚由违法行为发生地的县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖。法律、法规另有规定的除外。

(二)共同管辖和指定管辖。两个或两个以上行政主体对同一违法行为均享有行政处罚权，称为共同管辖。共同管辖的处理规则一般由相关行政机关达成协议或按照惯例解决，或者依“谁先查处谁处罚”的原则进行。如上述规则依然无法消除相关机关之间的异议，有关机关就管辖权发生争议时，其可报请共同的上一级行政机关指定管辖。

(三)移送管辖。无行政处罚管辖权的机关或组织将已受理的相对人违法案件依法移交有管辖权的机关或组织管辖，称为移送管辖。《行政处罚法》没有对行政机关和法律法规授权组织之间的移送管辖作出规定，但作为我国司法管辖领域的一项行之有效的立法原则，行政处罚的管辖问题也应遵循这一原则。《行政处罚法》规定，违法行为构成犯罪的，行政机关必须将案件移送司法机关，依法追究刑事责任。

第六节 行政处罚的程序

行政处罚的程序，是指享有行政处罚决定权和执行权的机关或组织作出行政处罚决定，对行政违法者实施行政处罚的具体方式、方法和步骤。

一、行政处罚的决定程序

行政处罚的基本程序是由行政处罚的决定程序和行政处罚的执行程序两部分组成的。行政处罚的决定程序，是整个行政处罚程序的关键环节，是保障正确实施行政处罚的前提条件。

(一) 简易程序

1. 简易程序的概念

简易程序，也称当场处罚程序，是指国家行政机关或者法律、法规授权的组织对符合法定条件的行政处罚事项，当场作出行政处罚决定的处罚程序。

2. 适用简易程序的条件

适用简易程序必须符合下述条件：(1) 违法事实确凿；(2) 有法定依据；(3) 给予较小数额罚款或者警告的行政处罚。所谓较小数额的罚款，是指对公民处以 50 元以下、对法人或者其他组织处以 1000 元以下罚款。行政执法人员在行政执法过程中发现相对人实施的行政违法行为后，如认定相应行为符合上述法定条件，即不必适用调查取证程序，也不必更换时间和地点，可以立即当场予以处罚。与行政处罚法规定的一般程序和听证程序相比较，这一程序省略了有关步骤，有利于迅速及时处理较轻微的行政违法行为。

3. 简易程序的内容

(1) 表明身份，即执法人员当场作出行政处罚决定的，应当向当事人出示执法身份证件(第 34 条)。这里的证件，既可以是工作证，也可以是特定的执法证，有时二者皆需出示，有时还要求附带出示执勤证章等其他标志。

(2) 确认违法事实，说明处罚理由和依据。执法人员当场发现或者有人当场指认某人违法的，如果违法事实清楚、情节简单，当事人对违法事实无异议，执法人员即可当场处罚，并说明处罚的事实根据和法律依据。有时虽然违法行为的危害后果轻微，但违法者拒不承认，或者由于某种客观原因，执法人员的“发现”或者第三人的“指认”存在事实上的偏差或错误。在这种情况下，执法人员应当尽量取得其他证据，以确认违法事实。要求说明处罚理由和依据，体现了保障相对人权利的原则，有利于违法者了解法律的有关规定，教育其严格遵守法律。给予当事人以提出异议或申辩的机会，有利于监督执法人员认真执行处罚法规，公正地实施处罚。

(3) 制作行政处罚决定书，这是对行政处罚决定的书面形式要求，其目的在于为行政处罚接受监督和审查提供证据。执法人员当场作出行政处罚决定的，应当填写预定格式、编有号码的行政处罚决定书。行政处罚决定书应当载明法定事项并由执法人员签名或者盖章。

(4) 行政处罚决定书的交付。执法人员按照法定的格式要求填写行政处罚决定书，应当当场交付当事人。

(5) 备案。执法人员当场作出的行政处罚决定，必须报所属行政机关备案。当事人对当场处罚决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

(二) 一般程序

1. 一般程序的概念。一般程序，或称普通程序，是指除法律特别规定应当适用简易程序和听证程序的以外，行政处罚通常应适用的程序。

2. 一般程序的特征。(1) 适用范围广。除法律有特别规定的以外，行政处罚一律适用一般程序。所谓法律有特别规定的情形，是指《行政处罚法》规定的应当适用简易程序和听证程序的两种情形。(2) 较简易程序严格、复杂。为了防止执法人员的主观武断或滥用职权，必须建立健全公正、民主、科学的处罚程序。而公正、民主、科学的处罚程序要求在时间顺序、证据取舍、当事人参与以及对公众公开等方面更为严格。(3) 同时作为听证程序的前提程序。听证程序适用于案情复杂、争议较大、可能导致较重处罚的案件，但适用听证程序的案件在举行听证前，一般必须先经过普通程序的有关步骤，如调查取证，向当事人说明处理理由、根据，听取当事人申辩等。所以，普通程序可以认为是听证程序的前提程序，听证程序可以认为是普通程序的特别程序。

3. 一般程序的步骤。一般程序的步骤包括：

(1) 立案。行政机关对属于本机关管辖范围内并在追究时效内的行政违法行为或有重大违法嫌疑的行为，认为有调查处理必要的，应当正式立案。

《行政处罚法》未对立案作出统一的明确规定，但立案是行政处罚程序的开始，执法实践中大多数案件需要经过立案程序，立案的目的是对违法行为进行追究，通过调查取证工作证明违法嫌疑人是否实施了违法行为，对违法者实施处罚。

立案的条件是： 行政机关经过对有关材料的审查认为有违法行为发生； 违法行为是应受行政处罚的行为； 属于本部门职权范围且归本机关管辖； 不属于适用简易程序的案件。符合立案条件的，主管执法人员应该填写立案审批表或立案决定书，由行政首长批准，并指派专人承办。行政机关对违法行为予以立案时，应遵守有关时效的规定，即除法律另有规定的外，对于在两年以内未发现的行政违法行为，不予立案。

(2) 调查。行政机关在立案后，应当对案件进行全面调查，对主要事实、情节和证据进行查对核实，取得必要证据，并查证有关应依据的行政法律规范。先取证、后处罚，是行政处罚程序最基本的准则。没有调查就没有充分的证据，没有充分的证据就不可能作出正确的处罚决定。因此，在没有取得足以证明应予处罚的违法事实存在的充分而确凿的证据以前，不能实施处罚。《行政处罚法》第 36 条对调查程序作了原则性的规定，该规定确立了依法调查、全面调查、客观调查、公正处罚的原则。

(3) 决定。行政机关在案件调查终结后，应由承办人员填写《案件处理意见申报表》，向有裁决权的行政机关汇报案件情况和有关处理意见，送行政机关首长审批。行政机关负责人应当及时对调查结果进行审查，根据不同情况，分别作出不同的处理决定： 对情节复杂或者重大违法行为给予较重的行政处罚，行政机关的负责人应当集体讨论决定。 对其他应受行政处罚的违法行为，根据情节轻重及具体情况，由行政机关作出适当的行政处罚决定。 对违法行为轻微，依法可以不予行政处罚的，不予行政处罚。违法行为是否属轻微，一般由行政机关依照法律赋予的裁量权认定。如果单行法律、法规有比较明确的限制性规定，则必须严格按该规定执行。 对经调查认定，违法事实不能成立的，不得给予行政处罚。违法事实不能成立，大致包括两种情形：其一，经过调查，有充分的证据证明违法行为不成立或不存在；其

二，尽管进行了立案、调查取证，但无法掌握充分的证据，只能视为违法行为不成立。为了防止损害无辜，防止行政机关滥用处罚权，证据不足的疑案，应按无违法事实不予处罚的原则处理。如果行政机关对案件的调查为违法行为嫌疑人造成了不良影响而最后确认违法事实并不成立时，行政机关应该通过适当方式为当事人消除影响。

(4) 制作处罚决定书。行政机关负责人经过对调查结果的审查，作出给予行政处罚决定的，应制作行政处罚决定书。行政处罚决定书应加盖行政机关的印章，并载明有关的法定事项。

(5) 说明理由并告知权利。行政机关作出行政处罚决定，应当告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据，并告知当事人依法享有的权利(《行政处罚法》第31条)。说明理由和告知权利的主要意义在于给当事人以针对处罚理由、根据进行申辩的机会以及保证当事人受处罚后及时请求救济，以免错过救济时效。

说明理由的内容包括作出行政处罚决定的事实根据、法律依据以及将法律适用于事实的道理。这样，当事人可以有针对性地提出反驳意见，提出有关证据。如果当事人不能马上提出证据而需要合理的准备时间，行政机关应当允许，否则，当事人的申辩权无法有效行使。说明理由是行政机关在实施行政处罚过程中必须履行的程序性义务，否则，行政处罚决定不能成立(《行政处罚法》第41条)。

告知权利的内容包括告知申请回避权、申辩权，陈述事实、提出证据权，申请行政复议、提起行政诉讼权等。

(6) 当事人陈述和申辩。当事人的陈述、申辩权，是行政处罚程序中相对人的重要权利，是保护相对人不受行政机关非法侵害，制约行政机关滥用处罚权的重要机制之一。行政机关有提出事实和证据说明当事人违法的权利，当事人也有陈述事实、提出证据说明自己无辜的权利。如果当事人提出有力的证据证明自己是无辜的，行政机关就不能也无权实施行政处罚。行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前，拒绝听取当事人的陈述或者申辩，行政处罚决定不能成立；当事人放弃陈述或者申辩权利的除外。行政机关必须充分听取当事人的意见，对当事人提出的事实、理由和证据，应当进行复核；当事人提出的事实、理由和证据成立的，行政机关应当采纳，不得因当事人申辩而加重处罚(《行政处罚法》第32条)。

(7) 行政处罚决定书的送达。行政机关依照法定的程序和方式，将行政处罚决定书送交当事人的行为，称为行政处罚决定书的送达。行政处罚决定书一经送达，便产生一定的法律效果。当事人提起行政复议或行政诉讼的期限，从送达之日起计算。行政处罚决定书一般应在宣告后当场交付当事人；当事人不在场的，行政机关应在7日内依照民事诉讼法的有关规定，将行政处罚决定书送达当事人。行政处罚决定书的送达方式有三种：直接送达、留置送达和邮寄送达。

(三) 听证程序

1. 听证程序的概念。行政法上的听证，是指行政机关为了合理、有效地制作和实施行政决定，公开举行由全部利害关系人参加的听证会。听证的目的在于广泛听取各方面的意见，通过公开、合理的程序形式，使行政决定建立在合法适当的基础上，避免违法或不当的行政决定给行政相对人带来不利或不公正的影响。根据《行政处罚法》第42条规定，在行政处罚程序中，行

政机关为了查明案件事实、公正合理地实施行政处罚，在作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前，应当当事人要求，可公开举行有利害关系人参加的听证会，在质证和辩论的基础上做出处罚决定。

当事人对限制人身自由的行政处罚有异议的，依照《治安管理处罚条例》有关规定执行（《行政处罚法》第42条第2款）。限制人身自由的行政处罚不适用听证程序，并不是理论上不应该或不可能，只是现阶段还不具备对之适用听证程序的条件。待条件成熟，对人身自由处罚肯定将适用听证程序。

2. 听证程序的特征。听证程序具有以下特征：

（1）听证是由行政机关主持的并由有关利害关系人参加的程序。听证程序在形式上类似于司法审判程序。但行政机关在听证程序中既是调查、主持者，又是行使处罚裁决或决定的主体（尽管调查人员与处罚决定人员通常分离），而司法审判中的人民法院只能是案件的裁判者，而不能同时充当调查取证和追诉人。因此，在公正性上，听证程序依然无法与审判程序相比。

（2）听证公开进行。听证程序不仅有行政机关和利害关系人参加，而且社会各界都可以旁听。质证和辩论程序的公开，有利于控制权力滥用。

（3）听证程序只适用于行政处罚领域，但并非所有的行政处罚案件都可以适用听证程序。目前听证只适用于作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定。其他种类的处罚案件暂不适用。

（4）听证程序的适用以当事人申请为前提。当事人要求听证的，行政机关才组织听证。

（5）组织听证是行政机关的法定义务。当事人要求听证的，行政机关应当组织听证（《行政处罚法》第42条）。

3. 听证程序的组织。根据《行政处罚法》第42条的规定，听证依照以下程序组织：

（1）听证的申请与决定。当事人对于符合法定条件的行政处罚案件，有权向行政机关提出听证的申请。当事人要求听证的，应当在行政机关告知后三日内提出。行政机关接到当事人的申请后，应决定举行听证的时间和地点，并根据案件是否涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私，决定听证是否公开举行。

（2）听证通知。行政机关作出听证的决定后，应当在听证的七日前，通知当事人举行听证的时间、地点和其他有关事项。

（3）听证形式。除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外，听证公开举行。

（4）听证的主持与参与。行政机关工作人员不得参与与自己有利害关系的案件，承担调查取证任务的执法人员不能主持听证，听证由行政机关指定的非本案调查人员主持。当事人认为主持人与本案有直接利害关系的，有权申请回避。

当事人可亲自参加听证，也可委托1至2人代理。举行听证时，首先由主持人宣布听证会开始、宣布听证事项及其他有关事项，然后由调查人员提出当事人违法的事实、证据和行政处罚建议。针对指控的事实及相关问题，当事人进行申辩和质证。经过调查取证人员与当事人相互辩论，由主持人宣布辩论结束后，当事人有最后陈述的权利。最后由主持人宣布听证会结束。

（5）听证笔录。对在听证会中出示的材料、当事人的陈述以及辩论等的

过程，应当制作笔录，交付当事人、证人等有关参加人阅读或向他们宣读，有遗漏或差错的应予补正或改正，确认没有错误后，由主持人、书记员和当事人及其他参加人分别签字或者盖章后，作为处罚的依据封卷上交机关首长。

(6) 听证费用。行政机关组织听证，目的在于充分听取当事人的意见，全面、客观、公正地调查取证，从而保障行政处罚权的正确行使。据此，当事人不承担行政机关组织听证的费用（第42条）。

4. 行政处罚决定。听证程序只是一般程序中的一种特殊调查处理程序，并不包含行政处罚程序的全过程。与一般程序中的调查取证程序相比较，只是对比较重大的处罚案件适用特殊方式的调查取证程序而已。听证程序完毕以后，只是完成了调查取证，仍应按照一般程序的有关规定作出处罚决定。听证结束后，行政机关依照有关一般程序的规定作出处理决定。也就是说，适用听证程序的案件的最后决定权在行政机关而不在主持听证的工作人员。

二、行政处罚的执行程序

(一) 行政处罚执行程序的概念

行政处罚的执行程序，是指有关国家机关保证行政处罚决定所确定的当事人的义务得以履行的程序。没有行政处罚的执行，行政处罚决定就会失去意义，只有确保行政处罚决定得以实现，才能使行政管理秩序得到维护和保障。

(二) 行政处罚执行程序的原则

1. 申诉不停止执行的原则。行政处罚决定依法作出后，当事人应当在行政处罚决定的期限内予以履行（《行政处罚法》第45条）。当事人对行政处罚决定不服申请行政复议或者提起行政诉讼的，除法律另有规定外，行政处罚不停止执行。

2. 作出罚款决定的机关和收缴罚款的机构分离的原则。为了限制滥设处罚、乱施处罚等行政专横和滥用职权的现象，保护行政相对人的合法权益，也为了防止执法人员将罚没款据为己有，损害国家利益，败坏政府及公务员队伍的声誉，行政处罚法在规定的行政处罚的执行时，确立了作出罚款决定的机关和收缴罚款的机构分离的原则，除依法当场收缴的罚款外，作出行政处罚决定的行政机关及其执法人员不得自行收缴罚款。行政机关可以指定银行作为收受罚款的专门机构，当事人到指定的银行缴纳罚款，银行应当收受罚款，并将罚款直接上缴国库。罚款的行政处罚决定由法定的享有行政处罚权的行政机关作出，而罚款的收缴则由法定的专门机构负责。

(三) 行政处罚执行程序的内容

1. 专门机构收缴罚款。

(1) 专门机构收缴罚款的适用范围。专门机构收缴罚款有一定的范围限制。以下两种情况属于例外：其一，依照《行政处罚法》第47条、第48条的规定，当场收缴罚款的情形有：20元以下的罚款；不当场收缴事后难以执行的；在边远、水上、交通不便地区，当事人向指定的银行缴纳罚款确有困难的，经当事人提出的。其二，依法采取强制执行措施收缴的罚款。当事人逾期不履行行政处罚决定的，作出行政处罚决定的行政机关可以根据法律规定，将查封、扣押的财物拍卖或者将冻结的存款划拨抵缴罚款。除依法应当予以销毁的物品外，依法没收的非法财物必须按照国家规定公开拍卖或者按照国家有关规定处理。罚款、没收违法所得或者没收非法财物拍卖的款项，

必须全部上缴国库。

(2) 专门机构收缴罚款的程序。根据《行政处罚法》第 46 条第 3 项的规定以及目前实际运作情况，专门机构收缴罚款应遵循如下程序：通知送达。送达行政处罚决定书，是行政处罚决定的最后一项程序，同时又是当事人缴纳罚款的第一项程序。行政机关应在行政处罚决定书中注明指定银行。当事人应当自收到行政处罚决定书之日起 15 日内，到指定的银行缴纳罚款。

催交。专门机构根据处罚决定书限定的当事人自动交纳罚款的时间，在期限届满之前，向当事人发出催交通知书，以提醒和督促当事人按期主动履行缴纳罚款义务。收受罚款。当事人向专门机构缴纳罚款的，专门机构应向缴纳人开具统一的罚款收据。上交国库。银行收受罚款后，应将罚款直接上缴国库。

2. 当场收缴罚款的程序：出具罚款收据。行政机关及其执法人员当场收缴罚款的，必须向当事人出具省、自治区、直辖市财政部门统一制发的罚款收据；不出具财政部门统一制发的罚款收据的，当事人有权拒绝缴纳罚款。

罚款的缴付。执法人员当场收缴的罚款，应当自收缴罚款之日起 2 日内，交至行政机关；在水上当场收缴的罚款，应当自抵岸之日起 2 日内交至行政机关；行政机关应当在 2 日内将罚款缴付指定的银行。

3. 强制执行。

(1) 执行措施。《行政处罚法》第 51 条规定了三种执行措施：到期不缴纳罚款的，每日按罚款数额的 3% 加处罚款。这种措施属间接强制执行即执行罚，其目的在于迫使当事人及时履行行政处罚决定。只要当事人履行了处罚决定所确定的义务，执行罚便当然停止。根据法律规定，将查封、扣押的财物拍卖或者将冻结的存款划拨抵缴罚款。采取这种措施必须根据法律规定：拍卖查封、扣押的财物必须按国家规定公开进行或按照国家有关规定处理；拍卖财物折抵的罚款应当全部立即上交国库。申请人民法院强制执行。行政机关如在处罚决定的执行上有困难，可以申请人民法院执行。

(2) 强制执行的例外。当事人如非故意不履行，而是客观上不能履行时，行政机关不应当强制执行。如当事人确有经济困难，需要延期或者分期缴纳罚款的，经当事人申请和行政机关批准，可以暂缓或者分期缴纳。

第十二章 行政合同与行政指导

第一节 行政合同

一、行政合同的范围、概念和特征

（一）行政合同的范围

一般认为，行政合同包括三种形态：其一是行政主体相互间的合同；其二是行政主体与相对人之间的合同；其三是特定领域中受行政主体支配的行政相对人之间的合同。行政法学研究的行政合同，主要是第二种形态的合同，即行政主体与行政相对人之间签订的合同。

（二）行政合同的概念

通常的行政法律关系，其权利义务是由行政机关的单方行为，以命令、决定的方式设立的。但在某些情况下，行政法律关系是基于行政机关等行政主体和相对人协商、合意，以双方共同的意思表示的一致为基础而确立的。行政主体为实现行政目的而与公民、法人或其他组织之间基于意思一致而缔结的契约，称为行政合同，或称为行政契约、公法契约。

（三）行政合同的特征

1. 行政合同的一方主体为行政主体。行政合同的行政性首先是由主体决定的，即在行政合同法律关系中必有一方主体是行政主体。行政合同实质上是行政主体通过与相对人协商的方式来行使其对国家和社会公共事务管理职权的表现。不过，并非以行政主体为一方当事人的所有合同都是行政合同，行政机关以平等的民事主体身份与对方订立的合同不是行政合同而是民事合同。

2. 行政合同是以公法上的效果发生为目的的合同。行政合同不同于民事合同，是行政主体实施行政管理，实现国家、社会公共利益的特别方式。行政合同从其缔结、履行到变更、解除和救济，都受行政实体法、行政程序法和行政救济法等公法原则的规范和约束，其目的在于履行行政职责，实现行政目的。在行政合同关系中，契约自由的原则受到限制，合同内容必须符合法律、法规的规定，其缔结、履行等都必须严格依据法律、法规的规定，合同双方无完全的自由处分权。

3. 行政合同是基于当事人意思一致而成立的合同。虽然行政合同是行政主体行使其对国家和社会公共事务管理职权的一种方式，但其成立前提是合同双方意思表示一致。在这一点上行政合同区别于一般行政行为。

4. 行政合同贯彻行政优益权原则。行政合同虽然是以双方合意为基础成立的，但在其缔结、履行、变更或解除中，双方当事人并不处于完全平等的法律地位，行政主体可以选定合同的一方当事人，对合同的履行有监督权、指挥权，还可以根据国家行政管理的需要单方面地行使合同变更权和解除权，而相对一方当事人则没有这些权利，处于相对被动、劣势的地位。当然，行政合同中行政优益权的行使是有条件的，要受公平、合理、合法原则的支配。行政主体非因相对一方当事人的过错而解除合同，导致相对人财产上损失的，其应承担赔偿或补偿的责任。

5. 行政合同纠纷通过行政法上的救济途径解决。在我国，民事合同纠纷由民事审判庭审理，经济合同纠纷由经济审判庭处理，而行政合同纠纷的处理途径尚未明确。根据行政合同的前述特征，其显著的公法目的性和浓厚的

行政优越性，决定了行政合同既不同于民事合同又不同于经济合同，其纠纷解决不宜通过民事经济争议处理途径，而应循行政争议的解决途径，即通过行政审判处理。

二、行政合同的种类与作用

（一）行政合同的种类

1. 根据行政关系的范围不同，行政合同分为内部合同和外部合同。前者是指行政机关与行政机关或行政机关与其工作人员之间签订的合同。后者是指行政机关与行政相对人之间签订的合同。此种分类方法超出了我们一般界定的“行政合同”的范畴，但在研究广义的“行政合同”时具有较为重要的意义。

2. 根据合同内容的不同，行政合同分为承包合同、转让合同和委托合同等。承包合同是指基于行政管理与被管理关系，明确规定双方权利义务，约定由相对人承揽某种行政事务的合同。通过合同形式明确双方权利义务，并不因此而改变双方管理与被管理关系的性质。转让合同是指合同当事人转让财产所有权或使用权的合同。转让合同的签订，将导致所有权或使用权的转移，双方较少管理与被管理关系的色彩。委托合同是指行政机关将属于其职务范围的某些事务委托另外的机关或个人、组织办理的合同。

3. 其他分类方法。根据合同是否具有给付内容，行政合同可分为有金钱给付内容的合同和无金钱给付内容的合同。根据行政机关的职务范围不同，行政合同可分为各种专业管理合同，如工业管理行政合同、交通管理行政合同、农业管理行政合同、文化管理行政合同等。

（二）行政合同的作用

德国学者奥特·玛雅（Otto Mayer）认为，在合同中当事人的意思对等是不可欠缺的要素，而国家和人民之间不存在这样的意思对等关系，因而公法上的合同是绝对不可能存在的。然而，随着秩序国家向给付国家的转变，伴随着现代国家的任务和机能的变迁，世界各国对行政合同展开了空前广泛和深入的研究，并且呈现出促使其法制化的倾向，无论是大陆法系还是英美法系，许多国家都确立了行政合同制度。在西方国家，福利国家、行政国家、给付行政等新观念的出现，要求政府采取多种形式的行政手段，在这样的社会背景下产生了行政合同。

在我国，行政合同的观念与方式的导入，与行政管理体制改革和市场经济责任制思想的出现相联系，特别是从计划经济向市场经济转轨而引发政府职能和管理手段变化。国家所有权和经营权分离，行政机关管理国家和社会公共事务的方式也相应地发生了重大变化，出现了行政机关之间或者行政机关和公民、法人或其他组织之间以双方意思表示一致而确立行政法律关系的非权力性的行政合同行为。行政合同是一种富有灵活性和现代色彩的管理形式，具有刚柔相济的优点，可以较好地发挥行政主体和行政相对人双方的主动性和创造性，有利于国家行政目的的实现。作为对行政命令、行政处罚、行政强制等传统管理手段的重要补充形式，行政合同的观念受到关注并在实际行政管理中广泛运用，在建立和发展社会主义市场经济中发挥着越来越重要的作用。

1. 行政合同有利于更好地实现国家行政目标，有利于避免互相扯皮、推诿，杜绝不负责任的官僚主义作风。行政合同是行政主体为实现国家行政目标而采用的一种行为方式，因而行政合同的一方当事人行政主体，在行政合

同的订立或履行过程中，始终起着主导作用。在行政合同的履行过程中，行政主体可以根据具体情况的变化而单方面地修改、中止甚至解除合同，以保障公共利益即行政目标的实现，而行政合同相对一方当事人的契约自由权就要受到相应的限制。虽然行政合同中存在着行政主体和相对一方当事人之间的地位上的不平等，但是，订立行政合同可以使行政主体和相对人的权利义务相对确定和明晰，合同内容对当事人双方均是一种限制和制约。因而，行政主体虽然享有行政优益权，但其行为必须受合同规定的制约。给相对人带来损害或损失，行政主体应该给相对人以相应的赔偿或补偿。

2. 行政合同有利于行政相对人更好地发挥积极性和创造性。在文化、科研、教育、资源开发以及环保、给付行政等领域，用简单、强硬的行政命令手段，往往难以达到理想的行政目标。采取行政合同的方式，既便于实现行政目的，又保留了制裁对方违约行为的权利，可以避免相对人不负责任、不认真履行合同的弊端，而其优惠待遇等一系列利益机制，可以激励相对人充分发挥其主观能动性和最大的创造性。正确运用行政合同，可以保证行政权的正确运用和充分发挥行政相对人的积极性和创造性。

3. 行政合同可以使合同争议投诉有门，解决有据。如果在履行行政合同中发生争议，当事人可以据此向人民法院提起诉讼，寻求法律保护或救济。

此外，由于行政合同中往往伴随着对相对一方当事人的极大的利益机制，在竞争激烈的现代国家中，谁能成为行政合同的相对一方当事人，往往就意味着其将在竞争大潮中脱颖而出，至少意味着其社会地位和经济地位在一定程度上获得了保障。因此，在行政合同领域最容易产生腐败。鉴于此，如何抑制行政合同的负面作用，是各国行政法学所面临的现代课题之一。

三、我国行政合同的具体表现形式

在我国，关于行政合同的种类，无论是实际部门还是理论界，都不存在一致的见解。这里介绍行政实践中的几种较常见的合同形式：

1. 国有土地有偿出让合同，是指国家以土地所有者的身份将土地使用权在一定时期内让与土地使用者，并由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的合同行为。在这种合同中，政府管理部门既是出让方，又是监督方。其权利为：出让国有土地使用权；对未按合同规定进行开发、利用、经营的，责令纠正并予以行政处罚；批准改变土地用途。

2. 公用征收合同，是指国家行政机关为实现社会公共利益，与相对人签订的，在依法给予补偿的前提下征收其财产为内容的合同。这种合同广泛应用于交通运输、城市建设、土地管理等领域。我国《土地管理法》、《水法》等都有较为明确的规定。

3. 工业企业承包、租赁合同，是由政府指定的有关部门作为发包方，实行承包经营的企业作为承包方，双方经协商而签订的、确定双方权利义务的合同，包括全民所有制工业企业签订承包经营合同，全民所有制小型工业企业签订租赁合同。《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》对此种合同作出了明确规定。

4. 国家订货合同，是指行政主体基于国防与社会保障等方面的需要，与对方当事人签订的订购有关物资、产品的合同。国家订货合同的突出特征是，行政主体方的意思表示具有不可拒绝性，相对人必须接受并且认真履行订货单中规定的任务。双方在完成工作的费用方面以及双方的权利、义务、责任的配置方面可以协商。例如，国家军用物资和其他有关重要物资的订购，通

常采取这种合同形式。粮食、棉花、烟草等订购合同，是以国家为粮食、棉花、烟草等的种植提供优惠条件并保证收购，农民向国家交纳粮食、棉花、烟草等并取得相应报酬为内容，由各级人民政府及主管部门与农民之间就粮食、棉花、烟草等的种植、订购达成的协议。

5. 公共工程合同，是指行政主体为了公共利益的需要，就建造某项公共设施的工程建设的承包和作为报酬支付一定价金事宜，和建筑公司等企业之间，经协商达成一致而订立的合同。

6. 人事聘用合同，是指政府机关采用招聘的形式，面向社会，通过竞争考试，择优录用，同被录用人员签订的合同。

7. 土地承包合同，是指乡政府或代表乡政府的基层自治组织将土地发包给农户经营的合同。

8. 科研合同，是指科研主管部门与科研机构、科技人员之间，就国家下达的重大科研项目，经过协商订立的有关国家提供资助，科研机构、科研人员将研究成果提供给国家的合同。

9. 计划生育合同，是指计划生育管理部门与育龄夫妇之间，就育龄夫妇按国家计划生育的指标生育，国家对其提供一定的优惠等计划生育问题签订的合同。

四、行政合同的缔结、履行、变更和解除

（一）行政合同的缔结

1. 缔结行政合同的原则。行政机关与行政相对人缔结行政合同，一般应遵循如下原则：

（1）适于行政需要。行政机关缔结行政合同不能随心所欲，必须出于行政需要。不过，这种需要并非由法律、法规明确规定，而是行政机关根据法律、法规的原则精神，结合实际的具体情况作出的具体分析判断。订立行政合同既要符合公共利益的要求，又要照顾到相对人的合法权利。

（2）不超越行政权限。现代各国的行政法都确立了严格的职权责任制，行政机关的行政管理行为必须遵循法定权限。同样，行政机关缔结行政合同，不能超出自己管辖的事务范围和权限范围，否则就属于无效合同。

（3）内容合法。行政机关不得就国家法律、政策明令禁止的事项与行政相对人缔结行政合同。合同的内容不得与法律相抵触。

（4）竞争和公开。行政机关在选择合同的当事人时要受到一定的限制。为了抑制腐败和行政恣意，许多国家都比较重视在行政合同中引入竞争原则和公开原则。此外，现代行政法上所确立的说明理由制度、回避制度等一系列保障制度，都有助于制约行政恣意，有助于保证行政机关合理、公正地运用其在行政合同中的主导权。

（5）书面主义。行政合同一般必须采用书面形式。例如 1976 年德国《行政程序法》明确规定：“公法契约之缔结，应以书面为之。但法规另有其他方式之规定者，不在此限。”

2. 行政合同的缔结方式。行政合同内容涉及面广、影响较大，为了确保上述原则的贯彻实施，在签订行政合同时必须采取相应的方式。一般地说，行政合同的缔结方式主要有招标、邀请发价、直接磋商和拍卖等。

（1）招标。行政机关通过一定方式，公布一定条件，向公众发出订立合同为目的的意思表示。招标人在发出招标的公告前或公告之后，需要制定标底，标底不得公开。相对人按照招标人所公布的资格和条件进行投标，行政

机关经过评议后，与提出最优条件的投标人签订合同。采用招标方式时，行政机关只能和要价最低或出价最高的相对人缔结合同，不能在中标人以外自由选择合同的当事人。如果行政机关对中标者不满意时，可以不批准该招标。但应举行第二次招标。合同的相对一方当事人只能是第二次中标者。招标方式有助于防止营私舞弊和财政经费的浪费，有利于公共利益的实现。国务院《科学技术拨款管理的暂行规定》、《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》等法律法规中均规定了这种缔约形式。

(2) 邀请发价。行政机关基于政治、经济、技术等方面的原因，招标时不一定与要价最低的相对人缔结合同。行政机关在缔结合同前发出要约，提出一定的条件，邀请相对人发价，然后由行政机关综合经济、技术及政治等方面的因素，选择最为合适的相对人签订合同。这种方式通常也要求公开进行，对于贯彻有关原则，实现行政目的，具有较为重要的意义。

(3) 直接磋商。行政机关可以自由地和任何个人或组织直接磋商，签订合同。这种方式在民事合同中较为常见，而在行政合同中，由于其非公开性，一般必须受到法律、法规的严格制约。例如，法国有关法律规定，直接磋商方式主要用于下列事项：研究、试验和实验合同，招标和邀请发价没有取得结果的合同，情况紧急的合同，需要保密的合同，只能在某一地方履行的合同，需要利用专利权和其他专有权利的合同，需要利用特殊的高度专门技术的合同。

(4) 拍卖。行政机关向公众发出以订立合同为目的的意思表示，拍卖人在同意竞买人的条件后，合同即告成立。与招标相比，两者的区别在于，相互竞争的竞买人彼此知道竞买对手的条件，可以随时改变自己要约的内容，最后由条件最优的竞买人与拍卖人订立合同。这种方式通常仅适用于国有资产的出让。

(二) 行政合同的履行

依法成立的行政合同具有法律约束力，双方当事人必须全面、正确、及时地履行，以圆满地实现行政合同的目的。为了确保合同的履行，一般要求行政合同的履行必须遵循如下原则：

1. 实际履行的原则。缔结行政合同的目的在于实现行政管理目标，实现国家和社会的公共利益。因此，行政合同所确定的内容必须获得实现。无论缔约双方当事人之间存在何种矛盾或争议，只要公共利益需要，而当事人又有能力履行的，就必须实际地履行，不允许任意变更标的或用违约金和赔偿损失的方法代替合同的履行。

2. 自己履行的原则。行政合同的性质决定了其非常重视当事人的个人因素，因此，合同缔结以后，只要没有取得行政主体的同意，当事人就不得自行更换，也不得委托给其他人代为履行。

3. 全面、适当、及时履行的原则。行政合同必须获得全面、适当、及时的履行，相对人不得违反合同规定，不能只履行合同的一部分条款，而对另一部分条款置之不理，不得对合同的标的、履行时间、地点、方式等任意进行变更。

(三) 行政合同的变更和解除

1. 行政合同的变更。在合同履行过程中，行政机关基于裁量权或其他法律事实，在不改变现存合同性质的基础上，对涉及合同主体、客体、内容的条款可作相应的修改、补充和限制。行政机关为满足公共利益而行使自由裁

量权，可以单方面变更合同；因一定的法律事实如不可抗力等的出现而导致行政合同无法继续完全履行时，双方协议可以对行政合同作出一定的变更。

2. 行政合同的解除。行政合同当事人一方未履行或未完全履行合同时，当事人双方提前结束所约定的权利义务关系。行政合同的解除方式主要有两种：其一是单方面解除，即行政机关基于自己单方面的意思表示即可提前终止行政合同约束力的一种方式；其二是协议解除，即相对人提出解除合同的意思表示，在征得行政机关同意后提前终止行政合同效力的一种方式。

3. 变更和解除行政合同的法律后果。行政合同变更后，原合同不再履行，双方当事人按变更后的权利义务关系行使权利，履行义务。行政合同解除后，双方当事人之间合同关系终止，彼此之间不再享有合同所规定的权利，当然也不负有合同所规定的义务。行政机关单方面变更或解除行政合同的，应对相对人因此而受到的损失予以补偿。

（四）行政合同双方当事人的权利和义务

1. 行政主体的权利：（1）选择合同相对一方的权利，行政主体可以根据实际情况和要求，选择适当的合同相对一方。如果没有法律上的明确根据或正当理由，任何组织和个人一般不得拒绝行政机关的选择。（2）对合同履行的监督、指挥权，行政主体在行政合同关系中充当公共利益的主要判断者的角色，对合同的履行负有监督、控制的职责，并且对具体的执行措施享有指挥权。对于行政主体的监督和指挥，相对一方当事人必须遵守和服从。（3）单方面变更或解除合同的权力，行政主体根据国家法律、法规、政策或计划的变化，以及社会经济形势的变迁，有权变更或解除合同，不必取得相对一方的同意。（4）对不履行或不适当履行合同义务的相对人的制裁权，这是行政主体保障合同履行的一种特权，不论合同中是否有明确规定，行政主体都可以依照职权行使之。

2. 相对一方当事人的权利：（1）取得报酬权。相对人的报酬通常是在合同中规定的，有时由法律或法规直接规定。报酬通常也是相对人提供的服务和物件的价金。此外，按照合同的规定，相对人还可能取得行政主体提供的优惠或照顾，如，被允许利用行政机关的公产、设备或资料，接受政府贷款、津贴，由政府提供担保，获得减轻或免除税赋等。行政合同的报酬条款不能由行政机关单方面变更。（2）损失补偿请求权和损害赔偿请求权。相对人由于行政主体的过失受到损害时，有权请求赔偿。由于行政主体根据公共利益的需要单方面变更或终止合同而给相对人造成损失时，相对人有权请求补偿。无论合同中是否有相关规定，相对人都可以提起补偿请求。（3）因不可预见的困难造成损失时的补偿请求权。行政合同在履行过程中，有时可能出现当事人始料不到的情况或困难，从而导致合同的履行虽然不是事实上不可能，但相对人必须付出数倍的努力才能保证合同履行时，相对人有权请求行政机关共同承担损失，或请求行政机关予以补偿。

3. 行政合同当事人的义务。行政主体方的义务主要表现在：（1）依法履行合同的义务；（2）按照合同规定给予合同相对一方当事人以优惠或照顾的义务；（3）对因根据公共利益的需要单方面地变更或解除合同给相对一方造成的损失予以补偿的义务；（4）按照合同规定支付价金的义务。相对一方当事人的义务主要表现在：按照合同规定的条件和期限认真履行合同；接受行政机关的监督、指挥以及依法实施的制裁。

第二节 行政指导

一、行政指导的概念、方式和类型

行政指导，是指国家行政机关在其所管辖事务的范围内，对于特定的人、企业、社会团体等，运用非强制性手段，获得相对人的同意或协助，指导行政相对人采取或不采取某种行为，以实现一定行政目的的行为。

行政指导，通常采用说服、教育、示范、劝告、建议、协商、政策指导、提供经费帮助、提供知识、技术帮助等非强制性手段和方法。

依其作用，行政指导一般可以分为助成性行政指导、规制性行政指导和调整性行政指导三大类。

1. 助成性行政指导，是为相对人即公民、法人和其他组织出主意的行政指导，故又称为出主意的行政指导。对于助成性行政指导，只要相对人提出申请，行政机关如没有正当理由，一般不得拒绝。

2. 规制性行政指导，是指为了维持和增进公共利益，对违反公共利益的行为加以规范和制约的行政指导。

3. 调整性行政指导，是以调整相互对立的当事人之间的利害关系为目的的行政指导。此种行政指导，以行政机关在法律上对当事人某方或双方有一定的权限为基础。

二、行政指导的特征

1. 非强制性。一般说来，行政管理相对人对于行政指导，没有必须服从的义务。相对人认为行政指导合情合理，便服从之；反之，认为行政指导有悖于情理，也可以不服从，行政机关不得加以强制。

2. 事实行为性。行政指导不具有强制性，行政机关和相对人之间不产生任何法律意义上的权利义务关系，不发生任何法律效果。当然，根据法律规定，行政指导有时也产生一定的法律效果。当法律规定实行一定的权力限制之前必须采取行政指导时，行政指导便作为权力限制的事前程序，产生行政程序上的效果。

3. 能动性。行政指导是行政机关指导相对人采取或不采取某种行为的行动，具有积极的能动作用，既可以基于相对人的申请作出，也可以由行政机关根据形势的需要能动地实施。

4. 行政机关的优越性。任何类型的行政指导关系的形成，均依赖于情报、知识和观念等，而相对人在这些方面明显处于劣势。行政指导关系中行政机关的优越地位，是以事实上确保该行政指导实效性的法律上的权限为背景的。

三、社会主义市场经济与行政指导

1. 市场经济条件下行政指导的必要性。社会主义市场经济，是政府在尊重市场规律的同时，对经济予以适当干预和控制的混合经济。不过，政府的干预和控制，不再是依靠指令性计划，而主要运用指导性计划。通过指导性计划，在引导和共同磋商的基础上，使国家的总体计划和企业的自主安排有机地衔接起来。另一方面，企业要在激烈竞争的社会环境中求生存，必然自觉自愿地创造性地贯彻指导性计划。在这种关系中，国家行政指导的正确运用，既可以实现国家的宏观调控，又可以达到搞活经济的目的，使全社会经济活动健康发展。对此，中共中央十四大文件指出：“我们要发展全国的统一市场，进一步扩大市场的作用，并依据客观规律的要求，运用好经济政策、

经济法规、计划指导和必要的行政管理，引导市场健康发展”。

2. 我国行政指导的政策基础和法律依据。我国在政治、经济和社会生活方面，早已存在大量的行政指导。“从群众中来，到群众中去”，是中国共产党一贯倡导和诚实履行的工作方法。党和政府在管理国家事务中，强调从实际出发，实事求是，注重调查研究，并通过先行试点，分类指导，总结推广等步骤来推动各项工作。

改革开放以来，党和国家十分重视理顺党政关系和政企关系。除了对国营企业实行行政指导外，在管理集体经济、中外合资经济、私营和个体经济等领域，行政指导均得以广泛的运用，并且在我国的宪法和法律中得到反映。宪法规定：国家保护城乡集体经济组织的合法权利和利益，鼓励、指导和帮助集体经济的发展，保护个体经济的合法的权利和利益，通过行政管理，指导、帮助和监督个体经济；保护私营经济的合法的权利和利益，对私营经济实行引导、监督和管理。宪法的上述规定，为更好地适应经济发展的需要，由国家采取行政指导的手段提供了充分的依据。我国行政指导，在科技、教育等管理领域也得以不断推广。在群众自治方面，我国法律规定，城市和农村按居民居住地设立的居民委员会或者村民委员会是基层群众性自治组织。这表明行政机关与基层群众性自治组织之间不是上下级直接的行政隶属关系，而是明确的行政指导关系。群众自治组织要自觉接受政府机关的各项指导活动，政府机关则应尊重群众自治组织的创造性，并予以科学、有效的指导。认真而深入地展开对行政指导的研究，不仅对丰富和发展我国行政法学具有深远的意义，而且可以为科学、准确、全面而及时地进行行政指导提供法律依据和理论基础，对于社会主义现代化建设，具有极其重要的意义。

四、行政指导的积极作用与消极作用

（一）行政指导的积极作用

1. 弥补作用。从理论上讲，行政指导在法律上不具有强制力，是一种事实行为。尽管行政指导中也存在着根据法律规定实施的情形，但大多数行政指导是在没有明确的法律依据的情况下，由行政机关依据其适当判断而随时付诸实施的。法律外的行政指导占了行政指导的大部分。行政机关采取行政指导的形式，可以不受法律的拘束，在自己所掌管的范围内地机地把握行政需要的变化。这一方面补充了法律的不完备，另一方面灵活自如地采取随机应变的对应措施，具有很好的效果。行政指导在形式上没有强制力，通过说服、劝导和引导方式，促使企业采取或不采取某种行为，从而实现政府所制定的政策目标。

2. 规范、调整作用。行政指导可以对危害公共利益或妨害公共秩序的行为加以规范，防患于未然。当企业相互间或企业与居民之间发生的利害冲突有可能影响经济和社会秩序，或影响公共福利的实现时，行政机关可以通过行政指导，使双方互让、协作，化解对立和矛盾。即使在法律规定了权力性行政行为的领域，利用行政指导在一定情况下也要比利用具有法令强制力的权力行为更有利，行政机关不采取强硬的手段，而是采取较为缓和的行政指导手段，有时更能够实现法律所规定的行政目的。

3. 引导、帮助、促进的作用。行政机关通过一定的政策或计划，其本身对相对人具有较大的引导作用。行政指导的实施，有利于帮助、促进和保护相对人的利益，从而促进经济、科技、社会向正确、先进的方向发展。

（二）行政指导的消极作用

行政指导存在的消极作用大致可以归纳为：（1）削弱企业自身的责任意识，甚至削弱行业的自治能力；（2）行政指导的科学性有待提高；（3）有时可能违背以消费者为核心的公众利益；（4）行政指导中有时会介入不合理的政治因素；（5）行政指导的责任往往难以明确。

最后一点是行政法学者最为关注的一个问题。特别是法定外的行政指导，由于不受法的制约，完全依据行政机关的判断，有时难以明确责任的所在，有时甚至因行政机关的恣意专横而导致损害相对人权利和利益的结果发生。

在规范性行政指导中，当行政机关根据错误判断进行行政指导，或者滥用行政指导权时，从法律上讲，认为行政指导内容不正确或不适当的相对人，当然有权拒绝对该行政指导的服从或协助。但现实中的行政相对人对行政的依赖程度越来越高，且行政机关拥有规范及帮助等广泛的权限，违背行政当局的旨意，拒绝接受行政指导，往往难免在其他方面遭受行政机关的故意刁难。因此，相对人为避免在其他方面被故意刁难，即使不同意某种行政指导，往往也不得不服从。这样，行政指导实际上对于相对人具有与权力行为相同的拘束力。并且，即使是违法行政指导，相对人一旦服从之，在法律上就被认为是自愿服从，事后要主张行政指导的违法性，往往是相当困难的。这可能助长行政机关不负责任的瞎指挥，增加行政指导作为权力行政的代替物而得以实施的危险性。相反，对于本来应予以规制的相对人，行政机关不采取正式的规制权限，而是采取行政指导的形式，难以达到确保公共利益的行政目的。具体实施行政指导时，必须注意避免这种倾向，以免招致人民对行政的不信任。

服务性行政领域中的行政指导，一般是作为福利行政的一环，以福利国家的行政责任和任务来实施的，基本上不存在规制行政领域那样深刻的问题。不过，由于信息的提供及技术援助等的过错，给相对人造成难以预料的损害时，也会发生行政责任问题。

五、关于行政指导的法律救济

为避免有关行政指导上述问题的发生，要求在法律上采取一系列相应的对策。有人提出，所有行政指导都需要有法律上的根据，只要没有法律根据，任何行政指导都不得实施。有人退一步提出，至少规范性行政指导，要有法律根据，应通过法律的明文规定来拘束规范性行政指导。

很显然，若要求所有行政指导都必须有相应的法律根据才能实施，便会扼杀行政指导的优势。假设给行政指导设置根据规定，那也只能是抽象的、概括性的规定，因而不会收到理想的效果。而且法律一旦介入，行政机关为了逃避法律责任可能转而以隐蔽、秘密的方式进行行政指导，这样，就可能给相对人和社会公益导致更大的损害。因此，一般只要行政指导的内容不违法，并且不是采取实质上等于强制的不正当手段，就应该承认行政指导。

为抑制违法的行政指导，应保障因接受行政指导而蒙受不利者有广泛的寻求救济的途径。从与违法的规范性行政指导相对抗的角度来看，扩大行政诉讼等救济途径，充实和完善救济程序，比要求行政指导有法律根据更有意义。此外，由于接受行政指导蒙受意外损害的当事人，除通过行政诉讼进行救济外，还应允许其提起国家赔偿请求。对以采取强制措施为保障的行政指导以及行政机关进行的事实上具有强制力的行政指导，都可以视为是行政机关的具体行政行为，相对人可以依法寻求行政诉讼或国家赔偿救济。

行政指导的内容，不应该是隐蔽的、秘密的，其主要内容应该尽可能地通过政府的文件、公报等予以广泛公布。对于其适当与否的判断，应该不断地接受舆论的批评和评论，在舆论监督之下，保障行政指导的公正，排除不当行政指导，以保护被指导人的合法权益以及国家和社会的公益。

第十三章 行政程序

第一节 行政程序概述

一、行政程序的涵义

行政程序是指行政主体在行使行政权力，作出行政行为的过程中所遵循的方式、步骤、顺序及时限的总和。对于这一定义，我们可以从以下几个方面来理解：

1. 行政程序是行政行为的程序。行政程序特指行政主体在行使行政权力，作出行政行为时所应遵循的程序。它不包括行政相对人的行为程序，也不包括人民法院的行政诉讼程序。

2. 行政程序是行政行为的方式、步骤、顺序和时限的总和。方式是指行政行为过程中的方法和形式，如书面形式、口头形式等；步骤是指行政行为的阶段，如行政处罚中的立案、调查取证、作出行政决定等几个阶段；顺序是指各个步骤的先后次序；时限则是指行政行为完成的时间限制。

3. 行政程序相对于行政实体是相对独立的，并是有章可循的。行政行为是纷繁复杂，千差万别的，很难形成所有行政部门都普遍适用的行政实体法规则及其法典。但行政程序对于行政实体有相对的独立性和自身的规律性。从世界许多国家的经验看，行政程序的法典化是可能的。

二、行政程序的分类

行政程序按不同的标准，可进行不同的分类。

（一）外部行政程序与内部行政程序

以行政程序适用的范围为标准，可分为外部行政程序和内部行政程序。外部行政程序，是指行政主体对其系统外部的、社会上的公民、法人或其他组织进行行政管理时所遵循的程序，如行政处罚程序、行政强制程序、行政许可程序等。内部行政程序是指行政主体对内部事务进行管理或运作时所遵循的程序，如行政机关对公务员的奖励或处分程序，行政机关内部处理行政公文的过程，及上下级行政机关之间领导、检查与监督程序等。划分外部行政程序与内部行政程序的意义在于：不同行政程序的要求有所不同，内部行政程序要求更多地注重效率，而外部行政程序则更注重保障行政相对人在行政过程中的参与和对相对人权益的保护。当然，行政程序的外部与内部之分不是绝对的，两者经常交织在一起，你中有我，我中有你。

（二）事先行政程序与事后行政程序

以行政程序适用的时间为标准，可分为事先行政程序和事后行政程序。事先行政程序是指行政行为在实施之前及实施过程中所遵循的程序，如行政行为的批准程序，行政处罚的调查取证程序，行政立法的起草与征求意见程序等。事后行政程序是指行政行为实施后的审查或救济程序，如行政复议程序，行政监督程序等。无论是事先程序还是事后程序，都是以保障相对人的合法权益为目的。我国目前对于事后行政程序较重视，但在一定程度上忽视了事先程序。事实上，对于提高行政效率，防止行政违法，避免对相对人权益的损害来说，事先程序具有重要意义。因此加强事先行政程序的立法是行政法制建设的重要任务之一。

（三）法定行政程序与自由裁量行政程序

以行政程序是否有法律明确规定为标准，可分为法定行政程序和自由裁

量行政程序。法定行政程序是指行政主体依照法律、法规明确规定，必须严格遵守的程序，如羁束行政行为中，行政主体只能经法定的程序作出，违反法定程序可能导致该行为被撤销。自由裁量行政程序是指行政主体在实施行政行为时可以自由选择适用的程序。对于自由裁量程序来说，一般不存在是否合法的问题，主要涉及的是合理性问题。当然法定行政程序和自由裁量行政程序的划分也不是绝对的，行政主体自由裁量程序严重不合理可认为是违反法律的目的、原则和精神，从而转化为违法的问题。

（四）行政立法程序、行政执法程序与行政司法程序

以行政程序适用的不同行政职能为标准，可分为行政立法程序、行政执法程序和行政司法程序。行政立法程序是指行政主体制定行政法律规范时所应遵循的程序，如《行政法规制定程序暂行规定》即是规定国务院制定行政法规时应适用的步骤、方法、时限等。行政执法程序是指行政主体行使行政权，实施具体行政行为时所应遵循的程序，如行政决定程序、行政处罚程序、行政强制程序等。它们是行政程序的主要构成部分。行政司法程序是指行政主体以第三人的身份，裁决行政主体与相对人之间的行政纠纷以及相对人之间与行政管理有关的民事纠纷时应遵循的程序，如行政复议程序、行政裁决程序等。

三、行政程序法的概念与特征

行政程序法是指调整和规范行政主体作出行政行为的过程、步骤和方式的法律规范的总称，它是行政程序法制化的结果。行政程序法具有以下特征：

（一）行政程序法的调整对象是行政主体的行政行为。

行政行为是相对于立法行为和司法行为而言的。立法行为由宪法、立法法、组织法和立法机关的议事规程规范，司法行为由各种诉讼法规范，行政行为则由行政程序法规范。行政主体行使行政权，作出行政行为必须遵循行政程序法。行政程序法可能也涉及行政相对人的行为规范，但这些内容数量较少，而且都直接或间接与行政行为有关，因此，也可认为是直接或间接地调整行政行为。

（二）行政程序法的内容是规范行政行为的方式、步骤、顺序和时限等。

行政程序法是规范行政主体作出行政行为时所应遵循的程序性要求。一般来讲，行政主体有无作出该行政行为的权限及该行政行为的具体内容如何，由行政实体法规定，而如何实施该行政行为则由行政程序法规定。

（三）行政程序法是关于行政行为程序的所有法律规范的总称。

行政程序法分形式意义的行政程序法和实质意义的行政程序法。形式意义的程序法是指完整而统一的行政程序法典，如美国、德国和日本等国的行政程序法典。实质意义的程序法是指所有有关行政程序的法律规范的总和，它不仅包括形式意义上的行政程序法典，而且还包括各种行政法律、法规和规章中涉及行政程序的法律规范。这些行政程序法规范一般与行政实体法规范是合一的，即在一部行政法律文件中既有行政实体的内容，也有行政程序的规定。

四、行政程序法的作用

行政程序法是现代行政法中不可或缺的组成部分与重要内容，其主要作用在于：

（一）规范行政主体的行政行为

依法行政的原则要求行政主体实施行政行为的活动必须依照法律规定进

行，不仅要符合行政实体法的规定，而且还要符合行政程序法的规定。行政程序法正是通过以法定形式设置各种程序规则来规范行政行为的实施，控制行政权力的运行，防止行政主体滥用权力，保障行政行为的公正、准确。

（二）提高行政主体的行政效率

由于行政事务涉及国家、社会公益，很多情况下还具有紧急性，因此行政行为不仅要求公正、准确，而且在很大程度上还要求效率。因此，如何恰当地选择行为方式，合理地安排行为步骤，以保证行政行为的快捷、迅速、及时，亦是行政程序法要解决的重要问题。制定科学合理的行政程序法对保障行政行为顺利进行，提高行政效率具有重要作用。

（三）保护行政相对人的合法权益

在行政实体法律关系中，行政主体和相对人权利义务设置的不对等性，易使相对人权益受到行政主体违法行为的侵犯。为避免或减少行政侵权行为，行政程序法通过设置各种事先或事后的程序控制和规范行政行为，保护相对人的合法权益。相对人通过行政程序法，不仅可以要求事后救济，而且在行为实施过程中享有陈述权、了解权、申辩权和听证权等权利，这对于防止行政主体主观武断，滥用行政权有极其重要的意义。

第二节 行政程序法的基本原则

行政程序法的基本原则，是指导行政程序立法及行政执法，并贯穿于所有行政程序具体规范之中的基本准则。

一、程序法定原则

行政程序法定原则是指行政主体实施行政行为的主要步骤和方法必须以法律、法规规定，行政主体实施涉及相对人重要权益的行为均必须遵循法定程序。程序法定原则是行政合法性原则在行政程序领域内的具体体现，它是行政程序法的最基本原则。行政程序法定原则要求：（1）行政主体实施行政行为，必须严格按照法定程序，采取法定的步骤和方式；在没有法定程序时，行政主体运用自由裁量程序进行行政管理，应确保其所选择适用的程序符合法律的基本原则和目的，不得侵犯相对人的合法权益。（2）对行政主体违反行政程序法规定所作出的行政行为应进行严格审查，并由有权机关依法予以撤销。（3）行政主体必须承担因行政程序违法而带来的相应法律责任，如给相对人造成损害的，应负赔偿责任。

二、程序公正原则

程序公正原则是指行政主体在实施行政行为时应在程序上平等地对待各方当事人，避免和排除各种可能导致不平等或不公正的因素。法律的公正只有通过公正的程序才能得到真正的实现。程序公正原则要求：（1）行政主体对行政管理中的所有相对人应一视同仁，不偏袒，不歧视任何人，如应给予所有与行政行为有关的相对人同样的机会发表意见，进行辩论等。（2）行政主体在作出行政行为时，应尽量避免和排除任何可能影响行政决定公正性的因素，如实行回避制度、职能分离制度及不单方接触制度等。（3）行政主体在作出行政管理行为时，必须同时兼顾公共利益和私人利益，尽可能在两者之间保持平衡。

三、程序公开原则

程序公开原则是指行政主体在作出行政行为的過程中，应在程序上确保行政相对人有了解并参与与之相关的行政行为的权利。公开化是现代民主对行政的重要要求，程序公开原则正是政府活动公开化在行政程序上的具体体现，也是公民参政权的延伸。它对于保证行政权的合法公正行使，保护相对人的合法权益，及提高政府工作的透明度和公民对政府的信任度都有积极意义。程序公开原则要求：（1）行政主体在作出与公民权利义务直接相关的重大行政行为时，如制定行政法规、作出行政处理决定或行政处罚决定及实施行政强制行为时，必须通过一定的行政程序让相对人知悉和了解。当然，法律规定必须保密的除外。（2）行政主体不仅应让相对人了解行政行为，而且还应在作出重要行政决定时充分保证相对人参与行政行为的過程，如应相对人申请举行行政听证，广泛听取各方意见，并允许当事人进行申辩和质证。（3）行政主体在行政行为過程中的公文案卷，除法律有特殊规定外，应允许相对人查阅或抄录，以便于其收集证据，了解案情，更有效地保护自己的合法权益。（4）行政主体在作出行政行为的同时应告知当事人申请救济的各项途径，即应让当事人知晓事后的救济方法及时间等，如行政复议、行政诉讼和行政赔偿等。

四、效率原则

效率原则是指行政程序的制定与执行应以有利于提高行政效率为目标。

行政活动的主要目的是为了实实现公共利益，而行政管理的效率高低必然会影响到公共利益，因此，确立行政程序的效率原则同样是十分必要的。行政效率原则要求：（1）行政程序的设置应在保障公正、准确的前提下，尽量减少不必要的环节、手续，以提高行政管理各个环节的运转速度。（2）建立合理的时效制度，行政程序的各个环节都应当有时间限制，以防止拖延，保障快速实现行政目标。行政主体的行为超过法定期限，即构成违法，应承担相应法律责任。（3）应设立适应各种具体情况的简易程序或紧急情况处置程序等，保证在不损害其他目的的前提下使行政程序简便易行，如我国行政处罚法中就设立了行政处罚的简易程序。（4）行政程序的设置还应考虑到如何排除行政管理障碍，更有效的实现行政管理的目的，如应设立行政强制执行程序，以保证行政行为的内容能及时得到完成等。

第三节 行政程序法的基本制度

行政程序制度是指调整一定领域、一定种类行政行为法律规范系统。行政程序制度是行政程序法基本原则的具体化，而行政程序法的基本原则要发挥其功能，则必须借助于行政程序法的基本制度与行政程序的具体法律规范。现代行政程序法主要有以下制度。

一、情报公开制度

情报公开制度是指行政主体在实施行政行为时，应主动或依相对人申请而公开有关信息资料的制度。公开的内容包括：（1）行政主体的基本情况，如行政主体的法定名称，法定代表人姓名，办公地点，各个机构的职权范围及活动程序和方法等。（2）作出行政行为所依据或适用的法律规范，如行政机关制定的行政法规、行政规章及其他政策等均应在有关政府公报或重要报刊上公布，使公众能有机会、有途径了解相关法律规范的内容。（3）行政行为实施过程中的有关档案材料，对行政机关的有关文件和档案材料，除依法应保密的外，应允许相对人了解、查阅或复制等。

二、调查制度

调查制度是指行政主体在作出行政决定之前必须进行充分调查，以了解公众意见或查明事实、收集证据，以供作决定时依据或参考的制度。调查通常是作出行政决定的前提条件，通过调查，行政主体可以较全面地了解与行政决定相关的信息及事实、证据，从而能够更好地平衡各方面的利益冲突，作出既符合公共利益的要求，又能维护相对人合法权益的行政决定。

三、职能分离制度

职能分离制度是指将行政主体的某些相互联系的职能进行分离，由不同的机构或人员来分别行使的制度。职能分离制度的主要目的在于从程序上加强对权力的制约，防止行政主体及行政人员滥用职权，侵犯相对人的合法权益。如我国《行政处罚法》中就确立了调查控告职能与处罚裁决职能分离的制度，它要求行政主体在就相对人违法行为作出处罚决定时，负责调查和提起指控的人员与最后作出行政处罚裁决的人员分离，听证必须由非相应案件的调查人员主持。

四、回避制度

回避制度是指行政主体在行使职权过程中，相应行政人员如与所处理或决定的事项有利害关系应主动回避或应当事人申请予以回避的制度。回避的理由一般有：（1）行政人员本人是行政决定的一方当事人；（2）行政决定的一方当事人是该行政人员的近亲属；（3）行政决定的一方当事人与该行政人员有其他关系，足以影响行政决定的公正性。回避制度的设立是为了确保行政行为形式上的公正性。行政公正要求在行政程序中行政人员与其所作出的行政决定之间没有利害关系，保证行政人员不偏不倚地作出公平的决定。

与回避制度相关的另一项制度是不单方接触制度，指行政主体就同一事项对两个或两个以上的当事人作出行政决定时，不得在一方当事人不在场的情况下单独与另一方当事人接触或听取其陈述，接受其意见。不单方接触制度对于防止行政主体因偏听偏信而作出不公正决定有重要意义。

五、辩论制度

辩论制度是指在裁决当事人之间的争议时，各方当事人在行政主体的主持下，就有关事实和法律问题进行辩论和对质，由行政主体在辩论的基础上

作出裁决的制度。辩论制度的主要作用在于：（1）保证行政相对人和其他有利害关系的当事人能充分陈述自己的理由和观点，尽可能澄清有关事实和法律问题，从而使行政决定在最大范围内维护其合法权益。（2）防止行政主体在作出行政决定时偏听一面之词，作出不公正决定。

六、听证制度

听证制度是指行政主体在作出影响相对人权利义务的决定之前，应依法举行听证会，允许相对人发表意见、提供证据材料，或进行辩论与对质，并由行政主体根据听证结果作出行政决定的一种严格的程序制度。听证制度的法律价值直接体现了行政公正这一行政程序法的基本价值目标，其具体作用在于：（1）听证制度的设立为相对人提供了发表意见、陈述主张的机会。（2）听证程序的设立为行政主体查明事实，作出公正裁决提供了程序性保障。

七、告知制度

告知制度包括表明身份、向相对人告知有关事项及说明理由等内容。表明身份是指行政主体及其行政人员在进行行政行为之前应向相对人出示证件以表明其身份。告知是指行政主体在行政行为过程中，应将有关事项告知当事人，如告知受理或不受理，许可或不许可等，或告知相对人辩护、申诉等相应权利等。说明理由是指行政主体在作出影响相对人权利义务的行政决定时，应说明作出该决定的事实原因及法律根据制度，如行政主体拒绝相对人对营业执照的申请时，就应具体说明其拒绝颁发执照的原因。说明理由制度的设立，一方面有利于促使行政主体对自己所作的决定作充分考虑，另一方面也有利于相对人充分了解行政行为，并判断该行为是否违法或不当从而决定是否提出复议或诉讼。

八、案卷制度

案卷制度是指行政主体对作出行政行为的整个过程应制作记录、建立案卷。案卷包括与该行政行为所有相关的文件、证据、记录和材料等。严格的案卷制度要求行政主体在作出行政决定，必须而且只能以案卷所记录的证据和材料为依据，不得采用案卷之外的证据材料，如美国行政裁判制度中要求遵循的“案卷排他性原则”即是如此。我国还未建立起严格的案卷制度，但行政行为的所有过程应制作笔录则是基本要求。

九、时效制度

时效制度是指行政主体作出行政行为必须遵循法定的时间限制，否则应承担相应的法律责任。时效制度是行政效率原则衍生出的一项基本制度。为保证行政活动的高效率，行政程序的每一个环节都应有一定的时间限制，如果行政主体实施行政行为超过法律规定的期限即构成违法。如行政主体接到相对人请求其作出某种行政行为的申请，即必须在法定期限内作出批准或拒绝满足其申请的决定，并说明拒绝的理由，否则，相对人可以行政主体违反法定程序或不履行法定职责为由申请行政复议或提起行政诉讼。

十、权利救济制度

权利救济制度是指行政相对人不服行政主体的行政决定时，法律为其提供获得行政救济的途径和机会的制度。行政主体作出行政行为后，行政相对人可能不服该行为，认为其损害了他的合法权益，他可能要求有权机关重新审查该行为，并作出相应决定。救济制度就是为满足相对人此种要求而为之提供的法律途径。如我国的行政复议、行政诉讼即是从程序上设置的、为相对人提供救济途径的制度。

第三编 行政复议

第十四章 行政复议概述

第一节 行政复议的概念、性质与目的

一、行政复议的概念

行政复议，是指公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益，按照法定的程序和条件向作出该具体行政行为的上一级行政机关（行为机关所属的人民政府或上一级主管部门）提出申请，受理申请的行政机关对该具体行政行为进行复查，并作出复议决定的活动。

行政复议概念包含以下几层含义：

1. 行政复议只能由作为行政相对人的公民、法人或者其他组织提起，除此以外，任何其他主体不得提起行政复议。在行政复议中，作出具体行政行为的行政机关或法律、法规授权的组织只能作为被申请人。

2. 行政复议权只能由作出具体行政行为的行政机关的上一级行政机关（行为机关所属的人民政府或上一级主管部门）行使。《行政复议条例》规定，对县级以上的地方各级人民政府工作部门具体行政行为不服申请的复议，由本级人民政府或者上一级主管部门行使复议管辖权，法律、法规另有规定的，从其规定。

3. 行政复议对于公民、法人和其他组织是一种程序性权利，不得被非法剥夺。但公民、法人和其他组织可以自主处分自己的程序性权利，既可以提起行政复议，也可以放弃提起行政复议的权利。然而，当行政复议作为行政诉讼的前置程序，法律、法规要求必须先经过行政复议才能提起行政诉讼时，公民、法人和其他组织提起行政诉讼则必先申请复议。如果放弃申请行政复议，就无权再提起行政诉讼。

（四）行政复议的对象只能是行政机关作出的具体行政行为。行政相对人对行政机关制定的具有普遍约束力的规范性文件不服，不能申请行政复议，只能依法寻求其他渠道救济。

二、行政复议的性质

在行政法理论中，行政复议被视为一种行政司法活动，即由行政机关以准司法的方式来审理特定的行政争议。也就是说，行政复议既不完全等同于司法活动，又不完全等同于一般的行政行为。

（一）行政复议与行政诉讼的关系

1. 行政复议与行政诉讼的联系。行政复议与行政诉讼在以下几方面具有共同的特征：

（1）因具体行政行为而引起。只有具体行政行为存在，才能引起行政复议或行政诉讼，抽象行政行为以及不产生法律效力的事实行为等不能引起行政复议或行政诉讼。

（2）以解决行政争议为直接目的。在现实社会中，行政机关和作为管理相对人的公民、法人或者其他组织对于具体行政行为是否合法，具体行政行为是否侵犯公民、法人或者其他组织的合法权益有时会产生不同的认识，并导致行政争议，行政复议和行政诉讼的目的在于定纷止争，明确是非，以维护行政机关依法行使职权，防止和纠正违法行政行为，保护公民、法人和其

他组织的合法权益。

(3) 以对具体行政行为的合法性审查为核心。《行政诉讼法》第 5 条规定，人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查，这是我国行政诉讼的实质和核心。同样，《行政复议条例》第 7 条也规定，复议机关依法对具体行政行为是否合法和适当进行审查。由此可见，合法性审查在行政复议和行政诉讼过程中均具有重要地位。

(4) 以独立行使职权为保障。《行政诉讼法》第 3 条规定，人民法院依法对行政案件独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。同样，《行政复议条例》第 3 条亦规定，复议机关依法行使职权，不受其他机关、社会团体和个人的非法干预。

(5) 复议或诉讼均不停止具体行政行为的执行。《行政诉讼法》第 44 条规定，诉讼期间，不停止具体行政行为的执行。但有下列情形之一的，停止具体行政行为的执行：被告认为需要停止执行的；原告申请停止执行，人民法院认为该具体行政行为的执行会造成难以弥补的损失，并且停止执行不损害社会公共利益，裁定停止执行的；法律、法规规定停止执行的。对此，《行政复议条例》第 39 条也作了基本上相同的规定，即确定了复议期间不停止具体行政行为执行的原则。

(6) 行政复议和行政诉讼都不适用调解。除上述共同特征以外，行政复议与行政诉讼在程序上也存在着紧密的联系，对属于人民法院受案范围的行政案件，公民、法人或者其他组织可以先向上一级行政机关或者法律、法规规定的行政机关申请复议，对复议不服的，再向人民法院提起诉讼；也可以直接向人民法院提起诉讼。当然，如果法律、法规规定应当先向行政机关申请复议，对复议不服再向人民法院提起诉讼的，必须依照法律、法规的规定。

在行政复议与行政诉讼的具体关系，可以分为以下几种情况：

其一，由公民、法人或者其他组织在行政复议与行政诉讼之间自由选择，在选择了行政复议后如对复议决定不服仍可提起行政诉讼，绝大多数法律、法规都是这样规定的。

其二，由公民、法人或者其他组织自由选择行政复议与行政诉讼，但选择了行政复议后即不得再提起诉讼，如《中华人民共和国公民出境入境管理法》、《中华人民共和国外国人入境出境管理法》作了这样的规定。

其三，行政复议是行政诉讼的必经程序，公民、法人或其他组织必须先向行政机关申请复议，如不服复议决定，再行起诉，如《中华人民共和国游行示威法》、《中华人民共和国治安管理处罚条例》、《中华人民共和国进出口关税条例》等作了这样的规定。

其四，以行政复议为终局决定，公民、法人或者其他组织只能申请复议，不能提起行政诉讼，如《中华人民共和国专利法》第 43 条第 3 款作了这样的规定。

2. 行政复议与行政诉讼的区别：

(1) 性质不同。行政复议是由上一级行政机关对下一级行政机关所作具体行政行为所进行的审查，是一种行政行为，所有过程都在行政系统内部进行。行政诉讼是人民法院对行政机关所作具体行政行为实施的司法监督，属于司法行为。

(2) 受理机关不同。行政复议的受理机关是作出具体行政行为的行政机关所属的人民政府或其上一级主管部门。而受理行政诉讼的机关则是人民法

院。

(3) 受案范围不同。人民法院所受理的行政案件，只是公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵害其合法权益的案件。而复议机关所受理的则既有行政违法的案件，也可以有行政不当的案件。根据行政诉讼法的规定，凡是能够提起行政诉讼的行政争议，公民、法人或者其他组织都可以向行政机关申请复议，而法律规定行政复议裁决为终局决定的，当事人不得提起行政诉讼，从而使某些行政争议只能通过行政复议而不能通过行政诉讼得以解决。

(4) 审查力度不同。人民法院只审查具体行政行为的合法性而一般不审查其是否适当，复议机关不仅审查具体行政行为是否合法，而且还要审查其是否适当，因此，行政复议的审查力度要大于行政诉讼。

(5) 审理依据和对抽象行政行为的处理不同。此表现为两个方面：

其一，人民法院审理行政案件，以法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例为依据，参照国务院部委根据法律、法规等制定的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律、法规制定的规章。复议机关审理复议案件，以法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、规章，以及上级行政机关依法制定和发布的具有普遍约束力的决定、命令为依据。

其二，人民法院认为地方人民政府制定的规章与国务院部、委制定的规章不一致，以及国务院部、委制定的规章之间不一致，由最高人民法院送请国务院作出解释或者裁决。复议机关发现具体行政行为所依据的规章或者具有普遍约束力的决定、命令与法律、法规或者其他规章和具有普遍约束力的决定、命令相抵触，有权在其职权范围内依法予以撤销或改变。如无此权限，则报请有权机关处理。

(6) 审理程序不同。人民法院审理行政案件实行的是两审终审，公开开庭审理。行政复议基本上实行一级复议，以书面复议为原则。较之诉讼程序，行政复议程序比较灵活、简便。

(二) 行政复议与一般行政行为的关系

行政复议的基本性质属于行政行为，为行政行为中的要式行政行为，依申请行政行为，或者说是一种行政司法行为。

然而，作为一种独立的法律制度，行政复议与一般的行政行为又有着明显的差别：

与行政许可、行政确认、行政处罚、行政强制、行政监督等行政行为比较，行政复议是一种行政司法行为，复议机关作为独立于争议双方之外的第三者，以准司法程序来审理特定的行政争议。随着我国法制建设的进一步加强，行政复议的司法色彩必然会得到进一步加强，并以此区别于一般的行政执法行为。与行政处罚，行政检查、行政征收等依职权的行政行为比较，行政复议是一种依申请的行政行为，只有公民、法人或者其他组织提出复议申请，才能进入行政复议程序。与非要式行政行为比较，行政复议是一种要式行政行为，申请复议的范围、复议管辖、复议机构、复议参加人、复议程序等都由法律严格加以规定。与行政裁决比较，行政复议主要是为了解决行政机关同公民、法人或者其他组织之间的行政争议，而行政裁决主要是为了解决公民、法人或者其他组织之间的民事争议。

《宪法》第 41 条规定，我国公民享有对于任何国家机关和国家工作人员

的违法失职行为向有关国家机关提出申诉的权利。行政复议正是宪法所规定的申诉权的一种。然而，行政复议并不等同于公民的申诉权，除行政复议以外，公民、法人或者其他组织还可以向各有关国家机关及各国家机关设置的信访机构申诉。

三、行政复议的目的

行政复议制度的建立是我国加强民主，建设社会主义法治国家的重要举措，建立这一制度的目的可以概括为下述三个方面：

（一）保护公民、法人和其他组织的合法权益

社会主义法治国家要求最大限度地保障公民的权利和自由。行政机关的行政管理活动，内容复杂，范围广泛，几乎深入到社会生活的每一个角落，与人们的日常生活息息相关。任何一个公民或者法人、其他组织随时都有可能与行政机关打交道，如出生登记、户籍管理、入学、就业、养老保险、丧葬管理等。一旦行政机关和行政机关工作人员在行使职权时不能严格依法行政，就必然会侵犯公民、法人和其他组织的合法权益。

我国是一个有两千多年封建专制主义统治历史的国家，行政权力在社会生活中一直起着绝对的支配作用且不受法律规范的约束，新中国建国以后的很长一个时期里，我们长期实行高度集中的计划经济，使行政权力在社会生活中起着包揽一切的作用。尤其是文化大革命，使我国本不健全的法制建设进一步受到严重破坏，对权力的监督基本不复存在。在这种状况下，公民、法人或者其他组织的合法权益得不到应有的保护，社会生活长期处于无序状态。

十一届三中全会以来，我国实行改革开放，开始构筑社会主义市场经济体制，建设社会主义法治国家。在市场经济条件下，利益主体的多元化和利益的多样化迅速出现，并由此要求加强对多元利益的确认和保护，以进一步促进市场经济的发展。但是行政权过度集中，行政权缺乏监督，行政机关工作人员素质不高等因素极大地影响了对多元利益的保护，妨碍了社会主义市场经济的形成。建立行政复议制度，使公民、法人和其他组织在认为具体行政行为侵犯其合法权益时通过复议撤销或变更原具体行政行为，正是为了限制行政权力的膨胀和滥用，以使公民、法人和其他组织的合法权益在受到行政侵犯时能得到及时、有效的保护。

（二）维护和监督行政机关依法行使职权，防止和纠正违法或者不当的具体行政行为

行政复议既是一种解决行政争议的活动，同时也是上级行政机关对下级行政机关的具体行政行为进行监督的一种制度。行政复议通过其监督作用既可以对违法或不当的具体行政行为进行纠正，又可以对合法或适当的具体行政行为予以保护和支持。具体地说，行政复议在维护和监督行政机关依法行使职权方面具有下列作用：

1. 通过行政复议，上级行政机关对下级行政机关的具体行政行为进行审查，发现下级行政机关的具体行政行为违法或者不当时，作出相应的撤销或变更决定。这样，即能在行政系统内部使违法或者不当的具体行政行为得以纠正。

2. 通过行政复议，发现具体行政行为所依据的规章或者具有普遍约束力的文件与法律、法规、规章或其他具有普遍约束力的文件抵触，复议机关可以在其职权范围内予以撤销或者改变，或者报请上级行政机关或有权机关处

理。这样，行政复议不仅可以纠正具体行政行为，也可以促进对抽象行政行为的监督。

3.通过行政复议，上级行政机关能够查明违法或者不当的具体行政行为产生的原因，找出行政机关在执法活动中存在的问题，从而促使行政机关采取相应措施，改进行政执法活动，防止在今后的执法活动中再出现类似的问题。对于通过复议发现的少数以权枉法的行政机关工作人员，上级行政机关可以直接处理或责令下级行政机关处理，以保持行政执法队伍的纯洁性。

4.行政复议是一种法定行为，必须严格按照法律规定的条件和程序进行，对于公民、法人或者其他组织来讲，通过行政复议也可以受到法制教育，从而提高整个社会的法制水准。

（三）保证行政诉讼制度的顺利进行

自改革开放以来，一些新兴社会关系领域不断出现，如房地产、知识产权、证券、期货、环保、技术监督等。这些领域往往专业性强，争议非常复杂。如果这些领域的行政争议完全通过行政诉讼途径解决，法院很难承受。通过行政复议，可以实现案件分流，使绝大多数行政争议不必经过诉讼阶段就能解决，从而减轻法院的压力。对于一些必须经过诉讼才能解决的行政争议，首先经过复议可以帮助查明有关事实问题和涉及专门技术性的问题，使法院在司法审查阶段减轻负荷，保证行政诉讼制度更顺利地进行。

第二节 行政复议的基本原则

一、合法原则

复议机关必须严格按照宪法和法律规定的职责权限，以事实为依据，以法律为准绳，对申请复议的具体行政行为，按法定程序进行审查。根据审查的不同情况，依法作出不同的复议决定。具体而言，合法原则包括以下内容：

第一，复议机关和复议机构主体必须合法。复议机关应当是依法享有复议权的行政机关，复议机构和人员必须是复议机关内专门从事复议工作的机构和人员，复议机关受理的复议案件，必须是其依法有管辖权的复议案件。

第二，审理复议案件的依据应当合法。复议机关审理复议案件，依照宪法、法律、行政法规、地方性法规和上级行政机关制定的其他规范性文件。行政机关审理民族自治地方的复议案件，并应依据该民族自治地方的自治条例和单行条例。

第三，审理复议案件的程序应当合法。行政复议条例和有关法律、法规规定了具体的复议程序，复议机关审理复议案件应当严格按法定程序进行。

二、及时原则

行政复议是行政系统内部监督的一种方式，必须遵循及时的原则，及时原则主要包括以下内容：

第一，受理复议申请应当及时。复议机关收到复议申请书后，应当及时对复议申请进行审查，以明确是否符合法定条件，如符合法定条件应及时受理。

第二，审理复议案件的各项工作应当抓紧进行。复议机关受理复议案件后，应当抓紧工作，不能拖延。对收集到的各种材料，要尽快分析并及时决定采用何种方式进行审理（书面方式或其他审理方式）。

第三，作出复议决定应当及时。复议案件经受理后，复议机构应迅速拟订复议决定书报复议机关法定代表人，复议机关法定代表人须即时签发。

第四，对复议当事人不履行复议决定的情况，复议机关应当及时处理。对公民、法人或者其他组织不起诉又不履行复议决定的，复议机关应依法强制执行或者申请人民法院强制执行。对作出具体行政行为的行政机关不履行复议决定的，复议机关应责成其履行，并追究或者建议追究有关人员的行政责任。

三、准确原则

复议机关在审理复议案件时，应当准确地查明作出具体行政行为的事实，并准确地引用相应的法律规范进行处理。准确原则主要包括以下内容：

第一，复议机关应当查明与复议申请有关的各种情况，并对查清的事实准确地确定性质。为此，复议机关的工作人员必须坚持实事求是，一切从客观实际情况出发，重证据，重调查研究。

第二，在查明事实，准确认定事实性质之后，正确适用法律有关规定，以法律规定为客观尺度来衡量具体行政行为是否合法及适当。

四、便民原则

复议制度的设立是为了便利公民、法人和其他组织依法维护其合法权益。因此，在具体的复议工作中，复议机关应当尽可能为复议申请人提供便利条件，如在复议申请人无能力书写复议申请书的情况下，复议工作人员应当把复议申请人的口述记录下来，请复议申请人签名或盖章，形成书面的复

议申请材料。在能够通过书面审解决问题的情况下，尽量不采用其他方式审理行政复议案件，避免让复议当事人不必要地耗费时间、财力和精力。

五、一级复议原则

《行政复议条例》第5条规定，除法律、行政法规另有规定的外，行政复议实行一级复议制。一级复议原则是指公民、法人或者其他组织对行政机关作出的具体行政行为可以向该行政机关的上一级行政机关申请复议。对复议决定不服不得申请再复议。《行政复议条例》规定行政复议原则上实行一级复议制，主要是考虑复议决定在绝大多数情况下不是终局决定，对复议决定还可以提起行政诉讼。在行政诉讼程序中有一审、二审程序，对二审判决不服仍可申诉。所以，在法律制度上就没有必要在行政机关内部设立两级或多级复议制，以简化行政程序，提高行政效率。

当然，一级复议原则并不排除单行法律、行政法规规定两级复议制或多级复议制，以适应某些特殊行政领域的需要，例如，海关关税条例规定，对海关关于关税的决定不服，可以申请上一级海关复议；对上一级海关的复议决定不服，还可以申请海关总署复议。需要明确，行政复议条例明确规定只有法律和行政法规才能规定两级或者多级复议，地方性法规和规章无权规定两级或者多级复议。

六、合法与适当双重审查原则

在行政诉讼中，人民法院只审查具体行政行为的合法性，而不能判断具体行政行为是否适当。这是因为，具体行政行为是否适当属于法律赋予行政机关的自由裁量权，司法机关不得加以干预。然而，在行政复议中，由于复议机关行使的是行政权而非司法权，因此复议机关既要对具体行政行为的合法性进行审查，也要对具体行政行为的适当性进行审查。复议机关既可以撤销不合法的具体行政行为，也可以变更不适当的具体行政行为。

复议机关对具体行政行为合法性的审查，是要监督作出具体行政行为的国家行政机关是否依法行政，有无超越职权，滥用职权或违反法定程序的情况。复议机关对具体行政行为适当性进行审查，主要是审查作出具体行政行为的国家行政机关所作的具体行政行为是否在法定的自由裁量权幅度内，是否有滥用自由裁量权的情形等。

七、不适用调解原则

行政争议与民事争议不同。民事争议是平等的民事主体之间因民事权益而发生的争议，民事争议的当事人有权在法律规定的范围内自己处分自己的民事权利。行政争议是作为管理者的行政机关与作为被管理者的公民、法人或者其他组织之间就行政权力的行使所发生的争议。行政机关无权处分法律授予的行政管理权力，因此，复议机关对于被申请的具体行政行为只能作出是否合法和是否适当的判断、裁决，而不能要求争议双方之间相互妥协，达成法律规定之外的和解协议。

当然，行政复议虽然不适用调解原则，但复议机关工作人员可以在复议过程中，对复议双方进行政策、法律教育，在法律基础上统一认识，依法解决争议。

八、独立复议原则

《行政复议条例》第3条规定，复议机关依法行使职权，不受其他机关、社会团体和个人的非法干涉。独立复议原则包括三层含义：（1）行政复议权只能由法律、法规规定的国家行政机关专门享有，其他机关不享有行政复议

权；（2）复议机关行使行政复议权必须严格依法进行；（3）复议机关在其法定职权范围内，依法独立行使行政复议权，不受任何非法干涉。

九、复议不停止执行原则

行政复议中，当事人争议的具体行政行为不因复议而停止执行，这是由国家行政管理的特殊性决定的。现代国家的行政管理，要求效率性和连续性，如果具体行政行为一经提起复议即予停止执行，势必破坏行政管理的有效性，影响社会公共利益。

当然，复议不停止执行原则也有例外。例外包括四种情况：（1）被申请人认为需要停止执行时，可停止执行；（2）复议机关认为需要停止执行时，可停止执行；（3）申请人申请停止执行，复议机关认为其要求合理，可裁决停止执行；（4）法律、法规和规章规定停止执行时，可停止执行。

第十五章 行政复议范围

第一节 行政复议范围概述

行政复议范围即行政复议受案范围，指复议机关受理相对人申请对具体行政行为进行复议的范围。行政复议的范围决定着哪些行政行为可以成为行政复议的对象，因而关系到行政监督和行政救济的深度和广度的问题。

划定行政复议范围的方式有列举制和概括制之分。列举制是指由法律明确列举哪些行政行为可以成为行政复议的对象，没有明确法律依据的行政行为，不得提起行政复议。概括制是指由法律确定一定的原则和标准，凡符合此原则和标准的行政行为，不论是否有法律的明确列举，均可以成为行政复议的对象。采用列举制的国家，其行政复议的范围通常较窄，采用概括制的国家，其行政复议的范围一般较广泛。随着现代社会的发展，越来越多的国家将列举制和概括制结合起来，既保证公民、法人和其他组织的合法权益可以受到行政复议的充分保护，尽量在行政机关内部解决争议，同时又对非常有限的领域施以特别保护，以保证行政效率或国家利益。

行政复议范围的划定，取决于一个国家政治、经济、历史、文化、法制等各种因素，不是立法者的主观选择。在封建君主制之下，尽管臣民可以对某些行为提起类似于行政复议的要求，但臣民提起这种要求的权利被视为是封建君主的一种恩赐，因而不可能是确定的、普遍的，随时都有可能被撤回；在人民民主专政的社会主义国家，人民是国家的主人，享有宪法规定的基本权利和自由，可以行使对国家机关的监督权，因而，在社会主义国家，人民有权提起行政复议，并且这种权利是宪法所赋予的。再如，在实行三权分立制度的国家，法院享有对法律、行政法规的司法审查权，可以宣布有关的法律、行政法规无效；在实行议行合一的社会主义国家，一般只有人民代表大会可以撤销法律、法规，法院对抽象行政行为没有司法审查权，国家对行政机关的抽象行政行为的监督通常只有国家权力机关的监督 and 上级行政机关对下级行政机关的监督两种形式。

在我国，《行政诉讼法》实施以前，我国行政复议的范围采用的是列举制，如果没有法律、法规的明确规定，公民、法人或者其他组织申请复议通常会被作为信访处理。《行政诉讼法》实施以后，申请复议便成了一项确定的权利。《行政诉讼法》第37条规定：“对属于人民法院受案范围的行政案件，公民、法人或者其他组织可以先向上一级行政机关或者法律、法规规定的行政机关申请复议，对复议不服的再向人民法院提起诉讼，也可以直接向人民法院提起诉讼。法律、法规规定应当先向行政机关申请复议，对复议不服再向人民法院提起诉讼的，依照法律、法规的规定。”这说明，公民、法人或者其他组织不但可以对法律、法规明确列举的行政行为申请复议，而且有权对虽无法律、法规明文规定，但属于人民法院受案范围之内的行政行为申请复议。也就是说，凡是提起行政诉讼的行政行为，都可以申请行政复议。

尽管我国行政复议的范围大于行政诉讼的范围，但它们划定受案范围的方式却基本相同。《行政诉讼法》第1条与《行政复议条例》第9条绝大部分内容完全重合，只是行政复议条例多列了一项“法律、法规规定可以提起行政诉讼或者可以申请复议的其他具体行政行为”。

第二节 行政复议的范围

根据《行政复议条例》及其他相关法律、法规的规定，行政复议的范围包括四类具体行政行为：

一、法律、法规明确规定可以申请行政复议的具体行政行为

例如，《海关法》第 53 条规定当事人不服海关的处罚决定，可以自处罚通知书送达之日起 30 日内，海关无法通知的，自海关的处罚决定公告之日起 30 日内，向作出处罚决定的海关或者上一级海关申请复议。《游行示威法》第 31 条规定，当事人对公安机关所给予的拘留决定不服的，可以自接到处罚决定通知之日起 5 日内，向上一级公安机关提出申诉，即申请复议。《投机倒把行政处罚暂行条例》第 11 条规定，当事人对工商行政管理机关的处罚决定不服的，可以在接到处罚通知之日起 15 日内向上一级工商行政管理机关申请复议。

二、《行政复议条例》第 9 条规定可以申请行政复议的下列八种具体行政行为

（一）对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的

行政处罚是指行政机关或其他行政主体依照法定权限和程序对违反行政法律法规的公民，法人或者其他组织给予行政制裁的具体行政行为。行政处罚可以根据不同的标准进行分类，《行政处罚法》第 8 条明确列举的行政处罚有警告，罚款，没收违法所得、没收非法财物，责令停产停业，暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照，行政拘留及法律、行政法规规定的其他行政处罚。公民、法人或者其他组织对各种形式的行政处罚，都可以申请复议。

（二）对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的

行政强制措施是指行政主体为了维护社会公共利益或保护公民人身健康、安全的需要，对公民、法人或者其他组织的人身或财产所采取的紧急性、临时性强制措施。根据目前我国有关法律、法规的规定，对人身自由的强制措施主要有以下几种：强制拘留、强制扣留、限期出境、驱逐出境、强制约束、强制遣返、强制隔离、强制治疗、强制戒毒等。对财产的强制措施主要有：冻结、扣押、查封、划拨、强制销毁、变价出售、强制许可等。

（三）认为行政机关侵犯法律、法规规定的经营自主权的

当前，我国正在进行经济结构调整，力争建立政企职责分明、产权清晰的现代企业制度。不论企业的性质如何，其经营自主权都应得到法律的平等保护。一般而言，经营自主权主要有：

1. 对财产的所有权和占有权。根据《民法通则》和《公司法》等民事法律、法规，作为独立的法人，企业依法享有对企业财产的所有权和占有权，企业的出资者享有对企业的股东权。因此，企业有权抵制他人对其合法所有和占有的企业财产的任意平调和非法占用。

2. 生产经营决策权。企业有权根据国家宏观计划指导和市场需要，自主决定生产经营规模、发展方向、销售策略等生产经营决策问题。国有企业执行国家指令性计划时，有权要求在政府部门的指导下，落实原材料来源或与需方企业签订合同。

3. 对财产的自主使用权。经营主体有权在国家计划和政策的指导下，自

主决定投资方向，自行安排生产经营，决定用工办法和采用不同责任制形式。

4. 经营主体对产品、劳务的定价权。企业生产的日用工业消费品、生产资料、除国务院物价部门和省级政府物价部门控制价格的个别产品外，由企业自主定价。企业有权对其提供的加工、维修、技术协作等劳务自主定价。

5. 对收益的自主支配权。经营主体有权将税后利润进行合理分配，在按规定提取法定公积金、法定公益金、任意公积金等各项基金以后，进行利润分配。

6. 进出口权。企业可以自主选择外贸代理企业从事进出口业务，并有权参与同外商的谈判。有进出口经营权的企业，可以直接从事进出口业务，在取得进出口配额、许可证等方面，与外贸企业同等待遇。

7. 劳动用工和人事管理权。企业可以自主决定招工的时间、条件、方式、数量；企业有权决定用工形式，实行劳动合同制；企业有权依法解除劳动合同，辞退、开除职工；企业对管理人员和技术人员可以实行聘用制、考核制，经批准，可以招聘境外技术人员、管理人员；企业有权设置在本企业内有效的专业技术职务，有权自主决定具有专业技术职称人员的职务和待遇。

8. 拒绝摊派权。企业有权拒绝任何部门和单位向企业摊派人力、物力、财力。企业可以向有关部门控告、揭发、检举摊派行为，要求作出处理。除法律和国务院另有规定外，企业有权抵制任何部门和单位对企业进行检查、评比、评优、达标、升级、鉴定、考试、考核等。

凡是对经营主体依法行使上述各项权利的活动进行非法干预，都属于非法干预经营自主权，企业都有权申请行政复议。

（四）认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的

行政机关颁发许可证和执照，是主管行政机关应公民、法人或者其他组织的请求，作出准许申请人从事某种活动的具体行政行为。行政机关颁发的许可证是公民、法人或者其他组织能够从事某种活动的法律凭证，取得了许可证或执照，也就享有了某种权利。

我国现行法律通过许可证和执照加以控制的领域主要有：

1. 为保护重要资源、维护生态环境而实行的许可，如草原使用、森林砍伐、矿藏开采、渔业捕捞、水利建设、排污等领域的许可。

2. 为维护公共安全，保护人民群众的身体健康而实行的许可，如食品、药品、武器、危险品管理领域的许可。

3. 为维护市场经济正常运转而实行的许可，如企业营业执照，进出口业务许可，金融业许可，证券业许可，对外融资许可等。

4. 为维护文化市场的繁荣和有序而实行的许可，如报纸、出版、录音、录像、放映、广播电视领域的许可。

此外，在出入境管理、城建、交通、特种产品、特种行业等方面，许可证照制度也被广泛运用。

公民、法人或者其他组织申请颁发许可证照必须符合法定条件，包括：

（1）被申请的行政机关必须是法律、法规和规章规定的有权颁发许可证照的行政机关；（2）申请人必须在法定许可范围内申请许可；（3）申请人必须具有相应的行为能力；（4）申请必须符合法定的形式要件。

公民、法人或者其他组织认为符合法定条件申请主管行政机关颁发许可证照，主管行政机关如果明确拒绝颁发，或者对申请既不拒绝也不批准，在

法定期限或合理期限内不予答复，申请人可以申请复议。

（五）申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的

对于负有保护人身权、财产权的法定职责的行政机关来说，拒绝履行保护人身权、财产权的法定职责是失职行为，受害人可以申请行政复议。应当指出，行政机关的职责是由法律、法规或者规章规定的，不同的行政机关有着不同的职责，并不是所有的行政机关都负有保护人身权、财产权的职责。如果向不负有保护人身权、财产权职责的行政机关请求保护而被告知其改向有权机关提出请求，其不能申请行政复议。

（六）认为行政机关没有依法发给抚恤金的

抚恤金是公民因公或因病致残、死亡时发给本人或者家属，用以维持本人或其家属日常生活的费用。因抚恤金而申请行政复议应满足两个条件：（1）抚恤金必须是由法律、法规或规章所规定的。如果有关规定未要求行政机关发给抚恤金，则不能申请行政复议。（2）抚恤金必须是法律、法规或规章规定由行政机关发给的抚恤金。对依法应该由企事业单位发给的抚恤金，企事业单位没有发给，不能申请行政复议。

（七）认为行政机关违法要求履行义务的

在行政法上，公民、法人或者其他组织应当承担什么义务，由法律、法规、规章加以规定。行政机关要求公民、法人或者其他组织履行义务，必须有明确的法律依据。行政机关如果非法对公民、法人或者其他组织科以义务，公民、法人或者其他组织可以申请行政复议。乱收费、乱摊派、乱集资等都是违法要求履行义务的行为，相对人不仅可以申请行政复议，而且也可以拒付。

（八）认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的

前述七项具体行政行为均构成对人身权、财产权的侵犯，但以上列举的七项并没有包括所有侵犯人身权、财产权的具体行政行为。除以上七项之外，公民、法人或者其他组织认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的，也可以申请行政复议。

三、所有可以提起行政诉讼的具体行政行为

行政复议条例第3条第9项规定，“法律、法规规定可以提起行政诉讼”的具体行政行为均可以被提起行政复议。行政诉讼法第37条亦规定了所有可诉的行政行为都可以提起行政复议。因此，任何一个具体行政行为，只要是可诉的具体行政行为，都可以成为行政复议的对象。

四、规章规定可以提起行政复议的具体行政行为

对于行政机关而言，本级人民政府和上级主管部门制定和发布的规章对其行政管理亦具有约束力，因此，如果某一具体行政行为被规章规定可以提起行政复议，公民、法人或者其他组织也可以根据该规章提起行政复议。当然，如果某一具体行政行为未被专门规章规定可以提起行政复议，公民、法人或者其他组织仍可以根据《行政复议条例》、《行政诉讼法》或其他法律、法规提起行政复议。也就是说，规章可以对行政复议的范围予以具体化，但不能限制公民、法人或者其他组织的行政复议权利。

《专利局行政复议规程》（试行）第5条明确规定对下列具体行政行为可以申请复议：（1）专利申请人对专利局不予受理其申请不服的；（2）专利申请人对专利局确定的申请日有争议的；（3）专利申请人对专利局不予确

认其优先权不服的；(4) 专利申请人对专利局决定将其专利申请按保密专利申请处理或者不按保密专利申请处理不服的；(5) 专利申请人、专利权人因耽误有关期限，造成其申请被视为撤回、视为放弃或专利权终止，要求恢复权利而专利局不予恢复的；(6) 专利代理机构对专利局作出的撤销其机构的处罚不服的；(7) 专利权人对专利局作出的强制许可的决定不服的；(8) 专利代理人对专利局作出的吊销其《专利代理人资格证书》的处罚不服的；(9) 专利申请人、专利权人及其他利害关系人认为专利局作出的其他具体行政行为侵犯其合法权益的。

《税务行政复议规则》第9条明确规定对下列具体行政行为可以申请复议：(1) 征收税款；(2) 加收滞纳金；(3) 审批减免税和出口退税；(4) 委托扣缴义务人作出的代扣代收税款行为；(5) 责令纳税人提交纳税保证金或提供纳税担保；(6) 税收保全措施；(7) 通知出境管理机关阻止出境行为；(8) 税收强制执行措施，包括书面通知银行或者其他金融机构扣缴税款及拍卖所扣押、查封的商品、货物或者其他财产以抵缴税款；(9) 税务行政处罚；(10) 拒绝颁发税务登记证、发售发票或不予答复的行为；(11) 法律、法规规定税务机关受理复议的其他具体行政行为。

第三节 排除行政复议的事项

无论是采用概括制的国家，还是采用列举制的国家，行政复议总有一定的范围限制，总有某些行政行为被排除于复议范围之外。根据我国《行政复议条例》及有关法律的规定，我国排除行政复议的事项包括两个方面：一是《行政复议条例》第 10 条明确加以排除的四类行为；二是公民、法人或者其他组织不能根据《行政复议条例》和其他法律、法规、规章提起行政复议的具体行政行为，主要是涉及人身权和财产权以外权利的其他具体行政行为。

一、抽象行政行为的排除

《行政复议条例》第 10 条第 1 项规定，对行政机关制定的行政法规、规章或者具有普遍约束力的决定、命令不服，相对人不能申请行政复议。

尽管抽象行政行为也有可能损害公民、法人或者其他组织的合法权益。但是，我国法律对抽象行政行为的监督和救济已规定了其他途径，故不能申请行政复议。根据宪法和地方组织法的规定，全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令；县级以上地方各级人大常委会有权撤销本级人民政府不适当的决定和命令；国务院有权改变或者撤销各部委以及地方各级人民政府的不适当的命令、指示和决定、规章；县级以上地方各级人民政府有权改变或者撤销所属各工作部门的不适当的命令、指示和下级人民政府的不适当的决定、命令。

二、内部行政行为的排除

《行政复议条例》第 10 条第 2 项规定，行政机关工作人员对其奖惩、任免等决定不服，不能申请行政复议。行政行为可以分为外部行政行为和内部行政行为，行政机关对其所属工作人员作出的警告、记过、记大过、降级、撤职、开除等纪律处分，是行政机关的内部行政行为。内部行政行为的最大特点是管理者和对象之间具有行政隶属关系，这一特征决定了内部行政行为作用的主体、范围、内容都是特定的，只能在其内部有效。在一般情况下，内部行政行为可以由本行政机关、上级行政机关、人事部门或监察部门加以监督，出现争议也应由它们处理。

三、居间调解、仲裁行为的排除

《行政复议条例》第 10 条第 3 项规定，当事人对民事纠纷的仲裁、调解或者处理不服的，不得申请行政复议，但是，行政机关对土地、矿产、森林等资源所有权或者使用权归属的处理决定除外。行政机关以第三者的身份对平等民事主体间的民事争议所作的仲裁、调解或者处理，与行政机关管理相对人的行为，在性质上是完全不同的，主要表现在：（1）居间调解、仲裁行为一般都有三方当事人，即民事争议的双方及居间调解、仲裁的行政机关，而一般具体行政行为只涉及作为管理方的行政机关与作为被管理方的相对人两方当事人。（2）居间调解、仲裁行为所涉及的民事法律关系，是平等民事权利主体间的民事争议，而一般具体行政行为所涉及的是行政法律关系。（3）居间调解、仲裁行为所行使的并不是严格意义上的行政管理权，而是超然于争议双方之外的第三者权力，而一般具体行政行为行使的是法律、法规所赋予的行政管理权。

四、国家行为的排除

《行政复议条例》第 10 条第 4 项规定，相对人对国防、外交等国家行为不服，不得申请行政复议。国家行为是政府以国家名义作出的主权行为，是

主权的象征，不是行政行为。国家行为主要集中在国防与外交领域，如战争动员、宣战、军事演习、签订国际条约、发给外国人签证等。另外，在其他领域作出的涉及国家利益和重大公共利益的行为，如宣布部分地区戒严、抗震救灾紧急措施、货币发行、存贷款利率调整、人民币对外国货币比价的制定等，也都属于国家行为，不得申请行政复议。

五、其他行政行为的排除

除前述四类行为不得提起行政复议以外，凡是根据其他法律、法规、规章不能提起行政复议的行为，也都属于排除行政复议的事项范围。

第十六章 行政复议机构与管辖

第一节 复议机构

复议机构是复议机关内部设立的、专门办理有关复议事项的一个办事机构。复议机关是国家政权机关，对外行使行政管理职权，而复议机构只是复议机关的办事机构，复议机构复议案件时，只能以复议机关的名义进行，复议决定只有加盖复议机关的印章才具有法律效力。

行政复议机构不同于其他行政机关。一般行政机关的职责是依法实施行政管理，而行政复议机构不承担行政管理任务，其主要任务是对具体行政行为的合法与适当进行审查，并作出复议决定。一般行政机关应积极、主动地处理属于行政管理领域内的事务，作出依职权的行政行为无须相对人提出申请或请求，而行政复议机构只有在相对人提出复议申请后，才能进行行政复议。一般行政机关行使职权采用的是普通行政程序，而复议机构解决行政争议采用的是准司法程序。《天津市行政复议人员资格授予及管理办法》将复议人员的资格分为复议员资格，助理复议员资格及书记员资格，并对每一种资格的获得方法及条件作了规定，鲜明地体现了行政复议的准司法性质。另外，国务院法制局关于贯彻实施《行政复议条例》的通知也明确地指出，建立和完善复议机构是搞好行政复议工作的重要保证。要选拔有一定政策水平、作风正派、责任心强、熟悉法律和业务的优秀干部担任复议工作。复议人员队伍应保持相对稳定，不要随意更换。

与人民法院相比，复议机构是行政机关内部的机构，它所行使的仍然是行政权而不是司法权，这是它区别于人民法院的根本标志，人民法院是独立于行政机关之外的专门审判机关。复议机构不同于普通审判机关的特点，使行政复议在保护公民、法人和其他组织的合法权益的同时，较重视保证行政效率。

在《行政复议条例》制定以前，我国复议机关中承担复议工作的机构大致有三种情况：一是专门复议机构，以复议工作为主要工作内容，其相关制度比较健全；二是有关业务机构，即具体行政行为的内容与某一机构的业务有关，该机构就承担相应的复议任务，复议工作只是其业务工作的一部分，没有独立的复议程序和相关制度；三是仲裁机构，这类机构一般都没有建立专门的复议制度和程序，复议工作主要按有关仲裁程序办理。

基于这种状况，《行政复议条例》明确规定，复议机关应当根据工作需要，确立本机关的复议机构或者专职复议人员。并且，县级以上的地方各级人民政府的复议机构，应当设在政府法制工作机构内或者与政府法制工作机构合署办公。

根据《行政复议条例》，复议机构或者专职复议人员需履行以下职责：

（一）审查复议申请是否符合法定条件。对符合法定条件的，应以复议机关的名义决定受理；对申请书不符合要求的，应把申请书发还申请人，限期补正；对复议申请不具备法定条件的，裁定不予受理并告之理由。

（二）向争议双方、有关单位及有关人员调查取证、查阅文件和资料。

（三）组织审理复议案件。这主要包括两方面的内容：一是对一些简单的复议案件，复议机构应当自己审理；二是对一些较复杂的案件，复议机构应该组织复议机关的其他业务机构的人员，共同承担案件的审理工作。

- (四) 拟订复议决定。
- (五) 受复议机关法定代表人的委托出庭应诉。
- (六) 法律、法规规定的其他职责。

第二节 复议管辖

一、复议管辖的概念

行政复议管辖，是指各行政复议机关受理行政复议案件的权限分工，即某一行政争议发生后，应由哪一个行政机关来行使行政复议权。

行政复议管辖权的划分，主要是基于两个方面的考虑。一方面，复议管辖必须有利于复议机关迅速、准确地解决行政争议。现代社会，行政管理的领域越来越多，专业化要求日益增强，在这种情况下，复议管辖必须体现行政专业化的特点，按照业务关系，由上级专门业务机关行使复议管辖权。同时，行政管理也是政府整个宏观管理的一部分，必须全面执行法律和贯彻政府的政策，因此，由本级人民政府对其工作部门的具体行政行为行使复议管辖权，有利于保证各个工作部门之间的协调和一致性。另一方面，复议管辖权的划分应体现便民、利民的特点、为公民、法人和其他组织提供简便、有效的救济途径。

1990年制定的《行政复议条例》，体现的是“条条”管辖为主的原则，《条例》规定“对县级以上地方各级人民政府工作部门的具体行政行为不服申请的复议，由上一级主管部门管辖。”经过几年的实践，为了有利于行政机关迅速解决争议，也为了便利公民、法人和其他组织行使权利，1994年修改《行政复议条例》，修改后的《条例》体现的是“条块结合，块先于条，相对人可自由选择”管辖的原则。新《条例》第8条规定：“对县级以上地方各级人民政府工作部门具体行政行为不服申请的复议，由本级人民政府或者上一级主管部门管辖。但是，法律、法规规定由本级人民政府管辖的，从其规定；法律规定由上一级主管部门管辖的，从其规定。”

二、一般管辖

一般管辖是指按照行政机关的隶属关系所确定的管辖，有三种形式：本级人民政府管辖，上一级主管部门管辖和原处理机关管辖。

（一）本级人民政府管辖

本级人民政府管辖是基于政府与其组成工作部门之间的领导与被领导关系而确立的管辖。根据宪法和组织法，地方各级人民政府统一领导和管理本地区的各项工作，各级政府的工作部门必须接受本级人民政府的领导。因此，如果法律、法规明确规定由本级人民政府管辖的，必须由本级人民政府管辖。如果法律未规定只由上一级主管部门管辖的，当事人可以选择由本级人民政府管辖。

（二）上一级主管部门管辖

上一级主管部门管辖是基于上下级隶属关系而确立的管辖。一般而言，专业管理行政机关（如工商、税务、技术监督等）都有上级主管部门。根据我国的政权组织形式，下级业务主管部门必须接受上级业务主管部门在业务上的领导或指导。因此，如果法律明确规定相应复议由上一级主管部门管辖的，必须由上一级主管部门管辖。同时，如果法律、法规未规定只由本级人民政府管辖的，当事人可以选择由上一级主管部门管辖。此外，根据《行政复议条例》第12条第1款，对地方各级人民政府的具体行政行为不服申请的复议，由上一级人民政府管辖。

（三）原处理机关管辖

《行政复议条例》第22条规定：“其他复议管辖，依照法律、法规和规

章的规定”。根据国务院法制局的解释，凡《行政复议条例》第 11 条到第 20 条未加以明确规定的各种管辖，法律或者其他法规和规章在其职权范围内作出规定的，从其规定。因此，如果有关法律、法规或规章明确规定由原处理机关管辖，如《海关法》，《关税条例》，《商检行政复议实施办法》等，则原处理机关享有行政复议权。另外，对国务院各部门的具体行政行为不服申请的复议，由作出具体行政行为的部门管辖。对省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为不服申请的复议，由作出具体行政行为的省、自治区、直辖市人民政府管辖。

三、特别管辖

特别管辖主要是指对特殊行政主体（派出机构、授权组织、受托机构等）所作具体行政行为的复议管辖权，同时也指对《行政复议条例》未明确管辖的复议案件管辖权。

根据《行政复议条例》，对县级以上地方人民政府的派出机关的具体行政行为不服申请的复议，由设立该派出机关的人民政府管辖；对人民政府的工作部门设立的派出机构根据法律、法规和规章规定以自己的名义作出的具体行政行为不服申请的复议，由设立该派出机构的部门管辖。对法律、法规和规章授权的组织作出的具体行政行为不服申请的复议，由直接主管该组织的行政机关管辖；对受委托的组织作出的具体行政行为不服申请的复议，由委托的行政机关的上一级行政机关管辖。对法律、法规规定需要上级批准的具体行政行为不服申请的复议，由最终批准的行政机关管辖。对被撤销的行政机关在其被撤销前作出的具体行政行为不服申请的复议，由继续行使其职权的行政机关的上一级行政机关管辖。

凡《行政复议条例》未明确加以规定的各种管辖，法律、法规或规章都可以加以规定。例如，《关于广播电影电视行政复议若干规定》第 12 条规定，“按照本级人民政府的决定或命令成立的，设立在广播电影电视行政机关内的临时机构，如果以该临时机构的名义作出的具体行政行为，由本级人民政府管辖。如果以广播电影电视行政机关的名义作出的具体行政行为，由该广播电影电视行政机关的上一级广播电影电视行政机关管辖。”《财政部门贯彻实施 行政复议条例 的若干规定》第 6 条规定，“对各级财政机关代管的控制社会集团购买力领导小组办公室和税收、财务、物价大检查办公室作出的具体行政行为不服申请的复议，由代管的财政机关管辖。其中属于税收、物价、外汇方面的案件，移送同级税务、物价、外汇管理机关管辖。对各级财政机关委托代行部分财政职能的建设银行作出的具体行政行为，由委托机关的上一级财政机关管辖。对财政部派设的中央企业财政驻厂员处作出的具体行政行为，由财政部管辖。”

四、移送管辖与指定管辖

移送管辖是指复议机关对已受理的复议案件，经审查发现自己对该案件无管辖权时，将该案件移送给有管辖权的复议机关管辖。但是，对受移送复议机关来说，即使认为自己无管辖权时，也不得把案件退回移送的复议机关或再行移送，受移送的复议机关可报请上一级行政机关指定管辖。

指定管辖是指行政机关因管辖发生争议，且协商不成时，由它们的上级行政机关指定管辖。根据行政复议条例，行政机关因复议管辖发生争议后，首先应协商解决。如果不能协商解决，就应当报请共同上一级机关指定管辖。

第十七章 行政复议参加人

第一节 复议申请人

一、复议申请人资格的确立原则

对于行政机关的某一特定具体行政行为，并不是所有的公民、法人或其他组织都可以提起行政复议申请，这就产生了复议申请人资格问题。复议申请人资格，是指对于特定的行政行为，具备了什么条件才可以作为申请人提出复议申请。

《行政复议条例》对于复议申请人资格采取了两种规定方式：其一，《条例》第2条规定，公民、法人或者其他组织“认为”行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益，可以依照本条例向行政机关申请复议；其二，《条例》第9条规定，公民、法人或者其他组织对具体行政行为“不服”，可以向行政机关申请复议。在《行政复议条例》和《行政诉讼法》制定之初，由于有关单行法律、法规大多都只规定了行政行为的直接指向对象（如被处罚人，被采取强制措施人等）有权提起复议和诉讼请求，只有在极少数情况下，其他人（如受害人）才有权提起复议和诉讼。因此，在相当长的一段时间里，许多执法机关将“认为”和“不服”的范围限制在行政行为的直接指向对象，即直接相对人之内。也就是说，只有具体行政行为的直接相对人可以申请行政复议，非直接相对人不得成为行政复议申请人。例如，如果行政机关吊销某一企业的营业执照，只有该企业本身可以申请行政复议，而该企业的投资股东、债权人、劳动者等都无权提起行政复议。

随着行政复议和行政诉讼实践的发展，人们越来越认识到将复议申请人资格局限于直接相对人的局限性。由于行政决定往往涉及的面特别广，如果仅将复议申请人局限于直接相对人，就会使许多合法权益事实上受到具体行政行为影响的主体无法通过有效的渠道纠正具体行政行为，尤其在直接相对人不愿意或不敢提起复议申请的情况下尤其如此。这样，行政复议实践中对复议申请人资格的认识已经逐渐开始发生变化，逐步允许非直接相对人的公民、法人或者其他组织提起行政复议。例如，《司法部关于涉及公证事项的司法行政复议有关问题的批复》明确指出“能够对公证处和司法行政机关有关公证事项作出的决定申请行政复议的人员，应当包括认为该决定侵犯其合法权益或者妨碍其合法权益实现的所有公民、法人和其他组织。”

当然，“认为”是一种主观判断，与客观标准没有必然联系。然而，我们是否能仅凭有关公民、法人或者其他组织的主观判断来确立申请人资格呢？如果某一公民、法人或者其他组织与具体行政行为没有任何关系，能否仅凭他们认为具体行政行为侵犯其合法权益而赋予其申请人资格呢？

从近年来的行政复议和行政诉讼实践看，确立复议或诉讼的申请人资格并不是完全根据当事人的主观“认为”，而且还要根据当事人与具体行政行为之间是否存在一定的关系来确定。也就是说，与具体行政行为完全没有任何关系的人不能仅凭其“认为”就可以申请行政复议，只有具体行政行为的利害关系人有资格提起复议申请。例如，《专利局行政复议规程（试行）》第2条明确规定：“专利申请人、专利权人及其他利害关系人认为专利局的具体行政行为侵犯其合法权益，可以申请复议。”

利害关系虽然是一个客观标准，但相对人申请复议时并不需要其对之承

担举证责任。相对人只要提出一些初步的，表象性的事实说明其与被申请行为有某种联系，“利害关系”就可以暂时成立。当然复议机关在以后的审理中可以根据实质证据否定相应“利害关系”的存在，驳回申请人的申请。

二、复议申请人资格的继承、代理和变更

有权申请复议的公民死亡，其复议申请资格可以由其近亲属继承。根据《民法通则》和《婚姻法》的规定，近亲属为夫妻、父母、子女、同胞兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。近亲属可以申请复议，意味着法律赋予了近亲属申请人的资格，尽管近亲属不是因为自己的合法权益受到侵犯，也可以以自己的名义申请复议。因此，近亲属申请复议，其地位等同于有权申请复议的公民，而不是处于法定代理人的地位。

有权申请复议的公民如为无行为能力或者限制行为能力，其法定代理人可以代理申请复议。根据《民法通则》，不满10周岁的未成年人和不能辨认自己行为的精神病人，是无行为能力的人，10周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的精神病人，是限制行为能力人。无行为能力或者限制行为能力的人，由其法定代理人代理申请复议。对法定代理人来说，代理无行为能力或者限制行为能力的公民申请复议，不仅是一种权利，也是一项义务。

有权申请复议的法人或者其他组织终止，承受其权利的法人或者其他组织可以申请复议。法人或者其他组织终止有多种原因，可以是并入其他组织，可以是分立、撤销、破产等。无论是何种原因，只要是承受原组织权利的组织，就可以获得复议申请资格。

第二节 第三人

第三人是指同申请行政复议的具体行政行为有利害关系，申请参加或者由复议机关通知参加复议的公民、法人或者其他组织。作为行政复议第三人四个条件：（1）与所复议的具体行政行为有利害关系。（2）只能是公民、法人或者其他组织。（3）复议程序已经开始但尚未终结。如果复议程序尚未开始，与具体行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织可以作为复议申请人提起行政复议；如果复议程序已经终结，与具体行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织只能通过独立的程序维护自己的合法权益。（4）参加复议活动必须经过复议机关的批准。

允许第三人参加复议，主要有以下几个原因：

第一，如果某一公民、法人或者其他组织与复议案件有利害关系而不能参加复议，其权益有可能在复议中受到损害。

第二，如果没有第三人参加复议，复议机关可能难以全面、准确地查清案件事实。

第三，如果第三人没有参加复议，其可能在以后会对影响其合法权益的决定提起新的复议或诉讼申请，导致重复复议和诉讼。

第三人参加复议，可在复议开始后，复议决定作出前的任何阶段。第三人参加复议，应当同其他当事人一样享有权利和承担义务，如对行政复议决定不服可提起诉讼等。

第三节 复议被申请人

行政复议中，复议被申请人是与复议申请人相对称的一个概念，指申请人认为其具体行政行为侵犯其合法权益而申请复议，由复议机关通知其参加复议的行政机关。复议被申请人应具备以下基本条件：

第一，行政复议被申请人必须是行政主体。行政复议所要解决的中心问题是具体行政行为的合法性及适当性。而具体行政行为是行政主体单方面的意思表示，因此，行政主体是具体行政行为的必要构成要件，没有行政主体就不可能有具体行政行为。行政主体指行政机关和法律、法规授权的组织。具体执行职务的工作人员由于不能独立地以自身的名义行使行政职权，因而不能作为行政复议被申请人。

第二，行政复议被申请人原则上应为作出被申请复议的具体行政行为的行政主体。因为只有作出具体行政行为的行政主体才能提供作出该具体行政行为的事实根据和法律根据，有利于查清案情。

第三，行政复议被申请人应是能够独立承担法律责任的行政主体。如果某一行政主体本身没有独立承担法律责任的能力，行政复议的目的就不可能完全实现。有些行政机关的某些内设机构，如公安机关内部的治安处、科，有时可以直接实施具体行政行为，但是不能以自己的名义，而只能以所属的公安机关的名义进行，故不可充当被申请人。

第四，行政机关必须实施了侵害公民、法人或者其他组织合法权益的具体行为。行政机关如没有实施被申请复议的具体行政行为，不能成为被申请人。

第五，必须是由复议机关通知参加复议，这是行政机关成为复议被申请人的必要条件。

根据《行政复议条例》，两个或者两个以上行政机关以共同名义作出具体行政行为，共同作出具体行政行为的行政机关是共同被申请人。法律、法规和规章授权的组织作出具体行政行为，该组织是被申请人。行政机关委托的组织作出具体行政行为，委托的行政机关是被申请人。作出具体行政行为的机关被撤销，继续行使其职权的行政机关是被申请人。

第四节 复议代理人

在行政复议中，当事人既可以亲自参加复议，也可以委托复议代理人参加复议。复议代理人，是指接受当事人的委托，以当事人的名义代理当事人进行复议的人。复议代理人具有以下特点：（1）以被代理人的名义而不能以自己的名义进行复议活动。（2）参加复议的目的是维护代理人的权益，而不是为了维护自己的权益。（3）复议代理人必须在其代理权限内实施代理，超出代理权限的行为由代理人承担法律后果。（4）只能代理当事人一方，而不能在同一复议中代理双方。

复议代理人可以分为法定代理人和委托代理人二类。律师、申请复议的公民的近亲属，法人或其他组织的内部工作人员，被申请人内部工作人员，均可以担任委托代理人。当事人委托他人代为参加复议，必须向复议机关递交由其签名盖章的授权委托书，委托书应对委托事项和代理权限作出明确规定。

第十八章 行政复议程序

第一节 申请与受理

一、申请复议的条件

申请行政复议，必须满足一定的条件。根据《行政复议条例》，公民、法人或者其他组织申请复议的条件有以下八项：

（一）符合申请时效

《行政复议条例》第 29 条规定，公民、法人或者其他组织向有管辖权的行政机关申请复议，应当在知道具体行政行为之日起 15 日内提出，法律、法规另有规定的除外。

目前，我国法律、法规对申请复议的期限有的规定 5 日，有的规定 10 日，有的规定 3 个月，长短不一，但大多数法律、法规规定的是 15 日。公民、法人和其他组织要申请复议，除法律、行政法规、地方性法规对时效另有规定以外，都应当在知道具体行政行为之日起 15 日内提出，否则具体行政行为发生法律效力，可以依法强制执行或申请人民法院强制执行。

公民、法人或者其他组织申请复议的时效，从知道具体行政行为之日起计算。所谓“知道具体行政行为之日”，是指公民、法人或者其他组织通过法定途径或方式，准确地获得具体行政行为已经作出并且了解到具体行政行为的内容。如果公民、法人或者其他组织在是否知道作出具体行政行为难以确定的情况下，有管辖权的行政复议机关可以根据具体案情确定相对人应当知道具体行政行为作出之日。

当然，如果在复议申请时效内有特殊情况使公民、法人或者其他组织无法按时提出复议申请，可以申请延长时效。但是，延长时效申请必须满足两个条件：（1）相对人是因不可抗力或者其他特殊情况耽误了法定时效；（2）要求延长时效的申请，必须是在障碍消除后的 10 天内提出。是否准许延长时效的申请，应由有管辖权的行政复议机关决定。

（二）不与行政诉讼冲突

《行政复议条例》第 30 条规定，公民、法人或者其他组织向人民法院起诉，人民法院已经受理的，不得申请复议；公民、法人或者其他组织向复议机关申请复议，复议机关已经受理的，在法定复议期限内不得向人民法院起诉。

由于行政复议与行政诉讼是各自独立的两种法律救济途径，并且，在许多情况下，公民、法人或者其他组织可以自由选择申请行政复议或提起行政诉讼，因此，为了避免两种救济途径之间出现冲突，影响法制统一，相对人一旦选择了行政诉讼就自动放弃了申请行政复议的权利，同理，一旦选择了行政复议，在法定的复议期限内就不得再提起行政诉讼，只有在复议决定作出以后才能提起行政诉讼。

（三）申请人是认为具体行政行为直接侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织

这个条件包括两层含义：第一，申请人只能是公民、法人或者其他组织。第二，申请人必须是认为所要复议的具体行政行为直接侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织。

（四）有明确的被申请人

复议申请人提出复议申请，必须明确指出谁作出了具体行政行为，谁侵犯了自己的合法权益，否则复议机关不予受理。

（五）有具体的复议请求和事实根据

具体的复议请求是指申请人必须提出具体主张，要求复议机关保护自己哪些具体的权益和提供哪些具体救济。明确的事实根据是指能证明行政机关作出具体行政行为的材料，如行政处罚决定书、行政侵权行为的证据材料等。

（六）属于申请复议范围

公民、法人或者其他组织只能按照法律、法规、规章的规定，提起可以申请复议的申请。如果没有明确的法律依据，或者是《行政复议条例》明确排除的事项，复议机关不予受理。

（七）属于受理复议机关管辖

即申请人向行政机关申请复议，必须根据《行政复议条例》有关管辖的规定，向有管辖权的复议机关提出，复议机关不受理不属于自己管辖的复议案件。

（八）法律、法规规定的其他条件

有关单行法律、法规对申请复议条件有特别规定的，相对人申请复议还应满足相应的特别条件。

二、行政复议的申请

根据《行政复议条例》，申请人申请复议应以书面形式向行政机关递交复议申请书。申请人如果不以书面的形式申请，其复议申请一般不具有法律上的效果。但由于我国各地发展状况不同，对于递交复议申请书这一要求，实践中可有一定的变通，如申请人递交书面申请确有困难的，复议机关工作人员可将其申请要求记录下来，制作成书面材料，以为他们提供法律帮助。

复议申请书应当载明下列内容：（1）申请人的姓名、性别、年龄、职业、住址等（法人或者其他组织的名称、地址、法定代表人的姓名）；（2）被申请人的名称、地址；（3）申请复议的要求和理由；（4）提出复议申请的日期。

行政复议申请的提出，意味着具体行政行为的合法性与适当性已经受到质疑，但是，提出复议申请并不停止具体行政行为的执行。复议期间不停止具体行政行为的执行是行政复议的原则。但是在某些情况下，不停止执行可能会造成无法补救的后果，因此，《行政复议条例》在坚持复议不停止执行原则的同时，也规定了复议期间具体行政行为可停止执行的几种例外情况：

（1）被申请人认为需要停止执行的；（2）复议机关认为需要停止执行的；（3）申请人申请停止执行，复议机关认为其要求合理，裁决停止执行的；（4）法律、法规和规章规定停止执行的。

三、行政复议的受理

公民、法人或者其他组织提出复议申请后，复议机关通过对复议申请的审查，认为该申请符合法定条件时，应该受理，并予以立案。

复议机关在收到复议申请书后，应在10日内审查申请的内容。审查的范围包括：（1）申请是否超过复议申请时效；超过时效有无正当理由。（2）复议申请提出之前，是否已向人民法院提起诉讼。（3）具体行政行为是否涉及申请人的合法权益；被申请人是否明确；是否属于复议的范围；是否有事实根据和法律、法规或规章依据。（4）是否属于本复议机关管辖。（5）复议申请书的内容是否符合法律规定。

经复议机关审查，认为符合立案条件的，应当立案受理；凡是不符合法定条件的，应当裁定不予受理，并告之复议申请人不予受理的理由；如果复议申请书内容不全的，应将复议申请书发还申请人，限期补正，过期不补正的，视为未申请。

受理复议申请，既是复议机关的职权，也是其职责，必须严格依法行使。复议机关如果无故不受理相对人的申请，根据《行政复议条例》，复议机关的上一级行政机关或者法律、法规规定的行政机关应当责令其受理或者答复。因而，对申请人来说，如果发生复议机关无正当理由拒绝受理的情况，可以向该复议机关的上一级行政机关或者法律、法规规定的其他行政机关提出申诉。

对于法律、法规规定的应当先向行政机关申请复议，对复议不服再向人民法院提起诉讼的，申请人对复议机关不予受理的裁决不服的，可以在收到不予受理裁决书之日起 15 日内，向人民法院起诉。如果法律或法规有其他规定的，应该依照法律或法规的规定。

第二节 审理与决定

一、行政复议的审理

复议机关受理复议申请后，应全面审查具体行政行为所依据的事实和规范性文件，并最终作出复议决定。行政复议的审理主要包括以下一些程序：

（一）被申请人的答辩

复议机关应当自受理之日起7日内将复议申请书副本发送被申请人。被申请人应当在收到复议申请书副本之日起10日内，向复议机关提交作出具体行政行为的有关材料或者证据，并提出答辩书。逾期不答辩，不影响复议的进行。作为行政管理机关，作出具体行政行为的行政机关负有证明其行为合法和适当的举证责任，因此，向复议机关提交有关材料或者证据，是被申请人的一种法律义务。否则，其行为可能为复议机关认定为违法而被撤销。同时，作为复议案件一方当事人的被申请人也享有为自己辩护的权利。

（二）书面复议

《行政复议条例》第37条规定，行政复议实行书面复议制度，但复议机关认为有必要时，可以采取其他方式审理复议案件。实行书面复议制度，主要是为了保障行政效率，这是行政复议区别于行政诉讼的一个重要方面。实行书面复议，复议机关在审理复议案件时，主要依据书面材料进行，不进行公开庭审。当然，书面复议也并不排除复议机关进行必要的调查取证，通过一定方式听取双方当事人意见，听取专家意见，也不排除复议机关工作人员对复议案件进行讨论。有的行政机关对书面复议制定了更具体的要求，以充分保证复议结果的客观性和公正性。例如，《税务行政复议规则》第21条规定，“复议机构代表复议机关以合议形式对复议案件进行审理，参加复议审理的人员应超过复议委员会组成人员的半数”。《财政部门贯彻实施 行政复议条例 的若干规定》第13条规定，“财政复议决定应由三分之二以上复议委员会委员参加的会议提出，并报行政首长决定”。

行政复议以书面复议为主要方式，并不排除在某些情况下运用其他复议方式。所谓其他方式，主要是指由双方当事人到场说明问题，表达各自意见，甚至进行一定的辩论等。

（三）撤回复议申请

提出复议申请是复议申请人的一项权利，同样，在复议过程中，复议决定作出以前，申请人也有权撤回复议申请，终止复议程序。在行政复议过程中，申请人撤回复议申请主要有二种情况：一是申请人自认为申请复议不当或因其他想法主动申请撤回复议申请；二是申请人在被申请人改变所作的具体行政行为的情况下同意其改变而撤回复议申请。

当然，为了维护行政复议活动的严肃性，防止申请人撤回复议申请后又提出复议请求，《行政复议条例》规定申请人撤回复议申请后，不得以同一的事实和理由再申请复议。

二、行政复议的审理依据

《行政复议条例》第41条规定，复议机关审理复议案件，以法律、行政法规、地方性法规、规章以及上级行政机关依法制定和发布的具有普遍约束力的决定、命令为依据；复议机关审理民族自治地方的复议案件，并以该民族自治地方的自治条例、单行条例为依据。与行政诉讼不同，人民法院审理行政案件，只是以法律、行政法规和地方性法规为依据，规章在行政诉讼中

只是作为参照。行政复议不仅以规章，而且以具有普遍约束力的决定、命令为依据。

《行政复议条例》将规章以下的规范性文件作为审理依据，有其客观必要性。我国《宪法》第 89 条规定，国务院有权规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令。《地方人大及地方政府组织法》第 51 条规定，县级以上的地方各级人民政府可以规定行政措施，发布决定和命令。省、自治区、直辖市以及省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府，还可以根据法律和国务院的行政法规制定规章。由此可见，我国县级以上各级行政机关都有依法制定规范性文件的权力。因此，行政复议以规章以下的规范性文件为依据，有法律上的必要性。同时，行政管理实行层级领导，下级行政机关必须执行上级行政机关制定的规范性文件，否则行政管理将会陷入混乱。如果下级行政机关根据上级行政机关制定的规范性文件作出具体行政行为，而在复议过程中不适用上级行政机关制定的规范性文件，这不但不能全面地评价和判定具体行政行为的合法性与适当性，而且还会对整个行政管理造成不利影响，甚至导致行政管理的混乱。因此，行政复议以规章以下的规范性文件为依据，还有其客观必要性。

《行政复议条例》规定，复议机关审查具体行政行为时，发现具体行政行为所依据的规章或者具有普遍约束力的决定、命令与法律、法规或者其他规章和具有普遍约束力的决定、命令相抵触的，在其职权范围内依法予以撤销或者改变。复议机关认为具体行政行为所依据的规章或者具有普遍约束力的决定、命令与法律、法规或者其他规章和具有普遍约束力的决定、命令相抵触，而复议机关又无权处理的，应向其上级行政机关报告。上级行政机关有权处理的，依法予以处理；上级行政机关无权处理的，提请有权机关依法处理。处理期间，复议机关停止对本案的审理。

三、行政复议的决定

复议机关通过对案件的审理，应该就有关的行政争议，作出结论性的决定，并按照决定内容制作复议决定书。根据《行政复议条例》，除法律、法规另有规定以外，复议机关应当在收到复议申请书之日起两个月内作出复议决定。

行政复议决定是就具体行政行为合法性与适当性作出一种结论，复议决定分为以下五种：

1. 决定维持具体行政行为。复议机关经过审理，认为具体行政行为事实清楚，适用法律正确，符合法定程序和权限，应作出维持该具体行政行为的决定。

2. 决定撤销、变更具体行政行为。复议机关经过审理，发现具体行政行为为主要事实不清；适用法律、法规、规章和具有普遍约束力的决定、命令错误；违反法定程序影响申请人合法权益；超越或者滥用职权；以及具体行政行为明显不当，应作出撤销或者变更具体行政行为的决定。对上述任何一种情况，复议机关都可以作出撤销或变更的决定。并且，无论是撤销还是变更，复议机关都可以根据职权责令被申请人重新作出具体行政行为，必要时，复议机关也可以直接作出具体行政行为。

3. 决定责成被申请人补正具体行政行为在程序上的不足。对于具体行政行为在程序上有不足但尚未直接影响申请人合法权益的，复议机关可以责成被申请人补正程序上的不足，而不是撤销具体行政行为。这种处理方式，主

要是考虑到目前我国还没有制定统一的行政程序法，如果对于程序过于苛求，可能会对行政管理造成不利的影响。

4. 决定被申请人履行法定职责。复议机关对于因被申请人不作为而引起的行政复议案件，经过审理，如认为被申请人确实存在不履行法定职责的不作为，应决定其在一定期限内作出相应的具体行政行为。

5. 决定被申请人负责赔偿申请人的损失。复议机关经过审查，如认定被申请人的合法权益受到具体行政行为的侵犯而造成损害，且申请人请求赔偿的，应责令被申请人承担赔偿责任。

复议机关作出复议决定必须制作书面文书，即复议决定书。复议决定书应当包括以下内容：（1）申请人的姓名、性别、年龄、职业、住址（法人或者其他组织的名称、地址、法定代表人的姓名）；（2）被申请人的名称、地址、法定代表人的姓名、职务；（3）申请复议的主要请求和理由；（4）复议机关认定的事实、理由，适用的法律、法规、规章和具有普遍约束力的决定、命令；（5）复议结论；（6）不服复议决定向人民法院起诉的期限，或者终局的复议决定，当事人履行的期限；（7）作出复议决定的日期。复议决定书必须由复议机关的法定代表人署名，并加盖复议机关的印章。否则，复议决定书不具有法律效力。

第三节 行政复议决定的执行

行政复议决定书制作完成并加盖公章以后应立即送达当事人，复议决定书一经送达即发生法律效力。受送达人在送达回证上的签收日期为送达日期；邮寄送达，以挂号回执上注明的收件日期为送达日期。送达日期，也就是复议决定书生效的日期。

复议机关送达复议决定书，应直接送交受送达人；受送达人本人不在，应交其同住的成年家属或者所在单位签收；本人已向复议机关指定代收人的，交代收人签收；受送达人是法人或者其他组织，交其收发部门签收。受送达人拒绝接受复议决定书，送达人应当邀请有关人员到场，说明情况，在送达回证上记明拒收事由和日期，由送达人、见证人签名或者盖章，把复议决定书留在受送达人的住处或者收发部门，即视为送达。

终局性的复议决定书一旦生效，当事人必须立即履行，不得再向人民法院提起行政诉讼。除此之外，申请人对复议决定不服的，可以在收到复议决定书之日起 15 日内，或者法律、法规规定的其他期限内，向人民法院提起行政诉讼。如果申请人逾期不起诉又不履行复议决定，维持原具体行政行为的复议决定，由最初作出具体行政行为的行政机关申请人民法院强制执行，或者依法强制执行；改变原具体行政行为的复议决定，由复议机关申请人民法院强制执行，或者依法强制执行。

目前，我国绝大多数法律、法规都规定，公民、法人或者其他组织逾期不起诉又不履行复议决定，行政机关可以向人民法院申请强制执行。这种规定，主要是因为提出执行申请的行政机关没有强制执行权。如果行政机关依照法律、法规规定享有强制执行权，如工商、物价、税务、海关等部门，则可以按照有关程序自己强制执行。

第四编 行政诉讼

第十九章 行政诉讼概述

第一节 行政诉讼的概念与特征

一、行政诉讼的概念

行政诉讼是指人民法院基于公民、法人或其他组织的请求，对行政机关具体行政行为的合法性进行审查并作出裁判，解决行政争议的诉讼活动。这一概念具有以下几层涵义：

第一，行政诉讼是解决行政争议的活动。行政争议是在行政管理过程中，行政机关和相对人之间、行政机关和公务员之间以及行政机关之间发生的各种争执。行政争议的范围广，种类多。行政诉讼解决的只是行政争议的一部分，主要是行政机关在对外管理中与相对人之间因具体行政行为的合法性发生的争议。其他行政争议则依法由别的途径解决。

第二，行政诉讼是人民法院运用国家审判权解决行政争议的活动。行政诉讼在人民法院的主持下展开。人民法院运用国家审判权，对引起争议的具体行政行为进行合法性审查并作出裁判，从而达到解决行政争议的目的。行政诉讼的这一特征使其与行政复议相区别。行政复议是行政机关适用行政程序解决行政争议的活动。

第三，行政诉讼的原告恒定为作为相对人的公民、法人和其他组织；行政诉讼的被告恒定为作为行政主体的行政机关和法律、法规授权的组织。行政诉讼原被告的恒定性是由行政管理中公权力的性质所决定的。国家为达一定的行政目的，赋予行政机关行政权力和手段。行政机关可以直接命令相对人为一定的行为或不为一定的行为；还可以通过行政处罚、行政强制执行等手段迫使相对人履行义务。因此，行政机关无需通过诉讼的方式达到行政目标。而作为行政相对人的公民、法人或其他组织则必须服从管理，不得直接和行政机关相对抗，以确保行政权的正常运作以及公共利益的实现。相对人如果认为行政机关的具体行政行为违法侵犯其合法权益，可以在事后提起行政诉讼，请求人民法院对引起争议的具体行政行为进行合法性审查，撤销违法的具体行政行为。因而，在行政诉讼中，原告恒定为相对人；而被告恒定为作为管理者的行政主体。

第四，行政诉讼的核心是对具体行政行为的合法性进行审查。行政诉讼围绕着具体行政行为及其合法性展开。相对人诉的是具体行政行为违法侵犯其合法权益，人民法院审查的重心是具体行政行为是否合法。虽然在行政诉讼中也可能涉及抽象行政行为、相对人的行为等，但这些行为都不是审查的重心。至于具体行政行为的合理性问题，原则上也不属于人民法院的审查范围。

第五，行政诉讼的根本目的是通过司法权对行政权的监督，确保行政机关依法行政，保障相对人的合法权益。虽然在表面上，行政诉讼的直接目的是为了解决行政争议，但更深层的意义在于建立权力制约机制，以真正实现依法行政并保护相对人的权益。

二、行政诉讼的根据

（一）行政诉讼的宪法和实践根据

1. 宪法的规定。我国现行宪法为行政诉讼制度的建立奠定了坚实的基础。这主要体现在两个方面：一是确立了宪政体制。宪法明确规定国家的一切权力属于人民。人民行使权力的机关是人民代表大会。国家行政机关和司法机关都由人民代表大会产生，并向人民代表大会负责。并规定国家机关必须在宪法、法律规定的范围内活动。行政机关的一切活动必须符合人民的利益，必须合法，不得侵犯其他国家机关的权力，也不得侵害相对人的合法权益。这就有必要建立行政诉讼制度以确保宪政体制的实现。二是强调对公民权益的保护。宪法用专章规定了公民的基本权利和自由。为保障公民的基本权利和自由，也需要设立行政诉讼制度，以此排除违法行政给相对人带来的侵害。

2. 行政争议的存在。行政争议既包括内部行政争议，也包括外部行政争议。行政争议的存在会导致以下结果：其一，影响相对人的权益，从而可能引起相对人对政府的不满。其二，影响行政效能，阻碍行政目标的实现。行政争议的存在以及必然导致的消极后果要求建立一套有效的解决机制。这是行政诉讼制度产生的最基本的动因。

3. 经济制度的变革和公民权利意识的发展。行政争议的存在并不必然导致行政诉讼制度的建立。在人类历史上行政诉讼制度很晚才得以出现就是最好的证明。在我国，行政诉讼制度诞生于八十年代，根源深植于经济体制的变革中。随着市场经济的建立，企业独立的经济主体地位才得以形成。公民的地位也在发生改变，从对国家的绝对依附而变成独立的权利主体。市场经济对市场主体权利的确认为前提，这无疑促成了公民权利意识的生成和发展。而公民权利意识的发展必然使公民不再满足于由作为争议一方的行政机关来解决争议，即在客观上要求建立行政诉讼制度，由公正的第三者来解决冲突。

（二）行政诉讼的理论根据

1. 人民主权理论。人民主权理论是现代民主政治的基础和精髓，也是各国立宪和建立行政诉讼制度的理论依据。我国《宪法》第2条规定：“中华人民共和国的一切权利属于人民。”人民主权理论是和国家专制主义相对立的，建立在对公民独立人格的确认以及个人意志的尊重之基础上。人民主权理论不仅要求按照人民的意志，通过选举组建政府；而且还要求政府行为合法、公正而有效率；同时保护人民的权益不受国家权力的违法侵犯。其中，由于行政权经常、直接、广泛涉及公民权益，从而侵害公民权益的可能性最大，因此建立有效的法律制度防止和纠正违法行政，给予受侵害的相对人救济尤为重要。行政诉讼制度的建立正是基于此种需要。

2. 法治理论。法治理论与人民主权理论相辅相成。法治理论和人民主权理论一样是行政诉讼制度建立的根据。在国家的行政领域，法治要求国家行政管理的各个方面、各个环节都要依法进行。为确保行政机关依法行政，需要建立有效的监督机制。行政诉讼正是以监督行政机关依法行政为己任的。

3. 权力制约理论。权力分立与制约理论是现代西方国家政体模式的基本依据。这一理论的基础是任何权力都存在着被滥用的可能。法国著名思想家孟德斯鸠在《论法的精神》一书中写道：“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验”。为防止滥用权力，必须以权力制约权力。我国

虽然不照搬西方的三权分立体制，但并不否认权力制约的重要性。尤其是鉴于行政权具有较强的渗透性、扩张性，必须对之予以规范和控制。对行政机关的制约不仅要有国家权力机关的监督，而且还需要建立其他制约机制。行政诉讼正是通过诉讼程序，实现司法权对行政权的制约。

三、行政诉讼与民事诉讼的区别

在诉讼制度中，行政诉讼与民事诉讼最为接近，行政诉讼不仅是从民事诉讼发展而来，而且行政诉讼在许多方面仍然适用民事诉讼的程序。但是，行政诉讼与民事诉讼毕竟是两种不同的诉讼，两者有本质的区别。

（一）两者的任务和目的不同

行政诉讼要解决的是行政争议，其目的是保障相对人的行政权益，为相对人提供法律上的救济；而民事诉讼要解决的是民事争议，其目的是保障公民、组织民事权益的实现。

（二）当事人的诉讼权利义务不同

在民事诉讼中，双方当事人的诉讼权利义务完全对等。例如一方有起诉权，另一方有反诉权。再如在一般情况下，任何一方当事人都有对自己的主张举证的义务。但在行政诉讼中，双方当事人的诉讼权利义务并不完全对等。例如，相对人享有起诉权，而作为管理者的行政机关既没有起诉权，也没有反诉权。另外，被告对具体行政行为的合法性负有举证责任，而原告并不对具体行政行为违法负举证责任。

（三）可否适用调解不同

在民事诉讼中，调解是一项基本原则，人民法院既可以调解的方式进行审理，也可以调解的方式结案；而行政诉讼不适用调解。

（四）审理对象及判决不同

在民事诉讼中，人民法院审理的是原始的民事争议，民事诉讼既是事实审，又是法律审。法院有权根据当事人的请求作出确认判决、给付判决和变更判决。民事判决能够直接决定当事人的民事权利义务。而在行政诉讼中，人民法院审理的是行政机关作出的具体行政行为，而不是相对人的行为。因而，从严格意义上说，行政诉讼主要是法律审。法院有权作出维持判决、撤销判决、强制履行判决和有限的变更判决。行政判决只对具体行政行为的合法性作出判定，而不直接确定当事人在行政法上的权利义务。

以上只是行政诉讼和民事诉讼的主要区别。行政诉讼和民事诉讼的其他区别将在以后的章节中讨论。

行政权益是指公民在行政管理中享有的权利和利益，与民事权益相对应。

第二节 行政诉讼法

一、行政诉讼法的涵义

行政诉讼法规定行政诉讼制度的法律规范系统，是有关行政诉讼的法律规范的总和。行政诉讼法在行政法体系中占有重要地位，是行政法的组成部分之一。行政法与行政诉讼法是一种包容关系。行政法从来是集实体法和程序法于一体的。行政法不仅包含实体法规范，也包含程序法规范。

行政诉讼法的渊源是指行政诉讼法的表现形式。在我国，行政诉讼法的渊源主要有以下几种：

（一）宪法的有关规范

宪法是国家活动的最高准则，是行政诉讼立法的依据。一般认为，《宪法》第41条关于公民对国家机关及其工作人员的违法失职行为有申诉、控告的权利的规定是制定行政诉讼法的基本依据。此外，宪法中关于公民基本权利和自由的规定、关于人民法院审判制度及诉讼活动原则的规定等都对行政诉讼有指导和规范意义，是行政诉讼法的渊源。

（二）中华人民共和国行政诉讼法

1989年4月4日第七届全国人民代表大会第二次会议通过，自1990年10月1日起施行的《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）比较完整、集中地对行政诉讼的各项具体制度作了规定，是行政诉讼法的基本渊源。

（三）人民法院组织法、人民检察院组织法中的有关规定

人民法院组织法中关于审判原则及有关具体制度的规定，人民检察院组织法中关于审判监督的有关规定都是行政诉讼制度的法律渊源。

（四）民事诉讼法中的有关规定

我国的行政诉讼法典只对行政诉讼所涉及的主要的、基本的问题作了规定，行政诉讼法没有规定的程序以及规定得比较原则的方面可以适用民事诉讼法的规定。

（五）单行法律法规中有关行政诉讼的规定

行政诉讼法颁行前，行政诉讼主要适用民事诉讼法以及单行法律法规的规定。单行法律、法规一般规定某一具体行政行为是否具有可诉性及有关起诉时效等问题。行政诉讼法颁布生效后，单行法律、法规中的规定，有的已被行政诉讼法吸收，有的仍作为独立的行政诉讼法渊源，对行政诉讼的个别问题予以调整和规范。

（六）法律解释

在我国，正式有效的法律解释包括立法解释、行政解释、司法解释和地方解释。这些解释中涉及行政诉讼内容的亦为行政诉讼法的渊源。目前适用最多的法律解释是最高人民法院1991年5月29日所作的司法解释《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行）》，即行政诉讼中人们常引用的“115条”。

除上述形式外，我国参加的涉及行政诉讼的国际条约也是行政诉讼法的渊源。但我国声明保留的条款除外。在有的国家，行政判例以及行政法的一般原则也是行政诉讼法的渊源，但我国目前尚未以此作为渊源，虽然事实上对实践有指导或参考作用。

行政诉讼法的使用有广狭义之分。狭义的行政诉讼法仅指《中华人民共

和国行政诉讼法》；广义的行政诉讼法则包括上述所有行政诉讼法的渊源。

二、行政诉讼法的立法宗旨

（一）保证人民法院正确及时审理行政案件

在我国，行政诉讼制度建立在前，行政诉讼法制定在后。在行政诉讼法颁行前，行政诉讼主要适用民事诉讼法的规定。由于行政案件的性质不同于民事案件，因而完全按照民事诉讼的程序审理行政案件有时会忽视行政诉讼特点、违背行政诉讼的目的。行政诉讼有自己的特点和要求，需要设定一套适合其特点的科学的工作规程，这也正是制定行政诉讼法的初衷。为保证人民法院正确及时审理行政案件，行政诉讼法规定了人民法院行使行政审判权的范围和权限；规定了管辖、证据制度、审理程序、审理方式和期限等。此外，行政诉讼法还规定人民检察院有权对行政诉讼活动进行法律监督，以确保人民法院正确行使审判权。

（二）保护公民、法人和其他组织的合法权益

保护公民、法人和其他组织的合法权益是建立行政诉讼制度的根本目的，宪法第41条规定，公民“对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告、或者检举的权利。”“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利。”行政诉讼法正是宪法第41条的具体落实。行政诉讼法对公民、法人和其他组织合法权益的保护主要体现在两个方面：一是通过对行政诉讼制度以及对公民行政诉权的全面肯定来实现这一目标；二是规定公民的各种诉讼权利以及各种具体的诉讼制度来保障相对人的合法权益。

（三）维护和监督行政机关依法行使职权

维护行政机关依法行使职权，也是行政诉讼法的立法目的之一。此体现为人民法院对行政机关合法正确的具体行政行为予以维护和支持。行政机关依法行使职权，是公共利益的需要，也符合公民个人的利益。行政诉讼监督行政机关依法行使职权的目则体现为行政诉讼法，确立了司法对行政的制约机制，通过司法监督以确保行政机关依法行使职权。

三、行政诉讼法与民事诉讼法的关系

关于行政诉讼法与民事诉讼法的关系，行政诉讼法没有涉及。但是实践中常面临着行政诉讼能否适用民事诉讼法律规范的问题。鉴于实际需要，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《若干意见》）第114条规定：“人民法院审理行政案件，除依照行政诉讼法的规定外，对本规定没有规定的，可以参照民事诉讼的有关规定。”

“参照”包含着以下几层涵义：

第一，行政诉讼法有规定的，应当适用行政诉讼法的规定。行政诉讼和民事诉讼相比，既有相同之处，又有自己的特殊问题。制定行政诉讼法就是要满足行政诉讼的特殊要求，对行政诉讼的特殊问题作出规定。因而，凡是行政诉讼法有规定的，必须适用行政诉讼法的规定，不能适用民事诉讼法的规定。

第二，行政诉讼法只作原则规定的，具体的规则可以参照适用民事诉讼法的规定。为了避免立法上的重复，行政诉讼法对许多行政诉讼和民事诉讼共有的问题只作了原则性的规定。例如合议制度、回避制度、证据制度、审理程序和执行制度等。这里可以参照民事诉讼法的具体规定执行。但民事诉

讼法的规定与行政诉讼的目的和性质相冲突的不能适用。如在民事诉讼的二审程序中，人民法院可以采纳新的证据；而在行政诉讼的二审程序中，人民法院不得接受被告在一审中能够提供但没有提供的证据。

第三，行政诉讼法没有规定的，可以根据诉讼的需要，参照适用民事诉讼法的规定，但不得和行政诉讼的目的和性质相冲突。行政诉讼法对许多问题没有规定，如集团诉讼、诉讼保全、先行给付、期间、送达等。民事诉讼法对这些问题的规定只要不与行政诉讼的目的和性质相左，行政诉讼都可以适用。

当然，“参照”适用意味着人民法院有较大的自由裁量权，是否适用民事诉讼法的规定，由人民法院根据案件的具体情况加以掌握。为确保行政诉讼的公正以及行政诉讼目的的实现，有必要通过立法明确行政诉讼法与民事诉讼法的关系，即在哪些方面可以适用民事诉讼法的规定，哪些方面不能适用民事诉讼法的规定。

第三节 行政诉讼的基本原则

行政诉讼基本原则是指行政诉讼法规定的，贯穿于行政诉讼的主要过程，对行政诉讼活动起支配作用的基本行为准则。行政诉讼基本原则是行政诉讼精神实质的体现，反映着立法者对行政诉讼的客观规律和内在要求的认识。同时，行政诉讼的基本原则承载着行政诉讼的价值追求，是设立各项具体诉讼制度的基础。行政诉讼的基本原则不同于行政诉讼的具体规则。两者虽然都对行政诉讼活动起规范作用。但行政诉讼基本原则在法律规范中处于较高层次，并有较大的伸缩性；而行政诉讼具体规则在法律规范中则处于较低层次，并且多为刚性规范。

行政诉讼基本原则在规范和指导行政诉讼活动方面具有重要作用。这主要表现在以下几个方面：第一，指导行政诉讼规则体系的建立。首先，行政诉讼的基本原则决定了行政诉讼的基本框架和结构。其次，行政诉讼的基本原则决定着行政诉讼各项具体制度的建立。基本原则是行政诉讼基本精神的浓缩和概括；而具体制度则是行政诉讼基本精神的具体化。第二，有助于对行政诉讼规范的理解和解释。第三，规范当事人各方的诉讼行为。行政诉讼基本原则是行政诉讼最基本的行为准则，行政诉讼各方都必须遵守。无论是人民法院还是诉讼当事人实施诉讼行为时，都不能背离行政诉讼的基本原则。此外，当某些诉讼行为缺乏直接法律规定或法律规定不完善时，行政诉讼基本原则可直接作为诉讼的依据。

一、人民法院依法独立行使行政审判权原则

《行政诉讼法》第3条规定：“人民法院依法对行政案件独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”人民法院独立行使行政审判权原则主要包括以下内容：

1. 行政审判权由人民法院统一行使。行政审判权是国家权力的重要组成部分，具有统一性和完整性。对外，统一行使行政审判权是国家主权的体现，外国人、无国籍人以及外国组织在中国进行行政诉讼，要由人民法院审判。对内，行政案件的审判权统一由人民法院行使。行政审判权统一由人民法院行使，是司法公正的基本要求，有利于及时正确地解决行政争议。

2. 独立审判的主体是人民法院。这里既不是指审判员独立审判，也不是指合议庭独立审判，而是由人民法院作为一个整体独立行使行政审判权。

3. 人民法院行使行政审判权，必须依法进行。人民法院审理行政案件的全过程，从最初的对起诉的受理，到对具体行政行为的实质性审查，以及到判决执行都要严格依法进行。行政审判权，既包含羁束的权力，也包含自由裁量的权力。当人民法院行使自由裁量权时，必须公正合理，不得滥用权力。

4. 人民法院行使行政审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。由于行政诉讼的一方当事人是行政机关，而行政机关与人民法院同为国家机关，并有着密切的联系，因而，行政审判很容易受到来自行政机关的干预。为保证诉讼的公正，行政审判必须排除来自行政机关的干扰。同样，为保证行政审判的独立和公正，也要排除社会团体和其他个人的干涉。此外，虽然行政审判要接受国家权力机关和新闻舆论的监督，但为确保行政审判的独立，国家权力机关的监督 and 新闻舆论的监督都不宜提前介入。

人民法院依法独立行使行政审判权原则是行政诉讼的重要原则之一，但

从目前的情况来看，无论在认识上还是在制度保障方面都还存在不足。因而，要提高对此原则的认识，应在制度上加以落实和保障。

二、以事实为根据，以法律为准绳原则

《行政诉讼法》第4条规定：“人民法院审理行政案件，以事实为根据，以法律为准绳。”该原则虽然是三大诉讼共有的原则，但在行政诉讼中具有特定的含义。

（一）以事实为根据

行政诉讼是对有争议的具体行政行为进行合法性审查。由于具体行政行为本身是对当事人有关事实行为的处理，因而，进入行政诉讼程序的有三类事实。第一类是相对人的有关事实，包括状况事实和行为事实。如相对人的违法事实。第二类是具体行政行为所认定的事实，如治安处罚中认定某公民有妨碍工作秩序的违法行为。第三类是行政机关在行政过程中收集的、并提交给人民法院的证据事实。在行政诉讼中，“以事实为根据”应当理解为以行政机关在诉讼过程中提交的证据事实为依据，来判断具体行政行为认定的事实是否存在。当然，行政机关提交的证据事实应经法庭查证属实后才能采用。

（二）以法律为准绳

以法律为准绳，要求人民法院正确地适用法律，对具体行政行为的合法性作出判断和裁决。在行政诉讼中，“以法律为准绳”有特定的涵义。这里的法律不仅包括全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律，还包括行政法规和地方性法规。相比之下，刑事诉讼中所适用的法律限于严格意义上的法律，即全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性文件。在民事诉讼中，法律虽可以作广义理解，但民事诉讼法并没有严格规定行政法规和地方性法规是民事审判的依据，人民法院是否适用行政法规和地方性法规有较大的自由裁量权。

三、具体行政行为合法性审查原则

《行政诉讼法》第5条规定，人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查。具体行政行为合法性审查原则是行政诉讼中极为重要的一项原则，适用于行政诉讼的每个环节和每个方面。

具体行政行为合法性审查原则的内容主要有以下三项：

1. 行政诉讼只对具体行政行为进行审查。具体行政行为是行政机关在行政程序中就特定事项所作的处理。除具体行政行为外，行政诉讼中还涉及其他行为，如抽象行政行为、相对人的有关行为等。这些行为虽然与案件的是非曲直有关，但不是行政诉讼的主要审查对象。

2. 行政诉讼原则上只审查具体行政行为的合法性，对合理性问题不涉及。对于合法性审查应从广义上理解，既包括外在的形式上的审查，如具体行政行为是否符合法律对其主体、权限、内容和程序等方面的规定；也包括内在的实质上的审查，如具体行政行为是否符合法律规定的内在精神和要求，是否符合法律的目的，符合公正原则等。

行政诉讼只能是合法性审查，这一特点是由司法权和行政权的关系所决定的。在我国，行政机关和司法机关都由国家权力机关产生，受国家权力机关制约。行政权与司法权彼此独立，各自有其独特的活动领域。只是由于行政诉讼法的特别授权，司法权才能对行政权实施监督。而且，司法对行政的监督只限于合法性。否则，国家职能分工的平衡状态将被打破。在行政诉讼

中，人民法院应当依法行使行政审判权，对违法的具体行政行为予以撤销，而对行政机关在法定权限内的活动则应予以尊重。司法权不得干预行政权，影响行政权的正常运作，更不能代替行政权。

3. 作为合法性审查的例外，行政处罚显失公正的，人民法院可就其合理性问题进行审查，有权作出变更判决。这里，人民法院对行政处罚可进行全面审查，既包括法律审，也包括事实审。

四、合议、回避、公开审判和两审终审原则

合议、回避、公开审判和两审终审原则是三大诉讼共有的原则。这些原则由于有具体的制度对应，所以又被称为行政诉讼的基本制度。

（一）合议原则

合议原则是指人民法院对行政案件的审理，由审判员或审判员与陪审员依照法定人数和组织形式组成合议庭进行。这一原则是宪法规定的民主集中制原则在行政审判中的具体体现。《行政诉讼法》第6条对此作了规定，并于第46条予以具体化：“人民法院审理行政案件，由审判员组成合议庭，或者由审判员、陪审员组成合议庭。合议庭的成员，应当是3人以上的单数。”行政诉讼法没有详细列出第一审合议庭、第二审合议庭和再审合议庭的组成，该部分内容可参照民事诉讼法的有关规定。

行政诉讼一律实行合议制，不存在独任审判的例外。这是由行政诉讼的性质所决定的。行政案件技术性、知识性较强，而且行政诉讼的当事人一方为行政机关，独任审判难以胜任。采用合议制，集思广益，有利于行政案件的公正解决。而在刑事诉讼、民事诉讼中都存在简易程序，对比较简单的案件，可以由审判员独任审判。

（二）回避原则

回避是诉讼公正的内在要求。在行政诉讼中，回避原则是指承办行政案件的审判人员和其他有关人员遇有法律规定应当回避的情形时，应当经过法定程序退出行政诉讼活动。回避不仅适用于审判人员，也适用于书记员、勘验人、鉴定人和翻译人员等。《行政诉讼法》第6条和第47条对回避作了明确规定。根据《行政诉讼法》第47条的规定，回避的条件是审判人员或其他有关人员与本案有利害关系或者有其他关系可能影响公正审判。此外，《刑事诉讼法》第29条的规定，对行政诉讼也有借鉴意义。回避分为自行回避和申请回避两种。前者指符合法律规定的人员主动申请回避，后者指诉讼当事人申请审判人员和其他人员回避。关于回避的申请和决定程序，《最高人民法院关于贯彻执行中华人民共和国行政诉讼法 獾囊饬 去孕校 * 第49条、第50条作了规定。当事人申请回避，应在案件开始审理时提出；回避事由在案件开始审理后知道的，也可以在法庭辩论终结前提出。申请回避，可以口头提出，也可以书面提出。被申请回避的人员在人民法院作出是否回避的决定前，应当暂停参与本案的工作，但案件需要采取紧急措施的除外。人民法院对当事人提出的回避申请，应当在申请提出的3日内，以口头或者书面形式作出决定，申请人对决定不服的，可以在接到决定时申请复议一次。

《刑事诉讼法》第29条规定：“审判人员、检察人员、侦查人员不得接受当事人及其委托的人的请客送礼，不得违反规定会见当事人及其委托的人。审判人员、检察人员、侦查人员违反前款规定的，应当依法追究法律责任，当事人及其法定代理人有权要求他们回避。”

该司法解释于1991年5月29日由最高人民法院审判委员会第499次会议讨论通过。

复议期间，被申请回避的人员，不停止参加本案的工作。人民法院对复议申请，应当在3日内作出复议决定，并通知复议申请人。

（三）公开审判原则

公开审判是我国宪法确定的一项原则。在行政诉讼中，公开审判原则是指人民法院审理行政案件，除法律规定的特殊情况外，一律公开进行。这一原则规定在《行政诉讼法》第6条、第45条中。《行政诉讼法》第45条规定：“人民法院公开审理行政案件，但涉及国家秘密、个人隐私和法律另有规定的除外。”公开审判原则包括两项内容：第一，审判过程公开；第二，审判结论公开。公开审判要求人民法院的审判活动应当对社会公开，其实质意义在于将人民法院的审判活动置于诉讼当事人及广大群众的监督之下，以确保审判的公正。

（四）两审终审原则

在行政诉讼中，两审终审原则是指行政案件经过两级人民法院的审理即告终结。《行政诉讼法》第6条对此作了规定。按照这一原则，当事人对第一审行政判决、裁定不服的，可以向上一级人民法院提起上诉，启动第二审程序。第二审人民法院的判决、裁定是终局判决、裁定，对此，当事人不得再提起上诉。另外，最高人民法院是国家最高审判机关，其所作的一审判决、裁定，当事人不得再上诉。至于在我国存在的审判监督程序，不是每个案件的必经程序，与两审终审原则不相冲突。

五、当事人法律地位平等原则

《行政诉讼法》第7条规定，当事人在行政诉讼中的法律地位平等。贯彻这一原则，需要注意两点：

1. 当事人法律地位平等，并不意味着当事人的诉讼权利和诉讼义务完全相同。在行政管理过程中，行政机关与相对人的法律地位不对等，行政机关作为管理者，享有实现行政管理目标的各种手段，包括强制手段，而相对人作为被管理者，在很多情况下必须服从行政机关的指挥和命令。在行政诉讼中，作为诉讼当事人的相对人和行政机关的法律地位则是平等的。他们都是诉讼主体，不存在管理与被管理的关系。但二者的诉讼权利义务并不完全对应，如被告行政机关没有起诉权，也没有反诉权，并要对其作出的具体行政行为负主要举证责任。

2. 人民法院在适用法律上对双方当事人应当平等，不能因人而异。没有适用法律上的平等，就没有诉讼的公正。在行政诉讼中，公共利益和个人利益的协调问题较为突出。有些具体行政行为的动机是好的，但行为本身违法。在这种情况下，人民法院仍应当撤销违法的具体行政行为，不能因考虑行政机关是出于维护公益的“好意”。而偏离行政诉讼的宗旨，因为依法行政乃是最大的公益。

六、使用本民族语言文字进行诉讼原则

《行政诉讼法》第8条规定了这一原则。在行政诉讼中，允许当事人用本民族语言文字进行诉讼，是各民族平等的具体表现，任何民族都不能把自己的语言文字强加给别的民族。使用本民族语言文字进行诉讼原则具体包括三方面的内容：

1. 用本民族的语言文字进行诉讼是各民族公民的法定权利，任何人无权限制各民族公民使用本民族的语言文字。

2. 人民法院在少数民族聚居或者多民族共同居住的地区审理行政案件和

发布法律文书时，应当采用当地民族通用的语言文字。

3. 人民法院应当为不通晓当地民族通用语言文字的诉讼参与人提供翻译。

人民法院在行政诉讼中违背该项原则的属于程序违法，可导致判决、裁定无效。

七、辩论原则

辩论原则是指在人民法院的主持下，当事人有权就行政案件的事实和法律问题，陈述各自的主张和意见，互相进行反驳和答辩。《行政诉讼法》第9条规定：“当事人在行政诉讼中有权进行辩论。”辩论原则的确立是当事人诉讼主体地位的体现，也是诉讼公正的要求。通过双方当事人的辩论，人民法院可以迅速查明案件事实，有利于行政案件的解决。辩论原则包括以下内容：

1. 在行政诉讼中，只有诉讼当事人享有辩论权。即行政诉讼的原告、被告、第三人、共同诉讼人才有权进行辩论。当然，当事人的辩论权可通过法定代理人或委托人行使。

2. 当事人辩论的内容，既包括实体问题，也包括程序问题。既涉及事实问题，也涉及法律问题。辩论是全方位的。

3. 当事人辩论的方式包括言辞和书面两种。在审理前的准备阶段，一般采用书面形式辩论；在开庭审理阶段，则直接实行言辞辩论。行政诉讼的第二审大多采用书面审理，因而，在第二审中，主要是实行书面辩论。

八、人民检察院实行法律监督原则

人民检察院是我国的法律监督机关，在刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼中都承担法律监督职能。《行政诉讼法》第10条规定：“人民检察院有权对行政诉讼实行法律监督。”第64条规定：“人民检察院对人民法院已经发生法律效力判决、裁定，发现违反法律、法规规定的，有权按照审判监督程序提出抗诉。”对于检察机关对行政诉讼的监督，最高人民检察院于1990年10月29日作出了相应的司法解释。《行政诉讼法》确立人民检察院实行法律监督原则，主要是为了保障行政诉讼活动依法进行。在我国目前司法制度尚不完善的情况下，加强行政诉讼的法律监督尤为重要。

人民检察院实行法律监督的范围十分广泛，既可以针对人民法院的审判行为，也可以针对诉讼当事人的诉讼行为。人民检察院实行法律监督的主要方式是抗诉。最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力行政判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力行政判决、裁定，发现违反法律法规规定的，应当按照审判监督程序提出抗诉。地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力行政判决、裁定，发现违反法律、法规规定的，应当建议上级人民检察院提出抗诉。人民检察院对提出抗诉的案件，在法院审理时应当派员出席法庭，对诉讼活动是否合法进行监督。

1990年10月29日最高人民检察院第七届第55次检察委员会审议通过《最高人民法院关于执行行政诉讼法第六十四条的暂行规定》。

第二十章 行政诉讼受案范围

第一节 受案范围概述

一、受案范围的含义

行政诉讼受案范围，也称法院的主管范围，指人民法院受理行政案件，解决行政争议的范围。或者说，法律授权人民法院在多大范围内对行政机关的行政行为进行司法审查。对相对人而言，受案范围也就是诉权的范围。只有列入受案范围的行政行为，相对人才有权对之提起行政诉讼。对行政机关来说，受案范围决定着其作出的哪些行为可能受到法院的司法审查。属于行政诉讼受案范围的行政行为，行政机关有义务接受审查。行政诉讼受案范围是一个十分重要的问题，直接影响到行政诉讼制度整体功能的发挥。

在现代社会，随着行政权的扩张，行政机关与公民的关系日益密切，行政争议也越来越多。但并不是所有的行政争议都能进入行政诉讼程序。“受案范围”的提出意味着人民法院解决行政争议的范围是有限的。在不同国家，由于政治、经济、文化及法律传统的影响，行政诉讼受案范围的宽窄不一。但总的发展趋势是拓宽受案范围，加强对公民权益的保护。当然，行政诉讼在解决行政争议方面也有局限。如涉及国家主权的外交、国防等行为，几乎各国都将其排除在行政诉讼之外。

二、确定受案范围的方式

行政诉讼受案范围虽处在不断的发展过程中，但在一定时期内是相对稳定的。从国外的情况来看，受案范围的确定方式有两种：一种是判例法，由法官创设。如法国、英国、美国等。另一种是制定法，由法律明文规定。如德国、日本等。以制定法规定受案范围又有三种方式：一为概括式。由行政诉讼法法典对受案范围设定统一的标准，凡符合标准的都属于受案范围。概括式的优点是简单、全面、包容性强，但灵活性大，有时不易掌握。二为列举式。由法律逐个列举可诉和不可诉的行为。列举又可分为肯定列举和否定列举。否定的列举又称为排除式。列举式的优点是具体、明确，但难以穷尽。三为混合式。既概括规定，又具体列举。混合式的优点是能够发挥上述两种方式各自的长处，避免其不足。

我国是成文法国家，行政诉讼的受案范围由法律明确确定。《行政诉讼法》第2条、第11条、第12条从不同角度规定了受案范围。从这些条文的规定看，基本上采用了混合式。即概括与列举结合、肯定与否定并举的方法。

第二节 受案范围的设定标准

根据《行政诉讼法》的规定，我国行政诉讼受案范围的设定标准有下述三项：

一、具体行政行为标准

具体行政行为标准指人民法院只受理因具体行政行为引起的争议案件。这一标准规定在《行政诉讼法》第2条中。设定该项标准的理由有三：一是具体行政行为经常、直接影响相对人的权益，多数行政争议由具体行政行为引起。二是根据我国宪法和组织法的规定，对抽象行政行为的监督职责主要由各级国家权力机关以及各级人民政府承担。三是我国的行政诉讼制度仍处在初级阶段，受案范围不宜过宽。

具体行政行为标准是确定行政诉讼受案范围的最基本的标准，也最容易引起歧义。

具体行政行为原本是行政法学上的一个术语，与抽象行政行为相对应。行政诉讼立法对具体行政行为概念的采用，使其具有了重要的实践意义。

关于具体行政行为的界定，尚无一致认识。《行政诉讼法》第2条、第5条、第11条等多处提到具体行政行为，但没有明确其含义。鉴于诉讼需要，最高人民法院在其司法解释，即《若干意见》)中对具体行政行为作了界定。

《若干意见》第1条规定，具体行政行为是指国家行政机关和行政机关工作人员、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织或者个人在行政管理活动中行使行政职权，针对特定的公民、法人或者其他组织，就特定的具体事项，作出的有关该公民、法人或者其他组织权利义务的单方行为。按照该规定，具体行政行为的特征可归纳为以下五点：第一，具体行政行为的主体是国家行政机关和行政机关工作人员、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织或个人。第二，具体行政行为是行使行政职权过程中作出的行为。第三，具体行政行为是针对特定的事项，特定相对人作出的行为。第四，具体行政行为是有关公民、法人或其他组织权利义务的行为。第五，具体行政行为是行政主体作出的单方行为。

二、人身权、财产权标准

这一标准指人民法院只受理涉及人身权、财产权的行政案件。或者说，相对人对影响其人身权、财产权的具体行政行为不服的，才能提起行政诉讼。

《行政诉讼法》第11条第1款在列举了七类可诉的具体行政行为后，进而规定公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其他人身权、财产权的，也有权提起行政诉讼。人身权、财产权标准是对具体行政行为标准的限制，意味着不是全部具体行政行为都可以诉诸法院，一般只有涉及人身权、财产权的具体行政行为才属于人民法院的主管范围。

人身权、财产权标准的确立主要是考虑到人身权、财产权为公民、法人或者其他组织最重要的权利，行政诉讼必须加以保护。另外，行政诉讼在我国起步较晚，受案范围有一个逐步发展的过程，不可能一步到位。

在行政法中，人身权、财产权的内涵与民法中的同类概念基本相同。所谓人身权，是指与自然人的人身和法人或者其他组织不可分离的无直接财产内容的权利。人身权包括人格权和身份权两类。其中，人格权主要包括生命权、身体权、健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、年龄权、

和隐私权等。身份权包括配偶权、亲权和亲属权等。所谓财产权，是指以财产为客体的权利。财产权包括物权、知识产权和债权。其中，物权又包括所有权、使用权、承包经营权、典权、抵押权、留置权和相邻权等。知识产权主要包括著作权、专利权、商标权、发现权、发明权和其他科技成果权等。债权又包括合同所生之债权与侵权所生之债权等。就其外延而言，行政法中的人身权、财产权比民法中的人身权、财产权要宽。有些权利在民事活动中没有实质意义，但在行政管理中却很重要。如公民的年龄权。

人身权、财产权标准有两项例外。第一项例外是《行政诉讼法》第 11 条第 1 款第 1 至 7 项的规定。这些规定涉及的主要是有关人身权、财产权的行为。但也不尽然，如行政处罚就不只是涉及人身权、财产权，也可能涉及到其他权利。又如相对人认为行政机关的行为侵犯法定经营自主权的，有权提起行政诉讼。经营自主权不仅包括人身权、财产权，也包含其他权利。第二项例外是《行政诉讼法》第 11 条第 2 款的规定。该款规定人民法院受理法律、法规规定可以提起行政诉讼的其他行政案件。显然，这是指涉及人身权、财产权以外的行政案件。

三、违法标准

违法标准是指人民法院只受理相对人认为具体行政行为违法的行政案件。具体行政行为引起的争议有两类：一类为具体行政行为是否合法的争议；另一类为具体行政行为是否合理的争议。由具体行政行为合法性原则所决定，或者说由行政权与司法权的关系所决定，人民法院只管辖因具体行政行为合法性发生的争议，至于具体行政行为是否合理的问题，人民法院一般不予干预。

具体行政行为违法的涵义要从广义理解。包括两个方面：其一，具体行政行为违反法律的外在规定。如违反法律规定的主体、权限、内容和程序等。其二，具体行政行为违反法律规定的内在精神和要求。如不符合法律的目的、没有考虑相关因素或考虑了不相关的因素；不符合公正原则等。

对具体行政行为违法标准的理解还需注意一点，该原则不是指具体行政行为已确认违法，而是相对人认为违法。只要相对人和行政机关对具体行政行为是否违法发生争议，相对人即可以诉诸法院。

第三节 受案范围

行政诉讼的受案范围由人民法院受理案件的范围和人民法院不受理事项的范围决定。

一、人民法院受理案件的范围

《行政诉讼法》第 11 条对人民法院受理的行政案件作了列举规定、概括规定和例外规定。

(一) 列举规定

《行政诉讼法》第 11 条第 1 款规定对下列七项行为不服，可以提起行政诉讼。

1. 对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的。行政处罚是国家行政机关或法律法规授权组织对实施了违反行政管理秩序行为的公民、法人或者其他组织给予的行政制裁。行政处罚主要涉及公民、法人或者其他组织的人身权、财产权。如果适用不慎，很容易损害相对人的合法权益。为切实保护相对人免受违法行政处罚的侵害，行政诉讼法明确规定行政处罚为可诉行为。

行政处罚的种类较多，行政诉讼法并未全面列举。但按照行政处罚法的规定以及行政诉讼法的立法宗旨，所有的行政处罚行为及其他具有制裁性的行为都属于行政诉讼的受案范围。

至于劳动教养是否属于行政处罚的范畴，学术界仍存有争议。但最高人民法院的司法解释已明确将劳动教养列入行政诉讼的受案范围。

2. 对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的。行政强制措施是指主管行政机关依法在必要时采取强制手段，对相对人的人身或财产加以限制和处理，使其处于某种状态或履行某种义务的行为。在行政管理中，行政机关采取的行政强制措施有时具有实体意义，如强制治疗、强制隔离等；有时则具有程序意义，如对涉及违法经营活动的有关证据的扣留、查封等。

行政强制措施按其内容可分为两大类：一类为限制人身自由的强制措施；另一类为对财产的强制措施。限制人身自由的强制措施主要有：强制扣留、限期出境、强制治疗、强制戒毒、强制隔离、强制传唤和收容遣送等。限制财产的强制措施主要有：查封、扣押、冻结、强行拆除、强制销毁和强制抵缴等。

行政强制措施以国家的强制力为后盾，强迫相对人服从。行政强制措施或涉及公民、法人或者其他组织的人身权，或涉及其财产权，因此，必须严格依法实施。违法侵权的，相对人可依法提起行政诉讼。

关于行政强制措施是否包含行政强制执行措施，行政诉讼法没有明确规定。理论界普遍认为行政强制执行应当为行政强制措施所包括，因为行政强制执行措施同样会对相对人的人身权、财产权产生重大影响，因而，相对人对行政强制执行措施不服的，自然也应当可以提起行政诉讼。

关于行政强制措施与刑事侦查强制措施的区分，也是受案范围中需要解决的一个问题。在我国，有的机关既有刑事侦查权又有行政管理权，同时可以依法采取行政强制措施和刑事侦查强制措施。在实践中，由于利益驱动，有些具有双重职能的机关以刑事侦查为名，插手经济纠纷、民事纠纷，严重损害了相对人的合法权益。如有的机关非法动用强制措施处理民事纠纷，为

当事人讨债索款，有的超越案件主管权或超越法定刑事强制措施范围采取强制手段。这类以刑事侦查措施为名，实则为违法采取行政强制措施的行为，自应列入行政诉讼的受案范围，如相对人起诉，人民法院应予受理。

3. 认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的。行政诉讼法将相对人的经营自主权纳入行政诉讼保护的范畴具有重要意义。我国经济体制改革的目标之一就是使企业成为独立的经济实体，成为自主经营、自负盈亏、独立核算的商品生产和经营单位。赋予企业经营自主权是实现企业地位转变的首要条件。确保经营自主权不被侵犯则是对企业独立地位的保障。

经营自主权是指企业和各种经济组织依法享有的自主地调配和使用其人力、物力和财力的权利以及在产、供、销各环节上的自主决定权。经营自主权的内容十分广泛，不仅为法律所设定，也规定在法规、规章中。至于享有经营自主权的主体，包括公民、各类企业、实行企业管理的事业单位、个体经营户、农村承包经营户以及其他经济组织等。当然，不同性质的经济组织，享有经营自主权的范围各不相同。如根据《全民所有制工业企业转换经营机制条例》的规定，全民所有制企业的经营自主权主要有：生产经营决策权、产品劳务定价权、产品销售权、物资采购权、进出口权、投资决策权、留用资金支配权、资产处置权、联营兼并权、劳动用工权、内部人事管理权、工资奖金分配权、内部机构设置权、拒绝摊派权等 14 项。再如私营企业在经营活动中对其财产有完全的处分权和收益权。

经营自主权还包含了承包经营权。这里所说的承包经营权，是指以行政机关为发包方，公民、法人或其他组织为承包方，根据双方签订的承包合同，承包人获得的承包经营权。行政机关在承包合同履行过程中，不得违法干预承包方的自主经营权。

在实践中，行政机关侵犯企业经营自主权的形式多种多样。如强行上缴税后利润；强制变更企业名称、改变企业性质，强行联营、分立、合并或兼并，改变企业隶属关系；核定资产的使用权或所有权；强行签订、变更或解除合同；干预、限制供销渠道；撤换或变更依法应由职工代表大会或者董事会选举或者聘任产生的企业或其他经济组织的法定代表人；强行定价；以及干预企业人事管理等。上述侵犯企业经营自主权的行为无论持何借口、理由，相对人对之不服，都有权提起行政诉讼。

4. 认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予以答复的。行政许可是指行政机关根据公民、法人和其他组织的申请，经审查认为其符合法定条件而依法赋予其从事某种活动的权利或资格能力的行为。行政许可证和执照则是行政许可的书面证明，是当事人从事某种活动的权利和资格凭证。

在行政管理中，行政许可大量存在，其范围十分宽泛。除许可证和执照外，审批、登记、颁发资质证书以及其他设定、授予或者变更权力能力或行为能力的行为都属于行政许可的范畴。

关于许可申请中的“法定条件”，应理解为法律、法规、规章等确定的条件。其他规范性文件可将法律、法规、规章的规定具体化，但不得创设新的许可条件。许可条件与相对人的义务相关联，创设新的许可条件意味着增加相对人新的义务。允许其他规范性文件自行创设义务与依法行政的宗旨不符，还会导致行政的不统一以及行政权的滥用。因此，法定条件应只限于法律、法规、规章规定的条件。

对相对人的许可申请拒绝颁发和不予答复是两种不同的行为。拒绝颁发是对相对人申请的否定答复，是积极的作为。而不予答复则是消极的不作为。但无论是拒绝颁发还是不予答复，都影响相对人的权益，相对人均可提起行政诉讼。

5. 申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或不予答复的。保护公民、法人或其他组织的人身权、财产权是许多行政机关的法定职责。如《中华人民共和国人民警察法》第2条规定人民警察的任务之一是保护公民的人身安全、人身自由和合法财产。再如工商机关有保护生产厂家商标权和消费者权益的职责。负有法定职责的行政机关不履行职责的，对行政机关来说，是违法失职行为。因而，行政诉讼法明确规定对行政机关不履行法定职责的行为，公民、法人或其他组织有权提起行政诉讼。

行政机关不履行保护人身权、财产权法定职责的行为方式主要有两种：一种是拒绝履行；另一种是不予答复。当然，也还存在拖延履行的情况。即虽然同意履行职责，但长时间不采取任何行动。

行政机关不履行保护人身权、财产权法定职责的后果有两种：一种是影响公民、法人或其他组织权益的实现。另一种是给公民、法人或其他组织的人身权、财产权造成实际损害。对行政机关不履行职责的行为，相对人如果认为行政机关继续履行职责仍有必要的，可提起行政诉讼；如果实际损害已经造成，行政机关继续履行职责已无意义，相对人可以提起行政赔偿请求。

6. 认为行政机关没有依法发给抚恤金的。抚恤金是相对人因公或者因病致残、死亡时发给本人或者家属的款项，以维持其本人或家属的日常生活。抚恤金有两种：一种是伤残抚恤金，发放对象是革命残废军人、因工致残的职工及其他人员；另一种是遗属抚恤金，发放对象是革命烈士、牺牲人员或者他死亡人员的遗属。对没有依法发给抚恤金的行为提起诉讼应注意以下几点：第一，该项抚恤金必须是法律、法规规定发放的。第二，代表国家发放抚恤金的是各级政府的民政部门。企事业单位发放抚恤金的行为不属于行政诉讼的范围。第三，“没有依法发给”是指拒绝发给或未依规定的范围、对象、标准、数额、时限等发给。

7. 认为行政机关违法要求履行义务的。公民、法人或其他组织在行政法上的义务由法律、法规设定，如纳税、缴费、服兵役、提供劳务等。公民、法人或其他组织必须依法履行。但除法定义务外，行政机关不得违法要求相对人履行法外义务。否则就是对相对人权益的侵害，相对人有权提起行政诉讼。

行政机关违法要求履行义务的行为具体表现为：第一，在法律、法规和规章规定之外，行政机关自行制定规范性文件为相对人设定义务；或者无任何依据要求相对人履行义务。第二，行政机关超出法律规定的种类、幅度和方式要求相对人履行义务。第三，重复要求相对人履行义务。第四，违反法定程序要求相对人履行义务。实践中的乱收费、乱摊派是违法要求履行义务的典型表现。

（二）概括规定

《行政诉讼法》在第11条第1款列举规定了七项可诉具体行政行为之后紧接着又作了一项概括规定。即公民、法人和其他组织认为行政机关的行为

侵犯其他人身权、财产权的，都有权提起行政诉讼。

在实践中，具体行政行为的表现形式很多，除列举的七项可诉行为外，还包括行政确认、行政裁决、行政征收、行政给付等。行政机关在实施这些行为时侵犯相对人人身权、财产权的，亦属于行政诉讼的受案范围。相对人不服，也都可以提起行政诉讼。

1. 行政确认。行政确认是指行政机关依法认定并公开宣告某种法律事实或法律关系是否存在的行为。如对土地所有权、商标权归属的确认，对亲属关系的认定等。行政确认和行政许可不同。行政许可是一种赋予权利或解除禁止的行为，会导致相对人法律地位的改变；而行政确认则不直接改变相对人的法律地位，只不过通过行政确认明确相对人的权利义务。行政确认可能涉及相对人的多种权益，包括人身权、财产权，还可能包括政治权利以及受教育权等。对涉及人身权、财产权的行政确认行为，包括作为和不作为，相对人均有权提起行政诉讼。

2. 行政裁决。行政裁决是指行政机关根据法律的授权，居间裁决与其管理事项有关的平等主体间民事纠纷的行为。行政裁决是一种具有司法性质的行政行为，对相对人的人身权、财产权会产生重大影响。因而，最高人民法院在其《若干意见》中明确规定，行政裁决行为属于行政诉讼的受案范围。目前，按照有关单行法律法规的规定，行政裁决行为主要有三类：

(1) 权属裁决行为(确权行为)。指人民政府或其主管部门对有关土地、矿产、森林等资源的所有权或使用权归属所作的裁决。如《土地管理法》第13条规定：“土地所有权和使用权争议，由当事人协商解决，协商不成的，由人民政府处理。”

(2) 赔偿裁决行为。指行政机关依法对民事主体间发生的侵权赔偿纠纷所作的裁决。如交通管理部门对交通事故赔偿纠纷进行裁决。就双方当事人之间的损害赔偿纠纷进行裁决，是许多法律、法规规定的行政机关的职责。相对人对赔偿裁决行为不服，可以提起行政诉讼。

(3) 强制性补偿决定。指行政机关对征用损失补偿事项作出的强制性决定。在我国的法律中，涉及到行政机关以职权作出补偿决定的主要有：草原征用补偿；水面滩涂征用补偿；土地征用补偿；水资源补偿；城市房屋拆迁补偿；专利强制许可补偿等。对以上强制性补偿决定不服，相对人亦可向法院提起行政诉讼。

除上述三类行政裁决行为外，行政机关其他具有裁决性质的行为，只要影响到相对人的人身权、财产权，都属于行政诉讼的受案范围。

3. 行政给付。指行政机关依法对特定相对人赋予其一定的物质权益的行为。如行政机关依法发放失业救济金、补助金等。行政给付行为对被救济者来说，往往是其维持生活或生存的保障。因而，行政机关依法应当给付而拒绝给付，或者不按法律、法规规定的条件、数额、时限给付的，相对人自应可以向法院提起行政诉讼。

具体行政行为的种类、形式多样、难以穷尽。凡涉及人身权、财产权，并且当事人对其合法性有异议的，都属于行政诉讼的受案范围。

(三) 例外规定

《行政诉讼法》第11条第2款规定：“人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。”该规定具有两方面的意义：一方面，确认在《行政诉讼法》制定以前出台的单行法律、法规已规定对行政机关的某些

行为不服，可诉至法院的，仍然有效。另一方面，随着行政诉讼制度的发展，受案范围今后可进一步扩大，扩大的方式可通过制定单行的法律法规规定，无须修改行政诉讼法。

二、人民法院不受理事项的范围

根据《行政诉讼法》第12条的规定，人民法院不受理的事项共有四类：

（一）国防、外交等国家行为

《行政诉讼法》没有明确界定国家行为。通说认为国家行为是指有权代表国家的特定国家机关，根据宪法和法律的授权，以国家的名义所实施的有关国防和外交等事务的行为。国家行为具有以下特征：第一，国家行为为特定的国家机关实施。这里的特定国家机关包括国家主席、国务院总理、中央军事委员会、国防部、外交部等。第二，国家行为与国家主权相联系，是代表国家，以国家名义所实施的行为。第三，国家行为具有高度政治性，涉及国家整体利益。

关于国家行为的范围，尚无法律规定。一般认为，国家行为包括以下几类：

1. 国防行为。即为保障国家安全、领土完整和全民族利益所采用的行为。如军事基地建设、战略武器实验、采取军事行动等行为。

2. 外交行为。外交是为实现国家的对外政策而进行的国家间交往活动。包括对外国政府的承认、建交、断交、签订条约、协定；有关国家领土的合并、割让；对外贸易的重大决策等。

3. 其他涉及国家整体利益的行为。如决定对省、自治区、直辖市部分地区的戒严等。

国防、外交等国家行为不可诉，是世界各国通例。这主要考虑到：第一，国家行为是国家主权的体现，涉及国家的整体利益，不能因为特定相对人的利益而使国家重大利益受到影响。第二，国家行为具有高度的政治性，一般由政府承担政治责任，不宜由法院对其进行合法性审查。第三，国家行为给特定相对人造成损害的，可通过行政补偿给予救济。

（二）行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令

行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令，概称为抽象行政行为。行政诉讼法规定抽象行政行为不可诉的原因在于：第一，根据宪法和组织法的规定，对抽象行政行为的监督权和撤销权属于国家权力机关、地方各级权力机关和上一级人民政府，不宜再授权人民法院监督。第二，抽象行政行为在一般情况下不会直接侵害公民、法人或者其他组织的合法权益。抽象行政行为对相对人权益的影响需要具体行政行为的转化。因而，相对人对抽象行政行为不服，可起诉相关的具体行政行为获得救济。第三，从目前的情况看，司法制度还不很完备，法官的素质还有待提高，法院难以胜任对抽象行政行为的合法性审查。第四，行政诉讼在我国仍属起步阶段，受案范围不宜太宽。

（三）行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定

行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定属于行政机关的内部管理行为。按照法律、法规的规定，行政机关内部管理行为引起的争议由行政机关系统内的人事部门和监察部门裁决。至于行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定的范围，行政诉讼法没有明确规定。一般认为是指行

政机关作出的涉及行政机关及其公务员法律地位的决定。不仅包括奖惩、任免行为，也包括与公务员法律地位相关的其他行为。如公务员的福利待遇、公务员的辞退辞职等。

（四）法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为

法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为，又称复议终局的具体行政行为，一经作出，就具有法律效力，相对人不得再提起行政诉讼。必须注意的是，这里所说的“法律”只能从狭义上理解，是指全国人民代表大会及其常务委员会依照立法程序制定、通过和颁布的规范性文件。“最终裁决”是对司法监督的排除，因而，必须由国家权力机关设定。行政机关、地方权力机关都不得自行规定“最终裁决”。如法规或者规章规定行政机关对某些事项作“最终裁决”，行政机关据此作出具体行政行为，相对人若不服，仍可依法向人民法院提起行政诉讼，不能排除人民法院受理。

法律规定特定的具体行政行为由行政机关最终裁决，主要考虑两点：第一，有些具体行政行为专业技术性强，由行政机关作最终的裁决较为适宜。行政官员具有技术知识和管理经验，解决技术问题比法官更具优势。第二，适应某些行政管理活动应及时迅速的要求，防止行政争议久拖不决。

目前，设定“最终裁决”的形式有两种：第一种是相对人不服行政机关的具体行政行为，只能向行政机关申请复议，复议决定为最终裁决。现行法律中有两个法律采用此种形式。《专利法》第43条规定，专利复审委员会对申请人关于实用新型和外观设计的复审请求所作出的决定为终局决定。《商标法》第21条规定，对驳回申请，不予公告的商标，商标局应当书面通知申请人，申请人不服的，可以在收到通知15日内申请复审，由商标评审委员会作出终局决定。第二种是相对人不服行政机关的行政决定，可以向作出该决定的行政机关的上一级行政机关申请复议，也可以直接向人民法院起诉。如果选择申请复议，复议决定为终局裁决，不得再向人民法院起诉。这主要涉及需要紧急处理的事项。现行法律中也有两个法律采用此规定。《中国公民出境入境管理法》第15条，《外国人入境出境管理法》第29条均规定，受公安机关拘留或者罚款处罚的人对处罚不服的，在接到通知之日起15日内，可以向上一级行政机关提出申诉，也可以直接向人民法院起诉。如果选择向上一级公安机关提出申诉的，上一级公安机关作出的裁决是终局裁决，不得再向人民法院起诉。

此外，按照最高人民法院的《若干意见》的规定，行政机关居间对公民、法人或者其他组织相互之间的民事权益作出调解或者根据法律、法规的规定作仲裁处理，当事人对调解、仲裁不服，向人民法院起诉的，人民法院不作为行政案件受理。

第二十一章 行政诉讼管辖

第一节 行政诉讼管辖概述

一、行政诉讼管辖的涵义和种类

（一）行政诉讼管辖的涵义

行政诉讼管辖是指人民法院系统内审理第一审行政案件的权限划分的法律制度。就法院而言，行政诉讼管辖解决的是法院内部审理行政案件的分工问题。某法院有权管辖某一类行政案件，也就意味着其对该类行政案件享有行政审判权。对行政相对人来说，行政诉讼管辖决定了其应当向哪一个人民法院起诉。对行政机关来说，则意味着其具体行政行为应当接受哪一个人民法院的司法监督。

行政诉讼管辖不同于行政诉讼主管。行政诉讼主管实质上也就是行政诉讼的受案范围，解决的是整个法院对那些行政争议享有行政审判权；而行政诉讼管辖则是解决法院系统的内部分工，各级别、各地域法院分别管辖哪些具体种类的行政案件。

管辖问题在行政诉讼中占有重要地位。科学地确定管辖，在法院系统内合理分配第一审行政案件的审判权，有利于法院及时、正确地审理行政案件；并可以避免法院之间相互推诿和相互争夺管辖权的现象发生。另外，也有利于诉讼当事人有效行使行政诉讼权，从而保护其合法权益。

（二）行政诉讼管辖的种类

从不同的角度，可以对行政诉讼管辖进行不同的分类。掌握这些分类，有助于对行政诉讼管辖的全面认识。

1. 级别管辖与地域管辖。级别管辖解决的是法院纵向的分工，即确定各級別人民法院审理第一审行政案件的权限划分。地域管辖要解决的是法院横向的分工。即确定某一行政案件由同级法院中哪个地域的人民法院管辖。在诉讼实务中，案件管辖的确定要遵循先级别管辖，后地域管辖的规则。

2. 法定管辖与裁定管辖。法定管辖是指诉讼管辖直接由法律规定，法院没有对之裁量的余地。裁定管辖则是指诉讼管辖由相应法院根据行政诉讼法的规定裁量确定。一般来说，行政诉讼的管辖以法定管辖为原则，以裁定管辖为补充。

3. 单一管辖与共同管辖。单一管辖是指对某一案件仅有一个法院有管辖权，当事人没有自由选择的余地。共同管辖则指两个以上的法院对同一个案件都有管辖权，当事人可选择决定。因而，从当事人的角度来说，共同管辖又称为选择管辖。

二、确定行政诉讼管辖的原则

行政诉讼管辖的确定，需要遵循一定的原则。即管辖规定要贯彻一定的指导思想，反映基本价值取向。当然，确定行政诉讼管辖的原则对行政诉讼实践也有指导意义。尤其当有关管辖规定不很明确时，可以运用这些原则解决具体问题。

（一）便于当事人诉讼

便于当事人诉讼主要指方便原告起诉、被告应诉。该原则由行政诉讼的宗旨所决定。行政诉讼制度的建立就是要保护行政相对人的合法权益并维护公共利益。而在诉讼中，对实体权益的保护必须通过诉讼权利才能实现。因

此，行政诉讼管辖要保障相对人有效行使行政诉权，当然，也要考虑行政效率的需要，为被告行政机关参加诉讼提供方便条件。

（二）便于人民法院公正、及时行使行政审判权

这一原则对行政诉讼管辖的确定具有重要的指导作用。行政诉讼是人民法院行使行政审判权，解决行政纠纷的活动，必须兼顾公正和效率两项价值要求。因而，在确定行政诉讼管辖时，既要考虑如何保障人民法院及时行使行政审判权，更要考虑如何确保诉讼的公正。有管辖权的法院应当有能力胜任对其所管辖的案件的审判。此外，行政诉讼管辖还应考虑便于行政裁判的执行。

（三）便于法院相互之间的合理分工

该原则是上一原则的延伸。指行政诉讼管辖的确定必须考虑各级法院的职能和任务，保障法院内部的合理分工，以避免忙闲不均，有利于调动所有法院的积极性。管辖虽然解决的是第一审案件的审理分工，但确定管辖时应通盘考虑各级法院的工作负荷。如基层法院只审理第一审案件，而其他各级法院还要承担上诉审的任务以及其他任务等。

第二节 级别管辖

级别管辖是指各级人民法院在审理第一审行政案件时的分工和权限。我国人民法院分为普通人民法院和专门人民法院。其中，专门人民法院不设行政审判庭，不受理行政案件和非诉执行案件。普通人民法院又分为基层人民法院、中级人民法院、高级人民法院以及最高人民法院四级。按照《行政诉讼法》的规定，划分级别管辖的标准是行政案件的性质及其重大复杂程度。

一、基层人民法院的管辖

基层人民法院对行政案件具有普遍管辖权。除法律规定由中级人民法院、高级人民法院和最高人民法院管辖的第一审行政案件外，其他行政案件都由基层人民法院管辖。赋予基层人民法院普遍管辖权，是因为基层人民法院为法院系统的基层单位，数量大，分布广，由其作为一审法院便于及时、迅速地解决行政争议。而且，基层人民法院多为行政争议发生地，与诉讼当事人比较接近，由其管辖第一审行政案件既方便当事人诉讼，也便于取证，便于正确作出裁决。这里需要注意的是，基层人民法院的派出法庭不得受理行政案件和非诉执行案件。

二、中级人民法院的管辖

中级人民法院管辖的案件有三类：

（一）确认发明专利权的案件、海关处理的案件

确认发明专利权的案件有三种：第一种是应否授予发明专利的案件。第二种是确认发明专利权是否有效的案件。第三种是专利强制许可案件。按照《行政诉讼法》第14条的规定，确认发明专利权的案件由中级人民法院管辖。该规定主要出于以下考虑：第一，确认发明专利权的机关是国家专利局。第二，确认发明专利权需要较高的科学技术水平。第三，在《行政诉讼法》颁布前，确认发明专利权的案件已由中级人民法院管辖。第四，从司法实践看，由中级人民法院管辖这类案件，审判和执行都较方便。在专利管理领域，除确认发明专利权的案件外，专利行政案件还包括专利处罚案件等。这些案件由基层人民法院管辖。

海关处理案件主要包括海关关税案件、海关处罚案件以及海关采取的行政强制措施案件等。海关处理案件由中级人民法院管辖的主要原因是：第一，海关的业务种类繁多，有的专业技术性较强，并需要高度统一。第二，海关业务涉及对外贸易和科技文化交流，影响面宽。第三，从海关的设置看，海关大多设在大中城市，多在中级人民法院所在地。

（二）对国务院各部门或者省、自治区、直辖市人民政府所作的具体行政行为提起诉讼的案件

规定此类案件由中级人民法院管辖，是考虑到上述行政机关级别高，其作出的具体行政行为专业性强，难度大，由中级人民法院审判比较适宜。此外，从诉讼实践来看，由中级人民法院管辖有助于排除干扰，以确保诉讼的公正。

（三）本辖区内重大、复杂的案件

这是对中级人民法院管辖的行政案件的概括规定。除上述列举的两类案件外，中级人民法院还管辖在本辖区内重大、复杂的案件。何谓“重大、复杂”，行政诉讼法没有明确规定。诉讼实践中，一般将下列案件视为重大、复杂案件：第一，复议机关是国务院有关部门或者省级人民政府的；第二，

被告为县级以上人民政府（不含县级政府）或省级人民政府所属部门；第三，有较大社会影响的集团诉讼案件；第四，涉外或涉港、澳、台的案件；第五，其他重大、复杂的案件。

三、高级、最高人民法院的管辖

高级人民法院管辖本辖区内重大、复杂的第一审行政案件。最高人民法院管辖在全国范围内重大、复杂的行政案件。如具有典型意义的案件以及在国际上有重大影响的涉外案件等。

第三节 地域管辖

地域管辖是同级人民法院之间在审理第一审行政案件时的分工和权限。又可分为一般地域管辖和特殊地域管辖。

一、一般地域管辖

一般地域管辖是指一般情况下的地域管辖制度。按照《行政诉讼法》第17条的规定，行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。或者说，由被告所在地法院管辖。这里包括两种情况：一种是原告未经行政复议程序，直接起诉的，由被告所在地法院管辖；另一种是经复议的案件，复议机关维持原具体行政行为的，由最初作出具体行政行为的行政机关所在地的人民法院管辖。所谓行政机关所在地是指行政机关的整个或主要机构所在的区域。

二、特殊地域管辖

特殊地域管辖是适用于特殊情况的地域管辖制度。在具体确定某一案件的管辖时，特殊地域管辖优于一般地域管辖。按照行政诉讼法的规定，特殊地域管辖有三种：

（一）经复议的案件，复议机关作出改变决定的管辖

经复议的案件，复议机关改变原具体行政行为的，可以由最初作出具体行政行为的行政机关所在地法院管辖，也可以由复议机关所在地法院管辖。这里意味着如果原行政机关所在地和复议机关所在地不一致，则存在两个有管辖权的法院，相对人可以向其中的任何一个法院提起诉讼。

复议机关改变具体行政行为是指：第一，改变原具体行政行为所认定的主要事实的；第二，改变原具体行政行为的主要规范依据的；第三，撤销、部分撤销或者变更原具体行政行为的。

对复议维持具体行政行为和复议改变具体行政行为的管辖作不同规定，主要考虑到在两种情况下被告规定不同。复议维持的，原行政机关为被告。这样，仍由原行政机关所在地法院管辖较为适宜。复议改变原具体行政行为的，复议机关是被告。由于复议机关常常与原行政机关相距遥远，因而仅由复议机关所在地的法院管辖，不利于相对人行使行政诉权，不利于对相对人权益的保护。故《行政诉讼法》第17条规定复议改变的，既可以由原行政机关所在地法院管辖，也可由复议机关所在地法院管辖，实际管辖由相对人选择决定。

（二）限制人身自由强制措施案件的管辖

在行政管理中，限制人身自由强制措施的种类很多。如扣留、收容遣送、强制隔离、盘问、检查等。这里既包括执行性的强制措施，也包括即时性的以及程序性的强制措施。《行政诉讼法》第18条规定，对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼，由被告所在地或者原告所在地人民法院管辖。其中，原告所在地包括原告的户籍所在地、经常居住地和被限制人身自由所在地。经常居住地也就是连续住满一年以上所在地，被限制人身自由所在地是指原告被羁押的场所所在地。

对限制人身自由强制措施案件的管辖作特殊规定，是为了切实保障公民的人身自由权以及由此而派生的行政诉权。人身自由是公民最基本的权利，任何人不得侵犯。当公民的人身自由受到限制或威胁时，法律应当提供最便捷、及时的救济。另外，现代人们的工作、生活空间大，不再局限于一城一

地。被限制人身自由的公民所在地常与实施限制人身自由强制措施行政机关所在地不一致，如果适用一般的地域管辖规定，则意味着公民可能需要远离他乡，到被告行政机关所在地提起诉讼，费时费力，会极大地限制公民的行政诉权。当然，限制人身自由强制措施案件的特殊管辖规定可能会给行政机关应诉带来一定困难。但和公民相比，行政机关无论在人力、物力方面都具有较大优势，由其承担远距离应诉义务比要求公民远距离起诉合理得多。

在诉讼实务中，还常出现与人身自由和财产都相关的行政强制措施案件。这类案件如何管辖，法律没有明确规定。一般认为，既对人身又对财产采取行政强制措施的，被限制人身自由的人对两项措施同时提出诉讼，受诉人民法院应一并管辖。

（三）不动产行政案件的管辖

《行政诉讼法》第 19 条规定，因不动产提起的行政诉讼，由不动产所在地法院管辖。不动产是指形体上不可移动或移动后影响或损失其经济价值的财产。如土地、建筑物、水流、山林、草原等。因不动产引起的行政案件主要包括以下几种：第一，因不动产所有权、使用权发生纠纷而起诉的行政案件；第二，因征用不动产发生争议的行政案件；第三，因建筑物的拆迁、翻建、扩建等而起诉的行政案件；第四，因污染不动产提起诉讼的行政案件等。一个行政案件中如果涉及两处以及两处以上不动产，并在不同的法院辖区，则应当由主要不动产所在地法院管辖。如果分布不同区域的不动产没有主次之分，则不动产所在地的法院都有管辖权。

对不动产行政案件的管辖作特殊规定，是诉讼管辖制度的惯例。这主要是出于以下考虑：其一，便于证据的收集。不动产具有不可移动性，由不动产所在地法院管辖，便于对不动产进行调查、勘验、测量等，便于收集证据和对证据的审查。其二，便于行政诉讼的法律适用。对不动产的管理，除了法律、行政法规的规范外，地方性法规以及地方政府规章也常有涉及。这意味着对不动产的管理各地并不完全一致。而在行政诉讼中，地方性法规是人民法院审判的依据。为了保证行政管理的依据与行政诉讼的审判依据相一致，应当由不动产所在地法院管辖。其三，便于行政裁判的执行。行政裁判大多由第一审法院执行，显然，由不动产所在地法院管辖，将为行政裁判的执行提供方便条件。

上述三类特殊地域管辖中，前两类又属于共同管辖。对同一个行政案件，两个以上的法院都具有管辖权。相对人可以向其中的任何一个法院提起诉讼。如果同时向两个以上法院提起诉讼的，由最初收到诉状的法院管辖。如果两个以上的法院同时收到诉状的，由起诉人决定由哪个法院管辖。

第四节 裁定管辖

裁定管辖指人民法院依法所确定的管辖，与法定管辖相对应。按照《行政诉讼法》的规定，裁定管辖有三种：

一、移送管辖

移送管辖是指人民法院受理行政案件后，发现本法院对该案没有管辖权，依法将已受理的案件移送给有管辖权的法院而确定的管辖。就其实质而言，移送管辖是对案件的移送，不发生管辖权的转移。根据《行政诉讼法》第21条的规定，移送管辖必须具备三个条件：第一，移送案件的法院已经受理了行政案件。若在起诉阶段，尚未决定受理，经审查认为不属本院管辖的，应告知当事人向有管辖权的人民法院起诉，不存在移送管辖问题。若案件已经审结，也不会发生移送管辖。第二，移送法院发现自身对该案件确无管辖权。这是移送管辖最基本的条件。如果受案法院对本案具有管辖权，则不得移送。第三，接受移送的人民法院应对该案依法享有管辖权。移送法院不得随意移送，只能移送给有管辖权的人民法院。

移送管辖实际上为一种管辖纠错程序，其目的在于保证行政诉讼管辖制度的正确适用。一旦法院在受案方面出现管辖错误，可以通过移送管辖及时改正。移送管辖一般发生在同级法院之间，但也不排除在上下级法院之间进行。

移送虽然是移送法院的单方行为，但一旦作出就具有法律效力，对受移送的人民法院有拘束作用。受移送的人民法院不得拒收、退回或自行再移送。如果移送确有错误，受移送的法院认为本院确无管辖权，可以报请上级人民法院指定管辖。

二、指定管辖

指定管辖是指上级人民法院以裁定的方式，指定某下一级人民法院管辖某一案件。法律规定指定管辖，其目的在于及时排除管辖规范适用过程中出现的问题，确保行政案件能得到及时正确的裁判。按照《行政诉讼法》第22条的规定，指定管辖适用于以下两种情况：

（一）有管辖权的人民法院由于特殊原因不能行使管辖权

人民法院对某一案件本享有管辖权，只是由于特殊原因的出现无法行使行政审判权。特殊原因包括两类：一是事实原因，因自然灾害、战争、意外事故等不可抗拒的客观事实的出现，使有管辖权的法院实际不能行使管辖权。二是法律原因，当法定事实出现时，有管辖权的法院依法不得或难于审理某案。如行政诉讼的原告为本院审判人员，由于回避致使该院无法行使管辖权。当有管辖权的人民法院无法管辖时，上级人民法院可以指定其他人民法院管辖。

（二）人民法院对管辖权发生争议，经协商未能解决

管辖权争议包括两种：一种是积极争议。即两个以上人民法院都认为自己对本案的管辖权。另一种是消极争议。即两个以上法院均认为自己对本案无管辖权，应由对方法院管辖。管辖权争议影响行政诉讼的正常进行，必须及时予以排除。根据《行政诉讼法》的规定，处理管辖权争议的程序是：先由争议双方协商解决，协商不成的，报它们的共同上级人民法院指定管辖。

三、管辖权的转移

管辖权转移是指基于下级人民法院的申请或上级人民法院的决定，下级

人民法院把有管辖权的案件转移给上级人民法院审判，或上级人民法院把有管辖权的案件转移给下级人民法院审判的制度。规定管辖权转移，是赋予上级人民法院在管辖上的灵活决定权，以满足行政诉讼的需要。

转移管辖权的条件为：第一，必须是人民法院已受理的案件；第二，移交的人民法院对此案有管辖权；第三，移交的人民法院与接受的人民法院之间具有上下级隶属关系。

按照《行政诉讼法》第 23 条的规定，管辖权转移的情况有两种：一种是交由上级人民法院审判。具体有主动提审和报请提审两种方式。主动提审是上级人民法院主动审判由下级人民法院管辖的第一审行政案件；报请提审是基于下级人民法院的请求，将下级人民法院有管辖权的案件交由上级人民法院审判。另一种是交由下级人民法院审判。这种转移由上级人民法院根据需要决定。其决定一旦作出，下级人民法院不得推托，必须受理。

管辖权的转移与移送管辖不同。移送管辖移送的是案件，不发生管辖权的转移。另外，移送管辖既可发生在同级法院之间，也可在上下级法院之间进行；而管辖权的转移只在上下级法院之间进行。

第五节 管辖权异议与处理

一、管辖权异议

在行政诉讼中，管辖权异议是指人民法院受理行政案件后，当事人主张该人民法院对该行政案件不享有管辖权。由于管辖本身的复杂性以及人们的认识不同，对受案法院是否具有管辖权常有不同看法，管辖权异议难以避免。行政诉讼法对此没有规定，管辖权异议的提出可以比照民事诉讼法的规定执行。

提起管辖权异议，应当具备下列条件：第一，提出管辖权异议的主体只能是诉讼当事人。一般为被告，第三人也有权提出。第二，管辖权异议只能对第一审法院提出，对第二审法院不得提出。第三，管辖权异议必须在法定期限内提出。即在人民法院已经受理相应案件之后，但尚未进行实体审理之前。逾期不提出异议的，视为承认和接受受诉人民法院管辖。第四，管辖权异议必须以书面的方式正式提出。

二、对管辖权异议的处理

受诉法院如何处理管辖权异议，同样可参照民事诉讼法的规定执行。受诉法院对当事人提出的管辖争议，应当进行审查。异议成立的，应当制作裁定书将案件移送有管辖权的人民法院；异议不成立的，裁定驳回。裁定应当送达当事人。当事人对裁定不服的，可以在10日内向上一级人民法院提起上诉。对第二审人民法院确定的管辖，当事人必须服从。此外，在管辖权异议尚未解决前，人民法院不得对受诉案件进行实质性审查。

第二十二章 行政诉讼参加人

第一节 行政诉讼参加人概述

一、行政诉讼参加人的概念

行政诉讼参加人，是指因行政诉讼起诉、应诉或与被诉具体行政行为有利害关系，而参加整个或部分行政诉讼过程中的诉讼活动，并与本案审理结果有利害关系的一类诉讼参与人。行政诉讼的参加人包括当事人和具有类似当事人诉讼地位的诉讼代理人。其中，当事人包括原告、被告、共同诉讼人、第三人；诉讼代理人包括法定代理人和委托代理人。

此外，参加行政诉讼活动的还有证人、鉴定人、翻译人员、勘验人员，他们在诉讼中也享有一定的诉讼权利并承担相应的诉讼义务，但他们与案件本身并没有实体上的利害关系，其参与诉讼活动的目的只是为了协助人民法院审理案件，而不是为了维护自身的权益，习惯上把他们称为诉讼参与人，或称其他诉讼参与人。

诉讼当事人、诉讼参加人和诉讼参与人是三个含义不同、指称范围有别的概念，在使用中应有所区别，不可混淆。表面上看，诉讼参与人都不同程度地参加行政诉讼活动，但他们参加诉讼的原因和目的不同，决定了各自的诉讼地位（即诉讼权利和义务）及参与诉讼活动所产生的法律后果的不同，因此，区分这三个概念必须从分析诉讼参与人在诉讼活动中的功能入手。诉讼当事人是行政诉讼最核心的参加人员；诉讼参加人包括诉讼当事人，但外延稍广；而诉讼参与人则包括了所有参与行政诉讼活动的人，是一个范围最广的总合概念。

（一）行政诉讼的当事人

行政诉讼的当事人，是指对具体行政行为的合法性产生争议的双方，即以自己的名义进行诉讼并受人民法院裁判拘束的公民、法人、其他组织和行政机关。当事人是任何行政诉讼案件中都不可或缺的核心主体，他们与案件的审理结果有直接利害关系。

当事人有广义与狭义之分。广义的当事人包括原告、被告、共同诉讼人和第三人；狭义的当事人仅指原告和被告。本书所采用的是广义的当事人。在行政诉讼的不同阶段，当事人有不同的称谓：在一审中他们的称谓是原告、被告或第三人；在二审中，则被称为上诉人和被上诉人；在审判监督程序中，按第一审程序再审的，称为原审原告或原审被告；按第二审程序再审的，称为原上诉人或原被上诉人；在执行程序中，称为申请执行人和被执行人。当事人的不同称谓表明了其在不同的诉讼程序中不同的诉讼地位，即不同的权利、义务状态。

行政诉讼的当事人具有下列特征：

1. 行政诉讼当事人是行政法律关系中对被诉具体行政行为的合法性发生争议的双方主体。作出具体行政行为的行政机关主张该具体行政行为合法，而受到该具体行政行为影响的公民、法人或其他组织则认为该行为违法或不当、侵犯其合法权益并向人民法院提起诉讼。行政诉讼的原告或第三人可以是公民、法人或其他组织，而行使国家行政管理职能的行政机关作为实施具体行政行为的组织者则是行政诉讼的被告。

2. 以自己的名义进行诉讼。原告以自己的名义起诉，被告以自己的名义

应诉，第三人以自己的名义参加诉讼。他们通过诉讼来解决与自己有利害关系的行政争议，并承担诉讼裁判后果引发的责任。以他人名义而非自己名义参与诉讼，且不承担诉讼的结果责任者，则不是诉讼当事人，而是代理人或其他参与人。

3. 为保护自己的合法权益而涉讼，与案件有直接利害关系。利害关系，亦即权利义务的取得、增减或丧失等。当事人都是认为案件与己有利害关系，为了保护自己的合法权益而参与诉讼活动的。而证人、鉴定人等虽也参加诉讼活动，但不是为了保护自身的合法权益，所以，他们不是诉讼当事人。

4. 受人民法院裁判的约束。行政诉讼既是公民、法人或其他组织寻求司法保护，维护自身合法权益的重要途径，也是人民法院行使裁判权的方式之一。《行政诉讼法》规定，当事人必须履行人民法院发生法律效力的判决和裁定，否则人民法院将依法强制执行。人民法院的裁判既然是具有法律效力的争议解决方案，当事人自然要受裁判的拘束；也唯其受裁判的拘束，才使其成为有别于其他诉讼参与人的当事人。

（二）诉讼代理人

诉讼代理人是指代理当事人进行诉讼的人。详见本章第六节。

二、行政诉讼当事人的诉讼权利能力和诉讼行为能力

（一）诉讼权利能力

当事人的诉讼权利能力，是指当事人能够以自己的名义进行诉讼活动，享有诉讼权利、承担诉讼义务的能力与资格。诉讼权利能力的取得，表明权利人具有《行政诉讼法》的规定的诉讼主体资格，有权在其认为自己的合法权益受到具体行政行为侵犯并与行政机关发生行政争议时，以原告身份向人民法院起诉；而作为被告的行政机关，则有义务到人民法院应诉。

行政诉讼中当事人的权利能力、行为能力，渊源于实体法的规定，主要是《中华人民共和国民事诉讼法》关于权利能力、行为能力的规定及相关解释。权利能力是指以自己的名义按照实体法的规定享有权利、承担义务的能力或资格，它表明权利人是实体法上的权利主体。诉讼权利能力是与一般权利能力相关联的，有一般权利能力的人通常同时也有诉讼权利能力，前者是后者的基础；而后者则是对前者的司法保障。因此，诉讼权利能力的取得和消灭与权利能力的取得和消灭相适应。公民的诉讼权利能力自出生时始，至死亡时止；法人和行政机关的诉讼权利能力，自依法成立时始，至解散、撤销或宣告破产时止；其他组织的诉讼权利能力，始于主管机关许可或批准成立时，止于解散、撤销时。但是，一般权利能力与诉讼权利能力又不是完全相同的两个概念，前者是作为行政法律关系主体的能力或资格，后者是作为行政诉讼法律关系主体的能力或资格。在某些情况下，没有一般权利能力的人，法律上仍然赋予其当事人资格，承认其具有诉讼权利能力。比如，不具备法人条件、没有取得法人资格的社会组织或经济组织，如处于筹建阶段的企业、事业单位的筹建处等可取得行政诉讼原告资格。

（二）诉讼行为能力

当事人的诉讼行为能力，是指当事人能够以自己的行为实现诉讼权利、履行诉讼义务的能力或资格。也就是说，具有诉讼权利能力者，要想亲自参加行政诉讼，还必须具有诉讼行为能力。

诉讼行为能力以一般行为能力为基础，没有一般行为能力的人，也没有诉讼行为能力。我国《民法通则》关于公民和法人行为能力的规定，也适用

于行政诉讼。对公民而言，18 周岁以上，或 16 周岁以上不满 18 周岁、能以自己的劳动收入为主要生活来源的公民能够亲自参加诉讼的，具有诉讼行为能力。除此以外的未成年人、精神病人，由于无行为能力或行为能力受到限制，也就没有诉讼行为能力，从切实保护其合法权益出发，法律禁止他们亲自参加诉讼。同时，法律为他们规定了法定代理制度，让法定代理人代理他们参加诉讼。法人、其他组织和行政机关同时具有一般行为能力和诉讼行为能力，它们的诉讼行为能力由其法定代表人或负责人行使，法定代表人或负责人的诉讼活动就是法人、其他组织和行政机关的诉讼活动，对法人、其他组织和行政机关具有法律上的效力。

三、当事人的诉讼权利和诉讼义务

当事人的诉讼权利和诉讼义务，是指当事人进行行政诉讼活动所享有的各种权利及承担的各种义务，是宪法规定的公民权利和义务在诉讼法上的体现。在行政诉讼中，当事人依法享有广泛的、平等的诉讼权利，同时也承担必要的诉讼义务。当事人享有诉讼权利，是为了维护其合法权益，当事人履行诉讼义务，是为了维护诉讼秩序，保障诉讼的顺利进行。人民法院应当切实保障当事人能够充分、有效地行使诉讼权利，不得任意限制和剥夺，同时也要监督当事人切实履行诉讼义务。

（一）当事人的诉讼权利

根据《行政诉讼法》及有关法律、法规的规定，当事人的诉讼权利主要有：（1）原告有向人民法院提起行政诉讼的权利，在诉讼中还有放弃、变更和增加诉讼请求的权利；（2）被告对原告的起诉，有应诉和答辩的权利；（3）申请审判人员、书记员、鉴定人回避的权利；（4）委托诉讼代理人进行诉讼的权利；（5）使用本民族语言文字进行诉讼的权利；（6）辩论的权利，经人民法院许可，有向证人、鉴定人和勘验人员发问的权利；（7）经人民法院许可，查阅、复制本案庭审材料及有关法律文件的权利，但涉及国家秘密或个人隐私的材料除外；（8）查阅、补正庭审笔录的权利；（9）在宣判前，原告有撤诉的权利，被告有改变其原所作出的具体行政行为的权利；（10）在诉讼过程中有申请人民法院采取财产保全措施的权利；（11）在证据可能灭失或以后难以取得情况下，向人民法院申请证据保全的权利；（12）原告在诉讼过程中有申请人民法院裁定停止具体行政行为执行的权利；（13）在法定期限内对第一审人民法院的判决或裁定上诉的权利；（14）胜诉一方有向人民法院申请执行的权利，胜诉被告有依法强制执行的权利。

（二）当事人的诉讼义务

当事人的诉讼义务主要有：（1）依法行使诉讼权利，不得滥用；（2）依法到庭，参加诉讼，原告经法院两次合法传唤，无正当理由拒不到庭的，按撤诉处理；被告经法院两次合法传唤，无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决；（3）遵守诉讼秩序，服从法庭指挥，不得妨碍诉讼活动的正常进行；（4）自动履行已发生法律效力判决和裁定；（5）被告行政机关对作出的具体行政行为负有举证责任，在诉讼过程中不得自行向原告和证人收集证据。

第二节 原告

一、原告的概念和条件

《行政诉讼法》第 24 条规定：“依照本法提起诉讼的公民、法人或者其他组织是原告。”该法第 41 条第 1 项规定：“原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织。”可见，行政诉讼的原告，是指因对行政机关的具体行政行为不服而依照《行政诉讼法》的有关规定，以自己的名义向人民法院提起诉讼，要求人民法院对该具体行政行为的合法性进行审查，并受人民法院裁判拘束的公民、法人或者其他组织。

原告应具备如下条件：

（一）必须是公民、法人或者其他组织

行政诉讼的原告必须是行政相对人，即处于行政管理活动中被管理一方的公民、法人或者其他组织。此时，如果该公民、法人或者其他组织享有法定的诉讼权利能力，则具有成为原告的条件和资格；而行政机关作为管理一方时，是行政主体，不具有原告资格。

《行政诉讼法》之所以如此规定，主要是为了调整行政管理双方在行政管理活动中所处的不对等法律地位，以此保护处于被动地位的公民、法人或者其他组织，监督处于主动、支配地位的行政机关依法行政。因为在行政程序阶段，行政机关享有以国家强制力为保障的行政权，对行政相对人具有直接命令权和指挥权，能够单方面作出赋予或剥夺、设定或免除相对人权利和义务进而变更其法律地位的具体行政行为，能够导致相对人权利义务取得、丧失、变更的法律后果。对于行政行为，作为行政相对人的公民、法人或者其他组织无权否认其效力，不能拒绝履行，即使认为该行为侵犯其合法权益，仍负有履行的义务；如果相对人不履行行政机关设定的义务，行政机关可行使强制权、处罚权，追究其法律责任，可以直接强制或申请人民法院强制相对人履行。可见，在行政程序阶段，相对人处于被支配和服从的地位，不能违抗行政机关的意志，也很难靠自身的力量来保障自己的合法权益。然而这是维护行政管理效率所必须的。为克服行政程序中双方地位不平等所导致的不公正，保护行政相对人的合法权益免受行政机关的侵害，以避免效率与公平在现实生活中发生冲突，故法律设立了行政诉讼制度，赋予行政相对人行政诉讼的起诉权，使公民、法人和其他组织通过行使行政起诉权以保护自己的合法权益，并促进行政机关依法行政。行政诉讼制度的建立既然出于这样的背景和用意，自然就不可能赋予行政机关起诉权，使之具有原告资格。

（二）必须是承担具体行政行为法律后果或受其影响的公民、法人或者其他组织

对于行政机关作出的具体行政行为，并非任何公民、法人或者其他组织都有诉至法院的原告资格，而只有承担该具体行政行为法律后果、认为自己的合法权益因此受到影响的公民、法人或其他组织才具有这一资格。但是应当注意的是，行政诉讼的原告并不局限于行政管理的直接相对人，即具体行政行为后果的主要承担人；在特定情况下，公民、法人或者其他组织即使不是直接相对人，只要其有足够充分的理由认为其权益受到该具体行政行为的影响，也可以成为行政诉讼原告。例如，甲殴打乙致伤，公安机关处罚了甲，甲表示不起诉；但乙认为处罚太轻，也有权对公安机关的处罚决定提起诉讼，尽管乙并不是该处罚的直接相对人。

(三) 必须是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织

公民、法人或者其他组织与某一具体行政行为有利害关系，这仅产生了使其具有原告资格的可能性，要使这一要素成为原告资格的现实条件，还要求具备认为具体行政行为侵犯其合法权益的主观认知。这涉及二个问题，即何谓合法权益？如何认定受到侵犯。此处的“合法权益”，是指法定权利和法定利益，核心是法定权利。享有和行使法定权利，才有可能获得法定利益。根据《行政诉讼法》的规定，合法权益主要指人身权、财产权和法律规定受行政诉讼法保护的政治权利、宗教信仰自由等其他权利。《行政诉讼法》第11条所列举的七类具体行政行为（行政处罚、行政强制措施、经营自主权、行政许可等）所涉及的权益，均可作为“合法权益”，无论是否属于人身权、财产权的范围，均可提起行政诉讼。

至于“合法权利”是否受到真正的侵犯，则取决于原告的主观认识，而不是侵犯的事实结果。因为事实结果不可能在起诉阶段得到解决，因此也就不应成为限制原告资格的理由。原告的“合法权益”究竟是否受到侵犯，主要依原告的主观判断，只要原告“认为”自己的合法权益受到具体行政行为的侵犯，就可以依照行政诉讼法提起诉讼，人民法院也应当受理。反之，如果以“合法权益实际受到侵犯”作为相对人取得原告资格的必要前提，则是不科学的，因为具体行政行为是否侵犯相对人合法权益问题正是法院审理行政案件所要解决的核心问题，在法院尚未审理判决、实体权益没有确认之前，无法作出正确的回答，以此作为是否可以起诉的条件势必会使一些合法权益确实受到侵犯的相对人，因一时不能证明行政行为侵犯其合法权益而导致案件不被受理，其合法权益得不到司法保护，这显然是违背行政诉讼法的立法宗旨的错误理解。当然，以“认为”（即行政管理相对一方的认知）作为受案的判断标准并不否认原告要有必要的事实根据作为起诉的依据，不能毫无根据地认为。这是对原告一方提出的提供必要证据的要求，但这一要求只能理解为形式要件，而不是一个实质要件。

二、原告资格的转移

（一）自然人的原告资格的转移

行政诉讼起诉权通常由享有原告资格者本人行使，但当该公民死亡时，根据《行政诉讼法》第24条第2款的规定，其近亲属可以提起诉讼，即原告资格转由其近亲属享有。尽管不是自己的合法权益受到侵犯，其近亲属仍可以自己的名义起诉，其诉讼地位等同于有权提起诉讼的公民，而不同于法定代理人。

（二）法人或其他组织的原告资格的转移

《行政诉讼法》第24条第3款规定：“有权提起诉讼的法人或者其他组织终止，承受其权利的法人或者其他组织可以提起诉讼。”法人或者其他组织终止，有两种情况：（1）法人或者其他组织消灭，即其资格在法律上完全消灭和结束，如被撤销、破产，其权利，包括提起诉讼的权利，由法律规定的有关组织承受；（2）法人或者其他组织变更，即以新的法人或其他组织形式出现，并且前后之间在法律上具有继承关系。这种变更主要有分立和合并两种形式。其中，分立是指一个法人或者其他组织按照法定程序分为两个或两个以上的新法人或组织，起诉权由分立后的新的法人或组织共同行使；合并是指两个或两个以上法人或者其他组织，依照法定程序合并为一个法人或

者其他组织，合并后的新的法人或其他组织可以以自己的名义起诉。

第三节 被告

一、被告的概念和条件

行政诉讼的被告，是指因原告认为其作出的具体行政行为违法并侵犯了原告的合法权益而向人民法院起诉，人民法院受理后通知其参加诉讼而应诉，并受人民法院裁判拘束的行政机关或法律法规授权的组织。被告必须而且只能是享有国家行政权、有权作出具体行政行为的行政机关或法律法规授权组织，被告诉讼地位的这种确定性是行政诉讼区别于其他诉讼的特色所在。

行政诉讼的被告应具备如下条件：

（一）须是具有行政诉讼权利能力的行政机关和组织

具有行政诉讼权利能力的行政机关，指依法能够独立享有并行使行政职权的行政机关，包括各级人民政府及其职能部门。除此之外，由法律、法规授予行政职权的社会组织也具有行政诉讼权利能力，可以成为被告。

（二）须在具体行政法律关系中行使行政职权并作出具体行政行为

只有对特定的公民、法人或其他组织作出具体行政行为的行政机关或组织，才能成为行政诉讼的被告。

（三）必须是其具体行政行为被原告所指控并经人民法院通知应诉

行政机关或组织能否成为被告，其前提是所实施的具体行政行为被原告指控。但仅此其还不能成为被告，其成为被告最终要由人民法院确认。人民法院经过审查，确认其行为被指控的行政机关或组织具备上述两个条件，并通知其参加诉讼活动才能使之成为被告。

被告行政机关或者组织的诉讼活动由其法定代表人或主管人员实施，法定代表人或主管人员一般由组织法或组织章程确定，确定的原则与法人或其他组织法定代表人的确定原则相同。在实践中，行政机关的法定代表人确立有两种情况：实行委员会制的由委员会主任出任；实行首长负责制的由部长、局长等行政首长出任；正职缺位的由主持工作的副职出任。由组织作为被告的，其法定代表人或主管人的确定与法人或组织的情况相同。诉讼中被告的主管人员更换时，由新法定代表人继续参加诉讼，并向人民法院提交新的法定代表人的身份证明书，已进行的诉讼活动对于继续参加诉讼的法定代表人具有约束力。

二、被告的确定

确定行政诉讼被告的基本原则，与行政诉讼的基本原则是一致的。既要有利于保护公民、法人或其他组织的合法权益，又要便于通过行政诉讼监督行政机关的具体行政行为，同时还要有助于提高人民法院的审判效率。因此，行政诉讼的被告必须是实际作出影响公民、法人或者其他组织合法权益的被告具体行政行为的行政机关或法律、法规授权组织，或者说，在行政诉讼中，只有作为人民法院审理对象的具体行政行为的真正实施者才是行政诉讼的被告。因为，人民法院审理行政案件的目的，是判明具体行政行为的合法性，而以行为的实施主体为被告显然是最恰当的。据此，行政诉讼的被告确定的规则是：

（一）直接起诉的案件，作出被诉具体行政行为的机关是被告

直接起诉，是指公民、法人或其他组织对行政机关作出的具体行政行为未申请复议而直接依法向人民法院提起行政诉讼的情形。主要有三种情况：

(1) 法律、法规没有规定必须先经过行政复议；(2) 行政机关不作为的具体行政行为；(3) 法律允许当事人选择提起复议或诉讼的。

(二) 经复议而复议机关改变原具体行政行为的，复议机关是被告

复议机关改变原具体行政行为有三种情况：(1) 复议机关改变原具体行政行为所认定的事实；(2) 复议机关改变原具体行政行为所适用的法律、法规或者规章；(3) 复议决定改变原具体行为的处理结果，即撤销、部分撤销或者变更原具体行政行为。无论何种情况，因复议决定的效力高于原具体行政行为，原具体行政行为实际上已经不复存在，复议机关实际上直接处理了涉及公民、法人或者其他组织的权利义务关系，对公民、法人或者其他组织实体权利义务发生拘束力的是复议决定而不再是原具体行政行为，因此，复议机关应作为被告。

(三) 经复议但复议机关维持原具体行政行为的，作出该行为的行政机关是被告

复议机关维持原具体行政行为的决定，只是进一步确认了该行为对公民、法人或其他组织的拘束力，因而仍应以作出该行为的行政机关为被告。至于复议机关在法定期限内不作出复议决定、当事人对原具体行政行为不服向人民法院起诉的，适用《若干意见》第 15 条的规定，由作出原行为的行政机关为被告。复议机关逾期不作复议决定的行为，可以视为维持原具体行政行为。

(四) 两个以上行政机关共同作出同一具体行政行为的，为共同被告

具体行政行为通常是由单一行政机关作出的，但也有两个以上行政机关共同作出一个具体行政行为的情形，当原告认为该行为侵犯其合法权益向人民法院起诉时，对该行为的审查就涉及与此相关的各机关，因此，这些机关是共同被告。判断一个具体行政行为是否为两个以上行政机关共同作出，关键要看它们是否以共同名义作出。如果行政机关和法律、法规授权的组织之外的其他组织，如社会团体共同作出具体行政行为的，因相应组织没有行政主体资格，故不能成为行政诉讼中的共同被告，只能作为第三人参加诉讼。

(五) 法律、法规授权的组织作出具体行政行为的，该组织是被告

法律法规授权的组织作出具体行政行为引起诉讼的，由该组织作被告。如物价检查所是事业单位，但《中华人民共和国价格管理条例》赋予地方各级物价检查所为物价监督检查行政执法主体，行使物价监督检查和处理违反物价管理行为案件的职权，这是国务院行政法规的授权。不服各级物价检查所作出的具体行政行为提起的诉讼，以各级物价检查所为被告。

(六) 由行政机关委托的组织所作的具体行政行为，委托的行政机关是被告

依法拥有某项行政管理职权的行政机关，根据法律的规定、按照法定的程序，将其行政管理事务委托给符合法定条件的组织办理，受委托组织应以委托机关的名义从事活动，亦应由委托机关承担该活动的法律后果。因此，对受委托组织作出的具体行政行为不服提起的诉讼，由委托机关作被告。例如，《中华人民共和国治安管理处罚条例》第 33 条第 2 款规定，警告、50 元以下的罚款，在农村没有公安派出所的地方，可以由公安机关委托乡（镇）人民政府裁决，据此，当事人对乡（镇）人民政府的裁决不服的，以公安机关为被告。

(七) 行政机关被撤销的，继续行使其职权的行政机关是被告

《行政诉讼法》这样规定的目的是保证行政机关对作出的具体行政行为承担责任，防止出现因机关被撤销而无人负责的现象。以保障原告的合法权益，促进行政机关依法行政。

行政机关被撤销的时间可能发生在行政机关作出具体行政行为之后、原告尚未提起诉讼之前；也可能发生在诉讼过程中、人民法院尚未作出裁决前。撤销的具体情形有：（1）撤销后职权转移，即将行政机关的职权转移给其他行政机关；（2）行政职权合并，即该行政机关并入其他原有的行政机关或是与其他行政机关合并后成立一个新的机关；（3）行政职权分立，即该机关由一个主体分立成几个主体。无论哪种情形，都以继续行使其职权的行政机关为被告。如果没有继续行使其职权的机关，则由作出撤销决定的行政机关为被告。

第四节 共同诉讼人

《行政诉讼法》第 26 条规定：“当事人一方或者双方为二人以上，因同一具体行政行为发生的行政案件，或者因同样的具体行政行为发生的行政案件，人民法院认为可以合并审理的，为共同诉讼。”因此，所谓共同诉讼，是指当事人一方或者双方为二人以上的诉讼。两个或两个以上当事人对同一具体行政行为不服，向人民法院提起诉讼的，是共同原告；两个或两个以上行政机关作出同一具体行政行为，各行政机关为共同被告。共同原告和共同被告统称为共同诉讼人。

在学理上，共同诉讼是诉讼主体的合并，即不同的诉讼主体就同一具体行政行为或同类具体行政行为进行的诉讼。如两人以上一同起诉或者应诉，或一人起诉或者应诉后，他人以原告或者被告的同等资格参加诉讼，均可成为共同原告或者共同被告；同一法院对几个原告各自提起的同类诉讼合并，适用同一诉讼程序进行审理的，也是共同诉讼。共同诉讼是诉讼主体的合并，而不同于诉的合并。诉的合并是指行政诉讼中，一个原告向一个被告提出多个诉讼请求，人民法院予以合并审理。例如，原告请求人民法院撤销行政机关的具体行政行为，同时又要求被告赔偿因具体行政行为违法侵害造成的损失，人民法院将这两个诉合并审理，就成为诉的合并或称为诉讼客体合并。

共同诉讼一般分为必要的共同诉讼和普通的共同诉讼。必要的共同诉讼，是指当事人一方或双方为两人或者两人以上，对争议的具体行政行为有共同的利害关系，人民法院必须合并审理的诉讼。例如，某市规划部门认定甲、乙、丙三人共有的私房为违章建筑并决定拆除，甲、乙、丙不服所提起的诉讼。必要的共同诉讼的特点是：共同诉讼一方当事人对于引起争议的同一具体行政行为，有着共同的利害关系，即共同的权利义务关系，任何一人的诉讼行为都会影响其他人的权益，任何一人都无权代替当事人一方整体，因而人民法院不能分案审理，只能合并审理。其实质是一个诉、一个具体行政行为，但至少一方的诉讼当事人为多数。

普通的共同诉讼，是指当事人一方或者双方为两人或两人以上，对同样的具体行政行为不服提起诉讼，人民法院认为可以合并审理的诉讼。同样的具体行政行为，是指两个或两个以上的具体行政行为的性质相同或者作出具体行政行为的事实和理由相同。例如，某环保机关以违反排污禁令为由，对毗邻的六家工厂分别同时处以罚款，对这六家企业的六个处罚是彼此独立的，但性质相同。如果这六家企业均不服，或者两家以上的企业不服，应分别以自己的名义在法定期限内向人民法院提起诉讼，人民法院认为可以合并审理、分别裁决，即构成“普通的共同诉讼”。普通的共同诉讼的特点是：共同诉讼当事人对于同类具体行政行为没有彼此关联的利害关系，所涉及的权利、义务也是各自独立的。因而其实质是性质相同的具体行政行为所引起的几个案件，只是因为人民法院的合并审理而经历共同的诉讼程序而已；倘若当初人民法院认为不能或不宜合并审理，是不会成为共同诉讼的。

普通的共同诉讼是在既不影响原告合法权益、又不影响对被告具体行政行为合法性审查的双重前提下，为便于人民法院及时审理案件、提高行政诉讼的效率而规定的。这一规定既可以简化诉讼程序，也可以避免人民法院对同样问题作出相互矛盾的裁判。

第五节 第三人

一、第三人的概念和特征

《行政诉讼法》第 27 条规定：“同提起诉讼的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织，可以作为第三人申请参加诉讼，或者由人民法院通知参加诉讼。”根据这条规定，行政诉讼第三人是指，同提起诉讼的具体行政行为有利害关系因而可能受到行政诉讼审理结果影响，依本人申请并经批准或者由人民法院通知参加诉讼的公民、法人或者其他组织。例如，在治安行政案件中，被害人不服公安机关对侵害人的畸轻处罚提起诉讼，人民法院在审理中，可以追加被处罚人作为第三人参加诉讼，被处罚人也可以因自己的权益将受影响而申请作为第三人参加诉讼；同样道理，如果被处罚人起诉要求撤销处罚决定或减轻处罚，受害人也可以第三人身份参加诉讼。

第三人有以下特征：

（一）行政诉讼的第三人是原、被告之外的公民、法人或者其他组织

第三人既不是提起诉讼的人，也不是被诉的一方，而是在原告起诉后，一审庭审结束之前，自己提出申请并经人民法院同意或者由人民法院通知参加到尚未终结的诉讼中来的人。

（二）第三人在主体方面具有多样性

“公民，法人或其他组织”是一个概括性的称谓，包括了几乎所有的社会主体，既可以是一个人也可以是数个人或组织；既可以是普通的自然人或组织，也可以是行政机关及其他公益组织，凡认为自己与行政案件有利害关系的人，都可以申请或由法院通知作为第三人参加到已经开始的行政诉讼中去。

（三）行政诉讼第三人是同提起诉讼的具体行政行为有利害关系的人

有利害关系是指与被诉具体行政行为有法律上的权利义务关系，包括直接的和间接的利害关系。直接的利害关系，如专利局把某项专利权授予甲，乙对专利局的授权决定不服，提起诉讼；丙认为该项专利应当属于自己，支持乙提出撤销专利局授权决定的请求。在这个诉讼中，丙作为第三人请求撤销专利局的授权决定这一点和乙是相同的，但对专利权的归属的主张则与乙彼此独立，即第三人丙对专利权归属的请求与其他当事人是不同的。间接的利害关系，如规划部门批准了甲的建房申请，但甲的房屋被水利部门认定为违章建筑而被强制拆除，甲对水利部门的拆除决定不服，向人民法院起诉。规划部门就水利部门的拆除决定而言，没有直接的利害关系，但与法院审查的拆除决定的结果有利害关系：如果人民法院判决拆除决定合法，甲就可能向规划部门提出赔偿建房损失的要求。因为规划部门批准甲的建房申请，对造成甲的建房损失也有责任。因此，在本案中，规划部门也可以作为第三人参加诉讼。

二、第三人的种类

行政诉讼的复杂性及第三人概念的灵活性，决定了行政诉讼第三人类型

“公民、法人或其他组织”一般指行政相对人，是与作为“行政主体”的行政机关和法律、法规授权的组织相对应的一个概念。但在《行政诉讼法》第 27 条中，“公民、法人或其他组织”应包括被告以外的其他行政机关和法律、法规授权的组织。

的多样性，难以有统一的归纳，从目前行政审判实践来看，第三人主要有以下几类：

（一）行政处罚案件中的被处罚人或受害人

在治安、环保等各类因管理相对人致害而引起行政处罚的行政管理领域中，被处罚人对处罚决定不服而起诉的，被害人可能因被处罚人提起的诉讼影响自己的合法权益而要求以第三人身份参加诉讼；或者在被害人不服处罚决定而起诉时，被处罚人也可以相同的理由作为第三人参加诉讼。

（二）在房地产、矿产、森林、专利等确权案件中主张权利的人

如土地确权案件中，某块土地使用权确认为甲所有，乙要求撤销土地管理部门的确权决定，这时甲面临丧失该土地使用权的危险，因而可以作为第三人参加诉讼。

（三）作出相互矛盾的具体行政行为的两个行政机关

两个行政机关就同一事实作出相互矛盾的具体行政行为，其中一个机关为被告时，另一机关应作为第三人，人民法院通常应当通知其参加诉讼。如前述规划部门和水利部门就某甲建房问题所作的相互矛盾的决定，某甲起诉水利部门，规划部门应为第三人。

（四）因同一违法事实被处罚的两个以上共同违法人中没有起诉的人

如果共同违法人中一人因对共同违法事实的认定、对违法行为的定性以及违法责任大小的分配有异议而起诉，那么，没有起诉的其他被处罚人与被诉具体行政行为就有了法律上的利害关系，可以作为第三人参加诉讼。

（五）行政机关对平等主体之间的赔偿问题或者补偿问题作出裁决，一方当事人起诉，没有起诉的另一方的当事人可以作为第三人参加诉讼。

在这类案件中，裁决的双方当事人与裁决机关之间都存在行政法律关系，起诉的一方是对裁决不服而与行政机关产生争议，但解决这个行政争议可能会直接影响到另一方的民事权益，导致另一方获得赔偿或补偿数额的增加或减少，因此，应允许另一方作为第三人参加诉讼，以有效保护其合法的民事权益。

（六）与行政机关共同署名作出具体行政行为的非行政机关

此类组织因没有法定授权而不能作共同被告，但人民法院对被诉具体行政行为的合法性审查与其有法律上的利害关系，如人民法院认定该行为违法并需要赔偿时，该组织应当作为第三人参加诉讼，以承担其应负的法律責任。

第六节 诉讼代理人

一、诉讼代理人的概念和特征

诉讼代理人，是指根据法律规定或受当事人的委托，以当事人名义在代理权限范围内进行行政诉讼活动的人。被代理的一方称为被代理人或委托人。诉讼代理权即为代理人代理当事人进行诉讼活动的权限。

诉讼代理人具有如下特征：（1）依法律规定或受被代理人委托、以被代理人名义参加诉讼活动；（2）只能代理一方当事人，不能同时代理当事人双方；（3）其参加诉讼的目的是维护被代理人的权益；（4）其在代理权限范围内实施的行为的法律后果由被代理人承担。

二、诉讼代理人的分类

（一）法定代理人

《行政诉讼法》第 28 条规定：“没有诉讼行为能力的公民，由其法定代理人代为诉讼。法定代理人互相推诿代理责任的由人民法院指定其中一人代为诉讼”。因此，法定代理人就是根据法律规定行使诉讼代理权，代理无行为能力或者限制行为能力的公民参加诉讼，行使被代理人的诉讼权利和承担被代理人的诉讼义务，以维护当事人的合法权益的人。按照有关代理制度的法律规定，法定代理人一般由被代理人的父母或养父母、配偶、子女或养子女、监护人等担任，如果作为当事人的监护人的亲属都已死亡，由未成年人父、母的所在单位或精神病人的所在单位，或他们住所地的居民委员会、村民委员会作为法定代理人。

法定代理是全权代理，在诉讼中与当事人居于同等地位，其代理权限不受限制，法定代理所为的一切诉讼行为，包括处分实体权利的行为，视同被代理人本人所为的诉讼行为，并具有同等的法律效力。但是法定代理人毕竟不是当事人，不是诉讼主体。实体权利和义务的承担者是当事人，而不是法定代理人。

（二）委托代理人

《行政诉讼法》第 29 条规定：“当事人、法定代理人，可以委托一至二人代为诉讼”。“律师、社会团体，提起诉讼的公民的近亲属或者所在单位推荐的人，以及经人民法院许可的其他公民，可以受委托为诉讼代理人”。因此，委托代理人是指受当事人、法定代理人的委托代为进行诉讼活动的人。

委托代理人的范围有：

1. 律师。1996 年 5 月 15 日发布的《律师法》规定，律师是指依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员。律师的主要任务是接受当事人、法定代理人的委托，担任代理人参加诉讼，律师的职责就是在委托权限内，维护委托人的合法权益。根据《行政诉讼法》第 30 条和《律师法》的有关规定，作为委托代理人的律师，依法享有查阅本案有关材料、向有关组织和公民调查、收集证据等权利。但是律师作为被告的委托代理人时，在诉讼过程中不得自行向原告和证人收集证据。

2. 社会团体。社会团体范围广泛，如工会、共青团、妇联等，社会团体作为诉讼代理人的，其法定代表人为委托代理人，征得委托人同意可指定该社团成员或者聘请律师作为诉讼代理人。

3. 公民的近亲属。

4. 公民所在单位推荐的人。

5.经人民法院许可的其他公民。此处的其他公民，是指当事人认为可以作为他的委托代理人而向法院提出请求，由法院许可的其他公民，如其亲友等。

三、诉讼代理人的权限

律师以外的诉讼代理人经人民法院许可，可以查阅除涉及国家秘密和个人隐私材料以外的本案庭审材料；律师则可以查阅本案的有关材料。本案庭审材料比本案有关材料的范围要窄，仅指在庭审过程中的庭审记录以及出示的证据等。

当事人、法定代理人可以委托代理的人数是1至2人，并应向人民法院提交经委托人亲笔签名或盖章的授权委托书。授权委托书是受委托人取得诉讼代理资格的凭证，应当注明委托事项和权限。委托代理的权限取决于委托人的授权，一般分为全权委托和一般委托两种。委托代为承认、放弃或者变更诉讼请求、提起上诉等必须有被代理人的特别授权。

变更或解除委托代理权，当事人应及时书面通知人民法院，并由人民法院通知对方当事人。委托代理人的代理权有下列情况之一时消灭：（1）诉讼终结；（2）当事人解除委托；（3）委托代理人辞去委托；（4）委托代理人或当事人死亡。

第二十三章 行政诉讼证据

第一节 行政诉讼证据概述

一、行政诉讼证据的概念

行政诉讼证据是用以证明案件事实的材料。行政诉讼所涉及的事实有案件事实与证据事实之分：前者是产生权利义务争议的客观事实；后者则是用以证明案件事实的，是诉讼参与人提供或审判人员调查得来、经人的思维加工的、对客观案件事实的反映和再现，是第二性的，故要对其进行审查。审查的过程就是证明的过程，即证明第二性的证据事实是否正确反映第一性的案件事实。司法实践中的证据是个中性词，凡可证明案件事实的材料，均可称为证据，而无论其属实与否。

行政程序的特点之一是，行政机关有权单方面对行政相对人是否违法作出判断，进而追究其法律责任。行政诉讼是在行政程序的基础上进行的，因此，行政诉讼的证据绝大多数是在（而且应该在）行政执法或行政司法程序中由行政机关取得、并已经过了审查的。这一点导致了行政诉讼证据与民事诉讼证据的两个基本差异：行政诉讼中，由被诉行政机关承担举证责任，而不同于民事诉讼中的谁主张，谁举证；人民法院主要承担审查证据的责任，而不同于民事诉讼中人民法院要承担较多的收集证据的责任。

人民法院审理行政案件的目的是审查具体行政行为的合法性。为此须查明作为该行为根据的事实是否存在，在此基础上才能适用法律、法规作出正确的裁判。但是，作为具体行政行为根据的事实很多，法院所要审查的事实仅指与特定案件相关联的，法律要求范围内的事实，而非一切与案件有关的事实。因为从诉讼效率的角度讲，查明所有事实是不现实的，也是不必要的。行政诉讼审查的事实仅是对具体行政行为是否合法起决定作用的主要案件事实，也就是诉讼双方争议的焦点事实。

二、证据的种类

证据的分类是基于理论研究或实务操作的需要而对证据所作的划分。在学理上，证据有本证与反证、直接证据与间接证据、原始证据与传来证据、言辞证据与实物证据之别；从实务角度划分，则有书证、物证、视听材料、证人证言、当事人陈述、鉴定结论、勘验笔录和现场笔录等。法律是从实务角度对证据进行划分的。

1. 书证。即以语言文字、图形符号等所记载的内容表达的与案件事实有关的人的思维或行为的证据，是行政诉讼最主要的证据形式，如处理决定书、许可证照等。

2. 物证。是以物品、痕迹等客观物质实体的外形、性状、质地、规格等证明案件事实的证据。物证的优点在于其客观性、真实性；其不足在于，通常总是间接证据，需要与鉴定结论或其他证据相互佐证。

3. 视听材料。视听材料是随着现代科学技术的发展而从物证中分化独立出来的证据形式，是通过录音、录像、扫描等技术手段，将声音、图像及数据等转化为各种记录载体上的物理信号，并可通过上述过程的逆过程再现和回放，以证明案件事实的证据。现代科技的发展一方面使这类技术手段广泛应用于人们日常生活的各个方面，为其成为诉讼证据奠定了基础；而另一方面，由于复制、剪接技术的完善，使其易于伪造，难辨真伪，在使用时应辅

之以专门的技术鉴定。

4. 证人证言。证人证言是了解案件真实情况的证人对案件事实所作的言辞陈述。证人举证是其法定义务，但精神病人、未成年人作证应与其心理健康程度、心智成熟程度相适应。此外，由于证人证言是主观意识的外化，难免掺杂个人的好恶而带有很大的主观性，在运用时需要仔细辨别。

5. 当事人陈述。是指本案当事人就其所了解的案件真实情况所作的言辞陈述。由于当事人与案件审理结果有直接利害关系，客观上决定了其可能有意无意地作有利于己而违背案件真实情况的表述，故对这类证据的可信度必须结合其他证据佐证。

6. 鉴定结论。是指鉴定人运用自己的专业知识，利用专门的仪器、设备，就与案件有关的专门问题所作的技术性结论。鉴定结论是随着科学技术的发达而为诉讼制度所吸纳的证据及判别手段，并以其科学性、客观性及中立性，而成为诉讼证据制度，特别是行政诉讼证据制度中具有独立参考价值的证据形式。鉴定结论的可采性，取决于鉴定人的中立立场及技术特长。为此，法律规定，鉴定结论必须由法定鉴定部门的鉴定人员或在没有法定鉴定部门时由法院指定的鉴定部门的鉴定人员作出。由于行政诉讼中行政机关与法定鉴定部门往往存在某种直接的、或虽然间接但足以使行政相对一方当事人认为不公平的密切关系，因此，人民法院在诉讼当事人对鉴定结论提出异议并认为确有理由时，可以指定鉴定部门重新鉴定或径行采纳另一方当事人提供的更具有权威性的鉴定结论。

7. 勘验笔录和现场笔录。勘验笔录是指行政工作人员或人民法院的审判人员，对能够证明案件事实的案发现场或难以当庭出示的证据所作的勘查、测量、校验记录，一般是事后所为。现场笔录则是行政工作人员在行政管理过程中对现场处理情况所作的书面记录。行政管理活动的动态性、连续性和即时性，决定了现场笔录是行政管理活动及行政诉讼中特有的证据形式，不然，许多重要但难以保全的证据将无法成为定案证据。但由于现场笔录主要是由行政工作人员单方制作的，为保证其可信度，需要有相应的制约措施，这主要由行政程序法及配套法规、规章规定，如建立严格的现场笔录制作规程，行政工作人员一般需二人以上，必须有当事人或现场见证人签名等。法院在审查现场笔录过程中，原告及其律师在质证过程中，可从笔录制作过程中寻找程序上的瑕疵，并可以程序违法推翻该证据的可采性。

三、关于规范性文件

《行政诉讼法》第 32 条规定，被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。由于这一规定出现在该法证据一章，于是有学者认为“立法的指导思想显然是将其作为证据来规范”的。但也有学者认为，规范性文件“不是事实”，而是“行政机关认定事实，进行处理的根据”。尽管学术界有争议，但有一点共识是，如果被告在诉讼过程中不能提供作出被诉具体行政行为依据的规范性文件，则将承担败诉责任。

《行政诉讼法》所说的规范性文件，主要指规章及规章以下的规范性文件，该法第 53 条规定，行政诉讼参照规章，至于规章以下的规范性文件并未

应松年主编：《行政诉讼法学》，中国政法大学出版社 1994 年 7 月版，第 148 页。

罗豪才、应松年主编：《行政诉讼法学》，中国政法大学出版社 1990 年 10 月版，第 183 页。

提及。这说明，该法第 32 条所要求的提供规范性文件有两重含义：其一，行政机关必须提供作出具体行政行为的法律依据，否则将因适用法律、法规错误而承担败诉责任。其二，行政机关必须提供作出具体行为所依据的其他规范性文件，包括规章及规章以下的规范性文件，这些规范性文件一方面规定了行政机关认定事实的根据，其中主要是有关行政程序及认定事实标准方面的依据；同时，这些规范性文件还是行政机关行使自由裁量权时政策考虑的依据，以保证其决定在系统内部的一贯性。行政机关不能提供这类规范性文件时，可以其滥用职权，也可以其“主要证据不足”为由使其承担败诉责任。

第二节 行政诉讼的举证责任

一、举证责任的概念

举证责任特指承担该责任的当事人必须对自己的主张举出主要的事实根据，以证明其确实存在，否则将承担败诉后果。在诉讼中，败诉是最严厉的法律后果，举证责任制度就是把举证这一程序性活动，同法院对案件的实体裁判后果联系起来的制度。它要求承担该责任的当事人向法院提供的主要证据必须属实，并能全部地、毫无遗漏地证明其所主张的事实。因此，只有案件当事人，即与诉讼胜败有关联的人，才有举证责任可言；其他在诉讼中提供证据的证人、鉴定人，则无所谓举证责任。

举证责任是行政诉讼特有的证据制度，我国《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》都没有明确规定举证责任。《行政诉讼法》在我国三大诉讼制度中第一次明确规定了被告的举证责任。故本书提到的举证责任，是针对行政诉讼制度而言的，相应的结论对于其他诉讼制度可能并不适用。

二、举证责任的性质

准确把握举证责任制度的内涵，是在诉讼活动中灵活运用这一制度的基础。为此，必须明确举证责任的性质。举证责任不是诉讼权利，而是与败诉“风险”直接相关的加重的举证义务。权利是可以放弃的，且放弃权利并不必然导致败诉的后果；但举证责任不能放弃，放弃则必然导致败诉。举证责任类似于诉讼义务，是当事人必须承担、不得放弃的义务；但又有别于一般的诉讼义务，当事人不履行其他诉讼义务固然会导致不利于己的后果，但并不一定败诉，而被告在行政诉讼中不承担举证义务则必然败诉。因此，举证责任是一种加重了的举证义务，也可称为“风险”义务，它使承担这一义务的当事人在败诉的威胁下，在诉讼前的行政程序阶段即要开始收集、审查、保全证据；到诉讼开始后即主动、积极向法院提供证据，完成举证责任。

三、举证责任的承担

举证责任的承担是由举证责任的性质决定的，根据《行政诉讼法》的规定，我国行政诉讼的举证责任是由被告承担的，这包括两方面的涵义：（1）被告行政机关必须根据法律的规定履行应负的举证义务；（2）被告未能适当履行或拒绝履行其举证义务，人民法院应判决撤销被诉具体行政行为或责令被告限期作出新的具体行政行为。

（一）被告应负的举证义务

被告应负的举证义务，是指被告在行政诉讼期间应向法院提供作出具体行政行为的事实根据和规范性文件依据。其中，被告提供的事实根据，主要是指被告在行政执法过程中搜集、保全的证据，包括在行政程序中取得的书证、物证、证人证言、行政案件当事人的陈述、对专门性问题的鉴定结论、当场处理的现场笔录等。对行政机关拒绝履行法定职责而提起的要求履行之诉，被告也应承担举证的义务，主要是证明其不作为行为合法的证据，如当事人不具备法定的需要特殊保护的利益的证据，当事人不符合取得法定的许可证、执照及抚恤金条件的证据等。在拒绝颁发许可证照的案件中，行政机关还应提供其他事实根据，如该行业在本地区内已处于饱和状态不宜继续发展等，而这类证据是行政机关特有的证据，提出申请的当事人通常是无力取

得这方面的证据的。

提供规范性文件，是指被告向法院提供作出具体行政行为的法律文件依据，包括法律、法规、规章及其他规范性文件。此处的法律、法规，是人民法院审理行政案件的依据，且为人民法院及诉讼当事人所知晓。规章比较复杂，虽然从理论上讲行政规章应纳入社会公知领域，但由于我国没有统一的行政规章公告制度，因而在现实生活中很难做到。许多行政机关作为具体行政行为依据的规章仅为该行政机关自己掌握，人民法院、诉讼当事人在行政诉讼之前并不知道其是否存在，因此需要行政机关在行政诉讼过程中向法院提供，供法院审理行政案件时参照。其他规范性文件是指行政机关制定的规章以下规范性文件，它们虽不是事实，也不是人民法院审理行政案件的依据和参照，但却是行政机关认定事实的根据和行使自由裁量权处理行政案件时必须考虑的政策因素，也是人民法院认定行政机关的具体行政行为是否符合一般行政惯例、是否反复无常的依据。因此，如果行政机关的具体行政行为涉及其他规范性文件，则在应诉时，也应一并向法院提供。

被告承担举证义务的范围不包括赔偿事宜。行政诉讼法规定的被告举证责任是在证明具体行政行为合法范围内承担举证责任。因此，在行政赔偿案件中，被告仅就其确认原具体行政行为是否侵犯公民、法人或其他组织合法权益的行为承担举证责任，被告必须举出确认行为合法的事实根据和法律依据，以证明其行为合法；但对于侵权行为是否存在、该侵权行为是否造成损害、损害与行为之间是否具有因果关系、损害的范围和程度如何等问题，则应本着“谁主张，谁举证”的原则，由原告和被告分别对其主张承担提供证据的义务。任何一方当事人不能提供足够的证据证明其主张时，则承担该主张不被法院认可、采纳以至败诉的责任。

（二）被告不举证或未完成举证的责任

如果被告不能提供作出具体行政行为的事实根据，人民法院应以“主要证据不足”为理由，判决撤销被诉具体行政行为。如果被告提供的证据不够充分，未能证明主要的案件事实，人民法院应判决撤销被诉具体行政行为，并判决被告重新作出具体行政行为。此外，如果被告不能提供作出具体行政行为的法律、法规和规章，则应以“适用法律、法规错误”判决撤销被诉具体行政行为。如果被告不能提供作出具体行政行为的法律、法规，仅提供出有关行政规章，则人民法院应对规章的立法依据进行分析，如法律、法规对本案相关内容未有规定的，且规章的立法有法律依据，可以参照规章的规定认定具体行政行为的合法性；如果其他法律、法规对本案内容已有规定或规章本身缺乏立法依据，则人民法院不应参照规章，而以“适用法律、法规错误”判决撤销被诉具体行政行为。如果被告未能提供法律、法规、规章，仅提供其他规范性文件；或被告在提供法律、法规、规章的同时，还提供了其他规范性文件，但其具体行政行为主要是依据其他规范性文件作出的，人民法院不能认为被告已经提供了法律根据，应以“适用法律、法规错误”判决撤销被诉具体行政行为。如果被告在提供法律、法规、规章的同时，还提供了其他规范性文件，其具体行政行为虽然符合法律、法规、规章的原则规定，但有关行政程序的规定、行政自由裁量权的行使是以其他规范性文件为依据的，则人民法院应审查具体行政行为是否符合有关的程序规定，对不符合者以“违反法定程序”为由撤销被诉具体行政行为，并判决被告行政机关重新作出具体行政行为。同时，人民法院还应审查行政自由裁量权的行使是否

符合其他规范性文件的精神，对不符者则以“滥用职权”为由撤销被诉具体行政行为。

第三节 行政诉讼证据的收集、保全与审查判断

一、行政诉讼证据的收集与保全

行政诉讼证据的收集与保全，主要是指人民法院及诉讼当事人，为使行政诉讼的顺利进行，而对与案件事实有关的行政诉讼证据进行收集、保全的活动。对诉讼证据的收集与保全是任何诉讼活动中共有的内容，但行政诉讼有其独特之处，这主要是由行政诉讼所特有的被告负举证责任制度决定的。

（一）被告对行政诉讼证据的收集与保全

由于在行政诉讼中，被告行政机关承担举证责任，因此，行政诉讼证据的收集与保全工作主要由行政机关在具体行政行为作出之前的行政程序阶段完成。《行政诉讼法》第33条规定，在行政诉讼过程中，被告不得自行向原告和证人收集证据。这一规定的立法动机，是为了切实保障举证责任制度的落实。

行政诉讼与其他诉讼活动的显著区别在于，在诉讼开始之前主要的证据事实业已经历了一个收集、保全，并据此适用法律作出裁决的过程，其结果就是引起争议的具体行政行为。因此，在作出具体行政行为之前，行政机关即应掌握作出该行为所需要的全部必要事实，而不能在诉讼开始之后再向原告和证人收集证据。

被告在诉讼过程中不得自行向原告及证人收集证据，这是落实举证责任的关键，否则，就难以阻止被告对已经作出的具体行政行为重新补证，也就谈不上被告因举不出证据承担败诉责任了。但是，上述规定也有某些例外，即《行政诉讼法》第34条第1款的规定：“人民法院有权要求当事人提供证据或者补充证据。”对此应从两方面理解：首先，该规定显然也适用于作为一方当事人的被告行政机关，被告在人民法院明确要求时，可以向原告或证人补充收集证据，不受《行政诉讼法》第33条的限制。其次，这一规定的立法目的，在于确立人民法院对行政诉讼案件审理活动的主导地位，保证行政诉讼活动公正、顺利地进行，而绝不能理解为是对行政机关在行政程序阶段的不合法行为或程序上的瑕疵的补救渠道，也不是纵容行政机关漠视其在行政程序阶段收集、保全证据的义务，更不是对被告举证责任的修正。

（二）原告对行政诉讼证据的收集

根据《行政诉讼法》的立法本意，原告在行政诉讼中所承担的收集证据的义务是十分有限的，被告的举证责任弥补了原告一方当事人在行政程序阶段对证据收集方面存在的能力上的先天不足，以期实现当事人诉讼地位的实质平等。但就广义的行政诉讼过程而言，原告一方仍需要承担一定的收集证据的义务，这主要表现在如下方面：其一，在起诉阶段，原告必须提供行政争议存在的事实根据，即在起诉书中支持其诉讼请求的初步证据。但必须强调的是，这里的举证义务仅仅是初步证明的义务，而不是对被诉具体行政行为是否合法的证明义务，后者是被告行政机关在整个行政诉讼过程中承担的义务。其二，在行政赔偿案件中，原告必须就侵权行为是否存在、侵权行为是否造成损害、损害与行为之间是否具有因果关系、损害的范围和程度如何等问题承担举证的义务，因为这些问题不属于行政行为合法性问题，而是一般的事实问题，不在被告举证责任的范围之内，应本着“谁主张，谁举证”的原则，由当事人双方分别承担对其主张提供证据的义务。

（三）人民法院对行政诉讼证据的收集与保全

根据《行政诉讼法》第 34 条第 2 款的规定，人民法院有权向有关行政机关及其他组织、公民调取证据。对行政诉讼证据的收集与保全，是人民法院在行政诉讼活动中拥有的审判权力的一部分，而不是其所承担的证明义务。因此，人民法院在行政诉讼中必须摆正自己的位置，即主要对事实问题进行审查，而不是事无巨细，一律躬亲，更不宜代替行政机关收集证据，免除行政机关的举证责任。

二、行政诉讼证据的审查

对行政诉讼证据的审查，主要由人民法院承担。但与其他诉讼相比，人民法院审查证据的着眼点和范围有很大的不同。

从法律的规定看，行政诉讼的审查对象是具体行政行为的合法性，但这并不是说人民法院对行政案件的审理就可以不审查事实问题，单纯就法律问题审查以确定被诉具体行政行为是否合法对于绝大多数行政案件是不现实的。

既然行政诉讼是对被诉具体行政行为合法性的审查，人民法院审查证据的重点应是被告具体行政行为是否合法的证据，而不是行政相对一方是否违法的证据，这一点在道理上非常明显，但诉讼过程中却常常被忽视。因此，人民法院在审理时，应着重审查具体行政行为的作出是否有相应的职权、是否符合法定程序、是否有足够的事实根据，人民法院对证据的审查应主要集中于解决这些问题的证据事实，而防止将重心转移于审查原告是否有违反行政法义务的事实。

总之，对于行政诉讼而言，人民法院对证据的审查是必要的，但审理必须有明确的方向，即以对具体行政行为的审查为着眼点；同时，还必须掌握正确的方法，即围绕着被告的举证责任展开。人民法院对证据的审查，不应为审查而审查，如果被告不能或拒绝提供证据，人民法院应当径行判其败诉。当被告提供了有关证据时，人民法院则应以审查行政机关提供的证据为重心，通过对这些证据的审查，判断具体行政行为的事实根据是否充足。对于与被诉具体行政行为的合法性无关的证据，不应作为人民法院证据审查的内容。

第二十四章 行政诉讼起诉与审理程序

第一节 起诉与受理

起诉和受理是行政诉讼的启动程序，二者是两种性质不同却密切联系的诉讼活动。

一、起诉

（一）起诉的概念

起诉，是指公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益，依法请求人民法院通过行使国家审判权给予司法救济的诉讼行为。

（二）起诉条件

起诉条件是《行政诉讼法》规定的，原告起诉时必须满足的法定的形式要件。其目的在于防止因无利害关系人不负责任的“滥诉”而影响法院正确、及时地审理行政案件，从而更有效保证享有实质意义上诉权的行政相对人的诉讼权利得以充分行使。

《行政诉讼法》第41条规定了下列起诉条件：

1.原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织。这一条件应从以下几个方面把握：首先，这里的“认为自己的合法权益受到侵犯”应当理解为原告自己认为，而不是法院“认为”。法院只能在案件的实质审理阶段作出判断，并在最后法院判决中以法院“认为”的形式表现出来。如果在起诉阶段，法院即“认为”，势必缩小行政相对人的诉权范围，违背行政诉讼法的立法宗旨。其次，原告的范围包括我国领域内的自然人、法人和其他组织，而不论其国籍之有无与归属。第三，为保护自己的合法权益。与具体行政行为有利害关系并为保护自己合法权益而起诉是公民、法人或其他组织成为原告的先决条件。所谓利害关系不限于直接利害关系，也包括间接利害关系人，法院对此有自由裁量权。第四，以自己的名义。利害关系人应以本人名义起诉，但利害关系人是自然人且已死亡的，或者是法人、组织且已解散或被撤销的，则出现原告资格的转移，此时取得原告资格的当事人仍应视为利害关系人，他们是为自己的权益而非为他人的权益起诉的。

2.有明确的被告。所谓“明确”是指原告知道谁是作出具体行政决定的行政机关或具体执行公务的行为人，并在起诉状中明确列出了作出具体行政行为的行政机关。

3.有具体的诉讼请求。这是要求原告的起诉状要有明确的针对性，即必须针对特定的被告，就特定的事（具体行政行为）提出明确的诉讼请求。这是由人民法院审理行政案件的“不告不理”原则决定的。该原则有双重含义，一方面，行政相对人不以起诉方式提出对具体行政行为的司法审查要求的，人民法院不予受理；另一方面，原告没有提出的诉讼请求，人民法院不得审理。

4.有明确的事实根据。原告在提起行政诉讼时必须有一定的事实根据并有证据支持，否则必然导致无中生有的滥诉，影响人民法院的正常工作秩序。但是，原告的起诉毕竟不同于人民法院的判决，有事实根据也不能等同于“事实充分、证据确凿”。为此，对起诉的事实根据只能作初步的、表面性审查，

只要原告能够提供行政机关或其行政工作人员作出具体行政行为的证据，或证明该具体行政行为已经存在，就应认为原告的起诉有“明确的事实根据”。而不能要求过高，以行政诉讼审判过程的证据规则为标准，提出过于严格的事实及证据要求，否则必将严重妨碍行政相对人行使诉权。

5.属于人民法院的受案范围。这一点在行政诉讼中有其特殊的重要性。因为行政诉讼的受案范围亦即人民法院对行政机关的具体行政行为实施司法监督的范围。公民、法人或其他组织的合法权益受司法救济的范围，即诉权的范围，原告起诉自然不能超出这一范围。

（三）起诉的效果

起诉的效果，是指起诉的法律后果。起诉是行政相对人对行政机关的具体行政行为不服而向人民法院提出要求审查该具体行政行为合法性的具有法律意义的活动，由此产生的法律上的效果自然与行政机关的具体行政行为和人民法院的司法活动有关。

1.起诉对被诉具体行政行为的效果。从原则上说，行政相对人的起诉不应停止具体行政行为的执行，因为具体行政行为一经成立即推定具有合法的公定力、不得变动的确定力、约束双方的拘束力和必须履行的执行力。具体行政行为不因起诉而停止执行是国家行政管理的需要。国家的行政活动必须具有连续性，以维持社会的基本秩序。同时，从保证行政效率、保护公共利益及个人的长远利益的角度出发，也必然要求具体行政行为不因起诉而停止执行。此外，起诉不停止执行还有助于防止滥诉，避免极少数行政相对人通过行政诉讼规避法律，拖延乃至不履行行政机关为其设定的义务。

当然，起诉不停止执行原则也存在例外。在下述情况下，相对人起诉具体行政行为应停止执行：（1）被告认为需要停止执行的；（2）原告申请停止执行，人民法院认为继续执行可能造成难以弥补的损失，而停止执行并不损害公共利益的；（3）法律、法规规定应当停止执行的，如被处行政拘留的当事人在交纳了保证金之后，公安机关应当停止拘留决定的执行。

2.起诉对人民法院的效果。对人民法院来说，原告起诉即导致法院对起诉的审查和决定是否受理。

二、受理

（一）受理的概念

受理是指人民法院对公民、法人或其他组织的起诉进行审查，对符合法律规定的起诉条件的案件决定立案审理的诉讼行为。受理是以原告的起诉为前提的，没有行政相对人的起诉行为，也就没有人民法院受理行为；但受理却不是起诉的必然结果，受理与否是人民法院行使国家审判权对起诉行为进行审查而单方面得出的结论。

人民法院在接到原告的起诉状后要对其内容和形式进行审查，并根据审查的结果作出受理或者不予受理的裁定。

（二）审查的内容

人民法院对原告起诉行为的审查，首先是对其是否符合起诉条件的审查。即审查原告是否是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织；有无明确的被告；有无具体的诉讼请求；有无明确的事实根据；是否属于人民法院的受案范围；是否属于受诉人民法院管辖。

除此以外，人民法院还要审查原告是否穷尽行政救济手段。人民法院在对起诉状进行审查时，还应审查原告是否已经依法穷尽了所有的行政救济手

段。在行政诉讼前穷尽所有的行政救济手段的目的，是给行政机关一个改正自己的错误或修正不当的机会，以及发挥行政机关处理行政争议的专业优势，以此提高行政效率。

人民法院还应审查原告的起诉是否在法定时效期间内。法律规定起诉期限的目的是惩戒那些“权利的睡眠者”，使行政法律关系尽快稳定下来，这是行政效率优先与公民权利保障相互均衡的必然结果。从调查取证的角度看，争议发生后原告及早起诉也是很重要的。否则，证据随时间流逝而散失，以后难于获取。

有关法定诉讼时效期间的规定主要有：（1）不服复议决定的起诉时效期间一般为15日，但法律的规定可以少于15日，法规、规章的规定均不得少于15日；（2）复议机关拒绝复议或者不予答复的期限为2个月，法律、法规、规章可以规定少于2个月；此期限届满后15日内，可以提起行政诉讼；（3）当事人直接起诉的，时效为知道具体行政行为后3个月，法律有短于此期间的特别规定的从其规定，其他规范性文件的规定不得短于此期限；（4）当事人因不可抗力不能行使诉权而请求延长时效的，应当在影响消除后10日内向法院提出，是否延长由法院决定。

另外，法院还应审查原告的起诉书，是否符合一般形式要求。这一条件应从宽把握，只要是书面形式的起诉书即可，至于起诉书的内容是否全面、要求是否合理、文笔是否流畅等不影响法院受理，但可要求原告对起诉书予以某些修正、补充。

（三）审查的结果

人民法院通过对起诉行为的审查，应作出如下处理：

1. 对于符合起诉条件的，应当在7日内立案。

人民法院的受理行为意味着：（1）对于人民法院而言，该行为确定了特定法院的个案审判权和相应职责，该法院的审判活动宣告正式开始；同时，该行为还产生了排他的管辖权，当事人不得再行起诉，其他人民法院也不得再受理；（2）对于行政主体而言，受理行为确定了其与行政相对人之间彼此平等的诉讼地位，而在此前的行政程序中双方的地位是不完全平等的；（3）对提起诉讼的行政相对人而言，其起诉时效中断、原告地位确立，同时其应交纳案件受理费。

2. 不符合条件的，应当在7日内作出不予受理的裁定。

原告收到法院不予受理的裁定后，如认为自己的起诉行为合理，尚可采取如下对策：（1）起诉条件不满足的，按照法律规定补齐；（2）没有穷尽行政救济手段的，复议前置的应先申请复议；复议决定未作出的应等待复议决定作出；（3）不属于行政诉讼受案范围或人民法院管辖的，应依法院告知的申诉途径寻求另外的救济。如果当事人认为不存在上述情形，法院作出不予受理的裁定是不合法的，可在法定期限内向上一级人民法院上诉，上一级人民法院的裁定为终局裁定。如该裁定撤销了原不予受理的裁定，则原人民法院应受理此案；如维持原裁定，当事人一般应考虑息诉。

第二节 行政诉讼的第一审程序

一、第一审程序的概念

第一审程序是从人民法院裁定受理到作出第一审判决的全部诉讼程序。在所有行政诉讼程序形式中，第一审程序是最基础、最重要的程序，这不仅因为第一审程序是所有行政案件的基本的、必经的程序阶段；更重要的是，这一程序还是其他程序，特别是二审及再审程序的参照，在有关后两类程序的法律规定不甚详明时，需要比照第一审程序中的类似规定实行。

二、审理前的准备

审理前的准备是第一审程序在案件受理后到开庭前，为正式审理程序所作的准备及相关法定程序。其内容是审判人员了解基本案情、组建本案的审判组织等。

1. 组成合议庭。合议庭是行政诉讼合议审判制度的基本组织形式。行政案件必须由合议庭审理，这是行政诉讼区别于其他诉讼的一个重要特点。在第一审程序中，合议庭可以全部由审判员组成，也可以由审判员与人民陪审员共同组成。合议庭的组成人员必须是三人以上的单数。合议庭的领导体制是，审判长组织领导合议庭的审理工作，合议庭全体成员集体审理、共同评议、按少数服从多数的原则处理案件审理工作中的重大事宜。

2. 文书送达。指案件受理后由法院经手的，当事人之间、当事人与法院之间诉讼文书副本的传递工作，主要内容包括：（1）起诉状副本的送达。起诉状副本应当在立案后5日内送达被告，同时通知被告应诉并提供答辩状；被告不提供的，不影响案件的审理。（2）答辩状副本的送达。答辩状副本应当在法院通知其参加诉讼后的10日内送交人民法院，同时一并送达本案的证据材料及作出被诉具体行政行为的规范性文件依据。人民法院在接到答辩状后5日内将副本送达原告。（3）有第三人参加诉讼的，比照送达。

3. 合议庭阅卷及补充调查、取证。合议庭阅卷的目的是为了使合议庭组成人员全面了解案情，为开庭审理作好准备。补充调查、取证则是在合议庭组成人员认为行政机关提供的证据不够确凿、充分时，为了提高行政审判质量而自行组织的调查、取证工作。

4. 审查、调整诉讼参加人。合议庭在诉讼文书及其他材料比较充足、对案情的了解比较全面的基础上，可以根据案件的实际情况对原告、被告、共同当事人、第三人的资格进行全面审查，对应当追加的当事人通知其参加诉讼，让不符合条件的当事人退出诉讼或予以变更。原告资格不合格、令其退出诉讼而不同意退出的，则裁定驳回起诉。

5. 决定被诉具体行政行为是否停止执行。

6. 其他准备。决定诉的合并与分离、确定审理的形式、决定开庭审理的时间、地点、决定是否采取诉讼保全措施等。

三、庭审程序

（一）庭审方式

行政诉讼第一审的审理方式主要是开庭审理与公开审理。

1. 开庭审理，是指对所有的当事人开放的审理方式，是合议庭全体成员、当事人及诉讼参与人等行政诉讼主体汇集法庭，共同参与案件审理的活动。开庭审理是行政诉讼的基本方式，它以言词审理为主，可以对案件进行全面审查，既有事实审，又有法律审。

2. 公开审理，是指向社会、公众及舆论公开的开庭审理，允许利害关系人及一般公众到庭旁听，允许记者采访、报道。行政诉讼以公开审理为原则，以不公开审理为例外。不公开审理是指因涉及国家机密、个人隐私及商业秘密，经法院决定不公开进行的开庭审理。不公开审理只能是对案外人的不公开，而不可能对当事人不公开；不公开审理仅是审理过程的不公开，审理的结果，即判决或裁定仍应公开。

（二）庭审程序

庭审程序是人民法院在当事人、诉讼参加人及其他诉讼参与人的参加下，依法定程序审理行政案件的过程。庭审程序是狭义上的诉讼程序，是行政诉讼第一审程序乃至整个行政诉讼程序的核心。

人民法院审理案件必须采用开庭审理的方式，这种方式有利于保证审判结果公正。因为：（1）开庭审理是在全体当事人共同参与的情况下，听取各方的意见，这是保障公正的前提；（2）当事人可以当庭面对面地交锋，并有可能当面说服对方；（3）在庭审过程中，人民法院始终处于中立的第三方的地位，超然于当事人的利益纷争之外，听取当事人的陈述和辩论，这是保证诉讼结果公正的基本条件。

完整的庭审程序一般由如下步骤组成：

1. 开庭准备。主要是完成为正式开庭所必需的通知、公告等准备活动。包括：（1）正式开庭3日前，人民法院应当通知当事人及其他参加人开庭的时间、地点；对于公开审理的案件，还要张贴公告，将拟审理案件的案由、案情、诉讼当事人及公开审理的时间、地点等向社会公开，公众届时可以到法院旁听。（2）开庭的当日，书记员应于开庭前查明当事人及必须到庭的诉讼参加人的到庭情况，宣读法庭纪律，宣布审判长入庭。如果书记员经核对发现本案当事人或必须到庭的诉讼参加人未到庭的，经审判长裁定，可以延期审理。

2. 宣布开庭。开庭由审判长宣布，随后再核对一遍诉讼参加人，经人民法院两次合法传唤，原告无正当理由拒不到庭的，视为申请撤诉；被告无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。在宣布开庭的同时，还要告知当事人诉讼权利，其中主要是要求回避的权利。当事人请求合议庭组成人员回避的，开庭审理应当中止；待重新组成合议庭后继续进行。

3. 介绍案情。先由被告宣读被诉具体行政行为决定书，并提出作出该决定的事实根据及法律依据；随后由原告宣读起诉书，提出自己的诉讼请求及事实根据。

4. 法庭调查。在审判长主持下，根据所了解的案件事实，对已经清楚的事实当庭核查、落实，对合议庭成员不甚清楚的事实及证据向当事人、证人、鉴定人进行询问和调查。法庭调查阶段是行政诉讼程序中进行事实审的主要形式，所有与本案有关的证据必须向法庭出示，并经当事人验明、确认后后方可作为本案的定案证据。

5. 法庭辩论。各方当事人及其诉讼代理人之间就案件的事实问题、证据问题及法律问题展开的辩驳、论证、质证。法庭辩论的大致顺序是，先由原告及其诉讼代理人发表辩论意见，再由被告及其代理人、第三人及其代理人发表辩论意见，接着是各方相互辩论。在辩论结束后，由审判长征询各方的最后意见，其顺序也是先原告、后被告、第三人。各方发表完最后意见后，审判长宣告法庭辩论结束。法庭辩论并不是各方当事人的自由辩论，而是在

审判长的指挥下进行、由审判长控制整个过程，各方当事人在辩论中不得有具有人身攻击性或有伤风化的言辞，与本案无关的内容以及在法庭调查阶段已经发表过的意见不宜再在法庭辩论中提出。

6. 合议庭评议。法庭辩论结束后，审判长宣布休庭，由合议庭全体成员对本案进行评议。评议秘密进行，经全体成员民主表决，形成合议庭对本案的判决意见。

7. 宣读判决。判决可以在合议庭评议后当庭宣布，也可以择定日期另行开庭宣布。但判决书通常在判决宣布后送达当事人，或者在定期宣判时当场交与当事人。

人民法院经一审程序作出的判决为一审判决，根据我国二审终审的诉讼制度，一审判决不是终审判决，因此，在一审判决书中应当明确告知当事人上诉权，并明确说明上诉权行使的期限和方式。

四、撤诉

人民法院经过审理前的准备及庭审程序作出一审判决后，行政诉讼的第一审程序即告一段落，但并不是所有一审案件都要经历上述所有程序阶段。在上述诉讼过程的任何时刻，原告都有权申请撤诉。

撤诉是原告在立案到宣告判决或裁定之间的诉讼过程中，主动撤回诉讼请求、申请人民法院终止诉讼程序的活动，是原告行使其处分诉讼权利的活动。

行政诉讼中原告申请撤诉的比例很高，这是行政诉讼有别于其他诉讼的一个重要特征。其原因，一方面存在着某些行政机关在原告起诉后，对原告施加压力迫使其撤诉的不正常情况；另一方面也确实存在行政机关在原告起诉后对自己业已作出的被诉具体行政行为认真复查，认为错误或不当，而在一审判决作出前撤销或者变更原具体行政行为，原告因此同意撤诉的正常情况。当然，在后一种情况下，也存在行政机关为避免成为被告而违法迁就原告无理要求导致原告申请撤诉的情形。

为了避免上述表面上合理、实质上蕴含着不正常因素的情形出现，法律对行政诉讼中原告的撤诉权作了特殊的规定，即原告申请撤诉的，须经人民法院同意。此外，二审中被告不得变更原具体行政行为的规定也是针对上述问题的。对原告撤诉权（包括主动撤诉和视为撤诉）的法律限制的理由在于，行政诉讼的目的并不仅仅是为了保护认为自己权益受到具体行政行为侵害的当事人的个人权益的，而且还要通过对具体行政行为的合法性的审查，监督、保障行政机关依法行政。对于明显违法的具体行政行为，原告申请撤诉的，以及被告明显违法或失当地撤销、变更本来合法的原具体行政行为而原告同意撤诉的，如果人民法院允许原告撤诉，那就完全背离了行政诉讼制度设立的本来目的。

五、调解

诉讼活动中的调解程序，是指在审判人员主持下，当事人通过协商达成协议，就此结束案件审理的诉讼活动。着重调解是民事诉讼的突出特点和必经程序，这是由当事人之间的平等地位，以及当事人的意思自治决定的。但行政诉讼中，一般不得以调解作为审理和结案的方式，而必须以判决或裁定的形式结案。

行政诉讼有关调解的基本原则是，法院不得以调解方式结案，审判人员不应参与调解工作，但这一原则也有例外：（1）行政赔偿诉讼可以调解。行

政赔偿诉讼是在主要法律问题已经解决，行政侵权行为的违法性业已确认的情况下进行的。行政机关对具体赔偿数额问题可以与原告协商，如果原告同意行政机关少赔，则应当允许双方以调解的方式解决其赔偿纠纷。（2）附带民事诉讼可以调解。行政诉讼附带民事诉讼是行政诉讼的一种特殊形式，其中附带的民事诉讼，与普通民事诉讼无异，当然可以调解。

六、审理程序延阻

审理程序延阻是指因特殊原因而使诉讼活动不能按正常程序进行的程序中断、程序中止、延期审理等法定情形。

1. 延期审理。延期审理是指人民法院在决定开庭后或开庭审理中，因特定事由不得不推延审理时间的诉讼行为。延期审理的法律后果是合议庭择日另行开庭。导致延期审理的法定事由有：（1）必须到庭的当事人或其他诉讼参与人（如证人）没有到庭的；（2）当事人申请回避，尚未决定是否回避或新的合议庭组成人员尚未确定的；（3）案件证据不足，须传新的证人到庭或继续调查、取证的；（4）合议庭组成人员不够法定数目，又无人替代的；（5）行政机关改变被诉具体行政行为，原告尚未表示是否撤诉的。

2. 诉讼中止。诉讼中止是指诉讼活动因法定的不确定事由而暂停的情况。诉讼中止的法律效果是暂时停止本案的全部诉讼活动，诉讼程序重新开始后，中止前业已进行的行为依然有效。不确定可以导致诉讼中止的法定事由包括：（1）原告死亡，需要等待其近亲属表明是否参加诉讼的；对此法律规定了3个月的诉讼时效，逾期则导致诉讼终结；（2）原告丧失诉讼能力，尚未指定法定代理人的；（3）作为原告的法人或其他组织终止，权利义务承受人未定的；（4）一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的；（5）其他事由，如本案须以另一案件的审理结果为依据，而该案尚未审结的。

3. 诉讼终结。诉讼终结是指在诉讼程序不能继续或继续进行毫无意义的情况下，结束正在进行的诉讼程序，其法律效果是永远停止本案全部诉讼活动。根据一事不再理原则，诉讼终结的案件一般不能再次起诉，但因没有实体判决或裁定，当事人的实体权利并没有完全丧失，当事人仍可自行解决纷争。可以导致诉讼终结的法定事由包括：（1）原告死亡，近亲属明确放弃诉讼权或诉讼中止后3个月仍不参加诉讼的；（2）原告丧失诉讼行为能力，诉讼中止后3个月法定代理人仍不参加诉讼的；（3）原告是法人或其他组织，且已被撤销或解散，诉讼中止后3个月仍无权利承受人应诉的。

4. 延长审限。延长审限是指一审人民法院在法定审理时限内不能完成审理工作，经高级人民法院批准，而对该案审理时限的延长。我国行政诉讼一审案件的一般审限，为立案后3个月；二审案件为收到上诉状后2个月。超过上述期限仍未审结的，就需要延长审限。延长审限必须有不能按期审结的特殊原因，如案件特别复杂、需要合并审理或经过多次延期等。延长审限必须在审理期限届满前得到高级人民法院的批准；高级人民法院审理的案件需要延长审限的则需最高人民法院批准。

5. 移送。人民法院合议庭在审理中发现本案不属于行政诉讼受案范围的，应当移送其他部门处理。这种移送不同于移送管辖，而是主管事项的移送。被移送的案件主要包括刑事案件、内部行政案件及应当由其他部门处理的行政违法案件等。

第三节 行政诉讼的第二审程序

一、第二审程序概述

第二审程序是在第一审判决或裁定生效前因第一审当事人申请上诉而引起的程序。第二审程序的结果是人民法院作出终审判决或裁定。

我国行政诉讼与其他诉讼一样，实行两审终审制：一审当事人在一审判决或者裁定作出之后和生效之前，有权选择是否发动第二审程序，而一审法院的上一级法院接到上诉后必须立案并进行二审。这一审判模式既保障了当事人诉讼权利的正常行使，又适当限制了当事人的上诉次数，避免人民法院因当事人无限制上诉而在一案中投入过多的精力，影响其他案件的正常审理。

换一个角度看，二审程序是法院系统内部上级法院对下级法院实施审判监督的主要方式。上级法院通过对一审案件的再次审理，对下级法院行使审判监督权，将下级法院的审判活动纳入统一的监督渠道之中。同时，上级法院的审判监督也是对其辖区内下级法院适用法律、法规的监督，有利于在辖区内维持统一的执法尺度。此外，审判监督也有利于上级法院对下级法院的业务指导。

二、上诉的概念

上诉是指行政诉讼第一审程序中的当事人不服人民法院作出的一审判决或裁定，在第一审的判决、裁定生效前，向第一审法院的上一级人民法院提出的，要求对第一审的判决、裁定进行复查的诉讼活动。

从上诉概念看，上诉具有以下特点：（1）上诉的提起是基于一审当事人的上诉权。上诉权是一审案件当事人的法定权利。当事人提起上诉的，原审法院的上一级人民法院必须受理，没有自由裁量的余地。（2）上诉针对的是未生效的一审判决或裁定。可以提起上诉的裁定限于不予受理或驳回起诉的裁定，可以上诉的判决则没有限制。（3）上诉必须在法定期间内提起。对判决的上诉期间为判决书送达之日起15日内，对裁定的上诉应当在裁定书送达之日起10日内提起。（4）上诉是向原审法院的上一级法院提起的。因此，二审案件无所谓管辖问题，而是由人民法院的审判级别决定的。

三、二审程序

（一）上诉。二审程序是以一审当事人的上诉为前提的，当事人在提起上诉时应向原审法院递交上诉状，写明上诉的请求和理由，同时一并交纳上诉费。

（二）受理。当事人的上诉先由原审人民法院审查，但这种审查只能是表面的审查，即对上诉状的形式是否合乎一般要求、内容是否齐全、上诉有没有超过上诉期限等进行审查。经过上述初步审查后，原审法院即应将上诉状连同全部案卷转交其上一级人民法院，即第二审法院，或称上诉审法院。被上诉人有答辩状的，也应一并转交。

（三）审理。二审法院在接到原审法院转交的上诉状、答辩状及全部案卷后，即进入二审的审理程序。该程序主要包括以下步骤：

1. 组成合议庭。二审合议庭与一审合议庭不同，其全体组成人员必须都是审判员，而不能有人民陪审员。

2. 再次审查上诉条件。二审法院对当事人上诉的审查同原审法院的审查内容基本相同，除了以当事人超过上诉期限为由外，二审法院一般无权驳回

当事人的上诉。但案卷材料欠缺的，可以让一审法院补充。

3. 阅卷。合议庭阅卷的目的也是为了了解案情，对原审判决或者裁定在认定事实、适用法律等方面的问题进行集体讨论，并结合当事人的上诉请求、上诉理由、事实依据及被上诉人答辩状的内容，形成对本案的基本看法。

4. 审理程序。合议庭成员在阅卷后，即可决定具体案件的审理方式。行政诉讼第二审有书面审和庭审两种方式：

(1) 书面审理。主要是法律审，是在案件事实清楚，各方当事人对事实问题不存在争议，而仅对法律适用问题意见相左时所采用的审理方式。采用书面审理方式时，二审合议庭的组成人员应在进一步阅卷的基础上，重点就本案所涉及的法律问题进行讨论，并按少数服从多数的原则表决对本案的最终意见。

(2) 开庭审理。适用于案情复杂、当事人对事实问题存在重大争议、需要调取新的证据的案件。第二审案件的开庭审理与第一审案件基本相同，在此不再赘述。

四、二审审理的内容

二审审理的内容应围绕当事人不服一审判决或者裁定提出的上诉请求和上诉理由，重点是一审判决或者裁定认定事实是否清楚、适用法律、法规是否正确、审判活动是否符合法定程序等。但二审审理的实际内容并不受当事人上诉范围的限制，而是对原审法院审理活动的形式和内容的全面审查。

通过对上述内容的审查，并经合议庭成员表决通过，形成对上诉案件的判决。二审法院的判决又称终审判决，是二审法院对一审判决的评价和结论，也是间接地对原被诉具体行政行为的评价和结论。

第四节 行政诉讼审判监督程序

一、审判监督程序的概念

审判监督程序又称再审程序，是指人民法院依其法定职权而对业已生效的行政判决或者裁定重新进行审理的诉讼活动。再审程序不是行政诉讼的必经程序，也不是一个独立的审级，该程序具有以下特点：（1）没有时效的限制；（2）针对的是已生效、但确有错误的判决或裁定；（3）必须由有审判监督权的组织提起。

二、再审案件的确定

（一）再审案件的来源

再审案件一般可以通过下列渠道提出：（1）当事人申诉。已生效判决或者裁定的当事人认为该判决或者裁定错误的，可以向原审人民法院、上一级法院、与原审法院同级的检察院或其上一级检察院申诉。（2）人民群众来信来访反映、社会团体提请人民法院或人民检察院处理的案件。（3）法院系统内部自查时发现的，检察院在对人民法院执行法律情况实施法律监督时发现的。

（二）再审的条件

通过各种渠道反映的人民法院已生效判决或者裁定可能违法的情况，必须对其是否确实违反法律、法规规定进行甄别。确属错误的案件一般有两类：

1. 认定事实方面存在严重错误的案件。主要包括：（1）认定事实不清、主要证据不足的；（2）本案的事实根据是其他民事、刑事案件判决中认定的，而该民事、刑事判决被先行否定的；（3）定案证据中有伪造、变造的；（4）有新的事实或证据发现，足以否定原判决或者裁定的；（5）审判人员在审理过程中有严重违法或者犯罪行为，可能影响案件的正确审理的。

2. 适用法律、法规方面有严重错误的案件。主要是指：（1）所适用的法律依据已废止、失效、被撤销的；（2）引用的法律、法规的条文错误的，如本应适用此法律、法规，却适用了彼法律、法规；本应适用此法律、法规的此条文，却适用了其他条文等；（3）所参照的规章与现行其他规章相互冲突，经最高人民法院提请国务院作出解释或者裁决，国务院的解释否定了相应规章的；（4）审判过程严重违法法定程序，足以产生影响案件公正审理的后果的。

（三）再审案件的确定

再审案件必须由有审判监督权的机关依职权提出，并由有权机关根据法律规定予以确定。有权提起审判监督程序的机关限于：（1）最高人民法院、最高人民检察院对各级人民法院作出的业已生效的判决或者裁定；（2）上级人民法院、上级人民检察院对下级人民法院作出的业已生效的判决或者裁定；（3）终审人民法院院长对本院作出的业已生效的判决或者裁定，但必须提交本院审判委员会讨论通过。

三、再审程序

有关再审程序的规定本身非常简单；原则上适用原审程序。其审理程序包括：

1. 另行组成合议庭。再审如果是原审人民法院审理，则应另行组成合议庭，原审合议庭的组成人员应当全部回避，以避免先入之见影响再审的公正性。

2.对原审判决、裁定的处置。再审开始后，首先要中止原判决、裁定的执行。既然再审意味着认定原生效判决或裁定确有错误，至少可能性非常大，在这种情况下继续执行原判决或者裁定显然是不适当的。

3.正式审理程序。再审案件适用原生效判决、裁定的审理程序，而无论再审是指令再审抑或提审。如被提起再审案件的判决是第一审判决，再审由一审法院的上一级法院提审，虽然上一级法院在正常情况下是原审法院的上诉审法院，但在再审中只能适用行政诉讼第一审程序，而不能适用上诉审程序。

第五节 排除妨害行政诉讼的强制措施

一、概念

排除妨碍行政诉讼的强制措施，是指为了维护行政诉讼秩序而由法律规定的、对妨害诉讼的违法行为所采取的强制性的排除措施，主要适用于妨碍行政诉讼的行为。法律规定排除妨碍行政诉讼的强制措施的目的，是为了维护正常的行政诉讼审理秩序、保证行政案件的公正审理。

二、妨害行政诉讼行为的分类

妨害行政诉讼行为通常根据妨害行为的主观动机将其分为消极妨害行为与积极妨害行为：

1. 消极妨害行为是指有义务协助人民法院正常诉讼活动进行的公民或其他组织拒绝协助或拖延履行其义务。如有义务协助执行的人，对人民法院的协助执行通知书无故推拖、拒绝或者妨碍执行的。

2. 积极妨害的类型有：（1）故意提供伪证，包括伪造、隐藏、毁灭证据；指使、贿买、胁迫他人伪造、隐藏、毁灭证据；以及威胁、阻止证人作证等。（2）隐藏、转移、变卖、毁损已被人民法院查封、冻结的财产的；（3）以暴力、威胁或者其他方法阻碍人民法院工作人员执行职务或者扰乱人民法院工作秩序的；（4）对人民法院工作人员、诉讼参与人、协助执行人进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复的。

三、妨害行政诉讼行为的构成要件

妨害行政诉讼行为的构成要件包括：（1）妨害行政诉讼行为发生的时间必须在行政诉讼中。妨害行政诉讼行为始于诉讼开始终于执行完毕。（2）必须有对行政诉讼活动构成妨害的事实。（3）必须是行为人故意所为，即在明知其行为会发生妨害行政诉讼的效果而希望或放任这种行为发生的心理状态。

四、排除妨害行政诉讼行为的措施

排除妨害行政诉讼行为的措施主要有：训诫、责令具结悔过、罚款及司法拘留等几种形式。其中：罚款的数额应在 1000 元以下，拘留的天数应在 15 日以下。严重妨害行政诉讼构成犯罪的，应依法追究刑事责任。

五、排除妨害行政诉讼行为强制措施的适用原则

排除妨害行政诉讼行为强制措施的适用原则有：（1）强制措施的形式应与妨害行为的性质相适应。（2）强制措施程度与妨害行为的情节相适应。人民法院采取排除妨害行政诉讼的强制措施的目的，是为了制止妨害行为的继续，避免类似情况的再次发生，以维护行政诉讼的正常秩序，保障案件的公正审理。因此，如果强制措施的形式背离了妨害行为的性质及情节，就无法实现设立排除妨害诉讼的强制措施的目的，不是因为措施不力不足以排除妨害，就是因为措施过当而引起当事人及案外人的抵触情绪。（3）符合法定程序。这是保障排除妨害的强制措施本身不违法的必要保障。如对于罚款、拘留的强制措施的决定，必须由院长批准，当事人对该决定不服的可以复议一次。

第二十五章 行政诉讼的法律适用

第一节 行政诉讼的法律适用概述

一、行政诉讼的法律适用的概念

行政诉讼的法律适用，是指人民法院依法定程序将法律、法规（包括决定参照的规章）的规定具体运用于各种行政案件，从而对行政机关所作具体行政行为的合法性进行审查的活动。法律适用涉及两方面的法律规范：诉讼程序法和行政实体法、行政程序法。适用诉讼程序法主要解决司法审查如何进行的问题，涉及《行政诉讼法》、《民事诉讼法》和其他有关诉讼程序的法律、法规；适用行政法律规范（包括行政实体法、行政程序法）是行政诉讼法律适用的重点和难点所在，其主要在于确立具体行政行为合法的标准，进而对具体行政行为的合法性作出裁判。我国行政法律规范体系庞大、层级繁多、效力有别，行政诉讼的法律适用主要就是针对各级、各类行政法律规范而言的。

行政诉讼的审判依据即是行政机关作出具体行政行为的法律依据，二者是严格吻合的；两者之间的任何脱节，必然造成行政机关适用的法律规范与司法审查标准的背离，从而构成法律适用的错误。从实践中看，行政诉讼制度本身也要求行政机关与人民法院在适用法律上保持一致，避免行政机关作出具体行政行为与人民法院实施司法审查的法律依据发生不一致。

二、行政诉讼的法律适用的特点

1. 适用的主体是人民法院。行政诉讼的法律适用，是由作为司法机关的人民法院适用具体的行政法律规范审查具体行政行为是否合法。被诉具体行政行为是被告行政机关或法律、法规授权的组织在行政程序阶段适用行政法律规范的结果。所以在诉讼阶段，被告有义务提供作为具体行政行为依据的规范性文件，不再有权决定法律规范的适用。

2. 是法律规范的第二次适用。由于行政诉讼是对行政机关在行政程序中作出的具体行政行为的合法性进行审查，而被诉具体行政行为的作出本身就是适用行政法律规范的结果，因此，人民法院在行政诉讼阶段的法律适用，是对被告在行政程序阶段适用行政法律规范的活动审查，也就是第二次适用，这点与民事诉讼和刑事诉讼的法律适用有根本性的区别。根据《行政诉讼法》第3条规定，人民法院对行政案件独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉，因此，人民法院的法律适用是独立的，不受行政机关第一次适用的影响。

3. 是具有最终法律效力的适用。较之行政机关作出具体行政行为时的法律适用，人民法院行政诉讼中的法律适用的效力高于被告作出具体行政行为时的法律适用，并具有最终法律效力，公民、法人和其他组织以及被诉行政机关或法定授权组织必须遵守和服从。

4. 适用的范围限于法律、法规和规章。人民法院审理行政案件，依据法律、法规、参照规章；而不适用行政机关在第一次适用时所适用的规章以下的规范性文件。

第二节 行政审判的依据

一、行政诉讼法的规定

行政审判的依据，是指人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查与裁判时必须遵循的根据。《行政诉讼法》第 52 条规定：“人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。”“人民法院审理民族自治地方的行政案件，并以该民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。”因此，行政审判的依据是法律和法规。

二、行政审判的依据之一：法律

法律是由作为国家最高权力机关的全国人民代表大会或其常务委员会制定的，在全国范围内具有普遍约束力的规范性文件。其中前者为基本法律，后者为一般法律。法律的制定反映了全国人民的意志，一切国家机关、社会组织和个人都应当遵守。国家行政机关和司法机关由国家权力机关产生，对它负责受它监督，必须遵守和服从由最高国家权力机关制定的法律。而就行政诉讼而言，行政案件适用法律的更重要的原因在于，人民法院的司法审查权正是经法律的形式授予和取得的。

广义的法律包括宪法，宪法是国家的根本大法，具有最高的法律效力。但宪法对具体行政行为的调整只能是抽象的、原则的、间接的，宪法的规定一般都通过法律具体化，成为可直接适用和遵循的法律规范。因此，行政机关作出具体行政行为和人民法院审查具体行政行为，通常直接适用法律而不直接适用宪法。当然，这并不排除在没有相应法律规定的情况下，人民法院可直接适用宪法。

三、行政审判的依据之二：法规

作为行政审判依据的法规包括：行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例。

（一）行政法规

行政法规特指作为国家最高行政机关、中央人民政府的国务院在其职权范围内，以宪法、法律为依据并依照一定的程序制定的、在全国范围内具有仅次于宪法和法律规范效力的规范性文件。法律对具体行政行为的调整可能还比较原则，通过制定行政法规使之具体化或填补空白，以便于行政机关执行，有效地实施行政管理。

国务院是最高国家权力机关的执行机关，直接由全国人民代表大会产生并对它负责。国务院制定的具有普遍效力的规范性文件具有从属性立法的性质，其法律地位仅次于宪法和法律，是一切国家行政机关作出具体行政行为的法律依据。国务院制定的行政法规受全国人民代表大会常务委员会的监督，全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规。因此，行政法规在一般情况下（即只要不与宪法、法律相抵触）均为人民法院行政审判的依据。

（二）地方性法规

地方性法规作为人民法院审查本行政区域内被诉具体行政行为合法性的依据的理由是：

1. 地方性法规是由地方国家权力机关制定的，地方国家行政机关和地方国家司法机关由它产生、对它负责、受它监督。地方行政机关作出具体行政

行为必须遵守地方性法规，地方人民法院审理本行政区域内的行政案件也应以地方性法规为依据。

2.有的法律通过行政法规具体化，有的则借助地方性法规，人民法院对于依据地方性法规作出的具体行政行为，自应以地方性法规为依据审查其合法性。

3.省、自治区人民政府所在地的市和国务院批准的较大的市，其政治、经济地位重要，往往作为中央立法试验基地。从国家经济建设和加快改革开放的需要出发，由其人民代表大会及常委会制定的地方性法规亦应作为行政审判的依据。

（三）自治条例、单行条例

自治条例、单行条例是民族自治地方的人民代表大会依照当地的政治、经济和文化的特征，依照法定权限所制定的规范性文件。自治条例和单行条例的效力基本与地方性法规相同，人民法院审查民族自治地方的行政机关作出的具体行政行为，应以民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。

四、对行政审判依据的具体适用

人民法院审理行政案件以法律、法规为依据。但法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例的层级效力各不相同，法律地位和作用也有区别。低层级的规范只有符合高层级的规范才有效，据此作出的具体行政行为才合法。因此，所谓“行政审判的依据”，是从法律规范的整体结构上规定审查和裁判具体行政行为是否合法的根据。当低层级的规范没有宪法或法律依据或与宪法、法律、行政法规相抵触，因而不符合法律的规定或原则时，人民法院有权不适用低层级规范而最终依据高层级规范作出对具体行政行为的合法性的确认和判决。

第三节 规章的参照适用

一、行政诉讼法的规定

《行政诉讼法》第53条第1款规定：人民法院审理行政案件，参照国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、颁布的规章。这里的“参照”是指参考、依照。

规章的参照适用，是指人民法院审理行政案件，对符合法律、行政法规规定的规章，要参照适用，作为审查具体行政行为是否合法的依据；对不符合或不完全符合法律、法规原则精神的规章，人民法院有灵活处理的余地，可以不予适用。

二、规章的范围和法律特征

（一）规章的范围

规章分为部门规章和地方政府规章。部门规章是指作为国务院所属部门的部、委员会及直属机构在各自权限范围内，为执行法律、行政法规的需要而制定的，规范性明确并在部门范围内具有普遍约束力的规范性文件。地方政府规章是指由省、自治区、直辖市人民政府，省、自治区人民政府所在地的市、国务院批准的较大的市以及作为经济特区的市的人民政府，根据法律、法规的规定制定的，在本辖区内具有法律效力、并作为其所属地方各级行政机关管理本地方行政事务依据的行政规范性文件。

（二）规章的法律特征

部门规章在全国范围内具有普遍的约束力和强制执行力，具有法的性质，是国家法律规范体系的组成部分。行政机关依据宪法第90条的规定制定部门规章，这是行政行为的表现形式之一，也是行政管理不可缺少的法律手段。由于部门规章须依据法律、行政法规制定，因此部门规章的效力低于法律和行政法规，不得与之抵触。部门规章的制定必须在本部门职权范围内，符合法定程序，否则无效。

地方政府规章的制定有《中华人民共和国各级人民代表大会和各级人民政府组织法》第60条的依据。因与部门规章的制定机关、适用范围和效力等级不同，地方政府规章只在所管辖的行政区域内具有普遍的约束力。地方政府结合当地的实际情况制定的规章，可以弥补部门规章规定的不足，保证法律、行政法规、地方性法规在所管辖的行政区域内得到有效实施。地方政府规章须依据法律、行政法规制定，因此，地方政府规章的效力低于法律、行政法规，并且，制定地方政府规章的行政机关由同级人民代表大会产生，因此，地方政府规章的效力也低于地方性法规。

三、规章的适用效力

（一）规章在行政审判中的作用

人民法院审理行政案件参照规章，但对不合法的规章有权拒绝适用。对合法的规章则承认其效力，并据以审查依据规章作出的具体行政行为的合法性。

规章不能作为行政审判依据的理由是：（1）有权制定规章的行政机关也有权作出具体行政行为，如果以规章为审理依据，等于行政机关自己确立具体行政行为是否合法的标准，这不符合依法行政的原则，不利于保护公民、

法人和其他组织的合法权益；（2）有权制定规章的行政机关，尤其是部门行政机关，职权交叉问题目前尚未彻底解决，规章之间相互超越职权的现象大量存在，影响了规章的效力；（3）规章的制定程序目前尚不完善、不严格，致使规章带有明显的部门保护主义和地方保护主义倾向，相互之间、与法律、法规之间经常发生冲突；从而，以规章作为行政审判依据不利于人民法院独立行使行政审判权。

但是，规章毕竟是具有法律效力的规范性文件，是法律、法规的具体化，具体行政行为同时依据法律、法规、规章作出。因此，人民法院审理行政案件也离不开规章，尤其是在法律和法规对某一具体行政行为没有明确规定而规章作了规定的情况下，人民法院应当参照适用。

（二）人民法院对规章的审查

宪法和法律规定，制定规章应“根据法律和国务院的行政法规”，即只有当法律、行政法规对某一行政管理事项已有规定的情况下，有权机关才能制定规章作具体的规定，否则，规章即是不合法的。规章的这种法律属性决定了人民法院参照适用规章，应首先对规章进行审查，审查规章的制定及其内容是否合法（主体、权限、内容、程序），以决定是否适用及如何适用。当规章的制定有法律、法规的根据，且其内容不与法律、法规相抵触时，人民法院审理行政案件应予参照适用。当规章与法律、法规相抵触时，人民法院有权拒绝适用。当规章之间相互不一致时，由最高人民法院报请国务院作出解释或者裁决。需要注意的是，人民法院审查规章，不能对其合法与否作出判决，而只能决定在审查具体行政行为的合法性时是否予以适用，因此，人民法院对规章的审查权是有限的。

四、关于一般规范性文件的适用

一般规范性文件，是指规章以下的具有普遍约束力的行政决定、命令的总称。这类规范性文件，对人民法院的行政诉讼活动没有适用力，人民法院仅在审理行政机关的行政行为是否属于滥用职权时，予以参照。《行政诉讼法》没有对一般规范性文件在行政诉讼中的效力作出规定，人民法院在审查具体行政行为合法性时，不能像规章一样予以参照适用。当然，从我国行政管理和司法实践看，人民法院审查具体行政行为时也不能完全不顾及和忽视行政机关发布的一般规范性文件。在依据法律、法规、参照规章的前提下，对一般规范性文件的规定也应予以参考。不过，在法院判决书中不能引用一般规范性文件的规定。

第四节 法律规范适用的冲突规范

一、法律规范冲突的概念

法律规范冲突是指调整同一事项同时有两个或两个以上的法律规范，且其规定不一致，相互矛盾，甚至相互抵触。在这种情况下，适用不同的法律规范将导致不同的结果，人民法院必须对发生冲突的法律规范确立选择适用的规则，选择合适的法律规范作为审查具体行政行为是否合法的依据。

由于行政诉讼中可适用的法律规范的多样性，难免出现法律适用的冲突。其原因主要是立法，特别是行政立法的不周密、相互间缺乏协调造成的。

二、法律规范冲突的表现形式

法律规范冲突的形式繁多，有合理的，有不合理的，有应予存在的，有不应存在的。主要冲突形式包括：

（一）特别冲突

我国行政法律规范体系中，存在着特别法与普通法、单行法与法典的冲突。如对港、澳、台同胞出入境管理的特别规定不同于对一般公民的普通规定。

（二）层级冲突

指不同效力等级的法律规范就同一法律事项的规定不相一致时产生的层级冲突。包括：（1）行政法规与法律的冲突；（2）地方性法规与法律的冲突；（3）自治条例、单行条例与法律的冲突；（4）地方性法规与行政法规的冲突；（5）规章与行政法规的冲突；（6）不同层级地方性法规之间的冲突；（7）不同层级规章之间的冲突。

（三）平级冲突

系指处于相同效力等级的法律规范就同一法律事项的规定不一致而产生的部门、地区之间的平级冲突。包括：（1）部门规章之间的冲突；（2）部门规章与地方政府规章的冲突；（3）同一层级地方政府规章之间的冲突；（4）同一层级地方性法规之间的冲突；（5）行政法规之间的冲突；（6）法律之间的冲突等。

（四）新旧法冲突

新、旧法律规范就同一法律事项的规定不相一致所产生的冲突。

（五）人际冲突

基于民族、种族或身份、系属的不同而同一法律事项的规定不相一致所产生的冲突，如单行条例中对汉族和少数民族计划生育控制数量的不同规定。

（六）区际冲突

不同行政区域的法律规范就同一法律事项的规定不相一致所产生的冲突，如大陆法律规范与港、澳、台法律规范的冲突。

三、确立选择适用规则的理论依据

选择适用规则，是指导人民法院在针对同一法律事项的相互冲突的规范之间选择应当适用的法律规范的具体原则，以便法院确立应当适用的法律规范，以此来审查具体行政行为的合法性。选择适用规则是程序性规则，通过适用这些程序性规则，在冲突的实体规范中找出相应案件应予适用的法律规范，再由人民法院在行政审判中适用该法律规范。

确立法律规范冲突的选择适用规则的理论依据，是行政法治或依法行政

这一行政法基本原则。行政法治原则的两个基本内涵是：法律优先、依据法律。

法律优先原则的基本含义是，法律在效力上高于任何其他法律规范。具体而言：法律已有规定的，任何其他法律规范都不得与之相抵触，凡有抵触皆以法律为准，但其他规范性文件可以使之具体化；法律尚无规定而其他法律规范规定了，一旦法律对此作出规定，其他法律规范须服从法律。值得注意的是，我国宪法和法律在法律规定法律与其他规范性文件之间的关系时，采用了不同的标准：对地方人大制定地方性法规采用的是“不抵触”原则，即地方性法规的规定不得与对此已有规定的法律、行政法规相抵触；如果法律、行政法规对此没有规定，地方性法规可以根据地方特点作出规定。同时，对行政机关制定法律规范采用的是“根据”原则，即行政机关制定的规范不但不能与对此已有规定的法律（包括行政法规、地方性法规）相抵触，而且只有在法律已有规定或者在法律明确授权的情况下，才能据以作出具体性的规定。这两个原则的内容显然不同，但所体现的法律的优先地位及法律优先原则却是相同的。

依据法律，则是指行政机关的行为必须依据法律，或者说有法律依据，这是依法行政的主要内容。行政机关的行政行为大致可分为两类，即制定规范的抽象行政行为和作出处理决定的具体行政行为。上面提到的“根据”原则，可以认为是抽象行政行为领域的依据法律，但一般所说的依据法律，主要是针对行政机关的具体行政行为而言的。

四、法律规范冲突的选择适用规则

解决法律适用冲突是通过选择适用规则实现的，人民法院是选择适用规则的主体，通过适用规则的选择和运用，解决相应的法律适用冲突问题，这些规则包括：

（一）特别冲突适用规则

在同一效力层级上，特别法优于普通法。普通法调整一般社会关系，特别法在一般法的基础上调整特定社会关系，特别法有特别规定的，应优先适用特别法。但这一规则的前提是，特别法与普通法必须处于同一效力层级上。

（二）层级冲突适用规则

高层级法律规范优于低层级法律规范。除非高层级法律规范授权低层级法律规范作出与高层级法律规范不同的规定，人民法院才优先适用低层级法律规范。我国法律规范的效力层级的排列是：宪法、法律、行政法规、地方性法规、规章，省、自治区、直辖市人民政府制定的规章的效力高于省会市和较大的市人民政府制定的规章。地方政府规章与部门规章之间以及部门规章之间的冲突，由国务院解释或裁决。

（三）平级冲突适用规则

平级冲突的适用规则一般是：调整特定地区、部门事项的法律规范优于调整一般地区、部门的法律规范。《行政诉讼法》第53条第2款规定：“人民法院认为地方人民政府制定、发布的规章与国务院部、委制定、发布的规章不一致的，以及国务院部、委制定、发布的规章之间不一致的，由最高人民法院送请国务院作出解释或者裁决。”这种解决办法适用于平级规章之间的冲突，由人民法院逐级上报至最高人民法院，再送请国务院解释或裁决。

（四）新旧法冲突适用规则

新法优于旧法。如特定事项发生在新法生效后则适用新法；如发生在旧

法生效期间而纠纷发生在新法生效之后，原则上适用旧法，但新法有溯及力的除外。该规则的具体适用一般有行政实体法律规范的指引，即在新法颁布之际，以单行决定或在新法中专条明令新法生效后废止旧法，或者写明“凡与本法规定有抵触的，适用本法的规定。”同时，越来越多的新近颁布的法律增加了这样一条规定，即要求有关立法机关（包括行政立法机关）在新法颁布后一定期限内，对与新法有关的旧法的有关规定进行清理，以使新旧法保持一致，《行政处罚法》第64条即是一例。显然，这是减少新旧法冲突的最根本的方法，也可避免人民法院在适用新旧法冲突适用规则时因对立法机关，特别是行政立法机关的立法意图把握不准所造成的混乱。

（五）人际冲突适用规则

不同民族、种族或身份的人，适用对该民族、种族或身份的人有效的法律规定。

（六）区际冲突适用规则

适用“属地管辖”原则，即发生于港、澳、台地区的行政案件，适用该地区的法律规范；发生于大陆地区的行政案件，适用当地的法律规范，即使具有涉港、澳、台因素，也不例外，但是港、澳、台地区的法律适用，必须遵守一个中国的原则。属地冲突的法律适用还可通过双方协议解决。《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第95条规定：“香港特别行政区与其他地区的司法机关通过协商依法进行司法方面的联系和相互提供协助。”因此，大陆地区的人民法院可与香港地区的法院协商解决法律适用冲突问题。

第二十六章 行政诉讼的判决、裁定与决定

第一节 判决

一、行政判决的概念和特征

行政诉讼的判决（简称行政判决）是人民法院以国家的名义，根据查明的事实与法律、法规的规定，依照法定程序就被诉具体行政行为的合法性及其相关的行政争议，作出的具有强制性的裁判。行政判决的特点是：

第一，行政判决是一种强制性的裁判，是行使国家审判权的人民法院的意思表示。其一经作出，无论是原告行政相对人，还是被告行政机关，都必须予以执行；无论是对社会，还是对法院自身都产生相应的约束力。行政判决的这种属性使它与国家机关的一般文书区别开来。

第二，行政判决是人民法院在行政案件终结时对案件所作的终结处理决定。

第三，行政判决是人民法院就案件的实体问题，即被诉的具体行政行为是否合法或是否显失公正、以及如何处理这种行为所作的决定。这一点使判决与行政诉讼的其它决定如裁定相区别。

在行政诉讼程序中，行政判决是国家审判机关对行政活动进行法律监督的基本形式，是人民法院最终解决行政争议的基本手段，是人民法院行使司法监督权的重要体现。根据不同的标准，对行政判决可作不同的分类。如根据判决所解决争议的范围，判决可分为全部判决和部分判决；根据当事人双方是否出庭，判决可分为对席判决和缺席判决；根据作出的法院的审级，可以将行政判决分为一审判决和二审判决；而行政判决最重要的分类还是根据行政判决与被诉具体行政行为的关系，将行政判决分为维持判决、撤销判决、履行判决和变更判决。

二、第一审判决

一审判决是指人民法院适用第一审程序所作出的判决，也包括在审判监督程序中适用第一审程序对案件重新审理作出的判决。根据《行政诉讼法》的规定，一审判决具体可分为以下几种情况：

（一）维持判决

维持判决是人民法院通过审理，确认被告的具体行政行为合法，并否定原告对具体行政行为的指控，对具体行政行为的效力予以肯定的判决。

关于维持判决的适用条件，《行政诉讼法》第54条作了明确规定。按照《行政诉讼法》的规定，人民法院经审理，对证据确凿、适用法律、法规正确、符合法定程序的具体行政行为，判决维持。

1. 证据确凿。指案件的事实均有相应的证据证明，各项证据是真实可靠的；各项证据对所证事实是有证明力的；各项证据相互协调一致，对整个案件事实构成完整的证据锁链。

2. 适用法律、法规正确。指对具体行政行为所基于的事实的性质的认定正确；对相应事实选择适用的法律、法规及参照规章正确；根据相应事实的情节，合理地适用法律规范。

3. 符合法定程序。指行政机关作出具体行政行为，符合法定的步骤、方式、形式、时限和顺序等程序要求。

具体行政行为必须同时符合上述三项要求，人民法院才可以判决维持。

（二）撤销判决

撤销判决是人民法院通过审理，确认行政机关具体行政行为部分或者全部违法，从而部分或者全部撤销，或者同时责令行政机关重新作出具体行政行为的判决。

《行政诉讼法》第54条规定，人民法院对具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：

1. 主要证据不足。指行政机关在主要事实尚未查清、缺少必要的证据以前就作出了具体行政行为。所谓主要证据，是指行政机关赖以作出具体行政行为的基本事实和认定该事实存在所必需的证据。

2. 适用法律、法规错误。指行政机关作出具体行政行为时错误地援引了法律、法规。大致包括：应当适用此法而适用了彼法；应当适用法律、法规中的此一条款而适用了彼一条款；适用了无效的法律、法规；违反了法律冲突适用规则；没有考虑特殊情况，而只考虑了一般情况而适用了法律、法规等。

3. 违反法定程序。指行政机关作出具体行政行为时违反了法律、法规规定的行政程序要求。行政程序的基本要素是步骤、方式、方法、时限和顺序。只要违反其中的任何一个要素，就可以认定为程序违法。

4. 超越职权。行政机关的职权是人民通过法律、法规赋予的，职权行使的范围也是法律、法规规定的，行政机关超过法定范围行使权力，就是超越职权的行政违法行为。常见的超越职权的主要表现形式有：

超越行政机关的法定职权。包括纵向的越权，一般指下级行政机关行使了法律、法规赋予上级行政机关的职权，在特别情况下，上级行政机关行使了下级行政机关的职权也可能构成越权；横向的越权，即甲部门行使了法律、法规赋予乙部门的职权等等。

超越行政机关行使权力的地域范围。这主要是指地方行政机关超越其管辖的地域范围行使职权。最常见的超越职权，是法律、法规并未赋予行政机关具有此项职权，但该行政机关却擅自行使了此项职权。例如，无处罚权的行政机关行使了处罚权；无收费权的行政机关行使了收费权。

必须强调的是，行政机关的职权是法律、法规赋予的，法律、法规规定行政机关在多大范围内享有何种职权，行政机关才能在多大范围内行使此项职权；凡是法律法规没有规定行政机关享有此项职权，行政机关就不能行使，法律、法规规定了行政机关享有某项职权，行政机关不能超越范围行使，否则就是超越职权。

5. 滥用职权。指行政机关行使职权时背离法律、法规所规定的目的，滥用了法律、法规所赋予的职权。有职权但违反法定目的行使，这是滥用职权和超越职权最主要的区别。滥用职权一般都有主观故意。

根据《行政诉讼法》的规定，撤销判决有三种形式，即全部撤销判决、部分撤销判决和在判决撤销或部分撤销的同时判决被告重新作出具体行政行为。这三种不同的撤销判决分别适用于不同情况下的具体行政行为。全部撤销判决适用于整个具体行政行为违法的情况，或者整个具体行政行为既有违法的因素，又有合法的因素，但该具体行政行为是不可分的情况。部分撤销判决适用于具体行政行为部分违法、部分合法，且该具体行政行为是可分的情况。撤销的同时判决被告重新作出具体行政行为的判决适用于具体行政行为违法，但该行为所处理的问题需要行政机关重新处理的情况。

（三）履行判决

履行判决是人民法院对被告不履行自己的法定职责所作出的令其在一定期限内履行的判决。

履行判决的要件是：

1. 行政机关依法负有职责，应当履行一定的义务；
2. 行政机关不履行或者拖延履行法定职责；
3. 拒绝或者拖延履行无正当理由。

履行判决实际上是对行政机关的不作为行为所作的判决。《行政诉讼法》关于受案范围的规定中，凡行政相对人“认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的”；相对人“申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的”；相对人“认为行政机关没有依法发给抚恤金的”等等，都属于可作出此项判决的范围。

（四）变更判决

变更判决是人民法院对于行政机关作出的显失公正的行政处罚决定，通过司法裁判直接予以改变的判决。

变更判决的要件是：

1. 行政机关的具体行政行为必须是行政处罚行为，行政处罚以外的具体行政行为，人民法院均不能作出变更判决。
2. 行政处罚行为必须具备某种性质，即只有在这种行为达到“显失公正”的程度，人民法院才能作出变更判决。根据司法实践，人民法院在对显失公正的行政处罚进行变更时，需要注意：不能把一般稍有偏轻、偏重当成显失公正；变更判决应当在法律、法规规定范围和幅度以内，而且一般不宜加重对被处罚人的处罚。

三、第二审判决

二审判决是指人民法院适用二审程序审理案件所作出的判决，包括在审判监督程序中适用二审程序对案件重新审理作出的判决。

我国实行两审终审制，故第二审判决又称终审判决。第二审判决一经宣判或送达法律文书，案件即可终结，判决就具有法律效力。

第二审判决的种类有：

（一）维持原判

维持原判是指二审法院经过审理，对第一审人民法院在判决中认定的事实和适用法律、法规的情况予以肯定，认可其合法性，并确认其法律效力的判决。根据《行政诉讼法》第61条的规定，维持原判的条件是：认定事实清楚，适用法律、法规正确。

（二）依法改判

依法改判是指二审法院经过审理，对第一审法院在判决中认定的事实和适用的法律、法规，认定其有错误并直接予以改正的判决。依法改判适用于两种情况：

1. 根据《行政诉讼法》第61条第2项的规定，“原判决认定事实清楚，但适用法律、法规有错误。”可以改判。
2. 根据《行政诉讼法》第61条第3项的规定，“原判决认定事实不清，证据不足，或者由于违反法定程序可能影响案件正确审判的，也可以查清事实后改判。”

（三）撤销原判，发回重审

在一审判决认定事实不清、证据不足，或者由于违反法定程序可能影响案件的正确裁判的，二审人民法院可以裁定发回重审。发回重审的案件属于第一审案件，当事人如果对重审案件的判决、裁决不服，仍可以提起上诉。

第二节 裁定

一、裁定的概念

裁定是人民法院在审理案件过程中，或者在案件执行过程中，就程序问题所作的判定。裁定具有以下特点：

第一，裁定是人民法院解决程序问题的审判行为，是对程序问题所作的判定。

第二，裁定在诉讼的任何阶段都可以作出，在哪一个诉讼环节上出了问题，均可及时作出裁定，以解决所发生的程序问题。

第三，由于裁定所解决的是程序问题，因而其法律依据是程序性规范。

第四，裁定是一种不要式审判行为，可以是书面形式，也可以是口头形式。

二、裁定的种类

基于裁定所适用情形的不同，可以将裁定分为：不受理的裁定、停止执行的裁定、撤销原判发回重审的裁定、中止、终结审理的裁定以及决定再审的裁定等。

（一）不受理的裁定

人民法院对原告提出的行政诉讼，经审查，认为有下列情形之一的，应当于7日内作出不予受理的裁定。

1. 原告起诉的事项属于《行政诉讼法》第12条规定的事项，不属于人民法院主管的行政案件；

2. 不符合起诉条件，无法补正或者不按所限期限补正的；

3. 依照法律、法规规定应当经过复议的行政案件，原告未向行政机关申请复议的；

4. 起诉超过法定期限的；

5. 对人民法院正在审理或者审理终结的行政案件，又向人民法院提起诉讼的。

有上述五种情形之一的，人民法院应当裁定不予受理。不予受理的裁定认为原告的起诉不合法，不能立案审查，否定了原告的起诉行为。原告对不予受理的裁定不服，有权提起上诉，要求上级人民法院撤销原裁定，以保障其起诉权。

（二）停止执行的裁定

《行政诉讼法》第44条在肯定不停止执行原则的同时，规定了应当停止执行的三种情况。人民法院对其中的第二种情况，即原告申请停止执行，人民法院认为该具体行政行为的执行会造成难以弥补的损失，并且停止执行不损害社会公共利益的，人民法院应作出停止执行的裁定。

（三）准予或者不准予撤诉的裁定

原告提起诉讼后，又申请撤回起诉的，或在案件宣判之前要求撤诉的，人民法院认为应准予或不准予撤诉的，应当使用裁定。

（四）采取诉讼保全措施的裁定

根据审判实践，人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决不能执行或难以执行的案件，可以根据对方当事人的申请，或者依职权作出诉讼保全的裁定。

（五）先行给付的裁定

人民法院审理请求给付金钱的案件，在作出判决交付执行以前，因权利人难以或者无法维持生活或工作，可裁定义务人先行给付金钱或特定物，并立即交付执行。

（六）补正判决书失误的裁定

如果判决书有错写、误算、用词不当、遗漏判决原意、文字表达超出判决原意的范围，正本与原本个别地方不符等失误，实践中通常以裁定加以补正。但如果是判决书遗漏部分诉讼请求、诉讼费用以及涉及当事人实体权利等内容，则应作出补充判决，不得以裁定为之。

（七）撤销原判，发回重审的裁定

这是上级人民法院审理上诉案件所适用的一种裁定。上级人民法院认为原判认定事实不清，证据不足，或者由于违反法定程序可能影响案件的正确判决的，裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审理。

（八）中止、终结审理的裁定

在行政诉讼进行中，由于发生了一些客观情况，使诉讼不能继续进行，中途停止诉讼的，称为中止诉讼。在行政诉讼中，由于发生特殊原因或者原告撤销诉讼，使诉讼无法继续进行，而应终结诉讼的，称为终结诉讼。人民法院对中止诉讼和终结诉讼均使用裁定。

（九）决定再审的裁定

人民法院对行政案件的判决、裁定发生法律效力后，发现违反法律、法规，认为需要再审的，由本院院长提交审判委员会讨论决定是否再审。审判委员会决定再审的，由院长作出再审的裁定，交行政审判庭另行组成合议庭依法再审。再审裁定作出后，开始再审程序，原判决、裁定的效力应予以中止。

人民检察院发现人民法院发生法律效力的判决、裁定违反法律、法规规定的，有权按照审判监督程序提出抗诉。对人民检察院提出抗诉的案件，人民法院只能依法作出再审的裁定，不能驳回，因为人民检察院的抗诉，是对人民法院的判决、裁定依法行使检察监督权，是检察权对审判权的一种制约方式。

此外，在指定管辖、移送管辖或转移管辖权、延期审理、准予或者不准予传唤证人到庭询问、定期勘验，决定审理是否继续进行、需要驳回强制执行申请的和案外人对执行标的提出异议、中止或终结执行等场合，人民法院亦使用裁定。

第三节 决定

一、决定的概念

行政诉讼中的决定，是人民法院为了保证行政诉讼的顺利进行，就诉讼中的某些特殊事项所作出的司法行为。决定具有如下特征：

第一，决定所解决的问题，既不同于判决所解决的实体问题，也不同于裁定所解决的程序问题，而是解决诉讼过程中的一些特殊的问题。

第二，决定的功能旨在保证案件的正常审理和诉讼程序的正常进行，或者为案件的正常审理和诉讼程序的正常进行提供必要的条件。

第三，决定不是对案件的审判行为，当事人不能提起上诉，如对之不服，只能申请复议。

二、决定的种类及适用范围

决定是人民法院在诉讼过程中，对某些特殊问题行使处分权的方式，具有司法行政权力的性质，凡未列入判决、裁定解决的问题，必要时均可以采用决定的方式解决。实践中，决定主要有以下几种：

（一）有关回避事项的决定

当事人申请审判人员回避，依所申请回避的对象不同，由不同的组织或者人员作出是否回避的决定。院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定；审判人员的回避，由院长决定；其他人员（即书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人员）的回避由审判长决定。

（二）对妨害行政诉讼的行为采取强制措施的决定

予以训诫、责令具结悔过的，通常由审判长当庭作出口头决定，记入笔录即可；处罚款、拘留的，经院长批准，由合议庭作出书面决定；需要追究刑事责任的，由合议庭作出决定移送有关单位依法追究其刑事责任。

（三）有关诉讼期限事项的决定

公民、法人或者其他组织因不可抗力或者其他特殊情况耽误法定期限的，在障碍消除后的十日内，可以申请延长期限，由人民法院决定。此外，还有高级人民法院和最高人民法院关于是否延长审理期限的决定。

（四）审判委员会对已生效的行政案件的裁判认为应当再审的决定

合议庭已经审结的行政案件，裁判发生法律效力后，发现违反法律、法规规定认为需要再审的，由院长提交审判委员会讨论决定是否再审。审判委员会决定再审的，院长应当按照审判委员会的决定作出开始再审的裁定。

（五）审判委员会对重大疑难行政案件的处理决定

合议庭审理的重大、疑难的行政案件，经评议后，合议庭应报告院长，由院长提交审判委员会讨论决定。合议庭应遵照审判委员会的决定，制作判决，向当事人宣告、送达。

（六）有关执行程序事项的决定

执行过程中，案外人对执行标的提出异议的，执行员进行审查，认为有理由的，报院长批准中止执行，由合议庭审查或由审判委员会作出决定。此外，行政机关拒绝履行判决、裁定的，人民法院可以从期满之日起，对该行政机关按日处以 50 元至 100 元的罚款决定。

三、决定的效力

决定是人民法院为迅速解决诉讼上或者涉及诉讼问题的司法行为，这种行为一经作出，当即发生法律效力，具有执行内容的，立即付诸执行。对影响当

事人的权利的有关外部关系的决定，当事人可申请复议一次，但不因当事人申请复议而停止决定的执行或影响决定的效力。

决定发生法律效力后，如果认为认定事实或者运用法律确有错误，只能由作出决定的人民法院撤销或变更，不能依审判监督程序进行再审，也不能通过上诉程序由上一级人民法院予以纠正。

第二十七章 行政诉讼的执行与非诉执行程序

第一节 行政诉讼的执行

一、行政诉讼执行的概念

行政诉讼的执行是指在义务人逾期拒不履行人民法院就行政案件依法作出的具有执行力的法律文书时，人民法院和有关行政机关依法采取强制措施，从而使生效法律文书得以实现的活动。行政诉讼执行的特征是：

第一，执行的适用前提是行政相对人拒不履行人民法院依法作出的判决或裁定。

第二，执行的主体是人民法院或有权的行政机关；所谓有权的行政机关是指依照法律、法规规定享有行政强制执行权的机关。

第三，执行申请人与被申请人中，一方必须是行政机关。

第四，执行的依据只能是人民法院已经发生法律效力判决、裁定。

第五，强制执行的目的是实现已经生效的法律文书的内容，不得超出其限度。

行政诉讼的执行是行政审判的继续，是实现人民法院在审判阶段确定的双方当事人的权利、义务的关键，在整个行政诉讼中占有重要的地位。

二、执行主体

执行主体是指依法有权执行人民法院生效判决的国家机关。

《行政诉讼法》第65条第2款规定：“公民、法人或者其他组织拒绝履行判决、裁定的，行政机关可以向人民法院申请强制执行，或者依法强制执行。”据此规定，行政案件的执行主体可分为两种：一是人民法院作为执行主体；二是行政机关作为执行主体。

人民法院作为执行主体应当是行政诉讼执行的基本主体，由法院执行业已生效的判决、裁定，保证并体现了司法权的完整性。一般情况下，法院作为执行主体应当是第一审人民法院，这主要是由于诉讼当事人和执行标的往往都是在第一审人民法院所在地，由第一审人民法院执行较为方便。

行政机关作为执行主体是行政案件执行的特点之一。因为行政机关是行政诉讼的当事人。一般而言，案件的当事人是不能作为执行组织的，但在行政诉讼中，如果人民法院判决维持被诉的具体行政行为，此时的执行依据就是被判决维持行政机关的具体行政行为，如果该行政机关是依法具有一定强制执行权的行政机关，由其执行不仅是可行的，而且也有助于提高行政效率，并减轻法院的执行压力。

三、执行对象与范围

（一）执行对象

执行对象是指由生效的法律文书所确定的、并由执行机关的执行行为所指向的目标，即执行客体。一般可分为：物、行为和人身。

（二）执行范围

执行范围，即执行对象的范围，是指执行对象的具体界限，它要解决哪些可以执行哪些不能执行的问题，主要涉及的是对物品的执行范围。

执行范围一般应按法律文书来确定。执行时不能随意扩大或缩小。强制执行的对象应是被执行人的财产或被执行人在共有财产中所占有的份额。被执行人的财产，如属于被执行人所有，不论该财产现由谁占有，也在

执行范围内；如发现被执行人的财产在执行时已不复存在，可责令被执行人给付该财产的价值，这时执行的对象已经发生转化。

如果被执行人是公民，下列财产不应成为执行对象：第一，被执行人及其所供养亲属的生活必需品；第二，被执行人及其亲属必须的生产工具；第三，被执行人及其所供养的亲属必须的生活费用；第四，案外人的财产。

如果被执行人是企业法人，如未宣告破产或者缺少破产条件，其必要的生产设备、厂房不宜纳入执行范围。

如果被执行人是行政机关，执行范围原则上应以不影响国家行政机关的正常活动为限。

四、执行条件和根据

（一）执行条件

执行程序的启动必须具备法定条件：

第一，必须有执行根据，就是强制执行必须有作为执行依据的法律文书；

第二，作为执行根据的法律文书必须具有法律效力。该法律文书本身必须是正确、合法并具有法律效力的；

第三，生效的法律文书必须具有执行力。一是生效的法律文书必须具有给付内容；二是生效的法律文书必须发生强制执行力；

第四，负有义务的一方当事人有履行义务的能力；

第五，申请执行必须在法定期限内提出。根据有关规定，申请执行的期限为3个月。

（二）执行根据

执行根据是指当事人据以申请执行和人民法院据以采取执行措施的法律文书。具体是指人民法院制作的发生法律效力、具有执行力的判决、裁定，既包括一审判决、裁定，也包括二审判决、裁定。

五、执行措施

（一）对公民、法人或其他组织的执行措施

《行政诉讼法》并未对公民、法人或其他组织的执行措施做出规定，因为在这方面，行政诉讼与民事诉讼并没有区别，可以参照《民事诉讼法》规定的措施，主要有：查封、扣押、扣留、变卖被执行人的财产、强制被执行人交付法律文书中指定的财物和票证、强制迁出，等等。

（二）对行政机关的执行措施

对行政机关的执行措施，是行政诉讼中的一个特殊问题，因为被执行人是国家机关，其地位不同于公民、法人或其他组织，所以，《行政诉讼法》规定了不同于公民、法人或其他组织的执行措施：

第一，划拨，即对应当归还的罚款或应当给付的赔偿金，通知银行从该行政机关的帐户内划拨；

第二，罚款，即在规定的期限内不履行义务的，从期满之日起，对该行政机关按日处以50元至100元的罚款；

第三，司法建议，即向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议。接受司法建议的机关，根据有关规定进行处理，并将处理结果告知人民法院；

第四，追究刑事责任，即对拒不履行判决、裁定，情节严重、构成犯罪的，依法追究其主管人员和直接责任人员的刑事责任。

六、执行程序

（一）执行程序的提起

执行是一种要式行为，必须依照法律规定的方式提起。大致有下述几种方式：

1. 申请执行，指由生效的法律文书所确认的权利人（当事人或依法享有申请执行权的行政机关）在义务人拒绝履行义务的情况下，在法定期限内依法向有管辖权的人民法院提出申请。这是提起执行的主要形式。

申请执行必须向第一审人民法院提出。

2. 移送执行，又称移交执行或交付执行，指人民法院的审判人员依职权主动将发生法律效力法律文书交付执行人员开始执行的行为。移送执行是依职权执行的形式，它无需等待权利人的申请，而由法院依据职权主动采取，而引起执行程序。

一般在下列情况下可移送执行：第一，人民法院作出有执行内容的决定；第二，执行内容涉及公共利益或者国家利益的判决；第三，先行给付和诉讼保全的裁定。

3. 委托执行，负责执行的人民法院在异地、不便执行时，委托当地人民法院并由受托人民法院代为执行的制度，这是引起执行程序的又一种形式。作出执行决定的人民法院须向受托的人民法院发出委托执行函、生效法律文书等。

（二）执行审查

执行审查是执行机构在法定期限内，对执行申请书和移交执行书以及有关的法律文书进行审查，并决定是否立案执行的过程。只有经审查立案后，执行程序才能发展与继续。审查的主要事项是：（1）申请人资格是否适当；（2）执行的文书、材料是否齐备；（3）作为执行根据的法律文书是否生效；（4）申请是否逾期以及逾期理由是否成立；（5）执行文书的内容是否正确、合法；（6）执行文书、材料的要求是否一致，有关文件的文号等形式是否准确；（7）其他需要审查的事项。

（三）执行准备

1. 在 10 日内，了解案件情况，明确需要执行的事项；
2. 调查了解被执行人不履行义务的原因和履行义务的能力；
3. 根据不同的情况，采取相应对策：

对确有履行能力，到期拒不履行义务的被执行人，应加强教育，针对不同情况，实事求是地指定被执行人履行义务的期限，并在 10 日内通知期限。

对被执行人隐匿、转移或出卖财产的，经领导批准，可依法先行查封、扣押。

对确因客观因素影响执行的，可帮助其排除障碍，解决实际困难。

对缺乏偿付能力的，可帮其解决困难或适当放宽期限等。

4. 制订强制执行方案，准备强制执行。

（四）执行实施

执行实施如以信函方式进行，应确定执行实施完成期限并以受领为送达方式；如派员执行，执行人员应出示执行证件和有关的法律文书，还应制作执行笔录，由在场的有关人员签名盖章。在执行过程中，如出现妨碍执行的情形，应按有关的法律规定及时排除。

（五）执行结束

执行目的达到就结束执行程序。执行结束时应对案卷材料、有关证据等

作必要处理；受托代为执行的机关，应将执行情况函告委托机关。

（六）执行受阻（执行阻却）

执行受阻是指在执行过程中，遇到某些特殊情况使执行程序暂时不能进行或根本无法继续进行的状态。对此应分别情况处理：

1. 执行中止，即执行开始后，出现了某些不能继续执行的特殊情况，执行机关暂时停止执行。特殊情况主要有：

第一，非行政机关的申请人表示可以延长期限的。但申请人如为行政机关时，因其无处分法定职权的权力，因此不得擅自同意延期执行；

第二，执行异议人即案外人提出确有理由的执行异议的；

第三，作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；

第四，一方当事人死亡，等待继承人继承权利和承担义务的；

第五，执行机关认为应当中止执行的其他情况。

中止执行是由于出现特殊情况而引起的，在造成中止执行的特殊情况消失后，即应恢复执行程序。

2. 执行终结，是指在执行过程中，出现某种特殊情况，使执行工作无法完结或者没有必要继续执行，即应停止，停止后也不再恢复。这是非正常结束执行程序的形式。特殊情况主要有：

第一，据以执行的法律文书被撤销；

第二，权利人消失，没有新的权利承受人；

第三，执行机关认为应当终结执行的其他情况。

3. 执行延期，是指在执行过程中，出现某种特殊情况而将法律文书确定或是执行机关指定的执行期限延长到另一期限执行。下列情形可以延期：

第一，被执行人因事外出，在一定时期后可返回的；

第二，被执行人有临时困难，请求延长履行期，而执行申请人也同意的；

第三，据以执行的法律文书有错误或者表达不清楚，需要原制作单位审查、补充或改正的；

第四，其他需延期执行的情形。

在延期执行的原因消除之后，即可恢复执行。

（七）执行补救

执行补救是指执行结束后，因某种情况的出现，需要采取措施予以补救的措施。

执行补救的原因主要有：（1）执行所依据的法律文书被撤销；（2）执行人员违法执行；（3）发现新情况。

补救措施主要有：（1）执行回转，即将已经执行的对象恢复到执行开始前的状况；（2）再执行，对本应执行而未执行的内容再次实施执行。

第二节 非诉执行程序

一、非诉执行的概念及特点

非诉执行是指公民、法人或其他组织既不执行行政机关的具体行政行为，又不向人民法院提起行政诉讼时，由行政机关申请人民法院采取强制执行措施，从而使行政机关的具体行政行为得以实现的活动。

严格地讲，行政机关申请人民法院强制执行并不属于行政诉讼法的范畴，《行政诉讼法》中之所以规定了这种非诉执行程序，主要是为了解决行政执法当中的实际问题。在我国，关于行政机关作出的具体行政行为如何执行，现行法律未作统一规定，有的法律、法规规定由行政机关自己直接采取强制措施执行，有的规定由行政机关申请人民法院执行，有的则未作规定。实践当中，大量的行政机关没有强制执行权，行政机关所作的决定往往处于难以执行的状态，从而使行政机关代表国家作出的意思表示无法实现。为了解决这种问题，《行政诉讼法》第66条作出了具体规定：“公民、法人或者其他组织对具体行政行为在法定期限内不提起诉讼又不履行的，行政机关可以申请人民法院强制执行，或者依法强制执行。”

按照前述规定，凡遇到具体行政行为难以执行的问题，如果法律、法规明确规定行政机关可以采取强制执行措施，行政机关则可以自行执行；这实际上属于行政强制执行。如果法律、法规未对行政强制执行作出规定，行政机关则可以申请人民法院强制执行。这种情况属于非诉执行。非诉执行制度弥补了我国法律、法规中关于行政强制执行的不足。

按照《行政诉讼法》的规定，非诉执行程序具有以下特点：

第一，非诉执行程序的目的是为了保障没有强制执行权的行政机关的具体行政行为得以实现；

第二，非诉执行程序的执行依据是行政机关作出的具有执行力的具体行政行为；

第三，非诉执行程序的适用条件是对行政机关的具体行政行为，当事人既不履行也没有向人民法院提起行政诉讼；

第四，依法没有强制执行权的行政机关向人民法院提出了执行申请；

第五，非诉执行的执行主体是人民法院，这实际上是司法权对行政权的保障。

二、非诉执行程序中的几个问题

（一）执行法院

行政机关根据《行政诉讼法》第66条的规定，申请人民法院强制执行其具体行政行为的，由被执行人所在地的基层人民法院受理执行。重大复杂的具体行政行为，也可以由被执行人所在地的中级人民法院执行。

（二）执行期限

根据有关规定，行政机关申请人民法院强制执行其具体行政行为，期限为自起诉期限届满之日起3个月。逾期申请的，除有正当理由外，人民法院不予受理；已经受理的，应裁定驳回申请。

（三）非诉执行程序的提起

非诉执行程序一般起始于行政机关的申请，如果行政机关作出了行政行为，遇有相对人拒不履行的情况，该行政机关不具有强制执行权，但又不向人民法院提出执行申请，人民法院就不可能通过司法强制执行程序来主动解

决行政机关的执行难题。

申请人申请人民法院强制执行，应当提交申请执行书，据以执行的法律文书和其他必须提交材料，由人民法院行政审判庭进行审查。

（四）非诉执行程序的审查

根据有关规定，人民法院对于行政机关申请法院强制执行的具体行政行为，应当进行审查。只有在人民法院经过审查，确认行政机关的具体行政行为合法、正确之时，才能予以执行。

（五）非诉执行程序的措施

具体行政行为合法且符合执行条件，行政审判庭应及时向被执行人发出执行通知书，并对被执行人进行法制教育，促使被执行人主动履行义务。

在进行法制教育工作的同时，为防止被执行人转移财产，可采取查封、扣押、冻结、划拨等财产保全措施。

经教育，被执行人仍不主动履行义务的，人民法院应作出强制执行裁定。对涉及不动产等需要公告的案件，应及时发布强制执行公告。公告期限届满，被执行人仍拒绝履行的，人民法院应依法采取强制执行措施。

第二十八章 涉外行政诉讼

第一节 涉外行政诉讼概述

一、涉外行政诉讼的概念

我国涉外行政诉讼，是指当事人一方为外国人的行政诉讼，即外国人因不服我国行政机关的具体行政行为，起诉于人民法院，人民法院依《行政诉讼法》审判案件的诉讼。其特征是：（1）主体的涉外性，即原告是外国人、无国籍人、外国组织等；（2）涉外行政诉讼发生在我国领域内；（3）原则的特殊性，如适用对等原则。

二、涉外行政诉讼与涉外民事诉讼的区别

涉外行政诉讼与涉外民事诉讼不同，其一，涉外民事诉讼为当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织，或者引起当事人之间的民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在外国，或者诉讼标的物在外国，而涉外行政诉讼只是由于当事人的涉外性引起的。其二，涉外民事诉讼不仅可以是当事人涉外，涉外民事诉讼的原告、被告及第三人都可以是外国人也可以是法律事实发生在外国，或者是诉讼标的物在外国，而涉外行政诉讼的被告不能是外国人，只能是原告或第三人外国人。其三，涉外行政诉讼中的行政争议必须发生在我国境内，涉外民事诉讼中的民事纠纷既可以发生在国内，也可以发生在外国。

第二节 涉外行政诉讼的法律适用

一、涉外行政诉讼法律规范

涉外行政诉讼法律规范是由我国立法机关制定或认可的，适用于调整涉外行政诉讼关系的原则和规则。

涉外行政诉讼法律规范，并不是《行政诉讼法》之外的独立体系，它仍然是我国立法机关制定或认可的规范。其中一部分是由立法机关直接制定的规范，如《行政诉讼法》、《民事诉讼法》；另一部分是由我国立法机关认可的国际条约。《行政诉讼法》规定了在涉外行政诉讼中适用相关国际条约的原则。这些都是涉外行政诉讼法律规范的组成部分。

二、涉外行政诉讼的原则

（一）同等原则

《行政诉讼法》第70条第1款规定，外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国进行行政诉讼，和中华人民共和国公民、组织有同等的诉讼权利和义务。

诉讼权利、义务的同等原则，实际上是国际法上的“国民待遇”规则的体现。这个规则所要求的就是本国国民所享有的权利，也同等地赋予在本国境内的外国人。当然，外国人也须承担同等的诉讼义务。

（二）对等原则

《行政诉讼法》第70条第2款规定，外国法院对中华人民共和国公民、组织的行政诉讼权利加以限制的，人民法院对该国公民、组织的行政诉讼权利实行对等原则。需要注意的是：

第一，这个原则适用于在外国对我国公民、法人组织行政诉讼权利加以限制的方面，当然不适用于其他权利赋予方面。

第二，我国公民、组织在外国进行行政诉讼，如果在诉讼权利方面低于该国公民、组织的标准，即构成限制我国公民、组织的诉讼权利。这种限制可能是以立法机关的制定法形式限制，也可能虽然没有制定法限制，但在行政诉讼中，法院对我国公民、组织的诉讼权利进行实际限制；同时，这种诉讼权利的限制，可能是只对我国公民、组织适用，也可能是对其他外国公民、组织都适用。无论哪一种，我国对该国公民、组织的诉讼权利均实行同样的限制。

（三）适用有关国际条约的原则

“条约必须信守”是国际关系中公认的一项基本原则。我国立法在信守和实施国际条约时，采取了以国内立法确认国际条约的方式。《行政诉讼法》第72条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定。但中华人民共和国声明保留的条款除外”。

第三节 涉外行政诉讼的律师代理

根据国家主权原则，一国司法制度只能在本国领域内适用，不能延伸至国外，因此，任何一个主权国家都不允许外国律师在本国法院执行职务。因此，我国《行政诉讼法》第 73 条规定，外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国进行行政诉讼时，需委托律师代替诉讼的，应当委托中国律师机构的律师。外国当事人不得委托外国律师在我国法院进行诉讼。

第五编 国家赔偿法

第二十九章 国家赔偿法概述

第一节 国家赔偿与国家赔偿法

一、国家赔偿的概念与特征

《国家赔偿法》第2条规定：“国家机关和国家机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，受害人有依照本法取得国家赔偿的权利”。“国家赔偿由本法规定的赔偿义务机关履行赔偿义务”。可见，在我国，国家赔偿是指国家机关及其工作人员违法行使行政、侦查、检察、审判、监狱管理等职权，侵犯公民、法人和其他组织的合法权益并造成损害的，由法律规定的赔偿义务机关对受害人予以赔偿的法律制度。

国家赔偿有如下特征：

（一）国家赔偿以国家机关及其工作人员违法行使职权为前提

对这一前提有三点需要说明：（1）引起国家赔偿的侵权主体是国家机关及其工作人员。根据国家赔偿法所规定的赔偿范围，作为侵权主体的国家机关只限于行政机关、检察机关、审判机关等而不包括国家权力机关。非国家机关的组织不能作为国家赔偿中的侵权主体，除非它们得到法律、法规的特别授权，且只有在行使法律、法规所授予的职权侵犯公民、法人或其组织的合法权益并造成损害，才构成侵权主体。（2）并非国家机关及其工作人员的任何行为都能引起国家赔偿，只有其行使相应职权（行政职权、侦查职权、检察职权、审判职权、监狱管理职权）的行为才有可能引起国家赔偿。（3）引起国家赔偿是因国家机关及其工作人员违法行使职权所致。如果行使职权合法，即使造成公民或组织的合法权益损害，也不发生国家赔偿问题，但可能引起国家补偿。

（二）国家赔偿以侵犯公民、法人和其他组织的合法权益并造成损害为条件

这包括两层含义：（1）国家机关及其工作人员在行使职权时不仅违法，而且侵犯了公民、法人和其他组织的权益，并且所侵犯的权益是合法权益。

（2）国家机关及其工作人员不仅违法行使职权侵犯了公民、法人和其他组织的合法权益，而且造成了公民、法人和其他组织的人身权或财产权的损害。

（三）国家赔偿以法律规定的违法行使职权的国家机关或法律、法规授权的组织为赔偿义务机关

《国家赔偿法》第2条第2款规定：“国家赔偿由本法规定的赔偿义务机关履行赔偿义务。”可见，国家赔偿是由法定的赔偿义务机关代表国家履行赔偿义务的。

（四）国家赔偿以法律有明确规定为赔偿准则

也就是说，只有在法律有明确规定国家应当承担赔偿责任的情形下，国家才予以赔偿。没有法律规定应予赔偿之情形，国家不承担赔偿责任。

（五）国家赔偿是以法律形式建立起来的一项严格制度，该制度的运转和操作必须严格地按照法律的规定进行

国家赔偿以赔偿义务机关为标准，可大致分为两类：一类为行政赔偿，

一类为司法赔偿。行政赔偿是指国家行政机关及其工作人员在行使行政（管理）职权时，违法侵犯公民、法人或其他组织的合法权益造成损害的，国家依法向受害人赔偿的制度。司法赔偿是指国家司法机关（这里指行使司法职能的国家机关包括侦查机关、检察机关、审判机关、监狱部门）及其工作人员在行使侦查、检察、审判、监狱管理职权过程中，违法行使司法职权、侵犯公民、法人或其他组织的合法权益造成损害的，国家依法向受害人予以赔偿的制度。司法赔偿又可分为刑事赔偿和其他司法赔偿。刑事赔偿是指行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的国家机关及其工作人员在办理刑事案件过程中，违法行使职权，侵犯了犯罪嫌疑人、被告人、服刑人员或其他公民、组织的合法权益造成损害的，国家依法对受害人予以赔偿的制度。其他司法赔偿则泛指国家司法机关及其工作人员在行使职权实施除刑事司法行为以外的其他司法行为时侵犯公民、法人或其他组织合法权益造成损害的，国家依法对受害人的损害予以赔偿的制度。根据《国家赔偿法》第31条的规定，人民法院在民事诉讼、行政诉讼过程中，违法采取对妨害诉讼的强制措施、保全措施或者对判决、裁定及其他生效法律文书执行错误，造成损害的，适用刑事赔偿程序，依法应当赔偿的予以赔偿。“依法应当赔偿的”即指最高人民法院《关于人民法院执行〈中华人民共和国国家赔偿法〉若干问题的解释（二）》实施《国家赔偿法》第15条第4项，第5项规定行为的；（3）实施《国家赔偿法》第16条第1项规定行为的。但是，人民法院审理民事、经济、行政案件发生错判并已执行，依法应当执行回转的，或者当事人申请财产保全、先予执行，申请有错误造成财产损失依法应由申请人赔偿的，国家不承担赔偿责任。

二、国家赔偿与国家补偿

国家补偿是指国家机关及其工作人员依照法律规定行使职权，使公民、法人或其他组织的合法权益受到了损害，或者在特别紧急、重大之情况下采取紧急性措施，使公民或组织的合法权益受到了损害的，国家对此损害结果予以经济补偿的一项制度。如果国家机关及其工作人员依法行使职权使公民、法人或其他组织的非合法性利益受到损害，则不存在补偿问题，更不存在赔偿问题。

国家赔偿与国家补偿的共同点首先表现在损害的发生均系由国家机关及其工作人员的公务活动引起；其次表现在国家机关及其工作人员的公务行为损害了公民、法人和其他组织的合法权益；第三，它们都是由国家承担的一种法律责任。但是二者也有明显的区别：（1）造成损害的原因不同，国家赔偿责任中，受害人合法权益的损害是由于国家机关及工作人员的违法行为所引起；国家补偿责任中，受害人的损害则是由于合法行为所引起；（2）承担责任的方式不同；国家赔偿责任以金钱赔偿为原则，但根据损害的对象、方式的不同，可以采取其他适当的责任承担方式，如恢复原状、返还财产、消除影响等。而国家补偿责任多为支付一定数额的金钱；（3）请求补救的时间要求不同，国家赔偿责任的前提条件是损害的实际发生，即先有损害，后有赔偿；国家补偿责任既可以在损害实际发生前先行进行，也可以在损害发生后进行。

三、国家赔偿法

国家赔偿法是指由国家机关依法定权限与程序制定、颁行的关于国家机关及其工作人员违法行使职权，侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，受害人如何实现取得国家赔偿的权利以及赔偿义务机关怎样履行赔

偿义务的实体法律规范和程序法律规范的总称，其中最重要的法律文件是八届全国人大常委会第七次会议于 1994 年 5 月通过，自 1995 年 1 月 1 日起施行的《国家赔偿法》。该法除规定了赔偿范围、赔偿请求人和赔偿义务机关、赔偿方式和赔偿计算标准等实体法内容外，还就赔偿程序作了专门规定。可见，在我国，国家赔偿法是实体法与程序法合一。国家赔偿法的条款内容，将在本编各章节予以阐述。

第二节 国家赔偿责任的归责原则

国家赔偿的归责原则，是指国家在何种情形下，对国家机关和国家机关工作人员造成公民、法人和其他组织合法权益的损害才承担赔偿责任的基本规则。确定归责原则，有利于明确规定国家赔偿的范围与构成要件，有利于受害人根据法律的规定行使赔偿请求权，有利于赔偿处理组织正确解决赔偿义务机关与受害人之间的赔偿纠纷。

综观各国国家赔偿立法，在国家赔偿归责原则方面，主要有过错责任原则、违法责任原则、过错与违法相结合原则等。我国国家赔偿法制定之前，学术界也曾有过激烈争论。1994年我国颁布的《国家赔偿法》基本确立了违法责任原则作为国家赔偿的归责原则。

所谓违法责任原则是以国家机关及其工作人员行使职权时的违法性确定国家赔偿责任的原则。就是说，只有国家机关及其工作人员违法行使职权造成公民、法人或其他组织合法权益损害的，国家才承担赔偿责任。违法责任原则与其他归责原则相比，具有以下优点：首先，与法治原则、依法行政原则及宪法规定相一致，与行政诉讼法也相协调；其次，违法责任原则简单明了，易于接受，可操作性强；再次，避免了过错责任原则在行为人主观上是否存在过错难以进行认定的困难；最后，有利于保护公民、法人或其他组织的合法权益，有利于受害人行使国家赔偿请求权，只要证明了国家机关及其工作人员行使职权的行为违法以及因此遭受的合法权益的损害，便可依法请求国家赔偿。

第三节 国家赔偿责任的构成要件

国家赔偿责任的构成要件是指国家承担赔偿责任所必须具备的条件，即国家在具备什么条件下才能承担赔偿责任。根据国家赔偿理论，国家赔偿责任的构成要件主要有下述三项：

一、职务侵权行为

所谓职务侵权行为是指国家机关及其工作人员违法行使职权，侵犯公民、法人或其他组织的合法权益并造成损害的行为，在国家赔偿法中，职务侵权行为又称违法行使职权行为。职务侵权行为具有如下特征：

（一）职务侵权行为的主体是国家机关及其工作人员

这里要特别注意如下几个问题：

1. “国家机关”根据国家赔偿法的有关规定，此处的“国家机关”范围仅限于：（1）国家行政机关，包括国务院和地方各级人民政府；各级人民政府中的外部行政管理机构。（2）国家检察机关，即各级人民检察院。（3）国家审判机关，即各级人民法院。需要注意的是，虽然法律、法规授权的组织不是国家机关，但是，因其根据法律、法规的授权，在行使法律、法规所授予的国家职权之时，视同国家机关，因此，国家赔偿法将之列入了赔偿义务机关范畴。

2. “国家机关工作人员”也是职务侵权行为主体。国家赔偿法将“国家机关及其工作人员”列在一起，就意味着国家机关与其工作人员是两种不同的职务侵权主体。需要注意的是，国家机关的工作以及国家机关的决定、命令、指示等都是由其工作人员在法定职责内遵照执行，其在执行职务过程中，亦是以国家机关的名义作出，即意味着是代表国家机关行使职权，其行使职权的后果亦应由所在机关承担。

（二）职务侵权行为是国家机关及其工作人员代表国家行使权力执行职务过程中，未按照法律、法规的具体规定和要求行使其法定权力、履行法定职责，而造成了侵犯公民或组织合法权益损害结果的职权行为

职务侵权行为在表面上是国家机关及其工作人员代表国家行使权力、执行职务的行为，在实质上，却是没有按照法律、法规所规定的行使权力的方式与目的和执行职务的手段与措施来行使权力、执行职务，而使公民、法人或其他组织的合法权益受到侵犯并导致损害结果发生。也就是说，职务侵权行为是国家机关及其工作人员违反法律规定行使职权以致侵犯公民、法人和其他组织合法权益并造成损害的职权行为。

（三）职务侵权行为的客体是公民、法人或其他组织的合法权益。如果是非法权益，对之造成损害，则不能称之为侵权。

二、损害事实

损害事实又称损害结果，作为国家赔偿责任的构成要件之一，按国家赔偿法的规定，是指国家机关和国家机关工作人员违法行使职权，侵犯了公民、法人或其他组织的合法权益所造成的损失。

损害事实是国家承担侵权损害赔偿责任的的前提。仅有职务侵权行为，尚未造成损害事实的，国家不负赔偿责任。然而，这并不是说任何损害都可获得赔偿。职务侵权损害事实只有具备了下列特征，才可以获得国家赔偿：

1. 所损害的必须是受法律保护的合法权益。公民、法人或其他组织的某种权益具有非法性或者已经失去了法律所认可的合法性，国家机关及其工作

人员行使职权时，致使公民或组织的此类权益损害的，不构成职务侵权行为，国家对此种损害不承担国家赔偿责任。

2. 合法权益的损害具有现实性，即必须是已经发生的、现实存在的损害，而不是将来可能发生的、想象的、不具有现实确定性的损害。并且，这种现实性的损害必须是直接的，间接的损害不属国家赔偿的损害范畴。

损害事实根据职务侵权对象的不同性质，可以分为财产损害和人身损害。以职务侵权所造成的损害是否有客观外在表现形式为标准，可以分为物质损害和精神损害。国家赔偿法对伴随受害人生命健康权、人身自由权遭到侵害而发生的精神损害赔偿作了较原则性的规定。

三、职务侵权行为与损害结果之间具有因果关系

职务侵权行为与损害结果之间具有因果关系指国家机关和国家机关工作人员违法行使职权的行为与公民、法人或其他组织的合法权益受到的损害事实之间具有必然的、内在的、本质的联系。只有两者之间具有这种联系，国家才负责赔偿。也就是说，国家只对因国家机关及其工作人员违法行使职权所直接引起的公民、法人或其他组织的合法权益的损害承担赔偿责任。

国家赔偿除应具备上述三个要件外，国家实际承担赔偿责任，还应具备一个重要的前提，也就是必须有法律明确规定，即法律规定应当赔偿的，国家才在国家赔偿责任的构成要件齐备的情形下予赔偿，如果没有法律规定的，国家就不承担赔偿责任。

第三十章 行政赔偿的范围

行政赔偿的范围是指国家对行政行为造成的损害承担赔偿责任的领域。根据《国家赔偿法》及有关司法解释的规定，国家对违法行使职权的具体行政行为和与行政机关及其工作人员行使职权有关的，给公民、法人或者其他组织造成损害的，违反行政职责的其他行为承担赔偿责任。对与行使职权无关的个人行为造成的损害和因受害人自己的行为导致的损害及法律规定的其他免责情形不予赔偿。换句话说，《国家赔偿法》第3条、第4条规定的行政赔偿范围包括具体行政行为和行政机关及其工作人员其他与行使职权有关的，给公民、法人或其他组织造成损害的，违反行政职责的行为。

第一节 对侵犯人身权的行政赔偿

《国家赔偿法》规定，行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯人身权的情形，受害人有取得赔偿的权利，国家承担赔偿责任。

一、违法拘留或违法采取限制公民人身自由的行政强制措施的行为

1. 违法拘留。行政机关违反法律规定的权限、程序或在证据不足、事实不清的情况下拘留公民的，属违法拘留。违法拘留是行政机关违法限制公民人身自由的违法行为，因此而造成公民损害的，国家应予赔偿。

2. 违法采取限制人身自由的行政强制措施。行政机关限制公民人身自由的行政强制措施有：强制约束、扣留、强制戒毒、强制治疗等。因行政机关及其工作人员在行使行政职权中违法采取行政强制措施而受到损害的公民，有权依法取得国家赔偿。

二、非法拘禁或者以其他方法非法剥夺公民人身自由的行为

1. 行政机关及其工作人员执行职务时对公民的人身非法实行捆绑、隔离、监禁，使公民的人身失去自由的行为，构成非法拘禁，对此，国家依法对受害人的损害予以赔偿。

2. 行政机关及其工作人员以其他方法非法剥夺公民人身自由的，如有的乡政府及其工作人员私设公堂、牢房，用拘禁或者变相拘禁的手段处理不交售公粮、超生或发生经济纠纷、邻里纠纷的当事人，用办学习班、不让回家、不准通信、打电话，甚至采取捆绑、关禁闭等手段非法剥夺公民人身自由，由此而造成行政侵权的损害后果，国家应当承担赔偿责任。

三、以殴打等暴力行为或唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或者死亡的

行政机关的工作人员或法律、法规授权组织的工作人员，受行政机关委托行使行政职权的组织的工作人员（如联防大队的保安人员）在行使行政职权时，以拳击、棒打、罚跪、罚站以及用其它暴力方式使公民的身体受到伤害或致其死亡的，国家依法承担赔偿责任。行政机关工作人员唆使相对人相互殴打或唆使他人实施暴力行为造成公民身体伤害或死亡的，亦由国家承担赔偿责任。

四、违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的

武器、警械是指枪支、警棍、电棍、警笛、警绳、手铐、脚镣和其他警械。如果行政机关工作人员违反法律规定使用武器警械，那么无论该工作人员主观上有无过错，只要对公民的身体造成伤害或致其死亡的，国家都依法

承担赔偿责任。

五、造成公民身体伤害或者死亡的其他违法行为

行政机关及其工作人员行使行政职权时的其他违法行为，如刑讯逼供等行为，造成公民身体伤害死亡的，国家也依法承担赔偿责任。

第二节 对侵犯财产权的行政赔偿

《国家赔偿法》规定，行政机关或其工作人员违法行使行政职权，有下列侵犯公民、法人或其他组织的财产权行为并造成损害的，国家依法承担赔偿责任。

一、违法实施罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财产等行政处罚的

《行政处罚法》中所设定的涉及公民、法人或其他组织财产权的处罚种类包括罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等。行政机关违法实施上述行政处罚，如行政机关在不具有行政处罚权或超越其法定职权范围或越过管辖范围实施罚款、吊销许可证书执照、责令停产停业等行政处罚，均是违法实施行政处罚，由此给受害人的财产权造成损害的，国家依法承担返还财产、恢复原状或金钱赔偿等行政赔偿责任。

二、违法对财产采取查封、扣押、冻结等行政强制措施的

涉及行政相对人财产权的行政强制措施包括查封、扣押、冻结、收缴等。行政机关违反相应法律、法规的规定对相对人的财产采取查封、扣押、冻结、收缴等行政强制措施，使相对人的财产遭到损害的，国家依法承担赔偿责任。

三、违反国家规定征收财物、摊派费用的

行政机关依法有权在其职权范围内向行政相对人征收财物，如税务机关依法向纳税义务人征税，环保部门依法向排污企业或其他单位征收排污费等。国家有权依法征用相对人的财物，如土地使用权等。行政机关亦可依法在其职权范围内向行政相对人收取费用。征收财物、收取费用关系到公民、法人或其他组织的财产权益，因此法律、法规一般均明确地规定征收财物、收取费用的数额标的、方式、期限、对象等。行政机关违反相应法律、法规的规定向公民、法人或其他组织征收财物、摊派费用的，属于违法具体行政行为，国家对此造成相应行政相对人的财产权损害的，负赔偿责任。

四、造成财产损害的其他违法行为

除行政机关违法实施的行政处罚、违法采取的行政强制措施，违法实行行政征收、摊派费用等违法行政行为外，其他与行使行政职权有关的违法行为造成公民、法人或其他组织财产损害的，如行政机关不依法履行职责的不作为行为、违法的行政检查行为、裁决行为、命令行为以及行政机关违法实施许可行为造成申请人以外的其他人的财产损失的，国家亦应依法承担赔偿责任。

第三节 国家不予赔偿的情形

《国家赔偿法》第5条规定，属于下列情形之一的，国家不承担赔偿责任：

一、行政机关工作人员与行使职权无关的个人行为

行政机关工作人员的行为包括职务行为和个人行为。对于职务行为造成的损害，国家应当承担赔偿责任；对于那些与行使职权无关的个人行为造成的损害，国家不负责赔偿。客观上具有行使职权特征的行为，一般认定为职务行为。包括与行使职权密不可分的行为；工作时间外行使职权的行为；管辖区域以外行使职权的行为；超越职权行为；滥用职权行为等。这些职权行为不一定合法，但具有行使行政职权的性质。而行政机关工作人员为个人利益、个人感情等因素实施的与职权无关的行为属于个人行为。法律规定对行政机关工作人员个人行为造成的损害，国家不承担赔偿责任。

二、因公民、法人或其他组织自己的行为致使损害发生的

行政机关及其工作人员在行使职权时，致使公民、法人或其他组织的合法权益损害的原因很多，有的是因行政行为所引起，有的是因相对人自己的行为造成的，《国家赔偿法》明确规定，即使在行政机关及其工作人员行使行政职权过程中行政相对人的权益有损害这一事实发生，但是如果该损害是因为相对人自己的行为所引起的，国家也不承担任何赔偿责任。国家对受害人自己的行为造成的损害不予赔偿必须具备两个条件：一是受害人主观上是故意的，其故意行为是导致行政机关实施侵权行为的主要或全部原因；或者是受害人在无任何外界约束与压抑的情况下的过失行为。那种因行政机关工作人员的刑讯逼供或诱迫所作的虚假陈述，致使损害发生的，国家应当负赔偿责任。二是损害必须是完全由受侵害人自己的行为所致，国家才不负责赔偿。如果部分损害是行政机关或其工作人员所致，那么部分责任由受害人自己承担，部分责任仍由国家承担，国家负部分赔偿责任。

三、法律规定的其他情形

这里的“法律”仅指全国人大及其常委会通过的法律，不包括法规和规章在内。如果法律在其他方面规定国家不承担行政赔偿责任的，国家则不予赔偿。如《民法通则》第107条规定的“不可抗力”造成的损害，国家不予赔偿。

第三十一章 行政赔偿请求人和行政赔偿义务机关

在行政赔偿案件中，存在两方当事人，一方为受到行政机关及其工作人员违法的职权行为侵害的受害人，另一方为实施了违法的职权行为、依法应承担赔偿义务的行政机关。在一个行政赔偿案件中，哪些人依法享有行政赔偿请求权，哪些行政机关或组织依法应当承担行政赔偿义务，均有法律明文规定。明确行政赔偿案件的双方当事人，不仅有利于受害人依法行使行政赔偿请求权，而且便于行政赔偿义务机关依法履行行政赔偿义务。

第一节 行政赔偿请求人

行政赔偿请求人是指因行政机关及其工作人员违法行使职权行为而使其合法权益遭受损害，依法请求国家予以赔偿的人。行政赔偿请求人既可能是公民，也可能是法人或者其他组织。

一、行政赔偿请求人的资格

《国家赔偿法》第6条规定，受害的公民、法人和其他组织有权要求赔偿。

受害的公民死亡，其继承人和其他有扶养关系的亲属有权要求赔偿。

受害的法人或者其他组织终止，承受其权利的法人或者其他组织有权要求赔偿。

依据上述规定，在我国，属于上述范围的个人、组织均依法具有要求行政赔偿的资格。

二、行政赔偿请求人的范围

（一）自然人

1. 受害的公民本人。其合法权益受到行政机关及其工作人员违法行使职权行为侵犯并造成损害的公民本人，有资格作为行政赔偿请求人，依法有权要求取得赔偿。《宪法》第41条规定：由于国家机关和国家机关工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利。

当作为受害人的公民本人由于不具有法律上的行为能力而不能有效、适当地行使行政赔偿请求权时，其法定代理人可以代为行使。《民法通则》第14条规定：无民事行为能力人、限制行为能力人的监护人是他的法定代理人。

2. 受害公民的继承人和其他有扶养关系的亲属。只有当受害的公民本人死亡，其继承人和其他有扶养关系的亲属才可以作为行政赔偿请求人。

继承人的范围和顺序遵循《继承法》的有关规定。

“其他有扶养关系的亲属”指在法定继承人之外的，与依法有权要求行政赔偿而在未提出行政赔偿请求之前死亡的受害公民本人有扶养关系的近亲属。

当依法有权要求行政赔偿的受害公民死亡，其法定继承人和其他有扶养关系的亲属依法有资格作为行政赔偿请求人而请求行政赔偿。

另外，根据《国家赔偿法》规定，根据对等原则，外国人，包括外国公民和无国籍人在中国境内受到行政机关及其工作人员行使职权行为侵犯并造成损害的，也可依法取得行政赔偿请求人的资格，有权依法请求行政赔偿。

（二）法人

法人包括企业法人、机关法人、事业法人、团体法人等。当上述法人作为行政相对人，其合法权益因国家行政机关及其工作人员违法行使职权的行为所侵犯并造成损害的，可依法取得行政赔偿请求人资格，有权依法请求行政赔偿。

如果依法取得行政赔偿请求人资格的法人在取得赔偿前终止，承受其权利的法人可取得行政赔偿请求人资格，有权依法请求行政赔偿。

（三）其他组织

“其他组织”是指不具备法定法人条件或不具有法人资格的组织，即非法人组织。

这类非法人组织的合法权益如果受到行政机关及其工作人员违法行使行政职权的行为的侵犯并造成损害的，也可依法取得行政赔偿请求人资格，依法有权请求行政赔偿。如果该组织在取得行政赔偿之前终止，则承受权利的其他组织可依法获得赔偿请求人资格，有权请求行政赔偿。

根据《国家赔偿法》规定，我国境内的外国企业或其他外国组织如果其合法权益受到国家行政机关及其工作人员违法行使职权的行为的侵犯并造成损害的，根据对等原则，亦可请求行政赔偿。

行政赔偿请求人的资格在法定条件下可以发生转移。如受害的公民死亡、法人或其他组织终止的情形。但在下述情况下，法人或其他组织的行政赔偿请求人资格不发生转移：

1. 法人或者其他组织在被行政机关作出吊销许可证或执照的行政处罚之后，该法人或组织仍有资格作为行政赔偿请求人提出行政赔偿，不发生赔偿请求人资格转移问题。

2. 法人或其他组织在破产程序中，行政赔偿请求人资格也不发生转移。破产程序尚未终结时，破产企业仍有资格就此以前的行政侵权损害提出行政赔偿请求，要求国家赔偿。

3. 法人或其他组织在被主管行政机关决定撤销的过程中也不发生行政赔偿请求人资格转移的问题。《行政诉讼法》赋予了上述情形下的法人或其他组织以诉权。受害的法人或其组织可以通过行政诉讼，对行政机关及其工作人员的违法行使职权行为所造成的损失，一并提出行政赔偿请求，不发生行政赔偿请求人资格转移的问题。

第二节 行政赔偿义务机关

行政赔偿义务机关是指依法履行行政赔偿义务，接受行政赔偿请求，支付行政赔偿费用，参加赔偿诉讼的行政机关或法律、法规授权的组织。由于国家行政机关为数众多，部门林立，职权交叉，当行政侵权损害发生后，被害人很难认准应向哪个行政机关提出赔偿请求，个别赔偿义务机关也借机互相推诿，致使受害人无法行使赔偿请求权。为了保证受害人及时获得赔偿，确定不同行政机关应负的赔偿义务，《国家赔偿法》针对不同的情形规定了不同的行政赔偿义务机关。根据《国家赔偿法》的有关规定，行政赔偿义务机关可以分为以下几种情形。

一、实施侵害的行政机关

具体包括三种情况：

（一）行政机关违法行使行政职权侵犯公民、法人和其他组织合法权益造成损害，该行政机关为行政赔偿义务机关

在此情况下，违法行使职权的行为是以该行政机关的名义作出，作出该行为的工作人员完全是为了执行命令或决定，其本人并没有主动违法的行为，如某行政机关违法作出摊派费用的决定，由其工作人员执行。该项违法的职权行为属该行政机关的违法行为，而非执行人员违法的职权行为。

（二）行政机关的工作人员违法行使行政职权侵犯公民、法人或其他组织的合法权益造成损害的，该工作人员所在的行政机关为行政赔偿义务机关

这种情况是指违法侵害的职权行为是完全由该工作人员在行使职权时自行决定作出的，该行为不是根据行政机关的明确命令或决定而作出的，但却仍是与职权有关的行为。如某公安干警在抓获一盗窃犯时，在对方没有任何反抗或逃脱的情况下，滥用警械使该犯罪嫌疑人致残，此种侵害行为即属工作人员违法行使职权的行为。对此种行为，该公安干警所在的公安机关为赔偿义务机关。

工作人员所在的行政机关，指该工作人员实施侵权行为时其职权所属的行政机关，而非该工作人员所属的行政机关。如吴某是县政府办公楼的安全保卫干部，在春节期间被借调到县公安局。在借调期间的一次执行任务过程中，非法限制某公民的人身自由，该受害公民欲提出行政赔偿请求，就应向县公安局提出，因为县公安局是吴某违法行使职权以致该受害人造成损害时的职权所属单位。该受害人不能向也不应向吴某所属单位县政府提出。

（三）共同行政赔偿义务机关

两个以上行政机关共同行使行政职权时侵犯公民、法人或其他组织的合法权益造成损害的，共同行使行政职权的行政机关为共同赔偿义务机关。

例如某市工商局、卫生局联合对某饭店作出违法的吊销营业执照、责令停业的行政处罚，造成该饭店合法权益损害，那么该市工商局、卫生局为共同赔偿义务机关。共同赔偿义务机关之间的责任是连带行政赔偿责任，即受害人可以向共同赔偿义务机关中的任何一个提出赔偿请求，该赔偿义务机关必须单独或与其他赔偿义务机关共同支付赔偿费用，承担赔偿责任。其中一个赔偿义务机关履行了赔偿义务并不免除其他赔偿义务机关的义务。所谓“共同行使职权”，就是两个以上行政机关分别以各自名义就同一对象作出共同职务行为，或以共同名义作出行为。分属于两个以上行政机关的工作人员共同违法行使职权侵犯同一对象的合法权益并造成损害的，工作人员分别所在

的行政机关亦为共同赔偿义务机关，受害人可择一赔偿义务机关向其提出赔偿请求，也可向所有共同赔偿义务机关同时提出，共同赔偿义务机关之间承担连带行政赔偿责任，均应依法履行连带赔偿义务。

二、法律、法规授权的组织

法律、法规授权的组织在行使被授予的行政权力时侵犯公民、法人或其他组织的合法权益造成损害的，被授权的组织为赔偿义务机关。我国除各级人民政府及所属行政部门行使行政权力外，还有一部分由法律、法规授权的具有公共事务管理职能的企事业单位依法行使。如卫生防疫站、烟草公司、盐业公司等组织，如果这些组织在行使法律、法规所授予的行政职权时侵犯相对人的合法权益并造成损害，该相应法律、法规授权的组织为行政赔偿义务机关。

但是，作为行政赔偿义务机关的此类组织必须具备以下条件：（1）享有法律、法规明确授予的行政权；（2）在行使被授予的行政权时侵犯公民、法人或其他组织的合法权益并造成损害。

三、委托的行政机关

受行政机关委托的组织或者个人在行使委托的行政权力时侵犯公民、法人或其他组织的合法权益造成损害的，委托的行政机关为赔偿义务机关。

行政机关出于工作需要，有时依照法律、法规和规章将自己的部分行政职权委托给其他行政机关或社会组织或个人行使，以提高行政效率，如乡政府委托村委会征收粮食税，公安交通局委托居委会维护交通秩序等。接受委托的组织行使行政职权时，其行为具有与行政机关同等的效力，与行政行为有同样的法律后果。但受委托组织所行使的职权范围是由行政机关决定的，并以行政机关名义行使，产生的法律责任也应由委托的行政机关承担。因此，只有接受委托的组织或个人行使与受委托的行政职权有关的行为侵犯相对人的合法权益并造成损害，国家才承担行政赔偿责任，该委托的行政机关则为行政赔偿义务机关。

四、行政复议机关

行政复议机关是指依法享有行政复议权、受理复议申请，在其复议权限范围内依法对具体行政行为的合法性与合理性进行审查并作出裁决的行政机关。经复议的案件，由最初作出侵权行为的行政机关作为赔偿义务机关，但复议机关的复议决定加重损害的，复议机关对加重的部分履行赔偿义务。也就是说，并非经过复议的案件，一律以复议机关为行政赔偿义务机关，而是只有在复议决定加重损害的情况下，复议机关才对加重的部分履行赔偿义务，至于对原行政行为所造成的损害，则仍以原行政机关为赔偿义务机关。

五、上述赔偿义务机关被撤销后的赔偿义务机关

上述赔偿义务机关被撤销的，继续行使其职权的行政机关为赔偿义务机关；没有继续行使其职权的行政机关的，撤销该赔偿义务机关的行政机关为赔偿义务机关。

第三十二章 行政赔偿程序

行政赔偿程序是指其合法权益受到违法行使行政职权行为侵害的受害人依法提出行政赔偿请求，赔偿义务机关依法履行赔偿义务的步骤、方法、顺序、时限等要求的总和。根据《国家赔偿法》、《行政诉讼法》等法律规定，我国行政赔偿请求的提出与实现有两种途径：一种是受害人单独提出行政赔偿请求；一种是受害人在行政复议、行政诉讼中一并提出。

第一节 行政赔偿请求的提出

行政赔偿请求的提出必须符合一定的要件，当具备了这些要件时，行政赔偿请求人可以以一定的请求方式单独提出行政赔偿请求，也可以在行政复议、行政诉讼中一并提出。

一、提出行政赔偿请求的要件

（一）请求人必须具有行政赔偿请求权

享有行政赔偿请求权的人通常为其合法权益受到违法行政行为侵犯并造成损害的公民、法人或其他组织。有行政赔偿请求权的公民死亡的，该请求权转移给其继承人和其他有扶养关系的亲属；有行政赔偿请求权的法人或其他组织终止的，承受其权利的法人或其他组织有权请求赔偿。

（二）必须有明确的行政赔偿义务机关

《国家赔偿法》明确规定了各种情形下的赔偿义务机关。行政赔偿请求人必须先弄清谁为赔偿义务机关之后，方能有针对性地依法行使自己的行政赔偿请求权。在某些情况下，受害人所遭受的损害是由两个或两个以上的行政机关或它们的工作人员共同违法职权行为造成的，《国家赔偿法》对此规定，凡参加了该职权行为的行政机关都负有连带行政赔偿义务，受害人可向其中任何一个赔偿义务机关提出行政赔偿请求。被请求的行政赔偿义务机关必须依法予以赔偿。

（三）必须在法定期限内提出行政赔偿请求

法律对公民、法人和其他组织的行政赔偿请求权，并非无期限地永久保护，而是有一定期限限制的，若超过法定期限，该行政赔偿请求权灭失，受害人即使提出赔偿请求，也是无法律效力的，不会获得国家赔偿。

（四）所提出的行政赔偿请求必须在法律规定的应予赔偿的损害范围

行政赔偿请求人请求的赔偿必须在《国家赔偿法》明确规定的行政赔偿范围之内。如果受害人所受之损害不在法律规定的行政赔偿范围之内，则该请求不能依法成立。

二、行政赔偿的请求方式

（一）行政赔偿请求的书面形式

行政赔偿请求人向赔偿义务机关提出赔偿请求，必须以书面形式进行。如果赔偿请求人书写申请书确有困难的，可以委托他人代书，最后由本人签名或盖章，以示申请书的有关内容是本人的真实意思表示。如果行政赔偿请求人委托他人代书亦有不便，也可以口头申请，由赔偿义务机关将其口头申请记入笔录，经赔偿请求人确认无误后，由请求人签字或盖章。该笔录则与正式申请书的法律效力相同。

（二）申请书的内容

请求人向行政赔偿义务机关递交的申请书必须能反映其合法权益受损害的基本情况和要求行政赔偿的案由。因此，申请书必须记载下列事项：

1. 受害人的姓名、性别、年龄、工作单位和住所。如果是受害人的法定代理人或者继承人或与其有扶养关系的亲属代为行使请求权时，还应载明法定代理人、继承人和该亲属的姓名、性别、年龄、工作单位、住所以及与受害人的关系等事项。

2. 如行政赔偿请求人为法人或其他组织时，申请书应载明它们的名称、住所、法定代表人或主要负责人的姓名、职务。

3. 具体的行政赔偿要求。如所要求的金钱赔偿数额，是否恢复原状，是否返回财产等。请求人可以根据受到的不同损害，同时提出数项赔偿请求。申请书中要把每一项请求表述清楚、明白。

4. 要求行政赔偿的理由和事实根据。申请书中必须简明扼要地叙述损害行为发生的时间、地点及事实经过，若有其他证明材料的，必须一同附上。例如证明人身伤害的程度、性质的证明书，医疗费收据及因此而受到其他损失的证明；对财产损害的，应提交修复费用的收据、购置同类财物的发票等；因死亡而要求赔偿的，应提交受害人死亡证明书或其他载明死亡的原因、时间、地点等情况的证明书，以及有关死亡人生前的职业、工资收入状况、生前扶养人的姓名、年龄等情况的证明和因死亡而开支的丧葬费收据等。

5. 赔偿义务机关。申请书必不可少的内容之一是赔偿义务机关的名称，以明示该赔偿申请是针对哪个行政机关提出的，以便于行政赔偿案件的处理。

6. 申请的年、月、日，写明提交申请的时间很重要，这关系到赔偿义务机关进行处理的时限，也关系到请求人权利的行使。

三、单独提出行政赔偿请求及先行程序

受害人单独提出行政赔偿请求的，应当首先向行政赔偿义务机关提出，在赔偿义务机关不予赔偿或赔偿请求人对赔偿数额有异议时，赔偿请求人才可以依法向行政复议机关申请行政复议或直接向法院提起诉讼。先行程序要求赔偿请求人在单独提出行政赔偿请求时必须首先向赔偿义务机关提出。这通常适用于争议双方对行政侵权行为的违法性没有争议，以及相应行政侵权行为已被确认为违法或已被撤销、变更等情形。

四、一并提出行政赔偿请求

一并提出行政赔偿请求是指赔偿请求人在申请行政复议或提起行政诉讼中一并提出赔偿请求。其特点为：将确认行政职权行为违法与要求行政赔偿两项请求一并提出，并要求并案处理。复议机关或人民法院通常先对行政职权行为的违法性进行确认，然后再决定是否应予以行政赔偿。

五、允许提出数项赔偿请求

《国家赔偿法》规定，请求人根据合法权益受到的不同损害，可以同时提出数项行政赔偿请求。例如，行政机关违法行使职权，造成公民身体伤害的，可以要求赔偿医疗费、因误工减少的收入，造成公民身体残疾并全部丧失劳动能力的，受害人还可以申请残疾赔偿金及由其扶养的人的生活费等。

第二节 行政赔偿义务机关的受案与处理

一、行政赔偿义务机关的受案

行政赔偿义务机关收到行政赔偿申请书后，要进行受案前的初步审查，如果通过审查认为该申请书符合行政赔偿条件的，赔偿义务机关应决定受理并通知赔偿请求人，且应自收到申请书之日起2个月内依法履行赔偿义务。

赔偿义务机关对申请书的初步审查主要审查下列几项内容：（1）是否符合行政赔偿的要件；（2）申请书的内容和形式是否符合要求；（3）申请人所要求赔偿的损害是否确由本行政机关及其工作人员或受本机关委托的组织或个人的违法职权行为造成的；（4）赔偿请求人所要求的行政赔偿是否属于《国家赔偿法》所规定的赔偿范围之内。

如经初步审查，所有这些要求均已达到，则应决定立案处理，并通知赔偿请求人。如果发现以下情况，则应另行处理：（1）申请书的内容、形式有缺漏，应告知申请人予以补充。（2）如果申请人不具有行政赔偿请求人资格，应告知由具有行政赔偿请求人资格的人申请。（3）行使赔偿请求权已超过法定期限的，该请求权依法灭失，应告知赔偿请求人不予受理的原因。

二、行政赔偿义务机关的处理

行政赔偿义务机关收到申请书之后，经审查认为赔偿申请符合条件的，应通知赔偿请求人，并在收到申请书之日起2个月内作出处理决定，逾期不予赔偿或赔偿请求人对赔偿数额有异议，请求人可以自期间届满之日起3个月内向人民法院提起行政赔偿诉讼。

（一）赔偿义务机关处理申请的期限

《国家赔偿法》规定，行政赔偿义务机关应当自收到赔偿申请之日起2个月内作出赔偿与不赔偿的决定。

（二）赔偿义务机关处理赔偿的内容

赔偿义务机关应当依照《国家赔偿法》提出赔偿方案。方案包括：赔偿方式、赔偿数额、计算数额的依据和理由、履行期限等。

（三）行政处理不成功的救济

行政处理在法定期限内如出现下列情形，视为处理不成功：

1. 赔偿义务机关对赔偿申请置若罔闻，不予理睬，或对自己提出的方案不予实施的；

2. 赔偿请求人对赔偿义务机关的方案有异议，包括对赔偿数额、方式、履行期限有不同意见的。

行政处理不成功，自期间届满之日起3个月内，赔偿请求人可以向人民法院提起行政赔偿诉讼。

第三节 行政赔偿诉讼

行政赔偿诉讼是一种独立的特殊诉讼形式，它是人民法院根据赔偿请求人的诉讼请求，依照行政诉讼程序和国家赔偿的基本制度和原则裁判赔偿争议的活动。在起诉条件、审理形式、证据原则及适用程序诸方面都有其自身特点。

首先，从起诉条件看，在单独提起赔偿诉讼时，要以行政赔偿义务机关先行处理为前提条件。在一并提起行政赔偿请求时，通常以行政复议或行政诉讼形式确认行政职权行为违法为赔偿先决条件。

其次，从诉讼当事人看，行政赔偿诉讼以行政赔偿义务机关为诉讼被告，实行“国家责任，机关赔偿”制度。致害的公务员或行政机关的工作人员不是诉讼被告。

第三，从审理形式看，行政赔偿诉讼不同于一般的行政诉讼，在行政赔偿诉讼的审理过程中，可以调解作为审理程序和结案方式。

第四，从证据规则看，行政赔偿诉讼不完全采取“被告负举证责任”的原则，而是参照民事诉讼规则，要求行政赔偿请求人对其诉讼请求和主张进行举证。行政赔偿诉讼原则上适用《行政诉讼法》规定的程序，《行政诉讼法》没有规定的（如送达等），可以参照适用相应的民事诉讼程序。

一、行政赔偿诉讼的受案范围

根据《国家赔偿法》第3条、第4条规定的行政赔偿范围，公民、法人或其他组织可以对具体行政行为或与行政机关及其工作人员行使行政职权有关的其他违反行政职责的行为所造成的损害依法提起行政赔偿诉讼。

但是，赔偿请求人单独提起的行政赔偿诉讼，必须以赔偿义务机关先行处理为前提，否则人民法院不予受理。赔偿请求人对赔偿义务机关确定的赔偿数额、赔偿方式有异议或者赔偿义务机关逾期不予赔偿，赔偿请求人有权在法定期限内向人民法院提起行政赔偿诉讼，人民法院应当依法受理。公民、法人或其他组织在提起行政诉讼的同时一并提出行政赔偿请求的，人民法院应一并受理。

赔偿请求人对行政机关确认具体行政行为违法但又决定不予赔偿，或者对确定的赔偿数额有异议提起行政赔偿诉讼的，人民法院应予受理。赔偿请求人认为行政机关及其工作人员实施了《国家赔偿法》第3条第3、4、5项和第4条第4项规定的非具体行政行为的行为侵犯其人身权、财产权并造成损失，赔偿义务机关拒不确认致害行为违法的，请求人可直接向人民法院提起行政赔偿诉讼。

法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为，被作出最终裁决的行政机关确认违法，赔偿请求人以赔偿义务机关应当赔偿而不予赔偿或逾期不予赔偿或者对赔偿数额有异议为理由提起行政赔偿诉讼的，人民法院应依法受理。

公民、法人或者其他组织以国防、外交等国家行为或者行政机关制定发布行政法规、规章或具有普遍约束力的决定、命令侵犯其合法权益造成损害为由，向人民法院提起行政赔偿诉讼的，人民法院不予受理。

二、行政赔偿案件的管辖

公民、法人或者其他组织在提起行政诉讼的同时一并提出行政赔偿请求的，人民法院依照《行政诉讼法》第17条、第18条、第20条的规定管辖。

赔偿请求人单独提起的行政赔偿案件由被告住所地的基层人民法院管辖。

中级人民法院管辖下列第一审行政赔偿案件：（1）被告为海关、专利管理机关的；（2）被告为国务院各部门或省、自治区、直辖市人民政府的；（3）本辖区内其他有重大影响和复杂的行政赔偿案件。

高级人民法院管辖本辖区内有重大影响和复杂的第一审行政赔偿案件。

最高人民法院管辖全国范围内有重大影响和复杂的第一审行政赔偿案件。

赔偿请求人因同一事实对两个以上行政机关提起行政赔偿诉讼的，可以向其中任何一个行政机关住所地的人民法院提起。赔偿请求人向两个以上有管辖权的人民法院提起行政赔偿诉讼的，由最先收到起诉状的人民法院管辖。

公民对限制人身自由的行政强制措施不服，或者对行政机关基于同一事实对同一当事人作出限制人身自由和对财产采取强制措施的具体行政行为不服，在提起行政诉讼的同时一并提出行政赔偿请求的，由受理该行政案件的人民法院管辖；单独提起行政赔偿诉讼的，由被告住所地或原告住所地或者不动产所在地的人民法院管辖。

赔偿请求人提起行政赔偿诉讼的请求涉及不动产的，由不动产所在地的人民法院管辖。

如果人民法院发现受理的行政赔偿案件不属于自己管辖，应当移送有管辖权的人民法院；受移送的人民法院不得再行移送。

人民法院对行政赔偿案件的管辖权发生争议的，由争议双方协商解决，协商不成的，报请他们的共同上级人民法院指定管辖。报请上级人民法院指定管辖时，应当逐级进行，不得越级报请。如双方为跨省、自治区、直辖市的人民法院，高级人民法院协商不成的，由最高人民法院及时指定管辖。

三、行政赔偿诉讼当事人

根据《国家赔偿法》与《行政诉讼法》的规定，行政赔偿诉讼当事人包括原告、被告和第三人。原告只能是合法权益受到违法行使职权行为侵犯并造成损害的公民、法人或其他组织或者是依法取得行政赔偿请求人资格的公民、法人或其他组织。被告只能是行政赔偿义务机关。如两个以上行政机关共同侵权，赔偿请求人对其中一个或数个侵权机关提起行政赔偿诉讼，若诉讼请求系可分之诉，被诉的一个或者数个侵权机关为被告，若诉讼请求系不可分之诉，由人民法院依法追加其他共同侵权机关为共同被告。

复议机关的复议决定加重损害的，如赔偿请求人只对作出原决定的行政机关提起行政赔偿诉讼，作出原决定的行政机关为被告；赔偿请求人只对复议机关提起行政赔偿诉讼的，复议机关为被告。

另外，行政机关依据《行政诉讼法》第 66 条的规定申请人民法院强制执行具体行政行为，由于据以强制执行的根据错误而发生行政赔偿诉讼的，申请强制执行的行政机关为被告。

人民法院审理行政赔偿案件，需要变更被告而原告不同意变更的，裁定驳回起诉。

在行政赔偿诉讼中也可能出现第三人，即与行政赔偿案件的处理结果有法律上利害关系的其他公民、法人或其他组织。第三人有权向人民法院申请参加已经开始而尚未终结的行政赔偿诉讼，人民法院也可以通知第三人参加

该行政赔偿诉讼。第三人在行政赔偿诉讼中的法律地位与赔偿诉讼当事人相同，享有相应的诉讼权利，承担相应的诉讼义务。

四、起诉与受理

行政赔偿案件通过赔偿义务机关先行处理后，赔偿请求人可以单独提起行政赔偿诉讼。公民、法人或其他组织在提起行政诉讼的同时也可以一并提出行政赔偿请求。

赔偿请求人单独提起行政赔偿诉讼，应当符合下列条件：（1）原告须为具有行政赔偿请求人资格的公民、法人或其他组织；（2）有明确的被告，即要求其承担或履行行政赔偿义务的赔偿义务机关；（3）有具体的赔偿请求和受损害的事实根据；（4）加害行为为具体行政行为的，该行为已被确认为违法；（5）赔偿义务机关已先行处理或超过法定期限不予处理；（6）属于人民法院行政赔偿诉讼的受案范围和受诉人民法院管辖；（7）符合法律规定的起诉期限。

赔偿请求人单独提起行政赔偿诉讼，可以在向赔偿义务机关递交赔偿申请书后的2个月届满之日起3个月内提出。但是，赔偿义务机关作出赔偿决定时，未告知赔偿请求人的诉权或者起诉期限，致使赔偿请求人逾期向人民法院起诉的，其起诉期限从赔偿请求人实际知道诉权或者起诉期限时计算，但逾期的期间自赔偿请求人收到赔偿决定之日起不得超过1年。

公民、法人或其他组织在提起行政诉讼的同时一并提出行政赔偿请求的，其起诉期限按照行政诉讼起诉期限的规定执行。此外，行政诉讼案件的原告可以在提起行政诉讼后至人民法院一审庭审结束前，提出行政赔偿请求。

受害的公民死亡，其继承人和与其有扶养关系的人提起行政赔偿诉讼，应当提供该公民死亡的证明及赔偿请求人与死亡公民之间的关系证明。受害的法人或其他组织终止的，承受其权利的法人或其他组织提起行政赔偿诉讼的，也应提交原法人或组织终止的有关证明材料以及赔偿请求人与终止的法人或其他组织之间的关系证明材料。

当事人先后被采取限制人身自由的行政强制措施和刑事拘留等强制措施，因强制措施被确认为违法而请求赔偿的，人民法院按其行为的性质分别适用行政赔偿程序和刑事赔偿程序立案受理。

人民法院接到原告单独提起行政赔偿起诉状，应当进行审查，并在7日内立案或者作出不予受理的裁定。当接到行政赔偿起诉状后，在7日内不能确定可否受理的，应当先予受理。审理中发现不符合受理条件的，裁定驳回起诉。

当事人对不予受理或者驳回起诉的裁定不服的，可以在裁定书送达之日起10日内向上一级人民法院提起上诉。

五、审理和判决

人民法院对当事人在提起行政诉讼的同时一并提出行政赔偿请求，或者因具体行政行为与行使职权有关的其他行为侵权造成损害一并提出的行政赔偿请求，应当分别立案，根据具体情况可以合并审理，也可以单独审理。

人民法院审理行政赔偿案件，就当事人之间的行政赔偿争议进行审理和裁判。无论是合并审理还是单独审理，其审理形式与一般的行政诉讼相同，也适用公开审理（除涉及国家秘密、个人隐私和法律有特别规定的外），合议制度、回避原则、两审终审制度等。特别之处在于，人民法院审理行政赔

偿案件在坚持合法、自愿的前提下，可以就赔偿范围、赔偿方式和赔偿数额进行调解。调解成立的，应当制作行政赔偿调解书，其与判决具有同等的法律效力。

在一审判决前被告同原告达成赔偿协议，原告申请撤诉的，人民法院应当依法予以审查并裁定是否准许。

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。

原告在行政赔偿诉讼中对自己的主张承担举证责任，被告可提供不予赔偿或者减少赔偿数额方面的证据。被告的具体行政行为违法但尚未对原告合法权益造成损害的，或者原告的请求没有事实根据或法律根据的，人民法院应当判决驳回原告的赔偿请求。

人民法院对单独提起行政赔偿的案件作出判决，其法律文书的名称分别为行政赔偿判决书、行政赔偿裁定书、行政赔偿调解书。

六、执行与期间

行政赔偿案件审结后，发生法律效力行政赔偿判决、裁定或调解协议，当事人必须按其内容如数履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向第一审人民法院申请执行。

申请执行的期限，申请人是公民的为1年，申请人是法人或其他组织的为6个月。

单独受理的第一审行政赔偿案件的审理期限为3个月，第二审为2个月；一并受理行政赔偿请求案件的审理期限与该行政案件的审理期限相同，如因特殊原因不能按期结案，需要延长审理期限的，应按照行政诉讼法的有关规定报请批准。

第四节 行政追偿程序

一、行政追偿概述

行政追偿是指国家向行政赔偿请求人支付赔偿费用以后，依法责令有故意或重大过失的公务员、受委托的组织或个人承担部分或全部赔偿费用的法律制度。

《国家赔偿法》第 14 条规定：“赔偿义务机关赔偿损失后，应当责令有故意或者重大过失的工作人员或受委托的组织或者个人承担部分或全部赔偿费用。对有故意或者重大过失的责任人员，有关机关应当依法给予行政处分；构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。”《行政诉讼法》第 68 条第 2 款规定：“行政机关赔偿损失后，应当责令有故意或者重大过失的行政机关工作人员承担部分或者全部赔偿费用”。行政机关的工作人员或者受委托的组织和个人，在行使行政职权时，以国家和行政机关代表的身份出现，因此，其职权行为违法侵犯公民、法人或其他组织的合法权益时，受害人不能向行使职权的个人要求赔偿，故此，法律明确规定国家承担责任、机关负责赔偿的制度。但是，如果致害行为人在行使行政职权时，有故意或重大过失导致损害事实发生的，国家对致害人可以行使追偿权。追偿制度既可以保证受害人及时得到赔偿，避免因行政机关工作人员资金薄弱难以向受害人支付足额赔偿费用的情形，又可监督行政工作人员依法行使行政职权，增强其责任感，使行政工作人员尽职尽责，同时还可以减轻国家财政负担。追偿是国家基于行政机关与其工作人员之间的特别权力关系而对该行政工作人员实施的警戒形式。

二、追偿的性质和形式

（一）追偿制度的性质

追偿制度的实质是行政机关代表国家对有故意或重大过失的行政工作人员及受委托的组织和个人行使行政追偿权。基于追偿权产生的追偿责任的基础是国家与被追偿人之间的特别权力关系。追偿责任依赖于国家赔偿责任而存在，是行政工作人员或受委托的组织和个人违法行使行政职权，且主观上有故意或重大过失应承担的责任形式，在法律上不具备民事责任的性质，也不是行政处分，而是一种独立的责任。追偿责任不具有惩罚性，而暗含有警戒性质。

（二）追偿的形式

追偿的形式有两种：一是违法行使行政职权的工作人员先向受害人赔偿损失，然后请求国家折算补偿，这种方式已经很少使用。二是国家先向受害人赔偿，然后根据法定条件和情况责令致害的行政工作人员支付赔偿费用，即“先赔后追”的方式。这种方式的优点在于：受害人能得到及时的行政赔偿，避免因行政工作人员个人财力薄弱难以取得赔偿或难以取得完全赔偿的问题，有利于保护受害人的合法权益，同时建立对有故意或重大过失的行政工作人员进行追偿的制度，可以监督其依法行政，增强责任心，忠于职守，督促行政工作人员合法、合理地行使行政权，履行职责，使其既不滥用行政权力，又不遇事畏缩而能竭智尽忠地依法行政。目前，世界上许多国家，包括我国在内，都采用这种“先赔后追”的追偿形式。

三、追偿的条件

国家行政机关行使行政追偿权，必须具备两个条件：

（一）赔偿义务机关已经向受到损害的公民、法人或其他组织即行政赔

偿请求人支付了赔偿金、返还了财产或恢复原状。在赔偿义务机关向受害人履行赔偿义务之前，通常不开始对责任人员的追偿。只有赔偿义务机关在根据行政赔偿协议书、决定书或人民法院依法作出的已经发生法律效力判决、裁定或调解书履行行政赔偿义务后，行使追偿权的时机条件才告成熟。

(二) 行政机关工作人员或者受行政机关委托的组织或个人违法行使行政职权造成受害人的合法权益受到侵犯并有损失，其在主观上有故意或者重大过失。故意，是指致害的行政工作人员或受委托的组织或个人在行使行政权力执行行政职务时，明知自己的行为会给行政相对人的合法权益造成侵权损害，却仍然希望或放任这种损害结果发生的主观心理态度。行政机关的工作人员或行使受委托的行政职权的组织或个人在行使行政职权作出违法职权行为之时，不但没有注意到其身份或职务上的特别要求，而且未能预见和避免普通公民亦能预见或避免的事情，即没有达到法律对一个公民的起码要求，而致使受害人的合法权益遭到侵犯并造成损害的，就构成了重大过失。

四、追偿金额

追偿义务机关有权依法责令有故意或重大过失的工作人员或受委托的组织、个人承担部分或全部赔偿费用。但在什么条件下部分追偿？在何种情况下全部追偿？法律未作明确规定。不过，根据行政法关于行政追偿的理论和行政赔偿案件的审判经验和实践，赔偿义务机关在行使追偿权、确定追偿金额时，一般都遵循下列原则：

1. 追偿金额的范围，以赔偿义务机关支付的损害赔偿金额(包括赔偿金、恢复原状或返还财产所需费用)为限。在行政赔偿案件处理过程中，赔偿义务机关所支付的办案经费、诉讼费用等应从行政机关的财政经费中支付，不宜列入追偿范围；如果请求人放弃部分请求权，赔偿义务机关也相应减少给付的，减少的部分不能追偿；如果请求权人放弃全部请求权，赔偿义务机关全部未给付的，其相应地亦应全部放弃追偿。

2. 如果赔偿义务机关因自己的过错而支付了过多的赔偿金时，对超额部分无权追偿。

3. 追偿金额的大小，要与过错程度相适应，同时考虑被追偿者的薪金收入。一般地，过错重的多赔，过错轻的少赔，以符合建立追偿制度的宗旨。在此原则下，追偿金的具体数额应与追偿者的薪金收入相适应，应允许分期支付，且酌情考虑被追偿者的家庭生活费用。同时，追偿金的执行只能涉及行政工作人员及接受委托的个人的薪金和津贴，不能涉及其他人的财产和其家庭财产与收入。

4. 追偿金额的确定应以一定的方式与被追偿者进行协商，协商不成的，行政机关有权作出处理决定。同时，经被追偿者的申请，可酌情减轻追偿之责。

五、追偿人与被追偿人

(一) 追偿人

按法律规定追偿人，是赔偿义务机关，包括以下几种：

1. 因行政机关的工作人员违法行使职权，侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害、引起赔偿的，该工作人员所在的行政机关为追偿人；

2. 法律、法规授权的组织的工作人员行使职权导致侵权赔偿的，该组织是追偿人；

3. 受行政机关委托的组织或个人违法行使所委托之行政职权，造成侵权

损害赔偿的，委托的行政机关是追偿人。

（二）被追偿人

被追偿人是实施造成受害人合法权益损害的侵权行为的行政机关工作人员或受委托的组织和个人。

1. 在数人（均是行使行政职权侵犯同一受害人合法权益并造成损害的行政工作人员）共同实施加害行为的情况下，该数人均均为被追偿人。在追偿实务中，应根据各行为人在加害行为中的地位、作用以及过错的轻重，分别确定其追偿责任；

2. 经会议的事项造成损害赔偿的，所有参加会议的个人均为被追偿人，但对最终形成的决议表示反对的人除外。

3. 法律、法规直接授权的组织的内部成员实施加害行为的，该行为人是被追偿人；直接受行政机关委托的行使行政职权的组织内部的成员实施加害行为，该受委托的组织为被追偿人。该组织在承担了追偿责任之后，可以根据内部的规章追究直接责任的人员的责任。

《国家赔偿法》规定，对于有故意或者重大过失的责任人员，有关机关应当依法给予行政处分，构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。如果公务员或受委托的个人因故意或重大过失造成公民、法人和其他组织的合法权益受损，违反了行政法律规范的要求，即违法行使行政职权，是应受到法律制裁的；如果触犯了刑律，还应追究其刑事责任。行政机关对其所属公务员，根据公务员违法程度的不同，依《行政监察法》和《国家公务员暂行条例》等法律、法规给予适当的行政处分，以示惩戒，使公务员依法行政，尽职尽责。对于那些乘行使职权之机，作犯罪之事的人，还应交由司法机关依法处以刑罚，这是“法律面前人人平等”原则的要求。

追偿制度还涉及到追偿金的交纳、追偿时效及其计算方法，被追偿者对追偿发生异议时能否提起诉讼，追偿案件中的举证责任等问题，国家赔偿法未对此予以规定，还有待进一步的立法予以明确。

第三十三章 刑事赔偿的范围

刑事赔偿亦称冤狱赔偿，是指行使国家侦查、检察、审判、监狱管理职权的国家机关及其工作人员执行职务时，实施违法侵权行为侵犯公民、法人或其他组织的人身权、财产权等合法权益并造成损害，依法由国家承担的赔偿责任。与行政赔偿责任相比较，刑事赔偿责任有以下特点：第一，刑事赔偿中的受害人和赔偿请求人在一般情况下，只能是作为自然人的公民。法人或其他组织除非法律上有特殊规定，否则，不能成为刑事损害赔偿请求人；第二，刑事赔偿是以违法原则为主，但也适当参照了民法中的无过错责任原则。刑事赔偿的范围是指国家对行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的国家机关及其工作人员执行职务、违法实施职权行为所造成的损害而承担赔偿责任的领域，即哪些刑事损害应予赔偿，哪些刑事损害不予赔偿。《国家赔偿法》第 15 条、第 16 条明确规定了应予赔偿的刑事损害，第 17 条规定了不予赔偿的情形。

第一节 对侵犯人身权的刑事赔偿

根据《国家赔偿法》第 15 条的规定，行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员在行使职权时侵犯公民人身权利造成损害的，国家承担赔偿责任，受害人有取得赔偿的权利。具体说来，有以下几种情形。

一、对没有犯罪事实或没有事实证明有犯罪重大嫌疑的人错误拘留的

《刑事诉讼法》规定，公安机关对于现行犯或者重大嫌疑分子，如果有下列情形之一的，可以先行拘留：（1）正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；（2）被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的；（3）在身边或住处发现有犯罪证据的；（4）犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的；（5）有毁灭、伪造证据或者串供可能的；（6）不讲真实姓名、住址、身份不明的；（7）有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。

公安机关对现行犯或犯罪嫌疑人先行拘留后，如果发现被拘留人没有犯罪事实即非现行犯，也没有事实证明有犯罪重大嫌疑的，属于错误拘留，公安机关必须立即释放，发给释放证明。受害人凭释放证明可以依法向该公安机关要求损害赔偿，公安机关应依法承担赔偿责任。

此处特别提出两个应当注意的问题：（1）行为违法并非是承担因错误拘留而引起国家赔偿责任的必要条件。也就是说，不管公安机关在行使拘留权时是否存在违法情形，只要经查证受到拘留的公民没有犯罪事实或没有事实证明其有重大犯罪嫌疑，国家都必须承担由此而对公民的人身自由权造成损害的赔偿责任。（2）拘留行为本身违法也不一定导致国家承担赔偿责任。这也就是说，即使刑事拘留是错误的，但如果有证据表明被拘留人有犯罪事实或者有事实证明有重大犯罪嫌疑的，国家也不承担损害赔偿责任。如公安机关错将张三当李四进行刑事拘留，但在拘留期间发现张三确实存在公安机关所不知情的其他犯罪事实，或有其他事实证明其确实有其他重大犯罪嫌疑的，在此情况下，国家不承担损害赔偿责任。另外，公安机关执行拘留，没有完全按照法定程序进行，但是经查证被拘留人确有犯罪事实或者有事实证明有犯罪的重大嫌疑，根据有关法律规定，国家对此也不承担赔偿责任。

二、对没有犯罪事实的人错误逮捕的

逮捕是对犯罪嫌疑人、被告人由人民检察院批准或者人民法院决定，由公安机关执行的在较长时间内限制其人身自由的最为严厉的一项刑事强制措施。逮捕适用的对象仅限于犯罪嫌疑人和被告人，并且须符合法定条件。即只能对有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的，采取取保候审、监视居住等方法尚不足以防止发生社会危险性且有逮捕必要的犯罪嫌疑人、被告人适用。并且刑事诉讼法还规定了对应当逮捕的犯罪嫌疑人、被告人（即只要符合上述逮捕条件的为应当逮捕）在法定情形下，还可以采取取保候审、监视居住的方法。

与前述的错误拘留相似，国家对错误逮捕而造成公民人身权利的损害承担赔偿责任的条件主要有两个：一个是经查证，被逮捕的公民没有犯罪事实；二是已经实行逮捕，受害人的的人身自由权因此受到限制和损害。同样地，逮捕行为本身是否合法非国家承担刑事赔偿责任的必要条件。

三、依照审判监督程序再审改判无罪，原判刑罚已经执行的

根据《国家赔偿法》的规定，人民法院在刑事诉讼中因作出错误判决和裁定而承担刑事赔偿责任必须具备的充分必要条件是：

1. 通过审判监督程序，改判原被告人无罪。再审改判无罪，即意味着原判属于错判，这是承担刑事赔偿责任的前提。

根据《国家赔偿法》的规定，只有在改判无罪的情形下，国家始得承担刑事赔偿责任。如果再审减轻刑罚抑或是免于刑事处罚的，国家对已经发生法律效力判决或裁定都依法不承担刑事损害赔偿责任。

2. 原判刑罚已经执行。这里所指的刑罚是仅指刑法分则所规定的限制或剥夺公民人身自由权的拘役、有期徒刑、无期徒刑以及剥夺公民生命权的死刑。根据《国家赔偿法》第26条、第27条的规定，人民法院判处管制，有期徒刑缓刑、剥夺政治权利等刑罚的人被依法改判无罪的，国家不承担赔偿责任，但是，赔偿请求人在判决生效前被羁押的，依法有权取得赔偿，并且根据《国家赔偿法》第17条第2项、第3项的规定，依照刑法（指1997年修改前的刑法）第14条、第15条规定不负刑事责任的人和依照刑事诉讼法（指1996年修改前的刑事诉讼法）第11条规定不追究刑事责任的人被羁押，国家不承担赔偿责任，但是对起诉后经人民法院判处拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑并已执行的上列人员，有权依法取得赔偿，判决确定前被羁押的日期依法不予赔偿。总之，人民法院的错误判决已经侵犯被告人的人身自由权或生命权是该项赔偿责任的构成要件之一。

所谓已经执行，包括部分执行和全部执行，即已经根据原错误判决由有关机关已将所判之刑罚执行了一部分或已经全部执行。国家则对已经执行的错误判决的部分或全部承担赔偿责任。对错误判决没有执行的余下部分，国家不承担赔偿责任。

四、刑讯逼供或者以殴打等暴力行为或唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或死亡的

（一）刑讯逼供造成公民身体伤害或者死亡的

刑讯逼供，是指国家司法机关工作人员为了获得犯罪嫌疑人、被告人的口供，对之使用肉刑或者变相肉刑，如吊打、捆绑、拳击、脚踢、电击等以及其他足以对被审讯人员造成肉体或精神折磨的行为。一般主要发生在公安机关、国家安全机关、检察机关侦查刑事案件的过程中。受害人一般是犯罪

嫌疑人、被告人。犯罪嫌疑人、被告人的人身权若受到国家司法机关工作人员的刑讯逼供，造成其身体伤害或死亡的，国家依法承担刑事赔偿责任，受害人依法有权取得赔偿。

（二）以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或死亡的

在刑事追诉过程中的暴力行为既可以发生在侦查过程中，也可能发生在案件侦查终结之后；既可以对尚未判决的犯罪嫌疑人、被告人实施，也可对已经判决正在服刑的罪犯实施。实施暴力行为的主体既可能是国家侦查机关、检察机关、安全机关的工作人员，也可能是国家监狱管理机关的工作人员。只要是上述主体实施殴打等暴力行为造成受害人身体伤害或死亡的，国家依法承担刑事赔偿责任。

（三）唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或死亡的

国家司法机关的工作人员唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或死亡的，虽然致害行为非为司法工作人员亲自实施，但这种暴力行为的发生，是因在其唆使下进行的，在这种情形下，只须满足两个条件，国家就须承担由此而产生的公民伤亡后果的刑事赔偿责任：第一，国家司法机关以外的人员对犯罪嫌疑人、被告人、证人等实施了暴力行为，并造成了该公民的身体伤害或死亡的后果，即损害后果已经出现。第二，致害的暴力行为是在国家司法机关工作人员的唆使下进行的。在这里，被国家司法机关工作人员唆使的施以暴力行为并致受害人身体伤害或死亡的行为实施者其主观态度如何，不影响国家刑事赔偿责任的构成。

五、违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的

这里是指行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的国家机关工作人员在执行职务中违法使用武器、警械而造成公民身体伤害或者死亡的行为，对这类公民人身自由权受到侵犯并造成的损害，国家依法承担刑事赔偿责任。与行政赔偿中的违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的行为的区别在于：其一，致害行为主体不同，在此处是侦查机关、检察机关、审判机关、监狱管理机关的工作人员；其二，致害行为主体的职权性质不同，在这里违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的国家司法机关或监狱管理机关的工作人员所行使的职权为侦查、检察、审判、监狱管理职权而非行政职权。

第二节 对侵犯财产权的刑事赔偿

《国家赔偿法》第16条规定，行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员在行使职权过程中造成公民、法人或其他组织的合法财产权益损害的，国家依法承担赔偿责任，受害人依法有权取得国家赔偿。

一、违法对财产采取查封、扣押、冻结、追缴等措施的

行使侦查、检察、审判职权的国家司法机关在刑事诉讼过程中对被告人、犯罪嫌疑人的财产经常采用查封、扣押、冻结、追缴等措施，按照我国刑事诉讼法的规定，采取强制措施必须依照法定程序，符合法定条件。例如，在勘验、搜查中发现的可以证明犯罪嫌疑人有罪或无罪的各种物品和文件，应当扣押；与案件无关的，不得扣押。对扣押的物品、文件，应当会同在场见证人和被扣押物品持有人查点清楚，当场开列清单一式两份，由侦查人员、见证人和持有人签名或盖章，一份交给持有人，另一份附卷备查。人民检察院、公安机关根据侦查犯罪的需要，或者人民法院根据审理刑事自诉案件的需要，可以依照规定查询、冻结犯罪嫌疑人、被告人的存款、汇款。犯罪嫌疑人、被告人的存款、汇款已被冻结的，不得重复冻结。人民法院还可根据审理刑事案件的需要和便于裁判的执行与必要，查封犯罪嫌疑人、被告人的其他财产。司法机关及其工作人员违反刑事诉讼法或有关法律规定，对公民、法人或其他组织的财产采取查封、扣押、冻结、追缴等措施并造成损害的，应依法予以赔偿。

二、依照审判监督程序再审改判无罪，原判罚金、没收财产已经执行的

根据《刑事诉讼法》和《刑法》的有关规定，我国刑罚中的附加刑种类有罚金、没收财产等。罚金、没收财产的判决一般均由人民法院执行，对于没收财产的判决，人民法院在必要时候，可以会同公安机关执行。

在刑事诉讼中，生效的判决判处罚金、没收财产等附加刑或单处刑已经执行的，经审判监督程序再审改判被告无罪的，国家应将原判所判决的罚金，没收的财产返还受害人，如果应予返还的财物被损坏的，能够恢复原状的恢复原状，不能恢复原状的，按照损害程度给付相应的金钱。应当返还的财产灭失的，也应给付相应数额的金钱。财产已经拍卖的，应给付拍卖所得的金钱。

第三节 国家不予赔偿的情形

根据《国家赔偿法》第 17 条的规定，有下列情形之一的，国家不承担刑事赔偿责任。

一、因公民自己故意作虚伪供述，或者伪造其他有罪证据被羁押或者被判处刑罚的

公民自己作虚伪供述，并且主观上是故意的，致使错押、错判造成其人身权受到损害的，国家不负刑事赔偿责任。

国家赔偿法之所以如此规定，一方面是比较照世界各国的立法通例，另一方面也是因为公民自己的这种故意行为是造成错误羁押或错判的最主要的原因。司法机关虽然也有过错，但是公民故意作虚假供述和伪造证据的行为是造成损害的最主要、最根本的原因，因此，国家不承担刑事赔偿责任。

但是，在实践中，应注意区别以下几种情况：（1）由于他人的虚假供述或者提供伪证致使公民受到错误羁押或者有罪判决的，不能免除国家的赔偿责任。（2）公民因受到司法机关工作人员的诱供或者刑讯逼供而作出与事实不符的供述，致使该公民受到错误羁押或者被判处有期徒刑的，不能免除国家的刑事赔偿责任，受害人依法有权取得国家赔偿。（3）公民在故意作虚伪供述受到羁押或有罪判决后，如果已经向国家司法机关坦白了自己的违法行为，且其故意作虚假供述的行为尚未构成犯罪的情况下，司法机关仍然继续关押或者执行有罪判决的，那么，国家对其坦白前的羁押或者已经执行的有罪判决所造成的损害不负刑事赔偿责任，但对坦白后继续进行的羁押或执行的有罪判决部分则应当承担刑事赔偿责任。

二、依照《刑法》（指旧刑法）第 14 条、第 15 条规定不负刑事责任的人被羁押的

根据《刑法》第 14 条、第 15 条的规定，因不具备刑法上的刑事责任能力和刑事责任年龄而依法不负刑事责任的包括：（1）不满 14 周岁的人。（2）已满 14 周岁不满 16 周岁的人，为相对负刑事责任能力的人，除刑法规定需负刑事责任的罪行外，对其他的一般犯罪不负刑事责任。

当然，在下述情形下，国家仍然应承担赔偿责任，被羁押的无刑事责任能力或未达负刑事责任的法定年龄的人根本没有犯罪事实或没有犯罪重大嫌疑，对其所实施的羁押属于错误羁押，国家应当承担刑事赔偿责任；依照《刑法》第 14 条、第 15 条规定不负刑事责任的人被羁押虽然国家不承担赔偿责任，但是，如果对起诉后经人民法院判处拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑并已执行的上列人员，有权依法取得赔偿。该判决确定前被羁押的日期依法不予赔偿。

三、依照《刑事诉讼法》（指修改前的刑诉法）第 11 条规定不追究刑事责任的人被羁押的

根据《刑事诉讼法》第 11 条规定，依法不追究刑事责任的情形主要有下述三类（已经追究的，应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪）：（1）情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的。（2）被羁押的人的行为已经构成犯罪，但依法不追究刑事责任或者依法免除其刑事责任的包括：犯罪已过追诉时效的；经特赦令免除刑罚的；依照《刑法》规定告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；其他法律规定免予追究刑事责任的。（3）犯罪嫌疑人、被告人死亡的，即实施犯罪行为的犯罪嫌疑人、被

告人在追诉前及追诉过程中死亡。

上述情形不追究刑事责任的人被羁押的，国家依法不承担刑事赔偿责任。但是，如果出现其他法定情形，如司法机关工作人员刑讯逼供或者以殴打等暴力行为或者唆使他人以殴打等暴力行为造成上述人员身体伤害或死亡的，国家仍应依法承担相应刑事赔偿责任，并且上述人员在起诉后被人民法院判决拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑并已执行的，有权依法取得国家赔偿，判决确定前被羁押的日期仍依法不予赔偿。

四、行使国家侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关的工作人员与行使职权无关的个人行为

关于国家是否对国家机关工作人员所进行的与行使职权无关的个人行为给公民、法人或其他组织合法权益造成的损害承担赔偿责任的问题，已在“行政赔偿范围”一章有所说明，基于相同的理由，对于国家司法机关工作人员的与行使职权无关的个人行为所造成的损害，国家也不承担赔偿责任。

五、因公民自伤、自残等故意行为致使损害发生的

公民自伤、自残等故意行为是指公民故意对自己的身体实施的伤害行为。其原因大多数是公民为了逃避法律责任而故意对自己实施的。在这种情况下，由于损害并非国家机关或其工作人员的行为所直接引起的，因此，其后果自然应当由公民本人承担，而不能要求国家承担责任。公民除自伤、自残行为外的其他故意行为，如服刑期间的劳改犯因脱逃而被高压电线击倒，造成其本人的身体伤害或者死亡的，国家同样不承担赔偿责任。

六、法律规定的其他情形

除上述五种情形国家可以不承担刑事赔偿责任外，单行法律规定司法机关及其工作人员的其他行为国家不负刑事赔偿责任的，国家亦依法不承担刑事赔偿责任，例如正当防卫、紧急避险等。同时，这一规定，也为国家今后在必要时通过国家立法规定国家在其他某些特定情形下不承担刑事赔偿责任提供了依据。

第三十四章 刑事赔偿请求人与赔偿义务机关

第一节 刑事赔偿请求人

一、刑事赔偿请求人的概念和特征

刑事赔偿请求人是指其合法权益因行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的司法机关及其工作人员违法行使职权的行为侵犯，并造成损害的，依法有权提出刑事赔偿请求的受害人，或法律允许的与受害人有一定关系的公民或组织。

刑事赔偿请求人的法律特征是：第一，受害人必须是与行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员处于相对一方的公民、法人或其他组织，也就是说，刑事赔偿请求人通常是刑事法律关系的一方当事人和刑事司法侵权的对象。第二，受害人的合法权益遭受损害，且必须是由于行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员违法行使职权或与职权有关的其他行为所致。

二、刑事赔偿请求人的范围

根据《国家赔偿法》、《刑法》、《刑事诉讼法》的规定，在刑事诉讼中的公民、法人或其他组织可列入刑事赔偿请求人范围的，主要有以下几种情况：

1. 刑事诉讼中的被告人、犯罪嫌疑人。这是刑事诉讼中的主要当事人，是刑事司法权行使的主要对象，由于他们在刑事诉讼中是被强制、被审讯、被监禁的对象。其合法权益易被司法机关及其工作人员的错误或违法行使职权的行为所侵害。《国家赔偿法》第15条、第16条规定的七种承担赔偿责任的情形在刑事被告人中都可能发生，而对犯罪嫌疑人采取刑讯逼供、暴力行为，违法使用武器、警械等也有可能发生。刑事司法实践中，错误或违法地行使司法权主要也集中在刑事被告人和犯罪嫌疑人这两种对象上。因此，被告人、犯罪嫌疑人是常见的刑事赔偿请求人。

2. 刑事诉讼中其合法权益受到违法行使司法职权行为侵犯并造成损害的法人和其他组织。法人和其他组织能作为犯罪主体已在新刑法中作了明确规定，这意味着法人和其他组织在刑事诉讼中可能成为特定犯罪案件中的被告人。在行使侦查、检察、审判职权的机关及其工作人员违法对法人或其他组织的合法权益进行侵犯并造成损害的，或者非法采取查封、扣押、冻结、追缴等措施造成合法财产权益受损害时，受害的法人或其他组织有权要求刑事赔偿，而成为刑事赔偿请求人。

3. 刑事诉讼中的其他诉讼参与者。除上述两种情况外，只要因错误、违法行使司法职权造成公民、法人或其他组织的合法权益受到侵犯并造成损害的，该受害人均有权要求刑事赔偿。

4. 如果在刑事诉讼中，依法享有刑事赔偿请求权的受害的公民死亡，其继承人和其他有扶养关系的亲属依法取得刑事赔偿请求人资格，有权要求刑事赔偿。如果依法享有刑事赔偿请求权的受害法人或其他组织终止，承受其权利的法人或者其他组织依法取得刑事赔偿请求人资格，可依法提出刑事赔偿请求。

第二节 刑事赔偿义务机关

一、刑事赔偿义务机关的概念及范围

刑事赔偿义务机关是指在执行侦查、检察、审判、监狱管理职务的活动中，行使职权侵害公民、法人或其他组织的合法权益并造成损害，而依法承担刑事赔偿责任、接受刑事赔偿请求、履行刑事赔偿义务的国家机关。

《国家赔偿法》第19条第1款规定：“行使国家侦查、审判、检察、监狱管理职权的机关及其工作人员在行使职权时，侵犯公民、法人或者其他组织的合法权益造成损害的，该机关为赔偿义务机关。”这一概括性规定表明，我国刑事赔偿义务机关的范围是相当广泛的。

（一）侦查机关

侦查机关是指行使国家侦查权的国家机关。侦查机关负责收集证据、揭露犯罪、证实犯罪、查获犯罪分子、防止罪犯逃避刑事责任追究等职权、职责。根据现行《刑事诉讼法》第3、4、18条的规定，刑事案件的侦查由公安机关进行，法律另有规定的除外。检察机关对自己依法直接受理的刑事案件享有侦查权。国家安全机关依照法律规定，办理危害国家安全的刑事案件，行使与公安机关相同的职权，即国家安全机关对危害国家安全的刑事案件依法享有侦查权。另外刑事诉讼法附则规定，军队保卫部门对军队内部发生的刑事案件行使侦查权，对罪犯在监狱内犯罪的案件由监狱管理机关进行侦查。

可见，在我国，侦查机关主要为公安机关（含国家安全机关）、检察机关。由于法律赋予侦查机关在侦查过程中于其职权范围内可以采取强制措施，如拘传、拘留、决定逮捕、执行逮捕等，甚至在必要时可以使用武器、警械等的权力，因此，在实践中，也不可避免地会造成对公民、法人或其他组织合法权益的损害，如果该损害是因侦查机关及其侦查人员违法行使侦查权的行为或实施了与侦查权有关的行为所直接造成的，则该侦查机关或侦查人员所在的侦查机关为赔偿义务机关，应当依法履行刑事赔偿义务。

（二）检察机关

检察机关是我国的法律监督机关。在刑事诉讼中，检察机关依法行使检察、批准逮捕、侦查（对检察机关直接受理的案件的侦查）、提起公诉等职权。

检察机关对于没有犯罪事实的人错误批准或者决定逮捕的，违法对财产采取查封、扣押、冻结、追缴等措施的，检察人员刑讯逼供或者以殴打等暴力行为或者唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或者死亡的，以及违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的，依法应承担刑事赔偿责任，该检察机关或该检察工作人员所在的检察机关为赔偿义务机关。

（三）审判机关

审判机关即人民法院，是代表国家行使司法审判权的国家机关。根据《国家赔偿法》有关规定和最高人民法院的相关司法解释，人民法院行使审判职权时作出错判或误判并已经执行，对公民、法人或其组织的合法权益造成损害的，人民法院为刑事赔偿义务机关。

（四）监狱管理机关

监狱管理机关是指对监狱实行管理，依法行使监管职权的国家司法行政机关。如司法部劳动改造管理局、省、自治区、直辖市司法厅（局）劳动改

造管理局及所属的各级狱政管理部门等。

根据我国《监狱法》第2条规定，监狱是国家刑罚执行机关。依照刑法和刑事诉讼法的规定，被判处死刑缓期2年执行，无期徒刑、有期徒刑的罪犯，在监狱内执行刑罚。监狱作为劳动改造机关之一，是对罪犯实行惩罚、强制劳动和教育的场所。罪犯在劳动改造过程中，虽然其人身自由或受到限制或受剥夺，但是，其生命健康权、财产权等其他合法权益同样受法律保护，任何组织或个人不得非法侵犯。监狱管理机关在行使监管改造罪犯的职权过程中，非法侵犯罪犯的合法权益包括生命健康权、财产权等造成损害的，根据《国家赔偿法》规定，监管机关或监管人员所在的机关为刑事赔偿义务机关。

二、刑事赔偿义务机关的确定

根据《国家赔偿法》第19条的规定，刑事赔偿义务机关具体确定为：

（一）作出错误拘留决定的国家机关

根据《刑事诉讼法》的规定，有权决定刑事拘留的国家机关包括公安机关、国家安全机关以及军队保卫部门等。《国家赔偿法》第19条第2款规定：“对没有犯罪事实或没有事实证明有犯罪重大嫌疑的人错误拘留的，作出拘留决定的机关为赔偿义务机关”。

（二）作出错误逮捕决定的国家机关

《刑事诉讼法》规定，逮捕犯罪嫌疑人、被告人，必须经人民检察院批准或人民法院决定，由公安机关执行。有权批准逮捕或决定逮捕的机关为人民检察院，人民法院对自诉案件的被告人有决定逮捕权。如果人民检察院错误批准逮捕或作出逮捕决定或者人民法院依法定职权错误作出逮捕决定，致使公民受到羁押的，根据《国家赔偿法》第19条第3款规定：“作出逮捕决定的机关为赔偿义务机关。”即错误批准逮捕或错误作出逮捕决定已被执行的，该批捕机关（检察院）或该错误逮捕决定作出机关（人民检察院或人民法院）为刑事赔偿义务机关。

（三）作出错误判决的国家机关

《国家赔偿法》第19条第4款规定：“再审改判无罪的，作出原生效判决的人民法院为赔偿义务机关。”“二审改判无罪的，作出一审判决的人民法院和作出逮捕决定的机关为赔偿义务机关。”从这一规定可以看出，作出错误判决的刑事赔偿义务机关有两种情形，一是经再审改判无罪的，原一审人民法院作出判决后，被告人没有上诉，人民检察院没有抗诉，判决发生法律效力，原一审人民法院为赔偿义务机关；被告人上诉或者人民检察院抗诉，原二审人民法院维持一审判决或者对一审人民法院判决予以改判的，原二审人民法院为赔偿义务机关。二是经二审改判无罪的，在这种情况下，刑事赔偿义务机关为作出逮捕决定的机关和一审人民法院，即构成共同赔偿义务机关。在这里，既可能是作出一审判决的人民法院和作出逮捕决定的人民检察院作为共同赔偿义务机关，又可能只是人民法院（这是在逮捕决定由一审人民法院作出的情形下出现的）。

另外根据《关于人民法院、人民检察院共同赔偿案件若干问题的解释》，检察机关批准逮捕并提起公诉，一审人民法院判决有罪，二审人民法院改判无罪依法应当赔偿的案件，一审人民法院和批准逮捕的人民检察院为共同赔偿义务机关；批准逮捕与提起公诉的如不是同一人民检察院，共同赔偿义务机关为提起公诉的人民检察院。赔偿请求人因在起诉、审判阶段被错误羁押

而申请赔偿的，可以向共同赔偿义务机关的任何一个机关提出申请，先收到申请的机关为赔偿案件的办理机关。二审人民法院宣告无罪的赔偿案件，作为共同赔偿义务机关的人民法院和人民检察院各按应当赔偿金额的 1/2 承担赔偿责任。

（四）监狱部门

根据《司法机关行政赔偿、刑事赔偿办法》的规定，司法机关的监狱部门及其工作人员在行使职权时，刑讯逼供或体罚、虐待服刑人员，造成身体伤害或死亡的；或者殴打或唆使、纵容他人殴打服刑人员，造成严重后果的；或者侮辱服刑人员造成严重后果的；或者对服刑期满的服刑人员无正当理由不予释放的；或者违法使用武器、警械、戒具造成公民身体伤害死亡的；或者其他违法行为造成服刑人员身体伤害或者死亡的，该监狱部门或实施侵害行为的监狱管理人员所在的监狱部门为刑事赔偿义务机关，依法对刑事赔偿案件予以受理、承办和审核，并依法履行刑事赔偿义务。

第三十五章 刑事赔偿程序

第一节 刑事赔偿请求的提出

根据《国家赔偿法》的规定，刑事赔偿请求人向刑事赔偿义务机关提出刑事赔偿请求，应当符合一定条件，刑事赔偿义务机关对于符合条件的，应当在一定期限内依法履行刑事赔偿义务。

一、提出刑事赔偿请求的前提是行使侦查、检察、审判、监狱管理等职权的行为已被确认为违法

刑事赔偿与其他国家赔偿的最主要区别之一在于：刑事赔偿必须以行使侦查、检察、审判、监狱管理职权行为已被确认为违法为前提。《国家赔偿法》规定，赔偿义务机关对依法确认有本法第15条、第16条规定情形之一的，应当给予赔偿。赔偿请求人要求确认有本法第15条、第16条规定情形之一的，被要求的机关不予确认的，赔偿请求人有权申诉。只有在行使侦查、检察、审判、监狱管理职权行为违法并已对受害人的合法权益造成损害已被确认之情形下，刑事赔偿义务机关才能根据受害人的申请予以赔偿。

从我国目前司法体制看，有关刑事司法行为的相互监督机制已经建立，即不服刑事拘留、逮捕等刑事强制措施的，可通过审判或复议、法律监督等途径确认该措施违法，当受害人得到释放证明、无罪判决书时，就可以向赔偿义务机关请求赔偿。刑事赔偿请求人请求确认刑事司法行为违法的，被请求机关不予确认的，该赔偿请求人依法享有申诉权。受害的公民、法人或其他组织可先请求有关机关予以确认行使侦查、检察、审判、监狱管理职权行为违法，如有关机关不予确认，受害人可以向实施违法的刑事司法行为机关的上级机关或其他有权机关申诉，请求确认该刑事司法行为违法。一旦被确认为违法，刑事赔偿请求人可以根据确认书向赔偿义务机关提出刑事赔偿请求。

二、提出刑事赔偿申请

按照国家赔偿法的规定，刑事赔偿请求人请求赔偿，应当先向赔偿义务机关提出，即刑事赔偿案件由刑事赔偿义务机关先行处理为法定程序。赔偿程序适用《国家赔偿法》第10条、第11条、第12条的规定，即赔偿请求人可以向共同赔偿义务机关中的任何一个赔偿义务机关要求赔偿，该赔偿义务机关应当先予赔偿。赔偿请求人根据受到的不同损害，可以同时提出数项刑事赔偿请求。刑事赔偿请求人提出赔偿请求，应当递交申请书，申请书应当载明的事项有：（1）受害人的姓名、性别、年龄、工作单位和住所，法人或其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；（2）具体的要求，事实根据和理由；（3）申请的年、月、日。

赔偿请求人书写申请书确实有困难的，可以委托他人代书；也可以口头申请，由刑事赔偿义务机关记入笔录。

第二节 刑事赔偿义务机关的受案与处理

根据《国家赔偿法》的规定，刑事赔偿请求人要求赔偿的，应当先向赔偿义务机关提出。赔偿义务机关对依法确认有本法第15条、第16条规定之情形的，应当给予赔偿。赔偿义务机关应当自收到申请之日起2个月内依照本法第四章的规定（即指赔偿方式和计算标准）给予赔偿；逾期不予赔偿或者请求人对赔偿数额有异议的，赔偿请求人可以自期间届满之日起30日内向其上一级机关申请复议。赔偿义务机关是人民法院的，赔偿请求人可以依照规定向其上一级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定。

一、侦查机关的受案与处理

侦查机关在刑事诉讼中主要是指公安机关（含国家安全机关）和检察机关。下面主要介绍公安机关的受案与处理。

根据公安部《关于公安机关贯彻实施〈国家赔偿法〉有关问题的通知》，各级公安机关及其所属业务各部门对于在打击刑事犯罪过程中发生的侵犯公民、法人和其他组织合法权益的行为，必须主动、及时地纠正。对被侵犯人行驶害怕的损害依法应当赔偿的，要主动按《国家赔偿法》的规定予以赔偿，并做好善好工作。

公安机关各业务部门负责对本部门承办的违法侵权案件的赔偿工作，在办理赔偿案件过程中，侵权行为的直接责任人员必须回避。对于已经依法确认违法侵权事实提出的赔偿请求，自收到赔偿申请书之日起受理，并在2个月内按照《国家赔偿法》第四章的规定给予赔偿。对于违法侵权事实尚未得到确认的赔偿请求，被控告有违法侵权的公安机关及有关部门或上一级公安机关，应当首先对是否有侵权事实和是否违法进行查证，对是否有违法侵权事实作出确认或者不予确认的决定。在违法侵权事实得到确认后，再由负有赔偿义务的机关依照赔偿程序进行赔偿，其确认过程不计算在受理赔偿时限内。

经本级公安机关领导批准，对违法侵权事实尚未得到确认的赔偿申请可转交有关部门或者有权确认的国家机关进行调查确认，也可以告知赔偿请求人直接向有关部门或者有权确认的国家机关提出确认的要求。应当由公安机关进行确认的，按申诉控告案件的分工和程序办理。

公安机关办理赔偿案件的具体程序，各省、自治区、直辖市公安厅、局可以根据《国家赔偿法》，结合本地实际作出具体规定。

二、检察机关的受案与处理

根据《人民检察院刑事赔偿工作办法（试行）》的规定，人民检察院办理刑事赔偿案件，实行专人审查，承办部门审核，检察长或检察委员会决定的制度。

检察机关对依法确认有《国家赔偿法》第15条、第16条规定情形，根据《国家赔偿法》第19条的规定，负有赔偿义务的，应当给予赔偿。如有下列情形之一的，应及时作出决定，主动向受害人进行赔偿。（1）对已经拘留、逮捕的人作出撤销拘留、逮捕决定、复查纠正决定，或者人民法院判决无罪已经发生法律效力；（2）对检察机关工作人员刑讯逼供或者以殴打等暴力行为或者唆使他人以殴打等暴力行为以及违法使用武器、警械造成公民身体伤害、死亡，已作出处理决定的；（3）对违法查封、扣押、冻结、追缴财产予以纠正的。

赔偿请求人请求确认检察机关工作人员刑讯逼供、违法使用武器、警械等造成公民身体伤害或死亡或者确认违法查封、扣押、冻结、追缴等造成财产损失的，被请求的人民检察院应当予以确认。

赔偿请求人对不予确认的，有权向上一级人民检察院提出申诉。对不予确认的申诉，上级人民检察院可以自行复查，也可以责成下级人民检察院复查。对不予确认的申诉，经复查认定侵权事实存在的，应作出确认决定；对侵权事实不存在的，驳回申诉。人民检察院对赔偿请求人提出的确认要求，依法确认有《国家赔偿法》第 15 条、第 16 条规定情形的，应直接向受害人赔偿。

赔偿请求人以书面或口头方式要求赔偿的，应予受理，填写《刑事赔偿申请登记表》。对于以口头方式提出赔偿申请的，应问明有关情况并记入笔录。人民检察院在受理赔偿申请时，应当查明：（1）请求人是否符合《国家赔偿法》第 6 条的规定；（2）赔偿义务机关是否应为检察机关；（3）本院是否负有赔偿义务；（4）赔偿请求是否已过时效；（5）请求赔偿的有关材料是否齐备。

经初步审查后，应分别不同情况予以处理：（1）对本院负有赔偿义务的申请，经部门负责人批准，予以立案；（2）对本院不负有赔偿义务的申请，应通知赔偿请求人向负有赔偿义务的人民检察院提出或移送负有赔偿义务的人民检察院；（3）对不属于人民检察院赔偿的申请，应告知赔偿请求人向负有赔偿义务的机关提出；（4）对赔偿请求已过赔偿时效，或不符合《国家赔偿法》第 6 条规定的不予立案，并通知请求人；（5）对刑事赔偿申请材料不齐备的，可告知请求人补充有关材料后予以立案。

人民检察院对已立案的刑事赔偿案件，应指定专人进行审查。承办人接到案件应及时、全面地审查案件材料，必要时可以调取有关的案卷材料。在审查刑事赔偿案件时，应查明以下事项：（1）损害是否是由检察机关及其工作人员违法行使职权造成的；（2）侵权起止时间和造成损害的程度；（3）是否符合《国家赔偿法》第 15 条、第 16 条规定的刑事赔偿范围；（4）是否属于《国家赔偿法》第 17 条规定的不承担赔偿责任的情形。

对刑事赔偿案件进行审查后，认为证明材料不足或不能证明有关赔偿事实时，可以要求赔偿请求人或者有关部门补充证明材料，也可自行调查。

对事实清楚，符合法定赔偿条件，应予赔偿的，承办人应提出予以赔偿以及赔偿方式和数额的具体意见，经部门负责人审核并报检察长批准后，制作《刑事赔偿决定书》，送达赔偿请求人。对不符合法定赔偿条件的，制作《不予赔偿决定书》，送达赔偿请求人。《刑事赔偿决定书》和《不予赔偿决定书》由检察长签署，加盖人民检察院院印。

人民检察院对依法应予赔偿的，应自收到刑事赔偿申请之日起 2 个月内作出决定，并给予赔偿。

负有赔偿义务的人民检察院负责赔偿决定的执行。给予受害人赔偿应根据刑事赔偿决定书执行。提出复议的，按复议决定书执行。赔偿请求人因不服复议决定或者对复议机关逾期不作决定而向人民法院赔偿委员会提出赔偿申请的，按人民法院赔偿委员会作出的赔偿决定书执行。

负有赔偿义务的人民检察院作出的赔偿决定应当在收到赔偿申请之日起 2 个月内执行。对复议机关作出的复议决定，赔偿请求人自收到复议决定起 30 日内未向人民法院赔偿委员会提出申请的，负有赔偿义务的人民检察院应

当执行。人民法院赔偿委员会作出赔偿决定的，收到赔偿决定书即应执行。

三、审判机关的受案与处理

赔偿请求人以书面或口头方式要求作为刑事赔偿义务机关的人民法院赔偿的，相应人民法院应予受理，并填写《刑事赔偿申请登记表》；对于请求人以口头方式要求赔偿的，应问明有关情况并记入笔录。人民法院受理申请时，应当查明：（1）请求人是否符合《国家赔偿法》第6条的规定；（2）赔偿义务机关是否为人民法院；（3）本院是否负有赔偿义务；（4）赔偿请求是否已过赔偿时效；（5）请求赔偿的有关材料是否齐备。

人民法院经初步审查后，应分别情况予以处理：（1）对本院负有赔偿义务的申请，经负责人批准，予以立案；（2）对本院不负有赔偿义务的申请，应通知赔偿请求人向负有赔偿义务的人民法院提出，或者移送负有赔偿义务的人民法院；（3）对不属于人民法院赔偿的申请，应告知赔偿请求人向负有赔偿义务的机关提出；（4）对赔偿请求已过赔偿时效，或者不符合《国家赔偿法》第6条规定的，不予立案，并通知请求人；（5）对刑事赔偿申请材料不齐备的，可告知请求人补充有关材料后予以立案。

人民法院对已立案的刑事赔偿案件，应指定专人进行审查。承办人接到案件后应及时、全面地审查案件材料。通过审查后，认为证明材料不足或不能证明有关赔偿事实的，可以要求赔偿请求人或者有关部门补充证明材料，也可自行调查。对事实清楚，符合法定赔偿条件，应予赔偿的，应提出予以赔偿以及赔偿的方式和具体数额的意见，经部门负责人审核并报院长批准后，制作《刑事赔偿决定书》，对不符合法定赔偿条件的，制作《不予赔偿决定书》，并由院长签署，加盖人民法院院印，送达赔偿请求人。

人民法院对依法应予赔偿的，应自收到刑事赔偿申请书之日起2个月内作出决定，并给予赔偿。

赔偿请求人对人民法院作出的赔偿数额有异议或者人民法院逾期不作出决定或者人民法院对作出的赔偿决定不予执行的，可以向上一级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定。

此外，根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理人民法院、人民检察院共同赔偿案件若干问题的解释》的规定，检察机关批准逮捕提起公诉，一审人民法院判决有罪，二审人民法院改判无罪依法应当赔偿的案件，一审人民法院和批准逮捕的人民检察院为共同赔偿义务机关。批准逮捕与提起公诉的如不是同一人民检察院，共同赔偿义务机关为提起公诉的人民检察院。赔偿请求人因在起诉、审判阶段被错误羁押而申请赔偿的，可以向共同赔偿义务机关中的任何一个机关提出申请，先收到申请的机关为赔偿案件的办理机关。二审人民法院宣告无罪的赔偿案件，作为共同赔偿义务机关的人民法院和人民检察院各按应当赔偿金额的1/2承担赔偿责任。

赔偿案件的办理机关收到赔偿申请后，应当将赔偿申请书副本送达另一赔偿义务机关。办理机关负责审查有关法律文书证明材料后，提出决定赔偿或者不予赔偿的意见，并拟制《共同赔偿决定书》。决定赔偿的，同时开具共同赔偿金额的分割单。并将上述材料送交另一赔偿义务机关认同。另一赔偿义务机关应当于15日内予以答复。认同的，应当在共同赔偿决定书上盖章并将应当承担的赔偿金额一并送交赔偿案件的办理机关，由该办理机关一次付给赔偿请求人。共同赔偿义务机关应当在赔偿案件的办理机关收到赔偿申请之日起2个月内作出决定。赔偿请求人对赔偿数额有异议或者办理机关逾

期不作出决定的,可以自办理期限 2 个月届满之日起 30 日内向共同赔偿义务机关中人民法院的上一级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定。

在共同赔偿案件中赔偿请求人因生命健康权、财产权遭受侵害同时提出赔偿申请的,应当另案办理,由侵权机关负责确认和赔偿。赔偿案件的办理机关不是侵权机关的,应当告知赔偿请求人向侵权机关申请确认和赔偿。

但是,上级人民检察院对二审人民法院宣告无罪的判决按照审判监督程序提出抗诉的,提出抗诉的人民检察院和原二审人民法院应当及时通知下级人民检察院和一审人民法院。赔偿案件正在办理的,应中止办理,审理期限中断。经再审改判有罪的,正在办理的赔偿案件应当终止办理。已作出赔偿决定的,应当由原作出赔偿决定的机关予以撤销,已支付的赔偿金应当收回。

四、监狱部门的受案与处理

根据《司法行政机关行政赔偿、刑事赔偿办法》的规定,司法行政机关办理刑事赔偿案件,实行有关业务部门承办,法制工作部门审核,机关负责人决定的制度。

司法行政机关的监狱部门及其工作人员在行使职权时,有刑讯逼供或者体罚、虐待服刑人员,造成身体伤害或死亡的,殴打或者唆使、纵容他人殴打服刑人员,造成严重后果的;侮辱服刑人员造成严重后果的;对服刑期满的服刑人员无正当理由不予释放的;违法使用武器、警械、戒具造成公民身体伤害、死亡的;其他违法行为造成服刑人员身体伤害或者死亡的;若有上述情形之一,应当予以刑事赔偿。

司法行政机关的监狱部门的赔偿案件由监狱部门受理、承办和审核。请求赔偿应由请求人填写《刑事赔偿申请登记表》。特殊情况不能以书面方式提出的,可以口头方式提出,由监狱部门承办人员代为填写并作出笔录,再由当事人签名。监狱部门受理刑事赔偿申请应当查明下述情况:(1)是否属于上述的刑事赔偿范围;(2)有无该《办法》第 8 条规定的不予赔偿的情形;(3)请求人是否符合《国家赔偿法》第 6 条规定的条件;(4)是否应由本机关予以赔偿;(5)赔偿请求是否已过赔偿时效;(6)请求赔偿的有关材料是否齐全。

对已立案的赔偿案件,由案件受理机构分送有关业务部门,业务部门应指定与该案无直接利害关系的人员办理。特殊情况下,也可由案件受理机构直接办理。承办部门应在 1 个月内对赔偿请求提出予以赔偿以及赔偿方式和赔偿数额或不予赔偿的意见,连同有关材料报送法制工作部门审核。法制工作部门对承办部门的意见应在 10 日内进行审核,并报本机关负责人批准。

监狱部门对符合法定赔偿条件的,决定予以赔偿,制作《刑事赔偿决定书》,对不符合法定赔偿条件的,决定不予赔偿,制作《不予赔偿决定书》,并由机关负责人签署,加盖机关印章,并送达赔偿请求人。

第三节 刑事赔偿案件的复议程序

刑事赔偿的复议程序是指刑事赔偿请求人向赔偿义务机关依法提出赔偿请求后，赔偿义务机关不予赔偿，或者赔偿请求人对赔偿义务机关作出的赔偿决定有异议，或者赔偿义务机关对赔偿决定逾期不予执行的，请求人依法在法定期限内向赔偿义务机关的上一级机关提出复议申请，由复议机关进行审查，并对刑事赔偿争议作出决定的程序。

刑事赔偿的复议程序仅适用于公安机关、安全机关、检察机关和监狱管理机关等作为刑事赔偿义务机关的情况。因为《国家赔偿法》规定，赔偿义务机关是人民法院的，赔偿请求人可以依照规定向其上一级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定。这样，可以减少不必要的讼累和程序上的烦琐与重复现象。

一、复议程序的引起

刑事赔偿义务机关依法处理刑事赔偿案件，就请求人的申请作出决定后，并不意味着刑事赔偿程序的终结。在下列情况下，可能引起刑事赔偿的复议程序的开始：（1）赔偿请求人提出赔偿请求后，赔偿义务机关拒绝受理；（2）赔偿义务机关受理赔偿请求后，作出不予赔偿的决定；（3）赔偿请求人对赔偿决定中的赔偿方式及赔偿数额有异议；（4）赔偿义务机关收到赔偿请求后，逾期不作出决定；（5）赔偿义务机关作出了赔偿决定，但不予执行。对有上述情况之一的，赔偿请求人有权依法向赔偿义务机关的上一级机关提出复议申请，要求通过复议程序予以解决。

《国家赔偿法》对赔偿请求人提出复议申请的期间分不同情况作出了规定。赔偿义务机关作出有关书面决定送达请求人的，赔偿请求人应自收到书面决定之日起30日内提出复议申请。赔偿义务机关对赔偿请求不予答复的或者拒绝履行自己作出的赔偿决定或者请求人对赔偿数额有异议的，请求人可以自2个月期间届满之日起30日内申请复议，2个月的期间自赔偿义务机关收到赔偿申请书之日起计算。期间届满的最后1日为节假日的，以节假日后的第一个工作日为期间届满的日期。期间不包括在途时间，复议申请书在期满前交邮的，不算过期。当事人因不可抗力或其他正当理由耽误期限的，在障碍消除后，可以申请顺延期限。

赔偿请求人提出刑事赔偿复议申请，应当向复议机关递交申请书。复议申请书应当载明的事项可按照赔偿请求申请书的有关规定和要求，赔偿义务机关已作出书面决定的，应将该决定书的副本一并附具。

收到刑事赔偿复议申请书后，复议机关应及时进行审查，并分别情况作出相应处理：（1）赔偿请求人未经赔偿义务机关先行处理而直接申请的复议的，复议机关应当告知请求人必须先由赔偿义务机关先行处理。（2）赔偿请求人越级申请复议的，收到复议申请的机关应告知请求人向正确的复议机关申请复议。（3）超过法定期限申请刑事赔偿复议的，予以驳回，并告知理由。（4）复议申请符合受理条件的，应予受理。

二、复议机关的审理和复议决定

复议机关受理复议申请后，应指定与本案无利害关系的专人承办，且承办人不得少于2人。承办人应当充分听取赔偿请求人的意见，并与请求人针对案件的损害事实和损害程度、赔偿方式和赔偿数额以及法律适用等关键性问题阐述各自的意见。同时，复议机关还要听取赔偿义务机关的意见。在各

方充分发表意见后，进入评议阶段。评议内容应制作成笔录，存入案卷。评议结束时，应按少数服从多数的原则作出复议决定，并通知赔偿请求人和赔偿义务机关。

复议机关对于赔偿义务机关认定事实清楚，适用法律正确、适当的决定，应予维持；对于认定事实错误，适用法律错误或确定的赔偿方式与数额不合理的决定，应予撤销；认为应予赔偿的，复议机关应当重新作出赔偿决定或者变更赔偿义务机关的决定。复议机关作出的复议决定对于作为其下一级机关的赔偿义务机关具有约束力。复议决定一经送达即发生法律效力。赔偿义务机关必须执行。

刑事赔偿复议机关作出复议决定的期限为2个月，自收到复议申请之日起计算。赔偿请求人不服复议决定的，可以在收到复议决定之日起30日内向复议机关所在地的同级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定。如复议机关逾期不作出决定的，请求人可自递交复议申请书之日起2个月的期间届满后的30日内向复议机关所在地的同级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定。从而可以进行下一步的刑事赔偿程序，即向复议机关所在地的同级人民法院赔偿委员会提出赔偿请求。

第四节 人民法院赔偿委员会的最终决定程序

人民法院赔偿委员会的决定程序是《国家赔偿法》规定的最终解决和确定刑事赔偿问题所适用的一种非讼特别程序。赔偿委员会是依法设立于中级以上的人民法院内处理国家赔偿案件的专门机构，并实行“一审终结”制。最高人民法院于1996年5月6日作出了《关于人民法院赔偿委员会审理赔偿案件程序的暂行规定》，对赔偿委员会审理国家赔偿案件的程序作了详细规定。

一、赔偿委员会的设置与管辖

根据《国家赔偿法》的规定，赔偿委员会是设置于中级以上人民法院内部的一级独立机构，负责处理有关刑事赔偿、民事、行政司法（审判）赔偿案件，但不负责处理行政赔偿案件。赔偿委员会由人民法院3至7名审判员组成，设主任1人，负责召集、主持赔偿委员会会议，领导赔偿委员会的工作。根据最高人民法院1994年12月23日发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国国家赔偿法〉若干问题的解释（一）》，赔偿委员会由3名或5名委员、高级人民法院赔偿委员会由5名或7名委员组成。赔偿委员会的主任委员由副院长兼任，亦可设专职主任主持工作，下设办公室，配备2名至5名工作人员。

在管辖方面，根据《国家赔偿法》规定，如果赔偿义务机关是人民法院，则由其上一级人民法院赔偿委员会管辖；如果赔偿义务机关为其他司法机关，则由复议机关所在地的同级人民法院赔偿委员会管辖。

二、赔偿委员会决定程序的引起

刑事赔偿进入到赔偿委员会的最终决定程序必须符合一定条件。根据有关规定，只有具备下列情形之一的，赔偿请求人才可向人民法院赔偿委员会申请作出最终赔偿决定：

1. 行使侦查、检察、监狱管理职权的机关及其工作人员在行使职权时侵犯公民、法人或其他组织的合法权益并造成损害，经依法确认应予赔偿，赔偿请求人经依法申请赔偿和申请复议，因对复议决定不服或者复议机关逾期不作出复议决定，在法定期间内向复议机关所在地的同级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定的。此处“法定期间”有两种情况：一是赔偿请求人不服复议决定时，应在收到复议决定之日起30日内提起；二是复议机关逾期不作出复议决定时，应自复议期间届满（自复议机关收到复议申请之日起满2个月）之日起30日内提起。

2. 人民法院是赔偿义务机关，赔偿请求人经申请赔偿，因赔偿义务机关逾期不予赔偿或者赔偿请求人对赔偿数额有异议的，赔偿请求人可以自期间届满之日起30日内向其上一级人民法院赔偿委员会申请作出赔偿决定。

三、赔偿案件的立案审查

赔偿请求人依法向赔偿委员会申请作出赔偿决定的，应当递交赔偿申请书一式4份，赔偿请求人书写申请书确有困难的，可以口头申请。口头申请的，应当记入笔录，并填写《口头申请赔偿登记表》一式4份，由赔偿请求人签名、盖章。赔偿请求人依法向赔偿委员会申请作出赔偿决定的被侵权事项，应当先经过依法确认。根据《国家赔偿法》第20条第2款的规定，被要求确认的机关不予确认的，赔偿请求人有权申诉。赔偿委员会不受理要求确认的申诉案件。

赔偿请求人向人民法院赔偿委员会提出赔偿申请，除符合《国家赔偿法》第6条规定的条件以外，还应当提供以下相关的法律文书和证明材料：（1）经依法确认有《国家赔偿法》第15条、第16条规定情形的法律文书，包括：人民法院一审宣告无罪并已发生法律效力刑事判决书，人民法院二审宣告无罪的判决书，人民法院依照审判监督程序再审宣告无罪的刑事判决书，人民检察院不起诉决定书或者公安机关释放证明书。（2）经依法确认有《国家赔偿法》第31条规定情形的法律文书。（3）赔偿义务机关作出的赔偿或者不予赔偿决定书。赔偿义务机关逾期未作出决定的，应提供相应的证明材料；赔偿义务机关是侦查、检察或者监狱管理机关的，应当提供上一级机关作出的复议决定书。复议机关逾期未作出复议决定的，应当提供相关的证明材料。（4）其他相关的法律文书、证明材料。

赔偿委员会收到赔偿申请后，应当在7日内决定是否立案，并及时通知赔偿请求人。缺少有关证明材料的，应当通知赔偿请求人予以补充。收到赔偿申请的时间应当自材料补充齐全后起算。赔偿委员会经审查，认为赔偿请求人的赔偿申请依法不属于赔偿委员会受理的，应当告知赔偿请求人向有关机关提出赔偿申请或者转请有关部门处理，并通知赔偿请求人。赔偿委员会立案的，在依法作出决定之前，赔偿请求人申请撤回赔偿申请的，应当准许。

四、赔偿案件的审理

赔偿委员会决定立案审查的赔偿案件，应当指定专人负责办理。立案后，赔偿委员会应当于15日内将赔偿请求人的赔偿申请书副本送达复议机关和赔偿义务机关。根据审理案件的需要，可以通知赔偿请求人、赔偿义务机关和复议机关的有关人员或者相关证人提供有关情况、案件材料、证明材料，或者到人民法院接受调查，对赔偿请求人和被请求的赔偿义务机关、复议机关调查取证，应当分别进行。

赔偿委员会经审查，赔偿案件事实清楚，证据确实、充分的，应当写出赔偿案件审查报告，并附有关案卷和证明材料，报请赔偿委员会主任提交赔偿委员会审理。赔偿案件审查报告应当包括以下内容：（1）案件的由来；（2）赔偿请求人的基本情况，赔偿义务机关、复议机关的名称及其法定代表人；（3）赔偿请求人申请事项及理由；（4）申请赔偿的案件确认情况、赔偿义务机关的决定情况以及复议机关的复议情况；（5）承办人审查认定的事实及依据；（6）处理意见和理由。

赔偿委员会审理赔偿案件依法不公开进行。赔偿委员会讨论案件，实行少数服从多数的原则，赔偿委员会半数以上委员的意见为赔偿委员会的意见。赔偿委员会认为重大、疑难的案件，必要时由赔偿委员会主任报请院长提交审判委员会讨论决定。审判委员会的决定，赔偿委员会应当执行。

五、赔偿决定的作出

赔偿委员会审理的案件，应当分别下列情形依法作出决定：

1. 赔偿义务机关决定或者复议机关复议决定适用法律正确，赔偿方式、赔偿数额适当的，应当决定予以维持；
2. 赔偿义务机关决定、复议机关复议决定适用法律不当的，应当撤销原决定，依法作出决定；赔偿方式、赔偿数额不当的，应当作出变更决定；
3. 经依法确认有《国家赔偿法》第15条、第16条、第31条规定情形之一的，赔偿义务机关或者复议机关逾期未作决定的，应当作出赔偿或者不予赔偿的决定；

4. 赔偿请求人申请赔偿事项属于《国家赔偿法》第 17 条规定的国家不承担赔偿责任的情形，或者已超过法定时效的，应当作出不予赔偿的决定。

赔偿委员会审理案件作出的决定，应当制作人民法院赔偿委员会决定书。决定书应当载明以下事项：(1) 赔偿请求人的基本情况，赔偿义务机关、复议机关的名称及其法定代表人；(2) 赔偿请求人申请事项，赔偿义务机关的决定、复议机关的复议决定情况；(3) 赔偿委员会认定的事实及依据；(4) 决定的理由与法律依据；(5) 决定内容。决定书由赔偿委员会主任审核签发，加盖人民法院院印。

赔偿委员会对立案审理的赔偿案件应当在 3 个月内作出是否赔偿的决定。因案件情况复杂，3 个月内不能作出决定的，经本院院长批准，可以延长 1 个月；仍不能作出决定需要再延长审理期限的，应当报请上级人民法院批准，再延长的时间最多不得超过 3 个月。

赔偿委员会决定一经作出，即发生法律效力，必须执行。赔偿委员会的决定是终局决定，如果请求人对之不服，也不得再行申请。决定书应根据决定事项，分别送达赔偿请求人、赔偿义务机关和复议机关。决定生效后，赔偿委员会如发现原认定事实或适用法律错误，必须改变原决定的，经本院院长决定或者上级人民法院指令，赔偿委员会应当重新审理，依法作出决定。

第五节 刑事追偿

一、刑事赔偿的国家追偿权

刑事赔偿的国家追偿是指刑事赔偿义务机关在代表国家承担了刑事赔偿责任以后，依法向因故意或者重大过失侵犯公民、法人或其他组织合法权益的刑事司法工作人员要求偿还国家已经赔偿的部分或者全部赔偿金。

《国家赔偿法》第 24 条规定了刑事司法追偿权，列举了国家应予追偿的各种情形。从这一规定看，刑事追偿是以刑事司法工作人员在行使职权时有故意或重大过失为前提条件。

二、刑事赔偿的追偿范围和程序

（一）刑事赔偿的追偿范围

根据《国家赔偿法》第 24 条的规定，我国刑事赔偿的追偿包括以下三个方面：（1）行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的工作人员，在行使职权时刑讯逼供或者以殴打等暴力行为或者唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或者死亡的，国家对实施此类行为的的行为人有追偿权。（2）行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的工作人员，违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的，国家对该工作人员有追偿的权利。（3）刑事司法工作人员在处理案件中有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的，国家对其有追偿权。

另外，《国家赔偿法》还规定，对于有上述三种情形责任人员，有关机关应当依法给予行政处分；如果责任人员的行为已构成犯罪，应当依法追究其刑事责任。

（二）刑事赔偿的追偿程序

关于刑事赔偿的追偿程序，《国家赔偿法》未作全面规定，根据刑事赔偿的追偿实践，应当注意以下几方面问题：

1. 刑事赔偿的追偿权属于国家，但行使刑事赔偿追偿权的机关应是具体的刑事赔偿义务机关。

2. 由于刑事赔偿的追偿权只有在赔偿义务机关向请求人支付赔偿费用后才能真正实现，因此，赔偿义务机关必须在已经履行了刑事赔偿义务后才能行使追偿权。

3. 赔偿义务机关向责任人员追偿的范围可以是赔偿费用的一部分或全部。具体如何追偿，《国家赔偿法》未作明确规定。在实践中，主要根据责任人员的责任程度（过错程度）和请求人受到的损害程度来确定，责任人员有特别重大过错（如故意），损害程度特别严重的，应追偿全部赔偿费用；如果过错不是特别重大（如过失），损害程度较轻的，可只追偿部分赔偿费用。在追偿时，还应考虑到责任人员的实际经济状况，在其可能的经济承受能力范围内追偿。

第三十六章 国家赔偿的方式与计算标准

第一节 国家赔偿的方式

国家赔偿的方式即国家承担赔偿责任的方式，是指国家以何种形式来承担其对受害的公民、法人和其他组织的合法权益损害的赔偿责任。根据国家赔偿法的规定，国家赔偿的方式主要包括支付赔偿金（金钱赔偿）、返还财产、恢复原状等。

一、支付赔偿金（金钱赔偿）

根据国家赔偿法的规定，支付赔偿金是国家承担赔偿责任的主要方式。

（一）支付赔偿金的概念及特点

《国家赔偿法》第 25 条第 1 款规定：“国家赔偿以支付赔偿金为主要方式。”支付赔偿金，是指在确定受害人的损失程度后，经计算或估算，以相应数额的金钱对受害人的损害予以赔偿。

作为国家承担赔偿责任的主要方式，支付赔偿金与其他赔偿方式相比较，具有以下特点：（1）支付赔偿金以赔偿义务机关直接支付一定数额的金钱给受害人为赔偿的基本形式。这不同于恢复原状，在恢复原状中，虽然赔偿义务机关也可能支付货币，如在修理、重作、更换时要对修理人、重作人、更换人等支付一定数量的金钱，但这并不是对损害的直接赔偿，而是恢复原状所必需的花费。同时支付赔偿金也与返还财产不同，在返还财产时，赔偿义务机关虽然也可能支付货币，如行政机关返还对受害人的罚款、人民法院返还受害人的罚金，但是，这不是赔偿损失，因返回的财产原本属于受害人的财产，只有赔偿义务机关通过支付法律上属于自己的相应数量的金钱，才是支付赔偿金。（2）支付赔偿金以受害人的实际损失为赔偿限额。一般来说，支付赔偿金的数额是以受害人所受实际损失为限，损失多少，赔偿多少，赔偿金的数额一般不高于受害人所受到的实际损失。（3）支付赔偿金是国家承担赔偿责任的主要方式。与其他赔偿方式相比，支付赔偿金具有明显的优点。第一，支付赔偿金的方式简便易行，它不仅节省国家赔偿义务机关的人力、物力和时间，而且使受害人本人也能及时迅速地获得赔偿；第二，支付赔偿金的方式适用范围较广，无论是受害人财产上的损害还是人身自由方面的损害，都可以通过计算或折算成一定的金钱予以赔偿。

（二）支付赔偿金（金钱赔偿）的适用范围

根据《国家赔偿法》第 26 条、第 27 条、第 28 条的规定，赔偿义务机关对公民、法人或者其他组织支付赔偿金适用的范围包括：（1）侵犯公民人身自由权、生命健康权的；（2）国家机关违法查封、扣押、冻结公民、法人或者其他组织的合法财产并造成财产损失、灭失，已不可恢复原状的；（3）公民、法人或者其他组织的合法财产应当返还，但财产遭损坏又无法修复的；（4）公民、法人或者其他组织的合法财产应当返还，但该财产已灭失的；（5）公民、法人或者其他组织的合法财产已被国家机关拍卖的；（6）吊销公民、法人或者其他组织的许可证和执照或者责令停产停业的；（7）对公民、法人或者其他组织的合法财产权造成其他损害无法以其他方式赔偿的。

（三）支付赔偿金的适用原则

《国家赔偿法》未规定支付赔偿金的适用原则，但是根据民法的一般原理及国家赔偿的实际情况，支付赔偿金的适用应遵守下述规则：（1）国家对

由于受害人或第三人故意行为或有重大过失行为的原因造成的损害不予赔偿或减少赔偿。这一规则已为我国单行法律、法规所确定。例如，《中华人民共和国水污染防治法》第41条第3款规定：“水污染损失由第三者故意或者过失所引起的，第三者应当承担责任，”“水污染损失由受害者自身的责任所引起的，排污单位不承担责任。”（2）有法定赔偿金额的，适用法律规定的金额。（如《国家赔偿法》关于公民死亡时的赔偿金总额的规定即为法定的赔偿数额，而不按计算标准的数额赔偿。）（3）赔偿金额应与损害大致相当。

二、返还财产

（一）返还财产的概念和特点

返还财产又称返还原物，指赔偿义务机关将非法占有的财产归还所有人、经营管理人或者其他合法占有人，以回复到权利人合法占有状态的辅助性赔偿方式。在国家管理活动中，有时可能对受害人的物品或其他财产采取一定的强制措施，使其脱离权利人的占有或控制，如国家机关及其工作人员对财产采取查封、扣押、冻结、追缴等措施，由此产生的赔偿问题，一般情况可以采取返还原物的辅助赔偿方式。

与支付赔偿金、恢复原状相比，返还财产是一种更为简便易行的赔偿方式，它不仅能使损害得到直接赔偿，并且还可以减轻或避免可能发生的精神损害。但是，返还财产属于一种辅助性赔偿方式。《国家赔偿法》第25条第2款规定：“能够返还财产或者恢复原状的，予以返还财产或者恢复原状。”在返还财产已不可能时，可以采取支付赔偿金的方式来弥补受害人所受的损害。

在国家赔偿的各种方式中，返还财产的特点是：（1）返还财产是将被赔偿义务机关非法控制的财产返还给赔偿请求人，它是以回复权利之原状为目的的。（2）返还财产以原物存在并完好无损或可以恢复原状为前提条件。这包括两个方面，一是原物存在，没有灭失；二是原物完好无损或者可以通过修复、更作等方式恢复原状。

（二）返还财产的具体形式

返还财产有下述两种具体形式：（1）返还金钱。主要有返还对受害人科处的罚款及人民法院单处或并处的罚金，以及国家机关非法收取的保证金、担保金等；返还被国家机关追缴的作为“赃物”的货币；返还向公民、法人或者其他组织非法征收或摊派的费用等。（2）返回财产。例如返还被查封、扣押、冻结的财产，退还没收的财产或者违反国家规定征收的财物等等。

返还财产（尤其是返还金钱）要不要加计利息，《国家赔偿法》未就利息问题作出规定，但是，鉴于赔偿金额关系到受害人切身利益的保护，在下列情况下，似乎应当考虑加算利息：（1）“本应采用恢复原状进行赔偿，因某种法定的或客观的原因不得不改用金钱赔偿时，应当从损害发生时起加算利息。”例如海关误认为是走私而予以没收的货物、物品及运输工具，业已上缴国库，因而改以支付赔偿金予以赔偿的，可以酌情计算利息。（2）上级机关或人民法院责令赔偿义务机关予以赔偿，但赔偿义务机关拖延履行赔偿义务的，自规定赔偿的期限届满之日起，可加算利息。（3）其他单行法律、法规有关计算利息的规定，根据特别法优先适用于普通法的规定，可加计利息。

三、恢复原状

（一）恢复原状的概念和特点

恢复原状指的是对受害人所遭受的合法权益的损害由国家赔偿义务机关予以恢复，使其回复到被侵害以前的状态。恢复原状有以下特点：（1）恢复原状不仅指对受害人遭损坏（或改变性能）的财产进行修复，使其恢复到受损害前的形状或性能，还包括对其他受侵害的权利恢复原状。例如某公民被审判机关非法剥夺政治权利，失去了在任的国家机关职务，在该刑罚被再审改判无罪后，受害人应回任原国家机关职务或相同性质与级别的国家机关职务。显然，这比民法中规定的恢复原状的内涵要丰富。（2）恢复原状是介于返还财产与支付赔偿金之间的赔偿方式。根据《国家赔偿法》的规定，财产完好无损的，应当返还财产；财产虽有损坏但经修复能恢复原状的，予以恢复原状；不能恢复原状的，采取支付赔偿金的形式予以赔偿。返还财产——恢复原状——支付赔偿金的赔偿方式顺序，构成了我国国家赔偿所特有的赔偿方式体系，并且以支付赔偿金为主，以返还财产、恢复原状为辅。（3）恢复原状是赔偿义务机关或赔偿处理组织依职权所采取的赔偿方式，不以受害人是否提出请求为限。也就是说，只要赔偿义务机关或赔偿处理组织认为恢复原状既有可能又有必要，即可以主动采取恢复原状的赔偿方式。

（二）恢复原状的适用条件

《国家赔偿法》第25条第2款规定：“能够返还财产或者恢复原状的，予以返还财产或恢复原状。”第28条第1款规定：“应当返还的财产损坏的，能够恢复原状的恢复原状，不能恢复原状的，按照损害程度给付相应的赔偿金。”《国家赔偿法》这两个条文的规定，即为采取恢复原状赔偿方式的条件。

（三）恢复原状的适用范围

根据《国家赔偿法》的规定，恢复原状在下列情形下适用：（1）查封、扣押、冻结、追缴的财产遭损坏能够恢复原状的，予以恢复原状；（2）应当返还的财产遭损坏的，能够恢复原状的，恢复原状；（3）被剥夺的合法财产权益或其他合法权益能够恢复的，应当恢复原始合法权益；（4）其他有可能恢复原状并不违反国家法律规定的。

四、其他责任形式

《国家赔偿法》未将停止侵害、恢复名誉（荣誉）、消除影响、赔礼道歉等列为赔偿方式，而是将这些方式作为其他侵权责任形式予以规定的。

（一）停止侵害

停止侵害是指责令行为人立即停止正在进行的侵害行为，以避免损害后果的发生或扩大的法律措施。《国家赔偿法》第28条第2款规定的“解除对财产的查封、扣押、冻结……”中所称的“解除”，实际上包含停止侵害的内容。其意旨是在查封、扣押、冻结财产的决定被有关国家机关确认为违法后，侵权机关应当立即解除对财产的查封、扣押、冻结，以避免损害结果的发生或出现更为严重的损害结果。

（二）消除影响 恢复名誉、赔礼道歉

《国家赔偿法》第30条规定：“赔偿义务机关对依法确认有本法第3条第1、2款，第15条第1、2、3、款规定的情形之一，并造成受害人名誉权、荣誉权损害的，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”。这一规定指明了适用消除影响，恢复名誉（荣誉）、赔礼道歉的条件，即：（1）国家机关实施了法律所规定的侵犯公民人身权的

行为，如违法拘留或者违法采取限制公民人身自由的行政强制措施的；非法拘禁或者以其他方法非法剥夺公民人身自由的；对没有犯罪事实或者没有事实证明有犯罪重大嫌疑的人错误拘留的；对没有犯罪事实的人错误逮捕的，对无罪的人判处刑罚并已经执行的。（2）国家机关所实施的违法侵权行为侵害了公民或组织的名誉权、荣誉权。国家机关采取上述措施时，应当考虑到侵权影响所涉及的范围，受害人在什么范围内遭受损害，赔偿义务机关就应在什么范围内消除影响，为受害人恢复名誉、赔礼道歉。

第二节 国家赔偿的计算标准

国家赔偿的计算标准是指法律所规定的在受害人人身权、财产权或者其他合法权益受到国家机关及其工作人员的违法侵权行为侵犯并造成损害的，国家进行赔偿时据以计算赔偿金数额大小的尺度。它以保护公民、法人或其他组织的人身权、财产权为立法宗旨，要求简便易行，便于计算，又具操作性。

一、侵犯人身自由的赔偿标准

人身自由权是指公民在法律规定范围内人身和行为完全受自己支配，任何组织和个人不得非法侵犯的权利。对公民人身自由权的侵犯，主要有非法拘禁、拘留、扣留、检查、逮捕、羁押等形式。《国家赔偿法》第26条规定：“侵犯公民人身自由的，每日赔偿金按照国家上年度职工的日平均工资计算。”适用此项标准，应当注意几个问题：

1. 该项标准所指侵犯公民的人身自由，不包括本法第27条第1款所列各项情形，即因侵犯公民人身自由造成公民身体伤害、劳动能力丧失或者死亡的。对此应适用第27条的有关规定。

2. 侵害公民人身自由的赔偿金按日计算，每日数额为国家上年度职工日平均工资。此处“上年度”应为赔偿义务机关、复议机关或者人民法院赔偿委员会作出赔偿决定时的上年度；复议机关或者人民法院赔偿委员会决定维持原赔偿决定的，按作出原赔偿决定时的上年度执行。国家上年度职工日平均工资数额，应当以职工年平均工资数额除以全年法定工作日数（一般情况为254天）的方法来计算。年平均工资以国家统计局公布的数字为准。

3. 这里所赔偿的损失，是仅就公民被非法羁押等情形下所造成人身自由直接损失，而不包括公民在人身自由受侵犯时每天可能得到的利益。

二、侵犯公民生命健康权的赔偿标准

生命健康权包括生命权和健康权两个方面，意思是公民依法享有法律规定的其肉体不受非法伤害和生命不受非法剥夺的权利。赔偿范围中规定的刑讯逼供、殴打等暴力行为都可能造成对公民生命健康权的侵犯。根据《国家赔偿法》第27条的规定，侵犯公民生命权、健康权的赔偿金计算标准如下：

1. “造成身体伤害的，应当支付医疗费，以及赔偿因误工减少的收入。减少的收入每日的赔偿金额按照上年度职工日平均工资计算，最高额为国家上年度职工年平均工资的5倍。”适用此项标准应注意：（1）这里“造成身体伤害的”，不包括《国家赔偿法》第27条第1款第2项所指的“造成部分或者全部丧失劳动能力”的情形。如果属后一类情形，则应直接适用该法条第2项规定。（2）赔偿具体分为医疗费、因误工减少的收入两个方面，与《民法通则》第119条的规定基本相同，在计算标准方面，可大致按照民法的相关规定。医疗费一般包括：因直接治疗伤情而支出的全部必要的医疗费，包括诊查费、医药费、治疗费、住院费、手术费等。“医药治疗费的赔偿，一般应以所在地治疗医院的诊断证明和医药费、住院费的单据为凭。应经医务部门批准而未获准擅自另找医院治疗的费用，一般不予赔偿；擅自购买与损害无关的药品或者治疗其他疾病的，其费用则不予赔偿。”必要的交通费和住宿费。对于需要送医院抢救或转院治疗的受害人，其本人和护理人员必要的交通费和住宿费，可根据实际情况计入医疗费中。必要的伙食补助费和营养费即受害人为身体恢复所必需食疗、滋补身体所需要的费用。 护理

费即受害人在自己无法料理生活时，由专人护理所需的费用。“经医院批准专事护理的人，其误工补助可以按收入的实际损失计算。应得奖金一般可以计算在应赔偿的数额内。本人没有工资收入的，其补偿标准应以当地的一般临时工的工资标准为限。”关于因误工减少的收入，即受害人因受伤而不能参加工作或劳动因而损失的收入，“受害人的误工日期，应当按其实际损害程度、恢复状况并参照治疗医院出具的证明或者法医鉴定等认定。”误工收入的计算仍以国家上年度职工日平均工资计算，而不以受害人的实际收入情况计算。（3）误工收入的“最高额为国家上年度职工年平均工资的5倍。”不论实际误工期限多少、个人收入高低，所计算的误工收入均不得超过国家上年度职工年平均工资的5倍。

2.“造成部分或者全部丧失劳动能力的，应当支付医疗费，以及残疾赔偿金。残疾赔偿金根据丧失劳动能力的程度确定，部分丧失劳动能力的最高额为国家上年度职工年平均工资的10倍，全部丧失劳动能力的为国家上年度职工年平均工资的20倍。造成全部丧失劳动能力的，对其扶养的无劳动能力的人，还应支付生活费。”适用此项标准应注意：（1）劳动能力丧失的标准，国家赔偿法虽然未作规定，但应按照有关法律、法规对伤残等级评价的具体规定予以确定。（2）对劳动能力丧失的赔偿分医疗费和残疾赔偿金。残疾赔偿金是受伤害致残者的生活补助费，包括因伤残所失去的收入和解决致残后的生活困难所需要的费用。受害人为部分丧失劳动能力的，残疾赔偿金的最高额为国家上年度职工年平均工资的10倍；受害人全部丧失劳动能力的，最高额为国家上年度职工年平均工资的20倍。（3）受害人全部丧失劳动能力的，国家对其扶养的无劳动能力的人，还应当支付生活费。生活费的发放标准参照当地民政部门有关生活救济的规定办理。被扶养人是未成年人，生活费给付至18周岁止；其他无劳动能力的人，生活费给付至死亡时止。全部丧失劳动能力的受害人扶养的无劳动能力的人一般是指依照《婚姻法》规定其有法定义务扶养而不具有劳动能力的对象，包括未成年子女、无劳动能力的父母，父母已经死亡的未成年的孙子女、外孙子女、子女已经死亡的无劳动能力的祖父母、外祖父母以及无劳动能力的夫或妻（配偶）。

3.“造成死亡的，应当支付死亡赔偿金、丧葬费，总额为国家上年度职工年平均工资的20倍。对死者生前扶养的无劳动能力的人，还应当支付生活费。”适用此项标准应注意：（1）国家对死亡公民的家属支付死亡赔偿金及丧葬费，两者的总额不得超过国家上年度职工年平均工资的20倍。（2）法律规定的“总额”，即意味着不论受害人的家属在丧葬上花费多少、丧葬费与死亡赔偿金之和最多不得超过国家上年度职工年平均工资的20倍。（3）除死亡赔偿金、丧葬费的赔偿外，国家还应对死者生前扶养的无劳动能力的人支付生活费，以保证死者生前有法定义务扶养的亲属的生活费、生存所必须的基本物质条件，这方面与公民全部丧失劳动能力的具体要求相同。

三、侵犯财产权的赔偿标准

根据《国家赔偿法》第28条的规定，对公民、法人和其他组织的财产权造成损害的，分别根据不同的情况进行处理。

1. 处罚款、罚金、追缴、没收财产或者违反国家规定征收财物、摊派费用的，返还财产。在这里，国家只以返还原属受害人的财产为限，不支付利息及其他孳息。

2. 查封、扣押、冻结财产的，如未造成财产损坏、灭失的，解除对财产

的查封、扣押、冻结。根据《国家赔偿法》的规定，此时仅解除查封、扣押、冻结等强制措施，不赔偿因采取查封、扣押、冻结措施对受害人造成的其他损害。

3.查封、扣押、冻结的财产遭损坏的，能够恢复原状的恢复原状，不能恢复原状的，按照损害程度给付相应的赔偿金；财产遭灭失的，给付相应的赔偿金。赔偿金的给付一般按市场价格结合被损物品新旧程度进行估价予以赔偿。

4.应当返还的财产损坏的，能够恢复原状的恢复原状，不能恢复原状的，按照损害程度给付相应的赔偿金。

5.应当返还的财产灭失的，给付相应的赔偿金。

6.财产已经拍卖的，给付拍卖所得的价款。如果该财产不是经拍卖而是变价、压价处理的，或被买走的，应以财产灭失论，不能给付所得价款，而应给付该财产相应的赔偿金。

7.吊销许可证和执照、责令停产停业的，赔偿停产停业期间必要的经常性费用开支。所谓经常性费用开支，一般包括企业和个人营业或生产用房的房租、水电费、职工工资、仓储费用等，而不赔偿可能取得的收益或者营业利润。

8.对财产权造成其他损害的，按照直接损失给予赔偿。这条概括性规定了国家赔偿的两个基本原则，一是对因国家机关及其工作人员的违法行使职权的行为造成公民、法人和其他组织财产权损害的，原则上都应当赔偿；二是国家赔偿法在赔偿财产权的损害方面，以赔偿直接损失为原则，不包括间接损失，即不考虑受害人的可得利益或可期待性利益。

四、国家赔偿费用的来源

国家赔偿费用是指国家在国家机关及其工作人员违法行使职权造成公民、法人和其他组织合法权益损害时，经赔偿请求人申请并由赔偿义务机关或赔偿处理组织依法进行决定或裁决后，由赔偿义务机关向受害人即赔偿请求人支付的赔偿费用。

《国家赔偿法》第29条规定：“赔偿费用，列入各级财政预算。”我国在财政上实行分级管理的原则，“列入各级财政预算”即赔偿费用应根据侵权责任的归属分别由各级财政列支。具体说，中央财政负责国务院及其所属部门、最高人民法院、最高人民检察院的侵权赔偿费用；地方财政负责相应地方各级人民政府及其所属工作部门、人民法院、人民检察院的侵权赔偿费用。

《国家赔偿费用管理办法》（1995年1月25日国务院发布）规定，国家赔偿费用，列入各级财政预算，由各级财政按照财政管理体制分级负担。各级政府应当根据本地区的实际情况，确定一定数额的国家赔偿费用，列入本级财政预算。国家赔偿费用由各级财政机关负责管理。当年实际支付国家赔偿费用超过年度预算的部门，在本级预算预备费中解决。

国家赔偿费用由赔偿义务机关先从本单位预算经费和留归本单位使用的资金中支付，支付后再向同级财政机关申请核拨。

赔偿义务机关申请核拨国家赔偿费用或者申请返还已经上交财政的财产，应当根据具体情况，提供《国家赔偿费用管理办法》第8条规定的相应有关文件或者文件副本。财政机关对赔偿义务机关的申请进行审核后，应当分别情况，按该《办法》第9条之规定作出处理。

财政机关审核行政赔偿的赔偿义务机关的申请时，发现该赔偿义务机关因故意或重大过失造成国家赔偿的，或者超出国家赔偿法规定的范围和标准赔偿的，可以提请本级政府责令该赔偿义务机关自行承担部分或全部赔偿费用。

赔偿义务机关向赔偿请求人支付国家赔偿费用或者返还财产，赔偿请求人应当出具收据或其他凭证，赔偿义务机关应当将收据或者其他凭证的副本报送同级财政机关备案。赔偿义务机关赔偿损失后，应当依照《国家赔偿法》第 14 条、第 24 条的规定，向责任者追偿部分或者全部国家赔偿费用。国家赔偿费用依照《国家赔偿费用管理办法》第 9 条第 2 款（即申请核拨已经依法支付的国家赔偿费用的，应当及时核拨。）的规定核拨的，追偿的国家赔偿费用应当及时上缴同级财政机关。

各级财政机关应当加强对国家赔偿费用的监督管理，建立健全国家赔偿费用的管理和核拨制度。国家机关有下列行为之一的，由财政机关依法追缴被侵占的国家赔偿费用：（1）虚报、冒领、骗取国家赔偿费用的；（2）挪用国家赔偿费用的；（3）未按规定追偿国家赔偿费用的；（4）违反国家赔偿法的规定支付国家赔偿费用的。国家机关有上列行为之一的，对负有直接责任的主管人员和其他责任人员依法追究法律责任。

