

2012年第5集

总第55集

最新司法解释

最高人民法院关于超过法定退休年龄的进城务工农民在工作时间内因公伤亡的，能否认定工伤的答复

中国审判理论研究会行政审判理论专业委员会年会专题

着力强化司法审查 全面推进《行政强制法》正确实施 江必新

中国审判理论研究会行政审判理论专业委员会2011年工作报告 董治良

在中国法学会审判理论研究会行政审判理论专业委员会2012年年会暨

“行政强制法的实施与行政审判”主题论坛上的总结讲话 赵大光

本刊特稿

司法审查强度问题研究 江必新

论行政纠纷的实质性解决 马平

行政审判实务

试论离婚登记的可诉性及司法审查 危辉星

疑难案例评析

政府信息的“一事一申请”

——夏楚辉诉揭阳市物价局案评析 李广宇

行政机关依职权改变行政合同的行为具有可诉性 蔡小雪

Administrative Action and Administrative Litigation

行政执法与行政审判

中华人民共和国最高人民法院
行政审判庭 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



2012年第5集

总第55集

行政执法与行政审判

中华人民共和国最高人民法院行政审判庭 编

主 编 江必新 贺 荣
编 委 赵大光 李广宇 王振宇 续文钢
蔡小雪 马永欣 郭修江 于 泓
执行编辑 梁风云



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

行政执法与行政审判. 2012 年. 第 5 集: 总第 55 集/
中华人民共和国最高人民法院行政审判庭编. —北京:
中国法制出版社, 2013. 5

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3405 - 8

I. ①行… II. ①中… III. ①行政执法 - 中国 - 丛刊
②行政诉讼 - 审判 - 中国 - 丛刊 IV. ①
D922. 11 - 55②D925. 318. 2 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 097706 号

责任编辑 周琼妮 (zqn - zqn@126. com)

封面设计 蒋 怡

行政执法与行政审判 2012 年第 5 集 (总第 55 集)

XINGZHENG ZHIFA YU XINGZHENG SHENPAN

主编/江必新、贺荣

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 × 980 毫米 16

版次/2013 年 8 月第 1 版

印张/13 字数/210 千

2013 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3405 - 8

定价: 40.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033296

传真: 66031119

编辑部电话: 66067023

邮购部电话: 66033288

行政执法与行政审判（总第55集）目录

【最新司法解释】

- 1 最高人民法院关于超过法定退休年龄的进城务工农民在工作时间内因公伤亡的，能否认定工伤的答复
附：江苏省高级人民法院关于杨通诉南京市人力资源和社会保障局终止工伤行政确认一案的请示

【中国审判理论研究会行政审判理论专业委员会年会专题】

- 5 着力强化司法审查 全面推进《行政强制法》正确实施
——在审判理论研究会行政审判理论专业委员会2012年年会暨“行政强制法的实施与行政审判”主题论坛上的讲话 江必新
- 14 中国审判理论研究会行政审判理论专业委员会2011年工作报告
董治良
- 22 在中国法学会审判理论研究会行政审判理论专业委员会2012年年会暨“行政强制法的实施与行政审判”主题论坛上的总结讲话
赵大光

【本刊特稿】

- 27 司法审查强度问题研究 江必新
- 38 论行政纠纷的实质性解决 马平

【行政诉讼理论】

- 44 再论行政合同
——以合同的缔结、内容、效力和救济为视角 阎巍

【行政审判实务】

- 50 试论离婚登记的可诉性及司法审查 危辉星
- 60 能动司法视野下的行政审判
——兼论行政审判“一高一低”问题的成因及解决路径
王彦乐敏
- 71 高等教育行政案件中的司法谦抑 耿宝建
- 81 试论工伤认定中的工作原因 杨科雄

- 103 浅论《国有土地上房屋征收与补偿条例》对行政诉讼审查标准与裁判方式的影响 陈 迎

- 112 环境行政诉讼困境与对策探析 张高英

- 118 雇主违法还是雇工违法
——从一起广电处罚案析行政违法行为人的界定 李 扬

- 123 从“超级玛丽”案看行政不作为之概念厘定和审查标准把握 陈 磊

【简易程序专题】

- 130 关于行政诉讼简易程序试点工作的调研报告
——以海淀法院行政诉讼简易程序试点实践为样本
北京市海淀区人民法院课题组

- 143 行政诉讼简易程序的实证分析与制度完善
——以上海市法院实践为例 上海市黄浦区人民法院课题组

- 163 关于行政诉讼简易程序制度构建的几个问题
温州市鹿城区人民法院行政审判庭课题组

- 170 行政诉讼简易程序试点情况分析及其对策研究
——以鄞州法院近年的审理数据为样本 徐小娟

【疑难案例评析】

- 178 政府信息的“一事一申请”
——夏楚辉诉揭阳市物价局案评析 李广宇

- 184 行政机关依职权改变行政合同的行为具有可诉性 蔡小雪

【行政审判动态】

- 190 江西高院推进行政机关负责人出庭应诉工作成效显著

- 192 浙江高院下发《通知》着力解决行政审判突出问题

【域外撷英】

- 195 为保障当事人权益 台“最高行政法院”为无资力人选任律师

- 196 为确保行政诉讼的权利救济 台“行政院”要求“行政机关”诉愿决定书应增列附记

【最新司法解释】

最高人民法院关于超过法定退休年龄的 进城务工农民在工作时间内因公伤亡的， 能否认定工伤的答复

〔2012〕行他字第13号

江苏省高级人民法院：

你院（2012）苏行他字第0002号《关于杨通诉南京市人力资源和社会保障局终止工伤行政确认一案的请示》收悉。经研究，答复如下：

同意你院倾向性意见。相同问题我庭2010年3月17日在给山东省高级人民法院的《关于超过法定退休年龄的进城务工农民因公伤亡的，应否适用〈工伤保险条例〉请示的答复》（〔2010〕行他字第10号）中已经明确。即，用人单位聘用的超过法定退休年龄的务工农民，在工作时间内、因工作原因伤亡的，应当适用《工伤保险条例》的有关规定进行工伤认定。

此复。

二〇一二年十一月二十五日

附：

江苏省高级人民法院关于杨通诉南京市 人力资源和社会保障局终止工伤行政确认一案的请示

〔2012〕苏行他字第0002号

最高人民法院：

原告杨通诉被告南京市人力资源和社会保障局终止工伤行政确认一案，南京市玄武区人民法院于2011年12月10日向南京中院请示。南京中院于2012年3月7日以（2012）宁行他字第1号《关于杨通诉南京市人力资源和社会保障局工伤认定终止一案的请示》向我院书面请示。我院受理后，经审判委员会研究，对超过法定退休年龄的人员因工作遭受事故伤害能否认定工

伤存在不同意见。因本案法律适用问题影响面较大,对于今后的案件审理具有指导意义,为保证法律适用的统一,特向贵院请示。

一、当事人的基本情况

原告:杨通

被告:南京市人力资源和社会保障局

第三人:南京鸿镀物业管理有限公司

二、本案被诉具体行政行为

南京市人力资源和社会保障局(以下简称南京市人社局)于2011年5月5日作出《工伤认定终止通知书》,认为原告父亲杨从得在工作中突发疾病经医院抢救无效死亡时,已达到法定退休年龄,依据原江苏省劳动和社会保障厅《关于实施〈工伤保险条例〉若干问题的处理意见》(苏劳社医[2005]6号)第七条“离、退休仍在工作的人员,不属于《条例》调整的范围”以及《江苏省实施〈工伤保险条例〉办法》第十六条“劳动保障行政部门受理工伤认定申请后,对不符合受理条件的,应当终止工伤认定”的规定,决定对杨从得的工伤认定申请终止审理。

三、案件基本事实

玄武法院经审理查明:

原告杨通之父杨从得系农民,1947年出生(无养老保险)。2010年7月,第三人南京鸿镀物业公司招用杨从得(未签订书面用工合同)派往华润苏果超市从事保洁岗位工作。2011年2月17日上午,杨从得在从事保洁工作时突发疾病,经医院抢救无效于当日死亡。2011年4月27日,原告向被告递交了工伤认定申请。被告受理后,于2011年5月5日作出《工伤认定终止通知书》,以杨从得在工作中突发疾病经医院抢救无效死亡时,已达到法定退休年龄为由,依据原江苏省劳动和社会保障厅《关于实施〈工伤保险条例〉若干问题的处理意见》(苏劳社医[2005]6号)第七条“离、退休仍在工作的人员,不属于《条例》调整的范围”以及《江苏省实施〈工伤保险条例〉办法》第十六条“劳动保障行政部门受理工伤认定申请后,对不符合受理条件的,应当终止工伤认定”的规定,决定对杨从得的工伤认定申请终止审理。

玄武法院对本案的处理形成了两种意见。多数意见认为,杨从得在工作中突发疾病死亡时其年龄已达64周岁,已超过法定退休年龄。被告终止工伤认定适用法律正确,应判决驳回原告的诉讼请求。少数意见认为,最高人民法院行政审判庭2010年3月17日作出的(2010)行他字第10号《关于超过法定退休年龄的进城务工农民因工伤亡的,应否适用〈工伤保险条例〉请示的答复》认为:“用人单位聘用的超过法定退休年龄的务工农民,在工作时间内、因工作原因伤亡的,应当适用《工伤保险条例》的有关规定进行工伤认定”。应判决撤销被告作出的《工伤认定终止通知书》。

四、南京市中级人民法院请示的主要问题

南京中院请示的问题是：超过法定退休年龄的人员在工作期间突发疾病死亡能否适用《工伤保险条例》认定工伤。

南京中院审判委员会研究后形成了两种意见：

（一）倾向性意见认为原告提出的工伤认定申请符合受理条件，本案应适用《工伤保险条例》进行工伤认定

理由有三点：

1. 最高法院行政庭有对该类情况应当认定工伤的明确批复。
2. 该职工与用人单位之间存在劳动关系。法释〔2010〕12号最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第七条规定：“用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。”本案中，杨从得未享受养老保险待遇或领取退休金，不应认定其和鸿镀膜物业公司之间为劳务关系，应当根据（2010）行他字第10号批复精神，认定为劳动关系。
3. 将该类情况纳入工伤保障范围更有利于保护劳动者合法权益。

（二）少数意见认为原告提出的工伤认定申请不符合受理条件，本案不应适用《工伤保险条例》进行工伤认定

理由有三点：

1. 原省人社厅的规范性文件明确规定对此类情况不应进行工伤认定。
2. 最高法院的批复与本案的情形有差异，不宜适用。本案中，杨从得是在工作时间、工作岗位突发疾病于48小时内经医院抢救无效死亡，属于《工伤保险条例》第十五条规定的“视同工伤”情形，和前述批复中“在工作时间内、因工作原因伤亡”的“应当认定为工伤”（《工伤保险条例》第十四条）情形有所区别，故该批复不适用于本案。
3. 此类情况涉及面太广，且认定工伤将会加重企业负担。

五、我院请示的问题及审判委员会意见

我院请示的问题是：超过法定退休年龄的人员在工作期间突发疾病死亡能否适用《工伤保险条例》认定工伤。

审委会多数意见认为：原告提出的工伤认定申请符合受理条件，本案应适用《工伤保险条例》进行工伤认定。理由如下：

1. 应当认定当事人与用人单位之间存在着事实上的劳动关系。工伤保障的本意是保护因工受伤的劳动者的合法权益。鉴于我国目前工伤保障范围在逐步扩大，职工退休年龄有延长的呼声，且农民工进城务工有老龄化的趋势，为了更好地保障依然务工的超过法定退休年龄的人员的合法权益，应当认定超过法定退休年龄的人员与用人单位之间存在着事实劳动关系。

2. 与民事赔偿方式相比, 工伤保障更有利于维护受伤职工的合法权益。如果要求申请人走民事赔偿途径, 采用的是过错责任, 保障范围相对较窄, 且申请人举证相当困难, 这不利于充分保障申请人的合法权益。而工伤认定采用的是原因责任, 在保障范围、举证责任等方面更有利于保护申请人的合法权益。从保护因工遭受伤害的劳动者, 维护社会和谐稳定、促进劳动保护的角度出发, 也应当将其纳入保障范围。

3. 申请人的工伤认定申请符合受理条件。受伤职工除年龄超过法定退休年龄外, 其与用人单位之间的关系与其他职工并无任何差异, 仅仅一句其超过法定退休年龄就不予工伤认定缺乏法律依据。从平等保护角度看, 也应当认定符合申请条件。

审委会少数意见认为: 原告提出的工伤认定申请不符合受理条件, 本案不应进行工伤认定。理由如下:

1. 因为当事人与用工单位没有书面劳动合同; 2. 超过法定年龄的农民工没有缴纳工伤保险。如果对超过法定退休年龄的人员认定工伤, 则突破了法律的界限, 应当通过民事赔偿的途径救济。

特此请示, 望复。

二〇一二年八月十六日

附相关法律条文:

一、江苏省劳动和社会保障厅《关于实施〈工伤保险条例〉若干问题的处理意见》(苏劳社医[2005]6号)第七条: “离、退休仍在工作的人员, 不属于《工伤保险条例》调整的范围。”

南京市劳动和社会保障局《南京市工伤保险实施细则》(宁劳社工[2006]5号)第三条: “职工是指与用人单位存在劳动关系(包括事实劳动关系)的各种用工形式、各种用工期限的劳动者, 包括非本市户籍的外来务工人员, 不包括已办理离、退休手续或已超过法定退休年龄(按国家规定可以延期的除外)仍在从事劳动并取得劳动报酬的人员、在用人单位实习(包括勤工俭学)的在校学生和家庭(个人)雇佣的人员。”

江苏省人民政府令第29号《江苏省实施〈工伤保险条例〉办法》第十六条: “劳动保障行政部门受理工伤认定申请后, 对不符合受理条件的, 应当终止工伤认定。终止工伤认定, 应当向申请人送达《工伤认定终止通知书》。”

二、法释[2010]12号最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第七条: “用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议, 向人民法院提起诉讼的, 人民法院应当按劳务关系处理。”

三、《中华人民共和国劳动合同法实施条例》(2008年9月施行)第二十一条: “劳动者达到法定退休年龄的, 劳动合同终止。”

【中国审判理论研究会行政审判理论专业委员会年会专题】

着力强化司法审查 全面推进《行政强制法》正确实施

——在审判理论研究会行政审判理论专业委员会 2012 年年会暨“行政强制法的实施与行政审判”主题论坛上的讲话

最高人民法院副院长
中国审判理论研究会副会长
江必新

(2012 年 9 月 13 日)

各位领导、各位代表、同志们：

这次会议很有意义，很重要，也很有价值。会议内容有两项：一项是中国审判理论研究会行政审判理论专业委员会 2012 年年会，另一项是“行政强制法的实施与行政审判”主题论坛。《行政强制法》是 2011 年 6 月 30 日全国人大常委会正式通过、今年 1 月 1 日正式实施的。这部法律的颁布和实施，对保证行政机关依法正确地行使权力，维护公民、法人和其他组织的合法权益，推进和谐社会和法治国家的建设具有深远意义。怎样贯彻实施好《行政强制法》，有很多新情况、新问题需要研究。对此，我重点讲三个问题：

一、正确评估对行政强制行为的司法审查在行政审判中的地位

第一，行政强制行为是社会管理和维护社会秩序的敏感点。建设小康社会，社会管理必不可少。但如果管理仅仅靠行政决策、靠说服教育、靠方方面面做当事人工作是不够的，需要有国家强制力做保障。强制力对维护行政管理秩序和社会秩序不可或缺，但在任何时代、任何社会中，强制力的运用都是一个敏感问题。过去我们习惯将社会矛盾分为敌我矛盾和人民内部矛盾，这在特殊历史时期无疑是必要的、正确的。而在共产党长期执政后的现阶段，怎样划分敌我矛盾和人民内部矛盾值得研究。在很大程度上，目前许多尖锐

的社会矛盾实质上是人民内部矛盾，而对内部问题动用强制手段本身就很敏感。行政强制行为在社会管理和维护社会秩序过程中，是一种侵益性的刚性行政行为，与行政许可、行政给付、行政指导等授益性行为和柔性行为性质不同，与行政处罚所具有强制性也不同，它直接作用于公民的人身、财产，与公民的切身权益密切相关，处理不慎往往最容易激化矛盾，甚至引发一系列连锁反应。

第二，行政强制行为往往是文明与野蛮执法的交汇点。野蛮执法往往体现在行政强制行为的违法、不当实施过程中。像以断水断电、暴力侵害人身方式搞拆迁，城管对小商小贩不问青红皂白强拉硬拽等现象，经常见诸报端和电视新闻、网络媒体的报道中。社会各界和人民群众往往由此判断什么是文明执法、什么是野蛮执法。人们对政府乃至党的形象的评价和看法，往往都是从相关报道以及对身边发生的行政强制行为的直观感受和观察中形成的。行政强制行为在展示行政机关执法形象、执政形象方面具有极为深刻的作用和影响。

第三，行政强制行为是行政法治和权力控制的着力点。相对于行政机关的行政处罚权、行政许可权而言，行政强制权最容易出现权力滥用情形。很多行政强制行为是在紧急情况下作出的，本身很难加以规范，有的也很难按部就班地依照具体程序去做。无论从主观方面或客观方面，出现权力滥用的几率较高。如何有效促使行政强制行为正当实施，是控制权力、监督权力的着力点。

第四，行政强制行为是行政执法优势与劣势的结合点。对此从行政强制行为的二重性可见一斑。这种二重性体现在：一是既要看到行政强制行为对行政管理的必要性，又要看到其危险性。二是既要看到行政强制行为的优越性，又要看到其局限性。优越性在于借助行政强制手段往往见效快，便于迅速、高效地实现行政目的，局限性在于易使相对人产生对立情绪甚至引发激烈的对抗。三是既要看到行政强制行为经济成本的低廉性，又要看到其道德成本的高昂性。四是既要看到行政强制行为对维护秩序、消除危险、强化管理有利、高效的一面，也要看到过度使用、经常使用其效力会逐步递减的一面。这些都是行政强制行为的优势和劣势的突出表现。

第五，行政强制行为是政府和群众共同的关注点。一方面，地方政府要发展经济搞建设，往往希望尽快实现行政目的，遭遇阻力时通常希望立即采取强制手段予以排除，这在拆迁中表现尤为明显。另一方面，实施强制行为又往往容易激化矛盾，引发群体上访或出现恶性事件而影响社会稳定，加之行政强制行为直接涉及到人民群众的财产权、居住权乃至人身权，因此无论各级党委、政府还是人民群众都对此非常关注，法院在处理相关案件时万不可掉以轻心。

第六，行政强制行为是网络和媒体的聚焦点。现实生活中，网络、微博和媒体往往对行政强制问题高度重视，许多当事人也希望借助媒体向政府施压，其中不乏借机炒作或任意发泄个人不满情绪者。网络的迅捷性、易扩散

性和媒体管理主体的地域性、传播形式的多样性等特点,使得行政强制行为动辄成为焦点、热点问题。哪个地方只要有拆迁,许多媒体都会非常关注,继2004年重庆著名的“最牛钉子户”报道之后,每年都有这方面的重大新闻。多数报道客观公正,但也有歪曲炒作的,在很大程度上影响着大众心态和社会稳定。

第七,行政强制行为是行政审判工作新的增长点。正因为现实中行政强制行为较多,法院受理相关案件较多,在工作量攀升的同时,也增加了行政审判发挥职能作用的机会。现实生活中,法院对于有社会影响力的相关敏感案件,常常因为一案处理得好而赢得各方面广泛好评,受到公众的积极评价,在短时期内提升了行政审判公信力;但如果处理不好,则会带来极大的风险。

以上七点归结到一点,就是各级法院和行政审判人员要高度重视对行政强制行为的司法审查,认真对待这类敏感案件,不断提高对行政强制行为司法审查的质量和效率,切不可掉以轻心,马虎行事。

二、高度重视类型化在行政强制司法审查中的司法价值

类型化是认识研究对象的起点。对行政强制问题展开初步研究,首先要关注类型化在司法审查中的司法价值。不同类型的行政强制行为有着不同的性质和特征,需要运用不同的方法、规则加以调整。司法实践中一些案件之所以没处理好甚至出现常识性错误,常常是因为对类型化问题认识不清、把握不准。目前在各种法律规范之中,行政强制行为表现最为复杂,单从称谓上就有280种之多,如果不进行类型化处理而“一锅煮”,必然会出问题。至于如何类型化,我尝试从七个维度加以分析:

(一) 阶段性五种形态

从行政强制行为的发生阶段看,流行的行政法学将其分为行政强制措施和行政强制执行两大类,此种分类方式迁就了实践做法,但在学理上有其不科学的一面。我主张结合实际操作的不同阶段可以将行政强制行为分为五类,即行政调查强制行为、行政预防行为、即时强制行为、行政保全行为和行政强制执行行为。上述五类行为各有其特殊性,有着不同的法定事实构成要件、适用条件和规则程序。第一,行政调查强制行为主要表现为行政机关在作出行政决定过程中,基于调查活动采取的强制传唤、强制讯问、搜查、扣留、检查等行为,其适用条件是为了认清事实真相并实施最终的行政行为(又称主行为),因调查需要所采取的手段,是主行为的辅助行为。法院受理、裁判相关案件时要充分考虑其特殊性。这种行为一经作出法院是否必须受理相对人就此提起的诉讼?还是需经复议程序或主行为作出之后才可审查相关异议?如何看待这种行为违法对主行为合法性的影响?这些问题很值得研究。我认为,并非所有的行政调查强制行为都符合法定受案条件,有些属于不具有成熟性的阶段行政行为;同时,这种行为违法并不当然意味着主行为在实体上违法。第二,行政预防措施主要表现为行政机关对传染病患者、精神病患者

等采取的强制隔离等措施，其适用条件是为了防止可能出现的危险的发生而采取的预防性手段。司法审查中要注意把握此种危险是一种可能性而非现实性，但必须带有一定现实可能性和紧迫性，即不采取此种措施不足以在第一时间防范某种危险或伤害的发生或扩大。第三，即时强制行为主要表现为行政机关当场采取的强制治疗、强制扭送、强制带离、强制驱散、立即拘留、强制销毁等措施，其适用条件是为了纠正、预防、控制、制止社会危害和危险，在情况紧急、来不及先决定后执行情形下而采取的紧急处置措施。司法审查中应当关注发生危害的可能性和现实性，危害可能性和现实性决定着行政机关采取相应措施的合法性，如果不实施即时强制行为，危害后果很可能发生。第四，行政保全行为主要表现为行政机关所采取的保全证据或执行行政决定时的有关保全措施，如查封、扣押、冻结等，其适用条件是为了保障行政决定能够得以执行，或者创造条件使事实能够查清，使证据得以及时收集而不致于毁损、灭失所采取的临时措施。司法审查中应注意把握行政保全行为通常离不开某项行政决定的支撑，除非紧急情况，一般要求先做决定再付诸实施，同时对主体资格要严格把关。第五，行政强制执行主要表现为通过执行罚、代执行以及直接强制等方式，实现行政决定（包括行政合同、行政法律行为等）所要求的行政义务或达到与之相同的状态，其适用条件是为了直接保障行政决定或其他法律行为的实现或实施而采取的直接或间接强制手段。司法审查中应注意区分不同行政强制执行方式的特点和要件，如执行罚是针对不及时、不正确、不完全履行义务的人给予罚款等处罚；代执行可由行政机关或其他人代为履行，由义务人承担费用；直接强制主要由行政机关强制拆除违法建筑、强制服兵役等。总之，上述行政强制行为类型化的司法价值在于司法审查的时机、司法审查的重点、适用的法律规范、审查的强度等有所差异。司法审查过程中一定要细心加以甄别和判断。

（二）法律行为与事实行为

这是以行政主体是否以发生特定法律效果为目的所作的分类。法律行为通常指行政主体以发生某种特定的法律效果为目的而实施的对相对人具有法律效果的行为（如行政规定、行政决定、行政计划、行政合同等），一经做出，除了无效的情形外，即对相对人具有法律效力；事实行为是行政主体在实施行为时不具有效果意识，该行为对相对人没有法律上的羁束力、不具有法律上的效果（如紧急避险中弃货于海的措施，行政机关工作人员执行公务时殴打、侮辱他人的行为）。这两种行为的受案条件、审查标准、举证责任分配、庭审和裁判方式等方面都是不一样的。在受案条件上，《行政诉讼法》对法律行为界定的受案条件比较明确，而对于事实行为，行政法学界有种观点主张其不是具体行政行为而不应受理，这是不可取的。事实行为只要对当事人正当权益产生影响，存在利害关系，即可被诉诸法院。在审查标准上，对法律行为的审查通常需顾及权限审查、事实审查、法律适用审查、程序审查和合目的性审查等五个方面，而对于事实行为，通常不存在法律适用审查问

题,且实质性审查和正当性(合理性)审查的权重高于法律行为。在举证责任分配上,法律行为通常依法由被告承担举证责任,而事实行为主要由原告就其是否存在以及因受被诉行为侵害而造成损失的事实承担举证责任。在庭审方式上,对法律行为的审查庭审环节较多,过程更为复杂,而对事实行为的审查庭审环节相对简洁,主要围绕事实问题作出审查判断。在裁判方式上,对于事实行为只能用确认判决,明确相关事实是否存在、是否合法,在判决确认违法的同时,对因事实行为造成当事人权益损害的应判决行政机关承担赔偿责任;而对于法律行为则可以视情况灵活适用维持判决、撤销判决、确认判决、赔偿判决等多种形式。

(三) 作为与不作为

这是以行政行为是否改变现有法律状态为标准所作的分类。实践中,大量行政强制行为是以作为形式表现出来的,但也存在许多不作为的情形并由此引发诉讼。审查中应综合考量不同因素,区别对待。如判断不作为是否违法,首先,要确定行政机关在何种情况下有作为的义务,这种义务来源于五个方面:1. 法律规范的明确规定。2. 公民的请求权,有时法律规范未规定行政机关应如何作为,但规定了相对人的请求权,由此可引导出行政机关的作为义务。3. 行政主体的先行行为,先行行为产生某种风险,行政主体为防止风险扩大而产生作为义务。4. 行政合同的约定。5. 行政机关的承诺,即行政机关作出的书面、口头承诺。其次,要判断行政机关履行义务的可能性。要结合相关背景和主客观条件,判断负有作为义务的行政机关在某些紧急或特殊情况下,是否有履行义务的可能性。再者,要判断行政机关履行义务的必要性。在一些案件中,虽然行政机关负有某种义务,但如果时过境迁,实施行政强制行为付出的成本极高,违反比例原则,就可能存在没有必要再去实施的情形,此时就不宜认定不作为违法。

(四) 主行为和从行为

这是以相关联的行政行为在实现行政目的过程中所起的作用为标准所作的分类。行政调查、行政征收、行政处罚等许多行为最终需要通过行政强制行为予以落实,不同强制行为之间有的具有预防性,有的具有实施性,有的起主导作用,有的起辅助作用。司法审查中关注主行为和从行为的问题,首先是要引导当事人正确选择起诉时机,既防止不加区分地频繁受理诉讼,耗费司法成本、行政成本,也要及时为当事人提供司法救济,在实现行政管理全过程中把握好救济公民权利和实现行政目的的平衡。其次,要注意处理好主行为与从行为违法的相互关系问题。主行为因违法而被撤销时,从行为一般而言也不具有法律效力;从行为违法时有时并不影响主行为的法律效力;而当主行为可能永远达不到终点时,为避免公民权利长期受侵害,对公民针对从行为(即使是一个过程性行为或阶段性行为)提起的诉讼应当受理并作出是否合法的判断。这些复杂的规则需要在实践中认真加以分析研究。

（五）基础行为与后续行为

这是对互有联系、各自独立且先后顺序不同的行政行为所作的分类。在通常情况下，基础行为合法、后续行为不合法的情形比较容易判断。但对于基础行为违法、后续行为是否当然不合法的判断，需要作出具体分析。从行政法的法理看，如果基础行为（如征税决定）构成“重大明显违法”属于无效行政行为，则后续行为（如加处罚款或滞纳金）同样也是违法的；但如果基础行为仅仅是一般违法，则判断后续行为是否合法需综合考量各种因素，如行政机关是否在法定期限内撤销了基础行为，基础行为是否已过起诉期限等。如果基础行为因已过起诉期限而取得存续力，相对人就应当履行后续行政行为确定的义务（如交纳滞纳金、罚款），当然，可视情况适当减免；如果基础行为是否合法尚处于待定阶段，后续行为的合法性亦不可轻作定论。此外，对重大明显的行政强制违法行为，公民有抵制权、反抗权（限于非暴力方式），不属于上述情形则可能承担不履行义务、违反行政管理秩序的不利后果。实践中应对此引起足够重视。

（六）合法性审查与正当性审查

对行政行为原则上只审查其合法性的直接根据是《行政诉讼法》第五条的规定。而该法第五十四条同时规定了对是否存在“滥用职权”以及行政处罚是否存在“显失公正”，法院亦可作出判断处理，此类情形属于对行政行为正当性的审查，是合法性审查之例外。滥用职权的概念实质上即滥用自由裁量权，行政强制行为存在大量自由裁量空间，涉及行政执法人员对周边环境和执法方式、尺度的判断，在即时强制中表现尤为明显。滥用自由裁量权与正当行使自由裁量权之间的界限不易把握，司法审查中形成的一系列规则（原则）有助于监督控制自由裁量权。如合目的规则、平等规则、对等规则、比例规则、合理期待规则、利益平衡规则等。这些规则构成正当性审查的重要标准，如何适用这些规则考验着行政法官的业务能力和办案水平。

（七）诉讼审查与非诉讼审查

这是基于案件启动方式不同所作的分类。一种是在诉讼过程中的司法审查活动，一种是针对行政机关申请法院强制执行其行政决定的司法审查活动。两种审查的对象都是行政行为，但前者在理论上是尚没有最终确定效力的行政行为，而后者在理论上是已具有确定效力的行政行为，审查标准和强度各有区别、不可混同。对行政行为的诉讼审查要严格按照《行政诉讼法》第五十四条相关规定进行全面审查，包括权限审查、事实审查、法律适用审查、程序审查以及滥用职权审查五个方面，属于高强度的审查；而对行政行为的非诉讼审查，其立足点是该行为已产生法律效力，具有确定性，只是因为当事人不起诉又不履行行政决定，为推动执行而提请法院审查。这类案件在一些国家往往不需审查而直接进入执行程序，在我国对某些行政行为（如房屋征收补偿决定）之所以要进行非诉讼审查，除行政机关没有法定直接强制执

行权外，一个重要原因就是考虑到特定国情下行政强制行为往往涉及对公民的房屋、土地等重大财产权和重大人身权益的侵害，社会影响大，错误机率大，应当慎之又慎，有必要多加一道保险，因而引入非诉讼审查机制。这种审查的判断标准是行政行为是否存在“重大明显违法”，接近于无效行政行为的排除标准，只是比其略有放宽，属于浅表的审查。司法实践中要注意把握上述两种审查的差异。

以上七个维度的类型化落实到《行政强制法》实施中，就是要针对不同问题区别对待。只有这样，才有可能做到司法审查的科学、合理、合法，达到办案的社会效果和法律效果的统一。

三、准确把握审查行政强制行为的司法政策

（一）要处理好保护相对人合法权益与促进相对人自觉履行行政义务的关系

忽视对相对人权益的保护的现象在行政强制行为司法审查中客观存在。以往有关行政立法不太注重成本，忽略了相关配套措施，规定了强制行为但相关经济预算却不能切实跟进，致使实质问题难以解决。如强拆问题说到底还是补偿标准如何把握的问题，有的地方测算，对一些仓促上马的项目，如果按照科学合理的标准对被征收人全部补偿到位，当地十年的财政收入可能都无法负担，加之有开发商利益考量等因素，使得问题变得更为复杂。在权利保护要求得不到满足、资源不配套的情况下，一方面要保护相对人合法权益，另一方面要促使其自觉履行合法、正当的行政义务，法院处理此类案件的方式通常必须去做大量的协调工作。在可能的情况下促进相对人和政府相互理解，互谅互让。海南和黑龙江等地法院的经验，也集中反映了在特定情形下做好协调工作的重要意义。

（二）要处理好维护公共利益、社会秩序与维护相对人合法权益的关系

强制行为在很大程度上需要强调公共利益，但较长时期以来，许多地方过于强调公共利益，不太重视个人利益，甚至有要求个人利益任何时候绝对服从国家利益的倾向，有失偏颇；同时，学术界有的理论将个人利益与公共利益完全放在同一等级上，主张保护个人利益的同时也就实现了公共利益，有的理论甚至强调个人利益优于公共利益和国家利益。但如果以此指导司法实践必然会出现导向错误，应当防止片面化、极端化、混同化地认识问题。正确处理相对人合法权益和公共利益的核心，是要在司法实践中科学、准确、客观地界定和把握公共利益，避免将个人利益当成公共利益，将开发商的利益当成公共利益，将小地方的政绩当成公共利益。对这一复杂的理论和实践问题，要做到具体问题具体分析，赢得大多数人民群众的认同。

（三）要处理好行政强制的谦抑使用与实现行政管理目的的关系

正因为行政强制行为具有二重性，因此应当谦抑使用，能不用的尽量不

用，能少用的尽量少用，能通过其他的非强制手段解决的就应尽量通过非强制手段解决。但谦抑使用是有条件的，即要确保合理的行政管理目的得以实现。行政管理的目的和追求，落实在《行政强制法》中，就是要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，为此，针对特定情形也需要使用行政强制手段。该法强调的坚持教育与强制相结合，其实质就是谦抑使用原则，当然仅仅依此去审查行政强制行为是远远不够的，还要充分考虑行政管理目的的实现。在行政目的能够通过其他方式得以实现的前提下，要尽可能地减少行政强制手段的适用。

（四）要处理好强化对行政强制权力的监督与支持行政机关依法行使行政强制权的关系

行政法治建设的重心之一在于控权，强调对行政强制权实施有效监督和控制无疑是正确的。但同时也有必要将控权与授权结合起来考虑。没有授权就没有控权，公共权力总体上越少越好，但并非越少不使用越好。行政强制权的二重性决定了其有可能被滥用、有办坏事的一面，但同时还有办好事的一面，发挥行政强制权的功能是实现对社会有效管理所必需的，支持行政机关依法行使职权当属题中之义。只要有公共权力的存在，在规范、限制其行使的同时，也要正确引导支持其有效发挥依法行政的作用。全面客观把握好这种关系，符合唯物辩证法的观点。

（五）要处理好促进当地经济发展与维护当地社会和谐稳定的关系

在加快工业化、城镇化建设的重要发展机遇期，经济发展往往是地方党政领导高度关注的问题，毕竟发展是硬道理，是第一要务。但关注发展的同时须谨记稳定是第一责任，如果不注意矛盾的处理，不注意分配的公平，不注意及时纠正偏差，则有可能会带来巨大的隐患和矛盾，造成社会不稳定。法院在审查行政强制行为过程中，直接涉及对社会公平正义的判断，不论是对分配正义还是矫正正义的把握，在处理案件过程中都要特别注意平衡好经济发展与社会稳定之间的关系，使二者相得益彰。

（六）要处理好服务大局与依法办事的关系

行政强制行为在这点上表现尤为明显，特别是对于一些复杂的拆迁问题，如果片面强调依法办事，机械执法，往往难以行得通。一方面，严格依法是不能突破的底线，但在坚持底线的情况下，如何服务好经济社会发展大局，也是司法审查过程中应当高度重视的。法院要充分发挥司法能动性，多做协调工作，尽可能使行政执法行为在法定范围内实现行政目的。“发展是第一要务”，“稳定是第一责任”，但依法办事也是第一要求。不强调依法办事，法治的地位和作用就可能被轻视和弱化，一个不重视依法办事的社会谈不上法治。所以既要有“三个至上”工作指导思想，也要有上述“三个第一”的司法理念，两者原理相通，共同发挥着对行政审判的指导作用。