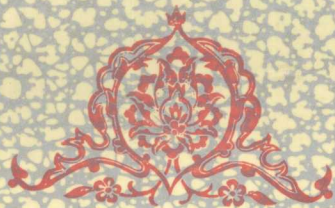


# 行政审判实务

主 编 马 原  
副主编 黄 杰 徐有毅



北京师范大学出版社

D925.382

1

# 行政审判实务

主编：马原  
副主编：黄杰 徐有毅

D925.382

1

北京师范大学出版社

(京)新登字 160 号

责任编辑：叶 刚

封面设计：金 南

责任校对：张 京

责任印制：李健威

### 行政审判实务

主 编 马 原

副主编 黄 杰 徐有毅

\*

北京师范大学出版社出版发行

全 国 新 华 书 店 经 销

北京朝阳北苑印刷厂印刷

---

开本：850×1168 1/32 印张：13.25 字数：324千字

1993年6月第1版

1993年6月第1次印刷

印数：1—10 000

---

ISBN 7-303-03217-7/G·2210 定价：9.50元

撰稿人(按姓氏笔画为序):

王康寒 王殿全 皮宗泰 江必新  
孙际泉 罗锁堂 娄小平

## 前 言

中国高级法官培训中心自成立以来,培养了一批高职级法官,为提高我国审判队伍的素质作出了贡献。培训中心在总结几年来教学经验的基础上,组织了富有审判实践经验的法官撰写了这套法官培训系列教材。本书作为行政审判与理论的专题研究成果奉献给读者。希望能给司法工作人员,教学研究人员及其他法律工作者提供有益的参考。不妥之处,敬请指正。

## 序

呈现在读者面前的是中国高级法官培训中心的一套教材。展读之后,读者便会发现这套教材同普通高校和成人高校的教材有很大的不同,它不是系统地讲授这一学科的内容,而是若干专题研讨的汇集;它不是对本学科基本理论的讲解,而是对司法实践中最有现实意义的一些问题的阐述;它不是由专家、学者撰写的,而是较有实践经验的法官涉笔成篇的。正因为如此,它便有了自己特有的优点。针对性强,紧扣司法工作中亟待解决的问题,对实际工作具有更为直接的指导和参考价值;在谋篇布局上摆脱以往某些教材的套路,另辟蹊径,读来具有新鲜感,这是它的主要长处。理论色彩稍显不足,若些篇章深度不够,有的行文不大讲究,则是它的主要短处。

中国高级法官培训中心的培训对象为高职级的法官及其后备人材,学制分为一年和半年两种,属于岗位培训性质。学员的文化程度为大专以上,故培训乃属大学后的继续教育。教学主要由北京大学、中国人民大学的教授、副教授承担,辅之以资深法官的讲授。基本的授课内容侧重于专题理论的开掘,依然较好地体现了理论联系实际。这套教材没有包括两校教师讲授的内容,不能反映培训中心授课内容的全貌,甚至可以说缺了“重头戏”。

中国高级法官中心的教学是在尚无成例可循的情况下开展的,编写教材只能在不断探索中积累经验,逐步提高。这套教材就是积极探索所取得的初步成果的一部分,标志着培训中心在教材建设方面迈出了可喜的一步。

这套教材尽管还有着这样那样的缺欠,但无论是司法工作者

还是理论工作者都值得一读。我想,对读者有所裨益,是本书编著者和出版者所企盼的。我相信,这一良好愿望一定会实现。

祝铭山

一九九三年四月十七日

# 目 录

前 言	(1)
序	(1)
一、公务行为与非公务行为的界定	(1)
二、行政复议与行政诉讼的关系	(15)
三、具体行政行为与行政诉讼受案范围	(37)
四、行政诉讼庭审程序的几个问题	(70)
五、原告资格	(100)
六、第三人的要件及范围	(120)
七、行政诉讼举证责任	(139)
八、关于合法性审查原则的几个问题	(159)
九、行政机关超越职权、滥用职权的认定及处理	(185)
十、行政处罚显失公正的认定及处理	(210)
十一、具体行政行为适用法律、法规错误的认定	(232)
十二、行政机关违反法定程序的认定及处理	(259)
十三、行政机关在诉讼中改变原具体行政行为问题的探讨	(280)
十四、行政附带民事诉讼	(301)
十五、行政侵权损害赔偿	(322)
十六、行政机关“不履行法定职责”案件研究	(340)
十七、行政审判中的规范性行政文件	(366)
十八、土地行政案件审理中的几个问题	(385)



## 公务行为与非公务行为的界定

国家行政机关公务员的公务行为与非公务行为的界定在理论上并不容易,在实践中则更困难。按划分标准的不同可包括行政立法行为(抽象行政行为)、行政司法行为(行政调解、行政仲裁)、具体行政行为等等。本文所要探讨的是能够引起行政诉讼的具体行政行为,而这种具体行政行为实际上就是国家行政机关通过其所属公务人员去真体实施的行政行为,即我们在这里所指的公务员的公务行为。由于公务员的特殊法律地位,多种身份集于一身即经常表现为公民、公务员等身份在行政执法中往往交错在一起,难以分辨,影响着依法行政和人民法院的审判工作。这是因为,公务员以不同身份所实施的行为具有不同的性质,不同性质的行为就会产生不同的法律后果,不同的法律后果就应有不同的责任主体。因此,探讨界定公务员的公务行为与非公务行为问题,对于国家行政机关和公务人员严格依法行政,正确行使国家行政权力,强化行政管理职能,实现行政目的,对于人民法院正确、及时审理行政案件都具有重要意义。

### 一、公务行为的概念与特征

国家行政机关要行使行政权力,实现其管理职能,必须通过各行政机关的公务员来具体实施。“公务员”这一概念我国以前很少使用,通常使用的是“国家干部”、“国家行政机关工作人员”等概念,这不利于作分类管理。根据党的“十三大”精神,我国正在建立国家公务员制度,据悉,有关部门正在抓紧制定国家行政机关公务

员条例。我国公务员一般是指在国家行政机关中行使国家行政权力、执行国家公务的人员。具体指国家行政机关工作人员,即公务员,还包括法律、法规授权行使行政职权的某些组织中的成员和受行政机关委托行使行政职权的某些组织的成员。这后两类人员虽无公务员身份,但在依授权或受委托执行公务时,视同公务人员,享有公务员的权利,并承担公务员的义务。公务员的行为又分为公务行为与非公务行为:以行政主体的名义作出的作为(也有称为行政人所为的行为),一般为公务行为;以个人名义作出的行为,一般为个人行为。在我们确定划分标准以前,有必要对公务员行为层次作一划分。那么,何谓公务员的公务行为?如何给“公务行为”下定义,根据行政实体法、行政诉讼法及行政法学原理,结合我国实际状况,所谓公务行为,是指国家行政机关的公务员,在行使其行政管理职权过程中以行政机关名义,针对特定的公民、法人或者其他组织,就特定的具体事项所为的,并且产生行政法上法律后果的单方行为。

该公务行为的定义具有以下特征:

- 1、公务行为必须是通过国家行政机关的公务员以及法律、法规授权的人、受委托人(包括行政机关委托、聘用、借用和雇用的人)的行为表现出来的。例如,行政处罚是由公务员(行政执法人员)来具体实施的。那些既非行政机关的公务员,又非法律、法规或行政机关的特别授权、委托的人,不能成为公务行为的主体,即使是其假冒行政机关的名义而为的行为,也不能认为是公务行为。因此,若无法律、法规授权或行政机关委托的人,盗用行政机关的名义而对某公民、法人、或者其他组织作出“行政处罚”,这种行为就不属于公务行为,只能认为是个人行为。因此,如受“处罚”的公民、法人和其他组织不服而提起诉讼,也就不能通过行政诉讼的途径来解决,而应通过其他诉讼的途径去解决。

- 2、公务行为必须是以国家行政机关或者法律、法规授权组织

的名义实施的。国家行政机关的公务员及法律、法规授权或者行政机关委托的人所为的行为并非都是公务行为,而只能是那些以国家行政机关和法律、法规授权的组织的名义实施的行为才是公务行为。取得这种名义的方式,通常是行政机关的行政首长和法律、法规授权组织的负责人签名、加盖国家行政机关和法律、法规授权组织的公章,以及穿戴特定的执行公务的标志(包括制服、袖章、臂章、徽号)等,如人民警察执行公务(除特殊任务外)时必须穿警服戴臂章。

3、公务行为必须是公务员或法律、法规授权和行政机关委托的人在执行公务过程中所为的行为。如国家行政机关的公务员及法律、法规授权或者行政机关委托的人,在病假、事假、休假,探亲、旅游或者公出等过程中所为的行为,如在公务员事假期间对某公民进行了“处罚”,这种行为一般不能视为公务行为(除人民警察特殊身份外)。

4、公务行为必须是针对特定的公民、法人或者其他组织,就特定的具体事项所为的能够产生行政法上法律后果的单方行为。国家行政机关公务员及法律、法规授权或行政机关委托的人,以国家行政机关名义所作的行为并不都是公务行为。而只是那些针对特定对象予以具体处理,并以自己单方的意思表示就可以产生行政法上的法律后果的行为,才是公务行为。如某公务员以行政机关的名义作出对某一违法公民处以 200 元罚款的行为,无需其他机关和个人的同意即能产生一定的行政法上的法律后果。相反,如果国家行政机关某公务员代表该行政机关与某一工程建筑公司签订办公大楼工程建筑合同,该公务员的这种行为,必须是经双方同意,并且这种行为只能产生民法上的法律后果,因此,不能属于我们这里所说的公务行为,只能划入非公务行为的范畴。

构成公务行为必须同时具备上述四个基本特征,缺一不可。

## 二、界定公务行为与非公务行为的客观必要性

行政法随着行政职权在内涵不断强化、外延不断扩张的趋向中加速发展,而国家行政职权的逐步强化和扩张,又伴随着行政公务行为和非公务行为的交织存在以及违法行政行为的不断发生,这是世界各国的共有现象。为使国家行政职权顺利行使,国家行政管理机构这部“大机器”能正常运转,不少国家颁布实行了相应法律,调整规范各种行政行为,监督行政职权依法正确行使。我国《行政诉讼法》主要立法目的就是保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护和监督行政机关依法行使行政职权。下面主要从两个方面说明一下界定公务行为与非公务行为的必要性:

### (一)依法行政的需要

公务员的“原身”是公民,公民经法律程序进入国家公务员队伍以后,其原来的公民身份及其法律地位并不因此而丧失。公务员无论担任多高的行政职务,他仍然不失为一个公民。宪法第三十三条第一款规定,“凡是有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。”国籍是当事人担任行政公职的法定条件之一。因此,公务员仍然可以享受公民的法律地位,也就是说,他可以享受法律赋予公民的基本权利和履行法律规定公民必须履行的基本义务。然而,公务员是一种担任国家行政公职的公民,他与国家构成了一种一般公民所没有的法律关系,即行政职务关系,从而使他在原公民身份的基础上形成了一个新的身份,即公务员的身份。公务员基于他的行政职务关系,可以代表国家实施行政管理职权。每个公务员因此具有了多种身份,即“公民”、公务员等。与公务员的多种身份相适应又会产生多种行为。公务员以个人(公民)名义进行的活动属于个人行为;当他以国家代表人的身份实施行政管理时,其活动

属于公务行为。换言之，公务员的多种身份取决于其多种行为：(1)当公务员作个人行为时，反映了他的公民身份；(2)而当其执行公务时，则反映公务员身份。第一种行为是个人意志的反映，第二种行为是国家意志的反映。国家公务员多种身份和多种行为的并存，尽管从实质上说是统一的，但在公务员的具体活动中冲突现象时有发生。

1、公务员基于多种身份所享有的法定权利和承担的法定义务之间的矛盾，即公务员作为一个公民的法定权利义务同作为公务员的法定权利义务并不是一致的，国家要求公务员必须依法履行公务员的权利义务，这时，他就要放弃或不能享有某些公民的权利，而承担比一般公民更多的义务。不但公民同公务员的权利义务内容不一致，而且它们之间的性质也各不相同。

2、公务员基于多种身份所实施的多种法律行为之间的矛盾，即以公务员身份行使行政职权时，实施的行为便是公务行为；公务员以公民身份所为的行为则是个人行为。上述是两种完全不同性质的行为。对于某一公务员来说，是不可能分身，在特定的时间、地点和条件下，只能以某一种身份实施其一种性质的行为。在实践中，由于种种原因，经常出现身份与行为的倒借，即以公民身份对待公务，或以公务员身份为个人办私事，他们之间在这种情况下无疑会发生冲突。

3、基于多种身份所实施的多种不同性质的行为，引起了多种不同性质的法律后果，即以公务员身份实施的公务行为，其法律后果应由国家承担；以公民身份实施的个人行为，其法律后果由个人承担。如果发生公务员的身份与行为倒错的情况，即假借国家行政机关的名义以公务员身份谋取个人的利益所作的行为。侵犯了公民、法人或者其他组织的合法权益而引起的法律后果，由个人承担。

如何解决上述多方面冲突而产生的矛盾，关键是对公务员在

具体行政活动中所作行为的性质作出界定。因为,公务员的多种身份虽是产生不同性质行为的前提条件,但唯有行为的性质才是公务员身份的真正体现,即是界定某公务员在特定的时间、地点和条件下的真正身份的客观尺度,其行为性质界定之后,其行为引起的法律后果由谁来承担也就清楚了。只有界定对公务员的公务行为与非公务行为,才能确认哪些是公务行为,哪些是非公务行为,从而也才能对公务员的公务行为予以法律限制。只有符合法律规定的公务行为才是合法有效的,才能使公民、法人和其他组织的合法权益得到保护并使国家保护相对人合法权益的义务得以实现。如公务行为违法给相对人造成损失,其行政赔偿责任才能由国家行政机关承担,或承担连带责任。而公务员在其行政职权范围之外实施的行为便视为非公务行为,国家行政机关对此种行为不承担法律后果。这样,便于对公务员执行公务进行法律监督,迫使其依法行使行政职权,有利于防止公务员在执行公务中偏离行政目的,滥用行政职权或盗用行政权力谋取私利,保护公民、法人和其他组织的合法权益,有利于严格依法行政,提高公务员的执法水平。

## (二)司法实践的需要

我国《行政诉讼法》第五条规定:“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。”这就是说,人民法院审理行政案件,原则上,不代替行政机关作出决定,是在审查具体行政行为是否合法的基础上,作出维持或者撤销的判决。这是国家赋予人民法院对行政机关的具体行政活动的司法监督权。行政诉讼的目的是保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护和监督行政机关依法行使行政职权,一个是指合法的权益,一个是指依法行政,两者的杠杠都是划在合法性上,而这又都取决于具体行政行为是否合法。因此,人民法院只有把具体行政行为是否合法审查清楚了,才能达到行政诉讼的目的。行政诉讼的关键就是要解决引起行政争

议的具体行政行为是否合法,是否侵犯公民、法人和其他组织的合法权益。

具体行政行为绝大多数是通过国家机关公务员具体实施的。由于公务员有着多种身份,即公民、公务员,能够作出不同性质的行为,从而也就产生不同性质的法律后果。在行政诉讼中,人民法院对具体行政行为进行合法性审查,实际上也就是对公务员的具体行政行为即公务行为是否合法进行审查。这就是要求人民法院首先必须搞清楚引起行政争议的具体行政行为是合法行政行为还是违法行政行为,甚至根本不是行政行为而是公务员所作的非公务行为,进而才能对具体行政行为作出正确的判决。要想分清某一具体行政行为是否合法,是属于公务行为还是属于非公务行为,必须要有一个客观的符合法律规定的一般性的界定标准。否则,在理论上认识上的不一致,没有一个大致统一的界定标准,就会造成审判实践中的各行其是。因此,在近几年的行政审判实践中出现过这样的情况:把本应由民事审判庭受理的案件而行政审判庭却立案审理,或本应由行政审判庭受理而推给民事审判庭;把本应由个人来承担法律责任而判由国家行政机关承担法律后果;把公务行为认定为非公务行为或把非公务行为认定为公务行为。由于公务行为与非公务行为界定不清楚,因而往往造成同一性质的案件审理结果却大不一样,办案的社会效果也就不可能好。

从以上分析来看,界定公务员的公务行为与非公务行为,对于人民法院的行政审判工作是十分必要的。

### 三、公务行为与非公务行为的界定标准

#### (一)国内外理论界对公务行为与非公务行为的各种界定标准

由于各国政治、法律制度和国情不同,对于公务行为与非公务行为的界定标准也不相同。

各国在法律规定和理论上也不尽一致,归纳起来,主要有以下几种情况:

1、以行为的时间为界定标准。认为行政机关的公务员在上班之后便是公务员,公务员在上班时间内依法所作的行为便是公务行为,下班后即属于自然人,其下班以后所作的行为属于非公务行为。如一个警察,在上班执勤时持枪离开岗位去商店买香烟,正在这买东西时抢走火打伤一名售货员。这种行为便认为是公务行为,由国家行政机关承担法律后果。就是说,公务员在上班时间内实施的行为都被认为属于公务行为范围。而在下班之后,公务员无论实施什么行为都是非公务行为。如一位治安警察在星期日与妻子在郊外散步,发现几个歹徒截住一名女青年往树林里推拉,这位警察大喊住手!其中一个歹徒抓着那名女青年,另外两个歹徒向这位警察扑过来,这时警察朝下开了一枪,打伤一个歹徒的小腿。即使在这种紧急状态下实施的制止犯罪的行为,也应视为非公务行为。

2、以行为时的名义为界定标准。国家行政机关公务员实施某种法律行为时,如果是以行政机关名义实施的行为则是公务行为,如果以个人名义或者以机关法人的名义实施的行为则属于非公务行为。公务员在执行公务时必须着装、佩戴标志、出示证件或者口头宣布以某行政机关的名义。甚至公务员假借行政机关的名义办个人自己事情所为的行为也认为属于公务行为范畴。

3、以行为的实质为界定标准。界定公务员某一行为属于公务行为还是非公务行为,是看公务员某一具体行为是为了公共利益还是为了个人或小团体的利益,为公共利益所作的行为就是公务行为,为个人或小团体的利益所作的行为则属于非公务行为。如一位食品卫生监督员到糕点厂去是为了对生产糕点的现场进行卫生检查和巡回监督,这种行为是公务行为;如果是为了个人或单位买糕点,则属于非公务行为。

4、以行为的目的为界定标准。公务员实施某一具体行为,如果



是出于为公的目的而实施的行为则属于公务行为,如果公务员是出于个人或机关法人的目的而实施的行为则是非公务行为。如某一卫生监督员对一个食品店处以罚款,如果是出于个人泄私愤图报复的目的作出的行政处罚,属于非公务行为;如果是出于维护食品卫生的目的,对违法情节严重的依法予以行政处罚,则属于公务行为。

5、以行为的职责为界定标准。就是公务员在自己职责范围内所作的具体行政行为,都属于公务行为。凡是超越其职责范围的活动,均视为非公务行为。据此,如果公务员在其职责范围内执行公务滥用职权的行为也可以认为是公务行为,由国家行政机关承担法律责任。公务员超越职权的行为则是非公务行为,例如一位治安警察到饭店里检查监督食品卫生的行为,就是超越职责范围的活动,属于非公务行为。

## (二)公务行为构成的探讨

我们这里所探讨的公务行为构成问题,也就是公务行为与非公务行为的具体界定标准问题。根据我国行政实体法、行政诉讼法有的关规定,结合我国的实际并参考国外一些可取之处,公务行为与非公务行为的界定标准应从以下几方面考虑:

### 1、行为的主体

公务行为的主体必须是国家行政机关的公务员或法律、法规授权组织的成员及行政机关依法委托的执行公务的人员。从我国实际情况来看,公务行为大多由国家行政机关公务员亲自实施的。除此之外,法律、法规授权执行公务的组织的成员和依法受行政机关委托执行公务的非公务人员,还有受行政机关借用或聘用的非公务人员代表聘用或借用的行政机关,也可以实施公务行为。应当注意的是,这里所说的法律、法规授权的组织,必须是法律、法规明文规定授权的组织,例如,全国人民代表大会常务委员会通过的