

行政法与行政诉讼法教学

Xingzhengfa Yu Xingzheng Susongfa Jiaoxue Anli

案例

姜明安 / 李洪雷 ◆ 主编

1994年9月，原告田某考入被告北京某大学下属的应用科学学院物理化学系，取得本科生学籍。1996年2月28日，田某在参加电磁学课程补考过程中，随身携带写有电磁学公式的纸条，中途去厕所时，纸条掉出，被监考教师发现。监考教师虽未发现田某有偷夹纸条的行为，但还是按照考场纪律，当即停止了田某的考试。北京某大学于同年3月5日按照《关于严格考试管理的紧急通知》（以下简称068号通知）第3条第5项关于“夹带者，包括写在手上等作弊行为者”的规定，认定田某的行为是考试作弊，根据第1条“凡考试作弊者，一律按退学处理”的规定，于3月10日填发了学籍变动通知。但是，北京某大学没有直接向田某宣布退学，也未给田某办理退学手续。田某继续在该校以在校学生的身份参加正常的学习和各项活动。1996年3月，原告田某的学生证丢失，未进行1995至1996学年度的注册。被告北京某大学为田某补办了学生证。其后，北京某大学每学年均收取田某的教育费，田某进行注册、发放大学生补助津贴，还安排田某参加了大学生毕业实习，并由田某领取了学校发放的毕业设计结业费。田某还以该校大学生的名义参加大学英语四级、计算机应用水平测试BASIC语言成绩合格证书。田某在该校学习期间，成绩全部合格，通过了毕业实习、设计及论文答辩，获得优秀毕业论文及毕业总成绩全班第九名。被告北京某大学的部分教师曾经为原告田某的学籍一事向原国家教委申诉，原国家教委高校学生司于1998年5月18日致函北京某大学，认为该校对田某违反考场纪律一事处理过重，建议复查。同年6月5日，北京某大学复查后，仍然坚持原处理结论。1998年6月，被告北京某大学的有关部门以原告田某不具有学籍为由，拒绝为其颁发毕业证，进而也未向教育行政部门呈报毕业派遣资格表。田某所在的应用学院及物理化学系认为，田某符合大学毕业和授予学士学位的条件，由于学院正在与学校交涉田某的学籍问题，故在向学校报送田某所在院系的授予学士学位表时，暂时未给田某签字，准备等田某的学籍问题解决后再签，学校也因此没有将田某列入授予学士学位资格名单内交本校的学位评定委员会审核。原告田某认为自己符合大学毕业生的法定条件，被告北京某大学拒绝给其颁发毕业证、学位证是违法的，向北京市某区人民法院提起行政诉讼，请求判令被告颁发毕业证、学位证并办理毕业派遣手续等。被告辩称：原告田某违反本校068号通知中的规定，在补考过程中夹带写有电磁学公式的纸条被监考教师发现，本校决定对田某按退学处理，通知校内有关部门给田某办理退学手续。给田某本人的通知，也已经通过校内信箱送达田某所在的学院。至此，田某的学籍已被取消。由于田某不配合办理有关手续，校内的一些部门工作不到位，再加上部分教职工不了解情况等原因，造成田某在退学后仍能继续留在学校学习的事实。但是，校内某些部门及部分教师默许田某继续留在校内学习的行为，不能代表学校意志，也不证明田某的学籍已经恢复。没有学籍就不具备高等院校大学生的毕业条件，本校不能给田某颁发毕业证、学位证和不办理毕业派遣手续，是正确的。法院应当依法驳回田某的诉讼请求。【问题】《行政诉讼法》第2条规定：公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起行政诉讼。作为行政诉讼的概念性规定，该条规定可诉行为的行为主体是“行政机关和行政机关工作人员”。这里并没有规定通常管理上所说的“法律、法规授权的”组织”。但在第25条第4款规定：由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为，该组织是被告。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。这两条之间的微妙差异，不能不说是行政诉讼法一个不大不小的漏洞。而最高人民法院1999年发布的《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《行诉法解释》）第1条规定：公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服，依法提起诉讼的，属于人民法院行政诉讼的受案范围。与行政诉讼法相比，该解释在行为主体这一点上有着明显的差异。从这当中我们至少可以看出，行使国家行政职权的并不都是行政机关，那么非国家行政机关行使行政职权的行为应该如何定位呢？具体到本案，北京某大学是事业单位，而非行政机关。北京某大学根据《中华人民共和国教育法》和《中华人民共和国学位条例》开除田某学籍，其行为是否是“行政行为”呢？前不久长春亚泰足球队俱乐部提起行政诉讼，状

法律版

高等院校法学案例丛书

行政法与行政诉讼法教学

Xingzhengfa Yu Xingzheng Susongfa Jiaoxue Anli

姜明安 / 李洪雷 ◆ 主编

案例

撰稿人（以姓氏笔画为序）

万 奇 方文碧 李志伟

李 昕 李 涛 李 琦

毕洪海 陈国刚 赵 宏

康晓明



法律出版社

LAU PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政法与行政诉讼法教学案例/姜明安,李洪雷主编.
北京:法律出版社,2004.7
(高等院校法学案例丛书)
ISBN 7-5036-4994-1

I. 行… II. ①姜… ②李… III. ①行政法—案例—中国—高等学校—教材②行政诉讼法—案例—中国—高等学校—教材 IV. ①D922.105②D925.35

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 063220 号

©法律出版社·中国

责任编辑/赵明霞 丁敏	装帧设计/温波
出版/法律出版社	编辑/法律考试出版社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶松
开本/787×960毫米 1/16	印张/21.25 字数/400千
版本/2004年8月第1版	印次/2004年8月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法律考试出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/test@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939635/9652	传真/010-63939650
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	客服热线/010-63939792
网址/www.chinalawbook.com	电子邮件/service@chinalawbook.com
中法图第一法律书店/010-63939781/9782	中法图北京分公司/010-62534456
中法图上海公司/021-62071010/1636	中法图苏州公司/0512-65293270
中法图深圳公司/0755-83072995	中法图重庆公司/023-65382816/2908
书号:ISBN 7-5036-4994-1/D·4712	定价:28.00元

编写说明

法学是一门实践性学科,这种实践性的一个重要体现就是法学研究必须在一国既定法律框架之内,关注现实生活中所发生的形形色色案件的合法解决。完全脱离既定法律规范和现实案件的法学研究不是严格意义上的法学,即“法教义学”或“注释法学”,而是哲学、经济学或社会学等其他学科在法律领域的运用。当然,这并不意味着后者是没有价值的,恰恰相反,其对于法律规则的建构具有极为关键的作用,对于一个处于社会与法制转型的社会尤其如此。但如果我们承认法学是一个相对独立的学科,承认法律人的思维有其内在的特性,承认法律实务问题的解决不能超越既定的法律规范(包括成文与不成文的规范),则法教义学的研究是无法轻忽的,并且必然构成法学研究的主流。

行政法所调整的是国家行政权力与私人权利之间的关系,现代国家被称为“行政国家”,国家行政权力所扩张到的领域,被形象而准确地归纳为“从摇篮到坟墓”,即使在20世纪80年代以来世界各国进行了“规制缓和”的改革,也没有从根本上改变这一图景。行政权与私人生活的这种密切关联,加上宪政法治原则所要求的法律规范对行政权的规制作用,当然后果之一就是关涉行政法的案件在现实生活中层出不穷,这些案件成为联结行政法律规范(包括规则与原则)与现实生活的桥梁。

本书作为一本行政法案例教材,其目标是引导行政法的初学者学会以法律人的思维分析现实社会中的各种行政法现象。为达到这一目标,本书的写作贯彻了如下原则:

其一,所有案例均来自于真实社会生活而非向壁虚构。本书如实描述案件事实和法院判决,以体现问题的现实性和分析的实践性,并与法院的判决形成有效的对话。不过,为了保证论述的简洁充分,对部分案例的事实部分也作了必要的剪裁,以凸显所涉问题的法律意义。

其二,案例评析以现行有效法律规范为基础。法律问题的解决必须在既定法律规范框架之内,而不能纯然从理想中的法律规范出发并一味地批判现实规范(即使其

确实是不合理的)。当然这并不意味着将法律规范简单地套用到案件中,因为对于所涉案件究竟应适用何种法律原则与规则,在法律规范发生冲突时应如何选择,在法律规范的涵义不明时如何进行解释,这些都是法律适用中所不可避免的问题,而且也正是法律人视角的独特性所在。此外,在涉及现行行政法规范本身合理性的场合,本书也在严格区分现行规范和理想规范的基础上,对相关法律规范的改善提出了建议。

其三,篇章结构安排与《行政法与行政诉讼法》教材(姜明安主编,高等教育出版社与北京大学出版社联合出版)保持一致。为帮助学生全面系统掌握行政法学基础知识,本书有必要依托于一本相对权威的行政法学教科书;但在具体内容上,则力求反映行政法学理论的最新发展,将许多对于中国行政法学而言较为新颖的概念、原理和问题,例如特别权力关系、比例原则和信赖保护原则、司法解释与行政解释的关系等等,融入对行政法规范的分析 and 行政法案例的解析中。

主 编
2004年8月

目 录

一、绪 论

(一)行政法学的基本概念·····	(1)
案例一 行政的概念·····	(1)
案例二 国有土地使用权出让合同的法律性质·····	(4)
(二)行政法的法源·····	(7)
案例一 限制人身自由的强制措施只能由法律规定·····	(7)
案例二 行政主体不仅遵守法律,也要遵守地方性法规·····	(8)
案例三 旧法与新法相抵触时,应适用后法优于前法的原则·····	(9)
案例四 “通告”的法律性质·····	(11)
案例五 “会议纪要”的法律性质·····	(13)
(三)行政法的基本原则·····	(16)
案例一 行政法上的平等原则和比例原则·····	(16)
案例二 行政法治原则要求行政机关以事实为根据作出行政行为·····	(18)
案例三 行政法治原则要求行政机关不得滥用行政裁量权·····	(19)
(四)行政法与行政法学的历史发展·····	(21)
案例一 德国行政法上的信赖保护原则·····	(21)
案例二 法国行政法上的公务标准·····	(22)
案例三 英国行政法上的韦德内斯伯里不合理·····	(24)
案例四 美国行政法上的谢弗林原则·····	(26)

二、行政法主体

- (一)行政法主体概述····· (30)
- 案例 通过完善行政组织法合理划分行政职权,重构政府与公民关系····· (30)
- (二)行政机关····· (32)
- 案例一 邮电部门是行政机关还是民事企业····· (32)
- 案例二 工商局是否有权到医院进行药品检查····· (35)
- 案例三 行政机关对其职权范围内的管理事务应积极采取措施,
 不能消极懈怠····· (37)
- 案例四 公安机关的行政职能与刑事侦查职能应予区分····· (39)
- 案例五 政府应转变职能,尊重企业的财产权与经营自主权····· (41)
- 案例六 渔政管理站的地位与职责····· (44)
- (三)依授权和依委托行使行政职能的组织····· (48)
- 案例一 作为法律法规授权组织的高等学校····· (48)
- 案例二 作为受行政机关委托组织的县法制学校····· (50)
- (四)国家公务员····· (52)
- 案例 通过行政监察,监督公务员依法行政····· (52)
- (五)行政相对人····· (54)
- 案例一 行政相对人的财产权益受法律保障····· (54)
- 案例二 应当扩大和保障相对人在行政规章制订程序中的参与权····· (56)
- 案例三 行政相对人须积极履行法律义务····· (58)
- (六)行政法制监督主体····· (60)
- 案例一 能否对专门行政监督机关违法行使职权的行为进行
 司法审查····· (60)
- 案例二 行政相对人通过上访行使的行政法制监督权应予保障····· (62)

三、行政行为

- (一)行政行为概述····· (65)

案例一	行政行为与民事行为的区分·····	(65)
案例二	抽象行政行为与具体行政行为的区分·····	(66)
案例三	内部行政行为与外部行政行为的区分·····	(69)
案例四	作为行政行为与不作为行政行为的区分·····	(72)
案例五	行政行为的合法要件之一:行为主体合法 ·····	(73)
案例六	行政行为的合法要件之二:行为内容合法 ·····	(75)
案例七	行政行为的合法要件之三:行为程序合法 ·····	(77)
案例八	行政行为的合法要件之四:行为形式合法 ·····	(78)
(二)	行政立法·····	(80)
案例	地方性法规增加新的处罚种类的条款法院不予适用·····	(80)
(三)	行政处理——依申请行政行为·····	(82)
案例一	行政机关依法对土地权属纠纷的处理决定不是居间行为·····	(82)
案例二	被依法吊销个体行医执照的相对人能否再次获得个体 行医执照·····	(83)
案例三	给付行政行为的作出不得附加法律规定之外的条件·····	(85)
案例四	行政机关应兑现其行政奖励承诺·····	(86)
案例五	公安消防部门对火灾原因和事故责任的认定是行政确认 还是一般的鉴定行为·····	(89)
案例六	行政裁决中的法律问题·····	(93)
案例七	工商年检情况说明的法律性质·····	(95)
(四)	行政处理——依职权行政行为·····	(98)
案例一	行政规划中的法律问题·····	(98)
案例二	行政命令中的法律问题·····	(100)
案例三	行政收费中的法律问题·····	(103)
案例四	税收中的法律问题·····	(104)
案例五	行政处罚的处罚法定原则与公正、公平原则 ·····	(106)
案例六	行政处罚的设定权·····	(107)
案例七	行政处罚应遵循公正原则·····	(109)
案例八	行政机关行政不作为违法能否成为行政相对人行为 违法的抗辩理由·····	(110)
案例九	行政处罚中的法律依据问题·····	(112)
案例十	行政处罚中的一事不再罚原则·····	(113)

案例十一	行政强制执行中的法律问题	(117)
案例十二	与行政调查中的强制有关的法律问题	(121)
案例十三	行政即时强制与刑事侦查行为的区别	(123)
(五)	行政主体实施的其他行为	(125)
案例一	行政合同中的法律问题	(125)
案例二	“因公致伤处理协议书”是否为行政合同	(128)
案例三	行政指导中的法律问题	(129)
案例四	行政事实行为中的法律问题	(132)
(六)	行政程序	(135)
案例一	行政程序法与行政实体法的关系	(135)
案例二	表明身份程序	(137)
案例三	告知程序	(138)
案例四	听取相对人的陈述和申辩程序	(140)
案例五	行政程序中的回避原则	(142)
案例六	行政处罚简易程序的适用	(143)
案例七	行政处罚一般程序的适用	(144)
案例八	行政处罚听证程序的适用	(146)
案例九	行政检查程序	(148)
(七)	行政复议	(150)
案例一	行政复议的范围及复议机关不受理行政案件的处理	(150)
案例二	该向上级政府申请行政复议还是向行政机关的上级主管部门申请行政复议	(152)
案例三	行政复议被申请人的确认与复议机关管辖	(155)
案例四	行政复议机关对抽象行政行为的一并审查	(156)
案例五	行政复议决定应准确定性、正确适用法律法规	(158)
案例六	被申请复议的行政机关应当履行生效的行政复议决定	(160)
(八)	行政诉讼法概述	(163)
案例一	行政诉讼的目的和性质	(163)
案例二	行政诉讼的基本特征	(164)
案例三	行政诉讼的合法性审查原则	(166)
案例四	行政诉讼与民事诉讼、刑事诉讼的关系	(168)

(九)行政诉讼的受案范围	(171)
案例一 这一通告是否为具体行政行为	(171)
案例二 这种《公告》是否是具体行政行为	(173)
案例三 这一“会议纪要”是否为具体行政行为	(175)
案例四 公证是否为具体行政行为	(177)
案例五 如何区分公安机关的行政管理行为和刑事侦查行为	(180)
案例六 行政调解行为的认定及其不可诉性	(182)
案例七 不属于行政诉讼受案范围的内部行政行为	(184)
案例八 不属于行政诉讼受案范围的国家行为	(187)
案例九 确认行政诉讼受案范围的权利标准	(189)
(十)行政诉讼管辖	(191)
案例一 基层法院和中级法院管辖案件的分工	(191)
案例二 高级人民法院管辖的案件	(193)
案例三 复议机关改变原具体行政行为时的地域管辖	(195)
案例四 对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼的地域管辖	(197)
案例五 确认发明专利权案件的管辖	(199)
案例六 县级人民政府作为被告的级别管辖	(200)
案例七 行政机关基于同一事实侵犯财产权和人身权的一并管辖	(202)
(十一)行政诉讼参加人	(203)
案例一 行政诉讼的原告资格	(203)
案例二 行政拘留案件中的原告资格	(206)
案例三 行政诉讼的适格被告	(207)
案例四 共同诉讼人与第三人的区别	(209)
案例五 因同样的具体行政行为产生的诉讼是否应当合并审理	(211)
案例六 行政主体能否作为行政诉讼的第三人	(213)
(十二)行政诉讼证据	(215)
案例一 行政诉讼中被告的举证责任及举证不能的法律后果	(215)
案例二 在诉讼过程中被告举证的条件	(217)
案例三 这一鉴定证书是否属于证据	(219)
案例四 被告在行政诉讼中收集的证据不能作为定案依据	(220)

案例五	被告严重违法法定程序收集的证据不能作为定案的依据·····	(223)
案例六	证据未经质证不能作为定案的根据·····	(224)
(十三)	行政诉讼程序·····	(226)
案例一	应在法定时限内提起行政诉讼·····	(226)
案例二	原告申请撤诉的条件·····	(228)
案例三	行政诉讼中具体行政行为停止执行的条件·····	(230)
案例四	二审的审判方式和审理对象·····	(232)
案例五	人民检察院对于行政诉讼的法律监督·····	(233)
案例六	人民法院对非诉执行案件的审查权·····	(236)
(十四)	行政诉讼的法律适用·····	(238)
案例一	行政审判中的法律适用规则·····	(238)
案例二	人民法院在行政诉讼中是否有权审查地方性法规的合法性·····	(241)
案例三	行政法规与法律冲突的解决规则·····	(243)
案例四	行政法规与地方性法规冲突的解决规则·····	(244)
案例五	行政规章在行政诉讼法律适用中的地位·····	(247)
案例六	其他规范性文件在行政诉讼法律适用中的地位·····	(249)
案例七	行政诉讼法律适用中时际冲突的解决·····	(252)
案例八	人民法院对行政机关适用不确定法律概念的审查·····	(254)
(十五)	行政诉讼的判决、裁定与决定·····	(260)
案例一	维持判决的适用·····	(260)
案例二	撤销具体行政行为并限期重作的判决·····	(264)
案例三	履行判决的适用·····	(265)
案例四	变更判决的适用·····	(267)
案例五	驳回诉讼请求判决的适用·····	(269)
案例六	确认判决的适用·····	(270)
案例七	人民法院在行政诉讼中是否可以对民事权属纠纷作出 确权判决·····	(271)
案例八	不予受理的裁定·····	(273)
案例九	对撤诉申请的裁定·····	(274)
(十六)	行政附带民事诉讼·····	(276)
案例	运用行政附带民事诉讼审理行政裁决案件·····	(276)

四、行政赔偿

- (一)行政赔偿与国家赔偿..... (281)
- 案例一 我国行政赔偿的归责原则..... (281)
 - 案例二 职权行为与个人行为的区别..... (283)
 - 案例三 行政侵权赔偿责任的构成要件..... (285)
- (二)行政赔偿范围..... (287)
- 案例一 行政事实行为与行政赔偿..... (287)
 - 案例二 对相对人的精神损害是否应予赔偿..... (289)
- (三)行政赔偿请求人和赔偿义务机关..... (291)
- 案例一 行政赔偿请求人资格的转移..... (291)
 - 案例二 赔偿义务机关与行政赔偿诉讼被告的确定..... (294)
- (四)行政赔偿方式和计算标准..... (296)
- 案例一 侵犯人身自由权如何赔偿..... (296)
 - 案例二 侵犯生命健康权如何赔偿..... (298)
 - 案例三 营业利润损失是否给予赔偿..... (301)
 - 案例四 多种行政赔偿方式能否合并适用..... (303)
 - 案例五 人民法院是否可以向原告收取诉讼费用..... (304)
- (五)行政赔偿程序..... (306)
- 案例一 单独提起的行政赔偿诉讼的处理原则..... (306)
 - 案例二 原告在一并提起的赔偿诉讼中可否同时提出数项赔偿请求..... (308)
 - 案例三 行政赔偿诉讼中举证责任的负担..... (310)
 - 案例四 行政赔偿诉讼能否适用调解..... (312)
 - 案例五 行政赔偿诉讼时效的起算..... (314)
 - 案例六 行政追偿的条件与原则..... (316)
- (六)行政补偿..... (319)
- 案例一 行政补偿的标准..... (319)
 - 案例二 行政赔偿与行政补偿的区分..... (321)

一、绪 论

(一)行政法学的基本概念

案例一 行政的概念

【案情介绍】

1994年9月,原告田某考入被告北京某大学下属的应用科学学院物理化学系,取得本科生学籍。1996年2月28日,田某在参加电磁学课程补考过程中,随身携带写有电磁学公式的纸条,中途去厕所时,纸条掉出,被监考教师发现。监考教师虽未发现田某有偷看纸条的行为,但还是按照考场纪律,当即停止了田某的考试。北京某大学于同年3月5日按照《关于严格考试管理的紧急通知》(以下简称068号通知)第3条第5项关于“夹带者,包括写在手上等作弊行为者”的规定,认定田某的行为是考试作弊,根据第1条“凡考试作弊者,一律按退学处理”的规定,决定对田某按退学处理,4月10日填发了学籍变动通知。但是,北京某大学没有直接向田某宣布处分决定和送达变更学籍通知,也未给田某办理退学手续。田某继续在该校以在校大学生的身份参加正常学习及学校组织的活动。

1996年3月,原告田某的学生证丢失,未进行1995至1996学年第二学期的注册。同年9月,被告北京某大学为田某补办了学生证。其后,北京某大学每学年均收取田某交纳的教育费,并为田某进行注册、发放大学生补助津贴,还安排田某参加了大学生毕业实习设计,并由论文指导教师领取了学校发放的毕业设计结业费。田某还以该校大学生的名义参加考试,先后取得了大学英语四级、计算机应用水平测试BASIC语言成绩合格证书。田某在该校学习的4年中,成绩全部合格,通过了毕业实习、设计及论文答辩,获得优秀毕业论文及毕业总成绩全班第九名。

被告北京某大学的部分教师曾经为原告田某的学籍一事向原国家教委申诉,原国家教委高校学生司于1998年5月18日致函北京某大学,认为该校对田某违反考场纪律一事处理过重,建议复查。同年6月5日,北京某大学复查后,仍然坚持原处

理结论。

1998年6月,被告北京某大学的有关部门以原告田某不具有学籍为由,拒绝为其颁发毕业证,进而也未向教育行政部门呈报毕业派遣资格表。田某所在的应用学院及物理化学系认为,田某符合大学毕业和授予学士学位的条件,由于学院正在与学校交涉田某的学籍问题,故在向学校报送田某所在班级的授予学士学位表时,暂时未给田某签字,准备等田某的学籍问题解决后再签,学校也因此没有将田某列入授予学士学位资格名单内交本校的学位评定委员会审核。

原告田某认为自己符合大学毕业生的法定条件,被告北京某大学拒绝给其颁发毕业证、学位证是违法的,向北京市某区人民法院提起行政诉讼,请求判令被告颁发毕业证、学位证并办理毕业派遣手续等。

被告辩称:原告田某违反本校068号通知中的规定,在补考过程中夹带写有电磁学公式的纸条被监考教师发现,本校决定对田某按退学处理,通知校内有关部门给田某办理退学手续。给田某本人的通知,也已经通过校内信箱送达到田某所在的学院。至此,田某的学籍已被取消。由于田某不配合办理有关手续,校内的一些部门工作不到位,再加上部分教职工不了解情况等原因,造成田某在退学后仍能继续留在学校学习的事实。但是,校内某些部门及部分教师默许田某继续留在校内学习的行为,不能代表本校意志,也不证明田某的学籍已经恢复。没有学籍就不具备高等院校大学生的毕业条件,本校不给田某颁发毕业证、学位证和不办理毕业派遣手续,是正确的。法院应当依法驳回田某的诉讼请求。

【问题】

《行政诉讼法》第2条规定:公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起行政诉讼。作为行政诉讼的概括性规定,该条规定可诉行为的行为主体是“行政机关和行政机关工作人员”。这里并没有规定通常学理上所说的“法律、法规授权的组织”。但在第25条第4款规定:由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为,该组织是被告。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。这两条之间的微妙差异,不能不说是行政诉讼法一个不大不小的漏洞。而最高人民法院在1999年发布的《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《行政诉讼法解释》)第1条规定:公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服,依法提起诉讼的,属于人民法院行政诉讼的受案范围。与行政诉讼法相比,该解释在被告行为主体这一点上有明显的进步。从这当中我们至少可以看出,行使国家行政职权的并不都是行政机关,那么非国家行政机关的组织行使行政职权的行为应该如何定位呢?

具体到本案,北京某大学是事业单位,而非行政机关,那么北京某大学根据《中华人民共和国教育法》和《中华人民共和国学位条例》开除田某是否是“行政”,其行为是

否是“行政行为”呢？前不久长春亚泰足球俱乐部提起行政诉讼，状告中国足协，北京市第二级中级人民法院裁定不予受理。足协不是行政机关，那么足协的活动是否是“行政”呢？要准确回答这一问题，首先应当对行政的概念有一个比较完整的了解，尤其应当注意的是“行政国”条件下行政活动范围的扩张。

【评注】

一般来讲，行政可以用“执行”、“管理”予以注释，但这是从最一般意义上对行政的解释。行政法研究的行政主要是公行政，其主要内容涉及公共权力的运行。公共行政又可分为国家行政与非国家公共行政。国家行政比较容易理解，非国家公共行政主要是指公共团体的行政以及公共企事业单位的行政，如上文提到的中国协和北京某大学的行政就可归为此类。可见，公共行政是相对私人行政而言的，是从目的的角度对行政进行的分类；国家行政是公共行政的一个属概念，是从形式上对公共行政进行的进一步界分。

传统行政法学研究的主要是国家行政，较少述及公共行政。但是随着行政范围的扩大，特别是“行政国”的出现，公共行政的重要性日益凸现。在资本主义发展早期，经济上的自由放任要求“政府管得越少越好”，政府的职能只限于国防、外交、税收、治安以及少量的公共设施建设，此时政府充当的角色是“守夜人”(Watch dog)。甚至可以说，除了邮局和警察，一名具有守法意识的人可以度过他的一生却几乎意识不到政府的存在。除了经济上的原因，对政府作用的怀疑也是导致政府作用有限的重要因素。但是在生产关系发展到一定阶段之后，由于科技的进步和生产关系的调整导致了社会经济的迅猛发展，而社会经济的发展，又同时导致了大量的社会矛盾和新的社会问题的产生，如垄断、环境、交通、失业、罢工等。为了解决不断出现的矛盾和问题，政府则是人们最好的寄托。因而政府不得不增设大量的行政机构和行政人员，同时政府权力大为膨胀，行政职能也大为增加，行政的“疆域”(Territory)空前扩大。到19世纪末20世纪初，行政国(Administrative State)应运而生。

行政国的诞生，从某种程度上可以说是运用“看得见的手”弥补“市场失灵”，但另一方面，人们对行政权的戒心并没有消除，而且，政府并不是万能的，政府在带来安定与秩序的同时，也带来了官僚主义与权力寻租，“政府失败”亦成为人们不得不面对的一个问题。在这种条件下，除了采用新的方式，比如行政程序、司法审查、国家赔偿，对行政权进行控制之外，解决问题的另一条思路是国家权力向社会的转移，将一部分不宜由国家行使或者是由社会行使更为适宜的权力转移给社会公共团体和公共事业组织。这不仅可以弥补国家行政之不足，同时亦可以促成市民社会之发育，为市民社会自治奠定良好的基础。

不过应该注意的一点是，尽管在行政国出现之后，国家行政机关之外的公共行政大量出现，但是在此之前，非国家公共行政也是一直存在的。即使是在非国家机关的公共行政大量存在的今天，国家行政在整个公行政中仍占主导地位。

在我国目前情况下,某些事业单位、社会团体,虽然不具有行政机关的资格,但是法律赋予它们行使一定的行政管理职权。这些单位、团体的行政不是国家行政,而是非国家机关的公共行政,它们行使的是整个公权力的一部分,属于行政法学的研究对象。事业单位和社会团体在行使法律赋予的行政职权时,与管理相对人之间是特殊的行政管理关系。他们之间因管理行为而发生的争议,不是民事争议,而是行政争议,属于行政法调整的对象,因此而产生的诉讼是行政诉讼,不是民事诉讼。因此,我们可以得知,虽然学校和足协都不是行政机关,但却并非不能行使行政职权,并非没有成为行政诉讼被告的可能。

目前,事业单位和社会团体组织取得行政权的方式主要是通过法律、法规的授权。例如,《教育法》第21条规定:国家实行学业证书制度。经国家批准设立或者认可的学校及其他教育机构按照国家规定,颁发学历证书或者其他学业证书。第22条规定:国家实行学位制度。学位授予单位依法对达到一定学术水平或者专业技术水平的人员授予相应的学位,颁发学位证书。《学位条例》第8条规定:学士学位,由国务院授权的高等学校授予。从中我们可以看出,北京某大学拒绝对田某颁发毕业证和学位证不是私人的行为,而是由国家授权进行的行政行为。北京某大学是从事高等教育事业的法人,原告田某诉请其颁发毕业证、学位证,正是由于其代表国家行使对受教育者颁发学业证书、学位证书的行政权力时引起的行政争议。

另外,《中华人民共和国体育法》第29条规定:“全国性的单项体育协会对本项目的运动员实行注册管理。经注册的运动员,可以根据国务院体育行政部门的规定,参加有关的体育竞赛和运动队之间的人员流动。”第31条第3款规定:“全国单项体育竞赛由该项运动的全国性协会负责管理。”第40条规定:“全国性的单项体育协会管理该项运动的普及与提高工作,代表中国参加相应的国际单项体育组织。”中国足协是全国管理足球运动的惟一法定机构,其根据上述规定管理全国足球运用的行为,应视为公共行政。因此而与相对人产生的争议为行政争议。

综上所述,不论田某诉北京某大学案和长春亚泰诉中国足协案的实际结果,有一点可以肯定的是,北京某大学和中国足协依据有关法律、法规授权实施的行为为公共行政,属于行政法调整的对象并且应该纳入行政法研究的范围。

案例二 国有土地使用权出让合同的法律性质

【案情介绍】

1995年5月22日,被告某市土地局给原告连华产业房屋开发公司(以下简称连华公司)签发了房开中字(95)75号《中标通知书》,同时双方(某市土地局为甲方,连华公司为乙方)签订了《国有土地使用权出让合同》。主要内容是:甲方同意乙方以土地出让金一楼面价格每平方米228.4元,总额为3,917,000元人民币,获得位于某市东岗区蓝天新村(95)75号建设用地开发建设及使用权,用地面积为7026平方米,出

让年限为 70 年,建设项目为住宅、车库、仓库,开工时间为 1996 年 6 月 1 日,建设周期为 12 个月。乙方应向甲方支付土地出让金总数的 20% 作为预定金,其余部分按《国有土地使用权出让合同》的约定,汇入甲方指定的银行账户。全部缴纳土地出让金后,乙方领取《国有土地使用证》,正式取得土地使用权。5 月 29 日,连华公司按《国有土地使用权出让合同》的要求,向市土地局缴纳了土地出让金 20% 的预定金。之后,连华公司向市土地局申请缓交土地出让金,在未取得市土地局正式同意缓交的情况下,即开始破土动工并进行主体工程施工。施工期间,市土地局多次派其规划处、规建处的工作人员到施工现场勘验、审核,并于 1995 年 10 月 28 日为原告补发了《建设用地规划许可证》,1996 年 3 月 20 日补发了《关于新建住宅楼车库等位置的批复》,1996 年 6 月 1 日补发了《临时施工执照》(注明:仅供开槽,有效期 3 个月)。1996 年 8 月 12 日,市土地局对该项工程予以查封。1996 年 11 月 29 日,市土地局作出 [1996]44 号“关于废止房开中字(95)75 号《中标通知书》的通知”,认为:连华公司取得《中标通知书》,并与市土地局签订的《国有土地使用权出让合同》后,在未全部缴纳土地出让金、未取得《国有土地使用证》和《建设工程规划许可证》等开工必备手续的情况下即施工建设,违反了土地管理和城市规划的有关法律规定,也违反了连华公司与市土地局签订的《国有土地使用权出让合同》中的有关约定。据此,决定废止 1995 年 5 月 22 日签发给连华公司的《中标通知书》和《国有土地使用权出让合同》。连华公司不服,向法院提起诉讼,要求市土地局履约,执行双方签订的《国有土地使用权出让合同》,支付违约赔偿金。

【问题】

原告向人民法院提起民事诉讼后,被告提出异议,认为本案应作为行政案件受理。法院经作为民事案件受理本案后,认为应作为行政案件受理,故将本案移送行政庭,作为行政案件审理了本案。请对此案进行评析。

【评注】

本案是作为行政案件受理,还是作为民事案件受理?关键是国有土地使用权出让合同的性质是民事合同,还是行政合同?原、被告之间是民事法律关系还是行政法律关系?

一种意见认为,土地权利属于物权的一种,其内容包括所有权、使用权、抵押权、相邻权、经营权等。土地权利既然是一种民事权利,其运行应遵循民法规则,那么国有土地使用权出让合同应属民事合同,双方之间是民事法律关系。

另一种意见认为,国有土地使用权出让合同属行政合同。根据《城市房地产管理法》第 7 条的规定,土地使用权出让是指国家将国有土地的使用权在一定年限内出让给土地使用者,由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。该法第 14 条规定,土地使用权出让,应当签订书面出让合同。土地使用权出让合同由市、县人民政府土地管理部门与土地使用者签订。因此,国有土地使用权出让,是由行政机关通过