



中华人民共和国最高人民法院  
行政审判庭 编

# 行政执法 与 行政审判

*Administrative Law Enforcement and Administrative Adjudication*

总第72集

## 理论探索

浅析被征地人拒不交出土地的相关法律问题 章文英 卢滢伊 冉博

## 案例分析

行政机关拒绝向退休公务员亲属核发抚恤金和丧葬费的行为不可诉 王雪梅 易晓芸

## 实务争鸣

工伤认定中死亡的认定标准 王惠奕

## 调查研究

行政公益诉讼案件立案审查的实践、问题与化解 周辉 陈默

## 司法文件

最高人民法院关于政府法制办公室是否具备行政诉讼被告主体资格问题请示的答复

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

总第72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

编委会主任 贺小荣

编委会副主任 黄永维

编 委 (按姓氏笔画排序)

马怀德 马永欣 于 泓 王振宇

王锡锌 王敬波 王艳彬 王晓滨

孙 江 李广宇 何海波 周汉华

郭修江 耿宝建 袁 方 梁风云

执行编辑 章文英

## 图书在版编目 (CIP) 数据

行政执法与行政审判. 总第 72 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, 2018. 12

ISBN 978 - 7 - 5093 - 9845 - 6

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. ①D922. 11 - 55  
②D925. 318. 2 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 249741 号

责任编辑 周琼妮 (zqn - zqn@126. com) 陆紫薇 (luziwei@zgfzs. com)

封面设计 杨鑫宇

---

## 行政执法与行政审判 (总第 72 集)

XINGZHENG ZHIFA YU XINGZHENG SHENPAN (ZONG DI 72 JI)

编者/中华人民共和国最高人民法院行政审判庭

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次/2018 年 12 月第 1 版

印张/ 16. 75 字数/ 222 千

2018 年 12 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 9845 - 6

定价: 68. 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: 010 - 66033393

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66010406

邮购部电话: 010 - 66033288

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

# 目 录

## 【理论探索】

- 1 浅析被征地人拒不交出土地的相关法律问题 章文英 卢滢伊 冉 博
- 10 行政诉讼补救判决的厘正与型构  
——以诉判关系统一为视角 张雨梅 高宏亮
- 24 集体经济组织成员资格的认定探析  
——从一宗确认集体经济组织成员资格行政诉讼案件谈起 刘利红
- 34 婚姻登记案件原告资格判定与审查标准  
——从保护规范理论视角 朱晓宇
- 48 “普律制”对行政相对人诉讼实施能力的影响探析  
——基于 2360 份行政裁判文书的实证分析及趋势预判 王宏瑞
- 64 让权利回归本位：论信息公开领域申请权及诉权滥用的法律  
    规制 卢佳妮
- 75 公有公共设施致害的国家赔偿问题研究 刘 慧
- 86 论行政协议识别裁量机制“二元性” 郑 刚

## 【案例分析】

- 101 行政机关拒绝向退休公务员亲属核发抚恤金和丧葬费的行为  
    不可诉  
    ——袁光琼诉乐山市五通桥区审计局社会保障行  
        政给付案 王雪梅 易晓芸
- 109 行政机关错列行政相对人的司法审查  
    ——曹萍诉甘肃省兰州公路路政执法管理处行政强制案  
    秦卫民 李德福
- 116 行政机关撤销行政许可应受信赖保护原则的严格限制 刘 薇
- 123 附记存在瑕疵的房地产抵押行为之处理 沈莉萍

129 承包人作为劳动者从事所承包工程的施工中受伤不宜认定为工伤 王呈虹

134 对声环境功能区的划分属行政确认行为 鲍 蕊

139 交通管理措施通告作为规范性文件的合法性审查

——张军晖诉北京市公安局公安交通管理局丰台交通支队丰

北大队行政处罚案

郑文静 冯黎明

146 浅析联合行政执法案件的司法审查

许祥华

152 先行支付中第三人不支付情形的认定

周 磊

### 【实务争鸣】

158 工伤认定中死亡的认定标准

王惠奕

164 48 小时内脑死亡能否认定为工伤

王海燕 温贵能

171 新时代的行政审判

——当前的形势和任务

廖希飞

### 【调查研究】

188 行政公益诉讼案件立案审查的实践、问题与化解

——关于安徽三年来行政公益诉讼案件调研

周 辉 陈 默

209 行政协议案件起诉条件审查的调研报告 北京市第三中级人民法院课题组

226 关于涉“三改一拆”行政诉讼案件有关问题的调研

浙江省高级人民法院联合课题组

### 【司法文件】

262 最高人民法院关于政府法制办公室是否具备行政诉讼被告主

体资格问题请示的答复

263 最高人民法院关于公务员一次性死亡抚恤金发放行为可诉性

问题的答复

## 理论探索

# 浅析被征天人拒不交出土地的相关法律问题

章文英 卢滢伊 冉博

**【摘要】**农村集体土地的征收一直是行政诉讼领域的难题，多个阶段如征收批复、征收补偿、组织实施等都存在一定的争议。本文将着重分析土地征收组织实施环节中的相关法律问题，即征收补偿工作在形式上或实质上已经进行完毕后仍可能需要解决的问题。尤其是被征地主体拒绝交出土地的，政府应当如何组织实施征收工作以及对土地的后续处置，被征地主体如何救济自身的合法权益等问题。前述问题的解决，关键在于正确理解与适用现行相关法律规定。

**【关键词】**阻挠征地 责令交出土地 拒绝交出土地 原告主体资格

当前，我国调整拒绝交出土地行为的法律规定主要是《土地管理法实施条例》第四十五条之规定，即“违反土地管理法律、法规规定，阻挠国家建设征收土地的，由县级以上人民政府土地行政主管部门责令交出土地；拒不交出土地的，申请人民法院强制执行”。关于拒绝交出土地之后的执行问题，主要的法律依据为《最高人民法院关于审理涉及农村集体土地行政案件若干问题的规定》第十四条：“县级以上人民政府土地管理部门根据土地管理法实施条例第四十五条的规定，申请人民法院执行其作出的责令交出土地决定的，应当符合下列条件：（一）征收土地方案已经有权机关依法批准；（二）市、县人民政府和土地管理部门已经依照土地管理法和土地管理法实施条例规定的程序实施征地行为；（三）被征收土地所有权人、使用人已经依法得到安置

补偿或者无正当理由拒绝接受安置补偿，且拒不交出土地，已经影响到征收工作的正常进行；（四）符合最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第八十六条规定的条件。人民法院对符合条件的申请，应当裁定予以受理，并通知申请人；对不符合条件的申请，应当裁定不予受理。”如何正确理解前述两条规定，是问题解决的关键所在。

## 一、阻挠征地的判断

通常而言，是否存在阻挠征地以及拒绝交出土地之行为，通过相关当事人的意思表示以及外在行为表现即可作出判断。但在特定情形下，如主观意思与客观表现不完全同步或统一时，如何作出判断仍存在争议。从字义上理解，阻挠征地行为可以有多种形式，只要达到阻碍国家正常建设征用土地的效果即可。但具体到《土地管理法实施条例》第四十五条规定，阻挠的程度需系达到土地管理部门需作出责令交出土地。因此，从狭义理解，此处的阻挠主要表现方式为拒不交出土地。

农村集体土地的征收直接涉及的权利主体主要包含两类：一是土地所有权主体即村集体。二是土地使用权主体即被征地农民<sup>①</sup>。因此，前述两类主体都可能成为国家建设征用土地的阻挠主体。司法实践中，拒绝交出土地的主体主要为被征地农民。关于村集体交出被征收的集体土地，如村集体向土地征收实施主体出具土地移交表，是否认为不存在拒绝交出土地的行为，存在不同观点。一种观点认为：土地征收的对象为集体土地的所有权，村集体作为土地所有权主体交出土地的，即视为集体土地已经被交出。村民个人作为集体土地的使用权，不存在交出土地所有权的情形。另一种观点认为：土地征收既涉及土地所有权，也涉及土地使用权，作为土地的使用权人客观存在拒绝交出土地而继续使用土地之可能，集体组织交出土地不能完全代表农民个人交出土地。笔者倾向于后一观点，土地征收直接涉及的权利主体包含所有权主体以及使用权主体，尽管在被征地农民个人能否对征地批复或征地决定单独提起行政诉讼方面仍存在争议（且被征地农民可以单独对征地决定提请司法审查的观点似有被立法机关采用之倾向），但对被征地农民在征地补

<sup>①</sup> 实践中的农村集体土地使用权人情形有多种，本文主要以被征地农民为例。

偿方面具有行政诉讼主体资格问题似已形成初步共识。因此，被征地农民当然地享有拒绝交出土地以表达自身对征地行为或补偿行为异议的权利。另外，《农村土地承包法》第二十七条规定：“承包期内，发包方不得调整承包地。承包期内，因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形对个别农户之间承包的耕地和草地需要适当调整的，必须经本集体经济组织成员的村民会议三分之二以上成员或者三分之二以上村民代表的同意，并报乡（镇）人民政府和县级人民政府农业等行政主管部门批准……”第三十五条规定：“承包期内，发包方不得单方面解除承包合同，不得假借少数服从多数强迫承包方放弃或者变更土地承包经营权……”根据前述规定，发包方（村集体）并不具有对承包方（农户）的承包土地随意进行处分的权利，只有在自然灾害严重毁损承包地等特殊情形下，并报相关行政主管部门批准后，才能依法进行相应调整。因此，村集体的交地行为不能表明被征地农民的土地已经被依法交出。

征地行为可分为多个阶段或环节，如省级政府作出征地批复、县级政府作出征地决定及公告、土地行政主管部门组织实施征地补偿、补偿实施完毕后的土地平整（土地平整系指对被征收的土地进行整理使之达到可以直接开发利用之状态）等。一般而言，阻挠的时间主要为土地平整阶段。其他阶段的行政行为都不涉及对被征收土地的物理处理，因而对被征收农民的阻挠行为，均可通过法定程序予以处理，无须直接作出责令交出土地的行政决定。

## 二、责令交出土地的行为表现

对于阻挠征地的，土地管理部门应当依法作出责令交出土地的行政决定。行政责令行为在行政法领域具有其特殊性。行政责令的条件主要有：存在一个违法行为、这个行为可以采取的措施予以纠正、行为人的自我纠正通常属于最经济的执法选择之一。行政责令属于独立的行政行为，被责令人应当履行责令决定对其确定的义务。被责令人可以对责令决定依法申请行政复议或提起行政诉讼。行政责令决定通常都具有可执行性，可以作为强制执行的事实根据。在期限内未履行义务、且未依法申请复议或提起诉讼的，行政机关具有强制执行权的，可以依法强制执行；行政机关不具有强制执行权的，可以依法申请人民法院强制执行。责令交出土地的行政决定属于后一情形，土地管理部门不具有强制执行权。相比而言，此类情形存在的问题更为复杂。责



令交出土地决定作出之后，可能出现两种情形：一是被责令人对责令行为提起行政复议或行政诉讼。在行政诉讼生效之后，行政主体申请执行生效判决。二是被责令人不提起行政复议或行政诉讼。行政主体需等待行政复议与行政诉讼期限结束之后，才能依法申请行政非诉执行。无论是前述何种情形，根据诉讼程序的严谨性等特征，进入最终的执行环节都需经过较长一段时间。责令交出土地决定发生在征地的最后环节即土地平整阶段，即已历经多个程序、亟须开发使用土地，因而需要高效地完成土地平整工作。但被征地农民的阻挠、拒不交出土地所引发的行政争议，将直接导致土地平整工作的中断。因此，行政主体需要在最短周期内解决此类争议，依法进入土地平整的具体操作环节。对于责令行为尤其是涉及公共利益的，在制度设计时有必要确定一种高效的审理模式，在法律规定范围内快速立、审、执。

### 三、拒绝交出土地的认定

是否存在拒绝交出土地之行为，对土地平整阶段的法定程序具有直接影响。若无拒绝交出土地，组织实施主体就可以进行铲除土地上附着物等土地平整行为，无须通过非诉执行方式。即使后续存在相应行政争议而被提请司法审查，亦不会因未经法定的申请执行程序之由而承担败诉风险。反之，若有拒绝交出土地，即使在土地实际平整的过程中未直接受到外来阻挠，但在被征地农民对土地平整行为提起行政诉讼之时，仍存在行政程序违法之风险。因此，判断是否存在拒不交出土地行为，具有现实价值和意义。

阻挠征地与拒不交出土地之间具有紧密联系，阻挠征地是一种状态或态度，拒不交出土地是一种表现手段或方式。主要分为两种：一是口头表示反对土地被平整，二是用实际行动阻挠土地平整。一般而言，土地平整的组织实施主体可以获知拒绝交出土地的意思表示，但实践中可能出现多种情形而难以直接作出判断。因此，在作出具体判断时应当根据不同情形区分加以对待：一是被征地农民拒绝签订补偿协议的。无论补偿款是否提存至被征地农户的账户，以及需平整土地上是否有附着物，均可以推定被征地农民有拒绝交出土地的意思表示，不能以被征地农民未直接表达拒绝交出土地的意思表示或未采取阻挠征地的实际行为为由，认定属于无拒绝交出土地之情形而直接实施。二是已经签订补偿协议的。相比而言，此种情形下对拒不交出土地

行为作出判断较为复杂，应当区分土地上的附着物情况：对于土地上有建筑物的，尤其是有住房屋的，在建筑物拆除之前，涉及建筑物内的物品清点等程序，需要被征地农民的协助与配合，通常可以明确地判断出被征地农民是否具有拒绝交出土地之行为；对于土地上仅有少量附着物如零星树木等之情形，行政机关似难以判断被征地农民是否有阻挠或拒不交出土地的意思表示。笔者认为，在对附着物的拆除（或土地的平整行为）的实践操作时，应具体区分两种情形：一种情形是附着物的铲除可能在极短时间内完成，被征地农民尚未发现执行行为即已执行完毕的。因被征地农民一直未表达过阻挠或拒绝交出土地之意思表示，且已签订补偿协议，可以推定其不具有阻挠征地的可能性，此时一般不宜适用拒绝交出土地情形的相关规定。被征地农民对土地平整行为的法定程序提出异议的，人民法院一般不予支持。另一种情形是在尚未完全拆除时被征地农民发现并进行阻挠，此时仍需按照司法解释所规定的法定程序申请强制执行。无论属于前述何种情形，较为规范或完善的做法为在执行土地平整之前，向被征地农民进行告知并听取意见，此时可以明确是否具有阻挠可能性，减少相应的争议或诉讼风险，但如此操作将增大土地平整的工作量。因此，在相关法律作出明确规定之前，土地平整主体可以根据实际情况予以权衡。

#### 四、拒不交出土地的，不能直接进行建设行为或挂牌出让

在土地上建设直接涉及对土地的地理处理，必然涉及对土地的整理及交出问题。在征收主体与被征地农民未达成一致意见时，两个主体之间可能产生争议。因此，相关主体在依法进行建设行为之前，应当根据被征收土地的具体情况尤其是地上附着物情况，参照前述关于拒绝交出土地的具体分析对相关问题予以处理。如土地上没有附着物、被征地农民亦未明确阻挠交出土地，土地管理部门难以判断被征地农民将拒不交出土地的，相关主体进行建设行为，不宜以其未经法定程序为由否定其合法性。但是，在进行建设过程中，被征地农民明确予以阻挠的，相关主体则应当按照《土地管理法实施条例》第四十五条规定的程序进行，不能单方采取措施强制进行建设；对于其他在建设之前即已明确知晓被征地农民具有阻挠征地或拒不交出土地之意思表示或行为表现的情形，相关主体不能径行在被征收土地上进行建设。

相比而言，挂牌出让并不涉及直接被征收土地的地理处理，因而在征收主体与被征地农民之间发生冲突的时间、可能性等方面，与径行建设行为存在不同。如被征地农民在尚未表达拒不交出土地之时即已完成挂牌出让行为。因此，在形式上不存在土地的交出问题，相应不存在申请执行问题。但根据国土资源部《关于加大闲置土地处置力度的通知》中“二、实行建设用地使用权‘净地’出让，出让前，应处理好土地的产权、补偿安置等经济法律关系，完成必要的通水、通电、通路、土地平整等前期开发，防止土地闲置浪费”的规定，土地的挂牌出让同样也可能涉及土地平整，因而也相应存在交地问题。因此，被出让人因被征地农民拒不交出土地而影响土地依法使用的，可以对非净地的出让行为提起行政诉讼。对于土地上并无附着物、无须土地平整的净地情况，能否直接进行挂牌出让行为，目前尚未形成共识。笔者认为，政府主体对被征地农民是否阻挠征地的可能性已尽到审慎认定义务的，即使后续客观存在拒不交出土地行为的，亦不宜以违反法定程序为由否定直接挂牌出让行为的合法性。反之，若明确知晓存在拒不交出土地的，则不能径行对被征收土地进行挂牌出让。

## 五、被征地农民在土地平整阶段的原告主体资格

诉的利益决定原告主体资格，被征地农民的诉的利益受三个因素的影响，且争论较大：一是身份性质，即集体与个体；二是土地性质，即集体与国有；三是权利处分，即转让与未转让。

在新行政诉讼法实施之前，被征地农民个体对征地批复、决定等针对土地所有权的行政行为不具有原告主体资格，仅能对涉及自身的征地补偿相关行政行为提起行政诉讼，属于实践中的主流做法。但新行政诉讼法实施之后，前述做法是否正确已出现较大争议，有待立法的进一步明确。在新规定出台之前，被征地农民对征收行为提起行政诉讼且立案受理的，不宜以农民个体不具有原告主体资格为由裁定驳回起诉。具体到土地平整阶段，被征地农民具有阻挠征地、拒不交出土地之意愿的，可以以自身名义依法提请行政诉讼以主张其合法权益。

被征地农民是否签订征收补偿协议，决定其是否对自身的土地权益进行了处分，对其是否具有原告主体资格产生影响。对于未签订补偿协议的，不

能以被征地农民对其土地权益已进行处分为由否定其原告主体资格，对此并无太大争论。但对于已签订补偿协议的，被征地农民是否具有原告主体资格，主要有两种观点：一种观点认为不具有原告主体资格。主要理由为：被征地农民已经签订补偿协议的，表明其对自身的土地权益已经进行让与，不再对土地享受使用权，而只能依照补偿协议主张土地补偿权益。被征地农民以侵犯其土地使用权为由提起的行政诉讼，因不存在诉的利益而应不予立案或驳回起诉。另一种观点认为具有原告主体资格。主要理由为：被征地农民对被征收的土地享有的权益性质为物权，而补偿协议所处分的权利性质是债权，补偿协议的签订并不导致被征收农民直接丧失土地的物权。另外，承认被征地农民的原告主体资格，可以更充分地保障被征地农民的合法权益。

笔者认为，前述两种观点都有其合理成分，且在司法实践中均有大量的支持者。相比而言，在新行政诉讼法实施之后，居中做法似乎更为妥当，即参照行政诉讼一并解决民事争议制度进行处理。

具体而言，无论被征地农民是否签订征地补偿协议，原则上都应当按照立案登记制要求对所提起的行政诉讼予以立案。人民法院在审理环节发现确存在被征收土地的补偿协议之时，告知被征地农民一并对征地补偿协议的效力提起诉讼。一并受理后，对征地补偿协议的效力依法进行审查。征地补偿协议的效力被生效裁判予以确认的，则可以被征地农民不具有诉的利益为由裁定驳回起诉。反之，被征地农民不因没有诉讼利益而丧失原告主体资格。主要理由为：随着法律规定的逐步完善，征地行为的启动更多基于公共利益，在注重合法、公平的同时，更侧重于对效率价值的追求。因此，对于依法可以确定被征地农民已对自身土地权益进行处分的，不宜再承认其对征地任何环节的行政行为具有原告主体资格。反之，征地行为将因诉讼纠纷的存在，而迟迟不能进入实际开发利用的程序。但需要注意两个问题：一是人民法院在审理征地补偿协议之时，应当综合考虑征地决定等行政行为的合法性、有效性。如政府以签订补偿协议的方式代替征收批复、征地决定等法定程序的，即使补偿协议的签订符合平等、自愿等合同法原则，也不宜简单以此为由确定征地补偿协议的效力，而应当综合考虑征地批复等法定手续是否正在弥补或是否具有采取补救措施的可能性，结合征地项目的具体情况依法作出认定。二是即使确认被征地农民对其享有的被征收土地进行了处分，也不宜在立案环节直接对其提起的行政诉讼不予立案。如被征地农民对土地平整行为提起

行政诉讼的，人民法院应当立案受理后，对政府主体是否超出征地决定或征地补偿协议约定的范围进行审查，确定是否超范围平整或拆除。未超范围的，裁定驳回起诉；超范围的，则判决确认违法。

## 六、结语

关于被征地农民是否具有诉的利益之争论，还体现在被征地农民能否以其享有的集体土地权益来对抗相关行政主体对国有土地的处分行为如挂牌出让等。简单地认可或否定其原告主体资格，似都难以公平、公正应对所有情形。若承认其对所有行政行为的原告主体资格，那么补偿工作完毕后征地行为也仍可能被提请司法审查。此外，在具体操作时也将遇到一些问题，如其他未完成补偿的被征地农民对征地决定提起行政诉讼之时，人民法院在立案时应当将其向所有被征收人予以公告，已完成补偿的其他被征地农民都可以申请参加诉讼。征地行为长期处于不稳定状态，不利于国家建设工作的合法、高效推进；若不承认被征地农民对征地决定等行为的原告主体资格，也将影响征地补偿之诉裁判的正确性。如征地决定明显不合法的，对征地补偿协议的合法性可能产生直接影响的特定情形，此时被征地农民在获得补偿权益方面具有诉的利益。

一般而言，土地性质由集体变为国有之时，被征收土地已不具有集体土地的用益物权，被征地农民则不能以侵犯其集体土地使用权为由提起行政诉讼。但被征地农民仍可主张其依法获得征地补偿的权益，在认为行政行为对其征地补偿权益可能产生侵害之时，可以依法对该行为提起行政诉讼。因此，不宜以土地性质为是否具有诉的利益的唯一标准，而应当结合征地补偿工作是否完毕以及是否可能侵犯征地补偿权益等情况作出判断。对于可能侵犯补偿权益的，不宜完全否定其具有诉的利益。反之，则不具有诉的利益。据此，笔者建议采取一种新的诉讼模式：被征地农民对补偿权益不产生影响的行政行为，原则上因不具有诉的利益而不具有原告主体资格，其单独对挂牌出让、土地平整等行为提起行政诉讼的，告知其对征地补偿行为一并提起行政诉讼（包括行政协议之诉以及行政行为之诉），而不宜简单地以不具有原告主体资格为由裁定驳回起诉。人民法院对两个诉讼一并予以审理。需要注意的是，它不是简单的某一诉讼在前、另一诉讼在后之审理模式，而是根据具体情况

采取不同的审理顺序，可以同时进行审理，也可以先审理某一诉讼。如在审理征地补偿协议之诉时，发现征地决定的合法性可能影响征地补偿协议的效力之时，则可以同步审查征地决定之诉。如在审理挂牌出让行为之诉时，可以先审理征地补偿行为之诉。若否定征地补偿工作的效力，则可以同时使被征地农民对征地决定以及挂牌出让等行为获得诉的利益。反之，则不具有诉的利益。

(作者单位：最高人民法院)

## 行政诉讼补救判决的厘正与型构

——以诉判关系统一为视角

张雨梅 高宏亮

**【摘要】**新修改的《行政诉讼法》第七十六条将补救判决上升为法定的行政判决类型后，补救判决的功能体现在情况判决下的利益衡量拓展至行政行为程序轻微违法的治愈、行政行为危害结果的消除和信赖利益的保护等多方面。司法实践中，各地法院在补救判决的操作中主要存在三方面问题，即补救判决的适用边界不清晰、补救判决内容不具体以及裁判尺度不统一。观察最高法院的相关典型案例，补救判决中存在着诉判一致与诉判分离并存的现象，本文通过探索补救判决诉判关系张力生成与消弭的理论基础，分析在处分主义和职权主义双重影响下补救判决的适用条件，构建依申请补救和依职权补救两种不同的权利救济路径，并尝试将依申请的补救判决向一般给付判决的方向进行类型化改造，从补救的主体、补救的对象、补救的期限、补救的方式四个方面对于补救判决的内容进行完善，以期实现当事人合法权益全面、无漏洞的保护。

**【关键词】**补救措施 判决类型化 结果除去请求权 诉判一致

新修订的《行政诉讼法》第七十六条增设了“判决责令被告采取补救措施”内容，该条款作为对《行政诉讼法》第七十四条确认违法判决和第七十五条确认无效判决的配套性规定，通过在宣告行政行为违法或无效之外，为被告设定相应补救义务，有助于克服确认类判决缺乏执行力和解决纠纷不彻底的弊端，补强确认判决的功能、缓解当事人之间紧张的矛盾冲突，进而实现实质性解决行政争议的立法目的。可以说，《行政诉讼法》第七十六条从

实质上确立了一种可称之为“行政诉讼补救判决”的全新判决形式<sup>①</sup>。由于法律条文规定较为简略，补救判决的具体适用出现了一系列的问题：何谓补救措施？何时判决被告采取补救措施？采取怎样的补救措施？补救判决是法院依职权主动作出，抑或根据原告的诉讼请求“依诉择判”？在司法实践中，补救判决的实际效果尚未充分展现，甚至在社会上一度出现质疑之声，补救措施不明确，造成“法院判了也无法执行”的尴尬<sup>②</sup>。为了更好地理解和适用《行政诉讼法》第七十六条内容，最大限度地发挥补救判决的功效，有必要将上述问题加以系统梳理。

## 一、从衡平到治愈：补救判决的规范意旨与功能探究

修正后的《行政诉讼法》第七十六条在被诉行政行为被确认违法或无效后，关于原告的权利救济和被告的责任承担问题上设定了两种解决途径，一是保留行政行为效力前提下，由被告采取相应的补救措施，消除违法行政行为带来的不利影响，二是对于原告造成损失的，由被告依法进行赔偿。该规定是在借鉴行政诉讼法修改以前的相关司法解释相关内容基础上进一步转化形成的。

（一）对《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第五十八条的吸收转化

早在行政诉讼法修改前，有关补救措施的表述就已经出现于行政诉讼相关司法解释之中。《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《若干解释》）第五十八条规定：“被诉具体行政行为违法，但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决，并责令被诉行政机关采取相应的补救措施；造成损害的，依法判决承担赔偿责任。”本条规定是借鉴了日本和我国台湾地区的经验，并结合中国社会现状加以改造后形成的情况判决制度。情况判决是在特定情形下，通过保留行政行为的效力来

<sup>①</sup> 参见陈思融：“论行政诉讼补救判决的适用——基于104份行政裁判文书的统计分析”，载《中国法学》2015年第2期。

<sup>②</sup> 有报道称，法院审案对原告的诉讼请求要么支持、要么驳回，像类似“补救措施”类含糊其词的表述作为宣判词，既有失法律公平和效率，某种程度上还是浪费诉讼资源。参见余皓、李珍、项亨：“判词是‘补救措施’实际无法执行”，载《楚天都市报》2011年12月30日，第13版。



避免国家利益、公共利益遭受重大损失，同时对于受损的私人利益予以弥补。因此，情况判决下的补救措施担负着平衡公共利益和私人利益的替代性纠纷解决功能。这种功能的实现，依赖于在个案中灵活运用利益衡量的法律解释方法，对各种利益受损程度以及防止损害成本的充分考量，以便“在确认违法判决保护下的利益与补救措施下的利益之间找到一种几方都可以接受的方案”<sup>①</sup>。

## （二）补救判决的功能拓展

当《若干解释》第五十八条被《行政诉讼法》第七十六条吸收，补救判决升格为确认判决的从属判决后，“责令被告采取补救措施”便不再仅仅局限于情况判决中的利益衡平，补救判决的功能有了新的拓展。

1. 程序瑕疵治愈。根据《行政诉讼法》第七十四条第一款第（二）项规定，行政行为程序轻微违法，但对原告权利不产生实际影响的，法院确认该行政行为违法，但不撤销行政行为。与情况判决不同，行政行为程序的轻微违法既不会对原告的权益造成实质损害，也不存在对国家和公共利益的权衡，原告亦不能因程序轻微违法而寻求国家赔偿。继续保留该行政行为效力的目的应当是考虑到法的安定性和行政效率的维护，需要通过实施具体措施对受损的行政行为进行修补，尽力使其违法性得到根本上的治愈。

2. 危害结果消除。《行政诉讼法》第七十四条第二款第（一）项规定，对于“行政行为违法，但不具有可撤销内容的”确认违法但不予撤销。法院经常在司法审查过程中发现，原告起诉要求撤销的行政行为系事实行为，该事实行为虽实际影响当事人的权益，但不为当事人设定权利义务，因而不具有可撤销内容。类似绝大多数负担性行政行为，事实行为虽被确认违法，但其产生危害后果依然存在，此时补救措施应着眼于对违法行政行为所造成的危害后果予以弥补和恢复。

3. 信赖利益保护。除《若干解释》第五十八条关于情况判决的补救措施规定外，在《若干解释》第五十九条还规定：“根据行政诉讼法第五十四条第（二）项规定判决撤销违法的被诉具体行政行为，将会给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成损失的，人民法院在判决撤销的同时，可以分别采取以下方式处理：……（二）责令被诉行政机关采取相应的补救措施……。”

<sup>①</sup> 参见章剑生：“论利益衡量方法在行政诉讼确认违法判决中的适用”，载《法学》2004年第6期。