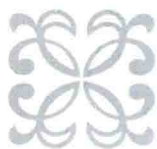




失当行政行为 救济研究

林莉红 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

本书系法治建设与法学理论研究部级科研项目成果

失当行政行为 救济研究

林莉红 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

失当行政行为救济研究/林莉红主编. —武汉: 武汉大学出版社, 2016. 4

ISBN 978-7-307-17746-8

I. 失… II. 林… III. 行政法—法律行为—研究 IV. D912.104

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第073381号

责任编辑: 钱 静 责任校对: 汪欣怡 版式设计: 马 佳

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉中远印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 20.75 字数: 299千字 插页: 1

版次: 2016年4月第1版 2016年4月第1次印刷

ISBN 978-7-307-17746-8 定价: 45.00元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

目 录

第一编 失当行政行为救济基本理论

第一章 失当行政行为救济概论.....	3
第一节 失当行政行为的含义、表现与由来.....	3
第二节 失当行政行为救济的必要性	14
第三节 现当代行政法的发展与失当行政行为救济 问题的出现	18
第二章 失当行政行为救济的途径与方式	42
第一节 行政救济的含义和特征	42
第二节 失当行政行为的救济途径	48
第三节 失当行政行为的救济方式	53

第二编 现代申诉专员制度的发展与失当 行政行为救济的域外考察

第三章 现代申诉专员制度的历史与发展	59
第一节 申诉专员制度的产生和发展	59
第二节 申诉专员制度的内容	66
第三节 对申诉专员制度的分析和评价	73
第四章 瑞典申诉专员制度述评	78
第一节 瑞典申诉专员的制度背景	78
第二节 瑞典申诉专员的制度运行	81

第五章 欧盟行政申诉专员制度述评	94
第一节 欧盟行政申诉专员的产生	94
第二节 申诉专员的设置与外部关系	98
第三节 欧盟行政申诉专员制度运行	101
第四节 评价与展望	114
第六章 希腊申诉专员制度述评	115
第一节 申诉专员产生的宪法和法律依据沿革	116
第二节 申诉专员的组织机构	116
第三节 申诉专员受理案件的范围	120
第四节 申诉专员处理案件的程序与方式	123
第五节 希腊申诉专员制度学说与评价	126
第七章 罗马尼亚申诉专员制度述评	130
第一节 申诉专员制度的产生	130
第二节 申诉专员的地位和组织机构	131
第三节 申诉专员受理案件的范围	140
第四节 申诉专员处理案件的程序与方式	145
第五节 罗马尼亚申诉专员制度学说与评价	147
第八章 保加利亚申诉专员制度述评	150
第一节 申诉专员制度的产生	150
第二节 申诉专员的组织机构与地位	154
第三节 申诉专员受理案件的范围	159
第四节 申诉专员处理案件的程序与方式	161
第五节 保加利亚申诉专员制度学说与评析	165
第九章 立陶宛议会申诉专员制度述评	171
第一节 立陶宛议会申诉专员制度产生的背景	171
第二节 议会申诉专员组织结构	175

第三节 对立陶宛议会申诉专员制度的评价·····	179
第十章 加拿大申诉专员制度评析·····	184
第一节 加拿大申诉专员制度设立的背景·····	184
第二节 加拿大申诉专员制度的主要内容·····	187
第三节 加拿大申诉专员制度评价及对我国的启示·····	198
第十一章 菲律宾监察专员制度述评·····	202
第一节 菲律宾监察专员制度的背景及内容·····	202
第二节 菲律宾监察专员制度的实施效果·····	207
第十二章 中国香港地区申诉专员制度述评·····	210
第一节 香港申诉专员制度的产生和发展·····	210
第二节 香港申诉专员制度的具体内容·····	214
第三节 香港申诉专员制度成功运作的原因·····	220
 第三编 失当行政行为救济的中国实践	
第十三章 申诉专员制度对我国行政法治建设的启示·····	227
第一节 建立对失当行政行为实施救济制度的必要性·····	227
第二节 设置独立的机构专门处理对失当行政行为 投诉的必要性·····	228
第三节 对建立有关制度的分析·····	229
第十四章 信访与失当行政行为救济·····	235
第一节 我国信访制度的历史发展·····	235
第二节 信访制度定位之分析·····	240
第三节 信访制度创新之设想·····	247
第十五章 行政监察与失当行政行为救济·····	251
第一节 我国行政监察制度的历史发展·····	251

第二节	行政监察制度定位之分析·····	255
第三节	行政监察制度对失当行政行为救济的特点·····	267
第十六章	行政诉讼、行政复议与失当行政行为救济·····	276
第一节	行政诉讼与失当行政行为救济·····	277
第二节	行政复议与失当行政行为救济·····	285
第十七章	行政执法监督、投诉举报与失当行政行为救济·····	300
第一节	行政执法监督与失当行政行为救济·····	300
第二节	行政执法投诉举报与失当行政行为救济·····	304
第十八章	法治国家视野下失当行政行为救济的新途径·····	307
第一节	行政纠纷多种解决机制出现的时代背景·····	307
第二节	行政纠纷解决新途径之具体表现·····	314
第三节	行政纠纷解决新途径之特点与评价·····	323
后记	·····	328

第一编 失当行政行为救济基本理论

第一章 失当行政行为救济概论

行政失当是由于法律、政策、资源甚至包括人性在内的各种原因而导致的一种无法回避的社会现象。在经济高速发展、行政权力日趋扩大的世界性趋势下，行政失当现象表现得愈益突出。对行政失当行为投诉数目多寡，与行政机关和相对人直接接触的频密程度，以及所提供服务的性质、范围息息相关。随着社会的发展，不仅对行政违法行为，而且也对行政失当行为加以监控已成为社会文明和进步的标志之一。

第一节 失当行政行为的含义、表现与由来

一、失当行政行为的含义

失当行政行为（Maladministration）又称不当行政、失当行政或不良行政，是指失当或者说不当的行政行为。这是一个很难予以明确界定的概念。直义地说，失当行政是指行政行为为不恰当。我国学术界在行政诉讼立法过程中以及行政诉讼法颁布后对行政诉讼法进行的阐释中，将失当行政行为作为与违法行政行为相对应的一个概念予以分析和研究。一般认为有瑕疵的行政行为分为违法行政行为和失当行政行为，失当行政行为是指行政机关在法律所规定的范围和幅度内所作出的不恰当的行政行为。即失当行政行为是违反行政合理性原则的行为，是在自由裁量权范围内作出的不适当、不合理的行为。^①但依我国行政诉讼法的规定，滥用自由裁量权的行

^① 张尚鸾主编：《走出低谷的中国行政法学》，中国政法大学出版社1991年版，第71~73页。

为构成违法，一般理解这里的“滥用”指的是一种故意的主观状态。因此，行政机关非故意地“滥用”了自由裁量权构成失当行政行为。2014年11月1日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过了“关于修改《中华人民共和国行政诉讼法》的决定”，并规定自2015年5月1日起施行（以下简称新修订的行政诉讼法）。该法在撤销判决的适用情形部分新增了“明显不当”之情形（第70条），显示立法机关认为行政行为具备“明显不当”之情形，构成违法。总体而言，目前我国学术界和立法上对失当行政行为有所关注，但基本仅限在法律规定的范围和幅度进行的讨论。

以法律所规定的范围和幅度为标准尚很难准确地界定失当行政行为的含义，需要在实践充分发展的基础上从理论上加以阐释，以及制度上加以回应。从注重对失当行政行为侵权救济的一些国家的立法和案例的情况看，失当行政行为不仅仅是指法律所规定幅度内的不当行为，而是指行政机关自由裁量权范围内所有不恰当、不合适的行为。它包括两个方面：其一，行政机关作出的行政行为的结果和表现形式在法律所规定的范围和幅度之内，但内容不当；其二，行政机关在作出行政行为的过程中，其行为不当，如拖延、无礼、不说明理由等。一些已经建立申诉专员制度的国家和地区在实践中认定构成失当行政行为的情形，有行政机关职员态度不好、衣冠不整、办事拖延、不说明理由等，甚至包括不合理的程序。

考察已经建立申诉专员制度的国家和地区，一般是通过立法或者通过判例明确失当行政的概念。

我国香港特别行政区（以下简称香港）法律认为，失当行政是指依香港申诉专员条例（香港法例第397章）的解释，行政欠效率，拙劣和不妥善，并在无损此解释的一般性的情况下，包括（1）不合理的行为，包括拖延、无礼及不为受行动影响的人着想的行为；（2）滥用权力（包括酌情决定权）或权能，包括作出不合理、不公平、欺压、歧视或不当地偏颇的行动，或按照属于或可能属于不合理、不公平、欺压、歧视，或不当地偏颇的惯例而作出

的行动，或完全或部分基于法律上或事实上的错误而作出的行动；(3) 不合理、不公平、欺压、歧视或不当地偏颇的程序。行动包括不作为、建议或决定。实践中，香港申诉专员并不仅仅将失当行政理解为法律幅度和范围内的裁量行为，而且更多地将其理解为在行政管理过程中或行政决定作出过程中的某些不公平、不合理的行为以及制度设置上的不当。

我国澳门特别行政区（以下简称澳门）行政程序法认为，失当行政是指行政机关在自由裁量权限范围内所作出的错误裁量行为。“所谓自由裁量权，又称酌情权，系指行政机关就职权范围内的事项，对法律所不确定的概念自由判断其意义以作出适当处理的行为”，“因此，如该权力系对若干合法的解决方案作自由判断为之，即不受法律约束，在性质上为‘本于行政权的活动’，即裁量如有错误，仅属不当问题，而非‘违法情事’”^①。因此，澳门行政程序法规定，“在司法上诉中，除法律有不同规定的情况外，私人只能以行政行为违法为依据，换言之，对于行为的适当性及适时性，行政法院无权审查。”但在行政内部救济程序中，“声明异议及行政上诉的依据皆既可以是所针对的行政行为的违法性，亦可以是其不当”。^②

德国行政法认为，“不适当的行政行为是指不完全符合法律目的的行政行为。尽管这种行为属于法律上被允许的，但又不是不合理的行为（原文如此，应当是‘但又是不合理的行为’——作者注）。凡是需要采用比较适当的方法之行政行为；与行政机关的内部规章不一致的行为；规定更好地运用裁量权之可能性的行为，都属于不适当之行政行为。受不适当的行政行为影响的个人，可以通过正式向行政机关提起异议的方式，要求废除或变更该行政行为；也可以通过非正式的方式向有关的行政机关或监督机关控诉，要求

^① 王伟华等：《澳门行政程序法典注释》，澳门法律公共行政翻译学会1996年版，第150页。

^② 王伟华等：《澳门行政程序法典注释》，澳门法律公共行政翻译学会1996年版，第193页。

废除或变更该行政行为”。^①

日本行政法认为不当行政行为是指行政行为虽不违反法令，但或是违反内部规则（训令、通知等），或是判断有错误，与违法行政行为一道构成有瑕疵的行政行为。^②“有瑕疵的行政行为，将成为撤销的对象。不过，通过法院的纠正，由于法院的作用在于法律适用，只承认对违法行政行为的纠正，关于行政厅的裁量行为，只有在逾越裁量范围或者滥用裁量权时，法院才可以撤销该处分；而由行政机关进行的纠正，可广泛涉及不当行政行为。”^③

就我国现有法律规定来看，其他国家或地区法律的定义当然不能完全适用于我国。如我国行政诉讼法认为滥用权力属于违法，违法则可以通过诉讼途径请求救济。因此，究竟何谓失当行政，在我国尚需进一步研究。

所有的行政行为都可能造成相对人权利的损害。因而，对所有的行政行为都需要设置救济机制。不同的行政行为具有不同的特点，造成相对人损害的情形也不同，因此需要对行政行为进行分类研究，以考察和探究不同的救济机制。

我国行政法学领域对行政行为的分类已有比较丰富的研究成果。从不同的角度对行政行为有不同的分类。如以行政行为的对象来划分，可将行政行为分为抽象行政行为与具体行政行为；以行政法律关系当事人所作意思表示为标准来划分，可将行政行为分为单方行政行为与双方行政行为；以行政主体受法律的拘束程度来划分，可将行政行为分为羁束行政行为与裁量行政行为；以行政行为是否必须具备一定的方式来划分，可将行政行为分为要式行政行为

① [印] M. P. 赛夫：《德国行政法——普通法的分析》，周伟译，五南图书出版有限公司 1991 年版，第 108~109 页。

② 南博方：《日本行政法》，杨建顺等译，中国人民大学出版社 1988 年版，第 43 页。杨建顺：《日本行政法通论》，中国法制出版社 1998 年版，第 391 页。

③ 杨建顺：《日本行政法通论》，中国法制出版社 1998 年版，第 392 页。

与不要式行政行为等。行政行为的这四种分类，是影响行政救济制度设计的主要因素，在行政诉讼和行政复议制度中，如何对其设置和实施救济，是经过长久讨论和仔细设计的。此处不赘述。

二、失当行政行为的表现

（一）失当行政行为问题的由来

在研究纠纷解决机制时，另外一个极其重要的角度是引起纠纷发生的行为与法律的关联性。就引起纠纷发生的行为与法律的关联性，或者说引起纠纷发生的行为是否符合法律的明确规定，可以从两个角度进行考察。

第一，行为是否合法。按照发生争议的行为是否合乎法律的规定，可以将行政行为分为合法行为与违法行为。在合法行为中，还可以进行更细致一点的划分，有一些行政行为合法并且恰当、合理，还有一些行政行为虽然合乎法律的规定，但却是不恰当、不合理的。我们可将前者简称为合法行政行为，将后者简称为失当行政行为。

第二，行为是否有瑕疵。行政行为可分为有瑕疵的行政行为与无瑕疵的行政行为。既合法又合理的行为可谓没有瑕疵的行政行为。而行政行为的瑕疵可以分为两种：一是违法的瑕疵，二是不当的瑕疵。由此，也可有行政行为表现为合法行政行为、违法行政行为与失当行政行为之谓。

以上两种划分，虽角度不同，但都可以将引致纠纷的行政行为分为：违法行为、失当行为和合法行为。需要说明的是，从前述划分方法上看，违法行为、不当行为与合法行为并非完全并列，三个概念不属于一个逻辑层次。只是由于三种情形所引起纠纷的解决途径可能不同，因而有进行这种划分的必要。

将行政救济的范围划分为对违法行政行为、失当行政行为与合法行政行为的救济，对于行政救济范围的研究以及行政救济途径、方式的研究具有重要意义。首先，对侵犯公民权利的行政行为实施的救济不应当仅仅局限于违法行政行为。随着社会的发展，政府职

能逐渐转变,行政行为已不仅仅是传统的维持治安等秩序行政行为,而更多的是提供服务、福利的给付行政行为。随着行政权力日益扩大,市场经济形势下,失当行政行为、合法行政行为侵犯公民权利的现象必将越来越多,对其加以监控的要求也将越来越强烈。其次,各种侵权行为在救济机制上是否有所不同?对违法行政行为、失当行政行为与合法行政行为是否适用相同的救济途径和方式?如果需要适用不同的救济途径和方式,哪些是合适的选择?对这些问题,毫无疑问需要在对侵犯公民权利的行政行为作出分类研究的基础上作出回答。

(二) 失当行政行为的具体表现

失当行政行为虽属合法行政行为范畴,但在结果或过程上存在不恰当、不合适之处。失当行政行为通常会侵害行政相对人的合法权益,主要表现在:

1. 行政行为的内容失当,侵害相对人的合法权益。行政行为内容应待处理的相对人行为或事实相适应。否则,即违反了比例原则。如2003年,甲向税务机关实名检举某公司有重大偷漏税违法行为,税务机关根据检举的详细线索和内容立案查实处理并依法将偷漏的200万元税款收缴入库,按照《税务违法案件举报奖励办法》(1999.1.1~2007.2.28)第5条的规定,对举报人应按照实际追缴税款数额5%以内掌握计发奖金。如果税务机关给予举报人10元奖金,则该行政奖励行为即属内容裁量失当,奖励内容与受奖行为不适应。^①例如,在陆某不服房屋拆迁裁决诉上海市松江区房屋土地管理局案中,上海市高级人民法院再审认为,松江区房地局所作裁决仅安排陆某8平方米左右的营业场所,缺乏合理性,原

^① 2007年3月1日生效的《检举纳税人税收违法行为奖励暂行办法》,废止了《税务违法案件举报奖励办法》,该办法第6条对举报奖励裁量权规定了更细致的基准:收缴入库税款数额在100万元以下的,给予5000元以下的奖金;收缴入库税款数额在100万元以上不足500万元的,给予1万元以下的奖金等。这种裁量基准,仍然无法杜绝失当行政行为的发生。

生效判决维持该房屋拆迁裁决失当，应予纠正。遂判决撤销原一、二审判决，并判决松江区房地局重新作出具体行政行为。^① 该案就是行政行为内容失当侵害相对人权益的案例。

2. 行政行为的方式失当，侵害相对人合法权益。行政主体本该选择与被处理事实相适应的行为方式，但却选择了不相适应的方式。如2005年6月，安徽省和县一名16岁少年溺水，赶来的民警不识水性仅站在岸上处置，后少年溺亡。少年母亲质疑公安机关行政不作为。^② 该案不属于行政不作为，而是合法但失当的行政作为。公安机关积极履行了救助义务，但因其采取的救助方式不适当，无法实现行政目的。

3. 违反平等原则的失当行政行为，侵害相对人合法权益。前述两种情形的失当行政行为，是行政行为的内容、方式与要实现的行政目的不成比例，是违反比例原则的失当。另有一种情形是，即使行政行为的内容与方式均能实现行政目的，符合比例原则，但如果该行政行为违反了平等原则，亦构成失当行政行为。如马某与咸阳市秦都区某镇人民政府行政奖励纠纷案。该案中，马某认为自己在抢险救人过程中贡献最大，但却没有像其他人一样既得奖金又得荣誉证书，而只是获得了通报表扬，故提起行政诉讼。法院经审查认为，被诉具体行政行为合法但存在合理性问题，遂依据《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56条第2项规定，判决驳回原告的诉讼请求，免去了原告一、二审的诉讼费。^③ 该案中，镇政府对马某的行政奖励，如果仅就马某一人的情况而论，并无失当之处。

① 胡建森主编：《论公法原则》，浙江大学出版社2005年版，第266~269页。

② 《民警要不要全能》，载《法制日报》2005年7月27日第3版。

③ 参见（2001）咸行终字第12号行政判决书。该案判决表明，司法机关对于行政行为合理性问题无能为力，但法院在其权限范围内，以自己的方式（免除诉讼费）表示了对受失当行政行为侵害的原告的支持。

甚或，镇政府也完全可以不对救人者进行奖励。^①但镇政府对参与救人的其他人进行了奖励，故本案原告亦应得到奖励，并且，应得到与其贡献相适应的公平奖励。原告认为其贡献最大，所获奖励却少于比其贡献小的人，故提起诉讼。该案是典型的违反平等原则，构成失当行政行为的案例。

4. 行政活动的过程失当，给相对人造成侵害。前述三种失当行政行为关注的是行政行为的结果，即结果失当。目前我国学界对失当行政行为的关注主要是围绕结果失当行政行为。但行政主体在作出行政行为或行使行政权的过程中，也有许多不恰当、不合适的行为，如拖延、无礼、不说明理由，甚至包括态度不好、衣冠不整、不合理的程序等。这种过程失当行为，对行政相对人也会造成侵害，但尚未引起学界足够重视。如某行政机关依法公示拆迁公告时，为防止被拆迁居民闹事，有关人员将拆迁公告张贴到墙上，然后自行拍照保存证据，以证明履行了公示程序并作为可能的行政诉讼证据，拍照完之后就将其公告撕下。这属于典型的程序不合理。再如，某市地税局工作人员让前来交税的人自备零钞，纳税人依照要求自备零钞办理完业务后，对该要求自备零钞的行为进行了投诉。地税局领导对该工作人员进行了内部处理，并将结果告知了纳税人。再如某税务局业务大厅的工作人员因自己正有其他事情要忙，便让前来办理业务的人等待。该人在经过等待后办理完了自己的业务。待第二天早上，因觉得前一天工作人员的态度不好，让自己多等了，进行了投诉。该局领导对工作人员进行了扣除奖金等处理，并将结果告知了相对人。^②这些案例说明，过程失当行为也会给行政相对人造成侵害，当然这种侵害有时是精神上的，有时是物质上的（如不合理程序或拖延可能增加相对人财产负担）。

① 因为在该案发生时，陕西省尚无对见义勇为行为进行奖励的法律文件，是否奖励以及如何奖励属于行政主体的裁量权限。直至2003年11月29日，《陕西省奖励和保护见义勇为人员条例》方制定并通过。但依该条例，对于受奖行为的认定仍属行政裁量范围。

② 这两个案例均是作者调研过程中听到的案例。