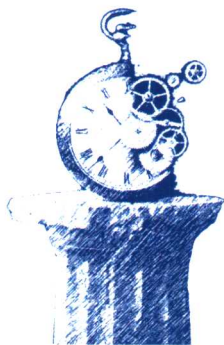


行政行为判解丛书

行政行为 法律适用判解



刘恒 所静 / 著



全国优秀出版社

武汉大学出版社

行政行为判解丛书

行政行为法律适用判解

刘恒 所静 著

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政行为法律适用判解/刘恒, 所静著. — 武汉: 武汉大学出版社, 2005. 1

行政行为判解丛书

ISBN 7-307-04397-1

I. 行… II. ①刘… ②所… III. 行政法—法律行为—法律解释—中国 IV. D922.105

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 121150 号

责任编辑: 王军凤 责任校对: 程小宜 版式设计: 支 笛

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

印刷: 武汉中远印务有限公司

开本: 850×1168 1/32 印张: 10.25 字数: 193 千字 插页: 2

版次: 2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 7-307-04397-1/D·608 定价: 16.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购买我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

内 容 提 要

行政行为法律适用的研究,涉及到行政主体理论、行政行为理论、行政行为违法理论、行政诉讼的法律适用理论、行政诉讼证据理论等各相关问题。但是,长期以来,这一问题并没有得到应有的重视。本书通过从理论、立法、判例等多角度地对行政行为法律适用中的基本问题及其相关问题的探讨,试图对行政行为的法律适用作一系统分析,以期引起人们对这一问题的关注。

我们愿携手走进生活

——代表编委会说的话



(总序)

我自己的书，基本上没有“序”，既没有自序也几乎没有请人作序。实在需要时，就写上一个简单的前言或说明。现在，我们组织了这套丛书，按惯例就需要有个序。不过，我并不能为丛书作序，而只能向读者作个说明，交代我们策划这套丛书的经过和想法。

我记得是前年，在我校作博士后研究的刘恒教授和准备报考我校博士的章剑生教授提议，大家一起作点合作。我非常乐意，其实这也是我多年来的愿望。长期以来，我校从事行政法教学和研究人员一直很少，几乎无法开展对较大问题的集体研究。此外，大家都在思考合作点什么，以及如何合作。我想，要集体编写一本书是比较容易的，可是在主编的统一下，大家的研究特长、风格和个性恐怕就难以体现了。章剑生教授的特长是对行政程序法的研究，刘恒教授的特长是对行政补救法的研究，杨解君教授的特长是对行政处罚法、违法行政行为及其补救的研究，周佑勇副教授的特长是对行政

不作为的研究，我自己则主要是对行政法理学和行政行为原理有些心得。如果把各位的研究心得写出来，集合在一起，那么各部分之间就没有多少内在的逻辑关系。于是，我想通过丛书的形式来组织合作，把选题确定为行政行为，把研究方法确定为判解和实证。这样，既可以发挥各自的专长，又能找到一些共性。我的提议得到了各位学友的支持，也得到了武汉大学出版社的支持。

我之所以提议作行政行为的研究，是因为行政行为是行政法和行政法学的核心。我之所以提议作判解，是因为我们的研究要走进生活。就我自己而言，在1994年前的10年，所作的工作基本上是一种规范分析和制度设计；1998年前的4年，则主要从事于行政法基本理论的假设、论证、推理和演绎，其结果就是拙著《行政法的人文精神》（湖北人民出版社，1999年版）。这些工作尽管也是以现实生活为基础和归宿的，但总有些站在生活之上和生活之外呼吁生活和进行说教的感觉。于是，最近一、二年来，我更多地关注了判例，更多地采用了实证方法。因为法律是一种制度设计，具有抽象性和普遍性。理论是一种理性演绎，具有系统性和主观性。判例则是一种经验实证，具有特殊性和现实性。然而，判例既是对法律规范的检验，也是对理论的实践。通过对众多判例的分析，我们可以发现制度设计和理论演绎中所存在的多余或者不足，从而提升出某些具有普遍意义的经验和规律，以促进制度的完善和理论的发展。并且，对特定案件的当事人来说，法院的判决就是

法的最终体现，判决就是现实生活中的法。学说和立法的无限源泉是现实生活。这种现实生活，在法学上就是变幻莫测、丰富多彩的法律现象，而法律现象的典型就是各种各样的判例。我想，通过对判的关注和研究，使自己置身于现实生活之中。

常有人说，理论同生活有距离，理论脱离实际。我心里总有些不服气，认为不是理论脱离实际而是实际没有自觉接受理论的指导，认为原因是实际工作者的理论素质不高。通过判解，我发现在理论与实际之间还有一道屏障或者环节。这道屏障或者环节，正像自然科学领域从科研成果到产品之间的“中试”和“小试”。我提议编写这套丛书，正是要作些从行政法律制度、理论到实务的“中试”和“小试”工作，目的是试图打通所存在的屏障或环节，缩短立法、学说与生活之间的距离，能够使立法和学说深入生活。因此，我们在本丛书中，并不准备探讨立法和学说本身，而只想把现行立法和成熟的主流学说运用于解决实际问题，讨论判例对立法和学说的检验。

当然，判解也有很多风险。我们所能观察到的判例总是有限的，即使有穷尽观察对象的决心，也是不可能做到的。在有限的个案基础上，我们所进行的概括和归纳，只能是一种典型经验，因而就有以偏概全的可能。或者说，我们通过观察和分析所得出的结论，很容易被现实中存在或冒出来的其他判例所打破。更何况，我国目前尚未建立起判例的认定、整理、汇编和公布制度。

这不仅使判例的作用得不到充分的发挥，而且也难以对判例开展系统、深入地研究，很难从整体上了解法律和理论的现实状态。我们现在所收集到的判例，基本上来源于经过加工的案例汇编和媒体报道，并不清楚在多大程度上保留着生活的原汁原味。以此为基础所进行的研究，本身就具有很大的局限性。另外，各种经验之间本身就具有非逻辑性、非系统性和非完美性。我们试图以某个专题为细线，以各个判例为布料，缝制一件件衣服，以区别于目前已有的案例汇编和案例分析。尽管如此，我们缝制的衣服仍然是一副缺袖子少口袋的样子。这是因为，判例是依法行政的一种反证和检验。它不是为了证明和演示依法行政应当如何进行的详尽套路，而是为了证明和解释哪些做的不对、哪个环节有错误、应当怎样纠正。没有争议的问题，也是生活不要求我们回答的问题。我们的目的是为了总结生活的经验，理出法官在特定问题上对法律的理解、认识和思路。对生活未提供的素材，法官未碰到的案件，我们也就无法加以梳理了。

最后，我还想说的是，我们不一定能够安排和解决生活，但我们愿与所有理论工作者和实际工作者一起，面对生活，关注生活，走进生活。我们的丛书是开放式的，真诚欢迎每一位愿意从事这项工作的同仁加入我们的行列。

叶必丰

2000年6月

目 录

案例梗概	1
1. 行政行为法律适用概述	44
1.1 基本概念	44
1.2 特征与要素	60
1.3 行政行为法律适用的研究意义	71
2. 依法行政	77
2.1 依法行政的内涵	77
2.2 行政法的渊源	79
2.3 行政立法	101
2.4 行政行为法律适用与依法行政	121
3. 行政解释	131
3.1 行政解释的基本问题	131
3.2 法的不确定性	139

3.3	类推适用	146
4.	行政裁量	149
4.1	行政裁量概述	149
4.2	一般的裁量与具体的裁量	153
4.3	行政裁量的拘束与限制	156
4.4	裁量瑕疵与救济	160
5.	行政执法体制	165
5.1	行政执法概述	165
5.2	综合执法	172
5.3	行政执法体制的发展	178
6.	规范冲突	183
6.1	规范冲突的原因及其类型	183
6.2	法律规范的选择适用	195
7.	行政行为法律适用的原则	207
7.1	行政行为法律适用的一般原则	207
7.2	行政行为法律适用的特有原则	212
8.	行政行为法律适用的程序	219
8.1	行政程序法	219
8.2	行政行为法律适用的具体程序	222
8.3	法律适用的重新开始与重复进行	237

9. 行政行为法律适用的效力	241
9.1 行政行为法律适用的效力期间	241
9.2 行政行为法律适用的效力范围	244
9.3 行政行为法律适用效力的内容	244
9.4 行政行为法律效力的相对性	246
10. 行政诉讼的法律适用	249
10.1 行政诉讼法律适用制度概述	249
10.2 行政诉讼法律适用的过程及其发展	257
11. 行政行为法律适用瑕疵及其救济	268
11.1 行政行为瑕疵	268
11.2 行政行为法律适用瑕疵与救济	274
11.3 行政救济制度的发展	289
小 结	300
参考文献	308

案例梗概

【案例 1】

刘女士不服职称评定诉市文化局案

刘女士是北方昆曲剧院的三级编剧，1995 年 8 月，北京市文化局在其所属包括昆曲剧院在内的各事业单位下发了评定专业技术职务有关规定的通知。得此消息后，持有硕士文凭的刘女士以为自己具备了申报二级（副高级职称）的资格，向剧院提出申报要求，未获批准。为此，刘女士多次向剧院、市文化局及其他有关部门反映情况，要求上述部门为其落实副高级职称的申报资格，但未能如愿。1998 年，刘女士以剧院及文化局无理剥夺其申报资格且对其反映问题冷言讥讽、态度粗暴，致使其气出一身病为由，将后者告上了法庭，要求两单位为其解决副高级职称，同时要求两单位赔偿其精神及人身伤害损失 10 万元。宣武区法院认为，北京市文化局所进行的专业技术职务评定工作，系本系统内部的行政行为，不属法院主管范围，法院不予受理，裁定

驳回刘女士的诉讼请求。案情详见李凤新、崔涛：《评职称未如愿，上法庭告单位——宣武区法院认定评职称是行政行为，驳回当事人诉请》，载中华人民共和国最高人民法院《人民法院报》国际互联网站，2001-3-29。

【案例 2】

两民警不服行政处罚诉市公安局案

某市公安局复兴码头派出所民警吴某在其辖区内某码头巡逻时，发现一艘民船正准备卸货，便上前制止，要求船主邹某出示办理卸货的手续。船主拒绝，吴某气愤，即用电话向派出所总值班室何某报告，何某于是到码头。两人再次要求邹某去派出所遭拒绝，何、吴便强行给邹某铐上拇指铐，邹某极力挣扎，两人认为其不老实，便又用电击器对其进行控制，后经法医鉴定为轻微伤害。事发后，某区公安分局以违反《治安管理处罚条例》第二十二条第（一）项“殴打他人，造成轻微伤害”为由，对何某、吴某分别作出警告、拘留的行政处罚。何某、吴某不服，提出诉讼。法院审理认为，二人的行为是执行公务的行为，对邹某采取的措施不当，只能是违法的行政行为，而不是违反治安管理的行为。对二人违法实施公务行为，应依据《国家公务员暂行条例》、《行政监察法》等予以行政处分，而非行政处罚。《治安管理处罚条例》第四十一条、《人民警察条例》、《人民警察奖惩条例》也有如此规定。所以法院依据《行政诉讼法》第五十四条第二项，撤销市公安局的行

政处罚决定。案情详见吴志龙等主编：《专家以案释法·行政法卷》，湖北科学技术出版社 2001 年版，第 95～98 页。

【案例 3】

杨某诉区政府信访办案

1999 年 1 月 4 日，河南省信阳市北京商场职工杨某再一次来到该市师河区政府信访办，他要反映的是自己工作的问题。在此之前，他已经多次来信访办反映这个问题。当日上午 10 时许，他来到了师河区政府信访办的门口，结果被拒之门外。当日下午 4 时许，杨某再次来到信访办，又被门卫挡在门外，接着他和门卫发生了争执，失望之中他只好离开。当他走出信访办 300 米左右时，信访办副主任涂某等人突然追出来，不由分说将其捆了个结实，塞进了一辆汽车。直到下午，杨某才知道他被送到了信阳市精神病院。随后，他被推进了封闭式病房。入院后，医院并没有给他作任何检查，却每天都强制他服用大量药物，而且剂量越来越大。1999 年 1 月 12 日杨某的父母兄长才得知他被送进精神病院。1 月 18 日，杨某从信阳市精神病医院逃出，3 月 30 日，其与母亲到武汉市精神病医院武汉精神卫生中心进行检查，检查结果为：未发现精神问题。2000 年 9 月 11 日，杨某提起行政诉讼。案情详见《南方都市报》，2001 年 12 月 3 日，A14。

【案例 4】

13 户业主不服市房地产管理局房屋拆迁补偿安置裁决案

1999 年，开平市人民政府为改善城市环境，决定将长沙曙光东路 184 号一带改为城市文化广场，并授权开平市规划局为拆迁单位，对城市文化广场规划用地范围内的建筑物实施拆迁。开平市规划局在与业主就房屋拆迁补偿安置协商未果的情况下，预先建好一幢住宅楼房，以市政府的名义发出通告，规定以产权调换的补偿方式，限令被拆迁业主限期搬迁，并向开平市房地产管理局申请裁决。开平市房地产管理局于 2000 年 9 月 27 日作出了《房屋拆迁补偿安置裁决书》。13 户业主不服裁决向开平市法院提起行政诉讼。《城市拆迁管理条例》明确规定房屋拆迁的三种补偿方式：产权调换、作价补偿和产权调换与作价补偿相结合，采用何种补偿方式，应由双方协商决定。拆迁单位没有严格执行《城市拆迁管理条例》的有关规定，硬性规定以产权调换为补偿方式，对业主限期搬迁，导致适用法律不正确。案情详见《南方日报》，2001 年 11 月 19 日，B3。

【案例 5】

田某诉北京科技大学案

原告田某认为自己符合大学毕业生的法定条件，被告北京科技大学拒绝给其颁发毕业证、学位证是违法的，遂向北京市海淀区人民法院提起行政诉讼。国家教

育委员会于1990年1月20日发布的《普通高等学校学生管理规定》第二十条规定：“凡擅自缺考或考试作弊者，该课程成绩以零分计，不准正常补考，如确实有悔改表现的，经教务部门批准，在毕业前可给一次补考机会。考试作弊的，应予以纪律处分。”第二十九条规定应予退学的十种情形中，没有不遵守考场纪律或者考试作弊应予退学的规定。北京科技大学的“068号通知”，不仅扩大了认定“考试作弊”的范围，而且对“考试作弊”的处理方法明显重于《普通高等学校学生管理规定》第二十条的规定，也与第二十九条规定的退学条件相抵触，应属无效。另一方面，按退学处理涉及到被处理者的受教育权，从充分保障当事人权益的原则出发，作出处理决定的单位应当将该处理决定直接向被处理者本人宣布、送达，允许被处理人提出申辩意见。案情详见《田某诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案》，大法官法律事务处理软件经典判例数据库。

【案例6】

齐某诉陈某等侵犯其受教育权案

齐某与陈某均系滕州八中1990届应届初中毕业生，陈某在1990年中专预选考试时成绩不合格，失去了升学考试资格。齐某通过了预选考试，在统考中成绩为441分，超过了委培录取的分数线。后来济宁商校发出了录取“齐某”为该校1990级财会专业委培生的通知书，陈某从滕州八中领取了该通知后即以“齐某”的名

义入济宁商校就读。后齐某发现上述情况，将陈某告上法庭。

山东高院二审期间，最高人民法院专门就该案作出了《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》，明确指出：根据本案事实，陈某等以侵犯姓名权的手段，侵犯了齐某依据宪法规定所享有的受教育的基本权利，并造成了具体的损害后果，应承担相应的民事责任。这是全国首例以司法手段保护宪法规定的公民基本权利案件，开创了宪法司法化的先河。案情详见张守增、程卫华：《我国宪法司法化第一案终审——被侵犯受教育权的齐某获赔5万元》，载中华人民共和国最高人民法院《人民法院报》国际互联网站，2001-8-25。

【案例7】

城市信用社诉工商局行政处罚显失公正案

1999年3月26日，原告城市信用社松柏分社从被告工商局松柏所领取了企业年度检验材料，于当月31日报送该所时，该所告知其因未在法定期限内（3月15日前）申领年检材料，应处罚款1000元后方可办理年检。原告便将申报材料带回，致使其1998年度检验工作未能在法定期限内（4月30日前）完成。同年6月3日，工商局通知松柏分社在10日内说明情况并接受处罚，补办年检手续。6月15日，松柏分社提交了年检材料并缴纳有关年检费用，但拒交罚款。工商所亦未给