

诉讼远征

SUSONG YUANZHENG

崔巍·著

人民法院出版社

诉讼远征

SUSONG YU ANZHENG

崔巍·著

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

诉讼远征 / 崔巍著. —北京: 人民法院出版社,
2012. 9

ISBN 978-7-5109-0521-6

I. ①诉… II. ①崔… III. ①行政诉讼—审判
—中国—文集 IV. ①D925.318.24—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 197787 号

诉讼远征

崔 巍 著

责任编辑 丁丽娜

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)67550608(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定彩虹印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 218 千字

印 张 9

版 次 2012 年 9 月第 1 版 2012 年 9 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-0521-6

定 价 32.00 元

版权所有 侵权必究

序

他没有系统学习过行政法，在从戎十五载后直接转业来到法院工作；从 1987 年南通中院组建行政庭起到 2002 年退休，他一直在南通中院行政庭从事行政审判工作，在他手上受理、审理、判决了一大批经典的行政案件；退休后，他仍关注行政法的实践，为了帮助行政相对人维权，他组建了很有自己特色的维权机构——崔巍法律诊所，诊所开办至今已近十年，诊断了大量行政法纠纷中的疑难杂症，也非常专注于行政法理论问题的研究，在成功审理了第一起行政处罚案件后，他结合该案发表了《献给绿色田园的歌》、《谈行政诉讼原告资格的界定》、《从一起行政案件谈行政附带民事诉讼的若干问题》、《行政侵犯财产权赔偿数额标准的确定》等四篇文章，自此一发不可收拾，结合审判实践写出了大量鲜活的行政法学研究论文和著作，成为行政法学教学研究中重要的参考文献。他就是本书作者、原南通市中级人民法院行政庭庭长崔巍。

我与作者相识于上世纪 80 年代末，并成至交。他性格倔强，爱憎分明，疾恶如仇，工作上他“不唯上、不畏权、独信法”。在行政相对人眼里他是公正的化身，赢得了广泛的认同和赞誉；在行政机关眼里，他是一个常让行政机关既输“面子”又输“里子”而且非常难以沟通和说服的人；在他的领导眼里，他是一个桀骜不驯的人，他的不妥协有时让领导很难堪。

收入本书的“献给绿色田园的歌”、“错与对”、“拿捏分寸”、“婚姻登记诉讼斑马线”、“蓝梦圆梦”、“一场难以避免的法律碰撞”等篇章中涉及的案例都是其在南通中院行政庭任职期间审理或接触的案件，其中不乏震动全国、惊动最高人民法院、公安部、司法部等部门的案件，不少案件成为我们行政法学教学中反复引用的经典案例；而“既生瑜、何生亮”、“华丽转身”、“谁之过”、“千里走单骑”、“留住心想与诉愿成一脉的瞬间”、“四两拨千斤”等篇章中引用的案例则是他从法院退休后开办法律关系诊所期间接触到的案件。这些案件中所折射出来的理论课题让从事理论研究的学者们耳目一新，正在服刑的犯人是否享有提起行政诉讼的权利，监狱管理机关的管理活动是什么性质的行为？无主尸体确认是否属于可诉的具体行政行为，谁有资格提起诉讼，这类案件的举证责任如何分配，法院如何审理和判决？公安机关发放护照的行为以及在护照上进行标注的行为是什么性质的行为，如何理解国家行为的内涵与外延？如何处理刑事、民事、行政法律关系相互交织的行政案件，如何审理行政法律关系重叠的行政案件？行政诉讼中证据保全措施与民事诉讼中财产保全措施可否同时适用？警察追截违法行为人的行为是否违法、由此造成的人身损害是否负有赔偿责任？等等。在本书中，作者不仅提出了问题，而且融进了自己的理论分析与思考，有些案件和思考虽然离现在已经比较久远了，但读来仍不乏清新之感；其他一些内容如“从或然到应然的祈盼”、“应由谁买单”、“金鹰折翅”等则是作者对行政审判中的实际问题的理论回应。

本书中撷取的案例大多是发生在南通地区的真实案件，而南通地区的行政审判无论是在江苏乃至全国都是相当出色的，透过本书我们领略到了行政权的强大和不守规则以及这种强大的、不守规则的行政权对社会秩序的破坏和对公民权利的肆意

践踏，感受到了强大的行政权对司法审判的干扰和影响，体察到了司法权在面对强大的行政权时所表现出来的畏首畏尾，体会到了行政诉讼中相对人维权的艰难和辛酸，品尝到了从事行政审判的法官公正审判所不得不面对的风险或必须付出的代价，当然也欣慰地看到了在如此险恶的司法环境下仍有不少从事行政审判的法官不畏权势、凭良心办事、依法律审判，正是他们给中国的行政诉讼注入了生机，给渴望维权的普通百姓带来了希望。

接到作者的作序要求，读完他行云流水般的书稿，感动于他的执著和努力，觉得作为一个从事行政法学理论教学与研究的学者有义务和责任为本书作一推介，并一起分享本书所带来的思索。

苏州大学东吴公法与比较法研究所所长
苏州大学王健法学院教授 博士生导师

王克稳

2011年9月于姑苏

目 录

错与对，黑白相伴	(1)
婚姻登记诉讼斑马线	(9)
黄土之恋	(26)
华丽转身	(30)
金鹰折翅	(41)
千里走单骑	(60)
留住心想与诉愿成一脉的瞬间	(102)
从或然到应然的祈盼	(111)
谁之过	(121)
既生瑜，何生亮	(133)
一场难以避免的法律碰撞	(138)
献给绿色田园的歌	(152)
应由谁“埋单”	(180)
四两拨千斤	(192)
蓝梦圆梦	(218)
拿捏分寸	(225)
后记	(272)

错与对，黑白相伴

有相当多的知情人问我，无论你当法官审判案件，还是当策划代理案件，行政诉讼的胜诉率都很高，且承办的多为重大疑难案件，经典案例也很多，这是为什么？此话真不假。自1987年筹建行政审判庭到2002年离开法院，我一直从事行政审判工作。当时，南通地区还不时兴换岗制度，比较强调法官知识化、专家型。若在现在这种频繁换岗的制度中，自然营造不出宽松的诉讼环境，自然生长不出众多经典案件，也自然锻炼不出很有个性、颇具特色的行政审判法官。感谢当时那种用人制度，也十分怀念当初那种法制环境。自1987年至1996年的十年间，我们所办的行政案件无一例通过上诉审或再审改判的。自1997年以后，情况就不同了，这种纪录就无法再保持下去，究其原因诉讼环境发生了变化。2001年，我们办了一起工商行政管理纠纷案件。事后，我们将此案作为成功案例向《人民法院案例选》、《中国审判案例要览》推荐，均被采用。后又被江苏省高级人民法院编纂的《江苏经典案例100例》所选中。现在，我将此案推荐给大家，让我们一起去远征吧！

1997年3月，冒元岗与冒建海、冒殿明共同出资承租了如城宁海路虹桥大楼二楼，从事歌舞厅经营活动，并以冒殿明之妻陆娟的名义申办了名为“海之恋”歌舞厅的个体工商户营业执照。次年8月，冒建海将股份转让给卢德美，冒殿明将股份转让给王燕。王燕、冒元岗与卢德美重新订立“海之恋”歌舞

厅经营管理实施细则，并明确了分工。2000年4月25日，如皋工商局以陆娟歇业为由注销了“海之恋”歌舞厅营业执照。同年6月28日，卢德美向如皋工商局申领“海之恋”歌舞厅个体工商户营业执照。卢提出申领报告的同时，还提供有关材料：（1）卢下岗证明；（2）卢承租城南虹桥综合大楼协议；（3）陆娟申请注销原“海之恋”歌舞厅的注册报告；（4）从业人员登记表；（5）消防安全检查意见书；（6）治安负责人为卢德美的公共场所安全合格证；（7）负责人为卢德美的文化经营许可证。王燕、冒元岗获悉卢德美提出申请设立个体工商户登记后，多次向如皋工商局反映“海之恋”歌舞厅系三人共同投资、合伙经营，不属卢德美个人经营。同年7月13日，如皋工商局向卢德美颁发了个体工商户营业执照。同年8月26日，王燕、冒元岗以合伙经营“海之恋”歌舞厅为由，请求如皋工商局依法注销颁发给卢德美的个体工商户营业执照。如皋工商局不予准许。2000年9月19日，王燕、冒元岗向一审法院提起诉讼。

原告王燕、冒元岗诉称，原告与第三人系原“海之恋”歌舞厅合伙人转股后的合伙关系，且存在共同出资、分工负责、共同经营的基本事实。经营中因产生矛盾而约定由共同经营改为内部承包经营。原告依法享有“海之恋”歌舞厅的经营权。被告颁发给第三人的个体工商户营业执照，侵犯了原告的合伙经营权，请求法院判决撤销被告向第三人卢德美颁发的个体工商户营业执照。

被告南通市如皋工商局认为，两原告反映其与第三人经营“海之恋”歌舞厅属合伙关系，未提供合伙关系成立的事实依据。第三人是在原“海之恋”歌舞厅已被注销后才申领个体工商户营业执照的，且提供的材料符合个体工商户的申报条件。被告给第三人颁发个体工商户营业执照符合登记法律规范规定，请求法院判决维持被告向第三人颁发的个体工商户营业执照。

第三人卢德美诉称，两原告主张为“海之恋”歌舞厅合伙人，不符合《中华人民共和国合伙企业法》（以下简称《合伙企业法》）规定的主体资格，其所诉合法经营自主权不受法律保护。第三人申请设立个体工商户登记系个人行为，与两原告无涉，请求法院判决维持被告的具体行政行为，以维护公民的合法经营权。

一审法院经审理认为，第三人卢德美向被告申领个体工商户营业执照期间，两原告已向被告主张其系“海之恋”歌舞厅的共同投资人。被告明知异议存在，坚持为第三人颁发“海之恋”歌舞厅个体工商户营业执照于法无据，其行为已侵犯了两原告对其共同出资财产行使经营的权利，且对第三人申请时提供的有关材料未加核实、查验，向第三人颁发个体工商户营业执照所依据的事实不清，证据不足，依法难以支持。根据《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）第54条第2项之规定，该院于2000年11月21日作出撤销被告南通市如皋工商行政管理局向第三人卢德美颁发的注册号为3206823130427个体工商户营业执照的判决。

被告南通市如皋工商局不服一审判决，向二审法院提出上诉称，上诉人颁发给卢德美的个体工商户营业执照，程序和内容上均符合行政法律规范的规定，属于合法行政。原审法院以三人为事实合伙为由，判决撤销上诉人的合法行政行为于法无据。请求二审法院撤销原判，维持工商行政管理部门为卢德美颁发个体工商户营业执照行为。

第三人卢德美也不服一审判决提出上诉。其上诉称，其申领个体工商户营业执照主体合格，手续齐全，内容真实。如皋工商局应当在规定的期限内予以颁证。被上诉人王燕、冒元岗并未依法取得合法经营权，如皋工商局颁发给自己的个体工商户营业执照，也谈不上对他俩构成侵权。

二审法院经审理认为，根据《合伙企业法》的有关规定，申请合伙企业设立登记，应当向企业登记机关提交申请书、合伙协议书、合伙人身份证明等文件。登记机关对符合条件的予以登记，发给营业执照。不符合条件的不予登记。本案中，王燕、冒元岗虽然多次向如皋工商局反映“海之恋”歌舞厅是其与卢德美共同投资、合伙经营的，但由于王燕、冒元岗从未向如皋工商局提交有效证明材料申请合伙企业登记，如皋工商局无法对此进行审查、登记和发证。王燕、冒元岗依法不享有“海之恋”歌舞厅经营权。一审法院没有从合伙关系成立的法律要件上去审查，而仅从投资股份的存在，来认定事实合伙关系成立尚缺乏明确的法律依据。上诉人卢德美向如皋工商局申请“海之恋”歌舞厅个体工商户营业执照时，提供了一系列相关材料，已经具备了颁证的法律要件。王燕、冒元岗得知后尽管向如皋工商局提出异议，但又不能提供异议成立的有效证据予以佐证。据此，如皋工商局根据国务院颁发的《城乡个体工商户管理暂行条例》、国家工商行政管理局颁发的《城乡个体工商户管理暂行条例实施细则》等有关规定，在规定的期限内予以颁证并无不当。该颁发给卢德美个体工商户营业执照之行为应当维持，不属法院判决撤销的范围。依照《行政诉讼法》第61条第（3）项之规定，该院于2001年2月21日作出了撤销一审法院行政判决，维持上诉人南通市如皋工商行政管理局向上诉人卢德美颁发注册号为3206823130427个体工商户营业执照的判决。

本案中存在多重法律关系，即民事法律关系中的合伙关系，行政法律关系中的许可关系，行政审查与司法审查关系。一、二审法院判决结果大相径庭，关键在于对以上多重基本法律关系的理解与掌握不同。

由于我国经济体制的变革和社会环境的更新，经济组织形

式和经济组织关系亦日趋复杂。合伙关系就是例证。合伙关系存在与否的判断，也就成为司法实践中难点之一。本案合伙关系存在与否是案件审理的核心，因一、二审法院对合伙关系存在与否的审视角度和标准不同，得出的结论也就不同了。对合伙关系是否存在的判断应以两个标准为准，即合伙关系成立的基本事实标准和基本法律标准。

基本事实标准应包括：（1）共同出资，财产共有。这里的出资标的可以是资金、实物，也可以是技术、劳务。出资后的财产应当归合伙人共有。但必须明确财产共有并不必然导致合伙关系成立，财产共有仅是合伙关系成立的必要条件，而非充分条件。（2）共同经营。共同经营是合伙关系成立的一种基本形式。但随着经济体制改革的发展，合伙关系中又出现了一些新的经营形式。如公民按照协议提供资金或实物，并约定参与合伙盈余分配，但并不参与合伙经营，最高人民法院将此解释为视为合伙。所以，共同经营是合伙关系成立的一种基本形式，而不是唯一的特定形式。（3）共享收益，同担风险。这是民法中权利义务一致原则的具体体现，也是判断合伙关系是否存在的重要证据。所以认为“共享收益，同担风险”是判断合伙关系是否存在的重要证据，而不是决定性证据，是因为“共享收益，同担风险”并不是合伙关系独有的法律特征，其他民事法律关系中也同样会出现这样的情形。

鉴于此，从基本事实要件上还很难确定某一种关系是否存在合伙关系，必须辅之以法律标准，唯其能最终让这种关系固定在合伙关系的法律框架上而不动摇。尽管我国有关合伙的法律并不完善，但合伙关系成立的法律标准在《合伙企业法》中清晰可辨。《合伙企业法》规定设立合伙企业，应当具备五个条件，其中第二个条件就是有书面合伙协议。《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）在“个人合伙”这一节也专

条列出合伙人应当对出资数额、盈余分配、债务承担、入伙、退伙、合伙终止等事项，订立书面协议。合伙协议记载着合伙人的共同真实意愿，这应当成为认定合伙关系存在与否最具权威、最为可靠的书面证据材料。这里有两点须提及：（1）实践中合伙人往往不签订书面协议，如何判断合伙关系存在与否？这就须进一步考证他们之间是否存在口头约定。如果有两个以上无利害关系人能证明口头合伙约定存在，再辅之以其他证据，即可据此认定为合伙关系。（2）经营管理实施细则是否可视为合伙协议。一般情况下，经营管理实施细则与合伙协议是两个截然不同的书面文本，羁束着不同的行为，不可同日而语。但有的合伙企业将合伙协议融于经营管理实施细则之中，合二为一，我们就不能仅依其形式而轻易否认，却要据其实质予以认定。《合伙企业法》对合伙协议的制作作出了严格而详尽的规定，我们可以此为据逐一检校，最终决定取舍。

从事实标准和法律标准两个方面对合伙关系进行司法认知后，回过头来看本案，显然一审法院只注重了原告和第三人客观存在的共同出资、共同经营事实，而没有进一步从法律规定上去考证，偏离了《行政诉讼法》所确定的合法性审查的原则。而且，原“海之恋”歌舞厅的经营形式也是多人出资、个体经营，后来仅仅是部分出资人发生了变化，基本经营形式并未发生实质性的变化。原告不依照合伙企业的法律规范去筹建企业与运作经营，实践中出现矛盾后，又要工商行政管理部门按照合伙企业的法律规范对其实施管理，并从这种管理中去享受合伙人的权利，以改变矛盾中的被动局面。这反映出原告主观上的实用主义。

工商登记管理的行政审查标准是形式审查，或者讲是静态审查。工商行政管理部门只对申请登记人提供的有关材料，按照登记的法律规范要求，逐件进行形式审查，并不要求进行实

质性审查。由于某种原因致使登记与实际情况不符，如果属申请登记人故意隐瞒某种情形，登记机关按照形式审查的标准无法或者根本不可能发现这一隐瞒的情形而办理了设立登记，工商登记部门不承担任何责任。理由有两点：一是登记机关审查标准是形式审查，只要依法尽了审查义务，就可以予以登记；二是设立登记错误是申请人过错所致，让该登记机关为其过错承担责任是不公平的，也是违反法律精神的。本案中，如皋工商行政管理局对卢德美提供的材料进行形式审查后，认为符合城乡个体工商户管理的有关规定，为其办理了设立登记，并颁发了营业执照。从整个登记过程来看并未发现明显不当或程序违法。那么，工商登记部门有没有其他注意义务呢？比如说来自第三人的异议。由于在较多的登记管理领域尚未建立起公示制度，影响了设立登记的透明度和准确性，因此，对来自第三人的异议，工商登记部门有充分注意的义务。异议明显成立，而登记机关怠懈或放弃注意义务，强行办理设立登记，构成作为违法。本案中也有类似情形。卢德美申请设立个体工商户注册登记时，王燕、冒元岗提出异议。工商登记部门对王、冒的异议并没有置之不理，而是给予了注意，终因王、冒未能向工商登记部门提交异议成立的有效证明材料，而使异议没有被采纳。碍于登记管理法律规范的登记时效要求，工商登记部门的唯一选择只能是作为卢德美设立登记。如果登记机关仅以第三人有异议存在为由，而对申请人的设立登记申请拒绝审查或拖延登记，则登记机关明显过度履行了注意义务，而导致登记职责的不履行，构成不作为违法。

人民法院对工商登记行为的审查标准，虽不完全等同于行政审查标准的形式审查，但也不是客观真实性审查，而是法律真实性审查。所谓法律真实，就是案件事实符合实体法与程序法有关规定的真实。如果客观事实不符合法律规定，不能满足

法律审的需要，不具备法律意义上的事实，这一事实最终不能成为定案的事实。回到本案，即使三人存在事实合伙经营的情形，但这种合伙不符合《合伙企业法》的规定，不能满足法律审的要求，不具备法律意义上的真实，最终不能被工商登记机关所采信，也不能为司法审查所认可。一审法院对此作了认可，明显缺乏法理底蕴和行政法依据。

有人可能担心，法官主张法律意义上的真实，可能要削弱对诉讼公正的追求。其实，两者是不矛盾的，法律真实与诉讼公正是辩证的统一。在诉讼过程中，法官运用证据认定事实状态是一种形式真实的状态，而符合案情本来目的的事实状态才是实质真实的状态。法官认定的形式真实状态的事实与实质真实状态的事实完全一致，那么这种认定无疑是公正的。但是，由于当事人的举证能力、诉讼水平、客观环境的影响，很难使一个已经过去的客观真实和盘托出，这样使两者达到完全一致近乎不可能。在不可能的情况下，法律给法官的选择只能是法律上的真实。只要法官排除干预，严格按照诉讼程序要求，贯彻平等诉讼原则，最大限度地保证法律真实接近客观真实，从盖然性的角度来说，法官这样认定事实也同样是公正的，无可挑剔的。

实践中，二审法院遵循了这些诉讼原则，最有效确保了审判质量。

婚姻登记诉讼斑马线

2001年11月，江苏省行政法学会研究会在启东市召开。年会上，中国矿业大学张玮老师提供了一个儿子以政府为亡父办理婚姻登记行为违法为由而提起行政诉讼的案例。大家对本案起诉人是否具备行政诉讼原告资格这个法律问题，争论十分激烈。绝大多数同志否认儿子具备行政诉讼原告主体资格。我发表了不同看法，但道理比较粗浅，也无法律依据作支撑，总感到底气不足。事后经过思考，理出了些头绪，再结合同类案例，想一并与大家交流。

一、案例介绍

案例1 1995年2月22日，启东市汇龙镇政府为沈德新、刘解申办理了复婚登记。次年11月4日，沈被逮捕判刑。1997年11月3日，沈刑满释放。沈刑满释放回家后，发现复婚的妻子刘解申已与他人登记结婚，遂提起要求追究刘解申重婚刑事责任的刑事自诉。一审法院判决刘无罪。沈不服上诉。二审审理期间，即1999年9月1日婚姻登记机关作出一份宣布沈德新、刘解申婚姻登记无效的行政处理决定。宣布婚姻无效的主要理由是：1995年2月22日是沈德新独自一人到政府办理了与刘解申的复婚登记。刘解申知道后，马上提出异议。为沈办理复婚登记的同志即于2月25日宣布该婚姻登记无效，并收回了结婚

证书。1999年9月1日婚姻登记机关作出的决定，是为那次口头宣布婚姻登记无效补发的书面决定。婚姻登记机关这一补发，把自己补进了行政诉讼的被告席。

这个案例给我们提出了一个值得探讨的法律问题，即行政诉讼的标的作为刑事诉讼的证据已被人民法院所采信，能否再启动行政诉讼。《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《行政诉讼法解释》）第44条第10项规定，诉讼标的为生效判决的效力所羁束的，应当裁定不予受理。已受理的，应当驳回起诉。该条规定是否适用于本案？

案例2 1996年10月，女工褚某与个体老板黄某先后两次到黄所在地的近海乡人民政府办理结婚登记，均因工作人员不在岗而使登记未成。12月18日，黄与褚女商量后一人携带双方的婚姻状况证明材料去政府办理结婚登记。那天正巧工作人员在位。黄遂办理了婚姻登记手续，并领取了结婚证书。办证一个月后，黄某在一次出差中遇车祸身亡。1997年2月13日，近海乡人民政府以办理该婚姻登记手续时仅黄某一一人到场，违反了《中华人民共和国婚姻法》（以下简称《婚姻法》）关于要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记的规定为由，作出了关于撤销黄、褚婚姻登记的通知。褚女不服，提起了行政诉讼。

这个案例给我们提出了另一个值得探讨的法律问题，即婚姻登记的机关就具有人身权重要内容的男女婚姻关系，是否可以主动行使撤销权？

案例3 1998年11月3日，徐女与朱某一同前往婚姻登记机关办理结婚登记。两人提供了各自的身份证、婚姻状况证明、婚前健康检查证明等材料。双方在结婚登记申请书申请人栏内签字并按手印。登记机关认为两人证件齐全，符合婚姻登记管