

升级版“律师业务必备”丛书

权威中国律师业务指南

THINKING *and* METHODS

律师办案的 思维和方法

朱加宁 徐鹏◎著

行政诉讼代理要“稳”
商事诉讼代理要“狠”
申诉案件代理要“韧”
调解和仲裁代理要“和”
法律咨询要“全”

刑事辩护要“准”
民事诉讼代理要“细”
非诉讼业务要“专”
法律顾问要“勤”
法律文书要“精”



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

本书将律师办理各项业务的经验、技巧归纳为十项要诀，内容涵盖民事、商事、行政诉讼案件的代理，刑事诉讼案件的辩护和代理，申诉案件代理，调解和仲裁业务，非诉讼业务，法律顾问，法律咨询等律师基本业务领域；系统介绍各项业务的特点、律师工作注意事项及基本实务技能。本书是即将或刚迈入律师职业之门的读者不可多得的职业技能速训宝典。

 **独角兽工作室**
为法律赋予美感

上架建议 律师业务

LAW PRESS · CHINA 1954 欢迎关注我们·法律出版社

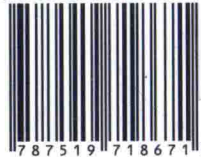


法律出版社官方微信



用一种可能的方式
阅读自由与正义
法律出版社 官方微博

ISBN 978-7-5197-1867-1



9 787519 718671 >

定价：58.00元

THINKING *and* METHODS

律师办案的 思维和方法

朱加宁 徐鹏◎著

图书在版编目(CIP)数据

律师办案的思维和方法 / 朱加宁, 徐鹏著.

-- 北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1867 - 1

I. ①律… II. ①朱… ②徐… III. ①律师业务—中
国 IV. ①D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 005186 号

律师办案的思维和方法

LÜSHI BAN'AN DE SIWEI HE FANGFA

朱加宁 徐鹏 著

责任编辑 李群 李璐

装帧设计 马帅

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 22.25

字数 364 千

版本 2018 年 1 月第 1 版

印次 2018 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1867 - 1

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

修订说明

本书原名《律师实务技能十字诀——律师各项业务的特点和操作要领》，于2013年1月由法律出版社出版发行，出版后读者的认可度较高，之后也在多地律师上岗培训中作为教材或辅助读物，获得了较好反响。本书出版至今的几年中，我国法治建设又有了长足发展，其间有多部重要的法律法规颁布或修改，新法新规在司法实践中又产生了新的问题，而我们在实务中也有了新的体验和感受。鉴于此，我们对本书作了修订，更新了旧的法律法规，增加了新的典型案例，并补充了一些办案技巧，希望对有志于和正在从事律师工作的读者有所帮助。

我国法治建设的逐步完善，除了立法者、司法者、学者等群体的努力，律师这一社会群体所起的作用也不容忽视。律师在维护社会公平正义中所肩负的特殊使命，以及律师职业本身具有的挑战性和荣誉感，吸引着越来越多的人投身律师职业。然而，律师在执业中面对的社会关系包罗万象，代理的案件类型层出不穷，且身处的办案过程瞬息万变。如何拥有律师思维，把握每种业务的特点，在实务操作中做到对症下药、化繁为简，争取最好的办案效果，是我们共同追求的目标。为此，我们针对律师实务中常见的十类业务，将每类业务的特点用一个最为核心贴切的字加以提炼，并在每个章节中对需要注意的各种问题和办案技巧进行归纳，同时结合我们办理的一些典型案例加以说明阐述。正所谓大道至简，万变不离其宗。我们希望通过这样一种方式，使读者在阅读本书后，可以从较为宏观的角度对律师业务有一个总体把握，从而初步形成律师的办案思维模式。在有了总体的理性认识和思维模式后，还需要我们通过实践去反复验证，将实践经验再抽象总结成新的理性认识去指导实务。以此往复，最终使自己成为一名优秀的法律职业人，为我国的法治建设添砖加瓦，做出自己的贡献。

孙国栋先生在百忙中为本书作序，我们倍感荣幸，孙主编对本书的肯定和建议

让我们不敢懈怠,促使我们完成了修订工作;法律出版社应用分社戴伟社长和聂颖编辑、李璐编辑为本书的再版付出了辛勤努力,因为他们的关心和帮助才有了本书修订版的问世;北京浩天信和(杭州)律师事务所的刘练、曾春红、王思忆、钱炬雷、沈州阳、黄潇炜、张浩哲、陶潺等律师为本书的修订工作付出了辛勤劳动。我们在此一并表示深深的谢意!由于作者才疏学浅,本书对律师实务的论述难以面面俱到,只能抛砖引玉,还望读者不吝指正。我们将在今后继续修改完善,更好地服务律师实践。

朱加宁 徐 鹏

二〇一七年十月

序

人生在世,不能不相信缘分。

2009年夏,《律师文摘》收到一篇文章,推荐者是我的老朋友——浙江省律协前任秘书长秦小平,文章首发刊物《法治研究》的前身是业界名刊《律师与法制》,主编是我的另一老朋友董服民,文章作者却是个陌生的名字——恕我孤陋寡闻,后来方知朱加宁律师在业界早已功成名就。

我对朋友荐稿一向心存警惕,不敢轻诺。待我展读这篇《律师实务“十字诀”》,却不禁被深深吸引,当即决定转载——《律师文摘》太稀缺这样言之有物又言简意赅的佳作了。

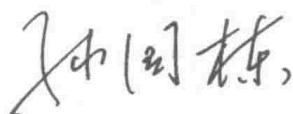
众所周知,中国律师制度恢复重建之初,囿于实务类型和知识结构,绝大多数从业者都是“万金油”式的律师。历经三十余年,律师业务范围越来越广,分工越来越细,专业化已是大势所趋。但许多律师又滑向另一极端,在自己的一亩三分地里精耕细作,忽视甚至蔑视其他业务领域及其从业律师。只见森严壁垒,不见融会贯通;只知单打独斗,不知齐头并进。更有甚者,昧于天下大势和司法环境,乃至昧于常识,沦为事务主义者和工具主义者。

如此说来,《律师实务“十字诀”》便显得更为难能可贵。它几乎涵盖了律师业务的所有门类,不可谓不“博”;又准确提炼出每个门类的特点,均以单字名之,不可谓不“精”。我们不妨欣赏一下这“十字诀”:稳(行政)、准(刑事)、狠(商事)、细(民事)、韧(申诉再审)、专(非诉讼业务)、和(调解与仲裁)、勤(法律顾问)、全(法律咨询)、精(法律文书)。你不能不佩服作者慧眼独具、概括精当。时隔三年,加宁律师和更为年轻的徐鹏律师一起,在“十字诀”一文的基础上,深入理论挖掘,细化操作规程,填充实战案例,扩展为一本专著——《律师实务技能十字诀——律师各项业务的特点和操作要领》,弥补了原先篇幅不足、言犹未尽之憾,内容更为丰

满,论证也更为充分有力。本书既可作青年律师的入门读物,又可作律协业务培训的优秀教材。

当然,人无完人,一个律师不可能对所有业务领域面面俱到且面面精通,总有生熟深浅之别。希望作者多方吸取同行办案之经验教训,取长补短,精益求精,使本书再版时更趋完善。

加宁律师命我作序,论资历论学识,我均不堪此任。但基于本文开头所述之缘分,更因加宁律师为人谦和、与人为善,善于学习、勤于思考,本书确为用心用力之作,因此不揣浅陋,写下上面这些话,以就教于作者和读者。



2013年1月29日于京城过客居

目 录

| | |
|-----------------------------|-----|
| 第一章 行政诉讼代理要“稳” | 1 |
| 一、行政诉讼代理需要“稳中求胜” | 1 |
| 二、行政诉讼的战略要“稳” | 4 |
| 三、行政诉讼的战术要“稳” | 9 |
| 四、行政诉讼的其他注意事项 | 13 |
| 第二章 刑事辩护要“准” | 32 |
| 一、刑事辩护要力争“弹无虚发” | 32 |
| 二、律师在侦查阶段的工作及注意事项 | 34 |
| 三、律师在审查起诉阶段的工作及注意事项 | 37 |
| 四、律师在审判阶段的工作及注意事项 | 42 |
| 五、律师的其他刑事业务 | 56 |
| 第三章 商事诉讼代理要“狠” | 85 |
| 一、狭路相逢勇者胜的商事诉讼 | 85 |
| 二、商事案件的原告可以“漫天要价” | 87 |
| 三、商事案件的被告可“坐地还价” | 91 |
| 四、商事案件的第三人应“鼎力相助” | 96 |
| 五、执行程序要做到权利穷尽 | 99 |
| 六、商事案件代理的其他注意事项 | 103 |

| | |
|------------------------|-----|
| 第四章 民事诉讼代理要“细” | 127 |
| 一、民事诉讼“慢工出细活” | 127 |
| 二、民事诉讼代理方法要“细” | 131 |
| 三、民事诉讼收集分析证据要“细” | 134 |
| 四、民事诉讼主张权利和适用法律要“细” | 142 |
| 五、民事诉讼代理的其他注意事项 | 146 |
| 第五章 申诉案件代理要“韧” | 164 |
| 一、申诉案件成功往往在“再坚持一下的努力中” | 164 |
| 二、“循规蹈矩”依法申诉 | 166 |
| 三、“斗智斗勇”巧妙申诉 | 171 |
| 四、申诉和再审代理的其他注意事项 | 176 |
| 第六章 非诉讼业务要“专” | 193 |
| 一、非诉讼律师业务需要较强的专业技能 | 193 |
| 二、律师处理合同的非诉讼业务及注意事项 | 195 |
| 三、律师使用律师意见书的情况及注意事项 | 198 |
| 四、律师使用律师函的情况及注意事项 | 202 |
| 五、律师办理公司非诉业务及注意事项 | 204 |
| 第七章 调解和仲裁代理要“和” | 234 |
| 一、律师参与调解大有可为 | 234 |
| 二、律师参与调解要贯彻“和”的精神 | 236 |
| 三、律师参与调解的其他注意事项 | 241 |
| 四、律师参与仲裁要讲究“和” | 243 |
| 五、律师参与仲裁如何做到“和” | 244 |
| 六、律师参与仲裁的其他注意事项 | 247 |
| 第八章 法律顾问要“勤” | 254 |
| 一、法律顾问是综合性很强的律师主要业务 | 254 |

| | |
|---------------------------|------------|
| 二、法律顾问的工作职责和工作程序 | 255 |
| 三、做好法律顾问工作要“勤” | 257 |
| 四、新常态下如何做好政府法律顾问 | 263 |
| 五、担任法律顾问的其他注意事项 | 266 |
| 第九章 法律咨询要“全” | 283 |
| 一、法律咨询是律师业务的试金石和敲门砖 | 283 |
| 二、准确获取信息,提供全面解答 | 284 |
| 三、法律咨询的其他注意事项 | 292 |
| 第十章 法律文书要“精” | 306 |
| 一、法律文书要做到精益求精 | 306 |
| 二、民商事案件的法律文书写作 | 308 |
| 三、刑事案件法律文书写作 | 328 |
| 四、行政诉讼法律文书写作 | 340 |

第一章 行政诉讼代理要“稳”

行政案件代理要做到“稳”。要稳扎稳打,不要草率开打。行政诉讼案件代理主要有三类:原告代理、被告代理和第三人代理。实践中以原告代理居多。原告代理是“民告官”的诉讼,需要讲究诉讼战略和战术。诉讼战略和战术要稳,主要应从以下三个方面逐一考虑:一是要不要打?要考虑开打后有无不利后果,即考虑行政救济程序后,案子最终处理结果是否可能加重当事人的行政责任或是否有可能转换为刑事责任?二是在哪里打?要分析在哪里打的效果更好。是先行政复议,还是直接行政诉讼?如先行政复议,是向本级人民政府申请复议,还是向上级行政机关申请复议?如果是直接诉讼,如何在法定管辖范围内选择对己方更为有利的法院?三是怎么打?要思索主攻哪个方面能克敌制胜。是主攻执法主体资格,还是主攻行政程序;还是主攻事实认定和法律适用?是针对行政合法性,还是针对行政合理性?这些都是需要事先考虑周详的。

一、行政诉讼代理需要“稳中求胜”

(一)行政机关“居高临下”占尽先机

行政诉讼是“民告官”的案件,是行政相对人与国家行政机关对簿公堂。虽然行政诉讼法规定当事人在行政诉讼中的法律地位平等,但实践中行政诉讼双方在实质上并不平等。很多当事人提起行政诉讼时,起先都是满怀信心、踌躇满志,到最后却是垂头丧气,心灰意冷。究其原因,是对行政机关的“自由裁量权”以及对行政诉讼的艰难性估计不足,对居高临下、手握实权的行政机关可能“以权代法”“以权压法”的情况缺乏足够认识。因此,在行政诉讼提起前要反复论证,以求稳中取

胜,如果盲目“开打”,则可能事与愿违,得不偿失。

笔者曾接到过一起行政争议的咨询:有一位当事人在取款机上取钱时,发现前一位取款者将银行卡遗留在取款机上。于是他便接着进行了取款操作,取走了3000元钱。后来他被公安机关抓获,处以治安拘留10天的行政处罚。释放后,他不服气,想跟公安机关打行政官司。笔者与他分析,这个行政官司具有较大风险,因在法律定性上你的行为究竟是刑事犯罪、治安违法还是民法上的不当得利存在很大争议。公安机关因为吃不准,所以才对你进行了行政处罚。如果你找公安机关打行政官司,公安机关很可能在行政诉讼终结后启动刑事程序把你抓进去。当事人听了笔者的分析,放弃了行政诉讼的想法。此外,有些因税务处罚等产生的争议,如果盲目启动行政诉讼程序,也很可能导致税务机关因此再来查账,致使处罚加重或者案件“升级”。还有对安监、食品监督等可以进行日常监督管理的部门所作的具体行政行为不服,是否要提起行政诉讼,也需要慎重考虑,以避免“轻举妄动”而带来的“无穷烦恼”。

可见,在行政诉讼中我们要面对的是在诉讼之内和诉讼之外都占有优势、实力强大的行政机关。首先,行政机关具有诉讼资源和财力上的优势。行政机关内设法制部门,有专业法律工作人员处理法律事务。且遇到重大诉讼纠纷时,还会聘请行政法领域内的资深律师。因此,行政机关可以享受高水平的诉讼服务,相比普通老百姓来说,优势明显。而且,行政机关有足够的财力和人力去扩大调查范围以及进行法律适用的论证,而一般的行政相对人则没有这方面的能力。其次,行政权对行政诉讼有一定的影响力。虽然行政权不能干预审判权,但在实践中,法院无法摆脱行政机关的影响。对原告而言,特别是公司等市场主体,平时均处于行政机关的监管之下,行政机关可以在行政职权范围内(如税务、安监、食品卫生监督、环保等各方面)对原告“特别关照”,给原告施加压力,迫使原告在诉讼中不战而败。此外,行政机关的行政行为具有先定的执行力。根据我国《行政诉讼法》第56条的规定,诉讼期间不停止具体行政行为的执行,特殊情况除外。行政行为的执行力,要求行政相对人自行履行或者强制履行义务。通常情况下提起行政诉讼并不能停止已生效行政行为的执行,这对原告而言会产生较大程度的压力,很多时候不得不半途而废。

由于行政诉讼中原、被告之间的力量对比悬殊,原告起诉既有诉讼内的败诉风险,也有诉讼之外的重重顾虑,因此,打行政官司必须稳扎稳打,不能草率行事,以

免造成处罚升级或其他不利后果。

(二) 诉讼制度“关卡重重”逾越艰难

除了行政机关的先天优势,行政诉讼中我们还要面对行政诉讼制度上的关卡障碍。行政诉讼制度中有很多不同于民商事法律的规定,这些制度无形中对原告的起诉和胜诉造成了很多障碍,使行政相对人维护自身权益的难度大大提高。

在行政诉讼管辖方面,原《行政诉讼法》第17条规定:“行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。经复议的案件,复议机关改变原具体行政行为的,也可以由复议机关所在地人民法院管辖。”2015年5月1日起施行的新《行政诉讼法》在第18条中修改为“经复议的案件,也可以由复议机关所在地人民法院管辖”,给予了行政相对人更大的地域管辖选择权。但这一修改,仍然是在“原告就被告”这一法定管辖范围内的“微调”,行政相对人无论是诉在原作出行政行为的行政机关所在地法院,还是诉在复议机关所在地法院,均是在行政机关所在地,均无法改变同一区域行政机关与审判机关的“近亲”关系和可能存在的“官官相护”情况,增加了原告胜诉的难度。虽然现在进行的司法体制改革,会逐步改变法院原先的财政供给关系和人事管理关系,但地方政府及工作部门对法院的相互依存度和影响力,很难有大的改变。

另外,判决撤销重作等制度也削弱了胜诉的实际效果。《行政诉讼法》第70条规定,行政行为在主要证据不足、适用法律、法规错误、违反法定程序、超越职权、滥用职权、明显不当的情况下,人民法院应判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出具体行政行为。因此,在法院判决撤销行政行为要求被告重作的情况下,尽管行政机关不能作出与原具体行政行为相同的行为,但行政机关仍可以重新作出“换汤不换药”的相似行政行为。原告有时候只能是出了口气,但无法改变行政机关作出不利于原告的具体行政行为。

还需要注意的是,行政诉讼中调解制度无法得到充分运用。行政诉讼不同于民商事诉讼,一般不适用调解。新《行政诉讼法》第60条在“人民法院审理行政案件,不适用调解”的前提下,增加了对“行政赔偿、补偿以及行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权的案件可以调解”的规定,但在实践中由于行政机关处理弹性小,内部报批手续复杂,原告在很多情况下仍难以取得满意的结果。

(三)代理工作“瞻前顾后”稳扎稳打

面对行政机关的强大实力,诉讼制度的种种不利,律师代理行政诉讼案件需要更多的谨慎。面对一个行政案件,不仅要在宏观上深入分析诉讼的走向和风险,还要在微观上部署代理工作的各个步骤和方案。因此,律师的代理工作需要瞻前顾后,只有步步为营,才能稳中求胜。

同时,律师担任行政诉讼原告的代理人,不仅应当尽到受托人的义务,还承担着维护法律正确实施、维护社会稳定的职责。行政诉讼与国家政治密切相关,代理行政诉讼的律师要有一定的“政治头脑”,要熟悉党和国家的方针政策,了解我国政治体制和行政管理模式。我国不实行西方国家的三权分立制度,审判机关和行政机关都要在党的领导下开展工作、行使职权。因此,律师应当积极学习党和国家的各项政策和方针,关注国家政治动态。对于律师而言,在行政诉讼中不仅要用好法律,还要用好各项政策。律师在代理行政诉讼时,既要依据法律规定,又要根据党和国家的方针政策,只有两者的有机结合,才能达到行政诉讼的最佳效果。如果行政案件原告(特别是人数众多的集团诉讼)的行为影响到了社会秩序,律师很可能被行政机关“告状”和受到司法行政机关的调查、警告甚至处分。因此,律师代理行政诉讼应注意谨慎稳妥,既要最大限度地为委托人争取合法权益,又要防止出现“赔了夫人又折兵”的情况,要注意防范自身的执业风险。

关于行政诉讼,我们讲“稳”,并不是“怕”。我们讲“稳”是为了取得好的代理效果。而且,对原告而言,行政诉讼不以成败论英雄,不少案件,原告虽败犹荣。通过行政诉讼,行政机关认识到了自身在行政执法中的问题,改变了执法理念和工作作风,解决了与原告之间的行政争议。因此,只要我们稳扎稳打,讲究战略和战术,找出行政机关执法中存在的问题,依法击中行政机关的“软肋”,就能最大限度地维护行政相对人的合法权益。

二、行政诉讼的战略要“稳”

“战略”(strategy)一词最早来自军事范畴。我国春秋时期,孙武所著的《孙子兵法》就开始对战略进行全面的研究。就词义而言,“战”指战争,“略”指谋略。现代意义上的战略主要指统领性和全局性的谋略和对策。行政诉讼要打得好,必须从诉讼战略开始筹划。如果战略这个大方向不正确,案件就不可能胜诉。未经深

思熟虑的战略策划就仓促上阵,容易产生“方向”或“路线”错误,开战后再行弥补和调整就难上加难,原告要想在二审或再审中扭转局面的可能性微乎其微。因此,行政诉讼的特点决定了原告必须充分重视诉讼战略。

(一)要不要打行政官司的决策要“稳”

要不要打行政诉讼是首要的战略考虑。民商事案件虽然也不能草率起诉,但是行政案件由于其特殊性,对要不要起诉更要谨慎和稳妥。

1. 防止案件“升级”风险

实践中,我们要特别注意有些案件可能存在的“升级”风险。例如,某塑料薄膜生产企业从国外进口了两条生产流水线。后因市场情况变化销量减少,企业经营陷入困境。为此,该企业将该生产设备长期租赁给其他企业,并一次性收取了租金。当地海关认为,该生产设备是免税进口的海关监管设备,未经批准不得擅自处分。考虑到本案的特殊性和实际情况,当地海关作出了巨额罚款的行政处罚。本案经上级海关行政复议,维持原处罚决定。该企业不服,欲提起行政诉讼。对此,笔者与公司董事长作了分析:既然企业对海关认定的事实没有争议,也认为海关在处罚时已作了从轻考虑,那么就需要郑重考虑本案是否会出现行政诉讼后海关重作处理加重处罚或转入刑事诉讼的可能。考虑到此类风险难以预测,该企业后来放弃了行政诉讼的打算。

2. 诉讼之外的风险评估

行政相对人如果起诉税务、公安、安监、质检等行政机关,应当注意评估诉讼之外的“风险”。对公司、企业而言,这些行政机关有对其进行监督管理的职能,是其“父母官”。行政机关讲“脸面”和“权威”,原告一旦挑战其“权威”,损其“脸面”,很有可能在诉讼之外遭其经常性的无休止的“特别关照”。就务实角度而言,企业应当在充分衡量轻重得失和诉讼风险后,再作出诉讼与否的决定。当然,如果出现行政机关作出的具体行政行为关乎原告从事某种行业的经营资格,或者行政处罚决定数额巨大导致企业面临倒闭,或者行政处罚严重影响了企业的声誉等情况时,原告则需要迎难而上,尽力争取合法权益。

(二)直接诉讼还是先行政复议的选择要“稳”

法谚云:有权利必有救济。行政机关作为国家行政权力的行使机关,在其履行

职权的过程中造成行政相对人权益损害的情况时有发生。因此,赋予行政相对人充分的救济权利和救济途径,是现代行政法进步发展的标志。行政救济以是否由行政机关实施救济作为标准,可分为行政内救济和行政外救济。行政内救济在我国法律体系中主要是指行政复议、信访、行政仲裁等,涉及的法律规范主要有《行政复议法》《行政复议法实施条例》以及各行政部门实施《行政复议法》的相关通知和规定;行政外部救济在我国主要是指行政诉讼,涉及的法律规范主要有《行政诉讼法》、相关行政实体法及最高人民法院的司法解释等。根据《行政诉讼法》的规定,除法律规定的复议前置案件外,大部分行政争议均可以选择救济途径,即可以先复议再诉讼,也可以直接诉讼。如何选择救济途径,取得较好的救济效果,要因案而定。

1. 涉及具体行政行为合理性的案件,可考虑先行行政复议

提起行政诉讼还是行政复议,应当从争议的行政行为的合法性与合理性角度进行考察。在行政复议中,合理性审查原则是全面适用的基本原则。在行政诉讼中虽也存在合理性审查的规范,但审查范围很窄。我国原《行政诉讼法》第54条第4项规定为“行政处罚显失公正的”,新《行政诉讼法》第77条规定为“行政处罚明显不当”。对于其他情形如何判决,原《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条规定:“被诉具体行政行为合法但存在合理性问题的,人民法院应当驳回原告的诉讼请求。”2015年4月20日《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称新司法解释)对此没有新规定,新司法解释第27条规定:“最高人民法院以前发布的司法解释与本解释不一致的,以本解释为准”。因此,人民法院只对显失公正或明显不当的行政处罚行为进行合理性审查,而其他行政行为只审查合法性。

2. 涉及抽象行政行为的行政处罚案件,应考虑先行政复议

行政复议属于行政机关的内部审查,“自家孩子自家管”,可以管得面面俱到;而行政诉讼则是外部监管,只管合法与否,一般不管合理与否,管的面相对较窄。因此,对于可以申请行政复议的情况,当事人通过行政复议进行权利救济,如果依据的抽象行政行为不合法,还可以附带提出审查申请,使行政案件得到更大范围的社会关注,给行政机关增加外部压力。例如,交警执法实践中存在的“执法陷阱”,某道路规定时速80公里,但是交警在岔路口又竖了个40码的限速标志,并进行测速。很多车辆在岔路口速度都不会马上降到40码,就被交警抓