



CASE STUDY
法学案例研习教材

行政诉讼案例研习

何兵 主编

非外借



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



法学案例研习教材

本书得到中央高校基本科研业务费专项资金资助

行政诉讼案例研习

何 兵 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政诉讼案例研习 / 何兵主编. -- 北京 : 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1906 - 7

I. ①行… II. ①何… III. ①行政诉讼法—案例—中国—教材 IV. ①D925.305

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 002961 号

行政诉讼案例研习

XINGZHENG SUSONG ANLI YANXI

何 兵 主 编

责任编辑 陈 慧

装帧设计 凌点工作室

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 天津嘉恒印务有限公司

责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 16.75

字数 300 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 978-7-5197-1906-7

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

(依案例先后为序)

何 兵 男,1964年出生,安徽巢湖人。中国政法大学法学院教授、公共决策研究中心主任,中国案例法学研究会副会长。1993年毕业于北京大学法律系,获民事诉讼法专业硕士学位;2001年毕业于北京大学法学院,获宪法行政法专业博士学位。2005年2月至5月在瑞典隆德大学访学,2006年2月赴新西兰维多利亚大学访学,2007年9月赴韩国庆北大学讲学,2015年9月至2016年2月在美国哥伦比亚大学访学,2017年7月至9月在日本东京大学访学。主要学术成果有著作《现代社会的纠纷解决》等七部,论文《行政权力的结构与解构——一个个案解析》等七十余篇,课题“人大常委会工作方式研究”等十余项。

章禾舟 男,1973年出生,浙江温州人。温州市中级人民法院法官。1994年毕业于华东政法大学,获法学学士学位;其后毕业于北京大学法学院,获诉讼法学硕士学位;现于浙江大学法学院攻读博士学位。长期在温州市中级人民法院从事行政审判工作,期间发表学术论文数篇。

沈 岿 男,1970年出生于上海,祖籍浙江宁波。北京大学法学院教授、学术委员会副主任、人权与人道法研究中心主任、宪法与行政法研究中心研究员、博士生导师,中国行为法学会软法研究会会长,华东政法大学兼职教授。先后于1992年、1995年、1998年在北京大学法律系获法学学士学位、硕士学位和博士学位。毕业后留校任教,曾担任北京大学法学院副院长。主要学术成果有著作《平衡论:一种行政法认知模式》等十余部,论文《现代行政法的精义——平衡》等五十余篇,科研课题“风险管制与行政法新发展研究”等十余项。

赵 鹏 男,1981年出生,四川广元人。中国政法大学法治政府研究院副院长、副教授,中国行政法学研究会理事。先后于2003年、2006年、2009年在中国政法大学获法学学士学位、宪法学与行政法学专业的硕士学位和博士学位;2015年8月至2016年8月在美国哈佛大学法学院任访问学者。主要学术成果有国家社会科学基金、北京市社会科学基金、住房和城乡建设部、国家食品药品监督管理总局、国家质检总局等委托的课题十余项,在《中外法学》《清华法学》等期刊发表论文二十余篇。

段小京 女,1962年出生,北京人。最高人民法院法官。1984年毕业于中国政法大学,获法学学士学位;同年分配至最高人民法院工作,其后获法学硕士学位。曾长期在最高人民法院行政审判庭工作,审理了多起有重大影响的行政诉讼案件,参与了多部重要司法解释的起草工作。现供职于最高人民法院研究室,主要负责司法解释清理工作。

李年清 男,1987年出生,福建龙岩人。2005年至2015年在中国政法大学获法学学士学位、宪法学与行政法学专业硕士学位和博士学位。现为福州大学法学院讲师,主要研究领域为私人行政和食品安全治理。在《行政法学研究》《法制与社会发展》等期刊发表论文数篇。

燕 薪 男,1981年出生,江苏泰州人。北京来硕律师事务所主任。2002年毕业于北京科技大学土木工程系,获工学学士学位;2009年毕业于北京电影学院,获电影学硕士学位。2005年开始律师执业,2013年创办北京来硕律师事务所,任主任律师。在行政诉讼领域具有不俗的业绩和丰富的经验,代理过多起在国内有重大影响的案件,如全国专车第一案、罕见病教育歧视第一案、“抢生”二孩第一案、山东农民丁汉忠抗拆迁致两死案、鞍山仿真枪案、郑州曹春生案等。

主 编 的 话

在本书出版之前,主编希望将编辑本书的一些想法和做法,简明扼要地交代给读者。

第一,编者的目的在于为教师和学生以及法律同行,提供一本深度的行政诉讼案例分析教科书和参考资料,行政法基本知识的传播不是本书的主要目的。

第二,编者虽然力求使自己的分析“正确”,但鉴于法律疑难案件并无确切答案,因此,本书对案例的分析过程和结论仅供参考,不是“标准答案”。编者最希望读者从本书中获取的是分析和论证法律疑难问题的方法和能力。

第三,本书的每一个案例分析仅代表分析该案例的编者本人的观点。

第四,本书行文风格与一般教材略有不同。编者认为,轻松的文风不仅可以准确地表达自己的思想,也可以避免读者昏昏欲睡。

第五,本书不同编者在一些问题上观点不一,主编没有刻意地“统一”各人观点。因为主编认为,法律的精神在于“辨异”,而不在于“统一”。主编希望这些不同的声音能够有助于读者辨别能力的增长。

第六,主编持开放性心态对待本书。本书将会适时进行修订。欢迎各界人士提供批评意见,并将有价值的案例提供给编者,以便进一步完善本书。主编在此先致谢意(邮箱:hebing@188.com)。

何 兵

2017 年 10 月

目 录

案例 1	飞龙公司诉国家药监局行政确认、行政强制案	何 兵	1
案例 2	张某诉民政局请求确认继母婚姻无效案	何 兵	13
案例 3	田宇诉五峰土家族自治县建设与环境保护局行政 不作为案	何 兵	26
案例 4	德宝公司诉湖北对外贸易厅违法清算案	何 兵	38
案例 5	刘燕文诉北京大学拒绝颁发学位证案	何 兵	47
案例 6	卞直先等诉国家食药局案行政确认案	何 兵	61
案例 7	八达机电有限公司诉温州市市场监管局企业名称 登记案	章禾舟	69
案例 8	余大江、井爱香诉苍南县计划生育局征收社会 抚养费案	章禾舟	81
案例 9	戴锦弟等三人诉鹿城区教委颁发办学许可证案	章禾舟	94
案例 10	陈清原诉永嘉县房管局房产登记案	章禾舟	116
案例 11	雅儒村委会诉安阳镇政府履行职责案	章禾舟	129
案例 12	信息公开申请和诉讼滥用的司法应对 ——评“陆红霞诉南通市发改委案”	沈 焱	136
案例 13	指导案例助推垄断改革 ——以指导案例 5 号为分析对象	沈 焱	155
案例 14	张晓华不服磐安县公安局限制人身自由、扣押财产 行政案	赵 鹏	171
案例 15	溆浦县中医院诉溆浦县邮电局不履行法定职责案	赵 鹏	181
案例 16	深圳秦深投资股份有限公司不服中华人民共和国科学		

	技术部不予受理科技项目申请一案	赵 鹏	193
案例 17	甘露不服暨南大学开除学籍申请再审案	段小京	202
案例 18	魏永高、陈守志与安徽省来安县人民政府收回土地 使用权行政批复纠纷行政裁定书案	李年清	211
案例 19	郑州市中原区人民政府与禄久顺等行政赔偿争议纠纷 上诉案	李年清	218
案例 20	陈超诉济南市城市公共客运管理服务中心“专车” 行政处罚案	燕 薪	229
案例 21	河南省商丘市中州世贸商城项目违法强拆案	燕 薪	241

案例1 飞龙公司诉国家药监局 行政确认、行政强制案

何 兵

案 情

一、抢注“伟哥”

美国辉瑞公司研制出一种神奇的药,可以让男人坚强起来。这药的英文名字叫 Viagra。1998 年刚上市,就成了人类历史上最畅销的药品之一,当年为辉瑞公司带来 10 亿美元收入。

Viagra 被译成“伟哥”,是我国媒体的杰作。辉瑞公司大意了,没将这一生动形象、广为人知的中文译名注册。他们注册了一个生硬的汉字名称——“威而刚”。大家都知道神奇的“伟哥”,没几个人知道它的真名——“威而刚”。就在辉瑞公司虎视眈眈、兵临中国之时,沈阳飞龙公司剑出偏锋,抢先向国家工商局申请注册“伟哥”,申请被受理。据辽宁省无形资产评估所评估,“伟哥”商标的价值初评为 7 亿~10 亿元人民币。辉瑞公司想在香港补注“伟哥”商标时,发现“荆州已失”。飞龙公司不仅抢注了“伟哥”,而且他们生产的壮阳药“伟哥开泰胶囊”,已遍布全国。

“抢注”在商界司空见惯。“青岛”啤酒在美国被抢注,“竹叶青”在韩国被抢注,“同仁堂”被日本企业抢注……

二、药监局“紧急通知”

政治是经济的继续。

在市场上失败的辉瑞公司向中国国家药品监督管理局(以下简称药监局)求救。1999 年 3 月 22 日,国家药监局发出国药管市[1999]71 号《关于查处假药“伟哥”的紧急通知》(以下简称“72 号文”)。通知发送给各省级卫生行政部门。通知的主旨如下:

(1)“伟哥”是美国辉瑞制药公司生产的药品,在我国尚处于临床研究阶段,

国家未批准国内任何厂家生产此药。国内除有关医院正用于临床实验的药品外,市场销售的“伟哥”均为假药。

(2)严禁任何企业以任何名义进行销售或变相销售。国内销售的伟哥药品一律查封,监督销毁。

(3)对公开销售或变相“销售”伟哥药品的企业,一律按《中华人民共和国药品管理法》(以下简称《药品管理法》)有关规定以制售假药行为进行处罚……

药监局在发布通知的同时,召开了新闻发布会,各大媒体狂炒滥炸,一时间风声鹤唳,一片肃杀之气。

处于重压之下的飞龙公司,站出来说话了。

他说,“伟哥”是我公司正在国家工商局申请注册的商标。申请已被受理,目前正在待审。辉瑞公司的产品在中国的注册名称是“威而刚”,不是“伟哥”。国内没有第二家企业注册这个商标。如果说我们的“伟哥”是假冒,那么,谁是真“伟哥”?

三、药监局改口

药监局发现自己大意了。惊乱之后,药监局改口了。1999年4月13日,药监局发出新通知。这一次,他们要求各地查处“劣药伟哥”,而不是“假药伟哥”。

药监局国药管市〔1999〕93号《关于查处劣药“伟哥开泰胶囊”的通知》(以下简称“93号文”)称:“伟哥开泰胶囊”为沈阳飞龙公司制造。1998年12月,经辽宁省卫生厅同意,沈阳飞龙公司将原中药保健药品“延生护宝胶囊”,更名为“开泰胶囊”。但该公司在药品包装材料中,实际宣传药品名为“伟哥开泰胶囊”,与审批药名“开泰胶囊”不符。“伟哥开泰胶囊”使用说明中所称的主要化学成分“去氢紫堇碱”,在审定的处方和质量标准中未曾涉及,并且其药品包装不符合《药品管理法》的有关规定。药品包装内也未附有法定的药品说明书。药品内装材料违规地与其他药物疗效对比。更严重的是,该公司擅自更改药品的功能主治,印制违法的药品说明书,误导消费者,产生极为恶劣的影响。通知要求:

(1)依照《药品管理法》第34条(本法于2015年修订,相关条文见现行法第49条)规定,飞龙公司在全国销售的“伟哥开泰胶囊”按劣药进行查处。责令飞龙公司在通知发布之日起一个月内收回全部已售出的“伟哥开泰胶囊”。

(2)严禁任何企业以任何名义进行销售或变相销售“伟哥开泰胶囊”。至本通知发出之日起,凡继续销售或变相销售“伟哥开泰胶囊”的企业,一律按照《药品管理法》有关规定以销售劣药行为进行处罚。

(3) 责成辽宁省卫生厅药政处对“伟哥开泰胶囊”的生产企业“沈阳飞龙制药有限公司”依法进行查处。

四、起诉

飞龙公司发怒了。

1999年4月26日,飞龙公司在北京第一中级人民法院提起诉讼,请求撤销药监局“72号文”和“93号文”,赔偿损失1.26795亿元,消除影响,恢复名誉。

他们的理由是:“延生护宝胶囊”更名为“开泰胶囊”经辽宁省卫生厅同意。原告使用的“伟哥开泰胶囊”名称中的“开泰胶囊”,是药品名称;“伟哥”则是原告申请注册且已被受理、正在待批的注册商标。同时,原告标有“伟哥开泰”字样的药品包装盒,已被国家知识产权局授予外观设计专利。辉瑞公司生产的药品英文名为“VIAGRA”,在国内尚无合法的中文名称,根本不存在美国药品 VIAGRA 的中文名称是“伟哥”的问题。被告认定“伟哥开泰胶囊”为劣药,但没有按照《中华人民共和国药品管理法实施办法》第47条(已失效,2002年为《中华人民共和国药品管理法实施条例》替代)关于“对假药、劣药的处罚通知应当载明药品检验所的质量检验结果”的规定行事,根本没有请检验所检验。关于原告包装不当,辽宁省卫生厅已进行了处罚。《药品管理法》第34条规定:“有下列情形之一的药品为劣药:一、药品成分的含量与国家药品标准或者省、自治区、直辖市药品标准规定不符合的;二、超过有效期的;三、其他不符合药品标准规定的。”原告的药品不属于以上三类。

另外,被告没有直接向原告送达“72号文”和“93号文”处罚决定,没有告知诉权,没有听证,程序违法。原告的商标广告行为即使违法,也只应由工商部门查处。被告越权行政。

飞龙公司聘请国家行政学院袁曙宏教授为代理人——他后来成为国务院法制办副主任,是著名的行政法专家。国家药监局则聘请肖峋做代理人,他也是法律专家,曾任全国人大民法室副主任,参与过诸多重要法律的制定。两方棋逢对手。^[1]

[1] 本案背景材料参见袁曙宏:《社会变革中的行政法制》,法律出版社2001年版,第510~558页。

法律疑点

- “内部通知”已对外公布,是否仍属于“内部行政行为”?
- “72 号文”是否属于行政指导?
- “93 号文”的法律性质是什么?
- “93 号文”发出后,原告能否针对“72 号文”起诉?
- 行政机关能否以新闻发布会形式送达行政决定?

法理研习

一、“内部通知”已对外公布,是否仍属于“内部行政行为”

北京市高级人民法院裁定驳回了飞龙公司对“72 号文”的起诉,理由是“72 号通知从发送对象到通知内容,均属对药品监督管理系统内的有关药品监督管理的指导性文件,对外不具有直接强制力。飞龙公司的起诉不符合《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)第 41 条第 4 项规定的起诉条件(《行政诉讼法》2014 年修订后,相应条款应为第 49 条),不属于法院的受案范围”。

从通知发送对象来看,药监局的“72 号文”主送各级卫生行政部门,属于政府机关内部的指令。一般情况下,内部指令在政府系统悄悄地运行,对外不产生影响。只有当受到指令的行政机关执行命令,采取具体行动时,相对人才可能“受害”。对于内部行政行为,法院不予受理,法理依据是“无利益,无诉权”。

讨论:

(1) 药监局将其通知在媒体上公布,对生产“伟哥”产品的飞龙公司已产生了实际影响,因此,法院以内部通知为由,裁定不予受理,法理上难以成立,行政法学上称为“内部行为外部化”。“内部通知”一旦对外公布即产生外部化的后果,公众不会对政府的通知无动于衷,市场萎缩,商品禁卖……通知产生的事实上的影响力难以估量。“公布”就是行动。

(2) 什么是内部的? 我国法院的判决一般认为,行政机关上下级之间行文,属于内部的;一级政府对其所属部门行文,属于内部的。至于上级政府部门对不同的、没有隶属关系的“下级部门”行文,是否属于内部的,则存在疑问。2016 年,笔者代理的扬州大善医疗器械有限公司诉国家食药局案中,出现这一问题。

国家食药局向扬州邗江区公安局行文称,大善公司销售的一款电子器材,属于医疗器械,而该公司系按电子产品并取得相应许可进行销售的。笔者认为,国家食药局与邗江公安局之间没有隶属关系,此不属于内部行政行为。北京市第一中级人民法院最终裁定,此属于内部行政行为,不予受理。此裁定系将全国四级政府统一视作一个整体。这一整体内部的所有行为,都将被视作内部行政行为。这一裁定的法理基础不无疑问。但本案当事人因法院在裁定中说明,食药局的文件是内部的,而且性质上属于鉴定结论,属于证据的一种,没有约束力,当事人的刑事风险已经排除,所以没有上诉。

二、“72 号文”是否属于行政指导

行政指导是行政主体为实现行政目标所作出的不具有法律约束力的行为。行政指导意在引导相对人自愿采取一定的行为或不行为。行政指导虽不具有法律上的约束力,但往往具有事实上的影响力。由于行政指导不具有法律上的约束力,可以径行置之不理,所以,对行政指导一般不需要也不允许起诉。但如果行政机关利用自身的优势地位,以指导为名,行处罚之实,司法的救济就成为必要了。行政指导体现行政温情的一面,但温情的面纱之下,有时会忽明忽暗地透出杀气来。

“72 号文”的内容是综合的。对一份综合性公文的法律性质,不宜单一判断,应注意识别其不同内容,逐一判断。通知第一部分认定,中国市场上的“伟哥”皆为假药,变相认定“伟哥开泰胶囊”属于假药。此文件如果仅在行政机关内部传达,性质上属于上级行政机关对下级行政机关如何办理具体事务的指导。如果文件仅向当事人公开,性质上属于行政确认。如果文件向社会公布,则可能构成行政警告,属于《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)第8条规定的行政处罚的一种。

行政警告是国家对行政违法行为人的谴责和告诫,属于申诫罚,是国家对行为人违法行为所作的正式否定评价。行政警告是国家行政机关的正式意思表示,会对相对一方产生不利影响。对被处罚人来说,警告的制裁作用主要是对当事人形成心理压力、不利的社会舆论环境,使被处罚人认识其行为的违法性和对社会的危害,纠正违法行为并不再继续违法。行政警告一直未被行政法学界重视,以为其是一种较轻的行政处罚。其实在当下社会,行政公开警告往往比罚款甚至拘留对当事人造成的损害更大,值得重视和研究。2014年,国家工商总局发布《关于对阿里巴巴集团进行行政指导工作情况的白皮书》,指出阿里的网络交易平台存在主体准入把关不严、对商品信息审查不力、销售行为管理混乱、信用评价存在缺陷、内部工作人员管控不严五大突出问题。文件发布后,阿里股票

市值一夜之间蒸发 300 多亿美元。这份文件属于典型的名为行政指导,实为行政处罚的行政行为。行政机关之所以将其冠名为“行政指导”,是回避行政诉讼的风险,因为按我国《行政诉讼法》,不具有强制力的行政指导行为,不能纳入诉讼。对于行政机关这种向“行政指导”逃避的行为,应予警惕。2000 年最高人民法院《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 1 条第 4 项规定,对不具有强制力的行政指导,不属于法院的行政诉讼受案范围。此处的强制力并非仅指法律上的强制力,也应当包括事实上的强制力。政府因其特有的优势地位,很容易造成一种相对人“不得不服从”的事实上的强制。如果将强制力仅仅解释为“法律上的强制力”,将使大量的非法行政指导和其他事实强制行为逸于法律之外,出现政府向行政指导逃避的趋向。因此,对于具有事实上强制力的行政指导行为,应加以识别,依法准许起诉。

“72 号文”第二部分内容是“严禁任何企业以任何名义进行销售或变相销售‘伟哥开泰胶囊’。至本通知发出之日起,凡继续销售或变相销售‘伟哥开泰胶囊’的企业,一律按照《药品管理法》有关规定以销售劣药行为进行处罚”,这一部分内容在性质上属于行政命令。行政命令是行政主体依法要求相对人为一定的作为或不作为的意思表示,如命令纳税、拆除违章建筑、禁止携带刀具、危险品上车等。

本案行政命令虽然指向的是不特定主体,但客体皆指向原告的药品,直接涉及原告的利益,应允许原告提起诉讼。

对于一份综合性法律文件,如果其间有可以诉讼的内容,法院应当受理案件,否则当事人对于可诉部分的诉权即会落空。



知识之窗

强 制

当一个人被迫采取行动以服务于另一个人的意志,亦即实现他人的目的而不是自己的目的时,便构成强制。当然,这并不意味着被强制者根本不做任何选择;如果被强制者真的未做任何选择,那么我们就应当称他的所作所为是“行动”。强制意味着我仍进行选择,只是我的心智已被迫沦为他人操纵的,以致强制者想让我选择的行动,对于我来讲,乃是这些选择中痛苦最少的选择。尽管我是被强制的,但还是由我在决定在这种情境下何种选择弊端最小。强制是一种恶,它阻止了一个人充分运用他的思考能力,从而也阻止了他为社会作出他所可

能作出的最大贡献。强制有程度的不同:强制程度最高的例子有奴隶主对奴隶的支配或暴君对其臣民的支配,在这种情形中,无限的惩罚权力逼迫人们完全服从他们的君王或主人的意志;强制程度较低的例子有威胁施加某种灾难,在这种情形中,被威胁者宁愿选择服从威胁者的意志也不愿意承受这种灾难。虽说强制通常包括某种对一个正常的人或其亲人施以肉体的威胁,或对某种价值昂贵或其极珍视的物品进行损毁的威胁,但它却不必包括强力或暴力的直接使用。政府运用强制性权力对我们生活的干涉,如果是不可预见的和不可避免的,就会导致最大的妨碍和侵害。纵使这种强制甚至在一个自由的社会中也属不可或缺者,一如我们被要求参加陪审团或担任临时警察,我们也会通过不允许任何人拥有专断的强制性权力的方式来减少这类强制的损害。^[1]

我国《行政处罚法》第8条将“警告”列入行政处罚的一种。法理上,可以将此类“公共警告”解释为行政处罚法上的“警告”,从而纳入诉讼范围。但并非所有的“警告”皆可以诉讼,警告是否可以诉讼,应依其实际产生的影响力,进行个案判断。对不产生实际影响的“公共警告”,依法应不准许诉讼。

日本行政法学理认为,为了抑制违法的行政指导,必须考虑对于因行政指导而蒙受不利者广泛的寻求救济的途径。对于违法的告诫、警告等,除营业上利益遭受损害外,名誉也受到损害者,为了正式宣告行政指导的违法性,排除不利的事实上的效果,应当承认相对人有提起行政诉讼的权利。从与违法的规制性行政指导相对抗的角度来看,扩大行政指导等救济途径,充实救济程序,比要求行政指导有法律根据更有意义。由于行政指导蒙受意外损害时,还必须允许进行国家赔偿;由于是否服从指导,毕竟相对人有自由选择,因而,迫害不能一概归责于行政指导。^[2] 由于行政指导有极强的政治性、社会性,因而,需要通过政治性的监督、批评。

三、“93号文”属于行政强制、行政处罚还是行政确认

由于政府的行政处罚行为受到行政处罚法的约束,故此,当行政行为产生争议时,政府总是希望将他们的行为解释为法律尚无明文约束的行为。本案中,药监局称“93号文”是在发现市场上正在销售“伟哥开泰胶囊”的情况下作出的行政控制措施,不是行政处罚,当年《中华人民共和国行政强制法》(以下简称《行政强制法》)尚未颁行,不存在违反法定程序。《行政强制法》颁行后,应受《行政

[1] [英]哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,三联书店1997年版,第163~182页。

[2] 杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第559~560页。

强制法》约束。

行政控制属于行政强制措施的一种。一审法院认为,鉴于该药品已大量投放市场,客观上误导消费者,扰乱药品市场秩序,药监局为及时对该状况予以控制,根据《药品管理法》有关药品决定必须立即执行的规定,对该药品采取收回、禁止销售的紧急控制手段及责成有关部门对生产企业进行查处并未超出法律规定的范围。被告按劣药认定“伟哥开泰胶囊”属于其在药品控制阶段对被控药品作出的定性,并非最终结案定性。

这一段判词涉及两个法理问题。一是药监局行为是否属于行政即时强制?二是药监局的行为是否属于中间行为,即未成熟的行政行为?

行政即时强制,是行政机关为了实施行政管理,依法对当事人的人身、财产及行为实施一定的强制方法,以实现行政目的的行为。即时强制不以当事人违反行政义务为前提,而是客观的为达到行政目的所采行的强制性行为。“93号文”责令飞龙公司收回市场的“伟哥开泰胶囊”,禁止其他企业销售“伟哥开泰胶囊”,属于“行为”强制,即强制飞龙公司为一定的行为,同时,禁止其他企业为一定的行为。即时强制的必要性源自事务的紧迫性。即时强制不以行政处分为前提。

《德国联邦行政强制执行法》第6条第2项规定:“行政机关为阻止犯罪或违反秩序之违法行为,或为避免急迫危险之必要性在其法定权限内为即时强制时,得无先行作成行政处分而为行政措施。”我国台湾地区“行政执行法”第36条第1项规定:“危害之发生或避免急迫危险,而有即时处置之必要时,得为即时强制。”〔1〕

消防局为扑灭火灾,即时强制拆除建筑物;卫生防疫部门对传染病人强制隔离皆为即时强制。行政强制的迫切性决定了行政强制难以履行完美的程序,故此程序合法原则在即时强制中难有较大的空间。但为防止滥用强制,即时强制仍受法定原则、适当原则、救济原则等行政法原则约束。日本有学者认为,从人权保障角度,应考虑是否要求法官令状。〔2〕

对即时强制,能否起诉?

《德国联邦行政强制执行法》第18条第2项规定:“无预先作成行政处分所使用之强制方法,亦得如一般行政处分,对其提起法律救济。”德国对此种即时强制,视其为拟制的行政处分,可以依一般诉讼途径提起救济。此外,公民若因公务员不法即时强制执行行为,而导致生命、身体或财产受到损害时,亦可依国

〔1〕 蔡震荣:《行政执行法》,载翁岳生编:《行政法》(下),中国法制出版社2002年版,第1218页。

〔2〕 [日]盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第182页。

家赔偿法申请国家赔偿。

我国台湾学者认为,即时强制是集合告诫、确定与执行于一身的强制执行行为。以前,学界通认其为“拟制之行政处分”,如今一般通说认其为行政事实行为。学理认为,即时强制因其干涉性甚强,对人民之身体与财产的干预,若有违法或不当,应允许其有行政争讼之权。^[1]我国《行政强制法》第2条将行政即时强制称为“行政强制措施”,是指行政机关在行政管理过程中,为制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大等情形,依法对公民的人身自由实施暂时性限制,或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的行为。该法第8条赋予相对人对行政强制措施提起诉讼的权利。需要注意的是,有些行政强制措施属于中间措施,属于未完成的行政行为,是否准予诉讼,理论和实务皆有不同意见。行政行为尚未完成,法理上属于未成熟的行为。依据行政法上的“成熟原则”,此类行为一般不予起诉。但近年来,各国对执行“成熟原则”有所松动,原因是不成熟的行为可能对当事人造成“成熟的损害”。为保障当事人接近司法,对于造成实际重大影响的中间行为也可以起诉。

在袁裕来诉宁波市江东区文化广播新闻出版局查扣其邮购的港台书籍案中,袁裕来请求撤销被告查扣图书时出具的《先行登记保存证据通知书》,被告辩称此属中间行为,法院不应受理。法院裁定认可被告的理由,驳回起诉。而有些法院则准予诉讼。判断的依据是2000年《行政诉讼法解释》第1条第2款第6项:对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为,不予受理。至于是否“产生实际影响”,法院有裁量空间。

本案“93号文”,性质上属于行政即时强制,并包括有行政确认之内容——认定“伟哥开泰胶囊”为劣药。药监局在通知中除责令相关人收回药品和禁止销售外,并无其他处罚的内容。由于药监局的通知对飞龙公司产生毁灭性影响,应当准允其起诉。



知识之窗

成熟原则

“成熟原则”即“司法审查时机成熟”原则,其含义是:被指控的行政行为只有对相对人发生了实际不利影响并适于法院审查时,才能接受司法审查。在20世纪60年代以前,成熟原则不仅注重行政行为的内容,还注重行政行为的形式:

[1] 蔡震荣:《行政执行法》,载翁岳生编:《行政法》(下),中国法制出版社2002年版,第1227页。