

行政法实务笔记

丁
钰
◎ 著



金茂法律丛书



法律出版社

行政法实务笔记

丁
钰
◎ 著



金茂法律丛书



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

北京

图书在版编目(CIP)数据

行政法实务笔记 / 丁钰著. -- 北京 : 法律出版社,
2023
(金茂法律丛书)
ISBN 978 - 7 - 5197 - 7407 - 3

I. ①行… II. ①丁… III. ①行政法—研究—中国
IV. ①D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2022) 第 238068 号

行政法实务笔记
XINGZHENGFA SHIWU BILU

丁钰著

策划编辑 肖越 魏艳丽
责任编辑 肖越 魏艳丽
装帧设计 马帅 汪奇峰

出版发行 法律出版社
编辑统筹 法商出版社
责任校对 王晓萍
责任印制 胡晓雅
经 销 新华书店

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 24 字数 381 千
版本 2023 年 1 月第 1 版
印次 2023 年 1 月第 1 次印刷
印刷 天津嘉恒印务有限公司

地址: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

举报盗版邮箱:jbwq@lawpress.com.cn

版权所有·侵权必究

销售电话:010-83938349

客服电话:010-83938350

咨询电话:010-63939796

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 7407 - 3

定价:98.00 元

凡购买本社图书,如有印装错误,我社负责退换。电话:010-83938349

金茂律师著述之花持续盛开

金茂律师专业著作一本又一本、一批又一批陆续出版发行,令人欣喜。

金茂律师文集。金茂律师事务所建所以来,每隔五年,出版一本金茂律师文集,回顾总结五年间金茂律师法律服务优秀专业成果,记录金茂律师的不俗业绩和执业经验。

金茂律师专业著作系列。金茂律师在为当事人服务中,在不同领域形成了一批专业团队,不仅专业水准高超,且专业著作频出,形成系列。如吴荣良律师领衔的生态环境、员工健康、公共安全法律服务团队,单独或与复旦大学、华东理工大学等高校专家教授合作,自2015年以来的七年间,出版发行了《HSE法治热点面对面》《企业环境法律风险管理实务》《企业环境健康安全风险管理》《ESG理论与实务》等五部专著,在生态环境、员工健康、公共安全领域形成了系统性研究成果。

金茂法律丛书。继2021年首批法律丛书《外商投资法律实务》《科创企业运营与上市法律实务》《建设工程全流程实务指引——基于司法裁判的大数据分析》等三部丛书出版发行后,2022年已出版了由吴荣良、万美、黄启荣律师撰写的《环境法律实务——争议解决与合规发展》一书,目前又有四部专著即将出版发行。

本次出版发行的金茂法律丛书,包括由袁青、张莹琳、韩春燕、孔瑜律师撰写的《城市更新法律实务指引——基于上海城市更新的探索与实践》,张莹琳律师撰写的《房地产全流程实务指引——基于司法裁判的大数据分析》,万波律师撰写的《数据与个人信息疑难问题实务指引》,丁钰律师撰写的《行政法实务笔记》等。这批金茂法律丛书又有了新的视角和高度,有关对特大型国际大都市上海城市更新重大课题及房地产全流程的法律观察,有关对亿万人民群众关心关注

的个人信息和数据安全与保护疑难问题法律解决的方法。金茂法律丛书的创作方式也有创新与发展,用笔记形式叙述事实与法律,更形象,更生动,更贴近百姓。

金茂律师创作著述已入佳境。金茂有众多律师构成了著书立说的群体,而源源不断的高质量法律服务实践,为著述提供永不枯竭的创作源泉。金茂律师的创作热情,会催生更多更好的律师专著。

让金茂律师著述之花持续盛开,出版发行更多更优秀的金茂法律丛书,不断提高律师法律服务的专业水平和执业能力,更好地服务当事人,服务社会,引领法律服务业发展。

上海市金茂律师事务所创设律师、合伙人

吴伯庆

2022 年 8 月

在红尘最深处与自己重逢

——代为新书自序

此刻西风红柿垂,若有白雪在山中归寂,寒舍门前炉子上在咕咚咕咚冒着热气,这就是我眼中的秋蕴冬藏。

今年三十有六,自2005年接受“行政法总论”本科课程教育以来,接触行政法已经十七载。这些年,我经历了《行政许可法》《行政强制法》的诞生以及《行政诉讼法》《行政处罚法》的修改,见证了从第一个行政程序法地方政府规章《湖南省行政程序规定》到第一部行政程序地方性法规《江苏省行政程序条例》的出台,而时光已经从纸媒《南方周末》报道孙志刚事件到网络媒体追着几个糖炒栗子(杭州西湖方林富炒货店案)、几颗芹菜(陕西榆林农残处罚案)争论不休。

我的爷爷在2006年5月离开了我们,他如今长眠之地依傍澄如明镜的一方湖泊,周围郁郁葱葱。

他对我有很多希冀,但2009年还在读研的我,辗转江浙沪参加公务员考试;在宁波参加浙江省考的时候,我因得意于当年申论作文起了“吹响蓝色经济的号角”这样的标题而忽略了自己内容的空洞,与宁波中院行政庭失之交臂。

2009年发榜的冬天比较寒冷,我回乡扑通跪倒在爷爷坟前,告诉他一不能为丁家争光,二是恐怕与行政庭无缘了。由于哭声过于响亮,母亲觉得我会被人笑话很窘迫,但邻人见状都说“你很聪明,一定能出人头地的”。

那时候真年轻,哭完之后不知是爷爷鼓励了我,还是我彻底掏空了自己反而显得从容,2010年开春,突然运气变得好起来,我一连中了好几个单位的面试通知,其中包括上海市农业农村委员会,当然也包括为了“练手”而“故意瞎报”的江苏高院。

2010年8月31日,当我站在宁海路75号门口的时候,已经做了很多决定,

包括我可能这辈子都不会去上海工作的决定,也带着很多荣誉,比如我的毕业论文是全国第一个系统写行政审判司法建议制度的,比如我拿到了第三届“应松年行政法奖学金”这个行政法领域最大的学术奖励。

但好事多磨,正式进入行政审判领域工作还得“等”——等从宿迁基层法院挂职锻炼一年后归来。我在项羽的故乡,续上了少年在北京借读四年的北方体验,并记录了一百三十多篇《宿城札记》,我的法庭故事生动性不亚于今年热播的司法剧《底线》,但这些都是商事案件。

在江苏高院期间,我深度参与了环境资源集中审判从理念到制度酝酿的过程,参与了行政机关负责人出庭从现象到制度的嬗变,参与了至少三年的全省行政审判白皮书的撰写,也期待着当时分管副省长的批示。

也被当事人“投诉”我办案太认真,给纪检部门写的“廉政监督卡”却是满满表扬我为残疾家庭的工伤认定案件多次往返调解的事。因总是不厌其烦地做当事人工作而使得当时的同事搬着电脑离开我的“噪音”,也被当事人的遗孀突然脑袋砸桌子怨恨“司法不公”而吓到。

如果日子这样继续,我应该可以成长为“我想成为的人”。但随着时间推移,我发现很多纠纷在高级别的审判机关已经无力回天,我经常在办公室说:“假如这件事没作出决定前,我是一方代理人该多好。”

老天的安排总是最周到的,我现在真的做了律师。

前段时间我晚上给当事人打了十九个电话做通了最后的工作。第二天,所有人都赶到法庭,法官以为要开庭,但事实上却收获了三个案子的撤诉申请,而我人还在上海。当时,该区域还有部分新冠肺炎确诊病例,十年前还在省高院啃着鸭头加班的我,无法想象今天的日常如斯。

把行政争议与矛盾在事前、事中实质化解掉,这是我如今的工作重心。

2016年从南京到上海,2018年来到现在这家律所,很多人好奇我是怎么走到今天的。这本约三十万字的《行政法实务笔记》预计在今年12月上市,它并不包括已经写了十万字左右的行政处罚法系列,但它是我过往的办案总结,更重要的是,其中包含了我对行政法跳出审判实务的独立思考。

找到一生的奋斗目标,是特别幸福的事情。

无论是那个在图书馆“啃”着翁岳生和王名扬经典著作的自己,还是那个冒冒失失地在庭长会上不懂得察言观色而滔滔不绝的自己,抑或现在能够熟练协

调各类行政组织关系、对待复杂行政纠纷能够更侧重于非诉解决方式的自己,都是在红尘中修炼,或天真、或无邪、或圆润一些,都是。

今天是王阳明先生 550 岁生辰。他说,人须在事上磨。我还记得宋人张载,他说“为生民立命”,但他也说“为天地立心”。自认为我没有本事“为万世开太平”,因为行政法在过尽千帆之后,它又成了一叶小舟,它载着小小如蜉蝣的我。

小舟从此寄,庐山烟雨浙江潮。

苏轼的诗词打散了看也挺有意思,本来想用“庐山烟雨浙江潮”作为本文的标题,但看过风景又如何?人总要先做些什么,其次才是说点什么。

惠特曼说,“我终将留下一二指示未来的文字,转身就到黑暗中去”。

人很难谢幕,真正谢幕却又在灯火阑珊、自己不想走时。

那就不要想身后事,眼下的种种复杂与纷扰,不要假清高地置身事外,而是走入这深深红尘,在那里与年少的自己,重逢。

爷爷,我有在为丁家争光,无关乎金钱,也不是一官半职,但你一定很欣慰,谢谢你的鼓励。

2022 年 11 月

CONTENTS 目 录

第一章

城乡建设领域行政法实务问题

- 003 | 专题一 “违法建筑”之“违法性”界定
- 006 | 专题二 违法建筑物买卖合同效力之探讨
- 010 | 专题三 正在进行违法建设的认定及拆除程序研究
- 021 | 专题四 违法建设是否有“财产权”的认定

第二章

行政协议若干疑难问题

- 029 | 专题一 行政协议基本概念及性质的辨析
- 040 | 专题二 行政协议的无效、变更与解除及其判决方式
- 050 | 专题三 行政协议诉讼案件类型化之处理

第三章

行政处罚法的实施要点和实务问题

- 067 | 专题一 《行政处罚法》修订草案的逻辑起点
- 073 | 专题二 2021 年《行政处罚法》的实施要点
- 076 | 专题三 “互殴型”治安管理行政处罚实务要点

第四章

民事行政交叉实务问题

- 086 | 专题一 不动产征收决定对相关民事法律关系的影响
- 102 | 专题二 小区治理中的公法思维应用
- 108 | 专题三 不动产登记性质及登记错误赔偿问题
- 120 | 专题四 “借名买房”引发的契税行政争议之处理

第五章

综合行政法实务热点研究

- 131 | 专题一 环境保护行政诉讼与公众参与
- 141 | 专题二 当下政府信息公开行政诉讼的噪点
- 153 | 专题三 高等学校学生管理行政案件的司法审查
- 164 | 专题四 医疗事故鉴定结论审核行为的可诉性
- 169 | 专题五 安全生产事故行政执法办案要点
- 174 | 专题六 行政强制执行中的第三人代履行
- 184 | 专题七 工伤认定案件的十二个实务要点
- 196 | 专题八 证券处罚中若干实务问题研究

第六章

突发公共卫生事件应急管理问题

- 205 | 专题一 应急征用中的行政法实务问题
- 211 | 专题二 防疫应急管理常见行政争议风险点

第七章

行政诉讼制度基础原理

- 219 | 专题一 行政诉讼简易程序的实务思考
- 227 | 专题二 “三需要”取消后政府信息公开行政诉讼的难点
- 235 | 专题三 当前行政诉讼实务中的基础疑难问题
- 241 | 专题四 实质化解行政争议与判诉对应性研究
——周某诉荆州区政府行政侵权案判解
- 254 | 专题五 行政补偿决定案件中的“情况判决”与撤销判决的取舍
- 272 | 专题六 “强拆”案件中妨碍举证之损失计算、酌定规则及其他
- 286 | 专题七 行政审判中权威型政策工具的适用
- 297 | 专题八 行政诉讼中的证据制度基本问题
- 310 | 专题九 行政诉讼中起诉期限认定的要点和难点
- 315 | 专题十 行政诉讼原告资格的认定要点
- 322 | 专题十一 行政诉讼被告资格认定要点
- 328 | 专题十二 行政诉讼受案范围的识别

第八章

法边余墨

- 339 | 专题一 影响我的“十个行政案件”
- 347 | 专题二 行政法律服务是一种怎样的体验
- 351 | 专题三 关于营商环境提升的法治供给思考
- 358 | 专题四 行政法的苦夏
- 362 | 专题五 昆台融合背景下法律服务市场的新机遇
- 368 | 专题六 希望未来的世界更好
——评《私有财产、公共行政与法治》

城乡建设领域 行政法实务问题

专题一 “违法建筑”之“违法性”界定

威廉·配第《赋税论》说,土地是一切财富之母。托尔斯泰说,了解一座城市,从最高的建筑开始。孟子曾曰,有恒产者有恒心。关于违法建筑的话题从没有像最近几年这样,因一次次都市清理活动而变得如此触动人的神经。从这篇文章开始,我们慢慢谈论“违法建筑”可能涉及的公法、私法以及公私融合法律问题。今天先从违法建筑的概念开始说起。

一、“违章建筑”“违法建筑”“违建”

目前的实践中这三个词语是混用的,这三者倒不似周密严谨的法律词汇更类似于一种社会学词汇。本文不做考据研究,简言之,在“违法建筑”一词出现之前,其同义词为“违章建筑”且官方表述也为“违章建筑”(可检索20世纪80年代国务院规范性文件)。

分水岭在1990年,其《城市规划法》(已失效)出台,“章”变成了“法”,就此“违法建筑”成为通用的说法,但语言的传播存在一定变更与沿革,至今仍有零星的“违章建筑”说法见诸媒体。

后因城市综合执法如火如荼,“违法建筑”的表达过于烦琐,为显干脆、利落,“违建”这样的表述更简洁。

虽然表述存在一些差异,但这三个命名均指向同一个法律规范体系或者是同一个行政管理领域——城乡规划,在今天绝大多数场合又特别地针对城市的规划管理。结合现行《城乡规划法》的有关规定,通说认为,“违法建筑”是指未经规划土地主管部门批准,未领取规划许可证或临时建设工程规划许可证,擅自建筑的建筑物和构筑物。

那么问题来了,违法建筑仅仅是指违反《城乡规划法》未获得规划许可的建

筑物吗?

二、“违法建筑”违的“法”可能不局限于《城乡规划法》

实践中,“违法建筑”是不可回避的深刻问题,其不仅是简单的“未取得规划许可”,从大方向上说,它可能是违反了公法上的法律规范,也有可能违反了私法上的法律规范,还有可能是公私法律规范兼而有之的情形。

单就行政管理规范而言,它可能是违反了规划管理规定,也有可能是违反了建筑工程施工管理规定,还有可能是违反了环保、消防等其他行政管理规定。动辄谈论的建筑物“违法”,从内涵到外延,其实是不周严的。实践中,对“违法建筑”的认识存在以下几个误区。

误区一:认为只要有建设工程规划许可证就不是公法上的“违法建筑”。“违法建筑”的违法情形不应局限于未取得建设工程规划许可,实际中可能存在取得建设工程规划许可依然违反《土地管理法》中所称的土地利用总体规划之情形。不仅如此,规划的编制种类本身也极其复杂,城市总体规划、控制性详细规划等分类,也不为非专业出身者所掌握。原则上,若获得建设工程规划许可,理应符合全部控制性详细规划以及土地利用总体规划,但若因审核不严持证而违反其中任何一种规划,按照《土地管理法》等相关法律进行查处,该建筑物仍然是“违法建筑”。

误区二:认为只要有建设工程规划许可证就不可能是私法上的“违法建筑”。在公法上获得了“规划许可证”进行建筑施工的业主,新建建筑部分仍然可能妨碍邻人通行、采光、供水、取暖等相邻权,并不因公法上获得规划许可而免除民事责任。有关权利人仍然可向司法机关按照民事途径寻求救济,要求建筑物的权利人承担排除妨碍、恢复原状等物权责任。那么,该建筑物的结局依然是以拆除为主,此乃私法上的“违法建筑”。

误区三:认为只要有建设工程规划许可证,即使不具备《建筑法》上所要求的施工许可证也不是“违法建筑”。《建筑法》上对建筑物本身的施工资质仍以行政许可为准入方式,此外还对建筑物本身的工程结构、建筑质量作出竣工验收等规定。未获得施工许可及竣工验收的,主管机关仍然可以责令其停工,这又是另一种“违法建筑”了。

误区四:认为只要有建设工程规划许可证,即使未获得消防备案或验收许可

也不是“违法建筑”。《消防法》上针对建筑物尤其是公共场所和设施的消防安全根据相应的消防等级贯以备案或者许可,未获得上述证件的,也不属于“合法建筑物”。

误区五:认为只要有建设工程规划许可证,即使因各种原因不办理或不能办理房屋登记或者不动产登记的,也不属于“违法建筑”。根据《不动产登记暂行条例》的有关要求,办理不动产产权的初始登记须提供前文涉及的规划、建工、消防、建安等必备手续材料,因部分材料缺失或者其他情形而不能办理不动产产权登记的,显然属于公私法融合型的“违法建筑”。

此外,农村“小产权房”问题依然存在,还有附着在诸如海域、滩涂、水域、矿山、钻井平台上的建筑物,以及人工岛、风景区临时性度假建筑等各种特殊类型的建筑物大量存在,所涉及的或许不仅仅是传统公法和私法规范问题。

简要分析后我们发现,一个建筑物要合法地附着在合法的土地或者水面上,并合法地持续存在,且不侵犯他人合法的物权权利,才可能避免其“违法性”,这其实是非常严格的要求。

那么这是否意味着在特定场合里,一个建筑物被认定为“违法建筑”是很容易的事情?

答案当然是否定的。本书后文将继续分析探讨“违法建筑”合法性的问题,公权力机关在征收征用“违法建筑”时的补偿问题,以及“违法建筑”的买卖及租赁等问题;还将分析“违法建筑”的认定、处罚以及行政强制等程序问题。

专题二 违法建筑物买卖合同效力之探讨

一、违法建筑物买卖合同效力研究的思维起点

首先,需确定什么样的建筑物为“违法建筑物”。

在专题一中,笔者提出了一种观点,即违法建筑物的概念有违反公法、违反私法规范两个维度,其中在公法视角下,违法建筑物又可以大致区分为违反《城乡规划法》及违反其他土地管理、房屋质量与安全管理、消防管理、环保等行政管理规范的两大类违法建筑物。要讨论违法建筑物的买卖合同效力问题,如果不作上述区分,其对应的“违建”买卖合同效力问题恐难说清。

笔者翻阅了一些民事领域的法律法规及司法解释,特别是民事领域的司法解释,目前可被民事审判所接纳的违法建筑物种类仅局限于“未取得建设工程规划许可”类“违建”。具体参考条文为最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第二条,相关法条的分析在下文具体阐述。“未取得建设工程规划许可”类“违建”又可以细分为可进行规划补救和不可进行规划补救两大类“违建”,关于它们各自对应的买卖合同效力问题,一并在下文作图表明。

在查阅有关公开裁定和判决后发现,关于上文提到的“有规划但未取得房屋产权登记”的“违建”、“存在房屋质量问题、未取得竣工备案”的“违建”、“未取得消防备案或许可”的“违建”,主张相应买卖合同“无效”的,民事案件中一般不予支持。这是有道理的,特别是《民法典》总则部分将民事法律行为的概念删除了合法性要件、增加了“通过意思表示”一语,意味着民事法律行为并非一律为合法行为,也突出了“意思表示”对于法律行为的决定性意义。因此,对于债之合同而言,意思表示的核心地位应得以突出。

至于合法、违法更多是法律上的可接近性,为促进和保护交易,发挥房屋等