



文川docsriver.com入驻商家巨力袋鼠合作店



献给从事行政诉讼和行政复议的
法律人及其关注者

docsriver.com
商家袋鼠书库

商家袋鼠书库
docsriver.com

行政行为的 合法性审查

*Judicial Review of
the Legality of
Administrative Actions*

www.docsriver.com
入驻商家巨力法律书

更多电子书搜索
www.docsriver.com

蔡小雪 著

图书在版编目 (CIP) 数据

行政行为的合法性审查 / 蔡小雪著. —北京: 中国民主法制出版社, 2019. 11

ISBN 978-7-5162-2108-2

I. ①行… II. ①蔡… III. ①行政行为-行政法-研究-中国 IV. ①D922. 112. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 253882 号

图书出品人: 刘海涛

出版统筹: 乔先彪

图书策划: 曾健

责任编辑: 陈曦 孙振宇

书名/行政行为的合法性审查

XINGZHENG XINGWEI DE HEFAXING SHENCHA

作者/蔡小雪 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区右安门外玉林里 7 号 (100069)

经销/新华书店

开本/32 开 880 毫米×1230 毫米

印张/10.75 字数/269 千字

版本/2020 年 3 月第 1 版 2020 年 4 月第 2 次印刷

印刷/三河市东方印刷有限公司

书号/ISBN 978-7-5162-2108-2

定价/69.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

| 前 言

1989年4月4日，第七届全国人民代表大会第二次会议通过并颁布了《行政诉讼法》。该法浸透着规范行政机关权力，保障公民、法人和其他组织权利的思想，在有上千年封建制度的国度中，开启了“民”可监督“官府”的法律进程，推动了中国依法行政事业的大发展。可以说，它是新中国成立后第一部规定“民可告官”的法律，填补了我国社会主义法治建设的一项空白，标志着我国法治建设迈进了一个新的阶段。随着《行政诉讼法》的施行，尤其是进入21世纪以来，人民法院受理的行政案件数量不断上涨，案件类型亦呈现多样化，从传统的行政处罚、行政许可、行政强制、土地征收等，逐渐扩展到行政补偿、行政协议、环境资源、市场监管等领域，同时行政诉讼也出现了许多新情况、新问题，为了适应新形势发展的需要，2014年11月1日，第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》，对该法予以了进一步完善。^①

^① 2017年6月27日，第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉和〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》，对2014年《行政诉讼法》在第5条增加第4款行政公益诉讼的规定。鉴于此次修正的内容较少，本书在写作时，只是对修正内容较多的2014年《行政诉讼法》与1989年《行政诉讼法》对照论述。

1989年《行政诉讼法》确定了对行政行为进行合法性审查的原则。2014年《行政诉讼法》在强调该原则的基础上，进一步扩大了行政诉讼的受案范围，对行政行为合法性审查的内容有所丰富，判决方式亦有较大的变化，进一步完善了我国的行政诉讼制度。同时，《行政复议法》第28条第1款第（3）项规定：“具体行政行为有下列情形之一的，决定撤销、变更或者确认该具体行政行为违法；决定撤销或者确认该具体行政行为违法的，可以责令被申请人在一定期限内重新作出具体行政行为：1. 主要事实不清、证据不足的；2. 适用依据错误的；3. 违反法定程序的；4. 超越或者滥用职权的；5. 具体行政行为明显不当的。”由此可见，其与2014年《行政诉讼法》规定的合法性审查的内容基本相同。也就是说，合法性审查原则贯穿于整个行政诉讼和行政复议之中。1989年《行政诉讼法》颁布后的30多年时间里，虽然法学界和实务界有关行政法和行政诉讼的著作不断出现，但是对这一行政诉讼、行政复议的核心问题研究的专著却少之甚少，不得不说是一种遗憾。

如何妥善应对行政审判和行政复议中出现的新情况、新问题，笔者认为，最主要的方法，就是紧紧把握合法性审查这一原则，吃准合法性审查的内涵与外延，依据有关合法性审查的要件，对行政行为的合法性进行全面审查，并依据《行政诉讼法》《行政复议法》等法律法规的相关规定作出裁判或裁决。照此，相关人员能够进一步提高解决行政纠纷的能力，相应地，行政审判和行政复议的质量亦能够大幅度提升。换言之，行政行为的合法性审查是行政诉讼和行政复议中的核心问题，只要能解决这一核心问题，行政诉讼和行政复议中遇到的诸多问题就能迎刃而解。

从1987年开始至2014年5月退休，笔者一直从事行政审判工作。退休后的2015年11月至2018年底，又被返聘到最高人

民法院第二、第六巡回法庭，帮助行政主审法官审理行政案件。总的来说，笔者从事了30多年的行政审判工作，经历了行政审判的初创阶段、发展阶段和初步完善阶段，对各个阶段的行政审判工作相当熟悉。2014年《行政诉讼法》修改时，笔者已从最高人民法院退休，不再从事繁重的审判业务工作，就有了撰写一部专门全面阐述行政行为合法性审查的专著的想法。笔者之前曾对该问题撰写过较多文章，有些著作中涉猎不少相关内容，现对其进行系统整理，将行政审判和行政复议中所遇到的有关行政行为合法性审查的问题进一步梳理后，把相关行政诉讼的司法解释、批复、答复及典型案例的内容充实进去，撰写了《行政行为的合法性审查》一书。

本书的结构是按照法官审查行政行为的合法性及判决的顺序设计的。

一、本书的结构设计问题

修改后的《行政诉讼法》将对具体行政行为可以提起行政诉讼，改为对行政行为可以提起行政诉讼。为了符合读者的逻辑思维，笔者专门将概论作为本书的开篇，对具体行政行为演变为行政行为的过程、行政行为的构成要件、抽象行政行为不可诉只能附带审查、审查被诉行政行为的内容等问题作了简要介绍。而后，依次是有关如何对行政行为的合法性进行审查、行政侵权赔偿责任及判决等内容。

二、如何对行政行为的合法性进行审查

——对是否存在超越职权的审查。判断被诉行政行为是否超越了被告的职权问题，涉及行政机关及机构的设置、职权的分配及原理等问题，本章对行政职权的概念和特征、构成要件、授权的形式及超越职权的表现形式进行了详细论述，对一些难以区分的职权问题作了细致分析，如判断超越部门职权、层级职权、地域职权、事务职权应注意的问题等。

——对是否违反法定程序的审查。我国目前没有一部行政程序法，有关行政程序问题，分别由《行政复议法》《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》等单行法律作出规定，本章将单行法律中有关行政程序问题进行了归纳整理后，对行政程序的概念、基本原则、主要制度、依据、违反行政程序的方式及内容等问题，结合一些疑难案例进行了论述。

——对主要证据是否确实、充分的审查。行政行为的种类非常繁杂，不同种类的行政行为对事实证明的要求不同，本章对被诉行政行为主要证据不足的含义、证明标准、表现形式等问题，结合一些具体案例进行了阐述。

——对适用法律规范是否正确的审查。世界各国的法律中都没有一部专门的行政法典，有关行政法律规范散见于不同领域的法律规定中。因此说，行政诉讼中的法律适用相较民事诉讼和刑事诉讼难度更大。在审理被诉行政行为合法性时，不仅需要确认被诉行政行为所适用的法律规范条文，同时还需要对所适用的法律规范条文的合法性问题作出判断。审查还涉及《立法法》的相关规定，要判断行政行为所适用的法律规范的时间、空间、对人、对事的效力问题，以及处于法律规范的何一位阶、哪些法律规范是其上位法、与上位法是否存在抵触等问题。因此，本章对审查行政行为是否合法的依据，判断行政行为适用的法条，适用的法律规范是否有效，适用法律法规错误的表现形式等问题进行了详细论述，同时指出审查每类问题时应注意的问题。

——对是否存在滥用职权、明显不当的审查。是否存在滥用职权、明显不当的问题，是行政行为合法性审查的要件之一。行政法上的滥用职权与普通人所理解的滥用职权有很大区别，且滥用职权与明显不当如何区分在学术界亦有很大的争论。因此，本章对滥用职权与明显不当的概念、构成要件、表现形式

等问题进行了论述，并对滥用职权与明显不当的异同及审查是否存在滥用职权、明显不当的步骤、判断的方法等问题予以详细阐明。

——对是否履行法定职责、行政给付义务的审查。法定职责是一个复杂的问题，法定职责与行政给付在学理上亦有争议。本章阐述了法定职责、行政给付义务的概念及特征，对审理不履行法定职责、行政给付义务、行政协议案件中的疑难问题作了回答。其中，对不履行法定职责、行政给付义务案件中争议较大的举证责任等问题，以及新出现的行政协议行为问题，作了更为详细的论述。

——对行政侵权赔偿责任的审查。违法的行政行为造成公民、法人或者其他组织的合法权益损害的，应当承担赔偿责任。因此，审查被诉行政行为的合法性后，有关行政赔偿问题必然会提出。本章对行政赔偿范围、行政赔偿请求人和行政赔偿义务机关、行政赔偿程序、行政侵权赔偿责任、行政赔偿方式和数额的确定以及几类特殊行政赔偿案件的审理进行了阐述。

三、对行政行为的合法性审查后应作出何种判决

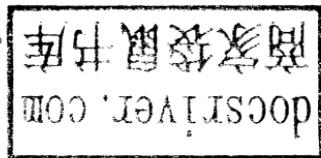
修改后的《行政诉讼法》对行政判决种类及适用条件作了较大幅度的修改，本章结合修改后规定，对驳回诉讼请求判决的适用，撤销、确认违法、变更判决的适用，履行职责、给付、无效等其他判决的适用以及复议维持案件的审理及判决对象等问题进行了详细论述。

这里需要特别说明的是，本书举例中引用了很多法律、法规、规章及规章以下的规范性文件。虽然随着社会的发展，很多原有的法律、法规、规章及规章以下的规范性文件都有不同程度的修改，但在其当时适用时是有效的。这些举例都是在以前的行政审判中所遇到的，仅是作为审查被诉行政行为合法性方法的佐证。如果需要具体适用所引用的法律规范的条文，一

定要审查这些法律规范是否已经修改过，凡是修改过的，不能作为判案的依据。另外，由于较多举例是在以前的行政审判中遇到的，有其时间限定，因此，涉及的行政机关仍沿用当时的名称。2018年，国务院颁布新的机构改革方案，一些行政机关的名称和职能也随之改变。为避免重复表述，本书对文中所涉变化情形未一一指出，只是在审查部门行政职权部分作了集中说明。

笔者在写本书时，从最高人民法院以及地方各级人民法院的行政裁判中，摄取了不少养分，同时也得到了最高人民法院第二、第六巡回法庭的领导和行政审判团队的支持和帮助，在此向他们表示衷心的感谢。

由于水平有限，加之个别著述资料有其特定历史背景，不当之处在所难免，敬请读者批评指正。



蔡小雪

2019年12月

| 凡 例

一、法律、法规、规章和规范性文件名称中“中华人民共和国”省略，其余一般不省略。例如，《中华人民共和国行政诉讼法》简称为《行政诉讼法》。

二、叙述法律、法规、规章和规范性文件，必要时在名称前表明其制定、修改年份。例如，1989年《行政诉讼法》、2014年《行政诉讼法》，2000年《立法法》、2015年《立法法》，1994年《国家赔偿法》、2012年《国家赔偿法》。

三、对本书以下出现较多的司法解释，使用简称：

1. 《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》(法释〔2000〕8号，2000年3月10日施行，已失效)，简称为2000年《解释》；

2. 《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》(法释〔2018〕1号，2018年2月8日施行)，简称为2018年《解释》；

3. 《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》(法发〔1997〕10号，1997年4月29日施行)，简称为《行政赔偿规定》。

| 总目录

概 论	001
第 1 章 对是否存在超越职权的审查	007
第 2 章 对是否违反法定程序的审查	081
第 3 章 对主要证据是否确实、充分的审查	111
第 4 章 对适用法律规范是否正确的审查	131
第 5 章 对是否存在滥用职权、明显不当的审查	187
第 6 章 对是否履行法定职责、行政给付义务的审查	207
第 7 章 对行政行为的判决	241
第 8 章 对行政侵权赔偿责任的审查	261

目 录

概 论	001
-----	-----

第 1 章 对是否存在超越职权的审查	007
--------------------	-----

1.1 超越政府及其部门职权	008
----------------	-----

1.1.1 政府及其部门职权的概念和特征	009
----------------------	-----

1.1.2 政府及其部门管辖权的授权形式	012
----------------------	-----

1.1.2.1 明确授权政府作出行政行为	013
----------------------	-----

1.1.2.2 单一授权	014
--------------	-----

1.1.2.3 一般授权与特别条款专门授权	014
-----------------------	-----

1.1.2.4 普通法律授权与特别法律专项授权	015
-------------------------	-----

1.1.2.5 授权予某部门中具有特别管理职权的行政机关 或者社会组织	017
--	-----

1.1.2.6 交叉授权	018
--------------	-----

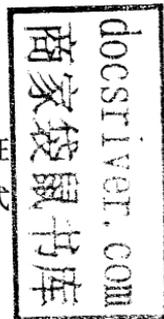
1.1.3 超越政府及其部门管辖职权的表现形式	021
-------------------------	-----

1.1.3.1 越权行使其他行政部门或政府的管理职权	021
----------------------------	-----

1.1.3.2 越权行使司法权	027
-----------------	-----

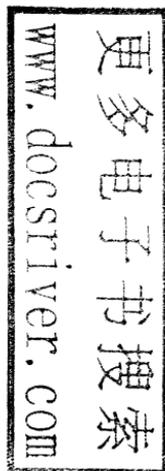
1.1.4 判断是否超越部门管辖职权时应当注意的问题	030
----------------------------	-----

1.1.4.1 通常对一般授权与特别授权的判断问题	030
---------------------------	-----



1. 1. 4. 2	难以区别一般授权与特别授权的部门职权判断问题	034
1. 1. 4. 3	限制人身自由,冻结存款、汇款的强制措施和限制人身自由的行政处罚的授权问题	039
1. 1. 4. 4	集中执法问题	042
1. 2	超越层级管辖权	044
1. 2. 1	层级管辖的授权形式	044
1. 2. 2	层级管辖职权转移	048
1. 2. 3	超越层级管辖职权的主要表现形式	049
1. 2. 3. 1	下级行政机关行使上级行政机关的职权	049
1. 2. 3. 2	上级行政机关行使下级行政机关的职权	051
1. 2. 4	判断层级管辖职权时应注意的问题	052
1. 2. 4. 1	下位法是否有权改变上位法有关层级管辖标准的规定问题	052
1. 2. 4. 2	交通警察支队下属的大队能否作为行政处罚主体的问题	054
1. 2. 4. 3	设区的市的人事和社会保障局是否具有劳动保障监察职责的问题	056
1. 2. 4. 4	市、县人民政府及征收部门的征收职权问题	057
1. 3	超越地域管辖职权	063
1. 3. 1	确定地域管辖权的原则	063
1. 3. 1. 1	一般地域管辖	063
1. 3. 1. 2	特别地域管辖	064
1. 3. 2	超越地域管辖权的主要表现形式	066

1.4 超越法定事务职权	068
1.4.1 法定事务职权的含义	068
1.4.2 判断是否超越法定事务职权时应注意的问题	072
1.4.2.1 需要注意《行政处罚法》第12条及国务院的 相关规定	072
1.4.2.2 需要注意《行政许可法》第12条和第15条的 规定	073
1.5 审查是否超越职权时应注意的问题	074
1.5.1 应当注意审查的方法	074
1.5.2 不能仅根据行政管理部门的文件确定作出行政 行为的组织具有执法主体资格	075
1.5.3 法律规范有关职权规定不明确时必须考虑法律 效果与社会效果相统一的原则	077
1.5.4 应根据法律规范的规定和证据确定行政机关的 委托行为是否合法	078
第2章 对是否违反法定程序的审查	081
2.1 行政程序的基本原则及主要制度	082
2.1.1 行政程序的概念	082
2.1.2 行政程序的种类	082
2.1.3 行政程序的基本原则	084
	003



2.1.4	行政程序的主要制度	086
2.2	行政程序的依据	088
2.2.1	依据法律、法规中有关行政程序方面的规定	088
2.2.2	参照规章中的行政程序规定	089
2.2.3	参考规章以下的规范性文件中有关行政程序的规定	089
2.2.4	法律规范中有关行政程序问题规定不一致的适用问题	090
2.3	违反法定程序的方式及具体内容	091
2.3.1	对行政行为作出的程序方式的审查	091
2.3.2	对行政行为作出的程序具体内容的审查	092
2.3.2.1	审查法定方式	092
2.3.2.2	审查法定步骤	097
2.3.2.3	审查法定顺序	103
2.3.2.4	审查法定时限	104
2.3.2.5	审查是否存在应当回避、禁止不当接触的问题	105
2.3.2.6	审查行政监督决定的几个问题	106
第3章	对主要证据是否确实、充分的审查	111
3.1	主要证据不足的含义	112
3.1.1	主要证据不足的定义	112
3.1.2	行政诉讼中的证明标准	114

3.1.2.1	优势证明标准	114
3.1.2.2	排除合理怀疑的证明标准	117
3.1.2.3	明显优势证明标准	121
3.2	主要证据不足的表现形式	123
3.2.1	行政行为认定的事实不清或者没有认定事实	123
3.2.2	行政行为认定的事实没有足够的证据证实	124
3.2.3	行政行为认定的责任主体错误或证据不足	126
3.2.4	行政相对人的身份、责任能力认定错误或未查清	129
第4章 对适用法律规范是否正确的审查		131
4.1	审查依据	132
4.1.1	依据法律、行政法规、地方性法规及自治条例和单行条例	132
4.1.1.1	以法律为依据	132
4.1.1.2	以行政法规为依据	132
4.1.1.3	以地方性法规为依据	134
4.1.1.4	以自治条例和单行条例为依据	135
4.1.2	参照规章	136
4.1.3	如何对待规章以下的规范性文件	139
4.2	对行政行为适用的法条的审查	140
4.2.1	行政行为适用法律规范的形式和内容条件	140

4.2.2	如何判断行政行为适用的法条	141
4.2.3	审查判断行政行为适用的法条的方法	144
4.2.4	判断行政行为适用的法条时应当注意的问题	145
4.3	审查行政行为适用的法律规范是否有效	146
4.3.1	审查所适用的法律规范是否具有时间效力	146
4.3.1.1	法律规范的生效	146
4.3.1.2	法律规范的失效	147
4.3.1.3	溯及力	148
4.3.1.4	审查判断被诉行政行为适用法律规范的时间效力时应注意的问题	148
4.3.2	审查所适用的法律规范是否具有空间效力	153
4.3.3	审查所适用的法律规范是否具有对人和事的效力	155
4.3.4	审查所适用的法律规范在内容上是否具有法律效力	157
4.3.4.1	与宪法、法律相抵触的法规是否应当适用	157
4.3.4.2	审查判断行政行为所适用的规章是否合法	158
4.3.5	如何判断下位法与上位法是否抵触的问题	161
4.3.5.1	减少、变更或者增加制裁条件、手段、幅度,扩大或者缩小特定机关的制裁权限	161
4.3.5.2	下位法限制或者剥夺上位法规定的权利,或者违反上位法立法目的扩大上位法规定的权利范围	165
4.3.5.3	下位法扩大行政主体或者其职权范围、延长履行法定职责期限	168
4.3.5.4	其他相抵触的情形	169
4.3.6	适用法律规范时应当注意的问题	170
4.3.6.1	特别规定与一般规定的适用关系	170
4.3.6.2	地方性法规与部门规章冲突的选择适用	170

4.3.6.3	规章冲突的选择适用	176
4.4	适用法律、法规错误的情形	177
4.4.1	适用法律、法规错误的含义	177
4.4.2	适用法律、法规错误的表现形式	178
4.4.2.1	适用法律、法规性质错误	178
4.4.2.2	适用法律、法规条文错误	179
4.4.2.3	适用了没有效力的法律规范	180
4.4.2.4	未适用应当适用的法条	182
4.4.2.5	没有适用法条中必须适用的内容	184
第5章	对是否存在滥用职权、明显不当的审查	187
5.1	滥用职权与明显不当的概述	188
5.1.1	滥用职权的概念及构成	188
5.1.1.1	行政主体作出的行政行为不尽合理但未超出法定权限	188
5.1.1.2	行政主体的行政行为违背或者偏离法律、法规的目的、原则	190
5.1.1.3	行政主体的行政行为必须是不合理的	193
5.1.2	滥用职权与明显不当的区别	196
5.2	滥用职权、明显不当的表现形式	197
5.2.1	目的不良	197

