

docsriver.com商家本本商家

docsriver.com
商家本本书店

全国审判业务专家文库

总主编◎沈德咏



人民法院出版社

*Application of Laws
In Administrative Litigation*

行政诉讼中的法律适用

——最高人民法院行政诉讼批复答复解析

蔡小雪 郭修江 耿宝建◎著

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>





《全国审判业务专家文库》以审判业务专家在各自的审判研究领域形成的智慧和经验为主题，文库中既有研究审判理论和实践宏观问题的论著，也有探讨法律适用微观问题的心得，在内容上涵盖了司法理念、司法政策、审判制度、裁判思路和技巧、法律思维方式、重大调研课题等方面，具有鲜明的政治性、较高的理论性和较强的实务参考性，对于端正司法理念、规范司法行为、保障司法公正、提高司法效率，具有十分重要的作用。

——最高人民法院常务副院长 沈德咏

*National
Trial Experts' Library*

②

上架建议·行政审判实务

ISBN 978-7-5109-0288-8



9 787510 902888 >

定价：65.00 元

docsriver.com商家本本商家

全国审判业务专家文库

总主编◎沈德咏



人民法院出版社

*Application of Laws
In Administrative Litigation*

行政诉讼中的法律适用



图书在版编目 (CIP) 数据

行政诉讼中的法律适用：最高人民法院行政诉讼批复答复解析/蔡小雪，郭修江，耿宝建著. —北京：人民法院出版社，2011. 9

(全国审判业务专家文库)

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0288 - 8

I. ①行… II. ①蔡…②郭…③耿… III. ①行政诉讼法 - 法律适用 - 中国 IV. ①D925. 305

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 181223 号

全国审判业务专家文库

行政诉讼中的法律适用

——最高人民法院行政诉讼批复答复解析

蔡小雪 郭修江 耿宝建 著

责任编辑 孙振宇

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) 67550519 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 16 开

字 数 470 千字

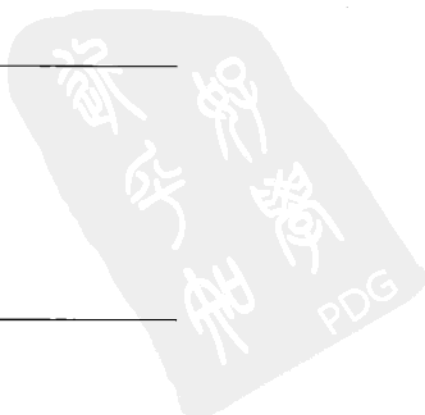
印 张 26. 75

版 次 2011 年 9 月第 1 版 2011 年 9 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0288 - 8

定 价 65. 00 元

版权所有 侵权必究



总 序

近年来，全国各级人民法院以邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导，深入贯彻落实科学发展观，始终坚持“三个至上”工作指导思想，牢固树立社会主义法治理念，紧紧围绕“为大局服务，为人民司法”工作主题，严格按照“从严治院、公信立院、科技强院”工作方针，深入推进“社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法”三项重点工作，一手抓执法办案，一手抓队伍建设，实现了指导思想、司法理念、作风建设和审判业务的与时俱进，各项工作取得了新进展、新成效。人民法院在执法办案中不断加强队伍建设，在队伍建设中切实提高执法办案水平，广大法官的理论素养和司法能力得到进一步增强，大局观念和为民意识得到进一步提高，涌现出一批政治立场坚定、司法能力突出、专业造诣深厚的高层次审判人才。

胡锦涛总书记在全国人才工作会议上强调，人才资源是第一资源，人才问题是关系党和国家事业发展的关键问题，人才工作在党和国家工作全局中具有十分重要的地位。为贯彻落实胡锦涛总书记的重要讲话精神 and 中央关于加强人才工作的战略部署，进一步搞好人民法院的人才工作和队伍建设

工作，最高人民法院决定在全国法院系统开展“全国审判业务专家”评审工作，旨在形成一个发现人才、培养人才、激励人才、使用人才的良好用人机制，营造一种尊重人才、崇尚知识、刻苦钻研、努力工作的氛围，从而为人民法院服务科学发展、实现自身科学发展进一步做好组织保证。第一批“全国审判业务专家”已于2009年底评出，第二批“全国审判业务专家”评审工作正在有序进行。“全国审判业务专家”是我国司法审判队伍的领军人物，代表了当代人民法院审判工作的最高水平，展现了新时期人民法官的风采。王胜俊院长在首届“全国审判业务专家”颁证仪式上强调，要尽可能发挥审判业务专家的业务特长，激发他们的创新活力，调动他们的研究热情，为他们提供施展才华的舞台。为此，人民法院出版社继出版《全国审判业务专家谈办案方法》一书后，精心策划了内容更为全面、形式更为开放、视野更加开阔的集中展示审判业务专家审判理论和实务研究最新成果的系列图书——《全国审判业务专家文库》。

执法办案是人民法院工作的第一要务。执法办案过程不是简单机械地套用法律的过程，而是在正确的理念指导下，根据法律规定，运用知识和经验，进行推理和判断的复杂过程。这个过程融入了法官的智慧，凝结着法官的经验，体现着法官的素质。《全国审判业务专家文库》以审判业务专家在各自的审判研究领域形成的智慧和经验为主题，文库中既有研究审判理论和实践宏观问题的论著，也有探讨法律适用微观问题的心得，在内容上涵盖了司法理念、司法政策、审判制度、裁判思路 and 技巧、法律思维方式、重大调研课题等方面，具有鲜明的政治性、较高的理论性和较强的实务参考性，

对于端正司法理念、规范司法行为、保障司法公正、提高司法效率，具有十分重要的作用。同时，出版《全国审判业务专家文库》，也是最高人民法院创新法官教育培训方式，实现理论研究型向理论与实践结合型转变、知识培训型向知识与能力结合型转变，倡导法官教学、案例教学、现场教学的一次有益尝试，对于建设一支政治坚定、业务过硬、一心为民、公正廉洁的高素质人民法院队伍具有十分重要的意义。

《全国审判业务专家文库》中的图书按照最高人民法院“全国审判业务专家”的评选时间有序出版，成熟一部推出一部，成熟一批推出一批，在已有品牌效应的基础上，逐步形成规模效应。对此，我衷心希望“全国审判业务专家”的研究成果不断加入这个文库，使其真正成为人民法院审判理论和实务研究的高端平台。同时，我也衷心希望广大法官特别是基层法院的法官能够从文库中汲取到适合的经验和办法，并将其灵活运用于审判实践中，有效化解社会矛盾和纠纷，保障人民群众合法权益，维护社会公平正义，促进社会和谐稳定。

是为序。

最高人民法院常务副院长

2011年8月8日



前 言

法律必须经由解释，始能适用。抽象的法律条文只有通过适当的解释才能与复杂多变的现实生活实现对接。在现行的法律架构下，全国人大常委会可以就法律、法令条文本身需要明确界限的内容进行解释，最高人民法院也可以对法院审判工作中具体适用法律、法令的问题进行解释。而最高人民法院除了制定专门性司法解释解释法律，更多的是通过针对下级法院审理案件中发现的法律问题的请示作出批复、答复方式来解释法律、法令。由于行政审判的特殊性，人民法院有关行政审判的批复、答复，已经延伸到整个行政管理领域，覆盖了法律、法规和规章。有关行政审判的批复、答复，不但指导着下级法院办案，也规范着行政机关行政执法，并保证了法律的与时俱进。

为了便于大家了解和掌握最高人民法院近年来有关行政诉讼的批复、答复，我们将近十年最高人民法院所作的批复、答复进行了汇编，主要收集有关行政诉讼的常见法律适用问题。全书共分两大部分：第一部分是针对行政诉讼和行政赔偿法律规范的批复、答复，主要解决行政诉讼受案范围、诉讼参加人、起诉与受理、审理、行政赔偿和执行当中存在的疑难问题；第二部分是针对行政诉讼中反映出的行政实体法律规范的解释和应用，主要解决行政机关间职权冲突、行政程序、法律规范冲突与选择等问题。为了增强本书的指导性和实用性，还专门重点收集了公安、社会保障和工商管理领域所作的批复和

答复。

“授人鱼不如授人以渔”。为了全面反映最高人民法院批复、答复形成的过程，便于大家了解和掌握最高人民法院法官如何正确选择适用法律、如何解释法律，本书除了收集相关批复、答复文本外，还对批复、答复涉及问题的由来予以介绍，并对批复、答复形成的过程进行法理分析，最后对适用批复、答复应当注意的问题进行了说明。我们认为，伴随着法律的与时俱进，不少批复、答复本身可能会失去指导意义，但我们相信那些隐藏在批复、答复背后的法律适用原则和法律方法将永葆青春，并且将不断引领读者去正确理解选择适用法律，解决法律适用中遇到的新问题。需要说明的是，批复、答复本身往往代表着当时的司法政策和价值取向，需要请示最高人民法院来解决本身就说明了问题的广泛争议性和答案的多重选择性，而最高人民法院将其中的一种结论作为“唯一正解”予以答复，其原因是多重的。或许正如波斯纳所言：“在通盘考虑之后，后果比较好的解释因为其后果比较好这一点也许就是‘正确的’解释。”^①

本书的编写始终凝结着集体智慧的结晶。每一个批复、答复都是最高人民法院行政审判庭集体研究的成果，有的批复、答复还经最高人民法院审判委员会讨论通过。本书的编写工作也得到了院、庭领导和全庭同志的大力支持，他们的鼓励和帮助我们得以在繁忙的工作中对多年来的批复、答复进行整理和编写，在此一并致谢。但全书存在的错误和缺陷，一律由编者负责。

编者

2011年8月

^① [美] 波斯纳 (Richard A. Posner): 《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社1994年版，第134页。

目 录

• 行政诉讼及行政赔偿编

一、受案范围

- 行政机关出具介绍信的行为是否属于可诉的具体行政行为 (3)
- 地质矿产主管部门作出的非法采矿及破坏性采矿鉴定结论
是否属于行政诉讼的受案范围 (11)
- 关于土地管理部门出让国有土地使用权以及与之相关的拍卖、
拍卖公告等行为的性质问题 (15)
- 拍卖出让国有建设用地使用权的土地行政主管部门与竞得人
签署成交确认书行为的性质及监督救济方式 (21)
- 不予受理复议申请决定是否属于行政诉讼的受案范围 (29)

二、管辖和诉讼当事人

- 关于不服国有资产界定决定的管辖问题 (35)
- 土地实际使用权人对行政机关出让土地行为具有行政诉讼
原告资格 (39)
- 地方国有资产监督管理委员会是否可以作为行政诉讼的被告 (51)

三、起诉与受理

- 《关于适用行政复议法第三十条第一款有关问题的批复》
的理解与适用 (58)
- 不知道行政行为内容的,起诉期限应如何计算 (67)

四、审理

关于审理房屋登记行政案件中发现涉嫌刑事犯罪应如何处理
的问题 (78)

五、行政赔偿

监狱就罪犯在劳动中致伤、致残所作的医疗费、补偿金等
处理行为是否属于行政诉讼的受案范围 (88)

警察以其机关的名义与罪犯共同诈骗的行为所引起的赔偿
应如何定性 (95)

在看守所被同监房人致残应适用行政赔偿程序予以赔偿 (102)

六、执行

行政处罚的加处罚款在诉讼期间不应计算 (111)

驳回原告诉讼请求的判决应以行政机关申请非诉执行方式执行 (120)

人民法院强制执行后标的物的移交问题 (129)

• 实体总论编

一、行政职权

部门职权的一般规定与特别规定的判断与适用 (135)

部门规章之间有关部门职权规定冲突的选择适用 (146)

部门职权的特别规定与一般规定的区分 (156)

关于安全生产监督部门是否有权对道路交通安全问题予以
行政处罚问题 (163)

有关层级职权的行政解释是否合法的审查与判断 (174)

复议机关有权改变复议决定,造成损害应该承担相应的责任 (181)

二、行政程序

没收较大数额财产应当听证,没收财产只能由法律、法规设定 (188)

复议机关对不属于复议范围的复议申请作出终止复议决定的
审查认定问题 (198)

三、法律规范冲突与选择

- 地方性法规的行政处罚规定是否与上位法的规定相抵触的
判断与适用 (206)
- 地方性法规与部门规章中有关行政处罚幅度规定不一致的
选择与适用 (215)
- 关于雷电防护设施检测执法中法律与地方性法规、地方性法规与
部门规章规定不一致时的法律适用问题 (224)
- 应当根据社会的发展需要解决法律规定中有关部门职权的
冲突 (229)
- 经营工业用盐无需办理准运证 (237)
- 国务院办公厅发布的规范性文件的法律效力的判断与适用 (247)

• 实体部门编

一、公安

- 因不满十四周岁不予刑事处罚的可以由政府收容教养 (261)
- “屡教不改”是对盗窃行为人实施劳动教养的必要条件 (270)
- 公安交警部门不能以交通违章行为未处理为由不核发机动车检验
合格标志 (277)
- 关于交通警察支队下属的大队能否作为行政处罚主体等问题 (283)

二、社会保障

- 因第三人造成工伤的职工或其亲属在获得民事赔偿后还可以
获得工伤保险补偿 (292)
- 职工外出学习休息期间受到他人伤害应否认定为工伤 (304)
- 车辆挂靠其他单位经营车辆实际所有人聘用的司机工作中伤亡
能否认定为工伤 (310)

超过法定退休年龄的进城务工农民因工伤亡的,是否适用
《工伤保险条例》进行工伤认定 (316)

国家机关聘用人员工作期间死亡应参照《工伤保险条例》的规定
认定工伤 (324)

关于《工伤保险条例》第六十四条的理解与适用 (329)

设区的市的区劳动和社会保障局是否具有劳动保障监察职权 (332)

职工无照驾驶无证车辆在上班途中受到机动车伤害死亡
应否认定工伤 (336)

三、工商管理

关于学校向学生推销保险收取保险公司佣金入账的行为
是否构成不正当竞争行为 (346)

设定行政处罚应遵循法律优先原则、法律保留原则和
处罚公开原则 (355)

责令改正是否属于撤销登记的前提条件问题 (365)

颁发个体工商户营业执照是否适用法律规定的环保评价
前置许可 (373)

关于工商行政管理机关是否有权对建筑合同转包行为进行处罚
的问题 (378)

关于学校附设的内部网络教室为校外公众提供收费上网服务
能否适用《互联网上网服务营业场所管理条例》的问题 (389)

四、其他

房地产管理机关能否撤销错误的注销抵押登记行为 (395)

长期未予征收补偿的城市规划区原集体土地上房屋应参照
国有土地房屋进行补偿安置 (403)

参照民事法律规范认定涉及民事问题的行政行为是否合法 (410)



行政诉讼及行政赔偿编



一、受案范围

行政机关出具介绍信的行为 是否属于可诉的具体行政行为

问题的提出

辽宁省高级人民法院在审理陈见旭诉大连市教育局出具介绍信的行为请示一案中，认定如下事实：2000年1月18日，大连宏良实业发展有限公司（以下简称宏良公司）向大连市教育委员会（以下简称大连市教委）提交了《关于成立兴华高中的请示》。该请示的主要内容是：“我公司与陈见旭等人合作，举办民办大连兴华高级中学，学校实行董事会领导下的校长负责制，投资体制为股份合作制，陈见旭为学校法定代表人，学校拟于2000年秋季招收6个班300名寄宿制学生，一并呈上《兴华高中办学章程》。”2000年6月1日，大连市教委下达了《关于同意成立兴华高中的批复》的大教委字〔2000〕73号文件，对宏良公司的请示作如下批复：学校名称为大连兴华高级中学，学校性质为民办普通高级中学，校长、法定代表人为陈见旭，原则批准兴华高中章程等内容。《兴华高中办学章程》第六条规定：“学校董事会是本校的最高权力机构”；第二十五条规定：“本校筹建工作，由宏良公司委托代表全权负责；学校成立并正式运转后，由董事会执行权力。”2000年7月28日，大连市物价局下发了行政事业性收费许可证。后兴华高中刻制了行政章、财务章和法定代表人印章，但没有成立董事会。2000年9月11日，宏良公司向大连市教委提交了《关于聘任周家昌同志为兴华高中校长的报告》，该报告的内容为：“根据工作需要，经研究决定，聘任周家昌同志为兴华高中校长（法人代表），免去陈见旭同志的兴华高中校长（法人代

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



表)职务。请予备案。”由于宏良公司更换兴华高中法定代表人并称兴华高中的财务章和公章丢失,应宏良公司的请求,大连市教委向相关单位出具了介绍信。9月11日,大连市教委向商业银行甘井子支行和大连日报社出具介绍信,内容为“更换兴华高中法人事宜”和“办理关于更换兴华高中法人印章及财务印章作废声明事宜”。9月24日,大连市教委又向甘井子公安分局和大连日报社出具介绍信,内容为“刻大连兴华高中校印”和“大连兴华高级中学公章作废”。陈见旭诉至原审法院,要求撤销大连市教委出具介绍信的行政行为,并在原审庭审中增加诉讼请求,要求恢复其兴华高中法定代表人身份。经大连中院查明,该校开办时刻制的三枚印章存放在陈见旭处,大连市教委后更名为大连市教育局。

辽宁省高级人民法院审判委员会在讨论该案时,对大连市教育局为大连兴华高中出具介绍信的行为是否属于具体行政行为的问题,形成以下两种不同意见:

第一种意见认为,大连市教育局出具介绍信的行为,不是可诉的具体行政行为。因为大连市教育局出具的四份介绍信的内容分别是:到公安局刻校印,变更在银行所留的法人印鉴,声明作废原公章,变更法人印章和作废财务印章。从这四份介绍信的内容看,都是向有关单位证明持信人可以办理相关事项,介绍信本身不设定权利义务,仅就当事人已经具有的法律规定应具备的法定条件进行反映,起证明作用。根据《社会力量办学条例》^①第三十二条第一款的规定,大连市教育局出具介绍信的行为是其法定职责,这种行政职责是行政主体在行使职权过程中依法必须承担的义务,这种义务所产生的行为,一是没有为相对人设定权利义务,二是如涉及了相对人的权利义务或使相对人权利义务产生了实际影响也是因为在开出介绍信之前这种权利义务关系已经确定,介绍信只是向他人明确肯定被证明对象的法律地位。也就是说,校长法定代表人的变更,不是因开具介绍信行为而致,诉开具介绍信的行为,解决不了变更法定代表人的问题。

第二种意见认为,行政机关出具介绍信的行为是准行政行为,应为可诉的具体行政行为。理由如下:第一,根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《行政诉讼法解释》)第一条的规定,可诉行政行为包括法律行为、准法律行为和事实行

^① 编者注:《中华人民共和国民办教育促进法》自2003年9月1日起施行,该条例同时废止,以下同。

为。出具介绍信的行为系证明行为，属准法律行为的范畴，应在可诉之列。根据《行政诉讼法解释》第一条第二款的规定，证明行为不在排除之列。第二，教育局出具介绍信的行为符合可诉行政行为的三个特征。首先，根据教育法的规定，教育局是在本区域内的教育行政管理机关，符合可诉行为的主体特征；其次，介绍信的内容与行使教育管理职权有关，符合可诉行为与行使行政职权有关的内容特征，也是判断该行为是否可诉的根本标准。本案中，大连市教育局依据《社会力量办学印章管理暂行规定》第五、七、十二、十三条之规定，有出具介绍信的教育行政管理职权；再次，出具介绍信的行为内容“更换兴华高中法人，更换法人印章、财务章、声明原印章作废、重新刻制兴华高中校印”，对申请人宏良公司办学、对外行使权利产生影响，符合可诉行政行为必须对行政管理相对人的权利义务产生实际影响的后果特征。原来学校印章均在陈见旭手中，大连市教育局根据宏良公司印章丢失的申请，向公安局出具介绍信声明原印章作废，使宏良公司重新刻制了校印，对外得以行使学校职权，对原任校长陈见旭的影响显而易见，如没刻新印章，陈见旭对外仍可行使校长职权。反过来，如宏良公司申请，教育局不给开具介绍信，宏良公司依法可告教育局不作为，那么不作为的行为可诉，作出的行为就当然可诉。第三，教育局对民办校长的变更具有批准权，并非备案权。根据《社会力量办学条例》第二十二条第三款规定，本案中教育局未履行批准权，就开具介绍信的证明，不能说对相对人没有影响。

该院审判委员会讨论后倾向于第二种意见。因该案应否受理的问题，涉及对行政诉讼法及有关司法解释的理解问题，且涉及面大，故向最高人民法院请示。

法理分析

根据行政诉讼法第十一条的规定，公民、法人或者其他组织对行政机关作出的具体行政行为不服，可以向人民法院提起行政诉讼。换言之，公民、法人或者其他组织对行政机关非具体行政行为的行为不服，不能提起行政诉讼。因此，有必要弄清具体行政行为的概念。

何谓具体行政行为？这是一个理论和实践上均存在争议的问题。行政诉讼法没有对此明确作出解释。行政诉讼法立法之初，最高人民法院在参考当时的法学教材并征求了法学界意见的基础上，制定了《最高人民法院关于

贯彻执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的意见（试行）》^①（以下简称《行政诉讼法意见》），试图通过给具体行政行为下定义的方式解决受案范围的问题。该意见在第一条中将“具体行政行为”定义为：“国家行政机关和行政机关工作人员、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织或者个人在行政管理活动中行使行政职权，针对特定的公民、法人或者其他组织，就特定的具体事项，作出的有关该公民、法人或者其他组织权利义务的单方面行为”。该定义在后来的实践中遭到行政法学界的强烈反对。归纳起来，主要存在如下几点质疑：一是将行政机关委托的组织或者个人列入行使行政职权的主体范围，容易让人误解行政机关委托的组织或者个人也可以成为行政主体；二是行使行政职权的提法，容易让人误解违法的行政行为，特别是无效的行政行为不是行政行为；三是单方行为的限制，明确排除了双方行政行为（如行政合同）的可诉性；四是将具体行政行为界定为“作出的……行为”，容易让人误认为行政不作为行为不具有可诉性。^②

由于《行政诉讼法意见》为具体行政行为所下的定义存在诸多缺陷，加之行政审判实践不断丰富，为了使具体行政行为的定义更为科学，最高人民法院在最初起草《行政诉讼法解释》时提出了三个方案：第一种方案是全面列举。由于全面列举难以将所有具体行政行为全部列举穷尽，故没有被采纳。第二种方案是给具体行政行为下一个定义。有学者主张，应当给具体行政行为下定义，可以表述为：“公民、法人或者其他组织对行政机关及其工作人员基于行政职权作出的对其权利义务产生实际影响的行为不服，依法提起行政诉讼的，属于人民法院的受案范围。”这种方案存在两个问题：一是这种表述只规定可诉的行政机关作出的具体行政行为，没有包括行政机关的行政不作为行为；二是基于行政职权作出对行政相对人权利义务产生影响的行为，未必都是行政行为，更可能不是具体行政行为，而是民事行为。基于这两点，该方案未被采纳。^③第三种方案采用排除法，即除不受理的行政行为外，其余的行政行为都具有可诉性。这种方案虽然未给具体行政行为下一个准确的定义，仍不尽如人意，但是为便于各级人民法院立案时掌握行政诉讼的受案范围，最终《行政诉讼法解释》采纳了第三种方案。

^① 编者注：《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行）》自2000年3月10日起施行，该意见同时废止，以下同。

^② 胡建森主编：《行政诉讼法学》，高等教育出版社2003年版，第26页。

^③ 甘文：《行政诉讼法司法解释之评论》，中国法制出版社2000年版，第16页。

《行政诉讼法解释》第一条规定：“公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服，依法提起诉讼的，属于人民法院行政诉讼的受案范围。公民、法人或者其他组织对下列行为不服提起诉讼的，不属于人民法院行政诉讼的受案范围：（一）行政诉讼法第十二条规定的行为；（二）公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为；（三）调解行为以及法律规定的仲裁行为；（四）不具有强制力的行政指导行为；（五）驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为；（六）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。”

根据《行政诉讼法解释》第一条的规定，具体行政行为应当包括四个方面的构成要件：一是行为的主体必须是具有国家行政职权的机关和组织，包括行政机关和法律、法规、规章授权的组织；二是其内容必须与行使职权有关；三是必须针对特定的事项，不能反复使用；四是必须对公民、法人或者其他组织权利义务产生实际影响。具有这四个方面构成要件的行为，同时不属于《行政诉讼法解释》第一条第二款的规定，即不属于人民法院行政诉讼的受案范围的行为，就应当认定为可诉的具体行政行为。

在行政法理论中，将符合行政行为的特征，包含行政行为的某些基本要素，但又因欠缺某些或者某个要素，而不同于一般行政行为的一类行为，称之为准行政行为。准行政行为的概念源于欧洲大陆法系的行政法理论，在台湾地区已被行政法学界普遍接受，我国大陆行政法学理论也有此概念。在通常情况下，准行政行为是指以下四种行为：（1）受理行为。即行政机关接受行政相对人的申请并启动行政程序的行为。（2）通知行为。即行政机关的一种告知行为，形式不尽相同。有些通知是行政机关已经作出了一个行政决定，然后将内容告诉行政相对人。（3）确认行为。即行政机关对于一定的事实和法律关系存在争议或疑问时，通过公断，确认其是否存在、是否正确。（4）证明行为。即行政主体对特定的法律关系或者法律事实证明其存在与否的行为，是行政机关以职权或者应申请，对法律上的事实、性质、权利、资格或者关系进行甄别和认定。

本案教育行政主管部门出具介绍信的行为是一个较为典型的准行政行为中的证明行为，正因为准行政行为欠缺行政行为某些或者某个要素，因此，准行政行为是否具有可诉性，还需对照可诉的具体行政行为的构成要件进行分析。就本案被诉行为是否具有可诉性，应当从以下五个方面进行分析：第一，本案是大连市教育局为大连兴华高中出具介绍信，也就是说，出具介绍信的主体是大连市教育局，其性质是行政机关，符合行政主体的要求。第

二，大连市教育局出具介绍信的内容为“更换兴华高中法人，更换法人印章、财务章、声明原印章作废、重新刻制兴华高中校印”，依据《社会力量办学条例》第二十二条款^①和《社会力量办学印章管理暂行规定》第五条、第七条、第十二条、第十三条^②的规定，教育局具有更换学校法人代表和印章、学校刻制印章、学校更名等法定职权；因此，大连市教育局为大连兴华高中出具介绍信的行为与其行使职权有关。第三，本案大连市教育局出具介绍信的行为，仅仅针对更换兴华高中法人代表，更换法人印章、财务章、声明原印章作废、重新刻制兴华高中校印章的特定事项，不具有反复使用性。第四，原来学校印章均在该校原任校长陈见旭手中，大连市教育局根据宏良公司印章丢失的申请，向公安局出具介绍信声明原印章作废，使宏良公司重新刻制了校印，对外得以行使学校职权，正因为这一行为外化，对原任校长陈见旭的影响显而易见，如没刻新印章，陈见旭对外仍可行使校长职权。换言之，对原告陈见旭的名誉权、管理学校的经营权都会产生实际影响。第五，被诉出具介绍信的行为，不属于《行政诉讼法解释》第一条第二款规定的不属于人民法院行政诉讼受案范围的行为。据此，从辽宁省高级人民法院请示报告中所认定的事实来看，本案被诉行为属于行政诉讼的受案范围。

合议庭在讨论中，同意上述分析意见，但考虑到，为防止上级法院代替下级法院行使审判权，故只对请示中的法律问题作出答复，不宜对具体案件如何处理作出答复。据此，最高人民法院2003年11月26日作出的〔2003〕行他字第17号《关于教育行政管理部门出具介绍信的行为是否属于可诉具体行政行为请示的答复》指出：“教育行政主管部门出具介绍信的行为对行政相对人的权利义务产生实际影响的，属于可诉的具体行政行为。”此答复

① 《社会力量办学条例》第二十二条款规定：“教育机构的校长或者主要行政负责人的人选，设立校董会的，由校董会提出；不设立校董会的，由举办者提出，经审批机关核准后聘任。”

② 《社会力量办学印章管理暂行规定》第五条规定：“学校刻制印章，必须持教育行政部门出具的证明，到所在地的县级以上公安机关办理审批手续，经批准后，方可到指定的刻字社或工厂刻制。”第七条规定：“学校及其职能机构的印章所刊名称、刻章枚数，须以教育行政部门出具的证明为准，其他组织和个人不得擅自变动。”第十二条规定：“学校更改名称，应将原印章交到批准办学的教育行政部门，刻制新印章按本规定执行。”第十三条规定：“印章丢失，须向同意和批准刻制印章的教育行政部门和公安机关报告，并声明作废。刻制新印章按本规定重新申请。”

是针对辽宁省高级人民法院的请示所作出的，所以，明确的主体是教育行政主管部门。按照行政诉讼法理论，只要是行政机关出具介绍信的行为，对行政相对人的权利义务产生实际影响的，都属于可诉的具体行政行为。

应注意的问题

人民法院在确认准行政行为是否具有可诉性时，应当注意以下几个问题：

（一）关于受理行为的可诉性问题

引起受理行为诉讼的，有两种情况：一种是行政相对人向行政机关提出申请后，行政机关不予受理或者不予答复；另一种是行政机关受理了行政相对人的申请，其他利害关系人对其受理行为提起诉讼。根据我国现行行政诉讼法第十一条的规定，这两种诉讼除当事人要求公安机关实施刑事侦查行为不能起诉外，其他受理行为均已纳入行政诉讼的受案范围。法学理论界对受理行为可诉性问题没有争论，对这类行为，只要行政相对人依法起诉，法院均应受理。

（二）关于通知行为的可诉性问题

有些通知是行政机关已经作出了一个行政决定，然后将内容告诉行政相对人。这类通知本身没有形成任何权利义务关系，因此，对这类通知提起行政诉讼是没有必要的。但是，在有些情况下，行政机关先前并未作出一个行政决定，而是以通知的形式确定或者直接涉及到公民、法人或者其他组织的权利义务，对这类通知提起的行政诉讼，不应将其排除在行政诉讼受案范围之外。

（三）关于确认行为的可诉性问题

行政机关作出的有关权属的确认、工伤事故的确认、医疗事故的确认等确认行为，都属于可诉的行政行为。

（四）关于证明行为的可诉性问题

证明行为尽管是准行政行为，但其主体是行政机关，其内容多数与行使职权有关，而且是针对特定的事项，不能反复使用。但是，有些证明行为对

行政相对人的权利义务产生实际影响，有些不产生实际影响。产生实际影响的证明行为，多数是被外化的，即向行政相对人或者社会公布；未产生实际影响的，多数是没有被外化的，即未向行政相对人或者社会公布。因此，对证明行为要审查证明的内容是否对起诉人有实际影响。如果没有，就可以驳回起诉人的起诉；如果有，就要审查该证明的内容是否向行政相对人或者社会公开。未公开、仅仅作为证据的，因不直接影响起诉人的权利义务，依据《行政诉讼法解释》第一条第二款第（六）项的规定，不属于行政诉讼的受案范围。

（执笔人：蔡小雪）

附：

**最高人民法院
关于教育行政主管部门出具介绍信的行为
是否属于可诉具体行政行为请示的答复**

2003 年 11 月 26 日

[2003] 行他字第 17 号

辽宁省高级人民法院：

你院《关于大连市教育局出具介绍信的行为是否为具体行政行为的疑请报告》收悉。经研究如下：

教育行政主管部门出具介绍信的行为对行政相对人的权利义务产生实际影响的，属于可诉的具体行政行为。

此复



地质矿产主管部门作出的非法采矿及破坏性采矿鉴定结论是否属于行政诉讼的受案范围

问题的提出

河北省高级人民法院〔2004〕冀法行字第1号《关于地质矿产主管部门作出的非法采矿及破坏性采矿鉴定结论是否属于人民法院受案范围问题的请示报告》称,《最高人民法院关于审理非法采矿、破坏性采矿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第六条规定:“破坏性的开采方法以及造成矿产资源破坏或者严重破坏的数额,由省级以上地质矿产主管部门出具鉴定结论,经查证属实后予以认定。”地质矿产主管部门出具鉴定结论的行为是否属于人民法院行政诉讼的受案范围?对此问题,河北省高级人民法院存在两种不同意见:

一种意见认为,不属于人民法院行政诉讼受案范围。理由如下:此鉴定结论并不是地质矿产主管部门基于法定职责而作出的具体行政行为,其在公安机关办理刑事案件中只起到证据的作用,必须在庭审中接受当事人的质证,“经查证属实后予以认定”,对人民法院没有绝对的拘束力,对当事人的权利和义务亦不产生直接的影响。

另一种意见认为,属于人民法院行政诉讼受案范围。理由如下:此鉴定结论是一种确认行为,是特定的行政机关代表国家所作的一种判断,对当事人的法律责任已经作出明确划分,特别是在经过行政复议的情况下,人民法院不予受理尤为不妥。

该院审判委员会倾向于第一种意见。

法理分析

关于当事人对行政机关作出的鉴定结论不服可否提起行政诉讼的问题，在法学界和实务界存在不同的认识。

不少学者认为，行政机关或者法律法规授权的组织作出鉴定结论，均属于可诉的行政行为。理由有两点：第一，无论是行政机关还是法律法规授权的组织作出的鉴定结论，其作出的主体是行政主体，它代表国家行使鉴定的行政职权，其结论具有法律约束力，其他机构的鉴定行为没有这个特点。第二，行政机关或者法律法规授权的组织行使鉴定职权与其他行政职权相比，有不同的特点，它的技术性、专业性较强。但是，由于公证、鉴定机关均属于法律法规授权的组织，其行为属于行政证明行为，虽然此类行为并不直接创设对行政相对人发生法律效力的权利和义务，而是对已经形成的权利和义务加以某种形式的认可，增强该行为的确定性，所以会间接影响当事人的法律地位，应该具有可诉性。^①

也有不少学者认为，行政机关或者法律法规授权的组织作出的鉴定结论有两种情况。一种是外化的鉴定结论。它是指行政机关或者法律法规授权的组织所作出的鉴定结论已经向社会或者一定人群公开，并对当事人产生某种不利或者有利的后果。例如，技术监督检验检疫机关将抽检产品的鉴定结论依据产品质量法的有关规定向社会公布，当这一鉴定结论公布后，即被行政机关确定，增强该鉴定结论的确定性，对当事人的声誉等将产生一定的影响，有时比行政处罚造成的影响还大。为此，外化的鉴定结论属于可诉的具体行政行为。当然，鉴定行为的技术性、学术性、专业性、知识性较强，一般不宜由法院进行事实方面的审查，而应该进行法律方面的审查。对于违反法定程序或合法要件的鉴定行为，法院可以依法进行必要的审查，并作出相应的裁判。另一种是未外化的鉴定结论。它是指行政机关或者法律法规授权的组织所作出的鉴定结论未向社会公开，而是作为其作出具体行政行为的证据使用。未外化的鉴定结论是否对当事人的权益产生影响，取决于行政机关最终作出的有关行政行为。如果行政机关未将该鉴定结论作为行政行为认定事实的依据，对当事人的权益不会产生任何影响；如果行政机关将该鉴定结论作为其行政行为认定事实的依据，对当事人的权益才发生影响，但是这种

^① 马怀德：《行政诉讼范围研究》，载《诉讼法学研究》2002年第1期。

影响是非常间接的，最终产生实际影响的是行政行为或者司法机关的处理结果。据此，未外化的鉴定结论不具有可诉性。

根据《最高人民法院关于审理非法采矿、破坏性采矿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第六条的规定，地质矿产主管部门所作的鉴定结论系公安机关、人民检察院、人民法院办理刑事案件的依据，对当事人不直接产生权利和义务的实质影响，该鉴定结论还没有外化。因此，利害关系人对地质矿产主管部门出具的鉴定结论有异议，可以向上一级地质矿产主管部门申请重新鉴定，如因鉴定结论而向人民法院提起行政诉讼，不属于人民法院受案范围。

最高人民法院行政审判庭采纳了后一种意见，于2005年2月22日作出〔2004〕行他字第16号《关于地质矿产主管部门作出的非法采矿及破坏性采矿鉴定结论是否属于人民法院受案范围问题的答复》。答复指出：“《最高人民法院关于审理非法采矿、破坏性采矿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第六条中规定的‘地质矿产主管部门所作的鉴定结论’，作为刑事案件中的证据，将在刑事诉讼中接受审查，对当事人不直接产生权利义务的实质影响。因此，当事人对地质矿产主管部门作出的上述鉴定结论有异议，可以依照刑事诉讼法的有关规定要求重新鉴定，一般不能直接向人民法院提起行政诉讼。”

应注意的问题

人民法院在处理具体行政案件，适用〔2004〕行他字第16号答复时，需要注意以下两个问题：

（一）未外化的鉴定结论均不得提起行政诉讼

最高人民法院对高级人民法院的请示，一般仅就请示的问题予以答复，对未请示的问题不作答复。河北省高级人民法院的请示报告，仅就地质矿产主管部门作出的非法采矿及破坏性采矿鉴定结论是否属于人民法院受案范围问题请示，故〔2004〕行他字第16号答复仅就此问题作出答复。根据这一法理，其他的鉴定结论除外化的，亦属于不可诉的行为。

（二）注意区分外化与未外化的鉴定结论

外化与未外化的鉴定结论是区分该鉴定结论是否可诉的重要条件，确定

外化与未外化的区别点是“是否向社会公布”。行政机关未向社会公布，仅供有关机关处理具体案件时作为证据使用的鉴定结论，属于未外化的鉴定结论，不具有可诉性。行政相对人通过行政机关内部途径或者在行政处理、诉讼中得到行政机关未向社会公布的鉴定结论，仍属于未外化的性质，仍不具有可诉性。反之，向社会公布的，则属于外化的鉴定结论，具有可诉性。

(执笔人：蔡小雪)

附：

**最高人民法院行政审判庭
关于地质矿产主管部门作出的非法采矿
及破坏性采矿鉴定结论是否属于
人民法院受案范围问题的答复**

2005年2月22日

[2004]行他字第16号

河北省高级人民法院：

你院〔2004〕冀法行字第1号请示报告收悉，经研究，答复如下：

《最高人民法院关于审理非法采矿、破坏性采矿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第六条中规定的“地质矿产主管部门所作的鉴定结论”，作为刑事案件中的证据，将在刑事诉讼中接受审查，对当事人不直接产生权利义务的实质影响。因此，当事人对地质矿产主管部门作出的上述鉴定结论有异议，可以依照刑事诉讼法的有关规定要求重新鉴定，一般不能直接向人民法院提起行政诉讼。

此复

关于土地管理部门出让国有土地 使用权以及与之相关的拍卖、 拍卖公告等行为的性质问题

问题的提出

四川省高级人民法院在审理攀枝花市以阁房地产开发有限责任公司（以下简称以阁公司）诉攀枝花市国土资源局（以下简称市国土局）、攀枝花市人民政府（以下简称市政府）土地使用权拍卖上诉一案中，认定如下事实：以阁公司诉称，其与市国土局签订的合同编号为 2008 - 01510 号的《国有土地使用权出让合同》确定出让位于攀枝花市消防支队（以下简称市消防支队）内部分宗地，由于双方存在争议，以阁公司已提起民事诉讼。但民事诉讼正在进行的同时，经市政府批准，市国土局于 2009 年 1 月 14 日又公告拍卖该宗土地，故请求：（1）判令市政府、市国土局拍卖位于市消防支队内宗地的行为违法；（2）判令市政府、市国土局立即停止侵害起诉人的行为。

四川省高级人民法院审判委员会在讨论该案时，对土地管理部门出让国有土地使用权之前的拍卖行为以及与之相关的拍卖公告等行为的性质在认定上存在两种不同意见：

第一种意见认为，根据房地产管理法第十三条的规定，土地使用权的出让包括拍卖、招标和双方协议三种方式。该法第十五条还规定：“土地使用权出让，应当签订书面出让合同。土地使用权出让合同由市、县人民政府土地管理部门与土地使用者签订。”《民事案件案由规定》明确规定建设用地使用权出让合同纠纷属民事案件案由，说明土地使用权的出让行为是土地管理部门代表国家对土地使用权的处置行为，其行为性质当属民事行为。因

此，土地管理部门签订土地使用权出让合同之前的拍卖行为以及为了拍卖而作出的土地拍卖公告均当属民事行为，当事人对拍卖行为和公告行为不服提起的诉讼，不属于人民法院行政诉讼的受理范围。

第二种意见认为，土地管理部门依法享有对土地资源的行政管理职权，包括国有土地的出让及与之相关的拍卖、拍卖公告等。因此，土地管理部门对国有土地出让前的拍卖及与之相关的拍卖公告等行为属于行政行为，行政相对人或利害关系人对该行为不服提起的行政诉讼，属于人民法院行政诉讼的受案范围。

四川省高级人民法院审判委员会倾向于第一种意见。因该类行为性质的认定具有普遍意义，决定向最高人民法院请示。

法理分析

土地管理部门出让国有土地使用权之前的拍卖行为以及与之相关的拍卖公告等行为的性质，决定此类行为引发的争议是提起行政诉讼，还是民事诉讼。下面从以下几个方面进行分析：

（一）关于国有土地使用权出让、转让合同的性质问题

根据合同法第二条^①的规定，平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议的性质属于民事合同。

行政合同是指行政机关以实施行政管理为目的，与行政相对一方就有关事项经协商一致而达成的协议。它具有如下特征：第一，合同的当事人必须有一方是行政主体，即具有法定行政职权的行政机关或者法律法规授权的组织。第二，合同的内容是行政管理的公共事务，具有公益性。第三，适用超越民事法律以外的规则。它表现为行政主体在行政合同中具有相应的特权。这些特权包括：要求当事人亲自履行合同权、对合同具有一定的指挥权、对合同在特定条件下有单方面的变更或者解除权、对对方当事人违反合同的制裁权。这些特权表现在行政主体与行政相对一方在行政合同中不平等的法律地位。

城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例第八条规定：“土地使用权出

^① 合同法第二条规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”

让是指国家以土地所有者的身份将土地使用权在一定年限内让与土地使用者，并由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。土地使用权出让应当签订出让合同。”第十一条规定：“土地使用权出让合同应当按照平等、自愿、有偿的原则，由市、县人民政府土地管理部门（以下简称出让方）与土地使用者签订。”仅从这两条的规定来看，土地管理部门在签订国有土地使用权出让、转让合同的过程中似不是以纵向的管理者的身份而是以平等的所有者的身份出现的，且要遵循平等、自愿、有偿的民事原则，因而此类合同属于民事合同。

但是，城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例第九条规定：“土地使用权的出让，由市、县人民政府负责，有计划、有步骤地进行。”第十条规定：“土地使用权出让的地块、用途、年限和其他条件，由市、县人民政府土地管理部门会同城市规划和建设管理部门、房产管理部门共同拟订方案，按照国务院规定的批准权限报经批准后，由土地管理部门实施。”第十七条规定：“土地使用者应当按照土地使用权出让合同的规定和城市规划的要求，开发、利用、经营土地。未按合同规定的期限和条件开发、利用土地的，市、县人民政府土地管理部门应当予以纠正，并根据情节可以给予警告、罚款直至无偿收回土地使用权的处罚。”第十八条规定：“土地使用者需要改变土地使用权出让合同规定的土地用途的，应当征得出让方同意并经土地管理部门和城市规划部门批准，依照本章的有关规定重新签订土地使用权出让合同，调整土地使用权出让金，并办理登记。”根据上述规定，此类合同适用的规则，是超越民事法律以外的行政管理的规则。因此，从理论上讲，此类合同归于行政合同的范畴更为科学。

我国对国有土地使用权出让、转让合同的性质一直存在争议，行政法学者一般倾向定性为行政合同，民事学者一般倾向定性为民事合同。由于民事诉讼的判决形式比行政诉讼的判决形式灵活得多，有利于争议的解决，故《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》将国有土地使用权出让、转让合同定性为民事合同。但是，这仍无法改变此类合同具有相当多的行政管理要素。

（二）关于土地管理部门出让国有土地使用权以及与之相关的拍卖、拍卖公告等行为的性质问题

所谓行政行为，是指行政机关在行使职权过程中，依法对社会事实或对象进行管理所采取的能够直接产生法律后果的行为。它包括三层含义：第

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>

