

A Guide to Administrative  
Litigation Practice

# 行政诉讼实务指引

蔡小雪 甘文 / 著

人民法院出版社



# 行政诉讼实务指引

A Guide to Administrative  
Litigation Practice

ISBN 978-7-5109-0863-7



9 787510 908637 >

定价：85.00元

A Guide to Administrative  
Litigation Practice

# 行政诉讼实务指引

蔡小雪 甘文 / 著

人民法院出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

行政诉讼实务指引/蔡小雪, 甘文著. - 北京: 人民法院出版社, 2014. 1

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0863 - 7

I. ①行… II. ①蔡… ②甘… III. ①行政诉讼法 - 研究 - 中国 IV. ①D925. 304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 303846 号

## 行政诉讼实务指引

蔡小雪 甘文 著

---

责任编辑 吴秀军 丁丽娜

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) 67550608 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)  
65223677 (读者服务部)

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail [courtpress@sohu.com](mailto:courtpress@sohu.com)

印 刷 保定彩虹印刷有限公司

经 销 新华书店

---

开 本 787 × 1092 毫米 16 开

字 数 591 千字

印 张 37.25

版 次 2014 年 1 月第 1 版 2014 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0863 - 7

定 价 85.00 元

---

版权所有 侵权必究

## 缩略语对照表

一、本书中法律使用简称，如《中华人民共和国行政诉讼法》简称为行政诉讼法。

二、司法解释及司法文件等简称如下：

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》简称为《若干解释》；

2. 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释（试行）》简称为《贯彻意见》；

3. 《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》简称为《行政诉讼证据规定》；

4. 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》简称为《民事诉讼证据规定》；

5. 《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》，简称为《行政赔偿案件规定》；

6. 《国有土地上房屋征收与补偿条例》简称为《房屋征收补偿条例》。



# 目录 | Contents

## ■ 行政诉讼篇 /1

### · 第一章 受案范围 /3

第一节 立法政策和司法政策 /3

第二节 可诉行政行为的界定 /7

一、如何界定可诉的行政行为 /7

二、如何界定不可诉的行为 /12

三、如何解释行政诉讼法中的排除条款的问题 /15

第三节 关于行政行为性质的相对性 /21

一、行政行为的性质是否固定不变 /21

二、行政行为的性质因对象的不同而不同 /22

三、行政行为的性质受司法政策左右 /24

四、对象数量影响行政行为性质 /26

五、司法自由裁量权决定行政行为的性质 /27

第四节 准行政行为的可诉性及相关制度安排 /29

一、一个一直没有解决的理论问题 /29

二、纯粹事实问题判断 /31

三、既涉及事实问题判断又涉及法律问题判断的准行政行为 /33

四、如何弥补制度安排上的缺陷 /35

第五节 行政奖励和行政合同的行为性质 /37

一、关于行政奖励行为的问题 /37

二、关于行政合同行为的可诉性问题 /39

三、关于人身权、财产权以外权利的司法救济问题 /40

### · 第二章 管辖 /43

第一节 有关管辖分工的问题 /43

一、内部分工和管辖 /43

- 二、关于行政复议后引起的行政案件的管辖问题 /44
- 第二节 级别管辖、地域管辖及管辖权异议 /46
  - 一、级别管辖 /46
  - 二、关于涉及人身权的地域管辖问题 /47
  - 三、关于管辖异议的问题 /49
- 第三章 诉讼参加人 /50
  - 第一节 如何界定原告资格 /50
  - 第二节 如何定义行政诉讼被告 /55
    - 一、关于行政复议与适格被告之间关系的问题 /56
    - 二、关于如何设定共同被告条件的问题 /57
    - 三、关于如何界定适格被告与行政主体之间关系的问题 /58
    - 四、关于行政相对方作为行政诉讼第三人的问题 /61
  - 第三节 关于行政主体作为行政诉讼第三人的问题 /62
- 第四章 起诉与受理 /64
  - 第一节 有关受理的几个问题 /64
    - 一、关于法院受理行政案件的具体程序问题 /64
    - 二、关于行政复议程序与受理案件的关系问题 /65
    - 三、关于保护当事人诉权与防止滥用诉权的关系问题 /67
    - 四、关于对重作具体行政行为起诉的问题 /69
  - 第二节 关于起诉期限的几个问题 /70
    - 一、未告知相对人起诉期限情况下起诉期限的计算 /70
    - 二、相对人不知道具体行政行为内容情况下起诉期限的计算 /73
    - 三、相对人诉行政机关不作为的起诉期限 /74
- 第五章 审理与裁判 /77
  - 第一节 有关一审诉讼程序的几个问题 /77
    - 一、关于不予受理和驳回起诉裁定的条件问题 /77
    - 二、关于原告变更诉讼请求的问题 /81
    - 三、关于合并审理和申请回避的条件 /82
    - 四、法院主动采取财产保全的权力和先予执行案件范围的扩大 /84
    - 五、关于被告改变具体行政行为引起的确认判决和  
驳回诉讼请求判决 /86

六、关于中止诉讼与终结诉讼的问题	/87
七、关于行政复议决定与法院判决结果的关系问题	/90
八、关于如何解释行政诉讼法第五十五条的问题	/91
九、关于保护诉权原则的运用问题	/93
第二节 有关行政裁判的几个问题	/95
一、关于驳回诉讼请求判决的问题	/95
二、关于确认判决的问题	/98
三、关于法院的其他处理方式问题	/103
四、关于限定期限的问题	/105
五、关于行政案件和民事案件一并审理的问题	/106
六、关于裁判文书的法律规范援引问题	/108
第三节 有关再审程序的几个问题	/109
一、何谓行政诉讼法第六十三条中规定的“违反法律、法规规定”	/109
二、再审程序的引起和检察机关在审判监督程序中的尴尬地位	/111
三、再审裁判的效力及相关的程序性问题	/113
· 第六章 裁判的执行和非诉执行	/117
一、行政裁判的内涵和执行措施	/117
二、关于申请期限和管辖权问题	/119
三、关于申请执行的条件问题	/120
四、关于权利人的申请权问题	/124
五、财产保全和先予执行	/126
六、非诉执行案件的审查标准	/127
七、关于强制拆迁措施由何机关实施的问题	/130
■ 行政诉讼证据规则篇	/135
· 第一章 行政诉讼的举证责任规则	/137
第一节 举证责任概念和举证责任分配原则	/137
一、举证责任的概念	/137
二、行政诉讼举证责任分配的原则	/138
第二节 被告承担举证责任的范围	/140
一、被告应当对作出的具体行政行为负举证责任	/140
二、应当要求被告提供全部证据	/142



三、被告提供的作出具体行政行为所依据的规范性文件 不属于证据 /147	
第三节 原告、第三人承担举证责任的范围 /148	
一、原告承担推进举证责任 /149	
二、原告应当承担的特殊说服举证责任 /153	
三、关于原告应否承担诉授益行政行为的举证责任问题 /155	
四、关于第三人应否承担举证责任的问题 /157	
第四节 行政诉讼的举证期限 /159	
一、关于被告举证期限的问题 /159	
二、关于原告和第三人的举证期限问题 /162	
第五节 当事人补充证据 /166	
一、司法解释对当事人补充证据制度的完善 /166	
二、对《行政诉讼证据规定》第二条和第九条的理解 /167	
三、法院对当事人举证事项负有告知义务 /171	
· 第二章 提供证据的要求 /173	
第一节 对当事人提供各类证据的要求 /173	
一、对提供书证的要求 /173	
二、对提供物证的要求 /176	
三、对提供视听资料的要求 /178	
四、对提供电子证据的要求 /179	
五、对提供证人证言的要求 /180	
六、对提供鉴定结论的要求 /181	
七、对提供现场笔录、勘验笔录的要求 /183	
第二节 对当事人提供特殊证据的要求 /184	
一、对提供域外证据的要求 /184	
二、对提供外文文书和外语视听资料的要求 /188	
三、对提供涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私证据的要求 /189	
第三节 提交与接受证据和庭前证据交换程序 /190	
一、关于提交与接受证据的要求问题 /190	
二、庭前证据交换程序 /192	

· 第三章 调取和保全证据	/196
第一节 调取证据	/196
一、关于法院应否调取证据的问题	/196
二、关于法院主动调取证据的范围问题	/197
三、关于法院根据当事人申请调取证据的范围问题	/200
四、关于申请调取证据的要求问题	/202
五、关于申请调取证据的程序问题	/204
六、关于委托调取证据的程序问题	/206
第二节 保全证据	/207
一、关于申请保全证据的条件问题	/207
二、保全证据的具体措施及保全证据见证	/210
第三节 与鉴定、勘验相关的程序问题	/211
一、有关鉴定程序的问题	/211
二、有关勘验现场程序的问题	/217
· 第四章 质证	/219
第一节 行政诉讼质证模式的选择	/219
一、当今世界各国诉讼质证的主要模式	/219
二、我国行政诉讼质证模式的选择	/220
三、行政诉讼质证的主体	/221
第二节 庭审质证的范围	/222
一、关于确定质证范围的原则问题	/222
二、关于在不同审级中哪些证据需要庭审质证的问题	/223
三、适用有关庭审质证范围的司法解释时应当注意的问题	/227
第三节 质证程序	/228
一、关于质证方式的问题	/228
二、关于质证内容的问题	/230
三、关于证据的出示问题	/232
四、关于交叉询问的问题	/234
五、关于质证中几种特殊情况的处理问题	/235
第四节 证人出庭作证	/237
一、关于证人出庭作证的义务及排除情形的问题	/237

二、关于证人的资格问题	/239
三、关于行政执法人员出庭作证的问题	/241
四、关于证人出庭作证的几个程序性问题	/244
五、关于证人陈述证言的要求及意见证据规则的问题	/247
第五节 鉴定人和专家辅助人出庭接受询问或说明	/248
一、关于鉴定人出庭接受询问的问题	/248
二、关于专家辅助人出庭说明的问题	/251
·第五章 认定证据规则中的基本问题	/254
第一节 证明要求和认证的基本原则	/255
一、证明要求	/255
二、认定证据的基本原则	/257
第二节 行政诉讼的证明标准	/259
一、关于我国行政诉讼应当适用何种证明标准的问题	/260
二、关于各种证明标准的适用问题	/262
第三节 审查判断证据的方法	/267
一、审查判断证据的基本方法	/267
二、审查证据合法性的方法	/268
三、审查证据真实性的方法及内容	/269
第四节 认定证据的方式	/271
一、关于当庭认证的问题	/271
二、关于纠正当庭认证错误的方式问题	/272
·第六章 有关认定证据关联性和合法性的规则	/274
第一节 行政诉讼证据的关联性规则	/274
一、关联性规则的涵义	/274
二、行政诉讼证据关联性所包含的具体内容	/275
三、关于判断间接证据的关联性问题	/276
四、关于品格证据和过去行为证据的关联性问题	/279
第二节 违反法定程序收集的证据的效力	/280
一、关于违反法定程序收集的证据效力问题争论的焦点	/280
二、应当排除违法收集的证据的种类	/282
三、关于私自录制的视听资料效力的问题	/285

- 第三节 案卷主义规则 /287
- **第七章 有关认定证据真实性的规则 /295**
  - 第一节 行政诉讼最佳证据规则 /295
    - 一、关于行政诉讼最佳证据规则的范围问题 /295
    - 二、适用行政诉讼最佳证据规则应当注意的问题 /302
  - 第二节 鉴定结论与电子证据的证明效力 /304
    - 一、关于鉴定结论的认定问题 /304
    - 二、关于电子证据的认定问题 /310
  - 第三节 行政诉讼自认规则 /312
    - 一、关于诉讼外的自认的证明力问题 /313
    - 二、关于默示的自认的证明力问题 /313
    - 三、关于自认的适用范围问题 /314
    - 四、关于代理自认的证明力问题 /315
    - 五、关于自认的撤回问题 /317
    - 六、适用自认规则应当注意的问题 /317
  - 第四节 行政诉讼司法认知和推定 /320
    - 一、关于行政诉讼应否适用司法认知和推定的问题 /320
    - 二、关于行政诉讼适用司法认知的范围问题 /321
    - 三、关于行政诉讼推定适用的范围问题 /324
    - 四、关于妨碍举证的推定问题 /325
    - 五、关于行政诉讼司法认知和推定可否反驳的问题 /326
    - 六、适用司法认知和推定需要注意的问题 /327
  - 第五节 排除真实性规则与补强证据规则 /329
    - 一、关于排除真实性规则的问题 /329
    - 二、关于补强证据规则的问题 /332
    - 三、排除真实性规则与补强证据规则的同异 /336
- **行政复议与行政诉讼的衔接篇 /339**
  - **第一章 行政复议与行政诉讼在受理范围上的关系 /341**
    - 第一节 行政诉讼受案范围与行政复议受案范围的衔接 /341
      - 一、行政诉讼法与行政复议法在受案范围规定上的区别 /341
      - 二、经过复议的案件是否都可以提起诉讼 /343

- 三、民事纠纷处理决定与行政复议、行政诉讼的关系 /344
- 第二节 最终裁决与行政复议、行政诉讼的关系 /346
  - 一、设置最终裁决应当考虑的因素 /346
  - 二、我国法律设定的最终裁决的种类 /347
  - 三、关于最终裁决与行政诉讼关系的两个问题 /352
- 第三节 抽象行政行为与行政复议、行政诉讼的关系 /354
  - 一、抽象行政行为与具体行政行为的区分标准 /354
  - 二、抽象行政行为应否纳入行政复议受案范围 /355
  - 三、抽象行政行为应否纳入行政诉讼受案范围 /356
- 第二章 与复议决定有关联人在诉讼中的地位 /359
  - 第一节 申请人、复议第三人和利害关系人在诉讼中的法律地位 /359
    - 一、申请人在行政诉讼中的法律地位 /359
    - 二、行政复议第三人、利害关系人在行政诉讼中的法律地位 /362
    - 三、申请人、行政复议第三人、利害关系人在行政赔偿诉讼中的法律地位 /366
  - 第二节 被申请人、复议机关在诉讼中的地位 /369
    - 一、被申请人和行政复议机关 /369
    - 二、被申请人、行政复议机关在行政诉讼中的法律地位 /371
    - 三、被申请人、行政复议机关在行政赔偿诉讼中的法律地位 /374
- 第三章 关于不服复议决定诉讼案件的受理问题 /377
  - 第一节 复议受理与诉讼受理的衔接关系 /377
    - 一、选择复议与诉讼的衔接关系 /377
    - 二、前置复议与诉讼的关系 /382
  - 第二节 受理与复议有关案件的条件 /393
    - 一、必须符合行政诉讼法第四十一条规定的起诉条件 /394
    - 二、原告必须在法定起诉期限内提起诉讼 /398
    - 三、起诉的其他条件 /406
- 第四章 有关诉讼程序的几个问题 /411
  - 第一节 关于申请法院强制执行具体行政行为的问题 /411
    - 一、关于对诉讼或复议期间申请强制执行具体行政行为的处理问题 /411
    - 二、有关对申请法院强制执行未起诉的具体行政行为的处理问题 /413

三、单行法律中有关申请强制执行具体行政行为的规定的适用问题 /413  
第二节 有关合并审理的几个问题 /414

一、有关与复议决定有利害关系的人均提起诉讼的合并审理问题 /415

二、有关对就同一事实作出的若干具体行政行为起诉的

合并审理问题 /416

三、有关行政赔偿案件的合并审理问题 /417

四、有关诉因不同的事实作出的行政行为的合并审理问题 /418

第三节 有关撤诉的几个问题 /419

一、有关被告可否改变原具体行政行为的问题 /420

二、有关原告不撤诉或撤诉未获准许的处理问题 /421

三、对在审理不履行复议职责案件中被告作出复议决定的处理问题 /422

## ■合法性审查及行政赔偿篇 /423

·第一章 关于对是否超越职权的审查 /425

第一节 关于超越部门管辖权的问题 /425

一、部门管辖权的概念及特征 /425

二、部门管辖权的授权形式 /426

三、超越部门管辖职权的表现形式 /428

四、判断是否超越部门管辖职权时应当注意的问题 /432

第二节 关于超越层级管辖权的问题 /442

一、层级管辖的授权形式 /443

二、层级管辖职权转移 /444

三、超越层级管辖职权的主要表现形式 /445

四、判断层级管辖职权时应注意的问题 /446

第三节 关于超越地域管辖职权的问题 /450

一、确定地域管辖权的原则 /451

二、超越地域管辖权的主要表现形式 /452

第四节 关于超越法定事务职权的问题 /454

一、确定法定事务职权的原则 /454

二、超越法定事务职权的表现形式 /456

第五节 审查是否存在超越职权时应当注意的问题 /458

- **第二章 关于对有无违反法定程序的审查问题 /463**
  - 第一节 行政程序的基本原则及基本制度 /463
    - 一、行政程序的概念 /463
    - 二、行政程序的种类 /464
    - 三、行政程序的基本原则 /465
    - 四、行政程序的主要制度 /466
  - 第二节 关于审查行政程序是否合法的依据问题 /468
    - 一、依据法律、法规中有关行政程序方面的规定 /468
    - 二、参照规章中的行政程序规定 /468
    - 三、参考规章以下的规范性文件中有关行政程序的规定 /469
    - 四、法律规范中有关行政程序问题规定不一致的适用问题 /470
  - 第三节 关于审查是否存在违反法定程序的方式及具体内容的问题 /470
    - 一、审查具体行政行为是否存在违反法定程序的方式 /470
    - 二、审查具体行政行为是否违反法定程序的具体内容 /471
- **第三章 关于对主要证据是否确实、充分的审查问题 /481**
  - 第一节 主要证据不足的含义 /481
  - 第二节 主要证据不足的表现形式 /482
    - 一、具体行政行为认定的事实不清或者没有认定事实 /482
    - 二、具体行政行为认定的事实没有足够的证据证实 /483
    - 三、具体行政行为认定的责任主体错误或证据不足 /483
    - 四、将行政相对人的身份、责任能力认定错误或未查清,导致行政相对人承受不应承担的责任 /486
- **第四章 关于对适用法律规范是否正确的审查问题 /487**
  - 第一节 关于审查依据的问题 /487
    - 一、依据法律、行政法规、地方性法规及自治条例和单行条例 /487
    - 二、参照规章 /489
    - 三、如何对待规章以下的规范性文件 /491
  - 第二节 关于对具体行政行为适用的法条的审查问题 /491
    - 一、具体行政行为适用法律规范的形式和内容条件 /492
    - 二、如何判断具体行政行为适用的法条 /493
    - 三、审查判断具体行政行为适用的法条的方法 /494

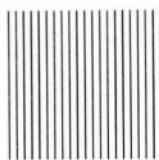
- 四、判断具体行政行为适用的法条时应当注意的几个问题 /494
- 第三节 关于审查具体行政行为适用的法律规范是否有效的问题 /495
  - 一、审查所适用的法律规范是否具有时间效力 /496
  - 二、审查所适用的法律规范是否具有空间效力 /499
  - 三、审查所适用的法律规范是否具有人和事的效力 /501
  - 四、审查所适用的法律规范在内容上是否具有法律效力 /502
  - 五、适用法律规范时应当注意的问题 /505
- 第四节 适用法律、法规错误的含义及表现形式 /510
  - 一、适用法律、法规错误的含义 /510
  - 二、适用法律、法规错误的表现形式 /511
- 第五章 关于对是否存在滥用职权问题的审查问题 /516
  - 第一节 滥用职权的概念及构成要件 /516
  - 第二节 滥用职权的种类 /521
    - 一、目的不良 /521
    - 二、未考虑应当考虑的因素 /522
    - 三、考虑了不应考虑的因素 /522
    - 四、反复无常 /523
    - 五、违反均衡原则 /524
  - 第三节 如何审查是否存在滥用职权的问题 /524
    - 一、审查是否存在滥用职权问题的步骤 /524
    - 二、判断是否存在滥用职权问题方法 /526
    - 三、滥用职权与明显不当的区别 /527
- 第六章 关于对是否存在不履行法定职责问题的审查问题 /529
  - 第一节 不履行法定职责的概述 /529
    - 一、法定职责的概念和种类 /529
    - 二、不履行法定职责的概念及特点 /530
  - 第二节 审查是否存在不履行法定职责的几个问题 /532
    - 一、关于举证责任承担的问题 /532
    - 二、关于举证内容问题 /534
    - 三、关于庭审调查问题 /538



- 第七章 关于对行政侵权赔偿责任的审查问题 /540
  - 第一节 行政赔偿范围 /540
    - 一、国家承担涉及人身行政赔偿责任的行為 /540
    - 二、国家承担涉及财产行政赔偿责任的行為 /548
    - 三、国家不承担行政赔偿的情形 /555
  - 第二节 关于对行政赔偿请求人和行政赔偿义务机关的资格审查问题 /557
    - 一、对行政赔偿请求人的资格审查 /557
    - 二、对被告是否是适格的赔偿义务机关的审查 /561
  - 第三节 关于审理行政侵权赔偿案件程序的几个问题 /564
    - 一、关于审理行政侵权赔偿案件的内容和顺序问题 /564
    - 二、关于行政赔偿诉讼可以适用调解的问题 /565
    - 三、关于刑事诉讼与行政赔偿诉讼的衔接问题 /566
  - 第四节 关于对行政侵权赔偿责任的审查问题 /566
  - 第五节 对行政赔偿的方式和数额的确认 /568
    - 一、行政赔偿的方式 /569
    - 二、赔偿的标准 /570
  - 第六节 关于几类特殊行政赔偿案件的审理问题 /572
    - 一、关于对混合过错的行政赔偿案件的审理问题 /572
    - 二、关于对不履行法定职责及行政赔偿案件的审理问题 /573
    - 三、关于对登记类行政赔偿案件的审理问题 /575
- 后 记 /577

## 行政诉讼篇

---





## 第一章 受案范围

行政诉讼法关于受案范围的规定比较笼统，主要集中在第十一条和第十二条。<sup>①</sup> 行政诉讼受案范围是一个政策性很强的问题，涉及一些重要的行政法范畴、行政诉讼法的立法原意以及行政诉讼法的发展方向等问题。

### 第一节 立法政策和司法政策

我国 1982 年制定的现行宪法赋予了公民通过各种渠道监督国家机关及其工作人员的权利。宪法第四十一条第一款规定：“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员，有提出批评和建议的权利；对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。”这一规定为人民法院审理行政案件奠定了宪政基础。1982 年民事诉讼法（试

---

<sup>①</sup> 行政诉讼法第十一条规定：“人民法院受理公民、法人和其他组织对下列具体行政行为不服提起的诉讼：（一）对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的；（二）对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的；（三）认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的；（四）认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的；（五）申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；（六）认为行政机关没有依法发给抚恤金的；（七）认为行政机关违法要求履行义务的；（八）认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。”“除前款规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。”

行政诉讼法第十二条规定：“人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：（一）国防、外交等国家行为；（二）行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令；（三）行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；（四）法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为。”

行)的公布与实施,为司法审查提供了重要的法律规范,该法第三条第二款规定:“法律规定由人民法院受理的行政案件,适用本法规定。”从此,我国部分法院开始受理行政案件,行政案件逐年增加。从民事诉讼法(试行)的规定看,法院对行政机关具体行政行为的审查,仅限于“法律规定”。法律未作规定的,一般情况下,法院不得进行审查。当然,当时很多行政案件是作为民事案件来审理的。但是,“司法审查法定”一直是行政诉讼法一个重要的原则,甚至体现在1989年的行政诉讼法相关规定中。

关于行政诉讼法的受案范围的立法原则,全国人大原副委员长王汉斌在《关于〈中华人民共和国行政诉讼法(草案)〉的说明》<sup>①</sup>(以下简称《说明》)中归纳了三点。他指出,“法院受理行政案件的范围,是行政诉讼法首先要解决的重要问题。对于这个问题,草案是根据以下原则规定的:第一,根据宪法和党的十三大的精神,从保障公民、法人和其他组织的合法权益出发,适当扩大人民法院现行受理行政案件的范围;第二,正确处理审判权和行政权的关系,人民法院对行政案件应当依法进行审理,但不要对行政机关在法律、法规规定范围内的行政行为进行干预,不要代替行政机关行使行政权力,以保障行政机关依法有效地进行行政管理;第三,考虑我国目前的实际情况,行政法还不完备,人民法院行政审判庭还不够健全,行政诉讼法规定‘民可以告官’,有观念更新问题,有不习惯、不适应的问题,也有承受力的问题,因此对受案范围现在还不宜规定太宽,而应逐步扩大,以利于行政诉讼制度的推行。”王汉斌在《说明》中所说的“适当扩大人民法院现行受理行政案件的范围”,是指适当扩大当时民事诉讼法以及其他法律规定的受案范围。《说明》中所说的“因此对受案范围现在还不宜规定太宽,而应逐步扩大,以利于行政诉讼制度的推行”,反映了立法原意的一个重要内容,即法院司法审查的范围在条件成熟的情况下,应当逐步扩大。

《说明》关于行政诉讼法第十一条和第十二条规定的说明,似乎反映不出当时立法的意图。行政法学术界一直在努力探索行政诉讼法这两条的立法原意,于是有了五花八门、各式各样的理解和论证。各种理解,基本上与理解者的出发点有密切关系。

---

<sup>①</sup> 胡康生主编:《〈中华人民共和国行政诉讼法〉讲话》,中国民主法制出版社1989年版,第18页。

一种观点认为，行政诉讼法第二条规定：“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。”由于行政诉讼在当时是一个新鲜事物，为了方便法院、行政机关以及相对人的理解，行政诉讼法第十一条对可诉的具体行政行为作了列举，并非除了行政诉讼法第十一条规定的具体行政行为均不可诉。而应当是，行政诉讼法第十二条规定以外的具体行政行为，均为可诉的行为。这种解释，事实上在主张尽量扩大行政诉讼的受案范围，显然与王汉斌所作的《说明》有出入。

另一种观点认为，行政诉讼法第十一条第一款第（八）项规定，相对人认为行政机关侵犯其他人身权、财产权，可以提起行政诉讼。“人身权、财产权”的问题仅限于该款第（八）项，与第（一）至（七）项规定的具体行政行为没有必然的关系，后者可能侵犯相对人其他合法权益。也就是说，相对人认为行政诉讼法第十一条第一款规定的具体行政行为侵犯了其合法权益，可以提起行政诉讼，而不一定必须是认为这些具体行政行为侵犯其人身权或者财产权，才可以提起行政诉讼。例如，公民认为行政机关限制人身自由侵犯了其政治权利，法院也应当受理。

还有一种比较保守观点认为，法院受理行政案件，应当严格执行行政诉讼法第十一条规定，不得对该条的规定作扩大解释。法院不得受理相对人对该条第一款规定的种类以外具体行政行为提起的诉讼，除非法律、法规另有规定。

我们认为，学者的解释各有各的道理，但在中国不能作为行政审判的依据。最高人民法院的司法解释则不同，司法解释直接影响行政诉讼法律规范在诉讼实践中的实际作用。从理论上讲，法院进行司法解释有很多规则。遵循立法原意是一个重要的规则。但是，这个规则不是绝对的。立法原意的探索，在很多时候，往往受探索者功利主义的主导。而且有的时候，立法原意未必是司法解释必须遵守的，特别是在法治条件发生变化的情况下，更是如此。在很多国家，法律条文在一二百年中不作修改，但法官们可能对其作各种各样的解释。这些解释不可能都代表立法者的原意。如果我们对纷繁复杂的司法实践置之不理，而去探索或者固守没有结论的立法原意，恐怕不符合社会秩序法治与理性的目标。因此，考察司法实践，对于在《若干解释》中界定受案范围十分重要。

无论我们是否承认，我国法院在司法审查实践中在对行政诉讼法第十

一条规定的可诉的具体行政行为作了很多有所突破的“解释”：

例1：该条第一款第（四）项规定，公民、法人或者其他组织“认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的”，可以提起行政诉讼。而司法实践中，法院往往对“颁发许可证和执照”作了很宽泛的解释，包括各种批准行为和颁发各种证照的行为。只要相对人对行政机关带有准许性质的行为不服，提起行政诉讼，法院一般都予以受理，而不受行政机关的行为是否为“颁发许可证或者执照”行为的限制。

例2：该条第一款第（五）项规定，公民、法人或者其他组织“申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的”，可以提起行政诉讼。王汉斌对该项的内容在《说明》中举例解释：“主管行政机关应履行制止拐卖妇女、制止哄抢财产等职责。”在司法实践中，法院通常对“不履行保护人身权、财产权的法定职责”作扩大的解释。例如，有的法院受理了社区居民以环保部门对社区卫生监督和管理不力为由提起的行政诉讼；有的法院受理了居民诉工商机关不对妨碍交通的摊贩进行清理的行政案件。行政机关这些职责在通常情况下或者在行政诉讼立法之初，是不被理解为保护人身权、财产权的职责的。但一般情况下，法院适用行政诉讼法该项的规定受理不作为案件，都能取得良好的监督行政机关积极行政、依法行政的效果。

例3：该条第一款第（六）项规定，相对人“认为行政机关没有依法发给抚恤金的”，可以提起行政诉讼。现在很多法院受理了相对人认为行政机关没有依法发放社会保险金、最低生活保障费而提起行政诉讼的案件。

这样的例子还很多，当然，有些学者可能会认为，法院可以依照行政诉讼法第十一条第一款第（八）项这个兜底的条款来受理案件。这种解释不无道理，但兜底条款兜的范围大了，同样是在扩大行政诉讼立法原意未料及的受案范围。行政诉讼案件从十年前的几种发展到现在的五十余种，我们无论如何也无法否认行政诉讼受案范围事实上在扩大这么一个事实。

需要说明的是，我们举这些例子，并不是主张应当极力扩大行政诉讼的受案范围，而是想说明我们应当面对司法实践的现状，及其对中国民主政治已经或者可能带来的积极影响。

基于对民主和权利的渴求，行政法学术界对《贯彻意见》<sup>①</sup>有关受案范围的规定提出了很多批评。尽管有些批评未必合情合理，但批评往往会带来变革。

## 第二节 可诉行政行为的界定

### 一、如何界定可诉的行政行为

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，在《贯彻意见》中，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。《贯彻意见》第1条中对何为具体行政行为作这样的界定：“‘具体行政行为’是指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行为。”有的学者认为，最高人民法院对具体行政行为的定义，不但没有使行政诉讼的受案范围问题得以明确，反而造成很多误解，而且在很大程度上限制了受案范围。

1. 关于行政主体。该条将行政机关委托的组织或者个人列在行使行政职权主体范围内，容易引起误解，使人误以为行政机关委托的组织和个人亦为行政主体。而目前我国行政法学理论一般认为，具体行政行为的主体必须是国家行政机关或法律、法规授权的组织，行政机关委托的组织和个人以及其他非行政主体的行为不能称之为具体行政行为。行政主体是一个有特定涵义的学术用语，主要是指享有国家行政权，能以自己的名义行使行政权，并能独立承担因此而产生的相应法律责任的组织。因此，《贯彻意见》第1条有关具体行政行为的定义，不应将行政机关委托的组织或者个人列为行政主体。

2. 关于行使行政职权。从正常逻辑上讲，作为合法有效的具体行政行

<sup>①</sup> 该司法解释于1991年6月11日施行，2000年3月10日被废止。



为，应当都是行使行政职权的行为。但是，违法的具体行政行为（超越职权、无权限的行为等）或者无效的行政行为，则可能不是行使职权的行为。由于这些行为是行政机关在行使行政职权过程中实施的，因此，均应受到司法审查。至于为什么要将违法的或者无效的具体行政行为也称之为具体行政行为，这是一个逻辑学的问题。就如“红墨水”一词的习惯用法，墨水本为黑，何来“红墨水”。对于这种非常逻辑，我们应当予以认可。在法学概念中，这种情况很多，如理论上通常将行政行为分为有效的行政行为和无效的行政行为。如果认为无效的行政行为就不是行政行为，来推翻这种分类方法，必然会招致绝大多数人的反对。因此，《贯彻意见》第1条中有关“行使行政职权”的表述，从逻辑上将上述应当受到司法审查的具体行政行为排除在外，这与行政诉讼法的立法精神是相悖的。事实上，最高人民法院对于这类逻辑上被排除的行为也主张应当受理。《贯彻意见》第1条显然存在技术上的问题。

3. 关于单方行为。单方行政行为与双方行政行为，是学理上的一种划分。单方行政行为一般是指依行政机关单方意思表示，无须征得相对方同意即可成立的行政行为。学理上的具体行政行为可分为单方具体行政行为与双方具体行政行为。《贯彻意见》将具体行政行为界定为单方行为，与学理上的概念不一致，容易引起错误理解。在行政管理实践中，行政机关实施的很多具体行政行为都不是单方行为，如行政机关对特定的公民所作行政奖励行为、行政允诺行为、行政合同行为，均为双方的具体行政行为。有些学者认为，这种批评不尽合理。《贯彻意见》所指的单方行为，可以解释为行政机关单方取消行政奖励的行为，单方不履行行政承诺的行为，单方中止行政合同的行为等。我们认为，这种解释有一定的道理。但我们必须看到，在行政诉讼实践中，这一单方行为的限制事实上已被突破，一些法院开始受理一些带有行政机关与相对人合意性质的具体行政行为。而且这也是行政诉讼的一个重要发展方向，恐怕无法回避。例如，相对人在按照行政机关的指定完成了某个行为后，对行政机关作出的一个欺诈性行政允诺不服，提起行政诉讼。我们似乎很难将行政机关的欺诈性行政允诺行为视为单方行为而受理这类案件。但排除这些行为的可诉性，则将使相对人的合法权益无法获得应有的救济。

4. 关于不作为。《贯彻意见》第1条将具体行政行为仅界定为“作出的行为”，将行政不作为排除在外。而行政诉讼法第十一条第一款第（五）

项和第（六）项规定的就是不作为的具体行政行为的可诉性。因此，《贯彻意见》的这一表述与行政诉讼法关于受案范围的规定相冲突。在审判实践中，法院受理相对人诉行政机关不作为的案件不计其数。这也是《贯彻意见》存在的一个技术性的问题。

学术界对《贯彻意见》有关具体行政行为的定义的批评还很多。之所以会带来这么多的批评，一方面是因为当时起草《贯彻意见》时，司法实践的经验不足。但我们认为，最重要的原因是这种解释方法存在着一个不可解决的矛盾，即行政诉讼法规定的可诉的具体行政行为与学理上的具体行政行为以及行政管理实践中的具体行政行为三者之间存在天然的差异性。无论最高人民法院如何给具体行政行为下定义，都可能被丰富的行政管理实践所淘汰。故《若干解释》不再对具体行政行为作界定，而是通过界定可诉的具体行政行为外延和解释行政诉讼法十二条的排除条款来解决受案范围问题。

在社会科学领域界定范围是非常困难的，在立法与司法解释中同样如此。在行政诉讼法的起草过程中，立法者也遇到这样的问题。最后行政诉讼法采用了列举式和概括式并用的方法，即在行政诉讼法的第十一条第一款第（一）至（七）项中列举了可诉的具体行政行为，在该款的第（八）项概括其他可诉的具体行政行为作为补充；同时，在第十二条中用列举排除条款的方法，规定了不可诉的行为。尽管如此，行政诉讼法这两条有关受案范围的规定，仍没有穷尽所有的情形，留有未周延的灰色地带。在《若干解释》的起草过程中，我们曾试图通过肯定性列举的方式规定可诉的具体行政行为，规定了几十种司法实践中可能或者已经遇到的具体行政行为。但这种列举式的规定并不理想，同样无法穷尽所有可诉的具体行政行为。其实有些具体行政行为的可诉性并非一成不变的，这种方案遭到很多的批评。最后，《若干解释》第一条以肯定性表述规定行政行为的可诉性，而后通过否定性列举的方式加以排除，从三个角度对可诉的具体行政行为进行界定。《若干解释》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。”

第一条是《若干解释》中最关键的一条，该条第一款的主要涵义有：

第一，可诉行政行为的主体是具有国家行政职权的机关和组织，包括国家行政机关和法律、法规、规章授权的组织。行政诉讼法只规定法律、法规授权的组织为行政主体，未规定规章授权的组织是否可以成为行政主体，该款对此作了扩大解释。在行政法理论中，授权与委托相对应，若不承认规章授权，那么规章的“授权”只能被视为委托。根据行政诉讼法的规定，相对人提起行政诉讼应当以委托人为被告。这将给诉讼实践带来很多的问题。如果相对人对某国家部委授权的组织的行政行为不服，只能以该部委为被告提起行政诉讼，则经常会有中级法院审理以部委为被告的行政案件。这一方面不方便诉讼，另一方面受诉法院的权力和能力都是值得怀疑的。因此，根据行政诉讼的实践，《若干解释》作了符合司法实践需要的解释。扩大作为诉讼主体的行政主体的范围。该款的规定与《若干解释》第三章第二十条有关规章授权的规定是一致的。

第二，相对人对该条第二款规定的事项以外的行政行为不服，提起行政诉讼的，均属于法院受案范围。之所以对行政行为的可诉性作总体的规定，而不规定对“具体行政行为不服，可以提起行政诉讼”。主要是为了回避具体行政行为的概念。实际上，如果行政诉讼法中具体行政行为的概念是确定的，则该款中的“行政行为”可以视为“具体行政行为”。正是因为人们对具体行政行为的概念有多种理解。《若干解释》才通过排除法规定可诉具体行政行为的范围。

根据行政诉讼法的规定，受司法审查的行政不作为主要有：

1. 行政机关对行政相对人有关许可证和执照的申请拒绝颁发或者不予答复。许可证、执照是行政机关应相对人的申请，赋予其从事某种职业，进行某种活动，实施某种行为的权利能力或法律资格的凭证。许可证与执照没有实质的区别，理论上执照应当包括在许可证之内。

2. 相对人认为行政机关不履行保护其人身权、财产权法定职责的行为。人身权、财产权是很模糊的概念。在很多情况下，人身权、财产权是很难界定的。例如，王某将李某殴打致轻微伤，李某要求某县公安局对王某进行治安管理处罚，某县公安局拒绝作出治安处罚决定。对于公安局拒

绝作出治安处罚决定的不作为的性质，有两种观点：一种观点认为，公安机关对王某的治安处罚，一方面是行使行政权力，维护社会公共秩序和公共利益的行为，另一方面也是对李某人身权的保护，因为，王某实施了伤害他人的违法行为，若不受到应有的制裁，将可能导致其继续实施伤害李某的违法行为。因此，该公安机关不实施处罚行为，即构成不履行保护李某人身权法定职责。另一种观点认为，保护人身权是一个特定的概念，需要保护的人身权必须正在、已经或将要受到实际的侵害，李某只是因此而可能受到再次的伤害，并不必然将再次受到侵害。因此，该公安机关不构成不履行保护李某人身权法定职责。我们认为，这是对保护人身权的广义和狭义两种解释，《贯彻意见》第37条规定：“治安行政案件中，复议机关撤销了原处罚决定，被侵害人不服而依法起诉的，人民法院应予受理。”《贯彻意见》未规定治安行政案件中被侵害人是否可以对公安机关不作出处罚的行为提起行政诉讼，主要是因为原治安管理处罚条例规定了行政复议是对公安机关的治安裁决提起行政诉讼的必经程序。因此，由此可见，《贯彻意见》从逻辑上对“保护人身权”作了广义的解释。《若干解释》尽管没有专门条款作相关的规定，但第一条第一款中的行政行为包括了不作为。相对人对行政机关不作为不服，除法律、法规另有规定的，从逻辑上讲，都应当可以提起行政诉讼。

3. 没有发放抚恤金的不作为。抚恤金主要是指根据法律法规的规定，由国家发给因公牺牲、病故或伤残的军人、国家工作人员，参战民兵，因抢险救灾被迫为烈士的民工等家属或本人的生活上和精神上的抚慰专项费用。

4. 其他侵犯人身权、财产权的行政不作为。根据行政诉讼法的规定，行政机关侵犯人身权、财产权的具体行政行为，均应受法院司法审查，只要相对人认为行政机关的行政不作为侵犯了其合法权益，便可以诉诸法院。除了上述行政诉讼法列举的三项外，还有很多行政不作为应当受到司法审查。《若干解释》第一条的规定中没有对行政机关的不作为加以限制，可以认为这是对行政诉讼法第十一条第一款第（八）项作了广义的解释。此外，不发准生证、不给办理户口登记、没有发放最低生活费等不作为都应当包括在司法审查的范围内。随着现代行政的发展，公共福利领域不断扩展，享受最低生活保障金、特殊救济款也属于受法律保护的公民财产权。对此，《若干解释》在之后的相关条文中也作了间接的规定。

## 二、如何界定不可诉的行为

《若干解释》第一条第二款规定了不属于行政诉讼受案范围的行为。该款没有采用但书的技术，因此，第二款所列的不可诉行为，有些不是具体行政行为甚至不是行政行为。这种表述主要参照了行政诉讼法的立法技术，行政诉讼法第十一条规定了可诉的具体行政行为，而第十二条规定的不可诉的事项中，有些在理论上可以被视为具体行政行为，而有些则连行政行为都不是。《若干解释》第一条第一款列举了五类不可诉的行为。

1. 行政诉讼法第十二条规定的行为。行政诉讼法第十二条规定，人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：国防、外交等国家行为；行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令；行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为。

2. 公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法明确授权实施的行为。如何区分公安机关的刑事侦查行为与行政行为，一直是困扰行政审判实践的难题。这主要是因为公安机关主体具有特殊性，公安机关既有刑事侦查的职权，又有行政管理的职权。

在理论上划分公安机关行为性质的标准主要有：（1）行为的目的。实践中，公安机关采用刑事侦查的形式以实施干预经济纠纷的行为的情况比较多。例如，甲欠乙货款未还，发生经济纠纷，乙寻求某公安机关的帮助，该公安机关便对甲采取刑事措施。其行为的表现形式是刑事侦查，但目的是为了解决经济纠纷。这种行为在理论上应当认定为行政行为。如果公安机关的行为目的是刑事侦查，即使其行为没有必要的形式，如缺乏必要的手续等，仍应视为刑事侦查行为。（2）行为的形式。如果公安机关采取刑事侦查措施具有完整的刑事诉讼法要求的手续，即使其行为的目的存在疑点，也应视为刑事侦查行为。但没有完整的刑事侦查手续或没有刑事侦查的手续，即使其行为目的存在疑点，也不应认定为刑事侦查行为。（3）行为的机构。尽管公安机关可能同时是行政行为和刑事侦查行为的主体，但其行使职权的机构是不同的。因此，这在理论上也是一个判断的标准。如果非刑事侦查机构实施了刑事侦查行为，可以判定其行为属于行政行为。（4）法律授权。公安机关实施的刑事侦查行为，应当获得法律明确授权。如果公安机关参与划拨民事纠纷当事人之间的款项，显然在实施

非法律授权的行为。

《若干解释》第一条第二款第（二）项的规定只采用是否获得法律授权这一个标准，排除了行为目的、行为形式、行为机构的因素，只要公安机关、国家安全机关实施的行为具有刑事诉讼法上的依据，均不可对其提起行政诉讼。因此，总的来说，《若干解释》第一条第二款第（二）项规定的不可诉的行为，比理论上的刑事侦查行为的范围要宽广，仅仅给各级法院提供一个可操作的标准。我们认为，《若干解释》的这一规定尽管将一部分公安机关实质上的行政行为排除在司法审查的范围之外，但其最大优点在于具有很大的可操作性。

值得注意的是，该项规定的“刑事诉讼法的明确授权实施的行为”不包括刑法授权的行为。例如，刑法第十七条第四款规定，“因不满十六周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；必要的时候，也可以由政府收容教养。”对于政府的收容教养行为是否可诉的问题，学术界有不同意见。一种意见认为，政府针对的是被确定为犯罪的行为人，因此，其收容教养行为是刑事处罚行为。另一种意见认为，尽管相对人被确定为有罪，但因其不受刑事处罚，因此，政府的收容教养行为是行政处罚行为。我们认为，根据《若干解释》第一条第二款第（二）项的规定，政府的收容教养行为不属于刑事诉讼法授权的行为。相对人对其不服，应当有权提起行政诉讼。未成年人的这种行为，在很多国家被视为轻微刑事犯罪行为，例如在美国，有些严重的行政违法行为，往往要被定为轻罪，只是处罚权在于法院而不在于警察机关而已。

3. 民事调解行为和民事仲裁行为。行政机关居间调解民事纠纷，是行政机关实施行政管理的一种重要手段。在很多情况下，民事调解能够起到很好的社会效果。但行政机关的民事调解行为不是一种行政行为，当事人之间达成的民事调解协议，不是行政机关代表国家意思表示的结果，也不是公权力作用的结果。这种民事调解行为对行政机关本身和当事人并不具有必然的拘束力。行政机关的民事调解行为不可诉性是由调解行为的性质决定的。需要指出的是，《若干解释》第一条第二款第（三）项所指的调解行为，必须是尊重当事人意志的调解行为，因为，任何的调解都必须遵循自愿原则。行政机关在进行调解的时候，不得强迫当事人接受调解协议。如果行政机关借调解之名，不尊重当事人意志进行调解，则当事人可以对其提起行政诉讼。

仲裁是法律规定的机构以中立者的身份对当事人之间的民事纠纷，依照一定的程序作出具有法律拘束力的判定的法律制度。仲裁是一种准司法行为，主要特点有仲裁机构具有相对独立性、仲裁程序由法律规定、仲裁文书具有法律效力等。仲裁涉及的范围较广，当事人对仲裁机构作出的仲裁裁决提起行政诉讼的案件也较多。最高人民法院曾就仲裁是否受司法审查的请示作过答复，明确了相对人对仲裁行为不服，不得提起行政诉讼。我们认为，《若干解释》规定了当事人对仲裁行为不得提起行政诉讼，符合仲裁具有最终效力的一般法理学原理。当然，不可诉的仲裁，应当是真正意义上的仲裁。任何超出仲裁法定权限实施的具体行政行为，都应当受到司法审查。另外，排除对仲裁的司法审查，应当以法律赋予当事人仲裁救济和司法救济选择权为前提。

4. 行政指导行为。行政指导是行政机关作出的以相对人自愿行动为前提而达到行政目的的行为。行政指导行为的一个最重要的特征是对相对人不具有法律约束力。相对人可以遵守，也可以不遵守。行政机关不得强迫相对人按照行政指导的内容作为或不作为。行政指导尽管不具有强制性，但行政指导一般对相对人的权益会产生影响。如，某市政府下发一个指导性文件，主要内容是，本市彩电厂家应该生产 DVD，理由是彩电市场饱和，第二年 DVD 的市场看好。于是有两个产家放弃了原有的彩电市场，改为生产 DVD。结果，第二年 DVD 的销路并不好，使遵循行政指导的两个厂家遭受重大损失。由于该市政府的行为属于非强制性的行政指导行为，这两个厂家不能对其提起行政诉讼。关于行政指导行为是否应当可诉的问题，在理论上是有争议的。随着行政法治原则适用范围的不断扩展，在条件成熟时候，部分行政指导行为接受司法审查也未必不可。事实上，在有些国家，如日本，有的行政指导行为是可以接受司法审查的。

5. 重复处理行为。由于重复处理行为概念较新，不易为人理解。《若干解释》将重复处理行为限定为“驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为”。也就是说，只有这一类的重复处理行为不可诉。《若干解释》规定重复处理行为不可诉是十分必要的，这是行政诉讼起诉期限规则的重要保证。在行政诉讼实践中，经常遇到相对人超过起诉期限后对信访部门驳回申诉的决定不服提起行政诉讼的情况。

我们认为，对该项规定可以作分割理解。一是当事人不服的是行政机关作出的驳回其申诉的行为。二是该行政行为已经生效并且当事人对申诉

的事项超过起诉期限，不能提起行政诉讼。三是“驳回当事人对行政机关提起申诉的”是“重复处理行为”的定语。没有这个定语，重复处理行为将具有不确定性，很多人可能无法理解。

6. 对行政相对人的权利义务不产生实际影响的行为。《若干解释》第一条第二款第（六）项的规定，事实上是将行政行为对相对人的权利义务产生实际影响作为可诉行政行为的条件。之所以要这样规定，是因为行政诉讼法第四十一条规定，提起行政诉讼的条件之一是起诉人得有“事实根据”。我们认为，行政诉讼法的规定存在逻辑上的错误。法院对案件进行审查之前，是无法判断起诉人提供的“事实根据”是否真实。正是行政诉讼法该项的规定，使很多应当受理的案件被法院拒之门外。值得注意的是，根据该项的规定，这里的“影响”包括行政行为对相对人权利产生的有利与不利的影晌。

### 三、如何解释行政诉讼法中的排除条款的问题

在行政诉讼实践中，人们往往无法准确把握行政诉讼法第十二条规定的不可诉事项的具体内涵。为此，《若干解释》第二条至第五条作了进一步的解释。

#### （一）关于国防、外交等国家行为的界定问题

《若干解释》第二条规定：“行政诉讼法第十二条第（一）项规定的国家行为，是指国务院、中央军事委员会、国防部、外交部等根据宪法和法律的授权，以国家的名义实施的有关国防和外交事务的行为，以及经宪法和法律授权的国家机关宣布紧急状态、实施戒严和总动员等行为。”

所谓国家行为，在学理上称为政治行为，即以国家的名义实施的涉及国家主权或重大国家利益的具有政治意义的行为。由于不同国家政治和法律制度的差异，界定国家行为的标准也往往有所不同。行政诉讼法列举了国防行为和外交行为两种。国防行为主要有对外宣战、宣布战争状态、采取军事行动、设立军事禁区等。外交行为主要有签订国际条约、与他国建交断交等。根据行政诉讼法的规定，国家行为不仅限于国防行为和外交行为，例如，在面临自然灾害的时候，国家宣布紧急状态、发布总动员令，在国家动乱期间实施戒严等，均属于国家行为。国家行为在大多数国家被列入不可诉的范围。当然，在个别国家，有的国家行为在实施以后也有被



诉的情况，但法院受理此类案件，往往基于国际法和本国宪法的授权，从某种意义上讲，这已超出了行政诉讼的范畴。

应当明确的是，并非所有的国防行为和外交行为都是国家行为，如行政机关征集兵役的行为、公安机关颁发护照的行为等，便不是国家行为，而是一般的行政行为。对于这类行为形成的法律关系，传统的行政法理论称之为特别权力关系。依据欧洲大陆法系国家传统的行政法理论，特别权力关系是不受司法调整的。但在现代法治国家，特别权力关系理论受到了批判。原来一些不可诉的行为，逐步被纳入司法审查的范围。从司法实践来看，全国很多法院受理了相对人诉行政机关处罚拒绝服兵役公民的行为、公安机关不颁发出国护照行为的行政案件。

## （二）关于抽象行政行为的界定问题

《若干解释》第三条规定：“行政诉讼法第十二条第（二）项规定的‘具有普遍约束力的决定、命令’，是指行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件。”

该条将具有普遍约束力的决定、命令解释为抽象行政行为。根据该条的解释，抽象行政行为有三个方面的特征：

1. 抽象行政行为是针对不特定对象作出的。一般的行政法理论也将此作为抽象行政行为的重要特征，以区别于具体行政行为。例如，某县政府作了一个决定，要在三个月内拆除该县城一条旧街道，进行旧城改造，由于这条旧街道的住户是特定的，因此，该决定应为具体行政行为，而非抽象行政行为。

2. 抽象行政行为能反复适用，而具体行政行为只能适用一次。

3. 抽象行政行为通常表现为具有普遍约束力的规范性文件。

当然，抽象行政行为的特征还有很多。中国行政法理论之所以在抽象行政行为与具体行政行为的划分标准方面特别发达，主要原因是行政诉讼法第十二条第（二）项规定，相对人对具有普遍约束力的决定、命令不服，不可以提起行政诉讼。尽管在理论上行政法学界对何谓抽象行政行为作了很多界定，但在司法实践中仍然会遇到很多从理论上无法解释的问题。例如，某县城只有一家啤酒批发商店，该县政府为了保护地方经济作出一个决定：“本地的啤酒批发商不得经营外地啤酒。若经营外地啤酒，处罚3万元。”从该决定的对象看，在该决定发布的时候，其针对的对象

是确定的，但由于该决定在被有权机关撤销之前一直有效，此间，随时可能有其他商店经营啤酒批发业务。因此，在该决定的有效期间，其对象又具有不特定性。另外，该决定也具有反复适用性。如果我们据此认定该决定是抽象行政行为，而排除其可诉性，显然是值得商榷的。因此，关于抽象行政行为的标准问题，我们认为，抽象行政行为与具体行政行为之间没有一个明确的绝对的界限。法院在进行司法审查的时候，只能根据具体案情作出判断。

由于抽象行政行为往往是具体行政行为的依据，法院在审查具体行政行为时，会遇到是否应当同时对抽象行政行为进行审查的问题，对这个问题，理论上素有争议。一种观点认为，行政诉讼法第五条规定：“人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查。”而且，行政诉讼法第十二条将抽象行政行为排除在受案范围之外。因此，法院仅对具体行政行为有审查权，而不能对抽象行政行为进行审查。

我们认为，这种观点是对行政诉讼法的误解。第一，行政诉讼法第十二条规定，相对人对抽象行政行为提起行政诉讼，法院不予受理，并没有规定法院对抽象行政行为无权审查。不能提起行政诉讼和不能对之进行审查是两个不同的概念。第二，行政诉讼法第五十三条有关“参照规章”的规定，事实上赋予法院对规章的审查权。所谓参照，也就是说，法院既可以将其作为裁判的依据，也可以不作为裁判的依据。而法院在决定是否将规章作为裁判依据之前，必须对规章的合法性进行审查。既然法院对规章都有审查权，当然对规章效力等级以下的抽象行政行为具有审查权。第三，在很多情况下，具体行政行为是根据抽象行政行为作出的，不对抽象行政行为的合法性进行审查，则无法对被诉具体行政行为的合法性进行审查。法院尽管不能在裁判文书中宣告抽象行政行为违法或者无效，或者撤销该抽象行政行为，但可以不适用该抽象行政行为，而适用高层阶的抽象行政行为或者法律、法规、规章。在司法实践中，很多法院在裁判文书中回避了这个问题，不对抽象行政行为的合法性进行认定，而直接适用高层阶的法律规范。这种做法的一个重要原因，是对于法院是否具有对抽象行政行为审查权的一种顾虑。事实上，法院在适用高层阶的规范性依据时，已经对不适用的抽象行政行为的合法性进行审查并作出认定，只是没有在裁判文书中表述而已。这种做法不符合法院对裁判结论应当充分说理的司法改革方向和要求。第四，行政复议法赋予了复议机关对抽象行政行为的

审查权，进一步明确了法院对抽象行政行为的审查权。行政复议法第七条第一款规定：“公民、法人或其他组织认为行政机关的具体行政行为所依据的下列规定不合法，在对具体行政行为申请行政复议时，可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查申请：（一）国务院部门的规定；（二）县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定；（三）乡、镇人民政府的规定。”相对人若对行政复议机关依据抽象行政行为作出的行政复议决定不服，起诉到法院，法院必须对抽象行政行为和具体行政行为均进行审查。但限于行政诉讼法受案范围的规定，法院只能对抽象行政行为的合法性进行认定，而不能宣告维持、撤销或者变更之。抽象行政行为变更或消灭的问题，只能由有权机关通过法定程序来解决。

将抽象行政行为纳入司法审查的范围，是我国行政诉讼制度发展的必然趋势。世界上很多国家都将抽象行政行为作为司法审查的对象，相对人直接对抽象行政行为提起行政诉讼，实现事前救济，可以避免事后无法救济的可能性，同时也符合诉讼经济的原则。另外，确立对抽象行政行为的完全审查权，可以更大程度和更大范围地保护相对人的合法权益。法院对具体行政行为的合法性审查只能保护提起行政诉讼的相对人，而法院对抽象行政行为的合法性审查，可以保护所有可能或已经受到该抽象行政行为侵害的相对人。

### （三）关于内部行政行为的可诉性问题

《若干解释》第四条规定：“行政诉讼法第十二条第（三）项规定的‘对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定’，是指行政机关作出的涉及该行政机关公务员权利义务的决定。”该条是对行政诉讼法规定的内部行政行为所作的界定。内部行政行为，主要是指行政机关对其工作人员实施的不具有对外行政管理性质的组织、调配、命令等行为。内部行政行为一般可以分为两类：一类表现为上下级行政机关或上下级行政机关工作人员之间的工作关系。如上级指示、命令、决定、计划、规定与下级服从的关系，批准、答复与申请的关系等。对于这类行为的可诉性，行政诉讼法没有作明确规定，但司法实践将其排除在受案范围之外。另一类体现为行政机关与其工作人员之间的人事关系。如对工作人员的奖惩、任免、调动、考核、升降工资等。

由于行政诉讼法第十二条第（三）项仅列举了“奖惩、任免”两种情

况，在司法实践中，这一问题很难把握。因此，《若干解释》对行政诉讼法规定的内部行政行为作了界定。在适用该条规定时需要注意，行政机关公务员在很多情况下具有公务员和行政相对人的双重身份。例如，某工商局对该局工作人员李某妻子经营的商店给予罚款处罚，李某的大部分业余时间都在帮助其妻经营该店，该店的经营收入也为李某夫妇共有。该处罚决定显然涉及李某的权利义务。若某法院根据《若干解释》该条规定而否定该工商局处罚行为的可诉性，显然是不正确的。

在司法实践中，外部行政行为和内部行政行为有时很难划分清楚。例如，某县监察局对该县土地管理局公务员兼下属土地管理局的某公司经理孙某，作出一个行政处分决定，认定孙某在任公司经理期间有违法行为，并决定没收其违法所得1万元，追缴赃款2万元。该监察局在作出行政处分决定时，没有引用所依据的法律规范，孙某向法院提起行政诉讼。对于孙某的起诉，法院是否应当受理的问题，有两种观点：一种观点认为，监察局对孙某的处分对象是其任公司经理期间的违法行为，作为监察机关，无权对孙某的经营行为作出行政处分。因此，监察局对孙某的行政处分，实质上是一个行政处罚决定，是一个外部行政行为，法院应当受理孙某的起诉。另一种观点认为，行政监察机关作为政府的一个组成部门，实施的行政处分行为，应当被认定为内部行政行为。根据行政监察法的规定，行政监察机关有权对有违法行为的行政机关工作人员作出没收违法所得，追缴非法财物的行政处分决定。该县监察局对作为行政机关工作人员的孙某，作出没收和追缴的决定，是获得行政监察法授权的内部行政行为。该县监察局在作出行政处分决定时，没有引用规范性依据，只能说明该行政处分决定是一个违法的行政监察行为，并不能改变该行为作为内部行政行为的性质。如果所有违法的监察行为都可诉的话，划分内部行政行为和外部行政行为也就失去了意义。我们同意第二种观点。值得一提的是，尽管孙某的违法行为是在其任公司经理期间实施的，但监察机关是根据法律的授权将孙某作为行政机关工作人员来对待而作出行政处分的，而非将孙某作为行政管理相对人来对待作出行政处分。监察机关实施的没收、追缴的行政处分行为，是行政诉讼法第十二条第（三）项规定的惩罚行为。基于行政诉讼法的规定，在我国，对行政机关作出的这类处分行为，相对人只能寻求行政救济。我们认为，根据行政诉讼法的规定，作出行政处分行为的行政机关是否获得法律的明确授权，是划分内部行政行为和外部行政行

为的一个重要标准。需要说明的是，这类行政处分行为往往直接涉及当事人的人身权、财产权，在有些国家，这类行为是可以提起行政诉讼的。

#### （四）关于终局行政行为的问题

《若干解释》第五条规定：“行政诉讼法第十二条第（四）项规定的‘法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为’中的‘法律’，是指全国人民代表大会及其常务委员会制定、通过的规范性文件。”

法律一词有广义和狭义之分，《若干解释》该条将行政诉讼法规定的法律，限定为狭义的法律。我国有关终局行政行为的法律规定，可以分为两类：一类规定了当事人具有选择行政救济和司法救济的权利。但是，当事人一旦选择了行政救济，就无法寻求司法救济。另一类则规定相对人只有行政救济权而无司法救济权。目前，有关终局行政行为的法律规定主要有：

1. 行政复议法第十四条规定：“对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为不服的，向作出该具体行政行为的国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府申请行政复议。对行政复议决定不服的，可以向人民法院提起行政诉讼；也可以向国务院申请裁决，国务院依照本法的规定作出最终裁决。”

2. 行政复议法第三十条第二款规定：“根据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征收土地的决定，省、自治区、直辖市人民政府确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的行政复议决定为最终裁决。”

行政诉讼法第十二条第（四）项规定，“法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为”是不可诉的行为。之所以要这么规定，是基于某些领域的行政管理具有特殊性、复杂性和专业性，由不具有专业素质的法官来裁判往往比较困难。在其他一些国家也有通过立法排除司法审查的情况。例如，美国联邦法院在国会立法排除司法审查权的情况下，一般也不坚持司法审查权或者会非常谨慎地运用司法审查权。但在美国，司法审查权的行使，在理论上是不受议会立法和行政权力的限制的。美国联邦最高法院首席法官马歇尔（John Marshall）曾说过一句非常著名的话：“在一个法治政府内设立一个行政部门，赋予它裁决个人之间的权利以及政府与个人之间权利的权力，如果它的行政官员有权自由采取强制措施……个人则毫无

救济措施，不能在该国的法院上诉，这是令人吃惊的。”根据司法权和行政权的分工原则，只要涉及法律问题的，法院均应有管辖权。行政机关处理行政管理的专业问题，不能排除法院对法律问题的司法审查权。在我国，立法机关通过立法方式排除司法审查，一直遭到行政法学理论界的反对。在讨论行政复议法草案的时候，不少学者和法院的法官对行政复议法有关行政机关在自然资源确权问题上具有终局裁决权的规定，提出过非常强烈的反对意见。最后，行政复议法作了带有妥协性质的折中规定。

根据《若干解释》的规定，对一些非“法律”的规范性文件所规定的终局裁决，法院依然具有审查权。例如，原《烟草专卖条例施行细则》第五十二条规定：“各级烟草专卖局依本章有关规定进行的处罚，应当以书面形式通知被处罚的单位或个人。被处罚者如对处罚不服，可以在收到通知之日起十五天以内要求上一级烟草专卖局复议。对上一级烟草专卖局的复议决定必须执行。”从文字表述上看，这个规范性文件规定了行政机关的行政复议决定必须执行，试图排除法院的司法审查。《若干解释》的规定，否定了这种规定的限制。相对人提起行政诉讼，法院应当依法受理。

### 第三节 关于行政行为性质的相对性

#### 一、行政行为的性质是否固定不变

是否所有的行政行为都可以明确地分为具体行政行为和抽象行政行为，这好像不应该成为问题。行政诉讼法第五条规定：“人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查。”从行政诉讼规范的角度看，行政行为首先应当被确定为具体行政行为之后，方能被诉到法院。如果被诉的不是具体行政行为，法院就不能进行实体审查。既然行政诉讼法作了这个规定，必然有一个假设的前提，即行政行为是否为具体行政行为是可以得到明确的判断的。否则法院对行政行为是否合法的审查程序无法启动。中国所有的行政诉讼法教材都会告诉读者什么是具体行政行为，什么是抽象行政行为，甚至还有这方面的专著。

理论的繁荣总与规范有密切的联系。在美国，没有类似的规范，所以行政行为的分类理论似乎也就没有中国发达。美国一些教授认为：“行政

行为从一个角度看是抽象的，但从另一个角度看是具体的。因此，可以说，行政行为都是具体的，没有抽象的。”这样的观点听起来似乎很新鲜。其实不过是因为，在美国决定一个行政行为是否可诉的关键，不在于行政行为是否为具体行政行为，我们所说的抽象行政行为如果符合条件同样可以被诉。

从逻辑上讲，要判断一个行政行为是否为具体行政行为，首先应当知道什么是具体行政行为。从最高人民法院制定司法解释的经验看，界定什么是具体行政行为似乎是一件很困难的事。最高人民法院1991年曾经试图给什么是具体行政行为下过定义。<sup>①</sup>这个定义用了九年，2000年最高人民法院新的司法解释不愿意再沿用原有的定义，也不愿意给具体行政行为下一个新的定义。<sup>②</sup>而只在该司法解释中规定了抽象行政行为的两个特征：“针对不特定的对象”和“能够反复适用”。<sup>③</sup>言下之意是，除了符合抽象行政行为特征的行政行为外，便都是具体行政行为。这是最高人民法院在无法作出最理想的具体行政行为定义的情况下的一个权宜办法。那么新的司法解释是否解决了具体行政行为与抽象行政行为的划分问题呢？结论并不那么简单。

## 二、行政行为的性质因对象的不同而不同

某公安局为了某种工作需要，决定禁止一座大厦门前的一条道路通行汽车（禁止通行案1），于是在该大厦两侧各竖立一个禁止通行的牌子。所有的汽车都得绕道行驶。一位公民平时驾车经过该道路上班，禁止通行的牌子竖立后，他总得绕道行驶，感觉很不方便。于是他向当地法院提起行政诉讼，诉公安局禁止该大厦门前道路通行的决定违法。

法院收到起诉状后，首先需要对被诉行政行为的可诉性进行审查。法院经过审查得出如下结论：根据《若干解释》第三条的规定，该行政行为属于抽象行政行为。主要理由有二：一是该行政行为是针对不特定的对象作出的，所有要在该道路上行驶的车辆，都被禁止通行。该禁止通行的决定不是针对起诉人而作出的。二是该决定在被撤销之前，可以反复适用，

① 参见《若干意见》（已废止）第一条规定。

② 参见《若干解释》第一条规定。

③ 参见《若干解释》第三条规定。

符合《若干解释》第三条有关抽象行政行为的定义。

从法院不予受理的裁定中，我们可以得出一个有关该行政行为性质的结论：禁止大厦门前道路通行的决定是一个抽象行政行为。但这个结论可能会被另一个司法实践推翻。

在这个裁定下发之后，大厦的所有人提起了行政诉讼，诉禁止大厦门前道路通行的行政决定违法（禁止通行案2）。因为，这个决定严重影响了大厦的正常经营，使大厦所有人的经营收入大大减少。法院经过审查得出如下结论：这是一个可诉的具体行政行为，可以进入诉讼程序，法院将对被诉行政决定是否合法进行审查。主要理由是：一是对于大厦所有人而言，这个行政决定严重影响了大厦的正常经营，这种不利影响只对大厦的所有人发生，因此具有针对性，是一个针对特定对象作出的行政行为；二是尽管这是一个可以反复适用的行政决定，但《若干解释》第三条规定的两个条件要同时具备，才能认定其为抽象行政行为。仅具其中一个条件，不足以认定其为抽象行政行为。

从规范的层面分析，我们完全可以认为，法院对第二个案件的判断是无可挑剔。由此可见，同样一个行政行为，针对驾车司机而言可以被理解为一个抽象行政行为；针对大厦所有人而言，则可以被理解为具体行政行为。这是行政行为性质相对性一种表现。

笔者这种观点的提出，可能会对原有的既判力理论带来冲击。根据《若干解释》第四十四条第一款第（十）项的规定，诉讼标的为生效判决的效力所羁束的，法院应当裁定不予受理或者驳回起诉。<sup>①</sup> 前述两案的诉讼标的均为禁止通行行政决定的合法性。因此，法院在第一个案件的裁定中，似乎得增加这样的表述：对于起诉人（驾车人）而言，被诉行政行为是一个抽象行政行为；法院在第二个案件中的裁判中，也应该加上这样的表述：对于起诉人（大厦所有人）而言，被诉行政决定是一个具体行政行为。

从理论上讲，同样一个行政行为的性质应当是固定的，不能因对象的不同而不同。但这两个案例又恰恰得出了相反的结论。这究竟是因为什么

---

<sup>①</sup> 该条存在起草技术缺陷，其中“判决”一词应当为“裁判”，包括判决、裁定和调解书。参见《最高人民法院对如何理解〈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〉第四十四条第一款第（十）项规定的请示的答复》（法行〔2000〕13号）。



呢？唯一的解释是，行政行为可以明确划分为抽象行政行为和具体行政行为的理论本身存在问题。也就是说，有些行政行为并不能被明确界定为具体的或是抽象的。

### 三、行政行为的性质受司法政策左右

抽象行政行为是针对不特定对象作出的，因此，像公告这样的行政行为，通常被理解为抽象行政行为。但最高人民法院有时并不这么理解。

例如（公告案），1999年11月，某市人民政府发出《关于将市辖八区及市属特定管理区范围划为石矿粘土矿禁采区的公告》，主要内容为：市人民政府决定将市辖八区及市属特定管理区范围划为石矿、粘土矿禁采区；在禁采区范围内已开办的采石矿场、粘土矿场，按照《省采石取土管理规定》实行分期分批无条件关闭，至2001年6月1日前关闭完毕；靠近市区、严重影响风景区、城市环境和自然景观的石矿、粘土矿开采场及石场采石工作面对城市主干道的石矿、粘土矿开采场等为第二批关闭的石场，关闭的时间为2000年3月1日前；第三批关闭的石矿场是指影响自然生态环境和自然景观，远离市中心的其他石矿、粘土矿开采场，关闭时间为2001年6月1日前；被划为禁采区范围内的石矿、粘土矿开采场，不论采矿许可证是否到期，都必须在规定时间内自行关闭，并由开采者负责按自然生态环境治理标准进行治理和复垦绿化工作；关闭石矿、粘土矿开采场的具体名单，由市地矿管理部门依法定程序予以公布，逾期不关闭的，由市地矿管理部门依法作出关闭决定。某石矿公司到期没有关闭，市地矿管理部门向其发出关闭通知。某石矿公司认为市人民政府的行为缺乏法律依据，侵犯了其合法的采矿权，向省高级人民法院起诉，请求撤销公告中有关关闭该石矿公司石矿场的决定。省高级法院经审理认为，市政府的公告是针对不特定的对象作出的，属于抽象行政行为，裁定驳回起诉。该公司不服，向最高人民法院提起上诉。最高人民法院经审理认为，该公告要求包括该石矿公司在内的所有采石场都要限期关闭，包含有具体行政行为的内容，因此是一个可诉的行政行为。裁定撤销原裁定，发回重审。

最高人民法院在这个裁定中确立了一个新的规则：行政行为若包含有具体行政行为内容，则是一个可诉的行政行为。包含有具体行政行为的内容的公告本身是抽象行政行为还是具体行政行为呢？最高人民法院似乎不愿意回答这样的问题。一般而言，公告会被视为抽象行政行为，所谓公告，顾名

思义，即针对公众告知。凡是与公告内容有关的人都受到政府公告的约束，因此，对象具有不特定性。但从本案的具体情形看，市辖区内的采石场是可数的。尽管该行政行为的形式表现为公告，但具有针对性。因此，最高人民法院认定该行为具有可诉性。

从这个案件中，我们看到了省高级法院和最高人民法院审理案件的价值取向不同。从裁判的结论上，我们可以推测高级法院的思路是：认定公告行为是抽象行政行为，不可诉，并没有完全剥夺原告寻求司法救济的权利。原告仍然可以通过诉市地矿管理部门的通知而寻求司法救济。也就是说，认定公告行为是抽象行政行为，则通知为具体行政行为。当事人的合法权利仍然可以通过司法途径获得保护。

最高人民法院的思路是：若只允许原告诉市地矿管理部门的通知行为，则只解决一个案件。因为，通知是针对原告作出的。其他公司与市政府的行政纠纷，则需要通过另案解决。若允许原告诉公告行为，通过对公告行为合法性的判断，可以解决所有采矿公司与市政府公告行为的行政纠纷。从这一点看，最高人民法院的司法政策的覆盖面要宽于高级法院的司法政策。当然，这两种司法政策在案件中的具体体现，都需要一个合法的裁判过程和解释过程。但至少与本文观点有关的一个问题是明确的：行政行为的性质具有相对性；行政行为的性质可能受司法政策的左右。

在这个案件中，我们还可以延伸得出另一个结论：市地矿管理部门的通知行为的性质也受司法政策的左右。在高级法院看来，公告是一个抽象行政行为，因而，市地矿管理部门的通知行为是具体行政行为。在最高人民法院看来，公告本身是一个包含有具体行政行为内容的可诉的行政行为，那么，通知行为又是什么性质的行为呢？在行政法理论上，具体行政行为通常被理解为执行抽象行政行为的行政行为，而执行具体行政行为的行为则被认为是一个不具有独立性的执行行为。执行行为本身是不可诉的。因此，从最高人民法院裁定的结论看，市地矿管理部门的通知，只能理解为执行公告（如果我们认为它是一个具体行政行为的话）行为的执行行为。如果我们同意最高人民法院的逻辑，那么，结论是：这个公告行为是可诉，但通知行为是不可诉的。

我们很难说，最高人民法院和省高级法院的判断孰优孰劣，两种解释都言之有理，只不过是体现不同的司法政策而已。

#### 四、对象数量影响行政行为性质

先来看一个案例（律师执业资格案）。王某系律师事务所兼职律师，领有律师资格证书及律师执业证书。1999年4月，某市司法局发布了《关于1999年度律师事务所年检和律师注册工作的通知》，该文件在律师注册条件中规定“根据司法部司复（1999）4号文件规定：对年满70岁的律师不再注册”。1999年，王某填写了该市律师执业证年度注册审核登记表，并将有关申请材料送到所在律师事务所。鉴于该市文件已规定了律师注册年龄，故该事务所未将上诉人的申请注册材料上报市司法局，王某因此未能注册。之后，上诉人向司法部申请行政复议。1999年7月，司法部作出不予受理裁决书。该裁决认为，市司法局《关于1999年度律师事务所年检和律师注册工作的通知》是具有普遍效力的规范性文件，属于抽象行政行为。对抽象行政行为提出行政复议申请，不符合行政复议条例第九条“申请复议范围”和第三十一条“申请复议应当符合下列条件”之第（四）项“属于申请复议范围”的规定。根据行政复议条例第三十四条第（二）项的规定，裁决不予受理。王某不服，于1999年8月向人民法院提起行政诉讼，诉称：被告市司法局的文件第二条关于“对年满70岁的律师不再注册”的规定没有宪法、法律和行政法规依据，与律师法相抵触，同时违反老年人权益保障法的精神。请求一审法院判决撤销该市司法局文件关于“对年满70岁的律师不再注册”的规定，判令被告履行律师注册的法定职责。

法院收到起诉状后遇到的第一个问题，同样是被诉行政行为的性质的问题。“对年满70岁的律师不再注册”的规定是具体行政行为还是抽象行政行为，直接决定着法院能否对该规定的合法性进行审查。该案的法律问题引起了最高人民法院的关注。为此，我们曾在国家法官学院召开论证会。在京的一些行政法专家参加了论证会。会上的观点不一致。一种观点认为，这是一个抽象行政行为。主要理由是，这个规定是针对特定的对象作出的。满70岁的律师的人数在不断地发生变化，发布规定的当天可能是10位，但第二天可能是11位，因为可能有一位律师刚好第二天满70岁。另外，这个规定可以反复适用。因此该规定是一个抽象行政行为。另一种观点认为，这是一个具体行政行为。主要理由是，该规定是针对特定的对象作出的。因为，在规定发布的当天，满70岁的律师是确定的，即使第二

天增加了1位，也是确定的。以后增加或者减少（假设满70岁律师死亡同时没有新的满70岁的律师产生）律师人数都是可数的。因此，该规定是一个具体行政行为。

尽管最高人民法院只能在两种观点中选择其中一种观点作为裁判的结论，但这两种观点在逻辑上都是成立。笔者认为，在这个案件中，行政行为针对的对象的数量应该是一个关键的问题，但在论证会上似乎没有专家提到这个问题。

我们作一个极端的假设：满70岁的律师只有1位，而且在今后的几年中，也只有1位律师。我们还能说这是一个针对不特定对象的抽象行政行为吗？很显然，从这位满70岁的律师的角度考虑，我们无法理解这个规定不是针对这1位律师作出的。对象只有一个，显然不能得出针对不特定对象的结论。我们再作另一个极端的假设：满70岁的律师有1000位，而且每天、每月人数都在发生很大的变化。我们或许会更倾向于认为这是一个抽象行政行为。在其他案件特别是拆迁行政案件中也会遇到类似的问题。拆迁许可证的对象只有几十户时，有的法院会认为这是一个具体行政行为；拆迁许可证的对象有几万户时，大部分法院会认为这是一个抽象行政行为。

因此，我们发现行政行为针对的对象数量，在影响着我们对行政行为性质的判断。当然在判断的过程中，还会掺杂判断者的价值观念、利益衡量等等因素。但有一点是明确的，行政行为对象的数量影响着行政行为的性质。而这一点是行政诉讼法和最高人民法院司法解释没有也无法涉及的。我们无法明确对象有多少个，对象的变化程度多大的时候，可以认定某个行政行为是具体的或是抽象的，但我们不能回避这样的事实：行政行为对象的数量及其变化程度在影响我们对行政行为性质的判断。

## 五、司法自由裁量权决定行政行为的性质

上述分析，只针对那些无法直接套用最高人民法院司法解释来判断的行政行为。应该说大部分的行政行为的性质是可以判断的。笔者没有否定最高人民法院司法解释的重要价值的意义。想说明一点：行政行为的性质具有相对性，特别是介于抽象和具体两种性质之间的行政行为的性质的判断，仅依靠行政诉讼法和司法解释的规范是不够的。那么最终是什么在决定这些行政行为的性质呢？笔者认为，是司法自由裁量权。法官自由裁量

所依赖的法律观念、价值取向、裁判能力、裁判灵活性等等，都可能决定着一个行政行为的性质。

笔者观察在律师执业资格案中发表意见的专家的观点，有一个大致的印象：主张扩张行政诉讼受案范围的专家一般认为这是一个具体行政行为，主张维持行政诉讼受案范围现状的专家一般认为这是一个抽象行政行为。而且来自大学的教授普遍认为这是一个具体行政行为，具有可诉性，法院应当对该行为进行合法性审查。而来自实践部门的专家普遍认为，这是一个抽象行政行为。在抽象行政行为和具体行政行为的判断上，学术界和实务界的差别由来已久（当然这里没有绝对的界限）。这是因为，从学术的角度扩大受案范围比实务的角度扩大范围要容易得多（没有讽刺学术界的意思）。理论可以在很大程度上推动实践的发展，但案件的命运却只能掌握在拥有裁判权的法官手中，这个案件的命运也是这样。<sup>①</sup>

在公告案中价值取向和裁判能力在同时起作用。最高人民法院在努力通过司法裁判的途径扩大受案范围，这种价值取向比包括高级法院在内的所有地方法院都要明显。尽管最高人民法院的裁判和司法解释也经常被学术界批评为保守。通常，最高人民法院更愿意通过一个案件解决一个带有普遍性的问题，在这一点上，层级越高的法院这种价值取向越明显。

在公告案中，之所以最高人民法院会认定被诉的公告是一个可诉的行为，还在于最高人民法院的裁判能力。这里的裁判能力不是指法官的裁判水平，而主要是法院的裁判权力。在司法裁判中，有权力方有能力。省高级法院在自己的辖区内要解决这么大的纠纷，更愿意各个击破。而最高人民法院则愿意一揽子解决问题。因为最高人民法院有更大的司法裁判权，相对于这个行政纠纷而言，更加超脱。我们在很多案件中会发现这样的规律：在地方政治框架中地位越高的法院，往往更加愿意审查介于抽象行政行为与具体行政行为之间的行政行为；而地位不高的法院，总是倾向于把一些本可以审理的案件拒之门外。原因便在于后者认为这些案件很难审下去，于是找个理由推出去。这就是法院的裁判能力问题。这些法院一般也会给出一个不受理某个案件的合理理由，这些理由，通常就是把一些行政行为的性质解释为抽象行政行为。在中国目前的法治条件下，笔者很理解这些法院法官的为难之处。笔者在很多场合都说：“法官通常是先有结论，

<sup>①</sup> 最高人民法院最后的批复结论是：这是一个抽象行政行为。

后找理由。”而结论与裁判能力（权力）密切相关。

既然行政行为的性质具有相对性，那么，对行政行为的判断也就可能因人而异，特别是因法官而异。如果我们遇到两个相近似的案件，在不同的法院那儿得到不同的裁判。我们会抱怨法制缺乏统一性。在没有判例法的国家中，法制的统一往往更多地体现在文本中。具体案件裁判的统一性，还需要通过案例示范等制度的完善来解决。我们强调法制和裁判的统一性，同时，我们又要强调裁判应当具有灵活性。有时，这统一性和灵活性会发生冲突。在禁止通行案中，要求法院裁判保持统一性的结果，只能将第二个案件拒之门外。显然，这样的诉讼结果是不利于保护大厦所有人的合法权益的。因为，该行政行为的性质具有相对性。司法裁判的灵活性格外重要，在这个案件中，决定这个行政行为性质的关键，恰恰在于裁判的灵活性。

尽管笔者主要从行政诉讼的角度进行论述，但我们可以得出如下一般性的法理结论：在相当多的情况下，行政行为的性质不是固定不变的，而是具有相对性的；法律观念、价值取向、裁判能力、裁判灵活性影响着法官的自由裁量，法官的自由裁量权决定行政行为的性质。

## 第四节 准行政行为的可诉性及相关制度安排

### 一、一个一直没有解决的理论问题

准行政行为一般是指，对公民权利义务不产生直接影响，不会直接改变公民权利义务状态的行为。但这种行为可能对公民的权利义务产生间接的影响。常见的如公证机关的公证行为、交通事故责任认定行为、医疗事故鉴定行为、工伤认定行为等。关于准行政行为的可诉性问题，笔者曾经在评论最高人民法院司法解释时作过粗浅的论述。<sup>①</sup>当时，我在书中论述了几个主要的准行政行为如交通事故责任认定、公证行为等不具有可诉性。我的观点曾被批评为过于保守。关于交通事故责任认定的行为的可诉

<sup>①</sup> 参见甘文：《行政诉讼法司法解释之评论》，中国法制出版社2000年版，第37~44页。

性的问题，全国曾有十多个省市高级法院以不同形式请示最高人民法院。最高人民法院基于内部观点不一致，一直未作正面答复。以至于在相当长一段时间里，各地法院对相同或者类似的案件有不同的裁判。最高人民法院在无法作出统一规范的情况下，允许各地法院根据裁判能力和裁判环境进行尝试，也是一个可以理解的做法。但从全国的司法实践看，交通事故责任认定行为的可诉性问题一直处于混乱状态。直到2004年，最高人民法院的司法政策要求各地法院对交通事故责任认定行政案件，暂时不受理。<sup>①</sup>全国法院对这一问题才逐步有了统一的做法。

事实上，到目前为止，最高人民法院并没有以司法解释的形式对这个问题作出规范，更没有对这个问题作出理论上的解释。这个司法政策的出台，虽然统一了全国法院的司法行为，但没有解决理论上的困惑。

这个司法政策的一个负面效果是，交通事故当事人对公安机关的交通事故责任认定不服，无法通过行政诉讼程序进行救济；而在相关的民事程序中，法院往往不加鉴别地采信公安机关的交通事故责任认定书。最高人民法院的司法政策实际上在一定程度上取消了当事人寻求救济的途径。

从另一个角度看，允许交通事故责任认定行为可诉，在实践中同样存在问题。一是民事纠纷可能因为行政诉讼拖延很长时间，迟迟得不到解决。在交通事故民事诉讼过程中，如果一方民事诉讼当事人提起行政诉讼，则行政诉讼的裁判结果将成为民事诉讼裁判的主要依据。通常，民事诉讼应当中止，待行政裁判作出后继续审理。行政诉讼则往往导致民事纠纷的解决期间拖长。二是行政诉讼裁判方式的选择具有局限性。根据行政诉讼法的规定，法院通过对交通事故责任认定行为进行审查，认为交通事故责任认定行为合法的，判决维持；法院若认为交通事故责任认定行为违法的，应当判决撤销，责令公安机关重新作出交通事故责任鉴定。但在很

---

<sup>①</sup> 参见《最高人民法院副院长奚晓明在全国法院行政审判工作座谈会上的讲话——全面提高行政审判司法能力 为党的执政能力建设提供有力的司法保障》（2004年11月10日）。该讲话指出，“近几年来，不少法院受理和审理了一批不服交通事故责任认定行为提起诉讼的行政案件。应该说，法院受理这类案件是有一定根据的，但是认识不一致，实践中有的法院受理，有的法院不受理，很不严肃。今年5月1日起施行的《道路交通安全法》中第七十三条明确规定，公安机关交通管理部门制作的交通事故认定书，作为处理交通事故的证据。据此，我们认为对于一项证据是否成立、合法问题，完全没有必要通过一个独立的诉讼案件来解决。最高人民法院正在就此问题研究制定相关的司法解释，在司法解释正式出台之前，对这类案件以暂不受理为宜。对于已经受理的应当尽快审结，已经判决的仍然有效。”

多情况下，公安机关根本无法重新作出交通事故责任认定。因为，到了诉讼阶段，事故现场早就没有了。而这可能导致民事纠纷迟迟得不到解决，民事纠纷当事人的合法权益无法及时得到救济。

笔者曾就这个问题与美国教授进行讨论，得到的结论是，仅就交通事故责任认定结论而言，即使在美国也是不可诉的。<sup>①</sup>在美国教授看来，交通事故责任判断是行政权力范围内的问题，行政机关是交通事故责任认定的专家，而法官不是。法官不应当以自己的判断来取代行政机关的判断。若法官认为行政机关的交通事故责任认定的程序违法，则可以进行审查并作出裁判。但法官不能对交通事故责任认定的实体内容是否正确或者合法作出判断。也就是说，在美国，法官可以对交通事故责任认定行为程序是否合法进行审查，但不能对交通事故责任认定的实体问题进行审查。美国的理论并没有完全解决中国的问题。因为，在中国，不存在程序审和实体审分离的司法审查制度。行政诉讼法第五条规定：“人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查。”该条所确立的中国式的合法性审查原则，既包括程序问题的合法性审查，也包括实体问题的合法性审查。但美国的理论给我们一个很大的启示：之所以这类案件的程序问题法院可以审查，是因为程序问题是一个法律问题；而实体问题是一个事实问题。行政机关是事实问题判断的专家，法官则是法律问题判断的专家。

由此，我们可以得出一般性的结论：从理论上讲，若一个准行政行为涉及纯粹事实问题判断，则是不可诉的；若一个准行政行为既涉及事实问题的判断，又涉及法律问题的判断，则应当是可诉的。

## 二、纯粹事实问题判断

那么交通事故责任认定行为究竟是属于涉及纯粹事实判断的准行政行为，还是属于既涉及事实问题判断又涉及法律问题判断的准行政行为呢？我们先来看一个案例。

一个小孩横穿马路，被一辆小车撞伤。公安机关派警察到现场勘验后，对事故责任进行认定：小孩跑步横穿马路，驾车人躲闪不及，撞伤了小孩。交通事故主要责任在于小孩，占80%，驾车人的责任占20%。小孩

---

<sup>①</sup> 笔者2002年在美国耶鲁大学法学院做访问学者期间，曾就中国行政诉讼的一些系列问题与耶鲁大学法学院 Jerry Mashow 和 Peter Shark 两位教授进行讨论。这是其中一个问题。



因事故住院花了10万元，要求驾车者赔偿。驾车人认为自己占20%的责任，只愿意赔偿2万元。小孩家长向法院提起了民事诉讼。法院经审理认为，公安交通事故责任认定可以作为定案证据。那么，法院是否必然会作出支持被告主张即赔偿2万元的判决呢？

笔者认为，在这个案件中，公安机关交通事故责任认定，是对事故成因率的划分，而不是对法律责任的划分。也就是说，在这起事故中，小孩跑步横穿马路是造成事故的主要原因，而驾车者的躲闪不及，是造成事故的次要原因。事故成因率的判断不等于法律责任的判断。从法律的角度分析，在本案中，尽管小孩的行为是造成事故的主要原因，但小孩是事故的受害者，承受伤痛。驾车者的身体则没有受到任何伤害。由于驾车者驾驶汽车，属于实施高危险的行为，按照民事侵权理论，即使驾车者在无过错的情形下，仍应当承担一部分的责任。因此，在本案中，驾车者应当在承担更多的法律责任。而小孩承担较少的法律责任。基于此，或许法官会作出这样的判决：驾车者赔偿8万元，小孩承担2万元的医疗费用。在这起事故中，驾车者付出了8万元，而小孩付出了身体的痛苦和2万元医疗费，应该是更加公平的结论。法院的裁判，即驾车者承担8万元的医疗费用，小孩承担2万元医疗费用，则属于法律责任的划分。<sup>①</sup>

公安机关交通事故责任认定通常只涉及事故的成因率，因此，属于对实施问题的判断。若在这个案件中，小孩或者驾车者对公安机关的事故责任认定不服，提起行政诉讼，法院应当不予受理。否则，法院需要对交通事故的成因率作出自己的判断，而这超出了法官的专业范围，也就意味着超出了司法权的范围。

和交通事故责任认定一样，公证行为、火灾事故责任认定行为都属于纯粹事实判断的准行政行为。其他纯粹事实判断的准行政行为还包括行政机关出具鉴定书的行为。例如：某省地质矿产厅根据某市检察院的委托对某煤矿非法采矿所造成的破坏后果作出鉴定结论。该煤矿企业以该鉴定结论依据的资料不真实，结论错误为由，向法院提起行政诉讼，请求撤销该

---

<sup>①</sup> 道路交通安全法第七十三条规定：“公安机关交通管理部门应当根据交通事故现场勘验、检查、调查情况和有关的检验、鉴定结论，及时制作交通事故认定书，作为处理交通事故的证据。交通事故认定书应当载明交通事故的基本事实、成因和当事人的责任，并送达当事人。”公安机关在交通事故认定书中，对事故的成因率作出判断，从理论上讲，不应当使用“责任认定”二字来表述。立法中的“责任”通常是指法律责任。

鉴定结论。法院应当裁定不予受理。

在该案中，省地质矿产厅所作的鉴定结论是一个技术的判断，作为检察机关提起公诉时的证据，也是一个纯粹的事实判断。该煤矿若认为该鉴定结论不真实，可以在刑事诉讼程序中提出反驳的证据，但不能对其提起行政诉讼。

### 三、既涉及事实问题判断又涉及法律问题判断的准行政行为

从上述分析的结论看，涉及纯粹事实问题作出判断的准行政行为是一个不可诉的行为。有些准行政行为并不仅仅涉及事实问题的判断，还同时涉及法律问题的判断，如工伤认定行为。例如：某工人上班期间在工地的一个厕所解手时，因地面很滑，不小心摔倒，脑部受伤。在医院治疗三个月，花去医疗费15万元。该工人认为，这次受伤属于工伤，要求当地劳动局作出工伤认定。劳动部门根据该工人的请求进行审查，作出不是工伤的认定。该工人不服，向法院提起行政诉讼，请求法院撤销工伤事故认定。

在该案中，劳动局需要对事实问题作出判断。也就是说，劳动局需要对该工人是否在工地的厕所受伤、受伤的程度如何等事实作出判断。与交通事故责任认定不同的是，劳动局还需要对法律问题作出判断，即该工人上班期间在工地的厕所里解手，是否属于因工作而受伤。<sup>①</sup>劳动局认为，该工人上班期间在工地的厕所解手，不属于因工作而受伤，从而认定这不是一起工伤事故。而法院认为，这是一起工伤事故。理由是，根据生理需要，工人在工地上班期间是必须要上厕所的。若该工人不在工地上班，他也就无须上工地的厕所。因此，上班期间在工地的厕所中摔伤，应当属于工伤。最后，法院不但受理了这个案件，还判决撤销了劳动局的工伤认定。类似的工伤认定案件还有很多，如工人违规操作导致手指被机器截断，下班途中开车出了车祸，上班期间私自离开被车撞伤等等，这些工伤认定都属于既涉及事实问题判断又涉及法律问题判断的准行政行为。

一个准行政行为是否既对事实问题又对法律问题作出判断，要看该行为的具体内容，而不能只看行为的形式。例如，同样是出具一份公文文书，有

---

<sup>①</sup> 工伤保险条例第十四条第（一）项规定，“职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；”该案争议的主要问题是工人在工作时间和工作场所内上厕所受伤是否属于因工作原因受到事故伤害。

的属于纯粹的事实判断的准行政行为，有的则属于既对事实问题又对法律问题作出判断的准行政行为。我们先来讨论一个“证明拆除时间案”。

2002年1月，某市出台一个规范性文件规定，本市拆迁补偿标准为每平方米2400元。2005年1月，该市出台新的规定，2005年1月之后拆迁的，拆迁补偿标准为每平方米2800元。被拆迁人与拆迁人因补偿款发生了纠纷。该居民于1996年10月提起了民事诉讼。在诉讼过程中，拆迁人向法院提交一份当地市房产局出具的证明，该证明写道：“根据房产局档案记载，某某的房屋于2004年12月被拆除，特此证明。”落款为市房产局。但被拆迁人称，该房屋是2005年2月被拆除的。于是，提起了行政诉讼，诉市房产局出具的证明与事实不符，请求法院予以撤销。

该案涉及市房产局出具证明这样一个准行政行为是否可诉的问题。从市房产局出具的证明的内容看，该证明仅仅涉及被拆迁人的房屋被拆除的时间这样一个事实，不涉及任何的法律问题的判断。因此，该证明行为是一个不可诉的行政行为。

同样是出具公文文书的准行政行为，其性质可能是不一样的。我们再讨论一个“出具介绍信案”：

A公司向某市教育委员会（以下简称市教委）提交了《关于成立兴华高中的请示》。该请示的主要内容是：“我公司与陈某等人合作，举办民办兴华高级中学，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，陈某为学校法定代表人。”之后，市教委下达了《关于同意成立兴华高中的批复》，对A公司的请示作如下批复：学校名称为兴华高级中学，学校性质为民办普通高级中学，校长、法定代表人为陈某，原则批准兴华高中章程等内容。兴华高中章程第6条规定：“学校董事会是本校的最高权力机构”；第25条规定：“本校筹建工作，由A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。”一个月后，某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。9月初，A公司向市教委提交了《关于聘任周某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，聘任周某为兴华高中校长（法人代表），免去陈某同志的兴华高中校长（法人代表）职务。请予备案。”由于A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A公司的请求，市教委向相关单位出具了介绍信。9月中旬，市教委向当地商业银行和某市日报社

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”。市教委又向当地公安分局和报社出具介绍信，内容为“刻兴华高中校印”和“兴华高级中学公章作废”。陈某诉至法院，要求撤销市教委出具介绍信的行政行为并要求恢复其兴华高中法定代表人身份。

在该案中，市教委出具介绍信的行政行为是否为可诉的行政行为成了法院需要解决的首要问题。出具介绍信的公文文书的行为，在理论上也是准行政行为。市教委向商业银行、日报社、公安分局出具介绍信，导致兴华高中原有的法人印章、校印、公章等被作废，直接影响了陈某的权益。应该说，陈某与被告出具介绍信的行为是有法律上利害关系的。问题是，市教委出具介绍信的行为是否为一个纯粹事实判断的准行政行为。从介绍信的内容看，市教委向当地商业银行和报社出具介绍信，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”。市教委向公安分局和报社出具介绍信，内容为“刻兴华高中校印”和“兴华高级中学公章作废”。这些内容都不仅仅是证明一种事实的存在与否，同时是对陈某是否为法定代表人以及学校公章、校印、法人印章及财务印章是否继续有效的法律问题的判断。因此，市教委出具介绍信的行为，既对事实问题作出判断又对法律问题作出判断，属于一个可诉的行政行为。法院应当受理陈某提起的行政诉讼。

#### 四、如何弥补制度安排上的缺陷

至此，我们所有的讨论都集中在准行政行为的可诉性问题，而且，我们还确立了判断准行政行为可诉性的一个标准，即是否为纯粹事实问题的判断。若一个准行政行为仅对事实问题作出判断，不具有可诉性；若一个准行政行为既对事实问题又对法律问题作出判断，则具有可诉性。

但这种理论上的结论并没有解决问题的全部。我们还需要回答：面对一个纯粹事实判断的准行政行为，当事人的合法权益如何获得救济。例如，在交通事故责任认定的案件中，当事人认为公安机关的交通事故责任认定行为根本就是违背案件事实的，应该如何寻求救济。

在小孩受伤的交通事故案件中，小孩和驾车者可能对交通事故责任认定都不服，但都不能提起行政诉讼。在相关的民事诉讼中，交通事故责任认定应当作为证据来审查，法院可以采信，也可以不采信。问题是，事实

上极少有法院会否定交通事故责任认定。因为，在目前的诉讼程序的架构下，法院在这个事实问题的判断上不具有资源、技术以及能力上的优势。这种制度缺陷引来一些言辞激烈的批评。<sup>①</sup>

笔者认为，应该通过完善专家证人制度来解决这个问题。在中国三大诉讼法中，没有所谓的专家证人制度，这是中国证据制度的一个重大缺陷。而在美国，据统计，加利福尼亚州高等法院 1990 年裁判的民事案件（包括司法审查案件）中 95% 的案件有专家证人出庭作证，平均每个案件有四个专家证人出庭作证。<sup>②</sup> 专家证人与现场目击证人不同。专家证人可以根据现有的证据运用专业知识对案件事实作出推测、评价和判断。并非所有的交通事故案件中都有目击证人。在没有目击证人的情况下，当事人要反驳警察经过勘查而形成的交通事故责任认定，的确是十分困难的。对于法官来说，也会遇到同样的困难。法官不是目击证人，更不是处理交通事故问题的专家。除非交通事故认定书中有明显的逻辑推导错误，不然法官很难不采信这个证据。这就是为什么当事人总是抱怨法院拿到交通事故认定书就采用而不加严格审查的原因。

如果像美国一样建立了专家证人制度，情况会有很大的变化。在交通事故民事诉讼案件中，对交通事故责任认定有异议的一方当事人，可以请来轮胎专家、汽车制造专家、道路专家分析判断交通事故责任认定中存在的问题。法庭也可以要求制作勘验笔录的警察作为专家证人到庭进行质证。在上述的省地矿厅出具鉴定书的案件中，当事人可以请矿产开采专家、环境保护专家出庭作证，法院也可以要求矿产资源厅派工作人员出庭

---

<sup>①</sup> 例如，有人认为：“现代司法理念告诉我们，无救济即无权利。从我国目前法律规定和普遍实践来看，对道路交通事故认定不能复议和诉讼，只能进行投诉。虽然可以要求法院在民事或刑事诉讼过程中对事故认定书进行审查，且法院可以不采纳其作为证据。从法律上讲，法院具有独立性，法院审查交通事故认定，这是正确的。可问题的关键在于，公安机关完全垄断了这种鉴定，我国没有其他的独立鉴定系统，没有其他的监督措施。即使法院发现了认定有错误，也不能改变其认定。人民法院对交通事故案件的审理成了走过场的程序性活动，从而为公安枉法认定而损害当事人的利益埋下了潜在的因素。综上所述，交通事故认定书的可诉性的确定对我国法治的完善，监督行政权的正确行使和保障当事人的合法权益以及符合 WTO 法制原则都具有很大的积极意义。我国应当在立法和实践中确立和完善这一制度。”参见陈智杰：《浅议交通事故认定书的可诉性》，载《湖北经济学院学报》2009 年 8 月第 6 卷第 8 期。

<sup>②</sup> Richard O. Lempert, Samuel R. Gross & James S. Liebman, “A Modern Approach to Evidence: Text, Problems, Transcripts and Cases”, ST. Paul, MINN: West Group, 2000, P1011.