

宪法与行政法律资讯



深圳律师

深圳市律师协会 内部交流文件

宪法与行政法专业委员会编

2017年10月

目 录

一、最新政策和法规.....	1
政府采购货物和服务招标投标管理办法.....	1
依法分类处理信访诉求工作规则.....	19
国家信访局召开新闻通气会解读《依法分类处理信访诉求工作规则》.....	25
中办机关建立法律顾问和公职律师制度.....	33
最高人民法院关于进一步保护和规范当事人依法行使行政诉权的若干意见.....	33
保障诉权和规制滥讼并重——.....	38
《关于进一步保护和规范当事人依法行使行政诉权的若干意见》解读.....	38
最高人民法院关于废止部分司法解释和司法解释性质文件(第十二批)的决定.....	44
广东省高级人民法院关于明确土地、房屋征收征用 补偿协议纠纷案件作为行政案件处理的通知.....	45
《广东省党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责实施细则》.....	46
省委政法委专职副书记、省委依法治省办主任陈岸明对《广东省党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责实施细则》解读.....	50
二、案例分析.....	53
高法判例：不能以信息公开的名义要求查阅行政卷宗信息——管光治诉银监会信息公开答复案.....	53
重大事故调查报告的批复是否具有可诉性?.....	55
行政机关的会议纪要所记载的信息依法可以不公开.....	59
三、理论争鸣.....	62
郭修江：行政协议案件审理规则——对《行政诉讼法》及其适用解释关于.....	62
行政协议案件规定的理解.....	62
行政机关负责人出庭应诉的几个问题.....	75
内部行为的外部化及其判断标准.....	85

一、最新政策和法规

政府采购货物和服务招标投标管理办法

中华人民共和国财政部令第87号

财政部对《政府采购货物和服务招标投标管理办法》（财政部令第18号）进行了修订，修订后的《政府采购货物和服务招标投标管理办法》已经部务会议审议通过。现予公布，自2017年10月1日起施行。

部长肖捷

2017年7月11日

第一章 总 则

第一条 为了规范政府采购当事人的采购行为，加强对政府采购货物和服务招标投标活动的监督管理，维护国家利益、社会公共利益和政府采购招标投标活动当事人的合法权益，依据《中华人民共和国政府采购法》（以下简称政府采购法）、《中华人民共和国政府采购法实施条例》（以下简称政府采购法实施条例）和其他有关法律法规规定，制定本办法。

第二条 本办法适用于在中华人民共和国境内开展政府采购货物和服务（以下简称货物服务）招标投标活动。

第三条 货物服务招标分为公开招标和邀请招标。

公开招标，是指采购人依法以招标公告的方式邀请非特定的供应商参加投标的采购方式。

邀请招标，是指采购人依法从符合相应资格条件的供应商中随机抽取3家以上供应商，并以投标邀请书的方式邀请其参加投标的采购方式。

第四条 属于地方预算的政府采购项目，省、自治区、直辖市人民政府根据实际情况，可以确定分别适用于本行政区域省级、设区的市级、县级公开招标数额标准。

第五条 采购人应当在货物服务招标投标活动中落实节约能源、保护环境、扶持不发达地区和少数民族地区、促进中小企业发展等政府采购政策。

第六条 采购人应当按照行政事业单位内部控制规范要求,建立健全本单位政府采购内部控制制度,在编制政府采购预算和实施计划、确定采购需求、组织采购活动、履约验收、答复询问质疑、配合投诉处理及监督检查等重点环节加强内部控制管理。

采购人不得向供应商索要或者接受其给予的赠品、回扣或者与采购无关的其他商品、服务。

第七条 采购人应当按照财政部制定的《政府采购品目分类目录》确定采购项目属性。按照《政府采购品目分类目录》无法确定的,按照有利于采购项目实施的原则确定。

第八条 采购人委托采购代理机构代理招标的,采购代理机构应当在采购人委托的范围内依法开展采购活动。

采购代理机构及其分支机构不得在所代理的采购项目中投标或者代理投标,不得为所代理的采购项目的投标人参加本项目提供投标咨询。

第二章 招 标

第九条 未纳入集中采购目录的政府采购项目,采购人可以自行招标,也可以委托采购代理机构在委托的范围内代理招标。

采购人自行组织开展招标活动的,应当符合下列条件:

- (一) 有编制招标文件、组织招标的能力和条件;
- (二) 有与采购项目专业性相适应的专业人员。

第十条 采购人应当对采购标的的市场技术或者服务水平、供应、价格等情况进行市场调查,根据调查情况、资产配置标准等科学、合理地确定采购需求,进行价格测算。

第十一条 采购需求应当完整、明确,包括以下内容:

- (一) 采购标的需实现的功能或者目标,以及为落实政府采购政策需满足的要求;
- (二) 采购标的需执行的国家相关标准、行业标准、地方标准或者其他标准、规范;
- (三) 采购标的需满足的质量、安全、技术规格、物理特性等要求;
- (四) 采购标的的数量、采购项目交付或者实施的时间和地点;

- (五) 采购标的需满足的服务标准、期限、效率等要求;
- (六) 采购标的的验收标准;
- (七) 采购标的的其他技术、服务等要求。

第十二条 采购人根据价格测算情况,可以在采购预算额度内合理设定最高限价,但不得设定最低限价。

第十三条 公开招标公告应当包括以下主要内容:

- (一) 采购人及其委托的采购代理机构的名称、地址和联系方式;
- (二) 采购项目的名称、预算金额,设定最高限价的,还应当公开最高限价;
- (三) 采购人的采购需求;
- (四) 投标人的资格要求;
- (五) 获取招标文件的时间期限、地点、方式及招标文件售价;
- (六) 公告期限;
- (七) 投标截止时间、开标时间及地点;
- (八) 采购项目联系人姓名和电话。

第十四条 采用邀请招标方式的,采购人或者采购代理机构应当通过以下方式产生符合资格条件的供应商名单,并从中随机抽取3家以上供应商向其发出投标邀请书:

- (一) 发布资格预审公告征集;
- (二) 从省级以上人民政府财政部门(以下简称财政部门)建立的供应商库中选取;
- (三) 采购人书面推荐。

采用前款第一项方式产生符合资格条件供应商名单的,采购人或者采购代理机构应当按照资格预审文件载明的标准和方法,对潜在投标人进行资格预审。

采用第一款第二项或者第三项方式产生符合资格条件供应商名单的,备选的符合资格条件供应商总数不得少于拟随机抽取供应商总数的两倍。

随机抽取是指通过抽签等能够保证所有符合资格条件供应商机会均等的方式选定供应商。随机抽取供应商时,应当有不少于两名采购人工作人员在场监督,并形成书面记录,随采购文件一并存档。

投标邀请书应当同时向所有受邀请的供应商发出。

第十五条 资格预审公告应当包括以下主要内容：

- （一）本办法第十三条第一至四项、第六项和第八项内容；
- （二）获取资格预审文件的时间期限、地点、方式；
- （三）提交资格预审申请文件的截止时间、地点及资格预审日期。

第十六条 招标公告、资格预审公告的公告期限为5个工作日。公告内容应当以省级以上财政部门指定媒体发布的公告为准。公告期限自省级以上财政部门指定媒体最先发布公告之日起算。

第十七条 采购人、采购代理机构不得将投标人的注册资本、资产总额、营业收入、从业人员、利润、纳税额等规模条件作为资格要求或者评审因素，也不得通过将除进口货物以外的生产厂家授权、承诺、证明、背书等作为资格要求，对投标人实行差别待遇或者歧视待遇。

第十八条 采购人或者采购代理机构应当按照招标公告、资格预审公告或者投标邀请书规定的时间、地点提供招标文件或者资格预审文件，提供期限自招标公告、资格预审公告发布之日起计算不得少于5个工作日。提供期限届满后，获取招标文件或者资格预审文件的潜在投标人不足3家的，可以顺延提供期限，并予公告。

公开招标进行资格预审的，招标公告和资格预审公告可以合并发布，招标文件应当向所有通过资格预审的供应商提供。

第十九条 采购人或者采购代理机构应当根据采购项目的实施要求，在招标公告、资格预审公告或者投标邀请书中载明是否接受联合体投标。如未载明，不得拒绝联合体投标。

第二十条 采购人或者采购代理机构应当根据采购项目的特点和采购需求编制招标文件。招标文件应当包括以下主要内容：

- （一）投标邀请；
- （二）投标人须知（包括投标文件的密封、签署、盖章要求等）；
- （三）投标人应当提交的资格、资信证明文件；
- （四）为落实政府采购政策，采购标的需满足的要求，以及投标人须提供的证明材料；

(五) 投标文件编制要求、投标报价要求和投标保证金交纳、退还方式以及不予退还投标保证金的情形;

(六) 采购项目预算金额, 设定最高限价的, 还应当公开最高限价;

(七) 采购项目的技术规格、数量、服务标准、验收等要求, 包括附件、图纸等;

(八) 拟签订的合同文本;

(九) 货物、服务提供的时间、地点、方式;

(十) 采购资金的支付方式、时间、条件;

(十一) 评标方法、评标标准和投标无效情形;

(十二) 投标有效期;

(十三) 投标截止时间、开标时间及地点;

(十四) 采购代理机构代理费用的收取标准和方式;

(十五) 投标人信用信息查询渠道及截止时点、信用信息查询记录和证据留存的具体方式、信用信息的使用规则等;

(十六) 省级以上财政部门规定的其他事项。

对于不允许偏离的实质性要求和条件, 采购人或者采购代理机构应当在招标文件中规定, 并以醒目的方式标明。

第二十一条 采购人或者采购代理机构应当根据采购项目的特点和采购需求编制资格预审文件。资格预审文件应当包括以下主要内容:

(一) 资格预审邀请;

(二) 申请人须知;

(三) 申请人的资格要求;

(四) 资格审核标准和方法;

(五) 申请人应当提供的资格预审申请文件的内容和格式;

(六) 提交资格预审申请文件的方式、截止时间、地点及资格审核日期;

(七) 申请人信用信息查询渠道及截止时点、信用信息查询记录和证据留存的具体方式、信用信息的使用规则等内容;

(八) 省级以上财政部门规定的其他事项。

资格预审文件应当免费提供。

第二十二条 采购人、采购代理机构一般不得要求投标人提供样品，仅凭书面方式不能准确描述采购需求或者需要对样品进行主观判断以确认是否满足采购需求等特殊情况除外。

要求投标人提供样品的，应当在招标文件中明确规定样品制作的标准和要求、是否需要随样品提交相关检测报告、样品的评审方法以及评审标准。需要随样品提交检测报告的，还应当规定检测机构的要求、检测内容等。

采购活动结束后，对于未中标人提供的样品，应当及时退还或者经未中标人同意后自行处理；对于中标人提供的样品，应当按照招标文件的规定进行保管、封存，并作为履约验收的参考。

第二十三条 投标有效期从提交投标文件的截止之日起算。投标文件中承诺的投标有效期应当不少于招标文件中载明的投标有效期。投标有效期内投标人撤销投标文件的，采购人或者采购代理机构可以不退还投标保证金。

第二十四条 招标文件售价应当按照弥补制作、邮寄成本的原则确定，不得以营利为目的，不得以招标采购金额作为确定招标文件售价的依据。

第二十五条 招标文件、资格预审文件的内容不得违反法律、行政法规、强制性标准、政府采购政策，或者违反公开透明、公平竞争、公正和诚实信用原则。

有前款规定情形，影响潜在投标人投标或者资格预审结果的，采购人或者采购代理机构应当修改招标文件或者资格预审文件后重新招标。

第二十六条 采购人或者采购代理机构可以在招标文件提供期限截止后，组织已获取招标文件的潜在投标人现场考察或者召开开标前答疑会。

组织现场考察或者召开答疑会的，应当在招标文件中载明，或者在招标文件提供期限截止后以书面形式通知所有获取招标文件的潜在投标人。

第二十七条 采购人或者采购代理机构可以对已发出的招标文件、资格预审文件、投标邀请书进行必要的澄清或者修改，但不得改变采购标的和资格条件。澄清或者修改应当在原公告发布媒体上发布澄清公告。澄清或者修改的内容为招标文件、资格预审文件、投标邀请书的组成部分。

澄清或者修改的内容可能影响投标文件编制的，采购人或者采购代理机构应当在投标截止时间至少15日前，以书面形式通知所有获取招标文件的潜在投标人；不足15日的，采购人或者采购代理机构应当顺延提交投标文件的截止时间。

澄清或者修改的内容可能影响资格预审申请文件编制的,采购人或者采购代理机构应当在提交资格预审申请文件截止时间至少3日前,以书面形式通知所有获取资格预审文件的潜在投标人;不足3日的,采购人或者采购代理机构应当顺延提交资格预审申请文件的截止时间。

第二十八条 投标截止时间前,采购人、采购代理机构和有关人员不得向他人透露已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量以及可能影响公平竞争的有关招标投标的其他情况。

第二十九条 采购人、采购代理机构在发布招标公告、资格预审公告或者发出投标邀请书后,除因重大变故采购任务取消情况外,不得擅自终止招标活动。

终止招标的,采购人或者采购代理机构应当及时在原公告发布媒体上发布终止公告,以书面形式通知已经获取招标文件、资格预审文件或者被邀请的潜在投标人,并将项目实施情况和采购任务取消原因报告本级财政部门。已经收取招标文件费用或者投标保证金的,采购人或者采购代理机构应当在终止采购活动后5个工作日内,退还所收取的招标文件费用和所收取的投标保证金及其在银行产生的孳息。

第三章 投 标

第三十条 投标人,是指响应招标、参加投标竞争的法人、其他组织或者自然人。

第三十一条 采用最低评标价法的采购项目,提供相同品牌产品的不同投标人参加同一合同项下投标的,以其中通过资格审查、符合性审查且报价最低的参加评标;报价相同的,由采购人或者采购人委托评标委员会按照招标文件规定的方式确定一个参加评标的投标人,招标文件未规定的采取随机抽取方式确定,其他投标无效。

使用综合评分法的采购项目,提供相同品牌产品且通过资格审查、符合性审查的不同投标人参加同一合同项下投标的,按一家投标人计算,评审后得分最高的同品牌投标人获得中标人推荐资格;评审得分相同的,由采购人或者采购人委托评标委员会按照招标文件规定的方式确定一个投标人获得中标人推荐资格,招标文件未规定的采取随机抽取方式确定,其他同品牌投标人不作为中标候选人。

非单一产品采购项目，采购人应当根据采购项目技术构成、产品价格比重等合理确定核心产品，并在招标文件中载明。多家投标人提供的核心产品品牌相同的，按前两款规定处理。

第三十二条 投标人应当按照招标文件的要求编制投标文件。投标文件应当对招标文件提出的要求和条件作出明确响应。

第三十三条 投标人应当在招标文件要求提交投标文件的截止时间前，将投标文件密封送达投标地点。采购人或者采购代理机构收到投标文件后，应当如实记载投标文件的送达时间和密封情况，签收保存，并向投标人出具签收回执。任何单位和个人不得在开标前开启投标文件。

逾期送达或者未按照招标文件要求密封的投标文件，采购人、采购代理机构应当拒收。

第三十四条 投标人在投标截止时间前，可以对所递交的投标文件进行补充、修改或者撤回，并书面通知采购人或者采购代理机构。补充、修改的内容应当按照招标文件要求签署、盖章、密封后，作为投标文件的组成部分。

第三十五条 投标人根据招标文件的规定和采购项目的实际情况，拟在中标后将中标项目的非主体、非关键性工作分包的，应当在投标文件中载明分包承担主体，分包承担主体应当具备相应资质条件且不得再次分包。

第三十六条 投标人应当遵循公平竞争的原则，不得恶意串通，不得妨碍其他投标人的竞争行为，不得损害采购人或者其他投标人的合法权益。

在评标过程中发现投标人有上述情形的，评标委员会应当认定其投标无效，并书面报告本级财政部门。

第三十七条 有下列情形之一的，视为投标人串通投标，其投标无效：

- (一) 不同投标人的投标文件由同一单位或者个人编制；
- (二) 不同投标人委托同一单位或者个人办理投标事宜；
- (三) 不同投标人的投标文件载明的项目管理成员或者联系人员为同一人；
- (四) 不同投标人的投标文件异常一致或者投标报价呈规律性差异；
- (五) 不同投标人的投标文件相互混装；
- (六) 不同投标人的投标保证金从同一单位或者个人的账户转出。

第三十八条 投标人在投标截止时间前撤回已提交的投标文件的,采购人或者采购代理机构应当自收到投标人书面撤回通知之日起5个工作日内,退还已收取的投标保证金,但因投标人自身原因导致无法及时退还的除外。

采购人或者采购代理机构应当自中标通知书发出之日起5个工作日内退还未中标人的投标保证金,自采购合同签订之日起5个工作日内退还中标人的投标保证金或者转为中标人的履约保证金。

采购人或者采购代理机构逾期退还投标保证金的,除应当退还投标保证金本金外,还应当按中国人民银行同期贷款基准利率上浮20%后的利率支付超期资金占用费,但因投标人自身原因导致无法及时退还的除外。

第四章 开标、评标

第三十九条 开标应当在招标文件确定的提交投标文件截止时间的同一时间进行。开标地点应当为招标文件中预先确定的地点。

采购人或者采购代理机构应当对开标、评标现场活动进行全程录音录像。录音录像应当清晰可辨,音像资料作为采购文件一并存档。

第四十条 开标由采购人或者采购代理机构主持,邀请投标人参加。评标委员会成员不得参加开标活动。

第四十一条 开标时,应当由投标人或者其推选的代表检查投标文件的密封情况;经确认无误后,由采购人或者采购代理机构工作人员当众拆封,宣布投标人名称、投标价格和招标文件规定的需要宣布的其他内容。

投标人不足3家的,不得开标。

第四十二条 开标过程应当由采购人或者采购代理机构负责记录,由参加开标的各投标人代表和相关工作人员签字确认后随采购文件一并存档。

投标人代表对开标过程和开标记录有疑义,以及认为采购人、采购代理机构相关工作人员有需要回避的情形的,应当场提出询问或者回避申请。采购人、采购代理机构对投标人代表提出的询问或者回避申请应当及时处理。

投标人未参加开标的,视同认可开标结果。

第四十三条 公开招标数额标准以上的采购项目,投标截止后投标人不足3家或者通过资格审查或符合性审查的投标人不足3家的,除采购任务取消情形外,按照以下方式处理:

(一) 招标文件存在不合理条款或者招标程序不符合规定的, 采购人、采购代理机构改正后依法重新招标;

(二) 招标文件没有不合理条款、招标程序符合规定, 需要采用其他采购方式采购的, 采购人应当依法报财政部门批准。

第四十四条 公开招标采购项目开标结束后, 采购人或者采购代理机构应当依法对投标人的资格进行审查。

合格投标人不足3家的, 不得评标。

第四十五条 采购人或者采购代理机构负责组织评标工作, 并履行下列职责:

(一) 核对评审专家身份和采购人代表授权函, 对评审专家在政府采购活动中的职责履行情况予以记录, 并及时将有关违法违规行为向财政部门报告;

(二) 宣布评标纪律;

(三) 公布投标人名单, 告知评审专家应当回避的情形;

(四) 组织评标委员会推选评标组长, 采购人代表不得担任组长;

(五) 在评标期间采取必要的通讯管理措施, 保证评标活动不受外界干扰;

(六) 根据评标委员会的要求介绍政府采购相关政策法规、招标文件;

(七) 维护评标秩序, 监督评标委员会依照招标文件规定的评标程序、方法和标准进行独立评审, 及时制止和纠正采购人代表、评审专家的倾向性言论或者违法违规行为;

(八) 核对评标结果, 有本办法第六十四条规定情形的, 要求评标委员会复核或者书面说明理由, 评标委员会拒绝的, 应予记录并向本级财政部门报告;

(九) 评审工作完成后, 按照规定向评审专家支付劳务报酬和异地评审差旅费, 不得向评审专家以外的其他人员支付评审劳务报酬;

(十) 处理与评标有关的其他事项。

采购人可以在评标前说明项目背景和采购需求, 说明内容不得含有歧视性、倾向性意见, 不得超出招标文件所述范围。说明应当提交书面材料, 并随采购文件一并存档。

第四十六条 评标委员会负责具体评标事务, 并独立履行下列职责:

(一) 审查、评价投标文件是否符合招标文件的商务、技术等实质性要求;

- (二) 要求投标人对投标文件有关事项作出澄清或者说明;
- (三) 对投标文件进行比较和评价;
- (四) 确定中标候选人名单, 以及根据采购人委托直接确定中标人;
- (五) 向采购人、采购代理机构或者有关部门报告评标中发现的违法行为。

第四十七条 评标委员会由采购人代表和评审专家组成, 成员人数应当为5人以上单数, 其中评审专家不得少于成员总数的三分之二。

采购项目符合下列情形之一的, 评标委员会成员人数应当为7人以上单数:

- (一) 采购预算金额在1000万元以上;
- (二) 技术复杂;
- (三) 社会影响较大。

评审专家对本单位的采购项目只能作为采购人代表参与评标, 本办法第四十八条第二款规定情形除外。采购代理机构工作人员不得参加由本机构代理的政府采购项目的评标。

评标委员会成员名单在评标结果公告前应当保密。

第四十八条 采购人或者采购代理机构应当从省级以上财政部门设立的政府采购评审专家库中, 通过随机方式抽取评审专家。

对技术复杂、专业性强的采购项目, 通过随机方式难以确定合适评审专家的, 经主管预算单位同意, 采购人可以自行选定相应专业领域的评审专家。

第四十九条 评标中因评标委员会成员缺席、回避或者健康等特殊原因导致评标委员会组成不符合本办法规定的, 采购人或者采购代理机构应当依法补足后继续评标。被更换的评标委员会成员所作出的评标意见无效。

无法及时补足评标委员会成员的, 采购人或者采购代理机构应当停止评标活动, 封存所有投标文件和开标、评标资料, 依法重新组建评标委员会进行评标。原评标委员会所作出的评标意见无效。

采购人或者采购代理机构应当将变更、重新组建评标委员会的情况予以记录, 并随采购文件一并存档。

第五十条 评标委员会应当对符合资格的投标人的投标文件进行符合性审查, 以确定其是否满足招标文件的实质性要求。

第五十一条 对于投标文件中含义不明确、同类问题表述不一致或者有明显文字和计算错误的内容，评标委员会应当以书面形式要求投标人作出必要的澄清、说明或者补正。

投标人的澄清、说明或者补正应当采用书面形式，并加盖公章，或者由法定代表人或其授权的代表签字。投标人的澄清、说明或者补正不得超出投标文件的范围或者改变投标文件的实质性内容。

第五十二条 评标委员会应当按照招标文件中规定的评标方法和标准，对符合性审查合格的投标文件进行商务和技术评估，综合比较与评价。

第五十三条 评标方法分为最低评标价法和综合评分法。

第五十四条 最低评标价法，是指投标文件满足招标文件全部实质性要求，且投标报价最低的投标人为中标候选人的评标方法。

技术、服务等标准统一的货物服务项目，应当采用最低评标价法。

采用最低评标价法评标时，除了算术修正和落实政府采购政策需进行的价格扣除外，不能对投标人的投标价格进行任何调整。

第五十五条 综合评分法，是指投标文件满足招标文件全部实质性要求，且按照评审因素的量化指标评审得分最高的投标人为中标候选人的评标方法。

评审因素的设定应当与投标人所提供货物服务的质量相关，包括投标报价、技术或者服务水平、履约能力、售后服务等。资格条件不得作为评审因素。评审因素应当在招标文件中规定。

评审因素应当细化和量化，且与相应的商务条件和采购需求对应。商务条件和采购需求指标有区间规定的，评审因素应当量化到相应区间，并设置各区间对应的不同分值。

评标时，评标委员会各成员应当独立对每个投标人的投标文件进行评价，并汇总每个投标人的得分。

货物项目的价格分值占总分值的比重不得低于 30%；服务项目的价格分值占总分值的比重不得低于 10%。执行国家统一定价标准和采用固定价格采购的项目，其价格不列为评审因素。

价格分应当采用低价优先法计算,即满足招标文件要求且投标价格最低的投标报价为评标基准价,其价格分为满分。其他投标人的价格分统一按照下列公式计算:

投标报价得分=(评标基准价 / 投标报价) × 100

评标总得分=F1×A1+F2×A2+……+Fn×An

F1、F2……Fn 分别为各项评审因素的得分;

A1、A2、……An 分别为各项评审因素所占的权重(A1+A2+……+An=1)。

评标过程中,不得去掉报价中的最高报价和最低报价。

因落实政府采购政策进行价格调整的,以调整后的价格计算评标基准价和投标报价。

第五十六条 采用最低评标价法的,评标结果按投标报价由低到高顺序排列。投标报价相同的并列。投标文件满足招标文件全部实质性要求且投标报价最低的投标人为排名第一的中标候选人。

第五十七条 采用综合评分法的,评标结果按评审后得分由高到低顺序排列。得分相同的,按投标报价由低到高顺序排列。得分且投标报价相同的并列。投标文件满足招标文件全部实质性要求,且按照评审因素的量化指标评审得分最高的投标人为排名第一的中标候选人。

第五十八条 评标委员会根据全体评标成员签字的原始评标记录和评标结果编写评标报告。评标报告应当包括以下内容:

- (一) 招标公告刊登的媒体名称、开标日期和地点;
- (二) 投标人名单和评标委员会成员名单;
- (三) 评标方法和标准;
- (四) 开标记录和评标情况及说明,包括无效投标人名单及原因;
- (五) 评标结果,确定的中标候选人名单或者经采购人委托直接确定的中标人;
- (六) 其他需要说明的情况,包括评标过程中投标人根据评标委员会要求进行的澄清、说明或者补正,评标委员会成员的更换等。

第五十九条 投标文件报价出现前后不一致的,除招标文件另有规定外,按照下列规定修正:

(一) 投标文件中开标一览表(报价表)内容与投标文件中相应内容不一致的,以开标一览表(报价表)为准;

(二) 大写金额和小写金额不一致的,以大写金额为准;

(三) 单价金额小数点或者百分比有明显错位的,以开标一览表的总价为准,并修改单价;

(四) 总价金额与按单价汇总金额不一致的,以单价金额计算结果为准。

同时出现两种以上不一致的,按照前款规定的顺序修正。修正后的报价按照本办法第五十一条第二款的规定经投标人确认后产生约束力,投标人不确认的,其投标无效。

第六十条 评标委员会认为投标人的报价明显低于其他通过符合性审查投标人的报价,有可能影响产品质量或者不能诚信履约的,应当要求其在评标现场合理的时间内提供书面说明,必要时提交相关证明材料;投标人不能证明其报价合理性的,评标委员会应当将其作为无效投标处理。

第六十一条 评标委员会成员对需要共同认定的事项存在争议的,应当按照少数服从多数的原则作出结论。持不同意见的评标委员会成员应当在评标报告上签署不同意见及理由,否则视为同意评标报告。

第六十二条 评标委员会及其成员不得有下列行为:

(一) 确定参与评标至评标结束前私自接触投标人;

(二) 接受投标人提出的与投标文件不一致的澄清或者说明,本办法第五十一条规定的情形除外;

(三) 违反评标纪律发表倾向性意见或者征询采购人的倾向性意见;

(四) 对需要专业判断的主观评审因素协商评分;

(五) 在评标过程中擅离职守,影响评标程序正常进行的;

(六) 记录、复制或者带走任何评标资料;

(七) 其他不遵守评标纪律的行为。

评标委员会成员有前款第一至五项行为之一的,其评审意见无效,并不得获取评审劳务报酬和报销异地评审差旅费。

第六十三条 投标人存在下列情况之一的,投标无效:

(一) 未按照招标文件的规定提交投标保证金的;

- (二) 投标文件未按招标文件要求签署、盖章的；
- (三) 不具备招标文件中规定的资格要求的；
- (四) 报价超过招标文件中规定的预算金额或者最高限价的；
- (五) 投标文件含有采购人不能接受的附加条件的；
- (六) 法律、法规和招标文件规定的其他无效情形。

第六十四条 评标结果汇总完成后，除下列情形外，任何人不得修改评标结果：

- (一) 分值汇总计算错误的；
- (二) 分项评分超出评分标准范围的；
- (三) 评标委员会成员对客观评审因素评分不一致的；
- (四) 经评标委员会认定评分畸高、畸低的。

评标报告签署前，经复核发现存在以上情形之一的，评标委员会应当当场修改评标结果，并在评标报告中记载；评标报告签署后，采购人或者采购代理机构发现存在以上情形之一的，应当组织原评标委员会进行重新评审，重新评审改变评标结果的，书面报告本级财政部门。

投标人对本条第一款情形提出质疑的，采购人或者采购代理机构可以组织原评标委员会进行重新评审，重新评审改变评标结果的，应当书面报告本级财政部门。

第六十五条 评标委员会发现招标文件存在歧义、重大缺陷导致评标工作无法进行，或者招标文件内容违反国家有关强制性规定的，应当停止评标工作，与采购人或者采购代理机构沟通并作书面记录。采购人或者采购代理机构确认后，应当修改招标文件，重新组织采购活动。

第六十六条 采购人、采购代理机构应当采取必要措施，保证评标在严格保密的情况下进行。除采购人代表、评标现场组织人员外，采购人的其他工作人员以及与评标工作无关的人员不得进入评标现场。

有关人员评标情况以及在评标过程中获悉的国家秘密、商业秘密负有保密责任。

第六十七条 评标委员会或者其成员存在下列情形导致评标结果无效的,采购人、采购代理机构可以重新组建评标委员会进行评标,并书面报告本级财政部门,但采购合同已经履行的除外:

- (一) 评标委员会组成不符合本办法规定的;
- (二) 有本办法第六十二条第一至五项情形的;
- (三) 评标委员会及其成员独立评标受到非法干预的;
- (四) 有政府采购法实施条例第七十五条规定的违法行为的。

有违法违规行为的原评标委员会成员不得参加重新组建的评标委员会。

第五章 中标和合同

第六十八条 采购代理机构应当在评标结束后2个工作日内将评标报告送采购人。

采购人应当自收到评标报告之日起5个工作日内,在评标报告确定的中标候选人名单中按顺序确定中标人。中标候选人并列的,由采购人或者采购人委托评标委员会按照招标文件规定的方式确定中标人;招标文件未规定的,采取随机抽取的方式确定。

采购人自行组织招标的,应当在评标结束后5个工作日内确定中标人。

采购人在收到评标报告5个工作日内未按评标报告推荐的中标候选人顺序确定中标人,又不能说明合法理由的,视同按评标报告推荐的顺序确定排名第一的中标候选人为中标人。

第六十九条 采购人或者采购代理机构应当自中标人确定之日起2个工作日内,在省级以上财政部门指定的媒体上公告中标结果,招标文件应当随中标结果同时公告。

中标结果公告内容应当包括采购人及其委托的采购代理机构的名称、地址、联系方式,项目名称和项目编号,中标人名称、地址和中标金额,主要中标标的的名称、规格型号、数量、单价、服务要求,中标公告期限以及评审专家名单。

中标公告期限为1个工作日。

邀请招标采购人采用书面推荐方式产生符合资格条件的潜在投标人的,还应当将所有被推荐供应商名单和推荐理由随中标结果同时公告。

在公告中标结果的同时，采购人或者采购代理机构应当向中标人发出中标通知书；对未通过资格审查的投标人，应当告知其未通过的原因；采用综合评分法评审的，还应当告知未中标人本人的评审得分与排序。

第七十条 中标通知书发出后，采购人不得违法改变中标结果，中标人无正当理由不得放弃中标。

第七十一条 采购人应当自中标通知书发出之日起30日内，按照招标文件和中标人投标文件的规定，与中标人签订书面合同。所签订的合同不得对招标文件确定的事项和中标人投标文件作实质性修改。

采购人不得向中标人提出任何不合理的要求作为签订合同的条件。

第七十二条 政府采购合同应当包括采购人与中标人的名称和住所、标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限及地点和方式、验收要求、违约责任、解决争议的方法等内容。

第七十三条 采购人与中标人应当根据合同的约定依法履行合同义务。

政府采购合同的履行、违约责任和解决争议的方法等适用《中华人民共和国合同法》。

第七十四条 采购人应当及时对采购项目进行验收。采购人可以邀请参加本项目的其他投标人或者第三方机构参与验收。参与验收的投标人或者第三方机构的意见作为验收书的参考资料一并存档。

第七十五条 采购人应当加强对中标人的履约管理，并按照采购合同约定，及时向中标人支付采购资金。对于中标人违反采购合同约定的行为，采购人应当及时处理，依法追究其违约责任。

第七十六条 采购人、采购代理机构应当建立真实完整的招标采购档案，妥善保存每项采购活动的采购文件。

第六章 法律责任

第七十七条 采购人有下列情形之一的，由财政部门责令限期改正；情节严重的，给予警告，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员由其行政主管部门或者有关机关依法给予处分，并予以通报；涉嫌犯罪的，移送司法机关处理：

- (一) 未按照本办法的规定编制采购需求的；
- (二) 违反本办法第六条第二款规定的；

(三) 未在规定时间内确定中标人的;

(四) 向中标人提出不合理要求作为签订合同条件的。

第七十八条 采购人、采购代理机构有下列情形之一的,由财政部门责令限期改正,情节严重的,给予警告,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,由其行政主管部门或者有关机关给予处分,并予通报;采购代理机构有违法所得的,没收违法所得,并可以处以不超过违法所得3倍、最高不超过3万元的罚款,没有违法所得的,可以处以1万元以下的罚款:

(一) 违反本办法第八条第二款规定的;

(二) 设定最低限价的;

(三) 未按照规定进行资格预审或者资格审查的;

(四) 违反本办法规定确定招标文件售价的;

(五) 未按规定对开标、评标活动进行全程录音录像的;

(六) 擅自终止招标活动的;

(七) 未按照规定进行开标和组织评标的;

(八) 未按照规定退还投标保证金的;

(九) 违反本办法规定进行重新评审或者重新组建评标委员会进行评标的;

(十) 开标前泄露已获取招标文件的潜在投标人的名称、数量或者其他可能影响公平竞争的有关招标投标情况的;

(十一) 未妥善保管采购文件的;

(十二) 其他违反本办法规定的情形。

第七十九条 有本办法第七十七条、第七十八条规定的违法行为之一,经改正后仍然影响或者可能影响中标结果的,依照政府采购法实施条例第七十一条规定处理。

第八十条 政府采购当事人违反本办法规定,给他人造成损失的,依法承担民事责任。

第八十一条 评标委员会成员有本办法第六十二条所列行为之一的,由财政部门责令限期改正;情节严重的,给予警告,并对其不良行为予以记录。

第八十二条 财政部门应当依法履行政府采购监督管理职责。财政部门及其工作人员在履行监督管理职责中存在懒政怠政、滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊

等违法违纪行为的，依照政府采购法、《中华人民共和国公务员法》、《中华人民共和国行政监察法》、政府采购法实施条例等国家有关规定追究相应责任；涉嫌犯罪的，移送司法机关处理。

第七章 附 则

第八十三条 政府采购货物服务电子招标投标、政府采购货物中的进口机电产品招标投标有关特殊事宜，由财政部另行规定。

第八十四条 本办法所称主管预算单位是指负有编制部门预算职责，向本级财政部门申报预算的国家机关、事业单位和团体组织。

第八十五条 本办法规定按日计算期间的，开始当天不计入，从次日开始计算。期限的最后一日是国家法定节假日的，顺延到节假日后的次日为期限的最后一日。

第八十六条 本办法所称的“以上”、“以下”、“内”、“以内”，包括本数；所称的“不足”，不包括本数。

第八十七条 各省、自治区、直辖市财政部门可以根据本办法制定具体实施办法。

第八十八条 本办法自2017年10月1日起施行。财政部2004年8月11日发布的《政府采购货物和服务招标投标管理办法》（财政部令第18号）同时废止。

依法分类处理信访诉求工作规则

（国信发〔2017〕19号）

第一条 为了进一步规范依法分类处理信访诉求工作，保障合理合法诉求依照法律规定和程序就能得到合理合法的结果，根据《信访条例》和相关法律法规，制定本规则。

第二条 本规则适用于各级行政机关对信访诉求的分类处理，但已经、正在或者依法应当通过诉讼、仲裁、行政复议解决的除外。

前款所指依法应当通过诉讼、仲裁、行政复议解决的信访诉求，主要包括：根据法律规定应由人民法院、人民检察院、公安机关通过刑事立案处理的事项；行政相对人不服行政复议决定的事项；当事人达成有效仲裁协议的事项；其他只能通过诉讼、仲裁、行政复议等法定途径处理的事项。

第三条 县级以上人民政府信访工作机构对收到的信访诉求，应当在国家信访信息系统中予以登记，甄别处理，对属于本规则第二条分类处理范围的信访诉求，在15日内直接或者通过下级信访工作机构转送、交办至有权处理机关，并告知信访人转送、交办去向；对属于本规则第二条除外情形的信访诉求，不予受理，但应当告知信访人依照有关法律、行政法规规定程序向有关机关提出。

转送时可以在国家信访信息系统中提出适用信访程序或者其他法定途径处理的建议。

第四条 县级以上人民政府信访工作机构以外的行政机关收到信访人直接提出的信访诉求，应当对是否属于职责范围进行甄别，按情形分别作出以下处理：

（一）属于本机关职责范围的，应当受理；

（二）属于所属下级机关职责范围的，应当自收到该诉求之日起15日内转送、交办至有权处理机关，并告知信访人转送、交办去向；

（三）不属于本机关及所属下级机关职责范围的，应当自收到该诉求之日起15日内告知信访人不予受理，并告知信访人向有权的机关提出。

第五条 有关行政机关收到上级或者本级人民政府信访工作机构、上级机关转送、交办的信访诉求，应当进行甄别，按情形作出以下处理：

（一）不属于本机关以及所属下级机关职责范围的，应当自收到该诉求之日起5个工作日内向转送、交办机关提出异议，并详细说明理由，经转送、交办机关核实同意后，交还相关材料；

（二）转送、交办机关分类处理建议需要调整的，可以变更原分类处理建议，选择信访或者其他法定途径处理；

（三）不属于以上情形的，依照本规则第四条规定处理。

第六条 对本机关职责范围的信访诉求，有权处理机关应当根据诉求的具体情况分别采用以下相应程序处理：

（一）属于申请行政机关查处违法行为、履行保护人身权或者财产权等合法

权益法定职责的，行政机关应当依法履行或者答复；

（二）属于《信访条例》以外的其他法律、法规或者规章调整范围，能够适用其他法律、法规、规章或者合法有效的规范性文件设定程序处理的，应当适用相应规定和程序处理；

（三）不属于以上情形的，适用《信访条例》规定的程序处理。

对前款规定中信访人提出的诉求，同时可以通过诉讼解决的，行政机关在受理前可以告知诉讼权利及法定时效，引导其向人民法院提起诉讼，但不得以信访人享有诉讼权利为由免除履行自身法定职责的义务。

第七条 有权处理机关负责信访工作的机构收到转送、交办或者信访人直接提出的诉求，认为应当适用信访程序以外其他法定途径办理的，应当与本机关对该诉求负有办理责任的部门（以下简称责任部门）进行会商，确定处理途径和程序。

有权处理机关应当自收到诉求之日起15日内制作包含以下内容的告知书，加盖机关印章或者业务办理专用印章，告知信访人：

- （一）拟适用的其他法定途径及依据；
- （二）查询或者联系方式；
- （三）其他需要告知的内容。

除告知以上内容外，需要依申请启动的，还应当告知其申请需要提供的相关材料。

法律、法规或者规章对受理的时间和告知的形式、内容另有规定的，从其规定。

第八条 有权处理机关认为应当适用信访程序办理的，应当在收到诉求之日起15日内出具信访事项受理告知书，加盖信访业务专用章送达信访人。

第九条 有权处理机关负责信访工作的机构与本机关责任部门经会商无法就分类处理信访诉求达成一致意见的，由负责信访工作的机构会同本机关法制工作机构提出处理意见后报请本机关负责人决定。

第十条 对涉及多个行政机关或者涉及多个法定程序的重大、疑难、复杂诉求，县级以上人民政府信访工作机构可以组织有关行政机关协商合议，提出解决问题的方案和工作分工。各方无法达成一致意见时，由县级以上人民政府信访工

作机构会同同级政府法制工作机构提出方案、分工后，报请本级人民政府决定。

第十一条 有权处理机关和县级以上人民政府信访工作机构应当建立完善社会力量参与信访工作机制，充分发挥法律顾问和律师在依法分类处理工作中的作用。

第十二条 适用信访程序以外其他法定途径办理的诉求，有权处理机关应当依据相应的规定及程序做出行政处理，并告知信访人救济途径和期限，送达信访人。

对申请行政机关查处违法行为、履行保护人身权或者财产权等合法权益法定职责，但有关法律法规规章和规范性文件中没有具体程序和期限规定的，应当在接到申请之日起两个月内履行或者答复。

对欠缺形式要件的诉求，可以根据情况要求提出该诉求的公民、法人或者其他组织补充。

有权处理机关负责信访工作的机构对适用其他法定途径处理的诉求，应当跟踪处理进展，并将诉求的处理结果录入国家信访信息系统。

第十三条 适用信访程序办理的诉求，有权处理机关可以运用教育、协商、听证等方法，及时妥善处理，按照《信访条例》规定的时限、程序做出信访处理意见书，加盖信访业务专用章并送达信访人。

信访处理意见书及有关材料应当录入国家信访信息系统。

第十四条 行政机关在处理信访诉求过程中，可以通过与信访人和解或对产生争议双方当事人进行调解的方式处理诉求。

行政机关可以在不违反法律、法规强制性规定的情况下，在自由裁量权范围内，与信访人自愿和解；可以经争议双方当事人同意进行调解。经和解、调解达成一致意见的，应当制作和解协议书或调解协议书。

第十五条 信访复查（复核）机关在信访复查（复核）中，发现诉求应当适用信访程序以外其他法定途径而未适用，以信访处理代替行政处理，以信访处理意见代替应当适用信访程序以外其他法定途径作出的行政处理决定或者行政履职行为的，应当区分情况，撤销信访处理（复查）意见，要求原办理机关适用其他法定途径重新处理，或者变更原处理（复查）意见。

第十六条 对有权处理机关正在或者已经适用信访程序以外其他法定途径处

理的诉求，信访人再次通过信访渠道反映的，区分下列情形作出相应处理：

（一）以同一事实和理由再次提出同一诉求的，各级人民政府信访工作机构和有权处理机关不再重复处理；

（二）对同一诉求提出新的事实和理由的，各级人民政府信访工作机构应当按照本规则第三条有关规定处理，由有权处理机关认定是否属于新的事实和理由；有权处理机关认定属于新的事实和理由的，按照本规则第七条规定处理；不属于新的事实和理由的，按照本条第一款第（一）项规定处理。

适用信访程序办理的诉求，信访人重复提出信访事项的，按照《信访条例》规定办理。

第十七条 县级以上人民政府信访工作机构发现本级人民政府工作部门或者下级行政机关在分类处理工作中有下列情形的，可以进行督办，并提出改进工作的建议：

- （一）应受理而未受理的；
- （二）应适用信访程序以外其他法定途径办理而未适用的；
- （三）未按规定的期限处理的；
- （四）未及时在国家信访信息系统中录入相关信息和材料的；
- （五）未按规定反馈交办事项相关情况的；
- （六）其他需要督办的情形。

收到改进建议的机关应在30日内书面反馈情况，采纳建议的，应列出落实措施和期限；未采纳建议的，应说明理由。

县级以上人民政府信访工作机构发现本级人民政府工作部门或者下级行政机关及其工作人员在分类处理工作中因出现本条第一款规定情形，造成严重后果的，可以根据职责权限提出追责建议。

有权处理机关负责信访工作的机构对本机关责任部门、实行垂直管理的行政机关对所属下级部门可以将本条第一款规定的情形纳入督办范围，并按照本条第三款规定提出追责建议。

第十八条 县级以上人民政府信访工作机构和有权处理机关应当将依法分类处理信访诉求情况纳入信访工作绩效考核范围。

适用信访程序以外其他法定途径办理的诉求，考核及时受理率按照《信访条

例》规定的时限计算，考核按期办理率按照相关法律、法规、规章或者本规则第十二条第二款规定的办理期限计算。

第十九条 各级人民政府信访工作机构应当定期统计本部门 and 同级有权处理机关依法分类处理信访诉求工作情况，及时汇总和反映工作中的问题，并于每年第一季度向上一级人民政府信访工作机构提交上年度依法分类处理信访诉求工作报告。

第二十条 本规则中的送达，属于信访程序的，适用《信访事项网上办理工作规程（试行）》的规定；属于相关法定途径的，适用相关规定。

本规则第三条、第十二条中规定的告知，可以采用短信、信息网络或者提供自行查询方式等形式。

第二十一条 本规则自印发之日起施行。

国家信访局召开新闻通气会解读《依法分类处理信访诉求工作规则》

8月2日，国家信访局召开《依法分类处理信访诉求工作规则》新闻通气会。国家信访局党组副书记、副局长张恩玺出席会议，就社会关注、媒体关心的有关问题作了详细解读。人民日报、新华社等16家在京新闻单位出席会议。

问：为什么出台此《规则》？

答：一段时间以来，信访与其他法定途径之间的边界不是很清晰，受理范围也不是很明确，一些本来应该通过诉讼、仲裁、行政复议等其他法定途径解决的问题涌入了信访渠道，其结果就是信访渠道不堪重负，而其他法定途径的作用没能得到充分发挥，不利于依法及时解决群众合理诉求。

为了解决这一问题，2013年，中央下发了《关于依法处理涉法涉诉信访问题的意见》，明确实行诉讼与信访分离制度，基本厘清了行政体系信访与司法体系信访之间的界限。2014年下半年开始推进依法分类处理工作，进一步在行政体系内部厘清信访与其他法定途径的界限。2015年，中共中央、国务院印发的《法治政府建设实施纲要（2015-2020年）》以及2015年到2017年国务院《关于落实〈政府工作报告〉重点工作部门分工的意见》都对此提出了明确要求。

按照中央要求，国家信访局会同国务院法制办按照“系统抓、抓系统”的思路，牵头37个中央部委共同推进这项工作。按照“成熟一个、推出一个”的原则，推动两批9家中央单位开展试点，多次召开会议安排部署。目前，37家中央部委公布了依法分类处理清单，30个省份的省直部门出台了细化清单，26个省份出台了分类处理工作规程，大部分省份已经在市县层面推开了这项工作。为了更好地指导和推动各地各部门做好这项工作，国家信访局经过调研论证和反复修改，出台了《规则》，目的是总结提炼前一阶段推进依法分类处理工作的成功经验，进一步明确工作机制、规范工作程序，增加可操作性，确保工作进一步落实落地。

问：哪些情况适用此《规则》呢？

答：《规则》第二条规定，本规则适用于各级行政机关对信访诉求的分类处理，但已经、正在或者依法应当通过诉讼、仲裁、行政复议解决的除外，贯彻了信访分离的要求。同时，针对实践中对“依法应当”通过诉讼、仲裁、行政复议解决的事项把握不准的问题，采用列举+兜底的方式列明了刑事立案处理事项、

不服行政复议决定事项、达成有效仲裁协议事项以及其他等四种“依法应当”的情形。

问：依法分类处理的三类程序是什么？

答：对属于职责范围内的诉求，有权处理机关应当根据诉求的具体情况，按照三类程序处理：第一类为依法履职程序。对属于申请行政机关查处违法行为、履行保护人身权或者财产权等合法权益的法定职责，应当依法履行或者答复。第二类为其他法定程序。对属于《信访条例》以外的其他法律、法规或者规章的调整范围，能够适用其他法律、法规、规章或者合法有效的规范性文件设定程序处理的，应当适用相应规定和程序处理。第三类为信访程序。对不属于以上情形的，适用《信访条例》规定的程序处理。

为了保证有权处理机关能够做好分类处理的工作，《规则》以《信访条例》规定为依据，对有权处理机关内部的工作机制进行了细化。规定了内部会商和争议解决机制，赋予内设信访工作机构跟踪处理进展，并将处理结果录入国家信访信息系统，以及进行督办并提出追责建议等职责。

问：信访工作机构和有权处理机关在分类处理中的职责分工有什么不同？

答：《规则》把分类处理的主要责任放在有权处理机关，明确规定由县级以上人民政府信访工作机构负责“转”，即将信访诉求转送至有权处理机关；有权处理机关负责“分”，即明确处理诉求的法定途径，并适用相应程序办理。之所以做出这样的规定，主要考虑县级以上人民政府信访工作机构收到信访诉求时，未经调查，对事实、政策、背景等信息的掌握只是初步、可能的，不够完整，做出的分类可能不够准确，而有权处理机关是解决问题的主体，负有法定职责，熟悉相关法律法规，还具有相应职权调查核实，更能深入地了解情况，由其负责分类导入更为准确。同时为了加强示范和引导，《规则》规定县级以上人民政府信访工作机构对比较明确的诉求，在“转”的同时可以提出分类处理的建议。

问：分类处理的工作流程是什么？

答：依法分类处理工作流程具体有6个环节：

一是专门信访工作机构甄别处理。属于已经、正在或者依法应当通过诉讼、仲裁、行政复议解决的诉求，不予受理并告知向有关机关提出；属于分类处理范围的信访诉求，转送交办至有权处理机关并可以提出分类处理的建议。

二是确定有权处理机关。专门信访工作机构以外的行政机关，收到转送交办或者信访人直接提出的诉求，要根据职责范围进行甄别，属于本机关职责范围的，本机关就是有权处理机关，应当受理；属于所属下级机关职责范围的，转送至有权处理机关；既不属于本机关职责范围，也不属于所属下级机关职责范围的，不予受理。对于上级机关或信访工作机构转送交办的诉求，不属于本机关和所属下级机关职责范围的，收到的行政机关可以提出异议。

三是有权处理机关适用不同程序受理。经过内部会商、争议协调等，确定适用其他法定途径受理或者适用信访程序受理，并告知信访人。

四是有权处理机关适用不同程序办理，做出行政处理或信访处理意见。

五是通过信访复查复核纠正分类错误。复查（复核）机关发现应当适用信访程序以外其他法定途径而未适用，以信访处理代替行政处理，以信访处理意见代替行政处理决定或者行政履职行为的，应当区分情况，撤销或者变更原信访处理（复查）意见。

六是甄别再次提出的信访诉求。以同一事实和理由提出同一诉求的不再重复处理，提出新的事实和理由的再次分类处理。同时，为了保证分类处理的准确性，《规则》还规定了重大、疑难、复杂诉求的协调办理程序和专业力量参与的工作机制。

问：对适用信访程序以外其他法定途径，但需要依申请启动的，有权处理机关受理时要注意什么？

答：《规则》第七条第二款对适用信访程序以外其他法定途径办理的诉求，规定了有权处理机关在受理时应当告知信访人拟适用的其他法定途径及依据、查询或者联系方式，并在告知书上加盖机关印章或者业务办理专用印章等一般性要求。对于需要依申请启动法定途径的，该条第三款规定还应当告知信访人申请需要提供的相关材料，以更好地保护信访人的权利。与之相应的，《规则》第十二条第三款规定了有权处理机关在处理时，对欠缺形式要件的诉求，可以根据情况要求提出该诉求的公民、法人或者其他组织补充。

问：对“申请行政机关查处违法行为、履行保护人身权或者财产权等合法权益的法定职责”的诉求，为什么要强调有权处理机关必须履职？

答：在工作实践中，一些负有法定职责的行政机关对信访人举报违法行为要求查处的诉求，往往以没有具体履职程序为由，用信访程序代替做出信访答复，出现了被法院判决没有依法履职而败诉的案例。

根据《行政诉讼法》第十二条第一款第六项规定人民法院可以受理“申请行政机关履行保护人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的”诉讼，第四十七条规定“公民、法人或者其他组织申请行政机关履行保护其人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关在接到申请之日起两个月内不履行的，公民、法人或者其他组织可以向人民法院提起诉讼”。对这类诉求，即使相关法律法规没有规定具体履职程序，行政机关也应遵照《行政诉讼法》规定的一般履职程序。为此，《规则》第十二条第二款规定，对申请行政机关查处违法行为、履行保护人身权或者财产权等合法权益的法定职责，但没有具体程序和期限规定的，应当在接到申请之日起两个月内履行或者答复。做出这样规定，既能促使行政机关依法履职，又实现了与《行政诉讼法》的有效衔接，能减少行政机关被诉、败诉的法律风险。

问：实行分类处理后如何督办？

答：《规则》规定了专门信访工作机构可以督办的六种情形：（一）应受理而未受理的；（二）应适用信访程序以外其他法定途径办理而未适用的；（三）未按规定的期限处理的；（四）未及时在国家信访信息系统中录入相关信息和材料的；（五）未按规定反馈交办事项相关情况的；（六）其他需要督办的情形。实质是督办有权处理机关依法分类处理适用的途径是否准确，是否依法按程序处理，而不是督办有权处理机关分类处理的实体结论。这样既不越权干涉其他法定途径具体处理，又能督促行政机关及时依法处理。同时，《规则》对改进工作建议、追责建议也作了相应规定。

问：实行分类处理如何考核？

答：目前，信访工作的主要考核指标是“三率”，即信访事项及时受理率、信访事项按期办结率、信访事项处理群众满意率。其中的及时受理率和按期办结率都涉及时限。实行依法分类处理，不同的法定途径有不同规定时限，其他法定途径与《信访条例》受理办理期限的规定不尽相同。为了使依法分类处理的考核更科学，与现有考核制度有效衔接，《规则》规定“适用信访程序以外其他法定

途径办理的诉求，考核及时受理率按照《信访条例》规定的时限计算，考核按期办理率按照相关法律、法规、规章或者本规则第十二条第二款规定的办理期限计算”。也就是区分成两个阶段分别计算考核时限：一是诉求甄别尚未导入其他法定途径前，作为信访事项，适用《信访条例》规定；二是导入其他法定途径后，作为行政事项，适用信访程序以外其他法律法规规定的时限。

问：为什么要在分类处理中突出和解、调解的运用？

答：《规则》第十四条规定了和解、调解的运用，贯穿处理信访诉求过程始终。之所以这样规定，主要考虑是行政机关主动采用和解、调解等“柔性”手段，有利于保护当事人合法权益，有利于及时化解社会矛盾。2015年中办、国办下发了《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》，近年来一些地方和部门开展“访调对接”、人民调解司法确认等做法，在实践中产生比较好的社会效果。《规则》从工作实践出发，倡导、鼓励这种主动作为、积极化解矛盾纠纷的探索，也是落实中央关于多元化解矛盾纠纷的要求。充分考虑到与相关法律法规的衔接，《规则》对和解、调解的运用限定了条件，前提是“在不违反法律、法规强制性规定的情况下”和“在自由裁量权范围内”，和解是双方“自愿”，调解是“经争议双方当事人同意”，适用结果是和解、调解达成一致意见的，“制作和解协议书或者调解协议书”。这样既发挥了和解、调解的作用，又确保不与现有法律相冲突。

问：《规则》生效前已经或正在受理的信访诉求，如不符合《规则》要求，如何处理，各地是否有过渡期？

答：《规则》是对《信访条例》有关规定的进一步细化和明确，相关要求与《信访条例》规定是一致的。只要是严格执行《信访条例》规定，工作中一般不会出现不符合《规则》要求的情形。对于一些具体工作环节衔接中的问题，可以按照以下两种方式处理：一是如果在《规则》生效前已经有了处理意见或复查意见的，信访人不服并提出复查复核申请，复查复核机关审查后，认为有关处理不符合依法分类处理工作要求，适用途径错误且对信访人实体权利可能造成实质性影响的，应予以纠正；二是对于正在办理过程中、尚未作出处理意见的，如果不符合依法分类处理工作要求，办理机关应该主动改正。

问：实行依法分类处理如何避免出现信访事项在多个部门之间“踢皮球”或故意拖延扯皮？有无强制措施或惩罚手段？

答：《规则》是按照职责权限来确定信访事项的有权处理机关。按照《规则》规定，信访工作机构应当对信访诉求进行登记甄别，负责转送至有权处理机关。行政机关收到转送的或信访人直接提出的诉求应当根据职责范围进行甄别是否是有权处理机关，并依法分类处理。是否受理、拟采用何种途径受理以及法律依据都要明确告知信访人。对于可能出现的受理争议问题，《规则》规定，如果有关行政机关认为转送的诉求不属于职责范围，可以向转送机关提出异议，但要详细说明理由。对涉及多个行政机关或者涉及多个法定程序的重大、疑难、复杂诉求，专门信访工作机构可以组织有关行政机关协商合议，提出解决问题的方案和工作分工，无法达成一致意见时，由专门信访工作机构会同法制工作机构提出方案、分工后，报请本级人民政府决定。这些工作环节环环相扣，都有明确的要求，有效避免了诉求在多个部门之间“踢皮球”或故意拖延扯皮问题。

对于有关行政机关及其工作人员违反依法分类处理工作规定，拖延扯皮，造成严重后果的，《规则》第十七条第二款规定，专门信访工作机构可以根据职责权限提出追责建议。具体追责情形和处理措施在中办、国办印发的《信访工作责任制实施办法》以及《信访条例》等法规文件中已有明确规定，可以依情形作出相应处理。

问：可以通过诉讼解决的信访诉求，行政机关是否一概不予受理？如何完善信访与司法之间的衔接，使信访群众不会在过程中掉入真空地带？

答：对于属于行政机关职责范围，同时也可以通过诉讼解决的信访诉求，行政机关不能一概不予受理。行政机关对信访诉求是否受理，判断标准是其是否具有相应法定职责。《规则》第六条第二款规定，对信访人提出的诉求，同时可以通过诉讼解决的，行政机关在受理前可以告知诉讼权利及法定时效，引导其向人民法院提起诉讼，但不得以信访人享有诉讼权利为由免除履行自身法定职责的义务。按照这一规定，对于可以通过诉讼解决，也可以通过行政程序解决的问题，选择何种途径，当事人具有选择权。即使信访人提出的诉求是可以通过诉讼解决的，只要属于行政机关的法定职责范围，信访人找到行政机关，行政机关就要依法履行职责。比如，信访人因邻居建筑物影响其采光，认为不符合日照采光要求，

属于违规高层建筑，要求有关机关查处。行政机关在受理前可以引导信访人向人民法院提起民事诉讼，但如果查处违规建筑属于该机关的法定职责，就不能以此为由不予受理、不履行相应职责。

一旦出现行政机关不履职的情况，信访人可以依据《行政诉讼法》向人民法院提起诉讼；同时，专门信访工作机构也可以根据《规则》进行督办并提出改进工作的建议。

为了做好信访与司法衔接，确保群众的诉求不会掉入真空地带，《规则》做了整体设计。一是明确对于已经、正在或者依法应当通过诉讼、仲裁、行政复议解决的诉求不适用分类处理。按照中央关于信访与诉讼分离的相关文件要求，这些诉求会由司法机关依法处理。二是对可以通过诉讼、仲裁、行政复议解决的信访诉求先纳入再甄别。按照《规则》第六条第二款规定，只要属于行政机关法定职责范围的事项，信访人向行政机关提出，行政机关都要依法处理，不得以信访人享有诉讼权利为由免除履行自身法定职责的义务。这些规定是衔接、周延的，确保了信访群众的诉求有人接、有人办，不会出现真空地带。

问：实行分类处理后，信访部门是不是无形中变成了“收发室”，信访干部成了“旁观者”？

答：实行分类处理后，信访部门并不是无事可做。信访部门还要在5个方面发挥作用：

一是依法分类处理的入口在信访部门，对群众提出的信访诉求，信访部门要做好登记、甄别，在规定期限内转送到有权处理机关处理。

二是分流导入需要落实。对诉求解决途径明确的，党委政府专门信访工作机构可以提出分类处理的建议；职能部门信访工作机构要负责与诉求的具体办理部门会商确定适用的法定途径，实现准确分流。

三是分类处理不是一分了之，对涉及多个诉求、多个途径、多个部门的疑难复杂信访诉求要负责协调，提出解决方案和责任分工。

四是对应当受理而未受理、错误适用法定途径、未在规定期限内处理等情形，信访部门要负责督办，提出改进工作的建议。

五是对无法导入到其他法定途径或者按依法履职处理的，信访部门要负责兜底解决，比如历史遗留问题、法律法规尚没有明确规定的问题、政策调整产生的

问题等，这些都是难啃的“硬骨头”。这些工作没有一定的法律专业素养和群众工作水平是做不好的。因此，实行分类处理后，信访部门并不是无事可做，而是任务更重了。

问：信访部门要求分类处理，但信访人不清楚自己的诉求应该找谁办理，怎么办？

答：实行分类处理信访诉求的目的，是保障群众合理合法的诉求依照法律规定和程序就能得到合理合法的结果。对群众不清楚自己的诉求找谁办理的情况，我们主要从两方面做好工作。

一是加强宣传引导，引导群众主动按照法定途径提出诉求。目前，各部委制定的分类处理清单已全部在国家信访局门户网站上公布，各地各部门来访接待场所也都摆放了相应的宣传材料；我们还要求工作人员在接访过程中向群众释法明理，讲清诉求适用的法定途径；很多地方和部门还引入律师参与信访工作，借助专业力量让群众知道自己的诉求该找谁办、该按什么途径办、该具体怎么办。

二是对群众不清楚诉求怎么办理，仍然找信访部门解决的情况，按照方便群众的原则，只要不是涉法涉诉问题，我们先按照“大口进”的原则纳入进来，转送到有权处理机关，再由有权处理机关在甄别、会商的基础上分类处理，告知信访人适用的途径。通过这些工作，不管是信访人主动按法定途径提出诉求，还是由信访部门转送，信访诉求都是按照应该适用的程序处理，最后的结果是一致的。长此下去，群众会逐渐学会和愿意通过法定途径反映问题。

问：《规则》规定，对申请行政机关查处违法行为、履行保护人身权或者财产权等合法权益的法定职责，但没有具体程序和期限规定的，应当在接到申请之日起两个月内履行或者答复。如果两个月后，相关行政机关不作为怎么办？

答：《行政诉讼法》第四十七条规定“公民、法人或者其他组织申请行政机关履行保护其人身权、财产权等合法权益的法定职责，行政机关在接到申请之日起两个月内不履行的，公民、法人或者其他组织可以向人民法院提起诉讼”。因此，对这类诉求，行政机关没有在接到申请之日起两个月内履行或者答复，信访人可以依据《行政诉讼法》向人民法院提起诉讼，维护自身权益。同时，《规则》也将未按规定期限处理的情形列入督办范围，专门信访工作机构可以据此进行督办并提出改进工作的建议，而收到改进建议的机关应在30日内书面反馈情况。

中办机关建立法律顾问和公职律师制度

原文链接：<http://mp.weixin.qq.com/s/wNmTE3ZyAoWPrqwsdQT0Jw>

9月27日，中共中央办公厅机关召开会议，宣布正式建立法律顾问和公职律师制度。中央办公厅有关负责同志为首批法律顾问和公职律师颁发聘书和证书。

会议指出，中办机关设立法律顾问和公职律师是贯彻落实以习近平同志为核心的党中央全面依法治国战略部署的重要举措，是提升中办“三服务”工作科学化法治化水平的有效手段，是落实全面从严治厅、依规治厅要求的有力保障。要牢固树立“四个意识”，深刻认识设立法律顾问和公职律师的重要性，切实把思想和行动统一到党中央决策部署上来。

会议强调，要深入学习习近平总书记系列重要讲话精神特别是关于法治建设的重要思想，认真贯彻中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的意见》，明确职责任务，完善管理办法和运行机制，创造良好条件，切实发挥法律顾问和公职律师在“三服务”事业中的重要作用。

中央办公厅机关首批受聘的法律顾问为法学等领域的国内知名专家，聘期为2年。

最高人民法院关于进一步保护和规范当事人依法行使行政诉权的若干意见

发文机关：最高人民法院

发布文号：法发〔2017〕25号

发布日期：2017-08-31

实施日期：2017-08-31

时效性：现行有效

目录

一、进一步强化诉权保护意识，积极回应人民群众合理期待，有力保障当事人依法合理行使诉权

二、 正确引导当事人依法行使诉权，严格规制恶意诉讼和无理缠诉等滥诉行为

正文

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

现将《最高人民法院关于进一步保护和规范当事人依法行使行政诉权的若干意见》印发给你们，请认真贯彻执行。

最高人民法院

2017年8月31日

新行政诉讼法和立案登记制同步实施以来，各级人民法院坚持司法为民的工作宗旨，进一步强化诉权保护意识，着力从制度上、源头上、根本上解决群众反映强烈的“立案难”问题，对依法应当受理的案件有案必立、有诉必理，人民群众的行政诉权得到了充分保护，立案渠道全面畅通，新行政诉讼法实施和立案登记制改革取得了重大成果。但与此同时，阻碍当事人依法行使诉权的现象尚未完全消除；一些当事人滥用诉权，浪费司法资源的现象日益增多。为了更好地保护和规范当事人依法行使诉权，引导当事人合理表达诉求，促进行政争议实质化解，结合行政审判工作实际，提出如下意见：

一、 进一步强化诉权保护意识，积极回应人民群众合理期待，有力保障当事人依法合理行使诉权

1. 各级人民法院要高度重视诉权保护，坚持以宪法和法律为依据，以满足人民群众需求为导向，以实质化解行政争议为目标，对于依法应当受理的行政案件，一律登记立案，做到有案必立、有诉必理，切实维护和保障公民、法人和其他组织依法提起行政诉讼的权利。

2. 要切实转变观念，严格贯彻新行政诉讼法的规定，坚决落实立案登记制度，对于符合法定起诉条件的，应当当场登记立案。严禁在法律规定之外，以案件疑难复杂、部门利益权衡、影响年底结案等为由，不接收诉状或者接收诉状后不出具书面凭证。

3. 要不断提高保护公民、法人和其他组织依法行使诉权的意识，对于需要当事人补充起诉材料的，应当一次性全面告知当事人需要补正的内容、补充的材料及补正期限等；对于当事人欠缺法律知识的，人民法院必须做好诉讼引导和法

律释明工作。

4. 要坚决清理限制当事人诉权的“土政策”，避免在立案环节进行过度审查，违法将当事人提起诉讼的依据是否充分、事实是否清楚、证据是否确凿、法律关系是否明确等作为立案条件。对于不能当场作出立案决定的，应当严格按照行政诉讼法和司法解释的规定，在七日内决定是否立案。人民法院在七日内既不立案、又不作出不予立案裁定，也未要求当事人补正起诉材料的，当事人可以向上级人民法院起诉，上一级人民法院认为符合起诉条件的，应当立案、审理或指定其他下级人民法院立案、审理。

5. 对于属于人民法院受案范围的行政案件，人民法院发现没有管辖权的，应当告知当事人向有管辖权的人民法院起诉；已经立案的，应当移送有管辖权的人民法院。对于不属于复议前置的案件，人民法院不得以当事人的起诉未经行政机关复议为由不予立案或者不接收起诉材料。当事人的起诉可能超过起诉期限的，人民法院应当进行认真审查，确因不可抗力或者不可归责于当事人自身原因耽误起诉期限的，人民法院不得以超过起诉期限为由不予立案。

6. 要进一步提高诉讼服务能力，充分利用“大数据”“互联网+”“人工智能”等现代技术，继续推进诉讼服务大厅、诉讼服务网络、12368热线、智能服务平台等建设，不断创新工作理念，完善服务举措，为人民群众递交材料、办理手续、领取文书以及立案指导、咨询解答、信息查询等提供一站式、立体化服务，为人民群众依法行使诉权提供优质、便捷、高效的诉讼引导和服务。

7. 要依法保障经济困难和诉讼实施能力较差的当事人的诉权。通过法律援助、司法救助等方式，让行使诉权确有困难的当事人能够顺利进入法院参与诉讼。要积极建立与律师协会、法律援助中心等单位的沟通交流和联动机制，为当事人提供及时有效的法律援助，提高当事人的诉讼实施能力。

8. 要严格执行中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究规定》和中央政法委印发的《司法机关内部人员过问案件的记录和责任追究规定》，及时制止和纠正干扰依法立案、故意拖延立案、人为控制立案等违法违规行为。对于阻碍和限制当事人依法行使诉权、干预人民法院依法受理和审理行政案件的机关和个人，人民法院应当如实记录，并按规定报送同级党委政法委，同时可以向其上级机关或监察机关进

行通报、提出处理建议。

二、 正确引导当事人依法行使诉权，严格规制恶意诉讼和无理缠诉等滥诉行为

9. 要正确理解立案登记制的精神实质，在防止过度审查的同时，也要注意坚持必要审查。人民法院除对新行政诉讼法第四十九条规定的起诉条件依法进行审查外，对于起诉事项没有经过法定复议前置程序处理、起诉确已超过法定起诉期限、起诉人与行政行为之间确实没有利害关系等明显不符合法定起诉条件的，人民法院依法不予立案，但应当向当事人说明不予立案的理由。

10. 要引导当事人依法行使诉权，对于没有新的事实和理由，针对同一事项重复、反复提起诉讼，或者反复提起行政复议继而提起诉讼等违反“一事不再理”原则的起诉，人民法院依法不予立案，并向当事人说明不予立案的理由。当事人针对行政机关未设定其权利义务的重复处理行为、说明性告知行为及过程性行为提起诉讼的，人民法院依法不予立案，并向当事人做好释明工作，避免给当事人造成不必要的诉累。

11. 要准确把握新行政诉讼法第二十五条第一款规定的“利害关系”的法律内涵，依法审查行政机关的行政行为是否确与当事人权利义务的增减得失密切相关，当事人在诉讼中是否确实具有值得保护的合法权益，不得虚化、弱化利害关系的起诉条件。对于确与行政行为有利害关系的起诉，人民法院应当予以立案。

12. 当事人因请求上级行政机关监督和纠正下级行政机关的行政行为，不服上级行政机关作出的处理、答复或者未作处理等层级监督行为提起诉讼，或者不服上级行政机关对下级行政机关作出的通知、命令、答复、回函等内部指示行为提起诉讼的，人民法院在裁定不予立案的同时，可以告知当事人可以依法直接对下级行政机关的行政行为提起诉讼。上述行为如果设定了当事人的权利义务或者对当事人权利义务产生了实际影响，人民法院应当予以立案。

13. 当事人因投诉、举报、检举或者反映问题等事项不服行政机关作出的行政行为而提起诉讼的，人民法院应当认真审查当事人与其投诉、举报、检举或者反映问题等事项之间是否具有利害关系，对于确有利害关系的，应当依法予以立案，不得一概不予受理。对于明显不具有诉讼利益、无法或者没有必要通过司法渠道进行保护的起诉，比如当事人向明显不具有事务、地域或者级别管辖权的行

政机关投诉、举报、检举或者反映问题，不服行政机关作出的处理、答复或者未作处理等行为提起诉讼的，人民法院依法不予立案。

14. 要正确区分当事人请求保护合法权益和进行信访之间的区别，防止将当事人请求行政机关履行法定职责当作信访行为对待。当事人因不服信访工作机构依据《信访条例》作出的处理意见、复查意见、复核意见或者不履行《信访条例》规定的职责提起诉讼的，人民法院依法不予立案。但信访答复行为重新设定了当事人的权利义务或者对当事人权利义务产生实际影响的，人民法院应当予以立案。

15. 要依法制止滥用诉权、恶意诉讼等行为。滥用诉权、恶意诉讼消耗行政资源，挤占司法资源，影响公民、法人和其他组织诉权的正常行使，损害司法权威，阻碍法治进步。对于以危害国家主权和领土完整、危害国家安全、破坏国家统一和民族团结、破坏国家宗教政策为目的的起诉，人民法院依法不予立案；对于极个别当事人不以保护合法权益为目的，长期、反复提起大量诉讼，滋扰行政机关，扰乱诉讼秩序的，人民法院依法不予立案。

16. 要充分尊重和保护公民、法人或者其他组织的知情权，依法及时审理当事人提起的涉及申请政府信息公开的案件。但对于当事人明显违反《中华人民共和国政府信息公开条例》立法目的，反复、大量提出政府信息公开申请进而提起行政诉讼，或者当事人提起的诉讼明显没有值得保护的与其自身合法权益相关的实际利益，人民法院依法不予立案。公民、法人或者其他组织申请公开已经公布或其已经知晓的政府信息，或者请求行政机关制作、搜集政府信息或对已有政府信息进行汇总、分析、加工等，不服行政机关作出的处理、答复或者未作处理等行为提起诉讼的，人民法院依法不予立案。

17. 在认定滥用诉权、恶意诉讼的情形时，应当从严掌握标准，要从当事人提起诉讼的数量、周期、目的以及是否具有正当利益等角度，审查其是否具有滥用诉权、恶意诉讼的主观故意。对于属于滥用诉权、恶意诉讼的当事人，要探索建立有效机制，依法及时有效制止。

保障诉权和规制滥讼并重——

《关于进一步保护和规范当事人依法行使行政诉权的若干意见》解读

作者：徐沐阳 谌秋林

原文链接：<http://mp.weixin.qq.com/s/riq9ccN3kHytSEMtKB-I1w>

2017年8月31日,最高人民法院印发了《关于进一步保护和规范当事人依法行使行政诉权的若干意见》的通知,就保障和规范人民群众依法行使行政诉权提出了17条具体意见,规定了行政诉讼立案登记工作开展的相关规则。

一、《若干意见》的出台背景

2014年《行政诉讼法》修订及立案登记制度推行后,行政诉讼“立案难”的问题得到了基本解决。但是,行政诉讼案件的受理中却逐渐分化出现了两类典型问题。

一方面,行政案件数量剧增,办案压力持续增长,虽然受理行政诉讼的认识障碍已经破除,法院限制当事人诉权的情况仍旧在部分地区再次出现,且表现形式更加多样化。另一方面,个别当事人曲解相关制度,恶意诉讼,滥讼缠讼,极大浪费了司法资源和行政成本,影响了法治进程的推进。

针对新情况,国家对行政诉讼制度,尤其是诉权保障制度重新做出了调整。在继续坚持对诉权的保障,强调排除行政干预,深入推行立案登记制的同时,提出要依法规制恶意诉讼和无理缠诉等滥讼行为。这次《关于进一步保护和规范当事人依法行使行政诉权的若干意见》就是在此背景下发布。

该意见名称使用“进一步保护”的措辞,与最高人民法院2009年发布的《关于依法保护行政诉讼当事人诉权的意见》形成了层进式的关联关系,体现了我国行政诉权保障的方向性的转变,昭示着一个保障诉权和规制滥讼并重的新时期的到来。

二、《若干意见》的内容解读

(一)《若干意见》的行文结构

《若干意见》共有17个条文,分为两个部分。

保障诉权的内容是意见的第一个部分,显示了立法的价值取向。同以往相比,本次意见的出台增加了许多规范诉权行使的内容,更强调诉权行使的“合理性”,但其落脚点和最终目的,仍在于对行政诉权的认可和保障。

滥讼行为规制的内容是意见的第二个部分，也是本次意见较以往历次有关立法或司法解释的最大不同之处，着重强调了诉权的行使应当依法且合理，明确提出要严格规制恶意诉讼和无理缠诉，体现了有关部门对行政司法领域最新形势的关注和回应。

诉权保护的落脚点和滥讼行为规制的主要手段都在于起诉条件的设置和案件的受理，相关内容主要由《行政诉讼法》第四十九条予以规定。具体到本次意见，其核心内容主要集中在原告起诉资格和行政诉讼受案范围的规定两个方面。

（二）诉权保护和规范的原则性规定

本次意见针对诉权的保护和规范作出了一系列原则性规定。首先是提出了实质化解行政争议的目标，意见第一条对该项内容的规定令人耳目一新。这一提法有别于过往经常使用的“妥善”、“及时”、“有效”、“积极”或者“预防”的措辞，揭示了对争议背后深层次冲突的关注。实质化解行政争议的目标暗含了行政诉讼应具有实质行政争议的假定，从逻辑上看，与相关条文对利害关系的要求一脉相承。其次是明确了立案登记制下必要审查的原则，意见第九条集中申明了《行政诉讼法》第四十九条规定的起诉条件、前置性复议、起诉期限、利害关系均属于必要审查的范围，同时强调了法院说明不予立案理由的义务。再次，意见第六条还就诉讼服务方式作出了规定，倡导利用多样化的技术手段提供优质、便捷、高效的诉讼引导和服务。最后，意见第七条就法律援助和司法救助作出了原则性的规定，强调对确有困难的当事人的诉权进行保障。

（三）对起诉条件中原告利害关系条件的认定

1. 利害关系认定的一般性规定

《行政诉讼法》第四十九条通过援引其第二十五条的规定，对行政诉讼的原告提出了如下条件：“行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼”。一般来说，行政行为的相对人往往比较明确，而利害关系人的认定则存在不确定性，意见第十一条的内容正是对利害关系认定标准的直接规定，要求不得虚化、弱化利害关系的起诉条件，将利害关系作为立案审查的重要内容。

根据意见第十一条的规定，所谓利害关系，指的是行政行为与当事人权利义务的增减得失之间的密切联系。值得一提的是，通过规定审查“当事人在诉讼中

是否确实具有值得保护的“实际权益”，意见就利害关系的认定提出了三项较为明确的要件标准：

① “密切相关”的因果关系判断标准

“密切相关”的要求意味着只有行政行为与当事人自身的权利义务的增减具有密切的因果联系的，相关案件才能依法受理。

② “值得保护”的基础权益判断标准

“值得保护的权益”这一概念的使用表明，并非仅有类型化的法定权利才能就其损害提起行政诉讼，从法律原则和立法精神中能够推导出的值得保护的合法权益同样在行政诉讼法的保护范围内。此外，该要件也为反向排除“不值得保护”的所谓“权益”提供了重要通道。

③ “实际”的基础权益判断标准

意见要求当事人应具有“实际”权益，对当事人诉讼中权益的现实状态提出了要求。这一规定贯彻了意见开篇提出的实质化解行政争议的目标，只有当事人存在实际权益，需要在诉讼中予以保护的，才符合行政诉讼中的原告条件。

我们认为，意见第十一条对利害关系认定作出的要件化尝试是本次解释的最大亮点，为司法实践提供了更具操作性的判断标准。当然，相关要件解释的空间仍然较大，需要未来司法实践的进一步阐明。

2. 利害关系认定的其他专门规定

针对目前行政诉讼中滥讼问题突出的案件类型，司法解释提供了更直接的利害关系认定意见：

(1) 针对投诉处理行为起诉的利害关系认定

意见第十三条规定，当事人因投诉、举报、检举或者反映问题等事项不服行政机关作出的行政行为而提起诉讼的，人民法院应当认真审查当事人与其投诉、举报、检举或者反映问题等事项之间是否具有利害关系，对于确有利害关系的，应当依法予以立案，不得一概不予受理。该条还规定，对于明显不具有诉讼利益、无法或者没有必要通过司法渠道进行保护的起诉，人民法院依法不予立案。该条又进一步举例，当事人向明显不具有事务、地域或者级别管辖权的行政机关投诉、举报、检举后不服行政机关处理、答复、不处理等行为而提起诉讼的，属于明显

不具有诉讼利益、无法或者没有必要通过司法渠道进行保护的情形，人民法院依法不予立案。

这是对近年来司法实践情况的精准回应，大量针对投诉处理行为起诉的案件明显不具有诉讼利益、无法或者没有必要通过司法渠道进行保护，意见特别强调，对此类起诉依法不予立案。

从理解上看，该规定的内在逻辑仍在于利害关系的认定，由于被投诉的行政机关不具有管辖权，其处理或不处理的行为与当事人权益的增减不存在密切因果关系，当事人对行政机关而言，并不具有实际权益，因此当事人不符合原告条件，案件依法不予受理。

(2) 针对政府信息公开行为起诉的利害关系认定

意见第十六条规定，政府信息公开案件中，当事人提起的诉讼明显没有值得保护的与其自身合法权益相关的实际利益的，人民法院依法不予立案。

该条有关“值得保护”、“自身合法权益相关”和“实际”的三个具体要件与意见第十一条确立的利害关系认定的三项构成要件完全重叠，是对政府信息公开案件中原告条件的重申。

3. 利害关系的另一面——滥诉的认定

意见第十五条提出要制止滥用诉权、恶意诉讼的行为，除了沿袭《关于人民法院推行立案登记制改革的意见》对以危害国家主权和领土完整、危害国家安全、破坏国家统一和民族团结、破坏国家宗教政策为目的的起诉不予立案的规定外，还明确规定对当事人不以保护合法权益为目的，长期、反复提起大量诉讼，滋扰行政机关，扰乱诉讼秩序的，人民法院依法不予立案。

从形式上看，该条滥诉行为的构成包括一项主观要件和三项客观要件。我们认为，该条规定的主观要件认定尺度难以掌握，可能正是基于这一担忧，意见在其第十七条对认定滥用诉权、恶意诉讼做出了从严掌握、综合考虑的要求，指出要从当事人提起诉讼的数量、周期、目的以及是否具有正当利益等角度，审查其是否具有滥用诉权、恶意诉讼的主观故意。

值得一提的是，同样是针对滥诉行为，意见第十六条对政府信息公开案件中滥诉行为构成要件的规定与第十五条并不相同。意见第十六条其规定，当事人明显违反立法目的，反复、大量提出政府信息公开申请进而提起行政诉讼的，人民

法院依法不予立案。根据这一规定，在政府信息公开案件中，是否滋扰行政机关或扰乱诉讼秩序并不作为滥诉的构成要件，反复、大量起诉成为了必备的构成要件，不以保护合法权益为目的的主观要件也调整为明显违反立法目的。

我们认为，滥诉问题认定的关键在于利害关系的确定。认定滥诉行为，其实是认定当事人与行政行为不存在利害关系，没有诉讼原告资格。当事人的滥诉行为往往不符合“密切相关”、“值得保护”和“实际权益”要件中的一项或多项，结合利害关系的认定标准，滥诉行为的认定将更具操作性。

（三）对起诉条件中受案范围的认定

1. 信访处理行为

意见第十四条重申，行政机关的信访处理行为不属于行政诉讼的受案范围。但该条同时也强调，行政行为的性质认定应以其实质内容为标准，即使行为本身以信访答复的形式表现出来，如果其重新设定了当事人的权利义务或者对当事人权利义务产生了实际影响的，也应属于行政诉讼的受案范围。另一方面，意见强调当事人请求行政机关履行法定职责的行为并非信访行为，其相关诉讼不得以其属于信访处理行为为由拒绝受理。

2. 内部管理行为

意见第十二条重申，行政机关内部管理行为不属于行政诉讼的受案范围。与前文相同的理由，即使行为本身以内部管理行为的形式表现出来，如果其设定了当事人的权利义务或者对当事人权利义务产生了实际影响的，也应属于行政诉讼的受案范围。

3. 重复起诉行为

意见第十条规定，针对同一事项重复、反复提起诉讼的，除有新的事实和理由外，人民法院依法不予受理；反复提起行政复议继而提起诉讼的，同样依法不予受理。此外，对于行政机关未设定其权利义务的重复处理行为、说明性告知行为及过程性行为，依法不予立案。该条规定从反面进一步明确了重复起诉等不在行政诉讼受案范围内的事项。

（四）意见对现行立法的修改

1. 对申请公开已经公开的政府信息的，由判决驳回改为不予立案

《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》第十二条的规定，申请公开的政府信息已经向公众公开，被告已经告知申请人获取该政府信息的方式和途径，人民法院应当判决驳回原告的诉讼请求，而根据本次意见第十六条的规定，已将其修改为不予立案。

（五）意见对现有规定的补充说明

在现有司法文件的基础上，意见还就部分条款涉及的具体事项进行了补充列举，进一步明确相关规范的内含：

1. 排除拒收诉状的理由

意见第二条规定，不得以案件疑难复杂、部门利益权衡、影响年底结案等为由不接收诉状。

2. 强调出具凭证的义务

意见第二条规定，法院接收诉状后应出具书面凭证。谈及凭证问题，根据《中华人民共和国行政诉讼法》第五十一条的规定，不符合起诉条件的，作出不予立案的裁定。裁定书应当载明不予立案的理由。原告对裁定不服的，可以提起上诉。可见法院不予立案的，应当以裁定形式告知当事人。

3. 清理限制诉权的“土政策”

意见第四条规定，要清理限制诉权的“土政策”。相关内容早在2004年《最高人民法院关于进一步加强行政审判工作的通知》中就已经有所体现，本次意见以明确列举的方式将依据是否充分、事实是否清楚、证据是否确凿、法律关系是否明确等事项从立案条件中剔除出去。

4. 明确补正材料的期限意义

意见第四条对法院在7日内决定是否立案及超期后向上级法院起诉的内容进行了规定，与《行政诉讼法》一致。但本条明确将要求当事人补正起诉材料与作出立案决定、作出不予立案裁定并列，说明法院要求当事人补正起诉材料的，材料补正前的时间不纳入7日期限计算范围。

（六）意见对现有规定的重复申明

除了前述明确、新增和修改的内容外，本次意见还就现有的大量规范内容进行了集中重复申明，内容涉及政府信息公开的范围、立案材料的补正告知、行政

诉讼的管辖权和起诉期限、复议前置案件的处理和司法干扰的排除等。此处就不一一赘述了。

三、结语

不难看出，最高人民法院此次出台意见在继续深入推进立案登记制的同时，着重强调了受理案件时的审查工作，将实质化解行政争议的目标贯穿到了立案登记工作的始终。尤其在利害关系和滥讼行为的认定上，意见深入阐述了最新的司法观点，显示了司法部门对于行政案件处理上重要的认识转变，更加有利于解决《行政诉讼法》修改后所存在的立案难及滥诉两方面的问题。

最高人民法院关于废止部分司法解释和司法解释性质文件(第十二批)的决定

(2017年5月8日最高人民法院审判委员会第1716次会议通过，自2017年10月1日起施行)

法释〔2017〕17号

为适应形势发展变化，保证国家法律统一正确适用，根据经第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议《关于修改中华人民共和国行政诉讼法的决定》修改的《中华人民共和国行政诉讼法》的规定，结合审判工作实际，最高人民法院对1988年至2013年期间单独发布的有关行政诉讼的司法解释和司法解释性质文件进行了清理。现决定废止15件司法解释和司法解释性质文件。废止的司法解释和司法解释性质文件从本决定施行之日起不再适用，但过去依据或参照下列司法解释和司法解释性质文件对有关案件作出的判决、裁定仍然有效。当事人对废止决定公布前的行政行为不服，在决定公布后提起行政诉讼或者进入再审程序的，除相关司法解释和司法解释性质文件与当时有效的法律相抵触外，人民法院可依据相关司法解释和司法解释性质文件作出裁判。

**广东省高级人民法院关于明确土地、房屋征收征用
补偿协议纠纷案件作为行政案件处理的通知**

粤高法〔2017〕148号

全省各级人民法院：

为准确执行《中华人民共和国行政诉讼法》《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》的相关规定，公正审理土地、房屋征收征用补偿协议纠纷案件，监督行政机关依法履行职责，经研究，现就土地、房屋征收征用补偿协议纠纷案件处理中应注意的问题通知如下：

一、土地、房屋征收征用补偿协议纠纷，是指土地、房屋征收征用部门或其委托的土地、房屋征收征用实施单位与土地、房屋所有权人、使用权人或者承租人之间就征收征用补偿（拆迁补偿安置）问题发生争议，土地、房屋所有权人、使用权人或者承租人向法院提起的诉讼。

二、签订土地、房屋征收征用补偿协议，是行政机关履行补偿法定职责的方式，属于行政行为，因此引发的争议，属于行政诉讼受案范围。

三、根据《国有土地上房屋征收与补偿条例》第二十五条第一款的规定，国有土地上房屋征收与补偿协议的签订主体为房屋征收部门或其委托的房屋征收实施单位和被拆迁人。被拆迁人以房屋征收实施单位为被告提起诉讼的，应当同时将房屋征收部门列为共同被告。

集体土地上房屋征收与补偿协议的签订主体为村集体或房地产开发公司的，应视为受房屋征收部门委托签订合同，被拆迁人提起诉讼的，应当同时将房屋征收部门列为共同被告。

四、被拆迁人就土地、房屋征收征用安置补偿事项提起民事诉讼的，法院应当向当事人释明，将土地、房屋征收征用部门列为共同被告，以行政诉讼起诉。坚持以民事诉讼起诉的，裁定不予受理。

五、本通知自发布之日起施行。在此之前已经按照民事案件受理的，不适用本通知，当事人亦不得以本通知作为申请再审依据。发回重审、指令再审、申请再审的案件，按照原民事案件由相关民庭审理。

六、最高人民法院以后发布的司法解释与本通知不一致的，按照司法解释办理。

特此通知。

广东省高级人民法院

2017年7月24日

中共广东省委办公厅 广东省人民政府办公厅印发

《广东省党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责实施细则》

原文链接：<http://sztqb.sznews.com/PC/content/201708/08/c137143.html>

近日，中共广东省委办公厅、广东省人民政府办公厅印发了《广东省党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责实施细则》，并发出通知，要求各地区各部门遵照执行。

《广东省党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责实施细则》全文如下。

第一条 为贯彻落实党中央关于全面依法治国的部署要求，推动党政主要负责人切实履行推进法治建设第一责任人职责，根据《党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责规定》《法治政府建设实施纲要（2015-2020年）》，制定本细则。

第二条 本细则适用于县级以上地方党委和政府主要负责人。

第三条 党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责，必须坚持党的领导、人民当家作主、依法治国有机统一；坚持宪法法律至上，反对以言代法、以权压法、徇私枉法；坚持统筹协调，做到依法治国、依法执政、依法行政共同推进，法治国家、法治政府、法治社会一体建设；坚持权责一致，确保有权必有责、有责要担当、失责必追究；坚持以身作则、以上率下，带头尊法学法守法用法。

第四条 党政主要负责人作为推进法治建设第一责任人，应当切实履行依法治国重要组织者、推动者和实践者的职责：

（一）贯彻落实党中央和省委关于法治建设的重大决策部署。统筹推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，把本地区各项工作纳入法治化轨道。

（二）将法治建设摆在全局工作的重要位置，对法治建设重要工作亲自部署、重大问题亲自过问、重点环节亲自协调、重要任务亲自督办，在法治轨道上加快推进治理体系和治理能力现代化。

（三）带头学习宪法法律，带头厉行法治、依法办事，自觉运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定。加强对依法行政和法治政府建设工作的领导。

（四）重视发挥立法的引领和推动作用，协调解决立法工作中遇到的重大问题，积极推动重点领域立法，实现立法和改革决策相衔接，保障重大改革于法有据。

（五）支持法院、检察院依法独立公正行使职权，自觉维护司法权威，不得违规干预司法活动、插手具体案件处理。

第五条 党委主要负责人在推进法治建设中应当履行以下主要职责：

（一）充分发挥党委在推进本地区法治建设中的领导核心作用，定期听取有关工作汇报。及时研究解决有关重大问题，将法治建设纳入地区经济社会发展五年规划和党委常委会年度工作要点，及时制定法治建设五年规划，与经济社会发展同部署、同推进、同督促、同考核、同奖惩。担任本地区党委全面依法治省、市、县（市、区）工作领导小组组长，完善议事制度，加强专项小组建设，根据工作需要及时召开领导小组会议。

（二）坚持全面从严治党、依规治党，加强党内法规制度建设，把党内法规制度建设纳入党的建设总体安排，统筹推进立改废释工作，加快形成内容科学、程序严密、配套完备、运行有效的党内法规制度体系。提高党内法规制度执行力，发挥领导干部带头示范作用，抓好党内法规制度的落实。

（三）严格依法依规决策，全面落实党委法律顾问制度、公职律师制度，加强对党委文件、重大决策的合法合规性审查。推动以党内法规工作机构为平台设立法律顾问室。发挥法律顾问参与重大决策、党内法规草案和规范性文件起草论证、处置涉法涉诉案件等方面的职责作用。

（四）支持本级人大、政府、政协、法院、检察院依法依章程履行职能、开展工作。加强对政法工作的领导，重视政法机关党组（党委）重大事项请示报告工作。督促领导班子其他成员、党委部门主要负责人和下级党政主要负责人依法办事，不得违规干预司法活动、插手具体案件处理，对特权思想严重、法治观念淡薄的干部进行批评教育，及时调离领导岗位；造成不良影响或严重后果的，依纪依法追究责任。

（五）定期听取法治政府建设工作汇报，及时研究解决有关重大问题和困难，加强法制力量建设。

（六）坚持重视法治素养和法治能力的用人导向，将能不能遵守法律、依法办事作为考察干部的重要内容，在相同条件下优先提拔使用法治素养好、依法办事能力强的干部。加强法治工作队伍建设，大力提高法治工作队伍思想政治素质、业务工作能力、职业道德水准。加强政法机关领导班子建设，选好配强政法机关领导班子，完善政法机关领导干部选拔任用机制，建立健全符合政法职业特点的干部考核评价办法。

（七）深入推进法治宣传教育，把宪法法律和党内法规列入党委中心组年度学习计划，健全法治宣传教育机制，加强法治文化宣传教育，推进法治创建活动，推动全社会形成浓厚法治氛围。

第六条 政府主要负责人在推进法治建设中应当履行以下主要职责：

（一）加强对本地区法治政府建设的组织领导，推动法治政府建设实施纲要和依法行政年度工作要点落实，定期检查督导法治政府建设工作情况，及时研究解决有关重大问题，为推进法治建设提供保障、创造条件。落实本级政府每年向同级党委、人大常委会和上一级政府报告上一年度法治政府建设情况制度，报告通过报刊、政府网站向社会公开。

（二）严格执行、督促落实重大行政决策公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查、集体讨论决定的法定程序。健全政府法律顾问制度、公职律师制度，以政府法制机构为平台建立法律顾问室，发挥法律顾问参与重大行政决策和重要行政行为的合法性论证、重大项目和重大合同洽谈、处理诉讼和仲裁等法律事务的职责作用。依法制定规章和规范性文件，全面推进政务公开。

（三）依法全面履行政府职能，完善行政组织和行政程序规章制度，推进机构、职能、权限、程序、责任法定化，大力推行权力清单、责任清单、负面清单制度并实行动态管理。推进行政执法体制改革，全面落实行政执法责任制，健全行政执法与刑事司法衔接机制，推动严格规范公正文明执法。

（四）督促领导班子其他成员和政府部门主要负责人依法行政，健全政府内部权力制约机制，推动完善政府内部层级监督和专门监督。加强对关键部门和重点岗位的行政权力制约和监督，完善纠错问责机制，加大问责力度，纠正行政不作为、乱作为。

（五）自觉维护司法权威，支持法院依法受理和审理行政案件，依法履行行政应诉职责，尊重并执行法院生效裁判，加大对本级政府所属部门和下一级政府履行法院生效裁判的考核和督查力度。建立健全对司法建议、检察建议的办理和督办机制，主动接受检察机关对行政违法行为的监督。

（六）完善行政机关工作人员学法用法制度，组织实施普法规划和普法决议，推动落实“谁执法谁普法”责任，建立和推动落实普法责任清单、以案释法、媒体公益普法等制度。

第七条 党政主要负责人应当将履行推进法治建设第一责任人职责情况列入年终述职内容，推动法治建设述职报告制度化、常态化，组织依法治省、市、县（市、区）工作机构加强对法治建设情况的督察督办。上级党委应当对下级党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责情况开展定期检查、专项督查。

第八条 上级党委应当将下级党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责情况纳入政绩考核指标体系，作为考察使用干部、推进干部能上能下的重要依据。

省委将党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责情况纳入年度法治建设考评重要内容，对被评定为不合格等次的地方党政主要负责人适时进行约谈，责令整改，通报批评。

第九条 党政主要负责人不履行或者不正确履行推进法治建设第一责任人职责，有下列情形之一的，应当严格依纪依法处理，并依照《中国共产党问责条例》《广东省党的问责工作实施办法》等党内法规和有关法律法规予以问责：

(一) 贯彻落实中央和省委关于法治建设的决策部署不认真, 推动工作落实不积极, 或者在贯彻执行中打折扣、做选择、搞变通, 没有完成中央和省委法治建设主要目标任务的。

(二) 在组织推进法治建设中领导不力, 出现重大失误, 造成严重损失, 产生恶劣影响的。

(三) 不遵守法律法规规定, 有法不依、以言代法、以权压法、徇私枉法的。

(四) 督促领导班子其他成员、党政部门主要负责人、下级党政主要负责人履行推进法治建设职责不力, 对违法违纪行为放任纵容、袒护包庇、压案不查或阻扰调查的。

(五) 其他应当予以问责的失职失责情形。

第十条 县级以上地方党委和政府工作部门的主要负责人、乡镇(街道)党政主要负责人, 参照本细则执行。

第十一条 本细则由省委负责解释, 具体解释工作由省委政法委承担。

第十二条 本细则自发布之日起施行。

省委政法委专职副书记、省委依法治省办主任陈岸明对《广东省党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责实施细则》解读

原文链接: <http://mp.weixin.qq.com/s/t7ThbvJrzZRr2fTTLpcaqA>

日前, 省委办公厅、省政府办公厅印发了《广东省党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责实施细则》(以下简称《实施细则》)。就《实施细则》的亮点内容, 记者专访了省委政法委专职副书记、省委依法治省办主任陈岸明, 请其解读。

强化年度考评对履职情况的核查

问题: 请问制定出台《实施细则》的背景是什么?

陈岸明：习近平总书记多次强调，全面依法治国必须抓住领导干部这个“关键少数”。党政主要负责人作为依法治国的重要组织者、推动者和实践者，在法治建设中起着关键的引领和标杆作用。随着全面依法治国的深入推进，对党政“一把手”严格履行法治建设第一责任人职责提出越来越高的要求，其迫切性越来越凸显。去年底，中办、国办印发了《党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责规定》。为贯彻党中央关于法治建设的重大决策部署，扎实推进全面依法治省，把各项工作纳入法治化轨道，省委决定出台我省的《实施细则》，对党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责，制定有针对性的规定。据此，省委依法治省办牵头起草《实施细则》稿，并经省委全面依法治省工作领导小组第二十三次会议审议通过，报请省委、省政府领导同志同意后印发实施。

问题：《实施细则》对落实法治建设第一责任人职责细化明确了哪些具体的措施？

陈岸明：《实施细则》在严格贯彻中央《职责规定》的基础上，着重细化明确了一系列可操作性措施，为党政主要负责人履职提供清晰的工作指引。突出体现在两个方面：一是着重对党政主要负责人法治建设第一责任人职责进行细化。一层是明确党政主要负责人的共同职责，概括为5项；另一层重点对党政主要负责人职责分别作出明确而具体的规定。二是着重对党政主要负责人履职情况的评估机制作出制度安排。中央明确规定将党政主要负责人履职情况纳入政绩考核指标体系，上级党委对下级党政主要负责人履职情况开展定期检查、专项督查，广东在具体实施中有针对性强化法治广东建设年度考评对党政主要负责人履职情况的核查，强化依法治省、市、县（市、区）工作机构的督察督办功能。同时，广东对不履行或不正确履行职责的问责情形明确细化为5项，让党政主要负责人更加清楚地知道“底线”“红线”在哪里，促使法治建设第一责任得到更好地贯彻落实。

率先建法治建设第一责任人述职报告制度

问题：我省近年来在法治建设第一责任人方面作了不少探索，请问工作中有哪些亮点？

陈岸明：广东依法治省工作起步较早，在法治建设第一责任人方面做了不少有益探索。一是省第十二次党代会对党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责作出重要部署，要求加强党对法治建设的领导、把党委政府工作纳入法治化轨道，支持司法机关依法独立公正行使职权，推动全民尊法学法守法用法，依法维护社会和谐稳定。二是从1996年10月开始，历任省委书记亲自担任省委依法治省工作领导小组组长，对法治建设重要工作亲自部署、重大问题亲自过问、重点环节亲自协调、重要任务亲自督办，强化党领导法治建设的体制机制。三是去年将全面依法治省工作要点与省委常委会工作要点、全面深化改革工作要点、全面从严治党工作要点作为省委“四大工作要点”，列为省委重点督查事项，纳入绩效考核范畴，加强对法治建设的统一领导、统一部署、统筹协调。四是率先探索建立法治建设第一责任人述职报告制度，今年4月6日召开的省委全面依法治省工作领导小组第二十三次会议，首次专题听取了珠海、汕头市委书记履行推进法治建设第一责任人职责的述职报告，推动履行法治建设职责工作成效向上级党委述职报告的制度化、常态化。

问题：《实施细则》的出台，将对法治广东建设产生哪些积极的影响？

陈岸明：《实施细则》是法治广东建设的一个十分重要的文件。它的出台，为落实法治建设第一责任人职责提供了清晰而明确的工作指引。贯彻落实好《实施细则》，通过党政主要负责人的以身作则、以上率下，必将带动全面依法治省的深入推进，必将在我省发展转型的关键时期更好发挥法治的引领和规范作用，更好统筹社会力量、平衡社会利益、调节社会关系、规范社会行为、维护公平正义，全面提升法治政府、法治社会、法治广东建设水平，加快推进治理体系和治理能力现代化，不断增创广东法治化环境新优势，使社会在深刻变革中既生机勃勃又井然有序，为落实习近平总书记对广东工作“四个坚持、三个支撑、两个走在前列”的重要批示精神提供强有力的法治保障。

二、案件分析

高法判例：不能以信息公开的名义要求查阅行政卷宗信息——管光治诉银监会信息公开答复案

原文链接：<http://mp.weixin.qq.com/s/EN3Wse8DimaRJzryMt7C0w>

【裁判要旨】

行政程序中的当事人、利害关系人应当通过查阅案卷的途径获取行政案卷材料信息，不能以信息公开的名义要求查阅。以政府信息公开的名义要求查阅的，不属于《政府信息公开条例》调整的范畴。据此提起行政诉讼的，不属于人民法院行政诉讼受案范围。

文书名称：北京市高级人民法院(2017)京行终2933号行政裁定书

案由：信息公开

合议庭成员：潘振东、赵世奎、贾宇军

裁判时间：2017年9月5日

当事人：

上诉人（一审原告）管光治。

被上诉人（一审被告）中国银行业监督管理委员会。

案件由来：上诉人管光治因诉中国银行业监督管理委员会（以下简称银监会）作出的《银监会机关依申请公开政府信息答复函》编号：（2016）614号（以下简称被诉信息公开答复函）一案，不服北京市第一中级人民法院（2016）京01行初1192号行政裁定，向本院提起上诉。

案件事实：1. 2016年8月1日，银监会收到管光治提交的中国银监会政府信息公开申请表，申请公开的信息为：“依法公开向中国银行业监督管理委员会河北监管局发送《行政复议申请决定书》（银监行复决字（2016）27号）快递单据（复印件），如以电子方式发送，请公开相关截屏信息。”2016年8月11日，银监会作出被诉信息公开答复函，答复的主要内容为：“《政府信息公开条例》第二条规定：‘本条例所称政府信息，是指行政机关在履行职责过程中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的信息。’因我会采取统一寄送的方式交付邮局寄送，不保存相关单据信息，故您向我会申请公开的政府信息不存在。”后

银监会通过电子邮件的方式以及邮寄方式向管光治发送了被诉信息公开答复函。

2. 管光治为银监行复决字〔2016〕27号行政复议案件中的申请人。

裁判理由：公民、法人或者其他组织向人民法院提起行政诉讼，应当符合法定起诉条件。起诉不符合法定条件，已经立案的，法院应当裁定驳回起诉。《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》第三条第一款第（八）项规定，行政行为对其合法权益明显不产生实际影响的，已经立案的，应当裁定驳回起诉。《中华人民共和国行政复议法》第二十三条第二款规定，申请人、第三人可以查阅被申请人提出的书面答复、作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料，除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外，行政复议机关不得拒绝。本案中，管光治向银监会申请公开“依法公开向中国银行业监督管理委员会河北监管局发送《行政复议申请决定书》（银监行复决字〔2016〕27号）快递单据（复印件），如以电子方式发送，请公开相关截屏信息。”该申请实质上是以信息公开的名义要求查阅行政复议的卷宗，管光治作为行政复议案件的申请人应当通过查阅上述卷宗的途径获取上述信息。据此，管光治向银监会申请的信息不属于《中华人民共和国政府信息公开条例》调整的范畴，被诉信息公开答复函对其合法权益明显不产生实际影响，其起诉不符合法定起诉条件，依法应予驳回。

裁判结果：一审法院裁定驳回管光治的起诉并无不当，本院予以维持。依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第（一）项的规定，裁定如下：

驳回上诉，维持一审裁定。

本裁定为终审裁定。

重大事故调查报告的批复是否具有可诉性?

原文链接: http://mp.weixin.qq.com/s/PH02zbB9UtxD_0b3_2lQhA

【裁判要点】

国家煤矿安全监察局作出批复之后, 涉案事故的原因和性质、当事人在其中要承担的责任, 已被明确、清晰地确定, 且事实上对后续处理产生拘束, 当事人的权利义务自此已被设定, 这种设定并不从属或依附于其后进行的处理行为, 对当事人权益的影响亦不必然被其后的处理行为所吸收, 故批复并非一种过程性的行政行为, 对当事人的权利义务产生了直接影响。

【裁判文书】

北京市高级人民法院

行政裁定书

(2017)京行终 1197 号

上诉人(一审原告)田兴福, 男, 19XX年XX月XX日出生, 汉族, 住山西省大同市。

委托代理人李善球。

被上诉人(一审被告)国家煤矿安全监察局, 住所地北京市东城区和平里北街 21 号。

法定代表人黄玉治, 局长。

委托代理人王守龙。

委托代理人詹瑜璞。

上诉人田兴福因行政批复一案, 不服北京市第二中级人民法院(以下简称一审法院)(2016)京 02 行初 221 号行政裁定, 向本院提起上诉。本院受理后, 依法组成合议庭审理了本案。

田兴福向一审法院起诉称: 2015年4月19日, 山西大同煤矿集团地煤公司姜家湾煤矿发生透水事故, 造成 21 人死亡, 财产损失 1700 万元。事故发生后, 山西省煤矿安全监察局依法成立了“4.19”重大事故调查组, 并由山西省人民政府安全生产委员会作出了《山西省人民政府安全生产委员会关于上报山西大同煤矿集团有限责任公司姜家湾煤矿“4·19”重大水害事故调查处理意见的报告》(晋

安发〔2015〕6号）（以下简称涉案事故报告），该报告认为田兴福对此次事故负主要责任，建议由司法机关进行立案侦查。2015年8月26日，国家煤矿安全监察局对涉案事故报告作出了《国家煤矿安全监察局关于山西大同煤矿集团有限责任公司姜家湾煤矿“4·19”重大水害事故调查处理意见的批复》（煤安监调查〔2015〕9号，以下简称被诉批复），同意了对事故有关责任人和责任单位的处理意见。田兴福认为，涉案事故报告在事故性质认定、事故原因分析方面的认定是错误的，对田兴福负事故主要责任的认定也是错误的。现国家煤矿安全监察局对涉案事故报告作出了被诉批复，而被诉批复是确定事故原因、性质和实施责任追究的具体行政行为，是有关机关依照法律规定和职权作出的具有法律效力和强制约束力的行政决定，也是有关机关追究他人责任的依据。现田兴福对被诉批复有异议，特向法院诉讼，请求撤销国家煤矿安全监察局所作的被诉批复，判令国家煤矿安全监察局对田兴福的责任进行重新认定并重新作出批复。

一审法院裁定认为：国务院《生产安全事故报告和调查处理条例》第三十二条第一款、第二款规定，重大事故、较大事故、一般事故，负责事故调查的人民政府应当自收到事故调查报告之日起15日内作出批复；特别重大事故，30日内作出批复，特殊情况下，批复时间可以适当延长，但延长的时间最长不超过30日。有关机关应当按照人民政府的批复，依照法律、行政法规规定的权限和程序，对事故发生单位和有关人员进行行政处罚，对负有事故责任的国家工作人员进行处分。第四十五条规定，特别重大事故以下等级事故的报告和调查处理，有关法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定。

《煤矿生产安全事故报告和调查处理规定》第三十三条第二款规定，重大事故调查报告经征求省级人民政府意见后，报国家煤矿安全监察局批复结案。第三十五条第二款规定，有关地方人民政府及其有关部门或者单位应当依照法律、行政法规规定的权限和程序，对事故责任单位和责任人员按照事故批复的规定落实责任追究，并及时将落实情况书面反馈批复单位。第三十六条规定，煤矿安全监察机构依法对煤矿事故责任单位和责任人员实施行政处罚。

从上述法律规定及行政法律关系的视角看，对煤矿生产安全事故责任人的权利义务进行具体设定并产生直接影响的是行政处罚行为，该处罚行为须在事故调查报告取得批复后，经由有权机关依照法律、行政法规规定的权限和程序才能

作出。故国家煤矿安全监察局所作的被诉批复，并非行政处罚行为，其仅是煤矿生产安全事故行政处罚程序中的一个环节、一个依据，并没有对行政相对人设定具体的权利义务，亦没有对行政相对人产生直接影响。因此，被诉批复并不是一个完整、独立、成熟的行政行为，其具有内部性、过程性行政行为的特征。

而《中华人民共和国行政诉讼法》第二条规定，公民、法人或者其他组织认为行政机关的行政行为侵犯其合法权益的，有权向人民法院提起诉讼。第四十九条规定，提起行政诉讼，应当有具体的诉讼请求和事实依据，属于人民法院的受案范围。由于前述被诉批复的行政行为特征，其并未直接侵犯田兴福的合法权益，故被诉批复不在《中华人民共和国行政诉讼法》规定的受案范围之内，不具有可诉性。《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》第三条第一款第（一）项规定，不符合行政诉讼法第四十九条规定的，已经立案的，应当裁定驳回起诉。因此，对于田兴福要求撤销被诉批复的起诉，应予裁定驳回。

综上，依照《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》第三条第一款第（一）项之规定，裁定驳回田兴福的起诉。

田兴福不服一审裁定，向本院上诉称，1、被上诉人的批复是追究上诉人责任的依据，其对上诉人的权利产生了影响。2、被诉批复是属于具体行政行为。被诉批复已经外化，不属于内部行为，一审法院认定该批复属内部性、过程性行政行为错误。3、批复属于人民法院行政诉讼受案范围，已有法院对批复予以受理并判决。4、本案中对事故调查报告及批复不服无任何救济途径，上诉人的权利无法保障。故请求：1、撤销一审裁定；2、指令一审法院对本案进行审理。

国家煤矿安全监察局答辩称，1、国家煤矿安全监察局依据《煤矿安全监察条例》等相关规定有权作出煤安监调查[2015]9号批复，且程序合法。2、国家煤矿安全监察局作出的煤安监调查[2015]9号批复事实依据充分，适用法律正确。3、田兴福被提起公诉，事故调查报告及批复文件并不能成为定罪量刑的认定依据。4、完全赞同一审法院裁定驳回起诉的两个理由。5、田兴福应当对事故造成的损害感到惭愧。故请求依法驳回田兴福的诉讼请求。

本院认为，国务院《生产安全事故报告和调查处理条例》第四十五条规定，特别重大事故以下等级事故的报告和调查处理，有关法律、行政法规或者国务院

另有规定的，依照其规定。《煤矿安全监察条例》第十八条规定，煤矿发生伤亡事故的，由煤矿安全监察机构负责组织调查处理。煤矿安全监察机构组织调查处理事故，应当依照国家规定的事故调查程序和处理办法进行。《煤矿生产安全事故报告和调查处理规定》第三十三条第二款规定，重大事故调查报告经征求省级人民政府意见后，报国家煤矿安全监察局批复结案。据此，国家煤矿安全监察局有对涉案煤矿生产安全事故调查报告进行批复的职权。

本案争议的焦点在于，被诉批复是否事实上对田兴福的权利义务进行设定，属于人民法院行政诉讼受案范围。根据《生产安全事故报告和调查处理条例》第三十条、《煤矿生产安全事故报告和调查处理规定》第三十条的规定，生产安全事故调查报告应当包括事故发生的原因和事故性质、事故责任的认定以及对事故责任者的处理建议、事故防范和整改措施等。《煤矿生产安全事故报告和调查处理规定》第三十一条规定，煤矿生产安全事故调查报告报送至负责事故调查的国家安全生产监督管理总局或者煤矿安全监察机构后，事故调查工作即告结束。该规定第三十三条第二款规定，重大事故调查报告经征求省级人民政府意见后，报国家煤矿安全监察局批复结案。该规定第三十五条规定，事故批复应当主送落实责任追究的有关地方人民政府及其有关部门或者单位。有关地方人民政府及其有关部门或者单位应当依照法律、行政法规规定的权限和程序，对事故责任单位和责任人员按照事故批复的规定落实责任追究，并及时将落实情况书面反馈批复单位。本案中，涉案事故调查报告认定山西大同煤矿集团有限公司姜家湾煤矿“4.19”重大水害事故是一起生产安全责任事故，田兴福对事故发生应负主要责任，建议由司法机关立案侦查，国家煤矿安全监察局批复同意该事故调查报告。国家煤矿安全监察局作出被诉批复之后，涉案事故的原因和性质、田兴福在其中要承担的责任，已被明确、清晰地确定，且事实上对后续处理产生拘束，田兴福的权利义务自此已被设定，这种设定并不从属或依附于其后进行的处理行为，对田兴福权益的影响亦不必然被其后的处理行为所吸收，故被诉批复并非一种过程性的行政行为，对田兴福的权利义务产生了直接影响。同时，被诉批复虽然向山西省人民政府作出，但检察机关随后对田兴福提起公诉，公诉书中援引了涉案事故报告的相关认定，也说明被诉批复已经外化，并非行政机关内部行为，产生了对田兴福的权利义务进行设定的效果。根据《中华人民共和国行

政诉讼法》第二条第一款的规定，公民、法人或者其他组织认为行政机关的行政行为侵犯其合法权益的，有权向人民法院提起诉讼。被诉批复设定了田兴福的权利义务，属于行政诉讼的受案范围，人民法院应当进行审理并作出相应判决。

综上，一审法院裁定驳回田兴福的起诉不当，本院予以纠正，田兴福的上诉理由成立，本院予以支持。依据《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第（二）项、《最高人民法院关于执行若干问题的解释》第六十八条的规定，裁定如下：

- 一、撤销北京市第二中级人民法院（2016）京 02 行初 221 号行政裁定；
 - 二、本案指令北京市第二中级人民法院继续审理。
- 本裁定为终审裁定。

审 判 长 刘 行

审 判 员 支 小 龙

代理审判员 周凯贺

二〇一七年五月二十六日

书 记 员 胡 佳 明

行政机关的会议纪要所记载的信息依法可以不公开

原文链接：<http://mp.weixin.qq.com/s/vVKi89s0cIayRHkTnmMMmA>

案情

2015年8月27日，周素梅向武汉市汉阳区人民政府邮寄《政府信息公开申请表》，要求公开“鹦鹉洲项目剩余拆迁工作指挥部第34期会议纪要”的政府信息。2015年9月17日，汉阳区政府作出《汉阳区政府办公室关于对周素梅申请信息公开的回复》（下称回复），告知周素梅其申请公开的信息不属于应当公开的范围。周素梅不服诉至武汉市中级人民法院，请求撤销汉阳区政府回复，并责令其限期公开相关政府信息。一审法院认为：汉阳区政府针对周素梅的政府信

息公开申请，告知其申请公开的信息属于不予公开的范围并说明了理由，其行为符合法律法规规定，并无不当，驳回周诉讼请求。周素梅不服上诉至湖北省高级人民法院，二审认为：周素梅向汉阳区政府申请公开的《鹦鹉洲项目剩余拆迁工作指挥部第34期会议纪要》，属于行政机关内部讨论、研究的过程性信息，不属于应公开的政府信息，驳回上诉，维持原判。周素梅再次向最高人民法院申请再审，最高法院依法驳回其再审申请。

最高法院的裁判要旨

会议纪要是适用于记载会议主要情况和议定事项的一种公文类型，因此会议纪要属于行政机关内部公文，具有过程性和决策性的特点。尽管《政府信息公开条例》第十四条第四款中规定不予公开的范围较窄，但并不意味着不予公开的范围仅限于“涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息”。从世界范围看，内部信息、过程信息、决策信息通常被列为可以不公开的情形。

律师点评

一、会议纪要是适用于记载会议主要情况和议定事项的一种公文类型，属于行政机关内部公文，具有过程性和决策性

汉阳区政府作出的“鹦鹉洲项目剩余拆迁工作指挥部第34期会议纪要”，根据《党政机关公文处理工作条例》第八条第十五项的规定，会议纪要是适用于记载会议主要情况和议定事项的一种公文类型，属于行政机关内部公文，具有过程性和决策性特点。尽管《政府信息公开条例》第十四条第四款中规定“行政机关不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息”，但并不意味着不予公开的范围仅限于“涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息”。从世界范围看，内部信息、过程信息、决策信息通常被列为可以不公开的情形。

二、会议纪要信息普遍具有“内部性”和“非终极性”，属于“意思形成”的信息，不宜过早公开

会议纪要信息普遍具有“内部性”和“非终极性”，属于“意思形成”的信息，一旦过早公开，可能会引起误解和混乱，减低政府效能，这类信息免于公开，目的是保护政府决策过程的完整性，鼓励政府官员之间的相互讨论，并防止在决定作出以前不成熟地予以公布。

三、国务院办公厅对政府信息公开的解释属于有权解释

《政府信息公开条例》虽然对内部信息、过程信息、决策信息没有作出明确规定，但《国务院办公厅关于做好政府信息依申请公开工作的意见》（国办发〔2010〕5号）第二条中规定：“行政机关在日常工作中制作或者获取的内部管理信息以及处于讨论、研究或者审查中的过程性信息，一般不属于《条例》所指应公开的政府信息。”根据《政府信息公开条例》第三条第二款规定，“国务院办公厅是全国政府信息公开工作的主管部门，负责推进、指导、协调、监督全国的政府信息公开工作”，上述意见在性质上属于全国政府信息公开工作主管部门对《政府信息公开条例》的具体应用解释，且该解释符合国际通例，也有利于兼顾公开与效率的平衡。

三、理论争鸣

郭修江：行政协议案件审理规则——对《行政诉讼法》及其适用解释关于 行政协议案件规定的理解

原文链接：<http://mp.weixin.qq.com/s/dQGHGtcfK9LWiLCMURJkMA>

作者：郭修江（最高人民法院）

原载：《法律适用》2016年第12期

【摘要】修改后的《行政诉讼法》明确行政协议案件属于行政诉讼的受案范围。行政协议是行政机关为履行行政职责实现行政管理目标，与相对人经过协商一致所达成的协议。行政协议行为不是一个单一的行政行为，包括签订、履行、变更、解除行政协议等一系列行政行为。行政协议纠纷包括签订行政协议纠纷、单方变更或者解除行政协议纠纷、不依法履行或者未按照约定履行行政协议义务纠纷、行政协议的强制执行行为纠纷、行政协议赔偿和补偿纠纷等多种类型。当事人提起行政诉讼，必须要明确被诉行政协议行为，笼统请求撤销或者确认行政协议行为违法，诉讼请求不明确。当事人不服行政协议行为，必须在知道或者应当知道被诉行政行为之日起6个月内提起诉讼。行政协议案件的管辖和证据应当依照行政诉讼法的规定予以确定。人民法院审查行政协议行为的合法性，应当按照合法有效约定、行政法律规范、民事法律规范的顺序选择适用法律。行政协议案件的判决应当依照行政诉讼规定的判决方式依法作出；对违约责任、定金等行政诉讼法没有规定的责任形式，协议约定不明或者无效的情形下，人民法院可以适用民事法律规范规定的责任承担方式依法作出判决。

【关键词】行政协议 行政协议纠纷 行政协议行为

修改后的《行政诉讼法》第12条第1款第11项规定，公民法人或者其他组织对行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议行为提起行政诉讼的，属于行政诉讼的受案范围。为规范行政协议案件的审理，《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》（以下简称《适用行政诉讼法解释》）第11条至16条对行政协议案件审理中的部分问题作出规定。为统一司法裁判标准，对如何认识行政协议、行政协议行为、行政协议纠纷等新概念，如何准确把握行政诉讼法和司法解释的关于行政协议案件的审理规则，需要进一步讨论和明确。

一、关于行政协议

行政协议是行政管理的有效手段。行政协议又称行政合同、行政契约，是指行政机关为了履行行政职责，实现行政管理目标，与相对人经协商一致达成的协议。《适用行政诉讼法解释》第11条规定：“行政机关为实现公共利益或者行政管理目标，在法定职责范围内，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议，属于行政诉讼法第十二条第一款第十一项规定的行政协议。”该定义与通说观点基本一致。主要包含以下几层含义：第一，行政协议的目的是履行行政职责、实现行政管理目标；第二，签订行政协议，是各方协商一致的结果；第三，行政协议履行过程中行政机关一方享有行政优益权。所谓“行政优益权”是指行政协议履行过程中，为了实现公共利益需要，行政机关一方享有对协议履行的监督权、指挥权、单方变更权和解除权；第四，行政协议内容受行政法律规范的限制。应当注意的是，《适用行政诉讼法解释》第11条将行政协议事项限定于行政机关“在法定职责范围内”所签协议，似有将越权协议排除在行政协议范围外之嫌，若删除“在法定职责范围内”一句，司法解释对行政协议的定义更为准确。

行政协议争议应当通过行政诉讼途径解决。长期以来，司法实践对于行政协议行为纠纷应当通过民事诉讼程序解决，还是通过行政诉讼程序解决，存在不同认识。民事审判法官很多主张行政协议纠纷属于合同纠纷，当然应当通过民事诉讼程序解决。也正是这种观点在司法审判领域占据了主导地位，行政法学界认为最典型的行政协议争议——国有土地出让合同纠纷，《最高人民法院关于审理国有土地出让和转让纠纷案件若干问题的规定》界定为民事案件。采用行政协议方式进行行政管理活动，有利于减少矛盾纠纷。修改后的行政诉讼法已经明确，行政协议争议属于《行政诉讼法》的受案范围，应当通过行政诉讼途径予以解决。因此，笔者认为，包括国有土地出让合同争议在内的全部行政协议纠纷案件，在2015年5月1日后，均应当通过行政诉讼途径予以解决，与行政诉讼法规定相冲突的相关司法解释不应再继续适用。

二、关于行政协议行为

《行政诉讼法》第2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。也就是说,只有属于行政行为,才有可能属于行政诉讼的受案范围。第13条第1款第11项明确,行政协议行为属于行政诉讼的受案范围。因此,在我国行政诉讼法上,行政协议属于行政行为的一种类型。而且,笔者认为,只有将行政协议行为作为行政行为,按照《行政诉讼法》的审理和裁判规则,全面审查行政协议行为的合法性,才能够对行政协议这种直接关系到行政管理职能、关系到公共利益实现的行政行为争议,作出客观公正的处理。如果把行政协议仍然视为合同的一种,而不是从行政行为的视角认识、审查、裁判行政协议纠纷案件,难免会陷入按照民事诉讼法的思维模式、合同纠纷的审查方式、民事诉讼法的裁判规则,去审理和裁判行政协议案件。其结果将会是,尽管我们把行政协议纠纷纳入了行政诉讼的范围,但是,实质还是采取民事的审判方式审理行政协议案件。这样就背离了将行政协议行为纳入行政诉讼范围,实现行政管理目标、维护公共利益的立法初衷。

行政协议是一个系列行政行为。行政协议属于行政行为,就要从行政行为的视角去分析认识行政协议行为。笔者认为,行政协议并非是一个单一的行政行为,行政协议行为是由一系列行政行为共同组成的。签订行政协议是一个独立的行政行为,单方变更行政协议又是一个独立的行政行为,单方解除行政协议、不依法履行或者未按照约定履行行政协议义务,都属于一个个独立的行政行为。这好比房屋征收行为,无论是学理上还是实务中,没有人会把房屋征收行为看作是一个行政行为,大家都会很自然地将其区分为征收前置行为、征收决定、征收补偿决定、强制拆除房屋等一系列行政行为的组合。如果说行政协议行为存在与其他行政行为的区别,也只是在于签订行政协议时,行政机关与相对人一方要达成合意。合同的履行过程中,因行政机关享有行政优益权,最终协议的履行问题,就行政机关一方而言,都将演变为一个一个独立的、单方行政行为。行政协议履行过程中的单方行政行为与普通行政行为,并无本质区别。将行政协议分解为若干独立的行政行为,按照行政诉讼的规则去审理、判决行政协议纠纷案件,也就没有多少困难了。

三、关于行政协议纠纷

行政协议纠纷是指因行政协议的签订或者履行而发生的行政争议。从不同的视角可以对行政协议纠纷作出不同的分类。

(一)从行政协议的内容不同,可以将行政协议纠纷划分为政府特许经营协议,土地、房屋征收补偿协议和其他行政协议。第一,政府特许经营协议。政府特许经营协议指行政机关与公民、法人或者其他组织依法定程序签订的直接关系公共利益的特定行业的市场准入的行政协议。2015年4月21日,国务院常务会议讨论通过的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》规定,中华人民共和国境内的能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业领域,可以实行特许经营。^{〔1〕}修改后的《行政诉讼法》实施前,有相当一部分政府特许经营纠纷,人民法院将其作为民事案件予以受理、审判。修改后的《行政诉讼法》已经明确该类纠纷属于行政诉讼的受案范围,均应当作为行政案件予以登记立案。

第二,土地、房屋征收补偿协议。《行政诉讼法》第12条第1款第11项规定,公民、法人或者其他组织对土地房屋征收补偿协议不服提起诉讼的,属于行政诉讼的受案范围。应当注意的是,无论集体土地征收补偿协议,还是国有土地上房屋征收补偿协议,均属于本款规定的征收补偿协议。《征用土地公告办法》第15条规定:“因未按照依法批准的征用土地方案和征地补偿、安置方案进行补偿、安置引发争议的,由市、县人民政府协调;协调不成的,由上一级地方人民政府裁决。”协调解决土地征收补偿安置是市县人民政府的法定行政管理职责义务,通过协商达成补偿安置协议的,该协议是行政诉讼法第12条第1款第11项规定的土地征收补偿协议,属于行政诉讼的受案范围。《国有土地上房屋征收与补偿条例》第25条规定:“房屋征收部门与被征收人依照本条例的规定,就补偿方式、补偿金额和支付期限、用于产权调换房屋的地点和面积、搬迁费、临时安置费或者周转用房、停产停业损失、搬迁期限、过渡方式和过渡期限等事项,订立补偿协议。”“补偿协议订立后,一方当事人不履行补偿协议约定的义务的,另一方当事人可以依法提起诉讼。”修改后的《行政诉讼法》颁布实施之前,对房屋征收补偿协议的性质存在异议,实践中通过行政诉讼或者民事诉讼途径解决相关争议的都有。修改后的《行政诉讼法》作出明确规定,房屋征收补偿协议争议属于行政诉讼受案范围,结束了因法律规定不明确而产生的审判实践认识不统一问题。应当注意的是,征收补偿协议属于行政诉讼受案范围,只有被征收人才有权利依法提起行政诉讼。如果因被征收人不履行协议约定的义务产生纠

纷，行政机关不能提起行政诉讼，只能自行强制执行，申请人民法院强制执行，或者依法行使行政协议优益权，单方作出变更、解除行政协议的行为。还应当注意的是，取得拆迁许可证的历史遗留的拆迁补偿问题，拆迁人与被拆迁人达成的拆迁补偿协议，仍属于平等主体之间签订的民事合同，发生纠纷应当通过民事诉讼途径解决。

第三，其他行政协议。主要是指国有自然资源出让协议、教育培训或调研协议、行政允诺协议等。国有自然资源出让协议包括国有土地使用权出让合同、海域使用权出让合同、草原使用权出让合同、林地使用权出让合同、滩涂使用权出让合同、矿产资源勘探或开采协议等。教育培训或科研协议主要是行政机关将可以外包的教育培训、科研、立法或决策调研等行政管理职责任务，通过外包方式交由专业组织代为完成所签订的协议。行政允诺协议主要是行政机关为鼓励社会参与，对完成某项政府鼓励事项的公民、法人或者其他组织，予以一定形式奖励的协议，例如，政府为鼓励招商引资作出的行政允诺等行为。

(二)从行政行为的角度，可以将行政协议纠纷划分如下。第一，签订行政协议纠纷。行政机关与协议另一方，通过协商一致，达成共同意见，签订行政协议。这是行政协议的开始，是行政机关在行政协议过程中的第一个对外发生法律效力的行政行为。因签订行政协议发生争议，是否可以通过行政诉讼途径解决，《行政诉讼法》第12条第1款第11项未列举。笔者认为，由于行政协议本身就是行政行为，根据《行政诉讼法》第2条规定，原则上所有的行政行为均是可诉的，只要行政行为具有侵犯当事人合法权益的可能性，对其权利义务形成不利影响，原则上就属于行政诉讼的受案范围，除非法律、司法解释明确规定不可诉。行政机关签订行政协议的行为显然是对外发生法律效力的行政行为，且没有法律、司法解释规定其不可诉，利害关系人应当有权依法对签订行政协议行为提起行政诉讼。

第二，单方变更、解除行政协议纠纷。行政协议履行过程中，行政机关根据情势变更或者法律、法规、规章的修改等因素，为公共利益需要，可以单方变更或者解除行政协议。行政机关单方变更、解除行政协议的行为，属于行政机关单方作出的行政决定，利害关系人对这类行政行为当然有权提起行政诉讼。应当注

意的是，不能将行政机关单方变更、解除行政协议的行为，理解为合同当事人单方变更、解除合同的民事行为。

第三，不依法履行、未按照约定履行行政协议义务纠纷。行政协议签订后，行政机关有义务按照法律规定或者合同的约定，履行相应的职责义务。行政机关不依法履行、未按照约定履行行政协议义务，构成不履行法定职责，属于行政诉讼的受案范围。

第四，行政协议的强制执行行为纠纷。行政机关单方强制执行行政协议行为，属于行政诉讼的受案范围。根据裁执分离原则，行政机关申请人民法院强制执行，人民法院裁定准予执行，行政机关组织实施过程中超越准予执行裁定范围或者强制执行措施不当，造成行政协议的相对人人身、财产损失的，属于可诉的行政强制执行行为。但是，行政机关完全按照准予执行裁定依法实施的强制执行行为，属于司法强制执行行为的一部分，不可诉。

第五，行政协议赔偿、补偿纠纷。行政机关签订行政协议行为，不依法履行、未按照约定履行协议义务，单方变更、解除行政协议，或者强制执行行政协议行为，造成公民、法人或者其他组织人身、财产损害的，依法应当承担行政赔偿或者行政补偿责任。当事人可以一并提起行政赔偿诉讼，也可以在行政行为被确认违法之后单独提起行政赔偿诉讼。

四、关于行政协议案件的立案审查

《行政诉讼法》第49条规定：“提起诉讼应当符合下列条件：（一）原告是符合本法第二十五条规定的公民、法人或者其他组织；（二）有明确的被告；（三）有具体的诉讼请求和事实根据；（四）属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖。”《行政诉讼法》第44条第2款、第45条、第46条、第47条，还对行政复议前置、法定起诉期限、不履行法定职责案件行政相对人的申请义务等起诉条件作出相应规定。此外，起诉人还应当遵守法律、法规规定的特别起诉条件。人民法院在审查起诉人的起诉时，必须对法定立案条件予以全面审查，只有符合全部法定立案条件的起诉，人民法院才能够予以立案登记、依法受理。行政诉讼法规定实行立案登记制，并非登记立案制。就每一个行政协议案件而言，按照法定起诉条件审查每一个起诉是否符合法定立案条件，是人民法院受理行政协议案件的必经程序和法定义务。

行政协议是一系列行政行为的组合，并非一个独立的行政行为。行政诉讼法第49条第3项规定，起诉人提起行政诉讼，必须要有明确的诉讼请求和事实根据。所谓明确的诉讼请求，首先是要有明确的被诉行政行为，被诉行政行为不明确，人民法院应当根据《行政诉讼法》第51条第3款的规定，向起诉人释明，要求其予以明确，并引导起诉人尽可能对能够解决其实质诉求的行政行为提起行政诉讼。行政协议行为是一个系列行政行为，如果起诉人提起行政诉讼，笼统表述为请求撤销或者确认行政协议行为违法，未指向明确的被诉行政协议行为，属于诉讼请求不明确的情形。人民法院应当要求起诉人明确，是起诉签订行政协议行为，还是单方变更、解除行政协议的行为，或者是行政机关不依法履行、未按约定履行行政协议义务的行为。只有被诉行政行为明确，人民法院才有可能审查认定该行政行为是否属于行政诉讼的受案范围、起诉是否在法定期限内提起、是否属于受诉法院的管辖等起诉条件。如果起诉人同时对签订协议、解除协议等几个行政协议行为提起行政诉讼的，人民法院应当分别对每一个行政行为是否符合起诉条件进行审查认定。多个行政行为均符合立案条件的，人民法院还要审查是否可以合并审理，应决定是否合并审理。

五、关于行政协议案件的起诉期限

《行政诉讼法》第46条规定：“公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当自知道或者应当知道作出行政行为之日起六个月内提出。法律另有规定的除外。”“因不动产提起诉讼的案件自行政行为作出之日起超过20年，其他案件自行政行为作出之日起超过5年提起诉讼的，人民法院不予受理。”无论起诉行政机关作出行政行为的案件，还是行政机关不履行法定职责的案件，同样都要适用起诉期限的规定，行政协议案件亦不例外。当事人起诉行政机关单方变更、解除或者强制执行行政协议行为的，有效起诉期限为从其知道或者应当知道被诉行政行为内容之日起六个月；起诉行政机关不依法履行、未按照约定履行协议行为的，起诉期限应当从法律规定或者协议约定的履行期限届满之日起六个月；存在行政诉讼法第48条规定的“因不可抗力或者其他不属于其自身的原因耽误起诉期限的”，被耽误的期间应当予以扣除。例如，因当事人向行政机关请求履行义务，行政机关承诺履行义务或者进行协调调解，基于对行政机关的信赖，当事人等待行政机关履行义务或者协调调解处理的期限，应当予以扣

除。应当注意的是,《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41条关于未告知诉权和起诉期限的,起诉期限从知道或者应当知道行政行为内容之日起最长不超过2年的规定,因与修改后的行政诉讼法有关6个月起诉期限规定相抵触,与《适用行政诉讼法解释》第26条第1款规定不一致,从2015年5月1日起不再适用。⁽²⁾

《适用行政诉讼法解释》第12条规定:“公民、法人或者其他组织对行政机关不依法履行、未按照约定履行协议提起诉讼的,参照民事法律规范关于诉讼时效的规定;对行政机关单方变更、解除协议等行为提起诉讼的,适用行政诉讼法及其司法解释关于起诉期限的规定。”如何理解该解释的前半句话,实践中存在争议。一种意见认为,不依法履行、未按照约定履行协议案件不适用行政诉讼关于起诉期限的规定,适用民事诉讼时效制度。另一种意见认为,适用诉讼时效制度,不排斥行政诉讼法起诉期限规定的适用。笔者赞成第二种观点。理由是:对司法解释规定的理解,不能造成司法解释与法律的冲突。如果按照第一种理解,不依法履行、未按照约定履行协议案件不适用行政诉讼法关于起诉期限的规定,将直接与行政诉讼法关于起诉期限的规定相冲突,行政诉讼法规定的起诉期限适用于对所有类型行政行为的提起诉讼的案件。因此,只能理解为不依法履行、未按照约定履行协议案件既要适用行政诉讼的起诉限制度,又要适用民事诉讼时效制度。但是,如此理解,司法解释规定不依法履行、未按照约定履行协议案件适用民事诉讼失效制度,实质是没有任何意义的。不依法履行、未按照约定履行协议案件适用民事诉讼时效制度,是指行政协议案件的起诉人从知道或者应当知道权利受到侵害之日起,超过2年未主张权利的,其实体权利将不再受法律保护。民事诉讼时效制度中的“知道或者应当知道权利受到侵害之日”,与行政诉讼起诉期限中的“知道或者应当知道行政行为内容之日”,实际是同一个时间点。法律规定或者协议约定的履行期限届满,行政机关不依法履行、未按照约定履行义务的,权利人就应当知道被诉行政行为的主要内容,同时也应当知道权利受到侵害。从这一天起超过6个月不起诉,权利人丧失起诉权;从同一天起超过2年不主张权利,权利人丧失胜诉权。在权利人超过6个月未起诉已经丧失起诉权的情况下,给予其2年胜诉权的保障,没有实际意义。因此,司法解释的上述规定,至少存在不周严的问题。

六、关于行政协议案件管辖和证据

《适用行政诉讼法解释》第13条规定：“对行政协议提起诉讼的案件，适用行政诉讼法及其司法解释的规定确定管辖法院。”当事人对行政协议行为提起诉讼的，原则上由最初作出行政行为的行政机关所在地人民法院管辖，经复议的也可以由复议机关所在地人民法院管辖；对国务院部门或者县级以上地方人民政府所作的行政协议行为提起诉讼的案件，海关行政协议案件，本辖区内重大、复杂的行政协议案件，以及其他法律规定由中级人民法院管辖的行政协议案件，由中级人民法院管辖；因不动产提起行政协议案件诉讼的，由不动产所在地人民法院管辖；经最高人民法院批准，高级人民法院确定若干人民法院跨行政区域管辖行政案件的，相关行政协议案件应当由跨行政区域审理行政案件的人民法院管辖。行政协议案件的地域管辖、级别管辖、集中管辖等均适用行政诉讼法的规定，不参照民事诉讼法关于合同纠纷案件管辖的规定。

行政协议案件事实认定的证据规则同样适用行政诉讼法的规定。《行政诉讼法》第34条第1款规定，被告对作出的行政行为负有举证责任。行政协议案件中，行政机关应当对作出的行政协议行为的合法性承担举证责任。因此，在当事人起诉签订行政协议、单方变更或解除行政协议、强制执行行政协议等行政机关作出的行政行为案件中，作为被告的行政机关必须对其作出的行政行为合法性、合约性承担举证责任。举证不能的，将承担败诉的风险。在起诉行政机关不依法履行、未按照约定履行行政协议案件中，被告行政机关主张已经依法履行、按照约定履行行政协议义务的，应当对此承担举证责任。

《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第4条第1款规定：“公民、法人或者其他组织向人民法院起诉时，应当提供其符合起诉条件的相应的证据材料。”第3款规定：“被告认为原告起诉超过法定期限的，由被告承担举证责任。”行政协议案件中，原告对起诉符合法定条件应当提供证据材料予以证明，初步证明起诉人与被诉的行政协议行为存在利害关系；初步证明被诉行政行为是被告所为；要有明确的被诉行政行为，且初步证明被诉行政行为客观存在；在起诉行政机关不依法履行、未按照约定履行协议义务的案件中，要提供其向被告提出履行法定或者约定义务申请的证据，但依法或依约被告应当主动履行职责，或者因专题研究：关于行政协议案件的探讨不可抗力、被告的原因等正当

理由，原告不能提供证据的除外；提出行政赔偿、行政补偿诉讼请求的，对损失情况原告应当承担举证责任，但是，因行政机关的行为造成原告举证不能的除外。原告有权举证证明被诉行政协议行为的违法，但原告举证不能证明被诉行政协议行为违法的，不免除被告证明被诉行政行为合法的举证责任。

《最高人民法院关于行政诉讼证据的若干规定》第66条规定，在行政赔偿诉讼中，人民法院主持调解时当事人为达成调解协议而对案件事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。这里的“调解协议”是指行政赔偿诉讼中，人民法院主持达成的行政赔偿调解协议，是诉讼过程中的调解。为达成调解协议，当事人一方在调解过程中对相关事实的认可，具有妥协性质，并非客观事实，不能作为判断被诉行政行为合法与否的证据。当事人协商一致签订的“行政协议”，当然不属于上述司法解释规定的“调解协议”范畴，行政协议内容是审理行政协议案件中，判断被诉行政协议行为是否合法的重要证据。

七、关于行政协议案件的法律适用

《行政诉讼法》第63条、第64条规定，人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据，参照规章；经审查认为规章以下的规范性文件不合法的，不作为认定行政行为合法的依据。行政协议案件不同于普通行政案件的最大区别在于，行政协议案件的前提是各方当事人协商一致达成的协议，行政协议成为各方实际履行的根据。因此，行政协议也成为判断被诉行政行为是否合法的标准。在行政协议案件中，既有行政协议约定的标准，又有行政法律规范确立的标准，还有民事法律规范的标准。如何确立三个标准之间的关系，是行政协议案件法律适用需要解决的主要问题。

《适用行政诉讼法解释》第14条规定：“人民法院审查行政机关是否依法履行、按照约定履行协议或者单方变更、解除协议是否合法，在适用行政法律规范的同时，可以适用不违反行政法和行政诉讼法强制性规定的民事法律规范。”司法解释明确在审查被诉行政行为是否合法时，应当优先适用行政法律规范，在行政法律规范没有明确规定时，可以适用不违反行政法律规范强制性规定的民事法律规范。但是，司法解释未对行政协议约定的效力问题作出规定。实践中如何在不违反法律、司法解释规定的前提下，处理好三个标准之间的关系呢？笔者认为，可以按照以下规则处理：首先，审理行政协议案件应当适用合法有效的行政

协议约定；其次，没有约定或者约定无效的情况下，优先适用行政法律规范的规定；最后，在既没有约定也没有行政法律规范规定的情况下，可以适用与行政法基本原则不相抵触的民事法律规范。优先适用合法有效的约定，主要理由在于：行政诉讼法认可行政机关可以通过约定方式实施行政管理，就应当首先尊重各方当事人协商一致达成的协议，让合法有效的协议内容得以切实落实，否则协议将失去意义。其次，之所以行政法律规范优于民事法律规范，主要理由是行政协议纳入行政诉讼救济程序，就是要保障行政法律规范的落实，实现依法行政，优先适用民事法律规范，或者民事法律规范与行政法律规范同等适用，将可能使行政协议的公共利益目的受损，也有违行政诉讼适用法律的一般规则。

八、关于行政协议案件的判决

根据《适用行政诉讼法解释》第15条⁽³⁾规定，行政协议案件的判决，应当按照被诉行政协议行为的不同类型，依照行政诉讼法赋予人民法院的各类判决方式，依法作出判决。

（一）签订行政协议案件的判决签订行政协议案件的被诉行政行为是行政机关签订协议的行为，人民法院应当对签订协议行为是否合法有效进行审查。尊重各方当事人协商一致的行政协议效力，尽可能保证行政协议的实际履行，是审查判断行政协议案件是否合法有效、是否继续履行的基本原则。除非行政协议违反行政法律规范的强制性规定，或者行政协议内容损害国家利益、公共利益、他人合法权益的，一般情况下人民法院不得否定行政协议的效力。行政协议存在程序违法但是协议内容并不损害当事人合法权益的，人民法院应当根据行政诉讼法第74条第1款第2项规定，判决确认违法，但不撤销行政行为，保留其效力，行政协议应当继续履行。行政协议部分条款无效的，应当判决确认该部分无效，不得否定整个行政协议的效力。

（二）不依法履行、未按照约定履行协议案件的判决不依法履行、未按照约定履行协议案件，被诉行政行为是行政机关不履行法定或者约定职责的行为，人民法院应当对行政机关是否按照法律规定或者行政协议约定的期限、数额、方式、范围等要求，全面履行职责义务进行审查。行政机关未全面履行职责义务的，应当确认未履行、或者不完全履行职责义务的行为违法，并判决行政机关承担相应的行政赔偿责任；行政协议能够继续履行的，还应当同时判决行政机关继续全面

履行职责义务，不得简单确认违法并赔偿损失了之。确实不能继续履行的，人民法院可以判决解除行政协议，并根据过错程度及在损害发生中所起作用，判决行政机关承担相应的行政赔偿责任。人民法院审理不依法履行、未按照约定履行协议案件，以及其他履行行政协议纠纷案件时，应当将行政协议作为本案的主要证据和依据进行审查，在裁判说理部分对行政协议内容是否合法有效予以审查认定，只有在行政协议存在重大、明显违法，违反行政法律规范的强制性规定，损害国家利益、公共利益、他人合法权益时，相关条款应当认定为无效，不作为判断被诉行政行为合法的证据和依据，否则，应当认可其效力，作为判断被诉行政行为合法的证据和依据。

（三）单方变更、解除行政协议案件的判决单方变更、解除行政协议案件的被诉行政行为是行政机关单方作出的变更、解除行政协议行为，人民法院应当对变更、解除协议是否符合法律规定、协议约定的变更、解除条件进行审查。只有在变更、解除行政协议的条件完全成就的情况下，人民法院才判决驳回原告请求撤销变更、解除行政协议行为的诉讼请求。如果变更、解除行政协议行为不合法定或者约定的条件，行政协议能够继续履行的，应当撤销变更、解除行政协议行为，责令行政机关继续履行行政协议；如果行政协议确实无法继续履行的，应当判决确认变更、解除行政协议行为并赔偿损失。

（四）行政协议强制执行行为案件的判决行政协议的相对人不履行行政协议约定义务，除非法律授权行政机关具有强制执行权的，一般应当依照行政强制法的规定申请人民法院强制执行。因此，在法律未授权的情况下，行政机关自行强制执行，属于超越职权的行政行为，人民法院应当依照行政诉讼法第74条第2款第1项规定，判决确认强制执行行为违法，并责令赔偿损失。行政机关未按照人民法院准予执行裁定的范围或者执行措施违法造成当事人合法权益损失的，人民法院应当判决确认强制执行行为违法并责令赔偿损失。

（五）行政协议案件的赔偿判决行政协议案件中，因被诉行政行为违法造成当事人人身、财产损失的，当事人均有权请求行政赔偿。请求赔偿的路径有两条：一是在对被诉行政行为提起诉讼的同时一并请求行政赔偿，人民法院应当鼓励当事人选择此种救济路径，因为，这是最快捷的解决行政争议的路径；另一条路径是在被诉行政行为被确认违法后，单独向赔偿义务机关提起行政赔偿请求，赔偿

义务机关在法定期限内不予答复，或者决定不予赔偿，或者请求人对赔偿数额不服的，可以依法单独提起行政赔偿诉讼。

行政协议案件中的行政赔偿，不同于普通的行政赔偿。人民法院首先应当按照行政协议中合法有效的约定，判决行政机关承担相应的行政赔偿责任；没有约定的，按照行政法律规范规定判决行政机关承担行政赔偿责任；行政法律规范亦未规定的，可以适用民事法律规范判决行政机关承担相应的行政赔偿责任。例如，违约责任、定金赔偿、行政协议无效的法律后果等，在没有合法有效约定，没有行政法律规范规定的情形下，均可以适用民事法律规范的相关规定，依法判决行政机关承担行政赔偿责任。

【注释】

(1) 2015年6月1日起施行的《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第2条规定：“中华人民共和国境内的能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业领域的特许经营活动，适用本办法。”

(2) 《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41条第1款规定：“第四十一条行政机关作出具体行政行为时，未告知公民、法人或者其他组织诉权或者起诉期限的，起诉期限从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道诉权或者起诉期限之日起计算，但从知道或者应当知道具体行政行为内容之日起最长不得超过2年。”修改后的行政诉讼法第46条规定：“公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当自知道或者应当知道作出行政行为之日起六个月内提出。法律另有规定的除外。”《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》第26条第1款规定：“2015年5月1日前起诉期限尚未届满的，适用修改后的行政诉讼法关于起诉期限的规定。”

(3) 《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》第15条规定：“原告主张被告不依法履行、未按照约定履行协议或者单方变更、解除协议违法，理由成立的，人民法院可以根据原告的诉讼请求判决确认协议有效、判决被告继续履行协议，并明确继续履行的具体内容；被告无法继续履行或者继续履行已无实际意义的，判决被告采取相应的补救措施；给原告造成损失的，

判决被告予以赔偿。”“原告请求解除协议或者确认协议无效，理由成立的，判决解除协议或者确认协议无效，并根据合同法等相关法律规定作出处理。”“被告因公共利益需要或者其他法定理由单方变更、解除协议，给原告造成损失的，判决被告予以补偿。”

行政机关负责人出庭应诉的几个问题

原文链接：<http://mp.weixin.qq.com/s/0pz0kxsrMSXH708di86dyw>

作者：吴小同 苏州大学王健法学院 江苏维尔利律师事务所

导读：行政机关负责人出庭应诉制中，“告官不见官”本身就是存疑的命题。负责人出庭应诉，是否真正有助于行政纠纷化解、行政机关依法行政以及体现对原告和法院的尊重呢？应当如何理解《行政诉讼法》第3条第三款的“应当”？下文原发于《福建行政学院学报》2017年第4期。本次推送，作者重新作了修改整理。

行政机关负责人出庭应诉制的回顾

行政机关负责人出庭应诉制可称为中国拥有完全“自主知识产权的产品”，也可谓中国特色的制度。这是我们发现了破解行政诉讼困境的新路径，还是“头疼医头”式的、为解决问题不惜“误入歧途”？虽然该规定已经上升为国家法律制度，但是为了更好地理解、适用该规定，有必要对该制度的生成进行简要的梳理。

1989年全国人大制定通过了《行政诉讼法》，受制于当时的法治观念，该法的实施并不顺利，诉讼中行政机关缺席的现象并不鲜见。1998年6月为了解决行政机关缺席的尴尬局面，陕西省合阳县法院向县委、县政府提出了行政首长出庭应诉的司法建议。1999年8月，合阳县政府和县法院联合下发了红头文件《关于贯彻行政首长出庭应诉制度的实施意见》。我国行政机关负责人出庭应诉制大抵滥觞于此。

随后，我国各地方制定了各式各样的行政机关负责人出庭应诉规定，同时，中央也通过文件的方式对该制度予以肯定。但关于该制度的争议一直未断，支持者呼吁将该制度纳入《行政诉讼法》；反对者认为没有必要。在这种背景下，2014年11

月1日全国人大常委会通过了《关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》，新的《行政诉讼法》明确规定：“被诉行政机关负责人应当出庭应诉。不能出庭的，应当委托行政机关相应的工作人员出庭。”该条款的通过意味着行政机关负责人出庭应诉制在我国法上的正式确立，这一肇始于地方的法治实践，最终上升为国家法律。

行政机关负责人出庭应诉制的反思

任何制度的设置均承载着特定的价值与功能，同样，行政机关负责人出庭应诉制也不例外。这也是支持者力推行政机关负责人出庭应诉制的原因。但是，对于该制度所被寄予厚望的价值与功能，笔者并不完全认同，逐项分析如下：

一、是否解决“告官不见官”难题

“告官不见官”这一无从考证来源的判断已经成为学者建议行政机关负责人出庭应诉的第一个理由；立法机关也认为行政机关负责人出庭应诉制将有助于解决“告官不见官”现象；司法机关在《行政诉讼法》实施一周年之际，也认为新法实施一年来，很好地解决了“告官不见官”的问题。

“告官不见官”指的是行政诉讼中，原告起诉行政机关却无法见到行政机关负责人。笔者认为，这一问题属于事实判断问题，但是在引用这一判断时，却少见对其进行论证者。行政诉讼中原告真的想见到被告行政机关的负责人吗？对这一问题，笔者进行了一定的实证研究：笔者选取江苏省苏州市姑苏区人民法院于2015年5月1日至2016年5月1日在中国裁判文书网上公开的行政诉讼判决书，共计95份。在95份判决中，原告共105人，而原告本人出庭的仅51人，占比48.57%。通过这一数据足以让我们怀疑，行政诉讼中原告真的想见到行政机关负责人。

再者，即使“告官不见官”的说法成立，也无法得出“要求行政机关负责人出庭”的结论。“告官不见官”中的第一个“官”，根据《行政诉讼法》的规定，是行政机关，原告起诉状中写的“官”一定是个组织；若将“告官不见官”中的第二个“官”解读为行政机关负责人，则犯了偷换概念的错误。解决“告官不见官”，只要有代表行政机关的官员到场即可，无法得出必须要求行政机关负责人到场的结论。

还有一个问题是，即使行政诉讼中原告明确要求行政机关负责人到庭，是否应满足原告的这一请求？

笔者认为，原告这一请求并不具有必要性，所以，不能基于原告的要求而要求行政机关负责人出庭应诉。在新《行政诉讼法》将行政机关负责人出庭应诉制纳入法律后，且使用了“应当”，实践中出现了当事人要求行政机关负责人到庭，负责人不到庭原告拒绝开庭的情形。笔者认为，原告并不享有这一权利。根据《行政诉讼法》第58条的规定，行政机关无正当理由拒不到庭，可以缺席判决。根据举重以明轻的原则，被告行政机关负责人不到庭，庭审仍可以正常进行。

二、是否有助于实质性化解行政争议

不少学者认为，行政机关负责人出庭应诉有助于实质性化解行政争议，也与新修订的《行政诉讼法》将“解决行政争议”作为新的立法目的相吻合。从本质上而言，行政机关负责人出庭应诉与协调和解、司法建议源自同一制度谱系，行政首长出庭应诉的重要功能在于促成诉讼案件的实质性和解。根据喻少如教授对国内关于行政首长出庭应诉的文本研究，行政争议的预防和化解是首要目的。

首先我们不得不重申司法的功能，是在于居中裁判，而不是为了实现“案结事了”。周永坤教授在新近的一篇文章中论述了何为司法，并认为在裁判与调解之间，司法天然地具有裁判的属性。司法机关应当通过裁判明晰规则，通过裁判使法律真正成为国民生活中的规则。只有规则更明晰、更确定，才会从根本上减少纠纷的发生。当然，新修订的《行政诉讼法》将“解决行政争议”新增为立法目的值得关注，但不能将这一立法目的作为唯一或更重要的立法目的。不能“单独强调协调和解，放弃监督和权利保护，一味和稀泥。要么与被告一起压服原告，强迫原告撤回起诉；要么采取法外开恩、人民内部矛盾用人民币解决的方式，花钱买平安，图纠纷一时一事的解决，结果是激起更多的社会矛盾。”

司法机关在裁判案件时，应兼顾纠纷之解决与规则之确立，不宜动辄撤销行政机关的行政行为，而不顾纠纷之化解，尤其层级较低的法院，应以纠纷的实质化解为重。即使在纠纷化解这一层面，笔者并不认为，行政机关负责人出庭能更好地化解争议。

行政争议的产生以行政机关的行为为前提，也就是，行政机关就某事已经做出了某个行政行为。行政诉讼是对该行为是否合法的评判。如果要实质化解纠纷，一般需要行政机关变更原行政行为或撤回原行政行为。有观点认为，行政机关负责人出庭，可以及时作出这种变更或撤回的决定，从而当庭实质化解纠纷。笔者认为这

是严重的人治思维，与我们力推的依法治国、法治政府背道而驰。由于我国“民不与官斗”的传统，公民很少在行政机关作出行政行为时，径行提起行政诉讼，往往是在与行政机关的多次沟通均无法解决后，才无奈诉至法院。也就是，涉诉纠纷并不是可以轻易解决的，这时，将决定权推给行政机关负责人一人，未免过于轻率，也与我国的相关规定相悖。一旦行政机关变更或撤回原行政行为，均是对已经发生效力的行政行为的变更，这种变更应受到一定的限制，而不能由行政机关负责人一个人当庭决定。

三、是否有利于提高行政机关负责人的法治意识、推进行政机关依法行政

《中华人民共和国行政诉讼法解读》认为：“通过亲自参加庭审，行政机关负责人可以进一步增加对相关法律知识的了解，认识到本机关在执法活动中存在的问题，从而有助于其增强依法行政的意识，更好地做好本机关的依法行政工作。”很多学者支持行政机关负责人出庭应诉制的原因也在于此。

笔者不赞同行政机关负责人出庭应诉与行政机关负责人法治意识的提高有因果关系。出庭应诉率与依法行政水平之间并不存在统计学意义上的相关性。我们不能当然地认为，出庭应诉就能提高法治意识。

该种理由还内嵌着行政诉讼教育公民守法的目的，但是这一目的不足以作为行政机关负责人出庭应诉的理由。首先，教育公民守法并不是《行政诉讼法》确立的立法目的。其次，若庭审确实存在教育公民守法之功能，定期组织行政机关负责人旁听庭审即可，不必要将行政机关负责人列为必须到庭人员参与诉讼。

四、是否尊重原告、彰显司法权威

有种观点认为，行政机关负责人出庭应诉体现了“诉权平等”“程序公正”，体现了对原告、对法庭的尊重。对于这种看法，笔者也很难认同。

首先，如前文论述，原告本人到庭率并非很高，原告提起诉讼最重要的目的不是见到行政机关负责人，而是自己的合法权益能得到保障。原告本人不到庭，从“诉权平等”的角度无法得出行政机关负责人应当到庭的结论。其次，从行政诉讼的设计来看，倾向于保护原告，也就是原告被告并不是一个完全平等的角色。但这种制度设计应以真正保护原告为出发点，如证明行政行为合法的举证责任由行政机关承担。行政机关负责人出庭应诉的制度设计，无法体现对原告权利的特别保护，不宜

强制规定。行政机关负责人出庭并不能体现对原告的尊重，行政机关负责人不出庭，也不意味着对原告的蔑视。

行政机关负责人出庭应诉制是一种自下而上的、具有中国特色的诉讼制度。有种观点认为，行政机关负责人出庭应诉彰显了司法权威；行政机关负责人不出庭应诉，不利于司法权威的树立。笔者认为，司法权威的树立关键在于司法决定的社会公信力。具体而言，其由两个因素构成：一是司法决定的公正性，二是司法决定得到了执行。根据此处关于司法权威的理解，要求行政机关负责人出庭，与司法权威的提升并无助益。

行政机关负责人出庭应诉制度的困境

行政机关负责人出庭应诉，无法实现预设的制度功能，即使起到一定的作用，也无法抵消行政机关负责人出庭应诉所需要的成本。这种制度的执行面临着诸多理论和现实的困境。

一、行政机关负责人出庭应诉制面临的理论困境

1. 与代理制度的冲突

诉讼是集专业性、经验性、重要性于一身的活动。诉讼不仅有着特定的程序，还有着特定的术语；庭审中也需要一定的诉讼技巧，这些技巧的取得非多次参与诉讼不可取得；诉讼还直接关系到当事人的切身利益，轻者涉及当事人财产权益，重者涉及当事人的人身自由乃至生命。基于这些特性，诉讼制度中有强制律师代理制度的规定，如《德国民事诉讼法》第78条第（1）项规定：“当事人在州法院、州高等法院、依据《法院组织法实施细则》第8条设立的州最高法院，及联邦最高法院必须由律师作为诉讼代理人代行诉讼。”

行政诉讼中要求行政机关负责人出庭应诉与代理制度相悖，这种专业性的应诉活动本应由律师代理，无需行政机关负责人出庭。而《国务院办公厅关于加强和改进行政应诉工作的意见》中“不得仅委托律师出庭”的规定，更是违背了诉讼的一般特性。这种去专业化的规定，无益于司法公正的实现。实践中有法院因行政机关仅委托律师出庭而认定行政机关缺席的判决，笔者认为，这一判决缺乏充足的法律依据。这也是行政首长出庭应诉制与代理制度冲突最紧张的表现。

诉讼法中除代理人外，也存在特定诉讼当事人必须到庭的情形，如离婚诉讼中要求当事人本人到庭。由此可知，诉讼中必须到庭的有两类人：一类是特定案件当

事人，与查明案件事实有着不可替代的作用；一类是法律专业人士，与案件中法律的正确适用有着积极作用。反观行政诉讼中的行政机关负责人，其既不是案件经办人，也不是精通法律的专业人士，要求其出庭，与案件审理没有实质作用。

2. 与行政机关首长负责制相悖

根据我国《宪法》的规定，我国的行政机关实行行政首长负责制。就行政机关负责人出庭应诉制，也有学者以我国行政首长负责制为基础，论证行政诉讼中行政机关负责人应当出庭应诉。笔者认为，实行行政首长负责制并不是要求行政首长事必躬亲，而是强调其对整个行政机关及其工作人员的行为承担责任。

基于行政首长负责制，无法当然推出行政诉讼中必须由行政机关负责人出庭应诉。相反，由于行政首长负责整个行政机关的全局性事务，有其他更重要的事情需要负责人亲自处理，行政诉讼处理的个案性事务，无需行政机关负责人亲自处理。

据报道，从2015年5月1日到2016年4月20日，以北京市政府为被告的一审行政案件526件，北京市现有正副市长10人，按照规定都“应当出庭应诉”，在一年中市长、副市长要出庭应诉的行政诉讼案件每人平均超过52件。这一案件量大致相当于一位律师一年处理案件的数量，若每个行政诉讼均由行政机关负责人出庭，则会占用行政机关负责人大量的时间。显而易见，这并不现实也不合理。

二、行政机关负责人出庭应诉制面临的现实困境

无论行政机关负责人出庭应诉制有多大争议，该制度已然实施数年。近距离观察该制度的运行，发现该制度也面临着很多的现实困境。

1. “出庭不出声”

“出庭不出声”的现象也被媒体发现，行政机关负责人“只出庭、不出声”现象普遍存在，许福庆说：“我审理的两起行政案件，当庭向行政机关负责人询问时，均是代理人回答的。”最高人民法院第二巡回法庭在《关于规范和加强行政审判工作的意见》中也指出：“有的案件尽管负责人到庭，但对案件事实和法律完全不了解，形同摆设。”“出庭不出声”现象是行政机关负责人出庭应诉面临的一大困境。

为了解决“不出声”问题，有法院推行了“行政首长发言制度”，明文规定了出庭负责人必须发言。甚至，有地方政府出台规定，要求出庭负责人发言时长不少于被告发言总时长的50%。面对这样的规定，令人哭笑不得。原本严肃的庭审程序，为什么要加入如此滑稽的规定？笔者认为，这样的规定仍然不能解决出庭不出声的

问题。强制行政机关负责人“出声”，一定会演化成庭前行政机关工作人员将相关材料准备好，由行政机关负责人当庭阅读。

2. 庭审冲突的增加

当前行政机关事务繁杂，工作人员业务繁忙，尤其行政机关负责人。行政机关会议多，而且具有不确定性，加之要接待上级的视察，使得法院安排庭审出现困难。如果法院随意变更开庭日期，又会引起原告的不满，为庭审增加麻烦。

新《行政诉讼法》的两处修改使行政机关的应诉压力大大增加：一是立案登记制，二是复议机关共同被告制。在行政机关应诉压力增大的情况下，强调行政机关负责人必须出庭应诉，无疑会加重庭审的冲突。而且行政复议机关行政层级较高，其负责人出庭的难度更大，这样在共同被告中会造成只见低级别行政机关负责人出庭，而不见高级别行政机关负责人出庭的现象，法律的一惯性、统一性受到了质疑。

行政机关负责人出庭应诉实施造成庭审冲突最严重的是，原告以行政机关负责人未到庭而拒绝庭审程序的继续进行。面对这种情况，法院不得不延期开庭，甚至出现了多次无法开庭的情形。一个制度不仅没有更好地解决实践中的问题，反而增加了新的问题，不得不令人反思。

3. 行政机关负责人出庭应诉的成本过高

任何制度的运行均会产生一定的成本，在可以达致正义的目标下，一定的成本是必要的。行政机关负责人出庭应诉制面临的一大现实困境是成本过高。这种成本主要体现为时间成本。出庭显然要占用时间，一次庭审至少半天时间，而且有的案件要多次开庭。在法庭要求行政机关负责人必须出庭又出声的情形下，开庭前还会增加“庭前辅导”，将案件情况向行政机关负责人报告。同时我国实施的行政诉讼集中管辖制度，异地应诉显然使这种成本进一步放大。

行政机关负责人出庭应诉制的重塑

基于上述分析，笔者认为没有必要在行政诉讼中设置行政机关负责人出庭应诉制。但这一判断要让位于《行政诉讼法》的规定。根据新修订的《行政诉讼法》第3条第三款的规定，我国明确确立了行政机关负责人出庭应诉制。面对这一规定，我们不能简单地认为这一规定是错误的。但是，我们可以对该条文进行一定的解释，通过解释重塑该制度，规避上文揭示的该制度面临的困境。

一、《行政诉讼法》第三条第三款的现行解释

考虑到该条款的实际执行情况，最高人民法院已经对该条文进行了扩大解释。最高院认为，《行政诉讼法》第3条第三款规定的“行政机关负责人”，包括行政机关的正职和副职负责人。2016年最高人民法院再次对“行政机关负责人”进行扩大解释，认为“出庭应诉的行政机关负责人，既包括正职负责人，也包括副职负责人以及其他参与分管的负责人。”最高人民法院的这种解释路径反映了“最高人民法院认为行政诉讼中行政机关负责人应当出庭”；为了应对这一强制性出庭义务，不得不扩大行政机关负责人的范围，以此来防止该条文实施时可能产生的冲突。

笔者认为，这种解释违反了法秩序的内在和谐一致；而且这种解释仍然不能从根本上解决问题，因负责人出庭应诉给行政机关带来的困境仍无法解除。对法律的解释有多种解释方式，包括文义解释、体系解释等。从文义解释角度讲，负责人是指对单位负责的人。根据《宪法》的规定，我国实行行政首长负责制，也就是正职负责制。将行政副职及其他分管的负责人解释为负责人，违背了我国《宪法》的相关规定。其次，从体系角度讲，《行政诉讼法》第96条第（二）项，也使用了行政机关负责人。此处“行政机关负责人”的概念与前述的文义解释相吻合，单指行政机关的首长、正职负责人，不包括副职负责人；而主要负责人则包括了正职负责人、副职负责人和其他分管负责人。如果不作这种解释，《行政诉讼法》第96条第（二）项将无法实施，因为此处显然指的是某一特定人，而不是某一群体。

二、对《行政诉讼法》第三条第三款的另一种解释

另一种可能的解释方案是不对“行政机关负责人”进行扩大解释，转而对“应当”进行解释。面对《行政诉讼法》第3条第三款的规定，我们不宜将“应当”作强制性规定的解释，而解释为倡导、希望之义。

不可否认，任何对法律的解释都内含着解释者的理念与认知。笔者之所以认为不宜对“应当”作强制性规定的解释，从前文对该制度的反思以及对该制度所面临困境的分析便可以看出。更重要的是，第3条第三款的规定并未有相应的惩罚规则，这种情形下，即便法律明文规定国民应负的义务，也很难认定为强行性规范。如《消防法》第5条规定：任何单位和个人都有维护消防安全、保护消防设施、预防火灾和报告火警的义务。任何单位和成年人都有参加有组织的灭火工作的义务。由于缺乏对应的罚则，这种规范仍然只能看作是倡导性规范，而无法认定为强行性规范。

反之如《收养法》第15条规定：“收养应当向县级以上人民政府民政部门登记，收养关系自登记之日起成立。”该条文中的“应当”就是强制性规定之义。

笔者认为，将《行政诉讼法》第3条第三款的“应当”解释为倡导、希望之义是可以成立的。在对一个词语进行解释时，不能超过该词语的语义射程范围。如将《刑法》第236条罪状中的“妇女”解释为“包括男性”，这种解释显然无法成立，因为将妇女解释为“包含男性”，超出了“妇女”这一词语的语义射程范围。笔者提出的将“应当”解释为倡导、希望，完全落在了该词的语义射程范围内。

在日常用语中，人们会使用“应当”表达倡导、希望之义。例如医生会提示病人，应当按时吃药；家长会教育孩子，应当好好学习；老人会告诫新婚夫妇，应当相互恩爱；等等。这些场合下均使用了“应当”，但表达的均不是强制的意思，而只是表达了倡导、希望之义。

另外，在我国法秩序上，也存在使用“应当”来表达倡导、希望之义的规范。如《教育法》规定“全社会应当尊重教师”；《合同法》第238条第二款规定“融资租赁合同应当采用书面形式”；等等。《行政诉讼法》第67条对我们理解“应当”的含义很有帮助。该条第二句中“应当”指向了三个行为：提交证据、提交所依据的规范性文件和提交答辩状。虽然在同一句中，但结合其他规范，这里的“应当”针对不同的行为，作不同的理解。“应当提交证据”，根据《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》（法释[2002]21号）第1条，“被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的，视为被诉具体行政行为没有相应的证据。”此处提交证据即为强制性规范，行政机关不按时提交，将承担不利后果。“应当提交所依据的规范性文件、提交答辩状”，此处的“应当”只能作倡导、希望的解释。尤其提交答辩状，法律明确规定“不提交的，不影响法院审理”。被告不提交行政行为所依据的规范性文件的，也不能认定行政机关作出的行政行为没有法律依据。

三、行政机关负责人出庭应诉制的构建

如果关于“应当”的解释方案可以成立，《行政诉讼法》第3条第三款的规定就转变为一项原则性规定，行政机关负责人出庭与否由行政机关自行决定。这一解释结论与立法者设立该制度的初衷相悖，也正是立法者所担忧的现象。基于此，笔者认为要求行政机关负责人出庭应诉，还须借助于其他规范。

由于行政诉讼脱胎于民事诉讼，且《行政诉讼法》规定可以援引民事诉讼的相关规定，因此，民事诉讼的相关规定，可以作为行政诉讼的规范依据。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第110条规定：人民法院认为有必要的，可以要求当事人本人到庭，就案件有关事实接受询问。笔者认为，该条款与《行政诉讼法》第3条第三款相结合，共同构筑了行政机关负责人出庭应诉制度，该处的行政机关负责人出庭范围以法院通知出庭为前提，也就是赋予法院强制行政机关负责人出庭的权力。

对于法院要求行政机关负责人出庭的案件，行政机关正职负责人必须出庭，唯有正职负责人不能到庭的情形下方可委托其他工作人员出庭。此处的工作人员当然包含行政副职负责人。为了避免行政机关负责人不能出庭情形的泛滥，对于法院要求行政机关负责人出庭的案件，行政机关负责人必须出庭；不能出庭的，必须于开庭前提交书面说明并取得法院许可。否则，根据《最高人民法院关于行政诉讼应诉若干问题的通知》（法〔2016〕260号）的规定，法院可以依照《行政诉讼法》第66条第二款的规定予以公告，建议任免机关、监察机关或者上一级行政机关对相关责任人员严肃处理。

综上，笔者提出的这一解释方案，符合法律解释的基本规则，且有利于法院对案件的审理，也能解决上文提到的行政机关负责人出庭应诉面临的困境。同时，这一解释方案与国务院办公厅发布的《关于加强和改进行政应诉工作的意见》（国办发〔2016〕54号）要求的“人民法院书面建议行政机关负责人出庭的案件，被诉行政机关负责人应当出庭”相符。

结语

笔者赞同行政诉讼应注重实质化解纠纷，行政机关也应尊重原告、尊重法庭，行政诉讼中行政机关不出庭的现象确属需要纠正之违法行为，但冷静并深入地观察会发现，**强制行政机关负责人每案必到庭，则有矫枉过正之嫌。**

当下关于行政诉讼的改革方案频出，新修正的《行政诉讼法》也增设了诸多制度，如行政机关负责人出庭应诉制、复议机关共同被告制、相对集中管辖制等等。不可否认，增设这些制度的初衷是为了将行政诉讼塑造成一个常规的、公正的、高效的纠纷解决机制。但是达致该目的的制度选择，应极其慎重。

核校：璐蔓

内部行为的外部化及其判断标准

作者 | 刘飞（中国政法大学中欧法学院） 谭达宗（中国政法大学法学院）

原载 | 《行政法学研究》2017年第2期

原文链接：<http://mp.weixin.qq.com/s/8vyHia2tGqYc9mLK2zfivQ>

【摘要】行政机关的内部行为通常不对相对人的权利义务直接作出处分，不属于人民法院的受案范围。但在行政审判中，常常以内部行为外部化为理由，例外地承认其可诉性。所谓“外部化”，指的是内部行为向行政行为转变的过程。“外部化”的过程是否可以完成，取决于原本意义上的内部行为是否满足以下三要素：涉权性；具体、确定与直接性；相对人知悉。

【关键词】外部化；涉权性；具体、确定与直接性；相对人知悉

一、内部行为外部化判断标准的提出

由于现代行政事务的迅速发展，导致国家行政职能不断扩大，同时也使得行政过程中呈现出了复杂的多阶段性特征。在动态运行的行政过程中，行政行为不是一个个单一、孤立、静止的行为，而是一系列不断运动、相互关联、具有承接性的过程，这些过程又构成一个个多层次的、极为复杂的系统。[1]在最终的行政决定作出之前，行政系统内部可能有同一行政机关内的阶段性分工，上下级机关之间的请示、批复、批准、指示、指导，平级机关之间的建议、同意等内部行为。[2]由于前阶段的上述内部行为一般并不会直接处分相对人的权利义务，相对人可于其后续行政行为提起的诉讼中一并要求对内部行为的合法性进行审查，而不将之作为单独的诉讼客体。然而，如内部行为基于某种原因而突破了内部行为的界限，完成了一个所谓“外部化”的过程，亦应例外地承认其可诉性。因此，对于原初意义上的内部行为的法律意义，在特定情况下仍需要作实质性判断。

此种因“外部化”的可诉性肯认，显现于“延安宏盛建筑工程有限责任公司诉陕西省延安市安全生产监督管理局生产责任事故批复案”[3]提出的“职权行为外化”标准。然而，对于多阶段行政行为中的内部行为外部化，尚需对其进行定性分析，并形成一个个体系化的判断标准。[4]本文通过梳理近50个国内行政审判的典型案列，并结合德国与台湾地区的实务和学说，试对这一论题予以回应。

二、我国司法实践中内部行为外部化的典型样态

从笔者对我国司法实践中梳理出来的相关案例来看，“内部行为外部化”现象主要有以下几种典型样态：

（一）会议纪要

会议纪要我国机关公文文种之一，是行政机关在行政管理过程中形成的具有法定效力的规范格式的文书，用于记载行政机关有关会议情况和议定事项，是行政机关公务活动的重要载体和工具。[5]从历史沿革上来看，会议纪要经历了一个适用范围不断限缩的过程，即从“传达会议议定事项和主要精神，要求与会单位共同遵守”[6]到“记载、传达会议情况和议定事项”，[7]再到“记载会议主要情况和议定事项”。[8]

从规范意义来看，与其他的如决定、命令、公告、通告、通知等主要用于外部相对人的文书相比，会议纪要明显具有内部性特征，是一种对行政机关讨论、研究过程的归纳、凝练和整合，以形成存档备查的内部资料。这种内部性具体表现为以下几个方面：

其一，会议纪要的形成过程是行政机关内部民主集中制的产物，与会者通常是政府的相关部门，并无外部相对人的参与。

其二，会议纪要的内容应当是提供处理问题的原则和方法，而不是如同行政行为一般的对具体问题作出的决定，会议纪要需要通过后续的行政行为方能产生外部效力，且其自身并不构成执法依据。

其三，会议纪要的功能主要是对行政机关讨论、研究过程的记录，属于过程性信息，一般情况下可以豁免公开。[9]

然而，规范并不等同于实践。实践中的会议纪要却并未遵循规范意义上的内部性界限，无论是其形成过程、实质内容还是形式上的公开性，都呈现出外部化的现象，导致会议纪要的性质显得模糊不清。为此，有学者从内容上将会议纪要分为四种类型：即行政决定类的会议纪要；行政指导类的会议纪要；行政规范性文件类的会议纪要以及行政合同类的会议纪要。[10]也有人针对会议纪要的诉请事项将其分为三类：一是将会议纪要视为某一行政行为的依据，在申请行政复议或提起行政诉讼时可要求对会议纪要的合法性提起附带审查；二是将会议纪要作为一项独立存在的行政行为，单独就其合法性提起审查请求；三是将会议纪要视为可以与某一行政行为归并的连续行为或共同行为，可对其申请行政复议或提起

行政诉讼。[11]更有人在研究会议纪要的可诉性问题时，将“涉权性”作为可诉性标准，认为当会议纪要在功能和内容上对公民、法人或其他组织的特定事项作出具体决定，在形式上通过向社会公布、向外部相对人送达、向执行部门送达并要求贯彻执行以及未经告知直接进入了执行过程，便对权利义务产生了实际影响，具有可诉性。[12]

也有论者，严格坚守会议纪要内部性和过程性的特征，从会议纪要与外化行为的不同逻辑结构出发，将会议纪要与外化形式的行政行为之间的关系作出两种理解。第一种是将会议纪要与外化行为当作一个整体，分别属于一个事物的两个发展阶段，前者是发生在行政机关内部的、行为内容的酝酿形成阶段，后者是宣达于外的行为形式的执行阶段，后者是前者的完备。由于前一阶段是不成熟的形成阶段，即便此时满足内容完备、事实清楚的特征，也不具有形式完整与程序合法的要件，如果直接起诉会议纪要，则无法对行政行为的程序合法性进行审查，而如果起诉后续的外化行为，则不存在此种审查上的障碍。第二种是将会议纪要与外化行为区分为两个相对独立的行为，由于前者具有抽象的特征，后者才是针对具体事务的行政决定。两个相对独立的行为中，直接对外执行并对相对人产生影响的是后一行为，故应当对后一行为提起诉讼。论者认为，无论是作哪一种理解，起诉后一外化行为并不会使得当事人的利益受到损害，直接起诉会议纪要也不会使当事人得到额外的利益，反而会对目前针对行政行为的司法审查造成困惑。[13]

在司法审判实践中，直接因会议纪要引发行政争议的案件为数不少：支持会议纪要具有“外部性”的判决如“马应堂诉宁夏回族自治区人力资源和社会保障厅、宁夏回族自治区教育厅、宁夏回族自治区同心县人民政府会议纪要案”。该案中的二审法院认为：“会议纪要作为行政机关通过会议形成决议某一事项的书面载体，在多数情况下属于内部行政行为，对外不具有法律效力，会议所决议的事项一般另行通过行政决定、行政处理等形式公布。当事人对会议决议事项不服的，可以通过对行政决定、行政处理等提起复议或诉讼解决。但在特殊情况下，会议纪要可以成为被诉行政行为。判断标准是该会议纪要是否对外发生法律效力。本案会议纪要作出后，相关行政机关没有按照会议纪要作出对外的行政行为，而是由会议纪要直接对原告、被告和他人发生法律效力，该会议纪要已经演变成

对外具有法律拘束力的行政行为，相当于一个行政决定，具有可诉性。” [14] 反对的判决如“平潭县西航实业发展有限公司与平潭县人民政府会议纪要受理纠纷案”中的二审法院认为：“《会议纪要》未直接对外作出，其本身也不具备任何一种类型的具体行政行为的形式要件，《会议纪要》应当被看作是行政机关在作出行政行为之前的准备行为，不对公民、法人或者其他组织的权利产生直接的实际影响。” [15]

整体来说，会议纪要被视为内部文件或内部行为，但法院并不仅仅从形式上认定会议纪要的可诉性，而是会从具体的案情中判断会议纪要是否对外部相对人的权利义务产生实际影响。

(二) 下级机关的初审

法律在对行政决定的作出程序进行设计时，可能有纵向的分工与分权，要求下级机关提出初步审查意见，由上级机关作出最终决定。具体来说，有两种情况：一是由下级政府或主管部门审查，上级政府或主管部门作出决定；二是政府部门审查，本级政府决定。[16] 行政许可制度中存在此种典型的多层级审查现象。如我国《行政许可法》第35条规定：“依法应当先经下级行政机关审查后报上级行政机关决定的行政许可，下级行政机关应当在法定期限内将初步审查意见和全部申请材料直接报送上级行政机关。上级行政机关不得要求申请人重复提供申请材料。”此种将行政许可权分解为初步审查权和最终决定权的实施程序，通常初步审查是形式审查和实质审查的结合，最终决定只进行形式审查。前者意味着须对申请材料形式上的完整具备以及材料内容的真实性进行全面的审查，后者则仅对申请材料及初审意见进行形式上的合法性审查。[17]

例如《音像制品管理条例》第21条规定：“申请设立音像复制单位，由所在地省、自治区、直辖市人民政府出版行政主管部门审核同意后，报国务院出版行政主管部门审批。国务院出版行政主管部门应当自受理申请之日起60日内作出批准或者不批准的决定，并通知申请人。”省级政府的出版行政主管部门在初步审查过程中，有权对不符合形式审查要求的申请作出不予受理决定，在受理符合形式要求的许可申请之后应当在法定期限内完成实质审查并提出不予许可或同意许可的初步审查意见，作为最终许可决定的参考性内部意见，对外并不发生法律效力。省级政府的出版行政主管部门无权直接对许可申请作出实体决定。

一方面，这样的制度设计有利于充分利用下级行政机关所掌握的专业知识、执法经验和接近案件事实的客观优势，同时又能实现上级机关的监督管理，以避免下级行政机关观点的偏狭或利益的勾联，确保行政决定所考虑问题的全局性或者中立性；[18]另一方面，因为行政行为的环节增加，可能会拖延行政过程，使得法律关系更加复杂，增加确定法律责任的难度。[19]

综上，下级行政机关的初步审查并非独立的行政程序，而是整个行政行为程序的一部分，因该行政行为所引起的行政争议应针对最终的实体决定申请复议或提起诉讼。然而，实践中的行政行为动态发展过程中存在外部化问题，故下级机关的初步审查行为未必不产生可诉性问题。

以行政许可为例，初步审查行为外部化主要表现为以下两种情形：

其一，当初步审查机关存在行政不作为而阻碍了行政程序的推进，此时规范意义上的内部阶段行为已经成为事实上的行政行为，下级机关应当承担独立的责任。例如《最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的规定》（法释[2009]20号）第4条规定：行政许可依法须经下级行政机关或者管理公共事务的组织初步审查并上报，当事人对不予初步审查或者不予上报不服提起诉讼的，以下级行政机关或者管理公共事务的组织为被告。

其二，初步审查机关超越权限，直接对外作出准予许可或不予许可的实体决定。虽然初步审查行为并不具有独立性，但基于初步审查机关与实体决定机关之间具有主体独立性，而此种组织法上的独立地位同样会反映到诉讼法上的被告确定问题当中。实体决定机关事实上并未涉足此超越权限的违法行为，而初审机关作出的超越权限的实体决定于外部相对人而言具有行政行为的外观，故初步审查机关是此种情形中的被告。

（三）上级机关的批复、指示或批准

由于行政系统上下级机关之间存在着领导和监督关系，下级机关在做出重大决定，或是在有关问题上存有疑虑时，经常会向上级机关请示和征询意见，上级机关亦回应下级机关请示事项而作出相应批复。其次，上级机关对某一事项作出决定，也可能对下级机关下达内部指示，要求其办理执行。其三，有些法律规定，下级机关作出行政决定须经上级机关批准。上述三种情形下，虽然行为的

直接作用对象限于行政系统内部，但却可能会存在上级机关作出的批复、指示或批准具有外部化的问题。

从目前的实定法规定来看，上级机关的批准会否引起上级机关对外独立承担法律责任的问题，也颇有争议。2007年国务院发布的《行政复议法实施条例》第13条规定：“下级行政机关依照法律、法规、规章规定，经上级行政机关批准作出具体行政行为的，批准机关为被申请人。”然而，《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19条却规定：“当事人不服经上级行政机关批准的具体行政行为，向人民法院提起诉讼的，应当以对外发生法律效力文书上署名的机关为被告。”另外，2009年最高人民法院公布的《关于审理行政许可案件若干问题的规定》第4条又规定：“行政许可依法须经上级行政机关批准，当事人对批准或者不批准行为不服一并提起诉讼的，以上级行政机关为共同被告。”从上述三条规定来看：考虑到行政复议中被申请人可能是批准机关，故规定批准机关为被申请人有利于防止“自己做自己案件的法官”；行政诉讼则基于将上级机关的批准认定为内部行为，采取了“显明主义”的立场；行政许可案件则又考虑到上级机关的批准对行政许可决定的实质性参与，而将上级机关列为共同被告。因此，对于上级机关的批准行为，目前在实定法中并未形成一致的态度。而之所以产生此种分歧，亦源自于上级机关批准产生外部化现象。

此种分歧尤为突出地反映在土地征收审批的性质认定问题上。如在“郑素华等不服成都市武侯区人民政府国土行政批复案”[20]中，被告便提出：涉诉的批复系被告与成都市国土资源局武侯分局之间的内部公文，在该行政法律关系中，行政机关系武侯区人民政府，行政相对人系成都市国土资源局武侯分局。批复内容虽涉及本案原告，但是该批复并不直接送达原告，且该批复只是征地强制搬迁过程中的一种阶段性的内部审批程序，其本身不对原告产生直接的法律上的利害关系。真正对原告权利义务产生直接影响的是成都市国土资源局武侯分局对其作出的强制搬迁行为，故诉争批复不具有可诉性。然而，该案法院并未采纳被告的答辩意见，判决书指出：批复虽然是行政机关就行政事项作出的内部审批行为，该批复并未向原告送达，但该批复实际对原告的相关利益产生了影响，因而是可诉的行政行为。这类法院认为内部审批行为具有可诉性的案件还有如“建明食品

公司诉泗洪县政府检疫行政命令纠纷案”、[21]“宋帮全不服泸州市公路运输管理处收回营运线路牌照案”、[22]“延安宏盛建筑工程有限责任公司诉陕西省延安市安全生产监督管理局生产责任事故批复案”、[23]“魏永高、陈守志诉来安县人民政府收回土地使用权批复案”、[24]“长垣县人民政府与王艳芬等批准出让土地使用权纠纷案”、[25]“袁少青与女南县人模拟政府土地行政批复案”[26]等。然而，法院作出相反认定的案件也不少，如在“王彩霞诉连云港市经济技术开发区管委会行政强制拆迁案”[27]中，法院认为：相关部门作出强制拆迁决定前进行的内部请示、审核及领导批示意见，属内部行政行为，不属于行政诉讼受案范围，对王彩霞权利义务产生实际影响的是拆迁通知书及强制拆迁行为。类似的案件如“姚雨杭诉德州市规划局规划复函案”[28]和“陈垂英等与文昌市人民政府拆迁行政管理纠纷上诉案”[29]等。可见，实践中法院对上级行政机关作出的批复、指示和批准是否具有外部性的态度并不一致。

依据《土地管理法》及其他相关规定，我国现行的土地征收流程主要包括申请征收的地方政府报批、农用地转建设用地审批、土地征收审批、土地征收公告、办理补偿登记、补偿公告、听取征收人意见、补偿争议仲裁、补偿交付土地等程序。其中，土地征收审批是国务院或省级人民政府对下级机关是否同意其用地申请的批复行为，被视为内部行政程序，而土地征收公告则是申请征收土地的地方政府作出的直接面向外部相对人的行为。然而，从效果上来看，上级机关的土地征收审批决定一旦作出，就意味着土地权属将发生变化，农村集体所有的土地变为国家所有，实质上已影响到外部相对人的权利义务。[30]从后续的土地征收公告的内容来看，其包括批准征收机关、批准文号、批准时间、批准用途、被征收土地的所有权人、位置、种类和面积、征地补偿标准和农业人口安置途径、办理征地补偿登记的期限、地点等，均没有超出土地征收批准已有的内容，并没有给被征收人创设新的负担，而如同对土地征收审批的执行或送达。[31]有学者更是针对土地征收审批的程序问题提出，如果将土地征收审批视为内部行为，则在土地征收审批前引入听证等过程参与的正当程序缺乏逻辑前提，认为土地征收审批内部程序运作的技术性设置不能改变其行政行为的属性。[32]

从最高人民法院近期在“张守山与辽宁省人民政府行政征用申诉案”[33]中的态度来看，倾向于在土地征收审批的案件中承认“内部行为外部化”现象，

其裁判要旨指出：“依法发布征收公告的行为，仅仅是将批准征地机关、批准文号、征收土地的用途、范围、面积以及征地补偿标准、农业人员安置办法和办理征地补偿的期限等事项，在被征收土地所在地的乡（镇）、村予以公示告知的行为，对被征收人的权利义务产生实际影响的是征收土地批复以及后续相关征收土地的行为，而非征收公告。”从整个土地征收程序来看，征收公告之前的程序完全在行政系统内部运作，征收公告才是第一道开始面向外部相对人的程序，但最高人民法院援引“权利义务实际影响”条款肯认土地征收批复的可诉性，间接承认了“内部行为外部化”的判断标准。

上述会议纪要，下级机关的初审，上级机关的批复、指示或批准等，均构成规范意义上的内部行为，但可能在实践中发生外部化现象。然而，目前并无一套清晰界定“内部行为外部化”的判断标准。

三、内部行为外部化后的行为性质分析

内部行为并非一个实定法上的概念，而是一个学理上的概念，其与外部行为（主要是行政行为）相对应，若行为的作用对象和效力范围止于行政系统内部，则为内部行为。[34]在行政机关作出行政行为之前虽有内部行为阶段，但一般而言，前阶段行为为内部行为，最终作出的行为为外部行为，内、外部行为是分别实施并且是容易区分的。然而，在前阶段的内部行为发生外部化的情况下，因为外部化在个案中情形并不统一，对外部化的内部行为的行为性质便不容易判断。[35]既然已经外部化，是否还能称为内部行为，抑或已经构成行政行为？

（一）德国法的经验

德国法早期关于内部阶段行为的讨论集中于汉堡邦高等行政法院于1958年8月28日作成的一则有关“联邦公路法”的判决。该案件的核心问题是：该法规定许可应当经过其他机关的核准，该核准本身是否构成独立的行政行为？按照“联邦公路法”的规定，任何建筑在高速公路上一定路段沿途施工或重大变更，均须取得建筑主管机关的建筑执照。汉堡邦高等法院当时的判决将其认定为行政行为。邦最高道路工程机关的核准虽然并非直接对申请人作出，但此点并不妨碍该核准被认定为行政行为。因为后续的行政行为实际只是先前核准行为的代为执行。后续行为机关仅是以“使者”身份面向相对人。不同的是，相对人申请的是建造执照，而不是邦最高道路工程机关的核准，所以该核准并不具终局的规制效

力。尽管如此，当建筑主管机关因邦最高道路工程机关拒绝核准时，相对人可以针对拒绝核准的行为提起诉讼，在胜诉后，再基于新事实重新申请建筑执照。[36]

在德国 Woff 教授的《行政法》教科书中亦有两段经典论述：

法律上规定在对另一行政机关作出行政行为的过程中，某一机关所作的同意或核准的以及拒绝的表示，属多阶段行政行为。如果该参与行为不仅只是后续机关作出决定的必经程序，而具有实体上的消极或积极的拘束力，便会对外部相对人具有直接的法律效力；反之，如果该参与行为对于外部相对人不具直接效力，不同于署名行政机关意思表示，就不是行政行为。行政行为的相对人只能以后续决定机关为对象提起行政诉愿或行政诉讼，并在后续行为引起的诉讼程序中，一并要求审查前阶段行为的合法性。[37]

德国法中反映出多阶段行政行为的最典型例子是“建设法典”第 36 条的规定：建筑执照的核发须经乡镇的同意或上级行政机关的核准。对此，德国联邦行政法院曾有如下重要的阐释：关于建筑执照的申请案，建筑主管机关非能完全独立自主决定。从这一点出发，乡镇的参与权须在个别情形予以考察。最强的参与模式是，赋予参与机关共同作成与外部相对人权利义务发生关系的行政行为，也就是共同管辖；另一种参与模式是，其中一个机关对外作出行政行为，另一机关则是透过行政内部程序参与行政过程。此时，立法者建构的具体参与程序可能是同意、核准、会商、听取意见。在这当中，同意和核准所形成的参与关系，具有相当的分量，而会商或听取意见的参与机关则享有较小的参与权。即使是核准制参与方式，也还是属于行政内部程序，唯有后续决定机关才拥有作出影响外部相对人权利义务关系的行政行为的权限。因此，乡镇的同意或上级机关的核准，仅是单纯的行政内部行为，而非独立的行政行为。乡镇或上级行政机关若拒绝同意或核准，无法直接以乡镇或上级行政机关为被告，提起课予义务诉讼。由于建筑主管机关以乡镇或上级行政机关拒绝同意为由，作成拒绝核发建筑执照的行政行为，故外部相对人可以后续决定为诉讼标的，以建筑主管机关为被告提起撤销及课予义务诉讼，在诉讼程序中，主张乡镇或上级行政机关应予同意或核准。但是，如果乡镇或上级行政机关直接对外作出拒绝同意或核准的意思表示，则该参与行为产生外部效力，而具有行政行为的性质。如果实定法上规定行政机关仅能对另

一行政机关作出参与行为，则对外表示作出参与行为仍具有行政行为的性质，但该行政行为违反法律的规定而可诉请撤销。[38]

德国法上另一典型的有关多阶段行政行为的规定是“黑森邦公务员法”第7条第2款的规定：任用外国人为公务员，须经邦人事行政局局长的例外同意。依同法第13条第2款第1项规定，未经同意的任用行为，无效。关于例外同意的法律性质，黑森行政法院著有相当详细的阐述，主要内容如下：

1. 关于其他机关的参与行为属于独立行政行为或者单纯行政内部行为的区分，实务及学说上已发展出各种不同的判断标准。此种参与行为具有界分管辖的功能，即除了决定权限的机关外，其他机关或行政主体也可以参与行政程序。此种关于其他机关或行政主体参与程序的规定，同样也具有程序规制的作用。依决定机关是否受参与行为拘束程度的不同，可以区分为参与机关具有相当的影响力，或只是提供咨询意见。以这一标准衡量“黑森邦公务员法”第7条第2款，因“基本法”第116条规定任用德国人为公务员作为一般原则，虽存有例外情形，但立法者对此极为慎重。针对此一例外情形规定例外同意的决定，无论同意与否，对于任用机关而言，皆具有拘束力。因为，在无例外同意的情况下，行政法院若欲课予任用机关作成任用外国人为公务员的义务，无异于作出一个法律上客观不能的给付判决。对于后续任用机关，前阶段在具体情况下作出的例外同意甚至达到裁量缩减至零的程度。由此可知，例外同意具有决定性和独立性的特质。

2. 行政机关的参与行为能否被视为独立的行政行为，仅能依实定法予以认定。举例来说，关于邦最高道路工程机关依“联邦公路法”第9条第2款所作出的核准性质，联邦行政法院裁判倾向认为此种参与行为未含有对具体事件的规制，因此欠缺直接对外的法律效果而不构成行政行为。实务上支持此种见解的理由主要是，关于不予核准行为的合法性，将在以后续决绝的行政行为为诉讼标的的诉讼程序中一并审理裁判。相对而言，学说上则针对参与行为的外部效力提出若干额外的判断标准和特征，例如有学者主张，若实定法规定署名的行政机关受参与机关同意表示的拘束，同时该参与行为作出的意思表示向当事人作出，即具有外部效力。最后尚需考量，参与机关是否被赋予对特定任务唯一处理权以及特殊观点的单独决定权。反之，则有意将参与机关的规制、决定等行为，一概认定为行政行为，即使该参与行为仅间接对个案有所规制效果。从“黑森邦公务员法”

第13条第2款规定的例外同意的法律效果，若欠缺同意，则任用行为无效。从该法如此严格的法律效果来看，可以肯认“黑森邦公务员法”第7条第2款所定的例外同意具有独立行政行为特性。

3. 是否将例外同意随同后续任用行为一同通知申请人，对于判断该例外同意是否构成行政行为并不具有重要性。因为行政行为以何种形式、于何时对外通知，此一问题对于行政处分的定性并无影响，只能对该行政行为的法律救济期间的计算有意义。[39]

(二) 台湾地区的经验

台湾地区继承了德国法上的多阶段行政行为概念。在其司法实践中也形成了具有代表性的判例。在“入出境管理机关”与“财政部”的案例中，“行政法院”前后变更见解反映出台湾对多阶段行政行为的前阶段行为的外部化认识。

“行政法院”1972年11月份庭长评事联席会议决议指出：“财政部”该项函请限制出境，仅系请求“内政部入出境管理局”对原告予以限制其出境，而原告应否受限制出境，有待“内政部入出境管理局”的决定，是故该项函请行为，显尚不发生限制原告出境之法律上效果，自非诉愿法上之行政处分，而该项函件副本之送达原告仅属事实之通知，尤非处分可比。然而，在“行政法院”1983年3月份庭长议事联席会议中又指出：“营利事业欠税负责人(原告)是否有限制出境之必要，仅由财政部决定，内政部入出境管理局无从审查财税机关决定之当否，是于财政部函请该局限制出境同时将副本送达原告时，应认为已发生法律上之效果，即为行政处分，得对之请求行政救济。本院七十二年十一月份议事联席会议决议应予变更。”

实务学说因此发展出一套原则——例外公式：原则上，多阶段行政处分系指最后阶段直接向人民作成的行政行为，才具行政处分的性格，至于其他机关的参与行为本身，即令对作成行政处分的机关有拘束力，亦不应构成行政处分，而纯系行政内部行为。而相对人对多阶段行政处分有所不服，即使关键在于他机关的参与行为，亦只能针对该最后阶段的处分提起救济，也就是向最后阶段处分机关的上级机关提起诉愿，亦以该最后阶段处分机关为被告提起行政诉讼。但存在例外的情形，若前阶段机关的参与行为除向最后阶段机关为之外，另发副本予相对

人，并于行政处分其他要件已具备的情形，则亦得将前阶段行为从宽定性为行政处分，而得独立直接作为人民不服的争讼对象。

此种见解的演变过程也可从对待土地征收批准的态度看出。“法务部”1990年2月21日[90]法律字第004684号函指出：征收之程序，系由需用土地人拟具征收计划书后，呈送“中央主管机关(内政部)”审查。“中央主管机关”核准征收后，将通知该直辖市或县(市)主管机关进行公告，并以书面通知原土地所有权人。则关于“中央主管机关”之核准是否为行政处分，法务部首先谨守多阶段行政处分之意义，表示行政处分要素之一为行政机关所谓直接对外发生法律效力之行为，亦即外部行为。至于依法事先经上级机关参与表示意见、同意或核准始能作成行政处分之多阶段行政处分，其前阶段之行政行为为应属内部行为，仅最后阶段直接向人民作成之行政行为始具行政处分之性格，即便他机关之参与对做成行政处分之机关有拘束力，亦不构成行政处分。因此，“内政部”之核准征收行为依据“土地征收条例”的相关规定，系指对下级机关所为之内部行为，并非直接对人民所为发生法律效力之行政处分。

然而，“最高行政法院”1992年判字第1442号判决则指出：“关于认定某一行政处分之处分机关，系以机关就公法上具体事件作出决定或其他公权力措施为准，又按照上级机关本于法定职权所谓之行政处分交由下级机关执行者，以该上级机关为原行政处分机关，此为诉愿法第八条及八十七年十月二十八日修正之诉愿法第十二条但书所明定。土地征收案系由法定核准征收机关决定征收之具体内容，再将该决定交由市、县地政机关公告及通知土地权利人，即核准征收之权责机关始为土地征收之处分机关，其所为核准之征收函，方系发生征收效力之行政处分。市、县地政机关并无决定是否征收土地或变更核准征收机关所谓征收处分内容之权力，其仅系依据核准征收之内容为通知及公告，以执行上级机关所为征收土地之行政处分，该公告及通知自非市、县地政机关之另一行政处分甚明。”[40]

此外，台湾地区的吴庚大法官总结了内部阶段行为外部化须满足的四个条件：第一，作出处分的机关依法应当对内部阶段行为予以尊重，且不可能有所变更；第二，内部阶段行为符合行政处分成立的必要要素；第三，内部阶段行为以

直接送达或以其他方式使当事人知晓；最后，后续的行为是内部阶段行为的补充，是内部阶段行为的手段而已。[41]

（三）我国大陆地区的观点

从我国大陆地区的行政审判实务来看，法院在判决中将外部化的内部行为作为行政行为看待的情况也十分常见，如“建明食品公司诉泗洪县政府检疫行政命令纠纷案”[42]的判决中指出：“电话指示已经对建明食品公司的合法权益产生实际影响，成为具有强制力的行政行为”。又如“郑素华等不服成都市武侯区人民政府国土行政批复案”[43]的判决显示：“该批复实际对原告的相关利益产生了影响，因而是可诉的行政行为”。再如“吉德仁等四人不符盐城市人民政府行政决定案”[44]的判决中表明：“应当认定盐城市政府在《会议纪要》中作出的有关公交车辆在规划区免征规费的行为是一种可诉的具体行政行为”。诸如此类的判决表述不胜枚举。

从我国学者的有关论述来看，对外部化的内部行为主要有两种观点：

一种观点认为：“内部行为外部化”，其实是对那些貌似内部行为而实为外部行为进行甄别的一种说法罢了，根本就不存在内部行为外部化的情形。[45]

另一种观点认为：所谓“内部行政行为产生外部化法效力”，是指虽然行政机关作出的行政行为具有内部性，但是它对外部行政相对人产生了法效力，在这种情况下，内部行政行为实际上已经质变成为“行政决定”。[46]

两种观点虽然在是否认可“内部行为外部化”这一概念上有差异，但都认为特定情况下的内部行为已经在实质上构成了行政行为。

总之，在行政过程日渐复杂的形势下，学界对内部行为外部化后的行为性质认定，均具有非常明显的强化行政诉讼救济功能的目的导向性。学者们往往趋向于对行政行为概念作实质性判断，将外部化之后的内部行为称为新型行政行为[47]或非典型行政行为。[48]从实定法或行政惯例的意图来看，这类行为在原初意义上的作用对象和效力范围限于行政系统内部，后续行为才是走出行政机关门槛的行政行为。但由于越来越多的内部行为超出了内部界限而直接影响外部相对人的权利义务，司法实践中多将其认定为可诉的行政行为而纳入受案范围。

四、内部行为外部化的判断标准

内部行为外部化后构成行政行为,意味着外部化过程是一个行为的内部性逐渐弱化、行政行为构成要素和成立要件逐渐补足直至完备的过程。具体而言,内部行为与行政行为在主体要素和公权力要素上并无二致,内部行为的外部化,是涉外性要素,具体、确定与直接要素,相对人知悉要素的获取过程。[49]因外部化的判断,主要源自行政审判实务,而各案法律争议的侧重方面颇为不同,本文针对所搜集的案例,围绕上述的三大要素,以此分析框架来展示内部行为外部化的判断标准。

(一) 涉权性

纯粹的内部行为只关乎行政系统内部的组织和工作安排,如内部职权划分、业务处理方式、人员配备管理、分层负责划分,以及机关的设置等事项相关的行为或措施,[50]无论形式还是内容,都未混入外部因素。

而在多阶段行政行为过程中,往往涉及到其他机关在事实认定或事项决定上的协力行为,这类内部行为在事务性质上已然具有了设立、变更、消灭或确认相对人权利义务关系的意思表示,即具备了涉权性要素。[51]尽管因为这类内部行为处于行政行为的准备阶段,并非完全、终局之规制。[52]

然而,在涉及内部行为外部化的案例中,颇有争议的是具有确认性质的内部行为是否可以作为可诉的行政行为来受理?

支持的案例如“袁少青与汝南县人民政府土地行政批复案”,[53]该案被上诉人向其职能部门汝南县国土资源局作出了汝政文[2001]177号《汝南县人民政府关于同意重新确定袁少青用地面积的批复》:同意重新确定袁少青用地面积,把汝政文[2009]107号文中袁少青用地面积3611.3平方米更改为2423.68平方米。两审法院均认可了具有确认性质的内部批复的可诉性;反对的案例如“姚雨杭诉德州市规划局规划复函案”,[54]法院认为,被告向德城区三河六岸工程指挥部办公室作出的德规函[2013]46号《关于德城区三河六岸旧城改造项目符合城乡规划的复函》是被告根据相关规定作出的是否符合城乡规划的阐述和说明,没有创设新的权利义务,对原告的权利义务不产生实际影响,不属于行政诉讼的受案范围,裁定驳回原告的起诉。

上述案例中具有确认性质的内部行为,均属于事实认定的协力行为。支持与反对的案例之间的分歧在于:确认行为是否具有涉权性。支持的案例中,用地面

积的重新确定影响了土地使用权的范围，法院认为此种影响属于“权利义务的实际影响”；反对的案例中，法院认为“没有创设新的权利义务”和“并不会引起行政法律关系的变动”。换言之，部分法院对涉权性要素作了限缩解释，认为权利义务的实际影响必须是创设性的影响。因为以行政行为涉权性内容的不同为标准，可以将行政行为分为以命令或禁止的形式要求特定行为义务的命令性行政行为，旨在建立、改变或者消灭具体法律关系的权利形成性行政行为，以及确认某人的权利或者具有法律意义的资格的确认性行政行为。[55]命令性和形成性的行政行为对权利义务的影响是创设性的，确认性的行政行为虽然并不直接影响权利义务，但是对行为、物、权利义务、法律地位、资格或能力的认可，[56]弱化或强化了权利义务的基础。当确认行为发生错误后，不一定必然产生损害后果，是否产生损害后果，仍取决于原来的事实，只不过是确认行为构成了导致损害后果的多种原因之一。正因如此，确认行为违法造成损害的，一般情况下只是承担补充责任。[57]

总之，确认性质的内部行为，无论是表现为一个行政机关内的事实认定阶段，还是表现为一个行政机关对另一行政机关的协力行为，实践中都未必会按照事实认定、作出决定到最后宣告的程序展开。从有效救济行政相对人的目的出发，应当肯定确认性质的内部行为的涉权性，再结合其外部化的其他要素的具备情况，具体判断个案中该确认性质的内部行为是否具有可诉性。

（二）具体、确定与直接性

行政机关作出行政行为是将抽象的法律规范作用于具体的对象和事务，获得一个确定的法律效果的过程。多阶段行政行为中的内部行为，若尚未形成具体的指向，且未获得一个确定的决定，则仍然处于意思表示的酝酿与形成阶段，尚未成熟，不足以对行政相对人的权利义务产生直接影响。在此情况下，司法也不适合介入行政机关事中的决定过程，只能以后续的行政行为作为诉讼客体。反之，如果结合实定法、行政惯例与具体案情，原初意义上的内部行为已然具备具体、确定与直接性，就可能需要为行政相对人提供司法救济。

行政审判实践中关于具体、确定与直接性的争论主要集中在以下几个方面：

第一，内部行为议决的事项是否具体，这是法院进行外部化判断的一个重要考量因素。如“就特定事项、针对特定对象所作的电话指示”、[58]“针对公交

公司这一特定的主体、就特定的事项即公交公司在规划区内开通的线路是否要缴纳交通规费所作出的一项决定”[59]等。尤其是上级机关对下级机关的内部指示、批复和会议纪要，虽按照我国的组织法的有关规定，上级机关对下级机关有指挥命令权，下级机关有服从的义务，[60]但在个案中，上级机关对下级机关作出的行为到底是内部指导还是内部命令，往往取决于上级机关行为的内容是否具体，以至于下级机关有无裁量的余地。如“暨诉讼代表人董某等与上海市浦东新区建设和交通委员会行政审批上诉案”，[61]一审与二审法院均认为，被诉浦建委房[1009]157号批复仅是原则上同意旧房改造工程，并未设定董某等七人的权利义务，改造方案应当按照国家和地方有关规范。又如“王承贵与海南省人民政府拆迁行政复议纠纷上诉案”[62]中，被上诉人称被诉的44号通知所载的《实施方案》涉及的364户搬迁居民，并不明确是否包含王承贵，其具体指向对象不明确。二审法院认可了这一答辩意见，认为《实施方案》并未对王承贵的权利义务进行设定，是对内部的职能部门有关搬迁工作的指导方案和工作安排等。再如“陈垂英等与文昌市人民政府拆迁行政管理纠纷上诉案”，二审法院认为被上诉人制作的《安置意见的通知》是其根据项目征地安置需要制作的内部指导性意见，属抽象行政行为……具体的安置情况需要通过财产申报、评估、公示、确定安置模式等行为后方可最后确定，故《安置意见的通知》不具有可诉性。因多阶段行政行为的内部行为尚处于意思表示形成的过程中，对待决事项形成的意见往往具有抽象性特征，故外部化需完成抽象向具体的转变。

第二，平级机关之间的建议、咨询等，倘有实定法上的要求，尚有程序性的拘束力，否则毫无任何拘束力可言，对决定的作成无法起到确定的效果，故不满足外部化的要求。如我国《海洋环境保护法》第43条第2款规定：“环境保护行政主管部门在批准环境影响报告书之前，必须征求海洋、海事、渔业行政主管部门和军队环境保护部门的意见。”此种征求意见便仅有程序上的拘束力。行政诉讼实践中亦有案例印证，如“韶关市浚江区乐怡网吧诉韶关市公安局浚江分局公安其他行政行为案”，[63]被上诉人制作的韶浚公字[2013]001号《关于建议吊销乐怡网吧〈网络文化经营许可证〉的函》，建议文化行政部门吊销乐怡网吧的《网络文化经营许可证》，二审法院认为涉诉的《函》属于倡导性阶段的不成熟的行政行为。又如“广西南宁彩帝印刷有限公司与广西壮族自治区工业和信息

化委员会内贸行政确认纠纷上诉案”[64]国家发改委办公厅“该项目……不符合……建议对该项目项下进口设备照章征税”的复函。

第三,行政机关在作出决定之前需事先征求其他机关的同意,此类同意参与了后续行政行为意思表示的形成,具有不完整的实体性拘束力,即在不同意的情况下只能作出否定性的行政行为,在同意的基础上可能作出肯定性的行政行为。故依此可知,若其他机关出具不同意意见,实已满足确定性要素,若再符合其他外部化要素,即具有可诉性;然同意意见,却因不具有确定性,则无具有可诉性之可能。此种其他机关的同意规定如《土地管理法》第57条规定:“建设项目施工和地质勘查需要临时使用国有土地或者农民集体所有的土地的,由县级以上人民政府土地行政主管部门批准。其中,在城市规划区内的临时用地,在报批前,应当先经有关城市规划行政主管部门同意。”除此之外,当其他机关的同意构成独立性的决定,从保障诉讼判决的实效性出发,应承认同意行为的可诉性。如德国黑森邦公务员法第7条第2款规定:任用外国人为公务员,须经过邦人事行政局局长的例外同意;依同法第13条第2款第1项规定,未经同意的任用行为,无效。与前面两则案例的建议、咨询相比,该例外同意的决定,无论同意与否,对于任用机关而言,皆具有拘束力。因此,在无例外同意之下,行政法院若欲课予任用机关作成任用外国人为公务员的义务,无异是判决其作成一法律上客观不能的给付。可见,系争例外同意具有决定性且独立性的特质。[65]

第四,行政机关之间的委托执行,委托机关对决定事项具有独立的管辖权限,因委托内容满足确定性要素,故委托行为存在外部化的可能。关于这一问题的讨论,如前述“内政部出入境管理局”根据“财政部”的公函,对于申请出境的人民作成拒绝许可出境处分时,应以何机关为对象提起行政争讼?我国台湾地区“最高行政法院”变更后的见解阐明:是否对营利事业欠税其负责人有限制出境的必要,系由“财政部”决定,“内政部出入境管理局”无从审查财税机关的决定当否,故“财政部”函请该局限制出境同时将副本送达原告时,应认为已发生法律效果,即为行政处分,可以对此请求行政救济。[66]

第五,下级机关的初步决定或初审行为,虽对上级机关作出决定具有一定的影响力,原则上属于尚不具有确定性的内部行为。但若被视为已经制作完毕的行政决定而对相对人实施,此时即具备了确定性与直接性要素,具有可诉性。如在

“郑州市大成律师事务所诉郑州市中原区司法局行政决定案”[67]中，法院认为：按照《基层法律服务所管理办法》相关规定，[68]被告作出注销其辖区内的基层法律服务所的初步决定后，须报请地级司法行政机关核准登记后才能依法成立。被告作出的初步决定并应属于在行政机关内部运行中还没有最终作出结论的行政行为，一般不对原告产生实际影响。但由于被告称其曾向原告进行了送达，故该《决定》已不属于在行政机关内部运作的行政行为，且他人在民事诉讼中已将决定作为证据使用，对原告的权利义务产生了实际影响，故认可了该《决定》的可诉性。

第六，上级机关的内部文件如通知、批复、批准和会议纪要等，外部化现象较为突出。[69]虽然按照法定的程序，上级机关的内部文件下发给下级机关之后，下级机关应当按照上级机关的要求作出相应的行政决定，该后续的行政决定将吸收前阶段的内部行为。但实践中下级机关可能不作行政决定而直接将内部文件予以执行，此时内部文件已然替代了后续行政行为。如在“宋帮全不服泸州市公路运输管理处收回营运线路牌照案”中，二审法院认为，被上诉人的《通知》形式上看是对县运管所作出的，但是通过县运管所对该通知的告知与执行，该通知行为已经外化，认可了《通知》的可诉性。最高人民法院指导性判例第22号更是在裁判要点中将“行政管理部门直接将该批复付诸实施并对行政相对人的权利义务产生了实际影响”归结为裁判要旨。

最后，在判断直接性要素是否具备的问题上，法院存在一定的分歧。此种分歧主要反映在土地征收批准和房屋拆迁批准的有关案件中。有的观点将土地征收审批视为国务院或省级人民政府对下级机关是否同意其用地申请的批复行为，是一种内部行政程序；有的观点认为，批准征收决定一旦做出，就意味着土地权属变化具有必然性，使农村集体所有变为国家所有，实质上已直接面向相对人，直接产生影响相对人权利义务的法律效果。[70]后续的土地征收公告无超出征地审批的内容，并非新的行政行为，应当视为土地审批决定的送达和执行。[71]有的法院强调直接性而否定土地行政内部审批的可诉性，如“宁波罗蒙制衣有限公司诉南京市人民政府土地行政批准纠纷案”；[72]有的法院认为土地行政内部审批对权利义务的影响是直接的，如“张守山与辽宁省人民政府行政征用申诉行政裁定书案”。[73]

从台湾地区行政诉讼中对此类问题的态度来看,倾向于采纳后一种观点:土地征收案是由法定核准征收机关决定征收的具体内容,再将该决定交由市、县地政机关公告及通知土地权利人,即核准征收的权责机关是土地征收的处分机关,其所为核准制作征收函,被视为发生征收效力的行政处分。市、县地政机关并无决定是否征收土地或变更核准征收机关征收处分内容的权力,其只是依据核准征收的内容发出通知及公告,以执行上级机关的征收土地行政处分,该公告及通知并不是市、县地政机关作出的行政处分。[74]

(三) 相对人知悉

多阶段行政行为过程中的内部行为通常不为相对人所知悉,即便行政机关将此内部行为对外送达,也只构成行政意向而非行政决定的送达。行政意向只是行政机关在行政管理过程中为了有效处理一些行政事态形成的能够影响行政相对人权利义务的主观意向。这些意向可能会形成某种文书,但这种文书还不是法律意义上的行政决定,送达行政意向只具有证明符合法定程序要求的意义。[75]然而,若内部行为已符合行政行为的构成要素,再对其进行送达,又具备了行政行为的成立要件,内部行为完成了外部化的最后步骤,标志着内部程序的终结,相对人的救济时效开始起算。[76]

相对人知悉要素的满足,在实践中主要表现为如下几种方式:[77]

最为常见的是通过行政机关的送达知悉,具体表现为口头告知、复件送达,以及电话、传真、网络公示、通告等形式。如“延安宏盛建筑工程有限公司诉陕西省延安市安全生产监督管理局生产责任事故批复案”[78]中“将批复作为谈话内容告知被上诉人宏盛公司,并送达了复印件,已将批复内容外化”;“邹永才与深圳市龙岗区人民政府行政审批纠纷上诉案”中“《会议纪要》的内容已送达了当事人”等。

虽未送达,但相对人通过行政机关的执行行为知悉。如“吉德仁等四人不服盐城市人民政府行政决定案”[79]中,“《会议纪要》虽未向利益相关方直接送达,但《会议纪要》的相关内容在之后已经得到执行”。

相对人通过其他正当途径获知内部行为内容。如“魏永高、陈守志诉来安县人民政府收回土地使用权批复案”[80]中,来安县人民政府作出批复后,来安县

国土资源行政主管部门没有制作并送达对外发生效力的法律文书,原土地使用权人通过申请政府信息公开的方式知道了批复的内容。

需要注意的是,行政审判中特别强调相对人获知内部行为途径的正当性。“延安宏盛建筑工程有限公司诉陕西省延安市安全生产监督管理局生产责任事故批复案”的裁判要旨中指出“依职权外化”,以防止一些相对人通过不正当手段,如私下打听、索取或者窃取一些内部文件,一旦发现其中对己不利,即行起诉。[81]

五、结论

内部行为外部化是一个行政活动复杂化语境下的实践命题。在由内而外的行政行为过程中,德国与我国台湾地区的学者常将内部行为置于多阶段行政行为的前阶段行为予以讨论,其提出的内部行为外部化的判断标准,大致可以归结为:

第一,作成最终决定的机关对于前阶段机关的意见,依法应予以尊重,且不可能有所变更者,换言之,当事人的权益受损害,实质上是因为前阶段行政机关的决定所导致。

第二,前阶段行为具备行政处分的其他要素。

第三,前阶段决定已直接送达相对人,或以其他方式使相对人知悉。[82]

本文从我国行政审判实践出发,将内部行为外部化定性为内部性弱化、行政行为构成要素和成立要件的获取过程。将内部行为外部化的判断标准总结为:涉权性要素;具体、确定和直接性要素;相对人知悉要素。三大要素在判断时层层递进,只有原初意义上的内部行为具有涉权性,才可能引发个案的争议,再满足具体、确定和直接要素,则已全面具备行政行为的构成要素,与行政行为的意思表示无异,直至符合相对人知悉要素,即意思表示超出了内部阶段,最终完成外部化的过程而具备可诉性。

(责任编辑:曹彦)

(注释因篇幅所限而删减)