



2013 年第一期（总第一期）

行政法律资讯

广东省律师协会行政法律专业委员会

2013 年 8 月 12 日

《行政法律资讯》编委会

主编：

何富杰

副主编：

张弢 李栋梁 陈晓朝 胡圣根

编委：（按姓氏笔画排列）

马 骥 王春平 邓有淼 石庆华 朱秀恩 刘育昌

关建明 何 灿 阮传欣 苏文荣 陈峻峰 周 磊

周伟清 罗采枢 赵 鹏 茹敬艺 钟 锐 唐健锋

耿 爽 崔建川 黄家章 梁映文 董克难 蒋冬菊

曾洛川 谢文杰 靳荣举 廖树强 熊小薇

本期执行编辑：张弢

创刊词

经过精心筹划,《行政法律资讯》第一期与大家见面了。

众所周知,行政法规范着行政主体权力的行使,其本质是控权、限权,这既是保障公民权利的要求,也是实行宪政和法治的要求。在我们这样一个行政权力如此庞杂的国家,强调行政法的功能、研究和落实行政法具有非常重要的意义。

律师作为法律职业共同体的有机组成部分,在参与与行政权力有关的法律实践中,以其独特的职业立场和良好的法律素养,通过一个个鲜活的事件践行着法律的价值意蕴,推动着法治建设。同时,律师以其职业敏感性进行的事实观察和作为“事件”亲历者的认识提炼也将更具有实践价值。另一方面,转型期背景下复杂多变的生活态样、知识的精细化以及互联网环境下海量资讯的快捷传播使得归纳、汇总、剪辑的价值凸显。因此,广东省律师协会行政法律专业委员会组编的《行政法律资讯》的诞生具有认识和实践上的价值。

《行政法律资讯》计划每一季度编辑一期,以对行政法律感兴趣的律师为读者定位,关注重大的行政法律问题,内容上侧重实务问题研讨,兼顾理论探究,地域范围上涵盖国家及本省的行政法律问题。

全国范围内不乏由律师协会牵头组编的资讯或资料汇编,因此,《行政法律资讯》无以开其先河,但作为广东省律师协会下设专门委员会创编的专门性资讯尚属首次,我们希望对其他委员会能有所借鉴,也希望对推动行政法制的研究和实践有所助益。

广东省律师协会副会长:童新

二〇一三年八月十日

本期目次

一.最新资讯

国务院：两次取消下放行政审批项目 167 项	1
著作权侵权加大行政处罚力度	1
《劳动合同法》修正案生效，全面规制劳务派遣	2
拆除违法建筑物不再需要人民法院执行	2
养老机构的设置实行行政许可 监管得到加强	3
商标法修正拟禁止以驰名商标做广告宣传	3
中华全国律师协会行政法专业委员会 2013 年年会举办	3
广东省人大常委会 2013 年立法工作安排	4
《广东省行政审批管理监督条例》公开征求意见	5
《深圳经济特区城市管理综合执法条例》获通过	6

二.实务研讨

《<中华人民共和国行政诉讼法>修正案（草案）》（建议稿） 修改条文及评述（上）	9
--	---

三.案例参考

申请政府信息公开时内容是否“明确”的判定及存在的问题	48
----------------------------------	----

■最新资讯

国务院：两次取消下放行政审批项目 167 项

第十二届全国人民代表大会第一次会议批准的《国务院机构改革和职能转变方案》明确提出，要减少和下放投资审批事项，减少和下放生产经营活动审批事项，减少资质资格许可和认定，取消不合法不合理的行政事业性收费和政府性基金项目。2013 年 5 月 15 日，经研究论证，国务院决定，取消和下放一批行政审批项目等事项，共计 117 项。其中，取消行政审批项目 71 项，下放管理层级行政审批项目 20 项，取消评比达标表彰项目 10 项，取消行政事业性收费项目 3 项；取消或下放管理层级的机关内部事项和涉密事项 13 项。另有 16 项拟取消或下放的行政审批项目是依据有关法律设立的，国务院将依照法定程序提请全国人民代表大会常务委员会修订相关法律规定。

2013 年 7 月 13 日，国务院颁布《关于取消和下放 50 项行政审批项目等事项的决定》【国发〔2013〕27 号】。国务院决定，再取消和下放一批行政审批项目等事项，共计 50 项。其中，取消和下放 29 项、部分取消和下放 13 项、取消和下放评比达标项目 3 项；取消涉密事项 1 项（按规定另行通知）；有 4 项拟取消和下放的行政审批项目是依据有关法律设立的，国务院将依照法定程序提请全国人民代表大会常务委员会修订相关法律规定。

著作权侵权加大行政处罚力度

2013 年 1 月 30 日，国务院针对《著作权法实施条例》、《信息网络传播权保护条例》、《计算机软件保护条例》同时作出修订，修订内容仅涉及对著作权行政执法中对侵犯著作权行为的处罚条款。三部行政法规修正案将行政处罚额度的上限由之前的 3 倍和 10 万分别提高到 5 倍和 25 万。

2008 年《国家知识产权战略纲要》的出台使得知识产权的保护上升为国家战略。长期以来，盗版在我国十分猖獗，这不仅直接损害了著作权人的权利，从长远看将降低创作者的创作积极性，降低我国文化产业的竞争力，减少我国文化财富的积累。由于新技术的出现，盗版技术越来越先进，侵权更容易发生和持续，现有的处罚力度难以对侵权者起到威慑作用。因此，国务院此次专门就著作权侵

权的行政处罚力度加以提高顺应了目前打击侵权行为的实际需求,也凸显了国家对知识产权保护的高度重视和决心。

《劳动合同法》修正案生效,全面规制劳务派遣

2013年7月1日,《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》生效,该修正案于2012年12月28日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议上被通过,这是《劳动合同法》自2008年1月1日实施以来的首次修订,此次修订仅涉及劳务派遣的部分,可以看出立法机关对劳务派遣制度的重视和对劳务派遣加强规范的决心。

《劳动合同法》颁布实施后,出现了劳务派遣单位数量大幅增加、劳务派遣用工规模迅速扩大的情况。劳务派遣用工存在的突出问题主要有:一是劳务派遣单位过多过滥,经营不规范;二是许多用工单位长期大量使用被派遣劳动者,有的用工单位甚至把劳务派遣作为用工主渠道;三是被派遣劳动者的合法权益得不到有效保障,同工不同酬、不同保障待遇的问题比较突出,参与企业民主管理和参加工会组织等权利得不到很好落实,一些被派遣劳动者长期没有归属感,心理落差较大。

为规范劳务派遣单位的设立,此次修正对设立劳务派遣单位实行行政许可,并将注册资本的要求从五十万提高到二百万,并增加了诸多条件,可谓大大提高了劳务派遣单位的设立门槛。同时,为加大惩处力度,修正案还提高了对违法的劳务派遣单位和用人单位的罚款额度。

拆除违法建筑物不需要人民法院执行

2013年3月27日,最高人民法院发布了《关于违法的建筑物、构筑物、设施等强制拆除问题的批复》,《批复》指出,根据行政强制法和城乡规划法有关规定精神,对涉及违反城乡规划法的违法建筑物、构筑物、设施等的强制拆除,法律已经授予行政机关强制执行权,人民法院不受理行政机关提出的非诉行政执行申请。该司法解释明确,强制拆除违法的建筑物、构筑物、设施应由有行政强制执行权的机关自行执行。

养老机构的设置实行行政许可 监管得到加强

2013年6月28日,民政部同时发布两部关于养老机构的部门规章:《养老机构设立许可办法》和《养老机构管理办法》,突出体现了国家对老年人生活的关爱和权益的维护。

随着我国老龄化进程的加快以及计划生育政策实施以来面临的赡养困境,老年人的生活起居照料如何解决已成为一个严重的社会问题,完全通过公立养老机构无法解决老年人的养老问题。同时,目前存在的养老机构参差不齐,甚至发生过养老机构虐待老年人的恶劣事件,为此,有必要加强对养老机构的规范。

根据《养老机构设立许可办法》,养老机构的设立需要到相应的民政部门申请审批后,并在符合其他条件的情况下方能设立。《养老机构管理办法》对养老机构的义务作了全面规定,并明确了违反义务的罚则。两部法律相结合,使得养老机构的设立、运行、管理等有了明确的法律依据。

商标法修正拟禁止以驰名商标做广告宣传

2013年6月27日,十二届全国人大常委会第三次会议二审的商标法修正案草案规定,生产、经营者不得将“驰名商标”字样用于商品、商品包装或容器上,或者用于广告宣传、展览以及其他商业活动中。如果该草案获得通过,这意味着目前广泛存在的将驰名商标用作广告宣传的行为违法。

驰名商标在中国一直充满着神秘的色彩,被视为无上的荣誉,曾经一段时间驰名商标满天飞,这严重歪曲了驰名商标的本质,被学界广为诟病。此次商标法修正的一项重要内容就是涉及驰名商标,将驰名商标的使用纳入行政管理的范围之内,通过行政手段矫正严重异化的驰名商标。无疑,商标法修正还将规定违反广告禁止的行政处罚措施,这将给那些在广告宣传中使用“中国驰名商标”的企业有力一击。

中华全国律师协会行政法专业委员会 2013 年年会举办

2013年7月6日,中华全国律师协会行政法专业委员会2013年年会在海拉尔举行,此次年会的主题为讨论通过向全国人大常委会提交修改《行政诉讼法》律师建议稿。与会人员对建议稿进行了充分的讨论,以律师参与行政诉讼的经历

现身说法,对现行行政诉讼法存在的诸多问题各抒己见。全国人大常委会今年将首次审议行政诉讼法修正案,此次年会将行政诉讼法的修改作为主题具有重要的现实意义。

广东省人民代表大会常务委员会 2013 年立法工作安排

(一) 继续安排常委会审议的法规案 1 件:

广东省环境保护条例(修订草案)已于 2012 年 3 月一审,由于全国人大正在修订环境保护法,待环境保护法修改颁布后再适时安排环境保护条例继续审议。

(二) 提请常委会初次审议的法规案 8 件:

- | | |
|-----------------------------|-----------|
| 1.广东省安全生产条例(修订草案) | 5 月第一次审议 |
| 2.广东省反走私综合治理条例(草案) | 7 月第一次审议 |
| 3.广东省建设工程质量管理条例(修订草案) | 7 月第一次审议 |
| 4.广东省道路交通安全管理条例(修订草案) | 7 月第一次审议 |
| 5.广东省失业保险条例(修订草案) | 9 月第一次审议 |
| 6.广东省信息化促进条例(草案) | 9 月第一次审议 |
| 7.广东省行政审批管理监督条例(草案) | 9 月第一次审议 |
| 8.广东省食品生产加工小作坊和食品摊贩管理条例(草案) | 11 月第一次审议 |

(三) 预备项目 9 件:

- 1.广东省社会科学普及条例(草案);
- 2.广东省实施《中华人民共和国水法》办法(修订草案);
- 3.广东省气象灾害防御条例(草案);
- 4.广东省供用电服务管理条例(草案);
- 5.广东省村庄规划建设管理条例(草案);
- 6.广东省城乡生活垃圾分类与处理条例(草案);
- 7.广东省散居少数民族权益保障条例(修订草案);
- 8.广东省村务公开条例(修订草案);
- 9.广东省特种设备安全监察规定(修订草案)。

(来源:广东省人大常委会网站)

《广东省行政审批管理监督条例》公开征求意见

2013年6月14日,备受瞩目的《广东省行政审批管理监督条例(送审稿)》(下称“《条例》”)正式在广东省政府法制办官网公开征求意见,截止时间为7月14日。

自去年8月广东省被国务院确定为行政审批制度改革试点省之后,广东对行政审批制度进行了全方位的改革探索,有很多新的精神、理念和经验需要用法规的形式固定下来,研究制定《广东省行政审批管理监督条例》的条件已基本成熟。

所有行政审批要依法设定

《条例》规定,所有行政审批都要依法设定,比如,省政府规章设定的涉及公民、法人和其他组织的行政审批实施满一年需要继续实施的,应当提请省人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规。设定行政审批,应当规定行政审批的实施机关、条件、程序、期限。

该不该审批先听公众意见

《条例》规定,公民、法人或者其他组织可以对行政审批的设定和实施,向行政审批的设定机关、实施机关或者负责行政审批制度改革工作的部门提出意见和建议。行政机关应当制定行政审批实施标准,并向社会公布。同时明确,对经济社会发展或者公民、法人和其他组织的权益有重大影响的行政审批,行政机关应当通过调查、论证、听证、咨询或者专家评审等方式听取意见,并通过集体审查的方式决定。

行政审批实行不收费原则

在审批时间方面,《条例》提出,除可以当场作出行政审批决定的外,行政机关应当自受理行政审批申请之日起20日内作出决定。20日内不能作出决定的,经本行政机关负责人批准,可以延长10日并应当将延长期限的理由书面告知申请人。行政审批需要联合办理的,行政机关应当在45日内办结,45日内不能办结的,经本级人民政府负责人批准,可以延长15日,并应当将延长期限的理由告知申请人。行政机关办理行政审批,应当指定一个内设机构统一对外受理和答复申请人。行政机关不得将同一行政审批事项或者审批环节、审批步骤拆分实施。

《条例》明确,行政机关实施行政审批和对从事行政审批事项活动进行管理监督,不得收取任何费用。法律、行政法规另有规定的,从其规定。

明确不得设定行政审批的事项

下列事项不得设定行政审批：

- 1.公民、法人或者其他组织能够自主决定的事项；
- 2.市场竞争机制能够有效调节的事项；
- 3.行业组织或者中介机构能够自律管理的事项；
- 4.行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的事项。

说明：法律、法规只作出原则性管理要求，没有规定设定行政审批的事项，不得设定行政审批。不得以备案事项、服务事项或者其他事项的名义变相设定或者实施行政审批。

《深圳经济特区城市管理综合执法条例》获通过

《深圳经济特区城市管理综合执法条例》（以下简称《执法条例》）近日在深圳市人大常委会会议上表决通过，城管执法行为从此更加规范。

首次立法明确城管执法范围

一段时间以来，各地连续发生的城管事件引发各界对规范城管执法行为的关注。《执法条例》是我市首部城管专门法规，解决了此前城管执法依据仅是《行政处罚法》中的相关规定，执法缺乏系统科学的法律规范的问题。

《执法条例》明确，纳入城市管理综合执法的事项应当与市容管理密切相关且属于现场易于判断、不需要专业设备和技术检测手段即可定性的事项。具体包括 8 项：环境卫生、园林绿化、城市照明、道路、禽畜屠宰、文化市场等方面的部分执法事项。

值得关注的是，燃气管理、烟花爆竹、午托机构及教育培训机构等几项没被列入城管职责范围内。市人大常委会相关负责人表示，城管行使这些职责确有不宣之处，但是鉴于已执行多年，不宜轻易改变。现在将其归入“法律、法规、规章规定或者国务院、省、市人民政府决定的其他职责”中，仍由城管执行，今后适时作出调整。

执法时须统一着装

为了确保综合执法部门文明执法、规范执法，《执法条例》规定综合执法执法人员应当具备行政执法资格，在执法活动中应当统一着装，行为规范，语言文明，

程序合法。

《执法条例》还就创新城管的处罚机制作了一些探索，旨在使城管执法少一些“冷酷无情”，多一点“柔性”。比如，综合执法部门对违法行为轻微、没有造成后果并及时纠正的，不予行政处罚。又如，当事人为法人或者能提供身份证明信息的个人，违法行为情节轻微或者没有明显社会危害的，综合执法部门可以不采取行政强制措施。

城管执法责任也有了明确规定——辱骂、威胁、殴打当事人或者违法损毁当事人的物品的，或者截留、挪用、私分罚没款项、财物或者使用查封、扣押财物的等情形，将对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法追究行政责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

公安指定机构配合城管执法

城管执法人员对违法自然人处罚难是个老问题。为做到有效执法，《执法条例》规定公安部门应当指定有关机构，协助和配合综合执法部门开展执法。建立综合执法部门和公安部门证据联用、信息联通、执法联动的协作机制。

违法行为人拒绝提供或者无法提供身份证明信息的，综合执法人员可以联系公安部门进行现场协助，公安部门应当派员及时到达现场。

人民法院还可以依法成立或者指定专门法庭或者专业审判庭，负责处理综合执法行政处罚的诉讼和强制执行。

无法缴纳罚款可申请社会服务

当事人逾期不履行行政处罚怎么办？《执法条例》规定，到期不缴纳罚款的，每日按罚款数额的百分之三加处罚款，加处罚款的数额不得超出原罚款数额。但是，当事人确有经济困难无法缴纳罚款的，可以根据当事人的申请安排当事人参加综合执法部门安排的社会服务。

（文章来源：深圳人大网）

附：地方行政法律采编

广东省重大行政决策听证规定（2013年4月1日）

第四条 下列情形属于重大行政决策，应当组织听证：

（一）法律、法规、规章规定应当听证的行政决策事项；

- (二) 编制重要规划等涉及重大公共利益的行政决策事项；
- (三) 教育、医疗等社会涉及面广、与人民群众利益密切相关的行政决策事项；
- (四) 行政机关认为需要听证的行政决策事项。

.....

第二十七条 行政机关应当将听证报告作为行政决策的重要参考。

第二十八条 行政机关对听证会中提出的合理意见和建议应当予以吸收、采纳。对大部分听证参加人持反对意见的重大行政决策事项，行政机关应当作进一步论证后再作出决策。

对意见和建议的采纳情况以及不予采纳的理由，听证组织机关应当以书面形式向听证参加人反馈，并以适当方式向社会公布。

第二十九条 重大行政决策事项依法应当听证而未听证的，行政机关不得作出行政决策。

第三十条 政府法制机构应当把是否依法组织听证作为重大行政决策合法性审查的内容。对依法应当听证而未听证的重大行政决策事项，不得通过合法性审查。

■ 实务研讨

【编者按：2013年7月6日，中华全国律师协会行政法专业委员会2013年年会在海拉尔举行，此次年会的主题是讨论通过向全国人大常委会提交修改《行政诉讼法》律师建议稿。律师作为法律职业共同体的重要组成部分，对推动我国的法治进程发挥着重要作用。此次讨论《〈中华人民共和国行政诉讼法〉修正案（草案）》（建议稿）并拟向全国人大常委会提出，便是以推动立法的形式贡献着律师群体的法律智慧，彰显着律师们的信念与担当。为推动科学立法、民主立法，我们就这一建议稿分三期予以刊发，以飨读者。】

《〈中华人民共和国行政诉讼法〉修正案（草案）》（建议稿） 修改条文及评述（上）

第一章 总则

【条文】第十二条（专用术语的涵义）本法所称行政机关，是指行使公共行政职权、履行公共行政职责的各级人民政府及其职能部门，以及依法行使行政职权的社会组织或者公务人员。

本法所称行政行为，是指行政机关行使公共行政职权、履行公共行政职责，产生法律效果的行为，包括作为和不作为。

本法所称行政争议，是指公民、法人或者其他组织与行政机关之间发生的因行政机关的行政行为而产生的法律上的争执。

【评述】据权威人士的介绍，本条是因学者们的要求特意加上的。学者们的理由是，只有对“行政机关”、“行政行为”、“行政争议”等概念作出明确的界定，才能对行政诉讼的受案范围作出准确的界定。“行政机关”的概念，决定谁有资格成为行政诉讼的被告；“行政行为”的概念，决定什么行为能够成为行政诉讼审理的对象。

笔者认为，学者们的这一提议是不科学的。从本条第2款说起，设置第2款的目的是，以行政行为作为标准确定行政诉讼的受案范围。可是，这已经被证明是不科学的。行政诉讼受案范围，在我国大概经历了这样的几个过程。1989年颁布的《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。”也即规定,只有具体行政行为才能提起行政诉讼。1991年,《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第1条对于“具体行政行为”作出了明确的定义,“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。”从而这一界定更加明确、具体。可是,行政机关行使公权力行为或者说与行使公权力有关的行为,可以分成法律行为、准法律行为和事实行为,这是学界的通说。这里引用马怀德教授在论文《行政诉讼范围研究》的论述,这一论述具有一定的代表性。

有的学者将民法上法律行为和意思表示的概念引入行政法领域,把行政机关的行为划分为“以意思表示与观念表示为要素之行政行为”和“事实行为”;并进而将前者划分为“法律行为之行政行为”和“准法律行为之行政行为”。“法律行为之行政行为”以意思表示为要素,相当于民法上的法律行为,即典型的行政处罚;“准法律行为之行政行为”就具体事实以观念表示为要素,通常包括确认行为、公证行为、通知行为与受理行为。此种观念表示,并非重新创设公法上之权义关系,而系仅就已存在或形成之权义关系,予以观念上之认识或澄清而已,虽有加强法律效果之作用,要与创制权义关系之行为本身有别。简言之,准行政行为就是欠缺行政法律行为的个别要素的行为。关于行政法律行为的要素,大体上可以概括为4项:主体要素、法律依据要素、意思表示要素和效果要素。主体要素是指作出行政行为的主体是行政主体。法律依据要素是指行政行为的权限、实体和程序依据是行政法律规范。准行政行为与行政法律行为的区别,主要表现在意思表示要素和效果要素两方面的不同。

1、意思表示要素是指行政主体通过行动(如交通警察以手势指挥交通)、语言文字、符号(如人行横道线、交通禁行标志)、信号等行为对外表示其意志,对相对人进行某种规制。凡是没有意思表示要素的行为,像气象部门的天气预报、交通部门埋设道路界碑、环保部门清理垃圾等,都不具备规制的性质,一般不构成行政法律行为,是事实行为。行政机关所做的带有“通知”、“评价”、“解释”性质的行为。例如,行政机关对某个事实的叙述或理由说明、事件办理进度的告

知、研究或鉴定报告的提出、对上级机关指示或其他行政机关意思的转达、对相对人提出疑问的规范性文件、规则的解释、法律救济途径的告知、税务机关催促办理纳税申报的通知等，其意图一般仅是告诉相对人关于某种事实或状态的信息，并不涉及相对人权利义务的取得、丧失或变更。因而，在性质上不是行政法律行为的意思表示。

2、效果要素是指行政法律行为通过行政主体的意思表示，对外直接发生法律效力。如果对内发生法律效力或间接发生法律效力，或者不发生法律效力，就不具备行政法律行为的效果要素，因而不构成行政法律行为。

这种关于效果的意思表示不仅在“事实上”对外发生效力，或者可以发生效力，而且必须在“法律上”发生这种效力时，才算对外发生法律效力。一般行政行为的法律效果不仅仅表现为公法上的法律效果，有时也直接发生私法上的法律效果。例如，行政机关实施的房屋产权登记、机动车买卖过户登记等行为均发生私法上的法律效果，在德国行政法上称为“私法形成的行政行为”，台湾学者称为“私法形成之行政处分”。

效果意思有直接和间接之分。一般行政行为的效果意思是一种直接的效果意思，即行为依照行政主体的意思表示（而不是法律的具体规定，或者依赖于新的事实出现），对相对人权利、义务（产生、变更或消灭）发生直接的法律效果。相反，准行政行为的效果意思是一种间接的效果意思，即该行政行为虽然由行政主体作出，但是要依照法律的具体规定，或者依赖于新的事实出现（而不是行政主体的意思表示），才能对相对方的权利、义务发生法律效力，而且该法律效果是间接的法律效果。换句话说，准行政行为本身并不产生必然的、确定的、即刻的法律效果，只有当新的事实出现时，或者其他主体作出与该事实相关的行为时，处于休眠状态的效果意思才表现出其“对外”的法律效果特性。根据上面的分析，如果包含行政法律行为的全部要素行为就是一般的行政行为，如果欠缺行政法律行为的个别要素，它就可能是事实行为或者准行政行为。由于有些准行政行为并不对相对方的权利义务的产生、变更和消灭发生直接的法律效果，也就是说不直接对权利义务产生实质性影响，因而它不具有可诉性。但是，当它可能以“间接的形式”加强了新的主体对相关事实处分的效果，或者对抗该效果时，就意味着开始对权利义务产生直接的、实质性影响，这时它就具有了可诉性。

可是，我国《行政诉讼法》以及司法解释中的“具体行政行为”，不仅没有包括“准法律行为”和“事实行为”，实际上也没有包括所有的法律行为，譬如抽象行政行为、行政合同等等，就没有包括在内。也因此，以“具体行政行为”作为行政诉讼受案范围的标准，是不能符合实践需要的。

第三章 管辖

【条文】第十七条（中级人民法院管辖）中级人民法院管辖下列第一审行政案件：

- （一）确认发明专利权的案件、海关处理的案件；
- （二）以县级以上人民政府为被告的行政案件；
- （三）本辖区内重大、复杂的案件。

【评述】本条有两点值得检讨：

1、笔者认为，应该规定以省、自治区、直辖市人民政府职能部门为被告的案件，一审也应该由中级人民法院管辖。对省、自治区、直辖市人民政府职能部门，行政级别与县级人民政府相当，对人民法院独立审判的干预能力，也与县级人民政府基本相当的。在实践中，一些人民法院作出的规定也大多如此，《江苏省高级人民法院关于行政诉讼案件管辖若干问题的意见（试行）》也规定，被告为省级行政机关（厅、局、委、办等）的行政案件，一审由中级人民法院管辖。浙江省台州市中级人民法院在确定交叉管辖，也规定被告是省级行政机关的案件属于应该交叉管辖的范围。

2、应该规定争议标的较大的案件，由中级人民法院为一审管辖。标的较大的案件，涉及的权益比较重大，受到干扰的可能性也比较大。本《建议稿》第195条对于涉外案件也是这样规定的：

第一百九十五条（对涉外行政案件管辖的特别规定）重大、复杂的涉外行政案件由中级人民法院一审管辖。重大、复杂的涉外行政案件包括：

- （一）被告为县级以上人民政府的涉外案件；
- （二）争议标的数额较大的涉外案件；
- （三）社会影响重大的涉外共同诉讼、集团诉讼案件；
- （四）其他重大、复杂案件。

【条文】第二十条（一般地域管辖）行政案件由被告或者原告所在地人民法院管辖。如果原、被告在同一个法院辖区的，原告可以申请其所在地人民法院的上级人民法院指定最邻近区域的法院管辖。

本法所称原告所在地，包括原告的户籍所在地、经常居住地和被限制人身自由地。

【评述】这一条文有这样几个问题值得提出：

1、《建议稿》的起草者作出这样的规定，希望能够减少行政机关干预，其愿望是可以理解的。但是，所有的行政案件，原告都可以选择原告所在地法院管辖，显然是不科学的，各地的行政机关对外地作出的行政案件可谓数不胜数，譬如经济比较发达的南方地区公安机关作出的治安处罚甚至大多数是针对外地人作出的。如果法律真的作出这种规定，行政机关就为了诉讼只能疲于奔命了。因此，必须对可以选择在原告所在地起诉的案件的类型进行限定的。譬如，规定只有限制人身自由在一定期限以上，或者侵犯财产权达到一定金额的案件，当事人可以提起行政诉讼的人民法院。

2、上述条文第2款，是《若干问题的解释》第19条第1款规定。司法解释该内容是针对《行政诉讼法》第18条“对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼，由被告所在地或者原告所在地人民法院管辖。”作出的解释。司法解释之所以对“原告所在地”解释成“包括原告的户籍所在地、经常居住地和被限制人身自由地。”是因为现实中，有些公安机关将《行政诉讼法》第18条“原告所在地”解释成“关押原告的地方”（大多是被告住所地）来对抗异地法院对相关案件的管辖权。司法解释给了相对人更多的机会选择管辖法院，以避免公安机关对于行政诉讼的干预。可是，《建议稿》本条第1款已经给予原告足够的管辖选择权，第2款的规定就失去了必要性。何况，本条第2款或者说司法解释的这一规定，和《民法通则》第15条还存在不协调。《民法通则》第15条规定“公民以他的户籍所在地的居住地为住所，经常居住地与住所不一致的，经常居住地视为住所。”根据该条规定，原告所在地应该是指户籍所在地，经常居住地与户籍所在地不一致的，应该是指经常居住地。本条第1款中的“原告所在地”应该改成“原告住所地”，以便和《民法通则》的和谐统一。

因此，笔者建议删除本条第 2 款内容规定。

【条文】第二十三条（移送管辖） 人民法院发现受理的案件不属于自己管辖时，应当移送有管辖权的人民法院。受移送的人民法院不得自行移送。

【评述】在实践中，笔者不止一次地碰到这样的事情，代表当事人向温州市（杭州、宁波）中级人民法院提起行政诉讼，状告温州（杭州、宁波）市人民政府。过了一些时候，却接到了龙湾区（西湖、海曙区）人民法院的受理案件通知，或者甚至是不予受理裁定。一审由基层法院管辖，二审由中级法院管辖，对于地级或者副省级人民政府，这样的管辖级别，是当事人无法接受的。可是按照现行法律规定，当事人不同意由基层法院管辖，只能向基层法院提出管辖异议，基层法院当然会裁定驳回管辖异议，当事人遂向中级法院上诉。结果可想而知，只能是驳回上诉，因为案件本来就是由中级法院移交给基层法院的。

这种情况，在全国各地具有一定的普遍性，笔者已经司空见惯。让人有些遗憾的是，根据现行的法律规定，这种做法是完全合法的。《行政诉讼法》第 21 条明确规定，“人民法院发现受理的案件不属于自己管辖时，应当移送有管辖权的人民法院。受移送的人民法院不得自行移送。”第 23 条规定，“上级人民法院有权审判下级人民法院管辖的第一审行政案件，也可以把自己管辖的第一审行政案件移交下级人民法院审判。”这两个法律条文中的任何一条，都足以支持法院的上述做法。

本《建议稿》已经删除了上级人民法院可以把自己管辖的第一审行政案件移交下级人民法院审判的规定，无疑是一种进步。但却没有赋予原告对于人民法院随意移送管辖提出异议的权利。这一规定还在原被告之间制造了不平等，因为根据《建议稿》第 26 条规定，对于人民法院确定的管辖不服，被告有权提出管辖异议。当事人对于裁定不服的可以上诉。不过，后面这一点应该集中规定在有关条文中。

笔者认为，本条内容应该修改为：

第二十三条 人民法院发现受理的案件不属于自己管辖时，应当告知当事人向有管辖权的人民法院提起诉讼，当事人坚持起诉的，应当裁定移送有管辖权的人民法院。

第四章 诉讼参加人

【条文】第二十七条（原告资格）公民、法人或者其他组织提起行政诉讼，应当同被诉的行政行为有法律上的利益。

前款所称法律上的利益，是指相关法律要求行政机关作出行政行为时应当考虑且通过诉讼值得保护的实质的利益。

公益行政诉讼的原告资格不受本条规定的限制。

【评述】本条规定的是行政诉讼法中最重要、最基本的问题之一，即原告诉讼主体资格问题。在这个问题上，我国先后经历了这样几个过程，1989年颁布的《行政诉讼法》第2条是“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。”根据这条规定，在相当长一段时间，司法实践中坚持的原则是，只允许行政行为的直接相对人提起诉讼的。例外的是，《治安管理处罚条例》第39条规定“被裁决受治安管理处罚的人或者被侵害人不服公安机关或者乡（镇）人民政府裁决的，在接到通知后五日内，可以向上一级公安机关提出申诉，由上一级公安机关在接到申诉后五日内作出裁决；不服上一级公安机关裁决的，可以在接到通知后五日内向当地人民法院提起诉讼。”也即允许被侵害人受害人对于处罚决定不服也有权提起行政诉讼。1991年6月，《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的规定（试行）》在这个问题没有突破。1996年颁布的《行政处罚法》，被公认为我们行政法治史上具有重要的里程碑，但是因为着眼点是保护被处罚人的合法权益，被侵害人也没有被赋予当事人的地位，实践中似乎也不允许被侵害人以行政机关处罚太轻为由提起行政诉讼。

2000年3月，《若干问题的解释》的颁发，使事情发生了重大的转折。该司法解释第11条、第12条、第13条、第14条、第15条、第16条、第17条、第18条对行政诉讼原告资格问题进行了具体细致的规定。其中，最具概括意义的是第12条规定“与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的，可以依法提起行政诉讼。”也就是说，只要与行政行为有着法律上利害关系的人，都有资格提起行政诉讼，于是原告资格从直接相对人扩大到了利害关系人。

经过6年多的实践，“法律上的利害关系”这样的提法渐渐地为人们理解、

接受。所谓具有法律上的利害关系，就是当事人的合法权益已经或者可能受到了具体行政行为的侵犯，或者说具体行政行为已经或者可能对当事人的权利义务产生了实际影响，在律师、法院甚至老百姓之间，基本上已经达成了共识。加上，《若干问题的解释》第 13 条—第 18 条对于相邻权、竞争权受到侵犯的人可以提起行政诉讼的列举。除极个别情况，什么人有权资格提起行政诉讼，司法实践中基本上已经没有什么争议。不仅制定法明确规定行政机关作出行政行为时，应该予以考虑，或者在行政程序中被追加为当事人的提起诉讼，人民法院能够支持；制定法没有明确规定，行政程序中没有被追加当事人，但其利益应该予以保护的人提起诉讼，人民法院基本上也能够予以受理。在此基础上，有些学者进一步将“合法权益”解释成了“合法的权利和利益”，认为权利或者法律上的利益受到行政行为侵犯的人，都有权提起诉讼。台湾地区的《行政诉讼法》就是采用这一概念限定行政诉讼原告主体资格的一一“权利或者法律上利益受害者……得向高等行政法院提起……诉讼。”应该说，这样的解释，与我们已经接受的知识相差不是太远，是可以接受的。

可是，本条第 1 款却规定“公民、法人或者其他组织提起行政诉讼，应当同被诉的行政行为有法律上的利益”，“法律上的利益”这一表述，不仅实务部门感到生疏，就是我国行政法专著中也并不多见。这样的表述一旦被立法者所接受，必然会使我国几年在这方面的积累连根拨起，又使这个问题再次回到混乱状态。立法是为了解决实际问题。立法的成熟，需要更多的是积累和继承，而不是创新。

“公民、法人或者其他组织提起行政诉讼，应当同被诉的行政行为有法律上的利益。”这样的表述，远没有“公民、法人或者其他组织提起行政诉讼，应当同被诉的行政行为有法律上的利害关系”来得明确、具体，即使一定要将权利和法律上的利益细化，也应该表述为“公民、法人或者其他组织认为自己的权利或者法律上的利益受到了被诉的行政行为的侵犯，有权提起行政诉讼。”

而且，“公民、法人或者其他组织与行政行为有法律上利益”这样的表述，本身就是一个病句，当事人与被诉行政行为具有的只能是一种关系，而不可能是一种利益。

本条第 2 款的表述，“前款所称法律上的利益，是指相关法律要求行政机关作出行政行为时应当考虑且通过诉讼值得保护的实质的利益。”更加容易引起争

议，不适合我国的实际情况。根据起草者的解释，意思是“法律保护的利益标准把起诉资格赋予那些行政官员在作出行政行为时依据制定法有义务予以考虑的¹利益，即起诉资格应当限于那些相关法律要求行政官员予以考虑并因此‘受法律保护’的利益。由此，我们可以看出，法律上保护的利益，首先是指相关法律要求行政机关作出行政行为时应当考虑的²利益。”这一理论在台湾地区称为“保护规范理论”。也就是说，一个人能否提起行政诉讼，取决于他的利益是不是在相关法律的保护范围内，或者是法律条文明确规定予以保护，或者是根据立法目的应该予以保护。这样的标准，在立法水平比较成熟、制定法质量比较高、行政机关执法和司法机关适用法律时能够充分领悟立法目的法治发达国家是没有问题的。可是，根据我国的国情，不论是立法者、执法者、司法者都没有达到这一层次。譬如上面提到过的《行政处罚法》，不论在具体条文中没有规定，在处罚违法行为时应该考虑被侵害人的合法权益，就是立法目的中也没有确实没有考虑，该法第1条规定的立法目的“为了规范行政处罚的设定和实施，保障和监督行政机关有效实施行政管理，维护公共利益和社会秩序，保护公民、法人或者其他组织的合法权益，根据宪法，制定本法。”这里的“公民、法人或者其他组织”显然仅仅是被处罚人。《行政许可法》虽然对利害关系人的利益有所考虑，但只规定“行政机关对行政许可申请进行审查时，发现行政许可事项直接关系他人重大利益的，应当告知该利害关系人。申请人、利害关系人有权进行陈述和申辩。行政机关应当听取申请人、利害关系人的意见。”也只考虑利害关系人的重大利益。如果按照本条第2款规定，不是重大利益受到侵犯的人，就没有权利提起行政诉讼。再譬如，《治安管理处罚条例》明确规定，被侵害人不服处罚决定的，也可以提起行政诉讼。可是，《治安管理处罚法》却把这一规定删除了，公安部编写的《治安管理处罚法释义与实务指南》则明确表示，被侵害人不服处罚决定不再有权利申请复议提起行政诉讼，也就是说该书的作者认为《治安管理处罚法》没有将被侵害人个人的权益纳入保护范围。应该说，公安部编的《治安管理处罚法释义与实务指南》对于《治安管理处罚法》立法目的的解释是有权威性的，因为《治安管理处罚法》是公安部起草的。按照本条第2款的规定，被侵害人就确实没有了原告诉讼主体资格。然而，这样的结果是我们无法接受的。

总之，本条界定原告资格的标准，结合我国的实际情况，是不科学的。笔者

认为，应该借鉴现行司法解释规定，否则可能引起行政诉讼制度的倒退。

【条文】第二十八条（原告资格转移与承受）有权提起诉讼的公民失踪或死亡的，其近亲属可以以自己的名义提起诉讼。

有权提起诉讼的法人或其他组织终止的，承受其权利的法人或者其他组织可以以自己的名义提起诉讼。

近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有扶养、赡养关系的亲属。

【评述】本条有这样几个问题值得检讨：

1、“近亲属”这个概念在我国法律以及司法解释中有着不同规定。《刑事诉讼法》第 82 条规定，近亲属为：夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姊妹；《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 12 条规定，近亲属为：配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；《若干问题的解释》第 11 条规定，近亲属为：配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有扶养、赡养关系的亲属。

笔者认为，三种定义之中，《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 12 条规定比较科学，孙子女、外孙子女从生活中来看，应该纳入近亲属的范围，《刑事诉讼法》规定过分狭窄。而《若干问题的解释》将“近亲属”概念扩大到了“与死者具有扶养、赡养关系的人”。仅仅因为具有扶养、赡养关系就称之为近亲属，不符合社会中长期形成的共识。近亲属，应该是指相互之间血缘关系或者婚姻关系的人之间的一种关系。《现代汉语词典》对于“亲属”就是这么解释的。不过，司法解释之所以作出这样规定，是为了解决司法实践中碰到的难题。有权提起诉讼的公民死亡，又没有配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女，这种情况是存在的，诉讼就将无法提起诉讼，《若干问题的解释》将实际上将有权提起行政诉讼者的范围扩大到了与死者具有扶养、赡养关系的人。这可以认为是司法解释的无奈之举。

《行政诉讼法》修改时，却没有必要再保留这种做法，安全可以表述为：有权提起诉讼的公民失踪或死亡的，其近亲属和其他具有抚养、赡养关系的人可以以自己的名义提起诉讼。这样既保留具有抚养、赡养关系的人的诉权，又使法律概念符合人们的共识。

2、有权提起诉讼的公民失踪或死亡的，其近亲属和其他具有抚养、赡养关系的人可以以自己的名义提起诉讼。这样的规定是否科学，仍然值得商榷，准确的意思似乎应该是：有权提起诉讼的公民失踪或死亡的，承受相应的权利或者利益的人有权以自己的名义起诉，或者继续原来的诉讼。公民失踪或者死亡，并不是所有的近亲属或者具有抚养和赡养关系者，都有权提起诉讼，而只应该允许其中有法律利害关系的人，即承受其权利或者利益者提起诉讼。

本《建议稿》第 106 条第 1 项、第 107 条第 1 项（借鉴《若干问题的解释》第 51 条、第 52 条），比本条表述更确切，但同样需要进行一些修改：

第一百零六条（中止诉讼）有下列情形之一的，经相关当事人申请，人民法院可以裁定中止诉讼：

（一）一方当事人死亡，需要等待继承人或者有抚养、赡养关系的人表明是否参加诉讼的；

（二）一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；

（三）行政机关被撤销或者改组，尚未确定权利义务承受人的；

（四）一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的；

（五）本案必须以另一案的调查、审理结果为依据，而另一案调查或审理尚未完毕的；

（六）其他应当中止的情形。

被告行政机关只能就上述第（三）（四）（五）项所规定的情形，申请人民法院裁定中止诉讼。中止诉讼的事由消除后，恢复诉讼。

第一百零七条（终结诉讼）有下列情形之一的，终结诉讼：

（一）原告死亡，没有继承人、有抚养或赡养关系的人，或者继承人、有抚养或赡养关系的人放弃诉讼权利的；

（二）原告申请撤诉，人民法院准许的；

（三）其他应当终结诉讼的情形。

【条文】第二十九条（公益行政诉讼） 人民检察院认为行政行为侵害国家利益或社会公共利益的，可以向作出行政行为的行政机关提出要求予以纠正的法律意见或建议，行政机关应当在1个月内予以纠正或予以书面答复。逾期未按要求纠正、不纠正或不予答复的，人民检察院可以提起公益诉讼。

公民、法人或其他组织认为行政行为侵害国家利益和社会公共利益的，可以申请人民检察院提起公益诉讼。人民检察院在接到申请之日起2个月内不提起诉讼的，公民、法人或其他组织可以以自己的名义提起公益诉讼。

【评述】本条存在着一个细节问题。应该规定，人民检察院因为公民、法人或其他组织的申请提起公益诉讼时，提出申请的公民、法人或其他组织有权要求作为第三人参加诉讼。这样的规定，既能够保护公民、法人或其他组织的积极性，并且能够弥补检察官在行政诉讼方面知识和经验的欠缺。本条应该表述为：

第二十九条（公益行政诉讼） 人民检察院认为行政行为侵害国家利益或社会公共利益的，可以向作出行政行为的行政机关提出要求予以纠正的法律意见或建议，行政机关应当在1个月内予以纠正或予以书面答复。逾期未按要求纠正或不予答复的，人民检察院可以提起公益诉讼。

公民、法人或其他组织认为行政行为侵害国家利益或社会公共利益的，可以申请人民检察院提起公益诉讼。人民检察院提起诉讼的，提出申请的公民、法人或其他组织有权要求作为第三人参加诉讼。

人民检察院在接到申请之日起2个月内不提起诉讼的，公民、法人或其他组织可以以自己的名义提起公益诉讼。

【条文】第三十条（被告的确定） 公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起行政诉讼的，作出被诉行政行为的行政机关是被告。

经复议的案件，复议机关是被告。

两个以上行政机关作出同一具体行政行为的，共同作出具体行政行为的行政机关是共同被告。

由法律、法规授权的组织所作的行政行为，该组织是被告。由行政机关委托的组织所作的行政行为，委托的行政机关是被告。

行政机关被撤销或改组的，继续行使其职权的行政机关是被告；无继续行使

其职权的行政机关的,作出撤销或改组决定的行政机关或者原行政机关的直接上级行政机关为被告。

【评述】本条第2款“经复议的案件,复议机关是被告”是不科学的,有些情况下甚至是无法操作的。行政复议机关在接到复议后,可能作出的常见的结论有以下几种:

第一种结论是,复议机关作出的是程序性的答复:不予受理、受理后(根据现行《行政复议法》规定,收到复议申请后,复议机关没有任何答复,也视为是受理)没有作出决定、终止复议决定。

现行《行政复议法》只规定了在复议过程中,申请提出撤回复议申请的,复议机关可以决定终止受理决定。受理复议申请后,发现复议申请不符合法定条件,可以作出的终止复议决定,是国务院法制办在2002年1月16日国法函[2002]3号《对北京市人民政府法制办公室〈关于终止审理余国玉复议案件的请示〉的复函》中作出的规定:“行政复议机关受理行政复议申请后,发现该行政复议申请不符合《行政复议法》规定的,可以决定终止复议。”《最高人民法院关于行政复议机关受理行政复议申请后,发现复议申请不属于行政复议法规定的复议范围,复议机关作出终止复议决定的,人民法院如何处理的答复》([2005]行他字第11号)对于这种处理也予以了认可。严格地说,这种情况应该适用驳回复议申请的决定。终止复议决定,应该适用在复议受理是合法的,但在复议过程中发生了复议无法继续或者无需继续进行的情况。行政复议法修改时,对驳回复议申请,终止复议决定应该会作出明确规定。不过,这个问题与这里探讨的主题无关。这里应该探讨的是,复议机关对于复议申请不予受理、受理以后不作出答复、驳回复议申请、终止复议的情况下,当事人提起行政诉讼,应该以复议机关不从实体上作出决定的行为,还是原行政机关的不行政行为(包括不作为),或者说是应该以作出原行政机关的行政机关为被申请人,还是以复议机关为被申请人。这一选择,与立法对于行政复议制度如何定位有关。如果将行政复议制度定位为给予行政系统一个自我监督、自我纠正错误的机会,么复议机关不予受理、受理之后不作出答复、驳回复议或者终止复议,就表示放弃这一机会,当事人提起行政诉讼当然就应该起诉原行政机关,大多数国家和我国台湾地区是这么规定的。我国《行政复议法》则是把依法进行行政复议,规定为复议机关的法定职责。譬如《行政

复议法》第 34 条规定“行政复议机关违反本法规定，无正当理由不予受理依法提出的行政复议申请或者不按照规定转送行政复议申请的，或者在法定期限内不作出行政复议决定的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的行政处分；经责令受理仍不受理或者不按照规定转送行政复议申请，造成严重后果的，依法给予降级、撤职、开除的行政处分。”第 38 条规定“行政复议机关负责法制工作的机构发现有无正当理由不予受理行政复议申请、不按照规定期限作出行政复议决定、徇私舞弊、对申请人打击报复或者不履行行政复议决定等情形的，应当向有关行政机关提出建议，有关行政机关应当依照本法和有关法律、行政法规的规定作出处理。”按照《行政复议法》的这一精神，对于复议机关不予受理、受理后不作出答复、终止复议等形式消极对待复议职责的情况，《行政诉讼法》规定当事人必须起诉复议机关，似乎并无不可。

不过，笔者倾向于当事人既可以起诉原行政机关，也可以起诉复议机关。上级行政机关放弃对下级行政机关的监督，毕竟是一种不正常的现象。根据行政一体化的要求，上级行政机关下级行政机关具有指导、督促的职责和职权，严格地说，下级行政机关违法行政，造成严重的后果的话，上级应该承担相应的责任，最高行政机关应该对所有的行政机关的行政状况作为一个整体向人民负责。上下级行政机关监督不力或者不想监督，需要政治体制的进一步完善来改变，企图通过司法审查来强化上级行政机关对下级行政机关的层级监督，与司法权与行政权分立原则相悖。加强对层级监督的监督，也不能以牺牲当事人的选择权为代价，我们应该相信当事人对于究竟应该选择起诉复议机关还是原行政机关，才能更好地达到自己的目标，能够作出最好的选择。那种“强迫的爱”，不符合社会的发展。

这方面，司法解释对于这个问题的态度是十分明朗的，《若干问题的解释》第 22 条规定“复议机关在法定期间内不作复议决定，当事人对原具体行政行为不服提起诉讼的，应当以作出原具体行政行为的行政机关为被告；当事人对复议机关不作为不服提起诉讼的，应当以复议机关为被告。”就把选择权交给了当事人。第 35 条更是规定“法律、法规未规定行政复议为提起行政诉讼必经程序，公民、法人或者其他组织向复议机关申请行政复议后，又经复议机关同意撤回复议申请，在法定起诉期限内对原具体行政行为提起诉讼的，人民法院应当依法受

理。”也即在当事人已经选择了行政复议的情况下也可以放弃，重新选择行政诉讼。《行政诉讼法》修改时，应该借鉴。

行政复议机关可能作出的第二种结论是，复议机关受理复议申请后，作出实体性的复议决定，申请人或者利害关系人不服，提起行政诉讼。又可以分成两种情形，一种是复议机关撤销或者改变了原行政行为、确认原行政行为违法等等，因为原行政行为或者其法律效力已经不存在，不论是申请人或者利害关系人提起行政诉讼，当然只能以复议决定为对象，以复议机关为被申请人。这种情况，本条第2款规定是完全可以适用的。

另一种情形是，复议机关维持了原行政行为。根据统计资料显示，复议机关对于复议申请作出维持决定的概率也有70%—80%。实际上，根据笔者的经验，维持率远不止这个数据。因此，本条第2款规定对于这种情况能否适用，是最重要的。

笔者将这种情形再分成两种情况来进行分析。第一种是行政行为设定了义务的人，不服行政行为申请行政复议。譬如公安机关以违反治安管理为由，对甲作出行政拘留10日的决定，甲向上级公安机关申请行政复议，上级公安机关作出维持原处罚决定的结论。甲仍然不服，向人民法院提起诉讼。按照本条第2款的规定，甲应该起诉维持处罚决定的复议决定，被告是上级公安机关。人民法院经过审查，认为复议决定确实不合法，作出判决撤销复议决定。结果，复议决定虽然撤销了，但原处罚决定依然存在，甲的目标并没有最终实现，甲只能等待上级公安机关重新作出复议决定。这样复杂的程序，这么低下的效率，自然不是甲所需要的。因此，本条第2款对于这种情况是不能取得良好的效果的。为了弥补这一点，法律是否可以同时规定，维持行政行为的复议决定被撤销的，原行政行为也视为同时撤销呢？回答是否定的，有时复议决定被撤销可能仅仅复议机关受理复议申请超越了职权、适用法律错误、程序严重违法等等，即是复议决定本身存在的问题，原行政行为不一定就是不合法的。而且，在作出原行政行为的行政机关没有参加诉讼的情况下，撤销原行政行为也不符合正当程序的要求。而作出原行政行为的行政机关作为共同被告或者第三人参加诉讼，这在法理上讲不通的，上下级行政机关的关系是服从与被服从的关系，下级行政机关在上级行政机关面

前没有任何独立的利益,下级行政机关与上级行政机关在同一个诉讼中共同作为当事人,或者作为共同被告,或者一方作为被告一方作为第三人,都是不合适的。

第二种的情况更加复杂,当事人提起行政诉讼,请求撤销原行政行为,是希望行政机关重新作出一个对于自己更加有利行政决定。譬如,A申请工伤保险待遇,工伤保险机构核定每个月工伤津贴是800元,A认为应该是每个月1200元,于是向上一级工伤保险机构提出行政复议申请,请求撤销核定的工伤保险待遇,责令重新进行核定。复议机关认为工伤保险机构核定的待遇是正确的,作出了维持决定,当事人不服向人民法院提起诉讼,按照本条第2款规定,起诉的对象是上一级工伤保险机构作出的复议决定。人民法院经过审理认为,复议决定是错误的,决定撤销复议决定,并判令重新作出复议决定。A只能等待复议决定,以及工伤保险机构根据复议决定重新作出核定。如果碰到行政复议机关不愿主动重新作出复议决定,或者工伤保险机构不愿主动进行重新核定保险待遇的情况,就会更加复杂。因此,对于这种情形,本条第2款的规定更加无法操作。

至于利益相对立的双方当事人同时申请行政复议的情况。譬如,甲写恐吓信威胁乙人身安全,公安机关处以拘留5日的处罚。甲认为处罚太重,乙认为处罚太轻,先后向上级公安机关申请行政复议,甲请求撤销处罚决定,乙请求撤销处罚决定并责令下级公安机关重新作出处罚决定。结果,上级公安机关维持了原处罚决定。这种情况可能碰到的问题,已经包含在上述两种情形中。

综上所述,本条第2款规定,所有经过复议的案件,提起行政诉讼都以复议机关为被告,是不科学的。但是,由于现行的《行政诉讼法规定,只要复议机关维持原行政行为的,一律以复议机关为被告,在实践复议机关为了避免做被告,不管什么情况都作出维持决定,确实达到了让人吃惊的程度,笔者甚至一次又一次地碰到这种情况,当事人是因为下级行政机关不履行法定职责申请复议,请求上级机关责令下级行政机关履行法定职责,上级行政机关作出的复议决定居然是维持决定,也就是说上级政机关甚至可以维持一个根本不存在的行为。因此,笔者认为,是否可以将选择权交给当事人,由他们选择起诉原来的行政机关还是复议机关,以促使复议机关依法复议。

本条第4款规定,“行政机关被撤销或改组的,继续行使其职权的行政机关是被告;无继续行使其职权的行政机关的,作出撤销或改组决定的行政机关或者

原行政机关的直接上级行政机关为被告。”也有两点值得检讨：1、被告可以在两个机关之间随意选择，会带来混乱，应该有一个先后的明确划分。2、让“作出撤销或改组决定的行政机关”作为被告合适，应该以“原行政机关的直接上级行政机关为被告”作出撤销或改组行政机关决定的，常常是省级人民政府甚至是国务院作出的，当事人以省政府或者国务院为被告提起行政诉讼，必然需要更高的诉讼成本。而原行政机关的直接上级行政机关，与原行政行为存在的直接领导与领导关系，依法应该首先对为下级行政机关的行为负责。而且，直接上级行政机关也更加了解原行政机关的情况。

【条文】第三十一条（被告变更和追加）原告所起诉的被告不适格，人民法院应当告知原告变更被告，原告不同意变更的，裁定驳回起诉。

应当追加被告而原告不同意追加的，人民法院应当通知其以第三人的身份参加诉讼。

【评述】本条是《若干问题的解释》第23条的规定。立法目的是为了明确，在行政诉讼中，确定正确的被告是人民法院的责任。本条有两个问题值得检讨：

1、原告起诉的被告不适格，人民法院告知原告变更被告，原告不同意变更，不管原告有没有正当的理由，规定一概驳回起，不妥。这是笔者曾经代理的一起案件，市民们认为宁波市规划局向房地产公司颁发建筑工程规划许可证行为侵犯了他们的相邻权，向法院提起行政诉讼。房地产公司向法庭提供了国有土地使用权复印件，但是提供的复印件不完整，只出现了宁波市国土资源局的印章。于是，市民们认为土地使用权证是宁波市国土资源局颁发给房地产公司的，遂以宁波市国土资源局为被申请人向宁波市人民政府提出行政复议申请，宁波市人民政府经过复议维持了宁波市国土资源局的颁证行为。市民们以宁波市国土资源局为被告向人民法院提起行政诉讼。在庭审中，宁波市国土资源局答辩称，颁发土地使用权证的是宁波市人民政府，因此正确的被告应该是宁波市人民政府。人民法院按照《若干问题的解释》第23条告知原告意见将被告变更为宁波市人民政府，并告知如果不同意的话，将裁定驳回原告的起诉。市民们只好同意人民法院将被告直接变更为宁波市人民政府，法院以宁波市人民政府为被告继续审理本案。可是，市民们实际上并不希望将被告变更为宁波市人民政府继续审理，而是希望撤回起

诉，首先向浙江省人民政府申请行政复议。如果浙江省人民政府也没有支付他们的请求，再提起行政诉讼。也就是说，本条的规定，在这种情况下，当事人将可能失去首先申请行政复议的权利。

2、有时当事人可能不同意人民法院的意见，也就是说，当事人可能坚持认为自己选择的被告是正确的，从而不同意变更。这种情况下，人民法院裁定驳回当事人的起诉，终审裁定维持一审裁定之后。当事人可能再以正确的被告提起行政诉讼，人民法院是否应该受理。这也是笔者代理的一起案件，某广告公司被奉化市城管局收取了户外广告设施设置权出让金，向奉化市人民法院提起诉讼。法院经过审查后认为，奉化市城管局是受奉化市人民政府委托收取出让金的，因而要求原告将被告变更为奉化市人民政府。但是广告公司坚持认为本案的被告应该为奉化市城管局没错，不同意变更，人民法院遂作出了驳回起诉的裁定，广告公司上诉后，宁波市中级人民法院终审裁定，驳回上诉，维持原裁定。之后，广告公司又以奉化市人民政府为被告提起行政诉讼。于是，双方发生了激烈的争议，人民法院是否应该受理？

本条对这个问题没有作出明确的规定，笔者认为按照立法的原意，人民法院不应该受理，诉讼当事人应该尊重人民法院的指挥，否则就应该承担相应的法律后果。如果允许原告改变被告后，再次起诉，实际上是纵容当事人对人民法院藐视。当然，也造成了司法资源的浪费。何况，即使人民法院告知变更被告是错误的，原告按照人民法院要求变更后，终审判决可以发回重审，原告的权益不会受到实质性影响。原告不愿意变更被告，实际上是放弃就变更后的被告提起诉讼的权利。比照《若干问题的解释》第36条第1款规定的精神“人民法院裁定准许原告撤诉后，原告以同一事实和理由重新起诉的，人民法院不予受理。”人民法院也不应受理。

换一个角度来说，也可以认为当事人的起诉是重复起诉，譬如上述的例子中，广告公司就被收取户外广告设施设置权出让金一事已经提起过诉讼，人民法院并且告知过原告正确的被告，但广告公司放弃了。

【条文】第三十二条（出庭参加诉讼）当事人的法定代表人、主要负责人或诉讼代表人必须出庭，因不可抗力或其他正当理由不能出庭的，须经人民法院

同意。

被告的法定代表人无正当理由拒不出庭的，人民法院可以拘传。

【评述】近几年，不少地方作出了明文规定，行政机关被告上法庭之后，主要负责人必须亲自出庭作证或者亲自出庭率必须达到一定的百分比。这样的规定是否科学，有着不同的看法。多数观点认为，这样的规定能够引起行政机关负责人对于行政诉讼的重视，不仅能够在个案中树立法院的威望，也有利于促进行政机关在日常执法中依法行政。而相对人又能够切切实实地感到自己的诉讼，引起了行政机关的充分重视，因而是有积极意义后。笔者认为，这样的规定，多少都有些“作秀”的成份，因此这样的一出台，都会无一例外地就提供给媒体进行和报道。行政机关主要负责人亲自出庭，固然可以展示对于行政诉讼的重视，但是行政机关负责人却没有参加行政诉讼的经验和知识，行政首长法庭上除了说一些欢迎、支持行政诉讼的话，就案件本身却往往并不熟悉，实际上是无法很好应诉的。而且，行政首长亲自出庭的案件，大多总是进行过认真的选择的，甚至可能会事先征求主审法官的意见，在这些案件中行政机关肯定能够胜诉。笔者就有过这种经历。当然，不管怎么说，这种规定的出台，至少说明在行政机关已经达成了共识：支持行政诉讼光荣，干涉行政诉讼可耻。这当然也算是一种的进步。

撇开规定行政机关主要负责人亲自出庭，是否具有进步意义不说，由行政机关自己作出这样的规定在法律上总是没有障碍的。但是，《行政诉讼法》修改时，如果在法律条文中明确规定，行政机关负责人必须出庭应诉，不出庭时甚至可以拘传。笔者认为，是不合适的。出庭应诉，和其他行政执法一样，都是行政机关的日常工作，而且与其他日常工作相比，也未必更加重要。安排什么人出庭应诉，这是行政机关内部的工作安排。立法机关在法律中对于行政机关的工作应该如何安排作出明确规定，不符合权力分立原则。何况，只要人民法院确实能够依法审判，行政机关面临败诉的危险，对于行政诉讼不予重视也是不大可能的。

【条文】第三十五条（诉讼代表人）同案原告、被告或者第三人为5人以上的，应当分别推选一至五名诉讼代表人参加诉讼。逾期未选定的，人民法院可依职权指定。

被选定的或被指定的诉讼代表人应取得被代表人的授权并在授权范围内从

事诉讼活动。诉讼代表人的行为视为被代表人的行为。

【评述】本条借鉴的是《若干问题的解释》第 14 第 3 款的规定。然而，本条规定却不够严谨。笔者在实务不止一次地碰到这种情况，原告恰好是 5 人，人民法院要求推选 1 至 5 名诉讼代表人，结果原告每个人都要求参加诉讼，这样就出现了 5 名原告推选了 5 名诉讼代表人参加诉讼的情况。这是司法解释明确要求的，因为 5 人以上包括本数在内。因此，条文中的“5 人以上”应该改成“6 人以上”或者“超过 5 人”

不过，笔者认为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第 39 规定比较科学，“当事人一方人数众多，一般指十人以上。”不足 10 人同时参加诉讼，是不会有问题的，确实没有必要推选诉讼代表人。

【条文】第三十八条（诉讼代理人的权限）代理诉讼的律师，可以依照规定查阅本案的庭审材料，并依照本法规定向有关组织和公民调查、收集证据。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的材料，应当依照法律规定保密。

经人民法院许可，当事人和其他诉讼代理人可以查阅本案庭审材料，但涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的材料除外。

【评述】本条存在一个细小却十分重要的问题。本条规定了代理律师可以查阅庭审材料，当事人和其他代理人经过人民法院许可也可以查阅庭审材料，但没有规定可以复制。这一点，基本上沿袭了《行政诉讼法》第 30 条的规定。

国家机关掌握的不涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的信息，都应该公开，这是由国家机关的性质所决定的，在不会损害任何人利益的情况下，国家机关应该尽可能去为社会提供服务。至于，信息公开的方式譬如允许查阅、摘抄、复制，应该尽量满足人们利用的需要。司法机关掌控的信息，是否应该公开、以什么方式公开、当事人可以什么方式利用，三大诉讼法的规定并不统一。

民事诉讼和刑事诉讼领域法律和司法解释的规定，相对比较成熟。1991 年 4 月颁布的《民事诉讼法》第 50 条第 2 款就明确规定“当事人可以查阅本案有关材料，并可以复制本案有关材料和法律文书。查阅、复制本案有关材料的范围和办法由最高人民法院规定。”第 61 条也有类似规定。2001 年 12 月颁布的《最

高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 14 条更是明确规定“当事人应当对其提交的证据材料逐一分类编号，对证据材料的来源、证明对象和内容作简要说明，签名盖章，注明提交日期，并依照对方当事人人数提出副本。”2001 年 11 月颁布的《最高人民法院关于诉讼代理人查阅民事案件材料的规定》作出了进一步规定，第 1 条第 1 款“代理民事诉讼的律师和其他诉讼代理人有权查阅所代理案件的有关材料。”第 2 款规定“诉讼代理人为了申请再审的需要，可以查阅已经审理终结的所代理案件有关材料。”也就是说，民事诉讼的卷宗材料公开已经延伸到了再审阶段，但是对于复制的规定，仍然是不完善的。在刑事诉讼领域，1979 年 7 月颁布的《刑事诉讼法》第 29 条只规定“辩护律师可以查阅本案材料……”1996 年 3 月颁布的《刑事诉讼法》第 36 条则已经作出了明确规定“辩护律师自人民法院受理案件之日起，可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料……其他辩护人经人民法院许可，也可以查阅、摘抄、复制上述材料……”也就是说，《刑事诉讼法》对于可以复制案卷材料的规定是非常明确的，这大概是因为刑事案件涉及当事人的利益十分重大，基于辩护实践的需要，因而作出了这样的规定。

行政诉讼领域的规定则比较滞后。1989 年 4 月颁布的《行政诉讼法》第 30 条规定“代理诉讼的律师，可以依照规定查阅本案有关材料，可以向有关组织和公民调查，收集证据。对涉及国家秘密和个人隐私的材料，应当依照法律规定保密。经人民法院许可，当事人和其他诉讼代理人可以查阅本案庭审材料，但涉及国家秘密和个人隐私的除外。”1991 年 6 月颁布的《若干问题的意见》第 26 条甚至明确规定“当事人及其诉讼代理人，对准许查阅的庭审材料，可以摘抄，但不得擅自复制。”1999 年 11 月颁布的《若干问题的解释》和 2002 年 7 月颁布的《若干问题的规定》对很多问题作出了补充规定，没有就此问题作出规定。也就是说，基本没有规定可以复制。本条规定，居然回到或者说仍然停留在《行政诉讼法》第 30 条原有规定，是值得检讨的。从实践中来看，有些法院要求当事人提交证据时按照对方当事人人数提供副本，但也有一些法院坚持只准当事人和诉讼代理人查阅对方提供的证据，但不允许复制。至于庭审材料，不管案件是否已经审结，也不管是在审理阶段还是执行阶段，都不允许当事人或者代理律师复制，则是大多数法院的做法。可是，复制材料却是当事人充分行使诉讼权利所必

需的。庭审之前，当事人及其代理人应该能够获悉对方的证据，以便进行必要的研究作出正确的攻击和防御。庭审之后，当事人以及诉讼代理人仍然有必要对于对方的证据、观点，进行深入的研究，当事人或者代理人仍然有权力向法庭表达自己的观点，譬如撰写代理词、上诉状，甚至终审裁判之后申请再审等等。只允许查阅不准复制，即使查阅的次数不受限制，当事人或者诉讼代理人也不可能没完没了地往法院里跑。关键是，既然是公开审理的案件，而且也允许代理律师、当事人查阅的内容，那么也就没有什么是需要保密的，或者说已经没有什么内容能够保密的了，不同意代理律师或者当事人复制除了让当事人无法充分行使诉讼权利之外，实在没有任何实际意义。

因此，笔者建议，本条在第1款和第2款“查阅”之后加上“复制”。另外，第1款“依照规定”没有必要，应该删除；“依照本法规定”应该改成“依照有关法律规定”，因为律师的调查权，不是本法规定而是《律师法》等法律规定的。总之，本条可以表述为：

第三十八条（诉讼代理人的权限）代理诉讼的律师，可以查阅、复制本案的庭审材料，并依照有关法律向有关组织和公民调查、收集证据。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的材料，应当依照法律规定保密。

经人民法院许可，当事人和其他诉讼代理人可以查阅、复制本案庭审材料，但涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的材料除外。

第五章 证据

【条文】第四十条（被告承担举证责任）被告对其作出的行政行为负有举证责任，应当提供据以作出被诉行政行为的全部证据和所依据的规范性文件。

第四十一条（被告举证时限）被告应当在收到起诉状副本之日起10日内，提供据以作出被诉行政行为的全部证据和所依据的规范性文件。被告无正当理由不提供或逾期提供证据的，视为被诉具体行政行为没有相应的证据。

被告因不可抗力或者客观上不能控制的其他正当事由，不能在前款规定的期限内提供证据的，应当在收到起诉状副本之日起10日内向人民法院提出延期提供证据的书面申请。人民法院准许延期提供的，被告应当在正当事由消除后10日内提供证据。逾期提供的，视为被诉具体行政行为没有相应的证据。

【评述】行政诉讼是一种复审，是对行政机关作出被诉行政行为是否有事实和法律依据，以及程序是否合法的审查。因此，被诉行政行为的合法性，只能由行政机关作出行政行为时已经掌握的证据来加以证明。这是《行政诉讼法》第32条明确要求的“被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。”被告对于具体行政行为的合法性承担举证责任，一直被认为是我国《行政诉讼法》的最重要的原则。这也是“先取证，后裁决”原则的基本要求。在此基础上，司法解释并对于被告的举证期限进行了明确限定，《若干问题的解释》第26条第2款规定“被告应当在收到起诉状副本之日起10日内提交答辩状，并提供作出具体行政行为时的证据、依据；被告不提供或者无正当理由逾期提供的，应当认定该具体行政行为没有证据、依据。”《若干问题的解释》第1条第1款规定“根据行政诉讼法第三十二条和第四十三条的规定，被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当在收到起诉状副本之日起十日内，提供据以作出被诉具体行政行为的全部证据和所依据的规范性文件。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。”

由此得出的结论是，被诉行政行为的合法性只能由被告在法定期限内提供的，而且是在行政机关在作出被诉行政行为时已经取得的证据来证明。这是任何情况都必须坚持也是能够坚持的，不管案件有没有第三人。我们在实践中也是一直这么坚持的。这一规定，一方面督促行政机关“先取证，后裁决”，另一方面又鼓励了相对人提起行政诉讼的勇气。本《建议稿》第40条、第41条延续了这一内容。

可是，《行政诉讼法》、司法解释以及本《建议稿》有很多条文又赋予第三人举证的权力。《行政诉讼法》第27条规定“同提起诉讼的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织，可以作为第三人申请参加诉讼，或者由人民法院通知参加诉讼。”《若干问题的解释》第12条规定，“与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的，可以依法提起行政诉讼的。”由此可见，第三人在行政诉讼是当事人，第三人与原告的区别仅仅在于，原告首先提起了诉讼，不第三人是申请参加诉讼或者就通知参加诉讼的。本《建议稿》第34条第2款并且明确规定“第三人的诉讼权利和诉讼义务与原告、

被告相同。”既然原告有权提供证据请求法院撤销行政行为，第三人当然就有权证据请求法院维护被诉行政行为。《行政诉讼法》、《若干问题的解释》、《若干问题的规定》不少条文，规定了第三人具有举证的权利。本《建议稿》第 46 条、第 47 条、第 50 条、第 51 条、第 52 条、第 56 条延续了这些规定。具体如下：

第四十六条（原告或者第三人提供证据的时限）人民法院组织当事人庭前交换证据的，原告或者第三人应当在法院指定的交换证据之日提供证据；人民法院没有组织当事人庭前交换证据的，原告或者第三人应当在第一次开庭审理前提供证据。

原告或第三人因正当事由申请延期提供证据的，经人民法院准许，可以在法庭调查中提供。原告或者第三人不提供或者无正当理由逾期提供证据的，视为放弃举证权利。

原告或者第三人在第一审程序中无正当理由未提供而在第二审程序中提供的证据，人民法院不予接纳。（说明：本条借鉴了《若干问题的规定》第 7 条规定）

第四十七条（被告补充和收集相应证据）有下列情形之一的，被告经人民法院准许可以补充相关的证据：

（一）被告在作出具体行政行为时已经收集证据，但因不可抗力等正当事由不能提供的；

（二）原告或者第三人在诉讼过程中，提出了其在被告实施行政行为的过程中没有提出的反驳理由或者证据的。

被告在二审过程中向法庭提交在一审过程中没有提交的证据，不能作为二审法院撤销或者变更一审裁判的根据。

复议机关在复议过程中收集和补充的证据，不能作为人民法院维持原行政行为的根据。（本条是借鉴了《若干解释的规定》第 28 条规定）

第五十条（人民法院调取证据）有下列情形之一的，人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据：

（一）涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实认定的；

(二) 涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。

人民法院不得为证明被诉行政行为的合法性, 调查收集被告在作出行政行为时没有收集的证据。(第 50 条是《若干问题的规定》第 22 条规定)

第五十一条 (向人民法院申请调查收集证据) 原告、第三人或其诉讼代理人不能自行收集, 但能够提供确切线索的, 可以申请人民法院调取下列证据材料:

- (一) 由国家有关部门保存而须由人民法院调取的证据材料;
- (二) 涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的证据材料;
- (三) 当事人应当提供而无法提供的原件或原物;
- (四) 确因客观原因不能自行收集的其他证据材料。

(本条是《若干问题的解释》第 29 条, 《若干问题的规定》第 23 条的规定)

第五十二条 (申请调查收集证据的期限和申请书的内容) 原告、第三人或其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据的, 应当在不迟于提供证据之日前 7 日提交书面申请。申请书应当载明被调查人的姓名或者单位名称、住所地等基本情况、所要调查收集的证据的内容、需要由人民法院调查收集证据的原因及其要证明的事实。

人民法院对调查收集证据的申请不予准许或经调查未能取得相应证据的, 应当及时告知申请人并说明原因。(本条借鉴了《若干问题的规定》第 24 条、第 25 条规定)

第五十六条 (二审、再审程序中对新证据的质证) 在第二审程序中, 对当事人依法提供的新的证据, 法庭应当进行质证; 当事人对第一审认定的证据仍有争议的, 法庭也应当进行质证。

按照审判监督程序审理的案件, 对当事人依法提供的新的证据, 法庭应当进行质证; 因原判决、裁定认定事实的证据不足而提起再审所涉及的主要证据, 法庭也应当进行质证。

本条所称新的证据, 是指以下证据:

- (一) 在一审程序中应当准予延期提供而未获准许的证据;

(二) 当事人在一审程序中依法申请调取而未获准许或者未取得, 人民法院在第二审程序中调取的证据;

(三) 原告或者第三人提供的在举证期限届满后发现的证据。

(本条借鉴了《若干问题的规定》第 50 条、第 51 条、第 52 条规定)

第 46 条规定的是第三人提供证据的时间; 第 47 条虽然规定的是行政机关延期提供的条件, 但从第 1 款第 2 项依然可以得出第三人有权提供证据; 第 51 条、第 52 条规定, 规定第三人在一定条件下可以申请人民法院调取证据; 第 56 条则规定, 第三人在举证期限届满之后, 还可以提供新证据。尤其是, 第 50 条规定, 即使第三人没有参加诉讼, 涉及其合法权益的事实认定, 人民法院也应该主动调取证据。既然如此, 在第三人参加诉讼的情况下, 当然就更加应该允许其提供证据了。

既然行政行为的合法性只能由提供的证据加以证明, 法律及其司法解释又赋予第三人广泛的举证权利, 又有什么实质意义? 第三人提供的证据有着什么样的法律地位呢? 行政诉讼的审理对象是涉诉行政行为的合法性, 第三人的利益只有通过涉诉行政行为接受司法审查后的命运(被维持、撤销、确认违法等)来体现的。第三人提供的证据当然也应该是能够用来证明支持涉诉行政行为的。当其利益与原告相同时, 其提供的证据可以用来证明行政行为违法, 当其利益与原告相反而与被告相同时, 其提供的证据可以用来防止涉诉行政行为的被撤销。譬如某甲因为受到公安机关的治安处罚提起行政诉讼, 请求法院撤销处罚决定, 被受害人某乙申请或者因法院通知作为第三人参加诉讼, 某乙依法具有举证的权利, 其提供证据的当然是用来证明公安机关的处罚是正确的, 如果某乙提供的证据不能用来证明公安机关的处罚决定是应该得到支持的, 那么其举证权利又有什么实际意义呢? 同样, 因为相邻权受到侵犯的住户不服规划主管部门颁发的建设工程规划许可证提起行政诉讼, 建设单位作为第三人参加诉讼, 其提供的证据当然也应该被用来证明建设工程规划证是不应该被撤销的。

笔者认为, 在这方面, 我们的理论和司法实践中的做法是有失偏颇的, 由于片面地排斥第三人提供的证据, 实践中曾经出现过不应该的判决。《行政执法与行政审判》曾经刊登这样一起比较典型的案件:

束荣海与陈正龙是邻居，1998年5月12日，江苏省射阳县人民政府为陈正龙颁发房屋所有权证，束荣海认为，该颁证行为侵犯了其合法权益，于2002年8月2日向盐城市中级人民法院提起行政诉讼。在一审期间，被告射阳县人民政府在法定期间内未向法院提交答辩状和作出具体行政行为的证据材料，亦未出庭应诉。盐城市中级人民法院认为，被告射阳县人民政府在法定期间内未向法院提交答辩状和作出具体行政行为的证据材料，根据《若干问题的解释》第26条规定，应当认定被告作出具体行政行为没有证据、依据，从而判决撤销射阳县人民政府为陈正龙颁发房屋所有权证。

第三人陈正龙不服判决提出上诉，认为其所持有的房屋所有权证是合法取得不应被撤销。同时，陈正龙提出在1999年6月29日其提起的与争议有关的民事诉讼时，束荣海就应当知道有房屋所有权证存在的事实，且千秋镇人民政府在民事诉讼期间于1999年8月20日也作出了《关于陈正龙、束荣海房屋所有权证效力认定书》，束荣海最迟于1999年8月也应当知道自己持有房屋所有权证。而束荣海提起行政诉讼的日期是2002年8月2日，逾期已达3年，超过了法定的起诉期限，应驳回其起诉。

被上诉人束荣海辩称：自己事实是在1999年6月29日知道了被诉具体行政行为，但由于一直在进行民事诉讼，盐城中级人民法院直至2002年8月3日才作出终审判决，起诉期限应从2002年8月2日起计算。

二审法院经审理认为，束荣海在1999年6月29日已经知道射阳县人民政府为陈正龙颁发了房屋所有权证，但直到2002年8月2日才提起行政诉讼，依照《若干问题的解释》第41条的规定，其起诉已超过了起诉期限。同时，民事诉讼的进行并不影响其提起行政诉讼，民事诉讼的进行也不是法定的可以逾期起诉的正当理由。2003年4月10日依法作出终审判决，撤销一审判决，裁定驳回起诉。

本案一审判决就认为第三人提供的证据不能用来证明被诉行政行为的合法，而简单撤销被诉行政行为，从而出现不合情理的结果，实际上第三人的命运完全依赖于行政机关在行政诉讼中的表现。第三人的权利在诉讼中被完全剥夺了。

最高人民法院行政审判庭杨临萍法官的论文“行政许可与司法审查十大焦点”，后来收入《行政许可法与司法审查》一书，比较详细地阐述过这个问题。

作为诉讼第三人的被许可人提供证据证明被诉行政行为的合法性问题。被告不提供或者无正当理由逾期提供行政许可的证据、依据的，视为行政许可行为没有证据、依据。但是，撤销该行政许可将给作为诉讼第三人的被许可人或者公共利益造成重大损害的，被许可人向人民法院提供证据证明行政许可合法的证据、依据，用以证明行政许可行为合法性的证据和依据是否采纳的问题，对之在审判实务中区分三种情形：一为第三人提供的证据是被告在作出具体行政行为时已经采纳的证据，因丢失或其他原因未能向法院提供；二为第三人提供的证据是被告在作出具体行政行为时未曾收集的证据；三为第三人提供的证据是被告怠于举证或者被告考虑了不相关因素，故意不举证。对于第一种情形法院应予采纳，因为该证据是行政机关在行政程序中已经采纳的证据，只是由于法律上规定的“正当事由”不能向法院提供，而第三人向法院提供了，应当认为该证据是证明被诉具体行政行为合法性的证据。对于第二种情形法院不予采纳，因为该证据不属于被告在作出具体行政行为时已经收集的证据，故第三人提供的证据不能作为证明被诉具体行政行为合法性的证据使用。对于第三种情形最为复杂，因为行政许可是一种赋权行为，就像一把双刃剑，对被许可人有利，也可能对利害关系人或者公共利益不利，如果利害关系人提起行政诉讼，作为许可机关的被告考虑到利害关系人的利益甚至不当利益，故意在诉讼中怠于举证，以使该许可行为没有证据或者依据，使其处于被撤销的境地。诉讼中的第三人当然可以提供证据以证明被诉行为的合法性，以维持行政许可行为，保护自己的合法权益。此种情形的证据法院应予采纳。但是，第三人提供的证据应当是被诉许可行为在行政程序中就已存在的证据。

显然，杨临萍对于国内理论界和实务部门占据允许通说地位的理论观点和做法有所纠正，是以行政机关在作出行政行为时，是否收集、采用了这些证据作为唯一的标准，来对待第三人提供而行政机关在法定期限未提供的证据，如果行政机关在行政程序中采用了这些证据，人民法院法院予以采纳，否则就不予采纳。

对此，笔者仍然不能完全认同。人民法院是否采纳证据，不能仅仅看行政机关在作出行政行为时采纳了这些证据，还要取决于行政机关有没有在法定期限提供了这些证据。上述三种情况下，后二种情况不用说，即使是第一种情况，行政机关作出行政行为之前已经收集的证据，如果因为正当理由不能在法定期限内提

供，被告就应该申请延期举证，如果第三人保存有这些证据，被告经过法庭允许之后，可以依法向第三人调取，然后提供给人民法院，这是这种情况被告必须承担的举证责任。对于这种情况，《若干问题的解释》第 28 条有着明确规定。被告既没有在法定期限提供证据也没有提出延期举证，就不能用第三人提供的证据来证明被诉行政行为的合法性，否则法律及其司法解释对于举证期限的规定，就没有了实际意义。如果第三人提供的证据确实能够弥补被诉行政行为的合法性，只要是第三人依法取得并在法定期限内提供的，法庭都应该予以采纳，不过不是用来证明被诉行政行为的合法性，而是用来证明被诉行政行为不应该被撤销。这样就可以既让行政机关举证了相应的法律后果，而且不会对第三人带来不公平的结果。即使有些证据是行政机关在作出行政行为时没有收集的，但是根据信赖利益保护原则，行政机关作出了对于第三人有益的行政行为，即使是违法的，除非行政行为的继续存在对于公共利益有着很大的损害，应该允许该行政行为继续存在，现在第三人既然能够提供证据证明被诉行政行为在实质上是能够得到弥补的，被诉行政行为的继续存在也不会损害公共利益，人民法院自然也就没有予以撤销的理由。至于，行政机关没有在法定期限内提供充分的证据证明被诉行政行为的合法性，不管是因为在作出行政行为时根本没有收集，还是收集了但没有向人民法院提供，人民法院可以在判决不撤销被诉行政行为的同时，在判决书中指出行政行为的违法甚至明确予以确认，以表示对行政机关执法的否定，相对人如果因此受到损失的，也可以据此主张行政赔偿。

总之，对于第三人提供的证据在行政诉讼中的作用，《行政诉讼法》修改时，应该积极面对并作出明确规定。

【条文】第四十三条（起诉条件的证据与起诉被告不作为案件的证据）公民、法人或者其他组织向法院起诉时，应提供符合法定起诉条件的证据材料。被告认为原告起诉超过法定起诉期限的，由被告承担举证责任。

在起诉被告不作为的案件中，原告应当提供其在行政程序中曾经提出申请的证据材料。但有下列情形之一的除外：

（一）被告应当依职权主动履行法定职责的；

(二)原告因被告受理申请的登记制度不完备等正当事由不能提供相关证据材料并能够作出合理说明的。

【评述】本条借鉴了《若干问题的解释》第27条以及《若干问题的规定》第4条内容，意思是，起诉符合法定条件，应该由原告承担举证作用。一般情况下，这样的规定是正确的，但应该是有例外的。有些情况下，应当由被告行政机关来证明，原告的起诉不符合法定条件，否则就应该认定原告是由诉讼主体资格的。以下是笔者曾经代理过的几起案件：

例1，环境部门批准了一家采石场，采石场打炮产生的噪音导致附近养猪场母猪流产。根据上述的规定，养猪场要状告环境部门的审批行为，首先必须证明审批行为与自己存在法律上的利害关系，也即必须证明，母猪的流产是采石场的噪音引起的。可是，如果是这样的话，就与《民事诉讼法》以及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的规定发生了抵触。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第1款第4项明确规定“因环境污染引起的损害赔偿诉讼，由加害人就法律规定的免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果关系承担举证责任。”也就是说，环境污染损害赔偿案实行举证责任倒置，即起诉人只要证明受到损害和企业产生污染的事实，法律就推定两者之间具有因果关系，法院就应该予以受理，并判决排污单位承担赔偿责任。笔者认为，涉及环保的行政诉讼，也应该实行举证责任倒置，起诉人只要证明损害事实和企业排污事实的存在，而企业排污是经过环保部门许可的，那么就应该推定，环保部门许可排污行为与起诉人受损害事实存在因果关系，法院当然就应该认定原告的起诉符合法律规定。

例2，是一件拆迁纠纷案件。针对原告要求撤销拆迁许可证的诉讼请求，拆迁主管部门在法庭的答辩意见是，颁发的拆迁许可证范围不包括原告的厂房，要求人民法院法院驳回原告的起诉。尽管，厂房实际上已经被拆除，但被告认为那是拆迁单位超越范围拆迁，与被告无关。这种情况下，原告是无法提供证据证明自己的厂房，就在拆迁许可证所包括的范围内。举证责任只能由被告承担，即被告应该充分说明并证明拆迁许可证的范围到底是从哪里到哪里，总共多少平方米，占地多少亩。如此，原告的厂房是不是在拆迁许可证的范围之内，就不难清楚了。

例 3，是一件征地纠纷。建设单位征用土地，经过省政府批准之后，土地所在地的县级人民政府一直没有向农户发放征地补偿款。农户们向人民法院提起行政诉讼，要求判令人民政府组织实施经过批准的征用土地方案，实际上是要求人民政府将征地补偿款发放下来，可以人民政府却抗辩道，农户并没有提供证据证明，他们的土地确实在批准征用的土地的范围之内，也就是说原告没有证明自己与本案有法律的利害关系，要求法院驳回农户们的起诉。可是，征用土地的批文包括批准征用的土地的范围、四至的有关材料都在政府的职掌范围，农户们根本没有举证能力。笔者认为，这种情况下，同样应该由政府对于批准征地的范围，甚至是批准征用的是谁的土地作出明确的说明和证明，原告的土地不在批准征用的土地的范围之内。也就是说，应该由被告证明原告没有诉讼不符合法定条件。

综上所述，笔者认为，原则上应该由原告对起诉符合法定条件承担举证责任，例外地应该由行政机关来举证原告的起诉不符合法定条件，原告与所诉行政行为（包括行政不作为）没有法律上的利害关系。具体可以借鉴《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 7 条规定“在法律没有具体规定，依本规定及其他司法解释无法确定举证责任承担时，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。”

【条文】第四十六条（原告或者第三人提供证据的时限）人民法院组织当事人庭前交换证据的，原告或者第三人应当在法院指定的交换证据之日提供证据；人民法院没有组织当事人庭前交换证据的，原告或者第三人应当在第一次开庭审理前提供证据。

原告或第三人因正当事由申请延期提供证据的，经人民法院准许，可以在法庭调查中提供。原告或者第三人不提供或者无正当理由逾期提供证据的，视为放弃举证权利。

原告或者第三人在第一审程序中无正当理由未提供而在第二审程序中提供的证据，人民法院不予接纳。

【评述】本条是《若干问题的规定》第 7 条规定。笔者认为，有以下几点值得检讨：

1、只规定了原告或者第三人提供证据的期限，没有规定被告提供不是用来证明被诉行政行为合法性的证据的期限。《建议稿》第 41 条只规定了行政机关提供证明被诉行政行为合法性的证据的期限。《若干解释的规定》第 26 条、《证据若干问题的规定》第 1 条也只规定，用来证明被诉行政行为合法性的证据，行政机关应当在收到起诉状副本之日起 10 日内提供。

其实，在行政诉讼中，原被告双方对于行政机关到底有没有作出过原告所诉行政行为存在争议的情况，是比较常见的，而且这样的争议随着相对人维权意识增加会越来越来多。由于司法解释规定的欠缺，司法实践中不少法院要求行政机关不论提供什么证据，都应该在收到起诉状副本之日起 10 日。这对于行政机关是不公平的。法律之所以对被告提供证明作出被诉行政行为合法的证据和依据的时间作出限定，主要是为了防止被告在收到起诉状副本之日重新收集能够证明行政行为合法性的证据，违背“先取证，后裁决”的基本要求。对于行政机关提供其他证据限定过分苛刻的期限，没有实际意义。

笔者认为，行政机关用来证明原告所诉行政行为并不存在等其他证据的举证期限，应该与原告的举证期限相一致，在开庭之前或者法庭根据案情实际情况指定的时间内。《行政诉讼法》修改时，应该对此作出明确的规定。

2、本条第 3 条“不予接纳”的表述是不科学的。人民法院对于当事人在二审中提供的证据，或者当事人在一审中超过举证期限提供的证据，不予接纳而退还给当事人，笔者在实践中不止一次地碰到过，法官认为逾期提供的证据是无效的，是不应该接纳或者说接受的。但是，这种做法显然是错误的。对于当事人逾期提供的证据，人民法院只能不予采纳或者说不予采信，而不能不予接纳。接纳与否，是一个程序上的概念，采纳与否是实体上的概念。

当事人提供的证据，不管是什么性质的，人民法院都应该接纳，然后根据实际情况，决定是否予以采纳或者采信。而且人民法院对于这一过程，应该如实记录。人民法院认为是逾期提供的证据，当事人可能认为是新的证据。因为，并不是在一审甚至在二审中超过举证期限提供的证据都是无效的，有些可能是新的证据。《若干问题的规定》第 50 条、第 51 条、第 52 条就规定，对于当事人提供的新的证据，即“(1) 在一审程序中应当准予延期提供而未获准许的证据；(2) 当事人在一审程序中依法申请调取而未获准许或者未取得，人民法院在第

二审程序中调取的证据；(3)原告或者第三人提供的在举证期限届满后发现的证据。”本《建议稿》第56条也保留了这些规定。

对于这些证据，一审法院如果认为是当事人在第一审程序中无正当理由未提供而根本不予接纳，二审法院就无法判断一审法院的做法是否正确，二审法院如果不予接纳，再审法院也无法判断这个在二审中提供的证据，是属于无效的还是属于新的证据。结果，就会影响当事人继续寻求救济。

【条文】第四十七条（被告补充和收集相应证据）有下列情形之一的，被告经人民法院准许可以补充相关的证据：

（一）被告在作出具体行政行为时已经收集证据，但因不可抗力等正当事由不能提供的；

（二）原告或者第三人在诉讼过程中，提出了其在被告实施行政行为的过程中没有提出的反驳理由或者证据的。

被告在二审过程中向法庭提交在一审过程中没有提交的证据，不能作为二审法院撤销或者变更一审裁判的根据。

复议机关在复议过程中收集和补充的证据，不能作为人民法院维持原行政行为的根据。

【评述】本条第1款第2项是《若干问题的解释》第28条第2项和《若干问题的规定》第2条第2项规定。笔者认为，这样的规定是否科学值得商榷。

原告或者第三人在诉讼过程中，提出了其在被告实施行政行为过程中没有提出的反驳理由或者证据的，被告经人民法院准许可以补充相关的证据。也就是说，不仅原告或者第三人在诉讼过程中提出了新的证据，被告可以补充相关的证据，只要原告或者第三人在诉讼过程中提出了行政程序中没有提出的反驳理由，被告也可以补充新的证据。这样的规定，将导致的结果是，只要在行政程序中原告或者第三人对于行政机关的行政行为没有提出异议。事后，又提出了行政诉讼，那么在行政诉讼中提出中所有的反驳理由，都是在行政程序中没有提出过的新的理由，被告补充证据也就没有了限制。由于在行政程序中没有提出异议，而事后又提起行政诉讼的，在我国是一种常态。让被告无限制地补充证据，这恐怕不是立法者的原意。

从理论上分析，我们是要求当事人在行政程序中和行政机关充分合作，对于观点和事实不作任何隐瞒的，譬如可以规定作出规定，原告和第三人在行政程序中没有提出的观点和证据，除非有着正当理由，在行政诉讼中不允许提出。这样行政机关就更有可能准确地认定事实适用法律。有些国家是有类似规定的，当事人在听证没有提出的观点和证据，在行政诉讼中提出的不予采纳。实行“卷宗排他主义”的国家大多如此。但是，这样的规定，不仅需要行政机关和当事人都具有相当的水平，而且需要相关制度的配套，譬如行政机关的信息公开制度应该相当完善，当事人可以在行政机关作出决定之前，充分了解案情和行政机关的观点。当事人还必需具有相当强的法律意识，需要当事人在行政机关作出行政行为之前，就能够在行政程序中毫无遗漏地指出行政机关在行政行为所存在的事实和法律问题。这些，在我国并不具备，而且相当长一段时间恐怕也很难具备。

因此，我们不能不允许当事人在行政诉讼适当地补充一些证据。同时，也就不能不允许行政机关在原告或者第三人提出新的证据的情况下补充证据。只是对补充证据的条件应该进行严格限定。

笔者建议将本条修改为：

第四十七条（被告补充和收集相应证据）有下列情形之一的，被告经人民法院准许可以补充相关的证据：

……

（二）原告或者第三人在诉讼过程中，提出了其在被告实施行政行为的过程中没有提出的反驳理由和证据的。

【条文】第五十条（人民法院调取证据）有下列情形之一的，人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据：

（一）涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实认定的；

（二）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。

人民法院不得为证明被诉行政行为的合法性，调查收集被告在作出行政行为时没有收集的证据。

【评述】本条是《若干问题的规定》第22条规定。笔者认为，第1款第1项中的“涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实认定的”员有关“涉

及……他人合法权益的事实认定的”规定，没有实际意义，应该删除。对于事实的认定涉及他人合法权益，也就是与该“他人”有利害关系，人民法院应该追加为第三人，从而举证也就变成了当事人自己的事情。

《行政诉讼法》第 27 条明确规定，“同提起诉讼的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织，可以作为第三人申请参加诉讼，或者由人民法院通知参加诉讼。”《若干问题的解释》第 24 条“行政机关的同一具体行政行为涉及两个以上利害关系人，其中一部分利害关系人对具体行政行为不服提起诉讼，人民法院应当通知没有起诉的其他利害关系人作为第三人参加诉讼。/第三人有权提出与本案有关的诉讼主张，对人民法院的一审判决不服，有权提起上诉。”本《建议稿》第 43 条第 1 款也有同样规定“与原告提起诉讼的行政行为有法律上的利益的其他公民、法人或者其他组织，可以作为第三人申请参加诉讼，或者由人民法院通知参加诉讼。”

不能不说明的是，《行政诉讼法》、《若干问题的解释》以及本《建议稿》规定追加第三人的标准虽然是与被诉行政行为有法律上的利害关系，而本条的规定是人民法院对于事实认定涉及他人合法权益的。笔者认为，不论是与人民法院的裁决结果，还是与被诉行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织，都应该追加为第三人。而且，两者实质上应该是统一的，与被诉行政行为有法律上的利害关系的，案件处理结果无非是维持、撤销、变更行政行为或者确认违法，当然也与之有利害关系。《民事诉讼法》第 56 条规定追加第三人的标准，就是与案件处理结果有法律上的利害关系的。不过，《民事诉讼法》规定更加科学一些，严格地说，与行政行为有利害关系，是行政机关在行政程序中追加第三人的条件，人民法院只能追加与审理结果有利害关系的人为第三人。

再进一步说，当法律作出明确规定，涉及国家利益、公共利益应该通知人民检察院作为第三人参加诉讼时，本条第 1 项当然就完全没有了必要。

【条文】第五十二条（申请调查收集证据的期限和申请书的内容）原告、第三人或其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据的，应当在不迟于提供证据之日前 7 日提交书面申请。申请书应当载明被调查人的姓名或者单位名称、住所地等基本情况、所要调查收集的证据的内容、需要由人民法院调查收集证据的原因

及其要证明的事实。

人民法院对调查收集证据的申请不予准许或经调查未能取得相应证据的,应当及时告知申请人并说明原因。

【评述】本条是新增的。第一款规定“原告、第三人或其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据的,应当在不迟于提供证据之日前7日提交书面申请。”起草者的目的当然是希望,原告的证据包括申请法院调取的证据能够在证据交换时,或者法院开庭时一次性出现,以便被告对于自己的应诉进行充分准备,人民法院的审理工作能够有条不紊地进行。但是,该条规定是否具有可操作性却值得商榷。

从科学的操作来说,开庭日期的确定应该以原告或者当事人对于开庭的准备工作是否已经就绪为标准,而不是反过来,先确定开庭日期,然后再确定提交审批证据或者申请调查取证等其他事项。从这个角度来说,《若干问题的规定》第7条规定以开庭日期作为参照点来确定当事人提交证据的做法,也是不大合适的。

当然,在规定当事人提交证据或者提出申请调查取证的日期,应该考虑到法院的审理期限从而作出适当的安排。比如,参照按照现行《行政诉讼法》及《若干问题的规定的解释》、《若干问题的规定》,可以作出这样的规定,人民法院应该在受理原告的应用之日起5日内将起诉状副本送达被告,追加第三人的可以同时送达第三人。被告和第三人接到起诉状副本之日起10日内提供答辩状及其证据材料,人民法院在收到答辩状之日起5日内将答辩状送达原告,原告应当在收到被告和第三人的答辩状之日起5日提供证据和指出调查取证申请。然后,由人民法院根据调取的证据等情况确定开庭的时间。按照本条规定,“原告、第三人或其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据的,应当在不迟于提供证据之日前7日提交书面申请。”如果人民法院安排的开庭时间很紧的,譬如距离被告提出答辩状时间不到7日(这种情况在实践相当普遍),可是原告或者第三人却往往只有在收到被告的答辩状或者证据材料,并经深入研究之后,才能知道是否需要补充证据,以及是否需要申请人民法院调查取证。这样,当事人申请人民法院调查取证的权利,就会受到侵犯

建议将本条修改为:

第五十二条（申请调查收集证据的期限和申请书的内容）原告、第三人或其诉讼代理人申请人民法院调查收集证据的，应当收到被告提供的答辩状以及证据材料之日起5日内提交书面申请。申请书应当载明被调查人的姓名或者单位名称、住所地等基本情况、所要调查收集的证据的内容、需要由人民法院调查收集证据的原因及其要证明的事实。

人民法院对调查收集证据的申请不予准许或经调查未能取得相应证据的，应当及时告知申请人并说明原因。

【条文】第五十五条（证据的质证）证据应当在法庭上出示，由当事人质证。未经质证的证据，不能作为认定案件事实的根据。

但涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据，是否公开质证，由人民法院决定。人民法院决定不公开质证的，未经公开质证的证据，可以作为认定案件事实的依据。

当事人在行政程序中无异议并记录在卷的或证据交换过程中认可并记录在案的证据，经审判人员在庭审中说明后，可以作为认定案件事实的证据，无须质证。但当事人在诉讼过程中提出异议的，仍需质证。

【评述】2005年，笔者因为执业需要，到温州市龙湾区环保局查阅企业环境影响评价文件批文。环保局以涉及企业商业秘密，予以拒绝。笔者向人民法院提起诉讼。庭审前，环保局向法庭提供了环境评价文件及其批文，但以环境影响评价文件中含有生产工艺等商业秘密为由，要求法庭只将审批结论交给笔者，不得向笔者提供环境影响评价文件。结果，法庭果然没有向原告提供环境评价文件。对于环境评价文件是不是应该在法庭上出示，或者不在公开开庭时而在法官办公室向笔者出示，双方当事人以及合议庭都困惑不解。最后，法院判决环保局应该将不涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的内容提供给笔者查阅，然而那些内容涉及国家秘密、商业秘密同样没有明确。案件进展到后阶段，企业却又同意将所有的环境影响评价文件复制给笔者了。不论立法者、执法者、司法者，还是理论研究者，我们在这方面都比较陌生。本条规定也是如此。

根据起草者的介绍，本条借鉴了《若干问题的规定》第37条规定“涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据，不得在开庭

时公开质证。”又根据《若干问题的规定》起草者的介绍，第 37 条借鉴了《民事诉讼法》第 66 条规定“证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密，需要在法庭出示的，不得在公开开庭时出示。”但是，仔细分析不难发现，《若干问题的规定》第 37 条、《民事诉讼法》第 66 条，实际上并不完全相同。

根据文义解释，《民事诉讼法》第 66 条规定的内涵应该是，对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密，不需要的可以不在法庭上出示，该条对于什么证据需要在法庭上出示什么证据可以不在法庭上出示，没有作出规定，需要在法庭出示的，不得在公开开庭时出示，即应该在不公开开庭时出示。这一规定与《民事诉讼法》第 63 条第 2 款规定“证据必须查证属实，才能作为认定事实的根据”是相吻合的，即证据不一定都必须经过质证，特殊情况下只要查证属实，就可以作为定案的依据。应该说，这一规定是比较科学的，涉及重大国家秘密的证据，不仅不应该在法庭上出示的，甚至可能对法官都可能是需要保密的。相对应地，《行政诉讼法》第 31 条第 2 款的规定也是一样的“证据经法庭审查属实，才能作为定案的根据。”也没有规定，证据必须经过庭审质证，才能作为定案的依据。

可是，《若干问题的规定》第 35 条却规定“证据应当在法庭上出示，并经庭审质证。未经庭审质证的证据，不能作为定案的依据。”也就是说，证据都应该经过庭审质证。《若干问题的规定》第 37 条规定，“涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私或者法律规定的其他应当保密的证据，不得在开庭时公开质证”，意思不是十分明确，似乎应该理解为，证据是应该在开庭时质证的，只是不得在开庭时公开质证。可是，不得在开庭时公开质证，又是什么意思？是否是指不得在公开开庭时公开质证？本条第 2 款，则将是否公开质证的决定权交给了人民法院，结合本条第 1 款的规定，意思是清楚的，及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据，还是应该质证的，只是是否公开质证由人民法院决定。正如上述，这种规定是不科学的。

笔者认为，证据是否应该在法庭上出示、质证以及是否应该公开出示、质证，应该掌握的原则应该是，证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证；对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密，也应该在法庭上出示，但不得

在公开开庭时出示；有些证据涉及国家或者当事人的重大利益，不应该向当事人出示，但法官应该审查；而对于涉及国家特别重大利益的证据，则甚至不应该向人民法院提供。对此，《行政诉讼法》修改时，应该予以充分考虑，根据实践情况作出更加精细而操作性又较强的规定。或者，为其他法律作出更具可操作性的规定留下铺垫。

另外，在进行这些修改时，还应该跟《行政诉讼法》关于是否公开开庭审理的规定相结合。而且，三大诉讼法在这个问题上，应该协调一致。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的案件，是否应该公开开庭审理，三大诉讼法的现行规定都不是十分清晰且相互也并不完全统一，而且与相关证据是否应该在法庭上出示由当事人质证的规定，还存在一定的矛盾和抵触。《民事诉讼法》第 120 条规定“人民法院审理民事案件，除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外，应当公开进行。离婚案件，涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。”《行政诉讼法》第 45 条规定“人民法院公开审理行政案件，但涉及国家秘密、个人隐私和法律另有规定的除外。”《刑事诉讼法》第 125 条第 1 款规定“人民法院审判第一审案件应当公开进行。但是有关国家秘密或者个人隐私的案件，不公开审理。”也就是说，《行政诉讼法》和《刑事诉讼法》规定，只要涉及国家秘密、个人隐私以及法律另有规定的案件，都不公开开庭审理。而《民事诉讼法》只是规定不涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的案件应该公开审理，而且明确规定离婚案件和涉及商业秘密的案件，不公开审理需要当事人申请，却没有规定凡是涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的案件都不应该公开审理。本《建议稿》第 91 条规定没有对《行政诉讼法》第 45 条作任何改动。

应该说这些规定都不够细腻、精细，一个案件可能涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据，但因此而让整个案件都不公开审理是没有道理的。庭审完全可以分成两部分：涉及需要保密的证据的部分，不公开审理；不涉及需要保密的证据部分，公开审理。这样既有利于更好地贯彻公开审判原则，又不会因此泄露国家秘密、商业秘密和个人隐私。

■案例参考

申请政府信息公开时内容是否“明确”的判定及存在的问题

张弢 牟建

【裁判要旨】申请政府信息公开的申请内容应明确，当事人申请内容不明确的，受理机关依法告知其向有关机关查询相关信息并说明的，受理机关履行了相关义务，原告的诉讼请求依法应予驳回。

■案号 一审：(2012)穗中法行初字第175号

【案情】

原告：吴某某

被告：广东省国土资源厅

原告于2012年7月6日向广东省国土资源厅申请公开深圳市宝安区龙华民乐旧村改造项目范围内集体用地征用的批复文件和征地红线图。被告受理后经审查向原告发出了《关于政府信息公开补正申请告知书》，要求补正有特殊生活需要的关联性证明材料，原告后补充了特殊生活需要的证明材料。被告2012年8月1日向原告作出了《关于政府信息公开的答复》，认为原告提交的政府信息公开申请及补充材料未明确政府信息的文件名称、文号，被告无法查询和提供相关信息，因此建议原告向深圳市国土资源部门了解土地征收情况，并对联系方式作出了指引。原告不服该答复，向广东省人民政府申请行政复议，广东省人民政府作出了维持的决定，认为根据《政府信息公开条例》第二十一条第（三）项依法不属于本行政机关公开或者该政府信息不存在的，应当告知申请人，对能够确定该政府信息的公开机关，应当告知申请人该行政机关的名称、联系方式；《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）规定：“行政机关一般不承担为申请人汇总、加工或重新制作政府信息，以及向其他行

政机关和公民、法人或者其他组织搜集信息的义务”，被告作出的答复并无不妥，对原告的请求不予支持。原告因此向广州市中级人民法院提起行政诉讼，要求确认被告未履行信息公开的法定职责违法，要求被告履行信息公开的法定职责。被告答辩认为被告已对原告进行了答复，履行了信息公开法定职责。被告之所以未能公开相应信息，是因为原告未明确申请公开的政府信息的具体名称或文号，被告无法检索该不确定名称的政府信息。根据《国务院关于做好政府信息依申请公开工作的意见》，依据《条例》精神，行政机关一般不承担为申请人汇总、加工或重新制作政府信息，以及向其他行政机关和公民、法人或者其他组织搜集信息的义务。被告也指引原告向深圳市规划和国土资源委员会了解有关土地征收情况，明确政府信息的具体名称或文号。

【审判】

广州市中级人民法院经过开庭审理后认为，根据《政府信息公开条例》第二十一条第（四）款规定：“申请内容不明确的，应当告知申请人作出更改、补充”，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》第二十条规定：“有下列情形之一的，被告已经履行法定告知或者说明理由义务的，人民法院应当判决驳回原告的诉讼请求”，《国务院办公厅关于做好政府信息依申请公开工作的意见》“行政机关向申请人提供的政府信息，应当是现有的，一般不需要行政机关汇总，加工或重新制作（作区分处理的除外）”。法院依据上述规定认为原告无法为其查询和提供其所需要的政府信息并建议其向相关国土管理部门了解征收情况，同时告知原告该部门的地址，已经充分履行了告知义务，原告主张被告未履行政府信息公开的法定职责的理由不成立，驳回了原告的诉讼请求。

【评析】

本案主要涉及以下法律问题：

1、原告申请公开的内容是否明确及被告是否履行了信息公开法定职责

《政府信息公开条例》第二十条对申请人申请信息公开的事项规定了相应的

要求,结合第二十一条规定,申请人提出的公开申请内容必须明确,但是何谓明确,仍需结合个案进行认定。本案中,原告并未提供申请公开内容的明确文件名称及文号,法院认定为属于不明确。同时,从被告提供的证据材料以及答辩书可以看出被告确实依据《政府信息公开条例》规定程序要求原告补充材料,在收到申请后在规定期限内确实给予了明确的答复,已经履行了政府信息公开的法定职责。因此原告诉请确认被告未履行信息公开答复义务的请求肯定得不到支持。

2、被告的答复的合法性与合理性

根据《政府信息公开条例》第二十一条第(三)项依法不属于本行政机关公开或者该政府信息不存在的,应当告知申请人,对能够确定该政府信息的公开机关,应当告知申请人该行政机关的名称、联系方式。本案中原告申请公开深圳市宝安区龙华民乐旧村改造项目范围内集体用地征用的批复文件和征地红线图,确实未明确政府信息的具体名称和文号,导致被告在无法检索的情形下只能告知能够确定该政府信息的机关的联系方式,因此被告的答复符合目前关于信息公开的规定,法院判决依据的理由足够充分,对于本案的合法性应当不存在争议。但对于本案来说,存在一定合理性争议,笔者认为,原告想获取的信息指向应当算是明确,由于信息的不对称,导致原告确实无法知悉具体信息的名称。因此形成了一个悖论,原告由于想获取相关文件,但是由于无法提供具体信息的名称而导致被告无法查询,被告无法查询导致原告得不到相应的信息,最终形成了死循环。本案不能说被告的答复与法院的判决不合法,但是从信息公开要求的明确性和准确性来看,该答复确实对原告存在不公平,随着信息公开的发展和法制的完善,这种现象应当会消失。

3、从本案看到的目前信息公开存在的问题与不足

(1)目前行政机关信息系统的完善以及行政体系的独立性和信息的割据让政府信息往往无法做到共享。因目前很多行政机关未建立统一的信息系统,导致各个行政机关和上下级之间信息不能实现共享,上级机关无法查询下级机关的信息,其他区域也不能核查异地的信息。这其中最主要问题在于政府对于信息公开不重视,害怕信息公开导致自身权力的丧失。上述问题使得民众在申请信息公开时,行政机关无法有效辨识,无法做到查询。在民间信息技术如此发达的情形下,政府还不能实现信息系统的现代化和统一化也确实遗憾。我们也应当看到目前全

国婚姻信息已经实现共享，如果房产土地、工商登记等其他关系民生的重要信息能够实现全国共享，将会使信息公开工作得到巨大的推进。

(2) 法律规范的缺失，虽然目前有《信息公开条例》，但其法律层级较低，仅属于行政法规。从司法界与民众的反馈来看，根本无法监督和制约政府做到完全的信息公开。因此只有制定更加完备、层级更高的法律才是健全我国信息公开的根本之策。同时也应当对一些阻碍信息公开的法律法规进行清理和修订，比如《档案法》、《保密法》。

(3) 问责机制偏颇，目前《信息公开条例》仅笼统地规定了举报机制以及行政复议与行政诉讼，第三十四条又规定了保密审查机制，此条严重削弱了信息公开工作的力度，给行政机关不予信息公开进行了理由备份。保密工作的建立和运行应当基于《保密法》，而并非可以纳入信息公开而直接给行政机关以其他理由。而对于行政机关未履行信息公开只能寻求行政复议与行政诉讼，行政复议与行政诉讼的期限长，结果难以预测，直接增加公民的维权成本，导致无法有效实现信息公开的目的。

(4) 政府观念和民众观念都未能实质性改变，政府的传统思维习惯导致害怕信息公开会对自己产生不利影响和以各种理由推脱，政府本身的运作以及信息的产生不规范导致政府也不愿意公开很多信息。另外民众的民主意识不强，权利意识淡薄，在信息公开受阻时常常选择自愿放弃，使得政府在信息公开方面存在偏差而得不到矫正，政府自身改革和创新缺乏有效的外来之力。从去年律师申请公开铁道部网站招投标信息案件来看，我国目前信息公开的路确实还很漫长和遥远。

本案可以看出目前信息公开存在很多尴尬和不足，要真正实现信息公开的法制化、正常化需要立法机关、政府、法院、社会民众各方面共同推进和努力。

(作者单位：广东金地律师事务所)



投稿邮箱: szzt@163.com



广东省律师协会行政法律专业委员会