**汕头市行政复议**

**典型案例评析**

**汕头大学法律硕士教育指导中心 编**

（内部材料，仅限交流）

2018年8月

**编辑说明**

一、《汕头市行政复议典型案例选评》由汕头大学法学院编写，旨在通过筛选、整理、评析具有典型意义的行政复议案例，交流行政复议工作经验，总结行政复议工作规律，加强对全市行政复

议工作的研究。

二、每个案例由基本案情、焦点问题评析、总结体会三部分组

成，由相关法学专家撰写完成，经法律硕士指导中心审核把关。

三、入选案例经由法学院法律硕士指导中心筛选确定。选编案例强调典型性、实用性、学理性，力求为汕头市以后办理行政复议

案件提供指导，也为社会各界学习研究依法行政、行政复议提供参考。

四、考虑到交流的对外与相关隐私的保护，入选案例的某些信

息进行了适当的处理。

本书编委会

**目 录**

**Contents**

1.马某某不服某区公安分局行政处罚决定案----------------------------(4)

2.某电信服务中心不服某工商行政管理局行政处罚决定案---------------(11)

3.于某某不服某人力资源和社会保障局不予受理工伤认定申请案---------(16)

4.某玻璃公司不服某人力资源和社会保障局认定工伤决定案-------------(20)

5.张某某不服某执法局行政强制措施决定案---------------------------(27)

6.邱某某不服某执法局行政强制执行决定案---------------------------(31)

7.刘某某不服某镇人民政府限期落实违法用地整改通知案---------------(38)

8.某公司不服某国土资源局行政不作为案-----------------------------(47)

9.袁某某不服某交通警察大队信息公开决定案-------------------------(51)

10.成某某不服某街道办事处信息公开答复案--------------------------(55)

后记----------------------------------------------------------(61)

**马某某不服某区公安分局行政处罚决定案**

【**基本案情**】

申请人：马某某

被申请人：某区公安分局

申请人马某某对某区公安分局作出的行政处罚决定不服，于2016年向行政复议机关申请行政复议，请求撤销被申请人作出的《行政处罚决定书》。

申请人认为：一、申请人殴打他人的主要事实不清，适用依据不足。申请人在自家祖屋门口被蔡某某等7个人把申请人从门口劫持到客厅，在劫持的过程中申请人极度害怕强力挣扎的过程中双手出于本能的挥摆过程中可能有挠到对方，并不是主观的恶意行为，是发自本能的正当防卫。二、申请人不存在违反法律的主观故意或过失。2015年12月开始申请人和蔡某某他们发生宅基地纠纷，多次向有关部门反映情况和协调未果。三、本案违法行为轻微，应当减轻处罚或不予处罚。申请人是1位64岁年老体弱的老妇女，也没有对他人及社会造成任何危害，主观上也没有违法的故意或过失，完全符合情节特别轻微的情形。在本案中，公安机关对申请人在法律规定的范围内予以“顶格”重处，显然违反了《治安处罚法》第十九条“情节特别轻微的，公安机关应当减轻处罚或不予处罚”的法律规定。同时，根据《行政处罚法》第二十七条之规定，违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果的，应当不予行政处罚。四、本次行政处罚不符合行政处罚的合理性原则，也没有体现任何处罚与教育相结合的原则。

被申请人认为：一、其作出的行政处罚决定认定事实清楚，证据确实充分，适用法律正确。违法行为人马某某的丈夫姚某某与蔡某光、蔡某荣兄弟二人系同母异父关系。2016年5月的一天，马某某以“分祖业、家产”和“厝地”为名于闯进蔡某荣的住宅后拒不离开。蔡某光与朋友共5 人进入该住宅后，要求马某某离开，马某某拒不离开并向蔡某光提出“分家产”和入住该住宅等要求，与蔡某光发生争吵。期间，马某某挠伤蔡某光及挠伤、咬伤上前劝阻的袁某某。蔡某光见状便拨打电话报警。经司法鉴定，蔡某光、袁某某的损伤程度为轻微伤。二、该分局对申请人马某某作出行政处罚决定程序合法。该分局根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十三条第一款的规定，结合违法情节依法对申请人马某某作出行政拘留七日并处罚款二百元的行政处罚，处罚幅度合法合理，不属于“顶格重处”。

行政复议机关认为，被申请人对申请人作出的行政处罚决定，属认定事实不清、证据不足，依法应当予以撤销。主要体现在：

其一，在询问笔录中，申请人是否存在殴打行为表述不一，证据之间相互矛盾；其他证人是蔡某光一方的朋友，属于有利害关系的证人，其证言必须有其他证据相互印证，否则不能单独作为定案依据；第二，证人证言中，申请人和蔡某光等人到到祖屋的时间表述不一致，证据之间相互矛盾；第三，申请人与蔡某光等人发生纠纷的时间段，现场视频监控器没有记录，无法反映案发经过；第四，根据《法医学人体损伤检验意见书》鉴定意见，申请人、蔡某光、袁某某的损伤程度均为轻微伤，而被申请人没有对申请人损伤的事实进行认定；第五，现场财物部分遭到毁坏，被申请人至今没有委托相关机构对被毁坏财物进行评估鉴定，且没有查清被毁坏财物是由谁造成的，应当承担何种责任；第六，根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第九条规定“对于因民间纠纷引起的打架斗殴或者损毁他人财物等违反治安管理行为，情节较轻的，公安机关可以调解处理。……”，本案申请人的丈夫姚某某与蔡某光系同母异父兄弟关系，因祖屋的归属权发生纠纷，被申请人没有根据上述规定进行调解；第七，本案发生纠纷的双方身体均有损伤，被申请人只处理一方当事人，违反了实施治安管理处罚应当遵守公正的原则。

【**焦点问题评析**】

争议焦点一：“殴打”或“故意伤害”的行为界定是否正确。

《治安管理处罚法》第四十三条规定，殴打他人的，或者故意伤害他人身体的，…。其行为表现为:第一，行为人必须是故意，即行为人明知自己的行为会造成伤害他人身体健康的结果，而希望或放任这种结果的发生;第二，行为人实施了伤害他人的行为。所谓"殴打他人"，是指行为人公然实施的损害他人身体健康的打人行为，行为方式一般采用拳打脚踢，或者使用棍棒等器具殴打他人。殴打他人属行为犯，即只要有证据证明行为人实施了殴打他人行为，不论其是否造成被侵害人受伤，即应当予以治安管理处罚。殴打的行为方式、行为地点和伤情轻重等，应当作为从轻或者从重处罚的情节予以考虑。“故意伤害他人身体”是指非法损害他人身体健康的行为，这种伤害行为已经构成了行政处罚，但尚不构成刑事处罚。因此，申请人有无“殴打”或故意伤害蔡某光和袁某某是本案的一个争议焦点。

观点一：“殴打”或“故意伤害”的行为界定存在错误。

该观点认为：其一，是正当防卫行为。申请人没有殴打或故意伤害蔡某光和袁某某，是在蔡某光等人的劫持中发生的本能的正当防卫行为，这不能界定为“殴打”或“故意伤害”。《刑法》第二十条规定，为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他合法权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。本案中，申请人可能挠到对方，是因为在蔡某光等人的劫持中，申请人为了避免自己的人身权利免受正在进行的不法侵害而采取的制止行为，这与故意公然实施的损害他人身体健康的打人行为不能相提并论。其二，申请人也有损伤。所谓的“殴打”或“故意伤害”行为，是一种比较典型的以强凌弱，或以大欺小的行为。本案中，申请人是1位64岁手无寸铁的老妇女，蔡某光等人是壮汉，而且申请人手臂和头部发生了损伤，《法医学人体损伤检验意见书》可证明。如果将此行为界定为“殴打”或“故意伤害”行为，那申请人的损伤如何解释？

观点二：“殴打”或“故意伤害”的行为界定正确。

申请人殴打或故意伤害蔡某光和袁某某并造成轻微伤的事实成立，证据能相互佐证。《治安管理处罚法》第九十三条规定，公安机关查处治安案件，对没有本人陈述，但其他证据能够证明案件事实的，可以作出治安管理处罚决定。但是，只有本人陈述，没有其他证据证明的，不能作出治安管理处罚决定。在本案中，蔡某光陈述称申请人于2016年5月11日下午3时多，以“分祖业、家产”和“厝地”为名于闯进蔡某光的住宅后（该住宅系蔡某光胞兄蔡某荣所有）拒不离开，并因分家产事项与蔡某光发生争吵。期间，申请人挠伤了蔡某光及挠伤、咬伤了上前劝阻的袁旭某某。此事实还有现场勘查笔录、照片、证人证言、法医学人体损伤检验意见等证据为证，且鉴定意见与证人证言、受害人证言能相互印证申请人“殴打”或“故意伤害”行为的存在。

争议焦点二：处罚是否恰当、公正。

《治安管理处罚法》第五条规定，治安管理处罚必须以事实为依据，与违反治安管理行为的性质、情节以及社会危害程度相当。实施治安管理处罚，应当公开、公正，尊重和保障人权，保护公民的人格尊严。办理治安案件应当坚持教育与处罚相结合的原则。因此，被申请人对申请人的处罚是否恰当、公正是本案的一个争议焦点。

观点一：处罚不恰当，不符合处罚的合理性原则和教育与处罚相结合的原则，且只对申请人处罚不具有公正性。

该观点认为：其一，处罚不恰当，不符合处罚的合理性原则和教育与处罚相结合的原则。《治安管理处罚法》第二十条对“从重处罚”进行了规定，违反治安管理有下列情形之一的，从重处罚：(一)有较严重后果的；…(四)六个月内曾受过治安管理处罚的。本条规定的几种应当从重处罚的情形，都是违反治安管理行为的性质比较恶劣、情节比较严重、社会危害较大的情形，其中"较严重后果"，是指违反治安管理的行为造成了比较严重的现实危害后果，如严重扰乱了社会秩序、严重妨害公共安全、对他人人身财产权利造成严重危害、严重妨害社会管理秩序等等。《治安管理处罚法》第十九条对“情节特别轻微”的处罚作了相应的规定，违反治安管理有下列情形之一的，减轻处罚或者不予处罚：（一）情节特别轻微的；…。为了体现对违法行为人教育与处罚相结合的原则，本条规定对情节特别轻微的违反治安管理的行为，应当减轻处罚或者不予处罚。这里规定的"情节特别轻微的"，主要是指违反治安管理的行为没有造成危害后果或者危害后果很轻微等情况。《治安管理处罚法》第四十三条也对“情节轻微”的处罚幅度进行了规定，…情节较轻的，处五日以下拘留或者五百元以下罚款。在本案中，申请人的行为属于情节轻微，没有造成严重后果的情形，应当在坚持教育与处罚相结合的原则下根据法律规定对其减轻处罚或者不予处罚。理由如下：首先，申请人主观方面不存在过错。申请人一直是一个遵纪守法、热心公益、有良好口碑的老人，自发生宅基地纠纷以来，申请人一直通过有关部门理性维权，但对方一直不予理睬，而且在该纠纷中，申请人是出于本能的正当防卫行为，主观上不存在故意或过失。其次，申请人违法行为轻微，没有造成其他损害。经鉴定，蔡某光和袁某某是轻微伤，而且该纠纷属于民间纠纷，没有对社会和其他人造成其他损害，所以属于情节轻微的情形。但是在本案中，被申请人根据《治安处罚法》第四十三条第一款之规定依法对申请人作出行政拘留七日并处罚款二百元的行政处罚，并没有考虑与违反治安管理行为的性质、情节以及社会危害程度是否相当，也没有坚持处罚与教育相结合的原则，该处罚明显过重，不符合处罚的合理性原则。其二，处罚只处罚申请人，不具有公正性。从上文阐述可知，处罚要具有公正性，其指在实施治安管理处罚时对当事人要平等对待，不得偏袒，做到相同情况相同处理，不同情况不同处理。但在本案中，根据《法医学人体损伤检验意见书》可知，申请人、蔡某光和袁某某的损伤程度均为轻微伤，而被申请人没有对申请人损伤的事实进行认定，缺乏公正性。

观点二：处罚恰当，符合处罚的合理性原则和教育与处罚相结合的原则。

该观点认为：申请人的行为是殴打或故意伤害他人的行为，根据《中华人民共和国治安管理处罚法》第四十三条第一款之规定并结合违法情节依法对申请人作出行政拘留七日并处罚款二百元的行政处罚，处罚幅度合法合理，体现了教育与处罚相结合的原则。

争议焦点三：处罚的程序是否正当、合法。

《治安管理处罚法》第三条规定，治安管理处罚的程序，适用本法的规定；本法没有规定的，适用《中华人民共和国行政处罚法》的有关规定。《行政处罚法》第三条规定，公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，应当给予行政处罚的，依照本法由法律、法规或者规章规定，并由行政机关依照本法规定的程序实施。没有法定依据或者不遵守法定程序的，行政处罚无效。因此，被申请人对申请人的处罚程序是否正当、合法是本案的一个争议焦点。

观点一：处罚的程序不正当、不合法。

该观点认为：其一，被申请人没有客观、公正的收集有关证据，进行调查。《治安管理处罚法》第七十八条的规定，公安机关受理报案、控告、举报、投案后，认为属于违反治安管理行为的，应当立即进行调查。但是在本案中，现场财物部分遭到毁坏，被申请人至今没有委托相关机构对被毁坏财物进行评估鉴定，且没有查清被毁坏财物是由谁造成的，应当承担何种责任，没有尽到自己要全面进行调查的义务和责任。其二，被申请人没有经过调解程序而直接进行了处罚。根据《治安管理处罚法》第九条规定“对于因民间纠纷引起的打架斗殴或者损毁他人财物等违反治安管理行为，情节较轻的，公安机关可以调解处理。……”，本案申请人的丈夫姚某某与蔡某光系同母异父兄弟关系，因祖屋的归属权发生纠纷，且双方都为轻微伤，属于情节较轻的情形，因此，被申请人应先行调解。但在本案中，被申请人没有根据上述规定进行调解而直接进行了处罚，属处罚程序不当。

观点二：处罚的程序正当、合法。

该观点认为：其一，时限，询问、调查程序正当、合法。《治安管理处罚法》第八十二条规定，…对现场发现的违反治安管理行为人，人民警察经出示工作证件，可以口头传唤，但应当在询问笔录中注明。第八十三条规定，…情况复杂，依照本法规定可能适用行政拘留处罚的，询问查证的时间不得超过二十四小时。第八十四条规定，询问笔录应当交被询问人核对；…被询问人确认笔录无误后，应当签名或者盖章，询问的人民警察也应当在笔录上签名。在本案中，被申请人依法将申请人于现场口头传唤至派出所进行调查询问，询问过程中依法告知其权利和义务，笔录交由其阅读，由其确认无误后签名、捺指印，至2016年5月12日16时00分，根据调查的事实及证据对申请人作出行政处罚的决定，符合办案法定时限24小时的规定，对申请人进行询问、调查程序合法。其二，作出处罚决定的程序正当、合法。《治安管理处罚法》第九十四条规定，公安机关作出治安管理处罚决定前，应当告知违反治安管理行为人作出治安管理处罚的事实、理由及依据，并告知违反治安管理行为人依法享有的权利。在本案中，被申请人在对申请人作出行政处罚前，已经依法告知其有提出陈述和申辩、听证的权利，因此作出处罚决定的程序合法。其三，执行程序合法。《治安管理处罚法》第九十七条规定，……决定给予行政拘留处罚的，应当及时通知被处罚人的家属。在本案中，被申请人于2016年5月12日对申请人执行行政拘留，并于2016年5月12日将处罚情况和执行场所通知其丈夫姚某某，符合法律的规定，执行程序合法。

【**总结体会**】

一、坚持以事实为依据，以法律为准绳。坚持以事实为依据，以法律为准绳。事实的认定过程要证据确实充分，具客观公正性。具体来说，要求办案人员按照事实的本来面目认识案件、处理案件，要重证据，证据要确实充分，具客观公正性。以“证人证言”为例，与当事人有利害关系的证人证言只能与其他证据相互佐证，而不能成为处罚的重要甚至是唯一证据，这是出于对证据客观公正性的考虑，因此应尽量持谨慎态度。

二、把握过罚相当和处罚与教育相结合的原则，保证处罚的正当性。在个案处理过程中要具体问题具体分析，不能机械的适用法条，要综合考虑各种不同的情况，考虑是否真正做到了过罚相当，真正的达到了教育的目的。以“民间纠纷引发的违法行为”为例，在处理这种纠纷时先行调解不仅有利于及时解决纠纷，还真正的达到了教育的目的，有利于社会的稳定和谐，因此在处理民间纠纷时应尽量适用。

**某电信服务中心不服某工商行政管理局行政处罚决定案**

**【基本案情】**

申请人: 某电信服务中心

被申请人：某工商行政管理局

申请人不服被申请人作出的《行政处罚决定书》，于2016年7月向行政复议机关提出行政复议申请。申请人请求：撤销被申请人作出的《行政处罚决定书》。

申请人认为：一、被申请人查明申请人系“广告发布者”和申请人“为了吸引消费者眼球，增加手机销售，提高效益”缺乏事实依据。（一）申请人既非广告主、也非广告发布者，更不是广告经营者，仅是涉案经营场所的提供人，并不属于《广告法》规定的主体。在本案中，涉案经营场所系申请人提供给广东某信息科技有限公司使用，该场所门口LED滚动字幕显示屏亦随同该场地一并交由广东某信息科技有限公司使用。被申请人查明的LED滚动字幕显示屏上滚动发布的“小机身 大内涵 最高性能的4英寸IPHONE SE 3288元火热大售 购机尊享199元配件大礼”广告语系广东某通信息科技有限公司制作和发布。也即本案的广告主是世界级公司“苹果公司”；广告发布者是广东某信息科技有限公司。申请人既非广告主、也非广告发布者，更不是广告经营者，仅是涉案经营场所的提供人，故不应承担本案的任何行政责任。（二）被申请人错误查明申请人“为了吸引消费者眼球，增加手机销售，提高效益”毫无事实依据。申请人所属的中国电信股份有限公司是我国特大型国有通信企业，主要经营固定电话、移动通信、卫星通信、互联网接入及应用等综合信息服务，不是苹果IPHONE SE手机销售的主体。二、适用法律上：被申请人的《行政处罚决定书》在涉案广告语“不属于《广告法》第九条（三）规定”的情况下，错误作出处罚款200000元整的决定明显属于适用法律错误。

被申请人认为：一、该局认定申请人系“广告发布者”事实清楚，证据充分。本案查明的事实：申请人在其经营场所门额上的LED滚动字幕广告显示屏中发布载有“小机身 大内涵 最高性能的4英寸IPHONE SE 3288元火热大售 购机尊享199元配件大礼！”等字样的广告。上述事实有申请人的负责人廖某某两次接受调查询问和提供的《情况说明》为证。在本案中，申请人在其经营场所门额上的LED滚动字幕广告显示屏中播放载有“小机身 大内涵 最高性能的4英寸IPHONE SE 3288元火热大售 购机尊享199元配件大礼！”等字样的广告进行宣传，属于商业广告活动。该广告内容的广告主、广告发布者均是申请人。二、该局认定申请人在广告语中使用“最高性能”等用语，属于《广告法》第九条第一款第（三）项所指，定性准确。在本案中，申请人发布载有“小机身 大内涵 最高性能的4英寸IPHONE SE 3288元火热大售 购机尊享199元配件大礼！”等字样的广告，该局认定：申请人在广告用语中使用“最高性能”等用语，是与 “国家级、最高级、最佳”等用语含义相同的表示，属于绝对化用语，这完全符合《中华人民共和国广告法》第九条：“广告不得有下列情形：……（三）使用“国家级”、“最高级”、“最佳”等用语；……”的规定所指。综上，该局作出的《行政处罚决定书》认定事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法，处罚适当，应当依法予以维持。

行政复议机关经审查认为：从被申请人提取的调查询问笔录、现场检查照片等证据看，申请人负责人廖某某承认LED行走字幕牌是申请人所有并设计宣传内容，目的是推广经营场所内销售的手机，申请人通过营业场所的户外空间对外传播推销介绍自己所销售的商品，符合商业广告活动特征依法属于广告法的调整范围。其次，关于申请人提出的“主体不适格”问题，申请人仅提供了广东某信息科技有限公司的一份声明，并不足以证明该公司的实际广告发布者身份。再次，本案争议的焦点主要在于广告内容是否违反了《中华人民共和国广告法》第九条第三款“广告不得有下列情形：……（三）使用国家级、最高级、最佳等用语；……”的规定所指。广告应当真实、客观地介绍商品或者服务。申请人珠池服务中心“小机身 大内涵 最高性能的4英寸IPHONE SE 3288元火热大售”的广告中，用“最高性能”对所销售的4英寸IPHONE SE手机进行修饰，宣传此款手机为最高性能，夸大了产品的性能，容易给消费者造成误导，也可能引起商家之间的不正当竞争，属于广告法禁止使用的绝对化用语的情形。综上所述，被申请人根据查明的事实对申请人依法作出的行政处罚决定认定事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法，应予以支持。据此，行政复议机关依法作出维持被申请人作出的《行政处罚决定书》的复议决定。

申请人不服复议决定，依法向汕头市某区人民法院提起行政诉讼，一审法院作出“驳回原告的诉讼请求”的判决。原告不服一审判决，向汕头市中级人民法院提起上诉，二审法院作出“驳回上诉，维持原判”的生效判决。

**【焦点问题评析】**

争议焦点一：申请人是否属于本案广告发布者？

观点一：申请人非本案广告发布者。

《中华人民共和国广告法》第二条规定，广告主是指为推销商品或者提供服务，自行或委托他人设计、制作、发布广告的法人、其他经济组织或者个人。广告发布者，是指为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的法人或者其他经济组织。在本案中，广告主是 “苹果公司”；根据申请人提供的广东某信息科技有限公司的一份声明，应该认定广东某信息科技有限公司属于广告发布者。申请人既非广告主、也非广告发布者，更不是广告经营者，仅是涉案经营场所的提供人，故不应承担本案的任何行政责任。

观点二：申请人系本案广告发布者。

申请人负责人廖某某承认了LED行走字幕牌是申请人所有并设计宣传内容，目的是推广经营场所内销售的手机，申请人通过营业场所的户外空间对外传播推销介绍自己所销售的商品。本案中，广告内容由申请人员工在其经营场所对外发布，应该认定该广告的广告发布者为申请人珠池服务中心。

对于本案，双方对通过LED行走字幕牌属于广告没有异议，而对于广告主和广告发布者的认定存在争议。申请人是否属于本案广告发布者？我们从广告法对广告主和广告发布者的定义可以推断：广告的发布者可以是广告主，广告主可以自己设计并发布广告，也可以委托他人设计并发布广告。如果广告发布者不能提供接受他人委托的证据即可认定其为广告主。从被申请人提取的调查询问笔录、现场检查照片等证据、申请人负责人承认的内容可知，LED行走字幕牌是申请人所有并设计宣传内容，目的是推广经营场所内销售的手机，申请人通过营业场所的户外空间对外传播其销售的商品。虽然申请人提供了广东某信息科技有限公司的声明，但广告发布者的构成要件上缺乏完整的证据链，即LED行走字幕牌的制作、发布者和使用权属于哪一方，从被申请人提供的证据分析，可以得出以下结论：（1）LED行走字幕牌的制作和发布。申请人在陈述中承认LED行走字幕牌由其制作和发布，这是构成广告发布者的基本条件。（2）LED行走字幕牌的使用权。LED行走字幕牌安装在申请人经营的场所，申请人不能提供该字幕牌使用权的归属方，且字幕牌由申请人的员工安装，可以认定LED行走字幕牌的使用权属于申请人。（3）广告发布的目的。申请人是从事通讯产品的销售企业，在其场所摆列了各种品牌的手机等通讯产品，具备发布广告的主观要件。综上，我们完全可以认定申请人属于本案广告发布者。

争议焦点二：该广告内容是否违反了《中华人民共和国广告法》第九条第三款关于“广告应当真实”的规定？

观点一：该广告内容并没有违反了《中华人民共和国广告法》第九条第三款规定。

《广告法》总则第三条规定“广告应当真实”；《广告法》总则第四条规定：“广告不得含有虚假或者引人误解的内容，不得欺骗、误导消费者。“广告主应当对广告内容的真实性负责”，因此，绝对化用语的使用范围应当以广告内容是否真实为基本判断依据。涉案的广告语属于苹果公司官网的内容。作为绝对化用语的“最高性能”在修饰、限定、说明在限定范围明确且客观真实的情况下是可以合法使用的

观点二：该广告内容违反了《中华人民共和国广告法》第九条第三款规定。

申请人“小机身 大内涵 最高性能的4英寸IPHONE SE 3288元火热大售”的广告中，其广告语与苹果公司官网页面宣传的内容大相径庭，显然不具有广告的真实性和合法性。同时申请人在广告用语中使用“最高性能”等用语，是与 “国家级、最高级、最佳”等用语含义相同的表示，属于绝对化用语，这完全符合《中华人民共和国广告法》第九条：“广告不得有下列情形：……（三）使用“国家级”、“最高级”、“最佳”等用语；……”的规定。

我们认为，根据广告法，广告应当真实、客观地介绍商品或者服务。申请人 “小机身 大内涵 最高性能的4英寸IPHONE SE 3288元火热大售”的广告中，用“最高性能”对所销售的4英寸IPHONE SE手机进行修饰，宣传此款手机为最高性能，夸大了产品的性能，容易给消费者造成误导，也可能引起商家之间的不正当竞争，属于广告法禁止使用的绝对化用语的情形。申请人提出，中国广告协会召开了《广告法》实施疑难问题研讨会，就绝对化用语的范围，会议指出“广告中禁止使用“国家级”、“最高级”、“最佳”等用语，并不意味着广告中禁止使用所有含“最”字的词语。我们认为，中国广告协会的研讨会具有学术研讨的性质，且它并不是具有法律解释权的国家机关，其解释不具有法律效力，也不能作为行政执法机关办案的依据。商品的性能等级是一个需要国家授权的机构予以认定的事项，作为商品的销售方，可以就产品的外观、功能、数据等进行客观的介绍，不能使用绝对化的用语。至于申请人提出的“最高法院”等用语，这完全混淆了商品广告和国家机关名称是两种不同的法律关系，属于偷换概念，无须辩论。

**【总结体会】**

一、证据是执法办案的核心。证据是锁定各类经济违法行为的事实依据，在实际办案过程中，要养成证据意识，比如收集证据、合法取证、快速固定证据的意识和能力，牢固树立证据意识，提高取证能力，掌握取证技巧，把证据作为执法办案的关键点

二、要严格按照法定程序执法办案。这是对工商执法办案人员的最基本要求。执法办案人员务必要严格遵循法定程序环节和时限要求，现场检查、笔录、告知、决定，环环相扣，步步推进，使违法当事人认为工商执法办案是严格按照法律规定的程序进行，感受到法律的威严，从而对行政执法产生敬畏意识，主动配合工商执法办案。同时，这也有利于具体办案人员规避执法风险，全面保护自己。

**于某某不服某人力资源和社会保障局不予受理工伤认定申请案**

【**基本案情**】

申请人: 于某某

被申请人：某人力资源和社会保障局

案件事实：申请人在潮州市饶平县某工地从事基础桩作业。2014年12月的一天晚上8点左右，申请人在该工地打桩作业时左手被铁器扎伤，汕头市某建筑公司基础工程公司认为不构成工伤，由此引发纠纷。

申请人于2015年2月向被申请人提出工伤认定申请。被申请人在审查后，认为申请材料不齐，应当补正，因申请人离开汕头，被申请人先后于2月13日和3月16日两次电话通知申请人领取《工伤认定补正材料告知书》。2015年3月26日，申请人提交补正材料并在《工伤认定补正材料告知书（存根）》上签字确认。2015年4月8日，被申请人作出《工伤认定申请不予受理决定书》，认定：申请人提出的工伤认定申请被申请对象汕头市某建筑公司基础工程公司不适格，且申请人并无提交其与该公司存在劳动关系的相关证明材料，不符合《工伤保险条例》第十七条、第十八条规定，该公司无法成为申请人提出工伤认定申请的被申请对象。其次，根据《广东省工伤保险条例》第四十二条第二款规定，申请人提出的工伤认定申请非被申请人的管辖范围。

申请人不服，向汕头市人民政府提出行政复议申请，请求撤销该《工伤认定申请不予受理决定书》。

行政复议机关经审查认为：本案中被申请人收到申请后用书面形式告知申请人补正材料的时间明显超过15日，尽管超过15日告知期限有申请人返回四川老家过年未能及时领取补正材料的原因，但被申请人未能尽到法定告知手段，如邮寄补正材料等，仅使用电话口头通知的形式告知申请人补正材料，属违反法定程序，依法应当予以撤销。根据《汕头市行政程序规定》第四章第二节关于行政执法程序启动的规定精神，被申请人收到申请材料后逾期（包括不按规定）告知补正材料的，该申请即为受理。据此，行政复议机关依法作出撤销被申请人作出的《工伤认定申请不予受理决定书》的复议决定，同时责令被申请人接到本决定书之日起在法定期限重新作出行政行为。

【**焦点问题评析**】

争议焦点一：未以法定形式通知申请人补正材料的法律效果为何？

未以法定形式（书面形式）通知申请人补正材料，逾期视为受理，还是未受理？如果视为已受理，则被申请人的《工伤认定申请不予受理决定书》就应被撤销。《汕头市行政程序规定》第六十条第一款第四项规定，“申请材料不齐全或者不符合法定形式的，应当当场或者在5个工作日内一次告知当事人需要补正的全部内容，逾期不告知的，自收到申请材料之日起即为受理”，这种立法例与《行政许可法》的规定一脉相承。《行政许可法》第三十二条第四款规定，“申请材料不齐全或者不符合法定形式的，应当当场或者在5个工作日内一次告知当事人需要补正的全部内容，逾期不告知的，自收到申请材料之日起即为受理”。《工伤认定办法》第八条规定，“社会保险行政部门收到工伤认定申请后，应当在15日内对申请人提交的材料进行审核，材料完整的，作出受理或者不予受理的决定；材料不完整的，应当以书面形式一次性告知申请人需要补正的全部材料。社会保险行政部门收到申请人提交的全部补正材料后，应当在15日内作出受理或者不予受理的决定”。本案中，被申请人在法定期限内告知申请人，但未采取合法方式（书面），能否与未告知等同？

拘泥于法条的字面含义显然无法得出本案的唯一正解。只能根据《汕头市行政程序规定》第四章第二节关于行政执法程序启动的规定“精神”，也即背后蕴含的保护行政相对人的法理，对被申请人的行为作不利于申请人的推定。在本案中，可以确认的事实是，被申请人收到申请后用书面形式告知申请人补正材料的时间明显超过15日，被申请人在申请人离汕回家的情况下未能用尽法定告知手段，即被申请人没有以法定形式告知。“没有以法定形式告知”和“逾期不告知”之间，存在概念上的裂隙，但其所蕴含的保护申请人合法权益的法理却一脉相通。因此，“没有以法定形式告知”的法律效果与“逾期不告知”的法律效果相同。该复议决定书可以解读为对行政机关的不利推定：未以法定形式通知，视为没有通知；逾期没有通知，视为受理。既然已经受理，复议机关就应撤销被申请人作出的《工伤认定申请不予受理决定书》。

争议焦点二：在行政复议中对行政机关作不利推定，有无法律依据？有无正当性？

国务院《全面推进依法行政实施纲要》规定，行政机关“要严格遵循法定程序，依法保障行政管理相对人、利害关系人的知情权、参与权和救济权。”行政复议机关首先要保障申请人的合法权益，行政机关无法证明自己以合法方式告知申请人，视为没有告知，这是对公民、法人和其他组织的“不对称”保护，这种“不对称保护”符合《行政复议法》第一条的立法精神。《行政复议法》第一条规定，“为了防止和纠正违法的或者不当的具体行政行为，保护公民、法人和其他组织的合法权益，保障和监督行政机关依法行使职权，根据宪法，制定本法。”细读该条可以看出，《行政复议法》的精神首先在于保护行政相对人的合法权益，监督行政机关依法行政。

复议机关之所以需要在复议程序中对行政机关作不利推定，“偏爱”公民、法人和其他组织，是因为行政机关和行政相对人在行政法律关系中处于不对等地位，行政机关拥有的权力与行政相对人拥有的权利不可同日而语，行政行为还具有公定力，行政相对人总体上处于“弱者地位”。在行政复议程序中，复议机关有必要矫正行政实体法律关系中的“失衡”，通过说理裁判，给予复议申请人配置更多的权利，给被申请人施加更重的负担。同时，遵守法定程序本来就是依法行政的题中之义，行政机关不遵守法定程序就必须承担不利的法律后果。

【**总结体会**】

一、坚持将保护行政相对人的合法权益放在首位。在行政法律关系中，行政机关和行政相对人的法律地位不平等：行政机关享有权力，处于支配地位；行政相对人享有权利，处于被支配地位。在审理行政复议案件时，复议机关要正视行政法律关系双方在事实上的不平等，在行政机关无法提供证据证明自己的行为合法时，对行政机关作出不利推定。

二、解读解法条背后的精神，不机械适用法条。如果机械适用法条，本案的处理要么无法可依，要么结果完全不同。一个法条属于整部立法，一部立法属于整个法律体系，贯穿散在立法的红线就是法律精神。法律精神统合法律体系，同时还可填补法律漏洞，使看似“无法可依”的案件得到妥帖处理。

**某玻璃公司不服某人力资源和社会保障局认定工伤决定案**

【**基本案情**】

申请人: 某玻璃公司

被申请人：某人力资源和社会保障局

第三人：李某

案件基本事实：第三人李某于2015年7月5日起到申请人上班，从2015年7月5日至8月14日，共制环所得7000多元工资由申请人支付。2015年8月19日上午9时许，第三人李某在申请人车间作业时，被抛光机绞伤左手，申请人原法定代表人李某某的丈夫赖某某陪同护送第三人李某到医院治疗。在第三人李某住院治疗期间，申请人为第三人李某支付了部分治疗费用。2015年9月17日，李某向被申请人提出工伤认定申请。被申请人经初步审核，并经第三人李某补充劳动关系证明材料，以及申请人举证。2015年11月12日，被申请人作出《工伤认定申请受理决定书》，受理第三人李某提出的工伤认定申请。2016年1月7日，被申请人作出《认定工伤决定书》，并于2016年1月13日送达申请人和第三人。申请人不服被申请人作出的认定工伤决定，向汕头市人民政府申请行政复议，请求撤销该《认定工伤决定书》。行政复议机关经审查后依法作出维持被申请人作出的《认定工伤决定书》的复议决定。

申请人复议的主要理由：一、被申请人认定李某工伤证据不足，没有事实和法律依据。1、李某构成工伤的法定前提为其与申请人存在劳动关系，李某至今未能依法提交法定证明材料；2、申请人已按照被申请人《工伤认定举证通知书》的要求及《工伤认定办法》的规定举证证明李某并非申请人员工、不能被认定为工伤的事实。申请人的玻璃盖钢圈的打磨、抛光由李某军（系李某亲叔）及其配偶李某凤进行加工承揽（见申请人提交的证据），李某因何故出现在加工承揽场地申请人并不知情，李某并非申请人员工、不能被认定为工伤。二、被申请人作出的《认定工伤决定书》存在严重错误且程序严重违法。1、被申请人故意将申请人举证的与李某军及其配偶李某凤之间的加工承揽关系等同于承包关系；2、被申请人一直没有向申请人的法定代表人或任何管理人员进行调查核实，故在没有进行调查核实的情况下却在《认定工伤决定书》中载明其“经调查取证”，明显存在与事实不符的情形；3、申请人至今不知道由什么人在进行工伤认定；4、本案《认定工伤决定书》通篇均没有载明李某与申请人存在劳动关系且可以被认定为工伤的依据。

被申请人作出认定工伤决定的主要理由：被申请人在受理李某工伤认定申请时，对李某与申请人之间是否存在劳动关系进行确认，是依法履行职责的行为。被申请人结合各方当事人提交的证据材料，确认李某与申请人存在事实劳动关系。第一，本案中，申请人在工伤认定举证阶段向被申请人提交了情况说明及工价单，主张李某军及其配偶李某凤向申请人提出加工承揽，由李某军自行采购原材料及安排生产。李某为李某军亲戚，非申请人员工，与申请人不存在劳动关系。但是，从实际情况看，李某及李某军为申请人的产品进行抛光加工生产，其生产作业使用的场地、设备（抛光机）、部分材料（例如抛光加工的钢圈）都是由申请人提供的，不符合《合同法》中规定加工承揽合同的特点。同时，申请人在工伤认定举证阶段提交的工价单，从内容上反映了双方约定以计件作为报酬的计算方式，并不能直接证明其与李某军、李某凤夫妇存在加工承揽关系。结合李某在申请工伤认定时提交的制环日报表、以及工价单上面出现的“保底，某军4000元、某凤3500元”的字眼，被申请人认为工价单恰恰是申请人实行计件工资制的有力证据。第二，本案中，申请人和李某均符合构成劳动关系双方的主体资格；李某利用申请人提供的场地、设备等从事生产活动，服从申请人的管理（如上下班时间、每日有公司办公室相关人员收取及统计制环日报表等，具体内容见被申请人向李某所作的调查笔录），并接受申请人的工资报酬；李某从事的钢圈抛光作业属于申请人的经营范围内。基于以上事实，被申请人认定李某与申请人存在事实劳动关系。第三，根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十条规定：“承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。也就是说，加工承揽合同中，由于定作人和承揽人之间相互独立，定作人无需承担承揽人的风险责任。本案中，在李德受伤后，申请人法定代表人的丈夫赖某某陪同护送李某到医院治疗；在李某住院治疗期间，申请人为李某支付了部分治疗费用。被申请人认为，申请人为李某支付治疗费用的行为，恰恰反映了申请人对李某在该公司生产作业的事实是知情甚至是默许的，这与申请人在工伤认定举证阶段的主张、以及行政复议申请书中的陈述明显是自相矛盾，同时，从另一个侧面，申请人为李某支付治疗费用的行为恰恰体现的是劳动关系中用人单位对职工所承担的工伤风险责任。李某所受伤害符合《工伤保险条例》第十四条第（一）项规定的认定工伤情形。被申请人做出《认定工伤决定书》事实清楚，证据充分，适用法律法规准确，程序合法。

【焦点问题评析】

争议焦点一：申请人与第三人之间是否存在劳动（事实）关系？

《劳动合同法》第七条规定，用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。用人单位应当建立职工名册备查。劳动关系是劳动者与用人单位之间在实现劳动过程中发生的社会关系；劳动关系区别于平等民事主体之间双方各自独立的劳务关系。劳动关系的实质是劳动者在身份、经济、组织上从属于用人单位，受用人单位的规章制度管理和影响。劳动关系具有人身属性，用人单位有权依法管理和使用劳动者；劳动者在劳动关系建立后从属于用人单位，与用人单位存在身份、组织和经济上的从属关系，用人单位按照劳动规章制度管理和使用劳动者与劳动者建立劳动关系后，需依法签订书面劳动合同，表现为一种法律事实。在劳动关系中，用人单位对劳动者进行管理，一般会在劳动纪律、经济激励或者制裁等方面施加实际影响，表现一种用人单位对劳动者实现有效管理与实际支配的事实特征。因此，申请人是否具备劳动（事实）关系的情形是本案的一个争议焦点。

观点一：申请人与第三人李某之间成立事实劳动关系。

该观点认为：第三人李某在申请人处上班，从2015年7月5日起至8月19日受伤时已超过一个月，申请人支付了相应报酬。首先，根据劳动部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社发[2005]12号）规定：一、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立：(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。申请人与第三人李某的情形符合该规定的内容。其次，劳动部该规章第二条规定，用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：(二)用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；(五)其他劳动者的证言等。第三人李某提供了“证人证言”，已完成适当的举证责任。第三，判断双方是否存在事实劳动关系应看用人单位依法制定的各项劳动规章制度是否适用于劳动者，劳动者是否受用人单位的劳动管理。具体言之，用人单位会设置工作考勤制度以规制劳动者的工作时间，或通过工资支付项目对有关劳动者劳动质量实行积极激励或者制裁。因此，申请人与第三人李某之间虽然没有签订书面劳动合同，但用工关系应当认定成立事实劳动关系。

观点二：申请人与第三人李某之间不存在用工关系，与李某军（系李某亲叔）之间成立承揽关系。

该观点认为：第三人李某为承揽人李某军（系李某亲叔）自己找来雇员，由李某军支付报酬，没有证据证明与申请人之间存在用工关系。承揽关系与劳动关系的法律关系特征迥异。根据《合同法》第二百五十一条规定，承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。第二百五十三条规定，承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，但当事人另有约定的除外。承揽关系是承揽人以自己的设备、技术和劳力，按照定作人的要求完成一定的工作，交付工作成果，定作人接受工作成果并给付报酬而在双方当事人之间形成的法律关系。其特征是一种典型的完成工作的法律关系，注重的是工作成果，而不是工作本身的过程。承揽关系和劳动关系是两个不同的概念，调整着两个不同的法律关系。由于第三人李某的实际用工情况不明、没有报酬支付记录。唯一的证据工价单上只出现了承揽人李某军（系李某亲叔）及其配偶李某凤的名字，也没有任何细化工资支付项目的体现；所有经质证的证据均未反映申请人每月向第三人曾支付工资报酬的事实。因此，按照企业业务分包管理的常见情形，构成加工承揽关系。

观点三：申请人与李某军（系李某亲叔）之间成立承包经营关系，应对第三人李某承担违法用工关系。

该观点认为：从被申请人调查情况看，第三人李某及李某军为申请人的产品进行抛光加工生产，其生产作业使用的场地、设备（抛光机）、部分材料（例如抛光加工的钢圈）都是由申请人提供的，不符合《合同法》中规定加工承揽合同的特点。更类似于企业内部承包的形式。根据《劳动合同法》第九十四条规定，个人承包经营违反本法规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。因此，申请人与第三人李某不成立用工关系，但对第三人李某受到的损害应与承包人李某军承担连带赔偿责任。

争议焦点二：第三人李某的损害是否属于工伤认定范围？

《工伤保险条例》第十四条规定，职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的。第十八条规定，提出工伤认定申请应当提交下列材料：（二）与用人单位存在劳动关系（包括事实劳动关系）的证明材料。劳动（事实）关系是工伤认定的关键环节，如果没有劳动（事实）关系这一前提，则伤害只能是一般侵权或者意外事故。因此，工伤认定的逻辑起点在于劳动（事实）关系的存在，包括无效劳动关系、非法用工产生的损害赔偿责任，以及法律法规规定的用人单位承担用工主体责任情形。第三人李某在工作时间受到的损害是否符合工伤认定范围，成为争议焦点之一。

观点一：第三人李某的伤害符合工伤认定范围，而且申请人应承担工伤赔偿责任。

该观点认为：申请人未充分履行劳动管理责任，应对在工作场所工作的员工伤害承担责任。根据《工伤保险条例》第十四条，职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的。首先，第三人的伤害符合工伤认定中时间、地点、原因的“三工”原则。其次，对于不具备用工主体资格的自然人所应承担的用工责任，在《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条，社会保险行政部门认定下列单位为承担工伤保险责任单位的，人民法院应予支持：（四）用工单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的，用工单位为承担工伤保险责任的单位”。第三，申请人未尽管理者的义务，第三人李某在申请人处工作一个多月，申请人却一再称不知第三人是如何进入企业工作的，由此可见申请人管理责任的缺失。根据谁管理谁举证的原则，申请人应承担不利后果。因此，第三人李某的损害符合工伤认定的范围，工伤保险责任由申请人承担。

观点二：第三人李某的伤害应通过其他法律关系主张权利和救济。

该观点认为：第三人李某是李某军（系李某亲叔）的雇员，在业务承揽中出现的伤害，应以人身损害赔偿的方式，向承揽人李某军夫妇主张。根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十条规定，承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。第十一条规定，雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任。而且，也没有证据证明申请人与李某军之间存在承包经营的约定，不符合《劳动合同法》第九十四条“个人承包经营违反本法规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任”的情形。以及《广东省工伤保险条例》第四十二条“用人单位实行承包经营，使用劳动者的承包方不具备用人单位资格的，由具备用人单位资格的发包方承担工伤保险责任。” 因此，雇员的伤害属于人身损害，责任应由雇主承担。

经研究，复议机构认为：被申请人对申请人作出的认定工伤决定，属认定事实清楚，证据充分，适用依据准确，程序正当，依法应当予以支持。

第一，本案中，第三人李某接受申请人的工作安排和管理，遵守上下班时间，每天的工作成果接受申请人的检查验收，工资收入按照工作数量质量由申请人发放。事实证明第三人李某与申请人尽管没有签订劳动合同，但构成事实劳动关系，而不是申请人所称的承揽合同关系。第二，根据劳动争议的证明责任，第三人李某已完成适当证明责任，提供“制环日报表”、“证人证言”等证据。但申请人并未完成管理责任和证明责任，不仅无法提供劳动合同、也无法提供其他法律关系证明。因此，承担举证不能的不利后果。更重要的是申请人的“工价单”上面出现的“保底，某军4000元、某凤3500元”标注，与申请人主张的承揽关系相矛盾，符合工资底薪的合理推定。第三，本案工伤认定程序经过事实调查，通知举证，证据与事实审核，并依据申请人提供的自证证据，对事实进行查明与认定。保障了申请人、第三人的权利，程序正当。第四，缴交社会保险是企业责任，申请人违规不履行义务，在劳动者未出现重大违法情形却受到严重损害时，认定工伤是对劳动者的有效救助与补偿。

【**总结体会**】

一、贯彻立法精神，平衡劳动者与各方的利益。保障因工作遭受事故伤害或者患职业病的职工获得医疗救治和经济补偿是工伤保险立法精神。工伤保险以无过错责任为原则，重视对劳动者在劳动中所受伤害的保障。因此，在企业存在用工不规范的情况下，劳动者特别是外来务工者，在工作中没有与企业签订书面劳动合同，一旦发生伤亡事故，往往诉之无门。日常办案一般要求尽可能平衡举证责任，体现立法精神，构建和谐劳动关系。

二、把握劳动事实认定与教育功能结合原则，规范企业用工。工伤认定中往往涉及劳动关系的处理，要认真甄别案情，准确适用法律。“不好的判决，会把河水的源头都污染了”，由此带来的连锁反应对当前的经济秩序会造成严重冲击。本“不服认定工伤决定案”， 通过正当的法律程序确立了对劳动者的有效保护，对规范企业用工能够充分起到教育与警示功能。

**张某某不服汕头市濠江区城市综合执法和安监局行政强制措施决定案**

**【基本案情】**

申请人：张某某

被申请人：汕头市濠江区城市综合执法和安监局

案件基本事实：2016年4月的一天，被申请人执法人员巡查发现申请人驾驶其本人所有的粤V×××小型客车在濠江区粤东高级技工学校大门前招揽乘客，该车上已有两名身着校服的乘客。申请人现场无法出示出租车经营许可等证件或其他有效证明材料。申请人的行为涉嫌未经许可擅自从事出租汽车经营的行为。被申请人依据《汕头经济特区出租汽车客运条例》第五十三条第一款第（一）项的规定，作出《行政强制措施决定书》（粤汕濠综执强措〔2016〕11号），将申请人所有的粤V×××小型客车予以暂扣，并停放于被申请人停车场予以保管。

2016年5月31日, 被申请人认定申请人未取得出租汽车经营许可，从事非法营运的行为成立，依据《汕头经济特区出租汽车客运条例》第四十五条的规定，对申请人作出行政处罚决定并送达申请人，申请人接受行政处罚并履行缴款义务。同日，被申请人作出解除行政强制扣押车辆决定，并送达申请人。申请人不服被申请人作出的行政强制扣押车辆决定而申请行政复议，请求撤销被申请人作出的《行政强制措施决定书》。

行政复议机关经审查认为：《中华人民共和国行政强制法》第十八条第（五）项、第（六）项规定:“行政机关实施行政强制措施应当遵守下列规定：（五）当场告知当事人采取行政强制措施的理由、依据以及当事人依法享有的权利、救济途径；（六）听取当事人的陈述和申辩”；《汕头市行政程序规定》第五十六条第二款规定:“行政机关作出影响当事人、利害关系人合法权益或者增加其义务的行政执法决定前，应当告知行政执法决定的事实、理由和依据；当事人、利害关系有权陈述和申辩……”。根据上述规定，被申请人作出强制扣押车辆决定前，应当告知申请人拟对其作出强制扣押车辆决定的理由、依据以及申请人依法享有的陈述和申辩权利，并听取申请人的陈述和申辩。而被申请人提交的证据材料没有体现履行上述规定的记载。被申请人作出的强制扣押车辆决定违反了上述的规定，属于违反法定程序，依法应当予以撤销，但鉴于该行政强制扣押车辆决定已经解除扣押并执行完毕，已无可撤销内容，现若再决定撤销已无实际意义，故依法应当予以确认被申请人作出的《行政强制措施决定书》违法。

**【焦点问题评析】**

争议焦点一：被申请人汕头市濠江区城市综合执法和安监局是否具有作出扣押涉案车辆的行政强制措施职权。

依据《汕头经济特区出租汽车客运条例》第五十三条第一款第（一）项的规定，针对未经许可擅自从事出租汽车经营的违法行为，可以采取扣押车辆行政强制措施的实施主体为交通运输行政主管部门，为何被申请人汕头市濠江区城市综合执法和安监局有职权采取扣押车辆的行政强制措施，是否超越职权？依据《中华人民共和国行政处罚法》第十六条规定，国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的除限制人身自由处罚权外的行政处罚权。广东省人民政府依据该规定和《国务院关于进一步推进相对集中行政处罚权工作的决定》（国发〔2002〕17号）规定的授权，制定了《广东省人民政府关于在汕头市濠江区开展综合行政执法工作的公告》（粤府函〔2013〕73号），省人民政府同意汕头市濠江区开展综合行政执法工作，决定被申请人在汕头市濠江区集中行使交通运输等方面的行政处罚权。因此被申请人具有扣押车辆的行政强制措施权，没有超越职权。申请人在复议申请中没有提及被申请人主体资格问题，复议机关在复议时遵循了全面审查原则，对被申请人的职权进行了审查。

争议焦点二：行政强制措施行为已经被处罚行为所吸收，属于过程性行为，不属于行政复议的范围。

有观点认为，本案被申请人对申请人的违法行为已经做出行政处罚，对申请人直接产生影响的是行政处罚行为而非行政强制措施行为，行政强制措施行为属过程性行为被行政处罚行为所吸收，不属于行政复议的范围。《中华人民共和国行政复议法》第六条第（二）项明确将扣押等行政强制行为作为行政复议的范围，其行为特征与行政处罚有着显著区别，不依赖于行政处罚行为而存在，对行政相对人权利能产生独立的影响，行政主体采取行政强制措施造成相对人损失的应当单独承担赔偿责任。

争议焦点三：未经许可擅自从事出租汽车经营的违法行为事实的认定标准。

申请人在复议申请中称执法人员从未对当事两名学生做笔录。未具备乘客笔录的言词证据，是否会导致证据不足，不能认定申请人存在未经许可擅自从事出租汽车经营的违法行为？从证据形式完备的角度来说，申请人的违法陈述、乘客的询问笔录等言词证据加之现场执法视频和《现场笔录》等视听资料，更能充分证明申请人存在未经许可擅自从事出租汽车经营的违法行为。虽然缺乏乘客笔录有存在“钓鱼执法”的嫌疑，但乘客笔录的缺乏并不是造成证据链断裂的关键证据，除非有证据证明本次执法为“钓鱼执法”，从而否定其他证据取得的合法性。被申请人收集、制作的证据已经能充分认定申请人违法行为的发生。

争议焦点四：被申请人采取行政强制措施违反程序规定，是否导致被撤销。

行政程序违法是否导致行政行为被撤销在理论界存在争议。一种观点认为，行政主体作出行政行为时只要有程序违法就会导致该行政行为撤销；一种观点认为，行政主体作出行政行为时程序违法不一定导致该行为被撤销。轻微程序违法的（比如超过法定期限作出），作为程序瑕疵予以指出或者确认程序违法，而不撤销该行为；重大程序违法的（比如不给予陈述申辩、听证权利等），导致查明事实可能错误，应撤销该行政行为。依据《中华人民共和国行政强制法》第十八条第（五）项、第（六）项和《汕头市行政程序规定》第五十六条第二款规定，被申请人实施行政强制措施应当当场告知当事人采取行政强制措施的理由、依据以及当事人依法享有的权利、救济途径以及听取当事人的陈述和申辩。此陈述申辩权类似于行政处罚中应当告知被处罚人的陈述申辩权，行政相对人程序性权利的缺失可能导致事实认定的错误，因此作出的行政处罚或者行政强制措施行为应当被撤销。被申请人主张在案件的办理过程中执法人员依法告知申请人作出行政强制措施的事实、理由、依据和申请人享有的权利，听取当事人的陈述和申辩等法定程序，按照行政机关负责对行政行为合法性举证的规则，被申请人提交的证据材料没有体现履行上述规定的记载，复议机关认定被申请人程序违法，从而撤销涉案的行政强制措施具有事实和法律依据，体现了对申请人程序性权利的保障，有利于规范基层执法中程序。

争议焦点五：复议决定应选择撤销涉案的行政强制措施，还是确认被申请人作出涉案行政强制措施违法。

《中华人民共和国行政复议法》第一款第（三）项、《汕头经济特区行政复议条例》第五十八条第（三）项均规定了确认行政行为违法的复议决定项。撤销行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的，或者行政行为已经不存在，不具有可撤销的内容的，复议机关适用确认违法决定。本案中，被申请人已经对申请人作出行政处罚决定且申请人已自动履行处罚决定的内容，被申请人作出解除行政强制扣押车辆决定，涉案行政强制措施已被解除，没有处于存续状态，已经不具备可撤销内容，适用撤销复议决定不妥，复议机关适用确认违法决定符合上述规定。

【**总结体会**】

一、注重执法过程中的程序合法。基层执法人员普遍存在“重实体，轻程序”的执法思维。本案中，被申请人提交的证据材料没有体现在采取行政强制措施前当告知申请人陈述申辩权，此程序的缺失可能会导致实体查明内容的错误。复议决定认定被申请人程序违法，从而撤销涉案的行政强制措施，一是考虑规范基层执法的程序，二是体现了对申请人程序性权利的保障。

二、撤销行政强制措施还是确认行政强制措施违法都是对行政强制措施采取否定性评价，复议决定选择适用种类是基于撤销将会给国家利益或者公共利益造成重大损失、或者行政行为已经不存在的原因，不能随意适用种类，而容易导致以复议决定为依据作出其他行政决定时的困惑。

**邱某某不服某执法局行政强制执行决定案**

【**基本案情**】

申请人: 邱某某

被申请人：某执法局

案件基本事实：2014年初，濠江区政府启动了对磊广路、达南路的升级改造工程建设。申请人邱某某原位于磊广路旁的临时铺间被列入拆迁范围，经双方协商，申请人邱某某与所属社区于2014年5月达成协议，由所属社区一次性补偿其相关费用19万元后，该建筑物交由政府施工建设。

2015年6月，被申请人局的执法人员在巡查时发现申请人在已完成道路扩建路基建设的达南路西侧处进行违法建设，执法人员进行当场制止并向申请人发出《责令停止违法行为通知书》。同年12月16日、12月22日、12月30日，被申请人的执法人员在巡查时发现申请人邱某某继续实施违法建设行为，执法人员当场制止，扣留施工工具（切割机1台），分三次向申请人继续发出《责令停止违法行为通知书》及《询问（调查）通知书》。在多次制止无效的情况下，被申请人于2016年1月5日根据《汕头经济特区城乡规划条例》第一百零一条第一款的规定，向申请人发出《责令限期拆除通知书》。当月7日被申请人相关人员到现场与申请人沟通做思想工作，敦促申请人邱某某自觉履行义务，停止违建行为。申请人出示一份所属社区居委会2015年7月开具的证明，主张权利，执法人员当场说明该证明不能作为违法建设的依据和理由，要求申请人按时清除违章建筑物。申请人没有按《责令限期拆除通知书》规定的时间自觉履行拆除义务，被申请人局于2016年3月21日根据《中华人民共和国行政强制法》第三十五条的规定向申请人送达《催告书》。2016年3月24日，被申请人向申请人发出《行政强制执行决定书》，并于2016年3月31日执行完毕。申请人不服，于2016年3月30日向行政复议机关提出行政复议申请，请求撤销该《行政强制执行决定书》。

行政复议机关经审查后作出维持被申请人作出的《行政强制执行决定书》的复议决定。

【**焦点问题评析**】

争议焦点一：申请人“违法建设”行为的认定是否正确。

《行政强制法》第四十四条规定：“对违法的建筑物、构筑物、设施等需要强制拆除的，……行政机关可以依法强制拆除。”所谓“违法的建筑物、构筑物、设施等”，是指未经城乡规划主管部门批准（尚未获得建设工程规划许可证或临时许可证），由建设单位和个人在城市、镇规划区内擅自施工建设的建筑物、构筑物、设施等，而从事此类建筑物、构筑物的施工建设行为则属于“违法建设”行为。行政机关实施强制拆除的前提条件是——行政相对人实施了“违法建设”行为，其所施工建设的建筑物、构筑物、设施等并未获得合法许可。本案中被申请人对申请人作出行政强制执行决定，在行政复议过程对该行政强制执行决定的合法性审查，首先涉及对其前提条件的确认—即申请人是否实施了违法建设行为，这关涉到行政强制执行决定的事实认定是否清楚、正确，属于本案件中的焦点问题之一。对于这一问题的判断，涉及以下两个环节事实认定：

1. 申请人邱某某的临时铺间已被合法征收、并已获得补偿

2014年初，濠江区政府启动了对磊广路、达南路的升级改造工程建设。申请人邱某某原位于磊广路旁的临时铺间被列入拆迁范围，经双方协商，申请人邱某某与所属社区于2014年5月达成协议，由社区一次性补偿其相关费用19万元后，该建筑物交由政府施工建设。这一事实表明，申请人邱某某的临时铺间已被合法征收、并已获得经济补偿，申请人已经丧失了对该临时铺间的所有权和支配权。在政府部门完成拆迁及道路扩建路基建设后，申请人仍在临时铺间原址附近所进行的建设行为显然属于违法行为。

（二）申请人的施工建设行为未获城乡规划部门许可，其提供的所属居委会证明不能证明其行为的合法性

《中华人民共和国城乡规划法》第四十条规定：“在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设的，建设单位或者个人应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证”；第四十四条规定：“在城市、镇规划区内进行临时建设的，应当经城市、县人民政府城乡规划主管部门批准。” 《汕头经济特区城乡规划条例》第五十七条、第七十三条亦有同样的规定。本案中，申请人在其店铺已被征收、拆除的条件下，仍在原址进行施工建设，其行为显然没有获得城乡规划部门的建设工程规划许可证或临时许可证。

另外，申请人提供的所属社区居民委员会出具的证明亦不能证明其建设行为的合法性。该社区居民委员会2014年5月出具的证明：“居委同意负责为邱某某同志吊二个集装箱放到临时停放点同意退下”，该内容并没有包含申请人邱某某提到的居委会同意其退后继续经营55 平方米的意思表示；居委会于2015年7月27日出具给濠江区工商局的《证明》，主要是为邱某某办理更换工商营业执照所开具的，与本案申请人邱某某的违章搭建建筑物行为是不同的法律关系，不能作为申请人邱某某合法拥有该地块使用权和建设权的主要依据。

综上所述，本案中行政强制执行决定的事实认定问题清楚、正确，申请人的行为确属违法建设行为。

争议焦点二：行政强制执行决定的实体要件是否合法。

行政强制执行是为了促使行政相对人履行义务、行政机关在“迫不得已”的条件下发动的实力性行政行为。在法理上，一个合法的行政强制执行在实体上必须具备以下条件：（1）行政主体对行政相对人作出了一个前置性行政行为，该行为对行政相对人课予了明确的义务；（2）行政相对人拒不履行义务；（3）行政强制执行的发动具有必要性，即行政相对人不履行义务所导致的后果无法通过其他方式予以矫正或行政主体无法通过其他措施达到迫使行政相对人履行义务的目的。对行政强制执行的合法性审查，必须以上述实体合法性要件为标准对其实质内容进行考察。

（一）本案中行政强制执行决定的实体合法性要件

《中华人民共和国城乡规划法》第六十四条规定：“未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定进行建设的，由县级以上地方人民政府城乡规划主管部门责令停止建设；尚可采取改正措施消除对规划实施的影响的，限期改正，处建设工程造价百分之五以上百分之十以下的罚款；无法采取改正措施消除影响的，限期拆除，不能拆除的，没收实物或者违法收入，可以并处建设工程造价百分之十以下的罚款。”；第六十八条规定：“城乡规划主管部门作出责令停止建设或者限期拆除的决定后，当事人不停止建设或者逾期不拆除的，建设工程所在地县级以上地方人民政府可以责成有关部门采取查封施工现场、强制拆除等措施”。

上述规定完整地体现了行政强制执行的合法实体要件，其中：（1）“责令停止建设”是指在行政相对人实施了违法建设行为后，行政主体作出的前置性行政行为，其内容在于对行政相对人课予义务——停止违法建设行为；（2）“当事人不停止建设或者逾期不拆除”之规定则对应于“行政相对人拒不履行义务”之要件。（3）“尚可采取改正措施消除对规划实施的影响的，限期改正，处建设工程造价百分之五以上百分之十以下的罚款”等规定涉及发动行政强制执行的必要性条件，即如果行政相对人的违法建设行为“尚可采取改正措施消除对规划实施的影响的”，则无需发动行政强制执行。

（二）被申请人所作的行政强制执行决定之实体合法性考察

首先，本案中被申请人在发现申请人的违法建设行为后，于2015年6月当场制止并发出《责令停止违法行为通知书》，该通知书在性质上属于对行政相对人课予义务的前置性行政行为，其内容在于对行政相对人课予义务——停止违法建设行为。

其次，被申请人发出《责令停止违法行为通知书》后，2015年12月16日、12月22日、12月30日，被申请人的执法人员在巡查时发现申请人邱某某继续实施违法建设行为，执法人员当场制止，扣留施工工具（切割机1台），分三次向申请人邱某某继续发出《责令停止违法行为通知书》及《询问（调查）通知书》。在多次制止无效的情况下，被申请人于2016年1月5日向申请人邱某某发出《责令限期拆除通知书》。申请人邱某某没有按《责令限期拆除通知书》规定的时间自觉履行拆除义务。这些事实表明，申请人邱某某拒不履行停止、纠正违法建设行为之法律义务，若不对其采取行政强制措施，将导致公共利益以及政府部门执法权威性的损害。

第三，本案申请人实施违法建设行为的地点在政府部门的道路升级改造工程范围之内，且在政府部门已完成道路扩建路基建设后实施，显然属于无法“采取改正措施消除对规划实施的影响”之违法行为，如不及时制止、纠正，将严重阻碍工程建设的推进、对公共利益造成损害。因此，本案中行政强制执行的发动具有必要性。

综上可知，本案被申请人对申请人采取的行政强制执行决定实体要件合法。

争议焦点三：行政强制执行的程序是否正当、合法。

行政强制执行属于行政法上确保行政管制目标实现的“最终手段”，该行为涉及对行政相对人的人身与财产权益采取实力性、物理性的制约措施，立法对其设置了非常严格的前置性程序要件，这种程序要件所蕴含的法理体现为——基于权利保障之根本立场，行政机关不得随意发动强制措施，应当遵守“期待当事人自己履行”、“非迫不得已不得发动强制措施”两项原则。一般而言，发动行政强制执行的程序要件包括以下几个环节：（1）行政主体对行政相对人作出了行政决定，行政相对人在规定期限内不履行义务；（2）告诫或催告程序，旨在催促行政相对人自行履行义务，告知其履行义务的方式及期限；（3）听取陈述或申辩程序，如果行政相对人存有异议，行政主体应当充分听取其意见，如发现行政行为确有错误的，应及时改正。（4）作出行政强制执行决定程序。经催告程序后，行政相对人仍然拒不履行义务，行政主体可作出行政强制执行决定。但这并不意味着强制措施的必然发动，行政主体通过公告、送达等方式告知行政强制决定后，如果行政相对人在行政主体实施强制执行前自己履行了义务或提起救济，仍可引起行政强制执行程序的终止或中止；（5）实施行政强制执行程序。作出行政强制执行决定后如不存在终止或中止强制执行程序的事由，最终导致行政强制执行的实施。以上程序环节是审查行政强制执行程序是否合法、正当的基本标准。

1. 本案中行政强制执行决定的程序合法性要件

对本案行政强制执行决定程序是否合法、正当的考察，需以《行政强制法》的有关规定为依据。该法第三十四条至四十四条之规定，完整地设置了行政强制执行正当程序的基本要素。

（1）《行政强制法》**第三十四条规定：“**行政机关依法作出行政决定后，当事人在行政机关决定的期限内不履行义务的，具有行政强制执行权的行政机关依照本章规定强制执行**”**。这是关于发动行政强制执行前提条件的规定。

（2）《行政强制法》**第三十五条规定：“**行政机关作出强制执行决定前，应当事先催告当事人履行义务。催告应当以书面形式作出，并载明下列事项：（一）履行义务的期限；（二）履行义务的方式；（三）涉及金钱给付的，应当有明确的金额和给付方式；（四）当事人依法享有的陈述权和申辩权。**”这是关于催告程序的规定。**

**（3）**《行政强制法》**第三十六条：“**当事人收到催告书后有权进行陈述和申辩。行政机关应当充分听取当事人的意见，对当事人提出的事实、理由和证据，应当进行记录、复核。当事人提出的事实、理由或者证据成立的，行政机关应当采纳**”**。这是关于听取陈述或申辩程序的规定。

（4）《行政强制法》**第三十七条规定：“**经催告，当事人逾期仍不履行行政决定，且无正当理由的，行政机关可以作出强制执行决定。强制执行决定应当以书面形式作出，并载明下列事项：（一）当事人的姓名或者名称、地址；（二）强制执行的理由和依据；（三）强制执行的方式和时间；（四）申请行政复议或者提起行政诉讼的途径和期限；（五）行政机关的名称、印章和日期。**”** **第三十八条规定：“**催告书、行政强制执行决定书应当直接送达当事人。当事人拒绝接收或者无法直接送达当事人的，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定送达。**”这是关于作出行政强制执行决定程序的规定。**

**（5）**《行政强制法》**第三十九条至第四十四条则对行政强制执行的实施程序作出了规定。其中包括终止与中止执行的条件、错误执行的赔偿问题、执行过程中与当事人达成执行协议的规定等等。**

（二）被申请人所作的行政强制执行决定之程序合法性考察

首先，本案事实表明，行政强制执行决定的作出条件完全符合法律规定。被申请人执法人员在巡查时发现申请人邱某某的违法建设行为后，当场制止并发出《责令停止违法行为通知书》。申请人虽口头答应，但其后又趁夜晚及节假日偷建抢建。2015年12月16日、12月22日、12月30日，被申请人执法人员在巡查时又发现其继续实施违法建设行为，于是予以当场制止、扣留施工工具（切割机1台），并发出《责令停止违法行为通知书》及《调查询问通知书》，进而于2016年1月5日向申请人邱某某发出《责令限期拆除通知书》。这实际上是对申请人作出了行政决定，对其课予了停止违法建设行为、自行拆除违法建设物的义务。

其次，本案行政强制执行的催告程序合法。多次制止无效的情况下，被申请人濠江区城综执法安监局于2016年3月21日向申请人送达《催告书》，并告知其有陈述、申辩的权利。这实际上是向申请人作出了催告，要求其在一定期限内自行拆除违法建设物，符合《行政强制法》**第三十五条之规定。**

**第三，本案中的**听取陈述或申辩程序合法。被申请人向申请人发出《催告书》的同时，告知其享有陈述、申辩的权利。对申请人的陈述、申辩，被申请人认真听取，仔细复审，认为申请人的陈述、申辩缺乏法律依据和事实依据，符合《行政强制法》**第三十六条之规定。**

**第四，本案被申请人作出行政强制执行决定、实施行政强制执行的程序均符合法律规定。**被申请人向申请人发出《催告书》后，申请人并未履行自行拆除违法建设物之义务。3月24日，根据汕头市濠江区人民政府的指令，被申请人向申请人发出《行政强制执行决定书》，并于3月31日执行完毕。其间并不存在终止或中止执行的情形，其过程完全合法。

综上，本案行政强制执行决定的程序要件完全合法、正当。

【**总结体会**】

一、严格遵守法定程序。行政程序是对行政权运行的过程控制，现代行政法治已经从原先的侧重于对行政权的“事后控制”转向“过程控制”（程序控制）并重，尤其是那些对行政相对人权益产生不利影响的干预行政活动，行政机关恪守法定程序具有十分重要的保障权利之意义。就行政强制执行而言，我国《行政强制法》为行政强制活动的实施设置了详细而周密的程序规定，其要旨在于贯彻“期待当事人自己履行”、“非迫不得已不得发动强制措施”两项原则。

二、认真听取行政相对人的陈述或申辩，保证行政过程的交涉性与公正性。现代行政程序法治的核心要旨在于程序的交涉性，即行政权力运行过程中必须听取行政相对人的陈述或申辩，以保障程序的正当性与公正性。尤其是那些对行政相对人作出不利处分的行政行为，听取行政相对人的陈述或申辩意义尤为重大，不仅可以及时纠正行政过程中可能出现的瑕疵，而且有利于说服、教育当事人，进而产生及时解决纠纷促进社会的稳定和谐之功效。

**刘某某不服某镇人民政府限期落实违法用地整改通知案**

【**基本案情**】

申请人：刘某某

被申请人：某镇人民政府

申请人不服被申请人作出的《关于限期落实违法用地整改通知书》（以下简称《限期整改通知书》），于2017年向汕头市人民政府提出行政复议申请。申请人请求：依法撤销被申请人作出的《限期整改通知书》。

申请人称：一、《限期整改通知书》违反法定程序，依法应予撤销。1、本案被申请人在作出《限期整改通知书》之前，没有根据《行政处罚法》第31条、第32条的规定向申请人告知处罚的内容，剥夺了申请人依法享有的正当权利，属于严重违法法定程序的行政行为。2、《限期整改通知书》责令申请人在2日内拆除已经建成的建筑物，涉及申请人的重大利益，而被申请人没有书面告知申请人有要求举行听证的权利，甚至连口头的告知也没有。这明显属于违法法定程序的行政行为。3、《限期整改通知书》对不服该行政行为的救济途径没有任何告知。二、《限期整改通知书》认定事实不清。《限期整改通知书》涉及两个基本问题，一是申请人是否合法享有《限期整改通知书》中所讲的10.839亩土地的使用权；二是申请人正在实际使用的10.839亩土地是否符合该村的乡村建设规划。而申请人有事实和证据证明合法享有《限期整改通知书》中所涉及的10.839亩土地使用权，且申请人并无违反该村乡村建设规划的行为。综上，《限期整改通知书》严重违反法定程序、认定事实不清，依法应予撤销。

被申请人答复称：其作出《限期整改通知书》的行为不属于可复议行政行为。被申请人要求申请人限期拆除违法建筑的行为的目的是纠正申请人的违法行为，不具有强制性，依法不属于《中华人民共和国行政复议法》第六条规定的可申请复议范围。另外，申请人认为被申请人的行为是对申请人的行政处罚，这是对行政处罚概念的错误理解。被申请人通知申请人限期拆除非法占用土地上的建筑物及其他设施，恢复土地原状，目的是纠正申请人的违法行为，不具有惩罚性，因此被申请人的行为并非行政处罚行为。国务院法制办公室也发函明确了“责令限期拆除”的行政行为非行政处罚行为：“根据《中华人民共和国行政处罚法》第二十三条关于‘行政机关实施行政处罚时，应当责令改正或限期改正违法行为’的规定，责令改正或限期改正违法行为与行政处罚是不同的行政行为。因此《中华人民共和国城乡规划法》第六十四条规定的‘限期拆除’，第六十八条规定的‘责令限期拆除’不应当理解为行政处罚行为。”【详见“对陕西省人民政府法制办公室《关于“责令限期拆除”是否属于行政处罚行为的请示》的复函（国法秘研函[2012]665号）”】。综上，被申请人的行为不属于可复议行政行为，依法应驳回申请人的复议申请。

行政复议机关查明的事实：某镇某村委会将厂房用地13.7亩租给本村村民刘某某使用，村委会分别于1988年、1991年、1992年收取申请人地皮款共131740元整。申请人刘某某于1990年开始建设厂房面积14.07亩。该用地分别于1990年12月、1992年5月经国土部门批复同意批准面积8.73亩，未批准面积5.34亩。另外，申请人刘某某于2013年12月私自搭建建筑物面积5.499亩，某镇国土所在巡查中发现后，立即制止，并于2013年12月5日向某居委会发出《责令停止违法行为通知书》，责令某居委会立即停止上述违法行为，落实整改。同日，某镇处理土地违法问题领导小组向某居委会发出《责令改正违法行为通知书》，责令某居委会在本月6日前自行改正。经现场勘查，申请人刘某某在该村洋尾庵边建设厂房及搭建建筑物面积共19.569亩。其中：经许可面积8.73亩；未经许可面积10.839亩，地类为建设用地面积10.799亩、耕地面积0.04亩。

2017年1月，某区处理土地违法问题督导组办公室向被申请人发出《关于限期落实违法用地整改通知书》，责令被申请人对申请人的建筑物限期组织拆除，恢复土地原状。2017年2月21日，被申请人根据某区处理土地违法问题督导组办公室的要求，对申请人刘某某作出《限期整改通知书》，内容为：你未经有权批准机关批准，擅自在……搭建临设面积10.839亩……，多次通知自行拆除，至今仍未拆除。根据《城乡规划法》第65条和《土地管理法》有关规定及上级部门的调查处理意见，现通知你限期于2017年 2月23日前自行拆除在上述非法占用土地上的建筑物及其他设施，恢复土地原状，逾期未拆除，视为放弃，镇政府将组织进行强制拆除。 。

【**焦点问题评析**】

争议焦点一：被申请人作出的《限期整改通知书》在法律上是否属于行政处罚行为。

《中华人民共和国行政复议法》第六条规定：“有下列情形之一的，公民、法人或者其他组织可以依照本法申请行政复议：(一)对行政机关作出的警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照、行政拘留等行政处罚决定不服的；(二)对行政机关作出的限制人身自由或者查封、扣押、冻结财产等行政强制措施决定不服的；(三)对行政机关作出的有关许可证、执照、资质证、资格证等证书变更、中止、撤销的决定不服的；(四)对行政机关作出的关于确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的决定不服的；(五)认为行政机关侵犯合法的经营自主权的；(六)认为行政机关变更或者废止农业承包合同，侵犯其合法权益的；(七)认为行政机关违法集资、征收财物、摊派费用或者违法要求履行其他义务的；(八)认为符合法定条件，申请行政机关颁发许可证、执照、资质证、资格证等证书，或者申请行政机关审批、登记有关事项，行政机关没有依法办理的；(九)申请行政机关履行保护人身权利、财产权利、受教育权利的法定职责，行政机关没有依法履行的；(十)申请行政机关依法发放抚恤金、社会保险金或者最低生活保障费，行政机关没有依法发放的；(十一)认为行政机关的其他具体行政行为侵犯其合法权益的。”可见，被纳入《行政复议法》第六条所列举的类型化的具体行政行为或者能够被归于侵犯公民、法人或者其他组织合法权益的其它具体行政行为是行政复议机关受理并审查案件的前提条件。就本案而言，涉案的《限期整改通知书》是何性质直接决定着其能否被纳入行政复议的范围，而申请人刘某某与被申请人就此问题产生争议。遂成本案一大争议焦点。

对于责令改正或者责令限期改正的法律属性，无论是在学理上还是在司法实践中都处于混杂不清的状态，大体而言，目前存在着“行政强制措施说”、“行政命令说”和“行政处罚说”三种观点。其实，以体系化的视角来看，责令改正或者责令限期改正在法律上有多种面向，在不同的法律规定中以及在不同的法律适用情形下，责令改正具有截然不同的法律属性，因此需要具体问题具体分析。就本案而言，主要围绕涉案的《限期整改通知书》是否属于行政处罚行为的问题形成争点：

观点一：《限期整改通知书》不属于行政处罚行为

一般来说，行政处罚是对违法当事人采取惩罚性制裁措施的一种具体行政行为，通过限制或剥夺违法相对人的权利或权益来达到惩罚和教育的目的。因此，行政处罚必须具有“教育”与“惩罚”的目的，如此才能促使违法者遵守法律、避免再次违法并最终促进社会秩序的维护和公共利益的实现。本案中，被申请人主张其要求申请人刘某某限期拆除违法建筑的行为的目的是纠正申请人的违法行为，不具有强制性，更不带有惩戒性，因此在性质上无法被归于一种行政处罚。同时，“处罚法定原则”是《行政处罚法》的一项基本原则，其中行政处罚种类的法定是“处罚法定原则”的核心意涵之一，但从《行政处罚法》第8条之规定来看，其并未明确将责令改正设定为一项法定的行政处罚种类，另外，根据国务院法制办对陕西省人民政府法制办所作的《<关于“责令限期拆除”是否属于行政处罚行为的请示>的复函》（国法秘研函[2012]665号）的解释：“《中华人民共和国城乡规划法》第六十四条规定的‘限期拆除’，第六十八条规定的‘责令限期拆除’不应当理解为行政处罚行为。”因此，本案被申请人认为涉案的《限期整改通知书》并非行政处罚行为。

观点二：《限期整改通知书》属于行政处罚行为

根据“处罚与教育相结合原则”，行政处罚不仅局限于带有惩罚性的行政行为，行政处罚也可以是补偿性的和救济性的。据此，行政处罚可以分为行为罚和救济罚，传统行为罚以惩戒为核心，救济罚则是指为了恢复被侵害的权利、秩序或为了使侵害不再继续而对违法者进行的处罚。抛开上述学理讨论，单从我国现有法律规定来看，尽管《行政处罚法》第8条并未将责令改正明确规定为一项行政处罚行为，但是也不能完全排除责令改正决定被认定为《行政处罚法》所规定的“法律、行政法规规定的其他行政处罚”的可能。毕竟，从其他单行法律、法规的规定来看，明确将责令改正决定界定为行政处罚的规定也并不少，如《土地管理法》第83条规定：“依照本法规定，责令限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施的，建设单位或者个人必须立即停止施工，自行拆除；对继续施工的，作出处罚决定的机关有权制止。建设单位或者个人对责令限期拆除的行政处罚决定不服的，……”显然，该条将责令限期拆除的决定界定为一种行政处罚行为的意图十分明确。也正是基于上述实证法上之规定，本案申请人刘某某方能以被申请人处罚违法为由提起行政复议。也是基于上述明确规定，本案复议机关认定本案所涉的“限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施”的决定是一种“土地管理类行政处罚行为”。

争议焦点二：被申请人是否具有执法主体资格。

《行政复议法》第二十八条第一款第三项规定：“具体行政行为由下列情形之一的，决定撤销、变更或者确认该具体行政行为违法；决定撤销或者确认具体行政行为违法的，可以责令被申请人在一定期限内重新作出具体行政行为：4.该超越或者滥用职权的……”因此，作出涉案决定的执法主体是否具有职权或者是否滥用职权是判断行政行为合法性的重要标准。就本案来看，被提起复议的《限期整改通知书》的作出主体为被申请人。因此，其是否具有执法主体资格遂成为本案第二个争议焦点。

观点一：被申请人超越职权作出涉案行政决定，不具有执法主体资格。

《中华人民共和国土地管理法》（以下简称《土地管理法》）第六十六条第一款规定：“县级以上人民政府土地行政主管部门对违反土地管理法律、法规的行为进行监督检查”；第六十七条规定：“县级以上人民政府土地行政主管部门履行监督检查职责时，有权采取下列措施......（四）责令非法占用土地的单位或者个人停止违反土地管理法律、法规的行为”；第七十六条第一款规定：“未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地的，由县级以上人民政府土地行政主管部门责令退还非法占用的土地，对违反土地利用总体规划擅自将农用地改为建设用地的，限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，恢复土地原状，对符合土地利用总体规划的，没收在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，可以并处罚款；……”根据上述规定，县级以上人民政府土地行政主管部门才有权限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施。而在本案中，申请人刘某某未经批准非法占用土地10.839亩并在其上非法新建厂房及搭建建筑物，其行为符合《土地管理法》第七十六条第一款之规定。但本案中要求申请人刘某某作出“自行拆除其非法占用土地上的新建的建筑物及其他设施”的行为的执法主体却是被申请人，不符合上述法律规定，因此被申请人不具备行政执法主体资格，其作出《限期整改通知书》的行为属于超越法定职权。

观点二：被申请人有权作出涉案行政决定，具有执法主体资格

《中华人民共和国城乡规划法》（以下简称《城乡规划法》）第六十五条规定：“在乡、村庄规划区内未依法取得乡村建设规划许可证或者未按照乡村建设规划许可证的规定进行建设的，由乡、镇人民政府责令停止建设、限期改正；逾期不改正的，可以拆除。”根据上述规定，在未取得乡村建设规划许可证而进行建设的情况下，乡镇政府具有作出“限期改正”决定的执法权限。因此，在本案中，复议机关主张被申请人确实拥有部分城乡规划类的执法职权，具有执法主体资格。

争议焦点三：被申请人作出《限期整改通知书》的执法程序是否合法。

行政程序对于法治政府建设尤其是行政权力行使的理性化具有重要意义，从这个意义上来说，行政程序乃是行政执法的生命力之所在。《行政处罚法》第三条规定：“公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，应当给予行政处罚的，依照本法由法律、法规或者规章规定，并由行政机关依照本法规定的程序实施。没有法定依据或者不遵守法定程序的，行政处罚无效。”《行政复议法》第二十八条第一款第三项规定：“具体行政行为有下列情形之一的，决定撤销、变更或者确认该具体行政行为违法；决定撤销或者确认该具体行政行为违法的，可以责令被申请人在一定期限内重新作出具体行政行为：3．违反法定程序的……”因此，程序是否合法是判断某一行政行为是否合法的重要标准。在本案中，被申请人对申请人刘某某的作出涉案决定的程序是否合法构成本案的另一个争议焦点。

观点一：被申请人作出《限期整改通知书》的执法程序不合法。

该观点认为：其一，被申请人作出《限期整改通知书》时没有告知申请人作出决定的事实、理由及依据，也未能充分听取申请人意见。《行政处罚法》第三十一条规定：“行政机关在作出行政处罚之前，应当告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据，并告知当事人依法享有的权利。”《行政处罚法》三十二条规定：“当事人有权进行陈述和申辩，行政机关必须充分听取当事人的意见，对当事人提出的事实、理由和证据应当进行复核，当事人提出的事实、理由和证据成立的，行政机关应当采纳。”在本案中，被申请人在作出《限期整改通知书》之前，没有向申请人告知以上内容，剥夺了申请人依法享有的正当权利，属于严重违法法定程序的行政行为。其二，被申请人未能充分保障申请人要求听证的权利。《行政处罚法》第四十二条规定：“行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或营业执照、较大数额的罚款等行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利。”具体到本案，《限期整改通知书》责令申请人在2日内拆除已经建成的建筑物，涉及申请人的重大利益，而被申请人没有书面告知申请人享有要求举行听证的权利，甚至连口头的告知也没有。其三，被申请人没有在作出《限期整改通知书》时告知申请人申请复议或者提起诉讼的权利。《行政处罚法》三十九条规定：“行政机关依照本法第38条的规定给予处罚，应当制作行政处罚决定书，行政处罚决定书应当载明以下事项……（五）不服行政处罚决定，申请行政复议或提起行政诉讼的途径和期限……”而《限期整改通知书》对不服该行政行为的救济途径没有任何告知，这直接违反了《行政处罚法》的硬性规定。

另外，作为我国较早制定地方行政程序规定的地方，汕头市在2011年就颁布实施了《汕头市行政程序规定》，该《规定》第五十六条第二款规定：“行政机关作出影响当事人、利害关系人合法权益或者增加其义务的行政执法决定前，应当告知行政执法决定的事实、理由和依据；当事人、利害关系人有权陈述和申辩。行政机关作出行政执法决定，应当依法告知行政复议或者行政诉讼的权利、期限和途径。”但被申请人在作出《限期整改通知书》时没有履行法定的行政执法程序，构成程序违法。

观点二：被申请人作出《限期整改通知书》的执法程序合法。

该观点认为：本案中被申请人作出的《限期整改通知书》的目的是纠正申请人的违法行为，不具有惩罚性，不是《汕头市行政程序规定》第五十六条第二款中规定的“影响当事人、利害关系人合法权益或者增加其义务”的行政处罚行为，不属于可以申请行政复议的范围，因此被申请人作出《限期整改通知书》时未告知申请人复议和诉讼权利的作法并不违反行政程序。同时，正因为涉案的《限期整改通知书》并非一项行政处罚，因此也无需适用《行政处罚法》第三十一条、第三十二条和第四十二条所规定的行政程序，并不违反行政处罚法定程序。

经研究，行政复议机关认为：被申请人作出《关于限期落实违法用地整改通知书》，超越法定职权，认定事实不清、证据不足、违反法定程序、适用依据错误，依法应当撤销。

其一，根据《土地管理法》第八十三条之规定，本案中被申请人作出的限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施的决定是一种土地管理类行政处罚行为，依法属于《行政复议法》的受案范围。其二，根据《土地管理法》第六十六条第一款、第六十七条和第七十六条第一款之规定，具有作出限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施决定的执法主体应是县级以上人民政府土地行政主管部门，因此本案中被申请人不具备行政执法主体资格，其对申请人刘某某作出《关于限期落实违法用地整改通知书》的行为属于超越法定职权。其三，被申请人在作出通知前没有履行法定的行政执法程序，违反了《汕头市行政程序规定》第五十六条第二款的规定，构成程序违法。其四，被申请人在《限期整改通知书》中认定申请人刘某某擅自搭建临设和非法占用土地，没有提供充分有效的证据予以证实，属认定事实不清、证据不足。其五，被申请人不是《土地管理法》规定的适格执法主体，其作出的通知既适用《城乡规划法》第65条，又适用《土地管理法》的有关规定，属适用依据错误。

【**总结体会**】

一、案件处理宜具体问题具体分析。无论是域外各国还是我国，其行政法和行政诉讼法都是围绕类型化的行政行为展开救济。简言之，学理根据一定标准将行政机关的诸多行为人为地划分为行政处罚、行政许可、行政强制、行政协议等诸多类型，我国同样如此并以此为基础相继出台了中国行政法的三部曲，即《行政处罚法》、《行政许可法》和《行政强制法》。这种行政行为的类型化理论对于有效实现控制行政权和救济公民权利的目标具有重要意义，但是其弊端在于，受制于人类理性的有限性，很多行政机关的行为无法被清晰地划归为某种具体的行政行为类型，由此构成对相对人权利进行救济的障碍，为此，复议机关对于行政机关的行为性质的判断不能过于机械，宜针对个案所处具体领域及其适用的规范进行个案判断。责令改正或者责令限期改正即属于这种行为，具体来说，责令限期改正无法被归类为某种单一的行政行为，而是在各种单行法律规范和实践中具有多种样态（如行政处罚说、行政强制说和行政命令说），因此，其性质的最终确定需要具体问题具体分析。在本案中，综合《土地管理法》的规定和学理上的探讨，我们认为，被申请人作出的《限期整改通知书》应是一种行政处罚行为，属于行政复议的受案范围。

二、要重视行政程序的地方立法，凸显行政程序的独立价值。一直以来，制定一部统一适用的行政程序法都是行政法理论界和实务界的目标追求，但囿于复杂的国情等诸多因素，国家层面的程序法一直难产。但是这并不妨碍各地针对地方实践启动行政程序的地方立法，作为经济特区，汕头市根据其立法权限，充分发挥自身优势制定了《汕头市行政程序规定》，对行政机关的行政行为提出了诸多程序要求。因此，汕头市的各复议机关在对被复议的行政行为进行审查时应当特别关注该程序规定，透过个案彰显行政程序的独立价值。

三、行政机关在作出行政行为时应做到适用法律规范的统一。行政法规范是一套完整的法秩序，因此，行政机关在个案中适用法律时应该着眼整体，统一适用法律规范，避免规范适用的冲突。例如，根据《城乡规划法》第65条的规定，乡镇政府才是具有作出责令改正决定权限的适格执法主体，但在本案中，被申请人某镇政府不仅适用了《城乡规划法》，又适用了《土地管理法》中只有县级以上土地行政主管部门拥有责令改正权限的有关规定，其适用的法律规范之间相互冲突，属适用依据错误。

**某公司不服某国土资源局行政不作为案**

**【基本案情】**

申请人：某公司

被申请人：某国土资源局

申请人不服被申请人未在法定期限内为其办理《建设用地批准书》，于2014年9月向行政复议机关提出行政复议申请。

申请人申请复议的理由：申请人在市区有一处房地产经市政府批准列入2011年度汕头市“三旧”改造计划，由申请人编制的用地改造方案经市政府和某区政府批准，同意由申请人实施改造。2013年7月某城乡规划部门出具复函，申请人依据该份复函向被申请人申请改造项目用地手续。2014年6月，被申请人作出批复，对上述项目用地的总面积、用地性质、容积率、土地使用年限、“三旧”改造补缴地价款等问题作出答复。申请人依据上述文件依法补缴了“三旧”改造地价款。申请人于2014年6月向某区国土分局申请申办《建设用地批准书》，同时提交了相关资料。某区国土分局在2014年6月7日收取申请人的全部申办材料后，没有依法向申请人开具《受理回执》或《收取材料清单》，也没有按《中华人民共和国土地管理法实施条例》的规定和市国土局《核发〈建设用地批准书〉（首次办理）》的办事指南的规定“即时出具《建设用地批准书》”，从2014年6月7日至今已长达三个月时间，既没有依法为申请人办理《建设用地批准书》，也没有告知申请人不予办理的原因和理由，对申请人的该“三旧”改造项目的进展造成巨大影响，属于严重的行政不作为。2014年9月12日，申请人依法向被申请人提交《关于依法尽快为我司办理〈建设用地批准书〉的申请书》，但至今被申请人仍没有答复，也没有告知申请人不予办理的原因和理由。申请人认为，被申请人作为辖区内“三旧”改造项目用地《建设用地批准书》的核发机关，在申请人符合法定条件申办《建设用地批准书》并按法律规定提交全部申办材料的情况下，没有依法向申请人开具《受理回执》或《收取材料清单》，也没有按《中华人民共和国土地管理法实施条例》的规定和市国土局《核发<建设用地批准书>（首次办理）》的办事指南的规定为申请人“即时出具《建设用地批准书》”，更没有向申请人告知不予办理的原因和理由，已属于严重的行政不作为。

被申请人答复称：一、被申请人依法依规办事，不存在行政不作为的事实，应依法驳回申请人的复议申请。申请人于2014年6月7日向被申请人辖下某区国土分局咨询办理《建设用地批准书》时，某区国土分局经核对相关资料后发现该宗用地原临时改变土地用途需补交的地价款及罚款尚未缴交，即口头告知申请人应按规定交清相关款项后，方能依法核发《建设用地批准书》。之后申请人一直未按规定缴交欠款。2014年8月27日，某区国土分局向申请人发出《通知》，再次要求申请人按期缴交上述相关款项。2014年9月18日，申请人向某区国土分局提交《关于依法尽快为我司办理〈建设用地批准书〉的申请书》，某区国土分局于2014年9月23日针对相关问题函复申请人，明确告知相关事项。二、申请人尚未缴交上述用地临时改变用途地价款，申报核发《建设用地批准书》的材料不齐全，不符合受理条件，并非被申请人行政不作为。申请人因其自身原因尚未缴清申请用地的临时改变用途地价款，申报核发《建设用地批准书》的材料不齐全，不符合受理条件，致被申请人无法依法给予核发《建设用地批准书》。

行政复议机关经审查认为：本案中，申请人向被申请人辖下某区国土分局提交《关于申请办理〈建设用地批准书〉的申请报告》及相关材料，虽没有开具收件回执，但经办机构也承认已经收到。可以认定为被申请人已经收到申请人的办件申请。

涉案房产在经过法院查封、拍卖后，法院的《执行裁定书》已明确：涉案房产归买受人林某所有，上述房产过户应补的地价、所欠税费及过户手续一切费用均由买受人林某承担。但该房产在办理房产过户更名时，被申请人在其出具的两份批复中均没有提出要求汕头市某总公司、林某或申请人应补交上述地价款833070.5元及罚款6243.75元，反而在过户手续完成后，申请人申请办理《建设用地批准书》时被申请人才要求其缴交。由于《执行裁定书》所确定的承接该房产的权利义务主体林某已变更为申请人，林某在办理房产过户更名时，被申请人也没有要求其缴交上述款项，即申请人办理土地权属变更手续依法依法院裁定应当缴交的地价款和税费已经缴交。因此，被申请人在履行核发《建设用地批准书》这一行政许可行为时，要求申请人替该宗用地原业主汕头市某总公司补缴历史上欠缴的地价款和罚款后才依法给予核发《建设用地批准书》的理由，法律依据不足，违反了《中华人民共和国行政许可法》第三十七条“行政机关对行政许可申请进行审查后，除当场作出行政许可决定的外，应当在法定期限内按照规定程序作出行政许可决定”规定，被申请人局的行为已构成行政不作为。据此，行政复议机关依法作出责令被申请人在法定期限内为申请人办理《建设用地批准书》的复议决定。

**【焦点问题评析】**

争议焦点一：国土局的行为是否属于行政不作为？

行政不作为是指行政主体维持现有法律状态，或不改变现有法律状态的具体行政行为。另一种行政不作为的定义认为，行政主体消极对待作为义务的行为是行政不作为。那么，在本复议案件中，被申请人的行为性质是否属于行政不作为呢？被申请人认为不存在行政不作为的事实。申请人于2014年6月7日向某区国土分局咨询办理《建设用地批准书》时，某区国土分局经核对相关资料后发现该宗用地原临时改变土地用途需补交的地价款及罚款尚未缴交，即口头告知申请人应按规定缴清相关款项后，方能依法核发《建设用地批准书》。之后因申请人一直未按规定缴交上述款项，申报核发《建设用地批准书》的材料不齐全，不符合受理条件，并非被申请人行政不作为。从形式上看，国土局已经积极履行其作为义务，并未消极对待其作为义务，按照《行政许可法》第三十二条第（四）项的要求，当场告知申请人申请材料不齐全，补正材料后方可受理。这里虽然有行为上的瑕疵，国土局应该作出不予受理行政许可申请的书面凭证，但也不能因此认定收到申请材料之日起即为受理，毕竟国土局已经当场履行了上述的法定告知义务。但从实质上看，国土局的行为起到了拒绝了申请人的申请的作用，维持了现有法律状态，或不改变现有法律状态，使申请人基于信赖保护原则的合理期待和信赖利益受到损失，符合第一种行政不作为的定义，在性质上仍然是没有履行法定职责，因此仍然属于行政不作为。另外，本案中的国土局在林某买受该房产前后和将房产登记过户到某公司名下过程中，未及时依法履行催缴地价款和税费义务及尽到相关的注意义务，致使国家权益受到损失，也属于行政不作为。

争议焦点二：国土局是否应该许可该申请，办理《建设用地批准书》？

国土局依据该局《行政服务事项办事规范》中关于《建设用地批准书》的办事依据：“《中华人民共和国土地管理法实施条例》第二十二条第一款第（三）项、第二十三条第一款第（三）项。”受理条件为：“1、经依法取得的国有、集体建设用地；2、按规定缴清地价款和有关税费的；3、申请建设用地批准书时未超过土地使用权出让合同（批准文件）约定的开竣工期限；4、不存在其它土地违法违规行为；5、申报材料齐全且符合要求。”因申请人未缴清地价款和有关税费，拒绝为其办理《建设用地批准书》。但国土局在之前林某将本案所涉房产过户到某公司名下的行政确认行为中，即应按规定要求林某或某公司履行该缴清义务，但国土局未尽到应有的注意义务，办理了过户手续。该行政确认行为既经作出，即产生公定力和确定力、拘束力等法律效力。行政相对人也因此产生合理期待和信赖利益，基于法律的安定性，应当予以保障。而且，履行缴清义务的主体是原业主汕头市某总公司或林某，而非经该行政行为确认的新权利义务主体某公司。因此，复议机关责令被申请人在法定期限内为申请人办理《建设用地批准书》的复议决定，体现了当代行政法的“信赖保护”原则，维护了行政机关的公信力，也保护了行政相对人的合法权益，符合中共中央深改小组《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》的政策精神，值得肯定。

**【总结体会】**

一、要强化对行政相对人信赖利益的保护。信赖利益是民法帝王条款“诚信原则”在行政法领域的体现，信赖利益涵盖了行政相对人对行政主体的合理期待，亦包含了基于行政主体自身的公信力而产生的必要信赖。行政相对人的此种信赖要求行政机关履行一定的后续作为义务。而且，行政主体本身发生的错误，不应让行政相对人来买单。

二、理解行政不作为，应该从行为实质上加以把握。有时候行政主体在表面上和形式上作出了一定的行为，但实质上拒绝履行法定义务，并没有履行法定职责，仍然属于行政不作为。

三、本案中，行政复议机关积极实施“行政复议听证制度”规定，举行了公开的复议听证，通过公开、合理的程序，查明案件事实，有效保障了复议当事人的程序权利和实体权利。

**袁某不服某交通警察大队信息公开决定案**

**【基本案情】**

申请人：袁某

被申请人：某交通警察大队

申请人对某交通警察大队作出的政府信息公开申请答复行为不服，于2015年4月向行政复议机关申请行政复议。

汕头市人民政府于2015年4月13日收到申请人邮寄的行政复议申请书及身份证复印件、证据材料复印件。由于申请人提交的“行政复议申请书”的复议机关表述错误且其提交的证据材料均为复印件，汕头市人民政府于2015年4月15日向申请人邮寄送达了《补正行政复议申请材料通知书》及送达回证各一份，要求申请人携带其本人身份证原件及证据材料原件到汕头市人民政府行政复议委员会办公室进行核对；同时，由于申请人所提交的行政复议申请书中的复议机关表述不正确，要求其将复议机关更正为“汕头市人民政府”。

2015年4月20日，汕头市人民政府收到申请人邮寄的复议机关变更为“汕头市人民政府”的行政复议申请书一式二份及《补正行政复议申请材料通知书》送达回证一份。2015年4月23日，汕头市人民政府作出《行政复议受理通知书》及《告知案审人员通知书》，并于同日邮寄送达申请人。

由于申请人一直没有向复议机关提交身份证原件及证据材料原件进行核对，为进一步查清案情、核实有关证据材料，公开、透明审理本案，汕头市人民政府决定于2015年5月27日9时30分对本案举行公开听证进行审理。并于2015年5月22日经邮政特快专递向申请人发出《汕头市人民政府行政复议听证通知书》。经查询，该通知书于2015年5月24日被签收。

2015年5月27日上午9时30分，本案听证会如期进行，听证人员及被申请人的委托代理人均到达听证会现场。但申请人未到场参加听证会，也没有向复议机关提交无参加听证会的正当理由。

汕头市人民政府认为：根据《汕头经济特区行政复议条例》第二十四条第一款“行政复议证据包括：（一）书证；（二）物证；（三）视听资料；（四）电子数据；（五）证人证言；（六）当事人的陈述；（七）鉴定结论；（八）勘验笔录、现场笔录；（九）法律、法规规定的其他证据。”第二款“前款规定的证据必须经市行政复议机构审查属实，才能作为行政复议定案的根据。”第三十一条第一款规定：“市行政复议机构采信的证据应当具有真实性、合法性和关联性。”本案中，申请人提交的身份证明及证据材料均为复印件，由于其一直没有向复议机关提交原件核对，该证据的真实性无法确认，根据上述规定，不能作为定案的根据。因此，对申请人的行政复议申请，依法应予驳回。

汕头市人民政府决定：根据《中华人民共和国行政复议法实施条例》第四十八条第一款第(二)项和《汕头经济特区行政复议条例》第五十八条第（五）项、第六十四条的规定，驳回申请人袁某的行政复议申请。

申请人不服复议决定，向汕头市中级人民法院提起行政诉讼，一审法院作出“驳回原告袁某的诉讼请求”的判决。原告袁某不服一审判决，向广东省高级人民法院提起上诉，二审法院作出“驳回上诉，维持原判”的生效判决。

**【焦点问题评析】**

争议焦点一：关于信息公开案件是否属于行政复议受案范围的问题。

《中华人民共和国行政复议法》第六条明确规定了公民、法人或其他组织可以申请行政复议的案件类型，但并未列举政府信息公开行为。但在该条的兜底条款中规定：公民、法人或其他组织“认为行政机关的其他具体行政行为侵犯其合法权益的”，也可以申请行政复议。根据行政复议法的立法宗旨及该兜底条款可以认为，如果政府信息公开行为包括政府信息公开的不作为侵犯了公民、法人或其他组织的合法权益，就应当属于行政复议的受案范围。不仅如此，《中华人民共和国政府信息公开条例》第三十三条也规定：“公民、法人或者其他组织认为行政机关在政府信息公开工作中的具体行政行为侵犯其合法权益的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。”

因此，本案申请人不服被申请人作出的政府信息公开答复，属于行政复议的受案范围，汕头市人民政府受理该行政复议案件是有法律依据的。

争议焦点二：关于申请人举证问题。

在行政复议程序中，被申请人应当对其具体行政行为的合法性和适当性承担举证义务，但这并不意味着申请人可以无需举证。无论是何种行政复议案件，申请人至少要承担初步证明义务，即证明申请复议的主体、对象、理由、原因、根据等。初步证明义务通常由申请人通过提交行政复议申请书（也可以由申请人口头提出）来履行。根据《中华人民共和国行政复议实施条例》第十九条，申请人书面申请行政复议的，应当在行政复议申请书中载明下列事项：（一）申请人的基本情况，包括：公民的姓名、性别、年龄、身份证号码、工作单位、住所、邮政编码；法人或者其他组织的名称、住所、邮政编码和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；（二）被申请人的名称；（三）行政复议请求、申请行政复议的主要事实和理由；（四）申请人的签名或者盖章；（五）申请行政复议的日期。

向行政复议机关证明自己的真实身份及引发复议理由的相关证据即属于申请人的初步证明义务。本案申请人虽向行政复议机关汕头市人民政府提交了行政复议申请书，但只提交了本人的身份证及相关证据材料的复印件，始终没有按照要求提交身份证及证据材料的原件。根据《中华人民共和国行政复议实施条例》第四十八条的规定，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和本条例规定的受理条件的，行政复议机关应当决定驳回行政复议申请。因此，在本案中，汕头市人民政府对申请人袁某的行政复议申请依法应予驳回。

争议焦点三：关于行政复议管辖权问题。

根据《中华人民共和国行政复议法》第十二条的规定，对县级以上地方各级人民政府工作部门的具体行政行为不服的，由申请人选择，可以向该部门的本级人民政府申请行政复议，也可以向上一级主管部门申请行政复议。因此，对于某交通警察大队的行政行为不服，申请行政复议的管辖机关应当是某区（县）人民政府或者汕头市交通警察支队。

但汕头市作为经济特区作出了变通的规定，即《汕头经济特区行政复议条例》第十五条规定：公民、法人或者其他组织对区（县）、镇人民政府以及区（县）人民政府工作部门作出的行政行为不服，申请行政复议的，向市人民政府提出。本案对于某交通警察大队的行政行为不服申请行政复议，由汕头市人民政府管辖即是根据此规定。

当然，对于作为下位法的经济特区立法对上位法的变通规定是有立法法授权的，根据《中华人民共和国立法法》第七十四条：经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定，制定法规，在经济特区范围内实施。第八十一条：经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的，在本经济特区适用经济特区法规的规定。因此，该行政复议案件由汕头市人民政府根据《汕头经济特区行政复议条例》第十五条规定进行管辖于法有据。

**【总结体会】**

一、行政复议应当体现便民原则，结合新修改的《行政诉讼法》的“立案登记制”的立法精神，行政复议也应当有案必理。但同时也必须严格依法办案，对于不符合《行政复议法》规定复议申请条件的应当驳回申请。《行政复议法》经修改后增加了“驳回申请”的行政复议决定类型，这是本案行政复议机关做出驳回申请决定的法律依据。

二、行政复议也应当体现对行政机关的监督及对行政相对人的救济功能，因为行政相对方通常是因为自己的合法权益受到侵害，才会申请行政复议，因此，不能为行政相对方提供行政救济，行政复议的制度设计便失去存在的价值。当然，在行政复议程序中申请人也应当尽到基本的义务，如初步证明义务。申请人不履行该义务，其在行政复议中的实体性权益也很难得到保障。

**成某某不服某街道办事处信息公开答复案**

**【基本案情】**

申请人：成某

被申请人：某区某街道办事处

申请人成某不服被申请人未在法定期限内答复政府信息公开申请，于2016年9月向行政复议机关提出行政复议申请。

申请人成某请求：1、确认被申请人未依法答复申请人的信息公开申请的行为违法；2、责令被申请人在限期内公开《关于对你（成某）信访问题的答复意见书》所认定的某街道某居委2003年与陈某某签订的21亩集体用地的租赁协议、租金缴纳凭证和某街道某居委村民会议或者村民代表会议同意上述租赁协议的会议记录。

申请人成某称：申请人向被申请人反映某居委将申请人耕作了28年的自留地出租给了陈某某，严重损害其合法权益，并致陈某某殴打申请人及亲属和毁坏所种植的火龙果一事。被申请人于2016年1月8日作出《关于对你（成某）信访问题的答复意见书》，称“经查阅居委会的档案资料……村民陈某某于2003年向居委会租赁21亩集体用地作为发‘三高’农业及水产养殖开发，同时按协议向居委会交纳租金，属于合法经营”。根据上述内容，被申请人是调阅某居委的档案资料后才做出上述答复意见的。《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”。因此，被申请人据以作出上述答复意见的资料是被申请人调阅获取的档案材料。鉴于成某为某居委的村民和上述自留地的使用人，陈某某是否与某居委合法签订上述协议及缴纳租金，该协议是否程序合法，即是否经某居委村民会议或者村民代表会议同意，关系到成某的合法权益。因此，成某有权要求被申请人予以信息公开。2016年7月3日，申请人向被申请人邮寄方式向被申请人递交《信息公开申请表》、《信息公开申请书》及附件证据材料，要求被申请人公开：“1、公开《关于对你（成某）信访问题的答复意见书》（汕濠马信复[2016]03号）所认定的某街道某居委2003年与陈某某签订的21亩集体用地的租赁协议及租金缴纳凭证；2、公开《关于对你（成某）信访问题的答复意见书》认定陈某某合法租赁上述土地的有关某居委村民会议或者村民代表会议同意上述租赁协议的会议记录”。被申请人于2016年7月4日签收前述申请人邮寄递交的资料。但被申请人至申请人提起行政复议申请止，仍未做出任何告知或答复。被申请人的行为属于典型的行政不作为。

被申请人某街道答复称：一、答复人不存在行政不作为的问题。2016年7月4日收到申请人的代理律师投寄的快递一封，拆阅后得悉是我街道某社区居民成某要求信息公开的申请表。被申请人立即落实相关部门协调处置此项工作。2016年7月8日，考虑到成某要求公开信息内容涉及第三方陈某某利益，答复人即征求陈某某意见。陈某某认为成某所申请公开的信息涉及其商业秘密和个人隐私，不同意公开。根据《中华人民共和国政府信息公开条例》第十四条的规定，涉及商业秘密、个人隐私的，应当经权利人同意方可公开，且申请人所要求公开的内容属村居村务，因此被申请人认为对此项信息的公开应予以慎重考虑。2016年9月7日，被申请人收到汕头市人民政府《提出行政复议答复通知书》，意识到未就成某申请的信息公开事项及时与成某及其代理律师进行沟通。被申请人于2016年9月13日做出《关于成某申请政府信息公开的答复》，并通过EMS的形式邮寄给成某的代理律师。二、被申请人不存在逾期答复的问题。被申请人在收到申请人申请后，也有征求申请人要求公开信息内容中涉及第三方权益人即某街道某社区居委经济联合社和陈某某意见，但至今没有收到第三方同意公开的书面意见书。根据《中华人民共和国政府信息公开条例》第二十四条的规定，申请公开的政府信息涉及第三方利益，行政机关征求第三方意见所需时间不计算在15个工作日期限内。因此答复人不存在逾期答复的问题。

经行政复议机关查明：2016年7月3日，申请人成某通过邮寄方式向被申请人提出政府信息公开申请，请求被申请人以纸质方式公开“1、《关于对你（成某）信访问题的答复意见书》所认定的某居委2003年与陈某某签订的21亩集体用地的租赁协议及租金缴纳凭证；2、《关于对你（成某）信访问题的答复意见书》认定陈某某合法租赁上述土地的有关某居委村民会议或者村民代表会议同意上述租赁协议的会议记录”相关信息。被申请人于2016年7月8日征求第三方权益人陈某某意见，陈某某答复不同意公开。申请人不服被申请人未在法定期限内答复政府信息公开申请，于2016年9月6日申请行政复议。

另查，被申请人于2016年9月13日作出了《关于成某申请政府信息公开的答复》，次日通过全球邮政特快专递向申请人的委托代理人邮寄该答复书，并于2016年9月18日已被签收。

行政复议机关认为：被申请人作为依申请公开政府信息义务人，应当依法对申请人的公开政府信息申请进行办理。《中华人民共和国政府信息公开条例》第二十三条规定：“行政机关认为申请公开的政府信息涉及商业秘密、个人隐私，公开后可能损害第三方合法权益的，应当书面征求第三方的意见；第三方不同意公开的，不得公开……”。第二十四条第二、三款规定：“行政机关不能当场答复的，应当自收到申请之日起15个工作日内予以答复；如需延长答复期限的，应当经政府信息公开工作机构负责人同意，并告知申请人，延长答复的期限最长不得超过15个工作日。申请公开的政府信息涉及第三方权益的，行政机关征求第三方意见所需时间不计算在本条第二款规定的期限内。”本案中，申请人于2016年7月4日向被申请人申请政府信息公开，被申请人认为其要求获取的相关信息涉及第三方权益人陈某某的权益，遂于2016年7月8日通知陈某某到居委询问其意见，陈某某当日答复不同意公开，但被申请人直至2016年9月13日才就此信息公开申请答复申请人。被申请人在收到申请之日起，剔除去征求第三方权益人陈某某意见所耗时间，其答复申请人的期限已远超过15个工作日。因此，被申请人作出的答复申请人政府信息公开申请的行政行为明显不当。由于在本案的审查期间，被申请人已就此信息公开申请作出答复并送达申请人，因此再责令被申请人履行依申请公开政府信息职责已无实际意义。

汕头市人民政府决定：依据《汕头经济特区行政复议条例》第五十八条第（三）项第5目的规定，确认被申请人未在法定期限内答复政府信息公开申请的行为违法。

**【焦点问题评析】**

争议焦点一：行政机关对涉及商业秘密或个人隐私的政府信息予以公开，如何判断“不公开可能对公共利益造成重大影响”？

《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。”由于行政机关在履行职责过程中，不可避免地会获得行政相对方的有关信息，甚至还进一步获得相关第三方的信息，可能涉及其商业秘密和个人隐私，因此一旦按照上述规定予以公开，那么第三方的商业秘密和个人隐私有可能遭到曝光，进而侵害第三方合法权益。为防止行政机关在政府信息公开过程中滥用公权力或者履职尽责的同时却无意侵害了第三方的合法权益，上述条例又在第十四条第四款规定：“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。但是，经权利人同意公开或者行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的涉及商业秘密、个人隐私的政府信息，可以予以公开。”可见，经过权利人同意或行政机关认为有必要公开的，行政机关有权公开涉及商业秘密和个人隐私的政府信息，此行为不侵犯第三方合法权益。此处的难点显然在于，如何判断“不公开可能对公共利益造成重大影响”？

观点一：不应当无限度地扩大公共利益的涵盖范围，应将公共利益局限在现实可见、可评估、可量化的经济利益范围内，防止增加对私人领域的侵害。

例如，假如行政机关不公开涉及第三方商业秘密或个人隐私的政府信息，可能会造成政府投资和建设遭受重大损失，那么行政机关就有足够的正当理由对这些政府信息予以公开。但是，如果不公开这些政府信息所可能导致的后果，并不必然与重大经济利益损失相关联，而只是可能造成更加宽泛意义上的不平等、不公正、不道德，那么以此为由对这些信息进行公开，实质上将导致对第三方合法权益的广泛损害。综上，在解决行政机关政府信息公开权与第三方商业利益和隐私权之间冲突时，要坚持偏向后者的价值取向。按照这种观点，在本案中，如果街道办事处不公开村委会有关文件资料，即使可能造成和扩大行政相对方的经济损失，那么也与公共利益无关。

观点二：公共利益的具体指向比较广泛，不局限于可量化的现实经济利益。

对经济社会发展重大价值理念，诸如平等交换、透明行政、市场效率、交易安全、公正平等若干得到宪法、法律确认的法治原则和法律价值，理应得到充分的尊重和保障。因此，在本案中，政府信息公开应当秉承和支撑包括透明行政和公正平等在内的法治原则和法律价值。既然行政机关在处理信访问题时，所获取的政府信息已经为纠纷的另一方所充分掌握，那么行政机关作出信访回复的同时，就应当让信访人获得对应的政府信息，否则会产生严重的信息不对称，既影响政府的权威和公信力，也直接损害信访人的经济利益。因此，最终影响行政机关应否公开政府信息的决定因素并不是信访人的经济收益情况，而是不公开就会严重违反透明行政和公正平等原则。是否有助于维护上述重大法治原则和法律价值，不但是政府信息公开的重要原则，更是衡量政府信息公开成效的关键指标之一。

争议焦点二：行政机关就政府信息公开征求第三方意见，第三方回复意见的形式和内容是否影响对行政机关答复信息公开的期限的计算？

《政府信息公开条例》第二十四条规定：“行政机关收到政府信息公开申请，能够当场答复的，应当当场予以答复。行政机关不能当场答复的，应当自收到申请之日起15个工作日内予以答复；如需延长答复期限的，应当经政府信息公开工作机构负责人同意，并告知申请人，延长答复的期限最长不得超过15个工作日。申请公开的政府信息涉及第三方权益的，行政机关征求第三方意见所需时间不计算在本条第二款规定的期限内。”因此，第三方回复意见这一法律事实的成立时间，将影响对行政机关答复信息公开的期限的计算。那么，第三方回复意见的形式与内容应当具备什么条件，上述法律事实才能成立呢？《政府信息公开条例》并没有作出明确规定，对此存在两种不同观点。

观点一：为最大限度地维护政府信息公开涉及的第三方权益，防止行政机关随意认定第三方已经回复意见，应当将第三方回复意见的形式和内容予以明确。

《政府信息公开条例》第十四条第四款规定：“经权利人同意公开或者行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的涉及商业秘密、个人隐私的政府信息，可以予以公开。”如何界定权利人同意公开？建议以书面、明示的肯定回复为准，口头或暗示的回复都不应当作为认定权利人同意公开的事实依据。如果权利人一直没有作出书面、明示的肯定回复，是否对行政机关答复信息公开的期限的计算就将无限期中止呢？甚至，如果第三方恶意利用这一规则漏洞，迟迟不明确表态，损害政府信息公开申请人的合法权益，申请人就将找不到有效的救济手段了呢？从这一观点的论证逻辑来看，保护第三方权益的做法可能被过度利用，行政机关也可能因此拖延答复时间，并将逾期答复的责任转嫁给第三方。

观点二：尽管为了保护第三方权益，必须将权利人同意公开的形式和内容明确为书面、明示的肯定回复，但是同时要妥善解决第三方与申请人的权利冲突问题。

一旦第三方迟迟不予表态，行政机关有权设定一个时间节点，一旦逾期便可以推定第三方同意公开，从而恢复对行政机关答复信息公开的期限的计算，以免申请人的信息权无法得到落实。当然，关于行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的涉及商业秘密、个人隐私的政府信息，无论第三方是否同意公开，行政机关均有权决定是否予以公开，因此第三方回复意见的形式和内容可能造成的消极影响可以忽略不计。而对于不公开却不会对公共利益产生重大影响的涉及商业秘密、个人隐私的政府信息，不仅行政机关要对第三方作出书面、明示的肯定回复的最后期限予以明确，而且对第三方作出否定答复的形式要求不应当过于苛求，即口头的否定答复也应当予以认定，从而可以恢复对行政机关答复信息公开的期限的计算，不至于行政机关逾期作出答复甚至出现行政不作为现象。

**【总结体会】**

一、应确立更加具体的评价标准，对“政府信息不公开可能对公共利益造成重大影响”的内涵和外延进一步明确，强化对行政机关公开政府信息的制度约束，也为维护第三方合法权益夯实更加牢固的规范保障。

二、应加强对行政机关政府信息公开程序性规定的宣传教育，促进更多基层政府及其部门严格遵守政府信息公开时限要求，减少和避免因漠视期限约束而被认定为行政不作为等行政违法。

三、应进一步细化行政机关征求第三方意见的期限要求，明确要求第三方被征求意见后作出答复的时限和形式，防止第三方恶意拖延时间，损害政府信息公开申请人的合法权益。

**后 记**

《汕头市行政复议典型案例评析》是汕头市行政复议委员会总结汕头市行政复议体制改革的一项重要工作成果。入选本册的十个案件，是我们从汕头市行政复议体制改革后的全部复议案例中精心挑选的，涉及土地、工商、治安管理、工伤认定、政府信息公开等行政管理领域，涉及行政处罚、行政强制、行政征收、行政确认等行政行为类型。入选案例在事实认定、法律适用、理论思考等方面均有一定的示范价值，对相关复议工作也有指导意义。

由于编辑时间比较紧张，加之水平有限，定有疏漏之处，敬请读者朋友批评指正。

本书编委书