

## 第四章 行政復議的管轄與範圍

### 第一節 行政復議的管轄

#### 第一項 行政復議管轄概述

行政復議的管轄是指復議機關受理行政復議案件的分工和權限。對行政復議機關來說，它確定了不同職能和不同層級的行政機關審理行政復議案件的具體分工，對於復議申請人來說，則是發生行政爭議之後到那一個行政機關去申請復議的問題。因此，明確復議案件的管轄，就能夠預防和減少管轄方面的爭議，避免復議機關在管轄問題上的互相推諉和拖延復議的現象，有利於提高行政復議的效率；同時，也能夠防止復議申請人投訴無門的情況出現，有利於保護復議申請人的合法權益。

《行政復議法》在解決對政府工作部門的具體行政行為由誰復議的問題時，是以"選擇管轄"為主，"條條管轄"為輔的模式。《行政復議法》第十二條規定："對縣級以上地方各級人民政府工作部門的具體行政行為不服的，由申請人選擇，可以向該部門的本級人民政府申請行政復議，也可以向上一級主管部門申請行政復議。對海關、金融、國稅、外匯管理等實行垂直領導的行政機關和國家安全機關的具體行政行為不服的，向上一級主管部門申請行政復議。"這種管轄模式，除少數行政機關的具體行政行為不服的，由上一級主管部門管轄外，對其他機關的具體行政行為不服的，都由申請人自行選擇復議機關，這對於充分發揮行政復議制度的監督功能，提高解決行政爭議的效率，及時保護公民、法人或其他組織的合法權益，具有重要意義，不失為解決大陸復議管轄的最佳方式。

但有學者認為，行政復議雖具有層級監督的性質，但從《行政復議法》所體現的原則和宗旨看，對復議管轄的確定，並非是以層級隸屬關係為唯一標準，而同時還必須充分考慮到以下方面的因素：(1) 便於公民、法人和其他組織申請復議，最大限度地降低他們行使復議救濟權的成本；(2) 體現"權力制衡"的現代法治原則，對復議監督權進行合理有效的配置；(3) 有利於公正保護申請人的合法權益，監督行政機關依法行政。基於以上認識認為，不服若干垂直管理部門的具體行政行為，申請人應當有權選擇向本級地方政

府申請行政復議，而本級地方政府也應當有權對這類復議案件實施管轄。其理由如下：

其一，對於申請人，《行政復議法》賦予其自由選擇復議機關的權利，其實質是對公民權利的一種擴展，它使申請人由過去只能"受誰管"變為由自己決定願意"讓誰管"，從而打破了由於長期來復議管轄權被"壟斷"行使，而帶給他們來的種種限制，為他們充分行使復議救濟提供了有力的法律保障。這一權利既為法律所確認，就必須保障得到充分行使。

其二，對於地方政府和條線主管部門，由申請人在二者之間選擇復議管轄機關，就其制度目標而言，其實質是將復議監督權在二者之間盡可能進行合理有效的最佳配置，即通過申請人的選擇，賦予"條"和"塊"之間以相互交叉對應的復議監督權，從而構建起有利於法律價值目標實現的"條塊制衡"機制。這與大陸地方組織法關於地方各級人民政府應當協助設在本行政區域內不屬於其管理的國家機關、企、事業單位進行工作，並監督它們遵守法律和政策的規定（參見《中華人民共和國地方各級人民代表大會和地方各級人民政府組織法》第67條），也是完全一致的。如果"條"對不屬其管理的"塊"可以行使復議監督權，而"塊"卻由於在管理體制上沒有層級隸屬關係不能對"條"實施監督，則不但有違現代法治原則和大陸地方組織法的規定，而且在邏輯上也說不通（註1）。

其三，就實行垂直領導的行政機關為什麼要排除本級政府的復議管轄問題？其理由無非是認為實行垂直領導的專業性、技術性較強，由熟悉這些行政規則和知識的上級主管部門管轄，有利於及時、準確地解決行政爭議，以及考慮到加強國家宏觀調控，減少地方保護主義的牽制。不過所謂專業性理由，實際上復議處理行政糾紛是一般法律問題，而不是其他專業問題，它更需要法律知識與法律的公平正義。所有的糾紛都有法律以外的專業性的一面，都會涉及到專業問題，如果按此邏輯，那麼法院就不應當存在，因為它的專業是法律，除此外沒有其他專業。更何況，實行"條塊"結合"管轄體制的行政糾紛也都有專業性強的特點，如交通事故、技術監督、環境保護等，其專業性並不比國稅、金融、外匯更弱。關於地方保護主義的問題，更不是決定"條"式管轄的理由，因為人們更擔心的是行業保護主義，下級行政機關作出具體行政行為時，更多的是與其上級主管部門溝通、協調。因此認為既要克服地方保護主

義，也要反對行業保護主義，二者都不可偏廢（註2）。

## 第二項 行政復議一般管轄與特殊管轄及其評析

一般管轄是根據最初作出具體行政行為的行政機關的主管部門或人民政府的層級和職能確立復議案件管轄機關的法律制度。根據行政機關的組織體系，行政系統之間的基本特徵是以上下級隸屬關係為基礎，層層節制，達到上級機關監督下級機關，並糾正撤銷下級機關違法或不當的行政行為，領導、監督下級機關依法行使職權，保障公共利益、公共秩序和保護相對人的合法權益。行政復議一般管轄的確立，主要是以行政機關之間的層級和職能為依據。

由於行政主體和具體行政行為的多樣性、複雜性，行政管理內容和對象的廣泛性、變動性，對於某些行政爭議，若按照行政機關層級和職能確立的行政復議一般管轄原則，則其管轄權不能夠得到實現，乃就不能按照一般管轄原則確定的復議管轄，稱之為特殊管轄。例如：一個具體行政行為，有時並非只有一個行政機關作出，而是由幾個行政機關共同作出；有時一個具體行政行為，是由非行政機關的組織作出而不是由行政機關作出等等。

### 一、根據《行政復議法》的規定，一般管轄包括以下幾種情況：

（一）對縣級以上地方各級人民政府工作部門的具體行政行為不服申請復議的管轄

《行政復議法》第十二條第一款規定，公民、法人或其他組織不服縣級以上地方各級人民政府工作部門的具體行政行為，可以向該部門的本級人民政府申請復議，也可以向上一級主管部門申請復議。對於復議管轄機關，申請人有選擇的權利。確立這種管轄模式的最大優點就是便民，申請人能在比較與權衡中作出有利於自己的選擇。如果申請人為了方便起見，可以選擇本級人民政府作為復議管轄機關；但如果申請人選擇上一級主管部作為復議管轄機關，能在一定程度上保證行政復議的公正性。因為有時上級主管部門的地位相對於本級人民政府來說，利益要超脫一些，可以避免在處理復議案件時可能產生的本位主義的現象。

（二）對地方各級人民政府的具體行政行為不服申請復議的管轄

《行政復議法》第十三條第一款規定，公民、法人或其他組織

對地方各級人民政府的具體行政行為不服的，應向上一級地方人民政府申請復議，由上一級地方人民政府管轄，其中，對省、自治區人民政府依法設立的派出機關所屬的縣級地方人民政府的具體行政行為不服的，應向該派出機關申請復議，由該派出機關管轄。

省、自治區人民政府依法設立的派出機關即行政公署是否享有對縣級人民政府具體行政行為的復議管轄權。依中共法律而言，行政公署並不是一級人民政府，它只是省級人民政府的派出機關，但是在實務上，大陸的行政公署卻實實在在地行使著一級人民政府的行政管理職權，並直接領導其所屬縣級人民政府的工作。因此，根據大陸行政管理體制的這種實際情況，行政復議法明確規定由行政公署對縣級人民政府的具體行政行為行使復議權，不僅方便行政公署及時處理復議工作中的各種問題，也便於與行政訴訟法的有關規定相一致。

（三）對國務院各部門或省、自治區、直轄市人民政府的具體行政行為不服申請復議的管轄

由於中共認為國務院是最高國家行政機關，其主要任務是制定方針政策並組織協調全國的行政工作，一般不宜、也難以處理大量的具體行政事務，如果規定國務院也要受理並審理復議案件，將會使國務院陷入大量解決行政爭議的事之中，影響國務院的正常工作，因此，國務院一般不作為復議案件的管轄機關。《行政復議法》第十四條規定，公民、法人或其他組織對國務院各部門或省、自治區、直轄市人民政府的具體行政行為不服的，應分別向作出該具體行政行為的國務院部門和省、自治區、直轄市人民政府申請復議，由原作出具體行政行為的行政機關進行復議。

不過對於以上來自中共國務院《關於中華人民共和國行政復議法（草案）的說明》所敘述的理由，有學者深不以為然，表示在一個有十幾億人口的大國，"大量的具體行政事務"不僅國務院不宜為，而且省級政府和國務院部門也不宜為，省部級行政機關，甚至到市政府這一級也不是經常直接作出具體行政行為的。如此看來，省部級行政機關豈不也不宜復議行政案件嗎？其實，我們只要稍微改進一下行政復議體制就能解決這一問題，即讓負責行政復議的機構有足夠的獨立性，由它實際上處理決定行政復議事務，而它所屬的行政機關對於行政復議這些"具體行政事務"不作決定、不干預，讓復議機構的專家、委員們行使決定權。如果一定要署本行政機關

的名義，機關行政首長可以"附署"式的署名，實際上行政首長既不決定也不過問行政復議案件。這樣，既解決了復議機構的獨立行使復議權問題，也解決了行政機關"不勝其繁"的現實問題（註3）。

況且省部級行政機關自己復議自己的行政案件，違背了法律公正原則。《行政復議法》第四條明確規定行政復議應當遵循公正的原則，公正是法律制度的生命所在，法律本身就是公正的象徵。關於公正原則，人們在討論它的內容要求時，都指出它有一項要求，就是自己不能作自己案件的法官，即自己決定與自己有關的事務或糾紛。"任何人不得做自己案件的法官，這是公正最起碼的要求。它主要在於防止行政行為作出或糾紛的裁決，受機關或個人利害的影響"（註4）。學者在論及行政法原則時也有把正當程序原則作為一大原則的，並且明確正當程序原則的要求之一就是行政主體公正無私，"從中立的要求來看，糾紛解決者不應有支持或反對某一方的偏見。戈爾丁認為，這一項會被看成是一種社會的需求，它以一種公平方式進行，給予當事人一種受公平待遇之感，因為公平能夠促進解決並在當事人心中建立信任感。所以行政主體應當保持中立，公正無私且不懷偏見，由此決定了平等性"（註5）。公正，不僅是實體原則也是程序原則，它要求在實體上公正，也要求在形式上公正。而省部級行政機關自我復議的規定，就直接違反了這種形式要求，自己既是糾紛一方的當事人，又是復議處理這種糾紛的法官。不可能對自己作出的行為從中立的立場認真審查，會使行政復議流於形式，不利於保護申請人的合法權益。因此，對於這類復議，學者以為，應由中共國務院作為復議機關來直接管轄，由國務院法制辦公室作為復議機構。這樣，可以建立起由上至下的規範的行政復制度，可以更好地保護申請人的合法權益，利遠大於弊（註6）。

## 二、根據行《行政復議法》的規定，特殊管轄包括以下幾種情況

### （一）不服共同行政行為的復議管轄

共同行政行為是指兩個或者兩個以上的行政機關以共同的名義作出的具體行政行為。其基本特點是，具體行政行為的主體是兩個或者兩個以上的行政機關。《行政復議法》第十五條第一款第四項規定，對兩個或兩個以上行政機關以共同的名義作出的具體行政行為不服申請復議的，由它們的共同上一級行政機關管轄。

## （二）不服派出機關的具體行政行為的復議管轄

根據大陸《地方各級人民代表大會和地方各級人民政府組織法》第六十八條的規定，派出機關是指省、自治區人民政府經國務院批准設立的行政公署；縣、自治縣人民政府經省、自治區、直轄市人民政府批准設立的區公所；以及市轄區、不設區的市人民政府經上一級人民政府批准設立的街道辦事處。縣級以上的地方人民政府的派出機關在社會生活和國家的行政管理活動中，發揮著重要的作用。這些派出機關雖然不是一級政府，但是卻實際上履行了一級政府的職能，管理著本轄區內經濟、文化事業和社會事務，擔負著維護社會穩定，保護公民、法人或者其他組織的合法權益的重任。因此，《行政復議法》十五條第一款第一項規定；"對縣級以上地方人民政府依法設立的派出機關的具體行政行為不服的，向設立該派出機關的人民政府申請行政復議"（註7）。

## （三）不服派出機構的具體行政行為的復議管轄

派出機構是指政府工作部門根據法律、法規或者規章的規定和行政管理的實際需要而設立的機構，如公安派出所、稅務所、工商所、土地所等。由於設立派出機構的依據及行使職權的方式各有不同，導致派出機構的法律地位也有所不同。有的派出機構根據法律、法規或者規章的規定可以以自己的名義作出具體行政行為，獨立承擔自己行為所產生的法律後果，具有行政主體資格，能夠作為行政復議的被申請人；有的派機構則因法律、法規或者規章沒有規定它可以以自己的名義獨立對外行使行政職權，因此，它不具有行政主體資格，不能成為行政復議的被申請人。

《行政復議法》第十五條第一款第二項規定，對政府工作部門依法設立的派出機構依照法律、法規或規章規定，以自己的名義作出的具體行政行為不服申請復議的，由設立該派出機構的部門或該部門的本級地方人民政府管轄。這一規定表明，在這些派出機構中，只有依法設立並依照法律、法規或者規章規定，以自己的名義作出具體行政行為的派出機構，才可以成為行政復議的被申請人。申請人對該派出機構作出的具體行政行為不服的，可以選擇向設立派出機構的部門申請復議，也可以選擇該部門的本級地方人民政府申請復議。

## （四）不服法律、法規授權組織的具體行政行為的復議管轄

法律、法規授權的組織是指經法律、法規授權行使一定行政職

能的組織。法律、法規授權的組織本身並不是行政機關，但是由於法律、法規的授權，使它取得了某一方面的行政管理權，獲得了行政主體資格。因此，法律、法規授權的組織能夠以自己的名義獨立地對外行使行政職權，也能夠以自己的名義獨立地承擔因行使行政管理職權所引起的法律責任。《行政復議法》第十五條第一款第三項規定，對法律、法規授權的組織作出的具體行政行為不服申請復議的，由直接管理該組織的地方人民政府、地方人民政府工作部門或者國務院部門管轄。

（五）不服被撤銷的行政機關在其被撤銷前作出的具體行政行為的復議管轄

行政機關被撤銷，是指該機關的行政主體資格的喪失或轉移。行政主體資格的喪失，取決於兩種情況：一是該行政主體被解散；二是法律、法規授權的組織被撤銷或授權期限已滿。行政主體資格的轉移，也取決於兩種情況：一是行政主體分散，即一個行政主體分解成兩個以上的主體；二是行政主體合併，即兩個或兩個以上的行政主體合併為一個主體。

無論行政主體資格的喪失還是轉移，原行政機關在其被撤銷之前作出的具體行政行為仍然具有法律效力。行政機關被撤銷後，其行政職能總要由其他行政機關所繼受，這是行政管理行為連續性的基本要求，否則將會引起行政管理關係的混亂。如果繼受的行政機關繼續行使被撤銷的行政機關的職權，它就應當對被撤銷的行政機關在撤銷前的行為負責。對此，《行政復議法》第十五條第一款第五項規定，對被撤銷的行政機關在其被撤銷前作出的具體行政行為不服申請復議的，由繼續行使其職權的行政機關的上一級行政機關管轄。

### 第三項 移送管轄

《行政復議法》有關行政復議一般管轄和特殊管轄的規定，在現實行政復議活動中，基本上能夠解決可能出現的各種行政復議管轄問題，能夠保障復議申請得到及時處理。但是隨著社會經濟的發展，行政管理活動也變得越來越複雜，僅靠一般管轄和特殊管轄並不能很好地解決所有類型的行政爭議，因此就需要其他的管轄類型來彌補，為此《行政復議法》第十五條第二款規定，對屬於五種特

殊管轄的復議申請，相對人沒有按照特殊管轄的規定，向有管轄權的復議機關申請復議而是向具體行政行為發生地的縣級人民政府提出行政復議申請，接受申請的縣級人民政府要依照本法第十八的規定辦理。《行政復議法》第十八條規定："依照本法第十五條第二款的規定接受行政復議申請的縣級人民政府，對依照本法第十五條第一款的規定屬於其他行政復議機關受理的行政復議申請，應當自接到該行政復議申請之日起七日內，轉送有關行政復議機關，並告知申請人。接受轉送的行政復議機關應當依照本法第十七條的規定辦理"。

復議法規定了轉送制度，以解決由於老百姓不知道管轄而出現的問題，這是權力行政向服務行政轉變的表現形式之一。不過轉送是有範圍的，不是對申請人的所有復議申請，都由政府負責轉送。所以，轉送的範圍只適用於管轄比較特殊的幾種情形，這就是《行政復議法》第十五條第一款所規定的五種情形：1. 對派出機關具體行政行為申請復議的；2. 對派出機構具體行政行為申請復議的；3. 對法律、法規授權組織的具體行政行為申請復議的；4. 對共同作出具體行政行為申請復議的；5. 對被撤銷機關具體行政行為申請復議的。鑒於這五種情況的難度與複雜性，從便民原則考慮，復議法規定了在申請人依法定管轄自行申請以外，還有轉送制度以補其不足，即"有前款所列情形之一的，申請人也可以向具體行政行為發生地的縣級地方人民政府提出行政復議申請，由接受申請的縣級地方人民政府依照本法第十八條的規定辦理"。

由上可知，對於屬轉送管轄情形的復議申請，申請人也不是向所有行政機關都可以提出申請，不是所有行政機關都有義務負責轉送。依照復議法的規定，申請人只有向行為發生地的縣級政府提出，該縣級政府負有轉送的職責。此外，"行為發生地"又是一個限制條件。對於具體行政行為發生地的理解，要本著方便申請人行使權利的原則，從廣泛意義上解釋，如果過於狹窄，就會使轉送制度失去意義。所以，具體行政行為發生地，應當包括作出具體行政行為所在地，實施具體行政行為所在地，以及具體行政行為的結果地。這三個標準都屬於行為發生地範圍，申請人可以在此範圍內向其中的任何縣級地方政府提出復議或轉送復議申請，以啟動行政復議程序（註8）。



#### 第四項 對行政復議終局之探討

《行政復議法》第十四條規定："對國務院部門或者省、自治區、直轄市人民政府的具體行政行為不服的，向作出該具體行政行為的國務院部門和各省、自治區、直轄市人民政府申請行政復議。對行政復議決定不服的，可以向人民法院提起訴訟，也可以向國務院申請裁決，國務院依照本法的規定作出最終裁決。"

《行政復議法》第三十條第二款規定："根據國務院或者省自治區、直轄市人民政府對行政區劃的勘定、調整或者徵用土地的規定，省、自治區、直轄市人民政府確認土地、礦藏、水流、森林、山嶺、草原、荒地、灘塗、海域等自然資源的所有權或者使用權的行政復議決定為最終裁決。"

以上規定，無論復議終局，抑或是選擇復議終局，客觀上都導致行政權不受司法權的制約，甚至是行政權超越司法權。在普遍實行司法權全面監督行政權的今天，復議終局不但有越權之嫌，而且還有侵犯公民訴權之嫌。對國務院的行政行為（無論是具體行政行為還是抽象行政行為）都不存在申請復議的可能，而且，從《行政復議法》賦予國務院以最後裁決權的情況看，事實上國務院對其所有行政行為均享有免訴的權利。在《行政訴訟法》的規定中，除了第十二條第二款第四項的規定將法律規定由行政機關最終裁決的具體行政行為排除出行政訴訟的範圍而外，其它規定並未排除國務院作為最高行政機關行使行政權如果侵犯了相對人的合法權益，相對人也可以提起訴訟的可能性。但是，《行政復議法》賦予國務院就具體行政行為享有最終裁決權，結果使得國務院的一切行政行為都被排除出司法監督之外。

按行政法治的重要目標之一是依法行政，將一切行政機關的行政行為納入法治軌道，法律具有最高權威，一切國家機關的行政行為均需依法進行。因此，特別規定最高行政機關的行政行為只受權力機關的監督，而不受司法監督，是缺乏說服力的。國務院的最終裁決無異說明了中共最高行政權與最高司法權相抗衡，前者不受後者制約的制度，同時也就否定了司法權的至高無上的地位和最後屏障功能。而確定省級人民政府對權屬糾紛的終局裁決權也有同理。

司法最終原則是由司法解決行政爭議，由於行政案件的特殊性，許多國家都把司法審查與行政復議制度配合使用。行政復議由

行政機關管轄，是行政系統解決行政爭議的活動，是第一救濟途徑；而行政訴訟則由人民法院管轄，是司法系統解決行政爭議的活動，是第二救濟途徑；在這兩種救濟途徑中，司法系統解決行政爭議是最後的保障。例如日本憲法第七十六條第二項“行政機關不得為終審裁判”，美國聯行政程序法第七〇二條規定：“任何人因機關行為而受不法待遇，或因有關法律涵義內之行政處分，而受不利益影響或侵害之人，均有權提請司法審查”（註9）。

由行政機關解決行政爭議雖然具有程序簡便、節省費用、覆蓋面廣、容易糾錯、提高效率的優勢，但是行政機關解決行政爭議也具有先天的缺陷，它在客觀上對公民訴訟權利的行使或多或少有所限制，在監控的約束性和程度上不及司法監督有力和有效，而且，行政復議是在行政系統內自上而下地監督，難免有偏頗的嫌疑，其公正性可能受到影響。因此由與行政系統並無關係的第三者—司法機關來最終判決，建立司法機關對行政爭議解決的最終保障。

誠如麥萬克斯基（Robert G. McCloskey）所言：「保障民權須靠獨立之司法，除非法院介於當事人間自由地處理事件，如監督行政官員武斷之行為，否則民權只是空的承諾」；德國學者烏勒（Ule）亦曾說“「人民權利的確實保障以及人格得以合乎人性尊嚴地發展，只有經由獨立法院的保護方屬可能，任何行政內部的控制，不管受到多高的評價，都無法取代此種權利保護的功能」」（註10）。可見司法最終原則有利於實現公正、權威和程序化。司法審查是一種以司法權制約行政權的外部監督機制，行政訴訟程序在監控的程度與約束性上比行政復議更為有力，而且，訴訟程序以其民主、公開、公正、權威等為基本內容，使個人私欲、情緒波動及社會關係的利益等不規則因素被嚴格限制在法律的範圍內，從而增強人們對行政訴訟的信心，以實現法律公正解決行政爭議的目的。

司法最終原則還有利於實現法治社會。在司法機關解決發生在行政機關與行政相對人之間行政爭議的過程中，公正的司法程序可以使不同的主張或爭議得到充分表達，互相競爭的各種層次上的利益關係能夠得到綜合考慮和平衡。以法定的、客觀的手段來解決行政爭議，有利於樹立起司法機關的權威，增強人們對司法機關的信賴，以推動法治目標的實現。司法最終原則更有利於保護行政相對人的合法權益，行政復議與行政訴訟對行政相對人的權利都有救濟功能，行政復議可以對行政相對人提供直接、及時的救濟（註11）。

因此，復議終局的弊端是多方面：依賴行政復議機關處理行政爭議，存在其自身難以完全克服的弱點和不足。行政復議機關和復議被申請人執法內容的同一性，使得復議機關易陷入先入為主的境地，從而影響對事實的正確判斷和對法律的正確理解、適用，因而也就存在著失誤的可能性；另外，行政復議機關與被申請人存在著密切的隸屬關係，或者同行政爭議本身存在的牽連關係，這樣從本位利益出發，可能會出現包庇、遷就被申請人，有錯不糾的現象。是以，這方面有關行政復議終局的制度設計違背了"窮盡救濟途徑"的基本法理。

且從價值取向上看，確立行政復議決定原則上要接受人民法院的司法審查，一方面體現了法律對保護行政管理相對人的訴權的價值取向，另一方面也體現了國家重視權力之間制約機制建設的價值取向。不受制約的權力，必然導致懈怠和濫用。因此必須以權力制約權力，將行政權充分置於司法權監督之下，這樣不但有利於促進行政復議機關合法公正地處理行政復議案件，有利於促進行政機關依法行使行政職權，更有利於保護行政管理相對人合法利益(註12)。

## 第二節 行政復議範圍概述

### 一、行政復議範圍之涵義

行政復議申請範圍，又稱行政復議受案範圍、申請復議範圍，是指公民、法人或者其他組織認為具體行政行為侵犯其合法權益，依法向行政機關提出申請，由復議機關受理復議案件，解決行政爭議的權限範圍。對行政管理相對人來說，行政復議申請的範圍也就是其對行政行為不服向復議機關提出申請，請求復議機關保護其合法權益和提供救濟的範圍。對行政機關來說，就是其行政行為接受復議機關行政監督的範圍。行政復議受案範圍的大小，直接關係到對行政管理相對人合法權益的保障程度和對行政機關行使職權進行有效監督的深度。

惟行政管理的項目幾乎無所不包，並深入人民社會生活各領域，如果不對行政機關的復議範圍作出明確的、合理的法律規定，勢必又會使行政機關藉口國家和社會公益之名擺脫行政復議對其監督。在某種程度上可以說，行政機關受行政復議制約越小，行政管理相對人的合法權益就愈有可能受到侵害。因此，制定行政復議

法的目的需要協調二者的關係，而解決的最好辦法就是依法明確復議範圍。

只有明確行政復議申請範圍，才能有效地對行政機關實施監督，提高行政執法水平，促進行政機關及其工作人員廉潔自律，依法行政。同時，也有利於公民、法人或其他組織在認為自己合法權益受行政機關行政行為侵犯後，能及時、有效地行使復議權利。

## 二、行政復議法對復議範圍的規定

申請復議範圍要選用一定的方式才能得到明確的表達，這種方式越科學，申請復議範圍的劃定就越準確。中共《行政復議法》在確定復議範圍上採用如下三種方式：

### （一）概括式

概括式是由統一的行政復議法典對申請復議範圍作出原則性的概括規定。這種方式的優點是簡單、全面、不致發生遺漏。但也有過於寬泛和不易具體掌握的問題。

### （二）列舉式

列舉式有肯定的列舉和否定的列舉兩種方法。肯定的列舉是對屬於行政復議範圍的行政爭議案件加以逐項列舉；否定的列舉是對不屬於行政復議申請範圍的事項加以逐項列舉。這種方式的優點是具體、細緻，受案或不受案的界限分明，易於掌握。但卻有繁瑣且又難以列舉全面的弱點。

### （三）混合式

混合式又稱為結合式。即是將上述兩種方式混合使用，以發揮各種方式的長處，避免各自的不足，相互彌補。中共《行政復議法》對申請復議範圍的規定便是採用這種方式，該法第六條前十項具體列舉了行政復議案件，同時對一些目前難以列舉全面，爾後可考慮將逐步納入行政復議範圍的行政爭議案件又選用概括的方式作為補充，即《行政復議法》第六條第十一項規定的"認為行政機關的其他具體行政行為侵犯其合法權益的。"同時，該法第七條規定："公民、法人或者其他組織認為行政機關的具體行政行為所依據的下列規定不合法，在對具體行政行為申請行政復議時，可以一併向行政機關提出對該規定的審查申請"。可以一併提出行政復議申請審查的抽象行政行為除了國務院發布的規定外，其他行政規範性文件主要有地方各級人民政府及其工作部門和國務院各工作部門發布的

規定。最後《行政復議法》第八條實際上又以否定列舉的方式將內部行政行為和民事糾紛作了排除的規定。《行政復議法》對行政復議申請採取這樣的確立方式顯然既簡單、明確又不失全面，而且預留了以後逐步擴大復議範圍的問題（註13）。

### 三、行政復議範圍的基本標準

依據《行政復議法》第二條和第七條的規定，可以確定行政復議申請範圍的基本標準：

（一）作為申請復議範圍的行政行為必須是具體行政行為和一部份抽象行政行為

一般而言，所謂具體行政行為，是指行政主體為實施行政管理，針對特定的人或事作出具體決定、採取措施的行為，其行為的內容和結果只對特定的人或事件有效。中共最高人民法院《關於貫徹執行〈行政訴訟法〉若干問題的意見（試行）》第一條規定："具體行政行為"是指國家行政機關和行政機關工作人員、法律法規授權的組織、行政機關委託的組織或者個人在行政管理活動中行使行政職權，針對特定的公民、法人或者其他組織，就特定的具體事項，作出有關該公民、法人或者其他組織權利義務的單方行為。所謂抽象行政行為，是指行政主體針對不特定的人或事作出的具有普遍的約束力的連續多次使用的規定性文件的行為。它的顯著特點是具有普遍效力，它針對的是一類人或事且能夠連續多次使用。由此可以看出，具體行政行為與抽象行政行為的重要區別：1. 具體行政行為針對的對象是特定相對人，抽象行政行為針對的對象是不特定的相對人；2. 具體行政行為處理的是特定的具體事項，而抽象行政行為針對的是不特定的一般事項；3. 具體行政行為的效力只針對特定的人或事有效，抽象行政行為的效力對不特定的人或事普遍有效；4. 具體行政行為針對一次性事件只能一次適用不能多次適用；抽象行政行為針對一次性事件則可以多次連續適用。

（二）作為行政復議申請範圍的行政行為必須是行政復議法規定的可予復議的行政行為，亦即《行政復議法》第六條與第七條所規定的行政行為。

（三）公民、法人或者其他組織認為具體行政行為侵犯其合法權益或者具體行政行為所依據的規定不合法

這一基本標準包括以下含義：1. 行政管理相對人只是"認為"

具體行政行為侵犯其合法權益或者認為具體行政行為所依據的規定不合法，至於是否真正侵犯其合法權益及其所依據的規定是否合法只有在主管行政機關審查後才能確定；2. 行政管理相對人認為相應的具體行政行為侵犯其本人的權益而非他人權益。

（四）公民、法人或者其他組織必須依法向行政機關提出申請指依據行政復議法的有關規定提出復議申請。具體包括申請人必須在法定期限內提出復議申請，申請復議必須符合法定的條件和法定的形式。

（五）對抽象行政行為的復議申請只能附帶提出

依據行政復議法的規定，並不能單獨對抽象行政行為提出行政復議申請，而只能在對具體行政行為提出行政復議時，在公民、法人或者其他組織又認為具體行政行為所依據規定不合法時，而且這種規定符合行政復議法規定的範圍時，相對人才可以一併向行政復議機關提出對該規定的審查申請（註14）。

### 第三節 具體行政行為的行政復議範圍

#### 第一項 行政處罰行為引起的爭議

根據《行政復議法》第六條第一項第一款的規定："對行政機關作出的警告、罰款、沒收違法所得、沒收非法財物、責令停產停業、暫扣或者吊銷許可證、暫扣或者吊銷執照、行政拘留等行政處罰決定不服的"得依法申請行政復議。

##### 一、行政處罰的概念

行政處罰，是指行政主體為實施行政管理，維護社會公共利益和公共秩序，保護公民、法人或者其他組織的合法權益，依法對行政管理相對人違反行政法律規範的行為給予人身的、財產的、名譽的或者其他形式的法制制裁的具體行政行為（註15）。但有學者認為這種定義沒有反應出處罰與救濟之間的依存關係，不僅不符行政處罰創設的原意，也悖離了行政機關與相對方的權利義務平衡關係。以致理論歸納沒有跟上實踐的步伐，沒有表現出必要的概括性和前瞻性，從而不利於行政機關對行政處罰手段的準確把握，導致濫施處罰或專橫處罰，引發相對方對立的情緒而抵制處罰或抗拒處罰。

因此該學者認為行政處罰較準確、完善的表述如下：所謂行政處罰，是指國家行政機關和其他行政主體依法對違反行政法規範的公民、法人或其他組織所實施的、被處罰者有權申請救濟的一種行政懲戒措施（註16）。

## 二、行政處罰的種類

行政處罰的種類上百種，難能逐一一列舉說明。惟為求窺見其概括內容，依據不同的標準所為之分類，或可略知其內涵。茲參考大陸學者對於行政處罰類型最主要的分類標準，亦即按照行政處罰指向行政管理相對人權利的內容或性質劃分，將行政處罰劃分為申誡罰、財產罰、能力罰和人身罰等四種，其中每一類型所包括的具體處罰形式並舉例如下：

1. 申誡罰。它是指行政主體向違反行政法律規範的行政管理相對人提出警戒或譴責，申明其行為違法，教育行為人避免以後再犯的一種形式。它區別於其他種類處罰的特點在於：違法行為者實施的是精神上或名譽、信譽等方面的懲戒，而不是對行政管理相對人的其他實體權利的剝奪或者限制。行政處罰法規定申誡罰的主要形式是警告，責令具結悔過、通報批評等。

2. 財產罰。它是指行政主體強迫違法行為人交納一定數額的金錢或剝奪其原有財產的行政處罰。這種處罰的特點是對違法行為人在經濟上給予制裁，迫使管理相對人履行金錢給付義務。其主要形式包括罰款、沒收違法所得和沒收非法財物等。

3. 能力罰。能力罰又稱為行為罰，它是指行政主體對行政管理相對人的行為進行限制或者剝奪的一種制裁措施。這裡所說的行為主要是指經行政機關同意的從事某項活動的權利或資格。例如衛生行政主管機關頒發的衛生許可證、公安交通管理機關頒發的駕駛證等。行政管理相對人取得這種權利就意味著其某種權利能力或者資格得到國家的承認，否則將視為違法。能力罰的主要形式包括責令停產停業、暫扣或者吊銷許可證、暫扣或者吊銷執照等。

4. 人身罰。又稱人身自由罰，它是指行政主體作出的限制或者剝奪違法行為人的人身自由的處罰。人身罰的實施使行政管理相對人的人身自由受到限制。也就是其在短時期內將失去人身自由。由於人身自由權是公民依法享有的最基本的而且是最重要的權利，故《行政處罰法》第九條規定："限制人身自由的行政處罰，只能由

法律設定"，可見，行政處罰法對人身罰的設定較其他處罰類嚴格得多（註17）。

### 三、行政處罰的其他種類

上面已將《行政處罰法》第八條所規定的幾種常見的行政處罰種類作了論述。根據中共現行法律、法規的規定，法律、法規所設定的行政處罰種類很多，遠不止以上列舉的幾類，據中共有關方面統計，目前大約有120多種行政處罰方式（註18）。對如此繁多的行政處罰種類，《行政處罰法》不可能也不會一一作詳細列舉，故該法第八條第七項規定"法律、行政法規規定的其他行政處罰"。就是說，除了該條前六項規定的行政處罰種類之外，法律和行政法可依法規定其他種類的行政處罰。例如：責令關閉、停止出售、取消教師資格、責令限期辦理、限期出境、驅逐出境、吊銷或收繳簽證或證件、撤銷公司登記、沒收作案工具、銷毀違禁物品、加收滯納金、拆除違法建築物等（註19）。

### 四、行政處罰的原則和程序

行政處罰的基本原則是行政機關實施行政處罰時必須遵守的基本行為規則，對於行政處罰具有普遍的指導意義，並起主導的作用。依據中共《行政處罰法》的規定，行政處罰的原則有處罰法定原則、公開公正的原則、保障當事人合法權益原則、處罰與教育相結合原則等。

至於行政處罰的程序，大陸《行政處罰法》對於處罰程序規定的主要內容是：

第一、為適應實際需要，分別規定了簡易程序和一般程序。《行政處罰法》第三十三條規定：「違法事實確鑿且有法定依據，對公民處以五十元以下、對法人或其他組織處以一千元以下罰款或者警告的行政處罰的，可以當場作出行政處罰決定」。此外，其他違法行為都應該依照一般程序給予行政處罰，即由行政機關經過較為嚴謹的程序和程式進行調查，查明違法事實是否確實，存在危害性如何，並針對所蒐集之證據材料與相對人的申辯，核對相關處罰規定，加以審理之後，作成決定。

第二、實行申辯和聽證制度。《行政處罰法》第三十一條規定：「行政機關在作出行政處罰決定之前，應當告知當事人作出行政處



罰決定的事實、理由及依據，並告知當事人依法享有的權利。」第三十二條規定：「當事人有權進行陳述和申辯。行政機關必須充分聽取當事人的意見，對當事人提出的事實、理由和證據，應當進行復核；當事人提出的事實、理由和證據成立的，行政機關應當採納」。第四十二條規定：「行政機關作出責令停產停業、吊銷許可證或者執照、較大數額罰款等行政處罰決定之前，應當告知當事人有要求聽證的權利；當事人要求聽證的，行政機關應當組織聽證」。

### 五、將行政處罰列入行政復議範圍的必要性

大陸於1996年所通過《行政處罰法》，確立了行政處罰法定原則、保障當事人權益原則、懲罰與教育結合原則、公開公正原則、監督制約原則等；在處罰程序上，設置了簡易程序、普通程序、聽證程序等。基本上，在行政處罰方面建立了有執法機關、執法人員和執法手段較完整的行政執法體系，並較好地維護了經濟秩序和社會秩序。惟多項原則因實際內涵仍不夠清晰，以致在執法成績較大的同時，並存著執法質量不高的問題。其表現在立法方面，有：1. 相關法規、規章與《行政處罰法》之間不夠統一、配套，協調性較差，有的甚至互相矛盾和牴觸；2. 立法上重實體規範輕程序規範，致程序性規定不夠具體和統一；3. 法令規定過於籠統和原則，結構欠完整，語言表述欠準確，導致可操作性和可執行性都較差，既損害了法律的嚴肅性，又引起處罰實施上的混亂。在執行方面則出現以下問題：1. 執法不嚴、該罰的不罰、該重罰的輕罰，討價還價、妥協罰款；2. 濫用處罰權，不該罰的被罰，該輕罰的重罰，以權謀私，用處罰權做交易；3. 多頭執法、重覆處罰現象時有發生，又部分執法人員素質不高，影響執法質量（註20）。

## 第二項 行政強制措施引起的行政爭議

《行政復議法》第六條第一款第二項規定："對行政機關作出的限制人身或者查封、扣押、凍結財產等行政強制措施決定不服的"，得依法申請行政復議。按以上「行政強制措施」依照大陸學者普遍的看法，是指行政機關為了預防、制止或控制危害社會的行為發生，或為了確保行政執法的順利進行，或為了實現行政機關執行法律法規及行政決定，依法對公民、法人或其他組織的人身或財

產採取的強制性手段（註 21）。行政強制措施根據性質不同，可以分為預防性、制止性、保全性、執行性的強制措施；根據作用對象可以分為對人身的強制措施和對財產的強制措施；根據實施的方式不同可以分為直接強制措施和間接強制措施。惟由《行政復議法》的規定中雖然沒有明確分類，但從條文內容上看，基本上沿用了按作用對象區分的方式。即行政強制措施可以分為兩大類，一類為人身強制措施，即行政機關為了維護公共利益或保護公民人身健康、安全的需要，對公民採取的限制其人身自由的強制性手段。包括：強制扣留、強制隔離、強制約束、強制遣送、強制治療、強制戒毒、強制帶離現場、強制驅散、驅逐出境等。另一類是對財產的強制措施，指行政機關為了預防和制止違法行為，為查明事實情況，根據需要依法對公民、法人或其他組織的財產採取的限制其流通和使用的強制手段。包括：查封、扣押、凍結、強行拆除、強制銷毀、強制抵繳、強制拍賣、強制鑒定、變價出售等（註 21）。

另大陸學者對於「行政強制執行」之通說係指行政主體依法對於不履行行政法上義務的公民法人或組織採取強制手段迫使其履行義務或達到與履行義務相同的狀態（註 22），且由於大陸學者對於「行政強制措施」與「行政強制執行」有不完全相同的認識乃不乏將以上兩者加以比較分析，或認為行政強制執行中，行政機關採取的行政強制手段就是執行性的行政強制措施，但是行政強制措施除了執行性的行政強制措施之外，尚包括預防性、制止性、保全性的強制措施（註 23）；或認為前者主要目的在於迫使行政相對人履行義務或達到與履行義務相同的狀態，後者主要目的在於使當事人的人身或財產保持一定的狀態，防止某項危害社會的行為發生，或者排除行政執法過程中的妨害，以保持行政執法的順利進行（註 24）；或認為行政強制措施既可用於行政強制執行已生效的具體行政行為，也可用於調查取證，或可能對於相對人自身、他人或公共利益造成危害的場合，以保證一定具體行政行為的作出（註 25）。

綜上，本文認為，大陸學者對於「行政強制措施」與「行政強制執行」兩者的界定均具「行政強制」的性質，乃至「行政強制具體行政行為」的性質。（按大陸學者所著行政法著作，其中不乏將以上兩者視為不同性質的具體行政行為，並分章論述）但若針對以上兩種不完全相同意涵界定的行為之間的相互關係加以對照、分析比較之下，似可發現以上兩者之間存在著「行政強制」是實施「行

政強制措施」的「手段」，而「行政強制措施」是完成「行政強制目的」的手段；或者「行政強制」主要性質在於其「手段」的特質，而「行政強制措施」主要性質在於其「行為」的特質。是以，有學者強調兩者主要差異，有執行機關不同、起因不同、前提不同、涵蓋範圍不同等方面的討論，在筆者看來，似乎不盡必要，乃至造成治絲益棼的情況。

就有關行政強制方面，國內學界的論述或可供大陸學界參酌。蓋國內學界就行政強制方面的論述，多以我國「行政執行法」為主軸，而我國「行政執行法」其性質實際為行政強制執行法。該法第二條就明定：「本法所稱行政執行，指公法上金錢給付義務、行為或不行為之強制執行，及即時強制」。易言之，我國行政強制執行以不履行公法上金錢給付義務，或不履行公法上應有之行為或不行為之義務人為實施對象，例外於即時強制部分情況（例如：暴行或鬥毆，非管束不能預防其傷害；例如：軍器、凶器或其他危險物，為預防危害之必要，得扣留之）才能及於「非義務人」(註26)。

綜以上我國「行政執行法」之規定及學者據以所為之論述，可見國內學者將行政強制視為「程序」看待的成分之比重似乎遠大於視為「行政處分」看待，並將行政機關實施行政強制程序中的作為，視為「事實行為」而非「行政處分」。此亦與我國「行政執行法」就行政強制執行過程的救濟途徑，係採聲明異議的方式，且對於人民因行政機關強制執行所受損害採國家賠償法途徑相呼應(註27)。

茲綜合大陸學界有關大陸實施行政強制措施必須符合法律規定的條件，概括這些條件主要是：1. 實施主體必須是有法定行政強制權的行政主體。行政強制權是一種重大的行政權力，它直接關係到公民、法人或其他組織的人身權、財產權等重要權利，而且運用時通常都具有緊急性。為此，法律對具有該類行政權力的行政主體有明確的限定。2. 被強制對象必須符合法律規定的條件。行政強制措施與其他具體行政行為相比的重要特點是，它的運用主要是為了預防或制止違法行為的發生和發展，或者為了保全證據、確保將來行政案件查處工作的順利進行，因而其適用的對象很多都是有違法犯罪行為嫌疑的人，但"嫌疑人"也並不是讓行政主體隨意地去決定，而是要符合法律規定的標準，而且行政機關要有證據證實對象符合法律規定的標準，不能任意將一個公民作為嫌疑人而對其採取行政強制措施。3. 必須辦理必要的手續，符合規定的期限。行政強

制措施很多是即時強制性的措施，具有緊急性，因而通常在程序上比較簡便，但這也不等於沒有法定手續，實施行政強制措施仍需嚴格履行手續，如即時扣押財產，必須先向對象表明執法人員身份，然後填寫扣押清單，載明扣押的理由和法律依據、被扣押財產的名稱、數量以及扣押日期，加蓋行政機關的關防，最後交付當事人留存。同時，運用行政強制措施還必須遵守法律規定的期限，不能隨意拖延。4. 必須按法定的種類運用行政強制措施。對各類有行政強制權的行政主體都只能依法定的種類實施，既不能超越本機關能運用的種類範圍，也不能隨意創設一些種類(註 28)。

### 第三項 行政機關變更、中止、撤銷許可證、執照、資質證、資格證書引發的爭議

《行政復議法》第六條第一款第三項規定，"對行政機關作出的有關許可證、執照、資質證、資格證等證書變更、中止、撤銷的決定不服的"，有權申請行政復議。

#### 一、行政許可的概念與特徵

行政許可，是指行政機關根據公民、法人或者其他組織的申請，經許可依法准許其從事特定活動或專有某種資格的行為。它有如下特徵：

1. 行政許可是以法律的一般禁止為前提的行為。無法律禁止也就無所謂許可，由於生產、經營活動中許多內容是涉及公共安全、國家整體利益和其他重大社會利益，因此，原則上，法律要求嚴格規定任何人都不得隨意從事這些活動，但又為了保證社會生活的正常進行，有關法律又必須規定對具備了一定條件的人解除這種禁止，這就是許可。

2. 行政許可是一種採用頒發許可證、執照等形式的要式行政行為。它賦予行政管理相對人特定的權利或資格並在一定時期內有效，具有此種法律資格、法律權利的相對人便可以進行其他相對人所不能進行的某種活動，實施其他相對人不能實施的行為。如開業、生產、經營許可便可以使相對人獲得某種權利；而律師證的註冊、會計師證的頒發，則可使相對人獲得了從事相應職業的資格。

3. 行政許可是一種依行政管理相對人申請的具體行政行為。行

政機關實施行政許可行為，必須以相對人提出申請為前提。但對於相對人提出的許可申請，必須要經過行政機關的審查和同意。若沒有行政機關的批准，相對人也不能獲得此項權利，因此，行政許可仍為行政機關作出的單方面的具體行政行為（註 29）。

## 二、大陸行政許可的適用範圍及其問題

行政許可的適用範圍不是任意的，它必須嚴格依照法律的規定。由於目前大陸沒有一部統一的《行政許可法》，因此行政許可的範圍主要散見單行的法律、法規。其範圍主要包括：

1. 自然資源的開發和利用：包括草原使用、禁止砍伐、漁業捕撈、狩獵、礦藏的開採等。2. 生態環境的保護：包括森林砍伐、水利建設、草原的非畜牧化等。3. 公共安全保障方面：包括對武器、危險物品、食品、藥品等的生產、運輸、保管、持有、銷售等實行許可證制度。4. 涉及社會公共安全、公共利益以及公民生命健康的企業事業組織、人員資質或資格的認定，或可從事的行為。5. 國家實施宏觀調控和專營的措施：如為了控制進出口貿易額，保持國內市場穩定，實行進出口貿易許可證制度。

行政許可作為一項法律制度，發揮了維護經濟秩序和社會秩序，保護自然資源和生態環境，促進經濟發展等功能。但由於其常與收費聯繫，而含有經濟意義，往往成為行政部門的「生財之道」。復由於近年來大陸行政許可制度發展迅速，以致在適用範圍和設定上，出現了不當擴大化的混亂現象，其問題最嚴重的是組織與權限的問題，主要表現在：1. 非法定機關及組織行使許可權，上路設卡、收費現象日益增多；2. 許可機關權限交叉，多部門就同一事項各自許可，互相矛盾；3. 許可種類過多，造成許可機關林立，許可權限缺乏應有的限制。至於在行政許可程序方面的問題則有：1. 許可處理期限規定較少，許可機關拖延處理現象嚴重；2. 許可程序不公開，申請人難以了解許可機關的辦事程序、許可過程和結果；3. 許可程序過於繁瑣，又缺乏公平機制、許可機關程序違法責任不明等（註 30）。

## 三、行政許可的形式及其變更、中止及撤銷

行政許可包括下列形式：1. 許可證、執照等證照；執照是相對人在申請登記從事經營或其他活動時主管機關依法審核登記發給

的合法證件，如護照、營業執照等。2. 資格證、資質證等資歷證明。3. 行政審批。4. 法律、行政法規規定的其他行政許可形式（註 31）。

許可證、執照、資質證、資格證等證書的變更是指行政機關對行政機關依申請或依職權改變許可證、執照、資質證、資格證等證書有關內容的行為。包括改變持證人的名稱、證件有效期限、證件效力範圍以及證件內容等方面。例如，行政機關依申請變更營業執照的經營範圍、營業地址、法定代表人、註冊資金等內容，建築行政主管機關變更施工資質證書的等級、從業種類及範圍等均屬於變更行為。

許可證、執照、資質證、資格證等的中止是指行政機關依申請或依職權使相關證書暫時失去法律效力的行為。例如，違反《中共道路交通安全法條例》規定，吊扣駕駛證某段時日。行政機關為制止行政相對人進行某種違法行為，有權命令證書持有人暫時停止從事其被許可的活動，中止原因消除後，持證人可以重新從事相關的活動。至於撤銷許可證，通常針對具有一定程度的違法行為，行政機關使許可證失去效力，由於撤銷是較嚴厲的行政處罰，因此行政機關吊銷許可證時，應說明理由和適用的法規，還要告知復議和訴訟的權利（註 32）。

#### 四、行政許可的變更、中止及撤銷列入行政復議範圍的必要性

國內學者有根據行政處分對相對人產生有利或不利之法律效果，就行政處分（相當大陸具體行政行為）區分為受益處分與負擔處分。凡對相對人產生設定或確認權利或者法律上重大利益的行政處分皆屬授益處分，例如核發各種執照、准予商標註冊、給予社會救助金等；凡對相對人產生不利效果的，無論課予其作為、不作為或忍受義務，例如徵兵、課稅、禁止集會，或變更、消滅其權利或法律上之利益等前述的消極處分，俱為負擔處分（註 33）。

行政處分之廢棄（註：撤銷與廢止為共同上位之概念，德國行政法學者稱之為「廢棄」），因廢棄對象屬性（合法或違法處分、授益處分或負擔處分）情況不同，會牽涉到「依法行政原則」、「法律安定原則」以及「信賴保護原則」三個原則間的衡量與取捨。例如要撤銷一違法授益處分，雖符合「依法行政原則」之要求，但另一方面確有悖於法律安定以及信賴保護原則之要求。...原則上，若欲廢棄者係授益行政處分，行政機關裁量權之行使將受到較大的限

制，主要原因乃需考慮到相對人信賴之保護；反之，若欲廢棄之標的為負擔行政處分，則所受之拘束較小，行政機關就是否及如何廢棄有較大的裁量空間（註 34）。因此，縱然行政許可的變更、中止及撤銷有個別法令的依據，惟因無論從信賴保護、依法行政、法律安定的觀點而言，相對人均有主張授益處分存續的堅強理由，若行政機關輕率為之，不僅侵奪公民、法人或者其他組織的合法權益，也傷害到國家法律的嚴肅性。是以，將行政機關就公民、法人或者其他組織既有的行政許可予以變更、中止及撤銷所引發的行政爭議列入行政復議範圍有其相當的必要性。

#### 第四項 因行政機關確權行為引發的爭議

《行政復議法》第六條第一款第四項規定，公民、法人或者其他組織"對行政機關作出的關於確認土地、礦藏、水流、森林、山陵、草原、荒地、灘涂、海域等自然資源的所有權或者使用權的決定不服的"，有權申請行政復議。

大陸學界所稱確權行為，相當國內學者就行政機關所為行政處理內容為標準所劃分的命令性、形成性和確認性行政處分三者之中的「確認處分」。依國內學者通說，「確認處分」指確定某特定權利或具法律上重要意義的身分、地位或能力存在與否的行政處分（註 35）。確認性行為僅表明現有的實在法狀態，但也屬於行政行為，認為它是對於法律狀態具有約束力的確認，具有處理性（註 36）。

《行政復議法》就人民與行政機關有關國有土地、國有資源所有權與使用權之間的爭議納入行政復議範圍。學者並就行政機關所為之處理，稱為確權行為，並指為行政機關對當事人之間就財產所有權或使用權的歸屬發生的爭議予以確認裁決的行為。易言之，確權意味著有權行政機關對個人、組織的財產所有權、使用權的確認。確認的本質在於使個人、組織的法律地位和權利、義務取得法律上的承認。有了這種法律承認，個人或組織才能申請各種需要取得的但尚未取得的權利，才能保護各種已往存在或已經取得的權利，並且通過確認，使當事人的法律地位和權利、義務均可明確、具體，使得這種法律地位和權利、義務也為他人所承認，從而減少爭議，避免糾紛的發生（註 37）。

大陸是社會主義國家，對各種自然資源，土地、礦藏、水流、

森林、山陵、草原、荒地、灘涂、海域等實行公有制，即國家所有或者集體所有。《中華人民共和國憲法》第九條規定；"礦藏、水流、森林、山陵、草原、荒地、灘涂等自然資源，都屬於國家所有，即全民所有；由法律規定屬於集體所有的森林和山陵、草原、荒地、灘涂除外。""城市的土地屬於國家所有"。"農村和城市郊區的土地，除由法律規定屬於國家所有的以外，屬於集體所有；宅基地和自留地自留山，也屬於集體所有"。根據大陸的有關法律，例如。《土地管理法》、《礦產資源法》、《漁業法》、《森林法》、《草原法》等法律以及相應的實施細則等規定，再再的重申國家重要資源的國有化，並分別對於國家所有以外的集體所有的情況加以具體規定。因此，在大陸，大量的國有資產是由行政機關以所有者代表的身份來具體管理和處置的，但在實際管理國有資產的過程中，行政機關也常常依各式各樣的規定，將某些國有資產的使用權確認給符合條件的有關單位和個人，一方面，造成國家土地和其他重要資源國家所有權的虛化，另一方面，也造成人民與行政機關就國家土地和其他重要資源的所有權與使用權方面的爭議不斷（註38）。

而以上所謂對自然資源的所有權，指所有人對自己的財產享有的佔有、使用、收益和處分的權利。所謂對自然資源的使用權，是指權利主體按財產的性能對財產進行事實上利用的權利。顯而易見，行政機關對各種自然資源權屬的確認關係重大。如果在確認權屬的過程中，出現事實認定錯誤，判斷偏差，出現某些違法或不當問題，將導致不公正後果的產生，給行政相對方的權利利益帶來嚴重的不利影響。因此將這類爭議劃入行政復議範圍的規定，相當符合大陸方面的實際需要（註39）。

## 第五項 行政機關侵犯經營自主權引發的爭議

《行政復議法》第六條第一款第五項規定，公民、法人或者其他組織"認為行政機關侵犯合法的經營自主權的"，有權申請行政復議。

中共政權成立後，作為計畫經濟為主要特徵的社會主義國家，政府一直在人民的經濟生活中發揮著主導作用，並形成一種高度行政化的經濟運行體制。在此體制下，所有重要和重大宏觀的經濟決策理論和方案都源自中共黨中央，並通過中共行政網路和強制手



段，迅速擴散到各個經濟領域。而各經濟主體為了貫徹中央決策而啟動，並在經濟運行的過程中，生產資料所有權歸各級政府掌握，人事任免權也在各級政府掌握中（註40）。

茲觀中共十一屆三中全會以降，其所進行的經濟體制改革，實質上，也就是各種市場經濟主體與國家之間權力的調整與再分配，亦即政府對企業所為行政干預和調控力的逐步萎縮，相對應企業自主權不斷的擴大。但在這一消一長的互動過程中，改革開放政策的實際進展仍然取決於政府當權的權力讓與，亦即回歸社會大眾的決心。這除了宏觀上分層管理的緣故之外，尚因社會主義的前提之下，國家一向直接的控制著國家各種資源所有權的這一事實上。因此，大陸經濟改革的進展和成效如何，實繫於其國家權力與企業經營自主權是否趨於公平合理並符合經濟原理法則。

而上述所謂企業自主權，實際上就是企業經營自主權，也就是指公民、法人及其他經濟組織依法享有的自主調整和使用其人力、物力和財力的權利，以及產、供、銷環節中自主決定，並不受干涉的權利。因此，合法的經營自主權應指法律、法規定的生產經營決策權、產品勞務定價權、產品銷售權、物資採購權、資產處置權、聯營兼併權、人事管理權等。

在大陸，不同性質的經濟組織，享有經營自主權的範圍各不相同。非國有企業與國有企業相比，他們因所有制性質不同，其法定經營自主權的範圍更為廣泛，特別是私營企業以及個體經營戶、承包戶，他們在經營活動中對其財產享有完全的處分權、收益權。但由於長期以來，大陸採取社會主義計畫經濟，限制私有財產的政策，以致政府部門對於人民私有財產的所有權和自由處分權不懂得尊重，加上受到傳統政、企不分的思維方式所影響，以及行政管理體制改革不到位等因素，以致行政機關以各種形式干預甚至侵犯市場經營自主權的現象仍不時發生，例如強行要求企業或經濟組織上繳稅後利潤，強制變更企業名稱、改變企業性質，強制要求企業、經濟組織聯營、分立、合併或兼併，改變企業隸屬關係，核定資產的使用權或所有權，強制簽訂、變更、解除合同，干預、限制供銷渠道，撤換或變更依法應由職工代表大會或者董事會選舉或聘任產生的企業或其他經濟組織的法定代表人，強制定價，干預企業人事管理權等。

事實上，在一個自由市場的經濟體制之下，企業本應是一個擁

有自主權的主體，它的生產和銷售、管理和分配都必須由企業本於市場機能，由自身所決定，而非由政府越廚代庖發號司令，擔任「調度室」的角色。因為在一個自由市場的經濟體制之下，唯有政府認清自己只能扮演宏觀上調控市場的角色，進而引導企業生產意向，並承認、尊重和保護企業的經營自主權，才能讓各企業有自由發展和生存的空間，也才能確保全國經濟改革與發展的成果，並不斷成長。為此，各種企業、經濟組織和個體經營者如認為行政機關侵犯其法定經自主範圍內的各種權利，例如干預、截留、限制或取消其生產、經營活動中的人、財、物，以及決定產、供、銷等方面權利的，特別是侵犯其對財產的佔有、使用和處分權利的，都可以提起行政復議（註 41）。

## 第六項 行政機關變更或者廢止農業承包合同引發的爭議

《行政復議法》第六條第一款第六項規定："認為行政機關變更或者廢止農業承包合同，侵犯其合法權益的，"有權申請行政復議。

依據我國行政程序法第一三六條與第一三七條之規定，可知我國的行政契約以「代替行政處分之契約」為主，更以「和解契約」與「雙務契約」為主要型態。前者目的在於解決事實或者法律關係不明確，後者目的在於使行政機關得以行政上授益換取人民自願為給付以實現行政目的。不過國內學界的行政契約理論源自德國、日本等國，與先進國家相近的背景條件，是建立在自由經濟私有制的經濟基礎上，惟大陸其與我國行政契約性質相近的行政合同，畢竟是建立在以社會主義公有制的經濟基礎上，因此即便與國內學界理論同樣源自德國、日本等先進國家行政合同之理論，但其在性質、特點、範圍等方面自然存在著相當的差異，特別是在大陸實務上，其行政權隨意干涉行政合同最為常見。依大陸多數學者的看法，行政合同是指行政主體為了實現行政管理目的，與行政相對人就某事項協商一致所達成的協議。因此，除了合同雙方意思表示一致為合同成立要件之外，它有別於一般民事法律關係中的合同，具有行政與契約的雙重性，並表現行政合同其與一般民事契約不同的特徵有：1. 行政合同中至少有一方是行政機關。2. 簽訂行政合同的目的在於實現行政管理具體目標。3. 行政合同的履行、變更或解除，行

政機關享有優先權，可以依國家行政管理之需要，依法變更或解除。4. 行政合同糾紛屬於行政糾紛，應依行政救濟途徑辦理（註42）。

一九七八年大陸所進行的農村改革，實際上就是中共將行政合同的觀念首次引入中共的行政管理之中。並在農村家庭聯產承包責任制的推行中，發展出農業承包合同的作法。有了農業承包合同之後，從此長期以來，束縛在傳統管理模式下的農民通過行政合同獲得從未有過的自主支配權。正如學者所指出：「在實施國家行政職能，實現政府管理目標的基本手段或方式上，契約行政與命令行政相比，表現出更大的靈活性」（註43）。

惟最初大陸所發展出的農業承包合同，最主要是指農村土地承包合同，而後又出現了承包農村集體財產的農村經營承包合同。因此，大陸的農業承包合同，可說是農村集體經濟組織和國有農業企業與其成員及其他公民之間為從事糧食、林木、畜牧、等種植、養殖業生產經營活動，以承包的方式明確雙方權利義務關係而訂立的協議。

中共《農業法》規定，集體所有的或者國家所有由農業集體經營組織使用的土地、山陵、草原、荒地、灘涂、水面可以由個人或集體承包從事農業生產，國有和集體所有的宜林荒山可以由個人或者集體承包造林。中共的《土地管理法》、《漁業法》、《森林法》等，也都有類似規定。

一般而言，大陸的農業承包合同，通常經由行政主體發包方和行政相對人承包方就承包合同條款協商一致，簽字蓋章，合同即告成立，具有法律效力，按理任何一方都不得隨意變更或者廢止。但由於農業承包合同除了具有一般合同的特點之外，另一方面，基於公共利益的考慮，行政機關在國家政策發生改變或當事人情況有所變化時，可以對農業承包合同進行相應的變更，即對合同的主要條款進行修改以適應新的變化。甚至在某些情況下，行政機關可以廢止農業承包合同，使農業承包合同完全失去法律效力。從而在行政主體違法濫權任意行事，而相對人又欠缺與行政主體相抗衡的力量之下，以致立意良好的農業承包合同發生許許多多的弊端如下：例如，有的幹部借農村承包合同管理為名，採用行政手段解除未到期的合同；有的鄉鎮政府支持鄉村集體經營組織不履行承包合同規定的義務，甚至單方面撕毀合同；有的地方借延長土地承包期和進行必要的土地調整的時機，隨意提高承包責任，變相干涉簽訂農村承

包合同，加重農民負擔；有的地方利用職權強迫當事人變更合同等。以上這些行為侵犯農民的經營自主權和土地承包經營權，嚴重傷害了農民的生產積極性，不利於農村經濟之穩定。

由於農業承包合同涉及到農民的切身利益，故合同的訂立、變更、終止等必須嚴格依法進行。且為了避免政府與人民之間無謂的糾紛，並維持政府的形象與人民對政府的信賴和支持，行政機關更不應該隨意的變更合同，尤其不允許違法變更、廢止農業經營合同。因此，將這一類農業承包合同引起的爭議納入行政復議範圍，有利於提昇農民的生產意願，鞏固農業改革之成果（註44）。

### 第七項 行政機關違法要求履行義務引發的爭議

《行政復議法》第六條第一款第七項明確規定："認為行政機關違法集資、徵收財物、攤派費用或者違法要求履行其他義務的，"有權申請行政復議。

在一個法治基礎薄弱的社會中，行政當權即便掛著「民主」與「法治」的招牌，實際上大抵而言，仍然不免以人治的特質進行行政管理。這種情形在中國五千年專制政治文化傳統，與中共政權成立又強調社會主義人民民主專政的政治體制之下，基本上並沒有多大改變。直至中共十一屆三中全會走改革開放的路線之後，大陸所稱國家行政機關的組織改造工作才背負著歷史的包袱，沉重的匍匐前進。且在這個迂緩的改革過程之中，行政機關任意下命，課予人民特定作為、不作為或忍受的義務事件仍層出不窮，不只影響到中共改革開放的形象，也阻礙了其所謂社會主義民主法制的改革進步。

蓋依法治國首重依法行政，而依法行政所強調者，乃行政機關於行政管理過程中所為的各項措施和決定，都要謹守「法律保留」的原則，無法律授權，不得侵犯人民權益；無法律依據，不得課予人民以法律所未定之義務。換言之，按照法律、法規的規定，公民、法人或者其他組織負有某種行政法上的義務時，固然必須及時履行，如納稅、繳費、服兵役、提供勞動、協助執行公務等。但是，除了法定義務外，行政機關亦不得違法要求相對人履行法外義務，或違反法律規定要求相對人履行義務。

通常行政機關要求公民、法人者其他組織履行之義務，包括財

物上的義務和行為上的義務，財物上的義務是要求交付一定的財物，如繳納費用或實物；行為上的義務是要求作出或不作出一定的行為，要求作出一定的行為如要求服兵役等，要求不作出一定的行為如不得進入某地域或不得在某地段行走等等。具體而言，大陸行政機關違法要求履行義務大致包括以下幾種情形：

1. 違法集資。在大陸，所謂集資是指群眾自願籌措資金舉辦共同受益的事業的行為，但往往有些機關為了追求績效，好大喜功，常不顧機關實際財力、物力，違反法律、法規的有關規定，並違背行政管理相對人的內心真意，以行政強制或變相強制的方式，使行政管理相對人參加各種形式集資的行為。如行政機關強行要求群眾集資興建各種工程設施和舉辦各種事業的花費（註45）。

2. 違法徵收財物。這是指行政機關違反法律、法規的規定或者根本沒有任何合法依據，而採取行政強制的方式無償取得或剝奪行政管理相對人財產所有權的行為。如行政機關違法向企業單位徵收諸如治安費、綠化費、外地產品入境費、精神文明建設費等（註45）。

3. 違法攤派費用。這是指行政機關違反法律、法規的有關規定，以行政強制的方式強行向行政管理相對人無償徵收各費用的行為。如有些行政機關要求下屬企、事業單位贊助錢財以報銷其本單位用於開會、招待以及出差的各種費用，就是典型的違法攤派費用（註45）。

4. 違法要求履行其他義務。這是指行政機關要求行政管理相對人承擔除上述違法集資、徵收財物、攤派費用等以外的其他一切違法要求履行的義務。如違法要求企業不得進行某種投資、經營，不得自銷某種產品；違法向公民、法人或者其他組織徵調人力從事修建道路、學校等（註45）。

按以上所歸納四大違法行為之類型，都是行政機關違法濫權之行為。不僅侵犯民眾權益至鉅，也嚴重的影響政府的形象。為了杜絕類此情事的發生，《行政復議法》特別將之納入行政復議的範圍內，對於行政人員自有戒慎敬事的作用，進而保護到人民應有的權益。

## 第八項 行政機關不予許可引發的爭議

《行政復議法》第六條第一款第八項規定，"認為符合法定條件，申請行政機關頒發許可證、執照、資質證、資格證等證書，或者申請人申請行政機關行政機審批、登記有關事項，行政機關沒有依法辦理的"，有權申請行政復議。

本文本章節第三項已述許可證、執照、資質證、資格證等都可以是行政許可的具體形式（相當於台灣學者所稱的形成處分），而審批、登記有關事項，大陸學者多將歸屬行政確認（相當於台灣學者所稱的確認處分）方面的內容。因此對於行政許可在此不再贅述。而有關土地等自然資源所有權使用權的確認，在本文本章節第四項亦已概述，茲就一般行政確認的概念和主要形式分述如下：

### 一、行政確認的概念與特徵

1. 由於行政確認的直接表現形式是對行政管理相對人的法律地位、法律行為或者法律關係是否存在的判定，所以，行政主體在作出確認行為時，必須以書面的形式，並按照一定的程序要求作出。

2. 行政確認是一種羈束的行政行為。行政確認的目的是確定行政管理相對人的法律地位和權利義務，是嚴肅的法律行為。行政確認所宣告的是否存在的法律事實或法律關係也是由客觀事實和法律規定決定的，並受到各種技術性規範的制約。故行政主體在作出行政確認行為時，必須嚴格依據法律規定的條件和程序進行。

3. 行政確認的外在表現形式往往以技術鑒定書等形式出現，在較大程度上受到技術規範的制約，行政主體通常以行政確認作為作出某種行政裁決行為的前提。可見，行政確認行為與行政裁決行為往往成為行政主體所為的一個行政行為的兩個不同的階段或兩個組成部分。這就意味著行政確認還具有鑒定、檢驗等甄別性質的特點（註46）。

### 二、行政確認的主要形式和基本分類

行政確認的形式有多種，主要有以下幾種：1. 批准。它是指行政主體對於行政管理相對人申請的事項，經審查後符合法定條件者予以認可或同意的行為。例如，相對人請求行政機關准予其登記結婚；開辦"三資"企業必須先經國家對外經濟貿易主管部門審查批准後才能辦理企業登記手續等。批准的應用範圍比較廣，甚至在許可、免除等行政行為中也會出現批准。應當說明的是，在許可、免

除中的批准並不是一項獨立的行政行為，而是被許可、免除所吸收的行政程序，在行政確認中，批准固然不是獨立的行政處理而是補充的行政處理，但它不被其他行政處理吸收，而且相對於被批准的內容來說仍然是獨立的。須經批准的法律行為，批准後開始生效。

2. 證明。它是指行政主體對於現實的法律地位、權利義務或某種情況予以承認和肯定，如發放宅基使用證明、公證、發放居民身份證等。

3. 登記。它是指行政主體應申請人申請，在政府有關登記簿冊中記載相對方的某種情況或事實，並依法予以正式確認的行為。如工商企業登記、稅務登記、房屋產權登記等（註47）。

### 三、對行政機關行政許可與行政確認的不作為提起復議的條件

本條款規定，實際上是把行政許可與行政確認的不作為納入了行政復議的範圍。依據《行政復議法》第六條第八項的規定，申請行政復議應具備以下幾個條件：

1. 行政管理相對人已向行政機關提出可取得相應證照的申請或者是要求取得有關事項的審批、登記的申請，並且履行了法定的申請手續。

2. 行政管理相對人認為自己符合取得相應證照或有關事項登記、審批的條件。

3. 行政機關沒有依法處理的。"沒有依法辦理"的形式多樣，如拒絕辦理、不予答覆、拖延履行、過失未履行、不正確履行等。其中，"拒絕辦理"是指行政機關以書面或口頭方式明確表示不給行政管理相對人辦理證照的申請及相關事項的審批、登記；"不予答覆"是指行政機關在法定期限內或在無法定期限情況下超出合理期限不對是否頒發證照或審批、登記有關事項向相對人作出任何表示。拖延履行是口頭同意處理，卻遲遲不處理；過失未履行是同意處理卻因承辦單位疏失而未處理；不正確履行如應核准卻故意否決等等；對於這些行為，行政管理相對人可自收到拒絕辦理通知之日起或自法定頒發期限屆滿之日起，或超出合理頒發期限之日起，或收到駁回通知書後，向有權機關提出復議申請（註48）。

### 第九項 行政機關拒絕履行法定職責引發的爭議

《行政復議法》第六條第一款第九項規定，"申請行政機關履行保護人身權利、財產權利、受教育權利的法定職責，行政機關沒

有依法履行的"，有權申請行政復議。

人身權利是指與人身不可分離而又沒有直接經濟內容的一種權利。人身權又分為人格權（包括生命權、身體權、健康權、姓名權、名稱權、肖像權、名譽權、隱私權等）和身份權（包括親權、監護權、榮譽權等）。財產權利是指具有一定物質內容的、直接體現為經濟利益的權利，包括物權（所有權、抵押權、留置權等）、債權等。受教育權利是指公民享有在各類學校、各種教育機構或通過其他途徑學得科學文化知識，提高自己的科學文化水平的權利。受教育權利是中共憲法賦予公民的一項基本權利，中共《憲法》第四十六條第一款規定，"中華人民共和國公民享有受教育的權利和義務"。《教育法》及一系列相關法律對此作了進一步的規定。中共《教育法》第九條規定，"中華人民共和國公民有受教育的權利和義務。公民不分民族、種族、性別、職業、財產狀況、宗教信仰等，依法享有平等的受教育機會"。

根據有關法律、法規和規章的規定，中共許多行政機關具有保護公民、法人和其他組織的人身權、財產權或受教育權的法定職責，如工商機關有保護生產廠家產品商標權和消費者利益的職責，公安機關有保護廣大人民群眾生命財產安全的職責，人民政府和公安機關有解救被拐賣婦女和兒童的職責等等。但是行政機關如有上揭各項法定職責卻拒絕履行或不予答復或拖延履行而導致公民、法人或者其他組織的人身權、財產權或受教育權受到侵犯，則公民、法人或其他組織可以依法提起行政復議(註 49)。對此應符合以下幾個條件：

1. 公民、法人或者其他組織在面臨人身權、財產權方面的侵害時，向行政機關申請予以保護。

2. 接受申請的行政機關具有相應的法定職責。"法定職責"指的是法律、法規和規章規定的應當履行的職和義務。而不是其他規範性文件規定的職責，也不是復議申請人"認為"行政機關應當履行的義務。由於行政法中有項重要的原則，即依法行政原則，該原則包含了行政機關行使職權與履行職責相統一的觀念，即行使權力也就是履行職責，拒不行使權力也構成不履行法定職責。所以，如果法律規定：行政機關在某種情況下有權……就意味著在某種情況出現時，行政機關必須履行其法定職責(註 48)。

3. 行政機關對公民、法人或者其他組織的申請沒有依法履行。



在公民、法人或者他組織面臨人身權、財產權或受教育權遭受侵害申請保護的情況下，具有相應法定職責的行政機關予以拒絕或不予答復是行政失職行為。拒絕履行，是指行政機關對行政相對人提出的保護人身權、財產權的申請要求明確表示不履行。不予答覆，是指行政機關對行政相對人提出的保護人身權、財產權的申請要求，在規定的期限內既不表示履行也不表示不履行的行為。拒絕履行和不予答覆都是行政機關不履行法定職責的不作為表現形式（註 51）。

### 第十項 行政機關沒有發放有關費用引發的爭議

《行政復議法》第七條第一款第十項規定，公民"申請行政機關依法發放撫恤金、社會保險金或者最低生活保障費，行政機關沒有依法發放的"，有權申請行政復議。撫恤金是公民因公或者因病致殘、死亡時，由國家發給本人或者家屬用以維持本人或者其家屬日常生活的費用。社會保險金是公民根據法律、法規規定，在其年老、疾病、失業和出現法定事由時，由國家給本人用以承擔養老、醫療、維持家庭生活等必要支出的費用。最低生活保障費是國家發給收入低於一定水平的因難家庭，用以維持最低生活標準的費用。發放撫恤金、社會保險金或者最低生活保障費是國家對某些特定對象給予的物質幫助措施，是行政機關的一種行政救助行為，中共有許多法律、法規對此作專門規定。如中共《憲法》第四十五條規定："中華人民共和國公民在年老、疾病或者喪失勞動能力的情況下，有從國家和社會獲得物質幫助的權利。國家發展為公民享受這些權利所需要的社會保險、社會救濟和醫療衛生事業。國家和社會保障殘廢軍人的生活，撫恤烈士家屬，優待軍人家屬。"又如中共國務院發布的《軍人撫恤優待條例》規定："軍人因公或者因病致殘、死亡的，其本人或者家屬有權取得規定標準的撫恤金。"

撫恤金、社會保險金或者最低生活保障費的享有既是公民享受社會保障救助的權利，又是其享有的一種榮譽權利，它涉及到公民的人身權、財產權和社會經濟權。如果行政機關沒有依法發放，不僅是一種失職行為，而且也是對公民人身權、財產權和社會經濟權的侵犯。

從實踐來看，行政機關沒有依法發放撫恤金、社會保險金或者最低生活保障費的情況主要表現為：第一，依照有關法律、法規或

規章的規定，應向公民發放的，行政機關沒有發放；第二，對依法應向公民發放的數額，行政機關未足額發放，作了扣減的；第三，依應按期發放，行政機關無故拖欠的。

既然撫恤金、社會保險金或者最低生活保障費是國家對特定人群給予的物質幫助措施，是保持社會穩定的「避震器」，是市場經濟社會不可或缺的社會保障措施，也是一種人道主義的具體表現。因此，行政機關若依法對於符合法定條件的人發給撫恤金、社會保險金或者最低生活保障費，將提供他們與社會多數人較相近的生活條件和正常的生活環境。反之，則會影響他們的正常生活，造成社會犯罪或其他危害社會穩定的行為。因此，行政機關若沒有依法發給撫恤金、社會保險金或者最低生活保障費的情況下，賦予申請人申請行政復議的機會，可及時化解社會矛盾，維持社會的穩定和發展（註 52）。

### 第十一項、行政機關其他具體行政行為侵權引發的爭議

《行政復議法》第六條第一款第十一項規定，"認為行政機關的其他具體行政行為侵犯其合法權益的"，有權申請行政復議。這是一項概括性的條款，也是兜底式的條款。之所以要規定這一項是因為前十類復議事項是立法擇其要列舉的，這種列舉並不是在同一個概念層次上的，因而不可能周延，也不可能窮盡，所以必須有一項兜底條款才能夠將有侵犯相對人合法權益的具體行政行為納入行政復議範圍。

對於這類案件應當注意把握以下二個方面：

其一，這類案件是由行政機關的具體行為所引起，其行為類型並不限於上述十種具體行政行為，還應包括諸如命令性的具體行政行為（按：以命令或者禁止令的形式，科以作為、不作為或容忍的義務，如禁止集會、不准執業、強制驅離等）、確認性具體行政行為（按：確認某人的權利或具有法律意義的資格，如國籍的確認、免除兵役的確認、候選人資格的確認、救濟金金額的確認等），以及行政處理決定、行政監督檢查、行政獎勵、行政合同、行政裁決等各種各樣的具體行政行為。而凡是具體行政行為，不論是作為，還是不作為，只要公民、法人或者其他組織認為侵犯其合法權益，都可以申請行政復議。

其次，該項規定中的"其他合法權益"是指除上述十項行為侵犯公民、法人或者其他組織的人身權、財產權外還包括其他受法律保護的合法權益，如勞動權、受教育權、休息權、環境權、出版、言論、集會、結社、宗教信仰等權利。如果行政機關的具體行政行為侵犯了公民、法人或者其他組織受法律保護的這些合法權益的，相對人也有申請行政復議的權利(註 53)。

## 第四節 抽象行政為的行政復議範圍

### 第一項 抽象行政行為的概念

行政行為，世界各國行政法學上有各式各樣的分類，就大陸行政法學而言，行政行為最主要也最具共通性的分類，是以行政機關行使職權的方式為標準，將行政行為分為"具體行政行為"與"抽象行政行為"。其"具體行政行為"是指行政機關在行政管理過程中，針對特定的人或事所採取的具體措施的行為，其行為的內容和結果將直接影響某一個人或組織的權益，其突出的特點是行為對象的特定化和具體化。"抽象行政行為"是指行政機關以不特定的人或事為管理對象，制定具有普遍約束力的規範性文件的行為。"抽象行政行為"相對於"具體行政為"而存在，其最大的特徵是行為對象的不特定性或普遍性，即行為對象具有抽象性，屬於不確定的某一類人或某一類事項並具有反復適用的效力(註 54)。

由於大陸行政法學界所稱的"抽象行政行為"無關「是否發生『直接』對外之效力」，因此其所稱"抽象行政行為"相當於國內學界通稱的"行政命令"，相當於日本學界通稱的"行政立法行為"，也相當於德國行政法學所稱"法規命令"與"行政規則"兩種。

日本行政法學就行政機關所制定具有法條形式之規定，稱之「行政立法行為」，並依其具有外部效果或內部效果，分類成"法規命令"與"行政規則"兩大類。前者為具有外部效果之規定，即拘束相對私人和行政主體雙方，發生糾紛時由法院予以適用者；後者則僅拘束行政機關相互關係，對於私人不具拘束力。不過，由於"行政規則"不具有外部效果，因此，有學者認為"行政規則"非法規之制定，若將之作為行政立法的下位概念，邏輯上不一定正確，但姑不論命名如何，以上兩者之間的區分，正足以看出一定的相對化現

象，並具合併考察上的意義(註 55)。

德國於十九世紀君主憲政時期之憲法規定，凡涉入人民自由及財產之規範應由國會訂定，而規制以君主為首之行政部門內部關係之規定為"行政規則"(註 56)。當時行政法學理論中法的概念僅限於獨立的權利主體—在行政法領域是國家與公民之間的關係，因此"行政規則"作為行政機關的內部規則則被排除於法的範疇之外。但二次大戰之後，為因應社會對行政權擴大的實際需求，補充立法之不足並肆應行政事項快速之變化，"行政規則"具有法律特徵已獲得廣泛的承認(註 56)。惟其法律特徵究竟表現在對行政關及其工作人員的約束力，是以適用於行政機關及其工作人員，調整其行為，所構成的"行政規則"畢竟還是行政機關內部法，屬於"法律規定"而不是"法律規範"(外部法律規範)(註 57)。因此，在德國現代行政法學上，儘管德國基本法第八十條有關國家行政機關得經立法授權訂定命令之規定已鬆動行政權與立法權的嚴格分際，但仍然將行政機關基於立法機關授權訂定之規範稱之"法規命令"並認為此"法規命令"乃立法與行政的交界，既是法律的執行，又是立法。至其與法律的區別，不過制定機關的不同，而不是內容和效力。亦即"法規命令"作為法律規範(實質意義的法律)其對人民的影響與議會通過的法律無異。至於"行政規則"一如德國傳統觀念，屬於行政權的範疇，而將之納入行政組織的論述範圍內(註 58)。

國內行政法學界有學者綜合我國《中央法規標準法第七條》與《立法院職權行使法第六十條》之規定，將"行政命令"分類成"委任命令"(或稱授權命令)與"職權命令"(或稱執行命令)兩種，有以《行政程序法》之規定，認為我國行政立法法制應謹守行政權與立法權權力分立之原則，並且不違背法律保留原則，使趨於完備的考量，將"行政命令"區分為"法規命令"與"行政規則"兩種，亦有綜合以上三大法律之規定，與我國行政命令現實狀況，以及司法院大法官會議為配合我國行政命令現實狀況所為之解釋令，將"行政命令"區分為"授權命令"、"職權命令"與"行政規則"三大類，甚至尚有加入與上述分類屬於同一層級(非上下位之關係)相併列之"緊急命令"、"特別規則"等。本文認為有關行政命令之分類固然有助於以不同面向，對於行政命令之認識，但更重要的是，分類必須有其實際作用和效益，而非僅止於現實狀況的說明，或僅是理想制度面的鋪陳而已。例如我國《行政程序法》就"法規命令"與"行政

規則"就在該法律條文內，以文字明定"法規命令"與"行政規則"的定義，進而對於兩者的訂定或下達有不同的程序規定。至於學者參考《中央法規標準法》與《立法院職權行使法》所為"授權命令"與"職權命令"的分類，實際上，以上兩大法律並未在其法律條文內明文訂定"授權命令"與"職權命令"的定義，更未就"授權命令"與"職權命令"訂定的程序或效力上有何不同的規定，亦即"授權命令"與"職權命令"的分類，僅止於該行政命令之訂定有無立法授權之分類而已，無關兩者之間制定程序、作用或效益上有何不同的意義或結果。

至於大陸行政法學界對於大陸相當於國內"行政命令"的"抽象行政行為"之分類，就未如國內以「是否有立法機關之授權」以及「是否發生直接對外之效力」為其分類之標準。大陸行政法學界對於"抽象行政行為"之分類，最主要而且大體一致的分類標準係以其"抽象行政行為"的「行政立法機關之層級」及相對應其行政機關層級是否具有「法規範效力」二分法分類，亦即其"抽象行政行為"從是否由中共《憲法》和法律確定地位的角度出發，將行政規範分為兩部份：一是由中共憲法和法律確定其地位的，被稱為行政立法的部分，即由《憲法》第八十九條第一項和第九十條第二款規定的國務院制定的"行政法規"和國務院各部委制定的"規章"，以及依《地方各級人民代表大會和地方各級人民政府組織法》第六十條規定的地方人民政府"規章"。二是上述"行政法規"和"規章"之外的其他未被憲法或法律在法體系中予以定位和規定名稱的"其他規範性文件"。前者，即有權行政機關制定"行政法規"和"規章"的行為，大陸學界通稱為"行政立法行為"復以其在法體系中被規定了地位和名稱，也有稱之為"有名規範"，在大陸，"行政立法行為"（即"有名規範"）通常被認為是法的淵源，其法律效力在行政復議和行政訴訟中被肯定；後者是制定不具有法源性的規範性文件的行為，即行政機關所制定行政法規和規章以外、具有普遍約束力的其他規範性文件，有稱之為"無名規範"，也就是大陸通常所說的制定"紅頭文件"。

行政復議中的"抽象行政行為"只包括第二類，也就是說，並非對所有抽象行政行為都可以提出審查申請，只能對"紅頭文件"提出（註59）。易言之，對"抽象行政行為"的行政復議申請範圍只能是除"行政法規"與"行政規章"之外的其他規範性文件。至於所謂其他規

範性文件是指各級各類國家行政機關，為實施法律，執行政策，在法定權限範圍內制定的除"行政法規"和"規章"以外、具有普遍約束力的決定、命令及行政措施等，即行政復議法所指的"規定"。"規定"包括各種形式的"規定"、"決定"、"命令"、"指示"、"決議"、"通知"、"辦法"、"公告"等，只要這些"規定"包括與公民、法人和其他組織的合法權益有直接的利害關係，都可以與依據其作出的具體行政行為一起被提起行政復議(註 60)。

## 第二項 抽象行政行為納入行政復議範圍的必要性

### 一、其他規範性文件（即大陸通稱的"紅頭文件"）存在的主要問題

大陸各級行政機關制定其他規範性文件的活動在實踐中大量存在，從加強和健全行政法制的角度觀之，有其合理性和必然性。從法律依據上觀之，法律、行政法規規定了國家各級行政機關發布具有普遍約束力的決定、命令和規定、行政措施的權力，從而使得其他規範性文件的制定權具備了法律基礎。從實際生活中觀之，不享有規章制定權的地方政府及其部門為了加強行政管理，提高行政效率，都需要制定規範性文件。現代行政管理領域十分廣泛，抽象行政行為是進行宏觀控制和管理的重要手段，具體行政行為則是進行微觀管理的重要方式。其中制定其他規範性文件作為區別於行政立法的抽象行政行為，則是宏觀控制和微觀管理相結合的重要途徑，在行政管理中發揮著不可或缺的作用。但在大陸的實踐中，其他規範性文件制定和執行也存在著不少問題。主要表現在：

1. 其他規範性文件越權現象嚴重。雖然中共憲法、法律、法規對各級政府及其部門的職責和權限作了明確的規定和合理的劃分，但不按權限行使，受部門利益和地方利益驅動，而不顧權力的合理配置和利益的合理分配，只擴大自己的權力，只考慮本部門、本地方利益的情況普遍存在。

2. 其他規範性文件與國家法律、法規相抵觸現象嚴重。不僅下階位的其他規範性文件侵蝕上階位的法律、法規，而且同階位的規範文件也發生打架、衝突。一些行政機關受利益的驅動，通過制定規範性文件搶權力，爭利益，亂發文件，違法規定審批發證、徵收財物、攤派費用，甚至違法規定限制人身自由的強制措施，搞"上

有政策，下有對策”。比如，在治理“三亂”（亂收費、亂罰款、亂攤派）中就發現不少文件的內容有悖法規、規章的規定，濫設行政處罰權和收費權。

3. 一些其他規範性文件質量不高，依據不充分。往往從實用主義觀點出發，認為只要本部門、本地方需要就可以制定，不管這種需要是為了加強行政管理，真正服務於人民大眾，還是為局部利益或少數人利益去限制民眾權利或附加給民眾法外義務。

4. 制定其他規範性文件沒有遵循必要的程序，隨意性大。有的行政機關往往憑某位領導一句話或一次大會發言，便匆匆起草一個文件。其間並沒有經過認真周密的調查研究，也沒有在一定範圍內經過必要的討論和磋商，聽取各方面的意見，便草草發文（註61）。

## 二、將其他規範性文件納入行政復議法的必要性

正如上面所述，其他規範性文件在實踐中存在許多問題，它與具體行政行為，同樣會直接侵犯公民、法人或者其他組織的權益，甚至造成更為嚴重的後果，茲申述如下：

1. 作為區別於行政立法的抽象行政行為與具體行政行為密不可分，抽象行政行為是具體行政行為的依據和源頭。如果抽象行政行為本身不合理或不合法，那麼依據它作出的具體行政行為肯定也是不合理不合法。要糾正違法和不當的具體行政行為，必須同時正本清源，從源頭開始審查和糾正、規範、制約和監督抽象行政行為。

2. 某一違法的規範性文件因其本身的適用範圍的普遍性和其適用空間的廣泛性，在實際生活中可能導致對某一地區或某幾個地區，對某一部分公民或某幾部分的公民同時或先後產生危害。一部分人受到實際的損害後，就具體行政行為向某一行政復議機關申請復議或向某一法院提起行政訴訟，而另一部分潛在的受害人或尚未受到侵害的人可能在申請行政復議或提起行政訴訟的先後順序上有所不同，或者申請行政復議的機關或起訴的法院的所在地不同，這就會帶來兩個根本問題：一是增加同類行政復議或行政訴訟案件的辦案成本，造成人力、財力、物力的極大浪費，違背行政工作低成本、高效率的原則；二是由於受理行政復議申請的行政機關或受理行政訴訟案的法院可能不在同一地區，很有可能產生對同類的行政案件作出不同的行政復議決定或行政判決，不利於法制的統一性和嚴肅性。

3. 儘管大陸有對規範性文件的備案審查制度，例如依據《法規規章備案規定》的要求，規章應當於發布之日起三十日內報國務院備案，國務院法制辦公室具體負責規章的備案審查和管理工作，此外，各省級人民政府也多建立了對規章以下規範性文件進行備案審查制度。此外，也有依憲法和地方政府組織法的規定產生的上下級機關就抽象行政行為的層級監督制度，例如全國人大常委會有權撤銷國務院制定的同憲法、法律相抵觸的行政法規、決定和命令，地方各級人大常委會有權撤銷本級人民政府不適當的決定和命令，縣級以上各級人民政府有權撤銷所屬部內和下級人民政府不適當的決定和命令。惟實際上，以上這一些制度整體而言並沒有真正發揮作用。上下級層級監督程序複雜、繁瑣，且沒有嚴格的處理時限規定，備案審查制度也由於規範性文件的制發機關少報、遲報或不報備案，加上審查機關人少、事多，以及不同程度地存在著只備不審的現象，也使備案審查制度難以真正發揮功效。

在各種國家權力中，行政權同公民、法人及其他組織的關係最為直接和密切，違法和不當的行政行為也最容易對他們的合法權利造成侵害。因此，在現代法治國家中，制約強大的行政權力，為行政相對人提供有力的法律救濟途徑是一項非常重要的任務。抽象行政行為與具體行政行為比較而言，違法和不當的抽象行政行為對相對人可能造成的侵害無論程度還是範圍都更大些。因此大量的抽象行政行為及其他規範性文件若處於一種不受監督的狀態，則行政相對人受到不合理不合法規範性文件的侵害，既沒有行政救濟途徑，也無司法救濟途徑，致使矛盾激化，勢將頻頻引發社會的安全因素的事件，對社會秩序和社會穩定造成消極的影響。因此，行政復議法將抽象行政行為納入復議範圍，其最重要的意義是啟動了對抽象行政行為的監督程序，使對"紅頭文件"的監督成為可能，進而確保依法行政，確保社會穩定，推動依法治國，可以說，將抽象行政行為納入復議範圍，是行政復議立法的最主要成果之一，也是大陸法制建設史上的又一大突破(註 62)。

### 三、抽象行政行為納入行政復議的可行性有以下幾點：

1. 現行法律提供了復議機關對抽象行政行為監督審查的法律依據

根據中共憲法、國務院組織法、地方組織法的規定：國務院有



權改變或者撤銷各部委、地方各級人民政府不適當決定、命令，縣級以上各級人民政府有權改變撤銷下級人民政府不適當決定、命令，各級人民政府有權改變撤銷所屬工作部門的決定、命令。所謂行政機關的決定、命令既包括具有普遍約束力的決定、命令，也包括個體決定、命令，因此，上級監督下級機關的抽象行政行為是具有法律依據的，行政復議機關完全可以依據憲法、組織法的規定復議審查下級機關和所屬部門的抽象行政行為。

### 2. 行政復議制度的實踐為審查抽象行政行為積累了經驗

復議機關在審查依照違法不當的抽象行政行為作出的具體行政行為時，有權在職權範圍內撤銷、改變違法不當的抽象行政行為。這種抽象行政行為間接復議審查的嘗試說明，對抽象行政行為的復議審查不僅是必要的，也是可行的。

### 3. 有利於保護相對人的合法權益，監督行政機關依法行政

將抽象行政行為納入行政復議範圍，意味著相對人不僅對依據抽象行政行為作出的具體行政行為有權申請復議，而且對抽象行政行為本身可以直接申請復議，這可以在更大範圍內保護相對人的合法權益，督促行政機關依法行政(註 63)。

## 第三項 行政復議機關對抽象行政行為審查的範圍及程序

《行政復議法》第七條規定："公民、法人或者其他組織認為行政機關的具體行政行為所依據的下列規定不合法，在對具體行政行為申請行政復議時，可以一併向行政復議機關提出對該規定的審查申請：國務院部門的規定；縣級以上地方各級人民政府及其工作部門的規定；鄉、鎮人民政府的規定。前款所列規定不含國務院部、委員會規章和地方人民政府規章。規章的審查依照法律、行政法規辦理"。由上可知：提起復議的範圍如下：

1. 國務院部門的規定：公民、法人和其他組織可以對國務院部委制定的規章以外的文件提起復議。

2. 縣級以上地方各級人民政府及其工作部門的規定：除對有規章制定權的地方人民政府（省、自治區、直轄市以及省、自治區人民政府所在地的市和經國務院批准的較大的市的人民政府）制定規章不能提起復議外，地方各級人民政府，包括省一級人民政府的其他規範性文件、地方各級人民政府工作部門的文件即"規定"均可提起

復議。

3. 鄉、鎮人民政府的規定：鄉鎮人民政府是最基層的人民政府，領導和管理所轄行政區域內的行政事務，對鄉鎮人民政府發布的任何決議、命令或其他"規定"均可提起復議。

至於提起復議的程序，由於行政機關制定的具有普遍約束力的抽象行政行為是對不特定的人或事作出的，如果不適用到具體的人或事，它並沒有產生現實的危害，公民、法人或者其他組織也就沒有理由對它提出審查申請。因此，能夠提出審查請求的只能是依據該抽象行政行為作出的具體行政行為影響的公民、法人或者其他組織，即必須是與影響相對人權利、義務的具體行政行為相聯繫的，且是作為具體行政行為依據的抽象行政行為，才可提出審查申請。

此外依上揭法條規定，公民、法人或者其他組織不能單獨就抽象行政行為提出審查請求，必須是在對具體行政行為提出復議申請時，一併提出，也就是說，可以在對具體行政行為提出復議申請時附帶地提出對抽象行政行為的審查請求。需要注意的是，這裡的具體行政行為既包括作為，也包括不作為，不作為行政行為及其依據的抽象行政行為也可以提起行政復議，而不侷限於行政機關對相對人的直接的、有法律文書或有一定表現形式的具體行政行為。

根據行政復議法第二十六條的規定，公民、法人或者其他組織在申請行政復議時，依照行政復議法第七條所列有關規定一併提出審查申請的，行政復議機關的處理分為兩種程序：一是行政復議機關對該規定有權處理的，應在三十日內依法處理。所謂"有權處理"，指依據法律規定或者因存在領導關係、監督關係，有權依法撤銷、廢止或者改變有關規範性文件。二是行政復議機關對該規定無權處理的，應當在七日內按照法定程序轉送有權處理的行政機關依法處理。所謂"無權處理的"，指依法應當由上級行政機關決定撤銷、廢止或改變的情況，適用的對象主要是由行政復議機關的上級行政機關制定的規章以外的各類規定，也包括行政復議機關沒有領導或監督關係的其他行政機關制定的規章以外的各類規定存在不合法的情形，行政復議機關又無權處理時，應在七日內按照行政機關公文處理程序轉送制定機關的直接上一級行政機關作出處理。處理期間，中止對具體行政行為的審查。因為處理規定需要一定的期間，且具體行政行為的依據是否合法直接影響對具體行政行為合法性的判斷。只有對具體行政行為依據的規定作出合法與否的判斷，

行政復議機關才能對依據該規定作出的具體行政行為的合法性作出判斷，才能繼續進行行政復議，且依《行政復議法》之規定，有權處理的行政機關應當在六十日內依法處理(註 64)。

#### 第四項 抽象行政行為納入行政復議範圍的意義與完善

行政復議法第七條對行政活動合法性的監督範圍擴展到具體行政行為的依據—"規定"的領域。這一制度所適用領域的擴展所具之意義如下：

##### 1. 使權益保護更加具有實質意義

《行政復議法》所審查的直接對象是具體行政行為。但在行政活動中，利害關係人的權利所受到的侵害雖然是具體行政行為所致，但該行為往往本身的構成要件方面並不違法，只是其所適用的依據—"規定"違法，即因具體行政行為繼承了"規定"的違法性才導致對利害關係人權利的侵害。在這種情況下，具體行政行為本身在形式上並無違法之處。因此，單純對具體行政行為進行審查無法有效保護和救濟利害關係人的權益。由此可見，《行政復議法》所創立的對"規定"的審查制度顯然從阻斷具體行政行為與其行為依據之間的違法性繼承出發，為權益保護和權利救濟提供了制度保證。

##### 2. 使具體行政行為的合法性更加得到保障

由於《行政復議法》中建立了對規定的間接附帶審查制度，改變了行政機關在作出具體行政行為時只需在形式上保證適用依據正確而無需對該依據是否合法進行認定。《行政復議法》要求行政機關在作出具體行政行為時，除了在形式意義上有義務做到適用依據正確外，同時也要求行政機關對依據本身是否合法進行預先認定，否則後一項責任也很可能由作出具體行政行為的行政機關承擔。《行政復議法》第二十八條第一款第一項係有關判斷具體行政行為是否合法的要件之一的"適用依據正確"便具有了形式和實質兩層內涵：一是適用本身正確，即"適用依據的正確"；二是依據自身正確，即"適用的依據正確"。

##### 3. 對行政訴訟制度改革和發展起了促進作用

無論從制度建設的角度還是理論認識的角度而言，行政訴訟制度較之行政復議制度更應全面和有效地對行政活動進行監督。然而1989年頒布實施的《行政訴訟法》中缺少《行政復議法》具有的對

"規定"的審查制度，顯然，在這一方面，行政訴訟法顯得相對不足。因此，加快法制改革的步伐，使行政訴訟制度更加充實和完善以適應法制發展的需要，應是重共當務之急，特別是在僅僅以行為所依據的"規定"不合法為理由請求法院撤銷具體行政行為時，權益保護和權利救濟對司法審查制度的要求理所當然不能依然停留在僅對具體行政行為的依據是否正確作形式性審查的層面上了(註65)。

#### 4. 為行政立法體制的改革提供了一個契機

大陸目前的行政立法是以行政機關在行政體系中所居的層級為依據確定自身的地位(效力高低)和性質(是否屬於法淵源)的。如國務院頒布的行政規範為"行政法規"，國務院部委頒布的則為"規章"等等。而《行政復議法》第七條有關可提起復議審查的"規定"都具有侵害利害關係人權益之特性，可見該"規定"具有外部規範性，而是否具外部規範性是法所擁有的特性和功能，因此對同樣具有規範性的規定，如何也在"行政立法行為"的框架內重新予以組合並建立有效的監督體系則為行政法制建設中的重要議題(註66)。

### 第五項 抽象行政行為納入行政復議範圍的檢討

《行政復議法》第七條有關公民、法人或者其他組織認為行政機關的具體行政行為侵犯了自己的合法權益，申請復議具體行政行為時，可附帶提起該具體行政行為賴以作出的規範性文件的審查申請，另第二十六條和第二十七條就此規範性文件的復議作業程序亦有所規定，可知對規範性文件不服的，行政復議法所確立的並不是可以直接申請行政復議，而是規範性文件的附帶審查機制。

就行政復議法從保護公民、法人和其他組織合法利益的角度觀之，給予當事人對規範性文件合法性監督機制的啟動權，這種制度在實踐中確實取得了良好的效果，但以人民權益更周全的保障而言，仍有一定的侷限性，主要是保護面過窄，且容易引起法制的不統一和對行政管理相對人保護的不平等。此由於將規章以下的抽象行政行為納入了行政復議範圍，對於不屬於上開範圍內的行政法規和規章而言，行政復議仍然不能發揮其應有的監督作用。因為儘管理論上，對抽象行政行為的監督形式有各級人民大會及其常務委員會、上級行政機關的監督、規章規定備案審查的監督機制，以及人民法院和行政復議機關審查具體行政行為時的間接監督。但是，這

些看似完備的監督制度，實際上因有權監督的機關欠缺監督應具備的法制和相關人力與配備，加上沒有行政行為的利害關係人參加，缺乏程序的發動者和監督的原動力，以致每一種監督方式，都難以發揮其應有的監督效果。因此，在行政復議工作進一步實踐與理論充分研究的基礎上，應當對各級行政機關所制定的抽象行政行為不服的，確立單獨直接申請復議的制度，俾對影響人民權益至鉅的規範性文件獲得更為有效的監督(註 67)。

## 第五節 行政復議排除範圍

《行政復議法》除了明確規定復議機關應當受理的各種行政爭議案件外，在第八條還專門規定了復議機關不予受理的幾類事項，即行政復議的排除範圍。對於這些事項，申請人不得提出復議申請。這一規定劃清了可以申請復議和不能申請復議的界線，便於復議申請人和復議機關掌握。行政復議的排除事項有以下幾方面。

### 第一項 不服行政處分及其他人事處理決定的

《行政復議法》第八條第一款明確規定，"不服行政機關作出的行政處分或者其他人事處理決定的，依照有關法律、行政法規的規定提出申訴"。"行政機關作出的行政處分，是國家公務員違反國家公務員暫行條例等有關規定的，尚未構成犯罪或者雖然構成犯罪，但依法不追究刑事責任的，由其所在行政機關給予的行政處分。行政處分分為：警告、記過、記大過、降級、撤職、開除等。" "行政機關作出的人事處理決定，是指依照國家公務員暫行條例等有關規定，由行政機關負責人或者人事部門依照規定的程序，對國家公務員的考核、獎勵、職務升降、職務任免、職務交流、工資保險福利、辭職辭退、退休及其他有關人事方面的決定"(註 68)。其實，行政機關對其公務員的行政處分也是一種人事處理，復議法第八條第一款所規定的排除事項，就是行政機關的人事處理行為。而這種人事規定的排除事項，就是行政機關的人事處理行為。而這種人事處理行為是行政機關的行使行政職權的一種形式，是對內進行管理的手段，且同樣是針對特定主體或對象而採取的，當然也涉及公務員的權利義務或利益，同樣產生行政法上的效果。但是為什麼復議法要將此種涉及公務員權利義務的具體行政行為予以排除呢？其

主要理由是：公務員權利義務，始終與行政機關公務員的身份、特徵相聯繫。行政復議是保護公民、法人或其他組織權利義務的救濟制度，不適用於公務員職務和身份有關的權利義務範圍。

按照 1997 年中共全國人大頒布的《行政監察法》第三十七條規定，"國家公務員和國家行政機關任命的其他人員對主管行政機關作出的行政處分決定不服的，可以自收到行政處分決定之日起三十日內向監察機關提出申訴，監察機關應當自收到申訴之日起三十日內作出復查決定；對復查決定仍不服的，可以自收到復查決定之日起三十日內向上一級監察機關申請復核，上一級監察機關應當自收到復核申請之日起六十日內作出復核決定"。

行政機關對工作人員作出的有關任免、錄用、考核、調動等人事處理決定按照中共《國家公務員條例》和 1997 年人事部頒布實施的《人事爭議處理暫行規定》，公務員或其他國家工作人員可以向原機關申請復核，或者向同級政府人事部門申訴。還可以向設置在縣以上人事部門的人事爭議仲裁委員會或人事仲裁公正廳提起仲裁申請。人事仲裁委員會或仲裁公正廳所作的調解書和裁決書具有法律效力，當事人必須執行(註 69)。

## 第二項 不服行政機關對民事糾紛作出的調解和其他處理的

《行政復議法》第八條第二款規定，"不服行政機關對民事糾紛作出的調解或者其他處理，依法申請仲裁或者向人民法院提起訴訟。"按照中共現行法律規定，某些行政機關依法享有處理民事糾紛的調解處理權力。例如中共《治安管理處罰條例》規定對於某些民事賠償糾紛，由公安機關裁決。1989 年公布的《人民調解委員會組織條例》授權基層人民政府對當地發生的民間糾紛作出處理。根據《藥品管理法》規定，對違反藥品管理，造成藥品中毒事故的，致害單位或個人應當負損害賠償責任。受害人應當在其知道或者應當知道損害情況之日起一年內，向縣以上衛生部門提出損害賠償要求，請求其處理(註 70)。

可見，行政調解是行政機關依據法律或職權，在行政管理過程中對平等主體之間的民事糾紛，在尊重雙方當事人意志基礎上所作的一種處理。行政機關的這種調解行為，是一種包含有行政調解機關職權和意志的法律行為，即同樣是一種職權行為。行政機關在調

解過程中絕對不是以民事第三者的身份出現的，而是以主管行政機關的身份出現的。所以，行政調解也是一種特殊的行政行為，就在於它不完全取決於行政機關的意志，更不取決於行政機關單方面的意志。如果沒有糾紛雙方的意思表示一致，調解行為不可能產生法律效力。所以，行政調解既要行政機關作出決定，也要糾紛各當事人同意或協商一致(註 71)。

其次，對民事糾紛的其他處理。行政機關對民事糾紛的其他處理有哪些方式，在行政復議法中沒有作出明確規定，這就給人們理解此問題和實際操作帶來困難(註 72)。原來，行政機關對民事糾紛的處理除行政調解以外，主要有行政仲裁。但自 1994 年中共《仲裁法》頒布後，行政仲裁制度發生了很大變化，經濟合同糾紛、技術合同糾紛、產品質量糾紛等仲裁均改為民間性質仲裁。現仍保留行政仲裁屬性的只有勞動爭議仲裁，行政機關對勞動爭議的仲裁，可以視為行政機關解決民事糾紛的一種方式。根據中共《勞動法》第七十九條及中共最高人民法院的司法解釋，當事人不服勞動爭議仲裁委員會作出的勞動爭議仲裁裁決，可以向人民法院提起民事訴訟，但不能申請復議或提起行政訴訟(註 73)。

### 第三項 行政處分及人事處理未納入行政復議範圍之檢討

《行政復議法》第八條第一款規定，"不服行政機關作出的行政處分或者其他人事處理決定的，依照有關法律、行政法規的規定提出申訴"。本條款規定將行政處分及其他人事處理決定排除在行政復議範圍之外。但從法理上和客觀實踐來看，將行政處分及有關人事處理等這部分內部行政行為納入行政復議範疇，不僅必要，而且切實可行。理由如下：

(一) 公民合法權益受法律保護的平等性決定了公務員可以通過行政復議途徑尋求法律救濟。公務員是公民的一部分，應當享有公民的一切權利。以公務員的特殊性為藉口，將公務員排除在行政復議之外，是一種歧視，應廢除這種過時的做法。

(二) 規範行政處分或者其他人事處理決定，才能樹立依法行政的形象，更好地實施外部行政行為，推進依法行政工作。

(三) 現行申訴制度存在有許多缺陷與不足，缺乏效率和穩定性，不能夠充分有效地保障公務員的合法權益。

(四) 從各地行政復議機關不予受理的案件來看，很大比例上都是與行政處分及其他人事處理決定有關的，可見這裡存在的問題很多，而行政管理相對人將希望寄托在行政復議制度之上，其現實的需求是非常強烈(註 73)。



#### 第四章 註釋

- 註 1：參見：惲漢明，行政復議"條"塊"管轄之我見，行政法學研究，2000 年第 4 期，頁 51-53。
- 註 2：參閱：楊小君，我國行政復議制度研究，法律出版社，2002 年 6 月，頁 111-112。
- 註 3：參見：楊小君，我國行政復議制度研究，同註 2，頁 107 以下。
- 註 4：應松年主編，依法行政讀本，人民出版社 2001 年 4 月版，頁 77。
- 註 5：孫笑俠著，法律對行政的控制，現代行政法的法理解釋，山東人民出版社 1999 年 11 月版，第 185 頁。
- 註 6：參見：湛中樂、姜岸，論我國行政復議制度的發展與完善，刊於科技與法律季刊，1999 年 2 月，頁 78。
- 註 7：蔡小雪，論申請行政復議期限和行政復議管轄，刊於法律適用月刊，2002 年 4 月，頁 50。
- 註 8：應松年、劉莘主編行政復議法講話，中國方正出版社，1999 年 5 月，頁 195-201；皮純協，行政復議法論，中國法制出版社，1999 年 8 月 1 版，頁 175-176；王貞瓊、任文東主編，行政復議法新釋與例解，同心出版社，2001 年 9 月，頁 226-227。
- 註 9：轉引自蔡文斌，行政訴訟先行程序研究，神州圖書出版社，90 年 6 月，頁 82；轉引自羅仲賢，行政程序論，2002 年 9 月，頁 39。
- 註 10：轉引自羅仲賢，行政程序論，同註 8，頁 38。
- 註 11：參閱：包玉秋、佟成軍，解讀司法最終原則，刊於黨政幹部學刊，2001 年第 4 期，頁 42 以下。
- 註 12：參閱：吉玉泉，法治國家建設的歷史演進及其法理學分析，刊於河北法學 2000 年第四期，頁 13；張虹，對行政復議終局的認識及選擇，遼寧公安司法管理幹部學院學報 2000 年第四期，頁 49-50；湛中樂、姜岸，論我國行政復議制度的發展與完善，同註 6，頁 78-79。
- 註 13：王萬華，行政程序法研究，中國法制出版社，2000 年 11 月，頁 126 以下；皮純協，行政復議法論，中國法制出版社，1999 年 8 月 1 版，頁 97、102；應松年、劉莘主編，行政復議法講話，同註 8，頁 53-56。
- 註 14：皮純協，行政復議法論，同註 13，頁 103-106。
- 註 15：劉莘，行政處罰問題研究，行政法學研究，1994 年第 3 期，頁 1-2。
- 註 16：袁曙宏，行政罰與行政權之司法監督，收於 1998 年海峽兩岸行政法學術研討會實錄，國立政大法學院，1999 年 4 月，頁 304。
- 註 17：楊琮鵬、周曉，行政處罰新釋與例解，同心出版社，2000 年 8 月 1 版，頁 51-52。

- 註 18：張世誠主編，中華人民共和國行政處罰法講話，法律出版社，1996 年 4 月 1 版；頁 33；楊克佃、江必新主編，行政處罰法實用全書，法律出版社 1996 年版，第 28 頁。
- 註 19：楊琮鵬，行政處罰新釋與例解，同註 17，頁 58。
- 註 20：袁曙宏，行政罰與行政權之司法監督，同註 16，頁 301-302；應松年，中國行政法的創制與面臨的問題，載南京江海學刊，2001 年 1 月，頁 63；許雙全，法治進程中的中國行政法，載河北大學成人教育學院學報，1999 年 3 月，第一期，頁 17。
- 註 21：葉必豐，行政法學，武漢大學出版社，1996 年 12 月，頁 201；應松年、劉莘主編行政復議法講話，同註 8，頁 60-62；劉杰、鄭新建，行政法學，中國人民公安大學出版社，2001 年 7 月 2 版，頁 157-158；姜明安，胡錦光，行政法，月旦出版社，1993 年 12 月，頁 104。
- 註 22 應松年，劉莘主編，行政復議法講話，同註 8，頁 60-62；劉杰、鄭新建主編，行政法學，中國人民公安大學出版社，2001 年 4 月，頁 157-158；葉必豐，行政法學，武漢大學出版社，1996 年 12 月，同註 16，頁 201。
- 註 23：應松年、劉莘主編行政復議法講話，同註 8，頁 62。
- 註 24：劉杰、鄭新建，行政法學，同註 22，頁 158。
- 註 25：葉必豐，行政法學，武漢大學出版社，1996 年 12 月，同註 16，頁 203。
- 註 26：陳敏，行政法總論，三民書局，87 年五月，頁 686；李震山，行政法導論，三民書局，90 年九月，頁 354。
- 註 27：吳庚，行政法之理論與實用，三民書局，92 年 10 月，頁 439-441。
- 註 28：參閱：劉永安，行政行為概論，中國法制出版社，1992 年 12 月，頁 194-196；劉杰、鄭新建，行政法學，同註 22，頁 158-159。
- 註 29：參閱：劉莘，行政法熱點問題，中國方正出版社，2001 年 5 月 1 版，頁 150-151；馬懷德，中國行政法，中國政法大學出版社，1999 年 1 月，頁 95-96；羅豪才主編，行政法學北京大學出版社，1996 年 12 月，頁 175。
- 註 30：馬懷德，行政許可行為研究，收於 1998 年海峽兩岸行政法學術研討會實錄，國立政大法學院，1999 年 4 月，頁 176-177；張正釗、韓大元編，比較行政法，中國人民大學出版社，1998 年 12 月，頁 602-603；應松年，中國行政法的創制與面臨的問題，同註 20 頁 63。
- 註 31：劉莘，行政法熱點問題，同註 29，頁 153-155。
- 註 32：崔巍，對吊銷證、照行為規範性研究，行政法學研究，1997 年第 4 期，頁 42-45；劉莘，行政法熱點問題，同註 29，頁 169-173。
- 註 33：許宗力，行政處分，收錄於翁岳生，行政法，翰蘆圖書出版公司，2000 年

三月，頁 572。

- 註 34：董保城，行政處分之撤銷與廢止，行政法爭議問題研究（上），五南圖書出版公司，2000 年 6 月，頁 475-476。
- 註 35：許宗力，行政處分，收於翁岳生，行政法，2000 年 3 月二版，翰蘆圖書公司，頁 571。
- 註 36：H.Maurer 著，高家偉譯，行政法學總論，元照出版社 2002 年 9 月，頁 196。
- 註 37：參閱：楊小君，關於行政認定行為的法律思考，刊於行政法學研究 1999 年第 1 期，頁 57, 58, 62；黃粹幸，淺談法院對行政確權案件的直接改判，刊於行政法學研究，2000 年第 3 期，頁 74。
- 註 38：劉莘，行政法熱點問題，同註 29，頁 17-18。
- 註 39：劉杰、鄭新建，行政法學，同註 22，頁 119, 123；彭愛華，談國土資源行政復議工作中的若干問題，湖北國土資源，2002 年第 1 期，頁 36。
- 註 40：呂忠梅、陳虹、彭曉暉，政府經濟行為的法律規制，2001 年 6 月，頁 123-124。
- 註 41：謝定存，侵犯企業經營自主權案件探析，刊行政法學研究，1995 年第 1 期，頁 58-59；劉莘，行政法熱點問題，同註 29，頁 11。
- 註 42：應松年，中國走上行政法治探索，中國方正出版社，1998 年 5 月，頁 440-441；詹福滿，當代中國行政法問題研究，中國方正出版社，2001 年 7 月，頁 200-202；劉杰、鄭新建，行政法學，同註 29，頁 171-178。
- 註 43：刑鴻飛，政府管理的新手段與新模式——行政合同，行政法學會一九九七年年會論文。
- 註 44：楊小君，論行政合同的特徵、法律性質，刊行政法學研究，1998 年第 2 期，頁 19, 20；吳登龍，行政合同訴訟探析，刊行政法學研究，1997 年第 2 期，頁 26 以下；高鴻，行政合同爭議，刊行政法學研究，1993 年第 4 期，頁 22；孫笑俠，法律對行政的控制，山東人民出版社，1999 年 1 月，頁 272 以下；宋春國，略論行政復議的新發展，載北方論叢 2000 年 3 月第三期，頁 58。
- 註 45：崔卓蘭，行政復議法學，吉林大學出版社，2001 年 3 月，頁 108, 109；方世榮主編，行政復議法學，中國法制出版社，2000 年 9 月，頁 106, 107；王貞瓊、任文東主編，行政復議法新釋與例解，同註 29，頁 95-97。
- 註 46：羅豪才主編，行政法學，北京大學出版社 1996 年版，頁 184-190。
- 註 47：皮純協，行政復議法論，同註 13，頁 118。
- 註 48：皮純協，行政復議法論，同註 13，頁 147；姚銳敏、易鳳蘭著，違法行政及其法律責任研究，中國方正出版社，2000 年 11 月 1 版，頁 159 以下。
- 註 49：姚銳敏、易鳳蘭著，違法行政及其法律責任研究，同註 48，頁 159 以下；吳雷、趙娟、楊解君著，行政違法行為判解，武漢大學出版社，2000 年 11

月 1 版，頁 83。

註 50：胡建淼主編，行政違法問題探究，法律出版社，2001 年 12 月，頁 38。

註 51：參閱：石佑啟，行政不作為引起的國家賠償責任探討，刊行政法學研究，1998 年第 4 期，頁 55-56；尹昌平，審理行政機關不履行法定職責案件若干問題探討，刊行政法學研究，2002 年第 2 期，頁 76；石佑啟，幾種特殊類型的行政侵權責任探討，刊河南省政法管理幹部學院學報，2000 年 4 月，頁 45-46

註 52：姚銳敏、易鳳蘭著，違法行政及其法律責任研究，同註 46，頁 156；宋春國，略論行政復議的新發展，同註 30，頁 58；石佑啟，幾種特殊類型的行政侵權責任探討，同註 51，頁 58-59。

註 53：應松年、劉莘主編行政復議法講話，中國方正出版社，1999 年 5 月，頁 71-72。

註 54：參閱：劉雲華，論行政復議法中的抽象行政行為，江西行政學院學報，2000 年第 14 期，頁 34；劉杰、鄭新建，行政法學，同註 21，頁 94 以下；馬懷德，中國行政法，中國政法大學出版社，1999 年 1 月，頁 71 以下。

註 55：日鹽野宏著，行政法，劉宗德、賴恆盈譯，月旦出版社，1996 年 5 月，頁 76。

註 56：黃異，行政規則，刊載於法令月刊，第五十一卷第七期，頁 515。

註 57：H.Maurer 著，高家偉譯，行政法學總論，同註 36，頁 563-564。

註 58：H.Maurer 著，高家偉譯，行政法學總論，同註 36，頁 58-59)

註 59：參閱：劉雲華，論行政復議法中的抽象行政行為，同註 54，頁 34；朱芒，對"規定"審查制度試析，刊於法學論壇，華東政法學院學報，2000 年第 1 期，頁 13；王文惠，論對抽象行政行為可以申請行政復議，貴州師範大學學報社會科學版，2001 年第 1 期，頁 14。

註 60：參閱：包玉秋，論行政復議中的抽象行政，遼寧大學學報哲學社會科學版，2002 年 3 月頁 24。

註 61：參閱：劉雲華，論行政復議法中的抽象行政行為，同註 54，頁 33-34；王文惠，論對抽象行政行為可以申請行政復議，同註 59，頁 15；包玉秋，論行政復議中的抽象行政，同註 60，頁 24；王貞瓊、任文東主編，行政復議法新釋與例解，同註 8，頁 112。

註 62：王貞瓊、任文東主編，行政復議法新釋與例解，同註 8，頁 111。李游，論行政復議中的抽象行政理論與實踐；包玉秋，論行政復議中的抽象行政，同註 60，頁 23；王文惠，論對抽象行政行為可以申請行政復議，同註 59，頁 15；劉雲華，論行政復議法中的抽象行政行為，同註 54，頁 34；翟新華，抽象行政行為納入行政復議範圍研究，行政法學研究，1999 年第 1 期，頁 64。

註 63：參閱：劉佩智，將部分抽象行政行為納入行政復議申請範圍引發的問題與思

考，2000年6月，頁23；包玉秋，論行政復議中的抽象行政，同註60，頁23-24。

註64：參閱：應松年、劉莘主編行政復議法講話，同註8，頁77-79；王貞瓊、任文東主編，行政復議法新釋與例解，同註8，頁114-117；朱芒，對"規定"審查制度試析，同註59，頁12-13；包玉秋，論行政復議中的抽象行政，同註60，上揭文頁24-25；劉雲華，論行政復議法中的抽象行政行為，同註54，頁34-35。

註65：王敬波，論我國抽象行政行為的司法監督，刊行政法學研究，2001年第4期，頁44；鄭建勛，抽象行政行為的可訴性，刊西南民族學院學報哲社版，1998年增刊，頁94。

註66：參閱：朱芒，對"規定"審查制度試析，同註59，頁14-15；張朝霞，論行政復議法的新突破，甘肅行政學院行政法學，1999年4月第二期，頁51。

註67：參見：陸維福，關於行政復議制度若干問題的認識，刊於安徽農業大學學報社會科學版，2003年3月，頁41-44之42；黃行文，論我國行政復議制度之不足及其完善，刊於宜賓學院學報2002年5月，頁1-5之1；楊解君，行政復議法倒退和停步不前的若干表現，刊於理論法學，1999年第10期，頁11-13之11；朱芒、鄒榮、王春明《行政復議法》的若干問題，刊於理論法學，1999年第10期，頁13-14之11。

註68：參閱：方世榮，行政復議法學，同註43，頁79；皮純協主編，行政復議法論，同註13，頁155。

註69：參閱喬曉陽主編，行政復議法條文釋義及實用指南，中國民主法制出版社1999年，頁61；應松年、劉莘主編行政復議法講話，同註8，頁80。

註70：參閱應松年、劉莘主編行政復議法講話，同註45，頁80-81。

註71：參閱方世榮，行政復議法學，同註45，頁117-119；崔卓蘭，行政復議法學，同註45，頁130-131。

註72：劉莘，行政法熱點問題，同註29，頁267-269。

註73：參閱方世榮，行政復議法學，同註45，頁118-120；崔卓蘭，行政復議法學，同註45，頁131-134。

註74：參見：陸維福，關於行政復議制度若干問題的認識，刊於安徽農業大學學報社會科學版，2003年3月，頁41-44之41-42；黃行文，論我國行政復議制度之不足及其完善，刊於宜賓學院學報2002年5月，頁1-5之2；楊解君，行政復議法倒退和停步不前的若干表現，刊於理論法學，1999年第10期，頁11-13之12。