



编者按:为热烈庆祝新中国成立70周年，歌颂首都法治政府建设成就，《法治政府建设》编辑部在首都司法行政系统开展了"共筑法治梦 献礼七十载"主题征文活动。活动期间，首都各界司法行政干部大力支持，踊跃投稿，并为如何提升杂志编纂质量积极建言献策。在此，编辑部全体同志表示衷心的感谢。本期杂志选登了部分稿件，以飨读者。由于杂志篇幅有限，对未能刊载的稿件，编辑部将择优以电子期刊等形式发表。

征文1：

关于行政机关法定职责的几点思考 ——从行政复议实践的视角

马 悅

“法无明文规定不可为”，法定职责是行政机关履行行政管理职能和各项执法活动的起点和基础。从广义上讲，行政机关履行职责的依据，除法律、法规、规章规定的职责以外，还包括行政规范性文件、行政机关“三定方案”、行政先行行为、行政允诺、行政协议，以及行政会议纪要设定的职责等。本文结合从事行政复议工作中的典型案例，从法定职责的具体内涵、法定职责和三定方案之间的关系两个层面谈谈对相关问题的思考，以期管窥蠡测，为正确界定行政机关职责，完善行政复议工作制度提供有益的经验。

一、从可操作性角度看法定职责的具体内涵

“有法可依”是行政机关履行法定职责的前提。当法律条文明确规定了行政职权的主体、内容、程序、时限及违法责任时，该条文就能为行政执法活动提供可操作性的依据。但我国行政法体系中，部分法律、法规、规章仅在总则部分就行政机关职责作出了原则性或者概括性的规定，而没有规定对具体行政事项的办理依据，这就导致行政机关在实施管理和执法活动时处于两难境地：一方面某些事项原则上的确属于本机关行政主管范围，另一方面又因为缺乏可操作性的具体规定而难以进行有效监管。特别是在一些申请行政机关履行查处违



法职责的举报投诉类案件中，不仅行政主管部门感到执法无凭，复议机关在审理此类案件时，往往由于对法律规定的认识存在分歧，造成同案不同判，极易引发新的诉讼，加剧官民纠纷。

行政合法性原则是行政法治的核心内容，对于法律法规规章规定属于行政机关主管范围内的事项，行政机关都应当纳入监管范围。不能以法律法规规章对具体行政事项缺乏操作性规定为由，否定和割裂行政管理职责的一体性、完善性。这既是法治政府、服务型政府建设的题中应有之义，也是当前治理“为官不为”和“懒政”现象的内在要求。在厘清行政机关职责的基础上，对于缺乏具体执法依据的难题，可通过修订完善立法、规范性文件补充、制定权力清单、采取灵活多样的柔性执法手段等多种方式加以弥补。

下面通过一则行政复议典型案件对以上观点进行具体阐述：申请人李某曾委托旅行社为其代办签证，后被大使馆拒签，李某认为拒签结果系旅行社在代其填写的申请表中捏造虚假信息所致，故此向旅游行政主管部门提出举报，要求对旅行社予以处罚。旅游主管部门经审查后，认为旅行社的行为虽符合《中国公民出国旅游管理办法》（国务院令第676号）第二十五条第（五）项“组团社以旅游名义弄虚作假，骗取护照、签证等出入境证件或者送他人出境的……”情形，但该条适用的

前提是“组团社”，即《旅游法》规定的与旅游者订立包价旅游合同，提供交通、住宿、餐饮、游览、导游或者领队等两项以上旅游服务的旅行社。鉴于申请人与旅行社签订代办签证服务只是单项委托合同，旅行社对申请人来说并非组团社，故不能适用上述条款进行处罚。据此，旅游主管部门向申请人作出了《不予立案决定书》。此案经复议机关审查认为，依据《中华人民共和国旅游法》第八十五条“县级以上人民政府旅游主管部门有权对旅行社的经营行为实施监督检查”和《旅行社条例实施细则》第二条“旅行社提供的相关旅游服务其中包括接受旅游者委托，提供代订交通客票、代订住宿和代办出境、入境、签证手续等服务”之规定，代办签证属于旅行社的经营业务范围，对于旅行社在为旅游者代办签证活动中的违法行为，不论旅行社与委托人签订的是单项委托合同还是包价旅游合同，旅游主管部门均有权予以查处。依据该规定，复议机关作出行政复议决定，撤销了旅游部门的《不予立案通知书》，责令旅游部门履行对申请人举报事项的查处职责。通过上述复议审理思路的分析，本案认定行政机关对于举报投诉事项查处职责的依据，是旅游法律、规章关于旅游主管部门对旅行社经营活动实施监督管理的概括性、一般性规定，而没有局限于对个别条文的具体解释。简言之，旅游主管部门对旅行社的全部经营活动都应纳入其监管范围。虽然没有对旅行社弄虚作假行为直接进行处罚的依据，但是可以采取灵活多样的监管手段：如可以对申请人和旅行社双方进行调解；可以按《旅游法》第七十三条“旅行社因其过错行为承担赔偿责任”以及《合同法》的规定，引导申请人走民事诉讼途径；可以就旅行社的不当行为进行约谈，要求其改正；也可以以申请人举报事项为线索进行日常执法检查，发现相关违法行为的予以立案调查。而不应以没有能够适用于被举





报行为的强制性规定，或者具体事项不属于行政主管部门监管范围为由，对其法定职责作出限缩解释，导致出现部门监管的空白地带或推诿扯皮现象。

二、行政机关法定职责与三定方案之间的关系

在明确了行政机关法定职责内涵的基础上，试以三定方案为例，探讨作为行政机关职责依据的法律法规规章与其他职责依据的关系，从而准确划分各类职责依据的外延及范围，减少适用上冲突。一般而言，行政机关三定方案与法律规定的职业是内在一致的，但在特殊条件下，三定方案与法律规定也存在不一致的情形。如本人曾经办理的一起行政复议案件涉及铁路主管部门与原工商行政管理部门对铁路服务举报投诉事项的查处职责划分，对认识和解决上述问题具有一定的参考价值。

该复议案件的基本案情为，某申请人向原某市工商局投诉其所乘坐的列车晚点、卫生状况差等服务质量问题，请求市工商局依据《消费者权益保护法》的相关规定对承运人中国铁路总公司进行处罚。市工商局根据《消费者权利保护法》第三十二条、《工商行政管理部门处理消费者投诉办法》第十条“工商行政管理机关受理消费者投诉应当只受理属于工商行政管理机关职责范围内的事项，其他行政机关也均应在各自权限范围内履行维护消费者合法权益的职权”，认为上述规定属于兜底条款，只有其他行政主管部门管辖范围以外的消费者投诉事项才应当由工商部门管辖。故市工商局向申请人作出回复称：铁路服务举报投诉事项不属于工商行政管理部门管辖。申请人不服，以工商部门行政不作为为由提出行政复议申请。

该复议案件审查焦点在于工商行政管理部门与铁路部门受理铁路服务举报投诉事项的管辖界定问题。从行政体系设置和机构配置上讲，铁路部门虽然负责主管全国的铁路工作，

但《铁路法》第三条“国务院铁路主管部门主管全国铁路工作，国家铁路运输企业行使法律、行政法规授予的行政管理职能”只是原则性规定，除此之外，当时尚无法律、法规、规章或其他规范性文件对铁路主管部门受理投诉举报事项的职权、程序、范围等内容作出规定。国家铁路局2013年三定方案明确规定，负责铁路客运安全和服务质量监管，受理相关举报和投诉，组织查处违法违规行为。但三定方案是从行政体系设置的角度确定国家铁路局的职能、机构、编制，并非实质意义上的行政法律法规，所以有观点认为，在铁路法律、行政法规没有具体规定的情况下，应当适用《消费者权益保护法》的兜底条款，由工商行政管理部门予以受理，这样才符合行政机关职责法定和依法行政的要求；而另有观点认为，依据2018年全国人大常委会《关于国务院机构改革涉及法律规定的行政机关职责调整问题的决定》第一条“现行法律规定的行政机关职责和工作，《国务院机构改革方案》确定由组建后的行政机关或者划入职责的行政机关承担的，在有关法律规定尚未修改之前，调整适用有关法律规定，由组建后的行政机关或者划入职责的行政机关承担；相关职责尚未调整到位之前，由原承担该职责和工作的行政机关继续承担。”之精神，认为应当适用三定方案来确定铁路主管部门承担对铁路服务举报投诉事项的查处职责。经过深入讨论，复议机关最终采纳了第二种观点，作出了驳回申请人要求市工商局履行立案查处职责的行政复议决定。本人倾向于第二种观点，除全国人大常委会的上述《决定》秉持着相同的原则外，还有两点理由：第一，三定方案的作用就是定机构、定职责、定编制，行政执法活动必须在相应的机构设置、责任分工和人员编制基础上才能开展，否则就会导致各个机关职能分工的混乱；第二，在政府机构改革过程中，法律修订相对滞后，最有可能出现三



定方案与法律规定不一致的情形。这个问题应当通过加快推动法律的立改废来予以解决和完善，而不应当僵化地套用现行法律规定。综上所述，当行政机关的法定职责依据与三定方案规定不一致时，依据三定方案确定行政机关对

于行政管理事项的管辖权限，更符合行政管理需求和实际，也更有利于维护行政相对人的合法权益。

(本文作者系北京市司法局行政应诉处干部)

征文2：

是非审之于心 征程未有穷期

李 敏

做好行政应诉工作对于化解矛盾纠纷、规范行政行为、加强政府自身建设具有重要意义。今年五月，我有幸从事行政应诉工作，实践中深刻感受到，行政应诉任务日趋繁重，新情况新问题层出不穷，给行政应诉及公职代理人提出了新要求和新挑战。结合工作实际，我从一名公职代理新人的视角分享对行政应诉业务的三点认识。

一、行政应诉中，作为政府的公职代理人不能把自己等同于“外聘律师”，要着眼提升格局，融入全局，考量整体。案件代理过程中，公职代理人和外聘律师的共同点在于接到



起诉书后首先进行风险分析、审查程序、核查证据，设计答辩思路，进行风险应对等程序性工作。二者的区别也很明显：律师代理时，开展业务的核心，都是围绕着胜诉而开展，可以说胜诉是律师代理的单一核心目标。但是作为政府公职代理人就要有更高层次的关注点和更开阔的视野：比如在胜诉之外，是否案结事了无隐患，对基层执法是否起到了反璞和指导作用、对立法的参考意义、对法治政府的推进作用等。不谋全局者不足谋一域，作为公职代理人，除了胜诉之外，还会更多的关注如社会价值、矛盾的深层次解决和带给执法、行政的启迪等，这些共同组成了公职代理的多核追求，也正是公职代理人的价值所在。

二、行政应诉中，作为政府的公职代理人不能把自己简单化为法条“搬运工”，要着眼担当，牢记责任，践行初心。案件代理答辩需要完全依据法条，有理有据，但是公职代理人的思维空间一定要用政府机关的担当和责任铸魂，学会跳出案件看案件，结合社会背景、具体的民情社情看案件，不唯书，不刻板，就会