

涉物业服务企业选聘行政处罚案件的审查重点及诉权保障

□ 王晓滨

聚焦物业

司法实践中，涉物业服务处罚类行政案件较之于物业服务合同纠纷民事案件，数量有限，但此类案件往往关乎行政机关行政执法的形象，关乎开发商、物业服务企业、业主委员会、业主和小区整体利益，具有一定涉众性、敏感性，特别是对因建设单位（开发商）违反法定程序选聘物业服务企业引发的行政处罚争议，在相关行政案件中颇具代表性，法官在审查此类案件时需重点关注以下两个法律问题：

一、涉物业服务企业选聘行政处罚案件的审查重点

《物业管理条例》第五十六条规定：“违反本条例规定，住宅物业的建设单位未通过招投标的方式选聘物业服务企业或者未经批准，擅自采用协议方式选聘物业服务企业的，由县级以上地方人民政府房地产行政主管部门责令限期改正，给予警告，可以并处10万元以下的罚款。”该规定明确了针对开发商“未通过招投标的方式选聘”和“未经批准擅自采用协议方式选聘”物业服务企业两种违法情形，有权机关可给予“警告”“罚款”处罚。这里，“责令限期改正”宜视为过程性行政行为（也有观点认为属于行政命令），实践中通常不可诉。

“未通过招投标的方式选聘”的违法情形，可结合《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招标投标法》）第四十九条有关“必须进行招

标的项目而不招标的，将必须进行招标的项目化整为零或者以其他任何方式规避招标的，责令限期改正，可以处项目合同金额千分之五以上千分之十以下的罚款；对全部或者部分使用国有资金的项目，可暂停项目执行或者暂停资金拨付；对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分”作进一步分析。其中，对于是否属于“必须进行招标的项目”的理解，结合《物业管理条例》第二十四条第二款之规定，“住宅物业的建设单位，应当通过招投标的方式选聘物业服务企业；投标人少于3个或者住宅规模较小的，经物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门批准，可以采用协议方式选聘物业服务企业”，此处通过招投标方式选聘是总原则，而“投标人少于3个或者住宅规模较小的”是例外情形。所谓“住宅规模较小”多见于一些地方性规定，如《北京市物业管理实施办法实施细则》界定为“总建筑面积不超过5万平方米、户数不超过500户”。需注意的是，在法法依据选择上，《物业管理条例》与《招标投标法》均规定了罚款幅度，一般应当优先选择适用《物业管理条例》的专项规定，除非前者未作规定方适用后者；同时，后者所规定的“暂停项目执行或者暂停资金拨付”虽非行政处罚，但作为一般处理行为，行政相对人可起诉相关行为或不作为，而“处分”则属于依法不可诉的人事奖惩事项。

“未经批准擅自采用协议方式选聘”的违法情形，通常指即便符合

上述条例规定的可不采取招标投标方式的法定例外情形，但仍可能因没有履行法定批准程序、直接签协议而构成违法。如上述条例将“经物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门批准”规定为协议选聘的必经程序，该程序既是实施行政处罚的重要参考，也是判断协议效力的重要依据。

除上述警告、罚款两种处罚方式外，实践中有的住建部门对于开发商或物业服务企业给予“通报批评”，此种“声誉罚”符合2021年修改行政处罚法增设该处罚方式的本意，人民法院一般应予支持。此外，相关企业如果还存在上述违法情形之外的其他严重违法情形，其他有权机关可采取责令停产停业、吊销营业执照等行政处罚方式。

对因上述违法情形引发的行政处罚案件，人民法院审理时，一要看处罚程序是否合法。如行政机关是否依法调查取证、听取陈述申辩，是否履行告知义务，明确处罚依据、内容及听证权利，大额罚款是否组织听证，处罚决定是否书面送达等。二要看处罚决定实体是否合法。如开发商、物业服务企业是否主体适格，对其违法行为定性是否准确，是否属于强制招投标或者协议选聘情形，后者是否经过法定批准程序，处罚幅度是否在法定范围内且符合比例原则等。在一起案件中，某开发商恶意规避招投标、拒不整改，主管部门仅处以1万元罚款，未责令其重新履行招投标程序，法院经审查认为，处罚幅度过轻、未实现“处罚与纠正并重”，遂判决撤销该处罚决定，责令主管部

门重新作出处罚；在另一起案件中，某开发商因疏忽未履行程序、无恶意且主动整改，却被顶格罚款10万元，被法院以“明显不当”为由直接改判1万元。三要看法律适用是否正确。如适用的法律法规是否即时有效，条款的引用是否准确无误，对一般规定与特别规定、全国性规定与地方性规定的选择适用规则及分析是否到位等。四要看行政不作为的全流程。如原告是否已依法提出履职申请，行政机关在前程序选聘环节是否督促开发商的违法事实，知晓后是否及时开展调查取证，是否在法定期限内作出处理；在后期监管环节是否督促开发商重新履行招投标程序，是否对整改情况进行验收等。若对相关主体的投诉未调查、未处罚、未作出处理或者拖延处理，会构成行政不作为，人民法院可判决行政机关限期履职或者确认违法。

二、原告资格的理解

谁有权起诉作出处罚决定的行政机关？这是被社会公众广为关注的法律问题。针对行政机关对开发商违法选聘物业服务企业作出的处罚，首先，作为行政相对人的开发商当然有起诉实施机关，实践中开发商多直接起诉处罚决定不合法或者处罚幅度不合理。其次，被选聘的物业服务企业或者参与竞标的相关企业，对处罚决定认定的与自身利害直接相关的招投标或者签约等事实有异议，也有权以利害关系人的名义起诉处罚决定。再者，业主委员会根据《最高人民法院关

于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》（以下简称《行诉解释》）第十八条第一款有关“业主委员会对于行政机关作出的涉及业主共有利益的行政行为，可以自己名义起诉”和《物业管理条例》第三十四条第一款有关“业主委员会应当与业主大会选聘的物业服务企业订立书面的物业服务合同”等规定，有权诉法院判决撤销处罚决定或者确认违法。最后，业主针对以开发商为行政相对人的行政处罚决定，其诉权需区别对待：

其一，根据《行诉解释》第十八条第二款有关“业主委员会不起诉的，专有部分占建筑物总面积过半数或者占总户数过半数的业主可以起诉”之规定，其中两类“双过半”业主有权起诉；其二，对于非“双过半”业主，笔者认为一般情形下不宜给予其针对处罚决定的诉权。现实性考量是防止诉权行使碎片化，既无益于一体救济权益，也会因万千个体随性行使诉权使得成本耗散、诉讼频繁进而带来影响秩序稳定的压力；理论性考量则是行政法上的反射性理论。即从诉的利益角度看，非“双过半”业主是小区业主重要组成部分，其对涉及整个小区集体权益或者公共利益的行政行为，所享有的利益在行政法理论上通常被视为一般意义上的间接利益或者反射性利益。换言之，这部分业主在共同权益实现过程中获得事实上的利益，但这种利益只是集体权益的反射，法律上并不认可个体业主具有泛化的诉权，这是优化法律保障权益的精准性和维护正常的行政诉讼秩序所必需。但是，如果行政处罚决定在影响小区业主共同利益同时侵害了个

体业主乃至其他主体的特定权益，亦有可能将其视为行政处罚决定的利害关系人，认可其作为行政诉讼的原告资格。

其二，谁有权诉法院判决行政机关作出处罚决定？这种情形主要针对行政不作为案件。笔者认为，这方面诉权的保障范围宜宽不宜严。对于认为开发商违反《物业管理条例》第五十六条规定违法选聘、应罚未罚的情形，赋予业主委员会、业主以及参与竞标的物业服务企业等多主体起诉行政机关不作为的诉权，有利于督促行政机关尽快履职，有时可解读为属于《行诉解释》第十二条第五项规定的“为维护自身合法权益向行政机关投诉，具有处理投诉职责的行政机关作出或者未作出处理”所形成的行政法上的“利害关系”。此处之利害关系不同于上述反射利益，个体利益与共同利益融合度高，具有救济的即时性、必要性。当然，如果非本小区业主或者与小区无物权关联的主体投诉或举报未果，则通常不认可其具有提起行政诉讼的原告资格。另，对于主张行政机关存在后期监管环节不作为，或者认为对开发商处罚过轻未能充分保护自身权益，进而要求行政机关履行加重处罚、查处违规招投标行为、责令更换物业服务企业等职责的诉讼，亦可比照前述规则确定原告资格。

（作者系最高人民法院行政庭一级高级法官、法学博士）

责任编辑 唐亚南
美术编辑 武凡熙
电子邮箱 llb@rmfyb.cn
lizk@rmfyb.cn

论网络直播淫秽表演的刑法规制

□ 陈小彪 白玉莹

高的应罚性。

二、网络直播淫秽表演的刑法规制困境

网络犯罪已经成为全球性司法难题。在司法实践中，通过现行刑法规制网络直播淫秽表演行为主要面临如下两方面困境：

首先是淫秽与色情的界分困境。刑法第三百六十七条对于“淫秽物品”作出界定，据此能够总结出我国刑法规范对于“淫秽”的判断标准。但何谓“色情”，刑法条文并未明确规定。因此，在司法实践中需要参照其他规范内容，进而确定刑法的规制边界。国家新闻出版署在《关于认定淫秽色情出版物的暂行规定》（以下简称《暂行规定》）中明确了淫秽、色情出版物的认定标准，色情出版物是指在整体上不是淫秽的，但其中一部分有第二条（一）至（七）项规定的内容，对普通人特别是未成年人的身心健康有损害，而缺乏艺术价值或者科学价值的出版物。虽然《暂行规定》对淫秽与色情进行区分，但是根据上述标准很难清晰界定二者之间的区别。规范上存在模糊之处会给司法实践带来障碍，导致刑法的规制范围不当扩大或限缩。

其次是针对不同主体的行为性质认定即罪名适用困境。网络直播淫秽表演过程中主要涉及四类主体，分别为组织者、表演者、观看者、网络服务提供者，争议问题集中于组织者与表演者。第一，既往生效判决表明，组织者是构成组织淫秽表演罪抑或传播淫秽物品罪（或传播淫秽物品牟利罪）存在分歧。一般而言，在组织行为是否符合组织淫秽表演罪构成要件的问题上并无争议。问题的焦点在于，淫秽表演是否属于刑法规范中的“淫秽物品”，相应的组织行为是否同时符合传播淫秽物品罪（或传播淫秽物品牟利罪）的构成要件。有学者担忧，若按照传播淫秽物品罪（或传播淫秽物品牟利罪）论处，则会面临“量化困难”。第二，对表演者如何归责存在争议。在表演者能否构成传播淫秽物品罪（或传播淫秽物品牟利罪）的问题上，与前述组织者一致。

除此之外，仍面临能否构成组织淫秽表演罪的争议，具体而言，组织行为是否应当包括组织自己。若表演者在进行直播淫秽表演时也存在组织行为，应当适用何种罪名仍待厘清。

三、网络直播淫秽表演的刑法规制路径

为实现定性准确、罪责刑相适应，有效规制网络直播淫秽表演的乱象，可通过以下方案摆脱当前面临的困境。

首先，对淫秽与色情的界分困境提出应对方案。据我国规范而言，淫秽与色情在性质上相似，但程度有别。在司法实践方面，应当注意甄别网络直播内容是否具有淫秽性，避免将色情内容不当评价为淫秽内容。在规范完善方面，有必要在总结实践经验的基础上，进一步细化淫秽与色情的分类方案，进而为后续司法实践提供更具操作性的指引。另外，色情直播表演与淫秽直播表演在性质上相似，同样具有社会危害性，并具有随时演变为淫秽直播的可能性，理应提高规制力度。基于治安管理处罚法与刑法之间属于“前置法—保障法”的关系，对此问题，应充分发挥前置法的治理功能，实现刑法与前置法共同规制违法犯罪的分配正义与刑事立法正义，从而构建行政规制与刑法规制梯次递进、有效衔接、有机结合的二元治理格局。

其次，对不同主体的行为性质认定即罪名适用困境提出破解方案。第一，网络直播淫秽表演的组织者不仅可以构成组织淫秽表演罪，也符合传播淫秽物品罪（或传播淫秽物品牟利罪）的构成要件。网络直播淫秽表演是传统淫秽表演行为延伸到网络空间后的样态，因而组织者可以构成组织淫秽表演罪。理论界主张不符合传播淫秽物品罪（或传播淫秽物品牟利罪）构成要件的原因主要在于，淫秽物品是一种脱离于人的物质性存在，其关键特征在于固定性与可复制性，而网络直播淫秽表演不具备实物载体，故难以被归入淫秽物品之列。但笔者认为，此前“最高人民法院、

最高人民检察院《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2004〕11号）”在司法解释中对“淫秽物品”进行扩大解释，将“淫秽电子信息”涵摄其中，从而将淫秽物品犯罪从现实空间的淫秽物品犯罪链接到网络空间的淫秽电子信息犯罪，已经能够说明对淫秽物品的判断不限于是否具有实物载体。较之于现实空间，网络空间中的淫秽直播表演的传播属性更强，直播表演的内容在性质上与电子信息相同，因此将淫秽直播表演解释为淫秽物品具有合理性。具体有以下两点理由：其一，产生危害的根本原因相同。无论是传统的淫秽物品，还是网络空间中的淫秽直播表演，能够产生危害的根本原因不在于呈现形式，而在于所承载的内容具有负面影响；其二，组织者以及观看者的目的相同。现实社会与网络空间已经融为一体，组织者、观看者往往并不纠结载体或形式的不同，其关注点均在于内容本身。对组织者而言，其目的均是传播具有淫秽性的内容。对观看者而言，其目的是观看此类不良内容，因而传统的淫秽物品与网络直播淫秽表演并无本质差异。在条文设立之初，组织淫秽表演罪与传播淫秽物品罪（或传播淫秽物品牟利罪）的界分明显。但在适用刑法规范时，要用与时俱进的眼光看待问题，在网络犯罪领域中，前述条文之间并非是非此即彼的问题，而是法条竞合关系。如此，并非对罪刑法定原则的突破，而是通过坚守罪刑法定原则的实质侧面来实现真正意义上的罪责刑相适应原则。另外，笔者认为量化困难并非反致适用传播淫秽物品罪（或传播淫秽物品牟利罪）的合理理由。前述两种犯罪属于情节犯，情节犯中的数量要素只是情节要素之一，是对犯罪客观行为及所造成结果的部分描述，而非完整评价。因此，相关数量标准是构成犯罪、“情节严重”与“情节特别严重”的必要条件，而不是充分要件。不能仅依据数量要素判定情节的轻重程度，否则“情节犯”就会异化为“数额犯”。在办理此类案件时应走

出唯数量论的误区，既关注数量要素，也关注其他构成要件要素，综合考虑全部案件情节后作出评价。

第二，网络淫秽直播的表演者无法构成组织淫秽表演罪，但是若表演者在进行淫秽表演的同时也存在组织行为，应当按照组织淫秽表演罪与传播淫秽物品罪（或传播淫秽物品牟利罪）数罪并罚。有论者认为，刑法条文并未将“组织”限缩为“组织他人”，因此“组织自己”也能被解释为“组织”。但本文认为，前述解释与对于“组织”一词的一般理解不符，组织淫秽表演罪中“组织”一词的内涵是“组织他人”，即应当组织除本人外的其他主体进行淫秽表演时才能构成此罪。因此，表演者自身的表演行为不具有构成组织淫秽表演罪

的可能性，只构成传播淫秽物品罪（或传播淫秽物品牟利罪）。另外，若行为人在组织他人进行网络直播淫秽表演的同时自己同样参与到直播淫秽表演中，此种情形下行为人实施的是数个具有严重社会危害性的行为，理应数罪并罚。一方面，对于行为人实施的组织行为，应根据法条竞合关系，在组织淫秽表演罪与传播淫秽物品罪（或传播淫秽物品牟利罪）之间择一重罪论处。另一方面，对于其本人所实施的淫秽直播表演行为，应按照传播淫秽物品罪（或传播淫秽物品牟利罪）论处。若前后两种行为构成同种犯罪，则应按照一罪从重处罚。

（作者单位：西南政法大学法学院；浙江省淳安县人民法院）

《人民司法·应用》2026年第7期要目

特别策划 司法服务保障“十五五”之加快高水平科技自立自强
专利恶意诉讼及其司法规制

罗素云
专利申请过程中的诚信义务及司法审查

吴虹静
发明人署名权纠纷中创造性贡献的认定

姚泓冰 张振
专题研究（一）——“人工智能+”裁判规则研究

人工智能生成内容的著作权司法认定：演进逻辑、现实困境与规则建构

姚志坚 柯霄宁 王伟
人工智能知识产权侵权裁判引用行政规范的规则构建

贾娟 李昕玥 马彪
专题研究（二）——虚拟货币涉案财产司法处置问题研究

财产犯罪中虚拟货币价值认定的路径构建

刘宇 周静
涉虚拟货币财产处置的若干问题与制度创新

王鹏
司法实务
企业家精神视角下董事催缴制度的司法适用困境与优化

离婚案件中拍卖、变卖夫妻共有房屋的实践困境与破局

姜波
民法典第一千二百三十四条期间损失的法律适用研究

卞鑫
数字时代病假管理司法审查的双重框架

吴姗姗 沈璐 侯媛芸
校外体育培训中未成年人自甘风险司法审查

李照彬
区域协同视角下电信网络诈骗案件共犯退赔责任研究——以检索的京津冀近5年案件样本为切入

刘国胜 赵子微
司法论坛

试论投融资性贸易合同效力裁判规则的完善

梁爽 张博旭
生态产品价值实现视角下生态环境服务功能损失的司法认定

朱浩杰 王彪 陈雨丝
认购碳汇修复生态环境的功能定位与规范适用

杨正文 毛显鈔 吴一鸣
法院机关刊精选
报复社会型犯罪治理路径探析
浙江省嘉兴市中级人民法院课题组