



政府立法中的 法律责任设定研究

Zhengfu Lifa Zhongde Falu Zeren Sheding Yanjiu

论文集



国务院法制办公室
政府法制研究中心 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

政府立法中的 法律责任设定研究

Zhengfu Lifa Zhongde Falu Zeren Sheding Yanjiu

论文集

国务院法制办公室
政府法制研究中心 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

政府立法中的法律责任设定研究论文集 / 国务院法制办公室政府法制研究中心编. —北京:中国法制出版社,2010.3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1825 - 6

I. ①政… II. ①国… III. ①立法 - 法律责任 - 中国文集 IV. ①D920.4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 047551 号

责任编辑 郭善珊

封面设计 李 宁

政府立法中的法律责任设定研究论文集

ZHENG FU LI FA ZHONG DE FA LU ZEREN SHEDING YANJIU LUNWENJI

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880×1230 毫米 32

印张/13.5 字数/304 千

版次/2010 年 4 月第 1 版

2010 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1825 - 6

定价:39.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:66026587

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

目 录

CONTENTS

前 言	(1)
行政法律责任的设定理念	汪立生 (3)
法律责任的规范构造	朱新力 余 军 (17)
略论行政法规范的内在法则与政府立法中行政	
法律责任的设定	朱维究 (46)
浅谈立法过程中法律责任设定的几个问题	廖志斌 (55)
法律责任的设定原则及其应用	
——以 2007 年修订后的《律师法》为例	
.....	杜 春 马培培 (64)
政府立法中法律责任设定问题研究	
.....	陈 军 吴 斌 焦凤君 曹林生 李 兵 (75)
政府立法中民事责任、刑事责任的选择	
——一种经济分析方法的尝试	蒯华平 杨春然 (106)
论政府立法中行政法律责任与民事法律责任、	
刑事法律责任的衔接	吴军勇 (117)
政府立法中行政法律责任与刑事法律责任、民事	
法律责任的衔接	薛家强 (128)

2 政府立法中的法律责任设定研究论文集

立法中行政法律责任与刑事法律责任的衔接	施 婷 (143)
从刑法对行政法规范效应的角度谈政府立法中行政 法律责任与刑事法律责任的衔接	李 衡 (154)
行政法律责任与民事法律责任立法衔接问题研究 ——以金融监管法律为例	郑 飞 (161)
试论政府立法中行政违法责任机制功能的实现	林维新 李孝忠 (174)
论单位违法的行政法律责任	程 彬 (191)
国外环境保护立法法律责任设定初探 ——以“按日处罚”为视角	姚 婷 (198)
关于农业法律责任的思考	陈朱勇 张 璐 (208)
行政处罚的外延探析	刘秀芳 (220)
论政府立法中的财产罚设定	陈 龙 (236)
政府立法中罚款设定研究	祁希元 陈德琼 (247)
罚款数额的设定模式及其立法技术探析	李龙亮 (264)
罚款数额的确定及调整机制	李海婷 (272)
内幕交易行政处罚的批判性思考	董文媛 (281)
论行政处罚中罚款的设定规则 ——以《海关行政处罚实施条例》为例	董珊珊 (300)
浅谈海关行政处罚罚款数额的设定问题 ——以《海关行政处罚实施条例》为例	章佳伟 祝晓峰 (313)
证券行政处罚的思考：罚款及其补充措施	周 诚 (326)
浅议行政处罚中的违法所得确定	卢 星 (337)
浅析政府立法中违法所得的确定	曹亚宁 (351)
违法所得的认定	刘 浩 (362)

资格罚的设定规则

——试论《中国银行业监督管理委员会行政处罚办法》

资格罚的设定和执行中存在的问题与建议 李江南 (371)

试谈信用惩戒机制的构建 李富莹 林志炜 王仲菊 (384)

法律责任设定有关问题研究

..... 国务院法制办政府法制研究中心课题组 (398)

前 言

法律责任是法律制度的重要组成部分。法律责任设定的科学性，在很大程度上决定着法律制度的功能能否得到充分发挥、目的能否得到有效实现。为深入分析政府立法在法律责任设定方面存在的问题，研究探讨法律责任设定规律和规则，提高政府立法质量，国务院法制办公室于2009年开展了以“政府立法中的法律责任设定”为主题的论文评选活动。

这次评选活动共收到论文262篇。经专家评选，评出一等奖5篇，二等奖10篇，三等奖15篇，优秀奖20篇。本书收录一、二、三等奖获奖论文，以及国务院法制办公室政府法制研究中心的1篇研究论文。获奖论文具有三个特点：一是作者来源面广。论文作者既有行政机关工作人员，也有专家学者；既有从事政府立法工作的同志，也有从事一线行政执法的同志。二是内容涉及面宽。对政府立法在法律责任设定方面存在的问题，政府立法中法律责任设定的原则和规则，政府立法中法律责任的主体，政府立法中行政责任与刑事责任、民事责任的衔接，申诫罚、财产罚、资格罚的设定，各种行政处罚方式之间的衔接以及行政处罚的替代性措施等都有论述。三是质量较高。多数论文立足政府立法的实际，分析问题比较深刻，提出的对策建议具有针对性、操作性，既有理论价值也有实践价值。当然，政府立法中的法律责任设定问题是个大课题，这次论文评选活动只是一个初步的尝试。我们衷心希望这次论文评选活动能够引发理论界和实务

2 政府立法中的法律责任设定研究论文集

部门对这一课题的持续关注和深入研究，为提高政府立法中法律责任设定的科学性提供理论支撑。

需要说明的是，这些论文所载作者个人观点，不代表其所在单位和编者的观点。书中的不足之处，欢迎广大读者批评指正。

中国法制出版社对本书的出版给予了大力支持，在此表示衷心感谢。

编 者

二〇一〇年二月十一日

行政法律责任的设定理念

汪立生*

法律责任作为法律运行的保障机制，是法治不可缺少的环节。^①根据违法行为所违反的法律的性质，法律责任一般分为民事法律责任、刑事法律责任、行政法律责任以及违宪责任、国家赔偿责任等。行政法律责任，作为行政法中的重要核心概念，理论界的关注并不多，相比较民事法律责任和刑事法律责任，也更缺乏统一的认识和规制标准。

对行政法律责任认识的不统一，从它的概念上就能看出来。当前行政法学界对行政法律责任概念的表述，主要是从行政法律责任主体角度出发的，大致有这样几种观点：一是行政主体说，也有人称为“控权论”，其观点是：行政法律责任是行政主体及其执行公务人员因行政违法或行政不当，违反法定职责和义务而依法应当承担的否定性后果。该观点认为行政法律责任主体只是行政机关及其工作人员。二是行政相对人说，也有人称为“管理论”，其观点是：行政法律责任是行政相对人违反行政管理法律法规应承担的法律后果。该观点认为行政法律责任主体只是行政相对人。三是行政法律关系主体说，也有人称为“平衡论”，其观点是：行政法律责任是指行政法律关系主

* 江苏省人民政府法制办公室。

① 张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社2001年版，第101页。

体由于违反行政法律规范或不履行行政法律义务而依法应当承担的行政法律后果。这种观点综合了行政主体说和行政相对人说,认为行政法律责任的主体既包括行政机关及其工作人员,也包括行政相对人。这三种观点,都有其合理之处,但也都有考虑不足的地方。结合当前我国的立法实践,笔者更倾向于行政法律关系主体说,本文对行政法律责任设定理念的考察,也是基于这个理解而进行的。

理念,是指人们对于某一事物或现象的理性认识、理想追求及其所形成的观念体系。本文所说的行政法律责任的设定理念,是指行政法律责任设定时所应当追求的原则和价值。对行政法律责任的设定理念,有不少学者从专业理论视角进行过研究,本文则通过结合地方立法实践,从立法实务的角度作出考察。

一、设定行政法律法责任应当追求目的性

立法目的的体现,应贯穿于法律的所有条文,但在法律责任设定中体现好最为关键。哪些违法行为需要设法律责任,哪些不需要设,哪些需要重设,哪些需要轻设,都应当围绕立法目的进行。不同法律的立法目的是有差别的,但如果将一个历史阶段的法律制定放在一起考察时,我们会发现,它们的立法目的都是基于时代价值取向而有所偏好的。从我国现阶段的立法实践来看,当前和今后一段时期,立法目的的总体趋向是明确的,离不开三大主题,即促进经济社会有序发展、保护公众和相对人权益、规范政府权力。立法者应当围绕这三大主题,把握好立法方向,体现好当下立法的总体目的:

(一) 促进经济社会有序发展

促进经济社会的有序快速发展,是我国当前和今后一个时期的重要任务,也是立法工作应当首先关注的方向性问题。行政法律责任的设定,主要是通过设和不设、重设和轻设,来体现这个方向。在考虑

促进经济社会发展这一要素时，立法者应当坚持科学发展、和谐发展的理念，平衡经济发展与社会发展关系，综合考虑长远利益和当下需要。发展不是最终目的，不能机械地认为，能促进经济社会发展的东西就一定要从宽，限制经济社会发展的东西就一定要从严。例如各地搞工业时，在起步阶段往往都是以牺牲环境和资源为代价的，短期内，这能够促进经济的发展，有些地方在制定政策时，就明显放宽这方面的要求，这是要不得的。再例如，《劳动合同法》出台后，曾经出现了一批企业的倒闭和外流。从长远来看，规范企业用人行为，保护劳动者权益，并通过对用人行为的规范，来淘汰一批劳动密集型企业、小企业，实现产业升级，是有利于经济社会有序发展的。也正是因为这个考虑，《劳动合同法》在行政法律责任的设定中，对用人单位采取了“一刀切”的较为严格的态度。为什么一个好的初衷，没有达到一个预期的效果呢？我们从温家宝总理 2009 年政府工作报告中的一段话就可以看出端倪，他说：“千方百计促进就业。充分发挥服务业、劳动密集型产业、中小企业、非公有制经济在吸纳就业中的作用。”由此可见，劳动密集型企业、中小企业等，在当前，承担着更多的社会使命，设定行政法律责任时，就应当充分考虑它的社会价值，采取相对宽容的态度，设定一些缓冲措施，逐步引向规范。

设定行政法律责任，立法者应当多关心当前国家的主要工作方针和发展计划，多参考发达国家经济社会的发展轨迹和经验。在当前和今后一段时期，在涉及环境保护、土地利用、房地产市场、产业结构调整、就业和社会保障、医药卫生事业改革、教育体制等方面的立法时，立法者就应当慎重把握，这些都是国家需要进行严格管理或者大力促进的工作。立法者应当紧密围绕国家的方针和策略，科学合理设定行政法律责任。

（二）保护公众和相对人权益

温家宝总理在 2009 年政府工作报告中特别强调，要“加强政府法制工作，提高政府立法透明度和公众参与度”。立法公开，传递着一个重要信息，就是立法要征询民意，体现民间智慧和民间意志，主要目的还是要保护好社会公众和相对人的权益。在过去的立法中，受传统思想的影响，行政立法的管理色彩比较浓，管理者的权力很多义务很少，相对人的义务很多权利很少。随着市场经济发展的逐步深入，我国的立法正在纠正这种倾向，社会公众和相对人的权益正在逐步得到强化。《行政许可法》确立的“信赖保护”制度，《行政处罚法》确立的“一事不再罚”制度，都具有代表意义。

一般认为，行政相对人的权益保护，主要是通过行政程序的完善来实现的。具体到行政法律责任，如何来体现公众和相对人的权益呢？笔者认为是有空间的，例如有这么几个方面的观念就是要坚持的：市场能够自己调整的，就交给市场主体通过协议、协商、约定等方式自行调整，只要不危及公共利益和他人权益，就不要设定行政法律责任；能通过警告、责令改正等不涉及相对人财产权利、人身自由的责任追究就能消除影响的，尽量不要再规定其他处罚措施；非重大违法行为，一般不设定行政强制和停产停业等影响相对人生产、生活的法律责任；自由裁量权的设定应当具体明确，尽量分别情形作适当分类细化；对严重侵犯社会公众权益的违法行为，应当从严设定行政法律责任；应当增加行政相对人的救济途径，完善告知程序和听取当事人陈述和申辩程序的规定等。

（三）规范政府权力

政府的自我限权，我国在法律制度上的体现已有不少，如《行政复议法》、《行政处罚法》、《行政许可法》等。温家宝总理将规范行政行为界定为：“合法行政、合理行政、程序正当、高效便民、诚实

守信、权责统一。”其中高效便民、诚实守信、权责统一，当属精髓中的精髓，应当成为立法者对行政机关设定行政法律责任的重要原则。在行政法律责任设定的目的性中，强调规范政府权力，其实是服务于前两个目的的，政府规范、合理、高效的管理和服务行为，可以更有效地促进经济社会的发展，同时，能更好地保护社会公众和行政相对人的权益。

在行政法律责任中，如何体现对政府权力的规范呢？一是体现在依职权管理上。作为政府执法部门，非因经济调控、稳定社会秩序等需要，一般不宜介入市场过深。例如在消费者权益保护方面，消费者和经营者之间的争议由双方当事人协商、和解或者由社会中介组织进行调解解决可能更为方便、快捷，政府的主要职责应当是监督社会中介组织的调解活动，对危害消费者权益的严重违法行为进行必要且适度的干预。在这一点上，《消费者权益保护法》把握得很好，但不少地方在立法时，却赋予了工商行政管理部门在消费者权益保护领域中过多的行政执法权。这是不合适的。二是体现在权责对应上。当前我国立法实践中，对行政机关法律责任的设定普遍偏少，往往权力是具体的，行政法律责任是抽象的。这与可选择的针对行政机关的责任追究形式不多有关系，但更主要的还是观念上的问题。立法强调的就是权责的统一，政府的权力体现到相对人身上，就是义务，这种义务的履行所产生的权利如何保障，应当予以重视。对行政不作为、行政乱作为，都应当明确具体的行政法律责任。三是体现在内部追究上。行政机关工作人员依法行政，是由行政机关对外承担责任的。所以，应当补充内部追究工作人员的责任方式和幅度。当前通行的做法，是在行政法律责任中作原则性的表述。如国务院《易制毒化学品管理条例》规定：易制毒化学品行政主管部门工作人员在管理工作中有应当许可而不许可、不应当许可而滥许可，不依法受理备案，以及其他滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊行为的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。这样的规定，还是太过原则，应当区别不

同情形，在责任追究的形式上更丰富一些。

二、设定行政法律责任应当追求协调性

协调是相对于复杂的关系而存在的，是一种衔接、磨合、适应。设定行政法律责任的协调性理念，也可以称为统一性理念，是指行政法律责任体系的内在一致性和形式的协调统一性。依据需要协调的关系的性质，相对于一部具体的法律而言，我们可以尝试分为内部协调和外部协调。

内部的协调主要有义务与责任的协调、内容的协调、表述的协调。义务与责任的协调，是指力求对每种违反义务的行为设定相应的、可操作的、适当的行政法律责任，避免只有义务无相关责任或者未规定义务却设定责任的状况。这个问题看似简单，但在立法实践中却常常被忽略。例如《土地管理法》第三十六条第三款规定：禁止占用基本农田发展林果业和挖塘养鱼。对土地所有权人设定了义务和要求，但在行政法律责任中却没有对应条款，对土地所有权人因履行义务而导致的市场利益损失，也缺乏对应的规定。国务院《基本农田保护条例》同样作了禁止占用基本农田发展林果业和挖塘养鱼的规定，但同样未设定行政法律责任。这就导致基本农田栽种果树现象普遍，形成了法不责众的局面。立法中义务性条款的设定，特别是带有禁止性和强制性的义务性条款的设定，往往涉及本法律中的一些重要的或者实质的问题，涉及到立法目的实现，需要行政法律责任给予支持和保障，否则会影响行政法律责任的质量和实施效果。因此，立法者应当仔细梳理所有的义务性规定，并设定对应的行政法律责任。

内容的协调和表述的协调，主要是结构、语言、文字方面的协调，保持前后的一致统一就可以了。外部协调相对较为复杂，分为几个层次：

（一）要依权限设定

行政法律责任体系是法的体系的有机组成部分，行政法律责任的设定要按照立法权限的划分来进行，不能超过立法权限设定行政法律责任。如《立法法》对立法主体权限的划分、《行政处罚法》对立法主体设定行政处罚种类和幅度权限的划分、《行政许可法》对立法主体设定行政许可权限的划分等。从立法技术上说，立法者一般不会犯超越权限设定行政法律责任的错误，但在地方立法中，因地方利益需要和长官意志的作用，可能会有超越立法权限设立行政法律责任的现象。

（二）要体现法制统一

设定行政法律责任，一是要注意与国际社会的法律相协调。我国加入了WTO，也签署或者加入了一些国际条约、公约、协定，对一些具有开放性和国际性的事务，在行政法律责任的设定上，应当与国际通行做法或者国际法的规定相衔接；二是要注意与上位法相协调。下位法在行政法律责任中作出的规定基本上是补缺性的，或者是上位法行政法律责任的细化和补充，一般不重复规定上位法已有的行政法律责任规定，更不能与上位法相抵触。当前行政法律责任设定中，与上位法相抵触的情形还是存在的，主要出现在地方立法中。造成抵触的原因也比较多，如：上位法之间对同一或者类似行为的规定不一致，导致下位法在不抵触一个的情况下抵触了另一个；国家法律、行政法规越来越多，地方立法要穷尽所有法律、行政法规相关的行政法律责任的难度是很大的；各地经济社会发展水平不一致，依据上位法设定的行政法律责任，不同的地区适用效果不一样，为了达到管理目的，地方可能会在上位法已有规定的情况下，增设行政法律责任的种类，提高幅度。三是要注意与同位阶法律相协调。当前，同位阶法律冲突的现象比较多，虽然有相应的适用原则，但事实上还是给管理活

动造成了很大的困扰。如《城乡规划法》第六十五条规定：在乡、村规划区内未依法取得乡村建设规划许可证或者未按照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。《土地管理法》第七十六条规定，未办理土地审批手续，占用土地进行建设的，应当一律没收该土地上新建的建筑物。根据《城乡规划法》第四十一条的规定，建设单位和个人取得乡村规划许可证后，方可办理用地审批手续。所以，虽然两部法律表面上是针对不同的违法行为设定的行政法律责任，《城乡规划法》是针对未领取规划许可证擅自进行建设设定的行政法律责任，《土地管理法》是针对未办理土地审批手续擅自进行建设设定的行政法律责任，事实上未领取乡村规划许可证擅自进行建设的行为肯定也属于未办理土地审批手续擅自进行建设的行为，对同一违法行为，城乡规划和土地管理部门都可以追究其责任，而且追究方式也差别很大。

（三）要遵循特定的文化、习俗和传统

行政法律责任的价值选择和基本精神从总体上说与其相应的道德、习惯等有着一致性，但规范层次的冲突也是经常存在的。不同的文化、习俗，对行政法律责任的具体形态也有不同要求，对同一种行为，不同的地区可能设定不同的行政法律责任，文化的相对性也会带来行政法律责任的相对性。^①我国是一个多民族国家，在立法中尤其要注意兼顾不同民族的特点和要求。

^① 参见叶传星：《论设定法律责任的一般原则》，载《法律科学》1999年第2期。

三、设定行政法律责任应当追求平衡性

行政法律责任的平衡，是一个新课题，是从行政法的平衡理论引出来的。一般认为，这样的平衡主要指法律所涉及的各方主体的利益平衡。但笔者认为，具体到行政法律责任设定的平衡性，这个平衡可以扩大一些去理解。

（一）主体利益平衡

一部法律，能否得到全社会绝大多数公民的信奉，最关键在于其是否能够最大限度地平衡社会各利益主体的利益。只有最大限度地平衡各方利益，法律才能成为良法，才有广泛的民意基础，才会得到社会的广泛遵守。随着我国经济社会的迅猛发展，社会变革加剧，导致社会利益多元化和社会关系复杂化，加上社会公众需求的差异性、人们认识的多样性等因素，形成了不同的利益团体、利益阶层，立法必定要面对这些错综复杂的问题和矛盾，面对多种意见和不同利益的立法诉求，立法时若找不到一个让各方都能认可、接受的平衡点，不仅难以解决矛盾，还会造成今后的社会隐患，也会消解法律的权威性和严肃性。^① 如何平衡各方利益呢？这需要立法者站在一个超脱的位置。当然，从我国当前的立法实践看，立法者的超脱是比较难的，但在立法中，立法者在设定行政法律责任时还是应当注意解决好几个问题：

一是在立法理念上，要以“以人为本”、“立法为民”的立法理念取代传统的以“管”为本，以“权”为本的理念。这一立法理念的转变要求立法的重心由注重方便政府管理、约束管理相对人的

^① 牛犁、王健龙：《从“邮改风波”看立法中的利益平衡》，载《人大研究》2006年第11期。