珞珈法学论坛

（第　五　卷）

武汉大学法学院主办

武 汉 大 学 出 版 社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

本刊顾问：韩德培　马克昌　李　龙
主　　编：曾令良
副 主 编：陈本寒
编　　委：（排名不分先后）
徐亚文　周佑勇　许发民　陈本寒
杨泽伟　柯　坚　赵　钢

目　录

·法学专论·

论人权救济的司法统制原则…… 汪进元　汤妩艳 (1)
“有数量限制的行政许可”的立法解读及其适用 …… 王伟奇 (8)
政府采购法律制度的若干问题研究 …… 徐　晨 (18)
对我国刑法基本立场的再思考 …… 程　红　陈家林 (35)
法律维度下住房抵押贷款证券化制度的创新思考 …… 陈　丽 (57)
海上货运承运人免责制度若干理论问题研究…… 喻术红 (92)
论我国中小企业技术创新法律体系的完善 …… 任华哲 (100)
信息不对称与消费者知情权之学理展开 …… 宁立志　董晓玲 (113)
关于民事诉讼期间的几个问题 …… 占善刚 (141)
行政诉讼结构研究 …… 向忠诚 (148)
发展权救济模式论纲…… 黄志雄 (163)
“保护的责任”及其对国家主权的影响 …… 杨泽伟 (184)
贸易逆差、比较优势与中国劳工权益保护 …… 李雪平 (197)
国际组织协调跨国并购反垄断问题新探 …… 张庆麟　胡　磊 (206)
论“三资合同”的法律适用 …… 何其生 (224)

·学位论文精选·

传染病国际控制与中国和平发展的若干法律问题 …… 龚向前 (238)
行政登记基本理论初探 …… 余　睿 (260)

·外国法译评·

西方国家环境审计的法律与实践 …… 秦天宝 (287)

·法学随笔·

再议法学学位论文的设计与写作 …… 梁　西 (305)

法学专论

论人权救济的司法统制原则

■ 汪进元* 汤妩艳**

目 录

一、司法统制原则的理论基础
二、司法统制原则在西方的宪政实践
三、司法统制原则与中国权利救济制度的完善

在现代法治国家，人权救济是一个多维一体的概念，它包括权力体制内的行政救济和司法救济（普通司法救济、行政司法救济和宪法司法救济）和权力体制外的仲裁救济和民间调解等。而司法救济，特别是宪法司法救济，是人权救济体系的核心和灵魂。本文以人权救济的司法统制原则为题，具体介绍分析西方主要国家司法统制原则的理论基础和宪政实践，并在此基础上讨论中国人权救济的司法制度方面存在的问题及司法统制原则的确立问题。

一、司法统制原则的理论基础

权利救济的司法统制是指司法权是权利保障的最终堡垒，是“人权保障的守护神”。① 人权是指“能够通过司法权来适用和强制的严格意义上权利”。② 司法统制的核心在于：任何权利争议最终应当由法院裁决；而且，违宪裁决是权利救济的最后一道防线和最高救济途径。

权利救济的司法统制理念起源于英国普通法传统。在英国，1215 年封建领主迫使英王签署了《自由大宪章》。《自由大宪章》第 39 条确认的自然公正原则既是对盎格鲁-撒

* 汪进元，武汉大学法学院教授，法学博士。
** 汤妩艳，武汉大学法学院 2003 级宪法学硕士生。

① ［日］大沼保昭著，王志安译：《人权，国家与文明》，三联书店 2003 年版，第 219 页。
② ［日］大沼保昭著，王志安译：《人权，国家与文明》，三联书店 2003 年版，第 214 页。

克逊人和诺曼人自然公正理念的确认，也是对其后英语民族人民长期沿袭下来的自然公正原则的锁定。自然公正原则的铁律之一，就是任何人不能担任自己案件的裁判官。在他们看来，议会只管立法，立法行为不涉及具体的人和事，难于酿成诉争；行政机关将议会通过的法律适用到具体的人和事，因此执法过程中难免形成争端，但行政机关是争端的当事人之一，不宜担任自己案件的裁判官。正因如此，19 世纪下半叶，英国著名的宪法学家戴雪在评价法国的行政法院时指责它是一种特权法院。因为法国的行政法院属于行政机关的组成部分，专门负责审理行政机关及其工作人员的违法案件。这样，在法国，行政机关及其工作人员的违法和普通公民的违法受不同的法院管辖，违背了自然公正原则和法律面前人人平等原则。到了 1612 年，在一个著名的“星期日上午会议”上，英王詹姆士一世应坎特布雷大主教的奏请，召见英格兰的法官开会，讨论国王的审判权问题。坎特布雷大主教力主王权至上，法官只是国王的代表，国王认为必要时把本该由自己审判的案件交由法官审理，言下之意，审判权属于国王的权力。针对这一论调，大法官爱德华·柯克反驳说：“根据英格兰法律，国王无权审理任何案件，所有案件……皆应依照法律和国家惯例交由法院审理。”① 其后，在讨论议会和法院的关系时，柯克又说：“如果议会的行为背离基本人权和理性，那么普通法院应对这一行为进行监督控制，并可以宣告它无效。”② 1689 年《权利法案》出台后，随着“议会至上原则”的确立，法院从属于立法和行政两权，柯克关于普通法院有权宣布议会立法无效的主张未能实现。但是，在英国，每个人只服从普通法律并只受普通法院管辖的观念在法治实践中传递下来。对此，戴雪在《英宪精义》一书中也曾说：“在英格兰四境内，不但无一人在法律之上，而且每一个人，不论为贵为贱，为富为贫，须受命于国内所有普通法律，并须安居于普通法院的管辖权之治下。”③

二、司法统制原则在西方的宪政实践

人权救济的司法统制理念在英国产生之后，经美国 1787 年宪法的确认和传递，成为西方主要国家宪法认可和体现的一项基本原则，即司法统制原则。由于各国司法传统上的差异，各国在具体落实司法统制原则时，各自的司法体制及救济手段和方式也不完全相同。

（一）英国式的普通一元司法与普通法救济的终极性

英国式的普通一元司法与普通司法救济的终极性，源于英语民族特有的普通法终极主义理念。如前所述，英国早在 1215 年的《自由大宪章》中就确立了自然公正原则。之后，在 1612 年的一个“星期日上午会议”上，大法官爱德华·柯克在与坎特布雷大主教的对话中，否定了国王及其代表的行政机关的司法权，为普通司法终极主义理念的形成奠定了坚实的基础。之后，普通司法终极主义理念又经都铎王朝和斯图亚特王朝与法院之间长期的斗争，最后确立起来。在英国，普通司法终极主义的含义有二：一是任何法律争议只能由法院裁决，而且是由普通法院裁决；二是公民基本权利独立于国家之外并通过司法

① 转引自［美］庞德著，唐前宏等译：《普通法的精神》，法律出版社 2001 年版，第 42 页。
② 转引自［美］庞德著，唐前宏等译：《普通法的精神》，法律出版社 2001 年版，第 408 页。
③ ［英］戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社 2001 年版，第 237 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

判例予以确认。所以，在英国人看来，“在普通法上，英国人有着基本的权利，这些权利为法院所保护，即使这些权利违背国王的意志”。① 英国人的基本权利“独立于国家之外又依赖于国家的保护，国家不能改变和删去这些权利，而且应该对其加以保护”。② 由于传统的普通法终极主义理念的影响和作用，迄今为止，在英国只有普通法院系统（包括民事法院系统和刑事法院系统等），而没有专设的行政法院系统；同时由于英国人崇尚权利源于普通法院的判例（而不是宪法的一纸清单），因此在英国没有根本法意义上的宪法，也没有严格意义上的违宪审查制度。总之，在英国，公民权利只受普通法的确认和调整，公民权利的救济也是通过普通法院的诉讼得到解决的。

（二）美国式的普通二元司法与宪法救济的终极性

美国承继了英国的普通法传统并通过 1787 年宪法创立了联邦普通法院系统（联邦最高法院、联邦上诉法院和联邦地区法院等），各州也依据州宪法创立了州普通法院系统。由此形成了美国联邦和州的二元司法体制，从而建立了人权救济的普通法院单一型司法体制。同英国相比，美国 1787 年宪法具有根本法的地位和效力。该宪法第 6 条明确规定：本宪法及依本宪法所制定的合众国法律，以及合众国已经缔结及将要缔结的一切条约，皆为全国之最高法律；每个州的法官都应受其约束，任何一州宪法或法律中的任何内容与之抵触时，均不得有违这一规定。1803 年“马伯里诉麦迪逊案”的判决出台后，联邦最高法院始有权审查联邦国会和联邦政府制定的法律、法规和政策的合宪性问题并宣布违宪的法律、法规和政策无效；也有权受理不服州最高法院审裁的违宪案件并予以改判，还有权受理裁决总统和国会议员选举的争议案件。美国联邦最高法院的司法审查制度，一方面保证了联邦宪法的最高地位和最高效力以及联邦司法的统一性，另一方面又为美国公民的权利救济提供了一致性标准以及最高位阶和最高效力的保障措施。此外，美国宪法还通过修正案的方式将公民重要的权利规定在宪法之中，宪法没有规定的权利由人民保留并通过普通法院的宪法判例予以补充和完善。

（三）德国式的混合多元司法与宪法救济的终极性

相比之下，德国人权救济的司法保障体系更具特色。首先，德国如同其他西方国家一样，崇尚司法统制，而且，司法统制的最后手段是宪法诉讼。德国的宪法法院是按照基本法的规定分联邦和州两级设立的，联邦宪法法院在全德国家机关系统和法院系统具有最高权威性。它有权直接受理公民基本权利的诉讼案件；有权撤销其他法院的违宪裁决；有权宣布议会制定的法律因违宪而无效；有权裁决国家机关之间的权限争议；有权受理联邦议员的选举诉讼；有权受理不服州宪法法院裁决的上诉案件，从而保证了司法救济的统一性和最后补救性。其次，公民权利的司法救济措施比其他国家更具有专门性和多样性。目前，德国有普通法院系统、行政法院系统、劳动法院系统、社会法院系统、财政金融法院系统和宪法法院系统，各类法院系统均有最高法院，而且均设在联邦中央。公民权利争讼案件，首先按案件性质向相应的法院起诉，如果案件性质模糊不清，普通法院和各专门法

① ［美］庞德著，唐前宏等译：《普通法的精神》，法律出版社 2001 年版，第 62 页。

② ［美］庞德著，唐前宏等译：《普通法的精神》，法律出版社 2001 年版，第 62 ~ 63 页。

院都不予受理或相互推诿，或者由普通法院或各专门法院受理缺乏法律依据，公民可以直接向州或联邦宪法法院提起宪法诉讼；同时，如果公民对其他法院和州宪法法院关于宪法性权利的裁决不服，还可以上诉到联邦宪法法院，请求给予最后的司法救济。这样，德国公民权利救济的司法手段呈多元性、全面性、系统性和最后保障性等特点。

三、司法统制原则与中国权利救济制度的完善

（一） 中国权利救济制度存在的问题

在中国前近代社会，从来没有独立的司法系统和司法官员。司法行政合一、行政兼理司法，是中国封建社会司法制度的主要特点。清末，在沈家本等人的积极主张之下，清政府进行了司法体制改革。在中央一级，改过去的刑部为法部，掌管全国的司法行政事务；改大理寺为大理院，为国家的最高审判机关。在地方，按照州、府、省三级行政区划分别设置初级、地方和高等三级审判厅。这是中国几千年以来，司法与行政分立的开端，但是，按行政区划设置地方法院仍沿袭了中国古代法的传统。1927 年，国民党蒋介石的南京政府成立后，按照孙中山的“五权宪法”理论组建了一套完整的司法系统。司法院为最高司法机关，主管民事、刑事和行政审判，以及公务员惩戒和解释宪法、法律和命令等。司法院下设大法官会议、最高法院、行政法院及公务员惩戒委员会。法院系统仍然是按行政区划设置的，由地方法院 （县、市级）、高等法院 （省或特别区） 和最高法院等三级组成。

新中国成立之后，1954 年宪法也按行政区划分别设立了基层人民法院、中级人民法院、高级人民法院和最高人民法院。但是由于 1957 年的“左”倾思潮和法律虚无主义的影响以及“文化大革命”，在砸烂公、检、法的口号之下，检察院被撤销，法院成了审检合一、审司合一的多功能机构，法院的工作中心也只是配合革命委员会办理一些刑事案件。1982 年宪法出台之后，恢复了 1954 年宪法的建制。由于法院设置的行政化固习和审判权的独立性尚未确立，中国公民的权利救济尚存在如下几个方面的问题：

1. 法院设置的行政化，延伸出严重的地方保护主义

我国宪法规定，现行法院系统由最高人民法院、高级人民法院、中级人民法院和基层人民法院及各专门人民法院等组成。各级人民法院由同级人大产生并受同级人大及其常委会监督；同时各级法院还受同级党委的领导。事实证明：这一体制使公民权利的司法救济存在严重的地方保护主义色彩，公民的权利因地域区别而得不到相同的救济。具体表现为：⑴ 法院按行政区划设立，法院和承办法官碍于关系、面子和乡土之情，总是优先考虑本地当事人的权益保障，忽视外地当事人的权利救济；⑵ 各地法院和法官服从本地党委领导，接受同级人大及其常委会监督，当地党委和人大为了地方经济的发展和地方公共利益，有时也借机向法院施压，主办案件的法院和承办法官，也不得不忽视法律的明确规定，践踏外地当事人的合法权益。

2. 依政策办案的固习，导致法院司法仍有明显的政策导向性

在中国古社会，皇帝口含天宪，言出法随，没有也不可能有相对明确、具体、稳定和一体适用的法规系统；皇帝总揽立法、行政、司法大权，地方州县长官管行政兼理司法，办案官员顾忌皇帝和上级官员的颜面和意图，判决的随意性较大，也未能建立起类似于英

国历史上相对稳定的判例系统；自西汉以来，董仲舒的“德主刑辅”及以儒家的纲常礼教为核心的“春秋决狱”成为其后近两千年的封建司法的金科玉律。因此，在中国，依照统治阶级的道德信条及据此颁订的政策办案，已成为固有的习惯。在新民主主义革命时期，战争的多变性和革命根据地的临时性，导致革命根据地形成了依政策办案的习惯。“文化大革命”期间，法律虚无主义占了绝对上风，公、检、法被砸烂，全国的法制呈混乱的状态，固有的依政策办案的习惯成为当时迫不得已的选择。

改革开放以来，经济建设成为国家发展的主方向，这导致公民权利的司法救济具有较强的政策导向性。因此，法官办案有时优先考虑的是党和国家的政策及地方政府政策，而不是国家法律。例如1993年自贡市人民政府签发了（1993）75号文件，1994年该市又签发了（1994）19号文件，该文件规定自贡地区内划10平方公里的土地，由市管委会实行“统一征地管理”。据此，管委会于1993年到1998年征用了约2万亩土地，当地农民也随之转为城市居民。但是，管委会根据市政府的授权，对被拆迁的农户按远远低于《国务院城市房屋拆迁条例》或四川省的拆迁条例确定的拆迁安置补偿标准给予补偿。被拆迁的农户不服，联名以市政府为被告向自贡市中级人民法院起诉。该院认为：市政府（1993）75号文件具有普通约束力，属于抽象行政行为，法院不予受理。2000年5月，原告上诉至四川省高级人民法院，该院基于同样的理由予以驳回。2002年1月，被拆迁农户1 300人联名向建设部申请行政复议，也未获答复。2002年6月，申请人向北京市第一中级人民法院状告建设部行政不作为，也遭败诉。① 据悉，此案至今尚未解决。而且，在目前农村城市化的浪潮中，类似情况并不少见。

3. 违宪审查制度的缺失，导致公民权利救济缺乏最后的补救性

违宪审查可以通过宣告违宪的法律、法规和政策无效，杜绝或者减少公民基本权利和自由遭到广泛而持久的侵犯；并通过对宪法诉讼的受理审裁，保证公民基本权利和自由得到相应的补救和赔偿；还可以通过上诉管辖权和终极权威性裁决权矫正普通司法救济的错误和不足，以保证公民基本权利的司法救济具有统一性、完整性和最后保障性。如前所述，在西方国家，有美国式的普通法院违宪审查制和德国式的宪法法院违宪审查制，这类制度的建立较好地体现了西方国家公民权利救济的司法统制原则，为公民权利的保障提供了更宽广的途径和措施。

在中国，违宪审查制度至今还是一个空白，而在现实生活中违宪的案件时有发生，如2003年的“孙志刚出生地歧视案”，2001年的“蒋韬身高歧视案”和2004年的“张先著乙肝歧视案”等，均是严重违反宪法规定的平等原则的案件，由于违宪审查制度的缺失，公民的平等权未能得到有效的保障。

（二）完善中国权利救济制度的建议

鉴于上述情况，笔者以为，完善中国公民的权利救济制度，首先应在中国确立权利救济的司法统制原则。具体可以从如下几个方面着手：

1. 完善司法独立原则

司法独立是指承办案件的法官在个案进行的全过程（从立案到宣判）中，依据案件

① 参见《中国改革》（农村版），2003年第7期专题报道。

事实、法律和个人良知独立审判，不受来自任何方面基于任何原因进行的直接或间接的影响和干涉。司法独立的核心是审判独立，其实质是法官个人独立。独立审判，既是法官的权利，也是法官的义务。例如德国基本法第 97 条规定：“法官具有独立性，只服从宪法和法律。”日本宪法第 76 条也规定：“法官具有独立性，只受本国宪法和法律的拘束。”在中国，依据现行宪法第 126 条和第 131 条的规定，司法独立是指法院独立行使审判权和检察院独立行使检察权，均不受行政机关、社会团体和个人的干涉。同时，我国宪法和法律还规定，司法机关服从党的领导和同级人大的监督。另外，我国法律还规定，审判委员会就个案的裁决对办案法官及合议庭具有约束力。由此看来，司法独立在中国存在如下几个方面的问题。首先，检察院独立不是司法独立的应有之义，检察院是国家的公诉机关，在刑事案件中代表国家提起并支持公诉，处于准当事人的地位，不可能独立，也不需要独立。对此，马克思曾说过：“检察官除了上司就没有别的法律，法官除了法律就没有别的上司。”“独立了法官既不属于我，也不属于政府；不独立的检察官本身就是政府的一个工具。”① 其次，法院管理体制的行政化色彩十分浓厚，这主要表现在法院由同级人大选举产生并受其监督；法院经费由同级政府控制；承办法官及合议庭受庭务会、审判委员会、主管庭长和院长等的控制和监督。再次，法官任职条件和任用手续地方化，法官的地位、身份和待遇具有不稳定性。因为存在着上述问题，领导部门、监督部门和法院内部的领导打电话、批条子、下指示，冒领导和监督之名，行以权谋私之实的现象屡见不鲜。近年来全国各地和各级法院出现的法官受贿和违法办案事件正是这一体制酿成的恶果。所以，要解决目前司法实践中存在的问题，必须借鉴西方国家司法独立的有益经验，在中央的统一领导之下，按照跨行政区域设立地方各级人民法院，由全国人大常委会或其委托的机关统一任命全国各级人民法院的法官，法院经费由最高人民法院单独拟定年度预决算方案，报经全国人大批准后实施。只有这样，才能真正做到法院系统的人员独立、经费独立和办案程序独立，最终达到司法独立。

2. 健全司法程序违法的制裁性规则

相对人权救济而言，程序法规则比实体法规则更具有现实性和可操作性。如果没有程序法规则，实体法规则关于权利的设定、运行和救济等方面的规定只能起到画饼充饥的作用。因此，英美法系国家对程序法的重视程度胜于实体法，而且其重心放在程序违法的制裁性措施方面。例如，英国 1676 年制定的《人身保护法》建立了人身保护令状制度，任何人的人身权和财产权遭到不法侵害时，均有权申请法院签发人身保护令状，如果法院拒绝签发或者收到人身保护令状的官员没有按令状指定的时间将在押人犯送到签发令状的法院，法官或相关的行政官员应受到轻则 200 或 300 英镑的罚款，重则被革除公职永不录用的处罚。比较而言，我国《治安管理处罚条例》及各类诉讼法对犯罪嫌疑人等的行政拘留和刑事拘留、逮捕等的羁押期限，以及各类案件的一审、二审和再审期限，均有明确的规定，但对超期羁押、超期结案应承担什么样的法律后果，法律未作具体规定。因此，在司法实践中，超期羁押、超期结案的现象时有发生，也得不到有效的解决。这些现象无疑侵犯了当事人的人身权和财产权。从法理和国外的司法实践上来看，程序法规则同实体法规则一样，既为规则，就应该是要素齐备的规定，否则不但达不到人权救济的目的，反而

① 《马克思恩格斯全集》（第 1 卷），人民出版社 1956 年版，第 76 页。

还会出现新的侵权行为。鉴于上述情况，我们认为，应该修订宪法程序法规范，制定行政程序法和监督程序法，并修改各类诉讼法等，建立健全程序违法的制裁性措施，并在此基础上建立当事人追诉制度，以保证其程序性权利和实体性权利得到一并的救济。

3. 建立违宪司法审查制度

违宪司法审查制度是宪法监督的核心和灵魂，是西方国家司法统制的精髓和集中表现。在中国虽有宪法监督但无违宪司法审查。二十多年来，法学理论界竭尽所能，千呼万唤，仍未见到这一制度的踪影。其原因是多方面的，但笔者以为，根本原因还是体制问题。现行体制奉行人大至上，犹如英国的议会至上，全国人大有权制定或不制定任何法律，其他国家机关无权审查其制定的法律是否合宪并宣布违宪的法律无效。我们认为，在中国现行体制之下，建立违宪审查的双轨制是比较合理的。具体地说就是：全国人大及其常委会、国务院及各部委和有权立法的地方人大及其常委会等制定的法律、法规（行政法规、地方性法规）和行政规章（部门规章、地方性规章）等由全国人大或地方省级人大法工委或者专设的宪法委员会进行初步审查并提出处理意见，分别交由全国人大或其常委会及地方省级人大或其常委会具体处理；同时，在最高人民法院和高级人民法院分别设立宪法庭，负责审查处理国务院各部委的规定、县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定、乡级人民政府的规定等的合宪性问题，并负责审查处理国家机关、社会组织和公民个人侵害他人宪法权利的行为。双轨违宪审查制的建立，既符合我国现行的政权体制，又能及时地处理法律、法规和规章的违宪问题，更能有效地解决公民宪法权利的争议案件。①

① 参见汪进元：《司法审查论》，载《上海社会科学》1994 年第 4 期。

“有数量限制的行政许可”的立法解读及其适用

■ 王伟奇*

目 录

一、《行政许可法》第57条的法律地位及其文义解释
二、对“有数量限制的行政许可”概念内涵的分析
三、第57条针对的事项范围及其逻辑矛盾的化解
四、公共利益保护与第三人利益保护

《中华人民共和国行政许可法》（以下简称为《许可法》）的颁布实施，不仅在实践操作的层面上，而且在宪政层面上具有重大的开创性意义。① 但是，《许可法》使用了许多不确定的法律用语，特别是第12条、第13条以及第14条使用了“可以”、“能够”、“必要时”这些适用时间、空间以及条件都不确定的词语。这些不确定的法律用语，一方面可以被解释为赋予行政机关巨大的自由裁量权，另一方面又可以被解释为赋予公民和社会组织对抗政府权力干预的巨大权利。② 此外，从法律实施的角度来看，一个法律文件中概念体系的逻辑一致性是十分重要的。因此，笔者认为，在理论上以及实定法上都没有对“有数量限制的行政许可”这一概念作出明确界定的前提下，《许可法》第57条却突兀地而且是“一次性地”使用了这个概念，这就造成了对《许可法》认识上的极大含混。因此，本文首先拟对该概念进行分析，然后以此为基础对第57条的法律适用提出建议。

* 武汉大学法学院博士研究生，长沙理工大学法学院教师。

① 许多学者对此进行了深刻的阐说，比如陈端洪：《行政许可与个人自由》，载《法学研究》2004年第5期。

② 对这一观点的思考，还可以参阅喻中：《行政许可法的立法理念质疑》，载《法学》2004年第1期；《“可以不”还是“不可以”——〈行政许可法〉第十三条中的关键词解读》，载《人大研究》2004年第6期。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

一、《许可法》 第 57 条的法律地位及其文义解释

《许可法》 第 57 条规定：“有数量限制的行政许可，两个或两个以上申请人的申请均符合法定条件、标准的，行政机关应当根据受理行政许可申请的先后顺序作出准予行政许可的决定。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定。”对当事人而言，该条指向的是授益性行政许可行为；对行政许可机关而言，该条既在程序上又在实体结论上加以羁束规定；对第三人及其利益和公共利益及其代表而言，该条在文字上则未作任何规定。

（一） 第 57 条与听证程序的关系

“有数量限制的行政许可”至少包括以下两种情形：第一，既包括数量限制已经明确作出的“有数量限制的行政许可”，又包括尚未作出或无需由法律规范作出数量限制的“有数量限制的行政许可”；第二，既包括“涉及公共利益的重大行政许可事项”以及“直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的”行政许可事项，又包括只与多个申请人有关而较少涉及第三人利益以及公共利益的行政许可事项，还包括只涉及“较大的”公共利益或“较大的”第三人利益的行政许可事项。以上这两种情形又可以有许多种不同的组合。根据《许可法》 第 6 节“特别规定”中的第 51 条的规定，在面对以上各种情形时，都只能按照第 57 条的规定处理，而不能适用听证程序。

但是，从法理的分析来看，这种对立法的字面解释是不适当的。首先，从公共利益保护的重要性以及利益衡量原则的要求来看，在面对上述这些不同的组合时，应该用不同的程序来区别对待。其次，从对行政许可作出“授益性许可”与“重大不利性许可”的区分来看，同样应该作如此理解。因为，如果是“涉及公共利益的重大行政许可事项”或者是“直接涉及申请人与他人之间有重大利益关系的行政许可事项”，这种行政许可行为虽说可能是对申请人的“重大授益性行政行为”，但对公共利益以及第三人利益而言，则可能构成“重大不利性行政行为”，“从各国的行政程序立法来看，原则上将听证程序限定于行政机关作出对当事人不利的行为中”。① 因此，此时应该适用听证程序。最后，从“严格听证程序”的立法宗旨来看，同样应该作如此的理解。因为听证程序本身是一个特别程序，它与同样是特别程序的第 57 条的区别只在于适用的事项范围不同。听证程序适用的事项必须具有特殊的法律性质，即该事项或者是法律、法规、规章规定必须听证的事项，或者是有“重大利益关系”的事项，因而与第 57 条所规定的“有数量限制的行政许可”的内涵有差异。从这个角度来看，如果因为情势的变化，“有数量限制的行政许可”涉及重大的公共利益或者直接涉及第三人的重大利益时，此时也应该适用听证程序而不是适用第 57 条的程序。当然，如何判断这种情势变化，那是对审查与决定程序中行政许可机关“行政能力”的考验。

因此，笔者认为，第 57 条只针对除了“法律、法规、规章规定应当听证的许可事项”、“涉及公共利益的重大行政许可事项”以及“直接涉及申请人与他人之间有重大利益关系的行政许可事项”以外的“有数量限制的行政许可”。

---

① 张春生、李飞主编：《中华人民共和国行政许可法释义》，法律出版社 2003 年版，第 157 页。

（二）第 57 条与审查决定程序适用的关系

审查与决定程序针对的是所有的行政许可，而第 57 条只针对“有数量限制的行政许可”。从特别条款优于普通条款的理论来看，属于《许可法》第 4 章第 6 节“特别规定”中的第 57 条的适用应当优先于作为一般程序而被规定在第 4 章第 2 节的“审查与决定”程序。二者之间存在着一种一般与特别的关系，当然二者之间也有着先后相继的衔接关系。

因此，当行政许可机关采取自由裁量而不按照第 57 条的规定作出行政许可决定时，这种自由裁量行为就必须接受“审查与决定”程序的法律约束，并承担相应的法律后果。这就为后文讨论如何保护公共利益和相对人以及第三人的权益提供了法律依据。

（三）第 57 条的文义解释

《许可法》第 57 条实际上就是对当事人权益保护原则的贯彻。对该条的规定可作出如下分析：

第一，该条针对的许可类别是“有数量限制的行政许可”。按照“一般的认识”，它与“无数量限制的行政许可”概念构成一对分类范畴。

第二，该条涉及的主体和利益关系是“两个或两个以上的申请人”以及他们各自的个人权益。在内容上，该法律关系中不存在任何需要考虑的第三人利益或公共利益。在主体上，当事人只是几个主体地位平等的公民、法人或其他组织，而行政许可机关则不代表任何利益，也不是主体之一。

第三，关于批准许可的程序性规定与实体性规定：首先，申请需符合“法定条件、标准”；其次，行政机关“应当”根据受理的“先后顺序”来作出决定；最后，在限制性数量未满足前，“应当”作出“准予行政许可”的决定。从这些法律规定可以看出，行政许可机关在这个法律关系中完全是一个“橡皮图章”，第三人也没有任何提起异议的程序性权利。

第四，例外情况。如果行政许可机关想进行择优选择或者采取照顾政策，它必须具有其他法律或者行政法规的依据。从理论上来讲，这些法律规范必须是特别法的具体规定。比如说，不能笼统地利用宪法上对残疾人等特殊弱势群体的保护规定来作出照顾性的政策选择。从这个意义上说，“例外情况”这一法律规定不是赋予行政机关以自由裁量权，而是赋予了一种严格的羁束性义务。

（四）评论

对行政许可性质最通常的理解便是对“一般禁止”的“解除”与“许可”。为什么要有禁止？为什么需要解除？为什么要设立由行政机关来进行许可的制度？为什么要允许运用社会机制、市场机制来替代某些行政许可？我们对此可以运用其他学科的术语以及理论来解释。但是，对于经由法律规范所规定的行政许可，在法律上，我们只能利用公共利益、当事人权益以及第三者权益之间的相互关系来理解，只能利用行政机关、相对人以及第三人之间的“主体间”的关系来理解。对于第 57 条的理解，同样离不开这些考虑因素。但是，从上文所作的“文义解释”来看，第 57 条的文字表述却没有涉及所有这些应

当予以考虑的因素，这就使得第 57 条在法律实践中容易产生漏洞。

如何防止这些漏洞的产生呢？笔者认为，当按照前文对听证程序、审查与决定程序以及第 57 条程序各自适用对象所作的区分，以及下文对“有数量限制的行政许可”概念所作的新解释，第 57 条如此规定就不会产生漏洞。行政机关此时就可以成为一个“橡皮图章”。也就是说，在审查与决定程序已经保障了最低程序公正要求的前提下，在排除了听证程序管辖的许可事项以后，第 57 条的规定体现了公正与效率的平衡，突显了效率的要求，行政许可机关当然可以不再对公共利益、当事人利益以及第三人利益进行衡量，不必再对多个当事人之间的权益进行衡量，也不必采取听证或抓阄等方式，而可以径直采取按照申请的先后顺序来确定许可的方法。并且，那些未被批准许可的申请者也不得因权利未能得到准予行使而要求国家或获得该项许可的人给予赔偿或者补偿。

二、对“有数量限制的行政许可”概念内涵的分析

第 57 条的核心概念就是“有数量限制的行政许可”。一般认为，“有数量限制的行政许可”与“没有数量限制的行政许可”构成一对分类范畴。有学者指出，前者是指自然资源开发利用、公共资源配置以及特定行业的市场准入等的许可，一般适用于某些行为许可。后者则是指只要申请人提出许可申请并符合一定条件，许可机关就有义务向申请人发放许可证，不受任何数额限制。这类许可多适用于资格许可。① 另有学者指出，由于客观条件的限制，一个地区，在一段时期内，对于从事某项活动只能发放一定数量的行政许可。有数量限制的许可，多涉及对有限自然资源的开发利用、公共资源的配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等赋予特定权利的事项。② 还有学者指出，排他性许可是指某个人或组织获得许可后，其他任何人不得再申请或获得，如专利许可、商标许可。③ 更有学者指出，在存在数量限制的许可领域中，排他性许可与非排他性许可存在一个转换问题。④ 此外，还有其他的一些认识。从以上各种认识来看，对何为“有数量限制的行政许可”并未形成一种统一的见解，因此，笔者对该概念作出如下分析：

（一）“行为许可的有数量限制性”

笔者认为，理解“有数量限制的行政许可”概念必须与行政许可中“资格许可”与“行为许可”的划分相连，因为它属于“行为许可”中的一种情形。资格许可与行为许可的关系实质上就是对个人自由权利与具有社会公共性质的利益之间的关系的反映。从人的全面发展和人的解放这一最终的人类目的来讲，资格许可无疑是没有数量限制的。但是，由于社会发展的阶段性，以及需要考虑到人与自然的关系，需要考虑到可持续发展等因素的影响，因此，无论是国家权力、社会权力还是市场的权力都不会允许人人都能实际上实现该项资格所赋予的权利。因此，行为许可本质上就是有数量限制的，这是它的根本特

① 马怀德：《行政许可》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 72 页。

② 张春生、李飞主编：《中华人民共和国行政许可法释义》，法律出版社 2003 年版，第 186 页。

③ 杨解君主编：《行政法学》，中国方正出版社 2002 年版，第 260 页。

④ 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社 1999 年版，第 184 页。

征。问题只在于：第一，这种数量限制是应该由国家权力作出，还是应该由非国家权力作出；第二，是应该由法律规范来作出数量限制，还是可以不需要由法律规范作出数量限制。

从逻辑上讲，对“行为许可”的“数量限制”可以从权利主体、权利内容、权利对象以及权利行使条件所受到的限制这四种形式来认识：

第一种形式，从被许可权利的“权利主体”的数量限制来认识行为许可的“数量限制”。比如我们常说的商标、专利等排他性许可就是从商标、专利的权利使用主体是排他的这个角度来讲的。按照法律，只要符合条件，人人都可以申请某种商标或专利，但法律却通过“先申请原则”来确定谁最终有权享有并行使该项权利。

第二种形式，从被许可权利的“权利内容”的数量限制来认识行为许可的“数量限制”。比如，我国每年的出口产品有配额限制，出口企业除取得出口产品许可证外，还需获得有关部门确定的出口配额。而是否给予某企业配额，除考虑申请企业的条件外，还要看是否有足够的配额。① 这种出口配额明显就是一种对权利内容的数量限制。再比如，通过科学地设定一个流域的排污系数标准来限制各个企业的排污权的做法也是一种对权利内容的数量限制形式。

第三种形式，从被许可权利的“权利对象”的数量限制来认识行为许可的“数量限制”。我们常说的资源的有限性决定了行政许可的有数量限制（《许可法》第 12 条第 2 项）就是从这个角度来认识的。

第四种形式，从被许可权利的“行使条件”所受到的限制来认识行为许可的“数量限制”。这种条件限制是社会自身的发展水平造成的客观限制。笔者把这种限制称为与“法律规范限制”相对应的“客观事实限制”。这种数量限制形式不同于前述三种形式的限制。那些看似没有数量限制的行政许可行为，一旦进入一个特定的时间、空间状态下，它就可能转变成一个“有数量限制的行政许可”。这种转变具有重要的实践意义。对此，笔者将在后文中专门进行解说。

上述的第一、第二两种数量限制形式经常以法律规范的形式来实现。第三种数量限制形式，即“权利对象”的数量限制，一般不需通过法律规范来明示。正是这样一个特点，为后文中解决《许可法》第 53 条和第 57 条的冲突问题提供了一种可能性。

（二）“有数量限制的行政许可”

从前面引述的学者们对“有数量限制的行政许可”概念所作的解释来看，现有的对“有数量限制的行政许可”概念的认识是从“行政许可”的权利主体、权利对象和权利内容的数量限制这三种形式来认识的，并且认为“有数量限制的行政许可”与“行为许可”基本上是同一个概念。但是，笔者通过前面对“行为许可的有数量限制性”的分析，认为这种认识存在着两个问题：第一，“行为许可的有数量限制”不仅仅表现在那三种形式，还有第四种形式，即因权利行使条件的限制也可能产生数量限制，并且这种限制形式还具有重要的法律意义（见下文的论述）。第二，“有数量限制的行政许可”不同于“行为许可的有数量限制性”。虽然“有数量限制的行政许可”是“行为许可的有数量限制

① 张春生、李飞主编：《中华人民共和国行政许可法释义》，法律出版社 2003 年版，第 186 页。

性”的一种表现形式，但是，作为一个法律概念，它体现的本质决不仅仅局限于此。也就是说，并不是所有的“有数量限制的行为许可”都构成作为特定概念的“有数量限制的行政许可”。这一观点将直接导致对第 12 条第 2 项所规定的许可事项作不同性质的认识，因此也将直接对后文中第 53 条与第 57 条的关系的讨论产生决定性的影响。

行政许可本身要求“依法而定”，无疑地，作为行政许可中的一个子类的“有数量限制的行政许可”也必须是法定的。“有数量限制的行政许可”概念的核心在于“数量限制”必须是法定的。笔者认为：首先，“有数量限制的行政许可”是指由“法律规范”作出数量限制的“行为许可”。由“法律规范”作出数量限制的“行为许可”与由“非法律规范”作出数量限制的“行为许可”构成一对范畴。由“非法律规范”作出数量限制的形式既包括前文所说的第三、第四两种数量限制形式，也包括《许可法》第 13 条规定的由市场或行业自律等来作出数量限制的形式。其次，“有数量限制的行政许可”只能是指数量限制已经在“事先”由法律规范作出了规定的行为许可。第 57 条只是针对这种许可数额的分配而言。在数量限制已经合法地作出并且不涉及重大公共利益或第三者重大利益的前提下，第 57 条就能起到利益保护的作用，就能在数个当事人之间获致一种公平、公正。当“数量限制”还未由法律规范确定时，就不能适用第 57 条。数量限制的设定内在地包含于行政许可的设定之中。因此，根据《许可法》第 14 条至第 17 条的规定，设定行政许可的数量限制是一个立法行为。对“数量限制”作出规定的法律形式只能是法律、行政法规、国务院的决定、地方性法规及规章，而不能是其他规范性文件。因此，这种数量限制可以被概括为“法律规范限制”。至于何种情况下，法律规范应该对某种行政许可作出数量限制，这实际上是一个立法过程中的利益衡量过程，它主要是一个政治决策的过程，而不主要是一个纯法律的问题。这一点，在国际上，最明显地，也最深刻地体现在各国对于进出口进行限制的法律争论上；在国内法中，则最明显地体现为各种利益集团对立法的影响。最后，体现这种数量限制的法律规范有多种方式，既可以体现在一个法律文件的一个条文中，也可以体现在几个条文中，还可以体现在不同的法律文件之中。

（三）“客观事实限制”的实践意义

前述第四种形式的数量限制，即从被许可权利的“行使条件”所受到的限制来认识行为许可的“数量限制”，笔者认为它应该被视为与“法律规范限制”具有同等的效力，这可以称为“客观事实限制”的“拟制法律效力”。

举例来说，在某一天，符合申请条件的乙紧随着甲一先一后来到政府机关的资料室申请查询同一项信息。但是在没有任何正当理由的情况下，主管官员就是不让甲获得许可，而只让乙获得许可，或者他让乙先获得许可，在让甲坐了很久的“冷板凳”以后才许可甲。这种许可也许不存在颁发许可证的问题而仅仅只是一个简单的登记行为，但是这种登记行为却是该主管官员代表许可机关并以该许可机关的名义作出的“准许”的意思表示。因此，这是一个具有法律效力的行政许可行为。如果当事人不服从这种决定而强行进入，则可能构成违法甚至犯罪。在该案例中，该主管官员的这种许可行为明显是不公正的。但是，如果我们把这种获取信息的许可看作是无数量限制的行政许可，它就不受第 57 条的管辖，那么该主管官员的这种许可行为虽说不公正，但不违法。因此，甲也就无从提起“法律上的”权利保护请求。在实际生活中，类似情况经常发生，但人们却没有可靠的办

法来消除这种事情的发生。笔者认为，寄希望于职业道德教育是无法消除这种现象的，惟一的办法是让这种行为接受法律规范的约束，只有法律才可以真正制止这种行为的发生。

笔者认为，在该案例中，这种许可行为已经在特定的环境中变成了事实上直接针对申请人的“有数量限制的行政许可”了。本案例中许可的数量限制表现在：在给定的时间与空间条件下，资料室只可能容纳数量有限的申请人，这是“常识”。因此，这种权利“行使条件”受到的限制直接导致了“权利主体”的数量限制。这无疑地就使这种行政许可变成了由“客观事实限制”来规定数量的“有数量限制的行政许可”。根据“客观事实限制”的拟制法律效力，甲就可以获得法律上的权利来要求该主管官员必须遵守第 57 条的规定，这样就充分体现并落实了第 57 条对行政机关服务性行政行为的规范功能。进一步地假设，如果是私人在非指定的场所上网阅读信息，那就更加明确地体现了第 57 条的法律意义。因为对于电子政务来说，谁先上网进入那个网址，谁就可以先得到这个信息，这样就完全是按照先后顺序来进行许可的。

（四） 结论

综上所述，可以对《许可法》中的“有数量限制的行政许可”概念作出如下的新认识：“有数量限制的行政许可”是指由“法律规范”作出明确数量限制，并且由行政机关作出批准的“行为许可”。它不是一个与无数量限制的“资格许可”相对应的概念，而是属于与“资格许可”相对应的“行为许可”概念下面的一个子概念。从“行为许可”变为“有数量限制的行政许可”的逻辑中介是：对“行为许可”进行数量限制的方式必须是“法律规范”。这个概念的法律意义在于：第一，当某个行政许可不属于“有数量限制的行政许可”时，它就不需要接受第 57 条的规制。第二，当“有数量限制的行政许可”不属于法律、法规、规章规定的听证事项，或者是不涉及重大公共利益的行政许可，或者是不直接涉及第三人重大利益的行政许可时，它就必须接受《许可法》第 57 条的约束。

三、第 57 条针对的事项范围及其逻辑矛盾的化解

（一） 事项范围的重新确立

从立法上看，《许可法》从第 51 条到第 57 条的 7 个法律条文是相互并列并且独立生效的。由于这些条文的相互作用，第 57 条几乎不能适用于第 12 条所规定的许可事项而成为一条“空文”。按比较权威的解释，第 12 条第 1 项是没有数量限制的。① 第 12 条第 3、4、5 项则是关于资格许可的，因而也是没有数量限制的。惟一的就是第 12 条第 2 项是有数量限制的。② 但是第 12 条第 2 项已经明确地不能适用第 57 条。正如有学者指出的，“本法第 12 条第 2 项（有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等事项）的行政许可基本上都是有数量限制的。但是，按照本法的规定（即第 53 条的规定），应当通过招标、拍卖等公平竞争方式作出，因而不适用本条

① 张春生、李飞主编：《中华人民共和国行政许可法释义》，法律出版社 2003 年版，第 55 页。

② 张春生、李飞主编：《中华人民共和国行政许可法释义》，法律出版社 2003 年版，第 57 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com