

行政法

条文·说理·案例

主编 ■ 高秦伟

■ 重点条文说理

■ 典型案例解析

■ 名师鼎力推荐

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

4

行政法条文·说理·案例

主 编 高秦伟

(法学博士，中央财经大学法学院副教授，主要研究方向为行政法学)

撰稿人 (以撰写先后为序)

刘亚凡 许 兵

高秦伟 王丹红

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法条文·说理·案例/高秦伟主编. —北京: 中国法制出版社, 2007. 11

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0236 - 1

I. 行… II. 高… III. 行政法 - 基本知识 - 中国 IV. D922. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 167236 号

行政法条文·说理·案例

XINGZHENGFA · TIAOWEN · SHUOLI · ANLI

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

版次/2007 年 11 月第 1 版

印张/14.25 字数/287 千

2007 年 11 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0236 - 1

定价: 28.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66010406

邮购部电话: 66033288

序

韩大元^①

近年来，有关“法教义学”、“法解释学”或“法释义学”的理念或方法引起了学术界的广泛关注。从国外法学的发展历程看，自19世纪以来，法教义学的任务主要在于：对法律概念进行逻辑分析，建构法律体系，并且将概念体系具体运用于司法裁判过程之中。在传统上较为权威的用法是将法教义学理解为狭义和本义的法学。这其中涉及到三个层面的内容：其一，对现行有效法律的描述；其二，对这种法律之概念一体系的研究；其三，提出解决疑难法律案件的建议。这一理论的展开对于法学成为独立的学科，对于我们准确适用法律规范并解决法律实务问题提供了丰富的学术资源与合理的思考方式。伴随着法治发展的进程，越来越多的学者们认识到了法教义学的价值，认为它应该成为法学研究的主流。

那么究竟如何发展法教义学，如何将其理论融会贯通于各个部门法之中呢？这是高秦伟博士在学术研究过程中一直思考的问题。他的博士论文也正以此为题。最近，恰好中国法制出版社组织了这样一套丛书，高秦伟博士接到任务后，便认真准备，较系统地整理了大陆法系国家有关法教义学的知识，梳理了诸多的法律解释方法，阅读与收

^① 中国人民大学法学院常务副院长、教授、博士生导师，兼任中国法学会宪法学研究会会长。

集了大量的行政法案例；从三个维度，即描述－经验的维度、逻辑－分析的维度、规范－实践的维度架构了整本书的基本框架，而这三个维度也正好回应了法教义学三个层面的活动。

沿袭上述的思路，高秦伟博士以行政法为调适对象，分规范阐释、关联理论、典型案例、法规链接四部分进行了解释学上的学术论证，并以此为基础确定了本书的基本学术命题与框架。作为配合行政法与行政诉讼法教材的参考书目，其目标在于引导和帮助行政法的学习者以法律人的思维去解释法律规范、研习关联理论、解决疑难案件、对比相关法条，进而最终关注与反思现实社会中的行政法现象。为达到这一目标，本书的主要特色表现在：

其一，坚持准确适用各种法律解释方法，从而让读者能够以此为指引解释其他的法律规范。对法律的解释也是法教义学的一项主要功能，但解释方法众多，必须正确采用方能体现立法者的意图与社会效果的统一。这也正是培养行政法律人法律思维的重要基础。

其二，坚持用行政法学理论，分析现行有效的法律规范。在关联理论部分，本书以行政法学体系为框架，阐释了现行有效的法律规范，这对于读者从整体上把握行政法学科特征也是有帮助的。

其三，坚持所选案例的真实性与典型性。本书所选案例多为实践中发生或法院判决之真实、典型个案，这样为读者理解法律规范，解决实际问题提供了生动的素材。需要说明的是，为了保证行文的简洁明晰，对一些案例的事实也作了剪裁，以凸显所涉问题的法律意义。

其四，坚持关注行政实践与司法诉讼并重的思路。行政法是实践性较强的法律，与其他法律不同，其适用除了司法诉讼之外，还体现于行政实践，所以本书无论是在选取案例还是挑选相关法规方面，均体现了这一特色。

当然，由于时间仓促，加之行政法解释学理论艰深，作者在分析

规范、理论与案例之间的相互关系时遇到了解释学上的一些难题，有些行政法现象的分析缺乏整体性，导致本书难免会存在一些不足之处，也请读者批评指正与学术交流。

是为序。

2007 年 11 月 1 日于中国人民大学

目 录

行政处罚法

第9条 行政处罚的设定	1
第20条 行政处罚的管辖	12
第24条 一事不再罚	25
第33条 行政处罚简易程序	35
第37条第1款 行政调查	45
第42条第1款 行政处罚听证	58
第46条 行政处罚中的职能分离原则	76

行政许可法

第5条 行政许可的公开、公平、公正原则	83
第8条 行政许可的信赖保护原则	92
第12、13条 行政许可的设定事项	102
第16条 行政许可的规定权	114
第23条 法律、法规授权的组织实施行政许可的规定	124
第24条 行政许可委托	135
第38条第2款 行政许可中的说明理由制度	147
第46条 行政许可听证	158

治安管理处罚法

第3条 治安管理处罚的程序	165
---------------------	-----

第8条	行政相对人的民事责任	173
第9条	治安管理处罚中的调解制度	180
第28条	对故意干扰无线电业务行为的治安管理处罚	188
第45条	对虐待、遗弃行为的治安管理处罚	194
第79条	依法收集证据	201
第90条	治安管理处罚中的鉴定制度	207
第91条	治安管理处罚的决定权限	214
第94条	说明理由制度	220
第98条	对治安管理处罚过程中听证的规定	225
第100条	对当场处罚法定条件的规定	233
第102条	对治安管理处罚不服的法律救济	238
第114条	对公安机关治安管理处罚行为的监督	246
第115条	治安管理罚款决定与罚款收缴相分离的原则	254
第117条	公安机关违法行使职权的法律责任	261

行政复议法

第7条	行政规定的审查范围	268
第12条	行政复议的管辖	278
第16条	行政复议与行政诉讼的关系	289
第19、20条	不予受理的处理	301
第21条	复议不停止具体行政行为	313
第30条	复议前置的设定	323

行政诉讼法

第2条	起诉权	330
第5条	合法性审查原则	336
第11条	受案范围	340

第 12 条	受案范围的排除条款	347
第 17 条	管辖	356
第 18 条	特殊管辖	360
第 24 条	原告	364
第 25 条	被告	371
第 27 条	第三人	378
第 32 条	举证责任	383
第 33 条	被告收集证据的限制规定	390
第 34 条	法院的收集、调取证据权	394
第 37 条	复议前置程序	400
第 44 条	诉讼不停止执行原则	408
第 52 条	审判的直接依据与适用	414
第 53 条	规章的参照适用	421
第 54 条	判决形式	426
第 67 条	行政赔偿责任	434

行政处罚法

第9条 行政处罚的设定

第9条 法律可以设定各种行政处罚。

限制人身自由的行政处罚，只能由法律设定。

规范阐释

本条是对行政处罚设定法律保留的规定。

设定，是指对一项权力的创设和规定。“设定”不同于“规定”，主要区别在于设定有创立之意。由于行政处罚的设定权首先涉及的是立法权的划分问题，因此在行政处罚权的设定上，一般遵循这样几条准则：

一是行政处罚的设定权集中在代议机关（立法机关），在我国是权力机关。这是因为行政处罚设定权是国家的一项重要的立法权，同时也意味着对行政机关行政处罚权的授予。而立法机关（权力机关）

是民意机关，其民意基础最为广泛、深厚，由其设定行政处罚，一般被认为最有利于人民主权原则和权利保障原则的贯彻和实现。

二是行政机关设定行政处罚必须有法律明确具体的授权。在现实中，行政处罚的设定权不可能全部由立法机关行使，通过授权，行政机关也可以设定一些行政处罚。比如我国《行政处罚法》第十条规定：“行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。法律对违法行为已经作出行政处罚规定，行政法规需要作出具体规定的，必须在法律规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。”第十二条规定：“国务院部、委员会制定的规章可以在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。尚未制定法律、行政法规的，前款规定的国务院部、委员会制定的规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。”

《行政处罚法》第八条规定了警告，罚款，没收违法所得、没收非法财物，责令停产停业，暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照，行政拘留等几种处罚，其中行政拘留是涉及人身自由的处罚种类。第九条第二款强调“限制人身自由的行政处罚，只能由法律规定”，这一款特别规定，具有排他性，即除法律以外，其他任何形式的规范性文件都不得规定涉及公民人身自由的行政处罚。人身自由权是公民权利中最基本的一项权利，限制人身自由是一种相当严厉的处罚，只有法律才可以规定此类处罚，即使是法律规定，也要采取慎重的态度。

关联理论 ➡

一、法治主义原则

法治主义可以简单表述为国家政治受议会制定的或有议会参与制定的法的支配，而不是受人的支配。在行政领域贯彻法治主义，抑制

行政权的独断专行，保障人权，就是依法行政或者法治行政。

法治行政的理论最早是由德国乃至世界行政法学之父奥特·玛雅（Otto Mayer）建构的。玛雅以宪政国家、权力分立的理论为基础，将行政的法律形式予以系统化、概念化；认为法治行政的原理由三个要素构成：法律的规范创造力、法律优先和法律保留。玛雅的理论框架对后来的行政法学影响甚大，尽管不可避免地带有其所在时代的局限性，但至今仍具有不可替代的积极意义。日本行政法学深受德国的影响。日本通说认为法治行政原理包括三个要素：一是法律优先。法，尤其是国民代表议会的意志优先于一切行政判断，任何行政活动都不得违反法律规定，且行政措施不得在事实上废止、变更法律。二是法律保留。一切行政活动都必须有议会制定的法律根据，所有行政机关的活动，都必须是作为“组织规范”的法律规定的权限范围之内的活动。三是司法审查。行政法上的一切纠纷均服从司法法院审判的，法律上的利益受到违法行政行为为侵害者，可以向法院提起诉讼，谋求法律保护，纠正违法行政。

法律优先原则和法律保留原则是法治行政原则的两个基本要求，但实际上更能体现法治行政本质要求的是法律保留原则。这是因为，法律优先原则只是消极地要求行政机关的行政行为不得与法律相冲突，当法律对某个事项未作具体规定时，法律优先原则就无能为力。如果说法律优先原则是要求行政机关与公民平等守法的基本准则，那么，法律保留原则是对行政机关守法的具有本质性的特殊要求，因而构成法治行政的特有基本原则。法律保留原则使行政权受到法律的有效控制，并使得行政权的运行具有可预见性。

二、法律保留原则的内容

法律保留原则的内容随着国家、社会的发展而不断嬗变，并且因

各个国家具体情况的不同而不同。在奥特·玛雅所处的十九世纪里，自由主义的意识形态十分盛行。基于此，当时流行的观点是，并非所有的行政活动都需要法律的根据，但是侵害人民的自由与财产的行政行为，必须有法律的根据。这时候法律保留原则的主要内容是对侵害行政的法律保留。

随着国家行政的发展，人们认识到，行政不仅仅具有干涉性和侵害性，而且还积极的介入社会生活，为人民的生存和平安幸福不断提供设施与保障。人民对行政的依赖性也较之以前大大增加。在这种情况下，侵害保留理论逐渐式微。比如，近来日本学者就对长期在该国占据通说地位的侵害保留说展开了批判，形成了若干学说，有全部保留说、社会保留说、本质保留说、权力保留说等。全部保留说基于民主主义原理，认为行政活动必须依照人民的意志进行，一切行政活动都必须具有实定法上的根据。社会保留说和本质保留说都认为不仅侵害行政领域，而且给付行政领域也应纳入法律保留的领域。不同的是，社会保留说认为，以确保社会权为目的而进行的生活补助行政必须有法律的根据，本质保留说认为，对社会和国民来说基本上是重要的行政活动必须有法律的根据。权力保留说是日本最近受到支持较多的一种学说，该说认为，行政权本身并不具有优越于国民的权威，只要是采取权力性的行为方式单方面决定国民的权利与义务，不论是侵害性的还是受益性的，都要求根据法律的授权而进行，如果没有相应的法律上的根据，行政机关只能通过非权力性的手段来适应和满足行政的需要。全部保留说为行政活动指明了民主主义的方向，强调行政活动严格地适合于法律。从应然的角度考虑，这一方向是值得肯定的，不过，如果要求一切行政活动都必须有法律根据，在现代国家的条件下是绝难做到的，试图死板地向这个方向发展，不但是对现代国家法制创造生理机制的误解和违反，还可能导致法律泛滥、议会瘫痪的后果。

因此，既不能太过于放任行政的裁量权力，又要赋予行政以充分必要的裁量权力，以保证行政的机动创造性与事态应对能力。社会保留说为法律保留理论提供了一个重要的思考角度，不过，只提示生活补助行政须纳入法律保留领域，难免有所不包、挂一漏万，而且难以应对内容不断发展的现代行政提出的课题。本质保留说也提供了有益的视角，不过，“重要的行政活动”概念过于抽象，对其认定须以考量诸多的标准为前提，这显然存在很大的困难。

三、法律保留原则在中国

在中国，一般把行政法的基本原则概括为行政合法原则、依法行政原则或法治行政原则等，很少有人概括为法律保留原则。而在国外，很少有国家不把法律保留原则作为行政法的一个基本原则。法律保留原则在中国的实践指导也很有限。按照法律保留原则，对公民权益或社会公共生活有重大影响的行政行为必须在法律有明确规定的情况下才能作出，但一直来，我国的行政主体往往意识不到这点，习惯于在法律没有规定的情况下就作出对公民不利的行为。这导致一些地方乱收费、乱摊派、乱处罚、乱设许可或随意强制的现象相当普遍；老百姓苦不堪言。其中的症结就在于，权利不仅要宣示，但更需要保护，如果仅仅宣示公民享有人身、财产和政治等方面的基本权利，但并不采取有效措施加以保护，那么任何的宣示都等于空头支票。

随着中国行政法治实践的推进，这方面的问题越来越引起人们的重视。《行政处罚法》第一次把法律保留原则引入我国的行政处罚领域，明确规定行政处罚法定原则，对行政处罚的设定作了非常明确而又具体的规定，其中限制人身自由涉及到公民最基本的权利，故只能实行绝对保留或称国会保留，其他处罚则根据不同的情形作了相对保留的规定。

《立法法》第一次以法律的形式对法律保留原则作了全面完整、具体明确的规定。《立法法》第八条规定，下列事项只能制定法律：国家主权的事项；各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权；民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度；犯罪和刑罚；对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚；对非国有财产的征收；民事基本制度；基本经济制度以及财产、税收、海关、金融和外资的基本制度；诉讼和仲裁制度；必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。《立法法》第九条规定：“本法第八条规定的事项尚未制定法律的，全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定，授权国务院可以根据实际需要，对其中的部分事项先制定行政法规，但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。”可见，《立法法》对法律保留原则以及其中的绝对保留和相对保留的规定是十分具体明确的。为了确保法律保留原则的更好实施，《立法法》第十条进一步规定：“授权决定应当明确授权的目的、范围。被授权机关应当严格按照授权目的和范围行使该项权力。被授权机关不得将该权力转授给其他机关。”

我国《行政许可法》也在法律保留方面迈出了可喜的一步。该法第十二条对可以设定行政许可的事项作了明确的规定，即“直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动，需要按照法定条件予以批准的事项；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，需要赋予特定权利的事项；提供公众服务并且直接关系公共利益的职业、行业，需要确定具备特殊荣誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的事项；直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品，需要按照技术标准、

技术规范,通过检验、检测、检疫等方式进行审定的事项企业或者其他组织的设立等,需要确定主体资格的事项。”由于现实生活中的行政许可千差万别,为了在许可问题上避免挂一漏万,《行政许可法》第十二条还作了一个兜底条款的规定,即“法律、行政法规可以设定行政许可的其他事项。”上述法定范围内的许可事项也不是任何规范性文件都可以随便设定的,《行政许可法》除了在第十三条作了一个特别规定外,还在第十四条、第十五条对可以设定行政许可的不同效力的规范性文件及其权限作出了明确的规定,并在第十七条进一步强调“除本法第十四条、第十五条规定的外,其他规范性文件一律不得设定行政许可。”这样,《行政许可法》不仅对行政许可的事项,而且对行政许可的设定主体都作了严格的规定。

不过,长期以来,我国行政法学界对法律保留原则的重视不够,在行政法的实践中也未能很好地贯彻法律保留原则。其表现主要有三个方面,一是至今为止,在行政征收、行政补偿、行政强制等领域还没有严格的法律规定。如目前反应普遍强烈的房屋拆迁及其补偿这一涉及到相对人基本财产权利的行为,还是以行政机关自己制定的规则为准则;二是有关规范公然违反法律保留原则。如长期以来成为理论和实践之热点的劳动教养制度,对其是否违背了法律保留原则学者之间有较大争议;三是给付行政基本上还不受法律保留原则的约束。如有些地方政府为了吸引外资,动辄奖以重金或者很不恰当地提供额外的物质条件,等等。

典型案例 →

◆案情

2002年8月12日,刘某会同其他人在组织偷渡者李某(另案处理)的召集下,从甲码头下船,乘一艘渔船偷渡去外国。途中因海上

风浪等原因，于次日凌晨又返回甲码头。上岸之后，被甲县公安局边防工作站抓获。经查明，刘某与李某事先约定，偷渡费用是20万元，该款于刘某到达某国之后一次性付清。2002年10月21日，甲县公安局向刘某发出听证权利告知通知书，11月10日根据全国人大常委会《关于严惩组织、运送他人偷越国（边）境犯罪的补充规定》第五条、第七条的规定，作出了公（边）行决字（2002）第223号公安行政处罚决定书，对刘某予以罚款8000元、没收偷渡经费5万元的处罚。刘某对此表示不服，向市公安局申请复议。同年12月28日，市公安局作出了维持县公安局处罚决定的复议决定书。刘某向人民法院提起行政诉讼。人民法院认为：全国人大常委会《关于严惩组织、运送他人偷越国（边）境犯罪的补充规定》的立法宗旨是为了制止偷越国境的违法行为和犯罪行为，对刘某的违法行为同样适用。因此，甲县公安局作出的行政处罚，事实清楚，程序合法，适用法律正确。

◆问题

本案涉及的主要是法律设定行政处罚的问题。

◆研讨

全国人大常委会《关于严惩组织、运送他人偷越国（边）境犯罪的补充规定》属于法律，它当然可以设定行政处罚。但是有人也许会问，这个补充规定主要是针对犯罪分子适用的刑事法律，能够设定行政处罚的内容吗？该《补充规定》第七条规定：“犯本规定之罪的违法所得和供犯罪使用的犯罪分子所有的或者明知他人为犯罪使用而提供其本人所有的运输、通讯工具或者其他财物，一律予以没收。”可见，该条既包括了对犯罪行为的处理，也包括对尚未构成犯罪的违法行为的处理。因此，甲县公安局根据该规定对刘某作出的行政处罚是符合法律规定的。