

行政法热点问题

XINGZHENGFA REDIANWENTI

刘莘 著

中国方正出版社

18.0

D922.104
L76

行政法热点问题

刘 莘 著

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法热点问题/刘莘著. - 北京: 中国方正出版社, 2001.5
ISBN 7-80107-474-2

I 行. … II 刘. … III. 行政法-研究-中国-IV. D922.104
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 027722 号

行政法热点问题

中国方正出版社出版发行 新华书店经销
(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

北京四季青印刷厂印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 15 字数: 367 千字

2001 年 5 月第 1 版 2001 年 5 月北京第 1 次印刷

印数: 1—5000 册 定价: 24.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

☆行政法热点问题☆

目 录

第一章 市场经济下的政府职能	(1)
一、政府在市场经济中的地位和作用	(1)
二、政企分开是政府促进经济发展的首要任务	(4)
三、体制转轨要防止国有资产的流失	(6)
四、培育完善市场体系和机制	(9)
五、政府宏观调控的职能	(12)
六、国有土地、国有资源合理利用和保护职能	(16)
七、政府工商行政管理的职能	(21)
八、政府发展对外贸易的职能	(23)
九、政府价格调控和管理的职能	(26)
十、政府产品质量监督管理的职能	(28)
十一、政府知识产权保护的职能	(30)
十二、政府促进科技发展的职能	(33)
十三、政府推进教育优先发展的职能	(36)
十四、政府卫生行政管理的职能	(38)
十五、健全社会服务体系的政府职能	(40)
十六、环境保护的政府职能	(42)
十七、建立健全社会保障体系的政府职能	(44)
十八、促进计划生育提高人口质量的政府职能	(47)
十九、计量、统计、审计监督的政府职能	(49)
二十、结语：对市场经济下政府职能进行 研究，是行政法学的重要任务	(55)

第二章 行政行为——效力、界定、行政

强制执行体制····· (57)

- 一、具体行政行为效力初探····· (57)
- 二、行政强制执行体制探析····· (75)
- 三、行政仲裁辨析····· (90)

第三章 行政行为——行政立法····· (99)

- 一、行政立法的历史、现状与展望····· (99)
- 二、“法律优越”、“法律保留”原则与行政立法····· (134)

第四章 行政行为——行政许可····· (150)

- 一、行政许可的概念和特征····· (150)
- 二、行政许可的性质····· (152)
- 三、行政许可的形式和分类····· (153)
- 四、行政许可的管辖和实施····· (155)
- 五、行政许可的标准和程序设计····· (158)
- 六、行政许可的申请、审查和核发····· (162)
- 七、行政许可证的有效期限及延展····· (168)
- 八、行政许可的变更、失效、撤销····· (169)
- 九、行政许可证的吊销和注销····· (171)
- 十、行政许可与听证····· (173)
- 十一、行政许可与收费····· (175)
- 十二、对行政许可的救济····· (177)
- 十三、行政许可立法····· (182)

第五章 行政行为——行政征收····· (185)

一、论行政收费的设定和监督	(185)
二、论行政征收	(195)
第六章 行政行为——行政处罚	(214)
一、对行政处罚若干问题的探讨	(214)
二、行政处罚立法探讨	(226)
三、行政处罚与刑罚	(241)
四、自由裁量、行政强制措施与处罚	(259)
第七章 行政行为——行政裁决	(263)
一、行政裁决的现状	(263)
二、行政裁决与行政诉讼	(264)
三、行政裁决的完善	(270)
第八章 行政合同	(271)
一、行政合同的存在意义	(271)
二、行政合同的特征	(280)
三、行政合同的种类	(286)
第九章 行政程序	(291)
一、美国行政程序法的历史、实施 和当前主要问题	(291)
二、美国的行政法官	(299)
三、美国行政程序中的听证	(301)
四、“正当程序”在美国	(304)
五、行政程序在美国	(307)

第十章 行政复议	(311)
一、行政复议机构	(311)
二、行政复议的审理	(316)
第十一章 行政诉讼	(323)
一、行政诉讼与民事、刑事诉讼的区别	(323)
二、中国法治的里程碑——行政诉讼法 实施以来取得的成就与存在的问题	(326)
三、论摆脱行政诉讼的困境	(343)
四、新司法解释中关于受案范围规定的新发展	(354)
五、行政诉讼中的律师代理	(357)
附录(一) 评论	(370)
乡政府拒不履行应尽义务,县法院强制执行生效判决	(370)
确保严格执法	(372)
让农民为土地作主	(374)
作出决定应该公开、听取意见	(377)
销毁藏羚羊皮与制定行政强制法	(380)
谁能给老百姓设定义务?	(383)
关于刘秋海系列案件的思考	(385)
依法行政对行政机关提出的要求	(388)
“撞了白撞”提法耸人听闻	(392)
行政诉讼与社会效益	(394)
地震局里的“地震”是怎样发生的?	(396)
法院能否审查消防部门作出的责任认定书?	(405)
秋后算账的遗憾	(409)

附录（二）综述	(411)
市场经济与行政法——1993 年行政法学年会综述	(411)
1993 年行政法学综述	(414)
我国的立法体制、程序和监督——1994 年	
行政法年会综述	(428)
1994 年行政法学研究概述	(431)
行政法学会研究会 1995 年年会综述	(448)
1995 年行政法学会研究综述	(451)
中国法学会行政法学会研究会 1996 年年会纪要	(462)
1999 年行政法年会综述	(466)

第一章 市场经济下的政府职能

一、政府在市场经济中的地位和作用

党的十一届三中全会以后，经过 14 年改革开放的探索，党在 1992 年十四大明确提出建立社会主义市场经济体制的宏伟目标。八年过去了，在面临新的世纪即将到来之际，党的十五届五中全会（2000 年 10 月）指出我国经济的发展方向是，在新的世纪进入全面建设小康社会的阶段。正如十五届五中全会通过的建议所指出的：“经济的发展和结构的调整归根结底要靠改革”，按照发展社会主义经济的要求，进一步转变政府职能，实现政企分开，仍然是今后的任务。由于过去几十年的计划经济是一种完全自上而下运行的经济，政府处在“金字塔”顶端，是计划经济的组织者和实施者。建立社会主义市场经济，首当其冲的是要求政府转变职能。

政府职能就范围而言，包括政府在政治、经济、社会、文化等方面所承担的任务和责任。所谓转变政府职能，并不是说政府承担的这些任务、职责有所改变，而是说政府管理方法和管理形式应当改变，即按市场经济体制的内在要求转变职能。所以这里所介绍的市场经济下的政府职能，主要指政府的经济职能。政府在市场经济中的地位，总体上说，不再是“主宰者”，而是扮演促进、协调市场经济的健康发展，弥补市场经济缺陷的角色。但这种地位、角色的转换并不意味着政府经济职能的“萎缩”，而是对计划经济下过度扩张的政府职能的一种矫正。

由于政府职能目标由过去对社会运行的管制、对现状的维持转

为更多地促进社会和生产力的发展，所以职能内容具有不断创新的机制。政府在市场经济中的地位和作用，不是减弱了，而是更加重要了，其主要内容大致包括：

一、培育、维护市场主体。企业是构成市场的基本细胞，是市场主体。建立市场经济、转变政府职能，首先要求政企分开，将生产经营职能转给企业。政府对企业将由直接布置工作计划，转为综合运用规划、监督、协调、服务等手段，促进企业生产经营的良好发展；其次要合理界定国有企业所有者的职能，明确产权关系和国有资产保值增值的责任。简言之，应使每一个进入市场的主体能够独立地享有权利并承担责任。

二、培育和完善市场体系。“建立社会主义市场经济体制，就是要使市场在国家宏观调控下对资源配置起基础作用。”因此，政府要将资源配置职能转给市场。为此，政府不仅要建立健全消费资料市场、生产资料市场、金融市场、技术市场、劳务市场、信息及房地产等专业市场，而且要通过价格、税率、利率等经济杠杆协调市场运转，还要维护市场秩序，保护消费者利益，建立竞争规则，提高管理队伍素质，促进市场公正、平等、公开竞争。

三、制定和实施宏观调控政策。市场经济的市场调节机制是有限的，它带有盲目性、局限性和滞后性。国民经济发展要达到总供给和总需求的平衡，主要靠政府的宏观调控。为此，政府要制定长期、中期和短期的经济发展规划，以及为完成规划所需要的政策和措施；还要调整产业结构，因时因事地出台具有倾斜性的产业政策，保持国民经济平衡、协调的发展。

四、健全社会服务体系，建立社会保障体系。社会服务包括兴建基础设施如交通、运输、通讯系统及公用事业系统，保护自然、生态环境，发展科学教育事业，提供生活设施如水、电、气，从事城市规划、绿化、环境卫生等社会公共服务等。社会服务职能是政府的传统经济职能，在市场经济条件下，政府这项职能更应加强。

因为上述社会服务领域缺乏利益驱动机制，面对风险和收益的比较，私人和企业不愿也往往无力涉足。但它们为市场经济的正常运行所需，为公共利益所需，必须由政府予以承担。社会保障包括失业保障制度、医疗卫生制度、退休养老制度、社会保险制度以及职业培训和职业介绍等制度。政府通过建立和完善上述制度所形成的社会保障体系，解除企业的后顾之忧，维护社会的安定，实现社会的公正。

实现政府在市场经济条件下的职能，一方面要求政府有效调节经济，弥补市场经济的缺陷不足；另一方面也对政府的自身控制提出了更高要求。可以这样说，政府对自身权力、行为的控制是实现政府在市场经济中的职能的前提和基础。在明确政府职能，严格界定权力界限，控制政府机构及人员增长，以及提高公务员素质水平基础上，健全政府自身约束机制，将能保障并促进政府经济职能的实现。

市场经济体制的建立不是社会经济的自然发展，而是一场自上而下的改革。无论是政企分开，培育独立的市场主体，还是政府作为全社会利益的代表，为弥补市场经济体制的缺陷、不足而对经济进行的管理、指导、监督、调控，都需要政府自觉地按市场经济的要求行动。可以说，政府的经济职能和市场机制是支撑经济发展缺一不可的两个车轮。

从计划经济转向市场经济，各种社会经济关系处在不断变化之中，而政府职能转换则是改革整体推进和突破的关键，也是整个改革的难点。这是因为政府在计划经济条件下，充当着资源配置的角色，管钱管物管项目。转换政府职能改由市场进行资源配置，对于某些热衷于部门利益的政府工作人员来说，无疑是一种利益的丧失；政府旧有经营企业的职能也与“经济利益”相关，所以某些政府部门把应放给企业的权力转到“翻牌公司”、“一级法人”手中。这其中不排除政府财力匮乏的因素，但权力——利益因素是政府职

能转换困难的更深刻的原因。此外，由于政府职能转换将导致裁减机构，如何分流超编人员这一棘手问题，是造成政府职能转换困难的另一个原因。

促进政府转换职能应做好以下几个方面的工作：

1. 加强立法，规范政府的行为。政企分开、政资分开，把生产经营职能转给企业，把资源配置职能转给市场，把社会性服务监督职能转给中介组织……所有这一切都要求政府服从建立市场经济的需要，改革自身。

2. 调动多种制度反腐防腐。以严刑峻罚打击腐败，以思想教育防止腐败，解决财政困难切断政府与企业的经济联系，建立健全各种监督机制，还应该借鉴高薪养廉的办法并全面推行公务员制度。

3. 完善市场经济的外部环境，建立健全社会救济、保障制度、职业培训制度等，减轻机构改革造成的压力。

4. 设定行政程序，确保政府经济决策的民主、科学化，确使其他政府经济行为合法、公开、合理。

二、政企分开是政府促进经济发展的首要任务

竞争是市场经济的本质要求和体现。企业要参与市场竞争，就应该成为独立、自主、平等的主体。我国现在除国有企业外，还有其他多种经济成份的企业。国家要保障众多的企业在市场中平等竞争。企业与企业的关系是次要的，理顺政府与企业的关系才是至关重要的。

首先是政府与国有企业的关系。所谓政企分开就是针对计划经济体制下政府和国有企业职责不分而言的。过去，政府对国有企业直接组织指挥生产、分配，政府成了“企业”，而企业则成了政府的“车间”。这造成两种主要弊端：一是企业职能萎缩，二是政府出现调控薄弱。由于政府把主要精力放在组织企业生产和经营上，“微观”“宏观”不分，削弱了其宏观调控能力。

改革开放以来，政企分开一直是改革的重点、难点问题。虽有1988年《国营工业企业法》和1992年《全民所有制工业企业转换经营机制条例》，但国有企业的自主经营仍不同程度地受到一些行政隶属关系的制约。问题的关键在于，企业的资产是国有的，而政府扮演着国有资产的所有人的角色。这样，一是具体代表国有资产出资者的机构职能界定不清，权力、责任不明确；一是政府的社会管理职能和国有资产所有者职能不分。所以，政企分开第一要旨是明晰产权，分清国有资产的所有权和国有企业的法人财产权。为此，全国建立现代企业制度试点方案已明确，由国家授权的投资机构，或国家授权的部门中代行国有资产出资者职能的机构，代行管理国家股权。而且这些机构专司国有资产所有权职能，不承担社会经济管理职能。社会经济管理职能由其他政府部门承担。为建立现代企业制度，政府可以帮助企业改建为公司。由于公司和股东财产是相分离的，股东以其出资参与公司决策、享受利益并承担风险，所以改建为公司的国有企业真正能以其全部财产，依法自主经营，自负盈亏。

政企要分开，另一个非常重要的问题是企业领导是否仍要由政府任命。这里蕴含的更深层的问题是对“党管干部”如何理解。党管干部的思想教育、组织管理并有任命干部的推荐权，但党不可直接或通过政府来任命企业的领导，这是市场经济的要求。党组织的领导或其推荐的人选可以进入企业的董事会、监事会参与企业决策，但必须经过法定程序，必须符合企业（公司）章程。

党的十四大报告十分具体地指出：政府对社会和经济活动的管理职能，主要是“统筹规划，掌握政策，信息引导，组织协调，提供服务和检查监督。”这是对市场经济条件下政府与国有企业关系的概括，也同样是对政府与其他企业关系的概括。党的十五届五中全会关于“十五”经济规划的建议进一步指出：“政府要集中精力搞好宏观经济调控和创造良好的市场环境，不直接干预企业经营活

动，减少对经济事务的行政性审批”。总之，政府与企业关系的定位是围绕着市场经济的建立进行的：

1. 宏观调控。企业作为自主经营、自负盈亏的市场主体，受市场供求关系的变化自发调节，但市场机制是有缺陷的。为实现经济稳定与增长，政府要利用政策、计划、金融、财政等宏观调控手段，弥补市场调节的不足。

2. 规范市场主体的行为。政府要维护市场的统一，因此要拆除贸易壁垒，打破地区、部门分割和封锁，为企业的市场活动扫清障碍；政府还应负起检查监督之责，制止违法经营和不正当竞争，维护市场的平等竞争，维护消费者的利益。

3. 提供市场需要的外部条件。政府要提供经济发展必需的基础设施，如运输、邮电、能源、通讯等，还要帮助战略部门的发展，如基础研究、技术开发、新兴产业部门的开拓等，同时政府要“控制人口增长，维护自然环境和生态环境”。

4. 建立和完善社会服务、保障体系。政府为企业提供与其生产决策有关的全部信息，可使企业的生产更符合市场的需求；政府还应发展和完善与企业有关的公共设施和公益事业，如建立职业介绍所、职业培训体系，及时处理劳动纠纷；完善社会保障体系，包括养老保险、失业保险、医疗保险、工伤保险等；政府还要运用遗产税、累进收入税等杠杆，防止社会的两极分化，缓和社会矛盾。

三、体制转轨要防止国有资产的流失

我国是公有制占主导地位的国家，国有资产无论从数量上、占据的经济领域以及承担的任务上都大大超过许多发达国家，所以必须根据中国的具体国情，建立起一套国有资产管理体制。建国后的几十年，我国的经济逐步发展，国有资产逐年增加，国力也伴随着国有资产的增加而增长。但是，令人感到震惊的是，几十年间没有人能说清国有资产的家底有多厚，人们似乎也不必对此操心，因为在计划经济下，人们只要知道财富都归国家就可以了，至于国家财

富到底有多少是不用操心的，大有“肉烂在锅里”的大锅饭味道。只有在经济体制改革以后，利益主体多元化了，厘清不同主体之间的财产界限才是必要的。1988年国务院决定成立归财政部管的国有资产管理局，负责完善国有资产管理方面的制度；“七五”（1985—1990年）末，开始加强对国有资产的评估。但是由于我国经济体制处于新旧体制交替、转轨时期，新的国有资产管理体制尚不完善，许多政策、法规还不健全、配套，漏洞很多，造成国有资产大量流失，仅以1982—1993年为例，据权威机构估计，国有资产流失达6千亿至8千亿元^①。

从国有资产流失渠道来说，有这样八个方面：第一，在办中外合资企业和进行企业股份制改造的过程中，对国有资产不评估或者低估国有资产的价值；第二，股份制企业对国家股不配股、不分红；第三，有的地方以明晰产权关系为名，把国有资产低价卖给个人；第四，有些经济困难的企业把企业分解，抽逃资金、设备，逃避债务；第五，一些企事业单位部分国有资产没有入账，形成大量的账外资产；第六，全民企业办集体企业，无偿划拨和无偿占有国有资产，把国有资产转变为集体资产甚至个人资产；第七，在不规范的产权交易中，把国有资产廉价出售；第八，行政事业单位非经营性资产在转为经营性资产时不按规定收取使用国有资产占用费，等等^②。

针对这种情况，为了制止国有资产继续大量流失，1994年国务院颁布了《国有企业资产监督管理条例》^③，并在这一年完成了对15万户国有企业的清产核资工作；1995年，为了配合企业深化改革，国务院又决定从即年起全面开展清产核资，并开始严肃查处

① 参见1995年2月7日《法制日报》“侵吞国有资产法律不容”文。

② 参见1995年2月14日《北京青年报》“今年将严肃查处国有资产流失重大案件”文。

③ 1994年7月24日国务院令发布、实施。

国有资产流失重大案件。到了 1996 年,国有资产的流失已经得到遏制,据计,八五期间(1990—1995 年)国有资产平均年递增 17.9%。国有资产已从“七五”末的 22713 亿元增加到 42929 亿元^①;到 1996 年底,国有资产达 65894.6 亿元,其中经营性国有资产为 49938.9 亿元,占 75.8%,中央部门辖国有资产为 30969.8 亿元,占 47.0%;1998 年底,我国的国有资产总数为 82211 亿元,其中经营性国有资产为 62405 亿元,占 75.9%,非经营性国有资产为 19806 亿元,占 24.1%。尽管如此,国有资产流失的问题仍没有彻底解决,据保守的估计,每年从国家机关事业单位流入个人腰包的资产不下 10 个亿^②,看来,要彻底解决国有资产流失的问题,堵住漏洞,政府应做好以下工作:(1)对创办中外合资企业和进行企业股份制改造的,要实事求是地评估国有资产的价值;(2)在建立产权制度的过程中,杜绝把国有资产低价卖给个人;(3)股份制企业在年终分红、分利或配股时,应将国家股与个人股同样看待;(4)杜绝经济困难或破产企业抽逃资金、设备,造成银行烂账;(5)制止企事业单位隐瞒国有资产,形成账外资产;(6)严禁国有企业在创办集体企业时,将国有资产无偿划拨给集体企业,使之变成集体资产甚至个人资产;(7)制订产权交易规则,使产权交易规范化,杜绝国有资产的廉价出售;(8)建立健全国有资产占用费收取制度,对行政事业单位非经营性资产转为经营性资产的,依法收取使用国有资产占用费。

对国有资产管理,头绪很多,但应掌握 3 条基本思路:

一、我国的国有资产在政府调整产业结构方面起着重要作用。目前世界各国都注意运用国有资产的分布来调整产业结构。国有资产分布重点在国民经济的基础产业、盈利性较差的公共设施服务业

① 国有资产管理局发言人公布的数字,见 1996 年 3 月 16 日《法制日报》。

② 参见 1996 年 1 月 2 日《改革时报》记者专稿。

以及高科技产业。由于这些行业的资金利润率低于社会平均利润率。如果政府不直接投入，并以政策倾斜来扶持企业从事这些关系到整个国民经济发展的行业，那么这些产业的滞后发展，就会拖整个国民经济的后腿。有鉴于此，对一些涉及国家经济命脉的大中型骨干企业，政府必须实施有效的控制，并辅之以税收、贷款、资产占用费等方面的政策倾斜，这样才能有利于维持整个经济发展和社会的稳定。

二、国有资产要保值增值。由于国有资产承担着上述任务，所以国有资产的运营具有不完全盈利性，也即说有些国有资产由于所在领域不同可能不能获得社会平均利润率。但是不完全盈利性与亏损是两回事。不完全盈利性指国有资产在有的领域可获得较高利润率，而在另一些行业可能获较低的利润率或仅能补偿支出。而亏损是指入不敷出，亏损使企业贬值。目前对国有企业的一般估计是：三分之一明亏、三分之一暗亏、三分之一能盈利。企业亏损有婆婆多的问题，要靠政企分开来解决，价格体系的问题，也要通过政企分开来解决。总之，现有国有企业制度应转变为现代企业制度，增强国有企业的活力，才能提高国有资产的经营效益，使国有资产保值增值。

三、国家所有权与企业法人财产权分开。政府管理国有资产，是一种间接的管理，不直接参与企业的再生产过程。这样国家以其投资承担有限责任，并拥有资产受益、重大决策和选择管理者的权利；企业以其法人财产自主经营、自负盈亏、照章纳税，对出资者承担保值增值责任。

四、培育完善市场体系和机制

虽然走过了二十年发展商品经济的道路，从1992年我国明确提出建立社会主义市场经济以来，也已八年，但对于建立和完善市场体系的工作而言，这一过程并没完结。

建立市场经济体系的首要任务是促进市场的发育。促进市场发