

总第20集

【行政诉讼理论】

行政裁量与司法审查 / 王振宇

【行政审判实务】

房地产纠纷处理中行政与民事交叉问题的正当程序

——行政诉讼法与民事诉讼法修改应当协调一致的交叉程序 / 王 达

【行政审判调查研究】

关于在行政诉讼中引入和解机制有关问题的调研报告 / 山东省高级人民法院行政审判庭

【行政审判动态】

“WTO与司法审查”国际研讨会会议综述

【域外撷英】

德国行政法上之裁量：学说重述 / [英] Yutaka Arai-Takahashi 著 骆梅英 译

行政执法与行政审判

Administrative Regulation and Judicial Review

中华人民共和国最高人民法院

行政审判庭 / 编

2006年第4集 • 总第20集

行政执法与行政审判

Administrative Regulation and Judicial Review

中华人民共和国最高人民法院
行政审判庭 / 编

主 编：奚晓明
编 委：赵大光 杨临萍 李广宇
周红耕 蔡小雪 甘 文
执行编辑：梁凤云



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政执法与行政审判. 2006 年. 第 4 集·总第 20 集/
最高人民法院行政庭编. —北京:法律出版社, 2007. 3
ISBN 978-7-5036-7149-4

I. 行… II. 最… III. ①行政执法—中国—参考资料
②行政诉讼—审判—中国—参考资料 IV. D925.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 023367 号

©法律出版社·中国

责任编辑/杨 扬 刘伟俊

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/13.5 字数/245 千

版本/2007 年 4 月第 1 版

印次/2007 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7149-4

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

体例说明

一、交付稿件要求

(一)总体要求:齐(不缺页、缺件)、清(稿面清楚)、定(已定稿的稿件)。提供磁盘,磁盘必须是复制盘,同时还须付稿件打印清样,磁盘与清样内容须完全相同,出版社视清样为原稿。(具体内容可见出版合同条文。)

(二)具体要求

1. 用 A4 纸,单面打印;
2. 提供内容:磁盘、目录、简介、约稿启事、封面、编者姓名等有关内容。
3. 磁盘内容一定要与提供的清样内容同。

二、编辑体例

正文编码顺序按:一、(一) 1. (1) ① 第一,其一,等来接排。

三、技术规范

(一)数字用法

统计数字、时间、法条号、物理量(如:100kg 45.8 万元 11 个月 4.9 万册 12.4 亿人等均用阿拉伯数字)

(二)注释方法

1. 一般原则

- (1) 注释采取页下注,注释号每页重新起算;
- (2) 文中注号置于注处标点外右上角,用①②③形式;
- (3) 引注作品首次出现时,注释应完整;重复出现时保留作者/书名/出处即可;
- (4) 作者为三人或三人以上的作品,首次引用时应显示全部作者,重复出现时可在第一作者之后加“等”字样。

2. 著作引文注释范例

一般格式:作者/书名/出版社/出版年代/页码

如:×××著:《×××》,××出版社×××年版,第××页。

3. 文章引文注释范例

一般格式:作者/文章题目/引自何种出版物/出版时间/页码

(1) 著作中文章

××:“文章名”,见:××主编:《书名》,××出版社××年版,第××页。

(2) 期刊中的文章

××:“文章名”,载《期刊名》××年第×期,第××页。

(3) 报纸上的文章

××:“文章名”,载《报纸名》××年×月××日,第×版。

行政执法与行政审判(总第20集)目录

●【行政诉讼最新司法解释】

- 001 最高人民法院行政审判庭关于工商行政管理部门审查颁发个体工商户营业执照是否以环保评价许可为前置条件问题的答复

附:福建省高级人民法院关于工商行政管理部门审查颁发个体工商户营业执照是否适用法律规定环保评价前置许可的请示

- 005 最高人民法院行政审判庭关于犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯在看守所羁押期间,被同仓人致残而引起的国家赔偿如何处理问题的答复

附:陕西省高级人民法院关于周乾炳诉镇巴县公安局行政违法及赔偿一案的请示报告

●【行政诉讼理论】

- 009 行政裁量与司法审查 王振宇
- 042 行政诉讼原告问题研究 梁凤云
- 061 论司法对行政规范的审查及其合理限度
——立足于现行行政诉讼制度的操作分析 陈良刚

●【行政审判实务】

- 074 房地产纠纷处理中行政与民事交叉问题的正当程序
——行政诉讼法与民事诉讼法修改应当协调一致的
交叉程序 王 达

●【行政审判调查研究】

- 087 关于在行政诉讼中引入和解机制有关问题的调研报告
..... 山东省高级人民法院行政审判庭
- 105 行政案件管辖问题的调研报告
——以浙江省行政案件异地管辖为典型展开
..... 浙江省高级人民法院行政审判庭
- 133 商标行政案件中“在先使用”对“注册原则”影响若干问题研究 北京市第一中级人民法院行政审判庭

●【疑难案例评析】

- 157 北京奥星恒迅包装科技有限公司诉国家知识产权局专利
复审委员会无效宣告请求审查决定案评析 赵宇晖

●【行政审判动态】

- 163 “WTO 与司法审查”国际研讨会会议综述
168 广东省高级人民法院就行政案件协调和解工作展开探索
170 重庆市高级人民法院积极探索行政许可类案件的审理
174 第十三届全国副省级城市和部分城市中级法院行政审判
研讨会会议综述
180 湖北省保康县法院采取多项措施助力行政机关依法行政
184 山东省五莲县法院创新行政首长出庭应诉机制和行政机
关败诉考核机制
186 河南省滑县行政首长出庭逾八成
187 北京市朝阳区法院认为行政机关取证难影响审判工作
188 河北省石家庄市对规范性文件的管理作出规定:规范性
文件 5 年后自动失效

●【域外撷英】

- 189 德国行政法上之裁量:学说重述
..... [英] Yutaka Arai-Takahashi 著 骆梅英译
196 原告资格:接近正义的第一步
..... [美] John E. Bonine 著 李 俏译

【行政诉讼最新司法解释】

最高人民法院行政审判庭关于工商行政管理部门审查颁发个体工商户营业执照是否以环保评价许可为前置条件问题的答复

(2006)行他字第2号

福建省高级人民法院：

你院《关于工商行政管理部门审查颁发个体工商户营业执照是否适用法律规定环保评价前置许可的请示》收悉。经研究，答复如下：

公民个人租赁住宅楼开办个体餐馆的，不属于环境影响评价法第16条第3款关于“建设项目的环境影响评价分类名录”规定中的“建设项目”。

公民之间因个体餐馆排放的噪声、空气污染产生争议的，可以依照环境噪声污染防治法和大气污染防治法的有关规定处理，经营管理者应采取有效措施，使其边界噪声、排放物达到国家规定的环境噪声、排放物的排放标准；对他人造成危害的，应承担相应的赔偿责任。

此复。

二〇〇六年十一月二十七日

附：

福建省高级人民法院关于工商行政管理部门审查颁发个体工商户营业执照是否适用法律规定环保评价前置许可的请示

(2005)闽行他字第13号

最高人民法院：

宁德市中级人民法院向我院提出《关于上诉人福安市工商行政管理局及郭锦因被上诉人林秀菊不服工商行政管理局颁发个体工商户营

业执照上诉一案有关法律适用问题的请示》。由于请示的问题涉及法律、法规未具体规定,且工商行政管理部门与环境保护行政管理部门意见不一致,该案的法律适用问题对社会现实生活也有重大影响,特提出请示。

一、简要案情

原告:林秀菊,女,1956年3月15日出生,汉族,福建省福安市人,住福安市阳头电机电器城1号楼47号。

被告:福安市工商行政管理局,住所地福安市城南解放路7号。

法定代表人:刘思忠,局长。

第三人:郭锦,男,1976年12月20日出生,回族,福建省福安市人,住福安市城北荷塘坪108号。

2004年3月10日,第三人郭锦作为承租方与出租方钟幼光、钟幼雄签订房屋租赁合同,租用福安市电机电器城1号楼46号房屋,开办农家人饭庄。3月24日,郭锦领取了福安市卫生局颁发的安卫食(2004)第Y007号《卫生许可证》,许可项目为制售火锅、小炒。4月19日,郭锦向福安市工商局提交个体工商户开业申请登记表、申请开业登记发照的报告、经营者郭锦身份证、再就业优惠证、计划生育证明、经营场所福安市阳头电机电器城1号楼46号房屋的租赁合同、安卫食字(2004)第Y007号《卫生许可证》等有关材料,申请开设福安市农家人饭庄餐饮行业。4月20日,郭锦向福安市工商局申请开业登记。8月11日,福安市工商局对经营场所进行勘察,认为具备开业条件,同意开业。8月12日,福安市工商局作出(安工商)个体登记(2004)第39号《准予个体工商户登记通知书》,准予登记。8月16日,郭锦向福安市工商局缴纳了登记费20元,并领取了3509813501199号《个体工商户营业执照》。

在郭锦经营过程中,与农家人饭庄相邻的47号房主林秀菊以农家人饭庄经营排放的噪声、空气污染影响周边群众生活为由多次向有关部门进行反映,请求依法给予取缔,但未果。2005年1月17日,林秀菊以利害关系人身份,以工商行政管理部门在颁发给郭锦《个体工商户营业执照》前未履行环保审批的前置程序审查职责,属于程序违法为由向福安市人民法院提起行政诉讼,请求撤销福安市工商局发给郭锦的3509813501199号《个体工商户营业执照》。福安市人民法院于2005年6月15日,以原告起诉理由成立为由,作出撤销3509813501199号《个体工商户营业执照》的行政判决。福安市工商局和郭锦不服一审判决,向宁德市中级人民法院提起上诉。

二、宁德市中级人民法院请示的问题

宁德市中级人民法院在本案二审审理过程中,经审判委员会讨论,审委会多数委员认为,1999年4月21日国家环境保护总局《关于执行建设项目环境影响评价制度有关问题的通知》中关于“建设项目”的范围的规定不能适用本案。因为《中华人民共和国行政许可法》明确规定只有法律、行政法规才能设定行政许可,本案法律、法规并没有明确规定餐饮业在颁发营业执照之前必须要经过环境保护部门的审批,根据《中华人民共和国立法法》的规定,国家环境保护总局的通知并不具有行政法规的效力,其性质只是部门规章,无权设定行政许可。因此,环保审批文件不能作为工商行政管理部门颁发个体工商户餐饮业营业执照的前置条件。

宁德中院审委会少数委员同意合议庭的意见,即《中华人民共和国环境影响评价法》和《建设项目环境保护管理条例》对于建设项目的范围未作具体规定。但是《中华人民共和国环境影响评价法》第16条第3款规定,建设项目的环评评价分类管理名录,由国务院环境保护行政主管部门制定并公布。《建设项目环境保护管理条例》第7条第2款规定,建设项目的环评评价分类管理名录,由国务院环境保护行政主管部门制定并公布。1999年4月21日国家环境保护总局《关于执行建设项目环境影响评价制度有关问题的通知》第1条“关于建设项目的范围”明确规定了建设项目的范围包括对环境可能造成影响的饮食、娱乐服务性行业。国家环境保护总局《建设项目环评评价分类管理名录》中对于餐饮业规定,敏感区需编制环境影响报告表,非敏感区需填报环境影响登记表。现有的法律、法规及其他规范性文件均未对“建设项目”作出规定,而国家环保总局对建设项目的解释属于国务院授权的部门公布的行政法规解释,可以适用于本案。

宁德市中级人民法院就如何理解与参照适用国家工商行政管理总局《个体工商户登记程序规定》第5条:“申请个体工商户设立登记,应当提交下列文件:……(四)国家法律、法规规定提交的其他文件。”即环保审批许可是否作为工商行政管理部门颁发个体工商户餐饮业营业执照的前置许可向该院请示。

三、我院审判委员会的讨论意见

针对宁德市中级人民法院请示的问题,该案经我院审判委员会讨论,多数委员形成以下倾向性意见:同意本院合议庭的审理意见。在本案中,林秀菊作为利害关系人具备行政诉讼原告主体资格。工商行政管理部门在审查颁发《个体工商户营业执照》的过程中,应当根据《个

体工商户登记程序规定》第5条第4项中“国家法律、法规规定提交的其他文件”的规定,把环境噪声评价批准文件作为其行政许可的前置程序。其理由如下:

《中华人民共和国环境影响评价法》第16条第3款规定,建设项目的环境影响评价分类管理名录,由国务院环境保护行政主管部门制定并公布。《建设项目环境保护管理条例》第7条第2款规定,建设项目的环境保护分类管理名录,由国务院环境保护行政主管部门制定并公布。国家环保总局根据法律和行政法规的原则性规定(授权),制定《建设项目环境保护分类管理名录》(以下简称“名录”)、《关于执行建设项目环境影响评价制度有关问题的通知》,应当视为法律、行政法规的规定,不是创设行政许可。否则,环境影响评价法、建设项目环境保护管理条例的原则性规定就得不到具体落实。再则,国务院2004年6月19日公布的第412号令对行政审批项目进行了全面清理,没有将名录作为法律、行政法规以外的规范性文件设定的许可进行清理。国家环保总局可以在名录中对“建设项目”作出界定,并具体明确将住宅区改为“餐饮”场所的过程定为“建设项目”。对于在敏感区申请从事个体工商户餐饮业,应当依法取得环保主管部门环保影响评价许可后,才可向工商行政管理部门申办营业执照。

我院审委会少数意见同意宁德中院审委会多数人的意见。且认为,在福建省内工商行政管理部门审查颁发《个体工商户营业执照》,有的地区把“环境影响评价”作为前置条件,有的地区则没有,说明实际执行中也不统一。

因本案不仅关系到工商和环保两个行政机关的行政许可程序的衔接问题,而且涉及面广,特予请示,请予批复。

二〇〇六年三月十六日

最高人民法院行政审判庭关于犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯在看守所羁押期间,被同仓人致残而引起的国家赔偿如何处理问题的答复

(2006)行他字第7号

陕西省高级人民法院:

你院《周乾炳诉镇巴县公安局行政违法及赔偿一案的请示报告》收悉。经研究,答复如下:

犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯在被羁押期间,被同仓人致残所引起的国家赔偿,应当按照《中华人民共和国行政诉讼法》和《中华人民共和国国家赔偿法》规定的行政赔偿程序处理。

此复。

二〇〇六年十二月七日

附:

陕西省高级人民法院关于周乾炳诉镇巴县公安局行政违法及赔偿一案的请示报告

(2006)陕行他字第1号

最高人民法院:

汉中中院向我院请示的周乾炳诉镇巴县公安局行政违法及赔偿一案,经我院审委会讨论,仍存在不同的认识,故现就有关问题请示你院。

一、当事人基本情况

上诉人(原审原告)周乾炳,男,1965年8月21日生于陕西省镇巴县,汉族,大学文化,原系镇巴县简池煤矿董事长兼矿长,因涉嫌重大责任事故罪于2001年4月24日被镇巴县公安局刑事拘留,同年5月30

日被依法逮捕,同年12月4日被镇巴县人民法院以重大责任事故罪判处有期徒刑2年,宣告缓刑3年;以挪用资金罪免于刑事处罚。现系镇巴县煤炭工业局职工,住镇巴县泾洋镇煤矿家属楼。

委托代理人:罗广银,四川天维律师事务所律师。

委托代理人:冉正文,四川天维律师事务所律师。

被上诉人(原审被告):镇巴县公安局。

法定代表人:王飞,局长。

二、案件事实

上诉人周乾炳因涉嫌重大责任事故罪于2001年4月24日被镇巴县公安局刑事拘留。同年5月30日被依法逮捕,并羁押于镇巴县公安局看守所。同年10月30日与涉嫌故意杀人、故意伤害罪罪犯王克杨(已被汉中市中级人民法院以故意伤害罪执行死刑)关押于同一监舍。2001年11月30日凌晨,王克杨趁周乾炳熟睡之机,用私藏的铁丝将其右眼刺伤,后经医院诊断为右眼球穿透伤,经镇巴县劳动鉴定委员会评定为五级伤残。镇巴县公安局为周乾炳治伤支付医疗费4万多元,并给予了一定的生活补助费。

2001年12月21日镇巴县人民检察院作出关于对看守所在押人员致伤问题的调查报告,结论为周乾炳被刺伤一事系王克杨因琐事产生不满故意实施报复行为所致,看守所领导和当日值班民警刘霞、封成喜没有失职、渎职行为。

2004年2月10日,周乾炳请求镇巴县公安局确认看守所在监管过程中违法失职并请求行政赔偿。2004年4月14日镇巴县公安局根据县检察院的调查报告,认为看守所不存在违法失职,周乾炳申请赔偿事由不在行政赔偿范围之内,故拒绝赔偿。

2004年5月25日周乾炳向镇巴县人民法院提起行政诉讼,镇巴县人民法院口头裁定不予受理,并告知周乾炳按照刑事赔偿程序请求赔偿。

2004年6月4日周乾炳向镇巴县公安局申请刑事赔偿,2004年8月3日镇巴县公安局以其申请不在刑事赔偿范围之内为由,拒绝赔偿。周乾炳向汉中市公安局申请复议,汉中市公安局予以维持。周乾炳不服向汉中市中级人民法院赔偿委员会申请司法赔偿,汉中市中级人民法院以违法侵权事项未经先行确认为由不予受理。

2005年7月1日周乾炳向镇巴县人民法院提起行政诉讼,请求依法确认公安局在对其监管过程中违法失职并请求赔偿其人身损害损失45万余元。镇巴县人民法院于2005年7月6日作出(2005)镇行初字第4号行政裁定,以周乾炳的起诉不属于行政案件的受案范围为由裁定不予受理。周乾炳不服,以看守所是行政管理机关,履行的是行政管理职能,本案应属于行政赔偿诉讼受案范围为由提出上诉。

三、汉中中院处理意见及理由

汉中中院在讨论本案时,对看守所的监管工作属于行政行为还是刑事司法行为,看守所在监管工作中是否履行了职责,是否存在违法失职行为,本案应否受理,公安局应不应该承担经济赔偿责任等法律适用问题有两种不同意见。

第一种意见认为,看守所是羁押刑事犯罪嫌疑人、罪犯的场所,执勤民警对上述人员进行监管是履行《刑事诉讼法》规定的法定职责,是刑事司法行为而非行政行为。上诉人周乾炳被伤害的后果是由罪犯王克杨的个人行为所产生的,应由加害人赔偿,看守所履行了相应职责,没有违法失职行为,本案不属于行政诉讼及行政赔偿受理范围,人民法院不予受理,故应驳回上诉,维持原审裁定。

第二种意见认为,看守所依据国务院颁布的《看守所条例》这一行政法规的有关规定行使职权,其职权来源于行政法规的规定而非《刑事诉讼法》的明确授权,故其羁押看管人犯的行为在性质上属于行政行为而非刑事司法行为,看守所应当保障在押人犯的人身安全,保证其合法权益,防范和制止人犯自杀、逃脱、行凶等,对监室、人犯的人身及其活动场所应当定期或不定期地进行检查,消除可供人犯自杀、逃脱、行凶和进行破坏活动的物品。被告看守所未尽到严密警戒和看管、防止人犯行凶的行政职责,疏于管理,致使二次伤害他人身体的在押犯王克杨再次伤害原告周乾炳的身体健康,被告公安局应承担赔偿责任,根据《国家赔偿法》第3条第5项之规定,行政机关及其工作人员在行使行政职权时,有造成公民身体伤害或者死亡的其他违法行为,受害人有取得赔偿的权利。被告镇巴县公安局看守所监管失职,应承担行政不作为的赔偿责任,原告的起诉在行政赔偿受案范围内,人民法院应予受理。

请示的问题:

1. 看守所监管在押人犯的行为属于行政行为还是刑事司法行为?
2. 看守所在押人犯因人身伤害申请国家赔偿,属于行政赔偿还是司法赔偿,公安局应否承担赔偿责任? 人民法院应否予以受理?

四、审查意见

关于看守所监管在押人犯的行为属于行政行为还是刑事司法行为。

我院在讨论中,形成两种不同的意见。倾向性意见:看守所监管在押人犯的行为属于刑事司法行为。

理由:

1. 看守所对犯罪嫌疑人实施羁押监管,其职权的立法依据来源于《刑事诉讼法》。

根据《刑事诉讼法》的规定,刑事拘留、执行逮捕由公安机关负责。而将被拘留逮捕的犯罪嫌疑人予以羁押正是执行拘留、逮捕刑事强制措施不可或缺的方面。作为羁押场所的设置则是这一措施的物质保障。基于此,《看守所条例》第1条规定:“为保障刑事诉讼活动的顺利进行,依据《中华人民共和国刑事诉讼法》及其他有关法律的规定,制定本条例。”第2条第1款规定:“看守所是羁押依法被逮捕、刑事拘留的人犯的机关。”第2款规定:“被判处有期徒刑一年以下,或者余刑在一年以下,不便送往劳动改造场所执行的罪犯,也可以由看守所监管。”第3条规定:“看守所的任务是依据国家法律对被羁押的人犯实行武装警戒或看守,保障安全;对人犯进行教育;管理人犯的生活和卫生;保障侦查、起诉和审判工作的顺利进行。”由此可见,看守所设置、任务、职责主要是保障刑事诉讼活动的顺利进行,其职权的立法依据来源于《刑事诉讼法》。

2. 不能将羁押与监管完全割裂开来,从而将羁押与监管性质区别对待。因为两者的前提都是对犯罪嫌疑人采取的刑事强制措施的决定。羁押是强制措施的外在表现及手段,监管则是羁押一种动态的过程,两者往往是你中有我,我中有你,紧密相连,相互依附。

3. 看守所对在押人犯的监管从职能、目的上看,与一般的行政执法行为有明显的区别。行政执法行为其目的是对国家行政事务进行有效管理,而看守所对在押人犯进行监管则是为了保证刑事诉讼活动的顺利进行;行政执法行为依附于行政管理活动,而监管行为则依附于司法活动,没有刑事强制措施,就不存在对人犯的监管;行政执法行为(如行政执法行为)其前提往往存在一个行政决定(如治安拘留行政处罚决定),而作为刑事拘留、逮捕的执行手段的羁押其前提是刑事强制措施决定。

4. 根据《看守所条例》第8条规定,看守所的监管活动受人民检察院的法律监督。而《刑事诉讼法》第8条也规定:“人民检察院依法对刑事诉讼实施法律监督。”这两种监督的性质应该是同一的。

少数人意见及理由,倾向于汉中中院请示的第二种意见,认为根据《看守所条例》的规定,看守所是对被依法刑事拘留、逮捕的犯罪嫌疑人予以羁押的场所,并负有保护被羁押人在羁押期间人身安全的法定职责和义务。看守所履行上述职责的行为,是行政法规赋予的行政职责行为,不属行使侦查职权的司法行为,故看守所对在押人犯的监管行为属于行政行为。

上述两种意见,哪种正确,请批示。

二〇〇六年四月二十五日

【行政诉讼理论】

行政裁量与司法审查*

◆王振宇

引言

面对行政裁量权膨胀带来的滥用力度的种种弊端,现代司法一反不介入行政裁量的传统立场,在这一领域展开越来越深入的司法审查。时至今日,法院对行政裁量行为的有效审查已成为现代行政法最引人注目的成就之一。在我国,1989年出台的《行政诉讼法》已将行政裁量纳入司法审查范围,然而反观司法实践,法院对行政裁量的审查至今依然薄弱,可谓制约行政诉讼制度发展的“瓶颈”之一。之所以如此,原因是多方面的,而法律界对行政裁量及其司法审查标准缺乏深入的调查研究是其中一个主要原因。鉴于此,笔者对行政审判实践情况作了一些归纳分析,提出自己的观点和设想,希望能引起理论和实务界的关注,起到抛砖引玉的作用。

一、行政裁量的表现形式

在司法审查中,经常会遇到行政裁量问题,但是由于实务中对行政裁量关注较少,所以,法官往往意识不到他们正在审查行政裁量问题。针对这种认识上的误区,笔者就行政裁量的表现形式,提出以下两个问题进行研讨。

(一)行政行为的哪些环节可能出现行政裁量问题

很多法官只承认行政机关在行政行为结果上的裁量,而不承认行政行为其他环节上出现裁量的可能性。这种观点相当于国外对行政裁量认识的早期阶段,即所谓的“效果裁量说”。这种学说与放弃审查行政裁量的司法政策相适应,为了避免行政脱离法律的监督,对行政裁量尽可能作狭窄理解。由于这种观点不符合行政的实际情况,尤其是在行政权力膨胀,社会对行政的主动性、灵活性要求越来越高的背景下,

*学术界开始对行政自由裁量提出质疑,认为所谓“自由”的提法不科学,越来越多的人以“行政裁量”的称谓取而代之。笔者认为“行政裁量”在表述上可能更加准确,故本文主要采用“行政裁量”这一称谓。

这种观点已经让位于要件裁量说,按照后者的观点,行政行为的任何环节上都可能出现自由裁量问题。笔者赞同这种观点。

1. 事实认定的裁量

如果行政行为的证据明显超过证明标准所需要的证明程度,事实认定自无裁量的余地。但是行政行为的证据并非总是确凿无疑,对证据是否达到所需要的证明程度,有时是仁者见仁,智者见智,这种情况下,事实认定就有了裁量的可能性。比如,有一起交通事故,在汽车调头的过程中,迎面骑自行车的行人倒地,司机当时未停车,继续前行,两者之间并未发生接触。在交管部门处理当中,行人称,汽车转弯时速度太快,几乎碰到她,其倒地系受到惊吓所致。司机则称,汽车调头时速度缓慢,且离行人尚有两米距离,其倒地与汽车调头无关。双方各有数量相当的目击证人支持各自的说法。对司机是否违章的问题,只能根据以上证据作出判断,然而,双方证据都不占明显的优势,交管部门要想作出合理的事实认定,只能运用恰当的裁量方法。

2. 法定事实要件的裁量

行政机关在对事实进行定性时,需要借助法定事实要件,而法定事实要件往往为行政机关留下载量的空间。比如《商业银行法》第12条规定,设立商业银行,除了要有合法的章程、一定数额的注册资本、具备任职专业知识和业务工作经验的人员和健全的组织机构和管理制度、符合要求的营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施之外,还应当符合“其他审慎性条件”。“审慎性条件”这一要件为银监会的判断留下了较大的裁量空间。

3. 程序裁量

行政机关在程序问题上也有不少的选择余地。比如,《行政处罚法》规定,行政机关作出较大数额的罚款等行政处罚之前应当举行听证。那么,罚款数额达到多少才举行听证?罚款后面的“等”字包括哪些处罚种类?这些问题使得听证程序的选择具有不确定性,从而使得行政机关具有了裁量权。

4. 结果裁量

在是否作出一定行为以及行为种类上也有选择余地。比如《治安管理处罚法》第19条规定:“违反治安管理有下列情形之一的,减轻处罚或者不予处罚:(一)情节特别轻微的;(二)主动消除或者减轻违法后果,并取得被侵害人谅解的;(三)出于他人胁迫或者诱骗的;(四)主动投案,向公安机关如实陈述自己的违法行为的;(五)有立功表现的。”根据该条规定,公安机关在遇到上述情形时,对于可以减轻处罚到什么程度,什么时候不予处罚,是有裁量权的。

(二)在哪些法律规范中可能出现行政裁量

在行政审判实务中,法官在遇到弹性条款以及法律条款的不确定

概念时,一般都会将其正确地判断为裁量问题,但在其他情形下,尤其是在遇到法律条款的确定概念时,就往往一概否认行政裁量权的存在。笔者认为,这种做法很值得商榷,其实任何类型的法律规范都不可避免地会给行政留下一定的选择空间。按照法律留下选择空间的大小,可以分为以下四种情况:

1. 不确定概念与行政裁量

所谓不确定概念是内涵和外延都不确定的概念。比如“公共利益”、“社会公德”、“民族风俗”、“必要”、“适当补偿”、“视情节轻重”、“其他”,等等。这样的规定在法典上随处可见,比如《对外贸易法》第16条规定:“国家基于下列原因,可以限制或者禁止有关货物、技术的进口或者出口:(一)为维护国家安全、社会公共利益或者公共道德,需要限制或者禁止进口或者出口的……”《商标法》第10条第8项规定的不予注册商标的情形是,有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的。我们经常讲的行政裁量权扩大,其原因就是这种形式的授权条款越来越多。据笔者粗略的查询,在中央立法当中,“公共利益”一词就出现600多次,“道德风俗”出现近200次,“其他”出现21000多次,“必要”出现10600多次。

不确定概念具有开放性,其可能的文义不足以准确地划定其外延,只能说给执法者指出了一个大致的方向,至于在这个方向上走多远,则完全取决于执法者的自由意志。因此,在法律条款的不确定概念之下,行政机关享有最大的自由裁量空间。

2. 弹性条款与行政裁量

弹性条款有两种情形,一是确定裁量幅度,比如罚款幅度。二是授权行政机关在两种或者多种处理方式之中进行选择。行政机关在弹性条款下的裁量空间小于不确定概念,但仍享有较大的裁量空间。我们对此种情形非常熟悉,故不再赘述。

3. 确定概念与行政裁量

确定概念是指内涵确定、外延封闭的概念,比如“建筑”、“水”、“矿产”、“签署”,等等。如果法律用确定概念来表述,是不是就没有裁量余地了呢?不是的。确定概念并非在任何情形下都是确定无疑的。我们只能说,在典型的情况下确定概念是确定无疑的,如果调整对象属于概念的边际情形时,就不敢那么肯定了。哈特教授举的一个例子可以很好地说明这一点。他说:一位男士的头又亮又光,显然属于秃头之列,另一位头发蓬乱,显然不是秃头。但问题是第三个人只是在头顶的周边有些稀稀落落的头发,把他归到哪一类就不是那么容易了,假如他是否秃头很重要的话,这个问题就可能引起无穷的争论。^①所以,法律即便使用确定无疑的语言,也无法避免边际情形下的争议。之所以如此,与概念的构造有关。有一种理论认为,概念由“核心”和“轮廓”这两部分组成。概念核心是清楚的,但轮廓却是模糊的。在轮廓地带,常

①参见[英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第4~5页。