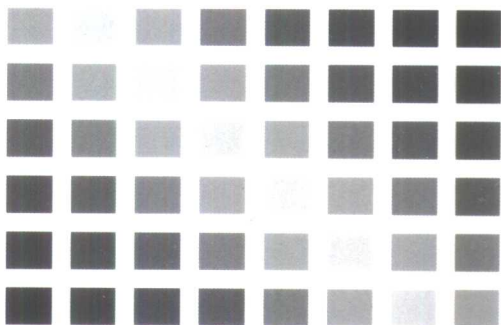


行政法律制度建构与判例研究

● 马怀德 著

中国政法大学出版社



行政法律制度建构 与判例研究

马怀德 著

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法制度建构与判例研究/马怀德著. —北京: 中国政法大学出版社, 2000. 4
ISBN 7-5620-1991-6

I. 行… II. 马… III. 行政管理-行政法-研究-中国
IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 07285 号

责任编辑 刘 军

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 中国人民解放军第 1201 工厂

开本 850×1168 1/32 11.25 印张 287 千字

2000 年 4 月第 1 版 2000 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1991-6/D·1951

定价: 19.00 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088 **电话:** 62229803 或 62228801

声明: 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、错装, 由本社发行科负责退换。

序 言

中国步入法治社会或许要经历一个漫长的过程，因为法治思想的启蒙，法治观念的形成，法律制度的完善决非一朝一夕即能完成，相比较而言，似乎法律的制定，制度的建构相对迅捷和容易些。而且有形的制度是无形观念转变的基础条件，也只有在制度建立起来之后才有可能完善和健全制度。纵观近二十年来中国法治之路，最主要的成就体现为制度创建方面，其中行政法律制度发展最为迅速。1989年行政诉讼法的颁布实施，为中国行政法制发展奠定了坚实的基础，此后陆续建立的国家赔偿制度、行政处罚制度、行政复议制度及行政立法制度勾勒出行政法制的基本轮廓和框架，即将出台的行政许可法、行政强制法以及统一的行政程序法必将在这一发展过程中扮演更为重要的角色。所以，笔者近年来的研究始终没有离开过这一主题。

本书由笔者近年来有关行政法律制度与判例研究论文集结而成。前半部分主要对行政许可、行政处罚、行政强制、行政程序、行政复议、行政诉讼以及国家赔偿等方面制度建构进行了探讨。后半部分对行政法制发展过程中具有典型意义的行政诉讼、国家赔偿方面的判例进行了学理研究，可以说是对“制度后”的问题进行的初步探索。我深知，制度建构只是法治进程的开始，如何在制度运行中进一步使之完善，最终使良好的制度融入社会生活，使法律规范内化为人们“心中的法”，进而让这些制度在中国这片土地上生根发芽、开花结果才是我们的真正价值追求。

本书部分篇目曾在《中国法学》、《法学研究》、《政法论坛》、

《中外法学》、《比较法研究》、《求是学刊》等刊物发表过，此次收录时对个别篇目做了修改。有些篇目成文于 90 年代初，考虑到这些文字曾经作为立法建议及论证性文字不可能与最终立法完全契合，有些建议也并未被立法吸收，权当一家之言，照录原文于此，祈请读者见谅。

本书个别篇目是笔者与应松年教授合作完成的，感谢恩师多年来的教诲与支持。同时还要感谢多年来支持鼓励我从事行政诉讼、国家赔偿研究的恩师陈光中教授，行政立法组的罗豪才教授、江平教授、张春生主任等，没有他们的关心与指导，没有行政立法组为我提供国内外立法调研及参与起草讨论的机会，不可能完成有关立法建议方面的论文。中国政法大学刘莘副教授、硕士研究生解志勇、喻文光也参加了个别篇目的写作，在此深表谢意。

马怀德

2000 年元月于中国政法大学

目 录

制 度 篇

一、行政执法制度	(3)
1. 行政许可制度及立法构想	(3)
2. 行政处罚立法探索	(14)
3. 行政强制执行制度及立法构想	(23)
二、行政程序制度	(42)
1. 行政程序立法探索	(42)
2. 行政听证程序的基本原则	(61)
3. 行政听证程序的适用范围	(71)
三、行政复议制度	(88)
1. 将抽象行政行为纳入行政复议的范围	(88)
2. 《行政复议法》与《行政复议条例》之比较	(98)
四、行政诉讼制度	(114)
1. 《行政诉讼法》实施中的成就与问题	(114)
2. 行政诉讼案件执行难的现状及对策	(128)
3. 行政诉讼第三人研究	(140)
五、国家赔偿制度	(158)
1. 国家赔偿立法探索	(158)
2. 国家赔偿法的立法规律与特点	(175)

3. 国家赔偿责任的构成要件	(186)
4. 国家赔偿法的归责原则	(206)
5. 行政赔偿的范围	(213)
6. 司法赔偿研究	(226)
六、行政法治展望	(239)
1. 市场经济与行政法	(239)
2. 规范行政行为	(252)
3. 行政法与司法公正	(255)
4. 用行政法手段治理“三乱”	(259)
5. 政府机关与信用	(262)
6. 司法赔偿缘何这般难	(265)
七、国外行政法制管窥	(268)
1. 普通法国家的程序公平原则	(268)
2. 澳大利亚行政法制	(285)
2. 芬兰的行政法制度	(294)

判 例 篇

1. 学校及公务法人行政诉讼	(301)
2. 行政许可案件的判决方式	(316)
3. 国家赔偿责任与公务员赔偿责任	(323)
4. 民事、行政诉讼中的国家侵权损害赔偿	(332)
5. 公有公共设施致害的国家赔偿责任	(339)

制 度 篇

一、行政执法制度

行政许可制度及立法构想

随着我国社会主义市场经济体制的建立，行政许可制度的适用范围日益广泛。与此同时，许可的设定和实施也出现了一系列问题，其中较为突出的是：行政机关从行业或地方利益出发，利用许可制度搞垄断，竞相设定许可制度，造成许可泛滥，使许可制度日益成为行政机关滋生腐败的温床；许可机关权限不清，多层次多部门许可形成新的官僚主义；许可标准混乱不统一；许可程序冗长繁琐；行政机关利用许可乱收费；许可证缺乏监督等等。上述种种问题不仅严重阻碍了统一市场体制的建立，也影响了行政效率和政府形象，给公民法人带来日益沉重的负担。为此，有必要针对许可制度存在的各种问题予以分析，尽快研究制定统一的行政许可法。本文将我国许可制度存在的问题归纳为七个方面，并结合国外有益的经验，提出我国许可法的立法构想。

一、行政许可的涵义及许可法的适用范围

关于行政许可的概念，理论界有几种定义方式。第一种为“行政许可是行政主体应行政相对方的申请，通过颁发许可证、执照等形式，依法赋予行政相对方从事某种活动的法律资格或实施某种行

为的法律权利的行政行为。”^{〔1〕}第二种为“许可通常指行政机关根据当事人的申请，在一定条件下解除禁止，准许个人或者组织从事某种活动的一种行政行为。”^{〔2〕}第三种为“许可是行政主体准许、变更和终止公民、法人或其他组织从事特定领域活动的具体行政行为。”^{〔3〕}上述三种定义的内涵基本一致。首先，许可是行政机关或行政主体实施的一种行政行为；其次，许可是被动的行政行为，即公民法人或其他组织申请在先，行政机关许可在后；再次，许可是准许申请人从事某种活动的行为。三种定义方式的差别反映出以下几个问题：

第一，行政许可必须是要式行为吗？除许可证、执照以外，有无其他非要式的许可？

第二，行政许可是否以禁止为前提？许可与认可、登记等概念有何关系？

第三，许可是解除禁止恢复权利的行为还是赋予相对方法律资格和法律权利的行为？

第四，许可行为是否包括准许、变更、终止等其他有关许可过程的行为？

回答第一问题，有助于认识行政许可的性质和范围，从而确定未来我国行政许可法的范围。多数情况下，行政许可表现为颁发证照式的要式行为，但个别情况下也表现为非要式的行为，如同意、批准、指定、审验。如果行政许可法着眼于要式许可，那么是否意味着非要式行为不重要而无须规范呢？是否会助长行政机关利用非要式许可行为规避法律、限制公民法人人身财产权益呢？看来，有

〔1〕 罗豪才主编：《行政法学》（新编本），北京大学1996年12月版，第175页。

〔2〕 张正钊、韩大元主编：《中外许可证制度的理论与实务》，中国人民大学出版社1994年1月版，第1页。

〔3〕 杨海坤主编：《行政法与行政诉讼法》，法律出版社1992年6月版，第110页。

必要将非要式的行政许可行为也纳入行政许可法适用范围内。

第二个问题关系到许可概念的特征。从严格意义上说,行政许可不同于认可和登记,许可是一种自由裁量行为,而认可和登记却是羁束裁量行为;许可可以全面禁止为前提,个别解禁为内容,认可和登记则不一定以禁止为前提,也不一定是个别解禁的结果;许可可以限制从事某种活动的自由为目的,认可、登记则是对某一事实的官方承认、记录,以便备查;许可是一种赋予法律权利和资格的行为,而认可、登记则是对已有权利的确认和记载,并没有赋予新的权利。但就广义而言,许可、认可、登记属于同一类行政行为,均为国家依申请实施的一种监控管理手段。

第三个问题涉及许可的性质问题,即许可究竟是赋予权利的行为还是解除禁止的行为。台湾学者林纪东认为:“应受许可的事项,在没有这种限制以前,是任何人都可以作为的行为,因为法令规定的结果,其自由受到限制,所以许可是自由的恢复,即不作为义务的解除,并非权利的设定。”^{〔1〕}而一部分美国行政法学者却认为许可是一种特许权的授予,“如果政府给予某人某种东西,而在此之前他对此物并无‘权利’,他只是得到了一种特权,特许权可以任意收回,它不受正当程序的保护”。^{〔2〕}笔者认为,由于行政许可适用范围广,种类多,所有的许可并不体现为单一的性质,既有解禁性的,也有赋权性的。无论属于何种性质,都应当纳入法律规范和保护范围。而且解禁性的许可也可能转化为赋权性的。“在很多情况下,授予许可证的结果导致该许可成为持证人生计和主要收入来源,许可证对他个人来说变得至关重要,一旦要撤销该许可,必须

〔1〕 林纪东:《云五社会科学大辞典》第七册行政学。

〔2〕 〔美〕伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第194、197页。

向他说明正当理由。”〔1〕

第四个问题实际上关系到对许可行为范围的理解。从立法角度而言，广义理解许可概念更为全面。例如，美国《联邦行政程序法》第 551 条第 9 项规定，核发许可证包括机关批准、延续、拒绝批准、吊销、暂停、废止、收回、限制、修改、变更许可证的活动，以及为许可证规定一定条件的活动。我国未来的许可法似乎也应当规定广义的许可行为。

根据不同标准，可以对许可行为进行多种分类。如根据表现形式可分为证照式许可与非证照式许可；根据国家监控程度可分为一般许可与特许；根据许可的数量及独立性，可以分为排他性许可与非排他性许可；根据权利义务特征可以分为附权利许可与附义务许可；根据性质可以分为资格许可与行为许可；根据内容可以分为治安许可、资源许可、城市建设管理许可、食品药品许可、工商许可、生产许可、文化许可，等等。

从目前我国许可立法的必要性和可行性看，将包括登记、认可在内的各种形式的许可纳入统一的许可法范围不仅是必要的，也是科学的。通过许可法进一步规范许可的表现形式及其他内容具有重要的意义。

二、行政许可的范围及设定

我国行政许可制度发展很快，特别是在该制度的适用范围和设定上，出现了不当扩大化的混乱现象。问题表现在：

第一，适用范围过于广泛，出现了交叉、重复许可现象，给公民法人造成很大负担。例如，据报载，沈阳出租汽车司机出车时必须带齐 20 多种各类证件，并随时接受检验，按时加盖验章。司机

〔1〕 MR Williams, The licensing jungle, Solicitors journal, Vol. 133 No. 37. 15. September 1989, p1146.

对每月不可怠懈的“跑部门、盖公章”之事有无法明言的苦衷；^{〔1〕}

第二，行政机关享有和行使许可设定权缺乏法律限制，所有机关都试图设定许可制度，并借此扩张权利获得利益；

第三，各类规范性文件设定许可缺乏统一标准，有的以公益为设定标准，有的以管理方便为设定标准，有的则以能借此收取费用、扩张权力为设定标准。

国外许可制度的设定和范围体现为以下几个特点：

第一，中央和地方立法为设定许可的主要依据。例如，美国的所有许可制度均由联邦议会或州议会、地方议会制定的法律设定。英国法律则采用要求地方政府设定和准许地方政府选择设定两种方式规定许可制度。^{〔2〕}日本许可制度均由法律规定，目前约有 500 多个法律规定了许可制度。国外行政机关一般不得设定许可制度。

第二，国外行政许可制度的适用范围有严格限制，一般仅限于严重影响公民人身财产权利和社会公共利益、社会风气的行业及活动。如售酒许可、食品药品生产销售许可、土地规划建筑许可、博彩业、色情行业许可、佩戴枪支许可、出口文物许可等。

第三，地方立法设定许可的比例较大。国外许可制度主要集中在地方，因而多由地方议会通过制定法予以设定。

行政许可事关国家行政权与公民法人个人权利的界线，既不能对所有行业、活动实行许可制度，也不能全部放弃管理、任人随意行事。关键要把握适度，根据一定标准在某些领域行业设定许可制度，在另外一些领域“放任自流”或采用其他的管理形式。日本二战以后出现的缓和经济规制，强化社会规制就是对许可制度适用范围的调整结果。在我国，设定许可的标准和原则可以考虑以下几项：一是依法设定原则，即所有行政许可均有法律、法规设定；二

〔1〕《出车带证何其多》，载《经济日报》1996年5月22日第2版。

〔2〕See MR Williams, *Supra*, at p. 1146.

是兼顾公共利益和个人权益原则；三是必要原则；四是公平原则。

在我国，设定许可的规范性文件似应作如下划分：

第一，法律可以根据需要设定任何一种形式的许可；

第二，行政法规除有权对法律所设定的许可作具体规定外，还可以根据需要，在不违反法律、不损害公民法人合法权益情况下设定其他许可；

第三，地方性法规除对法律、行政法规设定的许可做具体规定外，有权在本辖区内结合地方特色和需要设定许可，但不得违反法律、行政法规，不得妨碍国家统一的管理权限和公民人身自由和财产权利。

第四，规章及规章以下规范性文件不得创设许可制度，但有权根据需要就法定的许可事项规定具体的许可标准、许可条件、许可程序和其他内容，不得与法律法规相抵触。规章以下规范性文件不得设定和规定任何许可事项。

三、行政许可的条件和标准

行政许可的适用范围很广，因此，许可条件和标准因法而异，很难统一规定于一部法律中。目前我国行政许可制度中关于许可条件和标准的规定存在以下问题：

第一，规章以上规范性文件规定的许可条件和标准比较笼统，人为掌握的许可条件和内部标准过多；

第二，许可条件和许可标准往往不对外公开，申请人获取许可信息标准的权利受到很大限制。

国外立法十分重视许可条件及标准的规范化问题。日本《行政程序法》明确规定，行政机关应当制定并公布各种许可的条件和标准。^{〔1〕}据介绍，到目前为止，日本各行政机关已制定 4631 种基准，公布 4115 种。此外，国外也十分重视公民法人获得许可条件

〔1〕见《日本行政程序法》第5条，载《行政法学研究》1994年第1期，第81页。

等信息资料的权利，美国的信息自由法就明确规定，公民申请许可时，有权取得官方有关信息，政府也有义务向申请人公开并提供这些信息。^{〔1〕}

我国未来的许可法应当规定行政机关有制定并公布许可条件和标准的义务。此外还应当要求许可机关在办公场所张贴许可标准，公布许可条件及相关标准，保证申请人以最为便捷经济的手段获得这些信息。

四、行政许可机关及权限

我国许可制度中存在的最严重的问题之一是组织与权限问题，主要表现在：

第一，非法定机关及组织行使许可权，上路设卡、收费现象日益增多；^{〔2〕}

第二，许可机关权限交叉、互相矛盾，多个部门就同一事项实施各自许可引起的矛盾不断增加；

第三，许可种类过多造成许可机关林立，环节过多，降低了行政效率，给申请人增加了不便；

第四，许可机关组织结构不合理，机构不健全，许可权限缺乏应有的限制，下级机构越权行使上级许可机关权力的现象也时有发生。

国外立法十分重视行政许可组织的规范化 and 高效化问题，力求避免出现偏私专断和官僚主义。

第一，国外行政许可权相对集中，地方政府为法定许可机关。具体事务由地方政府下设的分组委员会或归口管理机构负责，但接

〔1〕 见《美国法典》第552条，《外国国家赔偿行政程序行政诉讼法规汇编》，中国政法大学出版社1994年版，第127页。

〔2〕 高云才：《收费？凭什么！》，载于《人民日报》1997年3月7日。报道河南沈丘县境内公安人员上路设卡，检查外地过境人员有无打工证，并强行要求过境人员交费办理打工证。

受地方政府的监督和制约。^{〔1〕}

第二,许可机关的决定采用少数服从多数的委员会制和回避制。

第三,同一申请涉及多个许可机关时,实行一站服务体制,^{〔2〕}以提高行政效率。

我国行政许可法应当本着许可法定原则对许可机关组织权限及工作制度作如下规定:

第一,法定许可机关是实施许可行为的惟一主体,非依法律实施的许可行为无效。

第二,法律、法规应当明确规定各个许可机关的具体权限,遇有同一申请涉及多个许可机关时应当本着便民、效率原则确立相关事务的联合许可制度和集中办公制度。

第三,许可机关应实行合议、回避制度。

五、行政许可程序

程序不健全是我国许可制度的根本缺陷,也是导致官僚主义、滋生腐败的主要原因。存在的问题主要有:

第一,许可处理期限规定较少,许可机关拖延处理现象严重;

第二,许可程序不公开,申请人难以了解许可机关的许可过程和许可结果;

第三,许可程序缺乏公平机制,如听证制度、说明理由制度;

第四,许可程序过于繁琐,许可机关程序违法责任不明。

国外行政许可程序多由行政程序法规定。主要内容是:

第一,有些国家法律要求行政机关制定标准的许可处理期限,

〔1〕 See MR Williams, *Supra*, at p. 1147.

〔2〕 见韩国《1994年管理和申请程序基本法》有关内容。所谓一站服务体制是指一项许可申请涉及多个行政机关时,每个机关均应派代表组成合作办公机构,称为联合委员会,同时为申请人提供服务,符合条件的申请人一次就能够获得所有相关部门的许可,故称之为一站服务体制。