

律师公证员论文集

5

理性的探讨

LIXING DE TANTAO

主 编 ● 严军兴 刘 健
副主编 ● 李袁婕



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

理性的探讨

LIXING DE TANTAO

主 编 ● 严军兴 刘 健

副主编 ● 李袁婕



图书在版编目(CIP)数据

理性的探讨/严军兴主编. —北京:法律出版社,
2005. 11
(律师公证员论文集)
ISBN 7-5036-5945-9

I. 理… II. 严… III. 公证业务—中国—文集
IV. D926.6-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 133935 号

©法律出版社·中国

责任编辑/潘洪兴 范丽丽

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑统筹/法律应用出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶松

开本/A5
版本/2006年1月第1版

印张/14.25 字数/364千
印次/2006年1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 7-5036-5945-9/D·5662 定价:31.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

实践是理论研究的课题来源,把实践中遇到的问题提炼出来并将其置于理性层面进行系统的思索与研究,对实践活动和理论建设都是非常重要的环节。司法行政学院是司法行政系统公务员和高层次法律服务人才的高端培训基地。学院既是教学基地也是科研基地,必须在培训工作实践中加强理论研究工作,使理论研究与教学活动相互促进,并通过加强理论研究工作,深化、巩固培训成果。基于以上目的,我们在教学工作中坚持了教学、科研并重,引导和鼓励学员边学习边进行理论研究,写出了一批较高水平的论文。我们从司法部第 29 期全国高级律师高级公证员培训班学员的论文中遴选出 51 篇,作为《理性的探讨》一书第五辑的部分内容。这些论文直接来自工作第一线的律师和公证员,在理论与律师、公证工作实务相结合,直接指导律师、公证员实际工作方面有较强的实践意义。

本书的出版要感谢法律出版社法律应用出版分社杨克社长和潘洪兴、范丽丽两位编辑的辛勤工作和大力支持。当然,由于水平和时间等因素的限制,书中可能仍然存在这样或那样的问题,希望读者不吝赐教。

司法部司法行政学院教材编写委员会

二〇〇五年十月十一日

目 录

行政许可中的私人权益保护	丁 强 / 001
建立诉价责任制度之构想	刘 敏 / 011
论缔约过失责任	杨晓洁 / 020
公众人物的隐私权探讨	蔡丽玉 / 033
论合同履行过程中的违约责任制度	李 虎 / 047
论当前房地产合同中出现的疑难问题	
——效力待定的合同	许 健 / 056
试论我国商品房预售制度的完善	李 伟 / 063
论抵押权的追及效力及涤除权制度	李 明 / 071
论预售商品房中存在的若干法律问题	陈应铭 / 085
浅谈抵押权登记	唐 悦 / 098
履约保证保险中保险公司之抗辩	张庆祥 / 104
名称式知识产权保护的法律思考	张一军 孟威美 / 109
我国互联网域名保护的法律思考	张 煜 / 121
保险公司应正确承担“第三者责任险”	
——兼评《交通安全法》第 76 条的适用	张子瑜 / 129
首例注册域名侵犯鄂尔多斯商标专用权案	
及其法律思考	侯伯彦 / 134
浅论不动产登记的效力和公信原则	胡怀民 / 140
享受已死亡配偶生前工龄优惠所购房屋不应属于	
夫妻共同财产	王洪三 / 147
商品房预售合同的性质及有效要件	单 峰 / 155

一时性合同与继续性合同之比较研究	王玉国 李 辉 / 161
欧盟消费者跨境电子商务合同的司法管辖	孙晓洋 / 173
关于公交 IC 卡的几点法律思考	王兴江 / 184
检视与重塑:再论罪名变更的法理基础及其模式选择	
——刑事一体化角度的思考	刘沛清 阙 雯 / 192
略论受贿罪的客观要件	王彦英 / 210
严格责任初论	徐嘉临 / 216
保释制度移植可行性系统分析	
——兼论取保候审的立法完善	李袁婕 / 229
论行政诉讼非法证据的排除	董 杰 / 240
纪检监察证据转为刑事证据的几点思考	姜焕强 / 248
我国金融机构反洗钱的法律和实务分析	
..... 张颖宏 熊艳喜 / 259	
构建我国辩诉交易制度的思考	戴文勇 / 270
对罚款限额设定方式的几点思考	石祥龙 / 276
关于《企业破产法(草案)》的几点思考	李庆保 / 282
行政不作为监督研究	
——从广告执法失监谈起	邵 燕 / 292
试论我国设立亲子认领法律制度	成 华 / 300
现场监督公证与公证员的基本素质	
——关于开奖公证的点滴体会与思考	
..... 党红丽 刘 任 / 317	
我国新闻领域应确立更正与答辩制度	薛 萍 尚永海 / 323
科学发展观与反倾销应对	李 意 / 330
试论证据保全公证制度	苏卫军 / 338
浅议《国家赔偿法》第 31 条非刑事司法赔偿范围	
规定的不足	陈 昊 / 344
磋商过程证据保全公证初探	
——从一起证据保全案例说起	李羊红 / 351

浅论公证人在遗嘱执行中的作用	陈涛涛 / 355
侵权行为法在民法典中的地位	华 光 / 362
由一件遗赠公证所引发的法律思考	张 川 / 370
按揭机理及其对我国按揭立法的启示	吴 博 / 376
律师权利的法制保障	严军兴 / 382
对律师不正当价格竞争监管的经济学思考	牟锦莉 / 393
论保全证据公证	闫 冰 / 398
试述保全证据公证	翁学俊 / 412
试论现场监督类公证	余为强 / 418
网络公证初探	翁学俊 / 426
浅谈遗嘱继承公证中的几个问题	王建平 / 432
公证牵手房地产经纪业	
——浅谈公证人与房地产经纪人的合作	刘 红 / 440
后记	/ 449

行政许可中的私人权益保护

江苏维世德律师事务所扬州分所 丁 强

新近颁布的《中华人民共和国行政许可法》正式将行政许可及其相关制度纳入到法治的框架之中,这种法治化变革不只是对政府内部在工作上的一种技术性调整,它是一个具有深刻社会背景的、能够给我国法治建设以及法与社会政治经济生活的关系带来重大影响的变革过程。2004年3月14日全国人大通过的宪法修正案将公民的合法的私有财产不受侵犯写入宪法,从而开启了私人权益法律保护的大门,其深远影响无疑要渗透到各法律部门。本文试从私人权益保护的角度,对有关私人权益保护原则在行政许可中的体现作一肤浅的探讨。

一、行政许可中的私人权益保护原则的适用历程

私人权益保护原则(以下简称“私人权益保护原则”)原本属于宪法上的概念,而后为了适应社会的发展和变化的需要,在公法领域的具体法上将一般的宪政观点反映在所谓一般条款中而形成的法解释学上的概念。我国新近颁布的《中华人民共和国行政许可法》以一般条款的方式对这一原则作了明文规定,该法第1条规定:“为了规范行政许可的设定和实施,保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护公共利益和社会秩序,保障和监督行政机关有效实施行政管理,根据宪法,制定本法。”这就明确把这一旨在维护当事人权益的概念适用于行政许可,在此以前,众多的行政许可的部

门规定却鲜有此举。然而在现在,谁也不会否认私人权益保护原则作为行政许可法基本原则之一的存在价值。这种思想方式的变化开始于近几年以来的行政审批改革,在此基础上,围绕这一法治化改革的制度设计而展开的学术讨论非常活跃,由此对我国行政许可立法产生了很大的影响。刚刚颁布的《中华人民共和国行政许可法》将行政许可及其相关制度纳入到法治的框架之中,具有重大的法治意义。在我国,行政许可将不再视为仅仅是政府给予公民的特惠,而是被当做公民自身的自由权来把握,相应的,公民在法律后果上的争议就将获得司法救济。这种思想的崭露头角使得作为公法一般性概念的自由权保护与司法救济发生了结合。首先,虽然这种自由权性质的概念尚未完全被我国的学界所采用,但是,一般都认为许可是一种对法律设定的,针对公民自由权的一般性禁止(不作为义务)或者限制的解除。因此,私人权益保护原则的适用应予肯定。其次,可以列举我国行政许可现状所发生的变化,往往围绕着公害、拆迁或环境许可不公所出现的问题,以居民和大企业甚至政府部门为双方对象的大量民事、行政纠纷已经成为社会关注的焦点。要规范在力量对比上明显存在着差别的利害关系双方之间的行政许可决定,仅仅靠明文列举的具体措施存在局限。同时,由于相关的围绕着公害、拆迁或环境许可引起的诉讼日益增多,作为行政机关公正实施许可的司法证明要件之一,私人权益保护原则就变得重要起来。最后,更重要的是在依法行政的整个行政领域中,私人权益保护原则的观点得到了很大的重视,而对该原则在各个法律领域具有特殊性的认识已经逐渐淡薄,从而对横跨公法诸领域的宪政法治的理念产生了积极影响。

在今天,无论是学说还是法律条文都不再怀疑在行政许可中不存在私人权益保护原则的可能性了。另一方面,也有人担心,这种由行政相对方的角度反向渗透行政行为,有造成行政许可制度弱化的危险。本文试就新行政许可法规定该原则的实际情况及理论构成展开论述。

二、行政许可的“公益性”与私人权益保护原则的结合

所谓行政许可中的“公益性”，具有以下两层含义：(1)是指在行政许可的设定上，行政机关只能对真正影响公共安全、社会秩序等公共利益的事项采取一般性禁止的原则，不得任意设置许可，限制公民权益的行使。(2)是指在行政许可的法律规范结构上，行政许可可作为对限制行政相对人的权利和自由的“解禁”的行政手段，必须以实现公益为目的。无论是决定是否给予许可，还是认定是否应当考虑由此所涉及的相关私人权益，行政机关均应当从公益的角度进行判断。也就是说，行政许可的制度性目的建立于公益基础之上。私人权益保护原则和公益性都为行政许可法所规定。(1)设定许可必须出于公益性的规制需要，才能对公民的某些自由权的行使附加一些不得已的限制，不得随意扩张公益性的内涵范畴，侵入公民的私人权益。(2)行政许可的法律规范结构——行政许可的公的权力与私的权利，公益与私人权益以及相关的权利义务的内涵，无疑成为行政许可的广泛而重要的“重头戏”。(3)在行政许可的实施中，行政许可的第三人、相关人均是私人权益保护和公益性调节的对象。

三、行政许可中私人权益保护原则的体现

(一)设定权的配置

配置行政许可权的意义在于：在法律规范的效力和等级不同的情况下，明确哪一级法律规范可以设定行政许可，哪一级法律规范只可以设定行政许可，哪一级法律规范只可以规定而不可以设定行政许可。只有明确了权力的归属，才能使仅享有行政许可规定权的机关不能随意设定行政许可，从根源即立法上杜绝行政机关滥设权力，自我授权，为本部门或本系统设定和扩大权力。行政许可是以限制某些权利的行使为前提的，多设置一项许可，就意味着增加了一块公民的行为禁区，剥夺了多数人在这一领域的行动

自由。立法对此应当格外慎重。“宪政落后的国家立法上的最大缺陷是无端地收缩宪法的权利许诺。”因此,行政许可的设定关系到公民权益和自由的行使,关系到国家和公共利益,实质是国家立法权力的分配问题。应当坚持只有享有一定位阶的国家立法机关才能够设定行政许可。依据《立法法》,法律、行政法规、地方性法规和规章的制定主体属于立法机关,除上述机关外,其他任何国家机关都不得设定行政许可。关于配置行政许可权的问题,问题集中在行政规章有无行政许可的设定权,国务院有决定力的决定有无行政许可的设定权?从一般意义上,行政许可涉及对公民权利,自由的重大处分,享有行政许可设定权的行政机关理应具有一定的层级和广泛的民意代表性。换言之,有权设定行政许可的国家机关级别越高,越具有广泛的民意代表,行政许可范围的确定就越具有公正性,滥设行政许可限制公民的合法权益的现象也就越难发生。在法治国家,行政许可大多由议会以法律设定,行政机关一般不得设定许可制度。如美国是以联邦或者州议会立法规定的形式设定许可。但是,考虑到我国处于社会政治经济转型时期,法律法规往往在短期内无法规定时效性、区域性的事项,造成“法律永远落后于行政”的局面,因此,在现阶段取消规章对行政许可的设定权是不切实际的。按照《行政许可法》的新规定,除了原则上只有全国人大的法律和国务院的行政法规才能够设定行政许可的情况外,地方性法规和省级政府的规章可以设定部分或临时性的行政许可。然而,法律规定必要时,国务院可以采用发布决定的方式设定行政许可。实施后,除临时性行政许可事项外,国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律,或者自行制定行政法规。这就加大了对地位和性质不够清晰的国务院有普遍约束力的决定以必要的监督,避免“决定”作出的随意性,阻碍公民权益的实现。法律对于中央各部委的规章,则规定其无权设定行政许可,有力限制了各部门自我授权,为本部门或本系统设定和扩大权力的危险。上述这些规定,从设立行政许可的源头上解决了

统一和规范行政许可范围或事项的根本问题。

(二) 范围的设定

许可作为一项管理措施,在发挥了巨大作用的同时也产生了很多弊端,这就要求在设定行政许可的时候要进行公益考量,仅仅对关系到真正影响公共安全、社会秩序等公共利益的事项才实行行政许可,并用法律的形式予以明确,而其他事项仍由社会 and 私人进行自主调节。而且自改革开放以来,改革的内容在很大意义上是把政府的部分权责交给社会,也就是说,构建一个带有一定自主意义的社会。而民间组织的发展就是构建自主社会的方式之一。另一方面,这样的功能转移又意味着政府的一部分功能从原有的功能体系中分化出来。例如,就行业管理这一功能而言,其最重要的承担者有行业协会,其形成并维护经济秩序的功能从原理上不能被政府管理这一功能体系所包含,因此,政府向社会的权力转移必然伴随着权力分化和原有功能序列乃至功能体系的重新整合。《行政许可法》明确规定只有六类事项可以设定行政许可。法律还规定:对于“公民、法人或者其他组织能够自主决定的,市场竞争机制能够有效调节的,行业组织或者中介机构能够自律管理的或者行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的”法定许可事项,可以不设行政许可,从而遵循市场经济的规律,对于社会、经济事务,凡是市场竞争机制能够有效调节的,就交给市场机制去解决;通过市场机制难以解决的,而通过中介组织、行业自律可以解决的,就通过中介组织、行业自律去解决;即使是通过市场机制、中介组织、行业自律都难以解决的,政府也要首先考虑通过采用事后监督等其他行政管理方式来解决;只有在穷尽这些手段都解决不了的,才考虑通过行政许可去解决。

(三) 许可事项的裁量基准

在现实中,往往有法律规定了行政许可,但是具体行政行为应该如何进行并没有非常明确,也就是说,行政法律法规授予行政机关很大的行政许可的裁量权能。然而,法律本身缺乏明确的规则

标准保证这些裁量权按照法律的目的行使。这一立法概括性空白授权的缺陷导致实际中的不合理但合法的行政裁量在行政许可领域大量存在。对于行政许可的裁量的性质的认识,学界有不同的见解。有的学者认为行政许可是一种自由裁量行为,有的学者认为行政许可主要是羁束裁量行为,只有在例外情况下(如在某些特殊领域或是特别许可)才存在自由裁量式的行政许可。我们认为行政许可并非是对第三人赋予权利的恩赐行为,而只是对其是否符合法律法规规定的权利资格和行使权利的条件进行审查核实。行政许可的裁量基准必须遵循“原则许可制”,只要申请事项中不存在法定的欠格事项以及其他不应当给予的事项,行政机关原则上应当给予许可。行政许可并非设定权利的行为,而是对权利行使限制条件的解除,因此如果对已经具备了许可要件而不予许可,就构成了对申请人原本拥有的合法权利和自由的侵犯。在德国,“裁量压缩至零”理论是源于警察法的一项较新的行政裁量理论。裁量原本指行政机关可以在不同行政决定之间作出选择,然而在某些情况下,只有一种行政决定才没有裁量瑕疵,其他行政决定都具有裁量瑕疵,即行政机关的选择可能性被压缩到只有一种选择,行政机关就有义务选择此项没有裁量瑕疵的行政决定,这种情况就是“裁量压缩至零”。《行政许可法》规定:“符合法定条件、标准的,申请人有依法取得行政许可的平等权利,行政机关不得歧视。”从这种意义上,行政机关在作出许可时采用“裁量压缩至零”的方法,只要具备法定条件标准,即不构成具体法律、法规所规定的对社会公共利益的障碍时,申请人就有获得许可的权利,行政机关不得拒绝。

(四)私人权益保护原则在行政许可过程中运用的程序

行政审批改革的问题直接牵涉到作为法治根本性原理的“依法行政”原则。以前一般所理解的“依法行政”原则,往往导致一种观点,即行政实体管理才是目的,而相对人不过是实现行政管理实体目的的对象而已,规定公民权利保障的程序法律也只具有辅助

性质。然而从行政许可(行政审批)的改革实践来看,在行政机关的约束规则较为清楚的情况下,行政许可维护社会经济秩序的功能大大提高,程序法律也绝不是所谓的“助法”,而具有左右甚至决定实体法的重要价值。“参与行政许可的过程”,就是公民为了保护自己的权益,依照依法行政原则,直接参加行政许可的立法、实施的全过程。可以分三个方面来理解:

1. 参与许可的行政立法过程。权力的分散化成为全球范围内政府改革的趋势,权力资源在政府、市民社会与私营部门等多个层次进行重新分配。这种权力的分散化带来了上下协同管理的程度加大和社会自治的能力增强,公民参与行政许可的立法过程以加强公民权益救济的重要性不断被认识。由于行政许可是由法律规定予以设定的,在行政活动开始之前的立法阶段,应当设立公民可以就行政活动的方式发表意见,以及提出保护自身权益主张的立法制定程序。《行政许可法》规定了起草法律草案、法规草案和省、自治区、直辖市人民政府规章草案,拟设定行政许可的,起草单位应当采取听证会、论证会等形式听取意见,并向制定机关说明设定该行政许可的必要性、对经济和社会可能产生的影响以及听取和采纳意见的情况。公民、法人或者其他组织可以向行政许可的设定机关和实施机关就行政许可的设定和实施提出意见和建议。

2. 行政许可的事前事中程序。如上文所述,只按照法律规定的一般性的裁量基准,公民权益难以充分得到保护。裁量权行使的方式往往在行政机关内部依照一般内部基准来进行,也就是说,法律规定的行政许可要在公民中间得到实施必须有一个过程。在这个过程中行政机关进行各种判断和决定,如何保证这一过程的判断和决定达到合法合理的要求,仅仅依靠法律制定的公众民主参与是不够的,公民必须直接参与行政过程。《行政许可法》中规定了在行政许可中,承认公民在受到行政处分以前为保护自己的权益有机会陈述意见,提供证据,享有陈述权、申辩权。行政机关依法作出不予行政许可的书面决定的,应当说明理由,并告知申请

人享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。

3. 要求行政许可作出“透明化”。为了使公民能够参与行政许可的过程,必须首先了解行政内部是依据什么样的资料,进行什么样的活动,即行政过程的“透明化”。《行政许可法》中也规定了设定和实施行政许可,应当遵循公开、公平、公正的原则。行政许可的实施和结果,除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私以外,应当公开。行政机关作出的准予行政许可决定,应当予以公开,公众有权查阅。《行政许可法》还规定了行政机关在行政许可之前应当制定关于行政决定的内部基准并予以公开,法律规定有关行政许可的规定应当公布;未经公布的,不得作为实施行政许可的依据。《行政许可法》不仅承认了公民有权要求对裁量基准提出公开,还进一步对行政机关所持的文件(资料或者信息)要求也予以公开。法律规定行政机关应当将法律、法规、规章规定的有关行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限以及需要提交的全部材料的目录和申请书示范文本等在办公场所公示。申请人要求行政机关对公示内容予以说明、解释的,行政机关应当说明、解释,提供准确、可靠的信息。该制度的意义,不再局限于在收到行政决定时,保护公民自己的权益,而且通过诸如要求公开解释自己符合法定要件要求却未被授予许可等行为,使公民参与行政许可成为可能。信息公开制度在近年以来在我国已经确定了很大发展,这对我国规范行政行为将起到极大的作用,但是,在国家层面上尚未建立信息公开法律制度,这次《行政许可法》的若干信息公开化的条款,无疑非常引人关注。

(五)便民原则

站在申请人立场,从保护公民权益角度来看,行政许可程序应当追求行政成本的最小化,即方便、快捷和高效。其一,许可手续以必要、便于申请人办理为限,对于同一许可涉及多个机关时,法律规定,经国务院批准,省、自治区、直辖市人民政府根据精简、统一、效能的原则,可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政

许可权。如果由两个以上行政机关分别实施行政许可,政府可以确定由一个机关受理并转告有关部门分别提出意见后统一办理。行政许可需要行政机关内设的多个机构办理的,该行政机关应当确定一个机构统一受理行政许可申请,统一送达行政许可决定。这就从法律上肯定了政府可以组织有关审批部门联合办理、集中办理行政许可事项,即在审批改革中总结,实践中发展起来的“一站式”审批或“政府超市”制度。其二,为防止许可机关滥用权力,拖延行政许可。法律对行政许可各个环节均作了时限规定,从而明确统一规定了行政许可审批的期限。一个机关办理的行政许可,必须在 20 日内作出是否准予行政许可的决定,需要延长的,可以延长 10 日;统一或联合办理行政许可的,办理时间不得超过 45 日,需要延长的,可以延长 10 日。这些延长,既要负责人批准,也要向申请人告知理由。对于许可超过期限未予答复的行政不作为的情况,法律将过错的风险责任赋予行政机关一方,规定视为行政机关在该行政许可有效期届满前逾期未作决定。

值得注意的是,行政许可行为侵犯利益关系人的权益,往往是通过民事诉讼体现,如对高层建筑物的规划许可,只有在高层建筑建成后才产生对邻地所有人和使用人的相邻关系性质的侵害,尽管利害关系人可以寻求私法保护,但是在未推翻作为基础行为的行政许可(要求法院将该行政许可撤销或者确认无效)之前,这种私法保护无法实现。行政许可法将利害关系人的权益保护纳入法律保护范围,不仅从行政法上保护了利害关系人的权益,而且更加完善了私法上对相对人和利害关系人之间的民事纠纷的解决途径。

参考文献:

1. 吴亮、殷啸虎:《从行政许可法看私人权益保护原则》。
2. 姜明安:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社 1999 年版。

3. 陈新民:《德国公法学基础理论》,山东人民出版社 2001 年版。

4. 汪永清:《行政许可法释义》,中国法制出版社 2003 年版。