



全国高等学校法学专业课程案例教学用书

行政法案例研习

何 兵 主编



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

全国高等学校法学专业课程案例教学用书

行政法案例研习

何 兵 主编



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

内容提要

本书是行政法疑难案例研习的结集。与市面上流行的行政法案例教程相比较,本书的特点在于:第一,本书以真实发生的疑难案例为原材料,对其进行深度分析和论证。这些分析和论证方法,对所有从事法律学习和工作的人,都会有所助益。思辨性是本书的第一特色。第二,本着深入浅出原则,作者尽可能以平实的语言准确地表达自己的法律思想,文章具有极强的可读性,许多内容引人入胜。可读性是本书的第二特色。第三,通过“知识之窗”、“法律文摘”等活泼多样的形式,作者力图将与案例相关的最新法理发展和其他相关知识传播给读者。内容丰富是本书的第三特色。第四,不同的作者对同一问题可能有不同的观点,各位作者分析案例的方法和手段也不尽相同。这些不同声音的存在,有助于读者思辨能力的提高。“存异”而不“求同”,是本书的第四个特色。

本书的读者对象为法律院校的师生和学生以及其他有志于从事法律工作的人员。

图书在版编目(CIP)数据

行政法案例研习/何兵主编. —北京:高等教育出版社,2005.9

ISBN 7-04-017631-9

I. 行... II. 何... III. 行政法-案例-分析-中国-高等学校-教材 IV. D922.105

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 099658 号

策划编辑 王卫权 张 杰 责任编辑 李江泓 封面设计 于 涛
版式设计 王 莹 责任校对 张 颖 责任印制 孔 源

出版发行 高等教育出版社
社 址 北京市西城区德外大街 4 号
邮政编码 100011
总 机 010-58581000
经 销 北京蓝色畅想图书发行有限公司
印 刷 北京四季青印刷厂

购书热线 010-58581118
免费咨询 800-810-0598
网 址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>
网上订购 <http://www.landaco.com>
<http://www.landaco.com.cn>

开 本 787×960 1/16
印 张 20
字 数 350 000

版 次 2005 年 6 月第 1 版
印 次 2005 年 6 月第 1 次印刷
定 价 25.30 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 17631-00

本书撰稿人

(以姓氏笔画为序)

刘 飞 中国政法大学法学院副教授 德国科隆大学法学博士

吴 平 中国政法大学法学院副教授 中国政法大学博士研究生

何 兵 中国政法大学法学院副教授 北京大学法学博士

沈 岍 北京大学法学院副教授 北京大学法学博士

何海波 清华大学法学院副教授 北京大学法学博士

段小京 最高人民法院审判员 北京大学法学硕士

章禾舟 温州中级人民法院法官 北京大学法学硕士

作者分工

案例 1	飞龙公司诉国家药监局行政确认、行政强制案	何 兵
案例 2	张某诉民政局请求确认继母婚姻无效案	何 兵
案例 3	田宇诉五峰土家族自治县建设与环境保护局行政不作为案 ...	何 兵
案例 4	德宝公司诉湖北对外贸易厅违法清算案	何 兵
案例 5	刘燕文诉北京大学拒绝颁发博士学位案	何 兵
案例 6	田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证案	何海波
案例 7	汤某诉某公安派出所非法致人死亡案:行政诉讼举证责任分配	何海波
案例 8	刘文修等诉北门乡政府行政合同纠纷案	章禾舟
案例 9	刘大明、余香诉 C 县计划生育局征收社会抚养费案	章禾舟
案例 10	金迪等三人诉东城区教委行政许可案	章禾舟
案例 11	陈清原诉 Y 县房管局房产登记案	章禾舟
案例 12	林某等 101 人诉平阴镇政府履行职责案	章禾舟
案例 13	潘某诉某公安局滥用职权案	刘 飞
案例 14	高校的自律与他律——论学生受教育权、隐私权的法律保护	何 兵
案例 15	舟山市民诉市政府古城拆迁案	吴 平
案例 16	南京美亭化工厂诉江宁区政府“立法不作为”案	吴 平
案例 17	安泰公司诉江油市政府《议事纪要》案	吴 平
案例 18	市民不满“奖励拍摄违章”状告公安局案	吴 平
案例 19	赵立新诉宁夏回族自治区国有资产管理局产权界定批复上诉案	段小京
案例 20	齐玉苓诉陈晓琪、滕州市教育委员会等侵犯受教育权案	沈 岍

主 编 的 话

本书出版之前,主编希望将编辑本书的一些想法和做法,简明扼要地交代给读者:

一、编者的目的在于为教师和学生以及法律同行,提供一种深度的行政法案例分析教科书和参考资料,行政法基本知识的传播不是本书的主要目的。

二、编者虽然力求使自己的分析“正确”,但鉴于法律疑难案件并无确切答案,因此,本书对案例的分析过程和结论仅供参考,不是“标准答案”。编者最希望读者从本书中获取的,是分析和论证法律疑难问题的方法和能力。

三、本书的每一个案例,仅代表该案例作者本人的观点。

四、本书行文风格与一般教材略有不同。编者认为,轻松自在的文风,不仅可以准确地表达自己的思想,也可以避免读者昏昏欲睡。

五、本书不同编者在一些问题上,观点不一,主编没有刻意地去“统一”各人的观点。因为,主编认为法律的精神在于“辨异”,而不在于“统一”。主编希望这些不同的声音,有助于读者辨别能力的增长。

六、主编持开放性心态对待本书。本书将会适时进行修订。欢迎各界友好提供批评意见,并将有价值的案例提供给编者,以便进一步完善本书。主编在此先致谢意(邮箱:hebing@vip.sina.com)。

主 编

2005 年 5 月 20 日于北京

目 录

案例 1 飞龙公司诉国家药监局行政确 认、行政强制案	1
● “内部通知”已对外公布,是否仍属于“内部行政行为”?	
● “72 号文”是否属于行政指导?	
● “93 号文”的法律性质?	
● “93 号文”发出后,原告能否针对“72 号文”起诉?	
● 行政机关能否以新闻发布会形式送达行政决定?	
案例 2 张某诉民政局请求确认继母婚 姻无效案	13
● 近亲属有无撤销本人非法婚姻的行政诉权?	
● 本人请求撤销婚姻,应当提起民事诉讼还是行政诉讼?	
● 婚姻登记有瑕疵,可否据此撤销婚姻登记?	
● 审理继承纠纷的民事法庭,能否直接认定婚姻关系无效?	
案例 3 田宇诉五峰土家族自治县建设 与环境保护局行政不作为案	31
● 公产致人损害,应适用行政赔偿,还是民事赔偿?	
● 护栏是否属于“建筑物或者其他设施”? 本案能否适用《民法通 则》第 126 条?	
● 死者酒后失足落水,法理上应否认定其存在过错?	

案例 4	德宝公司诉湖北对外贸易厅违法清算案	45
	● 清算行为的性质。 ● 清算委员会有无权力采取强制措施? ● 清算委员会的法律地位。 ● 商务厅批复成立清算委员会是否程序违法? ● 对函件的内容能否实行推定?	
案例 5	刘燕文诉北京大学拒绝颁发博士学位案	57
	● 校学位评定委员会能否成为被告? ● 法院审理学位纠纷案件,是否侵犯学术自由? ● 校学位评定委员会对博士论文有无实质审查权? ● 学位评定委员会成员能否投弃权票? ● 校学位评定委员会的程序是否违背了法律的正当程序?	
案例 6	田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证案	73
	● 对于被告作退学处理的实体决定,应当如何认定? ● 如何看待本案中的程序问题? ● 被告在作出处理决定之后,允许原告继续学习,并补办学生证等一系列行为导致的法律后果是什么?	
案例 7	汤某诉某公安派出所非法致人死亡案:行政诉讼举证责任分配	91
	● 现行法律规定的举证责任分配规则能否适用于本案? ● 对案例一确定举证责任分配规则时,需要考虑哪些因素? ● 案例二中的举证责任应当如何分配?	

案例 8 刘文修等诉北门乡政府行政合同纠纷案	107
-------------------------------------	-----

- 行政合同是不是公法行为?
- 民事诉讼能解决行政合同纠纷吗?
- 将行政合同纠纷纳入行政诉讼有法律依据吗?
- 现行行政诉讼能妥善解决行政合同纠纷吗?
- 如何构建行政合同诉讼制度?

案例 9 刘大明、余香诉 C 县计划生育局征收社会抚养费案	121
--	-----

- 滥用职权仅指行政决定而言吗?
- 滥用职权的判断标准是什么?
- 除行政处罚决定外,其他自由裁量行为不受司法监督吗?

案例 10 金迪等三人诉东城区教委行政许可案	137
-------------------------------------	-----

- 谁能提起行政诉讼?
- 何为“法律上的利害关系”?
- 衡量行政争议是否存在标准是什么?
- 纯粹的合法性审查能解决行政争议吗?

案例 11 陈清原诉 Y 县房管局房产登记案	151
-------------------------------------	-----

- 有关诉权的问题之一:我国房产登记的特点分析。
- 有关诉权的问题之二:司法不提供救济有法律依据吗?
- 法院的判决有矛盾吗?
- 对房产登记行为的司法审查对象是什么?

案例 12	林某等 101 人诉平阴镇政府履行 职责案	163
	● 判决依据何在? ● 法律怎样授予行政权? ● 少数派如何维护自己的权利?	
案例 13	潘某诉某公安局滥用职权案	175
	● 扣押土地使用权证、采取监视居住是刑事侦查行为,还是属滥用 职权实施的具体行政行为? ● 行政被告阻挠法院执行,应如何处置? ● 行政诉讼执行难原因分析。	
案例 14	高校的自律与他律 ——论学生 受教育权、隐私权的法律保护	187
	● 学生受教育权的法律保护; ● 学生隐私权的法律保护; ● 法律保留原则与校规、校纪的法律效力; ● 学生权益受损后的法律救济。	
案例 15	舟山市民诉市政府古城拆迁案	203
	● 国务院规范性文件在诉讼中的能否适用? ● 正在审批中的规划是否可以任意违反? ● 新制定的地方性法规对政府拆迁决定有无溯及力? ● 保护古城,谁还可提起诉讼? ● 诉讼中辩论原则的作用是什么?	

案例 16	南京美亭化工厂诉江宁区政府 “立法不作为”案	223
	● 江宁市政府的行为是何种性质? ● 法院驳回起诉是否正确? ● 《江宁县城镇房屋拆迁管理暂行办法》的效力如何? ● 在现行法律制度下化工厂实现权益保障有无有效的途径?	
案例 17	安泰公司诉江油市政府《议事纪 要》案	239
	● 行政机关可否随意改变已经作出的行政许可? ● 政府的《议事纪要》是内部行政行为吗? ● 政府《议事纪要》是否违反正当程序规则? ● 江油市政府是不是适格的被告?	
案例 18	市民不满“奖励拍摄违章”状告 公安局案	255
	● 通告本身是什么行为,能否对其提起行政诉讼? ● 通告的内容是否合法? ● 市民拍摄的照片作为证据是否具有合法性?	
案例 19	赵立新诉宁夏回族自治区国有资 产管理局产权界定批复上诉案	271
	● 本案的事实应当如何认定? ● 宁国资发(1997)46号批复有法律依据吗? ● 本案中的民事诉讼与行政诉讼如何协调?	
案例 20	齐玉苓诉陈晓琪、滕州市教育委 员会等侵犯受教育权案	283
	● 宪法是否必须和可以进入司法程序,直接作为裁判案件的法律依据? ● 为什么在齐玉苓案件中直接适用宪法? ● 宪法私法化:福音还是危险信号?	

案例 1

飞龙公司诉国家药监局行政确认、行政强制案

- “内部通知”已对外公布，是否仍属于“内部行政行为”？
- “72号文”是否属于行政指导？
- “93号文”的法律性质？
- “93号文”发出后，原告能否针对“72号文”起诉？
- 行政机关能否以新闻发布会形式送达行政决定？



一、抢注“伟哥”

美国辉瑞公司研制出一种神奇的药,可以让男人坚强起来。这药的英文名字叫 Viagra。1998 年刚上市,就成了人类历史上最畅销的药品之一,当年为辉瑞公司带来 10 亿美元收入。

Viagra 被译成“伟哥”,是我国媒体的杰作。辉瑞公司大意了,没将这一生动形象、广为人知的中文译名注册。他注册了一个生硬的汉字名称——“威而刚”。大家都知道神奇的“伟哥”,没几个人知道它的真名——“威而刚”。就在辉瑞虎视眈眈、兵临中国之时,沈阳飞龙公司剑出偏锋,抢先向国家工商局申请注册“伟哥”,申请被受理。据辽宁省无形资产评估所评估,“伟哥”商标的价值初评为 7 亿~10 亿元人民币。辉瑞公司想在香港补注“伟哥”商标时,发现荆州已失。飞龙公司不仅抢注了“伟哥”,而且,他们生产的壮阳药“伟哥开泰胶囊”,已遍布全国。

“抢注”在商界司空见惯。“青岛”啤酒在美国被抢注,“竹叶青”在韩国被抢注,“同仁堂”被日本企业抢注……

二、药监局“紧急通知”

政治是经济的继续。

市场上失败的辉瑞制药向中国国家药监局求救。1999 年 3 月 22 日,国家药监局发出国药管市[1999]72 号《关于查处假药“伟哥”的紧急通知》(以下简称 72 号文)。通知发送给各省级卫生行政部门。通知的主旨:

1. “伟哥”是美国辉瑞制药公司生产的药品,在我国尚处于临床研究阶段,国家未批准国内任何厂家生产此药。国内除有关医院正用于临床实验的药品外,市场销售的“伟哥”均为假药。

2. 严禁任何企业以任何名义进行销售或变相销售。国内销售的伟哥药品一律查封,监督销毁。

3. 对公开销售或变相“销售”伟哥药品的企业,一律按《药品管理法》有关规定以制售假药行为进行处罚……

药监局在发布通知的同时,召开了新闻发布会,各大媒体狂炒滥炸,一时间风声鹤唳,一片肃杀之气。

处于重压之下的飞龙公司,站出来说话了。

他说,“伟哥”是我公司正在国家工商局注册的商标。申请已被受理,目前正在待审。辉瑞公司的产品在中国的注册名称是“威而刚”,不是“伟哥”。国内没有第二家企业注册这个商标。如果说我们的“伟哥”是假冒,那么,谁是真“伟哥”?

三、药监局改口

药监局显然发现自己大意了。惊乱之后,药监局改口了。4月13日,药监局发出新通知。这一次,他们要求各地查处“劣药伟哥”,而不是“假药伟哥”。

药监局国药管市[1999]93号《关于查处劣药“伟哥开泰胶囊”的通知》(下文简称93号文)称:“伟哥开泰胶囊”为沈阳飞龙公司制造。1998年12月,经辽宁省卫生厅同意,沈阳飞龙公司将原中药保健药品“延生护宝胶囊”,更名为“开泰胶囊”。但该公司在药品包装材料中,实际宣传药品名为“伟哥开泰胶囊”,与审批药名“开泰胶囊”不符。“伟哥开泰胶囊”使用说明中所称的主要化学成分“去氢紫堇碱”,在审定的处方和质量标准中未曾涉及,并且其药品包装不符合《药品管理法》的有关规定。药品包装内也未附有法定的药品说明书。药品内装材料违规地与其他药物疗效对比。更严重的是,该公司擅自更改药品的功能主治,印制违法的药品说明书,误导消费者,产生极为恶劣影响。通知要求:

1. 依照《药品管理法》第34条规定,飞龙公司在全国销售的“伟哥开泰胶囊”按劣药进行查处。责令飞龙公司在通知发布之日起一个月内收回全部已售出的“伟哥开泰胶囊”。

2. 严禁任何企业以任何名义进行销售或变相销售“伟哥开泰胶囊”。至本通知发出之日起,凡继续销售或变相销售“伟哥开泰胶囊”的企业,一律按照《药品管理法》有关规定以销售劣药行为进行处罚。

3. 责成辽宁省卫生厅药政处对“伟哥开泰胶囊”的生产企业“沈阳飞龙制药有限公司”依法进行查处。

四、起诉

飞龙公司发怒了。

1999年4月26日,飞龙公司在北京第一中级法院提起诉讼,请求撤销药监局72号文和93号文,赔偿损失1.26795亿元,消除影响,恢复名誉。

他的理由:“延生护宝胶囊”更名为“开泰胶囊”经辽宁省卫生厅同意。原告使用的“伟哥开泰胶囊”名称中的“开泰胶囊”,是药品名称;“伟哥”则是原告申请注册、且已被受理、正在待批的注册商标。同时,原告

标有“伟哥开泰”字样的药品包装盒,已被国家知识产权局授予外观设计专利。辉瑞公司生产的药品英文名为“VIAGRA”,在国内尚无合法的中文名称,根本不存在美国药品 VIAGRA 的中文名称是“伟哥”的问题。被告认定“伟哥开泰胶囊”为劣药,但没有按照《药品管理法实施办法》第47条关于“对假药、劣药的处罚通知应当载明药品检验所的质量检验结果”的规定行事,根本没有请检验所检验。关于原告包装不当,辽宁省卫生厅已进行了处罚。《药品管理法》第34条规定:“有下列情形之一的药品为劣药:(1)药品成分的含量与国家药品标准或者省、自治区、直辖市药品标准规定不符合的;(2)超过有效期的;(3)其他不符合药品标准规定的。”原告的药品不属于以上三类。

再者,被告没有直接向原告送达72号和93号处罚决定,没有告知诉权,没有听证,程序违法。原告的商标广告行为即使违法,也只应由工商部门查处。被告越权行政。

飞龙公司请国家行政学院的袁曙宏教授做代理人,他是中国行政法学研究会的副会长。国家药监局请肖岫做代理人,他也是法律专家,参与过诸多重要法律的制定。两方棋逢对手。^①



法律疑点

- “内部通知”已对外公布,是否仍属于“内部行政行为”?
- “72号文”是否属于行政指导?
- “93号文”的法律性质?
- “93号文”发出后,原告能否针对“72号文”起诉?
- 行政机关能否以新闻发布会形式送达行政决定?



法理研习

一、“内部通知”已对外公布,是否仍属于“内部行政行为”?

北京市高级人民法院裁定驳回了飞龙公司对“72号文”的起诉,理由

^① 本案背景材料参见袁曙宏:《社会变革中的行政法制》,法律出版社2001年版,第510~558页。

是“72 号通知从发送对象到通知内容均属对药品监督管理系统内的有关药品监督管理的指导性文件,对外不具有直接强制力。飞龙公司的起诉不符合行政诉讼法第 41 条第 4 项规定的起诉条件。不属于法院的受案范围”。

从通知发送对象来看,药监局的“72 号文”主送各级卫生行政部门,属于政府机关内部的指令。一般情况下,内部指令在政府系统悄悄地运行,对外不产生影响。只有当受到指令的行政机关执行命令,采取行动时,相对人才可能“受害”。对于内部行政行为,法院不予受理。法理依据是“无利益,无诉权”。法律依据是最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《解释》)第 1 条第 6 项“对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为”。

问题在于,药监局将其通知在媒体上公布,对生产“伟哥”产品的飞龙公司已产生了实际影响,因此,法院以内部通知为由,裁定不予受理,法理上难以成立。“内部通知”一旦对外公布,公众不会对政府的通知无动于衷,通知产生的事实上的影响力难以估量。“公布”就是行动。

二、“72 号文”是否属于行政指导?

行政指导是行政主体为实现行政目标所作出的不具有法律约束力的行为。行政指导意在引导相对人自愿采取一定的行为或不行为。行政指导虽不具有法律上的约束力,但往往具有事实上的强制力。由于行政指导不具有法律上的约束力,可以径行置之不理,所以,对行政指导一般不需要也不允许起诉。但如果行政机关利用自身的优势地位,以指导为名,行压迫之实,司法的救济就成为必要了。行政指导体现行政温情的一面,但温情的面纱之下,有时会忽明忽暗地透出杀气来。

“72 号文”的内容是综合的。对一份综合性公文的法律性质,应当综合判断。通知第一部分认定,中国市场上的“伟哥”皆为假药,性质上属于行政确认。行政确认一旦对外公布,即可能成为行政指导中的行政警告。“72 号文”第二部分,内容上属于的行政即时强制。对于一份综合性法律文件,如果其间有可以诉讼的内容,法院应当受理案件,否则,当事人对于可诉部分的诉权即会落空。

《解释》第 1 条第 4 项规定,对不具有强制力的行政指导,不属于法院的行政诉讼受案范围。此处的强制力并非仅指法律约束力——即以国家暴力为支撑的强制力,也包括事实上的强制力。政府以其特有的优势地位,造成一种相对人“不得不服从”的事实上的强制。如果将强制力解释为“法律上的强制力”,那么就将使大量的非法行政指导和其他事实行

为逸于法律之外,出现政府向行政指导逃避的趋向。对于具有事实上强制力的行政指导行为,依法应当准许起诉。

【知识之窗】

强 制

当一个人被迫采取行动以服务于另一个人的意志,亦即实现他人的目的而不是自己的目的时,便构成强制。当然,这并不意味着被强制者根本不做任何选择;如果被强制者真的未做任何选择,那么我们就应当称他的所作所为是“行动”。强制意味着我仍进行选择,只是我的心智已被迫沦为他人操纵的,以致强制者想让我选择的行动,对于我来讲,乃是这些选择中痛苦最少的选择。尽管我是被强制的,但还是我在决定在这种情境下何种选择弊端最小。强制是一种恶,它阻止了一个人充分运用他的思考能力,从而也阻止了他为社会作出他可能作出的最大的贡献。强制有程度的不同:强制程度最高的例子有奴隶主对奴隶的支配或暴君对其臣民的支配,在这处情形中,无限的惩罚权力逼迫人们完全服从他们的君王或主人的意志;强制程度较低的例子有威胁施加某种灾难,在这种情形中,被威胁者宁愿选择服从威胁者的意志也不愿意承受这种灾难。虽说强制通常都包括某种对一个正常的人或其亲人施以肉体的威胁,或对某种价值昂贵或其极珍视的物品进行损毁的威胁,但它却不必包括强力或暴力的直接使用。政府运用强制性权力对我们的生活的干涉,如果是不可预见的和不可避免的,就会导致最大的妨碍和侵害。纵使这种强制甚至在一自由的社会中也属不可或缺者,一如我们被要求参加陪审团或担任临时警察,我们也会通过不允许任何人拥有专断的强制性权力的方式来减少这类强制的损害。^①



我国《行政处罚法》在第8条,将“警告”列入行政处罚的一种。法理上,可以将此类“公共警告”解释为行政处罚法上的“警告”,从而纳入诉讼范围。但并非所有的“警告”皆可以诉讼,警告是否可以诉讼,应依其实际产生的影响力,进行个案判断。对不产生实际影响的“公共警告”,

^① 哈耶克著,邓正来译:《自由秩序原理》(上),三联书店1997年版,第163~182页。