

内容摘要

# 学位论文

## 工商行政自由裁量权及其滥用与控制

黄光耀

### 内容摘要

工商行政自由裁量权是工商行政职权的重要内容，它在保证工商行政管理部门实现市场监督管理职能的同时，也不同程度地存在着被滥用的现象。本文通过对工商行政自由裁量权概况的论述，具体探讨了工商行政自由裁量权的滥用实践中的具体表现形式、成因及其性质等问题，并在此基础上提出了控制工商行政自由裁量权滥用的法律途径。

全文分为引言、正文、结束语三部分。引言指出了工商行政自由裁量权及其滥用的理论和实践的现状，阐明了研究工商行政自由裁量权滥用的法律控制机制，发挥工商行政自由裁量权能动性的现实意义。

正文共分五章。第一章工商行政自由裁量权概述。本章首先阐述了工商行政自由裁量权的概念、特征及其存在的必要性，然后以法律、法规的规定为例，重点分析了工商行政自由裁量权实践中所存在的行政执法领域及其具体的表现形式。本章为工商行政自由裁量权滥用的论述奠定了理论和实践的基础。

第二章工商行政自由裁量权滥用的表现形式、成因及其性质。本章从行政许可、行政处罚和行政强制措施等三个领域详细论述了工商行政自由裁量权滥用的具体表现形式，指出工商行政自由裁量权滥用是由自由裁量权所固有的自由、灵活的属性，过于宽泛的授权，不完善的控权机制以及执法人员偏低的素质等因素综合造成的。同时论证了工商行政自由裁量权滥用的性质是行政滥用职权，明确行政滥用职权只发生于自由裁量权领域，工商行政自由裁量权的滥用就是工商行政滥用职权，从而使工商行政自由裁量权滥用的法律控制更具有针对性和可操作性。

第三章工商行政自由裁量权滥用的立法控制。本章分析了工商行政自由裁量权在立法规定上存在的弊端，提出了完善立法控制的具体途径，包括确立权利行使所应遵循的法律原则、适度授权和健全行政程序等手段。

第四章工商行政自由裁量权滥用的司法控制。本章侧重从理论上论述目前工商行政自由裁量权滥用的司法控制机制的现状和不足，指出应当在确立合法且合理的司法审查原则和富于操作性的司法判定标准以及建立参照判例制度等方面具体完善工商行政自由裁量权滥用的司法控制机制。

第五章工商行政自由裁量权滥用的行政控制。本章从完善行政复议制度和加强工商行政管理系统的内部制度建设两个方面进行论述。首先，通过具体的事例分析、论证了实践中工商行政复议制度未完全发挥其控制行政自由裁量权滥用的原因在于“官官相护”和复议机关法律责任规定的不完善。在完善行政复议制度的措施方面，主张修改《行政诉讼法》的相关条款，以强制性的法律责任作为复议机关履行职责的保障。同时结合工商行政管理的实践，论述了通过制定内部制度规范以控制自由裁量权滥用的具体途径，包括建立行政执法检查和具体行政行为的核审、备案制度，从制度上切断工商行政执法的部门利益以及完善法律责任机制，加强对工商行政执法人员滥用自由裁量权行为的惩处等措施。

## 引 言

行政自由裁量权是行政权力的重要组成部分。行政自由裁量权所具有的灵活性使它成为行政主体提高行政效率、实现行政管理目的的一种必不可少的职权，但在实践中行政自由裁量权被滥用又是一个较为普遍的现象。

虽然我国的立法和行政法理已确定了“行政滥用职权”是一种行政违法行为，但立法和法律解释并未对其内涵、表现等作出界定和列举，而且行政滥用职权是行政主体在自由裁量权范围内以合法的形式来掩盖非法目的的违法行为，其实质是违背法律目的、原则。同行政超越职权、行政失职等其他行政违法行为相比，行政滥用职权无论在行为名称的法律语言表述，还是在其内涵及表现形式等方面，均存在着很大的模糊性。这些情况很大程度上影响到人民法院、行政复议机关、行政管理相对人以及社会公众对行政滥用职权的认定和了解，不仅影响到我国行政审判权和行政复议权的准确行使，也不利于行政管理相对人正确运用法律救济手段维护自身的合法权益。

与此同时，为保障日益繁重的行政管理职能的实现，立法部门正大量授予行政机关更加宽泛而又未给以有效控制的自由裁量权，而行政执法人员素质不高，往往违背立法目的，出于不正当考虑而行使自由裁量权。这样就综合导致了目前我国行政滥用职权现象的普遍存在。

工商行政管理机关作为国家主管市场监督管理和行政执法的部门。随着社会主义市场经济体制的逐步确立，国家整顿和规范市场经济秩序工作的加强，其行政职能和执法地位正不断得到强化和提高，立法赋予了工商行政管理机关大量经济执法的行政自由裁量权。但由于上述原因，工商行政执法过程中也产生了大量的滥用行政自由裁量权的行为，影响了国家对市场的有效监管，对国家利益、社会公共利益以及行政相对人的合法权益均造成了严重的危害。因此，加强对工商行政自由裁量权滥用的法律控制，使工商行政自由裁量权的行使符合立法的授权目的，充分发挥其在市场监督管理中的能动作用，无疑是非常重要的。

要的。本文将行政自由裁量权及其滥用的理论与工商行政管理实践相结合，通过探讨工商行政自由裁量权的运行方式、特点，分析工商行政自由裁量权滥用的具体表现形式、形成原因及其性质，研究工商行政自由裁量权滥用的法律控制机制，以期达到有效预防和控制工商行政自由裁量权的滥用、充分发挥工商行政自由裁量权的能动性，使其更好地服务于社会主义市场经济建设有所裨益。

**关键词：**工商 自由裁量权 法律控制

## 目 录

引 言	1
第一章 工商行政自由裁量权概述	3
一、工商行政自由裁量权的概念和特征	3
二、工商行政自由裁量权存在的必要性	5
三、工商行政自由裁量权的存在形式	7
第二章 工商行政自由裁量权滥用的表现形式、成因及其性质	11
一、工商行政自由裁量权滥用的表现形式	11
二、工商行政自由裁量权滥用产生的原因	16
三、工商行政自由裁量权滥用的性质	19
第三章 工商行政自由裁量权滥用的立法控制	26
一、工商行政自由裁量权立法规定的特点及其存在的弊端	26
二、完善立法控制的具体途径	30
第四章 工商行政自由裁量权滥用的司法控制	34
一、工商行政自由裁量权滥用的司法控制机制现状及其缺陷	34
二、完善司法控制的具体途径	37
第五章 工商行政自由裁量权滥用的行政控制	40
一、完善行政复议制度	40
二、加强工商行政管理机关内部的制度建设	43
结束语	
主要参考文献	

## 引 言

行政自由裁量权是行政权力的重要组成部分。行政自由裁量权所具有的灵活性使它成为行政主体提高行政效率、实现行政管理目的的一种必不可少的职权，但在实践中行政自由裁量权又可能被滥用而损害行政管理相对人的合法权益。行政滥用职权是行政违法行为的一种，由于它是行政主体在自由裁量权范围内以形式合法来掩盖非法目的的违法行为，其本质是违背立法目的和宗旨，是一种目的性违法，因而行政滥用职权具有很大的隐蔽性和模糊性，不易为人所识别，加上我国目前对行政滥用职权在行政立法、司法审查等方面的不完善，虽然我国的立法和行政法理已确定了“行政滥用职权”是一种行政违法行为，但立法和法律解释，并未对其内涵、表现等作出界定和列举，而且行政滥用职权是违反法律目的、原则，在法定权限内行使职权，同行政超越职权、行政失职等其他行政违法行为相比，无论在行为名称的法律语言表述，还是内涵及表现形式等方面，均存在着很大的模糊性。这些情况很大程度上影响到人民法院、行政复议机关、行政管理相对人以及广大的社会公众对行政滥用职权的认定和理解，不仅影响到我国行政审判权和行政复议权的准确使用，也不利于行政管理相对人正确运用法律救济等手段维护自身的合法权益以致许多行政滥用职权被当作一般的自由裁量权行使不当，而未得到适时、有效的纠正和惩处与此同时，在行政滥用职权赖以存在的行政自由裁量权领域，为了保障日益繁重的国家行政管理职能的高，目前我国行政滥用职权现象十分普遍。作为国家重要的市场监督管理和行政执法部门之一，立法大量授予行政机关更加宽泛而又未予有效控制的自由裁量权，而行政执法人员素质不高，往往违背法定目的，出于不正当考虑地行使自由裁量权。这样就综合导致了目前我国行政滥用职权现象的普遍存在。

工商行政管理机关作为国家主管市场监督管理和行政执法的部门，随着社会主义市场经济体制的逐步确立，国家整顿和规范市场经济秩序工作的加强，

其行政职能和执法地位正不断得到强化和提高。立法赋予了工商行政管理机关大量经济执法的行政自由裁量权，但由于上述原因，工商行政执法过程中也产生了大量的行政滥用职权行为，对工商行政管理相对人的财产权等合法权益以及国家和社会公共利益造成了严重的危害，本文将行政自由裁量权及其滥用的理论与工商行政管理实践相结合，重点通过对工商自由裁量权的运行方式、特点以及工商行政滥用职权的具体表现形式、形成原因及其性质等问题的探讨，研究对工商行政自由裁量权滥用法律控制途径的完善，以期对有效预防和控制工商行政自由裁量权滥用，充分发挥工商行政管理职能，更好地服务于社会主义市场经济建设有所裨益。

## 第一章 工商行政自由裁量权概述

### 一、工商行政自由裁量权的概念和特征

#### （一）工商行政自由裁量权的概念

行政自由裁量权是现代行政法的基本概念，它伴随着行政职权而存在，并构成行政职权的重要组成部分。美国著名的行政法专家伯纳德·施瓦茨称“自由裁量权是行政权的核心”，“是指行政官员和行政机关拥有的，从可能的作为和不作为中做选择的自由权”。<sup>1</sup>

在我国，有的学者认为，“凡法律没有详细规定，行政机关在处理具体事件时，可以依照自己的判断采取适当的方法的，是自由裁量的行政措施”。<sup>2</sup>有的学者认为“我国的行政自由裁量权应该是行政主体在法定权限范围内就行为条件、行为程序，作出行为与否和作出何种行为方面作合理选择的权力”。<sup>3</sup>

因此，在现代社会，行政自由裁量权只有在法律规定的原则和范围内存在，法律只规定原则，留出适当余地以便执法者自由裁量。参照这些学者的观点，笔者认为，工商行政自由裁量权是指法律、法规赋予工商行政管理机关的一种“机动”权力，是工商行政管理机关依据立法目的和公正合理的原则，在职权范围内自行判断行政行为的条件、自行选择采取最为合适的行为方式及其内容的权力。

#### （二）工商行政自由裁量权的特征

为了保障国家行政管理职能的正常运行，立法赋予行政机关大量的自由裁量权，自由裁量权已日益成为行政权力的核心。目前，工商行政管理部门所拥有的行政职权绝大部分是自由裁量权。根据现代行政法的“行政职权法定主义”原则以及自由裁量权的法律内涵，笔者认为工商行政自由裁量权存在的前提是

1 [美]伯纳德·施瓦茨著：《行政法》，徐炳译，群众出版社1986年10月版，第566页、第567页。

2 王岷灿主编：《行政法概要》，法律出版社1983年6月版，第113页，这是该书对行政措施分类时指出的，可以说是我国对自由裁量权概念的最早表述。

3 朱新力著：《行政法学原理》，浙江大学出版社1995年版，第258页、264页。

工商行政管理机关具有法律、法规规定或授予的行政职能（职权），工商行政自由裁量权的实现则是通过工商行政管理机关为行使行政职权而作出具体行政行为的方式。概括而言，工商行政自由裁量权主要有以下几个方面的特征：

1、工商行政自由裁量权具有法定性。工商行政自由裁量权的存在必须基于法律的规定或授权，即以工商行政职权的存在为前提，它只存在于法律赋予的自由裁量空间内，并以实现职权为目的，没有脱离职权而独立存在的行政自由裁量权。如《广告法》第6条赋予“县级以上人民政府工商行政管理部门是广告监督管理机关”的行政职权，该法第44条第1款规定“广告主提供虚假证明文件的，由广告监督管理机关处以一万元以上十万元以下的罚款”，显然第44条第1款是一个自由裁量权的条款，但如《广告法》未在第6条授予工商行政管理部门对广告的监督管理职权，那么工商行政管理部门也就不享有相应的自由裁量权。可见工商行政自由裁量权是以工商行政职权的存在为前提，并以实现工商行政职权为目的。

2、工商行政自由裁量权具有自主性。它是指工商行政管理机关享有在法律规定的原则和范围内的自由处置权。在自由裁量的范围内，对于法律没有明确规定，或虽有规定但对诸如行为的条件、范围、方式、手段等缺乏具体要求时，如《中华人民共和国企业法人登记管理条例实施细则》规定企业法人及其分支机构登记时必须具备“有必要的并与经营范围相适应的经营场所和设施”的条件，而这一规定缺乏具体的标准，工商行政管理机关有权依据立法目的和公正合理的原则，通过对现实环境和条件的评价，对行为对象的各种考虑，自主判断和选择最为合适的行为方式及其内容。这是工商行政自由裁量权的一个最为显著的特征。工商行政自由裁量权的这种自主选择性为工商行政管理机关根据情势需要充分运用自己的行政经验和技能提供了可能，它决定了工商行政自由裁量权具有相当的自由度和灵活性，但它同时也为工商行政自由裁量权滥用的产生带来了潜在的可能性。

3、工商行政自由裁量权具有相对性。它是一定条件下选择行政行为的权力，其自由是有限度的、相对的，法律只赋予其有限的自由裁量空间，因而工

工商行政管理机关在行使工商行政自由裁量权对某一违法行为进行处罚时，就必须在法律、法规规定的处罚种类、处罚幅度范围内选择适用，受“行政合法性”原则的约束；同时，工商行政自由裁量权即使是在法律规定的幅度范围内，工商行政管理机关也不能违背公平、公正的原则，滥用自由裁量权而任意处罚，还应当受“行政合理性”原则的限制，必须遵循法律授权的目的、精神、原则。此外，工商行政自由裁量权的行使还要受行政复议、行政诉讼等法律制度的审查监督。可见，工商行政自由裁量权只是在法律规定的适用原则和幅度范围内实施，具有相对自由性，绝对自由的裁量权是不存在的。

## 二、工商行政自由裁量权存在的必要性

自由裁量是当代行政发展的重要特征和趋势。行政管理的能动性是实现国家行政管理职能所必须的要素，而行政管理的能动性的实现又依赖行政自由裁量权的运用，于是行政机关享用的自由裁量权也日益增加。可以说，现代行政主要表现为“自由裁量”行政，这构成了行政自由裁量权存在的客观性和必要性的基础。

对于工商行政管理部门而言，行政自由裁量权的存在是现代工商行政执法的必然要求。

### （一）工商行政自由裁量权的存在是充分发挥工商行政管理部门的主观能动性，保证工商行政管理职能和立法意图得以实现的客观需要

工商行政管理部门是市场监督管理和行政执法的政府部门。<sup>4</sup>随着我国建设社会主义市场经济进程的不断深入，国家对工商行政管理部门充分发挥市场监督管理职能和高效行政的要求正日益提高。目前，工商行政管理部门担负着大量综合性的、繁杂的市场监督管理工作。既要依法确认市场经营主体的法律资格，并对其实施监督（如公司的登记管理），又要监督管理所有的市场行为（如商标广告行为、合同行为等）；既要维护国家利益，又要保护生产经营者和消费者的合法权益等等。国家经济生活的每一方面，经济法律、法规的实施，无

4 参见 1998 年国务院批准的新的《国家工商行政管理局职能配置、内设机构和人员编制方案》。

一不在工商行政管理中得到直接或间接的反映,<sup>5</sup>因而工商行政管理活动和职责范围涉及整个市场领域。

随着我国社会主义市场经济的不断发展,我国的市场范围正日益扩大。目前工商行政管理部门已从过去主要管理传统单一的集贸市场,拓展到监督管理包括各种无形市场(如网络市场)在内的具有现代市场经济特征的大市场。市场范围的不断扩大,工商行政管理职能的专业性、技术性也日益增强。由于立法机关制定的法律规范不可能把复杂多变且日益精细的工商行政管理事项包揽无遗,作出详细而具体的规定,而工商行政管理部门有着立法部门所不具备的、无法比拟的专业和技术优势,因此立法部门通常授予工商行政管理机关相应的自由裁量权来及时应对新的市场监督管理问题。正如有学者所指出的,“所谓行政权力的能动性,是指行政主体在执行法律过程中可以有所创造和发挥,可以使法律更具体化、个案化,从而更具有针对性与实际性”。<sup>6</sup>工商行政管理机关可以在行使自由裁量权的过程中,充分利用其专业、技术优势,发挥其自由裁量权的主观能动性,不断总结完善新的市场领域的监管措施,反过来促进立法的完善,从而根本上保证立法赋予工商行政管理部门的市场监督管理行政职能得以实现。

## **(二) 工商行政自由裁量权的存在是弥补立法不足,提高工商行政管理效率的需要。**

市场经济秩序的多元性、复杂性和可变性造成法律、法规客观上不可能预见到市场监督管理形势的全部以及工商行政执法活动可能发生的所有影响。从立法技术上看,立法机关对工商行政管理法律规范的规定不可能详尽无遗,而且行政法律规范又不能朝令夕改,需要保持自身的相对稳定以维护法律的权威。因此,相对于不断变化的市场经济秩序,立法客观上总是处于“不足”或“迟缓”的状态,这样就可能形成工商行政管理法律法规的滞后性与行政效率的冲突。为了弥补法律的不周延性和模糊性带来的不足,使工商行政管理机关

5 参见钟文编著:《工商行政管理学》,武汉大学出版社1998年4月第2版,第22页。

6 孙笑侠著:《法律对行政的控制》,山东人民出版社1999年版,第53页。

不至于在复杂多变的市场监管问题面前束手无策而影响市场监管职能的有效实施，这就要求工商行政管理必须适应纷繁复杂、发展变化的市场经济情况。为适应上述要求，法律有必要设置一个自由裁量的空间，授权工商行政管理部门在这个裁量空间内根据市场监督管理中的具体情形，遵循立法目的、原则，采取适当、合理的行政措施以保障工商行政管理职能的有效实现。如《投机倒把行政处罚暂行条例》第3条第1款以列举形式具体规定了十类投机倒把行为后，为适应市场经济情势的变化，该款第11项又规定“其他扰乱社会主义经济秩序的投机倒把行为”，并在《投机倒把行政处罚暂行条例》第3条第2款规定“前款第12项行为，由省级以上工商行政管理机关根据国家法规和政策认定”。上述这一立法规定正是基于市场经济过程中投机倒把行为可能出现新情况的考虑而作出的。它赋予省级以上工商行政管理机关自主认定新的投机倒把行为的自由裁量权，实践中弥补了工商行政管理法律法规的不足，使许多扰乱市场经济秩序的违法行为得到及时的惩处。由此可见，工商行政自由裁量权的存在适应了我国当前市场监督管理机动灵活和高效行政的要求。

### 三、工商行政自由裁量权的存在形式

#### （一）工商行政许可领域的自由裁量权<sup>7</sup>

行政许可领域的自由裁量权是指工商行政管理部门对于被许可人提交的证明文件是否具备行政许可的法定条件，在审查认定过程中所享有的自由裁量的权力。特别是行政许可法定条件的主观判断因素居多时，这种自由

<sup>7</sup> 目前，我国行政法理论界对于行政许可是羁束行政行为还是自由裁量行政行为，观点不一。有的学者认为“行政许可权是一种行政机关的自由裁量权”（马怀德著：《行政许可》，中国政法大学出版社1994年版，第33页）；有的学者认为“行政许可既有羁束行政行为，又有自由裁量行政行为”（张步洪：“论行政许可的范围”，载《行政法学研究》1997年第2期，第72页）；还有学者认为“行政许可权是一种以羁束性为主，以自由裁量性为辅的权力”，“行政许可是法定行政许可机关的职权和职责，行政许可机关只能根据法律法规的规定作出准许或不准许的决定”，“行政许可机关对申请人是否符合法定条件不能自由裁量，在决定是否许可上也不可能存在自由裁量的情形”（杨解君主编：《行政许可研究》〈国家公务员依法行政丛书〉，人民出版社2001年版，第79—80页）。笔者认为，行政许可应当是一种自由裁量行政行为。法律、法规对于行政许可的法定内容、范围、申请人应提交的证明文件等，虽然作出了规定，但这些规定一般都是原则性、弹性的内容，不可能涵盖行政许可中的一切具体情况。行政许可机关对于具体的行政许可条件或标准，申请人提交的证明文件与行政许可的法定条件是否相符等方面，具有审查认定上的自由裁量权。

裁量性尤其明显。

工商行政许可自由裁量权存在的根本理由在于法律、法规规定的工商行政许可条件一般都是比较原则性的，许可条件不可能涵盖所有许可事项成立所必须具备的具体情况，而且也不可能都是客观性标准，主观性的许可条件（标准）在工商行政许可中占有相当的比重，需要由工商行政管理机关综合具体情况进行裁量认定。目前有关的工商行政许可法律法规为工商行政许可自由裁量权的存在提供了有力的依据。如在企业法人登记许可方面，《中华人民共和国公司法》第19条第5项规定了设立有限公司应当具备的条件之一是“有固定的生产经营场所和必要的经营条件”。这一条款规定的许可条件显然比较原则，它涉及生产经营场所的使用面积、装修条件、租赁期限等许多主观认定因素。这就需要工商行政管理机关了解当地公司注册的实际状况、公司行业特点，结合申请人提交的证明文件，通过自由裁量来审查认定其是否符合该项登记条件。

具体来说，工商行政许可的自由裁量权主要表现在两个阶段：<sup>8</sup>

第一阶段，确定工商行政许可的具体标准、条件和申请材料的内容。工商行政许可的法律、法规只规定了弹性的，含有不确定法律概念的法定许可条件、标准和被许可人应提交的材料内容，而没有规定具体的适用范围和认定标准。工商行政管理部门在法定原则和范围内，根据立法意图和行政许可的实际状况，对许可的法律适用条件、被许可人的提交材料内容等作出合理的裁量、解释，制定切实可行、灵活有效的具体许可标准和条件。

第二阶段，裁量判断被许可人是否合乎标准条件。工商行政管理机关根据具体的标准、条件，结合实际情况，对被许可人提交的材料是否与法定许可条件相符合，是否予以许可登记作审查认定上的自由裁量，包括形式审查和实质审查。

## （二）工商行政处罚领域的自由裁量权

行政处罚领域的自由裁量权包括三个方面：

### 1、对行政相对人的违法行为进行事实和性质认定上的自由裁量权

8 参见马怀德著：《行政许可》，中国政法大学出版社1994年版，第34—35页。

指法律、法规对工商行政管理相对人的某种违法行为的事实构成或性质认定未作详细规定的情况下，工商机关根据相应的标准或解释对行政相对人违法行为的事实和性质进行认定时的自由裁量权。如《投机倒把行政处罚暂行条例》第3条第1款第2项规定“从零售商店或者其他渠道套购紧俏商品，就地加价倒卖的”属于投机倒把行为，但该条款对“紧俏商品”的具体范围以及“套购”的具体方式均未作明确、详细的规定或说明，工商行政管理机关享有根据违法行为发生地的经济发展水平、商品市场行情以及消费热点等情况自主认定上述行为中“紧俏商品”和“套购”等事实要件是否具备，进而认定该行为是否构成投机倒把的自由裁量权。

2、法律、法规对某种违法行为规定了工商行政处罚时具体明确的范围和方式，但这些范围和方式具有可选择性

指工商行政管理机关在对行政管理相对人实施行政处罚的过程中，在选择行政处罚种类、罚款幅度以及决定单处或是并处等方面所拥有的自由裁量权。如《投机倒把行政处罚暂行条例》第9条及《投机倒把行政处罚暂行条例施行细则》第15条规定，对于投机倒把行为，工商部门可以根据违法行为的情节、危害程度等情形，在通报批评、没收违法所得、罚款、责令停业整顿、吊销营业执照等共九个行政处罚种类中选择单处一种或数种并处。处以罚款的，还可以在法定幅度内（具体包括3万元以下、5万元以下、10万元以下以及没收的物品等值20%以下等档次）选择确定具体的罚款数额。

3、对于违法行为情节轻重认定上的自由裁量权

目前，工商行政管理法律、法规的罚则或法律责任中，除对行政相对人违法行为规定了相关的行政处罚种类和幅度外，还有对违法行为“情节轻微”和“情节严重”时给予不同行政处罚的规定。但法律、法规并没有对“情节轻微”、“情节严重”的具体标准作详细的规定，工商行政管理机关对上述具体标准享有自主认定的自由裁量权。

### **（三）工商行政强制措施领域的自由裁量权**

行政强制措施领域的自由裁量权主要有两个方面：

### 1、行政强制措施适用条件上的自由裁量权

目前，工商行政管理的法律、法规对于工商行政强制措施的适用条件并没有作出具体的规定，工商行政管理机关可以在查处有关的违法行为时，自主决定是否行使行政强制措施，因而享有很大的自由裁量权。除《行政处罚法》第 37 条第 2 款对“先行登记保存”明确规定了“证据可能灭失或者以后难以取得”的适用条件外，法律、法规、规章对于工商行政管理部门查封、扣押等行政强制措施的适用条件大多规定得非常模糊。如《中华人民共和国商标法》第 55 条只笼统规定，县级以上工商行政管理部门根据已经取得的违法嫌疑证据或者举报，对涉嫌侵犯他人注册商标专用权的行为进行查处时，可以行使行政强制措施的职权。其中，对于有证据证明是侵犯他人注册商标权的物品，可以查封或者扣押。《工商行政管理机关行政处罚程序暂行规定》第 23 条第 1 款也规定“……法律、行政法规规定扣留、封存等行政强制措施的，可以根据具体情况实施”。可见工商行政管理在决定是否实施行政强制措施时的自由裁量权是很大的。

### 2、工商行政强制措施在实施期限上的自由裁量权

目前，“先行登记保存”、“暂停支付”等行政强制措施的实施期限只由部分法律、法规作出明确的规定，如《工商行政管理机关行政处罚程序暂行规定》第 26 条规定“对于先行登记保存的证据，应当在 7 日内及时作出处理决定……”；《投机倒把行政处罚暂行条例施行细则》第 13 条第 2 款规定“对投机倒把行为人的银行存款……工商行政管理机关可以书面通知其开户银行暂停支付……暂停支付的时间不得超过三个月”；《无照经营查处取缔办法》第 11 条规定“工商行政管理部门实施查封、扣押的期限不得超过 15 日，案情情况复杂的，经县级以上工商行政管理部门主要负责人批准，可以延长 15 日”。绝大多数的工商行政强制措施，法律、法规并未作出有关实施期限方面的规定。因此，工商行政管理部门在实施行政强制措施时基本不受具体期限的约束，享有极大的自由裁量权。

## 第二章 工商行政自由裁量权滥用的表现形式、成因及其性质

工商行政自由裁量权的存在虽然有利于发挥工商行政管理部门的能动作用，实现国家对市场的高效管理，有其合理和必要的一面。但是，工商行政自由裁量权的合理存在，并不意味着它能够永远被合理运用，实践中工商行政自由裁量权被滥用的情况还是大量地存在着。

### 一、工商行政自由裁量权滥用的表现形式

#### （一）行政许可方面

工商行政管理机关在行政许可方面滥用自由裁量权可以发生在许可的各个阶段，但以法定条件的认定、许可受理和许可审查三个阶段最为典型。

1、在行政许可法定条件的认定上，工商行政管理机关没有一定的标准，偏离立法目的，随意进行裁量解释

《公司法》第19条第5项规定设立有限公司必须“有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件”，这是有限公司设立的有关住所和经营条件的比较原则性的条款。立法并没有解决这一法定条件的认定标准问题，主要由工商行政管理机关通过主观裁量来认定。但实践中工商行政管理机关对这一法定条件的裁量认定并没有一个相对客观且统一的标准。对于通常用以衡量住所和经营条件的，诸如场所面积、装修条件、租赁期限等指标的要求不一，往往出于不正当考虑，凭自己主观喜好和申请人的申办“态度”来衡量，对于具备同样的住所和经营条件的申请给予不同的对待，或准予登记、或不予登记，显失公平。这是行政许可中滥用自由裁量权的一种典型表现形式。

2、在许可受理阶段，故意人为地扩大被许可人应提交材料的范围；或者当申请人不能完整提交规定的材料时，故意不一次性告知应补交材料的内容，刁难申请人，致使登记许可迟迟不能进入受理程序

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to [etd@xmu.edu.cn](mailto:etd@xmu.edu.cn) for delivery details.

厦门大学博硕士学位论文摘要库