

行政法学

朱新力 主编

XINGZHENGFA XUE XINGZHENGFA XUE

浙江人民出版社

ZHEJIANG
RENMIN
CHUBANSHE



行 政 法 学

主 编 朱新力
副主编 余 军

浙江人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政法学 / 朱新力主编. - 杭州: 浙江人民出版社,
2002.6

ISBN 7-213-02432-9

I.行… II.朱… III.行政法学 IV.D912.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 042640 号

行政法学

朱新力 主编

- 出版发行 浙江人民出版社
(杭州体育场路 347 号)
封面设计 顾 页
责任校对 张谷年 朱晓阳 李育智
激光照排 杭州天一图文制作有限公司
印 刷 浙江大学印刷厂
(杭州玉古路 20 号)
开 本 880 × 1230 1/32
印 张 15
字 数 40 万
印 数 1 - 10000
版 次 2002 年 6 月第 1 版
2002 年 6 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-213-02432-9/D · 360
定 价 33.00 元
如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

目 录

导 论

第一章 行政法概述	(1)
第一节 行政	(1)
第二节 行政权	(6)
第三节 行政法	(10)
第四节 行政法学	(18)
第二章 行政法的法源	(24)
第一节 法源的内涵	(24)
第二节 成文法源	(25)
第三节 不成文法源	(35)
第四节 行政法律解释	(39)
第三章 行政法的基本原则	(46)
第一节 基本原则的内涵与功能	(46)
第二节 行政法基本原则概说	(49)
第三节 行政合法性原则	(56)
第四节 行政合理性原则	(61)

主 体 论

第四章 行政主体	(67)
第一节 行政主体的内涵	(67)
第二节 行政主体的种类	(69)

第三节	行政机关	(77)
第四节	行政职权与行政职责	(81)
第五章	行政人	(94)
第一节	行政人概述	(94)
第二节	公务员	(96)
第三节	行政公务行为的认定	(104)
第六章	行政相对人	(108)
第一节	行政相对人的内涵和特征	(108)
第二节	相对人的分类	(110)
第三节	相对人的法律地位	(114)

过 程 论

第七章	行政行为概述	(120)
第一节	行政行为的内涵	(120)
第二节	行政行为的成立要件和合法要件	(123)
第三节	行政行为的分类和模式	(128)
第四节	行政行为的效力	(137)
第五节	行政法上行为概念的新视角	(154)
第八章	行政程序	(172)
第一节	行政程序概述	(172)
第二节	行政程序立法	(178)
第三节	行政程序法的模式与原则	(183)
第四节	行政程序法的重要制度	(189)
第九章	行政行为的表现形式(一)	(200)
第一节	行政立法概述	(200)
✓第二节	制定行政法规	(205)
✓第三节	制定行政规章	(215)
✓第四节	制定行政规定	(227)
第十章	行政行为的表现形式(二)	(237)

✓ 第一节	行政许可与行政确认	(237)
✓ 第二节	行政征收与行政征用	(253)
✓ 第三节	行政奖励与行政给付	(257)
✓ 第四节	行政处罚	(263)
✓ 第五节	行政裁决	(276)
✓ 第六节	行政强制	(279)
第十一章	多元行政的表现形式	(300)
第一节	行政计划	(300)
第二节	行政指导	(313)
第三节	行政合同	(324)

救 济 论

第十二章	违法行政行为	(335)
第一节	违法行政行为概述	(335)
第二节	行政超越职权	(339)
第三节	行政滥用职权	(344)
第四节	行政不作为违法	(349)
第五节	违反法定行政程序	(353)
第六节	事实问题瑕疵	(357)
第七节	行政适法错误	(364)
第八节	其他违法行政行为	(367)
第十三章	行政法律责任	(371)
第一节	行政责任概述	(371)
第二节	行政责任的种类	(376)
第三节	行政责任的确认和追究	(380)
第十四章	行政复议	(383)
第一节	行政复议概述	(383)
第二节	行政复议的范围和管辖	(386)
第三节	行政复议机关和参加人	(392)

第四节	行政复议程序·····	(398)
第十五章	行政诉讼·····	(408)
第一节	行政诉讼概述·····	(408)
第二节	行政诉讼受案范围·····	(413)
第三节	行政诉讼管辖·····	(418)
第四节	行政诉讼参加人·····	(422)
第五节	行政诉讼程序·····	(429)
第十六章	行政赔偿·····	(440)
第一节	行政赔偿概述·····	(440)
第二节	行政赔偿范围·····	(448)
第三节	行政赔偿关系中的当事人·····	(454)
第四节	行政赔偿程序·····	(459)
第五节	行政赔偿的方式、计算标准和费用·····	(466)
主要参考书目 ·····		(471)
后 记 ·····		(473)

导论

第一章 行政法概述

第一节 行政

行政法是关于行政的法。这是对行政法概念的一种最直白的描述。从本质上说,行政法是行政(权)与法(治)的对立统一。^①因此,无论是作为法律制度的行政法,还是作为学科的行政法学,都应以“行政”和“行政权”为认识和研究的起点。

一、行政法学上行政的内涵

行政,首先是生活世界中一种自在的现象、一种庞杂的生活事实。然而,由于知识的分类、学科的界限和研究视角的差异,行政的定义变得和行政现象一样丰富和繁杂。

《现代汉语词典》对“行政”的释义是:行使国家权力的(活动);机关、企业、团体等内部管理工作。^②“行政”的英文表达是 Administration,其涵义除了“行政”外,还有“管理”、“执行”、“实施”等意义。由此可见,“执行”、“管理”是“行政”的一项最基本的涵义。

在行政法学领域中,学者们一般从以下三种不同的路径来界定

① 陈端洪著:《中国行政法》,法律出版社1998年版,第33页。

② 中国社会科学语言所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆1996年版,第1409页。

行政的含义:第一种,从行政内涵与外延的范围大小的不同进行界定。第二种,从形式意义和实质意义的行政的区分进行界定。从行使职能的机关的性质着眼,说明行政的含义的,是形式意义上的行政。第三种,从消极的和积极的不同的定义方法进行界定。依这一路径,存在关于行政概念的“消极说”和“积极说”的区分。

在上述三种定义方法中,我们认为,第三种方法最具说明力和理论价值,故本书采此理路对行政法学上行政的含义进行阐释。

(一) 消极说:对行政的消极定义

消极说,是指对行政的概念不作正面的界定,消极地将国家权力中的非行政的部分予以排除从而界定行政的界限。这种定义方法告诉人们,“行政不是什么”,即行政是指除立法、司法以外的国家职能活动。但此说也因存在下列缺失而受到挑战:存在循环定义的可能性。只有在对立法和司法本身界定清晰的情况下,才能对行政的范围有所界定,由此,三个概念之间的界定可能会互相依赖,循环定义。这种定义方法只具有排除的功能,而没有正面建构和启发的作用。

(二) 积极说:对行政的积极定义

这种定义方法是对概念的内涵和本质进行界定,它告诉人们,“行政是什么”。从定义方法本身来讲,这是一种更常见的下定义的方法,而且一般的法律概念多采此种方法进行界定。由于对行政的本质和特征的认识不同,行政概念的表述可谓景象万千。其中,沃尔夫(Hans J. Wolff)提出一项相当著名的定义:公行政的实质意义,是指具有多样性、附有条件或仅是目的取向,亦即于此范围内,受到外在的规律,仅有部分计划且自我参与重要公共事务的实施与形成,而其成员则被指派为处理此等事务的管理人。

依照这种方法所作的定义虽然都能揭示行政的某些重要的特征,但仍没有形成能穷尽所有特征、本质的概念。正如日本学者盐野宏所说的,作为行政的积极定义而展开的论述,实质上不过是将行政

的特征或者倾向予以粗略的描述而已。^①因此,这种追求从内涵、本质对行政进行正面界定的做法,实际上带有相当的随意性,而学者的研究立场和方法是其中主要的影响因素。

(三) 综合说

这种定义方法实际上是把消极的定义内容和积极的定义内容组合在一块儿,从正反两个方面进行界定。此说虽然兼具前两说的优点,但无法避免它们的缺失。而且,两种不同方法的结合,很容易造成前后两部分在逻辑上的不自恰。

(四) 特征描述说

这种界定方法,首先由福斯多夫(Forsthoff)提出,他说:“行政只能加以描述,而无法予以定义。”^②同时,福斯多夫主要从行政功能方面的特征,对行政进行了阐释。

特征描述说企图对行政的实质功能、特色、行政组织、行为形式、行政的周边条件、行政的特色以及行政与宪法、法律的关系等进行界说,不失为一种较完整的界定方法。近来,有不少学者采用消极说并以特征描述说为补充。

(五) 本书对行政的界说

本书认为,对于行政法学上行政的含义的界说,可以参酌上面各说,尤其是消极说和特征描述说。同时,应从一个动态的视角考察现代行政的特征和含义,突破传统行政的藩篱。

为了细致、深刻地解说行政的含义,我们应关注传统行政领域的变迁事实,如行政领域范围的变迁。行政法学上传统的行政^③一般仅指国家行政,它与公行政的外延是一致的。但是,现代行政扩大了行政的组织范围,公行政不仅包括国家行政,还包括非国家的公共组织、社会团体的行政,如足球协会、律师协会、公立学校等的行政活

① [日]盐野宏著:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第5—6页。

② 参见翁岳生编:《行政法》,台湾翰芦图书出版有限公司1998年版,第7页。

③ 行政法学上所指的行政即为公行政,它与私行政相对。在中文的语境中,“行政”一词多被理解为公行政,所以,学者往往直接用行政一词,而不另作划分。

动。我国人民法院在近年来相继审理了一些涉及公立学校的行政案件,如“田永诉北京科技大学案”、“刘燕文诉北京大学案”。另外,行政活动的方式、手段的变化也是值得注意的现象。传统的行政限于对法律的执行,否认行政有政策形成功能、创制规则的能力。然而,现代的行政,除了一定的行政立法行为之外,事实上还大量存在着裁量和判断的空间。这使得行政与立法、司法间的界限变得模糊。总之,类似上述的行政变迁因素是我们界定“行政”的概念时所必须考虑的因素。

二、内部行政与外部行政

根据不同的标准,行政可以分为各种不同的种类。在各种分类中,内部行政与外部行政的划分对于行政主体、行政行为、行政程序、行政责任等的确定有特别重要的意义。

关于内部行政和外部行政的分类一直是我国行政法学研究中的一个焦点,理论上的分歧主要产生于划分标准的各异。有部分学者提出内外行政划分的标准应该是行为——权利标准,即以行政行为与有关主体的权利义务关系为标准,以职权、职务上的权利义务为对象而实施的行政是内部行政;相反,不针对职权、职务上的权利而是针对公民的权利、法人的权利而实施的行政是外部行政。这种观点从根本上解决了行政机关和公务员双重身份产生的矛盾,使内外行政有了明确的界限。

内部行政与外部行政的区别有重要的意义。首先,这种区别为内部行政活动和外部行政活动的划分提供了理论基础,从而使行政诉讼的受案范围更趋明朗。其次,内外行政的划分为行政行为效力的判断提供了标准。内部行政与外部行政各自主体、范围、规范、行为、手段、效果、责任上必须统一,即必须坚持交错无效原则。第三,内外行政的区别也有利于我们把握行政法学的研究方向。以往我国对行政机关和公务员制度过多的重视和对行政行为、行政程序和行政责任颇为单薄的研究表明行政法学脱离了合理的价值目标的指引。行政

法学绝不能将内部行政作为研究的重点,因为该学科存在的价值和目标并非技术性的,而是为了控制行政权不被滥用。当然,内部行政相对于外部行政来说,虽然处于次要的地位,但也是行政法的调整对象之一,是行政法学的研究对象之一。在内部行政中所形成的内部行政关系有上下级行政关系、行政机关与国家公务员的关系等。调整这些内部行政的法主要有行政组织法、行政编制法、国家公务员法以及内部行政程序法等,它们也是行政法学应该关注的内容。

三、行政与法

虽然,学者们对是否存在古代行政法的问题莫衷一是,但几乎都不否认在前资本主义社会中也存在着大量的“关于行政的法”。我们可以认为,这是行政与法的关系的最初形态。到了资本主义社会,在宪政和法治观念的影响下,行政与法的关系中增加了价值的因素,产生了近现代意义上的行政法。行政诉讼制度确立是行政法产生的本质象征。随着“行政国家”、“福利行政”的兴起和行政职能的扩张,行政与法的关系更为密切和微妙。依一般的观念,两者关系主要表现在下列方面:

一为行政是法的执行。法都是抽象、普遍地规定公民的基本权利和义务,但不发生现实效果。行政是法发生实际效果的主要途径之一,它使公民法定的权利义务具体化。

二为行政是法的授权。行政主体必须在立法机关制定的法律范围内行政,而在法律的范围之内,行政主体又享有充分的自由裁量权。至于行政是否都要有法的根据,学术上众说纷纭。我们认为,事事都要有法律根据,行政将无所适从,并会极大地影响行政活动应有的效率,而且,立法机关事实上也无法承担这一任务。当然,在权力行政和非权力的侵害行政领域必须有法律的明白依据。

三为法优先于行政。法是一切行政活动必须遵守的准则。行政不能在无法律根据的情况下给予新权利、科以新义务,也不得在事实上否定、变更法律。

四为法是优化行政的推动器。上述三种消极关系是法治行政的基本内容,然而,就法对行政促进作用而言,两者关系也极为密切。法不仅具有促进行政法治化的功能,为行政作业合法化提供保证,而且还能够提高行政效率、促进行政革新。

第二节 行政权

行政的核心或实质是行政权,几乎行政法的每条原理都可以从行政权的研究中得到阐释。可以说,行政权是行政法的起因和归宿,是全部行政法理论的基点和中心范畴。把行政权作为整个行政法理论体系的基石,不仅具有分析和描述的功能,还具有价值和规范的意义,体现行政法理论的基本价值取向。

一、行政权的由来

一般认为,“行政权”这一词语最早出现在洛克 1690 年的《政府论》一书中。1688 年,英国爆发了著名的旨在反对封建集权的“光荣革命”,作为在这场革命中资产阶级利益代表人之—的洛克在 1689 年和 1690 年完成了政治哲学史上享有盛誉的《政府论》。在该书下篇,洛克提出了立法权、行政权和联盟权三权分立的思想。洛克对司法权的分析仍然是模糊的,但他对政府职能概念的最重要的修正在于他把“执行权”划分为对内的行政权和对外的结盟权。行政权不仅是一个新的名词,而且洛克以“执行法律的权力”为其内涵作了注释。之后的 18 世纪,法国人孟德斯鸠(1689—1755)对英国当时的政制和宪法原则进行了高度的理论总结,他提出“每一个国家都有三种权利:立法权、有关国家事项的行政权、有关民政法规事项的行政权”。他简称第二种为行政权,第三种为司法权。在《论法的精神》—书中,他使行政权成为国家行政机关法定的权限范围的同义语。从此,分权被资产阶级理论家看做是神圣不可侵犯的原则,分权学说也曾被奉为制宪和政治运作的圭臬。在现代社会中,孟氏所设计的纯粹的三权

分立的政制是“上穷碧落，下黄泉”也难寻其踪。一方面，立法机关无声的慢速度和繁文缛节，法院职权行使的局限性迫使行政机关承担更多的任务；另一方面，行政权的扩张又受到传统三权分立理论的阻却。现在的行政机关不仅行使行政权，还广泛行使传统三权分立意义上的立法权（制定临时的或永久的法律，与修正或废止已经制定的法律的权力）和司法权（惩罚犯罪和裁决私人讼争的权力）。这种行政权职能的扩散化和多元化的倾向，使我们有必要重新阐释现代行政权的含义。

二、行政权的内涵

权力是一种通过强制、地位或威望支配他人意志或行为的能力。那么，什么是行政权呢？行政权是一种什么样的能力呢？

传统理论认为行政权是国家行政机关执行法律、管理行政事务的能力。这是孟德斯鸠三权分立与制衡中的精华定义之一。可惜这一定义有时代的局限性，因为定义是在自由资本主义时期国家被当做“守夜人”的思想指导下作出的。在那个时代，“管的最少的政府就是最好的政府”，行政机关、立法机关和司法机关没有太多的职能事务，各机关有充足的时间保证实现各自的职能。但 20 世纪以来，（狭义）政府职能却大量增加了。

现代意义上的行政权的内涵很难从实质意义上进行分析，因为现代各国行政机关行使的权力都来源于法律，尤其是宪法的规定，这些权力是传统意义上的立法权、司法权和行政权的混合。尽管现代国家立法机关行使的仍然是立法权，司法机关行使的仍然是司法权，但行政机关行使的权力却超越了传统的范围。所以，我们给行政权下定义只能从形式意义着手，以实质意义为补充，以法定范围为基础进行。

现代意义的行政权是行政机关职务范围内的法定权力和非行政机关行使的法定的管理国家行政事务的权力。我国的宪法并没有对行政权下明确的定义。所以上述定义只是从行政法学研究范围上考

虑的行政权的内涵。从消极意义上说,我国行政权是除各级人大及其常委会、各级人民法院、各级人民检察院、各级军事指挥机关行使的职务权限外的国家统治权。

行政权是国家统治权的一部分,一个国家的独立意味着社会中的某个阶层掌握了完整的统治权即政权。政权是国家独立存在的标志之一,行政权则多半由国家内的政府行使,且它并不等于国家主权的完整存在。在认识行政权内涵时有一对概念必须明确划分,它们是行政权(力)和权利。权利是一切组织和个人依法进行一定作为或不作为,并要求他人作相应作为或不作为的资格。权力则是一种使他人服从其意志的能力。行政权力以法律授予的范围为界限,法无明文规定的不能为。权利则以法律不禁止为内容,宪法所确定的公民基本权利只是列举的受现行法保护的部分权利。行政权和权利的另一项重要区别为前者是支配力、影响力,拥有者不能随意放弃和转让;后者是一种资格、一种地位,拥有者可以在不违反法律的情况下随意处置。

三、行政权的特征

从法律角度而言,行政权的特征主要表现为以下方面:

第一,执行性。行政权从根本上说,是执行法律和权力机关意志的权力,因此,行政权的运行必须对权力机关负责。行政权的这一特征既使它区别于立法权的决策性和抽象性,又使它不同于司法权的判断性。

第二,法律性。行政权是法定的权力,为法律所设定。行政权在法律之下获得存在和行使的合法性,这便是现代行政权的从属法律性。可见,法治行政是行政权的法律性特征的内在要求。

第三,强制性。行政权的实施以国家强制力为保障,行政管理中的被管理方有服从的义务,其他组织和个人有协助的义务。行政权的强制性一方面根源于权力本身的属性,另一方面也在于行政权的法定性。

第四,优益性。优益权是国家为保障行政机关及其工作人员有效行使行政职权而赋予他们在职务上的优先权和物质上的受益权。如行政主体在行使职务时享有优先通过的权利,从事公务的工作人员的人身受到法律的特别保护。^①

第五,不可处分性。法定范围内的行政权是一种伴随着责任的权力,谁拥有行政权,谁就有义务行使好该权力,否则就要承担相应的法律责任。正是在这种意义上,有学者认为行政权是行政职权和行政责任的结合,也即通常所说的它既是权利又是义务。行政主体不可自由转让和放弃行政权,除非符合法定条件并经过法律程序。

四、我国行政权的内容

对行政权的内容的具体研究是为了进一步研究行政行为的需要,如果从不同的角度列举几项行政权的内容,其意义并不重大。从我国现行的法律文件分析,行政权主要有三项内容:

1. 部分立法权和非法律规范制定权。部分立法权包括职权立法和授权立法两种形式,前者是指行政机关根据宪法和组织法所赋予的行政立法权进行的行政立法活动,这种立法多是为了执行或实现特定法律、法规的规定而进行的立法,以及纯行政事务的立法。后者是指,行政主体根据单行法律和法规或授权决议所授予的立法权而进行的立法,这种立法多为创制性或补充性立法。非法律规范制定权是行政主体在职务范围内就其管辖区域中发布普遍性规则的权力,在实践中,这种制定权所制定的文件往往称为“规章以下的规范性文件”,本书称为行政规定。这类规范性文件不能违背现行的法律、法规

^① 如,《中华人民共和国国家安全法》(1993年2月22日正式施行)第9条第1款规定:“国家安全机关的工作人员在依法执行紧急任务的情况下,经出示相应证件,可以优先乘坐公共交通工具,遇交通阻碍时,优先通行。”《中华人民共和国人民警察法》(1995年2月28日正式施行)第13条第2款规定:“公安机关因侦查罪犯的需要,必要时,按照国家有关规定,可以优先使用机关、团体、企业事业组织和个人的交通工具、通讯工具、场地和建筑物,用后应当及时归还。”

的行政活动包括行政活动的组织、行政活动的手段、行政活动的方式,以及行政活动的监督和责任全部过程在内。影响大的法国行政法论著不仅论述行政权力、行政权利的行使以及补救,而且还涉及各种形式的行政机关、行政规章制定权的行使和限制、公务法、行政财产的取得和管理、公共事务和行政责任(分为合同责任、准合同责任和侵权行为责任)等问题。^①

大陆法系中最早将行政法视为一个独立的法律科学予以研究的是德国法学家奥托·迈耶(Otto Mayer 1846—1924),他认为“行政法是关于行政之法,属于行政之法”。现在在德国,这种简单的定义已被注入更具体的内容。多数在行政法概念上作出努力的学者几乎都采纳了沃尔夫和巴巧夫(Wolff and Bachof)的基本观点。这两位学者认为:“行政法在广义上是公共行政机关据以操作的法律规则之总和;在狭义上则是关于公共行政机关主体之主权利的法律规则之总和。行政法属于公法的一个部门,它有别于那些即使适用于行政机关的私法。”^②另外,德国行政法学者哈特穆特·毛雷尔认为“行政法是指以特有的方式调整行政——行政行为、行政程序和行政组织——的(成文或者不成文)法律规范的总称”^③。

日本最早研究行政法的学者可以追溯到宪法学家美浓部达吉(1873—1948),他在《行政法概要》一书中写道:“行政法是国内公法的一部分,是规定行政权之组织及作为行政主体的国家和公共团体同其所属人民之间关系的法。”这是战前最权威的观点。战后,南博方教授将行政法定义为“有关行政的法”。这一定义虽然简单,但他却是现代日本行政法学界著述中简练而完备之定义。由室井力主编的《日本现代行政法》一书考虑到公私法划分的困难性和现代行政的特点,

① [美]伯纳德·施瓦茨著:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第1—2页。

② [印]M. P. 赛夫著:《德国行政法》,周伟译,台湾五南图书出版公司1991年版,第6页。

③ [德]哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第33页。