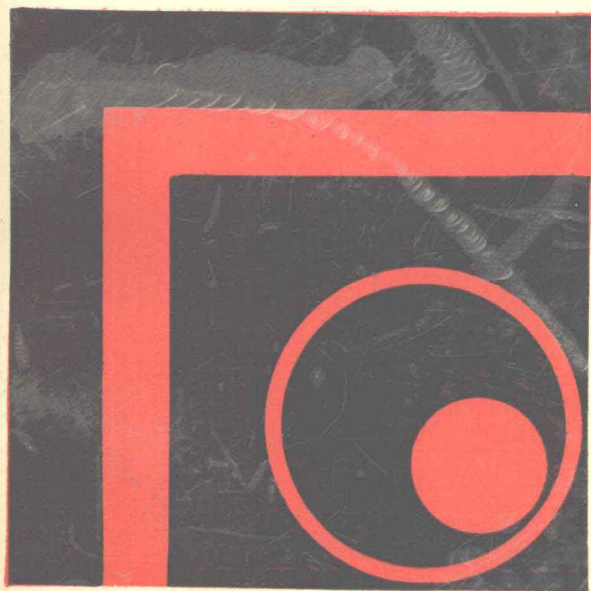


于 安 主编

政府行政 法律行为

——行政诉讼法配套法规综述



四川人民出版社

政府行政法律行为

——行政诉讼法配套法规综述

于 安 主编

四川人民出版社

一九九二年·成都

(川) 新登字001号

特约编辑：张 琳

责任编辑：袁久勇

封面设计：李庆雯

技术设计：凌志云

政府行政法律行为

——行政诉讼法配套法规综述

于安 主编

四川人民出版社出版（成都盐道街3号）

四川省新华书店经销

成都印刷一厂印刷

开本850×1168 mm 1/32 印张8.625 插页4 字数230千

1992年8月第1版 1992年8月第1次印刷

ISBN7-220-01700-6/D·370 印数：1—4,000

定价：5.30元（软精装）

序 言

行政诉讼法的配套行政法规，已经或将要由国务院发布施行。根据1990年9月1日国务院贯彻实施行政诉讼法电话会议上国务院秘书长的报告，国务院在行政诉讼法的配套法规方面，计划起草制定行政复议、行政赔偿、行政处罚、行政强制执行和行政规章制定等行政法规。这些法规的草拟工作于1990年上半年就陆续进行了。我有幸参加了法规的起草、论证工作。为了使人们了解制定这些法规的必要性和所面临的问题，我发起编写这本小册子，请国务院和财政部直接参加或具体负责这些法规草拟工作的几位同志，撰稿介绍这些领域的实际情况和制定法规解决问题的基本思路。为了从整体上把握上述问题，我和四川省法制局的宋晓辉同志还从行政法、行政行为和行为主体原理三方面作了一些探讨。全书主要是从中国行政管理和立法现状出发，较少因循常说，对通过配套立法建立中国行政行为法基本制度的框架进行立法对策研究和理论规则的探讨。相信这本书会对人们更深层次地了解我国基本行政法律制度的建设有所帮助。

配套法规是实施行政诉讼法最重要的实体行政法和程序行政法。没有它们行政诉讼法就犹如无用武之地的一纸空文，形同虚设。规定行政实体和程序权利的法律有基本法和单行法之分。

基本法规定同一类权利的共同规则，单行法仅规定某一项具体的权利。《行政诉讼法》对行政法主体权利的保护采取了概括和列举相结合的形式。对于列举的权利，法院靠单行法规就可以进行行政审判工作。对于概括的权利，法院则必须借助于和依据于综合性的基本法规才能作出裁判。我们所说的配套法规就是涉及国家基本行政制度的综合性行政法规。例如，《行政处罚条例》规定了各种行政处罚都必须遵守的共同准则，而限于治安或其他某一个单项的处罚。由此可见，配套法规对于实现行政诉讼法规定的诉讼目的和诉讼功能是不可或缺的。不仅如此，配套法规还为国家行政管理活动提供了必要的法律依据。长期以来，我国关于行政管理的法律法规多是单行单项的，缺少反映行政管理某一领域共同特征的法律准则。行政活动的统一，行政管理的公正，行政关系的协调和行政监督都缺少必要的法律基础和保证。行政诉讼法的颁布和实施，对行政管理的统一、公正、协调提出了更高的要求。为了减少行政违法、不当行为，使行政效率和行政相对方的权利都得到保障，行政活动有所遵循，需要逐步建立健全涉及国家基本行政制度的立法。行政诉讼法配套法规的制定就反映了这一要求。配套法规都是关于行政法总则部分的，可以看作是基本制度法典化的努力。经过一段时间的实施，积累经验，它们还可能通过全国人大的立法程序上升为正式的法律。因此，对配套法规的学习和运用，就远远超出了一般行政法规的意义。熟悉了这些内容，就可以说对行政法行政行为部分的内容有了比较全面的了解。

这些法规所以叫配套法规，在于它们是实施行政诉讼法所必需的。有些法规虽然目前尚未出台，但该领域存在的问题却是在实施行政诉讼法中客观存在，确实需要解决的。

本书撰稿分工如下：

于 安：第一、二章；

宋晓辉：第三章；

汪永清：第四、六章；

姚 胜：第五章；

贾苑生：第七章；

吕锡伟：第八章。

全书由于安负责统纂审定。

于 安

1992年5月于重庆

目 录

序言

第一章 行政法的基本原理

- 第一节 行政法的概念····· (1)
- 第二节 行政法律规范的特征····· (14)
- 第三节 行政法的基本原则····· (17)
- 第四节 行政法律关系····· (23)

第二章 行政法律行为的基本原理

- 第一节 行政行为理论的由来····· (39)
- 第二节 行政行为的概念····· (45)
- 第三节 具体行政行为的构成要件和效力····· (55)
- 第四节 具体行政行为效力的变化····· (57)

第三章 行政法律行为主体

- 第一节 行政行为主体和行政机关组织法····· (59)
- 第二节 行政行为主体的种类和法律地位····· (64)
- 第三节 一般行政行为主体····· (68)
- 第四节 特别行政行为主体····· (73)
- 第五节 行政实践中的两个主体问题····· (79)

第四章 行政复议

第一节	行政复议行为	(84)
第二节	申请复议	(94)
第三节	申请与受理	(107)
第四节	审理与决定	(115)
第五章 行政赔偿		
第一节	概述	(124)
第二节	政府行政赔偿责任的构成要件	(142)
第三节	政府行政赔偿的方式和标准	(154)
第四节	对有关责任人员的追偿	(164)
第五节	政府行政赔偿的程序	(167)
第六节	政府行政赔偿的经费开支	(171)
第六章 行政处罚		
第一节	行政处罚行为的概念、特征和原则	(173)
第二节	行政处罚行为的种类和法律依据	(182)
第三节	行政处罚行为的主体资格	(189)
第四节	实施行政处罚行为的条件和权限划分	(193)
第七章 行政强制执行		
第一节	行政强制执行的概述	(203)
第二节	行政强制执行的范围	(211)
第三节	行政强制执行的主体及其权限划分	(217)
第四节	行政强制执行方式及其分类	(224)
第五节	行政强制执行程序	(229)
第六节	行政强制执行的救济	(235)
第八章 行政规章制定		
第一节	行政规章的由来和问题	(240)
第二节	制定行政规章的主要制度	(244)

第一章 行政法的基本原理

行政法是由许多法律规则构成的。宛如和谐有序集合于一个主题的镶嵌图或形成主旋律的音符组合，法律规则之间有着内在联系，形成一个独立的法律结合体。体现行政法律规则之间内在关系，反映行政法本质特征的行政法主题或行政法基本精神，是行政法原理要素。对这种要素的产生条件、作用形式的系统说明和阐释，即是行政法的基本原理的结构物。行政法基本原理具体表现为行政法的基本原则和基本概念。行政法基本原理是人们对行政法产生发展规律和制约因素的探索和揭示，有助于人们认识行政法发生的必然性和把握它的发展方向。借助行政法基本原理，国家机关可以自觉地建立符合客观规律的行政法律秩序，被管理者可以积极主动地认同和主张自己的行政法上的权利，从而使国家、公民和社会组织之间的利益关系在法律指导和保障下发生、变更和消灭。

第一节 行政法的概念

行政法的概念即行政法的本质特征问题，是行政法基本原理

中抽象程度最高、理论指导意义最大的法律问题和理论问题。它是人们关于行政法的政治观念、法律价值和社会调节作用的集中体现，是建立行政法理论体系和法律制度的出发点和依据。确定行政法概念的根本问题是界定行政法的标准或根据。

行政法作为国家法律体系中一个部门法的概念，实际上是国家或法学家依据一定标准对法律规则进行分类的结果，而不是一个或若干个法律文件的名称。划分法律部门的标准不是任意能够确定的，它需要有关于法律主体资格和地位的共同特征和共同规则，主体法律行为的共同特征和进行法律评价的一般标准，法律主体对意志行为承担法律后果的一般形式作基础。例如，1979年颁布的《中华人民共和国刑法》和1986年颁布的《中华人民共和国民法通则》，对刑事法律规范和民事法律规范的构成各自独立部门法的上述基础作了系统的规定。我国行政法没有《民法通则》和《刑法》那样的法典或准法典，回答中国行政法概念问题是有相当难度的。依靠法典解决法律部门划分，是实行德国式成文法制度国家的特殊需要。中国、日本都属于这种情况。呼唤行政法法典化最强烈的不过是德国、奥地利以及其法律制度的承受国。对于其他国家来说，在划分法律部门上，重要因素是法律主体、法律行为和法律责任方面的共同特征和共同规则是否存在，而不是这种规则是以法典还是别的什么形式出现，更不是是否有关于行政的个别法律文件和法律规则的存在。法国是最早实行行政法的国家。法国人自己说行政法的起点是19世纪70年代以后。正是从那以后到第一次世界大战，法国通过行政法院的判例形成了关于行政活动的一系列共同规则或经典规则。这些共同规则为建立独立的行政法部门提供了基础。英国至今对英国是否存在行政法并未取得一致认识。英国最高司法机关议会上院的判例解释是前后矛盾的。这并不是说英国行政机关行使职权可以不守法，

没有法律依据。英国人说政府守法问题是13世纪大宪章颁行以来英国法律一直注视的基本问题，但却不能说自那时起英国就有行政法了。英国行政法问题的症结是，处理行政法律问题的一般规则和处理其他问题的法律规则并没有什么原则上的不同。英国公法和私法的区别，如果存在的话，那就是它们是法律适用对象的不同，而不是法律规则本身的不同。即英国无论是公民还是首相，或英王代表的政府，都只受普通法的拘束，受普通法院的管辖。仅从法院诉讼而言，英国行政案件的大量出现只是本世纪60年代以后的事情。英国法院的立场对英国法律是至关重要的。但我国学术界有人认为我国行政法已有几百年历史，行政诉讼是传统的三大诉讼之一，这些不分国别不分历史的看法，缺少具体分析。总之，在缺少行政法律主体、主体法律行为和法律责任的共同规则的情况下，简单地以具有某种特殊性的社会关系作为划分法律部门的依据，显得过于单薄了。例如，说行政法是关于行政机关组织和活动的法律，是调整行政关系的法律。这个概括有合理的成份，但是缺陷很多。关于行政活动和行政组织的法律并不只是行政法，调整行政关系的至少有5个以上法律部门。这一点将在下面作更详细的分析。如果我们把行政法的概念建立于一系列独特的有别于其他法律部门的共同性法律规则或理论规则之上，那么这样的行政法概念就可以为人们认识和接受行政法的独立地位提供真正有价值的理论指导。1989年颁布的《中华人民共和国行政诉讼法》和涉及行政法律基本制度的配套法规，例如，《行政复议条例》、《行政处罚条例》、《行政赔偿条例》、《行政规章制定条例》、《行政强制执行条例》，为我们概括行政法概念提供了上述所说的大部分共同规则基础。需要指出的是，法律仅仅提供了基础而不是概念本身，因此，这里或其他法学著作中的行政法概念仍然只能是理论概念，而不是国家意志。尽管理论概括的

法律基础是统一明确的，但由于理论概括的立足点、概括方法、观察分析方法、思维结构、表达方式等方面的差异，国内行政法基本概念的不统一是正常的。

概括行政法概念的第一个问题，是方法的选择。行政法的概括方法，应与其他部门法概念的概括方法保持必要的协调。行政法所涉及的社会主体的利益关系，要求主体双方的合法行为以权利（和权力）为基础来解决利益关系的产生、变更和消灭的问题。这与刑法仅以诉讼行为解决国家惩治罪犯的极端的反社会行为问题是不同的。所以行政法不能采取刑法的划分标准来解决它的部门法地位问题，但却可以以民法的划分方法作为它的参照面，因为民法所涉及的社会主体的利益关系，也是要求利益关系的变化以双方主体的合法行为来形成，这种合法行为的基础都是法律上的权利。根据我国《民法通则》第2条的规定，我国民法的划分标准是一定性质的社会关系。这种关系的涵义至少包括两个要素：该社会关系的主体及其主体间的法律地位的性质；该社会关系的内容范围及其性质。王汉斌同志关于民法通则（草案）的说明中的以下一段话，说明一定的社会关系是界定行政法的标准：“政府对经济的管理，国家和企业之间以及企业内部等纵向经济关系或者行政管理关系，不是平等主体之间的经济关系，主要由经济法、行政法调整……。”应当说，以一定性质的社会关系作为划分行政法的基础是有立法和理论上的合理性和依据的。这种社会关系具有行政性质的社会关系，可以称为行政关系或行政管理关系。

研究行政关系的第一个问题是以什么标准来确定行政关系中的行政性质。只有解决了行政的问题，才能说明什么是行政关系。行政是行政关系的内涵和基础，行政关系是行政的社会形式。国内行政法学术著作往往从实质意义去研究讨论行政法概念

中的行政，注重从政治、制度、公共行政学的角度去说明行政是国家的组织活动，是决策执行诸过程的总称。这在它们的本身意义上都是正确的。但这忽视了行政法概念中的行政，是要解决行政法调整对象问题，而不是研究行政的本质问题。所以，简单地引述政治制度和公共行政学关于“行政”的既有定义并不能解决确立行政法部门法地位的问题。研究行政法概念中的行政，应当首先正确地认识和确定行政法概念中的行政涵义的目的性、历史性和可能性。我们不是简单地对行政作语言学上的辨析，也不是泛泛地讨论行政法的政治基础或对公共行政学的借鉴问题。行政法上的行政有着自身固有的规定性。我们也许完全不可能对行政法上的行政，作出像民法、刑法中的民事、刑事涵义那样的，具有巨大历史覆盖面和历史连续性的结论。因为，第一，同我们今天所熟悉的成文法相联系并受其约束的行政，在中国也许是最欠历史性的；第二，在与法相联系的行政的“历史”发展中，其历史的连续性也许是最难加以论证的。国家职能的演变和国家制度发展的阶段性，可以说明我们所说的上述两点理由不是完全没有根据的。对行政涵义的确定，除了受历史跨度和连续性的限制外，还受到地域性的制约，这也是行政法同民法、刑法等部门法的不同之处。尽管各国行政法制度和学说存在模仿、借鉴以致移植的情况，但发现几个国家的行政法制度和学说完全相同的情况并不多见，也许我们完全不可能找到或概括出各国都能接受的共同的行政法的概念和共同的行政法上行政的含义。我们可能做到的是行政法上行政的概括仅仅只能是属于特定国度的。我们研究行政法上行政涵义的目的，是为了找到一种与现行成文法相联系的，确定具有行政性质的社会行为的标准。

人们的社会行为的行政性质，是指该行为具有国家行政职能的基本特征并受到国家行政制度的制约。行政职能是指全部国家

行政功能和作用的总和。行政制度则是指这种职能的政治性质和采取的政治形式和法律形式，以及在形成、实现这种职能中所产生的政治法律关系。在我国这样的实行成文宪法的国家，对于国家行政职能划分标准的研究完全可以以现行宪法的法条和法理为基础和原则，以单行的现行法律和行政、司法实践为依据加以概括。从这个思路展开，我们可以首先确定判断认识行政法上行政的原则标准：国家机构标准。即是说原则上只要是由国务院和地方各级人民政府进行的活动，就都认为具有国家行政的性质。不论这种活动是完全个案的执行活动，还是属于制定普遍性行为准则或裁判法律纠纷的活动。其他国家机关，例如军事指挥机关、审判机关的某些活动即使在活动的内容与方式上同行政机关的活动基本或完全相同，也不认为是行政性质的活动。国家机构标准实际上是宪法标准，也是形式的标准。这个标准在判断作用上具有原则性和稳定性。但是从行政、司法实际出发，这个原则性标准尚需要一些（而不是一个）次级标准的补充，以便解决不同时期、不同领域和事物发展不同阶段上的行政法问题。根据目前的立法概貌和立法方向，可提出作为原则标准补充的两个次级标准。第一，诉讼法标准。即以1989年颁布的《中华人民共和国民事诉讼法》的受案范围和其他法条作为判断行政法上行政的标准。它实际上没有突破宪法标准，而是它的具体化。提出这个标准的基本理论在于该法在建立国家基本行政法律制度中的中心地位。涉及国家基本行政法律制度的立法，像《行政复议条例》、《行政处罚条例》、《行政强制执行条例》和《行政赔偿条例》等都是以前述诉讼法为中心，作为诉讼法的配套法规制定发布的，诉讼法的受案范围同国家行政方面实体立法在数量上的覆盖面，虽远不是完全性的，但已达到了基本重合的程度。例如，行政机关的抽象行政行为不属于受案范围。从实际情况看，这方面也确实

缺少充分的立法基础。国家组织法规定行政机关原则上仅可制定非自主性规章，而行政机关制定的规章却基本上都是自主性的。至于这是立法脱离实际，或是行政活动离开法律太远尚属讨论研究之列，过早作出结论也许有些轻率。这样看来，从立法实际观察，以诉讼法作为判断现实行政的次级标准并非没有依据。但它也有明显的缺陷，在司法审查范围以外，确实还有大量的行为受到法律的约束。没有司法救济就没有法律约束的理论在中国难以成立。所以，我们还可以提出第二个次级标准：权利分离标准。这个标准是以行政权力接受者的法律地位来判断行政活动的法律意义。接受国家权力强制性影响和约束的社会主体，应当具有与国家行政机关相分离的相对独立的法律权利，它可以在法律允许的范围内以自己的意志为基础进行各种活动。如果不是这样，被管理方对行政机关的各种强制性要求所引起的后果就不具有法律上的责任，那么行政机关的活动当然就不具备行政法的意义。这两个次级标准，实际上是从不同的角度，对原则性标准的限制与扩张。所谓不同的角度，就是说它们是在不同的场合同原则标准结合运用的。总之，对于判断行政法意义的行政活动的标准，应当在宪法意义的原则标准较稳定地发挥作用的前提下，根据国家行政职能及其实现方式的变化，行政立法的内容与发展，来确定和变更补充性的次级标准。

行政，无论是主体意义上的国家组织还是行为意义上的国家作用，都是相对于社会而言，在社会矛盾中产生发展的。法律的作用是通过对社会关系的调整体现出来的。反过来，对法律作用范围的界定也要取得稳定性质的社会关系来说明。行政活动会引起不同性质的多种社会关系，就不可能仅由某一个法律部门独立地进行调整。行政法仅仅是调整与行政相联系的社会关系的一个法律部门。一个行政活动不具有行政法的意义，但可能具有其他

法律部门的效果。在前面我们对行政法上行政意义所在的分析的基础上，再从行政活动引起的社会关系的角度上，对界定行政法的标准作进一步的研究，区分行政法同相邻法律部门的关系，以便最终确定行政法的调整对象及其范围，形成关于行政法的正确概念。

行政活动的根本目的是实现国家的行政职能，行政活动的一切效果都应当由国家吸收和承担。行政机关可以以不同的形式和手段来形成不同的社会关系以实现行政职能，但这些关系并不都具有国家性质。法律仅仅约束人们的外在行为，并针对行为的不同形式作出法律的评价。我们对行政机关的活动所引起的社会关系的分析，主要是根据其活动的形式和手段。在我国现行施行的法律范围内，行政机关为实现国家行政职能至少会形成以下这些社会关系（能与法律相联系的）：

第一，行政机关为追究、惩罚犯罪在预审、拘留、逮捕等活动中同刑事被告、人民法院、人民检察院之间发生的刑事诉讼关系；

第二，行政机关代表国家同其他国家和国际组织之间发生的外交和其他国际关系；

第三，行政机关同整体意义（或政治意义）的人民及其代表机关之间发生的政治关系（组织关系）；

第四，行政机关之间的行政职权关系；

第五，行政机关同行政机关工作人员之间为行使国家行政职权发生的行政职务关系；

第六，行政机关行使国家权力同公民、法人和其他组织之间的行政管理关系；

第七，第六种社会关系客观上产生涉及国家根本制度和整体利益的效果时，该种关系是政治性质的社会关系；

第八，行政机关以平等协商、等价有偿的形式同公民、法人和其他组织发生的财产关系和其他民事关系；

第九，行政机关以国家政治代表和全民财产代表者的双重身份同全民所有制单位及其委派的国家干部之间发生的职务关系、财产关系和其他计划命令关系和指导关系；

第十，行政机关根据法律和人民代表机关的授权以其他形式活动时发生的社会关系。

如果我们以行政机关的参加为依据，将上述各类社会关系概括地称为行政关系和带有行政因素的其他社会关系，就很难有理由说行政法的调整对象是全部行政关系和带有行政因素的其他社会关系。原因很清楚，我们所说的“行政”是以国家机构而不是以行为特征为标准划分的。对于以上所说的各类社会关系，应当分别由宪法和宪法性法律（政治关系、组织关系和政治性的行政管理关系）、刑法和刑事诉讼法（刑事诉讼关系）、国际法（外交关系和其他国际关系）、民法（平等主体间的财产关系和其他民事关系）、经济法（行政机关以全民所有制财产代表者和政治权力代表者双重身份同全民所有制单位之间发生的财产关系）、行政法及国家可能设立的其他部门法加以调整。行政法的调整对象应当是—定范围的行政关系。

为行政法调整的行政关系不应当与现行其他部门法所调整的行政关系相重合。如果法律部门的划分标准是一致的，那么依这个标准所产生的两种以上的法律部门在调整对象上就不应当交叉或重合。即使由不同划分标准产生的法律部门在调整对象上产生密切的联系或重合，那么被调整的社会关系也应当有程度（如刑法与其他部门法的关系）上的差别，否则就不能说由各个部门法和根本法所构成的法律体系的内部结构关系是和谐统一的。从这个立场出发，行政法所调整的行政关系的范围应当容纳以下各