

普通高等教育“十三五”规划教材

行政法学

XINGZHENFAXUE



赠教学课件

杜慧 刘璐 黎飞 主编



延边大学出版社

系列

系列

普通高等教育“十三五”规划教材

行政法学

杜慧 刘璐 黎飞 编著

延边大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政法学 / 杜慧, 刘璐, 黎飞编著. -- 延吉 : 延边大学出版社, 2016.10

ISBN 978-7-5688-1434-8

I. ①行… II. ①杜… ②刘… ③黎… III. ①行政法学-中国-高等学校-教材 IV. ①D922.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 252313 号

行政法学

编著:杜慧 刘璐 黎飞

责任编辑:李 宁

封面设计:曾宪春

出版发行:延边大学出版社

社址:吉林省延吉市公园路 977 号 邮编:133002

网址:<http://www.ydcbs.com>

E-mail:ydcbs@ydcbs.com

电话:0433-2732435

传真:0433-2732434

发行部电话:0433-2732442

传真:0433-2733266

印刷:北京文星印刷厂

开本:787×1092 毫米 1/16

印张:13.5

字数:300 千字

版次:2016 年 10 月第 1 版

印次:2016 年 10 月第 1 次

ISBN 978-7-5688-1434-8

定价:36.00 元

前 言

民主法治是衡量国家治理体系和治理能力现代化的重要标准之一。建设法治国家,必须以法治政府与法治社会建设为核心。国家公共权力机关只能在法的规制下行使权力,严格遵循职权法定、越权无效的原则,只有将行政权力置于法的规制之下,行政权力才可能规范行使,才有可能避免行政权力被恣意滥用,才能保障公民的权利不被公权力侵害,整个社会才可能正常、健康地发展。同样,社会成员的权利和行为也必须在法的规制之下,只有养成全体公民知法、懂法、遵法的行为习惯,依法参与国家事务和公共事务的管理,依法表达利益维护自己的权利,才能保障社会行为规范有序,社会矛盾才能得到有效解决,和谐社会才能实现。

行政法不仅是限制政府权力的法,也是保障公民权利的法。随着我国法治政府、法治社会建设的推进,行政法学有效发挥了教育培养公共管理者运用法治思维和法治方式解决公共问题的作用,因而在公共管理专业教育中的地位和作用也日益凸显,不仅成为大学教育的基础课程,还是各类干部教育培训的核心课程。

本书共由八章组成,其具体内容是:行政与行政法、行政法的基本原理、行政法律关系主体、行政行为与行政程序法、行政程序法的基本原则和基本制度、行政立法、具体行政行为、行政合同与行政指导、行政法制监督与行政救济。本书以“行政行为”这一概念为核心,以“行政行为的形式论”为基础,融入“行政过程论”的视角,展示了我们在行政法学研究中不断探索的新成果,构筑起一种新的逻辑严密的当代行政法总论体系。

此外,在本书编写的过程中,我们借鉴了许多文献资料,在这里向这些文献的作者致以最诚挚的谢意!

编者

目 录

第一章 行政与行政法	1
第一节 行政的概念	1
第三节 行政与行政法的关系	7
第二章 行政法的基本原理	10
第一节 基本原则与基本原理	10
第二节 行政法上的基本原则概观	11
第三节 行政法的基本原则	13
第四节 行政法基本原理的构成	18
第三章 行政法律关系主体	24
第一节 行政关系与行政法律关系	24
第二节 行政主体	34
第三节 行政人	42
第四节 相对人	50
第四章 行政行为与行政程序法	57
第一节 行政行为的特征和内容	57
第二节 行政行为的种类和效力	60
第三节 行政行为的程序约束	66
第四节 行政程序法的基本原则和基本制度	68
第五章 行政立法	71
第一节 委任立法与行政立法	71
第二节 行政法规	77
第三节 规章	79
第四节 行政规则	82
第六章 具体行政行为	87
第一节 行政命令	87

第二节	行政征收	90
第三节	行政许可	94
第四节	行政确认	116
第五节	行政监督检查	120
第六节	行政处罚	125
第七节	行政强制	144
第八节	行政给付	151
第九节	行政奖励	154
第十节	行政裁决	156
第七章 行政合同与行政指导		162
第一节	行政合同	162
第二节	行政指导	168
第八章 行政法制监督与行政救济		171
第一节	行政法律责任	171
第二节	行政法制监督	174
第三节	行政救济	177
第四节	行政复议	179
第五节	行政诉讼	186
第六节	行政赔偿	202
参考文献		209

第一章 行政与行政法

行政法与行政的关系密切，行政法是指“有关行政的国内公法”，因此，定义“行政”的概念是确定行政法的概念、性质、对象、范围等的前提。

第一节 行政的概念

“行政”这一用语在政治学、行政学、行政法学等以及人们的日常生活中被广泛使用。对于该用语，人们从不同的角度赋予其不同的含义。但行政法学上的“行政”概念与其他学科并不完全相同，具有行政法上的特殊意义。

一、行政概念的产生

“行政”一词在我国古已有之，例如，《纲鉴易知录》中曾记载“召公、周公行政”，其意为执行政令、推行政务，但这种“行政”与近现代意义上的行政概念并不完全相同。近现代意义上的行政概念的产生以分权理论的提出、“三权分立”原则的确立为前提，即行政从国家权力中分离而产生。但在封建国家时期，由于不存在近现代意义上的分权，国家统治权作为一个整体由皇帝或国王所掌握，虽然在官僚集团内部也存在着一定的分工，但并没有形成近现代意义上的行政或行政权。

最早提出分权思想的是古希腊哲学家亚里士多德，他认为“一切政体都有三个要素”，即议事、行政、审判。其后，洛克在《政府论》中认为“立法权与执行权是分立的”，在此基础上，孟德斯鸠明确提出“每一个国家有三种权力：（一）立法权力；（二）有关国际法事项的行政权力；（三）有关民政法规事项的行政权力”，即立法权、行政权、司法权的分立。这种“三权分立”的思想决定了资本主义的国家制度，现代资本主义的国家制度就是以此为基础建立的。当然，“三权分立”仅仅是一种理想的状态，在现实中严格意义上的“三权分立”是不可能存在的，特别是随着现代行政的发展，行政机关的职能不断扩大而兼有部分立法与司法的职能，使得“三权”之间出现融合趋势。与此相对应，我国作为社会主义国家，实行“议行合一”的人民代表大会制度，否定“三权”之间的分立，而承认国家职能的分工。但无论是“三权分立”还是国家职能分工，行政作为一个相对独立的国家权力由此而确立。

二、有关行政概念的理论

在行政法学中，有关行政的概念大致可分为消极说与积极说，其中的积极说又可分为实质说以及形式说。

（一）消极说

1. 消极说的主要观点

消极说以“三权分立”理论为基础，认为行政权是从国家权力中排除立法权与司法权的部分，行政是指国家作用中除了立法、司法之外的事项，故又被称为“控除说”、“排除说”、“除外说”、“蒸馏说”等。

鉴于行政的复杂性、多样性以及易变性，消极说认为不可能，也没有必要明确行政的内容，而且明确行政的实质性内容往往容易导致过度地承认行政的法律特殊性，因此，首先定义国家权力中较为明确的“立法”与“司法”的概念，进而以“行政权—国家权力—立法权—司法权”的公式得出行政的范围，并以此作为行政的定义。

2. 消极说的问题

现代行政复杂多样，具体确定行政权的内容极为困难，因此，以消极说作为行政的定义是较为便利的方法，不仅可以毫无遗漏地概括行政的范围，而且可以适应现代行政不断变革的需要。可以说，现在大多数的行政法理论依据该学说来定义行政的概念。

但消极说也存在一定的问题：首先，从积极说的观点来看，消极说并没有从正面定义行政的概念，并不具有作为“定义”的作用。其次，消极说与“三权分立”原则在近代欧洲确立的历史过程相一致，该观点最适合于定义从绝对主义国家向近代国家发展、“三权分立”原则确立初期的行政的概念。当时，“三权”之间的界限清晰，而且，行政权在内容方面也被限定于维持秩序等“消极行政”领域，行政的范围比较容易界定。但随着现代行政职能的不断扩大，行政同时兼有立法（行政立法）与司法（行政裁决、行政复议等）的部分功能，“三权”之间呈现融合趋势，因此，以消极说来界定行政的概念并不妥当。

（二）实质说

1. 实质说的主要观点

与消极说回避行政权的实质内容相对，实质说试图通过概括行政的一般性特点来明确行政的内容。这种观点以行政的实质意义为标准，故又被称为“实质意义上的行政概念”。例如，日本行政法学者田中二郎认为“行政是指在法之下受法的规制，为积极地实现国家目的全体统一的、连续的、形成性的国家作用”。其中“国家目的”是指“福利国家”，国家以极力振兴发展社会全体、提高人民福祉为目的。因此，这种实质说又被称为“国家目的实现说”。该定义中所谓的“在法之下受法的规制”是指，立法权以制定一般性的抽象的法作为其基本职能，行政权在立法权制定的法律之下活动。所谓“积极性”、“连续性”、“统一性”、“形成性”的特点是针对司法权的被动性、消极性、独立性等特点而提出的。可见，实质说不仅从正面描述行政的一般特性，而且注重在与立法、司法相比较的基础上概括行政的特性。

此外，各学者也从不同的角度积极地定义行政的概念，由此形成了“原本或拟制事务说”、“社会管理职能说”、“公共事务处理说”、“公共服务目的说”、“目的实现说”、“公益实现说”、“现实实现说”等新的实质说。“原本或拟制事务说”认为，行政是指“原本的以及拟制的公共事务的管理或实施”。其中“原本的公共事务”是指“在本质上自然具有公共性的事务，即与社会成员全体或大多数利害相关的被社会正当化的事务”，而“拟制的事务”是指“在政治过程中经过一次性的政策决定所拟制的公共事务”。“社会管理

职能说”认为,如果拆除现行法律制度的框架,行政在本质上并不属于国家作用,而是“社会管理职能”,而作为行政法对象的行政被认为是国家作用之一,这意味着社会管理职能向国家的集中。“公共事务处理说”认为,行政是指与人民直接产生关系的,民事、刑事司法以外的公共事务的处理。该观点的特点在于并不将行政作为权力性行为,而是作为公共事务的处理或社会管理的活动。“公共服务目的说”认为,现代行政最终都是以为公民提供公共服务作为目的的作用,为了宪法理念的具体化,应当这样理解行政并构建行政法理论。此外,“目的实现说”认为“行政是积极实现国家目的的作用”;“公益实现说”认为“与司法是法律目的的作用相对,行政是公益目的的作用”;“现实实现说”认为“行政不仅仅是判断作用,而且是现实、具体地实现国家目的的作用”。

2. 实质说的问题

实质说从不同的视角积极地定义行政的概念,对于明确行政的特性等具有重要意义。但问题在于现实的行政活动极其复杂多样,实质说中所概括的行政的一般特性并不能统一地说明所有行政的特征。例如,在前述田中二郎有关行政的定义中,以“积极性”、“连续性”、“统一性”、“形成性”作为行政的特性也存在着以下问题:第一,行政权有时也通过行政立法或行政计划等抽象的一般性形式进行活动;第二,行政未必都具有“积极性”,如行政裁决、行政复议等具有被动性;第三,对于“形成性”,立法也具有通过法律的制定形成社会关系的积极作用;第四,对于“统一性”,行政活动有时也不受上级机关的指挥、命令,统一性在各行政活动中也存在着某种程度的不同。可见,由于现实行政的复杂性,很难概括出适合所有行政领域的特性。

(三) 形式说

1. 形式说的主要观点

实质说着眼于行政内容的实质来定义行政的概念,而形式说从国家统治结构出发,认为国家机关分为立法机关、行政机关、司法机关,各机关各司其职,其中行政机关所进行的活动就是行政。因此,可以将行政定义为“行政机关所进行的活动”,这又被称为“形式意义上”或“组织意义上”的行政概念。

2. 形式说的问题

形式说以国家机关为标准定义行政的概念,在现实中简便易行。但问题在于行政机关所进行的活动并非都属于行政的范围,例如,行政立法具有立法性质,行政裁判和行政复议具有司法性质等,而且,即使是立法机关、司法机关,在进行内部管理时也属于实质意义上的行政。此外,随着现代行政的发展,进行行政活动的主体并不限于传统意义上的国家行政机关,而扩展到具有行政管理职能的公共组织或社会团体,如公立高校、各种行业协会或行业组织等。而形式说将这些实质意义上属于行政范畴的活动都排除于行政概念之外,并不符合行政的现实情况。

三、行政的概念

从以上对消极说、实质说、形式说的分析可见,各种有关行政的定义都存在着一定的问题,仅仅从一种角度来定义行政是有失偏颇的。为此,我们可以结合上述实质说与形式说来定义行政的概念,即行政法上的行政首先应当指国家行政机关的活动,它是国家行政机关为实现国家的目的和任务而行使的执行、指挥、组织、监督诸职能。但是行政法上的

行政又不能限于行政机关的活动,某些非行政机关的组织所为的活动也受行政法规则支配。所以,行政法上的“行政”概念应当以形式意义上的行政为主体,以实质意义上的行政为补充。

在这种原则的指导之下,我们可以对行政的概念进行如下定义,即行政法上的行政是指国家行政机关等行政主体为积极实现公益目的,依法对国家事务和社会事务进行的组织、管理、决策、调控等活动。该定义包括以下含义:第一,行政的主体是行政主体,以国家行政机关为主,此外还包括法律、法规授权的组织等,由此克服形式说的缺陷;第二,行政的目的是实现公共利益;第三,行政必须依法进行,在法律之下,受到法律的控制;第四,行政的内容包括对国家事务和社会事务进行的组织、管理、决策、调控等活动。

四、行政的特征

从上述行政的概念来看,行政法上的行政具有如下特征:

(一) 法律性

行政的法律性主要表现在两个方面:首先,行政是执行法律的活动。这是由行政与立法的关系决定的。从“三权分立”或者权力分工的理论来看,立法机关制定法律,而行政机关执行法律,因此,行政又被称为“执法活动”。从法律制度来看,我国《宪法》第85条和第105条将国务院和地方各级人民政府定位为“国家权力机关的执行机关”。其次,从行政与法律的关系来看,行政活动必须依法进行,具体要求行政的主体、内容、形式、程序等都必须依据法律的规定。这是法治主义对行政的要求,例如,《宪法》第5条要求一切国家机关都“必须遵守宪法和法律”。

(二) 公益目的性

行政的公益目的性是指行政以公共利益的实现为目的,“国家及其他公权力主体的行为,不论是以公法或私法的形式为之,均应维护公共利益,始具有正当性及合法性”。此即维护公共利益是行政权力正当性及合法性的基础,追求公共利益是行政主体进行行政活动的目的之所在。

(三) 积极性

与奉行“不告不理”原则的司法相比,行政具有主动性、积极性的特点,即行政为了实现公共利益必须积极、主动地行使职权。行政职权对于行政主体而言,既是权利,也是义务,在法定条件下,行政主体必须行使职权,否则就构成不作为违法。在现实中,行政的积极性表现为两种情形:对于法律规定必须依据职权作出的行政活动,行政主体在法律规定的条件成就时,必须依职权积极作出行政行为;而对于法律规定必须在相对人申请后作出的行政活动,行政主体在相对人申请后,必须针对相对人的申请积极作出答复,不得置之不理。

(四) 强制性

行政是由行政主体行使国家权力的活动,代表了国家意志,并以国家政权的强制力为后盾。此即行政具有强制性,对于合法的行政活动,由国家强制力保障其执行,所有的组织和个人都必须遵守、执行。

第二节 行政法的概念

行政法的定义不仅直接表明行政法的调整对象、调整方法,而且直接影响行政法学的研究目的、对象及方法的确定。因此,确定行政法的概念是行政法研究的逻辑起点。

一、行政法的概念

在我国,有关行政法的定义,可以说是“众说纷纭,没有统一说法”。这些观点从不同的角度对行政法进行定义,例如,从行政法的功能来看,可以将行政法定义为“关于控制政府权力的法”;从行政法调整对象的角度界定,将行政法定义为“调整行政关系和基于行政关系而产生的监督行政的关系的法律规范体系”;从行政法的内容出发,认为行政法是“有关国家行政管理法律规范的总和”;从行政法的结构出发,将行政法界定为“关于行政组织、行政管理活动和行政救济的行政法律规范的总称”;等等。

法律是调整社会关系的工具,每一个法律部门都有各自的调整对象与调整方法。法律部门又称为部门法,是运用特殊调整方法调整一定种类社会关系的法律规范的总和。现行法律规范,由于调整的社会关系及其调整方法不同,可分为不同的法律部门,凡调整同一类社会关系的法律规范的总和,就构成一个独立的法律部门。因此,在确定各部门法的概念时必须明确其调整对象与调整方法。

基于上述认识,我们可以将作为部门法之一的行政法定义为“调整行政过程中行政关系以及监督行政关系的公法规范的总称”。该定义的具体含义包括:第一,行政法的调整对象是行政过程中的行政关系以及监督行政关系;第二,行政法在性质上属于公法,以公法方式作为其调整方法。

二、行政法的对象

(一) 行政法调整对象的特点

民法的调整对象是平等的民事主体之间的人身关系和财产关系,而行政法的调整对象是行政过程中的行政关系以及监督行政关系。与民事关系相比,行政法的调整对象具有以下特征:第一,行政法的调整对象是行政过程中发生的各种关系,与行政活动直接相关;第二,行政法并非调整行政过程中所有的关系,而是其中的行政关系与监督行政关系;第三,行政法调整的各种关系中必然有行政主体的参与;第四,行政法调整的各种关系中,各方主体的地位并非平等的,而是由一方主体行使公权力,对另一方主体进行行政管理、行政救济或行政监督,体现了行政法调整对象的权力性特点。

(二) 行政法调整对象的类型

行政法调整的对象包括行政关系与监督行政关系两种类型。

1. 行政关系

行政关系是指行政主体代表国家依法行使行政管理权限过程中与相对人、行政主体内部的组织或其工作人员之间发生的社会关系。根据行政关系主体的不同,可以将行政关系分为外部行政关系与内部行政关系。

(1) 外部行政关系

外部行政关系是指行政主体代表国家依法行使行政管理权限过程中与相对人之间发生的管理与被管理关系,因此又被称为“行政管理关系”。在该关系中,行政主体为实现行

政管理的目的,行使行政管理权限,针对相对人作出各种行为,直接或间接影响相对人的权利、义务。外部行政关系是行政法最主要的调整对象。

(2) 内部行政关系

内部行政关系是指行政主体在其内部与各行政机关、其他组织及其工作人员之间发生的组织关系。国家行政权作为统一的权力在现实中必须分配给各级行政机关行使,而行政机关中必须配备工作人员具体行使行政权,因此,在各行政机关之间以及行政机关与其工作人员之间就形成了各种组织关系。组织关系虽然不直接影响相对人的权利、义务,但也必须依法进行,受行政法的调整。此外,在行政实践中为了行使行政权的便利,有时还进行行政授权或行政委托,此时,授权机关与被授权组织、委托机关与受委托者之间的关系也属于内部行政关系,由行政法进行调整。

2. 监督行政关系

监督行政关系是指国家立法机关、司法机关、上级行政机关、专门行政监督机关以及公民、法人和其他组织依法对行政主体的行政活动进行监督而发生的各种社会关系。行政的目的是实现公共利益,为此,法律赋予行政主体以行政权力,并以国家强制力保障行政活动的实施。但行政权力的违法行使很容易损害相对人的合法权益,为此,对行政主体的行政活动必须进行监督。监督的主体包括国家立法机关、司法机关、上级行政机关、专门行政监督机关等具有行政监督权限的国家机关;此外,相对人在特定情况下也可以成为行政监督的主体,例如在行政救济关系中,相对人认为其合法权益受到行政主体作出的行政行为的侵犯,向行政救济主体申请救济,由行政救济主体对其申请予以审查并作出决定,由此发生的各种关系也受行政法的调整。

三、行政法的公法性质

行政法学理论以公私法二元化为基础,公私法二元论认为,公法是有关权力关系的法律,私法是有关平等关系的法律,由此区分公法与私法的两个法律体系,并将民法、商法等作为私法,而将宪法、行政法等作为公法。

作为公法的行政法调整的是行政权之间或行政权与个人权利之间的关系,涉及公共利益与个人利益之间的关系,因此,适用不同于民法的公法原理。行政法的公法特性决定了行政法调整方式的特殊性:与民法中平等、自愿的调整方式相比,行政法的调整方式存在着公共利益与公权力的因素。具体而言,在行政法中注重保障行政权的优越性与保障相对人的合法权益,即为了确保公正且确实地实现行政目的,一方面对于行政权的发动通过法律进行拘束,另一方面在法律关系的形成过程中保障行政权意思的优越性。

(一) 行政法的权力特殊性

行政法的权力特殊性在于行政权在行政关系中的优越性,这种优越性主要表现在行政权在国家权力体系中与其他国家权力之间的关系以及在行政关系中与相对人的关系上。从行政法学理论来看,体现行政权优越性的理论主要有行政行为的公定力理论、特别权力关系理论、司法权界限论与行政机关首次判断权理论等。从行政法律制度来看,保障行政权优越性的具体制度主要有行政优先权制度、行政受益权制度、行政强制执行制度、诉讼不停止执行制度等。

（二）行政优越性的依据

承认行政权优越性的理由在于为了实现行政的公共利益目的，即为了迅速且适当地实现行政目的而赋予行政权以特殊的优越性。在民事法律关系中，根据当事人对等原则，法律关系的内容原则上在当事人的自由合意的基础上形成，当事人在民事法律关系中的权利、义务完全对等。但在行政活动中，为了实现公共利益的目的，有时必须采取紧急性的强制性措施，此时如果按照当事人对等原则依据当事人之间的合意确定法律关系的内容，则不能顺利实现行政目的。而且，即使行政活动的目的本身能够立足于当事人对等原则通过当事人之间的合意而实现，在行政上承认意思形成的绝对自由有时反而会损害相对人的利益。因此，即使是对于基本以合意方式缔结的行政契约，为了保障公共利益的实现，有必要承认行政主体一方具有特殊的解约权、监督权等优先权。从这种观点来看，在行政活动中应当赋予行政机关单方性地拘束相对人意思的权力，承认行政权相对于相对人的优越性。正是由于行政权的这种优越性以实现公共利益为目的，具有优越性的行政权又被称为“公权力”，与行政权有关的法律则被称为“公法”。

（三）行政优越性的对应

为了保障行政目的（公共利益）的实现，行政法赋予行政权以优越性。但同时为了保障相对人的合法权益，行政法对行政权的行使进行了严格的控制，并注重对相对人合法权益的特别保障。要求行政主体必须依法行政，即事先以立法的形式规定了行政活动的权限、内容、形式、程序等；要求行政主体严格依据法律规定行使行政职权，并由有关国家机关或社会组织、个人对行政活动的合法性进行监督。在行政活动侵犯相对人的合法权益时，为相对人提供各种救济的途径。这是行政法最核心的部分，有观点甚至因此而将行政法称为“控制行政权的法律”。

第三节 行政与行政法的关系

行政法是有关行政的法律，其中不仅涉及“行政”与“法”两个概念，而且涉及这两者之间的关系。一般而言，行政与行政法的关系可以概括为“依法行政”，但具体而言，行政与行政法存在着如下关系。

一、行政与行政法的先后关系

行政与行政法的关系首先涉及两者之间的先后关系。有关行政与行政法的先后关系，在行政法学界存在着两种观点的对立，即“行政法先于行政”的观点与“行政先于行政法”的观点。

（一）“行政法先于行政”的观点

认为“行政法先于行政”的理由主要在于：第一，对依法行政原则进行逻辑推理的结果。依法行政原则是指行政机关必须依据法律进行行政活动，在这种意义上，行政法先于行政而存在，只有事先存在法律，行政才得以进行。也即先存在的是行政法而非行政，行政与行政法的关系只能是行政法先于行政而存在。第二，行政活动区别于相对人行为的理

论依据。行政活动作为一种国家活动,是由行政机关所进行的具体行动,行政活动之所以与相对人的活动相区别,是因为存在赋予行政机关或其他行政主体资格的法律规范,如果不以这些法律规范的存在作为理论上的前提,就不能在理论上将“行政”这一活动从相对人的个别性行动中区分出来。可见,人类的行动之所以被称为“行政”是行政法规范的结果,如果没有行政法的规范,行政这一事实是不可想象的。在这种意义上,行政法先行于行政。第三,行政法学与行政学的关系。行政法学教科书中在确定行政法的概念时,通常首先规定行政的观念,然后再将行政法规定为“有关行政的法”,其实这种顺序是错误的。行政学在逻辑上应当以行政法学为前提,行政法学在逻辑上先行于行政学。

(二)“行政先于行政法”的观点

认为“行政先于行政法”的观点的理由主要在于:第一,对于法治主义的逻辑推导。法治主义是指以法律的合理性来抑制行政恣意的原理,在这种意义上,行政先于法律而存在,即性质上原本恣意的行政的存在是前提,“合理的法律”在事后对理论上或事实上先行的行政进行规制。第二,行政法教学上的理由。行政法学教科书的通例是先介绍行政的概念,而后将行政法定义为“有关行政的国内公法”。第三,从历史沿革来看,行政并不以法律规范的存在作为前提,在近代法治国家之前,行政独立于法律而存在。即使在法治国家中,在事实上也存在着并非依法作出的行政活动。

(三)区分确定说

该观点认为,在行政法中应当区分权限规范(组织规范或组织法)与行为规范(行为法),权限规范无论形式如何,也不论是在警察国家还是在法治国家中都存在,是将行政机关的行为作为国家行为而产生效力的前提条件。但现在的问题并非相关权限规范的有无,而是以权限规范的存在作为前提的、作为国家行为或活动标准的法律是否必要的问题。对此,在法治国家中被要求的法律是作为行为规范的法律。组织规范或行政组织法是行政存在的逻辑前提,而行为规范或行政行为法对于行政从法治主义的要求出发进行的规制。可见,该观点反对从行政法整体上论及法与行政的先后关系,而主张首先对行政法进行分类,在各部分行政法中分别承认“行政先于行政法”与“行政法先于行政”的观点。该观点认为,“行政法中,也可以考虑权限规范、组织规范或组织法与行为规范或行为法的区别”,即将行政法分为行政组织法与行政行为法。在此基础之上,将“行政法先于行政”的观点看成是有关“行政与组织规范”的问题,即在行政组织法中承认“行政法先于行政”的观点;将“行政先于行政法”的观点看成是有关“行政与行为规范”的问题,即在行政行为法中承认“行政先于行政法”的观点。这种区分的体系至今仍为现代行政法学所继承。其中,将行政真正作为国家行政的法律规范是组织规范(行政组织法),而根据法治主义的要求对行政给予制约的法律规范是行为规范(行政行为法)。从这种意义上看,行政活动不论是法律活动还是事实活动,要作为国家作用,组织规范的先行存在是必要的。例如,有学者认为,为了将某一行政活动作为国家作用而归属于国家,不论该行政活动是法律活动还是事实上的活动,都必须存在组织规范。

二、行政与行政法的关系

根据行政活动对相对人权益的侵害程度以及法对行政的控制程度,可以将“行政与行政法的关系”分为三种形态,即“法的执行”、“法的授权”、“法的限制”。

（一）法的执行

“法的执行”是指对相对人课予义务、限制自由等侵害相对人利益的行政活动。由于这类行政活动直接涉及相对人的权益，法律必须进行严格的规制，不仅要求必须依据法律，对于其内容原则上法律也应当规定一般性的标准。法律是抽象性的规范，而行政是执行法律的活动，行政活动有时又被称为“执法活动”。但此处的“法的执行”是指有可能侵害相对人权益的行政活动必须严格地依据法律、受到法律的规制。

（二）法的授权

“法的授权”是指规定行政权限的法律授予行政权某种程度上自由判断的权能，针对的是授予相对人权利或其他利益的行政活动。在法律授权的范围内，行政主体享有一定的自由裁量权，但其前提是必须得到法律的授权，而且裁量只能是在法律授权的范围内。

（三）法的限制

“法的限制”针对的是不需要作为行政规范的法律的明示性根据而可以直接作出的行政活动，但在法律上必须予以一定的限制。一般针对受益性的行政活动，例如，行政奖励、行政补助等给付行政，在没有法律依据的情况下也可以实施，但在一定事项上受到法律的限制。

可见，根据各种行政活动对相对人权益的侵害程度的不同，行政法对行政的控制程序也不同：对于侵害性行政的要求是“法的执行”，即必须严格地依据行政法进行；对于裁量行政的要求是“法的授权”，即在法律授权范围内进行；对于受益性行政的要求是“法的限制”，即并非必须依据法律，但受到法律的限制。

三、行政法对行政的控制

行政法对于行政具有积极与消极功能。积极功能是指行政法赋予各个行政活动以法律根据，该功能的反面即表示没有法律根据或违反法律规定的行政活动违法；而消极功能是指拘束行政活动的功能，即对于相对人权利或利益的保护功能。第一种功能是“发动机”，第二种功能是“刹车装置”。这两种功能分别代表了法律对于行政控制的不同方式。行政控制具有确保行政活动合法性、保障相对人的权利或自由免受行政权侵害的功能，其具体的手段或方法由行政活动的内容或形式决定。传统行政法学理论以“依法行政”为基本原则，要求行政机关必须依据法律履行行政职能，以行政法律规范对行政活动进行全面控制。在这种意义上，行政法学以明确有关行政的活动在何种情况下“合法”或“违法”，以保障为了实现公共利益的行政顺利运行为首要课题。但随着现代行政范围的扩大以及对象的复杂化，这种严格的控制并不利于行政目的的实现。对此，有学者认为，法律与其说是作为国家政策的具体表现而抑制行政，还不如说具有通过行政授权将既存的行政活动限制于该法律框架内，进而命令并促进行政发挥其作用的功能。这种行政与法的关系的变化在形式上意味着法律对于行政的拘束或多或少地趋于缓和，在注重法律对于行政活动的限制功能时，要求尽可能将行政活动的要件或形式予以定型化、统一化、明确化。但为了更好地发挥行政的功能，必须扩大行政裁量的范围，允许形式多样的合目的性活动，而且，可以不依据法律的具体规定直接进行行政指导。可见，随着现代公共行政中行政职能的扩大化、复杂化，法律对于行政控制的方式也应当进行相应的变革。

第二章 行政法的基本原理

第一节 基本原则与基本原理

基本原则和基本原理是既有区别亦有联系的两个重要概念。若将基本原则与基本原理等同,将行政法的基本原则定义为“指导行政法律的制定,规范行政权力的运作,以及提供行政权力的监督者判断标准的基本原理。则是值得商榷的”。

“法律的基本原则不创设任何确定的、具体的事实状态,没有规定具体的权利和义务。但是,它指导和协调着全部社会关系或某一领域的社会关系的法律调整机制。”“基本原则体现着法的本质和根本价值,是整个法律活动的指导思想和出发点,构成法律体系的灵魂,决定法的统一性和稳定性。”行政法极为重视基本原则的问题,尤其是在中国,一般认为行政法的基本原则是指指导行政法制定、执行、遵守以及解决行政争议的基本准则,贯穿于行政立法、行政执法、行政司法和行政法制监督的各个环节之中。它是对行政法规范的精神实质的概括,体现着行政法的价值和目的。

基本原则反映了人们对法律基本规律的认识和把握,更多地包括了人们对法律的普遍性价值的追求,往往具有非常抽象、较为稳定、覆盖面广的特点。其主要的功能在于为法律规则提供基础,对法律制定与法律规则理解提供指导,甚至可以直接作为执法与适用的依据。从这个层面来讲,基本原则属于规范范畴,即根本性的规则或者准则。这一点从其可以作为法源加以适用、且许多的基本原则已经明确具体为法律规则(规范)等情况均可以佐证。

基本原理就是某一领域或者学科中最为根本的理论,属于理论范畴。法的基本原理是指该法的基本理论主张,显然要比基本原则更具根本性。原理有时也被泛称为理论体系,但二者仍然是有区别的,理论体系强调体系性与系统性,而行政法的原理特别是行政法的基本原理主要是指行政法理论体系中最为根本的理论。

当然,基本原则与基本原理也是有着一定的联系的。基本原则经过长期的解释适用以及学术界的深入探讨,也有可能转变为基本原理的重要因素。基本原理由于没有直接的规范效力,可能在某种程度上需要借助其他的原则、规范来实现,所以其对基本原则具有极为重要的指导意义。

第二节 行政法上的基本原则概观

行政法上的原则众多,什么样的原则可以确立为基本原则,不仅涉及基本原则的含义,也涉及基本原则的构成。中国行政法学界对基本原则的探讨也为我们深入了解这一问题提供了经验与反思的维度。

一、行政法基本原则的定义

尽管学界对行政法基本原则的定义很多,但对于行政法的基本原则是指贯穿在行政法规范之中。并由它们所确定或者体现的基本精神,是行政主体在行政中必须遵循的基本行为准则这一点并无多大争议。中国行政法学之所以如此重视行政法的基本原则,主要原因在于其具有统一和稳定的作用,协调诸多行政法规范之间的关系,可以直接适用以补充行政法规范的不足。

二、行政法基本原则的确立标准

行政法基本原则的确立标准,一般包括“基本”性、“法律”性和“特殊”性共三个判断要素。

(一) 行政法基本原则的“基本”性

行政法基本原则作为一种“基本”的法律准则,不同于具体的行政法规范(规则)。一般情况下,行政法基本原则并不预设任何具体的事实状态和法律后果,也不为行政法主体设定任何具体的权利和义务,因而它不是具体的行为准则即行政法规范,而是对行政法规范的概括与抽象。而行政法基本原则一旦被概括、抽象出来之后,反过来又被用以指导行政法规范的制定、解释和适用。因此,行政法基本原则是一种比较宏观和抽象的指导性准则。同时,“基本”性还体现在行政法基本原则不是某一行政法领域的具体原则。例如,支配行政组织、行政诉讼的原则,支配某一特定部门行政法领域的原则,不应构成行政法的基本原则。

(二) 行政法基本原则的“法律”性

行政法的基本原则作为“法”的原则,首先必须是一种法律准则,而不是一种纯粹的理论或者原理。行政法基本原则和具体的法律规范一样,是一种法律准则,是法的基本构成要素之一,因此必须得到普遍遵守和贯彻执行,违反行政法基本原则的行为也构成一种违法行政行为。这就是行政法基本原则的“法律”属性。所以说“不能导致法律后果的原则不能成为行政法的基本原则”。目前中国的行政法基本原则多是通过理论加工而形成的,但是真正的行政法基本原则不是主观的、人为的法律理论原理,而仍是一种法律准则。这一点可从西方国家行政法的基本原则的发展得到佐证,其主要是通过法官的判例发展而来的。例如,英国行政法上的合理性原则,德国行政法上的比例原则、信赖保护原则等,都是通过判例发展而成的,学理更多的是对法官思路的梳理或者对法官判词的整理。

(三) 行政法基本原则的“特殊”性

行政法基本原则应是行政法所特有的基本原则,而不同于法的一般原则。法的一般原