

行政法与行政诉讼法学

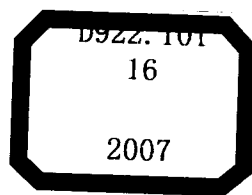
沈福俊 邹荣 主编

新
世
纪
法
学
教
材

Xinzhengfa yu Xingzheng Susongfaxue

 北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

上海人民出版社



行政法与行政诉讼法学

主 编 沈福俊 邹 荣

撰 写 (按撰写章节先后为序)

沈福俊 张心泉 王春明

邹 荣 卞 琳 刘松山

赵华强 曾 刚 朱应平

魏 琼 周卫昕 刁振娇



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政法与行政诉讼法学/沈福俊,邹荣主编.—北京:北京大学出版社;上海人民出版社,2007.1

(新世纪法学教材)

ISBN 978-7-301-11532-9

I. 行… II. ①沈… ②邹… III. ①行政法-中国-高等学校-教材 ②行政诉讼法-中国-高等学校-教材 IV. ①D922.1 ②D925.3

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第002872号

书 名: 行政法与行政诉讼法学

著作责任者: 沈福俊 邹 荣 主编

责任编辑: 丁传斌 杨丽明 朱梅全 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-11532-9/D·1675

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027 出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 涿州市星河印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 36.25印张 773千字

2007年1月第1版 2007年1月第1次印刷

定 价: 52.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

主要法律、法规、司法解释简称 与全称对照表

- 《宪法》——《中华人民共和国宪法》，1982,1988、1993、1999、2004年宪法修正案
- 《立法法》——《中华人民共和国立法法》，2000
- 《国务院组织法》——《中华人民共和国国务院组织法》，1982
- 《地方组织法》——《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》，1995,2004
- 《行政诉讼法》——《中华人民共和国行政诉讼法》，1989
- 《行政诉讼司法解释》——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》，1999
- 《行政诉讼司法解释(试行)》——最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释(试行)》，1991
- 《行政诉讼证据司法解释》——最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》，2002
- 《行政复议法》——《中华人民共和国行政复议法》，1999
- 《国家赔偿法》——《中华人民共和国国家赔偿法》，1994
- 《国家赔偿法司法解释》——最高人民法院《关于人民法院执行〈中华人民共和国国家赔偿法〉几个问题的解释》，1996
- 《行政赔偿司法解释》——最高人民法院《关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》，1997
- 《行政处罚法》——《中华人民共和国行政处罚法》，1996
- 《行政许可法》——《中华人民共和国行政许可法》，2003
- 《政府采购法》——《中华人民共和国政府采购法》，2002
- 《治安管理处罚法》——《中华人民共和国治安管理处罚法》，2005
- 《公务员法》——《中华人民共和国公务员法》，2005
- 《价格法》——《中华人民共和国价格法》，1997
- 《兵役法》——《中华人民共和国兵役法》，1998
- 《传染病防治法》——《中华人民共和国传染病防治法》，1989,2004
- 《海关法》——《中华人民共和国海关法》，1987,2000
- 《警察法》——《中华人民共和国人民警察法》，1995

- 《森林法》——《中华人民共和国森林法》,1998
《商标法》——《中华人民共和国商标法》,2001
《审计法》——《中华人民共和国审计法》,1994
《税收征管法》——《中华人民共和国税收征收管理法》,2001
《土地管理法》——《中华人民共和国土地管理法》,1986,1988,1998
《消防法》——《中华人民共和国消防法》,1998
《药品管理法》——《中华人民共和国药品管理法》,1984,2001

目 录

上篇 行政法论

第一章 行政法概述	1
第一节 行政与行政权	1
第二节 行政法的基本内涵	11
第三节 行政法的渊源	19
第四节 行政法律关系	24
第五节 行政法与行政法学的发展	31
第二章 行政法的基本原则	55
第一节 行政法基本原则概述	55
第二节 行政法治原则	63
第三节 行政法治原则与行政裁量	71
第三章 行政主体	80
第一节 行政主体概述	80
第二节 行政主体的分类和范围	85
第三节 行政主体的行政职权与行政职责	90
第四节 行政法中的受委托组织	94
第五节 行政公务人员	96
第四章 行政活动	102
第一节 行政活动概述	102
第二节 行政活动的种类	107

第五章 行政行为	112
第一节 行政行为概述	112
第二节 行政行为的分类	116
第三节 行政行为的成立、生效与合法要件	120
第四节 行政行为的效力	125
第六章 行政规范行为	134
第一节 行政规范行为概述	134
第二节 行政立法	138
第三节 行政规定	148
第七章 行政许可	154
第一节 行政许可概述	154
第二节 行政许可的设定	160
第三节 行政许可的分类	167
第四节 行政许可的实施机关	170
第五节 行政许可的程序	175
第八章 行政处罚	187
第一节 行政处罚概述	187
第二节 行政处罚的种类和设定	190
第三节 行政处罚的实施	197
第四节 行政处罚的程序	203
第九章 行政强制	210
第一节 行政强制概述	210
第二节 行政强制措施	215
第三节 行政强制执行	222
第十章 行政检查	228
第一节 行政检查概述	228
第二节 行政检查的分类和方法	231
第三节 行政检查的基本原则	235
第四节 行政检查的程序	238
第十一章 行政征收与行政征用	240
第一节 行政征收	240

第二节 行政征用	253
第十二章 行政确认与行政裁决	260
第一节 行政确认	260
第二节 行政裁决	264
第十三章 行政给付与行政奖励	270
第一节 行政给付	270
第二节 行政奖励	274
第十四章 行政合同与行政指导	279
第一节 行政合同	279
第二节 行政指导	288
第十五章 行政赔偿与行政补偿	293
第一节 行政赔偿	293
第二节 行政补偿	304
第十六章 行政程序与行政程序法	313
第一节 行政程序概述	313
第二节 行政程序法概要	325
第三节 行政程序法的基本原则和制度	330
第四节 行政程序法的立法意义及程序构造	338
第十七章 行政复议	347
第一节 行政复议概述	347
第二节 行政复议的范围	350
第三节 行政复议的管辖	354
第四节 行政复议机关和行政复议参加人	356
第五节 行政复议的申请与受理	359
第六节 行政复议的审查程序	362
第七节 行政复议决定	365

下篇 行政诉讼法论

第十八章 行政诉讼概述	369
第一节 行政诉讼与行政诉讼法	369

第二节	行政诉讼法律关系	376
第三节	行政诉讼的基本原则	380
第十九章	行政诉讼受案范围	385
第一节	行政诉讼受案范围概述	385
第二节	人民法院受理的案件	390
第三节	人民法院不予受理的事项	395
第二十章	行政诉讼管辖	400
第一节	行政诉讼管辖概述	400
第二节	行政诉讼的级别管辖	402
第三节	行政诉讼的地域管辖	406
第四节	行政诉讼的裁定管辖	409
第五节	行政诉讼管辖异议与处理	411
第二十一章	行政诉讼参加人	414
第一节	行政诉讼参加人概述	414
第二节	原告	418
第三节	被告	427
第四节	共同诉讼人	431
第五节	第三人	434
第六节	诉讼代表人与诉讼代理人	436
第二十二章	行政诉讼证据	440
第一节	行政诉讼证据概述	440
第二节	行政诉讼中的举证责任	446
第三节	行政诉讼中证据的提交、调取与保全	451
第四节	行政诉讼中的质证与认证	457
第二十三章	行政诉讼程序	468
第一节	行政诉讼程序概述	468
第二节	行政诉讼的起诉与受理程序	470
第三节	行政诉讼第一审程序	477
第四节	行政诉讼第二审程序	482
第五节	行政诉讼审判监督程序	485
第六节	行政诉讼审理程序中的有关制度	487

第二十四章	行政诉讼中的法律适用	493
第一节	行政诉讼中的合法性审查与法律适用	493
第二节	行政诉讼中的审判依据	497
第三节	行政诉讼中规章与行政规定的地位	502
第四节	行政诉讼中规范冲突及其选择	506
第二十五章	行政诉讼裁判	512
第一节	行政诉讼裁判概述	512
第二节	行政诉讼判决	512
第三节	行政诉讼的裁定和决定	525
第二十六章	行政赔偿诉讼与行政补偿诉讼	530
第一节	行政赔偿诉讼	530
第二节	行政补偿诉讼	536
第二十七章	行政诉讼执行程序	540
第一节	行政诉讼执行程序概述	540
第二节	行政诉讼执行的条件、主体与对象	541
第三节	行政诉讼执行的措施与执行程序	545
第四节	非诉行政案件的执行	552
第二十八章	涉外行政诉讼	559
第一节	涉外行政诉讼概述	559
第二节	涉外行政诉讼的原则	560
第三节	涉外行政诉讼的法律适用	563
第四节	涉外行政诉讼的期间和送达	566
主要参考书目	568
后记	571

上篇 行政法论

第一章 行政法概述

第一节 行政与行政权

一、行政的概念和特征

(一) 行政的概念

从字面上理解,行政法是有行政的法。因此,要认识行政法,首先必须理解行政的含义。

“行政”一词的英文是 administration,除解释为“行政”外,还有“管理”、“执行”、“实施”以及“行政机关”等含义。《现代汉语词典》对“行政”的释义是:行使国家权力;机关、企业、团体等内部的管理工作。^①《辞海》对“行政”一词的解释是:(1)泛指各种管理工作。如国家管理工作、社团管理工作、企业管理工作、事业单位管理工作等。(2)专指国家行政机关的组织管理活动。^②从上述解释可以看出,行政的含义一般可以从两个方面理解:一是从一般意义上来解释行政,即行政是一定的组织对其事务的管理和执行活动。从这一角度说,行政存在于一切社会组织之中,不仅包括国家和社会事务的行政,还包括社会组织、私人企业的行政。行政是所有组织应有的一种职能。这是从广义角度对行政的理解。二是仅从国家职能的角度来理解行政,认为行政是国家的一种管理职能。《法学词典》将“行政”解释为“政府依法管理国家事务

^① 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2005年版,第1524页。

^② 参见《辞海》(缩印本),上海辞书出版社1989年版,第897页。

的活动”^①，将“行政”与政府对国家事务的管理活动联系起来。所以，马克斯·韦伯认为：“行政管理不仅仅是一个公法的概念。有私人的行政管理，诸如自己家庭预算或者一个营利企业的行政管理，也有公众的行政管理，也就是说，通过国家机构或者其他的、由国家给予合法化的、即他治的公众机构进行的行政管理。”^②行政法中的“行政”，从传统意义上说，应当是一种与国家的公共管理职能相联系的活动，是对应于国家的立法、司法作用而存在的一部分国家作用。

因此，行政法中的行政首先表现为一种国家的职能，是国家作用的体现，因而必须将它同国家活动联系起来考察。马克思曾经指出：“行政是国家的组织活动。”^③实际上就是认为行政是指国家的一种管理和执行活动。虽然马克思并非专门对行政下定义，而是在论述资本主义国家作用的特定场合时对行政所作的解释，但却指出了行政的本质。第一，行政是一种国家的活动，而不是一般的社会活动。只有国家、国家机关才有权进行行政活动。因此，只有在国家出现以后才有行政。同时，行政又是一个历史概念。将来国家消亡了，行政也将自然消亡。第二，行政并不是国家的所有活动，而仅仅是指它的组织活动，即对国家和社会事务进行组织和管理，也可同时包括为实施相应的组织和管理活动所进行的对自身的组织和管理活动。第三，行政的最终目的应该与国家的目的相一致。

然而，学术界对于行政法中行政的含义，始终未能统一。行政法学者为了认识行政的特性，区别其与其他国家作用的界限，从不同的角度对行政的含义作了各种表述，由此产生了不同的定义。

1. 形式意义的行政与实质意义的行政

根据定义行政的着眼点的不同，可以将行政分为形式意义的行政和实质意义的行政。

形式意义的行政，以行使国家职能的机关的性质作为界定的标准，而不论活动本身的性质如何。维也纳学派（纯粹法学）的凯尔森（Kelsen）和麦克尔（Merkel）认为，国家机关可以分为立法机关、行政机关和司法机关，立法是位于宪法之下的对宪法的第一层次的直接执行，属于立法机关的活动，司法和行政均位于立法层级之下，分别属于司法机关和行政机关的活动。据此，行政就被定义为行使职权时受到上级机关的指挥命令拘束，居于上下秩序的机关所实施的法的执行活动。然而，形式意义的行政定义却遭到许多学者的批评，他们认为，以形式意义来界分什么是行政，忽视了其他国家机关也可能进行实质的行政活动的可能性，同时，即使是国家行政机关所执行的行为，也并非都当然属于行政行为。^④

实质意义的行政，以国家职能的性质作为界定行政的着眼点，认为以执行行政事务为目标的国家活动为行政活动。但是，由于对国家职能本身的界分存在众多不同

① 《法学词典》，上海辞书出版社1985年版，第333页。

② [德]马克斯·韦伯：《经济与社会》下卷，林荣远译，商务印书馆1997年版，第4页。

③ 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1965年版，第479页。

④ 参见陈新民：《中国行政法学原理》，中国政法大学出版社2002年版，第13页。

的观点,因此,对行政的定义同样也呈现出多样化。如受孟德斯鸠的“三权分立”学说影响而将国家职能分为立法、行政和司法三种职能,这种区分方式是当前最广为接受的。而卢梭和法国宪法学家狄骥(Duguit)则主张将国家职能分为制定普遍性规则的活动和适用普遍性规则于具体事件的活动,前者为立法职能,后者为行政职能,^①但是这种区分混同了司法职能与行政职能,忽视了二者各自的特殊性,人为地扩大了行政的范围,同样无法有效揭示行政真正的内涵。此外,还有学者将国家职能分为立法、行政、司法和统治四种职能,即将统治职能与行政职能相区分,如持“政治与行政分离说”的美国行政法学家高德诺(Goodnow)即认为,任何政府体制都具有国家意志的表达功能和国家意志的执行功能这两种基本功能,政治就是国家意志的表达,而行政则是国家意志的执行。制定政策是政治,执行政策是行政,政治与行政应分立。这种观点在议会主权盛行、“管理最少的政府是最好的政府”的时代有一定的理论或规范价值,因为相对于“至上”的议会而言,认为行政是国家意志的执行,能反映现实关系并有利于控制行政。但在现代,不同等级的行政机关都有决策活动,只是决策的层次、范围、效力的等级不同罢了。行政在其活动范围内,可以说既是国家意志的表达,也是国家意志的执行。强调行政是国家意志的执行已与实际不相符合,也不利于促进行政积极、有效地实现和保障公共利益。^②

2. 积极说和消极说

根据定义行政时的表述方式的不同,又可将行政分为积极定义的行政(积极说)和消极定义的行政(消极说)两种,这两种定义方式主要是针对实质意义的行政而言的。

持积极说的学者试图从正面角度对行政的内涵加以描述和概括。积极说为德、日等国的学者广泛采用,如德国学者沃尔夫(Wolff)和巴霍夫(Bachof)认为:“公共行政是指按照特定条件或者出于特定目的,部分计划地、自主地、创造性地执行共同体事务的活动,以及作为共同体管理人员予以任命的成员”;彼得斯(Peters)认为:“行政是在具体实践中实现国家目的的活动”;蒂姆(Thieme)教授认为:“行政是按计划、针对特定目的,执行既定政治决定的活动”。^③日本著名学者田中二郎也认为,行政是“为了积极地实现国家之现实、具体的目的,而以法治规定或受法之拘束,所进行整体性的、一致性的、连续性的及形成性的国家活动”。^④应当说,上述定义从正面、积极的角度揭示了行政的重要方面,但是这些内容远没有穷尽行政的内涵。由于行政本身及其活动方式具有多样性和易变性,使得一个既能覆盖现代又能预示未来的概括性定义几乎不可能出现,以至于德国行政法学家恩斯特·福斯特霍夫(Ernst Forsthoff)感叹:行政只可描述不可定义。积极说将视野定格在典型的行政活动,却忽视了其他国家活动中的行政因素。同时,学者们为了能够更为准确地对行政进行界

^① 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第4—7页。

^② 参见罗豪才主编:《行政法学》,北京大学出版社1996年版,第2页。

^③ 转引自〔德〕哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第5—6页。

^④ 转引自陈新民:《中国行政法原理》,中国政法大学出版社2002年版,第14页。

定,往往会更倾向于采用抽象的术语来表述行政的概念,致使对行政的界定仍然是模糊且难以理解的。

持消极说的学者们放弃了从正面的角度对行政内涵进行探究,转而采用将国家权力中非行政的部分予以剔除的方式将行政概括为“除……之外的国家作用”。这种定义为德国行政法学家奥托·迈耶(Otto Mayer)首创,他认为:“所谓行政是指国家在法秩序之中为实现其目的而进行的除司法以外的作用”^①。继奥托·迈耶之后,德国学者耶利内克(Jellinek)认为:“行政是包含立法、司法以外的一切国家作用”;哈切克(Hatschek)也认为:“行政即非司法非立法之一切作用”。^② 这些对行政的消极定义逐渐为德国行政法理论界接受,并对世界其他国家的行政法学理论产生了很大的影响,如日本行政法学家盐野宏认为:“行政是从国家作用之中除去作为法规制定行为的立法作用、国家的刑罚权的判断作用以及通过一定的裁判程序来判断人与人之间的权利、义务的民事司法等司法作用后,所剩余的一切作用”^③。可见,对行政的消极定义将行政置于国家活动的总体联系中,并以传统的分权原则作为界定行政的基础。但是,消极说以对其他国家作用的积极界定为前提,将对行政的定义依附于对其他国家作用(如立法、司法)的定义,只有在立法和司法本身的界定是明晰的时候,行政的定义才可能明确。因此,通过消极的方法所得出的定义实际上并未对行政作出任何实质性的界定,难以避免其自身定义逻辑不周全的局限。

为了调和积极说和消极说各自的局限,有学者开始尝试合并使用这两种定义方法对行政进行界定。如德国学者斯泰恩(Stern)在对行政进行界定时,首先消极地排除了立法、统治、国家计划、国防和司法,然后又进一步积极地将行政定义为:“执行权力机关或者其他同类法律主体自负其责,按照(或多或少明确的)既定目的,通过具有法律约束力的具体措施,完成共同体交付的任务的活动”^④。

随着传统的国家作用的分化,立法、行政与司法在性质上的差异性得到了社会的普遍认可。对立法与行政的差异性可从一般性、具体性角度加以区分。立法是制定一般的抽象规范的国家作用;行政是立法的下位概念,是法的具体化过程,其宗旨是执行法的原则与内容,以实现国家的目标。行政与司法虽然同属于执行法律的国家作用范畴,但是司法的本质是一种判断,而行政的本质却是一种管理。由于立法、行政、司法各自作用的分离,使得对行政的界定因此成为可能,而上述对行政的定义也都是建立在国家的立法、司法和行政等作用相互独立,即传统分权理论基础之上的。我国虽未像西方资本主义国家那样确立三权分立的宪政基础,但是我国宪法的“议行合一”原则同样确立了立法、司法和行政等国家职能由不同机关相互分工各自承担的制度,因此,在探讨我国行政法中的行政定义时,上述各个定义自然具有可借鉴的价值。

① [德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第14页。

② 转引自杨海坤主编:《中国行政法基础理论》,中国人事出版社2000年版,第4页。

③ [日]盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第7页。

④ [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第6页。

从我国宪法的规定看,国家的职能分别由立法机关、行政机关、司法(检察和审判)机关、军事机关承担,因此,我国法律制度中的行政可以定义为:行政是指依据我国宪法和法律,除国家的立法、司法(检察和审判)、军事职能之外的国家的组织管理职能。更具体地说,行政是指以国家行政机关为主的,包括其他社会组织管理公共事务和提供公共服务的活动,关注点在于行政职权的行使以及与此相对应的公民权利的保护。

(二) 行政的特征

1. 行政的目的具有公益性

就行政与国家的关系而言,“行政乃实现国家目的之一切国家作用,而所谓国家目的者,具体言之,即指公共利益或公共福祉而言”^①。作为国家组织、管理活动的行政毫无疑问应当以实现公共利益和维护公共利益为追求,因此,在特定情况下,行政为公益而获得对私益的限制权,皆因其所具有的追求公共利益的属性。行政的这一特征也是行政得以与司法相区别的特征之一,因此,行政是具有倾向性的,而司法则应当是中立的,故司法本身并无利益追求,而是运用法进行判断以实现法的意旨的过程。

2. 行政的主体具有法定性

行政是特定的主体代表国家实施的国家的组织、管理活动,因此,进行行政活动的主体本身理所当然应当具有合法性,这也是行政活动获得合法性的前提。各国的宪法或组织法均须对行政的主体进行规定,在我国依法获得行政活动资格的主体主要是国家行政机关。根据我国《宪法》第85条和第105条的规定,中央人民政府以及地方各级人民政府的行政分别由相应的行政机关来承担。当然,现代意义上的行政的主体已经不再仅局限于国家行政机关,而扩大到了除国家行政机关之外,经法律、法规明确授权的其他社会主体。

3. 行政活动具有法定性和裁量性

行政是依法进行的国家组织活动,因此行政发动及进行的过程本身应当受到法律规范的制约,这也是现代法治行政的根本要求。然而,绝对的法治行政对国家立法活动提出的要求却因为立法者的预见能力、法律自身的局限以及立法技术等诸多因素的限制而难以实现,同时,法律规范与社会的瞬息万变之间的时滞也使法律规范难以以为行政提供全部的行为依据。为了保证行政得以从公益出发迅速快捷地实施管理以维持社会秩序和保障公共安全,行政在受到法律规范制约的同时,在一定范围、一定程度之内也应具有活动的空间,即行政裁量的空间。当然,这种活动空间的存在,并不意味着裁量的绝对自由性,行政裁量必须在法定的范围内,遵循法律的原则、精神、程序等,合理、正当地进行。

4. 行政表现方式的多样性

行政作为一种国家的组织、管理活动,有效地实现对社会管理的目的是其所追求

^① 翁岳生编:《行政法》上册,中国法制出版社2002年版,第14—15页。

的价值目标,因此,在法律的规范之下,行政可以选择各种活动方式进行管理活动,如可以采用由法律规定的各种以国家权力的强制性为依靠的权力性行为方式,在许多领域也可以采用非权力性的行为方式,如合同、协议、指导等。

二、行政权

(一) 行政权的概念

行政法之所以要对公共行政活动进行规范,是由行政权决定的。

行政权古已有之,早在国家产生伊始,行政权就获得了存在的必要,人们为了获得安全、秩序等“公共物品”而聚集在一起,建立国家、社会,而这些“公共物品”有秩序地生产和分配又依赖于行政权的维系。^① 奴隶社会及封建社会王权专制统治下,行政权与司法权、经济权等均归属于政府乃至君主个人,高度的集权致使“行政权之发动,几乎不受法规拘束,只需实施可能,得以任意出之”^②。这种既无民主亦无分权、制衡的政治体制显然无法为行政法的产生提供任何制度基础。直到资产阶级革命取得胜利后,分权学说的提出以及资产阶级分权的实践使“行政权从国家的整体统治权中分离出来,成为与立法权、司法权相并列的一种独立的国家权力”^③。行政权的独立化与资本主义早期强调公民的自由和权利的自由主义思想之间的冲突使通过法律严格限制行政权的行使领域成为必然,行政法由此产生。随着社会生活与国家事务的日益复杂,政府的行政管理职能日趋庞大,以致行政权迅速扩张,这又使对行政权进行法律规制进一步成为普遍的社会需求,行政法也因此不断发展和完善。可见,行政权是行政法的理论基点,也是行政活动的内核和行政法的本源所在,它贯穿行政法的整个发展过程。行政法的发展和行政法学的理论研究中,诸如行政主体、行政行为、行政救济等众多行政法学的基本范畴的产生均是以行政权为原点向外辐射的结果。

然而,行政权本身“又是一个动态的概念,其具体内容因社会的发展和时代的变迁而有所不同”^④,因此,对行政权的界定困难重重。古今中外众多的学者都曾试图为行政权下一个清晰的定义,如有将行政权界定为“执行法律的权力。它是总统根据联邦宪法第二条的规定所享有的广泛的权力……它区别于制定法律以及对法律纠纷裁判的权力”^⑤;也有将行政权概括为“政府及国家各级行政机关执行法律,制定和发布行政规章,在法律授权范围内,完成行政管理的任务,处理解决问题的权力。它是国家权力体系中的一部分,与立法权和司法权构成国家权力”^⑥,可谓众说纷纭。

① 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2005年版,第4页。

② 范扬:《行政法总论》,中国方正出版社2005年版,第24页。

③ 杨海坤、章志远:《中国行政法基本理论研究》,北京大学出版社2004年版,第15页。

④ 同上。

⑤ Black's Law Dictionary, West Publishing Co., 1979, p. 511. 转引自胡建森主编:《公权力研究——立法权·行政权·司法权》,浙江大学出版社2005年版,第194页。

⑥ 贾湛、彭剑锋主编:《行政管理学大辞典》,中国社会科学出版社1989年版,第211页。

就我国行政法学的论著和研究成果看,对行政权的表述也不尽相同,大致可归纳为以下几种:其一,行政权“是由国家宪法、法律赋予的国家行政机关执行法律规范,实施行政管理活动的权力”^①;其二,现代意义上的行政权是指“行政机关职务范围内的法定权力和非行政机关行使管理国家和社会公共事务的法定权力”^②;其三,行政权是指“国家或其他行政主体担当的执行法律,对行政事务进行直接、连续、具体管理的权力,是国家权力的组成部分”^③;其四,“行政权是国家行政机关或其他特定的社会公共组织对公共行政事务进行直接管理或主动为社会成员提供公共服务的权力”^④。

上述定义虽然表述有所不同,但究其内涵和实质,我们依然可以发现学者们在对行政权这一概念的理解上的一些共同之处:

第一,行政权是行政主体所享有的一项国家权力。在早期的行政法理论中,享有行政权的主体被严格限定为行政机关,而排除了社会领域或个人享有行政权的情形。但是,随着国家管理形态的变化,行政本身内涵不断丰富,行政权专属于行政机关的局面逐渐被打破,有学者就曾指出,“与国家和社会重大利益相关的管理职能由国家行政机关所独有,如有关国防、外交、财政、规划、经济调控、市场监管等职能;而大量的执行性、操作性事务尤其是公共服务的供给职能则完全可以放手由某些社会公共组织代为行使,如对律师的培训、考核、违纪惩戒等事务就可以由非政府组织部门的律师协会掌管”^⑤。可见,将有关行政事务交由非公权性质的其他组织完成,即法律、法规对特定社会组织进行授权的情形日益普遍,行政权的享有主体已经从行政机关扩展到经法律、法规授权的非政府社会公共组织。此外,对于行政权的国家权力属性,即它为区别于立法权、司法权的一项国家权力已经得到学界的普遍认可。上述几种对行政权的定义就均将行政权与立法权、司法权相区分,在一定程度上揭示了行政权在国家权力体系中的特殊地位。

第二,行政权是一种管理公共事务和提供公共服务的权力。对于行政权以管理公共行政事务为内容,包括执行国家的法律、管理国家行政事务等,学界普遍不存在争议,这也是早期行政权的核心内容。然而,随着社会的发展和行政本身内涵的丰富,现代意义上的行政权对政府提出了更高的要求,即“国家除了要提供个人需要的

^① 罗豪才:《行政法学》,北京大学出版社1996年版,第4页。此外国内还有一些学者也有过此类表述,如有学者认为,行政权“是指国家行政机关执行法律、管理国家行政事务的权力,是国家权力的组成部分”(王连昌主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1994年版,第6页);有学者认为:“行政权是国家行政机关执行法律、管理国家行政事务和社会事务的权力,是国家政权的一个组成部分”(胡建森主编:《行政法与行政诉讼法》,高等教育出版社1999年版,第5—6页);还有学者认为:“行政权是指执行、管理权,主要是指国家行政机关执行国家法律、管理国家内政外交事务的权力”(姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2005年版,第4页)。

^② 张正钊等主编:《比较行政法》,中国人民大学出版社1998年版,第289页。朱新力在其主编的《行政法学》一书中亦有类似表述,即行政权是指“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”(朱新力主编:《行政法学》,浙江人民出版社2002年版,第8页)。

^③ 应松年、薛刚凌:《论行政权》,载《政法论坛》2001年第4期。

^④ 杨海坤、章志远:《中国行政法基本理论研究》,北京大学出版社2004年版,第17页。

^⑤ 同上书,第18页。