



新阶梯卓越法律人才培养系列教材

行政法与行政诉讼法学

第二版

ADMINISTRATIVE LAW AND ADMINISTRATIVE PROCEDURAL LAW

王学辉 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



新阶梯卓越法律人才培养系列教材

行政法与行政诉讼法学

第二版

ADMINISTRATIVE LAW AND ADMINISTRATIVE LITIGATION LAW

主 编 王学辉

撰稿人 (按姓氏笔画排序)

马立群 王学辉 邓 蔚

刘 艺 孙 兵 张向东

张鲁萍 陆伟民 罗 军

汪 梦 杨天翼 岳 丽

唐 尧 唐向东 谭宗泽

喻少如 曾 哲 曾海若



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政法与行政诉讼法学 / 王学辉主编. —2 版. —
北京:法律出版社, 2015. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8377 - 3

I. ①行… II. ①王… III. ①行政法学—中国—教材
②行政诉讼法—法的理论—中国—教材 IV. ①D922. 101
②D925. 301

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 197274 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/三河市龙大印装有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙 磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16
版本/2015 年 8 月第 2 版

印张/31.75 字数/600 千
印次/2015 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8377 - 3

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

教学质量是高等学校的生命线;重视教材建设,是提高教学质量的重要环节。早在2005年,教育部就以1号文件下发了《关于进一步加强高等学校本科教学工作的若干意见》,要求“加强教材建设,确保高质量教材进课堂……对发展迅速和应用性强的课程,要不断更新教材内容,积极开发新教材,并使高质量的新版教材成为教材选用的主体”,而且特别强调教材应当“具有中国特色、中国风格和中国气派”。教材是课程及教学内容的载体,是在校大学生获得知识的重要途径。教材的编写过程本身,有利于及时反映社会状况的最新变化和学术研究的最新成果,有利于改进教学方法、提高教学水平、增强科研能力。这都是对教学与科研的反思和总结。通过教材的编写,还可以促使教师总结教育教学规律,了解学生的知识需求,培养热爱教学和关爱学生的教育情怀,实现教师、教材与学生三者的有机联结与良性互动。

依法治国是党领导人民治理国家的基本方略,高等法学教育是国家法治发展的重要依托。我国高等法学教育大众化的快速推进,引发了人们对法学教育质量的疑虑,进而促使法学教育工作者深刻思索如何改革法学教学方式、如何完善法学课程体系等问题。法学教育必须适应法律职业对法律人在知识、能力等方面的实际需求,而法学教育的进一步改革和发展又必须以法学核心课程教材建设为基础。如果说法学核心课程的确立,是对我国法学教育历史经验深刻反思的成果,是对养成法学思维方式所需基本知识体系的科学总结;那么,编撰高质量的法学核心课程配套教材,就是目前高等法学教育工作者不可推卸的责任。

西南政法大学前身是1950年成立的以刘伯承元帅为校长的西南人民革命大学。1953年,以西南人民革命大学为基础,合并重庆大学、四川大学、贵州大学、云南大学、重庆财经学院的法律院(系)成立西南政法学院。1958年,中央公安学院重庆分院又并入我校。特殊的建校背景,使学校汇集了当时西南地区法学和法律界的主要资源,也因此被誉为“新中国政法类的西南联合大学”。在我校的发展历程中,先后经历了多次隶属关系变更。“文革”期间曾一度被迫停办。1977年,经中央批准恢复法学本科招生。1978年,经国务院批准为全国重点大学,是司法部属政法院校中唯一的全国重点大学。1979年,开始招收法学硕士研究生,是改革开放以后全国首批硕士学位授权单位。1993年,被国务院学位委员会批准为博士学位授权单位。1995年,经原国家教委和司法部批准,更名为西南政法大学。2003年,被国务院学位委员会确定为全国首批法学一级学科博士学位授权点;同

2 总 序

年,经人事部批准设立法学博士后科研流动站。2012年10月24日,教育部、重庆人民政府签署共建西南政法大学协议,教育部副部长杜玉波在共建合作协议签字仪式讲话中指出:“西南政法大学办学历史悠久,为国家培养和输送了众多优秀人才,推动了国家的法制昌明,被誉为‘新中国法学教育的黄埔军校’。”同年,西南政法大学同时入选教育部、中央政法委员会公布的应用型、复合型法律职业人才教育培养基地、涉外法律人才教育培养基地和西部基层法律人才教育培养基地等全部三类首批国家级卓越法律人才教育培养基地。

经过六十多年的建设,学校正在发展成为以法学为主,法学与政治学、经济学、管理学、文学等多学科协调发展的特色鲜明、优势突出的研究型高水平大学。学校与美国、英国、德国、法国、俄罗斯、加拿大、意大利、日本和泰国等国家以及我国香港、澳门和台湾地区的一些大学,建立了校际友好关系,进行广泛而深入的学术交流与合作。

高水平大学应当有高水平的教材。作为国内规模最大的法学人才教育培养基地,西南政法大学历来高度重视本科教学质量及本科教材建设,不仅培养了一大批具有较强教学研究能力的中青年学者,而且逐步形成了自己独具特色的教学模式和教材风格。面对新世纪新阶段法学教育的变化,学校做出积极反应,在提高本科教学质量方面,做出了更大的努力。学校在总结已有教材编写经验的基础上,广泛吸取国内外其他法学教材的长处,与法律出版社合作,编写出版本套教材,以践行我校法学教育理论性与实践性充分结合的办学理念,并积极努力为我国高等法学教育事业做出自己新的更大的贡献。

本套教材以发展着的马克思主义为指导,坚持社会主义法治理念,贯彻和实践科学发展观,遵循理论联系实际的原则,力求适应国内依法治国与构建和谐社会的新要求,适应国际经济全球化发展的新态势,准确把握现代法治精神,在吸纳国内外法学研究最新成果的基础上,树立精品意识与创新观念,按国家级规划教材的高标准致力于打造符合国家精品课程要求的品牌教材。为了确保编写质量,我校通过专家论证,由教材委员会遴选高水平教师主持本套教材的编写和修订任务,并在教材建设经费上给予了重点支持。我们对本套教材的特色要求是:通过对基本知识点的重点阐述,保证学生掌握基础理论;通过对学术前沿问题的介绍,拓展学生视野,启发学生思维;通过对基本技能训练的指导,提高学生处理法律事务和应对国家司法考试的能力;通过课后作业的问题设计,引导学生独立思考、深入研究。

本套教材主要作为高等学校法学专业本科教学用书,也可供报考法学各专业研究生复习备考使用。

西南政法大学教材委员会

2013年5月

主 编 简 介

王学辉 男,西南政法大学教授、宪法与行政法专业博士研究生导师,中国地方法制研究中心主任,重庆市行政程序法研究中心执行主任。学术兼职主要有:中国行政法学会研究会常务理事,中国体育法学会常务理事,最高人民法院行政诉讼专业委员会常任委员,重庆市行政法学会研究会副会长,重庆市首批社科专家库成员,重庆市人大立法咨询委员,重庆市人民政府立法咨询委员,重庆市人民政府行政复议委员会委员,《中国当代公法研究文丛》主编。独著或主编有《迈向和谐行政法》、《行政程序法精要》、《行政权研究》、《行政诉讼制度比较分析》、《行政立法成本分析与实证研究》、《群发性事件防范机制研究》、《行政法学》等书。在 CSSCI 核心期刊上发表学术论文近 50 篇。

第二版修订说明

教材是课程及教学内容的载体,是在校大学生获得知识的重要途径。本教材是2011年1月出版发行的,已经过去四年多了,行政法学领域有多部法律已经重新修订。而教材的编写又必须反映本学科相关法典的最新变化和学术研究的最新成果。本次修订,增加了2014年11月1日通过修订的《中华人民共和国行政诉讼法》的内容,2011年6月30日通过的《中华人民共和国行政强制法》的内容,2012年10月26日修订的《中华人民共和国治安管理处罚法》的内容,2012年10月26日修订的《中华人民共和国国家赔偿法》的内容,“两高”最新的司法解释,党的十八大、十八届三中全会和四中全会决定的内容。在修订时主要体现了以下特点:

1. 立足基础,突出应用。本书立足基础知识的介绍,突出应用。对于一些与基础知识关系不大的内容(性质、意义、历史沿革、中外比较),尽量从简,或者略而不谈。注重基础知识的理解和应用。

2. 表述准确、篇幅适中。务求基本概念清晰准确,知识要点言简意赅。本教材各章节之间尽量做到内容均衡,不畸轻畸重。原则上内容串讲占50%,案例评析及案例作业占30%,其他占20%左右。

3. 知识案例,融会贯通。将知识讲授与案例评析有机结合,避免出现“两张皮”。全书运用真实案例,突出案例与知识互动。

4. 实务训练,注重操作。以学生的培养实践能力、训练实务思维为目的,运用各种手段使学生参与实务操作。全书以章为基本单元,章下设节。每章由以下板块组成:知识框架图、关键词、案例评析、疑难问题、课后练习、课外阅读,培养学生的实务操作思维和习惯。

新阶梯卓越法律人才培养系列教材编委会
2015年7月28日

目 录

导 言	(1)
第一章 行政法学概述	(7)
第一节 行政法学的基本概念	(7)
第二节 行政法的法源	(18)
第三节 行政法律关系	(21)
第四节 行政法的适用	(30)
第五节 行政法和行政法学的历史发展	(34)
第六节 加入“WTO”对中国行政法律制度的影响	(43)
第七节 法治政府建设	(49)
第二章 行政法的基本原则	(59)
第一节 行政法的基本原则概述	(59)
第二节 我国行政法基本原则的具体内容	(61)
第三章 行政主体及公务员	(74)
第一节 行政主体概述	(74)
第二节 行政机关	(79)
第三节 法律、法规、规章授权组织	(88)
第四节 受委托组织	(93)
第五节 公务员法	(98)
第四章 行政相对人	(107)
第一节 行政相对人概述	(107)
第二节 行政相对人的权利义务	(113)
第三节 行政相对人行为	(121)

2 目 录

第五章 行政行为	(127)
第一节 行政行为概述	(127)
第二节 制定行政规范行为	(138)
第三节 授益行政行为	(150)
第四节 不利益行政行为	(165)
第五节 非权力行政行为	(182)
第六章 行政程序及其法典化	(189)
第一节 行政程序概述	(189)
第二节 行政程序的基本类型	(194)
第三节 行政程序法的基本原则	(196)
第四节 行政程序法的根本制度	(202)
第五节 我国行政程序的法典化	(210)
第七章 行政违法与行政责任	(221)
第一节 行政违法	(221)
第二节 行政责任	(227)
第八章 监督行政法律制度	(241)
第一节 监督行政法律制度概述	(241)
第二节 国家权力机关的监督	(247)
第三节 国家司法机关的监督	(252)
第四节 行政机关的内部监督	(259)
第五节 社会组织和公民的监督	(278)
第九章 行政复议制度	(286)
第一节 行政复议概述	(286)
第二节 行政复议的基本原则	(289)
第三节 行政复议范围	(296)
第四节 行政复议的机关与管辖	(302)
第五节 行政复议的程序	(305)
第六节 行政复议的法律责任	(312)

第十章 行政诉讼概述	(317)
第一节 行政诉讼概述	(317)
第二节 行政诉讼法律关系	(321)
第三节 行政诉讼基本原则	(324)
第四节 行政诉讼基本类型	(330)
第十一章 行政诉讼管辖与受案范围	(335)
第一节 行政诉讼管辖	(335)
第二节 行政诉讼受案范围	(346)
第十二章 行政诉讼参加人	(363)
第一节 行政诉讼参加人概述	(363)
第二节 行政诉讼原告	(368)
第三节 行政诉讼被告	(373)
第四节 行政诉讼第三人	(378)
第五节 行政诉讼的共同诉讼人	(382)
第十三章 行政诉讼证据规则	(387)
第一节 行政诉讼举证责任	(387)
第二节 行政诉讼的质证	(395)
第三节 行政诉讼的认证	(402)
第四节 人民法院调取和保全证据	(406)
第十四章 行政诉讼程序规则	(412)
第一节 起诉与受理	(412)
第二节 第一审程序	(420)
第三节 第二审程序	(428)
第四节 审判监督程序	(432)
第十五章 行政诉讼法律适用、裁判及执行程序	(438)
第一节 行政诉讼法律适用概述	(438)
第二节 行政诉讼法律适用规则和适用冲突	(443)
第三节 行政诉讼判决	(448)

4 目 录

第四节 行政诉讼的裁定与决定	(454)
第五节 行政诉讼执行	(458)
第十六章 行政赔偿与行政补偿制度	(466)
第一节 行政赔偿	(467)
第二节 行政补偿	(482)
后 记	(490)

导 言

一、为什么要学习行政法

与民法、刑法等部门法不同,行政法并非某一部法典的名称,而是基于学术分类研究的需要,对某一具有特定性质的法律规范的总结性概括。行政法主要是研究公共行政问题。

在现代国家,随着社会公共管理和公共服务的需要,行政权与公民权的关系越来越密切。一般来说,现代行政的目的是实现对国家事务和公共事务的组织与管理,建立和维护一个美好的社会秩序。其具体内容包括制定行政法规、行政规章,加强行政执法活动;对国家事务和公共事务的设置、控制、调节;对社会组织和成员是否守法进行监督,对违反行政法律规范的行为给予法律制裁;对各种社会关系予以协调;对行政纠纷作出裁判;为公民、法人和其他组织提供公共服务。必须强调的是,现代行政重要的还在于为整个社会或社会的某些方面提供管理和服务,基于这一认识,现代行政应当是公共行政。公共行政包括国家行政和社会行政。因为现代人出生于政府资助的医院,在公立的小学、中学、大学中接受教育,旅行时间在公共交通设施中度过,与外界的联系通过邮局或半公共性质的电话、互联网系统进行,喝的是公共自来水,读的是公共图书馆的书,用公共排污系统处理垃圾,在公园中游玩,受公共治安、消防、卫生部门的保护,又在公立医院里离开人世,最后,被埋葬在公共墓地。总之,不管人们在意识形态上多么守旧,或者多么开放,现代人的日常生活总是同政府提供上述和许多其他方面服务的决策等联系在一起,这种联系是挣不脱、割不断的。

可见,人的一生都离不开行政法,从生到死,非常深远。

我们的日常生活也与行政法密不可分。例如,一早起床,开灯用电,用水洗脸,开收音机听广播,看电视,清倒垃圾、废弃物,开车上公路,碰上红绿灯,送孩子上学,上班时使用电话、投递邮件,使用政府检验合格的电梯和办公用品,到公园散步等都与行政法有密切关系,^[1]也都受到行政法律规范的规制。又如,毕业,就业,参加职业培训,从事生产、经营活动,提供信用、劳务,担任公职,也与学位管理条

[1] 这些日常生活事项与我们的环境保护法、卫生管理法规、广播电视法规、废弃物处理条例、交通法规、义务教育法、高等教育法、邮电法、公园管理条例等发生密切关系。

例、劳动就业条例、职业培训条例、反不正当竞争法、银行法、劳动法、公务员法等发生密切关系。再如生病就医、车祸残疾、年老退休、死亡埋葬等,也与保健法、残疾人保障法、劳动法以及殡葬管理条例等法律、法规、规章及其他规范性文件等有密切关系,并受到这些法律、法规、规章及其他规范性文件的规制。

总之,行政法包罗万象,对我们的食、衣、住、行、育、业、生、老、病、死都有很大的影响。学习、研究行政法成为我们拥有美好人生,做好一生规划,就业、创业及为人类社会服务的必要条件。至于行政法是法学院校学生必修的法学主干课程,是全国“司法考试”和公务员考试的必考科目,则是学习行政法的次要目的。

以上的认识让我们非常实在地感受到学习行政法学的必要性和重要性。

其实,从法学的角度来看,为什么需要一门行政法学科的这个命题,也涉及行政法特殊性质的认识。行政法是国家法律体系中的一个重要部门法,调整基于公共行政权力行使而产生的各种社会关系,即行政主体与行政相对方的权利义务关系。其功能在于创设、规范和监控公共行政权力以维护社会公共利益和公民的合法权益。行政法其实就是指如何设置、控制行政权的运行以及如何让行政权能服务于社会、服务于民的法,“控权”与“服务”是构建行政法的两个基本价值观念。行政法是一部控权法和服务法,是控制行政权的法,是让行政权服务于社会、服务于民的法。在“控权—服务论”的视域里,控权和服务并非简单的并列相加。控权是行政法的先天基因,服务是行政法的后天品格。“控权”要求行政权必须在法律设定的范围内并按法定的程序行使,“服务”要求政府不应仅仅以管理者的身份自居,更应当以服务者的身份去为市民提供各种服务;控权是基础和手段,服务是目的,二者构成良性互动关系。^{〔2〕}“控权—服务论”从公共行政的规律入手,通过“控权”和“服务”两个支撑性概念,将行政法的四要素——行政主体、行政权、行政行为和行政法律责任——合理、有序地组织在一起,调和行政与法、科学与规范的基本矛盾,从而科学回答了行政法学基础理论的三个元命题:我们为什么需要行政法?需要一部什么样的行政法?如何通过行政法达到行政目的?正如伯纳德·施瓦茨所说:“它规定行政机关可以行使的权力,确定行使这些权力的原则,对受到行政行为损害的给予法律补偿。”^{〔3〕}也就是说,行政法的存在,一是为了控制行政权的肆意运行;二是为了让行政权更好地服务于社会,服务于民。这两个方面同等重要,不可偏废。当以“控权—服务论”导控行政权时,公共行政之“善治”路径当可了然。其追求的是“政府有界、服务为魂、政府有责、过程可控”。塑造的是一个

〔2〕 王学辉:“对行政法学基础理论的思考”,载《西南政法大学学报》2002年第3期;“控权—服务论——当代行政法的一种认知模式”,载应松年等:《当代行政法的源流》,中国法制出版社2006年第1版。

〔3〕 [美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》(中译本),徐柄译,群众出版社1986年版,第1页。

“和谐行政法”。〔4〕

二、如何学习行政法

行政法的发展史表明,行政法是一门相对比较年轻的学科。行政法产生于西方发达国家,法国是行政法的发源地,其产生与发展是近两百年来事,这与民法、刑法有数千年的发展历史不可同日而语。我们认为,行政法是调整围绕行政活动而形成的各种权利义务关系,控制行政权,确认和保障公民合法权益的各种法律规范的总称。具体来说,行政法是有关行政主体、行政职权、行政行为及行政程序、行政违法及责任和救济关系等相应法律规范的总称。世界上至今没有一部统一的行政法典,它以散见于各种法律、法规、规章中的大量规范为存在形式,涉及的领域十分广泛,内容丰富多彩,且具有很强的变动性,常常是实体性规范与程序性规范相互交织,权利规范与义务规范集于一身。〔5〕

在大学中讲授和学习行政法,常常出现的情况是,老师说行政法很难讲,学生说行政法很难学,感到行政法涉及面太广,行政法律规范种类繁多,不知如何下手。学习民法、刑法时因为有成文法典在手,感觉比较容易把握些。而行政法与民法、刑法不同,因行政法不是制定法名称,而只是一个法学领域名称,导致学生很难捉摸。尤其是我们没有一部称为“行政法”的法典存在,使学生们不能像学习民法、刑法那样有目的、有体系地学习行政法。

本书每章后都附有“推荐阅读资料”,为深入学习行政法提供线索,进而为学好行政法提供帮助。

案例评析

夫妻卧室观看“黄碟”案〔6〕

1. 案情简介

2002年8月18日,陕西省延安市万花山派出所接到报案,称其辖区内一居民家中正在播放黄色录像,即派四名民警前去调查。民警来到张某诊所(张某夫妇的卧室在诊所内)门

〔4〕 当代中国社会正处于转型过程之中,在市场经济条件下,政府职能的转变、政府机构改革以及对行政法基本理论研究的深入已经引起行政法学的基本概念和理论体系革命性变革,现代行政是一种“民主行政、法治行政、服务行政、科学行政、责任行政”,这是市场经济条件下“行政”的基本内涵。它决定了今后我们需要一个什么样的行政法,也决定了行政法的发展方向。以前构架行政法学的平台基本上是以对立和管制为前提的,今后我们必须将合作与善治作为构架行政法学的平台,避免将行政法学的研究放在公民与政府对立的层面上。因此,我们所追求的行政法应当是一个“和谐行政法”,或者称为“合作行政法”。

〔5〕 王连昌主编:《行政法学》(修订本),中国政法大学出版社1999年版,第1页、第4~5页。

〔6〕 转引自徐文星:《行政机关典型败诉案例评析》,法律出版社2009年版。

外,见大门紧锁,便绕到诊所侧面,从窗户缝里看到房间内的电视机的确正在播放淫秽录像。于是,民警以看病为借口进入该居民家中,并径直来到放录像的房间。房间内有张某夫妻二人,此时电视机已经关闭。四人虽着警服,却未佩戴警号和警帽。其中两人去取碟,要抱走电视机和影碟机。张某阻止,警察将其反剪着手抓住头发按在床上。挣扎中,张某抄起窗户旁一根约一米长的棍子打中了民警尚某的左手。警察以妨碍警方执行公务为由将张某带回派出所。作为播放淫秽录像的证据,警方将三张淫秽光碟连同电视机、影碟机也一并带回派出所。

2002年8月19日,张某的家人托亲戚给派出所写下“保单”并交了1000元,把张某“保”了出来。但派出所只开了一张“延安市公安局宝塔分局暂扣款收据”,也没有加盖公章,只让张某捺了指印,扣款理由是“阻碍公务问题”。同日,万花山派出所“传播淫秽物品”为由,给张某出具了《现场扣押物品清单》。经延安大学医学院附属医院诊断,张某多处软组织挫伤(头、颈、两肩、胸壁、双膝)。当初借给张某光碟的邻居马某作为传播者,被派出所关了一夜,并处罚款2500元。

2002年8月22日,宝塔区公安分局决定对张某打伤民警的行为以妨碍公务罪立案,并由分局治安大队进行调查。2002年10月21日下午2时,宝塔区公安分局治安大队的两名警察以“调查案子”为由将张某从诊所带走,随后以“涉嫌妨碍公务”为由将其刑事拘留。2002年11月4日,延安市宝塔区人民检察院以证据不足为由,决定不批准逮捕张某,并将决定送达公安机关。2002年11月5日,被刑拘16天的张某被宝塔区公安分局以取保候审的名义放回家。

2002年12月5日,宝塔区公安分局解除对张某的取保候审,并宣布撤销该案,暂扣当事人的1000元钱同时返还。2002年12月25日,张某向宝塔区公安分局提出国家赔偿申请,并要求公安机关对其恢复名誉、赔礼道歉、处理相关责任人。2002年12月31日,官方的专门协调小组同张某的代理律师在四个方面达成了协议:由宝塔区公安分局向当事人赔礼道歉;一次性补偿当事人医疗费及误工费人民币29137元;对办理本案的有关责任人按照有关规定作出相应处理;本协议为一次性处理协议,一经调解各方签字即生效,任何一方不得反悔,更不得引起任何是非。当天下午,宝塔区公安分局纪检委书记孙某代表公安分局向张某正式赔礼道歉。

2. 基本问题

- (1) 如何理解我国行政公权力与私权利的界限?
- (2) 公安机关的行政调查行为是否违法?
- (3) 公安机关作出的具体行政行为是否违反法定程序?

3. 评析

夫妻观看“黄碟”被查获发生后在社会上引起了强烈的反响,引发了公众对警察权、警察任务、公民权利等重要内容的广泛讨论。从行政法的角度而言,此案存在以下问题:

第一,警察针对夫妻在家中看“黄碟”而启动调查权缺乏明确的法律依据。关于“观看”黄碟的行为,《治安管理处罚法》并没有将其列入禁止范畴,唯一涉及的是1985年国务院《关于严禁淫秽物品的规定》,现这一规定已经被废止。既然这一规定已经被废止,而在

其他所有关于查禁淫秽物品的法律法规和其他规范性文件中,都没有关于“观看”淫秽物品的规定,那么警察启动调查查处此行为显然已经没有法律依据,“法无授权皆禁止”是行政权行使的基本规则,因此该调查行为是违法的。

第二,该具体行政行为违反法定程序。行政程序是指行政主体实施行政行为时,在时间上和空间上所遵循的步骤、顺序、方式、时限。行政程序合法是指行政主体所遵循的行政程序应该有法律依据,应当严格按照法律规定的方式、次序、顺序进行。其基本功能是限制公权力的行使,同时为公权力本身提供合法性。借助于法定程序,公权力转化为一种特殊的权力,即一种公职人员的职权。行政权力的复杂性和自由裁量权的增加,使法律对行政行为的具体内容予以条分缕析地规定越来越困难。对程序的强调,可以在一定程度上把实体性的问题转化为程序性的问题,即通过具体的程序来体现和展示实体性的内容。在涉及公民基本权利的保护时,应当为行政公权力的介入设计更为严格的程序。为了保护公民私生活的安宁和不受侵扰,就应当对警察进入私人住宅作出更严格的程序限制。

在本案中,首先,警察未佩戴警号和警帽,也未出示其证件以表明其身份。《刑事诉讼法》第136条规定“进行搜查,必须向被搜查人出示搜查证”,而且其行为也不属于可以不用搜查证的例外。同样,《治安管理处罚法》第85条也有相应规定。但是,本案中,警察明显未能遵行此规定。其次,对于两人去取碟,要抱走电视机和影碟机的行为,张某进行阻止是正当的,因为在执法人员身份不明的情况下,张某的行为只是为了保护自己的正当权利,充其量也只是正当防卫。执法者以妨碍警方执行公务为由将张某带回派出所所有滥用权力的嫌疑,其行为违反程序规定。此外,张某的家人托亲戚给派出所写下“保单”并交了1000元,把张某“保”了出来,但派出所只开了一张“延安市公安局宝塔分局暂扣款收据”,且没有加盖公章。也就是说,这样的一份收据是不具有法律效力的,因为手续不完备,程序不合法。案中所谓的执行公务不符合法定的程序要求,即指其不是在合法地行使公共权力。

通过本案,我们不难发现,我国行政公权力与私权利的界限模糊,法制观念还有待进一步提高。现代政治文明确认了公权力运作的基本原则,即以法律约束公权力,公权力的行使必须有明确的法律根据,逾越法律的授权就是违法。公权力必须借助宪法和法律来建立其政治合法性。借助法律把人民主权原则具体化和现实化。法律之外的道德理由、政治理由尽管可以赋予政府权力合理性或权威性,但并不构成法治社会中政府行动的法律依据。私生活的不道德并不是它要受到法律惩罚的理由,何况本案中的行为也未必违反私生活的道德准则。在现代社会中,公权力对私生活的侵入大致有两方面:一是公权力的异化,即它成为少数人谋取私利的工具。公权力行使中经常遇到的两种情形是,要么为谋取私利而扩张、滥用权力,要么在无私利可图时以不作为懈怠职责。二是对公权力性质和功能的误解。过去我们更为关心政府的服务宗旨和控制能力。公权力几乎在社会生活的所有方面介入个人的私生活,使个人私生活的某些方面完全受控于政府,似乎只要公权力是为人民的,它便可以支配个人的思想和行为。这种全能政府的政治理念表现之一,就是在“人民警察为人民”的名义之下,扩展和巩固警察权力,似乎警察在为人民谋福利或维护社会公益的名义之下,便可以不受限制地干涉个人的私生活。在全能政府理念支配下,警察为维护社会秩序和所谓的国家利益,往往会超越法律的界限而基于道德的目的、伦理的理由而运用和扩

张其权力,如此案中的“扫黄打非”,其本身是一个具有道德正当性的行为。由此导致的是,对警察权力的更少限制和个人对政府权力的更多依赖。国家对社会的高度控制导致社会自主生活空间的萎缩,个人的基本权利因为政府的高度控制而无法得以伸张。从根本上说,这与我国建设法治国家和依法行政的目标是相悖的。