

杨小军 著

# 行政机关 作为职责与不作为行为 法律研究

国家行政学院出版社

ISBN 978-7-5150-0175-3

ISBN 978-7-5150-0

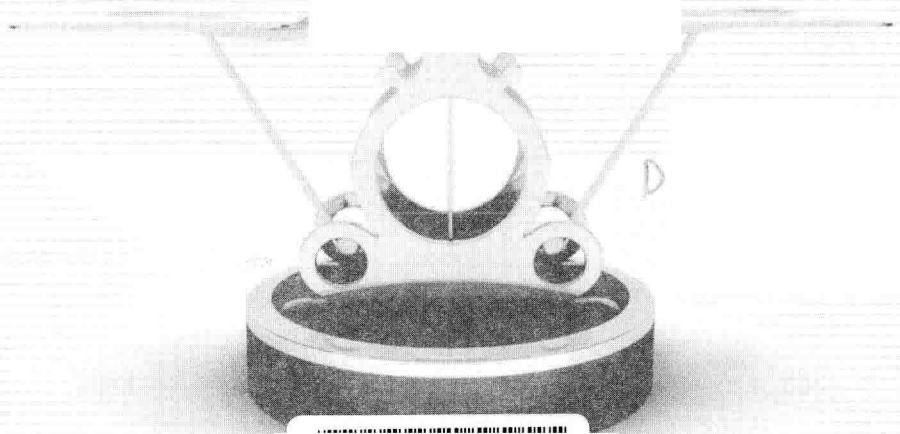


9 787515 001753 >

定价：38.00 元

# 行政机关 作为职责与不作为行为 法律研究

杨小军 著



国家行政学院出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

行政机关作为职责与不作为行为法律研究/杨小军著. —北京:国家行政学院出版社,2012.7

ISBN 978-7-5150-0175-3

I. ①行… II. ①杨… III. ①国家机关工作人员—渎职罪—研究—中国  
IV. ①D924.393.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 162709 号

书 名 行政机关作为职责与不作为行为法律研究

作 者 杨小军 著

责任编辑 吴蔚然

出版发行 国家行政学院出版社

(北京市海淀区长春桥路 6 号 100089)

(010)68920640 68929037

<http://cbs.nsa.gov.cn>

编 辑 部 (010)68928764

经 销 新华书店

印 刷 北京金秋豪印刷有限责任公司

版 次 2013 年 4 月北京第 1 版

印 次 2013 年 4 月北京第 1 次印刷

开 本 650 毫米×980 毫米 16 开

印 张 14.75

字 数 178 千字

书 号 ISBN 978-7-5150-0175-3

定 价 38.00 元

---

本书如有印装质量问题,可随时调换。联系电话:(010)68929022

# 目 录

|                          |    |
|--------------------------|----|
| <b>第一章 政府的行政职能</b> ..... | 1  |
| 一、政府行政职能及其发展 .....       | 1  |
| (一)关于行政职能的学说 .....       | 1  |
| (二)行政职能的发展 .....         | 2  |
| 二、我国行政职能 .....           | 6  |
| (一)中国共产党报告决议中的行政职能 ..... | 7  |
| (二)政府工作报告中的行政职能 .....    | 9  |
| (三)宪法规定中的行政职能 .....      | 12 |
| (四)我国行政职能内容 .....        | 16 |
| 三、行政与法律的关系 .....         | 29 |
| (一)行政执行法律 .....          | 29 |
| (二)行政非执行法律 .....         | 33 |
| <b>第二章 行政作为职责</b> .....  | 43 |
| 一、行政作为 .....             | 43 |
| 二、行政作为职责的特征 .....        | 46 |

|                         |    |
|-------------------------|----|
| 三、行政作为职责的来源 .....       | 51 |
| (一)法定来源 .....           | 52 |
| (二)规定来源 .....           | 54 |
| (三)指定来源 .....           | 57 |
| (四)裁定来源 .....           | 58 |
| (五)约定来源 .....           | 60 |
| (六)诺定来源 .....           | 62 |
| (七)行为定来源 .....          | 63 |
| 四、行政作为职责的内容 .....       | 72 |
| (一)建章立制的内容 .....        | 72 |
| (二)实施一定作用、性质行为的内容 ..... | 74 |
| (三)实施一定种类行为的内容 .....    | 75 |
| (四)实施一定形式行为的内容 .....    | 76 |
| (五)实施一定内容行为的内容 .....    | 77 |
| (六)实施一定时间期限行为的内容 .....  | 77 |
| (七)实施一定地点行为的内容 .....    | 78 |
| (八)实施一定目标、结果行为的内容 ..... | 79 |
| <br>                    |    |
| 第三章 行政作为请求权 .....       | 82 |
| 一、行政作为职责与行政作为请求权 .....  | 82 |
| 二、关于行政作为请求权的学说 .....    | 85 |
| (一)行政作为请求权理论 .....      | 86 |

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| (二)反射利益理论 .....         | 91  |
| (三)行政便宜主义或者自由裁量理论 ..... | 95  |
| (四)行政内部规范外化学说 .....     | 99  |
| (五)法律规范具体化学说 .....      | 101 |
| 三、行政作为请求权的条件与理论依据 ..... | 104 |
| (一)行政作为请求权的条件 .....     | 104 |
| (二)请求权的理论依据 .....       | 111 |
| 四、行政作为请求权的种类 .....      | 115 |
| (一)权益获得请求 .....         | 117 |
| (二)认定请求 .....           | 119 |
| (三)权益保障请求 .....         | 121 |
| (四)权益保护请求 .....         | 122 |
| (五)危难救助请求 .....         | 124 |
| (六)兑现承诺请求 .....         | 127 |
| (七)立规建制请求 .....         | 127 |
| (八)权益救济请求 .....         | 131 |
| (九)行政赔偿请求 .....         | 133 |
| <br>                    |     |
| 第四章 行政不作为 .....         | 134 |
| 一、行政不作为的制度背景与理论基础 ..... | 134 |
| 二、行政不作为的界定 .....        | 139 |
| (一)行政不作为概念的来源 .....     | 139 |

|                           |            |
|---------------------------|------------|
| (二)关于行政不作为的概念 .....       | 145        |
| (三)行政不作为 .....            | 154        |
| 三、行政不作为的根源 .....          | 161        |
| 四、行政不作为的表现形式 .....        | 163        |
| (一)未作为 .....              | 163        |
| (二)拖延作为 .....             | 165        |
| (三)拒绝作为 .....             | 166        |
| (四)不予答复 .....             | 168        |
| (五)假作为 .....              | 169        |
| (六)弱作为 .....              | 174        |
| 五、行政不作为的危害与违法 .....       | 176        |
| (一)行政不作为的危害性 .....        | 176        |
| (二)行政不作为的违法性 .....        | 179        |
| <b>第五章 行政不作为的救济 .....</b> | <b>184</b> |
| 一、行政不作为的救济程序 .....        | 184        |
| (一)行政复议程序 .....           | 184        |
| (二)行政诉讼程序 .....           | 186        |
| (三)国家赔偿程序 .....           | 190        |
| 二、行政不作为的救济手段 .....        | 199        |
| (一)确认违法 .....             | 199        |
| (二)撤销 .....               | 200        |



- (三) 责令行为 ..... 200
- (四) 替代决定 ..... 205
- (五) 国家赔偿 ..... 206
- 三、行政不作为违法赔偿的举证责任 ..... 214
- 四、行政不作为的起诉期限 ..... 218
  - (一) 行政不作为起诉期限的起点 ..... 218
  - (二) 行政不作为起诉期限与行为持续状态的关系 ..... 219
  - (三) 相对人因为提出请求而中断起诉期限 ..... 220
  - (四) 行政不作为案件中的起诉期限终点 ..... 222
  - (五) 行政不作为与作为行为起诉期限的适用 ..... 225

# 第一章 政府的行政职能

在政治上,政府有什么样的行政职能,在法律上,就会有相应的具体行政职责,以及与之相适应的行政行为及其方式。本章梳理了行政职能的演变发展,分析了现代国家中行政职能的主要内容范围和作用,并从行政尤其是积极行政与法律的关系中研究了二者关系的多重性,并在此基础上得出了行政机关及其工作人员约束力来源多元化的结论。

## 一、政府行政职能及其发展

政府的行政职能,是国家职能之一种,是国家职能中最广泛、最活跃、最直接和最日常的部分,主要由政府及其职能部门(统称为行政机关,下同)通过其行政活动来实现。行政职能的内容不是单一的,而是多方面的。这从学者们对行政职能的理论分类中可见一斑。

### (一)关于行政职能的学说

行政职能五分说:将行政职能分为维护秩序的职能、社会服务的职能、企业经营的职能、经济统制的职能和仲裁的职能。维护秩序的职能,如国防、外交、警察等传统的行政职能;社会服务的职能,如社会福利、劳动、医疗、住宅等方面的行政职能;企业经营的职能,如国有化的煤炭、煤气、电力、运输、航空等方面的职能;经济统制的

职能,如资源分配、生产、流通、企业指导等经济行政的职能;仲裁的职能,如调停裁决公民、法人、其他组织之间纠纷的职能。<sup>①</sup>

行政职能四分说:将行政职能分为秩序的职能、给付的职能、分配的职能和征调的职能。秩序的职能,即为维持社会秩序而对个人行为进行规制性限制的职能;给付的职能,即以积极改善社会成员生活目标为目的而提供金钱、物品、服务等一系列的职能;分配的职能,即为社会发展而投入人力、物力,在社会中进行分配的职能,如劳动、租税、住宅供给等;征调的职能,即征调和管理必要的人、物的职能。<sup>②</sup>

行政职能三分说:将行政职能分为秩序的职能、整备的职能和给付的职能。秩序的职能,即以维持国家存续为目的的行政职能,如国防、警察、财政等;整备的职能,即以整备和形成秩序为目的的行政职能,如环境整备、经济整备、空间整备等;给付的职能,即以保障生活和提供福利为目的的职能,如供给、社会保障、助成等。<sup>③</sup>也有将行政职能三分为干预职能、给付职能和计划职能的。干预职能,即干预人民权利,限制其自由或财产,或课与人民义务负担的职能;给付职能,即提供人民给付、服务或给予其他利益的职能;计划职能,即以计划方式达成施政目的的职能。<sup>④</sup>

行政职能二分说:将行政职能分为秩序职能和给付职能,<sup>⑤</sup>或者分为消极职能与积极职能,规制职能与给付职能,<sup>⑥</sup>等等。

## (二)行政职能的发展

以上这些行政职能,无论怎么分类,都是现代社会中政府行政

① 杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第297~299页。

② 杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第297~299页。

③ 杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第297~299页。

④ 翁岳生:《行政法》(上册),中国法制出版社2002年版,第29页。

⑤ 杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第297~299页。

⑥ 应松年:《当代行政法》(上卷),中国方正出版社2005年版,第6页。

职能的内容。人们可以从自己生活、工作、学习等现实中随时随地找到这些职能的痕迹。但是,这些行政职能并不都是与生俱来的,有些行政职能是伴随着社会发展和国家及行政机关角色变化而出现的,有些行政职能则会随着这种发展变化而萎缩、改变甚至消失。所以,行政职能从来就不是一成不变的静态结构,而是随着社会发展逐步发生改变的动态过程。西方国家近代行政职能的历史演变大致经历了如下几个阶段。

警察国家时代的行政职能。17至18世纪是所谓警察国家时代或绝对国家时期。在这个时期,领主和贵族享有等级特权,基本上不受法律的约束,人民是行政的客体而不是真正意义上的权利主体,行政与司法的界限模糊。警察国家时代的国家职能主要通过警察权来实现,而这个时期的警察权实际上可以说就是内政的代名词。奥托·迈耶(Otto Mayer)也认为“警察是良好秩序和普遍性福利的全部保障”,“毕竟,警察权是一种包括全部可能性的总称”。<sup>①</sup>

在“国家目的是为人民谋福利”的理由之下,这一时期的行政职能是广泛的,几乎涉及了所有的生活领域,甚至涉及了私生活领域;不仅如此,这一时期的行政职能也包括了很多主动干预方面的内容。如土地及原材料的开发,通过模范企业、工资税、出口奖励、劳动强制等手段促进和监督职业和商业活动。“行政活动的范围和强度不断扩大,以规范和命令、补贴和救助的方式逐步介入商业、经济和社会生活的各个领域,甚至涉足个人的私事。广泛而又积极行政的原因,一方面是试图通过控制行业和经济的发展,保证军队和皇家的需要;另一方面是教会长久以来观念的影响,即国家不仅要关心共同体的福祉,而且还要关注个人的福利(幸福)。因此,绝对国家又称为福利国家或警察国家(当时的警察涵盖所有的内部行政)。

<sup>①</sup> [德]奥托·迈耶著,刘飞译:《德国行政法》,商务印书馆2002年版,第32页。

行政的特点不仅表现为其广泛性和强度,而且表现为不受法律拘束。”<sup>①</sup>

夜警国家时代的行政职能。19世纪是所谓夜警国家时代,也称为自由国家时期、自由主义法治国家时期等。这一时期,为了增进社会公共福利及谋求个人的生存发展,人们认为国家应当尽可能放任个人自由活动,使个人发挥其创造力。并且,为了谋求社会、文化、经济的发展,行政权的干预应当止于必要的最小限度,以尽量避免介入为原则。所以,从个人权利保护方面,要求国家权力的行使必须要有法律根据,更须受法律的严格拘束。提倡个人最大自由,政府最少干预,行政不仅从属于法律,而且认为在法律之外就无行政可言。

这一时期的行政职能,被认为应当以维持社会治安与取缔社会有害行为为限,以维持国家存在所必需的国防、外交及保护社会安全、秩序为目的。“实际上,国家将其限于保障权利和安全,尊重市民社会要求的自由领域。”<sup>②</sup>行政职能具有非常明显的消极性,行政法的中心课题主要在三个方面:一是确保人民权利和自由,二是限制国家权力的行使,三是在个人权利遭受侵害时的救济。<sup>③</sup>法律支配力原则、法律保留原则、法律优先原则等这些主要针对权力行政、干预行政而且至今仍然具有很大影响和意义的行政法原则,就是这个时代的产物。

福利国家时代的行政职能。20世纪是所谓的福利国家时代,或称之为社会法治国家时期。在这一时期,由于高度工业化、城市化和在经历了世界经济大恐慌之后,人们期望政府能够发挥更为积极

---

① [德]哈特穆特·毛雷尔著,高家伟译:《行政法学总论》,法律出版社2002年版,第15页。

② [德]哈特穆特·毛雷尔著,高家伟译:《行政法学总论》,法律出版社2002年版,第16页。

③ 王和雄:《论行政不作为之权利保护》,三民书局股份有限公司1994年版,第3页。

的作用,依赖于国家提供生产给养的要求更为迫切,对人民的生存照顾成为国家及政府的重要职能。其中,行政职能在给付行政方面的发展最为明显。“20 世纪下半叶国家承担了越来越多的新的任务。国家最初的任务是保证安全和秩序,预防对国家、单个组织以及公民的威胁,如对道路交通的规制、对商业行为的监督以及防治瘟疫。70 年代由这种秩序行政发展出了给付行政。其中,包括国家向个人发放福利金(社会救助、助学金)以及提供公共设施(交通和供给企业、幼儿园、学校、医院等),以保障并改善公民的生活条件。国家的这项活动也被称为‘生存照顾’。此外,还有对社会、经济、文化生活各领域的大规模的促进和引导为目标的行政指导,它以空间规划、支持结构较弱的经济部门和推动文化活动为措施。最后,国家自身也从事经济活动,以平息经济波动,消除经济弊端。”<sup>①</sup>

行政的职能多样化,也更为积极和活跃,尤其在给付职能方面,得到了非常快速的发展和扩充。“在现代法治国家中,给付行政的地位逐渐提升,并成为国家重要任务之一。给付行政的种类甚多,诸如实施各种社会保险(如全民保健、劳保、公保、学生保险、失业保险等),提供社会救助,兴办公用事业(如水、电、交通事业、大众捷运系统等),兴建公共设施(如道路、桥梁、公园等),普及文化建设(如图书馆、美术馆、文化艺术中心等),提供职业训练,环境维护(如道路清理、垃圾的清运等),提供经济辅助(如中小企业的贷款等),实行政行政指导(如进出口的指导及对大陆的投资等)。”<sup>②</sup>人们看到了 20 世纪行政职能的积极扩充,这些新扩充的行政领域主要包括:干预经济,对经济活动进行规制;调控国内国际贸易,管理国内国际金融;举办社会福利和社会保险;管理教育、文化和医疗卫生;保护知识产权;保护、开发和利用资源;控制环境污染和改善人类生活、生

<sup>①</sup> Hermann Hill:《国家和行政的现代化之路》,载于《行政法制度:比较法文集》,中国对外经济贸易出版社 2002 年版,第 61 页。

<sup>②</sup> 翁岳生:《行政法》(上册),中国法制出版社 2002 年版,第 30 页。

态环境;监控产品质量和保护消费者权益;管理城市规划和乡镇建设;直接组织大型工程建设和经营、管理国有企业,等等。<sup>①</sup>

西方国家经历了从警察国到夜警国再到福利国的历史发展阶段,行政职能也经历了从全面干预到消极不干预再到积极给付的演变过程。行政职能的这些变化,应当属于巨大的变化,它必然和应当影响到行政机关及其工作人员的职责义务及其行政行为的方式。随着时代的发展和演变,越来越多的西方国家在政治和法律上给行政机关设定了一些积极的社会职能,以回应社会经济需求的客观需求和社会大众的需要。例如,1977年英国《国家卫生服务法》就明确规定了“继续在英格兰和威尔士促进全面卫生服务是国务大臣的职责。”1946年英国《煤业国有化法》也赋予煤炭局“在大不列颠开采煤炭”和“提供煤炭供应”等方面的职责。英国1973年的《水法》给一系列机构分配一般性职责,包括国务大臣与农业、渔业与食品大臣联合提出水政策并保证有效执行,国家水利委员会就国家政策提出建议,在研究、规划及其他事项上协助水利局,为检验与批准水利设备举行协商,准备教育与培训计划,等等。<sup>②</sup>王名扬教授对英国行政机关职责义务的研究也认为,英国行政机关的义务有时具有普遍性质,这是对一般公众的义务。例如,法律规定行政机关在教育、卫生、社会福利方面必须执行某种政策,采取某些措施。<sup>③</sup>

## 二、我国行政职能

从宏观层面考察政府的行政职能,对于确定行政机关的作为职

---

① 姜明安:《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9页。

② [英]威廉·韦德著,徐炳等译:《行政法》,中国大百科全书出版社1997年1月版,第270页。

③ 王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1997年3月版,第186页。

责义务无疑是有指导意义的。下面,本书从中国共产党的报告决议、政府工作报告及宪法规定三个方面进行梳理和分析。

### (一) 中国共产党报告决议中的行政职能

中国共产党的报告、决议,是关于党的方针、路线、政策、工作等方面内容的,但共产党是执政党,执政党的目标、任务和工作等在很大程度上是通过政府以及其他公共主体的社会管理活动去实现的。所以,党的报告和决议对于我们研究行政职能是非常重要的。

具有历史意义的中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议,是我国改革开放和经济建设的里程碑。在这次全体会议的公报中,明确提出了全党工作的重点要转移到社会主义现代化建设上来。公报中涉及的工作主要包括:经济建设工作,外交工作,人民生活,国防工作,农业工作,民主法制工作,等等。<sup>①</sup>

党的十四大报告《加快改革开放和现代化建设步伐,夺取有中国特色社会主义事业的更大胜利》,围绕着建立社会主义市场经济体制提出了要加快政府职能转变的要求,并将这方面的职能概括为“政府的职能,主要是统筹规划,掌握政策,信息引导,组织协调,提供服务和检查监督。”“综合经济部门的工作重点要转到加强宏观调控上来。”<sup>②</sup>这里,提出了政府有“提供服务”的行政职能。

《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》,提出了要“健全国家宏观调控,完善政府社会管理和公共服务职能。”要“深化行政审批制度改革,切实把政府经济管理职能转到主要为市场主体服务和创造良好发展环境上来。”<sup>③</sup>社会管理职能和公

---

<sup>①</sup> 参见《中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议公报》,1978年12月22日通过。

<sup>②</sup> 参见《加快改革开放和现代化建设步伐夺取有中国特色社会主义事业的更大胜利——在中国共产党第十四次全国代表大会上的报告》(江泽民)。

<sup>③</sup> 参见《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》,2003年10月14日中国共产党第十六届中央委员会第三次全体会议通过。



共服务职能更加明确。

《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》，提出了建设服务型政府的目标，提出了要在服务中实施管理，在管理中体现服务。要“建设服务型政府，强化社会管理和公共服务职能。”要“深化行政管理体制改革，优化机构设置，更加注重履行社会管理和公共服务职能”和“加强市场监管，整顿和规范市场经济秩序。”<sup>①</sup>服务型政府建设目标的提出，以及政府公共服务职能的强调，意味着权力行政向服务行政的转型，消极行政向积极行政的转型，也意味着狭义的国家行政向广义的公共行政、社会行政的转型。这个变化是长远的、逐步的、全面的和深刻的，对行政职能的基本定位具有指导意义。可见，随着认识的不断深化和社会经济的发展，中央明确提出了建设服务型政府的目标，并且更加强调和强化了政府的社会管理职能和公共服务职能，服务型政府的内容越来越成熟。

在此基础上，党的十六大报告《全面建设小康社会，开创中国特色社会主义事业新局面》中，政府的职能被全面概括和明确提出为四个方面，即“完善政府的经济调节、市场监管、社会管理和公共服务的职能。”<sup>②</sup>

党的十七大报告《高举中国特色社会主义伟大旗帜，为夺取全面建设小康社会新胜利而奋斗》中，提出要“加快行政管理体制改革，建设服务型政府。”要“着力转变职能、理顺关系、优化结构、提高效能，形成权责一致、分工合理、决策科学、执行顺畅、监督有力的行政管理体制。”要“健全政府职责体系，完善公共服务体系，推行电子政务，强化社会管理和公共服务。”要“扩大公共服务，完善社会管理，促进社会公平正义，努力使全体人民学有所教、劳有所得、病有

<sup>①</sup> 参见《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》，2006年10月11日中国共产党第十六届中央委员会第六次全体会议通过。

<sup>②</sup> 参见《全面建设小康社会，开创中国特色社会主义事业新局面——在中国共产党第十六次全国代表大会上的报告》（江泽民）。