

依

法

行

政

金国坤 著

中国政法大学出版社

行政法新论

依 法 行 政

——行政法新论

金国坤 著

中国政法大学出版社

(京)新登字185号

依 法 行 政

——行政法新论

金国坤 著

责任编辑：郭耀光

编 辑：孙成霞 陈伟

*

中国政法大学出版社出版发行

(北京海淀区学院路41号)

北京市京东印刷厂印刷

各地新华书店经销

*

787×1092 32开本 5.6875印张 123千字

1992年9月第1版 1992年9月第1次印刷

印数1—5000册 定价：3.75元

ISBN 7-5620-0757-8/D·707

《行政管理学丛书》编委会：

主 编：张 勤

副主编：江兴国

编 委（按姓氏笔划为序）：

田兆阳 江兴国 孙奎贞

张 勤 金国坤 袁静博

目 录

一、行政法的宗旨：政府守法……………(1)

1. 行政法是一门被遗忘和被误解了的科学……………(1)
2. 行政法的涵义……………(6)
3. 行政法制化的意义和作用……………(11)

二、行政法的核心：行政权……………(17)

1. 行政权的法律属性……………(17)
2. 政府的职权……………(22)
3. 政府与企业的关系……………(25)
4. 政府与人民的关系……………(32)

三、行政权行使的法定方式……………(35)

1. 行政立法……………(35)
2. 行政合同……………(38)
3. 行政委托……………(43)
4. 行政许可……………(48)
5. 行政监督……………(51)
6. 行政强制措施……………(54)
7. 行政处罚……………(57)
8. 行政强制执行……………(61)
9. 行政奖励……………(65)
10. 行政裁决……………(67)

四、行政权行使的法定程序 (70)

1. 行政程序法在行政法中的地位 (70)
2. 行政公正性原则 (72)
3. 行政立法程序 (78)
4. 行政处罚程序 (80)
5. 行政强制执行程序 (81)
6. 行政仲裁程序 (82)
7. 行政复议程序 (83)
8. 行政程序立法的问题与展望 (84)

五、行政权行使的法治原则 (87)

1. 行政合法性 (87)
2. 行政合理性 (90)

六、行政权行使的法律监控 (95)

1. 权力机关监督 (96)
2. 行政自我约束 (104)
3. 监察 (106)
4. 检察 (112)
5. 司法审查 (115)

七、违法行使行政权的行政法律

责任 (118)

1. 改变、撤销 (119)
2. 责令改正或补救 (121)
3. 行政侵权赔偿 (122)
4. 罢免 (126)
5. 行政处分 (127)
6. 经济处罚 (129)

八、 政府与行政诉讼	(131)
1. 政府在行政诉讼中的地位	(131)
2. 行政诉讼法对于政府行政行为的维护作用	(136)
3. 政府在行政诉讼中的权利和义务	(141)
4. 政府应诉	(146)
九、 群众监督与政府守法	(150)
1. 增强公民权利意识 勇于同违法行政作斗争	(150)
2. 利用组织的力量维护其成员的合法权益	(153)
3. 充分发挥社会舆论的监督作用	(156)
4. 进一步重视人民来信来访工作	(159)
5. 建立健全行政申诉制度	(164)
十、 行政法制化的理论与实践	(166)
后记	(174)

一、行政法的宗旨：政府守法

1. 行政法是一门被遗忘和被误解了的科学

“行政法是一门被遗忘了的科学”，行政法学家张尚鸾如是说，“人们往往只知有刑法、民法、经济法，尚不知还有行政法。”可以说，长期以来，在行政管理领域，各级行政机关，尤其是各级行政领导，行政法制观念始终未予形成。这种局面严重影响了社会主义法制建设的进程。

行政法的被遗忘，追本溯源，是有其深刻的社会和历史根源的

首先，最根本的，从传统上来说，是我们的行政人员长期习惯于依政策办事，而不习惯于依法办事。按政策办事是革命干部几十年的老传统。土地改革、三反五反，各种群众运动，几乎都是在党的政策的感召下轰轰烈烈地开展起来的。可以说，几十年的革命和建设成就都是依靠党的政策和路线的正确而取得的。积习的惯性造成了行政人员的心理定势，致使他们一遇到国家行政管理方面的事情，只知道有政策，要按政策办事，而不知道有法，不知道还必须依法办事。尤其是当政策与法律发生矛盾时，总是政策优先于法律。在政策与法律的天平上，人们乐道于政策，只看到政策实施的方便性和有效性，而看不到其固有的弱点，未曾想到把政策上升为法律，甚至还把某些以红头文件出现的法规也视为政策。

其实，政策之于法，固然有其灵活性、适时性和实用性的优点，可以因地因事因人制宜，运用起来比较自如，但更多的是其本身无法克服的弱点：

——政策没有法律一样的稳定性，容易使人产生一种不信任感。特别是在改革开放的形势下，街头巷尾随处可以听到老马姓忧心忡忡地议论政策会不会变。只有把行之有效的政策上升为法律，以条文的形式固定下来，才能使老百姓吃下“定心丸”。

——政策没有法律一样的严密性。政策是因一时的实际情况采取的即时措施，且是带有奋斗目标和纲领性质的，随意性大，极易造成“上有政策，下有对策”的局面。

——政策没有法律一样的强制性。政策的贯彻执行是号召性的，需要依靠人们的觉悟和能动性。行政机关在推行政策时，有时也采取了强制性的措施，但极易产生侵犯公民人身、财产权益的现象。如有的地方在落实计划生育政策时，出现了强迫堕胎、关禁闭等现象，对妇女造成了极大的人身摧残。

因此，法律与政策具有互补性。这要求我们要学会两条腿走路，把依靠政策和依法办事结合起来。彭真同志1984年4月在首都新闻界人士座谈会上谈到健全我国社会主义法制时早就指出：“要从依靠政策办事，逐步过渡到不仅依靠政策，还要建立、健全法制，依法办事。”

其次，从历史上说，“旧中国留给我们的，封建专制传统比较多，民主法制传统很少”。^①各级领导干部和广大群众因而都缺乏行政法制心理。行政法是资产阶级革命后才逐

^①《邓小平文选》（1975—1982年），第292页。

渐在资本主义国家确立起来的。我国在历史上没有经历过资本主义民主、法治的洗礼，有的是几千年封建家长制和等级特权观念。在封建专制制度下，皇帝的意志就是“法律”，下级对上级、皇帝唯命是从，无须依照其他（包括法律）办事。老百姓对官吏也只是俯首贴耳，唯一的愿望只是奢求官吏压榨时发一点慈悲和青天大老爷来为民作主，“以法抗礼”、“民告官”闻所未闻。封建专制统治下的这种影响至今还根深蒂固地残留在有的干部和群众的头脑中。法的概念在他们的头脑中是不存在的，充其量一谈到法就是刑法、民法，知道违反刑法、民法要受司法制裁，而不把行政法当作法，违反了无所谓。有的行政领导把守法仅仅看作是群众的事，与己无关，殊不知行政机关和行政人员也得严格守法。有的群众也不善于利用行政法武器同违法行政作斗争，维护自身的合法权益，而遵循着“民不与官斗”的古训，一切都是忍耐。东方民族的忍耐心理在他们身上达到了惊人的升华。

第三，从体制上说，高度集权和下级服从上级的行政领导体制，客观上养成了下级对上级的过分依赖心理而缺乏想象力和创新精神。集权使下级难以独立依法行政，等级制度要求下级坚决贯彻执行上级指示和领导意图。制度本身从某种意义上说制约了依法行政。据对某市部分外、科长的调查，认为应按行政法规行政的占19.6%，认为应按上级意图行政的占8.8%，认为应按行政法规和上级意图行政的占68.9%。^①可见，绝大部分人虽然从思想意识上不抵制依法行政，但主要还要按上级意图行政。有的同志认为，“自己

^①《中国法学》1987年第2期。

几十年就是凭着朴素的感情在干工作，不听领导的听谁的呢？”也有的同志认为自己水平低，是非难辨，领导怎么说就怎么做，这样做保险，反正做错了，责任由领导负。多么精湛的独白！不费脑筋，不需负责，何乐而不为。

第四，从现状来说，我国行政法律规范本身不健全，也是制约着依法行政的一个重要因素。没有健全的行政法律规范作依据，依法行政就无从谈起，近年来，我们虽然制定了大量的行政管理法规，据统计，1979年至1986年，国务院共制定了行政法规504件，但行政程序法、行政赔偿法、行政监督法等基本的行政法律规范尚未制定。可以说在行政法领域仍然存在着大量的空白地带。在今天，我们说法制不健全，主要就是指的行政法制不健全。再加上行政法本身不可能有一部象民法通则、刑法那样的统一法典（世界各国无一例外）而只能是分散在大量的单行法规和其他法律规范中，人们发出“我国有没有行政法”这样的疑问是不足为怪的。

这种传统—历史—体制—现状该是彻底改革的时候了！

可喜的是，行政诉讼法颁布施行以来，行政法制观念已开始渐渐深入人心。政府机关制定了大量行政管理法规，设立了政府法制机构，学会了使用法律武器施行行政管理。现在，一片忙乱之后，我们不禁要问，什么是行政法？回答：行政法是一切行政管理法规的总称，或行政法是调整行政机关与管理对象权利义务关系的法律规范。于是乎，人们惊奇地发现，原来我国行政法制相当发达，行政管理法规“成千上万”，只是没有被认识、被“遗忘了”罢了，由此转忧为喜。中国人的那种“古已有之”的心理便再一次起到了平衡作用。

其实，这是一种莫大的误解。如果从这种观念出发，其要害是致命的。首先，它极易造成在“法制下的新专制”。行政机关尝到了以法进行管理的甜头，因而往往把行政命令改头换面成规范性文件，要求老百姓服从。这就为把许多法律规定的“依法”变成“依我”、“依人”，为行政机关滥用权力找到了依据。由于这种理论强调行政法律关系的单方面意志性，行政机关以行政管理法规实施的行政措施往往比行政命令、行政手段更容易侵害公民的合法权益，因此，著名行政法学家罗豪才教授一针见血地指出，在我国，有些人片面强调行政对相对一方的管理，这种倾向是危险的，它极易导致“法制下的新专制”，导致与社会主义民主背道而驰的惨局。其次，这种认识也极易窒息行政法制的健全和发展。从这种观念出发得出的结论必然是我国行政立法已初具规模。望着一叠叠的行政管理法规汇编，怎不叫人自我感觉大功告成，于是乎以后的事情便是如何执行这些法规罢了。本来行政诉讼法的颁布施行行政立法提供了一个良好的契机，一系列与之配套的实体的和程序的行政法规范尚待制定，“初具规模”的论断则会葬送这一时机。

造成这种误解的根本原因是“法律是管老百姓”的“除外论”。我国历代的所谓“法”，主要是刑法，“严刑峻法”，“刑不上大夫”，是治老百姓的，没有治官的法。封建官僚享有各种特权，可以置法律与不顾，如“八议”、“官当”，凡属八议之列，可以减轻或免除；不在八议之列的，亦可以官品抵罪。现在我们有的干部也以特殊公民自居，认为守法是老百姓的事，自己不在此列，因而行政理所当然也是老百姓所守之法。也有的行政人员认为行政机关是为人民服务的机关，行政人员的职责是为人民谋福利，即使出

现了错误，其动机和出发点是好的，是为了工作，好心办坏事。只要“一不贪污，二不腐化”，犯点错误在所难免，人皆有之，如果要追究责任，就会挫伤为“公”的积极性。谓之“为公有错免罚论”。

可见，行政法的错位有其深刻的历史、思想根源，这也决定了我国的行政法制建设将任重道远，步履艰难，目前仅仅是一个开始。当然，尽管对行政法有所误解，但确定了以法管理的观念，相对于“人治”状态而言，毕竟是一个历史性的转折，也是行政法制化的必由之路。

2 行政法的涵义

行政法，顾名思义，与行政管理密不可分。因此，要搞清楚什么是行政法，首先得对行政管理中的法律问题作一全面的剖析。笔者以为，行政管理法制化包括两个方面，一是行政机关“以法行政”，以行政法律武器实施对公民、法人及其他组织的管理，它强调行政权的国家意志性和法律强制力，公民、法人及其他组织必须服从。实质上，它是行政管理的一种手段，我们姑且称之为行政法律管理，理应成为行政管理学的研究对象。二是行政机关“依法行政”，依法行政要求行政机关及其行政人员的一切行政行为都要有法律依据，严格在法定职权范围内依法定方式和程序行政，一旦违反了行政法治原则就要承担相应的行政法律责任，它强调对行政权的法律控制，确定行政权限及其行使的原则、方式和程序。这便是行政法学的研究对象。“以法行政”和“依法行政”虽然均围绕着行政管理、行政权的行使，但有本质的区别：

首先，从目的上言，前者是为了强化行政管理，保证行政管理的顺利实施；后者是为了控制政府滥用行政权以保障人民合法权益。

其次，从规范对象看，前者主要是管理对象所守之法，行政机关是执法权，后者主要是政府所守之法，管理对象是监督者。

第三，从立法内容上言，前者规定行政机关的权力，管理对象的义务及其不履行义务的责任，后者规定行政机关的权限及其行使的原则、方式和程序，规定违法行使行政权的行政法律责任。

据此，行政法的定义为：行政法是有关行政机关权限及其权限行使原则、方式和程序以及对违法行政行为由行政法制监控机关追究行政法律责任的法律法规的总称，是政府所守之法，其目的是为了控制政府滥用行政权以保障公民、法人及其他组织的合法权益。

这一观念，与一般行政法定义大相径庭。行政法不同于行政管理法规自不待言。大部分学者认为，行政法是“以法行政”和“依法行政”的混合物，或者说，行政法包含了行政管理法规，乃是调整行政机关与公民、法人及其他组织之间权利义务关系的法律规范的总称。此说沿用民法学中的法律关系说，认为权利义务关系是行政法的核心，以至造成了理论上难以自言其说的尴尬局面。^①“以法行政”和“依法行政”的相异性，使行政法律关系主体在管理法和监督法（含诉讼法）上的倒位；行政程序法权利义务关系的难以确定；行政法律关系单方面意志性的不周延等等。这不得不以新的理论来阐述。本书作者正是本着这样一个目的，以行政权的行使为核心，确立行政法是政府所守之法。至于摒弃掉的行政管理法

规的部门法归属，大部分应归属于经济法，亦可根据专业，单独划分出行政管理法部门。当然，由行政法的分散性所决定，在各部门行政管理法规中也包含着诸多的行政法条款，但这并不等于该法就是行政法。

确立行政法是政府所守之法，就澄清了对行政法的误解，有其深刻的现实意义。

确立行政法是政府所守之法，是法律面前人人平等的充分体现。在法治的国家中，我们强调公民要守法（民法、刑法），企业要守法（经济法），那么政府也要守法（行政法）。只有政府守了法，才能真正谈得上依法治国。否则，没有规范政府行为的法律，使政府违法行为逍遥法外。“只许州官放火，不许百姓点灯”，法治也无从谈起。如果我们把行政法等同于行政管理法规或包含行政管理法规，行政法在人们的印象中就成了企事业单位、社会团体和公民个人接受行政管理的法律强加，行政法制化的过程实际上只是赋予了行政机关以行政法律武器，增加了公民、法人的法律义务，公民、法人违反了“行政法”政府可以采取法律手段加以惩罚。而对于政府来说，政府只是立法者、执法者，俨然以法官自居，而似乎与守法无缘。这不能不引起有识之士的悲哀。笔者曾多次大声疾呼，行政法制化的真正涵义主要是要以法律确保行政机关必须在法定职权范围内依法定方式和程序行政，越权无效并追究其行政法律责任。而这一局面的形成，首先需要澄清行政法的概念，注入新的内涵。

确立行政法是政府所守之法，是保护公民、法人合法权益的需要。行政法是公民、法人合法权益的保护器。行政法的根本目的就在于保护公民的合法权益免遭非法行政的侵害。在行政管理中，行政机关与公民、法人的地位是不平等的，

公民、法人处于弱者地位。行政机关握有行政权——以强制力为后盾的国家权力，而公民、法人只拥有宪法、法律所确定的各种权利，自身不备有强大的物质力量来实现这种权利。在这两者之间的关系中，无论我们设立什么样的制度，都不能改变行政机关的优越地位。公民、法人滥用权利的行为通常比较容易得到纠正，而且法律早已详尽规定了各种手段防止公民、法人滥用权利。而对于行政机关滥用权力行为，通常由于考虑公共利益，需要更多的程序才能加以纠正。不仅如此，行政机关本身就是制止公民、法人滥用权利的管辖机关之一，而公民、法人却不可能成为制止行政滥用权力的管辖主体，而只能通过司法机关、乃至权力机关等才能制止行政滥用权力的行为。此外，法律往往又赋予行政机关种种权力（强制执行等），而公民、法人在法律上通常并不享有任何特殊利益。在这种情况下，公民、法人成了行政管理中的“弱者”，而行政机关是“强者”。因此，从“公平”、“正义”的观点出发，我们需要以行政法对政府权力的运用加以“制约”，并赋予公民、法人行政法上的权利，在两者之间造成一种法律上的均衡。而这种均衡，只有在行政法是政府所守之法的意义上才能达到。

确立行政法是政府所守之法，才能真正加强行政立法。政治学家、行政法学家龚祥瑞先生曾疾呼，目前我国行政法仍是空白，必须加强行政立法，要制定行政机关组织法、公务员法、行政责任法、国家赔偿法、行政程序法等一系列基本行政法律规范，改变行政管理领域无法可依、违法难究的现状。与此同时，部分行政法学者和行政实际工作者却沾沾自喜于我国行政法律规范建设的初具规模。这种强烈的感觉反差源于对行政法概念的认知。因而，要进一步加强

行政立法，首先必须确立行政法是政府所守之法之观念。

确立行政法是政府所守之法，有助于引导行政法学理论研究的深入。我国行政法学研究一开始，就把行政法等同于行政管理法，或者说是从行政管理法开始研究的。在理论研究上除了免不了混淆行政法的基本原则和行政管理的基本原则外，在一些基本概念上，诸如行政监督、行政违法、行政责任等均难以辨清。既然行政法是行政管理法，那么行政违法、承担行政责任的主体自然既包括行政机关，也包括公民、法人，而主要是公民、法人。行政机关与公民、法人的“对峙”局面又难以使它们受同一规则调整。为避免混淆，有的学者不得不把行政机关违法谓之违法行政，公民、法人违法谓之行政违法。在对行政责任的研究上，有的学者把对公民、法人违法的行政处罚和对行政机关违法的诸如行政赔偿责任合二为一，有的学者尽管阐明了行政责任是行政机关及其行政人员的责任，但又与行政法体系整体不协调。尤其是在对行政监督的理解上，更是大相径庭，既可理解为行政机关对公民、法人的监督，又可理解为公民、法人对行政机关及其行政人员的监督，还可理解为行政机关对其自身的监督。这些概念的彻底澄清，首先有待于对行政法概念的澄清。确立了行政法是政府所守之法，一切问题均迎刃而解，行政违法是行政机关违法，行政责任是行政机关及其行政人员的责任。

确立行政法是政府所守之法，也是历史发展的必然。回溯历史，行政法本身是因为制止行政违法的需要而发展起来的。行政法在西方之所以为人们所意识，是因为权力分立以后，行政违法行为时有发生，常常引起激烈的纷争。人们需要法律来保护自己的权益，需要法律来限制不法行政。在我