



行政法问题研究

丁伟国 贾雪池 程楠□编著

黑龙江人民出版社

行政法问题研究

——行政法学基本原理

丁伟国 贾雪池 程楠 编著

黑龙江人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政法问题研究/于鸿润,丁伟国,贾雪池,程楠编著. —哈尔滨:
黑龙江人民出版社,2007.12
ISBN 978-7-207-07849-0/D·1010

I. 行... II. ①于... ②丁... ③贾... ④程... III. 行政法—研究—中国 IV. F279.245

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 095175 号

责任编辑:汤克白

封面设计:邬颖华

行政法问题研究

——行政法学基本原理

丁伟国 贾雪池 程楠 编著

出版发行	黑龙江人民出版社
通讯地址	哈尔滨市南岗区宣庆小区1号楼(150008)
网 址	www.longpress.com
电子邮箱	E-mail hljrmchs@yeah.net
印 刷	黑龙江神龙联合制版印务有限责任公司
开 本	850×1168 毫米
印 张	15
字 数	300 千
版 次	2008 年 5 月第 1 版 2008 年 5 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-207-07849-0/D·1010
定 价	36.00 元

(如发现本书有印刷质量问题,印刷厂负责调换)

本社常年法律顾问:北京市大成律师事务所哈尔滨分所律师赵学利、赵景波

前 言

在法学体系中,行政法学虽是一个独立的部门法,但却是一个没有统一法典而又非常庞大的部门法。因此,研究行政法,必须将行政法的基本理念、基本原理、法律规范和法律事务这四个层次的知识统一起来,既要注重对行政法现象的学理表达,也需要对行政法理念进行深层次的理性思辨,深刻地研究行政法基本原理所支持的理论。本书的编著过程中将这一理念作为追求的目标,但由于学识有限,离理想的目标还是有一定的距离。本书提供了有关行政法学的一个总体框架和基本思维模式,编写时注意了理论框架的合理与严谨,同时兼顾了其法律适用性。

本书编著的作者和撰稿分工按章节的顺序如下:

丁伟国:哈尔滨商业大学副教授博士。主要撰写第五章第六节第七节、第六章第二节第三节、第七章、第八章、第九章、第十章、第十一章;

贾雪池:博士、哈尔滨工业大学法学院讲师。主要撰写第二章、第三章、第四章、第五章第一节到第五节;

程楠:硕士、哈尔滨师范大学政法学院法律系讲师。主要撰写第一章、第六章第一节。

全书由丁伟国统稿、程楠通校。

学习永无止境,认识与时俱进,本书的写作难免有不足之处,真诚的欢迎学界前辈、同仁不吝指正赐教。

作 者

2008年5月8日 于哈尔滨

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 行政法学的基本概念	(1)
第二节 行政法关系	(23)
第三节 行政法基本原则	(40)
第四节 行政法的历史发展	(51)
第二章 行政法主体	(60)
第一节 行政法律关系主体的概述	(60)
第二节 国家行政机关	(73)
第三节 被委托和被授权的组织	(92)
第四节 公务员	(110)
第五节 行政相对方	(131)
第三章 行政行为	(137)
第一节 行政行为含义和特征	(137)
第二节 行政行为的分类	(142)
第三节 行政行为的效力	(150)
第四节 行政行为的成立、生效与有效	(154)
第五节 行政行为的无效、撤销与废止	(159)
第四章 抽象行政行为	(164)
第一节 抽象行政行为的概述	(164)
第二节 行政立法概述	(166)

第三节 其他抽象行政行为	(180)
第五章 具体行政行为	(187)
第一节 行政命令	(187)
第二节 行政征收	(190)
第三节 行政给付	(196)
第四节 行政强制	(199)
第五节 行政裁决	(205)
第六节 行政许可	(210)
第七节 行政处罚	(226)
第六章 行政主体其他行政管理行为	(235)
第一节 行政合同	(235)
第二节 行政指导	(248)
第三节 行政事实行为	(253)
第七章 行政程序法	(259)
第一节 行政程序法概述	(259)
第二节 行政程序法的基本原则	(262)
第三节 行政程序法的基本制度	(265)
第八章 行政违法与行政责任	(269)
第一节 行政违法	(269)
第二节 行政责任	(273)
第九章 行政赔偿	(278)
第一节 行政赔偿概述	(278)
第二节 行政赔偿范围	(284)
第三节 行政赔偿请求人和行政赔偿义务机关	(288)
第四节 行政赔偿的程序	(292)
第五节 行政赔偿的方式和计算标准	(294)
第十章 行政复议	(300)
第一节 行政复议的概述	(300)

第二节	行政复议机关和行政复议参加人	(302)
第三节	行政复议的受案范围和管辖	(308)
第四节	行政复议的程序	(312)
第十一章	司法审查	(321)
第一节	司法审查的概述	(321)
第二节	司法审查的基本原则和基本制度	(325)
第三节	司法审查的对象和范围	(330)
第四节	司法审查的参加人	(346)
第五节	司法审查中的法律适用	(356)
第六节	司法审查的审理程序	(362)
第七节	行政诉讼审判监督程序	(371)
第八节	司法审查的判决、裁定和决定	(373)
参考文献	(377)

第一章 绪 论

第一节 行政法学的基本概念

一、行政

行政法简单地讲就是关于行政的法。与行政法直接关联的“行政”是一个庞杂而永远值得学者们探识的客体。不把握行政就无法真正掌握行政法。行政法的特性、内容和范围等对应物是由行政的特性、内容和范围决定的。行政法与行政之间的内在联系为我们支撑了一个理由：阐述行政法，应首先回答什么是行政。

(一) 行政的涵义

行政一词的英文是 Administration，《英汉大辞典》对该词的释义，除行政外，还有管理、执行、实施等意义。《俄华大辞典》对该词的释义，除行政外，还有管理、执行、处理等意义。《现代汉语词典》对行政的释义是：行使国家权力的活动。

由此可见，行政是可以有“执行”、“管理”予以注释。行政是组织的一种职能，任何组织（包括国家）其要生存和发展，都必须有相应的机构和人员行使执行和管理职能。那么是不是所有的主体实施的管理活动都是我们行政法中所研究的“行政”呢？在此处我们就要将一些私人企业的行政管理活动从我们行政法中的“行政”中

区分出来。在此意义上,行政通常分别表示国家与公共事务的行政(这里称为公共行政)和企业和各种社会组织对其内部的管理(这里称为私人行政)。在行政法学范畴内行政一词的意思主要指公共行政,这一点不论是国外还是国内的行政法学家是有一定的共识的。在共识之上对于公共行政的“行政”的含义,国内外学界的观点甚多,主要有:

1.“除外说”。这种观点是建立在分权思想的基础上,认为行政是国家权力分立的产物。行政是指出立法、司法以外的所有的国家作用或国家的职能,这种观点和立法、司法、行政三权分立的观点是匹配的。

2.“国家意志执行说”。这种早期的观点是以美国著名的行政学家F.古德诺针对三权分立的理论而提出的“政治、行政二分说”为基础的,即认为政治是国家意志的表达(如制定政策),政治与行政分立。

3.“目的说”。这种观点认为,现代行政是“以积极具体地实现国家目的而进行的具有整体统一性的连续形成的国家活动”,是“为适应国家社会的需要而具体实施公共政策的过程及行动”。此种观点针对除外说的缺陷而从正面提出的定义。

4.“目的职能说”。这种观点认为,行政是“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”。

学者对行政的解释不下数十种,教材中列举的几种观点作常识性了解,应该掌握的是以下对行政的解释。

行政是国家行政主体实施国家行政权的行为,即国家行政机关和其他公共行政组织对国家和社会公共事务进行决策、组织、管理和调控的活动。应该从以下五个方面对这一定义进行理解:1. 行政是行政主体的活动;2. 行政并不是行政主体的所有活动,行政主体的非管理活动不属于行政;3. 现代行政的范围不仅包括管理国家事物,还包括管理公共事物;4. 行政活动的目的是为了实现对

国家事物和公共事物的组织与管理;5. 行政活动的方法和手段是决策、组织、管理和调控。

(二) 行政法的行政分类

行政是政治学、管理学、宪法学、行政学和行政法学共同研究的课题。在行政法中对于行政概念的界定中实际上我们已经提出了一种分类即公共行政和私人行政,这是行政法中行政概念的基本范畴,也就是说在行政法中只要提到“行政”一词就是指公共行政,既国家与公共事务的行政。

除此之外在公共行政的基础上还有一个划分,就是有国家行政机关的行政和其他公共行政组织实施的行政的区分。如公共社团(律师协会)的行政以及公共企事业单位(国企、公立学校、研究所)的行政。传统的行政法学只研究国家行政机关的行政。20世纪以后,各国行政法学大多将国家行政以外的其他公共行政组织实施的行政也纳入研究的范围。我国人民法院的行政判例近年来也开始涉及到这个问题。

(三) 行政的特征

1. 行政具有国家意志性。它是一种国家活动,以国家机关的名义进行并体现国家意志。

2. 行政具有执行性。从实质上说,行政是一种执行活动,是行政机关执行权力机关意志的活动。根据我国宪法第85条和105条的规定,从中央到地方的国家行政机关就是从中央到地方的各级人民政府,它们是本级权力机关的执行机关。行政活动便是人民政府执行权力机关意志的活动。人民政府由权力机关(人民代表大会)产生,它从属于权力机关,并向其报告工作。它对权力机关的意志只有执行的义务,而没有抗衡的权力。

3. 行政具有法律性。“依法行政”是当代行政法的原则和核心。它要求一切行政都遵循法律所规定的条件、程序、方式、形式等,违反法律属行政违法,违法的行政显然就没有法律效力。

4. 行政具有强制性。主要表现在:行政主体所实施的行政活动,相对人有服从、接受和协助的义务,否则,行政主体可以借助法律手段来强制相对人执行和服从自己的行政决定。这一特征是第一特征和第三特征引伸的结果“既然行政是国家的活动,体现了国家的意志,那么它的实施必然以国家的政权为后盾;既然行政是法律的活动,由法律所确认,那么,行政的实施必然以法律的强制力为保障。

二、行政权(Executive powers)

行政权是全部行政法学理论的基点和中心范畴。行政的核心或实质内容是行政权。行政法学中的每条原理几乎都可以在行政权上找到它的起因和归宿。例如,行政主体其实就是实施行政权的组织;实施行政权的行为便构成行政行为;行政法律关系实际上就是与行政权直接相关的法律关系。

(一)行政权的涵义

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,是国家政权的组成部分。这个定义具有三层意思:第一,行政权来源于国家宪法和法律,它们的确认和设定是行政权存在和行使的合理基础;第二,行政权是由国家行政机关和其他公共行政组织代表国家行使;第三,行政权是国家治理和服务社会的公权力的一种,多含有强制或命令的性质。

行政权不完全等同于行政职权。前者是行政机关依法管理国家行政事务的权力,其内容多而复杂;后者是具体行政机关和工作人员所拥有的,与其行政目标、职务和职位相适应的管理资格和权能,是行政权的具体配置和转化形式。

行政权和行政权限也有区别。行政权限时法律规定的行政机关及其工作人员行使职权不能逾越的范围、界限,使行政权的具体形式——行政职权的三个构成要素(权力主体、权力内容、权力范围)之一。行政机关行使职权超越行政权限,便构成行政越权,视

为无效。

(二) 行政权的内容

现代国家行政机关于部门林立,纷呈繁杂的国家行政事务,具体到不同国家行政机关的行政职权也就多少不等,内容相异。但就总体而言,行政权大体有下列内容:

1. 行政规范制定权,如国务院制定行政法规,国务院各部委和地方政府制定行政规章等;
2. 证明、确认权,如公证机关根据当事人申请,依法证明法律行为、有法律意义的文书和事实的合法性、真实性;
3. 对权利的赋予、剥夺权,如行政奖励和行政处罚权;
4. 对义务的科以、免除权,如命令纳税人纳税和颁发许可证;
5. 对争议的调处权,行政机关对民事争议的调解和对行政争议的复议裁决。

(三) 行政权的特点

1. 执行性。行政机关是执行法律、执行权力机关意志的权力,它的运行必须对权力机关负责。

2. 强制性。行政权是法定权力,为法律所设定。行政权的行使必须合法。

3. 法律性。行政的实施以国家强制力为保障,相对人有服从的义务,有关机关有协助的职责。

4. 优益性。行政权不同于社会成员个人权利,它体现国家和人民的意志,涉及到全社会的利益。因此,行政主体在行使行政权时,依法享有一定的行政优益权。

5. 不可处分性。行政主体有权实施行政权,但无权对它作任意处分。不可处分性包括两项内容:首先行政主体不得自由转让行政职权,除非符合法定条件并经过法律程序;其次,行政主体不得自由放弃行政职权,如公务员在有关机关接受他的辞职请示以前,不得停止履行职责,否则,应视为失职行为,须承担法律责任。

(四) 行政权与公民权的关系

公民通过选举,产生自己的代表机关,代表机关再根据一定的权力分立的原则,把行政权从统一的国家权力中分解出来。并组成政府,统一行使该行政权力。作为国家权力的一个重要组成部分的行政权力源于公民权利,是公民权利的一种特殊转化形式。而行政权一旦形成,便与公民权利结成一种既互相依存,又相互对立的关系。在行政主体与相对方形成的关系中,一方权利(力)的实现,要求另一方履行相应的义务。双方的权利义务在总体上应是平衡的,失衡势必破坏现代社会所需求的个体利益与公共利益之间应有的平衡。对于行政主体来说,它要依法行政,既要保护公民的合法权益,同时又要防止公民权利的违法行使和滥用,以维护社会秩序和增进公共利益。这是行政主体的职权和职责。对于公民来说,他一方面要守法,要服从、配合和参与行政管理,尊重行政权的合法使用;另一方面,他又要通过直接或间接的形式监督行政主体依法行政,防止行政权的滥用或不当行使。行政主体与相对人之间的关系,极其复杂,正是这些关系以及调整这些关系的原则、规则和制度构成行政法学的基本内容。应当说,对公民权和行政权这对矛盾的态度不同在行政法学基本理论中形成了三种主要的观点:

1. 管理论,认为行政法是维护行政权,管理相对方的管理法。管理论的基本特征有:强调行政权的优越性,忽视个人权力的保障,有关行政程序和司法审查的理论相对落后,行政法理论体系和结构有明显的倾向性,以管理法为中心,监督法、救济法在体系中处于次要的被忽视的地位。管理论的具体观点主要有以下几个方面:1)关于行政法的目的,在于保障国家和社会公共利益。2)行政法的目的内容是调整国家管理关系,规定国家管理的原则和制度。3)行政法的基本原则是将管理原则视为法的原则,并且以坚持共产党的领导、坚持社会主义、坚持民主集中制社会主义计划经济等

作为重要的管理原则。4)行政法的管理手段主要是强调强制和命令。

2. 控权论,认为行政法是制约行政权,保护相对方权利的法律。主要观点是,1)行政法的宗旨和作用在于最大限度的保护个人的自由权利。2)行政法的内容是独立的司法权对行政权的司法审查,从而达到其最大可能的限制和控制行政权的目的。3)行政权的范围必须受到严格的限制,其管理只限于国防、外交、财政、治安等少数领域,最大可能地排斥自由裁量权。4)行政法治(依法行政)原则包括对一切行政活动的总括性要求,任何法律没有明确授权的行政行为,均归于无效。

3. 平衡论,认为行政法是既制约行政主体滥用行政权又制约行政相对人滥用权利,既激励行政主体积极行政又激励相对人参与行政的平衡法。平衡论是中国行政法学对中国行政法治实践所作的理论回应。一则,改革开放之前的中国行政管理基本奉行的“命令——服从”模式,妨碍了我国经济的发展。另则,“权力下放,放权让利”的控权论的行政改革又导致了“一放就乱,一收就死”窘局的出现。有鉴于此,平衡论应运而生,并得到了发展。具体观点有:1)关于行政法的目的,行政法既要保障行政管理的有效实施,又要防止公民权利的滥用,使行政权和公民权保持总体的平衡。2)行政法的内容,是调整行政关系和监督行政关系的法律规范和原则的总和。3)行政法的基本原则是依法行政。4)行政法的手段,综合运用行政法的各种手段,既在必要场合运用命令强制手段,同时在大多数场合尽量避免使用行政命令,淡化权力色彩。对于行政程序和司法程序的作用既不过分强调也主张给与一定的重视。

三、行政法(Administrative law)

(一)行政法概念

“行政法”这个词最早出现于法国。我国“行政法”一词最早从日本引进。行政法的定义在学术界有很多说法,并不统一。之所以会出现这么多种,既与人们对行政法的了解有个不断深化的进程有关,也与人们对行政法所持的不同视角有关。尽管如此,在给行政法下定义时,我们必须回答以下四个问题:

第一,行政法在整个法律体系中的地位。这一点目前在学术界已达成共识,即一致认为行政法是一个仅次于宪法的独立法律部门,它与刑法、民法一起构成法律体系中三个最基础也是最重要的部门法。尽管这一点并不能揭示行政法的本质内涵或基本特征,本来不一定要成为行政法定义的一个内容,正如民法、刑法的定义一般也不指明它们在法律体系中的地位一样,但考虑到行政法在我国发展的历史不长,点出这上点对更好地理解行政法是有利的。

第二,行政法的调整对象。部门法之间的区别很大程度取决于彼此调整对象的不同,因此明确行政法调整对象的特殊性对揭示行政法的本质特点是大有作用的。行政法的调整对象是行政关系,行政关系是指行政主体行使行政权(职能)和接受行政法制监督而与行政相对人、行政法制监督主体发生的各种关系,以及行政主体内部发生的各种关系。行政关系主要包括四类:行政管理关系、行政法制监督关系、行政救济关系和内部行政关系。

第三,行政法的内容及外部结构。行政法内容亦指行政法律规范的内容,即被行政法所确立的各项权利和义务的内容,它是由行政法的调整对象决定的。世界上不同国家的行政法,其调整对象是同一的,但其内容是有差异的。内容上的差异,取决于其历史渊源以及理论基础上的不同。现代行政的发展几乎触及到所有的社会生活领域,触及社会的每一个角落。这就使行政法的内容呈

现出广泛性,包罗万象。因此,有学者称行政法是“上管天,下管地,从摇篮到坟墓”的全方位管理的法律。中国行政法的内容主要包括以下几项:1. 有关行政主体的法律规范,如行政组织法、公务员条例;2. 有关行政行为的法律规范,包括抽象行政行为和具体行政行为;3. 有关行政程序的法律规范,涉及行政程序法;4. 有关行政违法和行政责任的法律规范,涉及行政赔偿;5. 有关行政救济的法律规范,涉及行政复议和行政诉讼等。行政法的内容主要涉及国家的行政管理活动,其外部结构主要表现为没有系统完备的法典形式,这因为行政法内容纷繁复杂,又有较强的技术性、专业性,再加上行政关系变动较快,因此行政法实际上是由大量的不同层次的行政法律规范,即法律、法规、规章所构成。

第四,行政法的目的及功能。行政法作为公法,其目的主要是保证国家行政权运行的合法性与合理性。

综上所述,我们对行政法的涵义可作如下表述:所谓行政法,是有关国家行政管理法律规范的总称,是以行政关系为调整对象的一个仅次于宪法的独立法律部门,其目的在于保障国家行政权运行的合法性和合理性。

(二)行政法渊源

法的渊源即法源,是法的存在形式,是各法律部门法律规范的载体形式。凡载有某一法律部门法律规范的各种法律文件或其他法的形式均为该法律部门的法源。

行政法的渊源也就是行政法的表现形式,行政法的内容需要通过一定的形式表现出来。我国是成文法国家,行政法法源一般只限于成文法。在行政法的各种法源中,最高国家权力机关的宪法和法律、最高国家行政机关制定的行政法规、自治条例、单行条例以及宪法、组织法授权的特定中央部门行政机关和地方行政机关制定的规章是基本法源。行政法律规范的其他载体是非基本法源。非基本法源数量较少,应用率低。

1. 宪法

宪法是国家的根本大法,具有最高的法律效力。它规定了国家和社会的基本制度,国家机构和组织、公民的基本权利和义务等带有根本性的问题。宪法是我国最高位阶的法源,不仅是行政法的渊源,同时也是其他法律部门的渊源。与其他法律形式相比,宪法是行政法的根本渊源,这一根本性通过两点反映出来:(1)宪法是行政立法的最高法律依据;(2)在行政执法中,宪法具有最高的适用效力。目前,在我国国家机关的法律适用中,很少直接适用宪法,人民法院在判决中一般不引用宪法,从而宪法在我国法源中尚未充分发挥应有的实际作用。随着我国建设社会主义法治国家进程的发展和深入,这种情形将会得到根本的改变,宪法将不仅充分发挥形式上的最高法源的作用,而且将在法律适用中发挥实际的重要法源的作用。

宪法包含的行政法规范主要有:

1. 关于公民基本权利和义务的规范。如关于公民批评权、申诉权、取得赔偿权、受教育权、社会保障权以及纳税的义务、遵守法律、公共秩序、尊重社会公德的义务的规范。

2. 关于国家行政机关组织、基本工作制度和职权的规范。如关于国务院各部委和审计机关的基本职权的规范;关于地方各级人民政府和民族自治地方人民政府的组织、基本工作制度和基本职权的规范。

3. 关于行政管理活动基本原则的规范。如关于人民参与管理的原则、法制统一的原则、行政首长负责制原则、行政机关工作人员接受人民监督和保障公民权利的原则等基本原则的规范。

4. 关于国有经济组织、集体经济组织、外资或合资经济组织以及个体劳动者在行政活动中的权利、义务的规范。如关于国有企业在法律规定的范围内享有经营管理自主权的规范,关于集体经济组织在遵守有关法律的前提下享有独立进行经济活动自主权的