

实证视角下的行政行为

王晨

康良辉

何铁军

余建录

编著



哈尔滨工业大学出版社

林國威爵士爵士勳章

一九九九年 獲頒授勳章

一九九九年 獲頒授勳章

实证视角下的行政行为

王晨 康良辉 何铁军 余建录 编著

哈尔滨工业大学出版社

内容提要

本书从实证的角度对主要行政行为,如行政立法、行政检查、行政规划、行政征收、行政强制、行政处罚、行政确认、行政许可、行政给付、行政奖励、行政裁决、行政复议、行政补偿等进行考察与探究。本书的特点之一是引入近年来有关行政行为的实践发展和理论突破,将最新的行政行为研究成果展现出来,突出本书的理论价值;特点之二是配以典型案例,以实践升华理论,以理论指导实践,增强本书的实用价值。

本书适宜法学专业本科生、硕士生、法学理论研究者、法律实践者等选用。

图书在版编目(CIP)数据

实证视角下的行政行为/王晨等编著. —哈尔滨:哈尔滨工业大学出版社,2009.5

ISBN 978 - 7 - 5603 - 2904 - 8

I . 实… II . 王… III . 行政法-法律行为-研究
IV . D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 073989 号

策划编辑 甄森森

责任编辑 苗金英

出版发行 哈尔滨工业大学出版社

社 址 哈尔滨市南岗区复华四道街 10 号 邮编 150006

传 真 0451 - 86414749

网 址 <http://hitpress.hit.edu.cn>

印 刷 肇东粮食印刷厂

开 本 850mm × 1168mm 1/32 印张 10.25 字数 266 千字

版 次 2009 年 6 月第 1 版 2009 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5603 - 2904 - 8

定 价 36.00 元

(如因印装质量问题影响阅读,我社负责调换)

作者简介

王晨,女,1972年1月出生,黑龙江省大庆市人,毕业于黑龙江大学、中国政法大学,分别获得哲学学士学位和法学第二学士学位,后取得吉林大学民商法专业硕士学位,现为哈尔滨理工大学法学院副教授,中国人民大学宪法学与行政法学专业博士研究生。先后在核心期刊以及其他国家级、省级刊物发表专业论文二十余篇,主编教材三部、专著一部,主持科研项目多项。

康良辉,男,1974年3月出生,云南省华坪市人,毕业于兰州大学、云南大学,分别获得法学学士学位和法律硕士学位,现为中国人民大学宪法学与行政法学专业博士研究生。

何铁军,男,1973年3月出生,黑龙江省大庆市人,毕业于黑龙江大学、中国政法大学,分别获得法学学士学位和法学硕士学位,现为大庆师范学院工商管理与法律学院讲师。先后在核心期刊以及其他国家级、省级刊物发表学术论文十余篇,主编教材一部,参与国家社会科学基金项目、教育部人文社会科学项目各一项,主持省级项目一项。

余建录,男,1968年9月出生,陕西人,中哈天然气管道有限公司副总经理兼总会计师,经济学学士,从事经济领域实践工作以及经济与法律的交叉研究,发表相关专业论文多篇。

大庆市人,毕业于兰州大学、云南大学,分别获得法学学士学位和法律硕士学位,现为中国人民大学宪法学与行政法学专业博士研究生。

前 言

行政行为论是行政法学研究的重要内容,是与行政法基本理论、行政法主体论、行政救济论并称的行政法学基本范畴之一。行政主体在行政法基本理论的指导下,根据法律授权,通过行政行为使得行政意志直接作用于行政相对人。而行政相对人如果对行政行为不服,可以通过行政申诉、行政复议及至行政诉讼等途径来寻求救济。可见,行政行为是行政权运作的具体表现形式,注

注直接涉及公民、法人和其他组织的切身利

益,因此在崇尚建立责任政府、服务政府的今天,如何规范行政行为,以达到既能实现行政目标,忠实履行行政主体应有的职责,又能真正秉承“以人为本”的精神理念,为民服务,增强社会运行效率,降低行政成本,消减消极诉讼的目的,就成为行政法学界和实践界的共同关注点。那么实践中的行政行为是如何展现的呢?具体的运作情况又是怎样?为此我们产生了创作本专著的意图,共同编著了本书,意在考察主要且常见的行政行为,在实证视角下的表现形式和存在状态,分析现存实践问题,并从中探析其背后隐藏的理论问题,以此为契机,提出规范和完善相关行政行为制度的思路,以最终实现上述行政法存在的根本目的。

本书编著者写作分工如下: 导言及第二、四、八、十、十一、十三章由王晨编著,第三、六章由康良辉编著,第七、十二章由何铁军编著,第九章由余建录编著,第一章由何铁军、余建录共同编著,第五章由康良辉、余建录共同编著。全书由王晨统稿。

由于时间仓促和作者水平有限,书中难免有缺憾之处,欢迎广大读者批评指正。

编著者

2009年3月28日于中国人民大学宜园

目 录

导 言	1
第一章 行政立法	28
第二章 行政检查	46
第三章 行政规划	58
第四章 行政征收	71
第五章 行政强制	85
第六章 行政处罚	109

第七章 行政确认	159
第八章 行政许可	174
第九章 行政给付	210
第十章 行政奖励	220
第十一章 行政裁决	234
第十二章 行政复议	246
第十三章 行政补偿	307

附录

附录一 中华人民共和国宪法	311
附录二 中华人民共和国行政诉讼法	312
附录三 中华人民共和国行政复议法	313
附录四 中华人民共和国国家赔偿法	314
附录五 中华人民共和国政府信息公开条例	315
附录六 中华人民共和国行政许可法	316
附录七 中华人民共和国行政处罚法	317
附录八 中华人民共和国行政强制法	318

导 言

行政行为论作为行政法学研究的重要内容,是与行政法基本理论、行政法主体论、行政救济论并称的行政法学基本范畴之一。具体来说,行政行为是指享有行政权能的行政主体及其工作人员运用行政权对行政相对人做出的具有法律意义的行为。在行政行为中,存在两方主体:一方是处于积极地位的管理者,即行政主体;另一方是处于被动地位的被管理者,即行政相对人。行政行为其实就是行政主体将行政权施予行政相对人的行为。需要格外强调的是,这个行为必须是具有法律意义的,一些不具有法律意义、不产生法律效果的行为,如发布统计数字这一“行政”行为由于不具有法律意义,因而不是行政法所研究的“行政行为”。

一、行政行为的特征

1. 从属法律性

行政行为必须依法进行,通常没有法律规定,就没有行政行为。行政法治原则主张,行政主体是没有权力擅自创设行政行为的,行政行为本身必须存在法律上的渊源。否则“行政行为”就可能成为“无源之水,无本之木”而被归于无效。^①也就是说,行政行为是基于法律的特别规定而存在的,是“母”与“子”的关系。行政

^① 有学者将行政行为分为积极行政和消极行政:对相对方产生直接影响,如行政处罚,为“消极行政”,其遵循的原则是“没有法律规范,就没有行政”;而对相对方不产生直接影响,如行政规划、行政指导、行政建议、行政咨询、行政政策等,为“积极行政”,遵守“法无明文禁止,即可作为”的原则,即不强调法律的确明确授权。

行为对于法律而言,是一种依从关系。此外,在行政行为具体操作的过程中,也必须遵循行政程序规则的要求,严格按照程序法既定的步骤、时限、顺序来进行。这又体现了“母”与“子”之间服从与被服从的关系。^①

2. 单方意志性兼顾民主性

传统行政法认为,行政行为是行政主体基于公共利益、单方意志的体现,不需要行政相对人的合意。但是,现代社会更加强调民主精神,更加强调调动普通民众的主观能动性。因此,在现代行政法中,行政为“单方意志性”的色彩不再像以前那样强烈,而是格外注重民主性,通过交流与沟通,希望行政行为能够得到行政相对人发自内心的认可,进而参与到行政行为中,形成内在意思表示及至行为上的合意。因为这样的行政行为会平和行政主体与行政相对人之间的关系,会收到更好的社会效果。

3. 效力先定性

为了保证行政效率,维护行政主体的权威性,一般行政行为一经做出,即生效。也就是说,从价值判断的角度看,面对一个行政行为,我们首先推定它是合法有效的,行政相对人必须服从与执行。如果确实对此行为不服,执行完毕后,行政相对人有权依法寻求相应的救济,如提起行政复议或者行政诉讼。但是必须首先服从行政行为的指示,肯定行政行为的效力。之所以这样规定,主要是考虑到如果任何一个人都可以怀疑行政行为的合法性,从而拒绝执行,那么社会秩序恐怕难以保障。因此面对行政行为,我们放弃了首先怀疑的权力,基于对社会秩序的尊重,基于对行政权的尊重,对行政行为的效力予以先决肯定。

^① 现实中的母子关系当然不是绝对的服从与被服从的关系。笔者在此仅做狭义理解。

4. 强制性

行政行为体现的是国家意志,目的在于维护社会的正常秩序,因此其实施是以国家强制力作为坚强后盾的。行政相对人必须自觉履行行政行为所赋予的义务,否则国家强制力就会强制其履行,以实现行政目的。

5. 自由裁量性

在严格按照法律规定进行行政活动的同时,我们也必须看到客观现实的复杂性和多样性。在操作的细节方面,法律法规是无法“事无巨细”的。因此法律法规在规范行政行为时,通常是划定一个范围,然后由行政主体在做出具体行政行为时,根据不同情况在划定的范围内予以一定的自由裁量,以体现不同事态之间的差别,以求行政行为更加合理与公平。

6. 无偿性

在民事关系领域中,大多数的民事行为强调“等价有偿”。而行政行为由于其最终目的是维护国家利益和社会利益,因此它是以无偿为原则,以有偿为例外。也就是说,法律没有特别规定时,通常都是无偿的,只有法律明确说明时,才是有偿的。比如《中华人民共和国土地管理法》中就明确规定“行政征用”是要支付相应的补偿款的,即属于“有偿”。

7. 服务性

现代社会中,行政权的国家强权色彩不再是强调的重点,行政服务理念已被广泛接受。因为强权常常会引起公民权利的对抗,而“服务”则拉近了“权利”与“权力”之间的距离,使二者更能够和谐相处。我国中央人民政府国务院更是在办公地点将“为人民服务”这五个大字置于最醒目的地方,时刻提醒行政官员要为人民服务,人民政府为人民。



二、行政行为和国家行为

国家行为,亦称“统治行为”“政治行为”,是指国务院、中央军委、国防部、外交部等根据宪法和法律的授权,以国家名义实施的,有关国防和外交事务的行为,以及经宪法和法律授权的国家机关宣布紧急状态、实施戒严和总动员的行为。国家行为一般包括国家元首、国家最高权力机关和国家最高行政机关在内的政府部门所为。

实践中,国家行为易与行政行为相混淆,因为二者在行为主体上存在交叉。例如国防部既可以以行政主体的身份做出行政行为,也可以代表国家从事国家行为。而这两种行为其后果完全不同,国家行为只能通过承担政治责任的方式加以监督,如下台、结束政治生命等;而行政行为则可以用直接承担行政责任的方式进行监督,如败诉、行政处分等。更明确地说,国家行为不可诉,而行政行为大多是可诉的。因此我们必须将国家行为与行政行为区别开来。判断一个行为是国家行为还是行政行为的标准是:直接以国家名义实施,涉及国家主权或重大国家利益,政治性很强的行为属于国家行为;而一些比较具体、涉及个体利益的行为通常是行政行为。

我国在《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)中仅列举了国防、外交两种国家行为,《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》(以下简称《行诉解释》)对此予以进一步明确:国防行为,主要指宣战、应战、发布动员令、戒严令、宣布战争状态、调动军队、设立军事禁区等;外交行为,主要指与外国建交、断交、签订条约、公约或协定等。

应当注意的是,我们必须慎重地运用国家行为论,因为国家行为是不可诉的,受到影响的公民、法人和其他组织往往很难在现实生活中寻找到具有真正意义的救济途径,这对于充分保障上述主

体的合法权益是相当不利的。因此我们强调,上述排除司法审查的国防行为和外交行为,是指政府以国家名义在国防、外交领域做出的涉及国家主权和重大国家利益的行为,而不是指行政机关在国防、外交领域实施的所有行为。或者说国家行为通常是具有高度宏观性,不针对个体;而行政行为相对比较具体,常常针对个体而做出。例如行政机关征集兵役、组织民兵军事训练、发放外交护照、批准出国考察、访问、旅游等,通常都不作为国家行为。行政相对人对上述行为不服时,有权依法提起行政诉讼。

游某于1991年12月2日被某市政府征兵办公室批准入伍。入伍前,游某曾参加省第三建筑公司招聘干部考试。入伍后,得知考试被录取,便以视力不行为由,要求回地方招干。因此,在部队对新兵实施体格复检时,弄虚作假,视力由原来经街道、市以及地区医院体检均为右眼5.0、左眼4.9,降至右眼4.2、左眼4.1,于1992年2月1日被遣回。某市政府征兵办公室认为游某入伍动机不纯,弄虚作假,逃避服兵役,根据省征兵工作奖惩规定第17条的规定,于1992年2月25日对游某做出处罚决定,处罚款600元,在3年内不准参加升学考试,不予招工、招干,不发给工商营业执照。游某不服,申请行政复议,某地区征兵办公室逾期未做出行政复议决定,游某向人民法院提起行政诉讼,请求撤销市征兵办公室的处罚决定。^①

在本案中,这起因征兵所引起的纠纷就属于行政纠纷,因为它是在国家征兵这样一个“宏观性”的大行为中涉及某个人的小行为,不涉及国家利益,因此不应算做国家行为。同时该行为又是具有行政职权的行政主体行使行政权的结果,因此根据我国行政诉讼法的规定,应属行政诉讼的受案范围。

^① 胡锦涛,行政法案例分析[M].北京:中国人民大学出版社,2000:194.

三、公务行为和个人行为

行政行为的具体实施者通常是公务员,公务员是指依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员。需要注意的是,在国家行政机关工作的人员不都是公务员。工勤人员,如清洁工、修理工等,是在国家行政机关内从事后勤杂务的人员,不是公务员。公务员依法享有如下权利:获得履行职责应当具有的工作条件;非因法定事由、非经法定程序,不被免职、降职、辞退或者处分;获得工资报酬,享受福利、保险待遇;参加培训;对机关工作和领导人员提出批评和建议;提出申诉和控告;申请辞职;法律规定的其他权利。同时公务员必须履行下列义务:遵守宪法和法律;按照规定的权限和程序认真履行职责,努力提高工作效率;全心全意为人民服务,接受人民监督;维护国家的安全、荣誉和利益;忠于职守,勤勉尽责,服从和执行上级依法做出的决定和命令;保守国家秘密和工作秘密;遵守纪律,恪守职业道德,模范遵守社会公德;清正廉洁,公道正派;法律规定的其他义务。

公务员代表其所属行政机关从事行政行为时,其行为为公务行为,执行公务的行为是具有法律效力的。如果公务员的公务行为引起行政相对人的不满,行政相对人有权寻求行政救济。但只能向公务员所代表的行政机关提起,而不能向公务员本人提起。公务员在执行公务时如果是违法行使或是有失职行为,行政机关可以追究其责任。如果已经构成犯罪,则由检察机关提起公诉,同时追究其行政责任。如果对行政相对人造成损害,行政机关在首先进行赔偿后,有权根据公务员违法的情节程度、主观恶性的大小向公务员进行追偿。行政机关也可以依据相关法律规定行使行政处分权,在内部给予警告、记过、记大过、降级、撤职、甚至开除等行政处分。但是需要注意的是,公务员首先是一个自然人,他的行为不可能都是职务行为。作为自然人,他一样要生活,要与人交往,

要有大量的个人行为存在,以维持其作为自然人的正常生存状态。而其个人行为即以普通公民的身份行使私人权利的结果,要由公务员个人来承担责任,与所属行政机关无关。一旦发生纠纷,另外一方当事人或者有权机关有权直接以公务员本人作为被告提起诉讼,直接追究公务员的个人民事责任或者刑事责任,而不能追究公务员所属行政机关的责任。由上可见,基于上述法律后果的不同,我们必须区分哪些行为是公务员的个人行为,哪些行为是公务员的职务行为,以明确最终责任的承担者。

公务员执行职务行为的识别可以考虑如下因素:

(1)时间因素。公务员在上班时间实施的行为,通常认为是公务行为。反之,在下班以后实施的行为则一般视为个人行为。

(2)岗位因素。公务员在其工作岗位上实施的行为通常认为是公务行为。

(3)职责因素。公务员非在上班时间和工作场所实施的行为如与其职责有关,通常亦可认为是公务行为。例如《人民警察法》第19条规定:“人民警察在非工作时间,遇有其职责范围内的紧急情况,应当履行职责。”此时履行职责的行为,即为公务行为。

(4)命令因素。公务员依行政首长命令、指示或委托实施的行为通常可以认为是公务行为。

此外,执行公务的标志也是判断职务行为的标准之一。执行公务的标志是公务员为了向行政相对人表明自己的身份,使相对人易于识别,而在行为时设置的一种外形标记。例如,警察穿戴的制服,治安人员佩戴的印有“执勤”字样的袖章,工商、税务、卫生、计量、市容管理等人员在执行职务时佩戴的其他执法标志。以上几种判断公务行为的因素是必须综合考虑的,如果仅依靠某一个因素来判断,有时会发生偏差。例如公务员在上班时间买菜,就不能因为其是工作时间进行的行为而判定为公务行为,而只能基于其行为内容的认定,而判定为个人行为。因此在判断一个行为是