

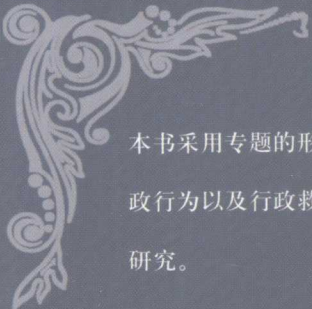


XING ZHENG FA XUE  
ZHUAN TI YAN JIU

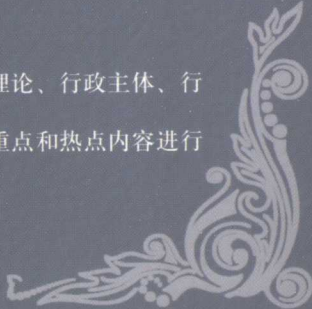
# 行政法学专题研究

舒小庆 万高隆 著

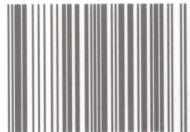
江西出版集团·江西人民出版社



本书采用专题的形式对行政法基本理论、行政主体、行政行为以及行政救济等四个方面的重点和热点内容进行研究。



ISBN 978-7-210-04002-6



9 787210 040026 >

定价：25.00元



XING ZHENG FA XUE

ZHUAN TI YAN JIU

# 行政法学专题研究

舒小庆 万高隆\著

江西出版集团·江西人民出版社

### 图书在版编目(CIP)数据

行政法学专题研究/舒小庆,万高隆著. —南昌:江西

人民出版社,2008.12

ISBN 978 - 7 - 210 - 04002 - 6

I. 行… II. ①舒…②万… III. 行政法学—专题研究

IV. D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 212575 号

## 行政法学专题研究

作者:舒小庆 万高隆

江西出版集团·江西人民出版社

发行:各地新华书店

地址:南昌市三经路 47 号附 1 号

编辑部电话:0791 - 6898965

发行部电话:0791 - 6898893

邮编:330006

网址:www.jxp-ph.com

E-mail:jxp-ph@tom.com web@jxp-ph.com

2008 年 12 月第 1 版 2008 年 12 月第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32

印张:9.25

字数:232 千

ISBN 978 - 7 - 210 - 04002 - 6

定价:25.00 元

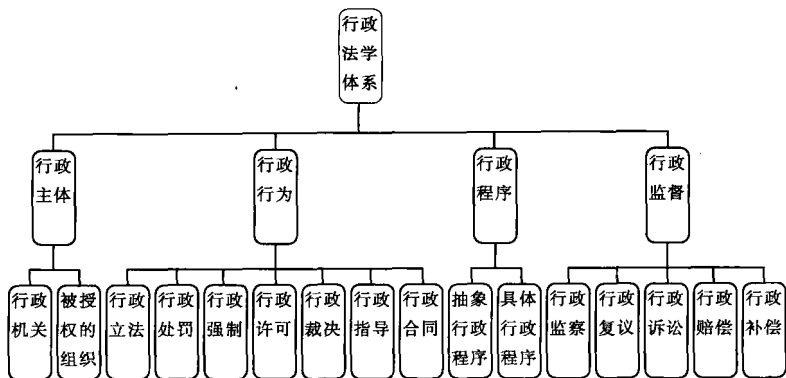
承印:江西省委党校印刷厂

赣人版图书凡属印刷、装订错误,请随时向承印厂调换

## 前 言

---

在行政法的理论基础研究中,我国学者已提出了近二十种不同观点。其中影响较大的有公共利益本位论、控权论和平衡论。公共利益本位论认为,法的基础是利益关系,行政法的基础是一定层次的公共利益与个人利益的关系,是一种以公共利益为本位的利益关系。控权论主张,行政权是行政法的核心,行政法的主要功能在于监督、控制行政权是否依照法律规范的要求去行使。由罗豪才教授提出的平衡论正在成为一种占据主流地位的学说,其基本观点是:行政法的发展过程是行政主体与行政相对人之间的权利义务从不平衡到平衡的过程。在行政主体之间的行政法律关系中,权力与权利、权力与责任、权利与义务等各个层面在总体上是平衡的。它既表现为行政主体与行政相对人自身权利义务的平衡,也表现为行政相对人自身权利义务的平衡。行政法的实质是平衡法。行政法理论基础不同,决定着行政法的内涵和外延、性质和特点、内容和功能、产生和发展等方面也完全不同。下页的理论框架图仅从行政法律关系的“管理方”出发,是一种以行政主体为“主线”贯穿于行政法学始终的单线体系。它包括以下几方面的内容:

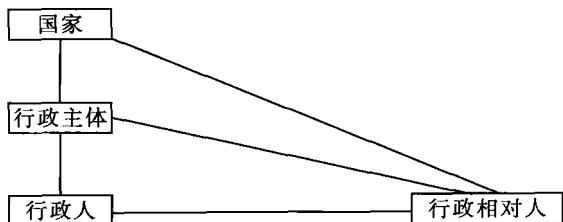


## 一、行政主体

行政主体是行政法学主体论中的首要问题,一切行政行为都是由它作出的。

在我国,行政主体是指依法拥有独立的行政职权,能代表国家,以自己的名义行使行政职权并独立承担行政法律后果的组织。它通常包括两类组织:一是行政机关,包括国务院及其组成部门、直属机构、地方各级人民政府及其职能部门、县级以上人民政府的派出机关;二是法律、法规授权的组织,包括法律、法规授权的行政机关的内部机构、派出机构以及法律、法规授权的企事业单位、社会团体、行业协会、群众性组织等社会公共组织。行政主体的资格条件包括:依照法定权限和程序设立,具备一定的机构和人员编制,拥有行政职权,以自己的名义实施行政行为并承担相应的法律后果。它可依照宪法和行政组织法的有关规定取得,或者依照其他单行法律、法规的授权而取得。行政主体的法律地位与它的行政职权、行政优益权、行政职责和行政责任有关。作为组织的行政主体的行政行为只能通过行政人来实现。行政人是依法代表国家,并以行政主体的名义实施行政行为,其行为后果归属于行政主

体的个人。如下图所示：<sup>①</sup>



以上图示体现了国家、行政主体、行政人及行政相对人之间的多重法律关系。国家授权行政主体,形成 A 关系,行政人依法定程序或接受委托,形成 B 关系,行政人的管理行为,形成了行政人与相对人之间的管理 C 关系,C 关系又体现了行政主体与相对人之间的管理 D 关系,归根到底则反映了国家与行政相对人之间的管理 E 关系。

## 二、行政行为

关于行政行为的内涵,理论界存在不同观点。有人认为,行政行为是行政机关实施的一切行为;有人认为,行政行为是行政机关针对特定对象作出的具体行政行为;也有人认为,行政行为是指行政机关进行行政管理的各项活动;还有人认为,行政行为是指行政主体在实施行政管理活动、行使行政职权过程中所作出的能够直接或间接产生行政法上效果的行为。笔者赞同最后一种观点。从主体上看,它是由行政主体作出的;从性质上看,它是一种职权行为。从效果上看,它是一种能引起行政法律效果或具有行政法律意义的行为。因此,行政行为的外延不仅包括行政处罚、行政强制、行政许可、行政征收与征用、行政裁决,也应当包括行政指导、

<sup>①</sup> 胡建森:《行政法学》,法律出版社 2003 年版,第 108 页。

行政合同等行为。行政行为的内容非常广泛、复杂,不同的行政行为为具有不同的对象和目的,它不仅包括行政行为相对人在权利、义务上产生的具体影响,也应当包括对行政主体自身产生的影响,具体表现为设定权利或义务,剥夺权利或免除义务,变更法律地位,确认法律事实或法律地位等等。行政行为一经成立,便对行政主体和相对人产生法律上的效力或意义。关于行政行为的效力,目前国内学者存在“三效力说”、“四效力说”、“五效力说”。我们认为行政行为具有以下几方面的效力:1. 确定力。即行政行为一经作出便具有不得任意变更的效力。2. 公定力。即行政主体作出的行政行为,不论合法还是违法,都推定为合法有效。3. 拘束力。即行政法律关系主体各方必须遵守已经成立生效的行政行为。虽然行政指导对于相对方不具拘束力,只具有法律意义,但对于行政主体而言是具有约束力的。4. 执行力。即行政行为生效后,行政主体有权采取一定手段,使行为内容得以实现的效力。同时,行政行为的种类繁多,学术界根据不同标准对行政行为作出了多种不同的分类。目前,在法学和法律上都有达成共识的分类方式主要有两种:一是以行为对象是否特定为标准可分为抽象行政行为和具体行政行为。前者是指对不特定的人或事作出的具有普遍约束力的规范性文件的行为。表现为行政主体制定行政法规、行政规章及行政规定的一切行为。后者是指行政主体针对特定的人或事作出的能直接影响行政相对人权利义务的行为。具体表现为行政处罚、行政强制等行为。二是以行政行为适用与效力作用的对象范围为标准,可分为外部行政行为和内部行政行为。前者是指行政主体在对社会实施公共行政管理活动中针对相对人作出的行为,如行政许可、行政强制行为。后者是指行政主体在内部行政管理过程中对内部组织人员作出的产生法律效力的行为。如行政区域命令、行政处罚等。



### 三、行政程序

一个合法有效的行政行为,除了行政行为的主体、权限、内容合法外,行政行为还必须符合法定程序。行政行为具有抽象与具体之分。与此相适应,行政程序亦可分为抽象行政程序与具体行政程序。前者指行政主体实施抽象行政行为所必须遵循的程序,包括制定行政法规、规章及行政规定所必须遵守的步骤与方式。后者指行政主体实施行政处罚、行政强制、行政许可、行政征收等行为所必须遵守的步骤与方式。

### 四、行政监督

有权力必须有监督。从广义上讲,行政监督是指国家权力机关、专门行政监督机关、司法机关以及社会组织、全体公民对行政主体实施的行政行为进行监督。国家权力机关对行政机关的监督内容和方式是:听取和审议政府工作报告;审查和批准国民经济计划和财政预决算;质询;撤销行政机关制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、行政规章及不适当的决定和命令等等。行政监察是一种典型的行政机关内部自我监督的行为。即国家的专门行政监督机关依法对国家行政机关及任命的公务员和其他工作人员违法、违纪行为进行的监督检查。1997年《行政监察法》的颁布标志着我国行政监察制度开始走向法制化。行政复议是国家行政机关根据行政相对人的申请,按照法定程序依法对引起争议的具体行政行为进行复查并作出裁决的活动。它是监督行政的一种主要形式,也是国家行政机关内部为依法行政而进行自我约束的重要机制。行政诉讼是公民、法人或其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益,依法向人民法院提出诉讼,由人民法院进行审理并作出裁决的司法制度,是司法监督行政的重要体现。

本书采用专题的形式对行政法基本理论、行政主体、行政行为以及行政救济等四个方面的重点和热点内容进行研究。

# 目 录

<b>前 言</b>	1
<b>第一章 行政法基本理论研究</b>	1
第一节 行政法的产生与发展趋势	2
第二节 行政法的基本理论模式	11
第三节 行政法律关系的发展趋势——权力与权利的平衡	18
第四节 增强法治理念与提高依法执政能力	24
第五节 依宪执政的内涵及其在依法执政中的核心地位	30
<b>第二章 行政主体理论研究</b>	37
第一节 行政主体类型研究	39
第二节 我国公务员制度研究：比较法视角	47
第三节 政府促进就业的行政法思考	59
<b>第三章 行政行为理论研究</b>	72
第一节 中国法治模式与地方行政立法构想	75
第二节 地方立法反馈制度构建的若干思考	85
第三节 部门利益膨胀与我国的行政立法制度	95

第四节	对行政规定判断标准的模糊性分析	104
第五节	西方国家地方行政立法质量标准比较与借鉴	115
第六节	论法治视野下我国行政执法体制之重构	129
第七节	行政即时强制及其规范	143
第八节	我国《行政许可法》的思路与制度创新	148
第九节	行政不作为的生成机制与法律治理路径思考	157
第十节	推进依法行政,完善行政执法责任制	167

#### **第四章 行政救济理论研究** 177

第一节	构建和谐社会 完善行政救济制度	179
第二节	弱势群体权益保障的行政法学思考	191
第三节	我国信访制度的法治建设	211
第四节	抽象行政行为司法控制的法理探究	221
第五节	我国行政补偿制度的反思与重构	232
第六节	行政补偿救济的立法规制	244
第七节	中外行政补偿范围的差异性比较研究	253
第八节	人权视角下我国行政赔偿范围立法之检视 与重构	266
第九节	司法审查:我国违宪审查模式的必由选择	275

## 第一章 行政法基本理论研究

---

从世界范围来看,行政法学都有一定的理论基础和理论体系。不同的理论基础决定了行政的不同体系和内容。作为行政法“基石”的理论基础在学界有不同提法,如“基本观念”、“基本理念”、“理论基石”等等。关于行政法的理论基础是什么,存在几种不同观点:一是“行政法的作用论”。即行政法理论基础旨在解决“行政法的作用是什么”这一问题。英国学者认为,行政法的功能在于控制政府的行政权力,提出所谓的“控权论”。也有学者认为行政法的功能在于保障国家行政权的有效行使,“管理论”便应运而生。二是“行政法的本质论”,即行政法理论基础旨在回答“行政法的本质是什么”,如“政府论”、“平衡论”等。三是“行政法的调整范围论”。即行政法理论基础旨在解决“行政法调整范围是什么”,区分行政法与其他部门法的不同调整对象,如“公务论”、“公共利益论”、“公共权力论”等。从理论上讲,行政法的理论基础是为了科学揭示行政法与其所赖以存在的理论模式之间的辩证关系,准确界定行政法的内涵和外延,客观地分析行政法区别于其他部门法的性质、特点和内容、形式,全面地把握行政法产生、发展和消亡的客观规律,从而为解释具体的行政法现象和建立行政法体系提供指导。行政法理论基础是整个行政法学理论的基本内核

和精神实质,是构建行政法学理论大厦的“基石”,它直接决定了行政法理论的各个方面。

## 第一节 行政法的产生与发展趋势

行政法观念最初是在西方文化背景下产生的。资产阶级革命胜利后,资产阶级迫切要求建立资产阶级的民主政治,也要求用法律限制政府权力,提出了“依法行政”。由于行政法产生的历史与思想基础不同,西方国家行政法的发展又呈现出不同模式。

### 一、大陆法系的行政法

法国是行政法的母国,其行政法是资产阶级在推翻封建君王专制过程中产生的。大革命前,法国国王的敕令在公布前必须经过最高法院登记,以此维护封建贵族特权。1789年,国民议会通过一项决议,决定停止最高法院的活动,1790年的法院组织法剥夺了普通法院对行政诉讼的管辖权,为行政法院设立奠定基础,而法国行政法的产生是以最高行政法院的产生为标志的。其发展过程经历了确立裁判制度、作出大量行政判例、行政法的体系化三个阶段。德国行政法的产生晚于法国,从19世纪开始,一些州引进了法国的行政裁判制度,但由于行政法产生的历史与文化背景不同,德国行政法以尊重国家权力与行政权的优先性为其基本目标,重视权力的意义,严格限定公法关系的范围。从整体上看,德国各邦采用了行政系统内部解决行政争议的行政法院制度。同时,其法律体系也有公、私法之区分。

### 二、英美法系的行政法

现代意义的英国行政法是17世纪下半叶资产阶级革命的产物。“兄弟革命”建立了议会主权体制,在反对专制特权的斗争中

废除了象征国王特权的星法院。19世纪末,随着生产力的发展和行政管理范围的扩大,资产阶级创造了委任立法,建立了不同类型的行政裁判所,逐步确立了英国行政法体系。二战后,为了适应现代行政发展的要求,确立了行政立法、行政程序、行政审判及国家赔偿等方面的行政法体系,为英国行政法全面发展奠定了坚实的基础。美国行政法深受英国行政法的影响,它的产生是同政府干预经济相联系的。1887年成立了州际贸易委员会被认为是美国行政法的开始,之后,相继设立了一系列委员会,这种独立管理机构享有部分的立法、行政和司法权力,在美国的政治、经济、社会生活中占据极其重要地位,对美国行政法的发展也产生了决定性的影响。日益膨胀的行政权与传统的“法的支配”原则之间的冲突集中表现在行政行为的司法审查上,<sup>①</sup>从而推进了美国行政法的不断完善。

### 三、中国行政法的产生与发展

新中国建立以后,1954年颁布的宪法,规定了各级人民政府的组织和权限,规定了公民对违法失职的国家及其工作人员有检举、申诉和控告的权利。1982年宪法是我国行政法产生与发展的重要基础,它规定了国家行政机关在国家机构中的地位、作用和职权,以及行政活动的基本原则、公民的政治、经济和社会权利。1989年后,我国行政法学进入了一个全新的发展阶段,先后出台了《行政诉讼法》《行政监督法》《行政复议法》《行政许可法》《信访条例》《国家赔偿法》《行政处罚法》《立法法》等重要的行政法规、法规。在理论联系实际,借鉴国外行政法学的研究成果,建设有中国特色的行政法学,促进我国行政法制建设的思想指导下,行

<sup>①</sup> 张正钊、韩大元:《比较行政法》中国人民大学出版社1989年版,第28页。

政法学界出现了“百花齐放、百家争鸣”的大好局面。

#### 四、21 世纪中国行政法的发展趋势

改革开放近 30 年来,中国的行政法制建设已经取得了举世瞩目的成就,立法机关及时制定治安、工商、税务、卫生、环保、金融等部门行政法,也成功地制定了《行政诉讼法》《行政处罚法》《行政复议法》《行政许可法》等一系列基本的行政法律。行政主体的执法行为有了明显的提高,改变了传统行政法只注重行政权而轻视公民权的做法。行政法为近代民主、法治的产物,是宪政在行政领域中的具体体现,宪政中分权与制约直接导致行政权的产生及依法行政观念的形成。行政法的目的在自由主义法治时代是通过控制行政权,消极保障人民权利、自由,进入福利国家时代,行政法的目的是直接、积极服务于国民,保障自由的同时积极促进社会权益的实现。<sup>①</sup> 中国行政法及行政法学是在缺乏本土宪政资源、国民法律意识薄弱、传统人治思想影响深远的背景下产生并发展起来的,在价值、功能、内容等多方面必然发生某些变异的特色,其未来发展亦将凸现一种独特的东方色彩。

##### (一) 平衡论正成为占据主导地位的理论基础

行政法的调整对象是行政关系和监督行政关系,其中,最主要的是行政主体与行政相对人的关系。对于行政法如何配置双方当事人权利、义务,行政法学界存在不同的理论、观点,其中影响较大的有管理论、控权论和平衡论。管理论主要盛行于前苏联、东欧国家及我国计划经济时期,为了巩固革命成果,尽快恢复经济,解决国家和社会生活中的各种难题,强调政府的集中管理,人们不可

<sup>①</sup> 杨海坤:《跨入 21 世纪的中国行政法学》,法律出版社 2003 年版,第 624 页。

能过多地考虑控制行政权的问题,更重要的是如何运用行政权去高效地巩固政权和社会主义国家。社会主义国家在建立之初,其主要任务是恢复经济、稳定社会秩序,强调政府权威,加强社会管理。而对于人权、民主、自由则只能逐步创造条件并发展。这些理念必然在立法、执法、司法等领域体现出来,并成为行政法和其他法律部门的指导思想。这种管理论在其创立初期是有其存在的必然性与合理性的。随着社会、政治、经济条件的不断变化,是否仍然应当过分强调政府的集中管理,在处理行政主体和行政相对人的关系上,是否还应当过分强调二者的命令与服从的不平等地位,强调行政主体对相对人的优越性的领导、监督和管理权力,则成为学术界颇具争议的问题。我国有许多学者主张控权论,以控权论为理论基础来说明行政主体与行政相对人的关系,以此构建行政法体系。行政法的核心不是对行政权的保障,而在于对行政权的监督和控制,行政法所需解决的不是行政权的本身,而是行政权运行产生的后果。尽管这种观念具有一定积极意义,但它忽视了行政法也有制约相对人滥用权利与激励行政机关积极行政的功能,与我国现阶段经济接轨与社会转型时期对于精干高效行政的要求难以谋合。为此,罗豪才教授提出的平衡论认为,现代行政法应当在维护、监护行政主体依法行政与保护公民、法人、其他组织合法权益之间,谋求一种平衡,即通过对行政主体与行政相对人的有效激励和制约,实现行政权与相对方权利的结构平衡,以兼顾公共利益和个人利益,确保社会的持续、稳定发展。<sup>①</sup> 随着现代法治的不断发展,权力与权利之间总体上、结构上平衡正成为一种趋势。

<sup>①</sup> 罗豪才:《现代行政法制的发展趋势》,法律出版社2004年版,第7页。



## (二) 行政行为日趋多样化

传统行政行为是指行政主体在实施行政管理活动、行使管理职权过程中所作出的具有法律意义的行为。强制与服从被认为是传统行政关系的基本特征。行政行为具有公定力、确定力、拘束力、执行力。20世纪中叶以后,随着西方国家新公共管理运动的开展,现代行政管理手段的权力性、强制性色彩减弱了、淡化了,行政管理模式从单纯依靠命令和强制实施行政决定,转变为在命令和强制的基础上,更加强调行政管理目标实现方式的多样化,体现出民主交涉的品格,以及行政主体与相对人之间的合作精神。交涉性是指行政主体实施行政行为时应当与行政相对人沟通与交流,包括意见的交换与信息的沟通、告知与陈述、听取,不再是单方的搜集与调查,而是双方信息、意见与行为的互动。当然,交涉性并非民事行为中的双方合意,而是介乎于强制与合意之间的一种状态。行政行为从单方意志性到交涉性是现式行政意义上行政权力运作的一大重要变化。这一变化使行政行为呈现出多样性,具体包括以下几种新型行为方式:

1. 行政合同。即行政契约,是指行政主体为了实现行政管理目标,在行使行政职权的过程中,经过与行政相对人协商,相互意思表示一致达成的协议。随着社会经济、文化不断进步,行政合同逐步应用于经济建设、城市规划、科技文卫、社会保险与社会福利等广泛领域。这充分体现了行政主体对行政相对人意志的尊重。当然,行政主体在合同关系中享有合同履行的指挥权、监督权及相应的强制权、单方解除权。同时,在涉及重要的国家利益和公共利益的领域,一般不适用行政合同。

2. 行政指导。即行政主体在其管辖范围内,对特定的行政相对人运用非强制手段,获得相对人的同意或协助,指导相对人采取或不采取某种行为,以实现一定行政目的的行为。行政指导不具