

行政法基本理论研究

陈 露 杨晓静 王 卫 编著

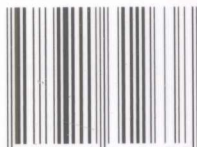
东北林业大学出版社

责任编辑：郑国光

封面设计：彭 宇

XINGZHENGFA JIBEN LILUN YANJIU

ISBN 978-7-81131-263-8



9 787811 312638 >

定价：20.00 元

行政法基本理论研究

陈 露 杨晓静 王 卫 编著

东北林业大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法基本理论研究/陈露, 杨晓静, 王卫编著. —哈尔滨: 东北林业大学出版社, 2008.6

ISBN 978-7-81131-263-8

I. 行… II. ①陈…②杨…③王… III. 行政法—法的理论—研究
IV. D912.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 093075 号

责任编辑: 郑国光

封面设计: 彭 宇



NEFUP

行政法基本理论研究

Xingzhengfa Jiben Lilun Yanjiu

陈 露 杨晓静 王 卫 编著

东北林业大学出版社出版发行

(哈尔滨市和兴路 26 号)

哈尔滨市工大节能印刷厂印装

开本 850 × 1168 1/32 印张 10.375 字数 260 千字

2008 年 6 月第 1 版 2008 年 6 月第 1 次印刷

印数 1—1 000 册

ISBN 978-7-81131-263-8

D·116 定价: 20.00 元

前 言

行政法是现代法治国家不可或缺的重要的部门法。行政法学亦是近些年来法学中发展较快的学科之一。改革开放以来,我国行政法制建设有了很大进步,社会成员的权利意识、民主观念有了较大幅度的增强和提高。行政法制建设的进步促进了行政法理论研究的深入,行政法理论研究的深入又反过来推进了行政法制的更大发展,在这个互动的过程中,一方面在立法上,我国制定了《行政诉讼法》、《国家赔偿法》、《行政处罚法》、《行政复议法》、《行政许可法》等法律,各个行政管理领域都制定了相应的、大量的法规和行政规章,初步形成了具有中国特色的行政法体系。另一方面在理论研究上,一大批行政法专论、专著发表、出版使行政法学理论无论是在研究领域方面,还是在研究问题的深度方面,都取得了突飞猛进的进展。这两个方面构成了我国目前行政法治和行政法学的繁荣局面。

为适应我国行政法制实践的需要,进一步加强对行政法一些理论问题的探索和研究,我们编写了这部《行政法基本理论研究》。因篇幅的限制,我们只就行政法学中的一些基本理论问题进行了探讨和研究。全书共分九个专题,每个专题自成体系,分别对行政法理论起点、行政法理论基础、行政法律关系、行政法主体、行政行为、行政程序、行政责任、行政监督与救济等问题进行了分析与研究。在编写过程中,我们除了总结整理自身的教学与科研成果外,还参考了一些国内外行政法学论著,吸收了我们认为有益的思想与观点,力求使本书所研究的专题能够较为系统全面地反映当前行政法研究的最新成果。

本书写作分工如下:陈露撰写第一章行政法理论起点研究、

第四章行政法律关系研究、第五章行政法主体研究；杨晓静撰写第二章行政法理论基础研究、第六章行政行为研究、第八章行政责任研究；王卫撰写第三章行政法基本原则研究、第七章行政程序研究、第九章行政救济研究。

编 者

2008 年 4 月

目 录

第一章 行政法的理论起点研究	(1)
第一节 行政的概念与分类	(1)
第二节 行政法的概念、特征和性质	(13)
第二章 行政法理论基础研究	(25)
第一节 行政法理论基础解析	(25)
第二节 对行政法理论基础几种代表性观点的 思考	(40)
第三章 行政法基本原则研究	(56)
第一节 行政法基本原则概述	(56)
第二节 我国有关行政法基本原则的理论学说	(61)
第三节 外国行政法的基本原则	(64)
第四节 我国行政法的基本原则	(68)
第四章 行政法律关系研究	(78)
第一节 行政法律关系的概念	(78)
第二节 行政法律关系的特点	(85)
第三节 行政法律关系的种类	(93)
第三节 行政法律关系的构成要素	(104)
第四节 行政法律关系的产生、变更与消灭	(111)
第五章 行政法主体研究	(118)
第一节 行政法主体概述	(118)
第二节 行政主体	(122)
第三节 行政权配置主体	(139)
第四节 监督行政主体	(140)

第五节 行政相对人	(145)
第六章 行政行为研究	(160)
第一节 行政行为基本问题解析	(160)
第二节 对几种行政行为的相关思考	(182)
第七章 行政程序研究	(220)
第一节 行政程序法的立法概况	(220)
第二节 行政程序法制的基本理念概述	(223)
第三节 两大法系行政程序法观念之比较	(240)
第四节 中国行政程序法基本理念	(250)
第八章 行政责任研究	(263)
第一节 行政责任的概念与类型	(263)
第二节 行政责任的理论渊源	(267)
第九章 行政救济研究	(274)
第一节 行政救济制度的法律意义	(274)
第二节 行政救济程序	(276)
第三节 各国行政救济制度比较	(279)
第四节 我国行政救济制度	(302)
参考文献	(322)

第一章 行政法的理论起点研究

第一节 行政的概念与分类

一、行政的概念

行政法，可以简单地将其概括为是关于行政的法，因此，要阐述和研究行政法，首先应把握行政的涵义、特征等内容，回答什么是行政这一问题。

“行政”源自拉丁文“Administrare”，中文根据英文“Administration”翻译过来，其基本含义可以用“执行”、“管理”予以注释。既然是“执行”、“管理”，行政活动就不只是国家具有，其他组织如企事业单位、社会团体乃至私人组织，都应该有行政活动，因为任何组织（包括国家）要生存和发展，都必须有相应的机构和人员行使执行、管理职能，即行政职能。没有执行和管理，就没有组织的生存和发展。《辞海》将“行政”解释为：（1）泛指各种管理工作。如国家管理工作、社团管理工作、企业管理工作、事业单位管理工作等。（2）专指国家行政机关的组织管理活动。^① 马克斯·韦伯认为：“行政管理不仅仅是一个公法的概念。有私人的行政管理，诸如自己家庭预算或者一个营利企业的行政管理，也有公众的行政管理，也就是说，通过国家机构或者其他的、由国家给予合法化的、即他治的公众

^① 《辞海》（缩印本），上海辞书出版社，1989年版，第897页。

机构进行的行政管理。”^①陈新民先生亦认为：“行政既与管理有密切的关联，行政一词，也就代表一种涉及‘结构’（组织）与‘纪律’（秩序）的行为”，“不仅仅在涉及国家公权力行使的公法体系内，即使在私法体系亦有行政的存在，例如私法人的行政（尤其在私法的法人组织内）等，行政若存在于私法体系，为‘私行政’。”^②

因此，从广义上理解，行政有公共行政和私人行政之分。在行政前面加上“公共”一词构成“公共行政”表明它和私人行政相区别，即公共行政是相对于“营利的”、“私人的”或“个体的”行政来区分的，它强调行政活动的主体主要是公共部门或机构而不是私人组织，并且公共行政的目的和性质主要是以公共利益为基准，对公众进行管理，为公众提供服务。在此过程中，还强调了公共行政所负的社会责任和义务，以及公众的参与性和行政活动的公开性与程序性。

行政法学界普遍认为，行政法上的行政指的是公共行政，而不包括私人行政。王名扬先生指出：“行政一词，在法文中有时指私人企业的管理，例如一个商业银行的管理机关有时称行政委员会，一个工厂的办公厅有时称行政部；有时也指国家的公共行政。行政法所调整的行政活动是后一种活动。前一种活动属于私法范畴。”“公共行政和私人企业管理，尽管在名称和内容上有些相同，然而在性质上和法律地位上却不同，是两种不同的学科，行政法和行政法学只以公共行政为调整和研究对象。”^③姜明安先生提出：“行政法学研究的行政只涉及公行政而不涉及私行

① [德] 马克斯·韦伯著：《经济与社会》下卷，林荣远译，商务印书馆，1997年版，第4页。

② 陈新民著：《中国行政法学原理》，中国政法大学出版社，2002年版，第12页。

③ 王名扬著：《法国行政法》，中国政法大学出版社，1988年版，第1页、第3页。

政,因为行政法调整的只是公行政而不调整私行政。”^①陈新民先生认为:“行政法学所讨论、研究的对象,只限于公共行政。因为私行政之研究,已属于私法——尤其是民法体系所研究之范畴。”^②

公共行政(以下简称行政)应如何界定?学术界有许多观点,但始终未能形成共识。一般的理论认为行政是以国家行为为前提的,是国家为了达到其任务及目的,必须有一定的行为,这些国家行为的存在是行政的先决要件。然而,国家行为的内容有繁复的多样性。到底国家行为中的哪种行为可称之为行政法中的行政?最具代表性的观点有下面几种:

(一) 三权分立说

这种理论依据孟德斯鸠的“三权分立”学说,认为国家职能分为立法、行政、司法三大类,它们分别归属于相互独立的立法机关、行政机关和司法机关,行政机关从事的行为就称为行政,这是形式意义上的行政。在实行三权分立制度的国家,形式意义上的行政是以宪法上所规定的行政权为准。这种行政权可以在国家中央层次的行政部门,例如内阁、联邦政府,或是在地方层次的行政部门,例如邦、县政府等所代表的机构。这些行政部门所行使的行为,就可称为行政行为。如根据我国《宪法》第85条的规定,“中华人民共和国国务院,即中央人民政府,是最高国家权力机关的执行机关,是最高国家行政机关。”换言之国务院及其所属机关,所实施的行为可以列入行政的范围。至于中国各地方政府的行为,由于《宪法》第110条第2款规定,“全国地方各级人民政府都是国务院统一领导下的国家行政机关,都服从国务院”,因此,也属于行政行为。

① 姜明安主编:《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2~3页。

② 同注①引书,第12页。

这种学说忽略了即使国家行政机关所执行的行为，也不是当然都属于行政行为的现象。例如：行政机关所为的民事行为（买卖物品、租用房屋）都不能属于行政行为。甚至某些行政行为是行政机关委托公民或其他私人组织来执行时，后者接受委托实施的行为，也不属于行政行为。所以只以行政机关的行为作为认定行政的概念，并不妥当。

（二）除外说

“除外说”又被称为“扣除说”、“排除说”、“蒸馏说”，这种理论与三权分立存在着直接的渊源，认为行政是除立法作用、司法作用以外的其他作用。这种观点成为德国和日本传统行政法学上的通说。如德国学者耶林纳克在其所著《行政法》一书中指出：“行政是包含立法、司法以外的一切国家作用。”另一位德国学者哈采克在其所著《德国行政法教科书》中指出：“行政即非司法非立法之一切作用。”日本行政法学者美浓部达吉在其所著《行政法撮要》中指出：“行政即行于法律以下的国家行为中除去司法行为部分。”除外说是在比较立法、行政、司法三种作用后对行政下的定义，即从国家作用中扣除法规制定行为之立法作用、国家司法权之判断作用及依一定之裁判程序判断人与入权利义务之民事司法作用，所剩余者即为行政作用。

该学说虽然未说明行政的本质是什么，但对行政的范围作了形式上的界定。从某种意义上说，这种定义是有一定价值的。然而，随着现代行政的不断发展，委任立法及行政裁判等现象大量出现，造成了立法、行政、司法三种职权的交叉、混合，行政已不是单纯立法、司法以外的剩余活动的称谓，而是同时包含三种职能的特殊概念。所以，用除外说表述行政的含义也不够恰当准确。

（三）国家目的实现说

有学者提出，“行政只能加以描述，而无法予以定义。”不少行政法学者努力从各个方面正面描述行政。德国学者奥托·迈

耶指出：“行政是国家在其法律制度范围内，为实现国家目的而进行的除了司法以外的活动”。^①该学说认为，司法是单纯的法规执行，是受法羁束的作用；而行政虽然也有一部分是法的执行，但是，更多的部分是由法规定其界限，在一定的限制之下，为实现国家的目的，而充分行使自由裁量权的作用。该学说从国家目的的实现或者公共利益的实现中寻求行政概念的一般性标志，作为德国传统的学说曾得到广泛支持。德国学者福尔斯托霍夫、日本学者田中二郎等，都是积极说的提倡者。日本行政法学者田中二郎认为：“近代国家之行政是在法之下，受法之规制，并以现实具体积极实现国家目的为目标，所为整体上具有统一性之继续、形成的国家活动。”^②日本学者南博方指出：行政是“为适应国家社会的需要具体实施公共政策的过程及行动”^③。这些学者普遍认为，行政最主要的特征是实现公共利益、达到公共目的的国家行为。

这种观点试图从正面给行政下一个定义，但仍存在诸多不足。有学者认为，“行政中存在着多裁量性活动，但不能说行政的本质在于裁量，从对于法律约束的实质上的自由这层意义上来说，裁量在法院的活动即司法作用中，同样能够看到”。至于“积极实现国家目的”，行政与立法、司法职能并没有区别；关于统一性，“并不能描述出行政的现实状态或行政的本质。”^④

（四）组织管理说

持该观点的学者认为：“行政是指国家行政机关对国家与公

① [德] 奥托·迈耶著：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆，2002年版，第14页。

② [日] 田中二郎著：《行政法》（上卷），弘文堂，1974年版，第5页。

③ [日] 南博方著：《日本行政法》，杨建顺、周作彩译，中国人民大学出版社，1988年版，第8页。

④ [日] 盐野宏著：《行政法》，杨建顺译，法律出版社，1999年版，第4页。

共事务的决策、组织、管理和调控。”^①与此相似的观点还有“政务管理说”、“国家事务管理说”等。这种观点实际上把行政分解为主体、对象和功能三部分，它把行政等同于组织管理的结论虽然不错，但未能揭示行政与立法、司法职能的本质区别，因为立法与司法也可以表现为决策、组织、管理、调控等功能。最为关键的是，这种定义忽视了行政应当包含的执行权力机关或立法机关意志的特征，割断了行政与立法的天然联系。

我们认为，行政法研究的行政是指国家行政机关等行政主体为实现国家的目的，运用其制定的政策、法律规范，通过组织、管理、命令、监督制裁等方式执行国家法律和权力机关意志的活动。具体而言，行政具有以下内容和特点：

第一，行政活动的主体是以国家行政机关为主的行政主体。

第二，行政法研究的行政是为实现国家目的，执行国家法律及权力机关意志的活动。它不同于一般意义上的“管理”，有别于企事业单位或私人组织、个体内部的私行政，它是对国家事务与公共事务的特殊管理活动。

第三，行政法研究的行政是现代国家权力分工体制的产物，没有立法、司法与行政职能的适当分工，就不存在执行法律和立法机关意志的行政。

第四，行政法研究的行政是执行国家法律和权力机关意志的活动，相对于立法而言，处于从属地位。没有现代意义上的法治原则为背景，就不存在行政法学所研究的行政。

第五，行政必须具有法律性。行政的“有效”来源于这种活动本身所依据的权力——行政权的存在。而作为一种行使权力的行为，行政管理首先是一种法律管理，行政权的行使必须受到法律的控制和制约。英国行政法学者韦德指出：“行政法定义的

① 罗豪才主编：《行政法学》，北京大学出版社，1996年版，第3页。

第一个含义就是它是关于控制政府权力的法。”^① 现代行政不能超越于法律，行政权的来源及其运行方式都必须建立在明确法律依据之上并受到法律的制约。“政府守法”或者说“依法行政”是现代国家法治的关键所在，它要求一切行政都必须遵循法律所规定的条件、程序以及方式和方法。

根据以上的分析，可以清楚地看到行政与立法、司法两种国家职能的区别。

首先，行政与立法的本质区别在于，行政是执行法律的活动，而立法是创制法律的活动；行政与司法的区别在于行政是为实现国家目的而主动执行适用法律的活动，而司法是追诉犯罪、裁判纠纷的被动适用法律的活动。虽然当今行政活动中也不免有制定政策、法律规范的活动，但都是为执行权力机关指定的法律实现国家目的而进行的，且此类行政大多是基于权力机关的授权而为，随时可能被收回，并非原本意义上的行政。

其次，与司法相比较，现代行政虽然也包括一部分制裁违法、裁决争议的活动，但这种活动不过是组织、管理、命令、监督活动的一种方式而已，且也需得到立法授权，并非自身的固有职能。一般来讲，对行政裁决争议的活动不服的，当事人仍可诉诸法院，除法律特别规定外，行政机关一般无最终裁决权，即使根据法律的规定，行政机关的裁决具有终局性，但由于该裁决行使主体的限制，亦使该裁决被定性为行政行为而非司法行为。

在这里有一个问题需要注意。根据前文的分析，行政法中的公共行政是以国家行为存在为前提的，似乎公共行政可以等同于国家行政，其实，公共行政与国家行政并不是同一个概念。国家行政属于公共行政的一部分，公共行政除了国家行政以外，还包括其他非政府公共组织的行政。任何一个社会都存在着大量的社

^① [英] 威廉·韦德著：《行政法》，中国大百科全书出版社，1997年版，第5页。

会公共事务管理活动，这些活动从宏观到微观，都涉及社会公众的切身利益。在社会组织与管理活动中，政府确实是这些活动的核心主体，但除了政府之外，还有许多其他公共组织参与其中。这些非政府的公共组织也根据一些法律规范的授权行使着公权力，对一定范围内的事务进行组织、管理与调控活动，我们将其称为社会公行政。社会公行政组织行使公权力时，也会对一定范围内相对人的权利义务产生影响，如公立学校根据校纪校规对在校学生进行处分，行业组织根据章程对组织内的成员予以惩戒，等等。对这种行使公权力的活动也要进行相应的规范和调整，将其纳入到法治的轨道上来，防止出现法治的阳光照不到的灰色地带。行政法作为调整行政活动的国内公法，应当在这方面有所作为。传统的行政法学通常只研究国家行政（主要是国家行政机关的行政），20世纪以后特别是第二次世界大战以来，各国行政法学逐渐将国家行政以外的公行政也纳入研究的范围中。德国、法国、日本等国的行政法学著作中大多设专章研究国家行政机关以外的公法人行政。英、美国国家在其行政法学中也有研究非政府组织或半自治性的国家行政组织的内容。在我国，随着行政改革的步伐与力度不断加大，国家与政府向社会分权的程度不断加深，非政府公共组织行使公权力的现象日益普遍，引发出的法律问题日渐突出，这引起了行政法学界的关注。近年来，人民法院的行政审判实践也涉及国家行政机关以外的公行政问题，行政法学界也在思考扩展行政法的研究范围问题。^① 总体上讲，行政法学界普遍认为，行政法既要规范和调整国家行政，也要规范和调整社会公行政，但行政法目前仍以国家行政为基本的调整对象。

^① 参见有关学者对“田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案”、“刘燕文诉拒绝颁发博士学位案”的争论与分析，载何兵主编：《行政法案例研习》，高等教育出版社，2005年版。

二、行政的分类

为了有效地规范行政活动，有必要通过分类了解行政的不同表现形式，把握其固有的规律，从而达到准确规范的目的。根据不同标准，可以对行政做不同的分类研究。

（一）积极行政与消极行政

行政的目的是多方面的，既有维持社会和经济秩序、保障公民人身财产安全的目的，也有促进社会经济发展和人民生活福祉的目的。就不同行政领域而言，根据行政的目的可以把行政分为积极行政与消极行政。所谓积极行政，是指积极主动地实施管理活动，例如环境保护一类的行政就属于积极行政。所谓消极行政是指作为管理者的行政机关尽量控制自己的积极判断，尽可能少地实施具体行政，例如警察行政就属于消极行政。有学者提出，现代行政可以分为两类，一类对相对方的权利义务产生直接影响，如行政命令、行政处罚、行政强制措施等，此类行政应受到严格的法律规制，可以说“没有法律规范就没有行政”，可称之为“消极行政”；另一类对相对方权利义务不产生直接影响，如行政规划、行政指导、行政咨询、行政建议、行政政策等，对这类行政则要求行政机关在法令、职权内积极作为，“法无明文禁止即可作为”，可称之为“积极行政或服务行政”。^①但是，关于行政的这种分类是相对的，例如警察行政在总体上是消极行政，但为了确保公民的人身与财产安全，有时也要求采取积极的措施，此时称之为积极行政亦可。区分积极行政与消极行政的意义在于，不同性质的行政有不同的目的和特征，不能一概而论，应当采用分门别类的方式对其加以规范。对积极行政重点控制其作为性违法，防范越权行为；对消极行政重点防范其不作为。

^① 罗豪才，甘雯：《行政法的“平衡”及“平衡论”范畴》，载《中国法学》1996年第4期。