

本书为 苏州大学“211”立项项目成果
苏州大学重点教材

中国行政法基础理论

主 编 杨海坤
副主编 王克稳 黄学贤

中国人事出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国行政法基础理论/杨海坤,王克稳,黄学贤编.

北京:人事出版社,2000.5

ISBN 7-80139-488-7

I. 中... II. ①杨... ②王... ③黄... III. 行政法-

法的理论-中国 IV. D922.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 08569 号

出 版	中国人事出版社
发 行	
社 址	北京朝阳区育惠里 5 号
邮 编	100101
经 销	新华书店
印 刷	三河欣欣印刷有限公司
开 本	850 毫米×1168 毫米 1/32
印 张	15.125
印 数	1—5000
版 次	2000 年 5 月第 1 版
印 次	2000 年 5 月第 1 次印刷
定 价	24.00

如出现印装错误请与印刷装订厂调换

第一编

行政法基本理论

第一章 行政法概述

第一节 行政的涵义

一、行政的概念与特征

行政法，简单地说是有关行政的法。因此，要阐述和研究行政法，首先要把握行政的涵义、特征、内容，也即必须首先回答什么是行政。

“行政”一词的英文是 Administration，源出于拉丁文 Administrare，就其字面而言，带有经营、管理及执行的意义，一般理解为“事务的执行”。现在人们除将其译成“行政”外，有时也译成“行政机关”、“管理”、“执行”等，但比较统一的译法是“行政”。然而，由于行政本质的多样性、多义性和复杂性，人们对“行政”的理解往往有分歧。

（一）西方学者对行政的认识

1、消极说

“消极说”是指对行政的概念不作正面的阐述，而是消极地将国家权力的作用中不属于行政的部分予以去除，故又称“去除说”。这一学说以权力分立为基础分析行政，认为国家职能分为立法、行政、司法三大类，它们分别属于不同的机关，行政机关从事的行为就是行政。这即是所谓的形式意义上的行政；而实质意义上的行政则以权力和职能内容与性质为标准，认为行政是除立法、司法作用以外的其他一起作用。这一观点的主要代表是德国学者耶林纳克（Walter Jellinek）、哈莱克（Jullias Hatschek）和日本学者美浓部达吉。耶林纳克在其《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。哈莱克在其《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。美浓部达吉在其《行政法摄要》中指出，行政即于法律以下的国家行为中除去司法行为部分。这一观点由于与三权分立之原则比较吻合，曾为早期资产阶级学者普遍接受。但“除外说”在其表达方式上存在很大缺陷，它未对行政概念作正面的定义，使人无法确知行政的涵义，因为它实际上未能反映出行政的实质内容。

2、积极说

由于消极说不全面完整，不能满足人们对行政的认识，因此学者们尝试正面对行政加以定义，故称为“积极说”。“积极说”有种种表述，现略举种种：

（1）国家意志执行说

这种观点以美国学者古德诺（F. J. Goodnow）为代表，他从政治与行政关系的角度分析行政这一现象，认为“政治是国家意志的表现，行政是国家意志的执行”。古德诺在其著名的《政治与行政》一书中指出：“在一切政治制度中，只有两种基本的功能，即国家意志的表现和国家意志的执行。前者谓之为政治，后者谓之为行政”。古德诺将行政的功能看作是“执行适当权力机关所宣布的法律或意志，”并认为政治是决策，科学和效率在

这里只能发挥有限的作用，而行政是执行，经济和效率是其主要指标。从政治与行政之间关系的角度去分析行政的性质和作用，认为行政是执行权力机关颁布的法律或意志。这一观点在政治学、宪法学、行政法学发展上都具有积极意义，因为它已开始对国家活动进行分类，并把行政活动限于一定的范围之内，所以这一观点在第二次世界大战前曾风行一时。但是，这种观点未免带有形而上学之嫌。因为现代行政的政治性，行政与政治的密切关系仍不容忽视，同时这种观点对国家权力的划分仍不够细密。第二次世界大战后，这一观点逐渐为其他学说取代。

(2) 公共利益、公共目的说

有学者提出，“行政只能加以描述，而无法予以定义。”因此后来不少行政法学者努力从各个方面正面描述行政，如德国学者W·Jellinek认为：所谓行政者，系指在政府之下，国家机关或其他公权力主体对于个别事件中所为创设或消除若干新事物的行为。日本著名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，所为的整体上具有统一性之继续、形成的国家活动。”学者们普遍认为：行政的最主要特征是实现公共利益、达到公共目的的国家行为。我国台湾地区行政法学者蔡志方认为：行政有四个特征：a. 行政为社会之形成；b. 行政以追求公益为导向；c. 行政积极地针对未来而形成；d. 行政法为用具体之具体措施，以规范个案或实现一定之计划。^①他强调行政以公共利益为取向，实现国家之公共目的。

(3) 综合特征式

最近台湾出版的《行政法》一书（翁岳生主编）颇值得注意，该书认为：a. 行政是广泛、多样、复杂且不断形成社会生

^① 蔡志方：《行政法三十六讲》，1997年版，第19页。

活的国家作用，具有形成性与整体性；b. 行政是追求利益的国家作用；c. 行政是积极主动的国家作用；d. 行政应受法的支配——合法性与合目的性之兼顾；e. 行政的运行应注意配合及沟通；f. 行政系作具体决定的国家作用。该书还将行政分为公权力行政及私经济行政；干预行政、给付行政与计划行政；内部行政与外部行政；国家行政、地方行政与委托行政等。^①可见对行政的不断深入研究是行政法学的永恒任务，也是研究的起点与重点。

（二）我国（大陆）学者对行政的认识

在我国，人们对行政的理解并不一致，行政一词在不同场合被赋予不同的含义。但大陆学者多援引马克思对行政本质的论述作为认识行政的基本观点，并以此为基础进行引伸和发挥。马克思在其早期著作《评“普鲁士人”和“普鲁士国王社会改革”》一文中曾对行政的本质作过简明扼要的揭示，马克思指出：“所有的国家都在行政机关无意地或有意地办事不力这一点上寻找原因，于是它们就把行政措施看作改正国家缺点的手段。为什么呢？就因为行政是国家的组织活动。”^②学者们都以此认为马克思的这一论点既揭示了行政的本质，又划定了行政的范围。根据马克思对行政本质的理解，行政具有以下两个主要特征：第一，行政是国家的组织活动，也即行政的主体是国家，而不是其他任何私人团体和社会组织。只有国家、国家机关才有权进行行政活动。第二，行政是与国家立法、司法等活动相区别的一种组织活动。也即行政并不是国家的所有活动，它是以组织、指挥、协调、执行等为主要活动方式的、对国家事务进行组织管理的活动。行政的基本功能是执行法律，具有国家意志性、从属法律

① 台湾翁岳生主编《行政法》上册第11—31页。

② 《马克思恩格斯全集》第1卷，第479页。

性、执行性、强制性、直接性和连续性等特征，这就把行政的基本特征揭示出来了。

以马克思关于行政概念的上述揭示为基础，我们认为，行政是国家行政机关和法律、法规授权组织依照宪法和法律，运用国家行政权力，为实现国家行政职能对国家和社会事务进行组织和管理的活动。从行政法的意义上讲，行政主要指国家的行政管理或者说以国家行政管理为核心的。^①

二、研究行政的两门学科

以行政为研究对象的传统学科是行政学和行政法学，产生这两门学科是由行政的特点所决定的。

首先，行政管理作为国家的管理活动之一，在现代社会它是一种法律的管理，法律是国家实施行政管理活动的主要依据和手段。从法治高度特别是从保障行政相对人合法权益角度研究行政管理的法学学科即是行政法学。

其次，行政管理又是整个社会管理活动的一个方面，作为一种社会管理活动，它又必须符合管理对象自身的客观规律，也即是说，行政管理与其他的管理活动一样，必须是一种科学的管理，从科学的角度研究行政管理的原则和方法，以提高行政管理效率的管理学（广义政治学）学科即是行政学。

行政法学和行政学的发展表明，行政管理的法律化与行政管理的科学化在很大程度上是紧密联系、不可分割的。在行政法学中，有相当一部分是以科学的行政管理的原则和方法作为内容的，行政法只有不断吸取科学的行政管理原则和方法，才能使行政管理法规更具操作性和可行性，才能推动行政管理效率的不断

^① 目前行政法学界一种新的趋向是对介于国家与社会之间的中介管理组织加以重视，例如行政诉讼案例中不断出现授权组织作为行政诉讼被告的情况。

提高。反之，科学的行政管理亦需要法制化，这样才能使科学的原则和方法具有稳定性。因此，在现代社会，科学的管理与法律的管理是不可分离的，因此，这两门学科相互影响，比翼双飞。

第二节 行政权的涵义

一、行政权的涵义和特征

行政法及行政法学上的每一个原理、原则几乎都可以在行政权上找到它的起因和归属。例如，行政主体其实就是行使行政权的组织；行政权运行的外在表现形式就是行政行为；行政法律关系其实就是行政权的运用和行使所引起的法律关系；行政法律责任可以认为是行政权行使所引起的法律后果。总之，行政法所涉及的所有问题，无一不与行政权的存在有着密切的联系。因此可以说，行政权是全部行政法学的基础和中心范畴。

行政权一词是国家权力分立的产物，其最初含义指的是除立法权、司法权之外的国家权力，尽管近现代各国都在使用行政权一词，但各国学者及立法对行政权的理解并不完全一致。

在西方，比较有代表性的对行政权的权威解释是著名法学家布莱克（Black），他认为，“行政权即执行法律的权力。它是总统根据联邦宪法第二条的规定所享有的广泛权力。……它区别于制定法律及对法律纠纷裁判的权力。”^①这是一种典型的基于三权分立基础上的对行政权的理解，在国内，对行政权的提法也不一致，有的用“行政管理权”，有的用“行政权”，有的用“行政权力”。在对行政权内涵的理解上也存有分歧。

^① 转引自张焕光等著：《行政法学原理》，劳动人事出版社1989年版，第18页。

我们认为，行政权是指行政主体（主要是国家行政机关）执行法律、管理国家事务和社会事务的权力，是国家政权的一个重要组成部分。在现代社会，行政权表现出以下几方面的特征：

1、行政权的法律性。行政权的法律性包含以下几方面的内容：其一，行政权只能由法律产生，即由法律设定。“权自法出”是法治社会的基本标志。法律之外的一切和行政管理相关的权力，如确属需要，应尽快法律化，而不能使其游离于法律之外；如果对社会有害无益应尽快通过法律手段予以取缔。其二，行政权只能由法律规定的机关和组织行使。未经法律授权或者行政主体合法委托，其他任何组织、团体和个人都不得行使这一权力。其三，行政权的内容必须和法律的规定相一致，即行政权的内容必须合法。其四，行政权的行使必须符合法律规定的程序。

2、行政权的执行性。行政权区别于立法权及司法权的最本质特征就是它的执行性，即行政权本质上是一种执行权，其执行的内容是国家法律和权力机关的意志，如我国宪法明确规定，国务院是最高权力机关的执行机关，地方各级人民政府是同级人民代表大会的执行机关。这表明了行政权对国家意志的服从性和执行性。此外，需要注意的是，随着委任立法的产生，行政机关所执行的内容；已不仅限于权力机关制定的法律，行政机关根据授权或依职权所制定的行政法规、行政规章等，也是行政权的执行内容。但从本质上来说，行政机关制定法规、规章的目的和内容正是执行法律。

3、行政权的强制性。权力之区别于权利的显著特征就在于它是一种支配力量（其弱化则可能仅表现为影响力），它以国家强制力为最后保障，行政权也不例外。行政权在一定条件下，可以表现出强制力，强制性表现在以下两方面：其一，行政权的运用和行使一般不为相对人的意志和行为所左右，也即是说，不管相对人是否同意或协助，都不影响行政权的作用。其二，当行政

权的运用遇有抵触时，行政主体可以使用法律规定的手段和方式排除对行政权行使的妨碍以保证行政权内容的实现。

4、行政权的不可处分性。行政权的不可处分性是指行使行政权的主体在无法律规定情况下无权自由处分所享有的行政权。它包括三方面的内容：其一，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定程序；其二，行政主体不得自由放弃行政职权，否则视为失职行为，要承担相应的法律责任。其三、行政权可以表现为羁束行政行为，也可以表现为自由裁量行为，即使是自由裁量行为，也要受到法律制约。行政权的不可处分性是由行政权的目的和性质所决定的。行政权行使的目的是为了满足国家利益或社会公共利益，而不是为了满足或实现行政主体自身的需求，因此，擅自处分行政权必然损害国家利益或社会公共利益。行政权具有职权和职责的双重法律属性，体现了职权与职责的统一。例如税务机关的征税，相对于纳税人来说，税务机关的征税是法律授予的一项职权，但相对于国家而言，征税又是税务机关对国家应尽的义务和职责，放弃职责即意味着失职。

二、行政权的构成要素

任何一项行政权的构成都应具备三个基本要素，即权力主体、权力内容和权力范围。

1、权力主体

权力主体即权力的享有者，它表明这一权力应归属于谁、由谁实际行使。在现代各国，行政权通常的主体是国家行政机关，但在特定情形下，经法律法规授权，非行政机关的其他组织亦可以行使部分行政权。

2、权力内容

行政权是一个抽象的法律概念，在实际生活中它必须被分解成若干不同的行政职权并配置给相应的行政主体才能实际操作。

因此，权力内容所表明和记载的是权力的内在要素，它不仅使行政权能实际运用和操作，而且使不同的行政职权之间相互区别。

3、权力范围（行政权限）

权力范围亦即行政权的权力界限，它包括行政权的地域范围、事务范围、层级范围和时间范围。地域范围所表明的是权力行使的地域界限；事务范围所表明的是权力适用的对象范围，包括该权力应作用于哪些人或应作用于哪些物；层级范围所表明的是不同行政等级的行政主体使用权力的不同层级界限和力度；时间范围所表明的是权力行使的时间界限。

三、行政权的分类

行政权可以从多种不同的角度对它进行分类。

1、中央行政权和地方行政权

这是以行政权管辖的地域范围为标准所做的划分。

中央行政权指的是由最高国家行政机关行使的其效力及于全国范围的行政权，地方行政权则是指地方各级行政机关及其他行政主体所享有的其效力仅及于行政主体所管辖的地域范围内的行政权。

2、行政立法权、行政执法权、行政司法权

这是以行政权的性质为标准所做的划分。

行政立法权是指行政主体针对不特定对象制定具有普遍约束力的行为规则的权力；行政执法权是指行政主体将法律的一般规定适用于具体的、个别的管理对象并作出一定具有法律效力的行政决定的权力；行政司法权是指行政主体以第三人的身份处理和裁决发生在当事人之间的争议纠纷的权力。

3、羁束行政权和自由裁量行政权

这是以行政权受法律、法规的拘束程度为标准所做的划分。

羁束的行政权是指法律法规为行政权的行使规定了明确的范

围、方式和程度，行政主体只能严格依法行使该权力而不能参以自己的主观意见的行政权；自由裁量的行政权是指法律法规为该权力的运用和行使留下了一定的范围和空间，行政主体在实际运用该权力时基于行政目的，可以通过自由判断，自主选择作出一定具体行政行为的权力。

4、行政管理权和监督行政权

这是以行政权的功能为标准所做的划分。

行政管理权是指行政主体依法对行政事务和社会事务进行组织、管理、监督、协调和服务的权力；监督行政权是指对行政管理权的运用和行使依法实施法律监督的行政权，如监察权、审计权、行政复议权等。

5、外部行政权和内部行政权

这是以行政权作用对象为标准所做的划分。

内部行政权是指作用于行政系统内部的各机构、组织之间以及行政机关与公务人员之间的权力；外部行政权是指作用于行政系统外的行政管理相对人的权力。

四、行政权的内容

(一) 行政立法及行政决定、命令权

1、行政立法权

行政立法权是指行政机关制定、发布行政法规、行政规章的权力。在我国，行政机关立法权的取得有三种情形：

一是宪法与有关的组织法所规定的行政立法权，即通常所说的职权立法权，如宪法第 89 条第 1 款规定：国务院“根据宪法和法律……制定行政法规”，第 90 条规定：“各部、各委员会根据法律和行政法规、决定、命令，在本部门的权限内，发布……规章”；再如《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第 51 条第 1 款规定：“省、自治区、直辖市

以及省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府，可以根据法律和国务院的行政法规制定规章”。

二是其他法律所授予的立法权，即全国人民代表大会及其常务委员会，可以通过自己的决定授予国务院或地方权力机关以立法权，这种立法权称为一般授权立法权，如《中华人民共和国矿产资源法》第48条规定：“本法的实施细则由国务院规定”，这一规定属于一般授权立法。

三是最高国家权力机关特别授予的立法权，这是指全国人民代表大会及其常务委员会将自己职权范围内的立法事项授予国务院或国务院提请授予的下级人民政府或地方权力机关，这种立法通常称为特别授权立法，如1984年六届全国人大常委会第七次会议通过的《关于授权国务院改革工商税制发布有关税收条例草案试行的决定》，1994年八届全国人大第二次会议通过的《关于授权厦门市人民代表大会及其常务委员会和厦门市人民政府分别制定法规和规章在厦门经济特区实施的决定》等。

2、行政决定与行政命令权

在行政法上，行政机关行政决定与行政命令权的行使既可以针对不特定对象进行，也可以针对特定对象进行（如1996年12月16日国务院以第207号令发布的任命董建华为中华人民共和国香港特别行政区第一任行政长官的命令），但我们这里所讲的行政决定与行政命令指的是行政机关依照宪法及组织法的规定针对不特定对象制定和发布具有普遍约束力的决定和命令的权力，宪法第89条第1项规定国务院“根据宪法和法律……发布决定和命令”，《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第35条、第36条规定县级以上地方各级人民政府和乡、民族乡、镇的人民政府可以依法发布决定和命令。

行政决定与行政命令权不同于行政立法权，因为根据行政决定与行政命令权所产生的行政决定与行政命令不属于行政法规或

行政规章的范畴，但它也具有普遍的约束力，是行政机关实施行政管理的一种重要形式，它们对行政主体及相对人的行为具有同样的约束力，如1998年4月18日国务院发布的《关于禁止传销经营活动的通知》即为一典型的行政命令，这一命令虽不是行政法规，但它同样具有约束力。

这里需要注意的是，行政机关发布的行政法规及行政规章也都采用行政命令的形式，因而，有时行政立法权与行政命令权不容易区分，而且有学者甚至将行政命令权等同于行政立法权（如我国台湾地区的行政命令权指的主要就是行政立法权）。我们认为，从我国宪法及法律的规定看，除行政立法通常采用行政命令的形式外，确实存在着独立于行政立法之外的行政命令权，至于行政命令与行政立法的划分标准，我们认为主要以文件的内容结合形式及名称加以确认，一般来说，法规或规章从内容、结构到形式都具有法律规范的明显特征；而行政命令一般都不具有法律规范的明显特征。

此外，行政决定与行政命令在实践中亦不易区分，我们认为，两者之间的区分应视具体的情形而定并同样应结合文件的内容和形式包括名称而加以区分，譬如国务院《农村金融体制改革的决定》即属于行政决定，而国务院发布的戒严令、卫生部发布的《关于整顿白酒生产经营市场的紧急通知》等即为行政命令。特别需要注意的是，当前实际生活中，需在行政法学理论上进一步辨析。在行政决定概念上已出现两种理解，一种是抽象行政行为（即本节所讲的），另一种是具体行政行为（目前大多数情况所指）。

（二）行政执法权

行政执法权是指行政主体将法律的一般规定适用于具体的、特定的管理对象并作出具体行政行为的权力。在行政法上，行政执法权的主要内容有：

1、行政许可权

许可权是指行政主体根据相对人的申请，依法决定是否准许相对人从事某项为法律所限制的活动的权力。在社会活动特别是经济活动中，有些活动关系到社会的公共安全或公民的人身、财产权益，要求从事该活动的相对人必须具备一定的条件、或者为了有限资源合理的配置，需要对相对人的活动予以严格的限制，或者有些活动涉及国家的整体利益，国家需要进行必要的调控，这种情况下法律通常的做法就是设定许可证制度加以干预和管理，而行政主体依据法律的规定所取得的这项权力就是行政许可权。许可权是一项依申请始得行使的权力，在内容上它由审查权、拒绝或准许权、变更权等一系列权力所构成。

2、行政确认权

确认权是指行政主体根据相对人的申请依法对相对人的某种法律事实、法律地位、法律资格、权利、义务及特定的法律关系予以确认的权力。在法律上，对相对人法律地位或权利义务关系的确认有五种形式：一是通过行政登记予以确认；二是通过行政鉴定确认；三是通过公证确认；四是通过律师见证确认；五是通过司法诉讼确认；六是通过仲裁确认。在六种确认制度中，行政登记确认和行政鉴定确认属于行政权的作用，是行政确认权的运用。

从内容上看，行政确认的内容包括：

- (1) 对某种法律事实的确认，如出租车的出城登记；
- (2) 对主体资格或法律地位的确认，如企业登记、事业登记、党派团体的登记、户籍登记都是对主体资格的确认；
- (3) 对权利的确认，如房屋所有权的登记，对土地使用权的登记，对抵押权、质押权的登记，对专利权、商标权、著作权的登记；
- (4) 对义务的确认，如税务登记；