

MJS(法学硕士)核心教程

行政法概论

行政法概论

主编 朱昆 郭婕

新疆人民出版社

MJS PRINCIPAL COURSES



MJS(法学硕士)核心教程

行政法概论

主 编 朱 昆 郭 婕

新疆人民出版社 • XINJIANG PEOPLE'S PRESS

责任编辑:胡新辉 张辰 林辉 封面设计:奋成 占营

图书在版编目(CIP)数据

行政法概论/朱昆,郭婕主编. —乌鲁木齐:新疆人民出版社,
2000.8

MJS(法学硕士)核心教程

ISBN 7—228—06011—3

I.行… II.①朱…②郭… III.行政法—研究生—教材
IV.D912.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 69380 号

行政法概论

朱昆 郭婕 主编

出 版	新疆人民出版社
地 址	乌鲁木齐解放南路 348 号
邮 编	830001
发 行	新疆人民出版社
印 刷	郑州文华印刷厂
开 本	880×1230
印 张	10.125
字 数	260 千字
版 次	2000 年 10 月第 1 版
印 次	2000 年 10 月第 1 次印刷
印 数	1—8 000 册

ISBN 7—228—06011—3/D·663

定价:118.80 元(全套六册,每册 19.80 元)

前 言

“在我看来，一个哈佛 MJS 学位，完全抵得上一个商业上的 MBA 学位。”

——哈佛法学院院长 欧文·格雷斯沃尔德

中国的发展，需要一个健全的法治环境，而法治的建设与发展，则需要各方面人才及知识（包括外国先进法律经验）的培养。特别是随着中国改革开放的深入，市场经济的发展，加入 WTO 步伐的加快，经济活动和利益关系越来越错综复杂，这就迫切需要完善的法治来引导、规范、约束和保障市场经济所必须的良好秩序，市场经济与法治的联系会越来越严密，经济发展所需要的法律需求会越来越大，与世界各国的司法联系会越来越多，涉外诉讼也会越来越复杂。例如，当前中国的律师事务所已经有七家在国外设立了办事处，有五十家外国律师事务所在中国境内设立了办事处。象美国、英国、法国、德国、日本等国均是世界上在法治建设方面较为发达的国家，其发展多年的丰富的法治经验对中国而言，具有很高的借鉴价值。特别是在当前这个国际化的时代，国与国之间交往的增多，区域经济一体化的加深，经济一体化、法律一体化的加快，一些法律工作者迫切需要了解其他国家的法律信息。中国在加入 WTO 以后，与这些国家的经济、贸易等各方面联系还会增多，再想闭关锁国、夜郎自大的治国方法是绝对不可能的，只有本着“洋为中用”的原则，采取“吸取精华，剔除糟粕”的立法方法，加快中国的法治建设，尽快与世界各国的法律相接轨，才是明智之举，这就需要我们了解、认识、学习并潜心研究西方国家的法律制度。

MJS (Master of Juridical Science) 法律科学硕士学位，在国外通常被看作是“法律界的 MBA”。美国年轻的学生们梦寐以求的就是能进入法学院或者是经理学院，去追求那张象征着成功与富裕的法律科学硕士 (MJS) 与企业管理硕士 (MBA)。获得它们就意味着自己拿到了步入美国法律界上层的通行证，摆在他们面前的将是金钱、地位和鲜花。为此，中国的一些慧眼独具的司法界人士和商界精英便开始把目光瞄向了 MJS，莘莘学子更是充当了他们的急先锋。他们渴望了解西方，愿意认识西方国家的法律制度，更希望足不出户”能有机会学习哈佛法学院的 MJS 课程。

为此，我们应广大读者的要求，在几年前便开始酝酿，要为勇于开拓、锐意进取、急需冲向世界的中国人尽一点自己微薄之力，便按照国外 MJS 课程的设置，汲取哈佛法学院关于怎么教和如何去学的教学方式，详尽真实地去反映哈佛法学院的教学体系，借鉴哈佛法学院教材中那种博大精深、厚积而薄发的思维方式。为了便于中国的读者更加深入地了解 and 认识西方国家的先进法律经验，我们遂采用了比较学的写作方法，这正如国际比较法委员会章程中规定的那样，“……在法律科学中采用比较方法，来鼓励各国相互了解和传布文化”。采用比较的写作方法，在立法、司法及执法方面，有利于立法者选择最佳的立法方案与科学的立法思路；便于及时借鉴他国法律中的合理因素；及时改进本国法律制度中的不合理部分，在另一方面，既要看到西方国家法律中的科学价值，也要明确其缺陷和不足，也能避免对外国法律认识的片面性。

在书目的选取上，我们重点在于对中国经济建设与发展有着直接联系的领域，从对中国法治现代化的建设和发展方面有重要启发意义，与现代市场经济的生活密切相关，对中国市场经济的建设和发展具有重要参考价值出发，编辑了这套 MJS 核心课程，首期推出的共有六册，分别为：一、《商法概论》，二、《公司法概论》，三、

《合同法概论》，四、《行政法概论》，五、《知识产权制度》，六、《律师制度》。相信它对国内从事法律学习、法学教育、立法研究、涉外诉讼、司法实践等方面工作的人们，以及处于机遇与挑战中的中国司法工作者开拓新的天地，从事新世纪法律事业会有所帮助；对每一位即将从事法律职业的专业人士也会有所裨益。

我们组织了一大批学有专长的人士，由朱昆先生和郭婕女士（法学博士）任主编。努力数载，历经辛苦，殚精竭虑，虽力求全面、科学、实用。但限于学识水平有限，疏漏和不足之处在所难免，望广大读者及学界同仁多提宝贵意见，以便再版时有所改进。另外，在资料的选取方面，虽本意要致力于编译西方法律，取西人之所长，补吾国人之所短，但同时也采纳了国内学者们的一些有独到见解和已取得的一些学术成果，在此向他们一并表示感谢！

最后，我在这里引用哈佛大学校门上的一句名言：“为增长智慧走进来，为更好地为祖国和同胞服务而走出去。”愿本套书的出版，会对一切渴望汲取人类优秀文化成果，愿意睁眼看世界的人们有所启迪。

主编

二〇〇〇年七月

目 录

前言

第一章 行政行为概述

- 第一节 行政 (3)
- 第二节 行政行为的构成 (6)
- 第三节 行政行为的效力与分类 (13)

第二章 行政法概述

- 第一节 行政法的概念和特征 (23)
- 第二节 行政法的渊源 (25)
- 第三节 行政法的内容、形式与发展 (33)
- 第四节 行政法(学)的发展史 (36)

第三章 行政立法

- 第一节 概述 (47)
- 第二节 各国行政立法的种类 (54)
- 第三节 美国行政立法程序 (63)
- 第四节 行政立法的控制 (68)

第四章 司法审查

- 第一节 司法审查的意义 (79)
- 第二节 英美司法审查简介 (80)
- 第三节 行政监察专员的设立与在各国的作用 (94)

第五章 公务员制度

- 第一节 概述 (103)
- 第二节 国外公务员的录用 (109)

第三节	公务员的考核	(113)
第四节	公务员的退休制度	(115)
第六章	行政合同	
第一节	概述	(121)
第二节	行政合同双方的权利义务	(134)
第三节	行政合同的变更与解除	(138)
第七章	行政处罚与行政违法	
第一节	概述	(143)
第二节	行政处罚的分类	(149)
第三节	行政处罚的原则	(155)
第四节	行政处罚的适用	(159)
第五节	行政违法	(167)
第六节	行政责任	(174)
第八章	行政赔偿	
第一节	概述	(183)
第二节	各国行政赔偿范围	(192)
第三节	行政赔偿的费用标准	(199)
第四节	行政补偿	(204)
第九章	行政复议	
第一节	概述	(211)
第二节	韩国和日本的行政复议制度	(216)
第十章	行政程序与行政诉讼法	
第一节	行政程序	(225)
第二节	行政程序法的内容和原则	(229)
第三节	行政诉讼的概念和特征	(240)
第四节	行政诉讼制度的形成与发展	(244)
第五节	行政诉讼的范围	(254)

目 录

附录一：中华人民共和国行政处罚法	(258)
附录二：中华人民共和国行政诉讼法	(272)
附录三：中华人民共和国国家赔偿法	(286)

第一章

行政行为概述

《行政法概论》

MJS (法学硕士) 核心教程

第一节 行政

一、行政的概念与发展

西方国家，关于“行政”一词的理解，主要有三种主张：

1. 三权分立说：这种主张认为行政是与立法、司法相并列的国家职能之一。在“三权分立”的资本主义政治体制中，议会或国会掌立法，法院掌司法，总统（总理、内阁）为首的行政机关掌行政。国家的行政职能就是代表国家处理国家、社会事务。美国的行政学者魏劳毕认为“行政乃是政府组织中行政机关所管辖的事务”。

2. 政治行政二分说。是以美国行政学者古德诺的行政、政治职能分开的理论为基础的。古德诺于1900年在《政治与行政》一书中认为：“政治是民意表现，指的是由议会所掌握的制定法律和政策以表达国家意志的权力。行政是民意的实现，即政权的行使和运用，具体表现为政治是制定政策，而行政是民意的执行活动”。美国世纪字典认为：“政治与行政的区别在于“政治乃是人民经过其组成的政党或政团，对决定或影响政府政策的活动予以指导；而行政乃是政府官吏推行政府功能时的行动。”

3. 管理行为说。美国的一些学者认为：“行政的最广义包括为完成或实现一个权力机关所宣布的政策，而采行的一切运作”。“行政就是一些人以协调的努力使政府的工作得以作成。”“最广义的行政就是若干人为达到共同的目的时所作的合作与集体行动”，而狭义的行政是“为达到共同目的时如何选择所使用的方法，如何选用工作人员并使之协力工作，如何分配事权并使之完成在团体中的特定工作，并能与他人和谐地去努力”。《美国百科全书》认为“公共行政可以说是包含政府为实现其意图所采取的一切行动。”

在封建专制时代，行政是借国家之名贯彻君主个人的意志，国

家行政权的行使不受严格的法律支配，几乎没有制度的制约功能。自资产阶级革命以后，行政才有可能从国家的职能中分化出来，并与法的价值结合，成为制度与法约束下的法治行政。行政与法的结合是国家行政走向民主行政、法治行政的重要标志，同时也是行政法产生的法律文化基础。

行政与法结合的初期，行政功能限于消极地维持秩序，即以秩序行政作为其基本目标，通常从技术的、管理的角度理解与运用行政。到了现代社会，现代科学技术的发展，客观上为行政领域的扩大提供了现实条件，国家通过行政管理所从事的活动范围日益扩大，行政的质与量都有了提高。现代国家行政作用的重点也从消极的维持秩序发展到积极的福利行政。伴随着国家理念的转变与社会生活的变化，行政作用已扩大到经济、社会及各种文化的领域，呈现出内容的多样性、性质的技术性等特点。当然，现代行政的历史发展并不意味着秩序行政的消失，福利行政的出现尽管从客观上扩大了行政作用的范围，但国家生存所必要的秩序功能仍然有它的合理性。由于行政理念与范围的变化，行政与政治及其他社会价值、观念的结合具有多样化的形式。

二、行政管辖权

“管辖权”在行政法上有时用于指“权力”，在这个意义上，超越管辖权就是“越权”，超越管辖权并不完全等于越权，而是指行政机关行使议会授权超过了客观界限。管辖权理论认为，议会授予行政机关任何一种权力都有其客观界限。在此界限之内，行政机关享有广泛的自由裁量权，这种自由裁量权甚至包括犯错误的权力。但是，自由裁量权不得超出管辖权的客观界限。例如，法律规定，内务部长享有对非法入境外国人的调查、讯问、裁决和决定何时、何地 and 怎样驱逐其出境的自由裁量权。而这种管辖权的客观界限是非法入境的外国人。如果不是非法入境者而是合法入境者，不是外国

第一章 行政行为概述

人而是本国人，内务部长就不享有管辖权。行政机关必须遵守其管辖的客观界限。如果对于这种界限发生争议，最后的裁决者是法院。行政机关不能成为自己权力界限的法官，否则，就会由法治走向专制。控制行政自由裁量权的客观界限是法院维护法治的武器库中的一件最重要的武器。导致行政机关超越管辖权的错误包括事实错误和法律错误。影响行政机关管辖权的事实称“管辖事实”，不影响行政机关管辖权的事实称“非管辖事实”。影响行政机关管辖权的法律称“管辖法律”，不影响行政机关管辖权的法律称“非管辖法律”。

管辖权事实是行政机关行使权力的前提事实。例如，前述案例中内务部长能否驱逐某人出境的前提事实是：某人是否为非法入境的外国人，这一事实的存在与否是内务部长行使驱逐权的前提条件。又如，法律规定租金裁判所有权裁定降低出租住房的租金。那么，租金裁判所行使降低租金裁决权的前提事实是：出租房屋为住房，是用于居住目的而非用于商业目的。如承租人租房用于商业目的，租金裁判所裁决降低其租金就是超越管辖权。影响管辖权的事实问题在一些著作和法院判决中常常称为“附属问题”。之所以称为“附属问题”，是因为这种问题不是行政机关所要解决的主要问题或中心问题，而只是行政机关解决主要问题或中心问题的前提问题。例如，法律规定，地方政府为兴建公共建筑，可征用非公园、花园或公共娱乐场所的任何土地。这里地方政府要解决的主要问题或中心问题是征用土地的一系列问题：确定征用地、对土地估价、与土地所有人协商、举行听证会、最后发布强制征收令，等等。

附属问题是应由法院最终解决的问题，行政机关对此没有终局决定权。行政机关如果没有首先解决附属问题的权力，它就不能主动行使任何权力，因为任何权力都可能涉及附属问题。因此，行政机关在行使管辖权时，不仅可以，而且应该首先解决案件可能涉及的附属问题。只是行政机关的这种解决不发生终局效力，相对人不

服,向法院提起异议,法院尚可对之进行司法审查,对该问题作出终局解决。

管辖权事实与非管辖权事实(或者说附属问题与非附属问题)的区分不是绝对的。对行政自由裁量权如果不加以控制,行政机关就会无限制地进入到它们权限以外的领域,从而使国家的法制秩序不复存在。而另外一些法官却愿意将管辖权作狭义的解释,认为司法审查不应介入有争议的事实问题。有些反对司法监督的人进而否认管辖权理论,认为管辖权与非管辖权事实的区分完全没有逻辑根据。应该予以抛弃。尽管区分管辖权问题或非管辖权问题存在着困难,而且司法实践中存在着不同倾向,但法官主要的价值取向是:为法律设置的权力边境线站好岗,不向专制权力开门,不放弃自己保护公民免受政府非法行为侵害的职责。法韦尔法官在一份判决书中表述了这样的意见,任何行政裁判所都不能以自己的裁决决定自己管辖权的存在或扩大自己的管辖权,管辖权问题总是从属于法院的审查。法院不允许行政裁判机构篡夺它不拥有的管辖权,也不允许它拒绝行使法律赋予它的管辖权。

第二节 行政行为的构成

一、行政行为的概念和特征

行政行为是指行政主体依法对国家事务和行政相对人进行管理,并发生法律效力的行为。行政行为发生法律效力,必须具备一定的条件,这些条件便是行政行为构成的要素。这些要素是:

1. 行政法律行为的主体、客体及行政相对人合法。行政行为的主体即是行政主体,包括国家政府机构和经授权的其它机构。行政主体合法的意义是指行政主体的合法存在和合法权能。行政主体的合法存在是指行政主体的成立有法律依据,或依宪法、组织法,或

第一章 行政行为概述

依其他法律、法规，或依合法授权而成立；行政主体的合法权能是指符合法定条件而成立的行政主体，依法享有权利，承担义务的资格，具有行政职权，在法定的权限之内履行行政职责，并能对自己的行为承担法律责任。

行政行为的客体是指行政行为所依据的行政法规范所规定的权利、义务指向的对象。它包括物、行为和人身。客体合法还包括依法定的程序和方式进行处置。如行政主体不能就国家禁止流通物给相对人签发进出口贸易许可证。不能对国家保护的文物、古迹作出拆迁的决定；行政主体可以作出让行政相对人履行义务的命令，也可以下达不作为的禁止令。

行政相对人合法的意义是指作为行政行为的相对人必须具备两个条件：一是具备法定的行为能力和权利能力，独立承担法律后果。未达法定责任年龄的儿童违反交通法规，不承担任何法律责任，不是交通管理的相对人。无行为能力和限制行为能力的人，其监护人才成为行政相对人。二是处于特定的管理关系之中。只有处于一定的管理被管理关系之中，才是行政主体管理的行政相对人。行政相对人的范围是由法律规定的，如，并非所有的人都是税务机关的行政相对人，只有法律规定的纳税义务人和与税务有关的人才才是税务机关的行政相对人。所以，具有法定的权利能力和行为能力，及于特定的管理关系中的组织或个人，才是行政相对人。

2. 行政行为必须基于行政主体真实的意思表示。行政行为是行政主体代表国家以行政主体的名义做出的意思表示，一切行政行为都是以行政主体的名义进行，并由行政主体承担法律后果。如对纳税义务人作出纳税决定的只能是有法定职权的税务机关，以税务机关的名义代表国家进行税务管理，稽征税款。在行政行为中，一切行政活动都是由具体的个人来完成的，都是由行政主体内部管理或授权的行政工作人员进行的。