

姚锐敏 易凤兰 / 著

违 法 行 政 及其法律责任研究

[illegible]

WEI FA XING ZHENG
JI QI FA LU ZE REN YAN JIU

中国方正出版社

国家社会科学基金资助项目

违法行政及其法律责任研究

姚锐敏 易凤兰 著

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

违法行政及其法律责任研究/姚锐敏、易凤兰著. - 北京: 中国方正出版社, 2000.11

ISBN 7-80107-441-6

I. 违… II. ①姚… ②易… III. 行政管理-法律责任-研究-中国 IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 58195 号

违法行政及其法律责任研究

中国方正出版社出版发行 新华书店经销

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

山东新华印刷厂德州厂印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 14.625 字数: 365 千字

2000 年 11 月第 1 版 2000 年 11 月德州第 1 次印刷

印数: 1—5000 册 定价: 23.60 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

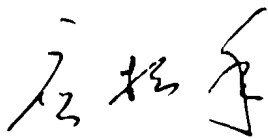
序

违法行政及其法律责任问题是一个具有重大理论价值和实践意义的研究课题。依法治国方略的实施，要求行政机关及其工作人员严格依法行政。要真正实现依法行政，就必须有效防止和纠正违法行政。而违法行政的防止和纠正，则有赖于相关法律责任制度的健全与完善。由于多方面的原因，我国在理论上和立法上一直存在重行政相对人的法律责任而轻行政主体的法律责任的偏向。近年来这种状况虽然有所改善，但是关于违法行政及其法律责任的研究仍然相当薄弱，而将违法行政责任作为专门的课题进行全面系统的研究更属鲜见。锐敏、凤兰二君的新作《违法行政及其法律责任研究》是国内最早较为系统全面地研究违法行政责任问题的学术专著之一，它的出版，将大大推进违法行政责任问题的理论研究，同时也必将对依法行政的实践也必将产生积极的影响和作用。

应该指出，此前学术界对违法行政责任的研究大都只在行政法学的范围内进行，违

法行政责任被简单地归结为行政法律责任。本书突破了这种局限，将违法行政责任放在法治的“全景”之中进行考察，体现了一种新的研究视角。不仅有助于人们更加深刻地揭示和把握违法行政的本质及其危害性，而且为在理论上和实践中合理地设定违法行政的法律责任，整合各种违法行政责任的功能，创造了必要条件。

科学研究的真正价值在于创新。而创新性正是本书的一个显著特点。本书广泛吸收了学术界现有的研究成果，但在许多重要的理论观点和实践问题上都有自己的独立见解，提出了一些颇有价值的观点和主张，新意迭出，创新的过程是一个不断探索的过程，本书中所提出的新观点自然也需要经理论和实践的进一步检验，某些观点还可能会引起争鸣。科学正是通过各种不同观点之间的争鸣为自己开辟道路并不断向前发展的。故乐为之序。



2000年10月30日

于为公桥畔



录

第一章 违法行政概述	(1)
一、违法行政的概念.....	(1)
二、违法行政的主体.....	(3)
三、违法行政的违法性.....	(9)
四、违法行政的判断依据	(17)
五、违法行政与主观过错	(39)

第二章 西方国家对违法行政	
形态的分类	(49)
一、美国法律对违法行政形态	
的划分	(49)
二、英国法院对违法行政形态	
的划分	(55)
三、法国行政法院对违法行政	
形态的划分	(65)
四、德国法律对违法行政形态	
的划分	(71)

五、日本法律界和学术界对违法 行政形态的划分	(79)
---------------------------------	------

第三章 我国违法行政的基本形态 ... (82)

一、事实根据不合法	(85)
二、适用法律错误	(90)
三、程序违法	(98)
四、行政越权	(104)
五、内容违法	(116)
六、滥用职权	(121)
七、行政失职	(140)
八、显失公正与违法行政	(168)

第四章 违法行政责任概述..... (177)

一、违法行政责任的概念.....	(177)
二、违法行政责任的一般 构成要件	(186)
三、违法行政责任的分类.....	(188)
四、违法行政责任的功能	(198)

第五章 违法行政行为的撤销..... (207)

一、撤销的概念	(207)
二、撤销的理由	(208)
三、职权撤销	(212)
四、争讼撤销	(220)

第六章 强制履行法定职责..... (255)

一、适用范围	(255)
--------------	-------

二、强制履行之责任的内容·····	(265)
三、强制履行之责任的期限·····	(269)
四、强制履行之责任的限制·····	(271)
第七章 行政赔偿责任·····	(273)
一、行政赔偿的概念·····	(273)
二、行政赔偿责任的构成要件·····	(277)
三、行政赔偿范围·····	(305)
四、行政赔偿请求人和赔偿 义务机关·····	(314)
五、行政赔偿程序·····	(318)
六、行政赔偿的方式和 计算标准·····	(327)
第八章 行政处分责任·····	(333)
一、行政处分的性质·····	(333)
二、行政处分的原则·····	(342)
三、西方国家的行政处分制度·····	(347)
四、我国台湾地区的行政处分·····	(360)
五、我国的行政处分制度·····	(366)
第九章 违法行政的刑事责任·····	(424)
一、行政职务犯罪的概念·····	(424)
二、我国行政职务犯罪的 立法及其缺陷·····	(425)
三、行政职务犯罪的刑事责任·····	(427)
主要参考文献·····	(449)

第一章 违法行政概述

依法行政是行政法的基本原则，也是多年来理论界一直着力研究的热点问题。在依法治国被确立为我们国家的基本治国方略以后，依法行政的研究更是受到学者们的普遍关注，有关依法行政的研究成果大量涌现，对依法行政的认识有了新的提高。然而，稍加注意就不难发现，目前学术界对依法行政问题的理论研究一般都是从正面进行阐述，很少有人专门从反面进行探讨，换言之，依法行政的反面——违法行政问题缺乏系统、深入的研究，是目前行政法研究的薄弱环节。笔者认为，这种情况应当尽快改变。防止和纠正违法行政是依法治国和依法行政面临的重大的理论和实践课题，不对违法行政问题进行系统深入的研究，不仅依法行政的理论研究难以深入，而且会影响依法行政和依法治国目标的实现。

一、违法行政的概念

违法行政，是行政主体在行使行政职权、进行行政管理过程中实施的违反法律规范，依法应当承担法律责任的各种违法行为的总称。

在我国，违法行政并不是学术界通用的概念，在将“违法”与“行政”这两个词联系在一起的时候，学者们通常使用行政违法的概念，而不是违法行政的概念。什么是行政违法？对此，学术界的观点并不一致。从行政违法的主体方面考察，可以将违法行政的概

念归纳为以下三种:

其一,行政违法是指行政法律关系主体违反行政法规范的行为。例如,罗豪才教授主编的《行政法学》认为:“行政违法,是指行政法律关系主体违反行政法律规范,侵害受法律保护的行政关系,对社会造成一定程度的危害,尚未构成犯罪的行为。行政法律关系主体包括行政主体和行政相对方。因此,行政违法包括行政主体的违法和行政相对方的违法”。^①

其二,行政违法是指行政主体违反行政法规范的行为。如,应松年教授主编的《行政法学新论》认为:“行政违法是指行政主体所实施的,违反行政法律规范,侵害受法律保护的行政关系而尚未构成犯罪的有过错的行政行为”。^②

其三,行政违法是指行政相对人违反行政法规范的行为。如,姜明安教授认为:“行政违法行为是指公民、法人或其他组织故意或过失实施的违反行政法规范、侵犯国家安全、社会公益或个人、组织的合法权益、危害国家安全或社会秩序,但尚不构成犯罪的行为。”^③

尽管上述观点在行政违法主体的范围问题上看法不同,但从本质上看实际上并不是彼此对立的,因为,没有哪一种观点认为在构成行政法律关系的双方当事人中只有一方会发生违反行政法律规范的行为,而另一方不可能违反行政法律规范。分歧仅仅只是一个称谓即名词的使用问题。不过,从促进学科发展和便利法制实践的角度考虑,统一行政违法的概念是十分必要的。当然,实现概念统一的基础应该是充分的学术讨论和争鸣。

笔者认为,既然事实上行政主体与行政相对方都存在违反行政法律规范的行为,那么我们就应该在理论上通过合适的概念全面反映这种现实,而不能有所偏废。用什么概念全面反映违反行政法律

① 罗豪才主编:《行政法学》,北京大学出版社1996年版,第311页。

② 应松年主编:《行政法学新论》,中国方正出版社1998年版,第572页。

③ 姜明安著:《行政违法与行政处罚》,载于《中国法学》1992年第6期,第42页。

规范的行为比较合适呢？笔者认为应该用行政违法的概念。这不仅符合我国的语言习惯，也有利于维持法学理论内部的和谐统一。法学的基本理论通常把违法分为违宪、民事违法、行政违法和刑事违法（犯罪），这种划分的基本依据是行为人所违反的法律规范的性质。违反宪法的行为是违宪；违反民事法律规范的行为是民事违法；违反行政法律规范的行为是行政违法；触犯刑事法律规范的行为是刑事违法。可见，在法学理论中，行政违法是为了将违反行政法律规范的行为与其他违法行为相区别而使用的一个概念，行政违法概念的基本点在于违反行政法律规范，违法行为的主体在这种概念划分中并不具有决定的意义。从上述角度考虑，将行政违法的主体界定为行政法律关系主体的观点似乎更合理一些。

行政违法的概念虽然涵盖了一切违反行政法规范的行为，但是在专门研究行政主体的违法行为时这种概念也会带来一些不便。由于行政违法不仅包括行政主体的违法，而且包括行政相对人的违法，因此，使用行政违法来指称行政主体的违法很容易引起概念的混乱，这是其一。其二，即使可以避免概念使用上可能出现的混乱，使用行政违法的概念来研究行政主体的违法也存在问题。根据一般的理解，行政违法仅仅是指违反行政法律规范的行为，而行政主体在实施行政管理的过程中的违法不可能仅仅是违反行政法规范。为了克服行政违法概念的上述局限，我们认为可以使用违法行政的概念来反映行政主体在行使行政权力过程中的各种违法行为。

二、违法行政的主体

违法行政是专门反映行政主体之违法行为的概念，因此，违法行政的主体自然只能是行政主体。由于学术界对行政主体的概念的理解并不完全相同，因此，为了准确地阐释违法行政的内涵，有必

要对行政主体的概念进行探讨。

行政主体原本是法国和日本等国的行政法概念，传入我国以后，逐步被我国学者所接受。目前，行政主体已经成为我国行政法学的一个重要的概念，一些有影响的行政法学教材都辟有专门的章节阐释行政主体的概念。尽管学者们对行政主体概念的具体表述存在细微的差异，但在行政主体的本质特征的认识上基本上取得了共识。根据理论界的通说，行政主体是指“享有国家行政权，能以自己的名义行使行政权，并能独立承担因此而产生的相应法律责任的组织。”^① 根据这种理解，学者们一般认为，行政主体仅仅是指行政机关和法律法规授权的组织，不包括具体行使行政权的行政公务人员和受委托组织，因为行政公务人员和受委托组织不能以自己的名义行使行政权，并且不能独立承担相应的法律责任。

笔者认为，将行政公务人员和受委托组织排除在行政主体概念之外在理论上是没有道理的，也不符合行政管理的实际。

首先，行政主体资格从根本上讲是一个实质性问题，而不是一个形式或名义的问题。名义问题主要是不同的行政主体之间的关系问题，而行政主体资格则主要是解决实施行政活动的一方在与行政相对人构成的法律关系中的地位问题。行为人是以自己的名义还是以他人的名义实施行政活动对法律责任的归属具有一定的影响，但与行为人是否具有行政主体资格没有直接的关系。行政公务人员虽然只能以所隶属的行政机关的名义实施行政活动，但他享有一定的行政职权，并且基于这种具体的职权与特定的行政相对人构成了具体的行政法律关系，这种法律关系总体上属于行政机关与行政相对人之间法律关系的一部分，但却具有其相对的独立性。一个简单的例子可以印证这一点：同属于一个行政机关的公务员，甲可以以行政机关的名义实施某一项行政行为，而其他人却未必可以有有效的实

^① 罗豪才主编：《行政法学》，北京大学出版社1996年版，第48页。

施该项行政行为。假如行政公务人员在与行政相对人的法律关系中没有相对独立的行政主体地位,那么行政机关内部公务人员之间的权限与分工就不具有法律意义。只要公务员以行政机关的名义实施行政行为,而且该公务员与该行政机关之间存在隶属关系,都不会影响行政行为的效力。如若这样,行政活动将会陷入一片混乱。退而言之,即使承认名义对于行政主体资格具有重要意义,也不能将行政公务人员和受委托组织排除在行政主体之外。因为,严格地讲,行政公务人员或者受委托组织在实施行政行为时既使用了行政机关的名义,也使用了自己的名义。否则,现代行政程序法要求执法者向当事人表明身份就是毫无意义的。从行政管理实际情况看,行政相对人衡量和判断行政者是否是行政主体,一般并不是看它以什么名义活动,而只看其是否具有实施特定行政活动的资格。对于行政公务人员或受委托组织依法履行职责的行为,行政相对人一般都予以认可和接受,而少有去追究这种行为是以哪个行政机关的名义实施的。一方面,名义问题对于行政相对人一般没有什么实际意义,只要管理者具有合法的公务身份和权限,就可以名正言顺地实施管理,行政相对人就得服从;另一方面,许多场合公务员或受委托者实施行政活动的名义并非有案可查,而是通过对行政活动的形式、内容和目的的分析得出的结论。既然可以通过形式、内容和目的的分析确定行政活动的最终归属,名义是否明确、正当就不是一个重要的问题了。

其次,目前的行政主体理论认为行政公务人员或受委托的组织不能独立承担行政行为引起的法律责任。这显然与实际情况不符。事实上,在法律为违法行政行为所设定的责任中,既包括由行政机关承担的责任,也包括行政公务人员和受委托组织承担的责任。如根据《行政处罚法》、《行政诉讼法》和《国家赔偿法》的有关规定,公务员违法行政造成损害的,由其所属的行政机关承担赔偿责任;行政机关承担赔偿责任以后,应该对有故意或重大过失的公务员行使追偿权

或者给予行政处分。受委托组织违法行政的,由委托的行政机关承担行政责任,然后再由委托行政机关依据委托关系追究该受委托组织的相关责任。另外,因违法行政引起的刑事责任主要是由行政公务人员承担。在上述情况中,行政公务人员和受委托组织都有自己独立承担的法律 responsibility。当然,在许多场合,行政公务人员或受委托组织只是承担了因自己实施的违法行政所引起的全部法律责任中的一部分,但是,我们不能因此而否认他们能够独立承担一定的法律责任,独立承担责任不等于承担全部责任。如果将独立承担法律责任与承担全部法律责任等同,那么可以说行政机关也不能独立承担法律责任,因为它们所承担的责任也只是违法行政所导致的全部法律责任中的一部分,比如滥用行政职权所引起的刑事责任就不是由行政机关而是由有关的公务员承担的。客观地讲,违法行政引起的法律责任在许多情况下是由行政机关和行政公务人员或者受委托组织共同承担的。至于他们各自应当承担什么样的责任,主要取决于法律的规定。在法律规定的范围内,他们都要独立地承担各自的责任。而且,从严格的意义上讲,行政公务人员和受委托组织承担法律责任的独立性比行政机关更明显、更彻底。拿行政赔偿来说,虽然赔偿义务机关是行政机关,但无论从法律上分析还是从事实上分析,行政赔偿责任都是由国家承担的。而行政公务人员和受委托组织在法律规定的范围内则是实实在在的责任承担者。

有人认为,行政公务人员或者受委托组织即使承担责任也只对行政机关承担责任,并不直接对行政相对人承担责任。因此,他们承担法律责任的事实不能表明其必然具有行政主体资格。笔者认为,这种论证也是站不住脚的。因为,从世界范围看,行政公务人员或受委托组织直接对行政相对人承担一定的法律责任的情况并非不存在。

众所周知,西方资本主义国家正式建立国家赔偿制度之前,受到违法行政行为侵害的行政相对人只能向直接实施致害行为的公务

员索赔。即使在国家赔偿制度建立起来以后,公务员对行政相对人的责任也没有完全免除。如美国联邦行政程序法第七百零二条规定:“如果向合众国法院提起诉讼的目的是要获得非金钱赔偿性的救济,而且其控告的行为是某机关或者其官员或雇员以职务身份或在合法权力名义下的作为或不作为,那么法院则不得以此诉讼指向的是合众国或者合众国是必不可少的当事人为理由而不予受理或驳回救济的请求。在此类诉讼中,合众国可以作为被告方,法院也可以作出针对合众国的判决或命令,但是,强制性或禁止性命令都应指明具体负责执行命令的联邦官员或雇员(注明姓名或者职务)或者其继任者。”^①另外,直到1988年以前,美国行政人员侵权赔偿责任的特免范围仍然是有限制的,美国联邦最高法院在比文思案件中,认为当事人对侵犯宪法权利的行为,可以直接追诉违法行政人员的责任。^②1988年的联邦职员赔偿责任改革和侵权赔偿法从立法上确认了政府职员侵权赔偿责任的绝对特免原则,根据该法规定,联邦职员对其职务范围内的一般法律上的侵权行为享有绝对的特免,赔偿责任由美国负担。但是,美国代替联邦职员负担的责任限于金钱赔偿,受害人认为必要时,在金钱赔偿以外,可以请求法院对联邦职员或美国发出制止令,命令该职员或机关为一定的行为或不行为。^③目前我国法律虽然没有如此明确地规定公务员应对行政相对人承担的法律 responsibility,但这并不说明这种责任在理论上和实践上存在不可克服的障碍。

我们认为,以行政机关来完全隔断公务员和受委托组织与行政相对人之间的责任关系是法律责任制度不完善的表现,它在一定程度上妨碍了违法行政责任功能的释放,应该加以改变。退一步说,即使公务员和受委托组织事实上没有因实施违法行为而直接对

① 应松年主编:《外国行政程序法汇编》,中国法制出版社1999年版,第84页。

② 王名扬主编:《美国行政法》(下),中国法制出版社1995年版,第822页。

③ 同上,第830页。

行政相对人承担法律责任，也不影响其行政主体的法律地位。因为公务员和受委托组织的行政主体地位是由其在与行政相对人构成的法律关系中所享有的权利和承担的义务决定的，从道义上讲，他们（它们）应该对行政相对人承担一定的责任，然而，道义并不是影响法律的惟一因素，出于政治、经济、社会以及技术等方面的考虑，立法可以安排公务员和受委托者对行政相对人承担全部或部分责任，也可以免除其对行政相对人的直接责任，而代之以向行政机关承担责任。事实上，就法律责任的本质来说，重要的是让有责任的主体承担不利的后果，而并非任何条件下都必须对受害者承担责任，刑事责任就是一个很好的例证。在许多场合，犯罪主体侵犯的是个别社会成员的权利，但所承担的刑事责任却不是直接以受害者为对象，而是以国家和社会为对象。

以上分析表明，目前学术界通用的行政主体概念将行政主体的范围局限于行政机关和法律法规授权的组织，而把行政公务人员和受委托组织排除在行政主体的概念之外是不科学的。因此，有必要对现行的行政主体概念加以修正，使其更符合我国行政管理的实际。在这方面，杨解君、孙学玉先生作了有益的尝试。他们主张对行政主体作广义的理解，认为，行政主体“是指行使行政职权的组织及其个人”。^① 笔者认为，这一概念克服了原有行政主体概念失之过窄的缺陷，但却又有失之过宽之嫌。如果以行使行政权作为判断行政主体的标准，很容易将一些根本不具备行政主体资格的组织和个人（如假冒行政机关工作人员行使行政权的人）划入行政主体的范围。笔者认为，事实上行使行政权是一回事，法律上有没有资格行使行政权是另一回事。行政主体资格不能仅仅根据事实判断，而必须结合行为者的法律地位和法律身份来判定。从事实上讲，任

^① 杨解君、孙学玉主编：《依法行政论纲》，中央党校出版社1998年版，第94页。

何个人和组织都有可能行使行政权，但只有行政机关、法律法规授权的组织、行政公务人员以及行政机关委托的组织行使行政权力的事实有可能得到法律的承认并产生积极的法律效果，原因就在于他们（它们）在法律上具有行使行政权力的一般性（抽象性）资格，这一点是行政主体概念应该反映的重要内涵。

根据以上分析，我们认为，对行政主体的概念可作如下界定：行政主体是指具有行使行政权力的一般性资格，在具体的行政法律关系中行使行政职权的组织和个人。根据这一定义，行政主体主要有两个方面的特征：其一，从法律上分析，行政主体是具有行使行政权力的一般性资格的组织或个人。这个条件主要是通过合法地取得代表国家行使行政权力管理公共事务的地位和身份来满足的。如行政机关依法成立，社会组织经法律法规授权或行政机关委托，公民依法被录用为公务员等等。其二，从事实上分析，行政主体必须是在具体的行政法律关系中行使行政职权的组织和个人。具有行使行政权力的一般性资格只是组织和个人成为行政主体的可能性。使这种可能性变成现实性的条件则是该组织和个人在具体的行政法律关系中行使行政职权。没有这个条件，往往不能确定当事人在行政法律关系中的地位。因为，具有行使行政权力的一般性资格的组织和个人并非在任何行政法律关系中都必然是行政主体。^①

三、违法行政的违法性

违法行政是与依法（合法）行政相对而言的，其本质特征是违

^① 姚锐敏著：《试析行政主体的概念》，载于《广东行政学院学报》2000年第2期，第26—28页。