

YI FA XING ZHENG SHI JIANG

依法行政十讲

应松年 著

中央文献出版社

图书在版编目(CIP)数据

依法行政十讲/应松年著. —北京:中央文献出版社,
2002.8

ISBN 7-5073-1213-5

I. 依… II. 应… III. 行政执法-中国-公务员
- 自学参考资料 IV. D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 058708 号

依法行政十讲

著 者/应松年

责任编辑/姚建平 张晓彤

封面设计/李书英

版式设计/寇 炫

出版发行/中央文献出版社

地 址/北京西四北大街前毛家湾 1 号

邮 编/100017

销售热线/63097018

经 销/新华书店

排 版/北京地质印刷厂

印 刷/北京友谊印刷经营公司

850×1168mm 32 开 10 印张 184 千字

2002 年 10 月第 1 版 2002 年 10 月第 1 次印刷

印 数 1—5000 册

ISBN 7-5073-1213-5/C·132 定价:17.00 元

本社图书如存在印装质量问题,请与本社联系调换。

版权所有,违者必究

目 录

第一讲	依法行政	(1)
第二讲	当代行政法发展的特点	(25)
第三讲	WTO 与依法行政	(42)
第四讲	我国的行政法律制度	(57)
第五讲	关于《立法法》的几个问题	(79)
第六讲	行政执法制度	(100)
第七讲	行政许可与行政强制法律制度	(132)
第八讲	行政程序法律制度	(153)
第九讲	行政救济制度	(181)
第十讲	行政复议制度	(210)

附录：

1. 中华人民共和国行政诉讼法	(239)
2. 中华人民共和国国家赔偿法	(254)
3. 中华人民共和国行政处罚法	(264)
4. 中华人民共和国行政复议法	(279)
5. 中华人民共和国立法法	(292)
后记	(313)

第一讲 依法行政

一、依法行政的内涵

依法行政就是要行政机关依法行使行政权力。或者说，行政机关行使行政权力，管理公共事务，必须由法律授权，并且依据法律。法律是行政机关据以活动和人们对该活动进行评判的标准。目的在于“切实保障公民的权利。”

（一）依法行政与依法治国不同，依法治国是人民当家作主，人民群众在党的领导下，依靠宪法、法律治理国家。依法行政是在依法治国中，人民向行政机关提出的要求，因此，依法行政的主体是行政机关。也就是说，依法行政是对行政机关提出的要求，依法行政是要求行政机关及其工作人员依照法律规定行使行政权力。正如国务院召开的全国依法行政工作会议所指出的，依法行政，首先要依法治“官”，以法治权。

（二）依法行政的行政是指公共行政，不是机关内部、企事业单位的私“行政”。首先，是指行政机关行

使行政权力、实施行政管理的行政。这里所说行政机关是广义的，包括中央和地方的各级政府和政府内的各个部门，同时，管理公共事务的范围要比行政的范围广。因此，依法行政就不仅是对行政机关的要求，也是对从事公共事务管理组织的要求。

（三）依法行政的“法”，从本源上说，是指法律。推广而言，在和上一位阶法律规范不抵触的情况下，行政法规、地方性法规、规章也是依法行政的“法”。

（四）依法行政的内容包括了法律授权和依据法律。

（五）依法行政要求对行政机关如何行使行政权力加强法制监督。权力的行使必须要有监督，没有监督的权力是危险的权力。绝对不受监督的权力必将是腐败的权力，这已是人们的共识。

（六）依法行政的根本目的在于保障公民权利。行政机关的一切活动都应该是为了保障公民权利，决不能是为了追求某种利益或维护某种“威望”。

二、依法行政对行政机关提出的基本要求

（一）职权法定

行政机关的权力，即职权，是由法律规定、法律授予的。或者说，是人民通过法律授予的。职权法定包含了授权原则与权责一致原则。

1. 授权原则

行政机关的职权，在我国主要是指中央政府及其所

属部门和地方各级政府的职权，必须由法律规定、法律授予。行政机关的职权并不是行政机关本身所固有的，而是经人民授予，也即由法律规定授予的。非经法律授权，不可能具有并行使某项职权。这与公民的权利不同，公民的权利是公民本身所固有的，因此，公民享有一切权利。从法律角度说，只有法律禁止的，公民才不得为之，凡法律没有禁止的，公民皆可为之。这是公民权利的特点。当然，公民行使权利时还应该受道德的约束。1996年颁布的《行政处罚法》规定了“处罚法定原则”，1997年通过的新刑法，又规定了“罪刑法定原则”，根据这两项原则，可以说，对公民来讲，是“法无明文禁止即自由”，对公民的权利，实行的是“禁止”原则，这是依法治国、建立社会主义法治国的一条最基本的原则和标志。有了这一原则，公民才能预测自己行为的后果，才能享有最广泛的自由，在法律禁止以外的最广泛的领域内充分发挥积极性、创造性和主动性，从而使整个社会充满活力。行政机关的职权则不同，对行政机关来说，法律禁止的当然不得为之，凡法律没有授予的，行政机关也不得为之。否则就是超越职权。所谓“法律没有禁止，行政机关就可为之”的说法是错误的，这在对公民权益造成不利影响方面更是如此。即使是有利于公民的行政行为，也必须在该行政机关的职权范围以内。在内部，超越职权就是横向超越了另一行政机关的职权，或纵向超越了上下级行政机关的职权；在外

部，超越职权就会侵犯公民的合法权益。职权法定，越权无效，是依法行政的主要原则之一。从这一意义上说，人民的权利是无限的，除非法律予以禁止；行政机关的职权是有限的，只有法律授予的，才能行使。行政机关的法定职权，一般有两种取得形式，一是由行政机关组织法规定，大都以概括之语言，划定各机关的职责范围；二是由单行的实体法规定某一具体事项由哪一行政机关管辖。1996年4月通过的《行政处罚法》再次规定，实施行政处罚的行政机关，必须是“有行政处罚权”的机关，并在其职权范围以内行使。也即具有行政处罚法定职权的行政机关。这是对职权法定原则最明确的规定。

2. 权责一致

职权与公民权利的另一不同是，公民权利是私权利，私权利可以自由处分。可以行使，也可以放弃。而行政机关的职权是公权利。公权利，不仅是行使，而且是必须行使，不能放弃。法律授予行政机关的职权，实际上也就赋予行政机关以义务和责任，行政机关必须尽一切力量去保证完成。因此，行政机关的职权从另一角度说，就是职责。职权与职责是统一的，是一件事情的两面。放弃职权，不依法行使职权，就是不履行义务，就是失职，应该追究法律责任。从我国的实际情况看，把职权等同于公民的权利，愿意行使时就行使，不愿行使时就随意搁置，是相当普遍的现象，可以说，

这是我国行政管理中的大弊之一。依法行政应该包含着依法必须行政的涵义在内。

(二) 对行政机关行使行政权的要求

行政机关行使行政权的主要方式，一是制定规范，二是作出具体行为，这两者都必须依法进行。

1. 对行政机关制定行政规范的要求：法律优先和法律保留

(1) 法律优先（或称法律优位）。

法律规范在效力上是有位阶层次的。从狭义上，也就是从根本上说，法律在效力上高于任何其他法律规范。任何规范都必须服从法律，与法律保持一致。从广义上说，法律优先是指上一层次的法律规范的效力，高于下一层次的法律规范，上位法优于下位法。也就是说，各个层次的法律规范必须保持其内部的统一和谐，这样，国家的法制才能保持统一，而法制的统一是国家统一的基本条件。法律优先包含下列含义：

第一，在已有法律规定的情况下，任何其他法律规范，包括行政法规、地方性法规和规章，都不得与法律相抵触，凡有抵触，都以法律为准。法律优于其他任何法律规范。同样，凡是上一位阶的法律规范已经对某一事项有了规定，下一位阶的法律规范不得与之相抵触。《行政处罚法》表述为：在法律对行政处罚已有规定的情况下，法规、规章可以使之具体化，但必须在法律关于行政处罚规定的行为、种类、幅度范围以内，不得抵

触。同样，行政法规或地方性法规对行政处罚已有规定的情况下，地方性法规、规章可使之具体化，但必须在上位阶规范所规定的行为、种类幅度以内，不得抵触。

第二，在法律尚无规定，其他法律规范在法定范围内作了规定时，一旦法律就此事项作出规定，法律优先，其他法律规范的规定都必须服从法律。同样，在上位阶法律规范尚无规定时，下位阶规范可以在法定范围内作出规定，一旦上位阶规范就此事项有了规定，下位阶规范必须服从。

值得注意的是，我国《宪法》规定：国务院根据宪法和法律，制定行政法规；国务院各部、各委员会根据法律、行政法规制定规章；省、自治区和直辖市人民政府和省、自治区人民政府所在地的市和国务院批准的较大的市的人民政府，根据法律、行政法规和地方性法规制定规章。宪法、法律对行政机关制定行政法规和规章用的是“根据”原则。

《宪法》又规定，省、自治区和直辖市人民代表大会及其常务委员会，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，制定地方性法规。省、自治区人民政府所在地的市和国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常务委员会，在不同法律、行政法规和本省、自治区地方性法规相抵触的前提下，制定地方性法规。宪法和法律对地方权力机关制定法律规范用的是“不抵触”原则。

《宪法》对行政机关制定规范和地方人大制定地方

性法规用了“根据”和“不抵触”两个不同的词，决不是偶然的。“不抵触”是指地方性法规的规定不得与已对此问题有规定的法律、行政法规的有关规定相抵触，当然，如果法律、行政法规对此没有规定，地方性法规可以根据地方特点作出规定。因为在这种情况下，不存在抵触问题。“根据”则不同。“根据”当然也意味着行政机关制定的规范不得与对此问题有规定的法律相抵触；同时，也表明只有法律对某一问题已有规定的情况下，行政机关的规范才能据此作出规定。否则就是于法无据。很显然，“根据”较之“不抵触”的要求更高、更严，这是为这两类国家机关的性质所决定的。对行政机关制定规范要求“根据”，就因为行政机关是权力机关的执行机关，必须根据权力机关的意志才能制定规范。在有些法律的规定比较原则的情况下，行政机关可以制定规范使之进一步具体化。这些具体化的行政法规和规章，当然不得与法律或地方性法规相抵触。行政机关制定规范中的“根据”和地方权力机关制定地方性法规的“不抵触”，都说明法律优于其他法律规范。法律的效力高于其他规范，法律处于最高的效力位阶。

但是，由于我国法律的覆盖面还远远不够，而现实又迫切需要可供遵循的规范；也由于经验不足，某些领域尚难以立即形成法律，这就需要在法律没有规定的情况下，先由行政机关制定一些规范。但这并不意味着法律尚无规定时，行政机关可以在任何领域就任何事项作

出规定。有许多事项，按照《立法法》的规定，只能由法律规定，其中某些事项，经法律授权，才可由行政机关规定。这就是“根据”原则的另一种表现。显然，这些规范都是在法律“空缺”的情况下制定的，如果一旦法律填补空白，对同一问题作出规定时，则行政法规、地方性法规和规章的有关规定就要自动让位于法律，以法律的规定为准，或修改，或废除。这也同样是法律优先原则的含义。

（2）法律保留

凡属宪法、法律规定只能由法律规定的事项，则或者只能由法律规定，或者在法律明确授权的情况下，行政机关才有权在其所制定的行政规范中作出规定。我们可将此称为法律保留原则。法律保留是与法律优先原则密切联系的，法律优先要求行政机关制定的规范必须与法律保持一致。但在法律尚未制定以前，由于实际生活的需要，行政机关常常要先作出规范，法律保留原则要求的是，在有些领域和有些事项，即使法律没有规定，行政机关也不得制定规范，除非法律有明确的授权。我国宪法和法律对必须由法律规定的事项已作出某些规定。《宪法》第62条规定，全国人民代表大会“修改宪法”、“制定和修改民事、刑事、国家机构和其他的基本法律”；第67条规定全国人大常委会“制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律。”这里规定的法律保留事项是：修改宪法、制定和修改刑

事、民事、国家机构和其他基本法律，还有基本法律以外的“其他法律”。但哪些属于“其他基本法律”和“其他法律”，尚未明确。《行政处罚法》对行政处罚的法律保留原则作了明确规定：剥夺和限制公民人身权和财产权的设定权只有法律才能行使。其中属于人身自由权的设定权，只能由法律行使，不能授权。对于财产权的处罚，则由法律授权。《行政处罚法》作出了这样的授权：对行政法规授予财产权方面处罚的设定权；对规章，则仅授予警告与一定数额的罚款的设定权。特别规定，其他规范性文件一律不得设定行政处罚。2000年颁布的《立法法》则第一次以法律的形式对法律保留原则作了全面完整而又明确具体的表述。该法第8条规定：下列事项只能制定法律：国家主权的事项；各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权；民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度；犯罪与刑罚；对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚；对非国有财产的征收；民事基本制度；基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度；诉讼和仲裁制度；必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。第9条还规定上述事项尚未制定法律的，全国人民代表大会及其常务委员会可以授权国务院制定行政法规，但是有关犯罪和刑罚，对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除

外。

上述《行政处罚法》和《立法法》的规定都对法律保留原则作了“绝对”和“相对”保留的划分。“绝对保留”，就是该事项的设定权只归法律，任何其他国家机关不得行使，且只由法律规定，不得授权其他国家机关，如人身自由的限制或剥夺。“相对保留”，是该事项的设定权原属法律，但在某些情况下，法律可以通过授权，授予国务院行使。法律保留原则保证了全国人民代表大会对国家最重大问题的绝对决策权，保证国家的发展方向和人民的权利。

2. 对行政机关具体行使行政权力的要求：依据法律

行政机关的行为必须依据法律。从广义上说，上述“根据”原则也属于依据法律，但主要是指行政机关的抽象行政行为。此处所说依据法律，主要指行政机关的具体行政行为。尤其是影响公民基本权利和义务的具体行政行为，必须有法律依据，必须依据法律规定作出。这是依法行政的主要内容。

行政机关的行政行为，区别之无非是两大类，即制定规范的抽象行政行为和作出处理决定的具体行政行为。依法行政不仅要求行政机关根据法律和法律的授权制定规范；还要求行政机关在作出具体行政行为时必须依据法律，否则虽然行政机关制定的规范都是根据法律或由法律授权，但在具体执行法律、作出具体行政行为

时却并不依据法律，那么，依法行政就会成为一句空话。因为规范制定得再好，最终仍要看其在现实中的落实。

依据法律的“法律”是指狭义的法律还是包括其他法律规范？从根本上说，一切具体行政行为应该依据法律——狭义的法律，但根据法律并经法律授权所制定的与法律保持一致的法规、规章，当然也应该是依法行政的依据。因此，这里所说的“法律”，应该包括法规、规章在内。《行政处罚法》中规定的“处罚法定”原则，就是依据法律原则在处罚领域里的体现。

(1) 关于自由裁量权

在依据法律中，最重要的是对行政机关自由裁量权的制约。由于现代行政的广泛性和复杂性，虽然我们要求法律对一切情况都作出明确、具体的规定，行政机关只要遵照执行即可，但实际上这是不可能的，在很多场合下，法律不能不作出较为原则的规定，允许行政机关有一定的自由裁量权。

自由裁量权为现代行政所必须，但自由裁量权的存在，又产生了滥用自由裁量的可能。因此，如何使行政机关能合理地运用自由裁量权，就成为现代各国行政法所关注的重大问题之一。

首先，依据法律原则与行政机关的自由裁量权并不矛盾。自由裁量指的是在法律规定有一定范围、幅度的情况下，行政机关可以在此范围、幅度内作出选择。如

治安管理处罚可以在法定的种类与幅度内，根据具体情况作出选择。这仍是依据法律的一种形式。当然，所作选择必须合理。合理是依据法律原则的特殊表现。也是依法行政的重要内容。

其次，为控制行政自由裁量权的运用，19世纪以来，德国提出了比例原则，目前已为世界很多国家所采纳。比例原则也称禁止过份原则。意为对公民权利的限制或不利影响，只有在公共利益所必要的范围内，方得为之。行政权行使的“手段”必须与行政“目的”成比例、相平衡。或者说，行政权的行使虽为达成某一行政目的所必需，但给公民造成的不利影响，不能超过目的所要求的价值和范围。例如，公民应纳税50万元，在查封、扣押其财产时，应以50万元为限，不能超过太多。比例原则在我国税法上也有相应规定，我国行政处罚中规定的“过罚相当”原则，即行政处罚必须与违法行为的事实、性质、情节及社会危害程度相当，也可认为是比例原则的内容。在行政自由裁量权广泛存在的现实社会中，强调比例原则，在实践中对于正确执行法律、保护公民权利，是有积极意义的。

(2) 强调行政程序法在依法行政中的地位和作用

依法行政不仅要求行政机关在行使行政职权时必须依据实体法，还应该遵循程序法。如果说，行政实体法规定的是行政职权所要达到的目的、目标，那么，行政程序就是达到这一目标的步骤、形式、时间和顺序。毫

无疑问，为达到行政目的，就必须有相应的程序，否则，再美好的目的也只能停留在纸面上。进一步说，强调行政程序，正是行政机关合理行使自由裁量权的最重要的保障。我国历来有重实体、轻程序的倾向，制定法律时也常常只作实体规定而无程序设置，因而使执法人员无从下手。人们最通常的评论是：很多法律缺乏可操作性（这就是缺乏程序规定所致）。当然，程序并不仅仅是操作问题。实际上，只有程序正义才是真正看得见的正义。两个人分一个苹果，无论怎么分切，都不容易达到完全公平，因而难免抱怨，但如果让分切苹果者后取苹果，就不再会有抱怨，这就是看得见的正义。程序一旦为法律所规定，就成为法律上的程序权利义务，它与实体权利义务具有同样的法律意义。

制定统一的行政程序法，是西方当代法治国行政法治实践中最重要的事件之一。行政程序法制化，在很大程度上保证了依法行政原则的落实。随着时间的推移，其重要性正在为世界各国越来越多的人所认识。从1889年西班牙制定行政程序法开始，迄今已有数十个国家制定了行政程序法。我国周边国家和地区，如日本、韩国、澳门地区、台湾地区都已制定了行政程序法。行政程序法的普遍制定，说明了行政程序法在依法行政中的重要性。

我国对行政程序法的重视，始于80年代。1982年宪法对行政程序中的公开、参与制度等作了原则规定。

1989年颁布的《行政诉讼法》将行政机关的具体行政行为是否符合法定程序作为衡量其是否合法的三大条件之一。违反法定程序的具体行政行为将被撤销。这就大大提高了人们对行政程序重要性的认识。1996年颁布的《行政处罚法》是迄今我国法律对某一领域行政行为应遵循的行政程序所作出的最完整的规定。为提高行政效率,《行政处罚法》第一次规定了行政程序中的简易程序;为保护公民的权益,《行政处罚法》第一次规定了听证程序。行政处罚法规定的执行程序,即彻底实行收支两条线的程序,也将对我国的行政管理产生深远的影响。2000年4月通过的《立法法》又对行政立法的程序作了原则规定。程序立法正在我国引起重视。但这些规定毕竟只是个别领域的。按照各国的立法经验,这种单个领域的程序立法只能解决某些领域对程序的需要,而没有解决依法行政对程序的普遍需要。因此,制定一部全面的行政程序法典势在必行。我国正在加强这方面的工作。

《行政处罚法》引入了听证程序,听证程序是一项民主程序。在有权者作出一项影响对方权利义务的规定时,必须听取对方的意见,这是社会主义民主的题中应有之义。听取意见本是我国在各项工作中常用的一种制度,听证程序不过是把听取意见程序更加法律化,并赋予其多种形式。在《行政处罚法》规定听证程序以后,价格法也规定了听证程序,此后,《立法法》又规定了