

中华社科基金资助项目

依法行政论

刘瀚 等著

社会科学文献出版社

D922.101/5

514452

中华社科基金资助项目

依法行政论

刘 瀚 张焕光 陈春龙
李 林 周卫平 张明杰 著

社会科学文献出版社

北京·1993

(京)新登字028号

依法行政论

刘 瀚 等著

社会科学文献出版社出版发行

(北京建国门内大街5号 邮政编码: 100732)

新华书店经销 北京密云华都印刷厂印刷

850×1168 1/32开本 11.375印张 297千字

印数 0001—1000册

1993年6月第一版 1993年6月第一次印刷

ISBN 7-80050-410-7/D·90 定价: 7.80元

版权所有 翻印必究

本书作者分工:

第一章、第二章、第三章	刘 瀚
第四章、第七章	李 林
第五章、第八章、第十三章	周卫平
第六章、第九章、第十二章	张明杰
第十章、第十一章	陈春龙

刘 瀚 张焕光 统稿

AB136/07

目 录

第一章 行政与法	(1)
一、行政与行政权的涵义及关系.....	(1)
二、行政权与法.....	(11)
三、行政法的作用.....	26)
第二章 依法行政的概念	(31)
一、依法行政概念的提出和发展.....	(31)
二、我国依法行政的依据.....	(38)
三、我国依法行政的主体和相对人.....	(52)
第三章 依法行政的实践	(63)
一、依法行政实践产生的背景和原因.....	(63)
二、我国依法行政原则的确立.....	(68)
三、发展中的我国依法行政.....	(74)
第四章 行政合法原则	(80)
一、行政合法的理念.....	(80)
二、行政合法的要件.....	(94)
第五章 依据法定行政程序原则	(108)
一、法定行政程序概说.....	(108)
二、依据法定行政程序原则的概念和渊源.....	(114)
三、依据法定行政程序原则的具体内容和要求.....	(117)
第六章 行政适当原则	(127)
一、行政适当原则的涵义.....	(127)
二、行政适当原则的确立.....	(127)
三、行政适当原则的适用.....	(133)

四、行政适当原则的保障·····	(137)
第七章 行政立法中的依法行政 ·····	(143)
一、行政立法产生与发展概述·····	(143)
二、行政立法产生的原因·····	(147)
三、行政立法的授权原则·····	(151)
四、行政立法的程序化、法律化·····	(157)
五、行政规章·····	(170)
第八章 行政执法中的依法行政 ·····	(177)
一、行政许可中的依法行政·····	(178)
二、行政检查行为中的依法行政·····	(182)
三、行政处罚中的依法行政·····	(184)
四、行政紧急处置中的依法行政·····	(190)
五、行政强制执行中的依法行政·····	(192)
第九章 行政司法中的依法行政 ·····	(200)
一、行政司法中依法行政的意义·····	(200)
二、行政调解中的依法行政·····	(201)
三、行政仲裁中的依法行政·····	(206)
四、行政复议中的依法行政·····	(211)
第十章 非常时期的依法行政 ·····	(220)
一、非常时期与法制·····	(220)
二、非常时期的紧急行政权·····	(235)
三、非常时期紧急行政权的依法行使·····	(250)
第十一章 对行政的监督 ·····	(272)
一、代表机关的监督·····	(274)
二、司法机关的监督·····	(286)
三、社会监督·····	(289)
四、行政机关内部的监督·····	(294)
第十二章 违法行政的法律责任 ·····	(298)
一、违法行政概述·····	(298)

二、违法行政法律责任的涵义·····	(299)
三、违法行政责任的种类·····	(304)
四、违法行政责任的追究和免除·····	(306)
五、行政机关的违法行政责任·····	(309)
六、国家公务员的违法行政责任·····	(313)
七、进一步完善违法行政的法律责任制度·····	(321)
第十三章 相对人权益受行政侵害后的救济·····	(323)
一、相对人权益受行政侵害后救济的意义·····	(323)
二、行政复议制度的救济和保障作用·····	(330)
三、行政诉讼制度的救济和保障作用·····	(337)
四、行政侵权赔偿制度的救济机制及作用·····	(345)

第一章 行政与法

一、行政与行政权的涵义及关系

依法行政是现代行政和行政法的最核心的原则，是加强和健全社会主义法制的最主要的一个方面，是现代法治的一个重要概念。它所包含的内容非常广泛、丰富而深刻。但是，首先必须揭示这一概念所包含的行政与行政权的涵义及其相互关系，才能明确为什么行政和行政管理的整个过程，必须依法进行。

（一）行政的涵义 本书讨论的行政是指国家机构中的行政机关和得到法律、法规授权或由行政机关委托的组织和个人，依法组织管理国家事务的活动。¹行政的主体是国家权力机关的执行机关，即各级政府和法律、法规授权的组织。国家机构中的其他机关，如国家权力机关（或立法机关）、审判机关、检察机关和没有得到法律、法规授权或行政机关委托的其他组织，如我国的群众组织、社会团体和其他社会组织等，均不属行政主体。虽然，它们的活动，有的是实现国家目的的活动，但不是以国家行政管理去实现国家目的的活动，因而，不属行政主体之列；它们也各有行政管理部门和行政管理工作，但不是国家行政管理的行政。行政机关和得到法律、法规授权或由行政机关委托的组织的活动，都是通过工作人员进行的，但工作人员是以行政主体的名义作为行政主体的代理人进行活动的，因而，工作人员不是行政主体。

《中华人民共和国行政诉讼法》从行政诉讼的角度对此加以肯定。该法第二十五条规定：行政诉讼案件的被告是“作出具体行政行为”的行政机关”、改变原具体行政行为的“复议机关”和“由法

律、法规授权的组织”。“由行政机关委托的组织所作的具体行政行为，委托的行政机关是被告”。这就说明，权、责都在作为行政主体的行政机关。2. 行政的内容是对国家和社会事务的组织管理，即《中华人民共和国宪法》第八十九条所规定的国务院的十八项职权和第一百零七条规定的地方各级人民政府权限内的行政管理工作。行政机关进行的非管理活动，如作为民事平等主体的一方与他方发生的借用、租赁、买卖等活动，不属行政之列。3. 行政活动的依据是法律，即行政机关的机构设置、人员配备、职权范围、活动原则、活动程序和方式等，都要遵循宪法和法律规定，否则，属行政违法，在这种情况下，它所作出的抽象行政行为或具体行政行为一律无效。4. 行政的性质是国家的活动，是通过组织和管理活动，执行国家意志，以求国家和社会稳定、有序、健康、持续地发展。从行为的角度说，它属国家行为，具有国家意志性、法律性、强制性、优益性和主动性等特征。5. 行政的目的是通过组织、管理和服务，使物质文明和精神文明建设顺利进行，并在此基础上，不断提高人民的物质和文化生活水平。在我国社会主义条件下，这一目的贯穿着各级行政机关及其工作人员全心全意为人民服务这一宗旨。

行政作为国家活动或作为一种客观存在，很早就出现了。一般认为，有了国家，有了从事国家活动的各种官署，就有了分工管理国家行政事务的官吏，如我国奴隶社会的殷代，曾设宰，掌管王的家务和家奴。我国封建社会对皇帝负责，总揽政务的宰相，虽然各个朝代的称谓多有变动，但实际上是国家的最高行政长官。其他古代和中世纪的国家也都有大体相似的行政官署和官吏。但以国家行政管理为研究对象的行政学，则是上个世纪后半期才出现的。这种现象，主要是由于古代和中世纪生产力与生产关系的状况决定的，从而也是由建立于其上的国家机构、管理活动及其分工的不发达等因素决定的。正如恩格斯指出的：“法的关系正象国家的形式一样，既不能从它们本身来理解，也不能从所

谓人类精神的一般发展来理解，相反，它们根源于物质生活关系。”^① 在当时的实际生活中，行政没有必要、也没有可能相对独立出来，自然，就不会有以它为研究对象的行政学。

行政学最初包容在政治学中。例如亚里士多德(公元前384—322)的名著《政治学》卷四就专门讨论了行政机构、行政人员、行政性质、行政职权等问题。他指出，在他所考察的城邦国家中，行政机构的数目、职司、任期等各有差别。公职人员不论是选举的或拮阉产生的，可分为三类，但在“所有这些官吏中，只有那些在一定范围以内具有审议、裁决和指导责任(指挥权力)的职司，才可称为行政人员，在这里，指挥权力尤为重要，这必然是属于执政”。^② 随着国家行政管理的发展，历代都有人研究它。至近代，随着产业革命的兴起，社会生产力突飞猛进地发展，要求国家机构和国家行政管理有相应的变革，行政学也逐渐从政治学中分离出来；现代科学技术的发展，特别是第二次世界大战以来系统工程、预测科学、网络技术等进入行政管理领域，行政学与管理学、与自然科学技术密切结合，成为一门兼容某些社会科学和自然科学学科在内的综合学科。许多学科，都是在这种综合——分化——综合中得到日新月异的发展的，惟有行政学，以其研究对象本身的特点而显得更富生机与活力。本书所讨论的行政，如本节开宗明义指出的，仅限于国家事务管理，因而必须把它同下述概念在广义上的理解所包涵的内容区别开来。

1. 行政工作 广义的行政工作包括权力机关、审判机关、检察机关以及政党、群众团体、企事业、和较具规模的其他社会组织设置的行政局、处、科、室、组从事的工作，习惯上把这类机构称为行政部门，把它们所担负的秘书、文印、档案、后勤等事务称为行政工作。狭义的行政，专指国家各级行政机关依法定职

① 《马克思恩格斯全集》第13卷，第8页。

② 参阅《古希腊》亚里士多德著、吴寿彭译：《政治学》，商务印书馆1981年版，第221页。

权和程序进行国家事务的组织管理活动。本书所指行政是狭义的行政而非广义的行政工作。

2. 管理工作 行政一词的英文 Administration, 有“行政机关”、“管理”、“执行”等涵义, 但本书所讨论的行政, 不是一般的管理工作, 而是国家事务管理。美国管理学家泰雷(George H. Terry)以六个 M 表示管理的意义和内涵, 包括 Men(人) Materials(物) Machines(机器) Methods(方法) Money(金钱) Markets(市场), 后来有人加了一个 Morale(工作情绪)成为七个 M。我国台湾学者张金鉴在其《行政学研究》一书中, 用 15 个 M 表示行政的意义和内涵, Aim(目标)、Program(计划)、Men(人员)、Money(金钱)、Materials(物材)、Machinery(组织)、Method(方法)、Command(指挥)、Communication(沟通)、Motivation(激励)、Morale(士气)、Time(时间)、Koom(空间)、Harmony(和谐)、Improvement(改进)。美国学者古立克(luther Gulick)用 POSDCORB 表示行政的意义和内涵, P 是设计、O 是组织、S 是用、D 是指导、CO 是协调、R 是报导、B 是用钱。^① 这些解释适用于一般管理工作, 而不是专指狭义的国家行政管理。

3. 政府 广义的政府包括一切国家机构, 在我国和别的国家, 都有这种习惯上的笼统称呼, 如我国常用的党和政府, 不单指国家行政机关。刑事案件被告人常说的“请求政府宽大处理”, 实指司法机关。西方国家使用政府一词时, 有时泛指立法、行政、司法机关在内的一切国家机关。在国际交往中所说的政府, 一般指一国的最高行政机关, 如我国的国务院、别国的内阁等。本书中出现的政府, 与上述对政府一词的用法不同, 一般是指国家各级行政机关。

4. 执法 广义的执法范围极大, 如我国社会主义法制的基本要求: “有法可依, 有法必依, 执法必严, 违法必究”中的“执法”,

^① 资料见《行政学》, 台湾商务印书馆, 1971年版, 第3页。

泛指一切国家机构及全体公职人员要严格依法办事。有时人们称赞一位法官“执法如山”，这是指司法活动。本书中所用的执法专指国家行政机关依法行使其职权的活动。我国法理学界把社会主义法制的主要环节概括为立法、执法、司法、守法和法律监督，这里的执法，与本书讨论的执法大体相同。

5. 国家活动 广义的国家活动，包括为实现国家目的的一切活动，权力机关制定法律、选举或决定任命国家机构组成人员、监督宪法和法律的实施等等当然是国家活动；人民法院作为国家的审判机关、人民检察院作为国家专门的法律监督机关，它们的活动当然也是国家活动。本书强调行政是国家活动，因为它与权力机关、审判机关和检察机关的国家活动一起都是实现国家目的的活动。这与非国家的行政部门、亦非法律、法规授权的或行政机关委托的组织以外的其他机关、团体、组织的一般行政工作有原则区别。

(二) 行政权的概念 行政权即国家行政管理权，是国家行政机关依法组织管理国家内政和外交活动的权力。1. 行政权是国家权力的一部分。我国宪法第二条规定：“中华人民共和国的一切权力属于人民。”这个权力是我国各民族人民在中国共产党领导下夺取的，它是完整的、独立的、不可分割的对国家的统治权。这种统治权即国家主权，它是一个独立的国家不受他国干预或限制，处理其国内事务和国际事务的最高权力。如实指出行政权是国家权力的一部分，就能从权力来源上明确它的意义，明确政府与作为国家和社会主人的人民的主从关系。这对于本书讨论的主题——依法行政具有重要的指导意义。2. 行政权是政府专属的权力。宪法第八十五条规定：“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。”第一百零五条规定：“地方各级人民政府是地方国家权力机关的执行机关，是地方各级国家行政机关。”我国的行政区域划分为：省、自治区、直辖市，省、自治区分为自治州、县(旗)、自治县、市，

县、自治县分为乡、民族乡、镇，直辖市和较大的市分为区、县，县分为乡、镇。从国务院到乡、镇人民政府及其所属各工作部门，构成我国的行政机关，行政权就是人民通过自己的权力机关，并以宪法和法律的形式赋予它们组织管理国家事务的权力。³行政权是范围最广的一项国家权力。就行使行政权的主体来说，国家各级行政机关一般占整个国家机构数的90%以上。就公职人员来说，行政工作人员，也占整个公职人员的90%以上。就行政权的内容来说，既包括规定行政措施，制定行政法规、规章，发布决定、命令、指示等这样的抽象行政行为，又包括对特定事件或特定人的许可、确认、裁决、处罚等这样的具体行政行为。就行政权行使的领域来说，既包括经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、城乡建设事业和财政、民政、公安、国防建设、民族事务、华侨事务、司法行政、审计监督、计划生育等国内行政事务，又包括外交事务。就行政权行使的范围说，既包括上述行政权领域所列各项外部行政权，又包括内部行政权，如上下级行政机关和上下级行政人员的命令、指挥、服从、执行等组织领导权，以及对行政人员的录用、选拔、培训、考核、晋升、奖惩和待遇的人事管理权等。就行政权效力所及的地域说，中央政府的行政权及于全国，地方政府的行政权及于本行政区域。凡在行政管理范围内的事项，即行政权所及，不论立法机关、审判机关、检察机关、军事指挥机关、政党机关、群众团体、企事业以及公民、法人或其他组织，包括行政机关及其所属各部门本身，都有义务服从。如上述机关办公地点的选定和建筑，要服从城乡建设事业管理，经费使用要服从财政管理和接受审计监督，环境卫生要服从环境保护部门的管理，车辆要服从交通部门的管理等等。就个人说，“公民从出生到死亡的全部生活都和行政部门所提供的服务密切相关。”^①所以，不论从地域还是客体、不论从纵向还是横向，特别是从事项的种类及其连续性的过程，相对于国家权力中的其

^① 王扬名著：《法国行政法》，中国政法大学出版社，1989年版，第12页。

他各项权力来说，行政权的范围都是最广的。⁴行政权是通过职权划分由政府的不同部门和不同层次的行政机关具体负责行使的。当我们把行政权与立法权、审判权、检察权等国家权力一起来考察时，它只是统一的国家权力中的一项；当我们把行政机关与权力机关、审判机关、检察机关一起来考察时，它只是国家机构中的一个机关。但由于行政管理事项多、范围广，而且又非常复杂、具体、多变，所以，必须按行政管理事项的对象、性质以及管理的具体原则、手段和方式、方法等的不同，而进行职权划分，即把行政权具体化交由政府的各个部门、各层次的行政机关行使。这样，才能把行政管理任务落到实处。这种职权划分，有纵向的，即中央政府和地方政府、上级行政机关和下级行政机关的职权划分；有横向的，即政府设置的同级的各行政部门之间的职权划分。如工商行政管理权，由国家工商行政管理局行使，在横向上与国务院其他部、委和直属局有明确的职权划分。它主管的事项很多，如组织办理各种工商企业的登记，维护城乡市场经济秩序，管理经济合同、商标、广告，管理个体经济和私营经济，监督检查机关、团体、部队、企业、事业等单位的经济违法活动，打击投机倒把活动等等，非常复杂、具体、多变，因此，纵向上，它又在地方各级设立工商行政管理局，并根据工作需要，在基层设置工商行政管理所。我国的公安机关、税务机关、司法行政机关等，在横向和纵向上都有同样的职权划分和机构设置。行政职权的划分，一般都规定在宪法和有关组织法里。如制定行政法规权，属于国务院，制定行政规章权，在中央，属于国务院各部、委，在地方，属于省级人民政府、省会所在地的市和国务院批准的较大的市的人民政府；行政拘留权属于县级以上公安机关，等等。

（二）行政、行政权与国家权力的关系 行政作为组织管理国家事务的活动，全在于有行政权贯穿于它的始终才有力量，才能完成一个个活动的过程而收到有益于国家、社会和人民的实效。

行政机关及其工作人员是行政权的载体，行政权则是行政机关及其工作人员职权行为的生命所在。没有一定的或大或小的行政权，行政机关及其工作人员就如同虚设，是无法完成任何一项行政管理任务的。

行政权本身是有力量的，这种力量的深刻的根源或后盾，是国家强制力，即国家的实体附属物——军队、警察、法庭、监狱等。没有国家强制力作后盾，行政权的行使在遇到违法或犯罪行为的障碍时，就没有排除这种障碍而使行政管理顺利地、完成其全过程的最终的有效保证。国家的一切权力属于人民，国家的强制力也属于人民。

行政权是宪法和法律赋予国家行政机关的，而宪法和法律是人民通过自己行使国家权力的机关制定的，所以，行政权同其他各项国家权力一样，都是属于人民的。宪法和法律是人民的意志和利益的体现，赋予行政机关以行政权，当然也是人民的意志和利益的体现。

行政权范围的确定、行政权行使过程和这种过程得以顺利完成的条件和保障，都离不开国家权力机关、审判机关和检察机关，反之亦然。整个国家机构统一地行使整个国家权力，它们之间只能是分工而不是截然分立，只能是监督制约而不是截然对立。分工是为了更好地进行国家活动，实现国家活动的目的，因而这种分工是建立在有机联系、密切配合而又相互制约的基础上的；监督制约是为了它们各司其职、各尽其责，使国家活动井然有序、富于效率、成绩卓著，因而这种监督制约是建立在全心全意为人民服务这一唯一宗旨的前提下的。

资产阶级国家，一般都标榜“三权分立”，把国家权力分为立法、行政、司法三类，分别由议会、内阁（或总统）、法院行使。这种权力分立学说，很早就受到一些西方学者的怀疑和批评；其后则主要由于资本主义国家越来越多地干预经济而在实际上被抛弃。例如，在一段时间内被誉为美国政治学“标准教科书”和“经

典之作”的《政治学说史》^①，在其第二十八章“权力分立”一节中就指出：修改和传播权力分立这一古老学说的孟德斯鸠（1689—1755），他的论述并不很精确。他主张一政治职能必然可分为立法、行政和司法三类，然而在这一关键问题上却未作任何探讨。他以英国的政治结构为依据，其实，1688年光荣革命确立的是英国议会的最高权力地位，而在他访问英国时，内阁各部的地位尚未明确规定，所以，在任何独立观察者中，还没有人把权力分立作为英国政治结构区别于他国的特征。他的思想不是来自观察，而是部分得自洛克和哈林顿的启发，部分得自英国当时流传的神话。这种学说，早在边沁的《政治散论》（1776年）中就受到了真正的抨击。

后来，美国又被一些人视为三权分立的典型，顶礼膜拜。其实美国国家活动的实践是对三权分立最有力的否定。别的且不论，单以美国联邦政府独立行政机构来说，从1887年设立联邦州际贸易委员会开始，至罗斯福新政时，这类独立行政机构迅速增多，目前有五十个左右，其权力不断扩张，有立法、行政、司法之外的第四政府部门之称。它们拥有准立法权、准司法权和行政权，集三权于一身，并产生了区别于立法权、行政权和司法权的“管理权”。准立法权是指制定发布规章的权力。这种权力有的是国会在有关法律中宣告性授予的，有的是由法律特别授予的，有的则是自由处置权的一部分。准司法权即行政司法权或行政裁判权，是指独立行政机构有权受理和裁决一般的行政纠纷案件，并对某一案件作最后处理。行政权包括发布命令和决定，规定价格和运费，检查监督法律执行情况等。美国行政法学者伯纳德·施瓦茨在其所著《行政法》一书中，多处提到三权分立，指出：“由于当代复杂社会的需要，行政法需要拥有立法职能和司法职能的

① [美]乔治·霍兰·萨科因著，[美]托马斯·兰敦·索尔森修订，中译本为刘山等译，商务印书馆1990年版。

行政机关。为了有效地管理经济，三权分立的传统必须放弃。”^①实际上它是“已经废除了”的“迂腐教条”。

法国行政权扩张的历程，更能从社会发展的大背景下说明三权分立的迂腐。在中世纪封建制度下，法国的经济活动几乎全由行会管理，社会活动几乎全由教会管理。路易十四时期，君主权力争达到高峰，一切大权集于国王一身。大革命后各地成立民选政府，实行极端民主和地方分权。拿破仑第一时期的主要特点是行政集权和经济自由。此后，随着科学技术进步，生产力提高，逐渐地使集权制向行政民主制发展，经济自由向国家干预经济发展。最终使经济行政成为政府的重要活动，公共行政和私人企业管理日趋接近。经济领域的这种变化，带来大量的社会问题，社会行政也成为政府的重要活动，行政权就这样在新的形势下、以新的形式毫不顾及权力分立原则而扩张起来。按三权分立学说，行政机关不是立法机关，但法国行政机关可以制定确保法律实施的执行条例，还可以制定不需要法律根据的自主条例；可以制定属于法律范围的事项，可以制定变更和修改法律的法令条例，还可制定不受条例事项范围限制的紧急情况条例。行政机关不是司法机关，但法国在普通法院之外有一个自成体系的行政法院，^②最高行政法院院长，法定由政府总理担任，虽然他从不参加最高行政法院的任何活动，但这个规定本身还是足以说明行政与司法不是截然分立的。

行政由于其管理对象的繁杂多样，特别是由于现代科技和生产力迅速发展这一最基本的动力的推动，国家干预、管理经济，

① [美]伯纳德·施瓦茨著、徐炳译：《行政法》，群众出版社1986年版，第6页。

② 法国最高行政法院既是最高行政审判机关，又是政府的咨询机关。它于1799年创立时，称为国家参事院(Le Conseil d'Etat)。直到现在，最高行政法院的大门上仍然镌刻着这一名称。其主要职能是就立法、行政事务向国王、政府提出咨询建议。1872年5月24日法律，规定国家参事院以法国人民的名义独立作出判决，处理行政争议，成为名副其实的最高行政法院。