

中国法学教科书·原理与**应用**系列

Administrative Law and Administrative Procedure Law

行政法与行政诉讼法

胡锦涛 主编



HIGHER EDUCATION PRESS
高等教育出版社

Administrative Law and Administrative Procedure Law

Administrative Law and Administrative Procedure Law

行政法与行政诉讼法

第四版 上册



中国政法大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW PRESS

D922.1/39

2007

中国法学教科书·原理与**应用**系列

Administrative Law and Administrative Procedure Law

行政法与行政诉讼法

主 编 胡锦光

副主编 刘飞宇

作 者 (以编写章节先后为序)

胡锦光 戚建刚 宋功德 刘飞宇 章志远
张献勇 张德瑞 张步峰 高秦伟 罗 杰



HIGHER EDUCATION PRESS
高等教育出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法与行政诉讼法/胡锦涛主编. —北京: 高等教育出版社, 2007. 12

ISBN 978-7-04-022340-8

I. 行… II. 胡… III. ①行政法-中国-高等学校-教材②行政诉讼法-中国-高等学校-教材 IV. D922.1
D925.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 175944 号

策划编辑 张 杰 责任编辑 高 英 封面设计 王 睢
版式设计 马敬茹 责任校对 俞声佳 责任印制 朱学忠

出版发行 高等教育出版社
社 址 北京市西城区德外大街 4 号
邮政编码 100011
总 机 010-58581000

经 销 蓝色畅想图书发行有限公司
印 刷 人民教育出版社印刷厂

开 本 787×960 1/16
印 张 26
字 数 480 000

购书热线 010-58581118
免费咨询 800-810-0598
网 址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>
网上订购 <http://www.landaco.com>
<http://www.landaco.com.cn>
畅想教育 <http://www.widedu.com>

版 次 2007 年 12 月第 1 版
印 次 2007 年 12 月第 1 次印刷
定 价 32.00 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 22340-00

作者简介(以编写章节为序)

胡锦涛,男,1960年生,安徽黄山人,教授、法学博士、博士生导师,中国人民大学科研处副处长、中国人民大学法学院宪法与行政法教研室主任、中国人民大学宪政与行政法治研究中心主任、《法学家》杂志副主编,兼任中国法学会宪法学研究会副会长、北京市法学会宪法学研究会副会长等。在宪法学基本理论、宪法救济、行政诉讼等方面取得了重要研究成果。代表性成果有:专著《中国宪法问题研究》、《行政处罚研究》、《违宪审查论》;主编《违宪审查比较研究》、《中国宪法发展研究报告》、《行政法专题研究》和《中国十大行政法案例评析》等;合著《中国宪法》、《行政处罚听证程序研究》等;在国外出版有《中国的政治》和《中国宪法的理论与实务》等书;在国内《中国法学》、《法学研究》、《法学家》、《中国人民大学学报》等刊物上发表论文140余篇。近年来承担的项目主要有:国家社科基金重大项目《和谐社会运行中的法治保障体系》,新世纪优秀人才支持项目《构建和谐社会的法治基础》,教育部重点课题《公民受教育权的法律救济》,司法部课题《宪法权利救济制度研究》等。论文与论著也多次在全国获奖,其中主编的《以案说法——行政法案例》(丛书),获得教育部2002年“高等院校出版社社会经济效益双效奖”,主编的《中国宪法发展研究报告》获2006年第四届“中国高校人文社会科学研究优秀成果奖”法学类三等奖。撰写本书第一章。

戚建刚,男,1976年生,祖籍浙江,中南财经政法大学法学院副教授,北京大学法学博士,清华大学公共管理学院博士后研究人员,湖北省地方立法研究中心理事、湖北省行政法学会研究会理事。合著《权力制约机制及其法制化研究》、著《法治国家架构下的行政紧急权力》等3部;主编《行政法与行政诉讼法理论评述》、参编《行政法与行政诉讼法》等教材4部;代表作《紧急权力的自由模式之演进》(刊于《中国法学》2005年第4期)、《我国行政法发展的分析模式》(刊于《现代法学》2005年第2期)等30篇;主持并参与国家或省部级项目8项。曾获“北京大学学术十杰”(2005年),中国法学会优秀论文三等奖(2006年),撰写本书第二章、第三章、第四章、第五章、第六章。

宋功德,男,1971年生,安徽庐江人。北京大学法学博士,国家行政学院法学部副研究员,兼任北京大学法学院软法研究中心执行主任。最近10年,主持和参与多项国家课题,出版法学专著10部:《论行政指导》、《行政法哲学》、《法学的坦白》、《税务行政处罚》、《WTO与行政法》、《论经济行政法的制度结构——交易费用的视角》、《行政法的均衡之约》、《依法行政干部读本》、《统一公

法学原论——公法学总论的一种模式》、《论行政处理》；译著《贪婪、无序与治理——利用公共选择改良公法》，并在《中国法学》、《中外法学》、《中国行政管理》、《行政法论丛》、《人民日报》、《法制日报》等核心报刊上发表论文近70篇，其中《论行政法治原则的地域化》一文获中国法学会2001年度论文一等奖，《统一公法学原论》一书获第二届“全国法学教材与科研成果奖”二等奖。撰写本书第七章。

刘飞宇，男，1975年生，湖南衡阳人，中国人民大学法学院副教授、法学博士、硕士生导师，中国宪法学研究会理事，《复印报刊资料（宪法学、行政法学）》学术委员，中国人民大学宪政与行政法治研究中心副秘书长，中国宪法研究所兼职研究员、政治文明研究所兼职研究员，执业律师。主要研究方向为基本权利、行政信息公开制度、行政听证程序等；主持多项国家社科重大课题研究课题、北京市社科项目和横向课题，其中《中国宪法发展研究报告》获2006年第四届“中国高校人文社会科学研究优秀成果奖”法学类三等奖，“中国宪法”获“国家精品课程奖”，《以案说法》获教育部“双效奖”；主编、副主编多部法学核心系列教材，《中国十大行政法案例研究》、《行政法专题研究》、《行政法与行政诉讼法》等；在《法学》、《法学评论》、《法学家》等核心期刊发表学术论文40余篇；代表著作为《转型中国的行政信息公开》（中国人民大学出版社）、《多维视野下的行政信息公开制度研究》。撰写本书第八章、第十三章。

章志远，男，1975年5月出生，安徽贵池人，苏州大学法学院副教授、法学博士，硕士生导师，江苏省“青蓝工程”高校优秀青年骨干教师。出版《行政行为效力论》、《中国行政法基本理论研究》、《行政法学基本论》等个人学术专著，主编《行政诉讼法专题研究述评》、《行政判例研究》等著作，在《法学研究》、《中外法学》、《法学》、《法商研究》、《法律科学》、《现代法学》、《政治与法律》、《比较法研究》、《法学评论》等刊物发表论文60余篇。独立承担过司法部部级科研项目，成果曾获司法部第二届法学研究优秀成果一等奖。撰写本书第九章。

张献勇，男，1970年生，山东工商学院法学院副院长、副教授、法学博士。毕业于中国人民大学法学院，获硕士（2002年）、博士（2006年）学位。代表性论文有：《试论对抽象行政行为的司法审查》、《专利复审委员会的诉讼地位》等。撰写本书第十章。

张德瑞，男，1966年生，河南信阳人，华侨大学法学院副教授、硕士生导师，法学博士，厦门大学法学博士后流动站研究人员，中国宪法学研究会理事。主

编、参与编写著作(教材)6部,在《人民日报》(理论版)、《人民论坛》、《河南社会科学》、《河北法学》、《法律适用》、《理论与改革》、《内蒙古社会科学》、《郑州大学学报》等刊物发表专业论文20余篇。代表性论文有:《权力的行使与规制——以行业组织足协为研究个案》、《我国农民平等权的法律保障:回顾、反省与前瞻》、《论人民法院行使审判权的自律性原则》。撰写本书第十一章。

张步峰,男,1979年生,湖南衡阳人,中央民族大学法学院讲师、法学博士,主要研究方向为行政法学、宪法学。曾发表论文《论行政程序的理念——程序正义的理论与课题辨析》(载《人大法律评论》2003年卷)、《现代私塾“孟母堂”不容于现代法治》(载《法学》2006年第9期)等10篇。参与撰写学术著作和统编教材十余部,参与国家级和部级科研项目研究九项。撰写本书第十二章。

高秦伟,男,1973年生,中央财经大学法学院副教授、法学博士,主要研究方向为行政法学、宪法学与政府规制。已在《法商研究》、《比较法研究》、《行政法论丛》、《浙江学刊》等刊物上发表论文数十篇。多篇文章被人大《报刊复印资料(宪法学、行政法学)》、《中国宪法学精萃》全文转摘或收录,主译《法国行政法》。作为项目主持人或主要成员参加了多项国家级、省部级课题的研究。撰写本书第十四章。

罗杰,男,1972年生,副教授,法学博士、博士后,国家食品药品监督管理局政策法规司,执法监督处副处长,主编《行政行为法典型案例》、合著《行政法与行政诉讼法》等,在国内学术期刊发表专业论文多篇。撰写本书第十五章。

目 录

第一章 行政法概述	1
第一节 分权制度与行政法	1
第二节 行政权与行政	3
第三节 行政法与行政权	10
第四节 行政法律关系	22
第五节 行政法基本原则	26
第二章 行政主体概述	36
第一节 行政主体的概念与成立要件	36
第二节 行政主体与相关概念的关系	39
第三节 行政主体的资格要件	40
第四节 行政主体的范围与类型	42
第三章 国家行政机关	47
第一节 国家行政机关的含义	47
第二节 国家行政机关的分类	49
第四章 公务员	60
第一节 公务员概述	60
第二节 公务员法律关系	65
第三节 公务员的管理与保障制度	67
第五章 被授权组织与被委托组织	73
第一节 被授权组织	73
第二节 被委托组织	76
第六章 行政相对人	81
第一节 行政相对人概述	81
第二节 行政相对人的权利与义务	85
第七章 行政行为总论	89
第一节 行政行为的构成与分类	89
第二节 行政行为的效力	93
第三节 行政行为的成立、生效与消灭	101
第四节 行政行为的瑕疵及其处置	111
第八章 抽象行政行为	121
第一节 行政立法	121

第二节 行政规范性文件	134
第九章 依职权的行政行为	146
第一节 行政处罚	146
第二节 行政强制	164
第三节 行政征收与征用	178
第四节 行政调查	182
第十章 依申请的行政行为	196
第一节 行政许可	196
第二节 行政给付	214
第三节 行政裁决	221
第四节 行政确认	229
第十一章 其他行政行为	239
第一节 行政合同	239
第二节 行政指导	245
第三节 行政事实行为	248
第四节 行政规划	251
第十二章 行政程序	267
第一节 行政程序的含义及分类	267
第二节 行政程序的功能	270
第三节 正当行政程序的基本内容	275
第十三章 行政复议	289
第一节 行政复议的概念和原则	289
第二节 行政复议范围	292
第三节 行政复议参加人和行政复议机关	297
第四节 行政复议申请与受理	306
第五节 行政复议的审理、决定和执行	310
第十四章 行政诉讼	319
第一节 行政诉讼的概念与受案范围	319
第二节 行政诉讼的管辖	331
第三节 行政诉讼参加人	339
第四节 行政诉讼证据	349
第五节 行政诉讼程序	356
第六节 行政诉讼的法律适用	366
第十五章 行政赔偿和行政补偿	381
第一节 行政赔偿	381
第二节 行政补偿	390
参考书目	403
后记	406

第一章 行政法概述

【本章导学】

行政法是调整行政关系的法,是调整行政主体在行政活动中发生的社会关系的法。它是我国法律体系中一个独立的法律部门。随着我国法治建设的深入、市场经济体制的确立和发展,国家越来越多地运用法律手段来调整社会生活,要求国家作为管理者与被管理者一样都按照法律法规的既定内容活动,尤其是要求国家行政机关和公务员严格依法行政,保证行政行为的合法性与合理性。

第一节 分权制度与行政法

一、分权学说与分权制度

行政法是分权制度和法治理念的产物,而分权制度和法治理念又源于分权学说。虽然有学者著书认为,中国古代即存在行政法,并且还很发达,但无论是中国还是西方,古代并不存在分权学说、分权制度和法治理念。因此,古代意义上的行政法与近现代意义上的行政法在性质上是完全相异的,不可同日而语。古代意义上的行政法与近现代意义上的行政法并不能在同一个层次上进行讨论,甚至可以断言,以近代的角度观察,古代并不存在行政法,讨论古代意义上的行政法并不具有实质上的价值。

自古希腊始,即有学者探讨分权问题,^①但真正成熟的分权思想肇始于资产阶级革命过程之中。英国的洛克在《政府论》中,提出将国家权力分为立法权、行政权和外交权,行政权和外交权可以由国王行使。可见,洛克的分权思想实际上是两权分立,在国家权力之中提出了行政权的概念。法国的孟德斯鸠在《论法的精神》中,比较系统地提出和论证了近代以来所普遍接受的分权原则,他认为,国家权力应当区分为立法权、行政权和司法权,三种不同的国家权力应当分别由不同的人掌握,三权之间应当进行相互制约。美国宪法在起草过程中,就分权原则进行了深入的探讨,其探讨的过程反映在汉密尔顿等人所著的《联邦党人文集》之中。美国式的分权原则主要借鉴了孟德斯鸠的思想,与孟氏所不同的在于,更强调三权之间的平衡,以及除横向的分权外的纵向分权(联邦与州之间的分权)。

^① 古希腊著名的学者亚里士多德在《政治学》一书中,提出了一切政体的三要素,即议事职能、行政职能和审判职能。

通过不同形式的资产阶级革命所建立起来的资本主义国家机构均按照分权原则实行了分权制度。法国 1789 年的《人权宣言》指出,凡是权力没有分立和人权没有保障的社会便没有宪法。各国的分权制度大体上可以分为两类:一是立法权相对于行政权、司法权处于优越地位的英国式;二是立法权、行政权与司法权相平衡的美国式。无论何种分权制度,都是将国家权力分为立法权、行政权 and 司法权——创制规范的权力为立法权,执行规范的权力为行政权,依据规范裁判纠纷的权力为司法权;行使立法权的国家机关称为立法机关、行使行政权的国家机关称为行政机关、行使司法权的国家机关称为司法机关。

在资产阶级革命以前,奴隶制国家和封建制国家所建立的政权体制,国家权力高度集中,国家权力内部并没有明确的界限,虽然设立了诸多国家机关,但它们之间的权力分工也并不明确。因此,也就不可能产生针对某种国家权力的行使而形成的特定的法律规范,也就更不可能形成体系。

在分权制度下,国家权力之中才存在明确的“行政权”概念和行政权的基本内容。在中国古代典籍中,人们可以找到许多关于“行政”概念的记载,但人们无法找到“行政权”这一概念。因此,所谓古代意义上的“行政法”,也就是规范行政活动的法律,并不是我们今天所说的针对行政权的运行而形成的法律规范体系,更谈不上是为控制行政权而形成的法律规范体系。

国家权力明确分立、并建立相应的行使国家权力的不同国家机关,才可能形成针对某种国家权力的行使的体系化的规范。正是在这个意义上,行政法是国家权力分立的产物。

二、分权与国家作用

根据资产阶级启蒙思想家的论述,之所以国家权力要分立,目的是为了 Let 国家权力之间互相进行制约,以权力对抗权力,最终达到保障人权的效果。而实际上,分权的另一个目的是将国家权力进行必要的分工。正如恩格斯所说:权力分立不过是一种权力分工罢了。从人类的生活经验中,人们得出的结论是,将国家权力的运行进行一定的分工,比高度集中行使更为有效。

在分权制度下,国家权力分为立法权、行政权和司法权,因此,国家权力的作用或者说国家的作用,实际上也就分为立法作用、行政作用和司法作用。国家的存在,以及国家权力的运行,其根本的作用在于有效处理社会公共事务,维持正常的公平社会秩序,使人们在有序的社会共同体中生活和发展。立法权、行政权 and 司法权从不同方面、依据不同原则和不同方法、方式,处理不同的社会公共事务。国家通过立法作用、行政作用、司法作用,达到处理社会公共事务、维持社会秩序的效果和目的。

社会主义国家并不奉行分权原则,在国家政权体制的设计上也不实行分权制度。但是,在国家权力的分工上仍然是非常清晰的。社会主义国家的国家政

权体制虽然实行民主集中制,国家权力高度集中于人民的代表机关,但并不是说由人民的代表机关行使全部的国家权力,而是说其享有最高的决定权和对其他国家机关的监督权。除人民的代表机关自己行使立法权和其他重要的国家权力外,仍然设立行政机关、司法机关,分别行使行政权和司法权。

社会主义国家的民主集中制与资本主义国家的权力分立制的区别在于国家机关之间的相互关系上:社会主义国家的国家机关之间呈自上而下的权力监督关系,而资本主义国家的国家机关之间呈平行的相互制约关系。社会主义国家和资本主义国家政权体制在设计上的共同点,在于都把国家权力分为三部分,即立法、行政和司法,相应的,都把国家权力的作用分为立法作用、行政作用和司法作用。换言之,资本主义国家需要以行政法规范行政权的运行,同样,社会主义国家也需要以行政法规范行政权的运行。或者说,资本主义国家需要以行政法去规范行政作用,社会主义国家也同样需要以行政法去规范行政作用。

同时,行政权作为国家权力的一部分,基于国家权力的本质,以及国家权力存在和运行的必要性,都需要以法的形式对国家权力进行控制、规范和保障。

基于上述原因,资本主义国家产生了行政法,社会主义国家也同样产生了行政法。

第二节 行政权与行政

一、行政、公共行政与国家行政

近现代关于行政法的学说和法律规范所指之“行政”,是在将国家作用明确分为立法作用、行政作用和司法作用的前提下展开的。

“行政”从其本意上说,既作为名词使用,也作为动词使用,而无论是作为名词还是作为动词,都指的是组织、管理、执行。因此,在这一意义上,一切主体的组织、管理和执行活动都属于行政的范畴。其中,又可以根据行政活动的主体的不同,将行政分为私人行政和公共行政。所谓私人行政,是指处理内部自身事务的组织、管理和执行活动,如企业内部的组织、管理和执行活动。所谓公共行政,是指处理社会公共事务的组织、管理和执行活动。

行政法上所指之“行政”,是指公共行政。私人行政属于企业管理或者其他领域研究的课题,因私人行政发生的纠纷,由于其中不存在国家权力运作的因素,故属于民事诉讼的范畴。

凡属于处理社会公共事务范畴的组织、管理和执行活动均为公共行政。因此,在公共行政中,依据是否涉及国家行政权的运用又可以分为国家行政和非国家行政。

所谓国家行政,是指运用国家行政权处理社会公共事务的组织、管理和执行

活动。其中因含有国家行政权的因素和特性而有别于其他处理社会公共事务的组织、管理和执行活动。根据国家行政的主体,国家行政又可以分为国家行政机关的行政和非国家行政机关的行政。

在宪政体制中设置国家行政机关的目的,就是为了由其依据宪法和法律实施行政管理,对社会公共事务实施具体的组织、管理和执行活动。行政机关的基本职能就是通过行使行政权,处理社会公共事务。行政机关是行使国家行政权的基本主体,国家行政中的主要的和基本的部分是国家行政机关的行政。

因行政机关的人力、财力、专业技术的有限性,某些应当由国家行政权作用的领域,没有必要由行政机关直接实施管理,可以由法律、法规授权或者由行政机关委托的具备条件的社会组织实施管理活动。这些社会组织在法律、法规授权或者行政机关委托的权限范围内对社会公共事务所实施的组织、管理和执行活动,即是非国家行政机关的行政。如高等院校就依据《中华人民共和国学位条例》的规定,对学生的学术水平进行认定,发给相应的学位证书。对学生的学术水平进行认定,行政机关并不具备这一条件和能力,而只有高等院校才具备,因此,法律授权高等院校实施这一行为。

非国家行政机关的行政与国家行政机关的行政相比较,它们的共同点是:(1)都是国家行政的内容;(2)都是国家行政作用的表现;(3)无论是社会组织还是国家行政机关,在行使行政权时所享有的法律地位的优益性上相同;(4)所承担的法律 responsibility 相同,即都承担行政责任。

非国家行政机关的行政与国家行政机关的行政相比较,它们的不同点是:(1)社会组织的本来性质并非专门行使行政权的行政机关,它们或者是事业组织、或者企业组织、或者是自治组织等,而行政机关是国家专门为行使行政权、实施行政管理而设立的国家机关。(2)社会组织在行使法律法规授予的行政权时,其法律地位为行政主体,而在除此之外的情况下,仍然以原有性质的法律地位进行活动,只是在特殊情况下即法律法规授权时,才获得行政主体的地位,而行政机关的基本性质是行使行政权、实施行政管理的专门国家机关,只是在特殊情况下,才作为民事主体或者以行政相对人的地位进行活动。(3)国家行政机关的行政权既可以是组织法授予的,即固有的,也可以是单行法律、法规、规章授权的,而非政府组织所行使的行政权只能是单行法律、法规、规章授予的,或者是行政机关委托的。

所谓非国家行政,是指社会组织在自治范围内对社会公共事务的组织、管理和执行活动。例如,在我国,根据《村民委员会组织法》的规定,在农村一定范围的地域建立村民委员会,由村民委员会对农村范围内的事务进行管理;根据《城市居民委员会组织法》的规定,在城市一定范围的地域建立居民委员会,由居民委员会对城市一定范围的社区的事务进行管理。村民委员会和居民委员会属于

地方一定范围的村民和城市居民实行自我管理、自我教育、自我服务的自治组织。一些行业性的协会、社会团体等对本行业、某些领域的公共事务也实施管理活动。在西方国家,这类组织非常发达,即政府以外的第三部门对社会公共事务的处理,其范围越来越广泛。过去我国由于长期实行计划经济体制,政府权力的范围非常广泛,社会萎缩,社会组织即使存在也只是依附于政府组织,由这些社会组织处理的社会公共事务非常有限。在市场经济体制下,特别是在建设法治国家的进程中,由社会组织处理的社会公共事务越来越多。依据《中华人民共和国行政许可法》的规定,必须是在公民个人、社会组织、社会中介组织无法处理、市场竞争无法解决的情况下,国家才得以设定相应的许可。因此,可以预见,未来我国的非国家行政将会越来越发达。

确切地说,行政法上所指之“行政”主要是指国家行政。行政法作为公法,主要是指其对公权力的控制、规范和保障,对作为公权力的行政权的控制、规范和保障。正是在这一意义上,马克思说:“行政是国家的组织活动。”^①非国家行政并不存在国家权力的因素,它是按照其成员的共同意志或者自律原则实施管理,因此,不属于行政法所指之行政。

二、行政的含义

行政法上所指之“行政”是指国家行政,而国家行政之“行政”的含义是什么呢?

国家行政之“行政”是相对于立法、司法而言的。如前所述,国家行政是在将国家权力分为立法、行政、司法三种具体的国家权力,将国家作用分为立法作用、行政作用、司法作用之后才形成的概念。

立法的含义是非常明确的。立法是指创制法律规范的活动,包括制定、修改和废止法律规范的活动。而创制法律规范涉及社会不同利益之间的平衡和公民的基本权利,因此,立法由经选举产生的民意代表机关进行。只有在民意代表机关因条件不成熟时,才可将少量的立法权授予行政机关行使。

司法的含义同样也非常明确。司法是指适用法律裁判纠纷的活动。现代的司法主要是指法院适用法律裁判纠纷的活动,而不包括社会其他组织裁判纠纷的活动。在社会纠纷发生以后,并符合成熟原则时,法院才可通过适用法律进行裁判。

行政的含义是什么呢?迄今为止,学术界对于行政的含义仍然没有基本统一的观点。现举其要者介绍之。

(一) 国家意志执行说

这一学说以美国的行政学家弗兰克·J. 古德诺为代表。古德诺认为,政治

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1965年版,第479页。

是国家体制的表达,行政是国家意志的执行。制定政策是政治,执行政策是行政,政治与行政应分立。^① 古德诺的观点基本反映了行政的特征。因为,立法活动是国家意志的表达,行政活动主要是执行作为国家意志的法律。但在现代,行政除执行法律外,还在一定范围和程度上进行着表达国家意志、裁判纠纷的活动。

(二) 排除说

排除说,又称为“扣除说”、“蒸馏说”、“除外说”,这一学说以德国和日本的一些学者为代表。^② 这一学说认为,行政是指国家立法、司法以外的一类国家职能。这一学说的主要特征是,认为积极地给行政作出定义不可能的情况下,只能消极地给行政下定义。其考虑的基本要素有二:(1)三权分立制度。国家权力分为立法权、行政权和司法权,在此基础上,国家作用分为立法作用、行政作用和司法作用,因此,行政权是除立法权、司法权之外的一种国家权力,行政作用是除立法作用、司法作用之外的一种国家作用,行政也就是除立法、司法之外的一种国家职能。(2)现代行政权扩大。从近代到现代,行政权呈日益扩大的趋势,行政也由消极行政发展到积极行政,行政也不单纯地是一种对社会公共事务的管理活动,也不仅仅是事后消极地去应对社会公共事务,因此,要给行政下一个肯定的、正面的、积极的定义实际上是不可能的。这一学说的积极意义是,在难以给行政作出正面定义的情况下,给行政的含义和内容界定预留了极大的空间,也正因为如此,这一定义在相当长的时间内成为国际上比较能够被接受的定义;其消极意义是,它实际上并没有给行政作出定义,而且现代行政除了近代行政的典型内容外,还包括了一定的立法作用和司法作用。

(三) 目的说

这一学说以日本的一些学者为代表。这一学说是试图从积极的、正面的角度给行政作出定义,它的基本特征是以行政的目的为基准对行政进行定义。如日本行政法学家田中二郎认为,“近代行政,可理解为于法之下,受法之规制,并以现实具体地积极实现国家目的为目标,所为之整体上具有统一性之继续的形成性国家活动。”^③并进一步论证说:“行政之特色,在通常为实现其目的,而依法享有相当广泛之裁量余地。”^④这一学说遭到同为日本行政法学家的盐野宏的批评:“行政虽可谓存有许多裁量活动,然却不能谓行政之本质即在裁量。甚至免于法律拘束之实质自由此一意,亦可见诸于法院之活动;就积极实现国家目的而论,行政与立法、司法职能并没有区别;就具体性而论,并不能概括行政计划等行

① 古德诺:《政治与行政》,王元译,华夏出版社1987年版。

② 日本的美浓部达吉、德国的耶礼奈克、哈采克等学者持这一主张。

③④ 田中二郎:《行政法》(新版,上卷),弘文堂1974年版,第5页。

为的特征;就整体性而论,也并未描述出行政的状态。”^①

(四) 组织管理说

这是我国一些行政法学者提出的学说,认为:“行政是指国家行政机关对国家与公共事务的决策、组织、管理和调控。”^②这一学说主要有以下三个要素:(1)主体上强调国家行政机关的活动;(2)对象上强调国家事务与公共事务;(3)内容上强调决策、组织、管理和调控。如前所分析,行政法上之“行政”为国家行政,而国家行政既包括国家行政机关的行政,也包括非国家行政机关的行政,因此,在主体上并不仅限于国家行政机关;行政法之“行政”的作用对象为社会公共事务,但所有国家作用包括立法作用、司法作用的对象都是社会公共事务,而不仅仅是行政作用的对象,因此,这一点并没有突出行政的特征;认为行政的内容是决策、组织、管理和调控,即对社会公共事务的决策、组织、管理和调控,但立法作用、司法作用中,也含有决策、组织、管理和调控,因此,也没有突出行政的特征。

要给行政作出定义,必须明确两个方面的问题:第一,给行政作出定义的困难所在。我们认为,困难主要在于:(1)现代行政的范围不仅仅是近代行政的基本内容,还包括了立法作用和司法作用;(2)现代行政的方式和手段不是单一的。第二,任何定义都不可能是全面的,但既然是定义就应当说明被定义对象的本质特征和基本特征,因此,必须在定义中表明行政的本质特征和基本特征。

我们认为,给行政法上之“行政”作出如下定义可能更为恰当一些:行使国家行政权的主体为处理社会公共事务,执行国家意志的活动。对于这一定义说明如下:

第一,行政法上之“行政”是指国家行政,国家行政区别于私人行政的本质特征在于国家行政权,而行使国家行政权的主体除国家行政机关外,还包括法律法规授权的社会组织。因此,行政法上之行政的主体是所有行使国家行政权的组织,包括国家行政机关和法律法规授权的社会组织。

第二,如前所述,国家权力作用的对象是社会公共事务,包括行政权作用的对象,这既是所有国家作用的界限,也是行政权作用的界限,还可以理解为行政作用的目的所在。

第三,行政的本质特征在于它是对国家意志的执行活动。近代行政有别于立法、司法的特征在于它是国家意志的执行,这既是分权学说创始人的基本观点,也是行政法学家们的基本看法。那么,现代行政在本质上是否异于近代行政?即现代行政在近代行政的基础上扩大的范围,是否改变了近代行政的本质

① 盐野宏:《行政法》,刘宗德、赖恒盈译,台湾月旦出版社1996年版,第4页。

② 罗豪才主编:《行政法学》(新编本),北京大学出版社1996年版,第3页。

特征?我们认为,虽然现代行政在范围上扩大了近代行政的管理方法、管理领域和管理内容,但在本质特征上仍然没有改变。现代行政在范围上扩大到具备了一定的立法职能和司法职能,但它所行使的立法权与立法机关所行使的立法权仍然不可同日而语,而且还受制于立法权,它所行使的司法权与司法机关所行使的司法权也是无法比拟的,“司法终局”原则仍然是现代法治的基本精神。进而言之,现代行政的主体部分仍然是近代行政的基本内容,所扩大的立法权和司法权部分仍然是为了国家意志的执行。

作为国家行政的“行政”,与作为私人行政的“行政”相比较,具有以下四个方面的特征:

(1) 国家意志性。行政不是一般社会组织的活动,不是个人的活动,也不是行政主体的民事活动,而是行政主体以国家的名义对国家事务和社会事务进行的决策、组织、管理和调控等活动,具有体现和实现国家意志的特性。

(2) 执行性。行政并不是国家的一切活动,也不是行政主体的一切活动,而是行政主体进行的执行宪法和法律的國家活动。行政从其内涵上并不具有创制性的功能,即不能进行立法活动。只有在立法机关的立法不能到位并在立法机关委托的前提下,才可以进行委任立法。委任立法在本质上仍然属于执行宪法和法律的范畴。行政机关依职权制定的抽象行政行为,包括国务院制定的行政法规,也仍然属于执行宪法和法律的活动。

(3) 法律性。在现代国家,法治原则已成为国家制度的基本原则。这一原则反映在行政领域,就要求行政主体必须依法行政,包括行政机关必须依法组织、行政机关的相互关系必须依法规范、一切行政活动必须具有法律上的授权,遵循法律所规定的条件、程序、方式和形式,凡违法行政都应当受到相应的追究,承担相应的法律责任。

(4) 国家强制性。行政属于国家作用的一种,体现和实现着国家意志,它的实施也就必然要以国家政权的强制力为后盾。对于行政主体的行政活动,相对人有服从、接受和协助的义务。相对人若不依法履行义务,行政主体则可借助法律手段强制相对人服从和履行行政决定。

三、行政的演变

如前所述,作为行政法上的“行政”是近代权力分立的产物。资本主义国家在近代奉行自由放任主义原理,强调公民的权利和自由,尤其强调公民的自由。根据这一理念,在宪法上,列举了大量公民基本自由和权利,例如,思想自由、政治自由、良心自由、宗教自由、人身自由、各种表现自由(言论自由、出版自由、集会自由、请愿自由、游行自由、结社自由、示威自由等)、经济自由、经营自由、选择职业的自由、学问自由、大学自由、研究自由等。所谓自由,即意味着不受干预;所谓公民的自由,即意味着公民不受政府的不当干预。为了保障公民的自由,防