

21世纪法律教育互动教材·继续教育系列

# 行政法与 行政诉讼法

关保英 主编



清华大学出版社

21世纪法律教育互动教材·继续教育系列

关保英 主 编

邱之岫 副主编

# 行政法与 行政诉讼法

撰写分工

王颖敏 第一、七章；

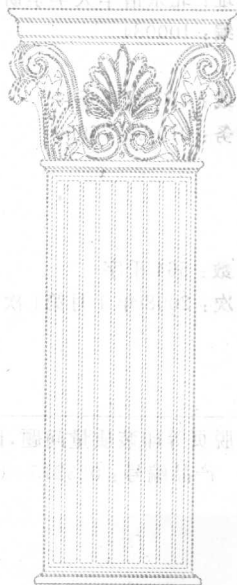
杨向东 第二、三、五、十、十七章；

孙 波 第四、九、十一、十三章；

邱之岫 第六章；

关保英 第八、十六、十八、十九章；

江 晨 第十二、十四、十五章



清华大学出版社

北京

版权所有, 侵权必究。侵权举报电话: 010-62782989 13501256678 13801310933

### 图书在版编目(CIP)数据

行政法与行政诉讼法/关保英主编. —北京:清华大学出版社, 2008. 1

(21 世纪法律教育互动教材·继续教育系列)

ISBN 978-7-302-16287-2

I. 行… II. 关… III. ①行政法—中国—继续教育:高等教育—教材 ②行政诉讼法—中国—继续教育:高等教育—教材 IV. D922.1 D925.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 158456 号

责任编辑: 张德军

责任校对: 宋玉莲

责任印制: 何 芊

出版发行: 清华大学出版社

地 址: 北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn> 邮 编: 100084

[c-service@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)

社 总 机: 010-62770175 邮购热线: 010-62786544

投稿咨询: 010-62772015 客户服务: 010-62776969

印 刷 者: 北京市昌平环球印刷厂

装 订 者: 三河市金元印装有限公司

经 销: 全国新华书店

开 本: 185×260 印 张: 21.25 字 数: 564 千字

版 次: 2008 年 1 月第 1 版 印 次: 2008 年 1 月第 1 次印刷

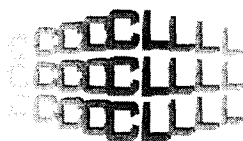
印 数: 1~3000

定 价: 33.00 元

---

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题, 请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话: (010)62770177 转 3103 产品编号: 023215-01

# 目录



行政法与行政诉讼法  
Contents

|                          |      |
|--------------------------|------|
| <b>第一章 行政法概述</b> .....   | (1)  |
| 第一节 行政法的基本概念 .....       | (1)  |
| 第二节 行政法的渊源 .....         | (6)  |
| 第三节 行政法的基本原则 .....       | (9)  |
| 第四节 行政法律关系 .....         | (13) |
| 配套测试 .....               | (17) |
| <b>第二章 行政主体</b> .....    | (19) |
| 第一节 行政主体概述 .....         | (19) |
| 第二节 行政机关的概念 .....        | (23) |
| 第三节 行政授权与行政委托的组织 .....   | (31) |
| 第四节 公务员 .....            | (35) |
| 配套测试 .....               | (46) |
| <b>第三章 行政行为概述</b> .....  | (49) |
| 第一节 行政行为的概念与特征 .....     | (49) |
| 第二节 行政行为的一般种类 .....      | (51) |
| 第三节 行政行为的构成要件与法律效力 ..... | (55) |
| 第四节 行政程序 .....           | (63) |
| 配套测试 .....               | (70) |
| <b>第四章 行政立法</b> .....    | (72) |
| 第一节 行政立法概述 .....         | (72) |
| 第二节 行政立法的制定权限和程序 .....   | (77) |
| 第三节 行政立法的效力和监督 .....     | (84) |
| 配套测试 .....               | (87) |
| <b>第五章 行政许可</b> .....    | (90) |
| 第一节 行政许可概述 .....         | (90) |
| 第二节 行政许可的基本原则 .....      | (95) |
| 第三节 行政许可的设定和实施机关 .....   | (99) |



|                               |              |
|-------------------------------|--------------|
| 第四节 行政许可实施程序 .....            | (102)        |
| 第五节 行政许可的撤销、注销与中止 .....       | (108)        |
| 配套测试 .....                    | (110)        |
| <b>第六章 行政处罚 .....</b>         | <b>(112)</b> |
| 第一节 行政处罚的概念和原则 .....          | (112)        |
| 第二节 行政处罚的种类与设定 .....          | (115)        |
| 第三节 行政处罚的管辖与适用 .....          | (119)        |
| 第四节 行政处罚的程序 .....             | (122)        |
| 配套测试 .....                    | (127)        |
| <b>第七章 行政强制 .....</b>         | <b>(131)</b> |
| 第一节 行政强制措施 .....              | (131)        |
| 第二节 行政强制执行 .....              | (136)        |
| 配套测试 .....                    | (141)        |
| <b>第八章 行政合同 .....</b>         | <b>(144)</b> |
| 第一节 行政合同的概述 .....             | (144)        |
| 第二节 行政合同的缔结、变更和解除 .....       | (148)        |
| 配套测试 .....                    | (151)        |
| <b>第九章 几种其他具体行政行为 .....</b>   | <b>(152)</b> |
| 第一节 行政征收与行政征用 .....           | (152)        |
| 第二节 行政给付与行政奖励 .....           | (155)        |
| 第三节 行政裁决与行政调解 .....           | (158)        |
| 配套测试 .....                    | (163)        |
| <b>第十章 行政救济 .....</b>         | <b>(165)</b> |
| 第一节 行政救济的基本原理 .....           | (165)        |
| 第二节 行政救济的途径和功能 .....          | (167)        |
| 配套测试 .....                    | (170)        |
| <b>第十一章 行政复议 .....</b>        | <b>(172)</b> |
| 第一节 行政复议概述 .....              | (172)        |
| 第二节 行政复议的范围与管辖 .....          | (175)        |
| 第三节 行政复议参加人 .....             | (180)        |
| 第四节 行政复议的程序与规则 .....          | (183)        |
| 配套测试 .....                    | (187)        |
| <b>第十二章 行政诉讼概述 .....</b>      | <b>(191)</b> |
| 第一节 行政诉讼的概念 .....             | (191)        |
| 第二节 行政诉讼的基本原则 .....           | (197)        |
| 配套测试 .....                    | (201)        |
| <b>第十三章 行政诉讼受案范围与管辖 .....</b> | <b>(203)</b> |
| 第一节 行政诉讼受案范围概述 .....          | (203)        |
| 第二节 行政诉讼受案范围的具体规定 .....       | (206)        |
| 第三节 行政诉讼管辖 .....              | (214)        |
| 配套测试 .....                    | (223)        |



|                                 |       |
|---------------------------------|-------|
| <b>第十四章 行政诉讼参加人</b> .....       | (227) |
| 第一节 行政诉讼参加人概述 .....             | (227) |
| 第二节 行政诉讼的原告、被告和共同诉讼人 .....      | (230) |
| 第三节 行政诉讼第三人和诉讼代理人 .....         | (239) |
| 配套测试 .....                      | (243) |
| <b>第十五章 行政诉讼的证据与法律适用</b> .....  | (246) |
| 第一节 行政诉讼证据 .....                | (246) |
| 第二节 行政诉讼的证据规则 .....             | (251) |
| 第三节 行政诉讼的法律适用 .....             | (262) |
| 配套测试 .....                      | (266) |
| <b>第十六章 行政诉讼的程序</b> .....       | (269) |
| 第一节 起诉与受理 .....                 | (269) |
| 第二节 行政诉讼审理与执行程序 .....           | (273) |
| 配套测试 .....                      | (281) |
| <b>第十七章 涉外行政诉讼</b> .....        | (284) |
| 第一节 涉外行政诉讼概述 .....              | (284) |
| 第二节 涉外行政诉讼的原则和制度 .....          | (286) |
| 配套测试 .....                      | (288) |
| <b>第十八章 行政诉讼的判决、裁定与决定</b> ..... | (289) |
| 第一节 行政诉讼的判决 .....               | (289) |
| 第二节 行政诉讼的裁定与决定 .....            | (294) |
| 配套测试 .....                      | (300) |
| <b>第十九章 国家赔偿</b> .....          | (302) |
| 第一节 国家赔偿概述 .....                | (302) |
| 第二节 行政赔偿 .....                  | (311) |
| 配套测试 .....                      | (319) |
| <b>配套测试参考答案</b> .....           | (322) |

# 第一章

## 行政法概述

### 导读

行政法是调整因行政主体行使行政职权而形成的特定社会关系的法律规范的总称,是非常重要的独立的部门法。本章着重介绍了行政法的含义、特征、渊源,行政法的基本原则以及行政法律关系的含义、构成和变动。通过本章学习,初步概括地认识行政法的基本理论和原理,为全面学习行政法打好基础。本章须重点掌握:行政、行政法、行政法的渊源、行政合法性原则、行政合理性原则、行政法律关系。

### 第一节 行政法的基本概念

#### 一、行政含义与学说

行政法是关于行政的法,那么什么是行政呢?笼统地讲,行政就是管理,大多数的行政学学者就是从管理的角度来说明行政的。而管理可以说时时刻刻都在进行,大到总理温家宝部署抗击禽流感的各项战略,例如建立网络,逐级通告疫情等,小到我们对本周开支作一个预算等,概括地说就是用计划、组织、协调等方法来使用人和物,从而实现一个目标。当然行政法上讲的行政不是所有的管理活动,而是指以公益为目的,与国家有必然或者特定联系的组织管理活动。

##### (一) 关于行政含义的几种观点

行政法所调整的行政是国家的一种职能,即行政职能。究竟何为国家的行政职能,古今中外代表性的说法主要有:

(1) 美国学者古德诺的国家意志执行说。古德诺认为,政治是国家意志的表达,行政是国家意志的执行。因此,执行国家意志的行为就是行政。随着行政机关制定规范性文件的日益普遍,这种观点就不能解释行政的实质了,而且司法机关也可以认为是在执行国家意志。

(2) 马克思的国家组织说。马克思认为,行政是国家的组织活动。这种学说在我国占有权威性的地位。

##### (二) 行政的含义

通过以上各种学说的分析,我们认为定义行政时必须要把行政主体的活动和立法机关以及司法机关的活动区分开来,另外也要把行政与行政主体其他的活动区分开来,同时还要涵盖所有



实质内容的行政。

基于以上考虑,本书认为行政应当是专门的国家机关或组织基于公共利益对国家和社会事务进行组织、管理和提供服务的活动。对这个定义应当从以下几个方面来理解:

(1) 行政是专门的国家机关或组织的活动。专门的国家机关指行政机关,以上海市为例,市级的就有上海市人民政府,市教委、财政局、公安局、城市规划管理局和新闻出版局等二十几个局委。在一个特定的社会中,行政是广泛存在的,不限于单纯的政府行政部门,实际上,向大众提供公共物品的并不仅限于政府等行政机关,还有一些非国家机关的组织,例如行业协会、事业单位或者企业等,在我国,这些组织和行政机关合称为行政主体。确切地说,行政是行政主体的活动,其中主要是行政机关的活动,非国家机关的组织的行政在目前只是补充。根据这一表述,在行政诉讼中,被告辱骂证人,法院为排除妨害对被告采取的拘留措施就不是行政,同理,某市人民代表大会作出小排量机动车限时上高速的规定也不是行政。

(2) 行政是行政主体基于公共利益对公共事务和国家事务进行的活动。基于公共利益,例如交通管理部门对闯红灯的驾车者进行罚款是为了维持交通秩序,而不是为了年底分红;对公共事务和国家事务进行的活动,例如规划局把某区定位为别墅区并不是规划局这个组织自身的事务,换句话说,它这样做或者不这样做都不影响其自身的生存和运行。

(3) 行政是行政主体的组织、管理或者提供服务的特定活动。这种活动的形式可以有多种,可以是合法的,也可以是违法的;可以是作为也可以是不作为。例如市绿化管理局要求每个单位种植10棵树、地震灾区民政局给受灾群众发放救灾物资、公安局对争吵推打的两邻居作出处罚等。但是这并不是说行政主体所作出的任何行为都是行政,办证中心的工作人员到新华书店买笔就不是前述组织、管理或者提供服务的活动,因为在该买卖关系中,双方地位平等,不存在办证中心的工作人员对售货员的管理。在同一情境下,办证中心把笔提供给前来办证的人使用才是提供服务的行为。

## 二、行政法的概念和种类

### (一) 行政法的概念

“行政法”这个词最早出现在法国,因而法国通常被称为行政法母国,我国“行政法”一词则是从日本引进的。对行政法的理解也有各种不同的看法,比如说把行政法说成行政机关制定的法、控制行政活动的法律等。本书开篇即是“行政法是有关行政的法”,那么“有关”是指哪些方面的关系,关系到怎样的程度才能成为有关呢?以公安局对足球流氓的处罚为例,具体应当包括该公安机关有权做什么,这个权力是怎么来的,怎样行使这个权力,如果它不行使或不恰当行使了这个权力,什么机关可以来监督它、纠正它,并给予权利受损的相对人何种救济等一系列的内容,这些都是与行政相关的。因此我们可以将行政法定义为:行政法是独立的部门法,是调整行政主体取得以及行使职权而发生的各种社会关系的法律规范的总和。有人把这些社会关系统称为行政关系,有人则把这些关系分为行政关系和监督行政关系<sup>①</sup>。本书认为和行政权有关的社会关系,即行政法所调整的行政关系和监督行政关系,具体应当包括以下几个方面:

(1) 行政权配置过程中的社会关系。此部分主要由行政组织法调整,具体表现为行政机关和其他机关的权限范围、行政机关相互之间的权限范围等。

(2) 行政活动过程中的社会关系。此部分由行政行为法如行政处罚法、行政强制法、行政许

<sup>①</sup> 罗豪才主编:《行政法学》,7页,北京,北京大学出版社,1996。

可法等来调整,是行政权运行产生的最主要的、数量最多的社会关系。

(3) 对行政活动监督过程中的社会关系。此部分由行政监督法如行政监察法、信访法、审计法等来调整,是保证行政权依法运行的关键环节。

(4) 行政救济过程中的社会关系。此部分主要由行政复议法、行政诉讼法和国家赔偿法来调整。要特别指出的是行政诉讼法是否是行政法的问题,行政诉讼法主要规定法院在审理行政案件时要遵循的程序,可以作出什么样的判决,怎样执行该判决,并不是至少主要不是行政权的获得以及行使的问题,所以有人认为行政诉讼法应是一个独立的法律部门,是国家的三大诉讼法之一。但司法考试教材则通常认为行政诉讼法是从属于行政法的一个子学科。

## (二) 行政法的特征

作为一个独立的法律部门,行政法与其他的部门法相比较,形式上和内容上都有显著的不同。

### 1. 行政法在内容上的特征

(1) 行政法涉及的内容十分广泛。英国行政法学者韦德在其巨著《行政法》一书中讲到英国行政从19世纪到20世纪的变迁时,首先引述英国历史学者泰洛的话,“直到1914年8月,除了邮局和警察以外,一名具有守法意识的英国人可以度过他的一生却几乎没有意识到政府的存在”。<sup>①</sup>现代国家的行政行为,早就已经和警察国家时代——“管得越少的政府越是好政府”完全不同了。现代行政不像18世纪、19世纪那样仅限于治安、国防、税收、外交等领域,而且还扩展到了包括工商、卫生保障、环保绿化、劳动保护、社会福利等在内的几乎所有的社会生活领域,触及社会的每一个角落。行政的作用不仅在于维持社会的公共秩序,更重要的还要采取各种积极主动的措施促进社会的整体进步。对一般民众而言,行政可以概括为从摇篮到坟墓的全方位管理,婴儿出生需要国家提供各类医院,出生后需要到公安部门申报户口,入学入托需要各种教育设施,家庭贫寒还可以申请国家奖学金等,毕业创业要申请各类许可,违法经营可能会被处罚或者强制执行,退休了可以领取养老金。人生终了去世了,子女要给注销户口等。

(2) 行政法律规范具有较强的变动性。主要是由行政法的调整对象决定的,行政法调整对象的广泛性,以及依法行政的客观要求导致行政法要对日新月异的行政关系作出及时调整,否则会产生消极影响,因而数量极大的行政法规、规章会以废、改、立的形式更新内容。当然一般来说,法律规范必须具有一定的稳定性,因为朝令夕改会导致人们无所适从,因此如何在变动中求稳定呢?首先要以行政法的基本原则来统领行政法的立法和实施,即新的立法内容要遵从行政法的基本原则,从而较快地融入已有的法律体系,另外就是行政法中最重要、最基本的问题要由法律形式来规定,而行政法规和规章则可以对某些问题作出实验性的规定。

(3) 行政法调整的主要是纵向关系。行政法调整的是行政关系和监督行政关系,在行政关系中,行政主体和相对人处于管理和被管理的地位,大多数情况下是命令与服从的关系。即使是在监督行政关系中,双方主体也不是和民事关系那样处于平等位置的,监督者有权撤销或变更受监督者的决议。

### 2. 行政法在形式上的特征

(1) 行政法没有统一完整的实体法法典。虽然有些国家已经制定了统一的行政程序法,例如美国《联邦行政程序法》,我国也已经起草了《行政程序法》。但各国都没有独立、完整、统一的实体法法典,原因在于行政法涉及的社会生活领域十分广泛,内容纷繁复杂,又有较强的技术性、

<sup>①</sup> [英]威廉·韦德:《行政法》,1页,北京,中国大百科全书出版社,1997,韦德的本意其实在于说1914年的时候,政府已经发生了深刻的变化,不再是我们生活中可有可无的角色。



专业性。例如专利授予、污染治理费的收取等都需要高度的专业性,而且各种行政行为之间在操作上完全不具有共通性,例如许可执照和行政处罚就是完全两码事,这样即使规定在一部法典中也不能融合在一起,和单行规定无异。而行政程序可以制定法典的原因在于各种行政行为有共同遵守的基本的和主要的制度,例如说明理由、听证制度等。

(2) 行政法的数量多,表现形式多样。由于行政法内容的广泛性、易变动性和技术的复杂性,只能以不同的规范性文件来规定不同性质和特点的行政关系。在我国,能够成为行政法渊源的就有法律、行政法规、地方性法规、行政规章、自治条例和单行条例、法律解释、条约和协定等,这些渊源不仅数量众多,而且名目繁多,居于各部门法之首。

(3) 行政法的实体性规范和程序性规范相互交织,并往往共存于一个法律文件之中。行政实体规定行政行为的内容、效果和责任,而程序只包含行政行为的步骤、方式、方法和时限。例如《行政处罚法》规定,违法行为发生地的县级以上有职权的行政机关对违法行为进行处罚,同时规定了该机关在处罚时应当遵循的程序,包括简易程序、一般程序和听证程序等。而在刑事法律和民事法律中,实体法律和程序法律通常是分开的。

### (三) 行政法的种类

由于行政法调整的社会关系十分广泛,涉及社会生活的各个领域,行政法律规范数量多且错综复杂,因此为了揭示行政法的特征和实质,更好地认识和学习行政法,有必要对行政法进行分类。根据不同的标准可以有不同的分类:

#### 1. 根据行政法性质的不同,可以将行政法分为实体行政法和程序行政法

实体行政法是规范行政法律关系主体的实际权利义务、资格和地位等的行政法,而程序行政法则是规范行政法律关系主体如何去实现权利义务的行政法。前文谈到对于行政法而言,非常显著的特点是实体和程序往往相互交织、共存在同一部法律规范中。例如《行政许可法》既规定了许可机关在审查申请材料时的权力,又规定了许可机关审查申请材料的时间和方式,还包括相对人提出申请的方式等。

区分实体行政法和程序行政法的意义在于,实践中我们对行政程序的遵守要求普遍较低,对违犯实体行政法和程序行政法的后果有不同的规定,对违法行政程序持较宽容的态度。这是重实体轻程序的直接体现,但是“迟到的正义等于非正义”,因此应当改变这种状况,明确违犯程序规定也是违法,这也是制定《行政程序法》的目的所在。

#### 2. 根据行政法调整对象范围的不同,可以将行政法分为一般行政法和特别行政法

一般行政法是对一般行政关系进行调整的法律,特别行政法是对特别行政关系进行调整的法律。这里所说的“一般”和“特别”是一对相互对应的概念,而不是说某一法律规范绝对就是一般法或者特别法。例如适用于全国范围内各行政领域的《行政处罚法》是一般法,只适用于公安行政领域的《治安管理处罚法》就是特别法。同属于公安行政法的,《治安管理处罚法》是一般行政法,而《天津市公共交通治安管理条例》则是特别法。将行政法划分为一般行政法和特别行政法的意义一是在法律适用时要优先适用特别法,二是这种划分有助于我们在注意行政法律关系的共性的基础上,注意特别行政法律关系。

#### 3. 根据行政法作用的不同,可以将行政法分为行政组织法、行政行为法、行政监督法和行政救济法

行政组织法是规范行政主体的设置、编制、职权来源和范围、职责的法律,行政行为法则规范行政主体行使职权作出行政行为的法律规范,行政监督法是规范监督主体对于行政主体及其工作人员的行政行为进行监督检查并且督促其改正的法律规范,行政救济法则是规定如何对违法、不当等瑕疵行政行为或者其他损害行为造成的后果进行补救的法律规范。



将行政法区分为行政组织法、行政行为法、行政监督法和行政救济法,从学习者的角度来看,有利于从宏观上全面把握行政法的框架。从法律实践上看,希望可以从整体上把握行政法的各个环节,无论是立法、执法还是司法,都能够综合考虑这几个部分。

### 三、行政法的地位与作用

#### (一) 行政法的地位

##### 1. 行政法是一国法律体系中独立的法律部门

从性质上来看,行政法是公法,是国内法。所谓公法,就是规范国家、国家机关以及公共团体的活动,调整以国家权力为基点的上下关系,从而保护公共利益的法律。相反,私法则是规范个人和私团体的活动,调整个人之间的横向的私人关系,从而保护私人利益,维护私人秩序的法律。行政法是关于行政权的组织和作用的法律,应属公法。但是公私法只是性质上的划分,在现代法治国中,行政权行使的原理和实践早已不是单纯的命令与服从的关系,也可能会采取类似合同等私法形式来进行,而且这种形式还会被日益广泛地使用。因此在行政法的学习中,不能只偏重于公私法的区别。行政法是公法,同时是国内法,行政法调整的是行政权在本辖区内的行使,面对的是本辖区内的事务和管理服务对象,性质上应属国内法。行政法调整的最主要是行政主体和自然人的关系,而不是国家之间或者国家和个人的关系,行政法最主要体现为本国制定或认可的规范性文件,利用国家强制力为后盾来实施。但是在当今这样一个国家交往日益频繁、政治经济文化一体化势不可挡的时代,有关一国政府对外国企业和个人承担的义务的条约越来越多。这些条约中涉及行政法内容的当然也应当属于行政法的渊源,但是这并不能改变行政法的国内法性质。

行政法作为一个独立的法律部门,就意味着它与民法、刑法一样,在形式上表现为众多独立的法律规范的集合体,在调整对象上,它有着民法、刑法所不能调整的独特部分。行政法和民法的区别是显而易见的,首先在调整对象上,行政法调整的主要是行政主体与行政相对人之间的纵向关系,而民法调整的是平等主体之间的财产和人身关系;在调整方式上,行政法采取的大多是强制性的方式,而民法采取的是意思自治、平等互利;从追究责任的方式和有权机关来看,行政法追究的责任是补救性和惩罚性的,而民法追究的责任主要是补救性的,因为双方平等,一方就不能强制要求对方做他不愿意做的事。同样,行政法和刑法也是不同的,很多时候完全是两码事,例如行政奖励和犯罪,但有一部分可能会有交叉,例如《治安管理处罚法》规定应受处罚的行为,如果情节过重,达到刑法所规定的轻罪程度,则构成犯罪。

##### 2. 行政法是一国法律体系中最重要部门法之一——动态的宪法

宪法规定了我国国家制度和社会制度的根本原则和重大问题,各部门法都是直接实施宪法原则和内容的,宪法涉及的是国家与公民之间、国家机关相互之间的关系。但是行政法规定的是行政权的取得、行使与补救,涉及的是行政机关与行政管理相对人之间、行政机关相互之间的关系。这和宪法所调整的国家权力和公民权利息息相关,它直接涉及国家行政权力的确定和行使,也直接涉及公民权利的保障。另外,从行政法和其他基本法律部门的关系来看,行政法对其他部门法的影响越来越大。随着行政职权的扩张,现代国家的行政机关已经越来越多地介入刑事、民事活动。例如传统上认为民事纠纷、合同纠纷应属民法调整,但是现在有不少国家都建立了行政裁决制度来调整特定的民事纠纷。

行政法是实现依法治国的一个重要的部门法,因为依法行政是实现依法治国的关键。首先从治国的环节来看,治国包括立法、行政和司法三环节,立法是制定各种规范性文件,是法治的前提条件,可是徒法不足以自行,已制定的法律如果得不到遵守和执行,那么就无异于一纸空文,而



且还会严重地破坏法律的权威。而司法环节着重于纠正违法行为、弥补损失从而恢复到违法之前的状态或者达到合法执行后应有的状态。但是司法环节是事后环节而且处于不告不理的被动情况。因此,行政最广泛、最直接地涉及普通大众,相对而言就是治国最主要的环节了。另外,依法行政是依法治国的难点,首先行政机关实行的是行政首长个人负责制,这是由于行政需要快速作出反应的特性决定的,但是,个人负责制也可能会导致个人意志凌驾于法律之上,造成国家权力的滥用和对公民权利的肆意侵害。

## (二) 行政法的作用

行政法作为法的一种,当然和其他法律一样具有规范作用和社会作用,前者例如指引、评价、强制、预测和教育等,后者则包括维护阶级统治和管理社会事务等。但是行政法是独立的部门法,当然应当具有独特的功能和作用。对于行政法的功能,行政法学界主要有三种观点:管理论、控权论和平衡论。管理论认为,行政法的基本内容在于保障国家行政机关对于大众和公共事务的管理,从而保障国家和社会的公共利益;控权论则认为,行政法的目的在于控制国家的行政权力,从而保护公民权利不受侵犯;平衡论则认为,行政法既要保障行政管理的有效实施,同时也要保障公民权利免受侵害,行政既有管理的功能,又有控权的功能。本书认为行政法的最高宗旨在于控制政府的权力使其不被滥用,从而保护公民的合法权益免受行政权的侵犯。

## 第二节 行政法的渊源

行政法的渊源指行政法的具体表现形式。法律的表现形式有两种:一是法典式,即以一部法典来对行政法律规范作系统规定;二是分散式,散见在不同的法律法规中。在第一节中我们谈到行政法无论在哪个国家,都不像刑法、民法那样有统一的实体法法典,而是散见在数量众多的各种规范性文件中。换句话说,行政法以种种形式存在,这种种形式就是我们所说的行政法的渊源。从国外情况看,并非只有法律文件才是行政法的渊源,法院的判例和行政惯例在一定条件下也是可以成为行政法的渊源的。我国的行政法的渊源主要有以下几种。

### 一、宪法

宪法是国家的根本大法,它规定了国家的基本制度和根本原则,这里宪法是行政法的渊源并非指总体意义,而是指宪法中有关行政管理的某些规定是行政法的渊源。包括有关行政权的获得、行使以及公民行政权利、义务等规范。这些内容属于行政法的范畴,因而宪法也是行政法的表现形式。例如宪法第 89 条规定的国务院的职权;宪法第 41 条规定的公民对国家机关的批评、建议、检举、控告的权利;宪法第 56 条规定的公民具有服兵役的义务;宪法第 56 条规定的公民具有纳税的义务等。

### 二、法律

法律是全国人民代表大会及其常务委员会根据宪法或者依职权制定的规范性文件,前者制定的称为基本法律,后者制定的称为一般法律。法律是以国家主席令的形式颁布,全国人大常委会公报是其标准文本。《立法法》第 8 条规定了只能由全国人大或全国人大常委会以法律的形式进行立法的事项,包括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,基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度等 10 项内容。现行法律规定行政法的内容包括两种情况:一种是该法的全部规范都属于行政法规范。例如《公务员法》、



《行政处罚法》和《行政许可法》等。另外一种是该项法律整体属于其他法律部门,而只有其中的一部分或者某一条款属于行政法规范,而其他部分或者条款则属于其他性质的法律规范。例如《公司法》和《外资企业法》等整体属于经济法,但《外资企业法》第5条规定的在特殊情况下,根据社会公共利益的需要,对外资企业可以依照法律程序实行征收,并给予相应的补偿就属于行政征收的内容。

### 三、行政法规

行政法规是国务院为领导和管理国家各项行政工作,根据宪法和法律制定的有关政治、经济等各领域规范性文件的总称。行政法规在全国范围内具有普遍的拘束力。它的颁布形式是国务院总理签署国务院令。其标准文本是国务院公报。从名称上看,行政法规一般称为“条例”,也可以称为“规定”和“办法”,“暂行条例”和“暂行规定”。根据《立法法》第56条,行政法规可以就下列事项作出规定:(1)为执行法律的规定需要制定行政法规的事项;(2)宪法第89条规定的国务院行政管理职权的事项;(3)根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权立法的事项。

行政法规既然是作为行政机关的国务院制定的,当然其内容就集中体现为行政法律规范了。据2000年底的统计,行政法规有800个,例如《学士学位条例》、《工伤保险条例》和《婚姻登记条例》等。

这里需注意的是如果国务院以非总理令的形式颁布的规范性文件,则不是行政法规而属于其他规范性文件。

### 四、地方性法规

地方性法规指省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会和较大市的人民代表大会及其常委会在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下根据本地区的实际情况和具体需要制定的,在本行政辖区内实施的规范性文件的总称。从名称上看,多表现为“办法”和“规定”等,地方性法规的立法主体有两类:一类是省、自治区、直辖市的人大及其常委会;另一类是较大市的人大及其常委会,《立法法》将较大市规定为省、自治区人民政府所在地,经济特区所在地的市和经国务院批准的较大市。国务院批准的较大的市具体包括:唐山市、大同市、包头市、大连市、鞍山市、抚顺市、吉林市、齐齐哈尔市、青岛市、无锡市、淮南市、洛阳市、宁波市、邯郸市、本溪市及淄博市。

地方性法规可以就下列事项作出规定:(1)为执行法律、行政法规的规定,需要根据行政区域的具体情况作具体规定的事项;(2)属于地方性事务需要制定地方性法规的事项;(3)除了《立法法》第8条保留给法律制定的事项外,国家尚未制定法律或者行政法规的事项。地方性法规的制定程序包括以下几个主要的环节:提案、审议、表决、公布、刊登和文本。以《上海市新建住宅交付使用许可规定》为例,该法规草案由上海市房屋土地资源管理局起草,经过上海市人民代表大会城市建设环境保护委员会一审,并提出了修改意见。而后上海市十二届人大常委会第二十二次会议对该规定草案进行了审议。常委会组成人员认为,制定该规定是必要的。同时,提出了一些修改意见。会后,法制工作委员会将规定草案印发部分市人大代表、各区县人大常委会以及有关社会团体征求意见。之后法制委员会召开会议,根据常委会组成人员和市人大城建环保委员会的审议意见以及其他各方面提出的意见,对规定草案进行了审议。最后上海市十二届人大常委会第二十二次会议表决通过了该规定草案。



## 五、自治条例和单行条例

自治条例和单行条例是民族自治地区的人民代表大会依照法定权限,结合当地民族的政治、经济和文化的特点所制定的规范性文件。其中自治条例是用以全面调整本自治地方事务的综合性规范性文件,例如《威宁彝族回族苗族自治县自治条例》,而单行条例则指针对本自治地区各方面的事务。地方性法规和自治条例的区别在于:(1)制定主体不同。自治条例和单行条例的制定主体是民族自治地区,具体包括自治区、自治州和自治县的人民代表大会,其人大常委会则无权制定,而地方性法规的制定主体是省级人大及其常委会,以及较大市的人大及其常委会,县级的人大就不具有制定地方性法规的权力了。(2)同法律、行政法规的关系不同。自治条例、单行条例可以依据当地民族的特点,在不违背法律、行政法规基本原则的前提下,对法律和行政法规的规定作出变通规定;而地方性法规不得与宪法、法律、行政法规相抵触。(3)自治条例和单行条例需批准才能生效,而地方性法规则只要备案就行。根据《立法法》第66条和第89条的规定,自治区的自治条例和单行条例,应报全国人大常委会批准后生效,自治州、自治县的自治条例和单行条例,报省、自治区、直辖市的人大常委会批准后生效,该人大常委会还应该将该自治条例和单行条例报全国人大常委会和国务院备案。而地方性法规则无需批准,省级人大及其常委会制定的地方性法规,报全国人大常委会和国务院备案,较大市的人大及其常委会制定的地方性法规,由省、自治区的人大常委会报全国人大常委会和国务院备案。

## 六、行政规章

规章包括国务院部门规章和地方政府规章两种。二者具有同等的法律效力。国务院部门规章由国务院部、委、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构制定,部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。如果涉及两个以上国务院部门职权范围的事项,应当提请国务院制定行政法规或者由国务院有关部门联合制定规章。地方政府规章是由省、自治区、直辖市和较大市的人民政府制定的,地方政府规章可以就下列事项作出规定:(1)为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项;(2)属于本行政区域的具体行政管理事项。

行政规章针对的是行政活动,因而也是行政法的表现形式。根据《规章制定程序条例》,规章的制定程序包括立项、起草、审查、决定和公布,但不得使用“条例”名称。

## 七、国际条约和协定

我国参加和批准的国际条约或者与其他国家签订的协定中涉及国内行政权的运行的,国家行政机关必须受到它的约束,行政相对人也必须遵守这些条约和协议,但是我国声明保留的除外。作为行政法的渊源,国际条约和协定的特殊在于它具有优先适用性,在国际条约与国内法的规定相互冲突时,要优先适用国际条约和协定。

## 八、法律解释

法律解释是指在法律、法规和规章制定后的适用过程中,立法机关、司法机关和行政机关对其有关概念、术语、界限以及如何应用等所作的解释。和法律解释不同的是学理解释,学理解释往往因人而异,在执法、司法中不能直接适用。法律解释是有法律效力的解释,但是这种效力应当符合前提条件,首先就是解释不能超越法律本身,不能规定法律没有涉及的权利和义务;其次,

法律解释的机关应当享有解释权限,并且遵守解释的法定程序。根据1981年全国人大通过的《关于加强法律解释工作的决议》的规定,有权解释具体包括立法解释、司法解释、行政解释和地方解释。这种区分是根据解释主体的不同来划分的,当然什么时候需要何种主体进行解释是有规定的,一般来说,如果是对法律、法规等规范性文件本身需要进一步明确界限或者作补充规定的,由全国人大常委会来进行立法解释;而如果是涉及在法律审判工作或者检察院检察工作中具体运用法律的问题,则由最高人民法院和最高人民检察院来进行司法解释;不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题,由国务院及主管部门进行行政解释。凡属于地方性法规条文中本身需要进一步明确界限或作补充规定的,由制定法规的省级人大常委会作出解释或者规定。凡属地方性法规如何具体应用的问题,由省级人民政府主管部门进行解释。法律解释包括以专门的解释性文件如“解释”、“规定”和“批复”等对法律作出的普遍性解释,还可能在适用法律时作出具体的个案解释,个案解释事实上对以后同类案件具有约束力,因而也是行政法的渊源。

行政法的渊源种类极多,法律法规和规章等都可以对行政管理的某一项具体内容作出规定,那么究竟是由哪一个法律文件规定就需要具体分析。整个立法体系要解决的首要问题就是各自的立法权限问题,其基本的原则就是:在上位法有规定的情况下,下位法不得与之冲突。但更关键的问题是在上位法没有规定的时候,下位法可否进行创设性立法?首先来分析行政法规和法律的关系。《宪法》第89条第3款规定国务院根据宪法、法律制定行政法规。根据从字面上看是“须有上位法,否则不能径行规定”。但是,对此《立法法》和现实都作出了不同的解释。现实生活中,如果所有的行政活动都必须有法律来规定的话,不少行政行为就会因为缺乏依据而无法进行,例如目前上海的磁悬浮特许经营等。因此有很多在法律缺位的情况下出台行政法规的情况。例如《劳动法》出台前,国务院就制定了《劳动争议处理条例》等。《立法法》第56条规定的行政法规的权限就包括了“依照国务院职权”作出的情况。可是如果国务院在法律缺位的情况下能够制定所有的法律,那么立法权就会从全国人大转移到了国务院,这当然会引起民主根基的动摇。所以《立法法》第8条明确规定了法律保留的事项。

关于部委规章和行政法规的关系,《宪法》第90条第2款也规定了要“根据法律,国务院法规、决定、命令”来制定规章,《立法法》第71条第1款也作出了同样的要求,因此说部门规章只能在有上位法的情况下作出执行性立法,这就是细化。

地方政府规章和部委规章不同,《立法法》第73条第2款规定地方政府可以进行执行性立法和属于本地区的具体管理事项的创设立法。其中可能的原因存在于地方政府是具有综合管理权力的机关。

至于地方政府规章和地方性法规的立法权限划分,有着相当大的随意性。具体来说,它们都具有执行性立法的情形,而上位法中又有共同的部分,有人主张如果是法律规定的事项,具体化由地方性法规来进行。如果是行政法规规定的事项,由地方政府规章来具体化。至于创设性立法时,本地区全局的、根本的重大的事项有地方性法规来制定,而局部的、专业的一般性的问题则由地方政府规章来作出。

### 第三节 行政法的基本原则

#### 一、行政法基本原则的概念

对行政法的基本原则的定义是有些争议的,例如有人主张用“原则”来代替“基本原则”,因为原则本身就含有基本之意,不存在“非基本”的“原则”,另外也有人主张行政法要遵循的原则包括



宪法原则、政治原则(如四项基本原则)、基本原则和特别原则,特别原则即位于基本原则之下,产生于行政法指导局部的行政法规范,例如行政诉讼中被告负举证责任原则等。本书采用的是通说,认为行政法的基本原则是行政法特有的,贯穿在行政法关系之中,并指导行政法制定和实施以及行政争议的处理的基本准则。

行政法的基本原则在行政法中具有不可忽视的地位,行政法的基本原则有助于行政法制的统一、协调和稳定,行政法调整的对象是极其广泛和复杂的行政关系,成文法难以作出周密而稳定的规范,因此法律赋予行政机关大量的广泛的自由裁量权,这些自由裁量权必须由法的基本原则加以规范和调整。同时行政法的基本原则也可以弥补行政法律规范的不足,使暂时缺乏行政法律规范调整的社会关系得到及时和必要的调整,从而保证社会的稳定和发展,又没有破坏法律的权威。

法的基本原则不同于法的具体规则,具体规则通常由成文法的具体条文加以明示和宣告,而基本原则通常只是一种观念或者一种法理,哪些内容可以成为行政法的基本原则,用什么来界定,需要行政法学者加以概括和归纳并阐述出来,因此很多时候,不同国家不同时期的学者可能对行政法的基本原则作出不同的概括。但无论是怎样的概括,都应当符合行政法基本原则以下的特征。

### (一) 法律性

行政法的基本原则只能是具有法律意义的基本准则,行政法的基本原则要有法律规范的基本特征,对违犯行政法基本原则的行为会导致相应的法律后果,该行为就会被确认为瑕疵行为,可能会被撤销或者被变更,有关责任单位和责任人员应当承担相应的法律责任。这一特性指出了行政法与政治学和行政管理等相关领域和学科的差异。

### (二) 特殊性

这指行政法的基本原则要体现行政法的特殊性,行政法的基本原则是行政法所特有的基本原则,不适用于所有法。这一特性使行政法区别于其他部门法。例如不能说由国家制定或者认可以及具有强制力是行政法的基本原则,更加不能说平等自愿、意思自治和法无明文规定不为罪是行政法的基本原则。

### (三) 普通性

行政法的基本原则应当适用于所用的行政法领域,能统率和指导一切的行政法律规范。因为作为一个部门法的行政法是所有相关法律规范的总和,作为它的基本原则,理应适用于这所有的相关领域。这一特性能够将行政法的基本原则和行政诉讼、行政处罚等特定层次的基本原则加以区分。

### (四) 抽象性

行政法的基本原则是从无数多的行政法现象和条文中抽象出来的,文字表述上也十分抽象,行政法学者应当努力将行政法的基本原则概括得精辟简洁,而不是使用生活语言或者政治语言来表达行政法的基本原则。

根据这个标准,我们国家目前都一致认为行政法的基本原则是行政合法性原则和行政合理性原则。

## 二、行政合法性原则

### (一) 概念

行政合法性原则要求政府在法律范围内活动,依法办事,简单地说就是依照法律来取得和行



使行政权力;政府和政府工作人员如果违犯了法律,超越法律活动就应当承担法律责任。其实质是政府应当服从于人民,具体就是服从于人民意志和利益体现的法律。对行政合法性原则这个定义要从以下方面把握,首先,“行政”指所有的行政行为,包括抽象行政行为和具体行政行为,行政处理行为和行政司法行为,同时既包括内部行政行为也包括外部行政行为。其次,“合法”中的“法”一般来说包括宪法、法律、法规和规章,当然在适用这些法律形式时有具体的先后顺序。例如公民李某未经登记携带外币入境,被海关强制兑换成人民币。该强制兑换行为是否合法,那么我们就必须要找到规范该行为的《海关法》、《携带外币现钞出入境管理暂行办法》和《行政处罚法》<sup>①</sup>。“合法”要求行政行为既要符合实体法又要符合程序法的规定。我国现有法律规定也很大程度上体现了行政合法性原则在行政程序上的作用,例如《行政处罚法》第4条就明确规定了“没有法律依据或者不遵守法定程序的,行政处罚无效”。最后,合法不仅仅指行政行为符合形式上的法律,更重要的是要符合法律的正义性目的和原则。因为法律规定是受法的原理、原则支配的,法的原则不仅指导法律的制定,还指导法律的执行和法律争议的裁决,因此,行政行为不仅要依据行政法的规定,而且要依据行政法的原则,要符合法的基本精神。否则,如果拘泥于行政法的具体规定,机械依法,其行为就可能背离法的目的,产生负面的社会效果。另外,法律规定也是需要社会事实来解释的,在具体法律规定的含义并不是十分明确和唯一而存在多种解释的情况下,行政机关就应当依照法的原则来解释法律条文在具体情景之下的含义。

## (二) 行政合法性原则的内容

行政合法性原则的内容包括以下几个方面,这几个方面也能为我们学习行政权的行使和行政行为提供一个全面的视角,从而掌握了分析行政行为的有力工具。

(1) 行政主体合法。行政主体合法包括行政主体设立合法和权限合法,行政主体未经合法设立就不会取得合法的职权,更不可能有合法的行为,因此,行政合法性原则要贯彻,首先就必须保证行政主体是依法成立的。另外行政主体的职权具有双重性,不仅是行政主体的权力而且也是行政主体的职责和义务,无故不行使或者拖延行使或者不依照法律规定来行使都是和行政合法性原则相违背的。行政主体合法同时也包括行政主体的意思表示是真实的,而不是基于胁迫或者威胁。

(2) 行政行为合法。具体包括事实认定合法有充分的证据,法律依据合法,适法正确。事实认定有充分的证据,例如下面的案例,王某和李某在10年前协议离婚并且到民政局办理了离婚登记,离婚协议中约定两个女儿以及新盖楼房归妻子李某,而旧的小平房归王某。王某的兄弟和父母认为这不像一个正常人的离婚,所以离婚后不久就带王某到医院去检查,结果证实了他们的猜想,王某患上的是严重的抑郁症。他们就将王某送到医院去治疗。后来李某分得房子所在的地段要拆迁,估计可能会得到100万元的安置费。王某的兄弟就主张离婚协议无效、离婚登记无效,要求重新分割财产。本例涉及的行政行为是民政局的离婚登记行为,该行为合法与否的关键在于离婚登记时王某是否是精神病人。法律依据合法要求适用法律应当全面和充分,例如未成年人受唆使的违法行为,就必须要适用对该违法行为的处理规定,同时适用对“未成年人”以及“被教唆”的“从轻规定”。

对抽象行政行为合法性的要求则具体是法律优位和法律保留。法律优位原先的意思是法律优先于行政的一切活动,包括行政立法,因而法律的效力高于行政法规和行政规章,现在则从广

<sup>①</sup> 《行政处罚法》是所有处罚应当适用的一般程序规定,行政行为是否合法要根据具体的法律规范来判断。