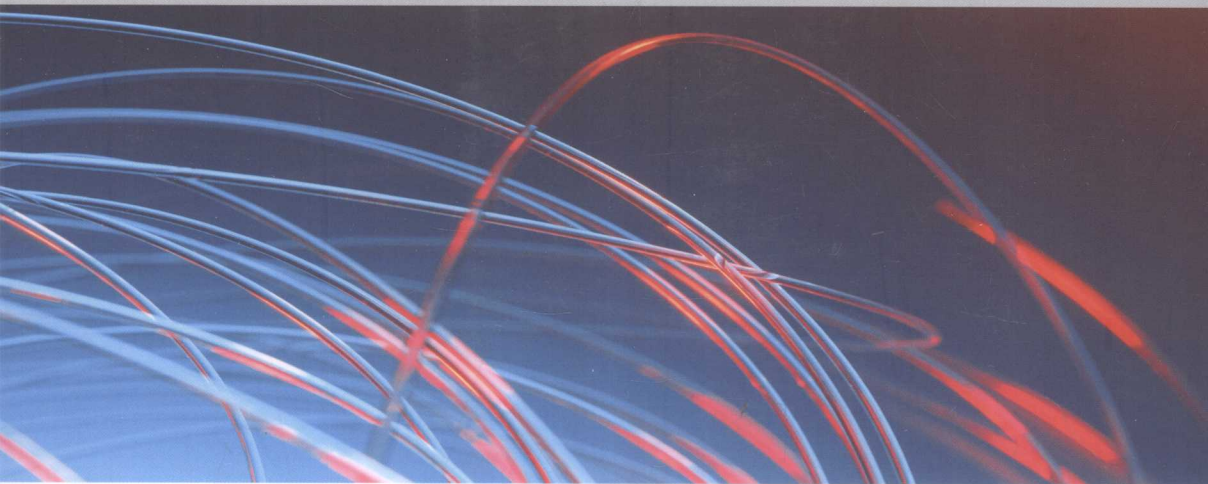




邢鸿飞 王春业 韩轶 吴志红 | 著



行政法专论

Administrative Law Monograph



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

河海大学“211工程”三期资助研究生系列教材

 邢鸿飞 王春业 韩轶 吴志红 | 著

行政法专论

Administrative Law Monograph



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政法专论 / 邢鸿飞等著. —北京:法律出版社,
2016.6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9437 - 3

I. ①行… II. ①邢… III. ①行政法—中国—研究生
—教学参考资料 IV. ①D922.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 087673 号

©法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/三河市龙大印装有限公司

责任印制/沙 磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/29.5 字数/568 千

版本/2016 年 7 月第 1 版

印次/2016 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9437 - 3

定价:52.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

邢鸿飞 1963年生,江苏南京人。河海大学教授、博士生导师,主要研究方向为行政法学,旁及环境与资源保护法学、法律社会学等。1984年毕业于华东政法学院(现华东政法大学),获法学学士学位;2007年获河海大学管理学博士学位。1984年至1997年,南京大学任教,曾任南京大学法学院法律系主任。1997年迄今,河海大学任教。1999年,晋升教授。历任河海大学法律系主任、法学院院长,现任河海大学校长法律事务助理。代表性著作有:《官僚与官僚制——中国传统管制的精神及表现》(独著,宁夏人民出版社1993年版)、《行政法学》(独著,南京大学出版社1997年版)、《公用事业法原论》(合著,中国方正出版社2009年版)等,发表论文百余篇。

王春业 1970年生,安徽明光人。法学博士(后),河海大学法学院教授,主要研究方向为行政法学、立法学。2001年获复旦大学法学硕士学位,2008年获中南财经政法大学宪法与行政法学博士学位,2011年浙江大学法学博士后出站。曾任中国矿业大学经济法研究所所长、淮北师范大学政法学院副院长。2014年作为引进人才加盟河海大学法学院。代表性著作有:《法律文件审查的公民启动研究》(独著,法律出版社2011年版)、《行政公务员全员聘任制改革研究》(独著,人民出版社2013年版)、《区域合作背景下地方联合立法研究》(独著,中国经济出版社2014年版)等,发表学术论文150多篇。

吴志红 1974年生,江苏南京人。河海大学法学院副教授、硕士生导师,主要研究方向为行政法学,旁及立法学。2012年获苏州大学法学博士学位。2000年至今于河海大学任教。代表性著作有:《公用事业规制法研究》(独著,中国政法大学出版社2013年版),发表论文数十篇。

韩 轶 1983年生,江苏南京人。河海大学法学院讲师,主要研究方向为宪法学与行政法学。2005年毕业于南京师范大学法学院,获法学学士学位;2007年获武汉大学宪法学与行政法学硕士学位,2010年获武汉大学宪法与行政法学博士学位。2010年至今于河海大学任教。发表论文十余篇,代表性论文有:《从民族认同到宪法认同——立宪主义视角下民族与国家关系之反思与重构》、《重申历史唯物论的方法论价值——对宪法学方法论研究热的柔性反思》等。

目 录

第一编 总 论

第一章 行政法总论·····	3
第一节 行政与行政权·····	3
第二节 行政法与行政法学·····	21
第三节 行政法的理论基础·····	35
第四节 行政关系与行政法律关系·····	44
第五节 行政法规范与行政法渊源·····	54
第六节 行政法的基本原则·····	63

第二编 主 体 论

第二章 行政主体·····	77
第一节 行政主体的概念与特征·····	77
第二节 行政主体的权能·····	80
第三章 行政人·····	91
第一节 行政人的概念、特征与法律地位·····	91
第二节 行政人的双重身份、双重行为及其认定·····	94
第三节 公务员制度的发展历程·····	97
第四章 行政相对人·····	101
第一节 行政相对人的概念与特征·····	101
第二节 行政相对人的形成·····	102
第三节 行政相对人的分类·····	104
第四节 行政相对人的法律地位·····	106

第三编 行 为 论

第五章 行政行为 and 行政程序概述.....	111
第一节 行政行为.....	111
第二节 行政程序.....	123
第六章 抽象行政行为:行政立法与行政规范	136
第一节 行政立法.....	136
第二节 行政规范.....	152
第七章 具体行政行为(一):行政处罚与行政强制	163
第一节 行政处罚.....	163
第二节 行政强制.....	173
第八章 具体行政行为(二):行政征收、行政征用与行政给付	184
第一节 行政征收与征用.....	184
第二节 行政给付.....	191
第九章 具体行政行为(三):行政许可与行政确认	198
第一节 行政许可.....	198
第二节 行政确认.....	213
第三节 行政规划.....	222
第十章 具体行政行为(四):行政契约、行政指导	231
第一节 行政契约.....	231
第二节 行政指导.....	264
第十一章 具体行政行为(五):行政裁决与行政处理	272
第一节 行政裁决.....	272
第二节 行政调查.....	282
第三节 行政协助.....	288

第四编 救 济 论

第十二章	行政复议	303
第一节	行政复议概述	303
第二节	行政复议范围	307
第三节	行政复议参加人、行政复议机关与管辖	312
第四节	行政复议程序	319
第十三章	行政诉讼	327
第一节	行政诉讼基本理论	327
第二节	行政诉讼受案范围	344
第三节	行政诉讼管辖	358
第四节	行政诉讼参加人	372
第五节	行政诉讼证据规则	389
第六节	行政诉讼程序	407
第七节	行政诉讼法律适用	430
第八节	行政诉讼裁判与执行	434
第十四章	行政赔偿	450
第一节	行政赔偿概述	450
第二节	行政赔偿请求人与赔偿义务机关	454
第三节	行政赔偿程序	456
第四节	行政赔偿的方式、标准与费用	459
后 记		464

第一编 总 论

第一章 行政法总论

第一节 行政与行政权

简单而通俗地说,行政法是有关行政的法,而行政的核心是行政权。所以,要弄清什么是行政法,首先得弄清什么是行政?什么是行政权?

一、行政

(一)行政法意义上的“行政”

“行政”一词,英文为 Administration,源自拉丁文 Administrare。既有管理、经营之意,又有行政、行政机关以及执行、施行之意,可见,英文中的行政与管理是同一词。在我国,《现代汉语词典》将“行政”解释为:“行使国家权力的(活动);机关、企业、团体等内部的管理工作。”可见,尽管汉语具有复杂性和特殊性,但行政与管理本质上也是同义词。需要明确的是,行政法意义上的“行政”,并不直接等同于《现代汉语词典》所给的解释,它是类别化了的“行政”,是广义行政概念中的一种特殊形式。它与一般管理存在差异:首先,从存在时间上讲,一般管理的历史较之行政更为悠久。行政和一般管理都是一种古老而长期的社会活动(社会现象),但一般管理随人类社会的产生、消亡而产生、消亡,行政则随国家的产生、消亡而产生、消亡。其次,从存在范围讲,管理的范围较之行政更为广泛。管理和行政都是一种普遍、广泛的社会活动(社会现象),但行政仅为管理的一种特殊形式。由于行政的国家属性,其存在范围要比管理窄一些。对词典上的广义行政作适当划分,并与其相关概念作异同比较划分,对于我们更加深刻理解行政法意义的“行政”的含义及特点大有裨益。

1. 公共行政与私人行政

公共行政与私人行政是诸多学者在界分“行政”一词时经常采用的一种方式,主要是从不同主体管理社会事务的角度所进行的一种划分,与《现代汉语词典》的解释相契合。可以明确的是,现代行政法意义上“行政”是指“公共行政”,而非“私人行政”。两者之间主要存在以下不同:第一,主体不同。公共行政是国家行政主体的活动,公共行政的主体是公法上的主体。国家行政主体是指依法代表国家,并以自己的名义实施国家行政管理的组织,原则上指特定的国家机关,但由于行政内

容复杂、管理形式多样,往往还包括法律法规授权的享有行政职权的其他社会组织。而私人行政的主体是私法上的主体,往往依据公司法等而加以组织,具有私法属性。第二,性质不同。公共行政是一种国家职能活动,其本质是对具有公共性质的事务的组织与管理,具有鲜明的公共属性。而私人行政并不履行国家职能,更多的是对私人事务或团体自身事务的管理。第三,目的不同。人类的活动受一定的目的支配。公共行政的目的在于实现公共利益的维护,这种公共利益与私人利益相对。而私人行政主要以追求私人利益为目的。第四,手段不同。公共行政的行政主体在执行公务之时享有诸多特权,可依据单方意志管理行政相对人,不受相对人意思表示左右,在手段上可采取强制措施。而私人行政,私人之间在法律上处于平等地位,管理者不可将自身意志强加于他人之上,其意愿原则上只能通过对方认可的方式来实现。

2. 公共行政与国家行政

行政法意义上的“行政”是一个不断发展中的概念,国家行政与公共行政的本质差别在于行使行政权主体的范围不同,应当说,公共行政是国家行政发展到一定阶段的产物。

现代行政法研究的公共行政已经不限于国家行政,即由国家行政机关实施的组织与管理活动。就范围而言,国家行政属于公共行政,但公共行政除包括国家行政之外,还包括公共行政组织实施的行政。^{〔1〕}

承担行政职能的组织呈现多样化,国家行政发展至公共行政,是行政法发展的重要趋势,其主要原因在于行政内容日渐复杂化、管理形式日渐多样化等。诸如法国,承认“国家、地方团体、公务法人”三类公法人可以作为公共行政的主体,创设了“公务法人制度”。^{〔2〕} 诸如英国,设立“公法人制度”,意指在具有一般职权范围的中央行政机关和地方行政机关以外,享有一定的独立性和单独存在的法律人格并从事某种特定的公共事务的行政机构。^{〔3〕} 我国也非例外,虽然在很长一段时间内,公共行政直接等同于国家行政,这种状况直至1990年《行政诉讼法》的实施才得以打破。该《行政诉讼法》第25条第4款前半部分规定“由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为,该组织是被告”,至此,“法律、法规授权的组织”的被告主体资格得以明确。在行政法学界,较早对公共行政与国家行政加以明确区分的是1999年姜明安主编的《行政法与行政诉讼法》一书,其认为:“公共行政除了国家行政以外,还包括其他非国家的公共组织的行政,如公共社团(律师协会、医生协会等)的行政以及公共企事业单位(国有企业、公立学校、研究院所等)的

〔1〕 应松年:《行政法与行政诉讼法》,中国政法大学出版社2011年版,第4页。

〔2〕 王名扬:《法国行政法》,北京大学出版社2007年版,第2、100~104页。

〔3〕 王名扬:《英国行政法》,北京大学出版社2007年版,第67~75页。

行政。”〔4〕行政法在中国发展至现在,学界、实务界已形成对公共行政的统一承认,需要说明的是,行政法意义上的“行政”不同于一般管理、不同于广义行政、不同于国家行政。鉴于在中国行政法理论研究以及实践中,“行政”一词一般专指公共行政,即以政府为主体加之法律法规授权的行政主体的行政,因此,在本书下文论述中,我们将直接以“行政”来指称行政法意义上的“行政”,不再另行划分。

(二) 行政的含义

“不同的时代,政府有不同的管理职能。行政的范围是变化着的和发展着的。不同的国家,不同的地区,政府主管事务的多寡和干预领域的广窄会有很大的不同。”〔5〕尽管行政作为一种不断发展中的社会现象,但其本身却一直带有管理、经营及执行、施行之意,围绕这一思想,西方国家的行政学家和政治学家曾给行政下过许多定义,这些形形色色的定义乃至由此形成的各种流派表明,学术界对“行政”一词并无统一见解。下面我们对几种代表性界定方式、几种代表性观点作一简单介绍。

1. 消极定义说

消极说界定的方式,在理论上又被称为“排除说”、“扣除说”、“控除说”、“蒸馏说”,其认为行政是除立法和司法活动以外的一切国家活动。消极说是建立在近代国家“三权分立”理论基础上,认为国家活动可以分为立法、司法和行政三部分,认为行政是国家职能的一种,区别于立法和司法活动。这种从三权分立角度的理解方式亦被认为是对行政“最为狭义”的理解。同时,消极说认为行政具有多样性,难以明确界定,避免了正面对行政加以定义。绝大多数资产阶级法学家都用这种方法解释行政,对行政的概念作如此表述,突出强调行政与立法、司法间的界限。但“除外说”在表述方式上有很大缺陷:第一,它并未给出行政的定义。第二,立法和司法本身也存在界定问题,这种循环论证并未能反映行政的本质。道理很简单,既然可以说“行政是除立法、司法以外的一切活动”,那么我们同样可以说,“立法是除行政、司法以外的一切活动”,或者说“司法是除立法、行政以外的一切活动”。第三,“三权分立”理论原始意义逐步丧失,难以做到行政与立法、司法之间的相互

〔4〕 姜明安:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社1999年版,第2页。

〔5〕 姜明安:“行政的‘疆域’与行政法的功能”,载《求是学刊》2002年第2期。

独立,国家权力之间的相互重叠的灰色区域无法解释。〔6〕

2. 积极定义说

积极界定的方式,主张直接积极地对行政的概念加以定义,摒弃顾左右而言他思维方式。在积极定义里面,关于行政的定义百家争鸣。比较有代表性的观点主要有以下几种:

(1)对行政的“狭义”理解。认为国家活动由两部分构成:一部分是国家意志的表达,另一部分是国家意志的执行;前者谓之政治,后者才是行政,因此,行政是国家职能中与政治相对应而非政治的那部分职能。以美国学者古德诺为代表的“国家意志执行说”是这一观点的典型。古德诺认为:“在所有的政府体制中都存在两种主要的或基本的政府功能,即国家意志的表达与国家意志的执行……这些功能分别就是:政治与行政。”〔7〕这种观点首先对国家活动作了分类,并将行政限于一定的范围,有了很大的进步,曾在理论界风行一时。但从严格意义上讲,“政治”意味着“政”落实到“治”,既包括表达国家意志(制定政策、法律),也包括执行国家意志(实施政策、法律),有政而无治的政治是空洞的政治,离开行政而存在的政治也必定是孤立的政治。从另一方面看,行政本身也包含诸多政治的要素,在行政内部,行政决策、行政立法也应当被认为是意志的表达。所以将政治与行政作上述划分过于绝对化,强调行政仅是国家意志的执行并不能确切地揭示行政的含义,只是为我们从新的角度阐述问题提供了一些方便。

(2)对行政的“广义”理解。认为行政是国家的一切活动和作用,旨在实现国家政治目的的一切活动都是行政。如德国学者马叶尔·乃班德为代表提出的“行

〔6〕 随着社会的发展,特别是资本主义进入垄断时期,行政权日益加强并迅速膨胀,立法和司法权相应削弱并减少,传统意义上的“三权分立”理论在国家的实际政治生活中已经受到广泛而猛烈的冲击。尽管其宪法仍然保持并标榜分权与制衡原则,资产阶级的法学家、政治学家也大声疾呼,企图维持分权与制衡的局面,但事实上行政权的膨胀对三权鼎立局面的破坏已不可避免。例如,美国联邦政府中除了“部”这一主要的行政机关以外,还存在大量的其他类型的行政机关,它们存在于“部”以外,或者虽然存在于“部”内,但在活动上具有很大的独立性,受部长控制较少,所以称之为独立的行政机构。独立机构的作用,大都是为了控制某一方面的经济活动或社会活动,需要执行公平的政策,不受政治的影响,所以法律赋予它们一定的独立地位,并规定了由其行使的特殊权力。由于控制任务的需要,这些独立机构常常同时拥有立法权、行政权和司法权,它们不但能制定行政法规或一些普遍性标准(准立法或委任立法);而且能将抽象的规则适用于具体事件,实施具体行政行为(传统行政职能);对其管辖的对象是否违反法律,还有追诉乃至裁决的权力(准司法或行政司法)。这些独立机构及其地位和职能的特殊性已清楚地说明了这样一个事实:随着“三权分立”理论原始意义的逐步丧失,行政与立法、司法之间的相互独立已经很难做到。独立机构的存在,不但使这三者间在形式上的完全独立成为不可能,而且在实质上三者间也互相渗透,界限已越来越不明确。

〔7〕 [美]弗兰克·古德诺:《政治与行政——政府之研究》,丰俊功译,北京大学出版社2012年版,第18页。

政是实现国家目的的作用”,即“目的实现说”。又如,日本学者盐野宏对行政下过这样的定义:“在法之下、受法的规制的同时,现实中具体为积极实现国家目的而进行的、整体上具有统一性的、连续的形成性国家活动。”〔8〕这种以实现国家目的来界定行政的观点,简单地将行政与国家活动等同起来,使得行政的范围过于宽泛。第一,实现国家目的的方式本身多样,行政、立法、司法都是在积极实现国家目的,没有加以区分;第二,并未体现行政的任何特征,抽象用语尚未实现对行政清楚、积极的定义。

(3)对行政的“形式意义上”理解。认为行政即是行政机关的活动,又被称为“机关意义的行政”。形式意义与实质意义相对,前者着眼于行使国家职能的机关,后者着眼于行政职能本身(如前述几种理解)。国家的机关可以分为立法机关、行政机关和司法机关,立法职能是立法机关的活动,司法职能是司法机关的活动,行政职能是行政机关的活动。不论活动本身的性质如何,一律根据机关的性质区别国家的职能。〔9〕形式意义上的行政界定一般以宪法规定的行政权范围为准,并被广泛运用于行政法监督行政活动领域,其标准简单、明确,也适时地区分了行政与立法、司法。但是,其依然存在相当多的问题:一是对行政机关界定需要加以明晰;二是忽视了非行政机关实行的实质行政行为的可能性;三是未顾及行政机关可能实施非行政性质的私法行为的可能性。因此,尽管从形式意义上界定行政的优越性显而易见,但仍需“实质意义”的行政加以补充。

(4)对行政“组织意义上”理解。其重心在于享有行政职能的组织。例如,“就组织意义而言,行政系指行政主体、行政机关以及其他行政机构所构成之行政组织整体”〔10〕此种界定将行政定义为组织,并没有揭示行政本身的特征及内涵,相较之前几种界定方式,意义不大。

3. 特征描述说

德国学者福斯多夫曾言,“行政只能加以描述,而无法予以定义”。特征描述的方式,认为应以描述行政特征的方式取代直接或间接对行政加以定义,被德国、日本以及我国台湾地区的很多学者采用。

如德国学者毛雷尔提出以典型特征明确行政的本质,即“行政是社会塑造活动”、“行政的出发点是公共利益”、“行政是积极的、针对将来的塑造活动”、“行政是为处理事件而采取的具体措施或者执行特定计划的行动”〔11〕又如,章剑生认为“在行政法上,一个放之四海而皆准的行政概念可能并不存在”,并提出从八个

〔8〕〔日〕盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第2页。

〔9〕王名扬:《法国行政法》,北京大学出版社2007年版,第6页。

〔10〕陈敏:《行政法总论》,新学林出版有限公司2011年版,第1页。

〔11〕〔德〕Hartmut Maurer:《行政法学总论》,高家伟译,元照出版有限公司2002年版,第6~7页。

方面对行政加以描述,即“行政是国家活动的中心:行政国家”、“行政的多元性:执行兼及立法、司法”、“行政的形成性:社会秩序的整合”、“行政强制性的弱化:沟通协商”、“行政主动性的强化:生存照顾”、“行政的公益性:公共利益”、“行政的多样性:应对复杂的现代社会”、“行政的科技性:行政手段的科技化”。^[12]

特征描述相较于前两种界定方式,试图从行政本身出发对行政进行实质性研究,可以实现对行政较为完整的认知。

在以上三种界定方式的基础上,目前国内主流的行政法学教材开始普遍采用一种“直接界定+特征描述”的综合方法来定义行政。如认为行政法学研究的行政是为实现国家目的,执行国家法律及立法机关意志的活动。它不同于一般意义上的“管理”,更有别于企事业单位内部的“行政”,它是对国家事务与公共事务的特殊管理活动。

我们认为,对行政含义不同的界定方式、多样的学说体现出行政随着时代发展而不断变迁的过程,就目前而言,采用“直接界定+特征描述”的方法,从行政基本特征入手,强调行政与立法及司法的区别来给行政下定义,更能揭示行政的本质特征,比较科学。我们赞同将形式意义上的行政与实质意义上的行政相统一,并将实质意义上的行政作形式意义上行政的补充。为进一步深入理解行政的内涵,将在下一部分着重描述行政之特征。

(三) 行政的特征

在不同的政权组织形式下,行政所具有的内容和特征是不同的。西方国家基本上以“三权分立”作为其国家机构的组织活动原则。在理论上,行政是与立法、司法相独立的国家活动,行政与立法、司法之间虽然存在一种制约与平衡关系,但三者的独立地位及互不隶属的基本格局决定了行政这一国家职能的相对独立性。我国不搞“三权分立”,国家机构的组织活动原则是“议行合一”,据此,立法权由国家的权力机关行使,行政、审判、检察权由其他相应的国家机关行使,以立法权为一切权力的中心。具体来说,我国的人民代表大会是国家权力机关,负责行使立法权,在人民代表大会之下设立行政、审判、检察机关,这些机关均受权力机关监督,向权力机关负责并报告工作。因此,在“议行合一”原则之下,行政作为一种国家的组织活动,必须服从国家的立法活动,在国家的审判、检察活动之间,也具有不可替代性。行政与立法、审判、检察等国家活动或国家职能之间的这种关系,不同于西方“三权分立”原则下行政与立法、司法的相互关系,这也是我国政治制度的一大特点。同时,行政与一般管理虽同属管理的范畴,但其主体、目的、内容、活动方式等方面,均有一定的差异。因此,对行政特征的阐述,既要立足于行政与其他国家活动的区别,又要立足于行政与一般管理活动的区别。基于上述认识,行政主要有下述特征:

[12] 章剑生:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2014年版,第1~6页。

1. 行政主体的特定性。行政这一国家职能只能由特定主体——主要是国家设立的各级各类行政机关行使。此外,行政的主体还包括其他公共行政组织,主要指法律、法规授权行使国家职能的社会组织。^[13] 根据国家机关分工负责的原则,无论是资本主义国家还是社会主义国家,在理论上,除国家行政机关外,其他国家机关一般不行使这种国家职能,国家行政机关以外的社会组织更不能行使这一职能。当然,其他公共行政组织因授权而实施行政职权的情况比较特殊,但这一情况的存在,并未改变行政主体的特定性。因为,这类组织之所以能行使行政职能,也无非是由于它们受法律、法规授权所产生的特定性,否则,一般的社会组织是根本不可能有这种职能的。

2. 行政的目的公益性。公共行政有别于私人行政,公共行政管理的是公共事务而非私人事务,行政的目的旨在维护、实现公共利益。一般而言,所有的国家职能都以维护公共利益为目的,在这一点上他们目标一致,“国家及其他公权力主体的行为,不论是以公法或私法的形式为之,均应维护公共利益,始具有正当性和合法性”,^[14] 只不过不同国家职能实现这一目的的途径不一。行政主要通过积极的、创造性的活动(如执行方针政策、组织社会生活、提供有效服务等)来维护、实现公共利益;而司法或审判、检察主要是通过追究和惩罚犯罪、解决各类纠纷(被动而消极),从另一侧面保障国家目的的实现。

3. 行政内容的法定性。行政的内容是由国家的宪法和法律加以明确规定的。行政的内容以国家行政机关职权范围内的各种国家事务为限,不得超出这一范围。“依法行政”作为当代行政法的原则和核心,要求一切行政都必须遵循法定的内容和标准,符合法定的实质要件,否则,就属违法行政。违法行政自然也是无效行政,不具有法律效力。同时,由于现代行政领域广泛,技术性、专业性不断加强,立法固有的滞后性和模糊性难以对社会繁多事务面面俱到。因此,立法往往有针对性地赋予行政主体一定的自由裁量权,当然,自由裁量权的行使以必要为限,且自由裁量仍须符合法律精神,不能凌驾于法律之上。

4. 行政方式的多样性。行政是执行、指挥、组织、监督等要素的统一体,行政职能是通过以上方式实现的。“执行”即对国家法律、政策,权力机关的决议、命令的贯彻实施;“指挥”即发布命令,支配人们的行动;“组织”即设立机关、任命干部、协调人们的行动;“监督”即检查、督促本身及其所属机关、公职人员、企事业单位、社

[13] 行政主体主要是行政机关和法律法规授权的社会组织,但在现实生活中,行使行政权的主体还包括行政机关委托的组织。那么,受行政机关委托行使行政职能的组织能否成为独立的行政主体呢?回答是否定的。因为,受行政机关委托行使行政职能的组织不能以自己的名义行使行政职能,也不以自己的名义承受法律后果,其受行政机关委托行使行政职能所发生的一切法律责任均由委托的行政机关承担。所以,它不具有独立的法律人格,也不能成为行政诉讼的被告。

[14] 翁岳生:《行政法》(下),中国法制出版社2002年版,第163页。

会组织和全体公民遵纪守法。若从行政行为的具体分类看,行政的方式还有其他很多情形,如行政立法、行政处罚、行政强制、行政许可、行政规划、行政决策、行政检查、行政合同、行政复议等,可见,其行为方式较之其他国家职能要丰富得多。

5. 行政具有执行性。根据我国《宪法》第85条^[15]和第105条^[16]的规定,从中央到地方的各级人民政府均为国家行政机关,都是本级权力机关的执行机关,它们由国家权力机关产生,向国家权力机关负责并报告工作;对国家权力机关以法律、法规等形式表现出来的意志,具有执行的义务。因此,行政实质上是行政机关执行权力机关意志的活动,即使是那些借助立法和司法形式的行政(如行政立法、行政司法),也同样具有执行性。

6. 行政具有强制性。行政是由特定主体行使国家权力的活动,代表了国家意志。行政固有的国家意志性和执行性,使得行政自然具有强制性。道理很简单,既然行政旨在实现国家意志,那么国家政权便是行政的坚强后盾;既然行政以实施和执行国家政策法律为己任,那么国家强制力便是行政的有力保障。为了维护行政的威望和尊严,确保行政的严肃性和权威性,对那些违反行政义务或不履行行政义务的相对人,有关行政主体可以借助法律手段予以惩处或者依法强制其履行义务。

(四)行政的类型

1. 权力行政与非权力行政

根据行政方式是否带有强制性的支配力量,可以将行政划分为权力行政与非权力行政。所谓权力行政,即是指可以通过强制性的支配力量实现行政目的的行政类型,在大多数情形下,行政机关的行政活动属于权力行政,诸如拆除违建、交通违章罚款等行为。所谓非权力行政,即是指通过非强制性的方式实现行政目的的行政类型,这种方式主要包括劝告、建议、指导、契约等,诸如行政指导、行政合同等。

2. 秩序行政与给付行政

根据行政性质的不同,可以将行政划分为秩序行政与给付行政。所谓秩序行政,即是指通过有关限制规范相对人的权利、自由的方式达到维护公共秩序与安全的行政类型。秩序行政是较为典型的行政行为,又称“干预行政”、“干涉行政”、“规制行政”等,诸如交通管制、环境污染监督等均属于秩序行政。所谓给付行政,即是指通过给予相对人利益和便利的方式实现行政目的的行政类型,给付行政又可分为供给行政、社会保障行政、助益行政三类。随着公共行政的扩大化,服务行

[15] 2004年《宪法》第85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。”

[16] 2004年《宪法》第105条第1款规定:“地方各级人民政府是地方各级国家权力机关的执行机关,是地方各级国家行政机关。”