

江正平 何立慧 著



行政法学

XINGZHENGFA XUE



兰州大学出版社

行政法学

江正平 何立慧 著

兰州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政法学/江正平,何立慧著. —2版. —兰州:兰州
大学出版社,2009.9

ISBN 978-7-311-02335-5

I. 行… II. ①江… ②何… III. 行政法学—中国—高等
学校—教材 IV. D922.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 166123 号

责任编辑 敬兆林

封面设计 管军伟

书 名	行政法学
作 者	江正平 何立慧 著
出版发行	兰州大学出版社 (地址:兰州市天水南路 222 号 730000)
电 话	0931-8912613(总编办公室) 0931-8617156(营销中心) 0931-8914298(读者服务部)
网 址	http://www.onbook.com.cn
电子信箱	press@onbook.com.cn
印 刷	兰州奥林印刷有限责任公司
开 本	787×1092 1/16
印 张	28.25
字 数	547 千
版 次	2009 年 9 月第 2 版
印 次	2009 年 9 月第 4 次印刷
书 号	ISBN 978-7-311-02335-5
定 价	39.80 元

(图书若有破损、缺页、掉页可随时与本社联系)

目 录

第一章 行政法概述	(1)
第一节 行政的概念和种类	(1)
第二节 行政法的概念和渊源	(11)
第三节 行政法的地位、功能与效力	(20)
第二章 行政法的基本原则	(25)
第一节 行政法基本原则概述	(25)
第二节 依法行政原则	(30)
第三节 行政公正原则	(36)
第四节 行政公开原则	(43)
第五节 行政效率原则	(46)
第三章 行政组织	(51)
第一节 行政组织概述	(51)
第二节 我国行政组织的体系	(55)
第三节 行政组织的相互关系	(62)
第四章 行政职权	(68)
第一节 行政职权概述	(68)
第二节 行政裁量权	(79)
第三节 行政职权的设定、分配与委托	(85)
第五章 公务员	(92)
第一节 公务员制度概述	(92)
第二节 公务员的分类管理与录用	(97)
第三节 公务员的在职管理	(103)
第四节 公务员的权益保障	(109)
第六章 行政法律关系	(112)
第一节 行政法律关系概述	(112)
第二节 行政主体	(116)
第三节 行政相对人与第三人	(125)
第七章 行政行为概述	(131)

第一节 行政行为的概念	(131)
第二节 行政行为的概念体系	(136)
第八章 行政规范	(142)
第一节 行政立法	(142)
第二节 行政规定	(158)
第九章 行政决定	(169)
第一节 行政决定的概念	(169)
第二节 行政决定的效力及其取得	(179)
第三节 合法的行政决定	(185)
第四节 有瑕疵的行政决定	(189)
第十章 行政处罚	(197)
第一节 行政处罚的概述	(197)
第二节 行政处罚的一般原则	(201)
第三节 行政处罚的种类与设定	(204)
第四节 行政处罚的实施机关、管辖与适用	(207)
第五节 行政处罚程序	(212)
第十一章 行政强制	(220)
第一节 行政强制概述	(220)
第二节 行政强制执行	(224)
第三节 即时强制	(235)
第十二章 行政合同	(241)
第一节 行政合同的概念和种类	(241)
第二节 行政合同的实施	(249)
第十三章 其他行政行为	(257)
第一节 行政计划	(257)
第二节 行政事实行为	(264)
第三节 行政指导	(268)
第十四章 行政程序	(275)
第一节 行政程序概述	(275)
第二节 行政程序法的基本内容和原则	(281)
第三节 行政程序的一般制度	(289)
第十五章 行政复议	(307)
第一节 行政复议的概念和基本原则	(307)
第二节 行政复议的机关、范围与管辖	(315)

第三节	行政复议参加人	(321)
第四节	行政复议程序	(324)
第十六章	行政诉讼	(334)
第一节	行政诉讼概述	(334)
第二节	行政诉讼的受案范围	(344)
第三节	行政诉讼的机关与管辖	(352)
第四节	行政诉讼参加人	(357)
第五节	行政诉讼的证据制度	(366)
第六节	行政诉讼的法律适用	(374)
第七节	行政诉讼程序	(379)
第八节	行政诉讼的判决、裁定与决定	(388)
第九节	行政案件的执行程序	(393)
第十七章	行政赔偿	(401)
第一节	行政赔偿的基本原理	(401)
第二节	行政赔偿的范围与构成	(411)
第三节	行政赔偿的当事人和程序	(420)
第四节	行政赔偿的方式、计算标准和费用	(424)
第十八章	行政补偿	(427)
第一节	行政补偿概述	(427)
第二节	行政补偿的范围	(433)
第三节	行政补偿的方式、标准与程序	(436)
主要参考书目		(441)
后记		(443)

第一章 行政法概述

在公认的三大基本部门法(民法、刑法和行政法)中,行政法的产生最晚,它是随着近代资本主义立宪制度和民主代议制的产生而产生的。行政法以国家行政活动作为其调整对象,这就决定了它本身的内涵、调整范围和基本体系都必然会随着行政功能、范围的变化而不断演进,从这个意义上来说,行政法并不具有固定不变的涵义和内容。但在特定的历史时期,行政法又必然有其相对确定的调整范围。为了更为准确地描述我国当代行政法的基本内涵,本章首先简要分析了行政的概念和种类,并以此为基础,对行政法的概念、渊源、地位、功能及其效力进行了探讨。

第一节 行政的概念和种类

一、概说

在我国,“行政”一词产生于先秦时期。《左传》中就有“行其政事”、“行其政令”^①的提法,《孟子》中也提到“为民父母,行政,免于率兽而食人,恶在其为民父母?”^②这里的“行政”,是泛指对国家事务的一切管理活动。

西方“行政”一词,英文称为 Administration,源自拉丁文 Administrare,是指经营、管理及执行的意思。但这种意义上的行政,不仅存在于国家或政府事务管理之中,也存在于其他私人组织之中。为了将两者区别开来,后者一般称之为私人行政,前者则称之为公共行政。其中,公共行政一词,与我国古代行政的概念略为接近。

行政的涵义究竟是什么?这是一个历代聚讼不已的问题。不同的时代、不同的学者有着不同的理解和表述,迄今仍无定论。究其原因,一是由于不同学者的观察角度和立足点的不同所致;二是由于行政本身在不同时代的演进形态不同所致。其中后者是根本性的原因。

基于这一认识,本节先对行政在不同历史时代的演进形态作一个简单的回顾,再结合各家学说对行政的涵义作一个初步的探讨,并尝试对行政的特征、范围和种类予以描述。

① 分别见于《左传》襄公二十八年九月和昭公五年春。

② 参见《孟子·梁惠王章句上》。

二、行政的历史演进

(一) 近代以前的行政

这里的近代以前并不是一个确切的时日,而是泛指从国家产生至近代宪政体制确立之前的这一历史时期。对不同的国家而言,这一界限的具体时间并不相同,例如,在英国大体是指光荣革命之前,在法国是指大革命之前,在我国则是指民国之前。

近代以前的国家形态虽然也经历了从诸侯分封制到君主专制的变化,但就总体而言,却有着共同的特点:

1. 一切国家权力均集于皇帝(或国王)一身,王权高于一切,它是一切规则(包括法律)之源,而其自身则超然于一切规则之外。法王路易十四曾有“朕即国家”的名言,我国也有“溥天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”^①的国家理念。

2. 人们虽然已经意识到存在不同性质的国家权力,并试图从组织上予以分离,如我国秦汉时期的三公九卿制、隋唐时期的三省六部制等。但这种分离在本质上并不是基于国家权力的制衡,恰恰相反,这种分离是为了保障王权的集中。

在这种国家形态中,一切国家活动均可称之为行政,而行政的目的是为了维护王权的一统和永固而不是造福人民,行政的手段主要是国家强制方法,行政的作用主要局限于秩序行政(如防卫、警察^②、财政等),法律还仅仅是行政的一种工具和手段,不可能从根本上制约行政。

(二) 近代以来西方行政的演进

近代西方国家形态从美国独立战争(1776)和法国大革命(1789)以后开始出现根本性的变革:君权神授的观点被主权在民的理念所代替,国家权力不再系于一人,行政、立法和司法三权相互分离,分别由行政部门、立法部门和司法部门掌管,相互制约,保持平衡。行政不再是国家作用的全部而成为一种与立法和司法并列的独立国家作用。从这一时期开始迄今,近代行政又经历了以下几个阶段的演进:

1. 市民法治国时期的行政(消极行政)。在资本主义制度确立后的相当长一段历史时期内,西方国家在经济上奉行自由经济,在政治则实行了严格的三权分立制度,行政被视为“执行国家意志的功能”^③,社会对行政的需求较少,人们普遍认为“管得最少的政府就是最好的政府”。

这一时期的行政具有以下特点:(1)行政从属于法律,一切行政权的取得都必须由议会及其制定的法律授予,一切行政权的行使都必须有明确的法律依据并且必须

^① 参见《诗经·小雅·北山》。

^② 这里的警察一词是大陆法系行政法学上的一个专门术语,它并不是指警察官署,而是指维持社会公共秩序和安全的国家(行政)作用。

^③ 参见[美]F. J. 古德诺《政治与行政》,华夏出版社,1987年版,第41页。

接受议会和法院的监督与审查,无法律即无行政。(2)行政的范围被严格限制,主要局限于确保国家的外部安全与内部秩序以及为国家发展提供必要的基础建设,以使市民社会得以自由发展。

这一时期的行政也通常被称为消极行政。与此相应,这一时期的政府通常被形象地称为“守夜人”。

2. 社会法治国时期的行政(积极行政)。在19世纪末、20世纪初,科技的进步和生产力的提高导致了社会经济的迅猛发展,与之相伴的是由市场失灵所导致的大规模的社会危机——社会财富分配的不公正、弱者生存危机、垄断导致的不公平竞争以及人类生存与发展环境的恶化等。为了解决这些越来越多、越来越频繁的社会矛盾和社会问题,国家开始了对社会、经济的主动干预。到二战以后,这种干预的强度日益增加,干预的范围日益扩大,涉及到社会经济的方方面面。

这一时期的行政具有以下特点:(1)行政职能大为扩张。政府活动不再局限于执行和管理,而是不断地侵入传统立法和司法的领域:政府可以制定法规和规章,行使“准立法”权;政府可以裁判自己在管理过程中发生的纠纷,行使“准司法”权。(2)行政的范围不断扩大。“国家对公民从婴儿照管到死,保护他们生存的环境,在不同的时期教育他们,为他们提供就业、培训、住房、医疗机构、养老金,也就是提供衣食住行。”^①(3)行政裁量权日益扩大,并成为“行政权的核心”^②。

这一时期的行政通常被称为积极行政。与此相应,这一时期的政府则被称为全能政府。

3. 当代行政的走向。在上个世纪出现的国家行政职能扩张在解决了“市场失灵”问题的同时,随着时间的推移,又开始产生了一些新的问题,如行政对个人的自由和人权的侵犯、腐败和权力的滥用、官僚主义和行政效率低下等,人们称之为“政府失灵”。为了解决政府失灵的问题,在二十世纪中后期,各国开始采取措施限制、控制和转化行政权,从而出现了从“全能政府”向“有限政府”转换的趋势,行政的疆界开始缩减。

其次,从上个世纪80年代以来,随着以计算机和网络为代表的信息技术的发展和普及,人类开始进入了所谓的“信息时代”。信息时代的影响是深远的,它不仅涉及到个人思维方式和行为方式的改变,也是社会经济、政治等各个领域的又一次变迁,它的出现既为行政创造了有利的条件,也提出了新的任务和挑战。如何迎接信息社会的挑战,成为了当代行政面临的一个重要课题。

当代社会的另一个特点是,当代社会生产、生活与消费日益依赖于科学技术的发展,科技一方面为人类的发展和社会的进步提供了广阔的前景,同时又可能成为

① 参见[英]韦德著《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社,1997年版,第4页。

② 参见[美]伯纳德·施瓦茨著《行政法》,群众出版社,1986年版,第566页。

人类生活或文明的箝制者。如核战争的爆发、恐怖主义袭击、核电厂的事故、计算机病毒的突发、生物技术和基因技术的开发或管理不当等,都能对社会生活造成巨大损害,甚至导致人类自身的毁灭,社会风险不断扩大,行政的任务也就随之加重。

当代社会的第四个特点是,随着全球经济一体化进程的加快,政府间的冲突与合作日益加强,行政已不再局限于国内事务,而开始面向更为广阔的国际领域。

(三) 建国以来我国行政的变迁

1. 我国的政权组织形式。中华人民共和国建立以后,按照巴黎公社“议行合一”的原则,借鉴前苏联,建立起了我国人民代表大会制的政权组织形式。《中华人民共和国宪法》(1982年,以下简称《宪法》)规定“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”(第二条)“国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。”(第三条第3款)“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。”(第五十八条)“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。”(第八十五条)“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。”(第一百零五条)“中华人民共和国人民法院是国家的审判机关。”(第一百二十三条)“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关。”(第一百二十九条)由宪法确立的我国的这一政权组织形式决定了我国行政的性质和范围,进而也就决定了我国行政的基本内涵。

2. 计划体制下的行政^①。建国以后相当长一段历史时期内,我国实行了高度集中的计划体制。这一体制并不仅仅局限于经济领域,它实际上使得整个社会关系都处在计划与管制的状态中。在这一体制下,行政呈现出以下特点:(1)行政伦理的至善主义。行政权的正当性基础不是基于国民的同意以及代表机关和法律的授权,而是行政目标的崇高性和正义性。这就决定了行政不需要、也不可能受到任何形式的理性和法律的约束。(2)行政行为的工具主义。在计划权威下,行政的高尚性得到了最充分的凸现,与此相反的是,私人被彻底客体化,变成了不完整的、片面的计划工具,从而丧失了基本的主体意识和必要的私性空间。其结果是,非程序性行政行为的正当性得到了民众的普遍认同。(3)国家权力的行政中心主义。在这一体制下,作为计划制定者和实施者的行政取得了实现计划所需的一切权力,其他国家权力、社会权力(如企事业单位的管理)乃至个人权利都成为了行政的组成部分或附属部分,依赖并服务于行政,行政无处不在。(4)行政的自我规制与法律的消亡。在这种未能分权的政治架构中,行政不是通过外在的价值尺度和制度来衡量和规制自

^① 参见于立深、彭彦文《依法行政的范式转换——从计划帝国迈向法治国家》,《法制与社会发展》,2002年第2期。

己,行政正当性的判断标准就是行政主体自身的行为。法律逐渐被行政所吞噬,“法律这一术语延伸至包括由国家机关制定的各种强制性规范或措施”,行政之手“所触之物都会变成法律”。

3. 市场体制下的行政。从上个世纪 80 年代开始,我国以经济体制改革为契机,展开了一场涉及全社会各个领域的历史性变革。尽管这一变革仍在继续之中,但随着社会主义市场经济体制的建立,国家权力结构的基本雏形和政治理念的基本内涵也已经初步确定。与计划体制时期相比,市场体制下的行政主要发生了如下变化:(1) 行政职能的明晰化。这一变化主要表现在三个方面:一是实现了党政职能的分离,初步厘清了长期困扰我国政体的一个根本问题;二是实现了政府与企业、事业单位和社会团体职能的分离;三是政府与权力机关、司法机关、检察机关职能与权限的明确划分。(2) 行政职能的缩小。计划体制时期无所不能的政府在经过上述分离后,其职能范围大大缩小;另外,根据各国经验和我国社会管理的实际情况,我国已将许多传统上由政府行使的职能(如仲裁权等)交还社会,开始有目的地迈向社会自治,实现从“全能政府”向“有限政府”的转变。(3) 行政功能和政府角色的转变。行政的干预功能、计划功能减弱,给付功能、指导功能、咨询功能、私经济作用大大增强,政府已由传统的管理者转变为社会服务者。

三、行政概念的界定

(一) 西方行政概念诸说

1. 消极说。“消极说”是指对行政的概念不作正面的描述,而是消极地将国家作用中不属于行政的部分予以排除的概念界定方法,也称除外说、控除说等。消极说以国家权力分立为基础,认为行政是立法、司法之外的国家作用。这一定义的缺点在于:(1) 它最多只阐明了行政的外延而未涉及其内涵。(2) 排除的结果,即除立法、司法之外的国家作用是否即为行政,也不无疑问。例如,政府具有政策性的“统治行为”,通常认为不属于行政作用的范畴。但这一学说较好地适应了现代行政领域不断扩大的趋势,仍具有不可替代的理论意义。

2. 积极说。积极说是指从正面对行政加以定义的方法。积极说就其界定角度来说,大体可分为两类:

(1) 一类是把行政等同于一般社会管理。例如,美国学者怀特认为,“行政艺术乃是为完成某种目的而对许多人的指挥、协调与控制”^①。许多行政学家也多持类似的观点。从行政法学的角度来看,这一类观点的意义并不大。

(2) 另一类观点则是把行政理解为一种国家作用。这类观点又可进一步分为两类:一是本质说,即着重阐述行政的本质和内涵。例如,日本学者南博方认为,行政

^① 转引自胡建淼著《行政法学》,法律出版社,1998年版,第2页。

是“为适应国家社会的需要具体实施公共政策的过程及行动”^①。作为一种正面的探索,本质说具有较大的实际价值;但由于行政的多样性、复杂性与变化性,本质说容易出现过于简单、无法明确界定行政真正涵义的缺陷,从而成为徒具形式的空洞语词。二是形式说,即从行政作用主体的角度进行界定。例如,我国台湾学者管欧认为,“行政乃为行政机关本于行政职权所为之一切作用”^②。形式说的优点是直观易懂,但其致命的缺陷是容易产生定义中的同义反复,即用行政机关、行政权来定义行政,而又用行政来定义行政机关和行政权。

3. 综合说与特征描述说。为了弥补上述两种学说的不足,有学者兼采消极说与积极说二种理论,尝试对行政提出综合性的定义。例如,德国学者斯特恩(K. Stern)对行政的定义,即先从消极观点入手,将国家作用中的立法行为、政府行为、计划行政、军事国防行为及司法等排除于行政概念之外,再从积极观点将行政定义为“执行权的机关及其所属特定权利主体,在法律的拘束之下,本于(或多或少)既定的目标,基于自我责任而以具体措施持续地处理公共任务者”^③。另一种观点则鉴于上述《说法》的缺陷,主张“行政只能加以描述,而无法定义”^④。日本学者和田英夫也持这一观点^⑤。但不同学者对行政特征的描述却又差别很大,难于统一。

(二) 我国学者对行政的理解

由于我国并未实行西方权力分立制度,因此我国学者对行政的理解主要是从积极方式入手。主流的观点主要有实质形式综合说与描述说二种。

1. 实质形式综合说。即将形式意义和实质意义两方面结合起来对行政进行界定。这一观点一般将行政界定为:行政机关(行政主体)对国家与公共事务的组织和管理活动^⑥。值得注意的是,这一观点中关于行政的实质的界定大多是以马克思“行政是国家的组织活动”^⑦一语为基准的。

2. 描述说。与西方学者对行政特征的描述不同,我国学者通常是以外延(国家行政职能的分类)罗列的方式对行政进行描述。例如,我国学者皮纯协认为,“行政法中的‘行政’的内容越来越丰富,其主体不仅限于国家行政机关,还包括依法授权

① 参见[日]南博方著《日本行政法》,中国人民大学出版社1988年版,第8页。

② 参见管欧著《中国行政法总论》,1981年修订第十九版,第5页。

③ 转引自翁岳生主编《行政法》,中国法制出版社,2002年版,第7页。

④ 参见[德]Ernst Forstthoff《行政法总论》,转引自翁岳生主编《行政法》,中国法制出版社,2002年版,第8页。

⑤ 参见[日]和田英夫著《现代行政法》,中国广播电视出版社,1993年版,第29页。

⑥ 参见罗豪才主编《行政法学》,北京大学出版社,2000年版,第3页;胡建森著《行政法学》,法律出版社,1998年版,第5页;张世信、周帆主编《行政法学》,复旦大学出版社,2001年版,第5页。

⑦ 参见《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社,第479页。本书认为,马克思对行政的这一界定仅仅是在特定场合对行政功能的一种描述而不是对行政的专门定义,不应作为行政定义的基准。

的非国家行政机关的公共组织;其行为或职能不仅限于对国家和社会事物的组织、执行和管理,即传统的‘行政’职能,还包括那些实质上属于立法和司法性质的职能”^①。

(三) 行政概念的界定

上述回顾已经表明,任何试图对行政的概念进行明确界定的举动都有可能是不明智的,但每一个研究者又都必须表明自己的态度和理解。本书认为,对我国行政概念的界定,应当综合考虑下列因素:

1. 我国的行政不是以权力分立为基础的,而是国家职能分工的结果。从宪法的规定来看,我国的各级国家行政机关是相应各级人民代表大会的执行机关,它由代表机关产生,并对其负责和报告工作。这就使得我国的行政有了与西方不同的理论基础和法律特征。

2. 目前,我国还处在转型时期,包括国家政治体制结构在内的各种社会关系尚未完全成熟和定型,这就使得我国行政带有很大的不确定性和发展性。

3. 从行政法的角度来看,许多行政活动,如行政指导、大量的行政事实行为、行政契约及政府的私经济作用等,尚未纳入行政救济的范围,还基本上是一种法外活动。但毫无疑问这些活动应当在不同程度上受到法律的规制。

有鉴于此,我们认为,行政是一种在法律的支配和控制之下,通过制定公共政策、作成具体决定等多种方式积极干预和参与社会生活,以满足和实现国家社会需要的连续性国家作用。

四、行政的特征

(一) 行政是一种国家作用

行政并不是一般社会组织 and 个人的活动,而是作为公共权力享有者的行政机关代表国家、以国家的名义并通常是在国家强制力的保证之下对社会生活实施的干预和参与活动,是执行国家意志的活动,是以国家和社会利益为目的的活动,具有强烈的国家性。行政的国家性是行政与其他社会组织和个人行为(私人行政)最根本的区别。

(二) 行政是一种从属于法律的国家作用

人民通过选举,产生自己的代表机关,并通过代表机关形成最基本的国家意志——法律;代表机关再根据权力分立或职能分工的原则,将行政职能从统一的国家职能中分离出来,组成行政组织并赋予相应行政权以负责实现和执行国家意志。行政权来源于法律,最终来自人民的委托。因此,行政组织行使行政权的一切活动

^① 参见皮纯协、张成福主编《行政法学》,中国人民大学出版社,2002年版,第5页。

都必须全面地接受法律的控制和约束,而不能凌驾于法律之上,一切违法的行为必须承担相应的法律责任。依法行政已成为现代行政的核心理念。行政的从属法律性表明了行政在一个国家政权结构中的地位。

(三) 行政是一种形成性的国家作用

所谓形成作用,是指国家行政机关采取制定和发布具有普遍适用效力的行政规范、或者就具体的行政事项做出处理等方式,设立、变更或终止当事人在行政法上的权利和义务,以此将作为国家意志的法律适用于现实社会生活,从而实现对社会干预和管理的活动。形成作用是行政最基本的功能和手段,也是行政作用的主要表现形式,行政正是通过一个一个的行政行为来表达和执行国家意志,协调和平衡各种社会关系,处理和解决各种社会矛盾和冲突,以此满足和实现国家、社会的基本需求。行政的形成性是行政与国家立法职能的主要区别之一。

(四) 行政是一种连续性的国家作用

通过适用法律处理具体行政事项,以此形成社会生活,这是行政与司法作用的共同之处。但两者的区别在于:法官在处理具体案件时,通常是就事论事,无需考虑过去和未来,也无需考虑各个个案之间的关联,因此,司法作用所追求的是“个别正义”,是对社会生活的“点”的干预。而行政与此不同,行政机关在做成每一行政决定时,都必须考虑特定的行政案件与行政整体目标的关联性,既要考虑过去,更要考虑未来。在很多情况下,行政在做成具体决定时都是基于特定行政计划的整体性和连续性要求进行的,因此,行政作用追求的是“整体正义”,是对社会生活的“线”或“面”的干预。行政计划在现代行政中的重要作用正是行政连续要求的具体体现。

(五) 行政是一种积极主动的国家作用

随着社会的不断发展,行政所承担的任务日益增加,因此现代行政早已不再局限于“守夜人”的角度,而是积极主动地介入社会、经济、文化、教育等各种与人民生活密切相关的领域,成为一只处处看得见的手。由此导致了行政疆域的不断扩张,新型行政手段的不断出现,行政裁量权的不断扩大,行政的理念也发生了根本性的变革——从传统的“无法律即无行政”一变而为“法无明文禁止即行政”。行政的这一特征与司法“不告不理”的特征正好形成鲜明的对照,成为行政与司法的又一分界线。

五、行政的种类

行政的种类,即对行政范围或外延的归类。行政的范围十分广泛,不同各类的行政在性质、特征、法律适用、程序等方面都存在重大差别。因此,有必要对行政的种类加以研究。

(一) 公权力行政与私经济行政

按行政行为所适用法律的性质的不同,行政可分为公权力行政与私经济行政。

1. 公权力行政。公权力行政,也称高权行政,是指行政主体基于行政法的规定所实施的行政行为,是传统行政作用中最为常见的一种类型。公权力行政的特点在于,这一类行政通常是通过制定具有普遍适用效力的行政规范或对具体行政事务的处理等方式,与行政相对人之间形成特定的行政法上的权利义务关系,并可以采取行政强制方法达成行政目标。传统上,行政主体与行政相对人基于公权力行政所形成的关系是一种不平等关系,即行政主体处于管理者地位,而行政相对人处于被管理者地位,负有服从行政主体的义务。在现代行政中,公权力行政的范围大为拓宽,其内容已不仅包括秩序行政,还包括了给付行政、指导行政等,因而这种不平等性也受到了一定的限制。

由于公权力行政能够对行政相对人的权益造成直接的影响,因此公权力行政必须严格遵守行政法治原则的要求;由公权力行政引起的争议应当通过行政救济途径来解决,行政相对人权益受到损害时还可以请求国家赔偿。公权力行政是行政主体完成行政任务、达成行政目标、履行行政职责的最基本方式,其作用方式主要包括行政规范、行政决定等。

传统行政法理论认为,公权力行政是指国家行政机关和被授权组织行使行政职权、履行行政职责的行为,即国家行政。但近年来,随着行政方式和理念的改变,要求将非国家机关的公共组织(公法人),如公共社团(律师协会、医生协会等)以及公共企事业单位(如公立学校和研究所、国有公益企业等)的运营和管理活动纳入公权力行政范围的呼声越来越高。许多国家已经在法律上对公法人的行为进行了规定,我国人民法院在近年来也已开始受理一些涉及国家行政机关以外的公权力行政问题,如不服高等学校的拒绝录取、开除、退学处分或拒发毕业证、学位证的诉讼等。

2. 私经济行政。私经济行政,也称国库行政,是指行政机关及其他行政组织以民事主体的身份,适用民法规范所实施的行为。私经济行政一般可分为三种:

(1) 辅助性的私经济行政。辅助性的私经济行政是指有关行政组织以民事行为的方式获取日常行政所需的物资和人力的行为。这类行为的特点在于,其实施不是为了直接实现特定的行政目的,而是为直接实现行政目的的行为的实施提供必要的物质和人员保障,如行政机关购置办公用品、租用办公用房的行为即属此类。有关行政组织在从事这类行为时其身份是民事主体,与普通的法人或个人处于相同的地位,因此这类行为应由民法规则调整,所发生的争议也应通过民事诉讼程序来解决。

(2) 营利性的私经济行政。营利性的私经济行政是指国家以民事主体的身份参与社会经济活动,谋取财政收入,有时也兼负执行国家政策的任务的行为,如国家投资设立营利性的国有企业、公司的行为。此类行政与私人企业并无不同,所以也受到民法的拘束。

(3) 替代性的私经济行政。替代性的私经济行政是指行政主体以民事行为的方

式直接达成行政目标、完成行政任务的行政活动。如前所述,随着行政理念的改变,许多原先由政府直接管理的公益事业,如水、电、煤气、暖气、城市公共交通等,都相继从行政中剥离出来,以企业方式进行运营和管理。但这类企业与上述营利性企业不同,它通常并不完全以营利为目的,而主要是为了满足社会公众的日常生活需要,其内部管理采用企业方式,其运营方式则并不完全采用企业化方式,政府在必要时可以直接对其运营活动进行干预。因此这类行为既适用民法规范,也适用行政法规范。

公权力行政与私经济行政的划分,其法律意义在于:行政主体在不同种类的行政活动中与相对人的权利义务关系不同,适用的法律规范不同,解决争端的途径也不同。但公权力行政与私经济行政的确切界限是什么,这仍是各国行政法研究中还在继续探讨的一个问题。

(二) 内部行政与外部行政

按行政作用的对象不同,行政可分为内部行政与外部行政。

所谓内部行政,是指行政主体发生在行政系统内部,不对外产生法律效力的行政作用,比较典型的内部行政有:行政机关内设科室的设置和调整、各科室的职能分工、行政公文的处理、上下级机关之间的请示汇报、公务人员的礼仪规范、公务人员的管理等。所谓外部行政,是指行政主体执行法律,行使行政职权,履行行政职责,对行政系统以外的行政相对人权益产生影响的行政作用,如行政立法、行政决定等。

从行政主体的性质来看,国家设立各种行政主体的目的主要是为了组织和管理社会公共事务,实施外部行政,因此外部行政历来是行政法规范和行政法学的重点。对内部行政,一般认为,由于它并不直接涉及行政相对人的权益,仅于行政系统内部发生效力,因此对内部行政争议不得提起行政救济,而应适用内部行政规范来解决。但近年来这一观点日渐受到质疑,人们认识到,许多内部行政活动也能影响到行政相对人的权益。因此不应以内部行政或外部行政的划分作为能否诉请行政救济的标准,特定的行政作用是否影响行政相对人权益才是问题的关键所在。

另外,传统观点认为,外部行政由于直接涉及行政相对人的权益,因而应受到法律的严格拘束,属于行政法学的研究范畴;而内部行政重在解决行政效率和效能的提高,是行政学研究的范畴。从现代行政的发展来看,实行内部行政法制化已然是大势所趋,因而其在行政法学上的研究价值也日渐凸现。但从另外一个角度来看,内部行政法制化又在一定程度上限制了行政的裁量性,可能会使行政失去应有的灵活性和机动性,这也是需要研究的一个问题。

(三) 其他分类

除上述分类之外,行政还可按其他标准进行划分:

1. 按行政的目标和功能的不同,可将行政划分为:(1) 干预行政,是指干预行政

相对人权益、限制其自由或财产、课以义务或负担的行政作用；(2) 给付行政，是指为行政相对人提供公共服务、社会保障及其他利益的行政作用；(3) 计划行政，是指制定计划以实现施政目标的行政作用。

2. 按行政领域的不同，可将行政划分为：(1) 组织行政；(2) 人事行政；(3) 公安行政；(4) 司法行政；(5) 民政行政；(6) 经济行政；(7) 科技行政；(8) 教育行政；(9) 军事行政；(10) 外事行政等。

第二节 行政法的概念和渊源

一、行政法概念诸说

关于行政法的定义，国内外尚无统一的认识。究其原因，主要有三个方面：一是对行政涵义理解上的差异，这一差异直接导致了对行政法调整对象及其范围的不同理解；二是对行政与法的关系也存在理解上的差异，这一差异导致了对行政法的根本目的、基本功能理解上的分歧，也影响到对具体行政法律制度的分析和构建；三是各国的历史、文化差异引起的。在此，我们先对一些较为典型的观点进行一个简单的介绍：

(一) 大陆法系行政法定义

在大陆法系国家中，学者们一般从公共管理的角度把行政法理解为调整行政活动的公法。例如，土耳其学者罗拉(Rona)认为，“行政法是公法的一个部门，它是调整行政机关同公民之间的关系，规定国家官员的法律地位以及公民在同作为国家代表的政府官员交往中的权利和义务的法律规范的总称。同时，行政法规定义务的程序。简言之，行政法是建筑于行政活动和行政决定基础上的法”^①。我国台湾地区学者也多持此种观点。例如，台湾学者管欧认为，“行政法者，乃国内公法，规定行政组织及其职权与作用之法规之总称也”^②。

(二) 英美法系行政法定义

在英美法系国家中，学者们多从保护私人利益的角度，把行政法理解为控制行政权力的法。例如，美国学者施瓦茨认为，“行政法是管理政府行政活动的法。它规定行政机关可以行使的权力，确定行使这些权力的原则，对受到行政行为损害者给予法律补偿”“行政法更多的是关于程序和补救的法，而不是实体法”^③。

① 参见胡建森著《行政法学》，法律出版社，1998年版，第13页。

② 参见管欧著前引书，第23页。

③ 参见[美]伯纳德·施瓦茨著《行政法》，群众出版社，1986年版，第3页。