

wan guo 万国法源

2010 司法考试培训教材

万国学校授课精华 行政法与行政诉讼法

季宏 编著

知识要点 全部囊括

疑难问题 阐述透彻

易混淆点 辨析明白

知识产权出版社

wanguo万国法源
2010 司法考试培训教材

万国法源

内容提要

本书为司法考试培训名校万国学校名师讲义内容的提炼,全书分设[必读法条]、[基本知识点]、[疑难点]、[易混淆点]等栏目。在[必读法条]部分列举了司法考试的重点法条;在[基本知识点]部分对考查的知识要点作了归纳;在[疑难点]部分对考试的疑难内容进行了深入的阐述;在[易混淆点]部分对易混淆的知识点进行了比较。

本书为参加司法考试的相关人员的必备参考书。

责任编辑:彭小华

责任校对:董志英

特约编辑:张青聚

责任出版 卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

行政法与行政诉讼法/季宏编著. —北京:知识产权出版社, 2010. 3

(万国学校授课精华)

ISBN 978-7-80247-918-0

I. ①行… II. ①季… III. ①行政法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料②行政诉讼法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料
IV. ①D922.1②D925.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 032699 号

万国学校授课精华

行政法与行政诉讼法

XINGZHENGFA YU XINGZHENGXUSONGFA

季 宏 编著

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话:010-82000893 82000860 转 8101/8102

责编电话:010-82000860 转 8115

印 刷:保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本:787mm×1092mm 1/16

版 次:2010 年 4 月第一次

字 数:492 千字

ISBN 978-7-80247-918-0/D·942 (2860)

邮 编:100088

邮 箱:bjb@cnipr.com

传 真:010-82005070/82000893

责编邮箱:pengxiaohua@cnipr.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:20.25

印 次:2010 年 4 月第一次印刷

定 价:32.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

前言

行政法学是个令人烦躁、令人沮丧的学科。好多人都同意这个看法。学习行政法不同于学习民法或者刑法。民法、刑法的问题，我们似乎每天都能看到、听到，能够在头脑中想象。但是，行政法，似乎与我们很近，因为我们的生活离不开与行政机关打交道，又似乎离我们很远，因为除非必要，我们不会与行政机关打交道。正是这种若即若离的态度，让我们总是在行政法的门外徘徊。我们要入行政法这个门，就必须打破学习民法、刑法的一贯思维，确立行政法独有的思考问题的方法。

众所周知，民法问题的处理，大多从寻找“请求权基础”着手，其典型问题是：谁可以向谁，依据哪一法律规范，主张哪一权利？而行政法问题的处理则与民法不同，它从确定行政行为的合法性着手。依法行政原则是行政法的基本理念，行政法学的主要任务就是以宪法、法律、法规和规章等法规范为基础，审查行政行为的合法性。因此，行政行为合法性的审查，是学习行政法的主要课题。

在审查行政行为合法性的顺序上，首先应当审查行政机关从事行政活动的法律基础，也就是法律上的授权基础；其次要审查行政行为是否符合法律规定的要件以及授权目的。这些是“合法行政原则”的精神所在。

一般而言，行政行为合法性的审查，可以分为形式合法性（形式审查）与实质合法性（实质审查）两个层面。形式审查是审查行政行为是否由有管辖权的机关作出，以及是否符合行政程序或形式要件等规定；实质审查，是审查行政行为是否符合法律授权的要件、范围及目的。

行政行为合法性的审查，如果经确认符合法律的意旨，原则上审查工作即告终结；反之，如果确认行政行为违反法规范，基于依法行政原则的精神，相对人可能提出以下要求：（1）行政机关应停止违法行为；（2）行政机关已经作出的违法行为应予除去。对于这两个要求，行政机关的回复可能有二：（1）行政机关自动停止违法行为，或者自行除去其违法行为，违法状态即因此而除去。必须注意的是，行政机关自行除去违法行为，其本身就属于一种行政行为，故仍有合法性审查的问题。例如，撤销行政行为是否违反“信赖保护原则”。（2）行政机关继续违法行为，或者任由违法行为继续存在。在此情形下，我们可以进一步思考：相对人应当遵循何种法律途径寻求法律救济，比如，申请行政复议，请求行政复议机关决定撤销该违法行为；或者提起行政诉讼，请求人民法院裁判撤销违法行为；或者请求赔偿义务机关给予行政赔偿。这就涉及行政复议法、行政诉讼法、国家赔偿法（总称行政救济法）上的问题。这与上述行政行为合法性的审查（它属于行政实体法上的问题）有所不同。但是，行政法问题的讨论和处理，往往兼及实体法与争讼法两方面。

行政法的整个学科体系就是建立在上述逻辑基础之上的，本书的篇章设置也大体遵循上述逻辑。本书前三章分析行政法基本概念、渊源和基本原则；第四章、第五章从实施行政行为的人角度分析；第六章至第十章则是关于行政行为的理论与法条分析，特别关注行政行为基本理论；第十一章至第十八章是关于行政救济的阐释，其中第十一章至

第十六章将行政复议、行政诉讼统称为行政争讼，一同分析、比较。本书不求知识点全面，只求所分析知识点深入，便于记忆、理解和运用。为此，本书在阐释相关要点时，往往举例说明，遇到相关联的知识点时，也往往进行深入性的比较。

本书是个体系，尽管不很完善。因此，在研读本书时应当注意前后联系。比如，第十六章提及：只有在具体行政行为合法情形下，才可以作出维持判决；而具体行政行为合法与否如何判断，则是第六章第二节重点分析的问题。再比如，第十五章第三节在分析行政复议和解与调解时提及：行政自由裁量案件可以适用和解与调解；羁束行政案件不适用和解与调解。那么，何谓裁量行政，何谓羁束行政，则在第一章第一节分析过。

很多人在学习刑法、民法时明白“理论”的重要，但在学习行政法时却以为只要记住几个法条就可以了。而实际上，行政法基本理论也是研习行政法条文的基础，若没有一定的理论基础，死记几个法条是没用的。因为一个人没有理论的指导，是不会熟练运用法条的。因此，本书相当注意阐释行政法基本理论，在理解某些关键法条时，也一直强调其背后的理论原因。

行政法是在民事法、刑事法的基础上发展起来的，它借用了众多的民事法、刑事法的制度，但在借用的过程中又根据行政的特性作了相应调整。因此，我们在学习行政法过程中，必须注意这种借用现象以及借用变化。这就意味着，我们如果没有一定民事法、刑事法的基础，学习行政法是困难的；但如果我们不注意将行政法与民事法、刑事法进行比较，我们也不能真正理解行政法的特殊之处。

学习行政法，刚开始比较痛苦，一旦您进入它的殿堂，就会体会到它的精妙，它的豁达，以及其他种种难于言表的感受。我们也会真正体会到行政法背后的宪政理念，是那么的“高不可及”，而又那么的“平易近人”。

本书的撰写，是个漫长的过程。我一直想写个与行政法法条紧密相连的行政法基本理论方面的小册子。但真正提笔后，才发现这是一个相当艰辛的过程。在当代中国还没有制定统一的《行政程序法》的大背景下，选择一个能够很好的阐释现行的纷繁复杂的行政法法条的理论，不是一个简单的事。让这个理论在本书中一以贯之，更不容易。

为行文方便，本书对以下司法解释使用简称：具体列举如下：

1. 《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》，简称《行政诉讼法解释》；
2. 《最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定》，简称《行政案件管辖规定》；
3. 《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》，简称《行政诉讼证据规定》；
4. 《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》，简称《行政诉讼撤诉规定》；
5. 《最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的规定》，简称《行政许可案件规定》；
6. 《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》，简称《国贸行政案件规定》；
7. 《最高人民法院关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》，简称《反倾销行政案件规定》；

8. 《最高人民法院关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》，简称《反补贴行政案件规定》；

9. 《最高人民法院关于人民法院执行〈中华人民共和国国家赔偿法〉几个问题的解释》，简称《国家赔偿法解释》；

10. 《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》，简称《行政赔偿规定》；

11. 《最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释》，简称《民行诉讼司法赔偿解释》。

本书，是我从事法律培训 10 年来的体会和结晶。本书的成型及完善，我要特别感谢万国的韩海涛董事长、骆勇总裁等领导对我多年来的培养和爱护，感谢万国同仁们以及万国学员们对我的支持。感谢我的家人！我还要特别感谢作为本书读者的您。我写完本书的欣喜还期待着您的肯定。我衷心感谢您阅读这本书。哪些写得不对，请指正。再次谢谢！

季 宏

2010 年 2 月 26 日于万国北京国际大厦办公室

目 录

第一章 行政法的基本概念	(1)
第一节 行政的概念	(1)
第二节 行政法与宪法、民法的关系	(6)
第二章 行政法渊源	(10)
第一节 宪法和法律	(10)
第二节 一般法规：行政法规和地方性法规	(14)
第三节 特殊法规：经济特区法规和自治法规	(22)
第四节 行政规章：部门规章和地方政府规章	(28)
第三章 行政法基本原则	(33)
第一节 合法行政原则	(33)
第二节 合理行政原则	(36)
第三节 程序正当原则	(42)
第四节 高效便民、诚实守信和权责统一原则	(49)
第四章 行政组织	(53)
第一节 行政主体和行政机关	(53)
第二节 被授权组织和受委托组织、个人	(57)
第五章 行政机关公务员处分	(64)
第一节 行政处分的种类、设定与适用	(64)
第二节 行政处分的决定与申诉	(70)
第六章 具体行政行为总论	(75)
第一节 具体行政行为的概念与特征	(75)
第二节 具体行政行为的合法要件	(82)
第三节 具体行政行为的效力	(89)
第四节 具体行政行为的无效与废弃	(96)
第七章 行政许可	(104)
第一节 行政许可概述	(104)
第二节 行政许可的设定与具体规定	(111)
第三节 行政许可的实施	(120)
第八章 行政处罚	(125)
第一节 行政处罚概述	(125)
第二节 行政处罚的设定与具体规定	(132)
第三节 行政处罚的实施	(136)
第九章 行政裁决和行政确认	(146)
第一节 行政裁决	(146)
第二节 行政确认	(154)

第十章 行政强制	(160)
第一节 行政强制措施	(160)
第二节 行政强制执行	(164)
第十一章 行政争讼概述	(171)
第一节 行政复议的概念和特征	(171)
第二节 行政诉讼的概念与特征	(175)
第十二章 行政争讼参加人	(178)
第一节 行政争讼提起人	(178)
第二节 行政争讼被提起人	(187)
第三节 行政争讼第三人	(196)
第十三章 行政争讼管辖	(203)
第一节 复议管辖	(203)
第二节 诉讼管辖	(211)
第十四章 行政争讼申请	(218)
第一节 行政复议申请与受理	(218)
第二节 提起行政诉讼	(223)
第十五章 行政争讼审理中的特殊制度	(236)
第一节 行政争讼证据	(236)
第二节 行政争讼的法律适用	(247)
第三节 撤回行政争讼	(255)
第十六章 行政争讼裁决及其执行	(265)
第一节 行政诉讼一审裁判类型	(265)
第二节 行政复议决定类型	(276)
第三节 行政争讼裁决的执行	(280)
第十七章 行政赔偿	(284)
第一节 行政赔偿概念及其要件	(284)
第二节 行政赔偿义务机关	(290)
第三节 行政赔偿程序	(293)
第十八章 司法赔偿	(299)
第一节 司法赔偿概念及其赔偿范围	(299)
第二节 司法赔偿义务机关	(307)
第三节 刑事赔偿程序	(311)

第一章 行政法的基本概念

第一节 行政的概念

基本知识

一、行政的含义

（一）公共行政与普通行政

行政法调整的对象是“行政”。所谓行政，是指“执行”或“管理”。无论是国家或公共领域，还是私经济、社会领域，都有“执行”或“管理”，也就是说都存在“行政”。但是，行政法意义上的行政是指“公共行政”。行政法调整的“公共行政”范围，会因为国家和时代的不同而不同。一般地，国家是“公共行政”的主要承担者，但国家还会设立事业单位、公用企业履行公共职能，社会团体、私有企业、民办非企业单位也可通过被授权、受委托等法律形式履行公共职能。

“公共行政”相对于“普通行政”的特征，是其具有公共性。换句话说，“公共行政”涉及公共利益的追求。“公共行政”包括国家行政、公共事业组织（例如公立学校、医院、图书馆、博物院）的行政、群众性自治组织（例如村民委员会、居民委员会）的行政、团体性自治组织（例如律师协会、体育协会、消费者协会）的行政以及其他形式的公共行政。我国行政法调整的主要是国家行政。

（二）形式行政与实质行政

一般地，国家行为分为立法行为、行政行为和司法行为。将国家行为中的立法行为、司法行为剔除之后，剩下的即为“形式行政”。“形式行政”，是指以行政机关作为划分行政的根据，只要是行政机关从事的职权活动及与其职权直接相关的活动都可以被认为是行政活动，无论它们是制定规则的、处理具体事项的，还是裁决争议案件的活动。

“实质行政”，是指以国家机关的职能活动作为划分行政的根据，制定规则和裁决争议案件以外的执行性活动被认为属于行政活动，无论它们是由哪个国家机关实施的。此种“实质行政”，具有以下主要特征：（1）公共性，即行政职权的行使是为取得、发展和维护国家利益或社会公共利益；（2）权力性，即可以使用国家强制力实现其意志；（3）积极性，即行政职权的行使可以不以他人的请求为条件，主动地采取为实现其职能所需要的行政措施；（4）直接性，即行政职权的行使可以直接、具体地确定特定人的权利和义务。

二、行政的分类

（一）秩序行政与给付行政

秩序行政和给付行政是以公民自由权为中心划分的。为防止滥用自由权导致社会危害而实施的秩序性管理是秩序行政，为消除和减少过度自由竞争带来的社会差别和维护社会公平而提供公共服务的是给付行政。也就是说，秩序行政与给付行政的区分，关注

的是“行政目的”的不同。

给付行政有狭义和广义之分。狭义的给付行政，是政府提供必需的生存条件、防范生活风险和社会共同生活条件。例如，政府向公民提供最低生活保障金，提供失业、疾病、养老保险，提供公共交通通讯和生活用水用电用气。广义的给付行政，是政府满足公民社会权和其他公法受益权而进行的行政活动的总和。由于社会权利的范围不断扩张，对政府的给付行政的内容也提出新的要求。

国家可以通过行政机关向相对人直接提供各种给付，也可以通过设立公用机构并保证其运行，以面向社会提供普遍和持续的公共服务。例如，政府举办的学校、医院、养老院、图书馆、博物馆、广播电台、电视台、出版社、报社、垃圾处理机构、政策性金融机构等。国家也可以向社会购买公共服务，由社会团体、民办非企业单位等非由国家设立的组织承担公共服务职能，政府提供特许权或者提供财政支持。例如，私人捐资设立的民办学校进行义务教育，政府对其进行财政支持。但是，无论由什么机构承担或者实行怎样的运行机制，凡是向社会提供普遍和不可中断的公共服务职能，都应当受到行政法的规范，以维护社会公共利益的有效实现。

给付行政，既可以针对个人，也可以针对公众进行。对个人的给付行政，是对特定个人给予帮助；对公众的给付行政，则是提供公共设施，以确保及改善人民的生活条件。

国家向社会提供给付时，可以采用行政行为的方式，也可以采用民事行为的方式。给付行政所使用的行政行为方式，主要是授益行政行为，比如行政物质帮助。行政机关在决定给予补助时，作出行政行为；而履行补助义务时，通常以民事合同的方式。

例1：县级人民政府民政部门批准是否给予农村五保供养待遇，属于行政行为^①；而履行供养义务时，则由乡、民族乡、镇人民政府与村民委员会或者农村五保供养服务机构签订供养服务协议，以保证农村五保供养对象享受符合要求的供养^②。

例2：市（区）、县人民政府建设（住房保障）主管部门决定是否将申请人作为廉租住房保障对象予以登记，属于行政行为^③；而履行住房保障义务时，则由建设（住房保障）主管部门或者具体实施机构与廉租住房保障对象签订租赁住房补贴协议或者廉租住房租赁合同，予以发放租赁住房补贴或者配租廉租住房^④。

（二）负担行政与授益行政

行政根据其手段对相对人的法律效力的不同，可以区分为侵益行政和授益行政。侵益行政，是对相对人设定义务，限制或剥夺其权益的行为。侵益行政，是以命令或禁止的形式进行，并以强制方式予以实现，例如行政处罚、税收征收、行政收费。授益行政是为相对人提供利益或赋予权利的行为，例如行政许可、行政物质帮助。

侵益行政和授益行政并非对立、不相容的关系，二者间具有交错契合的关系：

1. 以侵益配合授益

授益常配合有特定的义务（侵益）。例如根据《经济适用住房管理办法》第30条第2款，购买经济适用住房不满5年的，原则上不得直接上市交易。

① 国务院《农村五保供养工作条例》第7条。

② 国务院《农村五保供养工作条例》第17条。

③ 《廉租住房保障办法》第17条。

④ 《廉租住房保障办法》第20条。

2. 同一措施兼具侵益及授益

有时同一措施可以对行政相对人或第三人同时具有授益及侵益的性质。此种效果对相对人发生的，例如强制医疗、强制就学；此种效果分别对行政相对人及第三人发生的，例如对有竞争关系的多数企业中之—给予补助，即对其他企业产生侵益。

3. 侵益及授益的交替

在某些行政领域内，授益及侵益手段先后交替出现。例如，为进行旧城区改造而限制房屋建设，并进行征收；改造完成后，由原所有权人或使用权人优先承购，并给予贷款补助。

4. 侵益及授益并用

为实现特定行政目的，可以同时投入侵益和授益的手段。例如，为保护环境，一方面对于违反环保法规的人予以处罚；另一方面，对设置环保设施的人，给予加速折旧的税收优惠。

（三）羁束行政与裁量行政

法规范拘束力较强，在具备法定条件时，行政机关就应依其规定作出的行政行为，属于“羁束行政”；法规范的拘束力较弱，在具备法定条件时，行政机关对是否作出行政行为以及作出何种行政行为具有斟酌权衡余地的，属于“裁量行政”。

1. 羁束行政

法规范对符合特定条件的法律事实仅赋予单一法律效果，行政机关必须依照该规范作出具体行政行为，否则就构成违法。一般地，法规范规定行政机关作出羁束行政行为的义务（以下简称“行为义务”）的方式有以下三类：

（1）以“应当”用语表示，例如《中华人民共和国建筑法》（以下简称《建筑法》）第8条第2款规定：“建设行政主管部门应当自收到申请之日起15日内，对符合条件的申请颁发施工许可证。”

（2）尽管没有使用“应当”用语，但从文字中能够得出“应当”的行为义务的，例如《中华人民共和国律师法》（以下简称《律师法》）第49条第2款规定：“律师因故意犯罪受到刑事处罚的，由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销其律师执业证书。”

（3）以“不”字用语表示，例如《中华人民共和国禁毒法》（以下简称《禁毒法》）第39条第1款第1句规定：“怀孕或者正在哺乳自己不满一周岁婴儿的妇女吸毒成瘾的，不适用强制隔离戒毒。”

2. 裁量行政

法规范对符合特定条件的法律事实赋予行政机关自行决定是否依照该规范采取法定措施，或者可以就法规范规定的多个法定措施，选择其中一个作出的权力。一般地，法规范赋予行政机关裁量权的方式有以下五类情形：

①以“可以”用语表示，例如《税收征收管理法》第44条规定：“欠缴税款的纳税人或者他的法定代表人需要出境的，应当在出境前向税务机关结清应纳税款、滞纳金或者提供担保。未结清税款、滞纳金，又不提供担保的，税务机关可以通知出境管理机关阻止其出境。”

②以“可以不”用语表示，例如《禁毒法》第39条第1款第2句规定：“不满16周岁的未成年人吸毒成瘾的，可以不适用强制隔离戒毒。”

③以“上下限”用语表示，例如《治安管理处罚法》第34条第1款规定：“盗窃、

损坏、擅自移动使用中的航空设施,或者强行进入航空器驾驶舱的,处10日以上15日以下拘留。”

④以“或者”等选择性用语表示,例如《治安管理处罚法》第34条第2款规定:“在使用中的航空器上使用可能影响导航系统正常功能的器具、工具,不听劝阻的,处5日以下拘留或者500元以下罚款。”

⑤以整体关联意思表示,例如《行政处罚法》第52条规定:“当事人确有经济困难,需要延期或者分期缴纳罚款的,经当事人申请和行政机关批准,可以暂缓或者分期缴纳。”从该条整体关联的意思看,实际也赋予行政机关是否批准被处罚人暂缓或分期缴纳罚款的裁量权。

疑难点

一、形式行政与实质行政的关系

答复:“形式行政”,从“组织形态”角度考察;“实质行政”,从“功能作用”角度考察。二者是交叉而非重叠的关系。国家行政,主要由行政机关执行,但并非完全由行政机关执行。在一定范围内,立法及司法机关也可能从事行政活动。立法及司法机关也有本身的人事、财务、秩序维持以及其他立法及司法行政事务。例如,县级人大常委会下属的选举委员会主持县级、乡级人大代表的直接选举工作,本质上属于“实质行政”;人民法院收取诉讼费用,本质上属于行政事业性收费,与行政机关进行的行政事业性收费相同,均受价格主管部门、财政部门的管理和监督^①。因此,“实质行政”,未必由行政机关执行。另一方面,行政机关在一定条件下从事立法工作或司法工作。例如,国务院制定行政法规、国务院部门制定部门规章、省级及较大的市人民政府制定部门规章属于立法活动;公安、国家安全、海关等机关根据刑事诉讼法进行刑事司法活动。也就是说,“形式行政”未必是“实质行政”。

行政法意义上的国家行政一般是指“形式行政”。我国现行行政法学一般不关注立法机关、司法机关的行政事务。另外,公安、国家安全、海关等机关根据刑事诉讼法进行刑事司法活动,不属于行政法意义上的行政。

二、如何理解裁量行政

(一) 裁量授权依据

行政机关的裁量权由法规范赋予。《行政复议法实施条例》第40条、第50条中“行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权作出的具体行政行为”的用语表明,至少国务院认为:行政机关的自由裁量权应由“法律、法规规定”,而规章以及规章以下的规范性文件无权赋予行政机关裁量权。

(二) 裁量类型

所谓“裁量”,是指行政机关经法规范授权,对符合特定条件的法律事实,可以决定

^① 国务院《诉讼费用交纳办法》第54条。

是否采取法定措施，或者选择何种法定措施。具体而言，裁量可以分为两大类型：

（1）决定裁量与选择裁量

决定裁量，是指行政机关决定是否采取法定措施；选择裁量，是指行政机关在多数法定措施中选择适合本案的措施。

例1：根据《税收征收管理法》第44条，税务机关对是否通知出境管理机关阻止欠缴税款的纳税人或者其法定代表人出境具有“决定裁量权”。

例2：《人民警察法》第15条第1款规定：“县级以上人民政府公安机关，为预防和制止严重危害社会治安秩序的行为，可以在一定的区域和时间，限制人员、车辆的通行或者停留，必要时可以实行交通管制。”据此，公安机关可以根据案件具体情况，决定是限制通行或停留，还是实行交通管制。这是赋予公安机关选择裁量权。

（2）实体裁量与程序裁量

如果行政机关裁量权的行使直接针对或者影响相对人实体性的权利或者义务的，属于“实体裁量”；如果行政机关的裁量权的行使直接针对或者影响相对人程序性的权利或者义务的，属于“程序裁量”。

例：《行政复议法实施条例》第33条规定：“行政复议机构认为必要时，可以实地调查核实证据；对重大、复杂的案件，申请人提出要求或者行政复议机构认为必要时，可以采取听证的方式审理。”据此，是否实地调查核实证据，是否采取听证的方式审理行政复议案件，属于行政复议机构的裁量余地，但这显然属于程序裁量。

（三）裁量存在的必要性

法规范赋予行政机关裁量权，目的在于实现个案正义。具体而言，法规范赋予行政机关决定或选择的范围（即“裁量余地”），容许行政机关在处理个案时，可以根据法律授予裁量的目的和个案的具体情况，寻找合理适当的解决方法，从而实现个案正义。

（四）裁量的限制性

法规范赋予行政机关裁量余地，法律的拘束虽然较为宽松，但并非放任行政机关自由决定。尽管《行政复议法实施条例》第40条、第50条使用“自由裁量权”用语，但是裁量的自由仍然是相对的。行政机关行使裁量权时，应受法规范授权范围的拘束，不得超越授权范围，并且不得违反法律授权的目的。国务院印发的《全面推进依法行政实施纲要》要求：“行使自由裁量权应当符合法律目的，排除不相关因素的干扰；所采取的措施和手段应当必要、适当；行政机关实施行政管理可以采用多种方式实现行政目的的，应当避免采用损害当事人权益的方式。”

（五）裁量收缩

裁量收缩，是指法规范虽赋予行政机关裁量余地，但根据法律目的和个案具体情况，只有采取特定措施才能实现个案正义的情形。“裁量收缩”的情形最常见是在防止重大灾害的发生或者为保护重要的权益，特别是为了保障公众的生命、健康。

例：《传染病防治法》第41条第1款规定：“对已经发生甲类传染病病例的场所或者该场所内的特定区域的人员，所在地的县级以上地方人民政府可以实施隔离措施，并同时向上级人民政府报告；接到报告的上级人民政府应当即时作出是否批准的决定。”根据该规定，上一级人民政府对是否批准实施隔离措施具有裁量余地，但是若根据具体情形可以认定该场所内的特定区域的人员仍存在其他未发现的甲类传染病病人的，则上一级人民政府没有斟酌损益的余地，必须批准实施。

另外,行政机关对于某些裁量事项,若长期采取一定的处理方式,且已形成行政惯例,则基于平等原则以及信赖保护原则的精神,行政机关不得随意变动,在此情形下,行政裁量权受到缩减。

第二节 行政法与宪法、民法的关系

基本知识点

一、行政法与宪法的关系

(一) 行政法对宪法的从属性

宪法是国家根本法,行政法是普通部门法,宪法是建立和发展行政法的根据和基础。宪法的内容概括而抽象。宪法中有关国家任务及权限、国家与公民关系的规定,都需要行政法进一步规范才能实现。宪法规定的各项基本原则,都依赖行政机关的贯彻实现。因此,行政法是具体化的宪法,或称为:行政法是行动中的宪法。

例:须有《选举法》,公民才能行使《宪法》第34条规定的选举权;须有《国家赔偿法》,公民才真正享有《宪法》第41条第3款规定的取得国家赔偿的权利;须有《兵役法》,国家才能使公民履行《宪法》第55条第2款规定的服兵役和参加民兵组织义务;须有《个人所得税法》、《企业所得税法》以及《税收征收管理法》等税法,国家才能使公民履行《宪法》第56条规定的纳税义务。

(二) 行政法对宪法的独立性

宪法与政治理念的结合较为密切,尤其是在制宪过程中,宪法容易出现剧烈的变动,而行政法则有不受时代及宪法左右的特殊任务和结构。

宪法的变化直接关系到整个国家和社会的稳定,关系到宪法能否保持应有的权威和尊严。因此,宪法规范必须具有相对稳定性,即相对于一定的历史时期、相对于一定的历史条件具有稳定性。而行政法则较执著于现实的社会生活条件,行政法必须及时顺应时代的需要,故行政法处于随时变化发展的状态之中。

二、行政法与民法的关系

(一) 行政法对民法的影响

1. 行政法对民法的拘束力

(1) 行政法中的强制性规定,在民事关系中具有拘束力,应予以遵守。行政法对违反其强制性规定的民事行为,有时直接明文规定排除其法律效力。

例:《土地管理法》第81条规定:“擅自将农民集体所有的土地的使用权出让、转让或者出租用于非农业建设的,由土地行政主管部门责令限期改正,没收违法所得,并处罚款。”其中,“责令限期改正,没收违法所得,并处罚款”的规定意味着“擅自将农民集体所有的土地的使用权出让、转让或者出租用于非农业建设”的行为在法律上是无效的。

(2) 行政法对其所限制的事项,也常以行政机关的“批准”介入民事行为,成为该民事行为的生效要件。

例:《中外合资经营企业法》第3条规定:“合营各方签订的合营协议、合同、章程,

应报国家对外经济贸易主管部门审查批准”；《中外合资经营企业法实施条例》第14条则明确规定经批准生效：“合营企业协议、合同和章程经审批机构批准后生效，其修改时间同。”

(3) 行政法对其规定事项的民事效力未明文规定时，若事关民事合同，则依照《合同法》第52条第5项，该合同因违反法律、行政法规的强制性规定而无效。此外，违反行政法规定的行为，也可能承担《民法通则》第106条第2款、第3款^①所规定的民事责任。

2. 行政法对民法的指引作用

行政法的规定事项，有时仅对民法具有指示作用。符合行政法规定的事项，通常也不受民法的质疑。行政法的规定，有时对民法上请求权产生限制作用。

例1：根据《物权法》第89条，建造建筑物，不得违反国家有关工程建设标准，妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照。这意味着，若建造建筑物不违反国家有关工程建设标准，则不妨碍相邻建筑物的通风、采光和日照。

例2：《森林法》第24条第3款规定：“对自然保护区以外的珍贵树木和林区内具有特殊价值的植物资源，应当认真保护；未经省、自治区、直辖市林业主管部门批准，不得采伐和采集。”依据此规定，对相邻土地上枝干越界的珍贵树木，若未经省级林业主管部门批准，不得请求对其采伐。

(二) 民法对行政法的影响

1. 以民法说明行政法的构成要件

行政法规定，经常以民事关系为其规范对象，有时公法直接以民法概念及制度说明其构成要件。

例：根据《土地增值税暂行条例》第2条，转让国有土地使用权、地上建筑物及其附着物并取得收入的单位和个人，应当依法缴纳土地增值税。而所谓“转让”、“国有土地使用权”等概念均应以《民法通则》、《合同法》、《物权法》等相关规定确定。

2. 以民法补充行政法的适用

行政法是特别适用于行政活动的法规范。行政所适用的法规范，原则上限于行政法。但是，也会出现援引民法规定以补充行政法不足的情形。此时，将民法规范视为行政法规范而适用。在行政法范围内补充适用民法的方式有二：

(1) “一般法律原则”的直接适用

所谓一般法律原则，是指根据其内容及意义，明确显示其为各法律领域所共同适用的原则。在民法内表现为一般法律原则的，例如公平原则、诚实信用原则。

(2) 类推适用

在大多数情形下，民法规定以类推方式适用于行政法。对于特定事项，行政法内并无可作为依据的规则，而又无法以行政法规定填补其缺漏时，则可比照适用相似的民法规范。

3. 行政法与民法的配合

针对相同目的，行政法和民法的规定可以发生相辅相成的作用。

例1：根据《民法通则》第110条和《行政处罚法》第7条第1款，自然人、法人

^① 《民法通则》第106条第2、3款规定：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。”“没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。”

或者其他组织的同一行为,既违反行政管理秩序,又对他人造成损害的,则同时追究其行政处罚责任和民事责任。

例2:损害社会公共利益合同,依照《合同法》第52条第4项,该类合同无效;而根据《合同法》第127条,有关行政主管部门有权依法对利用合同危害社会公共利益的违法行为进行监督处理。而所谓“依法”其实就是依据有关行政法规范。

疑难点

一、行政法类推适用民法规范的注意点

(1) 必须注意有关的行政关系究竟能否接受相关的民法制度以及接受到何种程度。

例:纳税义务,与合同法上的金钱债务相近,但基于“税收法定原则”^①,不允许税收征收机关类推适用《合同法》第105条^②规定,免除纳税义务人的纳税义务。免税决定必须依照法律、行政法规的明确规定才能作出。

(2) 在类推适用民法时,所类推的是“法律效果”而非“法律原因”。

例1:行政机关依照法律、法规规定扣押物品而发生应当如何保管以及返还的问题,行政法没有特别规定时,当然可以类推适用《合同法》第十九章(保管合同)的相关规定;反之,不能根据《合同法》第十九章的规定成立行政法上的保管关系。

例2:《民法通则》第93条关于无因管理的规定,也可准用于行政法,但行政机关不得基于无因管理而扩张其干涉自然人、法人或者其他组织的权限。

二、行政法作为公法与作为私法的民法的区别

公法与私法的划分,最早是由古罗马法学家乌尔比安提出来的:“公法是关于罗马国家的法律,私法是关于个人利益的法律。”依照此标准,私法遵循当事人意思自治原则,确立财产所有权,保障自身利益的追求;公法是利用国家权力,宏观调整社会财富分配,调整国家与公民的关系的法律。公法、私法在调整对象、调整方式、法的本位、价值目标等方面存在不同。行政法属于公法。

法律区分为公法及私法,尽管其划分标准并不十分清晰,但在法律的实际操作上,仍然无法回避公法及私法的划分。下列事项即充分显示区分公法(行政法)与私法(民法)的必要性:

(一) 行为方式

行政机关在行政法上才能行使行政权力作出具体行政行为。在民法上,行政机关与个人或组织处于平等地位,不能行使行政权力而作出具体行政行为。

(二) 强制执行

对于行政机关享有的行政债权,个人或组织承担的行政义务,行政机关可以依法自

① 税收法定原则,由《宪法》第56条确立;《税收征收管理法》第3条进一步具体化。该法第3条规定:“税收的开征、停征以及减税、免税、退税、补税,依照法律的规定执行;法律授权国务院规定的,依照国务院制定的行政法规的规定执行。”“任何机关、单位和个人不得违反法律、行政法规的规定,擅自作出税收开征、停征以及减税、免税、退税、补税和其他同税收法律、行政法规相抵触的决定。”

② 该条规定:“债权人免除债务人部分或者全部债务的,合同的权利义务部分或者全部终止。”

行强制执行，或者申请人民法院强制执行。行政机关对于个人或组织的私法权利，则须经法院的裁判取得执行依据后才可请求法院强制执行。

（三）争议解决

公法上的争议，原则上可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼；反之，私法上的争议，原则上则由人民法院依照民事诉讼法进行审理。

（四）损害赔偿

行政机关违法侵害个人或组织权益时，若为公法性质，应依照《国家赔偿法》承担国家赔偿责任；若为私法性质，则依照《侵权责任法》承担侵权行为的损害赔偿责任。

（五）功能及原则

私法在于解决私人之间现有或潜在的利益冲突。私法所根据的是个人的私法自治，注重当事人意思表示，法律关系依照诚实信用解释。公法则在于设定及限制国家公权力。公法法律关系，受依法行政原则的拘束，应依照客观含义解释，私法意思不具有重要意义。