

依法行政研究

图书在版编目(CIP)数据

依法行政研究/杨立新著. —北京:九州出版社,
2003.5

ISBN 7—80114—874—6

I. 依… II. 杨… III. 依法—行政—研究 IV. G①203②D630.1
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 024165 号

责任编辑:郑福臣

封面设计:刘凤武

依 法 行 政 研 究

杨立新 著

出版:九州出版社(北京市海淀区万寿寺甲4号社会主义学院内)

邮编:100081 电话:68706018

经销:新华书店

印刷:沈阳市昌通彩色印刷厂印刷

开本:850×1168 毫米 1/32

字数:22.74 千字

印张:12.125

版次:2003年5月 第1次印刷

印数:1—500 册

书号:ISBN7—80114—874—6/T.2

本册定价:26.00 元

序

党的十一届三中全会以来，我们党在胜利的实现了政治路线、指导思想、经济体制三大历史性转变之后，党的十五大又提出：“依法治国，是党领导人民治理国家的基本方略。”这标志着我们国家在治国方略上发生了重大的历史性转变。依法治国的关键是依法行政。江泽民同志说：“干部依法决策，依法行政是依法治国的重要基础。”“一切政府机关都必须依法行政”。江泽民在十六大报告中还说：“加强对执法活动的监督，推进依法行政”。

依法行政之所以是依法治国的关键，首先，依法行政是依法治国的重点。我国所选择的是政府（国家）推进型的法治化道路，其主要特点是政府（国家）是法治的领导者和主要推动者，法治主要是在政府（国家）的目标指导下设计形成和主要借助和利用政府（国家）所掌握的本土资源完成的，是人为设计和构建出来的。在这种模式下，推进依法治国的方略，诚然是所有国家机关的任务，但是，任务最重的是国家行政机关。据统计，党的十一届三中全会以来，到目前为止，全国人大及其常委会制定的法律和法律性文 422 件，国务院制定的行政法规 933 件，省、自治区、直辖市、较大市人大及常委会制定的地方性法规约 9000 件，国务院各部门制定的部门规章和省、自治区、直辖市、较大市人民

政府制定的地方规章约 30000 件。这其中 80% 以上的法律、法规和规章是涉及国家行政管理领域的法律、法规和规章，都要靠各级政府去贯彻执行。可见，行政机关在推进依法治国方略的实施过程中，担负着最繁重的任务，没有行政机关的依法行政，依法治国就丢去了最主要的支柱，立法方面的种种努力将成为徒劳。

其次，依法行政又是依法治国的难点。一是行政机关的工作性质决定了行政必须快捷、高效、反映灵敏，以适应现代行政管理的需要。由此决定了行政机关必须采用与之相适应的领导体制，即首长负责制。首长负责制的主要特点是权力的相对集中和命令与服从。实践证明，这种权力的运作方式，极易滋生个人崇拜，惟上、惟书、惟长官意志，脱离群众、官僚主义、特权思想，极易导致权力的独断与专行。首长负责制运作的上述负面效应，无疑为行政机关全面贯彻依法行政，进而推进依法治国增加了几分难度。二是现代行政管理的特点（广泛性、复杂性、易变化），特别是广泛性的特点，决定了再完备的法律也无法穷尽所有的行政管理活动，这种行政管理的相对无限性与法律功能的相对有限性之间的矛盾的唯一解决办法就是给行政机关一定程度、一定范围的自由裁量权。所谓自由裁量权，是指在法定的范围和幅度内，行政机关根据具体情况，采取相应措施的权力。其突出特点是它源于法律授权，但依法实难控制。现实行政管理中自由裁量权的存在，又为行政权力的滥用乃至腐败留下一定的空间，即也为全面贯彻依法行政增加了几分难度。

我在省委党校从事行政法学教学多年，深知我的教学对象（领导干部）。所谓深知：一是深知他们在贯彻依法行政，

推进依法治国中的地位和作用；二是深知他们的法律知识、法治观念储备和依法行政、依法办事能力的现状；三是深知他们在上述方面的“消费”需求。作为一名党校教员，其教学对象的需求就应是己任、是使命。也正是这种己任感、使命感给了我写作《依法行政研究》一书的动力与源泉。

《依法行政研究》一书，是我多年从事行政法学教学与研究的成果。对此，我不敢说她是同类著作中最好的，但我敢说她相对于党校教学对象而言，是针对性、实用性较强的。

《依法行政研究》一书在撰写过程中，广泛吸收、借鉴了国内外专家学者的研究成果，在此一并致谢。同时，不足、不当之处，敬请学界同仁批评、指正。

作 者

2003年3月于沈阳

目 录

第一篇

依法行政之概说····· (1)

第二篇

依法行政之法 ····· (31)

第三篇

依法行政之主体 ····· (81)

第四篇

依法行政之行为 (I) ····· (107)

第五篇

依法行政之行为 (II) ····· (147)

第六篇

依法行政之行为 (III) ····· (187)

第七篇

行政违法之表现····· (239)

第八篇

行政违法之追究····· (263)

第九篇

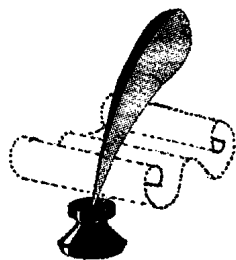
行政违法之责任····· (319)

第十篇

依法行政与 WTO 法律 ····· (355)

第一篇

依法行政之概说



—

依法行政是现代法治国家普遍奉行的基本准则，也是政府行政的基本理念。依法行政的真谛在于依法治权、依法控权。

依法行政作为一种学说，是资产阶级在反对封建专制的资产阶级革命中提出的，其理论基础是“三权分立”和“法治”思想。资产阶级夺取政权后，逐步被作为一条基本的政治原则和法治原则确立下来，并成为资产阶级控制政府权力的主要武器。

但是，由于资产阶级各国的社会历史条件、宪政体制、法律文化传统不尽相同，因而，对依法行政涵义的理解和表述也不尽相同。在英国，依法行政被认为是法治原则最重要的内容之一，是法治原则在政府行政领域的具体化。但是，学者在具体涵义的表述上不完全一致。

英国宪法学家戴雪认为，依法行政的涵义包括三个方面：一是行政活动不得违反法律，必须按照法律把有关的原则予以应用；二是行政活动不得违反行政机关自己作出的决定；三是行政活动不得违反法的裁决。行政法学家韦德则认为，依法行政应包括四个方面的涵义：一是政府从事任何活动都必须依法进行，每个政府当局必须能够证明自己所做的

事是有法律授权的，如果政府行为的法律依据不充分，法院将撤销该行为；二是政府必须根据公认的、限制自由裁量权的一整套规则和原则办事；三是对政府行为是否合法的争议应当由完全独立于行政之外的法官裁决；四是法律必须平等地对待政府和公民，政府不能享有不必要的特权。^①

在美国，学术上很少讨论依法行政的涵义。但从美国法律体系的分析中可以看出，美国行政法上的法治原则包含三个方面的内容：一是承认法律的最高权威，要求政府依照法律行使权力，但法律必须符合一定的标准，包含一定的内容，否则法律也可以作为专制统治的工具；二是为了保护公民的利益不受政府和官员的侵犯，还必须在程序方面对政府权力的行使加以限制，政府行使权力必须遵守正当的法律程序；三是法律规定的权利和程序必须执行，为此，必须有保障法律权威、限制政府权力、保护公民权利的机构。^②

在德国，行政法学的开山鼻祖奥托·麦耶尔（Otta Mayer）认为，依法行政就是行政活动受法律支配，其要点：一是法律的法规创造力，即凡是规定有关人民自由、财产权之法规，应受法律支配；二是法律优位原则，即法律对于行政权的优越地位，以法律指导行政，行政行为与法律相抵触者应不发生法律效力；三是法律保留原则，即有关基本权利的限制应当由法律规定。^③

在日本，著名法学家美浓部达吉把依法行政的内容概括为四个方面：一是行政权之作用，不得与法律相抵触；二是

①（英）威廉·韦德：《行政法》，中国大百科全书出版社1997年版，第25～27页。

② 王名扬：《美国行政法》，法制出版社，第114～117页。

③ 城仲模：《纠正行政法之基础理论》，台湾三民书局1983年，第5页。

行政权若非以法规之根据为基础，则不得命令人民以义务，或侵害其权利；三是行政权若非根据法规，则不得对于特定人免除法规所命令之义务，或为特定人设定权利；四是纵然行政权之自由裁量为法规所允许，而其裁量权亦须依其所允许之界限，循其所允许之内容，服从法规之限制。

综上所述，尽管西方资产阶级各国法学家对依法行政涵义的理解和表述不尽相同，但是，有一点是共同的，即对依法行政涵义的定位都是围绕着如何治权、控权展开的。

二

依法行政虽然是由资产阶级首先提出来的，但它不是资本主义国家的“专利”。由于依法行政在一定程度上体现了现代民主政治的基本要求，反映了现代国家行政的一般规律，因此，它同样可以作为社会主义国家行政法制建设的一项基本原则和主要内容，并贯穿于社会主义国家行政活动的始终。

在我国，依法行政早于依法治国的提出，始于上一世纪80年代末，具体可以追溯到1989年《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）的颁行。因为，《行政诉讼法》的颁行，就意味着政府的行政行为要接受人民法院的司法审查，而司法审查的内容是行政机关的行政行为是否

合法，因此，当时，无论行政机关愿意不愿意，想通想不通，都必须接受一个事实，即行政机关必须依法行政。实践推动了理论的发展，激发了学界对依法行政理论和实践诸问题的研究热情，学者们开始从不同的角度阐释依法行政的内涵。

王连昌教授认为，依法行政作为行政法的一项基本原则，就是要求行政权力主体必须依据法律、法规取得、行使行政权力并对行使权力行为承担法律责任。这种观点将依法行政原则的基本内涵概括为四点：（1）职权法定；（2）权责统一；（3）依程序行政；（4）违法行政必须承担法律责任。^①

姜明安教授认为，依法行政是法治原则对政府行为的要求。依法的“法”，包括法律、法规、规章。“依法”的内容包括依法定权限、法定实体规则和法定程序规则，未遵循法定权限、法定实体规则和法定程序的要求，均构成对依法行政原则的违反，从而构成对法治原则的违反。^②

陈德仲教授认为，依法行政原则具体包括三个方面：（1）行政权力的取得必须要有法律依据；（2）行政权力的行使必须依法进行；（3）违反法律的行政行为必须依法追究。上述三方面，行政权力的取得必须要有法律依据，是行政机关依法行政的基础；行政权力的行使必须依法进行，是依法行政的核心；违反法律的行政行为必须依法追究，是依法行

① 王连昌主编：《行政法学》，中国政法大学出版社1997年版，第21～23页。

② 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，高等教育出版社，北京大学出版社1999年版，第45页。

政的保障。^①

应松年教授认为，依法行政就是行政机关行使行政权力，管理公共事务，必须由法律授权，并依据法律规定。法律是行政机关据以活动和人们对该活动进行评价的标准。其基本涵义应包括：（1）职权法定；（2）法律优先或法律优位；（3）法律保留；（4）依据法律；（5）权责统一。^② 本人赞同并对应教授的观点有以下理解。

（一）职权法定

职权法定之所以作为依法行政的首要涵义，是因为它对于治权、控权具有重要意义。一是通过依法授权可以控制行政权力的源头，即行政机关有哪些权力、有多少权力必须由法律作出明确的规定，这样就从源头上排除了行政权力自治、行政权力自我扩张的可能性。二是通过依法授权可以界定行政权力的范围，包括外可以界定国家立法、司法、行政这三权之间的界限边缘，内可以不同层级、不同性质的国家行政机关之间的权限边缘，使行政权力在外延上成为有边界的权力。三是通过依法授权可以规范行政权力的运作方式和程序，从实体和程序两个方面来控制行政权力的运行，把行政权力的负面效应降到最低。正因为授权对于控权具有如此重要的意义，因此，依法行政的第一层涵义应当也必须是职权法定。

在我国，行政机关的职权主要是指中央政府及其所属部门和地方各级政府的职权。所谓法定，一是说行政机关必

① 陈德仲主编：《行政法学》，中央党校出版社，2000年版，第25页。

② 应松年主编：《行政法学新论》，中国方正出版社1998年版，第43～50页。

须依法组建，例如，我国各级各类行政机关都是依据宪法和组织法建立起来的。二是说行政机关的职权必须依法取得，即法律是行政权力获得的惟一来源，非经法律的授权，任何人、任何组织不可能也具有并行使行政权力。因此，职权法定的逆定理就是法无明文规定行政机关不得为。这与公民行使公民权利的规则不同，从法律的范围说，公民的权利是，凡法律没有禁止的，公民皆可为之。当然，此外还有道德等约束。行政机关的职权是，凡法律没有授予的，行政机关就不得为之。法律禁止的当然更不得为之。否则就是超越职权。法律赋予行政机关的职权有两大类，第一，制定规范的权力；第二，作出具体处理决定的权力。如何控制行政机关两权中的第一权，即制定规范的权力，由此引伸出依法行政的第二和第三层涵义。

（二）法律保留

法律保留是指，凡属宪法、法律规定只能由法律规定的事项，其他的规范性文件就无权对此作出规定；或者必须在法律明确授权的情况下，行政机关才有权在其所制定的行政规范中作出规定。有些著作将此称为法律保留原则。我国《宪法》和法律对必须由法律规定的事项已作出某些规定。《宪法》第62条规定，全国人民代表大会“修改宪法”、“制定和修改民事、刑事、国家机构和其他的基本法律”；第67条规定，全国人大常委会“制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律。”《立法法》第8条规定：下列事项只能制定法律：（一）国家主权的事项；（二）各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权；（三）民族区域自治制度、特别行政区制

度、基层群众自治制度；（四）犯罪和刑罚；（五）对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚；（六）对非国有财产的征收；（七）民事基本制度；（八）基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度；（九）诉讼和仲裁制度；（十）必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。第9条规定：该法第8条规定的事项尚未制定法律的，全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定，授权国务院可以根据实际需要，对其中的部分事项先制定行政法规，但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。

可见，我国法律规定的“法律保留原则”分为“绝对保留”和“相对保留”。即该事项的设定权只归法律，任何其他国家机关不得行使，如人身自由权的限制或剥夺，为“绝对保留”；该事项的设定权原属于法律，但在某些情况下，法律可以通过授权，授予其他国家机关行使，如财产处罚权，为“相对保留”。

（三）法律优先（优位）

法律优先（优位）体现在两种情况下：一是在法律对某一事项已经作出规定的情况下，其他的规范性文件包括行政法规、地方性法规和规章，就不得作出与之相抵触的规定。但是，不抵触不是不能规定，对此，《行政处罚法》将其表述为：在法律对行政处罚已有规定的情况下，法规、规章可使之具体化，但必须在法律关于行政处罚规定的行为、种类、幅度范围以内，不得抵触。二是在法律尚无规定的情况下，其他的规范性文件作出了规定，一旦法律就此事项作出

规定，其他的规范性文件就必须让位和服从法律。

值得注意的是，我国《宪法》规定：国务院根据宪法和法律制定行政法规，国务院各部、各委员会根据法律、行政法规制定规章，省、自治区和直辖市人民政府和省、自治区人民政府所在地的市和国务院批准的较大市的人民政府根据法律、行政法规和地方性法规制定规章，即宪法、法律对行政机关制定规范性文件用的是“根据”原则。而宪法同时规定，省、自治区和直辖市的人民代表大会及其常务委员会，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，制定地方性法规。省、自治区人民政府所在地的市和国务院批准的较大市的人民代表大会及其常委会，在不同法律、行政法规和本省、自治区地方性法规相抵触的前提下，制定地方性法规，即宪法和法律对地方国家权力机关制定法律规范用的是“不抵触”原则。

《宪法》对行政机关制定规范性文件和地方人大制定地方性法规用了“根据”和“不抵触”两个不同的词，决不是偶然的。“不抵触”是指地方性法规的规定不得与已对此问题有规定的法律、行政法规的有关规定相抵触，当然，如果法律、行政法规对此没有规定，地方性法规可以根据地方特点作出规定。因为在这种情况下不存在抵触问题。“根据”则不同。“根据”当然也意味着行政机关制定的规范不得与已对此问题有规定的法律（行政法规、地方性法规）相抵触；同时，也表明只有法律（行政法规和地方性法规）对某一问题已有规定的情况下，行政机关的规范才能据此作出规定。否则就是于法无据。对行政机关制定规范要求“根据”，就因为行政机关是权力机关的执行机关，必须根据权力机关

的意志才能制定规范。在有些法律的规定比较原则的情况下，行政机关可以制定规范使之进一步具体化，这些具体化的行政法规和规章，当然不得与法律（地方性法规）相抵触。行政机关制定规范中的“不抵触”和地方权力机关制定地方性法规的“不抵触”，都说明法律优于其他法律规范。法律的效力高于其他规范，法律处于最高的效力位阶。

但是，由于我国法律的覆盖面还远远不够，而现实又迫切需要可供遵循的规范；也由于经验不足，某些领域尚难以立即形成法律，这就需要在法律没有规定的情况下，先由行政机关制定一些规范。但这些规范的制定，必须由法律授权，尤其是涉及公民、法人或其他组织的人身权、财产权时，必须有法律授权。这就是“根据”原则的另一种表现。显然，这些规范都是在法律“空缺”的情况下制定的，如果一旦法律填补空白，对同一问题作出规定时，则行政法规、地方性法规和规章的有关规定就要自动让位于法律，以法律的规定为准，或修改，或废除。这也同样是法律优先原则的含义。

（四）依据法律

对于依据法律，应从两各方面把握：

1. 这里的依据法律之“法”是指广义的“法律”，应该包括法规、规章在内。例如，《行政处罚法》中规定的“处罚法定原则”的“法”，就是广义的“法”。依据法律与行政机关的自由裁量权并不矛盾。自由裁量指的是在法律规定有一定范围的情况下，行政机关可以在此范围内作出选择。如治安管理处罚可以在法定的种类与幅度内，根据具体情况作出选择。这仍然是依据法律的一种形式。当然，所作选择、