

行政法治主义及其 任务

解志勇◎著

Doctrine of Rule of Law in Administration and It's Mission

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

行政法治主义及其 任务

解志勇◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法治主义及其任务/解志勇著. —北京:
中国法制出版社, 2011. 7

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2979 - 5

I. ①行… II. ①解… III. ①行政法 - 研究
IV. ①D912. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 134329 号

责任编辑 唐鸥

封面设计 杨泽江

行政法治主义及其任务

XINGZHENG FAZHI ZHUYI JIQI RENWU

编著/解志勇

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2011 年 9 月第 1 版

印张/23.75 字数/289 千

2011 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2979 - 5

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

定价: 75.00 元

传真: 66031119

编辑部电话: 66066820

邮购部电话: 66033288

导论 行政法治主义

举凡被称为“主义”者，均表达了某种具有明确主张的思想倾向，主张按照其思想倾向建构具体的社会管理制度。行政法治主义亦不例外。它所主张的无非就是社会管理中无处不在的行政管理活动，应该是一种法治活动，即法律统治之下的行政。换言之，从行政活动的主体、职权来源、行使程序，到行政的效果及对行政后果的救济诸环节，都应该由法律预先设定，受到法律的制约。任何超出法律授权和法律规制范围的行政活动，都是违背行政法治主义的表现，都有可能被宣告为违法，而得不到法律的保护和相对人的尊重。

行政法治主义源于德国的法治国思想。肇始于19世纪初期的法治国思想，要求国家行为应该在法律规范的拘束下展开，并经历了从自由法治国到社会法治国，以及从形式法治国到实质法治国的演变。奥托·迈耶在此背景下提出的“依法行政”理念，建构起德国现代行政法的基础。日本现代行政法则继承和发展了这一思想，提出了行政法治主义的概念。行政法治主义是法治思想在行政和行政法领域的具体化，其对立面是以皇权和封建主义为核心的人治思想。“行政法治无论作为一种政治思想还是作为一种制度实践，它是法治的组成部分，也是法治的主要部分。”^①

行政法治主义或被学者称为“行政合法性原理”或“法治

^① 孙笑侠：《法律对行政的控制——现代行政法的法理解释》，山东人民出版社1999年版，第222页。

行政原理”，意味着所有行使行政权的活动必须根据法律授权进行，服从法律的规范和制约，符合法律预设的社会治理逻辑和目标，实现“以法的正当性、合理性抑制行政（担当者）的恣意”的目的，以保障国民的权利与自由。从现代行政法的角度审视，无论是理论上，还是制度实践中，行政法治主义理念都是行政法及其所确立的社会治理制度框架得以确立、发展的根本逻辑前提，揭示出公共行政、行政权、行政权行使与法的关系、与国家和公民的关系、与社会治理模式的关系等根本问题。

就行政法治主义的内涵而言，虽然学者们的表述不尽一致，但其精神内核是相当一致的。根据德国和日本的学说，行政法治主义的核心内容包含三项原则^①：第一，法律优先原则；第二，法律保留原则；第三，司法审查原则，也称为司法救济原则^②。

法律优先原则意味着法律高于行政，行政必须服从法律。行政机关的任何行政活动都不得违反法律，而且不得以任何行政决定或行政措施修改、废除、变更或删除法律。^③ 质言之，行政活动应该服从议会制定的法律，行政机关不得超越法律规定的权限范围，行政机关制定的法律性规则必须依据法律，行政措施不得违反法律，行政官员不仅对国家负有守法的义务，在对国民的关系上也负有依法行政的义务。法律优先原则不仅适用于规制性、侵害性、强制性的权力行政活动，也适用于行政指导、行政奖励、行政给付等非权力性行政活动。

法律保留原则意味着所有行政活动必须有法律根据，即具

① 参见[日]南博方：《日本行政法》，杨建顺译，中国人民大学出版社1988年版，第10-11页。

② 参见胡建森：《十国行政法——比较研究》，中国政法大学出版社1993年版，第237-238页。

③ 参见[日]南博方、原田尚彦、田村悦一编：《行政法（1）》，有斐阁书，日文版，第12页。转引自刘俊祥：《日本行政法的基本原理——法治主义论》，载于《现代法学》1999年第1期。

有形式意义上的法律明确授权，这种授权必须是明示的而非解读的，是积极的而非暗示的，“法无明文规定皆不可为”。这是一种全面意义上的法律保留（“全面保留说”），现实中操作起来会异常困难。一是行政机关缺乏面对千变万化的行政需要时应有的“随机应变”能力；二是在保障国民健康、发展国民福利方面反应迟缓；三是过分地强调形式化，把行政机关单纯地看成法的机械执行机关，会忽视行政机关独立判断的能力和职责，是不适当的。更为恰当的做法是，把法律保留局限在一定范围内，这个范围就是，当行政活动可能侵害国民人身权利、财产权利和其他社会权利、自由时，需要明确法律根据（“侵害保留说”）。事实上，从世界各国和我国实际情况看，多采取一种“部分保留”或者“本质保留”的做法，即只要行政活动带有损害性（如行政活动的复效性会产生多种法律效果），不论是授益行为，还是侵益行为，均受法律保留的限制。这一点在我国《立法法》、《行政许可法》、《行政处罚法》、《道路交通安全法》等法律中有所体现。

司法救济原则则是对上述两项原则的补充，强调当国民权利、自由受到来自行政权力的侵害时，都享有不可剥夺的司法救济请求权，以此作为对国民权利、自由的最终保障手段。

显而易见，行政法治主义是一种具有特定价值基础和价值目标的行政法律秩序或是行政法制生态。行政法治主义在我国还具有重要的时代价值。我们应该全面贯彻行政法治主义，构建法治政府，实施依法治国，实现行政法治。这至少有三点要求：第一，法律必须具有无上权威；第二，行政权力受到法律控制；第三，法律承认相对人利益的多元化，对一切行政相对人正当的利益施以无歧视性、无差别的保护。

行政法治主义与人治的区别至为明显。

区别于人治，行政法治主义的首要特征是法律具有权威性。只有法律权威的树立，才能实现由“应然”法治到“实然”法治的跨越。在法律缺乏权威的情况下，是不可能实现行政法治的，而只可能是“人治”，最多充其量只是“法制完备”的“人治”。

区别于人治，行政法治主义要求行政权力必须受到法律约束。毋庸置疑，这是行政法治主义的基本特征。失去约束的行政权力，必然越过应有的边界，导致腐败和侵犯公民的合法权益。而一种更潜在、却更危险的状况是，权力畸变使执政观念发生变化，乃至使整个社会的分裂和对立。

区别于人治，行政法治主义要求对行政相对人的正当利益提供无差别的保护和救济。有权利必有救济，为受到侵害的权利提供有效救济是落实法律权威的应有之义，而这离不开国家强制力的保障。

总之，行政法治主义就是行政的法治化状态，是法治理念在政府作用领域的实现。行政法治主义的核心问题就是政府与公民之间的关系，即权力与权利之间的关系。行政法治主义关注的重点是以权力为基点的政府组织与政府行为，确保权力的合理配置与有效制约，并保证行政权力接受法律的有效治理。

行政法治主义的功能何在呢？所谓“功能”，即事物或方法所发挥的有利的作用和效能。^①更准确地讲，功能就是有机体的各组成要素所能做的贡献。在社会科学中，“功能”一词是被用来指一个事件或一种制度，对社会体制或社会生活的影响，从而对社会的整体运行产生积极或消极的作用。行政法治主义的功能是行政法治主义作为法治文化的子文化对社会生活系统产生作用和影响。这种作用和影响，包括行政法治主义作为整体具有的功能，还包括行政法治主义各构成要素所具有的功能。

^① 《现代汉语词典（第5版）》，商务印书馆2005年版，第475页。

基于行政法治主义的本质属性和要求，以及中国法治发展的实际水平的考虑，行政法治主义主要有以下两个方面的实体功能：首先是保护公民、法人和其他组织的合法权益；其次是监督行政机关依法行使行政职权。其中，对行政相对人的权利保障是第一位的，二者具有不可割裂的联系。

第一，从行政法治主义的宪法基础来看，《宪法》实际上也预先设定了行政法治主义的两大功能。现行《宪法》确立了公民控告违法、失职的国家机关和国家工作人员的主体资格和权利（第41条）；明确了一切国家机关必须遵守宪法和法律，否则将被追究违法的责任（第5条）；确立了人民法院独立行使审判权地位（第126条），保障公民获得司法救济的权利。

第二，从行政法治主义发展的历史渊源来看，行政法治主义两大功能相生相随。我们以大陆法系的法国和英美法系的英国来作说明。作为行政法母国的法国，最初基于对分权学说的特别理解，基于对司法的不信任和维护适应资本主义发展要求的政府的需要，在行政系统内部建立了行政审判制度。^① 后来经过几个阶段的发展，行政审判权与行政管理逐步分离，实现了行政审判对行政管理的独立监督的目的。^② 而在英国，司法救济最初是作为法院给公民遭受行政官员侵害提供保护而发展起来的。英国的司法救济制度主要是建立在法治原则和议会主权原则之上的，前者强调尊重公民的自由和权利，后者强调政府要服从议会的立法，法院可以依据越权无效对其进行监督。^③ 由此，两大法系行政法治在发展之初要么是救济型的，要么是监督型的，在其发展过程中会兼顾到监督或救济两大基本功能。

① 参见王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1989年版，第550-553页。

② 参见〔法〕莫里斯·奥里乌著，龚宽等译：《行政法与公法精要（下册）》，辽海出版社、春风文艺出版社1999年版，第550-553页。

③ 参见王名扬：《英国行政法》，中国政法大学出版社1987年版，第10-14页。

第三，行政法治主义的两大功能相辅相成。一方面，“保护公民、法人和其他组织的合法权益”需要以“监督行政机关依法行使行政职权”为前提，没有“监督”的“保护”是不可靠的；另一方面，只要“监督行政机关依法行使行政职权”，必然带来“保护公民、法人和其他组织的合法权益”的效果，单纯的“监督”而无“保护”是没有意义的。

当然，上述行政法治主义的两大功能主要凸显了实体功能，即从实质上彰显行政法治主义，两大功能相互结合，决定了行政法治主义在行政法实践中落实的一系列要求，而上述功能的发挥也需要一系列的制度支撑。

本书辑录了作者自1999年至2008年的十年间，对我国行政法治建设所思所想的一点成果，共三编五个专题四十六篇论文，内容从行政实体法到行政程序法和行政诉讼法，形式从规范学术论文到评论、随笔，不一而足。有些是发表在期刊杂志上的，有些尚属首次发表。其中数篇文章是与恩师马怀德教授、朱维究教授合作完成的成果，还有部分文章是与于鹏、章彦英、侯晓光、王涛、裴建饶、崔晓婧、张翠然、阿檀林、任一飞等同学、学生合作完成的成果，对于他们付出的指导、帮助和心血，表示深沉的谢意！愿古老而青春的中华民族、中华文明，乘着法治的翅膀，于无穷寰宇间展翅翱翔！

解志勇

2011年4月8日

北京昌平

目 录

第一编 行政法基本理论与实践

专题（一） 行政行为和行政程序·····	1
1. 论行政活动的分类与控制·····	1
2. 论对物行政行为·····	13
3. 公安侦查行为及其行政可诉性研究·····	24
4. 退学处理的法律属性及救济研究·····	33
5. 挂靠经营的法律性质及其规制分析·····	45
6. 关联行为的合法性（违法性）认定及处理·····	50
7. 行政决定不能随意更改·····	53
8. 行政处罚应当先取证后处罚·····	55
9. 加强对行政许可行为的监督·····	57
10. 关键是如何正确认定事实和理解法律·····	60
11. 关闭企业的法律思考·····	61
专题（二） 基本概念、基本理念、行政主体·····	66
1. 法律利益的界分及其冲突处理·····	66
2. 认定违法所得立法应当统一·····	83
3. 违法所得的界定探析·····	85
4. 职权法定——为依法行政点睛·····	95
5. 法治语境下的文明城市·····	96
6. 行政法治人性化关怀的实践·····	99

2 行政法治主义及其任务

- 7. 平等参与建设法治国家····· 100
- 8. 行政违法主体的责任承担问题评析····· 101
- 9. 我国反垄断执法机构若干问题研究····· 103
- 10. 行政处罚要有人性化关怀····· 112
- 11. 跨界矿产资源行政管辖权简析····· 115

第二编 行政诉讼基本理论与实践

- 专题（一） 行政诉讼基本理论····· 123
 - 1. 论行政诉讼中的合目的性审查····· 123
 - 2. 权利有效保障原则及对我国行政诉讼制度的影响····· 139
 - 3. 行政裁量与行政判断余地及其对行政诉讼的影响····· 149
 - 4. 行政诉讼中的平等保护研究····· 166
 - 5. 论公益诉讼····· 174
 - 6. 司法改革与我国行政审判体制若干问题探讨····· 188
 - 7. 浅析我国国有公共设施致害赔偿的法律性质与救济途径····· 200
- 专题（二） 行政诉讼基本制度····· 218
 - 1. 行政诉讼立案审查程序研究····· 218
 - 2. 行政诉讼第三人研究····· 233
 - 3. 行政诉讼证明标准研究····· 250
 - 4. 关于选择行政诉讼的审查方式：完全审查的思考····· 272
 - 5. 行政诉讼判决安定性的思考····· 280
 - 6. 不停止执行原则的法律适用····· 283
 - 7. 行政诉讼案件执行难的成因及对策····· 288

第三编 立法与评论

- 1. 宪政就是“限政”····· 301

2. 行政立法部门主义的成因及对策研究	305
3. 行政诉讼法修改十大热点问题	320
4. 《国家赔偿法》修改若干重要问题综述	329
5. 莫让行政复议制度成摆设	342
6. 行政许可法面临的主要挑战	344
7. 《预算法》须与时俱进	353
8. 追求更加完善的食物安全立法	356
9. 《防震减灾法》：问题与对策	360
10. 治理豪华楼堂馆所需完善相关法律	365

第一编 行政法基本理论与实践

专题（一） 行政行为和行政程序

1. 论行政活动的分类与控制^①

（一）问题的提出

行政法学在世界各国的研究和发展，方兴未艾。由于各国行政法学者对“行政法是什么”这样的根本性问题尚存有不同看法，在行政法学研究的方法问题上，就更是仁者见仁、智者见智、异彩纷呈。

在大陆法系，自从法国行政法学上最早出现行政行为一词，后经德国行政法学鼻祖奥托·麦耶（Otto Mayer）运用概念法学方法提炼和概括，便逐渐被各国行政法学者所接受，成为行政法学研究的一个核心范畴和概念。行政行为理论也因此成为大陆法系各国行政法学理论体系的重要组成部分。在我国，有的学者甚至断言，“行政法学理论各个组成部分的研究都是围绕行政行为理论的研究而展开。对于行政法律制度而言，行政行为理论是各种行政法制度得以建立的基础，行政复议制度、行政诉讼制度与行政赔偿制度都是在行政行为理论指

^① 本文原载《政法论坛》2002年第3期，收录本书时做了修改，作者为朱维究、解志勇。

导下围绕着行政行为建立的。”^①

从行政法的目的角度，有的英美法系学者认为，“行政法是控制国家行政活动（administrative action）的法律部门，它设置行政机构的权力，规范这些权力行使的原则，以及为那些受行政行为侵害者提供法律补救。”^② 美国行政法学者 E·盖尔霍恩认为行政法应实现四个目的：1. 公平；2. 正确；3. 效率；4. 对公民负责。行政法的研究目的决定了行政法的研究内容及其核心问题。英美法系是判例法国家，虽然也有行政行为的概念，然而其行政法学体系却不是围绕行政行为展开的，而且“行政行为”一词的使用，与“行政活动”几乎可以完全相互替代。以美国为例，由于 20 世纪 30 年代，行政法开始从控制行政活动为中心，转向以提供福利和服务为中心，40 年代以后，行政法的研究重点遂集中在行政程序和法院对行政行为的司法控制上。70 年代以后，则“更多地注意总统和国会对行政的控制，以及行政公开和公众参与行政程序等民主方式。”^③

尽管大陆法系学者在对行政法某些传统问题的认识上，在研究行政法的线索方面，与英美法系学者有很大不同，但是在贯穿行政法的某些核心问题上，却是完全相同的，其中一个核心问题就是“对行政权力的法律控制”^④。政府权力是一个抽象的概念，它的外在表现形式是行政活动，“对行政权力的法律控制”的外在表现就是对行政活动的法律控制。至于受控制的行政活动的范围，各国基于本国的传统和国情，规定不完全一致，但普遍比较广泛。1. 法国。法国行政法适用判例法，它对行政活动的控制范围，主要体现在行政诉讼的受案范围上，是对行政机关的全部行政活动的合法性进行审查，而不仅是对行政机关的具体行政行为的审查。2. 德国。德国行政法虽然不像

① 罗豪才主编：《行政法学》，北京大学出版社 1996 年版，第 105 页。

② [美] 伯纳德·施娃茨：《行政法》，徐炳译，群众出版社 1986 年版，第 1 页。

③ 参见王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社 1995 年版，第 61-68 页。

④ [印] M·P·宽夫：《德国行政法——普通法分析》，台湾地区五南图书出版公司 1980 年版，第 4 页。

法国那样适用判例法，但是对行政活动的控制范围也十分广泛。包括行政行为^①和其它行政活动方式，如法规命令、行政合同、事实行为、计划行为、行政自动化，甚至某些行政私法行为也在其控制范围之内。

在我国，因为行政法的发展比某些西方国家晚了近两个世纪，对行政活动的范围、分类和活动的一般规律的认识，相对较为肤浅。相应地，行政法对行政活动的调整范围，即对行政活动的控制范围，较之西方国家要狭窄得多。加之行政法与其他部门法分工不明确，这就使得许多遭受违法行政活动侵害的相对人，不但得不到行政法上的救济，也得不到其他法律救济，与法治国家的应有之义存在差距。考虑到这个现实问题，我们有必要澄清对各项行政活动性质的认识，并对它们进行科学分类，以便真正实现行政法控制行政活动的目标。

（二）行政活动的分类

对行政活动进行分类，可以从实质和形式两个角度着手。所谓实质意义的行政活动，就是行政机关为完成行政目标而行使国家行政权力的活动。实质意义的行政活动强调的是行政权力的实际运作。所谓形式意义的行政活动，就是行政机关采取的一切活动，包括其在私法领域的活动和在公法领域的活动两大类。与实质意义的行政活动不同，形式意义的行政活动强调的是活动的主体是行政机关而不是其他机关。

形式意义的行政活动比实质意义的行政活动的内涵要广，实质意义的行政活动包含于形式意义的行政活动之中。除此以外，还有两个特点：一是统治行为（或权力行为、政治行为）中的行政立法行为，与行政管理行为中的抽象行政行为（包括行政立法行为和制定其他规范性文件的行为），在内容上存在交叉。换句话说，从行政立法行为

^① 即我国行政法上的具体行政行为。——笔者注。

的性质上说,它属于权力行为;^①从形式意义上说,它由行政机关制定,而且其内容主要涉及与行政管理活动关系密切的事项,传统上习惯于将它归入抽象行政行为的范畴。二是在非法律行为中对事实行为和准法律行为的区分。事实行为不具备效果意思要素,是完全独立于行政行为(属于法律行为)的一类特殊行为,它没有发展成为任何行政行为的趋势。准行政行为虽然也缺乏某些行政行为的成立要件,但是它发展成为某种行政行为的趋势,是比较明显的,一旦补正了所缺损的要件,准行政行为即可成为行政行为。

本文对行政活动进行分类的根本目的意在表明:理论和法律已经为某些而不是全部的行政活动设计了控制和救济途径,如果由于这些行政活动违法侵害其他法律利益,从理论和法律上讲,受侵害的利益将有机会获取救济,违法行政活动将有机会得到纠正。但是,如果有一种行为,理论和法律出于某种原因,例如,对该行为性质认识不清楚、受到强权压制等,拒绝承认其作为某种可救济行为的资格,那么,当这种行为违法时,受侵害的利益将没有机会获取救济,违法行政活动也没有机会得到纠正。正是由于这样的原因,我们应当在对全部行政活动进行细致考察、准确确定性和科学分类的基础上,明确控制和救济的途径和方法。

^① 《中华人民共和国宪法》第89条规定:“国务院行使下列职权:(一)根据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令;……”第90条规定:“各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限内,发布命令、指示和规章。”《中华人民共和国立法法》第2条规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止,适用本法。国务院部门规章和地方政府规章的制定、修改和废止,依照本法的有关规定执行。”以上规定,实质上是肯定了行政法规、规章确实是我国完整立法体系不可或缺的组成部分。因此,从形式上看,制定行政法规和行政规章,是行政机关的行为;但从实质上看,它又是宪法授权的职权立法行为,是权力行为或统治行为或政治行为,并得到立法的进一步确认。但是,《中华人民共和国行政诉讼法》第53条规定:“人民法院审理行政案件,参照国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章。”从这一“参照适用”的规定看,行政规章又不完全具备普通立法所具有的法律效力。一言以蔽之,行政法规、行政规章都是行政行为性和权力行为性(立法性)的统一,其中行政法规所包含的权力行为性较强,行政规章所包含的行政行为性较强。——笔者注。

对全部行政活动进行分析后，可以发现，行政机关的私法活动将接受私法的调整、规范和救济，而其他的行政活动都将受公法的调整。在公法领域，统治行为将受到宪法的调整、规范和救济，至少从理论和法律设计上是这样。行政机关的所有行政管理行为，则应当受到行政法的调整、规范和救济。行政管理行为恰恰是行政法学者最为关注的问题。但是，是不是所有的行政管理行为都已经纳入了行政法的控制和救济范围内了呢？答案是否定的。

众所周知，对行政管理行为进行相应的分类、再分类，不仅是理论研究的需要，而且也是比较和认识行政机关各项具体行为特征、分析合法性、确定行政救济机制的现实需要。本文对行政管理行为的分类与传统分类有所不同。主要体现在如下几个方面：

一是将行政管理行为分为法律行为（行政行为）与非法律行为。需要说明的是，“行政行为”一词在各国行政法学中的含义有所不同。如德国法上的行政行为系指“行政机关为了调整公法领域的具体事件而采取的，对外直接产生法律效果的命令、决定或其它主权措施。”^①它与我国的外部单方具体行政行为的含义接近。德国行政法上的特别权力关系与我国的某些内部具体行政行为的含义较为接近。^②我国台湾地区行政法上的行政行为学说与德国非常接近。^③再如，法国法上

① 德国《联邦行政程序法》第35条。

② 特别权力关系是相对于一般权力关系而言，一般权力关系只包含公民的一般权利义务，而特别权力关系涉及国家和公民之间的一种特殊关系，通过强制或自愿进入特定行政领域内，如进入学校、监狱、其它公有设施、以及由公务员管理关系和共设关系所确立。以前，特别权力关系被归入内部行政因而不受行政法调整。该理论在当代受到广泛批评，最终因基本法的通过和1972年联邦宪法法院的判决而被突破。现代的特别权力关系的调整方式有以下三种结果：一是先前的理论和做法作为习惯法而存在；二是教育关系、公务员管理关系和监狱管理关系已经受到基本法的调整或以基本法为条件；三是具有自愿服从的理由。参见[德]哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第168-172页。

③ 参见李震山：《行政法导论》，台湾地区三民书局1999年版，第215页。我国台湾地区“行政法”一般将行政行为称为行政作用（从形式角度），行政处分概念则与大陆的外部具体行政行为相对应。