

夏勇 周健 徐高 著

军事行政法律行为研究

法律出版社

军事行政法律行为研究

夏勇 周健 徐高 著

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

军事行政法律行为研究/徐高等著. —北京:法律出版社, 1996. 10

ISBN 7-5036-1961-9

I. 军… II. 徐… III. 军事管理:行政管理-法律行为-研究 N. D912.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(96)第 15253 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京宏伟胶印厂

排版/泰能照排中心

开本 787×1092 毫米 1/32 印张/7.75 字数/203 千

版本/1996 年 10 月第 1 版 1996 年 10 月第 1 次印刷
印数/0,001—3,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂内(100073)

电话/63266781 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号, ISBN 7-5036-1961-9/D·1596

定价, 13.60 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

前 言

本书是我国第一部专门研究军事行政法律行为的专著。军队,从日常内务管理、训练、科研以至作战、履行宪法和法律所赋予的神圣职责,都与军事行政法律行为密不可分。著者旨在为我军正规化、现代化建设出点微薄之力,希望引起各界关注,共同探索前进。

本书在研究与出版过程中,得到中国金域黄金物资总公司的大力支持,崔岚、吕文元两位经理给予了热情的关怀,在此深表谢意。

目 录

第一章 军事行政法律行为的概念	(1)
第一节 军事行政法律行为与行政法律行为	(1)
一、行政法律行为研究观点评析	(1)
二、行政法律行为的合法性	(5)
第二节 军事行政法律行为与行政行为	(6)
一、行政的国家属性	(7)
二、行政的政府属性	(8)
三、行政的职权属性	(9)
第三节 军事行政法律行为与军事行政行为	(9)
一、军事行政行为与我国政府	(10)
二、军事行政行为与我国国防部	(13)
三、军事行政行为与我国的中央军委	(20)
第二章 军事行政法律行为的构成	(22)
第一节 军事行政法律行为的构成问题	(22)
一、军事行政法律行为的构成与行政行为的效力先定特权	(22)
二、军事行政法律行为的构成与军事行政行为的构成	(24)
三、军事行政法律行为的效力与军事行政行为的效力	(25)
第二节 军事行政行为的主体	(26)

一、军队总部机关	(27)
二、各大军区领导机关、各军兵种领导机关、国防科工委、 武装警察部队领导机关	(29)
三、省军区、军分区、人民武装部及地方政府	(31)
四、部队各级机关和党组织	(33)
第三节 军事行政法律行为的全面合法性	(35)
一、军事行政法律行为主体的合法性	(35)
二、军事行政法律行为根据的合法性	(37)
三、军事行政法律行为权限的合法性	(39)
四、军事行政法律行为内容的合法性	(40)
五、军事行政法律行为形式的合法性	(41)
六、军事行政法律行为程序的合法性	(42)
第三章 军事行政立法行为	(43)
第一节 军事行政立法权限	(43)
一、军事行政立法权限与军事行政法	(43)
二、军事行政立法权限与军队机关	(51)
三、军事行政立法权限与地方国家机关	(55)
第二节 军事行政立法过程	(61)
一、军事行政立法程序	(61)
二、军事行政立法技术	(67)
第三节 军事行政立法效力	(70)
一、军事行政法的效力范围	(70)
二、军事行政法的效力等级	(72)
三、军事行政法的效力冲突	(74)
第四章 军事行政执法行为	(77)
第一节 军事行政执法的特点	(77)

一、军事行政执法主体	(78)
二、军事行政执法对象	(82)
三、军事行政执法关系	(87)
第二节 军事行政执法内容和形式	(102)
一、军事行政执法内容和形式的法律规定	(102)
二、军事行政执法内容	(105)
三、军事行政执法形式	(114)
第三节 军事主体与地方行政执法活动	(124)
一、军队单位与地方政府的执法活动	(126)
二、军人个人与地方政府的执法活动	(129)
第五章 军事行政司法行为	(131)
第一节 军事行政司法界定	(131)
一、军事行政司法与军事行政执法	(131)
二、军事行政司法与军事司法	(134)
三、军事行政司法与军事司法行政	(138)
第二节 军事行政复议	(140)
一、军事行政复议的行政司法特征	(140)
二、军队中的军事行政复议	(143)
三、军事行政复议与民间社会	(164)
第三节 军事行政司法的其他形式	(167)
一、军事行政司法与行政调解	(167)
二、军事行政司法与行政仲裁	(169)
三、军事行政司法与行政裁决	(170)
第六章 军事行政诉讼行为	(172)
第一节 军事行政诉讼的法律意义	(172)
一、军事行政行为的司法审查	(172)

二、军事行政诉讼与普通行政诉讼	(175)
三、军事行政诉讼与军队行政诉讼	(177)
第二节 军事行政诉讼的范围	(180)
一、军事行政行为与国防国家行为	(181)
二、军事行政行为与军事行政诉讼	(192)
第三节 军队行政诉讼问题	(201)
一、军队内部的行政诉讼	(202)
二、军队与民间互涉的行政诉讼	(210)
第七章 军事行政违法行为	(212)
第一节 军事行政违法行为的概念及认定	(212)
一、军事行政违法行为的特征及构成	(213)
二、军事行政违法行为的种类及内容	(216)
第二节 军事行政违法行为的责任和预防	(225)
一、军事行政违法行为的责任	(226)
二、军事行政违法行为的预防	(232)
三、军事行政赔偿	(233)

第一章 军事行政法律行为的概念

第一节 军事行政法律行为与行政法律行为

根据形式逻辑学告诉我们的有关概念研究的知识,“军事行政法律行为”是“行政法律行为”的属概念,即军事行政法律行为是一种特定的行政法律行为,“军事行政法律行为”不过是以“军事”对“行政法律行为”所作的外延上的限定和内涵上的扩展,换句话说,“行政法律行为”的内涵和外延,是理解“军事行政法律行为”的基础或前提。

一、行政法律行为研究观点评析

关于行政法律行为,可供参考的现成研究材料并不多。《走出低谷的中国行政法学——中国行政法学综述与评价》(张尚鸾主编,中国政法大学出版社1991年出版),洋洋57万字,是国内行政法学界不多见的比较系统的资料性专著,但该书正文中仅有一处间接提及“行政法律行为”,而该书附录以66个页码汇集的“中国行政法学书籍分类目录”和“中国行政法学论文分类目录”中,根本就没有以“行政法律行为”为主题的作品。笔者通览了中国人民大学编辑的《报刊复印资料·法

学》1988年至1994年各本所选印的文章和汇集的文章目录，尚未发现行政法律行为的专论。笔者还翻阅了近20本行政法学专著和教材等读物，绝大部分没有提到“行政法律行为”，更谈不上阐释和探讨。

少数研究者在他们的论著中专门考察或涉及了“行政法律行为”的概念。《行政法律行为》一书定义道：“行政法律行为是指行政主体依法对国家事务和行政相对人进行管理，并发生法律效力的行为。也简称行政行为。”（王清云、迟玉收主编，群众出版社1992年出版，第14页）我们认为，这一定义存在着明显的自相矛盾之处：一方面，该书作者强调行政法律行为是“依法”进行的活动，即合法性是行政法律行为的主要特征，对此，作者还进一步指出：“行政法律行为是合法的行政行为。依照法定的行政职权和权限，遵循法定的程序和形式，符合法定内容履行行政职责。依法行政是行政法律行为的要求和本质。”由此看来，行政法律行为显然只能是合法的行政行为。另一方面，该书作者又将“行政法律行为”作为“行政行为”的同义语，等于说行政法律行为并不都是合法的，因为行政行为既包括合法的行政行为，也包括不合法的行政行为——这是法学界所公认的。正是由于不合法行政行为的存在，才使得行政行为的法律审查成为行政法实践和行政法学的研究重心，否则，就没有必要提出依法行政的要求了。该书作者将行政法律行为与行政行为等同起来，不合法的行政行为也就成了不合法的行政法律行为。尽管作者并没有这样的表述，但从其对“行政法律行为的无效”问题的阐述，不难看出其行政法律行为的概念既包括合法的行政（法律）行为，也包括不合法的行政（法律）行为。该书作者对“发生法律效力”的行政法律行为

设定的构成要素有：(1)行政法律行为的主体、客体及行政相对人合法；(2)行政法律行为必须基于行政主体真实的意思表示；(3)行政法律行为的内容必须合法；(4)行政法律行为必须符合法定的程序和形式。以上四个条件必须同时具备，缺一不可，才能构成有效的行政法律行为。“行政法律行为无效的原因很多，可以归结为一点就是不具备行政法律行为构成的基本要素，从而不符合行政法律行为的有效条件，不发生法律效力。”可见，作者提出的行政法律行为的各项有效条件或构成要素，都是从不同的侧面要求行政法律行为合法，只有全面地合乎法律，行政法律行为才是有效的，否则就是无效的。因此，作者所指的有效的行政法律行为和无效的行政法律行为，实际上就是合法的行政法律行为和不合法的行政法律行为。

行政法律行为究竟是仅指合法行政行为，还是既指合法行政行为，也指不合法的行政行为？面对这样一个非此即彼的问题，我们在界定军事行政法律行为时，必须首先作出明确的回答。否则，军事行政法律行为的概念也会陷入亦此亦彼的自相矛盾之中而含混不清。那么，哪一种回答是正确的呢？我们认为，在这里要作出非此即彼的取舍，并不是一个对与错的问题。因为，无论回答是此或彼，均需有法理根据。

行政法律行为是法律行为之一。除了行政法律行为，还有民事法律行为、诉讼法律行为等。在国内法理学的论著中，凡论及“法律行为”者，均将其作为与“事件”相并列又相区别的法律事实，即能够引起法律关系发生、变更、消灭的人的自觉活动，且都明确指出法律行为分为合法的法律行为和违法的法律行为两类。高等学校法学教材《法学基础理论》(孙国华主编，法律出版社1982年出版)为代表的一批法理学书籍，都有

这样的表述。既然法律行为包括合法与非法两类,那么,把行政法律行为分为合法(有效)的和非法(违法而无效)的实乃顺理成章。这里,法律行为的主要意义在于它能引起一定法律后果,而不是用以确定行为的合法性。对于某种行为来说,无论其合法与否,只要它能引起一定法律关系的发生、变更和消灭,它就是一个法律行为。同样道理,把行政法律行为理解为能够引起行政法律关系发生、变更、消灭的行为,也未尝不可。

另一些法理学论著并没有直接提到“法律行为”这个概念。在这些论著中,同样是与“事件”相并列相区别的法律事实,却不叫“法律行为”,而是用了“行为”这个更一般的概念。对于“行为”,作者们也都将其分为合法与违法两大类。从表面上看,这些论著根本没有提到“法律行为”的概念,似乎谈不上在这个问题上的观点,但将这些论著与前面的那些论著比较一下,却能多少显现出作者在“法律行为”问题上的倾向性,至少反映了作者并不打算接受前一类著作中使用的概念,也并不认为“法律行为”能够概括作为法律事实的合法行为和违法行为。在这个意义上,这类论著对于“法律行为”的概念也是有其认识的。在客观上,这种认识一方面没有为“违法的法律行为”的说法提供依据,另一方面却为“法律行为是合法行为”留下了余地。可以说,我国目前民事立法及民法理论上将“民事法律行为”明确限定于合法的民事行为,与法理上的“余地”不无关系,而“民事法律行为”的界定,又为“法律行为是合法行为”或者“法律行为不包括违法行为”提供了依据。在此,“法律行为”这一概念的意义主要强调行为的合法性而不是它的法律后果。

既然“法律行为”两种不同意义上的理解和运用都是被法

学界所接受的,那么,面对“行政法律行为”可能出现的相应的不同理解和运用,就不能简单地评说孰是孰非,至少我们不打算去作这样的肯定或否定,人们可以作出自己认为适当的选择。问题是,现有的对“行政法律行为”概念的阐释,并没有作出清晰的选择,而是陷入了如前所述的模棱两可的二律背反之中。因此,当我们以行政法律行为为基础或前提进而探讨军事行政法律行为的概念时,不得不费一番周折,需首先对法律行为的不同含义作出必要的选择。

二、行政法律行为的合法性

我们认为,把行政法律行为的概念界定为合法的行政行为而不包含不合法或违法的行政行为,更适合于现代行政法理论和实践的主旨——依法行政。

历史证明,握有行政权力的主体在实施行政行为时,如果缺乏制约,就特别容易而且也必然会表现出极大的随意性。现代行政法正是作为一种制约行政权力和规范行政行为的有效手段应运而生的。行政行为的随意性倾向是由行政权力固有的支配性所决定的。哪里有支配,哪里便存在权力;哪里有权力,也就总是要去进行支配。缺乏制约的权力总是趋向于自我膨胀,到处支配。行政权力是社会运用最广泛的权力,行政行为作为行使行政权力的行为,在缺乏制约的情况下,随意支配的现象就比其他权力的滥用行为更为严重。行政行为的随意性倾向在任何国家都存在,只是不同的国家对这种随意性所持的态度不同罢了。专制国家总是放任行政行为的随意性,而民主社会则尽力抑制行政行为的随意性。也许是由于现代行政法产生于资本主义社会,我国在相当长一段时期内受

“左”的影响,对行政权力的制约问题讳莫如深,态度暧昧。不少人从社会主义制度的优越性推导出握有行政权力的主体总是能够依靠意识形态上的自觉性去努力为人民服务,看不到或不愿正视行政行为的随意性倾向及其需要外在制约的必要性。不能不说这也是导致我国行政法建设在整个法制建设薄弱的情况下比其他部门法更为薄弱的一个原因。鉴于此,我们认为,在行政法领域将“行政法律行为”与“行政行为”两个概念区别地使用,有利于突出行政行为的合法性这一行政法的核心问题。也就是说,提出“行政法律行为”这个概念的意义,就是要强调法律对行政行为的要求,而对于作为能够引起行政法律关系发生、变更、消灭的法律事实的合法行为与违法行为的概括,用“行政行为”更显适宜。

相应地,本书所论军事行政法律行为,是指合法的军事行政行为。军事领域与其他领域相比较,更需要权力的集中,这一方面有利于统一步调,另一方面也更易于发生行政行为的随意性,而军事机器与这种随意性相结合,危害则倍增。因此,军事行政行为与其他行政行为一样,也需要法律的规范和制约。这种实践需要,正是在法理上提出和讨论军事行政法律行为的内在动因。

第二节 军事行政法律行为 与行政行为

军事行政法律行为是合法的军事行政行为——这是将行政法律行为确认为合法行政行为的合乎逻辑的结论。在此,如同军事行政法律行为是从属于行政法律行为的概念一样,军

事行政行为是从属于行政行为的概念。如果说,行政法律行为的合法性定位明确了军事行政法律行为的法律性质,那么,对行政行为的理解有助于把握军事行政法律行为的法律特征。

理解行政行为的关键是怎样认识“行政”。关于“行政”的涵义,存在着许多种说法。目前出版的行政法学专著和教材,多在其一开篇列举出这些不同说法的若干种。对此,本书不想重复。我们要指出的是,有关行政的解释纵然各不相同,但正是这些各不相同的说法说出了相对统一的含义——都承认行政是一种基于一定权力的控制、执行、管理活动。可以说,运用权力进行(社会的)控制、执行、管理,就是行政的基本含义。有关行政概念的不同解释,不过是在公认的行政基本含义的基础上对其范围的认识有所不同罢了。因此,研究军事行政法律行为涉及行政行为,实际上就是要对行政的范围给予明确的界定。我们认为,行政法上的行政,不仅与非行政有原则界限,而且也不是行政学上的有着更为广泛意义的行政。行政法上的行政范围,应由以下方面综合限定。

一、行政的国家属性

行政法上的行政是国家行政,即这种行政基于国家权力,或者说,是国家行使权力的活动过程。这就是行政的国家属性。

马克思曾指出:“行政是国家的组织活动。”尽管马克思是在《评“普鲁士人”和“普鲁士国王和社会改革”》(《马克思恩格斯全集》,第1卷第479页)这篇文章中讲的这句话,并非专门研讨法学,但这一表述用于行政法上的行政极为贴切。马克思讲的“国家的组织活动”,就是运用国家权力控制社会,执行法

律,进行管理。从行政学的角度看,企业内部、社会团体内部,也存在行政活动,但这种行政不具有国家行使权力的意义,不属于行政法上的行政。当然,这些行政活动及行政关系也需要规范和调整,不过不由行政法而由其它法律部门或其它非法律性的手段调整。在我国市场经济条件下,规范和调整企业内部行政的法律是经济法,主要是企业法、公司法等。至于社会团体内部的行政,通常是以自治性章程来规范调整。

二、行政的政府属性

在现代社会,国家权力有着职能的划分,通常的划分是国家立法权、国家行政权、国家司法权。在资本主义国家,这种权力划分体现为“三权分立”的资产阶级民主政体,社会主义国家当然不能照此办理。但是,社会主义民主政治仍然需要权力的划分。不同的是,这种划分的前提是“议行合一”的人民民主政体。

国家权力的划分是对专制集权的否定,因而也是民主政治的客观需要。所谓权力的划分,就是不同的权力由不同的国家机关专门负责行使。现代国家从“三权”的基本划分出发,都设有专门的立法机关、专门的行政机关、专门的司法机关。之所以作“三权”的划分,是因为它反映了国家统治过程中最起码的三个不同侧面。立法的任务是确认民意制定法律;行政的任务是执行法律实施具体管理;司法的任务是评判是非制止越轨。权力的划分有助于监督和工作效率。各国家机关分别行使自己负责的权力,不得推诿,也不得逾越和相互替代。

因此,不能简单地说行政法上的行政是运用国家权力的过程,还必须说明这一过程是专门负责执行法律并实施管理

的国家行政机关的活动,即政府行使行政权力的过程。当然,政府的职能相当广泛,其中也包含着制订规范和进行公断的工作,类似于立法和司法。但是,这毕竟还不是严格意义上的立法和司法,故称行政立法和行政司法。政府的行政立法和行政司法与国家立法权和司法权的行使有着不同的性质,仍属行政,不得超越行政权力的范围。

三、行政的职权属性

国家设置专门的行政机关,就是要这些机关实施行政,具体地说,执行法律,对社会各领域实施管理,就是国家赋予行政机关的职权。不进行执法管理活动,行政机关就失去了意义。行政机关不执法管理就是失职。然而,这不等于说,行政机关除了职权活动就没有非职权性的其他活动了。事实上,行政机关一经设立,就成为具有相对独立性的社会主体,它作为一种组织机构,必然有自身存在和发展的需要,这就决定了行政机关除了职权性活动还必然有大量非职权性活动。例如,行政机关请人建办公楼,去购买办公用品,以行政机关名义参加文体活动,均不是职权行为,不属于行政。

总之,行政法上的行政是享有国家行政权力的国家专门机关的职权行为。相应地可以说,军事行政行为就是国家军事行政机关或享有军事行政权力的机关行使职权的活动。

第三节 军事行政法律行为 与军事行政行为

军事行政法律行为作为合法的军事行政行为,决定了军