



执法人员依法行政实用丛书

胡锦涛◎主编

中国人民大学宪政与行政法治研究中心

依法行政 操作规范与案例



YIFAXINGZHENG CAOZUOGUIFAN YU ANLI

张德瑞◎编著

- ◇依法行政与行政主体合法
- ◇依法行政与正确适用法律
- ◇依法行政与收集调查证据
- ◇依法行政与行政程序合法
- ◇依法行政与不得滥用职权
- ◇依法行政与行政合理性



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



执法人员依法行政实用丛书

胡锦涛◎主编

中国人民大学宪政与行政法治研究中心

依法行政 操作规范与案例



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

依法行政操作规范与案例/张德瑞编著. —北京:法律出版社, 2009. 7

(执法人员依法行政实用丛书/胡锦涛主编)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9630 - 5

I. 依… II. 张… III. 行政执法—研究—中国 IV. D922. 114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 085719 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/沈小英

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/国安华明印刷厂

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/11.75 字数/221 千

版本/2009 年 7 月第 1 版

印次/2009 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939683

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9630 - 5

定价:33.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

导 言

1999年宪法修正案增加规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”实行法治、建设法治国家是我国的一项重大治国方略,也可以说是人类文明的共同结晶和人类社会国家治理方式的发展趋势。据统计,在我国,有80%的法律是规范行政管理活动的。因此,依法行政构成了依法治国的主要方面。换言之,依法行政的程度和质量是依法治国的一项重要指标。

国家高度重视依法行政工作。1999年国务院即制定了关于加强依法行政工作的实施纲要,2004年国务院又制定了《全面推进依法行政实施纲要》,2008年国务院专门针对市县人民政府依法行政工作制定了《加强市、县行政机关依法行政的决定》。这里需要特别强调的是2004年国务院关于《全面推进依法行政实施纲要》。这个纲要在肯定了全国依法行政工作的成绩的同时,重点指出了我国依法行政工作中所存在的不足,以及解决这些不足的基本措施。更要值得一提的是,纲要中明确规定了我国建设法治政府的时间表,即要在10年内完成建设法治政府的任务。迄今,时间已经过去了4年多,在还不到6年的时间里,我国必须完成实施纲要规定的这一历史性任务。不仅如此,实施纲要还规定了法治政府的具体内涵,即有限政府、责任政府、服务政府、诚信政府、阳光政府。

推进我国行政机关及其工作人员依法行政的制度环境和社会环境是非常紧迫的。

就制度环境而言,主要包括两个方面:一是有法可依问题已经基本解决;二是对行政机关行为的监督和制约制度,特别是司法审查制度,已经基本健全。

全国人大、全国人大常委会和国务院在依法治国的大背景下,近一些年来,制定了大量的规范行政管理活动的法律、行政法规。除各行政管理领域特定适用的法律、行政法规外,还制定了所有行政机关统一适用的法律、行政法规。如《行政处罚法》、《行政许可法》、《公务员法》、《政府信息公开条例》、《突发事件应对法》、《行政复议法》、《国家赔偿法》、《行政诉讼法》、《行政监察法》、《政府采购法》等。行政程序法、行政强制法、行政收费法、行政征收法、行政征用法等法律草案已经基本成熟并列入立法日程,正在制定过程之中;国家赔偿法、行政诉讼法正在修改完善之中。特别需

要提到的是,这些法律、行政法规中体现了以法制约行政权的基本法治理念。

对行政权进行监督和事后审查,特别是由司法机关对其合法性进行审查,是法治的基本内涵。我国已经建立了行政复议制度、行政诉讼制度和国家赔偿制度。我国一改几千年“民不可告官”的传统,于1982年建立了行政诉讼制度即“民告官”制度,1989年的行政诉讼法更是将这一制度进一步推向完善。行政机关的具体行政行为和部分抽象行政行为要接受来自法院的司法审查。法院为更好地审查行政行为,不仅依据全国人大制定的《行政诉讼法》,还自行制定了关于行政诉讼法的司法解释和专门的关于行政诉讼证据规则。法院如果认为行政行为的违法,有权撤销行政行为、确认行政行为违法、责令履行法定职责;如果认为行政处罚显失公正,有权予以变更。

仅就司法环境而论,在行政诉讼制度建立初期,的确出现过行政机关干预法院办案的现象。诸如,由行政机关去规定法院的受案范围、行政机关拒绝出庭应诉、行政机关工作人员虽出庭但擅自退庭、行政机关当庭抓走原告、法院与被告行政机关共同商量如何撰写判决书、法院不敢审理、法院不敢作出判决等。但是,此类现象随着中国社会的发展和进步,随着法院依法办案的独立性的加强,近一些年来已经获得极大改观。法院系统也在制度上试图努力改变受行政机关干预办案的现象。例如,1999年最高人民法院制定的关于行政诉讼法司法解释中,提高了行政案件的审级;又如,2007年最高人民法院通过司法解释,肯定了浙江台州法院创造的“异地交叉管辖”的经验,即此地的行政案件由彼地的法院审理,彼地的行政案件由此地的法院审理。近一些年来,各地审理了一批社会影响大、行政级别高的行政案件,并且判决行政机关败诉;国务院各部门经常在法院充当被告,并且几乎都有败诉的记录,这些应当都是我国司法制度进步的明证。反观这些进步,行政机关工作人员如果仍然抱着那种不是依靠自己依法行政,而是利用权力压制法院、干预法院办案的想法和做法,可以说是非常幼稚的。

就社会环境而论,经过30年的改革开放,我国社会获得了巨大的发展和进步。其中一个突出的表现即是社会成员的权利保障意识获得了极大的增强,以往那种怕官、惧官的意识已经大大减弱。2004年宪法修正案之所以能够将“国家尊重和保障人权”条款载入作为国家根本法的宪法之中,即是这种意识变化的结果。社会成员为了维护自己的合法权益,敢于告官、敢于提起诉讼、勇于面对诉讼,面对公权力及官员,不再唯唯诺诺、委曲求全、息事宁人。同时,整个社会要求行政机关及其工作人员守法、依法行政的呼声,呈一浪高过一浪之趋势。

但是,受传统意识之影响,部分行政机关工作人员仍然认为自己手握国家权力,属于强势,社会成员应当听命于自己的指挥,而自己只听命于自己的任性,并不受制于法律。与社会进步相比较,形成了巨大的反差。其结果是,行政机关疲于应诉,并在诉讼中常常处于败诉的境地。据最高人民法院发布的统计数字,在法院审理的行政案件中,行政机关的胜诉率只占到13.6%,而败诉率却占到了31.5%。另外,在行

政诉讼中,还有一类情形,即原告起诉后,被告行政机关在诉讼过程中发现自己所作出的行政行为违法而改变被诉行政行为、重新作出行政行为,原告表示满意向法院申请撤诉,法院裁定准予撤诉。此类情形在法院审理的行政案件中,占到30%~40%。此类情形,从本质上说,也应当属于行政机关败诉。如果将法院明确判决行政机关败诉的比例和被告改变、原告撤诉的比例合并相加,行政机关的败诉率达到了60%~70%。这一数字应当说是触目惊心的。面对如此之高的败诉率,我们每一个行政机关及其工作人员都不能不反思一个非常严肃的问题:如果如此下去,我们行政机关的社会公信力何在?我们行政机关实现建设法治政府的目标当在何期?

因此,行政机关要真正做到人民期待的“以人为本”、“尊重和保障人权”,增强社会公信力,实现行政目标,在行政诉讼中立于不败之地,唯有依法行政,而不能心存幻想,寄托于其他因素。

为了更好地配合行政机关依法行政,使广大行政执法人员了解法律对于行政管理的基本要求,保证行政机关的行为合法、合理,中国人民大学宪政与行政法治研究中心组织编写了这套“行政执法人员依法行政实用丛书”。本套丛书的基本定位在于“实用”,即力求为行政执法人员的执法工作提供法律指导和指引,而不侧重于理论上的阐述和分析。本套丛书暂定为以下三本:

1.《依法行政操作规范与案例》。依据行政复议法和行政诉讼法的规定,判断行政行为是否合法的标准为:(1)依法行政的一般理论;(2)行政行为主体是否合法;(3)行政机关是否滥用职权;(4)行政证据是否确凿、充分;(5)行政行为是否违反法定程序;(6)行政行为适用法律是否正确;(7)依法行政与行政合理性。本书从7个方面进行详细解读,并在每一部分附有典型案例,分析相关内容。

2.《依法行政证据规则与案例》。行政诉讼法、最高人民法院关于行政诉讼法司法解释、最高人民法院关于行政诉讼证据若干规定中,对于行政证据作出了非常明确、具体的要求,而行政执法机关在行政管理过程中,由于不了解法律对于收集证据时间上的基本规则、收集证据程序上的基本规则、收集证据方式上的基本规则、收集证据形式上的基本规则、提交证据时间上的基本规则、不同行政证据效力大小的基本规则、行政诉讼中原被告双方质证辨认的基本规则,在行政诉讼中屡屡因此而败诉。本书将详细介绍这些证据规则及其运用,并在每一部分附有典型案例,分析相关内容。

3.《行政机关典型败诉案例评析》。本书精心选择了大量近年来在我国发生的真实的、具有典型代表性的行政机关败诉的案例,依据法律规定和法学基本原理分析其败诉的基本原因,为其他行政机关避免在作出类似行政行为时提供参考性的法律意见。我们选择行政机关典型败诉案例进行分析,其教育意义和分析价值远胜于行政机关胜诉的案例,它能够使行政机关及其执法人员从中吸取败诉的教训。这些案例都是在我国行政管理过程中真实发生的,因此,其可信度和可读性更强。每个案例均

分为三部分:(1)案情简介,描述本案的基本情况;(2)法律问题,提炼出本案所涉及的法律上的主要争点及行政行为法律缺陷;(3)法理分析,依据案件事实和法律规定分析行政机关败诉的基本原因。

我们衷心期望本套丛书能够对广大行政执法人员的执法工作有所助益,也衷心期待广大行政执法人员在使用本套丛书过程中能够提出宝贵意见,以使本套丛书无论在形式上,还是在内容上都能够愈益完善,更能够贴近广大行政执法人员的实际工作需要,更能够解决行政执法过程中的实际问题。

中国人民大学宪政与行政法治中心 胡锦涛

2009年2月10日

目 录 *Catalogue*

1	第一章 依法行政的一般理论
1	一、依法行政的含义与背景
9	二、依法行政的产生与发展
12	三、依法行政与依法治国
15	四、依法行政的基本原则
28	五、依法行政的基本要求
31	第二章 依法行政与行政主体合法
31	一、行政组织法与行政机关的设立
34	二、行政机关的法律地位
38	三、行政机关内部机构或者内设机构的法律地位
40	四、行政机关派出机关和派出机构的法律地位
42	五、法律法规授权组织的法律地位
44	六、行政机关委托组织的法律地位
48	七、行政执法人员的法律地位
53	第三章 依法行政与正确适用法律
53	一、我国法律体系的位阶与效力
59	二、依法行政所依之“法”
62	三、行政机关制定规范性文件的基本要求
66	四、正确适用法律的基本要求
71	五、法律规范冲突及其适用规则
74	六、行政复议与行政诉讼中对法律文件的审查
78	七、适用法律法规错误的主要表现
81	第四章 依法行政与收集调查证据
81	一、行政诉讼的证据种类
89	二、行政诉讼举证责任的分配
95	三、行政诉讼证据的收集与采信
100	四、复议机关和法院对证据的审查

目 录

Catalogue

111	第五章 依法行政与行政程序合法
112	一、行政程序的基本价值
114	二、行政程序的基本原则
122	三、行政程序的基本制度
135	四、复议机关和法院对程序的审查
142	第六章 依法行政与不得滥用职权
143	一、滥用职权的概念与基本特征
152	二、控制滥用职权:妥当性原则
155	三、控制滥用职权:最小损失原则
158	四、控制滥用职权:利益衡量原则
161	第七章 依法行政与行政合理性
161	一、行政自由裁量权与行政合理性
163	二、行政自由裁量权存在的社会基础
165	三、行政自由裁量权的主要表现
168	四、对行政自由裁量权的控制
173	主要参考文献

第一章 依法行政的一般理论

依法行政的理念、制度和实践,起源于资本主义社会的初期,是在资产阶级反对封建专制和争取民权的宪政运动中产生的。依法行政经过了数百年的发展,已经逐步形成了一套比较完整的理论。由于政治理念、历史传统和社会文化制度的不同,所以各国依法行政的称谓也不尽相同,比如,德国称为“依法行政”,法国称为“行政法治”,英国称为“法治”或“依法行政”,美国“依法行政”包含在“法治原则”之内,日本则称为“依据法律行政”或“法治行政”。虽然各国的称谓不尽一致,但其含义却大体相同,即都指行政机关必须依据法律行使行政权;基本要求是行政权的取得必须由法律设定,行政权的行使必须遵守法律,违法的行政必须承担法律责任;这三点基本要求构成了依法行政的完整概念。因此,行政执法人员要想全面提高依法行政的能力,首先必须学习和掌握依法行政的一般理论。

一、依法行政的含义与背景

依法行政、建设法治政府,是实现依法治国的重要内容和主要形式,也是我国政治文明的重要内容之一。要把握依法行政的含义,首先就要弄清楚什么叫行政,这是我们探讨依法行政必须先要回答的问题。需要说明的是,在如何给行政下定义,即回答什么是行政或行政是什么这个问题上,中外学者在不同的时期有多种不同的认识和主张。限于本书的篇幅与论述的重点,这里不对这个问题展开论述,而是采取通说的观点,即我们这里探讨的行政是权力分立或权力分工意义上的公共行政,是指国家行政主体对国家事务和社会事务以决策、组织、管理和调控等特定手段发生作用的活动。^①

^① 张正钊主编:《行政法与行政诉讼法》,中国人民大学出版社2007年版,第7页。

(一) 公共行政的定义

公共行政由“公共”和“行政”两方面组成。“公共”(Public)一词在英文中有公有的、公众的、公立的、公用的、公开的等多种含义。行政的“公共”性,意指由公共权力机构所实施的整合社会资源、满足社会公共需要,实现公共利益、处理公共事务的管理活动。而“行政”(Administration)一词在英文中有控制事务的方向、运用合法权力处理事务、管理等含义,它是指政府为主的公共机构制定和实施公共政策、组织、协调、控制等一系列管理活动的总和。因此,所谓“公共行政”,是指国家行政机关以及其他法律、法规和规章授权的组织对国家与社会公共事务的决策、组织、管理和调控。^① 这就是说,公共行政是一种国家职能活动,不管具体从事该活动的主体是组织机构或个人,其实质都是代表国家意志并以国家的名义而实施,因而具有权力强制性和国家意志性,其他社会组织的一切活动都受其约束和支配。当然,其管理活动的效力和后果,也都将最终归属于国家,如国家要对行政侵权行为承担赔偿责任。公共行政的目的在于实现公共利益,其所追求的目的是谋求公共利益,维护公共秩序,增进公共福利。由此观之,公共行政的定义主要包含以下四个层面的意思:

(1)行政活动的主体主要是国家机关。除此之外,还包括法律、法规、规章授权的其他组织。

(2)行政活动的范围非常广泛,并且还有不断扩大的趋势。现代行政已经不限于管理国家事务,还管理社会公共事务;不限于传统的对法律的执行活动,还扩大到一定的立法职能和司法职能。

(3)行政活动的目的是实现对国家事务和社会公共事务的组织与管理。

(4)行政活动的方法和手段主要是决策、组织、管理和调控。^②

(二) 公共行政的基本特征

公共行政的基本特征,主要有以下几个方面:

(1)主体的特定性。公共行政的主体是一定的国家行政机关或社会组织。行政机关是公共行政的主要主体,但由于公共管理的复杂性和多元化,除行政机关外,非行政机关的社会组织也可以根据法律、法规和规章的授权,担负一定的公共行政管理职能,从而也成为公共行政的主体。

(2)事务的公益性。公共行政管理事务的公益性主要表现在两个方面:一是管理的事务是公共事务而非私人事务;二是公共管理的目的在于实现建设、保卫、服务等公共职能,其最终目的是为广大的民众服务。需要注意的是,没有一种公益是完全抽

^① 应松年主编:《依法行政教程》,国家行政学院出版社2004年版,第2页。

^② 罗豪才主编:《行政法学》,北京大学出版社2000年版,第3页。

象的、与任何个人毫无关系的利益,而应是各种私益的整合。因此,为照顾每一个人最低的生存水准,使他们享有最低生存尊严所必要的一切行政措施,也属于公益事项范围。

(3)整体性和能动性。公共行政作为一种管理活动,在社会现实生活中经常表现为若干个单独的行动,但各种具体行动与国家职能和政策的整体相关联,应当在整体上保持统一性和连续性。与此同时,公共行政还具有能动性,它可以因时势的需要而主动进行,以便最大限度地保持和增进公共利益和私人利益。行政的这种整体性、连续性和主动性特征,与司法的个别性、具体性和被动性特征,形成明显的区别。

(4)过程性。公共行政活动具有明显的实体性特点,但是,实体并非公共行政的全部内容。因为公共管理是包含着为完成目标而进行的一系列活动,这种活动必然在一定的时空下进行,也必然具有一定的步骤、阶段、顺序、方式和时限等内涵,因此,公共行政还表现为一种过程和一套程序,是实体与程序的统一体。

(5)法定性。公共行政本身并不包括法的要素,其与法律之间也并非总是存在必然联系。只是在近代以后,为了保障人权和防止行政的独断专行,才要求行政必须依法而为,必须受到法律的约束与控制,公共行政由此才具有法定性的特征。法定性要求公共行政管理的主体、行为及其过程都必须依据法律,没有法律依据的行政活动不具有合法性和正当性。

(6)裁量性。由于公共行政管理的范围极其广泛,而社会生活和人们的价值观念又处于不断变化之中,所以立法者不可能对所有公共行政事务都事先作出明确的规定。这样,公共行政活动就必然存在自由裁量的空间,也就允许授权行政机关和其他社会组织在法律许可的范围内自由裁量是否为某种行为,或者以某种方式为某种行为。^①

(三)公共行政的类型

公共管理对象的复杂性和公共管理方式的多样性,导致公共管理的内容十分庞杂。为了深入理解并准确把握公共行政的特征,进而对公共行政进行有效的法律规范,从不同的角度对公共行政进行了分类。主要分类有以下几种:^②

1. 内部行政与外部行政

按照行政行为作用对象的不同,我们可以将行政行为分为内部行政和外部行政。所谓内部行政,是指行政主体在内部行政组织管理过程中所作出的只对行政组织内部产生法律效力的行政行为。比如,行政机关对其工作人员所作出的行政处分,上级行政机关对下级行政机关所下达的行政命令等。所谓外部行政行为,是指行政主体

① 应松年主编:《依法行政读本》,人民出版社2001年版,第17~21页。

② 应松年主编:《依法行政教程》,国家行政学院出版社2004年版,第5~7页。

在公共行政管理的过程中,针对公民、法人或其他组织所作出的行政行为。比如行政许可、行政征收和行政处罚行为等。

划分内部行政行为与外部行政行为的意义有三:一是内部行政适用内部行政规范,只能用法定的内部手段和方式进行;而外部行政适用于公共管理等外部行政法律规范,能够采用相应的法律、法规所规定的各种手段和方式进行;二是法律对内部行政主体的资格通常不作严格要求,而对外部行政的主体资格通常作出严格要求,因此某些具有内部行政资格的组织不一定同时具有外部行政主体资格;三是内部行政通常只适用申诉等内部行政程序,而外部行政既可以适用行政复议程序,又可以提起行政诉讼程序。

2. 抽象行政与具体行政

按照行政行为的对象是否特定等标准,可以将行政行为分为抽象行政和具体行政。

所谓抽象行政是以不特定的人或事为管理对象,制定具有普遍约束力的规范性文件的行为,其基本特征在于行为对象的不特定性或普遍性,即行为对象具有抽象性,针对不确定的某一类人或某一类事项,并具有反复适用的效力。抽象行政主要包括两种:一种是行政立法行为,即有权的行政机关制定行政法规和行政规章的行为;另一种是制定不具有法源性的规范性文件行为,即有权行政机关制定或规定除行政法规和规章以外的具有普遍约束力的其他规范性文件行为。

所谓具体行政行为,是指在行政管理过程中,针对特定的人或事所采取的具体措施的行为。具体行政行为的内容和结果将直接影响某一个人或组织的权益。具体行政最突出的特点是行为对象的特定性和具体化。在我们的日常生活中,具体行政一般包括行政许可、行政确认、行政奖励、行政给付、行政征收、行政征用、行政处罚、行政强制、行政指导、行政合同、行政监督和行政裁决等。

此种区分在我国直接意义是,部分抽象行政行为在行政复议中具有可诉性,所有的抽象行政行为在行政诉讼中都不具有可诉性,而具体行政行为在行政复议和行政诉讼中都具有可诉性。2001年乔占祥诉铁道部案中,作为诉讼对象的铁道部《关于2001年春运期间部分旅客列车价格上浮的通知》是否为抽象行政行为,曾经成为双方争议的焦点。

3. 羁束行政与自由裁量行政

按照行政受法律拘束严格程度的不同,可以将行政分为羁束行政和自由裁量行政。所谓羁束行政,是指法律规范对行政的范围、条件、标准、形式和程序等作了较为详细、具体和明确规定的行政行为,行政主体实施羁束行政行为,必须严格依照法定的范围、条件、标准、形式和程序等进行,没有自行斟酌、选择和裁量的余地。所谓自由裁量行政,是指法律规范仅对行为目的、行为范围、行政程序、标准、幅度等作出原则性规定,行政机关在行为目的、行为范围、行政程序、标准、幅度内依据具体情况自

行选择、决定的行政行为。

当然,羁束行政和自由裁量行政只是相对而言的,羁束行政通常也存在一定程度的自由裁量成分,法律、法规不可能对行政行为在所有情况下的所有处置方法都作出详细、具体、明确的规定。同样的原因,行政主体实施自由裁量行为也不是没有限制的自由裁量,自由裁量也存在一定程度的羁束因素。法律授权行政主体实施某种行为,尽管没有对其规定任何一种具体方式、程序和限度,但是法律授权时有着明确的授权目的,并通常规定了自由裁量的范围,行政主体在实施自由裁量行为时,也不能违反授权法的目的和超越法律规定的自由裁量范围。

此种区分的意义在于,违反羁束行政的直接法律后果是构成违法,而违反自由裁量行政的直接后果是构成合法但不合理。在我国,依据《行政复议法》和《行政诉讼法》的规定,合法性争议可以通过行政复议和行政诉讼解决,而合理性争议则只能通过行政复议解决。

4. 依职权行政与依申请行政

以行政机关是否可以主动作出行政行为为标准,可以将行政分为依职权行政和依申请行政。所谓依职权行政,是指行政机关依据法律赋予的职权,无须公民、法人和其他组织的申请,就可主动实施行政行为,比如行政征收与行政处罚。而所谓依申请行政,是指行政机关必须依公民、法人或其他组织的申请,才能实施某种行政行为。因此,相对方的申请构成这类行政启动与运用的先行程序和必要条件;如果没有相对方的申请,行政机关不得主动作出行政行为,比如行政许可等。

此种区分的意义在于,如果是依申请的行政行为,在当事人没有申请的情况下,行政机关直接作出该行为,则该行为在法律上无效;而如果是依职权的行政行为,行政机关即可以依据自己的判断,直接作出该行为。被称为“中国行政诉讼第一案”的1999年发生在深圳的“贤成公司诉深圳市工商局案”中,所涉及的工商注销行为是否为依申请的行政行为即该案的关键所在。贤成公司并未向深圳市工商局申请注销工商登记,但深圳市工商局认为,贤成公司有诈骗的嫌疑,便依据职权将其予以注销。贤成公司认为,其并未申请注销而深圳市工商局却依职权予以注销,该注销是无效的;而深圳市工商局认为,工商局有权在贤成公司未申请注销的情况下,依照自己的判断将该公司予以注销。作为一审法院的广东省高级人民法院认为,该类工商注销必须依据当事人的申请进行,在当事人未提出申请的情况下,工商局即主动予以注销,该注销决定是无效的。深圳市工商局不服并上诉到最高人民法院,最高人民法院判决维持了广东省高级人民法院的判决。

5. 单方行政与双方行政

按照行政行为成立时参与意思表示的当事人的数目的不同,我们可以将行政分为单方行政与双方行政。其中,单方行政,是指依行政机关单方面的意思表示,而无须征得相对方的同意就可以成立的行政行为。行政机关实施的行政行为绝大多数属

于单方行政行为,比较常见的如行政许可、行政处罚、行政强制等。所谓双方行政,是指行政机关为实现公共管理的目的,通过与相对方协商并达成一致而成立的行政行为,其中相对方的同意构成了行政行为有效成立的必要条件如行政合同、政府采购等。

6. 要式行政与非要式行政

依照行政行为是否应当具备一定的法律形式为标准,我们可以将行政分为要式行政与非要式行政。所谓要式行政,是指行政行为必须具备某种法定的形式或者遵守法定程序才能成立并生效的行政行为。比如,按照《行政处罚法》的规定,行政处罚决定必须以书面形式且加盖公章才能有效。在我们的日常生活中,绝大多数行政行为都属于要式行政。所谓非要式行政,是指法律没有规定行政行为必须表现为某种方式和程序,行政机关无论采用哪种形式,该行政行为都能够成立。比如,消防部门为救火的需要而对毗连火场的建筑物进行部分拆除的行为等。

划分要式行为与非要式行为的主要意义在于,某种形式对于要式行政而言若是一种羁束性要求,不具备相应的形式就会因为形式违法而被宣布无效;而非要式行政就其形式而言,则属于自由裁量行政的范围。

7. 作为行政与不作为行政

依照行政行为是否以作为方式来表现为标准,可以将公共行政分为作为行政和不作为行政。所谓作为行政,是指行政主体以积极作为的方式所表现出来的行政行为,比如我们常见的行政征收、行政许可与行政处罚等。所谓不作为行政,是指以消极不作为方式所表现出来的行政行为,比如行政机关拖延履行或者拒绝履行法定职责的行为。无论是行政机关的作为行政还是不作为行政,都是行政复议和行政诉讼的对象。

8. 强制行政与非强制行政

依照行政行为的成立是否依行政主体的强制性意思表示为标准,可以将行政分为强制行政和非强制行政。所谓强制行政是指行政机关为了实现特定的行政目标,可以不必征得行政相对方的同意,强制实施某种行为,比如行政征收、行政处罚与行政强制等。所谓非强制行政,是指行政机关为实现公共管理目标所采取的行政指导、行政奖励、行政合同、行政给付等非强制性行为方式。随着行政民主化程度的提高和公民参与机制的日趋完善,非强制性行政在现代公共行政管理中扮演着越来越重要的角色。

9. 国家行政与社会行政

按照行政权的行使主体和运作领域的不同,可以将公共行政分为国家行政和社会行政。所谓国家行政,是指由各级行政机关依法对国家的经济、社会和文化事务实施公共管理活动,如税务机关的征税行为等。所谓社会行政是指由法律、法规和规章授权的社会组织对特定社会自治领域内的公共事务实施的公共管理活动,如行业组

织依法实行业管理活动。国家行政与社会行政分享一个共同的基础,即依法具有公共管理职能的主体运用公共权力对公共事务实施公共管理。随着权力社会化和还权于市场进程的加快,越来越多的政府公共管理职能转变到社会中介组织当中,从而逐渐形成企业行政、社会行政和国家行政“三足鼎立”的治理格局。

10. 秩序行政、给付行政和计划行政

按照公共管理任务的标准,可以将公共行政分为秩序行政、给付行政和计划行政。所谓秩序行政,又称为干涉行政或侵害行政,旨在维护社会秩序、防止他人遭受非法侵害或维护公共利益,如警察行政与交通管理行政等。所谓给付行政,又可以称为福利行政,它旨在改善公民的生存环境以及生活条件,为公众提供各种生活需要上的服务,如社会救助、增进就业等公共服务。所谓计划行政,是指为了实现行政上的预定目标,在对各种利益诉求加以统筹兼顾的基础上,准备或倡导某种社会资源配置格局的行政活动。

11. 自为行政、授权行政和委托行政

按照行政职权来源的标准,可以将公共行政划分为自为行政、授权行政和委托行政三种。所谓自为行政,是指行政机关根据法律规定的职权,以自己名义作出行政行为并以自己名义承担法律后果的行政活动。授权行政是指因法律、法规或规章授权的非行政机关性质的社会组织,以自己的名义从事行政管理活动并以自己的名义承担相应法律后果的行政活动。所谓委托行政,是指非行政机关的社会组织或者个人受行政机关委托而实施的行政管理活动;受委托的组织或个人必须以委托机关的名义实施公共行政管理,相应的,这种管理活动的法律后果也由委托行政机关承担。

案例 1-1: 如何区分“公行政”与“私行政”?

案情简介:1995年8月5日,赵某与杨某二人自愿申请登记结婚,经四川省某乡人民政府审查批准,发给了结婚证。赵、杨婚后申请生育指标未被批准。杨于1996年9月10日生育一男孩。群众将赵、杨无计划生育的情况反映到赵、杨所在的单位某针织厂。该厂对赵、杨二人作出罚款200元、停发一年奖金,并在3年内取消晋升工厂领导职务资格的决定。乡人民政府认为赵、杨二人在未取得生育指标和领取准生证的情况下便生育孩子,违反了《四川省计划生育条例》第23条第2款之规定。1997年2月22日,乡人民政府作出行政处理决定:征收赵、杨夫妻超生费2048元,收取计划外怀孕费360元。

问题:本案中,针织厂对赵、杨夫妇的处罚行为与乡人民政府对二人的处罚行为有什么不同?

法理评析:在本案中存在两种不同性质的行政活动。因赵、杨夫妻未取得生育指标和领取准生证,而导致其所在单位针织厂对二人作出罚款200元、停发一年奖金,并在3年内取消晋升工厂领导职务资格的决定,属于企业单位进行自我管理的一般

行政行为。而乡人民政府对赵、杨二人就无计划生育,根据《四川省计划生育条例》所作出的征收赵、杨超生费 2048 元,收取计划外怀孕费 360 元的行为则属于国家机关对社会秩序进行管理的公共行政。

行政法学上所研究的公共行政是指国家行政机关和法律、法规授权组织依法行使职权,对特定范围内的社会事务进行管理的活动。一般行政又称“私行政”,是企业、事业单位所进行的自我管理活动。一般行政与公共行政有密切的联系,拥有相同的原理和科学规律,可以相互借鉴,如管理的绩效评价、效益分析、管理的科层规律等。企业、事业单位一般行政的成功经验往往会被国家的行政体制改革所汲取。可见,一般行政是改革行政的基础和试验田。同时,公共行政也是一般行政健康发展的监督和保障机制,这是公共行政的服务性的体现。公共行政与一般行政之间有着严格的区别:(1)行为主体不同。公共行政的主体是国家机关和法律、法规授权的组织,如本案中的乡人民政府就是具有公共行政职能的国家机关。而一般行政的主体是企业事业单位和个人,如本案中的针织厂。(2)手段不同。公共行政是行政主体代表国家对社会生活的管理,所以法律、法规往往赋予行政主体以必要的强制力,如行政处罚、行政强制措施、通过限制与剥夺相对人的权益的方式,实现公共行政的目的。乡人民政府对赵、杨的处罚,在其不服从时,有申请人民法院强制执行的权力。行政法必须为公共行政的实施提供足够的手段,以维护公共利益。而一般行政并无国家强制力作后盾,针织厂只能对赵、杨二人不服从纪律处分的行为进行说服教育,而没有申请强制执行的权力,更不能直接剥夺、限制二人的人身权利和财产权利。(3)职能范围不同。公共行政可以产生内部行政关系和外部行政关系。内部行政关系即是对公共行政组织的编制、公务员的管理,也就是行政主体的自身建设。外部行政关系是公共行政对行政相对人和对社会事务的管理。(4)目标不同。公共行政始终以公共利益为目标,以服务于社会为宗旨,并无本身的利益。如本案的乡人民政府行政的目的是推行国家的计划生育政策,落实《四川省计划生育条例》。而一般行政虽然也必须符合公共利益,不得破坏国家法律秩序,但其行政更为根本的目的是单位自身的利益。(5)法律救济的途径不同。由公共行政所引发的争议,可以通过行政复议、行政诉讼等途径予以解决。如本案中,如果赵、杨二人不服乡人民政府的行政处理决定,可以向县人民政府申请行政复议或者向县人民法院提起行政诉讼的途径,来对自己的权利寻求救济。而一般行政所引发的纠纷,只能通过协商、调解、仲裁和民事诉讼等途径解决。如赵、杨二人不服其单位的纪律处分,可以通过民事诉讼获得救济。

公共行政不同于一般行政的最根本方面,在于公共行政具有国家的属性,它是国家从公共利益出发,以国家强制力作保障的一种管理活动。就本案而言,对计划生育的管理应专属于国家公共行政的职能,企业作为营利性的组织,对计划生育没有管理的权力,针织厂基于劳动合同而对赵、杨违反计划生育的行为进行处罚是违法的。