



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

新编行政法 理论与实务

陈大文 主编



高等教育出版社

普通高等教育“十一五”国家级规划教材

新编行政法理论与实务

陈大文 主编



高等教育出版社

内容提要

本书是普通高等教育“十一五”国家级规划教材。

本书在简明扼要地阐述行政法的概念和特点、历史和作用、渊源和分类、行政法律关系、行政法的基本原则、行政行为、行政程序等行政法基本理论的基础上,根据有关立法、法律解释和法律实践,对我国现行的公务员法、行政许可法、行政处罚法、治安管理处罚法、行政监察法、行政复议法,以及行政诉讼法作了比较系统的介绍。

本书突出应用性,重视实践性,采用了案例引导式编写体例,突出了案例教学的特点,注重对学生应用能力的培养。

本书可作为应用型本科院校、高等职业院校、高等专科学校、成人高等教育法律类、管理类专业及其他相关专业教学使用,还可作为干部培训、职业培训等培训用书。

图书在版编目(CIP)数据

新编行政法理论与实务/陈大文主编. —北京:高等教育出版社,2009.3

ISBN 978-7-04-025782-3

I. 新… II. 陈… III. 行政法-中国-高等学校-教材 IV. D922.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第013644号

策划编辑 高 飞 责任编辑 刘柏才 封面设计 刘晓翔 版式设计 余 杨
责任校对 殷 然 责任印制 陈伟光

出版发行 高等教育出版社
社 址 北京市西城区德外大街4号
邮政编码 100120
总 机 010-58581000

经 销 蓝色畅想图书发行有限公司
印 刷 北京市鑫霸印务有限公司

开 本 787×960 1/16
印 张 15
字 数 350 000

购书热线 010-58581118
免费咨询 800-810-0598
网 址 <http://www.hep.edu.cn>
<http://www.hep.com.cn>
网上订购 <http://www.landaco.com>
<http://www.landaco.com.cn>
畅想教育 <http://www.widedu.com>

版 次 2009年3月第1版
印 次 2009年3月第1次印刷
定 价 19.60元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 25782-00

前 言

为了适应高等法学教育人才培养模式和教学内容体系改革的需要,我们编写了这本普通高等教育“十一五”国家级规划教材。此教材为法律类专业基础课程教材,也可作为管理类专业相关课程教材。

本教材根据“必需、够用”的内容取舍要求,以及“突出应用性,重视实践性”的原则精神,在总结同类教材编写经验的基础上,对教学内容进行了精选、重组。在简明扼要地阐述行政法的概念和特点、历史和作用、渊源和分类、行政法律关系、行政法的基本原则、行政法主体、行政行为、行政程序等行政法基本理论的基础上,根据最新立法、法律解释和法律实践,对我国现行的公务员法、行政许可法、行政处罚法、治安管理处罚法、行政监察法、行政复议法、行政诉讼法等法律作了比较系统的阐释。根据《国务院关于机构设置的通知》和国务院发布的《全面推进依法行政实施纲要》等文件,对国务院的机构设置,以及全面推进依法行政的任务和措施,作了全面的介绍。

为了引导学生自主学习,培养他们分析问题的能力,更好地体现课程功能,在每章前明确了学习目标,提供了引导案例,在每章后精选了有一定影响、有思考价值、有教育意义的案例,并配有适当的思考题。书后还附有主要参考文献,供师生教学参考。

本书由上海理工大学法学教授陈大文任主编,由上海理工大学、西南科技大学和绍兴文理学院的同仁集体编写。具体分工为:第一、四章,陈锦文、燕明洁;第二章,柯润泉、赵莹;第三章,张自明、何东莉;第五章,于强、武江燕;第六、七、八、九、十、十一章,陈大文、刘一睿。复旦大学法学院副院长张光杰教授和河北科技大学文法学院甘玲教授对书稿进行了全面的审读,并提出了修改意见。最后由主编统改定稿。

本书在编写过程中,作者参阅了大量有关著作,尽可能采用学术界权威或通行观点,谨向有关著作权人致谢。对所参考、引用著作,恐有注释遗漏,故在书末附有主要参考文献目录。对本书不足,敬请有关专家和广大读者不吝赐教,以便再版时改正。

编 者

2009年2月

目 录

第一章 行政法概述	1
引导案例	1
第一节 行政法的概念和特点	1
第二节 行政法的历史和作用	4
第三节 行政法的渊源和分类	11
第四节 行政法律关系	14
引导案例提示	19
思考题	19
案例解析	19
第二章 行政法的基本原则	21
引导案例	21
第一节 行政合法性原则	21
第二节 行政合理性原则	27
第三节 依法行政及其实施	30
引导案例提示	39
思考题	39
案例解析	39
第三章 行政法主体	41
引导案例	41
第一节 行政主体概述	41
第二节 行政机关	49
第三节 行政相对人	63
引导案例提示	65
思考题	65
案例解析	66
第四章 行政行为	67
引导案例	67

第一节 行政行为概述	67
第二节 行政立法	77
第三节 具体行政行为	84
第四节 行政合同与行政指导	90
引导案例提示	97
思考题	98
案例解析	98
第五章 行政程序	100
引导案例	100
第一节 行政程序概述	100
第二节 行政程序法基本制度	108
引导案例提示	118
思考题	118
案例解析	118
第六章 公务员法	120
引导案例	120
第一节 公务员法概述	120
第二节 公务员的条件、义务与 权利	124
第三节 公务员的职务与级别	131
第四节 公务员的录用与任用	133
第五节 公务员的职务升降和 奖惩	137
第六节 公务员的交流回避和 辞职辞退	140
引导案例提示	143
思考题	143
案例解析	143

第七章 行政许可法	144
引导案例	144
第一节 行政许可法概述	144
第二节 行政许可的设定	147
第三节 行政许可的实施	149
第四节 监督检查和法律责任	153
引导案例提示	155
思考题	156
案例解析	156
第八章 行政处罚法	157
引导案例	157
第一节 行政处罚法概述	157
第二节 行政处罚的种类和设定	162
第三节 行政处罚的实施机关	165
第四节 行政处罚的管辖和适用	167
第五节 行政处罚的决定和执行	170
第六节 治安管理处罚	174
引导案例提示	178
思考题	178
案例解析	178
第九章 行政监察法	181
引导案例	181
第一节 行政监察法概述	181
第二节 监察机关和监察人员	184
第三节 监察程序	188

第四节 行政执法监察	190
第五节 法律责任	196
引导案例提示	197
思考题	197
案例解析	197
第十章 行政复议法	199
引导案例	199
第一节 行政复议法概述	199
第二节 行政复议范围	206
第三节 行政复议申请	209
第四节 行政复议受理	211
第五节 行政复议决定	213
第六节 法律责任	216
引导案例提示	217
思考题	217
案例解析	217
第十一章 行政诉讼法	219
引导案例	219
第一节 行政诉讼法概述	219
第二节 行政诉讼程序	225
第三节 行政赔偿诉讼	228
引导案例提示	228
思考题	229
案例解析	229
参考书目索引	231

第一章 行政法概述

学习目标

本章概要地介绍了行政法的概念和特点,历史与作用,渊源和分类,以及行政法律关系等基础理论,提供了学习行政法的一些入门知识。通过本章学习,达到以下目标:

1. 了解:行政法的概念和调整对象;行政法的历史;行政法的分类;行政法律关系的产生、变更和消灭。
2. 理解:行政法的渊源;行政法的地位与作用;行政法律关系的含义和特征。
3. 掌握:行政法的特点;行政法律关系的要素。

【引导案例】

王某是某高校外语系二年级的本科生。1996年10月下旬的一天傍晚,他在学校宿舍里私用电炉煮饭时不慎失火,造成部分公私财物毁损,本人也被轻微烧伤。因其行为严重违反了学校关于禁止在学生宿舍使用燃煤、燃油炉具和各种用于煮饭、烧水的电热器的规定,故受到记大过的处分,同时学校总务处行政科依据学校有关规定给予其罚款100元的“行政处罚”。王某学习相关法律知识后认为,学校行政科不是国家行政机关,无权对他实施行政处罚,要求退还100元罚款,但校方不予退还;于是王某将此争执情况反映到省教育委员会,要求撤销学校作出的“行政处罚”,责令学校退还该项罚款。

问题:学校行政科及其“行政处罚”行为的性质如何?

第一节 行政法的概念和特点

一、行政法的概念和调整对象

(一) 行政的含义和特征

行政(administration)一词,在英语中是治理、管理和执行事务的意思,行政与施政是同义词。当代行政法学意义上行政的含义有各种各样的界定。^①概括起来,主要有以下三种:“排除说”认

^① 参见罗豪才主编:《行政法学》,北京大学出版社1996年版,第1页以下;许崇德、皮纯协主编:《新中国行政法学研究综述》,法律出版社1991年版,第29页;叶必丰:《行政法学》(修订本),武汉大学出版社2003年版,第1页。

为,行政是指国家立法、司法以外的一类职能;“目的说”认为,行政是指在法律规制之下,为实现国家职能而实施的积极、连续、整体、统一的管理活动;“内容说”认为,行政是指国家行政机关对国家与公共事务的决策、组织、管理和调控。

我们认为,行政是行政主体依法对国家和社会公共事务进行组织和管理的一种国家职能。行政主要有以下特征:

1. 行政具有主体特定性

行政的主体是一定的国家组织或社会组织,行政是对国家事务或社会事务的管理,必须由一定的法律主体来进行。行政的主体主要是行政机关,即从事国家事务和社会公共事务管理的国家组织。由于行政任务的多元化和复杂化,除行政机关外,非行政机关的组织也可根据法律或法规的授权从事一定的行政管理职能,成为行政的主体。当然,组织的行政活动还需要这些组织中的工作人员来具体实施或完成。实践中还存在行政机关委托社会组织或人员从事一定行政事务活动的情形。

2. 行政具有执行性

行政并不是国家的所有活动,而是行政机关实施国家行政权的活动。这种活动主体主要是国家行政机关,活动的内容是实施国家行政权。在我国,行政作为一种执行活动,是行政机关执行权力机关意志的活动。

3. 行政具有法律性

现代行政管理首先是依法管理,行政活动不能超越法律,要受法律的约束。“依法行政”是当代行政法的原则和核心,一切行政都要遵循法律所规定的条件、程序、方式、形式等,违法行政自然没有法律效力。

4. 行政具有强制性

行政是国家的活动,体现了国家的意志,行政的实施以国家的政权为后盾,以法律的强制力为保障。行政主体所实施的行政活动,相对人有服从、接受和协助的义务,否则,行政主体可以借助法律手段来强制相对人执行和服从自己的行政决定。

5. 行政内容具有公益性

行政是一种与公共权力相联系的国家行为,它具有公益性。它以社会公共利益的取得为自己的宗旨和目标。

6. 行政具有受监督性

行政活动必须受到严格的监督,这种监督既有来自权力机关的监督,也有行政机关自身的约束,还有来自政党和其他社会组织以及自然人的监督。

(二) 行政法的概念和调整对象

行政法的定义至今仍有争论。在大陆法系国家,行政法被认为是调整公共行政活动的公法。大陆法系的这种观点,是与其将法律分为公法、私法的法律传统相关的。在英美法系国家,行政法被认为是控制行政机关权力的法律,它规定行政机关可以行使的权力,确定行使这些权力的原则,对受到行政行为损害的相对人给予法律救济。英美法系的行政法与其法律不分公法、私法,注重程序的传统相关。

我国行政法是在我国特定的国情条件下孕育和发展起来的。与其他国家的行政法有共同特

性,又有其自身的特点。因此,在确定我国行政法的概念的时候,应当既要合理吸收外国的理论营养,又要符合我国行政法发展的特点和规律。基于此,我们认为,行政法是关于行政权力的授予、行使以及对行政权力进行监督的法律规范的总称。

行政法的调整对象是行政主体在行使行政职权的过程中产生的特定社会关系。这种社会关系包括行政关系和监督行政关系。

1. 行政关系是行政主体在实施行政管理活动的过程中与行政相对人发生的各种社会关系

依照行政关系主体的不同,行政关系又可细分为:行政主体与其他国家机关之间的关系;行政主体与公务员之间的关系;行政主体与公民、法人和其他组织之间的关系。在上述行政关系中,有的是内部行政关系,如上下级行政机关之间的关系、行政领导人员与一般工作人员之间在执行职务过程中发生的关系等,它们基于地位上的从属性,依国家强制命令而形成,受到层级的节制;有的是外部行政关系,如国家税收行政机关与企事业单位之间发生的征税纳税关系等,它们基于国家法律或命令的规定,依强制或其他方式而形成,不受层级的节制,双方意思表示不对等,行政主体处于主导地位。

2. 监督行政关系是国家有权机关对行政主体的监督关系

这些关系通常也是由于行政职能的存在及其行使引起的。在这类关系中行政主体处于被监督地位,监督主体处于主导地位。监督行政关系包括国家权力机关与行政主体之间的监督与被监督关系,司法机关与行政主体之间的监督与被监督关系,行政监察机关与行政主体之间的监督与被监督关系等。

二、行政法的特点

(一) 行政法的形式特点

1. 在形式上没有统一的行政法典

由于公共利益、个人利益非常广泛,公共利益与个人利益间的关系极为繁杂并且总是处于迅速变化之中,因而很难制定一部统一的、包罗万象的行政法典。

有的国家作过制定统一的行政法典的努力。如德国的威敦比克邦曾在1925—1936年花了11年的时间制定了一部四编共224条的行政法典,后因希特勒上台而未付诸实施。1992年荷兰制定出了世界上第一部统一的行政法典——《荷兰国基本行政法典》。该法对行政活动涉及的问题作了较全面的规定。在立法体例上采取分阶段立法模式,它首先规定最需要解决的问题,然后不断加入新的内容,至今仍处在未完成状态,它的体系结构也没有定型,它的生效也是分阶段的。1992年制定后,1994年该法的头两部分生效,1998年1月1日又有部分生效。因此,行政法只能表现为众多的单行法律、法规和规章等,不同于以统一法典为主要表现形式的宪法、刑法和民法等部门法。然而,行政法在形式上没有一部统一的法典,并不意味着行政法的杂乱无章。众多的行政法规范,在行政法基本原则的统帅和依法行政精神的指导下,构成了一个有机的整体和体系。

2. 形式多样,数量庞大

宪法和刑法的表现形式基本上是法典、法律及法律解释。与此不同,行政法的表现形式较多。具体有宪法、法律、行政法规、地方性法规、规章和法律解释等。行政法的这一特点反映了一定层次

的公共利益与个人利益关系的多样性、行政职能的广泛性、行政法规范制定主体的多元性、行政法效力的层级性和地域性。行政法没有统一的法典,有多种具体表现形式,调整对象又非常广泛,因而行政法规范的数量十分庞大。大量的行政法规、部门规章和地方性法规、规章,大多属于行政法的范畴。因此,行政法从数量和规模上来看,比其他部门法庞大。

3. 实体法规范与程序法规范相互交织

传统上将法律分为实体法和程序法,如民法与民事诉讼法、刑法与刑事诉讼法,程序性法律规范和实体性法律规范分别制定法典或法律,但是行政法往往是实体法与程序法混合。行政法既规定公民、法人或其他组织有哪些行政法上的实体权利义务,同时又规定公民、法人或其他组织实现权利和履行义务的程序和方式;在规定行政机关享有特定行政管理权的同时,又规定行政机关行使权力的条件、程序等,以实现行政管理的规范化和防止行政权的滥用。在大多数国家,行政程序性规范不是集中在自成体系的行政程序法文件中,而是散见于以行政实体性规范为主的众多法律文件中。当然,行政法律规范的这一特点并不影响把共通的行政程序独立出来,不影响行政程序法的独立存在。

(二) 行政法在内容上的特点

1. 行政法内容具有广泛性、确定性、技术性

现代国家的行政活动领域十分广泛,政府职能几乎无所不在,但行政法的调整对象及其范围是确定的,即始终以行政关系和监督行政关系为调整对象。由于行政活动有许多是面向未来的创设性活动,或者是对特定专业领域进行管理的活动,行政法在规行政活动的目的、手段和方法时,必须对未来可能发生的情况或有关专业问题进行科学、客观的分析、预测和论证,从而具有较强的专业技术性。

2. 行政法律规范的内容具有易变性

由于行政管理活动涉及的范围非常广泛,涉及的事务又非常具体,且处在经常不断的变化之中,相应的,作为调整行政活动的行政法律规范也经常处于动态之中。当然,作为一种法律规范,行政法规范同样具有法律规范的必要稳定性,不能朝令夕改,使人无所适从。只是相对于其他法律规范而言,行政法规范易于变动。

3. 行政法具有很强的命令性与服从性

由于行政法规定行政主体的主导地位,因而具有强烈的服从与命令性质。行政主体依法具有单方面设定、变更和消灭行政法律关系的权力,对所依法设定的行政相对人的义务,行政主体有权依法强制相对人履行,相对人不得公然对抗。

第二节 行政法的历史和作用

一、行政法的历史

(一) 行政法的产生

行政法作为一个独立的基本部门法,不应该只看这方面的法律规范是否存在、有多少或者在书

本中“行政”与“法”被提到过多少次,而主要应当看是否存在独立的行政审判或行政诉讼。由此看来,在近代以前并不存在独立的行政法这一法律部门。

从世界范围内看,行政法直到自由资本主义末期才产生。资本主义初期,法制建设的重点是宪政法制及私法。尽管在自由资本主义时期,行政法已经孕育、生长,但可以说并未最终形成。在被称为“行政法母国”的法国,到1872年行政诉讼才成熟,国家参事院才成为法律上的最高行政法院,从而成为法国行政法作为一个独立部门法存在的里程碑。法国最初的行政法学著作,出现于19世纪70年代,这时行政法才得到理论上的重视、承认和肯定。^①对行政法等部门法的产生标志,我们是从大陆法系国家及我国的现实来认定的。至于英美法系国家,并不存在部门法的划分。“行政法”、“宪法”或“民法”往往只具有学科上的意义,对“部门法”的认定也可以有不同的标准。在英国,行政法的产生和发展是与19世纪90年代的行政权扩大、委任立法增多以及司法审查的频繁相联系的。英国的第一部行政法学著作,到1929年才出版。^②在美国,尽管行政法的历史可以追溯到美国政府成立之时,确立司法审查体制的第一个判例发生在1803年,但一般认为美国行政法的产生是与独立管理机构的成立相联系的,其标志是1887年美国州际商业委员会的成立。^③因此,英美法系法学上所承认的行政法产生时间,也是自由资本主义的末期。

宪法的产生与实施为社会提供了民主和法治的基础。然而,法治社会是一种和平的民主社会,即将冲突保持在一定秩序范围内的民主社会。整体力量的冲突和对立,如有组织的罢工、游行、集会和言论自由等,往往容易突破这种秩序的范围,威胁到统治阶级的统治。因此,统治阶级需要分而治之。同时,单个的社会成员或个人并不能直接、独立行使宪法上的权利。只有在将整体利益关系转换成为公共利益与个人利益关系、个人利益与个人利益关系,将宪法上的权利转换成为行政法上的权利、民法上的权利后,单个的公民或个人才能行使。于是,“国家法”就分成宪法和行政法两大法律部门。宪法的产生和实施,也为行政法作为一个独立的部门法的形成,提供了政治基础。

行政法的产生是与社会生产力的发展,利益的增长相联系的。然而,单个社会成员的个人利益无论多强大,都是无法与统治阶级的整体利益相抗衡的。只有当社会成员尤其是被统治阶级的社会成员的个人利益发展到一定程度,形成本阶级或集团的整体利益时,才能成为统治阶级整体利益的独立对立面和抗衡力量。这种整体利益是单个社会成员的个人利益与作为公共利益的统治阶级的整体利益这一对立统一运动得以充分展开的前提和保障。同时,行政法的产生是与法本身的发展紧密相连的。当整体利益与整体利益关系,尤其是当统治阶级的整体利益与被统治阶级的整体利益有必要用相应的法律规范来调整时,国家法才从法中分离出来,独立成为一个与私法相对应的公法部门。尽管在英美法系国家,并不存在公法和私法的划分,却同样存在调整整体利益与整体利益关系的法律领域。只有当各阶级或集团在国家生活中的地位和集体人权有保障并积极予以实现时,国家法才分裂成为宪法和行政法两大独立的公法部门。

① 参见王名扬,《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第29、536页。

② 参见王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第5~6页。

③ 参见[美]伯纳德·施瓦茨著:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第16页;王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第48页。

宪法典的制定,确立了个人自由和私有财产的神圣不可侵犯。这些大多只是一种抽象的人权和集体的人权。只有当这种人权得到实现和保障时,即表现为具体的单个社会成员的政治自由、人身自由、人格尊严和财产权利并可获得司法保护时,行政法才形成一个基本的独立部门法。

(二) 行政法的发展

1. 资本主义行政法的发展

行政法从资本主义社会产生后,得到了迅速的发展,到第二次世界大战结束时又发生了重大的变化。19世纪末20世纪初,在经济上资本主义创造出了比以往任何社会都要丰富的物质财富。资本主义的生产方式已由自由竞争发展成为垄断经营。从此,人与人之间的交往日益频繁,社会关系更加复杂,社会的变化更加迅速。但个人的生存能力却受到了社会的严重制约,就业、教育、卫生、交通和环境等,都已成了严重的社会问题。在政治上,封建复辟的危险性已经消除,但无产阶级却已经成为一个有马克思主义指导的成熟的革命阶级,工人运动一浪高过一浪。同时,国内危机的加剧,发展成为对他国利益的掠夺,终于先后爆发了两次世界大战,给人类社会带来了严重的战争创伤。在理论上,资产阶级理论家认识到,对这种社会形势除了政府以外没有任何一个组织或个人能够应付,政府的角色有必要重新塑造。在哲学上已不能再强调矛盾的斗争性而应强调矛盾的同一性,否则就不可能有政权的巩固和社会秩序的稳定。这种变化了的社会现实及与之相适应的理论,促进了现代行政法的产生和发展。

现代行政法在内容上侧重于促进行政主体为相对人提供社会生活各领域的从“摇篮到坟墓”的服务。这主要表现在以下几个方面:

第一,行政强制的弱化。当代行政法的实施,已不仅仅表现为强制性的、单方面的行政决定,而更多地采用了行政合同和行政指导等非正式手段。

第二,实质行政法治的确立。古典行政法治是一种形式法治,依法行政要求行政的一举一动都应符合法律的规定,而不论行政的实质如何,服务行政法所要求的是一种实质行政法治,即只要行政决定实质上合法,对某些瑕疵可予补正或转换,对某些明显错误可予更正,而无需撤销或宣告无效。并且,对行政法规范的理解和解释,不能拘泥于文字,而要探求立法的意图以便使在立法中形成的带有指导性的原则得以实施。

第三,行政程序法制的建立。古典行政法只注重结果而不注重过程。在第二次世界大战前,只有西班牙于1889年制定过一部行政程序法。现代行政法则不仅重视服务结果或已发生法律效力行政决定,而且还强调行政程序即服务与合作的过程,使行政主体的意思表示融合相对人的意志,使最终作出的行政决定具有公正性、效率性、准确性和可接受性,避免违法行政决定的作出。为此,西方国家在第二次世界大战后形成了一股制定行政程序法的潮流。

第四,公正与效率关系的调整。公正和效率是一组对立统一的矛盾。古典行政法的价值取向是公正,即个人自由,但当代行政法的价值取向却是效率,即个人对社会的责任。为此,行政权得以不断扩大,自由裁量权得以不断膨胀,委任立法和行政司法日益发达。

第五,特别权利关系的普通化。特别权利关系即内部行政法关系,是普通权利关系即外部行政法关系的对称。古典行政法要求公职人员对国家负特殊的忠诚勤勉义务,不受法律优先和法律保留原理的支配,其中的相对人也不受司法保护。第二次世界大战以来,除军事行政关系以外的内部

行政关系已基本实现民主化和法治化,与外部行政关系同等对待。

古典行政法将行政主体与相对人之间的关系认定为一种命令与服从关系,因而这种关系被限制在尽可能小的范围内,即命令权或公共权力的范围内。然而,现代行政法将行政主体与相对人之间的关系解释为服务与合作关系,因而在适用范围上得到了拓展。这主要表现在以下几个方面:

(1) 从自由利益到生存和发展利益。古典行政法主要适用于自由利益关系。行政主体即使为相对人提供一定便利,也仅仅是行政主体对相对人的“恩赐”。相对人对这种便利的提供并不具有请求权。现代行政法则将适用范围拓展到环境、交通、文化、教育、卫生和保险等涉及个人生存和发展的广泛领域。当相对人的请求得不到满足时,可以“行政不作为”违法为理由,请求司法保护。

(2) 从独享利益到共享利益。现代行政法把因分享公共利益而形成的关系,纳入行政主体与相对人关系的范围。

(3) 从实体利益到程序利益。古典行政法仅仅适用于实体利益关系。现代行政法却将行政法的适用范围拓展到了程序利益关系,使相对人拥有了程序上的了解权和参与权。

(4) 从双方关系到三方关系。古典行政法只适用于行政主体与相对人之间的利益关系。一个针对相对人的行政决定涉及第三人的权利义务,该第三人并不能参加到行政主体与相对人的行政权利义务关系中来,而只能与该相对人形成民事法律关系。但现代行政法既适用于行政主体与相对人之间的利益关系,也适用于行政主体与第三人之间的利益关系,从而拓宽了行政法的范围。

同时,古典行政法对行政主体主要是从形式意义上来界定的,因而行政主体主要是指行政机关。现代行政法对行政主体则主要是从实质意义上来界定的,认为行政主体是指一切享有和行使行政权的组织。因此,立法机关和司法机关同公职人员之间的利益关系,也是行政法的调整对象。

与行政法的产生有一个过程一样,行政法的发展也有一个过程。尽管我们可以将第二次世界大战作为古典行政法转变为现代行政法的标志,但这种转变既是以往发展的结果,也是以后发展的新起点。这种转变也仅仅是行政法内容和适用范围上的发展变化,而不是行政法本质上的变革。并且,与行政法在各国的产生时间并不完全相同一样,这种转变的时间也并不一致。

2. 社会主义行政法的产生

在资本主义行政法发生变化的同时,人类社会第一次出现了一种新型的行政法即社会主义行政法。社会主义行政法的产生,可以从社会主义国家的诞生起算。但是,社会主义行政法作为一个独立的部门法而存在,却是20世纪60年代后才实现的。第一个社会主义国家苏联诞生后,由于严峻的国内外形势,实行了高度集权的政治体制和计划经济体制。同时,由于极“左”思想的禁锢和法律虚无主义的盛行,在彻底砸碎旧的国家机器和国家制度时,也忽视了对法律这种人类文明成果的继承和它作为社会关系调整器的价值。因此,社会主义宪政并没有得到及时推行,行政法并没有得到重视。虽然苏联苏维埃主席团曾在个别单行法中规定了法院对某些行政决定的审查权,但直到苏联解体前,统一、独立的行政诉讼制度始终没有建立起来,公众的公权利并不能得到有效的司法保护。因此,行政法在苏联并没有真正成为一个独立的部门法。受苏联的影响,当时的其他社会主义国家也不存在独立的行政法。

社会主义行政法的产生是有关社会主义国家对国内政治体制进行改革的结果,这一突破是从南斯拉夫开始的。南斯拉夫的第一部宪法即1946年宪法是以1936年的苏联宪法为蓝本制定的,

体现了高度的中央集权。从1950年开始,南斯拉夫开始了摆脱苏联控制的历程,对国内宪政体制进行了一系列改革。先后制定了1953年《宪法》和1963年《宪法》,1967、1968、1971年又三次修改了《宪法》,并于1974年制定了新《宪法》,逐步实现了权力的分工和政治的民主化。根据《宪法》的规定,南斯拉夫联邦共和国和自治省都设立了负责审查各种法令和规章是否符合宪法和联邦法律,监督宪法实施的宪法法院和维护宪法制度委员会。随着宪政基础的逐渐成熟,思想的进一步解放,南斯拉夫在旧行政程序法的基础上,于1957年制定了长达303条的新行政程序法,其中的重要内容之一就是行政决定的法律救济程序。1965年南斯拉夫又制定了统一的行政诉讼法,并于1977年制定了新行政诉讼法。这样,到20世纪60年代,南斯拉夫行政法完成了它的产生和形成过程,成为一个独立的基本部门法。在波兰,1960年制定行政程序法,规定了对行政决定的法律救济,并于1980年制定了行政法院法,建立了行政法院制度,从而使波兰行政法成了一个独立的法律部门。与南斯拉夫的行政案件归普通法院管辖不同,波兰的行政案件都归行政法院管辖。但波兰的行政法院又不同于法国式的、作为行政机关的行政法院,而是一种专门法院。波兰最高行政法院法官独立,只服从法律,但受波兰最高法院的监督。与此同时,其他东欧社会主义国家也作了相应的努力。1957年的匈牙利行政程序法和1960年的捷克斯洛伐克的行政程序法,都规定了行政决定的法律救济问题。然而,东欧社会主义行政法产生后不久,却随着东欧社会主义国家的解体而改变了性质。

我国社会主义行政法是随着对宪政的重视和旧体制改革的展开而产生的。中华人民共和国成立后,彻底废除了旧法统,并致力于社会主义法制建设。1954年宪法的颁布,是我国法制建设的重要里程碑,也在宪政建设上迈出了重要的一步。然而,封建专制的惯性、苏联的影响、思想上的禁锢和法律虚无主义的泛滥,使宪政并没有真正实现,法治观念并没有确立。我们在批判资产阶级民主和法治的反动本质的同时,也抛弃了作为人类文明成果的民主和法治。直到党的十一届三中全会后,深入广泛开展的思想解放运动,明确了社会主义的本质和法治的价值,抛弃了斗争哲学。1982年颁行的《宪法》确立了宪法的最高法律地位,表现出了实现宪政的决心和信心,国家对权力高度集中的不受法律约束的政治体制进行了一系列改革,个人利益得到了应有的尊重。于是,宪政的进程开始了,作为上层建筑组成部分的行政法终于成长起来了,公法权利的司法保护机制逐渐形成了,起初是在《民事诉讼法》中作了象征性规定,接着又有了单行法的零碎条款,终于在1989年制定了统一的《行政诉讼法》。至此,社会主义行政法在我国最终完成了它的产生过程,成为我国社会主义法律体系中的一个基本的独立部门法。应当指出,在《行政诉讼法》颁布以前,我国已有大量的行政法规,由于不存在有效的司法保护机制,行政法并不能构成一个独立的行政法律部门。

在法国、英国和美国,都是在通过革命、具有较发达的宪政基础上循序渐进地产生出行政法的;而在德国、日本和新中国成立前的旧中国,却是在宪政基础不成熟的条件下,通过改革或改良和对其他国文化的借鉴迅速建立起行政法律部门的。也就是说,前一类行政法产生于宪政之后,是逐渐为人们所接受、适应的,并具有较民主和适合本国国情的特点。后一类行政法的产生则是与宪政交互促进的,几乎是突然出现在人们面前的,需要相应的适应过程和本土化过程。我国社会主义行政法的产生属于后一类型。正因为如此,在我国才有《行政诉讼法》的出台是过早还是过晚的争论。说

它的出台过早,实际上是指它在人们面前的出现有些突然。说它的出台过晚,实际上是指它的形成早在中华人民共和国成立时就应开始,它的发展和成型过于缓慢。也正因为如此,我国行政诉讼这一法律机制的实际作用还很有限,行政法还需要随政治体制的改革、宪政的进一步推进,逐步实现现代化和本土化。

二、行政法的地位和作用

(一) 行政法在法律体系中的地位

行政法在法律体系中的地位,主要是指行政法在法律体系中的角色以及与其他法律的关系。

1. 行政法是宪法的具体化

行政法规范与宪法规范往往难以区分。从宪政史的角度来考察,行政法作为具体化了的宪法,不能离开宪法的原则指导,而宪法的原则规定,也不能离开行政法的具体规定和落实。宪法是行政法的基础,而行政法是宪法的实施。行政法即使不能说是宪法的一部分,也可说是宪法的具体化,是宪法的重要的实施法。尽管刑法、民法等都是宪法的实施法,但相对而言,行政法与宪法的关系最为紧密。

2. 行政法是一个基本部门法

基本部门法,是法律体系中第一层次的部门法,也就是法律系统中第一层次的子系统,而不是子系统的子系统。如组织法律规范、军事法律规范、矿产资源法律规范、社会保障法律规范等,分属于各基本部门法。行政法与民法和刑法等一起,构成了一国法律体系中的基本部门法。行政法作为一个基本部门法,是不隶属于任何其他部门法而独立存在的。行政法的独立地位,是由行政法的基础和调整对象即一定层次的公共利益与个人利益关系的独立性决定的。一方面,行政法不依附于其他部门法而独立存在;另一方面,行政法对其他部门法的影响越来越大。行政法规范逐渐向社会的各个角落渗透,直接对其他法律规范产生着影响,随着现代国家对社会生活规范的扩大和加强,行政法在国家中的影响也必将越来越大。

(二) 行政法的作用

行政法在国家生活和社会生活中发挥着重要的作用。

1. 保障行政权的有效行使

行政主体行使行政职权,是国家实现政治、经济、文化等建设任务的最重要途径和手段。因此,保障行政主体有效行使行政职权,是实现国家职能、确保国家现代化建设事业得以实现的重要前提。现代国家的行政管理必须依法进行,行政法是行政主体行使行政职权的主要依据,对行政管理活动发挥着不可估量的保障作用。这种作用体现在:

(1) 确认行政权的相对独立性,赋予行政主体相应的行政职权。行政权只能由国家行政机关享有和行使,其他任何国家机关、社会组织和公民个人未经法律特别规定,不得非法侵犯行政机关的行政权,也不得非法干涉行政机关行使行政权的活动。

(2) 明确行政主体与行政相对人的关系。行政法一方面确立了行政主体对行政相对人的主导地位;另一方面又确立了行政相对人对行政主体的监督制约权利。行政法确立的这种行政主体与行政相对人之间的关系,对于保障行政职权的有效行使,具有特别重要的意义。

(3) 明确行政主体与公务员、被委托组织及个人之间的关系。行政法一方面规定了行政主体对其公务员的管理权,对其他组织和个人行使职权的委托权和监督权;另一方面也规定了公务员、被委托组织及个人相应的权利和义务,这对于明确它们之间的相互关系,保障行政职权的有效、合法行使,具有重要意义。

(4) 明确行政主体行使行政职权的手段和程序。行政法一方面赋予行政主体许多相应的管理手段,如命令、制裁、强制执行等,以保证行政职权的有效行使;另一方面对如何运用管理手段,规定了明确的步骤和方法,如要求行政主体事先说明理由、事中听取意见、事后告知救济权利、公开行政依据、设立听证制度等。这对于保障行政活动的合理、合法进行有着重大意义。

(5) 明确对违法行使行政职权的行为和妨碍行使行政职权的违法行为的制裁。行政法既规定了对行政主体违法行使行政职权的行为的制裁措施,也规定了对行政相对人妨碍行政职权行使的违法行为的制裁措施,这是保障行政主体有效行使行政职权必不可少的内容。

2. 保障行政相对人的合法权益

行政法将宪法确定的行政相对人的各种基本权利具体化,并补充规定行政相对人在行政领域的其他权利,规定实现这些权利的程序、方法和保障,创建各种有关的机构、设施,颁布各种规则,确定违反这些规则的责任和制裁措施。这样就为行政相对人合法权益的实现及权益免遭侵害提供了保障。同时,它规定了行政违法和不当的法律责任,规定了公民申请行政复议和提起行政诉讼的权利和程序,使公民的合法权益受到有效的法律保护。行政机关及其工作人员违法侵害了行政相对人的合法权益,必须承担相应的行政赔偿责任。行政机关及其工作人员合法损害了行政相对人的合法权益,同样也必须承担相应的行政补偿责任。

3. 促进民主与法治的发展

公共利益与个人利益关系是一种相互制约的社会联系。它一方面是行政主体对社会成员谋求个人利益的制约关系,目的是为了达成社会成员占有利益的社会公正性;另一方面又是社会成员对行政主体集合和分配公共利益的制约关系,目的是为了求得集合和分配公共利益本身的社会公正性,从而保证社会成员占有利益的社会公正性。公共利益与个人利益关系的上述特点,必然体现在行政法规范中,使行政法既以实现社会公正为己任,又以实现行政民主为己任。换言之,行政法的目标是要实现政府与公众之间在利益关系上的一致性,在观念上的相互信任,在行为关系上的服务与合作。因此,没有民主和公正就没有行政法,而没有行政法也就难以促进和实现行政民主和公正。这样,行政法发达与否自然成了一国民主发展程度的衡量标志,在宪法已经确立的社会更是如此。有的学者甚至宣称,如果说18世纪是宪法时代的话,那么从19世纪起便进入了行政法时代。^① 公共利益与个人利益间的关系,也是一种非常广泛的利益关系。人们在生、老、病、死和衣、食、住、行方面所形成的利益关系,大多是公共利益与个人利益间的关系。因为人要生存就得谋求个人利益,从而一方面形成了个人利益与个人利益之间的关系;另一方面又形成了个人利益与公共利益之间的关系。公共利益与个人利益关系的广泛性,决定了行政法调整范围的广泛性。在当今社会,随着个人需求的发展和交往的拓展,个人利益与公共利益关系的范围日益扩大,因而行政的

^① 翁岳生:《行政法与现代法治国家》,台湾祥新印刷公司1976年版,第184页。

职能及范围也越来越大。每一方面的公共利益与个人利益关系是否都能实现有法可依、有法必依、执法必严、违法必究,每一方面的行政活动是否都有相应的法律来规范,已成为一国法治是否健全的重要标志。没有行政法或行政法不完备的社会,绝不是法治社会或法治健全的社会。

第三节 行政法的渊源和分类

一、行政法的渊源

(一) 行政法渊源的发展

行政法的渊源也就是行政法的表现形式。行政法的内容需要通过一定的形式表现出来。在不同的国家,行政法律规范的表现形式不尽相同。例如法国行政法绝大多数来自最高行政法院的判例,而我国行政法一般来源于成文法。

中华人民共和国成立并制定《宪法》后,依照新的国家学说和政治理论,全国人民代表大会成为最高权威,一切权力由它而生,法律自它而出。这种理念在“1954年宪法”中得到鲜明的体现。它规定,“全国人民代表大会是行使国家立法权的唯一机关”。不单国务院和地方没有被赋予立法权,连全国人大常委会都没有国家立法权(全国人大常委会有权解释法律),可谓“法不二出”。但“1954年宪法”刚出,立法权旋即发生了分化,全国人大常委会和最高人民法院审判委员会分别被授予制定法律和就法律具体应用进行解释的权力;20世纪70年代末以后,国务院、省级地方人大、省级地方政府、最高人民法院和最高人民检察院、国务院各部委、各省会城市和一些较大市的人大和政府相继取得了规则制定的权力。这些被授权制定的行政法规、地方性法规、规章和法律解释文件,都属于法的范畴。经过这些连续的授权,法律渊源在20世纪80年代中期基本成型,在2000年的《立法法》中得到确认。从此,宪法、法律、行政法规、地方性法规和行政规章、自治条例和单行条例,构成了法律文本意义上的法。

20世纪70年代末80年代初期,虽然开始强调“有法可依、有法必依”,但法学理论对法并没有更多的形式上的要求:只要是国家机关制定的规范性文件,无论哪个机关制定,也无论以什么方式制定,都是法。在行政法著作出现前,权威的法学辞书在介绍行政法时,用的是与法理学相同的表述。萌发于20世纪80年代初期的中国行政法学,在行政法的概念上基本照搬了法理学的定义。第一本全国行政法学统编教材《行政法概要》在论述行政法的渊源时称,“行政法是由各种含有行政法规范性质和内容的法律文件和法规所组成的”。直到20世纪80年代中后期,行政法的概念和渊源被重新讨论。多数作者把行政法渊源限定在宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例以及行政规章范围,反对把行政规章“排除在行政法之外”,也反对把行政法的范围扩大到乡或者县一级人民政府的规范性文件。一些专著、论文和教科书,特别是第二本全国统编教材《行政法学》,纷纷采用此观点,使之成为通说。

(二) 我国行政法的一般渊源

我国行政法的一般渊源,依其制定主体、层次、制定程序的差别,可分为下述几种形式。

1. 宪法