

21世纪高等院校教材·公共管理系列

行政法学（第二版）

温晋锋 徐国利 编著



科学出版社

21 世纪高等院校教材·公共管理系列

行政法学

(第二版)

温晋锋 徐国利 编著

科学出版社

北 京

内 容 简 介

本书从政治学、行政学的宏大背景出发,探讨行政法学的基本理论;以行政关系与行政法律关系的内在关联性为出发点,剖析行政主体、行政人和相对人的法律角色;通过对行政行为与行政程序关系的描述,具体分析行政行为的种类及行政行为与行政程序的关联度;以三权分立制度的具体变化,考察行政立法的各种表现形式;从国家与强制力的关系出发,探寻行政处罚、行政强制、行政许可等行政管理措施的合法性与合理性;从“看得见的手”和“看不见的手”的双重关系,论述法律管理的方式;以“有法律有救济”为原则,描述行政救济的具体方式。本书通过简要精到的案例使学生加深对上述内容的理解,并提升学生运用法律解决实际问题的能力。

本书内容精练,厚度适中,适用对象广泛,不仅适用于法学专业的学生,而且适用于行政管理、公共管理、社会工作等专业的本科生,同时也适用于 MPA 学员和各种培训的学员等。

图书在版编目(CIP)数据

行政法学 / 温晋锋, 徐国利编著. —2 版. —北京: 科学出版社, 2013

21 世纪高等院校教材·公共管理系列

ISBN 978-7-03-038368-6

I. ①行… II. ①温…②…徐 III. ①行政法学—中国—高等学校—教材 IV. ①D922.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 192464 号

责任编辑: 王京苏 / 责任校对: 黄江霞
责任印制: 阎 磊 / 封面设计: 蓝正设计

科 学 出 版 社 出 版

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码: 100717

<http://www.sciencep.com>

新科印刷有限公司 印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2010 年 2 月第 一 版 开本: 720×1000 1/16

2013 年 8 月第 二 版 印张: 14 3/4

2013 年 8 月第二次印刷 字数: 350 000

定价: 30.00 元

(如有印装质量问题, 我社负责调换)

第二版修订说明

2006 年受南京大学童星教授的委托，我担任了“21 世纪高等院校教材·公共管理系列”中《行政法学》一书的主编。经过与徐国利、张治宇、王翀、张峰、范炜峰、郑立俊的共同努力，并在科学出版社王京苏编辑的支持帮助下，该书终于在 2010 年付梓出版。

法学的一个重要的特点就是必须反映国家的法律实践和当下重大的问题。从 2010 年至今，国家已出台了不少法律法规，其中 2011 年 6 月 30 日第十一届全国人民代表大会常务委员会通过的《中华人民共和国行政强制法》，不仅使行政强制得以规范，而且使中国行政法规范体系更加完善。在司法实践中，也出现了大量的关系中国法治建设前景的问题，如关于劳动教养所引发的法律制度改革等。如果法学教材不体现国家的法律实践，则无法使学生感受和感知我们国家依法治国、依法行政的过程和艰辛，以及在法治进程中的困惑和不足，也不符合国家对法学工作者所提出的要求。

现今，该书的原编写者们工作岗位发生了许多变化，郑立俊从研究生成为检察官，张治宇、张峰正在攻读博士学位，范炜峰远在美国，每个人都有自己当下最重要的任务。但是教材必须修订，因此《行政法学（第二版）》由我和徐国利承担了全部写作工作。前四章由我来完成，后四章由徐国利完成。

相对于第一版，本书所做的修改主要有以下几个方面：第一，调整体例。例如，调整了原书第五章与第六章的顺序，修改了第一章第一节的内容等；删去了第一版中的关键词、本章小结等意义不太大的内容。第二，除了增加新的法律内容之外，重新完善了本书的内容。第三，案例部分的选择更加合理。案例既要反映法学的原理，又要针对司法重点和社会热点。第四，修正了原书中的不适当的部分。

本书的特点有以下几个方面：

第一，本书具有多学科知识的综合性，解释能力强。本书打通行政法学和政治学、行政学的严格界限，使其不局限于专业知识，从更宏观的层面解释我们身边的法律现象，使学生对行政法学具有更为透彻的理解。

第二，本书具有结构体系的创新性。全书遵循主体—行为—程序—责任—救济的逻辑安排，提供了一条脉络清晰的路径。每章的第一节，都以理论分析作为开篇词，突破了一般教材的写作范式。

第三，本书为不同专业的学生所设计，内容集中，厚度适当。国内的《行政法学》教材很多，但绝大部分都是大部头的著作，2011 年和 2012 年出版的教材几乎都在 40



万字左右，多者达 70 万字。以我们对学生的调查及个人的读书经验来看，大学生的教材不需要太厚重。教材如果过于厚重，一是增加学生的经济负担，二是不太适合作为学生的教材。

虽然经过仔细修订，但本书仍难免有不足之处，恳请各位读者批评指正，并且在此表示感谢！

温晋锋

2013 年 8 月于筑

目 录

第二版修订说明

第一章 绪论	1
第一节 行政法：舶来品与中国现实	1
第二节 行政法及法律地位	7
第三节 行政法的渊源	15
第四节 行政法基本原则	20
第五节 行政法学说	23
案例分析	26
第二章 行政法律关系主体	29
第一节 行政关系与行政法律关系	29
第二节 行政主体	40
第三节 行政人	49
第四节 相对人	57
案例分析	63
第三章 行政行为与行政程序法	65
第一节 行政行为的特征和内容	65
第二节 行政行为的种类和效力	68
第三节 行政行为的程序约束	75
第四节 行政程序法的基本原则和基本制度	77
案例分析	80
第四章 行政立法与行政规范性文件	82
第一节 行政立法的缘起	82
第二节 行政立法	89
第三节 行政规范性文件	96
案例分析	100
第五章 行政许可与行政确认	102
第一节 市场失灵与政府干预	102
第二节 行政许可	106
第三节 行政确认	121

案例分析·····	128
第六章 行政处罚与行政强制 ·····	130
第一节 国家与强制力·····	130
第二节 行政处罚·····	134
第三节 行政强制·····	146
案例分析·····	158
第七章 行政合同与行政指导 ·····	162
第一节 柔性行政方式及其价值·····	162
第二节 行政合同·····	165
第三节 行政指导·····	171
案例分析·····	177
第八章 行政法律责任与行政救济 ·····	179
第一节 行政法律责任与行政救济概述·····	179
第二节 行政复议·····	186
第三节 行政诉讼·····	197
第四节 行政赔偿·····	214
案例分析·····	225

第一章

绪 论

第一节 行政法：舶来品与中国现实

一、西方国家行政法的变迁

对于中国人来说，行政法是典型的舶来品。

1840年，中国的国门被西方列强的蛮横强行打开之后，先驱者发现我们的国家治理方式与西方国家存在着巨大的不同。在经过剧烈的社会动荡和深切的反思之后，法治成为我们国家首选的治国方式。《中华人民共和国宪法》（简称《宪法》）第5条明确规定：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。”

行政法是控制行政权的法，它以近代历史为始端。当然关于近代历史之前是否有行政法，有代表性的观点有三种。

第一种观点认为古代没有行政法，因为行政法是与民主制度相呼应的产物，没有国家职能的分立就不存在行政法。行政法作为法治的一个重要组成部分，其目的在于保证行政权力的正确运行。从这个意义上说，无论是东方还是西方，古代均无行政法。第二种观点认为古代有行政法。此种观点认为有国家产生，便有行政，有行政就有行政法，不能把权力是否分立作为衡量有无行政法的标准，也不能把诸法合体误认为没有行政法。持这种观点的人认为，行政法是行政管理法律规范的总称，即只要有行政管理法律规范的存在就有行政法，不论行政法的实质是专制还是民主。第三种观点认为要区分古代行政法和近代行政法。其认为有行政管理就有行政法，这仅仅是指一种国家的行政管理体制，从这个意义上说，只要有国家就有行政法。中国古代就有许多这样的管理制度，如《唐六典》中对吏治的规定、对军功授勋的规定、对征发徭役和兵役的规定等。近代意义上的行政法不仅指某种行政法律规范的存在，还指它的实质精神，即它是民主宪政制度的产物，是指以控制行政权、防止权力滥用为目的，专门规定行政职能及其行使的法律。我们所讲的行政法是近代意义上的行政法。

作为现代法治的重要分支，行政法滥觞于18、19世纪资产阶级宪政之后。行政法

是由于政治、经济的冲击而产生和发展的。产业革命的发生,导致大批工商业、企业纷纷建立,各种商社如雨后春笋,资产阶级为了保护自己的权益,以及获取公平、自由的竞争,要求政府充当“保护人”、“警察”的角色,避免政府干涉,要求议会制定法律,严格限制政府的活动。这不仅能防止行政主体的专断,而且还促进了行政法的发展。西方国家相继建立了以三权分立为原则的政权系统。根据三权分立学说,政府只能根据议会制定的法律来管理国家事务,依法行政。政府作为执行手段来行使自己的行政权,不能超越自己的职权范围,更不能干涉权力机关和司法机关之事务。三权分立的目的在于实现权力分立,相互制衡,防止独裁。

如果说此时期行政法的发展主要是确立行政与立法、司法相区别的政治制度的话,那么到了19世纪中叶,行政法则进入行政体系的自身建设阶段,这主要表现为各个国家纷纷建立文官制度。资本主义建立初期实行政党分赃制尚能适应形势的需要,但到了19世纪中叶它的弊病就充分暴露出来。政党政治的主要特征是政党轮流坐庄,每隔几年就进行选举,当选政党掌握国家政权。政党分赃制的弊病主要是:第一,政局不稳,政治动荡不安。由于政党政治实行定期选举,一党上台之后就倾朝大换班,上到政府总理下到一般的行政官员全部换成当选政党的成员,这样每隔几年就来一次政治上的大换班,在西方历史上称做“政治大换血”、“政治大地震”。第二,行政效率低下,结构性贪污腐化。政党分赃制的实质,是把行政职位当作赃物一样来划分。美国第七任总统杰克逊公然为这种制度提出辩解:“在政治上就要像在爱情上和战争上一样公平,赃物属于胜利者所有。”所以一个人不论其是否有才干,是否有真才实学,只要他对政党选举作出贡献,就可以得到某个职务。这些得到行政职位的人,知道其在位时间不会太长,所以从一上任开始就为自己着想。这样以权谋私,权钱交易,屡见不鲜,形成结构性的贪污腐化,整个国家机器处于一种无序状态,无所谓效率可言。第三,国家行政部门缺乏人才。西方并不是奉行中国的学而优则仕制度,人们的兴趣在于追逐财富,因此大量的人才集中于经济领域。

而此时经济的发展又要求政府运转正常化,要求有一个高效、快捷、廉洁的政府,因此,西方国家纷纷进行政府制度的改革。英国在1855年、美国在1883年率先实行了文官制度,之后其他国家也纷纷建立了与政党分赃制相脱轨的文官制度。这种制度有三大特点:第一,实行政务类公务员和业务类公务员相分离,采用两种不同的管理方式。政务类公务员是部长以上的公务员,其与选举共进退,这样每次随政党选举而撤换的人员仅仅是政务类公务员,仅仅是国家行政机构中的一小部分成员。业务类公务员通常是指副部长以下的人员,他们才是整个国家行政机构的主动脉,对其实行职位分类的管理方法,不与政党选举共进退。这种制度的实施稳定了国家秩序。第二,对业务类公务员实行职务常任、政治中立制度。业务类公务员实行终身任职,没有重大过失不得免除其职务,同时业务类公务员不得参与任何政治之争或党派之争,不得发表任何有关政治或政党的言论,必须恪守政治中立原则。业务类公务员的主要职责就是执行公务,完成行政管理任务。虽然政治中立原则发展到现在已发生了变化,但它在历史上的作用是不可磨灭的。第三,对业务类公务员实行一整套的管理制度。对业务类公务员的考试、录用、培训、晋升、工资、福利、退休等都形成了系统的管理制度,使得业务类公务员成

为相对独立的系统,对国家政策的顺利执行和国家政治的稳定起到极大的作用。

20 世纪以后,西方国家的行政法进入第三阶段。此时资本主义从自由过渡到垄断,从“警察”、“看家狗”、“守夜人”变成“行政国”、“福利国”,行政的触角涉及国家生活的方方面面,行政机构日益庞杂,行政权力越来越大。行政机关不仅拥有自己所固有的行政权,而且拥有了委任立法权和行政司法权。在美国,独立行政机构如田纳西州管理机构、农业部、商业部等具有行政权、准立法权、准司法权,成为“国中之国”。由于行政权力的自然膨胀和恶性膨胀双向增长,权力又再次向行政机关集中,所以为了防止行政权力过分强大,西方国家的行政法又发展到控权法阶段,纷纷制定各种法律规范,对行政权进行控制。

到了 21 世纪后,行政法的发展出现新的倾向,即在全球化浪潮的影响下,行政法具有了某些国际化的特征,出现了“国际行政法”的概念。但国际行政法一词最早见于 19 世纪 60 年代的国际学学说中,直到现在,学说上对其还没有一个明确的定义和范围,但在性质上其基本属于国际法范畴。“依己之见,国际行政法,即有关国际行政(指各国行政机关包括国际组织行政机构之间就某些共同性问题进行合作、协调和互助的活动以及国际组织的内部行政管理活动)的法,它应属于国际法体系的一个组成部分,具体可表现为国际条约及行政协定、国际组织自身的章程和国际惯例。我们不能将国际行政法定性为行政法(国内法)的一部分。国际条约及国际惯例虽可作为行政法的法律形式渊源,但也不能因此认为行政法属国际法范畴。在行政法中,有一部分规范具有涉外性,所规范的人或事具有涉外因素,从而与纯粹的国内性的法律规范相区别,因而在行政法中被称为‘涉外行政法’。”^①

西方国家由于历史、文化、民族和风俗的不同,在其法律的发展过程中逐渐形成了两大法系,即英美法系和大陆法系,两大法系下的行政法也各有千秋,各具特色。大陆法系又称罗马法系或民法法系,主要以法国、德国为代表,在奥地利、挪威、瑞士、意大利等欧洲大陆国家适用。大陆法系行政法的特点主要是:第一,行政法是公法与私法相区别;行政法是国内法与国际法相区别;行政法是关于行政权的法与议会法和司法法相区别。公法和私法的划分是大陆法系国家的专利,英美法系国家则没有严格的公私法的界限。在大陆法系国家,公法是指涉及国家和社会公共利益的法律规范,私法则以人身、财产关系为调整对象。从这个意义上说,行政法是公法。第二次世界大战后,随着社会福利国家的形成和给付行政的发展,公法与私法的区别日渐相对化和淡薄,出现了私法的公法化(如社会保障法)、公法的私法化(如经济行政法领域)趋势,公私法的界限更加模糊。行政法虽可借鉴私法规则,但它不可能完全适用相同的规则,总会有所区别,在性质上主要表现为公法性质。公法与私法的相对差异,无论在现实的法律制度上,还是在理论解释上,都是不能否认的。正如陈新民教授所断言:“中国迟早要承认公、私法的差别。”^②行政法是关于行政主体如何行使行政权的法,它是行政主体对本国事务的管理,因此有别于国际法。在本国事务内,其又分为行政事务、司法事务和立法

① 杨解君、肖泽晟:《行政法学》,法律出版社,2000 年,第 6~7 页。

② 陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社,2002 年,第 8 页。

事务,行政权由行政主体专门行使,掌管行政事务可以说是行政主体的专权行为,其他机关无权过问和干涉,因此它与管理其他国家事务的机关不同。第二,大陆法系行政法有一套完整独立的行政法院体系,行政法院对行政案件有直接的管辖权,行政案件由行政法院单独处理。在法院的设置上,大陆法系国家和英美法系国家不同。英美法系国家实行单轨制,大陆法系国家实行双轨制。所谓单轨制即指国家只有一个统一的法院系统,所有的案件都由其统一管辖。实行双轨制的大陆法系国家在法院的设置上不仅有普通法院管辖刑事和民事案件,而且还有行政法院专司行政案件。在德国还有独立的宪法法院,独立审理宪法案件。第三,大陆法系行政法拥有大量的部门行政法典,包含的内容十分广泛,如各个行政管理领域行政主体的权力和义务、行政主体的组织、行政主体的内部管理、行政程序、行政监督等。

英美法系又称普通法系、英国法系或判例法系,主要以英国和美国为代表,在英属殖民地实施,如澳大利亚、新西兰、加拿大等。从历史发展来看,英国的资产阶级革命早于法国的资产阶级革命,但英国的行政法却迟于法国的行政法,这主要是行政法学家的认识作用使然。英国著名的行政法学家戴雪(Dicey)认为英国不需要行政法,因为:其一,大陆法系国家有两套自成体系的司法制度,即普通法院和行政法院,两者各自为政,各司其职,而英国没有这种行政法院,只有一套完整的司法制度;其二,大陆法系国家把管理百姓和管理政府的法律区别开来,适用两套司法制度,这显然是保护行政特权,其本身就违反了法律的平等原则,因此英国不存在行政法。后来由于英国实际存在的行政司法制度的冲击和行政法学的兴起,戴雪的观念才逐渐被冲破,英国的行政法才发展起来。英美法系行政法的特点主要有:第一,实行判例制度,以判例法作为审判的主要依据,没有统一的法典。第二,注重行政程序。第三,行政管理机关的权力较大。英美法系国家的行政法是国家对管理机关实行控制的法律规范,它规定行政主体的权力、行政权力运行的程序和方法、公民在受到行政主体侵害时的行政救济和普通法院对行政行为的司法审查。例如,美国的农业部、商业部以及大量被称之为“独立管理机构”的委员会、局、署,其既可以根据法律行使行政权,又可以接受国会通过的立法授权,制定和颁布具有法律效力的条例和规章,还能受理行政管理活动中的申诉案件,并设立专门的行政法庭和行政法官负责审理这一类案件,可见它们既有行政权,又有准立法权和准司法权,成为一种“国中之国”。

二、中国行政法的发生与发展

中国古代不具有现代意义上的行政法。民国政府期间制定了少许的行政规范。1914年5月颁布《行政诉讼条例》,7月正式成为《行政诉讼法》。1932年的《平政字编制令》带有明显的大陆法系国家设置法院的痕迹。1932年和1945年分别颁布《行政诉讼法》和《行政法院组织法》。虽然法律规定出台,但始终处于纸上的规定,当时根本不具备实施行政法的条件。1949年中华人民共和国成立之后,中国的行政法有了全面的转机,但也是命运多舛。中国行政法的变迁大致如下:

第一阶段,从1949年到1957年为行政法的初创阶段。1949年中华人民共和国成立之后,中国各方面的工作都走向正轨,特别是1954年的第一部宪法颁布后,各方

面走上了法制化的轨道。这时国家制定和颁布了大量的行政管理法规，建立了行政监察制度。1949年10月～1956年12月，国家共颁布行政管理法规829个。其中，有关机构、人事、编制管理的法规52个，有关财政、金融、税收管理的法规98个，有关公安、民政、司法行政管理的行政法规97个，有关经济建设管理的法规261个，有关教育、科学、文化、卫生的管理法规149个，如《中央人民政府政务院及其所属机关组织通则》、《社会团体登记暂行办法》、《高等学校暂行规程》、《中华人民共和国国务院组织法》等。可以说，这个时期中国的行政法蓬蓬勃勃、欣欣向荣地向前发展，为中国法治化的建设迈出了可喜的第一步。

第二阶段，从1957年到1978年为停滞和遭受严重摧残阶段。从1957年下半年开始，中国的法制建设就走上了下坡路。1957年开始反右运动时，就开始批判“法律至上”，对“法律至上”的否定实际上是对整个民主与法制建设的否定。因为一个国家只有一种至上的行为，那就是法律行为，如果不是法律至上，权力大于法律，那必然会出现人治和专制。所以批判“法律至上”的直接结果就是取消行政法制，国家处于无法可依的状态。1966年以后，中国的法制建设可以说是荡然无存，地方各级人民政府被没有任何法律依据的“革命委员会”所替代，中央人民政府大权旁落、名存实亡。这二十多年中国处于无立法、无执法、无司法、无守法的无法无天的状态。

第三阶段，从1978年到1988年为恢复和重建阶段。1978年开始的真理标准大讨论拉开了我国社会科学发展的序幕，1978年12月18日，党的十一届三中全会在北京召开，开始了中国全方位的拨乱反正，标志着中国的民主与法制建设进入一个新的时期。党的十一届三中全会第一次把民主和法制提到了重要的地位，《公报》指出：“为了保障人民民主，必须加强社会主义法制，使这种制度和法律具有稳定性、连续性和极大的权威，做到有法可依，有法必依，执法必严，违法必究。……要忠实于法律和制度，忠实于人民利益，忠实于事实真相；要保证人民在自己的法律面前人人平等，不允许任何人有超越于法律之上的特权。”这是对过去几十年经验教训的总结，同时它也预示着中国的行政法学必然迎来一个生机勃勃的春天。这段时间，我国行政法的恢复和发展主要表现在：第一，恢复了过去的一些行政法律规范。1979年全国人民代表大会常务委员会（简称全国人大常委会）作出决议，确定从中华人民共和国成立以来制定的法律法令，凡不与现行宪法、法律、法令相抵触者均继续有效。这样就恢复了一大批行政法律规范，部分地解决了行政管理领域无法可依的状况，解了燃眉之急。第二，制定了许多急需的行政法律规范。1982年制定的新宪法，为我们国家法制建设奠定了合法的根基。为了实施新宪法，也为了进行有效的管理，制定了大批的行政法律规范，如《中华人民共和国国务院组织法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国经济合同法》、《广东省经济特区条例》、《中华人民共和国个人所得税法》等，涉及公安、工商、税务、海关、卫生、环境、资源管理等许多领域，结束了无法可依的状况。第三，建立了行政诉讼制度。《宪法》第41条规定，“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家机关工作人员，有提出批评和建议的权利，对于任何国家机关和国家机关工作人员的违法失职行为，有向有关机关提出申诉、控告或者检举的权利”，“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利”。这实际上

是中国建立行政诉讼制度最直接的法律依据。在没有建立行政诉讼制度以前,行政纠纷一般通过信访或申诉的方式解决,这不仅缺乏法律依据,而且无法应付大量发生的行政案件,所以为了适应形势发展的需要,从1982年起我国开始用民事诉讼程序解决行政案件。1982年3月8日颁布的《民事诉讼法(试行)》第3条规定:“法律规定由人民法院审理的行政案件,适用本法规定。”自此我国法律上正式确定了人民法院对审理行政案件的诉讼制度。此外还有各种法律规定了公民或组织提出行政诉讼的途径。这虽然与民事诉讼会发生各种各样的矛盾,但它毕竟为行政纠纷的解决提供了一种法律方法。

第四阶段,从1989年到1999年为发展兴盛阶段。1989年4月4日,第七届全国人民代表大会第二次会议通过了《中华人民共和国行政诉讼法》(简称《行政诉讼法》),于1990年10月1日起正式实施。《行政诉讼法》的颁布和实施标志着中国行政法学理论和实践又进入新的阶段。《行政诉讼法》的颁布和实施不仅使我国的三大诉讼制度发展完备,而且标志着中国司法审查制度的开始,行政权力无法再为所欲为,行政权力的行使走上法制化的轨道。1993年8月14日,我国又颁布了《国家公务员暂行条例》,开始了国家行政组织的自身建设,使行政组织的工作人员脱离了无系统化法制管理的时代,用全面规范化的法规体系对公务员进行管理,使之走上正规化。1994年5月12日通过的《国家赔偿法》、1996年3月17日颁布的《中华人民共和国行政处罚法》(简称《行政处罚法》)以及1999年《中华人民共和国行政复议法》(简称《行政复议法》)的颁布和实施,标志着中国的行政法制建设步入系统化阶段。中国的改革开放为行政法的发展提供了新的发展契机。总之,1992年党的第十四次全国代表大会提出中国要建设社会主义市场经济的决定,给中国的行政法注入了新的内容。市场经济是法治经济,法治经济最主要的问题是如何规范政府行为,如何规范政府与企业单位、政府与事业单位、政府与社会团体、政府与普通公民之间的关系,如何使政府从无所不包、无所不管的状态顺利地过渡到宏观统筹、掌握全局、适当管理、搞好服务的任务上来,这些都是行政法所面临的新课题。中国的行政法又迎来了新机遇和新挑战。

第五阶段,从1999年到现在为深入发展阶段。1997年,党的第十五次全国代表大会确立了依法治国、建设社会主义法治国家的基本方略。1999年《宪法》修改时,增加了一个全新的条款,其第5条规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”2002年党的第十六次全国代表大会和2003年党的十六届三中全会又把依法治国、依法行政作为完善社会主义市场经济体制、全面建设小康社会的重要任务。2000年3月15日通过和颁布并于同年7月1日起实施的《中华人民共和国立法法》(简称《立法法》),为中国行政法的发展翻开了又一新的篇章。如果说,在此之前中国的行政法只满足于行政主体的执法行为的话,那么对法的发展提出了更高层次的要求。我们已开始着手解决法与法之间的和谐性、相容性问题。2004年的宪法修正案增加了推动物质文明、政治文明和精神文明协调发展,建立健全社会保障制度,尊重和保障人权等内容,完善了有关土地征用以及对私有财产保护等方面的规定。宪法的及时修改反映了时代的要求,为依法行政提供了基础保证。2004年4月,国务院发布了建设法治政府的纲领性文件《全面推进依法行政实施纲要》,提出了今后10年全面推进依法行政的指导思想和目标、基本原则和要求、主要任务和措施。其中,在依法行政的基本原则中明确提

到：必须把维护最广大人民的根本利益作为政府工作的出发点；必须维护宪法权威，确保法制统一和政令畅通。2004年制定的《中华人民共和国行政许可法》（简称《行政许可法》）是世界上第一部用法典的形式规范国家与社会管理权限分工的法律，它的制定和实施标志着中国政府行为法治化又向前推进了一步。2005年4月《国家公务员法》颁布，标志着对公职人员管理的制度化和法律化。2005年8月28日公布、2006年3月1日起实施的《中华人民共和国治安管理处罚法》（简称《治安管理处罚法》），使得实行20年的《治安管理处罚条例》终于成为名副其实的法律。2011年6月30日第十一届全国人大常委会通过的《中华人民共和国行政强制法》（简称《行政强制法》），不仅使这部几经难产的法律尘埃落定，而且使得中国行政法规范体系更加完善。

第二节 行政法及法律地位

一、行政与行政法

（一）关于行政

行政（英文为 administration，源于拉丁文 administriare），是一个相对于立法、司法的概念，专指国家行政或公共行政，即相对于私人管理的公共管理。

法国思想家孟德斯鸠（Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, 1689—1755年）是最早对行政进行研究的学者之一。当时英国和法国的资产阶级革命使得这位法国的贵族对国家权力问题作出了自己的思考。在其著作《论法的精神》中，他提出了闻名于世的三权分立学说。他把国家权力分为立法权、行政权和司法权。“行政是指国家媾和和宣战、派遣或接受使节，维护公共安全，防御侵略的活动。”^①孟德斯鸠的本意并不在于说明行政是什么，而是认为三权分立的实质在于权力的相互制约、相互制衡和相互牵制，其目的是防止权力的集中、专制和独裁。

美国行政学学者 F. J. 古德诺（Frank Johnson Goodnow, 1859—1939年）在其代表作《政治与行政》一书中，提出政治与行政两分立的学说。他认为：“在所有的政府体制中，都存在着两种主要的或基本的政府功能，即国家意志的表达功能和国家意志的执行功能。政治是国家意志的表达，行政是国家意志的执行。”^②古德诺把国家的职能分为政治与行政两部分，将行政从政治中分离出来，从而结束了自孟德斯鸠以来在政治学上占统治地位的三权分立学说，开辟了行政学研究的新视野。

我国近代意义上的“行政”源于日本。行政法学者对行政的定义从方法上可归纳为以下几类：

其一，除外说（或称消极说、蒸馏说、扣除说），认为行政是除了立法与司法以外的国家或其他公权力主体的活动。

① [法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上），张雁深译，商务印书馆，1982年，第155页。

② [美]F. J. 古德诺：《政治与行政》，王元译，华夏出版社，1987年，第12～13页。

其二,积极说,即试图给行政下一个积极的定义或描述。例如,日本学者田中角二郎认为:“行政是依据法律、在法律的约束下,现实中为积极实现国家目的进行的、整体上具有统一性的、连续的形成性国家活动。”^①

其三,组织意义、形式意义与实质意义说。组织意义的行政,即指行政组织,由行政主体、行政机关和其他行政机构构成;形式意义的行政,是指行政主体所作的行为或活动都是行政,而不论它在实质上是“准立法行为”或“准司法行为”;而实质意义的行政着眼于职能及其活动,只要是国家对社会公共事务的组织管理活动,而不论是由何种组织实施,都属于行政的范畴。

其四,综合说,即对行政多角度地界定。例如,我国台湾学者吴庚教授从结构(或组织)、实质和功能三个方面对行政的含义作了总括性说明^②。

其五,特征描述说。此种观点受“行政只能加以描述,而无法予以定义”的影响,采取特征描述的方法期望能解决行政的定义问题。例如,德国学者毛雷尔对于行政提出了四个特征:①行政是一种社会塑造活动,它以社会的共同生活为目标;②行政须以公益为出发点;③行政主要是积极的且针对将来的塑造活动;④行政是为处理事件而采取具体措施或执行特定计划的活动^③。

借鉴中外学者关于行政的定义或描述,对行政作出如下界定:行政是行政主体依法对国家和社会事务所进行的组织和管理活动。

第一,行政主体的特定性。并非所有国家组织都能实施行政行为,只有法律所规定的行政主体才能实施行政行为,社会组织只有在法律授权或委托的情况下才能成为行政主体。

第二,行政内容的公益性。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,与私人行为形成鲜明的对照。行政机关所从事的非行政管理行为(如买卖、租赁等)不属于行政。

第三,行政过程的程序性。行政主体实施行政是依照一定步骤和方式进行的,程序是行政的灵魂。行政主体实施行政管理的过程,也是行政程序具体展开的过程。行政主体实施行政行为,必须在一定的时间和空间进行,也就是说,它必然受到阶段、步骤、过程、方式和时限的约束。

第四,行政手段的裁量性。在依法治国、依法行政的背景下,行政仍然具有极大的自由裁量性。这不仅反映社会的发展对行政提出的要求,也反映行政本身的特殊性。其实,任何一种行为都具有自由裁量的性质,只不过在不同的地方表现的强弱程度不同而已。在行政领域,行政领域的特殊性决定了行政的自由裁量更想挣脱法律的羁绊。

① [日]南博方:《日本行政法》,杨建顺、周作彩译,中国人民大学出版社,1988年,第8页。

② 在结构上,行政是指民意代表机关或司法机关以外的国家结构或组织的总称;就其实质而言,立法机关和司法机关以外的国家活动则属于行政的范畴,即便法院,如果处理审判以外的事务,仍属实质意义的行政;就其功能而言,行政系达成国家目的之重要手段。参见吴庚:《行政法之理论与实用》(增订七版),三民书局,2001年,第7~9页。

③ [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,第6~7页。

(二)行政的种类

对于行政可依不同的标准作不同的分类,常见的分类主要有:

(1)公权力行政与私经济行政(国库行政)^①。以行政达成国家任务的方式或手段来区分,可将行政分为公权力行政与私经济行政(或称国库行政)。公权力行政又可称为“高权行政”,是指行政主体基于国家统治权而从事的行政活动,是传统行政活动中最主要的一种类型,尤其在警察行政及其干预行政中最为常见。这种行政活动多由行政主体依单方面意志决定并以强制方式贯彻执行,由此而形成了行政主体与人民之间的“上下秩序关系”。不过,在现代民主法治国家中,公权力行政的范畴不再仅限于干预行政,在给付行政领域同样也可采取公权力的手段。私经济行政,又称为国库行政,是指行政主体利用私法规定的方式来完成国家任务的行为。私经济行政一般可分为下列三种:行政辅助行为、行政营利行为和行政私法行为。

行政辅助行为,即以私法方式辅助行政的行为,是指行政主体以私法方式获致日常行政活动所需的人力与物品。这类行为,如筹办办公场所、办公大楼的发包、办公桌椅及相关设备的购置等,其特点在于并非直接达成行政目的,而是以间接的方式辅助目的完成。行政营利行为,是指国家以私法方式参与社会上的经济活动,其主要目的在于增进国库收入,有时并兼负执行国家政策的任务。国家从事此种行为时可以分成两种形态:一种为由国家或行政主体以内部机构或单位直接从事营利行为,如烟草专卖行为、出售国有土地的行为;另一种为国家或行政主体依特别法或公司法等规定,投资设立公司而从事营利行为,如设立国家投资公司即属之。行政私法行为,是指由行政主体以私法方式直接完成国家任务的行政活动。这类行为主要适用于不干涉人民权利的给付行政领域,对于需要以强制手段为后盾的秩序行政和税务行政,则不能放弃公权力手段。

(2)秩序行政与给付行政。依行政的目标不同,可将行政分为秩序行政(干预行政)与给付行政(福利行政或服务行政)^②。由于受国家理念的影响,行政的范围和侧重点在不同的时代往往有着不同的特点。例如,在自由资本主义时期,国家职能的活动主要集中在秩序行政或干预行政领域,而在当代法治国家,行政的范围已覆盖至给付行政领域。

第一,秩序行政。秩序行政又称干预行政或侵害行政,该类行政旨在维持社会秩序,防止他人遭受非法侵害和维护公共利益。就领域而言,如警察行政、交通管理、税务行政等;就表现方式而言,则为各种对当事人不利的行为,如征税、征兵、治安处罚、即时强制等。

第二,给付行政。给付行政又可称为福利行政或服务行政,它旨在改善公民的生存环境及生活条件,为公众提供各种生活上需要的服务,如民政行政、社会保障行政、举

^① 参见翁岳生:《行政法》(上册),中国法制出版社,2002年,第22~28页;陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社,2002年,第17~27页。

^② 德国学者毛雷尔以行政的任务或目的,将行政划分为秩序行政、给付行政、引导行政(主要是计划,也包括补贴)、税务行政和后备行政。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,第8~9页。

办公公共事业等。在具体措施方面,指有关社会保险、社会救助、生活必需品的供给、举办职业训练、给予经济补助及提供文化服务等措施。

(3)内部行政与外部行政。内部行政是指行政主体只针对其组织内部的人员、事务,而不对社会上的人发生效力的行为,如行政主体对其内部各科室、人员的配置,对内部人员的行政处分等,此种行为对社会上的公民、法人或者其他组织不产生权利和义务的直接影响。外部行政是指行政主体作出的对社会上的人具有权利和义务效果的行政行为,如行政处罚、行政许可、行政强制等。

(三)行政法

行政的核心是行政权,行政主体凭借行政权进行行政管理,行政主体实施行政管理的过程就是行使行政权的过程。从近代社会起,权力与法有必然的联系,权力来自于法,又受制于法,这样行政权就成为连接行政和行政法的桥梁。行政法是对行政权的限制和保障,行政法是针对行政权而言的,而行政权的行使是围绕行政管理进行的,因而行政法就成为行政管理法律规范的总称,也就是说,行政法是行政主体在进行行政管理时所必须遵守的法律规范。所以行政法是调整行政主体在行使行政权的过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。行政法简单地说就是有关行政(以及与行政有关)^①的法律规范的总称。

具体言之,行政法是有关行政的主体、职权、行为及程序、违法及责任和救济关系等的法律规范的总称。对这一概念可从以下几个方面予以分析:

第一,行政法是有关行政的法。这是行政法在性质和内容上不同于其他部门法的区别所在。凡是行政权的行使及与之相联系的活动以及基于此而形成的种种社会关系,都属于行政法所规范的内容和其调整的范围。

第二,行政法的内容主要涉及行政权的行使及其后果方面。其具体包括行政权的主体、行政职权的分配与设定、行政职权的行使活动或者与行政职权相关联的活动、对行政权的主体及活动的监督、对公民或组织权益的保障与救济等。从行政法的内容构成上看,大致可包括行政组织法(行政权的行使主体及行政权的配置等方面的法)、行政行为法(即行政权如何行使之法,包括行政实体法和行政程序法)、行政监督法和行政救济法(包括对行政权行使进行监督和对其后果进行补救两个方面)。

第三,行政法是有关行政的法律规范的总称。行政法律规范是行政法的外在表现,没有行政法律规范的存在,我们则无从考察行政法现象。行政法律规范是多层级的,其表现形式也是多种多样的,它可体现于宪法、法律、法规以及判例、习惯等众多形式之中。

二、行政法的调整对象

法律是社会调节器,它使社会处于有条不紊的运行之中。任何法律都有其特定的调

^① 行政法所调整的“行政”范围,不仅包括行政组织地位的确定和权限的取得、行政管理活动的进行,而且还包括因行政管理活动的违法而引起的监督与救济。而对行政的监督与救济特别是行政诉讼,属于司法性质,但与行政密不可分,因而行政法也包括了规范司法权方面的法。由此,我们简单地概括说“行政法是有关行政(以及与行政有关)的法律规范的总称”。