

Chapter 1

第一章 行政法的基本原理

本章导读

本章主要介绍行政法的基本原理,包括行政法的基本概念、行政法律关系、行政法的法源和行政法的基本原则。了解和掌握行政法的基本原理,是学习行政法学的基础,也为后续模块章节的学习提供了基本的分析工具,并奠定理论框架。

行政法是调整行政关系,规范行政权配置与运行的法律规范的总称,其形式多样,效力多元。行政关系经由行政法的调整而形成行政法律关系,其具有主体多样性与相对恒定性,主体权利义务对应性与不对等性、法定性与处分有限性等特征。行政法的基本原则,是贯穿于全部行政法规范之中,用以指导行政法的制定和实施的基本法律准则,主要由依法行政原则、平等原则、信赖保护原则以及程序正当原则等子原则构成。其反映和体现行政法的基本价值理念,奠定行政法规范的框架与方向,并确保行政法体系的完整性与统一性。



第一节 行政与行政法



一、行政

(一) 行政的含义

行政法,顾名思义,其规制对象为行政。那么,何为行政?仅从字面上理解,行政为管理、执行之意。行政学上的行政既包括一般社会私人组织内部的管理与执行事宜,如机关、企业、事业单位的行政管理,也涵盖社会公共事务的组织与管理活动,后者我们称之为“公共行政”,亦即行政法语境下的“行政”之意。当然,与公权力相结合的公共行政除国家机关的管理、执行活动(即国家行政)之外,也涉及非国家公共团体、组织的行政,只不过前者是行政法的基本调整对象,也是行政法学的基本研究对象。^①

由于行政本质的多样性、多义性及复杂性^②,以及学者考察与理解的角度不同,对于行政的内涵并未形成统一的认识,各国学者对其定义莫衷一是。综合来看,大致可分为消极定义的方法与积极定义的方法。

1. 消极定义的方法

对行政的概念采取消极定义的方法形成了消极说,也称为“排除说”或者“扣除说”。此学说侧重于行政的形式意义,不对行政做出正面的定义,而是将国家权力扣除立法、司法以后的范围归属于行政。^③这一观点主要建立在西方国家三权分立的原则基础上,只在形式上对行政的范围做了界定,避开了从正面定义行政所遭遇的内涵描述的困境,这种方式虽在特定发展阶段具有一定价值,但其理论缺陷也是显而易见的。以排除法定义行政的范围,首先必须明确立法及司法的范围,这也就不可避免地需要从正面对此二者进行界定。然而,权力的分立并非是绝对的划分,各权力之间也存在交叉与渗透,排除立法与司法之外的国家活动并不一定只余下行政。

2. 积极定义的方法

由于从反面对行政进行界定并不能准确说明其本质和特征,在逻辑上也缺乏周延性,因而不少学者尝试从正面、积极地定义行政。主要有以下几类观点:

(1)行政目的说,该学说侧重于行政所要实现的国家目的。J. Ulbric 提出:行政包括一切法律上及事实上的行为,此等行为在于对公益之持续维护,而公益则源自国家存立

^① 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2011年版,第3页。

^② 翁岳生主编:《行政法(上)》,元照出版有限公司2006年版,第1页。

^③ 此观点可参见[日]室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,中国政法大学出版社1995年版,第9-10页。





目的及其文化任务。^① 日本学者田中二郎认为:近代行政,可理解为于法之下,受法之规制,并以现实具体地积极实现国家目的为目标,所为之整体上具有统一性之继续的形成性国家活动。^② 不能否认这些定义在对行政特征进行正面描述的意义,但其局限性也是显而易见的,公益并非是唯一的国家目的,行政也并非以国家目的的实现为唯一任务,且“积极实现国家目的”,也难以将行政与立法、司法活动相区分。

(2)国家事务管理说,该学说从行政的字面含义出发,侧重于行政的组织管理功能。如将行政定义为国家机关对国家与公共事务的决策、组织、管理和调控。^③ 此观点无法将权力分立基础上的行政、立法与司法相区分,因为后两者也在不同程度上对国家公共事务进行组织与管理。

(3)特征描述说。由于行政本身的复杂性,仅侧重于行政的目的、任务或功能,并不能完全揭示其本质特征,因此有学者从不同层面对行政的特征进行描述,以求全面涵盖。德国学者毛雷尔就采用了四项特征描述行政:①行政是社会塑造活动,其客体是社会的共同生活,并致力于共同体的事务,服务于其中的人;②行政以公共利益为出发点;③行政主要是积极的、针对将来的塑造活动,具有主动性;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。^④

当然,由于行政这一概念并没有明确的法律定义,学理上对于其含义的争论必然会出现从不同角度出发而产生的多种理解。在逻辑上,对于一个概念的界定,无非是需要明确其内涵与外延。就行政而言,其是一种过程及活动,而这一活动的本质则需要从权力分立、行政的功能与目的、行政的特征等多方面加以考量。我们认为,行政是指国家行政主体为实现公共管理国家职能与公共利益,而进行决策、组织、管理国家事务和公共事务的活动及过程。首先,行政的主体特定为国家行政主体。所谓国家行政主体,即依法能代表国家,并对国家或公共事务进行管理的特定国家或社会组织;在我国,其主要包括国家行政机关,同时涵盖由法律法规授权而行使行政职能的其他社会组织。其次,行政的目的主要是实现国家职能与公共利益。与私人组织内部的管理不同,行政涉及的是国家事务与公共事务,着眼于整个社会及国家,其重要目的就在于行使国家的行政职能,以追求公共利益的实现。再次,行政的内容是行政主体决策、组织、管理国家事务与公共事务的活动。

(二)行政的分类

行政的分类即依据特定的标准划分行政活动的类型。如前所述,由于行政本身的广泛性与复杂性,对其进行分门别类不但有利于把握其特点,而且对于进一步深入研究也有重要的意义。根据不同的观察角度与标准,行政可划分为不同的类型。依行政的方

① 转引自吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第5页。

② [日]田中二郎:新版《行政法(上卷)》,弘文堂1974年版,第5页,转引自马怀德主编:《行政法与行政诉讼法》,中国法制出版社2007年版,第2页。

③ 罗豪才主编:《行政法学》,北京大学出版社1996年版,第8页。

④ [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6-7页



式,可划分为公权力行政与私经济行政;依行政的任务与性质,可划分为干预行政、给付行政与计划行政;依行政的内容,可划分为负担行政与授益行政;依行政的实施范围,可划分为内部行政与外部行政等。

1. 公权力行政与私经济行政

根据实现行政目标的方式所适用的法规性质不同,行政可分为公权力行政与私经济行政。^①

公权力行政是指行政主体基于国家公权力主体地位,以公法规范为基础,以实现行政目的的行政活动。作为传统行政活动最主要的类型,公权力行政的适用范围非常广泛。只要涉及行政主体与相对人的管理关系领域,都有公权力行政存在的空间,最常见于干预行政,如警察行政、税务行政等;当然,伴随着现代民主法治国家的进程以及行政法理论的发展,在给付行政领域,也越来越多地采用公权力行政的方式。由于公权力行政多以强制方式为之,且会对相对人的权利义务产生直接的影响,因此其必须受到法律严格的规制,在实体与程序上遵循依法行政的原则。

所谓私经济行政,是指行政主体以私人地位,遵循私法规范,以达成行政目的的行政活动。其主要包括:以私法方式辅助行政的行为、行政营利行为、以私法方式达到行政任务的行为等。^②以私法方式辅助行政的行为,即行政机关为满足日常办公需要,通过私法方式取得物资或劳务的活动,如购买日常办公用品、建造或租赁办公场所等。此类行为并不直接达成行政目的,而是以间接的方式辅助行政目标的实现。行政营利行为是指行政主体自身或通过设立私法组织,以私法方式参与经济活动,如国家出让国有土地、设立国家投资公司从事营利活动等。以私法方式达到行政任务的行为,即行政主体通过私法方式直接达成行政目的。行政目标的实现,并非只能依靠强制性的公权力行政方式,还可以借助于公共行政的民营化,如行政机关可通过向社会组织购买的方式对公众提供公共服务。

2. 干预行政、给付行政与计划行政

根据行政的任务及性质不同,行政可分为干预行政、给付行政与计划行政。

干预行政,又称为侵害行政,是指行政主体通过规范限制相对人的自由权利,或对其课以义务或负担,以实现行政目的的行政活动。此类行为多采用行政命令或必要时通过强制手段实现,如交通管制、税务行政、征收土地等。对于直接的相对人而言,干预行政可能会对其自由权利产生不利影响,故须受到法律的严格约束;但对于整个社会秩序与公共利益的维护而言,干预行政又是必不可少的。

给付行政,又称福利行政或服务行政,其基于国家负有生存照顾义务的政治理念,^③

^① 翁岳生主编:《行政法(上)》,元照出版有限公司2006年版,第17-22页;吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第9-12页。也有学者将依此标准划分的行政称为权力行政与非权力行政。马怀德主编:《行政法与行政诉讼法》,中国法制出版社2007年版,第4页。

^② 翁岳生主编:《行政法(上)》,元照出版有限公司2006年版,第19页。

^③ 吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第14页。





要求行政主体为社会公众提供给付与服务、授予利益,以改善公众的生存环境与生活条件。如提供相关社会保险、社会救助,举办公共事业等。给付行政的行为方式多种多样,可通过授益处分为之,也可借助于行政契约或私经济活动为之。由于给付行政的授益性质,相较于干预行政,法律保留原则为其预留了较大空间。

为了应对现代社会复杂、多样的变化,弥补国家行政事后介入与干预的不足,对未来状况做出前瞻性的预测与规划,计划行政便应运而生。计划行政是在考量与调和各种利益的基础上,通过计划的方式,引导行政活动的方向与资源的配置,以达成行政目标。计划行政的种类繁多复杂,有学者曾根据其性质做出以内容、拘束力、方式为准的分类。^①关于计划行政的结构、特征与法治化问题,仍然是需要持续深入研究的课题。

3. 内部行政与外部行政

根据行政的实施范围不同,行政可分为内部行政与外部行政。

内部行政是针对行政组织内部的人员、事务的行为,如行政机关内部的编制、人员的任免、行政流程、行政处分等。一般而言,对于内部行政,行政法的探讨范畴侧重于行政组织、公务人员、行政规则等内容。外部行政是指行政主体作出的,对外部相对人的权利义务产生影响的行为,如行政许可、行政处罚等。



二、行政法



(一) 行政法的含义

对于行政法的概念,由于可从行政法的目的、任务、调整对象、规范内容等不同方面进行解读,因此其定义也就具有差异性和多样性。

1. 从行政法的调整对象进行理解。如有学者认为“行政法是调整行政关系以及在此基础上产生的监督行政关系的法律规范体系”。^②“行政法是法的一个独立部门,是调整因行政主体行使行政职权而产生的特定社会关系的法律规范的总称”。^③

2. 以行政法的目的与任务为视角进行定义。如侧重于行政法对行政权的控制功能,美国学者伯纳德·施瓦茨就提出,“行政法是管理政府行政活动的部门法。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者给予法律补偿”。^④英国学者威廉·韦德从目的和功能的角度认为,“行政法定义的第一个含义就是它是关于控制政府权力的法”。^⑤我国学者罗豪才基于平衡的视角提出,“行政法既不是行政特权法即管理法,也不是抑制行政权力的控权法,而应是平衡法”。^⑥

① 吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第16页。

② 罗豪才主编:《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社1997年版,第10页。

③ 张正钊,胡锦光主编:《行政法与行政诉讼法》,中国人民大学出版社2009年版,第11页。

④ [美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第1页。

⑤ [英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第5页。

⑥ 罗豪才主编:《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社1997年版,第12页。





3. 从行政法的规范内容进行定义。如我国台湾学者吴庚认为,“行政法系有关行政之组织、职权、任务、程序以及国家暨其他行政主体与人民间之权利义务关系的法规,例外情形尚包括人民相互间之权利义务关系的公法法规。”^①我国学者应松年认为,“行政法是有行政的主体、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。”^②

从法理学上看,划分一个部门法的标准不外乎为特定的调整对象与特定的调整方式,最主要的就是特定的调整对象。行政法作为一个独立的部门法,也是以其特定的调整方式调整一定的社会关系。我们认为,行政法是指调整行政关系,规范行政权的配置与运行的法律规范的总称。首先,行政法的调整对象是行政关系。所谓行政关系,是指在行政权的配置和运行过程中发生的各种社会关系,包括行政权配置时发生的行政组织关系、行政权运行时产生的行政管理关系、行政救济关系以及行政监督关系。其次,行政法的规范内容是行政权的配置与运行规则。行政权的配置涉及行政权在行政主体之间的授予与配置、各行政主体的权力范围与界限、各行政主体的性质、地位、组织活动原则,以及行政主体与公职人员之间的权利义务关系等。行政权的运行所涵盖的内容则更为广泛,包括行政主体运用与行使行政权管理公共事务、提供公共服务过程中的实体与程序规则,特定国家机关对于行政权运用的监督规则,行政权违法或不当行使的后果处理,即对相对人、相关人的权益造成损害时的救济规则。再次,行政法及相关行政法规范的总称。行政法规范既可以法典形式呈现,也可散见于各类法律、法规、规章等规范性文件之中,由于行政法体系的庞大与复杂,其表现形式往往多种多样。

在一国的法律体系中,行政法可作为一个独立的法律部门,并且是与宪法关系最为密切的部门法。学者们对行政法有着“具体化的宪法”或“活的宪法”等评价。一方面,二者同为公法,在调整范围上存在诸多重叠的地方,调整方式上有着诸多相似之处。宪法中的条文大多为原则性规定,需依靠其他法律规范予以细化和实施,而行政法调整的社会关系广泛而多样,其触角深入社会生活的方方面面,几乎涉及宪法调整的所有领域,尤其是宪法所调整的最为重要的国家机关之间的关系以及国家与公民之间的关系。因而,宪法规范的实现在很大程度上依赖于行政法律规范的制定与实施,如行政机关的设置,须有行政组织法律规范进行调整;税收的征收,需要税收行政法律规范对税种、税率、征收方式、程序等进行细化。另一方面,宪法所贯彻的法治主义原则,是行政法上最为主要的指导原则,如果行政法律规范违背法治主义原则,则其会由于不存在“合宪性”而无效。



(二) 行政法的特征

作为一个独立的部门法,行政法所具有的与其他法律部门的不同之处主要包括:

1. 形式多样、效力多元,难以制定统一完整的法典

由于行政法的调整对象广泛而多元,几乎涉及社会关系的各个方面,行政法规范性文件的制定主体也涵盖不同的行政层级,因而行政法规范的表现形式是多种多样的。这

^① 吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第18页。

^② 应松年主编:《行政法与行政诉讼法》,法律出版社2009年版,第7页。





种形式上的多样性造成了行政法难以像《刑法典》和《民法典》一样,形成一部统一、完整的行政法典。当然,也有国家做过这方面的尝试,如荷兰曾于1994年制定了基本行政法典,但也只是规范了行政法领域总则性问题,如行政组织、行政行为、行政程序等共通性、一般性的规定,具体到特殊行政领域,如海关、税务等部门行政法,基本法典不可能也没有必要一一覆盖。

以我国为例,现行法律体系中存在宪法、法律、行政法规、地方性法规、行政规章、有权机关的法律解释等多层次的行政法渊源,它们数量庞大、名目繁多,并且制定主体不同、效力层级不同、适用范围也不同,将这样庞杂的行政法规范体系法典化的难度可想而知,其他国家也大多如此。因而,大多数国家和地区,均未能制定统一完整的行政法典。

2. 规范的内容广泛多元,易于变动

现代社会,尤其是进入福利国家阶段后,行政权力迅速扩张,行政对于社会关系的干预全面而深入,不仅囊括传统行政的治安、税务等领域,而且涉及社会福利、环境保护等新议题,“从摇篮到坟墓”是对其最为形象的描述,这就决定了行政法所规范的内容广泛而多元。除此之外,相较于其他部门法,行政法规范的内容还具有多变性。由于社会生活的复杂多变,对其进行调整的行政法也要不断适应并随之变化。尤其是像我国目前所处的社会转型阶段,社会生活中的新问题、新情况时常出现,为保持行政法规范的相对稳定性,许多规范不得不借助于“暂行”或“试行”等方式进行试验性立法。

3. 实体法与程序法规范并存

不同于民事与刑事法律规范中,实体与程序法规范如民法与民事诉讼法、刑法与刑事诉讼法,已实现相对分离,在行政法律规范性文件中,实体法规范与程序法规范往往是并存的,这与行政权的运行特点密切相关。考察行政权的运行过程,行政程序贯穿于行政权的配置、行使、监督和救济的各个环节。为了保证行政权运用的合法与正当,不仅需要明确的实体权限规范,还需依靠正当行政程序的规制,对行政权的行使方式、时限、步骤等进行规范。如《行政许可法》《行政处罚法》等行政行为的规范中就涉及了许多程序性的规定。

(三) 行政法的分类

根据不同的标准,可将行政法划分为不同的种类。

1. 一般行政法与特别行政法

根据行政法适用的不同范围,行政法可分为一般行政法与特别行政法。前者是对一般行政关系进行调整,规范行政法中具有共通性的原则或规则,类似于民法典中的总则部分。后者为调整特别行政关系的法律规范,包括适用于特殊领域、特定地区、特定时间的行政法规范。比如,规范行政处罚一般权限、程序、责任等的《行政处罚法》为一般行政法,针对海关特定领域行政处罚的《海关行政处罚实施条例》就属于特别行政法。

2. 行政组织法、行政行为法、行政监督法与行政救济法等

根据行政法规范的不同内容,行政法可分为行政组织法、行政行为法、行政监督法与





行政救济法等。行政组织法规范的是行政主体的设置、地位、权责以及公职人员的权利义务等内容;行政行为法规范的是行政主体行使行政权的权责与程序等内容;行政监督法规范的是特定国家机关对于行政主体及其工作人员行使职权的行为进行监督等事宜;行政救济法规范的是违法或不当行政行为为侵害相对人权益时的补救方式等内容。

3. 实体行政法与程序行政法

根据行政法不同性质,行政法可分为实体行政法与程序行政法。实体行政法是规定和确认行政法律关系主体在行政权的配置与运行过程中的权利与义务、职权与职责的行政法规范。程序行政法规范的是实现实体行政法所规定的权利与义务、职权与职责的步骤、方式、时限等内容。

案例 1: 长春亚泰俱乐部诉中国足协案^①

2001年10月16日,中国足球协会做出足纪字(2001)14号《关于对四川绵阳、成都五牛、长春亚泰、江苏舜天和浙江绿城俱乐部足球队处理的决定》(简称“14号处理决定”)。该决定第一项处罚是取消原告升入甲A资格,第四项处罚是取消原告足球队2002年、2003年甲乙级足球联赛引进国内球员资格,第七项是限原告3个月期限的内部整顿。原告不服中国足球协会的14号处理决定,于2001年10月19日和11月10日两次向中国足球协会提出申诉状,中国足球协会未能在法定的时间内答复。2002年1月7日,长春亚泰足球俱乐部及其教练员、球员,因不服“14号处理决定”,向北京市第二中级人民法院提起行政诉讼。北京市第二中级人民法院进行审查后,认为该起诉不符合行政诉讼法规定的受理条件,遂于2002年1月23日,作出(2002)二中行审字第37号行政裁定书,以长春亚泰及其教练员、球员对中国足球协会提起的行政诉讼“不符合法律规定的受理条件”为由,裁定不予受理。2002年1月28日,亚泰俱乐部决定向北京市高级人民法院提出上诉,请求撤销北京市第二中级人民法院裁定,并依法裁定受理本案。2002年1月29日,全国人大常委吴长淑等12名人大代表联名上书全国人大常委会,要求北京市高级人民法院受理长春亚泰足球俱乐部对中国足球协会提起的行政诉讼。

法律问题: 中国足球协会的处罚行为是否属于公共行政的范畴?



第二节 行政法律关系

我们知道,法律的调整对象是社会关系。从法理学上理解,一定的社会关系经由法所构建或调整,便形成以权利义务为内容的法律关系。法律关系作为法律领域的基本概念,既是理解法的性质与作用的重要视角,也是分析法律现象与法律问题的重要工具,行政法律关系亦是如此。

^① 胡锦涛主编:《行政法案例案例分析(第三版)》,中国人民大学出版社2010年版,第1页。





一、行政法律关系的含义

所谓行政法律关系,即在行政权的配置和运行中产生的各类行政关系,经由行政法律规范所调整而形成的权利义务关系。对于行政法律关系的定义,可以从以下几方面进行理解:



(一)行政法律关系调整的对象是特定的行政关系

行政法律关系的调整对象亦是其基础,即在行政权的配置和运行过程中所产生的各类行政关系。如前文所述,这些行政关系涉及行政权运作的整个动态过程,既可是其自身直接形成的社会关系,也可是其行使而引发的社会关系,具体而言,包括行政权配置时的行政组织关系、行政权运行时的行政管理关系、行政救济关系以及行政监督关系等。没有这些原初属性的社会关系,就不可能有行政法律关系的存在;而这些社会关系不同的原初属性,也决定了法律关系的不同性质与类别。需要注意的是,行政关系与行政法律关系虽同为社会关系,但二者不能等同。首先,二者的性质不同。行政关系作为行政法律关系的原型,是一种客观存在的事实关系,这些事实关系受到行政法规范调整之后,增加了思想意志的属性,而成为行政法律关系。^①其次,二者与行政法的关系不同。如果将行政法规范看作是联结二者的桥梁,那么,行政关系位于此岸,是起点,而行政法律关系位于彼岸,是结果。再者,二者的范围存在差异。虽然行政关系与行政法律关系的内容与范围基本一致,但行政法并不调整所有的行政关系,只是覆盖其中的主要部分,因而行政法律关系的范围要小于行政关系。



(二)行政法律关系产生的前提是行政法律规范

任何一种原初属性的社会关系要转变为法律关系,都必须依赖于法律规范这座桥梁。无论这一社会关系已形成或持续多久,也不论其是否具备法律关系的属性,只有当其被纳入法律规范的调整框架时,才能成为法律关系。行政法律关系亦是如此。当然,由于现代行政法治原则的特殊性,基于行政权力的运作而形成的行政关系应当是通过行政法律规范的设定而发生,而较少采用认可这一法律调整方式。但不可否认的是,部分行政活动或由于行政活动引起的一些并非法律关系或并非一开始就是法律关系,如行政机关的许多内部行为、事实行为,它们在产生时并无行政法律规范予以调整,源于这些行为的关系就只是行政关系而非行政法律关系,当这些内部行为、事实行为侵犯了相对人的权益,引起行政争议,受到行政法规范调整时,就可能转化为行政法律关系。^②在安泰公司诉江油市政府《会议纪要》案中,安泰公司经江油市政府、市建委等的批准,获准在大街市场空地上修建综合楼,随后,江油市政府办公室以《会议纪要》的形式对该地规划

① 王成栋:《行政法律关系基本理论问题研究》,载《政法论坛(中国政法大学学报)》2001年第6期。

② 王成栋:《行政法律关系基本理论问题研究》,载《政法论坛(中国政法大学学报)》2001年第6期。



进行调整,该市国土资源局、建设局等向安泰公司发出通知,收回该土地使用权,取消发展项目。^① 本案中,江油市政府以《会议纪要》文件为表现形式且未加盖市政府公章,本属于内部行为,但该《会议纪要》的做出对相关职能部门以及利害关系人都产生了约束力,直接导致安泰公司丧失了取得的国有土地使用权和开发权,对其财产权产生了重大影响。因此,《会议纪要》可视为对外做出的独立的行政行为,在江油市政府与安泰公司之间产生了行政法律关系。

(三)行政法律关系的内容是权利义务关系

在行政法律规范调整之前,基于行政权的配置和运行而产生的各类社会关系只是一种客观存在的事实状态,并不具有权利义务属性。行政法律规范调整之后,便明确、肯定了相应主体的权利义务。当然,这种权利义务的明确只是一种抽象的设定,只有在产生特定的法律事实,使得行政法律关系的主体特定化时,才能形成行政主体与其他当事人之间具体的权利义务关系。



二、行政法律关系的要素

任何法律关系都涵盖三个要素:即法律关系主体、法律关系客体和法律关系内容,行政法律关系也不例外。

(一)行政法律关系主体

行政法律关系主体是指参加行政法律关系,享有行政权力和承担行政义务的当事人。行政法律关系的当事人范围广泛,由于行政法继受民法上的诸多概念,关于行政法主体的权利能力与行为能力,大体参照适用民法上的规定,当然,可能会在某些方面存在资格和条件的限制,须具备某些特殊的权利能力与行为能力。结合行政法律关系的特性,总的来说,其主体可分为两大类:行政主体与行政相对人。

1. 行政主体

行政主体是依法享有行政权力,能以自己的名义行使行政职权并对其行为的法律效果独立承担法律责任的机关和组织,具体而言,包括行政机关和法律法规授权组织。行政法律关系主体(以下简称“行政法主体”)与行政主体往往容易产生混淆,但二者所指向的对象和范围是不同的。行政法律关系主体的范围要广于行政主体,行政主体只是其中的一类,也是行政法主体中最重要的一类;行政主体往往存在于各种行政法律关系中,具有相对的恒定性。关于行政主体的问题将在第二章深入探讨,此处不再赘述。

2. 行政相对人

行政相对人是指在行政法律关系中与行政主体相对应,受行政权力作用,处于被管

^① 案情详见何兵主编:《行政法案例研习》,高等教育出版社2005年版,第239页。





理地位的一方当事人。当然,行政相对人的被管理地位并不意味着其只是行政权力的受体,行政相对人与行政主体一样,都是行政法律关系的主体,承担行政义务的同时也享有相应的行政权利。同时,特定行政相对人的地位与身份是相对的,在某种行政法律关系中作为行政相对人的当事人可能在另一行政法律关系中就转换为行政主体的角色,如税务机关在治安行政法律关系中作为行政相对人,受公安机关的管理,但在税务行政法律关系中,其就转变为了行政主体。

概括地说,参与具体行政法律关系,作为行政相对人的一方主要有自然人、法人和其他组织。自然人包括公民(即具有我国国籍的自然人)和外国人,其既可以作为外部行政相对人,即在一般的行政活动中作为被管理的对象,也可作为与行政机关具有隶属关系的公务人员而成为内部相对人。法人包括公法人与私法人,即机关法人、事业单位法人、企业法人、社团法人等,当它们开展活动处于行政主体的管理范围时,均可能成为行政相对人。

(二) 行政法律关系客体

行政法律关系客体是指行政法律关系主体的权利义务所指向、作用的对象,是体现一定利益的载体。^① 客体是联结法律关系主体权利义务的纽带,是法律关系不可或缺的构成要素,若客体不存在,权利义务会由于缺乏目标和指向而毫无意义。行政法律关系的客体包括物、行为、人身等。物可以是有体物,如罚没物,也可以是无体物,如专利、商标等智力成果;行为包括行政主体与相对人的作为及不作为;人身是指一定的身份、资格等。

(三) 行政法律关系的内容

行政法律关系的内容,即行政法律关系主体(包括行政主体与行政相对人)所享有的权利和承担的义务。当事人之间的权利义务往往是相对的,在行政法律关系中既是权利主体也是义务主体。

在行政法律关系中,基于行政法治的原则,行政法律关系主体的权利与义务往往是由法律明确规定,而不能通过当事人的自由约定。由于行政主体行使行政权力,其权利与义务具有特殊性,通常被称为“职权”或“职责”,既是其权利也是其义务,行政主体必须依法行使,不能随意放弃。总的来说,行政主体的职权或职责主要有:依法行使行政立法权、行政决定权、行政命令权等行政职权,遵守法定程序,并接受相应的监督等行政职责。行政相对人的权利主要有行政参与权、行政受益权、行政保护权等;^② 义务主要有遵守相关行政法律规范、接受行政管理以及给予必要的协助等。当然,当事人的具体权利义务则需要具体的行政法律关系中体现和明确。

^① 应松年主编:《行政法与行政诉讼法》,法律出版社2009年版,第20页。

^② 周佑勇:《行政法原论》,中国方正出版社2000年版,第16页。





三、行政法律关系的特征

行政法律关系作为一类具体的法律关系,具有法律关系的一般特征,如由法律所调整、以权利义务为内容、由国家强制力予以保障等。此外,相较于其他法律关系,其还有自身独有的特征。



(一)行政法律关系主体的多样性与相对恒定性

行政法律关系主体的多样性并不是指主体在种类上的多样,而是同一主体在不同的具体法律关系中角色和身份的变换具有多样性。如行政主体在不同的关系中,可能作为权力的行使主体、服务的提供主体、受监督主体、赔偿主体等不同身份;相应地,与之相对的另一方当事人——行政相对人的角色,也可能从被管理者、接受服务者转换为监督者、接受补救者等。这种主体在身份与性质上的多样性在其他法律关系中往往是不存在的。

所谓主体的相对恒定性,即行政主体作为一方当事人,往往贯穿于各类具体行政法律关系中。因为行政法律关系基于行政权力的运作,而只有行政主体即行政机关和法律法规授权组织才是行政权力的适格行使者,因此其中就必然涉及行政主体。没有这一类主体,行政活动的性质就会发生改变。另一方面,不同于民事法律关系中当事人的地位可以转换,行政法律关系中,由于当事人各自的权利义务具有特定性,行政主体与行政相对人的地位与身份在特定的行政法律关系中是不能相互转换的。这些主体相对恒定性的特点是行政法律关系区别于其他法律关系的重要特性。



(二)行政法律关系主体权利义务的对应性与不对等性

行政法律关系中,由于行政主体在大多数情况下都处于主导地位,因而有学者认为双方当事人的法律地位是不平等的。^① 我们认为,行政主体的主导地位不能衍生出双方法律地位的不平等,因为无论何种法律关系,各方主体在法律上的地位都应当是平等的,他们在法律上都是具有独立身份和相对独立性的主体,都应当平等地遵守法律、平等地受到法律保护。^② 基于此,行政法律关系主体的权利义务应当是相互对应的,即双方都享有权利并履行义务,而不应存在一方只享有权利而另一方只履行义务的情况。如行政主体行使行政权力,实施行政处罚时,就必须履行说明理由、听取意见、送达等程序性义务,而相对人接受处罚,履行服从管理的义务时,也享有陈述、申辩、申请复议、提起诉讼等权利。

权利义务的不对等性,是指行政法律关系主体虽然对应地享有权利并履行义务,但其权利义务在性质与数量上并不是一一对应、绝对相等的。首先,在权利义务的性质上,行政主体行使的是行政职权,履行的是行政职责,而行政相对人享有和履行的是一般的权利与义务。如行政主体可以对相对人进行行政处罚、行政强制,而后者对前者则不可

^① 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,中国卓越出版社1990年版,第45页。

^② 杨海坤,章志远:《行政法律关系基本理论问题探析》,载《河南省政法管理干部学院学报》2004年第1期。





能实施处罚、强制；行政相对人可以对行政主体申请行政复议、提起行政诉讼，反之则不可行。其次，在权利义务的数量上，二者也不可能相等。由于行政主体行使着行政权力，其在实体上可能享有更多的权利，同时也可能需承担更多程序上的义务；而考虑到相对人的弱势地位，法律规范可能赋予其更多程序性权利和救济权利。

(三) 行政法律关系主体权利义务的法定性与处分的有限性

不同于民事法律关系中，当事人双方可以自由约定彼此的权利义务，行政法律关系中，基于行政法治的原则，主体的权利义务具有法定性，须由行政法律规范进行预先规定，当事人之间不能自由约定与选择。如在行政处罚中，行政机关对于违反相关行政法律规范，应受处罚的相对人必须实施法定的种类与幅度内的处罚，而不能与相对人约定免除处罚或进行法定范围外的处罚。

另一方面，行政法律关系内容处分也具有限制性。对于行政主体而言，其拥有的行政权力来源于宪法与法律的授予，既是职权也是职责，不能自由处分，不能随意抛弃或转让；对于行政相对人而言，虽然其权利与义务大多分离，可以放弃权利，但基于行政权利的法定性，仍不得自由让与。这与民事法律关系中当事人的权利一般可自由处分的特点是不同的。

四、行政法律关系的类型

行政法律关系是一个内容复杂庞大的体系，对其进行分门别类的梳理不仅有利于全面、准确地了解与把握各种行政法律关系的性质与特征，也有利于分析实践中的行政法律问题。根据不同的标准，可以将行政法律关系划分为不同的类型。

(一) 外部行政法律关系与内部行政法律关系

根据行政法律关系主体的隶属性或行政权力作用的范围不同，行政法律关系可分为外部行政法律关系与内部行政法律关系。

外部行政法律关系是指行政主体在行政系统外部的行政活动中，与无隶属关系的行政相对人之间形成的权利义务关系。它通常表现为行政机关或法律法规授权组织与公民、法人或其他组织之间的行政法律关系。内部行政法律关系是以整个行政系统为视角，行政权力作用于该系统内而形成的各种权利义务关系。它具体包括上下级行政机关之间、平级行政机关之间、行政机关与其所属内部机构、派出机构之间、委托行政机关与受委托组织之间、行政主体与其所属公职人员之间等各种内部行政法律关系。这些内部行政法律关系大体上也可分为两类：一类是行政主体与其公职人员之间隶属性的人事管理关系，如录用、考核、任免等；另一类是行政机关之间或行政机关与其所属机构之间的领导与被领导关系、委托与被委托、监督与被监督关系等。^①

^① 周佑勇：《行政法原论》，中国方正出版社2000年版，第18页。





做出此种区分的意义在于这两类行政法律关系的纠纷解决方式不同:对于外部行政法律关系产生的纠纷,通常可寻求司法途径通过行政诉讼解决;而内部行政法律关系产生的纠纷,一般是由行政系统内部处理。

(二)行政实体法律关系与行政程序法律关系

以法律关系的属性为标准,行政法律关系可分为行政实体法律关系和行政程序法律关系。

所谓行政实体法律关系,即由行政实体法律规范所调整的,在行政法主体之间形成的实体性的权利义务关系。这种法律关系实质是一种决定主体之间具有本质属性的事实、状态和结果的权利义务关系。这种权利义务决定着主体的存在,是一种目的性或结果性权利义务关系。^① 行政程序法律关系是指由行政程序法律规范所调整的,在行政法主体之间形成的程序性的权利义务关系,其目的是为了保障实体性法律关系的正常运行。如前文所分析,在行政法律规范中,实体法规范与程序法规范往往是并存的,相应地,行政实体法律关系与行政程序法律关系也往往结合在一起。做出此类区分的意义在于在理论上明确行政法律关系各方主体所享有的权利和所承担的义务在性质与内容上的不同。

(三)第一性行政法律关系与第二性行政法律关系

根据行政法律关系形成的原因不同,行政法律关系可分为第一性行政法律关系与第二性行政法律关系,也有学者称之为原生行政法律关系与派生行政法律关系。^②

第一性行政法律关系是指基于行政主体行使行政权力进行行政活动而与行政相对人之间直接形成的权利义务关系,是最典型、最为广泛的行政法律关系。所谓第二性行政法律关系,即由第一性法律关系衍生出来的,对其起监督、补救和保护作用的法律关系,如因行使行政处罚权后的监督和补救所引发的行政复议关系与行政诉讼关系。

(四)单一行政法律关系与复合行政法律关系

以行政法律关系构成要素的复杂程度为标准,行政法律关系可分为单一行政法律关系与复合行政法律关系。

所谓单一行政法律关系,即特定行政法律关系的构成要素简单,双方当事人单一,且权利义务单一。复合行政法律关系是指特定行政法律关系构成要素存在复合性,可能是主体的复合、内容的复合,也可能是主体与内容的同时复合。主体的复合,即特定行政法律关系中至少有一方主体是两个以上;内容的复合,即同一行政法律关系主体的权利义务存在多重性;主体与内容的同时复合,即特定行政法律关系中至少有一方主体是两个以上,且这些复合主体的权利义务存在多重性。

^① 周佑勇:《行政法原论》,中国方正出版社2000年版,第19页。

^② 周佑勇:《行政法原论》,中国方正出版社2000年版,第18页。





五、行政法律关系的产生、变更与消灭



(一) 行政法律关系的变动及其条件

行政法律关系的变动包括其产生、变更与消灭三种形态。行政法律关系的产生是指行政法主体之间实际形成特定的权利义务关系,即行政法律规范中的权利义务转化为行政法主体现实的具体的权利与义务。行政法律关系的变更是指行政法律关系存续期间,其构成要素包括行政法律关系主体、客体、内容发生变化。一般而言,存在两类情形:一是行政法律关系的主体不变,但部分内容发生变化;二是行政法律关系的内容不变,但部分主体发生变化。如果行政法律关系的主体和内容均发生了变化,则该法律关系应属于消灭而非变更。行政法律关系的消灭是指行政法主体之间的权利义务关系不再存在,完全消失,具体包括主体、客体与内容的消灭。

无论是行政法律关系的产生、变更还是消灭,都必须具备一定的条件,即行政法律规范与法律事实。相应的行政法律规范的存在是行政法律关系变化的依据,因为行政法律规范是一般的行政关系转变为行政法律关系的纽带,没有行政法律规范也就不会有相应的行政法律关系。但法律关系规范的只是主体之间权利义务关系的抽象模式,要使其转化为现实的法律关系,还需要另一中介因素,即行政法律事实。也就是说,特定的法律事实出现是法律关系变化的直接原因。



(二) 行政法律事实

行政法律事实是指由行政法律规范所规定的,能引起行政法律关系产生、变更或消灭的客观情况或现象。首先,行政法律事实是一种客观存在的外在现象;其次,其能产生一定的法律效果,即能引起行政法律关系的产生、变更与消灭,具有法律意义;最后,它的法律意义源于行政法律规范的预先规定。

依据行政法律事实是否以人们的意志为转移,可将其分为行政法律事件与行政法律行为。行政法律事件是指由行政法律规范规定的,不以行政法主体的意志为转移而引起行政法律关系产生、变更或消灭的客观事实,包括自然灾害、人的出生与死亡等自然事件,以及社会革命、战争等社会事件。行政法律行为是指能引起行政法律关系产生、变更或消灭的,行政主体有意识的行为,包括作为与不作为,合法行为与违法行为。通常认为,行政法律行为才能引起行政法律关系的变化,其实,事实行为也可以导致某些行政法律关系的产生、变更与消灭,如非法拘禁、扣押,就可能行政赔偿关系的形成。^①

案例 2: 溆浦县中医院诉溆浦县邮电局不履行法定职责案^②

原告湖南省溆浦县中医院(以下简称县中医院)认为被告湖南省溆浦县邮电局(以下

^① 应松年主编:《行政法与行政诉讼法》,法律出版社 2009 年版,第 21 页。

^② 《最高人民法院公报案例》,2000 年第 1 期。





简称县邮电局)不履行“120”急救专用电话(以下简称“120”急救电话)开通职责,向湖南省溆浦县人民法院提起行政诉讼。原告诉称:原告根据上级文件的规定和主管部门批准,向被告申请开通“120”急救电话,被告拒不作为,致使原告购置的急救车辆和其他设施至今不能正常运转,损失惨重。请求判令被告立即履行开通“120”急救电话的职责。被告辩称:原告申办“120”急救电话,不符合湖南省卫生厅、省邮电局(1997)15号《关于规范全省“120”医疗急救专用电话管理的通知》(以下简称15号文件)规定。“120”急救电话属于全社会,不属于原告。根据15号文件的规定,被告对溆浦县开通“120”急救电话承担义务,但是不承担对某一医院开通“120”急救电话的义务。事实上,被告已经开通了溆浦县的“120”急救电话,不存在不履行义务的问题。邮电局是公用企业,不是行政机关,不具备行政诉讼中的被告资格,也没有法规授权给县邮电局行使行政职权。被告对原告未做出任何具体行政行为,原告无从提起行政诉讼。溆浦县人民法院认为,被告县邮电局是企业单位,不具有通信管理的行政职能,没有给原告县中医院开通“120”急救电话的法定义务,县中医院的诉讼请求不能成立。后县中医院不服遂提起上诉,怀化市中级人民法院经审理认为,被上诉人县邮电局在接到上诉人县中医院的申请后拒不开通“120”急救电话,是不履行职责的错误行政行为,应当纠正。

法律问题:试分析本案的法律关系?



第三节 行政法的法源及其适用



一、行政法法源概述

关于法源的含义,从不同的角度可以有不同的解读:(1)指从人类的观念和行为模式出发,探讨各种社会规范如宗教、道德、习俗、法令等的来源;(2)指用以维持法律秩序,并经过价值判断而获得的准则;(3)指从各种社会规范之中,可被选择作为实证法规范的认识基础;(4)指在某种法律领域中,各种实证法规范(包括法律、规章等)的总称。^①在这些理解中,第(1)种和第(2)种可归属于法哲学或法社会学的研究范畴,第(3)种探讨的是广义的法源,第(4)种法的存在或表现形式说,属于狭义的法源,也是在法学学科中普遍使用的含义。因此,所谓行政法的法源,即行政法律规范的具体表现形式。这些具体表现形式,可以是宪法、法律、法规、规章等成文法律规范,也可以是判例、习惯法、一般法律原则等,前者为行政法的成文法源,后者为不成文法源。

^① 吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第26-27页。





二、行政法的成文法源

通常而言,行政法的成文法源包括宪法、法律、法规、行政立法等。我国作为成文法国家,成文法源亦为制定法法源,是指国家机关根据法定职权或授权制定的各种行政法规范性文件。在我国,行政法的成文法源主要有以下几类:

(一) 宪法

宪法与行政法同为公法,且二者关系甚为密切,因而有“行政法为动态的、具体化的宪法”的说法,行政法是落实宪法规定精神的重要法律领域。一方面,宪法作为国家的根本大法,具有最高的法律效力,涵盖法律上的基本秩序和基本的价值判断,规定着国家制度和社会制度的基本原则,如我国《宪法》中的依法治国、建设法治国家原则、保障公民权利自由的原则、法制统一原则等。在行政立法过程中,以宪法为依据将这些基本秩序与原则具体化时,均须遵守宪法的规定,不得违反。另一方面,宪法本身就包含行政法律制度的某些内容,可直接作为行政法的渊源,适用于行政活动。如宪法中关于行政机关组织、基本工作制度和职权的规范、关于公民在行政领域基本权利与义务的规范等既是宪法规范也属于行政法规范。需要指出的是,学理上,宪法存在实质意义宪法与形式意义宪法之分,在法源的语境下,宪法应仅指形式意义上的,作为法典形式的宪法,即宪法典本身,而不包括作为部门法意义上宪法所涵盖的其他法律规范。

(二) 法律

法律是指全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性文件,包括由全国人大制定的基本法律,如《行政处罚法》、《国务院组织法》、《行政诉讼法》等,也包括由全国人大常委会制定的基本法律以外的法律,如《行政许可法》、《国家赔偿法》等。只要涉及对行政权的配置和运行进行调整的法律,均可成为行政法的法源,其中有些可能仅包含行政法规范,如前面所列举的法律,有些则可能不仅包括行政法规范,还涉及其他部门法规范。

(三) 行政法规

此处的行政法规,特指国务院为领导和管理国家的各项行政工作,在法定职权范围内依照法定程序制定的各类行政法规范性文件,如《行政监察法实施条例》。根据《立法法》第65条的规定,行政法规可就下列事项作出规定:(1)为执行法律的规定需要制定行政法规的事项;(2)《宪法》第89条规定的国务院行政管理职权的事项。部分行政法规是对宪法与法律的具体化,也有部分是属于国务院行政权限内自行规范的事项。另外,需要注意的是,大多数行政法规属于行政法的范畴,但也存在一些涉及其他部门法领域的规范,因此,不能将行政法规与行政法等视之。





(四) 地方性法规、自治条例和单行条例

地方性法规是指特定的地方国家权力机关,包括省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会及其常务委员会,根据本地区的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规或上位阶地方性法规相抵触的前提下制定的规范性文件,如《广东省城乡规划条例》、《深圳经济特区道路交通安全管理处罚条例》。但《立法法》第73条对设区的市、自治州的地方性法规的制定权予以了限制,即可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规,法律对设区的市制定地方性法规的事项另有规定的,从其规定。这些规范性文件往往结合当地实际,在上位法规范基础上作出具体的规定,是地方行政活动的重要法律依据。

自治条例与单行条例是民族自治地方(自治区、自治州和自治县)的人民代表大会根据当地民族的特点制定的规范性文件,其可以对法律和行政法规的规定作出变通规定,但不得违背法律或行政法规的基本原则,不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定。

(五) 行政规章

行政规章包括部门规章和地方政府规章。部门规章是指国务院各部门(包括国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构)根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定的规范性文件。根据《立法法》的相关规定,部门规章规范的事项仅限于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。若涉及两个以上国务院部门职权范围的事项,则应当提请国务院制定行政法规或者由国务院有关部门联合制定规章。地方政府规章是省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府,根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定的规范性文件。地方政府规章可以对下列事项作出规定:(1)为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项;(2)属于本行政区域的具体行政管理事项。但设区的市、自治州的人民政府制定地方政府规章,限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项。行政规章多为直接调整部门和地区的行政工作,数量庞杂,内容细致,适用范围广,是行政法源中使用频率极高的形式,但其适用的前提是符合相关上位法的规定,与上位法不相抵触。

(六) 国际条约与协定

条约是两个或两个以上国家签订的,规定相互之间政治、经贸、文化、军事等内容的权利义务的各种协议。协定是两个或以上国家的政府签订的,规定相互之间政治、经贸、文化、军事等内容的权利义务的各种协议。在条约与协定签订之后,其中的权利义务是否能适用于国内的公民、法人或其他组织,要视条约与协定进入国内法律体系的方式而定。如果采用直接纳入的方式,那么条约与协定直接对国内法律主体产生效力;如果采





用转化形式,则需要将条约与协定的内容通过国内立法转化为国内法,进入国内法律体系,方能适用于国内法律主体。

(七) 法律解释

此处的法律解释是指有权解释,即拥有法律解释权的特定国家机关对有关规范性文件作出的具有法律效力的解释。这种解释也因其具有法律效力而可以作为行政法法源之一。根据《立法法》及1981年全国人民代表大会常务委员会通过的《关于加强法律解释工作的决议》的相关规定,法律解释主要包括以下几类:(1)立法解释,由全国人大常委会对法律条文本身需要进一步明确具体含义或作补充规定之处进行的解释;(2)司法解释,由最高人民法院对属于法院审判工作中具体应用法律的问题所作的解释,以及由最高人民检察院对属于检察院检察工作中具体应用法律的问题所作的解释;(3)行政解释,由国务院对不属于审判和检察工作中的其他法律、法规适用问题进行的解释;(4)地方解释,由有权的地方权力机关对于地方性法规条文中需进一步明确界限或作补充规定之处所作的解释,以及由地方人民政府对地方性法规、规章的具体应用问题所作的解释。

三、行政法的不成文法源

行政法的不成文法源主要有习惯法、判例、行政法的一般原则等,所谓不成文,即这类法源并未组织化或法典化。由于我国为成文法国家,正式法源一般为成文法,不成文法源可能会对法律实践产生影响,但其不具有法律效力,不能在法律文书中作为依据。

(一) 习惯法与行政惯例

习惯法是指存在长期及一般的习惯,其内容充分明确特定,且当事人对此习惯的合法性形成了内心确信。根据习惯法的性质,其可适用于欠缺成文法规定的领域,用以补充成文法不足或填补法律漏洞。例如,私人土地成为道路允许公众通行数十年,就可以认为已经因时效的完成而形成了公用地役关系,原土地所有权人对于该道路就不能再作违反公众通行目的的其他处分,这种对既成道路上公用地役权的承认,就可认为是习惯法。^①台湾学者一般认为习惯法可成为行政法的法源。^②但对于行政惯例,则认为其是行政机关处理某类事务反复的惯行,不同于习惯法所含有的一般人普遍确信其法的效力这一要素,因而单纯的行政惯例并不属于法源。

(二) 判例

判例是在法院判决基础上形成的,是司法实践中所确定的法律原则和规则,其要求

^① 翁岳生主编:《行政法(上)》,元照出版有限公司2006年版,第118页。

^② 翁岳生主编:《行政法(上)》,元照出版有限公司2006年版,第118页;吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第35页。



在案件情况与先例大体一致的情况下遵守在先例基础上形成的相关法律原则和规则。判例不仅可弥补成文法的不足,其最主要的功能,还在于统一法律见解,维持法律秩序的稳定,尤其是在法律条文中含义不明或概括性的规定时。在英美法系国家,判例是当然的法源之一,在部分大陆法系国家,也将判例作为重要的法源。但在我国,判例还不具有法律效力,不能作为行政法法源。

(三) 行政法的一般原则

相较于其他法源,一般法律原则具有补充性。也就是说,对于一个法律问题,首先应当寻找其他法源,尤其是成文法源。在无法获得解答或与在一般法律原则中形成的基础规范相抵触时,才能援引一般法律原则。行政法的一般原则主要来源于以下几个方面:(1)习惯法,当不成文习惯法形成时,通常视其为行政法的一般原则;(2)宪法的具体化,从宪法中导出的规定和原则,直接适用于具体案件时可能形成一般原则;(3)现行法规,对于现行法律规定进行体系化、抽象化及类型化,也可能产生行政法的一般原则;(4)法理,从作为实证法基础的基本规范,也可能导出行政法的一般原则。^① 在不同国家行政法一般原则被接受成为法源的内容和程度并不相同,关于行政法基本原则在我国的适用,将在下一节进行探讨。



四、行政法法源的位阶与适用

由于我国目前只承认行政成文法法源的法律效力,因而在探讨行政法法源的位阶与适用时,仅以成文法法源为对象。法源的适用与位阶之间具有密切的关系,在讨论法源的适用之前,需对其位阶进行梳理。

(一) 行政法法源的位阶

结合《宪法》《立法法》等相关规定,考察我国的立法位阶:

首先,宪法是国家的根本大法,具有最高的法律效力,一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。行政法规的效力高于地方性法规、规章。地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章。省、自治区的人民政府制定的规章的效力高于本行政区域内的设区的市、自治州的人民政府制定的规章。自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本经济特区适用经济特区法规的规定。部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间具有同等效力,在各自的权限范围内施行。

^① 吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第38页。





其次,同一位阶或位阶不明确的法律规范产生冲突时,应根据不同情况分别考察:同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章,特别规定与一般规定不一致的,适用特别规定;新的规定与旧的规定不一致的,适用新的规定。法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院裁决。

另外,地方性法规、规章之间不一致时的处理原则是:同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时,由制定机关裁决。地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院提出意见,国务院认为应当适用地方性法规的,应当决定在该地方适用地方性法规的规定;认为应当适用部门规章的,应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决。部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时,由国务院裁决。根据授权制定的法规与法律规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。

关于法律解释,全国人民代表大会常务委员会作出的立法解释与法律具有同等效力。一般而言,立法解释优于司法解释、行政解释,司法解释优于行政解释。行政主体在行政过程中所作的解释对于其自身及行政相对人具有约束力,人民法院在审理时应给予行政解释足够的尊重,但可不受约束,以司法解释代替行政解释。

就国际条约与协定而言,若是采用纳入的方式直接适用,则其效力优先于国内法律、法规,若是采用转化的方式间接适用,则其效力应视其转化后的国内法而定。

(二) 行政法法源的适用

就法源的位阶而言,应遵循“效力优先原则”,即上位法规范效力优先于下位法规范,下位法规范与上位法规范相抵触的无效。在法源的适用中,则应遵循恰好相反的原则——“适用优先原则”,即在适用法律规范时,应优先适用下位法规范,而不应径行适用上位法规范,除非下位法没有相关规定,因为位阶越低,规范的内容越具体,与个案联系越直接,更有利于具体问题的解决,但这一适用原则的前提是下位法规范与上位法规范不相抵触。在鲁潍(福建)盐业进出口有限公司苏州分公司诉江苏省苏州市盐务管理局盐业行政处罚案中,苏州盐务局依据具体的下位法规范——《江苏盐业实施办法》对鲁潍公司作出行政处罚,但该办法却设置了法律及《盐业管理条例》中没有的行政许可与行政处罚,违反了《行政许可法》以及《行政处罚法》的相关规定。苏州市盐务管理局虽然适用了《江苏盐业实施办法》,但未遵循《立法法》第88条关于法律效力等级的规定,未依照《行政许可法》和《行政处罚法》的相关规定,属于适用法律错误,依法应予撤销。^①

^① 参见最高人民法院指导案例5号。





第四节 行政法基本原则



一、行政法基本原则概述



(一) 行政法基本原则的含义与特性

所谓法的原则,根据《布莱克法律辞典》的释义,是指法律的基础性真理或原理,为其他规则提供基础性或本源的综合规则或原理,是法律行为、法律程序、法律决定的决定性规则。^①而基本法律原则就是其中体现法的根本价值的法律原则,是整个法律活动的指导思想和出发点,构成法律体系的神经中枢。^②基本法律原则不仅指导与规范着具体法律规则,也指导与规范着一般法律原则。行政法的基本原则亦是如此,在行政法领域,其贯穿于全部行政法规范之中,用以指导行政法的制定和实施的基本法律准则。它不同于广义的基本法律原则,而是作为行政法这一独立的法律部门所特有的,也不同于行政法中一般的、局部性的原则,而是贯穿于行政法的制定与实施的各个方面、各个环节,是具有根本性的、基础性的准则。综合来看,行政法的基本原则有如下特性:

1. 行政法基本原则的法律性

由于行政法所调整的对象——行政关系,不仅与行政(管理)的研究内容存在诸多交叉与重叠,与国家政治也存在密切联系,因此,三者和指导性、基础性的原则层面常常出现混淆,不少管理性、政治性、社会性的原则诸如“行政效率”“坚持党的领导”,往往会被作为行政法上的原则。然而,考察“行政法基本原则”这一名称,从其中的一个“法”字我们便可获知其重要特征之一——法律性,或称为规范性。如前文所分析,一般的社会关系或行政关系只有经过行政法的调整后才具有法律属性,成为法律上的准则,而这种法律属性最为直接的表现就是其法律效力。也就是说,行政法基本原则应当具有法律效力,亦即法律约束力,其对于行政法的制定与实施中的一系列环节不仅具有指导性的作用,也有着规范性的作用。具体而言,在行政法律规范制定过程中,行政法的一般原则与具体的法律规则均应当遵循和体现行政法的基本原则;在行政执法与司法等实施环节,也应当遵守行政法的基本原则,否则,相应法律行为的效力就会存在瑕疵,实施主体也应当承担相应的法律责任。

^① See Black's Law Dictionary, West Publishing Co. 1983, p. 1074, 转引自张文显:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版,第 121 页。

^② 张文显:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社 2007 年版,第 123 页。





2. 行政法基本原则的普遍性

行政法作为一级法律部门,其下涵盖许多子系统、子模块,而每一个特殊的行政法领域,除须遵循行政法基本原则外,还可能受到该领域特定法律原则的规范,如行政程序法中的参与原则,行政诉讼法领域的合法性审查原则等,这些局部的、特定的法律原则并不具有基础性与统率性,并非处于根本性、主要的地位,无法适用于所有的行政法律制度,因而,也就无法成为行政法的基本原则。只有贯穿于行政法律制度的各个方面,适用于行政权的配置与运行的各个环节,体现着行政法的基本价值理念,具有普遍性与根本性的法律原则,才能上升为行政法的基本原则。

3. 行政法基本原则的特殊性

行政法作为独立的法律部门,具备与其他法律部门不同的特点,其基本原则亦是如此。一方面,行政法的基本原则中有些可能是其特有的,而其他法律部门所不具备的,如信赖保护原则、比例原则;另一方面,所有部门法共通的一般法律原则,也可能因结合行政法的特殊性而具体化为行政法的基本原则,如适用于各个法律部门的法治原则,具体到行政法领域,就演化成为依法行政的基本原则。

4. 行政法基本原则的抽象性

行政法的基本原则作为法的原则,具有抽象性,即不同于法律规则所具备的明确的逻辑结构:条件假设、行为模式与后果归结三部分。这就使得法律原则缺乏法律规则所必要内容的确定性,而难以联结具体的法律事实。由于基本原则的抽象性,为避免其遭到滥用,一方面需要通过判例等对其进行具体化、明确化;另一方面,在适用时,相对于其他行政法的法源,须注意行政法原则的补充性。也就是说,在具体的法律问题中,应先适用法律法规等明确的法律规则,只有在欠缺这些法律规则或其适用与基本法律原则明显抵触时,才能援引这些基本法律原则。

(二) 行政法基本原则的功能与价值

行政法基本原则对于行政法的功能与价值主要有:

1. 反映和体现行政法的基本价值理念,奠定行政法规范的框架与方向

我们知道,法律原则“体现着立法者及其代表的社会群体对社会关系的本质和历史发展规律的基本认识,体现着他们所追求的社会理想的总体图景,体现着他们对各种相互重叠和冲突着的需要的基本态度,体现着他们判断是非善恶的根本准则”。^① 不同时期,伴随着社会历史环境的变化,法律的基本价值理念,或者更具体地说行政法的基本价值理念必定也会随之发生改变,而这种变化在法律领域最为直接的反映和体现,就是具有高度概括性与抽象性的行政法基本原则。近现代社会,民主法治国家兴起,起初遵循着形式主义的法治国原则,在行政法领域便直接体现着依法行政原则,只要求严格按照法律制定和实施行政法规范,而不过问法律本身的属性,如该法律是否体现公平正义的

^① 张文显:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第73页。



价值,是否为“恶法”,“只是从形式上要求这种行政的合法性,而根本不问法律的内容,因此称之为形式意义上的法治主义”。^① 20世纪以来,实质法治理念的兴起,不仅要求依法行政中的“法”必须体现民主、平等这些价值,具备实质正当性,而且要求通过信赖保护原则、比例原则、正当程序原则等行政法基本原则来规范行政权配置与运行过程中的实质正当性,以实现实质意义上的法治主义。

2. 整合与协调行政法规范,确保行政法体系的完整性与统一性

这些分散、数量庞杂的行政法规范要成为一个独立的部门法,就不能只是简单的、杂乱无章的法规堆积,而需要整合为有内在逻辑的、统一的、有序的有机体,而将这些行政法规范串联与整合起来的主线,就是其在制定与实施过程中所必须遵循的共同准则——行政法的基本原则。

除了整合行政法规范,使其成为一个有机的、独立的法律部门外,行政法基本原则对于行政法规范之间的冲突也能起到重要的协调与消解作用。因为“法律原则在防止和消弭法律制度内部矛盾和增强法制统一方面,具有突出作用。在法律的创制过程中,当处于不同效力位阶的各项原则能够被各级、各类立法者刻意遵从时,法制的统一就有了最基本的保障。”^②因此,通过行政法基本原则指导与规范行政法的制定,就能从源头上避免与防止行政法体系的内部冲突。另一方面,当行政法规范之间的冲突实际发生,而冲突法规则无法直接解决的情况下,如《立法法》第95条第1款第(3)项中“部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时,由国务院裁决”。此时,国务院应当如何裁决,才能作出合理的解释消解冲突并且防止冲突的再次发生?行政法基本原则就是有效的解释工具,因为其反映与体现行政法的基本价值理念,并且是行政法律规范共同遵循的准则,以行政法基本原则为标准进行裁决,才能更好地切合行政法的目的而作出合理的解释,以消弭冲突,保持行政法体系的统一性。

3. 弥补行政法律规范的漏洞、僵化与不合理

由于行政法的调整对象广泛而多元,几乎触及社会关系的各个方面与层面,行政法律规范难以面面俱到地加以规范,这就必定会因行政法律规范的缺位而出现法律漏洞。另外,社会生活的复杂多变,要求行政法律规范也要不断适应并随之变化,但是,法律规范的相对滞后性所产生的时间差使得其僵化与不合理也是难以避免的。在行政法律规范遭遇空白、僵化与不合理的情形下,行政法的基本原则就能起到很好的补充作用,直接适用于具体的法律问题。

(三)行政法基本原则的构成

行政法的基本原则根植于不同国家的行政法传统,反映和体现不同时期的行政法基本价值理念,因而,在不同国家的不同时期,可能存在着不同的行政法基本原则。比如,受法治思想深远影响的大陆法系国家:法国在法治思想与行政法院制度发展的基础

^① [日]室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,中国政法大学出版社1995年版,第21页。

^② 张文显:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第73页。





上形成了行政法治与均衡的基本原则,伴随着德国形式法治主义向实质法治主义演化过程而发展的依法行政原则、比例原则与信赖保护原则。英美法系国家因程序传统而以司法审查为中心构建行政法基本原则;基于普通法传统中的“法的统治”“自然正义”等原理,英国行政法中形成了越权无效原则、合理性原则与程序公正原则,美国行政法中形成了行政正当程序原则和行政公开原则。随着现代各国行政法的不断发展与相互借鉴,在行政法基本原则的形式、内容与价值取向上也逐渐呈现出相互融合的姿态:从注重实体规则到注重程序公正,从追求形式正义到追求实质正义,从追求单一的行政程序主义到既追求行政程序主义又追求行政实体正义。^① 本书中主要考察和阐述的行政法基本原则为:依法行政原则、平等原则、比例原则、信赖保护原则以及程序正当原则。



二、依法行政原则



(一) 依法行政原则的含义

依法行政原则存在广义与狭义之分。狭义上的依法行政是指一切行政活动均应当在法定的范围内,遵守法律,不得违反法律,否则要承担相应的法律责任。狭义上的依法行政,实质上是基于形式法治主义,即“自由的法治国”,国家所有权力之表现必须根据法律,法律必须依据宪法所规定的形式制颁,而行政与司法则必须受法律的拘束,^②其所强调的是依法而治(the rule by law)。广义上的依法行政要求行政活动不仅要严格依照法律的规定,所依之法须符合公平正义的价值理念,而且行政权的行使须遵循正当程序、符合信赖保护原则、比例原则等,以达至实质正义。这种广义上的依法行政,相当于行政法治,实际上涵盖了行政法的所有基本原则,包含了狭义上依法行政的内容。在这个意义上,有学者认为行政法的基本原则就只有“依法行政原则”。^③ 广义上的依法行政,基于实质法治主义,即“社会的法治国”,除要求依法而治,强调法律的可预测性与安定性之外,还进一步要求以实现正义理念为内容之国家,亦即国家任务不仅是保障人民的自由权利,更必须创造合于社会正义与积极实现人民基本权利之各种条件,^④其所强调的是法的统治(the rule of law)。

我国行政法上的依法行政原则,也有不少学者称之为行政合法性原则,也多从狭义上对依法行政进行理解和阐述,即行政权的配置与行使必须符合宪法和法律的要求,严格在其设定的框架内进行行政活动,不得违反法律。它是支配法治国家立法权与行政权关系的基本原则,也是一切行政行为必须遵循的首要原则。^⑤ 那么,依法行政原则应该包

① 周佑勇:《行政法基本原则研究》,武汉大学出版社 2005 年版,第 101-105 页。

② 翁岳生主编:《行政法(上)》,元照出版有限公司 2006 年版,第 145 页。

③ 陈新民:《行政法学总论》,台湾三民书局 1995 年版,第 53-54 页。

④ 黄锦堂:《依法行政原则》,收于台湾行政法学会主编:《行政法争议问题研究(上)》2000 年,第 34 页,转引自:翁岳生主编:《行政法(上)》,元照出版有限公司 2006 年版,第 145 页。

⑤ 吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社 2005 年版,第 52 页。





含哪些内容或者涵盖哪些要件？我们可以先考察不同国家行政法中的类似原则。

在法国，基于法治国思想和行政法院判例制度发展起来的行政法治原则是法国行政法上的核心原则。所谓行政法治原则，即法律规范行政主体的组织、权限、方式和违法的后果，行政权的行使必须遵守法律的这些规定。具体而言，该原则涵盖这几方面的内容：一是行政行为须有法律依据，行政主体的职权须有法律的明确规定，易言之，法无授权即禁止；二是行政行为须符合法律要求，包括须符合法定的目的、程序、方式；三是行政主体须以积极行为保证法律的实施。^①

在英国，在法治原则和议会主权原则基础上，围绕着司法审查，发展出了越权无效原则。这一原则被学者威廉·韦德称为“行政法的核心原则”。^②所谓越权无效，即行政机关的权力来源于法律并且受制于法律，一旦其行为超出了法定的权限范围，法院有权宣告无效或撤销。随着英国法院判例的发展，越权无效适用范围非常宽泛，其具体事由主要有：违反管辖权、不合理、不履行法定义务、记录中表现的法律错误、违反自然正义、违反法定程序等。^③

在德国，伴随着自由法治国到社会法治国思想的变迁，宪法中的法治国原则、议会民主原则与基本权利保障原则衍生了行政法上的依法行政原则，即要求行政受立法机关规则的约束，同时处于行政法院的控制之下，行政法院应当在其主管权之内审查行政机关遵守法律的情况。^④德国行政法学鼻祖奥托·迈耶认为依法行政原则，即“依法律而治”中行政受法律拘束的情形，应涵盖三方面的要素：一是法律的规范创造力原则，亦即法律课予义务的效力，行政机关有执行法律的命令的义务或尊重其效力的义务，国家也有排除违法的义务，对于因违法所产生的损害也有赔偿责任。^⑤二是法律优越原则，是指以法律形式出现的国家意志依法优先于所有其他形式表达的国家意志，法律能废止所有与之冲突的意志表达，或使之根本不起作用。^⑥也就是说，法律的位阶高于行政立法，任何行政活动均不得与法律相抵触。三是法律保留原则，亦即行政权的运行必须获得法律的授权，行政行为才具有合法性。^⑦奥托·迈耶的理论为德国行政法上的依法行政原则奠定了基本框架，其他学者在阐述该原则时也主要着重于法律优越与法律保留两项原则。我国台湾行政法上承袭着德国的理念，大多学者对于依法行政原则的论述也是从这两方面展开。^⑧

综合来看，这些不同国家与地区行政法中对依法行政类似原则的理解，大都具有相

① 王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1988年版，第204页。

② [英]威廉·韦德：《行政法》，徐炳等译，中国大百科全书出版社1997年版，第43页。

③ 王名扬：《英国行政法》，中国政法大学出版社1987年版，第151页。

④ [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103页。

⑤ Sachs, Grundgesetz, 2. Aufl., 1999, Art. 20 Rn. 110. 转引自：翁岳生主编：《行政法（上）》，元照出版有限公司2006年版，第146页。

⑥ [德]奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆2002年版，第70页。

⑦ 陈新民：《中国行政法原理》，中国政法大学出版社2002年版，第35页。

⑧ 翁岳生主编：《行政法（上）》，元照出版有限公司2006年版，第146-167页；吴庚：《行政法之理论与实用》，中国人民大学出版社2005年版，第52-74页。





似的内涵与要件,实质内容也不存在太大的差异,只不过各自所阐述的角度不同。如法国、英国侧重于该原则的外在要求,而将其解构为职权法定与越权无效等内容;德国、我国台湾学者则从该原则的内在要求出发,分解为法律优先和法律保留的要件。实际上,基于依法行政原则的内在要求,也可以将其外部形式要件涵盖在内,因此,本书通过法律优先与法律保留两个子原则解构依法行政原则。

📖 (二) 法律优先原则

所谓法律优先原则,即一切行政活动都必须遵守法律,不得违反法律或与法律相抵触。这是从广义上理解法律优先原则,也是德国、我国台湾学者对于该原则的通常解释。^①当这一原则被引进大陆地区时,不少学者对其内容进行了限缩,即认为法律优先原则是指法律优先于行政立法,仅将其用于处理法律与行政立法的关系。^②我们认为,从依法行政的上位原则看,法律优先原则应不仅仅适用于行政立法领域,而应无限制和无条件地适用于一切行政领域,其是消极意义上的依法行政原则,即侧重于行政权的运行必须消极地不违反法律,而不强调其必须有明确的法律依据。该原则含义中的“行政”一词应当做宽泛的理解,即行政权运行的一切行政作用,包括行政立法行为与具体的行政决定;其中的“法律”则应当做狭义的理解,仅指形式意义上的法律,由国家立法机关所制定的法律。因此,对于法律优先原则,可以从以下两方面进行阐述:

1. 行政权的运行受制于法律,不得违反法律或与法律相抵触

行政权的运行,包括行政立法、具体的行政决定、事实行为等,均须受到法律的限制,不得违反法律或与法律相抵触。也就是说,法律为行政权的运行划定了框架与范围,行政活动只能在这个范围内进行,这一范围不仅圈定了行政权行使的实体上的权限范围,而且 also 包括了行政权运行中程序上的方式和过程。

当然,要实现这一原则,就必须具备相应的前提和保障,即须有明确而具体的法律规定,行政活动一旦违反法律或与法律相抵触,就会触发相应的审查和制裁措施,使之无效并追究相关主体的法律责任,类似于英国法上的“越权无效”。如根据我国《宪法》的规定,全国人民代表大会常务委员会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令。^③国务院有权改变或撤销各部、各委员会发布的不适当的命令、指示和规章;有权改变或撤销地方各级国家行政机关的不适当的决定和命令。^④根据《行政诉讼

^① 如德国学者毛雷尔认为:“法律优先原则是指行政应当受现行法律的约束,不得采取任何违反法律的措施。”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103页。台湾学者吴庚认为:“法律优越原则谓行政行为或其他一切行政活动,均不得与法律相抵触。”参见吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第52页。台湾学者陈清秀认为:“法律优越原则,系指一切行政权之行使,不问其为权力的或非权力的作用,均应受现行法律之拘束,不得有违反法律的处置而言。”参见翁岳生主编:《行政法(上)》,元照出版有限公司2006年版,第146页。

^② 应松年主编:《行政法与行政诉讼法》,法律出版社2009年版,第32页;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194页。

^③ 参见《宪法》第67条第1款第(7)项。

^④ 参见《宪法》第89条第1款第(13)、(14)项。



法》第70条的规定,人民法院在对行政行为进行合法性审查时,可以判决撤销超越职权违法行政行为。这里的“超越职权”应该涵盖了级别越权、事务越权、地域越权等情形。具体而言,级别越权是下级行政主体行使了本属于上级行政主体法定职权范围内的权限,或者行政主体内设机构行使了本属于该行政主体的职权,如根据《治安管理处罚法》第91条的规定:“治安管理处罚由县级以上人民政府公安机关决定;其中警告、五百元以下的罚款可以由公安派出所决定。”如果派出所所在治安管理处罚中作出了2000元罚款或行政拘留的决定,就属于级别越权,行使了其所隶属的县级公安机关的权限。事务越权是行政主体行使了其他行政主体事务管辖的法定权限。如公安机关在行政处罚中作出吊销行政相对人营业执照的决定,就属于行使了本应由工商机关所拥有的事务管辖权。地域越权是行政主体超越地域管辖范围,行使了其他行政主体的法定职权。如湖北省的公安机关对于湖南省内的卖淫、嫖娼行为进行行政处罚,就属于行使了本应由湖南省公安机关所拥有的地域管辖权。

2. 法律优先于行政立法

随着近当代社会的不断发展,国家的行政管理事务越来越多样、复杂,行政法所调整的对象几乎触及社会生活的各个方面、各个层面,行政权因而不断扩张与膨胀。代表着民意的立法机关在立法上也陷入了困境,一方面,其难以也不可能针对各项行政管理内容均制定法律进行调整;另一方面,对于专业性、技术性较强的行政事务的立法也会遭遇技术障碍。各方面因素促使了立法机关将部分立法权授予行政机关,形成行政立法。这就可能使得行政权的运行范围是通过一层一层的行政规范进行细化,行政主体行使职权的直接依据可能是行政规范。尤其是在我国,在存在多层次的立法(广义上)主体的情况下,法律与行政权实际运行之间的这些行政立法环节与链条,如果没有合理的规范与约束,最终的结果可能是偏离法律对行政权的预设轨道,演变为依行政立法而行政。基于此,法律优先原则不仅概括性地要求一切行政活动须受到法律的限制,不得违反法律或与法律相抵触,还需要特别强调法律与行政立法的关系,明确法律优先于行政立法。

所谓法律优先于行政立法,即法律在位阶上高于行政立法,具体而言可从以下三个方面来理解:首先,行政立法应当有具体明确的法律依据。具体到我国,根据《宪法》第89条、《立法法》第65条的规定,国务院制定行政法规,须根据宪法与法律;根据《宪法》第90条、《立法法》第80条的规定,国务院各部委制定规章,须根据法律和国务院的行政法规;根据《立法法》第82条的规定,省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府制定规章,须根据法律、行政法规以及地方性法规。其次,在法律对于某些事项尚无明确规定,根据特别授权,行政法规和规章作出了规定,一旦法律就该事项作了规定,行政法规、规章都必须遵从于法律的规定。具体而言,根据《立法法》第9、65条的规定,应当由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的事项,其可以授权国务院先行制定行政法规,经过实践检验,制定法律的条件成熟时,国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法律。一旦制定法律,特别授权终止,行政法规可以就该事项作出具体规定,但必须服从于上位法律的规定。再次,法律的效力高于行政立法,行政立法不得与法律相抵触,如果发生抵触,应以法律为准,行政立法须根





据法定程序予以撤销或改变。具体而言,行政法规、规章不得与宪法和法律相抵触,规章不得与宪法、法律、行政法规相抵触,地方政府规章还不得与地方性法规相抵触。如有抵触,根据《宪法》第 67、89 条、《立法法》第 97 条的规定,全国人民代表大会常务委员会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规,国务院有权改变或者撤销不适当的部门规章和地方政府规章。

(三) 法律保留原则

所谓法律保留原则,是指行政权的运行必须获得法律的授权,在法律没有明文规定的情况下,行政活动并不违反或抵触法律,因而不违反法律优先原则,但如果没有法律的明确授权,则会受到法律保留原则的排除。由此可见,法律保留原则较法律优先原则更为严格,后者只是消极地禁止违反和抵触法律,而前者则要求须有明确的法律依据,是积极意义上的依法行政。德国和我国台湾地区的学者对于法律保留原则也大多采用这种理解。^① 与法律优先原则一样,大陆地区大多学者在使用法律保留原则这一概念时,也进行了限缩理解,侧重于法律与行政立法的关系上,强调立法保留。我们认为,基于依法行政这一上位原则,宜从行政权运行的广义层面阐释法律保留原则。一方面,从法律与行政立法的关系角度,某些专属立法事项,只能由立法机关以法律的形式进行规定,行政立法不得代为规范,或只有在法律明确授权的条件下,行政立法才能进行规范。从这个角度看,其类似于英美法中的“依法而治”,即在国家法秩序的范围内,有某些事项是必须保留由法律来规定,不可由其他国家机构,特别是行政机关代为规定。^② 另一方面,在具体的行政活动中,行政主体行使职权必须有明确的法律依据,否则,行政活动即构成违法,亦即法无授权即禁止。

关于法律保留的范围,亦即法律保留是否适用于所有行政领域,存在着不同的观点:

1. 侵害保留说。根据该学说,法律保留原则仅适用于侵害行政或干预行政领域,亦即只有在行政权侵害人民权利、自由或对人民课以负担等不利益的情况下,才需要有明确的法律依据,^③而其他的行政活动如给付行政,只要不违反法律,均可自由为之,不受法律保留原则的拘束。这是 19 世纪作为宪政主义的宪法工具发展起来的法律保留原则最初适用的领域,这与当时的宪政政治要求和观念是相适应的,因为自由的市民阶层只要尊重其个人领域,对仅处于萌芽阶段的给付行政没有兴趣。^④

2. 全部保留说。该学说认为,根据民主原则,国家权力来源于人民,代表民意的立法机关为国家最高权力机关,一切行政行为,包括给付行政,都应当受到民主立法者意思的支配、引导与规范;另外,根据社会国家原则,国家负有向人民提供社会经济和文化生活

^① [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 104 页;翁岳生主编:《行政法(上)》,元照出版有限公司 2006 年版,第 151 页;吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社 2005 年版,第 53 页。

^② 陈新民:《中国行政法原理》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 35 页。

^③ 翁岳生主编:《行政法(上)》,元照出版有限公司 2006 年版,第 153 页。

^④ [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 109 页。



保障,以增进人民福祉的任务,因此,给付行政也必须由法律进行明确授权。^①这一学说虽然是随着议会民主的发展和给付行政意义的扩大而兴起的,但由议会保留一切权力,不仅有悖于权力分立与制衡,而且难以适应行政活动多样性、复杂性的需要,显然过于理想化而欠缺可行性。

3. 重要保留说。该学说并非根据行政领域来划定法律保留的范围,而是以所涉行政事项的重要程度为标准,即无论是侵害行政领域还是给付行政领域,只要是涉及人民基本权利的“重要事项”,以及涉及公共利益尤其是影响共同生活的“重要的基本决定”,都应通过法律予以规范。此学说虽然对法律保留的范围提出了新的视角,但是其中的“重要事项”“重要决定”等概念过于抽象而不确定,对于立法者的判断能力提出了较高的要求,因为公共事务重要性的衡量标准,常与规范人范围之大小、影响作用之久暂、财政影响之大小、公共争议性之强弱以及现状改革幅度之大小密切相关。^②

具体到我国,现行宪法和法律对于法律保留也有所涉及,《立法法》基于宪法的规定,对于法律保留的范围作了进一步的明确。根据《立法法》第8条的规定,下列事项只能制定法律:(1)国家主权的事项;(2)各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;(3)民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;(4)犯罪和刑罚;(5)对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;(6)税种的设立、税率的确定和税收管理等税收基本制度;(7)对非国有财产的征收、征用;(8)民事基本制度;(9)基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度;(10)诉讼和仲裁制度;(11)必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。据此,除了对公民自由、财产和重要权利的限制或剥夺属于法律保留范围外,还涉及基本政治制度、民事、经济基本制度等内容。结合《立法法》第9条的规定,《立法法》第8条规定的事项尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规,但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。也就是说,在上述法律保留范围内,“有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等”为法律绝对保留事项,只能由全国人大及其常委会制定法律予以规范,不得由行政机关代为规定,除此之外的其他事项则属于法律相对保留事项,在特定情况下可以授权行政立法进行规范。



三、平等原则

当我们从狭义上解读依法行政原则,着重强调其所体现的形式法治主义时,要实现行政权运行的实质正当性,符合实质法治主义的要求,就需要借助行政法的其他基本原则进行补充。另一方面,对于现代行政法中广泛存在的行政裁量而言,仅仅依靠依法行

^① 翁岳生主编:《行政法(上)》,元照出版有限公司2006年版,第153页。

^② 许宗力:《法与国家权力》,台湾月旦出版公司1993年版,第189页。





政中具体而明确的“规则”进行规制,显然是缺乏可行性的。因为行政裁量存在的目的,就是缓和法律的普遍性与社会现实个性之间的矛盾,克服形式法治的僵化,以实现“个体正义”。在这种情况下,如何寻找规则与裁量之间的平衡点?行政法基本原则中的平等原则、比例原则、信赖保护原则等就为其提供了很好的切入点,在确保行政裁量灵活性的前提下,又使之在法治的框架内运行。这些原则要求行政主体在进行行政裁量,作出行政决策时,须平衡与协调各方面的利益关系,以达至实质公正。平等原则所针对的就是行政主体对于多个行政相对人作出行政决定时,平衡与协调不同相对人之间个人利益的关系。

行政法中平等原则的基础是宪法中的平等原则,这在各国的宪法中均有体现。如法国《人权宣言》第1条即开宗明义:人生来就是并将始终是自由的且享有平等的权利。美国《独立宣言》中宣称一切人生而平等;宪法修正案第14条又补充规定,任何州不得对其管辖下的任何人拒绝法律的平等保护。我国《宪法》第33条也规定,中华人民共和国公民在法律面前一律平等。作为宪法上的一般原则,平等原则对立法、行政和司法行为均有约束力。在西方,平等原则通过法院判例逐步确立了其对于行政的约束力,进而成为行政法上的基本原则。

那么行政法上的平等原则应当包含哪些内容?英国学者米尔恩曾对该原则的要求有过这样的论述:(1)某种待遇在一种特定的场合是恰当的,那么在与这种待遇相关的特定方面是相等的所有情况,必须受到平等对待;(2)在与这种待遇相关的特定方面是不相等的所有情况,必须受到不平等的对待;(3)待遇的相对不平等必须与情况的相对不同成比例。^①在具体的行政法律关系中,对于不同的行政事实,往往存在不同的构成要件,因而,对于不同的行政相对人不可能运用同样的标准,作出相同的行政决定;否则,这种形式上的平等最终会导致实质上的不平等。基于此,平等原则应当涵盖这几个方面:同等对待、区别对待以及比例对待。具体而言,首先,行政主体在作出行政决定时,在不同行政相对人的情况相同时应当相同,亦即同等情况同等对待。这种同等对待包括横向上的同等与纵向上的同等,即行政主体在一次性同时面对相同情况的多个行政相对人时,应当采用同一标准,避免歧视;在不同时间先后面对相同情况的多个行政相对人时,也应当采用同一标准,避免反复无常。其次,在行政主体作出行政决定时,如果多个相对人的情况并不相同,应当采用不同的标准,具有合理的差别,亦即不同情况区别对待。再次,行政主体在区别对待不同的行政相对人时,应当合理考虑相关因素,根据不同因素的重要性与相关性设置区别对待的不同情况。当然,这些内容中的“相同情况、不同情况”,是指不同行政法律关系中不同行政事实本质上的构成要件是否具有相同性。因为正如世界上不存在两片完全相同的树叶,具体的行政案件也不可能存在完全复制的情况,因而需要关注的是其中的本质问题,即对于行政行为的作出具有决定性作用的事实或者法律要件,而非个案中细枝末节的相似或相异。如果行政决定的作出没有遵照上述要求,就走向

^① [英]米尔恩:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇等译,中国大百科全书出版社1995年版,第59页。



了平等原则的反面——“恣意”，基于此，从平等原则推导出的要求之一就是“禁止恣意”。

禁止恣意原则是由德国联邦宪法法院在审理立法侵犯平等权的案件中发展起来的，其通过判例对德国基本法第3条中的“平等原则”进行解释，并提出禁止恣意原则：如果一个法律上之区别对待或相同对待不能有一个合乎理性、得自事物本质或其他事理上可使人明白之理由，简单地说，如果该规定被认为恣意时，则违反平等原则。^①可以看出，禁止恣意，要求行政主体作出行政决定时必须具有合理、正当的理由，遵循法定的判断标准，遵守合理判断事物差异的原则，合理考虑相关因素，不考虑不相关因素，且相关因素的考量要与其在行政决定中的相关性和重要性相适应。所谓正当理由，包括“为保障人民在法律上地位之实质平等，并不限制法律授权主管机关，基本具体案件事实上之差异及立法目的而为合理之不同处置”以及“并不禁止法律依事物之性质，就事实状况之差异而为合理之不同规范”。^②禁止恣意，不仅禁止行政主体主观上的随意性，而且“禁止任何客观上违反宪法基本精神及事物本质之行为”。^③如在蒋韬诉中国人民银行成都分行一案中，成都分行在报刊上刊登的招录行员的启事中，其中一项招录条件为“男性身高1.68米，女性身高1.55米以上”，四川大学毕业生蒋韬因身高不符合规定而被拒绝，为此，其以成都分行侵犯其平等权为由向人民法院提起了行政诉讼。^④在该案中，身高与招录职位之间并不存在必然的联系，中国人民银行成都分行却以身高为标准进行区别对待，考虑不相关因素，超出了合理程度的差别对待，侵犯了原告所享有的依法担任国家公职人员的平等权。

如前所述，禁止恣意原则主要用于规制行政裁量行为，但是，进一步分析，对于行政裁量进行规制法律规范本身就较为宽泛，具有较大的不确定性和较弱的可预测性；另一方面，禁止恣意原则的要求，如合理、正当的理由，事物的本质这些标准，过于抽象，带有较大的解释空间。因而，要在实践中适用禁止恣意原则会面临较大的困难，这就需要平等原则的另一个子原则——行政自我拘束原则对其进行补充。

所谓行政自我拘束原则，即行政主体在作出行政裁量时，如果不存在其他正当、合理的理由，对于后来发生的相同或同一性质的案件，应当受到行政惯例或行政先例的拘束，作出与前案相同的行政决定。这一原则也可以从同等情况同等对待的纵向同等内容中推导出来，与普通法上的“一致性原则”具有相似性。行政自我拘束原则的具体性与稳定性，使得行政裁量具有更强的可预测性。因为当存在行政惯例或行政先例的情况下，行政机关可以从先例中总结归纳出更为具体明确的标准，将隐藏在个案中的处理规则提炼出来，利用这些标准、规则对于正在处理的类似案件进行纵向上的比对，这就能更为直观地判断行政主体是否遵守了平等原则。当然，行政自我拘束原则的适用还需要具备几个

① 张铨胜：《析论禁止恣意原则》，载城仲模主编：《行政法之一般法律原则》，台湾三民书局1994年版，第205页。

② 吴庚：《行政法之理论与实用》，中国人民大学出版社2005年版，第45页。

③ 张铨胜：《析论禁止恣意原则》，载城仲模主编：《行政法之一般法律原则》，台湾三民书局1994年版，第204页。

④ 周伟：《宪法基本权利与司法救济研究》，中国人民公安大学出版社2003年版，第270页。





前提条件:一是形成了行政惯例或具备了行政先例。所谓行政惯例或行政先例,是指关于行政上同一或具有同一性的事项经过长期的、一般的、继续的且反复的施行,则即可认为已成为行政上措施的通例。^①二是行政惯例或行政先例本身须是合法的。三是行政主体必须享有裁量余地,也就是说,行政自我拘束原则只适用于行政裁量领域,在羁束行政领域,行政主体应当严格按照法律规则作出行政决定,在这种情况下,即使前后相同案件出现相同处理,也并非行政自我拘束原则的作用,而是遵循依法行政原则的结果。



四、比例原则

所谓比例原则,也有学者称之为禁止过度原则或行政适度原则,^②是指行政主体在行使职权时,虽有法律依据,但也应当权衡行政目的与行政手段,权衡所实现的公共利益与所限制或损害的公民个人利益,采取为实现行政目的所绝对必要,又对相对人的权益造成限制或损害最小的手段,并且行政行为造成的损害应当与其所追求的行政目的相适应。与平等原则一样,比例原则对于控制行政裁量,以实现行政权运行的实质正当性,也起着重要作用,只不过它所平衡与协调的是公共利益与个人利益之间的关系。我国台湾学者陈新民教授曾对比例原则有过这样的评述:比例原则是赋予法院审查具体个案的利器,以拘束行政权力违法最有效的原则。其在行政法学中所扮演的角色,可比拟“诚信原则”在民法中所居“帝王条款”之地位,所以,比例原则也可称为是行政法中之“帝王条款”。^③比例原则在行政法中的重要地位由此可见一斑。

比例原则起源于19世纪德国的警察法制,在自由法治国时期,人民最关注的就是行政对于个人自由的限制,因而比例原则的最初目的是为了规范警察行政权力的行使,只有在必要时才能限制人民的自由与权利。德国学者贝格在《德国警察法手册》中曾论及:“警察之权力唯在必要时可以实行之。”另一位德国学者弗莱纳在《德国行政法体系》一书中也曾写道:“警察不得以炮击鸟。”后来,通过德国联邦宪法法院的一系列判例,比例原则的适用范围不断扩大,不仅限于警察行政领域,内涵也逐步明确。至20世纪,比例原则成了宪法原则,对立法、行政以及司法行为均具有约束力。比例原则不仅在德国得到广泛运用,也被其他国家和地区行政法所借鉴,甚至通过法律的形式进行明文规定。如葡萄牙1996年《行政程序法》第5条规定,行政当局的决定与私人权利或受法律保护的利益有冲突时,仅可在对拟达致的目标系属适当及适度的情况下,损害这些权利或利益。^④台湾地区2005年“行政程序法”第7条对比例原则作了规定并进行了细化:“行政行为,应依下列原则为之:一、采取之方法应有利于目的之达成。二、有多种同样能达成

^① 林国彬:《论行政自我拘束原则》,载城仲模主编:《行政法之一般法律原则(一)》,台湾三民书局1994年版,第249页。

^② 陈新民:《德国公法学基础理论》,山东人民出版社2001年版,第375页;周佑勇:《行政法基本原则研究》,武汉大学出版社2005年版,第223页。

^③ 陈新民:《中国行政法原理》,中国政法大学出版社2002年版,第45页。

^④ 应松年主编:《外国行政程序法汇编》,中国法制出版社1999年版。



目的之方法时,应选择对人民权益损害最少者。三、采取之方法所造成之损害不得与欲达成目的之利益显失均衡。”

对于广义上的比例原则应涵盖哪些内容,存在着“三阶理论”与“二阶理论”的不同观点,但使用得较为普遍、概括较为全面的是“三阶理论”,因此,我们以其为框架介绍广义上的比例原则的具体内涵。所谓“三阶理论”,即比例原则所涵盖的三项子原则:妥当性原则、必要性原则以及狭义的比例原则。

(一) 妥当性原则

妥当性原则,也称为适合性原则,是指行政主体行使行政权力的所采取的手段或方法,与其所追求的行政目的相适合。其中,行政目的是法律所预设的,行政主体对于手段或方法具有选择性,但必须指向预设的目的。也就是说,行政手段与目的之间的联系具有客观性,如果行政手段根本不能达致行政目的,就违反了该原则。而且,根据德国联邦宪法法院的解释,只要手段不是完全或全然不适合即不违反比例原则,即使只有部分能达成目的,亦不违反该原则。^① 而实践中,任何一个行政措施都可能会多少有助于达成行政目的,因此,完全违反妥当性原则的情况是较少的。

(二) 必要性原则

必要性原则,也称为最小侵害原则,即行政主体行使行政权力,有多种行政手段或方法可以选择时,应当采取对达致行政目的所必要的并且是对行政相对人侵害或限制最小的方法。所谓必要,即为实现行政目的所绝对必需的、不可避免的手段。德国学者弗莱纳的名言“不可用大炮打小鸟”和我国的俗语“杀鸡焉用牛刀”均是这一原则的生动表述。必要性原则是从法律后果的角度来规范行政目的与手段以及不同手段之间的比例关系,因而,该原则要求行政主体作出行政决定时,需要全面、综合地考虑各方面的因素,既要平衡与协调实现公共利益的目的与限制个人利益的手段之间的关系,又要权衡限制个人利益的各种手段,从而选择为实现公共利益所绝对必要,又对相对人利益限制或侵害最小的方法。

(三) 狭义的比例原则

狭义的比例原则,又称为法益相称性原则或均衡原则,是指行政主体对于相对人权益的限制或侵害,与行政目的所实现的公共利益之间,必须合比例或相称。如果行政权力的行使手段为达致行政目的所必要,符合妥当性和必要性的要求,但其对相对人权益带来的限制或侵害超过其所实现的公共利益时,该方法就违反了狭义的比例原则。因而,在目的所达至的利益与手段所侵害的利益之间,须进行权衡,只有在前者重于后者时,才能采取。

从上述三项子原则的内涵可以看出,妥当性原则和必要性原则都是以目的为导向,

^① 周佑勇:《行政法基本原则研究》,武汉大学出版社2005年版,第52页。





侧重手段的考量与选择,而狭义的比例原则,则全面考虑手段与目的的关系,更为侧重目的本身的考量。正如台湾学者陈新民教授所言:“妥当性原则及必要性原则根本上是以达成措施目的为着眼点,所以不会为手段的后果(不利人民之人权)而牺牲其为目标之追求。但是,狭义比例原则则根本上容有可能推翻该目的的追求(只要被损害的人权过重追求目的的价值的话)。”^①从这个意义而言,狭义比例原则要比妥当性原则和必要性原则处于更高的层次。

我国行政制定法中虽然尚未有比例原则的明确规定,但在不少法律条文中已体现了该原则的要求。如《行政处罚法》第4条第2款规定:“设定和实施行政处罚必须以事实为依据,与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。”《行政强制法》第5条规定:“行政强制的设定和实施,应当适当。采用非强制手段可以达到行政管理目的的,不得设定和实施行政强制。”内含适当性和必要性原则的要求。《人民警察使用警械和武器条例》第2条规定:“(人民警察制止违法犯罪行为)使用警械不能制止,或者不使用武器制止,可能发生严重危害后果的,可以依照本条例的规定使用武器”。体现了必要性原则。该条例第4条规定:“人民警察使用警械和武器,应当以制止违法犯罪行为,尽量减少人员伤亡、财产损失为原则。”契合了比例性原则的要求。另一方面,在对行政行为进行审查时,根据《行政复议法》第28条规定,具体行政行为明显不当的,行政复议机关可以撤销或变更。《行政诉讼法》第77条也规定,行政处罚明显不当的,法院可以判决变更。这类“明显不当”的行政行为,实质上就是对比例原则的违反。

在对行政行为的司法审查中也涌动着比例原则的暗流。在汇丰实业发展有限公司诉哈尔滨规划局一案中,最高人民法院在认定规划局的行政处罚决定显失公正时,就对比例原则做了阐述。^②在随后的华达公司诉常德市规划局一案中,华达公司将仅获得三层建筑规划许可的商厦扩建为五层,规划局认定该商厦超出批准范围,属违法建筑,且第四、五层遮挡了沿江大道的典型景观武陵阁,严重影响了沿江大道的完美风貌,因此,对华达公司作出行政处罚,限其60日内整体拆除商厦的第四、五层。在本案中,华达商厦第四、五层确属违法建设,市规划局有权责令华达公司采取补救措施,但由于华达商厦第四、五层只有一小部分遮挡了武陵阁,市规划局要求整体拆除明显超出了必要限度,给华达公司造成的损失也远远超出最小损害,可能带来不应有的损失,违反了必要性原则和狭义比例原则。



五、信赖保护原则

信赖保护原则是诚实信用原则在行政法领域中的映射或转换,其滥觞于二战后的德国,最初适用于授益性质行政处分的撤销或废止。其后通过联邦宪法法院的一系列判例不断具体化,信赖保护原则上升为宪法层面的原则,对于行政、立法以及司法行为均具有

^① 陈新民:《德国公法学基础理论(下)》,山东人民出版社2001年版,第369页。

^② 参见最高人民法院(1999)行终字第20号行政判决书。



约束力；并且，在 1976 年该原则被写入德国《联邦行政程序法》，使其具有了明确的法律依据，根据该法第 48、49 条的规定，受益性的行政处分在撤销和废止时要受到信赖保护原则在实体上的限制。信赖保护原则在德国的产生和发展历程与其时的社会法治环境有着密切联系。二战后，德国由自由法治国进入社会法治国时期，给付行政逐渐兴起，国家需承担的职能与任务，除了保障人民的自由、权利不受非法侵害外，还需积极创造各种条件实现人民的基本权利，增进人民福祉。此时，行政机关与社会成员之间已不再是纯粹的命令与服从关系，而是一种相互需要与相互依赖关系。^① 这种信赖关系需要相应的制度加以保障，信赖保护原则便应运而生。另一方面，进入 20 世纪之后，伴随着行政权的扩张与膨胀，行政裁量被广泛运用，在法律没有明确规定，行政机关存在裁量空间的情况下，如何保证既成法律关系的稳定性和连续性，防止行政机关反复无常，符合法律的安定性要求以及实现行政的自我拘束，信赖保护原则就为其提供了重要的途径。英美法系中虽然不存在信赖保护原则，但是具有与该原则相对应的类似概念——合法预期，其基于普通法上的自然正义和程序公正原则发展而来，并从程序领域扩展到实体领域，所保护的也是相对人因行政机关的行为所产生的对预期的信赖。

所谓信赖保护原则，即当行政相对人对于行政主体行使行政权的行为形成了值得保护的信赖时，行政主体不得随意撤销或废止该行为，除非具有法定事由并经法定程序，但此时必须对相对人因信赖该行为有效存续而获得的利益进行合理补偿。那么，在何种情况下才能适用信赖保护原则，其对于相对人的信赖利益又是如何进行保护？综合德国《联邦行政程序法》关于信赖保护的相关规定，其所提供的信赖保护方案是：不允许撤销授益行政行为——实施老方案——值得保护的行政行为存续；允许撤销——实施新方案——撤销行政行为但给予补偿。^② 我们认为，信赖保护原则涵盖以下构成要件：

(一) 存在信赖基础

信赖基础是信赖保护原则适用的前提和首先需要解决的问题，即行政相对人基于怎样的事实或行为对什么产生的信赖？行政相对人作为信赖主体，其所信赖的对象是行政主体行使行政权的行为。那么，如何才能使得相对人相信行政行为的存在？亦即联结信赖主体与信赖对象的桥梁是什么？就是行政主体向相对人作出行政行为的意思表示。也就是说，只有当行政行为生效后，相对人才能对该行为产生信赖，否则“受益人如不知有该行政处分之存在，即无信赖之可言”。^③ 根据我国《行政许可法》第 8 条第 1 款的规定，公民、法人或者其他组织依法取得的行政许可受法律保护，行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。即只有“已经生效的行政许可”，相对人相信该许可的存在，才具备信赖基础，行政机关不得擅自改变。

^① 周佑勇：《行政法基本原则研究》，武汉大学出版社 2005 年版，第 58 页。

^② [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 280 页。

^③ 陈敏：《行政法总论》，三民书局 1998 年版，第 419 页。





(二) 存在信赖表现

所谓信赖表现,即行政相对人基于对行政行为的信赖而做出的一定行为,如享有了一定的权利,负担了一定的义务,即信赖表现与信赖基础之间存在因果关系。并且,该信赖表现即相对人的行为具有不可逆转性。

(三) 信赖值得保护

信赖要值得保护,该信赖必须构成“正当信赖”。所谓正当信赖,即行政相对人对于行政主体行使行政权的行为或特定的法律状态深信不疑,并且对于信赖基础的成立是善意而无过失。这里所着重考察的是对于违法的行政行为,行政相对人是否存在主观过错。因为信赖基础可能是合法的行政行为,也可能是违法的行政行为,但若行政行为的违法性是由于相对人的过错导致的,如以欺诈、胁迫或者贿赂等方式促成行政行为,则相对人所获得的利益并不是基于对行政主体的信赖,不能构成“正当信赖”。易言之,如果行政行为的违法性可归因于相对人,则该信赖不值得保护。《行政许可法》69条第2款的规定:“被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的,应当予以撤销。”也正是这一构成要件的体现。

只要符合上述三项构成要件,就应当成立信赖保护。至于行政相对人的信赖利益与推翻信赖基础所维护的公共利益之间的权衡与考量,并不属于是否构成信赖保护的问题,而是涉及另一层面——信赖利益保护方式的选择问题。

关于信赖利益的保护方式,一般而言,主要有两种:存续保护与财产保护。存续保护,即维持原信赖基础,不撤销或废止原行政行为;财产保护,即推翻原行政行为,对于行政相对人因信赖该行为而获得的利益进行合理补偿。至于选择何种保护方式,则需要具体案件中权衡信赖利益与公共利益:如果不推翻原行政行为不会对公共利益带来明显的损害,或者带来的损害远小于相对人的信赖利益时,则应当选择存续保护的方式,维持原行政行为的效力;如果所欲维护的公共利益明显大于相对人的信赖利益时,则应当优先保护公共利益,对于相对人给予财产保护。根据《行政许可法》第8条的规定,对于合法的行政许可,若其“所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的”,在衡量公共利益与信赖利益后,“为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,行政机关应当依法给予补偿”。根据《行政许可法》第69条的规定,对于违法的行政许可,即“(1)行政机关工作人员滥用职权、玩忽职守作出准予行政许可决定的;(2)超越法定职权作出准予行政许可决定的;(3)违反法定程序作出准予行政许可决定的;(4)对不具备申请资格或者不符合法定条件的申请人准予行政许可的;(5)依法可以撤销行政许可的其他情形”,作出行政许可决定的行政机关或者其上级行政机关,根据利害关系人的请求或者依据职权,可以撤销行政许可。所谓“可以撤销”,即在权衡相对人的信赖利益与公共利益后,只有后者明显大于前者,才能被撤销;并且,对于被许可人的合法权益所受到的损害,行政机关应当依法给予补偿。在港峰公司与福建省莆田市政



府行政复议案中,港峰公司所开发的凤凰山庄别墅区是莆田市政府正式对外招商项目,后又经过合法的批准程序,二者签订了土地使用权出让合同,但由于政府部门工作的失误,导致凤凰山在被规划为风景名胜区的同时,其中部分土地又被批准出让给港峰公司兴建别墅,港峰公司作为相对人并无过错。基于信赖保护原则,原则上莆田市政府不能收回已经批准出让的土地,如果确实是基于公共利益的需要,也可收回出让土地,但必须给相对人以相应的补偿。^①



六、程序正当原则

在前面,我们所探讨的依法行政原则、平等原则、比例原则以及信赖保护原则等,均侧重于对行政权运行的实体性要求。然而,行政权行使实质正当性的实现,不仅需体现实体性要求,还需遵循程序性限制。因为行政程序作为法律程序中的一种,同样具备了法律程序的双重价值:一方面是作为工具性的外在价值,从这个角度看,可将行政程序视为实现行政实体法的辅助,因为行政程序中要求行政法所遵循的时间、方式、步骤,其终极指向均为行政权的正当运行;另一方面是作为目的性的内在价值,即对行政程序的评价须独立于对实体或结果的评价,注重程序的“正当过程、‘判断者’中立、‘法律决定的’条件优势、‘行为与结构互动关系的’合理化”,^②以确保程序本身具备正当性。并且,正当程序的这两项价值及其衍生功能应当是统一的,即只有通过正当程序的过程才能保证沟通、论证、合意的合理性,并在此基础上发挥整合性和正统性的功能。

正是由于正当程序在实现程序正义与实体正义上的功能与价值,其在英美法中有着深厚的历史渊源。正当程序源于英国法上的“自然正义(natural justice)”,并被美国法所继承的“正当程序(due process of law)”思想逐步形成和展开。自然正义作为英国法上的一项基本原则,是公正行使权力的“最低限度”的程序要求。^③它包括两方面的内容:一是任何人不得做自己案件的法官,即裁决者必须中立,避免偏私;二是权力的行使可能使他人受到不利处分之前,必须为该当事人提供公平的听取其意见的机会。英国法院在长期的司法实践中,“通过阐发自然正义原则,设计了一套公平行政程序法典”,要求行政机关行使行政权力时亦须达到“最低限度”的程序要求。在美国,受到程序法治理念的影响,以“自然正义”为基础发展出“正当法律程序”,并上升为重要的宪法原则。在宪法修正案第5、14条中均有体现:“非经正当法律程序,任何人不得被剥夺生命、自由和财产。”并且,通过美国最高法院的判例,正当法律程序可划分为程序性的正当法律程序和实质性的正当法律程序,前者要求政府行使权力的行为,必须“符合对个人的最低公正标准,如得到充分通知的权利和作出裁决之前的有意义的听证机会”。^④后者要求政府剥夺个人

^① 案情详见马怀德编著:《行政法与行政诉讼法学案例教程》,知识产权出版社2014年版,第21页。

^② 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第23-25页。

^③ 周佑勇:《行政法基本原则研究》,武汉大学出版社2005年版,第65页。

^④ [美]欧内斯特·盖尔霍恩、罗纳德·利文:《行政法和行政程序法概要》,黄列译,中国社会科学出版社1996年版,第119页。





的生命、自由和财产,必须符合公平与正义,是对该权力行使的实质性限制。

我们认为,程序正当原则应当涵盖以下内容:

(一) 避免偏私

基于“自然正义”和“正当法律程序”原则,任何人不得做自己案件的法官,在司法程序或者准司法性质的程序中,程序的主持者和裁判者应当中立。因此,在带有司法性质的行政程序中,如行政裁决、行政复议,程序的裁决者也应当具备中立性,避免偏见或歧视。美国《联邦行政程序法》中就明确强调了主持行政程序的行政法官的中立性和独立性。非司法性质的行政程序虽不同于司法性行政程序强调程序中立,但是行政主体在行使行政权的过程中,也需要保持其独立性,排除利益的干扰,避免偏见或歧视。综合来看,从“程序中立”推导出正当行政程序的实质要求之一就是避免偏私,即行政主体与行政权的具体执行者在行政程序中应当处于超脱的、无偏私的客观立场,公平对待行政程序中的所有当事人,包括行政主体和行政相对人。这一子原则的具体要求包括:首先,行政公务人员(即称行政权的具体执行者)或其亲属与所实施的行政行为不存在个人利益上的牵连。此处的利益牵连,包括物质利益,即财产利益或金钱利益,也包括精神利益。也就是说,只要可能影响最终行政决定作出的各种利益关系均需避免。其次,行政公务人员(即称行政权的具体执行者)对行政程序中的各方当事人不存在个人偏见。所谓偏见,即个人情感由于受到某种预设的观念或者偏好的支配,不正当地偏向一方或者对另一方怀有敌意。^① 避免偏私这一要件所衍生出的制度要求就是回避制度与职能分离制度。根据该两项要求,如果行政主体或行政权的具体执行者可能存在利益牵连或个人偏见,应予以回避。行政程序中的调查职能与裁决职能应当分离,同一行政公务人员不能同时担任此两项角色,以避免调查过程中的预设或偏见影响裁决的公正性。

(二) 行政公开

行政公开是指行政主体应当将行政权运行的依据(包括事实依据、法律依据)、过程、结果向行政相对人和社会公众公开。行政公开是保障社会公众知情权、行政相对人参与行政程序和监督行政权行使的前提和基础。随着民主法治社会的发展,在现代行政法中,行政相对人所扮演的不只是行政权的行使对象和受体,而应作为行政程序的参与主体,与行政主体形成沟通与互动,以更好地实现行政权运行的实质正当性。行政相对人要能有效地参与行政程序,就必须知悉行政权运行的全过程,而知悉的前提就是行政公开。行政公开的内容应当是全面的,涵盖行政权配置与运行的全过程、各环节信息。具体而言,包括行政主体资格、职权依据,行政决定的事实依据、法律依据,决定的作出过程、最终结果等,除非涉及国家秘密、商业秘密以及个人隐私等不宜公开的信息,否则前述内容均应为行政相对人或者社会公众所知悉。

^① [美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第283页。



（三）行政参与

行政参与，即行政相对人和相关人有权参与行政权的运行过程，表达自己的观点，陈述自己的意见，并对最终行政决定的形成发挥有效作用。如前文所述，相对人不应仅是行政权的受体，而应作为行政程序的参与主体，并与行政主体形成沟通与交涉。即在具体行政程序中，尤其是在可能对相对人利益产生不利影响的情况下，相对人有权进行陈述和申辩。这种陈述与申辩权利的正式化就是行政参与的核心要素——听证权。相对人可以提出有利于自己的主张、证据，并对不利于自己的证据和意见进行质证和反驳，并且这些意见和证据，应当被作为行政决定的重要依据。通过各方当事人对行政程序的参与，不仅有利于增强行政决定的正当性，也有利于增强其可接受性。在田永诉北京科技大学一案中，人民法院认为北京科技大学对于田永的退学处理不具有合法性的理由之一就是违背了正当程序中的参与原则。人民法院认为，“按退学处理，涉及被处理者的受教育权利，从充分保障当事人权益的原则出发，作出处理决定的单位应当将该处理决定直接向被处理者宣布、送达，允许被处理者本人提出申辩意见”。^①亦即在行政程序之中，行政主体应当告知相对人并说明理由，允许相对人进行陈述和申辩。

我国行政法中一直有“重实体轻程序”的传统，将行政程序视作行政手续，并未重视正当程序的价值。直至1996年通过《行政处罚法》，在法律层面对于行政程序才具备相对系统化的规定，并确立了行政处罚程序中回避、告知、说明理由、听取陈述和申辩、听证、行政公开、职能分离等一系列制度，同时将法定程序作为行政行为合法性的重要要件。如《行政处罚法》第3条规定：“没有法定依据或者不遵守法定程序的，行政处罚无效”。该法第4条规定：“对违法行为给予行政处罚的规定必须公布；未经公布的，不得作为行政处罚的依据”。随后，《行政许可法》《治安管理处罚法》等行政实体法中也涉及了正当行政程序的相关规范。我国现行行政实体法中虽然承载了不少正当行政程序的内容，但是仍欠缺系统的行政程序法典，在行政程序法治的道路上，我们仍有很长的路要走。

案例3：某市政府废止《污水处理专营管理办法》案^②

2002年7月，某港资企业投资2.7亿元人民币与内地某市自来水公司签订合作合同，经营该市污水处理。享有规章制定权的该市政府为此还专门制定了《污水处理专营管理办法》，对港方做出一系列承诺，并规定政府承担污水处理费优先支付和差额补足的义务，该办法至合作期结束时废止。

2005年2月市政府以合作项目系国家明令禁止的变相对外融资举债的“固定回报”项目，违反了《国务院办公厅关于妥善处理现有保证外方投资固定回报项目有关问题的通知》的精神，属于应清理、废止、撤销的范围为由，作出“关于废止《污水处理专营管理办

^① 案情详见《最高人民法院公报（1999年第4期）》，人民法院出版社1999年版。

^② 参见2006年国家司法考试卷四第五题。





法》的决定”，但并未将该决定告知合作公司和港方。港方认为市政府的做法不当，理由是：其一，国务院文件明确要求，各级政府对涉及固定回报的外商投资项目应“充分协商”、“妥善处理”，市政府事前不做充分论证，事后也不通知对方，违反了文件精神；其二，1998年9月国务院通知中已明令禁止审批新的“固定回报”项目，而污水处理合作项目是2002年经过市政府同意、省外经贸厅审批、原国家外经贸部备案后成立的手续齐全、程序合法的项目。

法律问题：请运用行政法原理对某市政府的上述做法进行评论。

【巩固练习】

1. 简述行政法律关系的要素与特征。
2. 何谓行政法的基本原则？其作用何在？
3. 简述比例原则的基本内容。



