

第一章 行政法概述

【事例回放】

《广州市城市管理综合执法工作规范》2013年10月15日起正式实施。《规范》规定,城管执法今后要用礼貌用语。新规实施首日,有城管人员刚开口说“您好”,小贩就撒腿逃跑,城管一句“您好”也变成“您别跑”。^①



【问题】

- (1) 城管和小贩之间是何种法律关系?
- (2) 《广州市城市管理综合执法工作规范》主要规范谁的行为? 其目的何在?

【评析】

(1) 在进行城市管理综合执法工作中,城管和小贩之间是行政法律关系,不同于平等主体之间的民事法律关系。

(2) 《广州市城市管理综合执法工作规范》主要规范广州市城市管理综合执法支队各级机关及其执法人员进行城市管理综合执法工作中的行为。其目的在于进一步规范城市管理综合执法机关及其执法人员的公共服务行为,切实改进工作作风,提高工作效率和服务质量,做到依法行政、执法为民。

^① 《城管这厢有礼了》,载《新京报》,2013-10-17。 http://epaper.bjnews.com.cn/html/2013-10/17/content_471558.htm?div=-1。

【重点知识】

第一节 行政与行政法概述

一、行政的概念

行政,指的是一定的社会组织,在其活动过程中所进行的运用组织、控制、协调、监督等特定手段发生作用的活动总称。

行政法意义上的行政,指的是国家行政主体对公共事务的组织管理活动。行政法是关于行政的法律。行政的含义是行政法的基础。在行政法上,行政具有以下特征:

(一) 行政是指公共行政,而不是“私”行政

行政法意义上的行政是行政主体以国家的名义对国家事务和社会事务进行的决策、组织、管理和调控等活动,具有体现和实现国家意志的特性。其目的在于谋求公共利益,维持公共秩序。这里的行政不是一般的社会组织的活动,不是个人的活动,不包括社会组织和企业等为了自身利益而为的行政。

(二) 行政是行政主体将法律、法规付诸实施、予以执行的活动

行政是行政主体的活动,并不是国家的一切活动,不是立法机关制定法律的活动,也不是司法机关裁决案件的活动。虽然行政中也有一部分行政立法或行政司法活动,但这些活动都必须围绕如何执行国家立法机关的法律、法规而进行,是具有执行性的准立法、司法活动。行政是行政主体的部分活动,是行政主体以特定手段对国家事务和社会事务发生作用的特定活动,而不是行政主体的一切活动。比如说,行政主体为自身利益而从事的借贷、租赁、买卖等活动不属于行政。

(三) 行政具有国家强制性

行政是国家行政主体对公共事务的组织管理活动,是行政主体把国家立法机关依照人民意志制定的法律、法规付诸实施、予以执行的活动,体现和实现国家意志,它的实施也就必然要以国家政权的强制力为后盾。对于行政主体的行政活动,相对人有服从、接受和协助的义务。相对人若不依法履行义务,行政主体则可借助法律手段强制相对人服从和履行行政义务。而私人行政往往并不具备这种国家强制性。

案例 1-1

顺义区后沙峪镇后沙峪村的村民赵先生家中被盗报警后,村里扣除了他当月的“和谐奖”奖金。后沙峪村的党支部书记解释,此举目的是让村民提高安全意识,更

好地保护自家财产安全。该村党支部书记介绍,按照村里的规定,村民因自身管理不善,导致失窃发生,要被扣除事发当月的“和谐奖”;如果当月未发生失窃,每户按照人均15元发放奖金。该规定由村委会决定,并由全村人签字通过。村民被扣奖金并非首次,村委会每月去派出所调出报案记录,发现谁家出问题,便扣除其当月奖金。

【问题】

(1) 村委会扣除赵先生当月的“和谐奖”奖金,是行政法意义上的行政吗?

(2) 村委会决定、全村人签字通过“和谐奖”奖金规定,是行政法意义上的行政吗?

【评析】

(1) 不是。《中华人民共和国村民委员会组织法》第2条第1款规定:“村民委员会是村民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织,实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督。”可见,村委会是基层群众性自治组织,不是行政主体,村委会与村民之间的关系不存在行政法意义上的行政管理关系,而是一种民事法律关系。

(2) 不是。村委会决定、全村人签字通过的“和谐奖”奖金规定,是村规民约,并不是行政法意义上的村委会对村民进行行政管理的规定。

二、行政权的概念

行政的核心是行政权,行政权也是行政法的起因和归宿,是行政法理论的基点。

传统行政权的内涵建立在“三权分立”学说之上,根据孟德斯鸠的阐释,国家权力分为立法权、行政权和司法权。行政权是国家行政机关执行法律、管理行政事务的能力。换言之,行政权最初是与立法权、司法权等国家权力相区别而言的,三者共同形成国家作用、由不同的机关来执掌。但是20世纪以来,国家的行政机关的职能大量增加。行政、立法、司法等国家作用交叉、混合,同时出现在行政机关身上。也就是说,现代国家立法机关行使的仍然是立法权,司法机关行使的仍然是司法权,但行政机关行使的权力却超越了传统行政权的范围。无论现代行政权如何扩张,这些权力都必须来源于法律,尤其是宪法的规定。从法律的角度看,行政权具有以下特征:

(一) 执行性

行政权从根本上说,是执行法律和权力机关意志的权力,既不同于立法权的抽象性和决策性,也不同于司法权的裁判性。我国宪法和法律明文规定,从中央到地方的各级国家行政机关,都是国家权力机关的执行机关,都由权力机关产生,受权力机关监督,向权力机关负责,必须执行国家法律、法规和权力机关的决议与命令。

(二) 法律性

在现代国家,法治原则已经成为国家制度的基本原则。在这一原则之下,行政权

4 行政法与行政诉讼法

应由宪法、法律所设定。行政权在法律之下存在和行使,应该受到法的约束。不过与司法权相比,积极形成社会秩序、实现社会正义的行政需要有一定程度的“自由性”、“灵活性”,比如说,对不确定的法律概念等行政权在合目的性前提下有一定的自由裁量。当然,这种自由裁量并非毫无界限,仍须受到法治原则的拘束。

(三) 强制性

行政权的实施以国家强制力为后盾,行政相对人有服从的义务,其他组织和个人有协助的义务。行政权的强制性一方面根源于权力本身的属性;另一方面也在于行政权的法定性。尽管随着社会的发展和文明程度的提高,行政权的强制性会逐渐减弱(比如说服务行政的推行),但强制性是行政权的固有特性,与行政权始终相伴。

(四) 优益性

从行政权力行使的保障条件来看,行政权力具有优益性。国家为行政权力的有效行使设定了一系列的保障条件,使得行政机关在行使行政权力时,依法享有一定的行政优先权和受益权。行政优先权和受益权统称为优益权。优益权是国家为保障行政机关及其工作人员有效行使行政职权而赋予他们在职务上的行政优先权和物质上的行政受益权。比如说,《人民警察法》第13条第1款规定:“公安机关的人民警察因履行职责的紧急需要、经出示相应证件,可以优先乘坐公共交通工具,遇交通阻碍时,优先通行。”

(五) 不可处分性

行政权既是法律赋予行政机关的一种权力,也是行政机关的一种责任。换言之,谁拥有法定的行政权力,谁就有义务依法行使好该权力,否则应当承担相应的法律责任。行政权是行政职权和行政责任的结合,行政机关不能擅自增加,也不能擅自减少,不可以擅自转让,更不可以擅自的放弃行使。这一特征与公民个人的权利有着质的区别。

案例 1-2

宁波市鄞州区五乡镇明伦村是一个经济强村,近年来经济发展迅速,村民们的生活水平不断提高,大家对治安工作要求越来越高。但这几年明伦村的治安案件和刑事案件呈上升的趋势。为此,明伦村开始实行治安防范工作,实行承包责任制的试点。

五乡镇综治办、派出所起草了安全防范承包责任的实施细则,如工作目标、具体工作任务、奖惩措施和组织管理等,并决定村安全防范工作承包人采取公开招标方法产生。经过广泛发动,明伦村20多位村民报名要求竞标2003年村治安防范工作。最后,鄞州区五乡镇明伦村村民张伟忠经过公开竞标,以2.52万元的价格,拿到了该村2003年度安全防范工作的承包权,随即签署了安全防范承包责任的协议书。

协议要求 2003 年明伦村治安、刑事案件允许发案基数为 12 起。每多发一起治安、刑事案件扣现金 1000 元,每少发一起案件奖现金 200 元,私房出租漏管、暂住人口登记未达标准的,发现一起要扣 5 元到 50 元不等的现金;夜间巡逻未达规定要求的,发现一次扣现金 20 元;年终测评,群众安全感、满意率和基本满意率低于标准的,每下降一个百分点扣 100 元;高于标准的,每上升一个百分点奖 100 元。治安承包责任制实行队长负责制,队长(承包人)可以自行组织人员,但被组织人员素质须经派出所审核。承包人要遵守有关规定,协助派出所工作。^①

【问题】

如何评价宁波鄞州区将治安工作承包给私人的举措?

【评析】

从行政权具有不可处分性的特征来看,宁波鄞州区将治安工作承包给私人的举措违背了这一特征。然而,从刑事诉讼领域的诉辩交易制度来看,该举措存在一定的现实合理性,也具有理论上的可接受性。

三、行政法的概念

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。

任何一个部门法都有自己的调整对象,即某种特定的社会关系。行政法的调整对象是行政关系。行政关系是指行政主体在行使行政权力的过程中与相关各方所产生的各种关系。具体包括:行政主体为了行使职权而进行自身建设时发生的组织行政关系;对行政管理的相对一方进行管理的管理行政关系;为保障行政职权的依法行使对行政主体进行监督产生的是监督行政关系;对违法或不当行政行为进行补救时发生的救济行政关系,等等。

行政法是一个独立的法律部门。行政法不同于宪法,尽管与宪法有着最为密切的联系。但宪法是国家根本大法,行政法是部门法。行政法也不同于其他普通部门法,它有自己独立的、其他部门法不能取代的调整对象和调整方法。行政法不依附于任何普通部门法,也不能代替其他普通部门法。

四、行政法的特点

行政法作为一个独立的部门法,与其他法律部门法相比,在内容和形式上有以下特征:

^① 《安全防范实行承包制,鄞州区明伦村此举在我市尚属首次》,载《宁波日报》,2003-01-01。
<http://www.cnnb.com.cn/gb/node2/node115/node116/node141/userobject7ai438380.html>。

（一）涉及的领域极为广泛、内容非常丰富

现代国家的行政活动范围极为广泛,不仅包括传统的国防、外交、公安、民政、工商、税务和司法行政等领域,而且还扩展到了经济、科技、文化教育、卫生、社会福利、环境保护等社会生活的新领域。一个人的一生可以不和立法机关打交道,可以不和司法机关打交道,但不可能不和行政机关打交道,现代社会中行政机关的行政权所能管辖的范围几乎涉及了公民从摇篮到坟墓的一生的所有事务。因此,行政法的内容具有其他普通部门法无可比拟的丰富性。

（二）行政法规范具有易变性

行政法所调整的社会关系,在任何国家都是最具体繁复、最富于灵活性、最易于变化的社会关系。行政活动必须不断顺应客观形势的变化而变化,行政法规范必然也要随之变化,否则其滞后性会更加突出,从而产生消极的后果。因此,与其他法律部门相比,行政法律规范的内容更易于变动。当然这种易变性只是相对于其他法律部门而言的,作为法律规范,它仍然具有相对稳定性,不能朝令夕改,否则便会造成社会的动荡不安,并且这种变化应当严格按照法律规定的权限和程序等进行。

（三）行政法律规范数量繁多、表现形式多样

由于行政法调整的社会关系极为广泛、丰富且易于变动,行政法律规范的数量必然繁多。行政法律规范的表现形式多样,不仅有最高权力机关和地方权力机关制定的法律和法规,还包括最高行政机关和地方行政机关制定的法规和规章等。而且这些具体的表现形式名目极为繁多。比如说,规章就有规则、规定、办法、细则、通知、公告等名称,还可以在這些名称之前冠以“临时”、“暂行”、“试行”等字头。这与民法、刑法等法律部门的法律规范往往由最高权力机关制定,法律形式单一,法律文件有限,数量不多有着较为明显的区别。

（四）行政法没有统一完整的法典

与民法、刑法等法律不同,行政法没有一部集所有规范为一体的统一法典。原因主要有:第一,行政法所调整的对象过于广泛,内容纷繁复杂,各种不同的行政关系之间又存在较大的差别,难以用统一的规范进行调整。第二,行政关系往往稳定性低、变动性大,有必要留给法律位阶较低的法规和规章调整,而不宜由统一的法典进行规范。第三,行政法律规范数量的繁多和表现形式的多样,使得行政法典的编纂难以进行,只能在局部地区或个别领域进行。比如说,行政程序法典。第四,行政法作为一个独立的法律门类较其他法律门类产生较晚,规范各种行政关系的基本原则和规范尚未完全形成或者成熟,从而不具备编纂成统一法典的条件。

（五）实体性规范与程序性规范相互交织

实体性法律规范与程序性法律规范往往有很大的差别,在其他法律部门中,实体性规范和程序性规范分别规定在不同的法律文件中。比如说,民法与民事诉讼法、刑

法与刑事诉讼法,分别来规定实体性规范和程序性规范。而在我国行政法律部门中,行政诉讼法这一程序法中包含了许多实体性规范,而行政法中存在一类特有的行为规范即行政程序规范。

五、我国行政法的立法及其完善

(一) 行政诉讼法

1982年《民事诉讼法(试行)》颁布,该法第3条第2款规定:“法律规定由人民法院审理的行政案件适用本法规定。”从此,行政审判开始有法可依。1989年《行政诉讼法》颁布,行政诉讼制度正式建立。它为了保护公民权益、监督行政机关依法行政提供了重要的途径。更为重要的是,它推动了我国其他的重要行政立法的研究、起草和制定工作,比如说,《国家赔偿法》《行政处罚法》《行政复议法》等随后相继出台。2014年通过了新修订的《行政诉讼法》,该法于2015年5月1日起施行。新修订的行政诉讼法在解决行政争议、保障公民、法人和其他组织合法权益上有了更多新的举措。

(二) 行政复议法

为了配合行政诉讼制度,1990年12月24日,国务院发布《行政复议条例》,以行政法规的形式建立了复议制度。该条例于1994年修改,并于1999年为《行政复议法》所废止。2009年《行政复议法》修订。行政复议制度为公民监督行政机关依法行政提供了又一条重要途径。

(三) 国家赔偿法

1994年第八届全国人大常委会第七次会议通过《国家赔偿法》,建立了行政赔偿责任制度,是行政诉讼制度的继续和发展,加强了对行政机关依法行政监督的力度。此后,国家赔偿法历经2010年、2012年两次修订,更好的保障了公民、法人和其他组织享有依法取得国家赔偿的权利,促进国家机关依法行使职权。

(四) 行政处罚法

行政处罚是行政机关行使行政职能的重要手段之一。1996年第八届全国人民代表大会第四次会议通过了《行政处罚法》,确立了行政处罚的基本原则,规范了行政处罚的设定权,规定了行政处罚应当遵循的程序,是我国行政立法上的一个重大进步。2005年《治安管理处罚法》制定并于2012年修订。2009年《行政处罚法》予以修订。可以说,处罚法规定的权限、程序等制度反映了依法治国、依法行政的许多基本原则,其意义远远超出了处罚领域,大大提升了政府机关及其工作人员依法行政观念,促进了各级行政机关全面依法行政。

(五) 行政许可法

行政审批(许可)是政府实施行政管理的一个重要而有效的手段,但一直以来,行政审批(许可)的实践中存在着许多的问题。2003年8月27日十届全国人大常委

会第四次会议通过了《行政许可法》，规定了行政许可的原则、行政许可的设定、实施和收费，以及监督检查等许可制度。它对进一步深化行政管理体制改革，加快政府职能转变，形成行为规范、运转协调、公正透明、廉洁高效的行政管理体制，保障和监督行政机关有效实施行政管理，以及从源头上预防和治理腐败，都产生了积极的推动作用。

（六）政府信息公开条例

2007年4月5日国务院公布了《政府信息公开条例》，确立了政府信息的主动公开和依申请公开制度、政府信息公开发布制度、政府信息公开监督与保障制度等。这些制度的建立将保障公民、法人和其他组织依法获取政府信息的权利，提高政府工作的透明度，促进依法行政，充分发挥政府信息对人民群众生产、生活和经济社会活动的服务作用。

（七）公务员法

1987年，党的十三大正式提出，在我国建立和推行国家公务员制度。1993年，国务院颁布了《国家公务员暂行条例》，推行公务员制度。2005年4月27日第十届全国人大常委会第十五次会议通过了《公务员法》，从公务员的范围、职务职级、考核奖惩和职位聘任与人事争议仲裁等方面完善了公务员制度。2007年国务院颁布《行政机关公务员处分条例》确定了行政机关公务员处分制度。

（八）行政强制法

2011年6月30日全国人大常委会审议通过了《行政强制法》。《行政强制法》规范了行政强制的设定权、行政强制的实施主体、行政强制措施的实施程序、行政强制执行的程序，与《行政处罚法》《行政许可法》一起，是规范行政行为的重要法律。《行政强制法》的实施必定会促进法治政府建设和公民权利保障事业的进步。

六、行政法的法律渊源

行政法的法律渊源，是指行政法的外部表现形式。我国行政法的渊源主要有：

（一）宪法

宪法是国家的根本大法，规定国家的基本制度，具有最高的法律地位和法律效力，是全部行政立法的根据和必须遵循的原则。

（二）法律

法律是全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性文件。其中全国人民代表大会制定的规范性文件成为基本法律，全国人民代表大会常务委员会制定的规范性文件成为一般法律。

（三）行政法规

行政法规是指国务院为领导和管理国家各项行政工作，根据宪法和法律，按照有关程序制定发布的政治、经济、教育、科技、文化、外事等各类法规的总称。

（四）地方性法规

地方性法规是指省、自治区、直辖市和设区的市及自治州的人民代表大会及其常务委员会,省和自治区人民政府所在地的市、国务院批准的较大的市以及全国人大和全国人大常委会批准设立的经济特区的人民代表大会及其常务委员会,在不与宪法、法律、行政法规相抵触的前提下依照法定程序所制定和颁布的规范性文件的总称。

（五）自治条例和单行条例

自治条例和单行条例是指民族自治地方(自治区、自治州、自治县)的人民代表大会依据宪法、民族区域自治法和其他法律规定的权限,结合当地的政治、经济和文化的特点依照法定程序所制定的规范性文件的总称。

（六）行政规章

行政规章分为部门规章和地方政府规章。部门规章是指国务院各部、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,依照法定程序制定的规范性文件的总称。地方政府规章,是指省、自治区、直辖市和设区的市及自治州的人民政府,省和自治区人民政府所在地的市、国务院批准的较大的市以及全国人大和全国人大常委会批准设立的经济特区的人民政府,根据法律、行政法规和本区域的地方性法规,依法制定的规范性文件的总称。

（七）法律解释

有权机关对法律、法规、规章等所作出的有效解释。通常包括:立法解释,即全国人大常委会依法对法律文件所作出的解释。司法解释,即最高人民法院和最高人民检察院依法对法律文件所作出的解释。行政解释,即国务院及其主管部门依法对法律文件所作出的解释。地方解释,即法定的地方人大常委会及其人民政府等依法对法律文件所作出的解释。

（八）国际条约

我国批准或参加的国际条约中有关行政内容的,也是我国的行政法渊源。

七、行政法律关系

行政法律关系,是指行政法所调整的,具有行政法上权利与义务内容的各种社会关系的总称。简言之,行政法律关系是受行政法调整的行政关系。具有以下特点:

（一）主体中必有一方是行政主体

在行政法律关系的主体中,必有一方是行使行政职权的行政主体。在行政法律关系双方主体中,行使行政职权的行政主体是任何一个具体行政法律关系都不可或缺的。

（二）行政法律关系具有不对等性

行政法律关系的主体即行政法律关系当事人,包括行政主体和行政相对人。行

政主体是国家行政机关及法律、法规、规章授权的组织。相对人是公民、法人和其他组织。这二者的地位是不平等的,权利和义务也是不对等的。这和民事法律关系有着很大的区别。

(三) 行政法律关系具有单方性

行政法律关系的产生、变更和消灭不以双方主体的意思表示一致为必要条件,行政主体可以单方面的设定、变更和消灭行政法律关系,无须征得相对人的同意。

(四) 行政法律关系的内容的特殊性

行政法律关系的内容,即行政法律关系主体所享有的权利和所承受的义务,都是由行政法律规范预先规定的,必须依法享有和承担。行政法律关系主体不得自由选择权利和义务,也不得随意放弃、转让权利和义务。

案例 1-3

2001年,中国足球协会组织全国足球甲级联赛并实施管理,长春亚泰足球队依据有关规则参加了全国足球甲级B组联赛。在联赛中,长春亚泰足球队在2001年10月6日的第22轮与浙江绿城足球队比赛中,净胜6球,在整个赛季中排名甲B第二。按照中国足球协会发布的《全国足球队甲级联赛规则》第九条的有关规定,长春亚泰足球队应升入甲A足球队之列。2001年10月16日,中国足球协会纪律委员会下发《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》。在处理决定中指出,在中国国家足球队冲击世界杯决赛圈的关键时刻,四川绵阳、成都五牛、长春亚泰、江苏舜天和浙江绿城俱乐部队却在甲B联赛最后两轮的三场比赛中,严重违反体育公平竞争精神、严重损害中国足球职业联赛形象,在社会上造成了极其恶劣的影响。因此,该决定作出了以下处罚:取消长春亚泰足球队升入甲A资格,取消长春亚泰足球队2002年、2003年甲乙级足球联赛引进国内球员资格,限长春亚泰足球队3个月期限的内部整顿。^①

【问题】

中国足球协会对长春亚泰足球队的处理中二者之间是行政法律关系吗?为什么?

【评析】

是行政法律关系。因为在中国足球协会对长春亚泰足球队的处理关系中,中国足球协会是行使行政职权的法律授权组织。根据《体育法》第49条的规定:“在竞技体育中从事弄虚作假等违反纪律和体育规则的行为,由体育社会团体按照章程规定

^① 《长春亚泰及其教练状告中国足协案人民法院不予受理》,载《新华网》,2002-01-24。http://news.xinhuanet.com/newscenter/2002-01/24/content_252933.htm。

给予处罚；对国家工作人员中的直接责任人员，依法给予行政处分。”而中国足球协会正是足球体育社会团体，也是依照其章程对长春亚泰足球队作出的处罚，因此二者之间形成了行政法律关系。

第二节 行政法的基本原则

一、行政法基本原则的概念与作用

行政法的基本原则，是指贯穿于行政立法、行政执法以及对行政行为进行监督的全部过程之中，体现行政法最主要、最具有普遍性的价值理念，蕴含于所有行政法律规范之中的主要精神和指导思想。行政法的基本原则一般包括行政合法性原则和行政合理性原则。

行政法的基本原则的主要作用有：

（一）指导行政立法

指导行政立法，有助于行政法体系的统一、协调与稳定。行政法的基本原则是行政法规范制定的依据。有了行政法的基本原则，可以使得内容繁复、数量繁多、形式多样的、易于变化的行政法律规范有着基本一致的价值取向和核心精神，有助于行政法体系的统一、协调与稳定。

（二）指导行政执法

指导行政法的实施，有助于行政法实施的统一与协调。无论是行政主体行使行政职权的行为，还是行政相对人遵守行政法律规范，享受相应的权利和义务的行为，抑或是对行政主体的行政行为进行各种监督的行为，都必须以行政法的基本原则为指导思想。而统一的指导思想，有助于其按照统一的标准和要求来实施行政法，实现行政法实施的统一与协调。

（三）弥补行政法律规范的不足与疏漏

有助于弥补行政法律规范的不足与疏漏，保证社会关系得到及时、必要的调整。由于人们认识上的局限性和社会情况的不断发展等主客观原因，行政法律体系难免存在一定的疏漏与不足，当行政法具体规范不明确或没有规定的情况下，行政法的基本原则可供适用或为法律解释确定界限。

二、行政合法性原则

（一）行政合法性原则的概念

合法性原则，又称依法行政原则，是行政法治的核心内容，是指行政权力的存在、

行使必须依据法律,严格符合法律要求,不能与法律相抵触。作为行政法的基本原则,从本质上看,合法性原则解决的是行政权和法的关系问题。行政合法性原则是现代各法治国家所普遍采用的根本原则之一,在行政法中具有不可替代的作用。我国《宪法》第5条中规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家……一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”

合法性原则中“法”的理解。这里的“法”,从中国行政法的实践来看,应作广义的理解,即既包括法律、行政法规、地方性法规、自治条例与单行条例,也应包括规章,甚至包括具有法属性的具有普遍约束力的决定和命令。2004年国务院颁布了《全面推进依法行政实施纲要》,明确指出合法行政是依法行政的基本要求之一,“行政机关实施行政管理,应当依照法律、法规、规章的规定进行;没有法律、法规、规章的规定,行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的决定”。可见,规章也被包含在这里的“法”的概念之中。这不仅是我国行政法的实践的理解,也是各国行政法发展的趋势。

(二) 行政合法性原则的具体要求

在我国,行政合法性原则要求:行政主体的设立合法,行政职权的存在合法,行政职权的行使合法,违法行使行政职权应承担相应的法律责任。

1. 行政主体的设立要合法

“行政机关是法律的产儿。”^①法律是行政主体赖以生存的基础,行政机关是由代议机关通过相关法律而创设的。在没有法律依据的情况下,行政主体不应自行设立。

2. 行政职权的存在要合法

任何行政职权都必须基于法律的授权才能存在。这是指中央政府与地方政府的权限划分、政府各主管部门之间的权限划分、上级与下级的权限划分等都必须依法确立。各行政主体的职权不能超越法律设立和授予的范围。

3. 行政职权的行使要合法

依法行使行政职权,既是实现国家行政职能和社会管理的重要途径,也是保障公民权益的重要手段。它既是行政主体的一项权力,更是行政法对行政主体设定的一种义务或职责。对于法定的行政职权,行政主体必须依据法定的程序要求和实体内容,严格全面地予以实施。行政主体不得放弃行使、拖延行使,或者不按要求行使,否则都应受到法律的追究。同时,行政职权不得随意转授和委托,行政职权的授权和委托必须严格符合法律的规定。

^① [美]伯纳德·施瓦茨:《行政法》,徐炳译,141页,北京,群众出版社,1986。

4. 违法行使行政职权应承担相应的法律责任

违法行使行政职权应承担相应的法律责任,即违法必究,要求违法行使行政职权的行为受到法律追究,承担相应的法律责任,是行政合法性原则的重要组成部分。行政主体必须依法行使行政职权,一旦违法行使了职权,作出了相应的行政行为,侵犯了公民、法人和其他组织的合法权益,都应当承担相应的法律责任。有权机关、新闻媒体、公民组织等都可以对其违法行使职权的行政行为依法进行监督,权利受到侵害的公民、法人和其他组织有权依法获得行政救济。

案例 1-4

网店主曾华(化名)在北京市海淀区一居民区内租了套房,办公兼做库房。这不是他注册公司的经营地,他注册的公司地址是虚拟的。9月17日起,中关村工商所某巡查员,发现并开始对曾华的违规行为进行处罚。以下是双方从沟通到处罚的过程。

9月17日,两名工商所工作人员到网店店主曾华的库房进行检查,发现曾华的违法经营行为——无照经营,并告知曾华“第二天下午去工商所接受处理”。

9月18日,曾华到该工商所,向工商人员递上营业执照副本复印件,被告知,其行为属于私设分支机构,属违法经营。同时该工商人员向曾华提出两种解决方案:第一种是罚款10万元,没收非法所得。第二种,由工商人员帮忙规避法律法规,罚款2万元,公司在这个工商所备案。

10月10日上午,曾华再次按工商人员的要求来到该工商所。该所工作人员说:“异地经营和私设分支机构处罚都比较重,按无照经营处罚则较轻。”最后,该工作人员还是“建议”按无照经营处罚,并说“最低处罚1万,低于1万我做不了”。曾华说:“自己是小企业、房租高、生意不好,无力承受1万元罚款。”该所工作人员又说:“这样吧,我给你做主了,5000元,到时我找领导说说。”

10月11日,按照约定,曾华中午1点到中关村工商所交罚款。该工商所工作人员向店主曾华收取了5000元罚款,并未给曾华任何罚款单据或凭证。^①

【问题】

该工商所及其工作人员对曾华的处罚行为符合行政合法性原则吗?

【评析】

该工商所在对曾华的违法经营行为进行查处时,无论是实体还是程序,都严重违法。因此,不符合行政合法性原则。理由如下:

^① 《一工商所人员涉违规收罚款》,载《新京报》,2012-10-18。<http://www.bjnews.com.cn/news/2012/10/18/228301.html>。

第一,该所工作人员违反实体法律规定,随意决定和改变行政职权的行使,擅自处分了应严格依法行使的行政职权。该案例中,处罚名目变化了四次:①无照经营;②私设分支机构;③异地经营;④无照经营。处罚金额变化了三次:①罚款10万元,没收非法所得,或由该所工作人员帮忙规避法律法规,罚款2万元;②最低处罚1万;③罚款5000元。我国《行政处罚法》第55条中规定:“行政机关实施行政处罚,有下列情形之一的,由上级行政机关或有关部门责令改正,可对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分……(二)擅自改变行政处罚种类、幅度的……”

第二,该所工作人员严重违反程序法律规定。《行政处罚法》第46条明确规定:“作出罚款决定的行政机关应与收缴罚款的机构分离。作出行政处罚决定的行政机关及执法人员不得自行收缴罚款。当事人应当自收到行政处罚决定书之日起十五日内,到指定的银行缴纳罚款。”第56条规定:“行政机关对当事人进行处罚不使用罚款、没收财物单据的,当事人有权拒绝处罚,并有权予以检举。”因此,该所工作人员当场直接收取处罚罚款且未向曾华出示任何有效凭证的行为严重违反了法定的处罚程序。

三、行政合理性原则

(一) 行政合理性原则的概念

行政合理性原则产生的原因。鉴于行政管理的范围极为广泛、内容繁复多变,而且具有一定的专业性、技术性,因此法律往往无法对所有的行政活动都作出明确的规定,必须赋予行政主体一定的自由裁量权,使得行政主体可以在法律规定的条件下,根据其合理的判断,决定作为或者不作为,以及如何作为,如作出行为的范围、幅度、条件、方式等。正是基于行政主体这种自由裁量权的存在,行政合理性原则是行政法的基本原则之一。

行政合理性原则,是指行政主体不仅应当按照行政法律规范所规定的条件、种类和幅度范围作出行政行为,而且要求行政主体及其工作人员在行使裁量权时必须保持相当的合理性。

行政合理性原则中“合理”的理解。合理,往往和适当、正当、公平、正义、平等、公正等具有相近的意思。从中国行政法的实践来看,合理指的是行政行为的内容要符合立法精神和目的,符合公平正义等法律理性。2004年国务院颁布的《全面推进依法行政实施纲要》,明确指出合理行政是行政法的基本原则之一,合理行政是指,“行政机关实施行政管理,应当遵循公平、公正的原则。要平等对待行政管理相对人,不偏私、不歧视。行使自由裁量权应当符合法律目的,排除不相关因素的干扰;所采取的措施和手段应当必要、适当;行政机关实施行政管理可以采用多种方式实现行政目的的,应当避免采用损害当事人权益的方式”。

（二）行政合理性原则的具体要求

行政合理性原则作为一项普遍适用的行政法的基本原则,其具体要求主要有:行政行为的动机应当符合立法目的;行政行为在裁量过程中应当正当考虑;对相对人要平等对待;最后应当符合比例原则。

1. 行政行为的动机应当符合立法目的

任何行政法律的制定都是基于一定的社会公共利益的需要,是为了实现某种国家职能、社会管理的目标。而法律授予行政主体相应的职权来为或不为某种行为,正是为了实现该项立法的目的。因此,无论是否有明确的法律规定,行政机关行使行政职权、实施行政行为时必须符合法律目的。比如说我国《行政处罚法》的规定,行政处罚的立法目的是为了“规范行政处罚的设定和实施,保障和监督行政机关有效实施行政管理,维护公共利益和社会秩序,保护公民、法人或者其他组织的合法权益……”如果行政机关作出罚款的处罚,其目的是为了增加财政收入、改善工作人员的福利待遇,就属于不符合法定动机、立法目的,违反了行政合理性原则。

2. 行政行为在裁量过程中应当正当考虑

行政行为在裁量过程中应当正当考虑,即不得考虑不相关因素,或者没有考虑应当考虑的因素。这里的正当考虑,通常是指法律明示或者暗示行政主体在为行政行为时应当考虑的因素。如果应当考虑的因素不考虑而不应考虑的因素却考虑了,则将构成滥用行政职权。比如说,《治安管理处罚法》第19条规定:“违反治安管理有下列情形之一的,减轻处罚或者不予处罚:(一)情节特别轻微的;(二)主动消除或者减轻违法后果,并取得被侵害人谅解的;(三)出于他人胁迫或者诱骗的;(四)主动投案,向公安机关如实陈述自己的违法行为的;(五)有立功表现的。”这里的五项即为相关因素。而某公安机关工作人员在处理治安行政案件时,考虑到加害人是自己的亲戚或领导的家属,而对其作出极轻的处罚决定,就是考虑了不相关因素,违反了行政合理性原则。

3. 对相对人要平等对待

对相对人要平等对待,这一要求主要体现在行政主体针对多个相对人作出行政行为时,要一视同仁地适用法律,或者说,同样情况要同样处理,不同情况则要区别对待,而不得对相同事实给予不同对待。具体而言,包括在同一案件中,不能因人而异、厚此薄彼;在同类案件中,力争同案同处理。比如说,两个行为人同样参与赌博的,在其他法定情节都一样的情况下,对一个处以警告,对另一个罚款1000元,即是明显的处罚过于悬殊了。或者说,先后有两起赌博的治安案件,在其他法定情节都一样的情况下,对先前的一起处以警告,对后来的一起处以罚款1000元等,都是没有平等对待,违反了行政合理性原则。

4. 应当符合比例原则

所谓比例原则,是指行政主体应当选择造成相对人损害最小、最适当的方法来实

现行政目的,不得“以大炮打麻雀”,用严厉的手段来解决相对较小的问题。比如说,我国《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。”

案例 1-5

某日,刘某(男,35岁)认为邻居李某(男,38岁)家中十分吵闹,影响其休息,于是上门干预。双方在交涉中发生争执并相互殴打,最后双方均受伤,经法医鉴定,二人均受轻微伤。根据《治安管理处罚法》第43条的规定,对此类行为,“处五日以上十日以下拘留,并处二百元以上五百元以下罚款;情节较轻的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款。有下列情形之一的,处十日以上十五日以下拘留,并处五百元以上一千元以下罚款:(一)结伙殴打、伤害他人的;(二)殴打、伤害残疾人、孕妇、不满十四周岁的人或者六十周岁以上的人的;(三)多次殴打、伤害他人或者一次殴打、伤害多人的。”根据上述有关规定,并且考虑到刘某曾因盗窃罪而被判刑3年,一年前刚出狱,因此对刘某处以10天拘留,对李某处以500元的罚款。

【问题】

公安局对刘某和李某的处罚行为是否合法适当?是否符合行政法的基本原则?

【评析】

公安局对刘某和李某的行政处罚行为是合法的,但不合理,违背了行政合理性的原则。原因如下:

第一,本案中,根据法定的处罚幅度的规定,公安局对刘某处以10天拘留、对李某处以500元的罚款属于法定的幅度内,其行为没有超越法律,不与法律相抵触,是合法的。

第二,公安局对刘某处以10天拘留、对李某处以500元的罚款,没有遵循平等对待的要求,违反了合理性原则。刘某和李某都实施了殴打他人的行为,都造成了轻微伤害的后果,但是对刘某处以10天拘留,而李某处以500元的罚款,显然过于悬殊。

第三,公安局对刘某处以10天拘留,除以其违法事实情节等为依据外,还考虑了刘某曾因盗窃罪而被判刑3年、一年前刚出狱的因素,而这是一种不正当的考虑。因此,该公安局作出的行政处罚行为,违背了行政合理性原则的要求,属不合理的行为。

【课后练习】

一、单选题

1. 下列关于行政法所规范的“行政”的正确说法是()。

A. 企业单位对其内部人事和生产等活动的组织管理行为

B. 行政法所规范的行政是指公共行政,即国家行政机关对公共事务的组织和管理等活动

- C. 行政法所规范的行政泛指由行政机关所实施的一切活动
D. 行政法上的行政具有主体双方地位平等的特征
2. 下列关于国家行政权力的认识选项中,说法错误的是()。
- A. 国家行政权力是一种可以强制他人服从的力量
B. 具有执行性,即行政机关对我国国家权力机关各级人民代表大会的从属性
C. 国家行政权力只能为国家行政机关所享有
D. 具有不可处分性,国家行政权力是职权与职责的统一
3. 下列关于行政法的特征说法错误的是()。
- A. 缺乏统一完备的实体法法典 B. 具有统一完备的实体法法典
C. 行政法的内容广泛 D. 行政法律规范经常立、改、废
4. 下列属于我国行政法的渊源是()。
- A. 行政法的原理和学说
B. 人民法院的行政判例
C. 最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定
D. 行政法基本原则
5. 下列表述不是合法行政原则的内在含义的是()。
- A. 行政活动必须遵守现行有效的法律
B. 行政活动必须依照法律实行
C. 行政机关采取措施必须有立法性规定的明确授权
D. 行政行为必须符合公正原则
6. 下列活动形成的关系不属于行政法律关系的是()。
- A. 公安局给所属干警纪律处分 B. 县税务局干部上街宣传税法
C. 财政局取消不合法的收费项目 D. 人民法院审查工商局处罚决定

二、不定项选择题

1. 张某为某市集团公司的保安员(正式员工),2000年8月5日由于擅离职守造成公司部分财物被盗,公司经研究决定给予张某扣除该月奖金的处罚决定。张某遂产生报复念头,于是在8月6日晚,乘值夜班之机,将公司的生产用电变压器加以破坏,使得正常的生产受到了影响。次日公司发现后遂向市公安局报案,公安机关查明上述事实后,依法作出对张某拘留15日、罚款100元的治安行政处罚决定。同时责令张某赔偿公司的部分损失。上述案例中属于行政法调整领域的行为有哪些?()
- A. 集团公司对张某的扣除奖金的处罚决定
B. 市公安机关作出对张某拘留15日的决定
C. 市公安机关作出的对张某100元的罚款决定

D. 市公安机关责令张某赔偿集团公司的部分损失

2. 县林业局与本局王某等5名干部家属,签订了承包该局所管辖的某乡林业检查站的合同。合同规定:工资自付,全奖全罚。王某等承包人私印收费凭证,对当事人乱收、滥罚,县林业局遂决定废止合同。王某等人不服,诉至人民法院。人民法院判决合同无效,追缴罚款。请问王某败诉的原因何在?()

- A. 因违反合同规定而败诉
- B. 因行政权是职权与职责的统一体,故承包合同无效
- C. 因国家行政权不能承包,合同因此无效
- D. 因混淆了民事和行政两类性质不同的行为

3. 某县兽药门市部从外省一家制药厂购进一批兽药在本县出售。后县农牧渔业局兽药监督员王某发现兽药质量存在不稳定现象,遂取走部分样品检验,结果该药品不符合国家标准。农牧渔业局根据《兽药管理条例》对该门市部处以没收该种药品、没收违法所得以及罚款的处罚。该门市部不服处罚决定,向该县人民政府申请复议,政府经审查维持原处罚决定。门市部仍然不服,遂向该县人民法院提起行政诉讼。本案中,体现的行政法律关系有()。

- A. 兽药门市部与县农牧渔业局之间的法律关系
- B. 兽药门市部与制药厂之间的法律关系
- C. 兽药门市部与县人民政府之间的法律关系
- D. 兽药门市部与县人民法院之间的法律关系

4. 依法行政原则的具体要求是()。

- A. 行政权力的存在和行使以法律的规定为依据
- B. 权责统一,即行政机关行使的权力又是必须承担的责任和义务
- C. 行政行为必须符合程序合法化的要求
- D. 违法行政必须承担法律责任

5. 下列表述哪些是行政合理性原则的内在概念?()

- A. 行政行为必须具有合理的动机
- B. 行政行为必须考虑相关的因素
- C. 行政行为必须符合法律的目的和精神
- D. 行政行为必须符合法律的规定

三、简答题

- 1. 简述行政法的特点。
- 2. 行政法的法律渊源有哪些?

四、案例分析题

王某和李某系邻居,两家房屋紧连。2003年8月,王某向市城建局提出将其原房屋扩建二层楼房的申请,市城建局审查后同意并发放建房许可证,注明每层高度为3.2米。王某依照许可证的要求建成房屋并投入使用。同年12月,李某也向城建局

提出扩建房屋的申请,城建局予以批准,并且发放了建房许可证,注明每层高度3.6米。在李某建房过程中,王某发现李某建房的高度超过自己房屋的高度,挡光挡风,违反国务院颁布的《城镇个人建造住宅管理办法》(现已失效),不符合城镇规划要求,即上前阻止。但李某声称有城建局的建房许可,无人可以阻止。王某遂向人民法院提起诉讼,认为城建局违法行政,许可李某建房层高3.6米,违反省政府的建房规定:城镇居民建房层高一般不得超过3.2米。在审理中城建局辩称批准李某建房层高3.6米属个别情况,城建局有自由裁量权,拒绝说明理由。

问题:结合行政法的一般原则,对此案加以评析。

【拓展实训】

实训项目名称:列举日常生活中的行政法律现象和问题。

实训目标:让学生认识、了解行政法,从身边的感受说起,激发学生的学习兴趣,为以后的学习打下良好的基础。

实训具体步骤:

(1) 布置学生结合本章所学内容,列举自己日常生活中的行政法律现象和问题。

(2) 小组讨论。学生分成小组,相互讨论自己小组列举的法律现象和问题是否属于行政法上的现象和问题,并进行提炼总结。

(3) 小组代表汇报。小组代表汇报本组的讨论结果,提出小组中争议的问题,并说明理由。

(4) 教师反馈和总结。对各组列举的现象和问题、争议的问题进行点评和说明。

【练习答案】

一、单选题

1. B 2. C 3. B 4. C 5. D 6. B

二、多项选择题

1. BCD 2. BCD 3. ACD 4. ABCD 5. ABC

三、简答题

1. 行政法的特点有:(1)行政法涉及的领域极为广泛,内容非常丰富。(2)行政法规范具有易变性。(3)行政法律规范数量繁多,表现形式多样。(4)行政法没有统一完整的法典。(5)行政法实体性规范与程序性规范相互交织,往往共存于同一法律文件之中。

2. 行政法的法律渊源有:(1)宪法。(2)法律。(3)行政法规。行政法规是指国务院为领导和管理国家各项行政工作,根据宪法和法律,按照有关程序制定发布的政治、经济、教育、科技、文化、外事等各类法规的总称。(4)地方性法规。地方性法规是指省、自治区、直辖市和设区的市及自治州的人民代表大会及其常务委员会,省和自治区人民政府所在地的市、国务院批准的较大的市以及全国人大和全国人大常委

会批准设立的经济特区的人民代表大会及其常务委员会,在不与宪法、法律、行政法规相抵触的前提下依照法定程序所制定和颁布的规范性文件的总称。(5)自治条例和单行条例。自治条例和单行条例是指民族自治地方的人民代表大会依据宪法、民族区域自治法和其他法律规定的权限,结合当地的政治、经济和文化的特点依照法定程序所制定的规范性文件的总称。(6)行政规章。行政规章分为部门规章和地方政府规章。(7)法律解释。有权机关对法律、法规、规章等所作出的有效解释。(8)国际条约。我国批准或参加的国际条约中有关行政内容的,也是我国的行政法渊源。

四、案例分析题

此案中城建局的行为违反了行政法的基本原则。行政法的基本原则,是指贯穿于行政立法、行政执法以及对行政行为进行监督的全部过程之中,体现行政法最主要、最具有普遍性的价值理念,蕴含于所有行政法律规范之中的主要精神和指导思想。行政法的基本原则一般包括行政合法性原则和行政合理性原则。

城建局的行为违反了行政合法性原则。合法性原则,又称依法行政原则,是行政法治的核心内容,是指行政权力的存在、行使必须依据法律,严格符合法律要求,不能与法律相抵触。在我国,行政合法性原则要求:行政主体的设立合法,行政职权的存在合法,行政职权的行使合法,违法行使行政职权应承担相应的法律责任。本案中,《城镇个人建造住宅管理办法》(现已失效)中明确规定,城镇居民建房层高一般不得超过3.2米。对于该项法律规定,城建局必须严格全面地予以实施,而不享有自由裁量权。

另外,城建局的行为也违反了行政合理性原则。行政合理性原则,是指行政主体不仅应当按照行政法律规范所规定的条件、种类和幅度范围作出行政行为,而且要求行政主体及其工作人员在行使裁量权时必须保持相当的合理性。行政合理性原则作为一项普遍适用的行政法的基本原则,其具体要求主要有:行政行为的动机应当符合立法目的;行政行为在裁量过程中应当正当考虑;对相对人要平等对待;最后应当符合比例原则。本案中,王某和李某同样向城建局提出扩建房屋的申请,而城建局给王某发放的是每层高3.2米的建房许可证,而给李某发放的是每层高3.6米的建房许可证,违反了合理性原则中平等对待的要求。

第二章 行政主体

【事例回放】

田某诉北京科技大学案

1994年9月,原告田某考入被告北京科技大学下属的应用科学学院物理化学系,取得本科生学籍。1996年2月29日,田某在参加电磁学课程补考过程中,随身携带写有电磁学公式的纸条,中途去厕所时,纸条掉出,被监考教师发现。监考教师虽未发现田某有偷看纸条的行为,但还是按照考场纪律,当即停止了田某的考试。北京科技大学于同年3月5日按照“068号通知”第3条第5项关于“夹带者,包括写在手上等作弊行为者”的规定,认定田某的行为是考试作弊;同时根据该通知第1条“凡考试作弊者,一律按退学处理”的规定,决定对田某按退学处理,于4月10日填发了学籍变动通知。但是,北京科技大学没有直接向田某宣布处分决定和送达变更学籍通知,也未给田某办理退学手续。田某继续在该校以在校大学生的身份参加正常学习及学校组织的各项活动。

1996年3月,原告田某的学生证丢失,未进行1995学年至1996学年第二学期的注册。同年9月,被告北京科技大学为田某补办了学生证。其后,北京科技大学每学年均收取田某交纳的教育费,并为田某进行注册、发放大学生补助津贴,还安排田某参加了大学生毕业实习设计,并由论文指导教师领取了学校发放的毕业设计结业费。田某还以该校大学生的名义参加考试,先后取得了大学英语四级、计算机应用水平测试BASIC语言成绩合格证书。田某在该校学习的4年中,成绩全部合格,通过了毕业实习、设计及论文答辩,获得优秀毕业论文及毕业总成绩全班第九名。

1998年6月,被告北京科技大学的有关部门以原告田某不具有学籍为由,拒绝为其颁发毕业证,进而也未向教育行政部门呈报毕业派遣资格表。原告田某认为自己符合大学毕业生的法定条件,被告北京科技大学拒绝给其颁发毕业证、学位证是违法的,遂向北京市海淀区人民法院提起行政诉讼。^①

【问题】

本案中北京科技大学是行政主体吗?

^① 《田某诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案》, <http://www.chinacourt.org/article/detail/2002/11/id/18054.shtml>。

【评析】

本案中的北京科技大学是行政主体。

在我国目前情况下,某些事业单位、社会团体,虽然不具有行政机关的资格,但是法律赋予它行使一定的行政管理职权。这些单位、团体与管理相对人之间不存在平等的民事关系,而是特殊的行政管理关系。他们之间因管理行为而发生的争议,不是民事诉讼,而是行政诉讼。

本案中,被告北京科技大学是从事高等教育事业的法人。我国《教育法》第21条规定:“国家实行学业证书制度。经国家批准设立或者认可的学校及其他教育机构按照国家规定,颁发学历证书或者其他学业证书。”第22条规定:“国家实行学位制度。学位授予单位依法对达到一定学术水平或者专业技术水平的人员授予相应的学位,颁发学位证书。”我国《学位条例》第8条规定:“学士学位,由国务院授权的高等学校授予。”可见,学籍管理也是学校依法对受教育者实施的一项特殊的行政管理。本案被告北京科技大学正是依照法律的规定,代表国家行使对受教育者颁发学业证书、学位证书的行政权力,当然是行政主体。

【重点知识】

第一节 行政主体概述

一、行政主体的概念

行政主体是指享有国家行政权力,能够以自己的名义从事行政管理活动,并独立承担由此引起的法律后果的组织。行政主体有以下特征:

(一) 享有国家行政权力、从事行政管理活动

行政主体是一个组织,不是个人,尽管行政权力往往最终由个人来实际行使。行政主体是享有宪法和法律赋予的行政权力的组织,这一点将行政主体与其他国家机关、组织区别开来。比如说,国家权力机关(立法权)、人民法院(审判权)和人民检察院(检察权)、一般的企业事业单位和社会团体、其他组织(私人行政权)等,在没有宪法和法律赋予行政权力的情况下,就不是行政主体。

(二) 以自己的名义行使行政权力、从事行政管理活动

行政主体能够在依法行使职权的同时,对外直接以主体自己的名义行使行政权力、从事行政管理活动。有些组织虽然能够行使行政权力,但对外不能以自己的名义进行。比如说,治安科只能以公安局的名义对外进行行政拘留,办公厅(室)只能以所属政府或政府职能部门的名义发布规范性文件,受委托的组织在依法行使行政权

力时对外不能以自己的名义作出行政决定等。

（三）独立对外承担其行为所产生的法律后果

能否独立承担法律责任,是判断是否为行政主体重要标准之一。如果某一组织虽然能够行使行政权力,实施行政管理活动,但并不承担因此产生的法律责任,则不是行政主体。成为行政主体,必须能够独立参加行政复议、行政诉讼,成为行政复议、行政诉讼当事人,并且能够承担相应的法律后果。

案例 2-1

张某是某市车站路摆摊卖小吃的个体户。2000年8月20日,张某与一顾客谢某发生争执,继而相互推搡,致使谢某跌伤了右腿。第二天,某市某区公安分局治安科依据《治安管理处罚条例》第22条的规定,以殴打他人为由,裁决张某治安罚款100元,并赔偿医药费45元。该治安科未制作、送达治安处罚裁决书,罚款由治安科出具了一个收据。张某不服,向某区人民法院提起诉讼,状告某区公安分局治安科违法实施行政处罚。^①

【问题】

该案中的治安科是行政主体吗?

【评析】

该案中的治安科不是行政主体。

行政主体是指享有国家行政权力,能够以自己的名义从事行政管理活动,并独立承担由此引起的法律后果的组织。本案中所涉及的某区公安分局为行政机关,是行政法上的行政主体。而本案中的治安科是公安分局的一个内部组织机构,是具体执行公务、实现区公安分局职能的机构,既不能以自己的名义对外作出该处罚行为,也不能独立承担由该处罚行为所产生的法律后果,例如,成为行政复议的被申请人和行政诉讼的被告。因此,治安科不是行政主体,该处罚行为只能以区公安局的名义作出,由此产生的法律后果也只能由区公安局来承担。

二、行政主体与其他相关概念

行政主体是行政法的基本概念。为了更好的理解行政主体的概念,有必要将其与其他相关概念进行比较。

（一）行政主体与行政机关

行政机关,又称国家行政管理机关,是指由国家依法设立,具有国家行政职权,管理国家行政事务的国家机关和机构。我国现行的一些法律规定中使用“行政机关”

^① 莫于川主编:《案例行政法学》,36页,北京,中央广播电视大学出版社,2009。

的概念来取代了实际上的“行政主体”概念。但其实这二者并不是一回事。行政主体和行政机关的关系如下(参见图 2-1):

1. 行政机关是最主要的行政主体

行政主体的组成中,行政机关十分重要。但是,行政主体除了有行政机关,还有其他的组织,比如说,法律、法规授权的组织。这些组织虽然不是行政机关,但如果得到了法律、法规的授权,也拥有一定的行政权力,进行相应的行政管理活动,享有与行政机关同样的法律地位,也是行政主体。

2. 并非所有的行政机关在任何情况下都是行政主体

比如说,在民事法律关系中,行政机关只是普通的民事主体;即使在行政法律关系中,行政机关也有可能成为行政管理的对象,即行政相对人。另外,有些政府临时设置的机关只负责管理内部事务,不能对外以自己名义行使职权,也不能独立承担相应的法律责任,当然也就不是行政主体了。

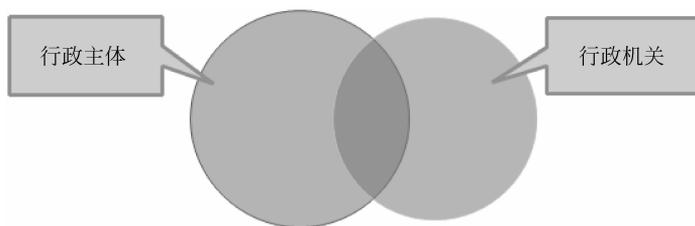


图 2-1 行政主体与行政机关的关系

案例 2-2

某市工商行政管理局因办公用房紧张向政府主管部门申请扩建办公大楼。市工商行政管理局领取了城市建设规划许可证,后因资金缺乏便引进某房地产开发公司共同建造。双方商定:工商行政管理局出地,房地产开发商出钱,建房后,产权证登记在工商行政管理局名下,但一半建筑归房地产开发商使用 50 年,期满后归还该建筑。双方履行了合同。但是,在合同履行过程中,被该市土地管理局查处,土地局认定工商行政管理局和房地产商是非法买卖土地,并依据《土地法》第 73 条的规定,分别对工商行政管理局和房地产商作出了行政处罚。工商行政管理局不服,认为工商行政管理局是一个国家行政机关,该市土地管理局不应对行政机关作出行政处罚。

【问题】

该市工商行政管理局是行政机关吗?在本案中是行政主体吗?

【评析】

该市工商行政管理局是行政机关,但在本案中不是行政主体。

本案例中,就市土地管理局与工商行政管理局之间的关系而言,市土地管理局对工商行政管理局和房地产开发公司进行了行政处罚,行使了行政管理职权,是本案中的行政主体。而市工商行政管理局虽然也是由国家依法设立、具有国家行政职权、是管理国家行政事务的国家机关和机构,但在本案中并未行使行政管理职权,而是行政管理的对象,处于被管理的行政相对人的法律地位,因此并不是行政主体。

另外,本案例中就市工商行政管理局与某房地产开发公司之间的关系而言,双方是民事上的合同关系,工商行政管理局只是普通的民事主体,同样不是行政主体。

(二) 行政主体与公务员

公务员,是指依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员。行政主体是组织,公务员是个人。行政主体是组织,无法自行实施行政管理活动,必须由其内部的工作人员即公务员来完成。公务员代表其所在的行政机关,以其所在的行政机关的名义作出行政行为,并由行政机关来承担行为的相应后果。

当然,并非公务员的所有行为都能以其所在的行政机关的名义作出,并由行政机关来承担行为的相应后果。比如说,在民事法律关系中,公务员只是普通的民事主体,其行为与其所在的行政机关并没有直接关系。另外,当公务员的行为并非是公务行为时,其所在的行政机关也并不承担该行为的法律后果。

案例 2-3

某县公安局民警李某在一次宴请老战友的酒席上与酒店老板王某发生争执。李某一气之下,将酒店内的一台高级进口彩电砸坏,并扬言要吊销王某的营业执照。事后,酒店老板王某多次向李某要求赔偿,均遭到拒绝。无奈之下,王某找到县公安局,称李某为县公安局工作人员,他造成的损害应由公安局予以赔偿。被公安局拒绝后,王某以县公安局为被告,向县人民法院提起行政诉讼,请求人民法院判令县公安局赔偿自己的损失。

【问题】

县公安局民警李某的行为是个人行为还是公务行为?

【评析】

县公安局民警李某的行为是个人行为。

公务员通常同时具有双重身份:普通的自然人和以行政主体的名义行使行政职权的自然人。当公务员以普通自然人的身份作出的行为通常是个人行为,而以行使行政职权的身份作出的行为通常是公务行为。当然,只有公务行为才会引起行政法律关系的产生、变更和消灭。那么,如何认定公务行为呢?

区分公务员所为的行为究竟是个人行为还是公务行为有时间、地点、目的、名义、职权等多种标准。通常而言,公务员在上班时间所为的行为应是职务行为;在职权管

辖范围内、在办公地点所为的行为是公务行为；以执行公务为目的的行为是公务行为；以行政主体的名义作出的行为是公务行为；行使行政职权、履行行政职责的行为是公务行为等。时间、地点、目的、名义等标准是判断公务行为的重要参考标准，但各个标准往往难以单独构成公务行为的判断标准，比如说，公务员上班从事私人行为，依然是私人行为；以行政主体的名义为私人的行为等。公务行为的判断需要综合多种要素，其中最主要的标准还是看公务员的行为是否在执行职务，只要一个行为发生于执行职务的过程中，包含着行政职权的运用，该行为一般属于公务行为，否则属于个人行为。

因此，本案中李某的行为属于典型的个人行为。李某在和战友吃饭的过程中与酒店老板发生了争执，盛怒之下砸坏彩电，完全是个人行为，根本不是在执行职务，与其所在的县公安局毫无关系。

（三）行政主体与行政相对人

在行政法律关系中，行政主体和行政相对人是主体。行政相对人，是指在行政法律关系中与行政主体相对应的另一方当事人，是权益受行政主体的行政行为影响的公民、法人和其他组织。行政主体和行政相对人共同构成了行政法律关系的主体。

另外，在行政法律关系中，行政主体与行政相对人在法律地位、权力（利）和义务上有着较大的区别。行政主体是行政职权的享有者和行使者，在行政法律关系中占有主导、支配地位。而行政相对人则是被管理者、处于被支配的地位。当然，行政相对人也享有一定的权利，履行一定的义务。行政相对人享有请求权，有参与行政的权利，有广泛的知情权，有行政程序上的权利，还有获得救济的权利，等等。行政相对人更有遵守行政法律规定、服从行政命令、协助行政公务和提供真实信息等义务。

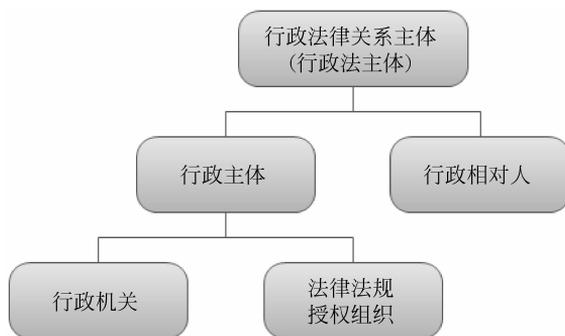


图 2-2 行政主体与相关概念关系

案例 2-4

2012 年 9 月 15 日，西安举行了保钓的反日游行示威活动，其间发生了打砸抢。

2012年10月11日上午“9·15”西安游行中被砸成重伤的日系车主李建利委托律师,向西安莲湖区人民法院提交行政起诉书,状告西安市公安局“不作为”,并索赔50万。起诉书中,原告李建利认为,作为游行示威的主管机关,西安市公安局有职责在游行示威前作出详细的预案并配备足够的警力,保证公民集会游行示威的有序进行。“但是,在2012年9月15日游行的第一天,在西安市发生了数量众多的违法侵害公民人身权和财产权的违法行为。从始至终,我们看不到人民警察迅速有效反应。”^①

【问题】

如果人民法院受理了该案件,案件中的行政主体和行政相对人会是谁?行政相对人享有、行使了哪些权利和义务?

【评析】

行政主体为西安市公安局,行政相对人为李建利。作为行政相对人,李建利享有请求权,有参与行政的权利,有广泛的知情权,有行政程序上的权利,还有获得救济的权利,等等。在本案中,他行使的是获得救济的权利,即对行政主体作出的行政行为不服,提起行政诉讼的权利。这里的行政行为,指的是西安市公安局不作为的行为。

第二节 行政机关

一、行政机关的概念与特征

行政机关是最重要的行政主体。行政机关,指的是依照宪法和有关组织法的规定而设立的依法行使国家行政职权、对国家各项行政事务进行组织和管理的国家机关。行政机关由权力机关产生,是权力机关的执行机关。在我国,行政机关根据国家权力机关的决定和授权,依照宪法、组织法和有关法律的规定而设立,并且依法对国家行政事务行使组织、管理、指挥和监督等行政权力,对权力机关负责并报告工作。行政机关具有以下特征:

(一) 行政机关是国家机关,属于国家机关系统

现代法治社会中,国家权力一般都分为立法权、行政权和司法权,相应的,国家机关也分为立法机关、行政机关与司法机关。行政机关由国家设立,代表国家行使行政职权,管理国家行政事务。

(二) 行政机关是行使行政权力的国家机关

行政机关实施的是国家行政职能,是国家的内政外交事务的职能、执行法律的职

^① 《重伤日系车主告西安公安局》, <http://politics.people.com.cn/n/2012/1012/c70731-19235742.html>。

能、管理公共事务的职能等。在我国,行政机关是国家权力机关的执行机关,其基本职能就是执行国家权力机关制定的法律法规以及作出的决议、决定等。

(三) 行政机关是依法设立的国家机关

就行政机关的设置而言,是依据宪法、组织法和有关法律的规定而设立的。就行政机关行使的行政职权而言,是来源于法律的授权。未经授权,行政机关不得行使行政权力。正是因为行政机关是依法设立,其设立的目的是为了行使行政职权,进行行政管理,维护国家和社会秩序,所以,行政机关从其成立之日起就具有行政主体资格。

二、行政机关的范围

(一) 国务院

中华人民共和国国务院,即中央人民政府,是最高国家权力机关的执行机关,是最高国家行政机关,由总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长组成。国务院实行总理负责制。国务院秘书长在总理领导下,负责处理国务院的日常工作。国务院设立办公厅,由秘书长领导。

国务院的职权主要包括:根据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令;向全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会提出议案;规定各部和各委员会的任务和职责,统一领导各部和各委员会的工作,并且领导不属于各部和各委员会的全国性的行政工作;统一领导全国地方各级国家行政机关的工作,规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分;编制和执行国民经济和社会发展计划和国家预算;领导和管理经济工作和城乡建设;领导和管理教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作;领导和管理民政、公安、司法行政和监察等工作;管理对外事务,同外国缔结条约和协定;领导和管理国防建设事业;领导和管理民族事务,保障少数民族的平等权利和民族自治地方的自治权利;保护华侨的正当的权利和利益,保护归侨和侨眷的合法的权利和利益;改变或者撤销各部、各委员会发布的不适当的命令、指示和规章;改变或者撤销地方各级国家行政机关的不适当的决定和命令;批准省、自治区、直辖市的区域划分,批准自治州、县、自治县、市的建置和区域划分;依照法律规定决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态;审定行政机构的编制,依照法律规定任免、培训、考核和奖惩行政人员;全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会授予的其他职权。国务院掌管全国行政事务,是权力最大的行政主体。

(二) 国务院的行政机构

国务院行政机构根据职能分为国务院办公厅、国务院组成部门、国务院直属特设机构、国务院直属机构、国务院办事机构、国务院直属事业单位、国务院部委管理的国家局和国务院议事协调机构。其中,国务院办公厅协助国务院领导处理国务院日常

工作。国务院办事机构协助国务院总理办理专门事项,不具有独立的行政管理职能。国务院议事协调机构承担跨国务院行政机构的重要业务工作的组织协调任务。在特殊或者紧急的情况下,经国务院同意,国务院议事机构可以规定临时性的行政管理措施。一般而言,能够成为行政主体的行政机关通常包括:

1. 国务院组成部门

国务院组成部门依法分别履行国务院基本的行政管理职能。国务院组成部门包括:外交部、国防部、国家发展改革委员会、教育部、科学技术部、工业和信息化部、国家民族事务委员会、公安部、安全部、监察部、民政部、司法部、财政部、人力资源和社会保障部、国土资源部、环境保护部、住房和城乡建设部、交通运输部、水利部、农业部、商务部、文化部、国家卫生和计划生育委员会、人民银行、审计署一共 25 个部委。^①

2. 国务院直属特设机构

国务院直属特设机构,即国有资产监督管理委员会。

3. 国务院直属机构

国务院直属机构主管国务院的某项专门业务,具有独立的行政管理职能。目前,国务院设立的直属机构主要有:海关总署、税务总局、工商总局、质检总局、新闻出版广电总局、体育总局、安全监管总局、食品药品监管总局、统计局、林业局、知识产权局、旅游局、宗教事务局、参事室、国管局、预防腐败局一共 16 个直属机构。

4. 国务院部委管理的国家局

国务院组成部门管理的国家行政机构,由国务院组成部门管理,主管特定业务,行使行政管理职能。目前,国务院设立的部委管理的国家局有:信访局、粮食局、能源局、国防科技工业局、烟草局、外专局、公务员局、海洋局、测绘局、铁路局、民航局、邮政局、文物局、中医药局、外汇局、煤矿安监局一共 16 个局。

(三) 地方各级人民政府

地方各级人民政府是地方各级国家权力机关的执行机关,是地方各级国家行政机关。全国地方各级人民政府都是国务院统一领导下的国家行政机关,都服从国务院。地方各级人民政府既要对本级人民代表大会及其常务委员会负责并报告工作,同时也要对上一级人民政府负责,都要服从国务院的统一领导。

我国地方各级人民政府分为省(自治区、直辖市)、市(自治州、直辖市的区)、县、乡(镇)四级,实行省长、市长、县长、区长、乡长、镇长负责制。县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限,管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政

^① 这是 2013 年国务院机构改革后的构成情况。

工作,发布决定和命令,任免、培训、考核和奖惩行政工作人员。乡、民族乡、镇的人民政府执行本级人民代表大会的决议和上级国家行政机关的决定和命令,管理本行政区域内的行政工作。

(四) 地方各级人民政府的派出机关

地方各级人民政府,经上一级人民政府的批准,可以设立若干派出机关。目前我国一共有三类派出机关:一是行政公署。省、自治区的人民政府在必要的时候,经国务院批准,可以设立若干行政公署,作为它的派出机关。二是区公所。县、自治县的人民政府在必要的时候,经省、自治区、直辖市的人民政府批准,可以设立若干区公所,作为它的派出机关。三是街道办事处。市辖区、不设区的市的人民政府,经上一级人民政府批准,可以设立若干街道办事处,作为它的派出机关。地方各级人民政府的派出机关不是一级人民政府,但在实践中行使着一定区域内所有行政事务的组织和管理职权,履行着一级政府的职能。

(五) 地方各级人民政府的职能部门

根据宪法和组织法的规定,地方各级人民政府根据工作需要和精干的原则,设立必要的工作部门,承担行政管理的职能。地方各级人民政府的职能部门既受本级人民政府的统一领导,也受上级人民政府主管部门的领导或业务指导。省、自治区、直辖市的人民政府的厅、局、委员会等工作部门的设立、增加、减少或者合并,由本级人民政府报请国务院批准,并报本级人民代表大会常务委员会备案。自治州、县、自治县、市、市辖区的人民政府的局、科等工作部门的设立、增加、减少或者合并,由本级人民政府报请上一级人民政府批准,并报本级人民代表大会常务委员会备案。

第三节 被授权组织

一、被授权组织的概念与特征

被授权组织,或者说是法律、法规授权的组织,是指根据法律、法规和规章的规定,可以以自己的名义从事行政管理活动、参加行政复议和行政诉讼并承担相应法律责任的非国家行政机关。被授权组织,或者说是法律、法规授权的组织,是一类重要的行政主体。其特征有:

(一) 被授权组织是非国家行政机关

换句话说,被授权组织不是国家行政机关。与国家行政机关不同,并不是从成立时起就享有行政职权,就具有行政主体的资格。而且被授权组织行使的职权一般比较单一,比较狭窄,往往是某一项行政职权,不如行政机关全面。

（二）被授权组织经过了法律、法规和规章的授权

被授权组织是在法律、法规和规章有特别授权的情况下,才享有行政职权,成为行政主体。这里的法律、法规和规章的授权,是宪法和组织法等以外的法律授权。行政机关的设立依据才是宪法和有关组织法。

（三）以自己的名义行使职权并承担相应的法律后果

在这一点上,被授权组织和行政机关一样,对外都能以自己的名义进行行政管理,作出行政行为,依法参加行政复议、行政诉讼并承担相应的法律责任。

二、被授权组织的范围

被授权组织范围比较广泛,而且处在变化之中。一般而言,我国的被授权组织大概包括以下几类:

（一）行政机关的内设机构

行政机关为了履行职责,通常设立不同的内部行政机构具体负责不同的行政职能,来共同行使职权。一般而言,这些内设机构只能以所在行政机关的名义对外行使职权,产生的相应法律后果也由所在的行政机关承担,不具有独立的法律地位,不是行政主体。但是,在法律、法规和规章有明确授权的情况下,行政机关的内设机构也可以独立行使一定的行政职权,对外以自己的名义作出行为并承担相应的法律后果。比如说,公安局内设的消防大队等机构在《消防法》第4条的授权下,^①就可以成为被授权组织,是行政主体。商标评审委员会、专利复审委员会等根据《商标法》和《专利法》的规定成为被授权组织。

（二）地方政府职能部门的派出机构

地方各级政府的职能部门会根据工作需要,在其所辖区域的一定范围内,设立代表其管理某项行政工作的工作机构。比如说,派出所,工商所,税务所等。这些派出机构是职能部门的内部机构,只是从地域的管辖上有所分离。一般而言,这些派出机构只能以职能部门的名义对外行使职权,产生的相应法律后果也由职能部门承担,不具有独立的法律地位,不是行政主体。但是,在法律、法规和规章有明确授权的情况下,地方政府职能部门的派出机构也可以独立行使一定的行政职权,对外以自己的名义作出行为并承担相应的法律后果。比如说,派出所在一般情况下对外只能以公安局的名义进行行政管理,作出行政行为,其产生的法律后果也由公安局承担。但是,

^① 《消防法》第4条第1款:国务院公安部门对全国的消防工作实施监督管理。县级以上地方人民政府公安机关对本行政区域内的消防工作实施监督管理,并由本级人民政府公安机关消防机构负责实施。军事设施的消防工作,由其主管单位监督管理,公安机关消防机构协助;矿井地下部分、核电厂、海上石油天然气设施的消防工作,由其主管单位监督管理。

根据《治安管理处罚法》第91条规定,^①对于警告、500元以下的罚款,派出所对外可以自己的名义作出决定,参加由该行为引发的行政复议、行政诉讼,并承担相应的法律责任。

(三) 基层群众自治组织

基层群众性自治组织,是指在城市和农村按居民居住地区设立的群众自我教育、自我管理、自我服务的组织,包括居民委员会或者村民委员会。居民委员会、村民委员会根据需要,设立人民调解、治安保卫、公共卫生等委员会,主要任务是办理本居住地区的公共事务和公益事业,调解民间纠纷,协助维护社会治安,并且向人民政府反映群众的意见、要求和提出建议。基层群众自治组织不是一级地方政权组织,在基层人民政府的指导下工作,一般情况下不是行政主体。但是在法律、法规和规章有明确授权的情况下,基层群众自治组织也可以独立行使一定的行政职权,对外以自己的名义作出行为并承担相应的法律后果。比如说,《村民委员会组织法》第2条第2款规定:村民委员会办理本村的公共事务和公益事业,调解民间纠纷,协助维护社会治安,向人民政府反映村民的意见、要求和提出建议。

(四) 事业单位

事业单位,是指国家为了社会公益目的,由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的,从事教育、科技、文化、卫生等活动的社会服务组织。^②按照社会功能,现有事业单位可划分为承担行政职能的事业单位、从事生产经营活动的事业单位和从事公益服务的事业单位三个类别。承担行政职能的事业单位,是指承担行政决策、行政执行、行政监督等职能的事业单位。比如说,证券监督管理委员会,保险监督管理委员会,银行业监督管理委员会等。从事生产经营活动的事业单位,是指所提供的产品或服务可以由市场配置资源、不承担公益服务职责的事业单位。从事公益服务的事业单位,是指面向社会提供公益服务和为机关行使职能提供支持保障的事业单位。比如说,公立大学,科研机构,国家图书馆,国家大剧院等。^③这些事业单位在法律、法规和规章有明确授权的情况下,可以独立行使一定的行政职权,对外以自己的名义作出行为并承担相应的法律后果,是一类行政主体。

(五) 社会团体

社会团体,是指中国公民自愿组成,为实现会员共同意愿,按照其章程开展活动的非营利性社会组织。^④社会团体虽然不是行政机关,不具有行政职能,但是,我国

^① 《治安管理处罚法》第91条: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。

^② 《事业单位登记管理暂行条例》第2条第1款。

^③ 参见《国务院办公厅关于印发分类推进事业单位改革配套文件的通知》(国办发[2011]37号)。

^④ 《社会团体登记管理条例》第2条。

往往通过法律、法规和规章的明确授权,赋予社会团体某些行政职权,并以自己的名义行使行政管理职能。常见的被授权的社会团体组织有:中华全国总工会、中国共产主义青年团、中华全国妇女联合会、中国文联、中国科协、中国法学会等。

(六) 企业单位

企业单位是以营利为目的的从事生产经营活动的经济组织。一般而言,享有专营权的国有企业、行政性公司^①等往往成为法律、法规和规章授权的对象。比如说,全国烟草总公司,中国船舶总公司、中国石化总公司、煤气公司、自来水公司、热力公司、电力公司等。

案例 2-5

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,医疗机构申请开办急救中心、开通“120”急救电话的程序是:经当地卫生行政部门指定并提交书面报告,由地、市卫生行政部门审核批准后,到当地邮电部门办理“120”急救电话开通手续。

1997年8月15日,湖南省卫生厅确认怀化市溆浦县中医院是一所功能较全、急诊科已达标的二级甲等综合医院,具备设置急救中心的条件。同年12月8日,溆浦县卫生局指定县中医院开办急救中心,开通“120”急救电话。同日,县中医院向县邮电局提交了《关于开通“120”急救专用电话的报告》,并经县长和主管副县长批示同意。同年12月13日,县邮电局为县中医院安装了120急救电话,但是该电话一直未开通。

1998年7月20日,县邮电局为没有经过卫生行政主管部门指定和审批的溆浦县人民医院开通了“120”急救电话。

7月24日,县中医院向怀化市卫生局提出《关于请求设置“120”医疗急救专用电话的报告》。7月25日,该报告得到市卫生局批准。7月27日,县中医院再次书面请求县邮电局开通“120”急救电话,县邮电局仍拒不开通。

因此,怀化市溆浦县中医院认为,县邮电局拒不开通“120”急救电话的行为,是不履行职责的行为,向人民法院提起了行政诉讼。^②而县邮电局则认为自己是公用企业,不是行政主体,也跟行政诉讼没有关系。

【问题】

怀化市溆浦县邮电局是否是行政主体?为什么?

【评析】

怀化市溆浦县邮电局虽然是公用企业,但是在本案中,应为行政主体,具体而言

^① 行政性公司,指既从事经营活动,又承担某一方面行政管理职能的公司。

^② 本案例参见 <http://xingzhengfa.calaw.cn/article/default.asp?id=302>。

是被授权组织。理由如下：

开办“120”急救中心,是医疗机构救死扶伤的一项公益事业。“120”急救电话,也不是只要交纳安装费就能装的普通电话。政府对“120”急救事业实施行政管理。本案中,湖南省卫生厅、省邮电局联合下发的15号文件就是政府对此项事业进行统一规范和管理最好的体现。

该文件规定,开通“120”急救电话的程序是:经当地卫生行政部门指定并提交书面报告,由地、市卫生行政部门审核批准后,到当地邮电部门办理“120”急救电话开通手续。可见,确定哪一家医疗机构有开办“120”急救中心的资格,由卫生行政主管部门负责;而审查是否开通“120”急救电话,由邮电局负责。该15号文件下发给地、市和县级的卫生行政主管部门以及邮电局,正说明政府要通过这些职能部门对“120”急救电话的开通实施行政管理。邮电局执行这个文件时与被审查的医疗机构之间发生的关系,不是平等的民事关系,而是特殊的行政管理关系。

第四节 被委托组织

一、被委托组织的概念与特征

被委托组织,也称受委托组织,是指以委托机关的名义在委托事项范围内从事行政管理活动的民间组织。被委托组织,是行政主体出于管理的需要,委托其代为行使行政职权,该行为以该行政主体的名义作出,其产生的法律后果由该行政主体承担。被委托组织,不能以自己的名义进行行政管理,作出行政行为,并承担相应的法律后果,不是一类行政主体。被委托组织有以下特征:

(一) 不能以自己的名义行使职权并承担相应的法律后果

被委托组织不能以自己的名义实施行政管理和对外承担法律后果。委托组织是行政主体,对外以委托方(行政主体)的名义进行管理,由委托方(行政主体)承担法律责任。

(二) 行政主体应当依法委托

行政主体,即委托方在进行委托时,应当依照法律、法规和规章的规定进行,并且得到被委托组织的同意。委托的行政主体还应该对被委托组织实施委托事项的行为进行监督。被委托组织在接受委托之后,不能进行再委托,转委托,只能自己在委托的范围内实施行政管理。

(三) 被委托组织应当具备法定条件

被委托组织通常应当符合、具备法律规定的相应条件。比如说,《行政处罚法》

第19条规定：“受委托组织必须符合以下条件：（一）依法成立的管理公共事务的事业组织；（二）具有熟悉有关法律、法规、规章和业务的工作人员；（三）对违法行为需要进行技术检查或者技术鉴定的，应当有条件组织进行相应的技术检查或者技术鉴定。”

二、被委托组织的范围

在我国行政实践中，委托行使行政职权的现象大量存在，被委托组织的范围相当广泛。既包括行政机关，也包括被授权组织，还包括某些私人组织。比如说，治安联防队、税收代扣代缴人等。

案例 2-6

1999年4月28日中午，上海某律师包某持金额为485元的电话费单据来到上海邮电局南东路路邮电支局老西门邮电所支付电话费。当邮电所工作人员童某点验包某递交的5张百元人民币时，称其中一张为假币，并出具编号为001401号中国人民银行上海市分行假票变造币没收证予以没收。该没收证载明，复核童某，经办人栏空白。包某认为，邮电所工作人员童某告知其有一张假币后，拒绝其复看的请求，直接走入内室，在脱离其视线的情况下，向其开出假票变造币没收证，故不能证明没收的假币就是其所缴的人民币，因此包某于同年5月11日向所辖区人民法院提起行政诉讼。^①

【问题】

中国人民银行上海市分行是行政主体吗？上海邮电局南东路路邮电支局老西门邮电所是行政主体吗？

【评析】

中国人民银行上海市分行是行政主体，是被授权组织。《人民银行法》第13条规定：“中国人民银行根据履行职责的需要设立分支机构，作为中国人民银行的派出机构。中国人民银行对分支机构实行统一领导和管理。中国人民银行的分支机构根据中国人民银行的授权，维护本辖区的金融稳定，承办有关业务。”根据《人民币管理条例》第34条规定，中国人民银行上海分行在办理人民币存取款业务中，发现数量较少的伪造、变造的人民币时，具有对其予以收缴的国家行政职权。可见，上海市分行作为中国人民银行的分支机构，根据《人民银行法》《人民币管理条例》的授权，是依据法律授权享有一定范围内的行政管理权限的被授权组织，具备独立的行政主体资格。

上海邮电局南东路路邮电支局老西门邮电所不是行政主体，是被委托组织。从该案中可以看出，上海邮电局南东路路邮电支局老西门邮电所给包某开具的是中国人

^① 本案例参见 <http://xingzhengfa.calaw.cn/article/default.asp?id=302>。

民银行上海市分行假票变造币没收证,即上海邮电局南东路邮电支局老西门邮电所不是以自己的名义,而是以中国人民银行上海分行的名义进行的,因此邮电所的行为应看作是上海分行的委托,其行为的法律后果也应由中国人民银行上海分行承担。

三、行政机关、被授权组织和被委托组织之间的区别

(一) 行政机关与被授权组织的区别

尽管行政机关与被授权组织都是行政主体,都能以自己的名义对外作出行政行为,并独立承担相应的法律后果和法律责任。但是,行政机关与被授权组织也存在着以下区别:

1. 产生的依据不同

行政机关的行政主体资格由宪法和组织法的规定而产生。而被授权组织的行政主体资格由法律、法规、规章的授权而产生。

2. 行使权力的性质不同

一般而言,行政机关的职权伴随着行政机关的产生而产生,成立行政机关的目的就是为了行使行政职权,所以行政机关的行政职权是“与生俱来”的,是先天的。而被授权组织职权的权限、范围往往是由法律、法规、规章在其成立之后规定的,是后天的。

3. 职权的范围不同

一般而言,行政机关的职权范围较为全面,而被授权组织则行使的职权一般比较单一,比较狭窄,往往是某一项行政职权。

(二) 被授权组织与被委托组织的区别

1. 性质不同

被授权组织享有法律、法规、规章所授予的特定的行政职权,是行政主体,能以自己的名义来作出行政行为。而被委托的组织不具有法律、法规所授予的职权,不是行政主体,只能以委托的行政主体的名义来作出行政行为。

2. 产生的依据不同

被授权组织的行政主体资格由法律、法规、规章的授权而产生,其行使行政职权的权限、范围由法律、法规、规章来规定。而被委托组织行使行政职权的权限、范围,只能依据行政主体的行政委托而产生。

3. 行为的后果不同

被授权组织对其行使行政管理职权作出的行政行为的法律后果独立承担法律责任。而被委托组织的行为后果由行使行政委托的行政主体承担,被委托组织自己并不独立承担法律责任。比如说,在行政复议和行政诉讼中,被授权组织可以自己的名义参加复议和诉讼,而被委托组织则不能。行政机关、被授权组织和被委托组织三者

之间的区别见下表：

表 2-1 行政机关、被授权组织和被委托组织三者之间的区别

组织类型	产生依据	权力性质	是否行政主体
行政机关	宪法、组织法	先天、长期	是
被授权组织	法律、法规、规章	后天、长期	是
被委托组织	行政主体	后天、临时	否

案例 2-7

2002 年,外商投资的“象湖源公寓”、“威尼斯花园”征用了南昌市青云谱镇所属的下尧村、丝网塘的大部分土地,镇政府为了安置被征用土地的农民拆迁户,决定在本镇施尧村划出 149 亩的耕地来兴建“象湖农民公寓”,并按每人每亩人民币 5 万元给施尧村委会予以补偿。

2002 年 8 月 20 日,施尧村村委会召集土地承包户开了会,并宣读了补偿标准:被征用的耕地按每亩 3500 元给予劳力安置补偿,另给予耕种户每亩 500 元的损失补偿。对这个补偿决定,许多村民强烈反对。

2002 年 8 月 28 日,施尧村特意向每个村民发出通知:8 月 30 日前来领取土地安置费的村民,另给 200 元奖金,逾期则不予发放。

2002 年 9 月 16 日那天,村委会租来三台推土机,不顾村民的拦阻,强行将还有十多天就可收割的稻子连根推掉,5 万多斤粮食毁于一旦。

2003 年 4 月 7 日,南昌市青云谱区施尧村十几户村民,一纸行政诉讼状将本村村委会告上了法庭,“要求施尧村村委会依法召开村民会议,公布村务、财务;依法撤销《施尧村关于建象湖农民公寓土地补偿决定》”。^①

【问题】

本案中的施尧村委会是否是行政主体?能否成为被告?

【评析】

本案中的施尧村委会不是行政主体,不能成为被告。理由如下:

第一,村委会是村民自治组织,不是行政机关。《村民委员会组织法》第 2 条第 1 款规定:“村民委员会是村民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织,实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督。”第二,这里的村委会也不是法律、法规授权组织。因为村委会不是法律、法规授权行使“行政职能”的组织,只是自治组织。当然,实践中也有将村委会作为行政主体的呼声。

^① 《全国首例村民状告村委会案起诉 10 个月终开庭》,http://www.chinanews.com/n/2004-01-19/26/393443.html。

【课后练习】

一、单选题

- 关于行政主体,下列说法正确的是()。
 - 行政机关都是行政主体
 - 行政职权只有行政机关才能行使
 - 并非所有的行政机关都能成为行政主体
 - 行政机关在从事任何活动时都是行政主体
- 下列关于行政机关与法律、法规授权的组织的比较错误的是()。
 - 前者行使的是一般的行政职能,而后者行使的是特定行政职能
 - 前者的职权来自于宪法与行政组织法,而后者的职权来自普通法律的授权
 - 前者能够单独对外承担行政法上的责任,后者不能单独对外承担行政法上的责任
 - 两者都是行政主体,前者是职权行政主体,后者是授权行政主体
- 某税务机关委托某单位扣缴个人所得税的行为,视为()。
 - 该单位的行为
 - 该税务机关的行为
 - 该单位与该税务机关的共同行为
 - 既是该单位的行为,又是该税务机关的行为
- 下列各项中,不具有行政主体资格的是()。
 - 乡、镇人民政府
 - 县公安局
 - 街道办事处
 - 国务院办公厅
- 某县公安局为了加强对辖下农村社会治安的管理,决定委托甲乡人民政府裁决各种治安案件,试问乡人民政府应当以谁的名义实施裁决?()
 - 县人民政府
 - 县公安局
 - 县政府法制办公室
 - 甲乡人民政府
- 我国法律法规授权的组织的法律地位是()。
 - 行政机关
 - 行政主体
 - 行政组织
 - 受委托的组织
- 我国地方人民政府的层级划分为()。
 - 省、自治区、直辖市;设区的市、自治州;县、自治县、市辖区及不设区的市;乡、民族乡和镇四级
 - 省、自治区、直辖市;设区的市、自治州;县、自治县、市辖区及不设区的市;乡、民族乡和镇;村五级
 - 省、自治区、直辖市;县、自治县、市辖区及不设区的市;乡、民族乡和镇;村

四级

D. 省、自治区、直辖市;设区的市、自治州;县、自治县、市辖区及不设区的市;乡、民族乡;镇五级

8. 我国行政主体只能是()。
- A. 国家行政机关、被授权组织和被委托组织
B. 行政机构
C. 国家行政机关
D. 国家行政机关和被授权组织

二、多项选择题

1. 下列是行政主体的是()。
- A. 法律、法规授权的组织
B. 行政机关
C. 公务员
D. 受行政机关委托的组织
2. 下列的行政组织中,属于地方人民政府的派出机关的是()。
- A. 派出所
B. 行政公署
C. 街道办事处
D. 区公所
3. 下面所列组织中在行政法上具备行政主体资格的是()。
- A. 行政机关委托的治安联防处
B. 县公安局所属的道路交通警察队
C. 某区街道办事处
D. 法律授权颁发注册会计师资格证书的注册会计师协会
4. 行政机关是否是行政主体需要通过一定标准加以判断,下列选项中属于成为行政主体必须具备的资格条件的是()。
- A. 是否享有法定的行政职权和职责
B. 能否以自己的名义独立行使职权
C. 管理的是内部事务还是外部事物
D. 能否对外承担法律责任
5. 行政法律关系的主体包括()。
- A. 行政主体
B. 行政相对人
C. 行政机关
D. 被授权组织
6. 某县卫生监督所接受县卫生局的委托,进行食品卫生环境的检查,在检查中发现“好再来”个体餐厅就餐环境卫生及厨房卫生条件过差,县卫生监督所当即对其罚款600元,并限其立即改正,否则即令其停业,但卫生监督所只给了“好再来”餐厅业主一张罚款收据,该个体餐馆不服从处罚,向人民法院提起行政诉讼。以下哪些不是本案中的行政主体()。
- A. 卫生局
B. 卫生监督所
C. 卫生局与卫生监督所
D. 卫生局防疫科

三、简答题

1. 简述行政主体及其特征。
2. 简述被授权组织及其特征。
3. 简述被委托组织及其特征。

四、案例分析题

张某系某市铁路公安局民警,一日中午到饭馆吃饭。当正在进餐时,邻桌有两伙人因琐事而争吵起来,继而争吵升级,双方动起手来。张某欲起身上前去管,正在张某起身欲管的当口,两伙人中有一人从口袋里掏出刀子,将对方一人扎伤。张某见状,即从腰间抽出手枪,欲捉拿犯罪分子。此时两伙打架的人中有人见警察走来,便高喊“警察来了”,众人作鸟兽散。张某即拎枪追了上去,由于追拿罪犯心切,张某一不小心,被桌子腿绊了一下,一跤摔在地上,手也随之碰在了地上,只听到两声枪响,子弹打在水泥地上,反弹起来打在一旁观者王某腿上,将其打伤。

问题: 本案中张某的行为是个人行为还是公务行为?

五、论述题

论述行政机关、被授权组织和被委托组织之间的区别。

【拓展实训】

实训项目名称:行政法新闻报道的阅读和理解。

实训目标:在学习行政主体基本理论知识的基础之上,了解并学会分析生活中的行政主体现象、行政主体问题。

实训具体步骤:

- (1) 通过阅读指定材料,引导学生思考提出的问题。
- (2) 布置学生课后自主的搜集、查阅解决问题所需的材料。
- (3) 课堂讨论汇报。学生汇报、讨论阅读后的结果,相互之间进行交流。
- (4) 教师反馈和总结。对学生讨论汇报中的各种现象和问题进行点评和说明。

阅读问题:2013年国务院机构改革的主要内容是什么?

指定阅读材料如下:

为了落实中共十八大关于“稳步推进大部门制改革,健全部门职责体系”的要求,全国人大十二届一次会议审议通过了《国务院机构改革和职能转变方案》,开启了2013年的国务院机构改革。

大部制也即大部门体制。在政府管理中,大部制是相对于小部制而言的。小部制的特征是部门管辖范围小、机构数量大、专业分工细、职能交叉多。而大部制的特征是“大职能、宽领域、少机构”。所谓大部制改革,就是在政府部门的调整和设置中,扩大一个部所管理的业务范围,将那些职能相近、业务范围趋同的事项相对集中,由一个部门统一管理,最大限度地避免政府职能交叉、政出多门、多头管理,从而提高

行政效率,降低行政成本。具体地说,大部制改革具有以下内容和特征:

第一,合并减少机构数额。从推行大部门体制的西方发达国家来看,中央政府组成部门都较为精干,一般在11~18个之间。

第二,调整转变部门职能。大部制改革的关键是调整和转变政府职能。20世纪80年代前,西方国家的大部制改革主要是以理顺职能机构内部关系和功能整合为导向。20世纪80年代之后的大部制改革,更注重重新定位或者转变和优化政府部门职能。

第三,理顺职权职责关系。大部制改革的核心是削减政府权力,或者重组和制约部门权力,理顺和明确职权职责关系。一是中央政府向地方政府下放权力,或者说扩大地方自治权限范围。二是中央政府部门内部实行决策权、执行权和监督权的三权分立制约。三是政府部门的职权职责相对应,做到有权必负责。

第四,对政府部门加强监控。大部门体制下形成的“超级大部”,由于部门职能领域变大,权力与职责相应增多,于是,怎样防止因权力过度集中而产生的腐败问题,成为影响大部制改革顺利实施的一大关键因素。因此,需要加强立法机关和司法机关或者其他政治机关从外部对政府大部门和独立执行机构的监督控制。

第五,建设公共服务型政府。大部制的生命力在于服务,大部制改革的实质是重构政府价值,其目的是建设公共服务型政府,进一步提高政府为经济社会发展服务、为民众服务的能力和水平。

第六,小政府加大社会的治理模式。在西方国家,大部制是成熟的市场经济和公民社会的需要与产物,大部制改革,就是政府职能社会化、市场化的过程,是大政府转向小政府的行政现代化和政府再造过程。小政府与大部制的有机结合,有助于提高政府的行政效率。^①

【练习答案】

一、单选题

1. C 2. C 3. B 4. D 5. B 6. B 7. A 8. D

二、多项选择题

1. AB 2. BCD 3. BCD 4. ABD 5. AB 6. BCD

三、简答题

1. 行政主体是指享有国家行政权力,能够以自己的名义从事行政管理活动,并独立承担由此引起的法律后果的组织。行政主体有以下特征:第一,行政主体是享有国家行政权力,从事行政管理活动的组织。第二,行政主体能够依法以自己的名义行

^① 刘俊祥:《此轮大部制改革的最大亮点》,http://cpc.people.com.cn/pinglun/n/2013/0322/c78779-20878737-2.html。

使行政权力、从事行政管理活动。第三,行政主体能够独立对外承担其行为所产生的法律后果。

2. 被授权组织,或者说是法律、法规授权的组织,是指根据法律、法规和规章的规定,可以以自己的名义从事行政管理活动、参加行政复议和行政诉讼并承担相应法律责任的非国家行政机关。被授权组织,或者说是法律、法规授权的组织,是一类重要的行政主体。其特征有:第一,被授权组织是非国家行政机关。第二,被授权组织经过了法律、法规和规章的授权。第三,被授权组织对外可以以自己的名义行使职权并承担相应的法律后果。

3. 被委托组织,也称受委托组织,是指以委托机关的名义在委托事项范围内从事行政管理活动的组织。被委托组织有以下特征:第一,被委托组织不能以自己的名义实施行政管理和对外承担法律后果。第二,行政主体,即委托方在进行委托时,应当依法进行,并且得到被委托组织的同意。委托的行政主体还应该对被委托组织实施委托事项的行为进行监督。被委托组织在接受委托之后,不能进行再委托,转委托,只能自己在委托的范围内实施行政管理。第三,被委托组织通常应当符合、具备法律规定的相应条件。

四、案例分析题

本案中张某的行为是公务行为,不是个人行为。理由如下:

首先,区分公务员所为的行为究竟是个人行为还是公务行为有时间、地点、目的、名义、职权等多种标准。公务行为的判断需要综合多种要素,其中最主要的标准还是看公务员的行为是否在执行职务,只要一个行为发生于执行职务的过程中,包含着行政职权的运用,该行为一般属于公务行为,否则属于个人行为。

其次,《人民警察法》第21条第1款的规定:“人民警察遇到公民人身、财产安全受到侵犯或者处于其他危难情形,应当立即救助;对公民提出解决纠纷的要求,应当给予帮助;对公民的报警案件,应当及时查处。”第8条规定:“公安机关的人民警察对严重危害社会治安秩序或者威胁公共安全的人员,可以强行带离现场、依法予以拘留或者采取法律规定的其他措施。”可见,本案中张某的行为是在执行职务,行使了法定的行政职权。

鉴于以上两点,可以得出结论,张某的行为是公务行为,而不是个人行为。

五、论述题

行政机关与被授权组织都是行政主体,都能以自己的名义对外作出行政行为,并独立承担相应的法律后果和法律责任。但是,行政机关与被授权组织也存在着以下区别:第一,产生的依据不同。行政机关的行政主体资格由宪法和组织法的规定而产生。而被授权组织的行政主体资格由法律、法规、规章的授权而产生。第二,行使权力的性质不同。一般而言,行政机关的职权伴随着行政机关的产生而产生,行政机关

的行政职权是“与生俱来”的,是先天的。而被授权组织职权的权限、范围往往是由法律、法规、规章在其成立之后规定的,是后天的。第三,职权的范围不同。一般而言,行政机关的职权范围较为全面,而被授权组织则行使的职权一般比较单一,比较狭窄,往往是某一项行政职权。

被授权组织与被委托组织的区别:第一,性质不同。被授权组织是行政主体,能以自己的名义来作出行政行为。而被委托的组织不是行政主体,只能以委托的行政主体的名义来作出行政行为。第二,产生的依据不同。被授权组织的行政主体资格由法律、法规、规章的授权而产生。而被委托组织行使行政职权的权限、范围,只能依据行政主体的行政委托而产生。第三,行为的后果不同。被授权组织对其行使行政管理职权作出的行政行为的法律后果独立承担法律责任。而被委托组织的行为后果由行使行政委托权的行政主体承担,被委托组织自己并不独立承担法律责任。

第三章 行政立法

【事例回放】

河北省石家庄市居民乔占祥,购买了2001年1月17日2069次从石家庄到磁县的车票、2001年1月22日2069次从石家庄到邯郸的车票。由于当时正处在春运期间,按照铁道部发出的《关于2001年春运期间部分旅客列车实行票价上浮的通知》,第一张车票比涨价前多支出了5元票价,第二张车票比涨价前多支出了4元票价。就是这多出的9元钱,乔占祥认为,侵害了其合法权益。

乔占祥认为,铁道部通知的作出违反了法定程序。依据《铁路法》《价格法》有关规定,制定火车票价应报经国务院批准,而铁道部未经该程序审批;同时,依据《价格法》有关规定,票价上浮应召开价格听证会,而铁道部未召开听证会。因此,铁道部关于2001年部分旅客列车涨价的通知侵害了其合法权益。

国家计委(现国家发展和改革委员会)依据铁道部报送的《关于报批部分旅客列车政府指导价实施方案的函》(铁财函[2000]253号),于2000年11月下发了《关于部分旅客列车实行政府指导价有关问题的批复》(计价格[2000]1960号),批准对铁路部分旅客列车运价实行政府指导价,允许客流较大线路和春运、暑运、“五一”、“十一”等主要节假日期间,客运繁忙线路的铁路旅客列车票价适当上浮;允许部分与高速公路平行、竞争激烈及其他客流较少线路列车票价常年下浮,对团体购票旅客、提前购票旅客等实行下浮,同时规定了浮动幅度、审批权限等。并在2000年12月同意由铁道部颁发铁路旅客票价表,作为旅客列车实行浮动票价的中准价(计办价格[2000]931号)。

铁道部依据国家计委的上述《批复》,发出《关于2001年春运期间部分旅客列车实行票价上浮的通知》,通知规定:节前(1月13日至22日)自广州(集团)公司、北京铁路局、上海铁路局始发,节后(1月26日至2月17日)为成都、郑州、南昌、上海铁路局始发的部分直通客车票价上浮,其中新型空调列车上浮20%,其他列车上浮30%。除夕、正月初一、初二不上浮。儿童、学生、现役军人、革命伤残军人票价不上浮。^①

【问题】

本案中铁道部作出的《关于2001年春运期间部分旅客列车实行票价上浮的通

^① 《乔占祥诉铁道部旅客列车票价上浮行政行为纠纷案》,参见 <http://bmla.chinalawinfo.com/case>。

知》是制定有普遍约束力的决定、命令吗？

【评析】

该通知不是制定有普遍约束力的决定、命令。

制定有普遍约束力的决定、命令,是指国家行政机关制定的,除行政法规、部门规章、地方政府规章以外的,具有普遍约束力的决定、命令。

在本案中,铁道部的“通知”不是制定有普遍约束力的决定、命令。理由如下:第一,有普遍约束力的决定、命令,通常针对社会经济生活中的一般事务,对于其效力范围内的人和事具有普遍的约束力。而该通知针对6个铁路局发布,其效力范围是明确的和特定的。第二,有普遍约束力的决定、命令,对于同一类型的人和事可以多次反复适用。而该“通知”是一个整体的决定,该决定涉及的行为虽然具有时间段,但该决定的执行是通过一次性行为完成的。涨价行为虽然持续一段时间,但并不意味着该通知是在反复适用的。或者说,该通知只是一个在一段时间内持续适用的一次性行为,而不是反复适用多次的行为。第三,在2001年,根据《铁路法》的有关规定,铁道部是全国铁路行政管理机关,地方政府是地方铁路行政管理机关,各地方铁路局或铁路集团公司是铁路运输经营企业。因此,铁道部是作出该通知行为的行政主体,铁路局或铁路集团公司则是该通知行为的行政相对人。

【重点知识】

第一节 行政立法概述

一、行政立法的概念

行政立法,是指国家行政机关依照法律规定的权限和程序,制定行政法规和行政规章的活动。从动态方面来看,行政立法是国家行政机关按照法律规定的权限和程序,对不特定的人和事制定具有普遍约束力的行为规则的行为。从静态方面来看,行政立法是指国家行政机关针对不特定的人和事制定的具有普遍约束力的行政法规和行政规章。

二、行政立法的特征

行政立法有以下特征:

(一) 准立法性

行政立法活动制定的行政法规和规章,具有普遍性、规范性和强制性等法律特征。对于其效力范围内的人和事具有普遍约束力,对于同一类型的人和事可以多次

反复适用。比如说,国务院制定的行政法规针对的是全国范围内符合相应条件的某一类人或某一类事,而不是针对具体的某一个人或某一件事。

(二) 行政立法是从属性立法

行政机关与权力机关存在隶属关系,行政机关进行的行政立法必然也从属于权力机关的立法,是权力机关立法的延伸和具体化。

(三) 行政立法具有很强的适应性

通过制定行政法规和规章,为纷繁复杂、不断变化的行政管理活动提供具体、明确的依据,是行政立法的主要任务。行政立法总是随着形势的变化而不断的经历着立、改、废的过程,针对现实中出现的新情况、新问题适时地进行。

(四) 行政立法的形式具有多样性

行政管理事务的广泛性和多样性,决定了行政立法形式的多样性。行政立法主体可以基于行政管理的需要,按照法律规定的权限和程序,采取灵活、多样的表现形式。

案例 3-1

我国《食品安全法》第 21 条规定,“食品安全国家标准由国务院卫生行政部门负责制定、公布,国务院标准化行政部门提供国家标准编号。食品中农药残留、兽药残留的限量规定及其检验方法与规程由国务院卫生行政部门、国务院农业行政部门制定。屠宰畜、禽的检验规程由国务院有关主管部门会同国务院卫生行政部门制定。有关产品国家标准涉及食品安全国家标准规定内容的,应当与食品安全国家标准相一致。”第 24 条规定,“没有食品安全国家标准的,可以制定食品安全地方标准。省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门组织制定食品安全地方标准,应当参照执行本法有关食品安全国家标准制定的规定,并报国务院卫生行政部门备案。”据此,国务院卫生行政部门、省、自治区、直辖市人民政府制定了食品安全国家标准和地方标准。

【问题】

国务院卫生行政部门、省、自治区、直辖市人民政府制定了食品安全国家标准和地方标准的行为是行政立法吗?

【评析】

是行政立法。

行政立法,是指国家行政机关依照法律规定的权限和程序,制定行政法规和行政规章的活动。本案中,国务院卫生行政部门、省、自治区、直辖市人民政府等行政机关,依照《食品安全法》的规定,制定食品安全国家标准和地方标准,是对全国范围内或该行政区域内的食品安全标准作出了统一的规定,具有普遍性、规范性和强制性,是行政立法。

第二节 行政法规

一、行政法规的概念

国务院为领导和管理国家各项行政工作,根据宪法和法律,按照有关程序制定发布的政治、经济、教育、科技、文化、外事等各类法规的总称。行政法规具有以下特点:

(一) 制定主体是国务院

从制定主体来看,行政法规由国务院制定。国务院是我国中央人民政府,是最高国家权力机关的执行机关,是国家最高行政机关,是最高的行政立法主体。

(二) 制定权限包括授权立法和依职权立法

从制定权限的来源来看,既有依职权立法也有授权立法。职权立法,是指国务院直接依据宪法和有关组织法规定的职权制定行政法规。比如说,我国《宪法》第 89 条规定,国务院可以依据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令。授权立法是指国务院依据全国人民代表大会及其常务委员会的授权决定来制定的行政法规。

(三) 制定名称多样

从制定名称来看,国务院依职权制定的行政法规的名称一般为“条例”,比如说《政府信息公开条例》,也可以称为“规定”、“办法”等。国务院根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权决定制定的行政法规,称“暂行条例”或“暂行规定”等。

二、行政法规的制定权限

行政法规的制定权限,是指制定行政法规必须具备的条件和可以对什么事项作出规定。国务院制定行政法规,应当以宪法和法律为依据。

具体而言,国务院可以对以下事项依职权制定行政法规:一是为执行法律的规定需要制定行政法规的事项;二是宪法第 89 条规定的国务院行政管理职权的事项。

另外,根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权决定,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。国务院根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权决定先制定的行政法规,经过实践检验,待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。

案例 3-2

孙志刚,男,1976年生,湖北黄冈人,2001年武汉科技学院(原武汉纺织工学院)艺术系艺术设计专业毕业。2003年春节后来到广州,任职于广州市达奇服装公司。3月17日晚,孙志刚因无暂住证,在广州街头被执行统一清查任务的民警带回广州天河区黄村街派出所询问,后被黄村街派出所送往广州收容遣送中转站。3月18日晚,孙志刚称有心脏病被收容站送往广州收容人员救治站。3月20日,孙志刚在遭受同病房的8名被收治人员轮番殴打之后,因背部遭受钝性暴力反复打击,造成背部大面积软组织损伤致创伤性休克死亡。

2003年5月14日,华中科技大学法学院的俞江、中国政法大学法学院的腾彪和北京邮电大学文法学院的许志永三位法学博士以中国公民的名义,将一份题为“关于审查《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》的建议书”传真至全国人大常委会法制工作委员会,建议全国人大常委会对收容遣送制度进行违宪审查。^①三位博士指出,《中华人民共和国宪法》第37条规定,中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法剥夺或者限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体。《中华人民共和国行政处罚法》第9条规定,限制人身自由的行政处罚,只能由法律设定。《中华人民共和国立法法》第8条和第9条规定,对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚,只能制定法律。因此,1982年由国务院颁布的收容遣送办法及其实施细则中限制公民人身自由的规定,违反了宪法、行政处罚法和立法法。所以建议对《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》进行违宪和违法审查。

2003年6月20日,国务院总理温家宝签署国务院第381号令,公布施行《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》。《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》将于2003年8月1日起施行。1982年5月国务院发布的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》同时废止。^②

【问题】

国务院制定的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》是行政法规吗?如果是,国务院是否享有制定这一法规的权限?

【评析】

《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》是行政法规,1982年国务院颁布实施的《城

^① 《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》第2条规定:“对下列人员,予以收容、遣送:(一)家居农村流入城市乞讨的;(二)城市居民中流浪街头乞讨的;(三)其他露宿街头生活无着的。”

^② 参见聂秀时:《孙志刚案件始末》,载《法学前沿》编辑委员会编:《法学前沿》(第五辑),87~102页,北京,法律出版社,2003。

市流浪乞讨人员收容遣送办法》在全国范围内对不特定的对象反复多次适用,显然属于行政法规。

依据现行《宪法》《立法法》《行政处罚法》等法律的规定,国务院并不享有制定这一法规的权限。《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》中规定的收容遣送制度,其实是对公民人身自由的限制制度。《立法法》第9条的规定,“本法第八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。”

可见,对于限制人身自由的事项,只能由全国人大及其常务委员会通过制定法律来加以调整,而不能由行政机关先行制定行政立法,即使是国务院,也没有对此制定行政法规的权限。

三、行政法规的制定程序

2015年修订的《立法法》和2001年国务院制定的《行政法规制定程序条例》,是目前规范行政法规制定程序的主要法律渊源。根据以上法律法规的规定,国务院制定行政法规需要历经以下程序:

(一) 立项

立项是决定进行行政法规制定工作的程序,解决的是国务院是否应当就特定行政管理事项制定行政法规的问题,是行政法规制定程序的第一个环节。

(二) 起草

起草是提出行政法规初期方案和草稿的程序,是审查和决定程序的基础。起草行政法规,应当深入调查研究,总结实践经验,广泛听取有关机关、组织和公民的意见。听取意见可以采取召开座谈会、论证会、听证会等多种形式。

(三) 审查

在此阶段,国务院法制机构对报送的送审稿进行审查,并在对送审稿进行修改的基础之上,形成行政法规草案和对草案的说明。

(四) 决定和公布

行政法规草案由国务院常务会议审议,或者由国务院审批。国务院法制机构应当根据国务院对行政法规草案的审议意见,对行政法规草案进行修改,形成草案修改稿,报请总理签署国务院令公布施行。签署公布行政法规的国务院令载明该行政法规的施行日期。

(五) 解释与备案

行政法规条文本身需要进一步明确界限或者作出补充规定的,由国务院解释。行政法规的解释与行政法规具有同等效力。行政法规在公布后的30日内由国务院

办公厅报全国人民代表大会常务委员会备案。

第三节 行政规章

根据宪法和有关法律的规定,行政规章包括国务院部委制定的部门规章,还包括地方人民政府制定的地方政府规章。

一、国务院部门规章

国务院部门规章,是指国务院部门依照法定的部门规章制定的权限和程序制定、发布的行政规则的总称。国务院部委制定部门规章,主要由《宪法》、《国务院组织法》、2015年修订的《立法法》、2002年国务院公布的《规章制定程序条例》等法律渊源加以规范。

(一) 制定主体

《立法法》第80条第1款规定,“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,可以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,制定规章。”可见,制定部门规章的主体一共分为三类:一是国务院的组成部门,即各部、委、中国人民银行、审计署。二是具有行政管理职能的直属机构,比如说,国家工商行政管理总局,海关总署、税务总局、质检总局、新闻出版广电总局、体育总局等。三是根据单行法的授权而具有行政管理职能的国务院直属事业单位,比如说,证券监督管理委员会、保监会、银监会等。

(二) 制定权限

《立法法》第80条第2款规定,“部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据,部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范,不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责。”《立法法》第81条规定,“涉及两个以上国务院部门职权范围的事项,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。”可见,制定部门规章的国务院部门应在本部门的职权权限范围内,既可以制定属于执行上位法的具体规定,通常称为“实施办法”,也可以创设性的制定没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据的规章。

(三) 制定程序

根据现行法律的规定,国务院部委制定部门规章需要历经立项、起草、审查、决定和公布、解释与备案等程序。

立项程序。立项是决定进行部门规章制定工作的程序,解决的是国务院部门是否应当就特定行政管理事项制定部门规章的问题,是部门规章制定程序的第一个环节。国务院部门内设机构或者其他机构认为需要制定部门规章的,应当报请立项。

起草程序。起草是提出部门规章初期方案和草稿的程序,是审查和决定程序的基础。起草规章,应当深入调查研究,总结实践经验,广泛听取有关机关、组织和公民的意见。听取意见可以采取书面征求意见、座谈会、论证会、听证会等多种形式。

审查程序。规章送审稿由法制机构负责统一审查。法制机构应当认真研究各方面的意见,与起草单位协商后,对规章送审稿进行修改,形成规章草案和对草案的说明。说明应当包括制定规章拟解决的主要问题、确立的主要措施以及与有关部门的协调情况等。

决定和公布程序。部门规章应当经部务会议或者委员会会议决定。公布规章的命令应当载明该规章的制定机关、序号、规章名称、通过日期、施行日期、部门首长署名以及公布日期。部门联合规章由联合制定的部门首长共同署名公布,使用主办机关的命令序号。

解释与备案。规章解释权属于规章制定机关。规章的解释同规章具有同等效力。规章应当自公布之日起30日内,由法制机构依照立法法和《法规规章备案条例》的规定向有关机关备案。

案例 3-3

2013年9月18日,《征信机构管理办法》在公开征求意见半年多后,经第14次行长办公会议通过,在2013年11月15日由中国人民银行正式发布(中国人民银行令〔2013〕第1号)。《征信机构管理办法》自2013年12月20日起施行。2013年3月15日,酝酿十年的《征信业管理条例》开始施行。作为中国首部征信业法规,《征信管理条例》的规定较为原则,《征信机构管理办法》则是《征信业管理条例》的重要配套制度,主要对征信机构设立条件进行了细化。央行表示,将依照《征信业管理条例》和《征信机构管理办法》规定,有效履行对征信机构的监督管理职责,督促各类征信机构严格规范自身经营行为,切实保护信息主体合法权益,实现我国征信业的快速、健康发展。^①

【问题】

《征信机构管理办法》是国务院部门规章吗?

【评析】

《征信机构管理办法》是国务院部门规章。理由如下:

^① http://www.gov.cn/jrzq/2013-12/03/content_2541405.htm。

第一,《征信机构管理办法》由国务院的组成部门中国人民银行制定,制定主体符合部门规章的规定。第二,《征信机构管理办法》是《征信业管理条例》的重要配套制度,主要对征信机构设立条件进行了细化。也就是说,其制定是为了执行国务院的行政法规规定的事项,而且也在其职权范围之内。因此,制定权限符合部门规章的要求。第三,《征信机构管理办法》的制定程序也是符合《规章制定程序条例》的规定的,比如说,进行了半年多的公开征求意见等。

二、地方政府规章

地方政府规章,是指有权地方人民政府依照法定的地方政府规章制定的权限和程序制定、发布的行政规则的总称。地方人民政府制定地方政府规章,主要由《宪法》、《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》、2015年修订的《立法法》、2002年国务院公布的《规章制定程序条例》等法律渊源加以规范。

(一) 制定主体

根据《立法法》第82条第1款的规定,我国地方政府规章的制定主体包括三类:一是省、自治区、直辖市的人民政府。比如说,北京市人民政府。二是设区的市和自治州的人民政府。三是较大的市的人民政府,具体是指省、自治区人民政府所在地的市(比如说郑州市)、经济特区的市(比如说深圳市)以及经国务院批准的较大的市(比如说大连)的人民政府等。

(二) 制定权限

地方人民政府制定地方规章必须依据宪法、法律、行政法规和所属的地方性法规等上位法的规定。根据《立法法》第82条第2款的规定,我国地方人民政府有权就以下两类事项制定地方政府规章:一是为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项;二是属于本行政区域的具体行政管理事项。可见,地方政府规章既有执行法律、行政法规、地方性法规规定的执行性立法,也会有在本行政区域内填补法律法规空白或变通法律法规的个别规定的创制性立法。

(三) 制定程序

根据现行法律的规定,地方人民政府制定地方政府规章需要历经立项、起草、审查、决定和公布、解释与备案等程序。

立项程序。省、自治区、直辖市、设区的市和自治州的人民政府和较大的市的人民政府所属工作部门或者下级人民政府认为需要制定地方政府规章的,应当向该省、自治区、直辖市或者较大的市的人民政府报请立项。

起草程序。起草是提出行政规章初期方案和草稿的程序,是审查和决定程序的基础。起草规章,应当深入调查研究,总结实践经验,广泛听取有关机关、组织和公民的意见。听取意见可以采取书面征求意见、座谈会、论证会、听证会等多种形式。

审查程序。规章送审稿由法制机构负责统一审查。法制机构应当认真研究各方面的意见,与起草单位协商后,对规章送审稿进行修改,形成规章草案和对草案的说明。说明应当包括制定规章拟解决的主要问题、确立的主要措施以及与有关部门的协调情况等。

决定和公布程序。地方政府规章应当经政府常务会议或者全体会议决定。公布规章的命令应当载明该规章的制定机关、序号、规章名称、通过日期、施行日期、省长、自治区主席、市长署名以及公布日期。

解释与备案。规章解释权属于规章制定机关。规章的解释同规章具有同等效力。规章应当自公布之日起30日内,由法制机构依照立法法和《法规规章备案条例》的规定向有关机关备案。

案例 3-4

2002年11月6日,广州市人民政府正式公布了由第11届108次市政府常务会议讨论通过的《广州市政府信息公开规定》。《广州市政府信息公开规定》要求该市各级人民政府及其职能部门以及依法行使行政职权的组织从2003年1月1日起,必须主动向社会公开事权、财权、人事权等方面的政府信息,对政府信息公开的原则、公开内容、公开方式、公开程序、法律监督、责任等作出具体规范。《广州市政府信息公开规定》明确规定,政府信息以公开为原则,不公开为例外,公开时则以合法、及时、真实、公正、利益平衡和不收费为原则,首次开了政府以政令形式强制政府信息公开的先河。

据此,有媒体评论称,《广州市政府信息公开规定》是由我国地方政府制定的第一部全面、系统规范政府信息公开行为的政府规章,也是我国第一次以立法(地方政府规章)形式全面规范和要求政府必须对公众进行较为全面、彻底的信息公开。此前尽管全国各地有各种各样的信息公开形式的探索,虽有意义,但都是局限于政府的“自我公开”,且都是一般性的政策范畴,没有以法律、法规、规章等形式固定为一项常规的制度,与此次以规章“强制”要求政府信息公开不可同日而语。^①

【问题】

《广州市政府信息公开规定》是地方政府规章吗?

【评析】

《广州市政府信息公开规定》是地方政府规章。理由如下:

第一,《广州市政府信息公开规定》由广州市人民政府制定,广州市人民政府为较大的市,是有权制定地方政府规章的制定主体。第二,《广州市政府信息公开规

^① 参见 http://www.cctv.com/life/baike/090302_1912.html。

定》首次对政府信息公开的原则、公开内容、公开方式、公开程序、法律监督、责任等作出具体规范。也就是说,其制定是为了在本行政区域内填补法律法规空白而进行的创制性立法。因此,制定权限符合部门规章的要求。第三,《广州市政府信息公开规定》的制定程序也是符合《规章制定程序条例》的规定的,比如说,立项、起草、审查、决定公布等。

第四节 有普遍约束力的决定、命令

一、有普遍约束力的决定、命令的概念

有普遍约束力的决定、命令,是指行政机关制定的,除行政法规、部门规章、地方政府规章以外的,具有普遍约束力的决定、命令。

二、有普遍约束力的决定、命令的特征

与行政立法相比,有普遍约束力的决定、命令具有以下特征:

(一) 制定主体广泛

根据我国《宪法》、《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》的规定,不仅享有行政法规、行政规章制定权的国家行政机关享有制定权限,而且其他国家行政机关也都可以在自身的职权范围内享有制定权限,即上到国务院,下到乡镇政府等都可以成为有普遍约束力的决定、命令的制定主体。

(二) 制定程序的规范性程度低

目前,对于制定有普遍约束力的决定、命令的程序并没有专门的法律法规来进行规范,只是参照规章的制定程序。^① 在实践中,制定有普遍约束力的决定、命令在程序上存在着制定过程过分追求效率、公众参与程度不高、公布公开工作不到位等问题。总之,有普遍约束力的决定、命令的制定程序有待进一步的规范和完善。

(三) 效力的多层次性和从属性

有普遍约束力的决定、命令数量众多,制定主体广泛,各自的效力与其制定主体相对应,下级行政机关制定的有普遍约束力的决定、命令不能同上级行政机关制定的相抵触,而且分别从属于相应的行政机关制定的行政法规、行政规章,因此,整个效力从上到下呈现多层次的特点。但是,实践中也常常发生有普遍约束力的决定、命令相互之间抵触、冲突,甚至与上位法抵触、冲突的现象,值得特别关注。

^① 《规章制定程序条例》第36条规定:“依法不具有规章制定权的县级以上地方人民政府制定、发布具有普遍约束力的决定、命令,参照本条例规定的程序执行。”

案例 3-5

朝阳区人民政府于2013年12月7号以朝政发〔2013〕16号文件,发布了《关于印发朝阳区落实北京市2013—2017年清洁空气行动计划实施方案的通知》(朝政发〔2013〕16号)。该通知指出,按照市委、市政府的工作部署,朝阳区始终高度重视大气污染防治工作,将改善空气质量作为推动科学发展、保障和改善民生的重要内容,连年实施大气污染控制措施,区域经济社会快速发展的同时,空气质量持续改善。但是与国家空气质量新标准和广大群众的期盼相比,本区的空气质量还存在较大差距。包括PM_{2.5}在内的部分污染物超标明显,以煤烟、扬尘、工业废气、机动车尾气为代表的大气污染呈现显著的复合型特征,大气污染防治形势十分严峻。本方案的制定正是为了全面贯彻落实《北京市2013—2017年清洁空气行动计划》(京政发〔2013〕27号),切实解决影响群众身体健康和朝阳国际形象的大气污染问题,满足“新四区”建设对环境承载能力的要求,加快改善区空气质量。

【问题】

朝阳区人民政府制定并发布《关于印发朝阳区落实北京市2013—2017年清洁空气行动计划实施方案的通知》的行为是制定有普遍约束力的决定、命令行为吗?

【评析】

是制定有普遍约束力的决定、命令行为。理由如下:

从案例材料中可以看出,朝阳区政府是该文件的制定主体,《通知》中涉及的其他行政机关如朝阳区环保局、区发展改革委、区园林绿化局等是该通知行为的执行人,管理、执行的对象是朝阳区内不特定的公民、法人和其他组织等行政相对人。可见,《通知》针对的对象是朝阳区内不特定的主体,并且可以反复多次进行适用。

【课后练习】

一、单选题

- 根据我国宪法的规定,()有权制定行政法规。
 - 全国人大常委会
 - 省级人大
 - 省级人民政府
 - 国务院
- 行政立法是()。
 - 立法性质的
 - 行政性质的
 - 是行政性质和立法性质的结合
 - 是行政机关和立法机关的共同行为
- 下列有关行政立法的法律效力的位阶说法正确的是()。
 - 所有行政立法处于同一位阶
 - 行政规章的效力高于行政法规
 - 规范内容越具体位阶越高
 - 行政法规的效力高于部门规章

4. 某县人民政府作出有关规范该县集贸市场秩序的决定,这一行为属()。
- A. 行政立法
B. 制定有普遍约束力的决定、命令行为
C. 行政处罚行为
D. 行政执法行为
5. 省、自治区人民政府所在地的市和国务院批准的较大的市的人民政府有权制定()。
- A. 地方政府规章
B. 地方性法规
C. 行政法规
D. 部门规章
6. 关于我国行政立法的基本程序,以下表述正确的是()。
- A. 只有制定行政法规需要历经立项、起草、审查、决定和公布、备案等程序
B. 制定行政规章无须备案
C. 需要全国人大常委会的批准
D. 需要历经立项、起草、审查、决定和公布、备案等程序
7. 我国行政法规的设定权限包括()。
- A. 有关犯罪和刑罚的事项
B. 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
C. 没收违法所得、责令停产停业、吊销许可证和执照的行政处罚
D. 司法制度事项

二、多项选择题

1. 根据我国的法律规定,有权制定和颁布行政规章的机关是()。
- A. 全国人大常委会
B. 国务院
C. 国务院各部委
D. 省级人民政府
2. 以下关于行政立法表述正确的是()。
- A. 行政立法是针对不特定的对象作出的
B. 行政机关制定规章以下规范性文件的行为也是行政立法
C. 行政立法的特征之一是准立法性
D. 行政立法的表现形式是行政法规、规章和其他规范性文件
3. 根据有关法律的规定,以下是规章的制定主体的有()。
- A. 国务院各部委
B. 中国人民银行
C. 审计署
D. 国务院办公厅
4. 下列()行为不属于行政立法。
- A. 工商局对某企业的处罚决定
B. 行政机关购买办公用品
C. 县级人民政府制定规范性文件
D. 人民法院执行关于处罚的决定

5. 下列()属于有普遍约束力的决定、命令。
 - A. 公安机关立一牌子“禁止通行”
 - B. 工商局发一文件“取消某市十户个体户的营业执照”
 - C. 某县政府发布禁止燃放烟花爆竹的规定
 - D. 警察对十个闯红灯的人罚款
6. 下列关于行政立法法律效力等级说法正确的是()。
 - A. 行政法规的效力高于地方性法规和行政规章
 - B. 法律的效力高于行政法规、地方性法规和规章
 - C. 地方性法规的效力高于地方规章
 - D. 部门规章之间、地方政府规章之间具有同等效力
7. 关于有普遍约束力的决定、命令说法正确的有()。
 - A. 我国各级人民政府都有权制定具有普遍约束力的决定、命令
 - B. 有普遍约束力的决定、命令是行政立法之一
 - C. 有普遍约束力的决定、命令都具有相同的法律效力
 - D. 有普遍约束力的决定、命令都是针对不特定的对象可以反复适用的
8. 在我国,下列()能够制定地方行政规章。
 - A. 省、自治区、直辖市的人民政府
 - B. 县、自治县的人民政府
 - C. 省级人民政府所在地的市的人民政府
 - D. 经国务院批准的较大的市的人民政府
9. 我国行政法规的制定权限是()。
 - A. 为执行法律的规定需要制定行政法规的事项
 - B. 《宪法》第 89 条规定的国务院行政管理职权的事项
 - C. 有关犯罪和刑罚的事项
 - D. 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

三、简答题

1. 简述行政立法。
2. 简述行政立法程序。
3. 我国行政立法的主体有哪些?
4. 简述我国行政立法的法律效力等级。

四、案例分析题

湖南省人民政府令第 222 号公布,《湖南省行政程序规定》于 2008 年 4 月 18 日由省长周强正式签署生效,并于当年 10 月 1 日起正式实施。据了解,这是我国首部地方性行政程序规定。该规定共十章 178 条,内容涵盖了行政程序的原则、行政主

体、行政决策、行政执法、行政合同、行政指导、行政裁决、行政调解、行政应急、行政听证、行政公开、行政监督、行政问责等政府工作的方方面面；建立了管辖、协助、回避、公开、听证、教示、说明理由、证据、时效、阅览卷宗等一系列制度。《湖南省行政程序规定》的正式实施，将有利于加强责任型、法治型、服务型政府建设，促进行政机关提高办事效率和行政效能；有利于营造公开、透明、可预期的发展环境，为广大投资者提供良好的政务服务。这是中国首部系统规范行政程序的地方规章，同时也是一部填补中国行政程序立法空白的地方性行政立法。

问题：《湖南省行政程序规定》是地方行政立法吗？为什么？

五、论述题

论述行政立法和有普遍约束力的决定、命令行为二者之间的不同。

【拓展实训】

实训项目名称：案例赏析。

实训目标：让学生通过了解近年来较为经典案例，认识、了解行政立法及有普遍约束力的决定、命令，从案例入手，理解和掌握本章的基础知识。

实训具体步骤：

(1) 布置案例。通过老师推荐案例(桂亚宁诉中国民航总局立法不作为案、登封25名“下课”教师诉市政府案等)、结合教材案例(乔占祥诉铁道部“春运”提价案、孙志刚案等)、学生自查案例等多种方式，让学生选取经典的案例。

(2) 小组准备。学生分成小组，相互讨论、整理自己小组选取的案例，并进行分析、提炼、评价和总结。

(3) 小组代表汇报。小组代表将案例制作成PPT，在课堂汇报本组准备的结果，提出小组中争议的问题，并说明各方的不同理由。

(4) 教师反馈和总结。对各组选取的案例和汇报PPT的进行说明和点评。

【练习答案】

一、单选题

1. D 2. B 3. D 4. B 5. A 6. D 7. C

二、多项选择题

1. CD 2. AC 3. ABC 4. ABCD 5. AC 6. ABCD 7. AD
8. ACD 9. AB

三、简答题

1. 行政立法是指国家行政机关依照法律规定的权限和程序，制定行政法规和行政规章的活动。从动态方面来看，行政立法是国家行政机关按照法律规定的权限和程序，对不特定的人和事制定具有普遍约束力的行为规则的行为。行政立法既有行政的性质，又有准立法的性质。行政立法具有以下特征：

第一,行政立法的是准立法行为。第二,行政立法是从属性的立法。行政机关进行的行政立法必然从属于权力机关的立法,是权力机关立法的延伸和具体化。第三,行政立法具有很强的适应性。第四,行政立法的形式具有多样性。

2. 根据法律的规定,我国行政立法的基本步骤有:①立项。②起草。在起草阶段,行政立法机关应当深入调查研究,总结实践经验,广泛听取有关机关、组织和公民的意见。听取意见可以采取召开座谈会、论证会、听证会等多种形式。③审查。④决定和公布。⑤解释与备案。

3. 根据法律的规定,我国的行政立法主体包括:①国务院是制定行政法规的主体。②国务院各部、各委员会、国务院的直属机构是制定国务院部门规章的行政主体。③省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府,省、自治区人民政府所在地的市人民政府,经国务院批准的较大的市的人民政府,经济特区所在地的市的人民政府是制定地方政府规章的行政主体。

4. 行政立法的效力等级是指行政法规和规章在我国的法律规范体系中所处的地位。在我国的法律规范体系中,宪法具有最高的法律效力。法律的效力仅次于宪法,高于行政法规和行政规章。行政法规的效力高于地方性法规和行政规章。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地方政府规章的效力高于本行政区域内设区的市、自治州的人民政府以及较大的市的人民政府制定的地方政府规章。部门规章之间、部门规章和地方政府规章之间具有同等效力,在各自的权限范围内实施。

四、案例分析题

《湖南省行政程序规定》是地方行政立法,《湖南省行政程序规定》是地方政府规章。理由如下:

第一,《湖南省行政程序规定》是在湖南省内具有普遍约束力、可以反复多次适用的行政规范。第二,从制定主体来看,《湖南省行政程序规定》的制定主体是湖南省人民政府,符合行政立法主体的要求。第三,从制定的过程来看,符合行政立法程序的要求。《湖南省行政程序规定》由省政府法制办公室起草,从2007年4月起,根据宪法和有关法律法规,在经过充分调查研究、广泛听取各方意见、深度开展专家论证、认真吸收国外经验的基础上,形成了《规定》草案稿,并先后修改20余次。2008年4月9日,省人民政府第4次常务会议审议通过了《湖南省行政程序规定》。4月17日,《规定》以省政府第222号令公布,并于2008年10月1日起施行。

五、论述题

行政立法是指国家行政机关依照法律规定的权限和程序,制定行政法规和行政规章的活动。行政立法的主体是享有行政立法权的特定国家行政机关,行政立法是从属性的立法,行政立法具有很强的适应性和形式的多样性。有普遍约束力的决定、

命令,又称其他规范性文件,是指行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件。

行政立法与有普遍约束力的决定、命令,在以下几个方面有所不同:第一,制定主体不同。行政立法的主体只能是特定的主体,即国务院、国务院部门、地方政府(包括省、自治区、直辖市和设区的市及自治州的人民政府、省、自治区政府所在地的市人民政府以及国务院批准的较大的市人民政府)。而有普遍约束力的决定、命令的制定主体可以是国务院和地方各级人民政府。第二,制定程序不同。对于制定行政法规和行政规章,我国规定了必须历经立项、起草、审查审议、通过、签署和发布等一系列的法定程序。而对于制定其他规范性文件,在程序方面的要求一般较为松散。第三,制定的规范性程度不同。行政立法往往更具有合法性、严肃性和程序性,同时对行政立法我国法律规定了一套专门的监督机制来进行监督。而制定其他规范性文件的行为则具有较强的随意性,对其的监督制约机制也不如对行政立法的严格。第四,效力等级不同。行政立法在我国的法律规范体系中的效力等级十分清晰,宪法、法律高于行政法规,行政法规高于行政规章,部门规章、地方政府规章之间具有相同的法律效力。而有普遍约束力的决定、命令则因为数量众多,制定主体广泛,各自的效力与其制定主体相对应,分别从属于相应的行政机关制定的行政法规、行政规章。因此,整个效力从上到下呈现多层次的特点。

第四章 行政行为概述

【事例回放】

1992年12月24日,梁某(男,广西扶绥县人)与李某(女)办理结婚登记手续,并于1993年5月8日生育一女孩。2008年4月3日,梁某与李某办理离婚登记手续。2008年4月9日,李某与陈某在广西隆安县民政局办理结婚登记手续。2008年5月1日,隆安县人口和计划生育局同意给予陈某、李某办理2008年度二孩生育证,2008年7月25日,隆安县人口和计划生育局查清李某在未办理二孩生育证时已怀孕两个月以上,属政策外怀孕的事实后,自行撤销了发放给陈某、李某夫妇的2008年度《二孩生育证》,并于2008年8月4日向李某发出《落实补救措施通知书》,限李某于2008年8月10日前自觉施行引产手术,如强行生育的,将按计划外生育论处。2008年8月23日23时,李某在隆安县人民医院剖宫产下一名足月男婴。2008年10月29日,扶绥县人口和计划生育局对梁某进行调查,并要求梁某、李某与李某于2008年8月23日生的孩子做DNA亲子鉴定,梁某、李某拒绝做亲子鉴定。

2009年1月5日,扶绥县人口和计划生育局作出扶计生费征决字[20090106]号《社会抚养费征收决定书》,该决定书认定梁某与李某于2008年4月3日离婚后,仅过了四个月零二十天李某就于2008年8月23日在隆安县人民医院生育一个男孩,而扶绥县人口和计划生育局掌握充足的证据可以证实梁某与李某在离婚前后均生活在一起。为此,推定李某于2008年8月23日所生的孩子是与梁某所生,属违法生育,梁某的行为违反了法律规定,决定对梁某征收社会抚养费共57580元。该《社会抚养费征收决定书》已于2009年1月6日送达给原告梁某。梁某不服提起行政诉讼。^①

【问题】

扶绥县人口和计划生育局对梁某征收社会抚养费的行为是行政行为吗?是什么行政行为呢?

【评析】

扶绥县人口和计划生育局征收社会抚养费的行为是行政行为。行政行为是指行

^① 《梁峰不服扶绥县人口和计划生育局计划生育行政征收案》,参见 <http://bmla.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?gid=119227363>。

政主体依法行使行政职权所作出的能够产生法律效果的行为。可见,行政行为的实施者是行政机关、法律、法规、规章授权的组织或者行政机关委托的组织。行政行为会影响行政相对人的权利和义务。本案中扶绥县人口和计划生育局是行政机关,行使了计划生育管理的职权,对梁某违法生育二胎的行为作出了征收社会抚养费的决定,当然是行政行为。

扶绥县人口和计划生育局对梁某征收社会抚养费的行为是行政征收。社会抚养费是指为了调节自然资源的利用和保护环境,适当补偿政府社会公共事业投入的经费,而对不符合法定生育子女条件的公民征收的费用。征收社会抚养费,不是一种行政处罚,而是一项行政性收费,具有一定的补偿和强制作用,是行政征收。

【重点知识】

第一节 行政行为概述

一、行政行为的概念

行政主体行使行政职权所作出的能够产生行政法律效果的行为是行政行为。行政行为是行政主体所为的行为,具体而言,行政主体包括行政机关和法律法规授权组织。行政行为是行使行政职权,进行行政管理的行为,也就是说,行政行为一定与行政职权相关。行政行为是行政主体实施的能够对行政相对人的权利和利益产生影响的行为。行政行为包括行政许可、行政强制、行政处罚、行政征收等行为,通常以具体、完整的行政决定的形式表现出来。行政行为具有以下特征:

(一) 行政行为是执行法律的行为

与行政立法不同,行政行为是执行法律的行为。行政行为是行政机关履行宪法、法律及行政法规、规章等规定的行为,通常针对特定的对象和事项作出,而不是针对普遍的对象作出的。比如说,工商行政管理机关给某企业颁发工商营业执照的行为。

(二) 行政行为具有一定的裁量性

由于立法技术的滞后性和局限性,加之行政管理具有广泛性、变动性和专业性的特点,法律规定难以面面俱到,从而必须赋予行政主体在处理行政事务时享有一定的自由裁量权。但是,裁量权的行使必须在法律规定的范围之内,并且应当符合合理性原则的需要。

(三) 行政行为具有单方意志性

与民事行为不同,行政主体在实施行政行为时,不必与行政相对人协商或征求相对人同意,可以依法自行作出行政行为。即便是在行政合同行为中,行政主体在行政

合同的缔结、变更和履行等方面,均有着不同于在民事合同中的单方意志性。

(四) 行政行为具有强制性

与民事行为不同,行政行为的实施以国家强制力为后盾,相对人必须履行、配合行政行为,否则,相对人将会受到制裁或强制执行。行政行为实施的强制性与单方意志性密切相关,没有行政行为的强制性,也就无法保障行政行为的单方意志性。

案例 4-1

甘露原系暨南大学华文学院语言学及应用语言学专业 2004 级硕士研究生。2005 年间,甘露在参加现代汉语语法专题科目的撰写课程论文考试时,提交了《关于“来着”的历时发展》的考试论文,任课老师发现其提供的考试论文是从互联网上抄袭,遂对其进行批评、教育后,要求重写论文。甘露第二次向任课老师提供的考试论文《浅议东北方言动词“造”》,又被任课老师发现与发表于《江汉大学学报》2002 年第 2 期《东北方言动词“造”的语法及语义特征》一文雷同。后来,暨南大学作出了《关于给予硕士研究生甘露开除学籍处理的决定》,给予甘露开除学籍的处分。^①

【问题】

暨南大学作出的《关于给予硕士研究生甘露开除学籍处理的决定》行为是行政行为吗?

【评析】

是行政行为。

行政主体行使行政职权所作出的能够产生行政法律效果的行为是行政行为。案例中,暨南大学根据《中华人民共和国教育法》的规定,对受教育者进行学籍管理,实施奖励或者处分,是依法行使行政管理职权的授权组织。暨南大学作为行政主体对甘露这一特定的相对人的开除学籍的特定事项作出的行为,直接影响到甘露的受教育权利。暨南大学的这一决定具有单方意志性和强制性,甘露必须予以配合。

二、行政行为的分类

依据不同的标准,可以对行政行为进行分类。

(一) 要式行政行为和非要式行政行为

以行政行为是否需要法定形式为标准,可以分为要式的和非要式的行政行为。要式行政行为是指需要具备法定形式要件才可以生效的行政行为,比如说,书面的形式等。而非要式行政行为则是不要求必须具备法定形式就可生效的行为,也即对行

^① 《甘露不服暨南大学开除学籍决定案》,参见 <http://bmla.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?gid=118298220>。

为的形式没有法定的要求。要式行政行为与非要式行政行为的区别,关键不在于有无行为的形式,而在于法律是否要求该行为必须具备特定的形式。当然,一般而言,行政行为都是要式的。

(二) 依职权的行政行为和依申请的行政行为

以行政行为的实施是否必须有相对人的申请为标准,可以分为依职权的行政行为和依申请的行政行为。依职权的行政行为是指行政主体依据法律赋予的职权,无需相对人的申请,就能主动实施的行政行为。比如说,交通警察依法处罚违章停车的行为,税务机关依法征收企业所得税的行为,等等。依申请的行政行为是指行政主体只有在行政相对人提出申请之后才能实施而不能主动采取的行政行为。比如说,工商机关发放营业执照的行为等。

(三) 羁束的行政行为和裁量的行政行为

以行政行为受法律规范的程度、行政主体在作出行政行为时能否进行主观判断为标准,可以分为羁束的行政行为和裁量的行政行为。羁束的行政行为是指法律对行政行为的范围、方法、形式、程序等作了明确具体的规定,行政主体只能依照法律的明确规定来实施的行政行为。比如说,我国《婚姻登记管理条例》中对婚姻登记的条件进行了明确具体的规定,只要当事人符合结婚条件的,婚姻登记机关就应当当场予以登记,发给结婚证。裁量的行政行为是指法律规范仅对行政行为的目的、精神、范围等有原则性的规定,而给行政机关在行为的具体条件、标准、幅度、方式等方面留有较大的选择余地的行政行为。比如说,我国《治安管理处罚法》中规定,公安机关对公民予以治安管理处罚中的罚款,可以根据具体情况,处 200 元以下的罚款。

(四) 授益的行政行为和负担的行政行为

以行政行为是否对相对人有利为标准,可以分为授益的行政行为和负担的行政行为。授益的行政行为是指为相对人授予权利、利益或者减免负担义务的行政行为。比如说,民政部门发放抚恤金的行为。负担的行政行为是指为相对人设定义务或者剥夺其权益的行政行为。比如说,公安机关对打架斗殴的相对人作出的罚款处罚行为。当一个行政行为针对有利害关系的不同行政相对人时,对一个行政相对人可能构成授益的行政行为,对其他的有利害关系的行政相对人则可能构成负担的行政行为。

案例 4-2

2009 年 6 月 1 日镇江润港建材公司根据《国家工商行政管理总局关于印发〈内资企业登记表格和内资企业登记申请提交材料规范〉的通知》要求,向镇江市工商行政管理局京口分局提交了建材公司法定代表人宋光跃签署的《公司设立登记申请书》、《指定代表或者共同委托代理人的证明》、公司章程、股东宋光跃的身份证件、镇

江全华永天会计师事务所出具的验资证明、董事宋光跃及监事马卫平的任职文件及身份证明、法定代表人宋光跃的任职文书、经营场所的相关使用证明和《企业名称预先核准通知书》等材料,申请公司设立登记。镇江市工商行政管理局京口分局经审查,认为建材公司申请材料齐全,并符合法律规定,因而作出了准予设立登记的决定,并发放了企业法人营业执照,法定代表人为宋光跃,注册资本为20万元。^①

【问题】

根据以上分类标准,分析镇江市工商行政管理局京口分局作出的准予设立登记的行为类型。

【评析】

镇江市工商行政管理局京口分局作出的准予设立登记的行为是要式行政行为、依申请的行政行为、羁束的行政行为和授益的行政行为。

镇江市工商行政管理局京口分局作出的准予设立登记的行为,具体的外在表现形式是企业法人营业执照,具有法定的形式要求,因此是要式的行政行为。同时,该行为必须以该公司的申请为前提,而不能依职权直接作出,因此是依申请的行政行为。另外,根据《公司登记管理条例》的相关规定,申请登记的公司只要提交了齐全、合法的申请文件和材料,登记管理机关就应该予以受理并作出准予登记的决定,没有自由选择的余地,因此该行为是羁束的行政行为。最后,镇江市工商行政管理局京口分局准予设立登记的行为一经作出,就赋予了该镇江润港建材公司的法人资格,使其获得了实际经营权,是一种授益的行政行为。

(五) 单方的行政行为和双方的行政行为

单方的行政行为,是指不需要行政相对人的同意,以行政主体的单方意思表示即可产生法律效果的行政行为。双方的行政行为,是指行政主体为实施行政管理的目标,与行政相对人协商,在双方意思表示达成一致后,才产生法律效果的行政行为。比如说,行政合同。

三、行政行为的若干类型

常见的行政行为类型主要有以下几种:

(一) 行政许可

行政许可,是指行政主体根据行政相对方的申请,经依法审查,通过颁发许可证、执照等形式,赋予或确认行政相对方从事某种活动的法律资格或法律权利的一种行政行为。行政许可是依申请的行政行为,是一种要式行政行为。比如说,工商行政管

^① 改编自《上海超慧实业有限公司不服镇江市工商行政管理局京口分局工商行政登记案》,参见 <http://bmla.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?gid=119227510>。

理机关依企业的申请发放营业执照的行为。

(二) 行政强制

行政强制,是指为了实现行政目的,行政主体或行政主体向人民法院申请,对行政相对人的人身、财产等采取强制性的行政行为的总称。行政强制,包括行政强制措施和行政强制执行。行政强制措施,是指行政机关在行政管理过程中,为制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大等情形,依法对公民的人身自由实施暂时性限制,或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的行为。行政强制执行,是指行政机关或者行政机关申请人民法院,对不履行行政决定的公民、法人或者其他组织,依法强制履行义务的行为。

(三) 行政处罚

行政处罚,是指具有行政处罚权的行政主体为维护公共利益和社会秩序,保护公民、法人或者其他组织的合法权益,依法对行政相对人违反行政法律规范而尚未构成犯罪的行为所实施的法律制裁。比如说,公安机关对偷窥、偷拍、窃听、散布他人隐私的相对人,可以处五日以下拘留或者五百元以下罚款;情节严重的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款。

案例 4-3

周某与大桥村民小组均系爱尼山乡大箐村民委员会辖区内两个相邻自然村的公民及经济组织,双方均在相邻的三丘田箐引用生产、生活用水。2005年,由于干旱,大桥村民小组人畜饮水困难,就取水的问题双方发生争议,组织人员将周某用于生产引水的沟渠毁坏,为此,双方发生水事纠纷。经周某申请,该纠纷于同年5月经爱尼山乡人民调解委员会调处未果;2006年2月,双柏县水利局会同相关职能部门,经现场调查勘验后,作出双水调字〔2006〕第4号调解意见书,但大桥村民小组拒绝该调解意见。为此,周某向相关职能部门上访。2008年8月21日,中共双柏县委办公室、双柏县人民政府办公室下发双办字〔2008〕84号《关于县委书记接访重点信访问题包案督办的通知》,责令爱尼山乡政府限时办结该纠纷。2009年6月4日,爱尼山乡政府作出行政处理决定:(1)位于大箐村委会大箐村民小组与大箐村委会大桥村民小组相邻的三丘田箐、原周某使用的一水源,即靠大桥村民小组一方的水源归大桥村民小组使用,周某原使用的水沟源头及沟上方的水源归周某使用;(2)由大箐村委会大桥村民小组赔偿周某引水沟修复费500元,限本裁决生效后5日内给付,损毁的水沟由周某自行修复。^①

^① 《大桥村民小组不服双柏县爱尼山乡政府水行政裁决案》,载 <http://bmla.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?gid=118314350>。

【问题】

爱尼山乡政府作出行政处理决定的行为是行政行为吗？如果是，是哪一类型的行政行为？

【评析】

是行政行为，是行政裁决。

本案中，由爱尼山乡政府这一行政机关针对周某与大桥村民小组之间的纠纷作出的处理决定无疑是行政行为，更准确地说，是行政裁决。

行政裁决是指行政主体依照法律授权，按照法定程序，对平等主体之间发生的、与行政管理活动密切相关的、特定的民事纠纷（争议）进行审查并作出裁决的行政行为。

本案中大桥村民小组与周某之间的水事纠纷，实质上是水资源使用权纠纷。根据法律和地方性法规的规定，水资源属于国家所有，任何单位和个人都可合理开发、利用、节约和保护水资源，各级人民政府均负有对水资源合理开发、利用、保持、节约等职责。根据《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第61条的规定，乡一级人民政府可行使管理本行政区域内的经济和社会发展计划、维护当地社会秩序、保障公民的各种权利、保护各种经济组织的合法权益等行政职权。本案周某与大桥村民小组双方当事人属于爱尼山乡政府管辖内的经济组织和个人，双方的水资源的使用权争议与爱尼山乡政府行政管理活动密切相关，因此，爱尼山乡政府作出了行政裁决这一行政行为。

（四）行政裁决

行政裁决，是指行政主体依照法律授权，按照法定程序，对平等主体之间发生的、与行政管理活动密切相关的、特定的民事纠纷（争议）进行审查并作出裁决的行政行为。行政裁决是依申请的行政行为，裁决程序依民事纠纷当事人的申请开始，裁决的结果对民事纠纷双方具有法律效力。根据被裁决的法律关系的内容，可以将行政裁决分为以下几种：

1. 权属纠纷的裁决

权属纠纷，是指双方当事人因某一财产的所有权或者使用权的归属产生的民事争议，包括土地、草原、水、滩涂、森林、矿产等自然资源的权属争议，当事人双方可依法向有关行政主体请求裁决，使得权属关系得以明确和确认。

2. 损害赔偿纠纷的裁决

损害赔偿纠纷是由于一方当事人涉及行政管理的合法权益遭受到另一方当事人的侵犯而造成一定损害后，要求侵害者给予损害赔偿而产生的民事纠纷，包括环境污染、产品质量、医疗事故等侵权纠纷，当事人双方可依法向有关行政主体请求裁决，用以确认赔偿责任和赔偿金额，使得当事人受到侵害的权益得以恢复，保障当事人的合

法权益。

3. 侵权纠纷的裁决

侵权纠纷是指作为平等主体一方当事人涉及行政管理的合法权益受到另一方侵犯时,当事人依法申请行政机关进行制止,行政机关就此争议作出的制止侵权行为的裁决。比如说,甲假冒乙的注册商标推销自己的同类商品,乙请求工商行政机关予以制止,工商行政机关作出责令甲停止侵犯乙商标权的裁决行为。侵权纠纷的裁决通常伴随损害赔偿裁决一起作出。

(五) 行政征收

行政征收,是指行政主体根据法律规定以强制方式无偿取得相对人财产所有权的一种方式。在我国,行政征收主要包括税收征收和行政收费两大块。税收是行政主体依法无偿从相对人处取得的财政收入,比如说,所得税、营业税等。行政收费是行政主体依法在提供某种公益服务或者允许使用国家资源情况下向受益相对人收取的费用。比如说,公路运输管理费,公路养路费,排污费等。行政征收有以下特征:

1. 强制性

行政征收是一种依职权的行政行为,无需相对人申请,也不必与相对人协商,相对人必须履行缴税缴费的义务,否则将产生一定的行政法律责任,甚至承担刑事责任。

2. 无偿性

行政征收是财产的单向流转,一经征收不再返还,也不对相对人进行任何的补偿。

3. 法定性

行政征收的实质在于以强制方式无偿取得行政相对人的财产所有权。因此为了保障相对人的合法权益,有关行政征收的法律规范必须经有权机关制定,行政征收的实施也必须依法进行。

(六) 行政征用

行政征用,是指行政主体为了实现特定的公共利益,取得相对人的合法财产或劳务的行为,应予以适当补偿。比如说,为了应对突发事件而征用公民房屋、运输工具等。行政征用有以下特征:

1. 强制性

同行政征收一样,行政征用是一种依职权的行政行为,无需相对人申请,也不必与相对人协商,只要行政主体基于公共利益需要依法征用,相对人就有服从和协助的义务。

2. 公益性

行政征用是为了实现特定的公共利益,而不是其他的目的。比如说,国家为了市

政建设等公共利益的需要,依照法律的规定对土地进行征用并给予补偿。

3. 补偿性

行政征用的对象主要是公民合法所有的财产权和劳务等,与此同时,应该对相对人进行补偿。行政征用以补偿为前提,这是行政征用区别于行政征收的关键之所在。

案例 4-4

20世纪90年代初,为缓解交通拥挤状况,促进经济和社会发展,原四川省重庆市某县决定修建一座桥梁。在依法办理各种手续取得各种批复证照之后,该县人民政府向重庆市政府递交《关于征用文龙乡水月村六社全部土地的请示》。同年4月26日,重庆市政府批准该县征用文龙乡水月村六社全部土地,其中耕地49706.7平方米,非耕地132293.4平方米;撤销该社建制,将该社571名社员由农业户口转为非农业户口。并明确该征地的各项补偿、安置事宜,由该县负责按照国家建设用地的有关规定办理。根据市政府的批复,该县制定了《关于文龙乡水月村六社统一征地有关问题的处理办法》,对文龙乡水月村的征地补偿安置事宜作了具体规定。之后,该县征用土地办公室与水月村及六社签订了《土地移交协议书》,协议书由水月村村主任及六社负责人签字。据此,该县完成对原文龙乡水月村六社571名社员农转非和撤销六社建制的工作。^①

【问题】

结合本案例分析行政征用的特征。

【评析】

该县的土地征用行为是典型的行政征用行为,具有强制性、公益性和补偿性。征用的目的是为了缓解交通拥挤状况,促进经济和社会发展,具有公益性。同时,征用文龙乡水月村六社全部土地的决定仅需得到相关主管机关和部门的批准,对相对人具有强制性。最后,该行为具有补偿性,在征用的决定作出之后,该县征用土地办公室与水月村及六社就土地征用的补偿问题签订了《土地移交协议书》,进行了相应的补偿。

(七) 行政给付

行政给付,是指为保障个人和组织的生存权和受益权,维持和促进国家与社会的稳定和发展,依照法律规定和相关政策向个人和组织,尤其是出现生存困难并且符合法定保障条件的个人和组织,提供物质、安全、环境、精神等各方面保障的行政行为。^② 行政给付是授益的行政行为,以行政相对人申请为条件。比如说,法定的行政

^① 改编自《重庆市綦江县文龙乡水月村六社吴昌辉等496人与重庆市人民政府行政纠纷案》, <http://bmla.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?gid=117469648>。

^② 莫于川:《行政法与行政诉讼法》,224页,北京,中国人民大学出版社,2012。

主体对革命残疾军人、烈军属等特定人员发放抚恤金等。

案例 4-5

苗青,原系自治区地矿局新闻中心的职工。2008年2月26日13时50分许,苗青被乌鲁木齐市珍宝巴士有限公司新A-52856号917路公交车碰撞致伤,后经医院抢救无效死亡。2008年4月15日经新疆维吾尔自治区劳动和社会保障厅认定苗青为工亡。2008年7月10日,乌鲁木齐市沙依巴克区人民法院作出〔2008〕沙民一初字第2076号民事调解书,确认肇事单位向苗青的妻子张某及其子女支付死亡赔偿金、丧葬费、误工费、交通费、医疗费、精神损害赔偿金共计244170.87元。与此同时,依据《工伤保险条例》的规定,^①新疆维吾尔自治区社会保险管理局也向苗青的直系亲属支付了丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金等。^②

【问题】

肇事单位和社会保险管理局的支付行为都是行政给付吗?

【评析】

社会保险管理局的支付行为是行政给付,肇事单位的支付行为是民事赔偿。

行政给付,是指为保障个人和组织的生存权和受益权,维持和促进国家与社会的稳定和发展,依照法律规定和相关政策向个人和组织,尤其是出现生存困难并且符合法定保障条件的个人和组织,提供物质、安全、环境、精神等各方面保障的行政行为。肇事单位与死者苗青及其近亲属是平等民事主体,二者之间的法律关系是民事法律关系,肇事单位的赔偿是民事赔偿行为。而新疆维吾尔自治区社会保险管理局是行政主体,与死者苗青及其近亲属之间是行政法律关系,其赋予苗青的直系亲属一定物质权益的行为是行政给付。

^① 《工伤保险条例》第37条:职工因工死亡,其直系亲属按照下列规定从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金:(一)丧葬补助金为6个月的统筹地区上年度职工月平均工资;(二)供养亲属抚恤金按照职工本人工资的一定比例发给由因工死亡职工生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属。标准为:配偶每月40%,其他亲属每人每月30%,孤寡老人或者孤儿每人每月在上述标准的基础上增加10%。核定的各供养亲属的抚恤金之和不应高于因工死亡职工生前的工资。供养亲属的具体范围由国务院劳动保障行政部门规定;(三)一次性工亡补助金标准为48个月至60个月的统筹地区上年度职工月平均工资。具体标准由统筹地区的人民政府根据当地经济、社会发展状况规定,报省、自治区、直辖市人民政府备案。伤残职工在停工留薪期内因工伤导致死亡的,其直系亲属享受本条第一款规定的待遇。一级至四级伤残职工在停工留薪期满后死亡的,其直系亲属可以享受本条第一款第(一)项、第(二)项规定的待遇。

^② 本案例改编自《张月萍诉新疆维吾尔自治区社会保险管理局劳动和社会保障行政给付案》,参见<http://bmla.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?gid=118314381>。

第二节 行政行为的成立、生效和效力

一、行政行为的成立

行政行为的成立,是指行政行为的形成或作出,即在法律上存在。行政行为的成立是评判行政行为是否合法的前提。行政行为的成立需要具备一定的条件,即为行政行为的成立要件。一般而言,包括以下要件:

(一) 主体要件

作出行政行为的主体必须是享有行政职权的行政机关,对外表现为拥有行政职权或一定行政职责的国家行政机关的公务人员,或者法律、法规授权的组织的工作人员,或者是接受行政主体委托的受委托组织的工作人员。非上述身份的实施者作出的行为或决定必定不是行政行为,不能发生法律上的效力,也无法依据行政法的救济途径来追究当事人的法律责任。

(二) 内容要件

行政行为的内容是行政机关向行政相对人作出的具有法律效果的意思表示,目的在于行使职权,产生、变更或消灭某种行政法律关系。即行政主体在主观上有凭借职权来建立、改变或者撤销某种行政法律关系的意图,并在客观上通过一定的行使行政职权的外部形式来表示、表现这一意图,使行政相对人知晓行政机关的行为内容。无论这里的意图是否真实合法,也不论意思的表示是否真实合法,都不影响该行为的成立。

(三) 法律效果要件

行政行为作出后能够对外产生一定直接或间接的法律效果,使某种行政法律关系产生、变更或消灭,对行政相对人的权利和义务产生一定的影响。比如说,单纯的报告、通知、调查等事实行为,都不是行政行为。

案例 4-6

某县工商行政管理局决定将原有的办公楼修葺一新,并购置一些办公家具,遂于2009年5月与该县福利特家具公司签订了一份关于购买办公家具的合同。合同签订后,福利特家具公司依照合同规定送货上门。县工商局认为该批家具质量不够好,便要求公司降低价格。福利特家具公司认为家具质量符合合同的约定,县工商局理应履行合同,按照合同约定的价格支付。双方僵持不下。县工商局经内部会议商议后,作出了吊销福利特家具公司营业执照并罚款10 000元的决定。^①

^① 参见胡锦涛光主编:《以案说法·行政法篇》,126页,北京,中国人民大学出版社,1998。

【问题】

该案中某县工商局的哪些行为是已经成立的行政行为？

【评析】

该案中,某县工商局一共作出了以下行为:签订购买办公家具合同,内部会议商议行为和吊销福利特家具公司营业执照并罚款 10 000 元的行为。其中,只有吊销福利特家具公司营业执照并罚款 10 000 元的行为是已经成立的行政行为。

首先,签订购买办公家具合同的行为,从内容上来看,其目的不是在于行使行政职权产生、变更或消灭某种行政法律关系,而是一个民事行为。县工商局与福利特家具公司是平等的民事主体,二者之间因签订合同而产生民事上的债权债务关系,应该由民事法律规范来调整。

其次,县工商局内部会议商议的行为,并不能够产生对外的法律效果,使得行政法律关系产生、变更或消灭,对相对人的权利和义务产生一定的影响。这只是行政机关内部的一个过程行为,不是已经成立的行政行为。

最后,县工商局作出的吊销福利特家具公司营业执照并罚款 10 000 元的决定的行为是成立了的行政行为。因为这一行为的作出,县工商局作为行政机关,在福利特家具公司拒绝降价时,利用职权,对相对人进行处罚,对相对人在行政法上的权利和义务产生了直接的影响。

二、行政行为的生效

行政行为的生效,是指成立的行政行为发生了法律效力。一般而言,行政行为一旦具备了以上构成要件之后,便可发生预定的法律效力。但是,行政行为要在现实中发生法律效力,不仅需要行政主体内部达成意思表示一致,而且还须在与外部的关系上将该意思表示置于相对人能够知悉的状态之下。换句话说,成立的行政行为因为告知相对人而生效。根据告知方式的不同,行政行为的生效可以分为以下几种:

(一) 即时生效

即时生效,是指行政行为作出的同时即告知了相对人,并立即产生法律效力。即时生效的行为因为是当场作出,立即生效,其适用范围相对较窄,适用条件相对较为严格。一般适用于紧急情况下作出的需要立即实施的行为,比如说,公安机关对醉酒的人强制进行人身约束的行为。

(二) 受领生效

受领生效,也叫送达生效,是指书面作出的行政行为须为相对人受领才开始生效。所谓受领,是指行政主体将行政行为告知相对人,并为相对人所接受。当然,这里的受领,并不意味着必须得到相对人的同意,相对人是否同意并不影响行政行为的生效。只要行政主体告知了行政相对人,从行政行为的法律文书到达相对人所在地

即开始生效,相对人是否实际拆阅该法律文书,在所不问。受领生效适用的对象为具体的确定的相对人。

(三) 公告生效

公告生效,是指行政主体将行政行为的内容采取公告或宣告等有效形式,使相对人知悉、明了行政行为的内容,该行政行为对相对人开始发生法律效力。公告的形式主要有发布公告、布告、通告,可以利用现代传媒如电台、电视、报刊、网络等方式。公告生效的时间,一般即为公告发布日。与受领生效不同,公告生效适用的对象是难以具体确定的相对人,比如说相对人的住所、居所等不明确,从而使行政行为的内容难以一一告知或者难以具体告知。

(四) 附条件生效

附条件生效,是指行政行为的生效附有一定的期限或者其他条件,只有当其所附条件等得以满足后,该行政行为才发生法律效力。当然,该行为也要为相对人所知悉。即,该行为的生效需要满足两个条件:一是该行为为相对人所知悉;二是符合所附条件的要求。

案例 4-7

贾楠和易缕二人协议离婚,向某县民政局申请离婚登记。按照法定的协议离婚的条件和程序,县民政局审查完毕后,核准二人离婚,并当场制作和颁发离婚证书。然而,就在民政局发放离婚证之时,易缕突然情绪失控,号啕大哭,声称不愿离婚,便拒绝领取离婚证。

【问题】

县民政局的离婚登记行为是否已经生效?

【评析】

已经生效。因为行政行为的生效是以行政主体将行政行为告知相对人为条件的。而告知,只要求该行政行为处于能够知悉的状态之下,不要求得到相对人的同意,换句话说,相对人是否同意并不影响行政行为的生效。因此,本案中,县民政局依法作出离婚登记的行为只要处于贾楠和易缕知悉的状态之下,就已经发生法律效力了,而不论二人是否同意领取该离婚证。

三、行政行为的效力

一个行政行为生效之后,便对其相对人产生了相应的成立、变更、消灭某种行政法律关系的法律效果。但是这种效力,是该行政行为的具体效果,效力的指向和约束的对象都是具体的。作为这种个别行政行为的具体法律效果的效力基础,还存在着所有的行政行为的一般性效力,即这里的行政行为的效力。

行政行为的效力,是指所有行政行为都固有的一般法律效力。这是对所有行政行为的法律效力的一种理论抽象,是行政行为区别于其他法律行为的关键之所在。一般而言,行政行为一经作出,便具有公定力、确定力、拘束力和执行力。

(一) 公定力

行政行为的公定力,是指行政行为一旦成立,原则上推定其有效乃至合法;即使被认为是违法的,在有权行政主体或人民法院予以撤销、废止或者变更之前,相对人、行政主体以及人民法院都必须将其作为合法、有效的行为加以尊重和服从,而不能否认其效力。当然,除了该行政行为的成立具有重大且明显的瑕疵,因而被认为绝对无效除外。

行政行为的公定力,是一种即使行政行为违法仍推定其有效乃至合法的法律效力。这与私人的意思表示有着明显的区别,普通的民事法律行为没有这样的法律效力。在某种程度上,这与刑事法律关系中的“无罪推定”有些相似,只不过前者是指行政主体的行政行为有效乃至合法,不能否认其效力;后者是指任何人在未经依法判决有罪之前应视其无罪,即推定犯罪嫌疑人的行为不为犯罪。

行政行为的公定力,是由行政行为的本质属性和使命所决定的。行政行为是行政主体执行法律而实施的行为,其目的在于实现法律规定的公益目的,其权威也来自法律本身。行政行为的公益目的、法律权威、行政相对人及一般公众的信赖,都有必要得到充分的保护。否则,如果允许随意的否定行政行为的效力,将会严重损害行政行为的可预期性,从而影响法律秩序乃至社会的安定。

(二) 确定力

行政行为的确定力,是指行政行为具有不受任意改变的法律效力。具体而言,包括形式性和实质性的确定力。

形式性的确定力,也称不可争力,是指一旦超过对行政行为提起复议和诉讼的期限,行政相对人等便不得就该行政行为提起争议、要求改变该行政行为的效力。比如说,我国《行政复议法》第9条规定:“公民、法人或者其他组织认为行政行为侵犯其合法权益的,可以自知道该行政行为之日起六十日内提出行政复议申请;但是法律规定的申请期限超过六十日的除外。”不过,这种效力只是对行政相对人提起争议申请的拒绝,并不妨碍行政主体依职权撤销违法或不当的行政行为。

实质性的确定力,也称不可变更力,是指行政主体一旦作出行政行为,非依法定的事由和程序,不得任意变更已经作出的行政行为,或又重新作出行为。比如说,行政主体作出的行政裁决行为,只要当事人无异议不提出争讼,即使事后判明该裁决是错误的,为了维护法律关系的安定性,行政主体也不能自己推翻自己已经作出的裁决。换句话说,行政行为的实质性的确定力,不允许行政主体依职权随意改变已经作出的行为。

案例 4-8

2000年8月,某市某县矿务局的一台铲车在过街时撞倒中学生孙某。之后,该县交警大队作出了案号为4070158的事故责任认定书,认定孙某负全部责任。孙某不服,向该市交警支队提起复议,而该市交警支队并未依法在30日内作出复议决定。后来孙某一直坚持到县交警大队进行交涉,两年后,该县交警大队便仍以4070158为案号,重新作出了交通事故责任认定书,认定孙某负主要责任,矿务局负次要责任。^①

【问题】

该县交警大队重新作出事故责任认定的行为是否符合行政行为的效力理论的要求?

【评析】

不符合行政行为的效力理论要求。一般而言,行政行为一经作出,便具有公定力、确定力、拘束力和执行力。行政行为的确定力,包括形式性和实质性的确定力。实质性的确定力,也称不可变更力,是指行政主体一旦作出行政行为,非依法定的事由和程序,不得任意变更已经作出的行政行为,或又重新作出行为。行政行为的拘束力,要求行政行为一旦作出,只要没有法定的依据,不经法定的程序,任何机关、组织或者担任任何职务的公务员都不得予以撤销或变更。而在本案中,该县交警大队在原认定行为未经法定事由和程序而被撤销的情况下,擅自就同一案件作出了两份同一编号而认定结果不同的交通事故责任认定书,完全无视行政行为对自身的实质确定力和拘束力,不符合行政行为的效力理论要求。

(三) 拘束力

行政行为的拘束力,是指行政行为具有法律规定的或者行政主体决定的法律效果,当事人即行政主体和行政相对人对这种法律效果都必须予以尊重并遵守的效力。不仅如此,其他所有包括行政主体在内的国家机关与相对人都应该对该行政行为的遵守予以尊重,而不能任意的横加干涉。

一方面,行政行为拘束行政主体。行政行为一旦作出,只要没有法定的依据,不经法定的程序,任何机关、组织或者担任任何职务的公务员都不得予以撤销或变更。不仅如此,在该行政行为未被依法撤销、撤回或变更之前,作出该行为的行政主体负有执行该行政行为的义务,任何机关、组织或者担任任何职务的公务员,都不能干预其执行,都应受到该行政行为的拘束。

另一方面,行政行为拘束行政相对人。行政相对人对合法成立并已生效的行政行为,负有服从的义务,必须按照行政行为所规定的义务而予以积极的履行,不能推

^① 参见胡锦涛、刘飞宇主编:《行政法与行政诉讼法》,37页,北京,中国人民大学出版社,2011。

委、拖延,以及代替、转移等。

(四) 执行力

行政行为的执行力,也称行政行为的“自行执行力”,是指行政行为成立生效后,在行政相对人不自觉履行行政行为所设定义务的情况下,行政主体得以自身的力量强制实现行政行为内容的效力。

行政行为的执行力,以国家强制力为依据,是最终保障性的效力。行政机关依法进行的行政强制执行,无需事先得到人民法院的判决。我国《行政复议法》和《行政诉讼法》都明确规定,即使在复议期间或诉讼期间,也承认行政行为的执行力,容许进行强制执行。只有当法律有明文规定时,才可以停止或者延缓行政行为的执行,其目的在于尽早实现行政行为的内容和公益目的,同时也能减轻人民法院的负担。

案例 4-9

2012年3月6日,某市某区地税局在检查工作中发现,该区的小飞机日用电器有限公司(下称小飞机公司)2010年少缴房产税、土地使用税等税款共计86万元。3月8日,该区地税局向该公司送达了《税务处理决定书》,要求小飞机公司缴清税款及滞纳金。在规定期限内,小飞机公司仍未缴纳税款,经责令限期缴纳未果,4月17日,该区地税局依程序对其强制执行,查封该小飞机公司一批价值45万的空调、一批价值23万的电冰箱以及其他货物。

【问题】

该地税局对小飞机公司的查封行为体现了行政行为具有什么效力?

【评析】

体现了行政行为具有执行力。行政行为的执行力,也称行政行为的“自行执行力”,是指行政行为成立生效后,在行政相对人不自觉履行行政行为所设定义务的情况下,行政主体得以自身的力量强制实现行政行为内容的效力。在本案中,该地税局对小飞机公司作出了税务处理决定这一行政行为。然而法定期限内,小飞机公司并没有自觉履行缴纳税款及滞纳金这一设定义务,因此,该地税局以自身的力量强制实现了其作出的行政行为内容,体现了行政行为具有执行性的这一效力特征。

第三节 行政行为的一般合法要件

我国的行政复议法和行政诉讼法对何谓合法的行政行为规定了一定的标准,或者说行政行为的合法需要具备一定的要件。结合现行法律的规定,一般来说,行政行

为的合法要件有主体合法、内容合法和程序合法等。

一、行为的主体合法

主体合法,是指作出行政行为的组织必须具备行政主体资格,能以自己的名义作出行政行为,并能独立承担法律责任。根据我国法律法规的规定,能够成为行政主体的应当是依法设置的行政机关或依法被授权的被授权组织。

行政行为通常是由行政主体的具体工作人员实施的,因此这些工作人员也应合法,具备法定的条件,才能保证行政行为的合法性。如果是行政机关或法律法规授权组织的工作人员,则应该按照该行政机关或授权组织的委派来行使相应的行政职权;如果是行政机关委托的工作人员或组织,则应该依委托来作出行为。

主体合法,除了要求行政行为的主体是行政主体之外,还要求行政主体的行为必须在其法定的权限范围之内。具体而言,包括不得超越职权和滥用职权。

不得超越职权,是指行政主体的行政行为一定要在法定的职权范围内进行。也就是说,行政主体必须在自身的事务管辖权、地域管辖权和级别管辖权的范围内作出行为。行政机关要按照行政组织法的规定、被授权组织要在授权范围内、被委托组织必须在委托的范围内作出行政行为。而实施行政行为的具体工作人员则应在行政主体所委派的范围内作出行为。

不得滥用职权,是指行政主体作出的行政行为不仅要在其法定的职权范围之内,而且要正当的行使该职权。这是对行政主体权限合法的更高要求。不得滥用职权要求行政主体在作出行政行为时,不仅要依据有关法律法规的规定,还要考虑法律、法规的目的,确保行为在总体目的上符合法律的规定。

案例 4-10

2005年1月27日下午4时许,某县公安局交警大队协警员刘某在辖区危险路段巡逻检查时,看见一辆短途客车在前方弯道处下了一名乘客(有一女乘客晕车,下车吐后又上车了)后继续行驶到检查地点时,示意该川T61545号微型短途客车驾驶员郑某停车出示证件检查。郑某停车后称“系了安全带,未超速超载”,即开车离去。该协警员即向交警李某报告。李某接报后乘坐一辆微型车(遇堵车)到川T61545号车前,说:“郑某,上面挡你,你咋个不停?”郑某答:“系了安全带,未超速超员,未违章。”李某就伸手将川T61545号短途客车的钥匙和线路牌拿走,并将雨刮器扳坏。李某叫郑某下车,叫乘客下车,郑某不下车。后双方发生拉扯,致郑某受伤,该县公安局决定拘留郑某15日(未执行)。^①

^① 参见《郑发权不服荣经县公安局行政拘留处罚案》, <http://bmla.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp>。

【问题】

本案中的行政检查行为的主体是否合法？

【评析】

本案中一共有两次行政检查行为,分别由协警员刘某和交警李某作出。根据《中华人民共和国道路交通安全法》第80条“交通警察执行职务时,应当按照规定着装,佩戴人民警察标志,持有人民警察证件,保持警容严整,举止端庄,指挥规范”的规定,本案协警员刘某第一次对郑某进行检查时,不具备执法主体资格,导致这次的检查行为的主体不合法;本案交警李某第二次对郑某进行检查时,具备了执法主体资格,该行政检查行为的主体是合法的。

二、行政行为的内容合法

内容合法,是指行政主体作出的行政行为所设定的行政法上的权利和义务应当合法。包括两个方面内容:法律事实清楚,证据确凿充分;法律依据适用正确。

行政主体作出行政行为,必须以事实为根据。事实是行为的基础,行政主体只有将事实发生的时间、地点、情节、后果、原因等调查核实清楚,才能作出行政行为。事实不清,作出的行政行为则会违法。证据是以法律规定的形式表现出来的能够证明案件真实情况的一切事实,是行政主体作出行政行为的事实依据,是由行政主体依法收集和认定的事实。行政主体作出行政行为要求证据确凿充分,要求所有证据之间具有关联性,形成证据链条。没有证据或证据不充分、不确凿,就不能作出合法的行政行为。

行政主体作出行政行为,必须以法律为准绳,要正确的适用法律。行政主体在作出行政行为时,必须依照法定的职权和程序,针对行政管理活动中的具体案件事实,适用正确的法律规定。行政主体的行政行为必须有法律的依据,而且严格按照法律的规定来作出。值得一提的是,行政法具有法律渊源众多的特点,选择适用正确的法律依据,不仅取决于行政主体主观上的行政合法的认识和愿望,也取决于行政主体的专业能力和法律素养。

案例 4-11

2012年8月17日下午5点,在济源市下冶镇朱庄村,李治会往菜地施肥拉粪,王建平认为李治会将粪水洒到自己井中,因而双方发生争吵,后二人发生厮打。李亚霖看见后将其二人拉开,王建平怕他们父子二人打他就往家里跑,李治会和李亚霖一直追王建平到家,李治会的妻子陈小玲也闻声赶来,看见李治会和李亚霖正在王建平家院前和王建平争吵,后李治会、李亚霖、陈小玲三人一起到王建平家,李亚霖见王建平躲在屋里,李亚霖将屋门撞开后和王建平发生厮打。王建平的妻子李荣粉劝其双方

不要厮打,在劝不开的情况下自己喝下农药,后送至医院抢救。该区公安分局认为李治会、李亚霖、陈小玲、王建平的行为均构成殴打他人,决定给予李治会、李亚霖、陈小玲三人各罚款200元、给王建平罚款300元的处罚。^①

【问题】

本案中公安分局作出的罚款行为的内容是否合法?

【评析】

本案公安分局作出的罚款行为的内容不合法。本案中王建平与李治会在不同时段、地点、场所多次发生冲突,双方均存在不同程度的违法行为。该公安分局应充分考虑整个纠纷发生的起因、过程、作用以及危害后果,对违法者作出相应的处罚决定。而不应如本案中所为,在事实不清,证据不足的情况下,仅以四人均有殴打他人的行为,从而简单的作出了对其分别予以罚款了事的处罚决定。

三、行政行为的程序合法

合法的行政行为,不仅要满足主体合法、内容合法,而且要符合程序合法的要求。程序是作出行政行为所经过的步骤、时限、方法、形式等。任何行政行为都须通过一定的程序表现出来,没有脱离程序的行为。行政行为的程序合法是该行为合法的必备要件。

一般而言,程序合法要求:第一,行政主体作出的行政行为应该符合行政程序的基本原则。比如说,行政公平、公正、公开的原则,行政高效的原则,行政便民的原则等。第二,行政主体作出的行政行为应该符合行政程序的基本制度和具体规定。比如说,信息公开制度,回避制度,听证制度,时效制度等。另外,行政行为必须具备法律所要求的形式。

行政程序法是关于行政行为的方式、步骤以及实施这些方式、步骤的时间、顺序等法律规范的总称。尽管我国目前尚未出台完整的行政程序法典,但在一些单行的行政法律中规定了一些行政程序。行政主体在行使职权时,必须予以遵守,否则该行为将构成违法。比如说,我国《行政处罚法》中规定了行政处罚的一般程序和简易程序,并对行政处罚中需要听证的处罚听证程序作了规定。其中一般程序包括立案调查和审查决定两个步骤。具体划分为:立案、调查取证、审查调查结果、作出行政处罚决定和送达行政处罚决定书等。^②

^① 参见《济源市公安局邵州分局与王建平、李治会治安行政处罚案》, <http://bmla.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp>。

^② 详见《行政处罚法》第五章的规定。

案例 4-12

2001年10月宦某与陈某经人介绍相识恋爱。2002年2月25日,宦某父亲与陈某哥哥一同在某镇婚姻登记管理机关代宦某和陈某办理了结婚登记,并分别领取了渝万培字[2002]第034号结婚证书。该结婚证书所载的女方姓名为“宦某某”,出生时间“81年2月11日”,身份证件号一栏空白未填,男方姓名“陈某某”,出生时间“76年8月23日”。该证所载内容与办理婚姻登记时所提交的当事人婚姻状况证明及结婚登记申请书中的内容相符,但与宦某身份证上真实姓名不符。陈某身份证载明1974年8月23日生。在向该镇婚姻登记管理机关申请办理结婚登记及领取结婚证书时,宦某与陈某皆在广东务工,未亲自到场。^①

【问题】

该镇婚姻登记管理机关作出的结婚登记行为在程序上是否合法?

【评析】

该镇婚姻登记管理机关作出的结婚登记行为在程序上严重违法。《婚姻登记管理条例》(原国函[1994]6号)(2003年10月1日废止)第8条第1款规定,“申请婚姻登记的当事人,应当如实向婚姻登记管理机关提供本条例规定的有关证件和证明,不得隐瞒真实情况。”第9条第1款规定,“当事人结婚的,必须双方亲自到一方户口所在地的婚姻登记机关申请结婚登记,申请时,应当持下列证件和证明:(一)户口;(二)居民身份证;(三)所在单位、村民委员会或者居民委员会出具的婚姻状况证明。”而该镇婚姻登记管理机关在为宦某和陈某办理结婚登记时没有严格依照上述规定,未尽必要的审查义务,在当事人双方均未亲自到场、也未提供户口和身份证的情况下,办理了渝万培字[2002]第034号结婚登记,其程序严重违法。

第四节 有瑕疵的行政行为的后果

行政行为一经作出,就具有法律效力。但是有些行政行为作出后,由于存在这样或那样的瑕疵,比如说欠缺一般合法要件,就会阻碍行政行为效力的发生。但是,值得注意的是,这些有瑕疵的行政行为,在有权机关依法判断其瑕疵并作出相应处理之前,依然具有上述行政行为的效力,即公定力、确定力、约束力和执行力,也即具有合

^① 参见《宦某某诉重庆市万州区民政局婚姻行政登记违法纠纷案》, <http://bmla.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp>。

法有效的推定效力。具体而言,在我国有瑕疵的行政行为经有权机关依法判断后,主要有以下三种后果:

一、无效的行政行为

行政行为的无效,是指行政行为成立时有明显或重大的违法情形,自始至终不产生法律效力。^①

(一) 行政行为无效的原因

如果任何一个正常理智的普通人的常识性理解都可以判断行政行为存在严重和明显的违法情形,一般而言该行为是无效的。无效的主要原因有:(1)行政行为有特别重大的违法情形。(2)行政行为具有明显的违法情形。(3)行政主体不明确或明显超越职权的行政行为。(4)行政主体受胁迫所为的行政行为。(5)没有可能实施的行政行为。(6)行政行为的实施将导致犯罪。

(二) 行政行为无效的后果

行政行为无效的后果有:(1)行政行为被确认无效后即自始至终不发生法律效力。(2)经有权机关确认无效后,原则上应当尽可能恢复到行政行为发布以前的状态。比如说,如果是授益行政行为的,行政主体应收回无效行政行为;如果是负担行政行为的,行政主体应返还其因此得到的利益,给相对人权益造成损失的,应该给予赔偿。^②

二、撤销的行政行为

行政行为的撤销,是指对已经合法有效的行政行为,如果发现其违法或不当,由有权的国家机关予以撤销,使其失去法律效力。行政行为撤销的原因因为行为违法或明显不当。

(一) 行政行为撤销的原因

第一,行政行为违法,缺乏合法要件。行政行为的合法要件包括主体合法、内容合法和程序合法等。如果行政行为在作出时,存在主要证据不足、适用法律、法规错误、违反法定程序、超越职权、滥用职权等违法情形的,该行为可以由法定机关予以撤销。

第二,行政行为明显不当。其实与上述合法要件相比较,这是对行政行为合理

^① 需要指出的是,我国即使是无效的行政行为也要依法由有权机关(行政复议机关和诉讼机关)来作出判断,而不能由行政相对人自行判断并予以抵抗。换句话说,这里的自始无效,只是溯及以后的失去效力,并不能从一开始就否定行政行为合法有效的推定有效。

^② 如上所言,目前我国制定法上的无效制度与大陆法系理论上的无效制度还有一定的差异,这里主要从制定法的角度来解释这一制度。

性的要求。换言之,即使行政行为符合上述的合法要件,但是在内容上存在明显不合理的情形,也可以由法定机关撤销该行为。

(二) 行政行为撤销的后果

鉴于行政行为的公定力,撤销的行政行为在法定有权机关作出撤销的决定之前,仍然视为具有法律效力的行为。该行为被撤销后,产生以下法律效果:

第一,该行政行为自撤销之日起失去法律效力。撤销之前仍有公定力、确定力、拘束力和执行力,行政相对人仍应履行该行为为其设定的义务等。但是撤销的行政行为的效力可以一直追溯到行政行为作出之日。

第二,责任后果。如果是由于行政主体的过错而导致行政行为撤销的,行政主体则应当对给相对人造成的损害予以赔偿。如果是由于相对人的过错而导致行政行为撤销的,行政性相对人因此受到的损失应自行负责,行政相对人因此所获得的利益应当予以收回。

案例 4-13

1988年8月24日,梅州市人民政府(以下简称梅州市政府)作出梅市府办函[1988]28号《关于梅州市区范围内房屋所有权登记发证工作请示的批复》,成立梅州市区房屋所有权登记发证办公室(以下简称梅州发证办),梅州市区范围内的房屋所有权的登记发证工作由梅州发证办负责。1988年11月9日,梅州市政府作出梅市府[1988]61号《关于开展梅州市区房屋登记的通告》(以下简称61号通告),规定1988年9月1日以后,任何房管部门在市区范围内所发的房屋所有权证均作无效,由发放单位自行收回,房屋所有人应到梅州发证办重新申请登记发证。

1994年7月26日,华龙公司申请办理位于梅州市梅江区三角镇东升工业区网子岷的工业大楼(以下简称工业大楼)房屋产权登记,梅县房地产公司经审核后,于1994年8月6日颁发了3783725号证,所有权人为华龙公司,3783725号证加盖了梅县政府房产证专用章。梅县房地产公司经机构改革后,其职能逐步由梅县房产管理局承担,最终由县住建局承担。

1994年12月12日,华龙公司以工业大楼作为抵押物,向华侨公司贷款,签订外汇抵押贷款合同,并在梅县房地产公司办理房屋抵押贷款他项权利登记证。因华龙公司未能偿还贷款,华侨公司向广州市中级人民法院提起诉讼,广州市中级人民法院作出[1998]穗中法经初字第729号民事判决,判决华龙公司偿还华侨公司贷款本金194万美金及利息,后又在执行中作出[1999]穗中法经执字第370号民事裁定,裁定上述民事判决中止执行。

1996年12月1日,华龙公司又将工业大楼向梅州发证办申请办理房地产权登记,梅州发证办经审核后,于1996年12月27日颁发了粤房地字第0646364号房地产

权证(以下简称0646364号证)。此后,华龙公司又以工业大楼作为抵押物向中国工商银行深圳分行借款。因华龙公司未能偿还借款,引起诉讼,经梅州市中级人民法院审理并进入执行后,经过委托评估、拍卖,于2003年4月将处置工业大楼的款项分配完毕,华侨公司未得到该处置款项的分配。

2012年3月23日,华侨公司向梅州市中级人民法院提起行政诉讼,以梅县政府、县住建局明知对工业大楼无权颁发房产证的情况下,滥用职权擅自颁发房产证明给华龙公司并向华侨公司办理抵押登记,以此误导华侨公司向华龙公司出借194万美元,导致该贷款至今无法收回为由,请求梅州市中级人民法院确认梅县政府、县住建局颁发给华龙公司的3783725号证的行政行为违法并承担诉讼费用。^①

【问题】

梅县政府、县住建局颁发给华龙公司的3783725号证的行政行为是否应该予以撤销?为什么?

【评析】

梅县政府、县住建局颁发给华龙公司的3783725号证的行政行为应该予以撤销。理由如下:

同一房产应当只有一份合法的房产所有权证。61号通告第4条第4项规定1988年9月1日以后,任何房产部门在市区范围内所发的房屋所有权证均作无效,由发放单位自行收回,房屋所有人应到梅州发证办重新申请登记发证。由于工业大楼位于梅州市梅江区,不在梅县政府的行政管辖范围内,属于梅州市政府的登记发证范围,梅县政府、县住建局为华龙公司颁发3783725号证是超越职权的违法行政行为。

三、废止的行政行为

行政行为的废止,是指已经发生法律效力行政行为,因某种法定情形而依法被宣布失去法律效力。一般而言,行政行为因下列情形而被废止:

(一) 行政行为废止的原因

第一,法律依据发生了变化。行政行为所依据的法律、法规、规章和政策等已经被有权机关修改、废止或者撤销。行政行为失去了法律依据,因此不能保持其法律效力,否则将与新的规定相冲突或相抵触。

第二,事实依据发生了变化。行政行为所依据的客观事实已经发生了重大变化或者已经不复存在。行政行为失去了事实依据,因此需要废止原来的行政行为的法律效力。

^① 参见《梅县人民政府等与广东华侨信托投资公司房屋登记行政纠纷上诉案》, <http://bmla.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp>。

第三,法律效果已经实现。行政行为所要实现的法律效果已经完成,没有继续存在的必要。

(二) 行政行为废止的后果

行政行为废止的后果有:(1)行政行为自废止之日起不发生法律效力。废止与无效、撤销的行政行为不同,不具溯及的效力,该行为仅从废止之日起失效。(2)因废止行政行为而给相对人造成损失的,行政主体应当予以补偿。

【课后练习】

一、单选题

- 下列行政机关的行为中,哪个属于行政行为?()
 - 租用办公用房的行为
 - 购买办公用品的行为
 - 制定规章的行为
 - 征收税款的行为
- 某工商局任意改变了其所颁发的营业执照中所确定的营业范围。从行政法理论上说,该工商局违反了行政行为效力的哪个方面?()
 - 确定力
 - 拘束力
 - 执行力
 - 公定力
- 某企业依法向其职工收缴个人所得税,此行为()。
 - 违法,企业不是行政主体,不能实施行政征收行为
 - 属于行政征收的代扣、代缴方式
 - 不具有强制性,职工不缴纳所得税,企业不得强制征收
 - 可以不采取书面形式
- 某省人民政府要实施一项国家重点工程项目,占用某地区农民的土地。省人民政府对被用地的农民给予各种补偿费用与安置费,并对多余的劳动力进行了安置。省人民政府的这一行为属于()。
 - 行政征用
 - 行政征收
 - 行政征购
 - 行政没收
- 我国专利法规定,对未经专利权人许可实施其专利的侵权行为,专利权人或利害关系人可以请求专利管理机关进行处理。专利管理机关在处理时,有权责令侵权人停止侵权行为,并赔偿损失。专利管理机关的这一行为属于()。
 - 行政许可
 - 行政处罚
 - 行政强制
 - 行政裁决
- 依照有关法律规定,具有法人资格的社会团体应自批准成立之日起 60 日内向登记管理机关备案,登记管理机关自收到备案文件之日起 30 日内发给《社团登记证书》。登记管理机关的这一行为属于()。
 - 行政立法
 - 负担的行政行为

- C. 裁量的行政行为
D. 羁束的行政行为
7. 下列哪个选项不属于单方行政行为? ()
- A. 行政合同
B. 行政给付
- C. 行政许可
D. 行政强制

二、多项选择题

1. 行政行为必须具备以下哪些要素? ()
- A. 行为主体必须依法享有行政职权
B. 行为的对象针对的是特定的相对人或特定的事项
C. 行为的效力是一次性的,是不能反复适用的
D. 行为的内容是设立、变更或消灭某项权利或义务
2. 下列行政行为哪些是依职权行政行为? ()
- A. 行政处罚
B. 行政许可
- C. 行政征收
D. 行政强制
3. 下列哪些行为属于行政行为? ()
- A. 颁发许可证的行为
B. 减免税收的行为
- C. 对于婚姻状况的登记行为
D. 对土地使用权作出的确认
4. 以下哪些情形属于行政行为无效的情形? ()
- A. 行政主体受胁迫而作出的行政行为
B. 行政行为有重大违法情形
- C. 行政行为将导致相对人犯罪
D. 行政行为没有实施的可能
5. 以下哪些情形会造成行政行为的废止? ()
- A. 法律、法规、规章或政策被修改、废止或者撤销
B. 实际情况发生重大变化
C. 发现行政行为有重大违法情形
D. 原定任务或目标已经完成
6. 万家纺织厂系国营企业牡丹机械厂为安置待业人员创办的集体企业。2010年,两厂因隶属关系发生纠纷。市国有资产管理局以国资局字第18号文件的形式对两厂产权作出界定。国资局字第18号文件是()。
- A. 行政立法
B. 行政行为
- C. 内部行政行为
D. 行政裁决行为
7. 以下有关行政行为和有普遍约束力的决定和命令的表述正确的是()。
- A. 有普遍约束力的决定和命令一般针对不特定的多数人和事,而行政行为仅仅针对特定的对象
- B. 有普遍约束力的决定和命令与行政行为的成立和生效要件不同
- C. 有普遍约束力的决定和命令主要表现为规范性,而行政行为表现为确定性

D. 有普遍约束力的决定和命令可以反复适用,行政行为只能适用一次

8. 下列哪些行为属于行政行为?()

- A. 某市政府发布的关于某小区的拆迁决定
- B. 北京市政府出台的奥运会期间的交通管制通告
- C. 某市政府制定的关于出入该市的车辆的收费标准
- D. 某部委发布的要求所有医院均不得与某企业签订某种药品买卖合同的通知

三、简答题

- 1. 什么是行政行为?
- 2. 行政行为的成立要件是什么?
- 3. 行政行为的一般合法要件是什么?

四、论述题

论述行政行为的效力。

【拓展实训】

实训项目名称:寻找并列举日常生活中常见的行政行为。

实训目标:让学生结合所学行政行为的基础理论知识,认识、了解日常生活中常见的行政行为,从熟悉的行政行为入手,激发学生的学习兴趣,加深对行政法中行政行为理论的认知,为以后的学习打下良好的基础。

实训具体步骤:

(1) 布置学生结合本章所学内容,寻找并列举认为是自己日常生活中常见的行政行为。

(2) 小组讨论。学生分成小组,相互讨论自己小组寻找、列举的行政行为是否属于行政法上的合法的行政行为,并进行提炼总结。

(3) 小组代表汇报。小组代表汇报本组的讨论结果,提出小组中争议的问题,并说明各方的不同理由。

(4) 教师反馈和总结。对各组列举的行为和问题、争议的问题进行点评和说明。

【练习答案】

一、单选题

1. D 2. A 3. B 4. A 5. D 6. D 7. A

二、多项选择题

1. ABCD 2. ACD 3. ABCD 4. ABCD 5. ABD 6. BD
7. ABCD 8. AD

三、简答题

1. 行政主体行使行政职权所作出的能够产生行政法律效果的行为是行政行为。行政行为是行政主体所为的行为,具体而言,行政主体包括行政机关和法律法规授权

组织。行政行为是行使行政职权、进行行政管理的行为,也就是说,行政行为一定与行政职权相关。行政行为是行政主体实施的能够对行政相对人的权利和利益产生影响的行为。

2. 行政行为的成立,是指行政行为的形成或作出,即在法律上存在。行政行为的成立需要具备一定的条件,一般而言,包括以下要件:第一,主体要件。作出行政行为的主体必须是享有行政职权的行政机关,对外表现为拥有行政职权或一定行政职责的国家行政机关的公务人员,或者法律、法规授权的组织的工作人员,或者是接受行政主体委托的受委托组织的工作人员。第二,内容要件。行政行为的内容是行政机关向行政相对人作出的具有法律效果的意思表示。第三,法律效果要件。行政行为作出后能够对外产生一定直接或间接的法律效果,使某种行政法律关系产生、变更或消灭,对行政相对人的权利和义务产生一定的影响。

3. 结合现行法律的规定,一般来说,行政行为的合法要件有主体合法、内容合法和程序合法等。

主体合法,是指作出行政行为的组织必须具备行政主体资格,能以自己的名义作出行政行为,并能独立承担法律责任。根据我国法律法规的规定,能够成为行政主体的应当是依法设置的行政机关或依法被授权的被授权组织。主体合法,除了要求行政行为的主体是行政主体之外,而且还要求行政主体的行为必须在其法定的权限范围之内。具体而言,包括不得超越职权和滥用职权。

内容合法,是指行政主体作出的行政行为所设定的行政法上的权利和义务应当合法。包括两个方面内容:法律事实清楚,证据确凿充分;法律依据适用正确。

程序合法。程序是作出行政行为所经过的步骤、时限、方法、形式等。任何行政行为都须通过一定的程序表现出来,没有脱离程序的行为。行政行为的程序合法是该行为合法的必备要件。

四、论述题

行政行为的效力,是指所有行政行为都固有的一般法律效力。这是对所有行政行为的法律效力的一种理论抽象,是行政行为区别于其他法律行为的关键之所在。一般而言,行政行为一经作出,便具有公定力、确定力、拘束力和执行力。

第一,公定力。行政行为的公定力,是指行政行为一旦成立,原则上推定其有效乃至合法;即使被认为是违法的,在有权行政主体或人民法院予以撤销、废止或者变更之前,相对人、行政主体以及人民法院都必须将其作为合法、有效的行为加以尊重和服从,而不能否认其效力。当然,除了该行政行为的成立具有重大且明显的瑕疵,因而被认为绝对无效除外。

第二,确定力。行政行为的确定力,是指行政行为具有不受任意改变的法律效力。具体而言,包括形式性和实质性的确定力。形式性的确定力,也称不可争力,是

指一旦超过对行政行为提起复议和诉讼的期限,行政相对人等便不得就该行政行为提起争议、要求改变该行政行为的效力。不过,这种效力只是对行政相对人提起争议申请的拒绝,并不妨碍行政主体依职权撤销违法或不当的行政行为。实质性的确定力,也称不可变更力,是指行政主体一旦作出行政行为,非依法定的事由和程序,不得任意变更已经作出的行政行为的,或又重新作出行为。

第三,拘束力。行政行为的拘束力,是指行政行为具有法律规定的或者行政主体决定的法律效果,当事人即行政主体和行政相对人对这种法律效果都必须予以尊重并遵守的效力。不仅如此,其他所有包括行政主体在内的国家机关与相对人都应该对该行政行为的遵守予以尊重,而不能任意的横加干涉。一方面,行政行为拘束行政主体。行政行为一旦作出,只要没有法定的依据,不经法定的程序,任何机关、组织或者担任任何职务的公务员都不得予以撤销或变更。另一方面,行政行为拘束行政相对人。行政相对人对合法成立并已生效的行政行为,负有服从的义务,必须按照行政行为所规定的义务而予以积极的履行,不能推诿、拖延,以及代替、转移等。

第四,执行力。行政行为的执行力,也称行政行为的“自行执行力”,是指行政行为成立生效后,在行政相对人不自觉履行行政行为所设定义务的情况下,行政主体得以自身的力量强制实现行政行为内容的效力。

第五章 行政处罚

【事例回放】

2012年6月29日,湖南省邵阳市人民政府发布《关于进一步规范市民日常行为的通知》(市政发[2012]8号,以下简称《通知》),其中规定乱扔果皮、纸屑、烟头、槟榔渣、塑料袋等废弃物的,每次罚款10元;随地吐痰的,每次罚款10元;随地便溺的,每次罚款20元;行人不走斑马线、乱翻护栏的,每人(次)罚款10元;非机动车辆不按规定停放的,每台(次)罚款50元。

另据邵阳市城管局工作人员表示,全市共招聘1000名监督员,每个区各分配几百名,分别由每个社区的街道办事处统一管理。该工作人员向记者提供了一份《市容环境监督员执法手册》,其中在《管理办法》第13条写道:“监督员实行岗位补贴加奖金的薪酬制度。岗位补贴每人每月500元,由市财政统一拨付到区。监督员所收取的罚款和停车费全额上缴区财政,由区财政按票据及时结算,80%返还奖励给监督员本人……”^①

【问题】

- (1)《通知》对于行政处罚权的设定是否合法?
- (2)邵阳城管监督员的收入分配是否合法?

【评析】

(1)根据《行政处罚法》第14条的规定,除法律、法规和规章以外的其他规范性文件不得设定行政处罚。邵阳市政府制定的《通知》属于其他规范性文件,无权设定任何种类的行政处罚。因此,该《通知》对于行政处罚权的设定是违法的。

(2)根据《行政处罚法》第53条第2款的规定,罚款必须全部上缴国库,任何行政机关或者个人不得以任何形式截留、私分或者变相私分,财政部门不得以任何形式向作出行政处罚决定的行政机关返还罚款。可见,材料中邵阳市财政局将罚款的80%作为奖励返还给城管监督员的做法是明显违法的。

^① 《湖南邵阳聘千人替城管执法,罚款可提成80%》,载《潇湘晨报》,2012-08-21。

【重点知识】

第一节 行政处罚制度概述

一、行政处罚的概念和特征

行政处罚是指行政主体依照法定权限和程序对实施了违法行为但尚未构成犯罪的公民、法人或者其他组织,通过限制或剥夺其人身、财产、名誉等权利的方法予以惩戒的行为。行政处罚的特征主要有以下几个方面:

(一) 行政处罚的主体是行政主体

具体包括行政机关和法律法规授权的组织。行政主体是否享有行政处罚权、享有哪些行政处罚权以及多大范围内的行政处罚权,必须由法律、法规予以明确规定。行政主体要严格依据法定权限和程序行使行政处罚权。

(二) 行政处罚的对象是实施了违反行政法律规范行为的相对人

首先,行政处罚的对象是违反了行政法律规范的相对方,而不是行政机关系统内部的公务员,这使其区别于行政处分;其次,行政处罚的对象通常是违反了行政法律规范但尚未构成犯罪的公民、法人或其他组织,这又使其区别于刑事处罚,当然,对于既违反了行政法律规范又违反了刑事法律规范的公民、法人或其他组织,也可能对其实施两种处罚。

(三) 行政处罚是一种以惩戒违法为目的具有制裁性的行政行为

行政主体通过限制或剥夺相对方的人身、名誉、财产等权益来体现其制裁性,当然,行政处罚的最终目的是消除违法,维护公共利益和社会秩序,从而保护公民、法人或其他组织的合法权益。这使其明显区别于行政奖励等受益性的行政行为。

1996年3月17日第八届全国人大第四次会议通过、并于2009年修订的《行政处罚法》,对行政处罚的设定、实施、执行和法律责任等问题作了规定,从而为行政处罚行为提供了基本法律依据。除此之外,《治安管理处罚法》《道路交通安全法》《出境入境管理法》《外国人入境出境管理条例》等法律、法规,则为部门管理领域的行政处罚行为提供了更为具体、明确的法律规则。

二、行政处罚的基本原则

行政处罚的基本原则是指对行政处罚的设定和实施具有普遍指导意义的基本准则。根据《行政处罚法》的规定,行政处罚的基本原则可以概括为以下几项:

（一）处罚法定原则

《行政处罚法》第2条规定：“行政处罚的设定和实施，适用本法。”第3条规定：“公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，应当给予行政处罚的，依照本法由法律、法规或者规章规定，并由行政机关依照本法规定的程序实施。”据此，行政处罚的设定、主体、职权、种类、内容和程序均由法定，没有法定依据或不遵守法定程序的，行政处罚无效。

（二）处罚公正、公开原则

《行政处罚法》第4条规定：“行政处罚遵循公正、公开的原则。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。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。”

行政处罚公正原则要求行政处罚的设定和实施应基于合理正当的目的；同样的情况应同等对待；应考虑相关因素而不考虑不相关因素；处罚的轻重程度应与违法行为的事实、性质、情节和社会危害程度相适应。

行政处罚公开原则要求除涉及国家秘密和依法受到保护的商业秘密、个人隐私的外，行政处罚的依据、过程和结果都要公开，为此，《行政处罚法》规定了一系列制度来保障处罚公开原则的实现，如表明身份制度、听取意见制度、听证制度等，以监督行政机关依法行使行政处罚权。《治安管理处罚法》第5条第2款规定：“实施治安管理处罚，应当公开、公正，尊重和保障人权，保护公民的人格尊严。”体现了处罚公开与保护公民合法权益之间的平衡与协调。

案例 5-1

原告鼎盛公司是一家专业从事生产、加工（焙）烘烤制品并销售公司自产产品等的外商独资企业，注册取得“艾维尔 I Will”文字及图商标、“爱维尔”文字商标以及“爱维尔 I Will”文字及图商标，核定使用商品均为第30类“蛋糕、面包、月饼等”。第三人东华公司经国家商标局核准于2009年7月14日取得第5345911号（以下简称“乐活 LOHAS”）注册商标，核定使用商品为第30类“糕点、方便米饭、麦片、冰淇淋”，目前尚未在产品上使用该商标。

2009年8月，鼎盛公司将其当年度所生产的月饼划分为“秋爽”、“美满”以及涉案的“乐活”等总计23个类别，同时制作相应的广告宣传目录册。鼎盛公司在涉案“乐活”款月饼的手拎袋、内衬及月饼单粒包装盒外侧左下角显著位置均标注“I Will 爱维尔”与“乐活 LOHAS”连用标识，手拎袋两侧同时标注有生产商鼎盛公司名称、电话、厂址等信息。9月初，鼎盛公司将上述月饼投放市场，主要通过鼎盛公司在苏州市范围内的63家爱维尔直营店、加盟店销售、直接向公司订货及临时聘请外来人员以销售礼品券的方式进行销售。