

# 第四篇

## 依法行政的基本制度

# 第一章 行政组织法律制度

## 第一节 行政机关组织法律制度

### (一) 国务院组织法律制度

1982年12月10日,第五届全国人民代表大会第五次会议通过《国务院组织法》。最近,国务院常务会议又通过了新修订的《国务院工作规则》。国务院组织法律制度主要规定三项内容:国务院的组成和职权、国务院的工作制度、以及国务院组成部门的工作制度。

#### 1. 国务院的组成和职权

国务院由总理、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,总理领导国务院的工作,副总理、国务委员协助总理工作。国务院行使宪法第89条规定的十八项职权:一是根据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令;二是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;三是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;四是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;五是编制和执行国民经济和社会发展规划和国家预算;六是领导和管理经济工作和城乡建设;七是领导和管理教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作;八是领导和管理民政、公安、司法行政和监察等工作;九是管理对外事务,同外国缔结条约和协定;十是领导和管

理国防建设事业 ;十一是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 ;十二是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 ;十三是改变或者撤销各部、各委员会发布的不适当的命令、指示和规章 ;十四是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 ;十五是批准省、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 ;十六是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状态 ;十七是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 ;十八是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。

### 2. 国务院的工作制度

国务院会议分为国务院全体会议和国务院常务会议。国务院全体会议由国务院全体成员组成。国务院常务会议由总理、副总理、国务委员、秘书长组成。国务院实行总理负责制 ,总理领导国务院的工作。副总理、国务委员协助总理工作。总理召集和主持国务院全体会议和国务院常务会议。国务院工作中的重大问题 ,必须经国务院常务会议或者国务院全体会议讨论决定。国务院发布的决定、命令和行政法规 ,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的议案 ,任免人员 ,由总理签署。副总理、国务委员按分工负责处理分管工作。

国务委员受总理委托 ,负责某些方面的工作或者专项任务 ,并且可以代表国务院进行外事活动。国务院秘书长在总理领导下 ,负责处理国务院的日常工作。国务院设副秘书长若干人 ,协助秘书长工作。国务院设立办公厅 ,由秘书长领导。

### 3. 国务院组成部门的工作制度

国务院各部、各委员会的设立、撤销或者合并 ,经总理提出 ,由全国人民代表大会决定 ;在全国人民代表大会闭会期间 ,由全国人民代表大会常务委员会决定。各部设部长一人 ,副部长二至四人。各委员会设主任一人 ,副主任二至四人 ,委员五至十人。各部、各委员会实行部长、主任负责制。各部部长、各委员会主任领导本部门的工作 ,召集和主持部务会议或者委员会会议、委务会议 ,签署上报国务院的重要请示、报告和下达的命令、指示。副部长、副主任协助部长、主任工作。各部、各委员会工作中的方针、政策、计划和重大行政措施 ,应向国务院请示报告 ,由国务院决定。根据法律和国务院的决定 ,主管部、委员会可以在本部门的权限内发布命令、指示和规章。

## (二) 地方政府组织法律制度

1979年7月1日 ,第五届全国人民代表大会第二次会议通过《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》 ;1995年2月28日 ,第八届全国人民代表大会常务委员

会第十二次会议进行了第三次修正。修正后的组织法主要规定四项内容：地方各级人民政府的设立和组成、职权、工作制度、职能部门和派出机构的设立。

### 1. 地方各级人民政府的设立和组成

省、自治区、直辖市、自治州、县、自治县、市、市辖区、乡、民族乡、镇设立人民政府。地方各级人民政府是地方各级人民代表大会的执行机关，是地方各级国家行政机关。地方各级人民政府对本级人民代表大会和上一级国家行政机关负责并报告工作。县级以上地方各级人民政府在本级人民代表大会闭会期间，对本级人民代表大会常务委员会负责并报告工作。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。地方各级人民政府必须依法行使行政职权。

省、自治区、直辖市、自治州、设区的市的人民政府分别由省长、副省长，自治区主席、副主席，市长、副市长，州长、副州长和秘书长、厅长、局长、委员会主任等组成。县、自治县、不设区的市、市辖区的人民政府分别由县长、副县长，市长、副市长，区长、副区长和局长、科长等组成。乡、民族乡的人民政府设乡长、副乡长。民族乡的乡长由建立民族乡的少数民族公民担任。镇人民政府设镇长、副镇长。新的一届人民政府领导人员依法选举产生后，应当在两个月内提请本级人民代表大会常务委员会任命人民政府秘书长、厅长、局长、委员会主任、科长。省、自治区、直辖市、自治州、县、自治县、市、市辖区的人民政府每届任期五年。乡、民族乡、镇的人民政府每届任期三年。

### 2. 地方各级人民政府的职权

县级以上的地方各级人民政府行使下列十项职权：一是执行本级人民代表大会及其常务委员会的决议，以及上级国家行政机关的决定和命令，规定行政措施，发布决定和命令；二是领导所属各工作部门和下级人民政府的工作；三是改变或者撤销所属各工作部门的不适当的命令、指示和下级人民政府的不适当的决定、命令；四是依照法律的规定任免、培训、考核和奖惩国家行政机关工作人员；五是执行国民经济和社会发展规划、预算，管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、环境和资源保护、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作；六是保护社会主义的全民所有的财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的合法财产，维护社会秩序，保障公民的人身权利、民主权利和其他权利；七是保护各种经济组织的合法权益；八是保障少数民族的权利和尊重少数民族的风俗习惯，帮助本行政区域内各少数民族聚居的地方依照宪法和法律实行区域自治，帮助各少数民族发展政治、经济和文化的建设事业；九是保障宪法和法律赋予妇女的男女平等、同工同酬和婚姻自由等各项权利；十是办理上级国家行政机关交办的其他事项。

省、自治区、直辖市的人民政府可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章,报国务院和本级人民代表大会常务委员会备案。省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规,制定规章,报国务院和省、自治区的人民代表大会常务委员会、人民政府以及本级人民代表大会常务委员会备案。这些政府制定规章,须经各该级政府常务会议或者全体会议讨论决定。

乡、民族乡、镇的人民政府行使下列七项职权:一是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,发布决定和命令;二是执行本行政区域内的经济和社会发展规划、预算,管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业和财政、民政、公安、司法行政、计划生育等行政工作;三是保护社会主义的全民所有的财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的合法财产,维护社会秩序,保障公民的人身权利、民主权利和其他权利;四是保护各种经济组织的合法权益;五是保障少数民族的权利和尊重少数民族的风俗习惯;六是保障宪法和法律赋予妇女的男女平等、同工同酬和婚姻自由等各项权利;七是办理上级人民政府交办的其他事项。

### 3. 地方各级人民政府的工作制度

地方各级人民政府分别实行省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长、乡长、镇长负责制。省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长、乡长、镇长分别主持地方各级人民政府的工作。县级以上的地方各级人民政府会议分为全体会议和常务会议。全体会议由本级人民政府全体成员组成。省、自治区、直辖市、自治州、设区的市的人民政府常务会议,分别由省长、副省长,自治区主席、副主席,市长、副市长,州长、副州长和秘书长组成。县、自治县、不设区的市、市辖区的人民政府常务会议,分别由县长、副县长,市长、副市长,区长、副区长组成。省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长召集和主持本级人民政府全体会议和常务会议。政府工作中的重大问题,须经政府常务会议或者全体会议讨论决定。

### 4. 地方各级人民政府工作部门和派出机构的设立

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。县级以上的地方各级人民政府设立审计机关。地方各级审计机关依照法律规定独立行使审计监督权,对本级人民政府和上一级审计机关负责。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。各厅、局、委员会、科分别设厅长、局长、主任、科长，在必要的时候可以设副职。办公厅、办公室设主任，在必要的时候可以设副主任。省、自治区、直辖市、自治州、设区的市的人民政府设秘书长一人，副秘书长若干人。

省、自治区、直辖市的人民政府的各工作部门受人民政府统一领导，并且依照法律或者行政法规的规定受国务院主管部门的业务指导或者领导。自治州、县、自治县、市、市辖区的人民政府的各工作部门受人民政府统一领导，并且依照法律或者行政法规的规定受上级人民政府主管部门的业务指导或者领导。省、自治区、直辖市、自治州、县、自治县、市、市辖区的人民政府应当协助设立在本行政区域内不属于自己管理的国家机关、企业、事业单位进行工作，并且监督它们遵守和执行法律和政策。

省、自治区的人民政府在必要的时候，经国务院批准，可以设立若干派出机关。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。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。

### （三）行政组织法律制度亟待完善

新中国成立以后，中央人民政府不仅在起临时宪法作用的《共同纲领》中规定了行政组织法律规范，而且制定了专门的《中央人民政府组织法》、《政务院及所属机关组织通则》、《大行政区人民政府委员会组织通则》、《省人民政府组织通则》、《大城市区人民政府组织通则》、《县人民政府组织通则》、《乡人民政府组织通则》，同时还制定了一些部门组织法，如《政务院人民监察委员会试行组织条例》、《海关总署试行组织条例》等。1954年，我国第一部《宪法》、《国务院组织法》、《地方政府组织法》的颁布，开创了我国行政组织法制建设的黄金时代。此后，陆续制定了国家计委工作条例和监察部、劳动部、国家体委、国务院秘书厅、国家计量局、国务院法制局、国务院专家局、国务院机关事务管理局等部委办局的组织简则，制定了《城市街道办事处组织条例》、《公安派出所组织条例》等基层政府派出机构的行政组织法，健全了各级民族自治地方的行政组织法，这就标志着我国当时已初步形成了涵盖中央人民政府及其组成部门、直属机构、办事机构，地方各级人民政府及其相关派出机构，民族自治地方各级人民政府的行政组织法律体系。

在经历“文革”十年动乱和停顿之后，新时期我国的行政组织法制建设主要是拨乱反正，恢复五四宪法、《国务院组织法》和《地方政府组织法》的规定，其间虽然也有局部内容的增删和修改，虽然也有一些新的法律、法规规定有新的行政组织法律规范，但总体上行政组织法制建设一直不够完善。

就我国行政组织立法的现状来看，的确存在着诸多问题。择其要者，主要有以下几

点：

其一，内容上不能与正在逐步建立和完善的市场经济体制、民主法治体制和精简、统一、效能的行政管理体制相适应。《国务院组织法》基本上是在计划经济体制下制定的，没有很好地体现市场经济体制条件下的政府职能、管理方式以及建设法治政府的要求和特点，要下大的功夫研究和修改。

其二，条款上过于简约、粗疏，有些条款法律含义不明确。例如《国务院组织法》只有十一条，不到1200字。这对于我国这样一个有着13亿人口、960万平方公里土地、政治经济文化发展很不平衡的大国来说，这样的行政组织法显然是过于简单了。如在宪法、《国务院组织法》中要不要对国务院副总理、国务委员的人数进行限定，要不要对国务院组成部门的数目进行限定，要不要对国务院直属机构、办事机构、议事协调机构的法律地位、设置条件和程序等作出规定。又如国务院实行总理负责制与重大问题经国务院常务会议或国务院全体会议讨论决定之间是什么关系，遇意见分歧时决策是实行合议制还是实行一长制，国务院常务会议和全体会议是决策机构还是决策咨询机构，哪些重大事项应当由国务院常务会议讨论决定，哪些重大事项应当由国务院全体会议讨论决定，等等。又如是否应当对不同地区、不同级别、不同类型的政府的设置、组成、职能等作不同的规定。

其三，体系上很不健全和完备，没有形成一个相互配套的行政组织法体系。中央政府只有《国务院组织法》，没有各部委办局组织法；地方各级政府不仅没有分级的政府组织法，而且现行的政府组织法还与地方人民代表大会组织法放在一起，没有独立；民族自治地方政府、城市政府也没有自己的组织法。

就此而言，我国应当在经济体制改革、政治体制改革和行政管理体制与机构改革不断走向深入的有利条件下，抓紧修改《国务院组织法》，使其更加科学、具体、完备；抓紧制定国务院各组成部门、直属机构、办事机构和议事机构的组织简则，可以考虑将“三定方案”上升为由国务院批准颁布的行政法规，以加强其权威性，增加其规范性；适时修改《地方政府组织法》，将其与地方人民代表大会组织法分开制定，最好在《地方政府组织法》外，再分别制定《省人民政府组织通则》、《市人民政府组织通则》、《民族自治地方人民政府组织通则》、《县人民政府组织通则》、《乡镇人民政府组织通则》。《地方政府组织法》规定各级地方政府设置、组成、职权、撤销等共性内容，由全国人民代表大会通过；地方各类政府组织通则则规定各类别政府设置、组成、职权、撤销等个性内容，并可考虑再根据管辖人口、土地面积、经济发达程度等不同情况，对各类别政府分别作出不同的规定，如同是县级人民政府，由于上述诸因素不同，其副县长人数、组成部门数目和工作人员编制等

均应有所不同,该类组织通则可由全国人民代表大会常务委员会通过。在修改和制定了《国务院组织法》、国务院各组成部门、直属机构、办事机构和议事机构组织简则、《地方政府组织法》、地方各类别政府组织通则之后,我国的行政组织立法将形成一个以宪法为统帅、以《国务院组织法》和《地方政府组织法》两个基本法律为主干、以地方各类别政府组织通则(法律)和国务院各部委办局组织简则(行政法规)为辅翼的、完备的行政组织法律体系,它既是对我国行政管理体制和机构改革成果的直接确认与总结,又是防止旧体制回归的有效法律控制。

## 第二节 行政编制法律制度

为了规范国务院行政机构的设置,加强编制管理,提高行政效率,国务院于1997年根据宪法和国务院组织法制定《国务院行政机构设置和编制管理条例》。该条例明确规定国务院行政机构设置和编制管理应当适应国家政治、经济、社会发展的需要,遵循精简、统一、高效的原则。该条例主要规定三项内容:国务院行政机构的设置管理、编制管理和监督检查。

### (一)国务院行政机构设置管理

#### 1. 机构设置的基本准则

国务院行政机构的设置以职能的科学配置为基础,做到职能明确、分工合理、机构精简,有利于提高行政效能。国务院根据国民经济和社会发展的需要,适应社会主义市场经济体制的要求,适时调整国务院行政机构;但是,在一届政府任期内,国务院组成部门应当保持相对稳定。国务院行政机构的设立、撤销或者合并,由国务院机构编制管理机关事先组织有关部门和专家进行评估和论证。

#### 2. 国务院行政机构的类别

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、国务院直属机构、国务院办事机构、国务院组成部门管理的国家行政机构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各部、各委员会、中国人民银行和审计署;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;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;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。

### 3. 国务院行政机构的设立、撤销和合并

其一,国务院办公厅、国务院组成部门、国务院直属机构、国务院办事机构和国务院组成部门管理的国家行政机构的设立、撤销和合并。依照国务院组织法的规定,国务院设立办公厅。国务院组成部门的设立、撤销或者合并由国务院机构编制管理机关提出方案,经国务院常务会议讨论通过后,由国务院总理提请全国人民代表大会决定;在全国人民代表大会闭会期间,提请全国人民代表大会常务委员会决定。国务院直属机构、国务院办事机构和国务院组成部门管理的国家行政机构的设立、撤销或者合并由国务院机构编制管理机关提出方案,报国务院决定。设立国务院组成部门、国务院直属机构、国务院办事机构和国务院组成部门管理的国家行政机构的方案,应当包括下列五类事项:一是设立机构的必要性和可行性;二是机构的类型、名称和职能;三是司级内设机构的名称和职能;四是与业务相近的国务院行政机构职能的划分;五是机构的编制。其中,撤销或者合并前列机构的方案,应当包括下列三类事项:一是撤销或者合并的理由;二是撤销或者合并机构后职能的消失、转移情况;三是撤销或者合并机构后编制的调整和人员的分流。

其二,国务院议事协调机构的设立、撤销和合并。设立国务院议事协调机构,应当严格控制;可以交由现有机构承担职能的或者由现有机构进行协调可以解决问题的,不另设立议事协调机构。设立国务院议事协调机构,应当明确规定承担办事职能的具体工作部门;为处理一定时期内某项特定工作设立的议事协调机构,还应当明确规定其撤销的条件或者撤销的期限。国务院议事协调机构的设立、撤销或者合并,由国务院机构编制管理机关提出方案,报国务院决定。国务院行政机构设立后,需要对职能进行调整的,由国务院机构编制管理机关提出方案,报国务院决定。

### 4. 国务院行政机构内设机构的设立、撤销和合并

国务院办公厅、国务院组成部门、国务院直属机构、国务院办事机构在职能分解的基础上设立司、处两级内设机构;国务院组成部门管理的国家行政机构根据工作需要可以设立司、处两级内设机构,也可以只设立处级内设机构。其一,国务院行政机构的司级内设机构的增设、撤销或者合并,经国务院机构编制管理机关审核方案,报国务院批准。第一,增设国务院行政机构的司级内设机构的方案,应当包括三类事项:一是增设机构的必要性;二是增设机构的名称和职能;三是与业务相近的司级内设机构职能的划分。第二,撤销或者合并前列机构的方案,应当包括三类事项:一是撤销或者合并机构的理由;二是撤销或者合并机构后职能的消失、转移情况;三是撤销或者合并机构后编制的调整。国

务院行政机构及其司级内设机构的名称应当规范、明确,并与该机构的类型和职能相称;国务院行政机构及其司级内设机构不得擅自变更名称。其二,国务院行政机构的处级内设机构的设立、撤销或者合并,由国务院行政机构根据国家有关规定决定,按年度报国务院机构编制管理机关备案。

## (二) 国务院行政机构编制管理

国务院行政机构的编制(人员的数量定额和领导职数)依据职能配置和职位分类,按照精简的原则确定。国务院行政机构的编制在国务院行政机构设立时确定,国务院行政机构的编制方案,应当包括两类事项:一是机构人员定额和人员结构比例;二是机构领导职数和司级内设机构领导职数。国务院行政机构增加或者减少编制,由国务院机构编制管理机关审核方案,报国务院批准。

国务院议事协调机构不单独确定编制,所需要的编制由承担具体工作的国务院行政机构解决。国务院办公厅、国务院组成部门、国务院直属机构和国务院办事机构的领导职数,按照国务院组织法的规定确定。国务院组成部门管理的国家行政机构的领导职数,参照国务院组织法关于国务院直属机构领导职数的规定确定。

国务院办公厅、国务院组成部门、国务院直属机构、国务院办事机构的司级内设机构的领导职数为一正二副,国务院组成部门管理的国家行政机构的司级内设机构的领导职数根据工作需要为一正二副或者一正一副。国务院行政机构的处级内设机构的领导职数,按照国家有关规定确定。

## (三) 国务院行政机构编制监督检查

国务院机构编制管理机关应当对国务院行政机构的机构设置和编制执行情况进行监督检查。国务院行政机构应当每年向国务院机构编制管理机关提供其机构设置和编制管理情况的报告。国务院行政机构违反《国务院行政机构设置和编制管理条例》规定,有下列行为之一的,由国务院机构编制管理机关责令限期纠正,逾期不纠正的,由国务院机构编制管理机关建议国务院或者国务院有关部门对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分:一是擅自设立司级内设机构的;二是擅自扩大职能的;三是擅自变更机构名称的;四是擅自超过核定的编制使用工作人员的;五是有违反机构设置和编制管理法律、行政法规的其他行为的。

## (四) 我国亟须制定《行政机构编制法》

完善行政编制法律制度体系,是转变政府职能和深化行政管理体制改革的前提和保障。由于我国目前的行政编制法律制度体系仅有《国务院行政机构设置和编制管理条例》,尚未制定《地方行政机构编制法》,一套有强制约束力的控制编制增长机制迟迟未能

建立起来,导致行政编制管理存在以下一些突出问题:一是编制管理机构不健全,缺乏必要的权威,管理体制混乱,多头管理,政出多门,相互矛盾,容易失控。二是编制管理不科学,方式陈旧,缺乏分类管理。三是依靠财政预算约束编制的机制尚未完全建立起来,由于行政经费从属于编制,有编制就必然有行政经费,容易诱致各部门争相扩大编制。四是行政编制法律体系不健全,尤其是地方行政机构编制管理在相当程度上是无法可依;违反编制的法律责任规定不够明确,责任追究不力。

不言而喻,行政编制管理的这种落后状况难以适应全面推进政府改革的现实需要。有鉴于此,应当尽快制定一部《行政机关编制法》,确立一套有强制约束力的行政编制管理机制,从根本上解决编制管理乱与软的问题。

其一,通过制定《行政机关编制法》来控制行政机关编制。行政机关编制法就其功能而言,主要是用以控制行政机关的编制。与企业、公司等经济组织不同的是,行政机关一般都是由国家财政拨款,机构主要依赖他律,由于行政机关存在着自我膨胀的动力,因此必须诉诸外在调节和控制手段予以规范和控制。通常而言,解决编制问题无外乎两种手段,一是财政控制,二是法律控制。其中,制定《行政机关编制法》,就是通过法律特有的规范性、确定性、具体性和强制性,来形成制度上的硬约束,严格控制超编行为。

其二,通过制定《行政机关编制法》来建立和完善行政编制法制。我国虽然也曾颁布过一些关于编制管理的规范性文件,如《关于编制管理的暂行办法》(国务院,1963)和《国务院行政机构设置和编制管理条例》,但并未完全建立起一套完整的行政编制管理法律制度体系,之所以如此,主要在于缺乏一部在编制法律体系中起龙头作用的《行政机关编制法》。我们认为《行政机关编制法》能够一揽子解决以下几个问题:一是规定行政机关编制主管部门的设置、地位和职权;二是明确规定行政编制管理的范围、基本内容和行政程序;三是建立健全行政编制管理的监督机制,明确违反行政编制管理的行政法律责任以及责任追究机制。

其三,通过制定《行政机关编制法》来推动行政机关编制管理的科学化。行政机关的设置及定员不能随意而定,应当符合经济与社会发展的现实需要,加以科学设定。当前我国正处于经济转轨和社会转型的变革期,应当依照建立和完善市场经济体制的客观要求来确立行政机构及其定员。在充分进行实践调查的基础上,通过制定《行政机关编制法》来确定行政机构增减和人员设定所应当遵循的实体性和程序性原则,有助于推动行政机关编制管理的科学化。

### 第三节 公务员法律制度

简而言之,公务员法律制度就是规定公务员的权利与义务的行政法律制度。所谓国家公务员,是指国家依法定方式任用的,在各级国家行政机关任职的依法行使行政权力和执行国家公务的人员。为了实现对国家公务员的科学管理,保障国家公务员的优化、廉洁,提高行政效能,国务院根据宪法,于1993年制定《国家公务员暂行条例》。该条例明确规定国家公务员制度贯彻以经济建设为中心,坚持四项基本原则,坚持改革开放的基本路线;坚持为人民服务的宗旨和德才兼备的用人标准;贯彻公开、平等、竞争、择优的原则。该条例较为系统地规定了我国公务员的权利与义务、职位分类、录用、考核、奖励、纪律、职务升降、职务任免、培训、交流、回避、工资保险福利、辞职辞退、退休、申诉控告、管理与监督等16个基本问题。

#### (一) 国家公务员的权利与义务

##### 1. 国家公务员依法享有的权利

依照《国家公务员暂行条例》的规定,国家公务员享有下列八项权利:一是非因法定事由和非经法定程序不被免职、降职、辞退或者行政处分;二是获得履行职责所应有的权力;三是获得劳动报酬和享受保险、福利待遇;四是参加政治理论和业务知识的培训;五是对国家行政机关及其领导人员的工作提出批评和建议;六是提出申诉和控告;七是依照本条例的规定辞职;八是宪法和法律规定的其他权利。在此基础上《国家公务员暂行条例》又专门对公务员的工资保险福利作了详细规定:国家公务员的工资制度贯彻按劳分配的原则,实行职级工资制,工资主要由职务工资、级别工资、基础工资和工龄工资构成,国家公务员按照国家规定享受地区津贴和其他津贴,实行定期增资制度,凡在年度考核中被确定为优秀、称职的,可以按照规定晋升工资和发给奖金。国家公务员工资水平与国有企业相当人员的平均工资水平大体持平。国家根据国民经济的发展和生活费用价格指数的变动,有计划地提高国家公务员的工资标准,使国家公务员的实际工资水平不断提高。新录用人员在试用期间,发给试用期工资,试用期满正式任职后,根据确定的职务和级别确定其工资。此外,国家公务员按照国家规定享受保险和福利待遇,除国家法律、法规和政策规定外,国家行政机关不得以任何形式增加或者扣减国家公务员的工资,也不得提高或者降低国家公务员的保险和福利待遇。

### 2. 国家公务员必须履行的法定义务和必须遵守的纪律

(1)《国家公务员暂行条例》规定,国家公务员必须履行以下八项法定义务:遵守宪法、法律和法规;依照国家法律、法规和政策执行公务;密切联系群众,倾听群众意见,接受群众监督,努力为人民服务;维护国家的安全、荣誉和利益;忠于职守,勤奋工作,尽职尽责,服从命令;保守国家秘密和工作秘密;公正廉洁,克己奉公;宪法和法律规定的其他义务。

(2)《国家公务员暂行条例》规定国家公务员必须严格遵守纪律,不得有下列十四种行为:散布有损政府声誉的言论,组织或者参加非法组织,组织或者参加旨在反对政府的集会、游行、示威等活动,组织或者参加罢工;玩忽职守,贻误工作;对抗上级决议和命令;压制批评,打击报复;弄虚作假,欺骗领导和群众;贪污、盗窃、行贿、受贿或者利用职权为自己和他人谋取私利;挥霍公款,浪费国家资财;滥用职权,侵犯群众利益,损害政府和人民群众的关系;泄露国家秘密和工作秘密;在外事活动中有损国家荣誉和利益;参与或者支持色情、吸毒、迷信、赌博等活动;违反社会公德,造成不良影响;经商、办企业以及参与其他营利性的经营活动;其他违反纪律的行为。

#### (二)国家公务员的职位和等级

国家行政机关实行职位分类制度,各级国家行政机关应当依照国家有关规定,在确定职能、机构、编制的基础上,进行职位设置,制定职位说明书,确定每个职位的职责和任职资格条件,作为国家公务员的录用、考核、培训、晋升等的依据。国家行政机关根据职位分类,设置国家公务员的职务和等级序列:职务分为领导职务和非领导职务。其中,非领导职务是指办事员、科员、副主任科员、主任科员、助理调研员、调研员、助理巡视员、巡视员,国家公务员的级别分为十五级。

职务与级别的对应关系是(1)国务院总理:一级(2)国务院副总理,国务委员:二至三级(3)部级正职,省级正职:三至四级(4)部级副职,省级副职:四至五级(5)司级正职,厅级正职,巡视员:五至七级(6)司级副职,厅级副职,助理巡视员:六至八级;(7)处级正职,县级正职,调研员:七至十级(8)处级副职,县级副职,助理调研员:八至十一级(9)科级正职,乡级正职,主任科员:九至十二级(10)科级副职,乡级副职,副主任科员:九至十三级(11)科员:九至十四级(12)办事员:十至十五级。

国家公务员的级别,按照所任职务及所在职位的责任大小、工作难易程度以及国家公务员的德才表现、工作实绩和工作经历确定。各级人民政府工作部门因工作需要,增设、减少或者变更职位时,应当按照规定程序重新确定。

#### (三)国家公务员职务关系的产生、变更与消灭

##### 1. 国家公务员的录用制度

国家行政机关录用担任主任科员以下非领导职务的国家公务员,采用公开考试、严格考核的办法,按照德才兼备的标准择优录用,民族自治地方人民政府和各级人民政府民族事务部门录用国家公务员时,对少数民族报考者应当予以照顾。录用国家公务员,必须在编制限额内按照所需职位的要求进行。报考国家公务员,应当具备国家规定的资格条件。

录用国家公务员按照下列程序进行:一是发布招考公告;二是对报考人员进行资格审查;三是对审查合格的进行公开考试;四是对考试合格的进行政治思想、道德品质、工作能力等方面的考核;五是根据考试、考核结果提出拟录用人员名单,报设区的市以上人民政府人事部门审批。

中央国家行政机关国家公务员的录用考试,由国务院人事部门负责组织;地方各级国家行政机关国家公务员的录用考试,由省级人民政府人事部门负责组织。省级以上人民政府工作部门录用的国家公务员,应当具有两年以上基层工作经历。按照规定录用的没有基层工作经历的国家公务员,应当安排到基层工作一至二年。

新录用的国家公务员,试用期为一年,在试用期内应当接受培训。试用期满合格的,正式任职;不合格的,取消录用资格。

### 2. 国家公务员的交流制度

国家行政机关每年应当有一定比例的国家公务员进行交流,可以在国家行政机关内部交流,也可以与其他机关以及企业、事业单位的工作人员进行交流,交流包括调任、转任、轮换和挂职锻炼四种。各级国家行政机关接受调任、转任和轮换的国家公务员,应当有相应的职位空缺。

所谓调任,是指国家行政机关以外的工作人员调入国家行政机关担任领导职务或者助理调研员以上非领导职务,以及国家公务员调出国家行政机关任职。调入国家行政机关任职的,必须经过严格考核,具备拟任职务所要求的政治思想水平、工作能力以及相应的资格条件。考核合格的,应当到行政学院或者其他指定的培训机构接受培训,然后正式任职。国家公务员调出国家行政机关后,不再保留国家公务员的身份。

所谓转任,是指国家公务员因工作需要或者其他正当理由在国家行政机关内部的平级调动(包括跨地区、跨部门调动)。国家公务员转任必须符合拟任职务规定的条件要求,经考核合格后,按照规定的程序办理。

所谓轮换,是指国家行政机关对担任领导职务和某些工作性质特殊的非领导职务的国家公务员,有计划地实行职位轮换。国家公务员的职位轮换按照国家公务员管理权限,由任免机关负责组织。

所谓挂职锻炼,是指国家行政机关有计划地选派在职国家公务员在一定时间内到基层机关或者企业、事业单位担任一定职务。国家公务员在挂职锻炼期间,不改变与原机关的人事行政关系。

### 3. 国家公务员的职务升降制度

国家公务员的职务晋升,必须坚持德才兼备、任人唯贤的原则,注重工作实绩。晋升国家公务员的职务,必须在国家核定的职数限额内进行。国家公务员晋升职务,应当具备拟任职务所要求的资格条件;其中拟晋升上一级领导职务的,一般应当具有在下一级两个以上职位任职的经历。应当按照规定的职务序列逐级晋升;个别德才表现和工作实绩特别突出的,可以越一级晋升,但是必须按照规定报有关部门同意。

国家公务员的职务晋升,按照以下程序进行:一是采取领导与群众相结合的办法产生预选对象;二是按照拟任职务所要求的条件进行资格审查;三是在年度考核的基础上进行晋升考核;四是由任免机关领导集体讨论决定人选。

国家公务员在年度考核中被确定为不称职的,或者不胜任现职又不宜转任同级其他职务的,应当按照规定程序予以降职。任免机关根据国家公务员职务的升降和年度考核结果,按照规定调整其级别和工资档次。

### 4. 国家公务员的职务任免制度

国家公务员职务实行委任制,部分职务实行聘任制。国务院和县级以上地方各级人民政府及其工作部门按照规定的任免权限和程序任免国家公务员。

国家公务员有下列五种情形之一的,应当予以任职:一是新录用人员试用期满合格的;二是从其他机关及企业、事业单位调入国家行政机关任职的;三是转换职位任职的;四是晋升或者降低职务的;五是因其他原因职务发生变化的。国家公务员有下列六种情形之一的,应当予以免职:一是转换职位任职的;二是晋升或者降低职务的;三是离职学习期限超过一年的;四是因健康原因不能坚持正常工作一年以上的;五是退休的;六是因其他原因职务发生变化的。

国家公务员原则上一人一职,确因工作需要,经任免机关批准,可以在国家行政机关内兼任一个实职。国家公务员不得在企业 and 营利性事业单位兼任职务。

### 5. 国家公务员的辞职辞退制度

国家公务员辞职,应当向任免机关提出书面申请;任免机关应当在三个月内予以审批。审批期间,申请人不得擅自离职。国家行政机关可以根据实际情况,规定国家公务员三至五年的最低服务年限,未满最低服务年限的,不得辞职。在涉及国家安全、重要机密等特殊职位上任职的国家公务员,不得辞职。国家行政机关对违法擅自离职的国家公

务员 给予开除处分。国家公务员辞职后,二年内到与原机关有隶属关系的企业或者赢利性的事业单位任职,须经原任免机关批准。

国家公务员有下列五种情形之一的,予以辞退:一是在年度考核中,连续两年被确定为不称职的;二是不胜任现职工作,又不接受其他安排的;三是因单位调整、撤销、合并或者缩减编制员额需要调整工作,本人拒绝合理安排的;四是旷工或者无正当理由逾期不归连续超过十五天,或者一年内累计超过三十天的;五是不履行国家公务员义务,不遵守国家公务员纪律,经多次教育仍无转变,又不宜给予开除处分的。辞退国家公务员,由所在机关提出建议,按管理权限报任免机关审批,并以书面形式通知本人。被辞退的国家公务员,可以根据国家有关规定享受待业保险。

国家公务员辞职或者被辞退,离职前应当办理公务交接手续,必要时接受财务审计。辞职离开国家行政机关和被辞退的国家公务员,不再保留国家公务员的身份。

## 6. 国家公务员的退休制度

除国家另有规定外,国家公务员符合下列两种条件之一的,应当退休:一是男年满六十周岁,女年满五十五周岁;二是丧失工作能力的。国家公务员符合下列两种条件之一的,本人提出要求,经任免机关批准,可以提前退休:一是男年满五十五周岁,女年满五十周岁,且工作年限满二十年的;二是工作年限满三十年的。国家公务员退休后,享受国家规定的养老金和其他各项待遇。

### (四) 国家公务员的培训、考核和奖惩

#### 1. 国家公务员的培训制度

国家行政机关根据经济、社会发展的需要,按照职位的要求,有计划地对国家公务员进行培训。国家公务员的培训,贯彻理论联系实际、学用一致、按需施教、讲求实效的原则。国家公务员的培训分为:对新录用人员的培训,晋升领导职务的任职培训,根据专项工作需要进行的专门业务培训和在职国家公务员更新知识的培训。国家行政学院、地方行政学院以及其他培训机构按照有关规定承担国家公务员的培训任务。国家公务员在培训期间的学习成绩和鉴定作为其任职和晋升职务的依据之一。

#### 2. 国家公务员的考核制度

国家行政机关按照管理权限,对国家公务员的德、能、勤、绩进行全面考核,重点考核工作实绩。对国家公务员的考核,应当坚持客观公正的原则,实行领导与群众相结合,平时与定期相结合。

国家公务员的考核分为平时考核和年度考核两种,平时考核作为年度考核的基础;在年度考核时设立非常设性的考核委员会或者考核小组,在部门负责人的领导下负责国

家公务员年度考核工作。年度考核先由个人总结,再由主管领导人员在听取群众意见的基础上写出评语、提出考核等次的意见,经考核委员会或者考核小组审核后,由部门负责人确定考核等次。对担任国务院工作部门司局级以上领导职务和县级以上地方各级人民政府工作部门领导职务的国家公务员的考核,必要时可以进行民意测验或者民主评议。

年度考核结果分为优秀、称职、不称职三个等次。对国家公务员的考核结果应当以书面形式通知本人。本人如果对考核结果有异议,可以按照有关规定申请复核。年度考核结果作为对国家公务员的奖惩、培训、辞退以及调整职务、级别和工资的依据。

### 3. 国家公务员的奖惩制度

(1)奖励制度。国家行政机关对在工作中表现突出,有显著成绩和贡献的以及有其他突出事迹的国家公务员给予奖励。对国家公务员的奖励,坚持精神鼓励与物质鼓励相结合的原则。国家公务员有下列九种表现之一的,应当予以奖励:一是忠于职守,积极工作,成绩显著的;二是遵守纪律,廉洁奉公,作风正派,办事公道,起模范作用的;三是工作中有发明、创造或者提出合理化建议,为国家取得显著经济效益和社会效益的;四是爱护公共财产,节约国家资财有突出成绩的;五是防止或者挽救事故有功,使国家和人民群众利益免受或者减少损失的;六是在抢险、救灾等特定环境中奋不顾身,做出贡献的;七是同违法违纪行为作斗争,有功绩的;八是在对外交往中,为国家争得荣誉和利益的;九是有其他功绩的。对国家公务员的奖励分为:嘉奖,记三等功、二等功、一等功,授予荣誉称号。国家行政机关对受前款所列奖励的国家公务员,按照规定给予一定的物质奖励。

(2)行政处分。国家公务员实施《国家公务员暂行条例》第31条所禁止的违纪行为,尚未构成犯罪的,或者虽然构成犯罪但是依法不追究刑事责任的,应当给予行政处分,违纪行为情节轻微,经过批评教育后改正的,也可以免予行政处分。行政处分分为:警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。受撤职处分的,同时降低级别和职务工资。受行政处分期间,不得晋升职务和级别;其中除受警告以外的行政处分的,并不得晋升工资档次。处分国家公务员,必须依照法定程序,在规定的时限内做出处理决定。对国家公务员的行政处分,应当事实清楚、证据确凿、定性准确、处理恰当、手续完备。给予国家公务员行政处分,依法分别由任免机关或者行政监察机关决定;其中给予开除处分的,应当报上级机关备案。县级以上国家行政机关开除国家公务员,必须报县级人民政府批准。

国家公务员受除开除以外的行政处分,分别在半年至两年内由原处理机关解除行政处分。但是,解除降级、撤职处分不视为恢复原级别、原职务。国家公务员在受行政处分期间,有特殊贡献的,可以提前解除行政处分。解除行政处分后,晋升职务、级别和工资

档次不再受原行政处分的影响。行政处分决定和解除行政处分的决定应当以书面形式通知本人。

### (五) 国家公务员的监督管理与权利救济

#### 1. 国家公务员的主管部门

国务院人事部门负责国家公务员的综合管理工作。县级以上地方人民政府人事部门,负责本行政辖区内国家公务员的综合管理工作。

#### 2. 国家公务员的任职回避和公务回避制度

国家公务员之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲以及近姻亲关系的,不得在同一机关担任双方直接隶属于同一行政首长的职务或者有直接上下级领导关系的职务,也不得在其中一方担任领导职务的机关从事监察、审计、人事、财务工作。国家公务员担任县级以上地方人民政府领导职务的,一般不得在原籍任职。但是,民族区域自治地方人民政府的国家公务员除外。国家公务员执行公务时,涉及本人或者涉及与本人有前列亲属关系人员的利害关系的,必须回避。

#### 3. 对国家公务员管理违规的处理制度

如出现下列违反规定情形,由县级以上人民政府或者人事部门视不同情况作出处理:一是对不按编制限额、所需职位要求及规定资格条件进行国家公务员的录用、晋升、调入和转任的,宣布无效;二是对违反国家规定,变更国家公务员的工资、养老保险金及其他保险、福利待遇标准的,撤销其决定;三是对不按规定程序录用、任免、考核、奖惩及辞退国家公务员的,责令其按照规定程序重新办理或者补办有关手续。国家行政机关按照国家公务员的管理权限,对前款所列违反本条例规定的情形负有主要或者直接责任的国家公务员,根据情节轻重,给予批评教育或者行政处分。

#### 4. 国家公务员的权利救济制度

国家公务员对涉及本人的人事处理决定不服的,可以在接到处理决定之日起30日内向原处理机关申请复核,或者向同级人民政府人事部门申诉,其中对行政处分决定不服的,可以向行政监察机关申诉。受理国家公务员申诉的机关必须按照有关规定作出处理,复核和申诉期间,不停止对国家公务员处理决定的执行。国家公务员对于行政机关及其领导人员侵犯其合法权益的行为,可向上级行政机关或者行政监察机关提出控告。受理国家公务员控告的机关必须按照有关规定作出处理。国家公务员提出申诉和控告,必须忠于事实。

国家行政机关对国家公务员处理错误的,应当及时予以纠正;造成名誉损害的,应当负责恢复名誉、消除影响、赔礼道歉;造成经济损失的,应当负赔偿责任。

### (六)亟须制定《国家公务员法》

《国家公务员暂行条例》实施十多年来,在推动公务员的科学管理,保障公务员的优化、廉洁,提高行政效能等方面发挥了积极作用。但是,随着社会主义市场经济体制的建立和完善,以及民主法治建设的推进,《国家公务员暂行条例》已明显不适应政府管理的现实需要。因此,应当在总结《国家公务员暂行条例》实施十余年经验的基础上,制定《国家公务员法》。

一是在公务员的范围上,《国家公务员法》可以根据我国实际,借鉴法国和日本模式,适当扩大公务员的领域;二是在公务员分类上,《国家公务员法》可以考虑在将公务员划分为政务类和业务类的基础上,进一步将业务类细分为行政类、专业技术类和行政执法类,以利于分类科学管理;三是在公务员各项管理制度上,《国家公务员法》应当更加具体、科学和完善,以进一步健全公务员激励与制约机制;四是在公务员权利保障上,《国家公务员法》应当进一步拓展公务员权利救济渠道,完善权利救济制度,以切实保障公务员的合法权益。

《国家公务员法》已被列入全国人大常委会2003年立法规划。2003年10月28日,全国人大内务司法委员会在向全国人大常委会报告工作时认为,《国家公务员暂行条例》十年的实践为进一步健全和完善公务员制度积累了比较丰富的经验,制定公务员法的条件已经成熟。2003年11月,经过近三年的起草和修改,十易其稿,与我国广大公务员息息相关的《国家公务员法(草案)》已基本完成,正在向各方面征求意见,以进一步修改完善。

## 第二章 行政行为法律制度

所谓行政行为法,是指规范、制约行政行为的行政法律制度。鉴于行政行为可分为行政立法行为、行政执法行为和行政监督行为,行政行为法据此主要由三个部分组成:用以规范行政立法行为的行政立法法律制度;用以规范行政执法行为的行政执法法律制度;用以规范行政监督行为的行政监督法律制度。

### 第一节 行政立法法律制度

行政立法行为是指国务院制定行政法规,国务院各部、各委员会制定部委规章,省、自治区、直辖市政府,省会市和经国务院批准的较大市政府制定地方规章的行为。在我国的行政法体系中,行政法规和规章占绝大多数,因此规范行政立法行为就显得非常重要。我国目前主要有《立法法》、《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》三部规范行政立法行为的法律和行政法规。

#### (一)《立法法》对制定行政法规和规章的规定

《立法法》(2000)专设第三章规定行政法规的制定,在第四章第二节专门规定国务院部门规章和地方政府规章的制定。

##### 1. 行政法规的制定

国务院根据宪法和法律,制定行政法规。行政法规可以就下列两类事项作出规定:一是为执行法律的规定需要制定行政法规的事项;二是宪法第八十九条规定的国务院行

政管理职权的事项。此外,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,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,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。

行政法规由国务院组织起草。国务院有关部门认为需要制定行政法规的,应当向国务院报请立项。行政法规在起草过程中,应当广泛听取有关机关、组织和公民的意见。听取意见可以采取座谈会、论证会、听证会等多种形式。行政法规起草工作完成后,起草单位应当将草案及其说明、各方面对草案主要问题的不同意见和其他有关资料送国务院法制机构进行审查。国务院法制机构应当向国务院提出审查报告和草案修改稿,审查报告应当对草案主要问题作出说明。

行政法规的决定程序依照《国务院组织法》的有关规定办理。行政法规由总理签署国务院令公布。行政法规签署公布后,及时在国务院公报和在全国范围内发行的报纸上刊登。在国务院公报上刊登的行政法规文本为标准文本。

### 2. 规章的制定

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。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。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。省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章。地方政府规章可以就下列两类事项作出规定: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。

国务院部门规章和地方政府规章的制定程序,适用《规章制定程序条例》(国务院,2001年)。部门规章应当经部务会议或者委员会会议决定。地方政府规章应当经政府常务会议或者全体会议决定。部门规章由部门首长签署命令予以公布。地方政府规章由省长或者自治区主席或者市长签署命令予以公布。部门规章签署公布后,及时在国务院公报或者部门公报和在全国范围内发行的报纸上刊登。地方政府规章签署公布后,及时在本级人民政府公报和在本行政区域范围内发行的报纸上刊登。在国务院公报或者部门公报和地方人民政府公报上刊登的规章文本为标准文本。

### (二) 行政法规制定程序

为了规范行政法规制定程序,保证行政法规质量,国务院根据宪法、立法法、国务院

组织法的有关规定,于2001年制定《行政法规制定程序条例》。该条例共37条,分别规定了总则、立项、起草、审查、决定与公布、解释与备案等内容。

### 1. 立项

国务院于每年年初编制本年度的立法工作计划。国务院有关部门认为需要制定行政法规的,应当于每年年初编制国务院年度立法工作计划前,向国务院报请立项。国务院有关部门报送的行政法规立项申请,应当说明立法项目所要解决的主要问题、依据的方政策和拟确立的主要制度。国务院法制机构应当根据国家总体工作部署对部门报送的行政法规立项申请汇总研究,突出重点,统筹兼顾,拟订国务院年度立法工作计划,报国务院审批。列入国务院年度立法工作计划的行政法规项目应当符合下列要求:一是适应改革、发展、稳定的需要;二是有关的改革实践经验基本成熟;三是所要解决的问题属于国务院职权范围并需要国务院制定行政法规的事项。对列入国务院年度立法工作计划的行政法规项目,承担起草任务的部门应当抓紧工作,按照要求上报国务院。国务院年度立法工作计划在执行中可以根据实际情况予以调整。

### 2. 起草

行政法规由国务院组织起草。国务院年度立法工作计划确定行政法规由国务院的一个部门或者几个部门具体负责起草工作,也可以确定由国务院法制机构起草或者组织起草。起草行政法规,除应当遵循《立法法》确定的立法原则,并符合宪法和法律的规定外,还应当符合下列要求:一是体现改革精神,科学规范行政行为,促进政府职能向经济调节、社会管理、公共服务转变;二是符合精简、统一、效能的原则,相同或者相近的职能规定由一个行政机关承担,简化行政管理手续;三是切实保障公民、法人和其他组织的合法权益,在规定其应当履行的义务的同时,应当规定其相应的权利和保障权利实现的途径;四是体现行政机关的职权与责任相统一的原则,在赋予有关行政机关必要的职权的同时,应当规定其行使职权的条件、程序和应承担的责任。

在起草行政法规的过程中,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。起草部门应当就涉及其他部门的职责或者与其他部门关系紧密的规定,与有关部门协商一致,经过充分协商不能取得一致意见的,应当在上报行政法规草案送审稿(以下简称行政法规送审稿)时说明情况和理由。起草部门应当对涉及有关管理体制、方针政策等需要国务院决策的重大问题提出解决方案,报国务院决定。起草部门向国务院报送的行政法规送审稿,应当由起草部门主要负责人签署。几个部门共同起草的行政法规送审稿,应当由该几个部门主要负责人共同签署。起草部门将行政法规送审稿报送国务院审查时,

应当一并报送行政法规送审稿的说明和有关材料。

行政法规送审稿的说明应当对立法的必要性,确立的主要制度,各方面对送审稿主要问题的不同意见,征求有关机关、组织和公民意见的情况等作出说明。有关材料主要包括国内外的有关立法资料、调研报告、考察报告等。

### 3. 审查

报送国务院的行政法规送审稿,由国务院法制机构负责审查。国务院法制机构主要从以下方面对行政法规送审稿进行审查:一是是否符合宪法、法律的规定和国家的方针政策;二是是否符合本条例第十一条的规定;三是是否与有关行政法规协调、衔接;四是是否正确处理有关机关、组织和公民对送审稿主要问题的意见;五是其他需要审查的内容。行政法规送审稿有下列情形之一的,国务院法制机构可以缓办或者退回起草部门:一是制定行政法规的基本条件尚不成熟的;二是有关部门对送审稿规定的主要制度存在较大争议,起草部门未与有关部门协商的;三是上报送审稿不符合本条例第十五条、第十六条规定的。

国务院法制机构应当将行政法规送审稿或者行政法规送审稿涉及的主要问题发送国务院有关部门、地方人民政府、有关组织和专家征求意见。国务院有关部门、地方人民政府反馈的书面意见,应当加盖本单位或者本单位办公厅(室)印章。重要的行政法规送审稿,经报国务院同意后,向社会公布,征求意见。国务院法制机构应当就行政法规送审稿涉及的主要问题,深入基层进行实地调查研究,听取基层有关机关、组织和公民的意见。行政法规送审稿涉及重大、疑难问题的,国务院法制机构应当召开由有关单位、专家参加的座谈会、论证会,听取意见,研究论证。行政法规送审稿直接涉及公民、法人或者其他组织的切身利益的,国务院法制机构可以举行听证会,听取有关机关、组织和公民的意见。

国务院有关部门对行政法规送审稿涉及的主要制度、方针政策、管理体制、权限分工等有不同意见的,国务院法制机构应当进行协调,力求达成一致意见;不能达成一致意见的,应当将争议的主要问题、有关部门的意见以及国务院法制机构的意见报国务院决定。国务院法制机构应当认真研究各方面的意见,与起草部门协商后,对行政法规送审稿进行修改,形成行政法规草案和对草案的说明。行政法规草案由国务院法制机构主要负责人提出提请国务院常务会议审议的建议;对调整范围单一、各方面意见一致或者依据法律制定的配套行政法规草案,可以采取传批方式,由国务院法制机构直接提请国务院审批。

### 4. 决定与公布

行政法规草案由国务院常务会议审议,或者由国务院审批。国务院常务会议审议行政法规草案时,由国务院法制机构或者起草部门作说明。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。行政法规签署公布后,及时在国务院公报和在全国范围内发行的报纸上刊登。国务院法制机构应当及时汇编出版行政法规的国家正式版本。在国务院公报上刊登的行政法规文本为标准文本。行政法规应当自公布之日起30日后施行;但是,涉及国家安全、外汇汇率、货币政策的确定以及公布后不立即施行将有碍行政法规施行的,可以自公布之日起施行。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。

### (三) 规章制定程序

为了规范规章制定程序,保证规章质量,国务院于2001年根据立法法的有关规定,制定《规章制定程序条例》。该条例共39条,分别规定了总则、立项、起草、审查、决定与公布、解释与备案等内容,明确规定“制定规章,应当遵循立法法确定的立法原则,符合宪法、法律、行政法规和其他上位法的规定。”违反本条例规定制定的规章无效”。

#### 1. 规章制定的基本原则

制定规章应当遵循四个基本原则:其一,应当切实保障公民、法人和其他组织的合法权益,在规定其应当履行的义务的同时,应当规定其相应的权利和保障权利实现的途径。其二,应当体现行政机关的职权与责任相统一的原则,在赋予有关行政机关必要的职权的同时,应当规定其行使职权的条件、程序和应承担的责任。其三,应当体现改革精神,科学规范行政行为,促进政府职能向经济调节、社会管理和公共服务转变。其四,应当符合精简、统一、效能的原则,相同或者相近的职能应当规定由一个行政机关承担,简化行政管理手续。

#### 2. 立项

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,应当向该部门报请立项。省、自治区、直辖市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。报送制定规章的立项申请,应当对制定规章的必要性、所要解决的主要问题、拟确立的主要制度等作出说明。国务院部门法制机构,省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府法制机构(以下简称法制机构),应当对制定规章的立项申请进行汇总研究,拟订本部门、本级人民政府年度规章制定工作计划,报本部门、本级人民政府批准后执行。年度规

章制定工作计划应当明确规章的名称、起草单位、完成时间等。国务院部门、省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府,应当加强对执行年度规章制定工作计划的领导。对列入年度规章制定工作计划的项目,承担起草工作的单位应当抓紧工作,按照要求上报本部门或者本级人民政府决定。年度规章制定工作计划在执行中,可以根据实际情况予以调整,对拟增加的规章项目应当进行补充论证。

### 3. 起草

部门规章由国务院部门组织起草,地方政府规章由省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府组织起草。国务院部门可以确定规章由其中一个或者几个内设机构或者其他机构具体负责起草工作,也可以确定由其法制机构起草或者组织起草。省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府可以确定规章由其中一个部门或者几个部门具体负责起草工作,也可以确定由其法制机构起草或者组织起草。起草规章可以邀请有关专家、组织参加,也可以委托有关专家、组织起草。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。

起草的规章直接涉及公民、法人或者其他组织切身利益,有关机关、组织或者公民对其有重大意见分歧的,应当向社会公布,征求社会各界的意见,起草单位也可以举行听证会。听证会依照下列程序组织:其一,听证会公开举行,起草单位应当在举行听证会的30日前公布听证会的时间、地点和内容;其二,参加听证会的有关机关、组织和公民对起草的规章,有权提问和发表意见;其三,听证会应当制作笔录,如实记录发言人的主要观点和理由;其四,起草单位应当认真研究听证会反映的各种意见,起草的规章在报送审查时,应当说明对听证会意见的处理情况及其理由。

起草部门规章,涉及国务院其他部门的职责或者与国务院其他部门关系紧密的,起草单位应当充分征求国务院其他部门的意见。起草地方政府规章,涉及本级人民政府其他部门的职责或者与其他部门关系紧密的,起草单位应当充分征求其他部门的意见。起草单位与其他部门有不同意见的,应当充分协商;经过充分协商不能取得一致意见的,起草单位应当在上报规章草案送审稿(以下简称规章送审稿)时说明情况和理由。起草单位应当将规章送审稿及其说明、对规章送审稿主要问题的不同意见和其他有关材料按规定报送审查。报送审查的规章送审稿,应当由起草单位主要负责人签署;几个起草单位共同起草的规章送审稿,应当由该几个起草单位主要负责人共同签署。规章送审稿的说明应当对制定规章的必要性、规定的主要措施、有关方面的意见等情况作出说明。

### 4. 审查

规章送审稿由法制机构负责统一审查。法制机构主要从以下五个方面对送审稿进行审查：一是是否符合《规章制定程序条例》第3、4、5条的规定；二是是否与有关规章协调、衔接；三是是否正确处理有关机关、组织和公民对规章送审稿主要问题的意见；四是是否符合立法技术要求；五是需要审查的其他内容。如果规章送审稿有下列三种情形之一的，法制机构可以缓办或者退回起草单位：一是制定规章的基本条件尚不成熟的；二是有关机构或者部门对规章送审稿规定的主要制度存在较大争议，起草单位未与有关机构或者部门协商的；三是上报送审稿不符合《规章制定程序条例》第17条规定的。法制机构应当将规章送审稿或者规章送审稿涉及的主要问题发送有关机关、组织和专家征求意见，就规章送审稿涉及的主要问题，深入基层进行实地调查研究，听取基层有关机关、组织和公民的意见。规章送审稿涉及重大问题的，法制机构应当召开由有关单位、专家参加的座谈会、论证会，听取意见，研究论证。规章送审稿直接涉及公民、法人或者其他组织切身利益，有关机关、组织或者公民对其有重大意见分歧，起草单位在起草过程中未向社会公布，也未举行听证会的，法制机构经本部门或者本级人民政府批准，可以向社会公布，也可以举行听证会。如果有关机构或者部门对规章送审稿涉及的主要措施、管理体制、权限分工等问题有不同意见的，那么法制机构应当进行协调，达成一致意见；不能达成一致意见的，应当将主要问题、有关机构或者部门的意见和法制机构的意见上报本部门或者本级人民政府决定。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。规章草案和说明由法制机构主要负责人签署，提出提请本部门或者本级人民政府有关会议审议的建议。法制机构起草或者组织起草的规章草案，由法制机构主要负责人签署，提出提请本部门或者本级人民政府有关会议审议的建议。

### 5. 决定和公布

部门规章应当经部务会议或者委员会会议决定。地方政府规章应当经政府常务会议或者全体会议决定。审议规章草案时，由法制机构作说明，也可以由起草单位作说明。法制机构应当根据有关会议审议意见对规章草案进行修改，形成草案修改稿，报请本部门首长或者省长、自治区主席、市长签署命令予以公布。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、部门首长或者省长、自治区主席、市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。部门规章签署公布后，部门公报或者国务院公报和全国范围内发行的有关报纸应当及时予以刊登。地方政府规章签署公布后，本级人民政府公报和本行政区域

范围内发行的报纸应当及时刊登。在部门公报或者国务院公报和地方人民政府公报上刊登的规章文本为标准文本。规章应当自公布之日起 30 日后施行 ;但是 ,涉及国家安全、外汇汇率、货币政策的确定以及公布后不立即施行将有碍规章施行的 ,可以自公布之日起施行。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。

## 第二节 行政执法法律制度

行政执法行为主要是一种实施法律的行为。由于行政法是一种主要规范行政执法行为的部门法 ,行政执法机关执行的法律、法规和规章占国家全部法律、法规和规章的 80% 以上 ,因此 ,行政执法法律制度无疑是依法行政制度的主要内容 ,地位十分重要。行政执法法律制度主要包括两类 :一类是规范不同行政部门专门管理活动的部门行政法 ,例如公安行政法、工商行政法、税务行政法、土地行政法和民政行政法等 ;另一类是规范所有行政部门共同管理活动的行政基本法 ,主要包括行政许可法律制度、行政处罚法律制度、行政强制法律制度、行政收费法律制度和行政程序法律制度等。由于行政许可法、行政处罚法和行政强制法等三种行政基本法尤为重要 ,因此以下作专门介绍。

### (一) 行政许可法律制度

行政许可是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请 ,经依法审查 ,准予其从事特定活动的行政行为。为了规范行政许可的设定和实施 ,保护公民、法人和其他组织的合法权益 ,维护公共利益和社会秩序 ,保障和监督行政机关有效实施行政管理 ,2003 年 8 月 27 日 ,十届全国人大常委会第四次会议通过《行政许可法》。该法共 83 条 ,分别规定了行政许可的主要原则、设定、实施机关、实施程序、费用、监督检查、法律责任等。该法已于 2004 年 7 月 1 日起施行。

#### 1. 行政许可的基本原则

国务院行政审批改革工作领导小组曾于 2001 年 12 月印发了《关于贯彻行政审批制度改革五项原则需要把握的几个问题》的通知 ,确立了合法原则、合理原则、效能原则、责任原则与监督原则等五项原则 ,确保了行政审批制度改革坚持正确的方向。《行政许可法》将这些经过实践证明对于深化行政审批改革、推动政府职能转变切实有效的现代行政法治原则确立下来 ,并增加了便民原则、公开与公正原则以及权利救济原则等 ,从而

发展出一个确保行政许可法律制度安排的系统性与呼应性、弥补规则不足的原则体系，顺应了现代行政法治的发展趋势。这主要包括：

(1)合理与合法原则。所谓合理原则，是指在市场经济条件下，设定和实施行政许可必须有利于社会主义市场经济发展和社会全面进步，有利于充分发挥公民、法人或者其他组织的积极性、主动性、创造性。《行政许可法》的核心精神是放松规制，建立市场取向的行政许可制度。凡是公民、法人或者其他组织能够自主决定的，市场竞争机制能够有效调节的，行业组织或者中介机构能够自律管理的，行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的，就可以不设定行政许可。所谓合法原则，按照《关于贯彻行政审批制度改革的五项原则需要把握的几个问题》的解释，是指行政审批权的设定和实施必须依据法律、法规、规章和根据国务院决定、命令或者要求制定的国务院部门文件，并不得与其相抵触。《行政许可法》在此基础上再进一步，将行政许可的设定严格限定为法律、行政法规、国务院决定、地方性法规以及省、自治区、直辖市人民政府规章的范围，并在第四条明确规定：“设定和实施行政许可，应当依照法定的权限、范围、条件和程序。”相对应地，本法第六十九条第一款还具体列举了五种可以撤销行政许可的违法情形，即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，超越法定职权作出准予行政许可决定的，违反法定程序作出准予行政许可决定的，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，以及依法可以撤销行政许可的其他情形。

(2)效能与便民原则。手续烦琐、效率低下，是以往的行政审批最为突出的问题之一。有鉴于此，《行政许可法》确立了效能与便民原则，以体现建设有效政府与服务政府的努力。本法第六条规定：“实施行政许可，应当遵循便民的原则，提高办事效率，提供优质服务。”第二十五条规定：“经国务院批准，省、自治区、直辖市人民政府根据精简、统一、效能的原则，可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政许可权。”第二十六条规定：“行政许可需要行政机关内设的多个机构办理的，该行政机关应当确定一个机构统一受理行政许可申请，统一送达行政许可决定。行政许可依法由地方人民政府两个以上部门分别实施的，本级人民政府可以确定一个部门受理行政许可申请并转告有关部门分别提出意见后—统一办理，或者组织有关部门联合办理、集中办理。”第二十九条第二、三款分别规定：“申请人可以委托代理人提出行政许可申请”、“行政许可的申请可以通过信函、申报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出。”

(3)公开、公平与公正原则。审批条件、标准、程序、期限不公开，暗箱操作，或者同等情况不同对待，歧视行政许可申请人，这些问题在以往的行政审批中十分突出。针对这个问题，《行政许可法》第五条确立了公开、公平与公正的原则：“设定和实施行政许可，应

当遵循公开、公平、公正的原则。有关行政许可的规定应当公布 ;未经公布的 ,不得作为实施行政许可的依据。行政许可的实施和结果 ,除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外 ,应当公开。符合法定条件、标准的 ,申请人有依法取得行政许可的平等权利 ,行政机关不得歧视。”此外 ,本法第三十条还规定 ,行政机关应当将法律、法规、规章规定的有关行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限以及需要提交的全部材料的目录和申请书示范文本在办公场所公示。申请人要求行政机关对公示内容予以说明、解释的 ,行政机关应当说明、解释 ,提供准确、可靠的信息。第四十条规定 :“ 行政机关作出的准予行政许可决定 ,应当予以公开 ,公众有权查阅。”

(4) 审批权监督与权利救济原则。行政审批制度改革之前 ,行政审批之所以存在着滥与乱的问题 ,一个重要原因就是不仅对设定、实施行政审批的机关及其工作人员以及获得行政许可的相对方的监督不够 ,而且对因滥用职权任意审批、超越权限越权审批以及违法审批、不作为等所造成的公民、法人或者其他组织的合法权益受损的 ,缺乏有效的权利救济。为了解决这个问题《关于行政审批制度改革工作的实施意见》规定了行政审批制度改革应遵循责任原则——“ 谁审批、谁负责 ” ,行政审批机关不履行、不正确履行对许可对象的监管职责或者违法审批等行为应当承担法律责任 ,确保行政审批职权与职责的统一。《行政许可法》确定了内涵更加丰富、内容更加完整的监督与责任原则。首先 ,本法第十条确立的监督原则主要包括两种意义 :一是县级以上人民政府应当建立健全对行政机关实施行政许可的监督制度 ,加强对行政机关实施行政许可的监督检查 ;二是行政机关应当对公民、法人或者其他组织从事行政许可事项的活动实施有效监督。其次 ,本法所确立的责任原则主要包括三种意义 :一是在第七十一至七十七条规定行政机关及其工作人员违反本法规定所应承担的法律责任 ;二是专业技术组织及其有关人员对所实施的检验、检测、检测结论承担法律责任 ;三是许可申请人与被许可人违反本法规定所应承担的法律责任。最后 ,本法还在第七条确立了权利救济原则 :“ 公民、法人或者其他组织对行政机关实施行政许可 ,享有陈述权、申辩权 ;有权依法申请行政复议或者提起行政诉讼 ;其合法权益因行政机关违法实施行政许可受到损害的 ,有权依法要求赔偿。”

### 2. 行政许可的设定

设定行政许可 ,应当遵循经济和社会发展规律 ,有利于发挥公民、法人或者其他组织的积极性、主动性 ,维护公共利益和社会秩序 ,促进经济、社会和生态环境协调发展。

(1) 设定范围。可以设定行政许可的事项主要包括以下六类 :一是直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动 ,需要按照法定条件予以批准的事项 ;二是有限自然资源开发利用、公共资源配置

以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等,需要赋予特定权利的事项;三是提供公众服务并且直接关系公共利益的职业、行业,需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的事项;四是直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品,需要按照技术标准、技术规范,通过检验、检测、检疫等方式进行审定的事项;五是企业或者其他组织的设立等,需要确定主体资格的事项;六是法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项。

(2)设定主体。为了解决行政审批设定与滥与乱的问题,尤其是行政规章以及其他规范性文件大量设定行政许可事项的现实问题,《行政许可法》在明确规定上述六类事项的基础上明确规定设定主体:其一,法律可以设定行政许可。其二,尚未制定法律的,行政法规可以设定行政许可。必要时,国务院可以采用发布决定的方式设定行政许可。实施后,除临时性行政许可事项外,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,或者自行制定行政法规。行政法规可以在法律设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。其三,尚未制定法律、行政法规的,地方性法规可以设定行政许可;尚未制定法律、行政法规和地方性法规的,因行政管理的需要,确需立即实施行政许可的,省、自治区、直辖市人民政府规章可以设定临时性的行政许可。临时性的行政许可实施满一年需要继续实施的,应当提请本级人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规。地方性法规和省、自治区、直辖市人民政府规章,不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可;不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可。其设定的行政许可,不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务,不得限制其他地区的商品进入本地区市场。地方性法规可以在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。法规、规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定,不得增设行政许可;对行政许可条件作出的具体规定,不得增设违反上位法的其他条件。除上述规定外,其他规范性文件一律不得设定行政许可。

(3)设定方式。设定行政许可,应当规定行政许可的实施机关、条件、程序、期限。起草法律草案、法规草案和省、自治区、直辖市人民政府规章草案,拟设定行政许可的,起草单位应当采取听证会、论证会等形式听取意见,并向制定机关说明设定该行政许可的必要性、对经济和社会可能产生的影响以及听取和采纳意见的情况。行政许可的设定机关应当定期对其设定的行政许可进行评价;对已设定的行政许可,认为通过《行政许可法》第十三条所列方式能够解决的,应当对设定该行政许可的规定及时予以修改或者废止。

行政许可的实施机关可以对已设定的行政许可的实施情况及存在的必要性适时进行评价,并将意见报告该行政许可的设定机关。公民、法人或者其他组织可以向行政许可的设定机关和实施机关就行政许可的设定和实施提出意见和建议。

### 3. 行政许可的实施机关

所谓行政许可的实施机关,是指有权具体办理行政许可的主体。《行政许可法》从我国的实际情况出发,对行政许可的实施机关作出了具体规定。

(1) 行政机关。具有行政许可权的行政机关,是行政许可的最主要的实施机关。依据《宪法》和《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,行政机关享有行政管理职权。这表明其具有管理行政事务的职能,可以被依法授予行政许可权,但它并不表明其当然地享有或者可以自我授权享有行政许可权。鉴于当前行政许可的实施机关混乱、权限来源不明的现状,《行政许可法》规定,行政机关享有行政许可权必须依法取得。行政机关依法取得行政许可的权力,并在其法定职权范围内实施,这是职权法定的具体体现,也是依法行政的基本要求。行政许可权,是一种由国家强制力保证其实施的行政权力。它的行使直接涉及公共利益和社会秩序,关系公民、法人和其他组织的权利、义务,如果允许行政机关无权限或超越权限任意行使、随意实施,势必会导致利益的受损、社会的失序和市场的混乱。所以,在《行政许可法》中明确规定行政许可权的依法取得和依职权实施,具有十分重要的现实意义。

(2) 法律、法规授权的组织。伴随经济和社会的发展,行政管理的领域、范围日益广泛,行政管理的专业性、技术性日趋增强,有些管理活动由具备专业技能、专门知识的组织以及其他具有公共管理职能的组织承担,更易于达到行政管理的目标。因此,由授权组织行使部分行政管理职能十分必要。但授权组织毕竟不同于行政机关,其实施行政许可,必须具备法定条件,且必须依法进行。其一,该组织必须获得法律、法规的明确授权。授权,意味着创设新的行政许可实施主体,意味着由社会组织来承担本应由国家行政机关行使的管理职能,因而必须慎之又慎。根据《行政许可法》第二十三条的规定,只有法律、行政法规和地方性法规才能够授予一个组织享有行政许可权,规章以及规章以下的规范性文件均不能授予。其二,该组织必须具有管理公共事务的职能。由于实施行政许可是一种典型的公共管理,这就要求被授权组织必须具有公共管理职能。社会组织可以通过多种方式获得这种公共管理职能,既可以是具有其他公共管理职能的社会组织因法律、法规的授权而增加了实施行政许可的职能,也可以是已经存在但不具有公共管理职能的社会组织因法律、法规的授权而具有实施行政许可的职能,还可以是通过法律、法规的授权创设新的社会组织来实施行政许可。其三,该组织必须在法律、法规授权范围内

行使。法律、法规授权有关组织实施行政许可,一般都规定了明确的权限。被授权的组织必须严格按照法律、法规的授权,不得超越授权范围实施行政许可。在授权范围内,授权组织适用《行政许可法》有关行政机关的规定。其四,该组织必须以自己的名义实施行政许可。授权组织在授权范围内实施行政许可,具有与行政机关同等的法律地位。对由此而引起的行政争议,应当以自己的名义参加行政复议或者行政诉讼;对因此造成的财产损失,依法给予行政赔偿或者行政补偿。

(3)受委托的行政机关。鉴于在行政许可权委托实践中乱委托、随意委托的情形比较突出,《行政许可法》第二十四条对委托许可作出了明确的规定:其一,受委托实施行政许可的,只能是行政机关,而不能是其他组织,更不能是个人。其二,委托实施行政许可,应当依照法律、法规、规章的规定,非依法律、法规、规章的规定,行政机关无权委托其他行政机关实施行政许可。其三,委托行政机关应当将受委托行政机关和受委托实施行政许可的内容予以公告,以明确受委托行政机关的许可权范围,便于公民、法人或者其他组织知悉、申请和监督。其四,在委托范围内,受委托行政机关以委托机关的名义实施行政许可,并接受委托机关的监督。因实施委托许可而引起的行政复议或行政诉讼,被申请人或被告是委托行政机关,而不是受委托的行政机关。其五,受委托的行政机关,不得再委托其他组织或者个人实施行政许可。

(4)集中办理行政许可的机关。为体现行政管理体制改革的精神,服务群众,精简机构,提高效能,《行政许可法》对集中办理行政许可的制度作了如下规定:其一,相对集中行政许可权。针对实践中一项许可往往需要多个部门、多个环节实施的情况,借鉴《行政处罚法》关于相对集中行政处罚权的做法,《行政许可法》第二十五条规定,经国务院批准,省、自治区、直辖市人民政府根据精简、统一、效能的原则,可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政许可权。这一规定也为我国今后进一步深化行政管理体制改革,进行政府职能重组,实行“宽职能、大部制”奠定了基础。相对集中行使行政许可权的行政机关,在具体实施中务必要严格按照法律规定的权限和程序行使权力、履行职能、承担责任,做到有权必有责,用权受监督,违法要追究,侵权要赔偿。其二,“一个窗口”对外。在实践中,有的行政许可事项需要由行政机关内设的多个机构办理,申请人因此要在同一部门的不同内设机构之间周旋,这实际上是将实施行政许可的内部程序外部化。针对这一问题,《行政许可法》第二十六条第一款规定,行政许可需要行政机关内设的多个机构办理的,该行政机关应当确定一个机构统一受理行政许可申请,统一送达行政许可决定。其三,统一办理、联合办理、集中办理。在行政许可实践中,对从事某一项活动可能需要由地方人民政府两个以上的部门分别实施行政许可的,申请人跑完一个部门后,还

要再去跑另一个部门,这不仅增加了申请人的负担,而且拖延了取得行政许可的时间。为了解决这一问题,《行政许可法》第二十六条第二款规定,行政许可依法由地方人民政府两个以上部门分别实施的,本级人民政府可以确定一个部门受理行政许可申请,并转告有关部门分别提出意见后统一办理,或者组织有关部门联合办理、集中办理。《行政许可法》中关于集中办理行政许可的有关规定,是我国行政许可制度的一个重大突破和创新。为确保这些规定的正确实施,各地方、各部门需要研究并建立相对集中行政许可权和统一办理、联合办理、集中办理行政许可的具体工作制度和配套制度。

### 4. 行政许可的实施程序

(1)申请与受理。公民、法人或者其他组织从事特定活动,依法需要取得行政许可的,应当向行政机关提出申请。申请书需要采用格式文本的,行政机关应当向申请人提供行政许可申请书格式文本。申请书格式文本中不得包含与申请行政许可事项没有直接关系的内容。申请人可以委托代理人提出行政许可申请。但是,依法应当由申请人到行政机关办公场所提出行政许可申请的除外。行政许可申请可以通过信函、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出。

行政机关应当将法律、法规、规章规定的有关行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限以及需要提交的全部材料的目录和申请书示范文本等在办公场所公示。申请人要求行政机关对公示内容予以说明、解释的,行政机关应当说明、解释,提供准确、可靠的信息。

申请人申请行政许可,应当如实向行政机关提交有关材料和反映真实情况,并对其申请材料实质内容的真实性负责。行政机关不得要求申请人提交与其申请的行政许可事项无关的技术资料和其他材料。

行政机关对申请人提出的行政许可申请,应当根据下列情况分别作出处理:其一,申请事项依法不需要取得行政许可的,应当即时告知申请人不受理;其二,申请事项依法不属于本行政机关职权范围的,应当即时作出不予受理的决定,并告知申请人向有关行政机关申请;其三,申请材料存在可以当场更正的错误的,应当允许申请人当场更正;其四,申请材料不齐全或者不符合法定形式的,应当当场或者在五日内一次告知申请人需要补正的全部内容,逾期不告知的,自收到申请材料之日起即为受理;其五,申请事项属于本行政机关职权范围,申请材料齐全、符合法定形式,或者申请人按照本行政机关的要求提交全部补正申请材料的,应当受理行政许可申请。行政机关受理或者不予受理行政许可申请,应当出具加盖本行政机关专用印章和注明日期的书面凭证。

此外《行政许可法》还规定,行政机关应当建立和完善有关制度,推行电子政务,在

行政机关的网站上公布行政许可事项,方便申请人采取数据电文等方式提出行政许可申请;应当与其他行政机关共享有关行政许可信息,提高办事效率。

(2)审查与决定。行政机关应当对申请人提交的申请材料进行审查。申请人提交的申请材料齐全、符合法定形式,行政机关能够当场作出决定的,应当当场作出书面的行政许可决定。根据法定条件和程序,需要对申请材料的实质内容进行核实的,行政机关应当指派两名以上工作人员进行核查。依法应当先经下级行政机关审查后报上级行政机关决定的行政许可,下级行政机关应当在法定期限内将初步审查意见和全部申请材料直接报送上级行政机关。上级行政机关不得要求申请人重复提供申请材料。

行政机关对行政许可申请进行审查时,发现行政许可事项直接关系他人重大利益的,应当告知该利害关系人。申请人、利害关系人有权进行陈述和申辩。行政机关应当听取申请人、利害关系人的意见。

行政机关对行政许可申请进行审查后,除当场作出行政许可决定的外,应当在法定期限内按照规定程序作出行政许可决定。申请人的申请符合法定条件、标准的,行政机关应当依法作出准予行政许可的书面决定。行政机关依法作出不予行政许可的书面决定的,应当说明理由,并告知申请人享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。

行政机关作出准予行政许可的决定,需要颁发行政许可证件的,应当向申请人颁发加盖本行政机关印章的下列行政许可证件:一是许可证、执照或者其他许可证书;二是资格证、资质证或者其他合格证书;三是行政机关的批准文件或者证明文件;四是法律、法规规定的其他行政许可证件。行政机关实施检验、检测、检疫的,可以在检验、检测、检疫合格的设备、设施、产品、物品上加贴标签或者加盖检验、检测、检疫印章。

行政机关作出的准予行政许可决定,应当予以公开,公众有权查阅。法律、行政法规设定的行政许可,其适用范围没有地域限制的,申请人取得的行政许可在全国范围内有效。

(3)期限。除可以当场作出行政许可决定的外,行政机关应当自受理行政许可申请之日起20日内作出行政许可决定。20日内不能作出决定的,经本行政机关负责人批准,可以延长10日,并应当将延长期限的理由告知申请人。但是,法律、法规另有规定的,依照其规定。依照《行政许可法》第二十六条的规定,行政许可采取统一办理或者联合办理、集中办理的,办理的时间不得超过45日;45日内不能办结的,经本级人民政府负责人批准,可以延长15日,并应当将延长期限的理由告知申请人。依法应当先经下级行政机关审查后报上级行政机关决定的行政许可,下级行政机关应当自其受理行政许可申请之日起20日内审查完毕。但是,法律、法规另有规定的,依照其规定。

行政机关作出准予行政许可的决定,应当自作出决定之日起 10 日内向申请人颁发、送达行政许可证件,或者加贴标签、加盖检验、检测、检疫印章。行政机关作出行政许可决定,依法需要听证、招标、拍卖、检验、检测、检疫、鉴定和专家评审的,所需时间不计算在本节规定的期限内。行政机关应当将所需时间书面告知申请人。

(4) 听证。法律、法规、规章规定实施行政许可应当听证的事项,或者行政机关认为需要听证的其他涉及公共利益的重大行政许可事项,行政机关应当向社会公告,并举行听证。行政许可直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的,行政机关在作出行政许可决定前,应当告知申请人、利害关系人享有要求听证的权利;申请人、利害关系人在被告知听证权利之日起 5 日内提出听证申请的,行政机关应当在 20 日内组织听证。申请人、利害关系人不承担行政机关组织听证的费用。

听证按照下列程序进行:其一,行政机关应当于举行听证的七日前将举行听证的时间、地点通知申请人、利害关系人,必要时予以公告;其二,听证应当公开举行;其三,行政机关应当指定审查该行政许可申请的工作人员以外的人员为听证主持人,申请人、利害关系人认为主持人与该行政许可事项有直接利害关系的,有权申请回避;其四,举行听证时,审查该行政许可申请的工作人员应当提供审查意见的证据、理由,申请人、利害关系人可以提出证据,并进行申辩和质证;其五,听证应当制作笔录,听证笔录应当交听证参加人确认无误后签字或者盖章。行政机关应当根据听证笔录,作出行政许可决定。

(5) 变更与延续。被许可人要求变更行政许可事项的,应当向作出行政许可决定的行政机关提出申请;符合法定条件、标准的,行政机关应当依法办理变更手续。被许可人需要延续依法取得的行政许可的有效期的,应当在该行政许可有效期届满 30 日前向作出行政许可决定的行政机关提出申请。但是,法律、法规、规章另有规定的,依照其规定。行政机关应当根据被许可人的申请,在该行政许可有效期届满前作出是否准予延续的决定;逾期未作决定的,视为准予延续。

### 5. 行政许可的费用

行政机关实施行政许可和对行政许可事项进行监督检查,不得收取任何费用。但是,法律、行政法规另有规定的,依照其规定。行政机关提供行政许可申请书格式文本,不得收费。行政机关实施行政许可所需经费应当列入本行政机关的预算,由本级财政予以保障,按照批准的预算予以核拨。

行政机关实施行政许可,依照法律、行政法规收取费用的,应当按照公布的法定项目和标准收费;所收取的费用必须全部上缴国库,任何机关或者个人不得以任何形式截留、挪用、私分或者变相私分。财政部门不得以任何形式向行政机关返还或者变相返还实施

行政许可所收取的费用。

## 6. 监督检查

上级行政机关应当加强对下级行政机关实施行政许可的监督检查,及时纠正行政许可实施中的违法行为。行政机关应当建立健全监督制度,通过核查反映被许可人从事行政许可事项活动情况的有关材料,履行监督责任。

行政机关依法对被许可人从事行政许可事项的活动进行监督检查时,应当将监督检查的情况和处理结果予以记录,由监督检查人员签字后归档。公众有权查阅行政机关监督检查记录。行政机关应当创造条件,实现与被许可人、其他有关行政机关的计算机档案系统互联,核查被许可人从事行政许可事项活动情况。

行政机关可以对被许可人生产经营的产品依法进行抽样检查、检验、检测,对其生产经营场所依法进行实地检查。检查时,行政机关可以依法查阅或者要求被许可人报送有关材料;被许可人应当如实提供有关情况和材料。行政机关根据法律、行政法规的规定,对直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施进行定期检验。对检验合格的,行政机关应当发给相应的证明文件。行政机关实施监督检查,不得妨碍被许可人正常的生产经营活动,不得索取或者收受被许可人的财物,不得谋取其他利益。

被许可人在作出行政许可决定的行政机关管辖区域外违法从事行政许可事项活动的,违法行为发生地的行政机关应当依法将被许可人的违法事实、处理结果抄告作出行政许可决定的行政机关。

个人和组织发现违法从事行政许可事项的活动,有权向行政机关举报,行政机关应当及时核实、处理。

被许可人未依法履行开发利用自然资源义务或者未依法履行利用公共资源义务的,行政机关应当责令限期改正;被许可人在规定期限内不改正的,行政机关应当依照有关法律、行政法规的规定予以处理。取得直接关系公共利益的特定行业的市场准入行政许可的被许可人,应当按照国家规定的服务标准、资费标准和行政机关依法规定的条件,向用户提供安全、方便、稳定和价格合理的服务,并履行普遍服务的义务;未经作出行政许可决定的行政机关批准,不得擅自停业、歇业。被许可人不履行前款规定的义务的,行政机关应当责令限期改正,或者依法采取有效措施督促其履行义务。

对直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施,行政机关应当督促设计、建造、安装和使用单位建立相应的自检制度。行政机关在监督检查时,发现直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施存在安全隐患的,应当责令停止建造、安装和使用,并责令设计、建造、安装和使用单位立即改正。

《行政许可法》规定,有下列情形之一的,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:一是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;二是超越法定职权作出准予行政许可决定的;三是违反法定程序作出准予行政许可决定的;四是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;五是依法可以撤销行政许可的其他情形。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。依照前述规定撤销行政许可,可能对公共利益造成重大损害的,不予撤销。

《行政许可法》规定,有下列情形之一的,行政机关应当依法办理有关行政许可的注销手续:一是行政许可有效期届满未延续的;二是赋予公民特定资格的行政许可,该公民死亡或者丧失行为能力的;三是法人或者其他组织依法终止的;四是行政许可依法被撤销、撤回,或者行政许可证件依法被吊销的;五是因不可抗力导致行政许可事项无法实施的;六是法律、法规规定的应当注销行政许可的其他情形。

### 7. 法律责任

(1)违反《行政许可法》第十七条规定设定的行政许可,有关机关应当责令设定该行政许可的机关改正,或者依法予以撤销。行政机关违法实施行政许可,给当事人的合法权益造成损害的,应当依照国家赔偿法的规定给予赔偿。

(2)行政机关及其工作人员的法律责任。行政机关及其工作人员违反本法的规定,有下列情形之一的,由其上级行政机关或者监察机关责令改正;情节严重的,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:一是对符合法定条件的行政许可申请不予受理的;二是不在办公场所公示依法应当公示的材料的;三是在受理、审查、决定行政许可过程中,未向申请人、利害关系人履行法定告知义务的;四是申请人提交的申请材料不齐全、不符合法定形式,不一次告知申请人必须补正的全部内容的;五是未依法说明不受理行政许可申请或者不予行政许可的理由的;六是依法应当举行听证而不举行听证的。

行政机关工作人员办理行政许可、实施监督检查,索取或者收受他人财物或者谋取其他利益,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,依法给予行政处分。

行政机关实施行政许可,有下列情形之一的,由其上级行政机关或者监察机关责令改正;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;构成犯罪的,依法追究刑事责任:一是对不符合法定条件的申请人准予行政许可或者超越法定职权作出准予行政许可决定的;二是对符合法定条件的申请人不予行政许可或者不在法定期限内作出准予行政许可决定的;三是依法应当根据招标、拍卖结果或者考试成绩择优作出准予

行政许可决定,未经招标、拍卖或者考试,或者不根据招标、拍卖结果或者考试成绩择优作出准予行政许可决定的。

行政机关实施行政许可,擅自收费或者不按照法定项目和标准收费的,由其上级行政机关或者监察机关责令退还非法收取的费用;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。截留、挪用、私分或者变相私分实施行政许可依法收取的费用的,予以追缴;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;构成犯罪的,依法追究刑事责任。行政机关不依法履行监督职责或者监督不力,造成严重后果的,由其上级行政机关或者监察机关责令改正,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;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(3)行政许可申请人和被许可人的法律责任。行政许可申请人隐瞒有关情况或者提供虚假材料申请行政许可的,行政机关不予受理或者不予行政许可,并给予警告;行政许可申请属于直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全事项的,申请人在1年内不得再次申请该行政许可。被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的,行政机关应当依法给予行政处罚;取得的行政许可属于直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全事项的,申请人在3年内不得再次申请该行政许可;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

被许可人有下列行为之一的,行政机关应当依法给予行政处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任:一是涂改、倒卖、出租、出借行政许可证件,或者以其他形式非法转让行政许可的;二是超越行政许可范围进行活动的;三是向负责监督检查的行政机关隐瞒有关情况、提供虚假材料或者拒绝提供反映其活动情况的真实材料的;四是法律、法规、规章规定的其他违法行为。

公民、法人或者其他组织未经许可,擅自从事依法应当取得行政许可的活动的,行政机关应当依法采取措施予以制止,并依法给予行政处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

#### 8.《行政许可法》实施的深刻影响

《行政许可法》的颁布,引起了全社会的广泛关注。这部在我国行政法治建设进程中具有里程碑意义的法律的全面实施,必将会有力地推动我国的行政管理体制改革和政府职能转变,推动政府模式从计划经济下的全能政府和管制政府向市场经济下的有限政府和服务政府的加速转变,推动经济体制转轨和社会转型,推动各级政府和广大公务员依法行政能力和水平的大幅度提高。

(1)《行政许可法》的实施将会对深化行政管理体制改革、推动政府职能转变产生深刻影响。

在传统的行政管理模式中,行政审批所具有的实现经济调节与社会管理、控制经济与社会风险、减少行政违法行为等行政目标的功能被片面地夸大。因此,行政审批无处不在、无时不有,并常常被一些行政部门视做解决行政管理问题的“万能”钥匙和实现行政管理目标的“王牌”手段,从而阻碍着政府职能的转变。《行政许可法》围绕着有效解决过多、过滥的行政许可严重制约着社会转型这个问题,从立法宗旨到制度安排、从基本原则的确立到行为模式的设定、从实体到程序,在不同层面、以不同方式演绎放松规制、规范许可、兼顾公益与私益、保障公平竞争、提高行政效率、优化资源配置这一共同主题。它的全面实施,必将全方位、多层次地推动行政管理体制改革和政府职能转变。

其一,为重构政府与市场、社会的关系,推动政府职能转变提供了制度保障。

政府职能是经济体制改革和政治体制改革的着力点与落脚点。在传统的计划经济体制中,政府作用无所不及。由于计划经济本质上就是一种规制经济,因此,我国建设社会主义市场经济体制的过程,实质上是一个逐步放松规制的过程,其“目的在于重塑政府、社会与市场的关系,改革由于政府职能过度膨胀而导致市场失灵的弊端,卸载政府的不必要干预以充分发挥市场力量”,进而推动市场经济体制的全面确立。这就决定了经济体制改革、行政管理体制改革和政府职能转变的关键之一,在于推行“亲市场化”的行政审批制度改革。《行政许可法》的出台与实施,无疑标志着行政审批制度这个传统计划经济体制的最后一个堡垒已遭攻破。该法的一个显著特点就是改变了政府与市场、社会关系的传统逻辑,明确地将政府职能的定位逻辑从“先政府、后社会、再市场”,扭转为“先市场、后社会、再政府”,规定行政许可的设定主要针对直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护,以及直接关系人身健康、生命财产安全、公共资源配置等事项,大凡公民、法人或者其他组织能够自主决定的,市场竞争机制能够有效调节的,行业组织或者中介机构能够自律管理的,行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的,可以不设定行政许可,这就大幅度撤除或降低了个人与组织从事经济活动和社会活动的门槛,为市场机制和社会自律机制的迅速成长并充分发挥作用提供了制度保障,从而使得政府与市场、社会的关系焕然一新。

其二,为全面深化行政管理体制改革提供了新的动力。

转变政府职能既是我国行政管理体制改革的核心和关键环节,又是其难点和薄弱环节。我国政府的职能定位和管理模式形成于计划经济年代,虽然历经1982、1988、1993、1998、2003年五次大的机构改革,职能转变取得了很大进展,但仍然没有彻底摆脱计划经济体制下全能政府职能配置模式和运行方式的束缚,适应社会主义市场经济体制需要和民主法治要求,以经济调节、市场监管、社会管理和公共服务为核心职能的有跟政府模式

还没有最终确立。而《行政许可法》的颁布实施,无疑为全面深化行政管理体制改革提供了新的动力。它主要从三个方面加速推进行政管理体制改革的朝着精简、统一、效能的方向深入:一是该法严格限定行政许可的设定范围,大幅度压缩行政审批事项,大量削减政府的行政审批职能,这必然会对行政管理体制产生深刻影响,推动着行政机构与行政人员的大量精简。二是减少审批部门,限制多头审批,在总结综合执法经验的基础上,规定经国务院批准,省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政许可权,并明确规定了统一办理、联合办理、集中办理行政许可的制度,这就顺应了政府职能综合化和行政部门设置综合化、统一化:的要求与趋势。三是大幅度缩短行政审批期限,明确规定除可以当场作出行政许可决定的外,如果法律、法规没有专门的期限规定,行政机关应当自受理行政许可申请之日起二十日内作出行政许可决定,这就十分鲜明地体现了行政管理体制改革的效能原则。

其三,为建设有限政府、服务政府、阳光政府、诚信政府、效能政府、责任政府和法治政府提供了难得的契机。

第一《行政许可法》的实施有助于推动有限政府和服务政府的建设。首先,该法明确将行政许可的设定限制在有限和必要的范围之内,在总体上弱化经济性审批、部分弱化社会性审批的同时,强化了对涉及国家安全、公共安全和公民生命财产安全等重要社会事项的审批。其次,通过拓展公民、法人或者其他组织申请许可的渠道,规定申请人可以委托代理人提出行政许可申请,行政许可的申请可以通过信函、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出,方便了许可申请的提出。再次,取消行政许可收费,明确规定除法律、行政法规另有规定外,行政机关实施行政许可和对行政许可事项进行监督检查,不得收取任何费用,行政机关提供行政许可申请书格式文本,也不得收费。

第二《行政许可法》的实施有助于推动阳光政府的建设。首先,该法规定有关行政许可的规定应当公布,未经公布的不得作为实施行政许可的依据。其次,该法规定行政机关应当将法律、法规、规章规定的有关行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限,以及需要提交的全部材料的目录和申请书示范文本在办公场所公示,如果申请人要求行政机关对公示内容予以说明、解释的,行政机关应当说明、解释,提供准确、可靠的信息。再次,该法规定行政许可的实施过程和结果,行政机关作出的准予行政许可的决定,除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外,都应当公开,公众有权查阅。

第三《行政许可法》的实施有助于推动诚信政府的建设。诚实信用是民事行为中最重要的原则。在行政许可实施过程中,确立“信赖诚实的原则乃至信赖保护的原则,是将在私人间适用的法原理适用于行政法关系的情况”。《行政许可法》明确规定公民、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。行政许可所依据的法律、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,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。《行政许可法》对信赖保护原则的确定,有助于确立政府信誉,保护人民群众的合法权益。

第四《行政许可法》的实施有助于推动效能政府的建设。效能是政府管理的生命。效能效率十方向正确。《行政许可法》通过明确规定行政许可申请与受理、审查与决定、听证、变更与延续等环节的行为期限,防止行政审批久拖不决,督促行政机关提高审批效率。这是我国法律第一次对行政行为运行过程各个主要环节的具体时限加以系统和严格规定,必将对推动其他法律、法规重视行政行为的时限制度产生积极影响,从而为建设效能政府奠定坚实的法律基础。

第五《行政许可法》的实施有助于推动法治政府和责任政府的建设。首先,该法规定了行政审批权的设定和实施必须依据法律,行政法规、国务院的决定以及地方性法规和省级政府规章,不得与其相抵触。其次,该法确定了严格的行政许可监督检查制度,要求县级以上人民政府建立健全对行政机关实施行政许可的监督制度,加强对行政机关实施行政许可和被许可人从事行政许可各项活动的监督检查,并对行政机关及其工作人员违法或滥用职权审批的法律责任作了十分严格、明确和具体的规定。再次,该法进一步完善了公民权利救济制度,规定公民、法人或者其他组织对行政机关实施行政许可享有陈述权、申辩权,对其合法权益因行政机关违法或滥用职权实施行政许可受到损害的有申请行政复议权、提起行政诉讼权、要求国家赔偿权。

(2)《行政许可法》的实施将会对行政执法重心、执法主体、执法方式和执法理念产生深刻影响。

其一,从行政执法过程看,该法的实施将会推动执法重心从事前审批向事中监管和事后责任追究转变。

由于行政审批的实质是通过事前审批抬高企业组织进入或退出市场的门槛,因此对行政审批的过分依赖、甚至迷信,必然会导致对事中监管和事后责任追究的轻视或忽视,形成一种以行政审批为重心的行政管理模式。这种行政管理模式的致命缺陷在于,它是牺牲个人和组织的公平竞争机会、过分限制其行动自由、压制个体活力的迸发作为代价的,因而不符合市场经济的价值取向。《行政许可法》通过严格规定行政许可的设定范围来普遍地放松规制,从而大范围撤除、大幅度降低了个人和组织从事社会活动与经济

活动的门槛。不过,事前审批的减少也有可能诱致行政违法行为的增多,当行政审批不再成为行政管理模式的重心时,就必然要求推动这个重心逐渐地从事前审批转移到事中的过程监管与事后的责任追究上来,以形成一种新型的行政管理模式。

其二,从行政执法主体看,该法的实施将会推动行政执法主体朝着多元化方向发展,行业组织和中介机构将会在未来的公共管理实践中扮演越来越重要的角色。

还权于社会,或者通过法律、法规授权的形式,将一部分公共行政管理职能转移给行业协会或中介组织,这是我国行政管理体制改革的重要内容。《行政许可法》明确规定,凡是行业组织或者中介机构能够自律管理的,就可以不设定行政许可;对直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的设备、设施、产品、物品的检验、检测、检疫,除法律、行政法规规定由行政机关实施的外,应当逐步由符合法定条件的专业技术组织实施。这些规定既“强调了效益方面的考虑,同时还提供了一种与市场及其运作模式更紧密相关的管制方式”,为培育、发展和监督行业协会或中介组织,充分发挥这些社会组织在公共治理中的积极作用提供了制度性前提,因而将有力地推动社会组织的迅速崛起。毫无疑问,随着日益增多、日渐成熟、日趋规范的行业协会和中介组织的普遍兴起,它们作为行政执法主体,将会依据法律、法规的授权,进行行业自治,以大规模取代政府的微观管理,从而推动行政执法主体的多元化。

其三,从行政执法方式看,该法的实施将会淘汰重审批、重处罚,轻监督检查、轻服务引导的行政模式,推动行政执法方式朝着多样化的方向发展。

《行政许可法》的实施虽然会带来行政规制的普遍放松,但放松规制既不意味着放弃管理,更不意味着放弃服务。由于经济体制改革越深入,市场经济越发展,对行政管理秩序和行政服务质量的要求就越高,因此,这就要求在实施《行政许可法》的过程中,行政机关和公务员必须积极行政,更新执法方式,灵活运用各种行之有效的行政执法手段,既要严格依法审批,又要强化行政监督检查,严格行政责任追究机制,同时,还要广泛运用行政指导、行政合同、行政奖励等非强制性行政行为方式,大力提高公共行政服务水平,积极、全面、有效地履行法定职责。

其四,从行政执法理念和思维方式看,该法的实施将会有助于增强公务员的公民权利本位和政府责任本位的行政理念,强化“亲市场”的执法意识,提高依法行政的能力和水平。

由于《行政许可法》旨在放松规制、规范许可,建设有限政府和服务政府,因此,该法的实施对于政府部门和公务员而言,首先是要用以“民”为本、以公民“权利”为本、以政府“责任”为本的现代行政管理理念,代替“官”本位、“权”本位、“管”本位的传统行政管理理

念。其次是要尽快摆脱“管理就是审批”、“乱了就要审批”的传统思维定式,树立坚持市场取向、做到慎用审批的行政执法理念。最后是要确立严格依法行政、建设法治政府的意识,进一步提高依法行政的能力与水平。

### 9. 全面实施《行政许可法》需注意的主要问题

由于传统的行政审批制度根深蒂固,行政许可立法涉及面广,十分复杂,同时立法规定与执法实践之间也往往存在着一定的差距,因此,我们不能指望行政许可制度变革和行政审批改革能够毕其功于一役,不能指望《行政许可法》能够将所有长期积累下来的政府职能配置不合理、经济转轨与社会转型中存在的重大问题全部解决,不能指望仅靠《行政许可法》就能完成创新行政管理模式、实现依法行政目标的重任。只有当我们对《行政许可法》的功能予以恰当定位,采取切实措施保证该法严格实施,并努力推动相关配套制度的建设,才能确保行政许可制度变革目标的实现。笔者认为,在实施《行政许可法》的过程中,各级政府需要注意并重点解决以下几个主要问题:

#### (1) 要做好执法人员的培训和人民群众的普法工作。

由于《行政许可法》涉及范围广泛,专业性很强,因此必须加强普法工作,加大宣传力度,帮助行政机关及其工作人员以及公民、法人和其他组织深刻认识这部法律的精神实质和重要意义,全面、准确地理解这部法律的具体规定。对行政机关和行政执法人员而言,要通过培训,使其明确职责、权限和工作程序,切实转变执法理念、执法方式和工作作风;对公民、法人和其他组织而言,要通过普法宣传,使其充分运用这部法律更加便捷地进入市场,维护和实现自己的权利和利益。

#### (2) 要防止产生权力真空、管理失序和行政不作为。

行政审批制度改革和行政许可立法,归根到底涉及到国家与社会、政府与市场、政府与公民之间权力和权利的分配与制约,因而必将在很大程度上取消一些行政机关和执法人员在旧的审批模式下的既得利益,相关的一些权力和由此派生出来的各种物质利益和精神满足也将随之一起消失。因此,在实施《行政许可法》的过程中,要防止某些部门和人员从个人或小团体的利益得失考虑,以各种方式变相保留、巩固、甚至强化和扩大行政许可,或者消极应付行政许可法的实施,导致行政管理缺位和不到位。

其一,要注意解决因放松规制、规范许可所带来的行政管理动力不足的问题,建立、健全行政管理的制约、激励机制。《行政许可法》的出台,不仅导致大量的行政审批不复存在,而且那些被保留或新增设的行政许可,也由于许可条件、标准的公开和收费的禁止等原因,被割断了与利益驱动之间的联系;同时,《行政许可法》强调效能与服务,把政府一切工作的出发点和落脚点放到为人民群众谋利益上来;因此,在无任何利益驱动的前

提下,有可能诱发行政管理缺位或不到位问题的加重。在这种情况下,为了保证行政许可的有效实施,必须建立、健全行政管理的制约、激励机制,完善行政管理绩效考评制度,强化行政责任追究制度,以便为行政管理的有力、高效运作提供新的动力支持。

其二,要注意完善行政机关的监督检查手段,强化对行政许可实施的全过程监管。行政许可,直接关系到公民、法人或者其他组织的合法权益,关系到国家安全、公共秩序的有效维护,因此,应当严格依法实施,加强监督检查,以及时防止和纠正行政许可实施过程中产生的违法或不当行为,消弥和排除对公共利益以及公民、法人和其他组织合法权益具有威胁的因素和隐患。例如,为了保证行政机关对被许可人从事许可事项活动的有力监督和检查,需要尽快出台《行政强制法》,以保证行政机关具有强制检查的权限和手段。

其三,要注意解决因行政“不作为”而导致的管理失控,完善行政赔偿体系。在行政许可实施过程中,有时会由于行政管理动力不足或其他因素而导致行政部门或许可执法人员消极不作为。例如,该履行行政许可监督检查权职责的机关不去履行,接到群众举报后不去核实、处理,需要立即纠正、制止的违法行为不去纠正和制止,等等,这些情形往往会导致公民、法人和其他组织的利益受损。当行政不作为发生时,如何给予相关当事人以合理、公平而有效的救济,许可法未作出明确规定。行政许可不作为在实际生活中给行政相对人带来巨大损失的情况并不鲜见,有必要将其纳入行政赔偿的范围,以更好地保护公民、法人和他组织的合法权益,督促行政机关依法行政。

### (3)要推动《行政许可法》实施的配套制度建设。

《行政许可法》是世界上第一部统一的综合性行政许可法,它适应了我国经济体制全面转轨和社会整体转型对行政审批制度进行根本改革和全面规范的迫切需要,但也正因为它是统一的综合性的立法,决定了它只能对我国的行政许可制度作出统一的原则规定,而不可能为每一个领域的不同许可设定不同的具体制度,同时一些条款也只能宜粗不宜细。因此,在实施中需要制定《行政许可法》实施细则,以进一步细化、落实《行政许可法》的各种立法理念和制度规定。与此同时,要积极推动相关制度的配套建设,以最大限度地发挥行政许可法实施的综合效应。

一要进一步明确行政许可的设定范围和标准。科学确定行政许可的设定范围和标准,是改革行政审批制度、根除行政许可“滥”与“乱”的首要前提。我国《行政许可法》第十二、十三条对于哪些事项可以设定许可,哪些事项不得设定许可,作了非常好的概括。但也正是因为这种概括还比较原则,从而使得行政许可在范围设定上具有较大的伸缩性,有可能导致法律、法规、省级政府规章具体设定行政许可时,会突破法律的原则性规

定,将原本应当撤销、或本不应当设立的许可事项以涉及“国家安全”、“公共安全”、“经济宏观调控”、“生态环境保护”、“人身健康”、“生命财产安全”等为由予以保留或加以规定,从而在实质上扩大行政许可的范围。这就需要制定《行政许可法》实施细则,对涉及“国家安全”、“公共安全”、“经济宏观调控”、“生态环境保护”、“人身健康”、“生命财产安全”等事项的行政许可作出相对确定的范围和标准规定。同时,要制定具体的行政许可听证办法,通过规定周密、完善的听证程序限制行政许可的设定范围。

二要完善集中行使行政许可权制度。为解决多部门、多环节、低效率审批的问题,消除政府部门过多、职能过窄、权限冲突的弊端,《行政许可法》明确规定了统一许可、联合许可、集中许可的制度,这是重大的制度创新。但是,如何保证这一制度创新能在法治轨道内沿着正确的方向发展,真正起到既精简机构、人员和提高效率,又权责一致、监督有力的效果,还需要通过总结实践经验和制定实施细则来进一步完善。

三要妥善解决机构撤销和人员安置问题。在《行政许可法》出台之前,尤其是在行政审批制度改革之前,具有行政许可实施权的机关众多、机构臃肿,其主要原因是行政许可背后的利益驱动。《行政许可法》施行之后,可能将使一批原本具有许可实施权的机构因失去存在的基础而被撤销,其所属人员也要被重新安置。因此,我们既要避免这些机构、人员摇身变成各种“翻牌”的中介组织,以自律管理的名义行使其原有的行政许可权,靠收费来养活自己,也要避免这些机构名减实不减,香火没了庙还在,职能没了人还在。由于该问题在全国具有一定的普遍性,因而需要引起我们的足够重视,并作出明确规定。

四要规范行业组织和中介机构。在我国,由于行业组织和中介机构主要形成于计划经济向市场经济转变过程中,因而在管理体制、运行机制等方面带有明显的计划经济痕迹。正是由于这些积重难返的因素,使得行业组织和中介机构有官办、半官半民办和完全民办之分,并与政府保持着千丝万缕的联系。因此,在《行政许可法》实施过程中,我们一方面要防止行政机关在权力向公共组织转移的过程中,为保持和维护旧的审批职能,仍以行业组织或者中介机构为依托,照收费用和照办许可;另一方面也要避免这些行业组织、中介机构仍然带有浓厚的官方色彩,甚至成为“准政府”组织。这样,不仅不能发挥行业组织和中介机构的积极作用,反而会使它们成为深化行政许可制度改革的障碍。有鉴于此,我们对行业组织、中介机构既要扶持、发展,又要规范、监督,以提高它们的自律能力、服务水平和人员素质。

五要加强信息公开制度的建设。阳光是最好的防腐剂。公开原则是现代民主政治发展的基本要求。在《行政许可法》中,贯彻公开原则,确立信息公开制度,有助于制约滥用权力,防止腐败,保护行政许可相对人的合法权益。与此同时,也要加强对于国家秘

密、商业秘密或者个人隐私的保护。因此,有必要尽快出台《信息公开法》或《信息公开条例》,具体明确公开信息的范围、标准、程序、法律责任,以及行政相对人的救济请求权等。

六要修改《国家赔偿法》,并启动国家补偿程序。《行政许可法》首次在我国立法中确立了信赖保护原则。信赖保护原则肇始于德国行政法院的判例,在二战以后为世界许多国家的行政法治实践所认可和运用。迄今为止,已有一些国家在立法中规定了信赖保护原则。例如,德国《联邦行政程序法》第四十八条明确规定了信赖保护原则的具体适用。我国《行政许可法》虽然对信赖保护原则及其补偿作出了规定,但我国法律却没有对国家补偿标准和启动程序的明确规定,以至有可能使得一个良好的制度设计在具体实施中会被架空,流于形式;同时,国家赔偿制度也存在着范围过窄、标准过低、难于实施等问题。因此,《国家赔偿法》要进行全面修改,并将国家补偿的有关问题,包括补偿的原则、范围、程序、标准等在《国家赔偿法》中作出规定,以解决国家赔偿很不完善、国家补偿无法可依的问题。

七要加强电子政务立法,推行电子政务建设。通过立法推动电子政务的发展,这在美国、澳大利亚、日本、韩国等国家的立法中均有所体现。例如,美国国会1999年通过了《政府文书工作减少法案》,2001年5月又提出了《电子政务法案》。澳大利亚则通过《电子交易法》等法案推动本国的电子政务建设。我国《行政许可法》第三十三条明确规定:“行政机关应当建立和完善有关制度,推行电子政务。”这是一个十分重要的突破。但是,建设电子政务的实践证明,电子政务是标准化要求很高的建设项目,其成效完全基于系统化的标准和强有力的管理,而我国《行政许可法》有关电子政务的规定太过原则和单薄,在具体实践中难以确保信息的快捷、交流、安全和保密,同时也没有规定纠纷的解决途径和法律责任。因此,需要出台相应的法律规定,制定具体的技术标准和实施方案,以为电子政务的顺利发展提供制度上的支撑。

八要完善许可期限制度的规定。《行政许可法》对行政许可实施程序的每一个环节,包括申请、受理、审查、决定、变更、延续等均设定了法定期限,这不仅极大地方便了许可相对人,而且有利于行政许可的顺利、高效实施。但是,《行政许可法》在规定法定期限的同时,又规定了一些“法律法规另有规定的除外”的条款,例如第四十二、四十三、五十条等,这些条款如果在立法中不能严格控制,就可能会使原本很好的期限制度设计的作用大打折扣。因此,建议有权机关在制定适用期限制度除外条款的法律、行政法规、特别是地方性法规时,采取听证的方式,同时有权机关要加强对时效规定的审查,并且在《行政许可法》实施细则中对除外条款作出更加细化和明确的规定。

九要坚决杜绝行政许可收费,完善行政收费法律制度。为防止少数许可机关规避法

律规定,使行政许可收费变得更隐蔽,甚至变本加厉,例如通过中介组织收费,或在网上申请行政许可时以注册费或者网站维护费的形式收费等,要对《行政许可法》关于“不得收取任何费用”的规定严格执行,并进一步完善行政收费法律制度,推动《行政收费法》早日出台。

十要保护和奖励对违法从事行政许可事项的活动进行举报的个人和组织。为了提高对违法从事行政许可事项活动监督的力度,《行政许可法》规定了个人和组织的举报权,但是,该法却没有同时规定行政机关对举报人的保密义务,也没有规定相关的奖励制度,这就在一定程度上影响到举报人的积极性和举报制度的实效。因此,有必要在《行政许可法》实施细则中借鉴《产品质量法》的相关规定,规定行政机关和有关部门应当为检举人保密,并按照规定给予奖励。

十一要健全有关对监督检查记录进行查阅的规定。《行政许可法》规定:“公众有权查阅行政机关监督检查记录”。监督检查记录有时会涉及到一些敏感事项,包括国家秘密、商业秘密和个人隐私等,如果不区别情况一律公开,公众均有权查阅,可能会造成侵权和泄密,因此,建议在《行政许可法》实施细则中分别不同情况作出规定,例如凡监督检查记录中没有涉及敏感事项的,一律公开,涉及敏感事项的,剔除敏感事项以外的其他部分可以公开,如果敏感事项与其他部分密切联系,不可分离,则不得公开。

### (二) 行政处罚法律制度

行政处罚是行政机关对违反行政管理秩序的公民、法人和其他组织依法予以制裁的行政行为。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,1996年3月17日,第八届全国人民代表大会第四次会议通过《行政处罚法》。该法共64条,分别规定了行政处罚的基本原则、行政处罚的种类和设定、行政处罚的实施机关、行政处罚的管辖和适用、行政处罚的决定、行政处罚的执行、法律责任等内容。

#### 1. 行政处罚的基本原则

《行政处罚法》确立了行政处罚应当遵循的四项原则:一是处罚法定原则。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。没有法定依据或者不遵守法定程序的,行政处罚无效。二是行政处罚遵循公正、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。三是处罚与教育相结合原则。实施行政处罚,纠正违法行为,应当坚持处罚与教育相结合,教育公民、法人

或者其他组织自觉守法。四是保障权利原则。公民、法人或者其他组织对行政机关所给予的行政处罚,享有陈述权、申辩权;对行政处罚不服的,有权依法申请行政复议或者提起行政诉讼。公民、法人或者其他组织因行政机关违法给予行政处罚受到损害的,有权依法提出赔偿要求。

## 2. 行政处罚的种类和设定

依照《行政处罚法》的规定,行政处罚分为6种:警告;罚款;没收违法所得、没收非法财物;责令停产停业;暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照;行政拘留。

其一,法律可以设定各种行政处罚,尤其是限制人身自由的行政处罚,只能由法律设定。

其二,行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚,如果法律对违法行为已经作出行政处罚规定,行政法规需要作出具体规定的,那就必须在法律规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。

其三,地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚,如果法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定,地方性法规需要作出具体规定的,那就必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。

其四,国务院部、委员会制定的规章可以在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。如果尚未制定法律、行政法规,国务院部、委员会制定的规章对违反行政管理秩序的行为可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚,罚款的限额由国务院规定。此外,国务院可以授权具有行政处罚权的直属机构依法规定行政处罚。

其五,省、自治区、直辖市人民政府和省、自治区人民政府所在地的市人民政府以及经国务院批准的较大的市人民政府制定的规章可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。如果尚未制定法律、法规,那么前述人民政府制定的规章对违反行政管理秩序的行为可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚,罚款的限额由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会规定。

## 3. 行政处罚的实施主体

行政处罚由具有行政处罚权的行政机关在法定职权范围内实施。国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权,但限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚。行政机关依照法律、法规或者规章的规定,可以在其法定权限内委托符合法定条件的组织实施行政处罚,但行

政机关不得委托其他组织或者个人实施行政处罚。委托行政机关对受委托的组织实施行政处罚的行为应当负责监督,并对该行为的后果承担法律责任。受委托组织在委托范围内,以委托行政机关名义实施行政处罚;不得再委托其他任何组织或者个人实施行政处罚。

### 4. 行政处罚的管辖和适用

行政处罚的管辖,是指具有行政处罚权的实施主体之间的权限划分。《行政处罚法》规定,行政处罚由违法行为发生地的县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖,法律、行政法规另有规定的除外。对管辖发生争议的,报请共同的上一级行政机关指定管辖。但如果违法行为构成犯罪的,行政机关就必须将案件移送司法机关,依法追究刑事责任。

行政处罚的适用,是指行政处罚的实施主体在对违法案件进行调查核实的基础上,依法决定是否对违法人给予行政处罚以及如何科处行政处罚的活动。行政处罚的法定条件主要有三点:一是行为人实施了行政违法行为。违法行为不仅客观存在,而且其所实施的行为违反了法律、法规或者规章的规定。二是违法行为侵犯了社会管理秩序。三是行为人具有责任能力。例如,不满十四周岁的人有违法行为的,不予行政处罚,责令监护人加以管教;已满十四周岁不满十八周岁的人有违法行为的,从轻或者减轻行政处罚。再如,精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为时有违法行为的,不予行政处罚,但应当责令其监护人严加看管和治疗。不过,间歇性精神病人在精神正常时有违法行为的,应当给予行政处罚。

行政处罚的适用必须遵循时效限制,如果违法行为在二年内未被发现的,那就不再给予行政处罚,除非法律另有规定。行政机关在实施行政处罚时,应当责令当事人改正或者限期改正违法行为。对当事人的同一个违法行为,不得给予两次以上罚款的行政处罚。当事人有下列情形之一的,应当依法从轻或者减轻行政处罚:一是主动消除或者减轻违法行为危害后果的;二是受他人胁迫有违法行为的;三是配合行政机关查处违法行为有立功表现的;四是其他依法从轻或者减轻行政处罚的。如果违法行为轻微并及时纠正,没有造成危害后果的,就不予行政处罚。如果违法行为构成犯罪,人民法院判处拘役或者有期徒刑时,行政机关已经给予当事人行政拘留的,应当依法折抵相应刑期;如果违法行为构成犯罪,人民法院判处罚金时,行政机关已经给予当事人罚款的,应当折抵相应罚金。

### 5. 行政处罚的决定程序

依照《行政处罚法》的规定,行政处罚的决定程序可分为简易程序、一般程序和听证

程序三种。

其一,简易程序。违法事实确凿并有法定依据,对公民处以五十元以下、对法人或者其他组织处以一千元以下罚款或者警告的行政处罚的,可以当场作出行政处罚决定。执法人员当场作出行政处罚决定的,应当向当事人出示执法身份证件,填写预定格式、编有号码的行政处罚决定书。行政处罚决定书应当当场交付当事人。这种行政处罚决定书应当载明当事人的违法行为、行政处罚依据、罚款数额、时间、地点以及行政机关名称,并由执法人员签名或者盖章。执法人员当场作出的行政处罚决定,必须报所属行政机关备案。当事人对当场作出的行政处罚决定不服的,可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

其二,一般程序。一般程序,是相对于简易程序而言的,除依法可以当场作出的行政处罚外,行政决定的作出都要遵守一般程序。一般程序主要包括两个阶段:一是立案调查阶段。行政机关发现公民、法人或者其他组织有依法应当给予行政处罚的行为的,必须全面、客观、公正地调查,收集有关证据;必要时,依照法律、法规的规定,可以进行检查。行政机关在调查或者进行检查时,执法人员不得少于两人,并应当向当事人或者有关人员出示证件。当事人或者有关人员应当如实回答询问,并协助调查或者检查,不得阻挠。询问或者检查应当制作笔录。行政机关在收集证据时,可以采取抽样取证的方法;在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,经行政机关负责人批准,可以先行登记保存,并应当在七日内及时作出处理决定,在此期间,当事人或者有关人员不得销毁或者转移证据。执法人员与当事人有直接利害关系的,应当回避。二是审查决定阶段。调查终结后,行政机关负责人应当对调查结果进行审查,根据不同情况,分别作出如下决定:如果确有应受行政处罚的违法行为的,就应根据情节轻重及具体情况,作出行政处罚决定;如果违法行为轻微,依法可以不予行政处罚的,就不予行政处罚;如果违法事实不能成立的,就不得给予行政处罚;如果违法行为已构成犯罪的,就应移送司法机关。对情节复杂或者重大违法行为给予较重的行政处罚,行政机关的负责人应当集体讨论决定。行政机关依法决定给予行政处罚的,应当制作行政处罚决定书,并在宣告后当场交付当事人;当事人不在场的,行政机关应当在七日内依照《民事诉讼法》的有关规定,将行政处罚决定书送达当事人。

其三,听证程序。行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前,应当告知当事人有要求举行听证的权利;当事人要求听证的,行政机关应当组织听证。当事人不承担行政机关组织听证的费用。听证程序具有四个特征:一是阶段性。听证只是处罚过程中的一个阶段,而不是处罚的全部过程,尽管听证主持

人有权提出案件的处理建议,但不能代替行政处罚决定,这与行政处罚的简易程序和一般程序相区别。二是局部性?听证并不适用于全部行政处罚,而仅限于对当事人的权益产生较大影响的行政处罚,包括责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等。三是选择性。听证程序的主动权掌握在当事人手中,即使属于听证的适用范围,如果当事人不提出听证要求的,听证程序就不能启动。四是准司法性。听证程序既有司法的特点,也有非司法的内容。从司法角度看,听证主持人的地位比较超脱,相当于第三方来听取行政争议的双方当事人的陈述和争辩,并由听证主持人对案件的事实和处理提出自己的独立见解,而且听证的程序比较正规,听证的适应范围、管辖权属、主体资格以及方法步骤等都有严格的规定。从非司法角度看,听证是事前监督,即在作出行政处罚决定之前实施听证,这样做既可监督与防止行政行为对当事人合法权益的侵犯,也有利于保证行政处罚的合法与公正。此与行政诉讼的事后监督相区别。

《行政处罚法》规定听证应当依照以下程序组织:一是当事人要求听证的,应当在行政机关告知后三日内提出;二是行政机关应当在听证的七日前,通知当事人举行听证的时间、地点;三是除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外,听证公开举行;四是听证由行政机关指定的非本案调查人员主持;当事人认为主持人与本案有直接利害关系的,有权申请回避;五是当事人可以亲自参加听证,也可以委托一至二人代理;六是举行听证时,调查人员提出当事人违法的事实、证据和行政处罚建议;当事人进行申辩和质证;七是听证应当制作笔录,笔录应当交当事人审核无误后签字或者盖章。听证结束后,行政机关依法作出决定。

### 6. 行政处罚的执行

行政处罚决定依法作出后,当事人应当在行政处罚决定的期限内予以履行。当事人对行政处罚决定不服申请行政复议或者提起行政诉讼的,行政处罚不停止执行,法律另有规定的除外。作出罚款决定的行政机关应当与收缴罚款的机构分离,除依法规定当场收缴的罚款外,作出行政处罚决定的行政机关及其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。银行应当收受罚款,并将罚款直接上缴国库。当事人逾期不履行行政处罚决定的,作出行政处罚决定的行政机关可以采取下列措施:一是到期不缴纳罚款的,每日按罚款数额的百分之三加处罚款;二是根据法律规定,将查封、扣押的财物拍卖或者将冻结的存款划拨抵缴罚款;三是申请人民法院强制执行。

### (三)行政强制法律制度

所谓行政强制法,是指规范、调整行政机关对行政相对人的人身或财产所实施的强

制性行政行为的行政法律制度。我国尚无一部统一的行政强制法典,全国人大常委会正在制定《行政强制法》。根据现有相关法律规定,行政强制主要包括行政强制执行、强制措施和即时强制三种类型,各单行法对三者分别作出了相应规定。

### 1. 行政强制执行

(1)行政强制执行的特征。行政强制执行,是指人民法院或行政机关对不履行行政处理决定义务的公民、法人或者其他组织,依法强制其履行义务的行为。它具有以下主要特征:一是行政强制执行是以公民、法人或其他组织不履行行政处理决定中所确定的行政义务为前提。在一般情况下,这种不履行还必须有不履行的故意。如果公民、法人或者其他组织履行了行政义务,或者不履行行政义务是客观上无法履行,并非有不履行的故意,就不应进行行政强制执行。不履行行政义务有两种情况:一是从事法律所禁止的行为,如在法律规定不得建筑住宅的土地上建筑住宅;二是不履行法律规定必须履行的义务,如应当纳税而不纳税。二是行政强制执行的主体是行政机关或人民法院。根据行政诉讼法、行政处罚法及其他有关法律规定,法律、行政法规明确授权行政机关有强制执行权的,行政机关依法自行强制执行;法律、行政法规没有明确授权的,申请人民法院强制执行。三是行政强制执行的对象可以是物,如强制划拨;可以是行为,如专利强制许可;还可以是人,例如强制拘留。四是行政强制执行的目的在于强迫公民、法人或者其他组织履行行政义务。强制执行应以应当履行的行政义务为限,不能超过当事人所承担的行政义务范围。例如,从银行强制划拨,仅以所欠款项为限,不得超过。

(2)行政强制执行的种类。以强制执行机关是否可以请人代替法定义务人履行义务为标准,可将行政强制执行分为间接强制执行与直接强制执行两种。

所谓间接强制执行,是指行政机关通过间接办法强制法定义务人履行义务的执行方法。它主要包括代执行和执行罚两种。其一,代执行。指强制执行机关请人代替法定义务人履行义务,再由法定义务人负担费用的执行方法。例如,拆除违章建筑,由强制执行机关请人代为拆除,再由不履行拆除义务的法定义务人负担费用。代执行的程序一般分为告诫、代执行和征收费用三个阶段。告诫义务应当在先,并须书面告诫,一般附有时限,有时还须多次告诫。在确定义务人确有不履行义务的故意而不是实际上不能履行时,始得代执行。在特殊情况下,由于形势紧迫,也可不经预先告诫和不待期限届满立即实施代执行,这种情况称为即时代执行。其二,执行罚。指强制执行机关通过使不履行法定义务的人承担新的持续不断的给付义务,促使其履行义务的执行方法。例如,对到期不纳税款者罚以滞纳金,以促使其纳税。执行罚的程序大致与代执行相同,必须预先告诫,并附有限期。

所谓直接强制执行,是指法定义务人不履行法定义务,在无法采用代执行、执行罚等间接强制手段促使其履行义务的情况下,或因情况紧迫、来不及运用间接强制的方法,行政强制执行机关依法对法定义务人的人身、行为或财产实施直接强制,以迫使其履行义务的执行方法。直接强制可分为人身强制、行为强制和财产强制三种。其一,人身强制。例如根据兵役法规定,可以对不履行兵役义务的人实施强制履行。根据治安管理处罚条例的规定,可以对受拘留处罚但在限定时间内拒不去拘留所接受处罚的人实行强制拘留。其二,行为强制。例如根据专利法规定,可以对无正当理由不将所申请的专利转为生产的实施强制许可。其三,财产强制。例如根据税收征收管理法的规定,对逾期不缴纳税款的可以从银行强制划拨。

(3)行政强制执行的程序。分为行政机关的强制执行程序和人民法院的强制执行程序两种。

其一,行政机关的强制执行程序。一是调查。在作出强制执行的决定前,必须认真进行调查,查清义务人是否有不履行义务的故意。根据调查情况,有关行政机关再作出是否实施行政强制执行的决定。二是审批。为防止损害行政相对人的合法权益,行政强制执行决定必须经行政机关审批。三是通知和告诫。在正式强制执行以前,为给法定义务人有再一次主动履行义务的机会,应当发出通知和告诫,最后确定法定义务人履行义务的时间,以体现强制与教育相结合的原则。四是执行。法定义务人在限定时间内仍不履行义务,行政机关可以依法采取强制执行的措施。属于代执行的,执行费用由法定义务人承担。

其二,人民法院的强制执行程序。一是审查立案。人民法院在接到行政机关在法定的期限内提出的执行申请及有关法律文书后,应立即了解案情,明确需要执行的事项,审查该申请执行是否合法适当,有关法律文书是否齐备,内容是否明确,被执行人是否有执行能力等等。凡是不具备执行条件的,不予立案;符合执行条件的,应立即立案,并尽快执行。二是通知履行。人民法院决定对义务人强制执行时,应当先行通知义务人在规定的期限内自动履行法定义务,否则将强制执行。通知在一般情况下应是行政强制执行中的必经程序,除非情况紧急或法律另有规定,通知必须以书面形式作出,通知内容必须明确,告知即将采取强制执行,通知应载明期限;涉及金额的,应具体说明金额,通知由义务人受领。三是准备强制执行。准备执行包括:填写行政强制执行证;根据具体情况,确定强制执行的计划和方案;需要协助执行的,应书面通知有义务协助的单位和个人;对于案情复杂、影响重大或者易于激化矛盾的案件,准备执行时应制定相应的配套措施,防止临时措手不及或产生其他不良后果。四是实施强制执行。实施强制执行应当表明身份,出

示执法证件和执法根据,说明有关情况;义务人不在场时,应邀请被执行人的亲属或被执行单位的工作人员及有关人员到场作执行见证人,见证人有证明执行情况和在有关记录文件上签字的义务。强制执行结束,执行人员应作出执行记录;有执行费用的,收取执行费用。执行结束后,应将执行情况书面通知申请执行的机关。

## 2. 行政强制措施

(1)行政强制措施的概念和特征。行政强制措施是指行政机关为了预防、制止或者控制危害社会的违法行为的发生,对特定的人身、财物或行为依法采取暂时性控制,以迫使其保持一定状态的行为。它具有以下主要特征:一是采取行政强制措施的目的不在于预防、制止或控制危害社会的行为产生。因此,行政强制措施带有明显的预防性、制止性。二是行政强制措施的对象包括人身、财物和行为。三是行政强制措施与行政处理决定紧密相连,常常是行政机关作出行政处理决定的前奏和准备。如执行机关在作出财产方面的行政强制执行决定前,为了防止被执行人逃匿财产,需要对被执行的财产采取保全措施,因此,行政强制措施不仅具有预防性和制止性,而且还具有临时性。四是行政机关采取行政强制措施,必须有法律、法规的明确授权,并严格依照法律的规定实施。

(2)行政强制措施的种类。依行政强制措施的标的划分,强制措施主要分为三类:一是对人身的强制措施。例如扣留、遣送等。二是对财物的强制措施。例如查封、扣押、冻结等。三是对行为的强制措施。例如强制戒毒等。

(3)行政强制措施的程序。行政强制措施的程序,大致与作出行政处理决定的程序相似,一般程序也分为立案、调查和决定程序等。不过,作出行政强制措施决定常常情况比较紧急。为了预防或制止危害社会行为的产生,可能在调查前或调查中就需作出行政强制措施决定,也可能在调查后为防止逃匿财产先作出行政强制措施决定,再作出处理决定。行政强制措施决定一般需履行行政报批程序,有的法律对这种报批程序作了明确规定。例如《水污染防治法》第21条规定:“在生活饮用水源受到严重污染,威胁供水安全等紧急情况下,环境保护部门应当报请同级人民政府批准,采取强制性的应急措施,包括责令有关企业事业单位减少或者停止排放污染物。”

## 3. 即时强制

(1)即时强制的概念和特征。即时强制是指行政机关在遇有重大灾害或事故,以及发生其他严重影响国家、社会、公民、法人利益的事件的紧急状态下,依法直接采取的即时性强制措施。它具有以下四个主要特征。一是采取即时强制的目的不在于预防、制止或控制危害社会的情况的发生,这一点与行政强制措施接近。二是即时强制一般都是在紧急情况下采取的,因而当时大多没有即时强制的书面决定,但事后应当立即按程序补办。

三是即时强制的对象包括人身、财产和行为。四是即时强制必须有法律的明确授权,并严格按照法律的规定实施。

(2)即时强制的种类。依即时强制的标的划分,即时强制主要分为三类:一是对人身的即时强制。例如对传染病患者的隔离。二是对财物的即时强制。例如对非法枪支、刀具、易燃、易爆物品的扣留。三是对行为的即时强制。例如《铁路法》第53条规定,对聚众拦截列车或者聚众冲击铁路行车机构不听制止的,公安人员现场负责人有权命令解散,拒不解散的,公安人员现场负责人有权依照国家有关规定,决定采取必要手段强制驱散,并将拒不服从的人员强制带离现场或者予以拘留。

(3)即时强制的程序。即时强制多数是在情况紧急的状态下采取的,因而很难遵循一般程序。但为了保证即时强制的合法性,保护公共利益和公民权益,在可能的情况下应当事先报批。由于情况紧急来不及事先报批的,应在即时强制后立即补办;或在紧急情况消除后恢复原状。由于即时强制使行政相对人的合法权益受到损害的,行政机关应当予以补偿。

### 第三节 行政监督法律制度

行政监督主要是指行政系统内部的监督,行政监督法律制度主要包括上级对下级的层级监督制度和专门机关的监督制度两种。其中,层级监督制度包括报告工作制度、执法检查制度、审查批准制度、备案检查制度、考核奖惩制度等;专门监督则主要指审计机关和监察机关的监督。以下主要介绍《审计法》和《行政监察法》这两种专门行政监督制度。

#### (一) 审计监督法律制度

为了加强国家的审计监督,维护国家财政经济秩序,促进廉政建设,保障国民经济健康发展,1994年8月31日,第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过《审计法》。

《审计法》首先规定,国家实行审计监督制度,国务院和县级以上地方人民政府设立审计机关。审计监督的对象是国务院各部门和地方各级人民政府及其各部门的财政收支,国有的金融机构和企业事业组织的财务收支,以及其他依法规定应当接受审计的财政收支、财务收支等。审计机关依照法律规定的职权和程序,对审计监督对象所列财政

收支或者财务收支的真实、合法和效益,依法进行审计监督。国务院和县级以上地方人民政府应当每年向本级人民代表大会常务委员会提出审计机关对预算执行和其他财政收支的审计报告。审计机关依照法律规定独立行使审计监督权,不受其他行政机关、社会团体和个人的干涉;审计机关和审计人员办理审计事项,应当客观公正,实事求是,廉洁奉公,保守秘密。

在此基础上《审计法》依次规定了审计主体、审计机关职责、审计机关权限、审计程序 and 法律责任等基本内容。

### 1. 审计主体

(1) 审计机关。国务院设立审计署,在国务院总理领导下,主管全国的审计工作。审计长是审计署的行政首长。省、自治区、直辖市、设区的市、自治州、县、自治县、不设区的市、市辖区的人民政府的审计机关,分别在省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长和上一级审计机关的领导下,负责本行政区域内的审计工作。地方各级审计机关对本级人民政府和上一级审计机关负责并报告工作,审计业务以上级审计机关领导为主。审计机关根据工作需要,可以在其审计管辖范围内派出审计特派员,其根据审计机关的授权,依法进行审计工作。审计机关履行职责所必需的经费,应当列入财政预算,由本级人民政府予以保证。

(2) 审计人员。审计人员依法执行职务,受法律保护,任何组织和个人不得拒绝、阻碍审计人员依法执行职务,不得打击报复审计人员。审计人员应当具备与其从事的审计工作相适应的专业知识和业务能力。审计人员办理审计事项,与被审计单位或者审计事项有利害关系的,应当回避。审计人员对其在执行职务中知悉的国家秘密和被审计单位的商业秘密,负有保密的义务。审计机关负责人依照法定程序任免,审计机关负责人没有违法失职或者其他不符合任职条件的情况的,不得随意撤换。

### 2. 审计机关的职责

审计机关对本级各部门(含直属单位)和下级政府预算的执行情况和决算,以及预算外资金的管理和使用情况,进行审计监督。其中,审计署在国务院总理领导下,对中央预算执行情况进行审计监督,向国务院总理提出审计结果报告;地方各级审计机关分别在省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长和上一级审计机关的领导下,对本级预算执行情况进行审计监督,向本级人民政府和上一级审计机关提出审计结果报告。

审计机关对国有金融机构的资产、负债、损益,对国家的事业组织的财务收支,对国有企业的资产、负债、损益,对国家建设项目预算的执行情况和决算,对政府部门管理的和社会团体受政府委托管理的社会保障基金、社会捐赠资金以及其他有关基金、资金的

财务收支,对国际组织和外国政府援助、贷款项目的财务收支等,依法进行审计监督。其中,审计机关对与国计民生有重大关系的国有企业、接受财政补贴较多或者亏损数额较大的国有企业,以及国务院和本级地方人民政府指定的其他国有企业,应当有计划地定期进行审计;对国有资产占控股地位或者主导地位的企业审计监督,由国务院规定。除以上审计事项外,审计机关还对其他法律、行政法规规定应当由审计机关进行审计的事项依法进行审计监督。审计机关有权对与国家财政收支有关的特定事项,向有关地方、部门、单位进行专项审计调查,并向本级人民政府和上一级审计机关报告审计调查结果。

审计机关根据被审计单位的财政、财务隶属关系或者国有资产监督管理关系,确定审计管辖范围。审计机关之间对审计管辖范围有争议的,由其共同的上级审计机关确定。上级审计机关可以将其审计管辖范围内的审计事项授权下级审计机关进行审计;上级审计机关对下级审计机关审计管辖范围内的重大审计事项,可以直接进行审计,但是应当防止不必要的重复审计。

### 3. 审计机关的权限

依照《审计法》的规定,审计机关主要享有四种权限:其一,审计机关有权要求被审计单位按照规定报送预算或者财务收支计划、预算执行情况、决算、财务报告,社会审计机构出具的审计报告,以及其他与财政收支或者财务收支有关的资料,被审计单位不得拒绝、拖延、谎报。其二,审计机关进行审计时,有权检查被审计单位的会计凭证、会计账簿、会计报表以及其他与财政收支或者财务收支有关的资料和资产,被审计单位不得拒绝;有权就审计事项的有关问题向有关单位和个人进行调查,并取得有关证明材料,有关单位和个人应当支持、协助审计机关工作,如实向审计机关反映情况,提供有关证明材料。被审计单位不得转移、隐匿、篡改、毁弃会计凭证、会计账簿、会计报表以及其他与财政收支或者财务收支有关的资料,不得转移、隐匿所持有的违反国家规定取得的资产。其三,审计机关对被审计单位正在进行的违反国家规定的财政收支、财务收支行为,有权予以制止;制止无效的,经县级以上审计机关负责人批准,通知财政部门和相关主管部门暂停拨付与违反国家规定的财政收支、财务收支行为直接有关的款项,已经拨付的,暂停使用。审计机关认为被审计单位所执行的上级主管部门有关财政收支、财务收支的规定与法律、行政法规相抵触的,应当建议有关主管部门纠正;有关主管部门不予纠正的,审计机关应当提请有权处理的机关依法处理。其四,审计机关可以在依法保守国家秘密和被审计单位的商业秘密的前提下,向政府有关部门通报或者向社会公布审计结果。

### 4. 审计程序

审计机关根据审计项目计划确定的审计事项组成审计组,并应当在实施审计3日前,向被审计单位送达审计通知书。被审计单位应当配合审计机关的工作,并提供必要的工作条件。审计人员通过审查会计凭证、会计账簿、会计报表,查阅与审计事项有关的文件、资料,检查现金、实物、有价证券,向有关单位和个人调查等方式进行审计,并取得证明材料。审计人员向有关单位和个人进行调查时,应当出示审计人员的工作证件和审计通知书副本。

审计组对审计事项实施审计后,应当向审计机关提出审计报告。审计报告报送审计机关前,应当征求被审计单位的意见。被审计单位应当自接到审计报告之日起10日内,将其书面意见送交审计组或者审计机关。

审计机关审定审计报告,对审计事项作出评价,出具审计意见书;对违反国家规定的财政收支、财务收支行为,需要依法给予处理、处罚的,在法定职权范围内作出审计决定或者向有关主管机关提出处理、处罚意见。审计机关应当自收到审计报告之日起30日内,将审计意见书和审计决定送达被审计单位和有关单位,审计决定自送达之日起生效。

### 5. 法律责任

其一,被审计单位违反《审计法》规定,拒绝或者拖延提供与审计事项有关的资料的,或者拒绝、阻碍检查的,审计机关责令改正,可以通报批评,给予警告;拒不改正的,依法追究刑事责任。审计机关发现被审计单位违反《审计法》规定,转移、隐匿、篡改、毁弃会计凭证、会计账簿、会计报表以及其他与财政收支或者财务收支有关的资料的,有权予以制止。被审计单位有前列行为,审计机关认为对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员依法应当给予行政处分的,应当提出给予行政处分的建议,被审计单位或者其上级机关、监察机关应当依法及时作出决定;构成犯罪的,由司法机关依法追究刑事责任。

其二,被审计单位违反《审计法》规定,转移、隐匿违法取得的资产的,审计机关、人民政府或者有关主管部门在法定职权范围内有权予以制止,或者申请法院采取保全措施。被审计单位有前列行为,审计机关认为对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员依法应当给予行政处分的,应当提出给予行政处分的建议,被审计单位或者其上级机关、监察机关应当依法及时作出决定;构成犯罪的,由司法机关依法追究刑事责任。

其三,对本级各部门(含直属单位)和下级政府违反预算的行为或者其他违反国家规定的财政收支行为,审计机关、人民政府或者有关主管部门在法定职权范围内,依照法律、行政法规的规定作出处理。对被审计单位违反国家规定的财务收支行为,审计机关、人民政府或者有关主管部门在法定职权范围内,依照法律、行政法规的规定,责令限期缴纳应当上缴的收入,限期退还违法所得,限期退还被侵占的国有资产,以及采取其他纠正

措施,并可依法给予处罚。对被审计单位违反国家规定的财政收支、财务收支行为负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员,审计机关认为依法应当给予行政处分的,应当提出给予行政处分的建议,被审计单位或者其上级机关、监察机关应当依法及时作出决定。

其四,被审计单位的财政收支、财务收支违反法律、行政法规的规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任。报复陷害审计人员,构成犯罪的,依法追究刑事责任;不构成犯罪的,给予行政处分。

其五,审计人员滥用职权、徇私舞弊、玩忽职守,构成犯罪的,依法追究刑事责任;不构成犯罪的,给予行政处分。

### (二)行政监察法律制度

为了加强监察工作,保证政令畅通,维护行政纪律,促进廉政建设,改善行政管理,提高行政效能,1997年5月9日,第八届全国人民代表大会常务委员会通过《行政监察法》。

《行政监察法》的结构与《审计法》非常相似。该法首先对行政监察的主体、对象和基本原则作出明确规定。监察机关是人民政府行使监察职能的机关,依法对国家行政机关、国家公务员和国家行政机关任命的其他人员实施监察。监察机关依法行使职权,不受其他行政部门、社会团体和个人的干涉。监察工作必须坚持实事求是,重证据、重调查研究,在适用法律和行政纪律上人人平等;应当实行教育与惩处相结合、监督检查与改进工作相结合;应当依靠群众,监察机关建立举报制度,公民对于任何国家行政机关、国家公务员和国家行政机关任命的其他人员的违法失职行为,有权向监察机关提出控告或者检举。

《行政监察法》依次规定了监察主体、监察机关的职责、监察机关的权限、监督程序 and 法律责任等基本内容。

#### 1. 监察主体

(1)监察机关。国务院监察机关主管全国的监察工作。县级以上地方各级人民政府监察机关负责本行政区域内的监察工作,对本级人民政府和上一级监察机关负责并报告工作,监察业务以上级监察机关领导为主。县级以上各级人民政府监察机关根据工作需要,经本级人民政府批准,可以向政府所属部门派出监察机构或者监察人员。监察机关派出的监察机构或者监察人员,对派出的监察机关负责并报告工作。

(2)监察人员。监察人员必须遵纪守法,忠于职守,秉公执法,清正廉洁,保守秘密;必须熟悉监察业务,具备相应的文化水平和专业知识。县级以上地方各级人民政府监察机关正职、副职领导人员的任命或者免职,在提请决定前,必须经上一级监察机关同意。

监察机关有对监察人员执行职务和遵守纪律实行监督的责任。监察人员依法执行职务,受法律保护,任何组织和个人不得拒绝、阻碍监察人员依法执行职务,不得打击报复监察人员。监察人员办理的监察事项与本人或者其近亲属有利害关系的,应当回避。

## 2. 监察机关的职责

(1) 监察管辖。国务院监察机关对下列机关和人员实施监察:一是国务院各部门及其国家公务员;二是国务院及国务院各部门任命的其他人员;三是省、自治区、直辖市人民政府及其领导人员。县级以上地方各级人民政府监察机关对下列机关和人员实施监察:一是本级人民政府各部门及其国家公务员;二是本级人民政府及本级人民政府各部门任命的其他人员;三是下一级人民政府及其领导人员。此外,县、自治县、不设区的市、市辖区人民政府监察机关还对本辖区所属的乡、民族乡、镇人民政府的国家公务员以及乡、民族乡、镇人民政府任命的其他人员实施监察。上级监察机关可以办理下一级监察机关管辖范围内的监察事项;必要时也可以办理所辖各级监察机关管辖范围内的监察事项。监察机关之间对管辖范围有争议的,由其共同的上级监察机关确定。

(2) 监察职责。监察机关为行使监察职能,履行下列五项职责:一是检查国家行政机关在遵守和执行法律、法规和人民政府的决定、命令中的问题;二是受理对国家行政机关、国家公务员和国家行政机关任命的其他人员违反行政纪律行为的控告、检举;三是调查处理国家行政机关、国家公务员和国家行政机关任命的其他人员违反行政纪律的行为;四是受理国家公务员和国家行政机关任命的其他人员不服主管行政机关给予行政处分决定的申诉,以及法律、行政法规规定的其他由监察机关受理的申诉;五是法律、行政法规规定由监察机关履行的其他职责。

## 3. 监察机关的权限

(1) 检查权。监察机关履行职责,有权采取下列三种措施:一是要求被监察的部门和人员提供与监察事项有关的文件、资料、财务账目及其他有关材料,进行查阅或者予以复制;二是要求被监察的部门和人员就监察事项涉及的问题作出解释和说明;三是责令被监察的部门和人员停止违反法律、法规和行政纪律的行为。

(2) 调查权。监察机关在调查违反行政纪律行为时,可以根据实际情况和需要采取下列四项措施:一是暂予扣留、封存可以证明违反行政纪律行为的文件、资料、财务账目及其他有关材料;二是责令案件涉嫌单位和涉嫌人员在调查期间不得变卖、转移与案件有关的财物;三是责令有违反行政纪律嫌疑的人员在指定的时间、地点就调查事项涉及的问题作出解释和说明,但是不得对其实行拘禁或者变相拘禁;四是建议有关机关暂停有严重违反行政纪律嫌疑的人员执行职务。监察机关在调查贪污、贿赂、挪用公款等

违反行政纪律的行为时,经县级以上监察机关领导人员批准,可以查询案件涉嫌单位和涉嫌人员在银行或者其他金融机构的存款;必要时,可以提请人民法院采取保全措施,依法冻结涉嫌人员在银行或者其他金融机构的存款。

(3)行政协助权。监察机关在办理行政违纪案件中,可以提请公安、审计、税务、海关、工商行政管理等机关予以协助。

(4)提出监察建议或者作出监察决定权。监察机关根据检查、调查结果,遇有下列六种情形之一的,可以提出监察建议:其一,拒不执行法律、法规或者违反法律、法规以及人民政府的决定、命令,应当予以纠正的;其二,本级人民政府所属部门和下级人民政府作出的决定、命令、指示违反法律、法规或者国家政策,应当予以纠正或者撤销的;其三,给国家利益、集体利益和公民合法权益造成损害,需要采取补救措施的;其四,录用、任免、奖惩决定明显不适当,应当予以纠正的;其五,依照有关法律、法规的规定,应当给予行政处罚的;其六,其他需要提出监察建议的。监察机关根据检查、调查结果,遇有下列两种情形之一的,可以作出监察决定或者提出监察建议:其一,违反行政纪律,应当按照国家有关人事管理权限和处理程序依法应当给予警告、记过、记大过、降级、撤职、开除行政处分的;其二,违反行政纪律取得的财物,依法应当没收、追缴或者责令退赔的。《行政监察法》规定,监察机关依法作出的监察决定,有关部门和人员应当执行;监察机关依法提出的监察建议,有关部门无正当理由的,应当采纳。

此外,监察机关对监察事项涉及的单位和个人有权进行查询。监察机关的领导人员可以列席本级人民政府的有关会议,监察人员可以列席被监察部门的与监察事项有关的会议。监察机关对控告、检举重大违法违纪行为的有功人员,可以依照有关规定给予奖励。

### 4. 监察程序

(1)检查程序。监察机关按照下列程序进行检查:一是对需要检查的事项予以立项,其中重要检查事项的立项,应当报本级人民政府和上一级监察机关备案;二是制定检查方案并组织实施;三是向本级人民政府或者上级监察机关提出检查情况报告;四是根据检查结果,作出监察决定或者提出监察建议。监察机关在检查中应当听取被监察的部门和人员的陈述和申辩。

(2)调查处理程序。监察机关按照下列程序对违反行政纪律的行为进行调查处理:一是对需要调查处理的事项进行初步审查,认为有违反行政纪律的事实,需要追究行政纪律责任的,予以立案;其中,重要、复杂案件的立案,应当报本级人民政府和上一级监察机关备案。二是组织实施调查,收集有关证据。三是有证据证明违反行政纪律,需要给

予行政处分或者作出其他处理的,进行审理。对于立案调查的案件,经调查认定不存在违反行政纪律事实的,或者不需要追究行政纪律责任的,应当予以撤销,并告知被调查单位及其上级部门或者被调查人员及其所在单位;其中,重要、复杂案件的撤销,应当报本级人民政府和上一级监察机关备案。四是作出监察决定或者提出监察建议。监察机关立案调查的案件,应当自立案之日起6个月内结案;因特殊原因需要延长办案期限的,可以适当延长,但是最长不得超过一年,并应当报上一级监察机关备案。监察机关在调查处理过程中应当听取被监察的部门和人员的陈述和申辩。

(3)报批、送达的执行情况反馈。监察机关作出的重要监察决定和提出的重要监察建议,应当报经本级人民政府和上一级监察机关同意;国务院监察机关作出的重要监察决定和提出的重要监察建议,应当报经国务院同意。监察决定、监察建议应当以书面形式送达有关单位或者有关人员。有关单位和人员应当自收到监察决定或者监察建议之日起30日内将执行监察决定或者采纳监察建议的情况通报监察机关。

(4)复查、复核和复审程序。其一,对主管机关作出的行政处分决定不服申诉的复查和复核。国家公务员和国家行政机关任命的其他人员对主管行政机关作出的行政处分决定不服的,可以自收到行政处分决定之日起30日内向监察机关提出申诉,监察机关应当自收到申诉之日起30日内作出复查决定;对复查决定仍不服的,可以自收到复查决定之日起30日内向上一级监察机关申请复核,上一级监察机关应当自收到复核申请之日起60日内作出复核决定。复查、复核期间,不停止原决定的执行。监察机关对受理的不服主管行政机关行政处分决定的申诉,经复查认为原决定不适当的,可以建议原决定机关予以变更或者撤销;监察机关在职权范围内,也可以直接作出变更或者撤销的决定。法律、行政法规规定由监察机关受理的其他申诉,依照有关法律、行政法规的规定办理。其二,对监察决定不服的复审、复核。对监察决定不服的,可以自收到监察决定之日起30日内向作出决定的监察机关申请复审,监察机关应当自收到复审申请之日起30日内作出复审决定;对复审决定仍不服的,可以自收到复审决定之日起30日内向上一级监察机关申请复核,上一级监察机关应当自收到复核申请之日起60日内作出复核决定。复审、复核期间,不停止原决定的执行。上一级监察机关认为下一级监察机关的监察决定不适当的,可以责成下一级监察机关予以变更或者撤销,必要时也可以直接作出变更或者撤销的决定。上一级监察机关的复核决定和国务院监察机关的复查决定或者复审决定为最终决定。其三,对监察建议异议的回复。对监察建议有异议的,可以自收到监察建议之日起30日内向作出监察建议的监察机关提出,监察机关应当自收到异议之日起30日内回复;对回复仍有异议的,由监察机关提请本级人民政府或者上一级监察机关裁决。

### 5. 法律责任

其一,被监察的部门和人员违反《行政监察法》规定,有下列行为之一的,由主管机关或者监察机关责令改正,对部门给予通报批评;对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分:一是隐瞒事实真相、出具伪证或者隐匿、转移、篡改、毁灭证据的;二是故意拖延或者拒绝提供与监察事项有关的文件、资料、财务账目及其他有关材料和其他必要情况的;三是在调查期间变卖、转移涉嫌财物的;四是拒绝就监察机关所提问题作出解释和说明的;五是拒不执行监察决定或者无正当理由拒不采纳监察建议的;六是有其他违反本法规定的行为,情节严重的。

其二,对申诉人、控告人、检举人或者监察人员进行报复陷害的,依法给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

其三,监察人员滥用职权、徇私舞弊、玩忽职守、泄露秘密的,依法给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。监察机关和监察人员违法行使职权,侵犯公民、法人和其他组织的合法权益,造成损害的,应当依法赔偿。

## 第三章 行政救济法律制度

所谓行政救济法,是指旨在保护公民、法人和其他组织的合法权益免受违法行政行为的侵害并提供权利救济,监督行政机关依法行使职权的行政法律制度。我国的行政救济法主要有三种:行政诉讼法律制度、行政复议法律制度和行政赔偿法律制度。

### 第一节 行政诉讼法律制度

行政诉讼,在我国是指公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益,依照行政诉讼法的规定向人民法院提起诉讼,并由人民法院依法审理的活动。行政诉讼法是规范行政诉讼活动的所有程序性法律规范的总称。为保证人民法院正确、及时审理行政案件,保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护和监督行政机关依法行使行政职权,1989年4月4日,第七届全国人民代表大会第二次会议通过了在我国行政法治建设进程中具有里程碑意义的《行政诉讼法》,有力地推动着我国行政法律制度体系的完善。1999年11月24日,最高人民法院审判委员会第1088次会议通过《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《解释》),全面规定了行政诉讼的基本原则、受案范围、管辖、诉讼参加人、证据、起诉和受理、审理和判决、执行、侵权赔偿责任和涉外行政诉讼等基本内容。

#### (一) 行政诉讼的基本原则

《行政诉讼法》规定行政诉讼应当遵循以下各项基本原则:一是人民法院设立行政审

判庭,审理行政案件;人民法院依法对行政案件独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。二是人民法院审理行政案件,以事实为根据,以法律为准绳。三是人民法院审理行政案件,对具体行政行为是否合法进行审查。四是人民法院审理行政案件,依法实行合议、回避、公开审判和两审终审制度。五是当事人在行政诉讼中的法律地位平等。六是各民族公民都有用本民族语言、文字进行行政诉讼的权利。在少数民族聚居或者多民族共同居住的地区,人民法院应当用当地民族通用的语言、文字进行审理和发布法律文书。人民法院应当对不通晓当地民族通用的语言、文字的诉讼参与人提供翻译。七是当事人在行政诉讼中有权进行辩论。八是人民检察院有权对行政诉讼实行法律监督。

### (二) 行政诉讼的受案范围

#### 1. 受理范围

人民法院受理公民、法人和其他组织对下列具体行政行为不服提起的诉讼:一是对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的;二是对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的;三是认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的;四是认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照,行政机关拒绝颁发或者不予答复的;五是申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责,行政机关拒绝履行或者不予答复的;六是认为行政机关没有依法发给抚恤金的;七是认为行政机关违法要求履行义务的;八是认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。除这八项规定外,人民法院还受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。此外,《解释》规定:公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服,依法提起诉讼的,属于人民法院行政诉讼的受案范围。

#### 2. 不受理范围

人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列四类事项提起的诉讼:一是国防、外交等国家行为。所谓“国家行为”,是指国务院、中央军事委员会、国防部、外交部等根据宪法和法律的授权,以国家的名义实施的有关国防和外交事务的行为,以及经宪法和法律授权的国家机关宣布紧急状态、实施戒严和总动员等行为。二是行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令。所谓“具有普遍约束力的决定、命令”,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。三是行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定。所谓“对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定”,是指行政机关作出的涉及该行政机关公务员权利义务的决定。四是法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为。这里的“法律”是指全国人民代表大会及其常务委

员会制定、通过的规范性文件。此外，《解释》规定，公民、法人或者其他组织对下列行为不服提起诉讼的，除行政诉讼法第12条规定的行为不属于人民法院行政诉讼的受案范围之外，还包括以下五项：一是公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为；二是调解行为以及法律规定的仲裁行为；三是不具有强制力的行政指导行为；四是驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为；五是对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为。

### （三）行政诉讼管辖

#### 1. 级别管辖

基层人民法院管辖第一审行政案件。中级人民法院管辖下列第一审行政案件：一是确认发明专利权的案件、海关处理的案件；二是对国务院各部门或者省、自治区、直辖市人民政府所作的具体行政行为提起诉讼的案件；三是涉及WTO的案件；四是本辖区内重大、复杂的案件。高级人民法院管辖本辖区内重大、复杂的第一审行政案件。最高人民法院管辖全国范围内重大、复杂的第一审行政案件。

#### 2. 地域管辖

行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。经复议的案件，复议机关改变原具体行政行为的，也可以由复议机关所在地人民法院管辖。所谓“改变原具体行政行为”，是指复议决定应当具有下列情形之一：或者改变原具体行政行为所认定的主要事实和证据的；或者改变原具体行政行为所适用的规范依据且对定性产生影响的；或者撤销、部分撤销或者变更原具体行政行为处理结果的。

#### 3. 特殊管辖

因不动产提起的行政诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼，由被告所在地或者原告所在地人民法院管辖。所谓“原告所在地”，包括原告的户籍所在地、经常居住地和被限制人身自由地。行政机关基于同一事实既对人身又对财产实施行政处罚或者采取行政强制措施的，被限制人身自由的公民、被扣押或者没收财产的公民、法人或者其他组织对上述行为均不服的，既可以向被告所在地人民法院提起诉讼，也可以向原告所在地人民法院提起诉讼，受诉人民法院可一并管辖。

#### 4. 选择管辖、移送管辖、指定管辖和管辖权转移

两个以上人民法院都有管辖权的案件，原告可以选择其中一个人民法院提起诉讼。原告向两个以上有管辖权的人民法院提起诉讼的，由最先收到起诉状的人民法院管辖。人民法院发现受理的案件不属于自己管辖时，应当移送有管辖权的人民法院。受移送的

人民法院不得自行移送。有管辖权的人民法院由于特殊原因不能行使管辖权的,由上级人民法院指定管辖。人民法院对管辖权发生争议,由争议双方协商解决。协商不成的,报它们的共同上级人民法院指定管辖。上级人民法院有权审判下级人民法院管辖的第一审行政案件,也可以把自己管辖的第一审行政案件移交下级人民法院审判;下级人民法院对其管辖的第一审行政案件,认为需要由上级人民法院审判的,可以报请上级人民法院决定。

### 5. 管辖异议及其裁定

当事人提出管辖异议,应当在接到人民法院应诉通知之日起10日内以书面形式提出。对当事人提出的管辖异议,人民法院应当进行审查。异议成立的,裁定将案件移送有管辖权的人民法院;异议不成立的,裁定驳回。

## (四) 行政诉讼参加人

### 1. 原告

依照本法提起诉讼的公民、法人或者其他组织是原告。公民因被限制人身自由而不能提起诉讼的,其近亲属可以依其口头或者书面委托以该公民的名义提起诉讼。有权提起诉讼的公民死亡,其近亲属可以提起诉讼;“近亲属”,包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有扶养、赡养关系的亲属。有权提起诉讼的法人或者其他组织终止,承受其权利的法人或者其他组织可以提起诉讼。

此外,根据《解释》的规定,有下列情形之一的,公民、法人或者其他组织可以依法提起行政诉讼:一是被诉的具体行政行为涉及其相邻权或者公平竞争权的;二是与被诉的行政复议决定有法律上利害关系或者在复议程序中被追加为第三人的;三是要求主管行政机关依法追究加害人法律责任的;四是与撤销或者变更具体行政行为有法律上利害关系的。

合伙企业向人民法院提起诉讼的,应当以核准登记的字号为原告,由执行合伙企业事务的合伙人作诉讼代表人;其他合伙组织提起诉讼的,合伙人为共同原告。不具备法人资格的其他组织向人民法院提起诉讼的,由该组织的主要负责人作诉讼代表人;没有主要负责人的,可以由推选的责任人作诉讼代表人。同案原告为5人以上,应当推选1至5名诉讼代表人参加诉讼;在指定期限内未选定的,人民法院可以依职权指定。联营企业、中外合资或者合作企业的联营、合资、合作各方,认为联营、合资、合作企业权益或者自己一方合法权益受具体行政行为侵害的,均可以自己的名义提起诉讼。农村土地承包人等土地使用权人对行政机关处分其使用的农村集体所有土地的行为不服,以自己的名义提起诉讼。非国有企业被行政机关注销、撤销、合并、强令兼并、出售、分立或者改

变企业隶属关系的,该企业或者其法定代表人可以提起诉讼。股份制企业的股东大会、股东代表大会、董事会等认为行政机关作出的具体行政行为侵犯企业经营自主权的,可以企业名义提起诉讼。

## 2. 被告

公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的,作出具体行政行为的行政机关是被告。经复议的案件,复议机关决定维持原具体行政行为的,作出原具体行政行为的行政机关是被告;复议机关改变原具体行政行为的,复议机关是被告。两个以上行政机关作出同一具体行政行为的,共同作出具体行政行为的行政机关是共同被告。由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为,该组织是被告。由行政机关委托的组织所作的具体行政行为,委托的行政机关是被告。行政机关被撤销的,继续行使其职权的行政机关是被告。第十九条规定当事人不服经上级行政机关批准的具体行政行为,向人民法院提起诉讼的,应当以在对外发生法律效力的文书上署名的机关为被告。

此外《解释》还规定,行政机关组建并赋予行政管理职能但不具有独立承担法律责任能力的机构,以自己的名义作出具体行政行为,当事人不服提起诉讼的,应当以组建该机构的行政机关为被告。行政机关的内设机构或者派出机构在没有法律、法规或者规章授权的情况下,以自己的名义作出具体行政行为,当事人不服提起诉讼的,应当以该行政机关为被告。法律、法规或者规章授权行使行政职权的行政机关内设机构、派出机构或者其他组织,超出法定授权范围实施行政行为,当事人不服提起诉讼的,应当以实施该行为的机构或者组织为被告。行政机关在没有法律、法规或者规章规定的情况下,授权其内设机构、派出机构或者其他组织行使行政职权的,应当视为委托。当事人不服提起诉讼的,应当以该行政机关为被告。复议机关在法定期间内不作复议决定,当事人对原具体行政行为不服提起诉讼的,应当以作出原具体行政行为的行政机关为被告;当事人对复议机关不作为不服提起诉讼的,应当以复议机关为被告。

原告所起诉的被告不适格,人民法院应当告知原告变更被告;原告不同意变更的,裁定驳回起诉。应当追加被告而原告不同意追加的,人民法院应当通知其以第三人的身份参加诉讼。

## 3. 共同诉讼

当事人一方或者双方为二人以上,因同一具体行政行为发生的行政案件,或者因同样的具体行政行为发生的行政案件,人民法院认为可以合并审理的,为共同诉讼。根据《解释》的规定,有下列情形之一的,人民法院可以决定合并审理:其一,两个以上行政机关分别依据不同的法律、法规对同一事实作出具体行政行为,公民、法人或者其他组织不

服向同一人民法院起诉的 ;其二 ,行政机关就同一事实对若干公民、法人或者其他组织分别作出具体行政行为 ,公民、法人或者其他组织不服分别向同一人民法院起诉的 ;其三 ,在诉讼过程中 ,被告对原告作出新的具体行政行为 ,原告不服向同一人民法院起诉的 ;其四 ,人民法院认为可以合并审理的其他情形。

### 4. 第三人

同提起诉讼的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织 ,可以作为第三人申请参加诉讼 ,或者由人民法院通知参加诉讼。与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的 ,可以依法提起行政诉讼。行政机关的同一具体行政行为涉及两个以上利害关系人 ,其中一部分利害关系人对具体行政行为不服提起诉讼 ,人民法院应当通知没有起诉的其他利害关系人作为第三人参加诉讼。第三人有权提出与本案有关的诉讼主张 ,对人民法院的一审判决不服 ,有权提起上诉。

### 5. 代理人

没有诉讼行为能力的公民 ,由其法定代理人代为诉讼。法定代理人互相推诿代理责任的 ,由人民法院指定其中一人代为诉讼。当事人、法定代理人 ,可以委托一至二人代为诉讼。律师、社会团体、提起诉讼的公民的近亲属或者所在单位推荐的人 ,以及经人民法院许可的其他公民 ,可以受委托为诉讼代理人。代理诉讼的律师 ,可以依照规定查阅本案有关材料 ,可以向有关组织和公民调查 ,收集证据。对涉及国家秘密和个人隐私的材料 ,应当依照法律规定保密。经人民法院许可 ,当事人和其他诉讼代理人可以查阅本案庭审材料 ,但涉及国家秘密和个人隐私的除外。当事人委托诉讼代理人 ,应当向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书。委托书应当载明委托事项和具体权限。公民在特殊情况下无法书面委托的 ,也可以口头委托。口头委托的 ,人民法院应当核实并记录在卷 ;被诉机关或者其他有义务协助的机关拒绝人民法院向被限制人身自由的公民核实的 ,视为委托成立。当事人解除或者变更委托的 ,应当书面报告人民法院 ,由人民法院通知其他当事人。

## (五) 行政诉讼证据

### 1. 证据种类

《行政诉讼法》规定 ,行政诉讼的证据有以下七种 :书证 ;物证 ;视听资料 ;证人证言 ;当事人的陈述 ;鉴定结论 ;勘验笔录、现场笔录。以上证据经法庭审查属实 ,才能作为定案的根据。

### 2. 举证责任的分担

在行政诉讼中 ,被告对作出的具体行政行为负有举证责任 ,应当提供作出该具体行

行政行为的证据和所依据的规范性文件。被告应当在收到起诉状副本之日起 10 日内提交答辩状,并提供作出具体行政行为时的证据、依据;被告不提供或者无正当理由逾期提供的,应当认定该具体行政行为没有证据、依据。依据《解释》规定,原告对下列事项承担举证责任:一是证明起诉符合法定条件,但被告认为原告起诉超过起诉期限的除外;二是在起诉被告不作为的案件中,证明其提出申请的事实;三是在一并提起的行政赔偿诉讼中,证明因受被诉行为侵害而造成损失的事实;四是其他应当由原告承担举证责任的事项。

### 3. 证据的收集、调取、补充和保全

在诉讼过程中,被告不得自行向原告和证人收集证据。有下列两种情形之一的,被告经人民法院准许可以补充相关的证据:一是被告在作出具体行政行为时已经收集证据,但因不可抗力等正当事由不能提供的;二是原告或者第三人在诉讼过程中,提出了其在被告实施行政行为过程中没有提出的反驳理由或者证据的。有下列两种情形之一的,人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据:一是原告或者第三人及其诉讼代理人提供了证据线索,但无法自行收集而申请人民法院调取的;二是当事人应当提供而无法提供原件或者原物的。在诉讼过程中,人民法院认为对专门性问题需要鉴定的,应当交由法定鉴定部门鉴定;没有法定鉴定部门的,由人民法院指定的鉴定部门鉴定。在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据,人民法院也可以主动采取保全措施。

根据《解释》,下列证据不能作为认定被诉具体行政行为合法的根据:一是被告及其诉讼代理人在作出具体行政行为后自行收集的证据;二是被告严重违反法定程序收集的其他证据;三是未经法庭质证的证据不能作为人民法院裁判的根据;四是复议机关在复议过程中收集和补充的证据,不能作为人民法院维持原具体行政行为的根据;五是被告在二审过程中向法庭提交在一审过程中没有提交的证据,不能作为二审法院撤销或者变更一审裁判的根据。

## (六) 起诉和受理

### 1. 起诉条件

公民、法人或者其他组织提起诉讼,应当符合下列条件:一是原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织;二是有明确的被告;三是有具体的诉讼请求和事实根据;四是属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖。行政机关作出具体行政行为时,没有制作或者没有送达法律文书,公民、法人或者其他组织不服向人民法院起诉的,只要能证明具体行政行为存在,人民法院应当依法受理。

### 2. 复议前置与选择

对属于人民法院受案范围的行政案件,公民、法人或者其他组织可以先向上一级行政机关或者法律、法规规定的行政机关申请复议,对复议不服的,再向人民法院提起诉讼,也可以直接向人民法院提起诉讼。不过,如果公民、法人或者其他组织已经申请行政复议,在法定复议期间内又向人民法院提起诉讼的,人民法院不予受理。法律、法规未规定行政复议为提起行政诉讼必经程序,公民、法人或者其他组织向复议机关申请行政复议后,又经复议机关同意撤回复议申请,在法定起诉期限内对原具体行政行为提起诉讼的,人民法院应当依法受理。法律、法规规定应当先向行政机关申请复议,对复议不服再向人民法院提起诉讼的,依照法律、法规的规定。申请人不服复议决定的,可以在收到复议决定书之日起15日内向人民法院提起诉讼。复议机关逾期不作决定的,申请人可以在复议期满之日起15日内向人民法院提起诉讼,法律另有规定的除外。

### 3. 起诉期限

公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的,应当在知道作出具体行政行为之日起3个月内提出,法律另有规定的除外。公民、法人或者其他组织因不可抗力或者其他特殊情况耽误法定期限的,在障碍消除后的10日内,可以申请延长期限,由人民法院决定。行政机关作出具体行政行为时,未告知公民、法人或者其他组织诉权或者起诉期限的,起诉期限从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道诉权或者起诉期限之日起计算,但从知道或者应当知道具体行政行为内容之日起最长不得超过2年。复议决定未告知公民、法人或者其他组织诉权或者法定起诉期限的,适用同样规定。公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的具体行政行为内容的,其起诉期限从知道或者应当知道该具体行政行为内容之日起计算。对涉及不动产的具体行政行为从作出之日起超过20年、其他具体行政行为从作出之日起超过5年提起诉讼的,人民法院不予受理。由于不属于起诉人自身的原因超过起诉期限的,被耽误的时间不计算在起诉期间内。因人身自由受到限制而不能提起诉讼的,被限制人身自由的时间不计算在起诉期间内。

### 4. 立案

《解释》规定,人民法院应当组成合议庭对原告的起诉进行审查。符合起诉条件的,应当在7日内立案;不符合起诉条件的,应当在7日内裁定不予受理,原告对裁定不服的,可以提起上诉。7日内不能决定是否受理的,应当先予受理;受理后经审查不符合起诉条件的,裁定驳回起诉。受诉人民法院在7日内既不立案,又不作出裁定的,起诉人可以向上一级人民法院申诉或者起诉。上一级人民法院认为符合受理条件的,应予受理;受理后可以移交或者指定下级人民法院审理,也可以自行审理。前述期限从受诉人民法院收到起诉状之日起计算;因起诉状内容欠缺而责令原告补正的,从人民法院收到补正

材料之日起计算。

### 5. 裁定不予受理

《解释》规定,有下列十一种情形之一的,应当裁定不予受理;已经受理的,裁定驳回起诉:一是请求事项不属于行政审判权限范围的;二是起诉人无原告诉讼主体资格的;三是起诉人错列被告且拒绝变更的;四是法律规定必须由法定或者指定代理人、代表人为诉讼行为,未由法定或者指定代理人、代表人为诉讼行为的;五是由诉讼代理人代为起诉,其代理不符合法定要求的;六是起诉超过法定期限且无正当理由的;七是法律、法规规定行政复议为提起诉讼必经程序而未申请复议的;八是起诉人重复起诉的;九是已撤回起诉,无正当理由再行起诉的;十是诉讼标的为生效判决的效力所羁束的;十一是起诉不具备其他法定要件的。这些情形如果可以补正或者更正,人民法院应当指定期间责令补正或者更正,在指定期间已经补正或者更正的,应当依法受理。

原告或者上诉人未按规定的期限预交案件受理费,又不提出缓交、减交、免交申请,或者提出申请未获批准的,按自动撤诉处理。在按撤诉处理后,原告或者上诉人在法定期限内再次起诉或者上诉,并依法解决诉讼费预交问题的,人民法院应予受理。

## (七) 审理和裁决

### 1. 起诉状送达与答辩

人民法院应当在立案之日起5日内,将起诉状副本发送被告。被告应当在收到起诉状副本之日起10日内向人民法院提交作出具体行政行为的有关材料,并提出答辩状。人民法院应当在收到答辩状之日起5日内,将答辩状副本发送原告。被告不提出答辩状的,不影响人民法院审理。起诉状副本送达被告后,原告提出新的诉讼请求的,人民法院不予准许,但有正当理由的除外。

### 2. 诉讼不停止执行、先予执行与财产保全

诉讼期间,不停止具体行政行为的执行。但有下列情形之一的,停止具体行政行为的执行:一是被告认为需要停止执行的;二是原告申请停止执行,人民法院认为该具体行政行为的执行会造成难以弥补的损失,并且停止执行不损害社会公共利益,裁定停止执行的;三是法律、法规规定停止执行的。人民法院对于因一方当事人的行为或者其他原因,可能使具体行政行为或者人民法院生效裁判不能或者难以执行的案件,可以根据对方当事人的申请作出财产保全的裁定;当事人没有提出申请的,人民法院在必要时也可以依法采取财产保全措施。人民法院审理起诉行政机关没有依法发给抚恤金、社会保险金、最低生活保障费等案件,可以根据原告的申请,依法书面裁定先予执行。当事人对财产保全或者先予执行的裁定不服的,可以申请复议。复议期间不停止裁定的执行。

### 3. 公开审判和回避

人民法院公开审理行政案件,但涉及国家秘密、个人隐私和法律另有规定的除外。人民法院审理行政案件,由审判员组成合议庭,或者由审判员、陪审员组成合议庭。合议庭的成员,应当是三人以上的单数。当事人认为审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人与本案有利害关系或者有其他关系可能影响公正审判,有权申请审判人员回避;审判人员、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人认为自己与本案有利害关系或者有其他关系,应当申请回避。院长担任审判长时的回避,由审判委员会决定;审判人员的回避,由院长决定;其他人员的回避,由审判长决定。当事人申请回避,应当说明理由,在案件开始审理时提出;回避事由在案件开始审理后知道的,应当在法庭辩论终结前提出。被申请回避的人员,在人民法院作出是否回避的决定前,应当暂停参与本案的工作,但案件需要采取紧急措施的除外。对当事人提出的回避申请,人民法院应当在3日内以口头或者书面形式作出决定。申请人对驳回回避申请决定不服的,可以向作出决定的人民法院申请复议一次。复议期间,被申请回避的人员不停止参与本案的工作。对申请人的复议申请,人民法院应当在3日内作出复议决定,并通知复议申请人。

### 4. 撤诉和缺席判决

人民法院审理行政案件,不适用调解。人民法院对行政案件宣告判决或者裁定前,原告申请撤诉的,或者被告改变其所作的具体行政行为,原告同意并申请撤诉的,是否准许,由人民法院裁定。经人民法院两次合法传唤,原告无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭的,视为申请撤诉;原告或者上诉人申请撤诉,人民法院裁定不予准许的,原告或者上诉人经合法传唤无正当理由拒不到庭,或者未经法庭许可而中途退庭的,人民法院可以缺席判决。被告无正当理由拒不到庭的,可以缺席判决。第三人经合法传唤无正当理由拒不到庭,或者未经法庭许可中途退庭的,不影响案件的审理。

### 5. 诉讼中止和诉讼终止

《解释》规定,在诉讼过程中,有下列七种情形之一的,中止诉讼:一是原告死亡,须等待其近亲属表明是否参加诉讼的;二是原告丧失诉讼行为能力,尚未确定法定代理人的;三是作为一方当事人的行政机关、法人或者其他组织终止,尚未确定权利义务承受人的;四是一方当事人因不可抗力事由不能参加诉讼的;五是案件涉及法律适用问题,需要送请有权机关作出解释或者确认的;六是案件的审判须以相关民事、刑事或者其他行政案件的审理结果为依据,而相关案件尚未审结的;七是其他应当中止诉讼的情形。中止诉讼的原因消除后,恢复诉讼。在诉讼过程中,有下列两种情形之一的,终结诉讼:一是原告死亡,没有近亲属或者近亲属放弃诉讼权利的;二是作为原告的法人或者其他组织

终止后,其权利义务的承受人放弃诉讼权利的。

#### 6. 妨碍诉讼秩序行为及其惩罚

诉讼参与人或者其他有下列行为之一的,人民法院可以根据情节轻重,予以训诫、责令具结悔过或者处一千元以下的罚款、十五日以下的拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任:一是有义务协助执行的人,对人民法院的协助执行通知书,无故推拖、拒绝或者妨碍执行的;二是伪造、隐藏、毁灭证据的;三是指使、贿买、胁迫他人作伪证或者威胁、阻止证人作证的;四是隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押、冻结的财产的;五是以暴力、威胁或者其他方法阻碍人民法院工作人员执行职务或者扰乱人民法院工作秩序的;六是对人民法院工作人员、诉讼参与人、协助执行人侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复的。其中,罚款、拘留须经人民法院院长批准;当事人不服的,可以申请复议。

#### 7. 法律适用

人民法院审理行政案件,以法律和行政法规、地方性法规为依据,地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件;审理民族自治地方的行政案件,并以该民族自治地方的自治条例和单行条例为依据。人民法院审理行政案件,参照国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章。人民法院认为地方人民政府制定、发布的规章与国务院部、委制定、发布的规章不一致的,以及国务院部、委制定、发布的规章之间不一致的,由最高人民法院送请国务院作出解释或者裁决。

#### 8. 裁定

根据《解释》的规定,人民法院的裁定主要适用于下列范围:一是不予受理;二是驳回起诉;三是管辖异议;四是终结诉讼;五是中止诉讼;六是移送或者指定管辖;七是诉讼期间停止具体行政行为的执行或者驳回停止执行的申请;八是财产保全;九是先予执行;十是准许或者不准许撤诉;十一是补正裁判文书中的笔误;十二是中止或者终结执行;十三是提审、指令再审或者发回重审;十四是准许或者不准许执行行政机关的具体行政行为;十五是其他需要裁定的事项。其中,前三项裁定当事人可以上诉。

#### 9. 判决

人民法院经过审理,根据不同情况,分别作出以下判决:其一,具体行政行为证据确凿,适用法律、法规正确,符合法定程序的,判决维持。其二,具体行政行为有下列情形之一的,判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出具体行政行为:一是主要证据不足的;二是适用法律、法规错误的;三是违反法定程序的;四是超越职权的;五是滥用职权

的。人民法院判决被告重新作出具体行政行为的,被告不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为。人民法院判决被告重新作出具体行政行为,如不及时重新作出具体行政行为,将会给国家利益、公共利益或者当事人利益造成损失的,可以限定重新作出具体行政行为的期限。其三,被告不履行或者拖延履行法定职责的,判决其在一定期限内履行。人民法院判决被告履行法定职责,应当指定履行的期限,因情况特殊难于确定期限的除外。其四,行政处罚显失公正的,可以判决变更。

《解释》规定,有下列情形之一的,人民法院应当判决驳回原告的诉讼请求:一是起诉被告不作为理由不能成立的;二是被诉具体行政行为合法但存在合理性问题的;三是被诉具体行政行为合法,但因法律、政策变化需要变更或者废止的;四是其他应当判决驳回诉讼请求的情形。如果人民法院认为被诉具体行政行为合法,但不适宜判决维持或者驳回诉讼请求的,那就可以作出确认其合法或者有效的判决。有下列情形之一的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决:一是被告不履行法定职责,但判决责令其履行法定职责已无实际意义的;二是被诉具体行政行为违法,但不具有可撤销内容的;三是被诉具体行政行为依法不成立或者无效的。如果被诉具体行政行为违法,但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决,并责令被诉行政机关采取相应的补救措施;造成损害的,依法判决承担赔偿责任。此外,根据行政诉讼法第五十四条第二项规定判决撤销违法的被诉具体行政行为,将会给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成损失的,人民法院在判决撤销的同时,可以分别采取以下方式处理:一是判决被告重新作出具体行政行为;二是责令被诉行政机关采取相应的补救措施;三是向被告和有关机关提出司法建议;四是发现违法犯罪行为的,建议有权机关依法处理。

人民法院应当在立案之日起3个月内作出第一审判决。有特殊情况需要延长的,由高级人民法院批准,高级人民法院审理第一审案件需要延长的,由最高人民法院批准。

### 10. 上诉和二审

当事人不服人民法院第一审判决的,有权在判决书送达之日起15日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服人民法院第一审裁定的,有权在裁定书送达之日起10日内向上一级人民法院提起上诉。逾期不提起上诉的,人民法院的第一审判决或者裁定发生法律效力。人民法院对上诉案件,认为事实清楚的,可以实行书面审理。人民法院审理上诉案件,应当在收到上诉状之日起2个月内作出终审判决。有特殊情况需要延长的,由高级人民法院批准,高级人民法院审理上诉案件需要延长的,由最高人民法院批准。人民法院审理上诉案件,按照下列情形,分别处理:其一,原判决认定事实清楚,适用

法律、法规正确的,判决驳回上诉,维持原判;其二,原判决认定事实清楚,但是适用法律、法规错误的,依法改判;其三,原判决认定事实不清,证据不足,或者由于违反法定程序可能影响案件正确判决的,裁定撤销原判,发回原审人民法院重审,也可以查清事实后改判。当事人对重审案件的判决、裁定,可以上诉。

### 11. 申诉和再审

当事人对已经发生法律效力判决、裁定,认为确有错误的,可以向原审人民法院或者上一级人民法院提出申诉,但应当在判决、裁定发生法律效力后2年内提出,且判决、裁定不停止执行。人民法院接到当事人的再审申请后,经审查,符合再审条件的,应当立案并及时通知各方当事人;不符合再审条件的,予以驳回。人民法院院长对本院已经发生法律效力判决、裁定,发现违反法律、法规规定认为需要再审的,应当提交审判委员会决定是否再审。上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力判决、裁定,发现违反法律、法规规定的,有权提审或者指令下级人民法院再审。人民检察院对人民法院已经发生法律效力判决、裁定,发现违反法律、法规规定的,有权按照审判监督程序提出抗诉。对人民检察院按照审判监督程序提出抗诉的案件,人民法院应当再审。人民法院开庭审理抗诉案件时,应当通知人民检察院派员出庭。

### (八) 行政判决、裁定的执行

当事人必须履行人民法院发生法律效力判决、裁定。负有义务的一方当事人拒绝履行的,对方当事人可以依法申请人民法院强制执行。申请人是公民的,申请执行生效的行政判决书、行政裁定书、行政赔偿判决书和行政赔偿调解书的期限为1年,申请人是行政机关、法人或者其他组织的为180日。申请执行的期限从法律文书规定的履行期间最后一日起计算;法律文书中没有规定履行期限的,从该法律文书送达当事人之日起计算。逾期申请的,除有正当理由外,人民法院不予受理。

公民、法人或者其他组织拒绝履行判决、裁定的,行政机关可以向第一审人民法院申请强制执行,或者依法强制执行。行政机关拒绝履行判决、裁定的,第一审人民法院可以采取以下措施:一是对应当归还的罚款或者应当给付的赔偿金,通知银行从该行政机关的账户内划拨;二是在规定期限内不执行的,从期满之日起,对该行政机关按日处50~100元的罚款;三是向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议。接受司法建议的机关,根据有关规定进行处理,并将处理情况告知人民法院;四是拒不履行判决、裁定,情节严重构成犯罪的,依法追究主管人员和直接责任人员的刑事责任。公民、法人或者其他组织对具体行政行为在法定期间不提起诉讼又不履行的,行政机关可以申请人民法院强制执行,或者依法强制执行。

综上所述,行政诉讼不仅在保护公民、法人和其他组织的合法权益方面发挥着十分重要的作用,而且在监督行政机关依法行政、协调行政机关与公民的关系、维护社会稳定方面也起着十分有力的作用。《行政诉讼法》第一次确立了具体行政行为合法与违法的标准。只有主要证据充分、适用法律法规正确、符合法定程序、不超越职权、不滥用职权、不拒绝履行或拖延履行法定职责、行政处罚不显失公正的具体行政行为,才是合法的行政行为,人民法院才能判决维持;对主要证据不足、适用法律法规错误、违反法定程序、超越职权和滥用职权的具体行政行为,人民法院可以判决撤销或部分撤销,并可责令被告重新作出具体行政行为;对不履行或者拖延履行法定职责的,判决其在一定期限内履行;对行政处罚显失公正的,可以判决变更。

### (九)完善行政诉讼制度,理顺三对权力(利)关系

1989年《行政诉讼法》的颁布,被公认为是我国行政法治进程中的一个里程碑。它标志着我国依法行政开始进入重视保护公民权利和监督行政权力的新阶段。我们完全可以说,如果没有《行政诉讼法》,就没有今天依法行政乃至依法治国的大好局面。与15年前相比,我国行政诉讼的外部政治、经济和社会环境都发生了显著变化,经济发展和社会进步的新形势提出了进一步完善行政诉讼制度的新要求,而这些新要求集中体现在如何理顺行政权与公民权利、司法权与行政权、审判权与监督权这三对最基本的权力(利)关系上。

#### 1. 要理顺行政权与公民权的关系

行政权与公民权是行政法的一对核心范畴,整个行政法律制度体系都围绕着这对核心范畴展开。由于行政权力在行政实体法律关系中通常优于公民权利,因此,为了实现行政权与公民权的平衡,就需要在行政程序法律关系、尤其是在行政诉讼法律关系中更加强调监督、制约行政权力,更加注重保护公民权利。虽然我国《行政诉讼法》的立法宗旨是兼顾“保护公民、法人和其他组织的合法权益”和“维护和监督行政机关依法行使行政职权”这两个目标,但15年前的制度安排显然难以完全适应今天现实的需要。例如,行政诉讼受案范围较窄,原告起诉资格限制过多,行政公益诉讼制度缺失,行政相对人诉权保障制度不健全,从而导致许多受到行政权侵害的公民权利得不到应有的救济,以及不少违法行政行为游离于司法监督之外。这就需要通过修改、完善《行政诉讼法》来扩大行政诉讼受案范围,放宽原告起诉资格,建立、健全行政公益诉讼和行政相对人诉权保障等制度,进一步理顺行政权与公民权的关系,实现行政权力与公民权利配置的平衡。

#### 2. 要理顺司法权与行政权的关系

在行政诉讼中,司法权总是以行政权作为监督对象;因此,如何理顺司法权与行政权

的关系,就成为贯穿《行政诉讼法》始终的一条主线。从整体上看,行政诉讼中司法权与行政权的关系应当表现为行政权自觉接受司法权的监督,司法权尊重并公正地审查行政权。司法权与行政权的关系主要体现在两个方面:一是在横向上体现为行政诉讼受案范围的宽窄,反映司法权对行政权监督的广度;二是在纵向上体现为司法审查程度的深浅,反映着司法权对行政权监督的深度。理顺司法权与行政权的关系,一是要确立较宽的受案范围,二是要确立合理的审查标准。毋庸讳言,我国《行政诉讼法》在这两方面都还存在着明显的不足:一方面,行政诉讼在受案范围上只能起诉具体行政行为,不能起诉抽象行政行为;只能救济人身权和财产权,不能救济劳动权、受教育权等其他权利;只能审查外部行政行为,不能涉及所谓审查特别权力关系的行为。这种限制性规定妨碍了司法权对行政权的有效监督,有必要进一步扩大行政诉讼的受案范围。另一方面,《行政诉讼法》对审查标准缺乏更加细致和具体的规定,这既可能造成司法权对行政权介入过深,也可能造成司法权对行政权监督不力。从合理架构司法权与行政权的关系来看,需要进一步细化审查标准。首先,要区分法律问题与事实问题,对不同问题采用不同审查标准,这在西方国家已成为一种惯例。其次,要根据行政自由裁量权的大小区分低度自由裁量权、中度自由裁量权和高度自由裁量权,并分别适用不同的审查标准。再次,要根据不同的诉讼类型确定不同的审查标准,对行政行为诉讼中的变更之诉、履行之诉和非行政行为诉讼适用完全审查标准,其余行政案件一般可适用有限审查标准。

### 3. 要理顺审判权与监督权的关系

理顺审判权与监督权之间的关系,既保证独立行使审判权,又保证严格行使监督权,是完善行政诉讼制度、实现行政诉讼价值目标的重要保障。一方面,要从体制、制度和权限上保障人民法院独立行使行政审判权,不受任何法外权力的干预,另一方面,也要加强对行政审判公正和效率两个方面的监督。法国大革命时期的政治家罗伯斯庇尔曾经说过:“如果法官是天使,是不会犯错误的完美无缺的人,那么立法就成为多余,只需设置法官的职权就够了。但是无论法官怎么样,他们总是人。明智的立法者决不把法官当做抽象的或铁面无私的人物,因为法官作为私人的存在是与他们的社会存在完全混合在一起的。明智的立法者知道,再没有人比法官更需要立法者进行仔细地监督,因为权势的自豪感是更容易触发人的弱点的东西。”行政诉讼制度建立了司法权对行政权的监督机制,但是,任何权力都容易被滥用;因此,行政诉讼的良性发展,当然也离不开对行政审判权的有效监督。由于种种原因,在我国行政诉讼制度中,监督权有时不能发挥应有的权力监督功能,以致有时行政审判权既可能表现为积极的滥权,也可能表现为消极的懈怠。因此,行政诉讼制度的完善需要加强内外监督机制:一方面要健全内部监督制度,如法官

业绩考核制度、错案责任追究制度、审判委员会监督制度和审级监督制度 ;另一方面要强化外部监督力量 ,如党的领导监督、人大的权力监督、检察机关的法律监督、媒体的新闻监督和社会团体以及人民群众的舆论监督等。只有内外监督双管齐下 ,才能保证行政审判权公正、高效地行使。

## 第二节 行政复议法律制度

行政复议是行政系统内的一种特殊监督形式 ,是指公民、法人或其他组织认为行政机关的行政行为侵犯其合法权益 ,向行政复议机关申请复议 ,由复议机关作出复议决定。为了防止和纠正违法的或者不当的具体行政行为 ,保护公民、法人和其他组织的合法权益 ,保障和监督行政机关依法行使职权 ,1999年4月29日 ,第九届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过《行政复议法》。该法明确规定行政复议机关履行行政复议职责应当遵循合法、公正、公开、及时、便民的原则 ,坚持有错必纠 ,保障法律、法规的正确实施。该法共43条 ,依次规定行政复议范围、行政复议申请、行政复议受理、行政复议决定和法律责任等主要内容。

### (一) 行政复议机关的职责

履行行政复议职责的行政机关是行政复议机关 ,行政复议机关负责法制工作的机构具体办理行政复议事项 ,履行下列职责 :一是受理行政复议申请 ;二是向有关组织和人员调查取证 ,查阅文件和资料 ;三是审查申请行政复议的具体行政行为是否合法与适当 ,拟订行政复议决定 ;四是处理或者转送对本法第七条所列有关规定的审查申请 ;五是对行政机关违反本法规定的行为依照规定的权限和程序提出处理建议 ;六是办理因不服行政复议决定提起行政诉讼的应诉事项 ;七是法律、法规规定的其他职责。

### (二) 行政复议范围

#### 1. 具体行政行为

有下列十一种情形之一的 ,公民、法人或者其他组织可以依照本法申请行政复议 :一是对行政机关作出的警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照、行政拘留等行政处罚决定不服的 ;二是对行政机关作出的限制人身自由或者查封、扣押、冻结财产等行政强制措施决定不服的 ;三是对行政机关作出的有关许可证、执照、资质证、资格证等证书变更、中止、撤销的决定不服的 ;四是对

行政机关作出的关于确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的决定不服的 ;五是认为行政机关侵犯合法的经营自主权的 ;六是认为行政机关变更或者废止农业承包合同 ,侵犯其合法权益的 ;七是认为行政机关违法集资、征收财物、摊派费用或者违法要求履行其他义务的 ;八是认为符合法定条件 ,申请行政机关颁发许可证、执照、资质证、资格证等证书 ,或者申请行政机关审批、登记有关事项 ,行政机关没有依法办理的 ;九是申请行政机关履行保护人身权利、财产权利、受教育权利的法定职责 ,行政机关没有依法履行的 ;十是申请行政机关依法发放抚恤金、社会保险金或者最低生活保障费 ,行政机关没有依法发放的 ;十一是认为行政机关的其他具体行政行为侵犯其合法权益的。

## 2. 规章以下规范性文件

公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为所依据的下列规定不合法 ,在对具体行政行为申请行政复议时 ,可以一并向行政复议机关提出对该规定的审查申请 :一是国务院各部门的规定 ;二是县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定 ;三是乡、镇人民政府的规定。这些行为依据不含国务院部、委员会规章和地方人民政府规章。至于对规章的审查 ,依照法律、行政法规办理。

## 3. 不能提起行政复议的事项

不服行政机关作出的行政处分或者其他人事处理决定的 ,依照有关法律、行政法规的规定提出申诉。不服行政机关对民事纠纷作出的调解或者其他处理 ,依法申请仲裁或者向人民法院提起诉讼。

### (三) 行政复议的申请

#### 1. 复议申请期限

公民、法人或者其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益的 ,可以自知道该具体行政行为之日起 60 日内提出行政复议申请 ,但是法律规定的申请期限超过 60 日的除外。因不可抗力或者其他正当理由耽误法定申请期限的 ,申请期限自障碍消除之日起继续计算。

#### 2. 复议申请人、第三人、被申请人和代理人

依照本法申请行政复议的公民、法人或者其他组织是申请人。有权申请行政复议的公民死亡的 ,其近亲属可以申请行政复议。有权申请行政复议的公民为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的 ,其法定代理人可以代为申请行政复议。有权申请行政复议的法人或者其他组织终止的 ,承受其权利的法人或者其他组织可以申请行政复议。同申请行政复议的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织 ,可以作为第

三人参加行政复议。公民、法人或者其他组织对行政机关的具体行政行为不服申请行政复议的,作出具体行政行为的行政机关是被申请人。申请人、第三人可以委托代理人代为参加行政复议。

### 3. 复议申请的提出

申请人申请行政复议,可以书面申请,也可以口头申请;口头申请的,行政复议机关应当当场记录申请人的基本情况、行政复议请求、申请行政复议的主要事实、理由和时间。

### 4. 复议机关

对县级以上地方各级人民政府工作部门的具体行政行为不服的,由申请人选择,可以向该部门的本级人民政府申请行政复议,也可以向上一级主管部门申请行政复议。对海关、金融、国税、外汇管理等实行垂直领导的行政机关和国家安全机关的具体行政行为不服的,向上一级主管部门申请行政复议。对地方各级人民政府的具体行政行为不服的,向上一级地方人民政府申请行政复议。对省、自治区人民政府依法设立的派出机关所属的县级地方人民政府的具体行政行为不服的,向该派出机关申请行政复议。对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为不服的,向作出该具体行政行为的国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府申请行政复议。对行政复议决定不服的,可以向人民法院提起行政诉讼;也可以向国务院申请裁决,由国务院依照本法的规定作出最终裁决。

除此之外,对县级以上地方人民政府依法设立的派出机关的具体行政行为不服的,向设立该派出机关的人民政府申请行政复议;对政府工作部门依法设立的派出机构依照法律、法规或者规章规定,以自己的名义作出的具体行政行为不服的,向设立该派出机构的部门或者该部门的本级地方人民政府申请行政复议;对法律、法规授权的组织的行政行为不服的,分别向直接管理该组织的地方人民政府、地方人民政府工作部门或者国务院部门申请行政复议;对两个或者两个以上行政机关以共同的名义作出的具体行政行为不服的,向其共同上一级行政机关申请行政复议;对被撤销的行政机关在撤销前所作出的具体行政行为不服的,向继续行使其职权的行政机关的上一级行政机关申请行政复议。对以上情形,申请人也可以向具体行政行为发生地的县级地方人民政府提出行政复议申请,由接受申请的县级地方人民政府依法办理。

《行政复议法》还规定,公民、法人或者其他组织申请行政复议,行政复议机关已经依法受理的,或者法律、法规规定应当先向行政复议机关申请行政复议、对行政复议决定不服再向人民法院提起行政诉讼的,在法定行政复议期限内不得向人民法院提起行政诉

讼。公民、法人或者其他组织向人民法院提起行政诉讼,人民法院已经依法受理的,不得申请行政复议。

#### (四) 行政复议的受理

复议申请的审查。行政复议机关收到行政复议申请后,应当在5日内进行审查,对不符合本法规定的行政复议申请,决定不予受理,并书面告知申请人;对符合《行政复议法》规定,但是不属于本机关受理的行政复议申请,应当告知申请人向有关行政复议机关提出。除此之外,行政复议申请自行政复议机关负责法制工作的机构收到之日起即为受理。依照《行政复议法》十五条第二款的规定接受行政复议申请的县级地方人民政府,对依照该法第十五条第一款的规定属于其他行政复议机关受理的行政复议申请,应当自接到该行政复议申请之日起7日内,转送有关行政复议机关,并告知申请人;接受转送的行政复议机关应当依照该法第十七条的规定办理。

法律、法规规定应当先向行政复议机关申请行政复议、对行政复议决定不服再向人民法院提起行政诉讼的,行政复议机关决定不予受理或者受理后超过行政复议期限不作答复的,公民、法人或者其他组织可以自收到不予受理决定书之日起或者行政复议期满之日起15日内,依法向人民法院提起行政诉讼。

公民、法人或者其他组织依法提出行政复议申请,行政复议机关无正当理由不予受理的,上级行政机关应当责令其受理;必要时,上级行政机关也可以直接受理。

《行政复议法》确立了行政复议期间具体行政行为不停止执行原则。不过,如果出现下列四种情形之一的,可以停止执行:一是被申请人认为需要停止执行的;二是行政复议机关认为需要停止执行的;三是申请人申请停止执行,行政复议机关认为其要求合理,决定停止执行的;四是法律规定停止执行的。

#### (五) 行政复议决定

行政复议原则上采取书面审查的办法,但是申请人提出要求或者行政复议机关负责法制工作的机构认为有必要时,可以向有关组织和人员调查情况,听取申请人、被申请人和第三人的意见。

行政复议机关负责法制工作的机构应当自行政复议申请受理之日起7日内,将行政复议申请书副本或者行政复议申请笔录复印件发送被申请人。被申请人应当自收到申请书副本或者申请笔录复印件之日起10日内,提出书面答复,并提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料。申请人、第三人可以查阅被申请人提出的书面答复、作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料,除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外,行政复议机关不得拒绝。在行政复议过程中,被申请人不得自行向申请人和其他

有关组织或者个人收集证据。

行政复议决定作出前,申请人要求撤回行政复议申请的,经说明理由,可以撤回;撤回行政复议申请的,行政复议终止。

申请人在申请行政复议时,一并提出对《行政复议法》第七条所列有关具体行政行为依据的规定的审查申请的,行政复议机关对该规定有权处理的,应当在30日内依法处理;无权处理的,应当在7日内按照法定程序转送有权处理的行政机关依法处理,有权处理的行政机关应当在60日内依法处理。处理期间,中止对具体行政行为的审查。行政复议机关在对被申请人作出的具体行政行为进行审查时,认为其依据不合法,本机关有权处理的,应当在30日内依法处理;无权处理的,应当在7日内按照法定程序转送有权处理的国家机关依法处理。处理期间,中止对具体行政行为的审查。

行政复议机关负责法制工作的机构应当对被申请人作出的具体行政行为进行审查,提出意见,经行政复议机关的负责人同意或者集体讨论通过后,按照下列规定作出行政复议决定:

其一,具体行政行为认定事实清楚,证据确凿,适用依据正确,程序合法,内容适当的,决定维持;其二,被申请人不履行法定职责的,决定其在一定期限内履行;其三,具体行政行为有下列情形之一的,决定撤销、变更或者确认该具体行政行为违法;决定撤销或者确认该具体行政行为违法的,可以责令被申请人在一定期限内重新作出具体行政行为:一是主要事实不清、证据不足的;二是适用依据错误的;三是违反法定程序的;四是超越或者滥用职权的;五是具体行政行为明显不当的。行政复议机关责令被申请人重新作出具体行政行为的,被申请人不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为相同或者基本相同的具体行政行为。其四,被申请人不按照《行政复议法》第二十三条的规定提出书面答复、提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料的,视为该具体行政行为没有证据、依据,决定撤销该具体行政行为。

申请人在申请行政复议时可以一并提出行政赔偿请求,行政复议机关对符合国家赔偿法的有关规定应当给予赔偿的,在决定撤销、变更具体行政行为或者确认具体行政行为违法时,应当同时决定被申请人依法给予赔偿。申请人在申请行政复议时没有提出行政赔偿请求的,行政复议机关在依法决定撤销或者变更罚款、撤销违法集资、没收财物、征收财物、摊派费用以及对财产的查封、扣押、冻结等具体行政行为时,应当同时责令被申请人返还财产,解除对财产的查封、扣押、冻结措施,或者赔偿相应的价款。

公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其已经依法取得的土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的,应

当先申请行政复议,对行政复议决定不服的,可以依法向人民法院提起行政诉讼。

根据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定,省、自治区、直辖市人民政府确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的行政复议决定为最终裁决。

行政复议机关应当自受理申请之日起 60 日内作出行政复议决定,但是法律规定的行政复议期限少于 60 日的除外。情况复杂,不能在规定的期限内作出行政复议决定的,经行政复议机关的负责人批准,可以适当延长,并告知申请人和被申请人,但是延长期限最多不超过 30 日。

行政复议机关作出行政复议决定,应当制作行政复议决定书,并加盖印章。行政复议决定书一经送达,即发生法律效力。被申请人应当履行行政复议决定。被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定的,行政复议机关或者有关上级行政机关应当责令其限期履行。申请人逾期不起诉又不履行行政复议决定的,或者不履行最终裁决的行政复议决定的,按照下列规定分别处理:一是维持具体行政行为的行政复议决定,由作出具体行政行为的行政机关依法强制执行,或者申请人民法院强制执行;二是变更具体行政行为的行政复议决定,由行政复议机关依法强制执行,或者申请人民法院强制执行。

#### (六) 法律责任

行政复议机关和工作人员的法律责任。行政复议机关违反《行政复议法》规定,无正当理由不予受理依法提出的行政复议申请或者不按照规定转送行政复议申请的,或者在法定期限内不作出行政复议决定的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的行政处分,经责令受理仍不受理或者不按照规定转送行政复议申请,造成严重后果的,依法给予降级、撤职、开除的行政处分。行政复议机关工作人员在行政复议活动中,徇私舞弊或者有其他渎职、失职行为的,依法给予警告、记过、记大过的行政处分;情节严重的,依法给予降级、撤职、开除的行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

被申请人法律责任。被申请人违反《行政复议法》规定,不提出书面答复或者不提交作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料,或者阻挠、变相阻挠公民、法人或者其他组织依法申请行政复议的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的行政处分,进行报复陷害的,依法给予降级、撤职、开除的行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。被申请人不履行或者无正当理由拖延履行行政复议决定的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予警告、记过、记大过的行政处分,经责令履行仍拒不履行的,依法给予降级、撤职、开除的行政处分。

行政复议机关负责法制工作的机构发现有无正当理由不予受理行政复议申请、不按照规定的期限作出行政复议决定、徇私舞弊、对申请人打击报复或者不履行行政复议决定等情形的,应当向有关行政机关提出建议,有关行政机关应当依照本法和有关法律、行政法规的规定作出处理。

从《行政复议条例》制定到《行政复议法》的实施,我国行政复议制度取得了巨大的成就,择其要者,表现在以下几个方面:一是行政复议的功能定位更加合理和明确;二是行政复议范围有了较大突破;三是抽象行政行为开始受到复议监督;四是便民原则得到更加充分的体现;五是行政复议机关级别升高;六是行政复议管辖体制更为科学;七是行政复议证据制度得到确立;八是明确了行政复议的法律责任监督机制;九是法律文本结构趋向合理化。与此同时,我国行政复议制度还存在着以下一些亟待解决的问题:一是行政复议制度的功能没有完全发挥;二是行政复议机构不统一、独立性不够;三是公务员合法权益受到侵犯得不到行政复议的救济;四是行政复议只能对部分抽象行政行为发挥有限的监督作用;五是临时权利保护的法律规定流于形式;六是律师代理复议缺少规定。因此,在今后一段时期,我国的行政复议制度需要在以下几个方面进一步完善:一要营造行政复议制度健康发展的社会环境;二要增加行政复议的公正性;三要扩大行政复议的范围;四要建立和完善律师参与行政复议的制度;五要增设复议监督机构;六要确立司法最终解决原则,修改某些复议终局的规定。

### 第三节 行政赔偿法律制度

国家赔偿制度,是指国家机关和国家工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织合法权益造成损害时,受害人有权获得国家赔偿的法律制度。为保障公民、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,1994年5月12日,第八届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过《国家赔偿法》。该法规定国家机关和国家机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的,受害人有依照该法从赔偿义务机关取得国家赔偿的权利。该法共35条,全面规定了国家赔偿的原则、行政赔偿、刑事赔偿、赔偿方式和计算标准等主要内容。以下主要介绍国家赔偿中的行政赔偿内容。

#### (一) 行政赔偿范围

##### 1. 侵犯人身权

行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列五种侵犯人身权情形之一的,受害人取得赔偿的权利:一是违法拘留或者违法采取限制公民人身自由的行政强制措施;二是非法拘禁或者以其他方法非法剥夺公民人身自由的;三是以殴打等暴力行为或者唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或者死亡的;四是违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的;五是造成公民身体伤害或者死亡的其他违法行为。

## 2. 侵犯财产权

行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列四种侵犯财产权情形之一的,受害人有取得赔偿的权利:一是违法实施罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚的;二是违法对财产采取查封、扣押、冻结等行政强制措施的;三是违反国家规定征收财物、摊派费用的;四是造成财产损害的其他违法行为。

## 3. 不予赔偿情形

属于下列三种情形之一的,国家不承担赔偿责任:一是行政机关工作人员与行使职权无关的个人行为;二是因公民、法人和其他组织自己的行为致使损害发生的;三是法律规定的其他情形。

### (二) 行政赔偿请求人和赔偿义务机关

#### 1. 行政赔偿请求人

受害的公民、法人或者其他组织有权要求赔偿。受害的公民死亡,其继承人和其他有扶养关系的亲属有权要求赔偿。受害的法人或者其他组织终止,承受其权利的法人或者其他组织有权要求赔偿。

#### 2. 行政赔偿义务机关

行政机关及其工作人员行使行政职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的,该行政机关为赔偿义务机关。两个以上行政机关共同行使行政职权时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的,共同行使行政职权的行政机关为共同赔偿义务机关。法律、法规授权的组织在行使授予的行政权力时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的,被授权的组织为赔偿义务机关。受行政机关委托的组织或者个人在行使受委托的行政权力时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的,委托的行政机关为赔偿义务机关。赔偿义务机关被撤销的,继续行使其职权的行政机关为赔偿义务机关;没有继续行使其职权的行政机关的,撤销该赔偿义务机关的行政机关为赔偿义务机关。经复议机关复议的,最初造成侵权行为的行政机关为赔偿义务机关,但复议机关的复议决定加重损害的,复议机关对加重的部分履行赔偿义务。

### (三) 行政赔偿程序

赔偿义务机关对依法确认有《国家赔偿法》第三、四条规定的情形之一的,应当给予

赔偿。赔偿请求人要求赔偿应当先向赔偿义务机关提出,也可以在申请行政复议和提起行政诉讼时一并提出。赔偿请求人可以向共同赔偿义务机关中的任何一个赔偿义务机关要求赔偿,该赔偿义务机关应当先予赔偿。赔偿请求人根据受到的不同损害,可以同时提出数项赔偿要求。

要求赔偿应当递交申请书,申请书应当载明下列三类事项:一是受害人的姓名、性别、年龄、工作单位和住所,法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务;二是具体的要求、事实根据和理由;三是申请的年、月、日。赔偿请求人书写申请书确有困难的,可以委托他人代书;也可以口头申请,由赔偿义务机关记入笔录。

赔偿义务机关应当自收到申请之日起2个月内依照《国家赔偿法》第四章的规定给予赔偿;逾期不予赔偿或者赔偿请求人对赔偿数额有异议的,赔偿请求人可以自期间届满之日起3个月内向人民法院提起诉讼。

赔偿义务机关赔偿损失后,应当责令有故意或者重大过失的工作人员或者受委托的组织或者个人承担部分或者全部赔偿费用。对有故意或者重大过失的责任人员,有关机关应当依法给予行政处分;构成犯罪的,应当依法追究刑事责任。

### (四)行政赔偿方式和计算标准

国家赔偿以支付赔偿金为主要方式。能够返还财产或者恢复原状的,予以返还财产或者恢复原状。侵犯公民人身自由的,每日的赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算。

侵犯公民生命健康权的,赔偿金按照下列规定计算(1)造成身体伤害的,应当支付医疗费,以及赔偿因误工减少的收入。减少的收入每日的赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算,最高额为国家上年度职工年平均工资的5倍(2)造成部分或者全部丧失劳动能力的,应当支付医疗费,以及残疾赔偿金,残疾赔偿金根据丧失劳动能力的程度确定,部分丧失劳动能力的最高额为国家上年度职工年平均工资的10倍,全部丧失劳动能力的为国家上年度职工年平均工资的20倍。造成全部丧失劳动能力的,对其扶养的无劳动能力的人,还应当支付生活费(3)造成死亡的,应当支付死亡赔偿金、丧葬费,总额为国家上年度职工年平均工资的20倍。对死者生前扶养的无劳动能力的人,还应当支付生活费。第(2)(3)项规定的生活费的发放标准参照当地民政部门有关生活救济的规定办理。被扶养的人是未成年人的,生活费给付至18周岁止;其他无劳动能力的人,生活费给付至死亡时止。

侵犯公民、法人和其他组织的财产权造成损害的,按照下列规定处理(1)处罚款、罚

金、追缴、没收财产或者违反国家规定征收财物、摊派费用的,返还财产(2)查封、扣押、冻结财产的,解除对财产的查封、扣押、冻结,造成财产损坏或者灭失的,依照第(3)(4)项的规定赔偿(3)应当返还的财产损坏的,能够恢复原状的恢复原状,不能恢复原状的,按照损害程度给付相应的赔偿金(4)应当返还的财产灭失的,给付相应的赔偿金(5)财产已经拍卖的,给付拍卖所得的价款(6)吊销许可证和执照、责令停产停业的,赔偿停产停业期间必要的经常性费用开支(7)对财产权造成其他损害的,按照直接损失给予赔偿。

《国家赔偿法》规定,赔偿费用,列入各级财政预算。《国家赔偿费用管理办法》(1995年1月16日国务院第29次常务会议通过)据此进一步规定:国家赔偿费用,列入各级财政预算,由各级财政按照财政管理体制分级负担。各级政府应当根据本地区的实际情况,确定一定数额的国家赔偿费用,列入本级财政预算。国家赔偿费用由各级财政机关负责管理。当年实际支付国家赔偿费用超过年度预算的部分,在本级预算预备费中解决。国家赔偿费用由赔偿义务机关先从本单位预算经费和留归本单位使用的资金中支付,支付后再向同级财政机关申请核拨。

我国《国家赔偿法》自1994年5月12日颁布、1995年1月1日实施以来,在保障公民、法人获得国家赔偿方面迈出了里程碑性的一步,但是,实施九年多的总体效果并不理想。究其原因,除了国家法治环境尚不完善,公民、法人及赔偿义务机关法治意识不高,赔偿经费没有真正落实等原因之外,《国家赔偿法》本身的不完善无疑是直接原因。因此,有必要对我国《国家赔偿法》加以修改和完善。

其一,应当修改国家赔偿的归责原则。国家赔偿的归责原则,就是确定以什么标准确认国家对其侵权行为承担赔偿责任,它是国家赔偿理论研究和实际立法所面临的首要问题。国内外关于国家赔偿的归责原则,主要有过错责任原则、无过错责任原则和违法责任原则三种。我国《国家赔偿法》第二条确立的是违法责任原则,当时的主要考虑是违法责任标准易于掌握,赔偿范围适度。但现在看来,违法责任范围过于狭窄,将行政机关或司法机关虽不违法,但却明显不当行为的赔偿责任排除在外,这显然不利于保护公民、法人和其他组织获得赔偿的权利,同时也与《国家赔偿法》的某些条款相冲突。如行政机关执法时滥用法定幅度内的自由裁量权的;司法机关对“没有犯罪事实或者没有事实证明有犯罪重大嫌疑的人错误拘留的”,以及“对没有犯罪事实的人错误逮捕的”(《国家赔偿法》第十五条)这里的“错误”显然包括违法和明显不当在内;还有公有公共设施设置或管理有瑕疵致人损害的。国家因以上“明显不当”行为致公民、法人和其他组织损害的,也应当予以赔偿。

其二,应当扩大国家赔偿的范围。我国《国家赔偿法》确定的赔偿范围较窄,仅限于公民、法人和其他组织特定的人身权、财产权受到国家侵害;因此,扩大国家赔偿的范围十分必要。第一,在行政赔偿方面,可考虑将制定规章以下的规范性文件、公有公共设施设置或管理等致害的纳入国家赔偿范围,同时将劳动权、受教育权等受损害的纳入国家赔偿的范围。第二,在刑事赔偿方面,应当减少国家可免责条款,并与1996年修改的《刑事诉讼法》和1997年修改的《刑法》相适应,扩大刑事赔偿的范围。如轻罪重判的,在取保候审中违法罚款和违法没收保证金的,侦查机关因违法搜查侵犯人身权、财产权的,司法机关工作人员纵容他人殴打、侮辱、体罚、虐待或司法机关工作人员侮辱、体罚、虐待犯罪嫌疑人、被告人、服刑人员造成严重后果的,国家均应承担赔偿责任。其三,在人民法院的民事诉讼、行政诉讼赔偿方面,似应突破《国家赔偿法》第三十一条的现行规定,将因违法判决造成公民、法人或其他组织损害的纳入国家赔偿的范围。

其三,应当提高国家赔偿的数额。世界各国的国家赔偿大致有惩罚性、补偿性和慰抚性三种情况。我国《国家赔偿法》基本上采用的是慰抚性赔偿。对侵犯人身权损害只赔偿身体所受损害的损失和限制人身自由的工资损失,而不赔偿精神损失和间接损失,并且身体所受损害的损失有最高额限制;对侵犯财产权损害只赔偿直接损失,不赔偿间接损失,并且吊销许可证和执照、责令停产停业的,只赔偿停产停业期间必要的经常性费用开支,不赔偿间接损失、可得利益和预期利益损失。《国家赔偿法》规定的上述赔偿数额显然过低。因此,应当提高国家赔偿的数额。对侵犯公民生命健康权的,可参照民法通则的规定按受害人的实际损失予以赔偿,取消最高额限制;对侵犯公民人身自由的,应赔偿其工资损失和必要的间接损失;对侵犯财产权造成损害的,应赔偿直接损失和必要的间接损失,包括一定的可得利益损失;同时,对行政机关或司法机关因故意或重大过失造成损害的,应实行一定程度的惩罚性赔偿,此外还应当考虑实行精神损害赔偿。