

Administrative Law



中国行政法

刘莘
◎ 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

Administrative Law



中国行政法

刘莘◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

中国行政法 / 刘莘著. —北京: 中国法制出版社,
2016. 3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7236 - 4

I. ①中… II. ①刘… III. ①行政法 - 中国 - 教材
IV. ①D922. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 027724 号

策划编辑: 胡 艺

责任编辑: 吕静云 (lvjingyun0328@sina.com)

封面设计: 杨泽江

中国行政法

ZHONGGUO XINGZHENGFA

著者/刘莘

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米 16

版次/2016 年 5 月第 1 版

印张/17.5 字数/251 千

2016 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7236 - 4

定价: 56.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66053217

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

前 言

在行政法圈子里“混”了三十年，一直在教书，参编了不少教材，但是一直没有自己写的教材。比较客观地说，是因为越来越明白跳出教材体系和已有成就的不易。即使在实务解决问题上或者在观点上偶有所得，亦难成教学体系中的冲击力量，不要说修正体系，即使想与人分享，由于个别观点不一定符合教材体系的纳入标准，也很难反映到教材中。因此，没有独自の教材，说是因为苛求自己，希望给予读者或后学新鲜的营养，这是没错的；说自己惰性大，找借口原谅自己，也是真的。

今天终于要出版一本自己的教材了，虽然已经确认笔者之力所不逮，还是尽最大力气，希望在其中可以容纳的部分展现出一点点新鲜的、可以和实践对接的内容。

现在是电脑的时代，是网络的时代，据说写作变得容易了许多，汗牛充栋，已非虚言。我这本薄薄的行政法教材，也许很快就被淹没在行政法教材的汪洋之中，惶恐之际安慰自己的只有我尽我心，余者不计了。

作者于宅 2016 年 3 月

目 录

第一章 行政法概述	1
第一节 行 政	1
一、行政的概念	1
二、行政的分类	3
第二节 行政法的概念、特征	5
一、行政法的概念	5
二、行政法的特征	6
第三节 行政法律规范	10
一、行政法律规范的概念	10
二、行政立法与行政法律规范的联系与区别	11
第四节 行政法渊源	12
一、一般渊源（制定法渊源）	13
二、特殊渊源	19
第五节 行政法及行政法学的历史发展	26
第二章 行政法基本原则	32
第一节 行政法基本原则的涵义	32
第二节 合法行政（行政法治）原则	33
一、法律优越原则	34
二、法律保留原则	36
三、人权保护原则	38
四、责任政府原则	38
第三节 行政公正（合理性）原则	38
一、平等对待原则	39
二、合理考量原则	39
三、比例原则	39

四、诚实信用原则或信赖保护原则	41
第四节 正当程序原则	45
第三章 行政机关组织法	50
第一节 行政机关概述	50
一、行政机关是国家机关的一种	51
二、行政机关以行使行政权为其外在特征	51
三、合法成立是行政机关的资格要求	51
四、行政机关是常设的组织	54
第二节 行政机关的种类及其相应的组织法	55
一、综合行政机关与行政主管机关	55
二、中央行政机关和地方行政机关	56
第三节 行政组织法制化	63
第四节 法律法规授权的组织（委托的组织）	65
一、法律法规授权的组织	65
二、委托的组织	68
第五节 行政机关编制法	69
一、编制的含义	69
二、编制管理“一支笔”原则	70
三、编制管理机关	70
第六节 公务员法	72
一、公务员的概念和范围	72
二、公务员的录用和退出	73
三、公务员的管理制度	78
第四章 行政行为概述	88
第一节 行政行为的概念	88
一、主体要素	88
二、行政行为的内容要素	90
三、行政行为是产生法律效果的行为	91
第二节 行政行为概念在中国的出现	91
第三节 “行政行为”概念在中国是多义的	93
第四节 行政行为概念解构	94
第五节 行政行为常用分类	99

一、法律行为、准行政行为、事实行为	99
二、具体行政行为与抽象行政行为	101
三、授益行为和不利行为	103
四、羁束行为、自由裁量行为	103
五、要式和非要式行政行为	104
六、作为与不作为	104
七、内部行政行为与外部行政行为	105
八、附款行政行为和无附款行政行为	106
第五章 行政行为的效力	108
第一节 行政行为的成立、生效	108
第二节 行政行为的效力	110
一、概念界定	110
二、公定力	110
三、拘束力	112
四、确定力	112
五、执行力	113
第三节 行政行为的合法要件	115
一、主体要件	115
二、内容要件	116
三、程序要件	119
第四节 行政行为效力变更和撤销	120
一、违法行政行为的撤销	120
二、不合理或者错误行政行为的改变	122
三、合法行政行为的改变	123
四、合法行政行为的撤回	123
五、行政行为的失效、废止	124
第五节 行政行为的无效	125
一、行政行为无效的含义	125
二、行政行为无效的情形和范围	125
三、行政行为无效的制度安排	126
第六章 行政处罚	130
第一节 行政处罚的含义	130

第二节 行政处罚的原则	133
一、处罚法定原则	133
二、公开、公正原则	133
三、处罚与教育相结合原则	134
四、保护当事人合法权益原则	135
五、监督、制约原则	135
第三节 行政处罚的设定和规定	136
一、行政处罚的种类	136
二、行政处罚的设定和规定权	138
第四节 行政处罚的实施	140
一、行政处罚的实施主体	140
二、行政处罚的实施程序	143
三、行政处罚决定的执行程序	146
四、行政处罚的适用规则	147
第七章 行政强制	151
第一节 行政强制措施	151
一、行政强制措施的性质和特征	151
二、行政强制措施的种类	152
三、行政强制措施的设定和实施	153
第二节 行政强制执行	156
一、行政强制执行的分类	156
二、行政强制执行的主体	157
三、行政强制执行的要求和程序	157
第八章 行政征收	161
第一节 行政征收的概念、特征	161
一、行政征收的主体是行政主体	161
二、行政征收具有先定性、固定性	162
三、行政征收具有强制性	162
四、行政征收具有无偿性	162
第二节 税 收	163
一、税收的概念、作用和原则	163
二、税收种类	167

三、税收制度	169
第三节 行政收费	173
一、行政收费的概念	173
二、行政收费的特征	173
第九章 行政许可	176
第一节 行政许可的概念和特征	176
一、行政许可的概念和实质	176
二、行政许可的特征	177
第二节 行政许可的设定权及设定条件	180
一、《行政许可法》制定前的问题	180
二、行政许可的设定条件	183
三、行政许可的设定权	185
第三节 行政许可的实施和程序	186
一、行政许可的实施主体	186
二、行政许可的程序	187
第十章 行政服务活动	194
第一节 行政确认	194
一、行政确认的概念和特征	194
二、行政确认的种类	195
三、行政确认的原则	197
第二节 行政给付	198
一、行政给付的概念和特征	198
二、行政给付的基本原则	199
三、行政给付的种类	201
第三节 行政奖励	203
一、行政奖励的概念和特征	203
二、行政奖励的内容形式和奖励客体	203
三、行政奖励的功用和原则	205
第十一章 抽象行政行为	207
第一节 抽象行政行为概述	207
一、抽象行政行为的概念和特征	207
二、抽象行政行为的种类	209

第二节 行政立法的权限和程序	210
一、行政立法的权限	210
二、行政立法的程序	213
第三节 对行政立法的监督审查	218
一、备案审查	218
二、违宪审查或者违法审查	218
三、行政复议、行政诉讼中的审查	219
第十二章 行政规划	223
第一节 行政规划的含义和历史沿革	223
第二节 城乡规划的特征	224
一、城乡规划的主体是行政主体	224
二、城乡规划的目的是为了实现特定的行政目标	224
三、城乡规划对行政主体具有约束力	225
四、城乡规划具有指引性，也具有强制性	225
第三节 城乡规划的分类	225
一、城乡规划的范围	225
二、城镇体系规划	226
三、城市规划	226
四、镇规划	228
五、乡规划和村庄规划	228
第四节 城乡规划的制定程序	229
一、规划的前期研究和提出规划编制报告	229
二、组织编制城市总体规划纲要	229
三、编制城市总体规划	229
四、按法定程序报请审查和批准	230
五、城市总体规划的调整	230
第十三章 柔性行政行为	234
第一节 行政指导	234
一、行政指导的概念和特征	234
二、行政指导的方式和种类	235
三、行政指导的依据和条件	235
四、行政指导的法律救济	236

第二节 行政合同	236
一、行政合同的概念及特征	236
二、行政合同的种类	238
三、行政合同发展之展望	243
第十四章 行政司法活动	248
第一节 行政复议	248
一、行政复议的概念、特征及功用	248
二、行政复议制度的发展和现状	251
第二节 行政裁决	255
一、概念和特征	255
二、行政裁决的种类	256
三、行政裁决的程序	259
第三节 行政仲裁	260
一、行政仲裁的概念、特征	261
二、行政仲裁的发展和演变	262
三、行政仲裁的程序	263
第四节 行政调解	264
一、行政调解的概念和特征	264
二、行政调解的适用原则	265
三、行政调解应该注意的问题	266

第一章 行政法概述

本章内容提要：本章是对行政法学基本范畴的扼要叙述。行政、行政法、行政法律规范这些学习研究行政法无时无刻不能避开概念，是本章着重阐释的核心概念；还有行政法的渊源，即行政法规范的出处，也是没有法典的部门法——行政法的外延界限之所在。上述知识是学习行政法的基础，是必须掌握的。

第一节 行政

一、行政的概念

行政在日常生活中使用的频率很高，如各种组织内部的后勤管理可能被称为“行政”；还有与管理并用的行政，即所谓行政管理同样适用于各种社会组织，包括国家机关和企业事业单位以及其他社会组织、社会团体等，统统都有行政管理活动。这些“行政”虽然都含有组织管理、服务管理这类内容，但是还不是行政法以及研究行政法的行政法学所专指的“行政”。行政的这种多义现象，不光中国有，其他国家如德国学者就早已指出过^①。

作为行政法或行政法学核心概念的“行政”首先是指国家行政。这种含义上的行政是指国家的一种职能，即与国家其他职能如立法、司法、军事相对应的职能。国家行政这种职能与其他国家职能的区分是我们对之进行研究的基础。因此，有人用排除的方法将行政与其他国家职能区分开，即行政是除立法、司法之外的国家职能。这样的办法首先需要把立法和司法界定清楚，才能将除外后剩下的部分称为行政。这样界定有便利之处，但是自从二十世纪三十年代以后，委任立法、行政裁判所大量出现，打破了这种“除外”法下行政与立法、行政与司法

^① [德] 哈特穆勒·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第3-4页。

的界限，使得所界定的“行政”不那么确切了。

还有人用国家职能的活动特点来区分行政这种国家职能，即为实现国家目的，具体实施公共政策的过程和行动为行政。“实现国家目的”是前提，“具体实施公共政策的过程和行动”是行政这种国家职能的活动特点。从活动特点出发界定“行政”，界限范围相对清晰些了。缺点是“具体”二字，很难将行政机关的行政立法活动或抽象行为，甚至行政计划包含在内。

还有“执行说”。像英美国家，其关于行政的词汇与执行往往是通用的。执行活动或确切地说是执行法律的活动，是对行政活动比较准确的定性。从而与裁判（裁断、判断）性质的司法活动和议决性质的立法活动区分开。由于可以将行政机关的裁决纠纷活动和立法活动都归于执行法律的活动，因此比较好地说明了何谓“行政”。其实，“执行说”也是一种从形式上界定行政的办法，因为与其说执行法律的活动是行政，毋宁说执行法律机构的活动是行政。是从执行主体也就是形式外观推断其活动是执行活动，即行政。

教科书见到较多的是“组织管理说”。这是源于马克思的说法，即行政是国家的组织管理活动。这种说法是与从主体判断的“形式行政说”相对应的另一种所谓“实质行政说”。“实质行政说”是从活动内容性质判断，只要是组织管理活动即为行政。当然其活动主体限定为国家，但是这样的话，不仅仅行政机关的活动是行政，其他国家机关的自身组织管理也是行政。可见，行政法学的“行政”还是需要对主体作必要限定。因为，国家机关的内部管理与行政法学聚焦的行政活动是有很大区别的。行政法学关注的行政活动或行为，是与相对人发生法律关系或其他事实关系的活动或行为。

上述界定作为分析工具，可以在不同场合使用，都具有相对合理性，不可一概否定或一概肯定。本书基本上采用形式行政的界定范围，但是在议论行政立法或准立法，行政司法或准司法时，其实也结合使用了实质意义上的分类。因为从形式外观意义上即主体角度观之，行政是行政机关的活动，但是从活动内容即从实质意义观之，就会说这种行政活动是“准立法”或者“准司法”活动。

所以国家职能之“行政”是指，政府行政机关根据法律规定所实施的对社会公共事务组织管理的活动。强调的活动主体是政府、行政机关。政府也是行政机关，是综合性的行政机关。其他学科可能将这种行政称之为政府行政或政府公共行政。

但是社会发展至今、行政法发展至今，由于执行法律主体的扩展，国家行政的概念实际上已经不够用了，因而出现了“公行政”的概念。“公行政”或称

“公共行政”，开始时是用来注解国家的这种执行功能的，最初也仅仅表示国家行政，但现在已扩展为还包括社会公共行政。

社会公共行政是指社会组织对一定领域内的社会公共事务所进行的管理。我国目前的社会公共行政主要包括基层自治行政、公共事业行政、志愿组织行政、社会中介行政四大类，但是并非所有社会组织的活动都纳入行政法调整。从行政法而言，只有当社会组织基于法律法规授予的行政权运用公权力或公共资源从事组织管理、服务等活动时，才是我们行政法上的“行政”活动。例如大学颁发学位证书的活动是基于法律授权代表国家而为的活动，视为行政活动，而大学的其他活动诸如学科建设、学术活动、课程安排等，均为学校自治范围内依法进行的活动，可能属于学校这种组织自身的行政活动，但是不属于公共行政活动。

本书一般以国家行政或政府行政作为叙述的中心。需要扩展概念，在公行政范围使用时即包含社会行政的时候，会特别指明。

二、行政的分类

对行政进行分类是为了更好地从宏观上把握政府行为活动的特征，并对之进行理论分析和比较研究，有的分类则有利于在法律制度上设计不同的实体规定和程序要求。

（一）积极行政与消极行政

消极行政即只履行一般政府职能的行政。资本主义初期，资产阶级亟须迅速发展自己的经济力量，需要“消极”政府，要求政府是“守夜人”，只担负秩序维护的功能。因而那时的政府职能主要限于国防、外交、税收、警察等。是典型的消极行政。

积极行政，是指在经济社会诸方面发挥超出一般政府职能的行政。资本主义经过发展出现大量个人无力解决的种种问题，如失业救济、环境保护、可持续发展、最低生存保障、金融危机等，这些都需要政府出手；同时资本原始积累的完成，为主要资本主义国家奉行福利主义、凯恩斯主义也打下经济基础，政府权力扩张、政府职能膨胀，政府不但要管理社会还要服务社会，要积极地为社会做贡献，其在经济社会各方面深度介入，成为典型的“积极行政”。

而我们社会主义国家，由于最初就实行公有制、计划经济，政府对社会干预控制是全方位的，是典型的积极行政。但这种积极行政由于与市场无关，是一种大包大揽，完全抑制了社会、市场的能动力、创造力，也抑制了社会财富的增长。我们的改革实际上是从过于积极的行政，转化为政府适当放手，将市场、个人、社会可以作为的空间腾出来的适当的“积极行政”。

（二）规制行政与给付行政

规制或管制，是英文 regulation 的两种译法。即规范、制约的意思。规制行政是指，政府为了维护和增进公共利益，根据法律、法规的规定，规范和制约人民的自由活动和权利，或对人民课以公共义务的一切行政作用。规制行政大致可以分为经济规制和社会规制两种类型。经济规制，是指对企业及其经济活动的规制。社会规制又可分为对人的规制和对物的规制，如枪支和刀具的管制是对物的规制，而强制戒毒、强制隔离是对人的规制。

规制尤其是经济规制最常见的典型手段是行政许可、价格控制。二十世纪八十年代从欧洲开始形成世界范围的行政改革浪潮，其中很鲜明的特征就是放松政府管制或降低政府管制。我国进入二十一世纪以来的行政审批制度改革、行政许可法的制定实施，其基本精神也是降低行政管制。降低行政管制，是提高民族企业在世界范围内的经济竞争能力的主要方面，因而被各国所重视。

给付行政是通过向相对人提供精神或物质利益达到对社会施加影响的行政作用。例如通过设置各种科技项目资金，诱导人们从事国家希望的科学技术研究工作，以便造福社会；再如对处于最低生活线以下的人施以经济救济、补助，或为经济活动提供行政指导，以便提高经济效益等等，不仅仅是为了公共利益的目的，而且从手段上即是利益众生的。给付行政虽然与传统的“管制”区别甚大，但是由于其分配社会资源、公共资金，因此不仅不可以放松对其制约和监控，而更须加强对其的制约和监控。如 2009 年初为了刺激经济复苏、增长，中国政府决定投入 4 万个亿，以增加社会投资量，带动就业，增加景气指数，就是给付行政。再如教育部扶助大学倾斜性发放的动辄十几个亿的资金，亦属之。

（三）权力行政与非权力行政

权力行政，指以权力发挥作用的行政活动。权力作用的标志是强制命令。非权力行政，指不具有强制命令性质的非权力作用性的行政活动，包括行政指导，行政契约，行政奖励，行政调查、行政公示、行政资助（扶助、补助），政府采购，行政经营，行政出让（拍卖），公共设施建设（开发）与提供服务，以及在狭义行政指导范畴之外的非拘束性行政计划。

（四）负担行政与授益行政

负担行政又称干涉或不利益行政，对人民形成负担或不利益，即剥夺人民权利、利益的活动或限制其行动自由、增加其负担的活动。如赋课租税、停止企业营业、强制戒毒、强制治疗传染病等。

授益行政指赋予人民某种权利利益或免除其义务负担的行政活动。如减免

税、核发执照。其中最为典型的形态为许可、认可等制度。当然某些情形下，许可是双刃剑，对许可申请人是受益的，对其他相邻人或竞争关系人则可能是不利的。如核发某一建设规划许可，对申请人而言是受益的，但可能堵塞了相邻人的消防通道或完全遮蔽了相邻人的阳光，对相邻人是不利益的。再如某一小区开发商修改该小区规划，申请规划机关批准将一原来规划中的幼儿园变更为洗浴中心，规划机关批准了此一申请，对开发商来说此批准是受益的，而对该小区居民而言就不一定了。

第二节 行政法的概念、特征

一、行政法的概念

行政法是指调整行政关系以及在此基础上产生的监督行政关系的法律规范和原则的总称。值得注意的是，与民法、刑法不同的是，民法、刑法都是以同一类社会关系作为调整对象的，而这里的定义讲了两种社会关系：一是行政关系，一是监督行政的关系。这是因为民法、刑法都是司法法，即由司法机关适用的法，在司法机关适用民法、刑法之前，私人只是遵守、执行，私人是守法者而非执法者。而行政法，司法机关适用反而是少数，绝大多数情形下，是政府行政机关适用行政法规范即以执行法律的名分适用行政法。到了司法机关的行政案件，在法律适用上，往往已经是第二次适用法律。因为法院等司法机关审的就是行政机关适用法律后引起的纠纷。另外，政府行政机关不仅受到人民法院的监督制约，还有自身纠错的机制，如相对人不服某一行政决定（行为）可以向该决定机关所属同级人民政府或其上级主管机关申请行政复议，审计、监察乃至信访制度（很大程度上）均属行政机关自我监督。所以对行政法的概括，只说到调整行政关系还不够，还要包括监督行政的关系。

也许有人疑问，将其区分为行政法、行政诉讼法，不就把其各自调整的对象即行政关系和监督行政的关系分开了吗？行政诉讼法调整监督行政的关系不假，但问题是其他如上所述的监督行政的关系就无法纳入其间。因此，将行政诉讼法放到行政法之外的，是狭义一点的行政法概念，将行政诉讼法放到行政法之内，是相对广义的行政法概念。但是，有趣的是，两种范围的行政法都可以使用我们这里的同一定义，区别不在定义而在于其后对定义的解释。

给行政法下定义不是件容易的事，争论多，定义也是五花八门。我国台湾地区翁岳生教授主编的《行政法》（1998年版）第一章是他亲自写的，其中援引 E-

. Forsthoff《行政法总论》的说法,即“行政只能加以描述,而无法予以定义。”德国学者通常都避免给行政法下定义^①,台湾地区和日本亦深受德国影响,许多学者对行政法大多消极描述,不进行积极定义。

德国学者中试图给出定义的沃尔夫(Wolff)和巴巧夫(Bachof)是这样定义行政法的:行政法在广义上是公共行政机关据以运作的法律规则之总和。毛雷尔是描述性地界定行政法,他认为行政法是关于公共行政机关之行政职能、行政程序和行政组织的成文或不成文法律规则之总和^②。但是笔者认为还是一个“很老”的定义仍然是最简明扼要的定义。那就是德国行政法开山鼻祖奥托·迈耶的定义,即“行政法是特别用于调整作为管理者的国家和作为被管理者的臣民之间的关系的法律部门。”^③除去“臣民”二字不合时宜外,定义十分简洁且周延。当然本书愿意给出大体上与之一致的定义。

二、行政法的特征

(一) 形式特征

行政法的形式特征是指行政法在外观上的特征。

1. 没有统一、完整的法典

刑法、民法是很好指认的,原因就在于它们是有法典的。虽然我国《刑法》《民法通则》并没有在名称上标明是法典,但是其法典式作用是不言自明的。但是行政法领域没有一部法律可以称之为是行政法法典,因为行政法法典应当是通用于所有行政机关的,而我们见到的是各种各样的部门单行法,如《环境保护法》《税收征收管理法》《食品卫生法》《治安管理处罚法》等,大多只适用于各个不同的行政部门。虽然《行政诉讼法》《行政复议法》《行政处罚法》《行政许可法》《监察法》《公务员法》是适用于所有行政机关的,但是内容限于某一方面,仍不能称之为行政法典。从世界范围内看,也没有哪个国家有行政法典。原因主要是行政法调整事项范围非常宽泛,各家行政机关的职责权限在行使或履行条件、方式上差别很大,很难用一部法典作出概括规定。行政法的实体法很难制定法典式法律,程序法却是可以的,如正在起草制定的《行政程序法》,就是行政程序方面通则性的法律。

① [印] M. P. 赛夫:《德国行政法——普通法分析》,周伟译,山东人民出版社2006年版,第5页。

② 意思没有扭曲,但不是毛雷尔的原话。参见上注。

③ [德] 奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第15页。