

精品课程立体化教材系列

# 行政法与行政诉讼法学

王学辉 主编

ADMINISTRATIVE LAW AND ADMINISTRATIVE LITIGATION LAW



科学出版社

www.sciencep.com

精品课程立体化教材系列

# 行政法与行政诉讼法学

主 编 王学辉

撰稿人 (按姓氏笔画排序)

王周户 王学辉 邓 蔚

刘 艺 孙 兵 张向东

邵长茂 陆伟明 贺奇兵

谭宗泽

科 学 出 版 社

北 京

## 内 容 简 介

本书系法学精品课程立体化教材系列之一,是为高等院校法学本科学生和专科学子学习法学专业主干课程“行政法与行政诉讼法”编写的。全书共十一章,在详细、准确地介绍行政法学的一般知识和基本原理的同时,也注意介绍国内学界对行政法热点问题的不同观点。与一般教材不同的是,本教材在学科体系、主要内容等方面都作出了不同的处理:专门分析了行政法学的“基本概念”;介绍了行政法的解释与适用问题;对国外行政法及行政法学近几年的发展情况作了客观的、适当的介绍;将行政行为部分的写作弱化,突出了各种行政行为的特征及质的规定性;介绍了“入世”对中国行政法制度的影响及“构建法治政府”的相关内容。

本书适合普通高等院校法学专业本科生、专科学子学习行政法与行政诉讼法使用,同时对行政管理专业学生及行政执法人员、司法实务工作者也具有较高的参考价值。

### 图书在版编目(CIP)数据

行政法与行政诉讼法学/王学辉主编. —北京:科学出版社,2008

(精品课程立体化教材系列)

ISBN 978-7-03-021790-5

I. 行… II. 王… III. ①行政法-中国-高等学校-教材②行政诉讼法-中国-高等学校-教材 IV. D922.1 D925.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 060492 号

责任编辑:徐蕊 周向阳/责任校对:张琪

责任印制:张克忠/封面设计:无极书装

科学出版社出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

源海印刷有限责任公司印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

\*

2008年6月第一版 开本:B5(720×1000)

2008年6月第一次印刷 印张:22

印数:1—3 000 字数:420 000

定价:34.00元

(如有印装质量问题,我社负责调换〈新欣〉)

# 目 录

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| 引 言                     | 1   |
| <b>第一章</b>              |     |
| 行政法学概述                  | 9   |
| 第一节 行政法学的基本概念           | 9   |
| 第二节 行政法的法源              | 21  |
| 第三节 行政法的解释与适用           | 25  |
| 第四节 行政法和行政法学的历史发展       | 34  |
| 第五节 加入 WTO 对中国行政法律制度的影响 | 44  |
| 第六节 法治政府建设              | 52  |
| <b>第二章</b>              |     |
| 行政法律关系                  | 63  |
| 第一节 行政法律关系概述            | 63  |
| 第二节 行政法律关系的构成要素         | 70  |
| 第三节 行政法律关系的产生、变更与消灭     | 71  |
| <b>第三章</b>              |     |
| 行政法的基本原则                | 76  |
| 第一节 行政法的基本原则概述          | 76  |
| 第二节 我国行政法基本原则的具体内容      | 78  |
| <b>第四章</b>              |     |
| 行政主体及公务员                | 94  |
| 第一节 行政主体概述              | 94  |
| 第二节 国家行政机关              | 101 |
| 第三节 法律、法规、规章授权的组织       | 110 |

|            |                          |     |
|------------|--------------------------|-----|
| 第四节        | 行政机关委托的组织·····           | 112 |
| 第五节        | 公务员法·····                | 115 |
| <b>第五章</b> |                          |     |
|            | <b>行政行为</b> ·····        | 129 |
| 第一节        | 行政行为概述·····              | 129 |
| 第二节        | 抽象行政行为·····              | 138 |
| 第三节        | 具体行政行为·····              | 141 |
| 第四节        | 行政事实行为·····              | 163 |
| <b>第六章</b> |                          |     |
|            | <b>行政程序及其法典化</b> ·····   | 166 |
| 第一节        | 行政程序概述·····              | 166 |
| 第二节        | 行政程序的内容及其种类·····         | 173 |
| 第三节        | 行政程序法的基本原则·····          | 175 |
| 第四节        | 行政程序法的根本制度·····          | 178 |
| 第五节        | 我国行政程序的法典化·····          | 182 |
| <b>第七章</b> |                          |     |
|            | <b>违法行政与行政法律责任</b> ····· | 192 |
| 第一节        | 违法行政·····                | 192 |
| 第二节        | 行政法律责任·····              | 198 |
| <b>第八章</b> |                          |     |
|            | <b>监督行政法律制度</b> ·····    | 204 |
| 第一节        | 监督行政法律制度概述·····          | 204 |
| 第二节        | 国家权力机关的监督·····           | 206 |
| 第三节        | 国家司法机关的监督·····           | 208 |
| 第四节        | 行政机关的内部监督·····           | 209 |
| 第五节        | 社会组织和公民的监督·····          | 217 |
| <b>第九章</b> |                          |     |
|            | <b>行政复议制度</b> ·····      | 220 |
| 第一节        | 行政复议概述·····              | 220 |

|                     |                          |     |
|---------------------|--------------------------|-----|
| 第二节                 | 行政复议的基本原则·····           | 222 |
| 第三节                 | 行政复议范围·····              | 229 |
| 第四节                 | 行政复议的机关与管辖·····          | 235 |
| 第五节                 | 行政复议的程序·····             | 238 |
| 第六节                 | 行政复议的法律责任·····           | 245 |
| <b>第十章</b>          |                          |     |
|                     | <b>行政赔偿与行政补偿制度</b> ····· | 249 |
| 第一节                 | 行政赔偿与行政补偿概述·····         | 249 |
| 第二节                 | 行政赔偿·····                | 252 |
| 第三节                 | 行政补偿·····                | 258 |
| <b>第十一章</b>         |                          |     |
|                     | <b>行政诉讼制度</b> ·····      | 265 |
| 第一节                 | 行政诉讼概述·····              | 265 |
| 第二节                 | 行政诉讼管辖与受案范围·····         | 273 |
| 第三节                 | 行政诉讼参加人·····             | 284 |
| 第四节                 | 行政诉讼证据规则·····            | 293 |
| 第五节                 | 行政诉讼程序规则·····            | 302 |
| 第六节                 | 行政诉讼法律适用、判决及执行程序·····    | 317 |
| <b>推荐阅读资料</b> ····· |                          | 334 |
| <b>后记</b> ·····     |                          | 342 |

# 引 言

**内容提要：**引言部分对学习行政法的必要性、如何学习行政法及行政法学的研究对象、行政法的特性、行政法学的学科体系等问题进行了较为详细的介绍。对于了解行政法学是一门什么样的学科具有重要指导意义。

**课程设计：**通过教师对行政法学科的基本介绍，激发学生学习行政法学科的兴趣，引导学生了解为什么法学学科中需要一门行政法学科，启发学生思考我们究竟需要构建一门什么样的行政法学。

## 一、为什么要学习行政法

与民法、刑法等部门法不同，行政法并非某一部法典的名称，而是基于学术分类研究的需要，对某一类具有特定性质的法律规范的总结性概括。行政法主要是研究公共行政问题。

在现代国家，随着社会公共管理和公共服务的需要，行政权与公民权的关系愈来愈密切。一般说来，现代行政的目的是为了实现对国家事务和公共事务的组织与管理，建立和维护一个美好的社会秩序。其具体内容包括：制定行政法规、行政规章，加强行政执法活动；对国家事务和公共事务的设置、控制和调节；对社会组织和成员是否守法进行监督，对违法的行为给予法律制裁；对各种社会关系予以协调；对行政纠纷作出裁判；为公民、法人和其他组织提供公共服务。必须强调的是，现代行政重要的还在于为整个社会或社会的某些方面提供管理和服务，基于这一认识，现代行政应当是公共行政。公共行政包括国家行政和社会行政。因为现代人出生于政府资助的医院，在公立的小学、中学、大学中接受教育，旅行时间在公共交通设施中度过，与外界的联系通过邮局或半公共性质的电话系统进行，喝的是公共自来水，读的是公共图书馆的书，用公共排污系统处理垃圾，在公园中游玩，受公共治安、消防、卫生部门的保护，又在公立医院里离开人世，最后，被埋葬在公共墓地。总之，不管人们在意识形态上多么守旧，或者多么开放，现代人的日常生活总是同政府提供上述和许多其他方面服务的决策等联系在一起，这种联系是挣不脱、割不断的。

可见，人的一生都离不开行政法。行政法影响人的一生，从生到死，非常深远。

我们的日常生活也与行政法密不可分。例如，一早起床，开灯用电，用水洗

脸,开收音机听广播,看电视,清倒垃圾、废弃物,开车上公路,碰上红绿灯,送孩子上学,上班时使用电话、投递邮件,使用政府检验合格的电梯和办公用品、到公园散步等都与行政法有密切关系<sup>①</sup>,也都受到行政法律规范的规制。又如毕业、就业、参加职业培训、从事生产、经营活动,提供信用、劳务,担任公职,也与学位管理条例、劳动就业条例、职业培训条例、反不正当竞争法、银行法、劳动法、公务员法等发生密切关系。再如生病就医、车祸残疾、年老退休、死亡埋葬等,也与保健法、残疾人保障法、劳动法以及殡葬管理条例等法律、法规、规章及其他规范性文件等有密切关系并受到这些法律、法规、规章及其他规范性文件的规制。

总之,行政法包罗万象,对我们的食、衣、住、行、育、业、生、老、病、死都有很大的影响。学习、研究行政法成为我们拥有美好人生,做好一生规划,就业、创业及为人类社会服务的必要条件。至于行政法是法学院校学生必修的法学主干课程,是全国“司法考试”和公务员考试的必考科目,则是学习行政法的次要考虑因素。

以上的认识让我们非常实在地感受到学习行政法学的必要性和重要性。

其实,从法律学的角度来看,为什么需要一门行政法学科这个命题,也涉及对行政法特殊性质的认识。行政法是国家法律体系中的一个重要部门法,调整基于公共行政权力行使而产生的各种社会关系,即行政主体与行政相对方的权利义务关系。其功能在于创设、规范和监控公共行政权力以维护社会公共利益和公民的合法权益。行政法其实就是指如何设置、控制行政权的运行以及如何让行政权服务于社会、服务于民的法,“控权”与“服务”是构建行政法的两个基本价值观念,行政法是控权法和服务法。在控权-服务论的视域里,控权和服务并非简单的并列相加。控权是行政法的先天基因,服务是行政法的后天品格。“控权”要求行政权必须在法律设定的范围内并按法定的程序行使,“服务”要求政府不应仅仅以管理者的身份自居,更应当以服务者的身份去为市民提供各种服务;控权是基础和手段,服务是目的,二者构成良性互动关系。<sup>②</sup>控权-服务论从公共行政的规律入手,通过“控权”和“服务”两个支撑性概念,将行政法的四要素——行政主体、行政权、行政行为和行政法律责任——合理、有序地组织在一起,调和行政与法、科学与规范的基本矛盾,从而科学回答了行政法学基础理论的三个元命题:我们为什么需要行政法?我们需要一部什么样的行政法?我们如

<sup>①</sup> 这些日常生活事项与我们的环境保护法、卫生管理法规、广播电视法规、废弃物处理条例、交通法规、义务教育法、高等教育法、邮电法、公园管理条例等发生密切关系。

<sup>②</sup> 王学辉:《对行政法学基础理论的思考》,《西南政法大学学报》,2002年第3期。王学辉:《控权-服务论——当代行政法的一种认知模式》,载应松年、马怀德:《当代行政法的源流》,中国法制出版社,2006年。



何通过行政法达到目的？正如伯纳德·施瓦茨所说：“它规定行政机关可以行使的权力，确定行使这些权力的原则，对受到行政行为损害的给予法律补偿。”<sup>①</sup>即是说行政法的存在，一是为了控制行政权的肆意运行，二是为了让行政权更好地服务于社会，服务于民。这两个方面同等重要，不可偏废。当以控权-服务论导控行政权时，公共行政之“善治”路径当可了然。其追求的是“政府有界、服务为魂、政府有责、过程可控”，塑造的是一个“和谐行政法”。<sup>②</sup>

## 二、如何学习行政法

行政法的发达史表明，行政法是一门相对比较年轻的学科。行政法产生于西方发达国家，法国是行政法的发源地。其产生与发展是近两百年来事，这与民法、刑法的发展有数千年的发展历史不可同日而语。我们认为，行政法是调整围绕行政活动而形成的各种权利义务关系，控制行政权，确认和保障公民合法权益的各种法律规范的总称。具体说来，行政法是有行政主体、行政职权、行政行为及行政程序、行政违法及责任和救济关系等相应法律规范的总称。学习行政法就是要树立一种公法理念。世界上至今没有一部统一的行政法典，它以散见于各种法律、法规、规章中的大量规范为存在形式，涉及的领域十分广泛，内容丰富多样，且具有很强的变动性，常常是实体性规范与程序性规范相互交织<sup>③</sup>。

在大学中讲授和学习行政法，常常出现的情况是，老师说行政法很难讲，学生说行政法很难学，感到行政法涉及面太广，行政法律规范种类繁多，不知如何下手。学习民法、刑法时因为有成文法典在手，感觉上比较容易把握些。而行政法与民法、刑法不同，因行政法不是制定法名称，而只是一个法学领域名称，导致学生很难捉摸。也就是说，我们没有一部称为“行政法”的法典存在，使得学生们不能像学习民法、刑法那样有目的、有体系地学习行政法。

本书后附有“推荐阅读资料”，为深入学习行政法提供了线索，从而为学好行政法提供帮助。

① [美]伯纳德·施瓦茨：《行政法》，徐柄译，群众出版社，1986年，第1页。

② 当代中国社会正处于转型过程之中，在市场经济条件下，政府职能的转变、政府机构改革以及对行政法基本理论研究的深入已经引起行政法学的基本概念和理论体系革命性变革。现代行政是一种“民主行政、法治行政、服务行政、科学行政、责任行政”，这是市场经济条件下“行政”的基本内涵。它决定了今后我们需要一个什么样的行政法，也决定了行政法的发展方向。以前构架行政法学的平台基本上是对立和管制为前提的，今后我们必须将合作与善治作为构架行政法学的平台，避免将行政法学的研究放在公民与政府对立的层面上。因此，我们所追求的行政法应当是一个“和谐行政法”。

③ 王连昌：《行政法学》（修订本），中国政法大学出版社，1999年，第1页，第4~5页。

### 三、行政法学的研究对象及学科体系

#### (一) 关于行政法学的研究对象

行政法学是以行政法为研究对象的一门独立学科，专门研究行政法现象。即研究行政法现象产生、发展的规律，研究行政法现象的形式、内容和本质，研究行政法现象对社会的影响、作用或功能。如上所述，由于行政法的研究对象非常广泛、繁多，且其法律规范种类较多，调整的是行政主体与行政相对人的权利义务关系。因此，在行政法学上必须将行政法分为两个领域来研究。第一个领域是以行政法的一般原理、原则，行政主体与公务员、行政行为、行政程序、行政责任、行政争议、行政救济（行政诉讼、行政赔偿）等原理、原则性部分为研究范畴，以此范畴为研究、探讨的内涵，有学者将其称为行政法总论、行政法通论或行政法通则。第二个研究领域则是以各个行政部门为研究对象，如警察、交通、建筑、环保、营业、财税、经济、社会、教育、文化、卫生、土地、水利、公务人员、公共事业、地方自治……行政法律、法规、规章和其他规范性文件为研究范畴，又称为部门行政法领域。

本书是以第一个研究领域为研究对象，主要研讨行政法的基本概念，一般原理原则，行政主体理论，公务员法制，行政立法，行政行为，行政程序，行政责任，行政复议，行政赔偿等部分内容，可以称为“行政法总论”。

#### (二) 关于行政法学的体系及学科名称

学术界有不少学者对本来意义上的行政法学科应当包括哪些部分存在较大的分歧，具有代表性的主要有以下几种观点：一种观点认为行政法中包括行政诉讼法，这种观点是我们平常所说的“大体系”；另一种观点认为行政法中不包括行政诉讼法，而将行政诉讼法的有关内容以“司法审查”的方式放在行政法中来介绍<sup>①</sup>，这种体系可以称之为“小体系”。第三种观点认为行政法学应当分为总论和分论两个部分，总论部分讲行政法的基本概念，讲行政执法各领域普遍适用的原理、原则、规则等内容，分论部分研究各种各样的行政行为的内容，研究行政法原理和规则在各具体行政管理领域的运用，将行政诉讼的有关内容作为分论中的一个具体的部门来研究。

其实，中国行政法学理论体系这么多年来基本上经历了从“模糊”到“分立”再到“合一”的发展过程。

自1979年开始恢复对行政法的研究到1989年《行政诉讼法》的制订，这段时间基本上是采用“大行政法学”体系，即将行政法与行政诉讼法合为一个部门

<sup>①</sup> 罗豪才：《行政法学》，北京大学出版社，2000年，第12章。

法学来对待，行政法学中自然包括了行政诉讼法学。分析起来，其主要原因在于当时行政法学界对行政法学的基本理论没有一个明确的认识，行政法学没有自己独立的理论体系。早期学者们基本上先是将行政法直接等同于行政学或行政管理学，把研究重点放在行政组织及其活动的基本原则以及国家干部的管理制度上，行政法保障行政机关管理职能的作用受到重视，而行政法监督与控制行政权的作用则被轻视。1989年《行政诉讼法》颁布后又将行政法的研究重点放在行政诉讼法方面，尤其是行政诉讼法又受到民事诉讼法的影响，这种影响直到现在都还没有消除，以至于我国的行政诉讼法学从来就没有跳出民事诉讼法学的阴影。加之国内法学者们（尤其是从事部门法学研究的学者）多喜欢采取注释性的法学研究“范式”<sup>①</sup>，所以有统一法典的部门法学一般都比较发达，或者说较早地发达了起来。而行政法学在世界各国都没有统一的法典可循，因而其研究（或者准确说其注释性研究）的困难就可想而知。原因之一在于：没有适当的基础理论和研究方法来支撑这个学科向纵深发展，对行政法学的研究对象和研究体系存在一定的分歧。解决这个问题最根本的思考还在于我们为什么需要一个行政法？究竟需要一个什么样的行政法？原因之二在于：中国法学体系构架中，存在着一种错误的划分，就是将宪法之下的基本法律分为三大实体法和三大程序法（早期将程序法直接等同于诉讼法，这种观点现在看来显然是错误的），并进一步认为，刑事诉讼法是为刑法服务的，民事诉讼法是为民法、经济法（早期经济法还没有独立存在）服务的，由此推导出行政诉讼法也应当是为行政法服务的。并且所有的诉讼法都是实体法的附属物，都是“助法”，没有自身独立的价值。多年的理论研究表明，行政诉讼法不是为行政法服务的，而是行政法内在的一个重要组成部分，它是在具体行政行为违法运行后，给行政相对人合法权益造成损害时的一种救济手段或救济途径。它与其他两大诉讼法有着本质上的区别，它不是实体法的保障法和“助法”。因此，从这个意义上说，行政诉讼法改称为行政救济法更能体现设立这个法律制度的根本目的。<sup>②</sup>当然行政诉讼法仅仅是司法救济的一种。因为，在行政相对人的合法权益受到违法的行政行为侵犯时的救济途径还很多，比如行政复议制度，它是国家行政机关对违法行政行为的内部自我纠错的一种监督制度，也属于行政救济制度的一种。

我国第一次在教材中将行政诉讼法与行政法“分立”为两个独立的部门法对

---

<sup>①</sup> “范式”（paradigm）已经成为一个很流行的概念。我们按照其现行习惯用法，用它来表示由某一研究计划回答的一组业已确立的问题。研究领域中，“范式”的用法最初发端于美国科学史学家托马斯·库恩（Thomas Kuhn）有影响力的著作《科学革命的结构》（1962年）。当今中国法学理论研究的“范式霸权”已经相当严重。

<sup>②</sup> 行政法学界已经有学者对此问题进行了有益的尝试，如杨解君：《秩序、权利与法律控制》，四川大学出版社，1995年。刘恒：《行政救济制度研究》，法律出版社，1998年。

待是1988年由国务院法制局审定，中国政法大学出版社出版的“行政诉讼系列教材”。到1989年4月4日《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）制定后，越来越多的学者认识到行政法与行政诉讼法是调整不同法律关系的部门法。行政法调整的是行政主体与行政相对人之间不对等的管理关系和服务关系<sup>①</sup>，而行政诉讼法则是调整以原告身份出现的行政相对人与以被告身份出现的行政主体之间平等的诉讼法律关系。经过多年的教学实践，行政法学与行政诉讼法学在法学院、系终于分开了，成了法学院校学生必须学习的两个部门法学。这种学科划分纯粹是受了三大实体法与三大程序法划分的影响，属于一种没有反映本学科质的规定性的不正常的学科分类。

这几年，行政法与行政诉讼法又合二为一，成为一门法学主干课程。<sup>②</sup>但这种学科分类是否又正常，又准确了呢？我们认为，这种学科分类同样没有反映行政法学本质规定性。比较妥当的认识是：行政法学科名称应当保持不变（即《行政法学》），而不应当是现行“法学主干课程”中所确定的名称——《行政法与行政诉讼法》，只不过行政法学科的体系应当包括三大部分内容：行政实体法、行政程序法、行政救济法<sup>③</sup>。这种分类应当是反映出了行政法学科本身的质的规定性。行政实体法的研究以行政、行政权、行政主体、行政行为 and 行政责任为支撑性的概念，研究行政法的基础理论、基本原理和根本制度；行政程序法的研究以行政、行政权、行政行为、行政权的运行、程序民主、程序正义、行政公正、行政公开、行政效率为支撑性概念，研究行政行为运行过程的法治化、民主化、高效化；行政救济法以行政行为（尤其是具体行政行为）、违法行政，行政侵权、行政争议、行政责任、合法性审查等为支撑性概念，研究对具体行政行为的内部纠错制度（即行政复议）、司法审查制度（我们称为行政诉讼）以及行政赔偿制度等问题。这三大部分共同构成了一个行政行为从产生、运行到实现行政目的再到对违法行政进行行政复议和司法审查，给相对人以法律救济，维护其合法权

① 行政法学界一般都认为，行政法调整的行政主体与行政管理相对人之间的关系是不对等的关系，现在分析起来，这种观点可能不妥。在行政管理学中，行政主体与行政管理相对人的地位是不对等的，是一种管理与被管理、支配与被支配的关系，这种观点是正确的。笔者认为，当这种不对等的关系一旦进入法学领域来调整的时候，成为行政法的研究对象的时候，不对等就不能够理解为地位的不平等，而只能是权利义务的不对等。“法”本身就意味着“平等”、“正义”，行政法也应当属于“法”的一种，“行政”一旦进入“法”的领域，就成为一种“民主行政”、“服务行政”、“责任行政”、“诚信行政”，都必须平等地对待各方参与者（当事人）。

② 当今法学主干课程被人为地确定为16门。我认为其科学性、合理性尚需要有人去论证。

③ 对于这个问题，必须说明两点：一是行政法有其特殊性，既包括实体法的内容，也包括程序法的内容；二是使用“行政诉讼法”这个概念，还是使用“行政救济法”这个概念？我认为使用“行政救济法”这个概念更好一些，行政救济法中既包括“行政诉讼法”，也包括“行政复议法”和“行政赔偿制度”。郑州大学法学院按这种学科体系主编的一套行政法教科书，应当是一种有益的尝试。

益。这是行政权运行的一个完整过程。当然这个过程分成了几个大的阶段。一般情况下，只要国家行政机关的工作人员依法行政，一般进行到行政机关作出行政决定就可以完结。只有在行政机关不依法行政给相对方合法权益造成了损害的时候，才会走到救济（行政复议和司法审查）这一步。

#### 四、本书的篇章结构与特色简介

很显然，中国行政法学的理念和体系还处于逐步成熟的过程中。

根据近年来国内外行政法学的发展状况，结合我们对行政法的目的、作用、基本理论、价值取向的思考，再参考行政法教科书的传统做法，从而构思一个相对合理的体系。

本书编排体系上分为十一章，体系设计和内容编排在近年的行政法教材中也颇具特色：

(1) 专门讨论了行政法学的“基本概念”，对建立在计划经济条件下的行政法学的“基本概念”的内涵进行了重新的认识，赋予了其在市场经济条件下行政法学“支撑性概念”本身应当具有的内涵。

(2) 第一次在教材中专门介绍了行政法的解释与适用问题。

(3) 根据现有外国最新资料，对外国行政法及行政法学近几年的发展情况作了客观的介绍。

(4) 将行政行为部分的写作弱化。全书仅用一章的内容来分析抽象行政行为和主要的具体行政行为，突出各种行政行为的特征及质的规定性即可。以前的教材中，行政行为部分的内容几乎占了全书的一半，这是一种不正常现象，虽然行政行为在行政法学中地位重要，但也不至于在行政法学中只研究行政行为问题。

(5) 第一次在行政法学教科书中介绍了“入世”对中国行政法律制度的影响问题，供大家参考。

(6) 第一次在行政法教科书中介绍了“构建法治政府”的相关内容。

#### 作业题：

##### 一、简答题

1. 简述行政法的特殊性质。
2. 论行政法在法律体系中的地位和作用。
3. 请同学思考，中国究竟需要建立一个什么样的行政法学？

##### 二、材料分析题

1. “……政治自由只在宽和的政府里存在。不过它并不是经常存在于政治宽和的国家里；它只在那样的国家的权力不被滥用的时候才存在。但一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇

有界限的地方才休止……”

——摘自〔法〕孟德斯鸠著：《论法的精神》，商务印书馆，1961年，第154页。

请阅读以上文字，从行政法学的视角分析该段文字所包含的行政法原理。

2. 春节前，要买到一张回家的火车票是许多人关心的问题。针对春运期间买票难、买票苦的现象，每年的“两会”期间，都有人大代表提出火车客运实行“实名购票制”的议案。2005年12月28日《新京报》刊发《中国铁路要更多担当公共责任》的社论，指出铁路运输必须改革，包括完善公平的票源有效流通机制，以机制创新遏制机构利益的膨胀。可以说，“火车票实名制”问题已是一个引起各界广泛关注的社会问题和法律问题。请你评价“火车票实名制”。

3. 2006年8月11日下午，北京海淀区科贸大厦西北侧的街道马路边，一名无照小贩冲向没收其崭新三轮车的城管人员，并将其捅死。该小贩甘愿采取如此极端的手段，说明其绝望的心情无法释怀。在这样一类的事件当中，涉及三个方面的法律问题值得思考。一是街道的法律属性该如何认定？二是小贩是否享有在街道等公共场合摆摊的权利？三是城管权力的行使是否正当合理？就这三个问题谈谈你的看法。

## 第一章 行政法学概述

**内容提要：**本章对行政法学的基本概念、行政法的法源、行政法的解释与适用、行政法及行政法学的历史发展、加入 WTO 对中国行政法的影响、法治政府建设等问题进行了全面的介绍。这部分内容是行政法学的基础问题。

**课程设计：**学习本章需要达到的目的包括以下三点：第一，在于掌握行政法学的基本概念，包括行政、行政权、行政主体与行政相对人、行政行为等等。因为行政法学科的“基本概念”是行政法学科的基石，是构建、认识和发展行政法学科的基础。第二，熟练地掌握行政法的各种法源，包括成文法源和不成文法源，在此基础上充分理解行政法的解释和适用的相关知识。第三，对加入 WTO 对中国行政法律制度的影响及中国目前法治政府构建有一定的了解。总之，通过本章的学习，学生必须能够掌握行政法学的概况，熟悉行政法的框架，了解行政法学科产生和发展的过程，为今后的学习打下坚实的基础。对本章以教师讲授为主，学生参与讨论为辅。

### 第一节 行政法学的基本概念

行政法学科的“基本概念”是认识、构建和发展行政法学科的基础。学习、研究行政法学必须首先对行政法学科的基本概念的内涵作出一个相对合理的认识。

根据一门严格意义上的社会科学的一般要求，我们认为，行政法学的“基本概念”应当包括：行政、行政权、行政主体与行政相对人、行政行为、行政程序、行政决定、违法行政与行政责任、行政纠纷与行政争议、行政复议与行政诉讼、行政赔偿等。下面对这些基本概念的外延和内涵进行分析。

#### 一、行政

行政法是关于行政权法治化的法律，这里所说的“法治化”，应当是指行政权设计、运行都是依法进行的。而“行政”这个概念是认识行政法相关问题时的一个中心概念，对行政概念的研究是探讨行政法概念及基本理论的起点。“行政”的含义，有从政治的观点去了解的，有从管理的观点加以探讨的。

从抽象的词义上理解，行政（administration）范围涉及一切控制、指挥、

执行和管理活动，原意是“执行事务”。它经常与“执行”（executive）、“管理”（management）、“执行”（performance）在相同的意义上使用，“行政”一词通常特指“公共行政”（administration of public affairs），这种含义的“行政”与行政法密切相关，即是说，行政法学上的“行政”是指“公共行政”，它包括“国家行政”和“社会行政”两个部分。中外行政法学著述也都是从这种角度来使用和研究“行政”这一概念的。其基本内容可表述为：一定的社会主体（个人或组织）——基于为实现某种特定目标而聚集起来的社会群体，在变革客体的过程中所进行的组合、控制和协调活动的总称。

行政的含义，学界将其分为“一般意义上的行政”和“行政法上的行政”。就一般意义上的行政而言，是指执行事务或政务的组织与管理。行政法上的行政则有着特定的含义。对于行政法学中“行政”的具体含义，观点很多，无论国内还是国外均未形成完全统一的见解。

近代意义的行政是国家权力分立的产物，而现代国家权力又表现为交叉和混合的状况，这使得对行政含义的确立显得十分困难，因而至今未能有统一定论。但不可否认，最早从行政法的角度研究行政并进行理论上的阐述是大陆法系的法学家，他们将行政分为形式意义上的行政和实质意义上的行政、广义上的行政和狭义上的行政。形式意义上的行政是指行政机关从事的活动，实质意义上的行政则是指除去立法和司法行为以外的其他职能行为；广义上的行政是指国家行政机关的全部活动，狭义上的行政是指除去立法和司法行为以外的行政机关的活动。

究竟什么是行政呢？第一种观点认为：行政是国家意志的执行，是与国家政治功能相对的概念。这个观点源于美国早期行政法学家 F. J. 古德诺的政治与行政二分说。古德诺认为，任何政府体制都具有国家意志的表达功能和国家意志的执行功能这两种基本功能，而政治就是国家意志的表达，行政则是国家意志的执行。制定政策是政治，执行政策则是行政，政治与行政应分立。第二种观点认为：行政是国家立法、司法以外的其他国家职能活动（行为）。这是孟德斯鸠三权分立学说在国家制度上的一种反映和结果，人们通常称为“排除说”或“形式意义上的行政说”。与这种观点相对应，第三种观点认为：行政是为了达到某种公益目的而逐日进行的具有连续性的具体活动，立法是制定普遍性规则的活动，司法是适用法律解决争议的活动。这种观点也是建立在国家职能的分工、国家作用的分类的基础上的，故人们通常称之为“实质意义上的行政说”。第四种观点认为：行政是国家管理。东欧国家对行政的定义倾向于这种理解，认为国家管理是以执行指挥职能为其活动的特征，活动的组织性是其首要的、本质的特征。他们采用这种演绎方法：行政—国家管理—执行指挥职能—实施实际的组织活动。第五种观点认为：“行政”发展到现代社会，应称为“公共行政”。它是指“运用管理的、政治的、法律的理论及方法，去执行政府在立法、行政及司法方面给予



的权力，为整个社会或社会的某些方面提供管理和服务。”<sup>①</sup>

中国对于“行政”概念的理解，大多以马克思在《评“普鲁士人”的“普鲁士国王和社会改革”》一文中对行政归纳的著名论断“行政是国家的组织活动”为出发点。这一定义不是他在专门论述行政法和行政学时作出的，该定义高度概括，马克思对此也没有作出进一步的解释。这只是侧重于对抽象的行政活动的质的规定性进行的阐述。显然国家的组织活动远远不只是行政的特定意义，而且行政的内容也不仅仅只是“组织”。

我们认为，现代行政是指国家行政机关依法对国家事务和公共事务的决策、组织、管理、协调的活动，是为整个社会或社会的某些方面提供管理和服务。它至少包括以下这样几层含义：

第一，行政是一种国家职能。

国家职能的根本特征在于国家强制力，行政是一种国家职能，是国家行政机关通过各种方式或手段迫使（或说服）管理相对方服从国家意志，从而使社会按照既定的方向和轨道运行的一种活动。

第二，行政是国家行政机关和法律法规规章授权组织实施的活动。

行政是由国家行政机关和法律法规规章授权组织实施的管理活动，非行政机关原则上不能进行行政意义上的行政活动。它以国家强制力作为后盾，在行政机关未作出变更或被依法撤销之前，行政相对方必须服从，并承受该行为产生的后果。

第三，行政是通过决策、组织、管理、协调、提供服务等手段来实现的。

行政作为一种国家活动不是任意而为的，它是行政主体实施国家行政权的活动，实施国家行政权具体包括决策、组织、管理、协调、服务五个方面。

第四，行政必须是依法进行的活动。

行政必须依法进行，这是现代行政的基本要求，也是现代国家行政的基本原则，一切行政都必须在法律的范围内进行，不能违反法律，也不能超越法律的规定，即便是行政机关的自由裁量行为也必须在法律明示授权或消极默许的范围内进行，否则便构成违法或不当。

行政的内涵有一个随着时代发展变化的过程，为了能够准确认识行政的内涵，可将行政分为传统行政和现代行政，尤其是在现代社会，作这种认识具有重要意义。在中国，这里所指的传统行政主要是计划经济体制之下的行政，我们以前的，甚至于今天的行政法学的基本理论、学科体系及一些具体制度基本上是在传统行政的支撑点上的，最典型的表现就是对行政内涵的认识：认为行政就

<sup>①</sup> [美] 理查德·D. 宾厄姆：《美国地方政府的管理：实践中的公共行政》，九洲译，北京大学出版社，1997年，第1页。