

面向21世纪高等学校法学教材

行政法 与行政诉讼法

张 弘 著

辽宁大学出版社

面向 21 世纪高等学校法学教材

行政法与行政诉讼法

张 弘 著

辽宁大学出版社

©张弘 2004

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法与行政诉讼法/张弘著. —沈阳: 辽宁大学出版社, 2004

ISBN 7-5610-4700-2

I. 行... II. 张... III. ①行政法—研究—中国②行政诉讼法—研究—中国
IV. ①D922.104②D925.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 100796 号

出 版 者: 辽宁大学出版社出版

(地址: 沈阳市皇姑区崇山中路 66 号 邮编: 110036)

印 刷 者: 辽宁大学印刷厂

发 行 者: 辽宁大学出版社

幅面尺寸: 170mm×228mm

印 张: 53.875

字 数: 1 000 千字

出版时间: 2004 年 10 月第 1 版

印刷时间: 2004 年 10 月第 1 次印刷

责任编辑: 郭胜鳌

封面设计: 邹本忠

责任校对: 何 成

定 价: 65.00 元

联系电话: 024-86864613

邮购热线: 024-86851850

Email: mailer@lnupress.com.cn

http: // www. lnupress. com. cn

序 言

我写书一般没有“序言”，如果需要也只有一个简要的“说明”，很少写具有吹嘘性的“序言”是我一贯的做法。但这次我要破例，写个序吹吹自己，也捧捧这本书。

作为一名行政法与行政诉讼法教师，除了讲课和讲好课，我已写了多部行政法或行政诉讼法教科书，但每每新书出版品评一段后，总觉得不甚满意，于是总下决心让下一个成为最好。就这样我迎来撰写这部书的时机。

本书是根据教育部关于全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求撰写的行政法与行政诉讼法学教科书，是我近15年从事行政法与行政诉讼法教学科研工作经验的总结，也是为适应新时期多层次读者（特别是大学本科生和研究生）的求知特点而撰写的。它采用了法学院行政法与行政诉讼法课程的讲授方法，使学生拥有一部真正意义的教科书。

本书无论是在结构方面还是在内容方面，我都做了有益的探索，与国内同类教材相比，有其自身的特点：

其一，本书力求用流畅易懂的文体，阐述深奥的行政法与行政诉讼法的全部论题，做到深入浅出，以理论事和以事说理并重。

其二，体例结构新颖。本书以专题形式表现内容，并没有采用以往的章节方式。每篇都根据情况分别由主文、问题讨论、事例分析、法条分析或阅读材料等几部分组成，由阅读者根据自己的需要选择。

其三，内容求新、知识含量大。本书的撰写除已成定论或约定俗成的基本理论外，又吸收了新颁布的《立法法》和行政诉讼法司法解释、《行政许可法》的内容，以及目前研究的理论成果。内容不仅涉及国内行政法、行政诉讼法的基本理论与实践，而且还对国内外相关知识作了必要的介绍。

其四，注重启发学生思维。本书试图以尽可能简明的话语概括和包容最大的学术信息量，而所设计的问题分析与事例讨论，又旨在激发学生的学习兴趣和培养其创新精神。

其五，对亟待立法的内容，本书斗胆“以身试法”，或对该立法进行展望或

对该立法进行设计，以求为立法提供支撑与支持。

更重要的是，本书对些许行政法与行政诉讼法的理论和实践问题，大胆尝试提出自己观点，并进行论证。这些“创新尝试”主要表现在以下方面：

1. 提出并论证“非权力行政”。
2. 对行政权的内涵进行界定，认为行政权是一个多元概念，内容复杂而广泛、形式多变又多样。
3. 首次在教材中论述公民权利在行政法上的地位。
4. 认为调整行政关系的原则，也是行政法的内容。
5. 我认为，行政法律关系客体不仅包括物（包括智力财富）、行为，而且还包括人身。
6. 使用行政法基本理念概念涵盖传统的行政法基本原则和规范。
7. 认为行政组织应是行政主体与行政机关的微观结构或微观状态。
8. 从这几年行政法治的发展规律看，行政授权主要是授予行政机关以外的社会组织；而行政委托则主要是委托另一行政机关。
9. 对行政行为的主体进行区别分析，认为行政行为的主体与行政主体不同，同时，行政行为的主体不仅包括行政主体，还包括行政机关公务员。
10. 对行政行为效力内涵进行界定，认为行政行为效力是指行政行为成立后，该行为所承载的一种法律强力保护的力量状态。
11. 对违法行政行为的效果进行了三种判断：对明显严重的行政违法行为，由于容易判断，故直接判断其无效；对一般行政违法行为，由于不容易判断，故先对其撤销，后无效；对轻微行政违法行为，判断其有效，但需经补正。因此，通过导入三种违法行为模式的不同法律后果与法律救济，确立了行政行为新的范畴联接点。尤其是行政行为的补正的提出。
12. 提出行政瑕疵行为概念。我认为行政瑕疵行为是指行政行为在形式、程序与程度上没有完全符合法律精神及原则要求或条件，可以利用补救方式来完善的一种行政行为。
13. 侧重研究行政立法以外的其他规范性文件，认为实践中它是重要的执法根据。
14. 全面阐述行政证据。
15. 提出我国行政诉讼的目的惟一性：保护相对方合法权益。
16. 确立从行政争议角度研究行政诉讼，有独到之处。
17. 我认为应由检察院以国家公诉人的身份提起公益诉讼。
18. 提出行政诉讼中地域管辖原则由原告就被告改为原告、被告处法院都有

管辖权。

19. 提出原告的概念是“与具体行政行为有法律上的利害关系的公民、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”

20. 提出行政诉讼中“谁行为，谁被告”的观点。

21. 我认为，行政诉讼起诉期限等不属于行政诉讼起诉条件。

22. 对行政诉讼判决方式进行研究，建议取消“维持判决”。

23. 我认为，原告的举证责任实际上是原告履行的举证义务，而非举证责任。

.....

虽然我国行政法学的发展已有20余个年头（从1983年出版《行政法概要》算起），行政诉讼法学的发展也已有15个年头（从1989年颁布《行政诉讼法》算起），但我一直认为，这两门法学还没有“长大成人”，在走向成熟的路上，还显得“幼稚”。尤其是由于行政法学的基础理论还未真正建构，导致行政法学大厦难以矗立，行政法学体系也五花八门；行政主体理论的实用主义倾向，造成与国外大相径庭；行政行为理论的非针对性又造成有时又解决不了实际问题；行政法制监督效力低下，与其他监督不配套，一直未解决；行政救济——行政复议机构的非独立性，造成行政复议形同虚设。而行政诉讼由于体制方面的原因，仅给出一个“民可以告官”的观念是远远不够的，没有实现设立的初衷，也没有实现人们的厚望；而国家赔偿连低层次的正义都没达到，更令人们对法治产生怀疑。而这一切也使人们对行政法学和行政诉讼法学的学者都忙活了什么，产生了疑问。对行政法学和行政诉讼法学到底有什么用，产生了置疑。这样看来，我国行政法学和行政诉讼法学存在的问题就不但在于“幼稚”了。

我认为是缺乏一种勇气：一种敢于怀疑的勇气；一种敢于创新的勇气；一种敢于批评的勇气；一种不解努力的勇气；一种敢于承认不足的勇气。最后，在这种勇气的砥砺下，做一块石头，去构筑行政法学大厦的地基，而不是去奠基。我们这一代行政法学和行政诉讼法学人，注定要成为基石，而不仅仅是奠基时那块石头。

虽然我本人是这样想的，却没有真正这样做。如今我努力将想到的，变成做到的，试着在撰写这部书进行尝试，进行“勇气”武装，希望你能从字里行间嗅到一点“勇气”。

由于本书在很多方面做了新的尝试，一些做法和观点可能不尽成熟，不妥之处在所难免，恳请广大读者批评指正。

著者：张弘

2004年7月1日

目 录

上编 行政法

第一专题	行政法基础理论	3
第1篇	行政法的理论基点	3
第2篇	行政法的现象	23
第3篇	行政法的法源	54
第4篇	行政法的解释与适用	66
第5篇	行政法关系	73
第6篇	行政法的基本理念与原则	95
第7篇	行政法学	131
第8篇	行政法学理论基础	144
第二专题	行政主体与行政相对人	153
第1篇	行政主体基本理论	153
第2篇	行政机关	172
第3篇	被授权的组织和被委托的组织和个人	182
第4篇	行政机关组织法	187
第5篇	行政编制法	195
第6篇	公务员	200
第7篇	行政相对人	214
第三专题	行政行为	224
第1篇	行政行为基本理论	224
第2篇	抽象行政行为	255
第3篇	具体行政行为	275
第4篇	行政许可	314
第5篇	行政强制	333

第6篇	行政处罚	342
第7篇	行政合同	375
第8篇	行政指导	396
第四专题	行政程序	413
第1篇	行政程序概述	413
第2篇	行政程序法	427
第3篇	行政程序法的历史及发展	432
第4篇	行政程序法的基本原则	437
第5篇	行政程序法的基本制度	444
第6篇	行政程序中的证据规则	454
第7篇	行政程序的法典化	457
第五专题	行政违法与行政责任	465
第1篇	行政违法	465
第2篇	行政责任	483
第六专题	行政法制监督	492
第1篇	行政法制监督概述	492
第2篇	权力机关的监督	495
第3篇	司法机关的监督	498
第4篇	行政监督	500
第5篇	非国家监督	509
第七专题	行政赔偿	512
第1篇	行政赔偿概述	512
第2篇	行政赔偿归责原则及构成要件	519
第3篇	行政赔偿的范围	527
第4篇	行政赔偿请求人和赔偿义务机关	538
第5篇	行政追偿制度	545
第6篇	行政赔偿程序	550
第7篇	行政赔偿的方式和计算标准	557
第8篇	行政赔偿制度完善论纲	559
第9篇	行政补偿	564
第八专题	行政复议	578
第1篇	行政复议概述	578

第2篇	行政复议的基本原则·····	583
第3篇	行政复议的范围·····	585
第4篇	行政复议主体·····	592
第5篇	行政复议的管辖·····	597
第6篇	行政复议参加人·····	600
第7篇	申请与受理·····	603
第8篇	行政复议审理·····	606
第9篇	行政复议决定与执行·····	609
第10篇	行政复议制度的完善·····	613

下编 行政诉讼法

第九专题	行政诉讼基本理论·····	621
第1篇	行政诉讼概述·····	621
第2篇	行政诉讼法律关系·····	642
第3篇	行政诉讼法的基本原则·····	646
第4篇	行政诉讼类型·····	657
第十专题	行政诉讼受案范围·····	665
第1篇	行政诉讼受案范围概述·····	665
第2篇	行政诉讼受案范围的具体内容·····	668
第3篇	外国行政诉讼受案范围的立法体例及内容·····	675
第4篇	我国行政诉讼受案范围完善研究·····	680
第十一专题	行政审判组织及诉讼管辖·····	693
第1篇	行政审判组织·····	693
第2篇	行政诉讼管辖概述·····	698
第3篇	行政诉讼管辖的种类及内容·····	701
第十二专题	行政诉讼参加人·····	711
第1篇	行政诉讼参加人概述·····	711
第2篇	行政诉讼原告·····	714
第3篇	行政诉讼被告·····	719
第4篇	共同行政诉讼人·····	723
第5篇	行政诉讼第三人·····	725

第6篇	行政诉讼代理人	727
第十三专题	行政诉讼证据	730
第1篇	行政诉讼证据概述	730
第2篇	行政诉讼的举证责任	735
第3篇	行政诉讼证据的提供、调取与保全	740
第4篇	行政诉讼证据的质证与审核认定	745
第十四专题	行政诉讼的法律适用	751
第1篇	行政诉讼的法律适用概述	751
第2篇	行政诉讼法律适用的冲突及适用规则	754
第十五专题	行政诉讼第一审程序	760
第1篇	第一审程序概述	760
第2篇	起诉与受理	763
第3篇	行政诉讼的审理	769
第4篇	第一审程序中几种特殊情况及处理	775
第5篇	判决、裁定、决定	781
第十六专题	行政诉讼第二审程序	792
第1篇	第二审程序概述	792
第2篇	上诉的提起、受理和撤回	796
第3篇	上诉案件的审理和裁判	801
第十七专题	行政诉讼审判监督程序	805
第1篇	审判监督程序概述	805
第2篇	审判监督程序的提起	808
第3篇	再审案件的审理和判决	812
第十八专题	其他行政诉讼	815
第1篇	行政附带民事诉讼	815
第2篇	行政赔偿诉讼	823
第十九专题	行政诉讼执行程序	830
第1篇	一般行政案件的执行程序	830
第2篇	非诉行政案件的执行程序	840
第3篇	财产保全与先行执行	845

上 编

行 政 法

第一专题 行政法基础理论

第1篇 行政法的理论基点

一、行政法基本范畴——行政

(一) 行政的含义

“行政”一词的英文是 Administration，源于古希腊文 Administrare，原意为“事务的执行”。两千多年前古希腊著名学者亚里士多德就曾使用过“行政”这一术语。“行政”在中国古代指执掌政务。《史记·周公》：“召公、周公二相行政”。《左传》也有“行政政事”、“行其政令”的说法。

“行政”一词在日常生活中涵义较多，一般是指“执行事务”、“政务的组织和管理”等。在此意义上，行政又通常可分别表示国家与公共事务的行政和社会组织、企业的行政两种。行政法领域的行政是指国家与公共事务的行政，相对社会组织、企业的“私人行政”而言，通称为“公共行政”。

根据我国对“公共行政”意义上的行政概念适用的实际情况，行政可指两不彼此相关的事物：一是指国家与公共事务的决策、组织、管理和调控；一是指承担国家公共事务的决策、组织、管理和调控这一类职能的行政机关。

【问题思考】

国家行政、公共事务行政、公共行政、私人行政之间有什么联系和区别？

近代意义的行政是国家权力分立的产物，而现代国家权力又出现交叉和混同的状况，故要确定行政的涵义十分困难，国内外学者至今从未形成统一的见解，各有各的说法。现将几种主要观点介绍如下：

1. 国家意志执行说

这个观点源于美国行政学家古德诺的政治行政二分说。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

是行政，政治与行政应分立。^① 这种观点在议会主权国家盛行“管理最少的政府是最好的政府”的时代，有一定的理论和规范价值。因为，相对于“至上”的议会来说，行政是国家意志的执行，能反映现实关系并有利于控制行政。但在现代，不同等级行政机关都有决策活动，只是决策的层次、范围、效力的等级不同罢了。行政在其活动的范围内，可以说既是国家意志的表达，又是国家意志的执行。强调行政是国家意志的执行已与实际不相吻合，也不利于促进行政积极、有效地实现和保障公共利益。

2. 排除说

这种观点认为，“行政是指国家立法、司法以外的一类国家的职能”^②。或者说是除立法作用、司法作用以外的所有国家作用。这是对行政的一种消极定义，这种观点建立在三权分立的基础上，以行使国家职能的机关作为划分国家职能的标准，人们通常称为“排除说”、“蒸馏说”。虽然该学说并未说明行政本身是什么，但对于行政的范围做了形式上的界定。这种定义有一定价值。由于现代行政的发展，出现了职权的交叉、混合，同样一个行政机关，可能同时具有行政职能、准立法职能和准司法职能。所以，用“严排除说”来表述行政的含义则不够恰当、准确了。

3. 形式意义说

这种观点是根据行使国家职能的机关来区别国家职能并确定公共行政范围的，即立法机关从事立法职能，审判机关与检察机关从事司法职能活动，行政机关从事行政职能。按照这种观点，行政机关的职务活动大部分是形式意义上的行政，如行政许可、行政处罚等。而实际上，行政立法、行政司法的广泛运用，已突破了行政机关单一形式意义的行政形式。

这种以形式意义来界定什么是行政行为，忽视了其他国家机关也可以有执行实质的行政行为的可能性。例如，负责立法的各级人民代表大会，在推动工作时，也不可避免地必须有管理的权限。负责司法的各级法院，也像行政机关一样，应该拥有管理所属人员、接受人民诉讼的许多管理权限，这是典型的司法行政行为。即使国家行政机关所执行的行为，也不是当然都属于行政行为。例如，行政机关所为的民事行为（买卖物品、租用房屋）都不能属于行政行为。甚至，某些行政行为，行政机关不自己执行，却委托公民或其他组织（私法人）来执行时，这种“委托行政”，也不妨碍可以属于行政行为。所以只以行政机关的行为

① 参见〔美〕古德诺著《政治与行政》，华夏出版社1987年8月版，第4章。

② 罗豪才主编《行政法学》，北京大学出版社1996年版，第2页。

作为认定行政的概念，并非妥当。^①

4. 实质意义说

“实质意义的行政概念，乃就功能而来取舍。凡是所有国家行为中，含有行政性质者，皆谓之行政行为。这是采取实事求是的态度，也是用归纳法的方式来确定。”^②

这种观点是以职能活动的权力内容和特点来确定公共行政的范围。即制定普遍性行为规则的职能活动就是立法活动；运用法律规范解决法律纠纷和争议的职能性活动就是司法活动；运用组织管理手段处理国家以及社会事务的职能性活动就是行政活动。如行政立法、行政复议、行政裁决。除此之外，实质意义上的行政还包括行政机关以外的其他社会组织依授权或委托所从事的某些行政活动，并不以行政机关为限。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，但它以国家职能的实质内容和目的作为区分标准。

这种观点对于理解行政及立法、司法活动的特征有较大意义，但由于其所描述的行政除主要指向行政机关的管理活动外，还包括立法机关、司法机关内部的行政管理，而又不能涵盖行政机关行使准立法职能、准司法职能活动，故这种观点也存在着较大不足。

5. 国家组织说

马克思认为：“行政是国家的组织活动”。马克思的这个论断分为三层意思：行政首先是一种活动，然后是国家的活动，最后是国家的组织活动。它揭示了“行政”的两个特征：其一，行政的主体是国家，而不是私人团体和其他社会组织；其二，行政的方式是组织活动，而不是立法活动和司法活动。马克思在这里将“行政”从各种纷繁的社会现象、不同的国家职能中区分开来。^③

6. 管理说

这种观点认为：行政即管理，就是行政管理活动。这个观点流行于我国。其优点是简明扼要，通俗易懂。但是，“行政”与“管理”在一定意义上是同等概念，用管理来确定行政并没有充分表述行政的涵义，需要做补充和解释，例如，美国《社会科学辞典》解释说：“行政为国家事务的管理”。萨弗里兹编的《公共行政辞典》解释：行政是政府事务的管理和指导。^④

① 陈新民著《中国行政法学原理》，中国政法大学出版社 2002 年 10 月版，第 13 页。

② 陈新民著《中国行政法学原理》，中国政法大学出版社 2002 年 10 月版，第 13 页。

③ 熊文钊著《行政法学原理》，法律出版社 2000 年版，第 7 页。

④ 萨弗里兹编《公共行政辞典》，1985 年英文版，第 8 页。

德国行政法学家毛雷尔教授将行政描述为四个特征^①：

- (1) 行政为一种社会形成，以社会大众共同生活为对象；
- (2) 行政以公益为导向，同时必须兼顾私益；
- (3) 行政为一种主动的、以未来为导向的形成，并使抽象的法律及法律目的在具体个案中实现；
- (4) 行政是使个案或特定计划实践的具体措施。

我认为，确定行政的含义离不开对现代行政特点的认识。现代行政已从单一的行政管理模式发展到多维形式、从管理行政发展到服务行政，乃至福利行政。它是形式意义行政与实质意义行政、积极行政与消极行政、规制行政与给付行政、强制行政与非强制行政的有机结合。

因此，我认为，行政的含义是行政机关及法律法规授权的组织、委托的组织及个人依法对国家与公共事务的决策、组织、管理、调控、服务、提供福利等活动的综合。这个定义包含以下几层意思：

- (1) 行政活动的主体主要是行政机关，同时还包括法律法规授权的组织、委托的组织及个人；
- (2) 行政活动的范围逐步扩大，现代行政已不限于管理国家事务，而是越来越广泛地管理公共事务；
- (3) 行政活动的目的是对国家事务和公共事务的组织、管理、服务或提供福利，即实现一种行政秩序；
- (4) 行政活动的方法和手段是多种多样的，包括决策、组织、管理、调控、服务等；
- (5) 行政的本质在于行政是执行法律的活动，相对于立法而言，处于从属地位。

正是这些方面，使行政与立法、司法、检察存在着原则的区别。

(二) 行政的分类

为了更加深入地理解行政的本意，有必要通过初步分类了解行政的不同表现形式，把握其固有的规律，从而达到准确规范的目的。

1. 积极行政与消极行政

这是根据行政的目的和表现方式不同所做的分类。

(1) 所谓积极行政是指行政机关积极主动地实施行政行为，对相对方的权利义务不产生直接影响的活动。如行政规划、行政指导、行政咨询、行政建议等。

^① 陈新民著《中国行政法学原理》，中国政法大学出版社2002年10月版，第17页。

(2) 所谓消极行政是指行政机关不得已而实施的行政行为，对相对方的权利义务产生直接影响的活动，如行政命令、行政处罚、行政强制措施等。

区分两者的意义在于，对积极行政重点应控制其作为性违法，防止越权行为发生；而对消极行政应重点防范其行政不作为。

【事例说明】

交通警察如果在行人还没有违反交通法规之前就主动采取提示、告诫等措施，预防违反交通法规行为的发生，属于积极行政；反之，如果在行人违反交通法规之后，再采取行政处罚措施，属于消极行政。

除此之外，请再举例说明。

2. 规制行政与给付行政

这是根据行政的性质不同所做的分类。

(1) 所谓规制行政是指以限制规范公民和组织的权利、自由的方式达到行政目的的行政行为。如食品药品规制、交通规制、建筑业规制就属于这一类。

(2) 所谓给付行政是指行政机关通过给予公民、组织利益和便利等方式实现行政目的的行政行为。如政府提供社会福利、社会保障、建设道路和桥梁、修建游乐园等。

区分两者的意义在于，规制行政与给付行政是近十年来西方国家行政职能的形象总结，^① 有利于分析不同领域行政的特征。然而，这种划分不是绝对的，如对于税务行政而言，从征收税金的方式角度来看，它属于规制行政，从税金的使用目的来看，它又属于给付行政。

3. 强制行政与非强制行政

这是根据行政方式的不同所做的分类。

(1) 所谓强制行政是指通过强制性的支配力量达到行政目的的行政行为。传统行政大多数属于强制行政，如行政处罚、行政强制措施等。

(2) 所谓非强制行政是指通过非强制方式，诸如劝告、建议、指导、合同等方式实现行政目的的行政行为。

划分两者的意义在于，承认行政的非强制性，有利于对行政的全面认识，是行政内容与形式多样化之必然，也有利于行政执法者改变单一的行为方式，更有利于改善政府与群众的关系。这种划分与规制行政和给付行政有某种相对应的关系。但是，并非所有的规制行政都采用强制方式，交通规制中常采用指导、劝告等非强制方式。给付行政有时也采用强制方式，如行政机关颁发许可证就是强制

^① 参见马怀德主编《行政法与行政诉讼法》，中国法制出版社2000年版，第5页。