

高等教育法学主干课程基础教材应试系列

①

司考入门之路

中国行政法学

◎ 林鸿潮 著

THE PEOPLE'S COURT PRESS 人民法院出版社

高等教育法学主干课程基础教材应试系列
——司考入门之路（一）

中国行政法学

林鸿潮 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国行政法学/林鸿潮 著. —北京: 人民法院出版社,
2006.5
(高等教育法学主干课程基础教材应试系列——司考入门之路)
ISBN 7-80217-278-0

I. 中… II. 林… III. 行政法学—中国—高等学校—教材
IV. D922.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 044505 号

中国行政法学

林鸿潮 著

责任编辑 林志农 张维炜 张彦春
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 85250563 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 保定市印刷厂
经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 16
字 数 298 千字
印 张 16
版 次 2006 年 5 月第 1 版 2006 年 5 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80217-278-0
定 价 25.00 元

版权所有 侵权必究

序

近年来，各地政府在行政管理和行政执法过程中出现了一系列典型事例和新颖做法，如推行政府雇员制，公安机关鼓励市民拍摄交通违章照片作为查处违章行为的线索，政府机关出台规章来确保公众参与环境评价，人事行政机关组织民营企业家长到高校深造，有关机关组织市民对行政机关评议打分，城市管理中采用“呼死你”的电子手段来治理街头小广告，等等，都引起很大的争论，很多人对此不理解、不容忍，暴露出一些人在观念上还存在“戴旧眼镜看新事物”的问题。如同 20 多年前某些人对待经济体制改革探索创新举措的僵硬态度那样，此类教训值得我们认真记取。我们应当以更开放的眼光去看待，以更宽容的心态去对待行政管理和法制改革的创新举措。要积极推进并不断深化行政管理体制改革，就必须全面认识行政管理革新的大背景、大趋势、突破口：这个大背景就是改革正在深化和科技革命的到来；这个大趋势就是以人为本的柔性管理的日益广泛推行；这个突破口就是行政管理和法制运行的方式方法创新。为此，一方面，行政机关要学习企业经验（这是一般规律）；另一方面，行政机关也要进行自主创新（这是新的要求）。行政机关自主创新的两大基本原则是：选择性、赋权（权利）性规范和制度创新可宽松；限权（权利）性、禁止性规范和制度创新应谨慎；而行政机关自主创新的主要方式方法，就是指导、协商、合作、奖励、资助……故须注重绩效，重构服务、平等、激励机制，需要立法、制度、政策、环境的支持保障。而且，首先需要付出“学习的成本”，建设学习型的行政机关和行政相对人。必须深切地认识到，我国的行政法和行政法学正处于转型发展的过程中，诸如行政法的理念、主体、行为、方法、程序、监督、救济等等，都前所未有地发生着或快或慢、或浅或深的变化。我们只有积极、主动地去

回应这一变化，才能具体地落实科学发展观与建设和谐社会的理念，促进行政法制和行政法学的稳健发展。

眼前这本小册子，虽然篇幅不大，按作者的说法，是兼有应试教材与基础读物两种性质的法律职业者的入门教材，但“书不在厚，贵有新意”。一本书的篇幅虽小，但其内容和营养可以非常丰富。就像时下汽车行业正在努力推介的紧凑型、高性能轿车，不大占空间，但舒适管用。众所周知，日本著名行政法学家南博方教授为日本广播大学学生撰写的行政法学通俗读本，虽然篇幅很小，但受到广泛赞誉，发挥了极大的法律知识教育的普及作用。他山之石，可以攻玉。鸿潮君有此决心和努力，当然也可以把专业性很强的行政法律书籍写得通俗易懂、深入浅出、阅之欣然，做到“入门不难、深造亦可”，希望他能达到那样的一个高境界。

这本书除了内容精选，就读者最需要了解的知识作出了简明解说等诸多特点之外，还有一个显著特点是将“行政争议”作为一个基本概念来使用，并围绕它安排了一些章节加以阐发，这是有一定背景和道理的。在中国人民大学法学院于2005年初提交全国人大法工委的关于修改《行政诉讼法》的专家建议稿（即“人民大学方案”）中，就已建议立法机关在修改《行政诉讼法》时采用“行政争议”一词作为基本用语，期能增强行政法律用语的包容性和适应性。

作者将这本小书的写作目标确定为：“不求对行政法学知识本身有丝毫贡献与增进，只求对人们掌握行政法知识的方法有点滴贡献与增进”，并力图体现三个追求也即三个风格特点：一是通俗，这是作者追求的第一目标；二是简明，这是作者限于篇幅不得不追求的目标；三是新颖，这是作者的创新精神所要追求的目标。我觉得本书基本实现了这三个追求，而它们都是为了更好地服务于读者而做出的努力。

从指导本科毕业论文开始，我就认识并一直指导林鸿潮同学，他属于非常聪明、一直努力、基础很好、效率特高、追求合理的一类新型法律人才苗子，在人民大学法学院这个水肥丰沃、百花争艳的学术园地，经过了本科生、硕士生、博士生的系统教育训练，逐渐成长起来，前途无可估量，其专业素养和学术精神值得信赖。在与鸿潮君的互动中，我觉得他从事社会科学研究的特点是，学术思

想活跃，创新意识强烈，具有比较开阔的学术眼光和思路，同时注意贴近实际，结合法律实务、司法考试、教学改革等方面的实际情况，沿着理论与实际相结合的道路前行，近年已发表了一些有价值的科研成果，令人略感欣慰。

看到鸿潮君结合社会需求，埋头写出专业教材，为我国的行政法制建设和行政法学教育做出认认真真、实实在在的一份贡献，我打心眼里感到高兴，欣然为之做序。希望他能够与法林中人一道共同努力，为推动法治国家和法治政府建设，实现宪政和行政法治，不断作出新的贡献。

莫于川*

2006年5月8日

* 作者系中国人民大学法学院教授、博士生导师、宪政与行政法治研究中心执行主任。

前 言

法学教材应该如何编写？在著者看来，这实在是一件见仁见智的事情。但同样的知识内容，经由不同的著者及其决定下的编写体例来展现给读者，在读者看来实有千差万别，就其同样的用功，所获得的学习效果亦有天壤之别，却也是不争的事实。观察的次数多了，就不觉地建立起一种朦胧的理念——或许，最成功的教材应该是以读者为中心与重心，而非以著者为中心与重心的。更直白地说，如何让读者更容易、更便捷、更精确地理解书中所云，应该是教材著者最值得追求的目标。只可惜，我们的教材，在这方面考虑得多的人少，考虑得少的人多。

从进入大学法学院始习法律，经由十年寒窗完成本科、硕士、博士阶段的学习，再转入到教学岗位，不觉间接触、拜读、浏览的各类法学教材，数量可谓多矣。在我等看来，无论是在大略处着眼，还是在小节处留意，各著者的成功与不足之处，即使闭上眼睛，也可历历在目。思考的时间长了，自己也就跃跃欲试，想动手编写一部自己心目中“理想版”的法学教材，不为别的，就是设身处地地为读者提供一部最容易、最便捷、最精确的学习用书。但几经努力尝试，始知这几乎是一个不可能完成的工作——源于自己的学识浅薄，源于自己的好高骛远，源于体例与内容创新的艰辛，等等。好在我们并未放弃，而是准备从最简单的工作开始做起——为广大法律职业者编写法学入门教材。在开始编写工作不久，一个意外的收获是，在与周围同事、同窗的交流中，发现志同道合者越来越多，于是联手编写一套法律职业者入门主干课教材的计划，就这样形成了。

这套小书的定位，是作为法律职业者的入门教材，兼有法学基础理论读物与应试备考材料的双重性质。所谓“入门”，在这里有两

层含义：一是进入法律职业之门，希望它可以帮助有志于从事法律工作的人们如愿跨过法律职业资格考试的门槛；二是进入法学殿堂之门，希望它可以帮助已经或即将从事法律职业的人们学习和掌握法学的理论框架、基础知识与主要制度，对我国各主要部门法学有一个逻辑清晰、概念准确、体系得当的学习与认识。

这套小书的写作，以如下风格作为自己的追求：

一、语言通俗

这是著者们撰写本丛书的第一目标。在写作中，著者都力求使用尽可能通俗易懂、贴近生活的语言，并反复穿插案例（有关举例说明的文字在书中均以不同字体标明），来剖析与介绍各法学学科中为数众多的基本概念、基础理论与主干制度，尽量使它们在读者的面前显得没有那么晦涩艰深。这些案例，多来自人们现实的生活实践，或我国新近的司法判例，或司法考试等法律考试的例题。权以行政法学为例，著者从自己在司法考试教学的实践中了解到，行政法这个学科对于许多学习者而言，并不受其青睐。个中原因颇为复杂，这既与行政法学本身的庞杂、琐碎、抽象有关，也与行政法律制度在我国发展的历史与现状脱不了干系。诸如：由于立法时间起步较晚，许多人在面对行政法时备感陌生；由于立法技术水平不高，许多人在解读行政法律规范时迟迟难得要义；由于法律渊源层次众多，许多人在不同规范的矛盾与冲突面前难辨“真伪”。更不能忽视的一个因素是，由于绝大多数教材流于理论的说教与推演，往往是著者自觉已经将相关原理讲解透彻，而对行政法体认不深的多数读者则不知所云。理论与实践两张皮，著者与读者背靠背，乃是一种常见的结局。因此，如何使行政法知识以一种更加通俗的、亲切的、熟悉的面孔呈现在读者的面前，从而使大家能够以更加轻松的、愉悦的心情来了解它、掌握它，便是著者写作的第一追求。

二、内容简明

法学知识的架构无疑是庞大的，其制度内容无疑是丰富的，其理论体系也无疑是深厚的，其实践经验与司法判例更是浩如烟海。而这套小书，至厚者以区区数十万字欲囊括号称博大精深的民法，至薄者以区区二十万余字欲展现人们相对陌生的行政法，且丛书定位为入门教材，因此不得不在内容上有大胆的剪裁取舍，以求简练

得当，重点突出，详略有致。总的来讲，著者们在决定各书的写作范围时遵循以下原则：首先，取传统重点，而弃新兴热点。例如，行政合同、行政指导、行政程序法等问题无疑是近年来行政法学界研究与讨论的最大热点，其理论与制度内涵也极为丰富。但对于学习行政法的入门者来说，行政诉讼、行政复议、国家赔偿、行政许可、行政处罚等行政法的传统疆域无疑更具根本意义，因此《中国行政法学》一书仍以绝大部分篇幅介绍了这些内容，而对行政合同也仅以适当篇幅介绍其基础而已。其次，取主流通说，而弃学界新说。就学术研究而言，凡成其为问题者，无不可以争论，无不可以创新。但本丛书定位为基础性读物，旨在为法律职业者进入法学之门搭桥铺路，在学说之争中就难免偏于保守：一则在书中著者不敢轻易主张一家之言，二则在传统通说与激进新说产生矛盾时多采通说加以介绍。再次，取知识主干，而弃枝节微末，即对每一理论与制度的介绍，均重点描述其主干内容，而舍弃其微末枝节，不求面面俱到；对两相近似的理论与制度，本书均重点介绍其中一者，对另外一者则仅介绍其与前者的差异，以避免重复累赘。此外，此套丛书始终以中国现行法为介绍对象，其每一学科均冠以“中国××法学”之名。原因在于，我们的写作任务是向读者介绍中国各部门法律的现行规定、立法精神、制度内容及其实践状况，故明显区别于志在贯通各国学说、中外理论的其他教材，书中个别地方虽与国外立法、学说、实践相关涉，但均以服务于解释中国法的相应制度为必要。如此定位，也与这套小书作为司法考试等法律考试学习材料的性质暗合。

三、体系新颖

这套小书在写作体例上力求推陈出新。在这方面，这套小书既有一些基础性的共性写法，又允许各书著者根据本学科特点而“特立独行”，不求千篇一律。以《中国行政法学》为例，该书的体系创新主要从以下三处体现：

（一）以每节为一知识单元，分“旨要”、“原理”、“疑难”三部分顺次阐述。在“旨要”部分，以简练语言勾勒本知识单元的基本结构，并指出其核心内容与要点、难点所在，以求纲举目张，使读者成竹在胸。在“原理”部分，对本知识单元内容做全面盘点与介

绍,在保持知识体系基本完整的前提下力求用更为清晰、明朗的段落层次编排和组织各知识要点。在“疑难”部分,选取每一知识单元中较有难度而又颇具意义的个别问题,加以深入剖析,或揭示规律,或识别误区,或解答疑惑,以加深读者的掌握与理解。

(二)对某些制度上较为接近的知识板块加以大胆整合。在其第二部分,著者就处理行政争议的两大程序行政诉讼法与行政复议法,一反过去对两者分列章节各自叙述的常规做法,将其统一在“行政争议法”的框架下集中论述,以图既节省笔墨又识别异同。在这一部分,著者对每一问题的叙述均以行政诉讼为主线,对行政复议中的类似问题通过比较方式一并解决,而在两者的不同处着墨尤多。

(三)将某些零散知识有机融化于较大的知识板块当中,避免使其陷于孤立零乱。如对行政征收、行政征用、行政调解、行政裁决、行政指导等尚无专门立法的行为方式便不再单列章节,而是在行政争议的受案范围中,于分析上述行为的可诉性时一并介绍其内涵与特征等基本问题,以突出重点并兼顾全面。

四、逻辑严密

如果说体系新颖是对本套小书在各学科体例编排这一宏观问题上的特点,那么逻辑严密、脉络清新就是对各章节下具体制度内容编写这一微观问题的写作要求。于细微之处见精神,是这套小书各著者一致认可的写作风格。具体而言,在每一具体制度内容的编排取舍上,我们均做如下努力:其一,力求博采众家所长,避免所论观点流于肤浅、偏狭;其二,力求做好具体环节的取舍,该讲的大张笔墨,不该讲的不着一字,作为背景性、辅助性知识的则力求一语中的,绝不拖泥带水;其三,力求各环节之间无逻辑错误,亦无逻辑缺漏,做到在逻辑上层层递进、环环相扣。一句话,要力求避免著者的意思与读者的意思发生偏差,让读者读得明白,读得舒服,读得畅快。

五、注重应用

法学乃应用性极强之学科,无论初学法律者,还是法律爱好者,或者法律职业者,获得应用法律的技能乃是绝大多数人学习法律的本来目的,也是其最终归宿。就是为了参加并通过司法考试等法律考试而学习法律者,在司法考试日益重视司法职业能力与法律应用

能力考察的今天，注重应用的法学教材也是其备考的第一选择。这套小书的写作，极其重视对各学科法律知识应用能力的培养，极其重视对各部门法在中国现行司法实践中实施情况的介绍。这不仅体现在书中大量的案例援引与穿插介绍上，还体现在对各主干制度内容写作的侧重点上，在编排这些主干制度内容的时候，我们非常注意对我国司法解释、经典判例的介绍。

这套小书的著者均为青年法律学者，其共同的背景包括：对所学法学学科理论功底扎实，具有强烈的理论兴趣，兼有丰富的课堂教学经验及娴熟的教学技巧，对各科法学在中国的司法实践始终关注，对教材的编写有浓厚的探索兴趣与强烈的创新意识，对初学法律者的学习规律与学习需求具备深切地把握。这套小书的写作，不求对各科法学的知识有丝毫的贡献与增进，只求对法律入门者掌握法律知识的方法有点滴贡献与增进，即感心愿全足。

千里之行，始于跬步。接下来，我们将一方面致力于尽快地将这套小书的系列出齐，一方面致力于根据经验与读者的反馈来完善每本书的内容。愿各路方家能够支持我们做如此创新之想，并付诸于如此笨拙的努力；愿善良的人们原谅我们在每本书的每一处小地方所犯的错误；愿热心的读者能够真诚地帮助我们尽力完善这套小书的每一个部分。

感谢所有关注这套小书的人们！

丛书全体著者谨识

二〇〇六年暮春

目 录

狭义行政法

第一章 基础知识.....	(3)
第一节 行政活动.....	(3)
第二节 基本原则.....	(6)
第三节 行政主体	(10)
第二章 行政行为	(17)
第一节 抽象行为	(17)
第二节 具体行为	(29)
第三章 行政许可	(39)
第一节 许可概述	(39)
第二节 许可设定	(45)
第三节 许可实施	(50)
第四节 监督检查	(62)
第四章 行政处罚	(67)
第一节 处罚设定	(67)
第二节 处罚实施	(72)
第三节 处罚执行	(82)
第五章 行政合同	(86)
第一节 基本原理	(86)
第二节 政府采购	(92)

行政争议法

第六章 争议内容·····	(105)
第一节 受案范围·····	(106)
第二节 受案分工·····	(122)
第七章 争议构造·····	(128)
第一节 处理争议者·····	(128)
第二节 提起争议者·····	(141)
第三节 受到争议者·····	(147)
第四节 参加争议者·····	(153)
第八章 争议过程·····	(157)
第一节 一般过程·····	(157)
第二节 特殊过程·····	(165)
第三节 证据规则·····	(171)
第四节 法律适用·····	(182)
第九章 争议结果·····	(187)
第一节 结案文书·····	(187)
第二节 执行制度·····	(199)

国家赔偿法

第十章 国家赔偿·····	(207)
第一节 赔偿范围·····	(207)
第二节 赔偿关系·····	(218)
第三节 赔偿程序·····	(225)
第四节 赔偿方式·····	(236)

狭义行政法

第一章 基础知识

调整因行政活动而产生的社会关系的法律规范，总称行政法。广义的行政法包括三个部分的内容：一是调整行政权力运行的法；二是调整因行政权力运行而引起的争议的法；三是调整因行政权力的运行而引起的政府责任的法。而狭义的行政法仅指上述第一部分的内容，即调整行政权力运行的法，其余两部分内容则分别称为行政争议法与行政赔偿法。行政争议法主要由行政诉讼法与行政复议法构成；而行政赔偿法，由于它在立法体例上常与司法赔偿同处于一部法典之中，因此两者又合称国家赔偿法。

学习行政法的起点在于掌握其基础知识，而掌握这一基础知识，重点在于把握三个方面：一是判断行政活动的范围；二是理解行政活动的基本原则；三是把握行政主体理论及其具体制度。

第一节 行政活动

【旨要】 既然行政法调整的是因行政活动而发生的社会关系，那么，行政活动到底是什么？它与其他活动的区别何在？或者说，识别行政活动的标准何在？这是学习行政法时，需要解决的第一个重要问题。所谓行政活动，指的是具有行政权的主体为执行宪法与法律，而对社会公共事务进行管理，从而实现其职权、或履行其职责的活动。目前，我国大部分行政活动仍由国家行政机关实施，也有部分行政活动通过被授权的社会组织来实施。

【原理】 判断一个活动是否属于行政活动，主要通过其是否具有公共性、职权性、执行性、积极性、管理性五个方面的特征来识别。

一、行政活动的公共性

人们在社会生活中所实施的各种活动，有的是为了实现私人利益，有的则是为了实现公共利益。民事行为、商事行为就以追求私人利益为目的，可以称

之为私行为；而某些公司企业或其他组织对其内部事务实施的管理行为，其目的仍在追求该团体自身的利益，可以被称之为私行政；私行为与私行政都不具有公共性。而行政活动与此不同，它只能基于公共利益而实施；行政机关不能为了实现本机关自己的利益而实施行政活动，否则就违背了法律设立它的初衷。因此，行政活动首先是一种利他的行为，而不是利己的行为。

二、行政活动的职权性

行政活动必然具有公共性，但反过来，具有公共性的活动却并不必然就是行政活动。许多社会组织也常常基于公益目的而实施行为，最为典型的是各种慈善组织，但这些活动一般并不属于行政的范畴，其原因就在于它们的实施并不具有国家职权的背景。行政活动的实施主体包括国家行政机关与被授权组织两类，它们的权力要么来源于组织法上的直接规定，要么来源于法律、法规或者规章的授予，这两类主体只有在具备上述权力来源的条件下所实施的活动，才属于行政活动。有的社会组织虽然获得了法律、法规或者规章的授权，但它只有在授权范围内实施的活动才是行政活动，而它在授权范围之外实施的活动就并非行政活动。

【例如】 中国足协作为一个被授权的组织，它根据《体育法》的授权对运动员进行注册管理的行为属于行政活动，而它组织国家队参加比赛的活动则属于其自身的业务活动。

三、行政活动的执行性

基于前述的公共性与职权性，我们已经认识到行政活动是有关主体凭借其行政职权而实施的公共活动。但行政职权只是国家权力的一个分支，它与其他两个分支——即立法权与司法权——之间的差别，就在于行政活动具有执行性与积极性。其中，行政活动通过执行性区别于立法权，通过积极性区别于司法权。行政活动是对宪法与法律的执行与实施，与立法活动所侧重的对不特定对象进行抽象的规范不同，它主要是对这些规范的落实，其对象与内容相对具体一些。尽管行政活动中的抽象行政行为也以不特定的人作为规范对象，但它仍然属于对宪法与法律的执行，在内容上与立法相比仍然要明确、具体得多。因此，行政是一种执行性的活动。