

“十二五”国家重点图书出版规划项目

中国法学前沿·研究生教学参考书

Frontier of Chinese Law Research
Reference Books for Postgraduates



Administrative Law
(Second Edition)

行政法讲义

(第二版)

余凌云 著

清华大学出版社

“十二五”国家重点图书出版规划项目

中国法学前沿·研究生教学参考书

Frontier of Chinese Law Research
Reference Books for Postgraduates



Administrative Law
(Second Edition)

行政法讲义

(第二版)

余凌云 著

清华大学出版社
北京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

行政法讲义/余凌云著. —2版. —北京:清华大学出版社,2014

(中国法学前沿·研究生教学参考书)

ISBN 978-7-302-37423-7

I. ①行… II. ①余… III. ①行政法—中国—研究生—教学参考资料 IV. ①D922.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第170748号

责任编辑:李文彬

封面设计:傅瑞学

责任校对:宋玉莲

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦A座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市中晟雅豪印务有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:170mm×240mm 印 张:29 插 页:2 字 数:532千字

版 次:2010年8月第1版 2014年9月第2版 印 次:2014年9月第1次印刷

印 数:1~3000

定 价:56.00元

产品编号:060248-01

自序

靠教科书确立学术地位的时代似乎已经过去。但是,为了学术的传承,花一些时间做这样的工作还是值得。这当然也是为了教学的便利。我也曾主编过或者参加撰写过一些行政法教科书,但总感到受到很多有形或无形的羁绊,无法畅快地倾诉自己对行政法的理解与情感,文字之中也似乎缺少着一种飘逸的、灵动的气韵。因此,写一本略有创新意味的我自己的教科书,是我多年追逐的一个学术梦想。

我在一种近似闭关修行的状态中熬过了整整一年,也想就此机会整理自己研习行政法的心得,并苦读最新的一些文献,力争能够在每个专题中引介最前沿的一些研究成果与动态,又不能变成絮絮叨叨的综述。我想打破教科书以介绍通说为主的风格,力图彰显自己的个性。所以,在创作本书的过程中,我也时常拷问自己,是否做到有所创新?有着怎样的创新?但要在卷帙浩瀚、百家争鸣、实践迅猛之中,做出一些能入“法眼”的东西,实在不易。在制作每一个专题时,我时时为此焦灼,几易其稿,生怕有所疏漏,却又实在难免。

老实说,迄今我还无法真正完成我的学术计划。现在呈现在读者面前的只是一个半成品,好在也符合出版社的设计意图——采取点的方式,叙述最前沿的一些研究心得。稍微让我有些心安的,这些都是我平时授课时津津乐道的话题,已勉强够我应付教学之需。如有缺漏,好在姜明安教授和我共同主编的一个过百万字的行政法创新教材也已问世^①,学生可以一并参看。

当然,我也不会就此停歇,我还会蜗行,叩问那些我还不曾深入的领域,比如行政规范制定与公众参与、类型化的行政行为、政府信息公开与个人数据保护、执法考评与责任制、多种解决纠纷的机制、面向国际的行政法,等等,将这些已列入学术计划之中的专题陆续补充进来,争取出二版、三版……。

高鸿钧教授曾说,他如果要写教材,一定要做到每个部分都有论文作为底子。这也是我的理想。本书已收入的每个专题都有我的论文影子,或者是我曾写过的教材章节。我也会坚持这样的路数。我想把这本讲义作为我的求学笔记,伴我

^① 已由科学出版社2010年出版。

一生。

为了书名,我也颇费了一些功夫。我曾想过“行政法导论”,却不甚满意。还和张卫平教授探讨过,他给我一个颇有吸引力的书名——《行政法九讲》,但是考虑到本书以后增补需要,最后还是决定采用现在这个很拙朴的书名,自觉惭愧,没想到竟得到了李文彬先生赞和——“日本很多的教科书也是叫‘讲义’”。感谢我的助手梁莹帮助我整理参考文献,也感谢我的学生徐守京为我专门刻制的“凌云工作室”,这是我最喜欢的一枚印章。

余凌云

2010年初春于明理



二 版 序

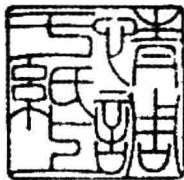
每天往来于香港金钟和水街，漂浮在熙熙攘攘的人流中，躲开了北京的雾霾，没有了行政的繁杂。但每次从有轨电车的金钟站下车，路旁两株桂花树散发着浓郁的花香，让我的思绪飘回了家里，惦着新添的那盆四季桂，思念起我的妻儿。半百的人，愈发不愿远行。

上课之余，品味着新购进的董桥随笔，抚摸着雅致的装帧，撩拨得人心里痒痒的。二版的改动，原本想再多增加几个专题，再推迟两年面世，但我真有点等不及了，思虑再三，还是先出吧。

本书新收入了四个专题，行政问责、政府信息公开、行政复议法和行政诉讼法的修改，都是我主持的课题成果，另外将公共行政与行政法、行政法上实效性确保手段、行政调查也都修葺一番，有的是因为新法出来了，有的是有新的论文，还有的是因为完成课题的缘故。

余凌云

2014年初春于香港



目 次

自序

二版序

第一章 公共行政与行政法

第二章 行政法学的总论与分论

第三章 发展之中的行政法基本原则

第四章 行政主体理论变革与第三部门的勃兴

第五章 行政自由裁量及其控制

第六章 行政调查

第七章 行政行为理论

第八章 非强制行政手段

第九章 行政上实效性确保手段

第十章 政府信息公开

第十一章 行政问责制

第十二章 行政复议法的修改

第十三章 行政诉讼法的修改

主要参考文献

目 录

第一章 公共行政与行政法	1
第一节 概述	1
一、界定公共行政范畴的意义	1
二、什么是公共行政?	2
三、什么是行政法?	4
四、行政法的特征	6
第二节 公共行政变迁之下的行政法	6
一、不断变迁的公共行政	6
二、行政学对教科书的影响	9
三、行政法学研究述评中的回应	13
四、初步的结论	16
第三节 行政法渊源	17
一、什么是行政法渊源?	17
二、成文法源与不成文法源	19
三、软法	21
四、法源位阶与适用顺序	22
五、民法原理在行政法上的援用	23
第四节 行政法的支架性结构	27
一、粗略的对称	27
二、功能上的双向流动	30
三、有何意义?	31
第五节 行政法的基础理论	32
一、理论兴起的背景	32
二、为人民服务论、人民政府论、服务论	33
三、公共利益本位论	34
四、新控权论	35

五、平衡论	35
六、英国的类似讨论	39
第六节 中国行政法学的发展史	42
一、起步于清末	42
二、初定于民国	43
三、变迁于新中国成立之后	47
第二章 行政法学的总论与分论	51
第一节 概述	51
一、概念	51
二、分论的划分	52
三、分论在我国的发展概况	56
第二节 总论与分论的关系	60
一、从单向到双向	61
二、微观层面的自成体系	63
第三节 努力张扬个性的部门行政法	64
一、警惕两种研究偏向	64
二、部门行政法缘何难以研究?	65
三、努力体现特性的研究进路	66
第三章 发展之中的行政法基本原则	69
第一节 概述	69
一、行政法基本原则的含义	69
二、行政法基本原则的构成	70
第二节 依法行政原则	71
一、依法行政原则的含义	71
二、形式法治与实质法治	73
三、依法行政原则的基本结构	75
四、“规则之失”与“规则之治”	80
第三节 比例原则	83
一、比例原则的含义	83
二、比例原则的构造	84
三、比例原则与合理性原则	88
第四节 合法预期保护原则	90
一、三条交织的主线	90
二、合法预期的概念	92

三、保护合法预期的必要性	93
四、司法判断的标准	95
五、保护的方式	97
六、我国的实践	101
第五节 正当程序原则	102
一、正当程序的含义	102
二、正当程序的基本结构	104
三、行政程序的效力	107
第四章 行政主体理论变革与第三部门的勃兴	109
第一节 行政主体理论变革	109
一、学术史回眸	109
二、学者的批判与建议	111
三、类比的思考	113
四、走向“分权主体模式”？	122
五、变革之策略	127
第二节 第三部门的兴起及其对行政法的意义	129
一、什么是第三部门？	129
二、第三部门的兴起及其对行政法的意义	134
三、对第三部门的研究现状	139
四、对第三部门的公法审视	148
第五章 行政自由裁量及其控制	154
第一节 现代社会中的行政自由裁量现象	154
一、概念	154
二、产生裁量的原因分析	160
三、控制与治理	160
第二节 行政自由裁量与立法目的	165
一、概述	165
二、发现立法目的的路径与方法	169
三、双重或多重目的	170
第三节 行政自由裁量与相关考虑	171
一、概述	171
二、对相关因素的判断	171
三、考虑不相关因素对裁量决定效力的影响	173
四、未考虑相关因素对裁量决定效力的影响	174

	五、权重问题	175
第四节	行政自由裁量与公正要求	176
	一、公正的含义	176
	二、行政诉讼意义上的公正	177
第五节	对行政自由裁量权的不适当拘束	179
	一、概述	179
	二、行政不作为	180
	三、行政政策	183
	四、上级指示	185
	五、稀缺的公共资源	185
第六章	行政调查	187
第一节	概述	187
	一、什么是行政调查?	187
	二、行政调查的定性	188
第二节	方式与分类	191
	一、行政调查的方式	191
	二、行政调查的分类	194
第三节	行政调查的主要制度	196
	一、行政调查的基本程序	196
	二、法官令状主义与行政机关内部审批	199
	三、调查的职权主义	203
	四、相对人的协助义务	204
	五、调查所获信息的公开	210
第四节	行政调查的救济	211
	一、对间接强制调查的救济	212
	二、对实力强制调查的救济	213
第七章	行政行为理论	214
第一节	概述	214
	一、走在历史与现实之间	215
	二、概念与特征	218
	三、行政行为的分类	219
第二节	行政行为的合法要件	222
	一、四要件说	222
	二、违法的类型及其法律后果	223

第三节	行政行为的效力理论	224
一、概述	224	
二、行政法的“沼泽”	225	
三、“四元结构”	226	
第四节	行政行为的无效与可撤销	232
一、二元结构理论	232	
二、对二元结构的批判	233	
第五节	行政行为的撤销与废止	237
一、撤销	237	
二、废止	243	
第六节	轻微瑕疵行政行为的处理	244
一、忽略不计	244	
二、治愈	245	
三、其他制度补救	248	
第八章	非强制行政手段	249
第一节	概述	249
一、柔性执法的盛行	249	
二、非强制行政手段	250	
第二节	行政计划	251
一、概述	251	
二、行政计划的分类与定性	252	
三、行政计划的作用	254	
四、行政计划与法治主义	255	
五、行政计划的法律救济	256	
第三节	行政契约	258
一、概述	258	
二、行政契约与依法行政	262	
三、行政契约中的权利义务	267	
四、基本程序与制度	270	
五、法律救济	271	
第四节	行政指导	277
一、概述	277	
二、行政指导的方式与分类	278	
三、行政指导的作用	279	
四、行政指导与法治主义	281	

五、行政指导的责任	283
第九章 行政上实效性确保手段	286
第一节 结构的重整	286
一、教科书的变化	286
二、反思与重构	287
第二节 行政处罚	289
一、概念	289
二、与刑罚的关系	290
三、行政处罚体制	290
四、行政违法行为的构成	291
五、处罚种类	294
六、量罚	296
七、简易程序与一般程序	300
八、当场收缴与罚缴分离	303
九、相对集中行政处罚权与综合执法	304
第三节 行政强制	306
一、在行政法中的作用与地位	306
二、制度承袭与新近发展	308
三、行政强制措施	309
四、行政强制执行	315
第四节 其他新型手段	328
一、日本战后的理论革新	328
二、韩国行政法上的新手段	330
三、加拿大的自愿执行方法(means of voluntary execution)	331
四、对我国实践的思考	332
第十章 政府信息公开	333
第一节 概述	333
一、信息公开的意义	333
二、立法历程	334
三、对实践的描述	336
第二节 什么是政府信息?	340
一、概念解构	340
二、若干相关概念	342
第三节 公开的主体	346

一、与行政主体理论的关系	346
二、“谁制作,谁公开”	347
第四节 主动公开与依申请公开之关系	350
一、指向的信息	350
二、两者关系	351
第五节 依申请公开	351
一、受理	351
二、规范的回复	352
三、补正	353
四、“三需要”	354
五、公开方式	355
六、信息不存在	356
七、涉嫌滥用申请权问题	358
第六节 不予(免于)公开	359
一、不予公开事项	359
二、“三安全、一稳定”	361
三、国家秘密	362
四、商业秘密	363
五、个人隐私	364
六、利益衡量	365
七、法院的审查	365
第七节 公共企事业单位的信息公开	366
第八节 与《保守国家秘密法》、《档案法》的关系	368
第九节 救济	369
第十一章 行政问责制	373
第一节 问责的缘起	373
一、制度探源	373
二、制度化的原因	374
第二节 样本分析(I):重大问责事件(案件)	375
一、86起事件(案件)的梳理	375
二、呈现的实践轮廓	376
第三节 样本分析(II):规范文本	378
一、规范文本的梳理	378
二、基本印象	379

第四节	问责制度的构建	386
一、	问责事由	386
二、	问责对象	387
三、	问责方式	388
四、	问责程序	388
五、	免责事由	389
六、	立法机关	390
七、	通过媒体的公众参与	390
第五节	行政问责：一个新样式	391
一、	概念	391
二、	一个新样式	392
三、	对传统理论的突破	393
第十二章	行政复议法的修改	396
第一节	概述	396
第二节	制度定位	397
一、	争议	397
二、	英国经验	398
三、	我们的选择	399
第三节	复议机关要不要当被告	401
第四节	复议委员会	402
第五节	扩大受案范围	404
第六节	程序增构	406
一、	简易程序和调解	407
二、	复议委员会审理裁决程序	408
第七节	审查方式	408
一、	英国的经验	408
二、	改进之道	409
第八节	基本判断	410
第十三章	行政诉讼法的修改	412
第一节	概述	412
第二节	行政审判体制	413
一、	几种改革方案及其评价	413
二、	我的建议	415
第三节	扩大受案范围	416

一、不轻易改弦易张	416
二、外加的策略	417
第四节 对规范性文件的附带审查	419
一、规范性文件的可诉性	419
二、规章也可诉吗?	420
第五节 原告、被告和第三人	421
一、原告	421
二、被告	422
三、第三人	423
第六节 证据规则	424
一、被告的举证责任	424
二、原告的举证责任	425
三、法院调取证据	425
第七节 简易程序	426
第八节 民事争议和行政争议交叉的处理	426
第九节 检察机关的监督	427
第十节 判决形式	428
第十一节 保证判决执行的措施	429
第十二节 基本判断	430
主要参考文献	432

第一章 公共行政与行政法

第一节 概 述

一、界定公共行政范畴的意义

随手翻开国内的任何一本行政法教科书,我们都会发现,开篇多先从弄清行政的意义与范围入手。表面是概念法学使然,实则大有深意。第一,行政的“领地”到底有多大,也就划定了行政法的疆域有多大。第二,弄清了行政的内涵与外延,也就圈定了行政法和民法等其他部门法各自规范与调整的边际。第三,行政上出现的纠纷,在实行公法和私法二元论的大陆法国家中,一般要寻求行政救济的途径来解决。即便是在不太区分公法和私法的普通法国家,也很可能适用与解决私人之间纠纷所不同的特别规则。

行政一词,英文为 Administration,德文为 Verwaltung,均源自拉丁文 administrare,意思是执行或管理。这个意义上的行政可以说是自古有之、无处不在。行政是集体生活的核心(the administration is now situated at the centre of collective life)。^① 从政府组织到私人团体乃至家庭,都有着类似的管理活动。但是,行政法学上所说的行政,只限于公共行政,简称“公行政”(public administration)。而存在于私人团体或家庭中的“私行政”(private administration),却是私法上研究的内容,与行政法无关。以下,如果没有特别的提示,我们都是公共行政意义上探讨行政的。

那么,应该怎么给公共行政下定义?判断其实质内涵与外延边际的标准是什么?诸如此类的问题,行政法一般无须探幽索隐,这不是行政法的任务,而更应该

^① Cf. René Dussault & Louis Borgeat, *Administrative Law: A Treatise*, Carswell, 1985, p. 1.