

总主编
应松年

21世纪
行政法学
系列教材

行政法学

(第三版)

胡建淼 江利红 著

总主编
应松年

21世纪
行政法学
系列教材

行政法学

(第三版)

胡建淼 江利红 著

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法学/胡建森, 江利红著. —3 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2015. 7
21 世纪行政法学系列教材
ISBN 978-7-300-21641-6

I. ①行… II. ①胡… ②江… III. ①行政法学—中国—高等学校—教材 IV. ①D922. 101

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 163258 号

21 世纪行政法学系列教材

总主编 应松年

行政法学 (第三版)

胡建森 江利红 著

Xingzhengfaxue

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京七色印务有限公司

版 次 2010 年 1 月第 1 版

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

2015 年 8 月第 3 版

印 张 23 插页 2

印 次 2015 年 8 月第 1 次印刷

字 数 513 000

定 价 42.00 元

作者简介

胡建森，国家行政学院法学部主任，法学教授，博士生导师，中国法学会常务理事，中国行政法研究会顾问，最高人民检察院专家咨询委员，国务院“人民政府特殊津贴”享受者（1993年），中国首届十大“杰出青年法学家”（1995年），国家百千万人才（1997年），中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。

1957年11月生于浙江省慈溪市，1989年7月毕业于中国政法大学研究生院，1995年8月起任原杭州大学副校长，1998年9月起任浙江大学副校长，2007年10月起任浙江工商大学校长，2010年12月调任国家行政学院法学部主任。

长期从事公法和行政法研究。自1990年以来，曾到美国斯坦福大学、英国爱丁堡大学、澳大利亚西澳大学、德国基尔大学、法国马赛大学等做访问学者或学术交流。自1987年来，出版《行政法学》、《比较行政法》、《论公法原则》等著作九十余部（含合著），在《中国法学》、《法学研究》等刊物上发表论文98篇（含合著）。

江利红，华东政法大学教授，博士生导师，上海高校特聘教授（东方学者）。

1977年12月生于浙江省衢州市，曾先后在中国政法大学获得宪法学与行政法学硕士、博士学位，在浙江大学光华法学院从事行政法学博士后研究工作两年。其间被遴选为日本文部科学省的国费留学生赴日本留学，获得日本中央大学公法学博士学位，之后在日本中央大学法学部任教。回国后曾任江西财经大学法学院副教授、院长助理、法学学科带头人、比较法研究所所长。现为华东政法大学法律学院教授，同时兼任中国人民大学宪政与行政法治研究中心比较行政法研究所、日本比较法研究所等研究机构研究员。

主要研究方向为行政法学和行政诉讼法学，特别注重于对行政法学基础理论的研究，并取得了一定的研究业绩。现已在国内外出版《行政过程论研究》（中国政法大学出版社2012年版）、《现代中国の統治機構と法治主義》（日本中央经济社出版）等专著5部，主持和参与国内外各类课题研究二十余项，在国内外法学期刊上公开发表论文八十余篇。

第三版修订说明

本教材第二版于2014年5月出版后，2014年10月，中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议审议通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，对我国的依法治国，特别是对依法行政和法治政府的建设提出了新的要求。此后，2014年11月、2015年3月全国人大及其常委会分别修改了《行政诉讼法》和《立法法》，2015年3月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于推行地方各级政府工作部门权力清单制度的指导意见》。此外，《不动产登记暂行条例》（2014年11月12日）等法律法规的制定、《预算法》（2014年8月31日修改）等法律的修改以及简政放权、行政机关权力清单和责任清单的编制等有关行政的改革措施都涉及了本教材的部分内容，为此，本教材进行再次修订，将这些新法和新措施的内容纳入其中，以保持与现行法律和制度的一致性。

2015年6月

修订说明

本教材自2010年1月第一版出版以来,承蒙各高校广大教师和学生们的厚爱,被广泛采用。但自2010年至今的四年多期间,我国的行政法治实践和理论研究都取得了明显的进步,特别是国家出台了一些新的法律、法规,对原本的部分法律、法规也进行了修改,例如,2010年《国家赔偿费用管理条例》的制定、2011年《行政强制法》的制定、2013年《国务院工作规则》的制定、2010年和2012年《国家赔偿法》的两次修改、2012年《警察法》的修改、2013年《治安管理处罚法》的修改、2013年《税收征收管理法》的修改等。因此,有必要将这些新的法律、法规的内容纳入本教材,并对涉及原法律、法规的部分内容进行相应的修改,这是本次教材修订的最主要的原因。另外,针对读者反馈的原教材中存在的问题或者难以理解的部分,这次也进行了修改与完善。但总体而言,除第十五章“行政强制”和第二十章“行政赔偿”因为法律的制定或修改而作出较大幅度的修改外,此次修订基本上保留了第一版的框架、内容和特色。

2014年4月

目 录

第一编 行政法基础理论

第一章 行政与行政法	3
第一节 行政的概念	3
第二节 行政法的概念	7
第三节 行政与行政法的关系	10
第二章 行政法	14
第一节 行政法概论	14
第二节 行政法的形式	19
第三节 行政法的效力范围	23
第三章 行政法学	27
第一节 行政法学与公法二元论	27
第二节 行政法学概述	32
第三节 行政法学的方法	36
第四节 行政法学的体系	40
第四章 行政法的理论基础	44
第一节 法治主义——行政法的理论基础	44
第二节 依法行政原理	47
第三节 依法行政原理的内容	50
第四节 依法行政原理与法的支配原理	55
第五节 依法行政原理与行政裁量的规制	57
第五章 行政法的基本原则	60
第一节 行政法的基本原则	60
第二节 行政法基本原则的内容	62
第三节 行政法一般原则	66

第二编 行政法律关系的主体

第六章 行政法律关系理论	75
第一节 行政法律关系概论	75
第二节 行政主体与相对人二元论	79
第三节 特别权力关系理论	80
第四节 行政相对人	82
第七章 行政主体理论	87
第一节 行政主体的概念	87
第二节 行政主体的职权	91
第三节 行政授权	94
第四节 行政委托	97
第八章 行政组织法	101
第一节 行政组织	101
第二节 行政组织法理论	105
第三节 中国行政组织法	108
第四节 行政组织法的基本内容	111
第九章 公务员法	117
第一节 公务员的概念与范围	117
第二节 公务员身份的取得、变动与消灭	119
第三节 公务员的义务、权利与奖惩	122
第四节 公务员的权利保障与救济	125

第三编 行政活动法

第十章 行政行为理论	133
第一节 行政行为的概念	133
第二节 行政行为理论	139
第三节 行政行为的定型化	141
第四节 行政行为的效力	143
第五节 行政行为的附款	148
第六节 行政行为的瑕疵	152
第十一章 行政立法	159
第一节 行政立法理论	159
第二节 行政立法体制	163
第三节 行政立法程序	167
第四节 行政立法监督	171

第十二章 行政征收	177
第一节 行政征税	177
第二节 行政收费	181
第三节 公益征收征用	188
第十三章 行政许可	193
第一节 行政许可概论	193
第二节 行政许可的基本原则	197
第三节 行政许可的设定	199
第四节 行政许可的实施程序	204
第五节 行政许可中的法律责任	211
第十四章 行政处罚	216
第一节 行政处罚概述	216
第二节 行政处罚的类型与设定	219
第三节 行政处罚的主体与适用	222
第四节 行政处罚的程序	224
第十五章 行政强制	229
第一节 行政强制概述	229
第二节 行政强制的基本原则	232
第三节 行政强制的种类与设定	236
第四节 行政强制措施实施程序	243
第五节 行政强制执行程序	250
第六节 申请法院强制执行	255
第十六章 其他行政活动形式	259
第一节 行政计划	259
第二节 行政确认	262
第三节 行政奖励	266
第四节 行政救助	269
第五节 行政裁决	271
第六节 行政指导	275
第七节 行政合同	279

第四编 行政程序法

第十七章 行政程序法	289
第一节 行政程序原理	289
第二节 行政程序法	293
第三节 行政程序法的主要制度	295

第五编 行政救济法

第十八章 行政救济	303
第一节 行政救济概述	303
第二节 行政救济原理	305
第三节 行政救济的途径	308
第十九章 行政复议	312
第一节 行政复议概述	312
第二节 行政复议的范围	314
第三节 行政复议机关及管辖	319
第四节 行政复议的参加人	325
第五节 行政复议的程序	329
第二十章 行政赔偿	340
第一节 行政赔偿	340
第二节 行政赔偿的范围	343
第三节 行政赔偿的程序	346
第四节 行政赔偿的方式与计算标准	349

第一编

行政法基础理论

21 世纪行政法学系列教材

21 Shiji xingzheng faxue xilie jiaocai

行政法学(第三版)

“行政法学”这一法学术语中包含了“行政”“行政法”“行政法学”三个行政法学最基本的概念，因此，本编将依次对这些基本概念分别进行阐述。在此基础上，探讨作为法律部门之一的行政法的定位、特征、存在形式以及作为法学学科之一的行政法学的对象、方法、体系等，继而分析行政法的理论基础与基本原则。

第一章

行政与行政法

行政法与行政的关系密切，行政法是指“有关行政的国内公法”，因此，定义“行政”的概念是确定行政法的概念、性质、对象、范围等的前提。

第一节 行政的概念

“行政”这一用语在政治学、行政学、行政法学等以及人们的日常生活中被广泛使用。对于该用语，人们从不同的角度赋予其不同的含义。但行政法学上的“行政”概念与其他学科并不完全相同，具有行政法上的特殊意义。

一、行政概念的产生

“行政”一词在我国古已有之，例如，《纲鉴易知录》中曾记载“召公、周公行政”，其意为执行政令、推行政务，但这种“行政”与近现代意义上的行政概念并不完全相同。近现代意义上的行政概念的产生以分权理论的提出、“三权分立”原则的确立为前提，即行政从国家权力中分离而产生。但在封建国家时期，由于不存在近现代意义上的分权，国家统治权作为一个整体由皇帝或国王所掌握，虽然在官僚集团内部也存在着一定的分工，但并没有形成近现代意义上的行政或行政权。

最早提出分权思想的是古希腊哲学家亚里士多德，他认为“一切政体都有三个要素”，即议事、行政、审判。^①其后，洛克在《政府论》中认为“立法权与执行权是分立的”^②，在此基础上，孟德斯鸠明确提出“每一个国家有三种权力：（一）立法权力；（二）有关国际法事项的行政权力；（三）有关民法法规事项的行政权力”^③，即立法权、行政权、司法权的分立。这种“三权分立”的思想决定了资本主义的国家制度，现代资本主义的国家制度就是以此为基础建立的。当然，“三权分立”仅仅是一种理想的状态，在现实中严格意义上

① 参见 [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，214 页，北京，商务印书馆，1965。

② [英] 洛克：《政府论》下篇，瞿菊农、叶启芳译，90 页，北京，商务印书馆，1964。

③ [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》上，张雁深译，155 页，北京，商务印书馆，1983。

的“三权分立”是不可能存在的，特别是随着现代行政的发展，行政机关的职能不断扩大而兼有部分立法与司法的职能，使得“三权”之间出现融合趋势。与此相对应，我国作为社会主义国家，实行“议行合一”的人民代表大会制度，否定“三权”之间的分立，而承认国家职能的分工。但无论是“三权分立”还是国家职能分工，行政作为一个相对独立的国家权力由此而确立。

二、有关行政概念的理论

在行政法学中，有关行政的概念大致可分为消极说与积极说，其中的积极说又可分为实质说以及形式说。

（一）消极说

1. 消极说的主要观点

消极说以“三权分立”理论为基础，认为行政权是从国家权力中排除立法权与司法权的部分，行政是指国家作用中除了立法、司法之外的事项，故又被称为“控除说”、“排除说”、“除外说”、“蒸馏说”等。

鉴于行政的复杂性、多样性以及易变性，消极说认为不可能，也没有必要明确行政的内容，而且明确行政的实质性内容往往容易导致过度地承认行政的法律特殊性，因此，首先定义国家权力中较为明确的“立法”与“司法”的概念，进而以“行政权=国家权力—立法权—司法权”的公式得出行政的范围，并以此作为行政的定义。

2. 消极说的问题

现代行政复杂多样，具体确定行政权的内容极为困难，因此，以消极说作为行政的定义是较为便利的方法，不仅可以毫无遗漏地概括行政的范围，而且可以适应现代行政不断变革的需要。可以说，现在大多数的行政法理论依据该学说来定义行政的概念。

但消极说也存在一定的问题：首先，从积极说的观点来看，消极说并没有从正面定义行政的概念，并不具有作为“定义”的作用。其次，消极说与“三权分立”原则在近代欧洲确立的历史过程相一致，该观点最适合于定义从绝对主义国家向近代国家发展、“三权分立”原则确立初期的行政的概念。当时，“三权”之间的界限清晰，而且，行政权在内容方面也被限定于维持秩序等“消极行政”领域，行政的范围比较容易界定。但随着现代行政职能的不断扩大，行政同时兼有立法（行政立法）与司法（行政裁决、行政复议等）的部分功能，“三权”之间呈现融合趋势，因此，以消极说来界定行政的概念并不妥当。

（二）实质说

1. 实质说的主要观点

与消极说回避行政权的实质内容相对，实质说试图通过概括行政的一般性特点来明确行政的内容。这种观点以行政的实质意义为标准，故又被称为“实质意义上的行政概念”。例如，日本行政法学者田中二郎认为“行政是指在法之下受法的规制，为积极地实现国家目的全体统一的、连续的、形成性的国家作用”^①。其中“国家目的”是指“福利国家”，国

^① [日] 田中二郎：《行政法總論》，22页，东京，有斐閣，1957。

家以极力振兴发展社会全体、提高人民福祉为目的。^①因此,这种实质说又被称为“国家目的实现说”。该定义中所谓的“在法之下受法的规制”是指,立法权以制定一般性的抽象的法作为其基本职能,行政权在立法权制定的法律之下活动。所谓“积极性”、“连续性”、“统一性”、“形成性”的特点是针对司法权的被动性、消极性、独立性等特点而提出的。可见,实质说不仅从正面描述行政的一般特性,而且注重在与立法、司法相比较的基础上概括行政的特性。

此外,各学者也从不同的角度积极地定义行政的概念,由此形成了“原本或拟制事务说”、“社会管理职能说”、“公共事务处理说”、“公共服务目的说”、“目的实现说”、“公益实现说”、“现实实现说”等新的实质说。“原本或拟制事务说”认为,行政是指“原本的以及拟制的公共事务的管理或实施”。其中“原本的公共事务”是指“在本质上自然具有公共性的事务,即与社会成员全体或大多数利害相关的被社会正当化的事务”,而“拟制的事务”是指“在政治过程中经过一次性的政策决定所拟制的公共事务”^②。“社会管理职能说”认为,如果拆除现行法律制度的框架,行政在本质上并不属于国家作用,而是“社会管理职能”,而作为行政法对象的行政被认为是国家作用之一,这意味着社会管理职能向国家的集中。^③“公共事务处理说”认为,行政是指与人民直接产生关系的,民事、刑事司法以外的公共事务的处理。^④该观点的特点在于并不将行政作为权力性行为,而是作为公共事务的处理或社会管理的活动。“公共服务目的说”认为,现代行政最终都是以为公民提供公共服务作为目的的作用,为了宪法理念的具体化,应当这样理解行政并构建行政法理论。^⑤此外,“目的实现说”认为“行政是积极实现国家目的的作用”;“公益实现说”认为“与司法是法律目的的作用相对,行政是公益目的的作用”;“现实实现说”认为“行政不仅仅是判断作用,而且是现实、具体地实现国家目的的作用”^⑥。

2. 实质说的问题

实质说从不同的视角积极地定义行政的概念,对于明确行政的特性等具有重要意义。但问题在于现实的行政活动极其复杂多样,实质说中所概括的行政的一般特性并不能统一地说明所有行政的特征。例如,在前述田中二郎有关行政的定义中,以“积极性”、“连续性”、“统一性”、“形成性”作为行政的特性也存在着以下问题:第一,行政权有时也通过行政立法或行政计划等抽象的一般性形式进行活动;第二,行政未必都具有“积极性”,如行政裁决、行政复议等具有被动性;第三,对于“形成性”,立法也具有通过法律的制定形成社会关系的积极作用;第四,对于“统一性”,行政活动有时也不受上级机关的指挥、命令,统一性在各行政活动中也存在着某种程度的不同。可见,由于现实行政的复杂性,很难概括出适合所有行政领域的特性。

① 参见 [日] 田中二郎:《要説行政法新版》,4页,东京,弘文堂,1972。

② [日] 手島孝:《行政概念の新構成》,载《九州大学法政研究》,第35卷第1号,43页。

③ 参见 [日] 远藤博也:《行政法Ⅱ(各論)》,8页,东京,有斐閣,1977。

④ 参见 [日] 小早川光郎:《行政法上・Ⅰ》,14页,东京,弘文堂,1993。

⑤ 参见 [日] 原田尚彦:《行政法要論》,全订第6版增补版,11页,东京,学阳书房,2005。

⑥ [日] 远藤博也:《行政法学の方法と対象について》,载 [日] 雄川一郎等编:《田中二郎先生古稀記念集 公法の理論》下・Ⅰ,1619页,东京,有斐閣,1976。

（三）形式说

1. 形式说的主要观点

实质说着眼于行政内容的实质来定义行政的概念，而形式说从国家统治结构出发，认为国家机关分为立法机关、行政机关、司法机关，各机关各司其职，其中行政机关所进行的活动就是行政。因此，可以将行政定义为“行政机关所进行的活动”，这又被称为“形式意义上”或“组织意义上”的行政概念。

2. 形式说的问题

形式说以国家机关为标准定义行政的概念，在现实中简便易行。但问题在于行政机关所进行的活动并非都属于行政的范围，例如，行政立法具有立法性质，行政裁判和行政复议具有司法性质等，而且，即使是立法机关、司法机关，在进行内部管理时也属于实质意义上的行政。此外，随着现代行政的发展，进行行政活动的主体并不限于传统意义上的国家行政机关，而扩展到具有行政管理职能的公共组织或社会团体，如公立高校、各种行业协会或行业组织等。而形式说将这些实质意义上属于行政范畴的活动都排除于行政概念之外，并不符合行政的现实情况。

三、行政的概念

从以上对消极说、实质说、形式说的分析可见，各种有关行政的定义都存在着一一定的问题，仅仅从一种角度来定义行政是有失偏颇的。为此，我们可以结合上述实质说与形式说来定义行政的概念，即行政法上的行政首先应当指国家行政机关的活动，它是国家行政机关为实现国家的目的和任务而行使的执行、指挥、组织、监督诸职能。但是行政法上的行政又不能限于行政机关的活动，某些非行政机关的组织所为的活动也受行政法规则支配。所以，行政法上的“行政”概念应当以形式意义上的行政为主体，以实质意义上的行政为补充。

在这种原则的指导之下，我们可以对行政的概念进行如下定义，即行政法上的行政是指国家行政机关等行政主体为积极实现公益目的，依法对国家事务和社会事务进行的组织、管理、决策、调控等活动。该定义包括以下含义：第一，行政的主体是行政主体，以国家行政机关为主，此外还包括法律、法规授权的组织等，由此克服形式说的缺陷；第二，行政的目的是实现公共利益；第三，行政必须依法进行，在法律之下，受到法律的控制；第四，行政的内容包括对国家事务和社会事务进行的组织、管理、决策、调控等活动。

四、行政的特征

从上述行政的概念来看，行政法上的行政具有如下特征：

（一）法律性

行政的法律性主要表现在两个方面：首先，行政是执行法律的活动。这是由行政与立法的关系决定的。从“三权分立”或者权力分工的理论来看，立法机关制定法律，而行政机关执行法律，因此，行政又被称为“执法活动”。从法律制度来看，我国《宪法》第85条和第105条将国务院和地方各级人民政府定位为“国家权力机关的执行机关”。其次，从行政与法律的关系来看，行政活动必须依法进行，具体要求行政的主体、内容、形式、程

序等都必须依据法律的规定。这是法治主义对行政的要求，例如，《宪法》第5条要求一切国家机关都“必须遵守宪法和法律”。

（二）公益目的性

行政的公益目的性是指行政以公共利益的实现为目的，“国家及其他公权力主体的行为，不论是以公法或私法的形式为之，均应维护公共利益，始具有正当性及合法性”^①。此即维护公共利益是行政权力正当性及合法性的基础，追求公共利益是行政主体进行行政活动的目的之所在。

（三）积极性

与奉行“不告不理”原则的司法相比，行政具有主动性、积极性的特点，即行政为了实现公共利益必须积极、主动地行使职权。行政职权对于行政主体而言，既是权利，也是义务，在法定条件下，行政主体必须行使职权，否则就构成不作为违法。在现实中，行政的积极性表现为两种情形：对于法律规定必须依据职权作出的行政活动，行政主体在法律规定的条件成就时，必须依职权积极作出行政行为；而对于法律规定必须在相对人申请后作出的行政活动，行政主体在相对人申请后，必须针对相对人的申请积极作出答复，不得置之不理。

（四）强制性

行政是由行政主体行使国家权力的活动，代表了国家意志，并以国家政权的强制力为后盾。此即行政具有强制性，对于合法的行政活动，由国家强制力保障其执行，所有的组织和个人都必须遵守、执行。

第二节 行政法的概念

行政法的定义不仅直接表明行政法的调整对象、调整方法，而且直接影响行政法学的研究目的、对象及方法的确定。因此，确定行政法的概念是行政法研究的逻辑起点。

一、行政法的概念

在我国，有关行政法的定义，可以说是“众说纷纭，没有统一说法”^②。这些观点从不同的角度对行政法进行定义，例如，从行政法的功能来看，可以将行政法定义为“关于控制政府权力的法”^③；从行政法调整对象的角度界定，将行政法定义为“调整行政关系和基于行政关系而产生的监督行政的关系的法律规范体系”^④；从行政法的内容出发，认为行政法是“有关国家行政管理法律规范的总和”^⑤；从行政法的结构出发，将行政法界定为“关

① 翁岳生编：《行政法》下册，2版，163页，北京，中国法制出版社，2002。

② 许崇德、皮纯协主编：《新中国行政法研究综述》，32~42页，北京，法律出版社，1991。

③ [英]威廉·韦德：《行政法》，5页，北京，中国大百科全书出版社，1997。

④ 罗豪才主编：《现代行政法的平衡理论》，10页，北京，北京大学出版社，1997。

⑤ 胡建森主编：《行政法教程》，15页，北京，法律出版社，1996。