

当代世界学术名著

法学译丛·公法系列 / 主编 姜明安 执行主编 李洪雷



# 行政法 I

(第9版)

[韩] 金东熙 著

赵峰 译



当代世界学术名著

法学译丛·公法系列

主编 姜明安 执行主编 李洪雷

# 行政法 I

(第9版)

[韩] 金东熙 著

赵峰 译

中国人民大学出版社

· 北京 ·

## “当代世界学术名著” 出版说明

中华民族历来有海纳百川的宽阔胸怀，她在创造灿烂文明的同时，不断吸纳整个人类文明的精华，滋养、壮大和发展自己。当前，全球化使得人类文明之间的相互交流和影响进一步加强，互动效应更为明显。以世界眼光和开放的视野，引介世界各国的优秀哲学社会科学的前沿成果，服务于我国的社会主义现代化建设，服务于我国的科教兴国战略，是新中国出版工作的优良传统，也是中国当代出版工作者的重要使命。

我社历来注重对国外哲学社会科学成果的译介工作，所出版的“经济科学译丛”、“工商管理经典译丛”等系列译丛受到社会广泛欢迎。这些译丛多侧重于西方经典性教材，本套丛书则旨在译译国外当代学术名著。所谓“当代”，我们一般指近几十年发表的著作；所谓“名著”，是指这些著作在该领域产生巨大影响并被各类文献反复引用，成为研究者的必读著作。这套丛书拟按学科划分为若干个子系列，经过不断的筛选和积累，将成为当代的“汉译世界学术名著丛书”，成为读书人的精神殿堂。

由于所选著作距今时日较短，未经历史的充分淘洗，加之判断标准的见仁见智，以及我们选择眼光的局限，这项工作肯定难以尽如人意。我们期待着海内外学界积极参与，并对我们的工作提出宝贵的意见和建议。我们深信，经过学界同仁和出版者的共同努力，这套丛书必将日臻完善。

中国人民大学出版社

## 序 言

本人书房的书架上已有六套公法译丛了：

罗豪才主编，商务印书馆出版的《公法名著译丛》；

梁治平、贺卫方主编，生活·读书·新知三联书店出版的《宪政译丛》；

陈端洪、翟小波主编，法律出版社出版的《宪政古今译丛》；

范亚峰等策划，贵州人民出版社出版的《公法译丛》；

罗豪才、张志坚主编，辽海出版社、春风文艺出版社出版的《法国公法与公共行政名著译丛》；

陈端洪主编，高等教育出版社出版的《法律程序与行政过程译丛》。

此外，中国大百科全书出版社出版的《外国法律文库》、商务印书馆出版的《汉译世界学术名著丛书》、华夏出版社出版的《二十世纪文库》、中国政法大学出版社出版的《当代法学名著译丛》等文库、译丛的选题中，也有为数不少的公法译著选题。

那么，我们为什么还要策划和组织出版这套公法译丛——《法学译丛·公法系列》呢？我们策划和组织的这套“公法译丛”有什么特色呢？

首先，我们策划和组织出版这套“公法译丛”是回应时代的需求。前述现已出版的数套译丛大多是上世纪策划和组织的，而且其选题大多是古典公法名著，如亚里士多德的《雅典政制》、洛克的《政府论》、孟德斯鸠的《论法的精神》、卢梭的《社会契约论》、狄骥的《公法的变迁》、奥托·迈耶的《德国行政法》、莫里斯·奥里乌的《行政法与公法精要》等。这些公法经典著作对于我们今天的时代无疑仍有着重要而不可替代的指导作用，但是，我们今天的时代除了需要这些公法经典著作所提供的经典思想和理论指导外，还需要更多更贴近我们时代，更直接、更具体地反映我们时代特征的新思想、新理论的指导。据此，我们这套译丛的选题基本确定为本世纪出版或上世纪后期出版的国外公法名

著。也就是说，收入我们这套译丛的著作基本是国外近二十年面世的新著。例如，《宪法解释：文本含义、原初意图与司法审查》（Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review）出版于1999年，《英国与美国的公法与民主》（Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America）出版于1990年，《权利革命之后：重塑规制国家》（After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State）出版于1990年，《行政法的范围》（The Province of Administrative Law）出版于1997年，《行政法学的结构性变革》出版于1996年，《规制：法律形式与经济学理论》（Regulation: Legal Form and Economic Theory）出版于1994年，《法国行政法》（French Administrative Law）出版于1998年，《行政法 I·II》出版于2003年。

其次，我们策划和组织出版这套“公法译丛”是适应统一公法学研究的需要。传统公法学研究公法，往往只研究个别的、具体的公法部门，如宪法、行政法、诉讼法等，而很少有人将整个公法当做一个系统、一个整体，对之作全方位的、系统的研究。而自上世纪后期以来，随着人们对部门公法研究的深入，许多学者开始探讨各部门公法调整的整体法律关系——整个公权力主体与公权力相对人的关系，开始研究各部门公法调整整个公权力的统一规律，开始创立统一的公法学。为适应公法研究和公法学发展的这一趋势，我们需要全面介绍国外各领域、各部门公法研究的成果，特别是对公法作整体研究的成果。但是，前述现已出版的数套译丛对公法的介绍大多是部门性的和零散的，或限于宪法，或限于行政法；或限于实体，或限于程序；或限于某一国别（如法国公法），或限于某一法系（如英美法系的宪法与行政法）。而我们这套译丛，其选题既有宪法问题，也有行政法问题，还有统一公法学问题；既有实体问题，也有程序问题；既有一般民主和人权问题，也有具体的行政规制和财产征收、征用问题；既有欧美公法问题，也有亚洲公法问题（如《行政法 I·II》，此前我国似乎还没有出过韩国公法学著作的中译本）。由此观之，我们这套译丛无疑将为我国公法学人统一和系统地研究公法提供较全面的素材。

再次，我们策划和组织出版这套“公法译丛”也是适应我国培养高级公法研究人才的需要。在上个世纪即将结束的最后一年（1999年），我国通过宪法修正案，将“依法治国，建设社会主义法治国家”确定为我国的发展目标和治国方略。建设法治国家涉及大量需要研究和解决的

公法问题，为此也就需要培养和造就一大批高素质的公法人才。这些人不仅需要懂得一般的公法理论和我国的公法运作的实践，还特别需要了解国外不同法系、不同制度下公法的基础理论和运作实践，从而能移植、借鉴对我国有用、有益的公法制度和理论，洋为中用。正是出于这种考虑，我们有意识地鼓励一批毕业不久（个别尚未毕业）的公法学博士，担当我们这套丛书的翻译大任。这些博士既有公法学的专业知识，又有良好的外语功底，能较好地保证翻译质量（只懂外语而不懂专业的人，是很难胜任这种高度专业性著作的翻译重任的）。同时，最重要的是，这些年轻的博士们通过翻译这些公法学名著，将更全面、更深入地学习和掌握现代公法学的原理、原则，从而受到现代最前沿公法思想和理论的熏陶，为其成长为我国新一代公法学栋梁之材打好扎实的理念和知识基础。

以上三点，是我们策划和组织出版这套“公法译丛”的初衷，也是我们试图使这套“公法译丛”具有的特色。当然，我们的初衷能否实现，我们欲使这套译丛具有的特色能否最终实际显现，还有待时间的检验。

是为序。

姜明安

2006年8月1日于北京八里庄

## 译者序

承蒙北京大学法学院著名教授姜明安先生的委托，译者接受这部《行政法》的翻译任务，深感责任之重大。历经两年有余，终于完成了此书的翻译工作。

译者接触此书较早，1993年在辽宁公安司法管理干部学院讲学期间，就曾拜读过此书。1999年译者在韩国首尔（汉城）大学的法科大学攻读行政法博士期间，更深入地研读了此书。多年以来，这部《行政法》一直是首尔大学研究生院硕士生、博士生的指定教材。本书的作者金东熙先生一生致力于行政法理论研究，与世界发达国家的学术交流甚多，行政法理论造诣颇深。金东熙先生在本书的写作过程中，在其多年行政法研究的基础上，吸收了世界各国行政法的先进理论，特别是德国、法国、日本、美国的行政法理论及判例，力求寻找出适合韩国社会发展的行政法理论。书中将大量国际、国内的诸多观点列举分析、批判，使读者能够清楚了解当前国际行政法领域的学术研究现状。

在韩国的文字中使用大量的汉字是很普遍的，特别是在法学领域更为如此。这些汉字在意思表述上，多数与我国汉语相同。译者在翻译过程中，尽量保留作者使用的汉字。有些汉字的意思在使用上与我国汉语稍有偏移，为使读者不产生误解，译者在此书中加注了译者注。例如，行政审判是指行政机关对行政纠纷进行处理、判定的程序，而不是中国读者通常理解的司法行为。“行政厅”并非是一个部门，而是各级行政机关的简称。“矫正所”其实是监狱。“弃却”和“却下”，相当于我国的驳回，是在不同阶段的不同称谓。另外，韩国实行的司法体制是三级三审制，与我国的四级两审制有所不同，读者在阅读过程中会对上述差异有所体会。

本书自始至终，贯穿着一条主线，即宪法赋予国民的权利神圣不可侵犯。书中认为，任何行政行为都有可能侵害国民的合法权益，甚至是在行政指导、行政计划等领域，对于什么样的行政指导、行政计划应视

为对国民的侵害及如何进行救济等进行了深入的阐述。书中关于行政机关裁量行为的逸脱、裁量行为收缩至零的理论,以及对此行政行为应进行司法控制等主张,都是以对相对人的司法救济为目的展开的。这些理论对于我国行政法的研究有一定的借鉴价值。

我国当前正处于社会经济变革时期,不仅需要和谐的社会基础,而且需要更为成熟的法律结构,保障宪法所赋予公民的民主权利以及其他合法权益是构建和谐社会的最基本的保证。如果这一基本保证得不到落实,会削弱人们对法律的尊重和信任。如果此书在这一方面起到了作用,则正是译者翻译此书的目的所在。

译者在翻译及校对过程中,得到了林璐、徐永达等人的大力协助,特别是韩国驻沈阳总领事馆的李承铉领事,在百忙中为本书注释中人名的翻译,收集了大量的信息,提供了宝贵的翻译资料,在此一并表示衷心的感谢。

在本书统稿完成之际,译者又收到金东熙教授的第10版新书,由于修订部分细微,故并未影响整体译文的确立,但译者还是尽量将新修订部分的内容体现在这次的翻译稿之中。

千虑之余终有一失,本书有不妥或错误之处,望学界同仁匡正为谢!

译者

2008年1月于沈阳

## 第9版序言

在此,《行政法I》第9版出版了。同以往一样,本版在保留旧版的基本理论体系及内容的基础上,考虑了新的理论及判例,并进行部分修订,在此事先予以声明。

在本版中,进行的最基本的修订、完善工作是关于损失补偿部分。在这一部分中,对理论及实定法两个部分进行了实质性的完善和修订。首先,从理论的层面,对德国的收用制度中有争议的理论 and 应予补偿的财产权内容规定问题,以及与此相关的损失补偿的法依据问题进行了研究。此外,还对类似收用侵害及收用侵害理论的探讨进行了完善。

众所周知,过去土地收用法、公共用地取得及损失补偿等相关的特例法,统合之后,成为具有公益事业目的的土地取得及补偿的法律。作为关于损失补偿的一般法律,于2002年12月制定,2003年1月1日开始施行。因此,本版中依据该法律,重新检讨了实定法上补偿制度的内容、生活补偿、事业损失补偿等问题。

该法对补偿金增减的诉讼区别于土地收用法,将土地所有者与事业实施者分别作为原告、被告来进行争讼。随着这种相关法制的修订,在行政诉讼制度部分,对形式上的当事人诉讼的探讨进行了修订或是完善。

以上是本版的基本修订或完善的内容。除此之外,下列几项也依据不同的情况进行了大量的实质性修订和完善。其中,具有代表性的就是行政计划的集中效的相关部分。在本版中,对认可、许可拟制制度进行了相当具体的分析,并对判断余地说进行了实质性的完善。另外,信赖保护原则,私人的公法行为,公法契约,复效的行政行为,行政行为的撤销、撤回问题,申告制度,个人信息保护制度,撤销诉讼,不作为违法确认诉讼等相关探讨内容也进行了完善。

本版中有关法令的研讨由法制处的崔正日局长负责,在此对其所付出的辛劳表示感谢。尽管过去也有过类似的研讨,但此次崔局长对本回

题的研讨超越了单纯的法令修订事项的标准。此项工作中，崔局长的意见及建议可谓完善，极大地提高了本书的水准。特此对崔局长表示衷心的感谢。本版的校对工作由正在准备首尔大学法科大学博士论文的李熙贞负责，对正在忙于准备论文的李熙贞所倾注的努力表示感谢。

为了能够使书籍的出版更加系统，博英社的安钟万会长及编辑部的职员一如既往，付出了诸多的努力，特此感谢。

2003年2月

冠岳研究室

著者

## 序 言

本书是以著者在首尔大学法科大学的讲义录和此间发表的行政法领域的论文及多年的讲义经验为基础编辑而成的。本书原计划 1990 年年初出版,但由于部分内容不尽完善而推迟出版。结果对著者周围的人,尤其是对学生们有所食言。但经过一年的讲解,反而对本书中的内容有了某种程度的修订及完善。

著者在执笔本书的过程中,特别留意了以下两点:首先,在本书中,有关行政法的基本法制、法理或理论,不是肤浅的、平面的罗列,而是通过分析、说明其内容,努力使学生理解其本质。其次,本书考虑到学部学生而执笔,所以省略了过于具体、详细的或是细枝末节的内容,尽可能地减轻学习行政法的学生们的负担,使学生能够系统地、综合地理解行政法。

行政法学以实定的行政法为其考察对象,从这一点来看,对韩国的法制、判例的分析、整理当然成为了其基本的内容。但行政法学并非单纯地记述实定法,而是对此进行分析、研讨,阐明其基本原理,建立作为独立的法的行政法体系,这才是它的本质性任务。

从沿革上来讲,行政法学是在德国、法国等大陆法系国家产生、发展起来的。韩国的行政法基本上是以大陆法系国家的行政法为其模式发展的,至少在现阶段,对德国、法国行政法上的相关法制或法理的理解是不可或缺的。韩国的行政法受德国行政法的影响最多,所以本书中,在判断为有助于韩国行政法的解释发展的限度内,主要是分析、研讨了德国行政法的相关法理。

与此相关,在此特别对德国的 Autxier 教授、Rüfner 教授以及法国的 Rivero 教授、Vedel 教授、Delvolve 教授等表示衷心的感谢。Rüfner 教授在著者担任德国 Saarbrücken 大学研究教授期间,百忙之中帮助著者理解德国的行政法,Autxier 教授在个人的角度是著者的老朋友,是既懂德国公法又懂法国公法的为数不多的重要学者之一,在对两国的行

政法的理解及比较研究方面提供了诸多的帮助。Rivero 教授、Vedel 教授、Delvolve 教授是法国行政法最具权威的学者，百忙之中抽时间与著者面谈，或是通过书信来答疑。在此，对他们学问上的业绩与姿态表示敬意。

在本书的校订及索引编订过程中，对首尔大学博士课程的罗铉助教、庆健、李元雨以及硕士课程的李熙贞表示衷心的感谢，此外对博英社的安钟万会长及编辑部的各位职员付出的诸多努力表示感谢。

1991 年 8 月

冠岳研究室

著者

## 目 录

### 第 1 编 行政法绪论

|                     |    |
|---------------------|----|
| 第 1 章 行政            | 3  |
| 第 2 章 行政法           | 17 |
| 第 3 章 行政法律关系        | 53 |
| 第 4 章 行政法的法律要件与法律事实 | 88 |

### 第 2 编 一般行政作用法

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 第 1 章 行政立法            | 103 |
| 第 2 章 行政计划            | 136 |
| 第 3 章 行政事实行为          | 146 |
| 第 4 章 行政契约            | 163 |
| 第 5 章 行政法上的确约         | 169 |
| 第 6 章 行政行为            | 174 |
| 第 7 章 行政程序            | 265 |
| 第 8 章 行政信息公开·个人信息保护制度 | 297 |

### 第 3 编 行政的实效性确保手段

|                    |     |
|--------------------|-----|
| 第 1 章 概说           | 317 |
| 第 2 章 行政强制执行       | 319 |
| 第 3 章 确保义务履行的新手段   | 332 |
| 第 4 章 行政即时强制以及行政调查 | 339 |
| 第 5 章 行政罚          | 348 |

### 第 4 编 行政救济法

|              |     |
|--------------|-----|
| 第 1 章 概说     | 361 |
| 第 2 章 行政损害填补 | 369 |
| 第 3 章 行政争讼   | 435 |

|    |     |
|----|-----|
| 索引 | 580 |
|----|-----|

# 目 录

## 第 1 编 行政法绪论

|                    |    |
|--------------------|----|
| 第 1 章 行政           | 3  |
| 第 1 节 行政的含义        | 3  |
| I. 概述              | 3  |
| II. 实质意义的行政        | 3  |
| III. 行政的实质概念和立法、司法 | 6  |
| IV. 形式意义上的行政和立法、司法 | 7  |
| 第 2 节 统治行为         | 7  |
| I. 概念              | 7  |
| II. 关于统治行为的学说      | 7  |
| III. 国外关于统治行为的实际状况 | 9  |
| IV. 韩国的统治行为        | 10 |
| 第 3 节 行政的分类        | 12 |
| I. 根据主体不同进行的分类     | 12 |
| II. 根据对象不同进行的分类    | 12 |
| III. 根据目的不同进行的分类   | 13 |
| IV. 根据手段和形式不同进行的分类 | 14 |
| V. 授益行政、侵益行政、复效行政  | 16 |
| 第 2 章 行政法          | 17 |
| 第 1 节 行政法的含义       | 17 |
| I. 行政法是关于行政的法      | 17 |
| II. 行政法是行政中固有的公法   | 18 |
| III. 行政法是关于行政的国内公法 | 19 |
| 第 2 节 行政法的形成       | 19 |
| 第 3 节 法治行政         | 22 |
| I. 概述              | 22 |

|                               |    |
|-------------------------------|----|
| II. 德国等国家的法治行政原理 .....        | 23 |
| III. 英美国家的法的支配 .....          | 25 |
| IV. 实质法治主义的一般化 .....          | 26 |
| V. 实质法治主义的内容 .....            | 26 |
| 第4节 行政法的法源 .....              | 32 |
| 题 1. 概述 .....                 | 32 |
| 题 2. 成文法法源 .....              | 33 |
| 题 3. 不成文法法源 .....             | 35 |
| I. 习惯法 .....                  | 35 |
| II. 判例法 .....                 | 38 |
| III. 条理法 .....                | 39 |
| 第5节 行政法的效力 .....              | 49 |
| I. 时间的效力 .....                | 49 |
| II. 地域的效力 .....               | 51 |
| III. 对人的效力 .....              | 52 |
| 第3章 行政法律关系 .....              | 53 |
| 第1节 公法关系和私法关系（公法和私法的区别） ..... | 53 |
| I. 制度的区别 .....                | 53 |
| II. 区别公法关系、私法关系的实益 .....      | 53 |
| III. 区别标准 .....               | 54 |
| 第2节 行政法律关系的种类 .....           | 56 |
| I. 行政组织法关系 .....              | 56 |
| II. 行政作用法的关系 .....            | 57 |
| 第3节 行政法律关系的当事人 .....          | 60 |
| I. 行政主体与私人 .....              | 60 |
| II. 行政主体 .....                | 60 |
| 第4节 行政法律关系的特性 .....           | 62 |
| I. 法的适合性 .....                | 63 |
| II. 公定力 .....                 | 63 |
| III. 确定力 .....                | 63 |
| IV. 强制力 .....                 | 64 |
| V. 权利、义务的特殊性 .....            | 64 |
| VI. 权利救济手段的特殊性 .....          | 64 |
| 第5节 行政法关系中私人的公权 .....         | 65 |

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| I. 个人公权的含义 .....            | 65  |
| II. 个人公权的成立要件 .....         | 66  |
| III. 公权与反射利益 .....          | 67  |
| IV. 个人公权的种类 .....           | 69  |
| V. 个人公权的特殊性及其批判 .....       | 71  |
| VI. 行使无瑕疵裁量的请求权 .....       | 72  |
| VII. 行政介入请求权 .....          | 77  |
| 第 6 节  私法规定对行政法律关系的适用 ..... | 80  |
| I. 概说 .....                 | 80  |
| II. 关联学说 .....              | 80  |
| III. 私法规定的适用限度 .....        | 81  |
| IV. 个别判断说 .....             | 82  |
| 第 7 节  特别行政法律关系 .....       | 82  |
| I. 传统的特别权力关系论 .....         | 82  |
| II. 特别权力关系论的再检讨 .....       | 85  |
| III. 特别权力关系与法治主义 .....      | 87  |
| 第 4 章  行政法的法律要件与法律事实 .....  | 88  |
| 第 1 节  含义及种类 .....          | 88  |
| I. 含义 .....                 | 88  |
| II. 种类 .....                | 88  |
| 第 2 节  行政法上的案件 .....        | 89  |
| I. 时间的经过 .....              | 89  |
| II. 住所、居所 .....             | 91  |
| 第 3 节  公法行为 .....           | 92  |
| I. 公法行为 .....               | 92  |
| II. 公法上的无因管理和不当得利 .....     | 97  |
| <b>第 2 编  一般行政作用法</b>       |     |
| 第 1 章  行政立法 .....           | 103 |
| 第 1 节  概说 .....             | 103 |
| I. 行政立法的概念 .....            | 103 |
| II. 行政立法的必要性 .....          | 103 |
| 第 2 节  法规命令 .....           | 104 |
| I. 含义及性质 .....              | 104 |

|                                                |     |
|------------------------------------------------|-----|
| II. 种类 .....                                   | 104 |
| III. 法规命令的根据 .....                             | 107 |
| IV. 法规命令的限度 .....                              | 107 |
| V. 成立、生效的要件 .....                              | 109 |
| VI. 法规命令的消减 .....                              | 111 |
| VII. 法规命令的控制 .....                             | 111 |
| 第 3 节 行政规则 .....                               | 114 |
| I. 行政规则的概念 .....                               | 114 |
| II. 行政规则的种类 .....                              | 115 |
| III. 具有法规形式的行政规则和具有法规内容的行政<br>规则 .....         | 119 |
| IV. 行政规则的法的性质 .....                            | 125 |
| V. 行政规则的成立、生效的要件 .....                         | 134 |
| VI. 行政规则的控制 .....                              | 135 |
| 第 2 章 行政计划 .....                               | 136 |
| I. 含义及背景 .....                                 | 136 |
| II. 行政计划的种类 .....                              | 137 |
| III. 行政计划的性质——法的效力、法的性质 .....                  | 138 |
| IV. 行政计划的程序 .....                              | 141 |
| V. 计划裁量 .....                                  | 142 |
| VI. 计划保障请求权 (plangwahrleistungsanspruch) ..... | 144 |
| 第 3 章 行政事实行为 .....                             | 146 |
| 第 1 节 行政事实行为概说 .....                           | 146 |
| I. 事实行为的含义及种类 .....                            | 146 |
| II. 事实行为的法的根据与限度 .....                         | 147 |
| III. 事实行为的救济 .....                             | 148 |
| 第 2 节 行政指导 .....                               | 149 |
| I. 概说 .....                                    | 149 |
| II. 行政指导的含义及种类 .....                           | 150 |
| III. 行政指导的效用性与问题点 .....                        | 152 |
| IV. 行政指导的原则及方式 .....                           | 153 |
| V. 行政指导的法的根据 .....                             | 154 |
| VI. 行政指导的限度 .....                              | 154 |
| VII. 行政指导与行政救济 .....                           | 155 |