



法学研究生
精品教材

行政法与 行政诉讼法

应松年 ■ 主编

· 上 ·

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

法学研究生
精品教材

出版说明

随着现代化进程的不断加快，法治社会的理想逐渐成为举国共识，作为显学的法律科学及法科职业在当下中国也日益显现出其独特的学术品性与伦理魅力。随之而来的是域外法理的大量译介与本土法学著述的规模涌现。经由经典法学教材熏陶的法科毕业生，以其所秉持的法律职业伦理与缜密而专业的法律思维，也成为并成就了中国法治与法学的宣谕者、建设者与担纲者。

作为法学教育重要环节的法学硕士研究生教育，上承拓展基础的法学本科训练，下启专门化细密化的博士阶段研究，其地位之突出性不可或缺，意义之重要性不言而喻。而教育的成功，则有赖于高质量的经典教材。组织编纂与打造具有中国特色、关注中国问题与培养中国意识的法学硕士研究生经典教科书，更显得日益紧迫。当此，我社组织编纂本套《法学研究生精品教材》。本套教材旨在夯实法学基础理论知识、培养时代问题意识、启迪专业法律思维、提高综合素质与研究能力。由深孚众望的法学一线教学与科研专家担纲组稿，无疑是教材品质的最大保证。教材按学科分类采用专题讲授的形式，注重启迪而非灌输，侧重于法学各学科核心问题的研讨、最新成果的评介与立法及司法前沿领域的追踪等，附以“经典文献导读”、“思考题”和“参考文献”，以收拓展视野、博取宏图之效，相信对于锻炼学术方法、提升研究能力亦将大有裨益。

中国法制出版社以法律为志业，旨在刊布真理，传承真知，奉献真情，铸就法治真实，汲取全体国人智慧，塑造经典法律图书，为汉语文明的中国法治建设奉献绵薄之力！

中国法制出版社

前 言

本书是为研究生编写的教材。我希望在内容的广度与深度上都能较此前出版的教材有所提高和突破。为此，我邀请了国内各大学从事行政法研究生教学，且在各个方面有较深造诣的资深导师共 23 人，参与本书各章的著述。约定撰写时可以在完成应该传授的内容外，阐述各人的不同观点和研究心得，在加深理论阐释的同时，关注实践的应用和发展。此外，在章节安排上，增加了一些新的章节，以使近年来在行政法学研究方面的新成果得到反映。作为主编，我的任务主要是力求保持编写体例的一致；有些章节由于篇幅过长而不得不作些删节。但并不强求作者的看法、观点的统一。这样做，可能会使本书的某些观点与其他作者或主编之间的相异，甚或矛盾冲突，但我认为，作为研究生教材，这将有利于拓展读者的视野，促进独立思考。读者在使用或引用本书时，请特别注意到这一点。本书在编写过程中，得到了浙江大学郑春燕、中国政法大学石磊、赵鹏、张迎涛、王静和俞楠等青年学子的诸多协助，在此谨致谢意。

石磊

2009 年初春于世纪城春荫园

本书各章撰写分工如下：

- 第一章 应松年（国家行政学院教授）
- 第二章 刘 莘（中国政法大学教授）
- 第三章 杨解君（南京工业大学教授）
- 第四章 薛刚凌（中国政法大学教授）
- 第五章 谭宗泽（西南政法大学教授）
- 第六章 余凌云（清华大学教授）
- 第七章 方世荣（湖北行政学院教授）
- 第八章 周佑勇（东南大学教授）
- 第九章 吉 雅（内蒙古大学教授）
- 第十章 王锡锌（北京大学教授）
- 第十一章 杨海坤（苏州大学教授）
- 第十二章 胡建淼（浙江大学教授）
- 第十三章 莫于川（中国人民大学教授）
- 第十四章 章剑生（浙江大学教授）
- 第十五章 刘 恒（中山大学教授）
- 第十六章 傅士成（南开大学教授）
- 第十七章 朱新力（浙江大学教授）
- 第十八章 王周户、王麟（西北政法大学教授）
- 第十九章 杨伟东（国家行政学院教授）
- 第二十章 王学辉（西南政法大学教授）
- 第二十一章 马怀德（中国政法大学教授）
- 第二十二章 杨小君（国家行政学院教授）
- 第二十三章 沈开举（郑州大学教授）

目 录

(上 册)

第一章 行政法概述	1
第一节 行政法的基本概念	1
第二节 行政法的法源	15
第三节 行政法律关系	21
典型案例	27
本章思考题	28
第二章 行政法基本原则	29
第一节 行政法基本原则概说	29
第二节 依法行政原则	36
第三节 比例原则	47
第四节 信赖保护原则	53
第五节 正当程序原则	57
典型案例	63
本章思考题	64
第三章 行政法学	65
第一节 行政法学概述	65
第二节 行政法学的体系	71
第三节 行政法学中有关理论基础的争论	82
第四节 我国行政法学的发展与未来	86
本章思考题	94

第四章 行政主体与行政组织法	95
第一节 行政主体理论评述	95
第二节 行政主体的界定与功能	103
第三节 行政主体的类型	108
第四节 行政主体制度的构建	113
第五节 行政组织法概述	115
第六节 行政组织法的基本原则	120
第七节 行政组织法的内容	124
第八节 行政组织法的体系	127
典型案例	129
本章思考题	129
第五章 公务员法	130
第一节 公务员法概述	130
第二节 公务员制度的历史沿革	146
第三节 行政职务关系概说	153
本章结语	161
典型案例	162
本章思考题	163
第六章 第三部门	164
第一节 第三部门的兴起及其对行政法的意义	164
第二节 研究现状	175
第三节 对第三部门的公法审视	186
典型案例	191
本章思考题	192
第七章 行政相对人	193
第一节 行政相对人的概念和分类	193
第二节 行政相对人在现代行政法中的地位	203
第三节 行政相对人的权利与义务研究	206

第四节 行政相对人的行为及其法律效力研究	213
典型案例	221
本章思考题	223
第八章 公物、公营造物与公物法	224
第一节 公物概述	224
第二节 公物的设置、管理与利用	235
第三节 公营造物	244
第四节 公物法	251
典型案例	256
本章思考题	257
第九章 行政行为概述	258
第一节 行政行为的界定	258
第二节 行政行为的分类	268
第三节 行政行为的效力	279
典型案例	286
本章思考题	288
第十章 制定规范行为	289
第一节 行政立法基本概念的界定	289
第二节 行政立法的体制:主体和权限	292
第三节 行政立法的程序	296
第四节 行政立法的解释和适用	305
第五节 行政立法的监督	311
第六节 行政规定	320
典型案例	326
本章思考题	327
第十一章 行政决定	328
第一节 行政决定概述	328
第二节 行政许可	333

4 行政法与行政诉讼法

第三节 行政处罚研究	340
第四节 行政强制研究	347
第五节 行政征收研究	354
典型案例	360
本章思考题	362
第十二章 行政给付与行政确认	363
第一节 行政给付	363
第二节 行政确认	383
典型案例	398
本章思考题	399
第十三章 非权力行为	400
第一节 非权力行为理念	400
第二节 行政指导	410
第三节 行政合同	423
第四节 行政奖励	431
典型案例	438
本章思考题	439

(下 册)

第十四章 行政程序	441
第一节 行政程序界说	441
第二节 行政程序法基本原则	449
第三节 行政程序法基本制度	457
第四节 中国行政程序法典化	472
典型案例	478
本章思考题	480
第十五章 行政公开	481
第一节 行政公开概述	481

第二节 行政公开内容	486
第三节 行政公开方式	492
第四节 行政公开程序	501
典型案例	509
本章思考题	510
第十六章 行政裁决	511
第一节 行政裁决的概念	511
第二节 英国的行政裁判所和美国的行政法官	518
第三节 行政裁决的基本理论	522
第四节 我国行政裁决的历史沿革、存在的问题及改革思路	533
典型案例	540
本章思考题	541
第十七章 行政违法与行政法律责任	542
第一节 行政违法的规范涵义	542
第二节 行政违法的类型	546
第三节 行政法律责任	565
第四节 行政违法与行政法律责任关系之定位	574
典型案例	575
本章思考题	576
第十八章 行政法制监督	577
第一节 行政法制监督概述	578
第二节 行政层级监督	585
第三节 行政专门监督	590
第四节 国家权力机关的监督	599
第五节 社会监督	606
典型案例	608
本章思考题	609
第十九章 行政纠纷解决机制	610
第一节 行政纠纷解决机制概述	610

6 行政法与行政诉讼法

第二节 我国现有行政纠纷解决机制存在的主要问题	617
第三节 完善我国行政纠纷解决机制的基本构想	622
结 语	635
典型案例	636
本章思考题	637
第二十章 行政复议	638
第一节 行政复议的基本理论	638
第二节 行政复议的主要制度	643
第三节 行政复议与相关制度的衔接	652
第四节 行政复议制度的比较研究	656
第五节 中国行政复议制度的运行情况与改革思路	660
典型案例	665
本章思考题	667
第二十一章 行政诉讼	669
第一节 行政诉讼的目的	669
第二节 行政诉讼的基本原则	674
第三节 行政诉讼类型	678
第四节 行政审判组织和行政诉讼当事人	683
第五节 行政诉讼的受案范围和审查标准	689
第六节 行政诉讼证据制度和审理程序	696
第七节 行政判决和行政执行	702
典型案例	708
本章思考题	709
第二十二章 行政赔偿	710
第一节 行政赔偿的性质	710
第二节 行政赔偿的构成要件	713
第三节 行政赔偿的范围	719
第四节 国外的行政赔偿范围	721
第五节 行政赔偿范围的完善	723

第六节 行政赔偿归责原则	725
第七节 行政赔偿主体	729
第六节 行政赔偿程序	732
第七节 行政赔偿标准	735
典型案例	743
本章思考题	744
第二十三章 行政补偿	745
第一节 行政补偿概述	745
第二节 行政补偿范围	758
第三节 行政补偿程序	772
第四节 行政补偿的标准和方式	776
典型案例	780
本章思考题	781
附录:参考文献	782

第一章 行政法概述

第一节 行政法的基本概念

一、行政

行政法是有关行政的法。因此，要了解行政法，首先要了解“行政”。

（一）行政的含义

从语义上看，行政的英文是 Administration，源出拉丁文 administrare，意为“执行事务”。《辞源》译为“执掌政务”，源出《史记·周纪》，“召公、周公二相行政，号曰共和”。《现代汉语词典》解释为二层含义：“（1）行使国家权力的；（2）机关、企业、团体等内部的管理工作。”但行政法学者在对“行政”下定义时，由于研究的视角不同，因而众说纷纭。经归纳，主要有“国家意志执行说”、“除外说”（消极说、扣除说）、“目的说”（积极说）、“经济管理说”、“综合说”、“特征描述说”、“形式意义与实质意义说”等等。^①但是，下述两点已基本达成共识。

第一，行政可分为公共行政与私行政。公共行政是对国家和社会事务的管理和提供服务；私行政则是指机关、企事业单位、社会团体（行政处、行政科）等对其内部事务的管理。行政法学研究的只是公共行政。

第二，早期行政法学所研究的公行政，仅指国家行政。马克思的名言：“行政是国家的组织活动。”古德诺的著名公式：“政治是国家意志的表达，行政是国家意志的执行”，等等，都是把行政视为国家行政。但是，随着西方经济从市场失灵，再到政府失灵，公共组织实践和公共行政理论迅速发展，公共行政的范围大大扩展。行政，已经不再仅指国家行政，而是以国家行政为主，包括其他社会

^① 参见应松年主编：《行政法与行政诉讼法学》，法律出版社2005年版，第3-4页。

2 行政法与行政诉讼法

公共组织的行政在内，因而统称为公共行政。

中国行政法学对行政的认识，也经历了从国家行政到公共行政的发展。上世纪 80 年代的行政法学研究，还以国家行政为主。

在中国的行政法理论中，最早触及到这个问题的，是 1987 年开始制定《行政诉讼法》时对“被告”的讨论。行政诉讼的被告是行政机关，这是没有问题的。但实际生活中还有很多非行政机关在行使行政权力，如何界定？讨论的结果是《行政诉讼法》第 25 条第 4 款的规定：“由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为，该组织是被告。由行政机关委托的组织所作的具体行政行为，委托的行政机关是被告。”将这类组织分为授权与委托，第一，是满足行政诉讼的需要；第二，是促进行政机关对“委托”组织的重视。如委托不当，委托组织自己要承担法律责任（其后的《行政处罚法》又进一步规范了“委托”的条件）；第三，当时是把授权看作是行政分权的一种形式，由法律法规把某些行政权力授给这些组织行使（其中大部分是非行政机关）。实际上，这一规定在客观上承认了“公共行政”的存在，并把这种权力的行使也置于司法监督的范围以内。其后发生的如教育方面的行政案件证明了这一点。^①但《行政诉讼法》对这种公共行政组织设定了严格的条件：必须由法律法规授权，以保证这一权力不被滥用。这在当时我国非政府组织还不发达、不成熟的情况下，是有必要的。但随着市场经济的发展和行政体制改革、政府职能转变的深入，这种行使公共行政权力的社会组织的发展和规范问题，日益引起人们的关注，行政法学中关于行政主体问题的讨论，实际上与此有关。社会组织的公共行政权的来源，是必须由法律法规规定，还是也可通过其他途径，例如由其自身章程规定？这些组织的活动，哪些属于公共行政，哪些不是，与行政机关的区别是什么，如何区分和界定？在行政法的定义中，有无适应公共行政的需要，作出新的概括的必要和可能？它们的组织和活动，是否应遵守行政法的规则，因此也应接受司法审查？等等，都需要进一步研究。

据此，我们认为，在我国现阶段，行政是指国家行政机关或特定的社会公共组织为实现公共事务管理的目标进行的组织和管理活动。

以行政为研究对象的有两门学科，即行政学（公共行政学）与行政法学。20 世纪 80 年代，行政学与行政法学几乎同时在中国得到迅速发展。这是一个很值得注意的历史现象。1984 年 8 月，国务院办公厅和劳动人事部在吉林市召开行政

^① 1999 年田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案件，大学能否作为行政诉讼的被告，法院就是根据《中华人民共和国学位条例》第 8 条的授权规定受理的。

管理学会研讨会，发表了《行政管理学研讨会纪要》，提出我国的行政管理要实现科学化、法制化、现代化，要把行政管理的科学化与法制化统一起来。^① 行政学是研究行政管理科学化的科学，行政法学则是研究行政管理法制化的科学，只有把科学的管理和法律的管理统一和结合起来，才能使国家行政管理在国家管理和国家建设中发挥更大的作用。^② 从这个意义上说，行政法学者应该更多关注公共行政学的研究和发展，吸收公共行政学的最新成果，以此来推进行政法学更好、更深入的研究和发展。

（二）行政的特性

1. 目的的公益性。公共行政活动必须、也只能是为了谋求公共利益，维护公共秩序，增进公共福利，提供公共服务。公共行政活动的目的绝对不能是为了谋求某一部分人，或小单位甚至个人的利益。

2. 主体的特定性。由于国家和社会事务的纷繁复杂，因此必须设置众多的行政主体。行政是对国家和社会事务的管理。对特定事务的管理和服务，必须由特定的主体来承担。在我国，这种行使特定公共行政权力的主体，都必须有法律的明确授权。

3. 行为的执行性、规范性和能动性。

执行性。公共行政的基本特点是执行，是对国家法律法规的执行。虽然现代社会的国家行政主体也被赋予制定规范的功能，但这些规范在本质上仍是为了执行法律，是一种执行性的规范。涉及国家和社会事务的重大事项，以及公民基本权利义务的事项，只能由法律作出规定。

规范性。由于公共权力的行使，将对国家和社会发生作用，且常常会影响公民和组织的权利、义务，因此，公共行政必须接受法律的规范（包括实体法律规范与程序法律规范），严格依法办事，保证公共行政主体不致滥用公共权力，并保证国家行政在整体上的统一性和连续性。

能动性包括主动性和灵活性。行政和司法的重大区别之一在于，司法一般具有被动的特点，奉行不告不理原则；而行政在多数情况下都必须根据情况的变化和形势的需要，积极主动去完成法律赋予的职责，否则就将承担失职和不作为的责任。同时，法律不可能穷尽一切可能发生的事情，因此，又必须赋予行政主体

^① 国务院办公厅调查研究室编：《中国行政管理学初探》，经济科学出版社 1984 年版，第 14 - 16 页。

^② 参见应松年：“试论行政法学与行政学的关系”，载《中国走向行政法治探索》，中国方正出版社 1998 年版。

4 行政法与行政诉讼法

在法律原则的框架内以必要便宜行事的灵活性，也就是合理的裁量权。

4. 监督的广泛性。行政权的行使对国家、社会和公民影响巨大，加之自身所特有的主动性和灵活性，都必然要求加强监督。

主体、行为、监督三者构成行政三要素，是现代行政不可缺少的组成部分，这三者都必须受法的支配。行政法的体系就是在此基础上构建并展开的。

（三）行政的分类

由于行政的多样性和复杂性，基于进一步研究的需要，有必要从学理上按照一定的标准对其进行分类。其中下面几种分类较为值得关注：

1. 公权力行政与私经济行政（国库行政）^①

依行政行为所适用法律规范性质的不同，行政可分为公权力行政与私经济行政（或称国库行政）。前者系以公法的方式从事行政活动，后者则遵循私法的规定实施行政任务。

公权力行政是指行政主体基于国家统治权而从事的行政活动，是传统行政活动中最主要的一种类型，尤其在规制行政中最为常见。这种行政活动多由行政主体依单方面意志决定并以强制方式贯彻执行，由此形成了行政主体与行政相对人之间的“上下秩序关系”。但是，在现代民主法治国家中，公权力行政的范围不再仅限于规制行政，在给付行政领域同样也可能采取公权力的手段。公权力行政的行为方式，主要有行政命令、行政处分及行政合同和行政计划等。

私经济行政，又称为国库行政，是指行政主体按照私法规定的方式来完成国家任务的行为。私经济行政一般可分为下列三种：行政辅助行为、行政营利行为和行政私法行为。

行政辅助行为，即以私法方式辅助行政的行为，是指行政主体以私法方式获取日常行政活动所需的人力与物品。这类行为，如筹办公场所、办公大楼的发包、办公桌椅及相关设备的购置等等，其特点在于并非直接达成行政目的而是以间接的方式辅助行政目的的完成。行政主体从事此类行为时处于私法人的地位，应受私法相关规定的规范。

行政营利行为，是指国家以私法方式参与社会上的经济活动，其主要目的在于增进国库收入，有时并兼负执行国家政策的任务。国家从事此种行为时可以分成两种形态：一是由国家或行政主体以内部机构或单位形式直接从事营利行为，

^① 本部分主要参考了我国台湾地区学者的研究成果。参见翁岳生编：《行政法》（上册），中国法制出版社2002年版，第22-28页；陈新民：《中国行政法学原理》，中国政法大学出版社2002年版，第17-27页。

如烟草专卖行为、出售国有土地的行为；二是国家或行政主体依特别法或公司法等规定，投资设立公司而从事营利行为，如设立国家投资公司即属之。中国目前存在的所谓“行政性公司”，就是由行政机关以法人形式设立的公司，一方面进行营利活动，一方面执行行政任务。

行政私法行为，是指行政主体以私法方式直接完成行政任务的行为。例如，为满足社会公众日常生活需要，国家设立公司或者与人民订立私法契约提供水电、煤气、电话设备，或大众运输工具的营运等。这类行为主要适用于不干涉公民权利的给付行政领域，对于需要以强制手段为后盾的秩序行政和税务行政，则不能放弃公权力手段。

公权力行政与私经济行政二者的区分，其最显著的意义在于解决争议的诉讼程序的差异。公权力行政以公法方式进行行政活动，如果相对人对其持有异议，应当遵循公法救济途径解决。反之，私经济行政是国家以私法形态从事的行政活动，如果发生争议，应由民事法院管辖。

2. 规制行政与给付行政

依据行政所要达到的目的不同，可以将其分为“规制行政”与“给付行政”两大类。

规制行政是最典型、最传统的行政类型，其主要目的在于维护国家安全、社会秩序以及排除对公民和社会的危害。行政主体多采取限制公民自由权利，或课予义务或负担的手段，也就是使用公权力的方式来限制、干涉公民的基本权利，故亦称为秩序行政、干涉行政或侵害行政。例如禁止通行、责令停业、征收土地、课征税费等。由于此种行政方式直接干预公民权利，故受法律保留要求的程度较高。

给付行政又可称为服务行政，其着眼于为公民提供给付、服务或者其他利益。由于此类行为在教材中涉及较少，故本书已单列一章，以供研究。

3. 羁束行政与裁量行政

以行政主体作出行政决定所受法律拘束程度的大小，可将行政分为羁束行政与裁量行政两类。羁束行政要求行政主体严格依照有关法律规范所确定的标准作出行政决定，没有选择适用的空间，而裁量行政则允许行政机关在法定的范围和幅度内，运用自由裁量权根据具体情况进行判断以作出决定。为避免侵犯公民的基本权利，羁束行政将行政行为的要件、行使方式及法律效果作了具体明确的规定，依法行政的要求严格；而裁量行政不同，只要是在法律允许和认可的范围内，行政主体具有相当的裁量空间。