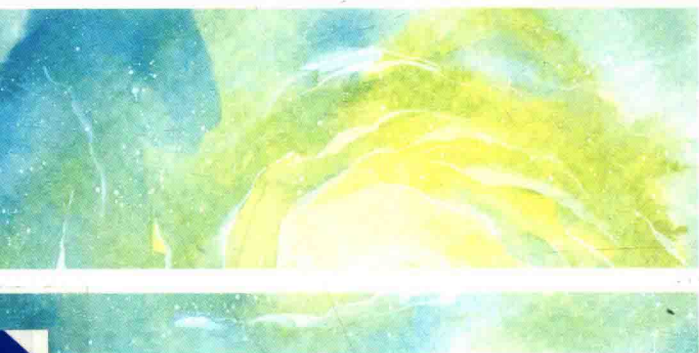


行政法学基本范畴研究

——基于经典案例的视角

Studies on the Basic Category of Administrative Law
— Based on the Perspective of Classic Cases

章志远 / 主编



非外借



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

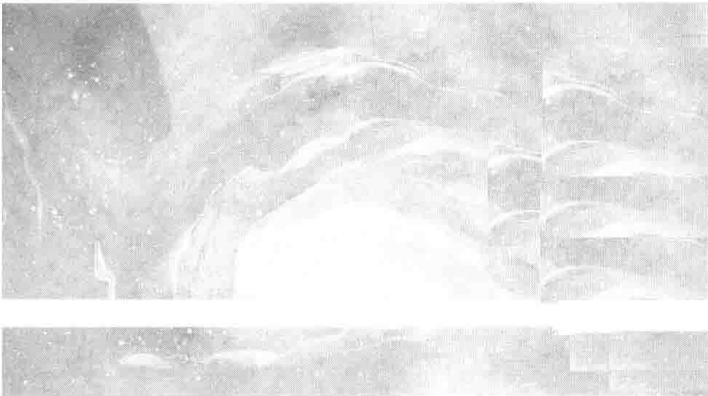
华东政法大学2017年高峰高原学科建设创新团队
“加快建设法治政府热点问题研究” 建设项目

行政法学基本范畴研究

——基于经典案例的视角

Studies on the Basic Category of Administrative Law
— Based on the Perspective of Classic Cases

章志远 / 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

行政法学基本范畴研究:基于经典案例的视角/章志远主编. —北京:北京大学出版社,2018.6

ISBN 978-7-301-29578-6

I. ①行… II. ①章… III. ①行政法学—研究—中国 IV. ①D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 102845 号

书 名 行政法学基本范畴研究——基于经典案例的视角
XINGZHENG FAXUE JIBEN FANCHOU YANJIU

著作责任者 章志远 主编

责任编辑 朱彦 徐音

标准书号 ISBN 978-7-301-29578-6

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn> 新浪微博 @北京大学出版社

电子信箱 sdyy_2005@126.com

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021-62071998

印刷者 北京溢漾印刷有限公司

经销者 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 20.5 印张 294 千字

2018 年 6 月第 1 版 2018 年 6 月第 1 次印刷

定 价 59.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

序

晚近十年来,案例研究方法盛行于我国行政法学研究之中,一大批重要的行政法案例研习成果相继推出,行政法学研究的实践品格和教义色彩日渐浓厚。综观当下蔚为大观的行政法案例研究成果,既有对经典个案的深度挖掘,也有对系列个案的总结提炼;既有适合于本科生阅读的行政法案例教程,也有个性化十足的行政法案例研习著作。不过,运用系列个案阐释行政法学基本范畴、推进行政法学基础理论研究的著作并不多见。有鉴于此,我在2017年暮春之际,萌生了组织撰写一部基于经典案例的视角,研究行政法学基本范畴之著作的想法。经过大半年的艰辛努力,这一想法终于得以实现。

在当下众多的行政法案例研习成果中,本书的特色集中体现在如下四个方面:第一,研究目标的独特性。与聚焦个案或群案,以解决具体行政法律规范适用问题为旨趣的研究相比,本书的任务是通过本土司法智慧的提炼,进一步发展行政法学基本范畴,进而推动中国行政法学理论体系的更新。第二,研究素材的开放性。本书既关注最高人民法院通过不同渠道发布的经典案例,也关注晚近几年全国各地相关主题的最新案例,试图通过更大范围样本的阅读,整理并发现其中可能的规律。第三,研究结构的递进性。在确定本书所讨论的十大基本范畴之后,每一部分遵循“学理回顾—案例精析—范畴发展”的写作思路,实现学说与案例的有效互动。为了便于读者识别、检索,书中凡直接引用法院判决书或者《最高人民法院公报》、最高

人民法院指导性案例内容的,均以楷体进行标注。第四,研究群体的年轻性。本书各章撰稿人均为华东政法大学行政法专业在读博士生,他们中的多位都是90后的年轻人,富有朝气和闯劲,保证了全书基本上能够按照预定计划顺利完成。具体分工如下:梁春程,第一章;崔梦豪,第二章;胡锦璐,第三章;罗仙凤,第四章;雷庚,第五章;张坤,第六章;马迅,第七章;王书娟,第八章;刘冰捷,第九章;许海建,第十章。

自2015年开始,华东政法大学行政法专业开始单独招收博士生,本书的十位撰写者恰好是头三届的学生。作为集体智慧的结晶,本书的完成既是华东政法大学行政法博士生培养成果的一次展示,也是我们积极探索博士生培养路径的一次尝试。尽管大家都付出了很大心力,但受制于各种主客观因素的影响,本书一定还存在某些不尽如人意之处,尚请学界同仁和读者诸君批评指正。

身处为学极为不易的时代,撰写这样一部著作实际上是件纯粹吃力不讨好的事情。正是出于对行政法学研究事业的无限热爱和对提升行政法博士生培养水准的不懈追求,我们最终还是顺利实现了这个小小的学术梦想。在这个过程中,各位撰稿人都亲身经历了一次较为严格的学术训练,对其今后的学术发展将起到很好的促进作用。博士生梁春程协助主编做了很多联系和沟通工作,在此表示由衷的感谢!

落笔之际,不禁想起十年前我在母校苏州大学组织行政法专业硕士生研读《最高人民法院公报》刊载的典型行政案例、撰写《行政判例研究》(中国民主法制出版社2007年版)的情景。岁月荏苒,初心未改。惟愿这些努力能够助力行政法学研究向纵深方向推进,不辜负这个伟大时代对我们这代行政法学人的期待!

章志远

2018年2月于沪上

第一章 行政	1
第一节 行政的内涵及其“疆域”	1
第二节 经典案例中的行政	10
第三节 作为行政法学基石概念的行政	30
第二章 比例原则	36
第一节 比例原则在我国行政法上的引入	36
第二节 经典案例中的比例原则	42
第三节 作为行政法基本原则的比例原则	60
第三章 行政诚信原则	67
第一节 行政诚信原则在我国行政法上的引入	68
第二节 经典案例中的行政诚信原则	76
第三节 作为行政法基本原则的行政诚信原则	90
第四章 正当程序原则	99
第一节 正当程序原则在我国行政法上的引入	100
第二节 经典案例中的正当程序原则	105
第三节 正当程序原则在我国的发展与改革	129

第五章 行政相对人	135
第一节 行政相对人在我国行政法上的引入	135
第二节 经典案例中的行政相对人	145
第三节 作为行政法学基本范畴的行政相对人的 未来展望	164
第六章 行政行为	168
第一节 行政行为在我国行政法上的引入	169
第二节 经典案例中的行政行为	176
第三节 立法与司法助推下行政行为的重构	190
第七章 行政处罚	196
第一节 行政处罚在我国行政法上的引入	197
第二节 经典案例中的行政处罚	204
第三节 司法助推下行政处罚的守成与拓新	227
第八章 行政协议	235
第一节 行政协议的内涵变迁及立法引入	235
第二节 经典案例中的行政协议	246
第三节 行政协议的未来发展	257
第九章 行政不作为	263
第一节 行政不作为中“不作为”概念的梳理	264
第二节 经典案例中的行政不作为	267
第三节 司法助推下行政不作为审判的规律	288
第十章 行政裁量基准	291
第一节 行政裁量基准的兴起	292
第二节 经典案例中的行政裁量基准	300
第三节 行政裁量基准内涵与司法审查路径构建	320

第一章

行政

“概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚地和理性地思考法律问题。”^①打开几乎每一本行政学或者行政法学的教科书,首先介绍或者讨论的问题就是“行政”^②或者“什么是公共行政”^③。本章无意于重拾行政学或者行政法学理论中“行政”抽象概念的牙慧,而着眼于从我国司法和执法实践中多种多样的案例中发现“活法”,发现现实中早已存在的行政“界碑”,提炼出行政的特征和轮廓,进而绘制出作为行政法学基石概念的行政“脸谱”。

第一节 行政的内涵及其“疆域”

从认识论和政治学的角度看,行政概念可以分成事实和价值两个层面,其中前者可以成为行政的社会实践样态,后者则是学者们对“行政”概念的构想。本节遵循从具体到抽象、从宏观到微观、从实然到应然的研究进路,首先回顾行政的社会实践形态演变,然后探寻“行政”概念的语义演变,最后

① [美]E. 博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第504页。

② 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第六版),北京大学出版社、高等教育出版社2015年版,第1页;章剑生:《现代行政法总论》,法律出版社2014年版,第1页。

③ 参见余凌云:《行政法讲义》(第二版),清华大学出版社2014年版,第2页。

从事实和价值层面对当前行政概念的特征要素和界限标准予以检视。

一、行政的社会实践形态演变

任何概念和理论都是在具体的时间和空间发生的,因此研究行政的社会实践形态最好从其历史演变的角度进行全景式的透视。

(一) 从自治行政到国家行政

与行政法不过 200 年左右的历史不同,行政有着与国家,甚至人类社会同样长远的历史。^① 根据社会契约论的原理,在人类社会初期,国家尚未形成时,社会成员主要的目标就是生存,而每个人又都力量不足。正是为了维持生命、生产和生活,每个人都出让了一部分权利给集体组织并缔结契约,自觉参与并服从组织的管理,进而获得组织的庇护,这时所谓的行政称为“自治行政”。

之后,随着生产力的发展,利益分化越来越严重,形成了阶级和国家,自治行政上升为国家行政,产生了相应的行政组织和行政人员。为了实现国家目标,这一时期,国家主要依靠警察、军队等暴力机关和强制手段进行行政管理,国家与其成员之间构成命令与服从的隶属关系。虽然这一时期“普天之下莫非王土,率土之滨莫非王臣”,但是也提倡“治大国如烹小鲜”的无为而治,行政的对象主要是治安、国防、税收、邮政等国家事务,对于社会事务,特别是乡村基层事务基本不干预,留下了一定的社会公共领域。这种国家与社会二元区分、行政“疆域”相对狭小、行政管理职能相对有限的情况持续的时间较长。正如英国历史学者泰洛所言:“直到 1914 年 8 月,除了邮局和警察以外,一名具有守法意识的英国人可以度过他的一生却几乎没有意识到政府的存在。”^②

(二) 从国家行政到社会行政

到了 19 世纪末 20 世纪初,特别是 20 世纪 30 年代经济大萧条之后,失

^① 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第六版),北京大学出版社、高等教育出版社 2015 年版,第 7—8 页。

^② 同上书,第 8 页。

业、社会福利和生活保障等问题日益突出,社会或者市场难以有效解决,而迟滞的立法和消极的司法面对自治失灵带来的问题也供给不足;同时,“罗斯福新政”使得人们对国家作用或者说对全能政府过度迷信,行政立法、行政司法等职权急剧增加,行政裁量权能不断扩大,国家对生产、生活的干预使得每个人“从摇篮到坟墓”都受到行政的影响。

然而,行政权力的扩展同时也带来权力的寻租和怠慢。事实证明,传统官僚机制所谓的“理性”和“效率”并不符合实际,机械、封闭的行政活动并不能满足人们对政府行政活动的期待。为了应对“政府失灵”的问题,20世纪中期以后,在民主浪潮的推动下,“公共”一词在“战后反思运动”中获得前所未有的重视。越来越多的国家开始采取各种措施限制、控制、转化行政权,追求社会正义、突出公众参与、强调公共服务的公共行政范式逐步取代传统的“行政国家”或者“福利国家”。^①此后,随着国家和社会关系的重新定位,行政理论和实践领域又掀起“新公共行政运动”与“新公共管理运动”两场最具标志性的运动,社会行政随之兴起。社会行政属于行政发展的高级阶段,它严格界定国家介入社会的界限,赋予社会独立地位,强调自主行政、自足行政、自我行政,突出表现在地方基层自治、行业团体自治、私人规制等领域。^②

(三) 中国的行政实践演变

虽然中国古代早已有“周公行政”一类的用词,但是经学者考证,作为立法、执法、司法“三权分立”概念使用的一般名词,“行政”首先是由日本人使用的,并在甲午战争之后在中国传播。^③1912年中华民国建立之后,颁布了《中华民国临时约法》,此后国务院、行政院作为行政权力机关在国家机构中

^① 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第六版),北京大学出版社、高等教育出版社2015年版,第9—11页。

^② 参见牛凯、毕洪海:《论行政的演变及其对行政法的影响》,载《法学家》2000年第3期。关于“私人规制”的提法,参见胡斌:《私人规制的行政法治逻辑:理念与路径》,载《法制与社会发展》2017年第1期。

^③ 关于近代以来“行政”概念从德国到日本再到中国的学术术语移植过程,详见张帆:《“行政”史话》,商务印书馆2007年版。

得以确立。立法、行政、司法、监察、考试五权并举的宪政体制至今在我国台湾地区依然延行。中华人民共和国成立前后,制定了《共同纲领》和1954年《宪法》,明确规定:“中华人民共和国国务院,即中央人民政府,是最高国家权力机关的执行机关,是最高国家行政机关。”但是,由于实行社会主义计划经济,此时社会生产、生活的行政管理色彩比较浓烈,粮票、布票等票证制度最显著地体现了个人隶属于国家行政的特征。党的十一届三中全会之后,国家探索社会主义市场经济改革,对外实行开放,对内逐步简政放权,国家行政管理原有的计划、单一、强制等特征逐步消除,“政企分开”“依法行政”“服务政府”“基层自治”“公民参与”“公私合作”等概念不断涌出,行政的社会实践形态不断深化、拓展。

综上所述,行政的社会实践形态演变,实际上就是个人、社会和国家在行政领域扩张和缩减的一段历史。

二、行政的语义演进

概念意义上的“行政”,是指学者们对行政的社会实践形态的具体描述和抽象概括。不过,在词典编纂中,“行政”概念一般仅作“执行”“管理”等通用语义的解读,而且单纯文字形态的“行政”不仅指代公共行政,家庭、企业甚至公共机关内部也存在管理活动。因此,从文字角度阐述“行政”的含义,往往不能得出专业化的解释。下文拟从学术研究史角度,穿越“行政”概念的语义“丛林”,回顾行政的语义演进过程。

(一) 从附属立法到独立成权

“行政”概念在西方政治思想家的研究论述中,最早的意思是“执行”或者官职职司。在古希腊罗马时期,行政附属于立法,代表国家意志的执行。一直到近代以来,在洛克、孟德斯鸠等启蒙思想家这里,行政才在分权学说中被作为一种相对独立的权力与立法权和司法权平行谈论。其中,孟德斯鸠在《论法的精神》中,不仅从权力角度,更从权能角度对行政的特征加以强调,认为行政权力是对立法权所代表的国家一般意志的执行,并且从效率角度提出行政“几乎时时需要急速的行动”,“以需要迅速处理的事情为

对象”。^①由此,近代三权分立宪法体制下关于国家活动的行政概念应运而生。

(二) 从形式行政到实质行政

随着经济和社会的不断发展,行政活动逐步成为一个专门性的领域,传统的对行政权或者行政职能的理解已经不能描述政府的实际运作,作为具体管理活动意义上的行政日益受到人们的关注。在威尔逊、古德诺、沃尔多等人的系统研究下,“政治—行政”二分理论得以确立,行政中的政治部分开始以“the government”或者“executive”标识,而与官僚及其活动相关的活动则称为“administration”。^②此后,马克斯·韦伯以官僚制组织理论在技术上进一步完善了上述二分理论。随着英国 1870 年“第二枢密院令”与美国 1883 年“彭德尔顿法案”的颁布,以文官制度为基础,独立于党争,注重效率、技术和公共利益的公共行政正式产生。不过,由于对行政中的国家观念存在认识差异,欧洲大陆与美国对于公共行政的理解有所不同。美国学者更加突出行政的科学化、技术化,而有意无意地回避国家问题,认为公共行政是“运用管理的、政治的、法律的理论 and 过程遵行立法、执法和司法部门的政府命令,以履行对整个社会及其各个部门进行规划管理和提供服务的职能”,具有主体是公共部门、目的和性质是为公众服务、所负责任是社会性范围、行政活动的公开性以及公众参与等“5P”(P 即 Public)特征。^③欧洲学者则更加突出行政的国家意志,认为公共行政是“政府领导和监督下旨在维护公共秩序、满足社会总体利益需要的各项活动”^④。不过,上述认识差异仅仅存在于公共行政研究早期。在 20 世纪中期以后,不仅行政学学者,行政法学者也逐步将学校、社团、协会的纪律处分案例纳入公共行政的研究范围,对国家行政机关之外的公法人行政开展研究,甚至认为私法机构为满足公共

① 参见〔法〕孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆 1961 年版,第 160—161 页。

② 参见张康之、张乾友等:《公共行政的概念》,中国社会科学出版社 2013 年版,第 38 页。该书认为,公共行政的理论形态之标志性事件就是威尔逊《行政之研究》在 1887 年发表。

③ 参见彭和平编著:《公共行政管理》,中国人民大学出版社 1995 年版,第 6—8 页。

④ 潘小娟:《法国行政体制》,中国法制出版社 1997 年版,第 8 页。

利益需求而行使公权力的活动也是行政。^①可见,在价值形态方面,对于行政概念的理解已经扩展到公共行政、社会行政层面。

(三) 中国的行政概念演进

在20世纪80年代初期,由于受阶级分析立场和方法的影响,我国行政学界在翻译西方行政学著作时,往往将“public administration”译成“行政管理”,而忽视其“公共”部分。^②受此影响,早期行政法学对于“行政”概念的理解一般停留在“国家行政管理”“公共管理”等国家行政层面。例如,“行政就是国家机关以及依法被授权的组织,依法对国家和社会事务进行组织和管理的活动”^③;“行政,亦称国家行政管理或行政管理,指国家事务的管理”^④。但是,随着学术语境和社会实践的发展,现代行政学对于“行政”概念的研究视野逐步从国家行政、管理行政转向公共行政、服务行政。行政法学界基本认同行政法上的行政指的是公共行政,而不仅仅是国家行政,对行政主体和行政相对人之间关系的理解也从“控权(力)说”“护权(利)说”发展到“法治政府说”“平衡论”。在此背景下,有学者尝试从行政的主体、客体、目的以及方式四方面,提出行政是“国家行政机关或其他特定的社会公共组织为实现公共利益对公共事务进行组织、管理的活动及其过程”^⑤。这虽然不是特别精准,但是基本反映了现代行政在内涵和外延上发生的明显变化:一是在行政目的上,紧扣公共利益,更加突出向社会成员提供有效的公共服务和合格的公共产品,不断满足人民群众对美好生活的向往和需求;二是在行政主体上,不再局限于国家机关,而扩展到其他法律法规授权的公共团体、自治组织甚至企业和个人;三是在范围上,不再局限于国家事务,而扩展到公共事务、社会事务;四是在行为方式上,不再局限于计划、组织、管理、决策、调控、

① 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第六版),北京大学出版社、高等教育出版社2015年版,第2—5页。

② 参见张康之、张乾友等:《公共行政的概念》,中国社会科学出版社2013年版,第44页。

③ 王嵩山等主编:《中国政府公务百科全书》(第2卷),中共中央党校出版社1994年版,第391页。

④ 周振想主编:《法学大辞典》,团结出版社1994年版,第492页。

⑤ 章志远:《行政法学总论》,北京大学出版社2014年版,第4页。

监督等单方高权方式,开始出现行政指导、行政给付、行政奖励、行政调解、行政合同等柔性协商方式。

综上所述,行政概念的理论形态演变,实际上就是行政的主体、内容、目的、方式以及行政主体与行政相对人之间关系变化发展的历程。

三、行政法上的行政辨析困境

上文从实践和理论演进两方面对行政概念的轮廓作了初步勾勒,但是由于各国之间传统、体制、文化、习惯的差异性,以及时代、社会的变迁发展,人们对于行政概念的理解依旧千差万别。对于行政法学者来说,只有明确什么是行政、谁在行使行政权、行政的内容是什么等基本问题,才能对应否以及能否将之纳入司法审查作出准确的判断。但是,如何准确描绘和辨别行政概念这一变幻莫测的“普罗透斯面孔”(a Protean face)仍然让行政法学者们陷入困境。

(一) 难以定义的行政概念

行政法学对于行政的定义有“消极说”“积极说”“综合说”和“特征描述说”四种学说。^①但是,不管是用消极排除的方式,还是以公益目的积极定义,抑或对行政概念的要素进行整合界定,由于行政的作用范围、任务设定、组织与方式等繁杂多变,用概念来定义行政不仅难以达致周延,反而限制了其功能,难以形成理论共识。^②因此,目前中外行政法研究者大多最终选择认同“行政只能描述,而不可定义”的判断,转而希望通过归纳一般行政活动的共性特征而形成行政概念。^③具体来说,德国有学者提出,行政是以公共利益为出发点,积极地针对将来采取具体措施或执行特定计划的社会塑造

^① 参见翁岳生:《行政的概念与种类》,载翁岳生主编:《行政法》(上),台湾元照出版公司2006年版,第2—7页。

^② 参见李洪雷:《行政法释义学:行政法学的更新》,中国人民大学出版社2014年版,第20—23页。

^③ 参见〔日〕盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第2页。

活动。^①我国台湾地区有学者提出,行政活动具有形成性、公益性、主动性、依法性、协同性、具体性等六个特征。^②我国大陆行政法学者对于行政的特点一般以公共性为基准,认为行政具有目的的公益性,职责的社会塑造性、整体性与积极主动性,任务和手段的多样性,权能功能的多元化,运行的拘束性与灵活性统一等特征,并提出行政地位的国家中心化、行政执行模式的协商性、行政手段的科技性等前瞻性特征判断。^③

可是,行政真的只能描述而不能定义吗?上述这些特征在司法实践中对于法院判断是否应当将某个事项纳入司法审查到底有无参考意义?这需要我们进一步研究。

(二) 难以判断的行政标准

如上文所述,“行政”是一个具有时空特点而不断变化的概念,各国在不同时期对于如何把握行政概念的判断标准,经历了不断扬弃的过程。根据分权原则,可以将行政区分为形式行政和实质行政。传统行政由于权力主体相对固定于行政机关,因此采用机构标准区分私人行政,认为行政机关所进行的活动属于行政活动即可。^④但是,在社会实践中,行政机关也会以一般市场主体身份从事民事活动,有时还会以介于公私法主体之间的身份从事活动,这时采用机构标准将无法准确判断行政机关的行为性质,而需要从实质意义上把握行政。此后,又有学者从权力来源角度提出,作出某一决定或者活动的权力如果来自于法律的规定或者授权,则属于行政活动。^⑤但是,该说本质上还是形式意义上的行政标准的变体,形式判断标准难以区分公权行为和私人行为成为该说的一大缺陷。此后,法国有学者从实质行政

① 参见〔德〕哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第6—7页。

② 参见翁岳生主编:《行政法》(上),中国法制出版社2002年版,第13—22页。

③ 参见章志远:《行政法学总论》,北京大学出版社2014年版,第7页;李洪雷:《行政法释义学:行政法学理的更新》,中国人民大学出版社2014年版,第25—27页;章剑生:《现代行政法总论》,法律出版社2014年版,第8—13页。

④ 参见〔德〕平特纳:《德国普通行政法》,朱林译,中国政法大学出版社1999年版,第40页。

⑤ See Paul Craig, Public Law and Control Over Private Power, in Michael Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, Hart Publishing, 1997, p. 98.

角度提出公共权力标准,认为判断行政活动的性质,除了看主体是否为行政机关之外,其行为方式还应当采取命令、强制、禁止等高权行政方式。不过,该标准并没有完全摆脱形式行政标准的限制。同时,当国家活动扩展到公共服务领域时,高权行政标准将无法适用。真正采取实质行政标准是之后法国采用的“公务说”与英国法院在1967年的英王诉刑事伤害赔偿委员会案和1987年的英王诉接管与兼并小组案中采用的“职能性质说”,前者认为“公务是公共机关旨在满足公共需要的活动”,提出“公共机关”和“公共需要”两大要素;后者认为不论主体或者权力来源,只要从事的事务、进行的管理本质上具有公共职能、公共性质等公共因素,就接受司法审查。此外,为解决具有垄断地位或者一定规制权以及对其成员具有实质性影响的私人行政是否需要接受司法审查问题,英国法院还采用了“必要性标准”和“整体性标准”,以利于更加具体地把握上述公共性要素。^①

综上所述,行政的判断标准经历了从形式标准到实质标准的演变,其中公共利益构成行政目的的核心,行政的逻辑起点和终极目的是实现公共利益或在公共利益之间保持平衡关系。^②可是,“公共利益”是一个不确定的法律概念,如何在司法实践中把握和界定公共行政中的公共利益,需要我們进一步研究。

(三) 难以限定的行政“疆域”

不同时代、不同国度、不同地域行政“疆域”的大小取决于相应时代、相应国度、相应地域的经济和社会发展状况、政治体制以及统治者信奉和实施何种治理理论。行政本身没有一个绝对的和在任何时空均普适的“疆域”。^③目前,在制定了行政程序法典的国家或者地区,一般通过设置排除条款,对行政作消极性的边界划定。^④我国现行《行政诉讼法》第12条规定了人民法院的行政案件的受理范围,其中第一至六项属于对可诉行政行为的列举,第

① 参见杨伟东:《行政的疆域及其界定》,载《法学论坛》2007年第4期。

② 参见章剑生:《现代行政法总论》,法律出版社2014年版,第6、12页。

③ 参见姜明安:《行政的“疆域”与行政法的功能》,载《求是学刊》2002年第2期。

④ 参见德国《行政程序法》第1条、第2条和我国台湾地区“行政程序法”第3条。

一项属于行政处罚,第二项属于行政强制措施与行政强制执行,第三项属于行政许可,第四项属于行政确认,第五项属于行政赔偿,第六项属于行政不作为;第七至第十项属于对行政诉讼所保护的合法权益范围的列举;第十一项属于对行政合同行为的专门列举;第十二项则是对侵犯人身权、财产权等权益的“兜底”规定。相较于1989年《行政诉讼法》规定的“公民、法人或者其他组织认为行政行为侵犯其人身权、财产权,才能够依据行政诉讼法提起诉讼”,现行法的“合法权益”扩大了行政诉讼权利保护的范围,无疑是巨大的进步。同时,现行法在第13条规定了受理的排除范围,将国家行为、抽象行政行为、内部行政行为、最终裁决行为排除在了受案范围之外。此外,《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《执行解释》)第1条将《刑事诉讼法》授权实施行为、调解和仲裁行为、行政指导行为、重复处理行为、对相对人不产生实际影响力的行为排除在了行政诉讼的受案范围之外。在行政主体方面,我国以是否有法律授权作为基本判断标准。例如,《行政诉讼法》第2条规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起诉讼。前款所称行政行为,包括法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为。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。”这实质上涉及对行政的界定。^①

综上所述,行政界限的判断在我国立法和司法中的标准随着行政诉讼受案范围的扩大,近年来也有所拓宽,但是并不能完全与实践中的行政樗卯接睦。如何审视两者关注行政“疆域”的界限,需要我们进一步研究。

第二节 经典案例中的行政

一般情况下,法院根据《行政诉讼法》的规定,可以把握司法审查行政活

^① 此外,《行政处罚法》第17条和《行政许可法》第23条规定,法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚和行政许可,也使得非行政性组织取得了行政主体资格,隐含着非行政性组织的活动一旦由法律、法规授权,就视为行政活动。参见杨伟东:《行政的疆域及其界定》,载《法学论坛》2007年第4期。