

上海市教育委员会高校重点教材建设项目
法学核心课程系列教材

行政法与 行政诉讼法学

徐静琳 主 编

XINGZHENGFA YU

XINGZHENG SUSONGFA XUE

XINGZHENGFA YU

XINGZHENG SUSONGFA XUE

上海大学出版社

上海市教育委员会组编
法学核心课程系列教材

行政法与行政诉讼法学

徐静琳 主编

上海大学出版社

· 上 海 ·

内 容 提 要

本书为适应国家教育部确定的高等院校法学专业本科教学核心课程“行政法与行政诉讼法”而编写。内容包括行政法学概述、行政法主体、行政行为、行政救济、行政诉讼等。体现了行政法学的科学性和学科的内在规律性,体现了最新立法成果和前沿法学研究成果。对于高等院校师生及相关人员了解和掌握行政法与行政诉讼法的基本原理和主要内容、提高和运用法学专业基础理论和行政法律实务的水平具有重要意义。

图书在版编目(CIP)数据

行政法与行政诉讼法学/徐静琳主编. —上海:上海大学出版社,2005.12

ISBN 7-81058-933-4

I. 行... II. 徐... III. ①行政法—法的理论—中国—高等学校—教材②行政诉讼法—法的理论—中国—高等学校—教材 IV. ①D922.101②D925.301

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 128558 号

责任编辑 傅玉芳

封面设计 谷夫平面设计工作室

行政法与行政诉讼法学

徐静琳 主编

上海大学出版社出版发行

(上海市上大路 99 号 邮政编码 200444)

(<http://www.shangdapress.com> 发行热线 66135110)

出版人:姚轶军

*

南京展望文化发展有限公司排版

常熟市华顺印刷有限公司印刷 各地新华书店经销

开本 787×960 1/16 印张 26.5 字数 478 千

2005 年 12 月第 1 版 2005 年 12 月第 1 次印刷

印数:1~3 100 册

ISBN 7-81058-933-4/D·075 定价:38.50 元

行政法与行政诉讼法学

主 编 徐静琳

撰稿人 (以汉语拼音为序)

湛爱华	陈琦华	康洛奎	李 瑞
吕家军	沈岳峰	王 沁	项群军
徐静琳	游依群	张心全	张 甄

说 明

行政法与行政诉讼法课程是国家教育部确定的高等院校法学专业本科教学核心课程之一。《行政法与行政诉讼法学》是为适应该课程教学而编写的专门教材。

本书系统、深入地阐释了行政法与行政诉讼法的基本理论及基本知识。通过学习该课程,对于了解和掌握行政法与行政诉讼法的基本原理和主要内容,对于提高和运用法学专业基础理论和行政法律实务的水平具有重要的意义。

本书具有以下主要特点:①在体例方面,力求体现行政法学的科学性和学科的内在规律性。全书共分五编,即行政法学概述、行政法主体、行政行为、行政救济和行政诉讼。②在内容方面,力求体现最新立法成果和前沿法学研究成果。如按照《行政许可法》和《国家公务员法》阐述有关行政许可法制和公务员制度,吸收不同流派的学术观点阐述行政法基本原则和制度等。③在撰写风格方面,力求体现准确性、规范性和简明扼要的文风,并辅以每章要点、每章小结和思考题等丰富教材的内容。

在本书的撰写过程中,参考并引用了大量文献资料,包括国内外的学术专著、高等院校的教材等,在此深表谢意。书中内容难免不足和错误,恳请读者不吝指正。

本书负责编写分工如下:徐静琳负责全书的构思、统稿(第一至第四编)和定稿;李瑞负责统稿(第五编);陈琦华参与目录编辑工作。

各章撰写人名单如下:

第一编第一章:徐静琳;第二章:张甄;第三章:吕家军、张甄;第四章:沈岳峰。

第二编第一章:康洛奎;第二章:康洛奎;第三章:王沁;第四章:康洛奎。

第三编第一章:沈岳峰;第二章:沈岳峰;第三章:湛爱华;第四章:陈琦华;第五章:湛爱华。

第四编第一章:张心全;第二章:张甄;第三章:张心全;第四章:张甄。

第五编第一章:游依群;第二章:吕家军;第三章:吕家军、项群军;第四章:吕家军;第五章:张甄、李瑞;第六章:游依群;第七章:游依群。

编 者

2005年10月

目 录

第一编 行政法学概述

第一章 行政法学的概念	3
第一节 行政与行政权	3
第二节 行政法的调整对象	6
第三节 行政法学的概念	9
第二章 行政法的渊源	12
第一节 行政法渊源概述	12
第二节 我国行政法渊源	15
第三章 行政法的历史发展	20
第一节 外国行政法的历史发展	20
第二节 中国行政法的历史发展	29
第四章 行政法基本原则	33
第一节 行政法基本原则概述	33
第二节 行政法基本原则的内容	35

第二编 行政法主体

第一章 行政法律关系	45
第一节 行政法律关系概述	45
第二节 行政法律关系的构成	49
第三节 行政法律关系的产生、变更与消灭	52
第二章 行政主体	55

第一节 行政主体概述	55
第二节 行政机关	59
第三节 行政授权性组织和行政委托性组织	65
第四节 行政组织法	69
第三章 国家公务员	74
第一节 公务员的概念和范围	74
第二节 公务员法律关系	78
第三节 公务员的权利与义务	83
第四节 公务员的考核与奖励	88
第五节 公务员的法律责任	90
第四章 行政相对人	95
第一节 行政相对人概述	95
第二节 行政相对人的权利和义务	98
第三节 行政相对人的法律行为	102
第四节 行政第三人	104

第三编 行政 行 为

第一章 行政行为概述	111
第一节 行政行为的概念与特征	111
第二节 行政行为的内容	113
第三节 行政行为的分类	115
第四节 行政行为的效力	119
第二章 抽象行政行为	124
第一节 抽象行政行为概述	124
第二节 行政立法行为	126
第三章 具体行政行为	136
第一节 具体行政行为概述	136
第二节 行政确认	139
第三节 行政许可	142
第四节 行政奖励与行政救助	150
第五节 行政裁决	154

第六节 行政征收	158
第七节 行政处罚	163
第八节 行政强制	175
第四章 其他行政行为	185
第一节 行政指导	185
第二节 行政合同	191
第五章 行政程序法	201
第一节 行政程序法概述	201
第二节 行政程序法的基本原则	205
第三节 行政程序法的基本制度	208

第四编 行政救济

第一章 行政责任	217
第一节 行政责任概述	217
第二节 行政责任的确认及追究	220
第二章 行政监察	226
第一节 行政监察概述	226
第二节 行政监察机关	231
第三节 监察程序	238
第三章 行政赔偿	242
第一节 行政赔偿概述	242
第二节 行政赔偿的归责原则	249
第三节 行政赔偿责任的构成要件	251
第四节 行政赔偿的范围	254
第五节 行政赔偿请求人和赔偿义务机关	258
第六节 行政赔偿方式、计算标准和费用	262
第七节 行政赔偿程序	266
第八节 行政追偿	270
第四章 行政复议	273
第一节 行政复议概述	273
第二节 行政复议的范围与管辖	280

第三节 行政复议程序	285
------------------	-----

第五编 行 政 诉 讼

第一章 行政诉讼法概述	293
第一节 行政诉讼	293
第二节 行政诉讼法	297
第三节 行政诉讼法律关系	300
第二章 行政诉讼管辖	304
第一节 行政诉讼管辖概述	304
第二节 级别管辖	307
第三节 地域管辖	309
第四节 裁定管辖	312
第三章 行政诉讼受案范围	316
第一节 行政诉讼受案范围概述	316
第二节 可诉的行政行为	319
第三节 不予受理的行政案件	326
第四章 行政诉讼参加人	334
第一节 行政诉讼参加人	334
第二节 行政诉讼原告	338
第三节 行政诉讼被告	342
第四节 共同行政诉讼人	345
第五节 行政诉讼第三人	347
第六节 行政诉讼代理人	349
第五章 行政诉讼程序	354
第一节 行政诉讼程序的概念和特征	354
第二节 起诉和受理	356
第三节 第一审程序	360
第四节 第二审程序	366
第五节 审判监督程序	369
第六节 执行程序	371
第七节 非诉行政案件的执行	375

第六章 行政诉讼证据和法律适用	378
第一节 行政诉讼证据概述	378
第二节 证据的分类	381
第三节 举证责任制度	382
第四节 取证制度	385
第五节 举证时限与证据披露	388
第六节 质证	391
第七节 认证	395
第八节 法律适用	400
第七章 涉外行政诉讼	404
第一节 涉外行政诉讼概述	404
第二节 涉外行政诉讼的原则	405
第三节 涉外行政诉讼的管辖	407
第四节 涉外行政诉讼的证据	407
第五节 涉外行政诉讼的法律适用	408
第六节 涉外行政诉讼的代理、期间与送达	409

第一编 行政法学概述

第一章 行政法学的概念

行政、行政权与行政法是研究行政法学需要了解的三个基本概念。从行政法意义上去认识行政和行政权,有其特定的含义。中国行政法从传统的管理论发展,逐步引入了限权和控权的理念。通过对行政法的实质、内容和形式等不同层面的理解,可以了解到行政法具有丰富的法律内涵。作为研究行政法现象的一门独立学科,行政法学的研究范围主要包括行政法学基础理论、行政法律制度和行政法规范及其适用等内容。

第一节 行政与行政权

一、行政的含义

关于“行政”一词,行政学、管理学、政治学和法学领域均会涉及对它的研究,但不同学科对行政的理解各有特定的含义。《现代汉语词典》将“行政”定义为:行使国家权力的活动;机关、企业、团体等内部的管理工作^①。行政的英文表述是administration,含有治理、实施、执行、经营等意思,也泛指各类管理工作,属于管理组织的一种职能。从国家机关的权力而言,行政是国家的组织活动^②。

行政是伴随人类的共同生活的组织需要而产生的,但在资本主义以前,行政与国家的职能并没有明确的界定。由于封建时期国王的王位是世袭的,国家权力从整体上讲处于私有状态,因而,凡是为王权服务和执行王权均带有奴性的色彩。资

^① 中国社会科学院语言所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆1996年版,第1409页。

^② 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第479页。

产阶级革命以后,民主共和制取代了君主专制,行政的性质随之发生了根本变化。主要有三方面的因素:一是由于资产阶级的“权力革命”的转变,实现了“主权在民”的主张,国家权力从私有状态转变为公有状态,行政的职能从为王权服务转变或为国家服务;二是建立了“三权分立”学说,行政权与立法权和司法权共同构成国家主要权力,并从此作为一种独立的国家权力行使;三是伴随现代资本主义的发展,出现了大量“委托立法”的状况,各国行政权力逐步膨胀,行政职能日益增强,大有执西方政治牛耳之态势,有学者称之为“行政国”现象^①。由此,资产阶级革命的结果,使国家层面上的行政一词已有了完全的“公共”(public)的性质。

行政既然是管理组织的一种职能,既包括国家行政,如各级政府行政机关的活动,也包括非国家行政,如企业、社团等管理活动。前者属于公行政,后者均属于私行政的范畴。除此之外,还有一类非国家的公共组织的行政,如涉及公共事务的协会、学校等社团和组织的管理活动。行政法研究的是国家行政,一般并不涉及私行政的领域,但大多数国家的行政法学家也将非国家的公共组织的行政活动纳入行政法的研究范围。

关于行政的理解,国内外学者有多种观点。代表性学说主要有以下几种:

一曰“国家目的实现说”。德国学者马叶尔认为,行政是指国家为达到其政治目的所做的一切活动^②。或者说,行政是在法律规范下的为实现国家目的而进行的管理活动。

二曰“国家意志执行说”。美国学者古德诺认为,任何政体的国家都只有两种功能,一是国家意志的表现,一是国家意志的执行,前者即是政治,后者称之为行政^③。

三曰“其他权力排除说”。日本学者美农布达吉认为,行政是指除了立法、司法以外的一切国家活动^④。这是指在“三权分立”的国家管理模式,行政是在国家立法职能和司法职能之外的国家职能。

四曰“国家机关和职能说”。将国家行政的性质分为两类不同的事物:“一是指国家意志的国家行政机关;一是指政府事务的决策、组织、领导和调整,也就是我们通常所说的行政管理”^⑤。

① 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2001年版,第4页。

② 引自胡建森著:《行政法学》,法律出版社1998年版,第2页。

③ 参见F.J.古德诺著:《政治与行政》,华夏出版社1987年版,第5~10页。

④ 引自张裁宇著:《行政法要论》,汉林出版社(台北)1977年版,第3页。

⑤ 罗豪才主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1989年版,第1页。

上述观点反映了各国学者对于行政的不同理解。这里从行政法的视角去认识行政,可以有以下几方面的含义:

(1) 行政有“公行政”和“私行政”之分,行政法意义上的行政仅涉及公行政。公行政也称公共行政,指为实现国家目的而执行国家法律、实施国家管理的国家行政。国家行政一直作为行政法的基本研究内容。20世纪以来,大多数国家也将涉及公共事务管理的非国家性质的公共团体或组织的行政也列入行政法的研究范围,如律师协会、质量管理协会等公共团体的管理活动,以及国有企业或事业单位的管理活动等。私行政是指一般的社会团体或组织对其内部事务实施的组织管理活动,这类行政不属于行政法学的研究范围。因此,行政法学所研究的行政,属于国家政权内容之一,以国家强制力为后盾,体现了深刻的国家意志性。

(2) 在现代国家权力及其职能明确划分的运作模式下,国家行政是区别于立法职能和司法职能之外的国家管理活动,具有执行国家法律和实施国家行政管理的重要职能。马克思认为,行政是国家的组织活动。这不是对“行政”下的一个定义,而是指行政的作用,主要就是指执行和管理活动,即行政具有很强的执行性。

(3) 从行政法研究的行政内容看,国家行政的范围涵盖面甚广,具有决策、组织、管理和调控功能。公行政既包括行政管理及组织、法律及法规的执行,也包括行政机关的运作、行政权的制约、公务员的管理等活动;既包括行政法规、规章和行政规则的制定及执行,也包括行政裁决、行政复议和行政监察等活动;既包括中央与地方各级行政管理,也包括行政机关及其公务员的内部管理制度等。

二、行政权的含义

“行政权”是个专用名词,它不等同于行政管理权。行政权的英文表述应为: executive power,而不是 administrative power。《布莱克法律词典》对行政权定义为:“执行法律之权。”与制定法律、履行法律、遵守法律相区别,行政权是执行法律之权,行政机关即执行法律的国家机关。

建立在国家职能分工的基础之上的行政权属于公权力的范畴,在性质上与公民或企业的私权利有着根本区别。首先,公权力(power)是一种国家权力,属于公法领域,主体能够将自己的意志强加于他物(个人或团体等)并要求其服从之;而私权利(right)属于私法领域,体现了能够、可以和实际作出某种行为的自由度。其次,公权力自身包含了实现目的的能力和手段,并具有支配或强制他人执行的权力,如征税等;而私权利须借助其他力量保护自身权益,如合同或诉讼方式等。再次,公权力本身不是利益,而是实现某种利益的手段,也不能自由处分,任何“以权

谋私”、“钱权交易”或“行政不作为”都是违法的;而私权利本身是利益或是可以带来利益的,可以直接实现利益,也可以自由处分,包括转让或放弃等行为。

由此,行政权作为一种公权力,体现了国家意志性、强制性和不可处分性的特点。由于行政权的管理范围和执行职能涉及社会生活各个方面,如公安行政、司法行政、教育行政、卫生行政、经济行政等领域。从行政权的权力形式考察,又有行政立法权(制定行政法规、规章等)、行政命令权(发布命令、制定规划等)、行政处理权(行政许可、行政征收等)、行政强制权(限制人身自由、冻结财产等)、行政司法权(行政裁决、行政复议等)、行政监督权(行政检查、行政监察等)^①。因此,行政权在内容上还具有广泛性的特点。

行政法意义上的行政权包含了三个要素:①行政权的行使必须有法律依据。行政权遇到的最大挑战是其是否具有合法性,包括行政权的来源、行政权的行使等是否有法律、法规的依据。不具有合法性或丧失合法性的行政权便不具有任何权威性。②行政权的最基本职权是执行权,这是与立法权、司法权或履行法律等相区别的国家权力。③行政权须由特定机关行使。能够行使行政权的机关应是法律、法规赋予其权力的行政主体,主要是国家行政机关,也包括法律、法规授权的其他特定组织。

第二节 行政法的调整对象

一、行政法的概念

通常认为,创制行政法概念及行政法制的国家是法国,这是因为法国早在18世纪末就已建立起行政法院,形成了行政法院与普通法院的双轨制审判体系,法国由此被誉为“行政法母国”。随着行政法的发展和行政法研究的深入,各国对行政法的理解也有不同的角度,有的是从行政法的目的上进行界定,有的是从行政法调整的对象上进行界定,也有的是从行政法的地位上进行界定。早期的研究往往限于政治管理模式的局限,将行政权等同于主权,认为“行政法是规定主权行使限度和行使方法的法”。持这一观点的学者以19世纪的英国人奥斯丁为代表。他认为,“君主或主权者直接行使其主权,或其所属之高级行政官吏行使主权者授予或

^① 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,法律出版社2003年版,第33页。

委托之部分主权”。从总体上分析,不同法系的传统对行政法的界定有所区别,英美法系认为,行政法更多层面上是程序和救济的法,而不是实体法;大陆法系则强调行政管理的效率,认为“行政法是调整行政管理活动的法律”。比较有代表性的有以下几种论点。

美国学者伯纳德·施瓦茨认为,“行政法是调整政府行政活动的部门法。它规定行政机关可以行使的权力,确定行使这些权力的原则,对受到行政行为损害的人给予法律救济”。“我们所说的行政法是管理行政机关的法,而不是由行政机关制定的法”。英国学者威廉·韦德认为,“行政法定义的第一个含义就是关于控制政府权力的法”,进而将行政法界定为“调整公共当局行使权力和履行职责的一般原则的总称”。

大陆法系的理论有公法和私法之分。法国学者莫里斯·奥里乌认为,“从某种程度上说,行政法是公法(规定国家及其法律关系的存在方式的法)的一支,它以国家行政体制为立法对象”。“无论在宪法还是在关于国家的一般理论中,客观法都应占据主导地位;而在行政法中则相反,在以公共行政机关及其权力的组织为目标的行政法中,一切涉及行政组织的法都是客观法,而一切涉及公共行政机关行使权力的法,在产生公务管理的法律关系中,都是主观法”^①。这些观点是“控权论”导入大陆法系行政法学的反映。

中国学者早期沿用前苏联学者的论点,主张行政法的“管理论说”,认为行政法是一切行政管理规范的总称。随着改革开放和法制建设深入,中国在行政法上逐步引入了限权和控权的理念。主要有以下观点:①“行政法是关于国家行政组织及其行为,以及对行政组织及其行为进行监督的法律规范的总称”^②。②“行政法是国家重要的法律部门之一,是调整行政关系以及在此基础上产生的监督行政关系的法律规范和原则的总称”^③。③“行政法是关于行政权力的组织分工和行使、运作,以及对行政权力监督并进行行政救济(或补救)的法律规范的总称”^④。④“行政法可界定为调整围绕行政活动而形成的各种社会关系、配置并控制行政权、确认和保障公民合法权益的各种法律规范之总和”^⑤。⑤从行政法的不同层面理解,对于行政法的内容来说,“行政法是调整行政关系的法”;对于行政法的实质

① 莫里斯·奥里乌著,龚觅译:《行政法与公法精要》,辽海出版社1999年版,第148页。

② 应松年等编著:《行政法总论》,工人出版社1985年版,第19页。

③ 罗豪才主编:《行政法》,北京大学出版社1998年版,第7页。

④ 王连昌主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1997年版,第1页。

⑤ 方世荣主编:《行政法与行政诉讼法》,中国政法大学出版社1999年版,第5页。