

上海市教育委员会高校重点课程建设项目
法学专业核心课程系列教材

行政法与 行政诉讼法学

第二版

徐静琳 主编

XINGZHENGFA YU
XINGZHENG SUSONGFA XUE

上海大学出版社

上海市教育委员会高校重点课程建设项目
法学专业核心课程系列教材

内容简介

行政法与 行政诉讼法学

第二版

徐静琳 主编

XINGZHENGFA YU
XINGZHENG SUSONGFA XUE

上海大学出版社

内 容 简 介

《行政法与行政诉讼法学》是为适应高等院校法学专业核心课程“行政法与行政诉讼法”而编写的专门教材。第二版对教材的体例及内容作了较大篇幅的调整和完善,内容主要包括行政法学导论、行政组织法、行政行为法、行政救济法和行政诉讼法等。力求体现行政法学学科体系的内在规律性,尽可能反映最新的立法成果和学说观点,以丰富的形式诠释行政法学的基本原理和知识点,运用生动的案例启发学生思考问题。通过本书的学习,有助于高等院校师生及相关法务人员了解和掌握行政法学的基本理论及主要内容,提高和运用行政法学理论和司法实务的能力及水平。

图书在版编目(CIP)数据

行政法与行政诉讼法学(第二版)/徐静琳主编
—2版. —上海:上海大学出版社,2010.2
ISBN 978-7-81118-572-0

I. ①行… II. ①徐… III. ①行政法学-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. ① D922.101 ② D925.301

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第005929号

责任编辑 傅玉芳 封面设计 柯国富 技术编辑 章 斐

行政法与行政诉讼法学(第二版)

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:姚铁军

*

南京展望文化发展有限公司排版

上海华业装潢印刷厂印刷 各地新华书店经销

开本890×1240 1/16 印张26.25 字数470000

2010年2月第2版 2010年2月第5次印刷

ISBN 978-7-81118-572-0/D·108 定价:39.50元

主 编 徐静琳

副主编 闵安东

撰稿人(以姓氏笔画为序)

闵安东 陈琦华 赵清林

顾相伟 徐静琳

目录

CONTENTS

第一编 行政法学导论

第一章 行政法学的基本概念	003
第一节 行政	003
第二节 行政法	008
第二章 行政法的历史发展	014
第一节 西方国家行政法的历史	014
第二节 我国行政法的历史	018
第三章 行政法的法源	024
第一节 行政法的法源概述	024
第二节 我国行政法的法源	028
第四章 行政法基本原则	033
第一节 行政法基本原则概述	033
第二节 行政合法性原则	035
第三节 行政合理性原则	037
第四节 行政法其他原则	039



第五章 行政法律关系	043
第一节 行政法律关系概述	043
第二节 行政法律关系的构成	047
第三节 行政法律关系的产生、变更与消灭	050

第二编 行政组织法

第一章 行政组织法概述	055
第一节 行政组织	055
第二节 行政组织法	057
第三节 行政组织的编制管理	063
第二章 行政主体	069
第一节 行政主体概述	069
第二节 行政主体的行政职权与行政职责	074
第三节 行政机关	079
第四节 行政授权性组织和行政委托性组织	090
第三章 公务员法	095
第一节 公务员法概述	095
第二节 公务员的义务与权利	101
第三节 公务员的基本管理制度	106
第四节 公务员的法律责任	114
第四章 行政监察	117
第一节 行政监察概述	117
第二节 行政监察机关	122

第三节 行政监察程序	126
------------------	-----

第三编 行政行为法

第一章 行政行为概述	133
第一节 行政行为理论的历史和功能	133
第二节 行政行为的概念和特征	136
第三节 行政行为的分类	139
第二章 抽象行政行为	143
第一节 抽象行政行为概述	143
第二节 行政立法	148
第三节 制定其他规范性文件的行为	153
第三章 行政处理的一般原理	158
第一节 行政处理的概念和分类	158
第二节 行政处理的成立和成立要件	161
第三节 行政处理的生效和效力	163
第四节 行政处理的合法性要件	168
第五节 行政处理违法的后果	170
第四章 行政许可、行政处罚与行政强制	177
第一节 行政许可	177
第二节 行政处罚	187
第三节 行政强制	193
第五章 行政合同与行政事实行为	200
第一节 行政合同	200



第二节 行政事实行为	203
第六章 行政程序与政府信息公开	207
第一节 行政程序概述	207
第二节 行政程序的基本制度	210
第三节 政府信息公开	213
 第四编 行政救济法	
第一章 行政救济概述	221
第一节 行政救济的概念和特征	221
第二节 行政救济的途径	222
 第二章 行政复议	225
第一节 行政复议概述	225
第二节 行政复议的范围与管辖	228
第三节 行政复议程序	234
 第三章 行政赔偿	242
第一节 行政赔偿的概念和特征	242
第二节 行政赔偿的归责原则	243
第三节 行政赔偿责任的构成要件	246
第四节 行政赔偿的范围	249
第五节 行政赔偿请求人和赔偿义务机关	253
第六节 行政赔偿方式、计算标准和费用	256
第七节 行政赔偿程序	261
第八节 行政追偿	265

第四章 行政补偿	269
第一节 行政补偿的概念和特征	269
第二节 行政补偿的范围与方式	271
第三节 行政补偿的标准和程序	273

第五编 行政诉讼法

第一章 行政诉讼法概述	279
第一节 行政诉讼	279
第二节 行政诉讼法	284
第三节 行政诉讼法的基本原则和基本制度	291
第二章 行政诉讼受案范围	296
第一节 行政诉讼受案范围概述	296
第二节 可诉的行政行为	298
第三节 不可诉的行政行为	305
第三章 行政诉讼的管辖	313
第一节 行政诉讼的管辖概述	313
第二节 级别管辖	315
第三节 地域管辖	320
第四节 裁定管辖	323
第四章 行政诉讼当事人	327
第一节 行政诉讼的原告	327
第二节 行政诉讼的被告	331
第三节 共同行政诉讼人	334



第四节 行政诉讼第三人	336
第五章 行政诉讼证据	341
第一节 行政诉讼证据概述	341
第二节 举证责任制度	348
第三节 取证制度	356
第四节 质证与认证	360
第六章 行政诉讼程序	369
第一节 第一审程序	369
第二节 第二审程序	380
第三节 审判监督程序	383
第四节 执行程序	386
第七章 行政诉讼的裁判与法律适用	391
第一节 行政诉讼的裁判	391
第二节 行政诉讼的法律适用	395
第八章 涉外行政诉讼	401
第一节 涉外行政诉讼概述	401
第二节 涉外行政诉讼的原则	402
第三节 涉外行政诉讼的法律适用	404
编后记	407

第一编

行政法学导论

第一章 行政法学的基本概念

本章要点

从行政法意义上认识“行政”具有特定的含义。本章阐述的内容包括：行政的概念、现代国家行政的特征、行政的分类；行政法的概念、现代行政法的特征和行政法的分类。

第一节 行政

一、行政的概念

关于“行政”一词,我国最早有记载的见于《史记·周本纪》:“周公、召公二相行政,号曰共和”,此处所称的行政是指“执事”。近代意义上有关“行政”的词汇,是在清末变法修律时经由日本传入我国的。据学者考证,西文中的“行政”,如英文“administration”、德文“verwaltung”,均源自拉丁文“administrare”,在字面上,都含有“执行、管理”的意思^①。不过,在此意义上,行政仍可能有多种不同的理解,行政学、管理学、政治学和法学等不同学科对行政的理解各有特定的含义。

(一) 公共行政与私人行政

就行政的字面含义——执行、管理而言,很显然,此类性质的活动不仅国家等公权力主体有权实施,而且私人组织甚至个人也可以实施,如公司、企业内部生产计划的执行以及人事、财务的管理,个人生活、工作计划的执行以及财物的管理。

^① 陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第12页。



理论上称前者为公共行政或公行政,后者为私人行政或私行政。由此,广义的行政是指现代社会一切组织的执行和管理活动;而狭义的行政仅指国家行政。“从行政技术的观点来看,存在着或多或少适用于一切行政的结构原则和制度原则。但是,公共行政是一个在组织、功能和法律方面自成一类的单元,与其他领域的行政存在着截然的界限”^①。行政法所调整的是国家等公权力主体的行政活动,因此,行政法学上的“行政”仅限于公共行政或公行政。

(二) 形式意义的行政与实质意义的行政

近代以来,资本主义国家的宪法均基于权力制约和人权保障的理念,将国家权力一分为三,即立法权、行政权和司法权,且设置三种不同性质的国家机关分别行使之,是为“三权分立”或“权力分立”的政治体制^②。据此,便产生了一个形式意义的行政概念,即根据行为主体这样一个外在的、形式化的标准,来区分和判断所有的国家活动,将其中由行政机关实施的均称之为行政,而不论其内在性质是什么。与形式意义的行政相对应的是实质意义的行政,即无论由哪个国家机关实施的,只要实际上具有执行、管理等性质,这种国家活动就是行政。

国家的行政活动显然主要是由专门的行政机关实施的,正如立法活动和司法活动主要是由立法机关和司法机关实施的一样,因此,形式意义的行政与实质意义的行政通常是一致的。现代宪法学早已认识到,严格的、绝对的“三权分立”只在理论中存在,在现实中,各种国家权力之间往往存在大量相互交叉、渗透的情形。形式上由立法机关或司法机关实施的,但性质上可能属于行政活动,而实质上具有立法或司法性质的活动,又可能是由行政机关实施的。前者如立法机关和司法机关要对自身的人员、财物等进行管理和内部工作秩序的维持,后者如行政立法和行政机关对平等主体之间的民事争议所作的裁决。于是,形式意义的行政与实质意义的行政便可能出现分离。

通常认为,作为行政法调整对象的行政是以形式意义的行政为主,而以实质意义的行政为辅。详言之,只要是行政机关所实施的活动,无论是实质的行政活动,还是具有准立法或司法性质的活动,原则上均受行政法的调整和规范;反之,立法机关和司法机关的活动,即便实质上具有行政性质,原则都不属于行政法调整的范围。

^① [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3页。

^② 我国作为一个社会主义国家,宪法所确立的根本政治制度是人民代表大会制度,与西方资本主义国家的“三权分立”或“权力分立”的政治体制根本不同。不过,不同的国家机关在设置和组织上仍相对独立,彼此间在国家权力的行使上亦有着基本的分工,在此意义上,与西方国家的政治体制仍有可比性。



观察与分析

1993年,某县医院根据上级文件的规定和主管部门的批准,向县邮电局申请开通“120”急救电话,县邮电局拒绝开通,致使县医院购置的急救车辆和其他设施不能正常运转而遭受损失。县医院遂以县邮电局为被告向县法院提起诉讼,请求判令县邮电局立即履行开通“120”急救电话的职责,并赔偿县医院的经济损失。县人民法院经审理查明:医疗机构申请开通“120”急救电话的程序是:经当地卫生行政部门指定并提交书面报告,由地、市卫生行政部门审核批准后,到当地邮电部门办理“120”急救电话开通手续。原告县医院是一所功能较全、急诊科已达标的二级甲等综合医院,具备设置急救中心的条件。县卫生局曾指定县医院开办急救中心,开通“120”急救电话。县医院向被告县邮电局提交了开通“120”急救专用电话的报告,县邮电局也为县医院安装了“120”急救电话,但是该电话一直未开通。县医院曾数次书面请求县邮电局开通“120”急救电话,县邮电局仍拒不开通。

分析:本案当事人争议的是行政法律纠纷还是民事法律纠纷?

二、现代国家行政的特征

(一) 公益性

行政所处理的是国家和社会生活中的公共事务,因此,应当以公共利益作为其出发点和归属。公共利益本身是一个不确定的法律概念,在特定的具体情形下,对于什么是公共利益的要求以及如何才能有效地维护和增进公共利益,如果欠缺法律的明确规定,行政机关和执法人员就享有一定程度的判断余地。不过,在多数情况下,作为法的价值和目的,公共利益已经体现在各种具体的法律规定当中。此时,判断行政行为是否符合公共利益就比较简单,即只须看其是否合法,合法的就是符合公共利益的,不合法的就是违背公共利益的^①。

行政法虽然主要在于保护公共利益,但对于私人利益也并不是全无考虑。如果一项行政法规范在保护公共利益的同时,也具有保护特定私人利益的目的,行政机关在执法时对于该私人利益也应予以尊重。在两者发生冲突时,也不能简单地

^① 吴庚:《行政法之理论与实用》,中国人民大学出版社2005年版,第43页。



通过牺牲私人利益加以解决,此时,行政机关的行为还应符合比例原则,即只能在损害私人利益最小的范围内采取行动。

(二) 执行性与形成性

所谓执行性,是指行政机关的行为,无论是具体行为还是抽象行为,从根本上说,都属于对宪法和法律的执行。由执行性可以导出行政在同宪法和法律的关系上所具有的另一特性,即“受法的拘束性”。所谓受法的拘束性,是指行政应当在宪法和法律规定的范围内行动,而不能与宪法和法律的规定相违背、相抵触。执行性显然是行政最基本的一种属性,实际上,行政的字面含义就包含有执行这一项。现代国家的行政虽然已经越来越积极、能动,而并非是对宪法和法律规定的单纯的、被动的、机械的执行活动,不过,其最终仍受宪法和法律所确认的价值、目的和基本原则的拘束。

形成性是与执行性相对应的一个特征,两者可以说是一种相反相成的关系。所谓形成性,是指行政实际上是对国家和社会生活所进行的一种积极的塑造和形成的活动。形成性只是现代国家的行政所具有的特征,是行政职能急剧增加和行政权力迅速扩张所导致的结果,在奉行自由主义的政治理念和议会主权的宪法原则的近代国家,行政不可能具有这种积极、能动的作用。由形成性可以导出行政在同宪法和法律的关系上所具有的另一特性,即“裁量性”。所谓“裁量性”,是指行政在宪法和法律规定的范围内,在不与宪法和法律的原则精神相抵触的前提下,仍享有相当大的自由裁量和自主决定的权力。

(三) 积极主动性

这是行政与司法相比所具有的一项特征,也是行政在活动方式和程序方面所具有的一项特征。通常认为,为保证判决结果的独立、公正,司法机关应当没有自身的独立追求和利益,同时,司法权的行使也应尽可能地消极、被动。诉讼法上的不告不理和辩论主义的原则就是这种司法消极、被动的直接体现。但行政却不能如此,行政机关负有维护和增进公共利益的职责,自始就应积极、主动地采取行动,在行政职能日益繁重、复杂的现代社会,更应如此。行政的积极主动性体现在行政程序上的一个典型特征就是,行政行为原则上都应由行政主体依职权行使,而无须当事人的申请。同时,也正因为行政应积极、主动地维护和增进公共利益,因此,与司法程序相比,行政程序也应尽可能简单、便捷,以便提高行政的效率。

(四) 受指令拘束性

这同样也是行政与司法相比所具有的一项特征,是行政在内部组织原则上所具有的特征。通常认为,为保证判决结果的公正性,司法权的行使应该独立,换言之

之,法院、合议庭和法官应当基于其对法律的理解和职业道德,独立地对案件进行审理和作出判决,不应受来自行政机关、社会舆论和系统内部的干预和影响。但行政权的行使却并非如此,除了与司法一样,都应受宪法和法律的拘束以外,具体负责行使权力、作出行政行为的行政机关和行政工作人员,还应受来自上级指令的拘束。

其原因同样要从行政的公益性和积极主动性等方面的特征去寻找。由于行政负有积极主动地维护和增进公共利益的责任,因此,在其内部组织机构的设置以及机构和人员的管理上都应遵循效率原则。如果各个行政机关、行政工作人员在具体执法活动中均保持独立、自行其是,这个国家的行政无疑会是效率非常低下的,甚至会趋于崩溃而无法稳定运行。相反,若将各个行政机关、行政工作人员按照上下等级服从的原则组织起来,形成一个严整有序的整体,集中统一地开展公务,无疑会有助于效率的提高。正因为受指令拘束性将有助于整个行政系统成为一个统一的整体,因此,行政的受指令拘束性特征也被称之为“行政一体性”。

三、行政的分类

(一) 秩序行政与给付行政

根据行政的任务和目的之不同,可以将行政区分为秩序行政与给付行政。所谓秩序行政,是指旨在防范和消除公共危险,维护公共安全与秩序的行政活动,如治安管理、出入境管理、道路交通管理、食品药品管理、危险物品管理,等等;所谓给付行政,是指积极地为民众和社会提供各种服务、保障,以增进公共利益和社会福利为目的的行政活动,如从事道路、桥梁、绿化等基础设施建设,举办和经营水、电、煤、交通、通讯等公用事业,举办和促进教育、文化和公共医疗卫生事业,举办社会保障事业,等等。

(二) 侵益行政与授益行政

根据行政机关作出行政行为时所采取的手段和方式的不同,可以将行政区分为侵益行政与授益行政。所谓侵益行政,是指行政主体采取干预、限制相对人的权益或要求相对人履行某种义务的方式作出的行政行为,如行政征收、行政命令、行政处罚、行政强制等;所谓授益行政,是指行政主体采取授予相对人某种权利、利益的方式作出的行政行为,如行政许可、行政补贴、行政救助等。不同的行政手段和方式将对相对人产生不同的效果,因此,法律上会有不同的要求。大体上,侵益行政行为的作出需要有明确的法律上的根据和授权,否则,行政机关不得实施。而授益行政行为在作出后,因为相对人可能对此产生了正当合理的信赖,因此不得随意