



21世纪法学规划教材

行政法与行政诉讼法

Administrative Law
and Administrative
Litigation Law

章剑生 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

行政法与行政诉讼法

Administrative Law
and Administrative
Litigation Law

主 编 章剑生



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

行政法与行政诉讼法/章剑生主编. —北京:北京大学出版社,2014.8

(21世纪法学规划教材)

ISBN 978-7-301-24491-3

I. ①行… II. ①章… III. ①行政法-中国-高等学校-教材 ②行政诉讼法-中国-高等学校-教材 IV. ①D922.1 ②D925.3

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第152911号

书 名: 行政法与行政诉讼法

著作责任者: 章剑生 主编

策 划 编 辑: 白丽丽

责 任 编 辑: 邓丽华

标 准 书 号: ISBN 978-7-301-24491-3/D·3616

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: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62757785 出版部 62754962

印 刷 者: 北京富生印刷厂

经 销 者: 新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 34.25印张 834千字

2014年8月第1版 2014年8月第1次印刷

定 价: 58.00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

丛书出版前言

秉承“学术的尊严,精神的魅力”的理念,北京大学出版社多年来在文史、社科、法律、经管等领域出版了不同层次、不同品种的大学教材,获得了广大读者好评。

但一些院校和读者面对多种教材时出现选择上的困惑,因此北京大学出版社对全社教材进行了整合优化。集全社之力,推出一套统一的精品教材。

《21世纪法学规划教材》即是本套精品教材的法律部分。本系列教材在全社法律教材中选取了精品之作,均由我国法学领域颇具影响力和潜力的专家学者编写而成,力求结合教学实践,推动我国法律教育的发展。

《21世纪法学规划教材》面向各高等院校法学专业学生,内容不仅包括了16门核心课教材,还包括多门传统专业课教材,以及新兴课程教材;在注重系统性和全面性的同时,强调与司法实践、研究生教育接轨,培养学生的法律思维和法学素质,帮助学生打下扎实的专业基础和掌握最新的学科前沿知识。

本系列教材在保持相对一致的风格和体例的基础上,以精品课程建设的标准严格要求各教材的编写;汲取同类教材特别是国外优秀教材的经验和精华,同时具有中国当下的问题意识;增加支持先进教学手段和多元化教学方法的内容,努力配备丰富、多元的教辅材料,如电子课件、配套案例等。

为了使本系列教材具有持续的生命力,我们将积极与作者沟通,结合立法和司法实践,对教材不断进行修订。

无论您是教师还是学生,在适用本系列教材的过程中,如果发现任何问题或有任何意见、建议,欢迎及时与我们联系(发送邮件至bjdxcs1979@163.com)。我们会将您的意见或建议及时反馈给作者,供作者在修订再版时进行参考,从而进一步完善教材内容。

最后,感谢所有参与编写和为我们出谋划策提供帮助的专家学者,以及广大使用本系列教材的师生,希望本系列教材能够为我国高等院校法学专业教育和我国的法治建设贡献绵薄之力。

北京大学出版社
2012年3月

编者说明

应北京大学出版社约请,由我担任这部教材的主编,负责本部教材的编写。经过全体参编者的共同努力,现在这部教材可以定稿付梓了。

这部教材具有如下特点:(1)体系化。虽然本部教材名称为《行政法与行政诉讼法》,但它并非是行政法和行政诉讼法这两个“部门法”的简单组合,而是对处于行政法之下“行政实体法”“行政程序法”和“行政诉讼法”三大部分内容作一个体系化的初步尝试,故本部教材也可以称为“行政法总论”。(2)实用性。本教材在系统阐述行政法基本概念、原理和知识的基础上,以现行有效的行政法规范(包括最高人民法院司法解释)为基础,通过案例阐述法规范的内容,旨在提升学生解决实际问题的能力,一改以往许多法学教材没有行政法法规范引用、案例分析的状况。(3)相关知识的拓展。在本部教材中,我们穿插了大量与正文相关的知识点、典型案例和行政法理论研讨的争点,在每章的最后又列出“扩展阅读”的文献资料,使学生在阅读本教材过程中可以加深、扩展对正文内容的理解。

为了使學生能够更好地掌握本部教材的主要内容,我们建议:(1)在阅读本部教材过程中,配备一本常用法律、法规手册,熟读相关的法律、法规和规章。(2)进一步阅读本教材引用的案例全文以及相关的论文,以便更好地理解相关的行政法概念、原理。(3)尽可能多地阅读每章最后“扩展阅读”中的文献资料,扩大自己的学术视野。

对于本部教材可能存在的不足之处,敬请读者提出批评意见。

本书各章撰写分工如下(以编写章节为序):

章剑生,浙江大学光华法学院教授、博导,法学博士(第1、2章)

贾媛媛,桂林电子科技大学法学院副教授,法学博士(第3章)

李春燕,浙江财经大学法学院副教授,法学博士(第4、5、6章)

汪利红,华东政法大学教授、博导,法学博士(第7、8、11章)

章志远,苏州大学王健法学院教授、博导,法学博士(第9章)

杜仪方,浙江工业大学法学院副教授,法学博士(第10章)

于立深,吉林大学法学院教授、博导,法学博士(第12、21章)

宋华琳,南开大学法学院教授,法学博士(第13章)

杨登峰,南京师范大学法学院教授、博导,法学博士(第14、15章)

杨伟东,国家行政学院教授、博导,法学博士(第16、17章)
凌维慈,华东师范大学法律系副教授,法学博士(第18章)
高慧铭,郑州大学法学院副教授,法学博士(第19、20章)
张旭勇,浙江财经大学法学院教授,法学博士(第22、23章)
全书最后由章剑生统稿。

章剑生

2014年2月27日

目 录

1 第一章 行政法绪论

- | | |
|----|---------|
| 1 | 第一节 行政 |
| 9 | 第二节 行政权 |
| 13 | 第三节 行政法 |

20 第二章 依法行政原理

- | | |
|----|-------------------|
| 20 | 第一节 宪法中的依法行政原理 |
| 25 | 第二节 依法行政原理的基本内容 |
| 30 | 第三节 依法行政原理支配的基本原则 |

35 第三章 行政法法源

- | | |
|----|--------------|
| 35 | 第一节 行政法法源概述 |
| 36 | 第二节 行政法成文法法源 |
| 42 | 第三节 行政法不成文法源 |

49 第四章 行政机关

- | | |
|----|------------|
| 49 | 第一节 行政机关概述 |
| 59 | 第二节 中央行政机关 |
| 64 | 第三节 地方行政机关 |

70 第五章 行政相对人

- | | |
|----|-------------|
| 70 | 第一节 行政相对人概述 |
| 74 | 第二节 行政相对人权利 |
| 80 | 第三节 行政相对人义务 |

84 第六章 国家公务员

- 84 | 第一节 公务员与公务员法概述
- 91 | 第二节 公务员的条件与法律地位
- 99 | 第三节 公务员的基本制度

104 第七章 行政决定

- 104 | 第一节 行政决定概念及其理论体系
- 112 | 第二节 行政决定定型化
- 114 | 第三节 行政决定的成立与生效
- 116 | 第四节 行政决定的合法要件和违法
- 122 | 第五节 行政决定附款
- 125 | 第六节 行政决定变更
- 128 | 第七节 行政决定消灭
- 133 | 第八节 行政决定效力

138 第八章 非行政决定的其他行政行为

- 138 | 第一节 制定行政规范
- 155 | 第二节 行政事实行为
- 163 | 第三节 行政合同

172 第九章 行政处罚

- 172 | 第一节 行政处罚概述
- 175 | 第二节 行政处罚原则
- 188 | 第三节 行政处罚的种类与设定
- 189 | 第四节 行政处罚实施机关
- 191 | 第五节 行政处罚的适用
- 196 | 第六节 行政处罚程序

203 第十章 行政许可

- 203 | 第一节 行政许可概述
- 208 | 第二节 行政许可原则
- 211 | 第三节 行政许可的设定
- 215 | 第四节 行政许可实施机关
- 216 | 第五节 行政许可程序

227 第十一章 行政强制

- 227 第一节 行政强制概述
- 231 第二节 行政强制的原则
- 234 第三节 行政强制的种类和设定
- 243 第四节 行政强制措施实施程序
- 251 第五节 行政强制执行实施程序
- 256 第六节 申请法院强制执行程序

260 第十二章 政府信息公开

- 260 第一节 政府信息公开的主体和原则
- 264 第二节 政府信息公开范围、方式和程序
- 273 第三节 政府信息公开的监督与救济

279 第十三章 行政程序

- 279 第一节 行政程序概说
- 288 第二节 正当程序的基本要求
- 301 第三节 行政程序的基本过程

308 第十四章 行政责任

- 308 第一节 行政责任概述
- 309 第二节 行政赔偿
- 325 第三节 行政补偿

331 第十五章 行政复议

- 331 第一节 行政复议概述
- 340 第二节 行政复议范围
- 348 第三节 行政复议参加人
- 351 第四节 行政复议机关及其管辖
- 352 第五节 行政复议程序

365 第十六章 行政诉讼概述

- 365 第一节 行政诉讼(法)的概念、特征和法源
- 368 第二节 行政诉讼的目的
- 371 第三节 行政诉讼的原则

377 第十七章 行政诉讼主体

- 377 | 第一节 法院
- 387 | 第二节 行政诉讼原告
- 392 | 第三节 行政诉讼被告
- 395 | 第四节 共同诉讼人和第三人

398 第十八章 行政诉讼客体

- 398 | 第一节 行政诉讼客体概述
- 400 | 第二节 行政诉讼受案范围的判断框架
- 405 | 第三节 行政诉讼可诉范围
- 413 | 第四节 行政诉讼不可诉范围

424 第十九章 行政诉讼行为

- 424 | 第一节 撤诉
- 430 | 第二节 诉讼不停止执行
- 433 | 第三节 对妨碍行政诉讼行为的强制措施
- 436 | 第四节 财产保全与先予执行
- 439 | 第五节 诉讼中止与诉讼终结

442 第二十章 行政诉讼证据

- 442 | 第一节 行政诉讼证据概述
- 444 | 第二节 行政诉讼举证责任
- 448 | 第三节 证据调取和保全
- 451 | 第四节 质证和认证

458 第二十一章 行政诉讼依据

- 458 | 第一节 法院审判依据
- 463 | 第二节 行政规章参照
- 467 | 第三节 行政规定引用
- 468 | 第四节 司法解释援引
- 470 | 第五节 法规范冲突的适用规则

477 第二十二章 行政诉讼裁判

- 477 | 第一节 行政诉讼判决概述
- 482 | 第二节 行政诉讼判决体系的发展演变
- 489 | 第三节 行政诉讼判决适用条件
- 508 | 第四节 行政诉讼裁定与决定

512 第二十三章 行政诉讼程序

- 512 | 第一节 一审程序
- 523 | 第二节 二审程序
- 527 | 第三节 再审程序
- 530 | 第四节 行政诉讼期间、送达
- 532 | 第五节 行政诉讼执行程序

第一章

行政法绪论

★学习目标

通过本章的学习,学生可以掌握以下内容:

1. 行政的内涵及外延、行政的分类
2. 行政权的内涵及相邻关系、行政权的类型
3. 行政法的概念、内外关系、逻辑基点与相邻关系

★关键概念

行政 行政权 行政法 干预行政 给付行政 规划行政

第一节 行 政

一、行政的概念

国家法律体系以宪法统率,由宪法相关法、民法、商法、行政法、经济法、社会法、刑法和诉讼与非诉讼程序法构成。^①其中,行政法数量之多、涉及领域之广、复杂程度之高,是其他任何一个部门法所不能相提并论的。

行政法是有关行政的法。何谓行政?在西文中,“administration”有“管理”“经营”等含义,在讨论与行政法有关的问题时,我们将它译为“行政”。在汉语中,“行”,意为“实行”、“施行”,如所谓“令行禁止”;“政”,意为“权力”或外化为一种“命令”的权力,如“于是帝尧乃求人,更得舜。舜登用,摄行天子之政”。^②所以,汉语中的“行政”都与国家权力或者国家事务有关。尽管许多人曾经为定义“行政”作过学术努力,但至今也没有形成一个关于行政的“通说”概念;对于行政概念的表述,不同的人有不同的解释。^③形成这个状况的原因是国

^① 参见国务院法制办公室编:《法律法规全书》(第10版),中国法制出版社2012年版,第1—35页。

^② 参见范忠信:《中国传统行政法制文化研究导论》,载《河南省政法管理干部学院学报》2008年第2期。

^③ 一直以来,许多人都想在内容上一劳永逸地给“行政”作一个具有普适性的定义,但基本上是不成功的。“放弃了从内容上予以定义的学说,在日本成为多数派。”〔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。

家之间的传统、体制、结构、文化甚至习惯的差异性,所以,在行政法上一个放之四海而皆准的行政概念可能并不存在。关于行政的概念,我们大致可以从以下几个方面进行描述^①:

(一) 行政是国家活动的中心:行政国家

在现代国家中,行政是国家活动的中心,行政国家由此产生。在世界范围内,大约自 20 世纪初始,许多国家尤其是西方市场经济发达的国家都完成了从立法国家——以议会立法为国家活动中心的国家模式——向行政国家的转变。

中国并没有如同西方国家那样,经历一个国家中心从立法到行政的变迁过程。1949 年之后,无论是传统的社会主义计划经济还是后来的社会主义市场经济,行政集权一直是中国政治的特色。在没有自由主义传统的中国,形成这种以行政为中心的集权体制基本上没有遇到来自社会方面的阻力;在“富国强民”的意识形态支配下,行政集权体制获得了不可置疑的正当性。当下中国是一个高度集权的行政国家。

在行政国家中,国家活动的中心是行政,虽然立法、司法有制约行政的功能或使命,但它们经常要服从行政的需要。在中国,为了“把我国建设成为高度文明、高度民主的社会主义国家”^②,我们必须优先发展经济,确保经济持续增长。在发展经济过程中,立法、行政、司法各司其职,在宪法、法律规定的框架内行使自己的法定职权;但行政一直是主导、推动经济发展的国家力量,立法、司法在相当程度上处于“服务”行政的地位。^③

知识链接

德国“行政国家”的演变

德国行政法治的急剧变革始于第二次世界大战以后,其法治形象经历了从“绝对领袖国家”到“福利国家”,再向“社会法治国家”的转变。第二次世界大战前德国的行政法治可分为两个阶段:纳粹上台之前,德国的行政法治处于奥托·迈耶所描绘的“警察国家”状况;纳粹上台之后,德国“成为某种社会力量或者‘政党’的执行机器,对个人生活领域、行为和财产的干预失去了法律限制”。此时,行政机关的特殊性被剥夺,原则上只是领袖及其政党的御用机器,变成了完全的“绝对领袖国家”形象,实质上是一种非法治的国家形象。第二次世界大战后,德国行政活动不断扩张,行政机构急剧膨胀,以满足日益增长的个人需要和要求。国家开始通过行政来“提供个人需要的社会安全,要为公民提供作为经济、社会和文化等条件的各种给付和设施”。与之相关联的是一系列的福利立法。如 1951 年的《解雇保护法》、

^① 翁岳生教授对行政的特征作如下几个方面描述:(1) 行政是广泛、多样、复杂且不断形成社会生活的国家作用——形成性与整体性;(2) 行政是追求公共利益的国家作用;(3) 行政是积极主动的国家作用;(4) 行政应受法的支配——合法性与合目的性之兼顾;(5) 行政的运作应注重配合及沟通;(6) 行政系作成具体决定的国家作用。参见翁岳生编:《行政法》(上),台湾元照出版公司 2006 年版,第 10—17 页。

^② 《宪法》序言第 7 段。

^③ 在中国,如最高人民法院《关于当前形势下做好行政审判工作的若干意见》(法发[2009]38 号)规定:“各级人民法院要切实增强为大局服务的意识,认真审理好因金融危机应对措施引发的行政诉讼案件。要深刻领会党和政府的各项大政方针、决策部署,全面了解相关政策、措施的出台背景,密切跟踪分析形势,及时调整行政审判为大局服务的思路和方法,注意克服就案办案、孤立办案的倾向。”

1953年的《严重伤残法》、1957年的《农民养老救济法》、1968年的《全体雇员的保险义务》和1975年颁布的《社会法典》。这些立法对社会福利、社会救济和社会补偿制度作了具体而系统的规定,全面展示了“福利国家”的法治形象,即“行政国家”。而自20世纪60、70年代以后德国的行政法治得到了更加迅速的发展。如1960年颁布的《行政法院法》,建立了德国统一的行政法院制度,是行政法制变革的开始;1976年颁布的《行政程序法》,是德国行政法的基本法,则表明德国行政法进入成熟阶段。之后,德国的国家行政主要为《基本法》第20条和第28条所确认的社会国家原则所指引,以社会任务为主要内容,在给付活动和社会塑造活动中表现遵守权利的界限和约束,开始呈现出“社会法治国家”的法治形象。(资料来源:韩春晖:《从“行政国家”到“法治政府”》,载《中国法学》2010年第6期)

(二) 行政的多元性:执行兼及立法、司法

在人民主权理论下^①,由人民选举产生的代表组成的人民代表大会制定法律,由它所产生的行政机关、司法机关适用于个案。在这一宪法规定的框架性制度中,行政在适用法律过程中与公民、法人或者其他组织发生的法律争议,则由司法来裁判。但是,这种传统的宪政框架在现代国家中已经被作出重大修正,作为执行法律的行政兼及了立法、司法功能。

在《宪法》中,行政除了执行外还有立法的内容^②,全国人大常委会还多次将部分立法权授予国务院,所以,立法性行政权具有宪法依据。^③《宪法》中没有司法的概念,而是用“审判”“检察”来指代如西方国家宪法中的“司法”内容。如果我们不承认“检察”是一种行政权的话,那么《宪法》中的“行政”的确没有任何“审判”“检察”的内容。但是,这并不影响全国人大及其常委会将某些类似的或者具有“审判”功能的权力授予行政机关行使。^④所以,行政机关拥有的司法性行政权也是有法律依据的。需要关注的问题是,面对行政的多元性与行政的执行性之间的紧张关系,我们需要通过相关的法律制度予以缓解:立法性行政权需要导入公众参与等制度,使得立法性行政权——制定行政法规和行政规章等——获得民意基础;司法性行政权需要导入防止偏见、听取意见等制度,使得司法性行政权具有相对中立的地位,确保行政机关作出公正的裁决。

(三) 行政的形成性:社会秩序的整合

所谓社会秩序,本质上是个人之间关系的总和。社会秩序不稳定是常态,其根本原因是人在利己本性驱使下,在利益的追求过程中对既定规则的破坏,从而满足自己利己的本性需求。作为国家活动的行政担当了社会秩序的整合角色。这里的“整合”不仅仅在于行政要修

① 《宪法》第2条第1款规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民。”

② 参见《宪法》第89条第1项。

③ 1983年全国人大常委会《关于授权国务院对职工退休退体办法进行部分修改和补充的规定》;1984年全国人大常委会《关于授权国务院改革工商税制和发布有关税收条例(草案)的决定》;1985年全国人大常委会《关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行的规定或者条例的决定》。

④ 《专利法》第57条规定:“取得实施强制许可的单位或者个人应当付给专利权人合理的使用费,或者依照中华人民共和国参加的有关国际条约的规定处理使用费问题。付给使用费的,其数额由双方协商;双方不能达成协议的,由国务院专利行政部门裁决。”

复已经失衡的社会秩序,更要有目的地形成、塑造一种有利于个人全面发展的社会秩序。

在传统行政法上,行政的形成性主要是通过强制的方式来实现的,如行政处罚、行政强制措施、行政强制执行等。但在现代行政法上,行政的形成性又增加了一种与行政相对人“合意”的方式,且这种方式在现代行政法上的地位越来越重要,如行政合同、行政协商等。法律对于行政的形成性依据也不再“斤斤计较”,广泛的裁量权被授予了行政机关,行政机关获得了行政形成社会的相当空间。在这里,“法律希望(如有可能)对司法中合乎法律的裁决作出明确的规定,却尽可能有意地给行政留出自由选择的余地,使行政在其中可进行合目的性的行为”^①。

(四) 行政强制性的弱化:沟通协商

行政强制性在“命令—服从”这一传统行政模式中得到了充分体现,“强制性”差不多成了行政的全部内容。行政强制性意味着行政相对人必须无条件地服从行政主体发出的命令,即使不服也只能在事后的行政救济程序中表达。所以,在过去的行政法理论上,行政法律关系上的“不对等性”是表述行政强制性的另一个说法。^② 行政强制性在整合社会秩序过程中的功能不可或缺,但它偏向于行政权有效率地行使,对行政相对人权利保障方面则不够充分。

中国从20世纪90年代开始,因民主宪政观念的不断扩散,个人在行政法上的主体性地位得到了国家的承认。1996年《行政处罚法》首次规定了听证制度,为个人可以“站着”和国家行政主体说话提供了法律保障,行政也懂得了与个人商量着办事的重要意义。“沟通协商”制度通过行政程序这一载体进入了行政过程,将原有行政的强制性渐渐削弱,去“不对等性”成了传统行政法转向现代行政法的一个重要标志。如《民用爆炸物品管理条例》第20条规定:“经销爆破器材的供应点,由物资主管部门、公安机关和有关单位协商定点,由所在地县、市公安局核发《爆炸物品销售许可证》,向所在地县、市工商行政管理局办理登记手续,领取营业执照,方准销售。出售爆破器材时,必须验收公安机关签发的《爆炸物品购买证》。”当然,去“不对等性”并不否定行政决定的单方性,行政机关保护个人权利的任务通常都是由行政决定的这种单方性来完成的。

(五) 行政主动性的强化:生存照顾

行政可以分为依职权行政和依申请行政,前者的功能在于行政主动干预个人活动,旨在形成社会秩序,如行政处罚;后者则是行政在被动审查个人请求的基础上给予利益,如行政许可。这两项内容构成了一种与自由市场经济发展相适应的行政模式。但到了20世纪之后,西方国家的行政开始主动担当起对个人“生存照顾”的服务行政之职责^③,行政发展出了有关福利给付的内容,即不需要个人请求,行政也必须履行给予其利益的法定职责。

中国自20世纪90年代以来因市场经济竞争出现了大量的“失败者”和贫富差距的现象,风险社会同时给个人带来了许多不确定的伤害,这些事实都在客观上要求行政扩大生存

① [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第130页。

② 参见罗豪才主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1989年版,第15页以下。

③ 参见陈新民:《公法学札记》(增订新版),法律出版社2010年版,第39页以下。

照顾对象的范围。1999年国务院《城市居民最低生活保障条例》的实施回应了上述部分的需求。以关注民生、推进公平、正义为主题的2007年国务院《政府工作报告》，标志着中国政府的行政中新添了“生存照顾”与“提供发展机会”的两项内容。《宪法》第45条关于公民“获得物质帮助权”的规定获得了国家实质性的重视，明确把它纳入了行政的内容。当下的社会保障、公共教育和公共医疗卫生是行政“生存照顾”的主要内容。

知识链接

生存照顾与给付行政

给付行政是由德国行政法学者福斯多夫(Ernst Forsthoff)在1938年发表的《作为给付主体的行政》一文中首先提出的。作为给付行政的开山之作，该文是从国家的职能和行政的目的来阐述给付行政的，他将给付行政建立在“生存照顾”这一概念之上。给付行政理论的起源与“生存照顾”理念密切相关，给付行政的疆域即取决于对“生存照顾”范围的认知。福斯多夫提出“生存照顾”概念和给付行政理论后不久，给付行政的现实和理论就得到了发展。1944年，德国另一学者将“济助”也列入“生存照顾”之范畴，并将公立医院济助贫病之行为称为“济助性生存照顾”。第二次世界大战结束之后，纳粹政权覆灭，经济复苏，人民收入增长，代表“最好政府最少干涉”的新自由主义思想又重新抬头。福斯多夫原先认可的“领袖制”“民族正义”等思想，以及排斥自由主义、主张国家权力中心应置于行政而非立法之上的观点已不合时宜。基于环境变化及对行政体察的深入，福斯多夫在1959年的另一篇论文中对“生存照顾”的现代意义，提出了“辅助性”理论的见解。他指出，现代的社会和20世纪30年代的社会在本质上已有极大的差异。除了在国家陷入战争及灾难的非常时期外，在和平时期，应由“社会之力”来解决其成员的生存照顾问题，而非依赖国家及行政的力量。国家只有在社会不能凭己力维持稳定时才充当一种“国家补充功能”。福斯多夫这一修正在70年代得到了重视，逐渐成为显学。其时，宪法学者彼得斯极力提倡，国家追求、实现公益的行为，必须在社会的个人凭自己的努力都无法获得利益，也因此使公益无法获得时，方得为之，故而是一种次要性的补助性质的辅助行为。辅助性理论一方面使得给付行政从理念上得到一种范围限制，另一方面也体现了立法和法治原则对给付行政的调控作用。（资料来源：李国兴：《超越“生存照顾”的给付行政》，载《中外法学》2009年第6期）

（六）行政的公益性：公共利益

在宪法规定的框架性制度下，行政向人民代表大会负责，更要向人民负责，因此，公共利益构成了行政目的的核心。如在行政征收、征用中，《宪法》第13条第3款规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”对于行政而言，公共利益直接决定了行政的合法性、正当性。因此，行政本质上可以说是人民实现公共利益的一种制度性工具。

行政的公益性并不意味着行政可以随意否定公民的正当利益需要，或者要求公民无条

件地服从公共利益的需要;相反,行政在追求公共利益的同时,必须关注公民利益量的增长和质的提升,以回应“尊重和保障人权”这一宪法条款的要求。公民利益的范围是行政追求公共利益时不可逾越的边界。公共利益有时是全体公民的利益,有时是部分公民的利益,特别情形下甚至还可以是特定公民的利益,如由警车引导运送危重病人的救护车为其提供快速道路的通行。公民固然应当服从公共利益的需要,但公民利益因服从而受到损失的,必须以国家合理补偿为前提,两者之间构成一种“唇齿”关系。

(七) 行政的多样性:应对复杂的现代社会

在行政统管一个人“从摇篮到坟墓”全过程的现代社会中,行政已经渗透到了社会的每一个角落。科学技术中知识的“不确定性”给人们的生活带来了风险,如药品、食品的安全等,需要行政发展出多样性方式以应对这种风险。若行政等到风险成为客观事实之后再出面补救,社会不可避免要为此支付沉重的代价,因此,行政需要采用多种手段进行事先预防。同时,在全球化时代的当下,行政限于国内事务的时代已经一去不复返了,面对复杂的国际社会事务,行政需要具有国际视野并能够对国际事务迅速作出有效的决断。

行政的多样性并不意味着行政可以片段化、零碎化,相反在现代社会中行政更需要:(1)有一个统一的行政法律体系,以满足行政多样性中依法行政的需要;(2)在“行政一体化”的原则下各行政机关之间精诚合作,共同应对复杂的现代社会。

(八) 行政的科技性:行政手段的科技化

现代科学技术的发达对社会发展产生的影响,是行政手段的科技化趋势十分明显。科技发展给人类社会带来巨大财富与进步的同时,也带来了许多负面效果,这些负面效果有的甚至影响到了人类社会的正常发展。因此,科技的安全性和伦理性日益受到人们的关切,前者如高速铁路、民航客运和移动手机等,后者如“克隆人”与“安乐死”以及人体器官的出售与移植等。行政需要采用与科技发展相适应的手段,解决科技的安全性和伦理性所带来的各种问题,保护人类免受科技发展所带来的伤害。

办公自动化、电子政务是行政手段科技化的基本趋势之一,国家相关的立法也随之而出,如《电子签名法》《电子认证服务管理办法》等,《行政许可法》也规定了有关“电子政务”的行政许可。^①

二、行政的分类

在对行政进行了上述特征描述之后再作分类,主要是为了从另外一个角度认识行政,从而把握行政的主要内容,以弥补行政不能定义的欠缺。因采用分类标准不同,如主体、领域、内容等,行政的类别也有所不同。以下对行政所作的分类,其标准是对行政相对人的影响或者行政的功能。

^① 《行政许可法》第33条规定:“行政机关应当建立和完善有关制度,推行电子政务,在行政机关的网站上公布行政许可事项,方便申请人采取数据电文等方式提出行政许可申请;应当与其他行政机关共享有关行政许可信息,提高办事效率。”