

高等学校法学教材

行政法与行政诉讼法

司法部法学教材编辑部编审

主 编 马怀德

中国法制出版社

高等学校法学教材

行政法与行政诉讼法

司法部法学教材编辑部编审

主 编 马怀德

撰稿人 (按撰写章节顺序)

马怀德 高家伟 周佑勇

叶必丰 杨解君 赵 娟

章剑生

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法与行政诉讼法/马怀德编著. —北京: 中国法制出版社,
2000. 1

高等学校法学教材

ISBN 7-80083-682-7

I. 行… II. 马… III. ①行政法学—中国—高等学校—教材
②行政诉讼法—法学—中国—高等学校—教材

IV. D922.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 01730 号

高等学校法学教材

行政法与行政诉讼法

XINGZHENGFA YU XINGZHENG SUSONGFA

主编/马怀德

经销/新华书店

印刷/河北省三河市实验小学印刷厂

开本/850×1168 毫米 32 印张/19.5 字数/480 千

版次/2000 年 2 月北京第 1 版 2000 年 7 月北京第 2 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-682-7/D·658

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031)

定价: 32.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话: 66062752)

作者简介

马怀德 中国政法大学教授，法学博士。其主要著作和论文有：《国家赔偿法的理论与实务》（中国法制出版社 1994 年版）、《行政许可》（中国政法大学出版社 1994 年版）、《中国立法体制、程序与监督》（中国法制出版社 1999 年版）、《行政许可制度现状及立法构想》（载《中国法学》1997 年第 2 期）、《国家赔偿责任的性质》（载《法学研究》1994 年第 2 期）等。

高家伟 中国政法大学副教授、法学博士。其主要著作有：《行政诉讼证据的理论与实践》（工商出版社 1998 年版）、《比较行政程序法》（中国法制出版社 1999 年版）、《论市场经济法制下政府职能的界线》（载《法学家》1997 年，第 6 期）、《行政诉讼证据的审查判断》（载《行政法学研究》1997 年，第 4 期）。

周佑勇 武汉大学法学院副教授，法学硕士。其主要著作和论文有：《保密行政执法的理论与实践》（金城出版社 1999 年版）、《论行政不作为》（载《行政法论丛》第 2 卷，法律出版社 1999 年版）、《行政违法与行政犯罪的相异与衔接关系分析》（载《中国法学》1999 年，第 1 期）、《行政法理论基础诸说的反思、整合与定位》（载《法律科学》1999 年，第 2 期）等。

叶必丰 武汉大学法学院教授。其主要著作和论文有：《行政处罚概论》（武汉大学出版社 1990 年版）、《行政法学》（武汉大学出版社 1996 年版）、《行政法的人文精神》（湖北人民出版社 1999 年版）、《论行政行为的公定力》（载《法学研究》1995 年第 5 期）、《行政行为确定力研究》（载《中国法学》1996 年，第 3 期）等。

杨解君 东南大学教授，法学硕士。其主要著作有：《秩序权力与法律控制——行政处罚法研究》（四川大学出版社 1995 年版）、《依法行政论纲》（中央党校出版社 1998 年版）、《行政违法论纲》（东南大学出版社 1999 年版）、《关于行政法理论基础若干观点的评介》（载《中国法学》1996 年，第 2 期）、《当代中国行政法（学）的两大主题》（载《中国法学》1997 年，第 5 期）。

赵娟 南京大学副教授。其主要著作有：《经济学通论》（河海大学出版社 1996 年版）、《经济法简论》（团结出版社 1997 年版）、《行政程序立法的辩证思考》（载《中国行政管理》1998 年，第 8 期）、《试论反不正当竞争法的完善》（载《现代管理科学》1999 年，第 2 期）。

章剑生 浙江大学法学院教授，法学硕士。其主要著作和论文有：《行政程序法学原理》（中国政法大学出版社 1994 年版）、《行政程序法比较研究》（杭州大学出版社 1997 年版）、《行政诉讼法基本理论》（中国人事出版社 1998 年版）、《判决重作具体行政行为》（载《法学研究》1996 年，第 6 期）、《论行政行为说明理由》（载《法学研究》1998 年，第 3 期）等。

说 明

为了适应我国社会主义现代化建设和实施依法治国方略对法律人才的需求，全面提高法律人才的素质，根据教育部关于普通高等学校法学专业教学要求，我们邀请政法院校和实际部门的法学教授和专家编写出版了这批教材。

这批教材以邓小平理论为指导，吸收国内外法学教育的最新成果，面向 21 世纪的法学教育，正确阐述本学科的基本理论、基础知识，坚持理论联系实际的原则，努力做到科学性、系统性和实践性的统一。

本书撰稿人及撰稿分工如下：

马怀德 第一章、第七章第一节、第十五章

高家伟 第二章、第七章第二节

周佑勇 第三章、第四章

叶必丰 第五章、第六章、第十一章

杨解君 第八章、第九章

赵 娟 第十章（与杨解君共同撰写）、第十二章

章剑生 第十一章 第十三章、第十四章、第十六章

2000 年元月

目 录

第一章 行政法概述	(1)
第一节 行政的概念和分类.....	(1)
第二节 行政法的概念、调整对象和特征.....	(7)
第三节 行政法的渊源	(15)
第四节 行政法的历史发展	(20)
第五节 行政法的地位与作用	(27)
第二章 行政法基本原则	(31)
第一节 行政法基本原则的概念和意义	(31)
第二节 依法行政原则	(38)
第三节 信赖保护原则	(52)
第四节 比例原则	(68)
第三章 行政法律关系	(84)
第一节 行政法律关系的概念	(84)
第二节 行政法律关系的分类	(90)
第三节 行政法律关系的特征	(95)
第四节 行政法律关系的变动.....	(100)
第四章 行政主体	(105)
第一节 行政主体的理论.....	(105)
第二节 行政机关组织法.....	(132)
第三节 行政机关编制法.....	(140)
第四节 国家公务员法.....	(147)
第五章 行政行为	(166)
第一节 行政行为的概念和特征.....	(166)

第二节	行政行为的分类和模式·····	(175)
第三节	行政行为的合法要件和效力·····	(184)
第六章	抽象行政行为·····	(194)
第一节	行政立法概述·····	(194)
第二节	行政立法的原则、程序和技术·····	(201)
第三节	制定规范性文件行为·····	(208)
第四节	对抽象行政行为的监督·····	(214)
第七章	行政许可与行政确认·····	(222)
第一节	行政许可·····	(222)
第二节	行政确认·····	(252)
第八章	行政检查与行政奖助·····	(259)
第一节	行政检查·····	(259)
第二节	行政奖助·····	(270)
第九章	行政处罚与行政强制·····	(281)
第一节	行政处罚·····	(281)
第二节	行政强制·····	(308)
第十章	行政征收、行政补偿、行政裁决·····	(319)
第一节	行政征收·····	(319)
第二节	行政补偿·····	(330)
第三节	行政裁决·····	(336)
第十一章	其他行政活动·····	(345)
第一节	行政指导·····	(345)
第二节	行政合同·····	(352)
第三节	行政事实行为·····	(359)
第十二章	行政法制监督·····	(364)
第一节	行政法制监督概述·····	(364)
第二节	权力机关监督·····	(368)
第三节	行政审计监察监督·····	(374)

第四节	司法机关监督·····	(382)
第十三章	行政程序·····	(387)
第一节	行政程序概述·····	(387)
第二节	行政程序的基本原则·····	(395)
第三节	行政程序的基本制度·····	(402)
第十四章	行政复议·····	(416)
第一节	行政复议概述·····	(416)
第二节	行政复议基本原则·····	(419)
第三节	行政复议基本制度·····	(423)
第四节	行政复议受案范围·····	(425)
第五节	行政复议机关与管辖·····	(428)
第六节	行政复议参加人·····	(431)
第七节	行政复议的程序·····	(433)
第十五章	国家赔偿·····	(439)
第一节	国家赔偿概述·····	(439)
第二节	国家赔偿法的产生和发展·····	(452)
第三节	国家赔偿责任的构成·····	(470)
第四节	行政赔偿·····	(500)
第五节	司法赔偿·····	(515)
第六节	国家赔偿的方式和计算标准·····	(536)
第十六章	行政诉讼·····	(540)
第一节	行政诉讼概述·····	(540)
第二节	行政诉讼受案范围·····	(546)
第三节	行政诉讼管辖·····	(560)
第四节	行政诉讼参加人·····	(567)
第五节	行政诉讼证据·····	(578)
第六节	行政诉讼的法律适用·····	(586)
第七节	行政诉讼的审理·····	(594)

第一章 行政法概述

第一节 行政的概念和分类

一、行政的概念

行政法是关于行政的法。在给行政法下定义之前，有必要先了解“行政”的概念。关于行政的概念，学术界有许多观点，始终未能形成共识。最具代表性的观点有下面几种：

（一）“扣除说”

“扣除说”又称“排除说”、“蒸馏说”、“除外说”。是对行政的一种消极定义，“认为行政是指国家立法、司法以外的一类国家的职能”。^①它是建立在分权思想基础上的学术观点，行政法学发展历史上，持“扣除说”观点的学者不在少数。^②他们普遍认为，积极定义行政概念十分困难，它虽然能够说明现代行政的各种特征，但不能形成包含全部特征的定义。而扣除说是在比较立法、行政、司法三种作用后，对行政下的定义，即从国家作用中，扣除法规制定行为之立法作用、国家刑罚权之判断作用及依一定之裁判程序判断人与人权利义务之民事司法。此种司法作用，所剩余

① 罗豪才主编：《行政法学》（新编本），北京大学出版社1996年12月，第2页。

② [日]室井力主编，吴微译：《日本现代行政法》，中国政法大学出版社，1995年1月第一版，第9、10页。

[日]盐野宏著，刘宗德、赖恒盈译：《行政法I》，月旦出版社股份有限公司1996年版，第4—8页。

者即为行政作用。虽然该学说并未说明行政本身是什么，但对行政的范围作了形式上的界定。从某种意义上来说，这种定义是有一定价值的。随着现代行政的不断发展，出现了大量的授权现象，造成了立法、行政、司法三种职权的交叉、混合，行政已不是单纯立法、司法以外的剩余活动称谓，而是同时包含三种职能的特殊概念，所以，用“扣除说”表述行政的含义已不够恰当准确了。

（二）“目的说”

所谓“目的说”，是针对“扣除说”存在的种种问题而提出的积极定义。认为“扣除说”不承认行政作用整体上内在统一性，从而难以得出所谓行政法为统一法律部门的结论，因而有必要对行政下一个积极定义。日本学者田中二郎认为，“近代行政，可理解为于法之下，受法之规制，并以现实具体地积极实现国家目的为目标，所为之整体上具有统一性之继续的形成性国家活动……”。“行政之特色，在于通常为实现其目的，而依法享有相当广泛之裁量余地”。^①日本行政法学者南博方则认为，行政是“为适应国家社会的需要具体实施公共政策的过程及行动”。^②这种观点虽然试图从正面给行政下一个定义，但仍然存在诸多不足。有学者认为，“行政虽可谓存有许多裁量活动，然却不能谓行政之本质即在裁量。甚至免于法律拘束之实质自由此一意义，亦可见诸于法院之活动”。至于“积极实现国家目的”，行政与立法、司法职能并没有区别，而所谓具体性，并不能概括像行政计划等行为的特征，所谓整体统一性也并未描述出行政的实际状态。^③看来，给行政下一个积极定义并非易事。

① [日] 田中二郎著：新版《行政法》上卷，弘文堂 1974 年版，第 5 页。

② [日] 南博方著，杨建顺等译：《日本行政法》，中国人民大学出版社 1988 年版，第 8 页。

③ [日] 盐野宏著，刘宗德、赖恒盈译：《行政法 I》，月旦出版社股份有限公司 1996 年版，第 4 页。

（三）“组织管理说”

持该观点的学者认为：“行政是指国家行政机关对国家与公共事务的决策、组织、管理和调控。”^① 与此相似的观点还有：“政务管理说”、“国家事务管理说”等。^② 这种观点实际上把行政分解为主体、对象和功能三部分，虽然它把行政等同于组织管理的结论并不错，但未能揭示行政与立法、司法职能的本质区别，因为立法与司法也可以表现为决策、组织、管理、调控等功能。最为关键的是，这种定义忽视了行政应当包含的执行权力机关或立法机关意志的特征，割断了行政与立法（决策）的天然联系。

我们认为，行政法学研究的行政是指为实现国家目的，运用制定政策法规、规章、组织实施管理、命令、监督制裁等方式执行国家法律和权力（立法）机关意志的活动。具体而言，行政具有以下内容 and 特点：

首先，行政法学研究的行政是为实现国家目的，执行国家法律及立法机关意志的活动。它不同于一般意义上的“管理”，更有别于企事业单位内部的“行政”，它是对国家事务与公共事务的特殊管理活动；

其次，这里所说的行政是现代国家权力分工体制的产物，没有立法、司法与行政职能的适当分工，就不存在执行法律和立法机关意志的行政；

再次，行政法学研究的行政是执行国家法律和权力机关意志的活动，相对于立法而言，处于从属地位。没有现代意义上的法治原则为背景，就不存在行政法学所研究的行政。

① 罗豪才主编：《行政法学》（新编本），北京大学出版社1996年12月版，第3页。

② 政务管理说主张“行政为国家事务的管理”，如《美国社会科学辞典》的解释：“国家事务管理说”主张行政是政府事务的管理和指导。见萨佛里兹：《公共行政辞典》，1985年英文版，第8页。

最后，行政与立法的本质区别在于，行政是执行法律的活动，而立法是创制法律的活动；行政与司法的区别在于行政是为实现国家目的而主动执行适用法律的活动，而司法是追诉犯罪、裁判纠纷的被动适用法律的活动。虽然当今行政活动中也不免制定政策、规则的活动，但都是为执行法律实现国家目的而进行的，况且此类行政是受权力机关委托而为的，随时可能被收回，并非原本意义上的行政；同样，虽然现代行政也包括一部分制裁违法裁决争议的活动，但这种活动是组织管理命令监督活动的一种方式而已，也需得到立法授权，并非自身职能的一部分。对行政裁决争议的活动不服的，仍可诉诸法院，行政机关一般无最终裁决权。

二、行政的分类

为了有效地规范行政活动，有必要通过初步分类了解行政的不同表现形式，把握其固有的规律，从而达到准确规范的目的。根据不同标准，可以对行政作不同的分类研究。例如，依其目的不同，可以将行政分为积极行政与消极行政；依其性质不同，又可分为规制行政与给付行政；依其方式不同，又可分为权力行政与非权力行政；依其内容不同，还可分为负担行政与授益行政。

（一）积极行政与消极行政

行政的目的是多方面的，既有维持社会、经济秩序、保障公民人身财产安全的目的，也有促进社会经济发展和人民生活福祉的目的。就不同行政领域而言，根据行政的目的可以把行政分为积极行政与消极行政。所谓积极行政，是指积极主动地实施管理活动，例如环境保护一类的行政就属于积极行政。所谓消极行政是指作为管理者的行政机关，尽量控制自己的积极判断，尽可能

少地实施具体行政,例如警察行政就属于消极行政。^①但是,关于行政的这种分类是相对的,例如警察行政在总体上是消极行政,但为了确保人身安全与生命,有时也要求采取积极的措施,此时称之为积极行政亦可。区分积极行政与消极行政的意义在于,不同性质的行政有不同的目的和特征,不能一概而论,应当采用分门别类的方式对其加以规范。对积极行政重点控制其作为性违法,防范越权行为;对消极行政重点防范其不作为。

(二) 规制行政与给付行政

根据行政的性质不同,可以将行政分为规制行政与给付行政。所谓规制行政是指以限制规范公民法人的权利、自由的方式达到行政目的的行政活动,例如经济规制、食品药品规制、交通规制、建筑业规制就属于这一类行政。所谓给付行政是指政府通过给予公民法人利益和便利等方式实现行政目的的活动。例如,政府提供社会福利、社会保障、设置道路、桥梁、建筑公园、住房。规制行政与给付行政是近几十年来对西方国家行政职能的形象总结,对于分析不同领域行政的特征有一定意义。当然,这种分类也不能适用于所有行政领域。例如,对于税务行政而言,从征收税金的方式角度而言,它属于规制行政,从税金的使用目的而言,它又是给付行政。无论是规制行政还是给付行政,行政法都有关注规范的必要。

(三) 权力行政与非权力行政

根据行政方式的不同,可以把行政分为权力行政与非权力行

^① 有学者提出,现代行政可以分为两类,一类对相对方的权利义务产生直接影响,如行政命令、行政处罚、行政强制措施等,此类行政应受到严格的法律制约,可以说“没有法律规范就没有行政”,可称之为“消极行政”;另一类对相对方权利义务不产生直接影响,如行政规划、行政指导、行政咨询、行政建议、行政政策等,对这类行政,则要求行政机关在法令、职权内积极作为,“法无明文禁止,即可作为”,可称之为“积极行政或服务行政”。参见罗豪才、甘雯:《行政法的“平衡”及“平衡论”范畴》,《中国法学》1996年第4期。

政。所谓权力行政是指通过强制性的支配力量达到行政目的的行政类型，多数情况下，行政机关的行政活动属于权力行政。例如，税务行政、警察行政、土地行政、食品药品行政等均属权力行政。所谓非权力行政是指通过非权力方式，诸如劝告、建议、指导、契约等实现行政目的的行政类型。例如，学校、医院及公共工程的建造提供，邮电、自来水、液化气的提供等均属于非权力行政。非权力行政的增大是现代行政的一个发展趋势。这给行政法学界也提出了不少问题，“如何授权或如何使之合法；如何强制，或如何划分界线”^①都是行政法学必须回答的。

权力行政与非权力行政的划分是以行政方式为标准的，与规制行政和给付行政有某种相对应的关系。当然，并非所有的规制行政均采用权力方式，例如交通规制中也常采用指导、劝告等非权力方式。也并非所有给付行政均采用非权力方式，例如行政机关核发执照、许可证，恰恰采用的是权力行政方式。

（四）负担行政与授益行政

根据行政机关与相对一方之间权利义务关系为标准，可以把行政划分为负担行政与授益行政。所谓负担行政是指剥夺、限制公民法人人身财产权益的行政。如税收、处罚、强制、收费等行政均属负担行政，它给相对人设定了义务和负担，从而影响了相对人的人身自由、财产权利。所谓授益行政是指给予公民法人某种权益的行政，例如，提供社会补助金、实施许可、减免税金、建设道路等均属于授益行政。由于存在负担行政与授益行政的区别，所以对两种不同类型的行政应采取不同的权力设定、程序运行等规则。当然，有些行政对某一特定人是授益行政，对另外一些人则是负担行政。如核发土地使用证，对持证人而言是授益行政，但

^① [日]室井力主编，吴微译：《日本现代行政法》，中国政法大学出版社1995年1月版，第13页。

对相邻者而言，则是不得使用此处土地的负担行政。

随着社会经济的发展，行政手段呈现出多样化趋势，因此关于行政的划分方式也不断增多。如根据行政机关享有和行使权利的自由度，可以将其划分为羁束行政与裁量行政；根据行政机关有关行为，可以将其划分为作为行政与不作为行政；根据行政方式可以将其划分为公共行政与私经济行政；根据内容还可以将其划分为治安行政、人事行政、工商行政、环保行政、税务行政、资源行政等等，不一而足。无论哪一种形式的划分，都可以为我们提供一个认识行政，掌握其规律，发现并解决问题的新视角、新思路，同时还可以为立法规范行政提供参照系。

第二节 行政法的概念、调整对象和特征

一、行政法的概念

关于行政法的概念，中外理论界有很多种定义方式。概括起来，大致有以下几种：

第一种，从行政法的目的出发定义行政法。由于对行政法目的认识不一，故形成了“控权论”、“管理论”和“平衡论”三种定义。例如，英美学者普遍认为“行政法是控制国家行政活动的法律部门，它设置行政机构的权力，规范这些权力行使的原则，以及为那些受行政行为侵害者提供法律补救”。^①“行政法定义的第一个含义就是它是关于控制政府权力的法”。^②“无论在普通法国度还是在大陆法国度，贯穿于行政法的中心主题完全是相同的。这

① [美] 伯纳德·施瓦茨著，徐炳译：《行政法》，群众出版社1986年版，第1页。

② [英] 威廉·韦德著，徐炳等译：《行政法》，中国大百科全书出版社1997年版，第5页。

个主题就是对政府权力的法律控制”。^① 持管理论观点的学者认为，“行政法就是管理法”。它是“国家进行各方面管理的全部法规总称”。^② 其目的是维护社会公共秩序和公共利益。持平衡论观点的学者认为，“现代行政法实质是平衡法”^③ 强调在行政机关与相对方的权利义务关系中，权利义务总体上应是平衡的。此外，从目的论角度给行政法下定义的还有“服务说”，“公共利益本位说”等。

第二种，根据行政法调整对象下定义。鉴于人们对行政法调整对象及范围认识也不统一，根据这种方法给行政法下的定义也略有差别。有学者认为，行政法“是调整行政关系的法律规范的总称，或者说是调整国家行政机关在行使其职权过程中发生的各种社会关系的法律规范的总称”。^④ 还有学者认为，“行政法是调整行政活动的法律规范的总称，它主要规范国家行政权力的组织、行政权力的活动以及对行政活动的后果的救济”。^⑤ 还有人认为，行政法是人们根据它所调整的特定社会关系，对具有共同性质和特征的法律规范进行科学划分的结果。“行政法的调整对象，是一定范围的行政关系”。^⑥ 随着行政法学的不断深入，有些学者对原有定义也作了修正，如《行政法学》（新编本）作者提出了行政法新定义，行政法“是调整行政关系以及在此基础上产生的监督

① [印]M. P. 赛夫著：《德国行政法——普通法的分析》，五南图书出版公司，第4页以下。

② 张尚鸾：《行政法基本知识讲话》，群众出版社1986年版，第1页。

③ 罗豪才等：《现代行政法的理论基础——论行政机关与相对一方的权利义务平衡》，《中国法学》，1993年第1期。

④ 罗豪才主编，应松年副主编：《行政法学》，中国政法大学出版社1989年版，第2—3页。

⑤ 张树义、方彦主编：《中国行政法学》，中国政法大学出版社1989年版，第11页。

⑥ 杨海坤主编，于安副主编：《行政法与行政诉讼法》，法律出版社1992年版，第1页。