

行政法与行政诉讼法

理论逻辑与教学拓展研究



XINGZHENG FA YU XINGZHENG SUSONG FA
LILUN LUOJI YU JIAOXUE TUOZHAN YANJIU

张庆旭 著

全国百佳图书出版单位



时代出版传媒股份有限公司
黄山书社



行政法与行政诉讼法

理论逻辑与教学拓展研究

XINGZHENG FA YU XINGZHENG SUSONG FA
LILUN LUOJI YU JIAOXUE TUOZHAN YANJIU

张庆旭 著

APOLLO

张庆旭 著

图书在版编目(CIP)数据

行政法与行政诉讼法理论逻辑与教学拓展研究/张庆旭著. —合肥:
黄山书社, 2015.9

ISBN 978-7-5461-4102-2

I. ①行… II. ①张… III. ①行政法-中国-教学研究-高等学校
②行政诉讼法-中国-教学研究-高等学校 IV. ①D922.1②D925.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 227495 号

行政法与行政诉讼法理论逻辑与教学拓展研究

张庆旭 著

出品人 任耕耘

责任编辑 周振华

装帧设计 钱志刚

出版发行 时代出版传媒股份有限公司(<http://www.press-mart.com>)
黄山书社(<http://www.hspress.cn>)

地址邮编 安徽省合肥市蜀山区翡翠路 1118 号出版传媒广场 7 层 230071

印刷 合肥锐达印务有限公司

版次 2016 年 1 月第 1 版

印次 2016 年 1 月第 1 次印刷

开本 880mm × 1230mm 1/32

字数 280 千字

印张 10.375

书号 ISBN 978-7-5461-4102-2

定价 39.00 元

服务热线 0551-63533706

销售热线 0551-63533761

官方直营书店(<http://hssbook.taobao.com>)

版权所有 侵权必究

凡本社图书出现印装质量问题,
请与印制科联系。

联系电话 0551-63533725

序 言

作为一个大学毕业之年即遇到行政诉讼法出台的行政法学者，我看到行政法的内容纷杂、体系难统、误读误解众多，于是，二十五年的情结促使我提笔，从行政法的原点出发，沿着其理论逻辑之路为行政法摇旗呐喊，期望能够看清行政法是什么？为什么？作为一个基层教员，也只有充当马前卒的资格和角色，摇旗呐喊似乎也有些不称职。的确，本书之内容有杂文、有解惑、还有一些零散的所谓探究的内容，难登大雅之堂。水平所限，加之人微言轻，结果可料。抛砖引玉都是妄想，只能是抛朽引玉。所以，首先感谢您能顺手翻翻拙作，诚挚恳请批评或支持我的人可以尽您所能为行政法的发展雪中送炭。

所谓有杂文，也就是内容当中有些感叹，有些牢骚或批评（可能会贬低杂文，实际上杂文并不都是牢骚或批评），无论其是否正确，都是笔者的真实感受，也是一个行政法草根粉丝的想法，这些批评和感叹恰恰是我希望行政法或者课程可以改变的地方，但其中似乎有些内容好像离题，只不过是跳离此山，可以把“云深不知处”看得更加清晰一些罢了。

所谓有解惑，就是不希望法学本科学生在行政法的一些问题上有误读误解，更不想让大众对行政法误读误解，尤其不希望行政机关有意或无意去误读误解行政法。作为一个老师，我就想把最直接、最简单、最正确的行政法内容与方法传达给学生，传递给社会，甚至很多内容只是行政法的一些基本概念。所以，拙作也只是一本行政法教材的入门伴侣，最多类似于参考书。所谓最直接、最简单、最正确，只是本人的一厢情愿，套用一句话来说，“没有最好，只有更好”，对此，我能够做到更好就非常满足了。

所谓有探究的内容,就是在其中有个人的一些探索式的想法,对学生来说,可能是前沿的、创新的、好玩的或者有想象力的,而这些内容对行政法同行来说或者只是灵光一闪的同感。实际上我们每个人都有同样的一种感受,偶尔一个念头会出现在你的脑海里,你甚至会思考许久,但是,在其后的某年某月某日,当你随手翻起一本杂志的时候,你的想法成了专家手上的文字。曾几何时,我们很多的想法只是大脑中的一串记忆,却在专家的文字中一次又一次的出现,你也许和我一样会偷偷地安慰自己:“专家想的和我一样。”当然,眼高手低是我们的通病,很多有新意的想法无法变成核心期刊的铅字,也只能借此机会,罗列于此,如果能对您有所启发,我就心满意足了。

大概是因为笔者出书的机会不多,试图把想说的话都说出来,也许是行政法内容体系中可以说的话题太多,所以才会导致这本书既有杂文,又有解惑,还有一些零散的所谓探究的内容。期望其可以雅俗共欣赏,师生各取所需,理论与实务能兼顾。

不过,我更直接的目的是通过拙作能够为行政法问题的思维方法、探究的方式尽自己的微薄之力。

最后需要特别说明的是,在本书付印时,行政诉讼法修正案已经全国人大常委会通过。为了原汁原味地保持本书出版前个人对行政法的心路历程以及修改前学界对行政法的一些看法,尤其是通过这些心路历程和看法也可以更加清楚地看出行政诉讼法部分修改的原因和理论基础。这对于更好地理解修改后的行政诉讼法不无益处。同时,本次行政诉讼法的部分修改内容也正是本书要讨论和评述的内容。另外,书中具体涉及的行政诉讼法修改部分的内容并不多。基于此,除了将附录中的原行政诉讼法更改为修改后的行政诉讼法以外,我没有对书中的其他内容进行修改,敬请各位读者注意和谅解。

张庆旭

2015年10月

目 录

序 言

第一编 行政法的应然理论

第一章 行政法与行政诉讼法理论逻辑起点	1
一、迷惑:为什么将行政法与行政诉讼法作为一门课程? ...	1
二、迷茫:为什么行政法方向的研究生是在宪法与行政法 专业之下?	2
三、谜题:为什么研究行政法与行政诉讼法理论逻辑起点 如此重要?	4
四、谜底:行政法与行政诉讼法理论的逻辑起点	6
五、迷津:行政法与行政诉讼法教学设计与内容安排	12
第二章 法的本意与行政法存在价值	13
一、演绎与演义:被误解的法	13
二、应然与实然:法之科学(工具性)	25
三、理性与感性:行政法之概念	27
四、形式与形体:行政法之特点	32
五、法治与法制:工具、制度与文化	33
第三章 行政法之行政的界限	37
一、权利与权力:行政法起点之滥觞	37
二、公共行政与具体行政:行政法之行政	38
三、权威性与强制性:行政权的特点	42

第四章 行政法的渊源	44
一、形式与内容:法之渊源的全部	44
二、内容渊源:法之渊源的核心	44
三、形式渊源:法之表现的方式	44
四、法系之碰撞:成文与判例的选择	46

第二编 行政法的实然理论

第五章 行政法的基本原则	57
一、价值统领:行政法的基本原则	57
二、百家争鸣:行政法基本原则中的纷争	58
三、寻求标准:行政法基本原则的判断标准	64
四、核心内容:行政法的基本原则	65
五、法律中不平等的正义性:正确认识行政执法中的平等	70
第六章 行政法律关系	86
一、法律关系:常常被老师省略的实务技能第一步	86
二、职业反应:桥归桥,路归路——他们是什么关系?	87
三、共性与个性:认识行政法律关系	88
四、法无规定不能为:行政法律关系产生条件的特殊性应 然条件	89
五、权力的先定力:行政法律关系的产生与消灭	90
第七章 行政法律关系主体	91
一、职权主体:行政主体的是与非	91
二、授权主体:法律法规的限制性	95
三、受托主体:不是行政主体,内容安排上的误导性	97
四、行政相对人:站在大盖帽对面的破草帽	97
五、第三人:行政法律关系中的特殊人	100
六、多面人:现实生活中的行政机关	101
第八章 行政行为	101
一、从理论到立法:什么是行政行为?	101
二、表里统一:行政行为的内容与形式	109

三、行政法对象:具体行政行为	110
四、怎么办:抽象行政行为	113
五、面对问题:司法改革还缺少什么?	116
六、性质不同:具体行政行为的错误和瑕疵	127

第三编 具体行政行为

第九章 行政处罚法	129
一、先进与局限:行政处罚法的进步与不足	129
二、行政与司法:公安机关的行为定性	131
三、孙志刚与收容遣送:孙志刚事件对限制人身自由措施的影响	132
四、唐慧与劳动教养:唐慧事件对限制人身自由措施的影响	135
五、行政处罚与行政处分、刑事处罚:公共行政行为与私行政行为、司法行为	139
六、“钓鱼”与“躲藏”:从只认罚款到一事不再罚	140
七、南辕与北辙:听证的范围与听证制度的漏洞	145
八、应该与不应该:限制人身自由的行政处罚是否应听证?	150
九、有效与无效:先易后难	150
第十章 行政许可法	151
一、逻辑必然:行政许可的存在合理性	151
二、是复权还是赋权:行政许可的性质	155
三、理想之光:理论家的实践	155
四、注意区别:撤回、撤销、吊销与注销	156
五、特别提醒:行政法关于时间的规定	161
第十一章 行政强制法	161
一、二十年磨一剑:行政强制法出台的艰难历程	161
二、临危受命:国际国内局势造就行政强制法	165
三、人文关怀:民生为重	166

四、枘凿相异:行政处罚、行政强制措施、行政强制执行	171
五、权力之绊:环环画押,步履维艰	172
第四编 对行政行为的内部监督——行政复议法	
第十二章 行政复议法	174
一、“父子”之鉴:行政系统内部上级对下级的监督	174
二、制度顶板:特殊的自我复议	178
三、天壤之别:行政复议与行政诉讼	178
四、有误导不要误解:“状告”红头文件	181
五、原点毕露:禁止不利变更以及对两个“除外”的理解	182
第五编 对行政行为的外部监督——行政诉讼法	
第十三章 行政诉讼法	185
一、铁面“兄弟”:司法机关对行政行为的监督	185
二、“时效”之辨:行政诉讼中的起诉时效与民法中的诉讼时效	195
三、舟车之别:行政诉讼法与民事诉讼法、刑事诉讼法	196
四、证据规则:诉讼法的核心	200
五、法律不强人所难:行政诉讼法中的证据规则	201
六、鼠粪效应:行政诉讼中的被告确定	209
七、“引”而不同:行政诉讼中的法律适用——引用与援引	210
第六编 行政行为责任——行政赔偿(国家赔偿法)	
第十四章 国家赔偿法	213
一、率土之滨莫非王臣:国家赔偿的形式与政治意义	213
二、“躲猫猫”终究揭开面纱:国家赔偿法归责原则的完善	214

三、远近高低各不同:赔偿程序各异	217
四、打人的不掏钱:赔偿义务机关与赔偿责任人的分离	218

第七编 对法治(依法行政)的考核与评价

第十五章 法治评价指标计量模型研究	219
一、法治评价指标体系的构建思路与原则	219
二、法治评价指标体系的内容及权重	221
三、法治综合评价模型的建立	226

尾论:现行行政法课程内容体系存在的问题

一、越位	229
二、错位	230
三、缺位	230
四、抢位	230
五、无味	235

附 录

一、中华人民共和国行政处罚法	237
二、中华人民共和国行政许可法	249
三、中华人民共和国行政强制法	266
四、中华人民共和国行政复议法	281
五、中华人民共和国行政诉讼法	291
六、中华人民共和国国家赔偿法	311
后 记	322

第一编 行政法的应然理论

第一章 行政法与行政诉讼法理论逻辑起点

一、迷惑：为什么将行政法与行政诉讼法作为一门课程？

在教育部确定的 14 门或 16 门法学专业核心课程中^①，一直有以下几门：1. 法理学，2. 中国法制史，3. 宪法，4. 刑法，5. 刑事诉讼法，6. 民法，7. 民事诉讼法，8. 行政法与行政诉讼法，9. 经济法，10. 商法 11. 知识产权法，12. 国际法，13. 国际私法，14. 国际经济法，15. 环境资源法，16. 劳动与社会保障法。细心的读者可能会发现在刑法课程之后是单独的刑事诉讼法课程，在民法课程之后是单独的民事诉讼法课程，但是，行政法之后不是单独的行政诉讼法，而是行政法与行政诉讼法在一起作为一门课程。也许有人会说，行政法与行政诉讼法的内容少，所以将二者合二为一。实际上并非如此。如果简单从内容上来说，行政法与行政诉讼法的内容要远远超过法理学、中国法制史、宪法、环境资源法、劳动与社会保障法等课程。现实中，我国除个别京城以外的中青年行政法学家所在的法学院分别开设行政法、行政诉讼法课程外，绝大多数的法学专业是将行政法与行政诉讼法作为一门课程开设的。这里需要说明的是，行政法与行政诉讼法课程中的“与”（yǔ）并非我们平常是一般意义所理解的表示并列的“跟”“以及”的意思，它还有“紧密”“不可分割”的意思，

^① 教育部《普通高等学校本科专业目录和专业介绍（2012）》，高等教育出版社，2012 年版，第 67 页。

也就是说,从这个课程设置的本来意来说,它并不是行政法、行政诉讼法内容的简单相加,更不能把行政法、行政诉讼法割裂开来作为两门课来上。很多法学专业的学生在第一节课时也常常会问我:行政法与行政诉讼法为什么不分开上?行政法与行政诉讼法是两门课加在一起的吗?这看似是一个小问题,或者在有些人看来是故弄玄虚,小题大做,无病呻吟,但实际上这是涉及对行政法与行政诉讼法本质及其价值判断的大问题、根本问题。对这个问题的不同认识,实际上也是判断一个人是不是真正行政法(这里的行政法上广义是的行政法,包括行政诉讼法)学者的最简单的一个标准。

二、迷茫:为什么行政法方向的研究生是在宪法与行政法专业之下?

国务院学位办1997年发布了《授予博士、硕士学位和培养研究生的学科、专业目录》(简称“学科、专业目录”),是国务院学位委员会学科评议组审核授予学位的学科、专业范围划分的依据。同时,学位授予单位要按本目录中各学科、专业所归属的学科门类,授予相应的学位。培养研究生的高等学校和科研机构以及各有关主管部门,要参照本目录制订培养研究生的规划,进行招生和培养工作。可以说,这是我国培养研究生的基本标准。本目录中学科门类、一级学科和二级学科(学科、专业)的代码分别为二位、四位和六位阿拉伯数字。法学学科的研究方向设置见下表。在这里,行政法与宪法一起作为一个专业。实际上,对应教育部本科教学的要求,宪法、行政法也是作为一个主干学科的^①。

^① 教育部《普通高等学校本科专业目录和专业介绍(2012)》,高等教育出版社,2012年版,第67页。

附表 1:授予博士、硕士学位和培养研究生的学科、专业目录(摘录)

03 法学 (门类)	0301 法学 (一级学科)	030101	法学理论(二级学科、专业,下同)
		030102	法律史
		030103	宪法学与行政法学 ^①
		030104	刑法学
		030105	民商法学(含:劳动法学、社会保障法学)
		030106	诉讼法学 ^②
		030107	经济法学
		030108	环境与资源保护法学
		030109	国际法学(含:国际公法、国际私法、国际经济法)
		030110	军事法学

我在行政法与行政诉讼法的教学之初经常会遇到一些喜爱行政法(这里的行政法是广义的行政法,包括行政诉讼法)的学生,咨

① 在该专业的考试内容中一般包括行政诉讼法,亦即行政诉讼法方向也在该专业之中。

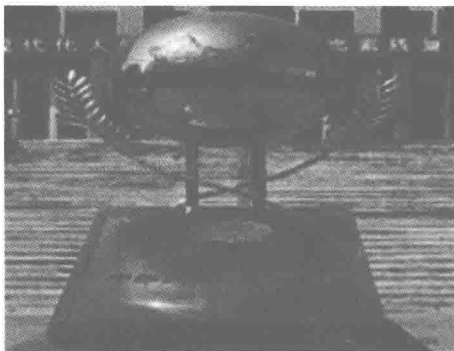
② 在该专业考试内容中一般不包括行政诉讼法,亦即行政诉讼法方向一般不包括在该专业之中。

询攻读行政法硕士的有关事项,他们也往往都会遇到一个问题,行政法与行政诉讼法怎么没有单独的专业方向?当我告诉他们行政法方向,包括行政诉讼法是在宪法与行政法专业之下时,学生们往往又都会问另外一个问题,怎么是和宪法在一起,毕业了是不是像学宪法的一样“顶个球”^①?面对这样的问题,我只能笑着说,等你把行政法(这里的行政法是广义上的行政法,包括行政诉讼法)学好了就知道了。

三、谜题:为什么研究行政法与行政诉讼法理论逻辑起点如此重要?

所谓的逻辑起点就是问题存在的基准点,离开了这个起点,所谈的问题就没有意义。比如,邓亚萍和姚明谁高?看似问题简单,实际上这里有个比较的基准点问题,也就是说,你要比较的是他们二人的绝对高度,还是海拔高度。倘若邓亚萍在老家郑州火车站广场和身在上海火车站广场的姚明比海拔身高的话,姚明则屈居亚军。也就是说只有把握住一个问题或者一个理论的逻辑起点,才能够认识到这个问题或者这个理论的本质。没有一个起点就会失去

^① 参见管军军《自由女神像的沦落》http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=33250。主要源于西北政法图书馆前的一尊雕塑(见下图),该雕塑已拆除。图片:http://www.njdaily.cn/2011/1003/23398_3.shtml。



立足点,对问题或者一个理论的认识就会没有对错,没有黑白,甚至走向问题或者一个理论的反面,就像如果没有起点,讨论终点就没有意义一样。同样,如果没有共同的起点,任何辩论和讨论就都是各自画地为牢,孤芳自赏而已,犹如梦人自呓。

法律界流传着这样一个故事:在古希腊有一个哲学家,善于辩论,广招弟子,传授绝学,并且在学习契约中保证弟子毕业后如果第一场官司输了就可以不用交学费。而事实上,由于这位老师的“哲学王上王”的地位以及无往而不胜的辩论,使得来这求学的人络绎不绝,唯恐被拒之门外,个个早早就把学费交了。是年,来了一位英俊少年,他在面试中倍显聪明,深得老师喜欢,虽然没有交学费,老师也录取了他。不仅如此,老师对这位聪明好学的学生偏爱有加,似乎找到他梦寐以求的衣钵传人。学生也不负老师的厚望,以优异的成绩毕业。然而这位家境富裕,出身贵族的学生直到毕业时也未曾交纳一分学费。老师有点愤愤不平,想以实际行动给这个学生再上最后一堂教育课,展示自己的辩论能力。于是,老师一纸诉状将学生告上法庭要求其交纳所欠学费。老师之所以这样做,是因为他底气十足,有必胜的把握。在他看来,如果法院判决学生要交纳学费,那么,老师就可以拿到学费,如果法院判决学生不要交纳学费,那么,学生的第一场官司赢了,按照学习契约,学生也要向老师交纳学费,也就是说,学生必输无疑。学生收到起诉状以后发自内心地笑了,“吾爱吾师,吾更爱真理”,这个学生的一句话似乎有“先”见之明,说出了此时他的心声。实际上,学生也并非想赖账,只是觉得老师契约里的承诺超出了老师本来的意思,如果按照契约所说,老师可能只会做赔本的买卖,学生想以从老师那里学来的辩术“回馈”一下老师。学生认为,只要法院不判我交纳学费我就不要交学费,如果法院判决我要交学费,则意味着学生的第一场官司输了,按照契约学生也不应当交学费,也就是说,老师必输无疑。为什么同一个事实在两个人的眼里却有天翻地覆的差别?这个问题不同于大家辩论中常说的“偷换概念”,而是“变换起点”,或者说是“移动立足

点”。如果你稍加注意就会发现,无论老师,还是学生在判断这个问题的时候,其前提,也就是判断问题的立足点是在变化的,都是选择对自己有利的标准作为判断问题的逻辑起点,先是以法院的判决为基准,再以学习契约为基准。通过这些事例就可以看出,学习任何一门科学或者课程都必须把握其理论建立的基础亦即问题的逻辑起点,否则,你所学到的可能不是这个理论想要你学到的。尤其是法律,如果缺乏对法律精神的把握,正如一位法学家所说,他有可能走向法律的反面,成为“社会的公敌”或“十足的傻瓜”^①。

实际上上面所说的两个疑惑都是因为对行政法与行政诉讼法的理论逻辑起点没有搞清楚,如果了解了行政法与行政诉讼法的理论逻辑起点,那么,这两个问题就迎刃而解。

四、谜底:行政法与行政诉讼法理论的逻辑起点

在不作一般说明的情况下,广义上,我们也以行政法来代指行政法与行政诉讼法。这在文中根据语义和语言环境比较容易判断,笔者不再一一注明。当然,以行政法来指代行政法与行政诉讼法是否恰当,或者应当怎么来简称,下文将介绍。

在介绍行政法的逻辑起点之前,大家回顾一下关于其他法律的定义。民法,明确民事权利的法律;刑法,保障国家、社会、集体、个人权利,打击犯罪的法律;物权法,保障物权的法律;知识产权法,维护知识产权的法律,等等。有人或许会以此类推,认为行政法是维护行政权的法律,那么你就大错特错了,因为行政法是保护权利,监督权力,是限制行政权的法律,与你的想想恰恰是背道而驰的。

事实上,法律是调整社会关系的规范,行政法的出现与其他法律的产生有一个共同之处,就是“关系乱则法之”。当交通关系发达的时候则有了红绿灯,当社会关系复杂的时候则有了民法,当没有人性的人多了的时候就有了刑法,当教师地位低的时候就有了教师

① [美]博登海默《法理学哲学》,邓正来译,华夏出版社,1987年版,第491页。

法,当空巢老人多了的时候就有了常回家看看的要求,等等。行政法也恰恰是行政权滥用,公民权益经常受侵犯的时候必然要出现的,它的目的是为了维护正常的行政关系秩序。从理论上说,其直接的理论基础,也就是理论逻辑起点是“依法治国”。

依法治国,是世界公认的科学的治国方略,但是,对于依法治国的本质很多人并不清楚,尤其是在我国一些善于溜须拍马人的嘴里,依法治国甚至被演绎到了它的反面。

当中央提出依法治国以后,地方就出现了依法治省、依法治市、依法治县、依法治乡,甚至发展到依法治村、依法治组,等等。如此推理,无形中把大多数对行政法知之甚少的人引向“依法治人”,走向了法治的反面。实际上,很多干部也恰恰受到这个逻辑的影响,一遇到老百姓不听话,就制定文件,出台规定,以法治民,认为以法治民就是依法治国。加之一般的群众对依法治国了解甚少,也自愿在这个氛围中被“治理”。

那么,依法治国的本质到底是什么?单从这四个字来说都很简单,但是,其中的内涵问题却需要认真分析。最直接的问题是要回答依法治国的主体是谁,客体是谁,也就是谁去治,去治谁。单从这四个字而言,应当说,治国的主体没有直接表达出来,但是,去治谁却非常明确,去“治国”,也就是依法治国的客体是“国”,而国的代表就是“军队”“警察”“监狱”等权力机关。说白了,依法治国就是依法治权,依法治官,而在这些权力之中,这些官之中,和老百姓日常打交道最多、最直接、最直观的就是“行政权”,就是政府官员。所以依法治国的重心在于依法治权,依法治权的重心在于依法治政,在于依法行政,在于依法治行政官员,治的不是老百姓,恰恰是通过治理行政来维护老百姓的权利。“监督权力,保障权利”就成为了行政法的最原始、最直接的起点。当然,具体的原因,我们下文还要提到。也就是说,行政法实际是“控权之法”。不过,有人称“平衡论”是行政法理论的共识,然而,我不这样认为。所谓共识只是特定门派或者“圈子”的自我标榜,也许是因为其掌门人的地位,也许是因