

中国特色社会主义法治理论系列教材



黄 进 / 总主编

行政法与行政诉讼法

林鸿潮 / 著



中国政法大学出版社

· 中国特色社会主义法治理论系列教材 ·

黄 进 / 总主编

行政法与行政诉讼法

林鸿潮 / 著



中国政法大学出版社

2017 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

行政法与行政诉讼法/林鸿潮著. —北京：中国政法大学出版社，2017. 8
ISBN 978-7-5620-7588-2

I. ①行… II. ①林… III. ①行政法—中国②行政诉讼法—中国 IV. ①D922.1②D925.3

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第154915号

书 名	行政法与行政诉讼法 Xingzhengfa Yu Xingzhengsusongfa
出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮 箱	fadapress@163.com
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908435(第一编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	787mm×1092mm 1/16
印 张	21.25
字 数	426 千字
版 次	2017 年 8 月第 1 版
印 次	2017 年 8 月第 1 次印刷
印 数	1~4000 册
定 价	49.00 元

总序

今年是中国政法大学建校 65 周年。经过 65 年的建设发展，中国政法大学作为国家“211 工程”“985 工程优势学科创新平台”和“2011 计划”重点建设大学，已从一所普通大学成长为如今具有国际影响力的国内一流大学，被誉为“中国法学教育的最高学府”和“中国人文社会科学领域的学术重镇”。法大一直秉承“厚德、明法、格物、致公”的校训精神，坚持“学术立校、人才强校、质量兴校、特色办校、依法治校”的办学理念，以“经国纬政、法治天下”“经世济民、福泽万邦”为办学使命，形成了独特的法学教育理念，积累了丰富的法治理论研究和法治人才培养经验，汇集了一批自强不息、追求卓越的学术名师。在实现中华民族伟大复兴中国梦的征程中，法大正致力于建设开放式、国际化、多科性、创新型的世界一流法科强校，并积极推进国家法治建设和高等教育事业的发展，以卓越的人才培养、科学研究、社会服务推动国家法治昌明、政治民主、经济发展、文化繁荣、社会和谐及生态文明，书写着充满光荣与梦想、开拓与奋进的时代华章。

习近平总书记今年 5 月 3 日考察中国政法大学时指出：全面推进依法治国是一项长期而重大的历史任务，全面依法治国是一个系统工程，法治人才培养是其重要组成部分；办好法学教育，必须坚持中国特色社会主义法治道路，坚持以马克思主义法学思想和中国特色社会主义法治理论为指导，立德树人，德法兼修，培养大批高素质法治人才。他特别强调：高校是法治人才培养的第一阵地，要为完善中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家提供理论支撑，努力以中国智慧、中国实践为世界法治文明建设作出贡献；对世界上的优秀法治文明成果，要积极吸收借鉴，但也要加以甄别，有条件地吸收和转化，不能囫囵吞枣、照搬照抄；要坚持从我国国情和实际出发，正确解读中国现实、回答中国问题，提出标识性学术概念，打造具有中国特色和国际视野的学术话语体系，尽快把我国法学学科体系和教材体系建立起来。为了贯彻落实习近平总书记的“5.3”重要讲话精神，中国政法大学秉承先进的法学教育理念，充分利用

学校教师资源、出版资源和数字网络平台优势，深谋远虑、善作善为，自今年5月就开始积极打造摆在读者面前的这套全新的立体化、数字化法学系列教材。

据我所知，本系列教材的编写人员均为法大从事一线教学工作多年、拥有丰富法学教学经验和丰硕科研成果、教学特点鲜明的中青年教师，他们在法大深受学生喜爱和好评，有的还连续数年当选“中国政法大学最受本科生欢迎的老师”。本系列教材就是他们立足于法学教育改革和人才培养模式创新的需要，结合互联网资源信息化、数字化的特点，以自己多年授课形成的讲义为基础，根据学生课堂学习和课外拓展的需求与信息反馈，经过细致的加工与打磨，用心编写而成的。本系列教材可以说是各位编写人员一二十年来教学实践与探索的结晶，更是他们精雕细琢的课堂教学的载体和建模。

在我看来，本系列教材在以下几个方面颇具特色：

第一，坚持以中国特色社会主义法治理论为指导。本系列教材定位为马克思主义理论研究和建设工程重点教材的补充教材，教材的编写认真贯彻落实党的十八大、十八届三中、四中、五中和六中全会精神和习近平总书记考察中国政法大学重要讲话精神，坚持中国特色社会主义法治道路，坚持以马克思主义法学思想和中国特色社会主义法治理论为指导，坚持“立德树人、德法兼修”的法治人才培养观，坚持从我国国情和实际出发，正确解读中国现实、回答中国问题，提出标识性学术概念，用“中国智慧、中国实践”培养高素质法治人才，坚持全面准确反映中国特色社会主义法治建设丰富实践和法治理论最新理论成果，努力打造具有中国特色和国际视野的法学学术话语体系、学科体系和教材体系，为完善中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家提供理论支撑。

第二，知识呈现从整体到细节，巧构法科学习思维导图。法学教育不仅要传授学生法学基础知识，更要帮助学生在脑海中形成脉络清晰的树状知识结构图，对于如何解构法律事实、梳理法律关系、分清主次矛盾、找到解决方法，有一个科学完整的法学方法论，为学生以后从事理论研究或法律实务工作奠定坚实的基础。

第三，重点难点内容突出，主干精炼、枝叶繁茂。得益于数字网络平台的拓展功能和数字设备扫描二维码的方便快捷，本系列教材得以从过去厚重繁杂、全而不精的闭合循环中解脱出来，着力对每个知识点的通说进行深度解读并介绍主要的学术观点，力求提纲挈领、简明扼要。同时，对于每个学科的重点难点内容予以大篇幅的详细对比和研讨，力求重点难点无巨细，使学生通过学习教材能够充分掌握该学科的主要内容，并培养足以应对常见问题的能力。相关知识点的学术前沿动态和学界小众学术观点，则通过二维码栏目向学生打开课外拓展学习的窗口，使学有余力者能够有据可查、有章可循、有的放矢。

第四，注重理论教学与实践教学相结合，应试教学与实务教学相结合。法学学科是实践性很强的学科，法学教育必须妥善处理理论教学和实践教学的关系。本系列教材充分结合案例教学、情景教学、模拟法庭、法律诊所、社会调查、实习实践、团队研讨和专题研究等教学和学习方法，引导学生探究式学习，

从理论走向实践、从课堂走向社会。同时,考虑到学生未来工作或继续深造的发展方向,满足学生准备国家统一法律职业资格考试和研究生入学考试的需要,本系列教材设置了专门的题库和法律法规库并定期更新,通过二维码栏目向学生开放各类考试常考的知识点及其对应的真题、模拟题,并结合司法实务的需求,提供法律法规及案例等司法实务中常用的信息,或跳转到相关资源丰富的实务网站,引领学生从单纯理论知识学习走向理论知识学习与法律实务训练同步、从应对法学考试走向应对法律实务、从全面学习走向深度研究。

第五,加强课堂教学与课下研讨相结合,文字与图表、音视频相结合。本系列教材立意除了强化课堂教学互动外,还在课下为学生提供了丰富、立体的学习资源,既有相关知识的分析对比图表,也有包含全书的课程讲义PPT。此外,针对重点难点知识,授课教师在PPT的基础上录制讲解视频,并在网络学习平台上开辟师生交流渠道,由教师布置课后作业并通过网络学习平台打分、统计答题信息等方式,有针对性地进行二次讲解和课后答疑,在充分缩短时间和空间距离的前提下,加强师生沟通互动,不断提高教师教学效果和学生学习成效。

本系列教材是中国政法大学中青年教师多年立德树人、教书育人、潜心教学、耕耘讲台的直接成果,也是我国法学法律界同仁长期以来对中国政法大学事业发展关心、支持和帮助的结果。借此机会,我代表中国政法大学对我国法学法律界同仁,对本系列教材编辑委员会的顾问和委员,对所有编写人员和组编工作人员,表示衷心的感谢并致以崇高的敬意!我们相信,本系列教材的出版必将有力地推进中国政法大学法学教学改革创新和法治人才培养质量的提升,也将对我国法学教育起到示范和引领作用。我们也真诚希望海内外广大从事法学教育工作的专家、学者能够同我们进行坦诚交流,对本系列教材提出宝贵意见,予以批评指正。

中国政法大学的65年,是薪火相传、文化传承的65年;是耕耘不辍、拓荒法治的65年;是以人为本、尊师重教的65年;是艰苦奋斗、淡泊明志的65年;是崇尚学术、追求真理的65年;是开拓创新、放飞梦想的65年。法大之所以有今天,是因为一代又一代法大人自强不息、追求卓越,一点一滴不懈努力奋斗才有的结果。本系列教材的编写、出版,就是今日法大人对法大的贡献,就是今日法大人对法大历史的书写,就是今日法大人承前启后、继往开来的印记。法大的事业乃千秋伟业,胸怀“经国纬政、法治天下”壮志,坚守“经世济民、福泽万邦”情怀的法大人,唯有肩负起时代的使命和人民的重托,同心毕力,奋楫争先,在新的征程上继续砥砺前行!

是为序。

前言

我想说说自己学习行政法的经历和心得，对于大家学习行政法，也许可以作为一个参考。我之所以说是对“大家学习行政法”而不是“大家学好行政法”作为参考，并不是谦虚，而是我确实不知道自己的行政法学得算不算好。不过，我好歹学了、也教了很多年的行政法，学生们的评价大体还不错，至少算学得不差吧，所以觉得我自己的经历可以拿出来作为一个参考。

我和行政法的缘分完全是一场偶遇。我上本科的时候，行政法学得并不好。当然，这不怪给我们上课的胡锦光老师，而是因为我自己实在没兴趣；这其实也不怪我，因为我的大多数同学也对行政法不感兴趣。所以，我在当了老师之后，每当看到对行政法怀着浓厚兴趣的本科同学，总是暗自惊讶和敬佩。我念本科的时候，主要精力都用于去学习民法和民诉了。所以，当我被确定保送（现在叫推免，不过我不喜欢这个叫法，“保”和“送”多好听啊！）本校研究生之后，我便毫不犹豫地选择了知识产权专业。但是，后来学院说保送的同学不能选择民商法（包括知识产权）、经济法和国际法这三个热门专业，导致我最终没有念成知识产权专业。这个限制保送生选择专业的情况，当时在人大法学院还引起了一场小风波。当时的分管副院长韩大元老师颇为我们这几个保送生说了好话，争得了一些权益，我是很感动的，所以就选择了他作为学科带头人的专业——宪法和行政法。到了入学面试的时候，我发现这个专业来了一位新老师，是搞行政法的，很和蔼亲切。后来一打听，是刚刚从重庆市社科院调来人大的莫于川老师，尽管那个时候我对什么是行政法基本上还是一头雾水，但我还是找到莫老师，说要跟他学习行政法。

上了研究生，我的行政法依然学得不好。当然，这也不能怪我的导师莫于川教授，而是因为我没有时间好好地进行专业学习：由于我们是人大法学院第一届两年制法学硕士，时间本来就短，还碰上2003年“非典”停课（后来并没有补），再加上当年司考因“非典”而延期，以及后来又要应付研究生英语考试（我的英语一直学得不理想），导致留给学习专业知识的时间就特别

少了。并且因为我决定考博，但人大的宪法与行政法专业博士入学考试有个很奇葩的做法，就是不考行政法，只考宪法。所以，我在努力考博复习时也没有学过一丁点的行政法，但最后居然还是考上了博士。

直到这个时候，我才开始正式学习行政法，但走的是“野路子”。当时，我为了挣一点生活费，在一位师兄的引荐下开始去讲司法考试，讲的自然是行政法。由于上这个课的学生都怀着考试过关的目的，并付了不菲的代价，他们对老师授课效果的要求很高，所以讲这个课压力很大。在这个压力的倒逼下，我不得不头悬梁、锥刺股地边学边教，现学现卖，吐血恶补。大约过了一年时间，我才感觉自己的行政法功底变得比较扎实了。所以有句话说，兴趣是最好的老师，我觉得这句话适合对小孩子说，对于成年人，应用或者说需求才是最好的老师，学以致用才学得最快。

虽说我学行政法的经历是个不折不扣的“野路子”，但毕竟还是把它学懂了、学通了，起码是能够用来教学、科研、混饭吃，这里还是有点值得总结的心得：

第一，学好民法、民事诉讼法对于学好行政法至关重要。我是由于意外的原因学的行政法，之所以能够在比较短的时间内达到可以用来教学的水平，和原来有着比较扎实的民法、民事诉讼法基础有很大的关系。行政法这个学科很年轻，它的很多概念、体系和范式来源于民法，而行政诉讼法更是脱胎于民事诉讼法，学好民法、民事诉讼法，行政法与行政诉讼法上的很多东西就能够触类旁通，特别是关键性的东西才能够理解得透彻。

第二，学点公共管理对掌握行政法大有裨益。公共管理是行政法的上游学科，这两个学科在建立之初甚至是不分家的，后来虽然分家了，但还是一个屋檐下的近邻。不懂公共管理就去学行政法，很容易脱离实际，在纯粹的逻辑思辨中打转，讲一些很雷人的话。我在硕士研究生期间虽然没有花多少时间去学行政法，却花了不少时间去学了很多公共管理的课程，有了这个基础，在认识行政法律现象、解决行政法律问题的时候就会得心应手。

第三，永远不要被“套路”。法学学科讲究一个体系和逻辑，很容易形成套路。是不是掌握了这个套路，往往被看作你是否入门的一个标志，因为有了这个套路，很多问题就都可以套进去并得出一个结论，还能够自圆其说，如同在流水线上生产东西，机器一转，立等可取，感觉良好。这样学习行政法最多可以让你成为一个庸才。行政法这个学科还很稚嫩，很多东西远远没有定型，很多“通说”也未必符合实际，通过套路就能够得到正确结论的东西其实很少。学习行政法，永远要有怀疑精神，要敢于打破常规、推陈出新，不被套路所羁绊。因时而变、因事而变，用理论去衡量实践，再用实践去修正理论，如此往复无穷，才是行政法的活力之源。

2017年7月26日

林鸿潮于温州调研途中

目 录

第一章 行政法概述	1
第二章 行政法的基本原则	14
第三章 行政主体	25
第四章 公务员	35
第五章 行政规范	49
第六章 行政行为	62
第七章 行政许可	75
第八章 行政处罚	94
第九章 行政强制	109
第十章 行政程序	126
第十一章 政府信息公开	143
第十二章 行政诉讼的受案范围	159
第十三章 行政诉讼的管辖	175
第十四章 行政诉讼的参加人	190
第十五章 行政诉讼的程序	212
第十六章 行政诉讼的证据规则	231
第十七章 行政诉讼的裁判与执行	245
第十八章 行政复议	264
第十九章 行政赔偿	290
第二十章 司法赔偿	312

第一章

行政法概述

相对于民法、刑法等学科来说,行政法是一个新兴的学科。而且,这个学科的体系还远远没有定型,甚至可能永远没有定型的那一天。因为,行政活动的活跃性、多样性、复杂性使得这个领域的新问题和新范式层出不穷,行政法需要在不断回应这些问题的过程中发展和改变自己,这使得行政法学科的知识体系一直呈现比较开放的状态。可以说,每一个时代的行政法都具有不同的特质,行政法的基本范畴在不同的时代背景下含义也不尽相同。因此,把握好这些基本范畴在当下的内涵,对于我们理解行政法的整个体系框架,对于分析每一个具体的行政法律制度 and 法律现象,都具有基础性的意义。

一、行政

行政法是调整行政活动的法律,因此,学习行政法首先应当比较准确地把握“行政”这个概念和特征,并懂得将这个概念和其他相关的概念、现象相区别。

(一) 行政的概念

“行政”对应的是英文中的“administration”一词,从字面含义上来看就是“管理”。在某些情境下,“行政”和“管理”两个词还可能被相互替换或者结合使用。例如,与行政法学密切相关的行政学也常常被称为行政管理学或公共管理学,这里的“管理”或“行政管理”对应的也是“administration”一词。所以说,“行政”最核心的含义就是“管理”。但是,“管理”这个词的含义是十分宽泛的,人类社会在不同层次上都存在着所谓“管理”的问题,甚至一个单独的、孤立的人也存在着对自我管理的问题。如果我们简单地将“行政”和“管理”等同起来,就不可能准确地揭示其在行政法学科视野下的内涵。

1. 我们应当认识到,行政法上所讲的“行政”是一种公共行政,也就是特指以实现一定范围内的公共利益为目标、对公共事务实施的管理。与此相对应的概念是“私行政”,即一定的组织——包括家庭、企业、团体等——为了更好地追求、实现自身的利益而对其内部事务实施的管理。也就是说,公共部门和私人部门都存在着行政管理的问题,但只有前者才可能属于行政法

调整的范围，行政法学才将其加以研究；后者则可能属于企业管理、工商管理范畴。这一点决定了，政府等行政组织不应当具有独立于公共利益之外的自身利益，更不能为了追求这样的利益而实施行政管理活动。但是，这里有一点是值得讨论的，政府等行政组织除了对公共事务实行管理之外，也需要像任何组织一样，对自身的内部事务——如人事、财务、物资等实施管理，否则就不可能维持其自身的运转。那么，这种公共部门对自身事务的内部管理，到底是否属于行政法上所定义的“行政”呢？我们认为，答案还是肯定的。公共部门和其他任何组织一样，都需要一定的人员、资金、场所、设备等来维持自身的存在和运行，也就需要对这些入、财、物实施管理。因此，从表面上看，这些管理活动的直接目标并不是公共利益，而是组织自身的利益，似乎属于私行政的范畴。但从根本上看，公共部门对内部事务实施的这些管理活动，是为了保证其能够有效、甚至高效地履行对外的职责，而其对外职责显然具有公共性，因此这些管理活动的最终指向还是公共利益。另一方面，公共部门人、财、物的形成最终来源于公共资金，主要是税收。可以说，公共部门内部管理的任何一个环节都离不开公共资金的使用和流动，所以，这种内部管理活动的物质基础具有明显的公共性，需要通过法律进行规范和调整。此外，通过开放、公平的竞争获得进入公共机构担任公职的机会，是公民的一项重要权利。而出于保证公职人员清廉的需要，其履行职责的过程还要接受各种方式的监督，其中包含公职人员的某些个人事项。因此，公共部门中的人事管理和私人部门的明显不同之处在于应当具有相当程度的开放性和透明度，并置于法律的约束之下。总之，基于上述原因，公共部门的内部管理活动显然不同于一般组织内部的私行政，而仍然是属于公共行政的范畴，也要受到行政法的调整。也正因如此，我们才建立起了公务员制度、预算管理制度、公共资金审计制度、公产公物管理制度等，作为这一领域的法律规范。

2. 我们这里所讲的“行政”还具有十分明显的国家意志属性。公共行政主要是通过国家机构来完成的，国家的行政机构就是政府。因此，公共行政主要是国家行政、政府行政。这里有两个问题需要辨析。第一个问题，是非政府组织实施行政管理的情况。包括我国在内的大多数国家，行政主体都是二元化的，除了国家行政机关之外，还有一部分政府之外的组织——包括企业、事业单位、社会团体、自治团体等——被法律、法规授予一定范围内的行政管理权。这种做法的好处在于能够缩小政府规模、减少治理层级、降低行政成本，以及减少行政管理过程中与被管理者的冲突，等等。但无论如何，这些组织的行政管理权都不是其自身的功能中所本来具备的，而是基于法律、法规的授权，也就是仍然体现了国家的意志。换言之，只不过是国家行政运行的另外一种形式而已。除此以外，还有大量的企事业单位、社会组织和个人接受了政府的委托，代理政府从事众多的行政管理事务，或者由政府向其购买公共服务，这体现了政府行政管理手段的多样化，有利于进一步降低

行政成本并增加管理的灵活性。但在法律上,这些接受委托的组织和个人都只是政府在某项事务中的代理人,在法律上承受其行为权利义务后果的主体仍然是作为委托者的政府机构。总之,授权行政和委托行政都只是国家行政权行使方式的延伸。第二个问题,是国家行政与社会自治管理之间的关系。在新公共管理思潮的影响下,国家开始退出部分社会公共事务的管理,取而代之的是大量具有非营利性质的社会组织进入这些领域扮演治理者的角色,这种公共事务的自治化在近几十年来总体上呈现不断扩大的趋势,在我国也有相应的表现。很显然,这些社会组织所实施的管理活动也属于公共行政的范畴,但其实施管理的基础并不是国家权力,而是一定范围内团体成员对规则的自愿同意和遵守,因此不属于国家行政的范畴。在现阶段,行政法基本上还没有对这种社会行政加以调整,行政法学也还没有将其作为一个单独的问题来研究,现有的研究主要也集中在国家行政和社会行政的关系上。因此,现在行政法上讲的“行政”主要还是国家行政,还有以国家权力为依托的授权行政。

3. 现代国家的“行政”主要是一种从属性、执行性的行政。现代民主制是一种间接民主,就是人民通过选举产生立法机关——议会、人民代表大会等,立法机关制定法律之后交给行政机关来执行,这类似于一种“传送带”的机制。因此,行政机关的活动必须受到法律的约束,行政机关的意志应当从属于立法机关的意志。由此,行政法确立了其根本的原则,就是“依法行政”。可以说,现代行政法的大部分内容就是为了解决行政与立法的关系而发展起来的。当然,20世纪以来行政权在国家权力体系中的不断扩张,以及行政“疆域”在社会生活中的迅速扩大,使得行政对立法的这种从属性出现了一定的变化,这主要表现在两个方面。一方面,大量委托立法的出现使得行政机关分享了一部分立法权。随着现代经济社会活动以及相应的国家任务的日益复杂化,在一切问题上由立法机关事先制定好规则再由行政机关执行的模式已经不太行得通。立法机关不可能及时又细致地提供足够的规范对人们的行为加以调整,只能将一部分立法任务交给行政机关去完成,这主要是一些实施性的或者实验性的立法。这就是所谓的委托立法,在我国则通常称为授权立法。但是,行政机关所行使的这种立法权还是受到很多限制的:实施性的立法局限在对上位法的细化和执行,本质上是行政机关为了更好地执行议会立法而进行的一种解释;实验性的立法则通常受到立法机关较为严格的监督,并必须在一定条件和期限下上升为议会的立法。因此,总的来说,行政机关在各种情况下行使的这些制定规则的权力,相对于立法机关来说还是具有从属性的。另一个方面,就是公众参与在当代的勃兴使行政活动具有了某些直接民主的色彩。公众在重大行政决策和其他行政活动中的意见表达,以及行政机关对这些民意的吸收,使得行政活动在一定程度上具有了直接的民意基础,行政机关的决策因为源于和公众达成的共识从而具有了正当性,这似乎绕开了立法机关,增强了行政相对于立法的独立性。但我们必须看到,

公众参与对行政决策的作用只是补充性的，行政机关只能在遵循既有法律规定的前提下才能对参与者的意见加以考虑和吸收，参与者的意见并不能成为行政机关突破法律规定的理由，更不可能直接替代法律成为行政的依据。因此，公众参与的出现和发展并没有改变行政对于立法的从属性，从整体上看，现代国家的行政就是对立法的执行，“行政”一词有时候可以和“执行”画上等号。

4. 这里所说的行政还是一种以公权力的运用为内容的管理活动。如前所述，公共行政主要是国家行政，其背后以国家公权力作为依托。但是，并非行政组织的所有活动都需要运用这些公权力。通常认为，行政组织在没有运用公权力的情况下从事某种活动，其身份还是一个民事主体——也就是民法上所说的机关法人，其从事的这些活动也就属于民事活动，而不是行政活动。一个经常被使用的例子，就是行政组织对外购买物资——如办公用品、家具、交通工具、食品等情况。因为购买这些物资是为了满足行政组织自身运行的需要，不是直接在履行某种行政职责，这种需求和其他组织相比并没有什么特殊之处，行政组织不可能、也不应该对交易的另外一方行使什么公权力，因此这只能是一种民事行为。但也有观点认为，即使是这样的购买行为也包含着公权力运用的因素。因为，行政组织采购物资的资金来源于税收等公共收入，对公共资金的使用必须加以严格控制，既要保证纳税人的钱不被滥用，还要保证这些钱在正确的用途上能够发挥最大的效益，就是要尽可能用最少的钱购买足够多的东西、产生足够好的效果。为了达到这一目的，法律对行政组织在交易过程中的活动必须给予一定约束，同时又需要赋予行政组织以一定的权力。在这种情况下，行政组织对外购买产品或服务的行为就具有了某种权力色彩，不能再被看作纯粹的民事交易了。政府采购制度正是由此而诞生的一种公、私混合的法律制度，作为采购方的行政组织在合同的缔约过程中拥有和行使多项公权力。因此，政府采购合同并不是单纯的民事合同，政府采购行为也不是单纯的民事活动。尽管如此，我们仍然不能认为行政组织实施的所有活动都属于行政的范畴，例如，那些没有纳入政府采购范围的小额采购就还是一种简单的民事活动。总之，行政法上所定义的“行政”指的是以公权力的行使为内在要素的公共管理活动，因此，才有必要通过法律来对这种权力的行使加以控制和规范。

由此可见，行政法上所定义的“行政”，指的是国家行政机关、法律和法规授权的组织以及他们所委托的组织和个人，按照法律的规定，运用国家公权力，以实现公共利益为目标，对一定范围内的公共事务实施管理的活动。

（二）行政的特征

基于上面对“行政”这个概念的分析，我们可以总结出行政的一些特征，并根据这些特征作为行政与其他社会活动相区别的标准。

1. 主体上的特征。行政活动的实施主体归根到底是两类，一类是国家行政机关，也就是政府；另一类是法律、法规、规章授权的组织。当然，这两

类主体还可以委托其他的组织或者个人实施行政活动,但从法律上讲,受委托的组织和个人并不是这些行政活动的真正实施者,它们只是委托者的代理人,这些活动的法律后果全部都要由委托者来承担。总之,这些活动仍然应当被看作是委托者的行为。

2. 内容上的特征。行政的内容必然表现为行政权力的行使和行政职责的承担,由于对行政组织的权利义务配置强调权责的一致性,因此,权力的行使和职责的承担可以被看作是同一个过程。无论是对内还是对外实施管理,行政活动的过程必然直接或间接地包含着对权力的运用和对职责的履行。离开了这样的内容,我们就不能将其称之为行政。

3. 方式上的特征。行政权的运行方式具有执行性和积极性两个方面的特点。执行性这一点,是行政权相对于立法权来说的,这一点在前面已经进行过分析。总的来说,就是行政权的运行主要不是制定规则,而是为了执行规则。即使在一定情况下,行政机关制定了部分规则,其目的也仅仅是为了更好地理解和执行上位规则,或者为上位规则的制定积累经验。总之,就是行政权对于立法权来说具有很强的从属性。至于积极性这一点,是行政权相对于司法权来说的。尽管司法活动作为解决纠纷、定纷止争的一种手段,在广义上也属于对社会公共事务的管理。但是,司法活动具有不告不理、严守中立的特征,这一点与行政权大不相同。行政权的行使主要体现为国家对经济社会生活的一种主动管理和组织,在现代国家从“守夜人”角色转变为福利国家之后,行政权的积极性表现得更为淋漓尽致,“看得见的手”几乎无处不在。尽管在具体的方式上,行政活动存在着依职权启动的行为和依申请启动的行为,后者以行政许可最为典型。但是,即使是依申请的行政行为,这个申请事项的设定本身就已经体现了国家对个人自由的干预。因此,行政相对于司法的主动性、积极性特征是毋庸置疑的。

◆ 例 1-1

“城管公司”的出现

2007年,一种新型的城管形式——城市管理公司在湖北武汉出现。这家城管公司诞生的背景是:武汉东西湖区的国营吴家山农场在快速的城市化进程中被纳入城区范围,但由于编制和经费限制,城管的步伐一时无法跟上这片新兴城区,国营吴家山农场城市管理服务公司便应运而生。“城管公司”的负责人称,公司是吴家山农场、长青街道办事处处的二级单位,没有工商登记手续。但公司办公楼外却挂有“东西湖区城管局长青城管所”“东西湖区城管执法局长青街执法中队”两块牌子。实际上,在这个执法中队里,除了极少数人拥有武汉市政府核发的行政执法证,其余人员就是城管公司的职员。这家公司共有三百多人,分派在保洁、市政、物业等分公司及执法中队里。2007年,这个物业公司下属的“控违专班”在街道上撬掉一些乱停乱靠车辆

的牌照，并对车主进行罚款，引起了当地媒体的声讨。

分析：这个例子提出了一个很有意思的问题，就是行政机关能不能设立企业来承担一部分行政管理任务。如果设立了这样的企业，如例子中的城管公司，那么，这些企业所实施的行为还属不属于行政管理活动？

我们知道，实施行政管理的主体只能是国家行政机关或者法律、法规、规章授权的组织。但是，其他组织和个人也有可能成为行政活动的直接实施者，只不过应当获得前面两类主体的委托而已。这个例子中的城管公司本身显然不能构成一个行政主体，因为没有任何法律、法规授予它相关的行政管理职权，而它在事实上又实施了大量的行政管理活动，我们只能将其视为是相关的主体对它进行了委托——委托者可能包括设立这个公司的长青街道办事处，也可能包括和这个公司一道挂牌办公的“东西湖区城管局长青城管所”“东西湖区城管执法局长青街执法中队”。因此，这个城管公司实施的活动实际上是在行使这几个行政组织的相关职权，在性质上仍然属于行政活动，其法律后果应当由这几个委托者来承担。当然，行政主体委托其他组织和个人实施行政管理活动也不是没有条件的，在委托的条件、内容、对象等方面都应当遵循法律的规定。在这个例子当中，上述几个主体委托一个自行设立且没有工商登记的企业来协助其实施城市管理，显然是缺乏法律依据的。

◆ 例 1-2

市政管理服务的外包

2007 年，深圳宝安区西乡街道以每平方米 9.38 元的价格，把 6 项市政管理服务事项承包给鑫梓润物业管理公司。该物业公司还要承担起协助对承包区域内乱张贴、乱摆卖、劝阻乞讨、日常巡查等 7 项城市管理执法的辅助工作，再加上以前区和街道公路管理的死角。对此，西乡街道的负责人称“从政府成本角度，肯定是笔划算的‘买卖’”。

分析：政府将公共服务外包越来越普遍，其目的是降低行政成本，确实是比较划算的买卖。但是，什么样行政管理事务可以外包，什么不能外包呢？服务外包是一种什么性质的行为？外包之后的公共服务还属不属于“行政”？

应当说，公共服务外包的性质还是一种行政委托，就是将公共服务的直接提供者由政府变成企业或个人，委托出去之后的公共服务当然还是属于“行政”的范畴，只不过这种委托是通过一种有偿购买服务的协议来实现而已。当然，我们要注意到能够“外包”出去的行政事务通常是那些“服务”属性比较强、“执法”属性比较弱的领域，因为对于执法事项的委托往往要受到法律上很多的限制，政府试图将这个事务外包出去是不太现实的。所以，我们在这个例子中可以看到，西乡街道外包出去的主要是一些市政管理服务

事项,也就是市容市貌的维护保养。另外虽然有一些涉及执法的外包事项,如乱张贴、乱摆卖、乞讨等,但物业管理公司在这些事项中只是对行政机关的执法活动提供辅助而不是直接执法,这是和上一个武汉“城管公司”的例子明显不同之处。

二、行政法

(一) 行政法的概念和体系

调整由于行政活动所发生的社会关系的法律原则和法律规范的总和,就是行政法。把握行政法的概念需要体会以下几个方面:

1. 行政法调整的是由于行政活动所发生的社会关系。行政活动在实施的过程中,由于表现为行政组织对内、对外的一系列管理行为,自然会产生相应的社会关系。而对这些行政活动加以监督、进行审查还会产生其他的社会关系,包括监督机关和被监督的行政组织之间的关系,还包括在行政诉讼中司法机关和各种诉讼主体之间的关系等。后面这些社会关系也属于行政法调整的范畴。无论如何,只有这些与行政权的行使直接相关的社会关系,才由行政法加以调整。

2. 这些社会关系经过行政法调整之后所形成的就是行政法律关系。法律的调整就是赋予相应的社会关系以权利义务内容,通过一系列的权利义务安排来指引、规范相关主体的行为,这些权利义务安排的核心内容是既保障行政权的有效行使,又对行政权加以严格控制以防止其滥用,从而保护社会个体的利益免遭侵害,或者在遭受侵害之后能够获得救济。

3. 行政法是由一系列法律原则和法律规范构成的。这里的法律规范,包括法律、法规、规章等各种层次的法律渊源当中包含着行政法上权利义务安排的全部规范。这里的法律原则,既包括整个行政法的基本原则,也包括行政法中某一部分或者某部法律的原则。行政法中哪怕是最微小的一个部分,都必须将相关的法律原则和法律规范结合起来,其内容才是完整的。

从理论上讲,所有调整因行政活动而产生的社会关系的法都是行政法,但我们在一般情况下所谈论的行政法范围比这要小得多。因为,随着现代国家行政权的不断膨胀,社会生活中的几乎每一个领域都出现了行政管理的身影,这些领域众多而芜杂,相关的法律规范浩如烟海。在现实中,几乎每一个政府的管理部门就对应着一个行政法的细分领域,例如教育行政法、卫生行政法、公安行政法等。毫无疑问,这些内容都属于行政法的一部分,但我们在论及行政法的制度体系和行政法学的学科体系时,通常并不包括这些内容。因为,这些部门性的制度是由那些总体性的制度所统率的,而在我们掌握了那些总体性知识之后,也就掌握了分析这些部门性知识的工具。作为一般的行政法学习者,也没有必要对这些部门性的知识加以掌握。因此,我们通常所讲的行政法实际上指的是行政法中的基本制度,我们所讲的行政法学实际上指的是行政法学中的总论。下面,我们就在这个前提下来介绍行政法

的知识体系。

行政法的知识体系可以分为四个部分：法律原则、行政组织法、行政行为与程序法、行政监督与救济法。①法律原则。作为一个独立部分的法律原则主要指的是整个行政法的基本原则，至于各个部分或各部法律的原则，应当将它们和相应的法律规范结合在一起把握。②行政组织法。指的是有关行政组织的法律地位、组织方式、基本职权、人员管理等方面的法律制度，包括政府的组织法、行政机构的设置和编制管理、公务员法等。③行政行为与程序法。指的是调整有关行政行为实施过程的法律制度。行政活动既要受到实体法的调整，也要接受程序法的调整，即行政活动的过程也要接受法律的控制。这一点是行政法和其他法律部门的重要区别之一，因为民法、刑法都不可能存在行为上的程序法，只有解决争议的程序法——也就是民事诉讼法、刑事诉讼法。而在有关行政行为的法律制度中，实体性的规定和程序性的规定往往是紧密结合、甚至是相互融合的。因此，我们通常将这些实体性和程序性的法律制度结合在一起掌握，然后再对一些重要的程序性制度单独提炼出来研究和把握。行政许可、行政处罚、行政强制等制度都属于典型的行政行为与程序法。④行政监督与救济法。指的是对行政活动加以监督，并对合法权益受到行政活动侵害的公民、法人或其他组织提供救济的法律制度，这些制度还常常与行政争议的解决结合在一起。这些制度有的同时具备权利救济、争议解决和监督行政活动三重功能，如行政诉讼制度和行政复议制度。当然，权利救济的功能在这里肯定是第一位的，换言之，就是这些制度通过解决行政争议的方式实现了对受到侵害的私人权益的救济，客观上又起到了监督行政机关的效果。有的制度则主要具备权利救济和监督行政活动两重功能，争议解决的色彩相对淡一些，如国家赔偿、国家补偿制度，其主要功能就是权利救济，兼有部分监督功能，但后者在制度设计中不应该被过多强调。有的制度则基本上是单纯的监督制度，没有权利救济等其他功能，如行政监察、行政审计等制度。总的来说，在监督和救济法这一部分，主体还是行政诉讼、行政复议和国家赔偿三种制度。

（二）行政法的任务

简单地说，行政法的任务解决的就是行政法用来干什么的问题。对于这个问题，主要有三种观点。第一种被称为“管理论”，就是认为行政法的任务在于保障国家能够对社会顺利地实施行政管理，保证行政权的有效行使。当然，现在已经很少有人持这样的观点了。因为，政府在行政管理中本来就处于明显的优势地位，拥有各种强制性权力，要保证行政机关顺利行使职权，没有法律也能够做到。在没有行政法的历史阶段，我国政府依靠政治动员，依靠行政命令，依靠颁发红头文件也一直很顺利地行使着职权。因此，行政法是否存在这种任务是十分值得怀疑的。第二种被称为“控权论”，认为行政法的任务在于规范行政权的行使，控制行政权的滥用，从而保护公民、法人和其他组织的合法权益免受行政权的伤害。这是传统上的主流观点，为大多