

卓越法律人才培养规划教材  
学理·案例·实训

# 现代行政法总论

MODERN ADMINISTRATIVE LAW PANDECT

章剑生 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

# 现代行政法总论

MODERN ADMINISTRATIVE LAW PANDECT

---

章剑生 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

现代行政法总论 / 章剑生著. —北京:法律出版社,2013. 11

ISBN 978 -7 -5118 -5557 -2

I. ①现… II. ①章… III. ①行政法—研究—中国 IV. ①D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 256320 号

卓越法律人才培养规划教材  
学理·案例·实训

## 现代行政法总论

著 者:章剑生

责任编辑:王旭坤

装帧设计:乔智炜

责任印制:沙 磊

排版校对:凌点工作室

---

出 版 法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

<http://www.lawpress.com.cn/>

编辑统筹 法律职业教育出版分社

经 销 新华书店

总 发 行 中国法律图书有限公司 <http://www.chinalawbook.com/>

第一法律书店(010-63939781/9782) 西安(029-85388843)

重庆(023-65382816/2908) 上海(021-62071010/1636)

北京(010-62534456) 深圳(0755-83072995)

销售专线 010-63939806/9830

数据支持 法律门 <http://www.falvmen.com.cn/>

---

开 本 720 毫米×960 毫米 1/16

印 张 35.75

字 数 690 千

版 本 2014 年 2 月第 1 版

印 次 2014 年 2 月第 1 次印刷

印 刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

书 号 ISBN 978 -7 -5118 -5557 -2

定 价 56.00 元

---

所有权利保留 未经许可,不得以任何方式使用。

.,中国法律图书有限公司负责退换。

# 现代行政法总论

---

章剑生 著

# 目 录

<b>第一章 行政、行政权和行政法</b> .....	( 1 )
<b>第一节 行政</b> .....	( 1 )
一、行政的边界 .....	( 1 )
二、难以定义的行政 .....	( 5 )
三、可以描述的行政 .....	( 8 )
四、行政分类 .....	( 14 )
<b>第二节 行政权</b> .....	( 17 )
一、行政权与社会秩序 .....	( 17 )
二、不确定的行政权 .....	( 19 )
三、行政权类型 .....	( 20 )
<b>第三节 行政法</b> .....	( 22 )
一、行政法概念 .....	( 22 )
二、行政法内外结构 .....	( 24 )
三、行政法逻辑基点 .....	( 27 )
四、行政法类型 .....	( 29 )
五、行政法相邻关系 .....	( 34 )
<b>第二章 依法行政原理</b> .....	( 38 )
<b>第一节 依法行政原理的宪法基点</b> .....	( 38 )
一、引言 .....	( 38 )
二、法治国家 .....	( 38 )
三、基本人权 .....	( 41 )
<b>第二节 依法行政原理的基本内容</b> .....	( 43 )
一、引言 .....	( 43 )
二、行政必须有法律依据 .....	( 43 )
三、行政必须有行政相对人参与 .....	( 46 )
四、行政必须接受司法监督 .....	( 48 )
<b>第三节 依法行政原理支配的基本原则</b> .....	( 50 )
一、引言 .....	( 50 )
二、行政实体法基本原则 .....	( 51 )

## 2 目 录

三、行政程序法基本原则 .....	( 53 )
四、行政诉讼法基本原则 .....	( 55 )
<b>第三章 行政法法源 .....</b>	<b>( 58 )</b>
<b>第一节 行政法法源的一般理论 .....</b>	<b>( 58 )</b>
一、引言 .....	( 58 )
二、行政法法源概念 .....	( 58 )
三、行政法法源的特殊性 .....	( 59 )
<b>第二节 成文法源 .....</b>	<b>( 60 )</b>
一、宪法 .....	( 60 )
二、法律、地方性法规 .....	( 62 )
三、行政法规、行政规章 .....	( 65 )
四、法律解释 .....	( 68 )
五、国际条约 .....	( 69 )
六、行政规定 .....	( 69 )
七、社团章程、村规民约 .....	( 73 )
<b>第三节 不成文法源 .....</b>	<b>( 75 )</b>
一、指导性案件 .....	( 75 )
二、惯例 .....	( 76 )
三、法的原则 .....	( 78 )
四、公共政策 .....	( 79 )
<b>第四节 行政法法源位阶 .....</b>	<b>( 80 )</b>
一、成文法源的冲突适用 .....	( 80 )
二、成文法源的冲突裁决 .....	( 85 )
三、成文法源与不成文法源的冲突 .....	( 86 )
<b>第五节 行政法法源效力范围 .....</b>	<b>( 87 )</b>
一、时间效力 .....	( 87 )
二、空间效力 .....	( 90 )
三、对人效力 .....	( 91 )
<b>第四章 行政法适用 .....</b>	<b>( 93 )</b>
<b>第一节 行政法适用的一般理论 .....</b>	<b>( 93 )</b>
一、引言 .....	( 93 )
二、适用框架:个案—规范 .....	( 93 )
三、适用方法:认定与裁量 .....	( 94 )
四、行政机关规范审查权 .....	( 95 )
<b>第二节 行政认定 .....</b>	<b>( 96 )</b>

一、行政认定概述 .....	( 96 )
二、法的解释 .....	( 96 )
三、事实认定 .....	( 103 )
四、判断余地 .....	( 104 )
第三节 行政裁量 .....	( 106 )
一、行政裁量概述 .....	( 106 )
二、裁量基准 .....	( 109 )
三、裁量分类 .....	( 111 )
四、裁量余地 .....	( 113 )
<b>第五章 行政法主体 .....</b>	<b>( 114 )</b>
第一节 引言 .....	( 114 )
一、行政法律关系主体 .....	( 114 )
二、行政主体 .....	( 115 )
第二节 行政机关 .....	( 117 )
一、行政机关概念 .....	( 117 )
二、行政机关类型 .....	( 118 )
三、行政机关内部组织 .....	( 119 )
四、行政机关外部关系 .....	( 120 )
五、具有行政机关法律地位的组织 .....	( 123 )
第三节 行政相对人 .....	( 125 )
一、行政相对人及其类型 .....	( 125 )
二、行政相对人的法律地位 .....	( 127 )
第四节 国家公务员 .....	( 130 )
一、国家公务员及其任职条件 .....	( 130 )
二、国家公务员的法律地位 .....	( 132 )
三、国家公务员的职位关系 .....	( 133 )
四、国家公务员的权利救济 .....	( 134 )
<b>第六章 行政行为原理 .....</b>	<b>( 136 )</b>
第一节 引言 .....	( 136 )
一、行政行为概念 .....	( 136 )
二、行政行为演变 .....	( 137 )
三、行政行为功能 .....	( 139 )
第二节 行政行为分类 .....	( 140 )
一、分类标准与内容 .....	( 140 )
二、公、私法行为 .....	( 141 )

## 4 目 录

三、相关问题的展开 .....	(143)
<b>第七章 行政行为:行政决定 .....</b>	<b>(146)</b>
<b>第一节 行政决定的一般理论 .....</b>	<b>(146)</b>
一、行政决定概念 .....	(146)
二、行政决定要素 .....	(147)
三、行政决定分类 .....	(152)
<b>第二节 行政决定成立要件 .....</b>	<b>(154)</b>
一、有作出意思表示的主体 .....	(155)
二、有意思表示并以行为方式对外示意 .....	(155)
三、有意思表示指向的标的 .....	(156)
四、有接受意思表示的主体 .....	(157)
<b>第三节 行政决定合法要件 .....</b>	<b>(158)</b>
一、主体要件 .....	(158)
二、事实要件 .....	(159)
三、依据要件 .....	(160)
四、程序要件 .....	(161)
<b>第四节 行政决定效力 .....</b>	<b>(163)</b>
一、行政决定生效 .....	(163)
二、行政决定效力内容 .....	(165)
三、行政决定效力变动 .....	(169)
<b>第五节 行政决定变更 .....</b>	<b>(170)</b>
一、行政决定变更概念 .....	(170)
二、行政决定变更类型 .....	(171)
三、行政决定变更规则、方式与效力 .....	(173)
<b>第六节 行政决定消灭 .....</b>	<b>(174)</b>
一、行政决定消灭概念 .....	(174)
二、行政决定撤销 .....	(174)
三、行政决定撤回 .....	(180)
<b>第七节 若干类型化的行政决定 .....</b>	<b>(182)</b>
一、行政处罚 .....	(182)
二、行政许可 .....	(188)
三、行政强制 .....	(191)
<b>第八章 行政行为:非行政决定行为 .....</b>	<b>(195)</b>
<b>第一节 引言 .....</b>	<b>(195)</b>
一、行政行为多样化 .....	(195)



二、非行政决定行为体系的开放性 .....	(195)
三、非行政决定行为的法控制 .....	(196)
第二节 制定行政规范 .....	(196)
一、引言 .....	(196)
二、制定行政法规 .....	(201)
三、制定行政规章 .....	(203)
四、制定行政规定 .....	(205)
五、对制定行政规范的监督 .....	(207)
第三节 行政双方行为 .....	(209)
一、行政双方行为的一般理论 .....	(209)
二、行政合同 .....	(209)
三、行政协议 .....	(217)
第四节 行政事实行为 .....	(218)
一、行政事实行为的一般理论 .....	(218)
二、行政指导 .....	(223)
三、行政强制执行 .....	(225)
四、信息提供 .....	(227)
<b>第九章 行政程序原理</b> .....	(228)
第一节 行政程序的一般理论 .....	(228)
一、行政程序 .....	(228)
二、行政程序法 .....	(231)
第二节 正当程序 .....	(232)
一、引言 .....	(232)
二、听取意见 .....	(234)
三、防止偏见 .....	(242)
四、信息公开 .....	(245)
第三节 程序制度 .....	(250)
一、行政管辖权 .....	(250)
二、行政调查 .....	(253)
三、行政证据 .....	(254)
四、行政期间 .....	(255)
五、行政送达 .....	(257)
<b>第十章 行政程序类型</b> .....	(259)
第一节 普通程序 .....	(259)
一、程序开始 .....	(259)

## 6 目 录

二、程序进行 .....	(263)
三、程序终结 .....	(269)
四、程序延续 .....	(269)
第二节 特别程序 .....	(271)
一、制定行政规范程序 .....	(271)
二、重大行政决策程序 .....	(272)
三、行政裁决程序 .....	(273)
四、简易程序 .....	(275)
第十一章 行政违法与行政责任 .....	(278)
第一节 引言 .....	(278)
一、行政违法概念 .....	(278)
二、行政违法认定机关 .....	(280)
三、违法判断基准时 .....	(281)
第二节 行政违法构成要件 .....	(283)
一、主体资格违法 .....	(284)
二、认定事实违法 .....	(288)
三、适用依据违法 .....	(291)
四、违反法定程序 .....	(300)
第三节 行政违法的效力 .....	(305)
一、行政违法分类 .....	(305)
二、行政决定无效 .....	(309)
三、行政违法延续 .....	(311)
第四节 行政责任 .....	(313)
一、引言 .....	(313)
二、行政赔偿 .....	(314)
三、行政补偿 .....	(319)
第十二章 行政救济原理 .....	(325)
第一节 行政救济的一般理论 .....	(325)
一、行政救济概念 .....	(325)
二、行政救济功能 .....	(327)
第二节 行政救济标准 .....	(328)
一、实效性权利保护 .....	(328)
二、无漏洞权利保护 .....	(330)
第三节 行政救济体系 .....	(331)
一、行政救济多样化 .....	(331)

二、司法最终裁判 .....	(332)
三、宪法救济保障 .....	(333)
<b>第十三章 行政救济类型 .....</b>	<b>(334)</b>
<b>第一节 行政救济:行政诉讼 .....</b>	<b>(334)</b>
一、引言 .....	(334)
二、行政诉讼模式 .....	(336)
三、与其他诉讼的关系 .....	(338)
四、行政诉讼法 .....	(339)
<b>第二节 行政救济:行政复议 .....</b>	<b>(341)</b>
一、引言 .....	(341)
二、行政复议主体与客体 .....	(342)
三、行政复议程序 .....	(343)
<b>第三节 行政救济:信访与申诉 .....</b>	<b>(348)</b>
一、行政信访 .....	(348)
二、行政申诉 .....	(349)
<b>第十四章 行政诉讼主体 .....</b>	<b>(352)</b>
<b>第一节 法院 .....</b>	<b>(352)</b>
一、行政审判权 .....	(352)
二、行政审判组织 .....	(353)
三、行政审判管辖 .....	(355)
<b>第二节 行政诉讼原告 .....</b>	<b>(361)</b>
一、原告概念 .....	(361)
二、原告判断标准 .....	(363)
三、常见原告情形 .....	(369)
四、原告承继 .....	(376)
<b>第三节 行政诉讼被告 .....</b>	<b>(377)</b>
一、被告概念 .....	(377)
二、被告判断标准 .....	(378)
三、常见被告情形 .....	(379)
四、被告的承继 .....	(384)
<b>第四节 行政诉讼第三人 .....</b>	<b>(385)</b>
一、第三人概念 .....	(385)
二、第三人类型 .....	(386)
<b>第五节 行政诉讼参与人 .....</b>	<b>(387)</b>
一、诉讼参与人概念 .....	(387)

## 8 目 录

二、诉讼代理人 .....	(388)
第六节 检察院 .....	(389)
一、检察监督权 .....	(389)
二、检察监督方式 .....	(389)
<b>第十五章 行政诉讼客体 .....</b>	<b>(392)</b>
第一节 行政诉讼客体的一般理论 .....	(392)
一、行政诉讼客体概念 .....	(392)
二、行政诉讼客体历史考察 .....	(393)
第二节 行政决定 .....	(395)
一、引言 .....	(395)
二、法定类别 .....	(396)
三、实务情形 .....	(412)
第三节 非行政决定行为 .....	(417)
一、引言 .....	(417)
二、法定类别 .....	(418)
三、实务情形 .....	(420)
第四节 排除范围 .....	(422)
一、引言 .....	(422)
二、法定类别 .....	(423)
三、实务情形 .....	(433)
<b>第十六章 行政诉讼行为 .....</b>	<b>(436)</b>
第一节 诉讼撤回 .....	(436)
一、引言 .....	(436)
二、诉讼撤回类别 .....	(436)
三、相关问题 .....	(440)
第二节 诉讼不停止执行 .....	(441)
一、引言 .....	(441)
二、诉讼停止执行情形 .....	(442)
三、相关问题 .....	(444)
第三节 妨碍诉讼的强制措施 .....	(445)
一、引言 .....	(445)
二、妨碍行政诉讼行为 .....	(445)
三、强制措施种类与适用 .....	(447)
第四节 财产保全与先予执行 .....	(447)
一、财产保全 .....	(447)

二、先予执行 .....	(448)
第五节 诉讼中止与诉讼终结 .....	(449)
一、诉讼中止 .....	(449)
二、诉讼终结 .....	(450)
第六节 诉的合并与诉的追加 .....	(450)
一、诉的合并 .....	(450)
二、诉的追加 .....	(451)
第七节 司法建议与移送材料 .....	(451)
一、司法建议 .....	(451)
二、材料移送 .....	(452)
第十七章 行政诉讼证据 .....	(453)
第一节 证据的一般理论 .....	(453)
一、证据及其地位 .....	(453)
二、证据特性 .....	(455)
三、证据提交要求 .....	(457)
第二节 举证责任及其分配 .....	(463)
一、举证责任原理 .....	(463)
二、被告举证责任 .....	(465)
三、原告举证责任 .....	(468)
四、第三人举证责任 .....	(470)
第三节 证据提供与补充 .....	(471)
一、证据提供 .....	(471)
二、证据补充 .....	(472)
第四节 证据调取与保全 .....	(473)
一、证据调取 .....	(473)
二、证据保全 .....	(474)
第五节 证据对质与认定 .....	(474)
一、证据对质 .....	(474)
二、证据认定 .....	(476)
第六节 证明标准 .....	(482)
一、证明标准概述 .....	(482)
二、多元证明标准体系 .....	(483)
第十八章 行政诉讼依据 .....	(486)
第一节 引言 .....	(486)
一、依据概念 .....	(486)

二、合法性审查 .....	(487)
第二节 法定依据 .....	(488)
一、法律、法规 .....	(488)
二、行政规章 .....	(492)
三、行政规定 .....	(494)
四、法律解释 .....	(496)
第三节 非法定依据 .....	(497)
一、宪法 .....	(497)
二、不成文法 .....	(498)
第十九章 行政诉讼裁判 .....	(500)
第一节 行政诉讼判决 .....	(500)
一、维持判决 .....	(500)
二、撤销判决 .....	(503)
三、重作判决 .....	(506)
四、履行判决 .....	(510)
五、变更判决 .....	(515)
六、赔偿判决 .....	(518)
七、驳回诉讼请求判决 .....	(519)
八、确认判决 .....	(521)
九、行政民事一并判决 .....	(526)
第二节 行政诉讼裁定 .....	(529)
一、可以上诉的裁定 .....	(529)
二、不可以上诉的裁定 .....	(531)
第二十章 行政诉讼程序 .....	(532)
第一节 一审程序 .....	(532)
一、起诉 .....	(532)
二、受理 .....	(539)
三、审理 .....	(540)
四、裁判 .....	(544)
第二节 二审程序 .....	(544)
一、上诉 .....	(544)
二、审理 .....	(545)
三、裁判 .....	(546)
第三节 再审程序 .....	(547)
一、提起 .....	(547)

二、审理 .....	(548)
三、裁判 .....	(549)
第四节 执行程序 .....	(549)
一、诉讼执行 .....	(549)
二、非诉执行 .....	(550)
后 记 .....	(553)

# 第一章 行政、行政权和行政法

## 第一节 行政

### 一、行政的边界

任何思想的开始,总是以概念为基点。<sup>[1]</sup>行政法的思想基点是“行政”。

对于稍微有一些法学、政治学、行政学等学科常识的人来说,一提到“行政”,总会与“立法”、“司法”等概念联系起来,并能讲出它们之间若干点的不同内容。但是,如果要对行政作一个概念的界定,很多人或许会说这并不是一件容易的事。因此,有学者认为:“将有关内容分为立法、司法与行政,并非出于对三者定义的目的,而仅仅是为了阐述的方便。”<sup>[2]</sup>这话并非没有道理。为了与私人管理中的“行政”相区别,行政法上的行政经常被称为“公行政”或者“公共行政”。这个称谓基本上是正确的。

中国历史上并没有西方国家的分权概念。帝王君权中“三公九卿”、“三省六部”之类的国家组织体系,与源于西方国家基于洛克、孟德斯鸠的分权思想而形成的制度大异其趣。迟至1912年《中华民国临时约法》颁布实施,与立法、司法相对的“行政”一词才第一次出现在中国的法律制度之中,并为1949年之后中华人民共和国的宪法所承继。1982年《宪法》不以西方国家“三权分立”理论为构建国家机关的基础,但它也采用了权力分立的国家组织体制。如国家立法权属于全国人大及其常委会,审判权属于人民法院等。《宪法》第85条规定:“中华人民共和国国务院,即中央人民政府,是最高国家权力机关的执行机关,是最高国家行政机关。”这一宪法条款虽然没有明确规定国家“行政权属于国务院”,但是行政作为一种独立的宪法上的行为已为其所确认。

行政是一个难作界定的概念。尽管许多人曾经为此作过学术努力,但至今行政也没有一个“通说”的概念;对于行政概念的表述,不同的人有不同的解释。形成这

[1] “概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具;没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚地和理性地思考法律问题;没有概念,我们便无法将我们对法律的思考转变为语言,也无法以一种可以理解的方式把这些思考传达给他人。”[美]博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,中国政法大学出版社1999年版,第486页。

[2] [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。



个状况的原因有国家之间的传统、体制、结构、文化甚至习惯的差异性,所以,一个放之四海而皆准的行政概念可能并不存在。当下一些已经制定了行政程序法典的国家或者地区通过设置排除条款,对行政作消极性的边界划定而不是采用常规的定义立法方式,<sup>[3]</sup>这多少也可以佐证对行政作一个概念界定的难度是客观存在的。

对于行政,虽然我们不能直接给出一个精致的定义,但可以通过分类、列举等逻辑方法大致给它划出一个边界,以便给行政法确定一个大致作用的范围,从而理顺行政与法的基本关系,否则,作为独立学科的行政法学能否存在本身也可能成为一个问题。<sup>[4]</sup>行政的疆域一旦划定,行政法所调控的法律关系范围也大致可以确定了。中国的法律制度具有浓重的公、私法分界痕迹,所以,厘清行政的边界对行政、司法实践都具有重要意义。

### (一) 实质行政与形式行政

1. 实质行政。实质行政的基本模式是“命令—服从”,如行政处罚、行政许可和行政强制等。因行政民主兴起而产生的“平等—协商”等新型行政模式是它的补充,如行政合同、行政协议等,这种新型行政模式在一定程度上可以看作是私法对公法不断影响的结果,在现代行政法中是一种引人注目的法现象。实质行政着眼于国家行为中的“处理性”,并不看重行为主体的性质,因此它将人民代表大会、法院和检察院以及军事机关的一些行为也纳入了行政的范围。<sup>[5]</sup>如人民代表大会对其他国家机关的监督,<sup>[6]</sup>批准预算;又如法院对妨碍诉讼行为采取的强制措施、对裁判文书的强制执行和维持庭审秩序等,虽然可以把它们看作是法院诉讼程序的一部分,但它们不是居中裁判的“司法”。另外,检察机关代表国家提起公诉犯罪也不是中立的“司法”。上述行为更接近于“命令—服从”式实质行政。不仅如此,一些非国家机关组织经法律、法规授权后也在实施行政行为,如高等院校和科研机构颁发毕业证、学位证书,<sup>[7]</sup>甚至国有企业的某些行为也具有行政的性质,如城市的水、电、气的供给。<sup>[8]</sup>中国台湾地区“宪法”上的考试、监察两项权力具有浓重的行政性质,但在它的宪法分权理论架构中,它们是与行政权并列而存的两

[3] 参见德国《行政程序法》第1条、第2条和中国台湾地区“行政程序法”第3条。

[4] 一直以来,许多人都想在内容上一劳永逸给“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。

[5] 根据《宪法》第三章第四节的规定,中华人民共和国中央军事委员会是独立于国务院的国家军事机关,不是国家行政机关。将国家军事机关从国家行政机关分离出来,虽然不是分权理论的必然结果,但也体现了《宪法》仍然具有分权的思想。

[6] 如依照《宪法》第71条规定,人大常委会组织关于特定问题调查委员会的行为。

[7] 田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案,《最高人民法院公报》1999年第4期。

[8] 2009年11月13日,《法制日报》以“中国供热改革蜀道难突围尚需借力法律”为题,报道了如下一个案例:2008年12月北京市丰台区一小区业主何先生对开发商提供的供暖协议不满,在入住后要求停止供暖并在遭拒后起诉至法院,但法院判决驳回了何先生的诉讼请求,理由是供热合同不同于其他民事合同,具有公共服务性、行政强制性和强制继续履行等特点。