



行政法原理

PRINCIPI DI
DIRITTO
AMMINISTRATIVO

GIAMPAOLO ROSSI

李修琼 / 译



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

本书的翻译工作属于罗马法体系下的中国法典化和法学
sulla codificazione e formazione del giurista in Cina nel quadri
的研究项目，本书的翻译工作受意大利国家科研理事会(CNR)

行政法原理

PRINCIPI DI
DIRITTO
AMMINISTRATIVO

GIAMPAOLO ROSSI

李修琼 / 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政法原理/[意]罗西(Rossi,G.)著;李修琼
译.—北京:法律出版社,2013.8
ISBN 978-7-5118-5318-9

I. ①行… II. ①罗… ②李… III. ①行政法
IV. ①D912.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第206895号

© 法律出版社·中国

责任编辑/胡艺芳	装帧设计/汪奇峰
出版/法律出版社	编辑统筹/财税出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京京华虎彩印刷有限公司	责任印制/吕亚莉
开本/787毫米×960毫米 1/16	印张/19.5 字数/334千
版本/2013年10月第1版	印次/2013年10月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908	
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 978-7-5118-5318-9	定价:49.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

Principi di diritto amministrativo

by Giampaolo Rossi

© Copyright 2010 – G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

The Chinese translation is published by arrangement with G. Giappichelli Editore.

著作权合同登记号

图字：01-2013-6691

译者说明

本书是由中南财经政法大学李修琼老师翻译,由意大利 G. Giappichelli Editore 出版公司出版、意大利罗马 GIAMPAOLO ROSSI 教授所著、由罗马三大 Enrico Toti 研究员和卡拉布里亚大学 Danilo Pappano 教授审查,本书的翻译工作是属于罗马法体系下的中国法典化和法学人才培养研究中心意大利与罗马法中国研究中心(Osservatorio sulla codificazione e formazione del giurista in Cina nel quadro del sistema giuridico romanistico)的研究项目,本书的翻译工作受意大利国家科研理事会(C. N. R)资金资助完成。

在每一章的结尾处都会列举该章所涉及的著作。当涉及的版本(如意大利译本)与第一版相隔很长时间时,还会在括号中注明其日期,以标明该作品完成的年代。

本书参考文献仅在文章是发表在杂志上时才会标明页码。如果该文章已经被提及过,那么就指出其首次被提及之处。

我必须请求很多作者的原谅,现在的和过去的,他们应该在文中被提到,但由于本书的特点,我们不能过多地添加注释而使其更加厚重。

序 言

对某个学科进行总体论述的法律文献往往采用不同的结构形式,有的主要描述现行有效的客观法,而有些却主要提出问题。根据其完善程度,这些教材也采用不同的名称。

很长时间以来,行政法所采用的完善摹本的唯一模式就是论丛(trattato)。

在意大利,第一本极其重要的关于行政法的论丛是由 Vittorio Emanuele Orlando 主编的《第一本行政法论丛》(米兰,在 1907 ~ 1936 年间出版了 10 辑)(*Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, Milano),该书不仅提供了有关行政法的完整认识,而且在意大利行政法理论的重建问题上也做出了很多重要贡献,如关于“神圣罗马的市镇”部分。此外,另一部也可称为论丛的是 G. Zanobini 的《行政法教程》(*il Corso di diritto amministrativo*),1936 年于米兰出版,此后多次重编并越来越庞大,在 1959 年时出版共 6 辑。

近年来关于行政法的全集有:G. Santaniello 主编的《行政法论丛》(*il Trattato di diritto amministrativo*, Padova),从 1988 年至 2007 年共出版 39 辑;S. Cassese 的《行政法论丛》(*il Trattato di diritto amministrativo*, Milano),2003 年第二版有 7 辑;M. P. Chiti e G. Greco 主编的《欧洲行政法论丛》(*il Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano),于 1997 年出版的时候有 3 辑,在 2007 年出第二版时有 7 辑。

在行政法学领域内,正如在其他法律学科领域中—

样,那些针对教学的课本明显规模较小,这些教材并没有提供一个关于本学科知识完整性的目标。因此它们大都采用不同的名称,仅仅以学科命名或者以“教科书”、“制度”、“介绍”、“笔记”、“纲要”等命名,从这些名称中至少可以推论出部分“作品”的尺度,以及其所分析的某个方面。而较少使用的,正如本书所采纳的,是“原理”。

最初在行政法或者宪法领域内使用这一概念的一些专题著作,主要是使其获得相较于其他学科的特殊性,并指出该作品是致力于明确该特定学科的基本原理和一般性论断,在该作品中有对这些原理和论断进行确认和论证的肥沃土壤。

在命名本书时,“原理”这个词应被看作是“关键词”,并且应区别于其在有关渊源部分的意义。在渊源部分,“原理”具有基本的价值,统率着作为规范渊源的 legal 体系。

正如某些人所建议的,由于“原理”一词具有双重含义,因此完全应该为本书提供一个不同的标题(如基本原理、基本问题、固有内容、基础),但我们还是选择了这样一个行政法学先辈所用过的书名,以此来表达我们对必须牢记的传统的尊重。

意大利行政法开创时期的第一本著作是这样命名的:《行政法基本原理及其制度构造》(G. D. Romagnosi, Firenze, 1844)。另外一些包含精心拟定的科学论断的较早论著有 V. E. Orlando 的《行政法原理》(Firenze, 1891),以及 Santi Romano 的《行政法原理》(Firenze, 1901)。

此后具有尤为重要科学意义的,是 D. Donati 的《基本原理》(Padova, 1932),以及 G. Miele 的《基本原理》(Padova, 1953)。

我们不能与其他国家作者所使用的一些标题进行对比,因为在不同的国家,“原理”一词被赋予了不同的含义:在法国,可参见 M. Hauriou 于 1892 年出版的《行政法原理》(*Precis de droit administratif*, Paris, 1892);在西班牙,“原理”一词被用来指那些包含某些实质性信息的著作。可以肯定的是, E. García de Enterría 的《行政法教程》(*il Curso de Derecho administrativo*, 1974) 被翻译为意大利文时,书名为《行政法原理》(*Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1983)。

对“原理”作为一个关键词进行明确和详细的说明,不仅有助于对本学科的特殊性进行初步阐释,而且在当今制度的迅猛变革中,不管在教义学方面还是在科学性方面,都凸显了其新的意义。

在教义学方面,那些主要描述和注解行政法的著作,其作用主要不是向年轻人说明“为什么”而仅仅使其了解“是什么”,因此就会迅速过时并在较短的时间内失去有用性。

因此教义学的需求就吻合了学科的需求,在有关内容发生断裂之时,以确定重写的深刻理由,以及学科中不变的部分,使之具有足够的稳定性。

很明显这种稳定性应当具有某种相对性:它涉及某个法律制度的实质特征,因此一旦这些制度特征发生改变其稳定性就丧失了。历史循环有不同的周期,当涉及私人关系时,周期较长。同时,这种周期也易受到有组织共同体运转中变迁的影响,与共同体和其成员之间关系变迁相联系。为了确定这一点,我们只需要考虑一下,许多罗马私法中的制度如今仍然在适用,但那时的公法制度却没存留多少。

此外也解释了为什么对“原理”的阐述并非在所有的历史阶段都是可能的。法律理论不能脱离其所存在的时代、生活条件、共同体生活,以及其所诞生和消亡的经济体制。

在一个制度衰落的时期是不可能的,因为在一个完全碎片化的时刻仅能记录,而不能为制度带来一个不合乎规律的轮替。

在一个长久稳定的时期也不能,当某种主流观念存在已久,由于已经拟定了一些原理,因此理论界不能提出新原理;事实上这个时期的理论常常将其注意力集中在细节问题或者仅仅是叙述方面。

通常情况下,作为新关键词的原理产生于萌芽期。在该时期,原理能足够明确地指出正在进行革新的征兆,某个正在形成的制度的特色,在这个时期,即使在概念领域内,也能形成新的类别。在中世纪末期就是这样,那时国王和天主教会的权力都即将消失,认识到这一点的法学家在主权基础上提出了一种理论,指出了民族国家的诞生;并且在19世纪初期,得以确立的议会民主要求并且也允许法学家们在分权和法律优先的基础上提出一种新理论。

在那时人们要问的是,是否目前的历史时期呈现出这种特征,又抑或这种过快的变革排除了勾勒路线的可能性,这种路线应在一个能被理论概括的新制度中形成。

很明显,民族国家,作为一个自足的组织体(亚里士多德),处于危机之中。因此,在民族国家基础上所建立的、作为公法基础的基本核心也处于危机中。相应地,行政法在最近的一些世纪中也出现了危机。所以从民族国家的危机中可以发现,行政法,整个公法以及公法赖以建立的范畴都处于不可避免的危机中。

但正如我们所看到的,在制度的革新中并非没有预示新阶段来临的先兆,而是过早地确定了制度变革中的所有方面,变革也认同重新构建的意图,这种意图建立于社会生活和制度体系的实质性要素基础上。毫无疑问,这种社会生活和制度体系正是存在于过渡阶段之中,并且具有了新的内容和形式。

这种工作的目标是远大的。总之,如果能推动年轻人去寻找新的答案并且让学者获得新的基本主题,那么这也是一个积极的结果。所以我认为这就说明了其正当性,这种语气是确定无疑的,有时还有点浮夸的。

感谢那些与我就本书的第一个临时版本进行探讨,并给予我帮助的学生和学者。同时, Marcos Almeida Cerreida, Antonio Bartolini, Maria de Benedetto, Francesco de Leonardis, Giacinto della Cananea, Giuliano Gruner, Leonardo Ferrara, Francesco Fonderico, Nicoletta Rangone, Mauro Renna, Fabio Saitta, Aldo Sandulli, Girolamo Sciullo 也为我提供了准确和有用的注释。

还要特别感谢一些共同和我编撰此书的年轻学者: Enrica Blasi, Erika Braidò, Giovanni Caruso, Federico Dinelli, Andrea Farì, Danilo Pappano, oltre a Aurette Benedetti e Alessandra Pioggia。

第一章 行政法:权力和必须满足的利益	1
第一节 行政权力和利益保护	1
一、权力的必要性、功能和法治化	1
(一)权力的必要性与必要的从属性	3
(二)从属的等级层次	4
二、权力的渊源:来自于国家还是社会	5
三、需要、利益和主体法律地位	7
四、利益主体	10
五、自我满足和必须满足:“市场”和“国家”	11
第二节 权力的法治化	12
一、法治化权力的特征	12
二、私人自由、私法和私人权力	14
三、盎格鲁—萨克逊国家中较弱的权力法治化	16
四、中国行政法出现的重要性	18
第三节 行政法的变革	19
一、行政法的三个阶段和科学演进	19
(一)法治化的开端	19
(二)权利及其保护的扩展和加强	22
(三)保护的进一步加强,权力的脱节和私法的加强	23
二、危机的根源:适当性	25
第四节 新前景和方法问题	27
一、新格局的开端	27
二、基本方法和渐进的方法	29
参考书目	32

第二章 渊源与原则	41
第一节 行政权的渊源和利益保护的由来	41
第二节 有关公共行政的规范性渊源	42
一、超国家组织体的渊源	43
二、欧盟的渊源	44
三、国家渊源、大区渊源和地方组织渊源	48
(一) 宪法	48
(二) 大区章程	50
(三) 法律	53
(四) 地方组织的章程	54
(五) 规章	55
四、社团渊源	56
(一) 集体劳动合同	56
(二) 职业守则(义务性规范)	57
五、技术性规范	58
第三节 作为规范渊源的原则	59
一、原则和规则	59
二、合法性原则	59
三、职责和责任	61
四、司法救济性	62
五、比例性和合理性	62
六、效率和效益	63
七、公正性	65
八、政治和行政的区分	66
九、辅助性原则	67
第四节 判例的角色	70
参考书目	72
第三章 组织	76
第一节 组织的法律重要性	76
第二节 区域性组织	77
一、领土的重要性	77
二、与领土的关联类型	78

三、区域性组织和地方组织的类型	79
第三节 公共组织的分解、组织构成和关系	81
一、自履行和使履行的行政	82
二、常规行政和临时行政	83
三、统一和分工	84
(一)集权和分权	84
(二)自治,联邦制	85
(三)集体	87
四、分离的行政和共同管理的行政	89
五、上下级关系(层级、领导和监督)	90
第四节 法律类型和组织模式	95
一、组织模式的分类	95
(一)组织模式的理由和演变	95
(二)“法人”的问题	97
二、分类的法律意义	99
(一)机关和机构(organo-ufficio)	99
(二)机构的任职主体	101
(三)职责、权限、合法性	102
三、组织模式	103
(一)欧盟的制度体系	103
(二)政府机关、部委、部委局	106
(三)辅助性组织:国务委员会、审计法院和国家律师团	114
(四)大区、省和市的组织	115
(五)独立行政权威	119
(六)公共组织	124
(七)公共协会	131
(八)办事处	132
(九)公共—私人混合模式	132
四、概述:刚性—保障,柔性—效率	139
参考书目	140

第四章 手段

第一节 人力资源:特别规则的理由和限制	144
---------------------------	-----

第二节 财政资源:公共主体的财政能力	149
一、公共组织的财政自治,职能资金供给	150
二、公共开支的财务问题,公共预算	151
三、源于欧盟规范的对公共预算的限制	155
四、对有别于国家的区域性组织的开支限制,所谓的内部稳定公约	157
第三节 财产:一个特殊规范的理由和限制	158
参考书目	164
 第五章 公共行政活动及其公法与私法手段	166
第一节 概述	166
一、活动类型:职能、服务和企业	166
(一)组织体的运转	166
(二)致力于提高福利并提供公共服务的活动	167
(三)企业	167
二、法律手段类型	168
三、一般性命题	171
(一)私法适用的可能性和限制	171
(二)公法适用的限制	174
(三)从行政措施向合同的渐变	174
第二节 威权性活动	176
一、威权性活动的特征	176
(一)裁量性活动	176
(二)技术决定	181
(三)确定标准	183
(四)自我保护	184
(五)调整性行政活动	185
二、行政程序	186
(一)概述:行政程序一般规则的重要性的限度	186
(二)所采用的不同解决方法和关键词解读	187
(三)程序阶段	189
(四)行政公开,获取行政文件	198
(五)1990 年第 241 号法律的适用背景	200
(六)程序类型	201

三、行政措施	209
(一)教义和定义问题	209
(二)行政措施的形式:作为、不作为、口头、书面、信息	210
(三)结构:简单行为、一般行为、协调行为、复合行为、组合行为	211
(四)制度:强制性、执行性(公定力)、效力、效果	212
(五)说明理由	214
(六)病理学分析	215
(七)不作为的行政措施	220
第三节 协商性活动	222
一、具有公共优益性的混合类型	222
二、具有契约优益性的混合类型	227
三、合同	230
(一)明显公共性程序	230
(二)明显公共性程序的规则:劳务、服务和供应招标	231
(三)明显公共性程序的阶段划分	234
(四)合同当事人选择的程序和判胜准则	239
(五)有关招标的争讼	242
(六)招标的行政机关、公法组织	244
(七)内部供应	245
第四节 公共服务	248
一、公共领域的确定	248
二、主体资格和管理	253
三、管理模式	254
四、服务提供	257
(一)用户保护	258
(二)有关行政效率的诉讼:所谓的集体诉讼	259
(三)确定服务价格	259
(四)服务提供中的合同和财务问题	260
参考书目	261
 第六章 主体的法律地位及其保护	 269
第一节 不同的保护形式	269
第二节 义务	271

第三节 受保护利益的法律资格	272
一、合法利益概念的产生和发展	272
二、主观权利概念的反思:主体法律地位的交互性特征	274
第四节 关于损害的民事责任和赔偿	277
第五节 特别管辖权的理由和限定:普通法官和行政法官	285
第六节 行政路径的保护形式	288
第七节 行政责任问题	290
参考书目	295

第一章 行政法：权力和必须满足的利益

第一节 行政权力和利益保护

一、权力的必要性、功能和法治化

在每一个历史阶段,自社会生活基本关系被法律标准规制之时起,每一个法律体系中都共存有多个法律部门。其中包括私法,即对私人间关系进行确定的规范;以及公法,刑法的存在是为了使人们避免采用武力解决纠纷;还有规范国家首脑机关的法律规范(即目前所称的“宪法”)。

在公权力不受限制(涉及共同体生活的运转)及公权力与私人间关系不由法律调整之时,都不存在行政法产生的前提。

当制度的演变赋予公权力运行以某种法律特征,并且也将人民的福祉列入其运行宗旨时,在欧洲大陆上的一些国家内,就出现了行政法。

作为一个法律部门的行政法涉及:

- (1)公共权力的法治化;
- (2)对必须保护的利益予以满足。

这两个方面是相互联系的,因为权力的存在是为了满足利益,而利益,仅当存在一定的权力并且存在足以满足其的组织机构时,才能得到必要的满足。

行政法是一个晚近的法律领域,正是因为近年来出现了权力法治化以及对必须保护利益的满足。

对于一个生活在当今世界的人来说,不受规范的公共

权力显然是特例,因此我们也很难理解作为一个残酷斗争成果的权力法治化的重要性。同样,涉及国家和公民间关系的“公法”之存在,也是一个较近的成果。即使学者也并非对此有足够的认识。

历史上曾经有这么一个时期,由于当时的制度建立在土地所有权(唯一的生产和提供食品的来源)的基础之上,并从中产生了支配权及私人契约的成果(M. Bloch¹),所以没有公法:在中世纪时期,社会完全被私法所统率,如今被定义为“公共”的权力曾经是一种“家庭内”的权力,建立在财产所有权和基本自由的协议基础上,但该协议表现为人们之间的一种从属关系(E. Fortshoff,²J. M. Kelly,³L. Mannori⁴及其他)。

在12世纪,国家机构具有的少数典型职能(救济、卫生医疗、教育、促进生产)都是由修道院进行的,由天主教的地方组织机构来运行。教区和主教管区、宗教的互助会履行着某些现在被认为具有公共利益性质的职能,如墓地管理。这也解释了为什么某些作者将行政法的起源上溯到教会法(G. Le Bras⁵)。

理论上关于行政法的起源争论很大,有些人认为行政法在罗马时代就存在,而另一些人认为在中世纪的短暂间隔之后行政法才出现在专制国家中。古时候,正如在中国和其他国家一样,罗马也存在行政机构,但其仅仅是一种进行管理的工具(M. S. Giannini,⁶M. Weber⁷)。而另外的少量职能,如国库和公共工程的建设,也可能会存在面对威权行为时的保护问题,但它们都由这些行政机构自己解决了。

关于专制国家,正如现在我们对该期间的命名,即从13世纪国家形成到17世纪末期,作为一个共同体生活表达的公共形象,强大的行政机构的形成,以司法统一和并非针对主权行为而是针对其职员行为的司法保护体系、行政保护体系的形成,使得那些认为在当时至少形成了少量行政法问题的论点站得住脚(A. de Tocqueville,⁸J. L. Mestre,⁹L. Mannori e B. Sordi¹⁰)。在民主国家的形成中,这种论点得到了进一步强化。在那个时期,18世纪的“警察”国家(集中表现为警察管理)开始承担有关教育和人民福利的任务。这也是为了从天主教会手中剥离这些职能,并赋予法院以相对独立的地位(E. Bussi,¹¹G. Astuti¹²)。

在法国理论中较流行、并随后也在意大利出现(S. Cassese¹³)的某个论断认为,行政法始于法国的“权限争议法庭”于1873年对布朗戈案件的审判。在该案中,国家烟草公司的大蓬货车撞伤了布朗戈先生的女儿,布朗戈先生因此提出赔偿请求,由于对该案的管辖权发生争议,最终由权限争议法庭进行判断。权限争议法庭认为,对于国家及公共职员的责任不适用民法规范,因此得出的结论是排除普通法官对该案的管辖权。该论断,被很多学者认为是一个历史的错误,也包