

卓越法律人才培养规划教材  
学理·案例·实训

www.docriver.com  
搜索商家 巨力电子书

# 现代行政法总论

MODERN ADMINISTRATIVE LAW PANDECT

章剑生 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

卓越法律人才培养规划教材  
学理·案例·实训

本书是章剑生教授集二十多年行政法教学与研究之功，在其历年讲义基础上整理而成，它最大的特点是运用案例来阐述理论，以期开法学教材务实之新风。深入浅出，让法科学子从中感知法律实践脉络，法律职业人深入案件背后的理论根基。

**学理：**采“统一式”教材编撰模式，内容统摄行政实体法、行政程序法和行政诉讼法三部分，系统了解中国行政法。

**案例：**研究本国法的案例，是中国行政法思想的基本源泉。本书所选上百案例，涉及千余法条解释，均来自法院真实行政审判。

**实训：**在“个案—规范”的互动中发现行政法思想，以之为分析框架解读行政行为，与行政、司法实务同处一线。

法律实务工作  
平面设计

ISBN 978-7-5118-5557-2



9 787511 855572 >

定价:56.00元

上架建议 行政法·务实法学教材

# 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

 法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

# 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>	<b>(228)</b>
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>	<b>(259)</b>
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。

种国家权力。认识实质行政需要引入分权原则,也只有在分权原则引领下才能真正认识行政法上的“行政”。

2. 形式行政。凡是行政机关作出的行为都是行政,无论它的法律依据是公法还是私法,无论它是否与行政权有关。行政机关依据公法作出的行为是行政,不用赘言。《民法通则》第50条规定:“有独立经费的机关从成立之日起,具有法人资格。”在民事主体的分类上,行政机关属于民法上的“机关法人”。〔9〕所以,行政机关在民法上具有民事主体的法律地位。行政机关基于民事主体身份所实施的行为是形式行政,但它不属于行政法所规范的对象。至少到目前为止,这是法学上的一种通说。在实务中,“国有土地使用权有偿出让合同”是属于私法上的合同还是行政合同,最高人民法院的态度是不一致的。〔10〕在民事法律关系中,行政机关实施的如采购办公用品的民事行为,与它依职权实施的如对违反交通法规的行人作出罚款决定有着明显的不同,后者的公益性十分明显。又如,行政机关通过招投标的方式兴建公共图书馆、博物馆等,如法律没有特别规定,可以适用私法规范。如果考虑到行政机关的这类民事行为也具有“公益性”的话,那么,调整这类民事行为的规则可以有别于仅有“私益性”的其他民事行为。另外,行政机关制定行政法规、行政规章的行为,如同人民代表大会的立法一样有起草、审议、公布等方式与步骤,但它是行政行为,不是立法行为;行政机关如同法院一样居于中立地位裁决当事人之间有关民事争议的行为,〔11〕同样也是行政而不是司法。行政机关在宪法上的行为,学理上称它为统治行为。如国务院依照法律规定决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态。〔12〕

**小结:**行政法上行政,宜在实质行政中采用主体标准,将人民代表大会、法院和检察院以及军事机关的“行政行为”划出行政的范围,而在形式行政中采用内容标准,将行政机关以民事主体的身份从事的不具有公益性的“行政行为”以及“统治行为”划出行政的范围,保留它具有立法性的“立法性行政”和居中裁决的“司法性行政”。

〔9〕 进一步阅读葛云松:“法人与行政主体理论的再探讨——以公法人概念为重点”,载《中国法学》2007年第3期。

〔10〕 在大连市华运产业房地产开发公司诉大连市房地产开发管理领导小组办公室废止中标通知书案中,首次运用行政合同原理。在武汉兴松房地产开发有限公司诉湖北省武汉市国土资源管理局收回国有土地使用权上诉案中,再次运用行政合同原理,认定为解除行政合同的行为。参见最高人民法院《行政判决书》[1997]行终字第2号和[2002]行终字第7号。但最高人民法院后来在《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2005]5号)中,却把国有土地使用权出让合同定性为民事合同。

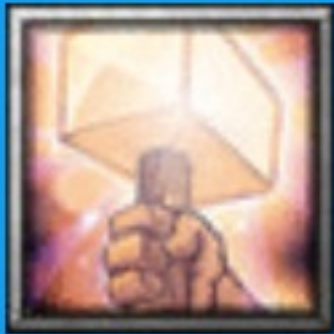
〔11〕 《水法》第56条规定:“不同行政区域之间发生水事纠纷的,应当协商处理;协商不成的,由上一级人民政府裁决,有关各方必须遵照执行。在水事纠纷解决前,未经各方达成协议或者共同的上一级人民政府批准,在行政区域交界线两侧一定范围内,任何一方不得修建排水、阻水、取水 and 截(蓄)水工程,不得单方面改变水的现状。”

〔12〕 《宪法》第89条第16项。

[www.docriver.com](http://www.docriver.com)

---

搜索商家 巨力电子书



## (二) 外部行政与内部行政

1. 外部行政。产生于行政机关与其不具有法律上从属关系的行政相对人之间的行为,即外部行政。也就是说,在外部行政中,行政机关的另一方当事人与行政机关之间没有法律上的从属关系,如公安机关依照公民甲的申请向其颁发出国护照、工商行政管理机关对销售假冒伪劣产品的公民乙作出没收其违法所得的行政处罚决定等。外部行政是行政法上“行政”的核心内容,整个行政法体系都是基于这个核心而展开的。从属于行政机关的国家公务员不以国家公务员身份与行政机关发生行政法律关系,行政机关为此作出的“行政行为”也是“外部行政”,此时,该国家公务员身份是“脱去了制服”的行政相对人。如警察为自己刚刚出生的儿子到自己工作的派出所申报户口,该派出所依其申请为其儿子登记户口。有时,行政机关之间因执行职务需要而实施的委托行为,因它直接涉及行政相对人的合法权益,也属于外部行政。<sup>[13]</sup> 在日本法上,国家或地方自治团体机关相互之间关于权限是否存在或者行使权限引起的争议,可以提起机关诉讼。<sup>[14]</sup> 当然,有的外部行政不属于行政法上的“行政”,<sup>[15]</sup> 如宪法上的“统治行为”,由宪法加以规范,若引起争议,通常由宪法法院审查、裁决。

2. 内部行政。产生于行政机关与其具有法律上从属关系的国家公务员或者上下级行政机关之间的行为,为内部行政。与外部行政相反,在内部行政中,行政机关的另一方当事人与行政机关之间有法律上的从属关系或者上下级关系,如行政机关任命本机关某公务员为法制处处长等。原则上,这种行政不属于行政法调整的范围。但是,譬如政府的“会议纪要”、“抄告单”等产生了对外法律效果时,即对不具有从属关系的行政相对人权益产生影响的都应当划入外部行政。如在吉德仁等四人不服盐城市人民政府行政决定案中,法院认为:

“《会议纪要》虽然形式上是发给下级政府及所属各部门的,但从该《会议纪要》的内容上看,它对城市公交的营运范围进行了界定,并明确在界定的范围内继续免交交通规费,而且该行为已实际导致城区交通局对公交公司的管理行为的中止,所以该《会议纪要》是一种

---

[13] 《行政许可法》第24条:“行政机关在其法定职权范围内,依照法律、法规、规章的规定,可以委托其他行政机关实施行政许可。委托机关应当将受委托行政机关和受委托实施行政许可的内容予以公告。”

[14] 日本《行政事件诉讼法》第6条。

[15] 《宪法》第92条规定:“国务院对全国人民代表大会负责并报告工作;在全国人民代表大会闭会期间,对全国人民代表大会常务委员会负责并报告工作。”

行政决定行为,有具体的执行内容,是可诉的具体行政行为。”〔16〕

在中国台湾地区的“行政法”上,如果行政机关的决定改变了国家公务员的法律地位时,如开除、辞退等,也要受到行政法的调整,公务员对此类的决定可以提起行政救济。〔17〕从发展趋势看,内部行政不受行政法控制的范围将越来越小。

**小结:**外部行政是行政法上的“行政”,是行政法所规范的范围。内部行政不属于行政法所规范的范围。但是,基于确保外部行政的合法性考虑,行政机关组织、国家公务员等制度也是行政法所规范的范围。〔18〕

## 二、难以定义的行政

### (一) 行政的由来

在中外历史上,国家最初都是由“一权独大”的君(皇)权统辖。“普天之下,莫非王土,率土之滨,莫非王臣。”〔19〕在历史上某一个阶段中,先是司法权后是立法权从君(皇)权或者国家权力中分离出来,剩余下来的权力便是行政权。关于行政的由来,从历史过程的视角看,情况大致如此。

国家权力依照其性质可以分为立法权、行政权和司法权,这是近、现代宪政的基本观念。在宪政体制的架构中,行政是一项极其重要的国家行为,尤其是在现代社会中,行政已经代替了立法成为国家权力的中心,几乎可以成为国家的代名词——行政控制了每一个人从摇篮到坟墓的全过程。

国家的存续需要正常的社会秩序,社会秩序来源于国家权力的作用,无论是独裁专制政体还是民主法治国家都无一例外。行政权是维持社会秩序的国家权力之一,且是最为重要的国家权力。总体而言,在世界范围内行政经历了由专制向民主发展的一个历史过程,这个过程大致与市场经济体制建立、发展和完善的过程相当。比如,德国的行政经历了“专制行政”〔20〕到“自由法治国行政”,再到20世纪之后“社会法治国行政”的过程。中国法上的行政是由1912年《中华民国临时约

〔16〕 江苏省高级人民法院《行政判决书》([2003]苏行终字第025号)。又在建明食品公司诉泗洪县政府检疫行政命令纠纷案中,法院认为:“审查行政机关内部上级对下级作出的指示是否属于人民法院行政诉讼受案范围内的可诉行政行为,应当从指示内容是否对公民、法人或者其他组织权利义务产生了实际影响着手。在行政管理过程中,上级以行政命令形式对下级作出的指示,如果产生了直接的、外部的法律效果,当事人不服提起行政诉讼的,人民法院应当受理。”《最高人民法院公报》2006年第1期;延安宏盛建筑工程有限责任公司诉陕西省延安市安全生产监督管理局生产责任事故批复案,载《中国行政审判指导案例》(第1卷)第1号案例,中国法制出版社2010年版,第1页以下。

〔17〕 参见中国台湾地区“司法院”大法官释字第243号。

〔18〕 在日本行政法上,这部分内容被当作“行政手段论”来处理的。〔日〕盐野宏:《行政组织法》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第2页。

〔19〕 《诗经·小雅·北山》。

〔20〕 德国在“专制行政”下有所谓“福利国家”崇尚的理念。中国在1912年之前的历史中是否也存在这种理念,可以作进一步论证。

法》所确立的,之前没有所谓的“行政”,虽然古典文献里面并不缺少“行政”二字。中国行政法是在《中华民国临时约法》的基础上,师承由日本转接来的德国行政法逐步发展起来的。<sup>[21]</sup>

行政的逻辑起点与终极目的在于实现公共利益;即使基于“保护公民、法人或者其他合法权益”的原则而作出的个案处理,也需要充分考虑私人利益与公共利益之间的某种平衡关系。当然,行政的公益性并不是否定私人利益的理由;相反,行政承担着实现私人利益的任务——“国家尊重和保障人权”。孙中山先生的“天下为公”正确地诠释了现代行政的全部内涵。即行政“在追求公共利益的同时,必须注意个人利益,有时甚至实现个人利益本身就是公共任务(如社会救济)”<sup>[22]</sup>。如果行政因为只顾及公共利益而对私人利益产生了损害或者损失的,对此国家需要承担赔偿责任或者补偿的法律责任。

## (二) 行政的含义

在西文中,“administration”有“管理”、“经营”等含义。在讨论与行政法有关的问题时,我们将其译为“行政”。在汉语中,“行”,意为“实行”、“施行”,如所谓“令行禁止”;“政”,意为“权力”或外化为一种“命令”的权力,如“于是帝尧乃求人,更得舜。舜登用,摄行天子之政”<sup>[23]</sup>。所以,汉语中的“行政”均与国家权力或者事务有关。不过,宪政体制下基于分权理论而产生的“行政”,在中国古代法律制度上并不存在,在此明示。

关于行政,在行政法的学术史上至少有以下几种定义:(1)消极说。即行政是除了立法、司法以外的国家活动。(2)积极说。即行政在法之下,以实现国家目的为目标,而为整体上具有统一性的、连续的形成性的国家活动。(3)综合说。即在上述两种观点的基础上,对行政作综合性定义。(4)特征描述说。即从功能、组织、行为方式等方面对行政作描述。<sup>[24]</sup>上述几种学说先后出现在行政法发展的某一个历史过程中,它们与当时的政治、经济和文化条件相关联,所以它们各自有存在的合理性。“对于行政的界定,乃至对于行政法的研究,除应参酌上述各说之外,更应关注行政的环境变迁以及行政任务、组织、行为程序、救济、赔偿、补偿等相关面向的变革。总之,行政并非仅是单纯的执行法律,更应包含政策拟定与决定的

[21] 进一步阅读陈新民:“行政法学的拓荒者——中国早年的行政法教科书”,载其著:《公法学札记》(增订新版),法律出版社2010年版,第209页以下。

[22] [德]毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第7页。

[23] 参见范忠信:“中国传统行政法制文化研究导论”,载《河南省政法管理干部学院学报》2008年第2期。

[24] 参见翁岳生:“行政的概念与种类”,载翁岳生编:《行政法》(上),元照出版有限公司2006年版,第2-7页;[日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第2-5页。

成分,以及变迁中的周边条件。”<sup>[25]</sup>据此,本书采用特征描述说。<sup>[26]</sup>

在约定俗成的汉语意义上,行政一般都是指与公众相关的事务,尤其与行政机关所从事的公共事务有关。非行政机关组织中有诸如“行政科”、“行政处”等部门,它们从事该组织后勤护卫、福利保障等事务,与这里所说的“行政”毫不关联。

### (三) 不断变动中的行政

行政是一个动态、开放的概念,是一个在内容上可增可减的具有双向流变功能的概念。促使行政内容不能恒定的主要因素是一国内外政治、经济与社会发展引起的变化,所以,我们需要在历史和社会发展过程中考察行政,才能把握行政的全部内容。比如,中国1979年之前因闭关自守搞社会主义革命和建设,没有所谓“中外合资企业”的经营活动,直到1980年《中外合资经营企业法》实施之后,工商行政管理中才增加了管理“中外合资企业”生产经营活动的行政内容。又如,在迟至1978年农业经济占主导地位的计划经济年代中,中国一直没有作为基本国策的“环境保护”,也没有“环境行政”。<sup>[27]</sup>但自20世纪70年代末以来的工业化过程中,因环境保护的需要,1979年国家制定了《环境保护法(试行)》,各级政府设立了环境保护行政主管部门。再如,自20世纪90年代以来,因“违反法定程序”被《行政诉讼法》明文规定为撤销被诉行政行为要件之一,程序开始成为行政中不可缺少的内容之一。<sup>[28]</sup>

行政是一种面向未来的、有延续性的形成社会的过程,在这个过程中,它的功能也一直在不断地嬗变。传统行政中的某些功能在现代社会中需要作适当的剥离,才能适应社会发展的需要。这种现象在中国当下转型期特别明显。如《行政许可法》第28条规定:“对直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的设备、设施、产品、物品的检验、检测、检疫,除法律、行政法规规定由行政机关实施的外,应当逐步由符合法定条件的专业技术组织实施。专业技术组织及其有关人员对所实施的检验、检测、检疫结论承担法律责任。”根据这一规定,在行政许可中行政机关不再直接实施“检验、检测、检疫”,而是应当通过法律组织、设立“专业技术组织及其有关人员”,并监督这些“专业技术组织及其有关人员”的“检验、检测、检疫”活动。又如,让企业、事业单位的保安人员分担部分行政维护社会治安的职能,行政则对保安公司的活动进行法律监管;在食品、药品、环保等风险领域,行政依法组织、建立由企业参与的各种专业委员会,共同承担可能产生的各种管制风险的法律责任等。这种行政权行使向社会分离的现象表明了行政的功能也在不断地变动。

[25] 翁岳生:“行政的概念与种类”,载翁岳生编:《行政法》(上),元照出版有限公司2006年版,第9页。

[26] 德国行政法学家福尔斯特霍夫说:“行政只能描述,而不能界定。”[德]毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第6页。

[27] 1978年《宪法》第11条第3款规定:“国家保护环境和自然资源,防治污染和其他公害。”1982年《宪法》第26条规定:“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害。”

[28] 参见《行政诉讼法》第54条。



### 三、可以描述的行政

#### (一) 行政成为国家活动的中心: 行政国家

在“管得最少的政府就是最好的政府”的年代里,国家权力的中心是集中民意的代议制机关。美国宪法中使用执行权(executive power)而不是行政权(administrative power)来指称“行政”,多少也可以说明在那个时代行政对立法从属性的。但20世纪之后,“一个持续的危险是当代政府对议会的严格控制”。<sup>[29]</sup>这意味着以代议制机关为国家权力中心的立法国家时代宣告结束,行政国家随即到来——行政成为国家权力的中心。

在行政国家中,国家权力的中心是行政,虽然立法、司法有制约行政的功能或使命,但它们经常要服从行政的需要。“‘排除危险’仍然是国家的法定的和不可变更的任务,但该任务通过社会、经济、文化等领域的供应、给付和补贴等任务而得到补充。急剧扩张和膨胀的行政使人们认为,当代的国家是‘行政国家’。从行政的扩张及行政机构的膨胀来看,这种看法是正确的。”<sup>[30]</sup>行政从过去较为单一的执行代议制机关的意志(法律),到开始以积极的、主动的姿态全方位地介入各个社会领域,逐渐形成了一个以行政为中心的国家,而立法、司法却成了国家政治、经济生活中的配角。20世纪以后世界范围内绝大多数国家的权力状态基本如此。

中国并没有如同西方国家那样有一个国家中心从立法到行政的变迁过程。自秦以降而形成的中央集权政体,到1912年之前的2000余年中根本就没有所谓的“分权”,国家权力的中心是皇权一枝独大。虽然相权和皇权之间存在某种制约的功能,但是它不是现代法意义上的权力分立。在后来中华民国年间,虽然多部宪法都在“人民主权”原则下规定了立法为国家权力的中心,但它与现实之间的脱节也是客观事实。1949年之后,无论是传统的社会主义计划经济还是后来的社会主义市场经济,行政集权一直是中国政治的特色,这种特色至今仍未褪去。在没有自由主义传统的中国,这种以行政为中心的集权体制形成基本上没有遇到来自社会方面的阻力;在“富国强民”的意识形态支配下,行政集权体制更是获得了不可质疑的正当性。毫无疑问,当下的中国是一个高度行政集权的行政国家。

#### (二) 行政的多元性: 执行兼及立法、司法

在传统的宪政理论框架下,人民的意志通过代议制机关预定的法律程序形成法律,行政是法律的执行者,司法是法律争议的中立裁判者。但是到了现代社会,这种宪政理论框架发生了现实危机:代议制机关和司法机关对原本属于自己职责范围内的许多事务感到力不从心,如对具有高度专业性的行政事务,代议制机关难以制定出行之有效的法律,司法也难以作出准确、合理的判断,等等。于是,这种行政事务的处理权逐步转向行政,或者是由行政机关制定具有普遍约束力的处理规

[29] [英]韦德:《行政法》,徐炳译,中国大百科全书出版社1997年版,第7页。

[30] [德]毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第17页。

则,或者是由行政机关作出裁判。由此,现代行政在内容上除了保留传统上的执行性行政——就个别事件作出处理决定——之外,又兼及立法和司法,即行政机关可以如同立法机关那样制定面向未来统一实施的法规范,如司法机关那样针对过去已发生的个案,在当事人之间作出具有法约束力的裁决。

在《宪法》中,行政除了执行外也还有立法的内容,<sup>[31]</sup>全国人大常委会还多次将部分立法权授予国务院,立法性行政具有宪法依据。<sup>[32]</sup>《宪法》中没有司法的概念,而是用“审判”、“检察”来指代如西方国家宪法中的“司法”内容。如果我们不承认“检察”是一种行政权的话,那么《宪法》中的行政的确没有任何“审判”、“检察”的内容。但是,这并不影响全国人大及其常委会将某些类似的或者具有“审判”功能的权力授予行政机关。<sup>[33]</sup>所以,行政机关拥有的司法性行政也是有法律依据的。需要关注的问题是,面对行政的多元性与行政执行性之间的紧张关系,我们需要相关法律制度予以缓解:立法性行政需要导入公众参与等制度,使得立法性行政——制定行政法规和行政规章等——获得民意基础;司法性行政需要导入防止偏见、听取意见等制度,使得司法性行政具有相对中立的地位,确保行政机关作出公正的裁决。

### (三) 行政的形成性:社会秩序的整合

社会由个人组合而成。所谓社会秩序,本质上是个人之间关系的总和。人追求利益的利己本性,决定了社会秩序不稳定是一种常态。行政作为一种国家权力的基本职责是整合社会秩序,使紊乱的社会秩序得以恢复。这里的“整合”不仅仅在于行政要修复已经失衡的社会秩序,更是要有目的地形成、塑造一种有利于个人全面发展的社会秩序。除了依法行政之外,行政还需要关注公共政策的实现,因为单纯以法规范为导向的行政,可能会导致行政脱离社会需求,难以达成行政目的。公共政策具有面向未来的功能,可以引导行政适应社会的变迁,也可以有目的地推动社会的发展。

个人之间、个人与国家之间的利益冲突是社会秩序不稳定的根源,行政要采取各种适当的法律手段来消解这些不稳定的根源。比如,相邻关系的一方违法建造房屋,另一方因相邻权受到侵害指责一方违法建房,从而引起相邻关系的冲突。行政机关对违法建造房屋方作出限期拆除的行政决定,旨在该相邻关系恢复到正常状态。又如企业违法向河道排放未经处理的不符合国家标准的污水,严重污染了

[31] 参见《宪法》第89条第1项。

[32] 1983年全国人大常委会《关于授权国务院对职工退休退体办法进行部分修改和补充的规定》;1984年全国人大常委会《关于授权国务院改革工商税制和发布有关税收条例(草案)的决定》;1985年全国人大常委会《关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行的规定或者条例的决定》。

[33] 《专利法》第57条规定:“取得实施强制许可的单位或者个人应当付给专利权人合理的使用费,或者依照中华人民共和国参加的有关国际条约的规定处理使用费问题。付给使用费的,其数额由双方协商;双方不能达成协议的,由国务院专利行政部门裁决。”

城市饮用水的水源,行政机关作出责令限期治理的决定,旨在恢复城市饮用水取水的安全性。同时,行政还是一种面向未来的国家活动,具有明确的目的性。比如,行政机关在“春运”期间整顿客运秩序,铁路公安机关打击倒卖火车票等,旨在形成一种良好的“春运”秩序,保障乘客的合法权益。无论如何,社会秩序的稳定总是行政最优先考虑的目标,行政将实现社会秩序正常化当作它的首要任务。

在传统行政法上,行政的形成性主要是通过强制的方式来实现的。但在现代行政法上,行政的形成性又增加了一种与行政相对人“合意”的方式,且这种方式在现代行政法上的地位越来越重要。法律对于行政的形成性依据也不再“斤斤计较”,广泛的裁量权被授予了行政机关,行政机关获得了行政形成社会的相当空间。在这里,“法律希望(如有可能)对司法中合乎法律的裁决作出明确的规定,却尽可能有意地给行政留出自由选择的余地,使行政在其中可进行合目的性的行为。”<sup>[34]</sup>

#### (四) 行政强制性的弱化:沟通协商

作为国家权力之一的行政具有强制性。<sup>[35]</sup>“命令一服从”的传统行政模式,隐含着行政借助国家强制力,迫使个人履行行政依法所设定的义务。在我国,当法律尚未完全褪去“阶级斗争工具”的印痕时,行政法律关系上的“不对等性”就是行政强制性的鲜明特征。<sup>[36]</sup>比如,在发达的治安管理处罚制度下,(公安)行政几乎成了行政“强制性”的同义词。20世纪90年代之后,因民主宪政观念的不断扩散,个人在行政法上的主体性地位得到了国家的承认。1996年《行政处罚法》首次规定了听证制度,为个人可以站着和国家行政对话提供了法律保障,行政机关也懂得了与个人商量着办事的重要意义。“沟通协商”制度通过行政程序这一载体进入了行政过程,将原有行政的强制性渐渐削弱,去“不对等性”成了传统行政法转向现代行政法的一个重要标志。当然,去“不对等性”并不否定行政决定的单方性,行政机关保护个人权利的任务通常是由行政决定的这种单方性来完成的。

在现代社会中,国家与个人之间利益对立的格局是客观存在的,也是不可避免的,双方激烈的对抗也时有发生,如因国家建设需要对农村集体土地实施征收、城市房屋拆迁而爆发出来的官民冲突事件这几年并不少见。但是,无论是国家还是个人都能够在不同程度上获得一种共识:利益的互相依赖决定了合作是各自利益最大化的最好选择。为了合作,国家与个人之间就必须沟通、协商。在行政法

[34] [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。

[35] 在大陆法系行政法学上有所谓的“高权行政”,它与行政相对人之间构建了一个具有强制性的命令与服从关系。但是,“今日之高权行政,已不再重视行政单方设定人民权利义务之权威。公行政虽根据公法而行动,但抛弃威权之命令与强制时,亦属高权行政。惟学说称之为‘单纯之高权行政’,以与传统之‘威权行政’相区别。”陈敏:《行政法总论》(第7版),新学林出版有限公司2011年版,第16页。

[36] 参见罗豪才主编:《行政法学》(高等学校法学试用教材),中国政法大学出版社1989年版,第15页以下。

上,“合作国家”的概念也应运而生。<sup>[37]</sup>在“合作国家”的概念框架下,知识、信息的大致相当,是国家与个人之间能够沟通、协商的前提。但是,由于行政专业化导致国家与个人之间在知识、信息上的不对称性,双方之间的沟通、协商经常也会发生梗塞。如2009年在上海磁悬浮项目规划过程中,依照专业测评,22.5米的距离足可以让磁悬浮的辐射对人体无害,但沿线居民仍然以“散步”方法表示反对。某些行政上的专业性所带来的沟通、协商上的障碍,有必要通过信息公开、第三部门参与和专家委员会独立性的专业解释等方法加以化解。

#### (五) 行政主动性的强化:生存照顾

干预是行政的传统本质,它旨在维持一个稳定的社会秩序。在近代社会中,行政的干预主要是为个人有一个公平竞争的机会,至于个人在竞争中是胜或败,则与行政无关。这是一种与自由市场经济发展相适应的行政模式。但是到了20世纪之后,西方国家的行政开始担当起对个人“生存照顾”的服务行政之职责,<sup>[38]</sup>行政发展出了有关福利给付的内容。“一旦行政部门受福利国家立法者的要求而承担进行计划和政治导控的任务,古典意义上的法规就不足以为行政部门的实践提供规划了。古典的干预性行政的特点是反应性的、两极性的和选择性的;在这种政府行政之外,出现了具有完全不同实践方式的计划性的、服务性的政府行政。现代的服务性行政设施、制订计划和预防风险,也就是说承担广义的政治导控任务。”<sup>[39]</sup>20世纪中叶以来,福利、环保、资讯与高科技等社会发展要素,使得行政的内涵也发生了重大变化。

中国行政没有上述这样的一个历史发展过程。在计划经济年代中,在生存照顾方面行政的职责主要惠及城市居民。在“充分就业”政策下建立起来的“单位”福利制的基础上,行政包揽了“单位人”的生老病死。同时,行政也兼及农村中的“五保户”养老、“合作医疗”以及因公伤亡的农村居民及其家属的生活困难补助等,其他农村居民的生老病死则不在当时行政的生存照顾范围之内。20世纪90年代以来因市场经济竞争出现了大量的“失败者”和贫富差距现象,风险社会也给个人带来许多不确定的伤害,这些事实都在客观上要求行政扩大生存照顾对象的范围。1999年国务院《城市居民最低生活保障条例》公布实施回应了上述部分的需求。以关注民生推进公平、正义的2007年国务院《政府工作报告》,标志着中国政府的行政中新添了“生存照顾”与“提供发展机会”的两项内容。《宪法》第45条关于公民“物质帮助权”的规定获得了国家实质性的重视,明确把它纳入了行政的内容。当下的社会保障、公共教育和公共医疗卫生是行政“生存照顾”的主要

[37] 张桐锐:“合作国家”,载《当代公法新论——翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集》(中),元照出版有限公司2002年版,第549页以下。

[38] 进一步阅读陈新民:“‘服务行政’及‘生存照顾’的原始概念——谈福斯多夫的‘当作服务主体的行政’”,载其著《公法学札记》(增订新版),法律出版社2010年版,第39页以下。

[39] [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,三联书店2003年版,第553页。

内容。

#### (六) 行政的公益性: 公共利益

行政向人民代表大会负责,更要向人民负责,因此,公共利益构成了行政目的的核心。“立法创制法律,司法和行政则以不同方式遵守法律。在法律限定的范围内,司法所实现的是争议中的法律,行政实现的则是公共利益。”<sup>[40]</sup>公共利益是一个不确定概念,抽象的、具有普适性的判断标准或许并不存在。一般情况下,公共利益的内容可以在个案中予以界定,当然,我们也不排除立法机关在某些立法中在设置兜底条款前提下作若干例示性的规定。<sup>[41]</sup>在具有成文法传统的中国,它是有法律意义的。

从事行政的国家公务员因有共同的利益而结成一个利益集团,当然,这种利益集团并不需要具体的组织形式。在行政过程中,这个利益集团可能会利用行政权为自己谋取利益,或者在追求公共利益过程中顺便搭上本集团的利益。如在公务员集中居住的生活小区附近,利用职权规划建设优质教育设施和便捷的市政公共交通网络等。这种谋利行为和行政的公益性之间是有冲突的,它需要通过政府信息公开、公众参与等制度加以化解。

行政对公共利益的追求,并不意味着行政可以随意否定公民的正当利益需要,或者要求公民无条件地服从公共利益的需要;相反,行政在追求公共利益的同时,必须关注公民利益量的增长和质的提升,以回应“尊重和保障人权”这一宪法条款的要求。公民利益的范围是行政追求公共利益时不可逾越的边界。公共利益有时是全体公民的利益,有时是部分公民的利益,甚至还可以是特定公民的利益,如由警车引导运送危重病人的救护车为其提供快速道路的通行。公民固然应当服从公共利益的需要,但公民利益因服从而受到损害的,必须以国家合理补偿为前提。它们两者之间构成一种“唇齿”关系。

#### (七) 行政的多样性: 应对复杂的现代社会

不同于刑法、民法,我们至今还不能制定一部统一的“行政法”,主要原因是行政的多样性难以用一部法律加以调整。在行政统管一个人从摇篮到坟墓全过程的现代社会中,行政已经渗透到了社会的每个角落。科学技术中知识的“不确定性”给人们的生活带来了风险,如药品、食品的安全等,需要行政发展出多样性方式以应对这种风险。所谓“风险”,即未来发生某种对人、社会或者自然环境不安全事件的可能性或者盖然性。若行政等到风险成为客观事实之后再出面补救,社会不可避免要为此支付沉重的代价,因此,行政需要采用多种手段进行事先预防。在全球化时代的当下,行政限于国内事务的时代已经一去不复返了,面对复杂的国际社会事务,行政还需要具有国际视野并能够迅速作出有效的决断。

行政的多样性需要国家依照类别设置相应的行政机关,这在客观上造成了行

[40] [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。

[41] 参见《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条。

政部门“杂乱无章”的外观。初识行政体系的人,面对名目繁多的行政机关可能会不知所措。在没有比较完备的行政组织法体系的中国,即使是行政机关体制内的人,有时也不太能够正确地对林林总总的行政机关作分门别类。

从原理上说,行政的多样性不能否定行政的整体性,在“行政一体化”的原则下各行政机关之间应当精诚合作,行政机关上下级之间监督与服从,同级行政机关之间协力配合,所有的行政机关都必须在国家确定的一个总体目标下活动,以实现国家总体的行政任务。对于如中国这样的大国,在坚持行政统一性原则下也要容许行政的多样性,以适应地区差异性的需要。如过分强调行政统一性,可能会导致行政僵直,尤其是地方行政可能会出现“死水微澜”的现象。

#### (八) 行政的科技性:行政手段的科技化

随着现代科学技术的发达,行政手段的科技化也应运而生。<sup>[42]</sup>科技发展给人类社会带来了巨大的财富与进步,也同时带来了许多负面效果;这些负面效果有的甚至影响到了人类社会的正常发展。因此,科技的安全性和伦理性日益受到人们的关切,前者如高速铁路、民航客运和移动手机等,后者如“克隆人”与“安乐死”以及人体器官的出售与移植等。行政需要采用与科技发展相适应的手段,解决科技的安全性和伦理性所带来的各种问题,保护人类免受科技发展所带来的伤害。

在“信息就是力量”的现代社会中,互联网的发达和政府信息公开使得个人可以便捷地获得其所需要的信息,从而决定自己行动内容与方式。电子政务是行政手段科技化的基本趋势之一,国家相关的立法也随之而出,如《电子签名法》、《电子认证服务管理办法》等,《行政许可法》也规定了有关“电子政务”的问题。<sup>[43]</sup>为此,只有行政方式的改变,才能适应个人与社会的发展需要。如在北京希优照明设备有限公司不服上海市商务委员会行政决策案中,法院认为:

“本案系电子政务引发的新类型案件,原、被告双方对被诉具体行政行为是否符合法定程序的争议,实质上是基于对传统与现代政府行政方式的不同认识。当今社会信息技术高速发展,电子政务的出现是信息技术影响政府行政方式的结果。电子政务,可以理解为现代政府行政的新方式,这种通过应用信息技术的方式有利于改善公共服务,增强公共参与、政务公开和民主程度,促进政府办公自动化、电子化、网络化和信息资源的全面共享,有利于提高公共管理效率、公共决策科学性。电子政务有别于传统行政方式的最大特点,在于行政方式的无纸化、信息传递的网络化、行政法律关系的虚拟化等。”<sup>[44]</sup>

[42] 如有的地方交通运输行政管理部门采用道路运输车辆卫星定位监管系统实施监管。参见广东省交通运输厅《关于道路运输车辆卫星定位监控平台应用管理办法》(粤交运[2010]1794号)。

[43] 《行政许可法》第33条规定:“行政机关应当建立和完善有关制度,推行电子政务,在行政机关的网站上公布行政许可事项,方便申请人采取数据电文等方式提出行政许可申请;应当与其他行政机关共享有关行政许可信息,提高办事效率。”

[44] 《最高人民法院公报》2011年第7期。

## 四、行政分类

### (一) 干预行政

干预行政是行政机关通过限制甚至剥夺行政相对人权益的方式来达到维护社会秩序,实现行政任务目的的一种行政行为。干预行政通常发生在两种情形下:(1)对可能发生危险的预防、控制,如行政许可、行政强制措施等;(2)对已经发生的违法行为作出处置,如行政处罚、责令改正等。

干预行政是传统行政法上的核心概念。它在德国行政法学上被称为“管制行政”,<sup>[45]</sup>在日本行政法学上被称为“规制行政”,<sup>[46]</sup>在中国台湾地区行政法学上,把具有强烈的命令、禁止、干涉、取缔及强制色彩的行政手段,称为干预行政。<sup>[47]</sup>干预行政的功能在于排除危害,消除混乱以维护正常的公共秩序。“不利行政”并不完全等同于干预行政,因为在与之相对应的“有利行政”中也有干预行政的内容,如强制治疗、强制戒毒等。由于干预行政具有十分明显的“侵害”性,因此,它必须严格遵循依法行政原理以及其所支配的基本原则。

干预行政具有强烈的“工具”性质,历来为国家所高度重视并广泛运用。中国计划经济时代以“不服从者不得食”作为处理国家和个人之间关系的原则,如果说存在着所谓“行政”的话,那么它的核心内容是干预,而不是给付。比如,当时虽然个人每月可以从国家那里领取各种用于购买生活必需品的票证,但个人获取这些票证的请求权是没有法律保障的;政府如同父母一样,强制性地“照顾”着个人的生活,甚至决定个人的穿着、发式,且个人对这种干预行政没有法律上的救济权。

干预行政对于个人来说最大的影响是他的合法权益受到限制或者剥夺,因此,它需要明确的法律依据,否则行政机关不得实施。比如,在2003年SARS蔓延期间,一些地方政府对居民小区采取隔离和暂停文化娱乐场所经营活动等措施,在学界就发生过有关其合法性的争议。<sup>[48]</sup>在法治行政理念下,对于个人做出的即使是一般人可能都不能理解的言行,只要没有越出公序良俗的范围,国家仍然没有理由对其进行干预。如北京市石景山区金顶街二中教师王文隆向公安机关申请改名为“奥古辜耶”,公安机关根据公安部三局《关于执行户口登记条例的初步意见》第9条的规定,不同意他改名,于是他向法院提起行政诉讼。在诉讼过程中被告认识到自己拒绝原告的申请于法无据,便同意其改名的申请。<sup>[49]</sup>对干预行政作这样的限制,其法效果是保护了个人的自由。

当干预行政可能难以实现行政的目的时,“转换”行政的方式可能是一种比较

[45] Eberhard Schmidt - Aßmann:《行政法总论作为秩序理念——行政法体系建构的基础与任务》,林明锵等译,元照出版有限公司2009年版,第182页。

[46] [日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第6页。

[47] 李震山:《行政法导论》(修订7版),三民书局2007年版,第5页以下。

[48] 朱芒:《功能视角中的行政法》,北京大学出版社2004年版,第188页以下。

[49] 北京市石景山区人民法院《行政判决书》([2002]石行初字第15号)。

策略性的选择。如在国家废除机动车报废年限规定之后,为了保证车辆的安全性能,通过缩短年检的年限,提高车辆使用成本,促使车辆所有人及时更新车辆,旨在达到原有规定报废年限的目的。这种行政方式的“转换”,在相当程度上也减轻个人与国家之间的对抗情绪。中国自20世纪80年代以来的行政审批制度改革,试图放松政府对个人与社会的高度监管,以期释放个人创造社会财富的动力。需要叙明的是,这里的“放松监管”所面向的是原有计划经济体制遗留下的压制,与西方国家的自20世纪中叶以来“规制缓和”改革的价值取向并不相同,后者是政府对自由市场经济过度干预而引发的一种反思与改革。

## (二) 给付行政

给付行政是行政机关通过给予行政相对人利益的方式来实现行政任务的一种行政行为。<sup>[50]</sup> 第二次世界大战之后,照顾个人的生存,提携个人的发展成为西方国家基本职责之一,给付行政由此获得了发展的空间。给付行政因为涉及国家财政的支出,因此它的关注点主要是给付的公平性。在社会行政法相对成熟的德国,据日本学者分析,在现代行政法上,公物法与社会法(社会保障、社会救助、社会福利)、资助法(补贴)共同构成了给付行政的三驾马车。给付行政被分为设施行政、社会行政和资助行政。<sup>[51]</sup>

在中国,给付行政有两个面向:(1)针对特定人的经济资助。特定人因经济等的原因发生了生存或者发展的困难时,国家就负有给付的义务,如给大学毕业生发放“创业基金”,对符合法定条件的个人发放最低生活保障费和提供社会养老保险,<sup>[52]</sup>对残疾人参加职业技能培训按规定给予学费补贴<sup>[53]</sup>,等等。这种给付经常会附带某些条件,行政相对人不具备条件的,就不能获得经济资助。通常情况下,由于受资助的人是弱势群体,处于社会的边缘,在人性上多具有脆弱、逃避等不良特征,所以对其实施给付行政时,必须充分尊重他们的人格,对其隐私必须严格加以保护。(2)为不特定公众提供公共设施,提供公共信息,如举办公立学校、公共图书馆、供水、电等“普遍而稳定提供”。<sup>[54]</sup> 它的目的是改善人民的物质和精神生活。与(1)有所不同的是,此种给付需要受益人支付价格,它更多是通过私法方式来实现给付。但是,“把公行政任务以私法方式来达立即遭到一个危险:经济的原

[50] 当给付行政作为一种行政目的理解时,它是与“秩序行政”相对应的一个概念。

[51] [日]大桥洋一:《行政法学的结构性变革》,吕艳滨译,中国人民大学出版社2008年版,第192页。

[52] 浙江省嘉兴市在2007年10月1日正式实施《嘉兴市城乡居民社会养老保险暂行办法》(嘉政发[2007]第71号)。该办法规定,凡是嘉兴市行政区域内,年满16周岁至60周岁,符合参加职工基本养老保险或现有各类社会养老保障对象之外的城乡居民,都可以参加城乡居民社会养老保险,当地财政对参保者实行补贴。

[53] 吴建敏诉北京市朝阳区残疾人联合会要求报销培训学费案,载《中国行政审判案例》(第2卷)第41号案例,中国法制出版社2011年版,第5页以下。

[54] 中国台湾地区“司法院”大法官释字第428号。



则(营利目的)会优先于行政任务之考虑。”<sup>[55]</sup>此种危险,我们不可不察。

如果说干预行政仅仅限于公法法域的话,那么,在给付行政中有大量的私法规范被广泛适用。不过,因给付行政具有“父爱主义”的思想,有时给付行政对行政相对人也有干预的法效果,比如,对精神病患者的强制治疗,对适龄儿童强制实施义务教育,为行政相对人提供经济适用住房,但附有不得出租的条件等。在现代行政法上,给付行政的发展与发达,使得行政法原有的某些原理可能需要修正或者重写,现代行政法的重心也不再是一个限于干预行政而展开的体系,围绕着干预行政而设立的制度。

### (三) 规划行政

规划行政是行政机关基于行政法的任务而面向未来作出预先安排的一种行政行为。规划行政的核心是行政机关在法律框架内,为了完成行政任务而作出的政策性判断,具有强烈的合目的性导向。<sup>[56]</sup>规划行政所指对象具有较大的时空跨越性,<sup>[57]</sup>范围不确定性,所以,规划行政有“立法”的某些特征。在充满社会发展的不确定性和自然资源匮乏性的现代社会中,规划行政的重要性也日益突出,使之成为独立于干预行政、给付行政的一种行政类型。规划行政如城市规划、土地利用规划等有一种法拘束效果,但是这种法拘束效果对于特定人来说并不是当即发生的,因此它不是行政决定。从逻辑上说,将规划行政与干预行政、给付行政相提并论可能并不妥当,因为规划行政本身内容是相当复杂的,在功能上它具有干预、给付性质混合之特点。所以,从这个角度将它分为第三类行政也是合适的。

与土地等不动产有关的规划是规划行政中最为重要的内容。它与个人的利益关系的密切性,有时涉及财产权、生存权的保障问题。<sup>[58]</sup>如土地利用规划中,将集体土地规划为工业建设用地,对该土地有使用权的农民的生产、生活将受到重大影响。因这种规划行政形成过程中所涉利益状况复杂,所以,在规划行政作出过程中引入公众参与机制十分必要。<sup>[59]</sup>比如,城市中的旧城改造规划可能涉及原住户向

[55] 陈新民:《公法学札记》(增订新版),法律出版社2010年版,第53页。

[56] “计划行政之实证特征为:计划有展望将来之性格,又每每涉及多数不同之利益,因此很难有实体法层次上之‘正法’来决定其计划决策之正确性及合法性。因此在规范层次上,计划行政之合法性判断往往有‘以程序慎重取代实体合法’之倾向。”中国台湾地区“台北高等行政法院”1998年诉字第1339号判决。

[57] 《城乡规划法》第17条第3款规定:“城市总体规划、镇总体规划的规划期限一般为20年。城市总体规划还应当对城市更长远的发展作出预测性安排。”

[58] 2008年日本最高法院在一个行政案件中认定“土地区划整理事业计划”是行政处分,属于抗告诉讼的对象。这一判例的基本理由是,“土地区划整理事业计划”的决定已经给区域内宅地所有者等私人的法律地位带来变动,如果不让这些私人在此时间点进行争议,那么这些私人很可能因为“事情判决”而丧失获得实效性权利救济的机会。参见王天华:《行政诉讼的构造:日本行政诉讼法研究》,法律出版社2012年版,第48-49页。

[59] 《城乡规划法》第26条规定:“城乡规划报送审批前,组织编制机关应当依法将城乡规划草案予以公告,并采取论证会、听证会或者其他方式征求专家和公众的意见。公告的时间不得少于30日。”