



普通高等教育“十一五”国家级规划教材



应松年 主编

(第三版)

行政法与行政诉讼法

XING ZHENG FA YU XING ZHENG SU SONG FA



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

行政法与行政诉讼法

(第三版)

主 编 应松年

撰稿人

(以撰写章节先后为序)

应松年 何海波 石佑启

吴 平 于泽翰 王 麟

王学辉 闫尔宝 曹 臻

郑春燕 张 红



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 / 应松年主编. —3版. —北京：中国政法大学出版社，2017. 8
ISBN 978-7-5620-7300-0

I. ①行… II. ①应… 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174098号

- 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 720mm×960mm 1/16
印 张 23.25
字 数 430千字
版 次 2017年8月第3版
印 次 2017年8月第1次印刷
印 数 1~4000册
定 价 49.00元

作者简介

应松年 我国著名行政法学家,中国政法大学终身教授、博士生导师,中国行政法学会研究会名誉会长,第九届、第十届全国人大代表,内务司法委员会委员,全国人大法工委行政立法研究组副组长,北京市第十届、第十一届、第十二届、第十三届人大代表、法制委员会副主任,北京市第十四届人大常委会法制建设顾问,享受政府特殊津贴。兼任中国行政法学会研究会名誉会长,国家减灾委员会专家委员会成员,中国法学会学术委员会委员,最高人民法院、最高人民检察院专家咨询委员,北京市、四川省、福建省人民政府法律顾问等。曾两度获北京市优秀教师奖,并获中央国家机关“五一劳动奖章”“百名法学家百场报告会最佳宣讲奖”“2006年度法治人物”,2015年获得中国行政法学会颁布的中国行政法学“终身成就奖”,日本名古屋大学名誉法学博士等。

何海波 1971年生,清华大学法学院教授。主要研究方向为行政法,尤其是行政诉讼法,旁涉宪法和法理。先后就读于北京大学法学院(获法学硕士、博士学位)、英国杜伦大学法律系(获硕士学位),访学于耶鲁大学法学院、哈佛大学法学院。曾任职于浙江省天台县司法局、国家行政学院法学部,2005年调入清华大学至今。出版个人专著数本,发表论文四十余篇,主要有:《司法审查的合法性基础——英国话题》《实质法治——寻求行政判决的合法性》《行政诉讼法》《法学论文写作》。

石佑启 1969年生于湖北省大悟县,法学博士,广东外语外贸大学党委副书记、教授、博士生导师。主要研究方向为行政法与行政诉讼法、公务员法和区域法治问题。出版著作与教材二十余部,发表学术论文一百余篇,主要有:《论公共行政与行政法学范式转换》《私有财产权公法保护研究——宪法与行政法的视角》《论部门行政职权相对集中》。科研成果获得省部级奖励十余项。入选教育部新世纪优秀人才支持计划,入选国家百千万人才工程,被授予“有

突出贡献中青年专家”荣誉称号,享受政府特殊津贴。

吴平 宪法与行政法学博士,中国政法大学法学院行政法学研究所副教授、硕士研究生导师。长期从事行政法与行政诉讼法专业的教学和科研工作。撰写、参与撰写《行政裁决制度研究》《卫生行政法研究》《国家赔偿法教程》《行政法案例研习》《行政程序法教程》《行政法与行政诉讼法》等著作与教材,并发表《建立行政公益诉讼完善行政诉讼制度》《我国公务员权益保障法律制度的评析》《论对行政自由裁量权的程序性控制》《行政许可设定的评价》等论文。承担并参与科技部、水利部、北京市委、教育部“科技资源共享法规政策研究”“水利行政许可听证规定”“北京市依法治市评价指导体系研究”“学校法律制度研究”“中国政府教师管理体制机制转变”等科研项目。

于泽瀚 1988年生,湖南长沙人,中国政法大学宪法学与行政法学硕士,宪法学与行政法学在读博士。在校期间参与多项课题研究。

王麟 1967年生,安徽亳州人,法学博士,西北政法大学副校长、教授、博士生导师。兼任中国行政法学研究会常务理事、中国行为法学会行政执法研究会副会长、陕西省人民政府法律顾问等。研究领域为行政法学,长期从事行政法、行政诉讼法、行政程序法等课程的教学。主编、参编教材十一部,在《法律科学》《法学》《法商研究》等刊物上发表论文三十余篇,先后主持国家社科基金项目及省部级科研项目九项。

王学辉 西南政法大学教授、博士生导师,中国地方法制研究中心主任,重庆市行政程序法研究中心执行主任。社会兼职主要有:中国行政法学研究会常务理事,重庆市行政法学研究会副会长,重庆市首批社科专家库成员,国家社科基金评委,重庆市律师公证员系列评审高评委,最高人民法院行政诉讼专业委员会常任委员,重庆市人大内司委咨询委员,重庆市人民政府立法咨询委员,重庆市高级人民法院特邀咨询专家,重庆市人民政府行政复议委员会委员,《中国当代公法文丛》主编。主要研究方向为行政法与行政诉讼法、中国近代行政法制度。出版学术著作八部,发表学术论文五十多篇。代表性著作有:

《行政程序法精要》《行政权研究》《行政立法成本分析与实证研究》《迈向和谐行政法》。

闫尔宝 1971年生,河北省霸州市人,法学博士,南开大学法学院副教授。中国行政法学研究会理事,天津市人大常委会立法咨询专家,天津市人民政府法律顾问。研究领域为行政法基本原理、行政诉讼原理与实务。出版专著两部(《行政法诚实信用原则研究》《行政行为的性质界定与实务》),参编著作若干,在《中国法学》《政法论坛》《法制与社会发展》《行政法学研究》等刊物上发表论文多篇,主持省部级项目多项。

曹 臻 法学博士后,中国政法大学法治政府研究院副教授、硕士研究生导师,美国大学华盛顿法律学院访问学者。兼任北京市法学会行政法学会理事、中国行政法学研究会会员等。主要研究领域为问责制、责任政府等。著有《行政官员问责的法治化研究》,参与编写教材和专著多部,在《中国行政管理》《中国法律》《国家行政学院学报》《行政法学研究》等刊物上发表论文二十余篇,其中多篇文章被《人民日报内参》《人大复印资料》全文转载。曾主持或参加二十余项国家级、省部级科研课题的研究工作。

郑春燕 浙江大学光华法学院教授、博士生导师,耶鲁大学法学院中国法中心访问学者(2012~2013年),华东政法大学兼职教授。首届之江青年社科学者,浙江省151人才工程第三层次培养人员,第二届全国高校青年教师教学竞赛人文社科组第一名,并获全国五一劳动奖章。近年来的主攻方向为新行政法学,尤其关注现代行政中的裁量规制与合作行政。在《法学研究》《中国法学》上发表作品六篇,在《中外法学》等一级、核心期刊上发表作品数十篇,多次获得省部级奖。主持国家社会科学基金项目、霍英东教育基金会高等院校青年教师基金课题等。

张 红 法学博士,北京师范大学法学院教授(院聘)、副院长。兼任中国行政法学研究会理事,中国行政法学研究会政府规制委员会秘书长。主要研究领域为行政法、行政诉讼法、国家赔偿法、证券规制。出版个人专著《司法

赔偿研究》，在《政法论坛》《行政法学研究》等期刊上发表论文三十余篇。主持国家社科基金、国家自然科学基金、中国法学会、国务院法制办等课题多项。2013年入选北京市高等学校青年英才计划，主持项目“证券行政法问题研究”。

出版说明

中国政法大学出版社是国家教育部主管的、我国高校中唯一的法律专业出版机构。多年来,中国政法大学出版社始终把法学教材建设放在首位,出版了研究生、本科、专科、高职高专、中专等不同层次、多种系列的法学教材,曾多次荣获新闻出版总署“良好出版社”、国家教育部“先进高校出版社”等荣誉称号。

自2007年起,我社有幸承担了教育部普通高等教育“十一五”国家级规划教材的出版任务,本套教材将在今后陆续与读者见面。

本套普通高等教育“十一五”国家级规划教材的出版,凝结了我社20年法学教材的出版经验和众多知名学者的理论成果。在江平、张晋藩、陈光中、应松年等法学界泰斗级教授的鼎力支持下,在许多中青年法学家的积极参与下,我们相信,本套教材一定会给读者带来惊喜。我们的出版思路是坚持教材内容必须与教学大纲紧密结合的原则。各学科以教育部规定的教学大纲为蓝本,紧贴课堂教学实际,力求达到以“基本概念、基本原理、基础知识”为主要内容,并体现最新的学术动向和研究成果。在形式的设置上,坚持形式服务于内容、教材服务于学生的理念。采取灵活多样的体例形式,根据不同学科的特点,通过学习目的与要求、思考题、资料链接、案例精选等多种形式阐释教材内容,争取使教材功能在最大程度上得到优化,便于在校生成掌握理论知识。概括而言,本套教材是中国政法大学出版社多年来对法学教材深入研究与探索的集中体现。

中国政法大学出版社始终秉承锐意进取、勇于实践的精神,积极探索打造精品教材之路,相信倾注全社之力的普通高等教育“十一五”国家级规划教材定能以独具特色的品质满足广大师生的教材需求,成为当代中国法学教材品质保证的指向标。

中国政法大学出版社

2007年7月

第三版说明

《行政法与行政诉讼法(第二版)》由中国政法大学出版社于2011年出版以来,相关法律法规和司法解释发生了一些变动,行政法理论研究也取得了新的进展,为适应行政法理论和实践的最新发展,我们对原书进行了修订。

本次修订遵循以下原则和要求:一是根据新颁行的法律法规和司法解释修改教材中的相应内容,删除其中失效的法律法规及其对应内容;二是体现国内外最新的、已被普遍认同的理论知识,吸纳新的理论研究成果,保持一定的学术前瞻性。

参与本次修订的作者分工具体如下:

应松年:第一章;

何海波:第二、三章;

石佑启:第四、五、六章;

吴平、于泽瀚:第七、十二、十三章;

王麟:第八、十一章;

王学辉:第九、十章;

闫尔宝、曹莹:第十四章;

郑春燕:第十五、十六章;

张红:第十七章。

应松年

2017年仲夏于世纪城春荫园

编写说明

本书是为大学法学本科学生编写的教材,在编写时,我们确定了以下几项目标和要求:

第一,既要注重理论体系的科学性和完整性,力求将本科生应该掌握的有关行政法和行政诉讼法的基本知识阐述清楚,又要充分体现实践发展和理论研究的创新性,使近年来行政法和行政诉讼法领域实务方面取得的进展和理论研究的新成果,在教材的章节安排和具体论述中得到反映。

第二,行政法和行政诉讼法作为应用法学,必须强调理论与实践紧密结合,理论来自于实践。近年来我国行政法和行政诉讼法取得的一些新成果,大都是实践发展的总结和反映,而理论上的进展又反过来推动实践的发展。本书的作者在编写时努力贯彻这一原则。

第三,既要总结和反映我国行政法和行政诉讼法的理论和实践,也要适当介绍国外行政法和行政诉讼法的理论和经验,但在适用国外资料时尽量不作孤立的介绍和叙述,而是注意作比较研究。

第四,在国内学术界有分歧、争议的观点方面,本书尽可能地介绍主流、通说观点,但同时也充分重视和反映不同的观点,务使读者能视野开阔、博采众长。

本书约请了多名分属于南北多所著名高校、活跃于当今行政法学界且已崭露头角的中青年教师撰稿,这是期望本书能适应青年读者思想活跃、寻求知识的特点。

本书各章写作分工如下:

应松年(国家行政学院):第一章;

何海波(清华大学):第二、三章;

石佑启(中南财经政法大学):第四、五、六章;

吴平(中国政法大学):第七、十二、十三章;

王麟(西北政法大学):第八、十一章;

王学辉(西南政法大学):第九、十章;

IV 行政法与行政诉讼法

闫尔宝(南开大学):第十四章;

郑春燕(北京大学):第十五、十六章;

张红(北京师范大学):第十七章。

张红手

2007年仲夏于世纪城春荫园

| 目 录 |

第一编 绪 论

第一章 行政法概述	1
第一节 行政与行政权 /1	
第二节 行政法的概念、内容与特点 /11	
第三节 行政法的渊源 /17	
第四节 行政法律关系 /21	
第五节 行政法的地位与作用 /24	
第二章 行政法学的历史	27
第一节 西方国家行政法学的历史 /27	
第二节 中国现代行政法学的诞生 /31	
第三节 中国当代行政法的发展 /34	
第三章 行政法的原则	39
第一节 行政法原则概论 /39	
第二节 行政法治的基本要求 /40	
第三节 行政法的若干具体原则 /45	

第二编 行政法主体

第四章 行政主体	51
第一节 行政主体概述 /51	
第二节 行政机关 /58	
第三节 法定授权的组织 /62	
第四节 非政府公共组织 /66	
第五章 行政公务人员	73
第一节 行政公务人员概述 /73	

2 行政法与行政诉讼法

第二节 行政职务关系 /76

第三节 行政公务人员的多重身份与行为 /84

第六章 行政相对人 88

第一节 行政相对人概述 /88

第二节 行政相对人的权利义务 /91

第三节 行政相对人行为 /93

第三编 行政行为

第七章 行政行为 100

第一节 行政行为的概念和分类 /100

第二节 行政行为的成立、生效和合法要件 /108

第三节 行政行为的效力 /111

第八章 制定规范行为 119

第一节 行政规范概述 /119

第二节 行政立法行为 /124

第三节 制定其他行政规范行为 /131

第九章 授益行政行为 136

第一节 授益行政行为概述 /136

第二节 行政给付 /142

第三节 行政奖励 /144

第四节 行政许可 /146

第十章 不利行政行为 156

第一节 不利行政行为概述 /156

第二节 行政征收 /158

第三节 行政征用 /161

第四节 行政处罚 /163

第五节 行政强制 /172

第十一章 非权力行政行为 186

第一节 行政合同行为 /186

第二节 行政指导 /195

第三节 行政事实行为 /202

第十二章 行政程序	208
第一节 行政程序概述 /208	
第二节 行政程序法 /210	
第三节 行政程序的基本原则与基本制度 /217	
第十三章 行政裁决和行政复议	226
第一节 行政裁决 /226	
第二节 行政复议 /235	
第四编 行政法制监督与行政救济	
第十四章 行政法制监督与问责	249
第一节 行政法制监督概述 /249	
第二节 权力机关的监督 /253	
第三节 司法机关的监督 /258	
第四节 政府内部监督 /260	
第五节 行政问责 /266	
第十五章 行政诉讼(一)	276
第一节 行政诉讼概述 /276	
第二节 行政诉讼的基本原则 /282	
第三节 行政诉讼的审判组织与管辖 /284	
第四节 行政诉讼的受案范围 /289	
第十六章 行政诉讼(二)	299
第一节 行政诉讼的参加人 /299	
第二节 行政诉讼的举证责任 /307	
第三节 行政诉讼的审理程序 /311	
第四节 行政诉讼的裁判与执行 /318	
第十七章 行政赔偿与行政补偿	328
第一节 行政赔偿 /328	
第二节 行政补偿 /341	
参考书目	349

第一编 绪论

第一章

行政法概述

第一节 行政与行政权

一、行政的概念与特征

与民法、刑法等部门法不同，行政法不是某一部法律的名称，而是基于学术分类研究的需要，对某一类具有特定性质的法律规范的总结性概括。行政法以行政活动为调整对象，对“行政”的界定是研究行政法的起点。

(一) 行政法的研究对象：公共行政

“行政”一词，英文和法文均为“administration”，德文为“Verwaltung”，日文为“行政”。在我国，具有现代法律意义的“行政”一词于清末时期由日本引入。^{〔1〕}

行政的含义为何，学界至今仍存争议。造成定义困难的原因，一方面源于各种国家权力之间在客观上难以截然区分，另一方面源于社会生活变迁所导致的行政任务的不断变化以及承担行政职能的主体范围的变动。因此，对行政的界定，既要把握不同国家权力的核心内容，又要注意不同时期行政现实的发展变化。一般意义而言，行政含有“管理”“执行”“实施”等义。我国《现代汉语词典》将行政解释为：“行使国家权力的（活动）；机关、企业、团体等内部的管理工作。”据此，在一般意义上，行政是指基于特定目的对一定范围内的事

〔1〕 郝铁川：“中国近代法学留学生与法制近代化”，载《法学研究》1997年第6期。

务进行的组织和管理活动。照此解释，除国家之外，私人企业、组织、团体也都存在行政活动。不过，须指出的是，行政法学所研究的行政是指公共行政（或称“公行政”），而非私人行政。由于行政一词在中文的使用上，多专指公共行政事项，故一般皆直接以行政名之，不再另行划分。^{〔1〕}

1. 公共行政与私人行政。公共行政与私人行政存在以下区别：

（1）性质不同。公共行政是一种国家职能活动，具有鲜明的公共属性。公共行政活动不是国家机关或者社会公共组织对自身事务的组织与管理，而是对社会共同体存续和发展有关的公共事务的组织与管理。如公安机关对治安违法行为的处罚，履行的是维护社会秩序的职能；工商机关对集贸市场的监督检查，履行的是国家对市场的监管职能等。私人行政则是对私人组织或团体自身事务的安排与管理，不履行国家职能。

（2）目的不同。公共行政的实施以实现公共利益为基本目标。公共利益一般指不特定多数人的共同利益，与私人利益相对应。如国家对药品生产经营的监管是为了保障社会公众的身体健康，对环境质量的监测是为了保护社会公众的生活与生态环境等。私人行政的目的是实现私人利益的最大化，如企业利润的增加、团体形象的维护等。须指出的是，私人行政追求的利益在客观上也常常符合公共利益，但这并不意味着私人活动必须追求公共利益。私人行政不因客观上使公众受益而失去其私人性质。

（3）手段不同。公共行政以实现公共利益为目的，可以采用私人行政所不能使用的手段，享有诸多特权。在进行管理过程中，遇到公共利益和私人利益发生冲突的场合，公共行政主体可以自己的单方意志处分被管理者的权益，如命令其停止违法行为、给予其行政处罚、实施强制等。私人组织的管理，原则上只能通过合同方式，管理者不能将自己的意志强加他方。

2. 公共行政与国家行政。现代行政法研究的公共行政已不限于国家行政，即由国家行政机关实施的组织与管理活动。就范围而言，国家行政属于公共行政，但公共行政除包括国家行政之外，还包括公共行政组织实施的行政。不同学者对“公共行政组织”的表述略有不同：有的称为“其他非国家的公共组织”；有的称为“准政府组织”；有的称为“非政府公共组织”；本书统一采用“公共行政组织”的称谓。^{〔2〕}

〔1〕 参见翁岳生编：《行政法》（上册），中国法制出版社2009年版，第1页。

〔2〕 相关名词参见张树义：《行政法与行政诉讼法学》，高等教育出版社2002年版，第4页。沈岿编：《谁还在行使权力——准政府组织个案研究》，清华大学出版社2003年版，代序部分。石佑启：《论公共行政与行政法学范式转换》，北京大学出版社2003年版，第25页。

从发展历史来看,作为行政法调整对象的行政经历了由国家行政向公共行政逐步转型的过程。早期行政法以国家(通过其行政机关)实施的管理活动作为规范对象,国家行政与公共行政内涵基本相同。进入20世纪,尤其是二战之后,随着行政内容的变迁,国家行政机关以外的公共行政组织开始承担部分公共事务的组织与管理职能,公共行政的范围不再限于国家行政。从国外情况来看,法国行政法中有公务法人制度,英国行政法中有公法人制度,德国行政法著作中也设专章研究“间接国家行政”。在美国,法院适用正当法律程序原则对公立学校、律师协会等组织的管理性行为进行司法审查。〔1〕

就我国情况而言,20世纪80年代之初,行政法学理论多将行政理解为国家行政机关的管理活动,认为“行政法是规定有关国家行政机关的组织活动的法律依据”。〔2〕1990年《行政诉讼法》施行之后,法律、法规授权组织的行政诉讼被告主体资格得到确认,行政机关以外的其他组织基于法律、法规授权取得了行政管理者的地位,传统的“行政等同于国家行政”的观念开始松动。关于法律、法规授权组织是否属于国家行政的主体,存在着不一致的观点。有的将其作为实质意义的国家行政,有的将其作为区别于国家行政的“社会公行政”,〔3〕本书采用第二种观点。进入21世纪之后,行政机关以外的公共行政组织也可实施行政管理渐成共识。公共行政组织既可以基于法律、法规的授权成为公共行政的实施者,也可以在无法律、法规授权的情况下基于组织章程承担公共行政职能。〔4〕由此可见,就目前理论认识而言,行政法所规范的公共行政除国家行政之外,还应包括公共行政组织的行政,诸如行业组织(律师协会、医师协会、注册会计师协会等)、社会团体(工会、妇联、消费者协会等)、基层群众自治性组织(村民委员会、居民委员会)等都可以实施公共行政。

(二) 行政的概念

基于行政的复杂性、多样性,学界对行政的界定存在多种不同的观点,下面仅举出其要者:

1. 组织意义的行政。组织意义的行政界定的是承担行政任务的组织,认为

〔1〕 相关内容参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第127页以下。王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第86页以下。〔德〕哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第546页以下。

〔2〕 王岷灿主编:《行政法概要》,法律出版社1983年版,第1页。

〔3〕 前者参见张树义:《行政法与行政诉讼法学》,高等教育出版社2002年版,第4页。后者参见石佑启:《论公共行政与行政法学范式转换》,北京大学出版社2003年版,第25页。

〔4〕 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第119页。石佑启:《论公共行政与行政法学范式转换》,北京大学出版社2003年版,第170页。

就组织意义的行政而言,行政是指由行政主体、行政机关及其他机构所构成的行政组织整体。^[1]行政指称承担国家与公共事务的决策、组织、管理和调控这一类职能的国家行政机关和其他公共行政组织。^[2]此种意义的行政并没有揭示行政的内涵,对界定行政概念助益不大。

2. 实质意义的行政。实质意义的行政着重从国家职能的性质来界定行政的概念,认为行政是国家职能的一种,区别于立法、司法等国家职能。近代意义上的国家产生之后,国家职能多分为立法、司法和行政三种,上述三种职能表现形式不同:立法职能表现为议会制定普遍性规则的活动,司法职能表现为法院裁决争议的活动,行政职能则表现为行政机关实施的组织管理活动。从与立法、司法职能相区别的角度,学界给出了对行政的实质定义。概括言之,包括以下几种界定方式:

(1)“消极说”。又称“除外说”“扣除说”“控除说”。该说以国家权力分立为基本出发点,认为行政是除国家立法、司法之外的国家机关或者公共行政组织的活动。“消极说”为大陆法系很多行政法学者所采用。德国行政法鼻祖奥托·迈耶(Otto Mayer)及其后的耶律内克(Walter Jellinek)都认为,行政是除立法、司法以外的国家及其他公权力主体的行为。日本早期行政法学者美浓部达吉认为,行政是除立法、司法活动以外的一切活动。^[3]现代行政法学者盐野宏也认为,采用“控除说”并不影响行政法学的成立,也不影响对具体行政法概念的界定,因此赞同采用“控除说”。^[4]民国时期,行政法学者范扬认为,行政乃包括司法、考试、监察以外,而行于法规下之一切统治作用。^[5]我国台湾地区学者林纪东认为,行政者,立于法律之下,除民事、刑事及监察外,为国家一切目的而为之作用。^[6]大陆学者张尚鷲认为,行政从职能和作用上看,是指除立法、司法和检察之外的国家一类职能的总称,其核心为国家行政主体的组织和管理活动。^[7]在此种思路之下,有一些学者进而提出将国家行为中的“统治行为”排除在行政范围之外。此观点在法国、德国和我国台湾地区都有学者秉持,但因该种观点有削弱法院监督行政机关活动的不良影响,故为很多行

[1] 参见陈敏:《行政法总论》,新学林出版有限公司2013年版,第1页。

[2] 罗豪才、湛中乐主编:《行政法学》,北京大学出版社2012年版,第1页。

[3] 参见陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第14页。

[4] 参见[日]盐野宏:《行政法 I 行政法总论》,有斐阁2005年版,第4~6页。

[5] 范扬:《行政法总论》,中国方正出版社2005年版,第1页。

[6] 林纪东:《行政法总论》,茂荣印刷事业有限公司1956年版,第6页。

[7] 张尚鷲:《行政法教程》,北京大学出版社1990年版,第1页。

政法学者所不采。^[1] 消极说具有以下缺陷：①作为排除项的“立法”和“司法”也存在界定的问题；②无法解释各国家权力之间交互重叠的灰色区域（立法机关、司法机关存在行政活动，行政机关也可从事制定规范和裁决争议的活动）的性质；③此说实质上没有给出行政的定义。

(2) “积极说”。又称“本质说”。此说以行政与立法、司法的区别为出发点，分别从目的、功能、任务、方式等多种角度对行政加以界定。如针对行政与立法的区别，将行政界定为针对个别事件所为的行为；针对行政与司法的区别，将行政界定为逐日进行的连续性的活动，或者是受上级机关指令拘束的国家机关的活动等。法国学者认为，行政是为了达到某种目的而逐日进行的具有连续性的具体活动。^[2] 德国学者认为，行政是指在政府之下，国家机关或者其他公权力主体于个别事件中所为创设或消除若干新事物之行为。^[3] 日本学者认为，近代国家之行政是在法之下，受法之规制，并以现实具体、积极实现国家目的为目标，所为的整体上具有统一性之连续、形成的国家活动。^[4] 我国内地学者有的认为，行政是为实现国家目的，运用制定政策法规、规章、组织管理、命令、监督制裁等方式执行国家法律和权力（立法）机关意志的活动。^[5] 有的认为，行政是国家行政机关和其他公共行政组织对国家与公共事务的决策、组织、管理和调控。^[6] “积极说”的缺陷在于：或者因为过于简明而失之明确，或者因为过于抽象而难以理解，且如何与立法、司法区分依然是个问题。

鉴于“消极说”未揭示行政的内涵，“积极说”又难以完整、清晰揭示行政的本质，德国学者福斯多夫（Ernst Forsthoff）慨叹：“行政只能描述，不能定义”，认为应以描述行政特征的方法取代对行政定义的努力。该观点因此被称为“特征描述说”。德国、日本以及我国台湾地区的很多学者采用了该种定义方式，如德国学者毛雷尔（Hartmut Maurer）认为，（区别于立法、司法活动）行政具有以下特征：①行政是一种社会塑造活动，以社会共同生活为客体，致力于共同体的事务，服务于共同体中的人；②行政以公共利益为出发点；③行政是积极的针对将来的塑造活动；④行政是为处理事件而采取具体措施或执行特定计

[1] 相关内容参见王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1988年版，第7页。翁岳生编：《行政法》（上册），中国法制出版社2009年版，第3页。

[2] 王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1988年版，第6~7页。

[3] W. Jellinek 语，转引自翁岳生编：《行政法》（上册），中国法制出版社2009年版，第4页。

[4] [日] 田中二郎：《行政法》（上卷），弘文堂1978年版，第5页。

[5] 应松年主编：《行政法学新论》，中国方正出版社2004年版，第4页。

[6] 罗豪才、湛中乐主编：《行政法学》，北京大学出版社2012年版，第2页。

划的活动。^{〔1〕}

3. 形式意义的行政。又称“机关意义的行政”。该种解释不是从国家职能的性质这一角度来界定行政，而是以行使行政职能的机关来说明行政的含义，即立法职能是立法机关的活动，司法职能是司法机关的活动，行政职能是行政机关的活动。不管国家权力作用的性质如何，一概根据机关来区分不同的国家职能。由此，行政的意义可以归结为行政机关的活动。

形式意义行政的优点在于以机关来区别行政与立法、司法，较符合行政法监督行政活动的本质，其标准简单、明确，易于理解和操作。其缺陷在于：①未顾及公共行政不限于由国家行政机关实施的现实；②立法、司法机关内部存在的行政活动是否由行政法调整依然存疑；③未能明确区分行政机关从事活动的公法或私法性质。

由以上介绍可以看出，任何一种对行政的界定方式都存在不足。我们认为，掌握行政的概念，需要注意以下问题：

1. 考虑行政法的实质。行政法的实质是监督行政活动，保护行政管理过程中相对人的权益。现实生活中，大量的行政活动都是由行政机关实施的，因此，行政法研究的行政首先应将监督对象定位于行政机关，而非立法机关和司法机关，后两者的活动总体上不属于行政法调整的范围。

2. 注意行政的发展历史。行政是一个历史性概念，其内涵因时代的发展而变化。对行政的界定也应与时俱进：①随着现代国家行政权力向社会的转移，公共行政组织逐步享有了部分行政权力，行政主体的范围需要将其涵盖；②随着行政法的发展，行政行为已从单纯针对个别事件作出处理决定，发展到接受立法机关授权制定行为规范和裁决行政、民事争议（实质上的立法和司法职能），行政法应当将上述活动纳入研究范围。

3. 兼顾我国当前的立法规定和司法现状。我国《行政诉讼法》已将法律法规授权组织的管理行为纳入了司法审查范围，人民法院也受理、审理了大量的针对上述组织提起的行政诉讼案件，由此可知，立法机关承认该种组织从事的管理属于行政活动。基于立法规定，公共行政组织的管理行为纳入公共行政范畴，当无太多争议。此外，针对立法、审判以及检察机关从事的实质意义的行政活动，目前我国立法尚未明确规定可以接受司法审查。虽然实践中已发生针对司法机关实质意义的行政活动提起行政诉讼的案件，但由于缺少法律的明确规定而没有被人民法院受理。《法制日报》曾刊载如下案例：2001年7月24日，

〔1〕 [德] 哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第6~7页。