

章劍生◇著



现代行政法基本理论

XIANDAI XINGZHENGFA JIBEN LILUN


法律出版社
LAW PRESS CHINA



· 1 ·

现代行政法基本理论

（第二版）

· 1 ·

章剑生◇著



现代行政法基本理论


法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

现代行政法基本理论 / 章剑生著. —北京:法律出版社,
2008.9
ISBN 978-7-5036-8712-9

I. 现… II. 章… III. 行政法—法的理论—研究 IV.
D912.101

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第124519号

© 法律出版社·中国

现代行政法基本理论
章剑生 / 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 郑 导
责任编辑 郑 导
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 787×960毫米 1/16
印张 41.75
字数 876千
版本 2008年10月第1版
印次 2008年10月第1次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

网址/www.lawpress.com.cn

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里7号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5036-8712-9

定价:86.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一编 现代行政法序说

第1章 现代行政法的任务及其实现	1
一、当下现代行政法面临的新问题	1
二、作为回应现代社会需求的行政法	6
三、现代行政法实现任务的方式	10
第2章 现代行政法上的行政权	15
一、现代行政权的核心:行政裁量	15
二、控制裁量性权力的方式:程序性机制	20
三、程序性机制的产物:行政程序法	25
第3章 现代行政法的基本原则	32
一、现代行政法基本原则的逻辑起点	32
二、现代行政法基本原则的逻辑结构	36
三、现代行政法基本原则的体系构建	40
第4章 现代行政法的法源	45
一、多元视角下的法源	45
二、作为公法的现代行政法之法源	48
三、现代行政法之成文法源	51
四、现代行政法之不成文法源	53
第5章 现代行政法之法源的“典型案件”	59
一、“典型案件”的界定	59
二、“典型案件”的基本功能	61
三、“典型案件”生成的制度性修正	64
四、“典型案件”嬗变为“判例法”的可能性	66

第二编 行政实体法

第1章 行政主体论	68
一、遭遇质疑的行政主体	68
二、重构行政主体理论的路径	71
三、行政主体理论之重构	75
四、现有行政主体理论之切换	77
第2章 行政相对人论	79
一、行政相对人的概念	79
二、行政相对人的认定	82
三、行政相对人的地位	86
第3章 国家公务员论	90
一、国家公务员制度的差异性:比较法观点	90
二、国家公务员制度的特殊性:本土化观点	97
三、国家公务员的权利保障:程序司法化	110
第4章 行政活动论	113
一、以行政活动为视角	113
二、行政活动类别的解释	119
三、相关问题的展开	124
第5章 行政行为论	126
一、行政行为的概念分析	126
二、行政行为的成立要件	133
三、行政行为的合法要件	137
第6章 行政行为效力论	141
一、行政行为效力理论的源与流	141
二、行政行为效力的内容	146
三、相关问题的展开	152
第7章 行政行为无效论	154
一、行政行为无效的界定	154
二、行政行为无效的判断标准	158
三、相关问题的展开	162
第8章 行政行为消灭论	166
一、行政行为消灭的界定	166
二、行政行为消灭:撤销	169
三、行政行为消灭:撤回	174

第9章 行政规范制定论	180
一、行政规范序说	180
二、行政法规	183
三、行政规章	187
四、行政规定	191
第10章 行政事实行为论	194
一、行政事实行为的界定	194
二、行政事实行为的类别	197
三、行政事实行为的救济	200
第11章 行政许可论	202
一、行政许可的性质	202
二、放松管制与治理方式的转变	204
三、良性互动与权利的实现	207
第12章 行政强制论	211
一、行政强制的界定	211
二、行政一般强制	216
三、行政即时强制	220
第13章 行政处罚论	224
一、行政处罚的界定	224
二、行政违法的主观要件	229
三、行政违法行为的类型	231
第14章 行政规划论	236
一、行政规划的界定	236
二、行政规划的性质	240
三、行政规划的类型	243
四、行政规划中的权利保障	246
第15章 行政征收论	249
一、行政征收的界定	249
二、行政征收的构成要件	251
三、行政征收的程序	256
第16章 行政滥用职权论	258
一、行政滥用职权的界定	258
二、行政滥用职权与行政裁量	263
三、行政滥用职权的情形	268

第17章 行政超越职权论	274
一、行政超越职权的界定	274
二、行政超越职权的类型	279
三、行政超越职权的相关区别	284
第三编 行政程序法	
第1章 行政程序初论	286
一、行政程序的意义	286
二、行政程序的成因	287
三、行政程序的功能	293
第2章 行政程序观念论	298
一、英美法系	298
二、大陆法系	302
三、我国行政程序观念	304
第3章 行政公开论	312
一、行政公开的界定	312
二、行政公开确立的社会背景	314
三、行政公开的基本内容	316
四、行政公开支撑的程序制度	318
第4章 行政公正论	323
一、行政公正的界定	323
二、行政公正确立的社会背景	326
三、行政公正的基本内容	328
四、行政公正支撑的程序制度	332
第5章 行政管辖权论	336
一、行政管辖权的界定	336
二、行政管辖权的内容	340
三、行政管辖权的冲突及其解决程序	343
第6章 行政程序听证论	347
一、行政听证的法理基础	347
二、行政听证的适用	349
三、我国行政听证制度之检视	359
第7章 行政程序回避论	368
一、行政回避的法理基础	368
二、行政回避的适用	370

三、我国行政回避制度之检视	376
第 8 章 行政程序卷宗阅览权论	382
一、卷宗阅览权的界说	382
二、卷宗阅览权的基本内容	386
三、卷宗阅览权的程序保障	390
第 9 章 行政程序参与权论	394
一、参与权的界说	394
二、参与权的基本内容	397
三、参与权的程序保障	402
第 10 章 行政处罚当事人协助论	405
一、“证明负担”抑或“法定义务”	405
二、参与权利与协助义务内在张力的化解	407
三、有限的协助义务:免予不利陈述	410
第 11 章 行政行为说明理由论	412
一、行政行为说明理由的界说	412
二、行政行为说明理由的法理基础	415
三、行政行为说明理由的内容及其规则	418
四、行政行为说明理由瑕疵的法律责任	422
第 12 章 行政行为告知论	425
一、行政行为告知的界说	425
二、行政行为告知的合法要件	427
三、行政行为告知的基本内容	430
四、行政行为告知的瑕疵及其救济	433
第 13 章 行政程序证据论	437
一、证据及其合法性	437
二、法律程序与证据	440
三、行政程序中证据制度	443
第 14 章 行政信息公开论	447
一、行政信息公开何以重要	447
二、行政信息公开的范围与方式	450
三、行政信息公开的相关问题	454
第 15 章 行政立法程序论	458
一、行政立法程序的界说	458
二、行政立法的程序:动议与预告	462
三、行政立法的程序:听证与决定	465

四、行政立法的程序:公布	471
第16章 行政指导及其程序论	472
一、行政指导的界说	472
二、行政指导的原则与内容	474
三、行政指导的程序	482
第17章 行政合同及其程序论	485
一、行政合同的界说	485
二、行政合同的原则与内容	489
三、行政合同的程序	495
第四编 行政诉讼法	
第1章 行政诉讼立法目的论	498
一、行政诉讼立法目的界说	498
二、影响实现行政诉讼立法目的因素	502
三、实现行政诉讼立法目的对策	506
第2章 司法审查有限论	510
一、厘定行政诉讼的基本原则	510
二、司法审查有限原则确立的法理基础	513
三、司法审查有限原则的内容	515
第3章 行政诉讼受案范围论	520
一、受案范围的界说	520
二、受案范围的确定方式	524
三、受案范围的基本问题	527
第4章 行政诉讼原告资格论	534
一、原告的法律意义	534
二、原告资格的认定规则	536
三、相关概念的辨析	542
第5章 行政诉讼被告资格论	545
一、被告的法律意义	545
二、被告资格的认定规则	548
三、被告资格的认定	550
第6章 行政诉讼举证责任论	557
一、举证责任的法律意义	557
二、行政诉讼的举证责任	559
三、行政诉讼的免证范围	565

第15章 诉讼公正论	639
一、诉讼公正的法律意义	639
二、诉讼公正的模式	643
三、诉讼公正的实现	646
第16章 诉讼效益论	650
一、诉讼效益的法律意义	650
二、诉讼成本与诉讼目标	651
三、诉讼效益的提高	655
后记	657

第1章 现代行政法的任务及其实现

一、当下现代行政法面临的新问题

因客观上并不存在时间概念上的“古代行政法”，在中国也并不存在所谓的“近代行政法”，所以，“现代行政法”在中国法律史历史语境中当指20世纪以来的中国行政法。^①但是，我们今天教科书中所讨论的中国现代行政法的历史是极其短暂的，因为在当下的意识形态指引下，我们所认可的中国行政法历史仅发端于20世纪的中叶，至今不到60年。在这近60年历史中的前30年，中国现代行政法的历史是极其简陋的，其中1967年至1978年间的行政法历史可以说是一片空白。^②1978年改革开放之后因社会治理的需要，行政法（学）开始受到法学界的关注，但一时也难以很快发展起来。^③1983年由法学教材编辑部《行政法概要》编写组组织编写，并由王珉灿教授担任主编的《行政法概要》出版，填补了当时法学教学中行政法教材的空白。不过，这部法学教材“只想给初学者提供一个社会主义行政法学科在理论体系方面的简单轮廓，而这个轮廓，在我国又完全是属于摸索阶段的”。^④直到20世纪80年代末之后，行政法才渐渐被公认为一门独立的法学学科，虽然它不太成熟却呈现

① 据我国台湾地区学者陈新民教授考证，中国第一部行政法教材是1927年由上海商务印书馆出版的白鹏飞先生的《行政法总论》。陈新民著：《公法学札记》，中国政法大学出版社2001年版，第219～223页。

② 查阅由《行政法概要》编写组编的《行政法资料选编》（法律出版社1984年版）可知，在这12年中竟然没有有关行政法资料可以入编，可见当时国家的行政管理秩序之混乱。

③ 龚祥瑞先生这一段话不无道理。“政治法、宪法学、行政法学与政权靠得太近了，须臾不可分离；与统治者或统治集团的利害关系太直接紧密了。因而不可能不受权力和拥有权力者的严重制约。”龚祥瑞主编：《宪政的理想与实现——宪法与宪政研究文集》，中国人事出版社1995年版，第3页。

④ 王珉灿主编：《〈行政法概要〉之“说明”》，法律出版社1983年版。

出“显学”之发展趋势。^① 尽管如此,21 世纪的今天中国现代行政法仍需要面对这样的问题:在国家发展与社会变迁中,什么是它的任务以及实现这一任务的基本路径?

虽然在 20 世纪一百年的历史中,中国现代行政法历史是短暂的,但是法治较为发达的国家,如英、美、法、德、日五国的行政法,以及 1949 年之后延续了当时中国内地行政法的中国台湾地区“行政法”在 1978 年之后对中国内地的影响,催生了中国内地现代行政法快速却又有点畸形地长大。面对急剧转型的中国社会,我们先天不足的现代行政法常常显得力不从心,有时竟不知问题之所在。尽管如此,它仍然需要面对不断出现的新问题并且必须对这些新问题作出应有的回应。

(一)行政合法性危机

人民代表大会制度是我们的根本政治制度。在人民代表大会制度下,中央和地方各级人民政府产生于本级人民代表大会,并在“依法行政”原则指导下实施行政活动,其行政活动因为依“法”而获得了它的正当性与合法性。这里的“法”除了人民代表大会所制定的法律、地方性法规、自治条例和单行条例外,还有依照宪法、法律的规定由国务院制定的行政法规、国务院各部门和省级人民政府制定的行政规章。这些直接或者间接代表民意的法律规范构成了约束政府及其工作部门实施行政活动的规则,使民意得以通过行政活动充分予以体现,并旨在落实宪法规定的“人民当家做主”的根本政治原则。^②

通过民意机关的立法约束政府的行政活动,构成了自近代以来西方法治国家宪政框架中的一个基本法治理念。从 20 世纪初的辛亥革命后建立中华民国到 1949 年后的中华人民共和国,我们的先辈和我们都以此理念来构建国家的现代政治体制和法律制度。但是,近一个世纪的法治实践使我们无法否认的事实是:这种“传送带”式宪政理论在日益复杂的现代社会中已凸显其重重危机。“‘传送带’理论最大的缺点也就在于它这种‘法律形式主义’。仅强调是否有通往国会的‘传送带’,并不能恰当地描绘或解释现代管制国家中行政权行使的实况。当今行政权实态,往往在法律上很难找到坚实的‘传送带’,或仅能勉强找到丝缕关联。在牵涉浓厚科技基础的管制领域固然如此,即便在传统的管制领域,任何政策执行点上,行政权都会有立法者无法控制的政策回旋空间的存在,包括执行工具的选择、标准的订立,甚至是政策价值间的优先设定与选择等。在此时,‘传送带’理论用国会控制行政权以建立行政权正当性的说法,就显得薄弱而缺乏解释力了。”^③这一“传送带”式的宪政理论弊病,是现代社会中代议制制度所难以克服的,这已由许多国家的宪政实践所证明。而今天的行政合法性危机则是这种弊病的一个严重并发症,并已弥漫到具体的行政法律制

^① 中国现代行政法的发展,与 1989 年行政诉讼法的制定之间具有密不可分的关系。通过立法推动行政法的发展,构成了过去 30 年中国现代行政法发展的基本路径。这一路径目前仍然主导着中国现代行政法的发展,故可以称之为行政法发展的“立法论阶段”。这个阶段尚未终结,今后若干年之内行政法的发展仍然将会以行政立法为中心。

^② 由行政机关制定的行政法规、行政规章因为获得了宪法、法律的授权,所以也可视为它是民意的产物,至少也是民意的间接产物。

^③ 叶俊荣著:《环境行政的正当法律程序》,台湾三民书局 1997 年版,第 15 页。

度之中。

即便是在代议制度极为发达的西方国家中,议会传向政府的民意之路已经出现断层与短路,更何况在代议制度并不成熟的当下中国,这种情况更为严重并一直为人所诟病:人民代表和人大常委会组成人员选举程序的不科学产生了大量不能真正代表民意的“人民代表”和“委员”。他们“满怀豪情”地步入大会堂,高高兴兴地前来学习政府的“文件”。在这样的代议制度下,民意难以通过代议制度这一正常的渠道如实地到达政府。更为严峻的事实是,有相当比例的法律尤其是地方性法规都是政府或者政府的职能部门负责起草的。这种浓缩了政府部门利益的法律草案往往是在人民没有实质性参与讨论的情况下,由人民代表大会以法定程序的方式照单全收;而基本失控的政府预决算与绝大多数情况下流于形式的人事任免程序,使政府获得了足以支配一切的财政权和人事权。在缺乏有效的制约机制下,这种权力完全有可能被滥用,成为部分人假公济私的“合法性”工具。近几年在“旧城改造”的名义下发生的大规模拆迁,片面追求 GDP 引发日益恶化的生存环境,在“公共利益”需要下征收农村集体土地导致大量失地的农民成为“流民”,以及极不公正的义务教育体制下大量的新文盲的产生等严重的社会问题,与之相伴随的是政府官员严重的、结构性的腐败现象,都使得政府的行政活动合法性受到了人民普遍的怀疑。也就是说,政府就其作出的行政活动往往难以陈述正当理由,以获取社会公众的信任,以至于许多政策、决定出台之后引起了受其影响的个人或者组织明里暗中的抵制,如集团性的行政诉讼大量增加,拆迁户的上访甚至在公共场所自杀等。这种抗争所产生的社会力量重挫了政府的行政效率与社会权威,使政府日益感到行使权力外在的重重阻力与内在的力不从心。^① 尽管如此,政府无路可通,它仍然必须应对社会发展过程中产生的种种问题,提出行之有效的解决方案,以回应人民对其行政活动合法性提出的挑战。

(二)多元利益主体的组织化

个人利益只有依托于某一组织并通过该组织诉求于国家,才能使个人利益更好地获得保障。通过组织表达利益的需求与个人诉求所产生的力量相比,前者往往更容易达到目的。所以,基于人自我保护的本性,结社被归于人的基本权利。现代国家宪法中确认公民这一基本权利的理由也大致如此。专制体制下禁止个人结成组织,是因为组织化了的利益主体对国家的影响力可以化为公式: $1+1>2$ 。所以,“分而化之”构成了专制国家治理社会的一个永恒主题,严防组织化的利益主体往往成为专制国家的行政要务之一。“任何社会势力,一旦直接使专制政治的专制者及其周围的权贵感到威胁时,将立即受到政治上的毁

^① 现实生活中公民提起明显不可能胜诉的行政诉讼以及无休止的申诉、信访,可以反映出社会确实存在着部分民众对政府行政活动合法性的不信任心理。虽然这种诉讼行为费时花钱,显得不那么理性,但是仅仅以“不理性”、“不懂法”来解释这类社会现象显然是苍白无力的。又如整治交通秩序的专项执法往往被社会认为交警没有钱发奖金或者为了完成上级下达的罚没款指标,这样的行政活动往往引来社会民众的侧目。所以,哈贝马斯说:“获取合法化的方式一旦被看穿,对合法化的追求便会不战自败。”[德]哈贝马斯著:《合法化危机》,刘北成译,台湾桂冠图书1994年版,第95页。

灭性的打击。没有任何社会势力,可以与专制的政治势力,做合理的、正面的抗衡乃至抗争;所以,最后只有全面性的农民暴动!”^①自秦汉以降二千多年的中国古代社会历史都可以佐证这一点。

1978年之后,因改革开放带来的经济发展催生了多元的利益主体,在并不那么完善的市场规则和法律制度下展开博弈。虽然它有助于中国经济的发展,但从中引发此起彼伏的利益冲突,成为当下中国社会秩序不稳定的经济根源。“伴随着政治领域权力的减弱,经济领域和社会领域的权力正在逐渐成长,原先那种政治领域垄断一切的‘单极结构’正在向三个领域分享权力的‘多极结构’转变,这是1978~1998年之间中国社会结构演变的基本脉络。”^②直至今天,中国经济的发展模式仍然是以最大限度地利用有限自然资源实现GDP的增长为基本特征。因追求短期经济效益的明显增长是各级地方政府的施政目标,结果是经济获得了巨大的发展,但可用自然资源却日益稀缺,并引发了严重的、大规模的环境污染等诸多社会问题。“这种短缺型发展之路,注定会加剧利益主体的分化,而当利益主体分化到一定的程度时,各种利益主体对自我权利的意识 and 主张,就会发生各种方式和程度的冲突。这样,就需要一种社会秩序,这种秩序的核心内容应该是能够保证各利益主体的利益需求在博弈中保持平衡,其形成则最终要以组织化的方式表现出来。”^③于是,政府面对的主体是从“散沙一盘”的个体渐渐地发展到被组织化的群体。虽然在当下严格行政的管制下,结社并不是一种人人可以尽情享受的并受法律保障的自由,但是在各种利益关联下(如老乡关系、宗族关系等或者失地的农民、进城找工作的民工甚至老信访户)结成的群体,却已渐渐浮出水面,有的甚至获得了官方认可,如外地民工协会。^④所以,外国学者怀特(G. White)曾在20世纪90年代初对浙江省萧山市的民间社团进行个案研究中发现,在经济改革与社会发展中,没有纳入官方控制系统的、也没有正式组织体系的民间经济组织正在形成,逐渐成为一种与国家组织完全不同的利益组织体。^⑤这种现象在当下东部经济发达地区尤为明显。

面对多元利益主体组织化的趋势,行政机关传统管制的优势渐渐丧失,简单的命令与服从的管制方式已经影响到了行政实效,组织化的利益主体在一定程度上牵制着行政机关的决策走向。在这个博弈过程中,行政机关意识到如果在决策中能够较好地回应组织化的利益主体诉求,就可以使其决策获得更有力的支持,提升政治层面的合法性。因为从国外

① 徐复观著:《两汉思想史》(第1卷),华东师范大学出版社2001年版,第89页。

② 康晓光著:《权力的转移》,浙江人民出版社1999年版,第1~2页。

③ 于建嵘著:《岳村政治——转型期中国乡村政治结构的变迁》,商务印书馆2001年版,第441页。

④ 在浙江和苏南地区,外来民工协会替民工合法维权的作用日益凸显。单个企业的劳资纠纷,地方政府往往请协会参与协调。农民工工资集体谈判作为合法维权新举措,最早出现于浙江,但最初的推广并不顺利,自从有了外来民工协会的参与,情形就大不一样了。总体上,浙江一带民营经济背后的劳资关系(主要从拖欠工薪的角度观察)要明显好于国内多数地方。鲁宁:“正视‘新工人阶级’的出现”,载《农民日报》2004年9月4日版。

⑤ Gordon White, Prospects Civil Society in China: A Case Study of Xiaoshan City, Australian Journal of Chinese Affairs, No. 29, 1993.

的经验看,“管制者通常偏重于组织性较好的利益集团,以便取得更强的政治力量,并让这些利益集团通过优惠的管制政策取得一定的额外利益,以诱使它们愿意在对管制者的政治支持方面进行投资”。^①但是,在这样的行政权力架构下,行政机关行使的行政权是否会失去其公共性而演变成为组织化利益主体服务呢?现代行政法又应当如何实现其控制权力功能呢?

(三)个人福利及其保障

在世界范围内,现代意义上的福利国家始于第二次世界大战之后的英美,后影响到法德等欧洲大陆许多国家,成为西方国家摆脱经济、政治危机的基本策略。“福利国家大量使用组织力量(政治和行政)努力,至少在三个方向上努力纠正市场作用。第一个方向是保证个人和家庭的最低收入,不管他们的工作和财产的市场价值如何;第二个方向是使个人和家庭能够应对某些导致个人和家庭危机的‘社会突发事件’(如疾病、老龄和失业),缩小其不安全程度;第三个方向是不歧视公民地位或等级,确保他们在人们认可的一定社会服务内获得可得的最好水平的服务。”^②这种由国家向个人提供福利的思想已经成为现代国家发展的理念,成为一个国家政治、经济和文化发展的重要前提。时至21世纪,福利国家的政策虽然也产生了若干消极作用,但是许多国家如北欧的瑞典、荷兰等仍然把它当作一项重要的国策,以降低经济和社会发展中出现的问题对个人产生的不确定风险。

当下中国已进入一个风险社会。之所以称之为“风险社会”,是因为不完善的市场经济体制对个人产生的种种不可预期的风险,因政府没有一套较为完善的社会保障体系,使个人对所从事的职业稳定性普遍产生一种焦虑不安的情绪;而没有职业的人如失地的农民、下岗的职工和没有及时找到职业的大学毕业生对未来更是感到前途渺茫。正如毛雷尔所说:“为了保证社会公平,保持或者促进经济结构的繁荣,国家还必须对社会和经济进行全面的干预。……‘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。”^③如果个人的生存风险不能通过制度获得转移、消解,那么个人因生存本能而对风险的抵御,极有可能是以危及社会秩序为代价。这几年全国许多地方发生的农民抗拒国家征收土地和城市下岗职工结队上访以及退休人员因生活水平的下降而进行的抗议活动等事件,已经成为社会秩序不稳定的主要根源。同时,因经济与社会发展所产生的“外部性”问题引发的环境、地质、流行疾病等灾害,也使得个人在抗拒这样的灾害面前显得无能为力。如果没有国家事先或者事后提供有效的福利保障,则许多人往往会成为这种灾害的牺牲品,更增加其他生存者对未来的不安与焦虑。

以干预行政为中心而发展起来的中国现代行政法,一直是国家干预社会和个人活动的

^① 王俊豪著:《政府管制经济学导论》,商务印书馆2001年版,第58~59页。

^② [英]阿萨·布里格斯:“历史视野中的福利国家”,丁开勇译,载丁开杰等选编:《后福利国家》,上海三联书店2004年版,第1页。

^③ [德]哈特穆特·毛雷尔著:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第17页。

重要工具。“行政法调整方法是以当事人不平等为前提,一方当事人以自己的意志加于另一方当事人,使另一方当事人的意志服从自己的意志。”^①现有的法律、法规和规章中大量罚则的存在,也多少可以说明这一点。当然,干预行政并不是品质不良的行政活动,在整合社会秩序方面干预行政是必不可少的,且中国转型时期社会秩序可能更需要干预行政来整合不稳定的秩序。但是,以保障和提供个人福利为中心,确保个人体面地生活的给付行政是现代行政这枚硬币的另一面,正是给付行政为个人提供一个福利保障系统,从而可以消解个人在当今社会所遇到的各种风险,成为一个真正自由的人。面对这样的现实要求,中国现代行政法需要反思现有的理论体系,发展给付行政理论,以满足现实的需要。

二、作为回应现代社会需求的行政法

在过去的一个多世纪中,许多国家通过强调行政机关在处理国家和社会中的地位和作用,逐渐完成了从立法到行政的国家权力中心转移,从而在相当程度上使行政机关可以决定立法和司法机关的若干重要事务,也在一定程度上使这两个国家机关事实上“臣服”于行政机关;行政机关“一权独大”于国家权力体系中。因中国与西方国家之间宪政体制的差异性导致行政权在国家权力架构中运用的方式、走向、功能等表现不尽相同,且中国现代行政法并不是分权理论的产物,而是源于国家居高临下地对社会与个人进行全面监控的手段。所以,简单地搬用西方国家行政法理论来解释中国行政权的问题,有时并不能够获得正确的答案。“每一个行政法理论的背后都有一个国家理论。”^②当下中国现代行政法面临如此多的新问题,究竟应该如何革故鼎新以回应社会的需求?笔者以为,以下三种方式可以作为一种尝试。

(一)以适当扩权推进治理

“立法至上”原则下的行政权必须恪守“法律保留”和“法律优位”两大基本原则,其实也只有在“立法至上”原则下才有此两个基本原则的存在空间。我国人民代表大会制度奉行“立法权至上”的原则,即全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律高于法规和规章,省级人大及其常委会以及较大的市人大及其常委会制定的地方性法规高于本级政府制定的地方政府规章,“一元多层次”的立法体制由此得以形成。因此,虽然中央有关行政机关有权制定行政法规、部门规章,但它们必须从属于法律,不得与法律相抵触;虽然有关地方人大和行政机关可以制定地方性法规和地方政府规章,但它们必须从属于中央立法。这一立法体制虽然可以保证法制统一,但是,其主导下的“依法行政”与现实之间的严重脱节也是一个今天已不能回避的重大问题。它的恶果之一就是导致了行政权无法及时回应社会的需求。笔者以为,立法法顽固地限制地方立法权、司法解释权,固守已经没落的、不尽合时宜的“立法权至上”的观念,已在当今中国政治生活中产生了巨大的负面影响。过分地推崇中央集权固然可以确保国家法制统一,但未必能换得社会的长治久安。“一刀切”式的

① [前苏]瓦西林科夫著:《苏维埃行政法总论》,姜明安等译,北京大学出版社1995年版,第3页。

② Peter Leyland & Terry Woods, Textbook on Administrative Law, By Blackstone Press Limited, 1999, p. 3.