

The Study of the Administrative
Process Theory

Reformation and Reconstruction
of Administrative Law Theory

行政过程论研究

行政法学理论的变革与重构

江利红 / 著



中国政法大学出版社

The Study of the Administrative
Process Theory

Reformation and Reconstruction
of Administrative Law Theory

行政过程论研究

行政法学理论的变革与重构

江利红 / 著



中国政法大学出版社

2012 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

行政过程论研究 / 江利红著. —北京: 中国政法大学出版社, 2012. 8

ISBN 978-7-5620-4445-1

I. ①行… II. ①江… III. ①行政法学-研究-日本 IV. ①D931.21

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第178747号

- 书 名 行政过程论研究 XINGZHENG GUOCHENGLUN YANJIU
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
010-58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 720mm×960mm 16开本 23.25印张 430千字
- 版 本 2012年10月第1版 2012年10月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4445-1/D·4405
- 定 价 59.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由我社负责退换。

本书是中国法学会 2012 年度部级法学研究课题
——“行政过程论研究”的成果，项目编号为 CLS（2012）D125

序 言

中国的行政法学是在引进和参照英、美、法、德、日等国家的行政法学理论的基础上，结合中国的行政和行政法律实践而创立的，由此形成了一定的中国特色。但总体而言，中国现有的行政法学理论受到大陆法系国家的影响较大，基本具备了大陆法系行政法的特点。例如，在中国行政法学中也存在“公私法”的区分、“依法行政”的原则、“行政行为”与“行政主体”的概念等大陆法系行政法的主要原则和基本概念。而传统大陆法系的行政法学理论是在德国行政法学特别是奥托·迈耶的行政法理论的影响下形成的较为完整的理论体系，即以从近代“国家社会二元论”中推导出的“公私法二元论”为基本出发点，以“依法行政”为基本原理，以“行政行为”为中心，形成一个较为完整的行政法学理论体系。但随着现代公共行政的发展，行政的领域不断扩大，承担行政职能的组织逐渐增多，行政活动的方式也日益呈现多样化，如行政契约、行政指导、行政奖励、行政资助等非权力性的行为形式不断增多，这已经成为各国现代公共行政实践发展的普遍现象。对此，传统行政法学并不能充分应对，各国的行政法学者在批判传统行政法学基础理论的同时，积极地寻求适合于现代行政发展需要的新的行政法学基础理论，并取得了一定的成果。而由日本行政法学者提出的“行政过程论”就是其中的成果之一。

日本在明治时期受德国行政法学的影响逐渐形成了大陆法系式的日本行政法学，但在“二战”后被迫接受美国式的民主化改造，制定了新的《日本国宪法》，在行政法律制度中也不得不吸收了许多英美法系的要素，由此带来

了同一行政法律体系中两大法系要素的矛盾与冲突问题。此外，自20世纪60年代开始，日本的经济高速增长，由此也促使了日本行政理念的转换和行政实践的发展。这些都对日本行政法学理论的发展提出了新的要求。对此，日本的行政法学者在反思和批判的基础上，提出了各种所谓的行政法学“新理论”，学界对于这些“新理论”褒贬不一、争论不休，日本行政法学理论的发展由此进入了各种理论“混战”的“战国时代”。而其中的“行政过程论”就是远藤博也、盐野宏、山村恒年等日本的行政法学者在借鉴美国的公共行政理论及行政法理论、德国的二阶段理论及动态考察方法的基础上提出的行政法学新理论之一。该理论认为，传统的行政法学过度偏重于作为行政过程最终结果的行政行为，忽略了各个连续的行为形式之间的联系，仅仅从静态上定点地考察行政行为，但在现实的行政中，各种行为形式常被结合起来连续使用而形成作为整体的动态过程。因此，行政法学必须将行政过程中的各种行为形式全盘纳入视野，并加以全面、动态的考察。该理论经过五六十年年的发展，现已逐渐成为现今日本行政法学理论的主流。虽然至今尚未形成能够取代传统行政法学理论的，但却为传统行政法学理论的重构提供了一个崭新的视角。

与上述日本行政法学新理论的发展状况相类似，中国的行政法学界自20世纪90年代以来也展开了有关行政法学理论基础的大讨论。改革开放后，中国的行政法学者们在学习、参照各国行政法学理论的同时，一直致力于构建具有中国特色的行政法学理论体系。例如，应松年、朱维究等教授在1983年就以“为人民服务论”作为行政法学的理论基础进行了论述。发展至20世纪90年代，以“平衡论”的提出为契机，在中国行政法学界引发了“平衡论”、“控权论”、“管理论”、“政府法治论”、“公共利益本位论”、“公共权力论”、“服务论”、“协调论”等有关行政法学理论基础的观点之间的争论。这些观点的争论在客观上推动了中国行政法学理论的发展，但直到目前为止，可以说在中国尚未确立统一的行政法学基础理论和完善的行政法学理论体系。进入到21世纪之后，面对着经济的高速发展与公共行政实践的不断革新，中国传统的行政法学理论逐渐显现出其弊端。对此，中国的行政法学者们从各种角度提出了弥补传统行政法学不足的新理论。其中，也有学者在引进、介绍

日本行政过程论的主要观点的基础上,结合中国的现实情况提出了行政过程论的观点,并将该观点运用于现实行政的考察等方面,取得了一定的成果。但就总体而言,中国的行政过程论目前并不完善,从今后的发展来看,行政过程论还存在着核心观点的归纳总结、与传统行政法学理论关系的定位、理论体系的构建以及在实际中的应用等有待解决的课题。

对此,本书首先考察日本行政过程论的提出和在中国行政法学中导入的过程,分析各种有关行政过程论的观点,针对行政过程论今后的课题,主张以行政过程的全面、动态考察作为行政过程论的核心观点,并以该核心观点为中心构建行政过程论的理论体系,在此基础上探讨该理论体系在现实行政过程中的运用等问题。具体而言,本书分七章对行政过程论进行了详细的分析与论证。

第一章“日本传统行政法学理论及其问题”,该部分阐述了日本传统行政法学的理论体系,指出在宪法原理转换、行政法律制度重构、行政实践发展的状况下日本传统行政法学理论存在的问题。

第二章“日本行政过程论的提出”,该部分在考察日本行政过程论提出的历史背景与理论先导的基础上,分析行政过程概念在日本行政法学中的导入和各学者有关行政过程论观点的提出过程。

第三章“日本行政过程论的主要观点及其评价”,该部分首先归纳了日本各学者有关行政过程论的主要观点,比较各学者观点之间的异同点,在分析学界对行政过程论观点的批判的基础上,对日本行政过程论在行政法学上的意义及其存在的问题等进行了综合性的评价。

第四章“行政过程论在中国的导入及其课题”,该部分归纳了中国行政法学理论的主要内容及其在现代公共行政发展背景下存在的问题,考察了日本行政过程论在中国行政法学中导入的过程以及中国的行政法学者们对行政过程论观点的阐述,分析了行政过程论今后有待解决的课题。

第五章“行政过程论的核心观点”,该部分分析了行政过程的概念及其与传统行政法学中的行政行为、行政程序概念的区别,并将对行政过程的全面、动态考察作为行政过程论的核心观点,在此基础上界定行政过程论的含义、特征及其在行政法学中的定位。

第六章“行政过程论理论体系的构建”，该部分围绕着行政过程的全面、动态这一核心观点，从公私法区分的相对化、实质法治主义的转换、行政法学方法论的变革、行政法体系的重构、行政行为理论的发展、行政法律关系的发展六个方面，在修正传统行政法学理论的同时构建行政过程论的理论体系。

第七章“行政过程论在实践中的运用”，该部分探讨了对现实行政过程和行政法实施过程进行考察的必要性，从实证的角度分析了行政过程论在立法过程、行政过程以及司法过程等实践中的运用情况。

面对着现代公共行政实践的发展给传统行政法学理论提出的新课题，上述有关行政过程论的研究可以说给出了一定的解答。当然，这种解答未必正确，对此欢迎学界同仁能够批评指正。其实，行政法学新理论的构建并非一朝一夕所能够完成的，行政过程论在自身理论体系的建设以及现实中的运用等方面还存在着许多有待完善的课题。今后，期待着有更多的专家学者能够参与到行政过程论的研究之中，本人也将结合具体行政过程的考察，在行政实践中进一步发展和完善行政过程论。

江利红
2012年8月

目 录

序 言	I
第一章 日本传统行政法学理论及其问题	1
第一节 日本传统行政法学理论	1
一、日本传统行政法学的基础	
——“公私法二元论” / 2	
二、日本传统行政法学基本原理	
——“依法行政”原理 / 6	
三、日本传统行政法学方法论	
——行政法解释学方法 / 11	
四、日本传统行政法学体系论 / 18	
五、日本传统行政行为理论 / 25	
六、传统行政法律关系论 / 33	
第二节 宪法原理的转换与现代公共行政实践的发展	38
一、现行宪法中宪法原理的转换 / 39	
二、现行宪法下行政法律制度的重构 / 44	
三、现代公共行政实践的发展 / 50	
第三节 日本传统行政法学理论存在的问题	53
一、传统“公私法二元论”的绝对化 / 53	
二、“依法行政”原理的形式性 / 56	
三、传统行政法学方法论的缺陷 / 58	

四、传统行政法学体系论的问题 / 61

五、行政行为理论的问题 / 64

六、传统行政法律关系论的问题 / 67

本章小结 70

第二章 日本行政过程论的提出 73

第一节 日本传统行政法学理论的变革

——日本行政过程论提出的历史背景 73

一、“公私法二元论”的相对化 / 73

二、“依法行政”原理的转变 / 80

三、行政法学方法论的变革 / 87

四、行政法学体系的重构 / 92

五、行政行为理论的发展 / 101

六、行政法律关系理论的发展 / 108

七、传统行政法学理论的重构与行政过程论的提出 / 111

第二节 国外动态考察方法的兴起

——日本行政过程论提出的理论先导 112

一、美国现代公共行政理论的发展 / 112

二、德国二阶段理论的兴起 / 113

三、德国行政法学中动态考察方法论的运用 / 115

四、外国动态考察方法论的兴起与日本行政过程论的
提出 / 116

第三节 “行政过程”概念在日本行政法学中的导入 117

一、“行政过程”用语在行政法学中的导入 / 117

二、行政过程论意义上的“行政过程”概念 / 117

三、“行政过程”概念的界定 / 118

第四节 日本行政过程论的提出过程 119

一、行政过程论的提出过程 / 120

二、远藤博也行政过程论观点的提出 / 125

三、盐野宏行政过程论观点的提出 / 126

四、山村恒年行政过程论观点的提出 / 127	
五、大桥洋一行政过程论观点的提出 / 128	
六、原田尚彦行政过程论观点的提出 / 129	
七、高田敏行政过程论观点的提出 / 129	
八、和田英夫行政过程论观点的提出 / 130	
本章小结	131
第三章 日本行政过程论的主要观点及其评价	133
第一节 日本行政过程论的主要观点	133
一、远藤博也的“多元性问题发现论” / 133	
二、盐野宏的“动态性法律关系论” / 135	
三、山村恒年的“合理性裁量论” / 138	
第二节 日本行政过程论中各主要观点的比较	142
一、有关行政法律关系动态考察观点的比较 / 143	
二、有关行政过程论提出视角的比较 / 144	
三、有关行政过程合理性观点的比较 / 145	
四、有关行政过程论与法律制度关系观点的比较 / 145	
五、有关行政过程论与“依法行政”原理关系 观点的比较 / 146	
第三节 学界对于行政过程论的批判	146
一、行政过程论有可能偏离“依法行政”原理 / 147	
二、“行政过程”并非法律概念 / 148	
三、与行政过程相比法律构造更为重要 / 150	
四、行政过程论的观点不明确 / 152	
五、其他批判 / 153	
第四节 日本行政过程论的评价	154
一、日本行政过程论在行政法学上的意义 / 154	
二、日本行政过程论的问题 / 157	
三、日本行政过程论的总体评价 / 158	
本章小结	160

第四章 行政过程论在中国的导入及其课题	162
第一节 中国行政法学理论体系	163
一、中国行政法学理论的基础	
——公私法的二元划分 / 163	
二、中国行政法学的基本原则	
——“依法行政”原则 / 164	
三、中国行政法学的方法论 / 166	
四、中国行政法学的体系论 / 167	
五、中国行政法学中的行政行为理论 / 168	
六、中国行政法学中的行政法律关系理论 / 171	
第二节 中国行政法学理论的问题	175
一、公私法二元论的问题 / 175	
二、“依法行政”原则的问题 / 176	
三、行政法学方法论的问题 / 176	
四、行政法学体系论的问题 / 177	
五、行政行为理论的问题 / 179	
六、行政法律关系理论的问题 / 179	
第三节 行政过程论在中国的导入	180
一、中国行政法学中日本行政过程论观点的介绍 / 180	
二、中国行政法学中动态考察方法的提倡 / 182	
三、中国行政法学中“行政过程”用语的使用 / 183	
四、中国行政法学中行政过程论的展开 / 184	
五、中国行政法学中行政过程论的运用 / 186	
第四节 行政过程论今后的课题	192
一、行政过程论核心观点的归纳 / 192	
二、行政过程论与传统行政法学理论关系的定位 / 192	
三、行政过程论本身理论体系的构建 / 193	
四、行政过程论在实践中的应用 / 194	
本章小结	195

第五章 行政过程论的核心观点	197
第一节 行政过程的概念	197
一、现实的行政过程 / 197	
二、行政过程的概念 / 200	
三、行政过程概念的要素及各要素之间的关联 / 200	
四、行政过程概念的特性 / 202	
第二节 行政过程与行政行为、行政程序概念辨析	204
一、行政过程与行政行为 / 204	
二、行政过程与行政程序 / 205	
第三节 行政过程的全面、动态考察	
——行政过程论的核心观点	207
一、行政过程的全面考察 / 208	
二、行政过程的动态考察 / 209	
三、全面、动态考察的问题 / 211	
第四节 行政过程论的概念与定位	213
一、行政过程论的概念 / 213	
二、行政过程论的特征 / 213	
三、行政过程论的定位 / 214	
本章小结	216
第六章 行政过程论理论体系的构建	218
第一节 行政过程论中公私法区分的相对化与行政法学	
对象的扩大化	218
一、行政过程论中“公私法二元论”的相对化 / 219	
二、行政法学的对象	
——“行政”的概念 / 219	
三、行政过程论中行政法学对象的扩大化 / 222	
第二节 行政过程论中法治主义的实质化	225
一、行政过程论与“依法行政”原理 / 225	

二、行政过程论的本质	
——实质行政法治的要求 / 226	
三、行政过程论中法治主义的实质化 / 227	
四、行政过程论中的实质行政法治 / 230	
第三节 行政过程论中行政法学方法论的变革	233
一、传统行政法学方法论存在的问题 / 233	
二、行政过程论与传统行政法学方法论的变革 / 237	
三、作为行政法学新方法的行政过程论 / 239	
四、行政过程论中的行政法学方法 / 240	
第四节 行政过程论中行政法学体系论的更新	245
一、作为行政法学体系论的行政过程论 / 245	
二、行政过程论中行政法体系论的更新 / 247	
三、行政过程论中行政法体系的构建 / 248	
四、行政过程论与行政法的法典化 / 252	
第五节 行政过程论中行为理论的发展	260
一、行政过程论中行政行为理论的重构 / 261	
二、行政过程论中行为理论的发展之一	
——行为形式论 / 268	
三、行政过程论中行为理论的发展之二	
——行为规范论 / 273	
四、行政过程论中行为理论的发展之三	
——行政手段论 / 275	
五、行政过程论中行为形式的定位与选择 / 277	
第六节 行政过程论中行政法律关系理论的发展	279
一、行政过程论中的动态法律关系理论 / 280	
二、行政过程论中行政主体理论的发展 / 282	
三、行政过程论中相对人的法律地位 / 283	
四、行政过程论中相对人的行为与参与 / 286	
五、“对话型行政法”的构建 / 288	
本章小结	289

第七章 行政过程论在实践中的运用	292
第一节 行政过程论的运用	292
一、现实行政过程考察的必要性	
——从行政过程论的视角出发 / 293	
二、行政过程的实态考察	
——行政过程整体的动态分析 / 294	
三、行政法实施过程的考察 / 294	
第二节 行政过程论在立法过程中的运用	296
一、行政过程与立法过程的关联 / 296	
二、行政法学中考察立法过程的必要性 / 297	
三、行政过程论在立法过程中的运用 / 298	
四、行政过程与立法过程的结合	
——行政法政策论的提倡 / 299	
第三节 行政过程论在行政实践中的运用	306
一、各行政领域的过程性考察 / 306	
二、行政内部运行过程的考察 / 309	
三、行政过程中的目的性考察	
——行政过程公共性分析理论 / 310	
第四节 行政过程论在司法实践中的运用	322
一、行政过程与司法过程的关联 / 323	
二、行政过程论与司法审查对象的扩展 / 324	
三、行政过程论与行政裁量司法审查方式的转变 / 326	
四、行政过程论与司法过程中的违法性继承理论 / 328	
五、行政过程论在具体案件审理过程中的运用 / 331	
本章小结	334
结 论	336
参考文献	339

第一章

日本传统行政法学理论及其问题

日本在明治维新时期，在移植和继受西洋法的基础上，初步构建了日本近代法律体系。^{〔1〕}其中，在行政法方面，日本主要导入了德国等大陆法系的行政法学理论，并以该理论为基础，模仿德国等大陆法系国家的行政法律制度，在“明治宪法”（即1889年制定的《大日本帝国宪法》）下制定了《诉愿法》、《行政裁判法》、《行政执行法》、《治安警察法》等一系列有关行政的法律，由此创建了日本近代的行政法律制度。通过对“明治宪法”及这些行政法律规范的解释，在日本逐渐形成了作为法律解释学^{〔2〕}的行政法学。但在“二战”以后，随着《日本国宪法》的制定、行政法律制度的重构以及现代公共行政实践的发展，传统的行政法学理论并不能完全适应，逐渐显现出弊端。

第一节 日本传统行政法学理论

日本传统行政法学基础理论以从近代“国家社会二元论”中推导出的“公私法二元论”为基本的出发点，以“依法行政”为基本原理，以“行政行为”概念为中心，运用法学方法考察现实行政中特定行政行为的合法性，由此形成了一个较为完整的行政法学理论体系。

〔1〕 参见华夏、赵立新、真田芳宪：《日本的法律继受与法律文化变迁》，中国政法大学出版社2005年版，第20～28页。

〔2〕 法律解释学是指为了对认定的事实适用法律，推导出一定的结果，以该实定法为中心，根据支撑该实定法的法律原理、原则、立法者的意思等确定实定法的规范性含义的活动。从方法论来看，法律解释学是传统日本行政法学的主要方法。参见〔日〕田中成明：《现代法理论》，有斐阁1984年版，第235页。

一、日本传统行政法学的基础——“公私法二元论”

公私法的划分源于古罗马法，古罗马法学家乌尔比安认为，“公法涉及罗马帝国的政体，私法涉及私人利益。”^{〔1〕}大陆法系国家继承并发展了该理论，并以此为基础构建法律制度。例如在法国，公共行政与私人活动、公法与私法的区分涉及行政法院与普通法院之间在诉讼案件管辖权方面的划分。^{〔2〕}在日本的行政法学中也导入了该理论，并以此为依据将行政法限定为“公法”，^{〔3〕}认为行政法学是以“公法→行政行为→抗告诉讼^{〔4〕}”的关系三位一体地构建其理论体系的，其中特别是“公法”担负着基础性的作用。^{〔5〕}可见，公私法的二元区分是日本传统行政法学理论和行政法律制度的基础。

（一）“公私法二元论”的概念

“公私法二元论”是指将法律划分为公法与私法两种不同类型并分别适用于不同的法律关系的理论。例如，日本明治初期的著名法学者穗积八束提出的“权力关系说”认为，公法是有关权力关系的法律，反之，有关权力的关系必须适用公法。^{〔6〕}可见，“公私法二元论”的实质在于承认公权力的特殊性，即行政的意思相对于国民具有单方的优越性以及对于行政权进行法律规制的特殊性，在承认这种特殊性的领域不得适用私法的规定。^{〔7〕}

国家与社会的分离甚至对立是公私法二元论产生的根源，公私法二元论以“国家”与“社会”的二元对立为出发点，是“国家社会二元论”在法律上的体现。日本有关公私法的学说以穗积八束的理论为开端，穗积八束认为，基于“理论上”与“实用上”的必要，应当根据权力关系与平等关系的标准区分公法与私法。^{〔8〕}但在穗积八束理论中的公私法区分以将公私法作为绝对对立的事物为

〔1〕〔古罗马〕查士丁尼：《法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆1989年版，第5页。

〔2〕王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1988年版，第548~559页。

〔3〕在日本，行政法被定义为“有关行政的国内公法”。参见〔日〕田中二郎：《行政法総論》，有斐閣1957年版，第88页。

〔4〕在日本，“抗告诉讼”是指有关对行政机关行使公权力不服的诉讼，包括撤销诉讼、无效撤销诉讼、不作为违法确认诉讼、课予义务诉讼、预防性不作为诉讼等，是行政诉讼中最主要的诉讼类型。抗告诉讼中“抗告”一词来源于民事诉讼。在民事诉讼中，“抗告”是指对于经过口头辩论的诉讼程序上的决定或命令的上诉。参见〔日〕園部逸夫編：《注解行政事件訴訟法》，有斐閣1989年版，第17页。

〔5〕〔日〕村上順：“高柳行政法学における市民の公法論”，載〔日〕兼子仁、宮崎良夫：《行政法の現状分析——高柳信一先生古稀記念論集》，勁草書房1991年版，第29、30页。

〔6〕〔日〕上杉慎吉編：《穗積八束博士論文集》（增補改版），有斐閣1943年版，第281、608页。

〔7〕〔日〕中西又三：《行政法I》（改訂版），中央大学通信教育部2003年版，第48页。

〔8〕〔日〕上杉慎吉編：《穗積八束博士論文集》（增補改版），有斐閣1943年版，第280页。