

Fundamental Issue of the Obligations
of
Administrative Subjects

行政主体义务 基本问题研究



李 牧◇著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

教育部人文社会科学研究项目基金资助
(项目批准号: 09YJA820061)

行政主体义务 基本问题研究

李 牧◇著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政主体义务基本问题研究 / 李牧著. —北京:
法律出版社, 2012. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1121 - 9

I. ①行… II. ①李… III. ①行政法—研究 IV.
①D912. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 161946 号

行政主体义务基本问题研究

李 牧 著

责任编辑 潘洪兴
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.5 字数 260 千

版本 2012 年 12 月第 1 版

印次 2012 年 12 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 张建伟

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 - 1121 - 9

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

李牧,男,1968年7月生,湖北仙桃市人,原毕业于湖北警官学院,先后攻读于中南财经政法大学法学院宪法与行政法学专业,获法学硕士学位,武汉大学法学院宪法与行政法学专业,获法学博士学位。现为武汉理工大学文法学院副院长、教授、博士后,中国行政法学会研究会理事等。

序 言

为什么研究行政主体义务？如若究其起因，这源于我对一个问题的思考，那就是，如何在现有的政治制度框架下，在行政法视阈最大程序地消弭权力本位、官本位现象？

众所周知，我国经历了几千年的封建帝制，长期的积淀和传承形成了特有的权力文化，成为中国传统文化的核心。虽然，随着民主政治的车轮滚滚向前，传统的权力文化已是日薄崦嵫，但作为一种观念、意识，权力本位，官本位仍像梦魇一样纠缠着权力人的头脑。并且，在一定条件下沉渣泛起，愈演愈烈。诸如，暴力执法、野蛮执法等现象时有发生，群体性暴力事件爆发频仍，大都是权力本位、官本位的恶果。如何消弭？这无疑是一个艰巨而宏大的系统工程。虽然有的学者主张，只有通过激进的政治体制改革才能予以根除，但我认为这并非良策。因为激进的政治体制改革极易偏离预设的轨道而成为一场浩大的灾难。我认为，在现有的政治制度框架下，最理想的解决之道便是培植和强化行政主体义务本位观。事实上，行政主体义务本位观的提出有其理论和宪法依据。首先，该观点与我国法理学的主流观点——公民权利本位论正好切合。其次，该观点可从宪法依据推导出。如我国宪法第2条明确规定：“中华人民共和国的一切权力属于人民。”既然一切权力属于人民，人民是国家的主人，那么，相对而言，政府就是人民的公仆。这应该是不证自明的道理。这种根

本地位和性质表明行政主体只能是义务本位而不是权力本位。承担和履行义务是行政主体存在的根本价值和正当性要求。正如狄骥指出,行政主体“如今保有权力的根据不再是他们所享有的权利,而是他们所必须履行的义务。因此,他们的权力有一个限度,这个限度就是他们履行义务所必须的权力的最小值”〔1〕

然而,行政主体义务本位观的塑造并不能止于空洞的说教,必须依赖于完善的法律制度。而完善的法律制度建构必须有系统、成熟的理论支撑。遗憾的是,我国学界对行政主体义务研究并没有予以足够的重视,除了极少数学者对行政主体义务某个方面的问题有所探讨外,尚无系统、专题性的研究。本书拟以行政主体义务本位为主线,围绕着行政主体义务的基本问题建立一个分析框架,以求构建行政主体义务的基本理论体系。

第一章,以义务为起点,导引出行政主体义务。具体路线是,从义务——法上义务——行政法上义务到行政主体义务的提出。义务具有多种外在形态,如伦理义务、宗教义务、政治义务、法上义务等。法上义务亦即法律义务只是义务的一种主要形态。对法律义务的界定不能仅从权利的角度切入,法律义务与权利并非一一对应。行政法上义务是法律义务的一种新生态。伴随民主法治行政的发展,由最初以行政相对人义务为重心的行政法义务体系逐步转向以行政主体义务为重心的行政法义务体系。

第二章,行政主体义务之概念分析。在对行政主体义务予以界定基础上,对行政职权和行政职责的关系进行了反思和重构,以期解决立法上和理论上的混乱和困惑。不分对象,不讲条件,简单地认为行政职责与行政职权两者同一的观点是不正确的。行政主体义务与行政职责、行政职权及行政责任等概念既有密切关联,又相区别。从逻辑上讲,行政职责属于义务的范畴,行政职权属于权利的范畴。行

〔1〕 [法]莱昂·狄骥:《公法的变迁·法律与国家》,郑戈、冷静译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第13页。

政主体义务与行政职责并不等同,行政职责是行政主体义务的转化形式,是以作为形态表现的一种特殊义务,是行政主体义务的重要来源。行政主体义务也不等同于行政职权,行政职权不是义务,行使行政职权才可能成为一种义务,行政职权是行政主体义务的一种重要来源。行政主体义务与行政责任是第一性与第二性的关系。

第三章,行政主体义务之角色定位。从历史的角度而言,行政法有古代行政法和近代行政法之分。行政主体义务是近代行政法的基石。以行政主体对相对人的保障义务为主线,探讨西方发达国家行政法的发展变迁与行政主体义务关系,借以论证行政主体义务在行政法中的作用。以公民权利保障义务的视角,从消极义务到积极义务的重心转换实际上揭示了行政法从初级阶段到高级阶段的历史变迁。可以说,一部行政法的发展史就是行政主体义务的变迁史。通过规律性的认识,可对我国行政法的发展阶段予以定位分析,论证行政主体义务在我国行政法制建设中重要性。通过对我国有关行政法理论基础的几种主要学说进行评析,不难发现行政主体义务是建构行政法理论基础的核心要素,在行政法学中具有重要地位和作用。

第四章,行政主体义务类型之探讨。首先,从分类的角度,介绍行政主体义务的几种常见的类型,进而分析这种惯常的分类模式的缺陷。为寻求一种合理的分析方法,此部分专门探析韦伯的理想类型和拉伦茨的类型思考。运用类型化方法对行政主体义务类型予以探讨。其次,确立行政主体义务类型化的具体形式,即法定义务和意定义务。法定义务是指通过行政法律规范为行政主体所设定的义务,包括实体义务和程序义务。意定义务是民主法治行政过程中形成的一种义务类型,存在于行政契约义务和承诺义务之中,但行政契约义务并非就是意定义务。最后,对意定义务的具体问题进行分析,揭示意定义务的复杂性以及由此建构相关制度的必要性。

第五章,行政主体义务之设定。行政主体义务的设定模式应分为法定模式和意定模式。目前,在法定模式中仍然存在较多问题,突

出表现在权力和义务配置失衡、义务总量不足以及义务虚设等问题。应树立行政主体义务本位的观念,义务先定,权力后置,同时,完善义务实现机制。另外,应建立和完善意定模式的设定原则。行政主体义务应遵循下列设定原则:依法设定原则、越权无效原则、适度原则及效率原则等。行政主体义务设定的主体主要有以下几类,即权力机关、上级行政机关、行政主体自身、司法机关等,行政相对人通过契约也可间接为行政主体设定义务。在行政主体义务的法定设定模式中,应以义务模式和权利模式为主,以权力模式为辅,兼采推定模式。

第六章,行政主体义务之履行。首先,分析了行政主体义务履行的现实意义。其次,确立行政主体义务履行原则,即行政主体履行义务应遵循全面履行原则、诚信履行原则。再次,探讨行政主体义务的履行方式,以保证行政主体的义务最终实现。行政主体义务只有最终实现才有意义,才能彰显行政法的价值。最后,探讨行政主体义务的监督机制,对监督机制中存在问题进行分析,提出改革和完善措施。

由于无范本可考,本书只是尝试性地对行政主体义务基本问题进行较为系统分析,诸多观点和论证也许显得过于粗浅,期待批评指正。

目录 / Contents

第一章 行政主体义务之导引	1
一、义务之简考	1
二、法上义务之理解	5
(一)西方学者的观点	5
(二)我国学者的认识	17
(三)本书的阐释	32
三、行政法义务之概说	39
四、行政主体义务之提出	42
 第二章 行政主体义务之概念分析	 47
一、行政主体义务之界定	48
(一)行政主体义务的含义	48
(二)行政主体义务的特点	51
二、行政职责与行政职权关系之梳理	53
(一)行政职责与行政职权关系之反思	54
(二)行政职责与行政职权关系之定位	62
三、行政主体义务与行政职责	80
(一)行政主体义务是否等于行政职责	80
(二)行政主体义务与行政职责关系之厘定	82
四、行政主体义务与行政职权	86
(一)问题之提出	86

(二) 行政主体义务与行政职权关系之解读	87
五、行政主体义务与行政责任	90
第三章 行政主体义务之角色定位	94
一、行政主体义务与行政法产生	94
(一) 行政法滥觞之检讨	94
(二) 行政主体义务是近代行政法的基石	103
二、行政主体义务与行政法发展	112
(一) 西方发达国家行政主体义务的重心转换与行政法的变迁	113
(二) 我国行政主体义务的重心转换与行政法的变迁	139
三、行政主体义务在我国行政法理论基础构建中的地位	153
第四章 行政主体义务类型之探讨	160
一、类型化方法的引入	160
(一) 行政主体义务惯常分类及其缺陷	160
(二) 类型化方法论	162
(三) 行政主体义务类型之选择	171
二、类型化——行政主体之法定义务	172
(一) 实体义务	173
(二) 程序义务	180
三、类型化——行政主体之意定义务	187
(一) 约定义务	188
(二) 承诺义务	209
第五章 行政主体义务之设定	221
一、行政主体义务设定存在的问题及对策	221
(一) 行政主体义务设定存在的问题	222
(二) 完善的基本对策	227
二、行政主体义务的设定原则	230

(一) 依法设定原则	231
(二) 越权无效原则	233
(三) 适度原则	236
(四) 效率原则	239
三、行政主体义务的设定主体及形式	241
(一) 权力机关及其形式	241
(二) 上级行政机关及其形式	242
(三) 行政主体自身及其形式	244
(四) 司法机关及其形式	245
(五) 行政相对人及其形式	247
四、行政主体义务的设定模式之选择	247
(一) 推定模式	248
(二) 权力模式	249
(三) 权利模式	252
(四) 义务模式	254
 第六章 行政主体义务之履行	 256
一、行政主体义务履行的意义	257
(一) 行政目的实现的核心	257
(二) 公民权利实现的保障	258
(三) 政府诚信建设的需要	260
(四) 和谐社会构建的基础	262
二、行政主体义务的履行原则	264
(一) 全面履行原则	265
(二) 诚信履行原则	271
三、行政主体义务履行的方式	275
(一) 自行履行	275
(二) 强制履行	276
四、行政主体义务履行的监督	279

(一) 权力机关监督及其改革	279
(二) 行政机关监督及其提升	285
(三) 司法机关监督及其拓展	290
(四) 社会监督及其保障	292
 主要参考文献	 295
后 记	324

第一章 行政主体义务之导引

如果说法律职业者是工匠,概念分析就好比是工匠拆开自己的工具,了解工具的结构与功能,从而提高自己使用工具的技能。^{〔1〕}

——迪亚斯

一、义务之简考

“义务”不仅是法学研究的范畴,也是伦理学、神学、政治学等多学科研究的范畴。同时,也是人们广为使用一种的日常用语。因此,如果不限定范围,要给义务作出一个准确的、具有普适性的定义是十分困难的。

事实上,即使人们对义务外在形态的理解,也存在较大的分歧。如康德认为,一切义务或者是权利的义务,即法律上的义务;或者是善德的义务,即伦理上的义务。^{〔2〕}显然,在康德看来,义务只有两种形态,即法律义务和伦理义务。而在边沁看来,除法律义务外,人们

〔1〕 [英]迪亚斯:“法律的概念与价值”,黄文艺译,张文显校,载张文显、李步云主编:《法理学论丛》(第2卷),法律出版社2000年版,第435页。

〔2〕 [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1997年版,第34页。

可以设想三种义务,即政治义务、道德义务和宗教义务。^{〔1〕}我国台湾地区学者则将义务仅限定在法律义务一种形态。如认为,道德拘束,为不萌恶念。礼仪拘束,为不反良好习俗。宗教拘束,为不背信条。法律拘束,则为义务。道德、礼仪、宗教等拘束或则无强制性或则无普遍性。法律之拘束,则有强制性及普遍性。^{〔2〕}

不过,国外现有的文献和事实表明,义务可以是法律义务、伦理义务、宗教义务、政治义务、自然义务或其他义务。如根据现已发掘的古典文献记载,早在公元前 20 世纪《伊新国王李必特·伊丝达法典》就规定了法律义务。如该法典第 18 条规定:“倘房屋之主人或房屋女主人不履行房屋纳税的义务,而其他自由民代为履行,且经过三年而主人或女主人并未赶走此人,则此负担房税之人可以占取房屋;房屋主人不得提出要求。”^{〔3〕}可见,该“义务”和现代的法律义务一词的含义相差无几。并且,“义务”一词在后期两河流域国家法典中得以沿用和发展。如约在公元前 1791 年,巴比伦第六代国王汉谟拉比^{〔4〕}在灭掉伊新国等国之后,建立了强大的巴比伦帝国,组织编纂了著名的《汉谟拉比法典》,不仅使用“义务”一词,而且将义务与债务明确区别开来。如该法典第 38 条规定:“里都、巴依鲁或纳贡人不得以其与所负义务有关的田园房屋遗赠其妻女,亦不得以之抵偿债

〔1〕 [英]边沁:《政府片论》,沈叔平等译,商务印书馆 1995 年版,第 230 页。

〔2〕 李肇伟:《法理学》,自刊本 1979 年版,第 292~293 页。

〔3〕 《外国法制史资料选编》(上),北京大学出版社 1982 年版,第 13 页。伊新国位于古代两河流域。两河流域中的两河是指发源于今土耳其亚美尼亚群山之中的底格里斯河和幼发拉底河,是中东文明的发源地。古代两河流域北部为亚述,南部为巴比伦尼亚。巴比伦尼亚的北部是阿卡德,南部就是苏美尔。后来形成了两河流域最早的文明,人们把该最早的文明称为苏美尔文明。此法典为九个楔形文字泥板断片的复原,这些断片包含有刻在石柱上的原文的各种抄本,文字为后期的苏美尔文。

〔4〕 汉谟拉比统治时期(公元前 1792~前 1750 年)以卓越的军事才能和政治手段,远交近攻,将强敌逐一击破。他先与马里国、拉尔萨国结盟,灭掉自己的近邻伊新国,随后相继灭掉了这两个结盟国。最终建立了强大的帝国,并给世人留下著名的《汉谟拉比法典》。

务。”^{〔1〕}宗教义务则在《圣经》中有明确的规定。如在公元前 1400 年,传说上帝给摩西十条戒律,即现在所说的“摩西十戒”,^{〔2〕}成了犹太律法的基础和核心。事实上,十诫已经成为个人义务的简明总结,是教徒应该履行的义务。正如犹太学者赛尔茨所言,“律法是一种自愿接受宗教义务的制度,这些宗教义务把民众束为一体,遵奉律法与否决定着其将来福祸。”^{〔3〕}再如《圣经》时代犹太律法还规定:收割庄稼要为那些不幸的人留下一部分。如农人在收割时不得收割自己庄稼地四角的庄稼,收割时掉落的谷穗也不可以捡。这并不是一种施舍之举,而是在实行一项义务。^{〔4〕}而在公元前 1 世纪,巴塞罗则已较为全面地阐述了义务的具体形态。他认为,事实上,生活的任何一个方面,无论是公共的还是私人的,无论是法庭事务还是家庭事务,无论是你对自己提出什么要求还是与他人订立什么协议,都不可能不涉及义务,生活的全部高尚寓于对义务的重视,生活的耻辱在于对义务的疏忽。^{〔5〕}虽然西塞罗主要侧重于阐述道德标准,但他所论及的义务已包含了伦理义务、宗教义务、政治义务、法律义务等多种义务形态。如他认为,在人们共同关系本身存在义务等级,从那些等级中可以理解,什么义务重于其他义务,即第一类义务应是对永生的天神的义务,第二类义务应是对国家的义务,第三类义务应是对父母的

〔1〕《外国法制史资料选编》(上),北京大学出版社 1982 年版,第 25 页。

〔2〕大致内容为:除了上帝之外,不可信仰别的神。不可雕刻、跪拜和侍奉任何偶像;凡恨上帝者,由父及子,罪究三四代;凡爱上帝守诫者,必得上帝慈爱,直至千代。不可妄称耶和華上帝之名,妄称者,罪责难逃。第七日为圣安息日,无论在家或旅行,均不可做工。孝敬父母者,福寿绵长。不可杀人。不可奸淫。不可偷盗。不可作假见证陷害他人。不可贪念别人的妻女和财物。

〔3〕〔美〕罗伯特·M. 赛尔茨:《犹太的思想》,赵立行、冯玮译,上海三联书店 1994 年版,第 74 页。

〔4〕徐新编著:《西方文化史》,北京大学出版社 2002 年版,第 56 页。

〔5〕〔古罗马〕西塞罗:《义务论》,王焕生译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 9 页。

义务,然后是逐步对其他人应尽的义务。〔1〕可见,义务具有多种外在形态是不容置疑的。

在我国现有的古代法律典章制度中尚未发现使用“义务”这一概念,并且在其他古代典籍中极为少见。根据《辞源》记载,只是东汉末年教育家、思想家、文学家徐干在其《中论·贵验》篇中曾使用“义务”一词。〔2〕直至清朝末年,即1902年,我国著名的思想家梁启超在发表的《新民说》一文中专节论述了义务理论。〔3〕虽然我国古代法中尚未使用“义务”一词,但这并不表明不存在义务性的规定。正如有的学者指出,作为一种伦理或法律要求的义务,自春秋战国以来一直是用“义”这个概念来表达的。它一方面表意个人对社会和他人应尽的责任,另一方面表明道德或法律对个人的行为要求。〔4〕

事实上,在由氏族组织社会向一种按照氏族组织模式以政治方式组织的社会的过渡时期,人们的观念很容易从保持氏族组织之间的社会治安转向保持每一个人在城邦国家社会秩序中的身份和既有地位,并且转而通过维持那些决定身份地位及其所包含的权利义务的社会制度来防止公民间的摩擦或冲突。〔5〕也就是说,人类社会从无序向有序化演进过程中,义务的多种形态就相应地产生了。

义务在人类社会不同的历史发展阶段,呈现的主要形态往往并不相同。如在有序社会产生之初,义务主要表现为伦理义务,因为从逻辑而言,道德先于法律。正如凯尔森认为,“义务概念最初是一个道德上的特定概念,并表明道德规范与规范为之订定或禁止一定行

〔1〕〔古罗马〕西塞罗:《义务论》,王焕生译,中国政法大学出版社1999年版,第153~155页。

〔2〕参见《辞源》,商务印书馆1983年修订版,第2497页。其原文为:“‘伐木丁丁,鸟鸣嚶嚶,出自幽谷,迁于乔木’,言朋友之义务,在切真以升于善道也。”

〔3〕一般认为,这是我国首次从理论上阐释义务概念。

〔4〕李龙主编:《法理学》,武汉大学出版社1996年版,第191页。

〔5〕〔美〕罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社2002年版,第44页。

为的那个义务的关系。”^{〔1〕}在宗教主导时期,宗教义务成为义务的主要形态。服从宗教义务不仅是每个教徒的宗教义务和伦理义务,而且也成为自然的法律义务,即自然义务。随着民主宪政运动的兴起,宗教逐步淡出政治舞台,法律义务则成为义务的主要形态。当然,在主要义务形态之下,始终伴随着伦理义务、政治义务等其他形态。诚如英国学者米尔恩所言,“义务”在道德和法律中都是一个关键性概念。^{〔2〕}因此,西方学者往往首先从伦理义务入手来界定义务。即便如此,义务的定义也是人言人殊。本书无意于从伦理的角度讨论义务的含义,也不可能给义务作出一个具有兼容性的定义。正如《牛津法律大辞典》指出:义务这一术语长期以来就包含有若干不同的含义,这些含义通常分别有不同的词表述,如责任和无资格,特别是当与权利一词的各种同义词相对使用时,更是如此。^{〔3〕}鉴于本书主要讨论的是法上的义务,因此,本书拟对法上义务予以专门的探讨。

二、法上义务之理解

法上的义务亦即法律义务。我国只是在清末的法律文本中正式出现“义务”一词。正如沈家本所言:“今日法律之名词,其学说之最新者,大抵出自西方而译自东方。”由于法律义务一词的含义仍是众说纷纭、歧义丛生。因此,我们有必要先从源头上予以探讨。

(一) 西方学者的观点

在现有的西方法律文献中,对法律义务的分析产生较大影响的

〔1〕 [奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第65~67页。

〔2〕 [英]A. J. M. 米尔恩:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社1995年版,第34页。

〔3〕 [英]戴维·M. 沃克:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第277页。