

中共江西省委党校 江西行政学院教材建设工程文库

行政法律制度 比较

XINGZHENGFA LUZHIDUBIJIAO

编著◎万高隆

行政法律制度 比较

XING ZHENG FA LU ZHI DU BI JIAO

编 著◎万高隆



江西人民出版社
Jiangxi People's Publishing House
全国百佳出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政法律制度比较 / 万高隆编著. —南昌:
江西人民出版社, 2016. 12

ISBN 978 - 7 - 210 - 07502 - 8

I. ①行… II. ①万… III. ①行政法 - 对比研究 - 中
国、国外 IV. ①D922. 104②D912. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 308539 号

行政法律制度比较

万高隆 编著

责任编辑:邓丽红

封面设计:同异

出版:江西人民出版社

发行:各地新华书店

地址:江西省南昌市三经路 47 号附 1 号

编辑部电话:0791 - 86898702

发行部电话:0791 - 86898815

邮编:330006

网址:www. jxp-ph. com

E - mail: jxp-ph@ tom. com web@ jxp-ph. com

2016 年 12 月第 1 版 2016 年 12 月第 1 次印刷

开本:787 毫米 × 1092 毫米 1/16

印张:16. 25

字数:248 千字

ISBN 978 - 7 - 210 - 07502 - 8

赣版权登字 - 01 - 2016 - 894

版权所有 侵权必究

定价:46. 00 元

承印厂:南昌市红星印刷有限公司

赣人版图书凡属印刷、装订错误,请随时向承印厂调换

中共江西省委党校 江西行政学院教材编审指导委员会

主 任 舒仁庆

副主任 杨 超 廖清成 黄世贤

成 员 潘泽林 王仕国 吴志远 高莉娟 杨会清

舒小庆 李才平 程家健 胡长生 张剑萍

徐祖荣 侯巧宝 郭金丰

序

公元 16 世纪开始,资本主义发展较早的西欧采取重商主义政策,大批自耕农、佃农失去土地而获得人身自由,产生了自由的工人阶级。商品经济发展为资产阶级平等、自由观念创造了条件,文艺复兴时期提出了人文主义思想。随着资产阶级力量的壮大,又提出了权利本位观念,权利是天赋的,不能转让,也不可剥夺。商品经济的发展促进私法的发达,人们要求迁徙自由、交换自由、人格平等,而新兴资产阶级土地所有权却继续受到国王限制,他们迫切要求打破封建行政管理模式,限制统治者的权力,保障自由和权利,促进了行政法的产生。

欧洲是现代行政法的发祥地,18 世纪启蒙运动对行政法产生了重要作用。主要源于洛克政府论、卢梭的社会契约论以及孟德斯鸠的权力分立理论。启蒙思想的传播进一步促使法治国的兴起。同时与美国独立(1776 年)、法国大革命(1789 年)所导致的人权与反抗专制的思潮有关。法治国的具体内涵包括:法律至上、权力分立、法律保留、正当程序等等。程序是人们遵循法定的时限和时序并按照法定的方式和关系进行法定行为的过程。一般而言,人们都把《英国大宪章》作为“正当程序”之源,1354 年,爱德华三世第二十八号法令规定:“不依正当程序,不得对任何人加以驱逐出国境或住宅,不得逮捕、监禁、流放或者处以死刑”。正当程序成为走向法治国的根本元素之一。正当程序与法律职业化被称为法治的两个推动力。追求结果公正不能以牺牲正当程序为代价,不顾程序的权力行为,即使达到了

目的,也必将对公民的自由产生威胁,形成人人自危的局面。社会契约要求建立法治政府、有限政府、服务政府。按照权力的来源,国家必须根据法律授权来行使公共权力,保障公民权利,“法无明文授权不可为”。权力是由人民通过法律授予的,这决定着任何权力都是有界限的,权力行使必须受到法律约束,超出法律界限的越权行为无效,造成相对人损害的,应承担赔偿责任。人民赋予权力之初衷是为了更好地生活,权力必须服务于人民。

从世界范围看,不同历史背景产生不同行政法律制度。大陆法系行政法制度是以法国行政法为中心建立起来的,具有独立的行政法院系统,由专门行政法院审理行政案件;美英法系行政法制度则以美英行政法为中心建立起来的,没有独立的行政法院系统,由普通法院审理行政案件。在行政法基本理论上,大陆法系主要从限制行政权的角度,把行政法看成是规范政府行为的法律;英美法系则强调行政程序的重要性。从调整范围上,大陆法系行政法的调整范围比较广泛,既包括行政机关的组织形式、文官制度、行政责任,也包括行政行为的原则、程序。

为什么要学习《比较行政法》。1986年10月4日,在新中国第一任法制局局长、时任全国人大法律委员会顾问陶希晋先生的倡导和组织下,由10多位行政法学者成立了一个专门研究行政立法的机构——行政立法研究组,对于新中国的行政法制进程来说,是极为重要而具有历史意义。立法研究组做了大量调研,一方面到国内各地了解实践,另一方面赴国外考察学习国外的先进立法经验。在30年时间里,行政立法研究组从最初设想的《行政法大纲》到草拟或参与草拟《行政诉讼法》、《国家赔偿法》、《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政强制法》等多部行政法的试拟稿,为我国行政法律体系的完善作出了贡献。我们学习、研究外国行政法,就是为了了解、借鉴外国行政法。对于外国行政法研究者而言,首先需要提供客观、真实、全面的外国行政法。中国行政法的研究实际上是以对外国行政法的研究为基础而进行的。无论是日本行政法、苏维埃行政法,还是法国行政法、德国行政法,对我国行政法的研究都有很深的影响。中国行政法学的繁荣与发展,是与对外国行政法的研究与借鉴分不开的,是外国行政法理论和实践成果与中国国情相结合的产物。学习外国行政法,可以借鉴、服务于我国行政法的发展,可谓“他山之石,可以攻玉”。

如何学习、借鉴外国行政法。行政法的核心理念是限制公共权力、保障公民权利。几千年的封建专制统治,法律是用来保障皇权实施的工具,不可能形成现代的行政法治理念。改革开放以来,中国开始了现代法制建设,学习和借鉴先进国家法制的理念、成熟的理论和具体的制度,对中国行政法学研究和行政法制建设、发展无疑起到了极大的推动作用。但是,仅此目的而学习外国行政法,无法保证准确、全面、客观、及时,极易脱离丰富、鲜活的行政法实践。必须从行政法律制度的政治、经济、文化、法制等社会背景来理解外国行政法。比如我们引入的行政指导制度,是西方法治国家在法治环境下对法的一个补充措施,由于行政指导不具有强制力,行政相对人是否接受行政指导完全出于自愿,所以法治环境显得很重要。由于人治的传统还根深蒂固,中国尚未建立起行政相对人对行政指导的完全自愿选择接受的法治环境,权力的任性可能会导致实践中的行政指导并没有改变权利服从权力的实质。如果行政相对人接受行政指导还具有被迫性,那么行政指导就体现着强制性,甚至可能导致行政主体为了规避法律责任而用政策代替法律,从而妨碍法治国家建设。对外国行政法律制度的借鉴,应当在对该制度产生的历史文化背景、适用环境和条件等予以深刻分析、历史考察的基础上进行,不能简单移植,那就犯了形式主义、教条主义的错误。

中共江西省委党校法学在职研究生班是从 2005 级开始开设《比较行政法》这门专业课程的,当时主要是考虑党校在职研究生与高校硕士研究生相比,具有几个不同特点:一是第一学历非法学专业者居多,二是在党政机关公职人员居多。为此,本人试图整理这些年来课堂讲授的内容,按照专题式的架构,介绍国外的行政法律制度,结合中国实际,最终落脚点在中国,期盼对在职研究生的理论学习和实践运用有所帮助。

万高隆

2016 年 12 月

(作者系中共江西省委党校法学教研部副主任、教授)

目 录

第一章 行政法基本理论比较	1
第一节 行政法概念比较	1
第二节 行政法产生的背景与特点比较	6
第三节 当代行政法的发展趋势——由控权论向平衡论理念转变	21
第四节 中国行政法的未来发展趋势——以非强制行政行为为主导	23
第二章 行政主体比较	32
第一节 国外行政主体比较	32
第二节 中国的行政主体	34
第三章 公务员制度比较	38
第一节 公务员关系的性质和范围比较	38
第二节 公务员人事分类制度比较	40
第三节 公务员录用制度比较	48
第四节 公务员职务任免制度比较	66
第五节 公务员的义务比较	78
第六节 公务员权利保障制度比较	81
第七节 公务员救济制度比较	82

第四章 行政处罚制度比较	91
第一节 行政行为概述	91
第二节 行政处罚制度比较	93
第五章 行政强制执行制度比较	101
第一节 国外行政强制执行模式	101
第二节 日本的行政强制执行制度	102
第三节 美国的行政强制执行制度	105
第四节 德国的行政强制执行制度	107
第五节 中国台湾的行政强制执行制度	108
第六节 中国的行政强制法律制度	111
第六章 行政指导制度比较	131
第一节 行政指导的概念与性质	131
第二节 行政指导产生与发展的背景分析	134
第三节 行政指导的作用范围	135
第四节 行政指导的救济	137
第五节 中国行政指导的现状与发展走向	138
第七章 行政救济制度比较	141
第一节 英国的行政救济制度	141
第二节 美国的行政上诉与复议制度	148
第三节 法国的行政救济制度	149
第四节 德国的行政申诉制度	152
第五节 日本的行政不服申诉制度	153
第六节 各国行政救济制度比较分析	155
第七节 中国行政复议机构独立化的实践	158

第八章 行政诉讼制度比较	161
第一节 国外行政审判机关比较	161
第二节 行政诉讼原告资格比较	164
第三节 行政公益诉讼制度比较	168
第四节 德国的行政诉讼简介	174
第五节 中国行政立法的发展	184
第六节 《行政诉讼法》的理论突破与制度创新	189
第七节 中国行政审判的现实问题与改革方向	214
第九章 行政赔偿制度比较	227
第一节 国家赔偿观念的形成与发展	227
第二节 英国的国家赔偿制度	233
第三节 美国的联邦侵权责任	234
第四节 法国的行政赔偿制度	238
第五节 中国的国家赔偿制度	242

第一章

行政法基本理论比较

第一节 行政法概念比较

立法是制定一般的抽象规范的国家行为,行政是法的具体化实施过程,其宗旨是执行法的原则与内容,以实现国家目标的积极行为,享有充分的自由裁量权,重视整体性与统一性;而司法则通常基于当事人的请求而作为的,强调其独立性,具有严格的程序与法的约束。行政作为行政法的调整对象是一个历史概念,它是国家职能中最早的一种职能,最初未与其他职能分化,国家职能集中表现是行政。如中国古代“召公、周公行政”,其实质是管理,具体表现为命令与服从,行政活动无须法律许可,借国家之名贯彻君主个人意志,人支配着一切。资产阶级革命之后,行政开始从国家职能中分离出来,并与法紧密结合,其实质转变为执法,随着行政法治化进程的发展,从秩序行政发展到给付行政,行政执法成为现代国家行政管理的重要形式与标志。行政与法的结合是国家行政走向民主、法治的重要标志,也是行政法产生的法律文化基础。

行政在历史发展中表现为不同的社会价值与功能。行政与法结合之初,仅限于消极维护秩序,现代国家行政作用已经转变为福利行政。行政观念的转变必然要求行政与法的结合,产生行政法,国家法治主义的确立是行政法获得现实基础的

基本条件。在行政法律制度发展初期,人们把行政法分为两种类型:德、法等有行政法的国家与英、美等没有行政法的国家。当今世界行政法分为英美法系行政法与大陆法系行政法。

一、行政的界定

在德文(*verwaltung*)和英文(*Administration*)中,行政均表示经营、管理及执行之涵义。但学术界迄今未有行政之通说。行政法学与行政的界定大致分为消极说、积极说、折中说及描述说。

一是消极说,不直接阐述行政的定义,而是先将非行政的国家权力予以排除,采用否定式进行解释。中国台湾学者称“扣除说”,日本学者称“控除说”。德国 *otto mayer* 认为,行政是除立法及司法之外的国家公权力或其他公权力主体的行为。这一观点是建立在西方三权划分的基础上,中国台湾地区采用五权分立方式,立法、司法、考试及监察等机关的行为均被排除在外。立法、司法之外的国家行为是否皆为“行政”则存在争议。

二是积极说,从正面说明行政的性质及内容,欧陆学说中此类观点颇多,*Fleiner/Gerstner* 把行政看成是实现公益的国家行为。*H. porters* 认为,行政是在个案中以追求目的之达成,而持续不断的活动,其具独创的特征,并得为自由裁量,而免于立法的约束。日本学者田中二郎认为,“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继续、形成的国家活动。”^①这些定义都难以界定立法、司法与行政之区别。

三是折中说,试图兼采消极说与积极说,并提出综合性解释定义。如 *K. stern* 认为,行政是执法权的机关及其所属特定权利主体,在法律的约束之下,本于(或多或少)既定的目标,基于自我责任而以具体措施持续地处理公务任务。这种定义同样不能弥补消极说与积极说之缺陷。晚近学者开始着眼不同角度,对行政的特征加以描述。同时,行政本身将伴随社会发展而不断演变,行政权与立法权、司法权之关系也随之变迁。因此,“行政并非仅是单纯的执行法律,更应包括政策拟定与

^① 翁岳生:《行政法》(上册),中国法制出版社 2009 年版,第 5 页。

决策的成分,以及变迁中的周边条件”。^①

翁岳生为了顺应行政本质上的多样性与复杂性,从各个不同的角度观察行政的内容与特色,赋予其应有的面貌,从六个方面完整地描述了行政的特征:^②

1. 行政是广泛、多样、复杂且不断形成社会生活的国家行为。

国家职能绝大多数属于行政,行政分为内政、外交、军事、教育、财政等诸多部门,行政所面对的事件不仅是过去,而且是现在、将来社会中不断涌现并形成的问题。不论是否处理具体事件,都应该有整体性考虑;而司法只能是针对过去出现的具体个案作出现在的正确判断,其判决效力仅及于案件当事人,追求“个别正义”。行政则具有更广阔的活动领域。

2. 行政是追求利益的国家行为。

行政需要追求国家目的,始终代表国家立场,当私益与公益冲突时,国家对私益会有所限制,以维护公共利益。而司法则不能存在利益或不利益的倾向,主要在于通过对个案的审理,作出正确裁决,法官应当超出国家立场,居于中立地位,以第三者身份作出裁判。

3. 行政是积极主动的国家行为。

行政作用在于实现国家目的,特别是在福利行政时代,行政必须主动积极介入经济、文化、交通等各个领域,才能满足人民与社会的需求,否则构成不作为。这与司法“不告不理”的被动特性形成鲜明对照。

4. 行政应受法的支配——合法性与合目的性之兼顾。

行政应用法律时除了坚持合法性外,还要考虑合目的性,如为了达到财政收入目的而应用“所得税法”,保持国家的运转。而司法的唯一目的(若司法也有追求的目的)是最可能正确、迅速地作出法的判断,彰显法的正义价值。

5. 行政的运作应注重配合与沟通。

行政追求公共利益之目的决定其整体性,有同级、上下层级划分,上下隶属、层层节制,下级服从上级,但须相互沟通、协调、配合,共同合作以追求国家利益。而

① 翁岳生:《行政法》(上册),中国法制出版社 2009 年版,第 12 页。

② 翁岳生:《行政法》(上册),中国法制出版社 2009 年版,第 13 页。

司法的独立性与中立性则不同。中国台湾宪法第十八条规定:法官须超出党派之外,依照法律独立审判,不受任何干涉,故法官于审判时悉依良知根据法律独立判断,并无上级机关的观念,除非在诉讼法上明文规定,特定案件在一定范围内上级法院所表示的意见,下级法院受其约束,否则上下级法院之间并无审判上指挥监督关系。正因行政、司法的性质与目的不同,在组织设计上,行政组织多采用首长制,以便应对形势变化迅速作出规定,实现行政目的;而司法则以合议制为主,独任制为例外。

6. 行政是形成具体决定的国家行为。

行政通常以行政处分行为方式作出具体决定,具有个别性,针对特定人作出具体决定,即具体行政行为。这与司法裁判并无不同。而立法并非针对个案有所规范,通常着重于制定一般、抽象之规范。具有一般性与抽象性,规范的对象为不特定的人及抽象的事实。

德国行政法把行政行为分为三大类型:

规制行政——行政机关为了实现行政目的,干预人民权利,限制人身自由或财产权利,或者赋予人民义务或负担的行政作用,如勒令歇业、吊销执照、征收土地等。故应当受到法律严格的羁束。

给付行政——行政机关积极主动为人民提供各类服务或利益的行政作用。故法律约束的程度较为宽松,如实施各种社会保险、兴建公共设施、提供社会救助、实施行政指导等。行政亦有较大的选择自由。实践中,因为规制行政与给付行政存在相互交叉、难以分割的情形,如强制打预防针或对绝食者强制灌食,一方面是强制措施,另一方面又是保障人身权利的给付行为。大多数学者一般仍采用此种分类。

计划行政——行政以作出计划的方式来达成施政的目的。包括国家总体发展计划,各部会中长期施政计划等。

二、英美法系的行政法概念

最早给行政法下定义的是英国的奥斯丁,他在《法律学》中表明,公法由宪法和行政法组成,行政法是规定主权行使之限度与方式。1880年,霍兰在《法理学》著作中指出:公法最主要的是宪法和行政法,宪法是关于国家机构的组织的法律

(静态的法);行政法是关于国家机构活动的法律(动态的法)。英国戴雪一开始并不承认行政法概念的合理性,认为行政法是法国的东西,是保护官吏特权的法律。他主要从诉讼法意义上讲,并没有全面理解其实质价值。到1915年,他又在《行政法在英国的发展》中开始承认英国出现行政法现象。到了现代,英国的行政法概念从三权分立理念转换到法律如何控制行政权的运行程序,特别是把行政权的价值定位于限权与人权救济上来。

美国施瓦茨比较全面地阐述了英美法系行政法观念,重视行政权限与救济,强调行政程序的基本特征与作用。他认为,行政法是管理政府活动的部门法,它规定行政机关可以行使权力,确定行使权力的原则,对受行政行为侵害者给予法律补偿。从行政主体享有哪些权力、如何行使权力以及行使权力的法律后果三个层次系统描述了行政法的本质内涵,为现代行政法的发展奠定了观念基础。

三、大陆法系的行政法概念——以法国行政法为中心建立起来的

大陆法系行政法以自己独特的方式快速发展,并不像英美那样与普通法纠缠在一起。法国行政法之父奥托·迈尔认为,行政法是关于行政之法。法国多数学者看成是有关调整公共组织与权限、协调市民与行政权关系的法。由于严格区分公法与私法,^①行政法普遍被理解为有关行政的公法。通过学者的探讨,法国行政法概念从权力行为逐步扩展为公共服务,行政的功能从权力行为演变成为一种社会服务。意大利、日本、奥地利等国的行政法概念深受其影响。

四、大陆法系与英美法系行政法概念之比较

(一)两大法系行政法概念之差异

1. 大陆法系一般从公共管理的角度,把行政法理解为受公共调整的法律规

^① 法国的公法与私法的区分,涉及行政法的基本观念。划分行政权限的实质标准,大致经历了三个阶段:1873年以前,由于行政审判的目的在于保护行政机关独立,故采用了机关标准,后因遭到普通法院抵制和自由主义思想的攻击,行政法院采用了国家债务人、公共权力行为等实质标准;1873年布朗戈案件之后,又确立了公务标准;第二次世界大战后,随着政府从事大量工商业公务、社会保障公务,原先的公务标准出现危机,行政法院开始根据公共权力、法律关系及法律规则等角度确立多元化标准。

则,行政法是关于行政之法、国内法、公法;英美法系国家则强调从控制、防止行政权力膨胀、保护私人利益的角度。把行政法看成一种控制行政权力运行程序的法律规则,甚至将其理解为程序法,侧重于相对人权益的保护。

2. 英美法系国家通常从狭义角度理解,把行政法看成是程序法、外部行政法;大陆法系国家侧重于其广义内容,既包括实体法又包括程序法,既包括内部行政法,又包括外部行政法。

(二)两大法系行政法概念的共性

1. 英美行政法“控权法”与大陆行政法“保权法”的区别只是相对而言,美国学者主张广义行政法概念,拓展了传统的英美行政法范围,包含了与公共行政有关的所有法律问题,与大陆法系日益融合。

2. 大陆法系国家的行政法原理主要按照公法原则确定,不适用于私法领域,形成独立的行政法院体系。随着公法与私法界限相对化趋势的发展,行政法在私法领域内的具体运用,进一步促进两类行政法概念之间的融合。

第二节 行政法产生的背景与特点比较

一、行政法产生的经济、思想与文化背景

(一)商品经济的发展,权利观念的形成

从16世纪开始,资本主义发展较早的西欧反对以农为本的传统,采取重商主义政策,鼓励资本原始积累,大批自耕农、佃农失去土地而获得人身自由,产生了自由的工人阶级。商品经济发展为资产阶级平等、自由观念创造了条件,文艺复兴时期提出了人文主义思想。随着资产阶级力量的壮大,又提出了权利本位观念,权利是天赋的,不能转让,也不可剥夺。个人之间在契约所有权等方面的法律关系在实践中逐渐取代了封建的人身依附关系,商品经济的发展同时促进私法的发展,人们要求迁徙自由、交换自由、人格平等,而新兴资产阶级土地所有权却继续受到国王限制,他们迫切要求打破封建行政管理模式,废除不平等制度,限制统治者的权力,保障自由和权利,促进行政法的产生。

欧洲大陆自 13 世纪中叶以来,逐渐进入中央集权阶层,18 世纪达到高峰。封建土地经由对外购买或因佃农死亡而收回,随着生产力发展,狭小而零星的庄园不再具有效率。君主必须建立起“去属人化”之行政,现代国家轮廓已经形成。但君主或贵族仍有世袭之权,人民基于自然法思想而在个案中获得国家赔偿或补偿只是例外。18 世纪中期至 19 世纪中期,进入警察国家,各国实施君主立宪,与君主专制时期不同,美国独立、法国大革命以来之人民权利保障思想已经形成,君主统治不再“君权神授”,他们享有法律创设权。但立法时受到拘束,这一时期,政府若介入人民现有之权利,必须符合比例原则并支付补偿金,虽然没有严格的行政、司法组织之区分,人民权利受到侵害时,可向国家法院或皇家法院起诉,当事涉君主个人时,人民不享有权利保护。但君主也必须受到调处法院或调处程序之拘束,为了免去争诉之困扰,许多与权力行为有关的案例,均被理解为私法性质,如土地征收行为被理解为民法之强制收买,公务员关系被界定为雇佣契约或委任契约等。此时学界的“国库理论”把行政部门理解为公法人和私法人两种表现形式,若行政侵害人民权利或者致人民过度忍受、牺牲,则人民可以向国库请求赔偿或补偿。^① 为国家合法行为损害人民利益创设了补偿机制。

从中国近代社会而言,几千年封建专制传统在人们心中留下深深的烙印,没有经过完备的资本主义商品经济的发展,权利保障意识缺失。广为流传的五个猴子故事说明,制度一旦形成,会延伸到人的心理、观念、意识等精神世界。^② 一个好的制度可以使人心情愉悦、充满自信,一个坏的制度使人时时内心压抑,处处缺乏安全感。实验者把五只猴子关在一个笼子里,笼子上头挂一串香蕉,实验人员装了一个自动装置,若是侦测到有任何一只猴子要去拿香蕉,高压水枪就会马上喷射笼子里的五只猴子。于是,猴子们达成一个共识:不要去拿香蕉,因为会有水喷出来。后来实验人员把其中的一只猴子放出,换一只新的猴子关到笼子里。这只新来的猴子不懂规矩,出于本能,看到香蕉就想去拿,结果高压水枪还未射击,其他四只猴子就联合将这只新猴子暴打了一顿。因为它们害怕自己会收到高压水枪的攻击,

① 翁岳生:《行政法》(上),中国法制出版社 2009 年版,第 46-47 页。

② 萧瀚:《法槌十七声:西方名案沉思录》,法律出版社 2007 年版,第 3 页。