

国家级重点学科
中国人民大学宪政与行政法治研究中心学术文丛

宪政与行政法治 评论

(第二卷)

中国人民大学宪政与行政法治研究中心编



国 家 级 重 点 学 科
中国人民大学宪政与行政法治研究中心学术文丛

宪政与行政法治 评 论

(第二卷)



图书在版编目 (CIP) 数据

宪政与行政法治评论 (第二卷) /
中国人民大学宪政与行政法治研究中心编.
北京: 中国人民大学出版社, 2005
(国家级重点学科 中国人民大学宪政与行政法治研究中心学术文丛)
ISBN 7-300-06346-2

I. 宪…
II. 中…
III. 行政程序-程序法-中国-文集
IV. D922.114-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 018730 号

国家级重点学科
中国人民大学宪政与行政法治研究中心学术文丛
宪政与行政法治评论 (第二卷)
中国人民大学宪政与行政法治研究中心编

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511239 (出版部)	
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)	
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)	
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
印 刷	河北涿州星河印刷有限公司		
印 本	787×1092 毫米 1/16	版 次	2005 年 6 月第 1 版
印 张	32.25 插页 2	印 次	2005 年 6 月第 1 次印刷
印 字	数 541 000	定 价	46.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

编者的话

中国人民大学宪政与行政法治研究中心主编的《宪政与行政法治评论》出版第一卷以来,得到社会各界的广泛关注,收到良好的社会效果,为宪政与行政法治研究领域提供了又一个研究平台。在充分听取各界意见和建议的基础上,经过半年多的策划和编辑,《宪政与行政法治评论》第二卷又呈现在广大读者的面前。本卷对栏目设计进行了较大的调整,在继续保留上一期的“主题研讨”、“宪政与行政法治专论”的基础上,新增了“海外宪政与行政法治专论”、“博士论坛”以及“立法调研与建议”三大板块,内容更加丰富,形式上也力求创新。

本期的“主题研讨”聚焦于人权与基本权利这一热点领域,第四次修宪将“国家尊重和保障人权”写入宪法,这对于中国宪政建设事业无疑具有重大而又深远的意义,也引起了宪法学界的普遍关注。著名宪法学家许崇德教授、韩大元教授等诸多学者的论文在高度评价人权入宪的意义的同时,也从不同角度对人权的概念、人权与权力的关系、人权入宪与宪政模式的转变、人权入宪与行政侵权的关系等问题进行了深入的

探讨。在基本权利保护方面,胡锦涛教授、张庆福教授等专家学者发表文章围绕法律救济和宪法救济之间的关系、私产入宪、我国行政赔偿法制发展、对基本权利进行司法保护和救济等重要问题进行了研究,具有重要的参考价值。

适逢我国著名行政法学家杨海坤教授花甲之际,本刊以特稿形式刊登了苏州大学章志远博士撰写的述评,对杨海坤教授为中国行政法治的实现大力鼓与呼的学术思想进行了回顾。本次“宪政与行政法治专论”栏目选编的一组文章既有杨海坤教授、张千帆教授等学者探讨行政法与宪法的重新定位,宪政、行政法治与市场经济三者之间的辩证关系之鸿篇巨制,也不乏沈开举、崔卓兰、薛刚凌等教授对行政赔偿、行政程序等具体问题的细致分析,相信读者能够从中得到收获。

宪政与行政法治研究不仅要立足本国,更应当放眼世界,博采百家之长,借鉴先进经验。“海外宪政与行政法治专论”栏目的推出正是为了将更多国外学术界的最新动态介绍给国人,为海内外宪法与行政法学界的交流搭建一座沟通的桥梁。徐昕教授等翻译了意大利佛罗伦萨大学教授莫诺·卡佩莱蒂的文章,探讨了有关司法职责的一系列问题,对我国学者对司法职责进行反思不无启发。此外,读者还可以领略到欧洲一体化下的英国法发展现状和南非行政法的情况。

“博士论坛”栏目是本刊特设以供博士生们发表真知灼见的一方园地。中国人民大学宪法与行政法治研究中心于2004年6月14日举行了第一次博士论坛,论坛的主题是“人权入宪后我国行政法的发展机遇和挑战”,王锴等八位博士生参加了这次论坛,博士生们畅所欲言,百家争鸣,智慧火花闪现,本期的“博士论坛”栏目首次收录了该论坛的记录。

在第四次修宪将宪法中的“戒严”改为“紧急状态”之后,我国对紧急状态的立法也已列入议事日程,中国人民大学宪法与行政法治研究中心承担了国家社科基金特别委托项目《重大突发事件的应对机制研究》的子课题《重大突发事件应对机制的法律问题研究》和国务院法制办公室特别委托项目《突发事件应急体制、机制和制度建设的理论与实践研究》。现将其中两个重要研究成果《突发事件应对机制的法律问题研究报告》和《中华人民共和国紧急状态法(专家建议稿)》予以刊发,以期对我国紧急状态立法提供参考借鉴。

宪政与行政法治建设绝非一日之功,有赖于理论和实务界的共同努力,我们衷心期待着本书能成为宪法与行政法学界百花齐放、学术争鸣

的阵地，更企盼本书能够成为理论界和实务界沟通互动的纽带，为中国宪政与行政法治建设作出应有的贡献。希望广大读者一如既往地支持我们，积极投稿、发表意见、提供建议，使本书不断改进和完善。

《宪政与行政法治评论》编辑部

2004年10月18日

目 录

特稿

为中国行政法治的实现鼓与呼

——杨海坤先生行政法学术思想述评 章志远 (1)

主题研讨：人权与基本权利聚焦

人权入宪的重大意义 许崇德 (15)

宪法文本中“人权条款”的规范分析 韩大元 (22)

人权概念的历史分析 莫纪宏 (33)

以人权制约权力 王 磊 (51)

人权保护原则的确立与我国的宪政模式转换 吴新平 (63)

乙肝歧视第一案与宪法救济 胡锦涛 (74)

论公民财产权宪法保障制度 张庆福 任 毅 (103)

人权入宪与我国行政补偿法制的发展

——兼论私有财产权的保护与限制 莫于川 (110)

论公民基本权利的司法救济原则	李元起 郭庆珠 (125)
公民基本权利的司法保护	陈云生 (148)
人权入宪与对行政侵权的扩大化保护	王世涛 (171)

宪政与行政法治专论

行政法与宪法关系之重新定位	杨海坤 章志远 (182)
宪政、法治与经济发展	
——一个初步的理论框架	张千帆 (208)
宪法修正案与我国行政补偿研究的新进展	沈开举 (236)
行政程序的价值与功能	崔卓兰 闫立彬 (252)
价格听证制度研究	薛刚凌 (275)

海外宪政与行政法治专论

谁来监督监督者?	[意] 莫诺·卡佩莱蒂著 徐 昕 王 奕译 (289)
欧洲一体化影响下的英国行政法	Prof. Jeffery Jowell QC Prof. Patrick Birkinshaw 著 冯 毅译 (339)
南非行政法掠影	郑 宁 莫于川 (396)

博士论坛

人权入宪后我国行政法的发展机遇和挑战	王锴等 (417)
宪法视角下的日本历史教科书问题	
——以家永诉讼为线索	肖 军 (460)

立法调研与建议

突发事件应对机制的法律问题研究报告	中国人民大学宪 政与行政法治研究中心课题组 (471)
《中华人民共和国紧急状态法 (专家建议稿)》	
及其说明	中国人民大学宪政与行政法治研究中心课题组 (486)

中国人民大学宪政与行政法治研究中心简介	(507)
---------------------------	-------

特 稿

为中国行政法治的实现鼓与呼 ——杨海坤先生行政法学术思想述评

【编者按】

章志远博士的述评对我国著名行政法学家杨海坤教授为中国行政法治的实现大力鼓与呼的学术思想进行了系统回顾,富有教益。适逢杨教授花甲之际,本刊以特稿形式刊登此文,以表祝贺,以飨读者。

Calling for the Achievement of Chinese Rule of Administrative Law

——Commentating on the Academic Thoughts on Administrative Law of Professor Haikun Yang

章志远*

【摘要】 本文主要从如下十二个方面对杨海坤教授的行政法学术思想作出评述，即宪法与行政法的关系、行政法与行政诉讼法的关系、政府法治论、现代行政的公共性、行政法的实质渊源和不成文形式渊源；行政执法的一般原则和基本要求、行政指导的法律属性、行政自由裁量权的法律控制、行政紧急权力行使的法制化、中国行政程序法的法典化、行政法院的设立、21世纪中国行政法治的模式等，借以展示杨海坤教授作为行政法学家对中国行政法事业的杰出贡献。

【关键词】 政府法治论 行政执法 行政自由裁量权 行政紧急权力 行政程序法 行政法治

Abstract: This article mainly commentates on Professor Haikun Yang's academic thoughts on Administrative Law in the following twelve aspects: the relationship between Constitution and Administrative Law; the relationship between Administrative Law and Administrative Procedural Law; Governmental Rule of Law; the Publicity of Modern Administration; The Substantive and Unwritten Formal Sources of Administrative Law; the ordinary principles and fundamental requirements of the Enforcement of Administrative Law; the legal attributive of Administrative Guidance; the legal control on Administrative Discretion Power; the legalization of the exertion of Administrative Emergency

* 章志远，苏州大学法学院讲师，法学博士。

Zhiyuan Zhang, Lecturer of Law in School of Law of Suzhou University; LL. D.

Power; the codification of Chinese Administrative Procedural Law; the establishment of Administrative Courts; the mode of Rule of Administrative Law in China in 21 century. All the twelve aspects are helpful to show Professor Yang's great contributions to Administrative Law career in China as being an administrative scholar.

Keywords: Governmental Rule of Law; Enforcement of Administrative Law; Administrative Discretion Power; Administrative Emergency Power; Administrative Procedural Law; Rule of Administrative Law

兴起于 20 世纪 80 年代初期的中国行政法学, 经过二十多年的发展, 已经取得了令世人瞩目的成就。时至今日, 不仅行政法的学科地位已为学术界所广泛认同, 而且行政法作为一个独立的法律部门也得到了人们的普遍接受。中国行政法学的发展是与一批具有浓厚的历史责任感和扎实理论功底的学者的努力分不开的, 苏州大学法学院的杨海坤教授即是其中的杰出代表之一。自 1984 年开始从事行政法学教学与科研工作以来, 杨海坤教授先后出版了数部有重大学术影响的著作和三百余篇行政法学术论文。在这些学术作品中, 杨海坤教授对行政法学的诸多前沿性课题都进行了不懈的探索, 为我国行政法学研究的崛起作出了突出贡献, 从而成为行政法学界公认的拓荒者和带头人。适逢杨海坤教授花甲之际, 作为他的学生和同事, 笔者特做此文, 拟从如下十二个方面对其行政法学术思想略做述评, 借此展示这位行政法学家对中国行政法学事业的杰出贡献。

一、关于行政法与宪法的关系

在各国的法律体系中, 行政法与宪法是关系最为密切的两个法律部门。虽然它们在调整对象、范围及方法等方面存在着一定的差异, 但出于对限制公共权力、保障公民权利的共同关切, 二者在内容、功能上又颇多相同之处, 都被认为是传统公法的重要组成部分。自从现代意义上的行政法诞生以来, 行政法与宪法的关系就一直成为各国公法学家所共同关注的重大课题。英国行政法始祖威廉·韦德的“整个行政法学可以

视为宪法学的一个分支”的论断，美国学者古德诺的“行政法是动态宪法”的概括以及德国行政法学之父奥托·麦耶“宪法灭亡，行政法长存”的惊世骇俗之言，都是百年来为世人所广泛传诵的经典名言，这表明行政法与宪法的关系在西方学理上并没有形成定于一尊的结论。

在我国，自上个世纪 80 年代开始，“宪法是根本法、母法，行政法是宪法实施法”的观点就一直在学界占据统治地位。早在上个世纪 90 年代之初，杨海坤教授就对此提出了质疑，认为应当全面地把握行政法与宪法之间的关系，他认为，除了“从属关系”和“部分重合关系”之外，二者还存在一定的“补充、发展关系”。也就是说，行政法在遵循宪法原则和精神的前提下，在宪法的范围内有能动活动的余地，并对宪法的发展起着实际的推动作用，而这种在宪法基本精神指引下的有所创造、有所作为并不是“违宪”^①。这一极具挑战性的观点尽管没有遭到过任何有力的批驳，但杨海坤教授仍然一直在思索其科学与否。世纪之交，在一篇具有较大学术影响的论文中，杨海坤教授通过分析行政法的发展对宪法所产生的积极影响与消极影响，响亮地提出行政法与宪法之间是一种“互动”关系：行政法的发展不仅落实了宪法的原则性规定，传播了宪政的基本理念，而且在一定程度和范围内补充、发展了宪法，推动着宪法的修改与完善。为了推动行政法与宪法互动关系朝着良性方向发展，必须牢固树立“宪法至上”的基本理念，并尽快建立卓有成效的违宪审查制度。^② 时隔不久，在另一篇重要的学术论文中，杨海坤教授通过剖析 2001 年发生的“齐玉苓案”和“青岛三学生状告教育部案”，指出：从行政诉讼走向宪法诉讼，建立全面、完善的违宪审查制度是中国实现宪政的必由之路。^③ 这一论述是前述行政法与宪法互动关系的进一步展开和具体体现。

二、关于行政法与行政诉讼法的关系

对于行政法的发展来说，除了要厘清其与宪法之间的关系以外，还

① 杨海坤：《中国行政法基本理论》，89～90 页，南京，南京大学出版社，1992。

② 参见杨海坤等：《宪法与行政法良性互动关系之思考》，载中国人民大学复印报刊资料《宪法学、行政法学》，2001（1）。

③ 参见杨海坤等：《从行政诉讼走向宪法诉讼：中国实现宪政的必由之路》，载《法制与社会发展》，2002（1）。

必须科学地认识行政法与行政诉讼法之间的关系。在我国，一种十分流行的观点认为，行政诉讼法与刑事诉讼法、民事诉讼法一起同属于诉讼法，它与行政法的调整对象相去甚远，因而二者是两个相并列的独立法律部门，行政法必须与行政诉讼法相分离。杨海坤教授很早就对此提出过不同意见，他认为，行政法是调整行政组织关系、行政管理关系和监督行政关系而形成的三类法律规范的总和，而近代行政法的产生则是以行政诉讼制度的产生为其重要标志的。在我国，虽然《行政诉讼法》的颁行推动了行政法各项制度的发展，但它仍然属于行政法的组成部分，具体理由是：行政法的突出特点是实体法与程序法的交融，作为行政行为事后补救（救济）的程序法，行政诉讼法与作为行政行为事先、事中的程序法既相互区别又密切联系，属于广义的行政程序法；行政诉讼法作为行政救济法或行政法制监督法的一部分，不能孤立地存在；行政法的基本原则完全适合于行政诉讼法，并贯穿于行政诉讼法中；我国《行政诉讼法》本身就是由程序性规范与实体性规范共同组成的，其中实体性规范还占据相当重要的地位。^① 在中国政法大学五十周年校庆“走向21世纪的中国行政法与中国行政法学专题研讨会”上，针对分离行政法与行政诉讼法的观点，杨海坤教授重申：行政法与行政诉讼法之间教材可以各自独立，但因为可以说行政诉讼产生了行政法，行政诉讼对行政法的监督不可缺少，两者的关系仍然十分密切。^②

三、关于“政府法治论”

自从罗豪才教授于1993年发表《现代行政法的理论基础——论行政机关与相对人一方的权利义务平衡》一文之后，我国行政法学界迅速掀起了行政法理论基础的研究热潮。一时间，“管理论”、“控权论”、“平衡论”、“保权—控权均衡说”、“控权—平衡论”、“多元控权论”、“公共权力论”、“公共利益本位论”、“服务论”等十余种学说纷纷亮相，令人目不暇接。这场讨论早以其持续时间之长、涉及行政法学界人数之

^① 参见杨海坤：《中国行政法基本理论》，555～565页；杨海坤编著：《行政诉讼法学》，1～8页，北京，中国广播电视大学出版社，1994。

^② 有关杨海坤教授在这次研讨会上发言的摘要，可参见司坡森等：《推动依法行政，建设社会主义法治国家》，载《行政法学研究》，2002（3）。

多、理论探讨之深而令法学界瞩目。事实上,早在上个世纪80年代末期,杨海坤教授就十分敏锐地“发掘”了这一重大课题。在《论我国行政法学的理论基础》一文中,他指出:行政法学的理论基础是行政法学体系中的核心部分,其决定了一个国家行政法学的社会阶级性质、基本框架结构、基本原理以及发展方向,对于该国行政法的建设和发展具有直接的指导意义。中国行政法学的理论基础可以概括为:政府由人民产生、政府由人民控制、政府为人民服务、政府对人民负责、政府与公民关系平等化这五个方面,并由这五个方面构成一个完整的有机联系的整体,成为我国行政法学的理论基石。^①后来,他又将其进一步修正、发展为“政府法治论”,其核心思想由五句话组成:政府由法律产生(民主型政府)、政府由法律控制(有限型政府)、政府依法律管理并为人民服务(治理型政府)、政府对法律负责(责任型政府)、政府与公民法律关系平等化(平权型政府)。^②最近,杨海坤教授在一篇重要的学术论文中进一步阐发了“政府法治论”的立论基础,认为政府法治论的人性基础是人的善恶兼具、法理基础是权利相对于权力的本位、宪政基础是制约公共权力及保障公民权利。^③

四、关于现代行政的公共性

“行政”是理解行政法的起点,如果没有人类的行政活动,也就没有行政法存在的可能性。在现代社会,作为行政法调整对象的行政不仅包括国家行政,而且还包括新兴的社会行政。虽然行政的多样和复杂决定了行政本身定义的困难,但这并不表明行政的基本特征是不能认知的。事实上,对行政特征的把握意义更为显著。这是因为,行政特征的描述兼及行政总体理念及行政法总论的体系价值或建制原则,对于行政法的理解以及在个案中的运用,均具有直接的关联性。^④鉴于我国学界

① 该文载《北京社会科学》1989年第1期,后收入其专著《中国行政法基本理论》第三章。

② 参见杨海坤:《行政法的理论基础——政府法治论》,载罗豪才主编:《现代行政法的平衡理论》,383~385页,北京,北京大学出版社,1997。

③ 参见杨海坤等:《我国行政法理论基础研究之述评与展望》,载《岳麓法学评论》,2004。

④ 参见翁岳生编:《行政法》(上),13页,北京,中国法制出版社,2002。

在行政特征表述上的混乱局面，杨海坤教授主张应当着重研究行政的最基本特征，并将其归为行政的“公共性”。他认为，公共性是现代国家行政诸多特征中最基本的特征，其理由包括：行政作为一种公共权力是适合社会公共生活需要的形成物；行政以公共事务的管理为内容，以公共利益为价值取向；行政的公共性具有直接性、主动性，以此与立法、司法的公共性相区别；公共性是行政其他特征的根本来源，其他特点都来源于公共性。可以说，公共性是行政的生命力所在，是其存在价值所在；没有公共性，就没有行政。行政的公共性理论对我国行政法的发展具有重大的意义，强调行政的公共性，就必然会突出行政的合法性、合目的性和自律性，必然突出对行政权的监督和控制；必然要求增强行政的公开性，并日渐增强公民的公权力观念；必将使行政权的民主内涵进一步深化，使行政法的调整领域进一步拓宽。^①虽然行政的公共性早已是一个被广泛运用于政治学、哲学、经济学等领域的概念，且其已盛行于日本及我国台湾地区行政法学理之上，但杨海坤教授的此项研究在我国大陆行政法学界却无疑具有拓荒意义。行政公共性特征的揭示，对于我国行政法的观念变迁和制度建构都具有异乎寻常的推动作用。

五、关于行政法的实质渊源和不成文形式渊源

法律渊源是一个重要的法学基本范畴。受国内法理学关于法渊源片面认识的影响，长期以来我国行政法学界的主流观点都将行政法的渊源机械地理解为行政法律规范的表现形式。翻检 20 世纪八九十年代出版的众多行政法学教材，在讨论行政法的渊源问题时，除了一些细枝末节上的纷争之外，大多将其概括为宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、规章、法律解释及国际条约等。这种狭隘的理解实际上是盲目地将法的渊源等同于法的形式渊源，它无法面对诸如“行政法律为什么必须是制定的”、“构成行政法各类规范的材料最终源自何处”的进一步追问。

十分稀罕的是，早在上个世纪 90 年代初期，杨海坤教授就敏锐地洞察出行政法渊源研究的不足。他认为，法的渊源应当是实质渊源和形式渊源的统一，法的渊源不能仅仅归结为法的形式渊源。其中，法的实

^① 参见杨海坤：《现代行政的公共性理论初探》，载《法学论坛》，2001（2）。

质渊源是指法的内容、材料究竟从何而来；法的形式渊源是指构成法的材料通过什么形式表现出来，即法的存在形式。我国法渊源研究的根本缺陷就在于既忽视了对法的实质渊源的研究，也忽视了对法的不成文形式渊源的研究。他指出，根据我国的国情，行政法的实质渊源至少包括：社会经济关系及其发展规律；国内已经建立的政治制度、政治关系、行政制度、行政关系和不断积累的行政工作经验；外国现存的行政法、行政法律制度；政党的主张和重要政策；公众舆论、要求，专家意见以及自然科学、社会科学理论；法的理论，特别是宪法学理论和行政法学理论。同时，他还进一步指出，在研究行政法成文形式渊源的时候，我们还不应该完全忽视其不成文形式渊源的研究，行政法的不成文形式渊源主要包括与行政法有关的解释、行政实例、行政案例的记载及行政判例、行政习惯等。^①虽然上述归纳尚不全面，但在十多年前有如此深刻之见解实属罕见，尤其是他对行政法实质渊源的研究仍然是迄今为止学界为数甚少的一次学术尝试。

六、关于行政执法的一般原则和基本要求

“行政执法”是一个极具中国本土特色的行政法学概念，也是一个同时为学术界和实务界所普遍接受的用语。行政执法作为我国国家行政机关最主要的职责，历来是行政法学的重点课题。与众不同的是，杨海坤教授除了关注具体的行政执法活动的研究之外，还对各种行政执法活动的某些“共性”问题给予了难能可贵的关注。他认为，行政执法必须遵循五项一般原则，即行政执法合法性原则、行政执法合理性原则、行政执法及时性原则、行政执法程序性原则和行政执法受监督原则。^②其中，行政执法合法性原则包括实体合法性和程序合法性两项子原则，后者则由六个要件组成：行政执法主体必须明确表明有该项执法管辖权；行政机关必须设立公正无偏私的调查听证程序；行政相对人参与行政程序的各项权利须获得保障；行政执法各过程和各环节的完成应有合理的时间限制；行政执法决定要有适当的表达方式和送达方式，决定必须基于记录作出，须具陈理由并教示法律救济途径；行政执法程序

^① 参见杨海坤：《中国行政法基本理论》，第七章。

^② 参见杨海坤：《中国行政法基本理论》，318～322页。

费用需以无偿为原则，在有偿作为例外时须符合严格收费要求。^①此外，他还进一步指出，在社会主义市场经济条件下，我国行政执法的基本要求是法治、公平、文明、廉洁和效率，其中法治是市场经济对行政执法的最根本要求，效率则是市场经济对行政执法的最直接要求。^②这些研究成果对于人们更好地把握行政执法的规律，对于提高行政执法法治化的水平都具有重要的指导意义。

七、关于行政指导的法律属性

行政指导是杨海坤教授所持续关注的一个重要研究课题。早在上个世纪 80 年代中期，在几无任何参考资料可以援用的情况下，杨海坤教授在国内率先从行政管理学的角度展开了对行政指导的研究。^③后来，在其《中国行政法基本理论》一书中，他又设专章对行政指导进行了比较全面的研究。自上个世纪 90 年代中期以后，行政指导的研究在国内日渐升温，一批重要的理论研究成果相继问世。但在行政指导“繁荣”的研究局面背后，同样存在着一些令人担忧的现象，理论内涵界定上的随意和法律属性认识上的模糊即是典型的例证。在比较研究的基础上，杨海坤教授指出，从现代民主行政的发展以及基于其上的现代行政法学的发展趋势来看，行政指导是行政机关为实现一定的行政目的，依法在其职权范围内，以建议、劝告、引导、指示、鼓励等非强制手段，使相对人接受其意思表示并付诸实践的新型行政行为。针对时下流行的行政指导是一种“非权力性行为”的观点，杨海坤教授尖锐地指出，行政指导既然是行政机关行使职权的行为，那么它必定是一种权力行为，因而不可将行政行为再分为“权力行为”和“非权力行为”。不过，权力本身有强弱之分，权力行为可进一步区分为“强权力行为”和“弱权力行为”。原因遮于，权力的含义除了强制力之外，还可以是一种影响力，这种影响力可以是“非强制力”，但它仍然是一种权力作用。据此，应当将行政指导定位为一种弱权力行为。与行政命令等强权行政行为相比

① 参见杨海坤：《行政执法程序合法性要件初探》，载《法制与社会发展》，1996（2）。

② 参见杨海坤：《法治、公平、文明、廉洁和效率——社会主义市场经济对行政执法的基本要求》，载《政治与法律》，1996（3）。

③ 参见杨海坤：《论行政指导——我国行政管理的新模式》，收于全国行政管理学会学术研讨会论文集（南宁，1985）。