

行政法分析学导论

下

关保英 著



商 务 印 书 馆

行政法分析学导

下

关保英 著

 商务印书馆
The Commercial Press

2011年·北京

图书在版编目(CIP)数据

行政法分析学导论(上、下)/关保英著. —北京:商务印书馆,2011

ISBN 978 - 7 - 100 - 08300 - 3

I. ①行… II. ①关… III. ①行政法理论—研究—中国
IV. ①D922.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 067160 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

上海市教委重点学科建设项目

XÍNGZHÈNG Fǎ Fēn Xī Xué Dǎo Lùn

行政法分析学导论

(上、下)

关保英 著

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978 - 7 - 100 - 08300 - 3

2011年9月第1版

开本 880 × 1230 1/32

2011年9月北京第1次印刷

印张 25

定价: 62.00 元

目 录

三 范畴

第十一章 作为法位的分析范畴	343
一、行政法与宪法	344
(一) 宪法典中的行政法规范	344
(二) 行政法中的宪法规范	346
(三) 行政法对宪法的具体化	350
二、行政法在法律体系中的地位	354
(一) 法律体系中的行政法	354
(二) 行政法与其他实体法	360
(三) 行政法与相关程序法	365
三、行政法法源构成的分析	368
(一) 行政法法源中的比重	368
(二) 行政法各法源的关系	371
第十二章 作为功能的分析范畴	373
一、行政法的政治功能	378
(一) 行政法形成政治机制的政治功能	378
(二) 行政法彰显政治价值	389
(三) 行政法分配公共利益	395
二、行政法的经济功能	397
(一) 行政法中的经济规范	397
(二) 行政法对经济关系的设定	402
(三) 行政法对经济秩序的维护	405

三、行政法的文化功能	408
(一) 行政法中的文化内容	408
(二) 行政法作为一国主流文化的形成因素	411
第十三章 作为调控模式的分析范畴	415
一、行政法凝炼行政权原则的分析	417
(一) 行政权的特性	417
(二) 行政权原则在宪法中的反映	422
(三) 行政权原则的意义	425
(四) 行政权原则的确立方式	428
二、行政法分配社会资源	430
(一) 行政法分配社会资源概况	430
(二) 社会资源的界定	433
(三) 行政法分配社会资源的方式	435
三、行政法设定社会关系的分析	440
(一) 行政法与社会化	440
(二) 行政法设定社会关系的方式	442
(三) 行政法设定社会关系与行政法的社会控制质量	447
第十四章 作为运作过程的分析范畴	448
一、行政法典则形成的分析	451
(一) 行政法典则形成机制	451
(二) 行政法典则形成中的政治	458
(三) 行政法典则形成中的技术因素	465
二、行政法执行的分析	468
(一) 行政法的执行机制	468
(二) 行政执法中的法扣除	475
(三) 行政执法中的外在因素	481
三、行政相对人用法问题	484
(一) 行政相对人用法界定	484
(二) 行政相对人用法的法治盲区	494

(三) 行政相对人用法对实现法治的意义	506
第十五章 作为反馈系统的分析范畴	517
一、行政法跟踪机制分析	522
(一) 行政立法	522
(二) 行政执法	530
二、行政法调研机制分析	533
(一) 行政法调研机制的设置	533
(二) 行政法调研机制的功能	536
(三) 行政法调研机制与行政法反馈	538
三、行政法咨询机制	542
(一) 行政法咨询机制与调研机制的比较	542
(二) 行政法咨询机制的构成	544
四 方法	
第十六章 统计的分析方法	549
一、行政法典则的统计	554
(一) 行政法典则的纵向统计	554
(二) 行政法典则的横向统计	561
(三) 行政法典则统计技术	565
二、行政法主体的统计分析	571
(一) 行政法主体的名称统计	571
(二) 行政法主体的类型统计	576
(三) 行政法主体的统计技术	580
三、行政法执行的统计	584
(一) 行政执法的总量统计	584
(二) 行政执法的类型统计	587
第十七章 证明的分析方法	590
一、行政法中的统一性分析	593
(一) 典则内部的一致性	593

(二) 执法方式的规范性	599
(三) 行政行为的同一性	603
二、行政法中的实效性	608
(一) 行政法控制行政的有效性	608
(二) 行政法保护行政相对人的有效性	613
(三) 行政法社会控制的有效性	619
三、行政法中的进步性	623
(一) 行政法符合自然要素	623
(二) 行政法符合社会要素	627
(三) 行政法符合人性要素	630
第十八章 综合与分解的分析方法	634
一、行政法体系中的目标分解与综合	637
(一) 行政法体系中的目标	637
(二) 行政法体系中的目标分解	644
(三) 行政法体系中的目标综合	650
二、行政机构体系中的目标分解与综合	656
(一) 行政法体系中的静态范畴	656
(二) 行政机构设置中的目标状况	661
(三) 行政机构设置中目标的价值	664
三、行政执法中的目标分解与综合	667
(一) 行政执法中的目标分解	667
(二) 行政执法中的目标综合	671
(三) 行政执法中目标分解与综合的意义	672
第十九章 解释的分析方法	674
一、行政法中的规范解释	679
(一) 行政法规范解释的概念	679
(二) 行政法规范解释的原由	691
(三) 行政法规范解释的方式	696
二、行政法中的冲突解释	700

(一) 行政法冲突解释的概念	700
(二) 行政法规范冲突的类型	704
(三) 行政法规范冲突的解释机制	710
三、行政法解释在行政法分析学中的地位	711
(一) 行政法解释作为一门独立学科	711
(二) 行政法解释作为行政法分析学的分支	713
第二十章 经验的分析方法	716
一、行政法中传统因素	720
(一) 行政法中传统的界定	720
(二) 行政法中传统的价值	724
(三) 行政法中传统分析方法的运用	728
二、行政法中本土因素	732
(一) 行政法中本土的界定	732
(二) 行政法中本土因素的价值	735
(三) 行政法中本土分析方法的运用	739
三、行政法中背景材料	741
(一) 行政法中背景材料的界定	741
(二) 行政法中背景材料的价值	745
(三) 行政法中背景材料分析方法的运用	747

附 录

人名索引	753
专业术语索引	758

图 表 目 录

行政法分析与行政法学方法论比对	36
行政法学分支图	61
行政法分析与行政法哲学比较表	77

行政法分析与行政法史学关系图	86
行政法分析与部门行政法学类比表	95
行政法分析与传统行政法学对比表	189
分析时代的价值趋向辐射图	214
行政法分析学定量与定性关系图	244
行政法分析学法证实元素表	250
企业目标分解图	666

三 范畴

第十一章 作为法位的分析范畴

行政法分析学作为一个学科的第三个板块是分析的范畴,即究竟哪些领域和客体可以成为行政法分析学的对象。笔者初步选择了五个方面:一是作为法位的分析范畴,二是作为功能的分析范畴,三是作为调控模式的分析范畴,四是作为运作过程的分析范畴,五是作为反馈系统的分析范畴。这五个分析范畴只是一个初步的选择,随着行政法分析学的发展,我们还可能有新的认识。

行政法作为一个事物是我们的一个基本判断,这个判断超越了传统行政法学。对于行政法作为法位的分析而言,对行政法的内部构成是不能不进行分析的,因为行政法的内部构成是行政法在网状的 legal 结构中不得不厘清其边缘,这些边缘能够从一个侧面反映行政法的法位。基于此,本章我们将分析行政法的法源构成和规范类型。行政法在一国法律体系中不是孤立的,如果一国法律体系有纵向上的排位的话,那么,行政法必然处在某一个层次上。如果一国行政法有横向上的排列与组合的话,行政法亦必然在其中占有一个横向的位置。这个特性决定了行政法法位的分析必须对其在法律体系中的地位作出分析。一国法律体系无论如何排列,其中宪法起着不可取代的作用,甚至可以说正是宪法和宪政制度决定了一国法律体系的具体状况,加之,从法学理论上讲,行政法与宪法都是公法,这样对行政法与宪法关系的分析也是法位分析的内容。笔者对行政法法位的分析似乎更像是行政法学应当解决的问题而不应当是行政法分析学解决的问题,即将行政法法位

问题的探讨放在行政法学中去研究是否更妥当一些?笔者认为,在一个较好的行政法学科的构建中,用一定的板块解读行政法在法律体系中的地位当然是可以的,但令人遗憾的是至少在我国的行政法学科体系中并没有为这个问题留下什么空间,最多是在给行政法下定义时指出其是公法而非私法等浅层次问题。再则,行政法分析学对行政法地位的分析与行政法学科中关于行政法地位的探讨还不一定是完全相同的,因为,行政法分析学的研究不在于解释规范,而在于确立规范与事实之间的关系。换言之,行政法学科中关于行政法在法律体系中地位的结论未必与行政法分析学中就同样问题得出的结论相同,这其中的道理是非常清楚的。行政法关于规范地位的确定以规范之状态为特征。与之相对,行政法分析学关于规范地位的确定是以规范与事实的关系为出发点和归宿的。例如,如果我们从行政法学的一般原理出发确定行政法在法律体系中的地位,会毫不犹豫地说明行政法的地位低于宪法,宪法是根本法而行政法则基本法或一般法。然而,一旦进入到行政法分析学领域,行政法的法位问题则是另一种情形,其与宪法的关 系就不像在行政法学科中那样简单。宪法中存在的大量行政法规范就可以通过我们的分析被游离出来。同样,行政法体系中也有一些通过我们分析可以清理出来的宪法规范的内容。本章有关行政法法位的分析只是进路式的,也就是说,行政法法位的分析与行政法分析学中的其他问题一样,还有非常大的分析空间。

一、行政法与宪法

(一) 宪法典中的行政法规范

行政法是小宪法的说法在行政法学界是一个普遍认同的论点,这

个论点源于古德诺的理论,其在《比较行政法》一书中认为,宪法规定国家制度的基本轮廓,行政法则是对这个轮廓的具体化。^① 这个理论的核心在于将行政法与宪法在法律体系中的位次作了区分,即宪法是根本法或者母法,在一国法律体系中处于最高层次。行政法则处于次一级的层次,在行政法与宪法之间是否还有连结它们的法律层次? 对于这个问题理论界没有专门的探讨,但就古德诺和行政法学中的传统认识来看似乎再没有其他层次,即行政法仅次于宪法。这些关于行政法与宪法关系的传统论点,实际上通过行政法分析学的分析就会出现一定的疑问,就会引来行政法学研究中新的问题,甚至有关行政法与宪法关系的新的论点。例如,我们说行政法是仅次于宪法的部门法,那么如何解释行政法中由行政系统制定的规范的地位。不论法治发达国家,还是法治不发达国家,政府行政系统都有制定行政法规范的权力。以我国为例,国务院有权制定行政法规,而国务院的职能机构和直属机构还可以制定政府规章,地方一定层次的政府也有权制定政府规章。政府行政系统制定的法规和规章既不是基本法,也不是一般法,它们的地位比一般法还要低。这个事实说明,行政法仅次于宪法、行政法是对宪法确定的轮廓进行具体规定的说法和理论在逻辑上难以成立。当然,行政法体系中的一部分内容是对宪法轮廓的具体规定。但是,对宪法轮廓进行具体规定的行政法典则和规范在整个行政法体系中究竟占有多少比重,我们并没有进行定量分析。如果我们对这个问题进行定量分析的话,可能会得出另一个结论,因为行政法体系中直接作为宪法之下位法的所占的比重是非常少的。同时,我们肯定不能否定行政法仅次于宪法地位的这个基本理论。这样便提醒我们必须对行政法和宪法

^① 参见[美]古德诺著:《比较行政法》,白作霖译,中国政法大学出版社2006年版,第5页。

关系理论进行深层次的思考,关于行政法与宪法在法治实践中的地位 and 意义进行深层次思考,正是行政法分析学的思维方式能够帮助我们对这些问题进行深层次的研究。行政法是宪法的下位法实质上肯定了两个部门法在性质上的差别,即根本法和一般法的差别,或者母法和子法的差别。然而,通过对行政法与宪法关系的进一步分析,我们还会带来新的困惑,因为在宪法典中有大量的行政法规范存在,而且是一些具体的、能够操作的行政法规范,这些规范可以概括为下列方面:宪法关于行政权与其他国家权力关系的规定;关于行政系统在国家政治体制中地位的规定;关于行政系统内部构成的规定;关于行政机关所能够行使的行政权的规定;关于公民权利义务的一些规定;关于行政区域划分的规定等。^①

(二) 行政法中的宪法规范

行政法与宪法的区分既有形式上的区分,又有实质上的区分。所谓形式上的区分是指从典则的外形以及制定过程将二者予以区别。在这个区分中,宪法与行政法的界限应当是比较清楚的,一则,一国都有一个宪法典,这个宪法典就是对宪法内容的集中体现。我们可以从这个形式上的区分将反映在宪法典中的所有条文及规范都归于宪法之下。除了宪法典以外,一国还有一些宪法性法律文件,例如,我国官方所编纂的法律汇编,就将《反分裂国家法》、《中华人民共和国立法法》、《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》、《中华人民共和国香港特别行政区基本法》、《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》、《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会

^① 参见关保英著:《行政法教科书之总论行政法》,中国政法大学出版社2009年版,第124页。

监督法》等列于宪法性文件之下。^① 同样,行政法也都有自己的典则或者典则体系,例如,《中华人民共和国行政诉讼法》、《中华人民共和国行政处罚法》、《中华人民共和国行政许可法》等都是典型的行政法典。基于典则的外形人们就能够将行政法与宪法予以区分。

二则,一国宪法有独特的制定程序,而行政法的制定程序则没有这么复杂,其只要符合一般的立法程序即可。当然,行政法典则的制定程序要根据行政法规范自身的地位来确定。法律层面的行政法规范与行政法层面的行政法规范的制定程序就有所不同。我们通过制定程序能够有效地将行政法和宪法区别开来。

三则,一国宪法有一套特别的实施方式,而行政法则与其他部门法的实施方式没有较大的区别。在诸多国家的政权体制中,设立了专门的宪法实施监督机构,而行政法则没有这样的实施机构。这种特别与一般的实施程序也能够使我们将宪法与行政法予以区分。^②

所谓实质上的区分是指我们从规范性质上对行政法与宪法所作的区分。就规范性质而论,宪法是母法,其内容涉及的是一些根本性条款。我们通常将这种根本性条款定位为有关国家根本制度规定的条款,即宪法对一国国家性质的规定,例如,我国宪法第1条规定:“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。社会主义制度是中华人民共和国的根本制度。禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度。”有关国家政权组织方式的规定,

① 通常情况下我们将这些法律文件称为“宪法性法律”。学界对它的界定“指有宪法规范存在其中,但形式上又不具备最高法律效力以及严格制定和修改程序的法律文件”。宪法性法律是法律而不是宪法,它们与其它法律一样都是对宪法的具体化,但又与其它法律明显不同。

② 如西方国家普遍设立有“宪法法院”或“宪法委员会”,其是为监督和保障宪法实施而设立的专门机构,1920年首创于奥地利,“二战”以后许多国家相继建立起来,如法国、德国等。

这一规定常常被称之为政体,我国的人民代表大会制就是政体的具体形式;对公民权利和义务的规定,主要涉及公民基本权利和义务的内容,因为公民的其他权利可以在下位法中作出规定;对国家结构形式的规定,如一国究竟实行单一制还是实行联邦制。宪法的上列内容都是实质性的。从理论上讲,这些实质性的内容只有宪法才能作出规定,或者换句话说,宪法对上列内容具有独占性和排他性。与宪法实质内容相比,行政法则是有关行政权行使的规则,更多的是具体规则。上列宪法与行政法实质上的区分具有非常重要的理论价值,这种区分已经超出了法律典则的形式。深而论之,我们可以将有关国体、政体、公民基本权利义务、国家结构形式的条款都归于宪法之中,而不管它是以什么形式体现出来的。如果打开了法律形式上的界域,就会出现另一种不同的景象,即行政法中也常常有一些宪法性的条款和内容。

其一,行政法中有关高层行政机关组织的规定是宪法性条款。我国行政组织法中有一个《中华人民共和国国务院组织法》、《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》,还有国务院制定的《国务院行政机构设置和编制管理条例》等。这些组织规则在宪法有关国务院的规定中也有所反映。从这些规则的调整对象看,其都涉及到国家行政机构体系的设置问题,属于政体的范畴,因而,作为宪法性条款从理论上更容易解释一些。但是,在一国的行政法体系中的确存在大量这样的规范,只不过行政法学界没有注意到这些规范作为宪法性规范的性质而已。

其二,行政法中有关行政机关与其他机关关系的规定是宪法性条款。在行政法典则中,有相当一部分涉及到行政机关与其他国家机关的权力分配关系。例如,《中华人民共和国行政诉讼法》第3条第1款规定:“人民法院依法对行政案件独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”该法第10条规定:“人民检察院有权对行政诉讼