

第7卷

行政法论丛

ADMINISTRATIVE LAW

REVIEW VOL.7

◆ 罗豪才 / 主编

本卷要目

卷首语

【罗豪才】

学习十六届三中全会精神，加强公法建设

基础理论研究

【湛中乐】

现代行政过程论

【宋功德 李娟娟】

直面公共危机

——突发公共事件政府防治的实证分析

【苏西刚】

社团自治权的性质及问题研究

【查庆九】

论我国行政权力（利）结构的调整

【方 军】

抽象行政行为行政复议若干问题研究

【李凌波】

公益诉讼诉讼初论

外国行政法

【牛致中】

参考英国立法体制的得失

【理查德·斯图尔特著 沈 晖译】

21世纪行政法

行政法学方法研究

【钟瑞友】

中国行政法范式二十五年之演进与重构

学术动态

【高家伟 王成栋 王锡铤】

行会法（立法建议稿）



法律出版社
LAW PRESS CHINA

第7卷

行政法论丛

ADMINISTRATIVE LAW
REVIEW VOL.7

■ 罗豪才 / 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政法论丛.第7卷/罗豪才主编. —北京:法律出版社,2004.5

ISBN 7-5036-4813-9

I.行… II.罗… III.行政法—研究—中国—文集 IV.D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 015540 号

法律出版社·中国

责任编辑/小 文

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/19.625 字数/518 千

版本/2004 年 6 月第 1 版

印次/2004 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼
(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939687

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.Chinalawbook.com

电子邮件/service@Chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-8307995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-4813-9/D·4531

定价:38.00 元

《行政法论丛》编辑委员会

主 任 姜明安

委 员 (按姓氏笔画排列)

王锡锌 王 磊 甘超英 张千帆
沈 岿 陈端洪 湛中乐

目 录

卷首语

罗豪才

学习十六届三中全会精神,加强公法建设 (1)

【基础理论研究】

湛中乐

现代行政过程论 (5)

石红心

社团治理与司法

——国家与社会的制度联结点 (48)

宋功德 李娟娟

直面公共危机

——突发公共事件政府防治的实证分析 (97)

苏西刚

社团自治权的性质及问题研究 (144)

金自宁

追问公法/私法二元区分理论

——从政治国家—市民社会的分立开始 (158)

【专题研究】

凌维慈

我国土地征用中的生存权补偿

——以 Z 村为研究对象 (184)

邓淑珠

以社会制约权力

——解读价格听证制度 (223)

查庆九

论我国行政法权力(利)结构的调整 (268)

刘志刚

论行政诉讼中的诉的利益 (298)

方 军

抽象行政行为行政复议若干问题研究 (325)

李凌波

公益行政诉讼初论

——以行政诉讼的目的为视角 (341)

毕洪海

转型中的行政法学

——二十世纪九十年代以来中国行政法学研究透视 (355)

袁晓勇

WTO 的基本原则和有关协定对国际工程招标投标法律

制度的影响分析 (399)

【外国行政法】

牛致中

参考英国立法体制的得失 (413)

理查德·斯图尔特著 沈 岩译

21 世纪行政法 (424)

【行政法学方法研究】

钟瑞友

中国行政法范式二十五年之演进与重构…………… (454)

【判例分析】

杨利敏

厦门市普达房地产建设发展有限公司诉厦门市规划
局不回复行政审批一案的法律分析…………… (502)

【学术动态】

高家伟 王成栋 王锡铎

行会法(立法建议稿)…………… (516)

【资 料】

2002 届全国部分院校行政法学博士、硕士论文摘要 …… (540)

后记…………… (617)

首 语

学习十六届三中全会精神,加强公法建设

罗豪才

中国共产党的十六届三中全会是在我国法制历史上一次非常重要的会议。全会听取了胡锦涛同志受中央政治局委托作的工作报告,审议通过了《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》和《中共中央关于修改宪法部分内容的建议》。这次全会对于推动新世纪新阶段经济和社会的协调发展、全面建设小康社会、开创中国特色社会主义事业的新局面具有十分重大的现实意义和深远的历史意义。作为公法(宪法、行政法)学者、从业者,我们要认真研究、领会和阐发这次会议的精神,要深入研究会议指出的有关公法的原则、制度及规范等,不断推进公法建设。

宪法修正案立意高远,内涵深刻。全会通过的修改宪法部分内容、建议共十四条,内容丰富,体现了十四届三中全会以来的基本经验,反映了十六大确定的重大理论观点和重大方针政策,其中包括明确将“三个代表”重要思想与马克思列宁主义、毛泽东思想和邓小平理论一道,作为国家各项工作的指导思想写入宪法序言,并在序言中将“沿着建设有中国特色社会主义道路”修改为“沿着建设中国特色社会主义道路”,在“逐步实现工业、农业、国防和科学技术的现代化”

之后增加“推动物质文明、政治文明和精神文明协调发展”。此外,还明确规定“公民的合法的私有财产不受侵犯”,国家“保护公民的私有财产权和继承权”,“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或征用,并给予补偿”,“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”,“国家尊重和保护人权”以及将“戒严”修改为“紧急状态”等。修改宪法部分内容体现了时代的精神,回应了实践的需要,反映了全党和全国各族人民的共同意愿。“建议”已经第十届全国人民代表大会第二次会议审议高票通过,成为我国宪法第四次修正案,是党的主张与人民意志相统一的体现。修正案丰富和发展了我国的公法学,是我国公法学进入新的发展阶段的重要标志。我们要深入学习、研究、宣传宪法,为以宪法为核心的具有中国特色的社会主义法律体系的完备,为具有中国特色的公法制度的完善,为具有中国特色的公法理论的发展贡献力量。

全会提出建立健全现代产权制度,是对十六大精神的深化和具体化,是解放思想、与时俱进的一大最新成果。《决定》指出,产权是所有制的核心和主要内容,包括物质、债权、股权和知识产权等各类财产权,提出建立归属清晰、权责明确、保护严格、流转顺畅的现代产权制度。《决定》对产权与所有制的关系、产权的类别,以及产权制度的特征都作了深刻的论述,值得认真钻研。产权就是财产权(property right),内涵十分丰富,比过去常用的所有权在法律上更明确,权利的含义更加准确、全面。产权是一个权利束,包括占有、使用、收益和处分等权利。产权具有排他性、可分割性和可转让性的特征。现代产权与社会化大生产和现代市场经济紧密联系,产权主体趋向多元化、社会化。产权问题不仅是经济问题,也是法律问题。《决定》指出,要完善产权法律制度,规范和理顺产权关系,保护各类产权权益。建立现代产权制度,涉及到方方面面的关系,涉及到各部门法,并不限于民商法,而且涉及到公法,特别是宪法和行政法。保护产权不受侵犯,保障产权有序地流转,是公权应尽的职责。产权,只要是合法的,不论是国有的、私人所有的,或混合的,都必须平等保

护,因公共利益需要征收或征用,必须予以补偿,从实际看,要特别强调防止公权非法干预甚至侵犯产权,必须规范和制约公权。当然,产权作为一种权利,也具有两重性,也需要加以规范。公权与产权的关系属公法(宪法、行政法)的核心。现代产权制度与现代公法制度具有内在的关联性,建立和完善现代产权制度,有助于推动我国现代公法制度的发展。深入研究产权与公权的关系,是公法学者义不容辞的责任。

全会提出科学的发展观,体现了经济、社会和人的全面发展。全会提出的科学发展观,把坚持以人为本和实现经济社会全面、协调、可持续发展统一起来,按照“五个统筹”的要求推进改革和发展。这是解放思想、实事求是,与时俱进、理论创新的重大成果,是对社会主义现代化建设规律认识的进一步深化。科学发展观同毛泽东、邓小平、江泽民同志关于发展的重要思想是一脉相承的,是“三个代表”重要思想的具体体现,贯穿着马克思主义的辩证思维,给我们深刻的启示。唯物辩证法作为人们认识和改造世界的世界观和方法论,有着一大鲜明特征,就是认为任何事物都是普遍联系的,事物的运动都缘于该事物特定的内外部联系及其相互作用。科学发展观深刻揭示和精辟概括了完善社会主义市场经济体制进程中城乡发展、区域发展、经济社会发展、人与自然和谐发展、国内发展和对外开放的各自联系与总体关系,是对唯物辩证法的创造性运用,是辩证思维的新结晶。统筹兼顾的思想对公法的发展具有重要的意义。以宪法和行政法为代表的公法,其核心是公共权力与公民权利之间的关系。我们也应当坚持统筹兼顾,用全面的、整体的、发展的观点来看待这两者的关系,使公法研究能协调地发展。

公法研究要将“执政为民”作为其思想基础。执政为民是“三个代表”重要思想的精髓,是新时期党的执政理念、执政纲领和执政宣言。“情为民所系,权为民所用,利为民所谋”,是对执政为民思想的进一步诠释。如何加强、巩固和发展公共权力机关和其他行使公共权力的组织与人民群众良好的信赖关系,扩大公民有序的政治参与,

促进公民与政府的良性互动,增强公共权力的公信力,这也是公法研究的重要课题。这里有必要指出,我们研究公法,应进一步更新观念。研究法学不能拘泥于法律规范的研究,尤其是现代公法,如仅仅研究法律规范是远远不够的,与此相关联的政策、方针、原则也应纳入研究的范围。再如,传统的公法学特别是行政法偏重于研究强制性的法律规范及其特征,视野较窄,难以突破创新,与时俱进。公法同政治理论、制度、原则具有紧密的联系,我们不能不研究这些问题。

中共十六届三中全会的内容十分丰富,从公法的角度观察,不限于以上几条,还有许多精神值得我们认真领会。公法受国情、各国法律文化传统的影响很大,在公法研究中,借鉴外国是必要的,但本土资源是最主要的,我们要立足国情构建具有中国特色的公法学,要继续通过制度和机制创新,加强公法建设,推进社会主义物质文明、政治文明和精神文明建设协调发展。

基础理论研究

现代行政过程论*

湛中乐**

一、行政过程论——行政法学研究的新视角

(一)从新视角考察、研究行政法问题

传统行政法学往往以行政权为核心来构筑行政法理论体系。第二次世界大战前的大陆法系国家如日本、德国以及旧中国等,行政法学中的核心概念就是行政权。这突出表现在行政法学理论体系的架构上。传统行政法学主要由三大部分组成:第一部分是行政组织法。主要研究行政组织、行政机关、行政主体等重要概念,而这些概念与行政权力有密切关系,可以说它们都是以行政权力的“载体”存在的。第二部分是行政作用法或行政行为法,是有关行政权力运作的表现形式和具体内容的法律。第三部分是行政救济法。行政机关要为其

* 本文由作者选其博士论文《现代行政过程论——理念、原则与制度》中的若干章节整理而成。原博士论文分为绪论、行政过程模式类型、特点及其选择、现代行政过程参加人、现代行政过程的价值与原则、现代行政过程的制度构建五个部分。

** 法学博士,北京大学法学院副教授。

权力的行使承担责任,给受损害的公民提供一定的法律救济。但总的来说,在历史上这些大陆法系国家大多强调以行政法为工具来保障行政权有效地行使,强调公共利益和行政效率等。

英美传统行政法理论体系主要由委任立法、行政程序和司法审查三大部分内容构成。这三大部分内容体现的中心原则是“以权力制约权力”。委任立法是强调以议会立法权对政府的行政权进行制约与监督,是所谓的事前控制;行政程序是通过行政行为的最低程序标准来进行事中控制;司法审查则是法院司法权对政府的行政权进行制约与监督,是所谓的事后监督。可以看出,这种理论体系还是以行政权为核心来构建的,只不过强调限制和监控行政权,没有专门对行政法中行政相对人的权利进行论述和探讨。

我国行政法学的发展经历了特殊的历史时期。在20世纪70年代末80年代初期,行政法学研究受到很多局限,受前苏联、过去的日本和我国台湾的教材著作的影响较大。后来又开始了解和学习英美国家和法国、德国等国的相关知识。从概念的移植到教材体系的仿效都经历了一个学习过程。但是早期的行政法体系受前苏联、日本、中国台湾的影响明显要大得多。首先学术界更多的是引进一些学术概念,然后与我国当时还为数不多的行政法律和法规结合进行所谓本土化消化和改造工程。学者们在边学习、边思考的同时,又担负着参与国家重要法律的起草和论证工作。中国的行政法学者与同时期的其他法学领域的专家相比,似乎被更多地赋予了历史的重任:起草、论证国家行政法律。自20世纪90年代初期以来,国内学者开始对传统行政法的体系加以改造,开始探讨行政法的理论基础,开始探讨行政权力的授予、运行和被监督过程中行政主体与行政相对人之间的法律关系的特点,开始探讨行政诉讼制度的确立在中国的宪政意义。以行政诉讼法、行政复议条例(后被1999年制定的《行政复议法》所取代)、行政监察条例(后被1997年制定的《行政监察法》所取代)、国家公务员暂行条例、国家赔偿法和行政处罚法、立法法、行政许可法等重要法律法规的颁布、施行为契机,结合我国的行政管理实

践和司法审查实践,对实践中出现或发生的大量问题进行分析、研究,从而使得对问题的讨论越来越深化。就像罗豪才教授在《行政法的核心与理论模式》一文中所指出的,当前理论界已就行政法的核心问题达成了一定的共识,即应以行政权与公民权的关系为核心来重构行政法的理论体系。行政权不是一个孤立的概念,它只有同相关的概念结成一定关系,才有其实质意义。在行政法上,行政权与公民权是一对相互关联的范畴。行政法学归根到底也是权利义务之学。但是即便承认行政权与公民权的关系是行政法的核心,也不等于只有一种理论模式。对行政权力和公民权利相互关系的认知和定位的不同,以及价值取向、目标的差别,会形成不同的理论模式。^①

我国 1980 年代行政法理论比较重视行政组织和国家机关工作人员的研究。1990 年代开始重视研究行政救济,主要是行政诉讼、行政复议和国家赔偿。最近几年又关注研究行政行为,尤其是开始关注行政程序的研究。但对于行政主体与相对人的法律地位和二者之间的法律关系,对于如何从行政过程的角度,将行政行为放在一个大系统中,从动态角度进行分析,从行政法学与行政学、经济学、社会学等交叉学科的视角来研究行政行为的过程则相对缺乏。本文试图从新视角来阐明如何通过对行政过程的分析,研究应如何更好地提升行政相对人的法律地位,通过对一系列机制的设立与运作的研究,强调行政相对人在行政过程中的主动性与积极参与,从而保障行政相对人的合法权益,促使行政主体和行政相对人双方各自发挥积极作用。这对于彰显和突出行政相对人在行政法中的主体地位,反映现代行政法的人文主义精神,从而构筑科学、合理的行政法学体系均有重要意义。

过去长期以来理论界多重实然实体规则研究,轻应然程序规则(其实,过去实然程序规则相当缺乏)的设定与研究;重行政行为的静态规范研究,轻行政行为的动态过程分析;重行政行为结果的研究,

^① 罗豪才:“行政法的核心与理论模式”,载《法学》2002 年第 8 期,第 4—6 页。

轻行政行为过程的分析;重行政行为的事后救济研究,轻行政行为的事中、事前保障(救济)研究;重行政执法中的综合治理研究,轻行政执法中的预防机制研究;重对相对人被动请求的消极保护,轻行政过程中对相对人权益的尊重和积极保护;或者虽有对行政程序的研究,但往往是只强调行政机关或行政相对人单方面的义务或权利,而不是将二者置于一种互动的主体范畴中进行研究;虽有对外国制度的一般研究和专门介绍,但往往忽略了国情、社会背景和文化观念等诸多因素的比较研究和真正可资借鉴的成果等等。总之传统行政法研究中还存在着诸多的理论研究的缺陷与不足。所以从促进和推动行政法理论的深入研究来看,应当加强对行政过程的研究。

我认为,从行政过程的新视角来动态地考察分析行政权力的配置、运行和受监督,来考察行政过程中行政相对人与行政主体之间的法律地位、权利义务关系的相互作用与相互影响,研究考察宪法框架下监督主体对行政主体行使行政权力过程中的事前、事中和事后的全过程、全方位监督。研究和考察行政相对人与行政主体在行政过程中产生的互动影响即各自权利(权力)义务的实现(动态考察、互动作用)。既不是拘泥于某一个或某几个具体的行政行为形式,如行政许可、行政处罚、行政强制,也不是拘泥于某个单独的、具体的制度,如行政听证制度、行政强制执行制度或是行政复议制度、行政诉讼制度,而是分析行政权力的运行过程中各个不同阶段或环节带有共同性的问题。这样使得研究的视野更加开阔,内容更加丰富。是从过程的视角去透视行政法中最核心的问题——行政主体的行政权与行政相对人的公民权,是从更宏观的角度来分析和研究现代行政过程中的价值追求、应当遵守的原则与应当构筑的制度——即理念、原则与制度。

以行政过程作为问题的切入点,将主体、行为、价值目标与原则和制度置于一个系统中来作整体研究,突显其科学性与系统性。如果说传统行政法研究某个行政行为,只是研究行政行为体系中一个

“点”的话,那么行政过程研究则是研究由不同的行政行为的“点”所构成的一条“线”和“链”,并在此基础上研究“面”和“体”。因为它不仅研究某个行政行为,将某个行政行为分解为若干不同的环节和阶段进行研究(如行政立法可以分为若干个环节:立法预测起草、协商、协调、征求意见、审议通过和正式发布),而且还研究若干前后相连的行政行为之间的关系(如行政立法、行政执法、行政司法行为之间的关系;行政决策、行政执行与行政监督、行政救济的关系等等),并进而研究行政行为的主体、主体拥有的职权和权利的行使、义务的履行,以及彼此之间的相互作用,还要研究行为主体所追求的价值目标与应当遵循的原则,要研究行政权力运行的基本规则和制度。这样,从行政过程入手,就可以对行政法的主要问题作一本质性的探讨和研究。不限于某一个点,而是对于“线”和“链”,“面”和“体”的考察。

(二)国外与国内行政过程研究概说

1. 国外行政过程研究简介

国外对于行政程序问题的研究始于英美^①,但对于行政过程的研究却主要集中于日本。在日本,自从20世纪50年代后半期以来,公法学界开始出现了传统行政法和行政法学的检讨与批判。抽象说来,对于行政法现象的社会科学性或法社会学的研究不只有其必要性,同时意味着有将之现实具体化的必要。于是提出了“行政过程论”。该学说的代表首先当推远藤博也教授与盐野宏教授。但其发展乃首见于今村成和教授1966年所著的《行政法入门》一书,将行政过程作为现代行政法学的观点。其后,远藤博也于1969年在《北大法学论集》二十卷1—3号中发表“复数当事人的行政行为——试析行政过程论”;盐野宏教授于1972年在日本《公法研究》34号中发表“行政作用法论”,提出行政过程的观点。

远藤博也教授认为向来行政法(解释)学之运作,专在制度内求

^① Landis, J. M., *The Administrative Process*, 1938.

解释论之体系,而未将制度本身当作议论对象,其以古典之权力分立论为前提而未对行政之公共性内容做具体检讨。行政过程论可以说是“创造问题之体系”,且就行政法之“公共性”内容与社会管理机能之内容分析检讨,特别对于各种行政过程中的行政行为的定位从事努力。“近代行政法之典型,是由国家集中独占社会管理机能;而现代行政法之典型则打破近代行政法之典型,于社会管理机能之限度内必须有待相关社会集团间自律性地调整,且行政法并非利害调整本身,而是利害调整之场所的提供者,行政过程即成为具有其独自意义”。^①因此,必须以分析检讨个别具体的行政过程之行政法各论的研究与制度本身作为议论之对象。

的确,随着现代行政职能的扩大,行政过程已经成为复杂的多阶段构造,因而必须采取种种不同的方法、手段或行为形式以求政策之实现,对于现代行政或行政过程之复杂肥大化现象,或是总的说来,对于行政国家现象,远藤博也教授的上述主张说明传统行政法学方法之体系已无法适应。不过,也有学者批评远藤博也教授过度强调行政过程之独特性,致使行政法学方法论中宪法体系或价值基准模糊不清;其次,诚然行政在技术面具有社会管理作用及提供利害调整场所之职能,但是行政乃国家权力之表现,具备“公权威”即“公共性”,本质上超越“社会管理作用”范畴。即使非权力行政成为行政法学研究对象,也不外乎因其涉及“公共性”,或以“公权威”作为后盾。同样,行政法在公民参与等问题,也许适合担任“利害调整之场所”的提供者,但是只要行政法上还承认行政机关有一定决定权,可以从不同利益中选择其一,给予优先保障,则远藤博也教授之认识不免偏于一端,难说完全客观。

另一提出行政过程论的学者是盐野宏教授。但是他的观点与远藤博也教授的见解存在差异。第一,在用语上,行政过程是指广义的行政活动或行政作用之过程;第二,行政过程是被当作眼前之行政法

^① [日]远藤博也,“行政过程的意义”,载《北大法学论集》27卷3—4号。