

现代行政法的基本理念

陈贵民 著

gong fa yan jiu
公法研究

主编 谢 晖
陈金钊
肖金明

山东人民出版社

陈贵民著

现代行政法的基本理念

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

现代行政法的基本理念/陈贵民著. — 济南: 山东人民出版社, 2004. 1

(公法研究/谢晖, 陈金钊主编)

ISBN 7-209-03375-0

I. 现... II. 陈... III. 行政法—研究
IV. D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 126772 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 10 印张 4 插页 232 千字

2004 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月第 1 次印刷

印数 1—3000 定价: 20.00 元

《公法研究》总序

自古迄今,人类生活即分公域、私域两途。古典中国以皇权国家为公域,以家族社会为私域;近代西方以政治国家为公域,以市民社会为私域。公、私域之划界,造成人类行为规范——法律之分类。众所周知,公、私法之划分,源自古代罗马法学家。首倡此说之乌尔比安氏认为:公法系以保护国家公益为目的,与此相对,私法则以保护私人利益为目的。自此以后,尽管公、私法划界之标准多变,然公、私法之分类理论大体得以坚持并流传。特别近世以来,政治国家与市民社会之分野日显,故公、私法划分理论在法律和法制建设中之作用亦愈重。至于我国,虽曾因意识形态影响,反对公、私法划界,但改革实践之现实,总在证明“形势比人强”,“私法”不存之牢笼亦就不攻自破。

然而更进之问题在于,公法、私法两者,究竟谁主谁从、孰本孰末?近年来,一种被谓之“民法帝国主义”倾向的观点风行我国法苑。于是,民(私)法学科,趋之若鹜,而公法学科,虽不可说门可罗雀,但亦是相形见绌。究其原因,或曰私法更易趋利,或言公法强化权力。无论无知者的趋利之举,抑或有知者的固权理解,本无可厚非。但不无遗憾者,两者皆以误读公法为能事,终致

公、私法关系之颠倒。

愚以为：公、私法两者，私法为基础，公法居优位。世有私法，而无以之为基础的公法，私法内容，难以推行，私法精神，亦难得扩展。所以然者何？曰：私法通行，有赖于权力受制。尽管私法亦有约权制官之效，但无相关公法之护佑，则面对权力，其惟余规则；更兼私法之制约权力，乃自结果意义所言者，而非私法之宗旨。相较而言，不论公法学说之“管理论”、“控权论”抑或“平衡论”在立论上如何相左，但近世公法之实践，无处不立意于控制公共权力。即使被人误为伸张国家权力之“管理论”，当其强调权力公开之时，同时即在树立控权旗帜。因权力之公开，既使权力之推定得以斩断，也令权力之滥用得以度量。可见，惟有立意于控权的公法，方能使属意于自治的私法在权力面前得保平安。否则，公法之不伸，公权之不约，即使私法完备无遗，想必只见开花而不见结果。

除此之外，作为保障私益之私法，难免与公共利益（即与公法）发生冲突抵牾者。当此之时，如何为之？在奉行“私权神圣”之经济放任主义时代，大体推行私益优于公益原则。但自《德国民法典》以来，此种情形，即使在私法上也有改观。此即所谓“私法之公法化”也。当代福利主义和弱者人权优先保障之深入人心，致使公法地位更加重要。尽管与此同时，以行政权为首之国家权力不断扩张，甚至权力制约原则因此而如履薄冰，但相继成长之公法，使扩张之政府权力尚不致滥用。权力一

如既往地受制于公法。特别如“阳光下的政府法”、“行政程序法”、“国家赔偿法”等公法,令国家权力只能在公法之下既彰公益,亦保私利。如上情形,大致为近代以来,西洋公、私法发展之逻辑。

与西洋相比,吾国法制发展,乃自“公法”主导而进至私法发展。故法学界一切革故鼎新之举,皆自检讨固有“公法”之缺陷始。于是,标举革新旗帜之私法学人,每每借市场经济之大纛,惟恐批公法之不足、不深、不透。于是,公法之类,似乎游离于(甚至解构着)市场经济体制。如此,则婴儿与洗澡水皆被此等学人泼出门外!岂不知市场体制乃是私法与公法共筑之结果。缺乏与市场相得益彰之公法及其规制之政府,而纯粹倚赖私法去规范、构造市场体制,除了幻想,还是幻想;其结果除了失败,还是失败。

基于此种认识,鄙人在主持《法理文库》经验基础上,尝试再辟一套专门研讨公法问题之丛书。此计划已商议三年,原欲以“公法论丛”为此套丛书名,然最近于书肆发现:该丛书名,已有学人捷足先登,故只好另辟门径,以“公法研究”命名之。

令人欣喜者,近几年间,专务于公法之著译者日渐增多。择其要者即有:梁治平等主持之“宪政译丛”;罗豪才主持之“公法名著译丛”、“行政法论丛”;罗豪才等主持之“法国公法与公共行政名著译丛”、“现代行政法论著丛书”;贺卫方等主持之“司法文丛”;陈兴良主持之“刑事法评论”;杨春洗主持之“北京大学刑法学博士文

库”；夏勇主持之《公法》；周旺生主持之“立法研究”；张树义主持之“公法论丛”等等。在如此情势下，再编辑出版一套“公法研究”，是否多此一举？古人云：“知出乎争”。已有之研究，未必包罗无遗。倘以上著译各有侧重，则再增加一种也就无妨。更何况以上著译皆为京华学人所操持。编辑此丛书，于变革此一事实之学术“垄断”格局，或许不无裨益。

窃以为，偌大华夏，京华学人之外，仍应有大智慧存焉。想当年华夏，学术灿烂遍于九州，学者士子，不避陋巷；看如今大家者流，争聚京华皇城脚下，商埠省城，皆乡下也。此种积习，只利于支持、助长某种文化专制，而与我学子四海为家之情怀、兼济天下之志趣、崇尚民主之追求，相去甚远。言及此者，非他意，止在说明，重辟华夏多元学术文化格局，实乃吾人使命也。惟愿“公法研究”于此使命之推进，有所助益；于我国公法之建设，有所贡献。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元 2002 年 11 月 10 日

序

序

陈贵民同志是北京市第二中级人民法院的一名审判员，又是北京市高、中两级法院招录的第一位法学博士。他曾作过法学研究和教学，又在人民法院从事司法工作数年，将这两段重要的人生经历紧密结合，加之他的执著和勤奋，近年来著述颇丰，其间不少学术见地闪烁着这位年轻人的真知与智慧的光彩。

我始终以为，法官是一种崇高的职业，绝非人人做得来的熟练工种。即使从司法的层面上来讲，法官也不可以仅仅作为法律的操作匠人，这个群体中的任何一员都应当是政治立场坚定，公正自律严明，精熟法学理论，阐释法律准确，且社会阅历丰厚，也只有这样，才能契合法官这样一种至高至尊的光荣称号，从而无愧于人民的重托和期望。

近一时期，人民法院输入了大量的年轻人，陈贵民同志即是其中一员。这些同志朝气蓬勃，思维敏捷，又持有较高的学历，具有相当的法学理论功底。帮助他们尽快成熟起来，将理论与实践紧密结合，真正做到政治过硬、作风优良、执法有素、操守兼备，应该是人民法院各级领导和正在各个审判领域中肩负重任的中老年骨干审判人员的共同职责，因为他们不仅代表着社会主义中国法院的未来，也是我们共同的希望所在，我们渴望着他

们的健康成长。

青年同志的成长和成功需要外在条件和氛围,这无疑是重要的,但更重要的是主观的努力,一个人如果缺乏求学上进的精神状态,没有勤奋刻苦的拼搏精神,不能将自身有机地融入整个团队之中,所谓成功和成才都是难以想像的,实践一次次验证了这一道理。

令人欣慰的是,北京市第二中级人民法院的这批年轻人不负众望,正在脚踏实地,一步一个脚印地前进着,他们需要提高,需要帮助,也需要激励,让我们大家都来关心他们,帮助他们早日成才。可以想见,不远的将来,在我们的各级人民法院中人才济济,更有一大批英才涌现,那将是一种令人何等振奋的局面。

我刚刚从市高级法院调到市第二中级人民法院任职,陈贵民同志诚恳地希望我写上几句,作为他新书的开篇。对年轻人的请求,没有拒绝的理由,如上一席话,算作对陈贵民以及像他一样的法院新人的寄语,权作本书之序。

北京市第二中级人民法院院长

王振清

2003年11月2日

弘扬法治精神 真诚支持学术

法理文库

- | | |
|-----------------------------|-----------|
| 1. 法治论 | 王人博 程燎原 著 |
| 2. 权利及其救济 | 程燎原 王人博 著 |
| 3. 法律信仰的理念与基础 | 谢 晖 著 |
| 4. 价值重建与规范选择
——中国法制现代化沉思 | 谢 晖 著 |
| 5. 权利的法哲学
——黑格尔法权哲学研究 | 林 喆 著 |
| 6. 法律对行政的控制
——现代行政法的法律解释 | 孙笑侠 著 |
| 7. 迈向民主与法治的国度 | 刘作翔 著 |
| 8. 法学范畴的矛盾辨思 | 谢 晖 著 |
| 9. 法律解释的哲理 | 陈金钊 著 |
| 10. 义务先定论 | 张恒山 著 |
| 11. 基本法律价值 | 谢鹏程 著 |
| 12. 中国法理念(增订版) | 江 山 著 |
| 13. 探索与对话:法理学导论 | 葛洪义 著 |
| 14. 法律思维学导论 | 林 喆 著 |
| 15. 中国法律传统的基本精神 | 范忠信 著 |
| 16. 德国公法学基础理论(上下) | 陈新民 著 |

- | | |
|---------------------|-------|
| 17. 法的现象与观念(增订版) | 孙笑侠 著 |
| 18. 法权与宪政 | 童之伟 著 |
| 19. 法的应然与实然 | 李道军 著 |
| 20. 现实主义法律运动与中国法制改革 | 周汉华 著 |
| 21. 权利现象的逻辑 | 公丕祥 著 |
| 22. 法学方法论导论 | 胡玉鸿 著 |
| 23. 宪政的中国之道 | 王人博 著 |
| 24. 法治的生态环境 | 姚建宗 著 |
| 25. 人权与法治 | 齐延平 著 |
| 26. 法律推理与法律制度 | 张 骐 著 |
| 27. 权利政治论 | |
| ——一种宪政民主理论的阐释 | 范进学 著 |
| 28. 所有权的兴起与衰落 | 肖厚国 著 |
| 29. 近代中国的自然权利观 | 赵 明 著 |
| 30. 发展中国家的政治与法治 | 夏立安 著 |
| 31. 法律的社会学分析 | 魏 宏 著 |
| 32. 司法权威论 | 季金华 著 |
| 33. 程序正义论 | 徐亚文 著 |
| 34. 法律文化视野中的权力 | 喻 中 著 |
| 35. 宪法解释的理论建构 | 范进学 著 |
| 36. 法律的合理性研究 | 周世中 著 |
| 37. 道与中国法律传统 | 龙大轩 著 |
| 38. 语境与工具 | |
| ——解读实用主义法学的进路 | 苗金春 著 |
| 39. 法律人的法理阐释 | 胡玉鸿 著 |

公法研究

法治与法律方法

陈金钊 著

欧洲：从民族国家到法的共同体

李道刚 著

行政法的私权文化与潜能

关保英 著

现代行政法的基本理念

陈贵民 著

从宪法到宪政

谢维雁 著

西方宪政思想史略

黄基泉 著

选举及其相关权利研究

——美国选举个案分析

王雅琴 著

宪法的国家结构问题

童之伟 著

目 录

《公法研究》总序	谢 晖(1)
序	王振清(1)
绪 论	(1)
一、何谓“理念”	(1)
二、为什么要研究行政法的理念	(4)
三、行政法的“近代”与“现代”	(6)
四、主要研究方法	(7)
第一章 法律约束权力	(9)
1.1 法律与权力关系的历史嬗变	(9)
1.2 主权在民:约束权力的基础	(19)
1.3 法治、宪政的要义	(24)
1.4 权利:约束权力之根据	(49)
1.5 行政法与法律约束权力	(76)
第二章 接纳积极行政	(104)
2.1 现代行政权扩大的原因及其合理性	(108)

2.2	现代行政权扩张的特征或表现	(117)
2.3	关于“服务论”与“平衡论”的分析	(120)
2.4	将规制行政与给付行政分别研究的可取性 ..	(127)
2.5	如何面对积极行政——行政立法、 行政司法和自由裁量的控制问题	(129)
2.6	分权制衡的合理内核及其在新的 条件下的应用	(150)

第三章 **公平程序主义**

3.1	程序观念的历史渊源及关于程序法的 不同观念	(167)
3.2	行政程序法在各国行政法中的发展及 其特色	(176)
3.3	行政程序法的价值与原则	(187)
3.4	我国行政程序立法的基本思路和途径	(198)

第四章 **独立能动之审查**

4.1	各国司法审查的历史渊源、作用、 现代发展趋势及基本经验	(210)
4.2	能动审查的根本原因和基本表现	(239)
4.3	中国司法审查制度改革和发展的基本点	(252)

第五章 **实现充分救济**

5.1	行政复议的性质、优势及与诉讼的衔接	(265)
5.2	行政诉讼原告资格的发展	(271)

5.3 国家赔偿制度的发展趋向	(274)
5.4 关于行政监察专员制度	(282)
5.5 对公民权利的积极补救	(286)
结束语	(287)
主要参考文献	(290)

绪 论

究竟什么是“理念”？为什么要研究行政法的理念？如何界定“现代”？着重于什么样的研究方法？这些问题将是本章讨论的重点。

一、何谓“理念”

“理念”作为一个重要的哲学社会科学范畴，是个含义广泛、无统一和确切定义的概念。柏拉图的理念学说被认为是希腊哲学的顶峰。哲学史家文德尔班认为：“柏拉图的‘理念’，种或类概念，首先是现象变化中的永恒存在；其次是意见变化中的认识对象；再其次，是欲望变化中的真正目的。”^①“理念在本质上是与物质世界根本不同的东西……存在的更高级的现实，是思维认识的对象，是精神的、非物质的世界。”^②这实质上是关于理念的客观唯心主义的解释。圣·托马斯·阿奎那认为理念有三种存在：第一，存在于事物之前，作为神心中创造世界的蓝图；第二，存在于事物之中，作为事物的本质；第三，作为人心中的概念，即主观方面的思想。^③这是神学论对理念的解釋。黑格尔把事物的概念和这个概念的定在（外化、现实化）的统一体，叫做

① [德]文德尔班：《哲学史教程》（上卷），商务印书馆1989年版，第150～151页。

② [德]文德尔班：《哲学史教程》（上卷），商务印书馆1989年版，第150～151页。

③ 参见李双元等：《中国法律理念的现代化》，载《法学研究》1996年第3期。

理念。而黑格尔的法哲学就是以法的理念为对象的科学。^①

我们认为,“理念”通常在两种相互联结的意义上使用:第一,理念是事物的内在属性,是事物的本质和发展规律,具有客观性;第二,理念是人们对事物的“本质和发展规律的一种宏观的、整体性”的把握,是人们的意识层面中最正确、最高级的组成部分,是人们行动的指南,虽然人们并不一定能达到这种认识层次。这里的“理念”,属于意识的范畴。这样,“理念”即具有两层含义:一是指客观存在的事物的本质,一是指人们对事物本质的理性认识。而这两层含义又是结合在一起的,因为任何被标榜为事物本质的东西,显然都不过是主体的一种认识,理念是看不见、摸不着的;没有包含事物本质的东西,显然不能称为事物的理念。如果简单地给“理念”下定义,我们认为就是事物的内在精神及其实现,它是通过人的理性能力而被把握的,具有客观性。它来源于现实,必须以对现实事物的考察为基础;它高于现实,并不是现实对象本身;它以承认同类对象具有某些共性为前提。^②

除此之外,笔者认为,与法律相关,理念还必须具有以下属性,这是需要特别加以指出的。

1. 理念必须表现为一种意欲或作用的势能。我国台湾学者史尚宽指出:“法律之理念,为指导法律的意欲,是制定理想的法律及圆满的运用法律之原理。”而所谓“意欲”,是指“意思向一定之目的发动时,伴有达成目的之手段者。”^③“法律之概念,谓

① 参见吕世伦主编:《西方法律思潮源流论》,中国人民公安大学出版社1993年版,第156、157页。

② 在行政法领域,各种概念、观念和体制的差异比较大,是名副其实的“地方性知识”,但并非没有规律可循,科学的探讨即在于寻找差异背后的共性、精神。

③ 史尚宽:《法律之理念与经验主义法学之综合》,载刁荣华主编:《中西法律思想论集》,台湾汉林出版社1984年版,第262、263页。