



主 编 关保英

副主编 梁 玥

黄俊彪

许迎玲

行政法思想宝库

Administrative laws in a nutshell

山东人民出版社

国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

上海市一流学科法学（B类）、上海政法学院重点学科资助

行政法思想宝库

Administrative laws in a nutshell

主 编 关保英

副主编 梁 玥

黄俊彪

许迎玲

山东人民出版社

国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法思想宝库/关保英主编. — 济南: 山东人民出版社, 2015. 1

ISBN 978-7-209-08636-3

I. ①行… II. ①关… III. ①行政法 — 中国 IV.

①D922. 1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 010611 号

责任编辑: 李怀德

行政法思想宝库

关保英 主编

山东出版传媒股份有限公司

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531) 82098027 82098028

新华书店经销

日照市恒远印务有限公司印装

规 格 16 开 (184mm × 260mm)

印 张 56

字 数 1400 千字

版 次 2015 年 1 月第 1 版

印 次 2015 年 1 月第 1 次

ISBN 978-7-209-08636-3

定 价 198.00 元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。电话: (0633) 8285999

编写说明

行政法学的资源是行政法学研究一开始就遇到的问题。但是,由于人们展开对行政法问题研究时将侧重点放在行政法问题之上,便常常疏乎了对研究过程中遇到的资源进行审视,对资源本身作出判断和选择这样一个相对外在的问题。事实上,当学者们对行政法问题进行研究时都面临一个怎样对待资源,怎样合理利用资源这样一个研究的初步环节。一定意义上讲,行政法学研究中所占有的资源对行政法学的状况,对行政法学科的构建有决定意义。即是说,研究过程中所占有的资源不同得出的结论就有所不同,对资源的处理方式不同,对研究的进路也就有所不同。正因为如此,我们认为,必须引起对行政法学研究资源的重视,必须注意对研究过程中资源的有效处理和合理利用。

行政法学研究中的资源具有非常重要的价值,行政法研究中资源的价值可以分成三个层次,第一个层次是行政法学研究中资源对行政法学研究者的价值。毫无疑问,对于各研究机构和研究人員来讲,行政法学研究中的资源决定着其研究的成就的大小。第二个层次是行政法学研究中的资源对行政法作为一个学科的价值,即行政法学研究中国本土资源对行政法学科体系的功能与意义。第三层次是行政法学研究中的资源对国家法治体系的价值。即一国法律体系中行政法学资源的意义。行政法学研究中的资源有决定行政法走向之特性和功能,换言之,行政法学研究中的资源与行政实在法有十分密切的关系,一些行政实在法的内容必须从行政法学资源中去探寻,此种特性决定了行政法学研究中的资源并不是一个纯粹的学术问题,而是一个既作为行政法学研究的素材又作为行政实在法制定的引领规则问题。

为了方便行政法学者与实务工作者对行政法学资源的利用,我们编写了本书。通过提炼关键词,摘录不同时代背景、不同法治环境的国内外知名学者对行政法所涉相关概念的素材,以期为读者提供较为权威、系统的学习和参考资料。由于编者水平所限,书中形式与内容不尽完善之处,肯望读者批评指正。

本书撰稿人为关保英(第一章、第二章)、黄骏彪(第三章、第五章)、许迎玲(第四章、第六章)、孙佩雯(第七章、第八章、第九章、第十章)、郭锦(第十一章、第十二章、第十三章、第十四章)。全书的总体设计由关保英同志承担,关保英、黄骏彪、许迎玲同志审阅全部书稿。

编者

2014年6月

目 录

一、行政法学的基本问题	(001)
(一)行政法学的研究对象	(001)
(二)行政法学的研究方法	(017)
(三)比较行政法学	(024)
(四)行政法学的体系结构	(050)
二、行政权的趋势	(070)
(一)行政权的概念	(070)
(二)行政权运作的内动因	(130)
(三)行政权的条件	(137)
(四)行政权的趋势	(142)
三、行政法的基本观念	(156)
(一)行政法概念考	(156)
(二)行政法的界定	(187)
(三)行政法关系	(203)
四、行政法的渊源	(234)
(一)行政法渊源的理论	(234)
(二)行政法的正式渊源	(243)
(三)行政法的非正式渊源	(261)
五、行政法基本原则	(264)
(一)依法行政原则	(264)
(二)行政合理性原则	(292)
(三)行政法原则的实现	(313)
六、体制行政法	(329)
(一)体制行政法概说	(329)
(二)行政组织法	(351)



(三) 行政编制法	(436)
(四) 公务员法	(440)
七、行政行为法概说	(497)
(一) 行政行为法的概念	(497)
(二) 行政行为法的法构成	(544)
(三) 行政行为法的功能	(554)
八、抽象行政行为法	(561)
(一) 行政立法行为法	(561)
(二) 行政规范性文件的制定与瑕疵抽象行政行为的控制	(590)
九、具体行政行为	(600)
(一) 行政处罚	(600)
(二) 行政许可	(620)
(三) 其他具体行政行为的研究	(642)
(四) 瑕疵具体行政行为	(661)
十、行政执法	(676)
十一、行政救济法	(698)
十二、行政复议法	(727)
十三、行政诉讼法	(766)
(一) 行政诉讼法总论	(766)
(二) 行政诉讼法分论	(799)
十四、行政赔偿法	(855)

一、行政法学的基本问题

(一)行政法学的研究对象

行政法学 研究对象 行政法学的研究对象 行政关系 行政法学与其他部门法学

行政法学发达而为独立之一法学分科,系比较近代的事实,此固不待言者。至其原因,归纳言之,约有二端:一,久已成为研究对象的行政法规,并非显然独立之存在;关于行政之实质,自古代希腊罗马以来,即已有片段的研究。然此种行政实质之研究,系所谓“治术”之研究,非包摄于一般政治学乃至政治论中,即包摄于哲学乃至理论学中,分化之说明,殆未曾有;故显然为主观的,而非客观的。其另外之一原因,即异于民事刑法刑事法等,且久已拘束当事者之客观的法规范,已形成单独存在之一体系。

[日]铃木义男:《行政法学方法论之变迁》,陈汝德译,载[日]铃木义男等:《行政法学方法论之变迁》,陈汝德等译,中国政法大学出版社2004年版,第1-2页。

在德国,行政法学与行政学之间也是存在一定的功能划分的。也就是说,行政法学属于法学的一个领域,其主要课题是提出对行政的规范性要求。此时,宪法的相关规定为其提供了尤为重要的指南,比如,基本人权属于私人对国家的防御权(基本人权的主观性要素),同时,它也具有作为对国家机关的义务性指南的功能(基本人权的义务性要素)。(关于基本人权的客观性功能,参见温弗里德·布罗姆:《社会性基本权与基本法中国家目标的规定(二)完》,大桥洋一译,载《自治研究》第70卷第7号(1994年),29页以下。)由于像后面所提到的那样,行政法学在传统上以法学方法论为基调,并夸大其自身的完整性,因此,它是在缺乏同行政学的联系中发展而来的。(对此,玉井克哉所著《德国法治国思想的历史性构造(五)完》(载《国家学会杂志》第104卷第7、8号,1991年)第54页作了较为准确的分析。)

而行政学则是要分析行政的组织与功能的实际情况,阐明其相互关系、作用方法、存在条件,其对象涉及行政运行与行政环境。此处所谓的行政运营的内容包括,行政的任务、组织、决定过程,调整与协作过程、人事、物质手段和财政、监督。而行政环境则包括,政党、公民(不仅包括行政相对人,还包括第三人)、市民团体和行业团体等各种团体、法院等其他国家机关、媒体等。行政运营的归结(比如行政处理、规划的制定)一方面带来了行政环境的变动,另一方面,行政环境又对行政运营提出了各种要求,行政学就是关注行政运营与行政环境之间的这种相互作用的科学。

[日]大桥洋一:《行政法学的结构性变革》,吕艳滨译,中国人民大学出版社2008年版,第258-259页。

行政机关,持何物以对臣民而行国权乎?定此范围者,曰“行政之法规”,即行政法也;以研究行政法规为目的之学科,即行政学也。若行政机关于行政法规之范围内,举其所处理之行政行为,离法理而言,则属行政法范围之外,故行政法所当论者,惟法规之法理及其效力而已。

讲究行政法规之法理及其效力之外,尚有问题焉,求行政之适当,将遵何道而然乎,是亦行政学中所应研究者也。

研究行政学之目的有二,一则超出行政法规之范围,而论其法规之适当与否;一则于现行行政法规之范围内,论如何始为适当之行政。前者为行政上之立法论,后者为行政上之适用论。

[日]清水澄:《〈行政法泛论〉与〈行政法各论〉》,金泯澜等译,中国政法大学出版社2007年版,第19页。

“法律保留”是否是德国固有的理论

作为表明法治主义并非是与法的支配相对立的一个例子,以下,我将以构成法治国原则核心的法律保留原则,以及其中构成德国通说和判例的本质性理论作为此次研究对象。……其内容是“根据法治国理论以及民主主义原则,立法者被课以自行作出本质性决定、并不得委诸于行政的义务”……但是,最近笔者发现,该理论的形成中存在着“另一个路径”。如果先从结论说起的话,那就是这样一种事实:该理论在形成的过程中受到了美国的强烈影响。

……可以在今天的德国法的“法律保留原则”同(一定时期的)美国法的“禁止委任原则”之间发现两者共同的视角。

[日]大桥洋一:《行政法学的结构性变革》,吕艳滨译,中国人民大学出版社2008年版,第25-27页。

当今德国的法律保留学说由两个要素构成:第一是法治国意义上的要素,即对公民基本权利的侵害必须以议会的同意为依据(此处还包括因事实活动所造成的对基本权利的侵害等问题);第二是期待议会能够发挥基本指导职能的民主主义要素。由于历来的侵害保留说所指的侵害尽为上述的法治国意义上的要素所包含,因此,可以评价说,本质性理论扩大了侵害保留说的适用对象。

对于本质性理论,在日德两国,我们可以看到一些批评的意见。这些意见认为,关于作为其基准的本质性的概念是不甚明了的。但是,由于应当以保护基本权利为核心扩大侵害保留的对象领域,可以说,将上述法治国意义上的要素的部分作为其基准是相对明确的。因此,对于法治国意义上的要素(的对象范围的扩大)而言,存在许多与我国的各种学说相通的地方。但是,对于两国间存在的差异,我们也可以举出下述两点。第一是补助金的论述方法。即在日本的学说中关于确保补助金的受领权的观点比较强,换言之,法治国意义上的要素受到了极大的重视;而在德国,根据行政自我约束这一理论构成,即便对于根据纲要等内部规则采取的给付措施,推导出公民的请求权的判例也已经固定下来了,因此,仅仅以所谓保障权利的理由并不能推导出要求提供法律根据的做法。倒不如说,着眼于补助金在现代社会中发挥着对所得进行再分配的功能而要求经过制定法律的程序,用前述术语来说的话,就是民主主义意义上的要素走到了正面。第二个不同是,在德国,并没有形成(日本近来对

此予以支持的观点在不断增多)权力保留学说,即,在德国,由于人们是从“行政受法律的约束”这一基本命题(《基本法》第20条第3款)出发的,因此,行政要采用怎样的行为形式并不是人们所关心的。所以,仅仅将作为权力性行为形式的行政行为包含在保留之中的想法并不是十分普遍。

导致人们批判该理论标准具有不明确性的,乃是民主主义要素的部分。为此,在我国也有一些见解指出需要剥离该部分。但是,对于该构成要素而言,在对我国议会领导能力低下的情况进行了分析之后,也有一些意味深远的的问题是值得注意的。为了对此加以检验,我在写作本章的过程中,曾利用在德国进行研究的机会,向德国的研究者说明日本的现状并听取其意见。其结果是,有些行政行为比如缩减稻米耕种面积的指导、根据内阁会议决定而进行的环境影响评价被认为是议会保留的对象。而我也得到有关的解释,该解释认为,就涉及外国人人权这一点而言,ODA(政府开发援助)没有被纳入保留的范围之内。另外,作为社会问题而常被人们提及的便是通商产业省限制向美国出口小汽车的规定,该规定在德国(因20世纪80年代人们讨论非正式行政活动而被论及)属于自主规制型协议,近年来,关于其是否需要法律依据的问题受到人们热烈的讨论。

而且,本质性理论不但扩大了保留领域的对象,还同时将授权时的规制密度的问题纳入其研究范围,因此,在对于比如使我国的教科书检定等授权规定显著不明确的事例得到改善这样的问题上,这是值得我们参考的。而且,扩张侵害保留的范围,比如在给付领域要求有法律根据的时候,法院所作出的违宪判断不像以往那样紧紧限于一般意义上的无效判断,而是有像违宪警告判决等必须予以多样化、弹性化的判决,这可以说,也是本质性理论的功绩。

[日]大桥洋一:《行政法学的结构性变革》,吕艳滨译,中国人民大学出版社2008年版,第27-30页。

行政法学是一种积极的、理念性的科学,以宪法、习惯法、正式法律和法规命令以及行政机关和法院的实践为根据,对现行有效的行政法进行系统性、结构性和解释性的研究,以揭示行政法的精神和理性,分为总论和分论两个部分。总论研究行政法的法律渊源、行政的法律地位、行政法的主体(包括行政组织)、行政活动、行政法上的权利义务、行政法上的赔偿、行政法律救济等。分论研究公务员法等。

我们认为,行政法学应当着重研究“究其本质属于行政的”法。行政法学需要研究所有的支配现实生活的力量和法则(L. v. 斯坦茵),但不能限于现行行政法制度的单纯描述,而是应当积极地发生利益的冲突及其解决办法。需要指出,在冲突解决办法发现之后,这些办法的选择属于行政法政策,而不属于行政法研究的范畴。

[德]汉斯·J. 沃尔夫,奥托·巴霍夫,罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第1卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第101页。

只有在立宪国家基于分权说,剥夺由行政首脑——邦主所独占的立法权之后,才可以设想通过立法机关制约行政机关,用国家的立法制约国家的行政。“国家的自我约束”、“依法行政”以及作为这一切的后果,臣民相对国家所拥有的“主体的、公共权利”及与此相应的对行政的法律限制——即可以想象的一种行政法。行政法学在相当晚的时候才从行政法律地位的这一变化中获得肯定。长期以来,人们习惯于仅仅依据“国家学的方法”对行政任务——贫民救济、教育、警察风纪、刑事警察等等——以及有关的法律限制予以分析阐述,这

些法律限制存在于国家权力的各个任务领域。奥托·迈尔(Otto Mayer)用他所创立的“法学方法”,澄清了这一观点,即不是每一个任务,而是法律限制及由此产生的国家和臣民之间的权利和义务才对行政法至为重要,故行政法学不是根据每一项任务划分,而应着重研究在所有任务领域中国家与臣民之间有规律性的法律关系。不过,如果这种法学方法除了从法律角度考察行政之外,不考虑政治学上的生存权以及探寻使行政设置与规章配合其富有生命活力目标的“行政学说”,那么它很快就会使行政学陷入形式主义的空洞贫乏之中。

[德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第132页。

与行政法早已存在并从18世纪中期开始发展到今天的状况这一事实相比较,行政法学的研究(在其今天的意义上)还十分年青,尤其同其他古老的法学领域比较更为明显。这一事实只能由构成法治国家的行政状况以及过去缺乏广泛的行政司法来说明。现代行政学产生的最初仅仅是18世纪的国家学和行政学(警察学、财政管理学)的附属部分。其中颇为重要的人物有冯·莫尔(Robert von Mohl),他在1829年发表有关符腾堡王国的国家法理论,并于1832年出版《依法治国原则的警察学》一书。上世纪中叶,行政法学还处于晦暗未明之中,或成为一般非纯法学,而且包括经济学和社会学在内的“行政学”、“行政学说”之分支。这在冯·施泰因(Lorenz von Stein)(从1865年开始)8本同名著作中达到登峰造极的水平。奥托·迈尔(Otto Mayer)从先进的法国行政法中得到启发,作为基于法律抽象的第一人写成了《德国行政法》(两册,1895年及1896年出版,1924年第3版),完成了从“国家学”向“法学”方式研究的转变,从而使他无愧于德国行政法之父的美誉。瓦尔特·耶林尼克(Walter Jellineker)(1. Aufl. 1927, 3. Aufl. 1931)则是奥托·迈尔的名符其实的继承者。

从此,行政法法学说寻找到与普通法学的相通点,因而同甘共苦。自1863年(在巴登)、1875年(在普鲁士)设立行政法院之后,对确立行政法学具有相当的贡献。一方面奥托·迈尔的理论藉之得以付诸实践,另一方面行政司法也创立和发展了基本原则。司法较少把行政法作为行政的法律,而更多是作为监督行政的法律来完善和发展的。总之,在此期间行政法学以与民法学和刑法学相同的方式确立,但保留一个区别,即其法典编纂的姗姗来迟。

近来,奥托·迈尔创立的行政法学的定义受到众多的、包括法学以外的“行政学说”或“行政学”越来越多的批评。首先是那些根本不把法学作为一门标准学科,而当成社会学去理解的观点(在此不置臧否);其他的批评者对行政领导人员(现在更多由法律人材担任)寄予较法律模式更大的期望(有道理);最后,还有来自科学工作者的批评。他们强烈体会到为行政不同科目所做的不协调划分,已导致了不利于研究的结果。因此,他们经常提出要求,即将法学、社会学、国民经济学、城市规划等全部归入行政学中。这点在表面上似乎可行,实际上却有很多困难:行政法学尚未充分在其狭小的范围内得以发展(特别行政法领域的绝大多数文献出自实践家而非专职科学工作者之手),并且在整个行政学范围内对行政法过于苛求和排挤;急切需要的各学科之间的研究受到呼吁的很多,却极少付诸于实践。这类学者所理解的深入细致地研究行政学,会对行政官员、政治家具极大意义,相反对法官、律师和经济方面的法律工作者却极不公平;如果这样,现行的统一法律人材的教育制度在大学学习阶段就要付出代价,以限定将来的职业转换。

现在,行政学已作为法学专业学习的选修课。但鉴于目前学时减少,自由选修日益盛

行,行政学的作用有限。对其有兴趣者不妨在其实习期间参加施派尔(Speyer)行政学院的课程,以加深认识。

在行政实践中,单凭对“教条”的认识,向来不足以解决问题。任何人只要涉及行政法的实际问题并寻求解答,就能体会到,必须有一定的行政经验或必要的行政理论方能得到正确的结果。

[德]平特纳:《德国普通行政法》,朱林译,中国政法出版社1999年版,第5-7页。

法律界人士和政治学家都认同这一观点:(R. 巴克:《现代英国的政治思想》(R. Barkett Political Ideas in Modern Britain)(伦敦:梅休因),1978年版,第95页。)

司法理论一直未能构成英国政治思想的主要部分,人们始终认为法律是一个与政治思想和主张无涉的中立世界。虽然特定的法律和特定的法律裁判可能一直在认可毁誉参半的政治后果,但司法制度的总体特征和法律的一般假设几乎难以在有关国家的政治特征和目标的讨论中被考虑。当然,戴西曾对权利和法治的基础作出了说明,二者皆与其对有限的中央政府偏好相关联;继而他对行政法和委任立法的分析,也同样是在参照此偏好的情况下进行的。其后一个世纪中,“法治”一词被哈耶克用来表达其政治思想和信念并使之合法化。但总体而言,法律思想在详细讨论的政治主张中鲜为人见。

此种视法律世界是非政治的、中立的与独立于政府、政治和行政世界的观点,深深植根于西方宪法与法律理论之中。我们首先对第一点进行分析。法治理想中暗含着将法律在某种程度上视为中立、公平、“凌驾”于统治者和政党政治的理念:

法治模式的核心特点和机构自治的保障,是政治意愿和法律裁判的分离。法律被提升到政治“之上”,即人们认为实在法所体现的准则,是为传统或宪法程序所证实的公众合意,这种合意已经消除了政治论争。因此,解释这一法律传统的机关必须与权力斗争相隔离和不受政治影响的污染。在解释和适用法律时,法官应当是那些在历史上确立的原则的客观代言人,是某种公认的非个人正义的被动分配者。他们具有最终决定权,是因为人们认为他们的裁判遵从某种外在的意志而非他们自己的意志。(P. 诺内特和D. 塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》(P. Nonet and D. Selzick, law and Society in Transition: Toward Responsive Law), (纽约:哈珀和罗),1978年版,第57页。)

通过这一方式,法治理想将自己锁定在古典的自由主义国家理想之上,此种类型的国家只具有有限功能,即基本是作为所有公民之间的中立裁判者。

[英]卡罗尔·哈洛,理查德·罗林斯:《法律与行政》(上卷),杨伟东等译,商务印书馆2004年版,第32-33页。

并不是只有成为一个马克思主义者才会坚持认为:法律不是政治的观念本身就是政治的,这一思想只是反映了有关理想国家功能的观念。

[英]卡罗尔·哈洛,理查德·罗林斯:《法律与行政》(上卷),杨伟东等译,商务印书馆2004年版,第34页。

为了更充分地阐明有关国家的功能和性质,我们需要超越法律教科书,转向政治学家和历史学家的著作。按照标准政治学科教科书的观点,(P. 邓拉维和B. 奥利里:《国家理论:自由民主政治学》(P. Dunleavy and B. O'Leary, Theories of the State: The Politics of Liberal Democracy), (伦敦:麦克米兰),1987年版,第2页;这是国家“制度上的”定义,作者(第3-4页)

指出以国家实际从事什么为基础的“功能上的”定义也是可行的。)现代国家有五个特点:

1. 人们承认国家是一个或一套独立的机构,有别于社会其他部分,因此需要确立公与私不同的范围。
2. 国家是领土内的主权或最高权力,因此也是所有法律的最终权威,即有约束力的规则是由强制性的惩戒所支撑的。公法由国家官员所制定,并由正式的垄断性武力所支持。
3. 国家主权扩展至特定领域中的所有个人,并且平等适用,即使对政府官员和立法者也是如此。因此,主权有别于在特定时间内占据国家特定职位的工作人员。
4. 现代国家的工作人员大多是以官僚化方式征召和受训从事管理的。
5. 国家管理通过向其臣民征收金钱税(税收)资助其活动。

在这一界定中,我们遇到的许多观念得以认可,读者将能够使法律标签适用于其他因素,如主权。不过,请思考作者对法律的界定:“以强制性的惩戒所支撑的有约束力的规则”,这一定义是否在某种程度上是有限的,或者是过时的?其后的章节将表明这仅是诸多法律概念中的一种。

[英]卡罗尔·哈洛,理查德·罗林斯:《法律与行政》(上卷),杨伟东等译,商务印书馆2004年版,第36-37页。

(一)阻碍行政法学发展的因素

美国学者对行政法的研究起步较晚,第一部行政法学系统性的著作直到1893年才出现。行政法学著作大量出现是在上世纪七十年代以后。阻碍行政法研究的原因,可能有以下几点:

1. 普通法的传统

美国继承英国的法律传统,是普通法系国家。传统的行政法规则大都包括在普通法中,而普通法不进行分类,没有行政法的概念和对行政法的独立研究。

2. 对行政法的误解

在英美两国,原来对行政法存在误解,误解的倡导者是英国法学家A. V. 戴西。戴西在1885年出版的宪法书中,认为行政法是法国的法律,这个法律的特点是给予官吏特别保护。官吏执行职务的行为,普通法院不能受理,由行政法院管辖。行政法院在人民与官员的关系上所适用的法律,和公民与公民之间的关系上所适用的法律不同。在英国和接受英国文化的国家中,没有行政法存在,因为英国普通法对官员与公民同样适用,官员不因其执行职务而适用和一般公民不同的法律,也不因其执行职务而受不同的法院管辖。在英国官员与公民受同一法院管辖,适用相同的法律原则。

戴西对法国行政法的概念是错误的。他认为行政法是由行政法院受理的行政诉讼,行政诉讼是保护官员的特权。然而法国行政法的范围不限于行政诉讼,法国行政诉讼给予人民的保护超过英国普通法所提供的保护,例如法国的国家赔偿制度在1873年已经确立,英美年和两国的国家赔偿制度直到1947年和1976年才确立。尽管戴西的行政法概念是错误的,然而戴西的行政法概念,在相当长的时间以内影响广大的英美法学家。美国著名法学家F. 弗莱克福特在1927年一篇文章中说:“直到最近,甚至学者们还把行政法看成是外来的东西”。在另外一篇文章中,弗莱克福特说:“在当代,很少有法律书籍像戴西的宪法书一样,产生如此令人糊涂的影响”。由于戴西的影响,美国当初对行政法的研究只限于少数学者,未引起普遍的注意。

3. 消极的国家观念

美国在建国后很长时间以内,奉行自由放任政策。国家尽量不干预私人的活动,行政机关的职能不多,不存在研究行政法的客观需要。直到19世纪末期,行政机关逐渐控制私人经济活动,行政机关行使巨大权力时,才产生研究行政法的实际需要。

(二) 1940年以前美国的行政法学著作

1940年以前,美国行政法学著作不多。这个时期行政法学著作的内容,主要是从宪法的立场讨论行政机关的权力,以及对行政机关违法行为的救济手段。美国最早的行政法学著作是古德诺1893年出版的比较行政法。古德诺曾经留学德国,这部著作的内容受欧洲大陆的行政法学著作的影响,包括行政组织、行政行为和救济手段三个部分。在行政行为中主要讨论行政行为的形式和效力,没有讨论行政程序的过程。古德诺1905年出版美国行政法原理一书,基本格式和上面一书相同,但已经表现美国传统行政法学的特点。该书第一编首先讨论分权原则,在该编第四章中作者指出,由于美国宪法规定分权条款,分权原则是美国公法的一部分。欧洲大陆国家对行政权的讨论没有这样详细。1903年,B.怀曼出版一书名为《支配政府官员关系的行政法原理》,涉及到行政法的广泛内容。作者认为美国 and 欧洲大陆国家一样有行政法存在,并且认为行政法分为内部行政法和外部行政法,二者互相影响,没有内部的指示不可能有外部的行为。作者详细地讨论了行政组织,行政机关的权力,官员的权利和义务,行政机关进行活动的方法,值得注意的是该书认为行政机关裁决争议,在欧洲大陆国家存在已久,在美国最近才发生,还没有学者讨论这个问题,作者对这个问题进行了详细的讨论。这个问题后来一般称为行政司法或行政裁判权力。

以上几本书是美国早期的行政法学总论性质的著作,已经开始出现重视分权原则和注意行政司法的趋势。早期的其他重要的行政法学著作,主要讨论行政机关的权力,着重讨论行政机关的立法权力和司法权力,如何能够符合宪法的分权原则,主要的著作有弗罗因德1928年出版的《对人和财产行使的行政权力》。作者也曾留学德国,所以该书采取比较研究方法,在很多时候比较了美国行政机关的权力和英国行政机关的权力。该书第一部分从第一章到第十五章讨论行政权力的一般理论和救济手段,第二部分从第十六章到二十九章讨论各种专门的行政权力,例如对货物运输的行政权力,对银行的行政权力,对保险业的行政权力……等,这些都是实体法和专门行政法问题。在欧洲大陆国家和我国,把它称为行政法各论或分论。另外一本早起讨论行政机关权力的重要著作是J.迪金森1927年出版的《美国的行政司法和法律最高》,讨论行政机关的司法权力和法院对行政裁判的司法审查问题。作者特别强调法院对行政裁判进行司法审查是法治的重要原则。本世纪三十年代,为了克服经济危机,罗斯福总统推行复兴经济的新政。国会为此设立一些新的独立控制机构,集中立法、行政和司法权力控制私人企业,受到企业界和律师界的反对。新政拥护者J. M. 兰迪斯1938年出版一书,称为《行政程序》,为行政机关的委任立法权、行政司法权和独立的行政控制机构的合法性进行辩护。在本世纪三十年代,美国还出版一些专门讨论某一行政机关的著作,例如I. L. 沙夫曼从1931年到1937年间,专门研究州际商业委员会,完成巨著五大本,共分四个部分:第一部分,委员会权力的立法基础,第二部分,委员会的管辖范围,第三部分,委员会活动的性质,第四部分,委员会的组织和程序。

早起重要的收集行政法判决的著作有弗洛因德1911年出版的行政法案例。该书第一部分——六章为行政权力,第二部分二——九章为救济手段。所选判例主要来自联邦法院和州法院,也有少数英国法院判例,同时包括程序方面例如通知、听证、证据的判例,和实

体方面例如警察、租税、执照等事项的判例。1928年时该书发行第二版,内容基本未变。早期比较有影响的判例著作是1932年弗兰克福特出版的行政法案例。该书第一部分和第二部分所选案件为分权原则和权力委任,第三部分为法院对行政活动的控制,包括的主要内容有公用事业、外国人、警察、租税、退伍军人、专利和特许等专门行政法问题,主要是法院对宪法的解释。除判例外,该书还选登一些有关的阅读材料。作者在序言中说明自己的观点,认为行政法明显地受到作为其内容的特定利益的影响,也受到执行法律的机构的特点的影响,司法审查必须和实体法相联系。1935年该书发行第二版,内容有变动,基本观点未变。

1940年以前,美国行政法学著作表现的特点,主要有以下几个方面:(1)研究的重点首先是行政机关的权力问题,因为美国对行政法进行研究是由于行政机关行使委任立法权和行政司法权所引起。美国宪法采取分权原则,所以行政法的研究着重从宪法的立场出发,讨论委任立法权和行政司法权。(2)救济手段和行政机关的权力密切联系,也是研究重点,行政机关权力扩大以后,救济手段更为重要。英美的传统观念非常重视法院对行政活动的控制。当时所谓救济手段主要是指司法审查而言,特别是从本世纪三十年代后,罗斯福总统推行新政时期,反对行政机关权力扩张的人,企图加强司法审查以限制行政机关的权力,因此行政法研究的重点,由权力问题移转于司法审查问题。(3)行政程序问题在早期的行政法学著作中,没有引起注意,这个问题直到本世纪三十年代末期,才受到重视。(4)早期的行政法学著作没有把行政实体法排除在行政法学之外,不少的行政法学著作讨论专门行政法问题。(5)早期的行政法学著作也没有把内部行政法排除在行政法学之外。行政法学著作中,大都讨论行政机关的组织问题,认为内部行政法和外部行政法有不可分离的联系。

(三)1941年到1970年期间的行政法学著作

美国的行政法学研究,1940年以后有一个很大的转变,当时行政法学的特点,是研究重点从宪法问题转向行政程序。这种转变的趋势起源于三十年代中期,最高法院1936到1941年期间对摩根案件的四次判决,强调行政程序的重要性,承认需要这种转变。1946年联邦行政程序法的制定加快这种转变的发展。

代表这种转变的最早著作是W. 盖尔霍恩教授1941年出版的两本书:一本是《联邦行政程序》,一本是《行政案例和评论》。作者在这两本书中认为行政法的研究已经进入第三阶段。第一阶段着重研究的问题是宪法的分权原则和行政机关的权力;第二阶段着重研究的问题是司法审查的界限;第三阶段着重研究的问题是行政程序。作者认为法院对于违法行为的审查,不能代替良好的行政程序,司法审查费时费钱。大量的行政行为,或者由于性质特殊,或者由于当事人缺乏经济能力,不能受到法院的审查,行政法的主要问题是发展良好的行政程序,防止专横、任性的行政决定的产生,同时保障行政机关办事公平而有效率。作者的《行政法案例和评论》一书编写的方式代表这种研究方向,该书共11章,各章的标题是:1. 序言,2. 分权,3. 权力的委任,4. 通知的权利,5. 正当的通知,6. 公正的听证,7. 公正的听证:证明的程序,8. 公正的听证,主持听证的人和作决定的人,9. 事实问题的裁定和法律问题的结论的必要性,10. 司法控制行政决定,取得司法审查的方法,11. 司法控制行政决定:法官决定代替行政官员的决定的范围。在这11章中,半数以上是讨论行政程序,其余几章是关于司法审查、分权、权力委任和序言。盖尔霍恩教授的书除着重行政程序以外,其他和传统行政法学的不同是把实体行政法和内部行政法的研究,排除在行政法学的范围以外。作者认为行政活动的实体法和其他学科研究的课题,行政组织法是行政学和政治学研究的课题,都不在行政法学研究范围之内。在此之前,弗兰克福特编的行政法案例,和弗罗因德编的行

政法案例中,都包括大量的实体法在内。在盖尔霍恩教授的书出版时,传统行政法学仍有很大的力量。例如1940年,J.哈特教授出版一本《行政法导论附案例》,继承传统的观点,内部行政法占有相当大的地位,该书第一部分讨论公职和官员,全书详细地讨论了行政机关的权力和救济手段,没有讨论行政程序,作者认为行政程序是附属的行政行为,不是主要的行政行为。盖尔霍恩教授的书最先确定了当代美国行政法学的内容,对美国当代行政法学的研究方向,发生重大影响。该书是美国法学院使用较多的教科书,1987年已经发行第8版。

1940年以后,对美国当代行政法学在早期作出贡献的另外一部著作,是K. C. 戴维斯教授1958年出版的行政法论。该书对现行行政法进行分析,提出理论和原则,作者在序言中说明建立当代行政法学理论系统的必要性时声称,最高法院判决的案件,其中三分之一以上属于行政案件,但是最高法院没有提出系统的理论和原则,而且有的判例互相冲突。此外,行政机关裁决的案件,远远超过最高法院受理的行政诉讼。行政机关制定的法规也远远超过国会制定的法律。由于当代行政法的大量出现,迫切需要用有系统的原则去说明,该书的写作部分地满足了这个需要。鉴于行政法的混乱状态,作者认为该书不能限于概括现行法律,而必须提出批评,以供解决问题的参考。戴维斯教授的著作在美国的影响很大,对美国当代行政法学理论的建立作出年到了贡献。从1978年到1984年期间,作者对第一版加以补充发行第二版,共5册,是研究美国行政法学的重要著作。

第三部对美国当代行政法学在早期作出贡献的书是L. L. 贾菲1965年出版的“司法控制行政行为”一书。作者收集以前发表的文章,再加写几章,合成该书。名称虽然是司法控制行政行为,实际的范围包括法院和行政机关之间的全部关系,不限于司法审查问题。例如该书第一章,讨论行政机关权力扩张所引起的争论,第二章讨论权力委任问题,都不是司法审查问题。它能帮助理解行政机关的权力,法院对这个问题的态度可能影响司法审查的判决。这本书对行政法学的贡献,在于它对行政机关和法院的关系提供一个理论基础。

以上提到的几本书是四十年代到七十年代期间,美国当代行政法学有代表性的和有一定贡献的学术著作。当然在这段期间出版的书不只是这几本,还有一些其他行政法学著作。

(四)二十世纪七十年代以后

二十世纪七十年代以后,美国对行政法的研究普遍展开,行政法学著作大量出现,其中有教科书,有学术专著。这里不一一指出代表性的著作,以免挂一漏万。值得注意的是七十年代以后,行政法学研究的范围比以前广泛,以前对行政程序的研究局限于正式程序,七十年代以后逐渐注意到对非正式程序的研究。内部行政法和实体行政法,在七十年代以后也受到很多学者的注意,认为属于行政法学研究的范围。新一代行政法学者对法院控制的作用,不如过去重视,而更多地注意总统和国会对行政的控制,以及行政公开和公众参与行政程序等民主方式。新一代的行政法学者的思想,比年长一辈较开放,然而美国行政法学的研究由于受到判例法的限制,在系统性、理论性方面还有待继续提高。

目前美国行政法学著作,除专著以外,一般性的著作主要包括下列内容:分权、权力委任、调查程序、制定法规程序、行政裁决程序、司法审查、行政赔偿责任、总统控制、国会控制、行政公开。随学者见解的不同,有的行政法学著作可能忽略其中一项或二项,有的学者可能增加其他项目。各项的内容和先后次序的安排,各作者不一定相同,一般的次序是从国会授权开始,经过行政程序到救济手段。美国有些专门行政法学著作由有关的实际工作者或律师编写,理论性不多,实用性强。

王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社2005年第2版,第60-68页。

行政法学作为一门系统的独立学科,而不仅仅是行政法律和法规的分类、整理和解释,在法国的发生是相当晚的。和其他重要法律学科相比,行政法学是一门年轻的学科。例如法国民法典中所使用的一些基本观念,都是经过长期的讨论和研究的,很多可以追溯到古代罗马法,所以民法学能够成为一门结构严密、概念明确、内容丰富的学科。而法国的行政法学则在19世纪最后期间才形成。最初的行政法学著作出现于19世纪70年代。为什么行政法学的产生这样晚呢?这是因为行政法学只能在依法行政即法治条件下才能产生,法治国的意思是指公民有权要求国家机关的活动必须遵守法律,而法律由公民或其代表制定,这种思想是法国大革命的产物。但是从资产阶级提出法治国的思想,到把这种思想变成一种制度,经历了一个曲折的过程。在这个过程中,法国资产阶级最初注意的是宪法问题。直到19世纪70年代以后,资产阶级政权已经巩固,行政权力日益扩张,法国法学家方注意到行政法问题。

王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第31-32页。

行政法学主要是以国家行政机关组织和活动的基本原则、工作的方式、方法,以及国家行政工作人员同公民等行政法关系当事人在行政法关系中的权力和义务为研究对象,阐明行政法原理原则的一门独立学科,也是法学的一门分支学科。

王珉灿:《行政法概要》,法律出版社1983年版,第22页。

(正义的两个原则)两个原则的首次陈述如下:

第一个原则:每个人对与其他人所拥有的最广泛的平等基本自由体系相容的类似自由体系都应有一种平等的权利。

第二个原则:社会和经济的不平等应这样安排,使它们(1)被合理地期望适合于每一个人的利益;并且(2)依系于地位和职务向所有人开放。

[美]约翰·罗尔斯:《正义论》(修订版),何怀宏等译,中国社会科学出版社2009年版,第47页。

形式正义或遵守体制要求的力量,显然有赖于制度的实质性正义和改造它们的可能性。

[美]约翰·罗尔斯:《正义论》(修订版),何怀宏等译,中国社会科学出版社2009年版,第46页。

行政法曾被很恰当地形容为“一个似乎永远都在寻找自我的领域”。(罗纳德·A.凯斯和科林·S.戴弗:《行政法:案例与材料》,利特尔·布朗出版社1987年版,第xxi页)这种对自身不停息地、自觉地寻找并非青春期延长的标志;行政法已经不再年轻。关于这个主题的第一本教材已经出版七十多年了,而且至少在三四十年的时间里行政法都是法学院课程中的重要组成部分。长期的身份危机不是神经过敏,而是智识性的问题:新的知识、新的实质性挑战、新的法律原则以及结构改革导致了这种身份危机。

[美]彼得·H.舒克:《行政法基础》,王诚等译,法律出版社2009年版,第1页。

原则上说,具有社会价值的物品和行为能通过三种方式产出——私人行为、国家行为或某种混合形式。所有社会都把某些物品看作是公共的,其他则是私人的,每个社会对特定物品的分类也不尽相同。对大多数物品来说,美国赋予了私人提供以重要意义:这深深植根于

法律和政治传统中的一种公私之分,同时也存在一种偏好私人提供的强烈预设,以至于由国家提供物品或者国家管制私人提供物品的计划都必须另有理由支持,而这通常在政治上很难实现。与之相对照,其他一些具有更多国家主义传统的民主社会则是相反的预设:公私之分较少具有意识形态的意味,公共提供是原则,私人提供只是例外。

就公共部门所占的国家经济份额而言,美国比大多数其他国家都少。许多在其他地方由政府提供的物品在美国都是部分或基本上由私人来提供:例如医疗服务、选民动员、高等教育、航空公司及宗教事业。而且,甚至当美国政府决定把某种物品当作公共物品时,它也比其他政府更倾向于通过委任或者给予补贴的方式交由私人提供,而不是自己直接提供该物品。(这种模式的精确范围在许多国家都是不断变化的,比如美国对公共提供医疗服务和高等教育的扩张以及其他国家将国有航空公司和其他国有企业私有化)

[美]彼得·H.舒克:《行政法基础》,王诚等译,法律出版社2009年版,第6-7页。

行政机构具有主动行为的能力,因为它满足了我们法律中长久以来的一种需要。在对权利主张作裁决时,将政府干预限定在裁判者的地位上,并要求其在各方面所确立的记录的的基础上来决定是非曲直,这种做法假定的是当事人在各自获取事实的能力方面是平等的。如果缺失这种平等性,有些规则便转移举证责任,在事实和法律上确立表面推定甚至是结论性的推定。在有些领域中,缺乏平等经济权力非常普遍,司法过程中的居中裁判论几乎必定会失灵……

行政过程和司法过程之间的另一个明显的区别在于前者拥有“独立”调查的权力。传统上,司法过程的检验并非是对争议的公平处理,而是对各方当事人所作记录基础上的争议做公平处理……但是,严格说来,法官也仅能了解各方当事人依正当形式提交给他的材料所呈现的该争议。

[美]彼得·H.舒克:《行政法基础》,王诚等译,法律出版社2009年版,第12页。

在捍卫市场自由者和拥护政府干预以纠正市场缺点的人之间所持有的争论,表现出一一种奇特的不对称现象……

现有的市场“失灵”理论为攻击市场提供了一个有力的、可用的和便利的工具……

对那些希望考察非市场机制与活动缺点的人来说,却没有这样的指导。我把非市场活动定义为由政府和其他公共机构从事的行为,它们的收入来源主要有税收、捐赠或其他的非价格渠道,而不是来自于市场中的交易价格——在市场中,买方能选择买什么、是否买、什么时候买以及以多少钱买。政府是最重要的非市场组织……

[美]彼得·H.舒克:《行政法基础》,王诚等译,法律出版社2009年版,第13页。

无论批判法学运动还是公共选择理论都是正确的:既没有纯粹私人性质的,也没有纯粹公共性质的领域。此外,在行政法中没有我们通常假定的那种决定中心。相反,我们发现各种主体都是在一种关系网络中共同做出决定。

[美]朱迪·弗里曼:《合作治理与新行政法》,毕洪海、陈标冲译,商务印书馆2010年版,第488-489页。

倘若没有清醒地意识到经验现实与行政法中居主导地位之理论观念不相匹配,就难以