

北京大学法律系

法学论文集

光明日报出版社

法学论文集

(1986年)

北京大学法律学系

光明日报出版社

法 学 论 文 集

北 京 大 学 法 律 学 系

光 明 日 报 出 版 社 出 版

(北京永安路106号)

新华书店北京发行所发行 北京燕山印刷厂印刷

850×1168毫米 32开本 15.75印张 420千字
1987年12月第一版 1987年12月第一次印刷

1—4,500册

统一书号：6263·028 定价：3.90元

ISBN7—80014—060—1

D·0001

GDR 42/04

前言

一九八三年和一九八四年，为纪念我系重建三十周年，我们编辑出版了《法学论文集》和《法学论文续集》，分别于一九八四年和一九八五年由北京大学出版社和光明日报出版社出版。这两本论文集，既为纪念我系重建以来所走过的艰辛而任重的三十年而发，也是我系广大师生和校友奉献给我国社会主义法制建设的一束心花。

随着四化建设的深入进行，法制建设成了党和国家的重要议题。邓小平同志最近指出：“搞四个现代化一定要有两手，一手是不行的。所谓两手，即一手抓建设，一手抓法制”。四化建设必须有法制做保证，这是邓小平同志对我国几十年社会主义建设经验的科学总结。他把法制建设提到了一个新的高度。

作为法律教育和科研机构，我系广大师生与全国同行的同志们一样，按照“百花齐放，百家争鸣”的方针，为使我国法制能更好地为四化建设服务，一直在法学领域里，从古到今、从外国到中国、从宏观到微观、从纵向到横向，进行研究和探索，各抒所见，撰写论文，以供抉择取舍。

这本论文集，选自我系教师、研究生在一九八六年五四科学讨论会上所撰论文，共二十四篇，约三十六万字。这些论文，涉及法学理论、法律史学、各部门法学等方面。迄今为止，均未在公开刊物上发表过。为编辑出版这本论文集，我们专门组织了编委会，并得到光明日报出版社的大力支持。仅借此书出版之际，向出版社的全体同志表示感谢。

张国华

1986年7月

目 录

前言	张国华
我国行政法的概念、调整对象和法源浅探	
.....	罗豪才 姜明安 (1)
我国古代官吏的致仕制度	蒲坚 (17)
论行政管理法制化	姜明安 (29)
论民法归责原则中的过错	魏振瀛 王小能 (43)
论经济法产生与发展的历史必然性	盛杰民 (57)
论贯彻实施刑事诉讼法的保障措施	王以真 (71)
具有中国特色的判断刑事证据标准之探讨	袁红兵 (89)
论刑事侦查学的研究方法	张玉镶 (121)
试论刑讯逼供的危害和根源	田大忠 (133)
加强联合国, 充分发挥其作用	赵理海 (147)
略论列强在华领事裁判制度	程道德 (165)
论我国社会主义法律实施的保证	刘升平 (189)
论中心城市政府管理经济的职能	戴学正 (217)
试论“授权立法”	平民 (253)
沈家本与清末立法	李贵连 (267)
中国法律文化探索	武树臣 (311)
各国宪法监督与宪法诉讼制度的比较研究	吴瀚英 (353)
西方刑法规律探讨	
——兼谈刑法研究的系统方法	储槐植 (367)
论国外青少年法规类型及其立法原则	康树华 (381)
大陆法系与英美法系司法体制的比较研究	徐友军 (401)

卢梭的人民主权学说·····	赵震江 (431)
略论康德的政治法律思想·····	沈叔平 (447)
革命资产阶级法制观、人权观的理论表现	
——罗伯斯比尔《革命法制和审判》论 <u>略</u> ·····	周旺生 (459)
论洛克的国家观与法律观·····	王 哲 (481)

我国行政法的概念、调整对象和法源浅探

——试析我国目前流行的几个行政法定义

罗豪才 姜明安

什么是行政法？我国行政法的调整对象是什么？有哪些法源？对这些问题，目前我国学界有几种解释。

一些学者认为，有关国家行政管理活动的各种法规，在法学上总称之为行政法。散见于宪法、法律、法令、决议、命令和其他各种规范文件中。内容包括国家行政机关活动的一切方面，例如，关于国家行政管理体制，国家行政机关工作人员的选拔和使用，国家行政管理活动的基本原则，以及国家在行政管理方面的权限和活动的方式、方法等。主要是调整国家行政机关之间及其在行政管理活动中同其他国家机关、社会团体和公民间发生的社会关系。

另一些学者认为，行政法是一切行政管理法规的总称。国家有关行政管理方面的法规种类繁多，具体名称不一，但就其内容来说，凡属于国家行政管理范畴的，在部门法的分类上统称为行政法。行政法是规定国家行政机关的组织、职责权限、活动原则、管理制度和工作程序的，用以调整国家行政机关之间，以及国家行政机关同其他国家机关、企业事业单位、社会团体和公民之间行政法律关系的各种法律规范的总和。行政法是一个独立的法律部门，是国家法律体系中的重要组成部分。

还有的学者指出，行政法是规定国家各个方面行政管理的行

政法规的总称，是国家行政机关工作的法律依据，也是人们在有关活动中所必须遵循的准则。它不象宪法、民法、刑法那样有一部独立完整自成体系的法典，而是散见于各种形式的法律和法规中。“行政法规调整国家行政机关实现国家行政管理活动中所发生的社会关系，即行政法律关系。”

关于行政法的上述三个定义，在很多方面是一致的，例如，三个定义都肯定：（一）行政法与行政管理相联系；（二）行政法不存在一部统一的法典，而是一类法规的总称；（三）行政法规散见于各种规范性文件之中。

但是，对上述定义细加分析，可以发现它们之间也存在着分歧。例如：（一）关于行政法的调整对象，第一个定义的表述是：“国家行政机关之间及其在行政管理活动中同其他国家机关、社会团体和公民之间发生的社会关系”；第二个定义的表述是：“国家行政机关之间，以及国家行政机关同其他国家机关、企业、事业单位，社会团体和公民之间的行政法律关系”；第三个定义的表述是：“国家行政机关实现国家行政管理活动中所发生的社会关系，即行政法律关系。”（二）关于行政法的内容，第一个定义的表述是：“包括国家行政机关活动的一切方面”，第二个定义的表述是：“规定国家行政机关的组织，职责权限，活动原则，管理制度和工作程序”，第三个定义的表述是：“国家行政机关工作的法律依据”，“人们在有关活动中所必须遵循的准则”。具体包括：①关于国家行政管理活动的任务、内容、原则、方式和方法；国家行政机关在国家机构中的法律地位和作用，各种不同国家行政机关的职权范围及其应负的义务；国家行政机关的设立、变更和撤销的程序，以及它们相互之间的关系；②关于社会团体在国家行政机关执行管理活动中的权利和义务；③关于公民在国家行政管理活动中维护自己合法权益的权利和履行行政法规的义务，以及违反行政法规时应负的责任。（三）关于行政法的法

源(法律渊源)①,第一个定义的表述是:“宪法、法律、法令、决议、命令和其他各种规范性文件”;第二个定义的表述是:“一切行政管理法规”。关于“行政管理法规”,这些学者所下的定义是:“国家机关在实行行政管理时合法制定的普遍性的规则”,包括:①国务院制定的行政法规和发布的决定和命令;②国务院各部、各委员会在本部门的权限内制定和发布的命令,指示和规章;③省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会所制定和发布的具有行政法规性质的地方性法规;④地方各级人民政府关于行政管理所制定和发布的决定和命令;⑤民族自治机关关于行政管理所制定和发布的自治条例和单行条例;第三个定义的表述是:“各个方面行政管理的行政法规”。关于“行政法规”这些学者所下的定义是:“国家行政机关制定的规范性文件的总称”,但他们在具体列举行政法的渊源时则包括:①宪法,②国家权力机关制定的国家行政管理活动方面的单行法和各种行政法规,③中央和地方各级国家行政机关制定或颁发的决定、命令和各种规范性文件,④条约。

上述定义的三点分歧均涉及我国行政法的基本概念。明确概念是科学研究的起码要求和前提条件。不知道行政法为何物,不知道什么是行政法,不知道行政法的内涵和外延,就谈不上研究行政法。当然,对于某些概念,特别是对于社会科学中的某些概念,学者间存在一定的分歧意见是正常的、不可避免的。问题在于,人们自己在使用概念时要真正明确自己使用的概念,明确自己使用的概念的内涵和外延,并在自己的思维中始终保持一致,遵守思维的逻辑规律。为此,人们在使用概念前,必须对所使用的概念进行认真严肃的研究,真正明确概念。至于学者间对概念

① 关于“法源”,有各种解释。有的说法源是先于法律而存在的构成法律的规则;有的说法源是产生法律的原动力;也有的说法源是指制定法律的机关;还有的说法源是产生法律的原因。我们这里讲的法源,是指法律的存在形式,指某一法律部门的法律规范的来源或出处。

的意见的分歧，则可以通过加强学术讨论，在讨论的基础上求得一致。

正是基于这样的考虑，我们试对上述行政法定义的三点分歧作一些分析，提出我们的一些疑问，并谈一点我们对这些问题的看法。

一、关于行政法的调整对象

关于行政法的调整对象，三个定义都强调行政法调整的对象是国家行政机关参与(必须有国家行政机关作为当事人之一)的社会关系或法律关系。第一个定义把这种关系分成两种情况：第一种情况是国家行政机关之间发生的关系，这种关系不论在什么场合都为行政法所调整；第二种情况是国家行政机关同其他国家机关、社会团体和公民发生的关系，这种关系只有发生在“行政管理活动中”才被行政法所调整。另外，该定义明确提出作为行政法调整的对象是社会关系而不是法律关系。第二个定义把行政法调整的关系也分成两种情况：国家行政机关之间的关系；国家行政机关同其他国家机关、企事业单位、社会团体和公民之间的关系，但第二个定义没有指出这些关系作为行政法调整对象必须具备何种条件，没有说这些关系必须发生在行政管理活动中，从而可以理解为这些关系不论发生在什么场合都为行政法所调整。另外，该定义明确提出作为行政法调整的对象是法律关系。第三个定义把行政法调整的关系分成三种情况：国家行政机关之间发生的关系；国家行政机关和企业事业单位、社会团体之间发生的关系；国家行政机关和个别公民之间发生的关系。第三个定义指出这些关系均只有在国家行政机关实现国家行政管理活动中发生才被行政法调整。另外，该定义提出作为行政法调整的对象是社会关系，即法律关系，认为社会关系等于法律关系。

这样就发生了四个问题：第一，行政法调整的关系是否必须有国家行政机关参加；第二，行政机关能和哪些对象发生为行政

法所调整的关系(行政法律关系的主体包括哪些范围)；第三，行政法调整的关系是否必须是在行政管理活动中发生的(行政法调整行政机关对内对外发生的关系有无条件)；第四，行政法调整的对象究竟是社会关系还是法律关系，社会关系是否等于法律关系。

对于第一个问题，我们认为，在一般情况下，行政法调整的关系应该是有国家行政机关参与其间并起主导作用的关系。但是，例外的情况也是存在的，特别是在我们社会主义国家，例外的情况要更多一些。例如根据宪法，中国共产党是我们国家的领导力量。中国共产党在对国家行政机关及其活动实施领导时，即必须适用行政法的有关原则，党不能离开宪法和法律实施领导。又如，我们的立法机关和司法机关在其内部管理中也有着大量的人事、财务等行政工作。我们不能认为，这些国家机关在进行这些工作时可以离开行政法，行政法不能对这些机关进行上述工作进行调整。再如，我们的工会、共青团、妇联等社会组织往往根据法律或国家行政机关的委托，担负某些行政职能(如社会保险工作、计划生育工作等)。我们不能认为，这些社会组织在行使有关行政职能时，可以离开行政法，行政法不能对它们行使上述职能进行调整。

对于第二个问题，我们认为，国家行政机关之间、国家行政机关和它们的工作人员之间，以及国家行政机关和其他国家机关、企事业单位、社会组织、团体和公民个人以及外国人和无国籍人之间发生的关系都可以被行政法调整。这也就是说，行政法律关系的主体包括国家行政机关、国家工作人员、其他国家机关、企事业单位、社会组织、团体、公民个人以及外国人和无国籍人。

对于第三个问题，我们认为，行政法调整的关系必须是在行政管理活动中发生的，即必须是在国家行政机关和国家工作人员(在法律规定的场合，也可以是其他国家机关和社会组织)行使行

政管理职能过程中发生的。国家行政机关和国家工作人员在非行使行政管理职能、非进行行政管理活动时而与各个方面发生的关系自然不应属行政法调整。例如，行政机关去商场购买物品的活动受民法调整，国家工作人员去法院参加诉讼活动受诉讼法调整，等等。

对于第四个问题，我们认为，法律调整的是社会关系，而不是法律关系，社会关系一经法律调整之后才叫做法律关系。法律关系可以认为是一种特殊的社会关系，但社会关系并不等于法律关系。社会关系包括物质关系和思想关系。列宁指出：“思想关系只是不以人们的意志和意识为转移而形成的物质关系的上层建筑”^①。法律关系是一种思想关系、意志关系，是以法律规定的当事人权利、义务为内容，并以国家强制力保证的社会关系。很显然，只有有了法，才有法律关系。法律关系只是法调整的产物，而不是作为法的调整对象先于法而存在的。作为先于法而存在的法的调整对象只是一般的社会关系，它们可能是物质社会关系，也可能是思想社会关系，只有这些关系被赋予了法律规定的权利和义务的内容时，它们才转化为法律关系。我们说行政法调整社会关系，当然不是说行政法调整所有的社会关系。行政法只调整行政领域的社会关系，即国家行政机关（在法律规定的场合，也可以是其他国家机关和社会组织）在行使行政职能过程中对内对外发生的各种社会关系，这种社会关系可以简称为行政关系。

二、关于行政法的内容

关于行政法的内容，三个定义都认为行政法以规定行政机关的活动为内容。但第一个定义认为行政法规定行政机关活动的一切方面；第二个定义认为行政法只规定行政机关的组织、职责权限、活动原则、管理制度和工作程序，而没有提到一切方面；第

^① 《列宁全集》第一卷，人民出版社，1958年版，第131页。

三个定义认为行政法不仅规定行政机关的活动(非一切方面),而且规定人们在有关活动中应遵守的规则。

这里实际上提出了一个行政法规范的范 围问 题(法的内容即表现为法的规范),即行政法究竟包括哪些 规范。这个问题实际上与行政法调整对象紧密相联系。行政法调整的对象决定行政法的内容,即决定行政法规范的范围。我们认为,根据行政法的调整对象,行政法包括三大类 规范:第一类 规范是行政组织法规范。这类规范主要包括:①有关国家行政机关的建立、变更、撤销程序的规范;②有关国家行政机关的组织结构和编制的规范;③有关国家行政机关的地位、任务、权限、责任的规范;④有关国家工作人员录用、培训、考核、奖惩、晋升、调动及权利、义务的规范。第二类规范是行政管理活动规范。这类规范既包括国家行政机关应遵守的行为规则,又包括作为行政机关管理对象的企事业单位、社会组织、团体和公民个人应遵守的行为规则。前者的规范如:①有关行政管理活动基本原则的规范;②有关行政法规、行政规章和其他行政管理文件制定的标准、程序的规范;③有关行政命令、行政措施实施规则、实施程序的规范;④有关行政监督的方法、措施、程序的规范;⑤有关行政奖励和行政处罚的条件、形式、程序的规范;后者的规范如:①有关公民及其社会组织参与国家行政管理的权利、义务、形式方法的规范;②有关进行生产、经济活动的规则、权利、义务的规范,如有关企业开办的申请、批准、登记的规范;③有关维护社会治安、遵守社会秩序的规范,如有关交通规则、消防规则等的规范。第三类规范是行政法制保障规范。这类规范主要包括:①有关国家行政机关外部监督(包括党的监督、权力机关的监督、检察机关的监督、社会组织的监督、人民群众的监督)的形式、方法的规范;②有关国家行政机关内部监督(包括上级机关的监督、职能机关的监督、专门监督机关的监督)的形式、方法的规范;③有关行政纠纷处理的规则、程序的规范;④有关行政诉讼形式、程序的

规范。

行政法规范按其调整对象的性质可以分为总则和分则两大类规范。行政法总则规范是调整行政管理过程中一般问题的规范。如关于国家行政机关、国家工作人员、行政管理规范文件、行政命令、行政措施、行政监督、行政奖励、行政处罚、行政诉讼、行政法制保障等的规范。行政法分则规范是调整行政管理过程中特殊问题(专门问题)的规范。如关于国民经济管理的规范、关于科学、文化、教育、卫生管理的规范、关于民政管理的规范、关于社会治安管理的规范、关于司法管理的规范、关于外交管理的规范、关于国防管理的规范等。

行政法规定国家行政机关活动的原则,规定国家行政机关的组织和职权,规定公民的权利和义务,宪法也规定国家行政机关活动的原则,规定国家行政机关的组织和职权,规定公民的权利和义务,但是行政法并不等同于宪法(有人认为行政法是宪法的一部分,这说明行政法和宪法有着极密切的关系,但不能否认行政法是一个独立的法律部门)。宪法是国家的根本法,它主要规定国家的基本政治制度 and 经济制度,规定整个国家机构的组织,规定国家机关活动的基本原则,规定公民的基本权利和义务。宪法的规定是总的规定,其基本原则不仅适用于行政机关,也适用于立法机关、审判机关和检察机关,其调整范围不仅及于行政活动,也及于立法活动、审判活动和检察活动。例如,它不仅规定行政机关的基本组织和职权,也规定立法机关、审判机关、检察机关的基本组织和职权;不仅规定行政机关活动的基本原则,也规定其他国家机关活动的基本原则;不仅规定公民在行政领域的基本权利和义务,也规定公民在其他领域的权利和义务,这是其一。其二,宪法的规定是原则的规定,需要行政法或其他部门法对它加以具体化。例如,宪法关于行政机关组织和职权的规定,需要各种行政组织法(如国务院组织法、地方人民政府组织法、国务院各部委组织条例、自治区自治条例等)加以具体化;宪

法关于公民基本权利和义务的规定，需要各种专门行政法(如申诉控告检举法、国家赔偿法、结社法、集会游行法、兵役法等)加以具体化。由此可见，宪法和行政法是根本法和部门法的关系，也可以说是母法和子法的关系。

行政法调整国民经济管理，经济法也调整国民经济管理，但经济法并不等于行政法。国家对经济的管理，就象国家对文化、教育、科技、卫生、治安、民政等的管理一样，是国家行政机关的职能，属于行政活动的范畴。调整国家管理经济的规范自然属于行政法的组成部分，这类规范传统上归为行政法分则规范的一部。但是这种情况自七十年代末期开始有了变化，党的十一届三中全会以后，党和国家的工作重点转移到搞经济建设，国家管理经济的任务日益繁重。与此相适应，有关经济管理的法律法规大量增加。这些法律法规又由于社会主义公有制条件下经济关系纵横交错，其中很大一部分与有关民法规范交织在一起，它们相互结合在一起，既调整国家行政机关对经济的管理活动，又调整经济组织内部和经济组织相互之间的关系。由于这种情况，这些法律法规就逐渐从行政法中分离出来而构成一个新的法律部门——经济法。因此，经济法并不等同于行政法。但是经济法确实和行政法有着血缘亲属关系。经济法在调整国民经济管理活动时，仍然要接受行政法总则规范的指导，经济管理机关的设置、变更、撤销，经济管理机关工作人员的任用、考核、培训、奖惩、升降，经济管理法规的制定，经济管理活动的控制、监督，对经济组织违法行为的制裁，经济纠纷的处理、对经济管理机关及其工作人员的法制监督等，仍然要受行政法总则规范的调整。经济法在调整国民经济管理活动即纵向经济关系时，仍然可以视为行政法的一部分，但在总体上，经济法已构成一个独立的法律部门。

行政法除在内容上与宪法、经济法有密切联系外，在调整对于违法行为的处罚方面与刑法有相邻关系(违法行为与犯罪行为

的区分只是相对的)；在调整财政拨款、财产征收、财产资金没收、国家赔偿等方面与民法有相邻关系；在调整国家工作人员的工资、福利、社会保险等方面与劳动法有相邻关系。因为各法律部门的区分只是相对的，而不是绝对的，它们之间不存在不可逾越的鸿沟。因此，各法律部门的法律规范相互邻接、相互重合的现象是常见的。

三、行政法的法源

关于行政法的法源，三个定义都提出行政法不存在一部统一的法典，其法源包括各种规范性文件。但是对于各种规范性文件的含义和范围的看法却不一致。第一个定义指“宪法、法律、法令、决议、命令和其他各种规范性文件”，第二个定义指“一切行政管理法规”，第三个定义指“各个方面行政管理的行政法规”。

这三种意见那种意见较为适当呢？关于第一种意见，将宪法和法律作为行政法法源似乎无甚争议。至于“法令”，作为一种法律文件形式，原是指全国人大常委会制定的规范性文件。现在，宪法已规定全国人大常委会享有立法权，和全国人大一样可以制定法律(宪法第五十八条)，法令这种形式即不再存在，行政法亦即不再有此法源。至于决议、命令和其他各种规范性文件是否都能成为行政法的法源，则是有争议的。

关于第二种意见，把作为行政法法源的各种规范性文件统称为“行政管理法规”不是不可以的，问题在于如何确定“行政管理法规”这个概念，如何规定它的内涵和外延。现行宪法和法律并没有规定“行政管理法规”这个概念。《行政法概要》一书给这个概念下的定义是“国家机关在实行行政管理时合法制定的普遍性的规则”。“国家机关”应该说包括权力机关、司法机关和行政机关，但是该书在确定“行政管理法规”概念的外延时排除了最高国家权力机关全国人大和全国人大常委会制定的法律(概念的外

延与内涵不一致)，从而否定了法律是行政法的法源。把法律排除在行政法法源之外，这等于说，《国务院组织法》、《地方人民政府组织法》、《中华人民共和国居民身份证条例》、《消防条例》等都不是行政法，这显然是难于为人们所接受的。

关于第三种意见，把作为行政法法源的各种规范性文件统称为“行政法规”，这是明显不妥当的。因为现行宪法规定，只有国务院有权制定行政法规（宪法第八十九条）。《中国大百科全书·法学》把行政法规定义为“国家行政机关制定的规范性文件的总称”，这是与现行宪法的规定相抵触的。另外，[该定义在列举行政法规的外延时，又提出了广义狭义两种情况，在列举行政法的法源时，更把宪法，法律、法规、条约等包括了进去。这些在逻辑上都是很有毛病的，使人无法理解和把握其所阐述的概念。

我们认为，行政法是调整国家行政机关（在法律规定的场合，也可以是其他国家机关或社会组织）在行使国家行政管理职能过程中发生的各种社会关系（行政关系）的法律规范的总和。这些法律规范存在于宪法、法律、行政法规，行政规章、地方性法规、自治条例和单行条例之中，也就是说，行政法的法源包括宪法、法律、行政法规、行政规章、地方性法规，自治条例和单行条例。

宪法作为行政法的渊源，它包含的行政法规范主要有：（一）有关国家行政管理活动基本原则的规范（如关于民主集中制原则，人民群众参加国家管理的原则，民族平等的原则，责任制原则，法治原则的规范）；（二）关于国家行政机关基本组织和职权的规范（如关于国务院组织和职权、关于地方人民政府组织和职权的规范）；（三）关于公民在行政领域中基本权利和义务的规范（如关于对国家机关及其工作人员违法失职行为进行申诉控告检举权利的规范，关于公民依法服兵役和纳税义务的规范等）。

法律作为行政法的渊源，包括由全国人民代表大会制定的基本法律，如《中华人民共和国国务院组织法》、《中华人民共和国