

行政法的基本问题

陈泉生 著

中国社会科学出版社

行政法的基本问题

陈泉生 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法的基本问题/陈泉生著. —北京: 中国
社会科学出版社, 2001.6
ISBN 7-5004-3077-9

I. 行… II. 陈… III. 行政法 - 历史
IV. D912.102

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 034589 号

责任编辑 王半牧 官京蕾
责任校对 石 利
封面设计 章新语
技术编辑 张汉林

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029453 传 真 010 - 64030272

网 址 <http://www.cass.net.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂 装 订 三河鑫鑫装订厂

版 次 2001 年 6 月第 1 版 印 次 2001 年 6 月第 1 次印刷

开 本 850 × 1168mm 1/32

印 张 7.875 插 页 2

字 数 195 千字 印 数 1 - 2000 册

定 价 15.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

目 录

第一章 近代行政法的产生

第一节 近代行政法的产生	(1)
--------------------	-------

第二节 近代行政法学的产生	(6)
---------------------	-------

第二章 现代行政法的胚变

第一节 现代行政法的胚变	(12)
--------------------	------

第二节 现代行政法学的兴盛	(16)
---------------------	------

第三章 当代行政法的发展趋势

第一节 当代行政法的发展趋势	(22)
----------------------	------

第二节 当代行政法学的发展趋势	(26)
-----------------------	------

第四章 社会主义行政法的产生及特征

第一节 社会主义行政法的产生及特征	(30)
-------------------------	------

第二节 社会主义行政法学的产生及特征	(33)
--------------------------	------

第五章 我国行政法的产生和发展

第一节 我国行政法的产生和发展	(36)
-----------------------	------

第二节 我国行政法学的产生和发展	(48)
------------------------	------

第六章 行政法与法治行政

第一节 行政法与法治主义	(55)
--------------------	------

第二节 行政法与法治行政	(65)
--------------------	------

第七章 行政法学理论基础

第一节 各国行政法学理论基础及其得失	(71)
--------------------------	------

2 行政法的基本问题

第二节 现代行政法学理论基础——“服务论” …… (75)

第三节 “服务论”符合我国社会主义市场经济
发展的需要 …… (82)

第八章 政府在市场经济中的角色

第一节 西方各国政府在初期市场经济中的角色 …… (92)

第二节 西方各国政府在现代市场经济中的角色 …… (93)

第三节 我国政府建国以来所扮演的角色 …… (95)

第四节 我国政府在社会主义市场经济中的角色 …… (96)

第九章 授权立法

第一节 授权立法的产生及其理论 …… (100)

第二节 授权立法的概念及其性质 …… (106)

第三节 授权立法的基本原则 …… (112)

第四节 授权立法的要件 …… (114)

第五节 授权立法的监督 …… (117)

第十章 行政自由裁量权

第一节 行政自由裁量权及其种类 …… (121)

第二节 行政自由裁量与恣意 …… (124)

第三节 行政自由裁量权的控制 …… (125)

第十一章 行政命令

第一节 行政命令的概念及其种类 …… (131)

第二节 行政命令与法律的关系 …… (134)

第三节 行政命令的地位和作用 …… (136)

第四节 行政命令的成立及其消灭 …… (137)

第五节 行政命令的监督 …… (139)

第十二章 行政合同

第一节 行政合同的概念及特征 …… (143)

第二节 行政合同成立的要件 …… (145)

第三节 行政合同的种类 …… (147)

第四节	行政合同的发展及其作用·····	(149)
第五节	建立我国的行政合同制度·····	(152)
第十三章	行政指导	
第一节	行政指导发展的背景和原因·····	(156)
第二节	行政指导的含义及其性质·····	(158)
第三节	行政指导的种类·····	(160)
第四节	行政指导与法治行政的关系·····	(162)
第五节	制定我国的行政指导制度·····	(165)
第十四章	行政许可	
第一节	行政许可的概念及其作用·····	(168)
第二节	行政许可的种类·····	(170)
第三节	行政许可规定的方式·····	(172)
第十五章	行政损害赔偿	
第一节	行政损害赔偿责任的法律性质·····	(173)
第二节	行政损害赔偿责任的归责原则·····	(175)
第三节	行政损害赔偿中的责任豁免·····	(178)
第四节	行政损害赔偿责任的构成要件·····	(182)
第五节	行政损害赔偿的方式及其他·····	(183)
第六节	国家求偿权·····	(184)
第七节	涉外行政损害赔偿·····	(185)
第十六章	行政损失补偿	
第一节	行政损失补偿的理论依据·····	(186)
第二节	行政损失补偿的原则·····	(189)
第三节	行政损失补偿的要件·····	(191)
第四节	行政损失补偿与行政损害赔偿的区别·····	(192)
第五节	行政损失补偿的责任·····	(193)
第六节	行政损失补偿的范围·····	(194)
第七节	行政损失补偿的方式及其他·····	(196)

4 行政法的基本问题

第十七章 行政诉讼

第一节	行政行为的审判监督·····	(200)
第二节	行政诉讼的审理机构·····	(206)
第三节	行政诉讼的范围·····	(208)
第四节	行政诉讼的举证责任·····	(211)
第五节	行政诉讼的程序·····	(212)
第六节	行政诉讼的执行·····	(214)
第七节	我国行政诉讼制度之得失·····	(216)
第八节	涉外行政诉讼·····	(217)

第十八章 行政复议

第一节	提起行政复议的要件·····	(226)
第二节	行政复议的管辖·····	(228)
第三节	行政复议机构的设置及职责·····	(229)
第四节	行政复议的申请与审理·····	(231)
第五节	我国行政复议制度之得失·····	(234)

附录	主要参考著作目录·····	(235)
----	---------------	-------

第一章 近代行政法的产生

古人云“过往以为来者师”。欲研究行政法，惟有洞悉其来龙去脉，才能获其真谛，并揭示其发展之趋势。我国行政法制建设刚刚起步，行政法学基础理论研究较为薄弱，有必要对行政法的产生、演变和发展趋势作深入的研究，以便从中探索出适宜我国实际的行政法制。由于行政法与时代背景息息相关，若不对其背景及行政作用作详细考察，就无法知道其所以然之建制精神与体系架构，更无从把握其承先启后的应然措施及其发展趋势。何况，行政法学自成体系，其历史短暂，各方论争尚未统一，探究其出发点和立足点亦为必要。为此，西方各国行政法论著无不对行政法的历史作详细而又深入的剖析。然其大多囿于资产阶级唯心史观之窠臼，就行政类型之更替论行政法的历史，而未能将研究的视野拓及其经济背景，以及由此所决定的政治背景和为之服务的思想背景。笔者拟以马克思主义的唯物史观和实事求是的科学态度对其“上下求索”，略抒浅见。

第一节 近代行政法的产生

一、近代行政法的产生

众所周知，法律制度是社会发展的产物，直接反映其时代社会背景与思潮，推动社会变革。封建社会固然有法律，但由于封建社会生产力不发达，社会组织以身份关系为核心，实行的是君

2 行政法的基本问题

专制制度和严格的等级与特权制度，法律公开规定人与人之间的不平等。因而只有治民之法令而无治官之法律，只有官权而无民权，君主的恣意和擅断可以随时改变客观的法律，中央及地方的层层官府都得绝对按照君主的旨意办事。在这种条件下，无民主和法治可言，更不可能产生凌驾于社会之上的国家根本大法——宪法，当然也就不存在以具体宪法而著称，详细规定国家与人民关系的行政法。

然而，到了封建社会末期，西欧各国由于农业、手工业的发展，商品生产不断扩大，商品交换日益增加，封建社会的自然经济逐渐瓦解，开始出现了资本主义的生产关系。随着资本主义生产关系的发展，同封建的旧的生产关系的矛盾日益尖锐，资本主义生产关系要求整个社会关系的商品化，要求按照等价交换的原则自由买卖、自由竞争、自由贸易、自由经营。这种生产关系反映到政治上，必然要求推翻封建专制制度，建立资产阶级民主制度。否则，资本主义就不能发展。为了适应这种经济和政治的需要，资产阶级的先进思想家便纷纷提出天赋人权、国民主权、分权制衡、议会制度、法制、普选制度等一系列民主、自由的主张，论证了以民主代替专制，以民权代替君权，以人权代替神权，以自由代替奴役，以平等代替特权的合理性，为资产阶级革命制造舆论。资产阶级便以这些理论作为思想武器，依靠广大人民群众的力量，发动了资产阶级革命，推翻了封建专制制度，建立了资产阶级的民主制度和国家政权，从而为长期受传统专制主义压制的自由资本主义的发展打开了通路。

为了避免重蹈集权专制之覆辙，巩固革命的成果，资产阶级通过自己的国家政权，用法律形式把资本主义的生产关系和与之相适应的民主制度固定下来，从而产生了资产阶级的宪法。它使资本主义近代国家的基本制度和原则、国家机关的组成、职权和相互关系，以及公民和国家的关系，即公民的基本权利与义务等

都得以明确规定，为近代资本主义的法治化奠定了基础。同时也为资产阶级的法律创制提出了法律准则。随着资本主义制度的确立，资产阶级要求进一步加强它的政治经济统治，摆脱一切阻碍财富无限积累的羁绊，从而建立自由地、无限制地发展资本主义的社会。为了适应资产阶级的这种需要，资产阶级思想家便提出了个人主义、自由主义、法治主义三大思想。

所谓个人主义，即指极端尊重个人的思想，认为个人为主体，社会为个人组织的产物；个人为目的，而社会则为促进个人物质与精神生活圆满的手段。为此，其极力主张，应当重视个人的尊严及其人格的神圣，不得借口社会利益侵害个人的尊严。

而自由主义则是由个人主义而产生的，其认为人生而自由平等，非国家所能妄加限制，人类之所以组织国家的原因，就在于使其保障此种与生俱来的自由，因此，国家的任务仅在于限制妨害他人自由的行动，与他人自由无关的行动，国家不得妄加干涉。这样，整个社会将因每个人的功成名就而臻于安宁康乐的境界。所谓“最好的政府，最少的管理”，“政府的任务只限于（1）保护国土不受外国侵略；（2）在国内维持正义，安定秩序，使富人财产不被侵占；（3）举办私人所不愿为的事业。此三者即为自由主义思想的代表理论。

而法治主义则是个人主义和自由主义的延伸。因为个人主义和自由主义并不否认政府的存在，而只是想把政府的权力缩至最小的限度，以免政府专恣自为，这就非实行民主和法治不可。近代法治主义包括以下三层含义：第一，成文法具有绝对至上的地位和优势，它排斥任何专制和特权现象的存在，它明确表明，任何身份的群体都不能享有某种特权法，社会中人与人之间的关系只能由法律调整而不能由他们的家族血缘背景决定。第二，法律面前人人平等。一切人，包括政府官员，不分宗教、种族、性别，在遵法和守法的义务履行方面无一例外地一律平等，任何人

4 行政法的基本问题

都必须为自己的侵权行为负责。法律平等不仅表现在立法原则中，而且通过司法实践体现。任何行政行为都必须依据法律进行，政府及其官员与人民的关系都必须纳入法律调整的范围。第三，人民的自由和权利不可侵犯，由法律加以保障，人民应负的义务，亦由法律明文规定。没有法律的根据，不得任意限制人民的权利或使人民负担义务，亦不得为特定人设定权利或减免义务。

于是，在“法治国家”的观念下，西方各国相继实行分权制度，将行政从国家职能中独立出来，使行政执行立法机关制定的法律，并通过法律明确规定政府和人民之间的关系，使宪法的原则性规定得以具体化。同时，为了防止行政专制，英国在17世纪率先形成由普通法院通过王权令状监督行政机关的司法审查制度^①之后，西方各国闻风继起，竞相建立起适合各自国情的行政诉讼制度，从而使行政置于必要的司法监督之下。值此，行政法作为近代宪法和法治的产物应运而生了，并伴随着资本主义经济、政治的不断发展而发展。

二、近代行政法的特征

资产阶级思想家为了促进自由资本主义经济的发展，隆起了个人主义、自由主义、法治主义三座理论高峰，以雄视近代西方思想界，并成为近代法律思想的根源和基础。其体现在宪法上，以自由权的基本人权为中心，其反映在行政法上，则强调消极行政，主张“法律优位（即无法律便无行政）”和“法律保留（即人民的权利和自由事项须以宪法或法律保障）”。同时，为了防止政府过多地干涉资本家的自由和权利，要求政府扮演“守夜警

^① 参见罗豪才等主编：《行政诉讼法学》，中国政法大学出版社1990年版，第56页。

察”的角色，认为国家的目的不在于积极地谋求人民的福利，而在于消极地排除人民福利的障碍，以减少人民生活和社会经济活动遭受干涉和妨害。为此，行政权的作用仅仅限于行政组织、警察、军务、外交以及税收等方面。而且，为防止人民的权利和财产遭受行政侵害，还确立了行政诉讼制度。

在这种严格法治行政原则的指导下，各种行政法规的制定自然逐渐增加，作为政府机关执行职务的依据，并以此防止政府滥权，从而达到确保人人，特别是私有者的自由和权利的目的。但是，由于各国的国情不同，行政法的侧重点亦有所不同。

素有“行政法母国”之称的法国，由于资产阶级革命较为彻底，其权力分立的目的在于排除封建势力把持的法院对行政活动的干预，以维护代表资产阶级利益的行政权力，其行政法具有两面性。一方面，它们重于行政机关公共权力的维护，另一方面，它又强调行政权力的行使应限制在法律的范围内，从而使其行政法对行政权力的“授权”与“拘束”各占其半。同时，为了不让法院插手行政事务，建立了行政法院，设立司法二元制。其他大陆法系国家惟法国马首是瞻，亦设立司法二元制。

由于英国革命是以资产阶级与封建贵族的妥协而告终，其分权的目的在于控制国王的权力，为此，其行政法是作为控制行政权的工具而存在的，同时建立司法一元制，以普通法院管辖行政诉讼，并深深影响着其他英美法等国家。

无论行政法的侧重点有多大的不同，在将个人主义和自由主义奉为金科玉律的近代，行政的目的只能是“秩序的担保者”。因而，这一时期的行政法具有绝对的、消极的、机械的特征，具体表现如下：

1. 成文法主义至上。即以成文法作为行政的惟一准据，习惯法、法理及行政解释等均不得成为行政法的渊源。

2. 狭义的法律至上。法律有广义和狭义之分。广义的法律，

兼指立法机关通过的法律和行政机关制定的命令；而狭义的法律，则专指立法机关通过的法律，其仅为防止行政机关专横而定。狭义的法律至上是指，一切行政行为都必须根据立法机关通过的法律，而不容许以行政规章、命令等作为根据。行政规章、命令等只能规范内务行政事项，而不具有拘束人民的效力。

3. 法律规定力求细密，避免概括性条款，避免弹性，以尽量减少行政自由裁量的余地。

4. 偏重于秩序行政。即将国家的安全、社会的秩序、国权的保障，以及如何确保人民的权利和自由，如何在人民的权利遭受损失时得到适当的救济等，作为行政法的主要内容。

5. 强调行政机关公共权力的维护。即从保障行政权有效行使出发，强调行政权的优越和重要，但必须以合法为前提。

第二节 近代行政法学的产生

一、近代行政法学的产生

近代行政法学作为法律科学的一门分支学科始于 19 世纪。当时随着行政法的产生，引起了一些法学家从事行政法学的兴趣，并开始系统地研究行政法学。在大陆法系国家，最早对包含行政规范的法规、法令进行系统研究，并把行政法作为一门独立的法律学科的，是德国法学家奥托·迈尔（Otto Mayer，1846—1924 年）。他在潜心研究了法国大革命前后的行政法律制度后，于 1886 年出版了《法国行政法理论》一书，^① 随后又出版了《德意志行政法》（1895 年）。

而在行政法最为发达的法国，其行政法体制的核心是行政法院，行政法院处理案件所适用的行政法规、法令，以及它本身所

^① 参见张焕光等：《行政法学原理》，劳动人事出版社 1989 年版，第 31 页。

形成的判例，构成了法国的行政法。其行政法学的研究是对行政法的一系列基本原则加以归纳总结，再经演绎扩张而成为行政法理论的。其最初的行政法学著作是在 19 世纪出现的，如巴特勒迷（Barthelemy）所著的《行政法》，分为行政组织、行政作用和行政诉讼三卷，在当时颇为流行。^①

英国作为实行普通法的国家，由于受维多利亚时代享有盛誉的宪法学家戴西（A. V. Dicey）学说的影响，长期无视英国行政法存在的现实，认为英国没有，而且也不应该有行政法，因而其行政法学的研究也就无从谈起。

美国开始亦步英国之后尘，不承认有行政法存在。直至 1893 年美国法学家古德诺（F. J. Goodnow）写出了《比较行政法》一书，比较了英、美、德、法四国行政法的利弊，从而开创了美国行政法研究之先河。然因其系以大陆法系行政法为基础来研究行政法理论的，故多有大陆法系色彩。

二、近代行政法学的特征

早期行政法学的研究主要是在大陆法系国家展开的，为此阐述早期行政法学的特征，自然便以大陆法系国家为主，现分述如下：

（一）热衷于条文注释

如前所述，在自由权备受推崇的近代，法治主义极具绝对、消极、机械的特征，其体现在行政法上便是力主严格法治行政。为此，早期行政法学研究亦受肤浅成文法主义影响，倾向于成文法的理论体系，以消极地依据法规法令即为遵循法治的原理，以致在研究方法上热衷于条文注释法。所谓条文注释法，即仅以法条为基石，以注释为能事，着眼于形式逻辑概念的构造本身的研

^① 参见王珉灿主编：《行政法概要》，法律出版社 1993 年版，第 23 页。

究,其结果必然陷入“条文法学”之误区,而鲜有创新。如早期法国学者将大革命前后的行政法令,按年代加以编纂成为《法国行政法典》就是一例。^①而德国学者亦仅是将行政法令及训示等,加以系统整理演绎扩张而成为理论的。^②这种将注意力集中在行政法规、法令的研究方法,势必将研究的重心放在行政主体及其权限等问题上,从而带有浓厚的行政学色彩。

(二) 与行政学难分畛域

行政学是研究行政机关的设置及其运转规律的科学,虽然其与行政法学研究均涉及国家行政管理的有关问题,但是二者的重心颇不相同:前者以行政现象与行为为对象,目的在于增进行政效率;后者则以行政法制为对象,目的在于维持行政措施的合法性并发挥其效力。由于早期行政法学研究囿于“条文法学”的格局,将研究的重心放在行政主体及其权限等问题上,极为重视行政组织法,故在内容上多与行政学重叠,以致与行政学难分畛域。如美国行政法学鼻祖古德诺教授于1905年写的《美国行政法原理》一书,曾被誉为该学之经典,就用了五分之二以上的篇幅介绍行政组织,^③以致将行政学与行政法学混为一谈。而法国的行政法学先驱巴特勒迷教授在其所著的《行政法》一书,行政组织亦占有很大的比重。

(三) 带有明显的民法学痕迹

众所周知,民法是一门古老的法律,其历史可追溯至古代的罗马法,甚至更早的《汉谟拉比法》。其历经长时间的衍变和不断的完善,已成为一门体系完备的法律。而行政法作为公法,虽

① 参见王珉灿主编:《行政法概要》,法律出版社1983年版,第23页。

② 参见张剑寒等:《现代行政法基本理论》,汉林出版社1985年版,第5页。

③ F.J.Goodnow, *The Principles of Administrative Law of the United States*, G.P.Putnam's Son, N.Y.1905.

与最具私法特征的民法性质迥异，然二者原理亦有相通之处，比如行政行为与民事上的法律行为就互为表里，故不宜仅察其异而忽其同。况且，行政法乃新生之法律，理论未成熟，体系欠完备，亦需借助民法原理以构筑其理论体系。为此，早期行政法学带有明显的民法学痕迹。如德国行政法学泰斗奥托·迈尔在其经典之作《德意志行政法》中就认为行政法与民法之间的确具有“相同存在的统一体”^①的紧密联系，并在阐述行政法的公法性质、法理、观念、公物权法及公的债权法乃至用语时，就是以民事法理为依据的，^②尤其是在论述民法对于公法关系是否具有适用性时，认为“例外的，当然可以”。^③详阅该著作第一册第九节至十二节，第十六节至十八节等有关行政秩序的基本原理和法律救济篇，以及该著作第二册各论的第三章公物法，第五、第六章特别的受益和有权利能力的行政主体等篇里所论述的公用征收、公所有权、公务人员任命行为、公营事业的特许、福利营建机构的利用关系、损失补偿等，无不处处留有民法原理的痕迹。而在公私法无明确划分的英美法系国家，在国库说的影响下，认为作为财产权主体的国家，原则上适用民法而受普通法院管辖。

（四）以行政法总论为核心

由于早期行政法学尚处于摸索阶段，建立体系阶段，大多以行政法总论为本，各论为末，认为非先有稳健深厚的总论基础，纵有各论问世，亦为无源之水，无本之木。其总论内容主要在于，分析探讨各种行政法规的一般性和共同性的原理原则，以及国家的各种重要行政法制。一般包括行政法的基本理论、行政组

① Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I II*, (1 Aufl. 1895).

② Wolfgang Meyer-Hesemann, *Methoden wandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1981, S. 29f, u. s. 20ff.

③ Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I II*, (1 Aufl. 1895).

织法、行政作用法及行政诉讼法。而各论的内容则相当庞杂，诸如军政、警政、财税、外交行政等等皆是。欲求对其分门别类，以精深法理阐释研讨，并做到不蔓不支，系统分明，见解适当，而又无所遗漏，尤为困难。为此，早期行政法学大多偏重于行政法总论体系的架构。如法国巴特勒迷教授所著的《行政法》一书，其内容就局限于总论范围。即便是被誉为行政法之父的奥托·迈尔教授，在其匠心独运的《德意志行政法》一、二两册中，亦是以总论为核心的。其总论分为三章，章目分别是“德意志行政法的历史发展”、“行政法秩序概况”和“行政事务的法律保障”，各论分为六章，章目依次为“警察权”、“财政权”、“公物法”、“特别给付义务”、“特别受益”及“权利能力之行政”。^①全书以总论引导各论，使其成为有机的整体，堪称早期行政法论著之典范。

（五）偏重于行政权的维护

如前所述，早期行政法学研究受“条文法学”束缚，致力于纷繁复杂的行政法规、法令的研究，其必然从以权力作用为中心的行政法规、法律构造出发，讨论行政权的维护，从而认为行政权为国家统治权的一部分，基本上具有对行政客体的支配作用，因而其当然具有命令权、形成权、先定力（即推定为合法的效力）及强制力。为此其十分重视行政权的优越和行政机关拥有权力的重要。如法国早期行政法学就是建立在“公共权力说”的理论基础上的，而德国早期的行政法亦是以警察行政为基础发展起来的。^②

① Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I II*, (1 Aufl. 1895).

② 参见应松年等：《行政法学理论基础问题初探》，载《中国政法大学学报》1983年第2期。