

□ 主编 刘莘 马怀德 杨惠基

中国行政法学 新理念

中国方正出版社

中国行政法学新理念

刘 莘 马怀德 杨惠基 主编

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国行政法学新理念/刘莘, 马怀德, 杨惠基著
—北京: 中国方正出版社, 1997. 11
ISBN 7-80107-176-X

I. 中… II. ①刘… ②马… III. 行政法—法的理论—研究—中国 IV. D922.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 24463 号

中国行政法学新理念

中国方正出版社出版发行

(北京市西城区育幼胡同甲1号 邮编: 100813)

世界知识印刷厂印刷

开本: 850×1168毫米 1/32 印张: 15.125 字数: 380千字

1997年11月北京第1版 2001年5月第2次印刷

印数: 2001-4000册 定价: 28.00元

(该书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

代序

方彦 朱维究

两袖清风的教师，拥有的最大的财富是成材的学生；沐恩知报的学子，回报的最好方式是学有所成、学有所用。《中国行政法学新理念》这本书的出版，正是此鲜活的例证。作为应松年教授早期的同事和合作者无不感佩，并诚表祝贺！

年华似水。回想行政法学在 80 年代初恢复重建之时，我们“老中青”志同道合，肩负了自己应承担的历史责任，开创了行政法学发展的新阶段。十五年来，法大行政法专业师生著述颇丰，学术研究潜力深厚，独具风格，且已自成体系。已经还将继续影响国家的行政立法与行政执法及行政审判实践。这与应教授在法大的拓荒耕耘分不开，更因师生们目标一致，真正为中国的老百姓思考，艰难地但扎扎实实推进我国的民主与法治进程，锲而不舍所至。

来日方长。依法治国，法学研究当先行；依法行政，行政法学任重而道远。世纪之交，新一辈“老中青”将继续携手，共同书写行政法二十一世纪的辉煌。

为应松年教授花甲已过，以作序为志禧！

1996 年 12 月

前 言

在中国，行政法学的兴起和发展不过是十几年的事，但它与中国民主法制建设的恢复和发展是同步的，因而可以说中国的行政法学是生逢其时，其“兴也勃”。在这一非常年轻的法律学科中，在这一片广袤的待开垦的园地里，人们经常可以看到一个辛勤园丁的身影，他教书育人、勤于笔耕，为行政法的立法和实践而奔走呼号。虽然是“无意苦争春”，但却越来越多地为法学界、国家机关的志士同仁所承认、所接受。他，就是应松年——一个与中国行政法、行政法学一起成长的人，一名公认的行政法学科带头人。诚然，一个人的作用是有限的，一个人的发展也是个人努力与时代赋予的结合。但无可否认的是，中国行政法理论与实践的发展，恰恰得益于像应松年这样的法学家和教育家，所谓“山不厌高、海不厌深”，正是由于这些人的努力，使得行政法成为改革开放以来，法学领域中最具活力，最有成果的领域之一。

中国人传统上对“碑”情有独钟，无数历史人物追求的是“名标青史”、“丰碑永存”。但实际上却有另一种碑，易被人忽视，那就是刻在人们心目中的碑；有人说教师是燃烧的蜡烛，照亮别人燃烧自己，但谁又能说每个学生心

中没有一块碑，在那上边刻着影响他人生道路的老师呢？十几年来，应松年教授已培养出上百名行政法硕士和博士，他们的人格、他们的事业及他们的治学态度，无不承受着应教授的深刻影响。在应教授“耳顺”之年，我们每个学生回想起自己的成长历程，对老师的崇敬、对师恩的感激之情，不禁油然而升。用什么来表达我们的心境？任何美丽的辞藻、令人感动的赞歌，似乎都是无力的，也许最好的选择是把我们的点滴成果汇集起来，呈献给我们的老师。于是，我们结了这个集子。尽管仓猝之间，也许我们每个人未能把自己最优秀的成果展现出来，但可以相信，这个并不十分成熟的果实，却会使我们的老师感到欣慰。

谨以此书献给我们的恩师——应松年教授。

编 者

1996 年 12 月

目 录

一、行政法学基本理论

- 有关中国行政法理上的行政授权问题 胡建森 (1)
- 公务论研究 叶必丰 (22)
- 论市场经济体制下政府职能的界限
- 公私法划分理论在我国的应用 高家伟 (34)
- 行政腐败、行政违法同性论 杨解君 (51)
- 对行政法律关系与行政法学科建设之间
- 关系的一点思考 司坡森 (64)
- 浅议行政权力的运用和控制 萧泽晟 (71)
- 综合执法机关问题探讨 王成栋 (76)
- 转型时期我国政府经济职能之探讨 杨士林 (81)
- 论行政组织法的几个基本问题
- 兼谈行政组织法在行政法学研究中
- 的地位 薛刚凌 (89)

二、行政行为基本理论

- 论抽象行政行为与具体行政行为的划分标准 张树义 (103)
- 论行政行为与行政机关事实行为的界分 刘勉义 (113)
- 简论程序行政行为 闻尔宝 (123)

略论行政行为的过程性	胡卫列 (135)
------------------	-----------

三、行政程序基本理论

关于行政程序法基本原理的思考	肖凤城 (145)
试论行政法学体系中实体与程序的对应关系	沈开举 (154)
中美市场准入谅解备忘录对我国法律 程序的影响及思考	吕锡伟 (159)
行政程序中的证明责任	刘善春 (164)
试论听证程序	杨惠基 (173)
对行政程序违法的认识与处理	刘琳琳 (184)
试论行政程序违法及法律后果 ——兼谈行政程序的实质	吴靖萍 (190)
论行政程序法的效率原则	吕友臣 (199)

四、行政立法

部门规章的作用与效力探析	张伟国 (205)
论我国行政法规制定程序的完善	雷丰超 (214)
浅析行政处罚法规、规章之修订	张 越 (224)
行政立法程序分析	冶 冰 (232)

五、行政执法

遵守程序是实现行政执法价值目标的重要保障 ...	杨海坤 (237)
我国行政处罚的听证程序	杨伟东 (250)
再谈“一事不再罚”原则	刘勉义、王雪芳 (263)
论行政许可的功能	张步洪 (269)
行政合同刍议	刘 莘 (285)

市场经济条件下行政指导若干问题探析	林良灌 (296)
试论行政强制执行的几个问题	陈少琼 (305)

六、行政司法

论行政机关对民事纠纷的主管	游振辉 (315)
行政裁决及其司法审查	郭修江 (330)
行政裁决争议问题之研究	张兴祥 (343)

七、行政诉讼

行政诉讼法的实施及展望	马怀德 (351)
行政诉讼程序目的论	宋炉安 (358)
论我国行政诉讼的特点	
——兼论与民事诉讼的区别	曾祥瑞 (372)
行政诉讼证据问题新探	董 皞 (381)
不履行法定职责行政案件之探析	吴偕林 (393)
对行政诉讼检察监督的思考	郑全新 (405)

八、行政法史

我国传统官民关系的整体反思	邢鸿飞 (413)
---------------------	-----------

九、海外行政法

香港行政立法	王黎红 (431)
美国行政程序法初探	丁保河 (443)

十、专 访

一个同中国行政法休戚与共的人

——记著名行政法学家应松年教授 杨悦新 (453)

学高堪为师，身正宜为范

——记中国著名行政法学家应松年教授 丁保河 (459)

十一、附 录

应松年先生学术著作年表..... (465)

应松年先生学术论文索引..... (468)

一、行政法学基本理论

有关中国行政法理 上的行政授权问题

胡建森

行政授权作为行政机关在实施行政管理时调节职权设定结构的一种手段，在《行政诉讼法》公布之前的行政法学研究领域里，几乎无人问津。《行政诉讼法》激起了人们研究“授权”的兴趣，但“授权”在该法中的涵义与其他立法中一贯所使用的“授权”一词的内涵不同。笔者认为：中国行政法理上的“行政授权”不应是《行政诉讼法》中的“授权”。因为后者是指法律、法规对行政权设定的立法行为，而前者应指行政机关把自己职权转让给有关组织的行政行为。

一、行政授权课题的提出及意义

任何一个国家及政府，其权力被宪法和法律设定以后不可能一成不变。面对越来越复杂和紧迫的社会问题，政府机关往往需要把自己的部分行政职权转交给其他主体行使，这就出现了行政授权。杜绝行政授权无疑会因使政府丧失自主权而导致行政管理

效率的低下；同样，放任行政授权则会因破坏宪法和法律原先设定的权力结构而面临毁坏宪政体制的威胁。如何为行政授权确定规范、构建轨道——这是法学家们和立法者们面对的任务。世界上不少国家和地区的法学工作者和立法者们，已从自己不同的工作角度作出了努力。^①

在中国，当行政授权远未引起行政法学理论界注意时，立法机关在立法中已始普遍使用“授权”一词。^② 尽管法律和法规中所出现的“授权”涵义并不完全一致，或者说对于同一内容亦并不使用同一表达符号，但由于立法并没有表明确定行政授权的特殊意义，行政法学者们便无法改变奚落行政授权的研究态度。似乎可以这么说，在《中华人民共和国行政诉讼法》公布实施前，国内没有一本行政法或行政诉讼法方面的书籍专门论述这一课题。1989年颁布的行政诉讼法第25条第4款规定：“由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为，该组织是被告。由行政机关委托

① 日本行政法学家们把行政授权作为一个重要的行政实体法问题进行研究，而且往往为确认行政主体资格服务。日本的不少法律，尽管用词不同，还直接对行政授权作出规范，如1947年的《日本国家公务员法》和1952年的《日本国家公务员任免规则》。法国虽很少有成文的行政法律对行政授权（也有译“权限委托”的）作出系统的规范，但由其行政判例所创制的行政授权理论已称得上成熟，关于行政授权的程序和条件不再是个争论的问题。德国的行政法学不仅严谨地界定了行政授权（Delegation）的内涵与外延，而且还在它与委托（Mandat）、委办（Auftragsverwaltung）之间寻找了区别界线。这种理论对中国的台湾法学者影响颇大，以致于他们在近几年所起草的《行政程序法草案》中对“委任与委托”作了专条规定。此外，不少国家的行政程序法或草案均直接或间接地对行政授权作出规定，如1946年的美国《联邦行政程序法》（APA）、1958年的西班牙《行政程序法》、1976年的联邦德国《行政程序法》、意大利1955年的《行政程序法（草案）》和日本1964年的《行政手続法（草案）》。

② 如1984年《中华人民共和国消防条例》第7条，1985年《中华人民共和国外国人入境出境管理法》第25—26条，1988年《国务院关于授权省、自治区、直辖市、经济特区和计划单列市人民政府审批外资企业的通知》，1991年《城市房屋拆迁管理条例》第6条等。

的组织所作的具体行政行为，委托的行政机关是被告。”而后的《行政复议条例》亦作了相应的规定。^①行政诉讼法第25条第4款的意义，与其说在于它第一次科学地划定了授权的范围，不如说在于它第一次表明了确定授权内涵，区别授权与委托的法律意义。它第一次使人们认识到：如何准确地认识授权，直接关系到如何准确地认定行政诉讼中的被告。^②从而，中国的行政法学者们开始在研究行政诉讼被告（或行政复议被申请人）中附带地讨论起行政授权问题，以便把握它与行政委托的“分野”。也正因为如此，行政授权这个本当属于行政实体法的课题，在中国起初却作为行政程序（行政诉讼及行政复议）法问题被列入研究日程，这或许就是法国行政法式的“诉讼先行”之路。^③

其实，探讨行政授权的意义并不只限于如何认定行政诉讼被告这一方面。如果我们能意识到，对本课题的研究不仅具有行政诉讼上的意义，而且同样（甚至更加）具有行政执法和行政立法方面意义的话，那么我们把它重新置于行政实体法的位置作更加基础性和实质性的研究，是更会得到同仁们的赞同的。^④从行政执

① 见《行政复议条例》（1990年11月9日国务院第七十一次常务会议通过，1991年1月1日起施行）第28条第3款。

② 因为根据《中华人民共和国行政诉讼法》第25条的规定，在授权关系中，被授权方是行政诉讼中的被告；相反，在委托关系中，委托方则是行政诉讼中的被告。而在司法实践中，这两者关系是极易混淆的。

③ 法国行政法的发展有“诉讼先行”的特点。其“诉讼先行”系指，通过行政诉讼程序的优先发展，促进行政实体法的完善，通过行政法院判例，确立行政实体规则。

④ 其实，国内已有不少同仁开始从事行政实体法领域的探讨。如：张焕光、胡建森著的《行政法学原理》（劳动人事出版社1989年版）、杨小君主编的《行政法》（中国经济出版社1989年版）、姜明安著的《行政法与行政诉讼》（中国卓越出版公司1990年版）、方昕等编的《行政法总论》（人民出版社1990年版）、张树义主编的《行政法学新论》（时事出版社1991年版）、罗豪才主编的《中国行政法讲义》（人民法院出版社1992年版）和王重高等编的《行政法总论》（中国政法大学出版社1992年版）等。

法的角度考察,探讨与把握行政授权的意义在于,有助于准确地衡量某个组织是否具备行政主体的资格,从而判断其行政行为是否合法有效。因为,授权的结果是创制一个新的行政主体,而委托并不是导致新行政主体的产生,被委托人只是以行为主体名义而非行政主体身份实施行政行为。探究行政授权在行政立法上的意义同样是明显的。略作比较不难发现,我国行政诉讼法和行政复议条例所使用的“授权”同此外大量的法律、法规上所使用的“授权”,无论在涵义还是范围上,都不代表同一个“客体”。其他法律、法规中使用的“授权”,更接近于行政诉讼法和行政复议条例所使用的“委托”。这种不该发生的立法上的差异究竟应如何解释?是前者用词不当,还是后者所使用的“授权”概念缺乏行政法理基础?如果行政立法没有统一的行政法理基础,那么由此而制定的行政法律规范之间就会缺乏内在的同一性。只要我们不是站在“注释法学”的圈子内,我们就不会看不到本文课题的研究前景。

二、行政授权多种涵义的筛选

有可能在中文上被译成“授权”的英文对应词一般有4个:Delegation of power、Authorization、Empower、Devolution。但第一个最为接近。考察国外有关辞书的解释,大体可作此归纳:关于“Delegation of power”,这个最普遍被译成授权的词,一般包含两大内容:(1)指法律、法规对权力的最初设定(授予);(2)已获得权力的主体把自己的权力转移给其他主体,使后者亦拥有这种权力。而“Authorization”和“Empower”只限有“Delegation of power”中的第二种涵义,不具有第一种涵义。至于

“Devolution”，更接近权力下放或权力资格转移的涵义。^①

外文词的多义性无可指责，但从行政法理上说，作为权力设定的授权与作为权力转移的授权是不可同日而语的。不少国家和地区的行政程序法及草案在规定时已注意到区别。^② 其法学家们亦对授权涵义作了严格界定。^③ 在国外的行政法学和行政立法中，行政授权始终包含着一个行政主体把自己固有的行政权转让给另一个主体行使这一最基本的内容，它不同于并不导致行政权转移的行政委托；至于法律、法规直接对行政权力的设定，这种在个

① 参见：《简明不列颠百科全书》(Concise Encyclopaedia Britannica)，中国大百科全书出版社1986年4月第1版第七卷第340页；BLACK'S LAW DICTIONARY By Henry Campbell Black, M·A· Fifth Edition WEST PUBLISHING CO, 1979. P384；[英]伊丽莎白·A·马丁编著：《牛津法律词典》(A Concise Dictionary of Law)，上海翻译出版公司，1991年12月第1版第145页；[英]戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》(The Oxford Companion To Law)，光明日报出版社1988年8月第1版第255页；[英]戴维·米勒和韦农·波格丹诺：《布莱克维尔政治学百科全书》，中国政法大学出版社1992年6月第1版第197页。

② 西班牙1958年《行政程序法》第4条所涉“法律之委任”便是前种意义上的授权；意大利5年《行政程序法(草案)》第9条规定的“权限委任”则是后种意义上的授权；美国1946年的《联邦行政程序法》第9条第2款规定的“法律授权”和“委任管辖”分别具有上述两种意义。

③ 日本行政法学者认为，作为权限之法律设定意义上的授权，主要不是行政法学的课题。围绕着行政主体资格的认定及行政权力的运行和转移，行政法应讨论和规范的是“权限的委任”和“权限的代理。”前者系指行政厅“将法律规定的权限委让给第三者”，后者则“指A行政厅的权限的全部或一部分由B行政厅以A的名义来行使”([日]南博方：《日本行政法》)。用我们的行政法理论来说，前者就是行政授权，后者便是行政委托。德国的做法与日本接近，认为权限的法律设定不属于行政法上的授权范围。他们使用了以下3个不同的德文词并作出解释：Delegation(权限之授予)，“指一个行政机关将其管辖权范围内之权限移转于他行政机关”；Mandat(权限之委托)，“指一行政机关(委托机关)将其管辖权范围内之权限委托他行政机关(受托机关)以委托机关名义执行之”；Auftragsverwaltung(委办行政)，“指国家将其权限委由‘地方自治团体’办理”[德]Ule/Laubinger, ebenda, S. 6 of; Battis, S. 44; Schmalz, S. 152.]。

别场合亦被称为授权的情况，国外的不少法理解释和立法并没有把它置于以行政权转移为特征的行政授权范围之内。

在我国内，由于对行政授权课题的研究起步较晚，目前还不能直接从——甚至是权威性的）——法学词典中找到对“行政授权”（或“授权”）的解释。^①这种解释大多只能从我国行政诉讼法公布以后所出版的行政法，特别是行政诉讼法书籍中去寻觅。从大量而零星的解释中，可以把“行政授权”按涵义归纳为三类：

第一类，认为行政授权是指法律和法规把行政权力直接赋予给有关的组织。这种观点直接依据行政诉讼法第25条第4款的规定而存在。但是，关于被授权人的“组织”的范围，其认识和解释上又不一致。或许是由于行政诉讼法作这一规定，其当时的立法指导思想是为了解决非行政机关（社会组织）的行政主体（从而是行政诉讼的被告）资格问题，因而大多数学者起初便把被授权组织限定为“非行政机关”。^②但当人们发现我国不少法律、法规除对社会组织外，还对行政派出机构的权力作直接设定^③这一事实时，便有人把被授权的“组织”范围作了修正：用“不是一

① 如：《中国大百科全书（法学卷）》，中国大百科全书出版社1984年版；《法学词典》（第三版），上海辞书出版社1989年版；《中国司法大辞典》，江平主编，吉林人民出版社1991年版等。

② 如：胡康生主编：《行政诉讼法释义》（北京师范学院出版社1989年版）；柴发邦主编：《当代行政诉讼基本问题》（中国人民公安大学出版社1989年版）；《行政诉讼法专题讲座》（人民法院出版社1989年版）；刘定波主编：《新编行政诉讼法学》（中国政法大学出版社1990年版）；姜明安著：《行政法与行政诉讼》（中国卓越出版公司1990年版）；张尚鸷主编：《行政法学》（北京大学出版社1990年版）；国务院法制局：《行政复议条例释义》（中国法制出版社1991年版）；张尚鸷主编：《走出低谷的中国行政法学》（中国政法大学出版社1991年版）；张树义主编：《行政法学新论》（时事出版社1991年版）；罗豪才主编：《中国行政法讲义》（人民法院出版社1992年版）；黄杰主编：《行政诉讼法贯彻意见析解》（中国人民公安大学出版社1992年版）等。

③ 如：1986年的《中华人民共和国治安管理处罚条例》第33条第2款直接规定公安派出所行使警告和50元以下的罚款权。

级的行政机关”^①取代“非行政机关”。此外，有许多学者主张上述被授权“组织”应当不受限制：可以是行政机关，也可以是非行政机关；可以是一级行政机关，也可非一级行政机关。^②

第二类，认为行政授权是指行政主体（行政机关）把自己行政职权的全部或部分转让给有关组织的行为。^③一种解释很有代表性：“行政授权是指行政主体通过一定的行为将行政职能的一部或全部授予不具有该项职权的组织行使的法律行为，是行政行为的一种。”^④中国的台湾学者把“Delegation”（授权）翻译成“委任”，并认为它不应指法律对权力的设定，而是指行政机关间行政权的转让。^⑤这种观点显然排斥我国行政诉讼法上规定的“授权”，但它与我国大量的法律、法规中所使用的“授权”一词的涵义相吻合。^⑥

第三类，认为行政授权是指非行政机关被赋予行政权力，被

① 如：黄杰主编《行政诉讼法释论》中国人民公安大学出版社1989年6月第1版，第46页解释道：“这里所说的组织实际上是指不作为一级行政机关的组织。”

② 见应松年主编：《行政法专题讲座》，东方出版社1992年7月版；方昕等：《行政法总论》，人民出版社1990年8月版；阿江等：《行政诉讼难题解答》，中国人民公安大学出版社1992年3月版；李江等：《行政复议概论》，人民出版社1990年7月版；何建贵：《行政复议教程（试用）》，法律出版社1991年8月版等。

③ 见张焕光、胡建森：《行政法学原理》，劳动人事出版社1989年版；梁书文主编：《行政法讲座》，中国卓越出版公司1990年版；金国坤：《依法行政》，中国政法大学出版社1992年版；黎国智主编：《行政法词典》，山东大学出版社1990年版等。

④ 见于绍元、何乃忠：《行政行为概论》，群众出版社1993年1月第221页。

⑤ 见：1. [台] 经社法规研究报告第1007号《行政程序法之研究》，第242—243页；2. [台] 管欧著：《中国行政法总论》，蓝星打字排版有限公司1981年第19版第394—398页；3. [台] 林纪东著：《行政法新论》，五南图书出版有限公司1985年第27版第108—116页。

⑥ 如《中华人民共和国野生动物保护法》第26条规定：“外国人在中国境内对国家重点保护野生动物进行野外考察或者在野外拍摄电影、录像，必须经国务院野生动物行政主管部门或者授权（着重号引者加）的单位批准。”类似这种“授权”的涵义都不是指法律、法规对行政权的设定，而是指行政主体对自身行政权的转让。