

行政法的新理念

市场经济条件下行政立法的新走向

张明杰
莫纪宏
著

中国人民公安大学出版社



行政法的新理念

——市场经济条件下行政立法的走向

张明杰 莫纪宏 著

周卫平 审阅

中国人民公安大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法的新理念：市场经济条件下行政立法的走向/张明杰，莫纪宏著．—北京：中国人民公安大学出版社，1997.7

ISBN 7—81059—022—7

I . 行 … I . ① 张 … ② 莫 II . 行政法—研究—中国—N . D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 13694 号

中国人民公安大学出版社出版发行

(北京木樨地南里 邮编 100038)

新华书店北京发行所经销

北京市宏文印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 6.625 印张 160 千字

1997 年 7 月第 1 版 1997 年 7 月第 1 次印刷

印数 0001—3000 册

定价：10.00 元

导 言

依法行政是我国社会主义行政法制建设的重要原则,也是依法治国、建设社会主义法治国家的重要举措。党的十一届三中全会以来,我国的行政法研究得到了突飞猛进的发展。迄今为止,行政法的研究领域已经涉及到国家行政管理活动的各个方面。政府的行政管理部门在体制改革和转换的过程中也越来越认识到依靠法律实施行政管理活动的重要性。随着我国的行政法制建设向深度方向发展,一些原先并不很重要的行政法法律问题就成为行政法研究领域中的不可回避的事情。今天的行政法不可能象行政法刚刚起步时那样,仅仅满足于呼吁行政法存在的必要性以及间接地移植和借鉴外国现成的行政法律制度。行政法制的表面化功能越来越成为行政法向深度发展的障碍。因此,行政法的研究就必须走出以往的老路子,应该主动地跟行政法制建设的实践相结合。行政法的研究成果必须接受行政法制建设实践的检验,而不能满足于经院式的学术研究。

有鉴于对行政法制实践经验的关注,从我国的行政法制建设的实际出发,特别是结合多年来参与实际的行政立法所获得的感受,本书对我国行政法的一些基本理论问题作了全新角度的探讨。并且,本书侧重于解决行政法制建设中的实际问题。行政法的存在不能简单地套用其他法律部门所具有的法律原则,行政法具有自己独特的法律原则。这些原则既具有客观性,又具有主观性。从行政法的客观性来看,行政法的存在必须符合现实中行政管理活动的需要;从行政法的主观性来看,行政法的核心就是要规范行

政权,而行政权的性质及其意义就必须从法理上作符合行政权运作实际的假设。否定行政法的客观性和主观性两个方面的特性,都不利于我国行政法制建设的完善和健全。因此,本书所表达的观点权且作为行政法研究园地的一块新兴的佐餐,以博同行之正见。

目 录

导 言	(1)
第一章 现代行政法的功能	(1)
一、行政法概念的逻辑分析	(1)
二、行政法功能的演变	(4)
三、现代行政法功能的主要特征	(8)
四、我国行政法功能的法理定位	(13)
五、增进行政法功能的主要途径和手段	(16)
第二章 现代行政法的逻辑结构	(20)
一、行政权的权力性质和作用	(23)
二、行政权的法律来源	(26)
三、行政权越权的法律控制	(29)
四、监督行政	(30)
第三章 市场经济与行政立法	(36)
一、行政法上的一个理论误解	(36)
二、市场经济法律体系不等于经济法律体系	(39)
三、行政法是行政权的自我定义	(43)
四、行政立法供需关系及供需矛盾	(46)
五、市场经济应以实施宪法为依据	(49)
六、市场经济条件下行政立法的走向	(55)

第四章 能动的行政

——关于行政自由裁量权及其控制理论…………… (60)

- 一、 能动的行政与行政自由裁量权…………… (60)
- 二、 行政自由裁量权的本质…………… (61)
- 三、 行政自由裁量权的分类…………… (63)
- 四、 如何合理地行使行政自由裁量权…………… (64)
- 五、 对滥用自由裁量权的控制…………… (68)
- 六、 关于我国行政自由裁量权的控制问题…………… (70)

第五章 我国部门行政法的理论构造…………… (74)

- 一、 部门行政法律体系构造的意义…………… (74)
- 二、 部门行政法的法律体系形式…………… (76)
- 三、 公安行政法体系的理论构造…………… (80)
- 四、 防震减灾行政法体系的理论构造…………… (81)
- 五、 文化行政法体系的理论构造…………… (86)

第六章 行政立法的基本技术…………… (89)

- 一、 立法总则的功能…………… (89)
- 二、 公民权利保护问题…………… (95)
- 三、 行政管理权限的划分…………… (97)
- 四、 行政管理过程的科学化…………… (99)
- 五、 行政法律责任的设定…………… (102)

第七章 我国的司法审查制度…………… (109)

- 一、 我国司法审查制度概说…………… (109)
- 二、 司法审查法律关系…………… (116)

三、 司法审查的范围	(123)
四、 司法审查的目的和任务	(134)
五、 司法审查的依据	(143)
六、 司法审查的方式及程序	(149)
七、 司法审查的结论及其法律效力	(160)
第八章 加强和完善我国行政立法的设想和建议	(167)
一、 加强行政基本法立法	(167)
二、 加强经济行政立法	(170)
三、 加强文化行政立法	(172)
四、 加强减灾行政立法	(177)
五、 加强知识产权行政立法	(182)
六、 制定立法法	(187)
第九章 行政立法的操作实践	
——《语言文字法》的立法思路及立法建议稿 ...	(189)
一、 加快制定《语言文字法》	(189)
二、 《中华人民共和国语言文字法》(立法建议稿) ...	(191)
后 记	(201)

现代行政法的功能

一、行政法概念的逻辑分析

行政法是何种性质的法律呢？这一个问题在法理上似乎已成定论。但是，综观当今世界各国行政法学著作，由于对行政法概念理解上的差异，产生了许多异质的体系。行政法上确立的有些法律原则还存在相互交叉或互不关联的逻辑关系。所以，对行政法的概念在逻辑上的正确建构是现代行政法法理规范化发展的前提。

对行政法内涵和外延的揭示，逻辑上入题的角度很多。比较典型的有四种学说，即行政机关说、行政权说、行政活动说和行政法的功能说。

行政机关说强调行政法是给行政机关的法律地位定界的，英国著名学者 T·E·霍兰特在 1880 年的《法理学》一书中将行政法确定为关于国家机构活动的法律，是与静态的宪法相对应的动态的法律。20 本世纪 30 年代，英国宪法学家 W·J·詹宁斯(Jennings)在《法律和宪法》一书中主张：行政法是关于公共行政的全部法律，其内容涉及到行政机关的组织、权力、义务、权利和责任。^①此说目前已经成为主导学说。美国著名行政法学教授伯纳德·施瓦茨(Bernard Schwartz)以行政机关为主题给行政法所下的定义在美

国行政法学界具有一定的代表性。他认为,“行政法是管理政府行政活动的部门法。它规定行政机关可以行使的行政权力,确定行使这些权力的原则,对受到行政行为损害者给予法律补偿。”^③

行政权说起于大陆法系国家。在法国,行政法的产生是以保障行政权的行使的面目出现的。如法国 1789 年 12 月 22 日法令第 7 条规定:省和区的行政部门“在实施行政功能的过程中,不受任何司法行政的干扰。”^④这是行政法保权说的体现。而在英美法系国家,许多学者主张行政法的控权作用。英国著名行政法学家 H·韦德说:“行政法的最简单的定义就是说,它是有关控制政府权力的法律。控制政府权力正是行政法的核心。”^⑤近年来还出现了折衷保权说和控权说的综合说。^⑥

行政活动说最早由法国行政法院所创立,该学说是在 1873 年 2 月 8 日权限争议法庭对布朗戈(Blanco)案件的审理中产生的。该案件创立了一项法律原则,即行政法的“公务学说”。代表人物是波尔多大学的 L·狄骥教授。该学说主张,凡行政主体直接以满足公共利益的一切活动都应视为公务,受行政法的调整。^⑦基于行政活动说而产生的行政法内容及其广泛,如在法国,公务法人(L'etablissement Public)也属于继国家、地方团体之后出现的行政主体,其所从事的公务活动也受到行政法的调整。

行政法的功能说是近年来逐渐盛行的学说。如最为权威的《牛津法律大辞典》(The Oxford Companion To Law)将行政法定义为“行政法是阐述和规定政府机关的职能和权力的原则、规则汇编”。^⑧关于行政法概念的四种学说,如果要从法律逻辑的角度来考察一下,可以发现,前三种学说在确定行政法的方法论上存在着许多不可克服的逻辑矛盾。行政机关说需要解决的是行政机关的性质问题,即行政机关的概念在法律制度中能否普适化。很显然,行政机关的概念的普适化是困难的。以美国的行政法律制度来说,就存在行政机关(Administrative Agencies)与政府行政部

门(The Executive Department)的差异。前者是指政府各部(但不包括部长)、局和委员会,它由公务员组成,具有相对的独立性;而后者是指总统及其直属办事机构。美国的行政机关职能复杂,被称之为“第四政府部门”。现代法国行政法主体的范围已经远远超出行政机关的范围,公务法人成为行政法上的重要的法律主体。行政权说遇到的逻辑问题也不少。其中最主要的问题是各国行政权的范围不一样。在大陆法系的法国,由于建立了行政法院制度,加上行政法院实行判例法制度,所以,行政法院的司法权被视为行政权的一项内容与普通法院的司法权相区别。而在英美法系的美国,普通法院的司法权是独立的,不具有行政权的特性。至于英国的行政裁判所(Administrative Tribunals)既独立于行政机关,又与普通法院的司法职能存在明显的区别,但一般仍然将其归纳到法院系统。行政裁判所的司法权也就被俗称为“准司法权”。另外,美国行政机关(Administrative Agencies)所行使的行政权也被称之为“准行政权”。在“行政权”与“准行政权”之间要准确地给行政权从逻辑上定位,很显然还是比较困难的。行政活动说内容过于宽泛,“影响大的法国行政法论著不仅论述行政权力、行政权利的行使以及行政补救,而且还涉及各种形式的行政机关、行政规章制定权的行使和限制、公务法、行政财产的取得和管理、公共事务和行政责任(分为合同责任、准合同责任和侵权行为责任)等问题”,“在美国法学家看来,这些问题是公共行政,而不是行政法的问题。它们主要是政治学家研究的对象”。^②行政法的功能说从逻辑上来看是比较扎实的。因为该学说将行政法放置在一国法律体系之中来进行考察,这样,就使行政法的概念具有了“地方性知识”(Local Knowledge)^③的色彩。就行政法的“地方性知识”色彩而言,行政机关、行政权和行政活动可以因存在的制度背景不同而有所迥异,所以,法理上对行政法知识的整合作用应侧重于归纳,而不是演绎。作为一种“地方性知识”,行政法是以其独特的法律功能而存

在的,这种独特的法律功能通常由制度加以设定,故行政法的主观性较大。在不同的法律制度体系中,行政法所承担的功能殊异。因此,以行政法的功能来确定行政法的法律体系是唯一可以把握的认知途径。

二、行政法功能的演变

作为“地方性知识”性质的行政法,其功能是否在发生和发展的过程中产生了变异呢?在行政法的功能中,哪些是确定性的,哪些是不确定性的?要解决行政法的功能确定性和演变轨迹问题,首先必须界定行政法功能的认知区域。所谓“功能”,即事物的使用性质,或者叫做一事物属性的存在和变化对它事物属性存在和变化的影响和作用力。依照拉茨的观点,法律的作用分为规范作用和社会作用两个方面。^[1]而根据马克思主义的价值理论,事物的功能实质上就是它的使用价值。从哲学上来说,即指事物因为何种原因而获得了存在和发展的理由。行政法的功能从逻辑上来说存在着两个基本问题,一是作为法,行政法的一般法律功能是什么?二是作为行政法,行政法的特殊法律功能是什么?对于前者,行政法所具有的一般法律功能往往不能成为行政法作为独立的法律部门而存在和发展的理由。只有行政法的特殊法律功能才是行政法内涵生存的实质性依据。那么,行政法的特殊法律功能是什么呢?考察行政法的特殊法律功能的逻辑入题角度怎样确定?行政法的功能应以确定性为目标呢?作为“地方性知识”的行政法在逻辑上能否产生具有确定性的特殊的法律功能呢?如果没有逻辑上的确定性的行政法特殊法律功能的存在,对于行政法法理的逻辑构造又具有何种理论意义呢?因此,对行政法特殊法律功能的考察,不能抛开对行政法概念所具有的特殊语境的认知。

以法国的行政法为例,19世纪,由于国家的职能仅限于国防、

警察、税收、司法等方面,所以,作为公共权力的运作方式,行政法对行政机关的活动的约束具有普适作用。即行政法的特殊法律功能在于规范行政机关的活动。19世纪末,由于行政机关对经济生活的不断介入和干预,因此,超越于传统的公共行政观,行政服务也成了行政法的一项特殊调整对象,行政机关的单纯的统治职能的内涵得到了扩展,统治行为中也包括了行政机关的参与和服务。而随着福利国家论的产生,维护“公共福祉”又成了行政机关必须履行的职责。自此,行政法调整的对象不断扩大,并且日趋综合。行政主体、行政职能、行政行为等等都发生了内涵和外延上的变化,致使行政法的功能呈日益扩大的趋势。

美国的行政法的功能也随着授权理论的不断发展而日益丰富。《美国宪法》第1条第1款规定:“本宪法规定的一切立法权赋予合众国国会”。与此相适应,最早的司法裁决在解释授权理论时包含了广泛和不妥协的陈述。一个典型范例是最高法院在“菲尔德诉克拉克”案〔载于《美国最高法院判例汇编》第143卷,第649页、692页(1892)〕里陈述:“国会不得授予立法权……是普遍承认的一条原则,它对于维护宪法所规定的政体及其完整性至关重要。”但是,最高法院在其初期的一些判决里毋庸置疑地确认了授权,只是把授权的意义降低到最低限度。典型的作法是,法院一般声称,在提交法院的那些案子里,行政部门仅仅被授予了“查明和宣布在其基础上立法意愿可能生效的事件”(“菲尔德”案)的权力或“填补细节”〔“合众国诉格里莫德”案,载于《美国最高法院判例汇编》第220卷,第506页(1911)〕的权力。事实上,行政部门在这些案件里并非仅仅调查真相或提供细节,而是行使着很大程度的行政决策权。因此,在授权理论初期演变的整个过程中,最高法院从未以授权为理由宣布国会授予某一行政机关的权力无效。本世纪30年代的经济大萧条带来了新的管理机关的激增。这些机关拥有广泛的法定授权,用以控制经济。在此情况下,最高法院寻找

了一个机会来使授权理论真正地对行政机关的管理权力起到限制作用。最高法院在历史上第一次宣布国会立法无效的案件是“热油”案〔即“巴拿马炼油公司诉赖恩”案,载于《美国最高法院判例汇编》第293卷,第388页(1935)〕。接着在“病鸡”案中,最高法院又以《国家工业复兴法》授权过宽为由,而宣布该法违宪。在“卡特诉卡特煤业公司”案〔载于《美国最高法院判例汇编》第298卷,第238页(1936)〕中,最高法院又宣布一项授权无效。至此,授权理论的存在受到了法学家们的质疑。戴维斯甚至认为,最高法院要求授权理论必须具有精确标准的作法使得授权理论根本不切实际,应当予以废弃。不过,尽管在其后几十年国会进行了许多模模糊糊的授权,但是最高法院始终未以授权为由宣布其他任何法规违宪无效。¹³虽然自20世纪30年代以来最高法院放宽了立法授权必须提供实质标准的要求,法院仍极为关注国会为机关权力规定的种种限制,但和某些早期的授权案件所依据的相当机械的标准相比较,人们的分析已变得颇为全面和复杂。这一方法在“多功能切肉机诉康纳利”案〔载于《联邦判例补编》第337卷,第737页(哥伦比亚特区地方法院,1971)〕中得到很好地说明。通过此案,最高法院认识到,仅仅调查正在行使的政府职责是否具有“立法”性质,或国会是否制定了“明白易懂”的实体标准,并不能解决授权问题。事实如此,因为授权理论的根本宗旨——在执行官方权力时,确保适当的控制及责任——可通过实体或程序限制实现,也可以通过两者的结合实现。由此,行政程序问题成为美国行政法的重要内容。¹⁴

德国行政法最早起源于警察法。19世纪中叶,德国以法治原则为基础建立了现代行政法制度。1808年,普鲁士将某些小组对行政纠纷的裁判权归民事法院。这样就导致了裁决机关与行政机关的分离。与此同时,不少地方纷纷模仿法国做法,单设行政裁判机关。1863年,巴登(Baden)建立了一个独立的行政法院。这是

德国第一个高等行政法院。在 1872 年至 1875 年期间,普鲁士一改以往的做法(即由普通法院管辖行政案件),创立了一个独立的行政法院体系。1939 年 8 月 20 日,希特勒政权用行政当局受理公民对行政机关的控告方式,取代了过去的行政法院体制。二战后,根据 1949 年颁布的《德意志联邦共和国基本法》的规定,建立了一个联邦行政法院。该法院于 1952 年 9 月 23 日正式建立。1960 年 1 月 21 日制定的《行政法院法》取代了以前的一切法律,并规定在各州建立统一的行政法院制度。行政审判制度促进了德国行政实体法的发展。1976 年德国《行政程序法》的制定和实施,标志着德国的行政法进入了一个成熟发展的阶段。德国行政法在不断发展的过程中,其功能也日益扩大。19 世纪以前,行政法的重心在于行政原则和政策,从 19 世纪中叶开始,行政法开始关注行政行为的合法性。1852 年,卡·弗·格伯(Carl Friedrich Von Gerber)对公民与政府的关系揭示了这样一种内容,即为公共利益所必需,其权利受到影响的公民盖有权获得法律救济。格伯的这一观点得到了 F·F·梅叶尔(Mayer)的赞同和传播。梅叶尔于 1896 年至 1899 年出版了两卷本《德国行政法》。该书提出了行政行为的观念,论述了法治原则及法治原则对管理机关的约束力。梅叶尔的行政法思想对后来的德国的行政法理论和行政法实践产生了非常重要的影响。^④

英国的行政法发展较晚。英国著名的宪法学家戴雪在 1885 年的《宪法研究导论》一书中声称:行政法就是用特别法和特别法院来保护政府官吏的特权。它是法国的东西,与英国的法治原则不能相容。因此,在英国没有也不应有行政法。^⑤在戴雪看来,行政法就是由自成体系的行政法院来管辖行政案件的法,英国由于没有自成体系的行政法院,因此,英国就没有行政法。由于戴雪的偏执,英国的行政法制度产生受到阻碍。进入 20 世纪以后,由于 F·彼得出版的《英国行政法》和 W·A·罗布森出版的《司法与行政

法》的推动,行政法的观念逐渐被英国人所接受。如同英国上诉法院院长 M·R·丹宁(Denning)1971 年在布雷诉联合工程工会一案(Breen V. Amalgamated Engineering Union)中明确肯定地说:“最近 20 年的情况改变了,并且有了很重要的发展。现在的确可以说我们有了一个发达的行政法制度了”^①。英国的行政法最早将其功能确定为如何控制行政权的扩大和滥用上,故委任立法和行政审判权是英国行政法的重点。50 年代以后,英国行政法的功能得到了扩展,行政法的理论不仅侧重于权力委任,还涉及到司法审查和行政监督。目前,行政法的领域涉及到委任立法、行政裁判、司法审查、行政责任和议会行政专员等方面。

从上述行政法治较为完善和发达的国家的行政法功能的演变进程来看,早期行政法的功能是有限的,通常都集中在行政权的合法性上,即正当的授权、合法地行使行政权等等方面。行政权的运作被动性很大。随着经济生活和社会各个领域的发展,行政权在国家和社会生活中的作用越来越重要,因此,行政法在增进行政权的主动性中发挥了重要的作用。行政权的主动性在行政法上的体现不仅表现在行政主体范围的扩大,也包括了默示授权理论的产生,同时,行政权的有效性也在行政法中得到了加强。司法审查制度、行政责任制度的出现以及行政程序的构造都使行政法的功能具有了适度的张力。

三、现代行政法功能的主要特征

现代行政法自产生以来,其作为法律所具有的特殊功能的核心内涵始终在发生着变化。授权作用(使行政权的行使获得合法的依据)、保权作用(保护行政主体有效地行使行政权)、限权作用(限制行政主体滥用行政权)、维权作用(保障和维护公民权利)等功能理论相互交替,不同程度地影响着各国行政法制建设的实

践。迄今,行政法的上述单值功能始终有效地存在着,并呈日益融合的趋势。但在整合上述各项行政法的功能时,往往忽视了逻辑上的合理性,更多地是一种折衷观。因此,在折衷观指导下的行政法法理仍然无法产生比较明显的共质的逻辑命题,加上行政法所存在的制度背景“地方性知识”特征的影响,行政法的现行体系和可能发展的方向逻辑上的离散性仍很明显。即便在相同知识背景下的行政法学研究,关于行政法特征的描述也存在着差异。由此,从逻辑上超越制度所具有的“地方性知识”的背景,确立一般的行政法法理是非常有益的,即便这种努力无法改变现实的行政法制度,但超越于文化特征之上的行政法法理对行政法的实践是具有或多或少的借鉴意义的。

从逻辑上确定现代行政法的功能不能不考虑的基本逻辑问题有哪些呢?首先要考虑行政法作为一种法律规范是否属于可有可无的。

现代行政法在逻辑生成上有一个根本的前提就是,行政法的法理不能超越宪政理论。因为在“主权属君”、“君权神授”的政治理念下,立法权、行政权和司法权是集于君王一身的,因此,君王的话往往起到一言九鼎、言出法随的作用。对于封建君主的统治行为而言,议和行乃至作为仲裁者所作出的决断,行为性质相互之间的区分是非常困难的。加上“国王不能为非”的政治理念的存在,使得现代宪法产生之前的法律不具有完全地规范国家权力的功能。因此,尽管从行政法学的研究的角度,许多学者根据相似的逻辑构造建立了古代行政法体系,但这样的行政法在逻辑根据上是完全不同于现代行政法的。如中国古代的《唐六典》,是以职官为基础,分为治职、教职、礼职、政职、刑职、事职等六职,即将唐朝国家机关所职掌的多项工作、官制汇编为行政法规,它的内容极为广泛。不过,象《唐六典》这样的封建官制法典与现代行政法的法律性质是完全不同的。《唐六典》由于自身没有独立的法理根据,只