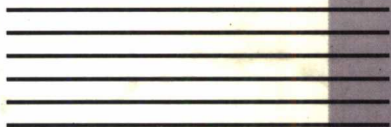


行政法

的人文精神

叶必丰 著

湖北人民出版社

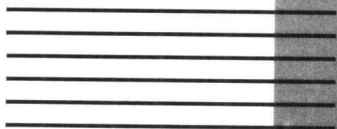


行政法

的人文精神

叶必丰 著

湖北人民出版社



鄂新登字 01 号

图书在版编目(CIP)数据

行政法的人文精神/叶必丰著.

武汉:湖北人民出版社,1999.11

ISBN 7-216-02713-2

I. 行…

II. 叶…

III. 行政法—研究

N. D912.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 21184 号

行政法的人文精神

叶必丰 著

出版:湖北人民出版社
发行:

地址:武汉市解放大道新育村 33 号
邮编:430022

印刷:武汉市汉桥印刷厂

经销:湖北省新华书店

开本:850 毫米×1168 毫米 1/32

印张:11.125

字数:274 千字

插页:5

版次:1999 年 11 月第 1 版

印次:1999 年 11 月第 1 次印刷

印数:1-1 320

定价:16.70 元

书号:ISBN 7-216-02713-2/D·484

目 录

第一章 绪论	1
第一节 行政法学	1
一、行政法学的产生	1
二、行政法学的基础	9
三、行政法学的基本任务	12
四、行政法学的基本方法	15
第二节 行政法的哲学和精神	17
一、行政法的理论基础	17
二、行政法的精神	22
第二章 行政法的社会基础	
——利益分析法的解剖	28
第一节 利益	28
一、利益的界定	28
二、利益的分类	34
三、个人利益和整体利益	37
四、与利益有关的范畴	42
第二节 利益关系	46
一、社会关系	46
二、利益关系	48
三、物质利益关系	51
四、利益关系和法	55

第三节 行政法的基础	58
一、部门法的划分	58
二、部门法划分学说	65
三、行政法的形成	71
第三章 行政法的演绎	
——行政法的哲理思辨	79
第一节 行政法的内涵和外延	79
一、行政法的内涵	80
二、行政法的外延	85
第二节 行政法的性质和特点	96
一、行政法的性质	96
二、行政法的特点	101
第三节 行政法的产生和发展	111
一、行政法的产生	111
二、行政法的发展	118
第四章 行政法的目标	
——价值目标的取向	128
第一节 利益关系的运动	128
一、利益关系的运动形式	128
二、利益关系的同一性	131
三、利益关系的对抗性	135
第二节 保护利益一致	141
一、利益一致的表现	141
二、利益转化的范围	145
三、利益转化的目的	149
四、利益一致与行政法	151
第三节 平衡利益冲突	155

一、冲突的普遍性·····	155
二、公共利益本位·····	158
三、公共利益本位的根据·····	162
四、关于“个人本位论”·····	166
第五章 服务与合作——新的人文精神·····	170
第一节 服务与合作精神·····	170
一、行为关系的价值取向·····	170
二、当今社会的选择·····	173
三、法的精神·····	175
四、行政法的精神·····	178
第二节 服务·····	182
一、行政主体·····	182
二、行政权·····	186
三、行政行为·····	192
第三节 合作·····	198
一、合作的思想渊源·····	198
二、配合的义务·····	202
三、参与的权利·····	207
第六章 信任与沟通	
——行政法治的必由之路·····	215
第一节 信任·····	215
一、相互信任·····	215
二、信任的要求·····	221
三、信任的保护·····	227
第二节 沟通·····	233
一、沟通的价值·····	233
二、事前沟通·····	237
三、事后沟通·····	242

四、非正式沟通·····	247
第七章 权力·服务·平衡	
——行政法人文精神的轨迹·····	252
第一节 权力论·····	252
一、公共权力论·····	252
二、控权论·····	257
三、管理论·····	267
第二节 服务论·····	272
一、公务论·····	272
二、福利论·····	282
三、我国的服务论·····	288
第三节 平衡论·····	291
一、平衡哲学·····	291
二、行政法上的平衡论·····	295
三、基本评价·····	302
第八章 行政法的精神与实践	
——行政法的新阐释·····	306
第一节 行政处罚听证的原则·····	306
一、行政处罚观念的转变·····	306
二、职能的内部分离原则·····	308
三、意思先定原则·····	310
四、司法规则准用原则·····	312
五、技术性审查原则·····	314
第二节 增进服务与合作 加强行政执法·····	316
一、正确的法律观念·····	316
二、依法运用法律手段·····	319
三、非法律手段的运用·····	322
第三节 公共利益本位论与行政担保·····	325

一、行政担保的理论根据·····	325
二、行政担保的性质·····	327
三、行政担保的适用·····	328
第四节 公共利益本位论与行政程序·····	332
一、行政程序的界定·····	332
二、行政程序的性质·····	334
三、行政程序的价值·····	336
第五节 公共利益本位论与行政诉讼·····	339
一、行政诉讼的性质·····	340
二、行政诉讼的受案范围·····	341
三、行政诉讼的诉权·····	343
后记 ·····	347

第一章 绪论

第一节 行政法学^①

一、行政法学的产生

法学与神学、医学并称为世界上最古老的三大学科。然而,行政法学却是法学中最年轻的部门法学科,从法国空想共产主义者摩莱里提出“行政法”这一概念起算只有两个半世纪的时间,从行政法学真正成为一门学科起算只有一个世纪的时间,在新中国的真正发展只有近二十年的时间。行政法学虽然年轻,但却表现出了强大的生命力。德国行政法学之父奥图·梅叶尔曾说:“宪法消亡,行政法存续。”^②我国台湾的许多学者也认为,如果说19世纪是“宪法时代”的话,那么20世纪及以后便是“行政法时代”^③。

① 本节第一部分的内容曾以《二十世纪中国行政法学的回顾与定位》为题发表于《法学评论》1998年第4期,其他部分曾以《利益分析与行政法学》为题发表于马绍春主编的《法治研究》(杭州大学出版社1996年版)第133页以下。

② [日]室井力主编:《日本现代行政法》,吴徽译,中国政法大学出版社1995年版,第1页。

③ 翁岳生:《行政法与现代法治国家》,台湾祥新印刷公司1976年版,第184页。

(一)行政法学产生的一般规律 行政法学是研究行政法现象的部门法学,是一种受一定人文精神支配的理论体系。早在18世纪末,法国空想共产主义的著名代表人物摩莱里就提出了“行政管理法”这一概念并进行了最初的研究^①。但在当时,行政法尚未产生,行政法现象还没有丰富到足以作抽象的理论概括的程度,对行政法的论断和设想并未发展成为行政法学。

行政法学是随着行政法的产生而产生的。法国行政法学的形成和发展,与“行政法院的建立和发展紧密相连,它源自对行政法院活动的学理阐述和对行政法院判决的注释、解说”^②。法国最初的行政法学著作,例如1814年出版的马卡雷尔(Macarel)的《行政判例要论》,就属于对国家参事院判例的汇编和整理。随着国家参事院的行政法院化,法国在各大大学的法学院里开设了行政法讲座,并于1829年出版了世界上最早的行政法学教科书《法国行政法提要》。19世纪70年代,国家参事院演变成成为行政法院后,法国行政法学也完成了它的创建任务,形成了以奥科的《行政法讲义》、拉弗里耶尔的《行政审判论》和迪克罗克的《行政法论》为代表的、以公共权力论为理论基础的完整的古典行政法学体系^③。

行政法学的产生是学科分离的结果。在17、18世纪的德国,有关行政法的论述“和行政学是混和在一起的”^④。在19世纪上半叶,行政法学虽然已经从行政学中分离出来,但却是与宪法学混合在一起,共同构成了德国的“国法学”。直到19世纪末,德国法学家才认识到“行政法应作为一个新兴的学问,行政法的规定‘让宪法

① 参见[法]摩莱里:《自然法典》,黄建华等译,商务印书馆1982年版,第119页以下。

② ① 何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第172~173、271页。

③ 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第29页。

可以在个案中得到贯彻,且变成有生命’”^①,行政法学才从“国法学”中逐渐分离出来,建立起独立的理论范畴和完整的理论体系。这项创建工作主要是由德国行政法学之父奥图·梅叶尔完成的。他在其《法国行政法》和《德国行政法》等著作中,运用“纯法律学”的方法,通过对行政法现象中共同性素材的提炼,抽象和概括出了行政行为、依法行政、公法权利、法源、公物、行政救济、警察权力、财政权力和行政征收等一系列重要的行政法学基本范畴和原理,从而为整个大陆法系的古典行政法学构造了经典性理论体系^②。

行政法学在一国的产生是借鉴它国文化并结合本国国情的结果。奥图·梅叶尔对德国行政法学的创建,就是在刚刚因普法战争的胜利而划归到德国版图的法国城市史特拉斯堡完成的。他的研究,就是从法国行政法和行政法学出发,以德国行政法为归宿的。近代日本在宪政上与德国具有共同的集权主义特征,日本的行政法学几乎就是德国行政法学的移植。英国行政法学的产生,则经历了从拒绝来自欧洲大陆的行政法学,到委任立法日益增多和行政裁判所纷纷设立时借鉴法国行政法学的过程。英国著名法学家戴西在 1885 年指出,行政法是法国的东西,是保护官吏特权的法,与英国的法治不相容。但同时代的霍兰却接受了公法和私法的划分及行政法观念,到 1915 年戴西本人也不得不承认行政法在英国的产生,只是仍然固执地认为行政法在英国不可能得到发展。20 世纪初以詹宁斯等为代表的新一代英国法学家,对法国行政法和行

① [德]莫尔,转引自[德]巴杜拉:《在自由法治国与社会法治国中的行政法》,陈新民译,载陈新民:《公法学札记》,台湾三民书局 1993 年版,第 116 页。

② 参见[德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社 1997 年版,第 132 页;[印]赛夫:《德国行政法》,周伟译,台湾五南图书出版有限公司 1991 年版,第 33 页;前引陈新民书,第 17 页;何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 272~274 页。

政法学确立了正确的认识,进行了借鉴,并将大陆法系的行政法理论融入了普通法系的文化之中^①,形成了以控权论为基本理念的行政法学体系。美国的行政法学基本上来源于英国,但在创建时也借鉴了大陆法系的行政法理论,美国行政法学的奠基人、曾留学德国的古德诺的行政法理论就留下了大陆法系行政法学的痕迹^②。

行政法学的产生是一个过程。行政法学的产生并不是以第一篇行政法论文或第一部行政法著作的出版为标志的,而是以理论范畴的基本定型,学科体系的基本建立,相应研究和传播方法的运用,社会的基本公认为标志的。从这一意义上说,行政法学并不是在一夜之间产生的,而需要经历一个相当长的时间,需要许多人的较大规模的共同努力。据法国著名行政法学家奥利弗的研究,法国行政法学的产生和发展经历了“潜在的创造期”(1800—1818年)、“明显的形成发展期”(1818—1860年)、“组织化的时代”(1860—20世纪20年代)和“成熟期”(二次世界大战后)四个阶段^③。“组织化时代”,也就是行政法的理论化和体系化及得到社会普遍公认的时代。可以说,法国行政法学到1860年以后才算真正完成它的创建工作,而这经历了半个多世纪的时间。德国行政法学的创建,从1842年莫尔在图宾根大学开设德国历史上第一个行政法讲座到奥图·梅叶尔于1886年《法国行政法》、1895年《德国行政法》的出版,也经历了40多年的时间。在英国,从霍兰到詹宁斯,则经过了半个世纪的时间。因此,行政法学的产生是一个漫长的自然形

① 参见王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第1~3页;[英]詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞等译,三联书店1997年版,第149页以下。

② 参见[美]约翰·弥特勒:《美国政府与公共行政》,陈侃伟等译,台湾黎明文化事业股份有限公司1974年版,第494页。

③ 参见何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第173页以下。

成过程。

(二)行政法学在新中国的产生 随着国民党政府的垮台,旧中国的行政法也被彻底废除了。与其他部门法学不同,旧中国的行政法学这份文化遗产,并没有得到新中国的继承,旧行政法学死亡了。但是,新中国仍然需要相应的行政法和行政法学。新的行政法学是新的宪政基础上重新产生起来的,中国行政法学经历了第二次创建。这个创建过程始于新中国成立,完成于最近几年。回顾新中国行政法学的产生,有许多值得我们总结的特点。

新行政法学是随着对宪政的重视和旧体制改革的展开而产生的。新中国成立后,虽然颁布了宪法,但宪政并没有真正实现,国家也应受法律约束的法治观念并没有确立,国家的任务是通过斗争和运动的人治方法来实现的,因而并不存在行政法产生的宪政基础。直到十一届三中全会后,国家于1982年颁行了新的宪法,确立了宪法的最高法律效力地位,表现出了实现宪政的决心和信心。同时,国家对权力高度集中的不受法律约束的政治体制进行了一系列改革,并终于到最近确立了依法治国的法治观念。于是,作为上层建筑组成部分的行政法终于缓慢地生长起来了,公法权利的司法保护机制逐渐形成了,起初是在《民事诉讼法》中作了应付性的规定,接着有了单行法的零碎条款,最后终于制定了《行政诉讼法》。在这一过程中,行政法学是作为借鉴国外经验,推动改革,促进立法的理论而产生起来的,或者说是围绕着体制改革而展开的^①。因此,行政法学者从一开始就是以改革者而不是以保守主义者和法典注释者的面貌出现的,行政法学从一开始就是以立法论

^① 参见张尚鷖主编:《走出低谷的中国行政法学》,中国政法大学出版社1991年版,第9页以下;张尚鷖:《论改革与行政法》,载《中国政法大学学报》1984年第4期;袁曙宏:《论行政法在经济体制改革中的作用》,载《法学研究》1986年第2期;张树义主编:《行政法学新论》,时事出版社1991年版,第37页以下。

而不是以解释论的形式出现的。我国行政法学中的注释理论或规范分析,发展和流行于《行政诉讼法》颁行以后。

新行政法学是与行政法制建设互相促进而产生的。在法国、英国和美国,都是在通过革命、具有较发达的宪政基础上产生行政法和行政法学的;而在德国、日本和旧中国,却是在改良和宪政基础不成熟时,通过对它国文化的借鉴而产生了行政法和行政法学。前一类行政法学主要产生于行政法之后,后一类行政法学与行政法的产生则是交互促进的。新中国行政法学的产生,似乎也可以归为后一类。在 80 年代,我国的宪政建设刚刚起步,行政法现象尚未充分显露,而行政法学论著却纷纷出版问世了,行政法学者已经看到了行政法现象的到来及客观存在。正是行政法学研究的不断深入,行政法学者的共同和不懈努力,《行政诉讼法》才得以出台,行政法才成为一个独立的基本部门法。行政法地位上的独立和行政法现象的丰富,为行政法学的研究、概括和抽象提供了事实基础,为行政法学体系的建立和行政法理论基础的探索奠定了逻辑前提,使行政法学最终完成了自我创建。行政法学的产生又促进了行政法的完善和发展。

新行政法学的产生曾受苏联行政法学的影响。新中国成立后,政治体制和意识形态的榜样是苏联。苏联的一举一动都影响到了我国。建国初期行政法学的萌芽,就是对苏联行政法学的移植。然而,苏联行政法学是以命令与服从关系的翻版“管理论”为理论基础的,在内容上具有浓厚的管理学或行政学色彩,几乎没有行政法学自己的理论范畴,也很少有行政法学基本原理的阐述;在行政法学体系中,所津津乐道的是法制保障和法制监督,行政救济理论几乎是一片空白;在法与管理的关系上,法是从属于管理或行政的,法是管理或行政的工具和武器,管理或行政是法的逻辑起点。苏联行政法学上的上述观念,在 90 年代前的我国一直具有支配性地位。我国公开出版的第一本行政法学著作《行政法概要》,就是苏联

行政法学的翻版；当时的多数论著都是按照“行政管理的法制化”这一思路进行的。相反，由于旧中国学者相继离开大陆和辞世，我国固有法文化对新行政法学却没留下多少痕迹，更未能阻挡苏联行政法学的影响；由于时代的变迁和思想的禁锢，我们也未对固有法文化进行挖掘和整理，只对当今台湾学者的理论作过借鉴。对苏联行政法学影响的摆脱，得感谢王名扬教授对英国行政法学、法国行政法学和美国行政法学的系统介绍，得益于翻译界对外国行政法学的引进，当然也是行政法学者共同努力的结果。

新行政法学是在有关学科的夹缝中产生的。由于新行政法学受苏联行政法学的影响，以及行政法学作为一个学科在 80 年代被重新发现时所处的政治体制改革这一特殊社会环境，行政法学的一些阵地已被行政学所占领。政治学和行政学的繁荣，行政法学被置于从属于行政学的组成部分的地位，行政组织和公务员问题都是政治学或行政学的研究对象。当时的多名行政法学者，往往就是行政学者麾下的一员；当时的多数论著也是在“国家行政管理的法制化”这一论题下展开的。在法学领域，除了传统的刑法学、民法学和宪法学外，随着早于政治体制改革的经济体制改革的深入和经济建设的发展，“经济法学”已到了热闹非凡或空前繁荣的程度，在 1986 年前就涌现了“数百位经济法学家”，并形成了纵横经济法论、纵向经济法论、计划经济法论、综合经济法论和学科经济法论等各种不同学说^①。随着《民法通则》的颁行，民法学的研究对象和范围得到了确定。于是，经济法学对行政法学阵地的占领表现得更为急切和积极，认为行政法学的研究对象只能是行政组织和公务员问题及公安行政法问题，调整经济行政关系的法律规范或法律规范对经济行政关系进行调整的法律现象属于经济法学的研究对

^① 《中国经济法诸论》编写组：《中国经济法诸论》，法律出版社 1987 年版，“前言”。

象^①。前后的夹击,使行政法学只剩下公安行政这一狭小的空间了,从而也去挤占宪法学的某些领域(如行政立法等领域),并与内部行政法制相结合,于80年代后期陷入了“政府法制”的误区。实际上,“市场经济必须是法制经济”并不等于经济法,对这里所讲的法制“应当从社会主义法制建设的整体来理解”^②。行政法学就是在这样的环境里,通过与行政学的剥离及收复失地生长起来的。这与西方国家行政法学,先与行政学分离,再与宪法学分离的产生规律显然不同。

新行政法学的产生道路是曲折而漫长的。在建国初期,我们未能在固有的旧行政法学文化素材的基础上,输入新行政法学文化的本质和精神,发展成为新行政法学。我们在借鉴苏联行政法学的同时,抛弃了本国旧行政法学的本质和精神,并且抛弃了它的基本素材,进行了新行政法学的彻底重建。相反,我们在借鉴苏联行政法学时,并没有立足于本国国情,而是移植或照搬,最后对它影响的洗涤花费了数十年的时间和过高的代价。长期以来,指导思想上的“左倾”主义,宪政基础的严重贫乏,蹂躏了行政法学的嫩芽,使行政法学经历了漫长的冬天后才长出了新枝和绿叶。“行政管理的法制化”、“体制改革的法制保障”和“政府法制”,也曾使行政法学误入“以法行政”而不是“依法行政”的“官房学”歧途,并在1987年前后形成了一个小高潮^③。然而,基本人权的尊重,《行政诉讼法》的颁行,终于使新行政法学在建国40年后走上了顺利发展的轨

① 谢次昌:《论新形势下经济法与行政法的关系》,载《法学评论》1987年第3期。

② 罗豪才主编:《行政法学》(新编本),北京大学出版社1996年版,第11页。

③ 1987年12月,国务院法制局在广西南宁召开了全国政府法制工作理论研讨会,会议论文经集结后出版,即黄曙海等编《政府法制工作的理论与实践》(新华出版社1989年版),较集中地反映了政府法制研究的状况。

道。这一段曲折而漫长的历程,不能不令我们从更高的哲学意义上来反思上层建筑与意识形态的关系。长期以来,由于我们对马克思主义关于经济基础、上层建筑和意识形态关系原理的误译和斯大林的误解,意识形态与上层建筑的关系过于紧密,意识形态往往被视为上层建筑的奴役。实际上,意识形态虽然受经济基础的决定,但对于上层建筑而言却具有相对独立性^①。对此,旧中国行政法学的产生可以证明,日本行政法学的产生和发展也可以证明。日本在第二次世界大战后,虽然从大陆法系行政法转到英美法系行政法,但行政法学并未终止而重建,而是在原有基础上的修正,从而保持了行政法学的持续发展。这不能不说是一个值得我们汲取的教训。

新行政法学尽管刚刚产生,但无论在理论上还是在实践中,都取得了许多重要的成就。当然,它所面临的问题也很多。

二、行政法学的基础

行政法学是研究行政法现象的科学。这一科学得以产生、存在和发展的基础是什么呢?西方各国和我国台湾的学者普遍认为,行政法学的基础是民主和法治等人类发展的一般精神。法国学者彭纳认为,“盖全部法律学,皆系建筑于法律原理之上,由法律原理而生法律规范,故必认识法律之原理后,对于法律规范,始能为合理之解释……倘置法律原理及其产生之背景不问,则仅为若干片断之规条而已。”^②台湾学者林纪东和城仲模等也认为,行政法是民主和法治的产物,行政法学的基础是民主和法治精神或理念。他们认为,民主和法治精神最初是在宪法中得到体现的,因而也可以说

^① 参见朱光潜:《上层建筑与意识形态关系的质疑》,载《华中师范学院学报》1979年第1期。

^② 转引自林纪东:《行政法学研究方法论》,载张剑寒等:《现代行政法基本论》,台湾汉林出版社1985年版,第5页。