

世纪法学研究生参考书系列

行政规制与权利保障

杨建顺◎著

中国人民大学出版社

杨建顺◎著

行政规制与权利保障

中国人民大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政规制与权利保障/杨建顺著.
北京:中国人民大学出版社,2007
(21世纪法学研究生参考书系列)
ISBN 978-7-300-08337-7

- I. 行…
- II. 杨…
- III. 行政法—中国—研究生—教学参考资料
- IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 114213 号

21 世纪法学研究生参考书系列
北京市社会科学理论著作出版基金资助
行政规制与权利保障
杨建顺 著

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242(总编室)	010-62511398(质管部)	
	010-82501766(邮购部)	010-62514148(门市部)	
	010-62515195(发行公司)	010-62515275(盗版举报)	
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	三河市新世纪印务有限公司		
规 格	155 mm×235 mm 16 开本	版 次	2007 年 8 月第 1 版
印 张	54.5 插页 3	印 次	2007 年 8 月第 1 次印刷
字 数	914 000	定 价	69.80 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

作者简介

杨建顺，男，1963年生，山东招远人，中国人民大学法学院教授、博士生导师、宪政与行政法治研究中心副主任、学术委员会主任、比较行政法研究所所长，中国法学会行政法学会研究会副会长，北京市法学会行政法学会副会长，日本国一桥大学法学博士。

代表著作：《日本行政法通论》，中国法制出版社，1998年版

代表译作：《行政法》（[日]盐野宏著），法律出版社，1999年版

代表论文：

《宪政与法治行政的课题——宪法与行政法学领域的“现代性”问题研究》，载《人大法律评论》，2001年卷第1辑，中国人民大学出版社，2001年10月

《关于行政执行权力配置的思考》，载《人民法院报》，2002-08-12

《论危机管理中的权力配置与责任机制》，载《法学家》，2003（4）

《行政裁量的运作及其监督》，载《法学研究》，2004年第1期（总第26卷第1期），2004-01-23

《论政府职能转变的目标及其制度支撑》，载《中国法学》，2006年第6期（总第134期），2006-12-09

代表译文：

《行政诉讼中和解的法理》（上）（下）（[日]南博方著），载《环球法律评论》，2001年春季号（2001年3月）；冬季号（2001年11月）

序

“行政法的精髓在于裁量”。一方面，行政裁量权是现代各国行政权中最具共性的部分，作为现代国家实现政府职能所必需的权力，行政裁量权以其令人震惊的速度增长和扩张，最大限度地影响和控制着现代社会的方方面面甚至法律规则；另一方面，行政裁量权又是比较容易被滥用的一种权力，现代民主国家总是力图将其束缚在一定的原则和框架之中，在行政法上为行政裁量设置了一系列统制规则，要求其存在和行使都必须接受诸多必要的统制，包括立法统制、行政统制、司法统制和社会统制等。这一切都取决于现代国家的职能定位和行政裁量权的功用，行政裁量权的存在和具体运作规则，都是法治行政原则本应蕴涵的内容。因此，对行政裁量权施加及时、有效、适度而全面的控制，确保行政权合法、合理、及时地实施规制、给付等，是实现私人自由和权利保障的内在要求，也是实现公共利益的具体体现。

随着依法治国理念的普及和发展，人们对行政法治的思考逐渐多了起来，对行政法制建设的必要性也有了更为深刻的认识。中国行政法学的队伍越来越壮大，行政法学的著作越来越多，从最初的全国一本教科书，到各院校都有自己的教科书；从最初的没有什么书籍可资阅读，到各种书籍充斥市场，论著浩繁达到了许多学生甚至长期从事行政法学的学者都不知道该选择哪一部著作才好的程度，再到各种电子读物和媒体的关注乃至直接参与传播行政法学知识，进而到国务院推出《全面推进依法行政实施纲要》标志着中国政府确定了自己建设法治政府的日程表，形成了全国上下、方方面面皆对行政法予以相应重视的局面，对此，所有从事行政法研究和行政法制建设的同仁都付出了艰辛的努力。尤其值得一提的是，中国行政法学家庆祝自己研究会弱冠之

典，总结编辑了数百万字的巨著，可供行政法学研究后来者学习借鉴。

我获准主持2001年度司法部“法治建设与法学理论研究部级科研项目”《政府规制与行政许可》（合同编号：01SFB2028）课题以来，一直致力于政府职能尤其是行政规制和权利保障关系的探讨，深深感到要深入、系统且准确地把握行政给付、规制权力与私人的自由、权利保障之间的辩证关系，是非常困难的一件事情。几年来，我围绕行政机关滥用权力、行政权力的限制和规范以及行政权力自身规律性等问题，围绕着自由和权利保障这个主题，分别从立法层次、执法层次以及司法审查层次等不同的维度展开了研究，陆续发表了一系列有助于正确理解现代政府的职能和行政法制建设与权利保障的辩证关系的论文，得到了理论界和实务界的普遍好评。

本书是我基于自己长期以来的教学、科研以及参与立法的实践写成的，虽然还称不上是完备的体系性教科书，但它汇集了支撑我的精神的诸多思想。在本书中汇集的文论，一部分是未曾发表的，一部分是已经发表过的。即使是已经发表过的，也全部进行了相应的修正，以使其符合这部研究生教材的体例，而且使其符合我现阶段的思想信条。这样一来，也许难免要失去最初的新鲜感，但是，这种缺失完全可以通过学术的成熟性和系统性来弥补。在对这些文论进行修改之际，我力图回到撰写之初的心境，以再一次对各种学术观点进行思考。这种再思考是非常必要的。它不仅对于本书的质量保证来说是必要的，而且对于行政法学研究总体水准的提升也是必要的。

本书以现代国家中行政规制与权利保障的探讨为主要内容，以裁量与羁束这对行政法学上的核心概念为线索，从社会秩序、国家权力、公共利益和私人的权利保障等多个领域展开对政府职能的探讨，从法哲学、宪政学、行政学和行政法学等多个视角来分析权利保障与政府职能，尤其是行政规制之间的辩证关系，阐述政府在法制建构方面的科学定位。从自由放任到政府干预权不断扩展，再到规制的缓和甚至不规制；从市场经济为主到政府主导市场，再到市场主体取得主导地位。不同的阶段，政府的职能受到法规范控制的程度是各不相同的。市场经济呈现出自律性、契约性、竞争性、开放性和国际性等特点，而政府职能则呈现出服务性、保护性、裁判性、裁量性、合法性和合理性等特点。无论法规范控制多么严格，政府职能的裁量性都必须得以充分保障。现代社会的不断发展，科学技术的不断进步，也决定了政府职能的裁量性和法规范对行政权力的控制性这二者将永远是一对矛盾；法治理念的不

断普及、深入，权利、自由意识的不断觉醒和发展，则必然地导致权利保障和行政规制这两个方面将永远或平行或交织地存在下去。面对这对矛盾，并不一定要削弱政府的权力，但必定要规范政府的权力；不一定要事无巨细地设定实体规范，但必须尽可能详尽地明确组织规范（包括诸多实体规范）和程序规则。而私人的权利保障，皆依赖于政府职能，尤其是规制职能的准确定位；政府规制的增加或者减少，对权利保障是否充分，则依赖于相关法制的建立和完善；法制的建立和完善，是实现法治的重要基础，也是实现权利、自由乃至民主等价值的制度支撑。

在体例上，本书基本上是按照行政法总论、行政组织法、行政行为法、行政救济法和行政程序法这五大块架构的，但又不是面面俱到，而是试图在兼顾体系性的基础上，通过诸多热点、难点和重点问题的探讨，阐述公共利益与个体利益，行政规制与行政给付，民主、自由和法制与权利保障，政府介入与市场自治，裁量与羁束等的辩证关系，论证这样一个主题：对政府权能、行政规制必须客观对待，并且，在立法层次、执法层次和司法审查层次，必须有不同的标准。换言之，在立法层次，必须从国家权力总体布局的视角来设定行政权，而不应该单纯地主张限制行政权；在执法层次，应该从适用法规范来解决实际问题的视角来运用行政权，区分行政规制权力和行政给付权力、羁束性权力和裁量性权力，合法行使相应的权力，并充分裁量，合理裁量，及时裁量；在司法审查层次，应该再次回归权力配置的原点，借鉴美国的实质性证据法则、日本的行政首次性判断权等原理，确立行政权和司法权的合理界限，并根据立法裁量论等原理，厘清立法权和司法权的分野。

我认为，这样，只有这样，才能确保国家各部门有充分、必要但不被滥用的权能，确保行政机关合法、合理、及时地行使其行政职权，进行规制或者给付，确保私人的自由和权利保障得以充分、及时实现。

在内容上，本书既重视展示对科学的行政法学综合体系与框架的探讨成果，又强调对若干专题的深入剖析。全书包括绪章（行政法的宪政理念论）、正文 18 章和代结章（行政法学研究方法论）共 20 个部分，每部分的内容都是对相关领域的热点、难点或者重点问题的探讨，既有案例评析，又有理论阐述，更有域外制度建设与理论研究等前沿状况的评介。另外，在本书末尾单设主要参考文献以及相关法规范的简称与全称对照表，有助于读者进行关联查阅与思考，进一步拓展视野，加深对相关问题的理解。

我在本书中谈了行政法学研究方法论的问题，那只能是适合于我的

经验的总结，它不一定也适合于其他人，肯定存在不足的地方。我坚信，他人对这个问题的理解还有比这更好的、更有效的，而我却并不知道，这也许会令人认为我无知，暴露出我本身对这个问题研究和考虑的不够充分。虽然我已经清楚地意识到了这种危险性，还是将这些文字写了出来，发表于此。这是因为，我觉得，如果人人都担心这种危险而放弃之，则学术研究不会进步。没有在对事情的危险性充分地进行调查、熟知并充分斟酌的基础上而果敢地进行挑战，学术研究就不会进步。这也许是一个人涉猎、解读他人的文献所无法避免的宿命——虽然我为了写这部书而阅读过许多相关研究成果，但有关理解也许依然不够全面和深入，考虑依然不够周详，问题和不足肯定还是在所难免。对此，还希望读者不吝赐教，指出或者修正本书中的曲解或者误解，予以容忍，并继而展开更具系统性、更具创新性且更具正确性的研究。

杨建顺

2007年2月18日（大年初一）

目 录

绪章	行政法的宪政理念论	/ 1
一、	权利保障的历史发展	/ 1
(一)	从人权到国民权再到人权	/ 1
(二)	从自由权到社会权	/ 3
(三)	魏玛宪法与社会法治国家	/ 4
(四)	自由权与社会权的冲突和融合	/ 6
(五)	从由法律保障权利和自由到由宪法保障 权利和自由	/ 8
(六)	从权利的国内保障到权利的国际保障	/ 8
二、	权利保障与制度改革	/ 9
(一)	权力配置与权利保障问题	/ 9
(二)	实现真正意义上的“人民主权”原理的重要途径	/ 12
(三)	确立国民、市民、居民的概念范畴,明确其 各自的权利义务	/ 13
(四)	推进以三大改革为核心的诸项改革	/ 14
三、	行政法的发展概观	/ 15
(一)	行政法学的使命	/ 15
(二)	主要发达国家行政法的沿革及行政法制度的建立	/ 17
(三)	中国行政法的沿革及现状	/ 26
四、	行政法学体系的架构	/ 37
(一)	建构科学的行政法学原理和理论体系	/ 37
(二)	行政法学的总论和各论	/ 40
(三)	行政法各论的作用和意义	/ 41

(四) 行政法各论的特点及研究方法论 / 43

第一章 行政国家与法治行政论 / 45

- 一、行政国家与行政的使命 / 45
 - (一) 从立法国家到行政国家 / 45
 - (二) 行政国家的悖论 / 48
 - (三) 行政的使命 / 50
- 二、行政法在法律体系中的地位和作用 / 57
 - (一) 行政法的概念界定 / 57
 - (二) 关于公法与私法的区别 / 60
 - (三) 行政法在法律体系中的地位 / 64
 - (四) 行政法的作用 / 75
- 三、法治行政原理的确立及发展 / 80
 - (一) 两种法治国家观 / 80
 - (二) 民主政治的制度及其发展 / 85
 - (三) 法治行政原理的基础 / 89
 - (四) 依法律行政的原理 / 97
 - (五) 法律保留论与能动的行政 / 103
- 四、中国行政法基本原则 / 114
 - (一) 基本原则的取舍问题 / 114
 - (二) 合法性原则 / 115
 - (三) 合理性原则 / 118
 - (四) 公开原则 / 120

第二章 行政权力价值论 / 122

- 一、行政权概念的变迁 / 122
 - (一) 行政权的由来 / 122
 - (二) 自由主义法治国家的行政权 / 126
 - (三) 现代福利国家的行政权 / 128
- 二、行政权的内容和功能 / 132
 - (一) 行政权的行使方式 / 132
 - (二) 行政权的主要内容及功能 / 134
- 三、行政权的特征 / 141

- (一) 行政权的公共利益性 / 142
- (二) 行政权的优益性 / 142
- (三) 行政权的先定性 / 143
- (四) 行政权的单方命令性和强制性 / 143
- (五) 行政权的职权与职责统一性 / 144
- (六) 行政权的不可自由处分性 / 144
- (七) 行政权的执行性 / 145
- 四、行政权的依据和基准 / 145
 - (一) 现代国家中人民的地位 / 146
 - (二) 现代国家行政权的依据 / 147
 - (三) 行政权的运用与公共利益追求 / 148
 - (四) 权力分立与民主主义的价值 / 151
 - (五) 地域性分权化与集权化 / 153
 - (六) 权力控制是法治的起点和归宿 / 156
- 五、行政权与行政责任 / 158
 - (一) 行政的任务与公共秩序的维持 / 158
 - (二) 行政决定与行政责任 / 160
 - (三) 规制权限与行政责任 / 161

第三章 参与型行政与公共利益论 / 164

- 一、公共利益优先的原则与利益均衡制度 / 164
 - (一) 《宪法修正案》与公共利益研究的课题 / 164
 - (二) 行政法上的公共利益优先原则 / 165
- 二、公共利益的判断与行政法的多重属性 / 168
 - (一) 公共利益的判断及实体性要件 / 168
 - (二) 行政法的多重性 / 169
- 三、参与型行政与利益表达机制 / 171
 - (一) 参与型行政的概念 / 171
 - (二) 行政立法过程的参与理念 / 171
 - (三) 行政立法过程参与机制的设置 / 173
 - (四) 行政立法过程的利益表达 / 175
 - (五) 行政参与局限性的克服 / 178
- 四、舆论监督与公共利益 / 181

(一) 舆论监督对公共决策的意义 / 181

(二) 正确理解舆论监督和“公共利益” / 185

第四章 行政组织与公务员法制论 / 188

一、行政组织法的研究视角 / 188

二、行政组织 / 189

(一) 行政组织的概念 / 189

(二) 行政组织的特点 / 190

(三) 中国的行政组织 / 192

三、行政组织法 / 193

(一) 行政组织法的概念 / 193

(二) 中国行政组织法的概况及课题 / 194

(三) 行政组织法的内容 / 195

四、现代公务员制度的基本特色 / 196

(一) 从事公务机会的公开、平等的原则 / 197

(二) 功绩制的原则 / 197

(三) 公务员在政治上中立的原则 / 198

(四) 身份保障的原则 / 199

(五) 人事行政机关独立的原则 / 199

(六) 科学人事行政的原则——民主主义的原则与功绩制的原则之统一 / 199

五、中国公务员法制 / 201

(一) 国家干部制度的再建及改革 / 201

(二) 公务员的概念和范围 / 206

(三) 公务员法律关系 / 210

(四) 公务员的权利 / 217

(五) 公务员的义务 / 220

(六) 公务员的责任 / 224

第五章 民主政治与行政立法论 / 228

一、委任立法和行政立法 / 228

二、行政立法的性质 / 230

三、行政立法产生和发展的原因 / 233

- (一) 现代社会国家立法内容的复杂性、专业性和技术性 / 233
- (二) 根据情况变化灵活地改废条款的必要性 / 234
- (三) 根据地方实际能动地立法的必要性 / 235
- (四) 脱离政党支配客观公正立法的必要性 / 235
- 四、行政立法的种类及根据 / 236
 - (一) 美国行政立法的种类及根据 / 236
 - (二) 英国行政立法的种类及根据 / 238
 - (三) 法国行政立法的种类及根据 / 240
 - (四) 德国行政立法的种类及根据 / 241
 - (五) 日本行政立法的种类及根据 / 241
- 五、行政立法的原则 / 243
 - (一) 遵循宪法、法制统一的原则 / 243
 - (二) 民主立法的原则 / 244
 - (三) 科学立法的原则 / 245
 - (四) 对上述原则的确认和适用问题 / 248
- 六、对行政立法的统制与救济 / 249
 - (一) 行政立法与法律依据 / 250
 - (二) 禁止笼统的委任 / 251
 - (三) 对授权范围和目的的限定性解释 / 253
 - (四) 对行政立法的程序控制 / 254
 - (五) 行政立法的公布等 / 256
 - (六) 正确运用法的一般原则 / 257
- 七、行政立法的要件统制 / 258
 - (一) 研究行政立法要件统制的意义 / 258
 - (二) 行政立法的生效要件 / 259
 - (三) 其他规范性文件的生效要件 / 266
 - (四) 行政立法的消灭及效力 / 269
- 八、行政立法中的“民主政治原则腐化”的克服 / 270
 - (一) 把握正当程序与权力配置视角的意义 / 270
 - (二) 警惕行政立法中的“民主政治原则腐化” / 271
 - (三) 以正当程序的理念进行权力配置 / 275

第六章 行政行为一般论 / 278

一、行政行为的概念 / 278

- (一) 最广义说 / 280
 - (二) 广义说 / 280
 - (三) 狭义说 / 281
 - (四) 最狭义说 / 281
- 二、行政行为的基本特征 / 282
- (一) 主体特征——行政行为是行政主体所作的行为 / 282
 - (二) 职能特征——行政行为是行政主体行使职权、实施行政管理的行为 / 283
 - (三) 法律特征——行政行为是行政主体依据法律规定所作的能产生直接行政法律后果的行为 / 284
 - (四) 范围特征——行政行为是对外部采取的行为 / 284
 - (五) 目的特征——行政行为的目的在于实现国家行政管理目标 / 285
- 三、行政行为与相关概念的关系 / 285
- (一) 行政行为与国家行为 / 286
 - (二) 行政行为与行政立法行为 / 287
 - (三) 行政行为与内部行为 / 293
 - (四) 行政行为与公务员的个人行为 / 294
- 四、行政行为的分类 / 295
- (一) 单方行政行为、双方行政行为、多方行政行为 / 296
 - (二) 羁束行政行为和裁量行政行为 / 297
 - (三) 要式行政行为和不要式行政行为 / 298
 - (四) 实体性行政行为和程序性行政行为 / 298
 - (五) 依职权的行政行为和依申请的行政行为 / 299
 - (六) 无附款行政行为和有附款行政行为 / 299
 - (七) 职权行政行为、授权行政行为和委托行政行为 / 302
 - (八) 权利性行政行为、义务性行政行为与确认法律事实和法律地位的行政行为 / 303
 - (九) 行政行为的其他分类 / 306
- 五、行政行为的效力 / 307
- (一) 行政行为效力的差异性 / 307

(二) 行政行为的公定力	/ 308
(三) 行政行为的拘束力	/ 308
(四) 行政行为的执行力	/ 309
(五) 行政行为的不可争力 (形式性确定力)	/ 309
(六) 行政行为的不可变更力 (实质性确定力)	/ 310
六、行政行为法	/ 310
(一) 行政行为法的概念	/ 310
(二) 行政行为法的特征和意义	/ 311
第七章 行政行为要件论	/ 312
一、行政行为的构成要件	/ 313
二、行政行为的生效要件	/ 314
(一) 行政行为生效要件的概念	/ 314
(二) 行政行为生效要件的种类	/ 315
三、行政行为的合法要件	/ 321
(一) 理解行政行为合法要件的角度	/ 321
(二) 行政行为合法要件的种类	/ 322
四、有瑕疵行政行为及其后果	/ 330
(一) 有瑕疵行政行为的概念	/ 331
(二) 有瑕疵行政行为的撤销及变更	/ 332
(三) 行政行为的废止	/ 337
(四) 有瑕疵行政行为效力研究的课题	/ 339
第八章 政府规制与行政许可论	/ 342
一、行政许可分类方法论	/ 342
(一) 从立法政策学上进行分类	/ 342
(二) 根据属性的分类	/ 344
二、行政许可的作用	/ 344
(一) 行政许可的积极作用	/ 345
(二) 行政许可制度的某些消极作用	/ 347
三、行政许可与政府职能定位	/ 349
四、无瑕疵行政许可裁量请求权	/ 351
五、行政规制的缓和与行政许可制度的完善	/ 353
(一) 行政许可与规制缓和	/ 353

- (二) 日本的规制缓和 / 354
- (三) 中国行政许可理论与制度的完善 / 357
- (四) 日本审议会制度的经验借鉴 / 379

第九章 政民协商与行政合同论 / 385

- 一、现代合同的构造 / 385
- 二、行政合同的概念、种类和特征 / 387
 - (一) 行政合同的概念 / 387
 - (二) 各国对行政合同的理解和运用 / 387
 - (三) 行政合同的分类 / 389
 - (四) 行政合同的特征 / 393
- 三、管理方式的转换与政民协商的理念 / 394
- 四、行政合同与法治行政——行政合同的原则 / 397
 - (一) 必须有法律根据或者明确的法律授权 / 397
 - (二) 不超越行政权限——行政合同的法律界限 / 398
 - (三) 出于行政需要——目的正当性原则 / 399
 - (四) 内容必须合法——私法规定在行政合同中的适用 / 400
 - (五) 竞争原则和公开原则 / 401
 - (六) 书面主义的原则 / 401
- 五、行政合同中的权利义务 / 401
 - (一) 行政主体的权利 / 402
 - (二) 行政主体的义务 / 403
 - (三) 对方当事人的权利和义务 / 404
- 六、行政合同的缔结及履行 / 404
 - (一) 行政合同的缔结程序、方式 / 404
 - (二) 行政合同履行的原则 / 406
- 七、行政合同的变更和解除 / 407
- 八、行政合同的纠纷及其救济机制 / 408

第十章 服务行政与行政指导论 / 410

- 一、行政指导的概念 / 410
- 二、行政指导的方式和类型 / 412

- (一) 行政指导的方式 / 412
- (二) 行政指导的类型 / 413
- 三、行政指导的特征 / 415
 - (一) 行政指导的非强制性 / 416
 - (二) 行政指导的事实行为性 / 417
 - (三) 行政指导的能动性 / 417
 - (四) 行政指导关系中行政主体的优越性 / 418
 - (五) 行政指导是行政主体的一种外部行为 / 418
 - (六) 行政指导是行政主体单方面的意思表示行为 / 419
 - (七) 行政指导是基于行政职权作出的行为 / 419
 - (八) 行政指导形式的多样性 / 420
- 四、行政指导与相关概念的关系 / 420
 - (一) 行政指导与行政领导 / 420
 - (二) 行政指导与行政命令 / 421
 - (三) 行政指导与行政合同 / 422
 - (四) 行政指导与行政的其他行为 / 423
- 五、行政指导的地位和意义 / 424
 - (一) 国外行政指导的发展 / 424
 - (二) 中国行政指导的发展 / 427
 - (三) 行政指导的作用及效用 / 431
- 六、行政指导与法治行政 / 434
 - (一) 行政指导的局限性 / 434
 - (二) 行政指导的法律控制 / 436
 - (三) 对行政指导的救济途径 / 444

第十一章 能动行政与政府职能论 / 446

- 一、房屋拆迁与政府职能论 / 446
 - (一) 房屋拆迁的定位与政府的主导推进作用 / 446
 - (二) 商业拆迁与公益拆迁——利益均衡中的政府职责 / 448
 - (三) 房屋拆迁与私人财产权的实体保障 / 451
 - (四) 房屋拆迁与私人财产权的程序保障 / 453
- 二、劳动教养的目的与责任论 / 456