


研究生教学指导用书

中国行政法原论



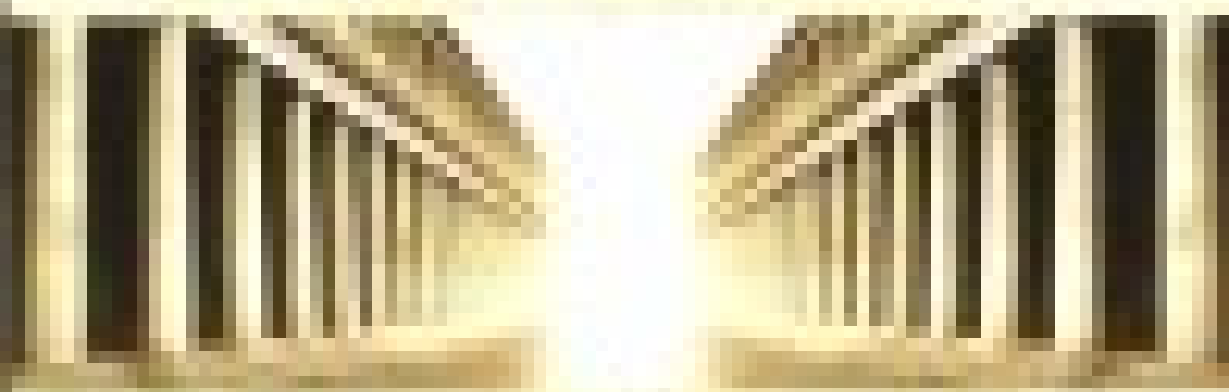
杨海坤 章志远 著



 中国人民大学出版社

中国政法大学

中国行政法原论



中国政法大学



中国政法大学

研究生教学指导用书

中国行政法原论

杨海坤 章志远 著

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国行政法原论/杨海坤, 章志远著.

北京: 中国人民大学出版社, 2007

(研究生教学指导用书)

ISBN 978-7-300-08630-9

I. 中…

II. ①杨…②章…

III. 行政法-中国-研究生-教学参考资料

IV. D922.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 159201 号

研究生教学指导用书

中国行政法原论

杨海坤 章志远 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	北京丰印诚印务有限公司		
规 格	170 mm×228 mm 16 开本	版 次	2007 年 10 月第 1 版
印 张	28.75	印 次	2007 年 10 月第 1 次印刷
字 数	528 000	定 价	45.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

作者简介

杨海坤，男，1944年8月出生，江苏苏州人。1967年毕业于中国人民大学哲学系本科，1980年考入上海社会科学院法学研究所工作，1985年调入苏州大学法学院任教。现任苏州大学法学院教授、博士生导师、宪法学与行政法学博士点负责人，兼任全国政协委员、中国行政法学研究会副会长等职，被评为国家有突出贡献中青年专家。研究领域主要包括行政法学、宪法学。代表性学术著作有：《中国行政法基本理论》（独著）、《行政诉讼法学》（独著）、《市场经济、民主政治与法治政府》（独著）、《中国行政程序法典化——从比较法角度研究》（与黄学贤合著）、《行政法服务论的逻辑结构》（与关保英合著）、《中国行政法基本理论研究》（与章志远合著）等，主编《跨入21世纪的中国行政法学》、《跨入新世纪的中国宪法学》、《宪法学基本论》、《宪法基本权利新论》、《行政诉讼法专题研究述评》、《行政法实用通典》等综述、教材，在各类期刊发表论文四百余篇，六十余篇论文为人大复印资料全文复印。先后多次主持国家级、省部级科研项目，研究成果多次获得省部级奖励。培养行政法学专业博士生、硕士生一百余名。

章志远，男，1975年5月出生，安徽贵池人。1992年9月至1999年8月就读于安徽大学法学院，先后获法学学士、硕士学位；1999年9月进入苏州大学法学院攻读行政法学博士学位，2002年6月获得法学博士学位后留校任教。现任苏州大学法学院副教授、硕士生导师，系江苏省高校“青蓝工程”优秀青年骨干教师。研究领域包括行政法学、行政诉讼法学、民营化与政府规制。代表性学术著作有：《行政行为效力论》（独著）、《中国行政法基本理论研究》（与杨海坤合著）、《行政法学基本论》（与杨海坤合著），另在《法学研究》、《中外法学》、《法学》、《法律科学》、《法商研究》、《现代法学》、《比较法研究》、《法学评论》、《政治与法律》、《行政法学研究》等刊物发表学术论



文七十余篇。先后独立主持完成司法部、中国法学会部级科研项目及江苏省教育厅科研项目共四项。与杨海坤合著的《中国行政法基本理论研究》荣获司法部第二届法学理论研究优秀成果一等奖；《行政法学基本论》荣获2005年江苏省高等学校精品教材称号。因科研业绩突出，个人分别于2005年、2007年荣获苏州大学大陆产业科研成果奖、苏鑫奖教金。

目 录

- 导 言 社会转型时期的中国行政法学研究 / 1
 - 一、中国行政法学研究的现实困境 / 2
 - 二、中国行政法学发展的目标定位 / 7
 - 三、中国行政法学发展的路径选择 / 12

- 第一章 行政法范畴论 / 18
 - 一、对行政的理解 / 19
 - 二、对行政权的理解 / 30
 - 三、对行政法的理解 / 35

- 第二章 行政法渊源论 / 46
 - 一、行政法渊源的内涵 / 47
 - 二、行政法的实质渊源 / 50
 - 三、行政法的形式渊源 / 56

- 第三章 行政法理论基础论 / 62
 - 一、行政法理论基础学说概览 / 63
 - 二、行政法理论基础研究述评 / 70
 - 三、“政府法治论”之初步展开 / 80

- 第四章 行政法基本原则论 / 85
 - 一、行政法基本原则研究之演进 / 86

- 二、行政法基本原则之一般理论 / 96
- 三、我国行政法基本原则之重述 / 102

第五章 行政法与宪法关系论 / 108

- 一、行政法与宪法关系讨论之缘起 / 109
- 二、行政法与宪法关系之理论重述 / 112
- 三、行政法与宪法互动关系之失衡 / 120
- 四、行政法与宪法互动关系之展望 / 124

第六章 行政法律关系论 / 129

- 一、行政法律关系之界定 / 130
- 二、行政法律关系之类型 / 135
- 三、行政法律关系之特征 / 140
- 四、特别权力关系之研究 / 143

第七章 行政主体论 / 154

- 一、我国行政主体理论的生成 / 155
- 二、行政主体理论面临的困境 / 160
- 三、行政主体理论重构的努力 / 164
- 四、行政主体理论变迁的背景 / 169
- 五、行政主体理论变迁的步骤 / 173

第八章 行政行为概念论 / 176

- 一、行政行为概念界定之必要 / 177
- 二、域外行政行为学说之回顾 / 178
- 三、国内行政行为通说之困境 / 180
- 四、重构行政行为概念之设想 / 184

第九章 行政行为效力论 / 189

- 一、行政行为效力之内涵 / 190
- 二、行政行为效力之价值 / 192
- 三、行政行为效力之内容 / 196

四、行政行为效力之形态 / 203

第十章 行政行为形式论 / 211

- 一、行政处罚论 / 212
- 二、行政许可论 / 233
- 三、行政强制论 / 249
- 四、行政指导论 / 264
- 五、行政合同论 / 277

第十一章 行政行为程序论 / 289

- 一、行政程序法基本理论 / 290
- 二、行政程序法之法典化 / 294
- 三、价格听证制度研究 / 310
- 四、行政公开制度研究 / 326

第十二章 行政复议制度论 / 353

- 一、行政复议制度的法律属性 / 354
- 二、行政复议制度的比较优势 / 358
- 三、行政复议与行政诉讼的程序衔接 / 360
- 四、行政复议困境的解决之道 / 376

第十三章 行政赔偿制度论 / 386

- 一、行政赔偿制度之现状 / 387
- 二、行政赔偿制度的完善 / 399

第十四章 公共行政民营化论 / 407

- 一、全球民营化的兴起 / 408
- 二、民营化与法律保留 / 414
- 三、民营化与程序保障 / 417
- 四、民营化与政府管制 / 420
- 五、中国行政法学研究的新课题 / 425



第十五章 公用事业特许经营论 / 427

一、特许经营在公用事业领域的兴起 / 428

二、特许经营在当下中国社会治理中的危机 / 431

三、政府管制是消解特许经营危机的根本之道 / 436

四、公私合作背景下的行政法学研究 / 441

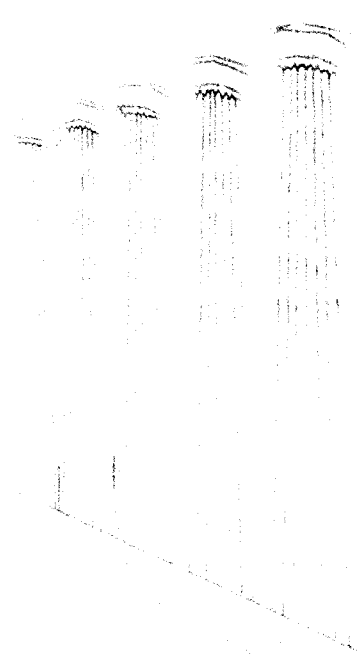
主要参考文献 / 445

后 记 / 450

导言 社会转型时期的中国 行政法学研究

要点提示

- ◎ 中国行政法学研究的现实困境
- ◎ 中国行政法学发展的目标定位
- ◎ 中国行政法学发展的路径选择





按照学界通行的说法，新中国的行政法学研究恢复于 20 世纪 70 年代之末，定型于 20 世纪 90 年代之中，而今正处于深入发展阶段。^①此一时期恰逢我国社会由农业文明向工业文明、由计划经济向市场经济、由人治社会向法治社会的艰难转型期。在中国社会发生翻天覆地的变化过程中，特别是在民主法制重建的过程中，作为一个独立法律部门的行政法扮演着越来越重要的角色。可以说，在过去的二十几年里，行政法是诸多法律部门中发展最为引人注目的一支。与制度建设飞速前进相适应的是，中国的行政法学研究也一路高歌猛进，从被世人遗忘的“冷学”渐成人丁兴旺的“显学”。有学者甚至预言，21 世纪的法制将进入较健全、成熟的行政法时代。^②

毋庸置疑，如果单从研究成果的数量上来看，当下的行政法学研究似乎已经取得了辉煌的成就。通过学界同仁的努力，行政法学的基本范畴逐一得以确立，行政法学自身的理论体系日益健全、研究领域不断拓展，各种行政法学的基本理念推陈出新，行政法学已然跻身于法学大家庭之内。然而，与渐入佳境的刑法学、民法学及诉讼法学等部门法学的研究相比，我国当下的行政法学研究理论化和市场化程度甚低，不仅对人类的知识存量殊少贡献，而且也难以对真实世界的行政过程作出富有解释力的回应。^③面对学科发展新的困境，行政法学人有责任在历史的回顾中进行深刻反思，努力挖掘学科发展的前行力量，促使我国的行政法学以一种更加自信的姿态参与国内不同法学学科和世界范围内行政法学的对话，从而真正迎接中国行政法时代的到来。为此，笔者不揣浅陋，拟在分析当下行政法学研究现实困境的基础上，努力发掘 21 世纪行政法学研究的目标取向与路径依赖，希冀引发更多同仁的思考。

一、中国行政法学研究的现实困境

人类学术史的经验表明：任何一门学科发展到一定程度都会面临特有的“瓶

-
- ① 关于新中国行政法学发展分期的代表性论述，可参见姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，70~72 页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，1999。
- ② 参见姜明安教授为北京大学出版社出版的“现代行政法论著系列”丛书所作的序言。
- ③ 著名行政法学者胡建森教授在中国政法大学五十周年校庆“走向 21 世纪的中国行政法与中国行政法学专题研讨会”上曾痛陈国内行政法学研究的弊病——“顶天”不够、“立地”不足，此一形象比喻生动地反映了当下“黑板行政法学”的积弊。有关这次研讨会的观点综述，可参见司坡森等：《推动依法行政，建设社会主义法治国家》，载《行政法学研究》，2002（3）。

颈”效应。就我国的行政法学研究而言，在 20 世纪 90 年代之初就曾经出现过类似的现象。后来，在学界认真反思的基础上，行政法学研究逐渐走出低谷，并伴随着大规模的制度建设而获得了长足发展。事隔十多年之后，在我国宪政建设稳步推进、政府规制改革日新月异的背景之下，重新审视当下的行政法学研究，不难发现其再一次面临着“瓶颈”效应。如果学界没有勇气直面当下行政法学研究的现实困境，那么行政法学科极有可能在激烈的学术竞争中“由盛而衰”^①。笔者认为，我国当下行政法学研究的现实困境集中体现在以下四个方面：

（一）研究内容严重失衡

作为一门研究行政现象的兼具价值性与实践性的知识体系，行政法学理论无疑应当能够从各个侧面正确描述和解释中国社会运行中的各种行政法现象。也就是说，行政法学理论体系不仅应当具备内在逻辑的自足性，而且还应当具备组成内容的平衡性。然而，当人们深入到行政法学理论体系内部时，却不难发现构成这一体系的各个部分之间存在着严重的失衡现象。具体来说，行政法学研究内容的失衡表现为四个方面：

1. 总论研究与分论研究失衡。综观二十多年来我国行政法学者的研究成果，绝大多数都是围绕行政法学的一般原理和制度展开的，除王克稳、宋功德、余凌云、程雁雷、宋华琳等学者对经济行政法、警察行政法、教育行政法及药事行政法用力甚勤之外，其他部门行政法的研究几乎是一片空白。这种严重的失衡大大削弱了行政法学理论对丰富的部门行政法制实践的影响力，也是不少实际部门工作者批评行政法学研究成果“流于空泛”的重要原因。很显然，作为部门法学研究的行政法学必然要从一般原理走向部门行政法学，只有以扎实的原理为依托并深入部门行政管理的实践才能真正地提高行政法学的应用性和可操作性，实现理论研究与制度实践的真正互动。

2. 基础理论研究与应用对策研究失衡。长期以来，我国的行政法学一直被定位为应用法学的一个分支，似乎应用法学的使命就仅仅在于从事对策研究，解决现实生活中的问题。在这种思维的影响之下，多数学者都将精力倾注在对策研究上。从数量上看，这些应用研究成果已经相当丰富，但真正深入实际生活、在掌握第一手调查材料基础上所进行的实证研究却并不多见。与此同时，受知识储备、方法论局限的影响，我国行政法学基础理论研究尚十分薄弱，还没有形成能够全面、深刻解释整个行政法制体系，能作为指导行政法制度建设基础的完善的

^① 陈斯喜：《由盛而衰的 21 世纪行政法学》，载《行政法学研究》，1998（4）。

学说。虽然在行政法理论基础的讨论过程中涌现出多种观点，但除了“平衡论”的研究“最深入持久、投入研究资源最多、研究成果最丰富，进而形成了较为完整的理论体系”之外，其他观点、学说都还处于提出、论证阶段，有的甚至连是否打算论证都令人生疑。这种失衡状况降低了行政法研究整体的学术水准，也是外界批评其“对人类知识存量殊少贡献”的原因所在。

3. 行政法研究与行政诉讼法研究失衡。一个不争的事实是，无论就研究的广度还是深度而言，行政诉讼法都无法与渐入佳境的刑事诉讼法学及民事诉讼法学相比。其中的一个重要原因就是研究队伍问题。在国内，除了中国政法大学等个别学术研究重镇凭借其天然优势不断推出行政诉讼法研究成果以外，其他行政法学者大多仅以行政诉讼法研究为“副业”，甚至根本不研究行政诉讼问题。由此导致一个极为尴尬的局面，即行政诉讼法既不受诉讼法界的重视，也不受行政法界的重视；诉讼法界往往认为行政诉讼法应当归属于行政法，而行政法界大多则认为行政诉讼法应当归属于诉讼法。如此一来，行政诉讼法自身的身份认同便出现了前所未有的危机，其地位日趋边缘化。^① 在经历了20世纪80年代末、90年代初短暂的“高潮”之后，我国的行政诉讼法研究一直陷入“低谷”。行政法研究与行政诉讼法研究的失衡局面固然与我国行政诉讼制度在实践中的受挫有关，但学人的漠视也是其中的重要原因。

4. 宏观、微观研究与中观研究失衡。行政法研究课题的大小本无可非议，但如果分布不均甚至出现过度的偏好，那么学科的整体效应就难以形成。检视二十多年来我国行政法学的发展道路，不难发现，前十年微观研究“一统天下”，主要围绕公务员法、行政行为法及行政诉讼法等领域的具体问题展开。后十年宏观研究与微观研究“并驾齐驱”，前者侧重于对行政法价值定位、核心理念、基本范畴等“元”问题的研究；后者则表现为对行政法各组成部分的细节问题的精耕细作。就宏观研究而论，固然能够解决行政法学的某些根本性问题，但稍有不

① 一个十分明显的例证是，自1999年以来，在历次召开的全国诉讼法学年会上，与“门庭若市”的刑事诉讼法学组及民事诉讼法学组相比，行政诉讼法学组一直都是“门可罗雀”。更令人忧虑的是，自2006年全国诉讼法学会分立为刑事诉讼法学会和民事诉讼法学会之后，先前的行政诉讼法专业委员会则不复存在。虽然传统上都把行政诉讼制度视为行政法的有机组成部分之一，但鉴于行政诉讼法与行政法在调整对象、调整方法上的差异，行政诉讼法研究的相对独立性更需提倡。时至今日，面临中国急速的社会转型，行政法有太多的现实问题需要学者作出回应。在这一背景之下，本就根基不牢的行政诉讼法研究更难以向纵深方向发展，行政诉讼法学科的前景着实令人担忧！

慎往往就会陷入游谈无根甚至孤芳自赏的境地。就微观研究而言，固然能够解决现实立法、执法或司法之急需，但过多沉湎于此则会导致“只见树木而不见森林”。相比之下，当前立足于真实的行政法世界而又超越具体制度的“中观”性行政法学基本原理研究则非常缺乏。宏观、微观研究与中观研究的失衡影响了行政法学科的整体研究水准，使得现阶段的行政法学研究时常在“重学轻术”与“重术轻学”之间摇摆不定。

（二）研究视域过度狭窄

如果单从数量上来看，当下的行政法研究业已是“枝繁叶茂”。尤其是进入1996年以后，每年公开发表的行政法论文均有近千篇，出版的学术著作也是连年增长。然而，认真检视现有的理论研究成果，不难发现当下行政法研究的视域仍然极为狭隘。这突出表现在学界对“新行政法”问题的视而不见上。^①新行政法问题的产生源自我国近年来在环境、药品、民航、电信等诸多行政领域所展开的规制改革。伴随着政府规制改革的兴起，类似于政府规制职权的配置、规制机构的内部架构、规制形式的选择以及监管程序的设计等新问题便急需纳入行政法学的分析视野之中，从而不断革新传统行政法学的概念架构和学理体系，逐步建立起对真实世界行政过程有解释力的现代行政法学体系。但是，遗憾的是，这些丰富的行政法制度实践未能引起行政法学者的广泛关注，大量的研究成果依然沿袭传统的行政法学套路，从法律条文、行政规则等开始，围绕诉讼展开，人为地将行政活动割裂为一个个的“碎片”进行孤立的研究。如此一来，行政处罚、行政许可、行政强制等不同的行政处理形式便涌现出数部相同的著作。更为严重的是，即使是在传统的行政法研究领域，课题的重复现象也极为明显。许多研究成果往往都表现出简单的雷同现象，其材料使用、文章结构、论证思路几乎如出一辙。这种事例可谓“俯拾皆是”。以下仅举两例，以示并非虚言。例如，学界在一段时期曾对“行政自由裁量权”问题十分关注，但绝大多数成果的论证几乎是一个套路：先说行政自由裁量权在现代社会是多么重要、多么必需，然后话锋一转，说行政自由裁量权又特别容易滥用，最后指出要对行政自由裁量权进行严格的立法控制、程序控制、行政控制和司法控制。又如，近十年

① “新行政法”是一个尚可斟酌的学术用语，意指民营化时代、政府规制改革背景之下的以关注整个行政过程合理性为已任的行政法。与传统行政法过分关注事后司法救济所不同的是，新行政法学更加关注政府如何选择合理的规制方式去实现既定的公共行政目的。值得一提的，浙江大学的一批行政法学者已经率先在国内展开对新行政法的系统研究。参见朱新力等：《现代行政法学与政府规制》，载《法制日报》，2005-03-17。



来, 行政程序问题一直是学术研究的热点, 学术成果可谓汗牛充栋, 但重复过多。几乎所有的比较行政程序法著作都是在简单地介绍、罗列国外相关立法规定之后, 就“急不可耐”地得出结论, 并暗示中国将来也要如何如何。至于外国行政程序法制定过程中到底出现了哪些争论, 该国当时的政治、经济、社会背景怎样则根本就没有涉及。而对行政程序法中的某些具体问题的研究, 如行政程序法的目标模式、基本原则等, 几乎都是词语的排列顺序不同或换种表述而已。从事学术研究本是学者的权利, 而选择什么课题亦属研究者的自由。但从一国行政法学整体发展的要求来看, 研究课题的多样化和适当分工还是十分必要的。我国行政法学研究课题的简单重复不仅浪费了有限的学术资源, 而且还不利于行政法学新领域的开拓和理论研究原创性的提高。

(三) 研究方法过于落后

理论的困境往往直接源于方法的陈旧与落后。先哲有言: 工欲善其事, 必先利其器。良好的研究方法虽然不一定能产出优秀的研究成果, 但滞后的研究方法却断难产出优秀的研究成果。事实上, 研究方法的单调和落后正日益成为阻碍我国行政法学研究深入发展的关键性原因, 也是中外行政法学交流、对话的“拦路虎”之一。回顾我国行政法学二十多年来的研究历程, 其研究方法主要有理论联系实际、比较分析以及价值分析方法等。然而, 这些方法的运用都或多或少地存在一些问题。这里仅以实证分析方法与比较分析方法的运用为例。虽然学界一直在倡导大兴理论联系实际的作风, 但真正运用田野调查的方法, 在掌握大量第一手资料、数据的基础之上所进行的扎实的实证研究却不多见。特别是司法审查中的一些典型个案以及我国当下正在发生的诸多行政领域中的政府规制改革都没有引起学界同仁的广泛关注。进入 20 世纪 90 年代之后, 比较法“就像魔女诱惑性的歌声”一样吸引着行政法学者。一时间, 比较行政法学尤其是比较行政程序法学著作如雨后春笋般涌出。然而, 仔细检视这些著作, 不难发现大都存在“有材料而少比较、有著述而无体系、有个别而乏宏观、有评说而欠方法论”等问题。^① 甚至可以说, 当下的比较行政法学研究还停留在简单的外国行政法研究阶段, 往往是材料堆积有余而功能比较不足。值得一提的是, 近些年来, 北京大学的一批行政法学人在行政法学研究方法论的更新上贡献殊多, 公共选择理论、博弈理论、利益衡量理论等政治学、经济学等领域的研究方法被引入进来, 从而在一定程度上改变了我国行政法学研究方法滞后的状况。不过, 就整个行政法学研

^① 参见关保英:《比较行政法学若干问题探讨》,载《法学研究》,2001(2)。

究而言，方法的局限仍然没有得到实质性的扭转。

（四）学术争鸣极度匮乏

人类学术史的经验显示：学术的进步与繁荣离不开常态的学术对话与争鸣。回首我国行政法学二十多年来的发展进程，“自说自话”现象却极为严重。除了在行政法的理论基础及行政主体等极少数课题上曾经出现过几次观点的交锋之外，学界在其他绝大多数课题的研究中都缺乏深层次的学术对话，很多有价值的观点都无法在相互切磋之中获得发展。与同时期“热闹非凡”、争鸣不断的民法学、诉讼法学研究相比，行政法学的研究实在过于冷清。由于缺乏经常性的争鸣，很多具有挑战性的观点、学说提出之后都没有引发学界更为广泛的讨论。这里仅以两例说明之。作为国内第一部行政法哲学专著——《行政法哲学》的作者在其“后记”中表达了这样的期望：“我真正担心的，乃是来自同仁的沉默的宽容，因为那将使我无所适从，更遑论为之申辩了。我渴望批评与指责，哪怕它会将我击倒——倘若对我的批驳有助于行政法理性真正面目的显现，那么，我宁愿承受致命的一击。”^①遗憾的是，该书作者所担忧的事情似乎还是发生了。自该书问世起近五年来，至今尚未有质疑和回应的文字公开发表。又如，《行政法的私权文化与潜能》的作者在“导言”中指出：“传统行政法学理论和行政法治实践都是以公权为基础建构行政法治的规则体系和规范实践。由公权启动的行政法和行政法学问题也许具有历史的渊源，具有它生根延续的土壤，然而，这样的底土会随着时代的发展而不复存在。现代社会中个体权利，或者私权利的普遍性基础完全改换了行政法的底土。因此，公权建构的行政法学体系和行政法治体系已难以对其理论和实践问题进行自我修复。”^②如果论者的上述命题能够成立的话，那么这将意味着整个行政法学理论要彻底改写。然而，对于这一“惊世骇俗”的观点，自该书问世两年来，并未有学人与其展开论争。对新思想、新观点反映的迟缓甚至冷漠，不仅无助于学术争鸣氛围的形成，也无法真正提升行政法学的整体水准。当我们分析二十多年来国内行政法学的研究状况时，这一点无疑是值得学界同仁警醒的。

二、中国行政法学发展的目标定位

中国行政法学研究困境的摆脱首先需要正确的目标定位。只有在对行政法

① 宋功德：《行政法哲学》，592~593页，北京，法律出版社，2000。

② 关保英：《行政法的私权文化与潜能》，1页，济南，山东人民出版社，2003。