

梁久忠 主编

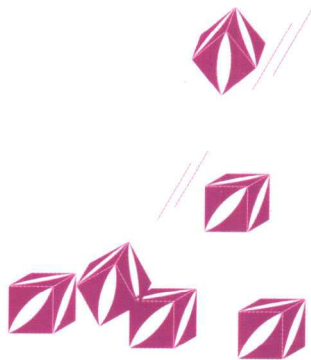
高校教师社科文集

行政法治监督研究

丁建军 著

.....

人民日报出版社



梁久忠 主编

高校教师社科文集

行政法治监督研究

丁建军 著

人民日报出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政法治监督研究/梁久忠主编.—北京:人民日报出版社,
2006.6

(高校教师社科文集)

ISBN 7-80208-365-6

I.行… II.梁… III.行政法学—中国—文集

IV.F0-0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 061873 号

书 名:行政法治监督研究

主 编:梁久忠

责任编辑:田玉香

封面设计:周 蕾

出版发行:人民日报出版社

社 址:北京金台西路 2 号

邮政编码:100733

发行热线:(010)65369527 65369529

编辑热线:(010)65369525

经 销:新华书店

印 刷:新千年印制有限公司

开 本:880×1230 1/32

字 数:275 千

印 张:11

印 数:1-3000 册

版 次:2006 年 6 月第 1 版 2006 年 6 月第 1 次印刷

书 号:ISBN 7-80208-365-6C·008

定 价:125.00 元

代序：社会发展与行政法治监督

苏祖勤

我同丁建军先生打交道的时间很长了，在我的印象中，他是一个社会责任感很强的青年学人，多年来一直埋首研究中国宪政和行政法治，研究古今中外的行政监督理论，希望为中国的法治化尽一点绵薄之力。现在凝聚了他多年心血的著作就要出版，作为同行，除了借此机会向他表示热烈的祝贺以外，还想对本书的学术成就略作评介，对有关问题作进一步的探讨，见教于读者中的大方之家。

资产阶级启蒙思想家孟德斯鸠有言：“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直遇到有界限的地方才休止。”这里说的“权力”应当是指所有国家权力，包括立法、行政和司法。但是，只要稍许留意，就不难发现，在现代世界各国，行政或者说行政权成为人们关注和监督的重点。行政监察机关、审计机关、检察机关、行政法院等都是或主要是用来专门监督行政机关及其工作人员的。而且，事实上，贪污腐败也好、侵犯公民权利也好，案件更容易发生在行政机关。为什么会形成这样的状况呢？这与现代行政权的特点有关。

本书中，丁先生在第二章“行政法治监督的法理分析”中不惜笔墨，不惜篇幅，对现代行政权与政党的政治领导权以及立法权、司法权、人权进行了深入细致的分析。通过比较的分析方法概括出现代行政权的一些重要特征。如行政权力的膨胀性、利益指向性及权力的可交换性等等。我认为现代行政权还呈现出另一些特点。一

2 行政法治监督研究

是行政职能的广泛性。在各种社会组织中，国家机关的权力是最广泛的，在国家机关中，行政职权又是最为广泛的。表现在职权的性质、管理的内容及行使的方式都空前丰富和扩大。相比之下，立法机关、司法机关的职权范围比较狭窄、内容和方式都比较单一。二是职权效力的直接性。行政权的行使对相对人的权益影响是直接和具体的。而立法权的行使则具有间接性的特征。正如应松年、袁曙宏所指出的那样：“行政权既是国家权力中最动态、最有力的一种权力，也是对政治、经济、社会和公民民主权利和切身利益影响最直接、最关键的一种权力”。三是职权后果的利益性。可以说，权力的实质是对社会物质与精神资源的控制，权力的行使就是对社会资源的再分配。就行政权来说，大量的行政行为都直接影响当事人对社会资源的占有状况。而这些则是立法权、司法权所不能比拟的，这也正是行政容易发生腐败的重要原因。

其实，至少从资本主义国家的情况看，立法、行政和司法三权的状态并非从来如此的。易言之，现代行政权独大有一个发展过程。

众所周知，立法、行政和司法三权分设的政治体制是由资产阶级创造的。从总体情况看，三权地位变化基本格局是：自资本主义国家诞生以来 300 多年间，司法机关的地位一直比较稳定，在三权中处于相对弱势；立法机关与行政机关则存在一个此起彼伏，强弱互换的过程。按照杨柏华的观点，自由资本主义时期是议会地位高于政府，垄断资本主义时期则相反。应当说，这一观点是符合历史实际的。那么，这一过程是如何发生和发展的呢？

议会最早出现在 13 世纪的英国。当时，议会只是从属于国王的等级制议事机构，其性质相当于咨议机关，严格地说它还不拥有国家权力，因而也谈不上什么政治地位和作用。后来，资产阶级利用议会同国王进行斗争，取得了资产阶级革命的胜利，并通过议会对国家进行统治，便形成了作为国家政体形式的议会制度。由于英

国资产阶级是通过议会夺取政权的，议会被作为“人民主权”的象征，也鉴于封建王权专制的历史教训，因此，在资产阶级建国之初，议会拥有很大的权力，其地位居于行政和司法之上。当时，行政机关必须以议会制定的法律为行使权力的唯一依据，也就是说，行政机关的一切活动都必须听命于议会，所以当时有“无法律便无行政”的格言。这种情况被资产阶级说成是议会真正拥有国家权力的“兴盛时代”，宣扬“议会至上”、“议会万能”的理论也在这时得到广泛发展。资产阶级著名学者狄龙吹嘘：“议会除了不能使一个女人变成男人之外，能够做一切事情。”随后建立的美、法资产阶级政权虽然是按照典型的三权分立原则建立，行政机关、司法机关在宪法上与议会处于平等地位，但议会的主导地位却十分明显。在美国建国的最初百年间，州议会、随后是联邦议会一直是美国政治舞台上的主角，直到20世纪30年代“罗斯福新政”，这种局面才被彻底扭转。这一变化的历史背景是：进入20世纪后，随着社会经济的迅猛发展，社会整体化趋势愈来愈明显，国际间竞争的加剧，需要国家管理和协调的事务越来越多，议会那种“马拉松”式的作风显然不能适应资产阶级统治的需要，行政权力因此得到空前膨胀，尤其是50年代以后，许多国家推行国有化、经济计划化、社会福利化，政府职能越来越庞杂，几乎无所不包，国民“从摇篮到坟墓”都能得到政府的关照，政府权力扩展到社会生活的方方面面。议会原来所享有的传统权力，如制定法律、批准国家预算、对行政机关进行监督等，都遭到了重大的削弱。行政机关不仅不再唯议会马首是瞻，相反却在实际上操纵着议会的活动。例如，根据田穗生等人的研究，在当代西方国家，议会通过的大部分法律都是由政府提出来的。而且，从19世纪中叶开始，行政权就开始向立法和司法权渗透，并于20世纪前期拥有了大量的立法权和司法权。一些学者甚至提出，20世纪以后西方进入“行政国家”时代。如董炯认为，美国的“行政国家”现象自19世纪80年代就已经开始，

4 行政法治监督研究

标志是集行政权、立法权和司法权于一身的独立行政机构的设立。

笔者在此探讨行政权的特征及其历史演进,是想进一步阐明行政权与社会发展是紧密相连的,特别是社会处于变革的时期,行政权职能的变革必然导致行政监督理念和制度的更新。在这方面丁先生无疑是敏感的,因为当今中国就是处在这样一个大的变革时代,特别是在“依法治国,建设社会主义法治国家”和“人权”相继入宪的背景下。丁先生以其独到的眼光和深厚的学术功底,对时代脉搏的把握是相当精准和到位的,这一点在他的书中表现得淋漓尽致,相信读者对此会有很深的感受。

所以,三年前,当丁建军先生将行政法治监督作为研究方向时,我是特别赞同的;现在,当他将《行政法治监督研究》书稿呈现在我面前时,我感到很高兴:高兴丁先生的辛勤耕耘已有收获,学术殿堂又添奇葩!据我所知,尽管现在学术界关于行政监督的论文可谓汗牛充栋,但系统研究的著作并不多,像《行政法治监督研究》一书这样在“法治监督”和“通论”似的研究上下工夫的专著则可能是头一份。作为一个青年学者,他有着非常宽广的视野,这一点体现在他对行政法治监督的全方位的对比研究上。而且该书涉猎内容之广,探讨问题之多,研究理论之深,以及编排体例之新,均代表了这个领域的一流水平。所以正是在这个意义上我称之为学术“奇葩”。当然对于该书具体的优点和不足,我不想先声夺人,还是读者自己去品评吧。

是为序。

2006年5月12日于武汉南湖之滨

(苏祖勤:中南民族大学教授,硕士生导师,公共管理研究所所长)

目 录

代序：社会发展与行政法治监督	苏祖勤 (1)
第一章 绪论	(1)
一、行政法治监督阐释	(1)
二、行政法治监督的作用	(9)
三、近代以来西方各国行政法治监督的历史演进	(14)
四、我国行政监督体制的形成与发展	(16)
第二章 行政法治监督的法理分析	(26)
一、行政权与其它权力（权利）的比较分析	(26)
二、行政法治监督理念分析	(42)
第三章 行政法治监督的理论基础及现实依据	(59)
一、行政法治监督的理论假说	(59)
二、行政法治监督的现实依据	(66)
第四章 行政内部监督（上）	(93)
一、行政监察概述	(93)
二、现代资本主义国家的行政监察的特点	(96)
三、我国的行政监察制度存在的问题及其完善	(101)
四、香港廉政行政监督制度及其评介	(109)
第五章 行政内部监督（下）	(119)
一、行政层级监督	(119)

2 行政法治监督研究

二、行政审计监督	(129)
第六章 立法监督	(141)
一、立法监督概述	(141)
二、西方国家立法监督	(144)
三、中国全国人民代表大会的职能监督	(152)
四、对我国人大监督改革的思考	(156)
第七章 司法监督	(168)
一、司法审查	(169)
二、违宪审查	(173)
三、行政诉讼与行政裁判	(178)
四、我国司法监督存在的问题及其对策	(189)
第八章 政党监督	(197)
一、西方国家的政党监督	(197)
二、中国的政党监督	(207)
第九章 公民与社团监督	(223)
一、公民监督	(223)
二、社会团体监督	(235)
第十章 舆论监督	(254)
一、舆论监督的种类、方式和条件	(255)
二、资本主义国家的舆论监督	(264)
三、中国的舆论监督	(277)
第十一章 现代行政法治监督的发展趋势	(290)
一、世界上主要国家行政监督制度的特点	(290)
二、我国行政法治监督的发展与改革	(310)
主要参考书目	(326)
后 记	(333)

Content

Preamble: social development and administration rule by law and supervise / (1)

Chapter 1. introduction / (1)

Chapter 2. legal principle analysis of supervising that the administration rules by law / (26)

Chapter 3. theoretical foundation and realistic basis supervised that the administration rules by law / (59)

Chapter 4. supervise inside the administration (Have) / (93)

Chapter 5. supervise inside the administration (Leave) / (119)

Chapter 6. legislative control / (141)

Chapter 7. the administration of justice is supervised / (168)

Chapter 8. the political party supervises / (197)

Chapter 9. the citizen and public organization supervise / (223)

Chapter 10. supervision by public opinion / (254)

Chapter 11. development trend supervised that the modern administration rules by law / (290)

Main bibliography/ (326)

Postscript/ (333)

第一章 绪论

在当今世界，多数国家选择民主宪政体制，尽管在实质上可能有差异（如有的国家有民主之形，而无民主之实，宪法不过是一纸空文）。从法理上来说，宪政即“限政”，也就是说，“宪政”的根本目标是限制国家权力，保障公民权利。资产阶级启蒙思想家孟德斯鸠有言：“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直遇到有界限的地方才休止。”〔1〕在现代社会，这个“界限”就是体现公意的法律。所以，只要是以民主国家自居，就必然要求依法治国。依法治国主要是指依宪治国，包括国家的立法、行政和司法权都必须纳入宪政的框架内。其中，强调依法行政或者说加强行政法治监督是最重要的时代主题。那么，什么是行政法治监督？现代社会为什么强调行政法治监督？行政法治监督的特点与作用又是什么？这些是我们首先必须弄清的问题。

一、行政法治监督阐释

（一）行政法治监督

要明确行政法治监督的含义，首先必须从理论上搞清楚监督和行政法治这两个概念。

〔1〕〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》，北京：商务印书馆1992年版，第154页。

所谓监督,主要是指人们为了达到政治、经济、军事、司法方面的某种目的或目标,仰仗一定的权力,通过对社会公共治理中若干事务的内部分工约束或外部民主性参与控制等途径,针对公共权力的资源、主体权责、运作效能等而相对独立地开展检查、审核、评议、督促活动。在这些活动中,为界定人们的选择空间、约束人们的权利义务之间的相互关系和规范人类偏好及选择行为所形成的各种规则、习惯与实施手段,就构成监督制度。作为人类政治文明成果之一,监督制度具体包括了监督的理念,主体的权责,监督的内容、客体、过程、方式和设备等方面的规则和机理。监督起源于社会生产和分配中的记事和契约活动,后引用于公共治理之中。经历近代和现代社会民主政治发展和市场经济的形成,监督的内涵已发生了很大的变化,从原来的自上而下的检查督促,更多地转向了社会公共事务管理中的控制和国家权力运作中的监控与制约,转向了权利的维护。

所谓行政法治,简言之,就是国家行政的依法治理状态,即国家行政的各个方面和各个环节有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。

行政法治和我们日常所说的依法行政的概念在内涵上是一致的。关于行政法治的标准,学术界有许多人作过概括和归纳。在多数人那里,法治被简约为良善法律与普遍守法的结合。^{〔1〕}下面我们引述几位学者的观点。

英国著名行政法学者威廉·韦德认为,法治(实际上是行政法

〔1〕法治等于良法加上守法,这是亚里士多德描绘的法治公式,是其法治观的基本内容之一。亚里士多德在《政治学》一书中系统地阐述了法治,他认为,“法治应包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1981年版,第199页。近十几年来,人们普遍使用亚里士多德的公式描述法治,至少表明了中国法治观的进步:一是形成了对法律的价值评判意识,反思法律规范的“义务本位”和“权力本位”,倡言制度文明,立法应当符合社会正义,恶法非法;二是发展了守法的意义,守法不再是与立法、执法、司法并列的法的实施的环节,而是法的实施的主线,守法的主体不单是权力对象,而是社会全体,而且立法、执法和司法过程中权力者守法更是法治的焦点。

治)有三项基本含义:其一,“要求每个政府当局必须能够证实自己所做的事是有法律授权的,几乎在一切场合这都意味着有限的授权。否则,它们的行为就是侵权行为”,而且“政府必须根据公认的限制自由裁量权的一整套规则和原则办事”。其二,“对政府行为是否合法的争议,应当由完全独立于行政之外的法官裁决”。其三,“法律必须平等地对待政府和公民。”〔1〕

我国学者孙笑侠认为行政法治的核心理念是控制行政权力。从这一理念出发,他将行政法治分为形式标准与实质标准。按照他的说法,所谓行政法治的形式标准是指行政法治的手段性的外在方式;所谓行政法治的实质标准是指行政法治的目的性的内在要求。行政法治的形式标准具有相对独立性,可以自成体系,从而实现形式意义上的法治,但形式标准又受实质标准制约,没有实质标准,可能导致形式标准的空洞,甚至违背法治目标,背离人权目的。在他看来,行政法治的形式标志有这样几个内容:一是所有权力行为必须遵守法律,政府剥夺公民自由和权利时,必须指出自己行为的法律根据。福利行政也应当受到宪法和法律约束,最大限度地保障人权。二是行政行为(具体行政行为与抽象行政行为)必须有正当的法律程序,不按照正当的法律程序不得剥夺相对人的生命、自由和财产。三是应当具备保证司法审查的机构和职业。这些机构和职业包括法院、律师和政府公务人员等,特别是法院应当独立审判行政案件,有效保障行政救济;法官和律师都应当接受严格的法律职业训练,应扩大律师在行政程序中的权利。

孙教授关于行政法治的实质标准用一句话概括就是,行政法治之“法”必须是良法,其标准包括:第一,从立法与行政的关系来看,必须是以“立法优先”、“权力法定”和“法律保留”为原则。立法机关应当对政府行政行为予以限制,法律对政府的授权不得采

〔1〕〔英〕威廉·韦德:《行政法》,徐炳等译,北京:中国大百科全书出版社1997年版,第25页。

取一般性的抽象委任，过于宽泛地甚至无限制地授予权力。法律规定行政职权应当坚持行政职权与职责统一的原则。第二，立法必须规定公民基本的权利和自由保障，体现人权精神和标准。其中包括实体性权利的规定以及程序性权利的规定。以正当程序保障权利限制行政权力，是现代行政法上的重要形式。第三，法律并不排斥自由裁量行为，但必须以必要为限，并且应当规定自由裁量权行使的规则，即行政合理性规则。要建立防范政府滥用自由裁量权的有效制度，规定一些肯定的标准作为权力对私人权利干预范围的界限，政府活动的扩展必须伴之以取消政府责任豁免权等等。〔1〕

公丕祥教授为“行政法治”提出了五条标准：第一，政府守法。“行政法治”的第一个评价标准在于国家行政机关在行使国家行政权力、进行行政管理的过程中，必须严格按照法律的规定办事。第二，越权无效。“越权无效”是用否定性命题来强化和补充“政府守法”，它是现代“行政法治”得以实现的中心思想和主要武器。现代宪政之所以强调对权力要实行制约，其基本的根据在于不受约束的权力必然招致腐败。因此，为了防止国家行政机关及其公务员在行使行政权力时的主观任性和随意性，为了限制和否定行政权的滥用，现代行政法将行政机关不能在其职权范围以外行事作为一条基本的定律，认为这种在职权范围以外实行行政管理的行为在法律上是无效的，国家对这种行政行为不予承认，公民、企事业单位都不予执行。第三，行政救济。行政救济是现代行政法律制度对行政违法行为所造成的、对行政相对人的人身和财产损失的一种补偿措施。对于行政违法行为对行政相对人的损害是否实行补偿和救济，是行政法制是否现代化的重要标志之一，也是现代行政法律制度区别于古代官制法律文化的基本分野之一。第四，程序化。现代行政法制要求国家的行政行为要按照一定的法定程序进行，行政活

〔1〕 孙笑侠：《法律对行政的控制》，济南：山东人民出版社 2000 年版，第 25-26 页。

动的程序化是行政法治的一个重要构成部分。现代行政法所要求的“政府守法”，不仅是指政府必须遵守实体法，而且也必须要遵守程序法。第五，效益化。法律制度和法律规范只有在现实生活中得以实现，才能转化为社会主体的实际权利和义务关系，转化为人们的行为范式，因此，法律效益的高低从来都是现代化程度的评价标准。行政法的高效益的实行也是行政法制现代化的重要评价标尺之一。它要求国家行政机关及其公务员在实行国家行政管理的过程中，严格按照法律规定办事，使行政法律规范所规定的行政机关及其相对人的权利义务关系转化为现有的行为模式，行政法律规范所要求的应有的行政法律关系转化为现有行政法律秩序。^{〔1〕}

以上三位学者虽然表述不尽相同，但关于行政法治内涵的基本方面与笔者上述观点是一致的。结合监督和行政法治的概念可引申出行政法治监督的内涵。

行政法治监督，即指国家权力机关、司法机关、政党组织、社会团体和社会组织、新闻舆论机构、公民个人以及行政机关内部的专门部门等，依照法律对国家行政机关及其工作人员的政务活动是否合法、合理实行的监察和督促。也就是说，国家行政应当处于严密和强有力的监督网络中，国家行政机关及其公务员的违法行政能被及时发现和纠正，受到不法行政侵害的行政相对人，包括公民和社会组织受到损害的权益能得到相应的救济。

（二）行政法治监督的特点

行政法治监督体系的构成多样，它所依附的政治体制各异，体现出了不同的政治特征，在历史上所发挥的作用也大不相同，但是一切现代的、科学的、有效的行政法治监督一般具有以下的特点：

（1）行政法治监督体现着权力的制约，它是以权力作为后盾的在公共利益和私人利益存在着差异的情况下，在权力所有者和

〔1〕 公丕祥：《中国法制现代化的进程》，北京：中国人民公安大学出版社 1991 年版，第 239～242 页。

权力的行使者相对分离的情况下，监督就意味着一种权力对另一种权力的监控和制约。如果没有权力，行政监督只能是一个口号，就没有约束力和权威性，这是一切监督包括行政法治监督的最基本的特点。行政法治监督主体的权威性应该是来源于宪法和法律所规定的监督权，没有这种监督权，或者是这种监督权的空泛化，行政法治监督就会失去最重要的权威基础，行政法治监督就会出现“气不足，力不够”的疲软状态。近代的监督一般都是在国家权力和职能进一步分化的基础上产生的，所以说行政监督体现了国家权力间的制约。总之，行政监督本身要发挥督导和调控作用，就离不开它本身所具有的权威性和控制力；行政监督的有效性要得到充分地体现，一方面离不开行政监督主体的广泛性，也就是说要体现民主的价值取向，另一方面也与行政监督权威紧密相连。

(2) 行政法治监督是一种外部力量的制约，是行政法治监督主体对国家行政机关及其工作人员的一种限制性活动

既然是行政法治监督主体对行政法治监督客体的一种监控和限制性活动，因此，监督的主体和客体不能够两位一体，不能够让行政法治监督的主体依附于或受制于行政法治监督的客体，以防两者在一定的时空条件下互换或倒置。也就是说，双方的关系必须是外部的、互不统属的。行政法治监督在形式上有内部行政法治监督和外部行政法治监督之分，尽管这种内部监督的主体和客体之间，要么存在着上下级的领导关系，要么存在着一定的行政隶属关系，因而从整个行政法治监督体系来说，这种监督不是一种外部力量的制约，而是一种内部的自我约束，有人据此认为这不是一种行政法治监督。但笔者认为，如果换一个角度来看，也就是将视域缩小，仅就约束的主客体双方来看，主体相对于客体来说也是一种外部性力量，而且这种内部的行政法治监督的重点是强调上级对下级的一种监督检查（尽管在法律上规定了下级可以对上级进行监督，但这种监督如果没有一定的制度性渠道的话，是很难发挥作用的），所以，

我们认为这种内部的行政法治监督是符合监督的本义的,并且在实际的运行过程中也能很好地发挥作用。至于说外部的行政法治监督,因为监督主体相对于监督客体分属不同的系统,发挥作用的方式和形式也有别于行政系统内部的自我监督,所以,这种监督主体相对于其客体来说,就具有一种外在性。

(3) 行政法治监督具有强制性

行政法治监督行为不同于其他的经济行为和交往行为,它不是建立在被监督者自愿的基础之上的,在这里通行的不是温情脉脉的亲情伦理,而是一种刚性的、冷冰冰的法律规章。不管被监督者是否意识到、是否愿意,行政法治监督都在进行。行政法治监督的强制性,在传统社会里来源于宗教伦理、道德律令,或是统治者个人的权力,而在现代则是来源于法律的威严,因为行政监督权在本质上是一种治权,监督行为是对管理者的一种再管理。而法律的强制性来源于像著名的经济史学家诺思(Douglass C. North)所认为的国家具有一种“暴力潜能”(Violence Potential)的性质。^{〔1〕}在现代社会,许多国家为了增强行政法治监督的有效性,都赋予了行政法治监督主体一定的处置权,其强制性的色彩就更加浓厚。即便有的行政法治监督主体并不直接惩罚或纠正行政系统的不当的行政行为,但它却能够在社会上形成一种氛围,它可以引起有相应处置权的主体的重视或注意,从而在客观上促使了问题的解决,这在一定意义上也可以说是其强制性的表现。如为我们所熟知的舆论监督就是这样,可以这样说,舆论监督的强制性并不是其本身所具有的,它仅仅是在运作过程中所带来的一个客观后果。正是在这个意义上说,任何一种行政法治监督都有强制性,但是由于主体的不同,由于各国政治体制的差异,其强制性的强度也有所差别。

〔1〕〔美〕道格拉斯·C·诺思:《经济史上的结构与变革》,商务印书馆1992年版,第23页。诺思认为,正是这种暴力潜能的性质使得国家在提供包括法律在内的公共物品时具有一种比较优势。