

SANWEI SHIYU



三维视域 下的行政法基本理念、 制度和执行

吕艳辉 杨兆岩 温恒国 著

黑龙江人民出版社

三维视域下的行政法基本 理念、制度和执行

吕艳辉 杨兆岩 温恒国 著

黑龙江人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

三维视域下的行政法基本原理、制度和执行/吕艳辉

著. —哈尔滨:黑龙江人民出版社,2006.10

ISBN 7-207-07153-1

I. 三... II. 吕... III. 行政法-法的理论-研究

IV. D912.101

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第121943号

责任编辑:安晓峰 梁燕

三维视域下的行政法基本原理、制度和执行

吕艳辉 杨兆岩 温恒国 著

出版发行	黑龙江人民出版社
通讯地址	哈尔滨市南岗区宣庆小区1号楼
邮 编	15008
网 址	www.longpress.com E-mail hljrmcbs@yeah.net
印 刷	哈尔滨市民强印刷厂
开 本	850×1168 毫米 1/32·印张8
字 数	20万字
版 次	2006年10月第1版 2006年10月第1次印刷
书 号	ISBN 7-207-07153-1/D·925

定价:20.00元

(如发现本书有印刷质量问题,印刷厂负责调换)

序

《三维视域下的行政法基本理念、制度和执行》一书，是研究行政法理论基础的学术专著。本书的三位作者，现均系黑龙江大学法学院的青年教师，均为宪法学与行政法专业法学硕士，其中，吕艳辉毕业于吉林大学法学院，温恒国（北京大学法学院在读博士）和杨兆岩毕业于黑龙江大学法学院。本书是在他们的硕士论文基础上改写而成的，是他们合力辛勤耕耘的硕果。他们各自不同的论文何以能合而成为一部学术专著呢？这固然在于他们的论文是从众多同窗论文中筛选出来的优秀之作，但更为主要的还是因为：这三篇论文都是研究“控权——平衡论”的，主题同一；三篇论文分别从行政法基本理念、制度和执行的侧面对“控权——平衡论”的探讨，恰正体现“控权——平衡”过程，也即行政法运行过程的三个相互关联的重要环节，具有内在联系。这样，这三篇论文就在同一主题下，成为该书结构的三个有机组成部分，缝合成浑然一体的学术专著。

“控权——平衡论”，是我国行政法学者讨论行政法理论基础过程中提出的一种学术见解。本书对“控权——平衡”的研究，虽是行政法研究园地中的一株三叶草，但正如小草有生命一样，它也有生存的价值。思维是人类特有的一个本质属性，而理论思维则为人类由自然王国跨入自由王国的必经之路。从这种意义上说，“一个民族要站在科学的最高峰，就一刻也不能没有

理论思维^①”。我国的行政法学，无疑也必须经由理论思维之路，才能走向成熟，攀上世界行政法学的高峰，昂首世界行政法学之林。我国行政法学界关于行政法理论基础的讨论，标志着行政法学研究从规范研究转向范畴研究，在理论思维道路上前进了一步，对推进行政法学成熟是很有意义的。《三维视域下的行政法基本理念、制度和执行》一书，正是为尽学子之心，更为这有意义的事业而问世的。

翻阅《三维视域下的行政法基本理念、制度和执行》的书稿，颇为三位青年作者的蓬勃朝气和锐意创新的精神所感动。本书在研究方法上逻辑切入点的选择，是立足求新的；观点的提出和阐述也是立足求新的。书稿阅后掩卷沉思，觉得这是一部品位不俗的书，很有启迪意义和开拓视野的书。书稿第一编选择行政法与社会的经济条件、政治条件和思想条件之间联系的三维视域，对行政法理论基础探讨和定位，与我国行政法学界或从经济、或从政治、或从思想的单一层面为行政法理论基础定位相比较，是别具只眼的。当然，西方法学家们从经济、政治和思想的多视角研究法包括行政法的，不乏其人。如德国法社会学家马克斯·韦伯在探讨法律产生时，就强调多种因素的积极作用，并认为“社会组织法律结构绝不是完全由经济因素决定的。”^②又如美国综合法学家埃德加·博登海默反对用任何单一的绝对的因素或原因来解释法律，主张研究与法律有关的各种因素，他说：“法律是一个复杂的网，法律科学的任务就是把各种线组织到一起”^③。再如丹麦多元论法学家斯帝格·乔根森也强调运用多元

① 《马克思恩格斯选集》第三卷，人民出版社1972年版，第467页。

② Max Weber, *On Law in Economy*, edited and annotated by Max Rheinstein, translated by, Edwards and Max Rheinstein, New York: Simon & Schuster, 1967, P131.

③ 转引自吕世伦：《现代西方法学流派》，中国大百科全书出版社2000年版，第602页。

的方法，从多元的角度去探讨法的概念和法的功能^①。但是，无论韦伯还是博登海默和乔根森，他们主张的一个共同特点在于承认法律受多种因素制约的同时，否认经济条件对法的决定作用。不过，像经济分析法学那样把经济效益作为法的唯一基础和宗旨，否认其他社会因素对法的制约作用，也是一种极端的主张。正如恩格斯所指出的：“说经济因素是唯一决定性的因素”，也是“荒诞无稽的空话^②”。本书与上述西方法学家的观点不同，既指出行政法受社会的经济、政治和思想多种因素制约，又明确这多种因素对行政法的制约作用不能并列，对行政法的制约因素中经济条件的决定作用、政治条件的中介作用和思想条件的选择、指导作用，构成合力，共同制约行政法的产生、存在和发展。本书的第二编，把行政许可视为体现“控权——平衡”理念的一个行政法学范畴和一项行政法制度，从“控权——平衡”理念如何物化为行政许可制度的视角，对行政许可制度进行了剖析，这与许多从规范角度研究行政许可制度的著述相比较，是别具一格的。本书的第三编，着重对行政执法中鲜有人研究的非制度因素进行研究，把这种非制度因素视为“控权——平衡”理念在行政执法中的折射，这一研究视角的选择，可谓别具匠心。至于本书的观点及其论证，虽有大量借鉴，但其新意也俯拾皆是。

客观些说，由于本书是在几篇不同论文基础上改写而成的，不免留有缝合的痕迹，致使各编中的个别观点不尽一致，论述略有重复，文字风格也各异。但在我看来，似主要是作者有意保留其原有论文的一些个性所致，与其说是瑕疵还不如说是本书的一个特点；即便有些瑕疵，也不妨说瑕不掩瑜。

① 吕世伦：《现代西方法学流派》，中国大百科全书出版社2000年版，第612页。

② 《马克思恩格斯选集》第四卷，人民出版社1972年版，第477页。

举凡为学术著作写序者，名人也！扪心自问，此等事我实不敢、不能慨然应允。无奈，作者之嘱托又难推却，只好勉为其难。这序，权作一篇读后感吧。

杨忠文

2005年12月8日

目 录

第一编 三编视阈解行政法解本理理： “控权—平衡论”

引 言	1
第一章 行政法理论基础的界定	4
第一节 行政法学界对行政法理论基础的探讨	4
第二节 什么是行政法理论基础	8
第三节 行政法理论基础的周边界限	10
第二章 行政法理论基础的研究方法和定位	14
第一节 行政法理论基础的研究方法	14
第二节 行政法理论基础的定位	21
第三节 对行政法理论基础诸“论”的评析	24
第三章 “控权”和“平衡”范畴解析	33
第一节 “平衡”范畴解析	33
第二节 “控权”范畴解析	49
第三节 “控权”与“平衡”的联系	58

第四章 “控权——平衡论”视域的行政法和行政法学 62

第一节 行政法的界限、本质、规律和特点 62

第二节 行政法学体系 74

第三节 行政法治改革的趋势和我国行政法体系的完善
..... 76

第二章 一项体现“控权—平衡”理念行政法

第三章：行政许可

引言 81

第五章 行政许可制度的定位 83

第一节 行政许可行为的性质 83

第二节 行政许可与相关概念的关系 88

第三节 行政许可制度的性质 92

第四节 行政许可制度的特征 95

第六章 行政许可制度的“平衡”追求 98

第一节 行政许可制度维护社会公共利益目标的法理念基础
..... 99

第二节 社会公共利益的内涵 102

第三节 行政许可维护社会公共利益目标的主要内容
..... 105第四节 行政许可以公益与私益的平衡为基础和价值目标
..... 109

第七章 行政许可制度“控权”的根据	113
第一节 制度缺陷	113
第二节 权力的特性	118
第三节 人性预设	122
第八章 《行政许可法》的制度安排：“控权——平衡”	
理念的外化	132
第一节 价值取向	132
第二节 基本原则	137
第三节 对行政许可设定权的控制	141
第四节 合理配置行政许可权力和行政相对方权利	144
第五节 行政许可实施中的程序制约	149
第三编 “控权——平衡” 编排在行政控法中	
编析时：非编度权解	
引言	155
第九章 行政执法、制度和非制度因素的解读	158
第一节 行政执法	158
第二节 制度	164
第三节 非制度因素	171
第十章 非制度因素对行政执法影响的价值分析	184
第一节 权利与利益	186
第二节 法定权利与其他社会权利	189
第三节 权利与权力	195

第十一章 非制度因素对行政执法影响的技术分析·····	202
第一节 制度控制行政执法的缺陷与非制度因素发挥作用的 可能·····	202
第二节 非制度因素影响行政执法的切入点与方式·····	206
第三节 非制度因素影响行政执法的表现·····	209
第四节 非制度因素影响行政执法的特点·····	213
第五节 非制度因素影响行政执法的后果·····	215
第十二章 非制度因素影响引发的对制度建构的思考·····	218
第一节 制度建构需要整合考虑制度因素和非制度因素 ·····	218
第二节 加强制度建设, 提供合适的制度表达途径和制度调 节手段, 以减少法外行政·····	221
第三节 加强法学研究, 加大法制宣传力度, 改变普法教育 的观念, 营造良好的制度环境·····	233
后记·····	236

第一编 三维视域的行政法基本 理念：“控权——平衡论”

引 言

在我国大陆行政法学界，对行政法学的研究，大体可以上个世纪 80 年代末 90 年代初《中华人民共和国行政诉讼法》颁布实施为界标，划分为前后两个阶段。

《行政诉讼法》颁布实施前是我国行政法研究的起步阶段，主要是着眼于行政法现象，对行政法规范的研究，只有极少数行政法学界的先行者接触或提出行政法的理论基础问题。最初论及行政法理论基础的当首推王名扬先生，他向人们介绍的作为法国行政法“基本观念”或“中心观念”的“公共权力学说”和“公务说”等，即属于行政法理论基础范畴。1983 年出版的我国第一部高等院校行政法学试用教材《行政法概要》，实际上是把行政法视为国家管理法，^①而此后出版的行政法学教材有些则持不同观点，认为行政法是规范行政权的法。^②这两种观点后来被行政法学者们分别归纳到行政法理论基础的两种理论范畴

① 参见何勤华、鄒钦川：《中西法律文化通论》，复旦大学出版社 1994 年版，第 92 页。

② 参见张树义：《行政法学新论》，时事出版社 1991 年版，第 12 页；王连昌：《行政法学》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 11 页。

中,即归纳到“管理论”和“控权论”中。与此同时,应松年等行政法学者撰文提出以“为人民服务论”作为行政法的理论基础,^①随后又有行政法学者主张以“马克思主义政府论”作为行政法的理论基础。^②综观这一阶段的行政法学研究,虽已突破行政法现象的范围,接触或提出行政法的现论基础问题,但毕竟人数极少,且最多也只限于提出一种“论”,却无深入系统的研究,同时又有“论”无“讨”,未形成争鸣的局面,仍处于行政法规范研究阶段。

在《行政诉讼法》颁布实施后,我国行政法学界对行政法现论基础的研究,以1993年罗豪才等行政法学者首倡“平衡论”^③为转机,迅速成为行政法学者们关注的热点,形成一种比较热烈研讨的局面:一方面有“平衡论”的倡导者、赞同者,或撰文或著书,深入探讨和完善“平衡论”;另一方面又有“平衡论”否定者,或对“平衡论”提出质疑和批评,或独树一帜,提出一些新“论”作为行政法的理论基础,诸如“公共权力论”、^④“公平、效率、稳定论”、^⑤“公共利益本位论”、^⑥“服务论”、^⑦“综合控权论”^⑧等。行政法理论基础的深入研究表明,我国行政法研究的着眼点已从行政法现象转向行政法本质,从

-
- ① 应松年、朱维究、方彦:《行政法理论基础初探》,《中国政法大学学报》1983年第2期。
- ② 杨海坤:《中国行政法学的理论基础》,《北京社会科学》1989年第1期。后来作者又把行政法理论基础重新概括为“政府法治论”,见罗豪才:《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社1997年版,第304页。
- ③ 罗豪才、袁曙宏、李文栋:《现代行政法的理论基础——论行政机关与相对一方的权利义务平衡》,《中国法学》1993年第1期。
- ④ 武步云:《行政法的理论基础——公共权力论》,《法律科学》1994年第3期。
- ⑤ 贺善征:《关于行政法律观念的研究》,《行政法学研究》1995年第1期。
- ⑥ 叶必丰:《行政法学》第3章第2节,湖北人民出版社1996年版。
- ⑦ 陈泉生:《论行政法的理论基础》,《法制与社会发展》1995年第5期。
- ⑧ 孙笑侠:《法律对行政的控制——现代行政法的法理解释》,山东人民出版社1999年版,第27—45页。

行政法规范研究为主的阶段转向行政法学范畴研究为主的理性思考阶段。

行政法学者们所提出的行政法学理论基础的诸“论”，应当说是从不同视角和层面探讨了行政法的理论基础问题，都有其真理性的见解，对于全方位地认识和把握行政法是十分有益的。退一步说，这诸“论”无论其是否可取，作为一种学术见解的提出和讨论，对于推动我国行政法学研究和行政法治建设的发展，也具有不容忽视或否定的积极意义。正是基于此种考虑，我确实有些按捺不住对行政法理论基础研究和关注的兴趣；同时又深感力不从心，却要斗胆选择一个关于行政法理论基础的重大课题进行研究，这或许是时下年轻一代学子的可爱又可笑之处吧。

目前，在行政法理论基础的诸“论”中，“平衡论”取得了较多人的认同，似有成为行政法学界主流观点的趋势，但远未达到一致公认的程度。笔者研究的“控权——平衡论”，作为对行政法理论基础的见解，实为采行政法理论基础的诸“论”之长而避其短，即便对“平衡论”也并非简单的以为然或以为否，不过，“平衡论”有较多可取之处。因此，“控权——平衡论”可以说不无独到之处，也不妨说是对“平衡论”的修正，旨在寻求一个关于行政法理论基础的科学理念，略尽一份学子之心。

第一章 行政法理论基础的界定

国外的一位大法官曾提出一个值得法学研究者思考的问题：“在分析司法程序之前……让我们首先思考一下这样一个问题，我们用法律去理解什么。在知道法律如何发展之前，必须知道法律是什么，或者起码知道法律意味着什么”。^① 这里所提出的“用法律去理解什么”、“必须知道法律是什么”或“意味着什么”的问题，是法学研究者不能回避的法学研究的基础性问题。行政法学者对这一问题的理性思考和回答，首先面对的就是行政法的理论基础问题。本章要探讨什么是行政法的理论基础，也即行政法理论基础的界定问题。

第一节 行政法学界对行政法理论基础的探讨

从马克思主义观点看，行政法属于政治上层建筑范畴，应当以历史唯物论作为理论基础。同时，行政法是部门法，需要以法理学作为理论基础。如此理解行政法的理论基础，虽说不无道理，但又是很不够的。行政法仅仅是政治上层建筑的一个部分，仅仅是法的一个部门，应当有其特殊的理论基础。

我国行政法学者关于行政法理论基础研究的基本走势，可以

① 董炳：《国家、公民与行政法——一个国家、社会的角度》，北京大学出版社2001年版，第7页。

说是在历史唯物论及法理学指导下研究行政法特殊理论基础的。不过，就研究的现状来说，行政法学者们对什么是行政法理论基础问题的回答，可谓各抒己见，观点颇多分歧。有人把这些分歧的观点，归纳概括为四种“理论基础”观^①：

1. “作用论”。这种观点认为，行政法的理论基础旨在解决“行政法的作用是什么”。英国人认为行政法的主要功能在于控制政府的行政权力，由此提出“控权论”。又有人认为行政法的作用在于保障国家行政权力的有效行使，据此提出“管理论”。这两论属于作用论。

2. “范围论”。这种观点认为，行政法的理论基础旨在解决“行政法调整的范围是什么”。法国行政法的“基本观念”或“中心观念”，诸如“公共权力说”、“公务说”、“公共利益说”和“新公共权力说”等，都是为划清行政法的调整范围而提出的，即属于“范围论”。

3. “本质论”。这种观点认为，行政法的理论基础旨在解决“行政法的本质是什么。”“马克思主义政府论”是寻求行政法本质的，即属于“本质论”。

4. “目标论”。这种观点认为，行政法的理论基础旨在解决“行政法的目标是什么”。美国行政法学者认为，行政法就是程序法，行政法的目标是确立一种“公正”、“正当”的行政程序，此种“正当程序说”接近“目的论”。

上述几种行政法的理论基础观，以“行政法学理论基础旨在回答什么问题”为标准，界定什么是行政法的理论基础，从理论上说，就是以行政法理论基础所要解决的矛盾特殊性来区分

① 胡建森：《谈谈中国行政法学理论基础与“平衡论”》；罗豪才：《现代行政法的平衡理论》，北京大学出版社1997年版，第186～187页。

不同的行政法理论基础，这是合理的。但这几种行政法理论基础观，却不能全面、准确地反映行政法学者们对什么是行政法理论基础的研究状况。行政法学者们在研究“行政法学理论基础旨在回答什么问题”时，往往认为其所要回答的并非某一个问题，而是几个问题。因此，他们即便从行政法理论基础所要解决的一个主要问题入手，以其所要解决的这个主要问题作为研究的逻辑切入点和界定什么是行政法理论基础的依据，也要为判别什么是行政法理论基础设定多元标准，由此所形成的行政法理论基础观，便是多视角综合分析的结果，试举几例：

例1：“平衡论”的首倡者罗豪才的观点，按上述行政法的理论基础观，应划入“本质论”，但他却提出判断是否属于行政法的理论基础有三条标准，而不是一条标准。这三条标准是：“首先，作为本学科的理论基础，必须紧紧围绕行政法关系中最本质的关系，即行政机关与相对方的权利义务关系，并对与此相关联的基本问题作出较系统的回答；其次，对上述问题的回答，其自身应当具有连贯性、统一性，形成一定的逻辑一致的体系；其三，具有一定的价值取向，集中体现该理论体系内在逻辑的要求及其所要寻求的目标和发展方向”。^①

例2：“公共权力论”的主张者武步云认为，作为行政法的理论基础需要满足三个条件，而不是一个条件。这三个条件是：“（1）它必须是能够正确地解释行政法的本质、功能、价值的理论基础；（2）它必须是行政法作为一种部门法赖以建立其体系，因面也是行政法学的基本范畴、原理和体系赖以建立的理论基础；（3）它必须能够揭示行政法产生、发展的客观规律”。^②

① 罗豪才：《关于现代行政法理论基础的研究（代序）》，《现代行政法的平衡理论》，北京大学出版社1997年版，第1～2页。

② 武步云：《行政法的理论基础——公共权力论》，《法律科学》1994年第3期。