

DANGDAI
ZHONGGUO
XINGZHENGFA
WENTI YANJIU

当代中国行政法问题研究

中国行政法 问题研究

詹福满 著

中国方正出版社

当代中国行政法问题研究

詹福满 著

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

当代中国行政法问题研究/詹福满著. —北京: 中国方正出版社, 2001.6

ISBN 7-80107-482-3

I. 当… II. 詹… III. 行政法—研究—中国
IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 035371 号

当代中国行政法问题研究

中国方正出版社出版发行 新华书店经销

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

北京京安印刷厂印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 15.125 字数: 372 千字

2001 年 7 月第 1 版 2001 年 7 月北京第 1 次印刷

印数: 1—3000 册 定价: 24.00 元

(该书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

序

行政法是现代法治国家不可或缺的一个重要的部门法。改革开放以来，我国行政法制建设有了很大进步。行政法制建设的进步促进了行政法理论研究的深入。当然，行政法理论研究的深入又反过来推进了行政法制的更大发展，这是一个辩证的过程。在这个过程中，一方面是《行政诉讼法》、《国家赔偿法》、《行政处罚法》、《行政复议法》等行政法律的出台，另一方面是一大批行政法专论、专著的发表、出版。这两个方面构成了我国目前行政法治和行政法学的繁荣局面。现在读者看到的这本由詹福满同志撰写的《当代中国行政法问题研究》，即是我国当前行政法理论研究的一部力作，我相信它将对我国行政法治的进一步发展产生积极的影响。

《当代中国行政法问题研究》一书，作者采用比较研究的方法，跨越学科界限，充分运用法哲学、社会学、经济学、宪法学、行政法学等等学科领域的最新研究成果，从不同的视角对当代中国行政法的相关问题进行深入探究。全书共分 14 个专题，每个专题各成体系。在第一专题，作者总结、概括了我国行政法理论基础的研究现状及其存在的问题，并较为深刻地指出了行政法的理论基础研究的某些误区。在第二至第十二专题，作者对当代中国主要的行政法律制度进行了考察，每一专题均涵盖了现状研究和比较研究，探讨了存在的问题，并提出了完善的对策。第十三专题涉及当代行政法学最为薄弱的行政法解释理论问题，有

其独到之处。第十四专题中，作者从观念层面和制度层面对行政法所面临的新课题进行探讨，涉及现代化、西部大开发、网络时代、WTO 及 BOT 等背景因素，具有前瞻性。值得指出的是，作者在系统研究行政法学各相关专题的同时，充分考虑到了行政法实践中存在的问题，对之进行了详细探究，并通过考察国外经验，提出了一些解决问题的对策和思路。总之，此书体例新颖，材料翔实，内容丰富，融学术性和实践性于一体，是一本深入研究当代中国行政法理论和实践问题的有创见的著作。

本书作者是一位还正在攻读硕士学位的在校研究生，能进行这种深入的研究确实难能可贵。当然，本书难免有其局限性，书中某些论点有待于进一步推敲。但是，从总体上说，这是一本值得一读的好书，我愿意将此书推荐给读者。同时，我也祝愿作者在行政法学研究上继续努力，不断创新，为进一步繁荣我国行政法理论研究、推进行政法制建设作出更多的贡献！

姜明安

2000 年 10 月 30 日于北京大学

目 录

第一章 行政法理论基础

- 一、行政法理论基础之研究现状····· 1
- 二、行政法理论基础研究之问题····· 17
- 三、行政法的理论基础——一个虚构的神话····· 24

第二章 行政主体与公务员制度

- 一、行政主体理论····· 28
- 二、公务员制度····· 48

第三章 行政立法制度

- 一、行政立法制度产生的原因及其特点····· 61
- 二、行政立法制度的作用····· 69
- 三、行政立法制度存在的问题····· 73
- 四、行政立法制度比较分析····· 77
- 五、完善行政立法制度的若干对策····· 83

第四章 行政许可

- 一、行政许可之研究现状····· 94
- 二、行政许可之比较研究····· 104
- 三、行政许可制度的理论基础····· 112
- 四、行政许可制度的问题与完善····· 116

第五章 行政处罚

一、行政处罚及其立法研究·····	123
二、行政处罚原则及其运用·····	137
三、行政处罚权及其设定·····	145
四、行政处罚程序·····	151
五、行政处罚与刑罚·····	160

第六章 行政强制执行

一、行政强制执行之研究现状·····	164
二、行政强制执行之基本理论·····	170
三、行政强制执行之问题分析·····	178
四、行政强制执行之比较研究·····	184
五、我国行政强制执行制度之立法模式·····	190

第七章 行政合同

一、行政合同之研究现状·····	197
二、行政合同制度存在的问题与对策·····	211
三、行政合同制度之比较·····	214
四、行政合同的司法审查·····	220
五、行政合同与 BOT ·····	226

第八章 行政指导

一、行政指导的理论基础与基础理论·····	230
二、行政指导之比较研究·····	250
三、我国行政指导制度存在的问题与对策·····	256
四、西部大开发中的行政指导·····	267

第九章 行政程序

- 一、行政程序之法律意义····· 274
- 二、行政程序法之基本理论····· 284
- 三、行政程序法之比较研究····· 298
- 四、我国行政程序法律制度的完善····· 310

第十章 行政复议制度

- 一、行政复议之理论基础····· 316
- 二、行政复议之基本理论····· 323
- 三、行政复议之比较分析····· 337
- 四、我国行政复议制度之问题与对策····· 347

第十一章 行政诉讼制度

- 一、行政诉讼之宪政意义····· 353
- 二、行政诉讼之基本理论····· 366
- 三、行政诉讼之比较分析····· 379
- 四、我国行政诉讼制度之问题与对策····· 386

第十二章 行政赔偿制度

- 一、行政赔偿之理论基础····· 393
- 二、行政赔偿之基础理论····· 398
- 三、行政赔偿之诉讼····· 414

第十三章 行政法之解释理论

- 一、行政法解释之理论基础····· 418
- 二、行政法解释之基础理论····· 431
- 三、我国行政法解释体制初探····· 438

第十四章 21 世纪的中国行政法

一、现代化与行政法·····	442
二、WTO 与行政法·····	452
三、网络时代与行政法·····	460
主要参考书目·····	468
后记·····	474

第一章 行政法理论基础

一、行政法理论基础之研究现状

行政法学的理论基础问题，堪称近年来我国行政法学界研究热点之一，尤其自罗豪才教授提出“平衡论”以来，这一问题更是倍受行政法学者的关注。对这一问题的探讨，在很大程度上繁荣了本学科的学术思想，并以其所表现出的一种关怀理论、自由辩论的学术精神，促进了我国行政法学研究的深化和人文精神的弘扬，为这门学科得以长足发展提供了良好的契机。在这样的时代背景下，我国行政法学界围绕行政法理论基础这一问题，展开了一场热烈而又宽容、开放的讨论，形成了一股行政法理论基础的研究热潮。有学者认为，这标志着我国行政法学已冲破传统的规范分析，正在走向理性思维的发展阶段。^①

然而，当前的讨论和争鸣存在“热而无序”的不足，“各种主张和观点虽多，但其中尚未有被人们普遍认同或基本接受的观点。”^②“给人以一种众说纷纭，杂乱无章的印象。”^③目前，在这一问题上，主要存在以下几种观点：

① 周佑勇：《行政法理论基础诸说的反思，整合与定位》，载《法律科学》1999年第2期。

② 杨解君：《关于行政法理论基础诸观点的评析》，载《中国法学》1996年第2期。

③ 应松年，罗豪才：《现代行政法的平衡理论》，北京大学出版社1997年版，第238页。

(一) 平衡论

关于“平衡论”的理论背景，有学者认为，尽管学术史的研究资料表明，平衡思想在欧美行政法学术传统中渊源流长。但第一次明确提出“现代行政法的理论基础是平衡论”这一命题并将之初步发展为一种系统的行政法理论却出于中国行政法学者的努力^①。在分析平衡理论最终形成于中国的种种原因中，罗豪才教授主要强调了中国转型发展时期政治、经济体制改革的地方性知识和经验，即广义的制度资源以及自由、宽容的行政法学气氛的意义。有的学者指出，自罗豪才教授等人于1993年正式著文提出现代行政法的理论基础是“平衡论”以来，“平衡论”的科学性问题，已引起行政法学界的广泛重视，有不少行政法学者试图对该说予以证成或证伪^②。

关于平衡论的主要观点或内涵，罗豪才教授认为，平衡论的基点是关于行政法本质的认识，即回答“行政法的本质是什么”这样的问题。平衡论最基本的主张是行政机关和相对方的权利义务应保持平衡。这种主张指出，公共利益和私人利益的差别与冲突是现代社会的普遍现象，正确处理利益关系应该是统筹兼顾，不可只顾一头。反映在行政法上，其利益主体的权利义务整体上应该是平衡的^③。有的学者认为，“平衡论”可以被理解为在传统社会及其行政法学术思想转型发展时期，提出的一种关于现代行政法应诉诸何种价值导向和制度选择的规范性理论^④。该学者指出，平衡论最基本的主张是：现代行政法的目的、功能以

① 包万超：《行政法平衡理论比较研究》，载《中国法学》1999年第2期。

② 沈岷：《平衡论：行政法的一种认知模式》，北京大学出版社1999年版，第11页。

③ 罗豪才、甘雯：《行政法的“平衡”及“平衡论”范畴》，载《中国法学》1996年第4期。

④ 包万超：《行政法平衡理论比较研究》，载《中国法学》1999年第2期。

及整个制度设置应该是平衡行政权与公民权以及相应的公共利益与个人利益等社会多元利益。同时，该学者还就平衡理论的主要内涵作了以下陈述^①：

1. 行政法的价值导向。平衡论认为，涉入行政法领域的社会多元利益、价值都应当得到尊重和协调。主张在价值冲突中诉诸中庸、平和的制度性解决方案。关于行政法的价值要素，平衡论主要指的是以行政权和相对人权利为基础并与此相应的公共利益与个人利益、行政效率与个案公正、社会秩序与个人自由等几对重要的、有对峙和依据性质的价值组合。

2. 行政法的研究视角和方法。该学者认为，控权理论的研究视角是从经典宪政主义分权与制衡机制的角度，通过议会立法和司法审查对行政机关的控制，来实现公民个人权利自由的保护，在操作层面上往往以法院为中心，突出行政程序和司法审查；而管理理论以行政机关的有效行政为中心视角，强调行政效率和公共利益。该学者强调，上述两种传统有两个共同特点：在视角上，认为行政权力与公民权利没有直接可比性；在方法上，不注重行政权与公民权直接的配置关系。该学者指出，平衡论认为，行政法学应当转移以法院或行政机关为中心的视角，直接以行政机关与公民的关系切入研究，在研究方法上，应当强调行政权与公民权的配置，而以立法控制和司法审查作为一种宪政视野下的制度性保障。

3. 行政法的概念和调整对象。平衡论主张，从调整对象的角度界定，行政法的概念应当表述为，调整行政关系和监督行政关系的法律规范和原则的总称。与以往的概念界定不同，平衡理论把行政法的调整对象归结为“行政关系”和“监督行政关系”两部分。认为如果只谈“行政关系”，则会导致“管理论”；如果

^① 包万超：《行政法平衡理论比较研究》，载《中国法学》1999年第2期。

只谈“监督行政关系”，则会使行政法成为“控权法”，此其一。其二，把行政法调整对象归结为“行政关系”和“监督行政关系”两部分，才能构建合理的行政法学体系。此外，该定义还强调了行政法的原则也是我国行政法不可或缺的内容。

4. 行政法关系。平衡理论通过对“行政法领域的平衡和不对等关系”的论证发展了传统的行政法关系理论。平衡理论认为，行政法和民法一样，均调整平等主体间的关系，并且两者调整的状态都应当是一种平等、平衡关系。但民事法律关系中的平等关系主要是对等关系（赠与等民事行为例外）；而行政法关系是非对等的动态平衡关系，失衡的行政法将成为“特权的法”或“无政府的法”。平衡理论认为，无论在哪个具体的行政法关系中，行政法的权利义务结构都是不对等的，但这种不对等是必要的。在行政实体法关系中强调行政权力和公民服从义务，保证行政权力的有效运作；在程序法律关系中，强调对公民正当秩序权利（如公开、公正、及时、便利及广泛参与的权利等）的尊重，防止权力滥用；在行政诉讼法律关系中，突出行政机关恒定为被告而具有应诉、举证等诸多义务，以促进依法行政和为公民提供有效的补救。不对等必须是合理的，不对等应以平衡为前提并最终实现总体上的动态平衡。实体法关系中的不合理的不对等，可能使相对方丧失获得救济的可能性；行政程序的设置过于复杂，可能导致行政效率的降低；行政诉讼法律关系的权利义务配置，应以充分保障公民的诉讼权利为前提。因此，所谓“动态的平衡”是指，在行政法律关系的实体法律关系和程序法律关系中，行政机关和行政相对方分别为权利主体，这两种非对等性是相互制衡的“倒置”关系，行政实体法律关系和监督行政法法律关系（包括诉讼法律关系）的情形也一样，均应体现行政法在“行政权—公民权”制度设计上的平衡精神。

5. 行政法治原则。传统的控权理论视政府为一种必要的恶

(necessary evil), 认为行政法治的重点是限制行政权力的范围和
控制自由裁量权, 对政府是实现社会公平、提供公共服务和促进
经济发展等方面的积极行政功能持戒慎态度, 在这种法治观下,
政府是被控制的对象, 而公民也消极地处于被保护的地位。而管
理理论的法治原则走向了另一极端。平衡理论认为, 这两种法治
观既不符合一致的行为动机假设, 与现代社会发展的需要也不相
吻合。“人非天使、也非魔鬼”, 权力和权利既然是法律授予的,
就应当得到同等保护, 都需要激励; 同时, 权利和权力一样, 都
有被滥用的可能, 因此应当同等地受到法律的制约。平衡理论在
下列三个方面发展了传统的行政法治原则: (1) 行政法治的主体包
括行政机关和行政相对方。行政法不但规范行政机关的行为, 同
时也规范相对方的行为。法治原则既要求行政机关依法行政, 也
同样要求相对方守法; 行政违法不仅包括行政机关违法, 也同样
包括相对方违法; 行政法律责任既包括行政机关的责任, 也包括
相对方的违法责任。(2) 一切行政都要服从行政法治原则, 但不
同的行政有不同的法治要求。平衡理论认为, 现代行政可以分为
两大类: 一类是其权力的行使不直接影响行政相对方的权利义务,
如行政机关围绕国民经济发展而作出的行政规划、行政指导、行
政决策、宏观调控等行为, 行政机关只要在权限范围内, 又不同
宪法、法律相抵触, 尽可以充分发挥其能动的积极作用, 这类行
政通常称为“积极行政”或称“服务行政”。行政机关要为此类
行为承担行政的、政治的责任。再一类, 其权力的行使直接影响
行政相对方的权利义务, 如赋予权利或免除义务, 或剥夺, 限制
权利和科以义务, 集中了行政权的强制力、支配力的特性, 一般
称之为“消极行政”, 不得为法律没有规定的事, 即“没有法律
规范就没有行政”。这类“消极行政”不仅要受到行政系统自身
的监督和权力机关的监督, 在一定范围内, 还要接受司法审查。
行政机关要对这类行政承担行政法律责任。此外, 行政机关还作

出具有行政目的的民事行为,如为稳定金融市场,以民事主体身份进入市场收购股票。在市场经济中,这类行为所占比重越来越大,行政机关既要遵守民事法律,同时也受行政法治原则制约。(3)在行政法关系中,行政法治对双方主体既要制约,又要激励,对行政主体,重点是制约,对相对方重点则在于激励,其核心是参与管理。

6. 行政程序法。平衡论认为行政程序法的功能在于通过规范行政行为的空间和时间的表现形式,制约行政权力的行使,因而其规范应主要限定为行政机关的义务性规范,将更多的程序性权利机制赋予行政相对方。在行政程序法的价值取向上,主张协调、兼顾公正与效率,实现二者的动态平衡。

7. 行政法体系。平衡论倡导在行政法律制度的层面上建立一种“行政权—公民权”之间的协调模式,认为行政法律制度应当分为两大类:保障行政权有效行使的制度和抑制行政权违法行使、滥用的制度。前一类制度应包括行政立法、行政裁判、行政检查、行政处罚、行政强制执行、行政许可、行政合同和行政指导等制度。这类制度主要规定在部门行政法和行政实体法里,突出行政权,强调公民的服从义务。后一类制度应包括行政程序、行政公开、行政主体责任、行政赔偿、行政补偿、行政诉讼及立法机关的监督等制度,这类制度的重点是通过设置一套公正的行政程序促使行政权的公开、公平与公正行使,以及一套合理的监督制度确保公民的权利在受到侵害时得到有效的救济。现代行政法制的建设必须在宏观上做到这两大类型制度的平衡,并且在各类具体的行政法律制度中体现各种价值的平衡精神。

8. 行政法学体系。平衡论认为传统的学科体系应该有所改进,我们不能只注重行政组织法、行政作用法的研究,也要重视行政程序法、行政救济法、司法审查法的研究。平衡论提倡以“行政权—公民权”关系为中心,在立法、执法和司法领域更多

地采用平衡方法,提倡在一个广阔的知识框架里作进一步深入研究行政法中的基础问题。

对于“平衡论”,笔者以为,不管这些专家、学者们在建构这一理论时,论述得有多么的全面,其始终无法回避的一个问题是:“平衡论”能否设置一套有效的激励和约束机制使行政机关及其官员愿意,并且事实上不得不遵守的“平衡”规则,即“平衡论”是否具有可操作性。因为任何理论的价值主要在于对实践的指导,如果忽视对这一理论实践基础的关注,那么这一理论的价值建构就无异于在沙滩上作画。另外,一些行政法学者对“平衡论”的理论本身提出许多质疑,这将在下文讨论。

(二) 控权论

关于控权论的理论源头,有学者指出,就世界范围而言,行政法理论也存在着一种共同的理论源头。当代行政法理论不可能是背离其理论源头的任何标新立异,相反,它只能在这一理论源头下而奔涌出新的思想河流。而这一共同的理论源头就是法治思想^①。另有学者认为,控权论主要滥觞并盛行于18、19世纪的英国和美国,这种时间和地域的特定性,与自由资本主义经济、个人主义思潮以及普通法传统有着相当密切的关系^②。关于控权论的核心观念,有的学者认为,控权论是以保护个人权利为宗旨,认为行政法的核心问题是控制行政权力,行政法本质上是控制行政权的法,并以此贯穿行政法的所有内容,用以指导行政法治建设和行政法学研究的一种行政法理论基础模式^③。有的学者指出,控权论的核心观念可以归结为:行政法是保障个人自由,

① 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9页

② 沈岍:《平衡论:一种行政法的认知模式》,北京大学出版社1999年版,第67页。

③ 李娟:《行政法学控权理论研究》,载《行政法论丛》第2卷。

控制行政机关权力的法律。以此为轴心，它对行政法的一系列基本问题，形成以公民权利为本位，以个人主义和自由主义政治等哲学为基础的系统认识。^①

控权论之所以成为行政法的理论基础，有的学者认为，行政法应当强调对行政权的控制作用，行政法在内容上必须以防止行政专横，强调保护公民和组织合法权益不受非法行政行为侵犯为目标，因此行政法的主要职能是控权。^② 有的学者则指出，近代行政法的理论基础为单一控权论，而现代行政法的理论基础是综合控权观，因为它既符合行政法理论基础的若干要素，又能够反映现代行政法理论的真实现状。理由表现为^③：第一，作为行政法的理论基础，它能够全面反映行政法从近代到现代的整个历史发展过程。它能够说明与近代单一控权的行政法的历史联系，即现代行政法是在坚持近代“控权法”的前提下发展了行政法。同时，它还能够反映未来行政法的趋势——行政法控权方式的不断发展，日益走向综合化、多元化。第二，作为行政法的理论基础，它能够全面反映行政法所有领域的内容的特征。行政法的各项制度无不围绕行政权力的控制。第三，它不仅反映行政法在本国的表现，还反映了行政法在国外的表现；反映部门法所有领域的内容和特征。第四，能够反映行政法的起源、性质、特征、观念和价值目标，反映行政法与其他相关部门法之间的关联性，如行政法与宪法、与民法、与经济法等部门法的关系，反映行政法与社会经济政治和文化生活的关联性，如行政法与商品经济、民

① 沈岿等：《传统行政法控权理论及其现代意义》，载《中外法学》1999年第1期。

② 高凛：《控权论：现代行政法学的理论基础》，载中国人民大学复印报刊资料《宪法学、行政法学》1999年第1期。

③ 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45页。