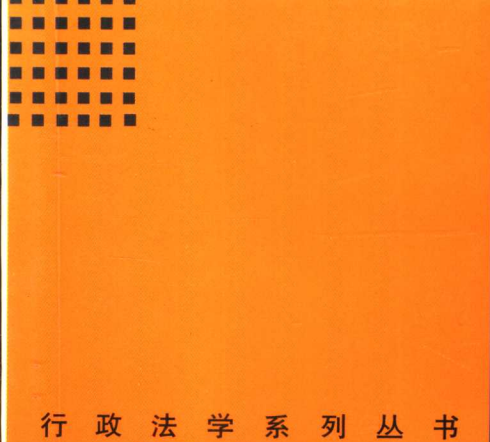




行政法学系列丛书

行政规范研究

叶必丰 周佑勇/著



行政法学系列丛书

行政规范研究

叶必丰 周佑勇 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政规范研究/叶必丰,周佑勇编著. —北京:法律出版社,2002.8

(行政法学系列丛书)

ISBN 7-5036-3920-2

I. 行… II. ①叶…②周… III. 行政法—研究—中国
IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 060865 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法律教育出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京朝阳北苑印刷厂	责任印制/李 跃
开本/A5	印张/8 字数/206 千
版本/2002 年 10 月第 1 版	印次/2002 年 10 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-88414121
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-88414115
法律教育出版中心/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-68710329	传真/010-88414115
中国法律图书公司/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
传真/010-88414897	销售热线/010-88414896
网址/www.Chinalaw-book.com	010-88414899
书号:ISBN 7-5036-3920-2/D·3637	定价:16.00 元

行政法学系列丛书编委会

主	任	应松年			
委	员	马怀德	于安	方世荣	王宝明
		王锡锌	叶必丰	刘莘	沈开举
		应松年	杨小君	杨解君	胡建森
		郑钟炎	袁曙宏	章剑生	薛刚凌

序

我国行政法和行政法学研究正在进入一个新的历史发展时期。1978年十一届三中全会为中国行政法学的兴起和发展带来了第一个春天,行政法领域内的理论研究、人才培养工作,在开拓中迅速发展,为此后行政法治建设的进展,奠定了坚实的理论和队伍基础。1989年《中华人民共和国行政诉讼法》问世,标志着中国行政法和行政法学研究进入了一个新的发展时期,行政法领域迎来了第二个春天。如果将前一个十年称为准备时期,那末,1989年后的第二个十年就是中国行政法和行政法学迅猛发展的时期。对中国行政法制产生巨大影响的国家赔偿法、行政处罚法、立法法等行政领域的大法相继颁行,各部门行政法日益完善,新的重要行政法正在起草,这一切又促进了理论研究的扩展和深入,行政法治建设取得了令人瞩目的长足进展。1997年党的十五大进一步明确提出了依法治国、建设社会主义法治国家的伟大目标,并要求“一切政府机关都必须依法行政”,中国行政法治也就由此进入了一个自觉的成熟的阶段。1999年国务院召开全国依法行政工作会议,号召全体公务员都要学习依法行政理论,严格依法行政,为建设廉洁、勤政、务实、高效政府而努力。由最高国家行政机关主动召开会议,自觉推进依法行政,这可能是世界历史上绝无仅有的,说明我国建设法治政府的自觉和决心。目前全国已经形成了学习和推进依法行政的热潮,由此带动的行政改革也在不断深化;行政法体系的完善正在按既定计划行进。行政许可法、行政强制法、行政程序法等或已提上日程,或即将完成起草,或正在研究起草,等等。2001年发生一件极为重要的历史性事件:

中国加入世贸组织。人们已经达成的共识是,中国入世,主要是指政府入世;而WTO的基本规则都是法律规则。这也就是说,WTO基本规则都是对政府提出的法律要求,也就是行政法问题,因此有学者将WTO基本规则称为国际行政法典。这就进一步要求我们必须加速深入研究行政法的基本规则,使之尽快与国际规则相接轨。所有这些丰富的实践,为行政法学研究提供了可供纵横驰骋的极为广阔的天地,也向行政法学者提出了更高的要求,行政法学理论研究必须拓宽研究的范围和视野,总结中外行政法律实践的经验,探索依法行政的规律和途径,为我国行政改革和建设法治政府提供有益的意见。为此,在法律出版社的支持和帮助下,我们决定编辑一套行政法学系列丛书。丛书按专题约请国内行政法学界已享有声誉的一批作者撰稿,并组成本编委会。

应该说明的是,编写本书的直接的具体的促进因素,是公务员培训的需要,在全国公务员依法行政的培训中,经常提出希望,要求提供系统的、范围更广泛、研究更深入的教材和资料。但在组织编写这套丛书时,我们也同时考虑必须为广大行政法实务和理论工作者,以及有志于学习和研究行政法学的读者服务,并能使每一专题著作都充分反映这些专题作者的研究深度、广度和水平。因此,在选题时,力求做到更新更全,尽可能将行政领域的重要课题都纳入视野。为此,本丛书将是开放性的,在目前,对课题的范围、种类暂不限制,根据需要和可能,将随时纳入新的课题,增撰新的著述。

本丛书在撰稿时,强调理论与实践的结合,普及与提高的兼顾,既要如实介绍国内外有关制度的现状和特点,又要依据行政法治发展的规律和中国的特殊性,从理论上进行开掘和评述,寻求新的开拓、新的收获,期望本书能在推进我国依法行政,依法治国,建设社会主义法治国家的伟大事业中尽一份绵薄之力。

王和手

2002年盛夏于北京为公畔

前 言

本书系应松年教授的“命题”之作。那是1999年12月,我作为国家行政学院的兼职研究员,应应松年教授的邀请,到国家行政学院参加一个理论研讨会。期间,应教授约我为他策划的一套丛书撰写一本书稿。我答应了,并要挑选一个自己熟悉一些的选题,以便较容易地完成这一“作业”。让我意想不到的,是应教授笑着拒绝了我的要求。他说:“那没有挑战性,不能给你。你还是把这次的会议论文写成书稿吧。”我在这次会议上提交的论文,是《规范性文件的种类》(后发表于《行政法学研究》1994年第4期)。这一选题,目前还没有专门的著作。对它进行较深入的研究,写出一本专著,确实是一个好主意,但难度却相当大。我想了一下,还是答应了,一是为了感谢应教授的信任,二是为了考验自己。

本书的写作,是我与周佑勇副教授共同进行的,是我们反复讨论、修改的结果。这项工作,对我们确实是个考验和挑战。

首先,素材的收集和研读就是一件犯愁的事。行政规范不像法律规范,很多都没有公布和汇编,有的甚至被编上秘密等级。我们作为研究人员与普通公众一样,难以获得更多的素材。我们现在在本书中所引用的行政规范文本,都是几经努力才得到的。研读行政规范文本同样是困难的。一方面,它的绝对数很大;另一方面,还得把它与有关法律规范和行政规范相比较。这是一件枯燥乏味的工作。现在,我们虽然写出了本书,但所收集和阅读的行政规范文本并不全面。与现实存在的行政规范相比,我们研读过的行政规范只是九牛一毛而已。这样,我们的分析、概括、归纳、推理和结论,未免会有失

偏颇。

其次,思路的理顺也极其不易。从收集素材开始,我们就一直在思考写作思路。我们边研读行政规范文本边思考,先后曾形成多种方案,又予一一否定。由于行政法学上对行政规范的研究并不充分,可供我们参考的文献也比较有限,因而这个苦苦地思考过程,花费了我们约五个月的时间。现在大家所能看到这一思路,就是这一过程的最后结果。也许,这一思路仍然存在这样那样的问题或不足,但恐怕只能留待今后作进一步的完善了。

再次,分析和归纳、推理和论证也是一个多反复的过程。在这一过程中,我们预设的许多命题往往为后来的论证所推翻,此前已具有的观点也被不断修正。我们所牢记并为之而努力的是,如何才能使我们对行政规范的认识与民主、公正和法治相一致,要把这一思想体现在我们的每一个论述中,体现在字里行间。但对现实的照顾,分寸的把握,价值的判断,确是一件不易的事。我们努力了,但恐怕并非圆满。

本书的写作采用了实证分析的方法。我们尽可能从实例中去发现问题,用实例来说明问题,通过实例来求证我们的分析、推理、认识和观点。我们认为,这一方法具有很多好处,即可以使我们的研究目标与现实紧密结合,可以避免现实生活所不要求的理论演绎,可以使我们的推论建立在现实的基础上,也可以使我们提出的建议更具操作意义,还可以引导读者走进行政规范。

本书中所引证的行政规范,都是实际存在过或仍然存在的。我们力求避免在讲一通道理后,用一个假设的例子加以说明的分析和证明方法。假设本身是需要证明的,在被证明以前用来证明需证明的道理,是不可靠的。为此,我们对本书中所引证的行政规范文本,都作了研读,尽管可能不一定很细。我们之所以坚持这么做,是因为许多行政规范的标题和内容并不一致。从标题上看是解释性行政规范,在内容上却有创制性规范;在名称上似乎是指导性规范,但在内容上却存在解释性行政规范和创制性行政规范。目前,有的论著就

存在这样的错误,即把具有行政指导名称,而内容上并不符合行政指导特征的行政规范,当成了行政指导的实例。我们力求避免,但未知是否已经做到。

然而,我们在本书中所引用的行政规范,并非都是合法有效的,也并非都是现时有效的。我们引用它,并非因为它合法有效,只意味着它曾经在特定空间存在过、在特定环境里作用过。我们引证它,只是为了指出行政规范所存在的问题,发表我们对它的认识,说明一种具有一定普遍意义的规则。有时,我们也批评它,但并非指责和求全它的制定者,而只是为了有一块射击的靶子。有时,我们也支持它,但往往只是就某一方面而言的,而并非意味它不存在其他方面的问题。我们想,读者对此都会明白的。

本书的写作任务已告完成。然而,我们对行政规范的研究和认识过程似乎才刚刚是一个开端。由此,我们在本书中认识的局限性肯定也已显露无遗。我们也想把本书作为我国行政法学界研究行政规范的靶子。这不是为了我们两位作者及所写下的这本书,而是为了让法治的阳光照耀到行政规范这一角落,让行政规范尊重公众的权益。

本书的写作尽管是我们共同劳动的结果,但仍有必要交代我们的工作,分清我们的责任。我负责全书体系的拟定和统稿,撰写第一章,第二章第三节,第三章第二、三、四节,第五章第三节,并对全书的基本观点和基本方法负责。周佑勇副教授撰写第二章第一、二节,第三章第一节,第四章,第五章第一、二节,第六章。

叶必丰

2002年3月4日

于珞珈山

目 录

第一章 现代社会与行政规范	(1)
第一节 行政规范的社会基础	(1)
一、近代国家的消极行政	(1)
二、现代国家的积极行政	(4)
三、我国的行政作用	(10)
第二节 行政规范的社会作用	(13)
一、成文法的弊病	(13)
二、成文法缺陷的克服	(18)
三、行政规范的作用	(22)
第二章 行政规范的界定	(27)
第一节 行政规范的概念	(27)
一、行政规范的名称	(27)
二、行政规范的涵义	(33)
三、行政规范的特征	(37)
第二节 行政规范与法	(40)
一、规范性调整	(40)
二、实质性判断标准	(42)
三、形式性判断标准	(46)
第三节 行政规范与行政行为	(52)
一、行政规范与行政行为的构成	(52)
二、行政规范与抽象行政行为	(56)
三、行政规范与具体行政行为	(59)

第三章 行政规范的种类	(67)
第一节 行政规范的分类	(67)
一、国外学者的分类	(67)
二、我国学说上的分类	(69)
三、本书采用的分类	(77)
第二节 创制性行政规范	(79)
一、创制性行政规范的概述	(79)
二、创制性行政规范的种类	(84)
三、创制行政规范的性质	(90)
第三节 解释性行政规范	(95)
一、解释性行政规范概述	(95)
二、法定解释性规范	(100)
三、自主解释性规范	(105)
第四节 指导性行政规范	(110)
一、行政指导的界定	(110)
二、指导性行政规范概述	(114)
三、指导性行政规范的特征	(118)
第四章 行政规范的结构	(124)
第一节 行政规范的形式结构	(124)
一、行政规范的文种名称	(124)
二、行政规范的文本格式	(136)
第二节 行政规范的内容结构	(142)
一、行政规范内容的组合	(142)
二、行政规范语言的运用	(148)
第三节 行政规范的逻辑结构	(156)
一、逻辑结构概述	(156)
二、逻辑结构的展开	(160)
第五章 行政规范的效力	(169)
第一节 行政规范的效力范围	(169)

一、空间上的效力	(169)
二、时间上的效力	(171)
三、对人的效力	(178)
第二节 行政规范的效力等级	(181)
一、行政规范与法律规范间的效力关系	(181)
二、行政规范相互间的效力关系	(190)
第三节 行政规范的依据效力	(193)
一、行政规范对行政行为的效力	(193)
二、行政规范对行政审判的效力	(202)
第六章 行政规范的制定与监控	(208)
第一节 行政规范的制定	(208)
一、行政规范的制定原则	(208)
二、行政规范的制定程序	(214)
第二节 行政规范的监控	(220)
一、行政监控	(220)
二、立法监控	(227)
三、司法监控	(232)
主要参考文献	(234)

第一章 现代社会与行政规范

第一节 行政规范的社会基础

一、近代国家的消极行政

(一)近代国家的社会基础

18 世纪初至 19 世纪末,是资产阶级夺取政权并巩固政权,发展资本主义的时期。在这一时期,资产阶级尚未摆脱封建专制统治阴影的笼罩,深感丧失自由和财产的恐惧。这就使得 19 世纪的行政法治不得不以启蒙思想家的“天赋人权”和“个人自由”理论为指导和基石。从哲学上说,19 世纪的哲学思想与资产阶级革命时的哲学思想一样,强调了矛盾的对抗性和斗争性,人与人之间的不信任和尔虞我诈。资产阶级学者所描述的自然状态和战争状态,就是这种社会观念的体现。“战争状态是一种敌对的和毁灭的状态。因此凡用语言或行动表示对另一个人的生命有沉着、确定的企图,而不是出自一时的意气用事,他就使自己与他对其宣告这种意图的人处于战争状态。这样,他就把生命置于那人或协同那人进行防御和支持其斗争的任何人的权力之下,有丧失生命的危险。我享有毁灭那以毁灭来威胁我的东西的权利,这是合理和正当的。……”^①在这样的社会发展

^① [英]洛克著、叶启芳等译:《政府论》(下篇),商务印书馆 1983 年版,第 12 页以下。

阶段,“每个人注定要过一种孤独、贫困的生活,因为不会有任何的合作”,也不会有相互间的信任。^①

(二)近代国家的作用范围

国家与公民之间的关系是一种特殊的社会关系。在近代社会,这种关系同样被解释为冲突和斗争关系。国家对公民运用权力所作的行为是一种主权者所作的命令,公民尽管对命令不得不服从但却有一种本能的抗拒,公民难以信任国家能够为其提供满意的服务。^②于是,国家作用应当被限制在尽可能小的范围,个人自由应当有尽可能大的空间。政府一旦建立,就被要求“界定它的活动扩及和限制范围”,因为行政权限及作用范围“会真正地干涉公民的私人生活和决定他们自由而不受妨碍地发挥作用的程度”。^③并且认为,国家不能对公民主动提供服务,否则就会限制甚至消灭个性和自由。洪堡指出:“倘若我从前面的整个推论中试图得出最后的结论,那么,眼下这部分研究的第一条原则必然是:国家不要对公民正面的福利作任何关照,除了保障他们对付自身和对付外敌所需要的安全外,不要再向前迈进一步;国家不得为了其他别的最终目的而限制他们的自由。”^④也就是说,当时社会的普遍观念就是,国家的作用仅仅限于“对负面福利即安全的关心”,即“既防范外敌又防范内部冲突,维护安全,必须是国家的目的,必须是它发挥作用的领域。”^⑤国家的这一作用通常被概括为:第一,保护领土,防止外来侵略;第二,在国内维持正义,稳定社会秩序,保护个人的自由和财产不受侵犯;第三,举

① [英]米尔恩著、夏勇等译:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,中国大百科全书出版社 1995 年版,第 44 页。

② 叶必丰:《行政法的人文精神》,湖北人民出版社 1999 年版,第 216 页以下。

③ [德]威廉·冯·洪堡著、林荣远等译:《论国家的作用》,中国社会科学出版社 1998 年版,第 23 页。

④ 前引[德]威廉·冯·洪堡著、林荣远等译:《论国家的作用》,第 54 页。

⑤ 同上,第 59—60 页。

办和发展个人所不愿从事的产业或工程。^① 近代国家作用的范围是有限的,行政作用的范围则更狭窄了。

(三)近代法律对行政的支配

公民与行政机关之间的关系,是公民与国家间关系的主要内容。基于对行政作用范围进行限制的需要,公民与行政机关之间的关系又被转换为行政与法律之间的关系或行政机关与立法机关之间的关系。与近代国家的社会基础和国家作用相适应,近代国家的行政法治是一种立法至上的形式法治。基于这种法治,国家的作用不能取决于国家的自由意志,而必须以法律规范为准绳,公民的权利和义务只能由法律加以规定。行政机关非根据法律不得限制公民的权利,不得任意设定公民的义务。公民只要不违反法律就是合法,行政机关的行政作用只有具有法律根据才被视为合法。行政机关的一举一动,就是法律之下的亦步亦趋。具体说来就是:第一,成文法至上,即成文法是法的惟一渊源,其他形式的规范不得作为法的渊源。行政作用只能以成文法为根据,而不得以习惯法或法律原则为根据。第二,狭义的法律至上。法有广义和狭义之分。广义的法,包括立法机关通过的法律和行政机关制定的行政规范。狭义的法,则仅仅指立法机关通过的法律。为防止行政专横,近代法治要求行政机关实施行政作用只能以狭义的法为根据,而不能以行政规范为根据。第三,法律规定应当力求严密,避免弹性,以尽量限制自由裁量的余地。^② “因此,这个时期的行政,原则上除外交、国防外,被认为是为维持国民生活最低安全与秩序的维持秩序行政和以此为目的的财务行政,而且也被限定在必要的最小限度内。”^③ 也就是说,在近代资本主义国家,行政是一种消极行政,只是依法维护和保障个人自由和安全服

① 林纪东:《行政法》,三民书局1988年版,第38页。

② 林纪东:《行政法》,三民书局1988年版,第40页以下;[葡]叶士朋著、吕平义等译:《欧洲法学史导论》,中国政法大学出版社1998年版,第182页以下。

③ [日]室井力主编、吴微译:《日本现代行政法》,中国政法大学出版社1995年版,第7—8页。

务的行政。

二、现代国家的积极行政

(一)现代国家的社会基础

19 世纪末 20 世纪初,在经济上,资本主义创造出了比以往任何社会都要丰富的物质财富,资本主义的生产方式已由自由竞争发展成为垄断经营。从此,人与人之间的交往日益频繁,社会关系更加复杂,社会的变化更加迅速,但个人的生存能力却受到了社会的严重制约。就业、教育、卫生、交通和环境等,都已成了严重的社会问题。在政治上,封建复辟的危险性已经消除,但无产阶级却已经成为一个有马克思主义指导的成熟的革命阶级,工人运动一浪高过一浪。资产阶级理论家认识到,对这种社会形势除了政府以外没有任何一个组织或个人能应付,政府的角色有必要重新塑造;在哲学上已不能再强调矛盾的斗争性而应强调矛盾的同一性,否则就不可能有政权的巩固和社会秩序的稳定。第二次世界大战的爆发和战争所带来的创伤,以及战后资本主义经济的高速发展,单个的社会成员更显得无能为力,国家的职能尤其是行政职能随之日益扩大;面对无产阶级的革命和社会主义国家的诞生,资产阶级内部更需要团结,统治阶级与被统治阶级之间的“阶级合作”也更有市场。于是,在国家与公民关系的性质及行政法治方面,也发生了重大变革。

(二)现代国家的作用范围

1. 公共服务观念的确立

与现代国家的社会基础相适应,国家与公民的关系被认为是一种服务与合作、信任与沟通的关系。^① 既然如此,国家作用的实质就不再是主权者的命令,而是为公民提供良好的服务。法国公法学家狄骥认为,国家并没有什么公共权力而只有公共服务的职责。国家的任务,就是依法为公民提供服务。“现代的学者一般把国家的目的

^① 叶必丰:《行政法的人文精神》,湖北人民出版社 1999 年版,第 170 页以下。

分为三种。用最常用的名词来说,国家所追求的目的有下列三项:(1)维持本身的存在;(2)执行法律;(3)促进文化,即发展公共福利、精神和道德的文明。”“我们如果深入事物的实质,即国家指定的这三个目的可以归结为实现法的惟一目的。”法律目的的实现或者法律的实施,就是为促进社会连带关系即利益一致关系所进行的合作,就是文化的发展即物质、精神和道德的发展。因此,“公共权力绝不能因不能因它的起源(如源于上帝或人民——本书作者)而被认为合法,而只能因它依照法律规则所作的服务而被认为合法”,“所以公务概念就代替了公共权力的概念。”^① 这种服务观念在其他国家也先后得到了接受和确立。德国法学家福斯多夫在1938年发表了《当成是服务主体的行政》一文,详细阐述了行政主体与相对人之间的服务与合作关系,论证了个人的“社会依赖性”决定了行政作用的服务性,即行政主体的任务或者职责就是为相对人提供服务,即协调各种利益关系,提供“取用机会”和“取用设施”。在注重实践和经验的普通法系国家的法学家们,也接受了服务与合作的观念。美国实用主义法学的代表荷姆斯就认为,法律的实质是为人们提供某种“方便”或“公共福利”,警察权或行政权的广泛存在就是为了实现这种“方便”或“公共福利”。^② 日本学者也认为,“现代社会的现实国家或公共团体及其行政与过去具有明显不同的作用和职能。现代社会一方面维持资本主义社会与经济,另一方面,也为苦于各种矛盾的人提供精神的、物质的服务。这种现代社会只要不否定行政本来是追求实现公共利益这一理念(行政的公共性),今后仍将不断通过各种理由继续且必须介入我们的社会和经济生活。”^③

2. 国家作用范围的扩大

① [法]狄骥著、钱克新译:《宪法论》,商务印书馆1962年版,第483页。

② [美]威尔斯著、允怀译:《荷姆斯——实用主义法学的代言人》,《政法研究》1955年第1期。

③ [日]室井力主编、吴徽译:《日本现代行政法》,中国政法大学出版社1995年版,第8页。