

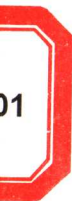
中国法学精萃系列丛书



中国行政法学精萃

(2002年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



机械工业出版社
CHINA MACHINE PRESS



中国法学精萃系列丛书

中国行政法学精萃

(2002 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



机械工业出版社

本书精选 2001 年度全国报刊公开发表的有代表性的优秀行政法学论文编辑而成。主要包括：行政法的失衡与平衡、中国行政法的创制与面临的问题等。涵盖基础理论研究、行政法主体研究、行政行为研究、行政程序与行政救济制度研究、比较行政法学研究几个方面。这些论文代表了 2001 年度我国行政法学的发展水平，可供法律专业高年级本科生、研究生、准备考研的人士以及法学教研人员和法律工作者阅读参考，也可作为年鉴由图书馆资料室收藏。

图书在版编目 (CIP) 数据

中国行政法学精萃. 2002 年卷/法苑精萃编辑委员会
编. —北京：机械工业出版社，2002. 9
(中国法学精萃系列丛书)
ISBN 7-111-10872-8

I. 中… II. 法… III. 行政法学—中国—文集
IV. D922. 101-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 064526 号

机械工业出版社(北京市百万庄大街 22 号 邮政编码 100037)
责任编辑:梁代军 封面设计:耿金云 饶 薇
责任印制:闫 焱
北京京丰印刷厂印刷·新华书店北京发行所发行
2002 年 9 月第 1 版·第 1 次印刷
1000mm×1400mm B5·9.25 印张·2 插页·308 千字
印数:0 001—4 000 册
定价:25.00 元

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社发行部调换
本社购书热线电话(010)68993821、68326677-2527
封面无防伪标均为盗版

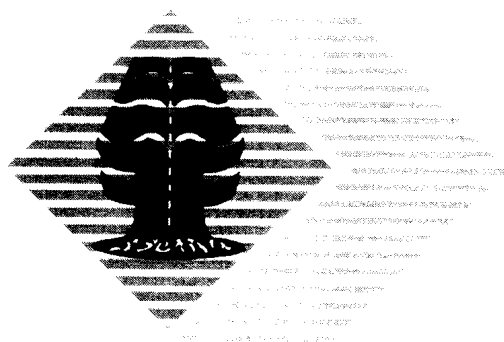
法苑精萃编辑委员会

编委会人员组成：（以下按姓氏笔划排序）

- | | |
|-----|---|
| 王保树 | 清华大学法学院院长、教授、博导 |
| 王家福 | 中国社会科学院法学所研究员、博导 |
| 王利明 | 中国人民大学法学院副院长、教授、博导 |
| 公丕祥 | 江苏省高级人民法院常务副院长，南京师范大学教授、博导 |
| 石少侠 | 国家检察官学院副院长，吉林大学法学院教授、博导 |
| 付子堂 | 西南政法大学副校长、教授 |
| 龙宗智 | 西南政法大学校长、教授、博导 |
| 田平安 | 西南政法大学教授、博导 |
| 石泰峰 | 中共中央党校副校长、教授、博导 |
| 江 平 | 中国政法大学终身教授、博导 |
| 李 龙 | 浙江大学法学院院长、教授、博导 |
| 李昌道 | 复旦大学法学院院长、教授 |
| 朱景文 | 中国人民大学法学院教授、博导 |
| 孙宪忠 | 中国社会科学院法学所研究员、博导 |
| 张文显 | 教育部人文社会科学重点研究基地——吉林大学理论法学研究中心主任，吉林大学副校长、教授、博导 |
| 张晋藩 | 中国政法大学终身教授、博导 |
| 陈卫东 | 中国人民大学法学院教授、博导 |

- 陈光中 中国政法大学终身教授、博导
- 陈兴良 北京大学法学院副院长、教授、博导
- 陈明华 西北政法学院院长、教授、博导
- 吴汉东 中南财经政法大学校长、教授、博导
- 吴志攀 北京大学副校长、教授、博导
- 何勤华 华东政法学院院长、教授、博导
- 郑成良 国家法官学院常务副院长、教授、博导
- 郑成思 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 郝铁川 中共上海市委宣传部副部长，华东政法学院教授、博导
- 赵秉志 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
- 胡建森 浙江大学副校长、教授、博导
- 徐显明 中国政法大学校长、教授、博导
- 高鸿钧 清华大学法学院副院长、教授、博导
- 梁慧星 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 黄 进 武汉大学教务长、教授、博导
- 崔建远 清华大学法学院教授、博导
- 曹建明 最高人民法院副院长、教授、博导
- 曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博导
- 曾令良 武汉大学法学院院长、教授、博导
- 霍存福 吉林大学法学院院长、教授、博导
- 总 主 编
- 张文显 教育部人文社会科学重点研究基地——吉林大学理论法学研究中心主任，吉林大学副校长、教授、博导

总策划 法苑精萃创作中心



法苑精萃编辑部

主 任 刘保文

委 员 (按姓氏拼音排序)

常淑茶 梁代军

孙森林 肖振生



序

当今是知识爆炸的时代，又是时间四分五裂的时代，这就形成了无限的知识与有限的时间之间的矛盾。其实这也是人生的矛盾，求知的本性与短促的人生的矛盾，这一矛盾深深地困扰着人类。

解决这一矛盾的努力无非有两种。第一种是充分利用时间。但会受到人的生理因素的制约，加上人生必要时间的支付，即使再充分利用时间，每人每天也只有24小时，因而这种努力未必真正有效。看来比较有效的是第二种，即对爆炸的知识进行甄别、挑选，取其精华，弃其糟粕。众所周知，著作虽多，但真正有永久价值的经典之作总是少数。择善而从，是人生的原则，自然也是读书求知的原则。读书求知的有效方法是取精用宏、含英咀华，读精品之作、经典之作。经典著作是知识的浓缩、思想的精华，读经典著作是纲举目张、事半功倍，恰似“与君一席谈，胜读十年书”，可以说，不读经典著作就谈不上真

正的读书求知。

法治是治国安邦的大政国是，是全球大势和时代主题，也是人类智慧聚焦之所在。在步入法治社会的当代中国，法学日益成为一门显学，每年发表的法学作品数以万计。法律是时代精神精华的确认，法治是时代精神精华的贯彻，法学是时代精神精华的写照。法学必须是精华，只有精华才配称为法学，只有法学经典著作才是值得供人解读的真正的法学文本。人们希望快捷地找到其中那些真正有价值、有影响、堪称经典的作品。编选《中国法学精萃》系列丛书即是出于此种考虑。

考量著作是否精品、经典有以下标准：

一是思路新奇。学术的生命在于创新，学术的发展新新不已，学术创新之处正是学术精华所在。那些筚路蓝缕、独辟蹊径、开天辟地、振聋发聩之作当属精品、经典之作。

二是资料详实。思想没有全新的，学术是承先启后和不断推陈出新的，对大量的已有资料的搜集、占有、爬梳、概括、提炼本身就是十分重要的学术工作，而在这个基础上的研究才不是无源之水、无本之木。那些钩沉发隐、洞烛幽微、经纬百家、茹古涵今、集大成者当属精品、经典之作。

三是思想深刻。学术的使命是求真，追求真理。但真理作为规律是内在的、深刻的，这就决定了学术思想必须深刻，不深刻不足以入理。思想深刻是学术的价值所在、尊严所在，也是精华所在。那些体大思精、高瞻远瞩、笔扫千军、慎思明辨、警世谕人之作当属精品、经典之作。

四是传世之作。在所有的批判中，最伟大、最正确、最天才的是时间。精品、经典之作不仅是时代精神的精华，而且是时代精神的超越，是经得起时间批判的传世之作。那些与时俱进、雄视百代、历久弥新、嘉惠新学、启迪后人之作当属精品、经典之作。

当然，上述标准是很高的，也许身不能至，但心向往之。我们把



它们作为行动的旗帜和追求的目标，并为此而与人们一道不懈努力。

对于本系列丛书来说，我们希望达到以下目标：

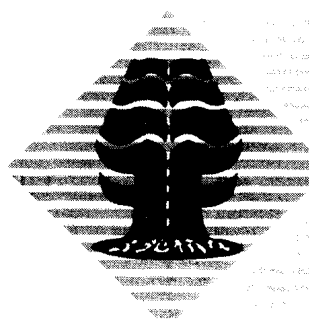
一是起到年鉴的作用。从每年公开发表的法学文章中精选出有代表性、权威性、经典性的文章，铭记法学各学科每年的发展状况和学术进展，以供图书馆、资料室收藏。

二是具有教研资料的作用。资料是教研的基础，了解把握研究动态是为教为研之始，本套丛书可以成为教研人员床头案前之必备。

三是具有考试指南的作用。近几年法学硕士、博士考试愈来愈热、人数愈来愈多，每个考生在复习过程中，都要查找、复印、装订相关的有代表性、权威性、经典性的文章仔细研读，极其烦难不便，本系列丛书恰能予以弥补，提供方便。

我们的工作把我们推到了审判官的位置，但我们没有火眼金睛，或许有时还有眼无珠，难免良莠不分，取舍不当。我们在提请公众批判理解的同时，也虔诚地希望公众热情参与，把自己所认为的精品、经典之作推荐给我们。俟条件允许，我们也会敬请有关专家、学者进行评选，以求名至实归、不负众望。

总主编 张文显



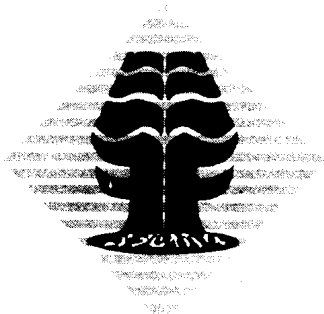
目 录

序

第一部分		基础理论研究	1
罗豪才	宋功德	行政法的失衡与平衡	3
应松年		中国行政法的创制与面临的问题	27
杨解君		论行政法概念的哲学视野	35
石佑启		WTO 对中国行政法治建设的影响	49
方世荣		论行政权力的要素及其制约	67
第二部分		行政法主体研究	79
薛刚凌		行政主体之再思考	81
王锡锌		行政过程中相对人程序性权利研究	95



第三部分	行政行为研究	117
崔卓兰 蔡立东	非强制行政行为 ——现代行政法学的新范畴	119
余凌云	行政法上的假契约现象 ——以警察法上各类责任书为考察对象	143
周佑勇	行政不作为构成要件的展开	162
第四部分	行政程序与行政救济制度研究	175
章剑生	现代行政程序的成因和功能分析	177
王学政	论我国行政诉讼和行政复议制度之创新	191
何海波	行政诉讼撤诉考	201
胡育华	行政诉讼目的论	220
江必新	司法解释对行政法学理论的发展	228
姚锐敏	论完善我国行政处分的程序	245
第五部分	比较行政法学研究	255
关保英	比较行政法学若干问题探讨	257
附录	2001 年度全国主要报刊行政法论文索引	281



第一部分 基础理论研究

行政法的失衡与平衡

罗豪才 宋功德

引言

究其根本而言,行政法的核心矛盾是行政权与相对方权利,对这一矛盾的不同回答形成了三种行政法基本理念:管理论认为行政法应是维护行政权、管理相对方的管理法;控权论认为行政法应是制约行政权、保护相对方权利的控权法;而平衡论则认为行政法应是既制约行政主体滥用行政权、又制约相对方滥用权利,既激励行政主体积极行政、又激励相对方积极参与行政的平衡法^①。中国行政法学界对于行政法失衡与平衡问题的普遍关注,肇始于10年前行政法平衡论的正式提出^②。

① 管理论、控权论与平衡论是平衡论者采用辩证思维对行政法的核心矛盾进行分析所形成的三种“理想类型”。参见罗豪才:行政法的语义与意义分析,载《法制与社会发展》1995年第4期。

② 平衡论是中国行政法学对本国行政法制实践所作的理论回应。一则,改革开放之前的中国行政管理基本奉行“命令—服从”模式,妨碍了企业效率的提高;另则,“权力下放、放权让利”的控权行政改革又导致了“一收就死、一放就乱”窘局的出现。有鉴于此,平衡论应运而生,并得到了较快的发展。参见罗豪才、袁曙宏、李文栋:现代行政法的理论基础,载《中国法学》1993年第1期;沈岷:试析现代行政法的精义——平衡论,载《行政法学研究》1994年第2期;王锡锌:再论行政法的平衡精神,载《法商研究》1995年第2期;罗豪才:行政法的语义与意义分析,载《法制与社会发展》1995年第4期;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;罗豪才、沈岷:平衡论:对现代行政法的一种本质思考,载《中外法学》1996年第4期;姜明安:授权、分权、控权——平衡行政法生存的“理”,载《中外法学》1996年第5期;罗豪才主编:《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社1997年版;罗豪才、方世荣:论发展变化中的中国行政法律关系,载《法学评论》1998年第4期;罗豪才、崔卓兰:论行政权、相对方权利及相互关系,载《中国法学》1998年第3期;甘雯:行政法的平衡理论研究,载罗豪才主编:《行政法论丛》(第1卷),法律出版社1998年版;沈岷:《平衡论——一种行政法的认知模式》,北京大学出版社1999年版;罗豪才:行政法学与依法行政,载《国家行政学院学报》2000年第1期;罗豪才、宋功德:现代行政法学与制约、激励机制,载《中国法学》2000年第3期;李娟:《行政法控权理论研究》,北京大学出版社2000年版;宋功德:《行政法哲学》,法律出版社2000年版。



10年来,行政法学界给予平衡论的诸多完善建议^①、理论商榷^②、理论评述^③,显示出中国行政法学对于解释行政法失衡现象、解决行政法失衡问题的极大热情,这在客观上推动了平衡论的发展与完善,并引致中国行政法学更加冷静、更加理性地探讨行政法的失衡与平衡问题。

平衡论者认为,由于传统行政法在权利(力)结构、行政法机制以及行政法制度结构三个层次上都是失衡的,因此,现代行政法要实现平衡,就必然要进行结构调整并形成行之有效的行政法博弈方法,构建平衡的行政法机制与行政法制度结构,以实现行政法权利(力)格局的结构性均衡。由此可见,行政法学要研究行政法的平衡,关键在于探讨实现行政法权利(力)结构性均衡的对策。这就意味着要基于传统行政法学范式的转变,建构并完善与市场经济及民主政治相适应的现代行政法理论基础。

一、行政法权利结构失衡与传统行政法学范式的困惑

作为社会科学的一个分支,行政法学旨在运用一整套的概念、范畴去解释行政法世界。由于存在着价值判断与解读方法的区别,行政法学范式必然是多样的。在传统行政法学范式中,行政权与相对方权利的不对等或者不平等,被视作行政法的固有现象,这种解释显然已经无法适应现代行政法制实践的需要,传统行政法学范式因此陷入困境之中。

(一) 行政法结构失衡类型

在平衡论者看来,尽管在不同的行政法律关系与监督行政法律关系中,行政法主体各自的法律地位相去甚远,行政法的失衡现象也因此千差万别,但概而言之,行政法的失衡类型主要有两种。

失衡类型一:行政权过于强大,相对方权利过于弱小。当行政法被定位为治

① 皮纯协,冯军:关于“平衡论”疏漏问题的几点思考——兼议“平衡论”的完善方向,载《中国法学》1997年第2期;郭润生、宋功德:控权——平衡论,载《中国法学》1997年第6期。

② 杨解君:关于行政法理论基础若干观点的评析,载《中国法学》1996年第2期;杨解君:当代中国行政法(学)的两大主题,载《中国法学》1997年第5期。针对学界的理论质疑,平衡论者予以了及时的回应,参见,王锡锌,沈岍:行政法理论基础再探讨——与杨解君同志商榷,载《中国法学》1996年第4期;宋功德:平衡论:行政法的跨世纪理论,载《法制日报》2000年9月3日(上)、9月10日(下)

③ 从1996年起,平衡论已成为一些行政法学教材和法学类核心期刊评述的一个重要部分。

民之法时，就决定了行政法的主要特征是行政权过于强大，相对方权利过于弱小，从而导致行政法的失衡。一方面，行政权过大、过强。行政权的运作领域过大，行政法授权行政主体进入许多不该管、管不好的社会领域；或者行政权的强度过大，行政法授予行政主体过多的实施强制性行政的权力；而且，行政法偏重于实体授权，严重缺失制约行政权的行政程序制度。另一方面，相对方权利过小、过弱。行政法赋予相对方的权利范围过小，不合理地剥夺了应属自治、自主范围的权利^①；或者相对方的权利过弱、权利结构不合理，未形成相互制约的机制，相对方更无法通过行政程序与行政主体博弈。简言之，此种类型的行政法失衡主要表现在两个层次：行政法机制只是片面地制约相对方，缺乏对行政的有效制约，行政法机制欠缺激励相对方积极参与行政的功能；行政法制度结构不协调，重实体授权，轻程序制约，重行政效率，轻公平保护，重行政管理，轻监督行政；这就必然导致行政法权利（力）结构的失衡。

失衡类型二：行政权过于弱小，相对方权利过于强大^②。与前种行政法失衡类型截然相反的是，如果行政法被视作就是制约行政权或者行政官员之法，这就决定了行政法失衡的主要特征是行政权被过分制约，相对方权利过分膨胀。此种行政法失衡的基本形态有两种：一方面，行政权范围过小、强制性不够。行政管理范围与方式不仅受行政实体法与行政程序法的双重箝制；而且受制于严格的司法审查；在法律保留原则与法律优先原则的共同支配下，行政主体“法未规定不可为”；行政主体普遍缺乏纠正市场失灵与社会无序的必要手段，难以满足公共管理与公共服务的需要；由于政府软弱无力、缺乏活力，从而产生管理危机与信任危机。另一方面，相对方权利过大、实力过强。立法机关在进行权利（力）配置时，或者不恰当地妥协于利益集团的压力，或者为了寻租，或者机械地移植他国行政法律制度，从而赋予相对方——尤其是市场主体与行业组织——过多的权利，却没有赋予行政主体相应的行政监督制裁权。由此可见，此类的行政法失衡也主要表现为三个层次：行政法机制过于苛刻地制约行政，却疏于监管，行政法机制缺失激励公务人员积极行政的功能；行政实体制度与行政程序制度不协调；

① 譬如不合理地限制了企业的经营自主权、社会中介组织的自治权、基层群众性自治组织的自治权等。

② 历史经验表明，在经济上奉行自由放任必然要求行政消极无为；在政治上不恰当地强调民族自治与社会自治就必然丧失行政权威。因此，中国行政法虽然并非控权法，但中国在体制转轨、社会转型与制度重构时期也应避免纠枉过正。

这就导致了行政法权利（力）配置格局的失衡。

以上两种行政法失衡类型，只是平衡论者对复杂的行政法失衡现象所作的理论概括，这并不意味着现实中的行政法失衡纯粹地非此即彼，事实上，现实中的行政法失衡现象往往归结于上述两种失衡类型的交叉。亦即，对于特定时期的行政法而言，行政权过大过强与相对方权利过大过强很有可能在不同的行政法领域分别存在；而且，在工商、税务、质检、金融、公安、教育、环境等部门行政法中，行政法的失衡原因与失衡程度也不一而足。行政法失衡类型的交叉性在中国行政法中表现得比较明显，往往是管制不力与管制过度同时存在。譬如，一方面，在工商、金融、产品质量等经济领域内，经常存在着对生产者、经营者的行政监管不力问题；对于供水、供电等自然垄断产业，政府的经济性管制也还不够；这些显然不利于维持市场的有序竞争，也不利于维护消费者的合法权益。此外，用于环境保护的社会性管制非常薄弱。另一方面，立法设定的行政许可过多而规范又不够，政府对于电信产业等诸多应该放松管制的经济领域迟迟不予放松；对于铁路、民航等自然垄断产业而言，政府应该更多地引入竞争机制以改造传统管制模式、并以新型的激励性管制方式取而代之的，政府却仍然过多地沿用传统的强管制模式。而且，行政法制实践中的行政执法不到位与行政执法过度，直接加重了行政法失衡程度。

（二）传统行政法学范式的困惑

当传统行政法学与传统行政法遥相呼应时，传统行政法学范式就不可避免地被烙上时代印痕，传统行政法在理论上也就被赋予了过多的时代合理性^①。在管理理论看来，凌驾于社会之上的政府应是完全理性的、万能的，能够最优地配置社会资源、公平地分配社会财富；公益应优于私益，旨在实现公益的行政权应优于代表私益的公民权。惟此，行政法中行政权优于相对方权利天经地义，行政主体与相对方的不平等在所难免。与之相反，在控权论看来，个人利益至上、个人权利本位是自由经济的基本含义；市场主体能在“看不见的手”的牵引下最优地配

^① 任何行政法学范式的生成与演变，都受制于人们的知识积累与价值判断，因此，行政法学范式只能具有相对合理性。库恩认为，在科学的意义上，一个范式就是关于现实的一套较为系统的假设，这一套假设主要包括用以阐释和说明某一类现实的规则，而这些规则表现为人们观察现实世界的观点、理念和基本的价值判断标准。范式的存在是多种多样的，好的范式的作用就在于其假设可以更全面、更准确地反映现实世界。See, Thomas S. Kuhn the Structure of Scientific Revolutions, Chicago: University of Chicago Press, 1962, Chapter one.