



卓越法律人才培养规划教材

MODERN ADMINISTRATIVE LAW PANDECT

现代行政法总论 第2版

章剑生 / 著

学理 · 案例 · 实训



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



卓越法律人才培养规划教材

MODERN ADMINISTRATIVE LAW PANDECT

现代行政法总论 第2版

章剑生 / 著



 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

现代行政法总论 / 章剑生著. -- 2版. -- 北京 :
法律出版社, 2019(2019.8重印)
ISBN 978 - 7 - 5197 - 3016 - 1

I. ①现… II. ①章… III. ①行政法—研究—中国
IV. ①D922.105

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第016712号

现代行政法总论(第2版)
XIANDAI XINGZHENGFA ZONGLUN(DI 2 BAN)

章剑生 著

策划编辑 谢清平
责任编辑 谢清平
装帧设计 汪奇峰 臧晓飞

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市龙大印装有限公司
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 787毫米×1092毫米 1/16
印张 34.5
字数 860千
版本 2019年3月第2版
印次 2019年8月第2次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/400-660-8393

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-8393/6393

第一法律书店/010-83938432/8433

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3016 - 1

定价:58.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 行政、行政权和行政法	(1)
第一节 行政	(1)
第二节 行政权	(17)
第三节 行政法	(22)
第二章 依法行政原理	(36)
第一节 依法行政原理的宪法基点	(36)
第二节 依法行政原理的基本内容	(41)
第三节 依法行政原理支配的基本原则	(48)
第三章 行政法法源	(55)
第一节 行政法法源的一般理论	(55)
第二节 成文法源	(56)
第三节 不成文法源	(69)
第四节 行政法法源的位阶	(76)
第五节 行政法法源的效力范围	(82)
第四章 行政法适用	(87)
第一节 行政法适用的一般理论	(87)
第二节 行政认定	(90)
第三节 行政裁量	(101)
第五章 行政法主体	(108)
第一节 引言	(108)
第二节 行政机关	(110)
第三节 行政相对人	(118)
第四节 国家公务员	(122)
第六章 行政行为原理	(128)
第一节 引言	(128)

第二节 行政行为分类	(131)
第七章 行政行为:行政决定	(139)
第一节 行政决定的一般理论	(139)
第二节 行政决定的合法要件	(148)
第三节 行政决定的效力	(152)
第四节 行政决定的变更	(158)
第五节 行政决定的消灭	(161)
第六节 若干类型化的行政决定	(169)
第八章 行政行为:非行政决定行为	(183)
第一节 引言	(183)
第二节 制定行政规范	(184)
第三节 行政双方行为	(196)
第四节 行政事实行为	(205)
第九章 行政程序的原理	(215)
第一节 行政程序的一般理论	(215)
第二节 正当程序	(218)
第三节 程序制度	(235)
第十章 行政程序的类型	(244)
第一节 普通程序	(244)
第二节 特别程序	(257)
第十一章 行政违法与行政责任	(263)
第一节 引言	(263)
第二节 行政违法的认定	(269)
第三节 行政违法的效力	(291)
第四节 行政责任	(298)
第十二章 行政救济的原理	(310)
第一节 行政救济的一般理论	(310)
第二节 行政救济的目标	(313)
第三节 行政救济的体系	(315)

第十三章	行政救济的类型	(318)
第一节	行政救济:行政诉讼	(318)
第二节	行政救济:行政复议	(324)
第三节	行政救济:信访与申诉	(331)
第十四章	行政诉讼的主体	(335)
第一节	法院	(335)
第二节	行政诉讼的原告	(344)
第三节	行政诉讼的被告	(361)
第四节	行政诉讼的第三人	(371)
第五节	行政诉讼的参与人	(374)
第六节	检察院	(376)
第十五章	行政诉讼的客体	(379)
第一节	行政诉讼客体的一般理论	(379)
第二节	行政决定	(382)
第三节	非行政决定行为	(404)
第四节	排除范围	(407)
第十六章	行政诉讼行为	(424)
第一节	诉讼撤回	(424)
第二节	诉讼不停止执行	(428)
第三节	妨碍诉讼的强制措施	(432)
第四节	财产保全与先予执行	(434)
第五节	诉讼中止与诉讼终结	(435)
第六节	诉的合并与诉的追加	(436)
第七节	材料移送与司法建议	(438)
第十七章	行政诉讼的证据	(440)
第一节	证据的一般理论	(440)
第二节	举证责任及其分配	(449)
第三节	证据提供与补充	(456)
第四节	证据调取与保全	(459)
第五节	证据对质与认定	(460)
第六节	证明标准	(468)

第十八章 行政诉讼的依据	(471)
第一节 引言	(471)
第二节 法定依据	(473)
第三节 非法定依据	(480)
第四节 规范性文件的一并审查	(482)
第十九章 行政诉讼的裁判	(488)
第一节 行政诉讼判决	(488)
第二节 行政诉讼裁定	(510)
第二十章 行政诉讼的程序	(515)
第一节 一审程序	(515)
第二节 二审程序	(534)
第三节 再审程序	(536)
第四节 执行程序	(538)
第2版补记	(541)

第一章 行政、行政权和行政法

第一节 行政

一、行政的边界

任何思想的开始,总是以概念为基点。^{〔1〕}行政法的思想基点是“行政”。

对于稍微有一些法学、政治学、行政学等学科常识的人来说,一提到“行政”,总会与“立法”、“司法”等概念联系起来,并能讲出它们之间若干点的不同内容。但是,如果要界定“行政”的概念,或许并不是一件容易的事。拉德布鲁赫甚至认为:“将有关内容分为立法、司法与行政,并非出于对三者定义的目的,而仅仅是为了阐述的方便。”^{〔2〕}为了与私人管理中的“行政”相区别,行政法上的行政经常被称为“公行政”或者“公共行政”。^{〔3〕}

中国历史上并没有产生过西方国家法学上的分权概念。帝王君权中“三公九卿”“三省六部”之类的国家组织体系,与源于西方国家基于洛克、孟德斯鸠的分权思想而形成的法律制度大异其趣。迟至1912年《中华民国临时约法》颁布实施,与立法、司法相对的“行政”一词才第一次出现在中国的法律制度之中,^{〔4〕}并为《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)所承继。^{〔5〕}1982年《宪法》也采用了权力分立的国家组织体制,如国家立法权属于全国人大及其常委会,审判权属于人民法院等。《宪法》第85条规定:“中华人民共和国国务院,即中央人民政府,是最高国家权力机关的执行机关,是最高国家行政机关。”虽然这一宪法条款没有明确规定国家“行政权属于国务院”,但行政作为一种宪法上的、独立的国家机关活动已被确认。

时至今日,行政并没有一个具有“通说”地位的概念。对行政概念的表述,不同的人有不同的解释。形成这个状况的原因,是国家之间的历史传统、政治体制、社会结构、文化甚至习惯的差异性,所以,一个放之四海而皆准的行政概念客观上可能并不存在。当下一些已经制定了行政程序法典的国家或者地区通过设置排除条款,对“行政”作消极性的边界划定,而不是采用常规的定义立法方式。^{〔6〕}

〔1〕“概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具;没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚地和理性地思考法律问题;没有概念,我们便无法将对法律的思考转变为语言,也无法以一种可以理解的方式把这些思考传达给他人。”[美]E. 博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第486页。“对一个概念下定义的任何企图,必须要将表示该概念的这个词的通常用法当作它的出发点。”[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第4页。

〔2〕[德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第130页。

〔3〕姜明安:《行政法》,北京大学出版社2017年版,第9页。

〔4〕《中华民国临时约法》第8条规定:“人民有陈诉于行政官署之权。”第49条第2款规定:“但关于行政诉讼及其他特别诉讼,别以法律定之。”

〔5〕《宪法》(1954)第47条规定:“中华人民共和国国务院,即中央人民政府,是最高国家权力机关的执行机关,是最高国家行政机关。”

〔6〕参见德国《行政程序法》第1条、第2条和中国台湾地区“行政程序法”第3条。

但是,我们可以通过分类、列举等逻辑方法大致给“行政”划出一个边界,以便给行政法确定一个大致的调整范围,从而理顺行政与法的基本关系,否则,作为独立学科的行政法能否存在也可能成为一个被人质疑的问题。^[7] 行政的疆域一旦划定,行政法所调整的法律关系范围也大致可以确定了。中国因行政案件由依法设立的法院行政诉讼庭审理,在处理与法院民事审判庭管辖权关系等问题上,在学理上厘清行政的边界实益显著。

(一) 实质行政与形式行政

1. 实质行政

实质行政的基本模式是“命令—服从”,如行政处罚、行政许可和行政强制措施等。因行政民主兴起而产生的“平等—协商”等新型行政模式,是“命令—服从”行政模式的一种补充,有时具有软化国家强制力的功能,如行政合同、行政协议等。在一定程度上,这种新型行政模式可以看作私法对公法不断影响的结果,是现代行政法中一种引人注目的法现象,已成为现代行政法体系中不可缺少的一部分。

实质行政着眼于国家行为中的“处理性”,^[8]而并不看重国家行为主体的性质,因此它将人民代表大会、法院、检察院以及军事机关等国家机关的一些行为纳入行政的范围。^[9]如人民代表大会对其他国家机关的监督、^[10]批准预算;又如法院对妨碍诉讼行为采取的强制措施、对裁判文书的强制执行和维持庭审秩序等,虽然可以把这类行为看作法院诉讼程序的一部分,但它们都不是居中裁判的“司法”行为。另外,检察机关代表国家起诉刑事犯罪和国家监察委员会的监察行为也都不是中立的“司法”行为。在内容上,上述国家行为更接近于“命令—服从”式的实质行政。不仅如此,一些非国家机关组织经法律法规授权后也可以实施行政行为,^[11]如高等院校和科研机构颁发毕业证、学位证书,^[12]甚至国有企业的某些行为也具有行政的性质,如城市的水、电、气的供给。^[13]中国台湾地区“宪法”上的考试、监察两项权力具有浓重的行政性质,但在它的宪法分权理论架构中,它们是与行政权并列而存的两种国家权力,不属于行政法调整范围。认识实质行政需要引入分权原则,也只有在分权原则引领下才能真正认识行政法上的“行政”。

2. 形式行政

凡是行政机关作出的行为都是行政,无论它的法律依据是公法还是私法,也无论它是否

[7] 一直以来,许多人都想在内容上一劳永逸给“行政”作一个具有普适性的定义,但基本上是不成功的。“放弃了从内容上予以定义的学说,在日本成为多数派。”[日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第2页。

[8] “实质意义上的公共行政是指在特定条件下或者为了特定的目的,对外自主地以决定的方式,具体地或者创造性地执行共同体事务的各种活动,以及共同体为此而任用的工作人员。”[德]沃尔夫等:《行政法》(第1卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第25页。

[9] 参见《宪法》第三章第四节的规定,中华人民共和国中央军事委员会是独立于国务院的国家军事机关,不是国家行政机关。将国家军事机关从国家行政机关分离出来,虽然不是分权理论的必然结果,但也体现了它仍然具有分权的思想。

[10] 如依照《宪法》第71条的规定,人大常委会组织关于特定问题调查委员会的行为。

[11] 《行政诉讼法》第2条第2款规定:“前款所称行政行为,包括法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为。”

[12] 参见田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案,载《最高人民法院公报》1999年第4期,最高人民法院指导案例第38号。

[13] 2009年11月13日,《法制日报》以“中国供热改革蜀道难 突围尚需借力法律”为题,报道了一个案例:2008年12月北京市丰台区一小区业主何先生对开发商提供的供暖协议不满,在入住后要求停止供暖并在遭拒后起诉至法院,但法院判决驳回了何先生的诉讼请求,理由是供热合同不同于其他民事合同,具有公共服务性、行政强制性和强制继续履行等特点。

与行政权有关。行政机关依据公法作出的行为是行政,不用赘言。《民法总则》第97条规定:“有独立经费的机关和承担行政职能的法定机构从成立之日起,具有法人资格,可以从事为履行职能所需要的民事活动。”在民事主体的分类上,行政机关属于民法上的“机关法人”,^[14]是特别法人的一种,所以,行政机关在民法上具有民事主体的法律地位。

行政机关基于民事主体身份所实施的行为也是形式行政的一部分,通常认为它不属于行政法所规范的对象。过去在实务中,如“国有建设土地使用权有偿出让合同”是属于私法上的合同,用民法加以调整,最高人民法院有过专门的司法解释,^[15]但在这个司法解释之前,最高人民法院在个案中也有把它当作行政案件来处理的情况。^[16]2014年《行政诉讼法》修改之后,如“政府特许经营协议”“土地房屋征收补偿协议”等行政协议都被纳入行政诉讼受案范围。在民事法律关系中,如公安局采购办公用品的民事行为,与它依职权实施的对违反《道路交通安全法》的行人作出罚款决定行为有着明显的不同,后者的公益性十分明显。但是,公安局采购办公用品与个人购买电脑等民事行为相比,在行为性质上还是有所不同的,因为公安局采购办公用品是支付公共财政的行为,多少有一些公益性的色彩。又如,行政机关通过招投标的方式兴建公共图书馆、博物馆等,如法律没有特别规定,可以适用私法规范。如果考虑到行政机关这类“兴建”的民事行为也具有“公益性”的话,那么,调整这类民事行为的规则可以有别于仅有“私益性”的其他民事行为。另外,行政机关制定行政法规、行政规章的行为,如同人民代表大会的立法一样有起草、审议、公布等方式与步骤,但它是行政行为,不是立法行为;^[17]行政机关如同法院一样居于中立地位裁决当事人之间有关民事争议的行为,^[18]同样也是行政而不是司法。必须指出的是,行政机关直接根据宪法作出的行为,学理上称为“统治行为”,如国务院依照法律规定决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态。^[19]

小结:行政法上行政,宜在实质行政中采用主体标准,将人民代表大会、法院和检察院以及军事机关的“行政行为”划出行政的范围,而在形式行政中采用内容标准,将行政机关以民事主体的身份从事的不具有公益性的“行政行为”以及“统治行为”划出行政的范围,保留它具有立法性的“立法性行政”和居中裁决的“司法性行政”。

(二) 外部行政与内部行政

1. 外部行政

产生在行政机关和与其不具有法律上从属关系的行政相对人之间的行为,即外部行政。例如,公安机关依照公民甲的申请向其颁发出国护照、工商行政管理机关对销售假冒伪劣产

[14] 参见葛云松:《法人与行政主体理论的再探讨——以公法人概念为重点》,载《中国法学》2007年第3期。

[15] 《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释[2005]5号)。

[16] 在大连市华运产业房地产开发公司诉大连市房地产开发管理领导小组办公室废止中标通知案中,首次运用行政合同原理。在武汉兴松房地产开发有限公司诉湖北省武汉市国土资源管理局收回国有土地使用权上诉案中,再次运用行政合同原理,涉案行为被认定为解除行政合同的行为。参见最高人民法院《行政判决书》[1997]行终字第2号和[2002]行终字第7号。

[17] 也有学者认为:“虽然行政法规和规章是行政法规范的主要形式,但是国务院制定行政法规和有关行政机关制定规章的行为不属于行政行为,而属于由《立法法》规制的‘立法活动’,因而在‘行政行为’中不加讨论。”胡建森:《行政法学》(第4版),法律出版社2015年版,第204页。

[18] 《水法》第56条规定:“不同行政区域之间发生水事纠纷的,应当协商解决;协商不成的,由上一级人民政府裁决,有关各方必须遵照执行。在水事纠纷解决前,未经各方达成协议或者共同的上一级人民政府批准,在行政区域交界线两侧一定范围内,任何一方不得修建排水、阻水、取水 and 截(蓄)水工程,不得单方面改变水的现状。”

[19] 《宪法》第89条第16项。

品的公民乙作出没收其违法所得的行政处罚决定等。基于行政法“控权”的目的,外部行政是行政法上“行政”的核心内容,整个行政法体系都是基于这个核心而展开的。从属于行政机关的国家公务员在不以国家公务员身份与行政机关发生行政法律关系时,行政机关为此作出的行政行为也是“外部行政”。此时,该国家公务员是已经“脱去了制服”的行政相对人,如警察为自己刚刚出生的儿子到自己工作的派出所申报户口,该派出所依其申请为其儿子登记户口。有时,行政机关之间因执行职务需要而实施的委托行为,因它直接涉及行政相对人的合法权益,也属于外部行政。^[20]在日本法上,国家或地方自治团体机关相互之间关于权限是否存在或者行使权限引起的争议,可以提起机关诉讼。^[21]在我国,行政机关之间因管辖权发生争议,由其共同的上一级行政机关裁决,不能提起“机关诉讼”,但也是属于外部行政。当然,有的行政外部性十分明显,但不属于行政法上的“行政”,^[22]如宪法上的“统治行为”,通常由宪法加以规范,若引起争议,在有的国家由宪法法院审查、裁决。

2. 内部行政

产生在行政机关内部以及与其具有法律上从属关系的国家公务员之间或者行政机关之间的行为,为内部行政,^[23]如行政机关任命本机关某公务员为法制处处长等。通常这种行政不属于传统行政法调整的范围。但是,随着现代社会的变迁与法治观念的革新,传统行政法基于“行政机关—行政相对人”关系框架所构成的法调整范围显得过于狭窄,尚不足以有效地保护行政相对人的合法权益,且现代行政法所保护的法益,也不应该仅仅限于行政相对人的合法权益。因行政机关内部行政不仅与公共财政合法支付有关,更重要的是它还会直接或者间接地影响到行政机关对外作出行政行为的合法性,故现代行政法还应当将“行政机关—行政机关”、“行政机关—行政机构”和“行政机关—行政机关工作人员”这三种内部关系也纳入行政法体系加以调整。内部行政通常具有担保行政机关对外作出行政行为为合法性的功能,所以,现代行政法应当逐步将内部行政纳入其体系。如在我国台湾地区的“行政法”上,如果行政机关的决定改变了国家公务员的法律地位时,如开除、辞退等,也要受到行政法的调整,公务员对此类的决定可以提起行政救济。^[24]从发展趋势来看,内部行政不受行政法控制的范围将越来越小。

有些内部行政,如政府的“会议纪要”“抄告单”等作出之后产生了对外法律效果,即对不具有从属关系的行政相对人权益产生影响,这些内部行政都应当划入外部行政范围。这种情形在学理上称为“内部行为效力外化”,在司法实务中则纳入行政诉讼的受案范围。如在吉德仁等四人不服盐城市人民政府行政决定案中,法院认为:

《会议纪要》虽然形式上是发给下级政府及所属各部门的,但从该《会议纪要》的内容上看,它对城市公交的营运范围进行了界定,并明确在界定的范围内继续免交交通规费,而且该行为已实际导致城区交通局对公交公司的管理行为的中止,所以该《会议纪要》是一种行政决定行为,有具体的执行内容,是

[20] 《行政许可法》第24条规定:“行政机关在其法定职权范围内,依照法律、法规、规章的规定,可以委托其他行政机关实施行政许可。委托机关应当将受委托行政机关和受委托实施行政许可的内容予以公告。”

[21] 《日本行政事件诉讼法》第6条。

[22] 《宪法》第92条规定:“国务院对全国人民代表大会负责并报告工作;在全国人民代表大会闭会期间,对全国人民代表大会常务委员会负责并报告工作。”

[23] 在德国行政法上,行政有内部、中间和外部三分法理论。中间行政,指行政主体之间的活动,包括行政机关和机构之间在行政过程和程序方面的正式或者非正式的合作、附和、参与等活动。[德]沃尔夫等:《行政法》(第1卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第30页。

[24] 参见我国台湾地区“司法院”大法官释字第243号。

可诉的具体行政行为。^[25]

在建明食品公司诉洪县政府检疫行政命令纠纷案中,法院认为:

审查行政机关内部上级对下级作出的指示是否属于人民法院行政诉讼受案范围内的可诉行政行为,应当从指示内容是否对公民、法人或者其他组织权利义务产生了实际影响着手。在行政管理过程中,上级以行政命令形式对下级作出的指示,如果产生了直接的、外部的法律效果,当事人不服提起行政诉讼的,人民法院应当受理。^[26]

将内部行政纳入现代行政法体系,可以担保行政机关对外作出行政行为的合法性,更为重要的是,它关涉现代政府治理结构如何适应法治国家建设的基本问题。现代行政法不仅是外部行政法,与其相关联的内部行政法也是它不可或缺的一部分;在相当程度上,内部行政法是现代行政法“成长”的一种必然。

小结:外部行政是行政法上“行政”的核心内容,是行政法的调整范围。内部行政通常不属于传统行政法所规范的范围。但是,基于担保外部行政的合法性考虑,行政机关内部组织、公务员管理等内部行政也是现代行政法所规范的范围。^[27]

二、难以定义的行政

(一) 行政的由来

在中外历史上,国家最初大多是由“一权独大”的君(皇)权统辖。“普天之下,莫非王土,率土之滨,莫非王臣。”^[28]在历史的某一个阶段,司法权、立法权从君(皇)权或者国家权力中分离出来,剩余下来的权力便是行政权。关于行政的由来,从历史过程的视角来看,情况大致如此。

国家权力依照其性质可以分为立法权、行政权和司法权,这是近、现代西方国家的宪政基本观念。在宪政体制的架构中,行政是一项极其重要的国家行为,尤其是在现代社会中,行政已经代替了立法(代议制机关)成为国家权力的中心,几乎可以成为国家的代名词——行政控制了我们每一个人从摇篮(甚至更早)到坟墓的全过程。

国家的存续需要正常的社会秩序,社会秩序主要依赖国家权力的作用,无论是独裁专制政体还是民主法治国家都无一例外,在世界范围内行政经历了由专制向民主发展的一个历史过程,这个过程大致也与市场经济体制建立、发展和完善的过程相当。比如,德国的行政经历了“专制行政”^[29]到“自由法治国行政”,再到20世纪之后“社会法治国行政”的过程。中国行政法是在《中华民国临时约法》的基础上,师承由日本行政法转接来的德国行政法逐步发展起来的。^[30]在1949年之后,虽然中国行政法未采用西方国家的分权宪政体制理论,也没有“控权”“制约”等法治观念,但《宪法》中的国家权力也被分为立法权、行政权、审判权、检察权

[25] 载《最高人民法院公报》2003年第4期。

[26] 载《最高人民法院公报》2006年第1期。

[27] 在日本行政法上,这部分内容被当作“行政手段论”来处理的。[日]盐野宏:《行政组织法》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第2页。

[28] 《诗经·小雅·北山》。

[29] 德国在“专制行政”下有所谓“福利国家”崇尚的理念。中国在1912年之前的历史中是否存在这种理念,可以作进一步论证。

[30] 进一步阅读陈新民:《行政法学的拓荒者——中国早年的行政法教科书》,载其著《公法学札记》(增订新版),法律出版社2010年版,第209页以下。

和军事权等。^[31]由此可见,行政是国家权力中的重要组成部分。

行政的逻辑起点与终极目的在于实现公共利益。即使基于“保护公民、法人或者其他合法权益”原则而作出的个案处理时,也需要充分考虑私人利益与公共利益之间的某种平衡关系。孙中山先生的“天下为公”思想诠释了现代行政的基本内涵。当然,行政的公益性并不是否定私人利益的理由,相反,行政承担着实现私人利益的任务——“国家尊重和保障人权”。行政“在追求公共利益的同时,必须注意个人利益,甚至有时实现个人利益本身就是公共任务(如社会救济)”。^[32]如果行政因为只顾及公共利益而对私人利益产生了损害或者造成损失的,国家对此需要承担赔偿责任或者补偿的法律责任。

(二) 行政的含义

在英文中,“administration”有“管理”“经营”等含义。在讨论与行政法有关的问题时,我们将其译为“行政”。在汉语中,“行”,意为“实行”“施行”,如“令行禁止”;“政”,意为“权力”或外化为一种“命令”的权力,如“于是帝尧乃求人,更得舜。舜登用,摄行天子之政”。^[33]所以,汉语中的“行政”都与国家权力或者事务有关。不过,在西方国家宪政体制下,基于分权理论而产生的“行政”概念,在中国古代法律制度上并不存在。

关于行政,在行政法的学术史上至少有以下几种定义:(1)消极说。即行政是除了立法、司法以外的国家活动。(2)积极说。即行政在法之下,以实现国家目的为目标,而在整体上是具有统一性的、连续的形成性国家活动。(3)综合说。即在上述两种观点的基础上,对行政作综合性定义。(4)特征描述说。即从功能、组织、行为方式等方面对行政作描述。^[34]上述几种学说先后出现在行政法发展的某一个历史过程中,它们与当时的政治、经济和文化条件相关联,各自存在的合理性。“对于行政的界定,乃至对于行政法的研究,除应参酌上述各说之外,更应关注行政的环境变迁以及行政任务、组织、行为程序、救济、赔偿、补偿等相关面向的变革。总之,行政并非仅是单纯的执行法律,更应包含政策拟定与决定的成分,以及变迁中的周边条件。”^[35]本书采用特征描述说。^[36]

在约定俗成的汉语意义上,行政一般都是指与公众相关的事务,尤其与行政机关所从事的公共事务有关。一些非行政机关组织中诸如“行政科”“行政处”等部门,它们从事该组织后勤护卫、福利保障等事务,与这里所说的“行政”毫不关联。

(三) 不断变动中的行政

行政是一个动态、开放的概念,是一个在内容上与国内外政治、经济与社会发展之间双向流变的概念,所以,我们只有在历史和社会发展过程中考察行政,才能把握行政的全部内容。比如,中国1979年之前因闭关自守,没有“中外合资企业”的经营活动,直到1980年《中外合资经营企业法》实施之后,工商行政管理中才增加了管理“中外合资企业”生产经营活动的行政内容。又如,在农业经济占主导地位的计划经济年代中,中国一直没有如今作为基本国策

[31] 参见《中华人民共和国宪法》第三章。

[32] [德]毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第7页。

[33] 参见范忠信:《中国传统行政法制文化研究导论》,载《河南省政法管理干部学院学报》2008年第2期。

[34] 参见翁岳生:《行政的概念与种类》,载翁岳生编:《行政法》(上),台湾元照出版有限公司2006年版,第2~7页;[日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第2~5页。

[35] 翁岳生:《行政的概念与种类》,载翁岳生编:《行政法》(上),台湾元照出版有限公司2006年版,第9页。

[36] 德国行政法学家福尔斯特霍夫说:“行政只能描述,而不能界定。”[德]毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第6页。

的“环境保护”,也没有“环境行政”。^[37]但自20世纪70年代末以来的工业化过程中,因环境保护的需要,1979年国家制定了《环境保护法(试行)》,各级政府设立了环境保护行政主管部门。再如,自20世纪90年代以来,因“违反法定程序”被《行政诉讼法》(1989)明文规定为撤销被诉行政行为的要件之一,行政程序开始成为行政中不可或缺的内容之一。^[38]

行政是一种面向未来的、有延续性的形成社会的过程,它的功能也一直在不断地嬗变。传统行政中的某些功能在现代社会中需要作适当的剥离,才能适应社会发展的需要。这种现象在中国当下转型期表现得特别明显。如《行政许可法》第28条规定:“对直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的设备、设施、产品、物品的检验、检测、检疫,除法律、行政法规规定由行政机关实施的外,应当逐步由符合法定条件的专业技术组织实施。专业技术组织及其有关人员对所实施的检验、检测、检疫结论承担法律责任。”根据这一规定,在行政许可中行政机关不再直接实施“检验、检测、检疫”,而是应当通过法律设立的“专业技术组织及其有关人员”实施,行政机关要监督这些“专业技术组织及其有关人员”的“检验、检测、检疫”活动。又如,让企业、事业单位的保安人员分担部分行政维护社会治安的职能,行政则对保安公司的活动进行法律监管;在食品、药品、环保等风险领域,行政依法组织、建立由企业参与的各种专业委员会,共同承担监管可能产生的法律责任等。这种行政向社会分流的现象表明了现代行政不断变动的功能。

三、可以描述的行政

卡多佐说:“在定义有风险的地方,描述就可以崭露头角了。”^[39]换言之,描述也是厘定概念的一种方法,甚至它可能比定义更好地说清楚一个概念。以下从若干个面向来描述行政这个概念。^[40]

(一)行政成为国家活动的中心:行政国家

在“管得最少的政府就是最好的政府”的年代里,国家权力中心是通过一人一票集中了民意的代议制机关。美国宪法中使用执行权(executive power)而不是行政权(administrative power)来指称“行政”,多少也可以说明在那个时代中行政对立法从属性的。行政在相当程度上活在立法机关的影子中。但20世纪之后,人们意识到“一个持续的危险是当代政府对议会的严格控制”。^[41]这意味着以代议制机关为国家权力中心的立法国家时代宣告结束,行政国家随即到来——行政成为国家权力的中心。

在行政国家中,国家权力的中心是行政,虽然立法、司法有制约行政的功能或使命,但它们经常要服从行政的需要。行政走向了国家和社会这个舞台的中央,而立法、司法则在一边随行政翩翩起舞。现代国家“‘排除危险’仍然是国家的法定的和不可变更的任务,但该任务通过社会、经济、文化等领域的供应、给付和补贴等方式而得到补充。急剧扩张和膨胀的行使人们认为,当代的国家是‘行政国家’。从行政的扩张及行政机构的膨胀来看,这种看法是

[37] 《宪法》(1978)第11条第3款规定:“国家保护环境和自然资源,防治污染和其他公害。”《宪法》(1982)第26条规定:“国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害。”

[38] 参见《行政诉讼法》(1989)第54条。

[39] [美]卡多佐:《司法过程的性质及法律的成长》,张维编译,北京出版集团公司/北京出版社2012年版,第106页。

[40] 关于对行政的描述方法,翁岳生先生对行政的特征论述对本人写作这部分内容有很大的启发。进一步阅读翁岳生:《行政的概念与种类》,载翁岳生编:《行政法》(上),台湾元照出版有限公司2006年版,第1章第2节。

[41] [英]韦德:《行政法》,徐炳译,中国大百科全书出版社1997年版,第7页。

正确的”。^[42]行政从过去较为单一地执行代议制机关的意志(法律),到开始以积极的、主动的姿态全方位地介入各个社会领域,逐渐形成了一个以行政为中心的国家,而立法、司法却成了国家政治、经济生活中的配角。20世纪之后世界范围内绝大多数国家的权力状态与结构基本如此。

中国并没有如同西方国家那样,有一个国家中心从立法到行政的变迁过程。自秦以降而形成的中央集权政体,到1912年之前的两千余年中根本就没有所谓的“分权”观念与事实,国家权力的中心是君(皇)权,它一支独大,傲视天下。虽然在某些朝代相权和皇权之间存在某种制约关系,但这不是现代法意义上的“权力分立”。在后来的中华民国年间,虽然多部宪法都在“人民主权”原则下规定了以立法作为国家权力的中心,但它与现实之间的脱节也是客观事实。1949年之后,无论是传统的社会主义计划经济还是后来的社会主义市场经济,行政集权一直是中国政治的特色,而这种特色至今仍未褪去。当下的中国是一个高度行政(中央)集权的行政国家。这样一种行政国家模式,与转型期中国经济与社会发展的需要也大致是相吻合的。^[43]

(二)行政的合目的性:裁量控制

行政要依法而行,此为法治国家的当然结论。若遵循此原则,行政尚不足以完成其行政任务,因此,行政还必须兼顾合目的性。“因为行政是追求利益的作用,所以除了要具备合法性之外,还要具备合目的性。此点与司法不同,司法的唯一目的,即是最可能正确、迅速地为之判断,因此与行政以法律作手段,适用法律只是要达成其目的之情形不同。”^[44]

行政的合目的性与司法审查范围之间具有相当密切的关联性。在“手段—目的”关联框架中,目的对手段的选择具有制约作用,但选择何种手段来达到目的的是一个裁量问题。早先,行政的合目的性是作为一个裁量问题不受司法审查的,但现代行政法中,与合法性一样,行政的合目的性也要受到司法的审查。“行政机关认定的必要性和合目的性只不过是相对的,不允许实现本来目的所不必要的、对私人权利的过度侵害。进而,也不允许行政机关只追求行政目的,而不考虑当事人的私益。如此,行政机关所主张的必要性和合目的性实际上也受到法院的全面审查,与其他裁量同样适用裁量界限。”^[45]

行政若能以说明理由的方式,让行政相对人了解行政的目的,有时可以彰显行政行为的公正性,提升行政行为的可接受性。从这个意义上说,行政的合目的性具有说服行政相对人接受不利行政结果的功能。但是,行政机关在理由说明方面总体上不尽如人意,影响了行政决定可接受性。如在梧州市国土资源局与化浩申请强制执行行政处罚决定案中,法院认为:

申请人作出本案的行政处罚决定,认定事实清楚,适用法律正确,程序合法。对被申请人提出的其他违法占地建设同样也应拆除的意见,虽不属于本案的审查范围,但为避免相对人产生对行政主体是否存在选择性执法的合理怀疑,若行政主体能将其作出行政行为的合目的性的理由予以表明,则更能体现行政处罚的公正原则。^[46]

(三)行政的多元性:执行兼及立法、司法

在西方传统的宪政理论框架下,理想的图景是:人民的意志通过代议制机关预定的法律

[42] [德]毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第17页。

[43] 参见周雪光:《中国国家治理的制度逻辑》,三联书店2017年版,第2~4章。

[44] 翁岳生:《行政的概念与种类》,载翁岳生编:《行政法》(上),台湾元照出版有限公司2006年版,第13页。

[45] [日]田村悦一:《自由裁量及其界限》,李哲范译,王丹红校,中国政法大学出版社2016年版,第212页。

[46] 广西壮族自治区梧州市万秀区人民法院《行政裁定书》([2016]桂0403行审4号)。

程序凝聚为法律,行政便是法律的忠实执行者,而司法则是法律争议的中立裁判者。但到了现代社会,西方这种宪政理论框架发生了现实危机:代议制机关和司法机关对原本属于自己职责范围内的许多事务处理感到力不从心,如对具有高度专业性的行政事务,代议制机关难以及时制定行之有效的法律,司法也难以作出准确、合理的判断。于是,对这种行政事务的“处理权”(立法权或者司法权)逐步转向行政,或者由行政机关制定具有普遍约束力的处理规则,或者由行政机关居中作出裁判。到此,现代行政在内容上除了保留传统上的执行性行政之外,又兼及立法和司法,即行政机关可以如同立法机关那样制定面向未来统一实施的法规,同时如司法机关那样针对过去已经发生的个案,在当事人之间作出具有法约束力的裁决。

在我国《宪法》中,行政除了执行外,同样也还有立法的内容,^[47]全国人大常委会还多次将部分立法权授予国务院,行政机关有立法性行政权是具有宪法依据的。^[48]《宪法》中没有司法的概念,而是用“审判”“检察”来指代西方国家宪法中的“司法”内容。如果我们不承认“检察”是一种行政权的话,那么《宪法》中的行政的确没有任何“审判”“检察”的内容。但是,这并不影响全国人大及其常委会将某些类似的或者具有“审判”功能的权力授予行政机关。^[49]所以,行政机关拥有的司法性行政也是有法律依据的。这里需要关注的问题是,面对行政的多元性与执行性之间的紧张关系,我们需要通过相关法律制度的作用予以缓解:立法性行政需要导入公众参与等制度,使立法性行政——制定行政法规和行政规章等——获得民主性基础;司法性行政需要导入防止偏见、听取意见等制度,使司法性行政具有相对中立的地位,确保行政机关作出公正的裁决。

(四) 行政的形成性:社会秩序的整合

社会由个人组合而成。社会秩序,本质上是个人之间关系的总和。人追求利益的利己本性,决定了社会秩序不稳定是一种常态。行政作为一种国家权力的基本职责是整合社会秩序,使紊乱的社会秩序得以恢复正常。这里的“整合”不仅仅在于行政要修复失衡的社会秩序,更是要有目的地去形成、塑造一种有利于个人全面发展的社会秩序。除了依法行政之外,行政还需要关注公共政策的实现,因为单纯以法规范为导向的行政,可能会导致行政脱离社会需求,难以达成行政目的。公共政策具有面向未来的功能,可以引导行政适应社会的变迁,也可以有目的地推动社会的发展。在相当程度上,公共政策影响甚至决定现代行政法的发展方向。

个人之间、个人与国家之间的利益冲突是社会秩序不稳定的根源,行政要采取各种合乎比例的法律手段来消解这些不稳定的根源。比如,相邻关系的一方违法建造房屋,另一方认为其相邻权受到侵害而指责一方违法建房,从而引起相邻权关系的冲突。行政机关对违法建造房屋一方作出限期拆除的行政决定,旨在使该相邻权关系恢复到原来正常状态。又如企业违法向河道排放未经处理的不符合国家标准的污水,严重污染了城市饮用水的水源,行政机关作出责令限期治理的决定,旨在保障城市饮用水的安全性。同时,行政还是一种面向未来的国家活动,具有明确的目的性。比如,相关行政机关在“春运”期间整顿客运秩序,维护交通

[47] 参见《中华人民共和国宪法》第89条第1项。

[48] 如1983年全国人大常委会《关于授权国务院对职工退休退休办法进行部分修改和补充的规定》;1984年全国人大常委会《关于授权国务院改革工商税制和发布有关税收条例(草案)的决定》等。

[49] 《专利法》第57条规定,取得实施强制许可的单位或者个人应当付给专利权人合理的使用费,或者依照中华人民共和国参加的有关国际条约的规定处理使用费问题。付给使用费的,其数额由双方协商;双方不能达成协议的,由国务院专利行政部门裁决。

安全,都是旨在形成一种良好的“春运”秩序,保障乘客的合法权益。无论如何,社会秩序的稳定总是行政最优先考虑的目标,所以,行政总是将实现社会秩序正常化当作它的首要任务。

(五) 行政强制性的弱化:沟通协商

作为国家权力之一的行政具有强制性,^[50]此为国家制度逻辑的当然结论。“命令—服从”这种传统的行政模式,隐含着行政借助国家暴力,当个人不自愿履行行政机关依法设定的义务时,行政机关有权依法律强制执行,或者借助法院的司法权实现行政目的。在我国,在法律尚未完全褪去“阶级斗争工具”印痕的年代中,行政法律关系上的“不对等性”就是行政强制性的鲜明特征。^[51]比如,在20世纪50年代以来相对发达的治安管理处罚制度下,(公安)行政几乎成了行政“强制性”的同义词。20世纪90年代之后,因民主法治观念的不断扩散,个人在行政法上的主体性地位逐渐得到了国家的承认,即个人不再是行政权可以任意支配的客体。1996年《行政处罚法》首次规定的听证制度,为个人和国家行政对话提供了法律保障,行政机关也渐渐懂得了与个人商量着办事的重要性。由此,“沟通协商”制度通过行政程序这一载体进入了行政过程,将原有行政的强制性渐渐削弱,去行政法律关系上“不对等性”成了传统行政法向现代行政法转型的一个重要标志。当然,去行政法律关系上“不对等性”并不否定行政决定的强制性,行政机关保护个人权利的任务主要是由行政决定的这种强制性来完成的,只不过是现代行政法中,这种行政强制性渐渐弱化了。

在现代社会中,国家与个人之间利益对立的格局是客观存在的,也是不可避免的。双方激烈的对抗场景时有发生,如因国家建设需要对农村集体土地、城市国有土地上房屋实施征收而爆发出来的官民冲突事件,这几年也并不少见。但是,无论是国家还是个人都能够在不同程度上获得一种共识:利益的互相依赖决定了沟通、协商是实现各自利益最大化的最好选择。为此,国家与个人就必须学会沟通、协商的方式。在行政法上,“合作国家”的概念应运而生,可以看作是对这种沟通、协商方式的回应。^[52]在“合作国家”的概念框架下,知识、信息的大致相当,是国家与个人之间能够沟通、协商的前提。但也必须看到,由于行政专业化导致国家与个人之间在知识、信息上的不对称性,双方之间的沟通、协商也经常会发生梗塞。如2009年在上海磁悬浮项目规划过程中,依照专业测评,22.5米的距离足可以让磁悬浮的辐射对人体无害,但沿线居民仍然以“散步”的方法表示反对。某些行政上的专业性所带来的沟通、协商上的障碍,有必要通过政府信息公开、第三部门参与或者独立的专家委员会的专业解释等方法加以化解。

(六) 行政主动性的强化:生存照顾

干预是行政的传统本质,它旨在维持一个稳定的社会秩序,为社会存在与发展提供基础。在近代社会中,除担当警察职能外,行政的干预主要是为私人在社会生产、生活中获得一个公平竞争的机会,至于个人在竞争中是胜或败,则与行政无关。这是一种与自由市场经济发展相适应的行政模式。但20世纪之后,西方国家的行政开始担当起对个人“生存照顾”的服务

[50] 在大陆法系行政法学上有所谓的“高权行政”,它与行政相对人之间构建了一个具有强制性的命令与服从关系。但是,“今日之高权行政,已不再重视行政单方设定人民权利义务之权威。公行政虽根据公法而行动,但抛弃威权之命令与强制时,亦属高权行政。惟学说称之为‘单纯之高权行政’,以与传统之‘威权行政’相区别。”陈敏:《行政法总论》(第8版),台湾新学林出版有限公司2013年版,第16页。

[51] 参见罗豪才主编:《行政法学》(高等学校法学试用教材),中国政法大学出版社1989年版,第15页以下。

[52] 张桐锐:《合作国家》,载《当代公法新论——翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集》(中),台湾元照出版有限公司2002年版,第549页以下。