

The Fundamental Theory of
Administrative Law
(3rd Edition)

行政法原论

(第三版)

周佑勇 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

The Fundamental Theory of
Administrative Law
(3rd Edition)

行政法原论

(第三版)

周佑勇 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

行政法原论/周佑勇著.—3版.—北京:北京大学出版社,2018.3

ISBN 978-7-301-29219-8

I. ①行… II. ①周… III. ①行政法学—中国 IV. ①D922.101

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第022715号

书 名 行政法原论(第三版)

XINGZHENGFA YUANLUN

著作责任者 周佑勇 著

责任编辑 徐音 朱彦

标准书号 ISBN 978-7-301-29219-8

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn> 新浪微博 @北京大学出版社

电子信箱 sdyy_2005@126.com

电 话 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672 编辑部 021-62071998

印刷者 三河市北燕印装有限公司

经 销 者 新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 27印张 529千字

2000年6月第1版 2005年8月第2版

2018年3月第3版 2018年3月第1次印刷

定 价 69.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

前 言

在法学体系中,行政法虽是一个独立的部门法,但却没有统一的法典而又非常庞大。因此,研究行政法,必须将行政法的基本理念、基本原理、法律规范和法律实务这四个层次的知识统一起来,既要注重对行政法现象的学理表述与对行政法规范的解释,亦需对行政法观念进行深层次的理性思辨,深刻地研究行政法基本理念所支持的理论。只有这样,才能促使行政法学这门相对年轻的法学学科不断趋于成熟。本书名曰《行政法原论》,所追求的初衷原本如此,奈何力有不逮且限于篇幅,所能提供的至多只是有关行政法学的总体框架、基本思维模式和基本知识的初步表述。

本书的勾画和撰写始于20世纪末,初版印于2000年6月。其时,由于我的知识积累还十分不够,致使书的体系与内容很不成熟。时代在进步,行政法在发展,行政法学的研究也随之迅速崛起。为了能够及时反映行政法治发展的最新变化和行政法学研究的最新动态,我决定采取经常修订的方式,对本书加以不断完善。这或许是在当前所处社会变革年代不断实现自我超越的一种最佳选择。于是,本书于2002年8月出版了初版的修订版,2005年8月正式出版了第二版。第二版除纠正了书中不少错漏之处外,较为全面地吸收了2003年出台的《行政许可法》、2005年出台的《公务员法》等新法的内容,并从理论上进一步完善了行政法学的体系构造,修订、补充了大量新的内容。时光荏苒,如今又已时易十载有余,我国行政法治实践进一步取得了重大的发展,特别是2011年出台的《行政强制法》与之前出台的《行政处罚法》《行政许可法》并称为我国行政行为领域重要的“立法三部曲”,共同组成了我国行政法体系的三部支架性法律,标志着我国行政法体系更加完善。2014年新修《行政诉讼法》的出台,旨在适应当下全面深化改革和全面依法治国的新要求,深入推进依法行政与保证公正司法,更是具有划时代意义的重大贡献。2018年2月,最高人民法院又新公布了《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》。同时,我国行政法学理论研究也取得了许多新的进展,尤其是围绕法治政府建设、行政执法体制改革、国家监察体制改革、行政程序法治化、行政裁量治理等重大法治实践问题展开了深入研究。无论是法治实践的进步,还是理论上取得的最新成果,都有必要加以进一步梳理和吸纳,尽可能反映在本书的知识体系之中。

知识在于积累,学术在于沉淀。本书的写作和一次次的修订,也是对我学术工作

的不断总结和反思。我在2005年完成并出版了本书的第二版以及《行政法基本原则研究》（武汉大学出版社2005年版）一书之后，便将主要的精力放在了对“裁量”问题的研究上。实际上，“裁量”问题是“原则”问题在法治实践中的深化和展开。近十多年来，我主要围绕这个问题发表了一系列论文，并先后出版了《行政裁量治理研究：一种功能主义的立场》（法律出版社2008年版）和《行政裁量基准研究》（中国人民大学出版社2015年版）两本专著。这两本书主要以一种功能主义的新视角，初步构建了行政裁量的法治化治理框架及其运行规则体系，并在这一理论框架下，从中国本土的裁量基准实践出发，进一步提炼、深化裁量权治理的中国本土元素，以探求切合中国特色的裁量权治理方案。在这期间，我还撰写了一些行政法学领域其他方面的论文，并主编了两本教材，即《行政法学》（精编法学教材，武汉大学出版社2009年版）和《行政法专论》（法学研究生用书，中国人民大学出版社2010年版）。这两本书就行政法的有关问题作了进一步的梳理与探讨，其中前者作为一本“精编教材”，基本上可以看作本书第二版的浓缩版和修订版。所有这些新的研究和思考，亦需融入本书的修改之中。

当然，此次本书的再版仍然只能看作对我学术研究的又一次阶段性小结。学无止境，文无尽美。书中肯定还有大量错漏之处，真诚欢迎学界前辈、同仁不吝赐教，亦望读者诸君批评指正。需要说明的是，本书初版和第二版均由中国方正出版社出版，此次第三版改由北京大学出版社出版，特别要感谢徐音编辑为本书付出的辛勤劳动。本书从初版至今已近二十年，其间得到了很多人士不同方式的关心和支持，恕不一一提及，唯心铭记并致以至诚谢意。

特此为记。

周佑勇

2018年2月于南京

目 录 | Contents

第一章 行政法本论	001
第一节 行政法概述	003
一、行政法的含义	003
二、行政法的渊源	010
三、行政法的特点	013
四、行政法的效力	015
五、行政法的历史	018
第二节 行政法律关系	023
一、行政法律关系的概念	023
二、行政法律关系的要素	030
三、行政法律关系的分类	037
四、行政法律关系的特征	042
五、行政法律关系的变动	046
第三节 行政法基本原则	050
一、行政法基本原则概述	050
二、行政法基本原则体系	058
三、依法行政原则与行政裁量	068
第四节 行政法理论基础	075
一、行政法理论基础诸说	076
二、行政法理论基础述评	089
三、行政法理论基础与行政法学体系	092

第二章 行政主体论	101
第一节 行政主体之一般原理	103
一、行政主体的概念	103
二、行政主体的类型	106
三、行政主体的地位	116
第二节 行政组织法	123
一、行政组织与行政组织法	123
二、行政机关组织法	125
三、行政机关编制法	129
第三节 公务员法	134
一、公务员与公务员法	134
二、公务员的条件、义务与权利	137
三、公务员的职位分类	138
四、公务员的管理机制	143
第四节 公物法	155
一、公物的概念与种类	155
二、公物的设置与管理	157
三、公物的使用	162
第三章 行政行为论	169
第一节 行政行为之一般原理	171
一、行政行为的概念	171
二、行政行为的分类	181
三、行政行为的内容、形式与程序	196
四、行政行为的效力	205
第二节 抽象行政行为	217
一、行政立法	217
二、行政法规	230
三、行政规章	234
四、行政规范	239
第三节 具体行政行为	258
一、行政许可	258
二、行政处罚	280
三、行政强制	297

四、其他行为	313
第四节 行政相关行为	320
一、行政监督	320
二、行政规划	329
三、行政指导	336
第四章 行政救济论	345
第一节 行政救济之一般原理	347
一、行政救济的界定	347
二、行政救济的途径	349
三、行政救济的方式	354
第二节 行政复议救济	358
一、行政复议的概念	358
二、行政复议的原则	359
三、行政复议的范围	361
四、行政复议管辖与参加人	368
五、行政复议的程序	370
第三节 行政诉讼救济	378
一、行政诉讼的概念	379
二、行政诉讼的立法宗旨与原则	380
三、行政诉讼的范围与管辖	383
四、行政诉讼参加人	386
五、行政诉讼的程序	390
第四节 行政赔偿救济	398
一、行政赔偿概述	398
二、行政赔偿的范围	403
三、行政赔偿的方式	406
四、行政赔偿当事人	409
五、行政赔偿的程序	412
主要参考文献	420

第一章

行政法本论

行政法学作为一门系统、独立的法学分支学科,有着自身特殊的研究对象,即“行政法”这一特定的社会现象及其规律。它对行政法的研究主要包括两个方面:一是行政法的基本理论;二是各种具体的行政法制度与行政法实践。行政法本论是有关行政法的基本概念、法律关系、基本原则和理论基础等的一般性的基本理论问题。这些问题既是从各种具体的行政法制度与行政法实践中抽象出来的一般结论,也对后者具有普遍的指导意义,是我们认识、研究和发展整个行政法学的基础和前提。

第一节 行政法概述

一、行政法的含义

“行政法”这一概念是行政法学首要的基本范畴,也是行政法学研究的逻辑起点。关于行政法的含义,目前在行政法学界,可谓众说纷纭,界说不一。^①在此,拟从“行政法入门”的角度,对行政法作如下界定:所谓行政法,就是规定公共行政管理活动,调整行政关系的法律规范(包括规则和原则)的总称。这是从行政法规定的内容——公共行政、调整的对象——行政关系以及内在的构成要素——行政法规范三个方面予以界定的。

(一) 公共行政

从行政法规定的内容来看,行政法是规定公共行政管理活动的法,简言之,就是关于行政的法。那么,何谓“行政”呢?只有进一步分析行政的内涵与外延,才能把握行政法的内容和体系。

1. 行政的含义

“行政”一词,英文为“administration”,源自拉丁文“administrare”,通常被译为管理、经营、支配、实施、施行等。^②按照这种解释,行政的范围十分广泛,从总体上讲,有“私行政”(private administration)与“公行政”(public administration)之分。“私行政”即一般意义上的行政,是指一般社会组织对其内部事务的组织和管理。这类行政并不属于行政法规定的内容。行政法意义上的行政仅指“公行政”,又称“公共行政”。关于什么是“公共行政”或行政法意义上的行政,国内外学者尚未形成统一的见解,其中最具代表性的观点有下面几种:

第一种是“国家意志执行说”。这种观点源于美国行政学家 F. J. 古德诺的政治、行政二元说。他认为,政治是国家意志的表达,而行政则是国家意志的执行,两者构成一个国家两种最基本的功能。^③该说显然过于绝对化,因为在行政的内部,行政决策、行政立法也是意志的表达。

第二种是“除外说(排除说、扣除说、蒸馏说)”。这种观点认为,行政是指除立法、司法以外的一类国家职能,或者说,除立法、司法之外的所有国家作用,就是国家的行

^① 这主要是由于学者们所持的行政法理念不同所造成的,参见本章第四节。

^② 参见薛波主编:《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第34页;陆谷孙主编:《英汉大词典》,上海译文出版社1989年版,第40—41页。

^③ 参见〔美〕F. J. 古德诺:《政治与行政》,王元译,华夏出版社1987年版,第12—13页。

政。^① 该说虽与西方三权分立原则相吻合,但并未揭示行政本身的特征;同时,随着现代行政的扩展,国家行政机关也包含部分立法、司法职能。

第三种是“国家事务管理说”。这种观点认为,行政即管理,国家行政就是对国家事务的管理。该说主要源于马克思的观点。马克思在《评一个普鲁士人的〈普鲁士国王和社会改革〉》一文中指出:“所有的国家都在行政机关无意地或有意地办事不力这一点上寻找原因。于是它们就把行政措施看作改正国家缺点的手段。为什么呢?就因为行政是国家的组织活动。”^②马克思关于“行政是国家的组织活动”的界定被我国许多学者视为对“行政”所下的一个经典定义。显然,马克思的这种界定揭示了行政的一个重要特点,即行政是一种组织和管理活动。但是,马克思在这里并非意在给行政下一个精确的定义,更无意从本质上将行政与立法、司法区别开来。因此,完全套用马克思的这种界定,并不能全面地揭示“行政”的准确含义。

以上观点,见仁见智,各有所长,又各有所短。笔者认为,行政法意义上的公共行政或行政,是指国家行政主体对公共事务的组织和管理活动。它具有如下特定含义:

(1) 它针对的对象是公共事务,即国家和社会的事务,而非一般社会组织的内部事务。后者即“私行政”,一般带有私利性质,其管理活动的目的通常是追求本单位内部的团体利益。公共行政则总是着眼于整个社会,遍及于整个国家,影响于全体公众,其活动总是以追求公共利益为目的,具有鲜明的公共性质,如社会治安、公共秩序、环境保护、国家教育、税务征收等。

(2) 它的实施主体是国家行政主体。对公共事务的组织和管理活动包括立法、司法和行政三种,只有国家行政主体对公共事务的组织和管理活动才属于国家行政活动。这里的行政主体包括国家行政机关和法律、法规、规章授权的其他社会组织。在传统意义上,公共行政仅局限于“国家行政”,即国家行政机关对公共事务的组织和管理活动。但是,在现代社会,越来越多的公共管理职能通过各种各样的形式被转移给非国家行政机关的其他社会组织。这些组织经法律、法规、规章授权,也具有公共行政的职能,成为行政法意义上的行政主体。因此,公共行政不仅包括国家行政,而且包括非国家的“社会公行政”,即法律、法规、规章授权的其他社会组织对公共事务的组织和管理活动。

(3) 它运用的手段是“组织和管理”。公共行政并不包括行政主体的所有活动,它仅限于行政主体对公共事务的组织和管理活动,如行政处罚、强制、许可、征收、命令、批准、指导等。行政主体的非组织和管理活动,如借用、租赁、买卖等,则不属于行政。

① 参见张载宇:《行政法要论》,台湾汉林出版社1977年版,第3页。

② 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1972年版,第479页。

2. 行政的本质

行政是国家行政主体对公共事务的组织和管理活动,这只是其表层含义。仅有这种表层含义,尽管在一定程度上可以将公共行政与私行政区别开来,但是难以真正将行政与立法、司法区别开来。从这种表层含义来看,行政与立法、司法都是针对公共事务而履行相关国家职能的活动,它们之间的区别只限于其主体不同这种形式上的差异。因此,还必须从本质上揭示行政的含义。

关于行政的本质,可以结合一个判例加以揭示。1957年,英国贵族法官丹宁受理了一起案件,其基本案情是:当一个卖鱼的人和一个人卖报的人在街头为了摆摊而争夺场所时,地方法官(属行政官员)把摆摊地判给了卖鱼的人。卖报的人不服,提起诉讼。法官经审理,判决地方法官的裁决无效。^① 本案中,公共场所既不属于卖鱼的人所有,也不属于卖报的人所有,而是一种公共利益,其代表者是行政主体即地方法官。但是,无论是卖鱼的人还是卖报的人,或是其他的任何公众,都有权按该公共场所的本来功能加以利用或享受。这就需要行政职能的存在,即由作为公共利益代表者的地方法官按公共场所的本来功能加以维护,并按其功能分配给公众享受。这就是行政的本质——对公共利益的维护和分配。地方法官把摆摊地判给了卖鱼的人,这种裁判就是一种对公共利益的分配;卖报的人不服地方法官对公共利益的分配,就构成了公共利益与个人利益的冲突,构成了行政案件;法官对案件的审判就是解决公共利益与个人利益之间的纠纷,属于一种行政诉讼。此外,本案中的公共场所原本可能属于某个私人所有,因国家的征用才变为一种公共利益。这种征用公共场所的行为,其实质是对公共利益的集合,也属于一种行政活动。可见,从本质上看,行政是一种对公共利益的集合、维护和分配活动。^②

(1) 对公共利益的集合。公共利益是相对于个人利益而言的,是从后者的相同部分中分离和集合而成的,类似于数学中公因式的提取: $ab + ac + ad + ae + af + \dots = a(b + c + d + e + f + \dots)$ 。这种对公共利益的集合行为成为行政的首要任务,否则就不会有公共利益的存在。集合利益的手段包括行政征收、征用、征购、征调等。

(2) 对公共利益的维护。公共利益一经由个人利益集合而成,就成为形式上或实质上的全体社会成员的共同利益,因而需要得到维护,而不容个别利益主体的侵犯。行政主体作为公共利益代表者,维护公共利益也就成为其重要任务。维护公共利益的手段主要有行政处罚、强制等负担行政行为。

(3) 对公共利益的分配。代表公共利益的行政主体只是一种抽象的人格主体,并不是真正享受利益的主体,也不可能去享受和消化该利益,因而最终仍然要把公共利益分配给个别的利益主体即社会成员去享受。这种利益的分配类似于数学中乘法对

^① 参见〔英〕丹宁勋爵:《法律的训诫》,杨百揆等译,法律出版社1999年版,第136页。

^② 参见叶必丰:《行政法的人文精神》,湖北人民出版社1999年版,第142页。

加法的分配律。分配公共利益的手段主要有行政许可、奖励、救助等授益行政行为。

3. 行政的特征

行政作为“行政主体集合、维护和分配公共利益的活动”这一本质,揭示出其与立法和司法这两种国家职能不同的如下特征:

(1) 行政是一种持续不断的规则执行活动。这使行政与立法区别开来。立法实质上是立法机关制定法律、确定利益规则的一种国家职能。由于这些利益规则具有持续的法律效力,可以在短期内制定,因此“立法机关既不是经常有工作可做,就没有必要经常存在”^①。这就决定了立法机关履行其职能往往采取的是会议制,即以定期开会的方式履行其职能,而不必每天制定规则,闭会期间可视为立法活动的中断。因此,立法属于一种定期性的规则制定活动。但是,“由于那些一时和在短期内制定的法律,具有经常持续的效力,并且需要经常加以执行和注意,因此就需要有一个经常存在的权力,负责执行被制定和继续有效的法律”^②。这种“经常存在的权力”即行政权。行政作为对公共利益的集合、维护和分配活动,必须持续发挥作用,以确保立法机关制定的规则能够持续不断地得以执行。

(2) 行政是一种积极主动的利益形成作用。这使行政与司法区别开来。相对于立法而言,行政和司法都是国家意志的执行,都是适用法律的活动。然而,司法是为解决纠纷而设置的,它实质上是司法机关裁判纠纷、处理利益冲突的一种国家职能。^③这就决定了司法机关只能以被动的方式,即按照“不告不理”的原则启动其职能的履行。如果社会上并未发生利益冲突的各种案件,或这些案件并未告到司法机关,则司法机关不能主动发挥作用。由于人们对处理利益冲突的核心要求是公正,因此司法所追求的核心价值目标是裁判公正。这也就决定了司法权必须应当事人的请求而启动,即司法具有被动性,旨在防止司法人员单方面接触、先入为主,从根本上保证司法公正。然而,行政是以利益形成为内容的,它对公共利益的集合、维护和分配活动往往并不取决于行政相对人的请求或同意,而是取决于是否存在利益形成之必要。这就决定了行政机关必须积极、主动地集合、维护和分配公共利益。否则,公共利益就会被漠视、侵犯而无法得到有效的利用和发展,个别的利益主体也会由于无法分享公共利益而受到损害。

当然,随着社会的发展,国家的行政职能大为扩展,现代行政也包含一部分制定规则和裁判纠纷的活动。但是,这类行政立法和行政司法并非行政机关固有的职能,必须得到立法机关的授权。同时,相对于国家立法机关的立法活动而言,行政立法处于

① [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第89页。

② 同上书,第90页。

③ 这里的“司法机关”,按照国际通行的做法,仅指法院。公安机关、检察院对案件进行的侦破、提起公诉等活动,实质上是代表国家积极主动进行的一种行政性质的活动。

从属地位,是一种准立法活动,其目的仍然是执行立法的意志。相对于国家司法机关的司法活动而言,行政机关并无最终裁决权,即对行政机关裁决纠纷的活动不服时,当事人还可以诉之于法院,法院的司法裁决才是最后的结局,具有终局性。

4. 行政的构成

一项公共行政活动,至少要包括以下三个方面的构成要素:一是代表公共利益、实施行政活动的主体,此即“行政主体”;二是行政主体的组织和管理活动,或者说对公共利益的集合、维护和分配活动,此即“行政行为”;三是对行政行为造成的损害予以补救,以保证行政行为能够真正符合公共利益,此即“行政救济”。由此,“行政主体”“行政行为”“行政救济”构成行政法的三大基本内容,它们与行政法基本理论一起构成行政法学总论部分的框架体系。

当然,由于行政活动较复杂,我们往往还要设分论研究每一具体行政活动的法律规范,如公安行政法、民政行政法、教育行政法、科技行政法、文化行政法、卫生行政法、海关行政法、司法行政法、税务行政法、工商行政法、军事行政法等。

(二) 行政关系

法律是社会关系的“调整器”,每一个部门法都有其特定的调整对象,部门法之间区分的最主要依据就在于调整对象的特殊性。行政法作为独立的部门法,也有其特殊的调整对象,这就是行政关系。

所谓行政关系,就是行政主体在实施行政管理活动的过程中所发生的各种社会关系。当然,这也只是行政关系的表层含义。从实质来看,它是行政主体在集合、维护和分配公共利益的过程中与代表个人利益的相对一方当事人之间所发生的一种公共利益与个人利益之间的关系。调整这种利益关系的法律规范都属于行政法的范畴。

从调整对象上分析行政法的含义,可以使行政法与其他部门法区别开来。因为部门法之间最主要的区别在于,它们调整的社会关系不同。社会关系实质上是一种利益关系,而利益关系具有质和量的规定性,在质上包括三种,即公共利益与公共利益之间的关系、公共利益与个人利益之间的关系以及个人利益与个人利益之间的关系;在量上又可分为三个层次,从而决定一国部门法的划分,其中第一层次的利益关系由一般社会规范调整,第二层次的三类利益关系分别由宪法、行政法和民法调整,第三层次的利益关系都由刑法调整。^① 行政诉讼法、民事诉讼法和刑事诉讼法分别是行政法、民法和刑法之延伸。可见,行政法在一国法律体系中,是一个独立的基本部门法,从而确定了行政法在整个法律体系中的地位。

同时,“划分法律为各自独立的部门乃是法律实践的显著特点”。这是因为,“审

^① 参见叶必丰:《论部门法的划分》,载《法学评论》1996年第3期。

判意见通常始于把手头的案件划归某一法律部门”。^①因此,从调整对象的特殊性上将行政法与其他部门法区别开来,也是法律实践的需要。例如,在河南省夏邑县人民检察院诉商丘市烟草专卖局一案中,就明确提出了这一问题。该案的大体经过是这样的:1998年6月3日上午,检察院一辆查扣了赃物2080担烟叶的卡车被专卖局以无准运证为由暂扣,双方为此发生争执。检察院认为,本案涉及的烟叶是刑事司法机关依法扣押在运的赃物,不受《烟草专卖法》的调整,专卖局的行为是行政权对司法权的非法干涉。专卖局则认为,检察院运输烟叶是无证运输,且不属于《烟草专卖法》及其实施细则规定的例外范围,必须依法扣押。法院认为,对行政机关的行政强制措施不服的,属于《行政诉讼法》的受案范围,应当受理此案。^②显然,在本案中,检察院作为一种司法机关,依据《刑事诉讼法》的规定扣押赃物,应当被认定为一种司法行为。检察院与烟草专卖局之间形成的关系是一种司法权与行政权之间的关系,属于公共利益与公共利益之间的宪政关系。调整这种关系的法只能是宪法,由此引起的纠纷只能是宪法纠纷,须通过宪法途径,即通过宪政机制予以解决。然而,在本案中,当事人对纠纷的解决选择了行政诉讼,法院也受理了此案。这说明,宪法的实施还存在着功能上的障碍,通过行政诉讼的途径解决纠纷只是于法无据的权宜之计。当然,这也可以被认为是一种有益的大胆探索。如果通过这种探索和实践,能够发展起一种宪政诉讼的制度,那也未必不是一件值得庆幸的事。

(三) 行政法规范

在日常生活中,尽管人们天天都在与行政法打交道,但是不少人认为我国没有行政法,理由是我国没有行政法典,而宪法典、民法典和刑法典早已被制定出来。显然,他们把行政法内在的构成要素与其外在的表现形式相混淆了。因此,有必要进一步从行政法的构成要素上了解行政法的含义。

从构成要素来看,作为部门法的行政法并不是指某一个法律文件,更不能等同于行政法典,而是各种行政法规范的总称。所谓行政法规范,是指调整行政关系的一类法律规范。正如法律规范是构成法律的“细胞”一样,行政法规范是构成行政法的“细胞”,行政法就是由无数个行政法规范所构成的集合体。行政法规范可通过多种形式表现出来,既可以法典形式,也可以分散的各种法律、法规和规章等形式表现出来。我国虽然没有一部行政基本本法之类的法典,但是行政法早已存在,因为行政法规范早已被制定出来,只不过它们分散在各种单行法律、法规、规章等之中。从这个意义来看,行政法就是由分散于宪法典、法律、法规、规章等众多法律文件中的行政法规范所构成

① 参见[美]德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第224页。

② 参见郭术兵:《两“法”相争,难煞法官》,载《杭州日报》(西湖周末版)1998年10月30日。

的一个集合体。^①

在法理学上,对于“法律规范”一词,有狭义和广义两种不同的理解。有学者主张狭义的观点,认为“法律规范”即“法律规则”。^②有学者则主张从广义上理解,认为“法律规范”是“法律规则”“法律原则”“法律概念”等的概称。^③笔者认为,上述两种观点的关键区别实际上在于,是否将“法律原则”引入法律或法律规范的构成要素。将法律或法律规范仅仅等同于法律规则,这是一种典型的“规则中心主义”的法律构成要素理论(又称“法律模式理论”)。近现代以来,法的模式理论经历了由哈特的“规则中心主义”向德沃金、庞德的“原则中心主义”这样一个不断演进的过程,从而将法律原则引入法律体系之中,使之成为法的基本构成要素之一,并由此带来了法律体系或法律模式理论的根本性变革。^④一方面,法律原则是为补成文规则之不足的需要。“成文规则在内容上的具体性和特定性以及结构上的相对封闭性决定了其在事项上的狭窄性和在适用上的僵硬性,而原则在内容上的模糊性和在结构上的相对开放性以及在事项上的广延性恰恰可以弥补规则的以上不足。”^⑤当规则无法应对社会生活的挑战时,“隐居幕后的法律原则便走到了前台”^⑥,它为司法活动的创造性与能动性提供了依据。另一方面,这种司法能动性又应当是以法律原则作支撑的,而非完全凭借主观意志断案,更不是司法专横。也就是说,法律原则既意味着承认司法活动的创造性与能动性,意味着承认法官的自由裁量权,从而克服法律规则僵化性的缺陷,同时也为法官合理行使自由裁量权提供了标准,“可以帮助法院得出一个合理的判决而不至于走向个人专断”^⑦。总之,将原则引入法律体系中,既是为补成文规则之不足的需要,也是为限缩自由裁量权的需要;既为司法能动性提供了依据,也为司法能动性界定了合理的范围。

可见,我们对“法律规范”及“行政法规范”都应当从广义上理解,既包括法律规则,也包括法律原则,它们都是行政法内在的构成要素。其中,法律规则是指那些具体规定法律权利、法律义务和法律后果,具有严密逻辑结构的行为准则;法律原则是指那些可以作为法律规则的基础或本源的综合性的、稳定性的原理和准则。^⑧

① 这里进一步涉及的问题是,行政法规范具体包括哪些要素及其表现形式。后者涉及行政法的渊源,将在下文论述。

② 参见孙国华、朱景文主编:《法理学》,中国人民大学出版社1999年版,第274页。

③ 参见李龙主编:《法理学》,武汉大学出版社1996年版,第70页。

④ 参见周佑勇:《行政法基本原则研究》,武汉大学出版社2005年版,第273页以下。

⑤ 李可:《原则和规则的若干问题》,载《法学研究》2001年第5期。

⑥ 董灵:《公序良俗原则与法制现代化》,载《法律科学》1994年第5期。

⑦ 周汉华:《现实主义法律运动与中国法制变革》,山东人民出版社2002年版,第223页。

⑧ 参见张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第391页。