

行政法

基本问题研究

XINGZHENGFA
JIBEN WENTI YANJIU

孙振雷 张 超 孙卫华 著

河南人民出版社

XINGZHENGFA JIBEN WENTI YANJIU

行政法

基本问题研究

孙振雷 张 超 孙卫华 著

江苏工业学院图书馆
藏书章

河南人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政法基本问题研究/孙振雷 张 超 孙卫华著.
郑州:河南人民出版社,2006.8
ISBN 7-215-06041-1

I. 行… II. ①孙…②张…③孙… III. 行政法学 -
研究 - 中国 IV. D922.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 093911 号

河南人民出版社出版发行

(地址:郑州市经五路 66 号 邮政编码:450002 电话:65723341)

新华书店经销 河南龙华印务有限公司印刷

开本 890 毫米×1240 毫米 1/32 印张 11.25

字数 300 千字

2006 年 8 月第 1 版 2006 年 8 月第 1 次印刷

定价:22.50 元

前 言

从《汉谟拉比法典》、《摩西十诫》到亚里士多德在其千古名著《政治学》中第一次提出关于“法治”的定义,再到今天世界各国风起云涌的法治化改革,多少年来法治的思想发展和制度实践薪火传承,绵绵不绝,一直在指导着人类社会文明的进程。正如一位法学家曾经说过的那样:“法律是人类最伟大的发明,别的发明让人类学会驾驭自然,而法律的发明,则令人类学会如何驾驭自己。”

当今的中国,政治文明建设的不断推进对行政法治提出了更高的要求。面对这样一个不可多得的机遇期,行政法领域出现了更多的新的课题亟待富有时代责任感的学者们去探索、去研究。作为青年行政法学者,我们亦深感时间紧迫、责任重大,所以多年来不敢懈怠,一直在行政法的各个领域不断发掘和探究。虽然也有一些粗浅的文字东西问世,但一直倍感遗憾的是,没有对相关问题形成系统的研究成果。这本二三十万字的小册子的出版刚好圆了我们多年来的一个梦。

在体例安排上,本书各章既是相对独立的研究内容、又有着内在联系,具有共同的理论支撑,形成一个较为密切的学术整体。我们本着“成熟一个内容列入一个”的想法进行安排和取舍。暂时还没有考虑成熟的研究内容,我们没有收入进来。希望将来条件成熟时,我

们的《行政法基本问题研究》(二)能够面世。这也正是我们下一步的努力目标。

事实上,本书的三位作者十年来一直是志同道合的学术挚友,在很多领域多有交流和研讨,亦合作过很多行政法教学和科研项目,大家共同探讨的很多内容在本书中都有所体现。这次共同出版的这部著作更是大家共同努力的结果。在成书过程中,我们三人共同形成写作思路、共同拟就写作大纲,虽然在执笔时作了一些适当分工(孙振雷执笔完成第一章第一节和第三节、第二章、第三章、第四章、第五章、第九章;张超执笔完成第一章第二节、第六章、第十章;孙卫华执笔完成第七章、第八章),但是在资料共享、观点论证、修改统稿等很多方面是无法截然分开的。应当说,这部著作浸透着我们三人共同的学术努力,是集体研究的理论结晶。

在本书付梓出版之际,我们不应忘记从各方面以各种形式给予过我们教诲或帮助的师长、学友、同事们。他们是武汉大学法学院博士生导师林莉红教授、南京大学法学院博士生导师陶广峰教授、河南公安高等专科学校毛志斌教授、张豫生教授、官毅教授、余强副教授、师维副教授、王彬副教授(法学博士)、随庆军副教授、河南省社会科学院法学研究所张林海研究员、河南文丰律师事务所王登巍主任律师以及河南公安高等专科学校法律系、治安系的全体同仁们。在聆听他们的谆谆教诲、向他们请教有关疑难问题、探讨有关学术思想或者共同完成相关教学科研工作等各种形式的交流中,我们有所感悟、有所提高,逐渐形成了一些自己的思想见解。事实上,本书中也凝结着很多他们的智慧和思想。在此,我们向多年来一直关心、支持我们的这些师长、学友和同事们表示衷心的感谢。

基于时间仓促,资料收集条件所限和我们的学术水平方面的欠缺,书中的缺漏在所难免,恳请学界前辈和同仁批评指正。

孙振雷

谨识于2006年6月

目 录

前 言	1
第一章 行政法基本概念研究	1
第一节 行政	1
第二节 行政权	4
一、宪政国家基本权力结构——行政权的宪政基础	4
二、行政权的基本内涵与外延	18
第三节 行政法律关系	25
一、行政法律关系之概念辨析	25
二、行政法律关系类型化研究	27
三、行政法律关系构成要素之若干问题探讨	29
第二章 行政法基本原则问题研究	36
第一节 行政法基本原则的确立	36
一、行政法基本原则概念之界定	36
二、行政法基本原则之功能再认识	40
三、行政法基本原则之确立标准	41
第二节 行政法治原则探讨	43
一、法治与行政法治	43
二、两大法系关于行政法治原则的不同理解之比较	46

三、行政法治原则的基本内容·····	49
第三节 行政比例原则探讨·····	52
一、行政比例原则内涵的比较研究及其在当代中国行政 法上的确立之必要性与可行性·····	52
二、比例原则的历史发展考察·····	54
三、行政比例原则的基本内容·····	57
第四节 正当程序原则探讨·····	58
一、正当程序原则内涵之辨析·····	58
二、对程序独立价值的逐渐认可和正当程序原则的逐步 确立·····	60
三、正当程序原则的基本内容·····	61
第五节 权利救济原则探讨·····	64
一、权利救济原则的基本内涵及其在西方行政法上的 逐步确立·····	64
二、权利救济原则的基本内容探讨·····	66
第三章 行政主体基本问题研究·····	68
第一节 传统行政主体理论综述与反思·····	68
一、行政主体理论的价值基础·····	68
二、我国传统行政主体理论的形成与现状·····	72
三、中外行政主体理论比较研究·····	74
四、我国传统行政主体理论的缺陷及重构·····	76
第二节 行政主体的基本范畴研究·····	84
一、行政组织、行政法主体与行政主体的概念辨析·····	84
二、行政机关与行政机构的概念辨析·····	86
三、我国警察机关的行政性与双重职能·····	87
第三节 公务法人基本问题研究·····	89
一、公务法人的概念与特点·····	89
二、公务法人理论与制度的历史发展·····	91

三、公务法人制度确立的必要性及对我国行政主体制度 重构的重要性·····	91
第四章 行政相对人基本问题研究 ·····	93
第一节 行政相对人基本理论概述 ·····	93
一、行政相对人的基本概念·····	93
二、行政相对人的法律特征·····	96
三、行政相对人概念与其他相关概念的辨析·····	99
四、行政相对人权利 ·····	100
第二节 行政相对人类型化研究·····	103
一、自然人相对人与单位相对人 ·····	103
二、抽象行政行为相对人与具体行政行为相对人 ·····	103
三、受益性行政相对人与受限性行政相对人 ·····	104
四、直接相对人与间接相对人 ·····	104
五、普通行政相对人与特定行政相对人 ·····	105
六、单一相对人与共同相对人 ·····	107
第三节 行政相对人行为及其效力·····	107
一、行政相对人行为的基本含义 ·····	108
二、行政相对人行为的基本内容 ·····	111
三、行政相对人行为的效力研究 ·····	114
四、行政相对人行为与行政行为互动性及其效力研究 ·····	118
第五章 行政第三人基本问题研究·····	124
第一节 行政第三人理论的形成·····	124
一、问题的提出 ·····	124
二、行政第三人概念的初步确立 ·····	129
三、构建行政第三人理论的法律意义 ·····	132
第二节 行政第三人的类型化研究·····	134
一、行政第三人的类型化研究概述 ·····	134

二、一般行政程序第三人、行政复议程序第三人与行政 诉讼程序第三人	135
三、主动第三人与被动第三人	139
第三节 行政第三人与相对人的关系辨析	141
一、相对人理论及其实践与行政第三人理论产生的 重要意义	141
二、行政第三人理论的产生及其制度实践与相对人 理论完善的重要意义	141
三、行政第三人与行政相对人的主要区别	142
第四节 我国行政第三人制度的构建	143
一、相关行政程序的构建	144
二、行政复议第三人制度的进一步完善	145
三、行政诉讼第三人制度的进一步完善	146
第六章 政务公开制度研究	147
第一节 政务公开的理论依据	147
一、人民主权理论	147
二、中华优秀传统文化中的人本、民主思想	151
三、行政法学基础理论	158
第二节 政务公开的基本理论	162
一、政务公开与政务知情权	163
二、政务公开与公民隐私权	166
三、政务公开与保密制度	168
四、政务公开的价值分析	172
第三节 我国政务公开的现状和建议	177
一、我国政务公开的现状	177
二、推进政务公开制度的建议	180
第七章 行政证据制度若干问题研究	188
第一节 行政证据的证据学理论基础	188

第二节 行政证据与行政诉讼证据·····	191
一、行政证据意识的演进·····	191
二、行政证据与行政诉讼证据的概念界定·····	193
三、行政证据与行政诉讼证据之间的关系·····	196
第三节 行政证据制度的主要内容·····	201
一、行政证据的适用范围·····	202
二、行政证据证明责任·····	202
三、行政程序证据规则·····	212
四、行政证据证明标准·····	222
第八章 行政强制基本问题研究·····	229
第一节 行政强制的基本概念再认识·····	229
一、行政强制的含义·····	229
二、行政强制与行政处罚·····	231
三、行政强制与行政强制措施·····	232
第二节 行政强制的条件和程序·····	234
一、行政强制的条件·····	234
二、行政强制的程序·····	237
第三节 行政强制的类型化研究·····	240
一、保障性行政强制·····	241
二、执行性行政强制·····	242
三、即时性行政强制·····	245
第四节 对重构我国行政强制制度体系及其统一法典化的 思考·····	247
一、当前我国行政强制法律制度的现状·····	247
二、《行政强制法》(草案)的形成及其内容述评·····	251
三、从《行政强制法》(草案)的缺陷反思重构我国行政 强制制度体系尚需解决的若干问题·····	257

第九章 劳动教养基本问题研究	264
第一节 劳动教养之源流考察.....	264
一、劳动教养之含义演变	264
二、中国劳动教养制度的历史发展	268
三、当前我国劳动教养制度存在的主要问题	281
第二节 中外教养制度比较研究.....	286
一、国外教养制度概述	286
二、中外教养制度之共性比较	288
三、中外教养制度之个性比较	289
第三节 关于劳动教养制度改革的若干问题探讨.....	290
一、几个基本理论问题的再认识	290
二、几种改革思路辨析	305
三、劳动教养制度改革的基本方向	317
第十章 行政起诉不停止执行制度研究	322
第一节 起诉不停止执行制度的现状认知.....	323
第二节 起诉不停止执行制度存在的主要技术问题.....	324
第三节 起诉不停止执行制度背后的法理和现实分析	328
第四节 我国行政诉讼暂时权益保护制度分析.....	333
第五节 以“暂时权益保护”修缮“起诉不停止执行”	336
第六节 《行政诉讼法》相关修改建议稿	339
主要参考书目	341

第一章 行政法基本概念研究

第一节 行 政

从起源上来讲,行政即管理的意思。在英文中,行政表述为 Administration, Administration, 在英文中的意思就是行政或管理的意思。早期的行政并不包括处罚的内容。处罚是一项司法权或准司法权的内容。近代晚期以来,随着国家行政权的扩张,为了有效树立行政机关的权威并使其有效行使行政权力,从而保证行政目标的顺利实现,行政处罚逐渐从司法或准司法领域让渡出来,转移给行政主体行使,行政也就相应演变为“管理 + 处罚”的内容了。到了现代社会,随着福利政府、服务政府观念的提出,行政的内涵又增加了服务的内容。可见,行政是一个不断发展、演变的动态概念。也正因如此,到今天为止,对于行政法作为部门法意义上的行政含义,学理上仍然尚未形成一个定型的概念。

但是,廓清行政的基本概念对行政法基本概念的明确、调整范围的界定、基本体系的构建等具有基础性的意义。正如我国台湾学者翁岳生教授说:“行政法的学科旨趣,在于检讨行政应如何受到法的

拘束,以确保人民的基本权利。”^①日本学者千岛孝也明确指出,没有对行政的确切把握,就不能明确是否存在作为独立的法学分支学科的行政法之本质特征,因而也就不能正确地确定其范围和领域。可见,行政内涵与外延的界定是研究行政法不能回避的首要问题。

关于行政的内涵与外延,西方社会学大师韦伯曾说:“行政不完全是公法的概念。我们必须承认私人行政的存在,比如家庭、厂商内部的行政。同时存在国家或其他公共机关的行政。”^②美国著名法学家博登海默也认为,行政乃是为实现某个私人目的或公共目的而在具体情形中对权力的行使^③。虽然韦伯和博登海默阐述的出发点和划分行政的标准不同,前者着眼于调整范围的差异而后者着眼于目的的不同,但却给出了对“行政”相同的认识结果,即行政分为公共行政和私行政。这种划分被逐渐引入中国并为越来越多的学者所接受。我们进而认为,公共行政是指公共组织对国家及社会事务的管理、服务活动,如警察机关对社会公共安全的管理等;私行政是指私人机构对其私人事务的管理,如公司法人对其企业内部的管理等。

一般认为,行政法意义上的行政指的是公共行政,不包括私行政。公共行政又分为国家行政和社会行政。国家行政是指特定的国家行政组织履行其管理、执行职能的活动。这里的国家行政组织既包括国家行政机关,也包括法律法规授权的其他行政组织,如履行市政管理行政职能但属于事业性单位的城市市政工程管理处、履行部分卫生行政管理职能但仍属于事业性单位的各级卫生防疫站等。社会行政是指非国家的公共组织的行政,如律师协会对律师行业的管理、足球协会对足球比赛的管理等。追根溯源,最早的公共行政都是

① 翁岳生:《行政法》(上),中国法制出版社2002年版,第10页。

② [德]韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第42页。

③ 参见[美]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364页。

社会行政。国家行政是在国家产生的同时才产生的,而在国家产生之前的原始社会,基于生存的需要,部落、部落联盟内部存在着大量诸如安排生产、分配食物、解决纠纷、举行祭祀等简单的行政活动。在国家产生之后,很多公共事物的管理从社会剥离出来而形成独立的国家行政,甚至一度成为最重要的公共行政。但是,严格意义上的行政法的产生并不是与行政同时产生的,而是国家发展到一定阶段才得以产生的。相对应地,行政法上的行政概念也是近代三权分立的宪政体制下所确立的概念。在 20 世纪之前,完全自由商品经济体制引发了一系列社会问题,因而国家对经济生活、社会生活的干预日渐增强,导致国家行政的范围不断扩大,几乎渗透到社会生活的方方面面,在很多国家甚至长期形成了国家一元化主导态势。受这种大背景的影响,传统行政法学所关注的行政也只能表现为国家行政。第二次世界大战以来尤其是 20 世纪 80 年代以来,一场以重新审视政府与市场关系为起点,以部分公共管理社会化和放松管制为主要特征,以治理和善治为目标的公共行政改革在全球范围内悄然兴起。这场方兴未艾的改革打破了国家一度对社会公共事务的垄断,国家与社会的分离使得大量的非政府的社会公共组织应运而生。这些组织在公共事务的管理过程中发挥了越来越重要的作用。社会行政与国家行政再次共同构成了公共行政不可或缺的“两翼”。社会行政也逐渐纳入到现代行政法学的研究视野之中,例如,许多英美行政法学专著在讨论正当法律程序原则时,就经常引用公立学校开除学生学籍或给予其他纪律处分的案例,以及律师协会拒绝给律师颁发执业执照或吊销律师开业执照的案例。德国、法国、日本等国的行政法学著作大多单设专章研究国家行政机关以外的公法人行政。我国人民法院的行政判例近年来也不断涉及国家行政以外的公行政问

题^①。

可以看出,作为一个动态的概念,我们无法对行政这个概念给出一个既能代表过去和现在,又能预示其未来演变的一成不变的定义。德国学者福斯多夫就曾慨叹“行政只能加以描述,而无法予以定义”。在比较国内外主要学术观点的基础上,我们对行政的基本认识是:行政是特定的行政主体为了实现公共利益而对公共事务进行必要的管理、服务以及制裁的行为。对这一界定的正确理解,至少应当把握以下几点:第一,在本质上,行政以实现公共利益为出发点和归宿。任何仅具有形式要件而不符合这一实质要件的活动都不是行政。第二,行政是一个中性的概念表达,它本身并不代表合法或不合法。不合法的行政也是行政,是否合法只是行政的生效要件,不是行政的成立要件。第三,现代行政法意义上的行政包括管理、服务和处罚三项基本内容。

除了在特定情况下对社会行政有所涉及外,一般情况下,行政法意义上的行政主要指的是国家行政。

第二节 行政权

一、宪政国家基本权力结构——行政权的宪政基础

“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”的帝王中央集权统治和传统思想形成的人治传统在我国历史悠久、影响深远。中华人民共和国成立后,历经沧桑。随着改革开放,“古为今用”状况淡化或被调整,“洋为中用”内起外涌,国家权力理论中的分权理论不可回避,成为理论界和决策层关注和研究的重要内容。

^① 参见姜明安:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社1999年版,第2页。

从规范层面来讲,宪法的性质、内容和地位决定了中国宪政建设的首要任务和核心内容是宪法建设^①。从理论研究结果上看,学术界对于宪法和宪政的关系上,“不论是成文宪法国家还是不成文宪法国家,没有宪法就没有宪政”的观点是公认的^②。

1999年,“依法治国,建设社会主义法治国家”载入我国宪法以后,我国加快了由人治向法治的过渡进程^③,但建设社会主义法治国家怎样建设?其基础、切入点和关键是什么?围绕这些问题,宪政研究热随即升温,宪政建设成为仁人志士关注国家建设的主要议题和努力目标。2004年,“政治文明”载入我国宪法,位列物质文明和精神文明之中,宪政更被尊为近现代政治文明之标志、核心、灵魂^④。从宪政建设理论内容上,在分权理论和宪法规范的基础上,有一个明显的倾向:迈向理想的宪政中国。

所以,对我国国家权力基本结构的认识,我们分别从国家权力分权理论、宪法和中国宪政建设理论研究的角度,并在结合对比中予以认识。

(一) 对国家权力分权理论和外国国家权力体制的认识和分析

在我国改革开放以来的法治国家建设理论研究中,作为舶来品的分权理论是国家权力内容、结构、配置和运行研究中我国学术界最为关注、极受影响的理论。虽然在宪法层面对国家权力定名和分类

① 虽然近些年来,学术界对于宪法的认识,与教科书和主流观点中的内容有差别,但是,其所凸显的内容对于宪法地位和作用的重要性不仅没有动摇,而是更加强调和推进了宪法的重要性和主导性。

② 关于学术界对宪法与宪政关系的理论认识概括,可参见周叶中、邓联繁:《宪政中国初论》,载《中国法学》,2002年第6期,第28页。

③ “法制”变为“法治”,建设社会主义法治国家,一字之变,被认为是中共十一届三中全会以后,法学界的主要奋斗成果和在国家建设中的体现(参见李步云、黎青:《从“法制”到“法治”二十年改一字》,载郭道晖、李步云、郝铁川:《中国当代法学争鸣实录》,湖南人民出版社1998年版)。

④ 参见周叶中、邓联繁:《政治文明的宪政维度》,载《时代法学》,2004年第1期。

有一种政治敏感性和阶级分析的历史影响,但是,分权理论的语词和理论已经在学界被广泛使用或认可,最起码可以看到分权理论在我国国家权力研究和使用的可释性。而且,包括我国在内的社会主义国家宪法,规定了国家权力的性质、不同载体的国家机关和运行层面的相互关系,就显示出:虽然国家权力的唯一性质是人民性,唯一所有者是人民,但国家权力是一个内容丰富、结构网状的复杂集合体,研究中就有必要对国家权力进行内部分类、定名,研究各类权力的规律、特点、配置和相互关系等。正如有学者所言:“分权观念与思想是西方政治思想中的一个古老的传统。最初体现为西方古代世界的混合政体理论……这种理论与纯粹的分权理论的主要区别在于:前者是以主体或者说阶级作为基础来分配权力,即主张君主制、贵族制和民主制的混合,也即在君主、贵族和平民之间分配权力;而后者则是以政府职能作为分权的基础,即将政府权力按职能划分为立法、执法和司法三个部分,并要求任何部分只能行使其自身被赋予的恰当职能。”^①

在国家权力结构和分类问题研究中,往往需要关注和敏感对待一个充满历史沉淀的“三段论”,就是:资产阶级三权分立不能在社会主义国家实行,中国是社会主义国家,所以在中国不能实行三权分立。所以,虽然不少学者,要么广泛谈及和使用“舶来”的分权理论及其权力分类语词、要么在围绕民主谈论宪政建设时简单谈到国家权力分类、要么频频强调国家权力制约,但在很多情况下,反复点明的是依法治权、依法制约权力,强调了监督和制约权力的最有效途径

① 钱福臣:《网状控权模式:宪政的基础和生命形式》,载《华东政法学院学报》,2005年第3期。