

宪政论丛

行政法制的基木类型

XINGZHENG FAZHI DE
JIBEN LEIXING

江必新 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D912.1
15

行政法制的基木类型

江必新 著

北方工业大学图书馆



00566967



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

SAY/68/11

图书在版编目(CIP)数据

行政法制的基本类型/江必新著. —北京:北京大学出版社, 2005. 1
(宪政论丛·8)

ISBN 7-301-08134-0

I. 行… II. 江… III. 行政法-研究 IV. D912.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 110304 号

书 名: 行政法制的基本类型

著作责任者: 江必新 著

责任编辑: 王烈琦 李 霞

标准书号: ISBN 7-301-08134-0/D·0998

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 19.25 印张 325 千字

2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 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, 翻版必究

宪政论丛编委会

主 编 罗豪才 姜明安

委 员 (以姓氏笔划为序)

马怀德	于 安	方世荣
王 磊	王锡铎	叶必丰
冯 军	刘 恒	沈 岿
杨海坤	杨建顺	陈端洪
罗豪才	周汉华	周叶中
姜明安	胡建森	袁曙宏
湛中乐	韩大元	熊文钊

作者简介

江必新，1956年出生，湖北枝江人，1978年至1984年就读于西南政法大学，先后获学士、硕士学位，2004年获北京大学行政法学博士学位。现任湖南省高级人民法院党组书记、代院长，二级大法官。

兼任中国法学会行政法学研究会副会长、中国政法大学行政法专业博士生导师。1999年被中国法学会评为全国杰出中青年法学家。

个人专著有《行政诉讼问题研究》、《行政诉讼法疑难问题探讨》、《法文化的建构及法制教育工程》、《国家赔偿法原理》、《中国行政诉讼制度之发展》、《WTO与行政法治》、《WTO与司法审查》、《中国法文化的渊源与流变》、《行政许可法理论与实务》等；与人合著或参加编写《行政争讼法概论》、《行政程序法概论》、《行政诉讼法学》、《走向权利的时代》、《宪法小百科》、《中国行政监督机制》、《体制改革与完善诉讼制度》、《国家赔偿问题研究》、《当代行政诉讼基本问题》、《法治政府的建构》等著作计四十余部。在《中国法学》、《法学研究》、《法学杂志》、《人民司法》、《法律适用》等刊物上发表论文百余篇。

CONTENTS 目 录

导论	1
一、行政法规则的复杂性	1
二、类型化处理的必要性	1
三、传统类型化处理的局限性	2
四、关系视角的可行性	3

第一章 行政法的定义、产生与发展	4
一、行政法的概念——观察视角与模式选择	4
(一) 现存的几种定义模式	4
(二) 行政法定义模式的选择	11
二、行政法的产生——与公共权力相伴随	12
(一) 近代不是行政法产生的起点	12
(二) 行政法的产生与公共权力的产生相伴随	17
三、行政法的发展——一般性与特殊性	18
(一) 以法行政——依法行政——法治行政	18
(二) 一般性与特殊性	19

第二章 以法行政类型	22
一、以法行政类型的产生	22
(一) 古埃及	23
(二) 古代两河流域	23
(三) 古印度	24
(四) 古希伯来	26
(五) 古罗马帝制时代	27

CONTENTS 目 录

(六) 西欧中世纪	28
(七) 拜占庭与东欧	30
(八) 中国古代	32
(九) 德国纳粹统治时期	38
二、以法行政类型的基本特征	39
(一) 行政法从属于专制君主	39
(二) 行政法以巩固专制集权统治为本位	43
(三) 行政法只具有工具价值	51
(四) 行政法以治理臣民为基本内容	53
(五) 行政法具有明显的任性和专横倾向	60
(六) 通过自上而下的监督机制保证法律的实施	66
三、以法行政类型的背景分析	71
(一) 封闭的小农经济、亚细亚生产方式 与高度集中的经济	71
(二) 实质与形式上均不平等的社会结构	73
(三) 高度集权的政治体制	73
(四) 造神运动与个人崇拜	76
 第三章 依法行政类型	 79
一、依法行政类型的形成	79
(一) 古希腊城邦国家	80
(二) 古罗马共和时期	82
(三) 中世纪自治城市	83
(四) 英国	84
(五) 美国	86

CONTENTS 目 录

(六) 法国	88
(七) 德国	89
(八) 日本	92
(九) 近现代中国	92
二、依法行政类型的基本特征	98
(一) 立法权优于行政权	98
(二) 立法以保障国民的权利、自由为本位	108
(三) 对行政权进行严格的法律控制	116
(四) 普遍适用法律优先原则	125
(五) 奉行比较严格的“法律保留”原则	132
(六) 实行和坚持形式法治原则	141
(七) 强化对行政主体及其行为的合法性监督	144
三、依法行政类型的背景分析	150
(一) 法律改革运动、资产阶级革命运动	
与民族独立解放运动	150
(二) 商品经济与市场经济	152
(三) 形式上平等的社会结构	154
(四) 古典政府正义、古典自由主义思想	
与社会主义民主法制理念	155
第四章 法治行政类型	162
一、法治行政类型的产生	162
(一) 英国	162
(二) 美国	163
(三) 法国	167

CONTENTS 目 录

(四) 德国	169
(五) 日本	171
(六) 中国	172
二、法治行政类型的基本特征	172
(一) 行政权与立法权、司法权的合理配置	173
(二) 实质理性与形式理性的统一	183
(三) 从消极行政到有限制的积极行政	198
(四) 政府与经济社会关系的重构	209
(五) 价值的多元性与利益、价值的平衡	217
(六) 行政法手段的有效和文明	232
(七) 全方位、深层次监督网络的编织	239
(八) 国际行政法规则体系的建构	250
三、法治行政类型的背景分析	252
(一) 经济领域相继发生的四个现象	252
(二) 多元化和网络化社会的形成	255
(三) 公共行政改革运动与国家权力结构的调整	257
(四) 复杂多元的社会意识形态	258
第五章 比较与评价	260
一、不同类型之间的关系	260
(一) 不同类型之间的共同点	260
(二) 三种类型的根本区别	261
二、不同类型所依存的基本条件	263
(一) 经济条件	263

CONTENTS

目 录

(二) 社会条件	263
(三) 政治条件	264
(四) 观念条件	264
三、对三种不同类型的评价	264
(一) 以法行政类型的进步意义及局限性	265
(二) 依法行政类型的进步意义及局限性	266
(三) 法治行政类型的优越性与尚需 进一步解决的问题	268
余 论	270
一、对中国现实行政法制的定位	270
二、我国在行政法制建设方面所面临的任务	273
三、实现从依法行政到法治行政转换 的必要性与可能性	275
四、实现依法行政向法治行政转换的条件	276
(一) 建构必要的知识体系,更新行政法制理念	276
(二) 逐步建构法治行政所需要的制度框架	277
(三) 发展知识经济并建立相应的体制 和运行机制	277
主要参考文献	279
后 记	298

导 论

行政法应当向何处去？这是所有行政法学者都不能不关注的问题。但是，在我们面向未来的时候，我们不能不回首过去。因为一个没有历史记忆的人，是难以开拓未来的。

一、行政法规则的复杂性

法治是使人类服从规则治理的事业。基于这个认识，从上个世纪末开始，我研究行政法的注意力就集中在行政法的规则方面，希望通过自己的研究和审判实践形成一整套相对稳定并具有一定普适性的行政法规则体系。带着这个目的，我对古今中外的一些国家的实存的行政法规范进行了一定程度的研究。但研究的结果使我认识到，要建立一个具有普遍适用价值的行政法规则体系是非常困难的。因为，不同国家和地区，有着不同的经济社会条件和法律文化背景；不同时代、不同政治体制下的国家的行政法规则所依存的价值体系以及所追求的目标有着较大的差异；即使是同一国家，在不同时期的行政法规则也是不尽相同的。我还发现，相互接近甚至完全相同的法律规范，其精神实质、所追求的目标以及规范效果则可能完全不同。例如，古印度、中国的南宋以及今天大多数国家都有关于禁止捕猎野生动物的规定，但古印度是基于贯彻“不杀生”的宗教戒律；南宋是为了防止吏民贿赂官员；当今的大多数国家则是基于生物多样性的环境保护理念。

二、类型化处理的必要性

但这并不说明，行政法的历史完全就是一团杂乱无章、漫无头绪的乱麻；也不是说，行政法的发展完全没有规律可循；更不能证明，行政法的某些规则没有一定的普遍适用性。事实上，只要我们认真研究一下不同国家、不同时期的行政法律规范，我们就不难发现，在貌似杂乱无章的行政法规范之中，也蕴藏着诸多的共同性以及内在的关联性：有的虽然文字表述不尽相同，但有着共同的目的；有的法律规范似乎针锋相对，但其精神实质却是一

致的;有的尽管一个或一串“法律规范群”(即若干个相关法律规范的逻辑连接)在外表看来完全不同,但可能产生完全相同的规范效果。

正是行政法的发展史中的这种异同关系,使我萌生了对行政法规则进行类型化(或模式化)处理的冲动,并且逐步认识到进行类型化处理的价值和意义。因为,类型化处理可以避免我们用一个固定的思维模式去主观地设定规则,从而使我们有可能摆脱顾此失彼的窘境;类型化有助于我们更加理性地解释行政法的发展史,从而使我们得以准确地把握行政法的发展规律;类型化处理有助于我们把握不同规则之间的联系,从而使我们得以在行政法规则体系的建构方面有所作为;类型化处理还会迫使我们去能动地发现和探讨各种类型所依存的条件和背景,从而使我们得以关注实现理想法治状态的条件的创造;类型化处理还有助于我们去预测行政法发展的趋势,从而使我们得以能动地创造行政法的未来。总之,只有进行类型化处理,我们才会立体地而不是平面地、动态地而不是静止地、多元地而不是单向地去把握行政法的规则体系。

三、传统类型化处理的局限性

在认识到类型化的价值和意义之后,随之而来的问题是如何进行类型化的问题。一种常见的方法是以法系为标准进行类型分析。这种分析固然具有一定的价值和意义,但其局限性也是显而易见的:以英美为代表的英美法系与以法德为代表的大陆法系的区别固然是多方面的,但从规则的视角看,其差别并没有人们所想像的那么大;随着时间的推移,英美法系与大陆法系在行政法规则方面的差异已经或正在缩小;即使在同一法系内部,不同国家、不同时期在行政法规则方面也存在着不少的差别。另一种方法是其他法学所通常使用的一种方法,即社会形态类型分析法。这种分析方法在行政法学界并不多见,主要是相当一部分学者认为,行政法或现代意义上的行政法是资产阶级革命以后才产生的,在奴隶制社会和封建社会不存在行政法或至少不存在现代意义上的行政法。但是即便是承认奴隶制社会和封建社会存在行政法,这种类型分析仍然存在一定的缺陷:从行政法规则的角度看,奴隶制行政法与封建制行政法很难说有实质性的区别;资本主义行政法与社会主义行政法虽有本质的区别,但在行政法规则方面的差别也没有人们想像的那么大;同一社会形态的不同国家(如古希腊雅典和古印度),其行政法规则体系也是不尽相同甚至是大相径庭的。

四、关系视角的可行性

现成的类型分析思路不能帮助我们实现建立行政法规范体系的目的,我们有必要回到我们的起点——对古今中外的行政法规范重新进行归纳分析。这种分析的结果使我隐约地感觉到:在我所接触到的资料中,所有的行政法规则似乎都在回答五个方面的问题:行政与法的关系应当是怎样的(关系理性或关系规则);行政法的目的应当如何定位或者说行政法应当实现什么价值(目的理性或目的规则);应当如何安排行政法的权力与权利结构(结构理性或结构规则);行政法可以采取哪些工具或手段实现其价值和目的(工具理性或工具规则);行政法如何保障自身的规则体系得以实现(自足理性或自足规则)。而在回答这五个基本问题的时候,不同时代、不同政体的国家作出的答案是很不相同的。

在对这些不同回答进行类型化分析的过程中,我发现一个国家的政体模式在很大程度上决定了行政与法的关系(而政体模式的形成则是多种因素相互作用的结果),而行政与法的关系的定位对其他行政法基本问题的回答又具有定势作用。在充分占有材料的基础上,我自以为找到了类型化处理的新的思路:将行政法制的类型分为“以法行政”、“依法行政”和“法治行政”三种类型。顺着这个思路,我对各种类型的基本特征以及不同类型形成的背景分章进行了描述,在描述基本特征的过程中,也涉及到对各种类型下的行政法规则体系的大体定位。

在对各种类型的特征进行描述的基础上,我对不同类型之间的关系以及各种类型所依存的条件进行了分析。在对各种类型产生的背景和依存的条件进行分析的时候,我着力从经济形态、社会结构、政体结构、知识体系等方面进行系统分析。试图通过这种分析,揭示行政法进化和发展的某些规律。

在对行政法进行类型化处理时,不能回避的问题是:中国现实的行政法制属于何种类型?中国的行政法发展的径路如何?这正是中国行政法学界应当关注并必须研究的问题。笔者在余论部分对这些问题作了初步的回答,但仅仅是开端。

第一章 行政法的定义、产生与发展

要对古今中外的行政法制进行类型化处理,我们不能不涉及行政法的一些基本问题。

一、行政法的概念——观察视角与模式选择

要研究行政与法之关系的类型,首先必须界定行政法的概念,即给行政法一个确定的定义。否则,我们将无法确定我们研究的范围。

(一) 现存的几种定义模式

综合已知的各种定义,大体有三种定义模式:

1. 功能模式

所谓功能模式,是从行政法的功能来定义行政法的模式。在这种模式下,有三种具体类型。

(1) 管理模式。B.M.马诺辛等认为:行政法作为一种概念范畴就是管理法(从拉丁文中的行政管理一词翻译过来),更确切地说,就是国家管理法。^①

(2) 监督模式。美国法学家埃·弗雷银德在《行政判例》一书中写道:“行政法——这是监督行政机关的法律,而不是建立行政机关的法律。”^②

(3) 控权模式。H.威廉·韦德认为:行政法定义的第一个含义就是它是关于控制政府权力的法。无论如何,这是此学科的核心。^③ M.P.赛夫认为:无论在普通法国家还是在大陆法国度,贯穿于行政法的中心主题是完全相同的。这个主题就是对政府权力的法律控制。^④ 龚祥瑞教授认为:就最基本

① B.M.马诺辛等著:《苏维埃行政法》,群众出版社1983年版,第29页。

② 转引自胡建森:《行政法学》,法律出版社1998年版,第10—15页。

③ [英]H.威廉·韦德:《行政法》(中译本),徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年1月第1版,第5页。

④ [印]M.P.赛夫:《德国行政法——普通法的分析》(中译本),周伟译,五南图书出版公司1991年版,第4—7页。

的方面来说,行政法是有关权力及其分配的法律。^①

2. 对象模式

所谓对象模式,是从行政法所规范的对象来定义行政法的模式。在这种模式下,有以下七种类型:

(1) 行政模式。德国法学家奥托·迈尔(Otto. Mayet, 1846—1924)的定义甚为简单:“行政法即关于行政之法,属于行政之法。”^②明治宪法时代最标准的行政法教科书是美浓部达吉的《日本行政法》。该书上册在“行政法的范围”中,将行政法定义为“关于行政的国内公法”,指出:“行政法,是行政上的特别法,并非泛指一切关于行政的法,而是仅指关于行政的公法。”^③ W.J. 詹宁斯认为:行政法是关于公共行政的全部法律,其内容涉及到行政机关的组织、权力、义务、权利和责任^④。美国 P.L. 斯特劳斯教授认为,在本世纪初期当公共行政发展的时候,学术界发展了行政法概念,它包含几乎全部和公共行政有关的事项。^⑤

(2) 主体模式。中村弥三次说:“行政法就是以命令关系即职务上的命令服从为构成原理的执法机关所适用的法规总称。”^⑥

(3) 权力模式。英国学者内吉梯(Z. M. Negdgati)、杰睿诗(J. E. Jrice)在《英国和大陆的行政法制度》一书(第1页)中认为:行政法是关于行政权的行使和控制的法律。^⑦ 伯纳德·施瓦茨认为:行政法是管理政府行政活动的部门法,它规定行政机关可以行使的行政权力,确定行使这些权力的原则,对受到行政行为损害者给予法律补偿。^⑧ 《牛津法律大辞典》认为:行政法是阐述和规定政府机关职能和权力的原则、规则汇编^⑨。王连昌教授主编的《行政法学》(修订版)认为:行政法是关于行政权力的组织分工和行使、运作,以及对行政权力监督并进行行政救济(或补救)的法律规范的总称。^⑩ 应松年教授主编的《行政法学新论》认为:行政法是关于行政权力的授予、行使

① 龚祥瑞:《西方国家司法制度》,北京大学出版社1993年版,第174页。

② 转引自胡建淼:《行政法学》,法律出版社1998年版,第10—15页。

③ 杨建顺:《日本行政法概念、对象和范围》,载《外国法译评》1998年第3期。

④ [英] W.J. 詹宁斯:《法与宪法》(中译本),龚祥瑞等译,三联书店1997年版,第194页。

⑤ 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第39—40页。

⑥ 转引自胡建淼:《行政法学》,法律出版社1998年版,第10—15页。

⑦ 转引自姜明安:《行政法学》,山西人民出版社1985年版,第10、11页。

⑧ [美] 伯纳德·施瓦茨:《行政法》(中译本),徐炳译,群众出版社1986年版,第1页。

⑨ 《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第19页。

⑩ 王连昌主编:《行政法学》(修订版),中国政法大学出版社1997年版,第1—3页。

以及对行政权力进行监督和对其后果予以补救的法律规范的总称。^① 赵克仁主编的《行政法学教程》认为:行政法是关于国家行政机关的行政权力及其行使的法律规范的总称。包括以下几个方面的含义:第一,并不是所有与国家行政管理有关的法律规范都是行政法。第二,行政机关在从事管理活动时必须遵守和执行有关法律、法规的规定,但并不是说国家行政机关所必须遵循的法律、法规规定都是行政法。第三,行政法是国家行政机关行使行政权的法律规则。第四,行政法是有关政府行政权及其行使的法律规范的总称。^②

(4) 活动模式。英国法学家 T. E. 霍兰特认为:行政法是关于国家机构活动的法律,是与静态的宪法相对应的动态的法律。^③ 斯泰诺夫、安格洛夫在《保加利亚人民共和国行政法》一书中写道:“行政法是一个统一的法律部门,是调整保加利亚人民共和国国家管理活动的法律规范的总和”。(第 3 页)在南斯拉夫,“行政法”是指“法律体系中的一个独立的法律部门,是调整国家行政管理活动各种法律规范的总称。”^④ 《中国大百科全书·法学卷》认为:行政法是“规定国家各个方面行政管理的行政法规的总称,是国家行政机关工作的法律依据,也是人们在有关活动中必须遵循的准则。”^⑤ 王名扬教授认为:行政法是调整行政活动的国内公法。……行政法的定义,从广义说,包括调整行政活动的全部法律,从狭义说,是指调整行政活动的公法。……法国多数学者关于行政法的定义,包括以下几个方面:(一)行政法是国内法……(二)行政法是调整行政活动的法律……(三)行政法是公法。^⑥ 张树义教授主编的《行政法学新论》认为:所谓行政法,是调整行政活动的法律规范的总称,它主要规范国家行政权力的组织、行政权力的活动以及对行政活动的后果的补救,其目的在于确认或建立符合人民意志或利益的行政法律秩序。这一定义包含以下几层涵义:(一)行政法是调整行政活动的法律……(二)行政法是规范行政权力的组织、行为以及对权力行使后果进行补救的法律……(三)行政法的目的在于实现依法行政,确认或建立符合人

① 应松年主编:《行政法学新论》,中国方正出版社 1998 年版,第 11 页。

② 赵克仁主编:《行政法学教程》,中山大学出版社 1990 年版,第 5—6 页。

③ [英] T. E. 霍兰特:《法理学》,1924 年英文版,第 366—378 页。

④ 转引自胡建淼:《十国行政法——比较研究》,中国政法大学出版社 1993 年版,第 423 页。

⑤ 《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社 1984 年版,第 672 页。

⑥ 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 13 页。

民利益和意志的行政法律秩序。^①

(5) 内容模式。英国法学家韦德(E. C. S. Wade)说:行政法是公法的一个部门,它是关于政府机构中从事管理活动的各种机构的组织、权力、职责、权利和义务的法。简言之,它是关于公共管理的法。^② 法国当代著名行政法学家瓦林(S. Warti)认为:行政法不仅包括行政权及其行使的程序和原则,公民在受到行政行为侵害时的救济措施,还包括行政机关的组织形式、行政机关颁布规章的权力及程序、文官制度、政府对财产的征用和管理、公共事业、行政责任。^③ 美国 R. B. 斯图德教授认为,行政法是规定行政机关的组织 and 权力的法律规则和原则,它也规定行政机关所使用的程序,确定行政决定的效力,划定法院和其他政府机关所使用的程序,确定行政决定的效力,划定法院和其他政府机关在和行政机关的关系中各自的作用。^④ 美国 K. C. 戴维斯教授认为,就美国普遍使用的意义而言,行政法是关于行政机关的权力和程序的法律,包括法院对行政活动的司法审查在内,也包括行政机关所制定的程序法规在内。^⑤ 古德诺认为:行政法是公法的一部分,它规定行政机关的组织 and 职权,并规定公民在受到行政行为侵害时的行政救济。^⑥ 日本田中二郎指出:行政法是指关于行政的组织、作用及其统治的国内公法。^⑦ 荷兰法学家克鲁尔(Kivwer)说:“在荷兰人看来,……行政法通常是宪法的延伸和具体化,它主要是关于政府行政和对行政的司法审查。”^⑧ 《国际社会科学百科全书》:“行政法是法律的一个分支,它规定政府机关的组织、权限和责任,规定指导行政机关活动的法律要求,并规定给受行政行为侵害的人以补偿。……”^⑨

马君硕在《中国行政法总论》一书(第8页)中给行政法的定义是:行政法者,乃关于行政组织、行政行为及行政救济之法也。故行政法可谓包括行政组织(administrative organization)、行政行为(administrative act)及行政救

① 张树义主编:《行政法学新论》,时事出版社1991年版,第13—15页。

② 转引自胡建淼:《行政法学》,法律出版社1998年版,第11页。

③ 同上书,第13页。

④ 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第39—40页。

⑤ 同上书,第39—40页。

⑥ [美]古德诺:《比较行政法》,美国哥伦比亚出版公司1893年英文版,第8—9页。

⑦ 杨建顺:《日本行政法的概念、对象和范围》,载《外国法译评》1998年第3期。

⑧ 转引自应松年、朱维究主编:《行政法与行政诉讼法教程》,中国政法大学出版社1989年版,第10、12、14页。

⑨ 同上书,第11—13页。