

杨 翔 著

行政法学

关于行政法基本理论的分析

行政法学 关于行政法基本理论的分析 ■ 中南工业大学出版社

行政法学

——关于行政法基本理论的分析

杨 翔 著

中南工业大学出版社

行政法学

——关于行政法基本理论的分析

杨翔 著

责任编辑:江河

*

中南工业大学出版社出版发行

中南工业大学出版社印刷厂印装

新华书店总店北京发行所经销

*

开本:850×1168 1/32 印张:8.5 字数:209千字

2000年6月第1版 2000年6月第1次印刷

印数:0001-3300

*

ISBN 7-81061-237-9/D·031

定价:12.00元

本书如有印装质量问题,请直接与生产厂家联系调换

厂址:湖南长沙

邮编:410083

目 录

导论：观念、改革、法律的任务·····	(1)
第一章 行政法基本范畴分析·····	(9)
一、行政与行政权·····	(9)
二、行政法·····	(18)
三、行政法律关系·····	(27)
第二章 行政法的历史发展与变迁·····	(36)
一、行政法历史发展的脉络及趋势·····	(36)
二、中国行政法的历史发展与变迁·····	(45)
三、外国现代行政法的历史发展·····	(52)
第三章 行政法的基本原则分析·····	(58)
一、行政法基本原则的确定·····	(58)
二、依法行政——行政合法原则·····	(62)
三、公正问题——行政合理原则·····	(66)
第四章 行政法主体分析·····	(71)
一、行政主体资格·····	(71)
二、行政主体的职权与职责·····	(83)
三、行政相对人·····	(90)
第五章 国家行政机构分析·····	(96)
一、行政机关的一般理论·····	(96)
二、行政机关的组织结构·····	(99)
三、我国的行政机关体系·····	(104)
四、公务员制度·····	(112)
第六章 行政行为分析·····	(125)

一、行政行为的一般理论·····	(125)
二、行政行为的效力问题·····	(135)
第七章 抽象行政行为分析·····	(143)
一、抽象行政行为的一般理论·····	(143)
二、抽象行政行为与行政立法的区别·····	(145)
三、行政立法权体系问题·····	(148)
四、我国现行行政立法运行·····	(155)
五、另一种法律——行政规范性文件·····	(168)
第八章 行政“灰法”问题分析·····	(171)
一、行政灰法现象及其一般状况·····	(171)
二、灰法现象的主要成因·····	(174)
三、行政“灰法规则”的运行分析·····	(180)
四、消除行政灰法现象的对策分析·····	(186)
第九章 具体行政行为分析·····	(190)
一、具体行政行为一般理论·····	(190)
二、另一种司法形式——行政司法·····	(196)
三、程序正义——行政程序问题分析·····	(203)
四、完善我国的行政程序立法·····	(219)
第十章 行政法制监督分析·····	(225)
一、关于法律监督基本范畴的分析·····	(225)
二、行政法制监督的一般理论·····	(235)
三、对行政法治的权力监督·····	(238)
四、行政诉讼——对具体行政行为的司法审查·····	(244)
结语：控制、制衡、平衡·····	(256)
主要参考书目·····	(262)
后记·····	(264)

导论：观念、改革、法律的任务

行政法治的困境经常从两个方面提出来：一是国家行政主体及其公务员往往滥用职权，将公共权力当作个人所有物，通过公共权力的运行方式，如行政优益、行政优先以及强制性等来实现个人权利，导致以权（力）谋权（利），行政不守法；二是行政管理相对一方的公民、法人、社会团体和组织常常难以分辨个人权利与社会公共利益，出现两种权益的混淆。究其原因是非常复杂的，而观念中的缺陷则明显是其中突出的一点。

我国目前的行政法治建设是国家改革开放政策的重要组成部分。改革，作为一种对旧事物的扬弃和对新事物的创造，不论是经济体制改革还是政治体制改革，总是涉及到两个方面的问题：体制中的“人”和人所创造的制度。两者在改革的总过程中相互影响，存在着一种非常密切的关系。目前，当体制改革在更大范围和更深层次上深入进行时，各种改革措施在其推行或推广过程中都招致了不同程度的抵制。实践证明，改革的困难和艰巨性并不单纯呈现在措施本身的不完善和不健全上，或者较低生产力水平的制约和人口因素的影响，更为严重的还是这种抵制的存在。这种抵制的原动力是人们头脑中已形成模式并与旧事物相互依存的固有观念，也即人们头脑中现存的与目前改革发生冲突和矛盾的某些传统思想和观点。人们运用这种观念来评价眼前所进行的改革，分析自己在改革中所处的地位和今昔实际状况的对比结果，失去了那构筑在其固有观念幻想中的天堂，于是出现了不满和失望。

那么，产生这种抵制的固有观念本身存在的症结是什么呢？要回答这一问题，首先必须对固有观念的构成进行考察和分析。固有观念的构成是相当复杂的，在此仅从法学的角度选择三外部分，即权利观念、权力观念和法律价值观念进行剖析。

权利观念。社会中错综复杂的关系在一定程度上都可以归纳入权利义务关系的范畴。权利义务构成个人、组织和国家之间的主要联系，其他形形色色的社会关系均由此引发而来。因此，人们有关权利义务的内容和性质，以及其不同主体间的分配、实现的方式和过程等问题的看法，就对社会改革有着至关重要的作用。

一定的权利观念总是植根于一定的文化基础上，是大文化背景的构成部分。在我国的传统文化中，不论儒学自身经历了什么曲折和兴衰变迁，但它在文化中的中心地位始终没有很大改变。而“儒学的要义，在于推崇尊尊、亲亲、长长、男女有别的宗法家族秩序，用调和、感化的方法处理各种社会关系……使人们虽然处于差异性的社会地位之上，却由于各自恪守差异性的道德规范，而相互和解，长久共存”。^① 奠基于这一基础上的权利观念便带有如下三个特点：一是具有浓厚的团体主义色彩，强调集体地位，个体自然人被大大小小的集体、家庭、家族、地方和国家包围着，被淹没在这些“集体组成的社会中，人们往往被对社会的义务和责任取代了对个人权利的追求”。“老吾老，以及人之老；幼吾幼，以及人之幼”^②。这一方面要求个人必须向集体承担并履行义务，另一方面又表明了个人只要处身于社会中，其权

① 武树臣：《中国传统文化构成及其对实践的影响》，《法学研究》，1991年第2期。

② 《孟子·梁惠王上》。

利就会自动地得到实现。二是权利的现实和虚幻在人们观念中结成一对矛盾。现实性是指有小部分权利已成为法律的范畴，并依法形成了法的权利观。但实际上这种法权又被更多的义务所困扰，并不能得到有效的实现。而对于没有体现为法权的其他部分个人权利，由于权利主体实际是大大小小的集体，个人不可能在家族、宗教和世俗权力等方面都取得至高无上的地位，因此，每个人依其在集体中的位置获取权利的同时又失去了权利。三是对以物为内容的权利追求完全贬值，而对抽象的道德伦理权利追求却表现出狂热的向往。在固有的权利观念中，个人通过向集体履行无穷无尽的义务来获得声名是值得极力推崇的，而对物质权利的追求则被视为不高尚的行为。至今，许多人在衡量一个人是否先进时，除了考察其为社会做出贡献和创造的财富的大小和多寡外，还特别注意他是否出让或放弃个人的物质权利以及出让或放弃物质权利的程度。一些古老的为人准则和道德条目逐渐演变成极具魅力的荣誉名称，如忠臣、孝子、节妇等。

至此便可以看出，就目前的改革而言，上述权利观念至少存在如下缺陷。首先，集体本位造成个人未能成为健全的权利主体，这就不同程度地挫伤了个人的积极性。一旦个人权利和集体利益发生冲突，在传统权利观念的约束下，个人就只能反躬自省或忍让。久而久之，就造成个人冷漠地看待权力，麻木地履行义务，个人不会因为对其自身的权利和价值的追求而产生一种改革所需要的活力。其次，由于久于这种观念的禁锢，人们渐渐习惯于个人与集体在固有基础上建立的同一，改革则被视为对和谐的破坏。就单个人而言，当他发现社会已有离自己远去的趋势时，他并不想改变自身而重新与社会获得同一，而是采取阻碍社会改革的措施，使社会回到原来的位置上。因为长期的忍耐和克制不仅使个人在观念上与旧的社会融为一体，而且还形成一种惰性：人们只能容忍自然的进化，而不是改革。第三，这种观念窒息了

以物为内容的法的权利的发展，而法律上有关权利内容规定的简陋，又促使了传统权利观念的续延。从深层次上分析，这种观念对个人权利的过分压抑和对物质权利的过分贬值又导致了这样一种危险：当改革在一定程度上突破固有观念时，被压抑的个性和私欲就可能猛烈地迸发而来，走向另一个极端。

权力观念。作为一种支配力量，权力是在人类社会出现超于个人之上的组织时产生的，目的在于完成组织对社会所负的使命。在权力观念中，有两个问题与改革有直接联系。

一是关于权力的来源。现代法治国家大都不能否认这样一个命题：权力，即使是国家的最高职务和权力都是来源于人民，归属于人民。在彻底抛弃了封建君主的权力恩赐制度后，我们的国家权力也遵循上面的这一命题。但是，由于人们常常看到权力的载体（职位或荣誉称号等）是从一次会议或者某一领导人员的指示中产生，甚至某种权力的扩大、缩小或者转移都受到某个人的牵制——某一职务具有权限大小不是由法律先行决定的，而是受担任职务的人选的影响。因此人们对权力的来源就可能产生这样的认识：（1）权力来源个人或者集团的授予，而不是人民；（2）权力的获得和丧失取决于个人或者组织的随意，而不是由法律所决定。法律不仅不能制约权力，而且也不能保护权力。结果就是，充任公职的人对个人或集团负责，人民和法律却被抛到一边。

二是权力与权利的关系。权力是一个集团用以管理社会、服务于社会的重要依据，而权利则是个人依据所获得的一种自由和保障。它们之间的正常关系应当是：任何集团的权力都不能用来谋取或实现个人权利。但是，在固有观念中，这种关系被严重扭曲。首先，由于对权力来源的误解，公职人员与集团出现了同一，集团的行为表现出个人意志的色彩，成为带有不同职务标签

的个人行为，而制度和机构则被忽视。因此，不仅公职人员把集团权力误认为自己的个人权利而任意行使或放弃，而且人们也默认为这种误解，并将公职人员的任意当成集团的意志。其次，权力的行使本来是服务于社会的，个人权利应通过其他途径实现。但由于权力行使的实际效果是导致个人权利的实现与膨胀，甚至成为实现个人权利惟一有效的途径。因此人们对权力充满敬畏和崇拜，并且倾全部心力进行追求，公职人员则在主观上形成了以权力谋取个人权利的思想并以之指导自己的公务活动。权力本应围绕社会运转，客观上形成了社会围绕权力运转的相反现象，权力逐渐摆脱了服务于社会的形象，而成为个人社会地位、享有权利的实际状况标志。

法律价值观念。我国古代的法律制度具有两个鲜明的特点：一是法律在形式上诸法一体，刑民合一，重狱轻讼；二是以儒学中的“礼”为核心的伦理道德观念直接渗透于法律内容中，干预法律自身的发展。这两个特点就产生了下述结果：首先，作为可以操作的工作，以重刑主义为特色的封建法制具残酷无情的外在形象，它是对传统文化中的和谐的一种破坏。只要诉诸于法律，就意味着家庭、集体和谐的破坏和丧失，固而人们畏惧法律、逃避法律，视法律为异己。因此，轻视和厌恶法律是人们的普遍心态，他们宁愿采取其他方式来解决他们之间的纠纷，即使这种方式要以牺牲其依法享有的权利为代价。其次，由于道德伦理直接进入法律之中，使传统法制充满非理性的情感色彩。所谓“父为子隐，子为父隐”，司法人员和其他人在实施法律的过程中就常常以此作为法律的标准，任意修改、误用甚至歪曲作为工具的法律条文，使法律笼罩在道德伦理的巨大阴影中，而这一切往往又是采用法律形式和以法律名义进行的。因此，厌恶作为操作工具的法律，轻视作为道德伦理附庸的法律，是人们对法律的全部

态度。

上述观念对改革从两方面产生影响：一是许多人站在过去的立场上，用固有观念来分析眼前改革所遭遇的困难和曲折，因此他们在改革中表现出瞻前顾后或停滞不前。二是另一些人在改革浪潮冲击下，完全以经济利益为直观教导，全部否定传统观念，利用改革过程中措施出现的问题和不完善，采用非法手段牟取私利。在观念中他们已从个人属于社会过渡到“社会属于个人”。

观念改革实际上不是一个新问题，但却长期没有得到有效解决。当体制改革的成果影响到人们的观念，并在传统观念中滋生出与上述成果相适应的观念时，固有观念总是接踵而来，动摇新观念，阻碍改革的顺利进行。之所以如此，原因有三：一是大多数人对观念改革的重要性认识得并不充分，只看到它是体制改革所要完成的工作，而没有看到它本身又是体制改革最广泛的需要；二是人们过于强调经济利益的实际引导和政治教化作用，以为通过两个途径就可以完成观念改革。因而在进行观念改革时，缺乏主动和直接有效的措施；三是在方法上出现了偏颇，即忽视了法律的作用。实际上葛兰西早已发现，法律是“国家致力于创造和确立一定形式的文化和一定类型的公民（从而创造和确立一定形式的公共生活以及个人之间的关系），致力于根绝一定的习惯和风俗并传布另外的习惯和风俗”^①所必需的。观念改革就当借重法律。因为法律具备着人民性、科学性以及强制性，不论个人持什么观点，他们都会承认法律是必须服从的。因此，通过将体制改革的成果和体制改革所必需的新观念体现为法律模式，人们就能在执行、遵守法律的过程中形成新的习惯和风俗，在一个现代法律环境中完成观念的改革。

^① 葛兰西《狱中札记》（中译本）第194页。

由于固有观念对于体制改革的抵制是多方面多层次的。因此，法律要完成改革观念的任务，首先必须为这种改革创造一个现代法律文化环境。改革观念只能完成在现代法律文化的背景中，不能单凭增加立法文化或依靠各种方式将人们引至法院进行诉讼达到目的。换言之，只有人们真正树立起法律的信心和信仰，在实际行为是自觉地遵守和执行法律，愉快地用法作为评价是非的标准的环境，人们才能接受用法律方式进行的改革，固有观念才会得到实质性改变。为此，如下工作是必要的。

要更新我们有关法律的基本观点，改变法律的纯工具形象，充分弘扬法律所包含的精神和原则，使法律的目的与人们追求的理想和价值相互融合，成为人们努力的方向。法律总是体现着某种精神和原则。我国法律中，除“四项基本原则”外，《行政诉讼法》等法律法规还确立了“公正”、“合理”原则的地位。离开了精神和原则，法律就成为完全的实际工具。而对于现代人来说，他们可以接受并服从这种“工具”，但从根本上拒绝让“工具”指导其思想和灵魂，更不可能去追求单纯工具性法律构成的法治。

杜绝个人和团体意志对法律的干扰，使法律在其精神和原则的指导下完成所承担的任务。个人意志或团体意志对法律的干扰常常导致人们对法律的权威和公正性的怀疑。要做到这一点，首先要对国家的立法进行严格统一的管理，一方面避免享有立法权的国家机关各自为政，制订出互相冲突的法律；另一方面严格禁止无立法权的组织采用法律形式发布文件。其次，坚决反对和杜绝在国家行政执法和司法活动中的地方保护主义，除了法律允许的区别外，不允许任何机关和个人违反法律的统一标准，损害他人利益，以保护本地区本部门的利益。第三，通过培训使司法人员具有法律基础上的知识、技能、良心和荣誉，以避免司法技术

之外的对法律的误解和错用，摆脱个人道德准则和感情好恶对司法活动的左右和困扰。第四，对权力进行约束，要在法律上明确这样的原则——法大于权，拥有权力以法律为依据，行使权力以法律为准则，监督权力以法律为后盾。

扩大公民和团体参与法治的范围，为他们的参与提供更多的途径和机会。法治只有成为公民和组织自身生活的一部分，才能真正唤起他们对法治建设的需求和信心，守法才能成为其主动的行为。要做到这一点，就要使人们与立法、执法和司法建立普遍的联系。除以监督权参与司法和执法活动外，更重要的是要公开立法活动。通过一定的方式让人们知晓制定某法的原因、目的，并将草案交由人们讨论，吸收其意见并加以修改，让人们切实感到他们是真正在制定自己的法律，此后执行的也就是自己的法律。

——这实际上也就是对行政法治建设提出的具体要求，尽管主要限于观念领域。因此，应当深入地研究它们并在一个完整的理论分析中给予回答——这也就是本书的目的所在。

第一章 行政法基本范畴分析

一、行政与行政权

行政问题。尽管人们对“行政”一词的含义存在不同的理解，但都认同行政法就是有关行政的法。不过这一看法并不意味着对全部行政法理论具有统一的正确的把握，其分歧主要与人们对于行政的不同种类、性质、功能等问题存在不同解释和看法紧密相关。因此，要把握行政法，首先应了解行政及其相关问题。

“行政”一词，源于拉丁文 Adminstrare，中文根据英文 Administration 翻译过来，其涵义可以是“行政”、“行政机关”、“管理”、“执行”。两千多年前古希腊的亚里士多德在《政治学》中曾使用过“行政”这一术语。在中国古代，“行政”一词一般是指执掌政务。《史记·周公》：“召公、周公二相行政。”此外在《左传》中亦有“行政政事”的说法。

作为行政学研究的理论核心，行政或者说现代行政在行政法上有特定的涵义。尽管理论界对行政的解释不下数十种，但以是否把行政与国家联系起来考察并进而导出行政法意义上的行政为标准加以划分，则关于行政的解释大致可分为两类：第一类是把行政视为一般的社会管理而并非国家特有的职能。美国学者怀特（Leonard D. White）在《行政学导论》中指出：“行政艺术乃是为完成某种目的而对许多人的指挥、协调与控制。”行政在这里是一种管理方式或者说艺术，是管理学的基本范畴，它包含了

行政法意义上的行政，但后者只是前者的构成部分而已。第二类是把行政看成是国家的一种专有活动，认为只有国家的活动才是行政。在这类观点中，有关行政是国家的什么活动即有关行政范围的确定并不一致，主要存在如下看法：

一是三权分立说。这种理论依据孟德斯鸠的“三权分立”学说，认为国家职能分为立法、行政、司法三大类，它们分别归属于相互独立的立法机关、行政机关和司法机关，所谓行政就是行政机关从事的与行使国家职能有关的活动或者行为。这种理论以职能来设定国家机关，又以国家机关的类别来划分行为的性质。但正如凯尔森所指出的，三权分立“它预定三种所谓权力可以被决定为三个不同的、对等的国家职能……但是这种预定是不符合事实的。”^① 三权分立的问题在于它试图确定一种将三个职能相互分开的界线，而事实上这个界线却是不可能明确的，当这种理论上升为政治原则时，就会发生同一性质的行为被当作完全不同的两样东西，授权的高度发达又同时使已成为政治原则的分权理论逐步还原。可以这样结论：在立法、行政和司法中确定界线是分权理论的优点与缺陷共存之处。

二是除外说。这种理论与三权分立存在着直接的渊源，其理论涵义如德国学者耶林纳克（Walter Jellinek）在其《行政法》一书中所阐述的“行政是包含立法、司法以外的一切国家作用”。日本学者美浓部达吉在其所著《行政法撮要》中更直截地指出：“行政即行于法律以下的国家行为中除去司法行为部分。”这种理论回避了明确划定立法与行政，特别是司法与行政的理论困难，它未能反映行政的实质内容，因为除表明一种对“三权分立”原则的认同外，“除外说”并没有系统回答行政与司法的实质区别，

^① 凯尔森：《法与国家的一般理论》，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 299 页。

其方式实际上极易陷于循环论之中。

三是法律适用说。这种学说认为行政就是执行法律规定的事项。其主要代表是美国行政法学者古德诺 (Frank J. Goodnow)。在他的《政治与行政》一书中,行政被置于与国家政治功能相对应的第二种国家功能,他指出:“在所有的政府体制中都存在着两种主要的或基本的政府功能,即国家意志的表达功能和国家意志的执行功能。……这两种功能分别就是:政治与行政。”^①古德诺这一观点与凯尔森关于国家职能的看法存在着极大的相似之处,都是对国家职能采用两分法,否认在行政与司法之间存在明确、固定的界线。古德诺甚至这样认为,“如果孟德斯鸠做进一步研究的话,他本应发现,政府的这第三种功能即司法功能的存在,不能仅由法官是独立的这一事实作出断言”^②。从理论上分析,这种把行政笼统地视为一种法律适用行为的作法尽管在法律的制定与法律的执行两者之间清晰地分离出行政的特性,并在一定程度上避免了对行政内部划分标准的过度夸张,但它太过于忽略司法机关(法院)这一独立机关的存在所产生的并应当引起注意的司法作为一种不同于一般行政的国家功能存在的可能。

四是“广义与狭义说”。这种学说的主要代表人物是美国学者威洛比 (W.F. Willoughby)。他认为行政学上的行政有两种意义。就广义而言,行政泛指政府的各种实际活动,而不特指政府活动的任何一方面,立法机关的立法、司法机关的司法以及行政机关的行政均可以概括其中,故广义的行政包括整个政府的活动在内。就狭义而言,行政则仅指行政机关的活动,这也就是行政法意义的行政。

在我国,人们对行政的解释亦不相同。理论上有人主张“行

① 古德诺著:《政治与行政》,华夏出版社1987年版,第13页。

② 古德诺著:《政治与行政》,华夏出版社1987年版,第7页。

政”就是“治”。这种“治”中隐含政治的意思，包括政策与法律的制定和执行，亦即政治包含了行政。习惯上人们又常常把“行政”与“管理”等同使用，凡存在人类社会的地域就存在管理，因此也就存在行政。日常生活中还存在一种有趣的现象，将“后勤”、“总务”等缺乏专业性和具有明显服务性质的事务称为行政，因而有“行政处（科）”或者“机关事务行政管理局”等机构称谓。

上述有关对行政理解的分歧并不表明在不同理解中存在孰对孰错的问题，而只说明从不同角度来考察行政必然产生出差异。就行政法学而言，它所要研究的行政应当是需要行政法这样的部门法律加以调整并且行政法可以加以调整的一种行政或者活动。行政法自身有一种关于“行政”的标准，但它并不排除其他意义的行政的存在。

行政法所提到的行政，是从狭义上解释的。马克思在《评“普鲁士人”和“普鲁士国王和社会改革”》一书中给行政所下定义——“行政是国家的组织活动”^①经常为行政法学家所引用。这一定义揭示了行政的两个主要特点：第一是揭示了行政的本质是国家活动，第二则是确定了行政的范围，表明行政仅仅是国家活动的一种，即国家的组织活动。列宁继承并发挥了马克思的这一思想，他认为，社会主义党在世界历史上第一次基本上完成了夺取政权和镇压剥削者的事业，紧接着就要解决管理这个任务。……要有效地进行管理，必须善于实际地进行组织工作。马克思与列宁的上述论断表明，行政是国家的基本职能之一，是对国家事务的一种有组织的管理活动，其目的在于实现统治阶级的国家意志。20世纪以来，特别是第二次世界大战以后，西方国家的行政职能空前膨胀，与此相适应，行政法得到迅速发展，行政法

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1956版，第479页。