



现代行政法基本理论

(第二版)

THE BASIC THEORY OF
MODERN ADMINISTRATIVE LAW

Second Edition

上卷

章剑生 著

法律出版社

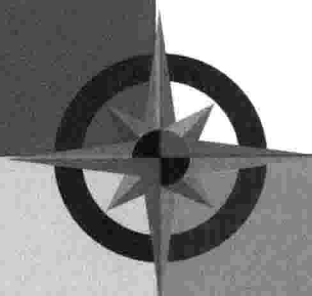
现代行政法基本理论

(第二版)

章剑生 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



THE BASIC THEORY OF
MODERN ADMINISTRATIVE LAW

Second Edition

现代行政法基本理论

(第二版)



上卷·目录



第一编 现代行政法前言

- 第一章 现代行政法的任务及其实现 / 3
 - 一、现代行政法面临的新问题 / 3
 - 二、作为回应现代社会需求的行政法 / 10
 - 三、现代行政法实现任务的方式 / 16
- 第二章 现代行政法与社会秩序差异 / 23
 - 一、现代行政任务与行政统一性 / 23
 - 二、社会秩序差异与多层次规则 / 29
 - 三、现代行政法的回应:多样性 / 36
- 第三章 现代行政法与行政模式 / 41
 - 一、问题与方法 / 41
 - 二、行政模式类型 / 43
 - 三、缓和—参与型行政模式 / 59
- 第四章 现代行政法与行政权 / 63
 - 一、作为行政权核心的行政裁量 / 63
 - 二、通过程序机制控制行政裁量权 / 72
 - 三、程序机制的产物:行政程序法 / 80
- 第五章 现代行政法的基本原则 / 90
 - 一、现代行政法基本原则的逻辑起点 / 90
 - 二、现代行政法基本原则的逻辑结构 / 95
 - 三、现代行政法基本原则的体系构建 / 100

第六章 现代行政法与给付行政 / 109

- 一、现代社会变迁中的福利 / 109
- 二、给付行政概念的展开 / 114
- 三、给付行政下的现代行政法 / 118

第七章 现代行政法中的合作 / 123

- 一、行政从对抗走向合作 / 123
- 二、合作的基石:协商 / 129
- 三、合作引起的制度性变革 / 131

第八章 现代行政法的法源 / 134

- 一、多元视角下的法源 / 134
- 二、作为公法的现代行政法法源 / 138
- 三、现代行政法的成文法源 / 142
- 四、现代行政法的不成文法源 / 146

第九章 现代行政法中的指导性案例 / 154

- 一、指导性案例界定 / 154
- 二、指导性案例的基本功能 / 157
- 三、指导性案例生成的制度性修正 / 161
- 四、指导性案例嬗变为判例法的可能性 / 163

第十章 现代行政法中的行政惯例 / 165

- 一、行政惯例界定 / 165
- 二、行政惯例识别 / 173
- 三、行政惯例效力 / 178

第二编 行政实体法

第一章 行政主体论 / 183

- 一、遭遇质疑的行政主体 / 183
- 二、重构行政主体理论的路径 / 187
- 三、行政主体理论的重构 / 193
- 四、行政主体理论的转换 / 196

- 第二章 行政相对人论 / 199**
- 一、行政相对人概念 / 199
 - 二、行政相对人认定 / 204
 - 三、行政相对人地位 / 209
- 第三章 国家公务员论 / 215**
- 一、国家公务员制度的差异性:比较法分析 / 215
 - 二、国家公务员制度的特殊性:本土化观点 / 225
 - 三、国家公务员的权利保障:程序司法化 / 242
- 第四章 行政行为论 / 246**
- 一、行政行为分类 / 246
 - 二、行政行为若干类别的解释 / 254
 - 三、相关问题的展开 / 261
- 第五章 行政决定论 / 264**
- 一、行政决定概念 / 264
 - 二、行政决定成立要件 / 274
 - 三、行政决定合法要件 / 279
- 第六章 行政决定效力论 / 284**
- 一、行政决定效力一般理论 / 284
 - 二、行政决定效力内容 / 290
 - 三、相关问题的展开 / 297
- 第七章 行政决定无效论 / 300**
- 一、行政决定无效界定 / 300
 - 二、行政决定无效判断标准 / 304
 - 三、相关问题的展开 / 309
- 第八章 行政决定消灭论 / 314**
- 一、行政决定消灭界定 / 314
 - 二、行政决定消灭:撤销 / 318
 - 三、行政决定消灭:撤回 / 324
- 第九章 行政规范论 / 328**
- 一、行政规范界定 / 328

二、行政法规 / 332

三、行政规章 / 337

四、行政规定 / 341

第十章 行政事实行为论 / 345

一、行政事实行为界定 / 345

二、行政事实行为类别 / 349

三、行政事实行为的认定与救济 / 353

第十一章 行政处罚论 / 355

一、行政处罚界定 / 355

二、行政违法行为主观要件 / 361

三、行政违法行为特别类型 / 364

第十二章 行政许可论 / 369

一、行政许可界定 / 369

二、行政许可与政府治理 / 372

三、行政许可与权利实现 / 377

第十三章 行政强制论 / 381

一、行政强制界定 / 381

二、行政强制措施 / 384

三、行政机关强制执行 / 390

第十四章 行政规划论 / 396

一、行政规划界定 / 396

二、行政规划性质 / 402

三、行政规划类型 / 405

四、行政规划的权利保障 / 409

第十五章 行政征收论 / 412

一、行政征收界定 / 412

二、行政征收构成要件 / 415

三、行政征收程序 / 421

第十六章 行政指导论 / 423

- 一、行政指导界定 / 423
- 二、行政指导原则 / 426
- 三、行政指导内容 / 429
- 四、行政指导程序 / 432
- 五、行政指导实施 / 434
- 六、行政指导救济 / 436

第十七章 行政合同论 / 438

- 一、行政合同界定 / 438
- 二、行政合同原则 / 444
- 三、行政合同程序 / 447
- 四、行政合同缔结 / 449
- 五、行政合同救济 / 451

第十八章 行政滥用职权论 / 454

- 一、行政滥用职权界定 / 454
- 二、行政滥用职权与行政裁量 / 460
- 三、行政滥用职权情形 / 467

第十九章 行政超越职权论 / 473

- 一、行政超越职权界定 / 473
- 二、行政超越职权类型 / 479
- 三、行政超越职权相关区别 / 486

第一编 现代行政法前言



一、现代行政法面临的新问题

什么是“现代行政法”？因客观上并不存在时间概念上的“古代行政法”，^{〔1〕}在中国并不存在所谓的“近代行政法”，所以，在中国法律史语境中“现代行政法”是指 20 世纪以来的中国行政法。^{〔2〕}但是，我们今天行政法教科书中所讨论的中国现代行政法历史是极其短暂的，因为在当下的法意识形态下，我们所认可的中国现代行政法历史发端于 20 世纪中叶，至今约 60 余年。在这 60 余年历史中的前 30 年里，中国现代行政法是极其简陋的，其中 1967 年至 1978 年间它可以说是一片空白的。^{〔3〕}1978 年年底国家改革开放之后，因恢复、稳定社会秩序的需要，行政法（学）开始受到法学界的关注，但一时也难以很快发展起来。^{〔4〕}1983 年由法学教材编辑部《行政法概要》编写组组织编写的，由王珉灿教授担任主编的《行政法概要》出版，填补了当时法学教学中行政法教材

〔1〕 有学者认为：“我国古代社会历朝历代都有许多单独的、综合的行政法规范，这些规范都是封建君主实现其管理的基本规则。显然，我们不能用现代意义的行政法定义去看待我国古代的行政法规范。……古代有古代意义的行政法。”陈安明、沙奇志：《中国行政法学》，中国法制出版社 1992 年版，第 57 页。

〔2〕 据中国台湾地区陈新民教授的考证，中国第一部行政法教材是 1927 年由上海商务印书馆出版的白鹏飞先生所著的《行政法总论》。参见陈新民：《公法学札记》（增订新版），中国政法大学出版社 2010 年版，第 210 - 213 页。

〔3〕 查阅由《行政法概要》编写组编的《行政法资料选编》（法律出版社 1984 年版）可知，在这 12 年中竟然没有一篇行政法资料入编，可见当时国家行政管理秩序的混乱。

〔4〕 龚祥瑞先生的这一段话不无道理：“政治法、宪法学、行政法学与政权靠得太近了，须臾不可分离；与统治者或统治集团的利害关系太直接紧密了。因而不可能不受权力和拥有权力者的严重制约。”龚祥瑞主编：《宪政的理想与实现——宪法与宪政研究文集》，中国人事出版社 1995 年版，第 3 页。

的空白。^[5] 不过,这部法学教材“只想给初学者提供一个社会主义行政法学科在理论体系方面的简单轮廓,而这个轮廓,在我国又完全是属于摸索阶段的。”^[6] 直到1989年《行政诉讼法》制定之后,行政法才渐渐被公认为一门独立的法学学科,虽然它还不太成熟,却呈现出法学中“显学”的发展趋势。^[7] 尽管如此,在21世纪的今天,中国现代行政法仍然需要面对、回答这样的一个问题:在国家发展与社会变迁中,什么是它的任务以及实现这一任务的基本路径?

虽然在整个20世纪的历史中,中国现代行政法历史是短暂的,甚至是碎片化的,但是在世界范围内法治较为发达的国家如英、美、法、德、日等国家的行政法,以及1949年之后延续了当时中国大陆行政法的中国台湾地区行政法,在1978年之后对中国大陆的影响,催生了中国大陆现代行政法快速地却又有点畸形地成长——公开出版发表的论著呈几何等级数量增长,国家制定了大量的行政法规范。面对急剧转型的中国社会所滋生出来的大量问题,我们先天不足的现代行政法常常显得力不从心、有气无力,有时竟不知道问题之所在。尽管如此,它仍然需要面对不断出现的新问题,并对这些新问题作出应有的回应。大致而言,这些新问题主要有:

(一)行政合法性危机

人民代表大会制度是国家的根本政治制度。在《宪法》规定的框架性制度中,中央和地方各级人民政府都产生于本级人民代表大会,并在依法行政原理支配下行使行政权,其行政行为因依“法”而获得了合法性。^[8] 这里的“法”除了法律、地方性法规、自治条例和单行条例外,还有依照宪法、法律规定由国务院制定的行政法规、国务院各部门和省级人民政府、较大市人民政府制定的行政规章。^[9] 这些直接或者间接代表民意的法规范构成了约束行政机关行使行

[5] 在此之前由当时北京政法学院国家法教研室杨达、同典泰、朱维究和方彦等教授编写供校内使用的《行政法概要》(1982年6月)。

[6] 王珉灿主编:《行政法概要》的“说明”,法律出版社1983年版。

[7] 中国现代行政法的发展与1989年《行政诉讼法》实施之间具有密不可分的关系。通过立法推动行政法的发展,构成了过去30年中国现代行政法发展的基本路径。目前,这一路径仍然主导着中国现代行政法的发展,故可以称之为行政法发展的“立法论”阶段。这个阶段至今尚未终结,今后若干年之内行政法的发展仍然将会以行政立法为中心。但是,近几年以“个案—规范”为分析框架的行政法“解释论”逐渐成为中国行现代政法发展的另一种进路。

[8] 《宪法》第3条第3款规定:“国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。”

[9] 除法律、法规和规章外,宪法、行政规定以及行政法的不成文法源,如指导性案例、惯例、法的原则和公共政策等也是依法行政原理中“法”的内容。

政权的法规体系,使民意得以通过行政行为充分体现,并落实《宪法》第2条第1款规定的“中华人民共和国一切权力属于人民”的根本政治原则。^[10]

通过民意机关的立法权支配、约束行政权,是自近代以来西方立宪国家宪政框架中的一个基本法治理念,并由此支撑起国家整个法律制度。从20世纪初“辛亥革命”建立的中华民国到1949年建立的中华人民共和国,我们的先辈和我们也都或者都想以此法治理念来构建国家的现代政治体制和法律制度。但是,近一个世纪的实践之后,一个使我们无法否认的事实是:这种“传送带”式宪政理论在日益复杂的现代社会中已经凸显其重重危机。“传送带理论最大的缺点也就在于它这种‘法律形式主义’。仅强调是否有通往国会的‘传送带’,并不能恰当地描绘或解释现代规制国家中行政权行使的实况。当今行政权实态,往往在法律上很难找到坚实的传送带,或仅能勉强找到丝缕关联。在牵涉浓厚科技基础的规制领域固然如此,即令在传统的规制领域,任何政策执行点上,行政权都会有立法者无法控制的政策回旋空间存在,包括执行工具的选择、标准的订定、甚至是政策价值间的优先设定与选择等。在此时,传送带理论用国会控制行政权以建立行政权正当性的说法,就显得薄弱而缺乏解释力了。”^[11]这一“传送带”式的宪政理论弊病,在现代社会代议制度中已经难以克服,这一事实已经由许多国家的宪政实践所证明。而今天的行政合法性危机则是这种弊病的一个严重并发症,它已弥漫到具体的行政法律制度之中——行政权渐行渐远于立法权的控制,有时竟反过来控制立法权。

即便是在代议制度极为发达的西方国家中,议会通往政府的民意之路也已经出现断层,更何况在代议制度并不成熟的当下中国,这种状况更为严重并一直为人所诟病:人民代表和人大常委会组成人员选举程序的不科学,产生了为数不少的不能真正代表民意的“人民代表”和“委员”,他们成为某种政治需要的装饰品。他们“满怀豪情”地步入“人民大会堂”认真学习政府“工作报告”,畅谈政府取得的巨大成就。在这样的状况下,民意难以通过代议制度这一正常的管道如实地到达政府的办公大楼,“为人民服务”的宗旨难以实现。更为严峻的事实是,由人民代表大会制定的相当比例的法律,尤其是地方性法规大都是政府或者政府职能部门负责起草的——有的草案甚至没有公开征求过社会民

[10] 因为行政机关制定的行政法规、行政规章获得了宪法、法律的授权,所以也可视为是民意的产物,至少也是民意的间接产物。

[11] 叶俊荣:《环境行政的正当法律程序》,三民书局1997年版,第15页。

众的意见。这种浓缩了政府部门利益的法律草案往往是在人民没有实质性参与讨论的情况下,由人民代表大会以法定程序的方式照单全收;而基本失控的政府预决算与绝大多数情况下流于形式的人事任免程序,使政府获得了足以支配一切的财政权和人事权。在缺乏有效法律制约机制的情况下,这种权力完全有可能——事实上已经——被滥用,成为以权谋私的“合法性”工具。21世纪初以来在“旧城改造”的名义下发生的大规模拆迁,片面追求GDP引发的日益恶化的生存环境,在“公共利益”需要下征收农村集体土地导致大量失地的农民成为“流民”,以及极不公正的义务教育体制下大量新生代文盲的产生等严重社会问题,与之相伴随的政府官员严重的、结构性的腐败现象,都使政府的行政行为合法性受到了社会民众的普遍性怀疑。也就是说,政府就其作出的行政行为往往难以公开陈述正当理由,以获取社会民众的信任,以至于许多政策、决定出台之后引发了受其影响的个人或者组织明里暗中的抵制,如集团性的行政诉讼大量增加,拆迁户上访甚至在公共场所自杀等。这种抗争所产生的社会力量重挫了政府的行政效率与社会权威,使政府日益感到行使行政权时外在的重重阻力与内在的力不从心。^[12] 尽管如此,政府是无路可通的,它仍然必须应对社会发展过程中产生的种种问题,提出行之有效的解决方案,以回应人民对其行政行为合法性提出的挑战。

(二)多元利益主体的组织化

倘若个人利益依托于某一组织并通过该组织向国家提出诉求,可能会获得更好的法律保护。因为与个人诉求所产生的力量相比,通过组织性活动往往更容易达到目的,所以,基于人的自我保护本性,结社被立宪国家确认为人的基本权利之一。^[13] 专制政体下禁止个人结成利益共同体,是因为组织化了的利益主体对国家的影响力通常可以公式化为 $1+1>2$ 。所以,对个人实施“分而化之”构成了专制国家统治社会的一个永恒主题,严防组织化的利益主体往往成为专

[12] 现实生活中公民提起明显不可能胜诉的行政诉讼以及无休止的申诉、信访,都可以反映出社会确实存在一部分公民对行政行为合法性的不信任心理。虽然这种诉讼行为费时花钱,表现得不那么理性,但是仅仅以“不理性”、“不懂法”来解释这类社会现象显然是苍白无力的。又如整治交通秩序的专项执法,往往被社会认为是因为交警没有钱发奖金或者为了完成上级下达的罚没款指标而进行的行政管理活动,这样的行政管理活动往往引来社会民众的侧目。所以,哈贝马斯说:“获取合法化的方式一旦被看穿,对合法化的追求便会不战自败。”[德]哈贝马斯:《合法化危机》,刘北成译,桂园图书1994年版,第95页。

[13] 进一步阅读林莉红:“民间组织合法性问题的法律学解析”,载《中国法学》2006年第1期。

制国家行政的要务之一。“任何社会势力,一旦直接使专制政治的专制者及其周围的权贵感到威胁时,将立即受到政治上的毁灭性的打击。没有任何社会势力,可以与专制的政治势力,作合理的、正面的抗衡乃至抗争;所以最后只有全面性的农民暴动!”^[14]自秦汉以降二千多年的中国古代社会历史可以佐证这一论点的正确性。

1978年之后因国家改革开放所带来的经济发展,逐渐催生了多元利益主体在并不那么完善的市场规则和法律制度下展开博弈。虽然它有助于中国经济的发展,但从中引发的此起彼伏的利益冲突,成为当下中国社会秩序不稳定的经济根源,并发酵成为严重的政治问题。“伴随着政治领域权力的减弱,经济领域和社会领域的权力正在逐渐成长,原先那种政治领域垄断一切的‘单极结构’正在向三个领域分享权力的‘多极结构’转变,这是1978-1998年之间中国社会结构演变的基本脉络。”^[15]直至今天,虽然高层决定者已经注意到了可持续发展的重要性,但中国经济发展模式仍然是以最大限度利用有限自然资源实现GDP的增长为基本特征。各级地方人民政府把追求短期经济效益明显增长作为施政目标,结果是经济总量获得了巨大的增长,但可用的自然资源却日益稀缺,并引发了大规模、成片化的环境污染和严重的贫富差距等诸多社会问题。“这种短缺型发展之路,注定会加剧利益主体的分化,而当利益主体分化到一定的程度时,各种利益主体对自我权利的意识 and 主张,就会发生各种方式和程度的冲突。这样,就需要一种社会秩序,这种秩序的核心内容应该是能够保证各利益主体的利益需求在博弈中保持平衡,其形成则最终要以组织化的方式表现出来。”^[16]于是,为了自身的利益,政府所面对的利益主体从“散沙一盘”的个体渐渐地发展成为合法或者不合法的组织化群体。^[17]虽然在当下严格的行政规制下,结社并不是一种人人可以尽情享受的、并受法律保障的基本自由,但是在各种利益关联下(如老乡关系、宗族关系等或者失地的农民、进城找工作的民工甚至老信访户)结成的群体联合,却已经渐渐浮出水面,有的甚至还获得了官方

[14] 徐复观:《两汉思想史》(第1卷),华东师范大学出版社2001年版,第89页。

[15] 康晓光:《权力的转移》,浙江人民出版社1999年版,第1-2页。

[16] 于建嵘:《岳村政治——转型期中国乡村政治结构的变迁》,商务印书馆2001年版,第441页。

[17] 如2011年10月在浙江省湖州市吴兴区织里镇的童装市场发生的安徽省安庆籍经营户“抗税”事件,是具有组织化利益群体与国家征税权抗争的典型案件。参见《浙江日报》2011年10月30日。进一步阅读刘培峰:“社团管理的许可与放任”,载《法学研究》2004年第4期。

合法的认可,如外地民工协会。^[18] 所以,外国学者怀特(G. White)曾在20世纪90年代初对浙江省萧山市民间社团进行个案研究中发现,在经济改革与社会发展中,没有纳入官方控制系统的、也没有正式组织体系的民间经济组织正在形成,逐渐成为一种与国家组织完全不同的利益组织体。^[19] 这种现象在当下东部经济发达地区尤为明显。

面对多元利益主体组织化的发展趋势,行政机关传统规制的优势渐渐丧失,简单化的“命令与服从”规制方式已经影响到了行政实效,大大降低了行政机关治理社会的能力。组织化的利益主体在一定程度上牵制了行政机关的决策走向,从而形成一种非合法层面上的博弈关系。在这个博弈过程中,行政机关意识到如果在决策中能够较好地回应组织化利益主体的诉求,就可以使其决策获得更有力的支持,提升政治层面的合法性。因为从国外的经验看,“管制者通常偏重于组织性较好的利益集团,以便取得更强的政治力量,并让这些利益集团通过优惠的管制政策取得一定的额外利益,以诱使它们愿意在对管制者的政治支持方面进行投资”。^[20] 但是,在这样的国家与社会关系架构下,行政机关的行政权是否会失去其公共性而被组织化了利益主体所俘获? 现代行政法又应当如何实现其控制行政权的功能呢?

(三) 个人福利及其保障

在世界范围内,现代意义上的福利国家始于第二次世界大战之后的英美国家。之后,它又影响到了法德等欧洲大陆许多国家,成为西方国家摆脱经济、政治危机的一种基本策略。“福利国家大量使用组织力量(政治和行政)努力,至少在三个方向上努力纠正市场作用。第一个方向是保证个人和家庭的最低收入,不管他们的工作和财产的市场价值如何;第二个方向是使个人和家庭能够应对某些导致个人和家庭危机的‘社会突发事件’(如疾病、老龄和失业),缩小其不安全程度;第三个方向是不歧视公民地位或等级,确保他们在人们认可的

[18] 在浙江省和江苏省的苏南地区,外来民工协会替民工合法维权的作用日益凸显。如发生单个企业的劳资纠纷,地方政府往往请协会参与协调。农民工工资集体谈判作为合法维权新举措,最早出现于浙江,但最初的推广并不顺利,自从有了外来农民工协会的参与,情形就大不一样了。总体上,浙江一带民营经济背后的劳资关系(主要从拖欠工薪的角度观察)要明显好于国内多数地方。参见鲁宁:“正视‘新工人阶级’的出现”,载《农民日报》2004年9月4日。

[19] Gordon White, Prospects Civil Society in China: A Case Study of Xiaoshan City, *Australian Journal of Chinese Affairs*, No. 29, 1993.

[20] 王俊豪:《政府管制经济学导论》,商务印书馆2001年版,第58-59页。