

“十二五”国家重点图书出版规划项目

中国法学前沿·研究生教学参考书

Frontier of Chinese Law Research  
Reference Books for Postgraduates



Modern Administrative Law:  
Select Issues

# 现代行政法专题

章剑生 著

清华大学出版社

“十二五”国家重点图书出版规划项目

中国法学前沿·研究生教学参考书

Frontier of Chinese Law Research  
Reference Books for Postgraduates



Modern Administrative Law:  
Select Issues

# 现代行政法专题

章剑生 著

清华大学出版社

北京

版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010-62782989 13701121933

**图书在版编目(CIP)数据**

现代行政法专题 / 章剑生著. —北京：清华大学出版社，2014

(中国法学前沿·研究生教学参考书)

ISBN 978-7-302-37677-4

I. ①现… II. ①章… III. ①行政法—中国—研究生—教学参考资料  
IV. ①D922.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 186438 号

责任编辑：李文彬

封面设计：傅瑞学

责任校对：宋玉莲

责任印制：宋林

出版发行：清华大学出版社

网 址：<http://www.tup.com.cn>，<http://www.wqbook.com>

地 址：北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编：100084

社总机：010-62770175 邮 购：010-62786544

投稿与读者服务：010-62776969，[c-service@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)

质 量 反 馈：010-62772015，[zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn)

印 刷 者：三河市君旺印务有限公司

装 订 者：三河市新茂装订有限公司

经 销：全国新华书店

开 本：170mm×240mm 印张：19 插页：2 字 数：361 千字

版 次：2014 年 9 月第 1 版 印 次：2014 年 9 月第 1 次印刷

印 数：1~3000

定 价：48.00 元

---

产品编号：050963-01

# 目 录

第一章 行政法的概念 .....	1
第一节 行政法:一个描述性的概念 .....	1
一、与行政有关的法 .....	1
二、与行政权有关的法 .....	6
三、与行政权有关的公法 .....	8
四、与行政权有关的国内公法 .....	10
五、行政法是控制行政权的法 .....	12
第二节 行政法:多种面相的概念 .....	18
一、传统行政法 .....	18
二、现代行政法 .....	24
三、部门行政法 .....	30
四、古代“行政法” .....	32
第三节 行政法:相邻关系的整理 .....	33
一、宪法 .....	33
二、民法 .....	36
三、刑法 .....	38
四、经济法 .....	40
第二章 行政法的范围 .....	43
第一节 行政法范围的演变 .....	43
一、行政法范围:有抑或没有 .....	43
二、行政法范围:教科书的框架 .....	46
三、行政法范围:立法与司法 .....	52
第二节 行政法范围演变的原因 .....	59
一、经济制度的变迁 .....	59
二、政治体制的改革 .....	61
三、域外理论的引入 .....	62

第三节 行政法可能拓展的范围 .....	63
一、公(国)有公共设施 .....	63
二、国有企事业单位 .....	64
三、非职权性行为 .....	65
四、非行政机关的“行政行为” .....	67
五、社会组织 .....	67
第三章 行政收费 .....	69
第一节 行政收费界定 .....	69
一、行政收费的概念 .....	69
二、行政收费的法理基础 .....	72
三、与行政收费的相关区别 .....	74
第二节 行政收费的种类和依据 .....	76
一、行政收费的种类 .....	76
二、行政收费的依据 .....	80
第三节 行政收费的合法性保障 .....	82
一、收支分离 .....	83
二、目录管理 .....	83
三、许可管理 .....	84
第四章 行政检查 .....	85
第一节 行政检查界定 .....	85
一、行政检查的概念 .....	85
二、行政检查的性质 .....	87
三、与行政调查的区别 .....	89
第二节 行政检查的依据、分类、方式与程序 .....	92
一、行政检查的依据 .....	92
二、行政检查的分类 .....	92
三、行政检查的方式 .....	94
四、行政检查的程序 .....	95
第三节 行政检查的相关问题 .....	98
一、“自证其罪”的禁止 .....	98
二、行政检查的委托 .....	99
三、行政检查中的强制措施 .....	99

四、行政相对人的容忍义务 .....	100
五、行政相对人的协助 .....	100
六、行政相对人的申报 .....	101
七、行政检查的可诉性 .....	101
<b>第五章 政府信息公开 .....</b>	<b>103</b>
第一节 政府信息公开与知情权 .....	103
一、知情权的宪法规范基础 .....	103
二、非宪法规范中的知情权 .....	106
三、通过宪法解释确认知情权 .....	111
第二节 政府信息公开的判定 .....	114
一、是否属于政府信息 .....	115
二、是否属于“两秘密一隐私” .....	124
三、是否符合“三需要” .....	140
四、是否影响“三安全一稳定” .....	145
第三节 政府信息公开诉讼 .....	148
一、政府信息公开诉讼的客体 .....	148
二、政府信息公开诉讼的举证责任 .....	153
三、政府信息公开诉讼的判决种类 .....	158
<b>第六章 行政程序立法 .....</b>	<b>164</b>
第一节 行政程序的正当性基础 .....	164
一、价值基础:自然正义 .....	164
二、规范基础:宪法规范 .....	170
三、社会基础:角色分化 .....	180
第二节 行政程序立法:学理发展的脉络 .....	191
一、学理发展的背景 .....	191
二、论著简评 .....	194
三、比较法的视角 .....	198
四、行政判例的研究 .....	201
五、“行政程序法”文本试拟 .....	203
第三节 行政程序立法:实践的描述 .....	206
一、中央立法 .....	206
二、地方立法 .....	210

三、“法官造法” .....	212
四、公共组织的“立法” .....	215
第四节 未来“行政程序法”的面相 .....	216
一、参考的样本 .....	217
二、功能模式的选择 .....	218
三、制定路径:从地方走向中央 .....	219
四、匹配制度:面向可能引起的变革 .....	220
<b>第七章 行政处罚与刑罚衔接</b> .....	223
第一节 问题与方法 .....	223
一、问题由来 .....	223
二、解题思路 .....	224
第二节 实体衔接 .....	225
一、区分的决定因素 .....	225
二、处罚的适用 .....	235
第三节 程序衔接 .....	238
一、“行政→刑事”模式 .....	238
二、“刑事→行政”模式 .....	241
第四节 相关问题的展开 .....	243
一、立法衔接 .....	243
二、检察备案与审查 .....	244
三、行政机关移送职责与可诉性 .....	245
<b>第八章 行政复议程序的正当化</b> .....	247
第一节 行政复议立法目的重述 .....	247
一、问题提出 .....	247
二、既有立法文本的分析 .....	248
三、从立法目的演变中读出的内容 .....	251
第二节 行政复议程序正当化修正 .....	254
一、缘于行政判例中的要旨 .....	254
二、行政复议程序正当化修复的进路 .....	256
第三节 行政复议程序正当化修复的展开 .....	263
一、一个认识上的误区:“司法化” .....	263
二、正当化修复的内容 .....	265

第九章 依法审判中的“法” .....	268
第一节 依法审判原理阐述 .....	268
一、宪法规定的国家权力架构 .....	268
二、行政诉讼中的“依法审判” .....	268
三、行政诉讼中宪法的适用性 .....	270
第二节 行政法规 .....	271
一、宪法中的“行政法规” .....	271
二、作为适用依据的“行政法规” .....	274
三、相关问题:法规性文件 .....	278
第三节 行政规章 .....	280
一、宪法中的“行政规章” .....	280
二、处于“参照”地位的行政规章 .....	281
第四节 行政规定 .....	283
一、宪法中的“行政规定” .....	283
二、处于“参考”地位的行政规定 .....	283
参考文献 .....	285
后记 .....	296



# 第一章 行政法的概念

## 第一节 行政法：一个描述性的概念

绝大多数的行政法教科书都有自己的一个行政法概念，所以，在现代行政法学理上至今并不存在着一个具有通说地位的行政法概念。形成这种状况的主要原因可能是，行政法是一个可以描述但难以作统一定义的概念。<sup>①</sup> 如有学者所描述的那样，“国内几乎每一本行政法学教材都有自己的定义，初步统计有四十余种之多……当我们目光投向域外行政法的学术发展史时，不难发现，大陆法系与英美法系国家对行政法概念的表述就很不一致”。<sup>②</sup> 这个判断大致是符合客观事实的。所以，通过描述性方法来界定行政法概念，我们或许更能够说清楚行政法是什么或者不是什么。

### 一、与行政有关的法

凡欲定义行政法概念的学者，一般都是先从界定“行政”开始的，但是，行政同样也是一个难以定义的概念。<sup>③</sup> 可见，界定行政法概念的难题其实主要在于先厘清行政是什么。

行政是一种社会历史现象。“行政有着与国家，甚至与人类社会（就社会公权力行政而言）同样长远的历史。人类一旦形成社会共同体，行政就必须伴随而生。国家产生后，绝大部分社会行政脱离社会而形成国家行政，国家行政源于社会但却凌驾于社会之上。”<sup>④</sup> 因此，行政与国家之间有着不可分割的关系。依照文义（新华词典）解释，行政有“管理”、“执行”的含义，但是，“管理”、“执行”也是存在于私人活动之中，如私营企业管理部门中的“行政科”、“行政办公室”等，它们承担着企业的“管理”、“执

---

① 日本盐野宏教授说：“坦率地承认关于行政的积极定义是可能的，停止对行政勉强定义的做法，这本身就是做学问的态度。”[日]盐野宏：《行政法总论》，杨建顺译，4页，北京，北京大学出版社，2008。

② 杨海坤、章志远：《中国行政法基本理论研究》，22～23页，北京，北京大学出版社，2004。

③ 参见[日]盐野宏：《行政法总论》，杨建顺译，1～9页，北京，北京大学出版社，2008；翁岳生编：《行政法》（上），1～28页，台北，元照出版有限公司，2006。

④ 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》（第5版），7页，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2011。

行”的职能。所以,为了区别于上述的私人行政<sup>①</sup>,行政法上的“行政”之前通常被冠于“公共”一词,即公共行政。

### 1. 国家行政与公共行政

公共行政包括国家行政,但是,分析两者之间的区别对于定义行政法概念还是十分必要的。<sup>②</sup> 在传统行政法中,“行政”仅限于国家行政机关的行政,它具有强烈的国家属性,是国家行政权的具体活动形式。如对马克思所说的“行政是国家的组织活动”这一命题,我们早期的行政法教科书是这样解读的:“这就正确地揭示了行政活动的性质,说明它最直接地体现着国家职能的行使,不同于其他国家机关的活动。”<sup>③</sup> 又如,在另一本具有代表性的行政法教科书中,编者在论及这个问题时说:“根据我国对‘行政’概念的运用的实际情况,国家的行政可指两种性质不同的事物:一是指执行国家意志的国家行政机关;一是指政府事务的决策、组织、领导和调控,也就是我们通常所说的国家的行政管理。行政管理是国家的一类职能,与国家立法、司法职能有着原则的区别。”<sup>④</sup> 但是,在现代行政法中行政已经从国家行政扩大到了非国家行政,从而生成了“公共行政”的概念,从而改写了传统行政法的许多内容。

公共行政由国家行政和非国家行政两部分构成,且国家行政在原有“执行”职能的基础上又增加了“立法”、“司法”职能,从而扩大了现代行政法的调整范围。<sup>⑤</sup> 同时,在公共行政中,一方面因现代社会民主、宪政观念的增加,国家行政的强制性渐渐消淡;另一方面因行政机关与行政相对人之间的沟通、协商、参与等互动性行为,引发了世界范围内行政程序法典化的运动,使上述互动性行为成为公共行政中不可缺少的

---

① 有学者将“私人行政”称之为“一般行政”。如“行政是指社会组织对一定范围内的事务进行组织与管理等活动。……所有这些对事务的组织和管理活动可以分为两大类:一类是国家基于公共利益对社会事务的组织与管理,称为公共行政;一类是其他社会组织对其内部事务的组织与管理,在某些国家称为‘私人行政’,为区别于公共行政,我们称其为一般行政。行政法是以公共行政为其规范、调整的对象”。王连昌主编:《行政法学》(高等政法院校规划教材),1页,北京,中国政法大学出版社,1994。

② 对于公共行政的理解,学理上有不同的见解。如有学者认为:“公共行政的实质是参与式行政,是一种‘半官半民’行政。公共行政并没有完全脱离国家行政的模式,相反,公共行政与国家行政有着千丝万缕的联系。但同时,公共行政中又介入了社会的力量。公共行政是介于国家行政和社会行政之间的行政方式,公共领域是国家和社会之间的第三领域,是国家和社会之间的中介。”牛凯、毕洪海:《论行政的演变及其对行政法影响》,载《法学家》,2000(3)。

③ 王珉灿主编:《行政法概要》,2页,北京,法律出版社,1983。

④ 罗豪才主编:《行政法学》(高等学校法学试用教材),1页,北京,中国政法大学出版社,1989。

⑤ “社会行政是在对国家和社会的关系重新定位的基础上构建的。国家行政强调的是国家对社会的单向管理,公共行政侧重于国家和社会的交互作用,公共行政虽然在一定程度上赋予了社会较高的地位,但是并没有彻底厘清国家和社会的关系。社会行政把重点放在社会的自我管理上,是自主行政、自足行政、自我行政,是三种行政形态中国家色彩和强制色彩最弱的一种形式。”牛凯、毕洪海:《论行政的演变及其对行政法影响》,载《法学家》,2000(3)。

程序性制度。<sup>①</sup>

## 2. 扩大中的公共行政

在《宪法》规定的国家框架性制度中,公共行政仅限于国家行政。但在事实层面上,除了已有的国家行政之外,公共行政在现代行政法上还呈现如下几个方面的扩大态势:(1)面向其他国家机关的行政。在行政机关以外的其他国家机关中,也存在着具有行政功能的国家机关职权行为。如在法院中的警察维持法庭审理秩序的行为,人大常委会办公室作出不同意公民申请旁听人大常委会会议的决定等,它们都具有行政功能或者性质。<sup>②</sup>故有学者认为:“行政法中所指之行政,不单是三权分立中之行政权,亦非仅限于国家组织中被列归为行政机关者,而是国家行为中,只要具有行政特质者,皆为行政法中之行政,皆可成为行政法之规范或研究对象。”<sup>③</sup>虽然这一判断基于的是中国台湾地区制度现实,但它也可以被用来当作解释中国大陆地区上述制度事实的妥当性理由。(2)面向非国家机关的行政。在现代国家中,由非国家机关履行若干行政职能已经是一种十分普遍的行政现象。中国自20世纪80年代改革开放以来,一些NGO、行业协会、社区组织和企事业单位或是依法或者基于客观需要,开始承担起部分管理公共事务的行政职能,成为公共行政的主体并为法院所认可。如在田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案中,被告北京科技大学认定其学生田永的行为是考试作弊,故根据学校“凡考试作弊者,一律按退学处理”的规定,决定对田永按退学予以处理。之后,被告以田永不具有学籍为由,拒绝向其颁发毕业证,进而也未向教育行政部门呈报田永的毕业派遣资格表。田永对此决定不服,向法院提起行政诉讼,请求法院判令被告履行法定职责并赔偿损失。法院经审理后认为:

在我国目前情况下,某些事业单位、社会团体,虽然不具有行政机关的资格,但是法律赋予它行使一定的行政管理职权。这些单位、团体与管理相对人之间不存在平等的民事关系,而是特殊的行政管理关系。他们之间因管理行为而发生的争议,不是民事诉讼,而是行政诉讼。尽管《中华人民共和国行政诉讼法》第二十五条所指的被告是行政机关,但是为了维护管理相对人的合法权益,监督事

① “参与的基本观点认为,官僚体制内的专家无法获得制定政策所需要的全部信息,甚至得不到正确的信息。因此,如果排除公众对重要决策的参与,将会造成政策上的失误。……例如,虽然美国的药品法规并不完善,但整个药品管理体系对不同的利益团体开放,这样就明显地减少了错误的发生。相对来说,英国在药品许可证发放方面的隐秘性制度和其他一些欧洲国家就没有修正此类错误的机制。”[美]B.盖伊·彼得斯:《政府未来的治理模式》,吴爱民、夏宏图译,68页,北京,中国人民大学出版社,2001。

② 章剑生:《作为公民参与的“旁听权”及其公法保障》,载《法治研究》,2009(2)。

③ 李震山:《行政法导论》(修订7版),4页,台北,三民书局,2007。

业单位、社会团体依法行使国家赋予的行政管理职权,将其列为行政诉讼的被告,适用行政诉讼法来解决它们与管理相对人之间的行政争议,有利于化解社会矛盾,维护社会稳定。……本案被告北京科技大学是从事高等教育事业的法人,原告田永诉请其颁发毕业证、学位证,正是由于其代表国家行使对受教育者颁发学业证书、学位证书的行政权力时引起的行政争议,可以适用行政诉讼法予以解决。<sup>①</sup>

本案中,法院的“监督事业单位、社会团体依法行使国家赋予的行政管理职权”这一裁判理由已经清楚地向我们表达了实务中存在着“非国家机关的行政”这一事实,且在本案中也获得了法院认可。(3)面向给付行政的行政。基于“生存照顾”的现代国家责任<sup>②</sup>,在公共行政中出现了大量的国家为个人提供生产、生活基本条件的行政内容,如针对特定人的经济资助、为不特定公众提供公共设施服务和公共信息等。今天,在公共行政中这部分行政内容可以说能与干预行政二分天下,也是法院可以审查的行政行为中的一部分内容。如《行政诉讼法》第11条第6项规定,行政相对人“认为行政机关没有依法发给抚恤金的”,可以依法提起行政诉讼。可见,对于因给付行政引起的行政争议,《行政诉讼法》早在20多年前就已经将其纳入行政诉讼客体的范围。

### 3. 变迁中的公共行政

随着现代社会的不断发展,无论是内容还是形式,公共行政都会随之发生变迁。对此,姜明安教授说:“不同的时代,政府有不同的管理职能。行政的范围是变化着的和发展着的。不同的国度,不同的地区,政府主管事务的多寡和干预领域的广窄会有很大的不同。”<sup>③</sup>此言甚明。在计划经济时代中,政府全面控制国家的经济发展方向、速度,继而通过经济实现了对社会 and 个人的全面控制,公共行政可以说是没有边界的。从这个意义上说,中国没有经历过如同西方国家政府充当市场经济的“守夜人”那样角色的时代。20世纪80年代改革开放之后,因经济发展的需要,我们重新厘清政府、市场与社会三者之间的关系,<sup>④</sup>要划出公共行政的边界,给社会和个人保留必要

① 《最高人民法院公报》,1999(4)。

② 虽然“生存照顾”之说源于德国行政法学,但是,基于我国《宪法》第33条第3款中“国家尊重和保障人权”的规定,我们也可以导出国家对个人负有这一“生存照顾”的法定责任。

③ 姜明安:《行政的“疆域”与行政法的功能》,载《求是学刊》,2002(2)。

④ 在计划经济体制下,无论是城市中的国家机关、企事业单位还是农村的生产队,它们主要是在否定个人自由和权利的基础上以国家强制力建立起来的一种统治秩序。从20世纪80年代开始,因个人逐渐地从单位或者生产队分离出来,成为可不依赖单位、生产队也可以生存的“自由人”“农民工进城”逐步瓦解了中国计划经济的社会结构,相对于政府、市场的“社会”才开始慢慢地形成。

的自由发展空间。尤其是 21 世纪之后,因如互联网所带来的电子商务、电子政务等现代科学技术的发展,导致了公共行政内容发生了深刻的变化,实现公共行政的手段也呈现出多元化的状态。对于上述现代行政的现象,余凌云教授曾敏锐地指出:

快速变化的社会正进行着一场静悄悄的革命。然而,传统行政法却依然如故,只对行政机关与行政行为倾注理论关怀,直到有一天,长春亚泰足球俱乐部诉中国足协案、东营村村民委员会选举纠纷等案件相继发生,我们才猛然发觉,在社会发生转型,逐渐形成‘国家社会市场’三元结构的格局中,行政法遗留了大量的本该规范的领域;许多公共治理活动逃逸出公法的规制;对频发的争议,正式的行政法制度在很多场合却束手旁观,致使社会矛盾加剧。<sup>①</sup>

#### 4. 公共行政中的公共利益

虽然将“公共利益本位论”<sup>②</sup>作为行政法的基本观念(或者基本理论)尚需要取得更多人的共识,但在公共行政中公共利益所处的核心地位,这应该说是可以为绝大多数人所接受的一个命题;没有公共利益,也就无所谓有公共行政。公共利益是一个价值性不确定法概念,如何界定公共利益的内涵一直是现代行政法学上的一个难题。2011 年国务院颁布的《国有土地上的房屋征收与补偿条例》用立法方式,在征收国有土地房屋范围内对公共利益作出列举式的界定,部分地解决了它在适用中的难题。<sup>③</sup>私人利益不属于公共利益,这是一个常识,那么如何解释行政机关为了保护私人利益可以作出行政行为呢?对此,有学者认为:“为法律所确认和保护 of 公民个人权益属于公共利益的范畴,在特定的情况下,公民个人权益就是公共利益本身,因此,对公民个人权益的侵害就是对公共利益的侵犯。”<sup>④</sup>这个论点是可以成立的。因为,在许多情况下,公共利益与私人利益是可以完全或者部分一致的,如消防机关为私人企业厂房火灾进行的灭火作业,或者环保局对企业排污引起他人鱼塘污染作出的行政处罚,这些行政行为表面上是行政机关为了保护特定私人利益而实施的,但实际上这些私人利益中也包括了公共利益。如消防机关为私人企业的灭火作业,具有预防火灾向不

① 余凌云:《行政法讲义》,6 页,北京,清华大学出版社,2010。

② 叶必丰:《行政法与行政诉讼法》(第 3 版),9 页,武汉,武汉大学出版社,2008。

③ 《国有土地上房屋征收与补偿条例》第 8 条规定:“为了保障国家安全、促进国民经济和社会发展等公共利益的需要,有下列情形之一,确需征收房屋的,由市、县级人民政府作出房屋征收决定:(1)国防和外交的需要;(2)由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要;(3)由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业的需要;(4)由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要;(5)由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要;(6)法律、行政法规规定的其他公共利益的需要。”

④ 朱维究、王成栋主编:《一般行政法原理》,5 页,北京,高等教育出版社,2005。

特定第三方蔓延的目的;环保局的行政处罚决定具有保护环境的目的。但是,如果在公共利益与私人利益之间发生矛盾和冲突的情况下,行政机关基于公共利益作出行政行为时,应当补偿私人因此而受到的损失,行政征收、征用中的补偿原理由此形成。

综上,基于定义行政法概念的需要,这里我们可以对行政作如下概要性描述:(1)行政是国家活动的中心,故行政国家成为现代国家的代名词;(2)行政有执行兼及立法、司法的功能;(3)行政有社会秩序的整合功能;(4)沟通、协商的行政程序制度弱化了行政的强制性<sup>①</sup>;(5)“生存照顾”的给付行政职能强化了行政的主动性;(6)通过行政可以保护和实现公共利益;(7)行政需要应对复杂的现代社会;(8)行政手段日趋科技化。<sup>②</sup>

## 二、与行政权有关的法

公共行政是行政权的外在表现形式,所以,一个简约的行政法概念可以表述为行政法是规范行政权的法规范的总称。<sup>③</sup>为了使人们正确地理解这一概念的表述,这里还需要进一步解释如下几个问题:(1)用于规范行政相对人行为的法规范,与行政机关是否合法行使行政权有关联性,它们也是行政法的组成部分。行政法的全部内容围绕着控制行政权、保护行政相对人权利这一核心展开的,所以,行政机关在行使行政权过程中只要涉及行政相对人权利的,行政法都必须加以规范。从这个意义上,把行政法调整对象界定为行政关系而不是行政权也是十分妥当的。<sup>④</sup>(2)用于规范行政机关内部事务(关系)的法规范,在行政法学理上称之为“内部行政法”,如《机关事务管理条例》等。内部行政法的法律价值是:第一,确保行政机关对外作出的行政行为合法性;第二,为内部行政法上的相对人(公务员)提供权利保障;第三,调整行政机

---

<sup>①</sup> 虽然行政在现代社会中需要有沟通协商加入,它才能适应现代社会发展需要。但是,“协商性民主是否行之有效,主要取决于公众是否参与决策;公众是否参与决策取决于社团是否参与决策;社团是否参与决策的先决条件是社团的存在和自主运行。政府对社团的控制越严,社团存在的可能性和自主性就越小;政府放宽控制,社团活动才可能蓬勃发展。如果说在代议制民主中,政府应该放任结社自由,那么在协商性民主中,政府则应该鼓励结社自由”。於兴中:《法治与文明秩序》,74页,北京,中国政法大学出版社,2006。

<sup>②</sup> 参见章剑生:《现代行政法总论》,8页以下,北京,法律出版社,2014。

<sup>③</sup> 也有行政法学者将“公权力”作为行政法规范的对象。因在制定法上我们没有这样的概念,所以,此处仍使用“行政权”。罗豪才等:《我国行政法的概念、调整对象和法源》,载《法学研究》,1987(4)。关于行政法概念,应松年教授认为:“行政法是规范行政权的法,是规范行政权的授予、行使和对行政权进行监督的法”。应松年:《当代行政法发展的特点》,载《中国法学》,1999(6)。

<sup>④</sup> 如姜明安教授认为:“行政法的内容是由行政法的调整对象决定的。行政法调整对象是行政关系。行政关系主要包括四类:第一类是行政管理关系;第二类是行政法制监督关系;第三类是行政救济关系;第四类是内部行政关系。”姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第5版),19页,北京,北京大学出版社、高等教育出版社,2011。

关之间和行政机关内部机构之间的关系。

传统行政法以国家行政机关的行政权为规范对象,其调整的范围是国家行政,且行政权的内容也仅仅是“执行性”。<sup>①</sup>但是,在现代行政法中由于公共行政并非都是国家行政,故行使行政权的主体也就不限于国家行政机关;同样,有的公共行政也并非是国家行政权的外在表现,如非权力性的行政指导等,且行政权还扩展到立法性行政权和司法性行政权。以下分两个问题作进一步展开阐述:

### 1. 非国家行政中的行政权

在《宪法》的规定中,国家行政权被分为中央行政权和地方行政权(它包括一般行政区域行政权、民族区域自治行政权和特别行政区行政权),行政权由中央政府和地方各级人民政府行使。但是,一些非国家行政机关的社会组织在获得法律、法规授权之后,它们具有了行政机关的法律地位,可以如同行政机关一样行使行政权。<sup>②</sup>如《行政处罚法》第17条规定:“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚。”<sup>③</sup>因此,非国家行政机关的社会组织在法定条件下可以成为行政诉讼被告,无论在学理上还是实务中它一直是一个没有多大争议的法律问题。如在溆浦县中医院诉溆浦县邮电局不履行法定职责案中,法院认为:

长期以来,我国对邮电部门实行政企合一的管理模式。邮电部门既具有邮电行政主管部门的职权,又参与邮电市场经营。经过改革,目前虽然邮政和电信初步分离,一些电信部门逐渐成为企业法人,但是由于电信行业的特殊性,我国电信市场并未全面放开,国有电信企业仍然是有线通讯市场的单一主体,国家对电信方面的行政管理工作,仍然要通过国有电信企业实施。这些国有电信企业沿袭过去的作法行使行政管理职权时,应视为《中华人民共和国行政诉讼法》第25条第4款所指的“由法律、法规授权的组织”。……15号文件下发给地、市和县级的卫生行政主管部门以及邮电局,正说明政府要通过这些职能部门对“120”急救电话的开通实行政管理。邮电局执行这个文件时与被审查的医疗机构之

① 在德国,“自 Otto Mayer 以来之传统行政法学体系,系受警察国家时代下国库理论(Fiskustheorie)之影响,认为行政主体以私法主体之地位,使用私法上之行为形式而从事财产之使用、收益及处分,诸如:于铁路、邮政或其他经营营利事业之场合,属行政主体之国库活动,其法律关系纯粹为私法关系。而传统上,行政法学仅以‘有关行政之特殊固有之法(即公法)’为研究对象,故此种国库活动,并非行政法学领域所探讨之对象”。刘宗德:《制度设计型行政法学》,83页,台北,元照出版有限公司,2009。

② 对此,有学者对行政权作了如下定义:“行政权是国家行政机关或其他特定的社会公共组织对公共行政事务进行直接管理或主动为社会成员提供公共服务的权力。”杨海坤、章志远:《中国行政法基本理论研究》,17页,北京,北京大学出版社,2004。

③ 相同的规定还可以参见《行政许可法》23条、《行政强制法》第70条和《政府信息公开条例》第36条等。

间发生的关系,不是平等的民事关系,而是特殊的行政管理关系。它们之间因此发生争议而引起的诉讼,不是民事诉讼,而是行政诉讼。尽管行政诉讼中的被告通常是行政机关,但是为了维护行政管理相对人的合法权益,监督由法律、法规授权的组织依法行政,将其列为行政诉讼的被告,适用行政诉讼法解决其与管理相对人之间的行政争议,有利于化解社会矛盾、维护社会稳定。<sup>①</sup>

## 2. 非行政权的行为

行政机关以非行政权实施的、具有公共利益内容的行为,在以行政权为中心而展开的传统行政法框架体系中它是没有一席之地的。在实务中,与行政权无关的、且由行政机关实施的行为以及有关公物利用等法律关系,一直保留在私法领域之中受私法规范调整,如政府采购、兴建公共设施、公共停车泊位的利用等。我们很难说出这样的制度安排有多少法原理予以支撑,倒不如说更多的是一种人为的设计与历史传统影响的化合物。虽然我们不能断言现代行政法未来发展的方向是否依然如今,但是,如果私法调整这类法律关系不出现很大的不适应性,或者出现极不公正的调整结果,那么维持这样的制度安排或许是一种较优的制度性选择。

## 三、与行政权有关的公法

依照大陆法系国家的法律(罗马法)传统,法可以分为公法与私法。<sup>②</sup>关于划分公法与私法的标准至今已经形成了数十种学说,如主体说、利益说、目的说等。<sup>③</sup>因受苏联社会主义法学思想的影响,自1949年以来的相当一段时间内,我国法学并不承认公法与私法的划分,并将公法与私法的划分当作资产阶级法学理论和资本主义国家法制内容加以抵制、批判。当时的主流观点认为,在社会主义公有制基础上的法制不可能有公法与私法之分。但是,自20世纪90年代以来,随着市场经济体制的确立和发展,法学界出现了在承认公法与私法划分前提下的“私法优位论”和“公法优位论”之争。<sup>④</sup>21世纪之后,关于公法与私法划分以及我们是否需要这种法学理论的争议渐渐息停,因为,公法与私法划分的法观念已经为我们的法学理论所接受,至少不再公开否定了。

① 《最高人民法院公报》,2000(1)。

② “法律学习分为两部分,即公法和私法。公法涉及罗马帝国的政体,私法涉及私人利益。”[古罗马]查士丁尼:《法学总论》,张企泰译,5~6页,北京,商务印书馆,1989。

③ 参见蔡志方:《行政救济与行政法学》(2),1~88页,台北,三民书局,1993。

④ 进一步阅读梁慧星:《市场经济与法制现代化》,载《法学研究》,1992(6);汪习根:《公法法治论——对公、私法定位的再反思》,载《中国法学》,2002(5);郭成伟等:《中国传统“公之于法”特质探究》,载《中国法学》,2003(1)。



行政法是公法,这是现代行政法学理上公认的一个基本命题。一般来说,法规范所调整的法律关系主体之间为上下关系的是公法,对等关系的则是私法,前者如《行政处罚法》,后者如《合同法》。以主体之间的关系不同将行政法划为公法,在方法论上是说得过去的。如前所述,尽管公、私法之间的界分标准已经有十多种学说问世,但它们似乎从来都不会震塌“行政法是公法”这一基本命题的成立基础。但是,在解释这个基本命题时,我们必须充分考虑如下两个问题:

### 1. 公法与私法之间界线的模糊性

如在社会保障法、教育法、税法等法域中,公法、私法的区分界线可能并不那么明显。因为,在这些法域中,行政权只要发生作用,它都必须受到这些法规范控制,此时在思维逻辑上,我们可能并不需要先区分这些法是公法抑或私法,再考虑行政权是否应当介入。事实上,即使某些法规范依照某种标准认定属于私法规范,它也会对行政权产生控制作用,这种现象在给付行政领域中尤其明显。“私法的出发点,粗略地说,是自利优先的行为;而行政法与此不同的出发点是公益(或者其他考虑)优先的行为。”<sup>①</sup>所以,在这样的情况之下,我们还需要判断该法律关系是否涉及公共利益,才能对调整这一法律关系的法规范性质作出正确的结论。当然,在公法、私法之外是否存在第三个法域,或者是否有必要划出一个第三法域,这是一个可以继续讨论的法理学问题。

### 2. 私法渗入公法

在行政实务中,行政机关可以(能)利用私法来实现行政目的,此时,在形式上这种私法规范也是“有关行政权的法”。比如,调整国有土地使用权有偿出让合同的法规范,部分属于《合同法》的内容。这部分私法规范并不是现代行政法体系架构中的内容,但它们的确是行政法所不可缺少的一部分。<sup>②</sup>一般而言,凡行政案件是由无专业要求的普通法院而不是行政法院审理的国家中,强调公、私法的二元结构实意似乎并不彰显。故有学者认为:

公私法二元论内含两项前提预设:其一,存在相互排斥的公行政领域与私人领域(公益与私益);其二,存在代表各自领域的互不渗透的两种人格主体(国家与私人)。在今天看来,这种理论预设已经发生深刻摇摆,因此,伴随理论思维的前提批判,行政法理论的革新也势在必行。<sup>③</sup>

① [新西]塔格特编:《行政法的范围》,金自宁译,5页,北京,中国人民大学出版社,2006。

② 调整行政合同的法规范,通常会准用民法规范。如德国《联邦行政程序法》第62条规定:“只要第54条到61条未另有规定的,适用本法其余的规定。另补充适用民法典的有关规定。”

③ 鲁鹏宇:《论行政法的观念更新》,载《当代法学》,2010(5)。

#### 四、与行政权有关的国内公法

在传统法学中,调整国家之间或者一个国家与另一个国家公民之间法律关系的法规,被称之为国际法。而行政法涉及的主体限于一个国家内部的国家与个人之间关系,故行政法是与行政权有关的国内公法。王名扬教授也认为:“行政法是调整行政活动的国内公法。……行政法是规定国内关系的法律,不是规定国家和国家之间的关系,所以行政法是国内法,不是国际法。”<sup>①</sup>但是,现代行政法所面对的调整对象已经不同于传统行政法所处的时代了,“地球村”、“全球化”和“WTO”等概念已经解构了传统的国际关系,“行政法是与行政权有关的国内公法”这一命题也需要作适度修正。所以,当我们说行政法是“与行政权有关的国内公法”时,还必须关注如下三个概念:

##### 1. 全球行政法

在全球经济一体化的发展进程中,由行政法调整的国家内部行政事务跨越了国界,在这样的情况下客观上需要由一套超越主权国家之上的行政法规范体系,才能满足各国之间政治、经济与文化发展的需要。传统的国际法不能提供这样的一套行政法规范体系,因此,“全球行政法”应运而生:

在全球行政法出现的背后是应对以下领域全球化相互依存所产生后果的跨政府规制管理的范围和形式的急剧扩张:安全、对发展中国家发展和金融援助的条件、环境保护、银行业和金融规制、法律实施、电信、货物与服务贸易、知识产权、劳工标准以及包括难民在内的跨境人口流动。分散的国内规制和管理措施越来越难以有效应对这些后果。<sup>②</sup>

全球行政法并不是国内行政法的一种外向国际延伸,而是基于全球化的需要所创制的一种行政法规范体系,用来满足治理国际正常行政秩序的需要。所以,“所谓‘全球行政法’,并非是一种可能替代传统国际法的领域,只能说是全球治理中的某种新现象或某些新因素。”<sup>③</sup>

与全球行政法相似的或者相关联的概念有“国际行政法”。如有学者所说:“所谓国际行政法就是以规定国际行政合作、协调为内容,以国际行政关系——主要是国际行政合作、协调关系为调整对象的各种国际法规范。具体地说,国际行政法是调整在

<sup>①</sup> 王名扬:《法国行政法》,12页,北京,中国政法大学出版社,1989。

<sup>②</sup> [美]本尼迪克特·金斯伯里等:《全球行政法的产生》(上),范云鹏译、毕小青校,载《环球法律评论》,2008(5)。

<sup>③</sup> 龚向前:《技术性国际争端解决的“全球行政法”思路》,载《华东政法大学学报》,2013(1)。

国际行政事务活动中所发生的各国行政机关间、各国行政机关与国际组织行政机构(包括行政性的国际组织机构)间、国际组织行政机构间以及国际组织内部行政机构与其他机关间的行政关系和国际组织行政机构的内部行政管理关系的各种国际法规规范。”<sup>①</sup>也有学者把这种法律现象称之为“行政法国际化”,即“行政法国际化是指在全球化、全球治理的语境下,在追求和努力于国际法治的进程中,面对全球规模内相互依存度已越来越高的现实,由此产生的对国际合作机制的需要以及解决跨越单一国家界限的国际性公共问题而出现的跨国规制体系,原属于国内法的行政法律制度对域外的扩张、相互联系与融合、在全球流行乃至国际行政法体系形成并双向渗透的一种法律发展趋势和过程”。<sup>②</sup>由此可见,上述这两个概念所描述的内容大致与全球行政法相当。

## 2. 欧盟行政法

我们在讨论全球行政法概念时,也应一并注意“欧盟行政法”。欧盟是各成员让渡了部分主权之后结成的一个超国家的主体。“随着欧洲共同体法的颁布及其适用,确实产生了跨越国界由超国家体实施的行政法。……在欧洲联盟内部,之所以提出‘欧盟行政’(European Administrative Law)的概念,并对此进行深入研究,原因较多,除了前述所言的欧洲共同体或欧盟法大多数为行政法之外,还在于欧盟各成员国不同文化以及世界范围内的行政改革,因此需要从比较法、行政法等理论层面深入探讨欧盟行政法的框架以及发展变化。此外,由于共同体法律体系中,诸多关于行政活动的法律原则产生于欧洲法院创造出的法律以及形成判例的过程中,从理论上进行整合也显必要。”<sup>③</sup>欧盟行政法调整欧洲共同体行政过程的法,而不是各成员国行政法的总称。但是,它与各成员国内的行政法之间关系,也是现代行政法发展所必须关注的问题。

## 3. 涉外行政法

涉外行政法不属于全球行政法的内容,它仍然是国内行政法的一部分,只是它所调整的行政关系具有某种涉外因素,在一定条件下要适用国际条约、国际惯例来处理这种行政法律争议。故《行政诉讼法》第72条规定:“中华人民共和国缔结或者参加

① 张泽想:《国际行政法初探》,载《中南政法学院学报》,1990(1)。

② 林泰、赵学清:《全球化语境与行政法国际化》,载《现代法学》,2011(5)。

③ 王敬波等:《欧盟行政法研究》,8页,北京,法律出版社,2013。“欧盟行政法依德国学界通说认为,包含广义与狭义两种不同见解。广义的欧盟行政法系指与欧盟相关的一般概念,包含欧盟会员国之行政法,欧盟会员国彼此间之共同基本确信(Gemeinsame Grundüberzeugungen)之行政法原则……;而狭义之欧盟行政法则指由欧盟机关(Organen)创造出来的行政法规,而需由会员国加以适用者,或由欧盟组织自己适用者而言。”林明锵:《欧盟行政法——德国行政法总论之变革》,8~9页,台北,新学林出版股份有限公司,2009。进一步阅读[德]阿斯曼:《行政法总论作为秩序理论——行政法体系建构的基础与任务》第7章“欧洲行政法之发展”,张桐锐译,407页以下,台北,元照出版有限公司,2009。

的国际条约同本法有不同规定的,适用该国际条约的规定。中华人民共和国声明保留的条款除外。”所谓涉外因素,是指行政法律关系中主体、客体和内容中至少有一项涉及外国人、无国籍人或者外国组织。在行政法学理上,涉外行政法是“调整在对外交往过程中发生的涉外行政关系的行政法律规范的总称。它包括规定我国有涉外管辖权的行政机关、涉外行政管理行为及其程序,规定涉外行政法律规范的适用规则以及对涉外行政管理行为的补救的行政法律规范和法律制度”。<sup>①</sup>这个表述大致是正确的。《行政诉讼法》第70条规定:“外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国进行行政诉讼,适用本法。法律另有规定的除外。”这类行政诉讼我们称之为“涉外行政诉讼”。

另外,作为中国现代行政法的一部分,“区域行政法”也是一个应当加以关注的行政法概念。基于历史的原因,在一国、两制、三法系、四区域的具体国情之下,中国大陆与港、澳、台地区之间形成的区域行政法,已经难以为“涉外行政法”的框架体系所包括。因为在严格的法律意义上说,港、澳、台地区并不属于如《行政诉讼法》第70条规定的“涉外因素”,所以,应当在涉外行政法之外,另列“区域行政法”作为一个特别的行政法问题加以研究。

## 五、行政法是控制行政权的法

我们今天所称的“行政法”是西方国家宪政分权体制下“控权”法观念的产物。<sup>②</sup>在中国帝制时代的法制上并没有所谓的“行政法”,在清末民初时,它从日本转入中国,成为中国法制近代化的重要内容之一。我们知道,日本行政法源于大陆法系国家,尤其是德国行政法,明治宪法时代的《行政诉讼法》也是由德国人毛塞起草的。<sup>③</sup>可见,日本行政法的基本观念也不是本土的,而是西式的。在学术发展的脉络中,“旧中国行政法学是在借鉴甚至于照搬日本行政法学的过程中成长起来的。早期的行政法学从研究的内容到著作的体例上,几乎都是日本行政法学的移植,特别是日本行政法学的开创人美浓部达吉对旧中国行政法学的的影响尤其明显”。<sup>④</sup>在这样的学术背景下,20世纪30年代范扬教授在他的行政法教科书中写下了这样一个行政法概念:“行

① 应松年:《涉外行政法》,3页,北京,中国政法大学出版社,1993。

② “汉语‘行政法’语词最早为梁启超所采用。梁氏在《各国宪法异同论》一文中指出:‘政府之大臣,合而共执一切之政务,又分而各执各种之政务者也。故有行政法上、刑法上之责任。若违法之事,必不可不受其罪。故法律敕令,必要政府大臣签名云’。”孙兵:《汉语“行政法”语词的由来以及语义之演变》,载《现代法学》,2010(1)。

③ 参见华夏、赵立新、[日]真田芳宪:《日本的法律继受与法律文化变迁》,197页,北京,中国政法大学出版社,2005。

④ 邹荣:《勘校前言》,载范阳:《行政法总论》,5页,北京,中国方正出版社,2005。

政法者,乃规律行政权之组织及其作用之法也。”<sup>①</sup>如同日本一样,中国在行政法上也是一个西方国家行政法的继受国。

但是,因政治制度的变革和马克思主义阶级斗争法意识形态的影响下,源于西方(日本)的中华民国行政法,在1949年之后的中国大陆地区被苏联社会主义国家的“行政管理法”所替代,并一直延续到20世纪80年代。在1949年之后的30年中,虽然国家法制建设断断续续,甚至经历了无法无天的十年“文革”,但从苏联社会主义国家那里继受过来的阶级斗争法制观念却一直被保存了下来。“社会主义类型的行政法,从来就公开宣布它是维护无产阶级专政(人民民主专政)、保护人民利益、促进社会主义经济基础不断巩固和发展的有力工具。”<sup>②</sup>自20世纪80年代开始的改革开放所带来的思想观念上的巨大变化,冲击了我们原有的或者说传统的“社会主义”法制观念,法学开始渐次复兴。但是,在行政法是否应当控制行政权的问题上,在当时的行政法学界中分歧仍然是相当大的。如有学者所言:

我国是一个行政主导的国家,政府行政权相当大,而它受到的外部约束和控制又很薄弱,因此,我国行政法的首要任务应当是加强对行政权的控制和约束,应当高举控权的旗帜,但事实却不免令人失望。……控制和约束行政权在我国建国初始就受到批判,行政法不过是国家对社会实施行政管理的法律手段,而这种我们称之为“行政法”的法在西方人看来根本就不是或者说不配叫作行政法!改革开放以后,行政法的控权性质得到了理论界的承认,但这种承认是十分有限的,控权始终没有被确立为我国行政法的根本属性和主要任务。<sup>③</sup>

从20世纪80年代后期开始,王名扬先生先后出版了《英国行政法》(1987)、《法国行政法》(1989)和《美国行政法》(1995),中国行政法的发展进入了一个“王名扬时代”<sup>④</sup>。王名扬先生的“外国行政法三部曲”对中国行政法接受“控权”法观念的影响

① 范扬:《行政法总论》,8页,北京,中国方正出版社,2005。

② 王珉灿主编:《行政法概要》,10页,北京,法律出版社,1983。

③ 张正钊、李起元主编:《部门行政法研究》,13页,北京,中国人民大学出版社,2000。一位中国行政法学老前辈曾经说道:“西方有些学者主张的‘行政法是限制政府的法’这种观点,对我们是不适用的。在我国,行政法是人民手中的法律武器,人民把这个武器交给代表他们行使国家行政权的各级国家行政机关,据以有效地管理国家各个方面的国家行政工作。只有在国家行政机关及其工作人员采取了违反行政法的违法措施从而侵犯了公民或其他当事人的民主权利或合法权益时,才谈得上采用行政诉讼手段来限制或监督政府的问题。”张尚鷟:《关于行政法概念的一些问题》,载《法律学习与研究》,1988(1)。

④ “中国政法大学张树义教授指出,中国行政法学事实上存在一个‘王名扬时代’,可以说,没有哪位中国行政法学者的著作,能够达到如王名扬先生‘外国行政法三部曲’这样高的知名度和引用率。”陈夏红:《身居陋室名扬天下——记我国行政法学泰斗王名扬的学术生涯》,载应松年、马怀德主编:《当代中国行政法的源流——王名扬教授九十华诞贺寿文集》,7页,北京,中国法制出版社,2006。

力,可以说是具有决定性的。在经过 30 多年发展之后,21 世纪中国现代行政法理论对“行政法是控制行政权的法”这一基本命题所达成的共识,不仅体现在具有很大影响力的若干行政法教科书之中,也有国家制定法可以佐证。前者如“所谓行政法,是指调整行政关系的、规范和控制行政权的法律规范系统”。<sup>①</sup> 后者如《行政处罚法》第 1 条规定:“为了规范行政处罚的设定和实施,保障和监督行政机关有效实施行政管理,维护公共利益和社会秩序,保护公民、法人或者其他组织的合法权益,根据宪法,制定本法。”<sup>②</sup> 在解释“行政法是控制行政权的法”这一基本命题时,我们需要对如下几个问题作出进一步阐述:

### 1. 依法行政原理

行政机关由人民代表大会产生,执行人民代表大会制定的法律(地方性法规和决定、命令),对人民代表大会负责,受其监督,并向其报告工作,依法行政原理在宪法规定的框架性制度中得以确立。依法行政原理的逻辑基点是,由人民代表大会制定的法律为行政机关提供了行使行政权的合法依据,行政机关必须在法律规定的范围内行使行政权。当行政机关、司法机关也拥有了“立法权”之后,<sup>③</sup> 依法行政中的“法”从始初的“法律”扩大到了包括法律在内的所有的法规范性文件。

在依法行政原理中,宪法与行政法之间的关系决定了宪法对行政法的影响力。一个比较法的观点是,“宪政体制的多样化,自然导致对行政法理解不可能整齐划一。即使是都强调三权分立,英美法德对宪政,分权制衡、人民主权与法治却有各自的理解。因此,西方宪政下的行政法概念并没有也不可能为我们提供整套范本可取用”。<sup>④</sup> 中国《宪法》不是以三权分立理论为基础制定的,所以,它不同于基于宪政分权理论制定的西方国家宪法。但是,同样与宪法具有十分密切关系的中国的行政法也是控制行政权的法,在这一点上它与西方国家分权体制下的行政法观念是相一致的。对于这个现象,一位德国的行政法学教授作出了如下解释:

由于在中国官方并不认可分权理论,行政法首先并不是作为控权法,而是作为维护行政效率的机制。然而,行政法在控权方面的意义也在逐渐形成。在此表现出来的趋势是,中国行政法的发展进程预示了中国逐渐转向分权国家。我认为,分权国家对于西方国家行政法学而言是行政法的前提,而对于中国行政法而言

① 姜明安:《行政法与行政诉讼法》(第 5 版),18 页,北京,北京大学出版社、高等教育出版社,2011。此教材自 1999 年出版以来已经发行到第 5 版,在国内行政法教材中版次数居于第一位。

② 这一“控权”思想还体现在《行政许可法》第 1 条、《行政强制法》第 1 条。

③ 行政机关有权制定行政法规、行政规章以及作为具有实质意义法的行政规定,法院有权制定司法解释,包括批复、指导性案例等。

④ 朱维究、梁风云:《西方宪政背景下行政法概念的比较研究》,载《比较法研究》,2000(1)。

则是宪政改革的动力——行政法首先在成文宪法的结构之外建立起分权体系。<sup>①</sup>

## 2. “控制”的解释

在这个基本命题中，“控制”处于核心地位，它包含如下几个方面的内容：(1)在现代行政法中，“控制”除了传统行政法中的“消极限制”功能外，它还有“积极促进”的内容。“这里所说的加以限制，意味着对行政权加以拘束，但也意味着它不仅把行政看作是必要的手段限制其活动，而且根据需要，也推动向积极的行政活动方向上的拘束。”<sup>②</sup>也就是说，对于行政权而言，现代行政法既是行政权的这台机车的“发动装置”，同时也是它的“刹车装置”，两者缺一不可。(2)传统行政法通过立法、司法两个进路从外部对行政权进行控制，现代行政法在保留这两种外部控制机制外，还发展出了行政自我控制机制，即通过行政裁量基准、行政层级制责任追究等机制从内部控制行政权。(3)虽然在现代行政法调整对象中因导入“行政关系”要素，行政相对人行为也因此被纳入了现代行政法范围，但在本质、功能上这种变化并没有改写“行政法是控制行政权的法”的这一基本命题。因为，如果不将“控制”仅仅作“消极限制”解释，那么，行政相对人参与行政过程的行为对于实现行政法“积极促进”行政权行使方面的功能，它是一种不可或缺的外在力量。

## 3. “平衡论”简评

1993年罗豪才、袁曙宏、李文栋在《中国法学》第1期上共同发表了题为《现代行政法的理论基础——论行政机关与相对人一方的权利义务平衡》一文，标志着“平衡论”的诞生。在以后的一系列论文、著作中，以罗豪才教授为代表的一批北京大学学者对“平衡论”进行了深入的阐述，逐步形成了一套较为系统的行政法理论体系。<sup>③</sup>如下几段文字，基本上可以表达“平衡论”的核心观点：

——“行政法的全部发展过程就是行政机关与相对一方的权利义务从不平衡到平衡的过程。现代行政法不应是管理法、控权法，而应是‘平衡法’，其存在的理论基础则应当是‘平衡论’：即在行政机关与相对一方的权利义务关系中，权利与义务在总

<sup>①</sup> [德]何意志：《德国现代行政法学的奠基人奥托·迈耶与行政法学的发展》，载[德]奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，9页，北京，商务印书馆，2002。

<sup>②</sup> [日]室井力主编：《日本现代行政法》，吴微译，罗田广校，1~3页，北京，中国政法大学出版社，1995。

<sup>③</sup> 进一步阅读罗豪才主编：《现代行政法的平衡理论》，北京，北京大学出版社，1997；罗豪才等：《现代行政法的平衡理论》（第二辑），北京，北京大学出版社，2003；罗豪才等：《现代行政法的平衡理论》（第三辑），北京，北京大学出版社，2008；罗豪才等：《行政法平衡理论讲演录》，北京，北京大学出版社，2011；沈岿：《平衡论：一种行政法认知模式》，北京，北京大学出版社，1999；宋功德：《行政法的均衡之约》，北京，北京大学出版社，2004。

体上应当平衡。它既表现为行政机关与相对一方的权利和义务分别平衡,也表现为行政机关与相对一方各自权利义务的自我平衡。”<sup>①</sup>

——“纵观行政法的运作全局,它经历了(管理中的)非平衡——(监督中的)非平衡——平衡的辩证发展过程,因此,行政法的内在精神在于谋求整体的平衡。这种行政法观念被称为平衡论。……该理论认为,公共利益与公民利益的差别与冲突是现代社会的社会最常见最普遍的一种现象,正确处理利益关系应该是统筹兼顾,不可只顾一头,反映在行政法学上,其利益主体的权利义务关系应该是平衡的。这种平衡既包括不同主体之间的权利义务的平衡,也包括同一主体自身权利义务的平衡。平衡论认为,一方面,为了维护公共利益,必须赋予行政机关必要的权力,并维护这些权力有效地行使,以达到行政目的;另一方面,又必须维护公民的合法权益,强调行政公开,重视公民的参与和权利补救,以及对行政权的监督。这两方面不能偏废。”<sup>②</sup>

——“究其根本而言,行政法的核心矛盾是行政权与相对方权利,对这一矛盾的不同回答形成了三种行政法基本理念:管理论认为行政法应是维护行政权、管理相对方的管理法;控权论认为行政法应是制约行政权、保护相对方权利的控权法;而平衡论则认为行政法应是既制约行政主体滥用行政权、又制约相对方滥用权利,既激励行政主体积极行政、又激励相对方积极参与行政的平衡法。”<sup>③</sup>

在“平衡论”看来,“管理论”因与现代民主、法治观念不相适应,所以应当予以否定。“控权论”由于对现代社会要求积极行政的客观现实未予重视,有失片面,且过分强调司法审查的作用,也不符合现代行政法制发展的状况。所以,只有“平衡论”才能弥补上述两种行政法理论或者观念的自身不足。自“平衡论”问世以来,在行政法学界中支持者有之,反对者有之,旁观者也有之,还有学者提出了如“保权(益)论”<sup>④</sup>、“服务论”、“政府法治论”和“公共利益本位论”、“公共权力论”、“控权—平衡论”等观点,

---

① 罗豪才、袁曙宏、李文栋:《现代行政法的理论基础——论行政机关与相对人一方的权利义务平衡》,载《中国法学》,1993(1)。

② 罗豪才:《行政法之语义与意义分析》,载《法制与社会发展》,1995(4)。

③ 罗豪才、宋功德:《行政法的失衡与平衡》,载《中国法学》,2001(2)。

④ 在上述“三论”之外,学理上还有一种“保权(益)论”。持该论的学者认为:“行政法的目的既不是平衡,也不是控权,而是保权,保障公民的行政权益。行政权益是笔者引入的一个新概念,与民事权益、政治权利相对应,指公民在行政管理及其救济过程中应享有的法定权利和法定外利益。公民的权利按其活动空间的不同可分为三部分,即政治权利、民事权利和行政权益。其中行政权益包含哪些内容,它的应然状态如何,需要详细分析。”在谈到实现目的的手段上,该学者认为“值得注意的是,在实现行政法目的的过程中,控权是极其重要的手段,但绝不是唯一的,过分强调控权,往往会牺牲效率,并忽略对与公民行政权益有关的法律制度的建立,如行政合同制度、行政指导制度、公务员管理制度等”。薛刚凌:《行政法的目的、手段与体系》,载《政法论坛》,1997(3)。



或呼应,或异议。<sup>①</sup>公允地说,上述关于行政法基本理论的观点对现代行政法都有一定的解释力,但相对而言,“控权论”或许更容易为人所接受,与现代行政法现状也最为接近,尤其面向转型期的当下中国现实。<sup>②</sup>

从理论脉络上看,控权论是基于人们对行政权的不信任理念而导出的一种行政法理论或者观念。无论是传统行政法还是现代行政法,在这个问题上的认识是基本是一致的。在经验层面上,“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验”。即使到目前为止,尚未出现一种可以否定这条经验的理论。中国的国情即使最特殊,也没有能够否定这条经验,在中国也的确是“万古不易”的事实。在规范层面上,虽然中国《宪法》并不是以“三权分立”为理论基础制定的,但是从它所规定的宪法框架性制度中解释出来的依法行政原理,其控权观念是十分显著的。在制定法上,《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政强制法》、《行政复议法》、《行政诉讼法》和《国家赔偿法》六部基本法律,哪一部法律不是控权论的立法产物?在事实层面上,行政机关该做的不做(不作为),不该做的乱做(乱作为),这种在行政权没有受到控制状况下产生的行政违法行为,在今天我们这个社会转型过程中已经成为一种相当普遍的现象,以至于如行政机关公务员吃吃喝喝这种事情还要用“八项规定”、“六个禁令”之类的文件加以规范。可见,至少在我们可以预见的一段较长时间内,除非权力变得可以让人信任,否则“控权论”就无法被其他理论所替代,现代行政法仍然是控制行政权的法。

之所以平衡论不能成为现代行政法上的一种通说,根本原因在于它没有办法解释行政权的可信任性,况且,平衡论本身也内含着浓重的“控权论”内容。所以,如果我们把平衡论中的“行政法应是既制约行政主体滥用行政权、又制约相对方滥用权利”理解为是“刹车装置”,把“既激励行政主体积极行政、又激励相对方积极参与行政”理解为“发动装置”,实质上它就是现代行政法“控权论”思想体系的换一种表达而已,在功能上它与“控权论”可以说是殊途同归。<sup>③</sup>

<sup>①</sup> 参见杨海坤、章志远:《中国行政法基本理论研究》,64~91页,北京,北京大学出版社,2004。进一步阅读高秦伟:《控权、管理抑或平衡:中国行政法理论基础之争》,载马怀德主编:《共和国六十年法学争论实录》(行政法卷),1~29页,厦门,厦门大学出版社,2009。

<sup>②</sup> “理论其实可以是一个陷阱:它会给人一种浅尝辄止的快感及满足,让人远离真正有深度及有意义的思考。”这话对于我们行政法学者来说是有警示意义的。陈兼、陈之宏:译者导言,载[美]孔飞力:《中国现代国家的起源》,陈兼、陈之宏译,31页,北京,三联书店,2013。

<sup>③</sup> 张树义教授在谈到这个问题时说:“问题在于,行政领域中公民与政府处于不平等的地位,行政机关一方掌握国家权力,公民一方则处于服从地位。我真不知道如何去平衡二者的关系,但我知道唯有控权才能真正做到公民与政府的平衡。因此,往好里说,平衡论将话只是说到了一半,如果再进一步追问的话,则必然通过控权才能达到公民权利与行政权力之间在法律上的平衡。”张树义:《变革与重构——改革背景下的中国行政法理念》,4页,北京,中国政法大学出版社,2002。

## 第二节 行政法:多种面相的概念

### 一、传统行政法

在世界范围内,行政法源于大约 19 世纪后半期的欧洲大陆国家,与西方国家宪法的产生时间大致相当。当然,行政法思想的渊源可以追溯到中古时期,甚至更为久远的古希腊与罗马。法国是行政法的“母国”。关于法国行政法的产生,王名扬先生说:

(法国)“最初的行政法学著作出现于 19 世纪 70 年代。为什么行政法学的产生这样晚呢?这是因为行政法学只能在依法行政即法治条件下才能产生,法治国的意思是指公民有权要求国家机关的活动必须遵守法律,而法律由公民或其代表制定,这种思想是法国大革命的产物。但是从资产阶级提出法治的思想,到把这种思想变成一种制度,经历了一个曲折的过程。在这个过程中,法国资产阶级最初注意的是宪法问题。直到 19 世纪 70 年代以后,资产阶级政权已经巩固,行政权力日益扩张,法国法学家方注意到行政法问题。”<sup>①</sup>

欧洲资产阶级革命之后建立的资产阶级共和国,在政治上确立了民主、法治的立宪主义政治制度,在经济上则大力发展以自由竞争为核心的市场经济体制。随着西欧国家工业化、都市化的发展引起的社会变革,尤其是以分权理论为基础的近代宪法在法、美等国家先后诞生,逐渐形成了行政权必须受立法权制约的宪政基本框架。在这个宪政基本框架中,以自由主义为核心的、以控制行政权为基本价值取向的传统行政法逐渐形成,满足了当时国家自由市场经济发展的需要。

传统行政法以个人自由与消极行政作为普适性的法律价值观,并由此支撑起以限制干预行政为中心的行政法理论框架体系。“法律保留——行政决定——行政救济”构成了传统行政法的基本框架,而这个基本框架又是以“议会——政府——法院”三者之间的基本宪政关系(分权)为基础的。由此可以导出传统行政法的基本特征如下:

(1) 在议会和政府之间的关系上,由议会提供行政机关行使行政权的合法性(法律)依据,行政机关不得为自己创设行政权的法依据,“依法律行政”原理由此形成。德国行政法鼻祖奥托·迈耶对此作出了如下解释:

“以法律形式所表达的国家意志基于其特定任务被赋予了相应的作用力,这个作

<sup>①</sup> 王名扬:《法国行政法》,29 页,北京,中国政法大学出版社,1989。

用力使得国家意志得以形成这些法律规定。这个作用力就是立法权力。如同所有公权力一样,它是针对臣民施行的。但同时这个如此表达的国家意志又意味着相对于其他所有类似的、被人们不是以法律而是以执行权的名义归纳的表现形式在法律上的更多的意义。宪政国以法治为立国之本,因此这里的后面一点是被特别强调的:立法权相对于执行权有更优势的地位。”<sup>①</sup>

在“依法律行政”原则之下,行政权的范围由法律划定,行政机关必须依照法律规定行使行政权,否则,其作出的行政行为不具有合法性。在性质上,行政行为是法律在个案中的延伸,行政机关也就成为议会意志的国家执行机关。

(2) 在法院和政府之间的关系上,以法院司法审查为中心的行政救济制度对行政权进行事后控制,旨在全面落实宪法规定的基本权利保障制度。无论是大陆法系国家还是英美法系国家,其传统行政法无不都是起源于司法审查制度并以此为中心发展起来的一个法律框架体系。如在 19 世纪末,法国的国家参事院已经成为一个对任何私人提起行政诉愿和诉讼拥有一般管辖权的初审(终审)的法院。国家参事院的诉讼组已经显示出了与法国其他法院相同的特征,如公开听证、当事人的律师陈述、公共利益的发言人和合议庭及发布包含理由的判决。自 19 世纪末以来(在 1872 年的一个法律中,国家参事院正式取得了行政审判的独立地位),这个法院在行使对行政权的司法控制方面发挥了重要作用。<sup>②</sup> 奥托·迈耶在他的《德国行政法》中,“虽然他在分论中分析了警察权、财政权、公物等方面内容,但与过去的‘国家科学’不同——不描写个别的行政管理分支(如税法、营业法、公路法等),而是从繁杂的凭经验(尤其是法院和其他机关的判例和实践)总结出来的现象中分析法的一般范畴”。<sup>③</sup> 在英美法系国家,用司法判例写成的行政法教科书,也足以说明了行政救济制度在传统行政法中的地位;没有司法判例,也就没有所谓的英美行政法。所以,有学者认为:“传统的行政法模式是:以请求权为基础,偏重于以法院为主的私权救济与形式概念的运用;重视体系的完整性与推论的逻辑性。”<sup>④</sup>这一概括大致是接近历史事实的。

(3) 在司法审查与行政行为的关系上,以规范行政权的结果为重心,着力于行政处罚、行政许可、行政强制等行政行为的类型化。以司法审查为中心的传统行政法,在制度逻辑上必然是以规范行政权的结果为重心,而不是行政权的行使过程。因此,

① [德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,67页,北京,商务印书馆,2002。

② 参见[英]布朗等:《法国行政法》(第5版),高秦伟、王锴译,45页,北京,中国人民大学出版社,2006。

③ [德]何意志(Robert Henser):《德国现代行政法学的奠基人奥托·迈耶与行政法学的发展》,载[德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,9页,北京,商务印书馆,2002。

④ 于立深:《概念法学和政府管制背景下的新行政法》,载《法学家》,2009(3)。

在个案中影响行政相对人权利义务的行政行为作为行政权行使的结果,理所当然成为司法审查的对象。基于司法审查的需要,传统行政法着力于对行政行为类型化的努力,如行政处罚、行政许可和行政强制措施等,旨在为司法审查提供更为可行、妥当的合法性要件。

(4) 在行政权与市场经济的关系上,在“管得最少的政府就是最好的政府”的理念支配下,行政法将行政权(政府)定位于一个“守夜人”角色。传统行政法的基本观念是控制行政权,旨在防止政府通过行政权过度干预市场经济的自由竞争,并试图通过行政法塑成一个“大社会、小政府”的政治关系格局。因此,在自由市场经济之下的传统行政法,它并不是需要政府去做什么,而是政府不得做什么,所有要求政府去做的事情都需要由议会通过法律事先加以规定。

在中国,自清末民初至1949年之前的中华民国行政法大体是德、日传统行政法的“复印本”。因意识形态上的原因,它与1949年之后的中华人民共和国行政法之间没有多少传承或者继受关系。但在时间节点上,无论是1949年之前中华民国行政法,还是1949年之后的中华人民共和国行政法,它们大致都处于从传统行政法向现代行政法的转型过程之中。在这个转型过程中,中国行政法呈现出有别于西方国家行政法的一些特征,如在时间纬度上,当世界范围内西方国家行政法从传统转向现代时,中国传统行政法正处于逐步形成过程之中,且中国传统行政法所依赖的经济基础不是自由市场经济,而是社会主义的计划经济(即使1949年之前中国民国时期也不是真正意义上的自由市场经济)。这种不同的经济基础正是中、西传统行政法呈现出不同特征的根本原因。因此,上述西方国家传统行政法基本特征对于中国传统行政法来说,它的解释力是比较软弱的。

1949年之前中华民国行政法在1949年之后延续到了中国台湾地区,并在那里完成了向现代行政法转型<sup>①</sup>,故这里讨论中国传统行政法时并不包括中国台湾地区的行政法。从行政法内容上看,1949年之后中国行政法大致经历了从“行政管理法”到“管理行政法”两个阶段,分述如下:

### 1. 行政管理法

在1949年2月中共中央发布了《关于废除国民党的“六法全书”与确立解放区司法原则的指示》之后,中国法制建设进程尤其是清末民初西学东渐而来的近、现代中国法制建设到此戛然而止。在延续革命根据地的法制和移植苏联社会主义国家法制

---

<sup>①</sup> 有学者认为,1949年之前的中国传统行政法源于日、德,第二次世界大战之前的日、德行政法属于行政管理法。甘雯:《行政法的平衡理论研究》,载罗豪才主编:《行政法论丛》(第1卷),23页,北京,法律出版社,1998。

的基础上,中国开始了一种全新的、完全不同于西方国家的法制建设进程。中国传统行政法主要移植于苏联,这是因为两国的政治、经济和法律制度相似性,使得这种法律“移植”变得理所当然。一位澳门学者在观察外来法对中国近代诉讼法的影响时说:

中华人民共和国成立以来,外来法制与中国法制的关联再次波动。基于国际国内形势及意识形态的原因,全面仿效苏联社会主义的法制建设运动急剧展开。随着“六法全书体系”的废弃和“司法改革运动”的推行,现代欧陆法制及原本稀薄的英美法制之文化影响被悉数清理。鸦片战争以来延宕百年的“西法”沦为禁区后,当代中国法制由此朝苏联化方向全速转型,且与苏联及其他社会主义国家构成20世纪寰球法律谱系中的社会主义法系。<sup>①</sup>

这个判断基本上是符合历史事实的。20世纪50年代之初,人民政协的《共同纲领》和1954年《宪法》为中国行政法的发展提供了宪法基础,基本满足了行政法生长和发展的基本条件。当时中国法制建设的基本路线亦步亦趋地跟随社会主义国家的苏联,而对西方资本主义国家的法律制度与理论基本上是排斥的、批判的。为了国家行政管理的需要,除了1967年到1978年外,国家也颁布了为数不少的行政管理法规<sup>②</sup>,作为国家行政机关管理社会的法依据。这些行政管理法规在内容上受到了中国古代法家思想和苏联“维辛斯基法学”的影响,成为无产阶级手中进行阶级斗争的法律工具。在20世纪80年代之后,它可以表述为是行政机关单向管理个人的一种强制性工具,在法制观念上我们完成了从“法律虚无主义”到“法律工具主义”的转换。“行政法作为一种概念范畴就是管理法,更确切地说,就是国家管理法。”<sup>③</sup>这个苏联式行政法的概念是基于“法是国家制定和认可的,是一个阶级镇压另一个阶级的工具”之法学理论而表述的。我们接受了这一行政法的概念,并写进了早期的教科书。与西方传统行政法相比,中国传统行政法中缺少“控权”观念,行政法是国家行政机关手中管理社会、个人的强制性工具。对此,李娟博士曾作出如下评判:

(苏联及东欧社会主义国家)他们都是从行政法、国家的行政管理出发来界定行政法的。这集中反映了当时行政法中占主居地位的“保权”观念,即,行政法完全被看作是实施行政管理的法,行政法的宗旨仅在于保证行政管理的正常运行,使行政权力得以正常行使。虽然不排除对于行政权的监督,但这种监督并非

① 何志辉:《外来法与近代中国诉讼法制转型》,8页,北京,中国法制出版社,2013。

② 参见《行政法概要》编写组编:《行政法资料选编》,3~204页,北京,法律出版社,1984。

③ [苏]马诺辛:《苏维埃行政法》,黄道秀译,24页,北京,群众出版社,1983。

以保护公民权利为出发点,而是为了确保国家利益不因权力滥用而受到损害。<sup>①</sup>

行政管理法具有如下基本特征:(1)行政法律关系主体之间法律地位的不对等性,即行政机关和行政相对人在行政法上不具有平等的法律地位,行政机关有权支配行政相对人的人身、财物与行为。<sup>②</sup>(2)行政行为的基本模式是“命令—服从”,即行政相对人必须服从行政机关发出的“命令”;即使行政相对人有异议也必须先履行“命令”所设定的义务,然后再寻求法律救济。行政处罚、行政强制措施构成了这种“命令”的主要内容。(3)行政程序被当作行政机关的内部问题处理,所以,行政法规主要是实体性的,即使有一些行政程序规定也是相当简陋的。早期的行政法教科书中没有行政程序内容,这个学术现象也可以佐证这一基本特征。(4)由于行政法是一种行政机关管理的工具,传统行政法并不重视行政相对人的权利救济问题,至于由法院通过司法审查权来控制行政权的合法性,在传统行政法的“行政管理法”阶段之中是缺失的。<sup>③</sup>这一点与西方国家传统行政法起源于司法审查制度的发展进路是完全不同的。基于上述认识,在20世纪80年代之初,我们在行政法理论上对行政法的定义如下:

行政法是调整国家行政机关之间及其在行政管理活动中同其他国家机关、企业事业单位和公民之间相互关系的法,它包括国家行政机关的管理体制、管理活动原则、管理方面的权限、组织法、办事程序和行政机关工作人员奖励规定等,是一个重要的法律部门。<sup>④</sup>

## 2. 管理行政法

1979年之后,中共中央在总结“文革”经验教训和顺应改革开放需要的基础上提出了“依法办事”的工作指导方针,提升了法律在国家经济、政治和文化发展中的地位。为适应国家对外开放的政策,在1980年颁布的《中外合资经营企业所得税法》和《个人所得税法》中首次规定了行政复议和行政诉讼制度,控制行政权的现代法治思想隐然可见。从此时间节点开始,中国传统行政法开始与西方传统行政法靠近并部分实现了接轨,行政法从“行政管理法”转向了“管理行政法”。所以,在法律性质上“管理行政法”可以看作是现代行政法的雏形。

1982年《民事诉讼法(试行)》第3条第2款规定,“法律规定由人民法院审理的行

① 李娟:《行政法控权理论研究》,14页,北京,北京大学出版社,2000。

② 参见罗豪才主编:《行政法学》,15~16页,北京,中国政法大学出版社,1989。

③ 参见甘雯:《行政法的平衡理论研究》,载罗豪才主编:《行政法论丛》(第1卷),24页以下,北京,法律出版社,1998。

④ 杨达等编写:《行政法概要》,1页,北京,北京政法学院国家法教研室自印本,1982。