

■法学理论

行政权概念新释

朱 最 新

(广东外语外贸大学 法学院, 广东 广州 510420)

[作者简介] 朱最新(1968-), 男, 江西安福人, 广东外语外贸大学法学院副教授, 法学博士, 主要从事宪法学与行政法学研究。

[摘 要] 行政权是行政法学的基本范畴。它关系到行政法学理论与实践相统一等相关重大问题的深入系统研究。行政权就是主体以公共利益为依归, 依法直接、主动、连续为社会和公民提供公共服务的一种相对独立的公共权力。

[关键词] 行政权; 公共权力; 公共服务

[中图分类号] D912.1 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2005)06-0762-05

行政权是行政法学的基本范畴。研究和把握行政权的概念, 是行政法学研究的逻辑起点。然而, 行政权的含义为何? 由于行政权本质的多样性、复杂性, 虽经学界长久不懈的努力, 但迄今为止仍然是百家异说, 并未达成共识。这对推动行政法学的深入研究是十分不利的。虽然我们也不可能得出一个永恒的行政权定义, 但在全面总结前人经验得失的基础上, 却完全可能就行政权的概念问题得出比前人更为科学的答案。基于此, 笔者不揣冒昧, 就行政权的概念略陈管见, 希望能够引起学界同仁的重视并有利于该问题的深入系统研究。

一、关于行政权的各种定义

考察学界迄今为止有关行政权的各种定义, 归纳起来主要有以下几种:

第一, 执行权说。这种观点基本上都是围绕国家权力的分立来界定行政权的, 认为从制度层面上看行政权是一种从属性的执行权, 从操作层面上看行政权是一种“被控性”的权力^[1] (第75页)。代表性的定义有三种: 一是从三权分立的角度对行政权做出界定。如英国法学家布莱克认为: “行政权即执行法律的权力。它是总统根据联邦宪法第二条的规定所享有的广泛权力。……它区别于制定法律以及对法律纠纷裁判的权力。”^[2] (第18页) 二是在“政治”与“行政”两分法的基础上来界定行政权的内涵。如美国行政学家和法学家古德诺认为, 行政权就是执行国家意志的权力。三是从行政职能的角度来界定。如法国的莫里斯·奥里乌认为, 行政权是公共行政部门完成行政职能的一种权力。 “它可以分解为两大要素。有一种强制权或征用权, 另外在行政部门的诸多步骤中, 有一种惯常的程序, 叫做直接行动程序, 它包含一种与征用权不同的、对自身具可抗辩性的权力。”^[3] (第28页)

第二, 管理权说。这种观点着重于从国家管理的角度来界定行政权。如认为: “行政权即国家行政管理权, 是国家行政机关依法组织管理国家内政和外交活动的权力。(1)行政权是国家权力的一部分。……(2)行政权是政府专属的权力。……(3)行政权是范围最广的一项国家权力。……(4)行政权是通过职权划分由政府的不同部门和不同层次的行政机关具体负责行使的。”^[4] (第5页)

第三,管理权与执行权结合说(以下简称结合说)。这种观点主要是把上述第一种和第二种观点结合起来对行政权进行界定。认为行政权是由国家宪法、法律赋予的国家行政机关执行法律规范,实施行政管理活动的权力,是国家政权的组成部分。其中包含三层意思:(1)行政权来源于国家宪法和法律,没有宪法和法律的确认或设定,行政权就失去了存在和行使的合理基础。(2)行政权由国家行政机关代表国家行使,立法机关、司法机关以及其他国家机关就其各自所管辖的事项行使的权力分别为立法权、司法权等。(3)行政权系国家政权组成之一,是国家治理和服务社会的公权力的一种,因而行政权多含有强制或命令的性质^[5](第3页)。

第四,执行权与特征结合说(以下简称特征说)。这种观点是把西方关于行政权就是一种执行法律的权力的思想与行政权特点以及各国行政权行使的具体实践结合起来对行政权进行界定。此说认为行政权是指由国家或其他行政主体担当的执行法律,对行政事务进行直接、连续、具体管理的权力,是国家权力的组成部分^[6](第133页)。

二、对各种行政权概念的评说

在社会科学研究中,对任何概念的界定都必须遵循辩证逻辑的基本原理,即任何概念都具有两个特征:它们都是在实践的基础上由特定的现象、事物、外部世界的对象所产生的并且反映着它们的本质、必然的属性。从辩证逻辑的角度来分析上述行政权的概念,我们可以发现各种解说都存在着诸多的不足之处。

第一,执行权说。执行权说认识到行政是一个相对独立的领域,行政权是一种相对独立的权力,与立法权、司法权相互制约,这是比较符合近代西方行政权的实际的。在近代西方,行政权的权限是非常有限的,只局限于严格地执行法律。但是,随着社会经济、科学技术和生产力的迅猛发展,人类社会出现了一系列新的问题。“这样在许多场合有采取立法行动的突然需要。对于许多这样的需要,委托立法是惟一方便的,甚至是惟一可能的应付办法”^[7](第48页)。为了保障人民的利益,解决这些突兀起来的问题,“政府必须在现在那种有些语焉不详的所谓‘集体意识’中去取得个人赞同与默许,政府由于经常受到攻击、怀疑,处于不稳定状态,因而不得不反复为自己辩护,设法证明自己的行动是正当的”^[8](第106页)。因此,行政权“常常是没有什么‘命令’要求‘执行’,而只有用公费提供服务的自由裁量权”^[9](第134页)。同时,解决这些问题需要效率,以至“大量的裁决现在仍然由政府当局,而不是由法院作出”^[10](第23页)。这样,行政权不仅在原有的领域得到了扩张,而且向立法权、司法权扩展。执行说很难包涵现代行政权的这些新内容和新属性。因此,伴随着时代发展对执行权说加以完善是历史的必然。

第二,管理权说。管理权说看到了行政权的管理功能。但是,行政权的管理功能只是一种表象,是达到行政权基本功能的一种手段。现代社会,行政权不仅仅使用管理手段,非管理手段,如行政合同、行政指导等正得到广泛的运用。把行政权仅定义为一种管理权是不恰当的。而且,这种界定忽视了行政权的法律特性。行政权源自法律,没有宪法和法律的根据,亦就没有行政权。忽视行政权的法律特性很容易为行政主体脱离行政权运行的法定轨道行使法外特权或滥用行政权力提供借口,从而有碍于法治行政的实现。

第三,结合说。结合说认识到行政权是一种相对独立的权力,并关注行政权的范畴,试图从行政权行使的具体实践或实在法的具体规定出发去界定行政权。然而,结合说也存在着许多不足之处:(1)将行政权界定为国家行政机关的权力似有不妥。因为现代社会,许多国家的行政主体是“分散的、开放的,它包括许多分为独立单元的结构和组织”。德国行政主体就包括国家、公共机构、公法团体、公法财团等等。我国行政主体也包括行政机关和法律法规授权的组织。(2)没有突出行政权管理行政事务的特点。无论是立法权还是行政权和司法权都涉及到行政事务,但行政权对行政事务的管理具有直接性、连续性、具体性等特点^[6](第133页)。(3)“执行法律”与“管理国家行政事务的权力”之间存在着逻辑上重复。

在法治社会,一切权力的行使都必须依照法律,行政权也须置于法律之下。因此,行政机关管理的行政事务本来就是法律事务,行政机关“管理国家行政事务的权力”就是一种执行法律的权力。况且行政权并不执行所有的法律,有些法律如私法是由公民自觉实现的。

第四,特征说。特征说突破了传统定义中将行政权定位于行政机关行使的权力的狭隘观念,依据各国实践将行政机关以外的公法人等纳入行政权主体的范畴,并且注意运用事物的特征来界定事物的内涵。因而是比较科学的。但是,特征说同样存在着不足:(1)在行政法学界一般将行政主体界定为行政权的归属者,是依法承担行政权的单个行政机关和法律法规授权的组织^[6](第 115 页)。在定义行政主体时将行政主体界定为行政权的担当者,而在界定行政权时又将行政权定义为行政主体行使的权力,这在逻辑上存在循环定义的错误。(2)行政权是一个不断发展的概念,特征说仍然把行政权的基本职能定位于管理行政事务和执行法律。这种定位除了“执行法律”与“管理国家行政事务的权力”之间是重复的之外,还存在着对行政权基本职能概括的不周延性。(3)特征说仍然将行政权界定为国家权力的组成部分。这不符合当今行政权的现实。在历史发展的某些阶段,行政权的确为国家所垄断,成了一个“独立于社会之上又与社会对立”的“超自然的怪胎”^[11](第 409 页)。而在现代社会,这种状况已经发生变化,一方面,“留给政府为数不多然而非常重要的职能”,使国家公共机构节省开支,减少贪污腐败并富有效率;另一方面,尽可能把“靠社会供养而又阻碍社会自由发展的寄生赘瘤——‘国家’迄今所吞食的一切力量归还给社会机体”^[11](第 377 页)。即现代社会除了将行政权中最重要的部分,如最主要的强制性权力等仍然为国家所垄断外,其他服务性权力已经开始为国家机关之外的组织所依法享有。

三、行政权概念之我见

对行政权的界定要避免出现逻辑上的失误,就必须严格按照逻辑学下定义的基本规则,揭示出行政权的内在属性、基本功能和本质特征。

(一)行政权的内在属性

原始社会,生产力极其低下,单个人无法独自存活下去。而人类在本性上又是一种社会动物。人类趋向联合的本能促使了人类以共同体的形式生存、生活,从而逐渐形成了原始人群的共同利益。然而,在共同利益之下,原始人群之间也存在一定的非对抗性的利益差别和矛盾。为了维护原始人群的共同利益,调和他们之间的利益差别和矛盾,原始人群需要有一种规则代表群体成员的意志来调控他们之间的利益差别和矛盾。这种规则就是“原始法”,即原始的习惯和风俗。“随着法律的产生,就必然产生以维护法律为职责的机关——公共权力。”^[11](第 539 页)这种基于社会合作的需要的以维护法律为职责的社会自治权就是历史上形成的最初形态的公共权力。随着生产力发展和私有制产生,在社会中产生了一种居于社会之上的权力——国家权力。国家权力是一种“和人民大众分离的公共权力”,是一种“特殊的公共权力”^[12](第 114 页)。可见,公共权力是一个包括社会自治权和国家权力两部分的权力体系。由于在历史发展的某些阶段,国家权力的扩张侵占了本属于社会自治权范畴的领域,造成了社会自治权的萎缩,甚至消失。因而,近代行政权是作为国家权力从统治权中分离出来的。然而,现代社会行政权也时常会以社会自治权的形式出现,如德国乡镇。在德国乡镇行政的依据是自治原则:公民应当自行调整和管理地方社会事务^[13](第 546 页)。如果说在德国享有行政权的乡镇行政身上还可以看到国家权力的痕迹的话,那么美国依法享有对律师申请人资格审查权的律师协会则无论如何也不能看做是国家机关。也许有人会认为,律师协会行使的行政权是由法律授予的。那么,行政机关所享有的行政权难道不是由法律授予的吗?可见,行政权是社会自治权和国家权力中具有共同社会基本功能的部分权力的组合。因此,行政权的上位概念应该是公共权力,而不是国家权力。同时,无论是在理论上还是各国的宪法制度中,行政权都具备作为相对独立权力的内在规定性:(1)行政权必须具有法定的独立权限范围;(2)除了法律规定外,行政权不具有从属性,任何其他权力(权利)都不得非法干涉行政权的行使,或以若明若

暗的形式渗入行政权内部。因此,从内在属性来看,行政权是一种相对独立的公共权力。

(二)行政权的基本功能

功能概念是指属于总体活动一部分的某种活动对总体活动所作的贡献。一种活动之所以持续下来,是因为它对整体生存是必要的。行政权的基本功能,是行政权对整个社会所作的贡献,是行政权直接实现一定主要目标所具有的功能,是由其作为一种公共权力的内在属性所决定的。由于人们对行政权的认识长期局限于国家权力的范畴,因此对行政权功能的探讨基本上是蕴含在国家功能的论述中。

自然法学派是西方资本主义社会的制度性要素,是西方宪政制度的理论基石。在自然法学派看来,“人和政治结合的目的都在于保存人的自然的不可动摇的权利。这些权利就是自由、财产、安全和反抗压迫。”^[14](第99页)这实质上提出了行政权的功能就是提供公共服务。只不过他们没有明确提出公共服务这个概念,且其范畴局限于保障公民的自由、财产、安全和追求幸福的权利。功利主义认为,国家是基于服从的需要而产生的。人们之所以产生服从的需要是在于功利。功利是国家产生的惟一依据。国家来源于功利,国家的存在在于功利,在于实现功利,为最大多数人谋取最大幸福。也就是通过提供公共服务来满足最大多数人的需要,谋取最大多数人的最大幸福。社会连带主义认为,“国家只不过是同一社会集团的人们中间的一种自然分化的产物”^[15](第8页),国家和法律的共同基础是社会连带关系。“公共服务的概念正在取代主权的概念。国家不再是一种发布命令的主权权力。它是由一群个人组成的机构,这些个人必须使用他们所拥有的力量来服务于公共需要。公共服务概念是现代国家的基础。没有什么概念比这一概念更加深入地根植于社会生活的事实。”^[16](第13页)换言之,公共权力的目的在于“创设秩序和稳定”,满足公共服务的需要。

马克思主义认为,“人民政府是真正代表人民利益的政府,是为人民服务的政府”^[17](第205页)。我们“一切工作都是全心全意为人民服务的,都是为了实现好、发展好和维护好人民的利益,任何脱离群众、任何违反群众意愿和危害群众利益的行为,都是不允许的”^[18](第577页)。这虽然更多的是从政府的宗旨的角度来论述的,但从中我们可以看出,马克思主义也认为公共权力的功能主要是为人民提供公共服务,只不过它强调提供公共服务的对象是人民,而不是全体公民,并认为公共权力提供公共服务的功能渗透着国家的阶级统治功能而已。

(三)行政权的基本特征

行政权的基本特征是行政权与其他权力(权利)相比较而呈现的。行政权作为公共权力,与私人权力(权利)相比,其基本特征主要表现为法律性、公益性和潜在强制性;而与同属公共权力范畴的其他国家权力相比,其基本特征主要表现为直接性、连续性和主动性。

(1)法律性。法律性是行政权的最基本特征。它具体表现为以下几个方面:行政权源于法律、行政权必须依法行使和行政权违法有责。也就是说,法律与行政权力的关系不是权利与权力的关系,也不是权力凌驾于法律之上,而是法律高于行政权力,法律支配和控制行政权力。

(2)公益性。公共利益是构成其成员们的利益总和,是个人利益相互调和的产物。行政权的公益性主要表现在两个方面:一是行政权的产生源自公共利益的需要。行政权是为了调控人们之间的利益差别和冲突的需要而产生的。主权者的职责取决于人民赋予主权时所要达到的目的,那便是为人民求得安全。这种安全不单纯是指保全生命,还包括每个人通过合法的劳动、在不危害国家的条件下可以获得的生活上的一切其他满足。二是行政权的行使必须维护和促进公共利益。行政权的产生是因为公共利益的需要,那么行政权的行使就必须以公共利益为依归,而不能谋取行政主体或行政人自己的私利。否则,人们就感觉不到幸福,从而引发社会灾难。

(3)潜在强制性。行政权以国家强制力为后盾,具有强制性。但行政权的强制性是潜在的,不是必要的、本质的属性。同时,行政权的强制性之所以是潜在的还在于这种强制性本身并不是目的,而是行政权提供公共服务的一种手段,而且不是惟一的手段。另外,这种强制是一种法定的强制,并不是纯粹的暴力。

综上所述,行政权就是主体以公共利益为依归,依法直接、主动、连续为社会和公民提供公共服务的一种相对独立的公共权力。

[参 考 文 献]

- [1] 张树义,梁风云.现代行政权的概念及属性分析[J].国家行政学院学报,2000,(2).
- [2] 张焕光,胡建淼.行政法学原理[M].北京:劳动人事出版社,1989.
- [3] [法]莫里斯·奥里乌.行政法与公法精要:上册[M].龚 冕,等译.沈阳:辽海出版社,春风文艺出版社,1999.
- [4] 刘 瀚,等.依法行政论[M].北京:社会科学文献出版社,1993.
- [5] 罗豪才.行政法学(新编本)[M].北京:中国政法大学出版社,1996.
- [6] 应松年,薛刚凌.行政组织法研究[M].北京:法律出版社,2002.
- [7] [英]詹宁斯.英国议会[M].蓬 勃译,北京:商务印书馆,1959.
- [8] [法]弗朗索瓦·佩鲁.新发展观[M].张 宁,等译.北京:华夏出版社,1987.
- [9] [英]詹宁斯.法与宪法[M].龚祥瑞,等译.北京:三联书店,1997.
- [10] 杨小君.二十世纪西方行政权的扩张[J].西北政法学院学报,1986,(2).
- [11] [德]马克思,恩格斯.马克思恩格斯选集:第 2 卷[M].北京:人民出版社,1972.
- [12] [德]马克思,恩格斯.马克思恩格斯选集:第 4 卷[M].北京:人民出版社,1972.
- [13] [德]毛雷尔.行政法学总论[M].高家伟译.北京:法律出版社,2000.
- [14] 周叶中.宪法[M].北京:高等教育出版社,北京大学出版社,2000.
- [15] [法]莱昂·狄骥.宪法论[M].钱克新译.北京:商务印书馆,1962.
- [16] [法]莱昂·狄骥.公法的变迁/法律与国家[M].郑 戈,等译.沈阳:辽海出版社,春风文艺出版社,1999.
- [17] 毛泽东.毛泽东文集:第 7 卷[M].北京:人民出版社,1999.
- [18] 江泽民.江泽民论有中国特色社会主义[M].北京:中央文献出版社,2002.

(责任编辑 车 英)

New Interpreting about the Concept of the Administrative Power

ZHU Zui-xin

(School of Law, Guangdong University of Foreign Studies, Guangzhou 510420, Guangdong, China)

Biography: ZHU Zui-xin (1968-), male, Associate professor, School of Law, Guangdong University of Foreign Studies, majoring in constitution & administrative law.

Abstract: The administrative power is a basic but important part of the administrative law, which is involved in some deep and inside systematic studies about a series of big problems, such as the unity of the theories and practice of the administrative law. Since the 1990's, it is more and more concerned by administrative and statutory scholars about how to define The power of administration. However, it hasn't been agreed on about the definition of the administrative power. This essay is going to dialectically and logistically set forth the connotation, basic functions and features of the administrative power, and will give the readers a brand new knowledge about the importance and functions of the definition of the administrative power.

Key words: administrative power; public power; public service