

关于公共行政变革与行政行为理论发展的探索^{***}

□魏 蕾 [电子科技大学 成都 610054]

[摘要] 随着公共行政变革的逐步深入,原有的行政行为理论已经不再适应现实发展的需要。因此,有必要突破原有思维的影响,进一步界定行政行为的概念,扩展其范围,以改造和发展现有的行政行为理论,促进行政法学和行政法治的发展,适应公共行政变革的要求。

[关键词] 公共行政变革; 行政法; 行政行为; 行政主体; 多元化

[中图分类号] C936 [文献标识码] A [文章编号] 1008-8105(2006)06-0048-04

行政法是有公共行政的法,行政行为理论则是行政法学理论的精髓和支柱。那么行政行为理论与公共行政变革之间是一种什么样的关系呢?法与社会变迁研究的先驱者弗里德曼(WolfgangFriedman)教授曾提出如下命题:相对于社会变迁而言,法既是反应装置又是推动装置。因此借用弗里德曼的学说,行政行为理论不仅应当及时反应公共行政变革的内容,而且还应当根据公共行政变革的需要适时地改造和发展自己,进而完善整个行政法学体系,适应社会的发展,推动公共行政的变革。本文主要从行政行为含义、特征及范围方面的发展进行一些探索。

一、传统行政行为理论中关于行政行为含义、特征及范围的认定

(一)关于行政行为含义的认定

“行政行为”源自法国行政法学中的 Acte Administratif 一词。它是法国大革命后,学者为说明行政机关在法律之下,像法院作出判决那样处理具体事件而使用的概念,其在本质上表现为相对人必须服从主权者单方面的决定或命令^[1]。此后,德国学者于1826年将其引入本国的行政法学中,提出了 Verwaltungssakt 的概念,并对其作了大量的解释。到了1895年,德国当时正处于从封建专制国家向具有专制和民主因素国家转变的时期,行政是国家的专属活动,与此相对应,德国行政法学之父奥托·梅叶

尔(Otto Mayer)将行政界定为“是除立法和司法之外的国家活动。”并在其所著的《德国行政法》一书中将行政行为定义为:“行政行为是行政机关针对特定主体的权利所作的具体的权威性的意思表示。”该定义直接影响到德国1976年颁布的《联邦行政程序法》,该法第35条第1款规定:“行政行为是行政机关为调整公法领域的具体事件而采取的,对外直接产生法律效果的命令、决定或其它主权措施。”这也是德国目前对行政行为所作的最权威的解释。

作为大陆法系的典范,德国的做法对日本、韩国、葡萄牙等其他国家和地区的行政法学理论和行政法实践产生了深远的影响,甚至也影响到中国。中国传统上一般认为行政行为是指行政主体代表国家行使公权力所作出的、能够产生法律效果的单方行为。

(二)关于行政行为特征及范围的认定

无论是德国奥托·梅叶尔(Otto Mayer)界定的行政行为,还是中国传统上一般认为的行政行为都是以单方性、命令性和强制性为基本特征的。所谓单方性是指行政主体实施行政行为无需事先征得相对人的同意,仅以一方的意思表示即可成立。所谓命令性是指相对人无权拒绝行政主体实施的行政行为而必须服从,行政主体与相对人之间是一种命令与服从的关系。所谓强制性是指行政主体行使行政职权如遇到障碍,在没有其它途径克服障碍时,可运用行政强制手段

* [收稿日期] 2006-10-14

** [作者简介] 魏蕾(1974—)女,电子科技大学政治与公共管理学院教师。

消除障碍,保障行政行为内容的实现。行政行为的单方性、命令性和强制性是紧密联系的,行政行为的单方性是行政行为命令性、强制性的前提,行政行为的命令性是行政行为单方性、强制性的结果,行政行为的强制性是行政行为单方性、命令性的保障。

因此,这就决定了行政行为的范围仅限于以政府为公共行政主体的行政行为,即对公共事务的管理是政府的一项专属权力,公共行政的唯一主体是以政府为代表的国家。不仅如此,中国还将行政行为仅局限为行政法律行为,还不包括行政事实行为。正如德国学者何意志教授在评论我国行政法时所谈到的:“中国行政法的特征之一是下令成风,而不重视合作是行政活动的重要手段。20世纪五、六十年代西方行政法中所用的‘具体行政行为’,如今支配中国行政的实践。其反映在立法方面,已开始规范某些具体行政行为,例如行政处罚和行政许可,但尚未进展到诸如行政合同与行政指导那类没有那么强制性的手段。”^[2]

二、公共行政变革对传统行政行为理论的冲击

(一)公共行政变革现状

自20世纪中后期以来,经济全球化趋势增强,科技革命迅速发展,社会参与管理的意识日趋强烈。与此同时,政府的职能和规模大幅度扩张,造成机构臃肿、人员膨胀、办事效率低下,行政费用大量增加,面临着信任危机、财政危机等严重挑战。为应付内外压力,适应社会环境的需要,众多国家将公共行政改革纳入政府的议事日程,甚至作为施政要务,并且见成效。如英国的“走向未来”计划,美国的“重塑政府”,丹麦的“公共部门现代化计划”,日本的“实现重视国民生活型的行政和适应国家化的行政”等等。中国也融入其中,进行了深刻的社会变革。主要表现为:在经济领域,社会主义市场经济体制的框架已初步形成;在政治领域,发展社会主义民主和依法治国的改革方向已经确定;在社会领域,政府通过培育和发展社会中介组织,并逐步将权力向社会转移已初见端倪^[3]。这一系列的变革,瓦解了原有的一元化社会结构,促使国家-社会-市场三元结构模式初步形成。

在这一公共行政变革的进程中,最核心的是国家权力从社会、经济领域有序退出,还权于企业和社会,打破了政府对社会公共事务的垄断^[4]。也就是说,权

力不再像过去那样全部集中于政府,而是部分地分散于各种非政府组织之中,相应地,公共行政也不再是专属于国家机构的职权,而是相当多地转移到享有相应职权的各种非政府组织手中,政府主要职能是“掌舵”,而不再是“划桨”。政府职能的转变,行政主体的多元化,同时引起了行政行为方式的变化,主要表现为单方性强制性行政方式的适用空间日趋缩小,行政指导、行政合同、行政奖励等非强制性行政方式应运而生,并且逐渐成为公共事务管理的主流方式。这意味着行政主体在调整公共事务管理的法律适用和救济方面,不再机械地适用公法的规定,而是根据问题定向,采用“提示问题方式的概念”,以平等、比例、公正为原则适用公法或私法实现公共利益。

(二)传统行政行为理论所面临的冲击

1. 行政主体的多元化对传统行政行为理论的冲击

传统行政行为理论认为对公共事务的管理是政府的一项专属权力,公共行政的唯一主体是以政府为代表的国家。而实际上伴随着公共行政的变革,政府已不再是唯一的行政主体,行政主体呈现出多元化的态势。因此,为回应公共行政的变革,更好地解决非政府组织行使行政权所产生的法律问题,就必须赋予行政主体新的内涵,扩大行政主体的外延。从内涵上讲,行政主体是指依法享有公共行政权力,以自己的名义实施公共行政,并能独立承担因此而产生的法律责任的组织。这里的公共行政包括国家行政和行使某种公共职能的社会组织(如非营利性的行业、专业协会组织)的行政^[5]。对此,姜明安教授作了更加明确的解释,“国家行政属于公共行政,但公共行政不等于国家行政。公共行政除了国家行政以外,还包括其他非国家的公共组织的行政,如公共社团(律师协会、医生协会等)的行政以及公共企事业单位(国有企业、公立学校、科研院所等)的行政”。从外延上讲,根据中国正在成长的非政府公共组织以及自治性行政组织的实际情况,并借鉴国外已有的行政主体划分经验,可以将行政主体划分成行政机关、被授权组织、村民、社区、特别行政区自治组织,以及依法拥有行政权的中介组织和公共管理机构等等。

2. 行政方式的多样化对传统行政行为理论的冲击

传统行政行为理论仅把行政行为归结为单方性、强制性的单方行政行为,而把行政指导、行政合同、行政奖励等新的、非强制性的行政方式排除在行政行为的范围之外。但随着公共行政的变革,这些新的行政方式不但出现了,而且逐渐成为公共事务管理的主流

方式,这显然构成了对传统的行政行为理论的冲击。因此,我们必须对传统行政行为理论进行反思和改造,使之能够包容这些新的行政方式。日本行政法学者盐野宏教授曾指出:“为与民法法律行为论相对应,设置行政行为论,这种构筑并未能充分把握现实的行政现象。……行政并不仅是行政行为和行政强制执行,而是使用各种各样的手段来实现其目的。……行政除从前范围内的公法上的方法以外,也使用所谓私法上的手段进行活动。”^[6]中国著名法学家罗豪才教授等也总结道:“传统理论认为,行政行为具有法律从属性、裁量性、单方意志性、效力先定性、强制性等特征,行政行为的效力包括确定力、约束力、执行力等。这种分析问题的思维模式受‘特别权力关系’理论的影响,将行政行为简单化。事实上,现代行政的行为内容是非常复杂的,不同行政行为的特征各不相同,其效力也不尽相同。根据行为的不同内容,法律的要求也是不同的。”^[7]

对于应当把这些新的行政方式放在行政法学体系中的什么位置进行研究,已成了中国当前行政法学界面临的比较棘手的问题。在中国,行政法学体系基本上是按照行政主体、行政行为、行政监督与救济来构架的,当前各个版本的教材中有的将行政指导和行政合同各列一章放在行政行为部分进行研究,有的在阐述了抽象行政行为和具体行政行为之后,专列一章“行政相关行为”来探讨行政指导、行政合同、行政调解等问题,有的在行政行为部分单列一章“行政主体实施的其他行为”来阐述行政指导行为、行政合同行为和行政事实行为,从逻辑结构上讲,这样做很明显是自相矛盾的。有的尽管在分类时认可了双方行政行为与行政事实行为,但这又与其所界定的行政行为的范围和范围存在着矛盾和冲突。

三、新形势下行政行为理论走出困境的路径探索

在公共行政变革的进程中,要摆脱行政行为理论面临的现实困境,必须对行政行为进行改造与发展。中国行政法学界有的学者主张借鉴德国在行政法学领域的做法^[8],在行政行为之外引入“行政活动”这一概念,明确提出,行政活动是指行政主体作出的能够影响相对人合法权益的公法活动,包括行政行为及行政事实行为。有的学者则主张仍使用“行政行为”这一概念,但扩大“行政行为”的内涵,不再将行政行为界定为单方性、强制性的行政法律行为,而是从更广泛的意义

上来阐释行政行为。以上两种主张各有其一定的科学性和合理性,但结合中国国情,笔者更倾向于将以上两种主张折衷一下。即将行政行为规定为广义和狭义两种概念。其中,广义的行政行为是指具有公共管理职能的机关、组织及其工作人员实施的与行使行政职权有关的影响行政相对人权益的全部行为,不仅包括政府行使行政权所为的行政行为,还包括非政府组织行使社会公权所为的行政行为,不仅包括强制性行政行为还包括非强制性行政行为,不仅包括单方行政行为还包括双方行政行为。狭义的行政行为则仅指行政主体代表国家行使公权所作出的、能够产生法律效果的单方行为。

这样做的好处在于:第一,符合法的稳定性和灵活性相适应的原则,对中国现行行政法学体系的影响较小。前面我们已经谈到,在中国行政法学界,学者们已经开始在行政行为部分研究非强制性行为和行政事实行为等,如果我们采用广义行政行为的概念,就可以将一些新的行政方式有机地融合到现行行政行为的理论体系中,以解决现存的学理概念上的混乱和逻辑结构上的不顺畅等问题,并为行政行为理论的改造和完善拓展空间。第二,将行政行为区分为广义和狭义两种,有利于明确狭义的行政行为与行政事实行为之间的区别,减轻对现行行政法学体系的冲击,降低其解构与重构的代价。第三,行政行为一词已逐步为立法和司法实务所接受。广义行政行为的引入,可以自然而然地将一些新的行政方式纳入立法规范与司法监控的范围之中,从而降低推进行政法治进程的投入成本,提高公共行政变革的效益。

总之,行政行为是行政法学中的一块重要基石,行政法又是关于公共行政的法,只有通过进一步界定行政行为的范围,扩展行政行为的范围,并从动态上考察公共行政发展过程中多元化行政主体的出现与多样化行政方式的运用所产生的法现象,理性地思考其法治化问题,才能拓展整个行政法学的研究空间,完善中国行政法学体系,促进行政法治的发展,推动公共行政沿着有利于社会发展的方向变革。

四、结论

社会进步与公共行政的变革对传统行政产生了重大影响,发展现有的行政行为理论势在必行。本文通过对当前公共行政变革的分析,进一步界定了行政行为的范围,重新研究了行政行为的特征,扩展了行政行为的范围,为新形势下行政行为理论的改造和发展提

供了一些探索性的思路。

参考文献

[1] 翁岳生. 行政法与现代法治国家 [M]. 台湾:台湾详新印刷公司,1979.

[2] 石佑启. 论公共行政与行政法学范式转换 [M]. 北京:北京大学出版社,2003.

[3] 吴锦良. 政府改革与第三部门发展 [M]. 北京:中国社会科学出版社,2001.

[4] 郭道晖. 权力的多元化与社会化 [J]. 法学研究,2001,(1):3-17.

[5] 罗豪才. 行政法学与依法行政 [J]. 国家行政学院学报,2000(1):53-59.

[6] 盐野宏. 行政法 [M]. 杨建顺译. 北京:法律出版社,1999.

[7] 罗豪才,甘雯,沈岍. 中国行政法学 [M]. 北京:中国法制出版社,2001.

[8] 哈特穆特·毛雷尔 [德]. 行政法学总论 [M]. 高家伟译. 北京:法律出版社,2000.

The Exploration on Public Administrative Transformation and the Development of Administrative Act Theory

WEI Lei

(Univ. of Elec. Sci. & Tech. of China Chengdu 610054 China)

Abstract As the gradual deepening of public administrative transformation, the old administrative act theory has changed unsuitable for the fact development. So, it is necessary to break through the influence of old thought, define the concept of administrative behavior, and extent its arrangement in order to rebuild and develop the existing administrative act theory, boost the development of administrative law Jurisprudence and the rule of administrative, and adapt the demand of public administrative transformation.

Key Words public administrative transformation; administrative law; administrative act; subject of administrative; multivariate

(编辑 薛晓东)

· 学术广角 ·

中国制造业中的外商直接投资

王成岐、张建华、徐文忠在《中国工业经济》2006年第10期上撰文指出,FDI在中国制造业具有溢出效应,这种溢出效应对改进内资企业的绩效具有重要作用。然而,外资存在与内资企业绩效间的关系并不是普遍而一致的,而是与外资企业的国别(地区)和内资企业的所有制类型有关。结果表明,西方与港、澳、台和海外华人投资对增进内资企业绩效均有重要作用,但考虑到在份额上前者低于后者,因此,可以断言西方跨国公司的投资对内资企业的影响相对更大。更进一步,我们发现西方跨国公司与港、澳、台和海外华人企业对内资国有企业与非国有企业具有截然不同的影响。西方资本对国有企业具有正的溢出效应,但对非国有企业并非如此。港、澳、台和海外华人资本则改进了内资非国有企业而不是国有企业的绩效。

作者发现的FDI在中国制造业中溢出效应的模式,对于政府完善FDI政策具有重要的参考价值。

· 宣 文 ·

关于公共行政变革与行政行为理论发展的探索

作者: [魏蕾, WEI Lei](#)
作者单位: [电子科技大学, 成都, 610054](#)
刊名: [电子科技大学学报\(社会科学版\)](#)
英文刊名: [JOURNAL OF UNIVERSITY OF ELECTRONIC SCIENCE AND TECHNOLOGY OF CHINA\(SOCIAL SCIENCES EDITION\)](#)
年, 卷(期): 2006, 8(6)

参考文献(8条)

1. [翁岳生](#) [行政法与现代法治国家](#) 1979
2. [石佑启](#) [论公共行政与行政法学范式转换](#) 2003
3. [吴锦良](#) [政府改革与第三部门发展](#) 2001
4. [郭道晖](#) [权力的多元化与社会化\[期刊论文\]-法学研究](#) 2001(01)
5. [罗豪才](#) [行政法学与依法行政](#) 2000(01)
6. [盐野宏](#); [杨建顺](#) [行政法](#) 1999
7. [罗豪才](#); [甘雯](#); [沈岚](#) [中国行政法学](#) 2001
8. [哈特穆特·毛雷尔](#); [高家伟](#) [行政法学总论](#) 2000

本文读者也读过(9条)

1. [梁建春](#). [时勘](#). [何群](#) [组织核心胜任特征的研究概况\[期刊论文\]-西南民族大学学报\(人文社科版\)](#) 2006, 27(4)
2. [李源泉](#). [窦正斌](#) [从哲学视角浅析公共行政价值——基于对“科技异化”和“科学发展观”的思考\[期刊论文\]-法制与社会](#) 2009(30)
3. [毛承洁](#). [李丽荣](#) [论电子政务对公共行政的影响和作用\[期刊论文\]-中山大学学报论丛](#) 2006, 26(2)
4. [李建霞](#) [信息技术对公共行政的影响\[期刊论文\]-内蒙古科技与经济](#) 2006(18)
5. [贺晓博](#) [从“统治”到“治理”与行政法模式转变\[学位论文\]](#) 2005
6. [楚明锬](#). [周军](#). [Chu Mingkun](#). [Zhou Jun](#) [管理内化与服务外化:公共组织行为范式的转换\[期刊论文\]-中共郑州市委党校学报](#) 2010(4)
7. [石佑启](#). [Shi Youqi](#) [论公共行政变革与行政行为理论的完善\[期刊论文\]-中国法学](#) 2005(2)
8. [王薇](#). [WANG Wei](#) [公益型非政府组织行为的伦理思考\[期刊论文\]-安徽工业大学学报\(社会科学版\)](#) 2009, 26(3)
9. [陈第华](#). [CHEN Di-hua](#) [“利益人”视阈下公共行政人员的行政行为选择\[期刊论文\]-西南交通大学学报\(社会科学版\)](#) 2009, 10(3)

本文链接: http://d.g.wanfangdata.com.cn/Periodical_dzkjdxsb-shkx200606012.aspx