



创设行政宪制

Creating the Administrative Constitution

被遗忘的美国行政法百年史 (1787—1887)

The Lost One Hu

Administrative Law

[美] 杰里·L. 马肖 (Jerry L. Mashaw) - 著

宋华琳 张力 - 译

宋华琳 李鸽 - 校



中国政法大学出版社

创设行政宪制

Creating the Administrative Constitution

被遗忘的美国行政法百年史 (1787—1887)

The Lost One Hundred Years of American Administrative Law

[美] 杰里·L. 马肖 (Jerry L. Mashaw) - 著

宋华琳 张力 - 译

宋华琳 李鹤 - 校

藏书

中国政法大学出版社

2016 · 北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

创设行政宪制:被遗忘的美国行政法百年史:1787~1887/(美)马肖著;宋华琳,张力译
北京:中国政法大学出版社, 2016.1

ISBN 978-7-5620-6494-7

I. ①创… II. ①马… ②宋… ③张… III. ①行政法—法制史—美国—1787~1887
IV. ①D971.221

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第289314号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908524 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	29.5
字 数	450 千字
版 次	2016 年 1 月第 1 版
印 次	2016 年 1 月第 1 次印刷
定 价	62.00 元

译序

——国家建构与美国行政法的史前史

宋华琳*

杰里·L. 马肖 (Jerry L. Mashaw) (1941 -) 是美国行政法学界的知名学者。他于1962年和1964年分别获杜兰大学哲学学士学位和法学学士学位, 1969年获英国爱丁堡大学欧洲政府研究方向博士学位。马肖于1966年至1968年执教于杜兰大学法学院, 1968年至1976年执教于弗吉尼亚大学法学院, 从1976年起任耶鲁大学法学院教授, 且为耶鲁大学斯特林讲座教授。¹他在行政法总论、公共选择与公法、社会福利法、健康和安全管理、行政法史等领域都有精深的造诣。译者在此将对马肖教授的研究特色略加述评。²

马肖教授是美国当代知名的行政法学家, 他合编了《行政法: 美国公法体系导论》的教科书, 其体例结构有着独到的追求。³马肖在专著《行政国的正当程序》中, 通过对判例和学说的整理, 讨论了“什么程序才是正当的”, 进而抽象出对待正当程序条款的三种模式, 即诉诸传统的适当性模式、追求利益平衡的效能模式以及在自然权利理念上的尊严价值模式。⁴马肖相对更为推崇尊严价值模式, 认为程序的尊严价值与平等、可预期性、透明、理性、参与和隐私权保护等相关联。⁵马肖还从规范和实证、法律和政治的角度, 探讨了美国的行政法解释, 比较了行政解释与司法解释在解释规则上的差异。⁶

马肖教授将公共选择理论引入公法研究。他假定政治生活中的诸角色都

* 法学博士, 南开大学法学院教授, 博士生导师。

是在理性地行事，并力图让某些目标趋于最大化，政府机构有时也有自己的利益，也会为自身利益驱动而行事。马肖的进路是力图将经济分析引入公法制度的设计，⁷马肖在专著《贪婪、无序和治理：运用公共选择改进公法》中，利用公共选择理论对理性审查、法律解释、行政过程、禁止授权原则、分权等主题进行了分析。⁸

马肖在福利行政领域耕耘已久。他在1983年出版了专著《官僚的正义——以社会保障中对残疾人权利主张的处理为例》（*Bureaucratic Justice: Managing Social Security Disability Claims*），该书以福利行政个案为例，借用组织学、经济学、行政学的知识，通过对社会保障署残疾项目日常行政的运行及科层控制的分析，探讨了福利行政的不同模式以及如何以规则和基准改进社会保障行政决定质量。⁹马肖针对社会保险、残疾人保障、社会保障等领域的法律和政策问题，出版了一系列论著。¹⁰马肖最近还对奥巴马医改案判决对医疗保险及社会保险制度的影响进行了讨论。¹¹

马肖教授对健康和安全管理给予了较长时间关注。他于1990年出版了合著《为汽车安全而斗争》（*The Struggle for Auto Safety*），追溯了1966年美国高速公路安全管理局（NHTSA）的形成，梳理了汽车安全立法和规制的演进过程，进而探讨了规制与法律文化的关联、规制与权利保障的关联性、总统与国会之间的权力配置、联邦和州之间的权限配置，检讨了规制政策的形成过程，反思了规制的“私益”和“公益”理论。¹²

在大约2003年至2012年间，学术上处于鼎盛期的马肖教授，开始致力于对美国行政法史的探研，先后于2006年、2007年、2008年、2010年发表四篇长文，分别探讨美国联邦党时期、民主共和党时期、杰克逊时代、镀金时代的行政法。¹³以此为基础，马肖于2012年在耶鲁大学出版社出版了这部开创性的作品——《创设行政宪制：被遗忘的美国行政法百年史（1787—1887）》。¹⁴

美国行政法学的通说中，将1887年州际贸易委员会的成立视为美国行政法的发端。认为美国建国的前一百年里，行政权极其孱弱，认为行政法是关乎司法审查之法，将行政法几乎等同于外部行政法。但马肖的著作从历史

制度主义的视角，在美国建国国父所缔造的宪制框架下，审视美国 19 世纪的行政法与政治发展，理解国家建构与行政法的史前史。

某种意义上，马肖是在“找回国家”，指出在美国建国的前一百年间，在公职轮替制下促成了文官制度的浮现；通过禁运行政、土地行政、退役保障金裁决等措施，形成了内部法律规范，促进了行政程序的改革；蒸汽船规制等则构成了行政规制的先声；普通法的令状诉讼形式，构成了有限的行政课责机制。在小政府及自由主义的理念下，渐次形成了一个强有力的行政国家。

的确，在美国建国后的百年间，渐次建构起马肖所谓的“行政宪制”（administrative constitution）。行政权应在政治、法律及行政层面都具有可问责性，这包括国会、地方、民众等对行政权的控制，包括普通法的诉讼形式，包括行政程序的改革，包括行政自我控制的兴起。这些不仅更新了我们美国行政法的理解，拓展了美国行政法的疆域，增加了我们对美国行政法的新知，也为我们重新发展和理解中国行政法提供了新视角、新方法、新启迪。

一、重新发现美国行政法

（一）对美国行政法的传统理解

1. 制度面的理解。随着 19 世纪六七十年代美国铁路产业的勃兴，铁路市场竞争中的缺失引起了总统、国会、铁路业界及学界的高度关注。¹⁵ 克里夫兰（Cleveland）总统于 1887 年 2 月 4 日签署了《州际贸易法》，根据该法设立了联邦州际贸易委员会。¹⁶ 美国学者多将州际贸易委员会视为美国首个“现代”规制机构，认为它的设立构成了美国行政法的制度起点。¹⁷ 继而，他们讨论了行政机构的性质与功能，行政机构的权力、运作程序及内部架构，行政机构如何颁布规则、裁决个案，如何对行政行为进行司法审查及政治监督。¹⁸

美国学者多将美国行政法的历史时期分为进步时代的行政法、新政时代的行政法、1946 年《联邦行政程序法》颁布后的行政法、权利革命时代（即 20 世纪 60 年代）的行政法、20 世纪 80 年代的规制改革与行政法、21 世纪全球化时代的行政法六个阶段。

2. 学说面的理解。英国公法学家戴雪（A. V. Dicey）在 1885 年出版的《宪

法研究导论》中指出，行政法（*droit administratif*）来自于法国，是对官僚特权的保护，与法治不相容，“在英国不存在真正的行政法”。¹⁹戴雪的解读或误读影响了大洋彼岸的美国。在美国建国之初相当长的时间里，美国政府和公众对于行政介入公共事务总体持戒惧的姿态，也未形成行政法的学说体系。直至1900年，在当时的大多数律师和学者眼中，行政法根本不能被视为“法”。²⁰

在美国行政法学的讨论中，弗兰克·古德诺（Frank Goodnow, 1859—1939）与恩斯特·弗罗因德（Ernst Freund, 1864—1932）居于重要的地位。古德诺堪称美国最早的行政法学者，也是美国公共行政学的奠基人。²¹古德诺于1893年出版了《比较行政法》，对美、英、法、德四国行政体系进行了比较研究。²²他还于1905年出版了《美国行政法原理》，探讨了分权视角下的行政法，涉及中央行政、地方行政、公务人员及行政的手段和形式，也探讨了司法和立法对行政的控制。²³

弗罗因德在1894年发表的《关乎美国行政之法》中，希望行政法能成为美国公法学的一个分支，他指出，“要发展出相应的法律部门，来规制和限制政府行为。……它的主题是公共事务的管理，这一方面有别于立法，另一方面有别于法院的审判，这被恰当地称之为行政法”。²⁴弗罗因德于1911年出版了《行政法案例》，²⁵强调司法是检验行政活动合法性的试金石。该书收录案例226个，探讨了普通法体系下行政行为的司法审查，这部著作也被视为开启了美国法学院中行政法学的研究传统。²⁶

（二）对美国行政法的误读

通过以上的论述可见，无论从制度还是学说的层面，即使在美国学界，对于美国建国初至1787年的行政和行政法，亦缺少足够的探研。这或许可归因于如下三点误读。

1. 美国早期行政权的蛰伏。斯蒂芬·斯科夫罗内克（Stephen Skowronek）教授在对美国国家建构的研究中提出，早期的美国是“由法院和政党组成的政府”。²⁷伍德罗·威尔逊（Woodrow Wilson）在《国会政体》中则主张，“在这个体制中，支配和控制的力量，一切主动和正常权力的中心和源泉都是国会”。²⁸在保守派政治学者西奥多·洛伊（Theodore J. Lowi）笔下，美国建国初的政府是

由国会和几乎“自动实施”的法律统治着，认为这一时期行政权几近蛰伏的状态，因此也没有“行政法”存在的空间。²⁹

但此间的误读在于，在美国建国初的一百年，美国的领土、人口、产业、交通和通讯都有了飞跃式发展，法律和行政要作出应答，去塑造行政架构和管理技术，保持行政的活力和有效性。在1787年至1801年联邦党执政时期，美国发展了相应的行政管理和科层控制手段；在杰斐逊民主共和党时代，禁运及西进运动中的土地行政使得行政权事实上得以扩张；在杰克逊时代，第二银行案彰显出财政部在美国行政治理体系中的地位，美国文官制度渐次形成，对蒸汽船安全性能的规制构成了美国行政规制的先声。这是美国国家建构的过程，在此过程中，行政的疆域不断拓张，加强了行政机关的信息分析能力和项目计划能力，进而提高了行政机关的官僚自主性。³⁰为此有必要通过写实性的研究，来还原和理解美国19世纪行政与行政法的真实运作。

2. 行政法是“司法审查”之法。美国主流行政法学说认为，行政法是“对行政行为进行司法审查”的法，关注谁具有提起司法审查的原告资格，哪些行政行为可接受司法审查，行政行为何时会被司法审查，哪个法院具有相应的管辖权，法院又会以怎样的标准来审查行政决定。³¹现行司法审查制度的根据主要是1946年颁布的《联邦行政程序法》。在1789年至1887年间，更多是以特别救济令状（extraordinary writs）制度来为私人权利提供特别法律救济。但普遍认为，特别救济令状制度只能为私人权利提供零散的、不系统的保护，无法对行政行为进行有效审查，因此行政法尚不能作为一个独立领域而存在。³²

上述的解读，是以司法中心论的视角来审视法制与法学。但行政法不仅仅是司法审查之法，美国19世纪最重要的任务是国家建构（state-building），这一时期的行政法并非植根于司法判决之中。在彼时，行政要遵从成文法律的规定，要接受总统行政命令的导引，接受国会的监督，恪守行政科层体系内部的层级控制。因此，应着力去关注行政组织的架构，科层控制的技术，行政文官制度的兴起，行政与国会、总统、法院的关系。有必要从国家建构的视角审视行政法，理解美国宪制体制下的行政法，而这样的进路曾为对司法判决的关注所遮蔽。

3. 行政法是“外部”行政法。第三种误读在于，认为行政法更多是“外部”（external）行政法而非“内部”（internal）行政法。“外部”行政法是指处理行政机关及其官员同公民关系之法，“内部”行政法则是指处理行政官员之间关系以及处理行政官员和行政机关之间关系的法。³³例如，在20世纪初，弗罗因德即将“行政法”界定为“当一方为行政当局，另一方为个人或私人权利时，对相互冲突的权利主张予以处理的法律原理”。³⁴行政法学一般更关注影响私人权利和利益的外部行政行为。³⁵

但“内”和“外”之间实则并不存在泾渭分明的界限，行政的内部组织架构和人员管理可能会产生外部的法律效果，亦应恪守宪政、法治与分权的原理。在19世纪的美国，立法并不完备，不仅有待于总统的行政命令对法律予以解释，更需要行政机关制定的规章、指南、准则和指示，将法律和政策予以具体化。美国财政部、土地管理总局、退役保障局的行政活动，都在实践中具有重要的意义。时至今日，行政机关仍有可能成为行政法规范的创设者，³⁶行政组织的内部架构、行政裁量权的运作、行政机关的自我规制实践等问题，³⁷这些或可被纳入“内部”行政法的范围，并成为行政法学研究的重要课题。

（三）重新发现美国行政法

因此，马肖是在重新发现美国行政法。他通过对美国联邦党时期、民主共和党时期、杰克逊时代、镀金时代的行政法进行评述，力图展示出美国早期行政的范围和形态，探讨面对政经社文的变迁，行政在组织形态和行为方式上做出的应答，探讨行政权如何既有效实现行政任务，又能保障私人权利，并承担政治与法律上的责任。这部著作共分为导论、联邦党时期、民主共和党时期、杰克逊时代、镀金时代及反思行政宪制六部分，共十五章，在这样一个历史维度下，为我们展示出了一幅曾被遮蔽的美国公法史长卷。

二、联邦党时期的美国行政法：1787年至1801年

美国首任财政部长亚历山大·汉密尔顿于1792年成立了联邦党（Federalist Party），在赢得总统选举后，联邦党于1793年正式成为执政党，联邦党候选人约翰·亚当斯于1796年至1800年间，出任第二任美国总统。在1789年至1801年联邦党执政期间，共和国肇始之初的行政并不限于补贴和庇护，还孕

育着现代意义的福利和规制职能；法律创设出形式各异的行政机关；通过管理与科层控制，让行政机关及行政官员承担责任；通过普通法上的救济形式来控制行政权。

（一）架构有效且合法的行政

美国宪法创设了行政分支，美国宪法第二条包括了行政部门组织和权力的细目。但美国宪法只规定了总统和副总统两个职位。美国宪法第二条第一款规定，“行政权力应赋予美国总统”，“副总统任期与总统任期相同”；第二条第三款规定，总统负有“保障法律得到忠实实施之责”。但美国宪法第二条并没有真正说明，什么是行政部门的最好构造，什么是其应有的权力。³⁸这或许构成了“一元化行政”（unitary executive）理论的“文本”和“结构”基础，即总统拥有针对所有行政事务的直接职权。³⁹

首届国会创设了战争部、外交部、财政部等部门，之后还成立了海军部和美国邮政署，颁布了公有土地转让和版权立法。国会于1789年9月29日通过了首部关于退伍军人保障金的立法；⁴⁰又在1798年颁布了《国家海事医疗服务法》（National Marine Health Service Act），要求雇主必须为海员购买医疗保险，在诸多港口为患病受伤海员提供救治，并通过从海员薪资中提取税收来筹资建立海员医院，为海员提供医疗服务。⁴¹这些在某种意义上构成了美国福利行政的溯源。对船舶适航性的规制，依照州法对抵港船只进行检验检疫，颁发公有土地专有权证书，就与印第安人的贸易颁发许可，则构成了美国行政规制的先声。

1. 财政部门的架构。美国财政部门的缘起可以追溯到独立战争时期。当在费城举行的大陆会议讨论战争筹资问题时，大陆会议并无征税之权，也没有稳定的资金来源，因此开始着手发行纸币。1775年6月22日，国会发行了200万美元钞票，国会雇用了28名费城公民来为货币标记编号。在1775年7月29日，第二届大陆会议任命乔治·克莱默（George Clymer）和迈克尔·希莱加斯（Michael Hillegas）为大陆会议联合司库，管理大陆会议政府财政。⁴²

美国在殖民地时期和独立战争时期始终未能建构起一个有力的财政行政体系。直至1789年9月2日，美国国会创设了管理政府财政事务的部门——财政部。财政部长负责财政事务，并设有货币监理官（Comptroller）、审计官（Au-

ditor)、国库官 (Treasurer)、登记官 (Register) 各一名，所有这些官员都需经总统任命，并经参议院同意。亚历山大·汉密尔顿于 1789 年 9 月 11 日就任美国首任财政部长。⁴³

在美国早期，财政部地位极其重要，它募集和发放所有公共资金，对美国银行和美国邮政局行使某种监督权，负责所有军事采购。早期法律还责令财政部长“就国会参议院或众议院提及的，涉及财政部的所有事务，或与财政部长职责有关的所有事务，以当面的形式，或依要求以书面的形式，向国会两院进行汇报，提供信息”。⁴⁴此外，财政部长在行使法律范围内的裁量权时，亦得接受总统的指令和导引。

2. 税收部门的架构。税收征收法律是美国早期国会设计出的最为复杂的体系。美国国会于 1789 年 7 月 31 日颁布了题为《规制关税的法令，根据船只或轮船中承载进口到美国的商品或货物的总量，依法征收关税》的法律。⁴⁵这部法律规定，每个主要港口至少要有三名官员，即征收员 (collector)、海军军官和调查员 (surveyor)，他们之间通过职能分离与合作来实现相互制约，遏制腐败。根据该法的规定，只有征收员签署了书面声明，并有海军军官的附署，证明船只已缴纳了所有的关税，才允许船只装载相应的货物。如果发现某艘船只有任何偷税漏税行为，税收官员有权查扣并没收该船只。

国会在 1791 年 3 月 3 日颁布了对蒸馏烈酒征“威士忌税”的法律，也设定了复杂的税收行政体系。⁴⁶该法将常规检查和特别调查区别开来，检查官员可以在白天的任何合理时间对酿酒厂进行检查。如果税收官员未按照法令履行职责，给纳税人造成损害时，纳税人有权依照法律的特别规定提起诉讼。

3. 总检察长的设立。美国《1789 年司法法》第 35 条规定，当总统或行政部门首长咨询法律事务时，总检察长 (Attorney General) 应提供咨询意见书。⁴⁷总检察长曾请求华盛顿总统为其配备一名职员，但未获批准，在 1819 年之前总检察长没有任何工作人员，到 1821 年总检察长才有了自己的办公室。⁴⁸在 1790 年，美国首任总检察长埃德蒙·伦道夫 (Edmund Randolph) 的年收入是美国其他政府部门首长的一半，年薪仅有 1500 美元。⁴⁹总检察长是份兼职工作，他依然可以从事私人律师业务谋生，他的角色在某种意义上是美国政府部门与

私人律师职能的杂糅。

（二）早期共和国对行政的课责机制

美国早期的立法往往将实施法律之权赋予总统，也有些法律直接将实施法律之责赋予行政部门或特定官僚机构的首长。行政职权的获得，来源于国会的授权。在联邦党时期，尚不存在现代意义的公共行政。通过行政科层的监督控制；通过强调选任官员的品质，通过促进官员忠诚的宣誓等方式；通过为官员行为支付报酬；通过设置保证金等惩戒措施——来实现对行政的课责机制。

1. 科层控制。按照科层制建构的行政机关，内部应有层级明晰的结构，公务人员应接受所在机关的指挥命令与监督，下级机关应接受上级机关的指挥、命令与监督。⁵⁰在联邦党时期，并未建立现代意义的科层行政。但华盛顿总统通过会见、通信、不断讨论等方式，来控制各政府部门首长。财政部、国家土地总局（General Land Office）等部门，通过通信、审计、书面汇报、现场检查等方式，来控制下级部门。

2. 强调官员的“品质”。在联邦党执政期间，强调被任命官员具有“合适品质”（fitness of character），以保证其能认真审慎地履行职责，事实上，他们多为所在地区确有能力的名流。在早期立法中，还强调任职官员不能存在利益冲突，例如，禁止财政部官员从事“贸易或商业事务”，禁止其全部或部分拥有自己的商船。⁵¹同时，要求官员宣誓维护美利坚合众国法律，宣誓履行岗位职责，试图以道德教化的力量保证官员忠于职责。

3. 给官员以金钱激励。美国建国初期的公务员往往并非专职，他们常常集领薪水的雇员、独立的社会名流及私人商贾于一身。在联邦党时期，官员或因特定行为领取相应报酬，或依据行政机关所获收益获取佣金提成。但这一般要以法律规定为限。⁵²例如，法律规定海关官员从船舶登记费中获得一定比例的收入，还规定税收执法官员及许多其他执法官员有权从罚金或罚没财物中获得一定份额的收益。

金钱激励的设定，有助于调动官员执法的积极性。但缺点在于，行政活动是行政机关的义务，并非行政机关和相对人之间的互惠交换关系。按次计费或按罚没收入提成，或曲解了行政活动的目的，乃至有可能影响行政活动的公

正性。⁵³

4. 保证金与罚金。在联邦党时期，官员出任相应职位之前，往往要依法交纳保证金（bonds）或担保金（surety）。例如，出任一名美国司法警察，要交纳2万美元保证金；要出任土地测量师，要交纳2000美元保证金。法律还可能对违法官员设定罚金，例如对受贿的港口官员将可科以200美元至2000美元的罚金，并被终生剥夺出任公职的资格。⁵⁴保证金与罚金构成了对行政官员的规训机制。

（三）普通法背景下的司法审查

传统美国行政法学的叙事中往往认为，20世纪初的司法审查依然是受局限且不确定的。但这涉及如何理解司法审查。在建国初的联邦党时期，只有几部成文法律规定了对行政行为的司法审查，但是，可以通过动产侵占之诉（trover）、请求返还扣留物（detinue）之诉、违反简式合约索赔之诉（assumpsit）及收回不法动产（replevin）之诉等普通法上的救济形式，去审查公务人员所做的没收、扣押及其他侵犯私人人身或财产的行为。⁵⁵例如，当船主认为海关官员错误扣押船只货物时，可以向法院提起损害赔偿之诉。⁵⁶缴纳关税的进口商，有可能向法院提起违反简式合约索赔之诉，请求返还关税税款。在这个时期，法院进行司法审查时，不尊重行政机关的法律适用和事实认定，而是采取从头审查（de novo）的方式。⁵⁷

三、民主共和党时代的国家建构：1801年至1829年

联邦党执政时期的国会和行政，致力于以有效行政治理之线，将一个脆弱的联盟编制在一起。但在被称为“1800年革命”的1800年总统选举中，联邦党败北，托马斯·杰斐逊执掌的民主共和党（Democratic-Republicans）获胜。⁵⁸在1801年至1829年间，民主共和党人杰斐逊、詹姆斯·麦迪逊、詹姆斯·门罗和约翰·昆西·亚当斯先后出任美国总统，这段时期被称为民主共和党时代。

民主共和党人秉承“小政府”理念，他们希望联邦政府以柔性的、几乎不为人所见的方式进行管理，以至于公众几乎不知道政府的存在。⁵⁹在杰斐逊总统的就职演说中，他所倡导的是“一个明智且俭省的政府”，是尽量首选行政之外的作用方式，如果不得已需要行政的介入时，也要限制行政裁量权。⁶⁰

在杰斐逊就任总统期间，国会削减了军队编制，废止了国内税（internal taxes）。

但是，民主共和党人的小政府理念，与实践中的国家建构存在某种程度的紧张关系。1807年至1809年间的禁运，是美国早期政府对商业贸易最严苛的规制，也引发了相应的规制行政以及普通法背景下的司法审查。随着西进运动和领土扩张的进行，发展出了对公有土地的测量和出售，针对土地权属的纠纷，首次形成了面向大众的行政裁决体系。禁运行政与土地行政的共同特点在于，行政体系内部的层级控制及课责机制，作为“支配行政的内部法则”，在保证法律适用的中立性、一贯性等方面发挥了重要作用，而这是美国行政法和行政治理较易忽视的面向。⁶¹

（一）禁运行政

1807年至1809年间的禁运，可被视为美国最早的一场经济规制试验，它比1887年《州际贸易法》的颁布早了80年。1807年12月22日，国会颁布了《禁运法》，除非总统有明确的指示，否则任何在美国港口停泊且要驶往国外的船只都要被驱逐出境。此后，国会于1808年1月9日、1808年3月12日颁布了两部补充性禁运法，又于1808年4月25日、1809年1月9日颁布了两部实施法。禁运法禁止美国商品出口，停止与任何干扰美国商船的国家进行贸易往来，目的是为了防止正在交战的英法双方继续骚扰和掠夺美国船只。⁶²这个时期的禁运是一项外交政策事务，也是一项新奇的贸易规制试验，而这必须以行政机关拥有强制性的权力，并能有效实施行政权为前提。

1. 禁运的合宪性。禁运赋予了行政机关相当广袤的裁量权。根据禁运法的规定，任何船舶的船主或船长，或其他明知却仍从事被禁止的涉外航运的人，将被处以1000至2000美元之间的罚金。禁运涉及对个人自由和财产权的克减，引发了禁运是否合宪的质疑。但在美利坚合众国诉威廉斯案的判决中，约翰·戴维斯法官认为禁运合宪，禁运不仅是对贸易的规制，也是战争权力的行使，是在“必要且适当”条款下为战争所做的准备，为了实现美国宪法的总体目的，保护国家的固有主权，禁运立法是适宜的。⁶³

2. 禁运的行政控制。要保证在不同地区，由不同官员作出的禁运决定，都能做到公正且具有一贯性，有赖于总统、财政部长及行政体系内部的科层控

制。1807年《禁运法》规定，除非“有美利坚合众国总统的直接指示”，否则将禁止任何船只驶往国外港口。该法赋予了总统实施禁运法案之责，杰斐逊总统会给财政部长加勒廷写信，来表达自己的禁运法实施的见解。⁶⁴此外，尽管总统无权就禁运立法的实施向州长发布指令，但杰斐逊仍会给相关州长写信，试图以非正式的方式施加影响。

在保证禁运立法的实施过程中，财政部和财政部长所建构的内部控制体系发挥了更为重要的作用。其一，财政部长加勒廷（Gallatin）就禁运法案的实施、执法人员的权利义务等给出解释，在禁运实施的前11个月里，他发布的公告或写给执法人员的指示信函，合计584件之多。其二，财政部长就特定问题和执法人员进行沟通，并给出具体的导引。其三，执法人员要定期就进口货物的情况、关税收缴情况及法案实施问题向财政部长报告。⁶⁵通过行政内部控制体系的建构，来约束禁运实施中的行政裁量权。

3. 禁运的司法审查。在禁运行政中，得以损害赔偿之诉（trespass）、动产占有回复之诉（replevin）等普通法上的诉讼形式，针对联邦官员的违法行为向州法院起诉，而法院审查的是行政行为的合法性。法院在判决中认为，行政机关在实施禁运决定时，要以特定案件中的事实与情境为基础来行使自己的判断权，去判定船只是否有违反禁运法的行为，判定船主是否具有违法的主观意图。⁶⁶

（二）土地行政

在民主共和党时代，最为重要、最具挑战性的行政任务之一，当属“公有土地”（public domain）的测量和出售。在美国，围绕公有土地的处置，逐步形成了一个较为完备的行政体系。在1812年，国会创设了土地总局（General Land Office）。首先，在1785年美国颁布的《土地法令》（Land Ordinance）中，承认联邦政府有权出让西部拓荒的土地；并规定，在出让任何公共土地之前，必须进行土地测量。其次，要为土地测量、土地销售、土地权属登记及账目结算建立统一规则。再次，要对土地销售进行登记，收齐价款，颁发公共土地转让证书（land patents）。最后，要建立裁决土地权属纠纷的制度。

1. 内部行政控制体系的建构。在美国早期的实践中，形成了以镇排

(range)、镇区 (township) 和地块 (section) 为基础的公共土地测量体系。⁶⁷ 1796 年立法及后续法律就如何设置镇区的界址点 (corners), 如何确定地块的经纬基线 (lines) 给出了详细的导引。但对于界址点的选定、价款的支付等等细节, 法律无法为官员提供更为细致的指南, 因此, 国会授权财政部长 “在他看来必要和合理时”, 颁布更为具体的规章。

马尔科姆·罗尔博 (Malcolm Rohrbough) 在他的经典著作《土地局的业务》(The Land Office Business) 中指出, 在 1789 年至 1837 年间, 坐落于华盛顿的土地总局发布的通告合计四个文件夹之多, 而基层土地局请求对通告予以进一步解释的信函, 连同土地总局对通告内容进行进一步解释的信函, 则合计 15 卷之多。这也彰显了行政内部控制体系的重要意义。⁶⁸

2. 土地权利的行政裁决。在美国公共土地转让过程中, 土地权利纠纷也日渐增多。这涉及在测量土地之前先行垦殖定居者对公共土地的先占性权利, 还涉及土地测量和勘定的错误。此间还涉及军功授地 (bounty lands) 的争议, 军功授地是对退伍军人的激励与保障, 但其间也涉及围绕军功授地受领资格认定展开的争议。⁶⁹ 土地权利纠纷往往数量众多、案情复杂、卷帙浩繁, 因此, 国会决定更多倚重行政裁决体系, 由 “专员” (commissioner) 来裁决纠纷。

裁决土地权属纠纷的专员, 有时是地方土地局的登记官或收款员, 有时是总统特别任命的官员。法律中设定了专员的职权, 规定了可以向专员提起权利主张的时限。专员有权举行听证会, 传唤证人, 要求证人宣誓, 依据 “公平和正义” 来裁断案件。专员所依据的不仅有成文法, 还有普通法上的原则。专员要就案件裁决情况, 定期向土地总局提交报告。在报告中, 需说明认定事实的证据, 这实则构成了对专员权力的监督与控制。

3. 极其有限的司法审查。私人有可能针对占有土地的他人, 提起普通法上的恢复土地占有之诉 (ejectment)。例如, 在 1815 年的 *Meigs v. M' Clung's Lessee* 案中, 首席大法官马歇尔支持了原告的主张, 判决让联邦官员撤出 1815 年加固的要塞工事。⁷⁰ 由于没有成文法律规定对专员行政裁决的司法审查, 法院很难以纠错令 (writ of error) 形式审查行政裁决。私人只能以管辖权错误 (jurisdictional error) 为由, 来质疑土地行政裁决的效力。

四、杰克逊时代的行政法：1829年至1861年

安德鲁·杰克逊于1829年至1837年间就任美国总统，他开启了美国史上的“杰克逊式民主”（Jacksonian Democracy）时代，这不仅标志着传统意义上权贵政治时代的结束，也显示了美国基层选民范围的扩大和新型政党组织运作的成功。⁷¹在1829年至1861年间，交通和通讯的技术革命促进了经济转型。城市化、工业化、移民的增长、领土的扩张，这一切加剧了南方与北方、东部与西部之间的紧张关系。

在1829年的总统就职演说中，杰克逊表示要履行他许诺的“民主政治”，精简政府，削减联邦政府权力，尊重州权。但是，如约翰·M. 麦福尔指出的，“杰克逊民主党人有着反国家、反政府的偏见，但最终结果是双双强化了国家和政府”。⁷²杰克逊时代实则见证了联邦政府驱赶印第安人、强化关税执法的过程，见证了美国疆域拓张到太平洋畔。杰克逊废除了第二合众国银行，塑造了相应的货币政策，也是对私人经济活动和市场垄断行为的规制。杰克逊创设了“轮流担任公职制度”，构成了美国文官制度的先声。杰克逊时代对蒸汽船的规制，某种意义上构成了健康和安全的肇始。

（一）第二合众国银行的消解

美国首任财政部长汉密尔顿于1791年督促国会成立了第一合众国银行（First Bank of the United States），1811年第一合众国银行特许状到期，国会两院否决了特许状的续签。⁷³美国于1816年成立了第二合众国银行，它是由联邦政府控股20%的私营企业，功能是发行全国通用纸币、购买公共债券、接受国库存款业务。但第二合众国银行通过和州立银行的交易，加剧了通货膨胀，造成了货币贬值；同时它还存在欺诈行为。⁷⁴杰克逊认为，合众国银行行使着巨大的金融权力，但无需向总统、国会或选民负责，构成了对多数民主的威胁。他于1832年行使否决权，否决了第二合众国银行特许状的延展，并下令提取其中所有的政府财政存款。

杰克逊总统否决第二合众国银行特许状，强化了总统和行政在权力分立格局中的能力，强化了总统对联邦行政部门相关政策和活动的指引。杰克逊认为，对于包括财政部长在内的行政官员，总统有自主控制权和免职权。在杰克