

【行政法理论】

论立法与行政的动态平衡 / 甘文

【行政审判实务研究】

关于行政诉讼中法院调取证据的问题研究 / 蔡小雪

【司法解释的理解与适用】

关于对只有一次盗窃行为的公民应否实施劳动教养的问题——如何理解和适用最高人民法院
(2005)行他字第8号批复 / 周红耕 王振宇

【疑难案例评析】

韩存魁诉河南省夏邑县人民政府颁发国有土地使用证案评析 / 王养庆

【行政审判动态】

江苏省高级人民法院就行政诉讼案件管辖问题展开探索

行政执法与行政审判

Administrative Regulation and Judicial Review

中华人民共和国最高人民法院

行政审判庭 / 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

2006年第1集 • 总第17集

行政执法与行政审判

Administrative Regulation and Judicial Review

中华人民共和国最高人民法院
行政审判庭 / 编

主 编：奚晓明
编 委：赵大光 杨临萍 周红耕
蔡小雪 甘 文
执行编辑：梁凤云



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政执法与行政审判. 2006 年第 1 集: 总第 17 集 /
最高人民法院行政审判庭编. —北京: 法律出版社,
2006. 5

ISBN 7 - 5036 - 6324 - 3

I. 行… II. 最… III. ①行政执法—中国—参考
资料②行政诉讼—审判—中国—参考资料
IV. D925. 3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 033238 号

©法律出版社·中国

责任编辑/肖逢伟

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/12.75 字数/174 千

版本/2006 年 6 月第 1 版

印次/2006 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7 - 5036 - 6324 - 3/D · 6041

定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

行政执法与行政审判(总第17集)目录

●【行政法理论】

- 001 论立法与行政的动态平衡 甘 文
- 013 我国行政诉讼法中的“合法权益”解析 王成栋
- 023 信赖保护原则的发展及在司法实践中的运用
——以负担行政行为 and 程序行政行为的信赖保护为视角
..... 耿宝建
- 031 浅析《行政许可法》中的行政许可撤销程序
——兼议我国信赖保护制度体系的完善 朱 嵘
- 038 论职权继受与职权更替 周公法

●【行政审判实务研究】

- 044 关于行政诉讼中法院调取证据的问题研究 蔡小雪
- 055 城市房屋拆迁许可若干法律问题分析 王 达
- 068 预告登记行政案件的司法审查 谢鹤楼
- 073 论行政诉讼确认判决的适用及其完善 赵光喜

●【请示与答复】

- 079 最高人民法院行政审判庭关于婚姻登记行政案件原告资格及判决方式有关问题的答复(2005年10月8日)
附:浙江省高级人民法院关于婚姻关系当事人以外的其他人可否对婚姻登记行为提起行政诉讼及对程序违法的婚姻登记行为能否判决撤销的请示
- 081 最高人民法院行政审判庭关于农村集体土地征用后地上房屋拆迁补偿有关问题的答复(2005年10月12日)
附:重庆市高级人民法院关于赵建请求撤销重庆市沙坪坝区国土资源局责令其拆除房屋交出土地行政决定一案的请示

●【司法解释的理解与适用】

- 085 关于对只有一次盗窃行为的公民应否实施劳动教养的问题
——如何理解和适用最高人民法院(2005)行他字第8号批复
..... 周红耕 王振宇

●【争鸣】

- 088 商事登记审判和实践疑难问题对比研究 王伟民

●【调查与研究】

- 103 关于上海市高校教育行政案件的调查研究
..... 上海市高级人民法院行政审判庭
- 117 关于审理社会保障行政案件的调查报告
..... 重庆市高级人民法院行政审判庭
- 143 关于行政机关负责人出庭应诉制度的调查报告
..... 湖州市中级人民法院行政审判庭

●【疑难案例评析】

- 152 韩存魁诉河南省夏邑县人民政府颁发国有土地使用证案
评析 王养庆
- 156 刘清明不服湘潭市房产管理局颁发许可证违法案
..... 郭正怀 谭四红
- 162 乡政府违法发放结婚证的行为能否撤销
..... 曹 慧
- 165 王静不服镇江市丹徒区劳动和社会保障局工伤认定案
评析 施吉祥
- 169 谭国明诉宜昌市国土资源局公告注销《采矿许可证》决定案评析
..... 欧阳庆芳 闵珍斌
- 174 李彦启诉陈楼镇人民政府不履行优待金给付义务案评析
..... 冯遵亚

●【裁判文书选登】

- 177 薛祥生等诉江苏省如皋市建设局建设用地规划许可、建设工程规划许可上诉案
——(2005)通中行终字第 0040 号

●【行政审判动态】

- 188 江苏省高级人民法院就行政诉讼案件管辖问题展开探索
- 190 资阳中院规范理赔程序确保赔偿请求人依法取得国家赔偿
- 191 浙江省建德市规范行政首长出庭应诉
- 193 江苏省南通中院出台《关于进一步推动行政机关负责人行政诉讼出庭应诉工作的通知》

【行政法理论】

论立法与行政的动态平衡

◆甘文

法律与行政总是处于一种互动关系之中,现代行政对法律不断提出需求,而法律随着现代行政的发展和要求作出回应。而这种需求和回应的互动关系,往往需要一个模糊的平衡支撑点。在行政法的立法、解释法律、适用法律强调平衡十分必要,事实上,立法机关和行政机关在立法、解释法律、适用法律时,在很多方面不自觉地运用了平衡的观念和方法。立法的平衡是法律平衡适用的前提,法律解释的平衡是执法平衡的基础,而执法平衡是实现平衡的重要环节。

一、行政领域立法的平衡性

行政领域的立法包括两个方面:立法机关的立法和授权立法。立法机关的立法是行政机关执法和法院裁判的重要依据。立法机关的立法直接决定着国家权力的分配、运作及其对公民权利义务的影响。在我国,行政诉讼法、行政处罚法、国家赔偿法等重要法律的制定,便直接影响着行政机关和相对方之间的权利义务关系。当然,其他不属于行政领域的立法,也可能间接地影响行政机关的权力运作状况,从而对行政机关和相对方的权利义务关系构成影响。但这方面的立法内容,更多的是宪法学或宪法学与行政法学交叉领域的问题。就立法的平衡问题,更重要的应该考察前一类的立法状况。

(一)立法目的

立法的平衡性与立法目的有紧密关联。基于行政管理的现实需要而进行的专门立法更是如此。我国行政诉讼法的立法目的规定在第一条中,即“为保证人民法院正确、及时地审理行政案件,保护公民、法人和其他组织的合法权益,维护和监督行政机关行使行政职权,根据宪法和法律制定本法”。根据这一立法目的,行政诉讼法既非只求一味地维护行政管理秩序,保障行政权力的行使;也非只求保护公民的合法权益,限制行政机关的权力。可以说这两方面在立法目的来说是兼而有

之的。当然,这种从字面上看兼而有之的立法目的,并不完全等于一种平衡的目的,但至少已不是简单化的目的,而是一个综合各种社会需要的复杂的立法目的。这种立法目的还在该法的其他内容中得到一定的体现。我国的另一部重要的法律行政处罚法也有相近的立法目的。行政处罚法第一条规定:“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。”这一立法目的同样也涵盖了维护公共利益和保护非公共利益的两方面的内容。结合具体内容看,行政处罚法是比较反映现实需要又能体现现代性的一部优秀的法律。这两部法律目的的实现对于改变中国行政机关和相对方权利义务关系严重倾斜的状况有十分重要的意义。由此可见,平衡的立法目的对于平衡立法是非常关键的。

(二)司法权和行政权的关系

立法是一个动态的过程,其内容也具有动态性。立法同时是为现实服务的,因此,也具有现实性。立法确立的司法权和行政权的基本关系,往往反映这两方面的特性。例如行政诉讼法在管辖范围的设定上,反映了一定的现实性的同时又具有一定的弹性。行政诉讼法第十一条规定了八项内容,外加一款弹性的规定,第十二条则规定了行政诉讼受案的排除范围。基于此,有的学者认为,我国的行政诉讼法受案范围的规定的一个重要依据和标准是“结合中国实际,保护公民、法人和其他组织合法权益与维护国家社会利益的平衡。”^①考察不同国家的司法审查制度,我们会发现,司法审查的范围在任何国家都是有限的。即使是宣称司法审查不受立法限制的国家也是如此。如国家行为、行政自由裁量行为等往往是排除在司法审查的范围之外的。这些司法管辖范围的限制是现代行政法治国家出于平衡公共利益和个人利益的需要。姜明安教授认为:

“行政行为如果不加区分地均可被诉,均确定为受案范围,有时就可能损害国家和社会利益,公民、法人和其他组织的个人利益、局部利益,如果是合法的,它们应该与国家利益是一致的,从而在他们被行政行为侵犯时,法院为之提供救济。保护公民、法人和其他组织的合法权益与维护国家社会利益在绝大多数情况下也应该是一致的、不抵触的。但是在某些时候,某些条件下,如行政行为具有某种特别紧急性,或需要特别保密等,允许公民、法人和其他组织对相应行为起诉,由法院对公民、法人和其他组织的合法权益提供救济就可能与国家社会公共利益发生冲突。为维护国家社会公益,立法者不得不将某些行政行为排除在行政诉讼受案范围之外。至于哪些行政行为应列入受案范围,哪些行政行为应从受案范围中排除,应综合考虑对公民、法人和其他组织合法权益的保护以及对国家社会利益的维护,努力求得二者的平衡。”^②

①姜明安著:《行政诉讼法学》,北京大学出版社1993年版,第109页。

②姜明安著:《行政诉讼法学》,北京大学出版社1993年版,第110页。

当然,由于各国的国情不同,其具体范围是各不相同的。就中国而言,受案范围应随着现代行政的发展和法制建设的不断完善而得到进一步的拓展。因此,有的学者主张:“在无损于国家社会利益的前提下,应尽可能扩大行政诉讼的受案范围”^③在这一点上,反映了行政与法律平衡互动的重要。立法所维护的应是一种动态的平衡,应反映这种动态平衡的需要。

(三)立法所确立的行政机关和相对方的权利义务关系

行政机关和相对方的权利义务关系既是抽象的又是具体的。就立法而言,其确立的权利义务关系只限于立法所能及的范围。例如,在行政诉讼法中确立的诉讼主体(原告和被告)的权利义务关系便是在行政诉讼关系中的行政机关和相对方的权利义务关系。在行政诉讼关系中,原告与被告的权利义务关系是不对等的。这种不对等的关系主要体现在行政诉讼过程中,被告对作出的具体行政行为负有举证责任的证据规则。这一证据规则是行政诉讼法特有的。这种规则可以有效督促行政机关在作出具体行政行为之前收集到充分的证据,否则即为违法。同时这个规则还有利于人民法院对具体行政行为进行合法性审查和相对方利用程序性权利保护自己的合法权利。更为重要的是,这种权利义务不对等关系的设置,有助于行政机关和相对方在权利义务的总量上保持平衡。所以,就行政诉讼证据规则的设定而言,并非仅考虑诉讼过程中当事人的权利义务关系便足够了。而必须在充分考察行政机关和相对方在实体法律关系中的不对等关系才能作出合适的设置。例如,在这一规则中,被告只对作出的具体行政行为的合法性提供证据、依据,被告不对一切案件事实负举证责任。如果原告认为行政机关损坏其某种财产而行政机关予以否认,则原告就负有举证责任。因此,在举证责任的设置上,“被告负举证责任”具有一定的相对性,这种相对性和实体权利义务关系中行政机关和相对方的权利义务关系不对等的相对性有着直接的联系。

因此,立法机关的行政立法的目的、司法权和行政权的关系以及特定范围的行政机关和相对方的权利义务关系均离不开平衡这个支点。

二、授权立法的平衡性

就行政法规范而言,更多的不是立法机关制定的。行政机关的立法活动对于相对方的权利义务有更直接的影响,行政机关的立法也需要考虑平衡问题。行政机关制定法规的活动最为主要的动力是行政管理活动的需要。而这种需要在特定的条件下,又有可能与平衡的目标背道而驰,因此,不受限制的行政法规制定权是不应存在的,所谓的职权立法只能是相对的。行政机关的立法平衡主要源于授权立法的平

③姜明安著:《行政诉讼法学》,北京大学出版社1993年版,第109页。

④M. P. 赛夫著:
《德国行政法》,台
湾五南图书出版
公司1991年版,
第45页。

⑤M. P. 赛夫著:
《德国行政法》,台
湾五南图书出版
公司1991年版,
第46页。

衡。立法权本应由民选的立法机关来行使,这是民主、法治的根本要求。然而,随着现代行政的发展,立法机关无法胜任所有的立法,特别是带有较强的专业性和行业特殊性的立法。而这些立法权完全由行政机关来行使又将破坏法律的民主性以及民主政治所要求的立法的独立性、权威性,两者矛盾的折中便产生授权立法。

有关授权立法的规定,不同的国家各不相同。“德国的行政机关如同普通法国家一样,没有任何固有的立法权力。行政机关能够行使的立法权力只能是由立法机关委托的权力”。^④“在英国,至少理论上可以认为,立法机关无论在什么范围都可以将自己的立法权力委托由行政机关行使。在美国、印度或澳大利亚等国家,宪法没有提到委任立法的问题,但法院却对此作出了某些限制。”^⑤我国宪法第八十九条第(一)项规定,国务院有权根据宪法和法律,制定行政法规。此项规定包括了两个方面的含义:国务院有权制定行政法规,同时,国务院制定的行政法规必须有宪法和法律依据。这是我国宪法对授权立法的一个总体的规定。当然,国务院也可以根据全国人大颁布的关于授权国务院进行某项具体的立法的决定来制定行政法规。关于授权立法的平衡性问题,笔者认为,应当注意以下几个方面的问题。

1. 建立申请立法制度。当行政机关必须对某个特殊领域进行立法却又没有获得授权的情况下,应由行政机关提出立法申请,由权力机关进行审查后授权。因为在大多数情况下,立法机关往往并不熟悉哪个领域需要进行相应的立法。如法国1958年宪法规定:“政府为了实施其政纲,可以要求议会授权它在一定的期限内以法令来对通常属于法律范围的事项采取措施。”申请授权立法制度是平衡目标的要求,是必要的行政管理和必然的行政权力的制约两者结合的需要,而我国的宪法框架中则没有这方面的具体规定。

2. 建立立法机关对授权立法的有效监督机制。授权立法的内容、范围和目的合法,是保证授权立法合宪性和合法性的重要前提。如意大利1947年宪法规定,议会“只有当确立了原则和领导性指示,在被限定的时间内,始得将一定范围内的立法权交给政府实行。”授权立法内容、范围和目的的限制,是对行政机关立法权力的制约。这种制约的程度,直接影响行政机关的运作效率以及相对方的权利义务。限制过严可能使行政机关无法有效运作,而无限制的授权立法,又可能使行政机关滥用行政权力,侵害相对方的权利和利益。要谋求一种适当的平衡,需要建立立法机关的有效监督机制。

3. 确立法院对授权立法的司法审查权。授权立法中的法律问题更多的时候是在个案中表现出来。仅有立法机关的监督不足以维护授权立法的平衡。法院应当有权通过具体案件的审理对涉及的授权立法的实体和程序问题进行审查,也应当有权接受相对方因授权立法的实施将对其权利造成侵害而提起的诉讼进行审查。法院还应当既可以对授

权立法进行实体审查也可以进行程序审查。确立法院的司法审查权对于维护授权立法的平衡有重要的意义。这在很多国家的司法实践中得到验证。

三、地方立法的平衡性

由于中国各地方政治、经济、文化存在着很大的差别,以相同的法律规范调整全国范围内千差万别的行政机关和公民的关系,其结果必然导致具体的行政领域法律关系的不平衡。这个道理是显而易见的。这是地方立法存在和得到发展的重要理由。

那么应该如何解决地方立法中的平衡问题呢?笔者认为对以下几个方面的问题应作必要的考虑:

(一) 地方立法的地方特点

由于宪法、法律的规定往往比较原则,地方立法机构应充分考察地方的行政机关和相对方特定条件下的权利义务关系,包括行政法治状况、公民素质状况、经济文化发展水平、已有的地方性法规和规章关于行政权力和权利救济内容等。总的来说,地方立法比中央立法更具复杂性和更应考虑地方的特殊性。

(二) 地方立法的自主性和合宪性、合法性

地方立法在中国经济、政治的发展中起很大的推动和规范作用。这种作用主要来自于地方立法的自主性。地方立法的价值不仅限于执行中央的法律和行政法规。更为重要的是它在行政管理领域创立了法律、行政法规未涉及的规范。这些规范可以有效补充平衡行政权力和公民权利关系必需的法律规范。在法律、行政法规的灰色地带(未曾涉及的领域),平衡行政机关和相对方权利义务关系是地方立法的重要价值目标。另外,关于地方立法的自主性应与合宪性、合法性相符合方面,有四个问题值得注意。一是地方立法必须充分考虑本行政区域内的行政权力和公民的关系的基本状况,任何照搬其他地方立法的做法都不是实事求是的做法,可能构成违宪或违法。二是地方立法只限于本行政区域,涉及其他行政区域的立法内容也可能构成违宪或违法。三是地方立法不但不能和宪法、法律以及行政法规相抵触,而且不能违背宪法、法律和行政法规的立法精神和立法原则。四是地方立法和中央各部委规章的冲突和协调,应基于权力和权利的平衡的原则,一概强调地方立法的自主性和一概强调地方立法的从属性都不符合行政与法律的平衡关系的要求。

(三) 中央立法和地方立法的关系

要保持地方权力和权利关系的平衡,需要解决中央立法和地方立

⑥周旺生著:《立法论》,北京大学出版社1994年版,第437页。

法的关系问题。中央立法和地方立法的区别不是绝对的。例如,中央就地方问题的立法,尽管其内容涉及地方问题,但属于中央立法,没有特色的地方立法,其价值是非常低下的,“正因为单有中央立法不足以解决地方的特殊问题,不足以反映各地平衡的状况……才在中央立法之外,再辟地方立法的蹊径。”^⑥地方立法只有反映地方的需要,才有其价值。但这种地方立法的价值同时又反映在和其他地方立法的协调以及与中央立法的统一上。违反中央立法的立法规范和立法原则,是对法制完整性的破坏。地方立法问题应属地方需要的问题,反映地方特色的问题,中央不宜于统一解决的问题。地方立法只有解决这些问题,才足以维护本地方的权利义务关系平衡。地方立法的平衡应以不破坏全国性立法平衡为前提。保护地方利益、保护本位利益的地方立法便是对全国性立法平衡的破坏。

四、行政法解释的平衡性

行政法的平衡立法只是确立行政法的规范及原则抽象的平衡性,其具体运作必须经过法律解释。法律解释的平衡问题之所以与平衡的行政法关系休戚相关,最根本的原因是不通过法律解释便无法在具体的行政法关系中建立平衡的权利义务关系,因为立法缺陷的存在是不可避免的现实。行政法的立法缺陷主要表现在以下几个方面:

1. 固定的法律内容无法长期适应变动的现代行政的需要。和其他的法律一样,法律、法规自公布之日起,便逐步远离现实。“绝对滞后性”是立法无法逃脱的命运,因为行政法规范是依据行政实践而制定的,而需要调整的社会关系总在立法之后才形成。立法的这一缺陷决定了立法只有通过灵活的解释,才可能避免陷于僵化。立法不能同时满足行政法的两个最优化要求:绝对的稳定性和完全的适应性。因此,最好的行政法规范也存在缺陷,这种缺陷是与生俱来的。推而广之,任何的法律都有这样的缺陷,行政法的立法只不过基于行政管理实践较强的多变性而显得更为突出而已。

2. 立法本身的不完全性带来法律功能的不健全。由于立法条件和立法技术的局限,行政法规范不可能对所有可能发生的问题进行预测。立法的预见性是相对的,因而立法本身总是带有不完全性。这使得行政官员和法官在适用过程中往往找不到必要的依据。法律规范由此而不能充分发挥其调整特定社会关系的功能。

3. 不确定规范的必然存在。从是否具有确定性的角度看,行政法规范可以分为两类:不确定的行政法规范和确定的行政法规范。不确定的规范主要体现在对自由裁量权的规定和不确定概念上。自由裁量的规范是行政管理中必需的行政法规范。不确定概念则是任何部门立法必然要采用的,如平等、显失公正等。这两种规范在适用时都需要通

过一定的解释。

4. 立法冲突的必然性。由于中国的地区差异,立法冲突是必然的。这些冲突包括:上一层阶立法和下一层阶立法的冲突,同一层阶的不同地方立法之间的冲突,地方政府规章和国务院各部委规章的冲突,等等。行政官员和法官在适用法律时必须进行选择 and 解释。

五、作为立法补充的法律解释的平衡性

立法的固有缺陷使所有的立法内容与法律规范所调整的具体的权利义务内容存在着一定的距离。连接立法和现实的纽带是适用法律过程中的解释(立法解释在广义上属立法范畴,本文所讨论的是狭义的法律解释)。立法所确立的平衡的权利义务关系必须通过平衡的行政法解释来实现。不然,平衡的立法同样可能导致不平衡的现实。

(一)保持行政法解释平衡的可能性

在回答这个问题之前,首先要考察行政法的解释的客观性和主观性问题。

行政法的解释如果是客观的,则应当排除解释者主观思想的渗入。尽管法律必须由解释者进行解释,但解释者只能以立法为依据,根据一定的解释规则推导出适用于行政法关系解释结论。这种结论被假设为是对客观事物的惟一正确的反映。那么,行政法解释的平衡性从理论上讲是直接地来源于立法的平衡性,即,只有在立法平衡的前提下,才能得出平衡的解释结论;在立法不平衡或立法有缺陷的前提下,不可能得出平衡的解释结论。在第一个前提下,纯客观的法律解释似乎具有相当的合理性,而在第二个前提下,则法律解释有将错就错的嫌疑,不符合社会进步的要求。

行政法的解释如果是主观的,则所能依靠的是解释者的价值判断。行政法的解释结论可以因解释者的不同而可能有所不同。在立法平衡的前提下,行政法的解释可能有两种不同的解释:平衡的解释和不平衡的解释。而在立法不平衡的前提下,解释者同样可能得出两个结论:平衡的结论和不平衡的结论。主观性的法律解释将导致结论的多样化。

从上面的分析中,我们可以得出结论:行政法的解释如同所有的法律解释,不可能是完全客观的,也不应该是完全客观的。因为即使在立法平衡的前提下,想通过完全客观的解释得出完全平衡的结论也是不可能的。理由是立法的缺陷以及立法和现实的距离存在的必然性。如果客观的解释是存在的,则立法和现实就不可能有距离。那么,我们就将得出立法所设定的法律关系等于现实的法律关系的结论,而这种结论是不实际的和荒谬的。对于主观性的解释而言,无数个的主观解释必然有无数个与立法本意、立法精神、立法原则、立法目的相违背的解

释。法律解释过大的随意性,会使法律解释失去权威,失去价值和标准。因此,下述的结论才是正确的:法律解释是兼客观性和主观性的抽象立法内容得以具体实现的过程,法律解释应维护客观的标准,同时不能排除解释者的主观的价值判断的渗入。

得出上述有关行政法解释的这般结论,其目的在于得出另一个重要的结论:保持行政法解释的平衡性具有相对的可能性。在一定的条件下,解释者可以通过其主观的价值判断得出符合要求的平衡的解释结论,而且这种结论具有相对的客观正确性。

(二) 行政法平衡解释的基本功能

笔者认为,对行政法进行平衡解释的基本功能主要包括以下几个方面:

1. 作为立法漏洞的补充

立法漏洞的必然性使得其适用于现实必须通过法律解释。解释者可以通过解释补充立法中存在的诸如不完全性(立法政策或技术上的缺点),法内漏洞、体系违反等漏洞。立法的平衡可能因其漏洞而失去实质上的平衡,平衡解释则可以有效地使立法得到补充而使具体的权利义务关系获得平衡。

2. 作为立法的价值补充

立法本身从广义上讲是一个价值判断的过程,而这种价值判断无法穷尽其客体(法律事实)。因而,如同法律漏洞需要必要的补充一样。法律在适用于具体的事实之前,同样需要解释者进行必要的价值判断。这种价值判断被承认的程度受到其与立法本身的价值判断之间的关系。解释者的价值判断受到立法者价值判断的严格制约。“法的解释中的价值判断,客观上受作为其背景的价值体系的制约。所以,选择依何种价值体系处理事情,虽然因人们的价值观的不同而有所不同,但在一定的价值观之下,对具体的法的问题下作什么样的判断,则依照价值体系的内在的价值判断,客观地决定。”^⑦因此,尽管法解释和立法的价值判断紧密相关,由于法解释的主观性,法解释仍是一种独立的价值判断,是立法的重要的价值补充。

3. 选择相对正确的复数解释结论

如前所述,行政法的解释是兼客观性和主观性的,从法律本身无法直接得出客观的解释结论。由于主观价值的渗入,对于同一事实所适用的法律问题的解释结论,就有可能不是单一的,而是复数的。传统的三段论式的概念法学的解释方法是自欺欺人的。不同的法律解释从逻辑上讲可能都是正确的。面对复数的法律解释,解释者需要一种平衡的方法,选择其中更能体现行政法的平衡性,兼顾公共利益和个人利益的解释结论作为有效的解释,运用于执法和司法中。

从抽象的理论上讲,从平衡立法到平衡解释直至实现平衡的行政

⑦ 梁慧星著:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第180页。

法关系是一个合理的过程。但这种理论过程是在排除了很多现实中必然存在的障碍的基础上作出的。这种假设的理论过程是行政法的立法、解释及适用应当追求的目标。但作为方法论的研究,平衡解释仍需要一种基于现实条件的规则。不然,平衡解释的方法是脱离实际的。这些现实障碍包括立法本身并不存在平衡性;解释者客观上无法作平衡解释;平衡解释在具体问题上不符合现实需要,等等。这些障碍是每一个国家都可能存在的。对于在私法领域的平衡解释规则问题,有些学者曾作过一定的研究,我们不妨引为参考:

“其一,民法解释取决于利益衡量,解释者无论选择哪一种解释,均应依利益衡量规定;

“其二,作解释的选择时,现存的法规及法的构成不应起任何基准作用;

“其三,作法律解释时,为检验结论的妥当性,使适用范围明确化并增强结论的说服力,应加上法规的形式理由。”^⑧

私法领域的这种平衡解释方法对于行政法平衡解释有一定的参考价值。它明确了法律的平衡解释的思考方法和应遵循的规则:(1)合理的平衡解释应以事实为依据。(2)复数的解释应依平衡的标准作出选择。(3)平衡解释必须有法律依据,并不得与现有的法律相违背。这三项规则说明,解释是以立法为依据,法律解释的平衡依赖于立法的平衡,平衡性解释的不能作为可以违反立法的理由。

六、行政管理中适用法律的平衡性

由于理论的交叉性,事实上有关立法及解释平衡的许多问题都与行政管理有关。但是这种理论上的交叉性并不能否定行政实践中立法、解释与执法在层次上的区别。为了论述的方便,本节采用狭义的行政执法的概念,即行政机关适用行政法规范、原则,直接影响相对方的权利义务的活动。

(一)影响行政执法平衡的几个特殊因素

就行政机关和相对方的权利义务的状态而言,执法过程中所涉及的问题和立法过程中所涉及的问题有很大的区别。由民主程序产生的立法者以及独立于行政、立法的司法系统的法官们对于平衡的认识和行政执法者的认识由于其地位和性质的不同而有所不同。一般而言,平衡是立法者和司法者以第三者的角度看待行政机关和相对方的最合理的关系。平衡状态是被立法者和司法者们所承认的最佳的法律状态。但行政执法者则不同,行政执法者代表国家行政机关执行法律,代表国家及社会的公共利益,行政机关和相对方是一对矛盾的关系。在很多情况下,承认相对方的权利和利益意味着否定行政机关所代表的

⑧ 梁慧星著:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第181页。

公共利益。因此,从情理上讲,对于行政机关及其执法者而言,实现最大的公共利益才是他们的主要目标,而不是实现公共利益和个人利益之间的平衡。因此,我们可以得出一个简单的结论:行政执法的平衡不能像立法和司法那样来自自身的约束力,而只能求助于行政机关之外的权力约束,这些约束可能是法律的,如程序、实体的约束,也可能不是法律的,如行政机关的利益、执法者的观念和素质、行政政策等,后者是我们平常较少考虑的特殊因素。而这些因素有的时候直接影响甚至导致了现实的行政法关系的非平衡性。因此,有必要加以说明。

1. 关于行政政策

从理论上讲,行政执法者应该依照法律、法规或者其他有法律效力的规范性文件进行执法。但事实上起着最大作用的往往是行政政策。行政政策是行政机关作出的不具有法律约束力的概括性的意思表示。相对方不遵守行政政策,可以不承担法律责任,但对于执法者则不同。例如法律规定某项许可证颁发的期限为一到十五天,行政机关为提高行政效率,在其系统范围内发布政策性通知,要求此项许可证必须自申请之日起五天内颁发。执法者往往会尽可能地服从这种行政系统内部的政策,而在五天内决定是否颁发许可证。尽管这种行政政策不具有法律约束力,相对方不能提出救济请求,但相对方却可能因执法者执行此项政策忽视审查程序而受到权利侵犯。就执法这个独立的过程而言,行政政策可能破坏法律的平衡性。当然,行政政策也可能弥补法律的非平衡性。如国家对某项行业的政策性倾斜,可能保护该行业相对方的利益、增进整体公共利益。

2. 执法者的利益代表性

执法者应是公共利益的代表,但在具体的行政执法活动中,执法者未必代表公共利益,执法者可能只是代表所属的行政机关的利益、本地方的利益。还应该强调的是,由于公共利益和个人利益的相对性,行政机关所维护的可能是个人利益,而相对方主张的可能是公共利益。执法者的利益代表性直接决定着执法活动的权利义务平衡性。

3. 执法者的观念和素质

执法者的观念和素质本是行政学的问题,但它却是影响执法活动是否具有平衡性的重要因素。我们在论证平衡问题时,往往只涉及行政执法对行政法关系的影响的结果,而不问其过程。这不是某种疏忽,而是法律研究者易于犯的错误。法律研究者关注的是行政执法的法律意义,而行政研究者关注的是行政执法对于行政的意义。因而,行政执法者的观念和素质不易得到行政法研究者的关注。行政执法者的首要观念是如何执行行政政策、行政决定,而不是如何执行某条法律、考虑某项行为是否符合法律原则。因此,就行政执法的平衡性问题,我们必须充分重视行政执法者具有的是行政的观念和素质,还是法律观念和素质。这两种观念和素质作充分的协调,是平衡理论应该关心的问题。

题。它将直接或间接地影响执法对行政法关系的意义。

(二) 自由裁量权运作的平衡性问题

行政权力可以分为自由裁量权力和羁束性权力。对于羁束性权力的运作的行政执法活动的平衡性问题,本质上属于立法问题。因为对于立法所设定的这类权力,行政执法者是没有予以变动的法律上的能力的。行政执法者运作羁束性权力的法律意义(包括是否具有平衡性)的问题,都由立法来决定。行政执法的特殊性体现在行政执法过程中自由裁量权的运作。自由裁量权运作的平衡性问题才是行政执法过程中特殊的理论问题。

无论是英美法系国家还是大陆法系国家都承认行政自由裁量权存在的合理性。在我国,也是如此。而且,自由裁量是行政权力的重要表现形式。“自由裁量权”并不同其字面上所表示的那样具有任意性和模糊性。在绝大多数国家的行政法理论中都强调了这种权力必须具有合法性和合理性。但是,人们对这种权力如何才是合法的或是合理的则常常有截然不同的结论。最根本的原因在于人们对自由裁量的合理、合法、合适、正常、必要等的标准理解的不同。这些标准对自由裁量权的有效行使具有十分重要的价值。平衡理论除了承认这些标准的必要性的同时,更强调了具体的标准,即平衡的标准。

如何通过平衡的标准来确定自由裁量权的合法性和合理性,在一些国家的行政法理论中也曾涉及,例如德国有关比例原则(Principle of Proportionality)的理论。该原则要求适当地平衡一种行政措施对个人造成的损害与对社会获得之利益之措施。可以概括反映比例原则对行政自由裁量权的合理性的要求。至于涉及如何确立某项自由裁量行为所影响两种利益之间的相对具体的比较衡量的问题,则应通过利益平衡来实现。因此,不仅应当根据一个案件的背景,而且应当依照法律背景平衡个人与社会之间的利益。要求行政机关在行使自由裁量权时,在个人和社会利益之间作出明智的平衡。违反这种平衡标准,则应构成有权机关撤销其行为的理由。

当然,行政自由裁量权的平衡性并不是孤立的,它和行政自由裁量权运作的合法性、目的、程度的适当性和必要性有密切的关联。对平衡性的理解不应脱离其他标准而进行。如行政机关运用自由裁量权决定拆除某私人建筑时,就必须考虑决定是否符合法律规定、是否适当、是否侵犯人权、是否有必要性、是否给予相对人补偿等问题。孤立机械地计算拆除给相对人造成的损害以及拆除后可能带来的公共利益,是得不出正确的结论的。因此,行政机关行使自由裁量权仍必须以执法活动具有合宪性和合法性为前提。只有在这些标准不足以证明执法活动的正确性的时候,平衡才作为具体的标准被采用。

行政自由裁量权从根本上来讲,是法律赋予的。正是由于行政自由

裁量权的存在,才有高效运作的行政管理系统。伴随着赋予权力的是对权力的制约,这些制约来自于立法机关和司法机关,而这些制约权力同样来自于宪法和法律。由于宪法和法律同样只具有相对的正确性(指对具体案件而言),因而,如何正确评价各种对行政自由裁量权的制约权力,成为现代行政法发展过程中遇到的新的问题。在中国,司法的制约权力是过于微弱的,但在英美一些发达国家,越来越多的学者认识到司法权力替代行政权力的危险性和对社会发展造成的障碍作用。如何还给行政机关行政执法必需的、恰当的自由裁量权,是英美国家行政法理论和实践需要解决的一个问题。其最为根本的出路,仍是一些学者所提倡或暗示的寻找到“某个平衡支点”。

(作者单位:最高人民法院行政审判庭)