

公法前沿
理论译丛

罗豪才
主 编

行政法的新视野

NEW PERSPECTIVES ON ADMINISTRATIVE LAW

罗豪才
毕洪海
编



商务印书馆
The Commercial Press

公法前沿理论译丛/罗豪才 主编

行政法的新视野

罗豪才 毕洪海 编

 商务印书馆
The Commercial Press

2011年·北京

图书在版编目(CIP)数据

行政法的新视野/罗豪才,毕洪海编. —北京:商务
印书馆,2011

(公法前沿理论译丛)

ISBN 978-7-100-07407-0

I. ①行… II. ①罗…②毕… III. ①行政法—研究
IV. ①D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第188489号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

公法前沿理论译丛
行政法的新视野

罗豪才 毕洪海 编

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北京市白帆印务有限公司印刷

ISBN 978-7-100-07407-0

2011年7月第1版

开本880×1230 1/32

2011年7月北京第1次印刷

印张16½

定价:35.00元

卷 首 语

一

三年前,北京大学法学院曾经举办过一次“新概念行政法”(也可以说是新行政法)的研讨会。^①这是基于现代各种新发展而更新行政法认知和解释框架的一种努力。所谓的新行政法,首先意味着一种不同的模式,必然是结构性的变革,而非零碎的新知识。再者,新是相对于旧或传统而言的,并不是绝对的;更重要的是,至少就目前而言,新行政法尚未发展成为一个特指的学说体系,还只是一个包罗广泛的学说集合,其中每个学者都会秉持自己的理解。^②甚至可以说,追求一种一元化的行政国家的解释本身可能就是徒劳的。^③因此,我们就更需要认真地辨

① 关于此次研讨会的实录,参见“‘新概念行政法’研讨”,载姜明安主编:《行政法论丛》,第11卷,法律出版社,2008年。

② 就此可以对比王锡锌:“行政正当性需求的回归——中国新行政法概念的提出、逻辑与制度框架”,载《清华法学》,2009年,第2期;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年,第3期。

③ Mark Seidenfeld, *The Quixotic Quest for a “Unified” Theory of the Administrative State*, *Issues in Legal Scholarship* (2005).

识各种学术脉络的实质内容。

或许正是应了那句话,“行政法是一门不断在寻找自我的学科,”^④无论在大陆法系还是普通法系国家,都普遍存在更新行政法解释框架的智识活动。譬如在德国,行政法学总论的改革自20世纪90年代以来就是一个重要的研讨内容。^⑤日本也有学者提出行政法学结构性变革的命题。^⑥法国早在二十世纪初期讨论“公法的变迁”时,就出现了从“主权论”向“公务论”的转变。^⑦英国行政法起步虽然比较晚,但学者也敏锐地捕捉到行政法范式的转换,提出了功能主义的行政法模式(绿灯论)。^⑧就美国行政法而言,施瓦茨称:“美国行政法之所以出名不仅是因为其重要,还因为其变化迅速这一特征。”^⑨国内学者或许更熟悉的是理查德·斯图尔特在重构美国行政法时提出的

④ 叶俊荣:《行政法案例分析与研究方法》,三民书局,1999年,第2页。

⑤ 例如雷纳·皮察斯(Rainer Pitschas):“论德国行政法总论之改革”,黄钺提译,载《宪政时代》,1998年,第1期;另见黄锦堂:“《行政法总论之改革:基本问题》要义与评论”,载《宪政时代》,2003年,第2期。

⑥ 例如大桥洋一:《行政法学的结构性变革》,吕艳滨译,中国人民大学出版社,2008年。

⑦ 莱昂·狄骥:《公法的变迁》,郑戈译,辽海出版社、春风文艺出版社,1999年。

⑧ 马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆,2002年;Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, 3rd edition, Cambridge University Press, 2009。

⑨ Bernard Schwartz, Some Crucial Issues in Administrative Law, 28 *Tulsa Law Journal* 793 (1993)。

“利益代表模式”。^⑩当然,这些理论范式的变迁都具有各自的政治和社会背景,没有定于一尊,而且我们也怀疑一种放之四海而皆准的行政法解释框架是否可能和可取。不过在此过程中,不同国家的理论和学说必然互有借鉴。

本卷收录的五篇论文都是来自普通法背景的国家,而以美国为主。美国行政法的发展在“新政”之后经历几番潮起潮落。^⑪前述斯图尔特理论框架的时代背景是20世纪六、七十年代政府管制往往被强势利益集团左右。他的“利益代表模式”仍是今天美国法律的重要内容;而此后三十年间,许多学者已经提出了其他的解释模式,例如协商行政、^⑫合作行政、^⑬公共选择、^⑭总统制行政(presidential administration)^⑮等理论,美国行政法的发展早就超出了利益代表模式的范围。

随着行政规制国家(administrative regulatory state)的出现和

^⑩ 理查德·B. 斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岷译,商务印书馆,2002年。

^⑪ Sidney Shapiro, Administrative Law after the Counter-Reformation: Restoring Faith in Pragmatic Government, 48 *University of Kansas Law Review* 689(1999).

^⑫ Frank Michelman, Law's Republic, 97 *Yale Law Journal* 1493 (1988).

^⑬ 参见朱迪·弗里曼:《合作治理与新行政法》,毕洪海、陈标冲译,商务印书馆,2010年。

^⑭ David B. Spence & Frank Cross, A Public Choice Case for the Administrative State, 89 *Georgetown Law Journal* 97(2000); 杰里·马肖:《贪婪、混沌和治理:利用公共选择改良公法》,宋功德译,商务印书馆,2009年。

^⑮ Elena Kagen, Presidential Administration, 114 *Harvard Law Review* 2245(2001).

政府规制手段的多样化,美国行政法学者越来越不满足于传统行政法过于以法院为中心的情形,呼吁更多地关注行政法的实体内容。早在1959年,阿瑟·S.米勒(Arthur S. Miller)就呼吁行政法的教师在基本上是程序性的课程中纳入实体政策的内容。^{①⑥} 欧内斯特·盖尔霍恩(Ernest Gellhorn)等人批评过去的行政法课程关注的主要是程序而忽视行政机关的实体政策。^{①⑦} 1979年布雷耶和斯图尔特的《行政法和规制政策》的出版,意味着教科书开始将程序和实体的内容结合起来,^{①⑧}被称作第三代的教科书的开端。^{①⑨} 到了20世纪90年代,西德尼·夏皮罗(Sidney Shapiro)等人更是做出了“行政法的终结”的判断。他们认为,因为传统行政法学关注的主要是法律和程序,其基本变量和范围已经被限定,不能够提供足够的词汇来解决与规制政府的实体范围和性质等有关的问题,因而已经走到了其自己可以提出和回答问题的终点。^{②⑩} 换言之,行政法学关注的主要是行政机关的决定是否符合法律的规定、行政机关有无管辖权、相对人能否获得救济等问题。但是,这种形式的行政法学无法告

^{①⑥} Arthur S. Miller, Prolegomenon to Modernized Study of Administrative Law, 2 *Journal of Legal Education* 33 (1959).

^{①⑦} Ernest Gellhorn & Glen O. Robinson, Perspectives on Administrative Law, 75 *Columbia Law Review* 771 (1975).

^{①⑧} Stephan Breyer & Richard Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy*, Little Brown & Company (1979).

^{①⑨} Edward Brunet, A New Breed of Law Book? *Duke Law Journal* 523 (1985).

^{②⑩} Joseph P. Tomain & Sidney A. Shapiro, Analyzing Government Regulation, 49 *Administrative Law Review* 377 (1997).

诉我们政府规制的实体内容,无法告诉我们什么是“良好行政”(good administration);而各个规制领域的目标和工具选择彼此间存在很大的差别,能否抽象出一套普遍的原则显然也是需要讨论的。因此,行政法学面临着一个知法律而不知行政的窘境。

作为回应,美国学者开始越来越多地关注“规制法”(regulatory law)的研究,发展出“规制法学”(regulatory jurisprudence),^{②①}试着阐述与政府规制相关的法律解释原则。^{②②} 不过,在学术文献和日常用语中,“行政法”和“规制法”的关系还不完全明确,经常会连用或者互相替代。通常认为规制法是行政法的一个重要分支,除了国会具有规制性内容的制定法(statute)之外,还可以扩大到包括行政机关发布的规则(rule)和条例(regulation)等,而像美国总统的行政命令(Executive Order)也是规制法的一个重要渊源。其次,规制法所关注的规制机制包括三个基本的内容:设定规制的目标(标准),实现目标的机制以及监督符合目标的过程。规制是国家干预的一种形式,设定规制目标必然会涉及到不同目标之间的冲突和优先顺序,因此规制本身需要加以证成。规制目标和标准通常由国会设定,而规制手段则在很大程度交由行政机关设计和裁量。监督符合目标的过程,除了传统的司法机关监督之外,行政系统自身的监督也越来越受到重视。再次,由于规制领域广泛,规制的事项多

^{②①} Richard B. Stewart, *Regulatory Jurisprudence: Canons Redux?* 79 *California Law Review* 807(1991).

^{②②} 凯斯·孙斯坦:《权利革命之后:重塑规制国》,钟瑞华译,中国人民大学出版,2008年。

样,规制的手段需要根据不同的领域、事项和目标加以设计和选择,因而规制法具有一种强烈的部门化和分散化的倾向,^②抵制抽象化,例如行政程序在不同的领域就有不同的体现。前面所说的规制机制也需要在具体的规制领域中加以具体的考察。正是因为这个原因,美国的行政法学者往往会将自己的研究和某个具体的领域结合起来,例如环境、社会保障、食品药品安全或者更一般的风险规制问题等。最后,在研究方法上,规制法的研究更注重微观的制度分析,侧重于分析法律对于外在(external to law)社会实践的影响。而法律学者传统上更熟悉的则是内在于法律(internal to law)的规范分析,注重的是法律自身的特点和内在一致性。

二

本卷收录的五篇论文,前四篇都是整体性的思考,且具有方法论层面上的反思意义;最后一篇则比较具体,从美国总统行政命令的角度出发讨论《信息自由法》中国家安全的界定和发展,也不是以司法审查为中心。当然,这并不意味着五篇论文都属于或者提出了同样的脉络。同时,本卷题为“行政法的新视野”,而第三篇“新新政”一文严格来说属于法理学,当然其内容对于行政法学来说显然也极有参考价值。

第一篇文章“行政法的‘去法化’”(Delegalizing Administra-

^② Donald Elliott, *The Disintegration of Administrative Law: A Comment to Shapiro*, 92 *Yale Law Journal* 1526 (1982).

tive Law), 原载《伊利诺斯大学法律评论》1996 年卷第 2 期, 作者基思·韦哈恩(Keith Werhan) 现为美国杜兰大学宪法学教授, 译者宋华琳现任教于南开大学法学院。

该文阐述了“当前”美国行政法的“去法化”趋势。不仅改革联邦行政决策的努力具有这一倾向, 而且联邦法院也在改变自己审查行政行为合法性的责任。作者认为, 去法化意味着政策制定者和法官有意识地将行政机关从控制其决定程序和内容的规范中解放出来。这些变化的累积效果是会弱化行政机关作为制定和实施公共政策的核心决定者的地位, 同时也会损害司法机关作为公共政策正当性与合法性守护者的角色。总体而言, 这些变化意味着深刻反思行政的过程。这一反思从根本上质疑传统的行政法模式, 而且借此会挑战关于法治的理解。但正是这种关于法治的理解才使得美国社会接受了行政国家。改革者们在削弱法治的要求时, 却没有提出替代性的方法代替传统上由法治所发挥的功能。

第二篇文章“作为管制的行政法”(Administrative Law as Regulation), 原载《规制法律》(*Regulating Law*) (牛津大学出版社 2004 年版)。作者彼得·凯恩(Peter Cane) 现为澳大利亚国立大学法学院教授, 译者付宇程为北京大学宪法与行政法专业 2009 级博士研究生。

就法律而言, 这本书的编者认为存在一种规制性的进路(regulatory approach to law), 即法律本身是一种规制的形式而同时又受制于其他形式的规制。“作为管制的行政法”旨在探讨“行政法的管制性进路”包含哪些方面的内容。作者认为, 法律进路关注的是行政法的规则、原则以及支撑规则、原则的目标

和价值,而管制进路关注的是行政法的实际社会效果,如何最好地实现目标和价值。就行政法的管制性进路而言,至少有三种解释。第一种是承认行政法是目标导向性的。这显然是一个通说,并没有什么特殊之处。第二种解释认为行政法的目标是保证遵守行政法规范,但是这对于区分法律进路和管制进路的行政法并没有什么帮助。而第三种解释则是赋予行政法一些外在的目标,例如促进做出良好的公共决定过程或理性的公共审议,或最大程度地减少代理成本。作者认为,只有这第三种解释才能够清楚地区分行政法的法律进路与管制进路:法律进路关注的是行政法的实体原则与法院的执行,而后者关注的是行政法的社会效果。

第三篇文章“新新政:当代法律思想中管制的衰落与治理的兴起”(The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought),该文原载《明尼苏达法律评论》第 89 卷,2004 年 12 月号。作者奥利·洛贝尔(Orly Lobel)现为美国圣地亚哥大学法学教授;译者成协中现任职于北京市社会科学院。

作者认为,“新政”标志着美国政治组织发生了一次范式的转换。根据救济、复苏和改革的要求,创造了当代的行政规制国家。而在 21 世纪初,一种新的范式正在形成,将最近政治经济领域的发展与法律和民主理论的进步联系起来。该文提出了从传统行政的规制模式向新行政治理模式的转换这一愿景。该文章既肯定了新模式的出现,同时批判性地考察了其各个要素之间的互动。作者分析了法律领域中普遍存在的各种新颖主张,提出了为什么法律会寻求创新,以及他们试图回应的内容是什么。

么。同时,作者提出了一幅全面的图像以便从整体上理解这一更新(renew)的方案,包括各种可能的含义和新兴模式之间的内部竞争。该文将行政法、宪法以及法理学的核心工作融为统一的框架,讨论了通过采纳一种新的、法律模式实现更新的可能性。通过理论考察和个案研究,论文描述了治理模式的组织原则,包括强化非国家主体的参与、公私协作、多样化与竞争、去中心化与辅助性、政策领域的融合、灵活性与非强制性(软法)、调整和学习以及最终法律的调谐(orchestration)。论文在三个典型的治理领域中细致地分析了这些特征:新的工作环境政策、公民环保主义和网络民主。作者认为,新的治理是被有意识地设计为一种理论和实践混合的流派,汲取了不同思想流派关于规制和市场失灵的洞见。通过综合各种法律进路,治理模式正面回应了集中化的规制与放松规制的困境。论文最后讨论了21世纪新生的治理机制所带来的规范上的挑战,并且表明了在新新政”时代如何促进民主、责任性与正当性。

第四篇文章“行政程序法行政化的时代”(It's Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative),原载《康奈尔法律评论》第89卷(2002年)。作者爱德华·L. 鲁宾(Edward L. Rubin)现为范德比尔特大学法学院教授,译者蒋红珍现任教于上海交通大学国际与公共事务学院。该文认为《行政程序法》需要改写,因为从一开始该法的设计就是有问题的。《行政程序法》最主要的缺陷是未能把握现代行政国家的本质特征。相反,该法为行政行为所规定的程序是建立在前现代的治理模式之上,具体来说就是司法机关实施法律的模式,而现在专门建立行政机关的目的就是要取代这种模式。不仅《行政程序法》对

于裁决的要求是如此,而且其对制定规则的要求也是如此。更糟糕的是,《行政程序法》几乎完全不调整其他行政过程,将其错误地称作非正式的裁决。

作者建议《行政程序法》应该根据标准的韦伯式的官僚治理概念彻底重构。这一概念最重要的特征就是围绕工具理性的原则组织行政治理。根据韦伯的看法,只要行为以主体对其结果的预期为依据,那么就可以说在工具上是理性的,即理性地考虑和权衡“结果、手段和次要的结果”。在适用于行政机关时,这意味着,法律首先应当要求行政机关必须根据实际结果评估其为自己所界定的目标,其次,程序法应当要求行政机关评估所有其他的行政行为,无论是规则制定、裁决还是被称作非正式裁决的各种行政行为。在审查行政行为时,法院应当受这一原则指引。无论对行政机关还是法院来说,其他补充性的原则都可以从韦伯式的行政机关观念中推导出来,即行政机关是一种等级式的、连续运作的组织,具有明确的管辖范围,而且由专职雇员组成。根据这些看法,就可以在承认现代行政治理独特性的基础上,重新起草《行政程序法》。

第五篇文章“《信息自由法》国家安全公开豁免条款的立法和行政规范的发展:过去与未来”(The Statutory and Executive Development of the National Security Exemption to Disclosure Under the Freedom of Information Act: Past and Future),原载《北肯塔基大学法律评论》第32卷,2005年。作者大卫·B. 麦金蒂(David B. McGinty)现为“东南亚社会与人道活动调查”组织的顾问,美国维拉诺瓦大学法学院兼职教授;译者程迈为北京大学宪法与行政法专业2007级博士研究生。

《信息自由法》规定关于国家安全或外交关系的保密信息免于披露,而这一规定与总统命令对此类信息进行分类的规定相互影响。该文考察的就是这一过程。同时,就保密信息与国家安全的界定而言,法院非常依赖总统的行政命令,就公开可能造成的具体危害,尊重行政机关的判断。论文将前述发展过程分为六个阶段。最初的信息公开取决于行政机关自身的裁量,每个机关都有自己的一套保密规范和标准,但直到1946年才有了首个关于政府信息公开的行政命令。1946年的《行政程序法》没有关于知情权的直接规定,而且信息公开的内容比较有限。1966年《信息自由法》则直接确立了公众的知情权,并且将免于公开的事项限定为九类。此后,总统通过行政命令就定密的主体、程序、范围以及解密和降低密级等不断发展国会立法的规定。在此过程中,行政命令一直在寻求实现公众的知情权与保卫国家之间的平衡,总体的趋势是限制行政机关的定密能力,具体的内容则随着所处的政治和社会环境等因素有所不同。

作者指出,虽然在小布什总统的任期内,美国面临的国内外的安全情势发生了很大的变化,但到文章写作时仍然没有超越此前行政命令的框架。而如果要发布新的命令,作者就必须要把加以处理的重要问题做了说明,包括:保密标准、受保护的利益的界定、解密的时间限制、机构间信息接触的规范、重新加密以及否认相关信息是否存在等情形等。

三

本卷的内容原拟与“软法的挑战”合并出版,但因为篇幅巨

大,所以商务印书馆的马冬梅博士建议分为两卷出版。这样不仅方便读者,而且通过独立使得两卷各自的主题更加突出。因此要特别对她表示感谢。同时,本卷的编纂需要一如既往地感谢各位合作者。首先是各篇论文的原作者,他们对于自己的作品能够在中国出版表示出了极大的兴趣,并且协助解决版权的问题。其次是参与翻译的各位学友。他们不仅应允承担翻译的任务或者主动提供译稿,而且还要容忍随后的催促,认真配合出版社提出的翻译要求。需要指出的是,美国法律论文的注释尤其繁多,就此花费的时间可能要远远超出正文。北京大学法学院的周华兰和上海交通大学国际与公共事务学院的丁雯和董雪等参与了部分论文的校对和翻译。再次是商务印书馆参与本书出版流程的各位。这本书的出版会经过若干编者可能永远也不会知道名字的人士之手,但他/她们的工作却是不可或缺的。

美国行政法近年来的发展变化非常迅速,我们肯定无法搜罗穷尽所有具有代表性的论文,而且这原本也不是本卷的目标,因此肯定有遗珠之憾,希望以后还有机会补上。

编 者

2011年4月1日

目 录

卷首语·····	i
行政法的“去法化”····· 基恩·韦哈恩	1
导 论·····	1
一 当下的行政改革·····	4
二 对行政机关司法审查的修正·····	33
三 法治的凋零? ·····	65
结 语·····	75
作为管制的行政法····· 彼得·凯恩	77
一 行政法的法律与管制进路·····	78
二 什么是行政法·····	80
三 行政法的管制目标·····	87
四 作为管制工具的司法审查·····	92
五 司法审查的作用·····	99
六 重回法律与管制进路·····	105
新新政:当代法律思想中管制的衰落与治理 的兴起····· 奥利·洛贝尔	107
导 论·····	107
一 当代法律思想中的革新精神·····	117

2·行政法的新视野

二 革新的内因与外因·····	124
三 革新新政的治理模式的组织性原则·····	147
四 三个正在兴起的治理领域·····	193
五 作为理论整合的治理·····	246
六 核心的规范挑战·····	257
结 语 ·····	279
行政程序法行政化的时代 ····· 爱德华·L. 鲁宾	285
导 言·····	285
一 《行政程序法》的困境 ·····	293
二 行政性《行政程序法》的建议 ·····	369
结 语·····	434
《信息自由法》国家安全公开豁免条款的立法和行政	
规范的发展:过去与未来····· 戴维·B. 麦金蒂	437
导 言·····	437
一 国家安全信息保密制度与《信息自由法》国家安全	
免除公开条款的发展·····	443
二 布什政府和9·11之后的保密制度·····	496
三 第七阶段:未来的保密制度和第一豁免的前景 ·····	503
结 语·····	509