

行政法基础理论 改革的基本图谱

“合法性”与“最佳性”二维结构的展开路径

朱新力 唐明良 等著

XINGZHENGFA JICHU LILUN GAIGE DE JIBEN TUPU



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

013060659

D922.104

124

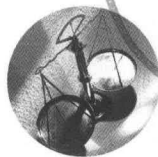
行政法基础理论 改革的基本图谱

“合法性”与“最佳性”二维结构的展开路径



朱新力 唐明良 等著

XINGZHENGFA JICHU LILUN GAIGE DE JIBEN TUPU



D922.104

124



法律出版社

LAW PRESS·CHINA



北航

C1666371

图书在版编目(CIP)数据

行政法基础理论改革的基本图谱：“合法性”与
“最佳性”二维结构的展开路径 / 朱新力, 唐明良等著. —
北京：法律出版社, 2013. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4917 - 5

I. ①行… II. ①朱… ②唐… III. ①行政法—研究
—中国 IV. ①D922. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 089053 号

行政法基础理论改革的基本图谱：
“合法性”与“最佳性”二维结构的
展开路径

朱新力
唐明良 等著

责任编辑 郑 导
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2013 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 永恒印刷有限公司

印张 12 字数 187 千

印次 2013 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4917 - 5

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



北航

C1666371

序言:行政法基础理论改革的一种进路

“我们生活在一个重构行政法概念的时代。”这是一位美国学者在联邦行政程序法(APA)诞生50周年之际所作的判断。^①在我国,近年来,旨在重塑行政法结构的“新行政法”逐渐成为行政法学界的一个热词。对这样一个名词是否科学,以及它所表征的内涵外延是否确定等问题,学界还有许多不同的看法,甚至褒贬不一;但作为行政法学研究中的一种现象或者说取向,其已切实地存在着并渐有影响扩大之势。当然,究竟什么是“新行政法”,其与传统行政法之间存在怎样的区别和联系,显然还是一个见仁见智的话题。相比于传统行政法,对于“新行政法”理论中的“新”,学者们各有见解。从目前明确提出“新行政法”概念的观点主张来看,基本上可以分为两种倾向:

第一种是法制度和法现象意义上的“新行政法”。持这种倾向的代表性人物是姜明安教授。其在20世纪90年代中期即向国内介绍了澳大利亚“新行政法”的产生及其主要内容,并将澳大利亚的“新行政法”主要内容概括为“参与权——政务民主;了解权——政务公开;隐私权——保护私情报;救济权——多途径救济;监督权——多形式监督”。^②在随后的2002年和2009年,姜明安又在《新世纪行政法发展的走向》和《全球化时代的“新行政法”》二文中,分别从五大变迁(行政疆域的变迁、行政权行使主体的变迁、行政法原则的变迁、行政目标和手段的变迁、行政控权机制的变迁)和三大新(调整范围的新、调整方式的新、法源形式的新)探索行政法的新变化。^③这些观点和内容显然属于法制

① Breger, “The Fiftieth Anniversary of the Administrative Procedure Act: Past and Prologue: Regulatory Flexibility and the Administrative State”, in *Tulsa Law Journal*, Vol. 32, 1996, p. 325.

② 姜明安:“澳大利亚‘新行政法’的产生及其主要内容”,载《中外法学》1995年第2期。

③ 姜明安:“新世纪行政法发展的走向”,载《中国法学》2002年第1期;姜明安:“全球化时代的‘新行政法’”,载《法学杂志》2009年第10期。

度和法现象范畴。持这一倾向的学者还有余凌云教授。其从公共行政变迁的视角探索行政法的新变化,观察“行政法的原则、精神与控制技术努力地不断向接手传统公共行政的私法领域扩张、渗透”。^①

第二种是法学研究进路和方法论意义上的“新行政法”,或者说是作为一种认知模式的“新行政法”。这样一种倾向的“新行政法”论在近年更为热闹,而且还细分出异彩纷呈的多种研究风格。其中,较具代表性的是北京大学一批相对年轻的学者所倡导的“新行政法”或者“新概念行政法”,其基本学术主张是:“新行政法”作为一种初步系统化的行政法学术意识,主要基于对传统行政法模式的反思而产生;这一学术进路主要采取的是一种制度功能主义的论证。新行政法不是革命,而是改良,是对传统行政法进行“扩展”而非“颠覆”,亦即行政法如何在行政状况发生本质性变化(从消极到积极)的情况下提供一种新的、能够使公共行政过程合法化的解释框架,重点是建立“面向行政过程的行政法框架”。^②王锡铎教授进一步将这种“面向行政过程的行政法框架”描述为“以形式合法化、理性合法化、民主合法化为路径的复合式行政合法化框架”;并认为这一框架对于行政权、行政过程与行政法体系的认知与建构,对于传统行政法中的若干重要主题(行政合法性、行政组织、行政程序、行政行为 and 司法审查)的深化研究将具有某种方向性的启示。^③凡此种种,显然是从研究进路和学术认知模式的角度去看待所谓的“新行政法”。此外,京外的一批青年学者,亦在同样的思考进路下考虑新行政法的话题。例如,章志远教授采用特征描述和对比的方式对新行政法的特点进行了列举,认为新行政法更加关注公私合作、积极给付、规制手段、过程正当、法政策学、部门细节,而非局限于公私对立、消极防范、行政行为、结果合法、法解释学、抽象整体。^④于立深博士带着反思清醒地看待了从政府管制切入行政法真实问题研究的“优”与“忧”,并提出需用概念行政法学方法论和学术风格去研究复杂的政府管制问题,用概念法学的方法论指导、规范政府管制背景之下的新行政法的研究,谋求行政法学的新发展。^⑤这两种观点也都是从方法论、知识正当性和认知模式等角度所展开的

① 余凌云著:《行政法讲义》,清华大学出版社2010年版,第9页;余凌云:“公共行政变迁之下的行政法”,载《华东政法大学学报》2010年第5期。

② 罗豪才、王锡铎等:“‘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年版;邓联繁、田飞龙:“新行政法与依宪行政”,载《行政法学研究》2011年第1期。

③ 王锡铎:“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。

④ 章志远:“民营化、规制改革与新行政法的兴起”,载《中国法学》2009年第2期。

⑤ 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。

对新行政法的描绘。

事实上,这两种各有侧重的“新行政法”取向是有机统一甚至唇齿相依的,正是法制度和法现象意义上的“新行政法”,至少在一定程度上促发了人们对于行政法学研究进路和研究范式的反思;而法学研究进路意义上的“新行政法”所倡导的方法,又反过来有利于人们审视行政法内容和制度设计重心的新变化。鉴于这样的考量,我们从2004年和2005年间开始,即组织、带领一个研究小组以“行政法基础理论的改革”这样的框架去思考行政法研究进路的转换,以及这种转换视角和分析框架对行政法理论及制度设计各板块的冲击和影响。当然,在这个共同研究和探索的过程中,我们的认识也在不断地发生变化和提升。在早期,我们主张主要以政府规制学的方法和知识去认识行政法的改革,让政府规制理论在“行政法学的树干上长出新芽,使行政法学更加贴近真实世界的行政过程,走近现实的法律生活。”^①这一研究方法和进路也在相当长的时间内影响和贯穿着我们后续的研究,如对行政行为理论这一行政法研究重镇的“政府规制学”解读,^②对规制个案和部门领域的行政法探索;^③等等。随着研究的深入,我们也逐渐意识到,政府规制角度切入存在两个弊端:第一,政府规制(包括社会性规制和经济性规制)只是政府行政任务中极为有限的部分。其本身在经济学、政府管制学派中有着严格的定义,而不能将所有政府行政任务都泛指为“政府规制”。这是不严肃的。第二,政府规制与行政法框架和内容之间如果只是一种“物理对接”的话,极易剑走偏锋,甚至直接踏入了其他学科(如行政学、经济学)的园地,从而在知识正当性上受到质疑。^④为此,我们一直在积极寻求外学科知识与行政法框架产生“化学反应”并维持法学基本立场和品格的研究进路。这一努力,除了在有关行政活动方式的研究成果中提出“在现代行政活动方式理论中,作为基本点的传统行为形式理论以及作为克服其缺陷的三个理论提升(规制工具理论、行政过程论、行政法律关系论)将是不可偏废的——一个都不能少”的完整论述外,更明显地体现于我们对于行政

① 朱新力、宋华琳、胡敏洁等:“现代行政法学与政府规制”,载《法制日报》2005年3月17日版;朱新力、宋华琳:“现代行政法学的建构与政府规制研究的兴起”,载《法律科学》2005年第5期。

② 朱新力、唐明良:“现代行政活动方式的开发性研究”,载《中国法学》2007年第2期。

③ 朱新力、宋华琳等著:《彩票业的政府管制与立法研究》,浙江大学出版社2007年版。

④ 也有学者意识到了这种危险,认为政府管制之下,不坚持概念法学方法论的新行政法就变成了行政学、社会学。目前由一些行政法学者撰写的政府管制论文已经有了这种回到100年前行政学的征兆,也许他们还没有意识到。参见于立深:“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。尽管这种提法不无夸张,我们也没有必要对学科划分太过于恪守“清规戒律”,但法学品格的丧失风险,也是我们在探索行政法基础理论改革时必须时时加以戒备的。

法治体系“合法性”与“最佳性”二维互动结构的论证。

在我们看来,完整的“新行政法”视野或者说行政法基础理论的改革框架应当包括“合法性”和“最佳性”两个考量基点——以确定行政活动边界、规范公权力行使、保障相对人合法权益为指向的合法性考量与以探索良好行政的制度设计、促动行政改革提高行政效能为基本指向的最佳性考量。合法性考量的议论视角包括职权法定、行政行为形式论、程序控权、司法审查和权利救济等;最佳性考量的理论构成则包括行政任务与行政组织形态的匹配(主体论)、行政手法与政策工具的选择(行为论)、程序设计与决策理性(程序论)、司法政策功能与国家责任多元化(救济论)等。^①这两种考量基点互动构成了行政法总论改革的完整架构。在这样一种“新行政法”模型的视域下,行政法学的关注点显然不仅仅在司法审查的下游,而应进一步回溯到行政过程的上游,以追求行政过程的理性和民主性为要务。这是因为,以行政行为形式理论为代表、严格限定于法解释学立场的“司法中心主义”行政法学已经渐呈不堪重负之象。就如英国学者格里菲斯所说,法律训练(主要是法解释学、法教义学意义上的训练)导致的是没有可塑性的思维模具;其结果是切断了法律界人士与其他社会学者的联系:他会至死捍卫法律权利,反对以便利、公共利益或社会福利为基础的劝导性主张。加拿大学者博查德也认为,法律界人士所受的训练主要是为了解决私法争端,导致过度司法化和对对抗制程序的依赖,所有这些在行政法背景中皆不足取。^②行政法学上有越来越多的经验性研究显示,行政法学的理论和行政过程的实务存在极大的落差。这种落差已让一些学者确信“下一代行政法学者应当会见证从司法卫护的行政程序向着由立法者和官僚设计的管制项目的转变”^③。亦即,在传统的关注司法审查、权利救济和法律程序的以法解释学为核心的行政法学之外,应当存在另一个景象万千的生长空间。

以上,构成了我们对行政法总论改革方向和未来“新行政法”理念建构的基本观点和思考轨迹。为了更好地展示这种认识,在此将简单地用下表来刻画

① 我们对合法性考量和最佳性考量的理论构成及其关系的梳理成果,最早发表于2008年7月国务院法制办组织的“深入贯彻落实科学发展观与加快法治政府建设理论研讨会”;修改后又以“法治政府的二维结构:合法性、最佳性及其互动”为题发表于《浙江学刊》2009年第6期(中国人民大学报刊复印资料·宪法学、行政法学2010年第3期全文转载)。

② [英]卡罗兰·哈洛、理查德·罗林斯著:《法律与行政》,杨伟东等译,商务印书馆2004年版,第90~91页。

③ Cass R. Sunstein, Administrative Substance, Duke L. J. 607, 1991.

我们所理解的“新行政法”二维结构或者说行政法基础理论的改革框架。

要素特征	合法性考量	最佳性考量
价值导向	权力控制和权利保障	行政理性、行政民主化、行政效能
功能定位	防御性机能	形成性机能
考量重点	消极地谋求不违法	积极地谋求行政正当性和理性
法理基础	法治原理	民主、法治和理性
保护法益	个人权利保障为主	整体公益和制度福祉推进为主
考量节点	司法审查的下游为主	立法和行政的上游为主
研究方法	以法教义学、法解释学为主	增加法政策学的分量
基本构成	职权法定、行政行为形式论、程序控权、司法审查和权利救济	行政任务与行政组织形态的匹配、行政手法与政策工具的选择、程序设计与决策理性、司法政策功能与国家责任多元化

以这样的理路和视野,本书展开了对行政法各理论板块的“革新”探索:以“合法性”与“最佳性”的二维结构为分析框架和思想基础,深入认识行政法对象论、原则论、主体论、行为论、程序论、救济论六大板块中应有的新变化和学术转向。加上总论改革的“总体论”和行政法体系论,全书除序言外共分八章,这八章共同构成了我们所理解的“新行政法”基本图谱。当然,正如前述,关于行政法基础理论改革的走向,或者说新行政法的发展方向及其核心内涵,本身处于变动不居、不断发展的过程中,亦尚未形成权威的分析框架。故本书对行政法理论各板块革新取向的论证,注定也无法穷尽行政法的所有要素,而更多是描述性、提示性的探索。因此,充其量也只是构成行政基础理论改革或者新行政法未来走向的一种可能的进路思考。

目 录

序言:行政法基础理论改革的一种进路	(1)
第一章 总体论:新行政法的二维结构	(1)
一、实践呼唤与理论应对	(1)
二、“合法性”与“最佳性”的理论构成	(3)
三、二维结构的互动、方法论及其载体	(15)
四、小结:思考框架与实践效用	(19)
第二章 对象论:公共行政变迁及新行政法的回应	(21)
一、描绘传统“公共行政”的基本手法:梳理与反思	(21)
二、公共行政新形态:实质意义上的展开	(26)
三、黔驴技穷:传统行政法对公共行政变迁回应之不足	(32)
四、新行政法对公共行政变迁的关注与回应	(36)
五、小结:从形式到实质	(41)
第三章 原则论:行政法基本原则的深化与创新	(42)
一、行政法基本原则体系:从行政法价值出发的架构	(44)
二、依法行政原则及其新发展	(51)
三、行政效能原则:走向积极面向	(54)
四、小结:行政效能原则与依法行政原则之间的紧张关系 及其缓和	(61)
第四章 主体论:行政组织法的功能拓展及其制度设计	(64)
一、传统:行政主体范式下的“控权”功能	(65)
二、传统行政组织法的自我增量:分权与自治功能	(69)
三、新行政组织法:功能主义视角下的效能提升	(73)
四、小结:功能主义视角下多元的组织法功能	(82)
第五章 行为论:行政活动方式理论的双面拓展	(83)
一、引言:问题意识与理论需求	(83)

2 行政法基础理论改革的基本图谱:“合法性”与“最佳性”二维结构的展开路径

二、行政行为形式论的核心与缺陷	(85)
三、政府规制形式论的引入与展开	(91)
四、政府规制形式论运用与规则设计	(102)
五、小结:“一个都不能少”	(115)
第六章 程序论:新行政程序观的法理与基本建制	(118)
一、传统行政程序理论:立足于权利保障和权力控制的 法治主义	(119)
二、传统行政程序的自我更新:效率考量的引入	(122)
三、新行政程序观——民主主义和理性主义之下的 进阶程序法理	(126)
四、小结:新旧行政程序观的契合及其机制	(134)
第七章 救济论:从评价责任到风险保障责任的转型	(137)
一、引言:悄然发生的变化	(137)
二、传统国家责任理论:泾渭分明的赔偿与补偿法理	(138)
三、国家责任制度的发展:赔偿与补偿制度的自我拓展 与相互交融	(141)
四、风险社会语境下国家责任的重新定位	(146)
五、国家责任的扩大与限制——法政策面的考量	(155)
六、小结:国家责任制度价值导向的转型及其限度	(158)
第八章 体系论:行政法总论改革与部门行政法的勃兴	(160)
一、从“泛总论化”到部门行政法的独立性:渐渐清晰的共识	(160)
二、部门行政法的体系构成与内容取向	(163)
三、完整的行政法学体系:总论与各论的几对关系范畴	(168)
四、小结:新行政法的体系构成	(171)
主要参考文献	(172)
后记	(183)

第一章 总体论:新行政法的二维结构

在序言中,我们已提出了“新行政法”的二维结构,即“合法性”和“最佳性”。那么,对于这种二维结构是基于怎样的实践呼唤和理论需求,理论构成究竟包括哪些方面,又如何形塑着行政法基础理论的改革方向这些问题,本章将给予初步的回答。

一、实践呼唤与理论应对

国务院于2004年发布的《全面推进依法行政实施纲要》一直在理论界和实务界有着正面和积极的评价。时隔多年,当我们回头审视这一提出“十年左右建成法治政府”主张的战略规划的积极意义时,^①不期然发现,该《纲要》在贯彻依法规范公权力、推进依法行政这一条主线的时候,还隐约存在另一条主线,即以转变政府职能、深化体制改革、改革行政管理方式、加强制度建设质量等多种载体努力确保行政的“最佳性”。^②事实上,法治政府建设中的这两条主线在各级政府的指导思想和实际工作中自觉或者不自觉地被运用着。例如,2008年3月25日召开的新一届政府第一次廉政工作会议上,温家宝总理关于健全科学民主决策制度、规范重要领域权力运行制度、完善行政执法管理制度、健全政务公开制度、加快实行以行政首长为重点的行政问责和绩效管理制度等五个方面的论述便通篇“无缝隙地”连接着合法性与最佳性的一体两翼。而2008年的《国务院关于加强市县政府依法行政的决定》^③尽管以狭义的“依法行政”

① 尽管目前看来,“十年左右建成法治政府”的目标无法如期完成,党的十八大报告已提出,到2020年“法治政府基本建成”的新目标。但这并不能否定《纲要》的积极意义。

② 对此,我们的研究团队曾在另一篇小文中有所揭示。参见朱新力、唐明良:“法治行政与政府‘善治’的互动与耦合”,载《法制日报》2007年4月29日理论版。

③ 2010年10月10日国务院发布的《关于加强法治政府建设的意见》(国发〔2010〕33号)表达了同样的关切。

和规范行政权力为核心,但同时也折射出对“最佳性”的关怀,如坚持重大行政决策集体决定制度,建立重大决策实施情况后评价制度。

面对法治政府实践的“双线并行”,以法治政府为核心研究对象的行政法学已自觉地作出一定的回应。但相对于法治政府实践的迅速推进所产生的理论需求,该种回应显然还不够。受大陆法系通说的影响,我国行政法学产生和发展中的主要课题是提出对行政的规范性要求,而较少地顾及公共行政的实体面向;亦即将行政法学限定为“法学上的方法”为分析视角,舍去一切其他学科包括政治学、公共行政学、社会学、经济学、管理学乃至心理学的研究方法和知识,而仅仅立足于合法性考量,探索法律的技术分析/病理分析并以其作为程序和司法控权的基础。这一忽视行政实务的倾向在行政法研究对象的界定上便已体现得淋漓尽致:大陆法系早期的主流论著经常消极地将“行政”界定为“国家为了实现其目的而依法进行的立法和司法之外的活动”,^①而试图避开公共行政的实体面向。这一方面固然是因为公共行政的内容庞杂,采取积极定义容易成为破绽百出的“百衲衣”;另一方面确也反映出对行政实务面忽视的倾向。在定义即为消极界定而隐去行政实务的前提下,整个行政法框架必然是形式性的。“行政学是关于事实的科学,而行政法学是应然的科学”也由此成为固守学科界限的金科玉律。

法治政府建设的实践与行政法学理论的上述错位也在其他许多国家广泛存在并引起了部分学者的共鸣。以日本为例,其行政法总论中的过程论和手段论部分除继续深化旨在加强合法性控制的行政行为形式论研究之外,还另辟蹊径重点研究规制的手法;这便需要对行政实务、实态的正确把握。该种面向的把握激发了以法解释学为中心的行政法学方法论的架构变化。^②在其他国家,也可看到类似的迹象,如德国行政法总论开始对大量非正式行政活动进行“最佳性”层面的关注,美国行政法学阵营的一些学者则对政府规制改革情有独钟;等等。然而,就如日本行政法学者大桥洋一教授所言,这些在行政法上关注行政实务的学术倾向相对于整个行政法学的主流而言还只是“茶杯中的风暴”。^③并且,在我们看来,这一“风暴”即便在茶杯中的翻腾空间在当下也还相

① [德]奥托·迈耶著:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第1~14页;[日]盐野宏著:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第7页。

② [日]盐野宏著:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第63页以下;蔡秀卿:“日本行政法学的现况——以行政法学方法论为中心”,载《月旦法学》1998年第7期。

③ [日]大桥洋一著:《行政法学的结构性变革》,吕艳滨译,中国人民大学出版社2008年版,第57页。

当有限,因为其即使关注行政实务面的“最佳性”问题,也基本上只是局限于法学的视角。中国行政法学界近年来也开始反思行政法的既有研究取向,但总体上对“合法性”和“最佳性”之一体两翼的关注显然不足,而自觉运用跨学科研究平台应对行政实务问题的研究更是凤毛麟角。正是在这样的背景下,我们认为,在探索行政法基础理论改革方向和法治政府的建设路径时,有必要审视和梳理“合法性”与“最佳性”双线体系的理论构成及其互动结构。

当然,鉴于对某一学科帝国主义倾向的防范,有论者或许提出,尽管在行政法上未曾展开对行政实务的关注,但其他学科,诸如经济学、社会学、公共行政学等学科则在关注这些命题并为行政实务的政策制定和运作提供智识贡献。换言之,是否关注行政实务仅仅系行政法学科完善层面需要考虑的内容,而与政府是否能实现最佳的行政无关(即行政法学若不作双线展开,同样可以由其他学科完成最佳性考量的任务)。对此,我们认为,一方面,就学科本身发展的角度来看,如果行政法一直在“合法性”范畴内故步自封,则将使其继续仅仅沉醉于抽象、繁琐的司法案例分析(这样的研究当然也是必不可少的),而对行政过程上游的实体政策问题哑然失语,以致“公共行政的法律途径一直受到其他研究途径,特别是正统的管理途径的压制。”^①甚至,更加危险的结局可能是:“对于生活世界来说,行政法学仍是一个异乡人,在作为一门独立学科存续的一个世纪里,它像一个身患自闭症的孩子一样,固守自己的世界、迷失在返回家园的路途中。”^②另一方面,面对纷繁复杂和流变剧烈的公共行政改革大潮,如果行政法学继续舍弃公共行政过程和实务的观察视角,将使其“合法性”考量面全盘面临知识正当性危机,从而无法对公共行政的管理和政治途径加以有效的掣肘;并易使具有天生“扩张性”倾向的行政权成为“脱缰的野马”。

二、“合法性”与“最佳性”的理论构成

基于上述的问题意识,笔者所倡导的法治政府二维结构其实已初露端倪:以确定行政活动边界、规范公权力行使、保障相对人合法权益为指向的合法性考量与以探索良好行政的制度设计、促动行政改革提高行政效能为基本指向的

① [美]戴维·H. 罗森布鲁姆等著:《公共行政学:管理、政治和法律的途径》,张成福等校译,中国人民大学出版社2002年版,第35页。

② 包万超:“面向社会科学的行政法学”,载《中国法学》2010年第6期。作者进一步认为,作为一种“单向度”的规范法学,现代行政法学的实证基础缺乏了经验世界的支持,而使自身变为内容空虚的逻辑游戏。行政法学术丧失了对生活世界的认知和指导作用:它既不能客观地描述和解释行政法“是什么”,也不能令人信服地指出行政法“应当是什么”。

最佳性考量。合法性考量与最佳性考量及其互动构成了法治政府的全景画卷。那么,在这幅画卷中,二维结构各自的核心内容究竟如何展开?对此,我们试作如下的缕析。

(一) 曾经的唯我独尊——合法性考量

每一种行政法学理论背后,皆蕴藏着一种国家理论。^①进言之,行政法理论的核心要旨取决于其背后的国家理论。从学说史上考察,大陆法系的行政法开始活跃的时候,其背后的国家理论系所谓的夜警国家学说,即公共行政的任务在理论上被限定于保障秩序和安全。在这样的国家理论之下,行政法学的研究目标取向着眼于形式合法性,而不问公共行政的实务。这一取向在大陆法系主要国家一直被绵延至20世纪中叶前后。^②承接于该取向,行政法在彼时的唯一任务是合法性考量。这具体又主要包括以下的议论视角:

1. 职权法定

职权法定是指行政主体行使的行政权必须通过法律授予,法无授权则禁止。根据所谓组织规范与根据规范^③的分野,行政主体作出行政行为既应获得组织法上的授权,也应具备行为法上的依据。职权法定中的“法”既包括立法机关制定的法律,也包括行政机关在法律授权下所制定的法规、规章;而规章以下的规范性文件(行政规定)则不能创设行政职权,只担当法定行政职权具体化的功能。在合法性考量上,由职权法定原理进一步引申出法律优先、法律保留、行政主体理论、授权—委托理论、公务员(行政人)行为规范等话题。

2. 行政行为形式论

行政行为形式论是大陆法系传统行政法的核心。它是为建构行为规范而“雕琢”和抽象出来的一套法技术概念:就行政机关为达成一定行政目的或任务所实施的各种活动中,选定某一特定时点的行为,作为控制行政活动适法范围或界限之时审查对象(基本单元),以达成对行政机关进行合法性控制的目的。在大陆法系国家,概念、构成要件、体系以及体系与其他体系间互相关系已经大致成熟的行为形式主要有行政处分、行政契约、法规命令、行政规则、自治

① [英]卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯著:《法律与行政》,杨伟东等译,商务印书馆2004年版,第1页。

② 事实上,即使在当时,国家的任务也并没有限于单纯地保障秩序和安全(守夜人),而是在很大程度上保留了福利国家的特点。参见[德]汉斯·J.沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔著:《行政法》,高家伟译,商务印书馆2002年版,第74页。

③ [日]盐野宏著:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第53~54页。

章程、行政内部之职务命令以及行政事实行为。^①中国行政法学界在抽象和具体行为的区分框架之下,又从内涵外延、构成要件、法律效果等层面界定出一些类型化的二级子概念:将抽象行政行为区分为行政立法和制定行政规范性文件的行为;具体行政行为则进一步包括行政命令、行政征收、行政许可、行政监督、行政强制、行政处罚等。^②近年来,学界更对一些传统行为形式之外的行政指导、行政合同、行政计划等新兴行为形式开始“类型化”的锻造。在立法和行政实务上,行政处罚、行政许可、行政给付、行政奖励、行政强制、行政立法等概念也是耳熟能详。

行政行为形式理论是规范法学框架下的产物,是所谓“规范法学的行政法学”的一个重镇。这种行为理论更多的是一种形式理性的载体;“分离行政学以及行政政策,在以实定法为资料,而行归纳演绎之范围内,得与社会思潮全无关系,而为纯技术的说明。”^③也就是说,以各种行政行为形式为载体,在技术上与行政程序、行政诉讼相衔接而达致合法性控制的目标。此外,在市民法治国时代的大陆法系国家,学者们普遍坚持“行政行为形式强制”的立场:认为行政主体不得在规范规定的行为形式之外自由选择另外的行为形式,其核心要义是以所谓的“行为形式强制论”确保法治和控权。

3. 程序控权

在实体控权(职权法定)和司法控权之外,通过法定程序的设置和正当程序价值的注入,保障相对人参与行政过程的权利,从而监督行政主体合法、正当行使公权力是合法性考量中的另一个节点,故可称之为程序控权。一般认为,确保行政行为合法性控制的重要程序制度除伴随一个行政行为的逻辑次序而展开的事前告知(将应该让相对人知晓的事项通过一定的途径和方式告诉相对人的程序制度)、事中听取意见(包括正式听证和非正式听证)和事后说明理由(表明合法性以及裁量基础的各种理由)外,还包括回避制度、信息公开制度、表明身份制度、仲裁分离制度、时效制度等。

4. 司法审查与权利救济

合法性考量无法回避司法审查,而司法审查又是行政法治基本原则之一。

^① 林明锵:“论型式化之行政行为与未型式化之行政行为”,载翁岳生教授祝寿论文集编辑委员会编:《当代公法理论》,月旦出版公司1993年版,第337~362页。

^② 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社1999年版,第103~106页。

^③ [日]铃木义男著:《行政法学方法论之变迁》,陈汝德等译,中国政法大学出版社2004年版,第35页。

司法的最终性决定了一旦出现合法性争议,上述合法性考量的节点——职权法定、行为形式强制、程序控权等必展开于司法审查的过程。也正是基于这一点,传统行政法被视为仅基于法院的视角而进行合法性的病理分析。司法审查环节的合法性考量技术主要包括:对权利侵害的分析(包括何种权利受侵害、是否系反射利益、是否具有请求权基础等);对诉讼要件的分析(是否属于受案范围、当事人是否适格、可否提起国家赔偿等);对事实问题和法律问题的审查深度及其裁判技术(举证责任分配、法律解释技术、有无违反法律、有无裁量滥用、有无违反正当程序、适用何种裁判种类等)。通过上述这些技术,司法审查在下游的节点通过行判断之权保障行政行为的合法性,维护人民的合法权益。

传统行政法中的大部分问题基本上均围绕上述四个合法性考量的板块展开,其中又以行政行为形式论为核心,以司法审查和权利救济为最终落脚点。进言之,即在对行政行为形式进行类型化锻造的基础上,就每一种行为形式从“权限”(何种机关有作成何种行为的权限)、“程序”(该行为依何种程序而作成)、“法律效果”(依该行为可发生何种实体法上权利义务)以及“诉讼类型”(对该行为所生争议依何种诉讼途径解决,甚至采用何种判决形式)进行规范化对接。通过这种对接,理性的建构者试图获取如此的美好图景:某一行政主体在行为过程中能够采取何种行为形式、在采取该种行为形式之后应当遵循何种程序、由此带来何种法律效果以及诉讼权利义务等问题均在严密的“规范洪水”之下获得“唯一正解”。而行政法治的实践已经告诉我们,合法性考量对于规范公权力行使已然并正在继续发挥着不可或缺的功能。

(二)当下的新鲜血液:最佳性考量

一个成熟的理论体系需要补充新鲜血液的肇因无外乎两个:一是原有理论体系出现盲点;二是实践需求催生出新的视角。在行政法学理论中,合法性考量曾独擅胜场,排他性地担当起法治政府建设智识基础的功能。但正因为上述两个肇因的发端,最佳性考量出现在人们的视线中。它自然有着与合法性考量不一般的研究任务和理论构成,由此导致其所活跃的节点也有别于合法性考量。

1. 引入“最佳性”视角的理由

对应于前述的两个肇因,在行政法理论中引入最佳性考量这一向度的理由可剖析如下。

第一,现代国家行政任务的膨胀使得行政调控的最佳性成为行政实务和理论所必须追求的目标。如前所述,孕育传统行政法理论的国家背景是夜警国家,即所谓自由法治国。在该种国家背景之下,行政的任务基本为秩序行政,以

合法性控制为核心取向的形式法治即为已足。但即使在奥托·迈耶的时代,其即已发现在秩序行政之外,国家尚有给付行政的任务;^①更遑论现代国家,其活动范围在传统的秩序行政外更已扩展至市场干预、经济指导、利益调整、给付分配、风险规制等诸多领域,行政任务之巨在形态上几近“从摇篮到坟墓”的福利国家。既然如此,在“什么样的国家理论决定着什么样的行政法理论”之映照下,行政法的理论构成自不能再局限于形式法治层面的合法性考量,而更应进一步将行政调控作为自身的课题,即必须时时直面这样的问题:面对纷繁复杂的行政事务,政府如何设计最佳的治理结构(包括组织、人员、手段、程序等)实现政策目标。

第二,合法性考量的视界存在诸多盲点。合法性考量的价值基础是治“行政脱法”或行政违法之病,即如同前述,以行政行为形式论为起点,衔接“权限”、“程序”和“诉讼”以防范行政脱法之危险。如此专注自然会遗漏诸多重要的视角,如行政本身的合目的性、简易性、经济性、节约性、适时性、迅速性、无形形式性(灵活性)、对环境变化的适应性(制度创新的必要性)等。^②这些视角无法通过合法性考量本身予以整合,而只能另辟蹊径,从最佳性的角度予以把握。

第三,从合法性考量的理论构成来看,其显然将既有的法律和政策视为常量,在这个常量之下行权限、程序和行为之合法分析。因此,即使在病理分析的层面上,其视角也是不完整的,因为它所分析的仅是行政脱法或行政违法的病理,而忽视了既有的法律政策本身和行政过程中存在的弊病。在现代国家中,一方面是政府着力将行政过程予以“法化”,从而出现所谓“规范洪水”的图景;另一方面是真实的行政过程却并不如人所愿地遵循既有的框架,出现了管制不足、执行欠缺,也因此导致“去法化”的倾向。^③对于这样的矛盾,行政法理论有必要着眼于现实运行中的行政活动以及对其加以实际规制的法律,即利用多种学科的知识 and 研究方法分析行政实务,把握其与法律规定之间的偏差及其内在原因,并寻求解决各该弊病的可能方案。而这一研究任务,显然非合法性考量所能胜任,需要引入最佳性考量的视角。

第四,从行政法研究对象——公共行政的构成要素来看,合法性与最佳性

① 陈爱娥:“行政行为形式—行政任务—行政调控——德国行政法总论改革的轨迹”,载《月旦法学》2005年第5期。

② [日]大桥洋一著:《行政法学的结构性变革》,吕艳滨译,中国人民大学出版社2008年版,第263页。

③ 关于行政法的去法化,参见[美]理查德·A.波斯纳:“行政法的潮起潮落”,蒋红珍译,载《比较法研究》2007年第4期;[美]Keith Werhan:《行政法的“去法化”》,宋华琳译,未刊稿。