



行政纠纷解决的 路径选择



耿宝建◎著



XINGZHENG JIUFEN JIEJUE
DE
LUJING XUANZE



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

013057983



D922.104

123

行政纠纷解决的 路径选择



耿宝建◎著



XINGZHENG JIUFEN JIEJUE
DE
LUJING XUANZE

D922.104
123



北航

C1668225



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

行政纠纷解决的路径选择 / 耿宝建著. —北京:
法律出版社, 2013. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4597 - 9

I. ①行… II. ①耿… 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 028363 号

行政纠纷解决的路径选择

耿宝建 著

责任编辑 潘洪兴
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 4 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 14.5 字数 270 千

印次 2013 年 4 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 - 4597 - 9

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)



北航

C1668225

序

行政纠纷解决机制,是公民权利救济机制,也是行政权力监督机制。研究行政纠纷解决路径,也就是研究公民权利的救济途径和行政权力的监督渠道。当前,我国正处于社会转型期和矛盾凸显期,行政纠纷日益复杂,社会矛盾较为突出。在这样的历史阶段,研究如何在行政纠纷发生后,为公民提供及时、便捷、高效的解决纠纷机制和权利救济机制,就成了行政法学的一项重要任务。

行政纠纷产生的原因是多方面的,有着十分复杂的背景。解决特定历史时期的高发、多发的行政纠纷综合病症,并没有一剂良药,而必须依赖于一个系统的治疗方案,需要一系列相配套的制度和措施。但传统行政纠纷解决机制不仅在理念及制度设计上忽视行政纠纷的有效解决,行政法学也长期专注于运用法解释学的方法来研究行政复议和行政诉讼制度,对行政纠纷解决机制缺乏通盘考虑。本书则首次把行政纠纷的解决放到法治国家建设的大背景下,跳出单纯从行政法学、行政诉讼法学的角度来看行政纠纷解决机制,而是运用法社会学理论、回应型法理论、善治理论、行政契约等理论来解剖行政纠纷形成的过程,分析行政纠纷形成的原因,重新审视行政权自我监督和自我控制机制,重构行政复议和行政诉讼的关系,改造行政复议与行政诉讼的工作机制和体制,并将多元化解解决的思路引入行政纠纷解决机制的制度构建中。

本书重视法院以行政诉讼方式化解行政纠纷,但同时也主张要正确认识司法的功能,承认司法的局限性;认为司法是正义的最后一道防线,但不应当也不可能站在解决行政纠纷的第一线,甚至成为解决行政纠纷的第一选择,警惕泛司法化和司法万能主义的倾向。强调重视发挥行政权自身解决纠纷功能,认为行政机关的自我控制是民主和法治的重要支撑,行政机关的自我审查和内部控制是当代中国的必然选择,也是外部控制得以有效运转的必要依托,因而倡导大部分行政纠纷应尽量在行政程序中解决,重视行政程序在解决行政纠纷过程中的独立价值。本书还从统计数据和实际效果等方面全面剖析了行政复议和行政诉讼的现状,强调将行政复议作为提起行政诉讼的前置程序,承认行政复议委员会的准司法性

质,主张单独设置行政法院系统审理行政案件。作者也清醒地指出,构建我国行政纠纷多元化解机制所面临的一系列两难的路径选择就在于:在打破对司法解决纠纷能力的迷信的同时,树立司法解决纠纷的权威;在扬弃司法中心主义的同时,强化我们原本并不存在的司法中心主义;在正式的法律控制尚未真正落实时去发展非正式控制;在尚未实现自治型法的形式法治阶段去追求回应型法的实质法治。作者主张当前迫切需要对现有行政纠纷的解决机制进行反思,客观评估,在此基础上通盘考虑,总体设计,构建一个协调、科学、可持续的行政纠纷解决机制。并主张制定一部《行政纠纷解决法》来统领各类行政纠纷解决机制,协调各种解纷机制的科学运行。这样的方案,既有深远的理论意义,又有迫切的现实需要。既防范各种解决纠纷机构间互相推诿,久拖不决的现象,又将各自的职能定位予以明确划分。尤其重要的是,通过清晰的行政纠纷解决的路线图,引导群众通过理性合法方式维护自身权益,落实党的十八大报告提出的尊重和保障人权的总体要求,同时便于提高行政机关,特别是领导干部运用法治思维和法治方式化解矛盾、维护稳定能力。

宝建法官长期从事行政审判工作,既有较好的理论功底,又有着丰富的审判实践经验,对行政纠纷解决机制运行现状有着切身的体会,对行政权的运行和监督过程有着较深刻的认识。也曾负笈英伦,并多次直接参与对外访问交流,对域外情况较为了解。本书所提的观点和方法虽然未必都符合当下国情,但强调用法治的方法界定公权力主体和相对人权利(权力)义务,用法治化的手段解决行政纠纷的思路,完全值得肯定。毕竟在中国这样一个有着 13 亿人口的发展中国家,要实现政治清明、社会公平、民心稳定、长治久安,最根本的还要靠法治。作者通过实证的方法分析问题,用发展的观点来讨论问题,并用系统的视野来解决问题,用世界的眼光审视中国问题,用社会学观点来认识法律问题,用法治的方法来解决社会问题,颇值得肯定。希望宝建法官在这方面能不断深入思考,为法治国家建设和行政纠纷的法制化解决提供更多更好的思想和见解。

是为序。

最高人民法院副院长

江必新
二〇一三年元月

目 录

第一章 导论:行政纠纷解决——为什么要“多元化”?	1
一、行政纠纷解决与人权保障	1
二、现代行政权的扩张与司法审查制度的局限	3
(一)现代行政权的扩张与司法审查制度的发展	3
(二)世界范围内司法审查的困境	6
三、现代西方社会科学相关理论的发展	7
(一)回应型法理论的发展	8
(二)政府管理理论的转变——从管制向治理、善治的转变	11
(三)行政法自身的深刻变化	14
四、西方法治国家行政纠纷解决机制的变革——ADR 的出现与运用	16
五、我国现行行政纠纷解决机制现状	19
(一)我国行政纠纷解决理论及实践的滞后	19
(二)新时期传统解纷机制所面临的挑战	23
六、法社会学视野下行政纠纷解决机制的路径选择	27
七、研究思路与基本构想	30
第二章 前提:法社会学视野下的纠纷与纠纷解决机制	32
一、纠纷与纠纷解决机制	33
(一)纠纷的概念	33
(二)纠纷解决方式的发展史	33
(三)纠纷的功能	40
二、法律纠纷及法律纠纷的形成	43
(一)法律纠纷的概念	43
(二)法律纠纷的特征	43

(三) 纠纷的类型	44
(四) 西方法社会学法律纠纷形成及解决理论	45
(五) 西方法社会学纠纷形成及解决理论的启示	47
三、法律纠纷解决机制	50
(一) 纠纷解决的概念	50
(二) 纠纷解决的理想目标与纠纷解决机制的关系	51
(三) 纠纷解决的理性状态	53
(四) 法律纠纷解决机制及分类	54
(五) 影响人们选择纠纷解决机制的因素	56
第三章 基点:我国行政纠纷的特点及成因	62
一、行政纠纷的概念和特征	62
二、行政法律纠纷与其他法律纠纷的区别	64
(一) 行政纠纷与宪法纠纷的区别	64
(二) 行政纠纷与民事纠纷的区别	65
(三) 行政纠纷与刑事纠纷的区别	65
三、行政纠纷的类型	66
(一) 传统行政法理论下的分类	67
(二) 公共治理理论视野下的行政纠纷分类	68
四、我国行政纠纷的现状 & 现代化背景	71
(一) 我国行政纠纷的现状	71
(二) 行政纠纷多发的现代化背景	72
五、我国行政纠纷多发的具体原因分析	74
第四章 现实:我国现行行政纠纷解决机制的缺陷	78
一、行政纠纷解决机制的类型	78
二、行政诉讼制度的成效与不足	81
(一) 行政诉讼制度的特征	81
(二) 行政诉讼制度的总体回顾及评价	82
(三) 行政诉讼制度的不足及缺陷	83
三、行政复议制度的成效与不足	98
(一) 行政复议制度的发展及总体评价	98
(二) 行政复议制度的缺陷与不足	100
四、信访制度的成效及不足	103

(一) 信访制度的概念、发展及总体评价	103
(二) 信访制度的缺陷及其不足	105
五、行政申诉制度的成效与不足	108
(一) 行政申诉的概念和分类	108
(二) 我国法定申诉的种类	109
(三) 法定申诉制度的缺陷及不足	110
六、现行行政纠纷解决机制的总体缺陷及原因	111
第五章 借鉴:域外行政纠纷多元化解决机制	114
一、域外司法审查制度及其解决纠纷的功能	116
(一) 司法审查制度的发展	116
(二) 各主要国家或地区的司法审查制度	116
二、域外法院外非诉行政纠纷解决机制	120
(一) 美国法院外非诉行政纠纷解决机制	120
(二) 英国法院外非诉行政纠纷解决机制	128
(三) 法国法院外非诉行政纠纷解决机制	133
(四) 德国法院外非诉行政纠纷解决机制	134
(五) 荷兰法院外非诉行政纠纷解决机制	135
(六) 日本法院外非诉行政纠纷解决机制	137
(七) 韩国法院外非诉行政纠纷解决机制	138
(八) 我国台湾地区法院外非诉行政纠纷解决机制	140
三、域外行政纠纷多元化解决机制的启示	141
第六章 思路:我国行政纠纷多元化解决的总体构想	144
一、行政纠纷解决与和谐社会建设	144
(一) 行政纠纷解决与社会和谐	144
(二) 行政纠纷解决与“维护稳定”	146
二、构建行政纠纷解决机制应当坚持的原则	148
三、构建行政纠纷多元化解决机制的总体构想	151
(一) 通过行政机关自身的纠错机制解决行政纠纷	153
(二) 通过上级行政机关的纠错机制解决行政纠纷	157
(三) 通过行政复议等行政司法的方式解决行政纠纷	157
(四) 通过法院的司法审查方式解决行政纠纷	159
(五) 通过信访的监督救济方式解决行政纠纷	163

第七章 路径:行政纠纷多元化解决机制的具体制度构建	165
一、行政机关异议复查制度的构建	167
(一)行政异议复查制度概念	167
(二)行政异议审查制度的特征	169
(三)行政异议审查制度的制度建设和法律保障	170
二、上级行政机关异议复核制度的构建	172
三、行政复议制度的改革和完善	173
四、行政诉讼制度的改革和完善	177
五、信访制度的定位和完善	184
六、结论及《行政纠纷解决法》试拟稿	186
附录1 《中华人民共和国行政纠纷解决法》试拟稿	187
附录2 《最高人民法院关于开展行政案件相对集中管辖试点工作的通知》	195
附录3 行政法院杂谈	198
主要参考文献	210
后 记	222

第一章 导论:行政纠纷解决——为什么要“多元化”?

一、行政纠纷解决与人权保障

法人类学纠纷研究已经表明,伴随着人类社会的形成,纠纷始终如影随形。人类历史发展从蒙昧到野蛮再到文明社会的过程,同时也是纠纷和纠纷解决机制从蒙昧到野蛮再到文明社会的过程。一部纠纷解决史实际上也正是人类社会的发展史。人类社会冲突和纠纷的普遍存在正是马克思主义辩证唯物主义所主张的矛盾的普遍性的体现。正如列宁所说的那样,“在社会主义下,对抗将会消失,矛盾仍将存在。”^①社会冲突理论普遍认为,社会冲突本质上是价值观、信仰以及对于稀缺的地位、权利和资源的分配上的争斗。这种争斗是社会中的重要平衡机制,社会冲突既具有积极功能,也具有消极功能;既可能促进社会的融合和进步,但控制不当,也可能破坏社会整个结构。统治阶级为了避免在与被统治阶级的冲突和斗争中丧失权力,为了防止利益对立的双方两败俱伤,统治阶段在不放弃依靠暴力和强制解决纠纷的传统方式的同时,也更加重视统治和管理的合法性,建立了各种各样的纠纷解决机制,并始终注意采取各种措施来缓和国家权力行使过程中所产生的公民权利与国家权力之间的紧张关系,注意把冲突保持在一定范围之内,以求得政治统治的稳定。

对现代国家而言,与国家权力有关的社会冲突可以分为三类,一是社会内部各群体之间因经济利益、意识形态和民族认同而引发的冲突,二是在社会精英内部因意识形态和权力分配而引发的冲突,三是国家权力和民众基本权利之间冲突和纠纷。前两者属政治层面的纠纷,一般通过革命、选举等方式来解决,具有周期性和迟延性。而国家权力和公民权利之间的冲突和纠纷,则是大量地存在于现代国家之中,此类纠纷解决得不好,则很可能引发前两类纠纷,从而影响社会的稳

① 《列宁全集》(第60卷),人民出版社1965年版,第282页。

定。所谓“官民关系定而天下定,官民关系乱而天下乱”。

依三权分立理论,现代国家权力可以划分为立法权、行政权和司法权,而现实中对社会影响最大的并非立法权和司法权,而是行政权。几乎在所有的国家中,行政权实际都是一权独大。因此影响社会安宁、社会和谐的主要纠纷,是行政权行使过程中引发的行政法(公法)上的纠纷;对公民权利的最大侵害,不是来自于其他的公民和法人,而是来自于政府。可以说,政府,也只有政府,才可能是制造纠纷、影响稳定、侵犯公民权利的最大的“罪魁祸首”。而行使着庞大行政权的现代政府,正如霍布斯笔下的怪兽“利维坦”,必须给其套上法治的“枷锁”,对其进行有效的监督和制约。

从现代人权保障理论角度来看,现代政府的行为对人权的影响至重。正如联合国经济和社会理事会在2002年对《国际经济、政治和文化权利公约》第12条进行评论时所指出的那样:“(健康权,和所有人权一样),赋予所有国家成员三种或三个层次的义务,即尊重义务、保护义务和实现义务。”^①具体言之,“尊重义务”要求现代政府不得直接侵犯公民权利;“保护义务”要求现代政府采取措施防止其他公民、法人对人权的侵犯并在权利被侵犯时及时提供保护;“实现义务”则要求现代政府采取各种有效措施以保证人权的真正实现。而换一个角度看第12条的规定,意味着在现代社会,我们的权利已经与政府行为紧密地联系在一起,公民权利所受到的每一种侵害,都直接或间接地与政府的失误有关,都与政府积极或消极的行为有关。具体言之,现代政府侵犯人权的表现形式主要表现在以下三个方面:一是政府的积极行为侵犯人权,二是政府在第三方侵犯人权时未能及时制止并提供相应的保障,三是政府未能对人权发展提供必要的条件和帮助。与之相对应,政府机关与行政管理相对人之间必然会产生三种类型的矛盾和纠纷,即政府“积极”侵权引发的行政纠纷、政府保护不力引发的行政纠纷和政府未履行扶助职能而引发的行政纠纷。这些行政纠纷能否得到及时解决,实际上直接反映并体现着一国的人权保障水平。因此,为了适应现代人权保障理论的新发展,行政法学的任务也应当与时俱进,“行政法之任务不再限于消极保障人民不受国家过度侵害之自由,而在于要求国家必须以公平、均富、和谐、克服困窘为新的行政理念,积极提供各阶层人民生活工作上之照顾”。^②

显然,不论是在何种类型的政府管理之下,不论是专政政体还是民主政体、是

^① Article 33, The right to the highest attainable standard of health : 11/08/2000, E/C. 12/2000/4, CESCR General comment 14. (General Comments) Committee on Economic, Social, and Cultural Rights Twenty-second session 25 April - 12 May 2000, Geneva.

^② 黄锦堂:“行政法的概念、起源与体系”,载翁岳生编:《行政法》(上册),中国法制出版社2000年版,第60页。

议会制还是总统制,完全预防和避免行政纠纷是不可能的。因为不论政府是出于善意还是恶意,都具有潜在的侵犯人权的冲动,“毕竟,大部分政府都认为它们最清楚公共利益的需要,都有抑制——如果不是忽视的话——那些反对其政策的人的权力。”^①因此对于公法学者而言,研究如何最大限度地降低行政权运作过程中对公民权利的影响,研究如何在行政争议和纠纷发生后,为公民提供及时、便捷、高效的纠纷解决机制和权利救济机制,就成了行政法学的一个重要的任务。正如翁岳生先生所指出的那样。“行政法学的学科旨趣,在于检讨行政应如何受到法的拘束,以确保人民的基本权利。”^②当我们不得不接受一个无处不在的行政权,并寄希望于这一“必要的恶”(necessary evil)^③来保护我们时,最好的办法就是设置一系列程序和制度来捍卫我们的权利。我们既要寄希望于通过道德来约束权力,更应借助权力来制衡权力,制定法律来规范权力,赋予公民权利来制约权力。而如何能真正有效地保障人权,既不当仅仅强调维持公民权利和国家公权力间的平衡,也不应当是单纯强调要限制行政权,更不在于不赋予行政机关必要的行政权力,而在于有一个完善、妥适的权利救济机制,以便在公民和国家机关发生争议时,提供经济、高效、便捷和制度化的行政纠纷解决方案。因此,建立并健全一个多元化的行政纠纷解决机制,是落实《国际经济、政治和文化权利公约》等国际公约人权保障条款的最基本的要求,也是现代国家必须履行的一项义务。

二、现代行政权的扩张与司法审查制度的局限

(一)现代行政权的扩张与司法审查制度的发展

现代人权保障理论对政府提出的新要求,实际上反映了政府自工业革命以来在整个社会中的角色转变。如果说,政府在自由资本主义时期只充当“守夜人”的消极角色,以致有人声称“直到1914年8月,除了邮局和警察以外,一名具有守法意识的英国人可以度过他的一生却几乎没有意识到政府的存在”,^④那么,到了20世纪这种局面已经完全改变。传统行政权基于组织强制力量、公共权利、统一独立政府人格等方式开始大举扩张。^⑤随着西方各国纷纷进入垄断资本主义时期,资本主义在创造了巨大的社会财富的同时,也带来了严重的社会问题,行政国

① John Hatchard, Muna Ndulo and Peter Slinn: *Comparative Constitutionalism and Good Governance in the Commonwealth*, Cambridge University Press, 2004, p. 13.

② 翁岳生:“行政的概念与种类”,载翁岳生编:《行政法》(上册),中国法制出版社2000年版,第10页。

③ 参见[英]潘恩著:《潘恩选集》,马清槐译,商务印书馆1981年版,第5页。

④ [英]威廉·韦德著:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第3页。

⑤ 参见季涛:“行政权的扩张与控制”,载《行政法学研究》1997年第1期。

家随即显山露水,“国家从而不再是夜警,而是各项给付之主体”。^①行政权由此深深介入到我们社会生活的每一个角落。一个人从“摇篮”到“坟墓”始终脱离不了国家对其的管理、监督和控制。就在传统“秩序行政”模式向“服务行政”模式转变的过程中,在高唱着“生存照顾乃是现代行政的任务”^②的序曲中,人们对日益扩张的行政权仍然保留着一种爱恨交加的复杂心情,人们害怕其“凌驾于社会之上,占绝对统治地位,不受任何约束,对所有的社会生活领域进行无限度、无止境干预,且不依程序而无序行使,又与义务、责任全不相及”^③,迫切要求对其加以控制和约束。正是在这种氛围下,行政法作为现代国家法律控制行政权力的利器,获得了前所未有的突飞猛进的发展。

事实上,早在资产阶级革命取得初步胜利的同时,资产阶级由于担心强大的行政权沦为传统封建行政权的翻版,就开创性地实践并完善了“三权分立、权力制衡”理论,设计了各种控权机制对行政权力的取得和行使进行监督。传统“三权分立”理论的支持者信奉“野心必须用野心来对抗,权力只有通过权力才能控制”,^④司法权因而就当仁不让地走向了控制行政权的前台。美国联邦党人的代表人物、美国宪法之父汉密尔顿就曾说,“司法部门既无军权,又无财权,它不能支配社会力量与财富,不能采取任何主动的行动,既无强制,又无意志,而只有判断,而且为实施其判断亦需借助于行政部门的力量”。^⑤因此他认为,在立法、行政、司法三大机构中,司法部门是最弱的一个部门,对宪法造成损害的可能性就最小,由司法机关来监督宪法则是最合适,因为“这个部门调集和配置资源的能力最小,在政策和习惯做法方面进行系统变革的能力最小,提出为实现目标所涉及的问题的能力也最小。”^⑥汉密尔顿还认为:“法院的职责就是审查一切违背宪法原意的法案并宣布其无效。”^⑦正是基于这样的政治哲学理念,其后的1801年,美国

① 黄锦堂:“行政法的概念、起源与体系”,载翁岳生编:《行政法》(上册),中国法制出版社2000年版,第60页。

② 参见陈新民著:《公法学札记》,中国政法大学出版社2001年版,第48页。

③ [美]彼德·布劳著:《社会生活中的交换与权力》,孙非、张黎勤译,华夏出版社1988年版,第230页。

④ [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊等著:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第264页。

⑤ [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊等著:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第391~392页。

⑥ [美]诺内特、塞尔兹尼克著:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年修订版,第118页。

⑦ 转引自陈业宏、唐鸣著:《中外司法制度比较》,商务印书馆2000年版,第357页。

最高法院通过颇具争议性^①的“马伯里诉麦迪逊案”取得了司法审查权,并“在美国——也在世界——奠定了法院作为成文宪法的最高阐释者和守护人的地位。”^②

借助于马伯里诉麦迪逊案以及其后的一系列判决,美国的法院和法官不但取得了对刑事、民事纠纷的最终裁决权,还取得了对行政权力的司法审查权。美国的司法审查制度,在保护宪法的实施、约束立法和行政权方面取得了巨大的成绩,并对各国的宪法和宪政的发展都产生了巨大的影响。不少国家纷纷仿效美国,建立了各具特色的司法审查制度。今天,不论是在经历民主化浪潮后的第三世界,还是前东欧、前苏联的各共和国,^③世界上各主要国家纷纷建立了自己的司法审查制度。在我们近邻印度、韩国、我国台湾地区,司法审查制度已经在一定程度上逐渐演变为带有宪法审查性质的权力制约和权利救济制度。^④

随着司法审查制度的发展,世界各主要法治国家的法院系统也因此而正式成为解决行政纠纷的一个中心。毫不夸张地说,法院对行政行为是否合法进行司法审查,已经成为以西方法治模式为蓝本的现代法治国家的一个重要特征。如根据WTO的要求,是否赋予法院(或类似于法院的独立裁判机构)对所有行政行为的司法审查,实际上已经成为决定一国能否成为世贸成员国的重要因素。^⑤ 不论是成立专门的行政法院,还是由普通法院负责对行政决定的司法审查,毫不夸张地说,世界各主要国家的法院系统也因此而正式成为解决行政纠纷的一个中心。美国学者诺内特和塞尔兹尼特在《转变中的法律与社会:迈向回应型法》中认为,“自治型法”(autonomous law)作为西方法治发达国家的一个标志,其主要特征之一就是司法权与行政权的分离,并监督行政权力的行使。在司法独立原则下,法官占据着重要的位置。而在“自治型法”时期的行政法学的研究重点即在于,用

① 美国最高法院援引联邦宪法第3条第2款第1项推断法院应当拥有违宪审查权的裁断,即使在美国国内长期以来一直存有争议,但大家似乎都接受了这样的“越权”。有关论证请参见林来梵:“司法上的创举与谬误——也评‘马伯里诉麦迪逊案’”,载《判解研究》2003年第3期。

② 张千帆:《宪法宪政体系》(上册),中国政法大学出版社2000年版,第37页。

③ Rhett Ludwikowski, *Judicial Review in the Socialist Legal System: Current Developments*, *International Law and Comparative Law Quarterly*, Volume 37 (January 1988), p. 89.

④ See Ginsburg Tom (2003): *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge: Cambridge University Press.

⑤ GATS第6条第2款(a)项规定:“每个成员应维持或按照实际可能,尽快地建立司法的、仲裁的或行政的法庭或程序,在受影响的服务提供者的请求下,对影响服务贸易的行政决定做出迅速审查,并在请求被证明合理时给予适当的补救。”TRIPs第41条第4款规定:“诉讼当事方应有机会要求司法当局对行政终局决定进行审查,并在遵守一成员有关案件重要性的法律中有关司法管辖权规定的前提下,有机会要求至少对司法初审判决的法律方面进行审查。”根据该款规定,当事人对行政终局决定不服,可以寻求司法审查,并有权对初审判决提出上诉。

法院的司法审查禁锢行政机关的裁量权、要求行政权的运行遵守各种法律程序。司法审查制度对于西方法治的重要意义,英国的行政法大家韦德也曾有过十分精辟的论述,他认为,由于英国正经历了一场由社会革命推动的行政革命,福利国家照管着人们的一生,因而,“法治的概念必须得到重新表述,以要求政府权力以一种合法的和规则的方式得到行使。这就需要法院发展司法审查,以将法律的所有失误都置于自己的控制之下。”^①由此可见,主张由法院通过司法审查解决所有行政纠纷的尝试,正是20世纪五六十年代西方行政法学者对行政纠纷解决机制的普遍想法,客观反映了社会和民众希望司法权能够驾驭行政权这匹烈马,并成为公民权利的保护神。

(二)世界范围内司法审查的困境

但这样的理论设想很快就遇到了实践方面的问题。随着行政权的进一步扩张,行政机关职能大为膨胀,管理内容越来越专业化和复杂化,对管理效率的要求也越来越高,行政机关也因此开始享有越来越广泛的自由裁量权。而在某些管理领域,根据一系列法律的授权,行政机关已侵入了传统的立法和司法领域,甚至集三权于一身。在这样的背景下,传统的“三权分立、权力制衡”的控权模式的功效已经受到较大的限制。(立法权甚至通过“委任立法”将部分立法权授予了行政机关。)即使司法权在监督行政权力、解决行政纠纷方面曾发挥过重要作用,进入20世纪后半期,法院和法官们似乎已越来越无力控制日益复杂化、专业化和高效率的行政权。这既是由于权力间的失衡,也是社会发展的必然结果。事实上,司法机关(法院)在抗衡行政权方面,原本即有着与生俱来的缺陷。这种缺陷在行政权日益复杂化、专业化的现代社会又得到进一步的放大。法院既无力解决大量蜂拥而至、专业化程度越来越高的行政纠纷,也无法提供高效率的纠纷解决方案。同时,由于法院和法官作为裁判者的身份,决定了法院主导下的司法审查制度对合法性而不是合理性的偏爱,难以弥补相对人的损失;司法特有的程序性要求,又可能导致审判过程中实体正义的扭曲,从而降低人们对司法审查的信心。

一个数字事实就是,我们百般推崇的司法审查制度在西方解决行政纠纷方面的作用其实十分有限,以致不少英国人对行政法提出批评认为:“公法在控制行政行为方面几乎没有真正的潜能。因为只有少数行政机关的决定进入法院。特别是司法审查仍处于广大公众所关心的政治、经济和社会问题的边缘。”^②彼得·莱兰教授就特别指出“虽然司法审查有了实质性的发展,被起诉至(英国)法院的案

^① 杨建华:“英国公法的传统与变革”,载罗豪才主编:《行政法论丛》(第8卷)。

^② [英]彼得·莱兰(Leyland, P.)、戈登·安东尼(Anthony, G.)著:《行政法教科书》(第5版),杨伟东译,北京大学出版社2007年版,第584页。

件寥寥无几。”^①而在美国,“以政府为一方当事人的案件中,少于2%的案件才经过审判来解决。”^②人们逐渐认识到,“行政机关可以寻求一套更可预知并且更具回应性的行政法的场所,并非法院一处”。^③

事实上,随着对过度司法化过程的反思,人们对司法审查所坚持的比较严格的程序、较高的诉讼成本及较长的诉讼时间都提出了批评。特别是以英美为代表的普通法系的法院救济制度越来越为人们所诟病,人们越来越追求“没有法律的正义”(justice without law)。而从制度层面上看,由于司法资源的有限性(比如表现在法官额、法院地位及司法权威程度等各方面的不足够),在任何国家法院所能提供的救济都是有限度的,法院的司法审查既不必要,也不可能去解决日益膨胀的行政权所引发的大部分行政纠纷。因而,人们迫切希望找寻一种多元化的行政纠纷解决机制,人们希望ADR是一个“适当的”纠纷解决机制(Appropriate Dispute Resolution),而不仅仅是“替代(法院的)”纠纷解决机制(Alternative Dispute Resolution)。美国司法部法律政策办公室在一份意见书中指出,“我们不能过于依赖法院解决纠纷,其他的纠纷解决机制或许更为有效,它们比司法诉讼程序成本低、效率高,它们不是通过强制的途径解决纠纷,而是对当事人的利益诉求更为敏感,更加能够回应潜在的问题。”^④

三、现代西方社会科学相关理论的发展

法律的进化回应了社会的进化,社会的进化是法律的进化赖以进行的原因。^⑤与刑事和民事法律规范相比,行政法尤其须随时代而有所变革。因为“行政法系法律与行政结合而成,而行政又与国家社会之发展息息相关,行政法作为对行政加以授权与规范之科学,其本身无可避免地将会触及这一切背后之政治、经济、社会与文化。总而言之,行政法学充满公共性从而包含动态性与政经整体

① [英]彼得·莱兰(Leyland, P.)、戈登·安东尼(Anthony, G.)著:《行政法教科书》(第5版),杨伟东译,北京大学出版社2007年版,第15页。

② Jeffrey M. Senger(2003): *Federal Dispute Resolution: Using ADR with the United States Government*, Jossey-Bass Press, p. 3.

③ [英]特伦斯·丹提斯、阿兰·佩兹著:《宪制中的行政机关——结构、自治与内部控制》,刘刚等译,高等教育出版社2006年版,第335页。

④ Office of Legal Policy of the United States Department of Justice: *Path to Justice: Major Public Policy Issues of Dispute Resolution*(1984).

⑤ [美]诺内特、塞尔兹尼克著:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年修订版,第21页。

性之思考。”^①当我们今天所处的时代已经与 50 多年前有较大区别时,人们对法治的理解已经不局限于权力分立和限制政府权力时,我们就不能继续迷信于通过法院的司法审查来解决所有的行政纠纷,而应当在坚守司法审查原则的同时,去发展新的纠纷解决机制。

西方学者对传统司法审查制度在解决行政纠纷方面功能的反思,既源于司法审查无力解决大部分的行政纠纷,也源于以下三个相互独立,而又有关联的社会科学理论的发展:一是回应型法理论(以及由此引发的 ADR 运动)的兴起,二是政府管理理论的转变,三是行政法自身的深刻变化。而这三个方面的变化几乎是同步进行的,且都根源于深刻变化了的西方社会。

(一) 回应型法理论的发展

自 20 世纪 60 年代后期以来,西方社会发生了巨变:社会出现了信仰危机、贫富分化严重、环境受到严重污染、犯罪激增、民权运动风起云涌等。人们对政府的信任度和对政府管理国家的能力严重质疑,人们对法治的信心也有所降低。美国的民意调查结果表明,政府在公众心目中的地位呈现急剧下降的趋势。20 世纪 80 年代后期,将近 3/4 的美国人认为,政府提供的服务远远不如 10 年前。只有 5% 的人愿意选择政府公务员作为自己的职业,政府高级雇员当中也只有 13% 的人满意自己所从事的工作。1964 年,76% 的美国人相信政府能从事正确的事业,到 20 世纪 90 年代,这个比例降到了 25%。美国《华盛顿邮报》叹息道:“美国正在变成一个由满腹狐疑的陌生人组成的国家,美国人对联邦政府及其主要机构推动信任成为这种相互间的不信任的主要原因。”^②这些社会问题导致了国家和统治正统性的削弱,于是产生了用“软性法治”取代“硬性法治”的呼声。正是适应了这样的需求,西方的法治开始了从自治型模式向回应型模式的悄然转变。在《转变中的法律与社会:迈向回应型法》一书中,美国著名学者诺内特与塞尔兹尼克将人类历史上的法律类型划分为压制型法(repressive law)、自治型法

^① 黄锦堂:“行政法的概念、起源与体系”,载翁岳生编:《行政法》(上册),中国法制出版社 2000 年版,第 89 页。

^② 参见 Larry D. Terry, Trust in Organizations: Frontiers of Theory and Research, Public Administration Review, Sept. 19, 1997。转引自刘靖华等著:《政府创新》,中国社会科学出版社 2002 年版,第 142 页。而相类似的是,人们对法律职业的信任感也普遍下降。美国人对律师的评价也逐渐降低,如果有选择,相当多的律师都不愿意再从事该项法律服务工作。参见 Glanter Marc: Predators and Parasites; Lawyer-bashing and Civil Justice. Georgia Law Review, Volume 28, Number 3, Spring 1994 和 Patrick M. Garry (1997), A Nation of Adversaries: How the Litigation Explosion is Reshaping America New York: Plenum Press。