

行政法

论从

第1卷

ADMINISTRATIVE LAW
REVIEW VOL. 1

■ 罗豪才 / 主编

法律出版社

行政法论丛

第1卷

罗豪才¹ 主编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政法论丛 第1卷/罗豪才主编. —北京:法律出版社, 1998.1

ISBN 7-5036-2293-8

I. 行… II. 罗… III. 行政法学-文集 IV. D912.101-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 26885 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京市朝阳区北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/18.25 字数/420 千

版本/1998 年 1 月第 1 版 1998 年 1 月第 1 次印刷

印数/0,001—4,000

社址/北京市广安门外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

书号:ISBN 7-5036-2293-8/D·1911

定价:31.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

为理论研究培一方沃土

——代卷首语

新中国行政法学的真正萌芽和兴盛始于 80 年代初,几与划时代的改革开放同步。迄今已有近二十年的发展史。随着各项制度变革和转型的日渐深入、成熟,在一些备受尊重的先贤、同辈以及蓬勃向上的后生的共同努力下,行政法治建设实践和行政法理论研究都获得长足的进步。回首既往,颇多感触与欣慰。而今,更为严峻的挑战等待着我们的回应,它来自这样两个事实:一是制度和理论建构的现实与理想还相距甚远,体现社会主义民主精髓的行政法治的发展,尚需给予不断推进;二是多年以来形成的制度和智识积累,为我们进一步开拓制度实践,为我们进行系统的理论梳理和构造奠定了一个良好的基础。尤其重要的是,江泽民同志在党的十五大报告中明确、系统阐发的“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,对于行政法制度和理论建设而言,不仅提出了新的任务和要求,更是赋予了一个新的发展机遇。实际上,对挑战的积极回应已经呈现出展开的趋势,近年来不断涌现的卓有理论建树意义的专题研究论文是一显证。

和以往行政法学初兴时期不同,当今行政法研究的一大特色在于其已经不局限于引介域外的制度和学说,不局限于对现行法律法规的注疏,不局限于现实应急问题的解决,而是更多地倾向于结合国内外已有的制度和理论成就,从更深层面为中国行政法治之路的探索进行理论思考与预设。究其缘由,实是建设有中国

特色的社会主义法治国家的经验初备而任务未就的缘故。借用一位经济学者的话,“回过头来,我们突然发现,在过去的十几年中我们学习其他国家的这种模式、那种模式,现在我们自己也成了模式。……‘中国特色’已经获得了它独特的理论含义”。也正因为如此,这些精彩的专题研究论文多论述详细,篇幅较大,而从目前法学杂志刊载文章的条件来看,它们的发表遂成困难。特别是不少经过文作者数年专研、颇具创新的硕士、博士论文,因故而埋没于积灰之中。这对于知识的传播和增长、对于理论转化为实践、对于培育新人都极为不利。

于是,法律出版社的匠心独运和行政法学界的渴求彼此拍合,终于促成《行政法论丛》的问世。丛书旨在通过对优秀专题论文的收集,为行政法理论研究培植一方沃土,期望行政法智识得以养育和流传,行政法理论人才得以藉这方沃土而获成长。这也是我们现在手拥的这本《行政法论丛》第一卷的来由。

《行政法论丛》第一卷共收入七篇文章,或为博士论文,或为硕士论文,它们由多位行政法专家认真择选而出,系近几年不可多得而又未经发表的佳作。本卷辑录这些论文的考虑主要有四:其一,蕴涵深邃理论思维和创新;其二,触探本学科前沿性的热点、难点问题;其三,言之有物、言之有理;其四,各篇主题和内容殊少重复。就具体文章而言,各有其特殊和独到之处,相信读者阅后自有论评,恕不再赘述。应予说明的是,由于本卷出版时间紧促,未及向全国征约稿件,故所收论文来源有受限。相信各地同仁不乏卓越之作,个中缺憾只得留待日后补消。

丛书拟每年出一至二卷,文章选题不拘,亦不限于硕士、博士论文,然本卷收录文章的标准将类推于以后各卷。诚期行政法学界各位有志之士不吝赐稿或荐举良文,共同勤耕这方沃土,以使理论之树终得根深叶茂、理论人才终如雨后春笋。若果如此,也是我们为社会主义法治在中国的实现略尽微劳,亦可不负千百年传统

和这个时代赋予我们知识分子的求真使命。

丛书的问世承蒙中国法学会行政法研究会诸常务理事以及其他学者、专家的鼎力支持,特此表示衷心感谢!

罗豪才

1997年10月于北大中关村

目 录

为理论研究培一方沃土

——代卷首语

- | | | |
|-----|-------------------|-----|
| 1 | 行政法的平衡理论研究 | 甘 雯 |
| 92 | 论部委规章制定权的授予、行使和监督 | 蒋朝阳 |
| 184 | 行政契约论 | 余凌云 |
| 268 | 转型发展中的中国行政指导研究 | 包万超 |
| 340 | 论行政审判权 | 宋炉安 |
| 433 | 论行政诉讼举证责任 | 高家伟 |
| 513 | 论行政诉讼中的司法自由裁量权 | 沈 丹 |

行政法的平衡理论研究

甘 雯

目 次

导 论

第一章 行政法的控权理论模式

第一节 英国行政法的控权理论模式的渊源

第二节 英国行政法的控权理论模式的核心思想

第三节 美国行政法的控权理论模式

第四节 控权理论存在的主要问题

第二章 行政法的管理理论模式

第一节 行政法的管理理论模式的基本特征

第二节 管理理论模式的形成基础

第三章 平衡理论提出的背景

第一节 两种理论模式与中国行政法理论

第二节 平衡论产生的客观基础

第四章 行政法的平衡范畴

第一节 平衡与法的一般价值和原理

第二节 作为状态的平衡范畴

第三节 作为方法的平衡范畴

第四节 平衡范畴与国家权力关系

第五章 平衡理论与行政法的几个基本理论问题

第一节 关于行政法的概念

第二节 关于行政法关系

第三节 关于行政法治原则

第四节 关于行政程序的性质

第六章 平衡理论和行政法的立法、解释、执法

第一节 立法机关的立法平衡问题

第二节 授权立法的平衡问题

第三节 地方立法的平衡问题

第四节 立法缺陷与行政法的平衡解释的必要性

第五节 作为平衡立法补充的行政法的平衡解释

第六节 平衡理论与行政执法

第七章 司法审查与利益衡量

第一节 利益衡量是司法审查的一种必要的方法

第二节 利益衡量的一般原理和方法

导 论

对平衡理论进行系统研究,是为了构建现代行政法的理论基础。相对于其他部门法而言,行政法是最缺乏理论根基的。尽管在行政法的一些具体制度及具体规范方面,不同国家之间具有一定的可借鉴性,但总的来说,世界各国的行政法差别很大,人们未能对行政法的一些最基本的理论问题形成共识。在不同国家的行政法著作中,我们很难看到共同的理论结构和可以相互参照的理论体系。其主要原因有两个方面:(1)行政法制度在很大程度上决定于宪法制度,因此,行政法理论往往以宪法理论为基础。美国学者霍兰德(T. E. Holand)曾这么评价过:“宪法是静态的法,而行政

法是动态的法。”^①行政法和宪法的这种特殊关系直接影响着行政法理论从内容到体系都受宪法影响,并因国家的不同而不同。这种国别差异性决定着各国行政法根据本国的宪法体制构建并形成相应理论体系,使人们不愿意去认识和建立属于独立学科的行政法的理论基础。(2)政治、经济制度的影响。行政法和一国的政治、经济的发展状况有密切关系。政治或经济上的需求往往是行政法理论在短时间内获得重大发展的原因。以美国为例,罗斯福为解决世界性经济危机而采取的新政(New Deal),就很大程度上影响了美国行政法理论的发展轨迹。一些理论研究者从行政权力的畏惧者一下子成为行政权力的朋友和支持者,很多行政法学者放弃了传统的司法控制行政权力的理论,转向对积极行政和行政程序理论的研究,这种理论价值导向的变化对美国此后的行政法发展起着重要的承启作用。中国行政法理论的发展在这一点上表现得更为明显,从计划经济到市场经济的转轨过程中,行政诉讼法、行政程序法、行政赔偿法以及行政指导、行政合同理论得到重大发展。行政法理论和政治、经济的这种关系,使行政法理论的研究上存在一种倾向,即倾向于制度化研究,并逐渐使人们在观念上形成一种误区,即只有制度化的研究才是理论和实践相结合的最佳方式。人们致力于各种行政法律法规的制定、修改和运用,而不去关心行政法制度建设是否需要一个共同的理论基础的问题。

没有系统的理论基础,对中国行政法的发展必然会构成重大的障碍。中国行政法的特殊发展历程,决定了我们必须通过吸收、借鉴国外先进的行政法理论,根据中国的实际情况构建符合中国国情的系统理论。如何确立基本的价值导向、合理的理论结构、完整的理论体系,是中国行政法理论所面临的问题。

那么什么是现代行政法的理论基础呢?笔者认为,现代行政

^① T. E. Holand, Jurisprudence, (1924), p. 378.

法的理论基础是指能够反映行政法的发展规律,解决行政法的基本问题,行政法系统理论可以赖以建立其上的基础性理论。尽管法治原则、主权观念、公务理论都对行政法产生过重大的指导作用,但由于其不能反映现代行政法的发展规律,不能解决行政法的一些基本问题,因而不足以成为现代行政法的理论基础。我国一些学者提倡的为人民服务论、公共权利论等等,更是如此。

要反映行政法的发展规律,首先应该把握行政法的基本矛盾。“权利、义务是法学的核心概念,是法学理论的逻辑起点。”^①行政法的基本矛盾和其他部门法一样,是不同主体之间的权利义务关系的矛盾,只不过在行政法上表现为行政机关和相对方的权利义务关系的矛盾而已。控权理论和管理理论是和行政法的理论基础相关的有影响的两种理论模式,但是这两种理论模式和现代法治、现代行政存在着不可克服的矛盾,为越来越多的国家所摒弃。

平衡理论,吸收了控权理论和管理理论的合理内核,以系统的理论替代了传统的观念层次上的零散观点,是一种围绕行政法的基本矛盾、反映现代法治和现代行政要求的新的行政法的价值导向和方法理论,是现代行政法的理论基础。

一、平衡理论揭示了行政法的发展规律

平衡理论在准确把握公民权利和行政权力性质的基础上,围绕着行政法的核心——公民权利和行政权力的关系而展开。在对行政法的理论和经验的评价上提出了重要的权利义务平衡的标准,并把它作为构建新的行政法理论的依据,这是行政法的一般的观念所不可比拟的。无论是英国的越权无效的观念,还是法国的公务行政的观念,都无法解释行政法理论中最根本的问题。平衡理论以是否维护行政权力和公民权利的平衡为标准,结合行政和法治关系,将历史的行政法理论模式在总体上划分为控权理论模

^① 张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第13页。

式和管理理论模式,并指出这两种理论模式存在的问题,对行政法理论和制度作出科学的论断。它不仅可以对特定的历史时期内特定国家的行政法的特征作科学的概括,而且可以对行政法的具体内容进行论证,解决行政法理论中行政法概念、法律关系、行政法基本原则、自由裁量权、司法审查制度、行政程序的性质等等基本理论问题,揭示了行政法的发展规律,促进行政法理论的完善和发展。

二、平衡理论是现代行政法系统理论赖以建立的基础

以平衡理论为基础可以逐步建立一个最有效地维护行政机关和相对方权利义务平衡的行政法学科体系。在这一点上,中国行政法理论已经迈出了一大步,从以往的行政组织、行政活动为中心的学科体系改进为同样重视行政救济、行政程序、司法审查的理论体系。平衡理论针对中国现实,强调了行政程序和司法审查对于维护公民权利和行政权力的平衡的特殊意义,推进了在理论上构建适合中国国情的行政程序法和司法审查理论的进程。这些理论内容包括行政程序的性质、行政程序法和行政实体的关系、行政程序法的模式、有中国特色的司法审查制度等等。其次,平衡理论将促进行政法解释的理论的发展。由于传统注释法学的长期统治,中国法律解释理论极其落后。而在现实中,法律解释往往代表了法律的真正意义。法律解释理论的落后等于整体法律理论和法律制度的价值低下。平衡理论强调维护真实的权利与权力的平衡,主张辩证、灵活运用法律,反对僵化的绞肉机式的适用法律。^①构建科学行政法解释理论是平衡论的重要价值之一。第三,有利于

^① “实际上,即使在法律原文拘束较强的场合,法律家也不可能像一架绞肉机,上面投入条文和事实的原料,下面输出判决的馅儿,保持原色原味。”见季卫东:《追求效率的法理》一文,波斯纳:《法理学问题》(苏力译)的中译序,中国政法大学出版社1994年版,第8页。

建立新的行政法方法论。世界行政法几百年发展的丰富经验,为中国行政法方法理论的革新和发展提供了丰实的基础。平衡理论摒弃传统法学不重视方法研究的弊端,以平衡方法为基础建立行政法方法理论,如司法审查中的利益衡量理论等。

三、平衡理论可以正确指导实践,解决行政法问题

理论只有以实践为源泉,并以正确指导实践为归宿,才有价值。平衡理论是对行政法实践经验的客观的总结,同时又有其自身的创造性,对行政法实践有较大的指导作用。公民权利和行政权力的配置平衡是行政机关和相对方实现权利义务平衡的重要前提。为实现平衡而进行权利义务调查和分析,保持中央和地方立法、授权立法平衡等等,对于解决行政法的立法问题,改善立法状况具有十分重要的意义。平衡理论对协调执法过程中行政政策和行政法规范的关系,解决行政裁量权运用的合法性问题,也有很大的指导作用。司法审查中利益平衡观念和方法是司法实践的重要问题,平衡理论提出的一般方法和具体的衡量方法,对于更公正地适用法律、保障行政法关系的动态平衡方面,同样有十分现实的指导意义。

第一章 行政法的控权 理论模式

行政法的控权理论模式是行政法发展过程中有深远影响的理论模式。控权理论强调行政法的中心是对行政权力的控制,特别是司法控制,和英美国家传统的法治原则相一致。这两个国家曾普遍运用这种模式。由于这种模式本身存在着不可克服的矛盾,最终无法适应现代行政和法治发展的需要而受到越来越多的批评。通过对控权理论模式的深入分析,我们可以正确认识这种理论模式的本质,吸收其合理内核,摒弃其不足和缺陷,为中国的现

代行政和行政法治建设构建科学的平衡理论。

第一节 英国行政法的控权 理论模式的渊源

控权理论在英国形成并非一种偶然,而是有一定的渊源。行政法理论的形成总是和国家及宪法的理论有直接的关联。可以说,“在每一种行政法理论的背后都是关于国家的理论”。^①英国资产阶级革命后的国家行政制度便是在英国宪法的理论基础上构建的。英国的国家理论和宪法理论的精神、原则及规则存在于普通法的传统制度、制定法、判例和宪法惯例中。关于英国传统宪法对于行政法的意义,英国学者韦德(H. Wade)认为:“全部行政法可以说是宪法的一个部门,它直接发源于法治和议会至上的宪法原则。”^②

戴雪是19世纪英国最有影响的宪法学家,尽管他反对英国行政法并且认为英国不需要行政法,但他对宪法原则的解释而归纳出的法治理论却成了英国行政法控权理论最为重要的渊源。戴雪在他1885年出版的《宪法》一书中这样写道:“当我们说法治至上是英国宪法的一个特点时,我们总体上概括了至少三种同源而又有所区别的观念。一是除非明显违反以普通法方式建立的法律并经普通法院审判,任何人不能被处以具有法律意义的人身或物质上的处罚。在这种意义上,法治是与建立在由拥有宽广的、专断的和自由裁量的强制权力的人员来运作的基础上的政府体制是不相符的……。二是所有的人,不管他的地位和条件如何,都应服

① (英)Carol Harlow and Richard Rawlings, Law and Administration, (George Weidenfeld and Nicolson Ltd. 1988), p. 1.

② (英)H. Wade, Administrative Law, (Oxford Clarendon Press 1982), p. 6.

从王国的普通法院的司法管辖。在英国,法律平等的观念或所有等级的人都服从于普通法院裁判的法律的观念,已经被推崇至极限。所有的官员从首相到警察,应为没有法律理由的行为承担和其他公民一样的法律责任……三,宪法的总的原则,对我们来说,是法院作出的决定私人在特定案件中的权利的司法裁定的结果。而根据有些外国宪法,像‘安全’是给予公民权利的结果,或是表现为从总的宪法中获得的结果”。^①戴雪将法治的主要内容归纳为政府不应具有特权、自由裁量权;任何人,包括政府人员,都应服从普通法的管辖并承担相同的法律责任;宪法源于司法判例等三个方面。戴雪的这种法治观念是18、19世纪英国普遍的法律观念,也是英国宪法和行政法制度(尽管那时没有行政法理论,但不能说没有行政法制度)所赖以建立的主要基础。戴雪的这种极力推崇司法的作用的观点,反映了英国资产阶级革命成功之后对行政专断权力的惧怕心理以及司法一贯所具有的崇高地位。他以他的法治原则为根据,完全否定了行政机关的自由裁量权,并且要求政府官员和一般公民承担同样的法律责任。尽管这种法治观念和现代行政是格格不入的,但对英国的行政法理论有很深的影响。戴雪正是在他自己所归纳的法治原则下,提出了著名的错误判断:英国没有行政法。对于这个问题,他是这样论述的:“在很多大陆国家,特别是法国,存在着一种法国人所谓的 *droit administratif* 的行政法制度,这种制度依赖于和我们英国普通法基本观念、特别是和我们已经称为法治的观念不相关的理念。这种不同的状况在给予国家公务人员的保护方面表现得特别明显。这种形式只是整个的(法国)行政法的一个部分,但它是我要求我的学生们特别注意的一部分。这种法律制度被大多数的欧洲大陆国家所效仿。它是以一种相反的方式来论证的,完全不同于被外国的评论称为高度

^① (英)A. V. Dicey, *Law of Constitution*, (1885), pp. 187-196.

法律主义,而我们已经认为是英国宪法最显著特点的普通法至上主义.....。

“任何一个仔细考虑过法国行政法的本质的或它所集中的主题的人,都将很快发现它总是从根本上含有不同于现代英国人的理念的主要观念。

“首先一个观念,是政府的公务人员都拥有和国家的代表者一样的所有特别的权力—特权—反对私人或公民的特权,而这些特权是由不同的决定公民之间的法律权利和义务原则来决定的。根据法国的观念,一个人处理他和国家之间的关系,和处理同他的邻居的关系是立足于不同的角度的。

“第二种观念是保存一种‘权力分离’(separation of power)(separation des pouvoirs)。换句话说,防止政府、立法机关或法院侵入他者的领域。这种关于分权的表述,被法国人用于行政和法院的关系,是很容易误导的。在法国法律学者的眼里,它意味着不同于我们在英国所说的‘法官独立’。”^①

从戴雪的这些论述中,我们可以看出,戴雪所关心的是控制专断的权力,公务员个人应为他们运用的执行法规的权力对普通法院负责。戴雪的法律理念和对法国行政法制度的评价,对英国的行政法理论构成深远的影响,是英国行政法控权模式的主要渊源。

第二节 英国行政法的控权 理论的核心思想

当代著名的行政法学家韦德(H. Wade)关于行政法性质的论述在英国传统的控权理论中具有很大的代表性。韦德认为:“在过去 100 年中,行政法处理权力问题的一个方面即政府行为的合适

① (英)A. V. Dicey, Law of Constitution, pp. 328-388.

领域的观念已经有了完全的改变。现代国家不再限制于防御、公共命令、刑事法律以及其他总的事务,而是提供细致的社会服务和承担很多人们日常商业事务的管理。国家控制了主要命脉,也给自己增加了各种新的义务。和这些新的义务相关联的,必然产生新的权力。为了完成如此众多的社会服务和控制的任务,不得不设立强有力的权力机构。为了防止他们胡作非为,在政治和法律方面,必须有经常性的控制,尽管实际上更多的权力掌握在大臣和官员的手里。法律的控制是法院的任务。这种法律控制构成了行政法的主要内容。

“任何企图科学定义行政法的努力,都将导致一系列的可争辩的问题。最容易的,但是也许是最不能令人满意的一种可能的定义,是根据传统的三权分立的理论来建立的。如果国家的机关和权力被分为立法、行政和司法,那么行政法也许可以说是有关行政机关而不是另外两个机关的法律。但是这样的话,我们的领域将包括除了有关立法和司法外的整个宪法内容。

“一种更实用的定义是行政法是有关行政机关的权力运作和控制的法律,强调功能胜于结构。这样可以直接揭示事物的根本:法律和行政权力运作的方式。把有关行政机关的领域划出界外而只涉及行政权力问题要更好一些,因为权力机关可以很容易地被认识:英王、大臣、地方机关、警察等等。困难是界定行政权力,更何况行政权力和立法权力还有重叠。当交通大臣制定条例控制交通时,毫无疑问交通大臣是一个行政机关,但他的权力性质却是兼有立法和行政性质的。……

“既然行政法是处理政府权力运作问题的,行政法便是宪法的一个部分。没有任何其他的宪法部门会展示出这么一个积极的权力冲突景象。我们都在政府和相对人之间经常性的战争的前沿战区内。对于公民而言,所有这些权力都应该以符合自由、公平以及有益行政的观念的方式来行使,这是最关键的。这是一个非常困