

●公法名著译丛●

罗豪才 主编



美国 行政法的重构

[美] 理查德·B.斯图尔特 著



商务印书馆

THE COMMERCIAL PRESS

名家名著译丛

美国行政法的重构

〔美〕理查德·B. 斯图尔特 著

沈 蔚 译

商 务 印 书 馆

2002年·北京

图书在版编目(CIP)数据

美国行政法的重构/(美)斯图尔特著;沈岍译.
-北京:商务印书馆,2002
(公法名著译丛)
ISBN 7-100-03367-5

I. 美… II. ①斯…②沈… III. 行政法-理论研究-美国 IV. D971.221

中国版本图书馆CIP数据核字(2001)第057973号

所有权利保留。
未经许可,不得以任何方式使用。

公法名著译丛

美国行政法的重构

[美] 理查德·B. 斯图尔特 著
沈 岍 译

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

中国科学院印刷厂印刷

ISBN 7-100-03367-5/D·289

2002年5月第1版

开本 880×1230 1/32

2002年5月北京第1次印刷

印张 6 1/2

印数 5 000册

定价: 12.00元

Richard B. Stewart

**THE REFORMATION OF AMERICAN
ADMINISTRATIVE LAW**

根据 Harvard Law Review 1975 年 6 月第 8 卷译出

《公法名著译丛》编委会

主 编 罗豪才

编 委 (按姓氏笔画为序)

王振民 包万超 卢建平 朱苏力 米 健
张千帆 陈弘毅 陈新民 季卫东 信春鹰
姜明安 贺卫方 夏 勇 韩大元

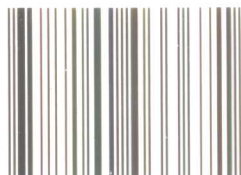
● 公法名著译丛 ●

罗豪才 主编



美国行政法的重构

ISBN 7-100-03367-5



9 787100 033671 >

ISBN 7-100-03367-5 / D·289

定价：12.00 元

D9
S7

公法名著译丛

● 《公法与政治理论》

[英] 马丁·洛克林 著

● 《美国行政法的重构》

[美] 理查德·B.斯图尔特 著

● 《德国行政法》

[德] 奥托·迈耶 著

○ 《行政法》

[德] 汉斯·J.沃尔夫 / 奥托·巴霍夫 /

罗尔夫·施托贝尔 著

○ 《宪法与行政法》

[英] A.W.布拉德利 / K.D.尤因 著

○ 《宪法秩序的经济学与伦理学》

[美] 詹姆斯·M.布坎南 著

○ 《法律与行政》

[英] 卡罗尔·哈洛 / 理查德·罗林斯 著

14

目 录

第一部分	传统模式和行政自由裁量	
	问题	(5)
第一节	传统模式	(5)
第二节	自由裁量权问题	(12)
第三节	自由裁量权问题再度兴起	(19)
第二部分	解决行政自由裁量权问题的	
	可替代方案	(29)
第一节	撤销管制机关:回归市场	(30)
第二节	禁止授予立法权原理的复活	(37)
第三节	塑造自由裁量权行使的合理结构	(42)
第四节	行政自由裁量权的实体性规则	(48)
第三部分	传统模式的扩展	(63)
第一节	对利益代表不平衡的诊断	(65)
第二节	要求扩展传统模式的压力	(68)
第三节	正当程序听证权利扩展适用至市场经济中新型 利益	(70)
第四节	发展利益代表模式	

——起诉资格之扩展	(78)
第五节 发展利益代表模式	
——行政程序参与权利之拓展	(111)
第六节 发展利益代表模式	
——适当考虑的要求	(122)
第四部分 行政法的利益代表模式	(129)
第一节 代表的提供	(132)
第二节 利益代表的成本	(142)
第三节 利益代表不能解决行政自由裁量问题	(150)
第四节 司法审查的实体标准	(157)
第五节 行政法的利益代表模式:暂时的结论	(167)
第五部分 利益代表的政治模式	(169)
第一节 行政官员的民选	(170)
第二节 利益团体选任行政官员	(173)
第三节 政治性利益代表制的限度	(178)
第四节 法院的作用	(181)
第五节 政治性利益代表制:暂时的结论	(182)
第六部分 评估和展望	(185)
第一节 利益代表模式作为一种解决行政自由裁量问题 之普遍方案的缺陷	(185)
第二节 行政法的现时状况和未来使命	(189)

关于授权立法的必要性,当前已经达成 1669
普遍的共识;真正的问题在于如何使此种立
法与民主协商过程、严格审查过程和控制过
程保持协调一致。

——安奈林·贝文^{〔1〕}

美国行政法正在经历一场根本性的变革,这一变革致使人们对行政法在我们法律制度中的适当角色产生了疑问。在相当程度上,该变革系由联邦法官们一手促成;而本文将要集中关注的正是这些联邦法官的努力以及此次变革所蕴涵的意义。

美国行政法的传统模式脱胎于本世纪前 60 年的法院判决和立法机关之立法,^{〔2〕}其一直力图协调政府权力和私人自主权之间相互冲突的主张,所采用的方式是禁止政府对私人自由或财产 1670 的侵犯,除非该侵犯得到立法指令(legislative directives)之授权。为促成这一目的之实现,传统模式不仅提供了司法审查以便禁锢

〔1〕 A. 贝文(A. Bevan)在“授权立法问题特别委员会”(The Select Committee on Delegated Legislation)上的发言,载《会议发言纪要》(Minutes of Evidence),1953年,第144页,转引自 C. 艾伦:《法律与命令》(C. ALLEN, LAW AND ORDERS),第164-165页(第三版,1965年)。

〔2〕 参阅 K. 戴维斯:《行政法论》(K. DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE)(1958年及1970年增补本);L. 贾菲:《行政行为的司法控制》(L. JAFFE, JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE ACTION)(1965年);《联邦行政程序法》,载《美国法典》第5篇,第551节、第554-559节、第701-706节、第1305节、第3105节、第3344节、第5362节、第7521节(1970年);《联邦行政程序法》,第552-553节(增补三,1973年)。

行政自由裁量于法定权限之内,而且要求行政机关遵循行政裁决程序。设计这些程序的目的就在于促进行政机关适用立法指令之行为的准确性、合理性以及可审查性。

对于传统模式,有两个基本的批评。第一,在私人福利方面,政府权力的扩张看起来势不可挡,由此角度观之,传统模式将其保障的范围局限于以往所公认的自由和财产利益就不再是适当的。^[3]第二,在某些特定的行政管理领域,许多行政机关失于履行各自的维护公共利益之职责,而传统模式无法矫正行政机关的这些失败(failure)。^[4]

在回应这些批评时,法官们极大地拓展了传统模式的机制,以保障新兴的利益阶层。在几年的时间里,最高法院在很大程度上摒弃了阻碍当事人向法院质疑行政行为合法性的起诉资格原理(doctrine of standing)。此外,法官们不仅广泛地授予各种利害关系人(affected interests*)参与行政正式程序的权利,而且授予他们促使行政正式程序启动的权利。实际上,上述发展过程已经超出了单纯的拓展参与权利和起诉权利,形成了传统模式的一个根本性变革。一个日益增长的趋势是,行政法的功能不再是保障私人自主权,而是代之以提供一个政治过程,从而确保在行政程序中广大受影响的利益得到公平的代表。这是不是一个统一的、可行的目标,尚待公开讨论。但是,没有人否认这一变革的重要性。

本文所采用的基本方法既是描述性的,也是批判性的:努力描

[3] 参见下文第 1681 - 1682 页(译者按:本书中的参见页码指的是原书页码,即本书边码)。

[4] 参见下文第 1682 - 1687 页。

* 英文 affected interests 将根据上下文语境译为“利害关系人”、“受影响的利益”等,下同。——译者

述和揭示对所观察到的急迫的社会需要与政府需要作出回应的行政法原理演变之内在前提。细致阐明如此全面的一个主题,所存在的危险是显而易见的,尤其是行政机关的形式和职能多种多样,表面看起来已令人茫然无措,更惶论阐明如此全面的一个主题。⁽⁵⁾然而,行政法的传统概念展示了一个在各行行政领域共通的 1671 社会价值,即运用具有控制功能的规则和程序,使原本在形式上不向选民负责的行政官员对私人利益行使权力的行为得以合法化 (legitimizing)。* 如果我们认真对待一个法律制度表达这些基本价值的可能性的话,那么,对这些价值及其在制度层面上的实现进行探究就理所应当了。另一方面,当今,根据宽泛的立法指令而实施的行政行为大幅度增加,以往既有的司法控制原则是否继续有效由此面临挑战,我们也因此需要重新审视行政法一般理论的一致性。这些考虑构成了本文全部讨论的基础,本文结语部分亦将就如何解决这些考虑所涉的问题提出预测与构想。

[5] 将行政法设想为一个具有普遍适用性的、统一的原理体系,其危险在于掩盖了行政职能和行政机关的形式所存在的重大差异,以及各种行政法原理的渊源和运作宗旨所存在的重大差异。参见贾菲:“英国行政法——对戴维斯教授的一个回应”(English Administrative Law—A Reply to Professor Davis, PUB. LAW),载《公法》第407页,第410—411页(1962年)。任何试图洞悉并运用一个行政法普遍模式的努力,都具有潜在的扭曲作用;此外,这种努力还有更为致命的缺陷,即它对许多因素漠不关心。绝大多数行政机关都是在一个充斥着形形色色政治力量的场域内行事的,这些政治力量包括立法机关、其他行政机构和官员、经过或多或少精心组织的各种政治的、社会的、经济的团体与利益阶层。内部官僚组织、行政机关及其工作人员的传统和期待也都是行政机关行事环境中的重要因素。这些因素对行政机关选定的政策、贯彻执行政策的精力和政策执行的有效性以及行政机关对社会的最终影响所具有的作用,要远胜于正式的行政法机制。例如,参见汉德勒:“在福利行政中控制官员的行为”,(Handler, Controlling Official Behavior in Welfare! Administration, CALIF. L. REV.)载《加利福尼亚法律评论》第54卷,第479页,第479—482页(1966年)。亦参见下文第1685页。

* 目前,对英文 legitimacy, legitimate 的译法有多种,如正当性、正当化;正统性、正统化;合法性、合法化等。从法学角度而言,译者倾向于将其译为合法性、合法化。——译者

第一部分

传统模式和行政自由裁量问题

要理解行政法传统模式的当前变革,就必需正确评价该模式的逻辑和运作。因此,对传统模式的前提和传统模式的发展予以描述,成为探讨本文主题的一个必要前奏。

第一节 传统模式

政府管制私人商业行为所导致的一系列发展,是我们探究美国行政法传统模式的出发点,而政府大规模地对私人商业行为进行管制,肇始于十九世纪后期。由各州行政官员而后由联邦行政官员对价格、服务和其他事务实行的直接控制,首先是针对铁路公司,后又扩展至广泛领域内的其他企业。这种控制之发展是如此普遍、如此深入社会,以至于参考以往行政执法的实践是无法证明其为正当的。因此,一系列原理和技术得到发展,以协调新兴的政府权力主张与长期存在的对私人自由之关怀,而这种协调所使用的各种控制方式既限制这种¹⁶⁷²权力又使其合法化。在 1880 年到 1960 年这一期间内,一整套前后连贯的原则应运而生。这一系列原理虽然并不能完全适用于每一行政权力的行使,但它们是如此广泛地为人们所接受以至于可以称之为行

政法的传统模式。其基本组成要素如下：

(1) 行政机关决定的给予私人的制裁，必须得到立法机关的授权，授权的方式是制定控制行政行为的规则。除了军事和外交事务以及国家紧急状态时期之外，宪法并未认可行政机关对人身和财产拥有与生俱来的权力。针对私人行为的强制性控制必须由立法机关予以授权，并且，根据禁止授予立法权原理(doctrine against delegation of legislative power)，立法机关必须颁布规则、标准、目标或某个“可理解的原则”，以指引行政权力的行使。^{〔6〕}

禁止授予立法权原理归根结底建基于可以追溯至霍布斯和洛克时的社会契约政治理论，根据该理论，行使强制性政府权力的唯一合法基础在于社会合意。^{〔7〕} 由于达成合意的过程在立法机关那里得以制度化，因而，对私人所实施的任何新型制裁都必须由立法机关给予授权。相应地，个人^{〔8〕} 进而享有抵制未经授权之政府侵权行为的

* 美国《联邦行政程序法》第 551 节第 10 款对“制裁”(sanction)的定义为：“制裁”包括行政机关下列行为的全部或一部：1. 禁止、强制、限制或其他影响个人自由的措施；2. 拒绝给予救济；3. 给予处罚或罚金；4. 销毁、没收、查封或扣押财产；5. 确定应给付的损害赔偿、偿还、恢复原状、补偿、成本费、收费或一般费用的数额；6. 许可证的吊销、暂停或附加条件；7. 采取其他强制性或限制性措施。”——译者

〔6〕 “J. W. 小汉普顿等诉美国”，载《美国最高法院判例汇编》第 276 卷，第 394 页，第 409 页(1928 年)。

〔7〕 评论家们特别强调禁止授予立法权原理在美国宪法文本中的依据是宪法第一条。参见 T. 库利：《美利坚合众国立法权的宪法限制》(T. COOLEY, A TREATISE ON THE CONSTITUTIONAL LIMITATIONS WHICH REST UPON THE LEGISLATIVE POWER OF THE STATES OF THE AMERICAN UNION)，第 116 - 117 页(1868 年)。然而，一旦立法机关授予行政机关部分立法权被认为是允许的，例如，参见“美国货车运输业协会诉美国”，载《美国最高法院判例汇编》第 344 卷，第 298 页，第 309 - 312 页(1953 年)，以宪法文本为依据对禁止授予立法权原理的论证，就在很大程度上失去了指引判决的功效。

〔8〕 由于行政法有相当部分内容涉及对商业法人的管制，因而，对于传统模式的发展而言至关重要，法人在对抗行政权方面享有与自然人一样的平等保障。参阅 T. 阿诺德：《资本主义的民俗》(T. ARNOLD, THE FOLKLORE OF CAPITALISM)，第 185 - 206 页(1937 年)。

权利。^[9]然而,假如允许立法机关将其立法权像批发商品一样地授予行政机关,^[10]那么,这些原则的所有实际意义会被褫夺殆尽,在相互冲突的社会政策之间的选择则会由非民选的行政官员作出。^[11]况且,对行政机关缺乏真正意义上的制定法控制,会使公民失去用以对抗行政权滥用的有效保障;立法机关无法对所有行政行为实行持续的监督;^[12]法院在缺少具有引导作用的立法指令的情况下,就没有可以用来衡量行政权力主张的标准。^[13] 1673

行政机关必须遵循具体的立法指令,这一要求不仅可以借助于更高层次的权威以使行政行为合法化,而且可以防止政府官员假公济私,利用政府机器来发泄个人的偏见和情绪。^[14]同时,凭

[9] 参见 G. 伍德:《美利坚合众国的缔造,1766-1787》(G. WOOD, THE CREATION OF THE AMERICAN REPUBLIC, 1766-1787), 第 303-304 页(1969 年);下文第 1717 页、第 1723-1724 页。亦参见 M. 韦伯:《经济与社会中的法律》(M. WEBER, ON LAW IN ECONOMY AND SOCIETY), 第 47-48 页上的注释 14(M. 莱因斯坦编, 1954 年)。

[10] 有人认为,立法机关已经在赋予行政机关自由裁量权问题上达成一致意见,也就意味着社会全体成员已经同意行政机关行使自由裁量权。但是,说立法机关“意见一致”会起误导作用,实际上,宽泛的授权经常是政治均势或立法机关无能使然。参见下文第 1695 页。更为根本的是,行政机关和立法机关在作出决策的程序与结果方面存在相当大的差异。同意立法机关对有争议的社会政策问题作出决议,并不完全意味着同意将这些问题移交给出立法机关所委托的行政机关。参见 E. 弗罗因德:《对人身和财产的行政权力》(E. FREUND, ADMINISTRATIVE POWERS OVER PERSONS AND PROPERTY), 第 220-221 页(1928 年)。

[11] 参见“美国诉罗贝尔”,载《美国最高法院判例汇编》第 389 卷,第 258 页、第 275-277 页(1967 年)(布伦南大法官,持附和意见);“亚利桑那州诉加利福尼亚州”,载《美国最高法院判例汇编》第 373 卷,第 546 页、第 626 页(1963 年)(哈伦大法官,持部分反对意见)。

[12] 参见下文注 128。

[13] 参见“亚利桑那州诉加利福尼亚州”,载《美国最高法院判例汇编》第 373 卷,第 546 页、第 626 页(1963 年)(哈伦大法官,持部分反对意见);下文第 1781-1789 页。

[14] 立法机关的授权必须明确一般性规则、标准或目标,这一要求也是旨在以同样的方式束缚立法者。参见“美国诉洛维特”,载《美国最高法院判例汇编》第 328 卷,第 303 页、第 315 页(1946 年)。

借这一要求,私人自主权能够通过两种途径获得保障。其一,这一要求确保个人所面对的政府制裁受制于规则统治,从而促进了形式正义。形式正义不仅有助于私人避免受到制裁,而且可以形成最有利于个人的政府与私人之间的互动。其二,根据社会契约论的前提假设,这一要求确保政府制裁是由个人已经同意的立法权威所认可的,因而,由于制裁所具有的威慑力而对私人行为施加的约束,可以被认为是个人自愿接受的。^[15]

1674 (2) 行政机关所依循的决定程序必须有助于确保行政机关遵
从上述要求(1)。如果行政机关只能依照立法指令来行使立法机关授予的权力,如果对行政机关的有效限制能够落于现实而非止于理论,那么,行政程序的设计宗旨就必须是促进行政机关准确地、不偏不倚地、合理地适用立法指令于特定案件或各类案件。鉴于此,在作为政府行为之正当理由的事实存有争议、重要的自由或财产利益受到威胁的场合,听证程序成为一个普遍的要求。在听证过程中,其利益受到威胁的人有机会呈示证据并质疑行政行为的事实依据和法律理由。而且,行政机关必须严格依据在听证过程中形成的听证记录来决定行政管理事宜,必须根据可定案证据

[15] 参见 J. 罗尔斯:《正义论》(J. RAWLS, A THEORY OF JUSTICE), 第 7 - 22 页, 第 118 - 183 页 (1971 年); J.-J. 卢梭:《社会契约论》(第一册)(J.-J. ROUSSEAU, THE SOCIAL CONTRACT, BOOK I), 第五章、第六章。私人自主权可以由此被界定为一种只有得到授权的、受制于规则统治的制裁才能对其予以限制的、个人自由选择权,并且授权本身又是经过个人所认可的程序而完成的。参见 J. 洛克:《政府论》(第二册)(J. LOCKE, THE TWO TREATISES OF GOVERNMENT, BOOK II), § 22(P. 拉斯莱特编, 1960 年)。亦参见肯尼迪:“法律的形式要件”(Kennedy, *Legal Formality*, J. LEGAL STUD.), 载《法律研究杂志》第 2 卷, 第 351 页(1973 年)。自由不受限制,除非该限制乃经过自己所认可的程序而施加。这种自由不仅有助于个人在认真筹算之后确信其各种利益得到满足,而且该自由本身可以被认为是一种幸福(a good)。