

孙笑侠 著

法理文库

法律对行政的控制

——现代行政法的法理解释

山东人民出版社



法律对行政的控制

——现代宪政的核心理念

王康 著



孙笑侠 著

法律对行政的控制

——现代行政法的法理解释

图书在版编目(CIP)数据

法律对行政的控制:现代行政法的法理解释/孙笑侠著. - 济南:山东人民出版社,1999.1(2000.1重印)

(法理文库/徐显明,谢晖主编)

ISBN 7-209-02351-8

I.法… II.孙… III.行政法-法的理论 IV.
D912.101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 75765 号

法律对行政的控制 ——现代行政法的法理解释 孙笑侠 著

*

山东人民出版社出版发行

(社址:济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码:250001)

新华书店经销 日照市印刷厂印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 10 印张 4 插页 240 千字

1999 年 1 月第 1 版 2000 年 1 月第 2 次印刷

印数 3001-5000

ISBN 7-209-02351-8

D·558 定价:18.00 元

自序

职业思维与行政法理

我在浙江省法制研究所参与省人大地方性法规的立法论证工作中,经常遇到这样的问题:行政部门提交的立法议案中总是更多地考虑管理效率,议案中的许多建议条文都对公民要求十分严格,而行政机关在设定自己权力的地方,总是忽略了对权力的限制。即便是设定行政程序,也常常是从限制公民行为或增加行政管理力度(甚至是增加收费关卡)的角度来考虑。他们的理由总是说,管理太难,市场经济条件下老百姓更不好管了。

行政部门起草的议案与行政部门立法相似,都存在着“部门本位”倾向。这使我想起几年前与几位朋友的谈话内容,大意是:

数千年来,官员总是说,刁民太多,管理太难。

——所以,官员总是把法律当做管理百姓的工具。

数千年来,百姓总是说,贪官可恶,不治不行。

——因此,百姓总想叫法律严格对待官员。

我想,在现实社会中生活的人们都能够发现这样的客观事实:如果制度不健全,刁民与贪官总是共存的,而且每个公民都有转变成刁民的可能,每位官员都有堕落为贪官的机会。

于是,出来了若干貌似中立自命理性的解释者答曰:看来,法

律既要防止公民变成刁民,又要杜绝官员堕落为贪官。

行政法从此就被理解成具有双重作用的法律——管理百姓和控制权力。从实证的观点来看,或许我们无法批评它,因为这的确是一个客观事实。但是,在这样的事实判断基础上,是否能够建立起中国行政法学理论?没有价值倾向的事实说明所提供的“理论”能否支撑起行政法学大厦?这样的解释者是否具备职业法律家的角色条件?他们是否真正领略到了行政法演变历史的风光?他们是否真正把握了行政法的理念?我们不得不表示怀疑。

面对关于行政法的这种“定论”,职业法官或真正法律家会怎么说呢?如果他们真是法律家,他们的思维方式就与非法律职业者不同,他们的回答是:行政法“应当”是控制行政权力的法。法律家的思维怎么会这样?我十分赞同徐显明君在《法理学教程》导论中所说的,按照社会学角色理论,专业出身的人是否具备专业素质,一个重要的参照方法就是观其是否具有经过专业训练的社会角色意识,这种意识以其形成定势的思维作为表现形式,即进入某种专业角色的人总是运用专业的概念、专业的判断和专业的推理方法观察事物和理解事物。

尽管众人都认为他(被告人)是有罪的,可您是否听说刑事法官在审判前都必须假定他无罪?尽管人们都主张罪恶应受惩罚,可您是否听说恶贯满盈的人因些微的证据不足而被法官作无罪释放?尽管快速办事是常常受欢迎的,可您是否听说法官办案不求速度只求公正的“反行政”的特点?尽管公理强调无差别的平等对待,可您是否听说法律家主张私权利可以推定,而公权力只能是法定的?尽管王海的行为具有利己私心的动机,可您是否听说法律家只从合法的行为过程和利于社会的效果上判定王海觅假索赔的正当性?尽管现实中英雄模范辈出,可您是否听说法律家宁愿在制度设计时把人假设为容易犯错误的人?……

如果您是法律家,那么您是否具备这样鲜明的职业思维特征?

在职业法律家看来,行政法绝对不是所谓“管理法”,也不是“管理”兼“控权”的“双重法”,而只是“控权法”。至少立法者与司法者的角色思维应当是这样的。这绝然不是什么只见树木,不见森林,也不是什么瞎子摸象,固执其见。

对于行政法本质与功能,能够作出准确解释的职业是法律职业。整个行政法就是应当从法律职业的角度来理解。所以从行政的立场和思维来认识的行政法根本不是行政法;就此意义讲,戴西说法国行政法是“官僚主义的胜利”,不无道理。所以科学意义上的行政法是以行政诉讼制度的建立为标志的;所以在司法与行政不区分的时代或国家,根本不存在行政法;所以司法审查中被实践的行政法才是严格意义上的行政法。

现代行政法存在太多的难题。但首先要解决一个问题:由近代人设计并实施了两个多世纪的传统“法治—控权模式”,在当代是否像有的人所说的那样,已变得面目全非?

基于行政的管理性质,现代社会客观上“迫使”法律(而不是法律自动)赋予政府更大的行政权力,包括行政领域范围、行政裁量幅度两方面,从价值范畴来说,这就是为了效率和福利。同时派生出行政法的悖论——在公权力日益扩大的趋势下,如何使私权利受切实保护,实现法律的公正和正当价值呢?效率与公正,福利与正当这些价值是同时并存的,而这两对价值矛盾的统一已被融进“行政合理性”原则,成为当代行政法的一大主题。然而法的价值理念的确立并不等于法律功能方式的实现。现代行政法以何种方式来促进行政效率与公正、福利与正当的实现?如何保证行政合理性?

传统行政法控权观念的背景告诉我们,控权观念无非是民主与法治理念中的应有之义。正像民主与法治不因社会现代化变迁而被否定一样,控权观念也不会被否定。企图在否定传统“控权”观念的前提下建立全新行政法基本观念是违背社会发展的历史规

律的。所以,我们敢武断地申明:控制权力是解决上述问题的唯一思路和途径。此乃所谓“万变不离其宗”。问题在于这种控权需要根据变化了的社会作重新设计。其目标是既保证行政效率又实现行政公正,既保证福利又实现正当。

有人说,中国当代社会有其特点,中国需要政府权力来推动社会改革与发展,因此他们认为中国行政法不应该强调控制权力。怎样认识这个问题?

的确,中国行政法受中国社会特点决定。中国行政法产生的一个特点在于,当我们提出“依法行政”、“控制行政权”或者“法治行政”的时候,也正是我们这个社会最需要行政权力的时候。因为中国的市场经济建设有别于西方国家的在于,我们是自上而下建设市场经济的,是在政府宏观控制下进行的。我们过去的计划经济,是政府硬要包揽社会管理事务,现在的市场经济,是社会需要政府权力来调控。

然而,中国当代社会变革与发展所需要的政府宏观调控,其实质就是要求行政权力干预社会生活。这与其他国家的政府权力的扩张,在本质上具有共性——都是行政权力的运用。凡是有行政权力运用的地方都需要有法律对行政权力的控制。这是不会有例外的。

要对法律控权方式进行重新设计,就必须对现代行政的特点作充分把握,这正是所谓“对症下药”。现代行政权力的特点是:

(1)方式积极化。行政本来就具有比司法更强的主动性,而在现代社会,它更主动了。近代传统的行政以“管得最少的政府是最好的政府”为信条,因此是一种消极行政。现代社会发展与技术进步要求政府尽最大可能去服务于社会。因此现代行政又被称为“服务行政”。

(2)目标福利化。在自由权本位的时代,不干涉或无为也就能够保障和实现自由,法律的任务是尽量限制行政权,其价值追求是

自由,所以行政法是自由本位法。在福利权本位的时代,政府合理干涉才是正当的,法律的任务是尽量使行政权正当化,其价值追求是福利,所以行政法是福利本位法。

(3)范围扩大化。现代行政的范围不限于近代传统的税收与安全,而是“从摇篮到墓地”无所不管。

(4)界限自由化。与近代行政相比,现代行政行为界限具有十分自由的幅度,法律完全穷尽地规定行政事务是不可能的,也不符合行政具有应变性的特点,更不符合现代行政的特点。

(5)内容伦理化。现代行政在内容与本质上不仅是在执行法律,还在执行道德。自由裁量在内容与本质上是伦理性裁量。因为它所依据的不仅仅是法律,还有所谓的正当观念、合理标准。可以说近代行政到现代行政就是裁量从法律性裁量到道德性裁量的过程,这一变化与昂格尔所谓的后自由社会法律的特征相吻合,与现代法律由形式正义发展为实质正义具有一致性。

鉴于这样的行政权力现状,我们自然会得出“权力必须以适当的新型的方式加以控制”的结论。近代传统的法律主要是通过实体规则的设定,即授予权力大或小,来控制行政权力。现代法律的趋势是保持规则控制的前提下,又产生了多种多样的控制方式,即控权方式的多元化和综合化。随着时代的发展,它将不断出现更多的控制方式。本书的中心议题也在于此。

在人类社会即将结束一个世纪的时候,世界发生了多么巨大的变化!“多利羊”的诞生,月球上水源的发现,探索宇宙起源的阿尔发磁谱仪被送进了太空……可是人类解释社会的学说却仍然沿着数千年前古老的思路在作缓慢而踏实的探寻。在今天,法治这一古希腊哲人的话语,仍然是,而且有必要是我们的新世纪的话题。因为,迄今为止,社会科学中关于权力控制的问题仍然只能从古老的“法治”思想中找到源头。

本书并没有什么新鲜的创造。因为本书并不企望创造什么新

型的控权制度,因为任何控权制度的出现都是社会发展历史的、客观的演变结果。作者在这本论著中只是对现代行政法的控权方式作出归纳和解释,最多也只是对未来的控权趋势作出预测。

孙笑侠

1997年3月初稿

1998年12月定稿于杭州

目 录

自序 职业思维与行政法理	(1)
--------------------	-----

第一章 法治与控权

一、控权的涵义及其必要性	(1)
二、控权观念的理论源头在哪里?	(9)
三、法治理论与实践为各国行政法提供了前提	(15)
四、法治国家为控制行政权提供了政治基础	(18)
五、行政法治是法治的关键	(22)

第二章 当代综合控权观念

一、行政法对理论的特殊需要	(27)
二、什么是部门法的理论基础?	(31)
三、确定理论基础的标准	(34)
四、现代行政法是综合控权法	(38)
五、“综合控权观”符合现代社会的客观 要求	(42)

第三章 行政法的核心:公权力与私权利关系

一、权力与权利所构成的关系	(46)
二、行政权力的双重性质	(50)

三、私权利在行政法上的分类问题	(54)
四、行政权的设定与私权利的存废	(58)
五、权利实现与行政权力	(62)

第四章 行政法在法律体系中的功能定位

一、行政法不是“关于行政的法”	(70)
二、行政诉讼制度确立是行政法产生的本质象征	(74)
三、行政法在法律体系中的地位	(78)
四、行政法与经济法	(85)

第五章 控权观念下的行政法渊源

一、关于行政法渊源的三个关键	(92)
二、正式法律渊源在司法审查中的表现	(97)
三、司法审查与非正式渊源	(107)

第六章 控权功能的模式

一、严格规则模式	(118)
二、正当程序模式	(121)
三、两种模式适应近代社会自由倾向的支点	(125)
四、严格规则模式的危机与革新	(128)
五、现代行政法的有效功能——程序抗辩	(134)

第七章 控权制度的结构

一、行政法结构的概念	(144)
二、行政权力、行政行为与行政责任	(149)
三、现代行政自由裁量与新结构的功能	(156)
四、中国行政法三元结构的实证分析	(160)

第八章 控权法的三大原则

一、法律原则的条件与根据·····	(165)
二、行政法的原则概述·····	(174)
三、有限权力原则·····	(180)
四、正当程序原则·····	(183)
五、责任行政原则·····	(187)

第九章 权力设定的规则性控制

一、行政权力的来源·····	(191)
二、行政职权的设定·····	(197)
三、法律在设定职权时的价值标准·····	(206)

第十章 行为过程的程序性控制

一、行政行为及其效力·····	(215)
二、行政行为的分类理论·····	(221)
三、通过行政行为的权力控制·····	(227)
四、什么叫行政程序的“正当性”? ·····	(229)
五、行政程序基本制度的设计·····	(233)
六、中国行政程序的观念问题·····	(235)

第十一章 违法责任的补救性控制

一、行政责任的重心是对相对人负责·····	(243)
二、行政违法与救济的一般问题·····	(245)
三、司法的判断性及其特征·····	(248)
四、理性地看待司法审查·····	(255)
五、审查范围的概括性与法官的裁量性·····	(259)

第十二章 沟通性与自治性控制

- 一、行政合同引出的思考····· (262)
- 二、行政合同中的权力因素与契约精神的“悖论”····· (268)
- 三、行政合同的本质····· (271)
- 四、行政指导的控权功能····· (274)

第十三章 自由裁量与合理性控制

- 一、自由裁量及其必要性····· (278)
- 二、法治与自由裁量····· (280)
- 三、自由裁量的合理性标准····· (285)
- 四、对自由裁量的司法审查····· (289)

结束语 控权制度与反腐倡廉····· (295)

附录一:本书主要参考书目····· (301)

附录二:本书主要参考论文····· (306)

后 记····· (308)

第一章

法治与控权

行政法学中存在一种主张控制行政权力的观念或学说,中国学者一般称之为“控权论”或“控权观念”。当我们在讨论现代行政法理论基础的时候,有人力主“控权论”,有人对“控权论”进行改造,还有则反对“控权论”。讨论这个问题,最为关键的是如何准确理解“控权”。

一、控权的涵义及其必要性

(一)控权的准确涵义

现代行政法是否需要继续控制行政权力(以下简称“控权”)?讨论这个问题存在几个前提,我们应当加以鉴别:

第一,“控权”是基于正式法律的立场,而不是基于行政的立场。正式法律代表立法机关,也就是代表人民意志和公民权利。法治要求我们从理论与实践上将立法与行政区别开来,如果将两者混为一种职能,那么法治就不复存在。“控权”既体现立法、司法和行政的分立关系,又体现立法与司法对行政权力的制约关系

有分工就会有不同的工作目标、工作方式和工作思路,因而也就存在不同的工作立场。如果看不到这一点,那就没有必要提倡“相互制约”了。认为行政能够自己克服自己的问题,显然是没有科学性的。如果认为社会客观上需要行政权力扩张(因而认为不必对行政进行控制),也就等于混淆了立法(主观)与现实(客观)的关系,在看到社会客观需要的同时疏忽了公民权利(立法方面)的主观要求。

第二,“控权”与“限权”不同。有人怀疑“控权论”,是考虑到现代社会行政权力扩张的客观必要性,认为到了现代社会继续限制行政权力会阻碍社会发展。我们认为,“控权”不等于“限权”。实际上,相对于现代行政法而言,近代行政法不是“控权法”,而是“限权法”。“控制”不等于“限制”。“限制”的“限”具有“阻隔”、“指定范围、限度”、“限定”的意思。而“控制”的“控”,具有“驾驭、支配”的意思^①。所谓“控权”是指法律对行政权力的驾驭、支配,它并不仅仅限制行政权力。限制是消极的,而控制是积极的。“限权”是指对行政权力进行消极限制,尽可能少地授予行政权力,即限制行政权力的范围,这是近代以来自由主义时期行政法的特点。与其说近代行政法是“控权法”,毋宁说它是“限权法”。

第三,“控权论”所主张的“控权”并不排斥“管理论”中的“管理”或“保权”(保障行政权力效能)。真正的“控权论”既在价值取向上倡导行政法的控权功能,又在客观实证上承认行政法的管理功能。但是又说明在“控权”与“管理”(“保权”)之间存在价值关系定位上的主次关系,“控权”是矛盾的主要方面,“保权”是矛盾的次要方面。

第四,“控权”与对政府的信任是什么关系?有人比较现实地指出:行政法的确是控制行政权力的法,但是在中国提“控制行政

^① 参见《辞海》,上海辞书出版社1980年版,第703页。

权力”，在情感上似乎难以被接受，实际效果不一定好。我们认为，这涉及到许多观念问题，其中最重要的是对政府的“信任问题”。事实上法律的存在都表明任何人和组织都不可能是完全受信赖的，也许从我们的政治与道德上讲，人民应当信任自己的政府，但是从法律上讲却是另一回事。列宁提出监督理论的时候遇到一些人的非议和疑虑，这些人认为监督制度是对政府和公仆的不信任。如果考虑这样一种非本质的因素而歪曲行政法的本质和功能是没有必要的。当然理论上分析所得到的本质性归纳，在现实中可以用相对“平和”或委婉的词语来表述。基于这样的原因把行政法的“控权”表述为“平衡”是可以接受的。因为控制权力最终是为了“平衡”，政府权力与公民权利的平衡需要通过“控权”来实现的。然而遗憾的是，“平衡论”并不是作这样的理解，而是否定了“控权”。

第五，控权与保权（保障权利）是什么关系？是手段与目的的关系。“人民的利益高于一切”，所以保护人民利益，保障公民权利当然是包括行政法在内的一切法律的目的。公民权利与利益通常受两种力量侵害，一是民间力量，一是国家权力。对前者通过法律防范或制裁，对后者进行权力控制。所以控制权力就是为了保障公民权利。

所以，严格意义上的“控权”是指行政法基于正式法律的立场，为了保障人民权利而积极驾驭、支配行政权力，它是对行政法功能的一种高度概括，也是对行政法民主或自由价值的一种定位。

（二）行政权力始终需要控制的两个基本理由

近代行政法对行政权力进行限制，如果把这种限制也看成是“控制”，那么今天我们仍然可以说行政法始终坚持控制行政权力。这是由行政权力的本身特征所决定的，它包括两个基本的方面：

第一，权力的运行规律告诉我们需要对它进行控制。已知的近代所总结的经验——可以用孟德斯鸠的话浓缩为——“一切有