

YANJIUSHENG LUNTAN 2006

研究生论坛2006

法 学 卷

《安徽大学学报》编辑部 编



安徽大学出版社

YANJIUSHENG LUNTAN 2006

研究生论坛2006

法 学 卷

《安徽大学学报》编辑部 编

安徽大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

研究生论坛:2006.法学卷/安徽大学学报编辑部编.

—合肥:安徽大学出版社,2007.4

ISBN 978-7-81110-300-7

I. 研... II. 安... III. ①社会科学—文集②法学—文集

IV. C53 D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第054570号

研究生论坛 2006

法学卷

安徽大学学报编辑部 编

出版发行 安徽大学出版社
(合肥市肥西路3号 邮编230039)
联系电话 编辑室 0551-5107145
发行部 0551-5107784
电子信箱 ahdxcjps@mail.hf.ah.cn
责任编辑 李南蓉
封面设计 孟献辉

经 销 新华书店
印 刷 合肥现代印务有限公司
开 本 1/16 880×1230
印 张 97.875
字 数 3836 千
版 次 2007年4月第1版
印 次 2007年5月第1次印刷

ISBN 978-7-81110-300-7

定价 200.00 元(全四册)

如有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换

目 录

【宪法及行政法】

关于国体和政体关系的反思	孔维迎, 蔡文忠 (1)
重构行政主体范式的压力与张力	廖伟伟 (3)
抽象行政行为与行政执法依据	罗其军 (6)
自由裁量行政行为的运行及其控制	白清阳 (9)
再论抽象行政行为的可诉性	朱庆波 (12)
论我国行政赔偿的范围及其完善	徐文涛 (14)
试论我国抽象行政行为监督机制之完善	刘冬梅 (17)
情报公开立法的发展趋势	张海燕 (20)
农民工子女的平等受教育权	蔡文忠, 孔维迎 (23)

【法理】

试论公权的扩张与控制	王莉红 (25)
试论我国水资源环境保护公众参与制度的完善	陈雯雯 (28)
从重整羞耻理论谈我国现阶段犯罪对策	李扬帆, 赵明, 丁国峰 (31)
若干社会因素对司法独立的影响	王鑫 (34)
道德遭遇法律尴尬之解析	周健美 (37)
全球化视野下我国法律工作者的正确宗教观	祝敏, 甄永丽 (40)
从人权角度看宗教规则的文化尺度	王瑾 (43)
法律信仰问题分析与实践	苏山奎 (46)
论检察机关的性质	汪闻敏 (49)
试论“公共利益”法律界定	朱丽晖 (52)
中国农村法治现状、历史成因及改善措施	杨震, 南恩宁 (54)
法的内在力量之源	陈培培 (57)

【刑法】

单位犯罪刑法适用若干问题探析	孔亚伟 (60)
试论我国老年人的刑事责任问题	江丽 (63)
论交通肇事后逃逸致人死亡	张磊 (66)
我国分阶段废止死刑的法律思考	吕立冬 (69)
试论抢劫罪若干问题	胡旭东 (72)
论教唆犯的几个问题	顾强 (75)
贪污罪相关问题研究	范光清 (78)
论我国刑法法定原则之适用	王森 (81)
经济犯罪废除死刑刍议	陶硕 (84)
论我国洗钱罪中的几个问题	孙卓峰 (87)

狱内罪犯待遇及其社会化	张玉龙 (90)
不纯正不作为犯的刑事责任根据及其立法建议	张 月 (93)
也谈巨额财产来源不明罪	张 振 (96)
从社区防范角度谈犯罪预防	鲍 祥, 马永保 (99)

【诉讼法】

论未成年人刑事案件的审判程序	陈向阳 (102)
试论刑事诉讼中无罪推定原则	王子运 (105)
论民事再审程序的功能	梅乐喜 (108)
检察院在我国民事公益诉讼中的主体地位研究	刘 涛 (111)
完善我国不起诉制度制约机制的思考	赵子瑜 (114)
中美检察机关在刑事诉讼中的职权比较	毛兴平 (117)
略论刑事审判简易程序	陶 涛 (120)
试议我国刑事诉讼管辖制度之完善	洪超兰 (123)
行政诉讼被告确立标准的重构	张丑俊 (126)
对我国刑事简易程序的分析与思考	陆春媛 (129)
浅论我国沉默权制度的建立	乔云星 (132)
论我国反垄断法中的私人诉讼制度	徐广新 (135)
试论农民工民事诉讼权利的保护	陈彬彬 (138)
中美刑事侦查制度的比较研究	靳真文 (141)
刑事诉讼侦查阶段赋予律师阅卷权之思考	杨丙宏 (144)
赋予律师在侦查阶段的阅卷权的思考	张 琳 (147)
试论我国民事公益诉讼制度的构建	王 琳 (150)
环境公益诉讼研究	汝馨馨, 张 玲 (153)
沉默权的本土化资源	郑中华 (156)
辩诉交易的法哲学探讨	陈丽芳 (159)
试析刑事诉讼控辩平衡的价值	王 丽 (162)

【国际法】

法人属人法探究	王 乐 (165)
从竞争法角度论合理利用贸易政策中的国民待遇原则	范晓亮 (168)
实践中的“不方便法院”原则	郑燕妮 (171)
《服务贸易总协定》与我国相关服务贸易法律制度之比较	路菲菲 (174)

【经济法】

构建和谐社会的反垄断举措	史山山, 鲁晓燕 (177)
试论行业协会的垄断行为	马永保, 袁 敬 (180)
特殊企业行政垄断行为的法律规制	杨 冰 (183)
BOT 投资模式在我国立法障碍和完善建议	伏金玉 (186)
合理使用的性质与判定	袁 娟 (189)
论反垄断主管机关的独立性设置	周 涛 (192)
试论经济法与民商法的关系	郭祖霞 (195)
社会保障税若干理论问题研究	罗燕敏 (198)

遗产税立法的国际比较及其对我国的借鉴作用	熊 芮 (201)
一人公司制度的法律思考	李 洁, 郭晓玲 (204)
试析新公司法一人公司制度	李一军 (207)
公司社会责任	梁国磊 (210)
略论公司章程中的自由	丁圣伟 (213)
财团抵押制度研究	苏 岑 (216)
混业经营与我国金融监管体制的发展	王超, 刘焕平 (219)
论我国反垄断法的立法重心	高春红 (222)
公司法中股东权益的一般均衡分析	新光印 (225)
劳动合同法的价值取向及制度设计	刘 俊 (228)
我国《公司法》规定的代表诉讼制度及法理研究	杨琳琳, 毕媛媛 (231)
商业银行不良资产的法律问题分析	郭晓玲, 李 洁 (234)
试论财政支持农村养老保障的建议	樊丽利 (237)
论非法收入的可税性	朱 磊, 张 磊 (240)
浅论信托税制的立法原则	谢 科 (243)
略论我国个人所得税法的价值定位	刘焕平, 王 超 (246)
纳税人权利保护途径新论	邵永林 (249)
试论税收优先权	袁 敏 (252)
试析内外资企业所得税法的一体化	宣桂祥, 高 毅 (255)
试论我国遗产税法律制度的构建	陈 岚 (258)
税法公平原则的重构	王晓召 (261)
论外资银行参股中资商业银行的法律监管	张 骏 (264)
试析母国对跨国银行的监管	毕媛媛, 杨琳琳 (267)
农村免费义务教育若干问题探讨	丁智慧 (270)
论企业横向并购的反垄断法规制	陈 亮 (273)
不良资产剥离案件试论	冯小变, 韩芳丽 (276)
论我国自然垄断行业的法律规制	阮后春 (279)
论外资并购的反垄断法律控制	祝海彬 (282)
论商业秘密的法律保护	唐小璐 (285)

【民商法】

动产抵押制度存废研究	邓业军 (288)
试论我国不动产物权登记制度的完善	郭宇红 (291)
试论物权法中的“物”	张觉龙 (294)
试论我国对优先权制度的立法选择	周庆安 (297)
试论分管合同及其对第三人的效力	郑晓晶 (300)
电子合同的法律适用问题探析	李 磊 (303)
人身保险合同的生效问题探微	刘玉魁, 王苏野 (306)
公平责任原则探析	季宏武 (309)
完善我国自然人属人法的立法思考	梁媛婧 (312)
试论机动车交通事故责任强制保险	王苏野, 刘玉魁 (315)
试论房屋买卖中的优先购买权	李亚娟 (318)
论第三人侵害债权	纵瑞东 (321)

合肥“老字号”的法律保护研究	陈思佳, 汝馨馨 (324)
试论驰名商标的保护	张 玲, 陈思佳 (327)
试论驰名商标的司法认定	李向利, 李 军 (330)
对域名侵权问题的一些思考	张丽媛 (333)
预售商品房转让之法律分析	董光品 (336)
情势变更原则刍议	石思懿 (339)
论无权处分的效力	李文阁, 薛东霞 (342)
抵押权若干问题之我见	李艳飞 (345)
论广告发布权的质押	王俊超 (348)
动产抵押权的追及力	冯 春 (351)
试论第三人侵害债权的侵权行为	李远东 (354)
农民住房和宅基地使用权能否转让	薛东霞, 李文阁 (357)
农村宅基地使用权流转问题探析	许 伟 (359)
物权行为理论之继受	丁 玉 (362)
论监护的性质及监护人的职责	岳 岳 (365)
债权人行使撤销权的效力分析	王 娟, 李 伟 (368)
论网络虚拟财产的法律保护	尹 洁 (371)
信息网络传播中的“避风港”机制探析	谢 刚 (374)
网络知识产权侵权责任的认定与保护	杨宗跃 (377)
浅议我国网络著作权保护	赵争光 (380)
对保险代位权的法律思考	杨伟伟, 惠晓侠 (384)
票据伪造的风险负担问题研究	韩芳丽, 冯小雯 (387)
也论民法中的诚实信用原则	王 为 (390)
非财产上损害赔偿的适用范围	廖永纯 (393)

【法制史】

富有特色的中国古代契约制度	陈百川 (396)
古希腊的法治思想	吴燕, 范席晶, 程新路 (398)
论墨子法律思想的神秘主义倾向	谢 天 (401)
宋代活跃的法学教育	范席晶, 吴 燕, 周 童 (404)
论清末刑法改革	赵一鸣 (407)
清末法律改革取法日本的原因分析	魏奇迅 (410)
从清代秋审制度看我国现行死刑复核制度	汪合生 (413)
试论中国古代法律的若干影响因素	花春南 (416)
试论西方社会“法治”的历史基础	张占鹏 (418)
罗马法对两大法系的影响	南思宁, 杨 震 (421)
试论萨维尼之“民族精神说”	李建国 (424)
自然法的精神内涵及现实意义	程李英 (427)

关于国体和政体关系的反思

孔维迎,蔡文忠

一、传统国体政体关系理论的缺陷

关于国体和政体的关系,我国学术界占统治地位的理论基本上是一致的。正如高等学校法学试用教材《宪法学》中写道:“所谓国家制度,即一个国家的统治阶级确立有关国家本质和国家形式方面的制度。国家本质,即社会各阶级在国家中的地位,国家形式主要是统治阶级所采取的政权组织形式和国家结构形式。在国家制度中,国家的阶级本质(政权的阶段属性)具有决定性的意义,它直接决定着国家政权的组织形式和国家结构的形式,决定着国家发展的总方向。因此,国家的本质是国家制度的核心。”^[1]

从上述表述可以看出,国体所要表达的是国家权力归谁所有的问题,而政体所要表达的则是国家权力应该通过什么样的形式来组织并行使。借助民法理论,国体所要解决的就是谁享有所有权,而政体所要解决的则是对所有物的使用、处分和收益。

纵观世界各国,在国体上几乎都是民有的,即都是公民享有国家权力的所有权。而在政体上各国则由于历史、文化等多方面的差异采取了不同的政权组织形式,既有美国的总统共和制,德国的议会共和制,也有英国的君主立宪制,亦有具有浓烈中国特色的人民代表大会制。无论这些国家采取了怎样的政权组织形式,也不论他们之间的差异究竟有多大,一个无法回避的问题就是,在国家权力所有的问题上这些国家都是民有的。即使英国的政权上有着显赫的“君主”二字,但这丝毫不能掩盖其民有的本质,因为君主只是象征,就如同议会制共和制国家中只起象征意义的总统一样。依据国体决定政体这一传统宪法理论是无论如何也解释不清的,为何世界上国体相同的国家却采取了截然不同的政体。在这里有必要借助民法理论进一步说明传统宪法理论的错误。在社会主义市场经济体制下,企业的所有制大体分为两种:国家所有和非国家所有,即在企业的所有权问题上既有国家享有所有权的,也有非国家掌握所有权的。但所有权的不同,并不能阻碍不同性质的企业采取相同的管理方式,例如股份制。并不会因为该企业为国家所有就决定了他不能采取股份制,同样也不会因为该企业为非国家所有就一定要采取股份制。再重新回到宪法理论上,不能因为国体上是民有的,就决定了他不能采取君主立宪制,也就不能因为在国体上是非民有的,共和制就永远不会被采用,否则古希腊城邦国家所采取的一些政权组织形式就无法解释。

通过以上分析不难看出传统宪法理论中关于国体决定政体是站不住脚的。我们有必要重新探讨宪法理论中

国体与政体的关系。

二、国体与政体的关系

在国体与政体之间的关系上,传统理论并不能给出一个令人信服的解释。一些学者正在努力重新探讨国体与政体的关系。关于国体与政体的关系,有些学者认为“从现实政治生活的角度来分析,不是国体优先于政体,而是政体优先于国体,不是国体决定政体,而是政体决定国体。不同的政体必然会‘选择’(即产生)出不同的国体。”^[2]这句话确实有其合理的因素,就如这句话所说的那样不是国体优先于政体,而是政体优先于国体,因为宪法学在国体与政体的问题上研究的重点始终应该是政体问题,国体问题只是我们研究政体问题的附带,否则宪法学的研究就会成为政治学研究的附庸。但是我们是应该在否定国体决定政体的同时又转而去支持政体决定国体的学说呢?不容否认的是,政体是宪法学研究的重点问题,但如同国体不能决定政体一样,政体也不能决定国体。美国之所以是一个民有的国家并不是它采取共和制后所决定的,不能因为英国的政体是君主立宪制就决定了他是一个非民有的国家,同样也不能因为共和制在古希腊奴隶制城邦国家里被使用过就决定了古希腊城邦国家的民有性质。在这里,我必须再次强调的就是,国体解决的是所有权问题,而政权解决的是政权组织形式的问题,他们彼此之间无法互相决定着对方。

既然国体无法决定政体,政体也无法决定国体。那么它们之间的关系究竟应该是怎样的呢?我们总结为:国体的性质通过政体得以反映,政体的优劣影响着国体。需要加以指出的是,我们所说的国体的性质通过政体得以反映绝不是说国体的性质是民有的,它在政体中应该反映为君主立宪还是民主共和。我们所说的在政体中得到反映是一系列细节方面的反映,例如国体不同的两个国家,在政体上都采取了共和制,但一个国家规定凡是年满多少岁,无论出身、职业等都有选举权和被选举权,另一个国家规定只有自由民享有选举权和被选举权,而一切奴隶和耕作农都没有选举权和被选举权。那么这两个国家在国体上的不同自然在政体中得到反映。还需要进一步指出的是,我们所说的一系列细节方面的反映,并不是说在政体一系列细节上存在差异的国家所反映的国体必然不同。例如有的国家规定年满18岁的公民享有选举权,有的国家规定年满16岁的公民享有选举权,这些细节上的差异并不能反映国体上的差异。之所以这样的差异能反映国体上的差异,而那样的差异却对国体丝毫没有影响,这一切取决

于差异本身究竟是什么样的差异。

国体的性质通过政体得以反映,同样,政体的优劣影响着国体。“政体本无优劣之分,所谓政体的优劣是指,该政体是否适合该国国情,是否符合该国历史文化等一系列的因素”。^[1]例如甲国的选举制度采取的是间接选举,这完全适合甲国,这样的选举制度能够最大限度地保证公民行使自己的选举权,从而直接保证了国体的民有。相反,乙国亦采取间接选举的选举制度,却不适合乙国,这样的选举制度无法保证公民行使自己的选举权,必然在一定程度上破坏了国体的民有性质。

以上是我们对国体与政体关系的分析,国体与政体之间的关系确实是宪法学研究的重要领域,但两者在宪法学中研究的地位绝不能是等同的,宪法学真正重点研究的应该是政体,国体只是政体研究的附带。

三、国体是研究政体的附带

关于国体和政体究竟谁应该成为宪法学研究的重点,梁启超对此有过精辟的论述:“鄙人一年以来,欲肆力于社会事业久矣,厌作政谈,即鄙人嗜昔好为政谈之时,亦曾标举二语,以告于众曰:只论政体,不论国体。故国体问题,尤鄙人所不愿谈也。”^[4]就如梁启超先生所言的那样,宪法学也应该将研究的重点放在政体方面,而不是国体方面。国体就如我们前面所言的那样大体分为两种,民有的或者是非民有的。民有国体的确立并非是我们宪法学研究所能做到的,相反,恰恰是民有国体的确立使宪法学的研究成为可能。国体的确立往往依靠的是社会的重大变革,有时甚至是暴风骤雨般的暴力革命所确立的。国体是这样确立的以至于我们宪法学的研究对它的贡献是苍白无力的。

当然不排除关于思想方面的著作对人们革命思潮建立的影响,但那大多数是政治层面上的。就如我前面所总结的那样“政体的优劣影响着国体”,建立怎样的政体使之保证国体的民有才是我们宪法学所应重点关注的。这需要研究宪法的人付出艰辛的努力。首先,对国情的分析与把握是不可避免的,就如前面所说的那样“政体本无优劣之分,所谓政体的优劣是指,该政体是否适合该国国情,是否符合该国历史文化等一系列的因素”。其次,政体中包括太多的东西需要我们去研究以保证国体的民有。我们究竟应该采取怎样的选举制度,是直接选举还是间接选举?我们在处理中央与地方的关系时,是应该采取中央集权还是采取地方分权?关于立法、行政、司法这三种不同性质的权力,它们之间的关系又是应该怎样的,是确立议会至上还是三权分立呢?太多的东西需要我们先学加以重点关注。而美国宪法在制定之初正是重点着眼于政体才使得它有着极其顽强的生命力,正如有的学者在评价美国建国之初制定的宪法时所说:“既能涵容政治哲学理论的精髓,又能深解人性和民情,不好高骛远,以奠定国政之基。那样的历史时刻,真是罕见。”^[5]相反,如果我们宪法学的研究没有将目光投向政体,而是一味地盯在国体上面,那么宪法学的研究只能成为政治学的傀儡,宪法只能是一篇美丽动人的神话。那将是极其可笑的一件事。就如同我国宪法学界很多学者居然对宪法序言有无法律效力研究的如痴如醉一样可笑。

综上所述,国体并不能决定政体,政体亦不能决定国体。但是国体的性质通过政体得以反映,政体的优劣影响着国体。

参考文献:

- [1] 吴家麟:《宪法学》[M].北京:群众出版社,1983:115.
- [2] 艾永明:《关于国体和政体关系的几点思考》[J].《东吴法学》(2000年特刊):34.
- [3] 夏双刃:《乱世撑国》[M].北京:九州出版社,2006.
- [4] 梁任公与英报记者之谈话[N].《大公报》1915-09-04(2).
- [5] 周天玮:《法治理想国:苏格拉底与孟子的虚拟对话》[M].北京:商务印书馆 2000:29.

作者:安徽大学法学院硕士研究生;导师:陈颖洲

责任编辑:木子

重构行政主体范式的压力与张力

廖伟伟

一、行政主体范式的内容

(一)作为专业母语的“范式”是有效的概念分析工具

现代意义上的“范式”(paradigm)概念来源于路德维希·维特根斯坦(Ludwig Wittgenstein)的分析哲学,并被美国科学哲学家托马斯·库恩家赋予其新科学哲学意义上的含义:“范式是指在一段时期内科学共同体普遍承认的科学成就,它为特定专业领域学者群体的研究提供了非常典型的问题及相应的解答,亦即设定了分析与研究的理论前提、框架和推理结构。”^[1]邓正来先生认为“范式”概念在法学研究领域比较成熟的用法是将其作为具体研究和分析某个明确的论题而采用的分析概念。邓正来先生将“范式”定义为“彼此不同的理论模式或彼此冲突的理论模式所共同信奉的且未经质疑的一整套或某种规范性信念。”^[2]

笔者认为邓正来先生给出的定义尚可以从以下角度进行理解和运用。其一,从静态的角度来看,范式是一种以专业话语概念为核心的整套理解系统,该系统实质上是有关专业内的基本研究对象的本体和本质规律的一套解释系统,它通过对理论基石、理论前提、研究方法和理论框架等内在结构的设定,构成了学术共同体研究的基础及范围、概念系统、基本范畴与核心理论。其二,从动态的角度来看,范式理论是一种动态的科学观,科学发展动态表现为:前科学——常规科学——范式危机——科学革命——新的常规科学——新的科学革命等一系列螺旋循环上升的过程。^[3]

当前在行政主体范式研究的过程中,我们是需要范式转换还是对行政主体范式进行修正和重构?笔者认为行政主体范式尚处于需要修正与重构的发展阶段,因为一则该理论还没有引发严重的范式危机,二则目前法学界尚无更好的竞争范式可以取代行政主体范式,缺少范式转换的必要条件。本文的意旨是对重构行政主体范式的条件和可能性进行探讨,故以下内容将在前文所述的静态意义上的定义内使用范式的概念,以发挥“范式”在认识论意义上的认识框架功能。

(二)行政主体范式是一种以行政主体概念为核心的整套理解系统

国内有关行政主体范式讨论的文章不是很多。沈岷认为行政主体范式是由行政机关范式转换而来,且已经确立成为新的传统范式(即库恩所说的常规科学)。^[4]就行政主体范式所要解决的问题而言,在学术层面,它旨在帮助学者们实现行政法学专业化的期望,行政法学也由此基

点而得到相当程度的整合,避免了逻辑思维和学术理论上的混乱;在制度层面,它旨在为理清实际行使行政权力的各个主体(包括行政机关、内部机构、派出机构、被授权组织、被委托组织、公务员、被授权或被委托组织之成员)之间的法律关系、确定行政行为的效力奠定理论基础,进而有助于行政诉讼被告资格和行政责任归属等问题的解答。而王晓君则认为:正处于社会转型期的中国社会一个核心内容是国家权力的转移,即国家权力从经济、社会领域的有序退出,社会管理模式正在向多元主体的管理模式转变,这突破了我国现有的以国家行政为基础的行政主体预设,对现有行政主体范式产生冲击,为回应公共行政的发展,更好地解决非政府公共组织行使公权力所产生的法律问题,必须赋予行政主体新的内涵,发展行政主体理论,重构行政主体范式。^[5]对上面两位具有代表性的学者的核心观点进行分析,笔者认为上述观点逻辑上存在致命的缺陷:缺少必要的前提。既然都在尝试对行政主体范式进行重构,那必要的前提是对现行的行政主体范式进行解析,即对行政主体范式的结构以及内容进行深入的解构,否则谈修正或者重构都是没有多大的意义的。

笔者认为行政主体范式是一种以行政主体概念为核心的整套理解系统,该系统实质上是对行政主体的本体和本质规律的一套解释系统,它通过对理论基石、理论前提、研究方法和理论框架等内在结构的设定,构成了学术共同体研究的基础及范围、概念系统、基本范畴与核心理论。从“享有国家行政权,能以自己的名义行使行政权,并能独立地承担因此而产生的相应法律责任的组织”这个定义中,可以分析出行政主体范式的结构和内容如下:1. 理论基石:它预设的第一个前提就是行政主体是一个法学概念,这个前提是行政法学界所共同信奉的且未经质疑的一整套或某种规范性信念。2. 理论前提:行政主体是行政法这个部门法中的一个特有概念,这是它所预设的第二个层次的前提,其中最核心的假设就是被广泛认可的行政法的概念,即行政法是“调整行政关系,规范和控制行政权的法律规范系统。”^[6]3. 理论框架:行政主体是享有国家行政权的组织,行政主体理论的核心问题就是提供界定行政主体的范围和类型的标准,并将行政权在各种行政主体之间进行合理配置。行政主体范式通过对上述理论基石、理论前提、理论框架等内在结构的设定,构成了法学界研究行政主体理论的基础及范围,行政主体的概念系统、基本范畴与核心理论均是受上述结构所填充的内容所支配的。

二、重构行政主体范式的压力与张力

重构行政主体范式的压力来自于两个方面,一是行政

主体范式本身存在问题,二是理论在实践中反馈回来的问题,其实,理论在实践中适用出现的问题本质上还是理论本身的问题。下文笔者将从行政主体范式内部结构中的理论基石、理论前提、理论框架三个层面探讨重构行政主体范式的压力与张力。

(一) 软法与硬法,行政主体范式理论基石重构的压力与张力

通说认为:“法是以国家政权意志形式出现的,作为司法机关办案依据的,具有普遍性、明确性和肯定性的,以权利和义务为主要内容的,首先和主要体现执政者意志并最终决定于社会物质生活条件的各种社会规范的总称。”以上就是现行的行政主体范式为行政主体概念设定的理论基石。但是从法学发展的趋势来看,这个理论基石即将成为理论发展的垫脚石。

“软法”(soft-law),它是与传统范式中具有“现执政者意志、由国家政权的强制力为后盾来保证其实施”等特征的“硬法”相对的一个概念。“软法”研究起源于西方法学界,软法概念被用于指称许多法现象,这些法现象的共同特征就是作为一种事实上存在的有效约束人们行动的行为规则,它们的实施未必依赖于国家强制力的保障。西方学者将软法定义为原则上没有法律约束力但有实际效力的行为规则,它是一种自我约束规则和群体约束规则(SELF-REGULATION AND CO-REGULATION)。

罗豪才教授认为:“软法的特征概括为以下几个方面:首先,从主体上看,软法规则的形成主体具有多样性。既可能是国家机关,也可能是社会自治组织或混合组织等,当然,后两者形成的规则需要得到某种形式直接或间接的国家认可。其次,从形式上看,软法的表现形式不拘一格,既可能以文本形式存在,也可能是某些具有规范作用的惯例。再次,从内容上看,软法一般不规定罚则。软法通常不具有像硬法那样的否定性法律后果,更多的是依靠自律和激励性的规定。最后,从效力上看,软法通常不具有国家强制约束力,而是依靠制度、舆论导向、伦理道德、文化等软约束力来发挥作用。”

通过以上简单的介绍可以看出,软法概念的引进与软法研究的兴起就会对现行的法制系统产生冲击性的影响,作为行政主体范式中的理论基石的原有的法的概念的内涵与外延都发生了重大变化,笔者认为软法对原有法的概念的更新对重构行政主体范式的压力与张力表现为以下方面:

1. 扩大行政主体的范围,扩展行政法的调控范围。因为软法的存在以及运作机制与硬法存在较大差别,但是软法与硬法可以优势互补,共同发挥着调节社会的功能,硬法在行政法领域的空白则可以得到填充。例如在软法与硬法的框架下,执政党应当在宪法与法律的范围内活动,既要遵守硬法,又要遵守软法。因此行政主体范式的理论基石重构后,行政法中执政党的法律身份与法律地位问题就可以纳入行政主体理论的研究视野。

2. 增加行政主体的行为方式。因为硬法实施的机制是

自上而下的命令——控制机制;软法的实施机制则是强调自我约束与群体约束,更多地依赖于自律和社会影响力的共同作用,因此,在现行行政主体的行为模式的基础上,某些适合软法成长的领域诸如劳动立法领域、教育领域等可以由硬法之治转向软法之治,强调行政主体的相对方的自主性作用,有助于促进政府职能转变、充分发挥社会组织功能和增强公民的参与意识。

3. 消解行政主体理论的内在矛盾。行政主体理论的困境之一就现行的行政主体范式无法为行政主体这个概念提供一个类似于权利与义务、职权与职责这样对应的概念,即使提出了“行政客体”这样的概念,行政主体理论也无法对其作出有效的解释,无法建立一个类似于西方的“公法人”制度的新制度来解决公权与私权的矛盾。但是软法把软性协商手段推上了舞台,对于扩大现行的行政相对人的救济范围,权利救济形式的多样化以及对行政权力的分配格局,权力的监督方式都会产生重要的影响。现在,软法的研究还是刚刚起步,但是笔者相信,随着软法研究的深入,对于行政主体的执法依据研究、行政主体的执法成本、行政主体的行为理论以及行政主体理论回应行政诉讼实践等方面都会有所进展,现行行政主体范式的引发的诸如非行政主体的组织(党组织、企事业单位)法律身份与法律地位问题、受委托组织超越委托权限而作出行为而无法确定行政诉讼被告的情况等等尴尬情况或许都可以在软法理论里找到解决方案。

(二) 平衡论与管理论、控权论,行政主体范式理论前提重构的压力与张力

行政主体是行政法这个部门法中的一个特有概念,这是行政主体范式预设的第二个层次的前提,其中最核心的假设就是被广泛认可的行政法的概念。行政法的概念的内容取决于行政法哲学,不同的行政法哲学衍生不同的行政法概念。关于行政法哲学,当前学界主要有三种基本观点:管理论、控权论和平衡论。

平衡论是我国行政法学者在对管理论与控权论进行批判的过程中吸收二者合理内核逐步与其划清界限形成的新的行政法哲学。笔者认为我国目前行政法领域的实际的法制状况并不协调,从行政法部门内的法律规范所体现的行政法哲学来看,多数是管理论,少数是控权论。因为社会尚处于转型期的缘故,这种行政法哲学观不统一也恰恰是转型期社会的世界观多元化在行政法领域的体现。不过,平衡论作为一种新的行政法哲学,它尚处在成长期,而且由于其理论本身具备的合理性必然使得其逐步成为行政法领域的主流信仰,亦即成为行政主体范式的内容之一。平衡论对重构行政主体范式可能会产生以下影响:

1. 行为模式设定的变化。平衡论构建的是公共治理的新行为模式,由于国家管理和公共管理的失灵,公共治理的新模式在行政法领域逐步兴起。“公共治理模式是由开放的公共管理与广泛的公众参与二者整合而成,它超越了传统的管理型思维,强调共同治理,其所使用的手段摒弃许多命令强制色彩,把软性协商手段推上了舞台。”法律的

一个重要功能就是对相关的行为主体设定明确的行为模式来调控各种社会关系。因此,平衡论所倡导的公共治理理念在对行政主体的行为模式进行设定时,用来设定行为模式的行政法律规范、行政主体的权利与义务的内容、行为方式以及法律责任等方面都显示出与现行的管理理论或控权论指导下的行为模式的重要区别。

2. 制度安排机理的变化。平衡论认为传统行政法的行政权与相对方权利结构通常处于失衡状态,行政法的失衡严重地制约着行政法公平与效率价值目标的全面实现,阻碍了行政法资源的最优配置以及社会利益的最大化。平衡论者主要通过围绕行政法制约与激励机制来实现行政权与相对方权利的结构均衡,试图设计出一种内部和谐一致的行政法律制度体系。在行政主体范式中用平衡论取代管理理论和控权论之后,尤其在制度层面将波及诸多方面,诸如行政程序制度、行政公开制度、行政主体责任制度、国家赔偿制度、行政诉讼制度等方面。

(三) 社会公权与国家公权、行政主体范式理论框架重构的压力与张力

现行行政主体范式所提供的理论框架是由国家公权力为基础的,它只是规范、控制国家公权力的法,因此,在此建立起来的国家行政制度所包含的行政主体理论、行政行为理论、行政法律规范等都只是调节国家公权力主体与相对人之间相互关系的。伴随着公共行政,社会民主化、多元化进程的推进,政府不断还权于社会、非政府组织有了较大的发展,享有一定的社会管理职能,国家已不再是

管理社会的惟一权力,与其并列或作为补充力量的还有非政府组织的社会公共权力,权力不是集中于政府而是部分分配于相关的社会组织。

公共行政的发展对传统行政产生了重大影响,旧有的行政法理论在行政主体理论在回应诸如:非政府组织在社会福利、环境保护、教育卫生等方面的社会作用;非营利服务于社会的组织会成为社会公共管理的主体;非政府组织的法律身份及其法律地位的确认等方面理论承受着巨大的压力。笔者认为在由国家公权力为中心向部分国家公权力、社会公权力转移,公共行政的结构和机理发生变化的情况下,重构行政主体范式的理论框架体现为分权制度由国家整体权力转向国家公权力的分化、部分转移与社会公权力并存。在公法制度设计方面,国家公权力领域的分权制度是最重要的制度之一,在国家与社会二元化格局的发展趋势下,国家公权力与社会公权力各自相对独立地根据法律的规定在法定范围内发挥自己的作用。国家公权力应对社会公权力有限介入,最大程度地保证社会公权力的自主性。国家公权力与社会公权力需要互相制约和合作。在上述理论的支撑下,行政主体范式的理论框架中在诸如规范公权力如何组织、如何配置、如何运作、如何交接、如何转移、如何行使、如何发展、作用等等都需要一套新规则对公权力进行控制;在确定权力让渡的界限,界定了权力范围,如何在公权力主体之间分配公权力,权力行使的条件、基础及程序,对权力的制约与控制机制,保障和救济机制等层面上也会产生深远的影响。

参考文献:

- [1] [美] 库恩. 科学革命的结构[M]. 李宝恒, 纪树立, 译. 上海: 上海科学技术出版社, 1980: 8-9.
- [2] 郑正来. 中国法学向何处去(上)——建构“中国法律理想图景”时代的论纲[J]. 政法论坛(中国政法大学学报), 2005(1): 3-10.
- [3] 金吾伦. 托马斯·库恩[J]. 香港: 三联书店香港公司, 1994: 113.
- [4] 沈岿. 重构行政主体范式的尝试[M]. 法律科学, 2000(6): 42-43.
- [5] 王晚君. 论行政分权与行政主体范式之重构[J]. 徐州师范大学学报: 哲学社会科学版, 2005(2): 115.
- [6] 姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 73.

作者: 安徽大学法学院硕士研究生; 导师: 程雁雷

责任编辑: 木子

抽象行政行为与行政执法依据

罗其军

近年来,对抽象行政行为的研究,特别是对抽象行政行为性质的性质、概念、范围以及抽象行政行为的司法审查问题,一直是我国行政法学者们所关注的热点问题,争议较大。该法第12条明确规定抽象行政行为为不属于司法审查范围,迄未修改。作为现实中的行政执法,与抽象行政行为有着密切的联系,本文特就行政执法依据与抽象行政行为之间的关系略作分析、说明。

一、抽象行政行为与行政执法依据的概念释义

我国行政法学界对行政行为流行的分类之一就是将其行为分为抽象行政行为与具体行政行为。抽象行政行为是指行政主体针对不特定的行政相对人所作的行政行为。^[1]抽象行政行为是行政行为的重要表现形式,指国家特定的行政机关在行政职权范围内针对普遍的、不稳定的对象作出的可反复适用的普遍行为规范。抽象行政行为是行政主体制定的行为规范,不仅约束行政相对人,而且也约束行政主体本身。^[2]从以上的关于抽象行政行为的定义中可以发现这样一个问题,抽象行政行为到底是行政机关制定的行为规范,还是制定行为规范的活动本身(行为)。目前,对于这个问题常常被一些学者所忽视,使本身就比较复杂的抽象行政行为研究变得更加复杂,一个是行为本身,一个是行为结果,若不加区分而混同使用,必将导致严重的逻辑错误。在找到更为适合这种行为本身和行为结果的名词之前,应该先明确两种状态的抽象行政行为,进而加以使用。本文所使用“抽象行政行为”一词,若不加特别说明,仅指行政主体制定的行为规范。

关于抽象行政行为的含义,在英美和大陆国家均有类似表述。在法国,单方面的行政行为中,根据适用的范围为标准又可分为普遍行政行为和具体行政行为。行政机关制定的普遍性的规则的行为,例如制定行政法规和行政规章的行为就是普遍行政行为。普遍行政行为为不对具体的事件进行处理。^[3]在德国,对外的行政行为中,抽象行政行为为包括法规命令和行政规章。所谓法规命令是指行政机关(政府、部门和行政机关)颁布的法律规范。规章是指公法人为了管理自己的事务而制定的法律规范。^[4]在日本,抽象行政行为有法规命令和行政规则,法规命令是指行政机关制定的、关于行政主体和私人关系中的权利义务的一般规范。行政规则是指行政机关制定的规范,但与国民的权利义务不直接发生关系,即不具有外部效果的规定。^[5]以上关于行政行为的划分和我国关于行政行为划分为抽象行政行为和具体行政行为在严格意义上讲相互之

间是不等同的,但我们对于行政行为的这种划分是在这种理论的基础上的。

行政执法依据,属行政法规之一,是指由国家和有权机关制定和认可的,由国家强制力保证实施的,行政机关及其行政执法人员据以作出行政执法行为的规范。^[6]行政执法的法定依据是指行政主体据以作出具体行政行为的规范性文件,即包括法律依据,也包括不具有立法权的行政主体依照法定职权和法定依据所作出的其他规范性文件。^[7]

二、抽象行政行为与行政执法依据的法律关系分析

行政行为在行政法上是一个非常重要的概念,为了更好的从不同角度和方面对其进行研究,往往按不同的分类方式对其进行分类,以便从各个方面进行研究。将行政行为分为抽象行政行为与具体行政行为是行政行为的分类中最主要的一种,行政机关作出的行政行为,虽说都是为了达到行政管理的目的,但这种规则有着自身的一些特征,比如有的规则是针对具体的事和具体的人,有的则是针对普遍的行政管理相对人的。在行政法上,按照行政行为是否针对特定的相对人而将行政行为分为具体行政行为和抽象行政行为,能使行政机关在作出不同性质的行政行为时,更好地把握所作出的行政行为的属性和特征,减少行政行为在执行过程中的种种问题。这种划分的方式也能够更明确行政机关内部职权的划分,抽象行政行为在制定出主要是作为行政执法依据,那么就要比照立法程序,不同级别的抽象行政行为按照不同的程序来制定,由不同级别的行政机关来行使制定权。对于抽象行政行为的整个产生过程都不同于具体行政行为的产生。具体行政行为,也就是行政执法行为,它是和行政相对人直接打交道的行政行为,行使具体行政行为的要求和制定抽象行政行为在整个程序上都有很大的不同,对于二者的严谨性,对于二者的司法审查性等方面都有不同的要求,正是由于这些种种方面的原因,才有必要对行政行为作如此划分,抽象行政行为与具体行政行为的研究也更有利于在实践过程中对行政行为的完善。行政执法依据主要是相对应于行政执法而产生的概念,依法行政在具体的行政活动上要求行政活动必须有法律和法规的依据,否则不得作出影响公民权利义务的行为。一般认为,行政执法合法的要求有:主体要素、权限要素、依据合法、证据确凿充分、内容适当、程序合法,其中依据合法是其他各要素合法的決定性因素。明确行政执法依据,依法合理使用行政执法依据

是行政法行为合法的必要前提。改革开放以来,中国进行的大量的行政立法,数以万计的行政法规规范性文件也在不同级别的行政机关得以产生,他们的质量参差不齐,又有对这种规范性文件的司法审查的讨论以及各级行政机关对行政法依据的梳理工作。行政法依据的研究更主要的是为了行政法活动服务的,为具体行政法活动疏导出一条合法合理的道路。

三、抽象行政行为与行政法依据的分类与比较

行政行为的范围或形式的分类方式有很多种,但大致的内容都相差无几,上到行政立法下到行政规范性文件。一般来说,抽象行政行为可以分为:1.行政法规。1987年4月21日国务院批准的《行政法规制定程序暂行条例》第2条对行政法规下了明确的定义:“行政法规是国务院为领导和管理国家各项行政工作,根据宪法和法律,并且按照本条例的规定制定的政治、经济、教育、科技、文化、外事等各类法规的总称。”2.行政规章。行政规章是指国务院主管部门和地方各级人民政府、省政府所在地的市政府以及国务院批准的较大的市政府,根据并且为了实施法律、行政法规、地方性法规,在自己的权限范围内依法制定的规范性文件。3.行政解释。行政解释是一种有权的法律解释,指有权解释权的国家机关针对行政法规和规章及其他抽象行政行为的概念、界限和对新情况的适用依据以及行政活动中的具体适用法律、地方性法规的问题所作的说明。^[4]4.其他抽象行政行为。在行政机关制定和发布的规范性文件中,除了行政法规、行政规章和行政解释,还有剩下的一部分,称之为其他抽象行为,是指国家机关或法律、法规授权的组织为执行法律、法规、规章,依法定权限和程序制定和发布的具有普遍约束力的规定、决定、办法、通知、公告、通告、命令、指示等规范性文件。

行政法依据的形式或分类,根据行政诉讼法的规定,行政法法的适用依据可以分为五类:法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例;根据行政复议法的规定,行政法法的适用依据可以分为:法律、行政法规、地方性法规、规章以及上级行政机关依法制定和发布的具有普遍约束力的决定和命令。行政法法是行政机关行使管理权、执行法律的活动,其依据的范围大于抽象行政行为的范围。行政法法依据可以分为:1.宪法。宪法虽未明确规定不能作为行政法法的依据,在行政法法领域也尚未见行政主体直接依照宪法进行行政活动的实例,且在司法领域内有“宪法不宜引用”的规定。但法律的制定就是为了实施,宪法是国家的根本大法,在宪法中有明确的规定行政活动基本原则和公民基本权利、义务的基本条文,且在缺乏相关部门法规规定时,惟有引用宪法才能保障公民的权利和义务。2.法律。法律是指由全国人大及其常委会制定的,是行政机关行使行政权力最基本的依据。法律可以分为基本法律和一般法律,基本法律是由全国人大制定的,如《行政处分法》、《行政诉讼法》,一般法律是由全国人

常委会制定的,如《行政许可法》、《治安管理处罚法》。它的法律效力低于宪法,高于行政法规、地方性法规、行政规章等。3.行政法规。行政法规是由国家最高行政机关国务院根据宪法和法律制定的调整国家行政管理关系的,并不得与宪法、法律相抵触的行政法律规范。行政法规主要是以执行法律和补充法律为目的,其效力次于宪法和法律,高于其他行政部门制定的行政法律文件,其效力及于全国,对全体公民都有普遍约束力。一般以各种实施条例的形式出现。4.地方性法规。地方性法规是由地方人民代表大会及其常委会制定的,根据宪法和法律规定,省、自治区和直辖市的人民代表大会及其常务委员会,省、自治区政府所在地的人大代表大会及其常务委员会,经国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常务委员会有权制定地方性法规。地方性法规的效力低于宪法、法律和行政法规,不得与它们相抵触,而且地方性法规只能在本行政区域内有效。5.自治条例和单行条例。根据宪法规定,民族自治地方(包括自治区、自治州、自治县)的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济、文化的特点制定自治条例和单行条例,并报上一级人民代表大会批准后生效。自治条例是指民族自治地方的人民代表大会依法制定的调整该地区内的民族关系、政治关系、经济关系、文化关系和各种权益关系,反映和体现自治民族的自治的地方性法规。单行条例指其人民代表大会依法制定的、专为调整某种社会关系的地方性法规。自治条例和单行条例仅限于本地区内实施。6.规章。规章分为部门规章和地方性规章。部门规章是国务院各部门、各委员会、审计署等根据宪法、法律和行政法规的规定和国务院的决定,在本部门的权限范围内制定和发布的调整本部门范围内的行政管理关系,并不得与宪法、法律和行政法规相抵触的规范性文件。地方性规章,是指地方国家行政机关根据法律、行政法规和本行政区的地方性法规的规定制定的规范性文件,其法律地位和效力低于宪法、法律、行政法规和地方性法规。7.法律解释。法律解释是指有法律解释权的国家机关对特定法律规定意义的说明。正式的法律解释可以分为立法性解释、司法性解释、行政性解释和地方性解释。法律解释和被解释法律具有同等的法律效力。8.除行政法规和行政规章的其他规范性文件。主要有:(1)国务院根据宪法和法律制定的行政措施和发布的决定和命令。(2)国务院办公厅、国务院各部、各委员会及具有行政管理职能的直属机构,根据法律、行政法规、决定、命令,在本部门权限内发布的命令和指示。(3)县级以上地方人民政府为执行本级人民代表大会及其常务委员会的地方性法规和决议以及上级人民政府的决定和命令而规定的行政措施、发布的决定和命令。(4)乡、民族乡、镇人民政府为执行本级人民代表大会的决议和上级国家行政机关的决定和命令而发布的决定和命令。(5)县级以上地方人民政府各工作部门根据有关法律、行政法规、地方性法规、部门规章、地方政府规章、决定和命令,在本部门权限内发布的命令和指示。(6)社会组织经法律、法规授权也可以制

定其他规范性文件,如证监会、银监会、保监会依有关法律授权可制定监督管理方面的规则。(7)省、自治区政府的派出机构行政公署、县政府的派出机构区公所、市辖区政府的派出机构街道办事处根据有关法律、行政法规、地方性法规、部门规章、地方性规章、决定和命令,制定和发布的规范性文件。

从以上的对抽象行政行为和行政执法依据的形式对比,可以看出抽象行政行为和行政执法依据有很大的交叉部分,这也是把两者放在一起研究的重点部分。抽象行政行为的研究主要是在于理论范围的研究,现实的法律活动中没有抽象行政行为这个概念,进入到实践领域承接抽象

行政行为这个理论概念的基本上可以以行政执法依据论之。尽管两者有很多的不同之处,但我们可以说成熟的抽象行政行为研究,势必对行政执法依据研究有很大的影响,抽象行政行为是否具有司法审查性和可诉性具有争议的问题,文中如此表述,似为已经定论。就会要求行政机关首先对自己作出的规范性文件进行审查,同时,现实中的行政执法状况会引起行政执法依据的更多讨论。从另一个角度看也会引起抽象行政行为的研究和讨论。从某种意义上和范围上看,可以说,抽象行政行为和行政执法依据是一个问题的两个方面,也正因为如此,二者才有这种天然的密切联系。

参考文献:

- [1] 姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京:北京大学出版社、高等教育出版社,1999:114.
- [2] 王宝明. 全面推进依法行政实施纲要——学习读本[M]. 北京:国家行政学院出版社,2004:111.
- [3] 王名扬. 法国行政法[M]. 北京:中国政法大学出版社,1988:138.
- [4] 胡建森. 行政行为基本规范研究[M]. 杭州:浙江大学出版社,2005:3.
- [5] [日] 盐野宏. 行政法[M]. 杨顺解,译. 北京:法律出版社,1999:68,72.
- [6] 杨惠基. 行政执法概论[M]. 上海:上海大学出版社,1998:9.
- [7] 罗显成. 行政执法行为通用依据研究[J]. 行政与法,2003(12):93.
- [8] 王宝明. 全面推进依法行政实施纲要——学习读本[M]. 北京:国家行政学院出版社,2004:118.

作者:安徽大学法学院硕士研究生;导师程雁雷

责任编辑:木子

自由裁量行政行为的运行及其控制

白清阳

随着社会发展的专业化、技术化以及社会关系的复杂化和价值多元化,各国相继进入了“行政国”阶段,现代政府不再是消极的“守夜人”,而是社会经济活动中不可或缺的公共利益的实现者。行政权不断地扩张,现代行政已侵入了传统的立法与司法领域,行政机关成为集准立法权、准司法权及传统意义上的行政权于一身的国家机关。行政权的扩张,在很大程度上也意味着自由裁量权的扩张,使行政裁量具有了非常显著的普遍性。

一、行政自由裁量的普遍性与必要性

在行政法学上,自由裁量行政行为是与羁束行政行为相对应的概念,是指行政主体对行政法规范的适用具有较大选择、裁量余地的行为。^[1]行政行为的这种分类,是以行政行为受行政法规范的拘束程度为标准的,而不是以行政主体对事实的认定是否具有裁量性为标准的。就事实的认定而言,不论自由裁量行政行为还是羁束行政行为,法律不可能事先予以确定,而只能在执法过程中由行政机关自行调查和认定。

行政裁量广泛存在于行政管理的各个领域。不仅存在于具体行政行为之中,而且存在于抽象行政行为之中;不仅存在于实体性的权力之中,而且存在于程序性的权力之中。以法律来拘束所有行政活动,其本身是很困难的,并且越来越困难。

现代国家要求尽可能多且尽可能广泛的行政裁量权。这种需求本身说明了行政裁量的存在有其自身的合理性。具体说来,可以从如下几个方面来理解:

1. 法律规范的缺陷决定了行政裁量的必要。一方面,作为人们的行为规则的法律规范有其自身难免存在局限;另一方面,人们对现存的法律规范的认识也难免存在差异。行政裁量的合理性主要体现在其具有自然法则的坚实基础,合乎人的理性发展要求,符合现代国家行政权运作的基本规律。不确定的法律概念需要行政裁量加以确定的具体化。由于语言表现自身的局限性,决定了某些概念并不能确切无疑地充分表述具体的权利义务。立法者也知道,制定法规则几乎不可能被表达得如此之完美无缺,以致所有应隶属于该立法政策的情形都被包括至该法规文本之中,而所有不应隶属于该法规范范围内的情形亦被排除在该法规词含义范围之外了。^[2]法律规范自身往往难以避免使用不确定的概念,因而有必要允许执法者在探求立法者意愿的基础上对不确定的法律概念作出合理的解释。

2. 法律的普遍正义和现实的不确定性之间的矛盾。法律规范具有相对的稳定性,在面对法律的普遍性与个案

的特殊性这对矛盾时,人们可以从不同角度来理解法律,因而纠纷往往是不不可避免的,这就需要在不违背宪法、法律的基础上允许行政裁量的存在。正如拉德布鲁赫所言,“实在法与正义之间的悬殊差别是如此不可容忍,以致作为谬误法律的实在法就必须服从正义”。^[3]行政执法者的裁量权可以纠正法律的刚性和不适当性。只要给予的这种裁量权被控制在严格的限定和合理范围内,而且行使这一权力的程度不至于有损规范性制度,那么这种权力是安全的。

3. 行政权在现代国家的地位和作用决定了行政裁量形式的有用性。法律是稳定的,但不可一成不变。现实情况复杂多变,立法机关难以及时立法,行政机关获得了大量的授权立法。“行政法的体系发展的历史是行政权力不断扩大的历史”。^[4]现代行政权在广度和深度上的扩张,为行政自由裁量提供了广泛的存在基础。行政自由裁量不再作为与法治行政原理相悖的限制对象,而是作为在法治原则之内、受法律规范控制而又享有充分活动空间的行政权力。约克坚信政府权力有限说,但他仍指出:“由于立法者并不能预见所有可能对社会有益的东西并通过法律加以规定之,所以按照普通自然法,操握权力的执法者在国内法没有指出方向的许多情形中有权为社会之利益而运用权力,直至立法机关按当时情形之需要召集起来对该情形予以规定之……”。^[5]

二、比例原则在自由裁量行政行为运行中的控制

(一) 比例原则的内涵及对自由裁量行为的控制

“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一种经验。有权力的人们使用权力一直到遇到有界限的地方才休止。”^[6]任何权力都可能被滥用的,正如历史学家阿克顿勋爵指出的那样:“权力导致腐败,绝对权力导致绝对腐败”。^[7]行政自由裁量的局限性的危险性,需要法律规范和制约。E·博登海默也指出,“为使法治在社会中得到维护,行政自由裁量权就必须受到合理的限制。”^[8]这说明,行政裁量虽然意味着在法律所未及之范围内,行政享有某种程度的决定空间,但同时它也不应是专断的、含糊不清的、捉摸不定的权力,而应是法定的、有一定之规的权力。从世界各国的实践来看,英美法的合理性原则和大陆法的比例原则是对行政自由裁量权进行控制的主要标准。^[9]行政裁量遵循合法性、合理性、行政自我约束及正当程序等原则,这里仅介绍一下在自由裁量行政行为运行中遵循的比例原则。

比例原则,又称平衡原则,首创于德国,曾被德国行政法学鼻祖奥托·梅叶誉为行政法中的“皇冠原则”,认为比

例原则的渊源在于“自然法之中,即基于自然法的要求,对入权的侵犯,不得过度”,是“法治国家理念及其基本人权的本质的最基本的法律原则,是法治国家原则自身产生的最高规范”。^[12]作为拘束行政的基本准则,比例原则在行政法中,主要是行政机关在实施负担行政行为或干预行政行为时所应当遵循的利益衡量准则。因为该行政行为的内容是限制个人利益,即通过限制个人利益来实现公共利益的目的。比例原则就是要求行政机关应当在两者之间进行利益衡量,以作出最佳的选择判断。比例原则具体包括下述三个子原则:

1. 适当性原则。指行政行为对于实现行政目的、目标是适当的。这是对行政行为的一种目的上的要求,它针对的是目的与手段之间的客观联系,在客观上存在多种可以选择的措施时,行政决定的作出必须择取确实能达到目的的措施。如果行政机关选择与法定目的无关的行为方式或者其选择的方式不能促使法定目的的实现,则违反了适当性原则的要求。按照我国台湾学者陈新民先生的理解,适当性是依法行政的当然要求。^[8]

2. 必要性原则。又称最少侵害原则,是指在存在多个限制个人利益的手段可供选择的情况下,行政机关应当选择对行政相对人利益限制或损害最少,但同时又是为实现公共利益所绝对必要的手段。对于某违法的企业,行政机关可依法给予罚款、吊销执照或者责令停产停业的处罚,如果只需对企业处以罚款即可达到制裁和防止其违法的效果时,行政机关即不得施以其他影响更大的行政处罚措施。该原则意在防止行政机关在作出决定时“小题大作”,正如德国学者弗莱纳所比喻的一样“不可用大炮打麻雀”(只用鸟枪即可),表明最严厉的手段惟有在已成为最后手段时方可行之。^[9]必要性原则适用的前提,是存在若干实现行政目的的手段可供选择,即行政机关具有选择判断的裁量权。本原则考虑的焦点集中在各种手段之间的取舍上。所以该原则要求行政机关既要在限制个人利益的手段与实现公共利益的目的之间进行权衡,又要在限制个人利益的手段之间进行衡量,以选择一种既为实现公共利益所绝对必要,也对相对人利益限制或损害最少的手段。

3. 比例性原则。又称狭义的比例原则或“法益相称性”原则,是指行政机关对相对人个人利益的干预不得超过行政目的所追求的公共利益,两者之间必须成比例或者相称。虽然行政机关采取了必要的手段以试图达成所追求的目的,但是,若该手段所侵害的相对人利益,与其实现的目的所追求的公共利益相比较,两者明显不相称,那么,行政机关采取该项措施就违反了比例原则。台湾陈新民先生认为,若以中国俗语,可比喻成“杀鸡取卵”,形容一个行为(杀鸡,剥夺鸡的生命)和所追求的代价(一个鸡卵)之间,不成比例、失去均衡。^[7, 370]德国学者希儿希格还曾以弗莱纳“以炮击麻雀”之名言,比喻必要性原则和比例性原则之间的差异:用大炮击麻雀,是违反必要性原则的,因为只需使用鸟枪即可;而用大炮击麻雀,不论击中鸟与否,炮声会惊吓邻居(即造成了不堪设想的后果),则是违反了比例性原

则。^[9]可见,比例性原则要求行政主体即使依法可以限制相对人的合法权益,设定相对人的义务,也不应当使相对人所受的损失超过所追求的公共利益。

依据合法性原则本应无效的行政行为,若依据比例性原则,可能免除行政违法性,变得合法有效。比如紧急避险行为就是依据比例原则免除行政违法性的行政行为,在客观方面,行为人损害了一定的合法权益,但保护了更大程度上的合法权益;从主观上看,行为人在是衡量权益轻重后,不得已而做出的选择。

比例原则蕴含着正义、利益因素。正义所关注的是法律规范和制度性安排的内容,它对人类的影响以及它们在增进人类幸福与文明建设方面的价值。满足个人的合理需要和主张,并与此同时促进生产进步和提高社会内聚性的程度——这是继续文明的社会生活所必需的——就是正义的目标。平等对待那些根据当今社会标准而应该受到平等待遇的个人、群体或情势,是符合正义要求的。亚里士多德提出分配正义,要求按照比例平等原则把这个世界上事物公平地分配给社会成员。相等的东西给予相等的人,不相等的东西给予不相等的人。他强调平等是正义的尺度。^[13:222-223]当一条分配正义的规范被一个社会成员违反时,矫正正义便发挥作用。现代社会中对人的尊严的尊重构成了正义的底线,自然包括了对个体利益的尊重和保护。对利益的调控是法的一项功能。现实生活中,很大程度上以执法者裁量的形式平衡互相竞争的利益,对各种利益的重要性做出评价或衡量,坚持比例原则,平衡利益冲突,根据合理标准,经过适当的程序,对个人的损失平等地给予补偿。

(二) 比例原则在自由裁量行政行为运行中的具体表现

比例原则不仅体现在具体行政行为中,还体现在行政立法上。行政主体为了填补法律和法规的空白,或者变通法律和法规的个别规定以实施行政职能而进行的立法。法律规范的缺陷在所难免,需要行政主体对当前及未来情势能够很好的裁量,平衡公共利益和相对人的利益,确定好行政立法事由和规划,按照行政立法程序进行自主性立法。

行政许可虽然要贯彻合法原则,但是法律一般只规定许可的内容、原则和范围,具体的许可标准和条件则由行政机关自主制定,审查、发放、中止、吊销许可证等亦由行政机关裁量决定。行政机关合理裁量要求行政机关机关实施许可行为时听取对方意见,允许利益相对人提出异议,同时避免自己做自己案件的法官。

行政处罚要坚持合理处罚原则,是处罚法定原则的必要补充。这一原则要求行政处罚必须公平、公正,没有偏私,设定和实施行政处罚必须以事实为依据,与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当,不能滥用行政自由裁量权。

行政强制,如果不正当地采取、滥用强制措施,很容易侵犯行政相对人的财产权和人身权及其他合法权益,破坏良好的法治秩序,是违反该制度设立的目的。所以行政强制执行必须准确,证据确凿,执行手段合法、公平、适当,以