

行政法解释的理论建构

黄竹胜 著

gong fa yan jiu
公法研究

主编 谢 晖
陈金钊

山东人民出版社

黄竹胜 著

行政法解释的理论建构

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政法解释的理论建构/黄竹胜著. — 济南: 山东人民出版社, 2007. 3

(公法研究/谢晖, 陈金钊主编)

ISBN 978-7-209-04210-9

I. 行... II. 黄... III. 行政法-研究 IV. D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 022824 号

责任编辑: 李怀德

封面设计: 武 斌

行政法解释的理论建构

黄竹胜 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531) 82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (140mm×203mm)

印 张 12

字 数 260 千字 插页 4

版 次 2007 年 3 月第 1 版

印 次 2007 年 3 月第 1 次

ISBN 978-7-209-04210-9

定 价 25.00 元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。(0633)8221365

《公法研究》总序

自古迄今,人类生活即分公域、私域两途。古典中国以皇权国家为公域,以家族社会为私域;近代西方以政治国家为公域,以市民社会为私域。公、私域之划界,造成人类行为规范——法律之分类。众所周知,公、私法之划分,源自古代罗马法学家。首倡此说之乌尔比安氏认为:公法系以保护国家公益为目的,与此相对,私法则以保护私人利益为目的。自此以后,尽管公、私法划界之标准多变,然公、私法之分类理论大体得以坚持并流传。特别近世以来,政治国家与市民社会之分野日显,故公、私法划分理论在法律和法制建设中之作用亦愈重。至于我国,虽曾因意识形态影响,反对公、私法划界,但改革实践之现实,总在证明“形势比人强”,“私法”不存之牢笼亦就不攻自破。

然而更进之问题在于,公法、私法两者,究竟谁主谁从、孰本孰末?近年来,一种被谓之“民法帝国主义”倾向的观点风行我国法苑。于是,民(私)法学科,趋之若鹜,而公法学科,虽不可说门可罗雀,但亦是相形见绌。究其原因,或曰私法更易趋利,或言公法强化权力。无论无知者的趋利之举,抑或有知者的固权理解,本无可

厚非。但不无遗憾者，两者皆以误读公法为能事，终致公、私法关系之颠倒。

愚以为：公、私法两者，私法为基础，公法居优位。世有私法，而无以之为基础的公法，私法内容，难以推行，私法精神，亦难得扩展。所以然者何？曰：私法通行，有赖于权力受制。尽管私法亦有约权制官之效，但无相关公法之护佑，则面对权力，其惟余规则；更兼私法之制约权力，乃自结果意义所言者，而非私法之宗旨。相较而言，不论公法学说之“管理论”、“控权论”抑或“平衡论”在立论上如何相左，但近世公法之实践，无处不立意于控制公共权力。即使被人误为伸张国家权力之“管理论”，当其强调权力公开之时，同时即在树立控权旗帜。因权力之公开，即使权力之推定得以斩断，也令权力之滥用得以度量。可见，惟有立意于控权的公法，方能使属意于自治的私法在权力面前得保平安。否则，公法之不伸，公权之不约，即使私法完备无遗，想必只见开花而不见结果。

除此之外，作为保障私益之私法，难免与公共利益（即与公法）发生冲突抵牾者。当此之时，如何为之？在奉行“私权神圣”之经济放任主义时代，大体推行私益优于公益原则。但自《德国民法典》以来，此种情形，即使在私法上也有改观。此即所谓“私法之公法化”也。当代福利主义和弱者人权优先保障之深入人心，致使公法地位更加重要。尽管与此同时，以行政权为首之

国家权力不断扩张,甚至权力制约原则因此而如履薄冰,但相继成长之公法,使扩张之政府权力尚不致滥用。权力一如既往地受制于公法。特别如“阳光下的政府法”、“行政程序法”、“国家赔偿法”等公法,令国家权力只能在公法之下既彰公益,亦保私利。如上情形,大致为近代以来,西洋公、私法发展之逻辑。

与西洋相比,吾国法制发展,乃自“公法”主导而进至私法发展。故法学界一切革故鼎新之举,皆自检讨固有“公法”之缺陷始。于是,标举革新旗帜之私法学人,每每借市场经济之大纛,惟恐批公法之不足、不深、不透。于是,公法之类,似乎游离于(甚至解构着)市场经济体制。如此,则婴儿与洗澡水皆被此等学人泼出门外!岂不知市场体制乃是私法与公法共筑之结果。缺乏与市场相得益彰之公法及其规制之政府,而纯粹倚赖私法去规范、构造市场体制,除了幻想,还是幻想;其结果除了失败,还是失败。

基于此种认识,鄙人在主持《法理文库》经验基础上,尝试再辟一套专门研讨公法问题之丛书。此计划已商议三年,原欲以“公法论丛”为此套丛书名,然最近于书肆发现:该丛书名,已有学人捷足先登,故只好另辟门径,以“公法研究”命名之。

令人欣喜者,近几年间,专务于公法之著译者日渐增多。择其要者即有:梁治平等主持之“宪政译丛”;罗豪才主持之“公法名著译丛”、“行政法论丛”;罗豪才等

主持之“法国公法与公共行政名著译丛”、“现代行政法论著丛书”；贺卫方等主持之“司法文丛”；陈兴良主持之“刑事法评论”；杨春洗主持之“北京大学刑法学博士文库”；夏勇主持之《公法》；周旺生主持之“立法研究”；张树义主持之“公法论丛”等等。在如此情势下，再编辑出版一套“公法研究”，是否多此一举？古人云：“知出乎争”。已有之研究，未必包罗无遗。倘以上著译各有侧重，则再增加一种也就无妨。更何况以上著译皆为京华学人所操持。编辑此丛书，于变革此一事实之学术“垄断”格局，或许不无裨益。

窃以为，偌大华夏，京华学人之外，仍应有大智慧存焉。想当年华夏，学术灿烂遍于九州，学者士子，不避陋巷；看如今大家者流，争聚京华皇城脚下，商埠省城，皆乡下也。此种积习，只利于支持、助长某种文化专制，而与我学子四海为家之情怀、兼济天下之志趣、崇尚民主之追求，相去甚远。言及此者，非他意，止在说明，重辟华夏多元学术文化格局，实乃吾人使命也。惟愿“公法研究”于此使命之推进，有所助益；于我国公法之建设，有所贡献。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元 2002 年 11 月 10 日

序

早在 20 世纪初，法治就成为中国社会（起码是知识界）的共识，在经过整整半个世纪的抵制以后，法治在中国重新取得了正当性，国家幸甚，国人幸甚。法治者何？以权利之法规制权力之谓也。说到以法治权，则当务之急莫过于以法治行政权，因为中国的行政权不仅在中国的权力体系中是最为强大的，而且大概也是世界上最为强大的：它事实上享有大量学理意义上的立法权与司法权，它拥有干涉司法的“事实权力”，它的“规范性”行为明确不受司法审查，代议制机关对它的监督常常是鞭长莫及甚至是“鞭不欲及”^①。虽然法治行政已成当今学界共识，但是行政法治的重要方面——行政法解释的法治化问题——却没有引起足够的重视：有关行政法解释论著的内容大同小异，大多在相关著作中顺便带过；中国期刊网上以“行政法解释”或“行政法律解释”为题的文章只有区区三篇，这与当前我国天文数字的法学论文的总量是明显不成比例的；而相同论题的专著则未见。

法治的形式意义在于：法律问题由法官说了算，稍带夸张地说：法治乃法官之治，法官通过适用法律对社会的运作过

^① 这不仅是因为我们代议制机关的成员事实上大部分是重要的行政官员，而且因为代议机关的成员在工资待遇等方面事实上受制于行政机关，同时他们事实上属同一个利益共同体——按照现行体制，他们都是“公务员”。

程、对人的行为进行法的干预就是法治。法治离不开一定的制度建构，没有它们，法治就只能是镜花水月。法治制度系统中的重要一环就是法治的法律解释制度。法治的法律解释制度的核心是将法律解释权从立法权中剥离开来，使法律解释权由立法权的延伸变成司法权的一个重要权能。同时实现法律解释社会功能的根本转换：由立法控制司法的手段变为司法控制立法的手段，变为法官独立审判与司法审查的重要制度要素。因此，与法治相适宜的法律解释体制应当是以法官解释为中心、以法律为导向的法律解释，它是法官用以对抗法律外权力的一个技术性的制度要件。

令人沮丧的是，中国的现代法律解释体制从一开始就留有人治的痕迹，并一度成为人治体制的一部分。在重法律的社会里（不仅仅是法治社会），法律解释历来是法官审判行为的一部分，法律解释权是审判权的一个权能。但是，从现代社会一开始，中国的法律解释权就是两元结构的：它由“承审外法官”和“承审法官”共同行使，且承审外法官的法律解释效力具有“上位”性。

辛亥革命实现了中国政制的划时代进步：由帝制走向共和。共和与帝制的根本区别就是法治与人治。因此，《中华民国临时约法》确立的共和制的目标其实为中国提出了实现法治的宏伟蓝图。为实现法治与共和，建国的先贤们在《中华民国临时约法》中筹划了对中国人来说完全陌生的独立的法院系统，且确立了司法独立原则。这一法律建构的运作碰到一个技术性难题：缺乏懂得法律的法官。因为帝制下的中国压根没有

专门意义上的法官^①，新的法官一时来不及培养；政制转变造成法律发展的中断，加剧了法官对法律的无知。审判的社会需要与审判知识匮乏的严重冲突催生了中国特色的法律解释体制——由承审法官以外的法官和承审法官共同解释法律^②。严格说来，这一法律解释体制是与法治存在距离的：司法独立的真意就是法官独立，这里的法官是承审的法官，而不是承审法官以外的“上级法官”。正是这一法律解释权日后发展出法治、宪政的标志性制度——司法审查制度。需要说明的是，民国时期最高法院的法律解释只是应下级法院之请针对个案的解释，并没有现在所谓的“规范性解释”。民国确立的解释制度将法律解释权从立法者手中转移到法官手中，是中国在法治道路上迈出的重要一步。

1949年以后，法治被定位为敌对的意识形态的一部分，人治主义再次成为中国社会的基本意识形态。人治主义的大环境下，承审法官的法律解释权被取消，形成了人治的法律解释

① 中国隋唐以后进入官僚体系的门槛是科举，科举考的是经义，不是法律（只有少数朝代科举有“明法”科，但录取人数很少），法律是靠“吏”来承传的。中国古代更没有成规模的、向民众开放的法律学校。所以中国的官员尤其是“第一把手”都是不懂法律的，更不是法律专家。诚如沈家本说，他在任职西曹时发现，东北的官员都不懂法。

② 当时有些地方甚至因为穷养不起法官，由行政官员兼任法官，这就造成了许多法官、特别是基层法官不懂法律，加上许多法律不明确，于是养成了承审法官向上级法院请示的制度，久而久之就形成了由承审法官以外的法官（最高法院）解释法律的习惯，后来并加以法律化。不过，在民国时期，承审法官解释法律的权力是没有人否认的。当然，这里的“承审法官”不仅仅是指初审法官，而且指各个审级参加该个案审理的法官，他们的解释权当然限于结合审理的该个案对法律的解释。

体系^①。这一体系的特点有三点：第一，承审法官失去了法律解释权，法律解释权原则上成为制定规范的人的权力，而不是适用法律的人的权力；第二，在由立法解释、行政解释、司法解释组成的法律解释制度中，立法解释具有最高效力，在有关行政法的解释中，有条件的赋予行政解释的最高效力^②。法官的解释在法律解释体制中居于末流；第三，法律解释的立法化。立法解释无论从形式上还是内容上几乎都是立法的。在实践上，司法解释是法律解释的主要形式，司法解释的主要内容不是针对个案，而是一般规范的宣示。这些宣示的规范中，有的是对被“解释”的文本的扩充，有的则完全没有解释对象，是纯粹的立法。

这一法律解释制度与法治存在明显的冲突。第一，加剧了法律的不明确性、不确定性和相互矛盾。法律的明确性、确定性和不矛盾性是法治的基本形式要件，是富勒所谓“法律的內

① 我国现行法律解释制度形成于建国前夕。最早规定法律解释的法律是1949年9月27日中国人民政治协商会议第一届全体会议通过的《中华人民共和国中央人民政府组织法》，该法第7条第1项规定由中央人民政府制定并解释法律。1954宪法学习苏联1936年宪法，将法律解释权赋予全国人大常委会（第31条第3项）。比宪法晚一天通过的人民法院组织法中各级法院均无审判解释权的规定，同一天通过的人民检察院组织法，以及1983年的修订本均无检察解释权的规定。1955年全国人大常委会第17次会议通过《全国人民代表大会关于法律解释问题的决议》，决议第1条规定：“凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由全国人民代表大会常务委员会分别进行解释或用法令加以规定。”第2条规定：“凡关于审判过程中如何具体适用法律、法令问题，由最高人民法院审判委员会进行解释”。这一决议决定了我国法律解释制度的基本框架，后来虽然有所改变，但其以承审法官以外的力量解释法律的基本内容一直顽强地延续下来。

② 《立法法》第85条第2款规定：“行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院裁决。”《立法法》第86条规定地方性法规、规章之间不一致时，由有关机关作出裁决，该条三项指定的有权机关除了全国人大常委会以外，就是“制定机关”、国务院。

在道德”的重要内容。由于规范制定者享有解释法律的权力，规范制定者可以用“解释”的形式改变法律，使作为行为规范的法律（民众所看到的、作为解释对象的法律）增加了不确定性；同时，由于这个法律解释制度是不能容纳司法审查制度的^①，它使法院无力对相互冲突的法律进行“司法处理”，结果势必导致通过司法提高法律明确性的道路被堵死，更无法通过司法将相互矛盾的法律从法体系中清除。这一点有充分的经验证明，我国法体系中相互矛盾的法律不在少数。第二，降低了立法的程序正义。立法有严格的程序，相比之下法律解释的程序要求低得多，由于现行法律解释体系中许多法律解释其实是立法，而这些立法并没有经过严格的立法程序，这无疑降低了制定规范的程序正义。众所周知，程序正义是法治的重要内容。第三，存在潜在的溯及既往的法律。由于法律解释文本与法律文本的诞生有先后，现行体制下不可避免地存在行为发生在法律文本之后而在法律解释文本之前。但是，仕用的法律却包括了在行为之后的法律解释文本，这实际上是法律解释文本溯及既往地适用于行为人。第四，无法在三权中达到“相互制约”平衡的目的。权力的制约与平衡是法治的基本要求，也是实现法治的基本保障，现行的法律解释制度增加了实现这一目标的困难。因为立法权向司法权的延伸无疑使司法权无法实现对立法权的牵制；行政解释高于司法解释（部分）的规定使原本过于强大的行政权更加难以牵制。另外，针对个案的立法解

① 司法审查或违宪审查（Judicial Review）原本的含义是十分清楚的：法院对议会制定的法律的合宪性进行审查。但是，这一概念后来变得复杂起来，人们将行政诉讼也叫司法审查，这使司法审查这一概念泛化，失去了专业的含义。这里的司法审查是原本意义的。

释其实是立法者参与了对个案的审判，这本身就与法治相悖。第五，无法建立司法审查制度。司法审查制度建立的基本制度依托就是承审法官对宪法的解释权，没有这一点，对法律的司法审查是不可能的。第六，降低了司法权威。现行法律解释制度从两方面对司法权威构成威胁：一是承审法官法律解释权的丧失，二是司法解释的立法化。前者很好理解，后者表面上加强了司法权威，其实不然。因为司法解释的立法化淡化了最高法院的司法色彩，同时作为法院的最高法院担当实际上的立法者的角色，增加了它的社会压力，不利于树立超然、公正的司法者的形象。不断发生的对审判解释的合法性质疑就是一个例证^①。

面对这一不无人治特色的法律解释体制，习惯于注释现状与意识形态的我国法学的哲学性回应是严重匮乏的。竹胜君的这一论著是超越这一传统的一个有益的尝试。竹胜的研究有几个值得注意的地方。

第一，在法解释学上超越法教义学的努力。法理学是与法教义学两种不同的学术传统与研究视角。教义学是“对自身能力未先予批判的纯粹理性的独断过程”，“教义学者从某些未加检验就被当做真实的、先予的前提出发，法律教义学者不问法究竟是什么，法律认识在何种情况下、在何种范围中、以何种方式存在。这不意指法律教义学必然诱使无批判，但即便它是在批判，如对法律规范进行批判性审视，也总是在系统内部论

^① 2005年12月16日，十届全国人大常委会第四十次委员长会议完成了对《行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区法规备案审查工作程序》的修订，并通过了《司法解释备案审查工作程序》，规定将司法解释纳入备案审查范围，这是好事，同时也表明了社会对司法解释的不信任。

证，并不触及现实的体制。在法律教义学的定式里，这种态度完全正确，只是当它以不必要、‘纯理论’、甚至非科学为名，拒绝法哲学和法律理论的非教义学（超教义学）思维方式时，危险便显示出来。”“但不同于教义学，哲学至少必须尝试对科学和体制的基本问题和基本前提，（像今人喜欢说的）进行深层次探讨。易言之，哲学必须采取超越体制的立场。……在法哲学中，不可能存在无疑的东西，它们自身的本质也概莫能外”^①。法解释学是法理学的重要分支。作为法理学重要分支的法律解释学，它的基本立场应该与法教义学有所不同。但是，我国研究法律解释的论著大部分采取的都是法教义学的立场，他们长于描述现实体制，而不对现实体制进行评价与重构。从法哲学的基本学术立场出发，作者对现行法律解释体制进行了有说服力的解构。提出了一些发人深省的批评性结论。例如，作者提出，最高司法机关的规范性解释具有立法的性质，应该归入立法的范畴来讨论。只有赋予各级司法机关在个案中的法律解释权之最终效力性，才能从根本上解决我国行政诉讼司法审查的困境；再如，作者论证了行政机关的规范性解释不应该具有约束司法的效力，司法机关只有在经过审查之后才能确定行政机关的规范性解释的效力，行政机关在法律适用中的解释应当受高层行政机关的规范性解释的约束，但是行政机关根据这些解释形成的法律决定不具有绝对的合法性和对司法审查的抗辩力，它仍然需要接受司法审查。这些对现行法律解释体制的根本性批评与对建构未来法律解释体制的建议无疑具有相当说服力。

^① 见〔德〕阿图尔·考夫曼等主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，中国政法大学出版社2002年版，第4~5页。

第二，规范主义的视角。法理学研究法律解释的主要目标不在对现行的法律解释制度及法律解释过程进行描述，而是对法律解释本身进行规范。作者“以行政法适用过程中的解释过程和解释活动作为研究中心，揭示行政法解释主体在什么场合、依照什么原则和通过哪些方法来达到行政法解释的目标是本文的研究对象和理论目标。”这一视角的超越使作者得出了一系列重要的研究结论。例如，本书提出了与描述性法律解释学不同的行政法律解释的概念，认为，行政法律解释是行政机关和司法机关在行政法适用过程中对行政法规范进行的理解、解释和说明、并将解释所释放出来的意义与案件事实相结合的活动，是实现行政法适用目标的重要方法和手段。提出行政法律解释是行政机关解释与司法机关解释的两元解释结构理论。从规范的视角出发，作者提出了行政法律解释的目标。作者认为，行政法解释的目标是行政法解释者通过解释活动所欲达到的目标，这种解释目标是由行政法律适用活动的目的所决定的。现代法律解释理论以及行政法适用过程的特殊性，决定了行政法解释应当以立法原意为主导的综合解释论来确定行政机关和司法机关各自的解释目标，而按照以立法原意为主导的综合解释论，行政机关解释应以构造行政法律决定的理由为解释目标，司法机关则应当以构造司法裁决理由为目标。从上述目标出发，作者进一步研究了行政法解释活动应当遵循的原则：普遍性原则和特殊性原则。普遍性原则是与其他法律解释形态共享的原则，而特殊性原则则是指基于行政法解释的特殊性所确定的原则。值得注意的是，作者提出的解释原则都是规范性的，而不是政策性的或政治性的原则。

第三，法治的价值取向。我国的法律解释学的著作大多（不是全部）以权威的价值取向为取向，或限于复述权威的价

值宣示。这一立场本身就是人治的，与法治无补。与此不同，出于强烈的人文关怀，竹胜君秉承了法治主义的基本立场。针对法律方法论上存在的否定论与肯定论之争议，他坚持合理相对主义法律方法论的观点，主张在行政法解释领域奉行方法论多元主义，也即通过多种法律方法的运用以及将这些法律方法作为构造法律理由的方式，才能达到解释的目标。针对行政法解释过程中存在的法律不确定性与确定性之间的张力，作者认为，通过法律方法以及各种解释方法的合理应用，可以将这种张力协调在合理的范围内。

最后需要指出的是，由于半个多世纪的人治传统，由于“描述现实”和“学术一律”的传统，价值分析与规范主义的视角是有风险的，这一风险不在“说错话”，而在于探索本身就可能违“顺杆爬”的社会“潜规则”。作者的某些观点就受到了这种待遇。作者提出的司法解释的“最终性”问题就是一例。在相关场合，有学者批评这一观点否定了人民代表大会制度，否定了中国的宪政制度。笔者对作者坚持学术立场的良心表示赞赏。

当然，任何学术结论都是暂时的与不完备的，任何学术结论都只是新的学术研究的起点而不是终点，这一点也适合于竹胜君的这一著述。这一著作本身的合理性如何，是需要读者、尤其是学界同仁们去评价、去争论的。

是为序。

周永坤

2006年2月8日

目 录

《公法研究》总序·····	谢 晖(1)
序·····	周永坤(1)

引 论

行政法治主义、法律方法论与行政法解释·····	章 三(1)
-------------------------	--------

一、行政法解释问题凸现的时代条件·····	(2)
二、行政法解释研究的路径选择·····	(23)
三、行政法治主义原则：行政法解释理论建构 的理论资源·····	(30)
四、研究行政法解释的意义、方法和基本理论 目标·····	(41)

第一章

行政法解释的概念分析·····	(53)
-----------------	------

一、行政法解释概念的中外比较·····	(53)
---------------------	------