

●公法名著译丛●

罗豪才 主编



法律与行政

(上卷)

[英] 卡罗尔·哈洛 著
理查德·罗林斯



商務印書館

THE COMMERCIAL PRESS

公法名著译丛

法律与行政

(上卷)

[英] 卡罗尔·哈洛 理查德·罗林斯 著

杨伟东 李凌波 石红心 晏坤 译

商务印书馆

2004年·北京

Carol Harlow Richard Rawlings
LAW AND ADMINISTRATION

Butterworths
London, Edinburgh, Dublin

1997

本书中文版经里德·埃尔塞维尔(英国)有限公司巴特沃斯分部授权出版。

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced in any material form (including photocopying or storing it in any medium by electronic means and whether or not transiently or incidentally to some other use of this publication) without the written permission of the copyright owner except in accordance with the provisions of the Copyright, Designs and Patents Act 1988 or under the terms of a licence issued by the Copyright Licensing Agency Ltd, 90 Tottenham Court Road, London, England W1P 0LP. Applications for the copyright owner's written permission to reproduce any part of this publication should be addressed to the publisher.

Warning: The doing of an unauthorised act in relation to a copyright work may result in both a civil claim for damages and criminal prosecution.

Any Crown copyright material is reproduced with the permission of the Controller of Her Majesty's Stationery Office.

© Carol Harlow and Richard Rawlings 1997.

《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

目 录

序言	3
法规要览	8
第一章 国家、政府与法律	29
一、法律与政治	29
二、国家、王权与政府	34
三、公法与私法	40
四、迈向社团国家 (corporate state)	43
五、回归边界	55
六、欧洲维度	68
七、公法学者应做些什么?	73
第二章 红灯理论	78
一、公法与科学方法	78
二、不必要的区分与术语歪曲	82
三、戴西的遗产	92
四、大战:法院与行政和议会	110
第三章 绿灯理论	145
一、与外国的关联	145
二、新政?	153
三、绿灯理论与控制	161

2 法律与行政

四、职能的再分配	166
五、空中列车事件	176
第四章 黄灯永远闪亮?	189
一、路标	189
二、与裁量的较量	199
三、理性决策	206
四、公开和公民参与	219
五、裁量的正义	226
六、作为王牌的权利?	241
七、黄灯永远闪亮?	255
第五章 保守党的改革	257
一、主题与价值	257
二、实用价值:经济、效率与效用	265
三、规制政府	282
四、公民宪章	287
五、彻底改造行政法?	294
第六章 把事情弄个水落石出	300
一、规则过剩	300
二、正式的规则制定	313
三、纲要立法:授予基本权力的个案研究	323
四、次级立法	328
五、登梯子:欧共体法	331
第七章 在吃水线以下	343
一、需要规则的原因	343

二、这些规则有约束力吗？	347
三、规则、个别化与合理期待	351
四、假释：裁量、压制与正当程序	357
五、参与规则制定程序	384
第八章 方兴未艾的革命	400
一、运用和规范	400
二、虚拟契约	405
三、普通法与效力	412
四、王权：免于诉讼的行政权力？	443
五、政府采购(procurement)与外部采办(outsourcing)：	
中央政府	453
六、竞争性投标：合同与司法审查	460
七、并行的目的：契约的遵守	467
八、合同缔结：欧洲一体化	473
九、结论	479
第九章 政府、契约与竞争：两个范例	481
一、强制性竞争投标：基本属性	482
二、命令之特性	487
三、强制性竞争投标：政策与实施	501
四、特许与行政法	511
五、延续与变迁：商用电视	516
六、“一切还得往前走”：铁路	534
七、继续往前走：特许管理	549
八、结论	554

4 法律与行政

第十章 规制、规制机构与自我规制	556
一、特征、分类、解释	556
二、规制机构与合法性	580
三、“英式”规制	590
四、负责任性与程序	619
五、自我规制的挑战	638
六、结论	662
第十一章 规制、竞争、法律化:以电信办公室为个案 进行研究	664
一、授权及其剖析	664
二、市场结构与规制模式	670
三、规制的方方面面	682
四、结论	726
第十二章 申诉:路在何方?	729
一、替代性纠纷解决机制	729
二、程序问题:调查	734
三、监察专员:“异议人”	743
四、走入丛林:争议、冤屈和申诉	749
五、王冠上的珍珠:对申诉的一种新视角	755
六、独立性和外部性:税务裁判官与地方行政监察专员	759
七、蛇与梯子	768
八、结论:申诉业	785
第十三章 从消防员到防火员? 议会监察专员个案研究	788
一、角色探求	788

二、调查	805
三、“大型调查”:巴洛·克洛斯(Barlow Clowes)	809
四、议会监察专员的申诉服务	814
五、一项新的作用:议会监察专员与公开的政府	833
六、总检察长?	841
第十四章 裁判所:司法化的起伏	847
一、“它们像蘑菇一样地发展”	847
二、再析弗兰克斯委员会	853
三、政策或政治?	858
四、裁判所的监督者:裁判所委员会	866
五、对申请人的正义:福利裁判个案研究	875
第十五章 灵活之友:程序公正	915
一、基本原理	915
二、从概念到背景	922
三、非裁判性程序	949
四、说明理由义务?	962
五、结论	972
第十六章 司法审查程序	974
一、许可:裁量与管理主义	977
二、当事人与诉讼	984
三、敞开司法之门:公共利益模式	991
四、渠道:公与私的界分	1013
五、救济:范围和裁量	1028
六、司法审查与行政:一个纠缠的网	1037

6 法律与行政

七、结论	1051
第十七章 为司法审查而辩护	1054
一、确定变量	1054
二、形式主义与“排水管”	1060
三、司法审查的原则：一个“无核的葡萄”	1067
四、组织司法裁量	1079
五、专业知识和责任性	1083
六、裁判与多中心	1096
七、重构司法审查	1104
第十八章 金色礼金：赔偿与补偿	1108
一、善意与恩惠：行政赔偿	1112
二、悬而未决：刑事伤害赔偿案例研究	1116
三、制定法与公正补偿：财产情形	1129
四、法院、合法性与责任	1133
五、返还与多中心	1149
六、司法与国家责任	1151
七、结语	1158
索引	1162
译后记	1197

巴黎大学法律系主任 M. 巴西利米讲述了这样一个故事:30 年前,他与已故的戴西教授正在共度周末。在谈话过程中,M. 巴西利米问及有关英国行政法的问题,戴西的回答是:“在英国,我们对行政法一无所知,而且我们希望一无所知。”

W.A. 罗布森:“部长权力委员会报告”
载《政治学季刊》,1932 年,第 3 卷,第 346 页。

序 言

vii

在 20 世纪 70 年代后期,笔者即开始了本书的构思,我们的意图是要撰写一本有关法律的书,或者对行政法进行“语境中法律”(law in context)研究的书,而不是一本“法律教科书”。在本书这一新版中,我们更坚定了这一立场,称自己为“功能主义者”。藉此,我们指的是,我们的旨趣始终如一的主要在于关注法律和法律界人士^①对政府和行政实践所作出的贡献。换言之,本书努力使法律界人士,尤其是法律专业的学生认识到行政法所必须运作其中的环境。从相反一面(我们认为其应当不存在)看,我们的目的是向政治学家和公共行政专业的学生传授有关行政中法律和立法作用的知识。

不过,这并不是说我们对法律的态度纯粹是机械性的。我们认为行政法提出了有关我们宪法和政治设计的基本问题,对此,传统的标准教科书缺乏足够的关注。这对主要阅读对象是执业律师的教科书而言,可能是必需的,执业律师需要经常相当详细地了解规则,遵循先例。就学生的教科书而言,有主张认为学生要想对法律进行批判,就必须先了解法律。这是本末倒置。其危险在于所谓的某一法律或宪法制度的背景理论,将会连同规则被不加鉴别

① “lawyer”一词将根据上下文译为“法律界人士”、“律师”等。——译者注

4 法律与行政

地予以吸纳。正如斯蒂芬·塞德利爵士所言,宪法将沦为一大堆杂乱无章的事实。我们认为,必须直接和真诚地面对构成我们这一主题的合法性和责任制这些广泛的宪法问题。像民主一样,行政法的价值要想迎接挑战,就必须加以理解。

在此方面,我们问心无愧地信奉多样性。像洛克林教授一样,我们把公法部分看作是“一种复杂的政治话语形态”。讨论、争辩和异议是政治的真正本质。在本书第一版中,我们的关注更多地是展示英国公法意见的广度,其时它常被忽略或弃置不顾。如今,这一观点已得到更普遍的接受,因此,在本版中,我们有能力更清楚地阐明我们的看法。

然而,本书不打算阐明单一的、一贯的国家或宪法理论——有关行政法的民主共和、后现代或法律实证主义视角。因此,在第二至第四章中,我们将有关行政法的多种观点——展现,并进行详细viii 的评论。这些章节亦试图把法律和法律理论与相关学科特别是政治学和公共行政进行整合。

与其他许多教科书不同,本书不含有描述意义上的国家框架,在此框架下中央和地方政府、机关和其他机构得以组织。然而,我们的意图并非要表达大一统的、无差别的韦伯式官僚制(Weberian bureaucracy)看法。笔者宁愿集中在国家形式的演变及行政法对国家形式进行反映并对其作出回应的方式的演变之上。从历史角度看,英国对公共行政的贡献一直是视其为艺术而非科学。传统上,英国政府是“俱乐部”或“团体”政府(“club” or “group” government),与裁量相容,而与客观化的韦伯模式相比更少依赖于标准化和规则。记住部长、规制者、议会监察专员和法官具有相当大的个人影

响并无害处,其个人风格和意见皆融入其决定之中。

本书的一个关键主题是这两种风格的公共行政的冲突,已反映在行政法之中。因此,第四章追寻了为排除裁量而斗争和倡导理性决定的足迹,而第六章和第七章则分析了日益增长的规则力量。我们发现,通过无数的复杂规则和繁琐的程序,公共行政正在迅速被“法律化”(“juridification”)。尽管在模糊的申诉程序之网中可能遭到异议,但这些规则不可避免地刺激了通过诉讼和法院解释管辖权出现的次级法律化过程。在第十二章至十四章中,我们考察了替代性纠纷解决传统及其对行政法的贡献;在第十五章至十七章,我们重回司法审查。本书第一版试图抑制在奥赖利诉迈克曼案(O’Reilly v Mackman)之后不久引入程序法中的“公法”与“私法”的明显区分。这构成了赋予高等法院行政分庭排他性管辖权发展的基础。在本版中,我们将看到公共行政这一变化的面孔已怎样对这一管辖权建立的基础,即公与私的区别提出了问题。我们也追寻司法审查在量和质上的兴起,我们集中对司法裁量的作用作了分析,并通过程序公正的个案研究加以说明。司法审查的扩张强化了合法性和司法责任性问题。这些问题将在第十七章中予以探讨。

本书第一版是在政治时代的顶峰出版的,适逢一个范式转化之际。福利国家已达到顶点,并且在“新右派”政治理论影响下,玛格丽特·撒切尔政府正着手“回归国家边界”。有关此问题,在本书第一版的序言中,我们用“三个当前时髦的用语:‘程序’、‘合法性’和‘能力’”概括本书的主题。回过头来看,“参与”和“责任制”也是当时方兴未艾的主题,本应单独列出。“程序”意味着将行政看作

是一种存在实体,换言之,看作是具有输入和产出功能的动态互动,而不是像法律界人士所看到的那样,将行政看作是一系列独立的裁决。后者的观点在对规则、福利和移民这三种行政管理详细的模式研究中可以看出。

ix 今天,我们目前时髦的主题名单需要进一步扩展,涵盖新公共管理运动与众不同的理念,因为它强调了经济、效率和效能。本书这一版的主题在其他方面也已发生变化。因为我们开始创作时,契约和规制已开始迈向主题领域的核心,该变化将在第八章至十一章中予以分析。从结构上看,我们已经放弃了模式分析,改用简短的个案研究,俾使其与本书的论点相得益彰,如对社会保障裁判、电信规制和刑事伤害赔偿研究等。

当我们创作第一版时,几乎没有人意识到国家的欧洲视角与欧洲对国内行政法的贡献。在本书这一新版中,我们看到它们的影响无所不在,不仅在斯特拉斯堡的欧洲人权法院和在卢森堡的欧洲法院的法理中显而易见;而且更重要的是,其影响通过欧共体立法和规制能力展现出来。欧洲人权法院的影响日盛,其不仅反映在假释的个案研究之中,而且更普遍地体现在独特的、以权利为基础的司法审查理论之中。没有什么能比将在第十八章中予以分析的扩张性国家责任原则更好说明欧洲法院的权威。就立法而言,我们将在第九章中选择有关欧共体政府采购或规制政府合同出租的法律予以分析。

本书第一版问世于一个政治时代的顶峰,其时政治的钟摆正明显地从左摆向右,而第二版正逢钟摆从右摆回中心。某些变化已经显而易见,如强制性竞标或对金融市场的强力规制已终止。

我们也可以期望进行一些激进的宪法变革,但我们试图不去预言分权问题,也不打算去预言吸纳《欧洲人权公约》的风格或效应;我们希望承诺的信息自由立法将能够马上开始进行,但同样我们不打算预言其何时进行。同时,正如我们上次低估了规制的重要性一样,这次也会有一些发展的重要性被低估,而另外的一些发展我们则根本没有预料到。法律化方兴未艾,而社会一直没有认识到要将其作为一个问题来加以解决。我们确信第三版也有一个较大的写作空间。