

法学译丛·公法系列 / 主编 姜明安 执行主编 李洪雷

The Province of Administrative Law



行政法的范围

[新西] 迈克尔·塔格特 (Michael Taggart) 编
金自宁 译 钟瑞华 校



当代世界学术名著

法学译丛·公法系列

主编 姜明安 执行主编 李洪雷

行政法的范围

[新西] 迈克尔·塔格特 (Michael Taggart) 编
金自宁 译 钟瑞华 校



中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

行政法的范围/[新西] 塔格特 (Taggart, M.) 编; 金自宁译.
北京: 中国人民大学出版社, 2006
(当代世界学术名著/法学译丛·公法系列/姜明安主编)
ISBN 7-300-07503 -7

I. 行…
II. ①塔…②金…
III. 行政法-国际学术会议-文集
IV. D912.1-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 087625 号

当代世界学术名著
法学译丛·公法系列
主 编 姜明安
执行主编 李洪雷

行政法的范围

[新西] 迈克尔·塔格特 (Michael Taggart) 编
金自宁 译
钟瑞华 校

出版发行	中国人民大学出版社			
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080	
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511398 (质管部)	
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)	
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)	
网 址	http://www.crup.com.cn http://www.ttrnet.com (人大教研网)			
经 销	新华书店			
印 刷	河北涿州星河印刷有限公司			
规 格	155 mm×235 mm 16 开本	版 次	2006 年 9 月第 1 版	
印 张	31 插页 2	印 次	2006 年 9 月第 1 次印刷	
字 数	410 000	定 价	48.00 元	

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

本书的翻译出版得到教育部人文社科重点研究基地——北京大学宪法与行政法研究中心的支持，谨致谢忱！

“当代世界学术名著” 出版说明

中华民族历来有海纳百川的宽阔胸怀，她在创造灿烂文明的同时，不断吸纳整个人类文明的精华，滋养、壮大和发展自己。当前，全球化使得人类文明之间的相互交流和影响进一步加强，互动效应更为明显。以世界眼光和开放的视野，引介世界各国的优秀哲学社会科学的前沿成果，服务于我国的社会主义现代化建设，服务于我国的科教兴国战略，是新中国出版工作的优良传统，也是中国当代出版工作者的重要使命。

我社历来注重对国外哲学社会科学成果的译介工作，所出版的“经济科学译丛”、“工商管理经典译丛”等系列译丛受到社会广泛欢迎。这些译丛多侧重于西方经典性教材，本套丛书则旨在选译国外当代学术名著。所谓“当代”，我们一般指近几十年发表的著作；所谓“名著”，是指这些著作在该领域产生巨大影响并被各类文献反复引用，成为研究者的必读著作。这套丛书拟按学科划分为若干个子系列，经过不断的筛选和积累，将成为当代的“汉译世界学术名著丛书”，成为读书人的精神殿堂。

由于所选著作距今时日较短，未经历史的充分淘洗，加之判断标准的见仁见智，以及我们选择眼光的局限，这项工作肯定难以尽如人意。我们期待着海内外学界积极参与，并对我们的工作提出宝贵的意见和建议。我们深信，经过学界同仁和出版者的共同努力，这套丛书必将日臻完善。

中国人民大学出版社

序 言

本人书房的书架上已有六套公法译丛了：

罗豪才主编，商务印书馆出版的《公法名著译丛》；

梁治平、贺卫方主编，生活·读书·新知三联书店出版的《宪政译丛》；

陈端洪、翟小波主编，法律出版社出版的《宪政古今译丛》；

范亚峰等策划，贵州人民出版社出版的《公法译丛》；

罗豪才、张志坚主编，辽海出版社、春风出版社出版的《法国公法与公共行政名著译丛》；

陈端洪主编，高等教育出版社出版的《法律程序与行政过程译丛》。

此外，中国大百科全书出版社出版的《外国法律文库》、商务印书馆出版的《汉译世界学术名著丛书》、华夏出版社出版的《二十世纪文库》、中国政法大学出版社出版的《当代法学名著译丛》等文库、译丛的选题中，也有为数不少的公法译著选题。

那么，我们为什么还要策划和组织出版这套公法译丛——《法学译丛·公法系列》呢？我们策划和组织的这套“公法译丛”有什么特色呢？

首先，我们策划和组织出版这套“公法译丛”是回应时代的需求。前述现已出版的数套译丛大多是上世纪策划和组织的，而且其选题大多是古典公法名著，如亚里士多德的《雅典政制》、洛克的《政府论》、孟德斯鸠的《论法的精神》、卢梭的《社会契约论》、狄骥的《公法的变迁》、奥托·迈耶的《德国行政法》、莫里斯·奥里乌的《行政法与公法精要》等。这些公法经典著作对于我们今天的时代无疑仍有着重要而不可替代的指导作用，但是，我们今天的时代除了需要这些公法经典著作所提供的经典思想和

理论指导外, 还需要更多更贴近我们时代, 更直接、更具体地反映我们时代特征的新思想、新理论的指导。据此, 我们这套译丛的选题基本确定为本世纪出版或上世纪后期出版的国外公法名著。也就是说, 收入我们这套译丛的著作基本是国外近二十年面世的新著。例如, 《宪法解释: 文本含义、原初意图与司法审查》(Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review) 出版于 1999 年, 《英国与美国的公法与民主》(Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America) 出版于 1990 年, 《权利革命之后: 重塑规制国家》(After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State) 出版于 1990 年, 《行政法的范围》(The Province of Administrative Law) 出版于 1997 年, 《行政法的结构性变革》出版于 1996 年, 《规制: 法律形式与经济学理论》(Regulation: Legal Form and Economic Theory) 出版于 1994 年, 《法国行政法》(French Administrative Law) 出版于 2003 年, 《韩国行政法》出版于 2003 年。

其次, 我们策划和组织出版这套“公法译丛”是适应统一公法学研究的需要。传统公法学研究公法, 往往只研究各别的、具体的公法部门, 如宪法、行政法、诉讼法等, 而很少有人将整个公法当做一个系统、一个整体, 对之作全方位的、系统的研究。而自上世纪后期以来, 随着人们对部门公法研究的深入, 许多学者开始探讨各部门公法调整的整体法律关系——整个公权力主体与公权力相对人的关系, 开始研究各部门公法调整整个公权力的统一规律, 开始创立统一的公法学。为适应公法研究和公法学发展的这一趋势, 我们需要全面介绍国外各领域、各部门公法研究的成果, 特别是对公法作整体研究的成果。但是, 前述现已出版的数套译丛对公法的介绍大多是部门性的和零散的, 或限于宪法, 或限于行政法; 或限于实体, 或限于程序; 或限于某一国别(如法国公法), 或限于某一法系(如英美法系的宪法与行政法)。而我们这套译丛, 其选题既有宪法问题, 也有行政法问题, 还有统一公法学问题; 既有实体问题, 也有程序问题; 既有一般民主和人权问

题，也有具体的行政规制和财产征收、征用问题；既有欧美公法问题，也有亚洲公法问题（如《韩国行政法》，此前我国似乎还没有出过韩国公法学著作的中译本）。由此观之，我们这套译丛无疑将为我国公法学人统一和系统地研究公法提供较全面的素材。

再次，我们策划和组织出版这套“公法译丛”也是适应我国培养高级公法研究人才的需要。在上个世纪即将结束的最后一年（1999年），我国通过宪法修正案，将“依法治国、建设社会主义法治国家”确定为我国的发展目标和治国方略。建设法治国家涉及大量需要研究和解决的公法问题，为此也就需要培养和造就一大批高素质的公法人才。这些人才不仅需要懂得一般的公法理论和我国的公法运作的实践，还特别需要了解国外不同法系、不同制度下公法的基础理论和运作实践，从而能移植、借鉴对我国有用、有益的公法制度和理论，洋为中用。正是出于这种考虑，我们有意识地鼓励一批毕业不久（个别尚未毕业）的公法学博士，担当我们这套丛书的翻译大任。这些博士既有公法学的专业知识，又有良好的外语功底，能较好地保证翻译质量（只懂外语而不懂专业的人，是很难胜任这种高度专业性著作的翻译重任的）。同时，最重要的是，这些年轻的博士们通过翻译这些公法学名著，将更全面、更深入地学习和掌握现代公法学的原理、原则，从而受到现代最前沿公法思想和理论的熏陶，为其成长为我国新一代公法学栋梁之材打好扎实的理念和知识基础。

以上三点，是我们策划和组织出版这套“公法译丛”的初衷，也是我们试图使这套“公法译丛”具有的特色。当然，我们的初衷能否实现，我们欲使这套译丛具有的特色能否最终实际显现，还有待时间的检验。

是为序。

姜明安

2006年8月1日于北京八里庄

献给

行政法学先驱

约翰·威利斯 (John Willis)

行政法的范围确定吗？

——译者的话

1996年10月，在加拿大的萨斯喀彻温省举行的一次会议上，一些分别来自美国、澳大利亚、英国、加拿大和新西兰的行政法学者提出了一个似乎在行政法学产生之初就已解决的问题——行政法的范围确定吗？这次会议上的演讲、论辩的汇集就是《行政法的范围》这本论文集的缘起。

这次会议的组织者，奥克兰大学的迈克尔·塔格特教授，当时在萨斯喀彻温大学法学院做访问学者；会议参加者主要是牛津大学、剑桥大学、多伦多大学、奥克兰大学、波士顿大学等学校的学者，另外还包括一位就职于加拿大最高法院的女法官和一位来自伦敦的律师。就政治、历史和文化来说，他们所属的国家当然有着各自不同的面貌，但是相同的问题意识使他们的论文有着一系列相同的关注点——这个问题就是：当引进私人机构履行传统上被认为专属国家的职能时，行政法基本观念遭遇到了前所未有的挑战。

这次会议参加者的另一个共同点是，他们所属的国家都在戴雪（A. V. Dicey）分析实证主义法学理论的势力范围内。因此看到戴雪的身影在他们的论述中时隐时现，并不是一件令人意外的事——就连本书的书名，也是从分析实证主义法学先驱奥斯丁（John Austin）的名著《法理学的范围》（*The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, 1995）那里借来的。

受戴雪影响的公法学正统将公法学者的任务界定为：发现已经存在的法律规范，并且将它们分析和归类，尽可能地阐明它们之间的逻辑关系（Dicey, *Introduction to the Study of the Law of*

the Constitution, London, 1885, p. 34)。身处这种传统中，法学家们习惯于紧盯住法律规范所构成的“永恒完美体系”，而难得举目四顾，看看自己身处其中的、多彩多变的社会环境。

引人注目的是，本文集明显超越了戴雪那种狭隘的视角。这是指，这些文章都没有戴雪以来的公法学因过分强调法律自治性和规范性而对社会变迁不敏感的缺陷。这并不容易。按迈克尔·塔格特的说法，除少数敏锐者外，“法律家们作为一个共同体”，对现代社会变迁对法律体系和社会所造成的影响，“反应相当迟钝”（正文第2页）。

这本文集的撰稿人显然属于“少数敏锐者”。虽然讨论的侧重点各不相同，但是这些论文都注意到了在他们写作时现实社会中发生的如下变迁：消极的警察国家变为积极的福利国家似乎是不可阻挡的历史潮流，而在普通法世界里占主导地位的共识或说基本观念仍然狂热地崇拜市场、视政府为权利和自由的敌人；这样，一方面是国家任务在增加、国家职能在扩张，另一方面却是政府部门的规模不断受到限制、旧的管制被不断解除、私有化和市场化的实践日益增多。文集中一些文章直接以反映这些变迁的社会现象为研究主题，如默里·亨特、马克·阿伦森、大卫·穆兰、保罗·克雷格、阿尔弗雷德·C. 阿曼等人的文章，在其他一些文章中，也可以清楚地看到这些社会变迁对他们所讨论主题的影响。正是这一点，使这本文集不至于成为对奥斯丁那本《法理学的范围》的拙劣模仿——两本书的截然不同之处在于：奥斯丁从法律有已确定的范围这一假定出发，而本文集中的作者则带着“行政法的范围确定吗”这一疑问上路。

他们的疑问不是解除管制、私有化等做法是否有充分的理由——那被留给经济学家和政治学家们去研究，站在法学家的立场，他们问的是：在那些解除管制的领域，是否要保留（至少是部分地保留）原有的行政法规范要求？在那些新近被私有化的领域，原来政府承担的责任是否也应（或许是部分）移交给私人？看上去，它们全都属于行政法的适用范围这一传统的行政法学问

题。但考虑到社会的变迁,这些问题的答案不再可能用传统的法律教义分析来确定。为了回答这些问题,学者们不得不超越传统的学科分界,进入那些原本不属于行政法学范围的新领域,甚至将法学之外的种种领域,如经济学、社会学和政治理论都纳入视野。

也许与公法学家的本位主义有关,本文集的所有作者都一致强调:绝不允许由减缩政府规模引入私人机构而产生的“新领域”脱离公法的控制——与他们文章中所描述的各国法院和立法机构对此的迟疑、谨慎甚至是抵制的态度相比,他们的立场可称得上“超前”。

只是对于法律对这“新领域”所施加控制的具体内容和实现控制的具体途径,他们的主张不尽一致:有些人偏爱通过司法审查实现公法价值,另外一些则更乐意看到公法价值在立法和行政规划中得到体现;一些人推崇法院的作用,另外一些则更关注像中介组织这样的“非官方”团体的作用。同样关注司法过程的人,对于司法审查的标准也还存在不同的意见:有些人认为应当立足于普通法所固有的平等权原则,而另外一些人却建议从大陆法系引入“权利滥用”概念。

这些主张的差异与各个国家中不同法律文化传统所决定的对政府、立法机关以及法院的信任程度不同相关,也反映了学者对于法治是什么的想像存在着或多或少的分歧。

经历了一系列交锋,处于争论核心的公私区分问题终于浮出了水面。他们发现:“公”与“私”这两个词,“总在某种意义上决定着对以下主题的理解:合法性问题或者说国家行为问题、自由问题或者说个人按自己方式追求自身目的问题”(正文第4页)。也就是说,当我们面对国家,也就是身处“公域”时,我们想到的总是政府行为是否具有合法性;而当我们身处私域时,我们想到的总是个人自由是否得到了充分保障。正是这种价值取向上的根本差异使得公法与私法仿佛截然不同、背道而驰。在西方主流观念里,这种公私区分深深地扎根于自由主义政治观和社会观

之中。

但是，当政府更多地通过像契约这样原本属于私域的非强制行为方式实现“公益”目标，当私人机构甚至直接取代了政府机关而履行起传统上专属政府的“公共”职能时，当学者们主张对服务于公共目标或履行公共职能的私权力实施公法控制时，公域与私域、公法与私法之间就不再存在不可逾越的鸿沟，它们之间的区别和对立好像变成了欺人之谈。

面对这一困境，迈克尔·塔格特建议我们像阿诺德（Thurman Arnold）所说的那样，将公法与私法当做“对立的象征”，而不是僵死的划分；在这样的视角下，公法与私法的区分仍有价值，但它们之间的张力会得到缓和。这个观点在文集的多篇论文中得到了直接或间接的呼应：有人明确论证了在适当抽象的层面上，公法和私法分享着一些潜在的价值；还有数篇论文提供了公法与私法之间存在着大量的互动以及相互渗透现象的证据，如在劳动法和信托法领域，甚至包括合同法这一私法的核心领域。

需要强调的是，普通法学家从沙砾般的案例中选择的能力以及通过对所选择案例的条分缕析以揭示法律原则演变的细致方法，总能让我们这些习惯大陆法系法学思维方式的人惊叹。而且在普通法先例制度下，“那些较早的、被取代的观念从不会完全消失，而总是在普通法内部潜伏，等待在法律和政治争论中被重新发现或利用”（正文第6页）。这样的曲折反复，使得案例法演变的实际路径总像迷宫一样让人晕头转向。我这里所介绍的只是简单化了的从而变得干巴巴的结论，他们的论证则都取材于并具体反映了各国“活生生的”司法实践。

当然，这本文集也并不是没有遗憾，有些时候它仅仅提出问题而并未给出回答：如公法与私法的交融已经走到哪一步？它还要走多远？公私区分对于法治和个人自由真的必不可少吗？究竟是市场需要法律的控制还是市场本身就是法治的一种新形式？这些都是更抽象，但也更具普遍性的问题。也许，正如序言里所说的，这些问题都是注定“不能获得完美答案的”。

有关这本文集的意义,其前言中写道:“本文集不仅仅是一本文集,它还是一种尝试,即普通法世界里最聪明的一批学者尝试——并非出于自卫而是创造性地——思考我们政治体制的变化对法治所构成的挑战。”而我认为,在公私域混合背景下讨论行政法的范围问题,其意义绝不限于普通法世界,因为在普通法世界之外也面临着同样的问题。

随着具有扩张本性的资本主义经济秩序跨越国界,经济自由主义意识形态也在世界范围流行。它所带来的深刻变化,已经改变了众多国家的政治和社会景象。解除管制、私有化的呼声和举措绝不是普通法国家所独有。行政法不能不被这些社会的、政治的情境所规定。当国家与市场、公与私的界线游移不定时,公法与私法关系就需要重新解释。公法学也不能不面对这种现实对行政法治基本观念所造成的冲击。

在现代化和全球化图景中的中国,也不可能置身于事外——虽然由于历史背景和学术传统的差异,很难期望公私界线模糊的现象在中国会像在西方一样激起如此激烈的反应。中国当然有自己的特殊问题,中国学者当然希望摆脱亦步亦趋追随西方的尴尬处境而有自己的思考和贡献。但是,面对共同的挑战,我们毫无疑问对西方的研究成果仍需开放心胸,虚心学习——抛开前途茫茫的担忧与歧路纷纷的困惑,这本书至少可以让我们知道,对于公私法交融的现象,在那些人云亦云的泛泛而谈之外,还有这样一些认认真真踏踏实实思考。

最后,关于这本书的翻译,我要感谢姜明安教授和李洪雷博士,他们的信任和鼓励使我拥有翻译此书的机会;我要感谢傅郁林博士和薛军博士在本书翻译过程中提供的帮助,能与朋友疑义相与析也给翻译工作增加了不少乐趣;我要感谢人大出版社的编辑们为本书面世所付出的辛劳;我要感谢我的家人,在艰难时刻我们彼此支持和陪伴;尤其是我的妹妹金自如,在本书翻译期间的一段特殊日子里曾请假帮我照顾未满6岁的孩子。

前 言

经济自由主义意识形态在世界范围内出口，造成的后果之一是如下两种现象引人注目地并行发展：一是国家机构收缩了，二是商业机构被引进来履行那些传统上被认为专属国家的职能。这在普通法世界为法律专家们提供了新的关注点，实质上使在法律体系间做零碎比较的那种活动转而为通向同一现象的多元方法。

一个意义更深远的后果是：当第二个千年让位给第三个千年之际，被崇拜的法律塑像不得不让位给在某种意义上更戏剧化的形象：穿长袍的人在一个正下行的扶梯上向上跑。正是在 20 世纪 80 年代，当执业者、法官和学者都因公法学正形成其完整全面的体系而欢呼时，贯穿整个普通法世界的政治开始拆除那个被公法学假定为永恒的结构。随着权力的整体分配超出我们曾经据以界定国家的边界，公法原有的确定性不再存在。

虽然如此，国家所保留的一些核心功能，就像久藏的老酒——量越少就越意味深长。对不公正行为更多监督，对不检点行为更多检查，对未经请求的行为更多怀疑。在这里，公法所坚持的、作出决定须适用正当程序的要求，实质上相当严格。对于那些已经授予的权力，法律也继续提出要求——但是，要将这些要求归入一个边界清晰的公域不再那么容易。因此，本文集的主题是经过仔细选择的。现在我们不只是关注大的、包括公权力整体的宪法框架，而且也关注半个世纪及之前的英国行政至上的黄金时代里法律人所乐于承认的、一种产生于实施公共管制职能的机关本身的法律文化——行政法的范围。

我认为，这些论文有如下共识：上述现象在某种意义上仍是法律帝国的一部分。这一点不难捍卫，但现在它在政治和法律上也拥有许多强大的反对者。他们的立场是，市场不仅提供了另一种不同且更好的理性版本，而且确立了公平的类型和特殊的法律模式，它们使政治集权及其梦魇——司法审查——除作为最后安全阀外成为多余。在这种观点的极端，逻辑与理性分道扬镳，自

由市场被狂热地推崇；但这种观点的核心代表着普通法世界里的共识以及有效的意识形态。本文集的撰稿人——与其说是政治学家或经济学家，不如说是法律家——通过不同的途径尝试与这种观点达成和解，他们并不争论该观点的前提，而是围绕其后果发表意见。

在我看来，正是这种主题上的一致性——虽然政治史和法律文化使其呈现出多种面貌——赋予这本文集以特殊价值。他们虽然分别来自澳大利亚、加拿大、新西兰、英国和美国，但是新近的政治史使它们有着一系列相同的关注点。而且，论文间存在一些吻合之处，反映了作为本文集诞生地的那次会议相互交流的性质。这样，本文集不仅仅是一本文集，它还是一种尝试，即普通法世界里最聪明的一批学者尝试——并非出于自卫而是创造性地——思考我们政治体制的变化对法治所构成的挑战。在戴雪（A. V. Dicey）不散英魂的笼罩下，撰稿人大多超越了戴雪视角的狭隘处，这一点也令人欢欣鼓舞。

这类事业是注定不可能实现得十全十美从而总会让人心有不甘的。每次越过高峰都会发现前面有新的高峰出现。到底市场需要法治还是它本身就是法律的一种新形式？面对这一问题时，普通法的非理论化及缺少国家的原则化概念是障碍还是优势？公法对私法美德的重新发现，其逻辑结果是对那种法律的创造物——有限责任公司——行为的合法、合理及公正性实施司法监督吗？解释性的遵从一旦发现自己所遵从的是彼此矛盾的决定又将如何应对？这些论文激动人心之处是其提出了如此激进的问题，而且在这样做的同时表现出了风度上的优雅、智识上的严格以及法学上的深度。对于那些像我一样没能参加1996年萨斯喀彻温省会议的人，读此文集是一个很好的补偿。

斯蒂芬·塞德利

(Stephen Sedley)

皇家法院

伦敦

1997年4月

致 谢

1996年10月17日至19日，萨斯喀彻温大学法学院在加拿大萨斯卡通市主办了一次会议，向此次会议提交的论文，就是本文集中论文的来源。这次会议和这本文集之所以成为可能，要感谢许多人和机构。

组织这次会议是我在1996年所承担的愉快职责之一。其时我在萨斯喀彻温大学法学院做法律基金会访问教授。这一职位于1989年基于萨斯喀彻温法律基金会和萨斯喀彻温大学之间的一个协议而设立，其目的是资助法学院的访问学者。我最感谢法律基金会和法学院给予我在如此和谐又有活力的环境中工作的机会。我“所属的”大学，奥克兰大学，慷慨地给我假期让我担任此职。

在筹备这次会议的过程中，我得益于许多朋友和同事的知识和善意，他们是如此众多以至于无法一一列举，我感谢他们所有人。但有两位值得特别一提：彼得·麦金农（Peter Mackinnon）教授，萨斯喀彻温大学法学院院长，他全力支持这次会议并且实实在在地筹措了成功举办会议所必需的资金；还有曼德·希尔（Mandy Hill），他不仅帮助组织这次会议，而且在相当短的时间内为出版者准备了编辑好的打印稿。

从一开始，我就得到撰稿人诚心诚意的支持与合作。一些撰稿人不远万里前来发言，他们全部在一个很短的时限内修改完了自己的论文。我感谢他们。我也感谢斯蒂芬·塞德利爵士（Sir Stephen Sedley）同意撰写本书前言。

与理查德·哈特（Richard Hart）及出版社的团队一起工作是愉快的经历，他们熟练地指导着本书以惊人的速度完成了出版过程。

本书献给——未经其本人许可——约翰·威利斯（John Willis），加拿大行政法学界的一个传奇人物。

迈克尔·塔格特
(Michael Taggart)