

宪政论丛

行政法的均衡之约

XINGZHENGFA DE
JUNHENG ZHIYUE

宋功德 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

行政法的均衡之约

宋功德 著

图书在版编目(CIP)数据

行政法的均衡之约/宋功德著. —北京:北京大学出版社, 2004. 7

(宪政论丛)

ISBN 7-301-07508-1

I. 行… II. 宋… III. 行政法-平衡论-研究-中国 IV. D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 054842 号

书 名: 行政法的均衡之约

著作责任者: 宋功德 著

责任编辑: 王烈琦 李 霞

标准书号: ISBN 7-301-07508-1/D·0901

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 三河新世纪印刷厂

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 32.25 印张 600 千字

2004 年 7 月第 1 版 2004 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 翻版必究

前 言

真理之河总是分成两条河道,然后又重新合流。两河之间的岛民花费毕生光阴争论何处是主流。

——西里尔·康诺利

我以为,绝大多数拿起这本书的朋友恐怕都能够顾名思义,知道其所讨论的主题是行政法的“平衡论”。书中的大部分文字与观点是你未曾见过的,因为它们首次公开发表。不过部分章节由于曾以不同方式发表过,因此你以前或许听说过、或者检索过、甚至阅读过,也就或多或少会有些印象。

—

最近几年,在先生罗豪才教授的悉心指导下,我一直专心致志于平衡论研究。在原有理论研究的基础上,我尝试着将新制度经济学、社会学、公共行政管理学的一些知识引入平衡论研究视野,选择新的视角、运用新的方法,试图以自己的方式发展、完善平衡论。几年下来,我在不知不觉中形成一种理论研究的路径依赖性:一则,当我在描述、解释、评价各种行政法现象时,会不自觉地遵循平衡论的思维模式,这就使得行政法现象进入我的研究视野时其实已被平衡论“格式化”过,其意义或多或少成为一种被平衡论所赋予的意义;另则,当我在反思、建构、发展、修正与完善平衡论时,又习惯于援引其他类型、尤其是其他学科的知识,试图从经典理论与行政法制实践的现实经验中寻找更多的可资平衡论立足的逻辑性与经验性知识,寻找确保平衡论发挥作用的支点或者联结平衡论

与行政法制实践的契合点。坦白地说,我这种戴着平衡论眼镜解读行政法现象以及围绕着平衡论来组织行政法知识的作法,的确有可能致使某些行政法现象或者其他学科的知识在进入平衡论视野时,出现一定程度的变形。不过,这种路径选择对于在平衡论与行政法实践之间建立起常规联系、对于清除行政法与其他学科之间的知识隔膜而言,却是理性的。

我与其他平衡论者之间所存在的研究偏好的差异,除却上述研究进路之外,还表现在研究方式上的不同。概言之,我主要通过以下几种方式演绎平衡论这个主题:一是致力于梳理平衡论的发展历程,二是正面构建与完善平衡论的理论框架,三是尝试回应其他学者对于平衡论的质疑,四是应用平衡论解释行政法现象,五是通过个案研究来确证平衡论的合理性。我的这种研究姿态上的特点,不仅决定了研究成果的理论形态,也大体确定了本书体例与内容的基本结构。

二

本书分为上、中、下三篇,依次探讨平衡论是如何崛起的、什么是行政法均衡化的理论框架、行政法的平衡体现在哪几个维度三个基本问题。

平衡论的崛起 本篇旨在全面梳理、展示行政法“平衡论”从提出到初步确立、从早期理论框架到现行知识结构的发展历程。

文章首先指出,平衡论之所以能在中国行政法学界由罗豪才教授所率先提出,虽然在一定程度上取决于倡导者个人的学术背景、知识与学术偏好,但在根本上应归结为中国行政法学在社会转型的时代背景下,试图对行政法制实践、进而对社会转型发展所作的一种理论回应。其次,文章认为,在平衡论的提出与确立的初期,平衡论者在提出“管理论”与“控权论”这两个平衡论的对立范畴的基础上,通过对行政法的视角、利益基础与价值取向及功能定位、行为模式设计、制度安排机理等四个根本问题上与管理论、控权论严格划清界限的方式,凭借鲜明的理论对照成功地树立起自身的理论形象。最后,文章着重评介平衡论者在近五六年出于自我反思与回应学术批评的需要,通过从规范研究转向实证研究、从内部视角转向外部视角、从横向比较研究转向纵向研究等研究进路的调整;通过将行政法的“平衡”涵义从早期的一般均衡属性的“倒置的平衡”,重新界定为具有对策均衡属性的行政法权力/权利配置格局的“结构性均衡”;并基于早期所主张的利益衡量的“平衡方法”,发展出一套较为完整的、由行政法机制设计与以博弈为核心的行政法方法所构成的“平衡方法”。通过上述理论发展与修正,不仅平衡论这个现代行政法理论基础的基本框架得以大致确

立,而且也标明了平衡派这个开放型学术派别的初步形成。

对平衡论的发展历程以及理论现状加以系统的学术梳理,此于平衡论研究而言显然不可或缺。我早有此意,但直到最近才有机会了却这桩心愿。我不敢说这种梳理一定是全面的、准确的与到位的,不过在此之前的各种形式的理论回顾,恐怕不及此等规模。而且,我的这种梳理并非只是一种描述与解释,它在相当程度上是一种关于平衡论的知识重组。我想,这种梳理的意义至少有两点:一则为平衡论者今后进一步发展、完善平衡论提供必要前提;二则起到澄清学界对平衡论的误解、曲解与一知半解的作用,有助于人们了解、理解、接受或者批评一个真实的、现时的平衡论。

寻找均衡 本篇侧重于从多个层面/侧面探讨行政法均衡化的问题解决,旨在构建一套对应于行政法均衡化的行政法知识结构,试图开辟一条联结行政法的失衡现状与平衡理想的通道。

其一,从宪法、行政法的角度探讨中国公法的崛起与政治变革之间的关系。也许,这种讨论不够“学术”,但在我看来,此于厘清公法与政治之间的关系、促成公法与政治的互动,为行政法均衡化提供必要的政治前提与制度空间而言,显然都是至关重要的。

其二,讨论行政法治原则的地域化。不言而喻,由于行政法治原则在行政法治建设、行政法律体系构建以及行政法学研究当中,都具有根本意义,因此解决行政法的失衡问题,就不可能绕过行政法治原则。鉴于学界经常有意无意地将行政法治原则视作一种不同国家、不同历史时期以一种面孔出现的普适性知识,我们固然承认不同历史时期、不同地域的行政法治原则具有一定程度的共性或“家族相似性”,但由于影响行政法治原则禀性的民主体制、分权结构与理性观念在很大程度上是一个地域性与历史性的概念,因此实践中的、而非经典理论中的行政法治原则就更多地表现为一种地方性知识。

其三,探讨行政法均衡化的机制设计问题。这部分内容是在我的博士论文的一个章节的基础上修改而成的。恕我直言,学界对于机制设计问题的理论关注明显不足,有些学者甚至对这一重要主题缺乏基本的职业敏感,这就使得这个理论盲点一直成为制约行政法朝着实证方向发展的“瓶颈”。我以为,对于平衡论者而言,探讨行政法的均衡化不可能避而不谈行政法的机制设计,否则均衡化问题至多在理论上只解决了一半。不过,由于我最近对于机制设计问题并无新的理论见解,故而只能将其从博士论文中“挪”过来充数。在这个专题中,我基于对行政法机制设计理论变项的深入探讨,确证了现代行政法要实现结构性均衡,其机制设计就必须是内外协调一致、制约与激励兼容。

其四,行政法的制度变迁。行政法正是诉诸规模不等、形式各异的制度变

革来确保其常新性与正当性。在平衡论者看来,行政法制度变迁的实质是行政法徘徊于失衡与平衡之间的一种制度调整过程,是一种行政法主体通过多方博弈寻找均衡解的过程;行政法的均衡化,最终总要体现为行政法的制度变迁。作为一个独立的部门法,虽然行政法的制度体系相对独立,但行政法的制度变革过程从来就不可能是自足的,而是一种适应与回应外在社会结构变迁的结果,并在一定程度上反作用于外在社会结构。当然,由于外在约束条件的不同,行政法制度变迁的路径选择与形态也不一而足,诸如强制性变迁与诱致性变迁、边际调整性变迁与结构调整性变迁等。

其五,行政过程的博弈分析。行政法的平衡,由于不仅限指静态意义上的行政法权力/权利配置格局的均衡,更是指一种行动与实践着的能动主体之间、主体能动性与制度结构刚性之间的全方位互动格局。因此行政过程的属性虽然直接取决于行政法的制度安排,但经常超出其外也不足为怪。我以为,行政法学界对于行政过程的性质有一个似是而非的理解,即将其简单地视作一个以“命令—服从”为主旋律的、扁平的行政执法过程。其实不然。经验表明,在现代行政法制实践中,行政过程(应)主要是一个由行政主体与相对方在由宪法与行政法规范(以及其他正式与非正式制度)所提供的平台上展开多种形式的博弈,并借此寻找一种共识(或者一种合意的均衡解)的过程。为了确证这一点,我从批评那种流行误解开始,系统地探讨了行政主体与相对方之间为什么要博弈、为什么能够博弈、规范信息与事实信息的较量、博弈场域、合意的形成等基本问题。

均衡之约 如果说本书的中篇重在从宏观上、系统上、整体上确立一个行政法均衡化的理论框架,那么下篇则主要运用这个体系化的理论框架,通过个案研究的方式来凸显、实证行政法的结构性均衡与均衡化。

众所周知,由于个案实证可以无穷无尽,因此如果不选择一种恰当的角度来试图使得这种实证研究反映尽可能多的实证问题,那么个案研究就很容易挂一漏万。为此,我大致遵循国家与社会的维度、政府与市场的维度、公共行政的强制性与非强制性维度、抽象的机制设计与具体的制度安排维度、常规行政与紧急行政的维度,并侧重于研究强化社会自治、让政府职能“缩水”、非强制性行政的凸显、具体的制度安排、紧急行政这些在传统行政法理论中较少得到关注的“另一面”,试图以较少的个案、较为全面地反映行政法的“均衡之约”。

其一,国家与社会的维度。如何理性地处理国家与社会之间的关系,这是一个重要的宪法、行政法主题。在回归市场价值、重建市民社会潮流的有力推动下,第三部门普遍兴起,公共行政改革席卷全球,政府职能处于重构过程中。在行政法上,这个主题被转化为一个如何重新理性地配置行政权/相对方权利的问题。为了说明这个问题,我选择了消费者协会作为研究个案,试图实

证既要厘清国家与社会的边界,以便为社会自治腾出必要的空间;又不能指望二者因此就能泾渭分明(更不可能一刀两断),二者关系的常态是犬牙交错。

其二,政府与市场的维度。对于行政法、尤其是对于处于转型发展期的中国行政法而言,要实现行政法的平衡,就不得不通过强化政府职能配置的市场取向来寻求政府与市场之间的互动,从而最优配置社会资源。不过,由于这是一个几乎为所有社会学科分支所共同关注的老生常谈的共同话题,相关研究已汗牛充栋,我不可能、也未打算作什么理论创新。因此我只是针对行政规制在传统政府职能中所居的重心地位,选择中国行政审批制度改革作为研究个案,来实证行政法是如何重新配置行政权/相对方权利,通过向内挪移行政权的边界以便为市场机制腾出必要空间。

其三,公共行政的强制性与非强制性维度。与传统行政法理论习惯于将行政(权)与强制性之间的关系理解为必然性形成鲜明对照的是,平衡论者认为行政(权)与强制性之间的关系仅仅是或然的,亦即公共行政具有强制性与非强制性的两面。鉴于行政指导在非强制性行政行为当中的突出地位,以及学术界与实务界对行政指导的法律属性、与法治原则之间的张力、通过法律规制实现规范化等基本问题所存在的诸多误解,我选择行政指导作为研究个案,旨在凸显公共行政长期以来被遮蔽的非强制性的那一面。

其四,抽象的机制设计与具体的制度安排维度。机制设计与制度安排之间休戚相关:抽象的机制设计决定着具体的制度安排的姿态,具体的制度安排实践着机制设计的意图。近几年,虽然平衡论者对行政法的机制设计问题倾注了大量的学术精力,不过对于机制设计与制度安排之间的关系的论证、尤其是实证上,尤显不足。因此,我选择《中关村科技园区条例》作为研究个案,试图展示行政法的具体制度安排是如何通过对行政权/相对方权利的合理配置,来践行行政法机制的激励与制约的相容性。

其五,常规行政与紧急行政维度。应当承认,在 SARS 之前,虽然理论界也曾一定程度地关注过突发公共事件的防治、尤其是紧急行政的应急处理问题,并提出行政应急性原则将其视作与行政合法性原则与行政合理性原则并列的一个行政法基本原则^①,行政法的制度安排也或多或少地涉足突发公共事件的政府防治问题,但是,就其总体而言,由于既有的理论研究与制度安排基本上都是围绕着常规行政展开的,从而对于紧急行政的研究与规范自然明显不足。不过,SARS 事件以及其他更多的突发公共事件表明,对于紧急行政缺乏足够的关注,很有可能招致灾难性后果,造成整个行政法权力/权利配置格局的混乱与松

^① 参见罗豪才主编:《行政法学》,北京大学出版社 2000 年三版重排本,第 30 页。

动。就此而言,虽然我们不应据此要求紧急行政与常规行政在行政法的理论研究与制度安排中相提并论,但无论如何再也不能漠视紧急行政了,否则行政法的均衡化就会变得高度不确定。有鉴于此,围绕着“直面公共危机:论突发公共事件的政府防治”这个主题,我通过对突发公共事件的属性、危害性、政府的防治职责、常规行政的有限预防、紧急行政的应急处理、政府防治机制的法律规制等基本问题的系统探讨,旨在将突发公共事件的政府防治问题转化为行政法的行政权/相对方权利理性配置问题,以期填补平衡论、乃至整个行政法学理论体系中的一个研究空白。

三

在中国行政法学界,学术著作以平衡论作为主题的,本书并非第一本。例如,不仅罗豪才教授的《现代行政法的平衡理论》已出版了两辑,而且袁曙宏教授、方世荣教授、甘文博士、沈岍博士、李娟博士、董炯博士、郭志斌博士、黎军博士等所陆续出版的博士论文,也基本上以不同方式共同演绎同一主题。此外,我自己也先后出版了《行政法哲学》、《WTO与行政法》(与袁曙宏合作)、《论经济行政法的制度结构》三本或阐述、或发展、或应用平衡论的学术著作。但是,通过以上我对本书体例与内容的粗略评介,我想本书与其他平衡论著作之间所存在的巨大差异变得显而易见,因此我有理由相信,本书对于推动平衡论研究的深入而言,应当能够作出与众不同的贡献。

诚然,我又出版了一本关于平衡论的书,但这既不必然意味着我对平衡论的理解由此进入一个新境界,也不必然标明平衡论研究借此又上了一个新台阶、呈现出一种新姿态。我以为,谨慎地将本书视作一种平衡论研究的小结或许更加妥当。事实上,不仅不应高估一本书本身的意义,甚至也不应高估书写一本书的意义。关于这一点,林语堂先生如是说:“当一个人在丧失了说出警句的能力时,他方去写长篇;而他在论证之中依旧不能明白发表他的意思时,他方去著作一本专书。”^①惟此,对于发展、完善平衡论而言,尽管需要发表一篇又一篇的平衡论论文、需要出版一部又一部的平衡论论著,这是一个无法省略的知识积累与理论试错过程。不过无论如何,我想平衡论恐怕都不应变得越来越烦琐、越来越“学术”,而应越来越简练、越来越贴近实践。

^① 林语堂:《生活的艺术》,华艺出版社2001年版,第393页。

CONTENTS 目 录

前言	1
----	---

上篇 平衡论的崛起

引言	3
----	---

第一章 提出:行政法理论对社会转型的回应	6
一、回应社会结构的均衡化	6
二、为什么会在中国脱颖而出	10
三、平衡论的先行者	16

第二章 确立:与管理理论、控权论划清界线	25
一、行政法视角不同	26
二、利益基础、价值与功能不同	31
三、行为模式设定不同	37
四、制度安排机理不同	43

第三章 发展:进路、命题与知识重构	48
一、研究进路的调整与创新	49
二、行政法的平衡:作为一种对策均衡的结构性均衡	55
三、行政法的均衡化:机制设计与方法更新	60
四、问题:如何通过沟通来赢得普遍认同	73

CONTENTS 目 录

结语	77
附录:对平衡论质疑的回应	78

中篇 寻找均衡

第四章 中国公法的崛起与政治变革:	
宪法、行政法的视角	91
引言:公法理论的政治之维	91
一、两种制度变革的殊途同归	94
二、两种制度变革所共同遵循的基本准则	102
三、两种制度变革路径选择的相似性	111
四、两种制度变革约束条件的相似性	115

第五章 行政法治原则的地域化	122
引言	122
一、地域化命题的提出	124
二、地域化的理想类型	128
三、地域化的制约条件	137
余论	145

第六章 行政法均衡化的机制设计	147
一、机制设计的理论变项	148
二、机制设计的内外协调一致	177
三、机制设计的制约与激励兼容	189

CONTENTS 目 录

第七章 行政法的制度变迁	199
一、行政法的二维性与行政法学解读	199
二、社会变迁引致行政法制度变迁	206
三、制度变迁的回应性与选择限制	217
四、制度变迁过程:博弈及其均衡	223
五、制度变迁的逻辑结构	228
六、制度变迁的基本类型	235
小结	248

第八章 行政过程的博弈分析	250
引言:偏见与退路	250
一、博弈的动因与条件	252
二、信息的较量	257
三、博弈的场域	266
四、作为结果的均衡	272

下篇 均衡之约

第九章 政府与社会的互动:消费者协会	
个案研究	279
一、“消费者问题”的生成与对策	279
二、消费者协会的角色定位	286
三、消费者协会所支配的权力资源	296
四、消费者协会的机制设计	302
结语	311

CONTENTS 目 录

第十章 政府与市场的互动:以中国行政审批制度改革为例	313
引言	313
一、审批失灵直接引致政府与市场关系的失衡	314
二、行政审批制度改革的策略选择	319
三、行政审批制度改革的实施方案	326
四、行政审批制度改革的绩效与问题	335
第十一章 行政指导研究:公共行政非强制性之维的凸显	340
引言	340
一、行政指导的法律定性	342
二、行政指导的构成要件	364
三、行政指导的功能	385
四、行政指导的合法性危机	391
五、行政指导的法治化	399
第十二章 平衡于制约激励之间:行政法机制设计个案研究	415
一、行政法机制及其理论基础变迁	415
二、现代行政法的机制创设背景	417
三、行政法机制创设的目标	420
四、机制创设框架:制约与激励并举	424

CONTENTS 目 录

第十三章 直面公共危机:论突发公共事件 的政府防治	433
引言	433
一、难题、出路与研究进路	434
二、突发公共事件的基本特性	438
三、突发公共事件的主要类型	443
四、突发公共事件的社会危害	450
五、政府理应挺身而出	456
六、由常规行政主导的有限防范	462
七、由紧急行政主导的应急处理	468
八、政府防治机制的法律规制	488

上篇

平衡论的崛起

引言

无论你对行政法平衡论持一种什么样的学术态度,我以为你都不会去否认,经过十多年的风风雨雨,平衡论已由一棵稚嫩的理论新苗长成枝繁叶茂的参天大树。而且,在年轻的中国行政法学术共同体中,以平衡论作为纽带,越来越多的对行政法理论基础所持见解具有“家族相似性”^①的行政法学者,围绕着罗豪才教授——平衡论的首创者,正在形成一个令人刮目相看的学术派别——平衡派。从平衡论的提出、确立到加速发展,不仅罗豪才教授倾注了大量心血,而且也吸引了其他许多平衡论者的主要学术精力;不仅平衡论者为此支付了数量不菲的研究成本,而且众多的其他行政法学者也耗费相当数量的研究资源来批评、完善平衡论,或者与平衡论者反复商榷。当平衡论日渐发展成为行政法学研究的一个重要主题,甚至在某种意义上讨论平衡论被视作一种时尚时,就难免会引发这样一种追问:在中国行政法学亟待研究的问题成堆、而研究资源又相对稀缺的情况下,花费这么多的资源去从事平衡论研究,到底值不值得?作为一种引人注目的学术产品,平衡论对于中国行政法学、进而对于中国行政法制建设究竟能够作出什么样的贡献?

① 维特根斯坦在讨论语言的本质时说:“我无意提出所有我们称为语言的东西的共同之处何在,我说的倒是:我们根本不是因为这些现象有一个共同点而用同一个词来称谓所有这些现象,——不过它们通过很多不同的方式具有亲缘关系。由于这一亲缘关系,或由于这些亲缘关系,我们才能把它们都称为‘语言’。”“我想不出比‘家族相似’更好的说法来表达这些相似性的特性;因为家族成员之间的各式各样的相似性就是这样盘根错节的:身材、面相、眼睛的颜色、步态、脾性,等等,等等。——我要说:各‘游戏’构成了一个家族。”参见[英]维特根斯坦:《哲学研究》,陈嘉映译,上海世纪出版集团、上海人民出版社2001年版,第48、49页。我以为,“家族相似性”这一概念为我们提供了恰当的理解平衡派、平衡论、甚至整个行政法知识体系的方式。所有认同并研究平衡论的行政法学者之所以被统称为“平衡论者”,并非由于他们的理论主张同出一辙,往往也并非这些理论主张之间上具有某种“共性”,而在于它们表现出一种家族相似性。了解这一点,我们就既不必对所有的平衡论者都求全责备,也不至苛求某个平衡论者的某种理论主张因必须要与其他平衡论者(甚至包括罗豪才教授)保持高度一致而不得委曲求全。不仅平衡派与平衡论,行政法与行政法知识体系也大抵如此。各种相关的法律制度之所以能够被组织起来成为行政法这一与众不同的部门法,各种相关的实践性知识与解释性知识之所以能够被组织起来成为一个相对独立的行政法知识体系,在相当程度上是基于“家族相似性”而非什么共性。的确,我们也许不必完全同意陈嘉映先生的看法:“‘家族相似概念’属于那类并不大常见的洞见,在维特根斯坦之后,很少有人会简单地从‘共性’来解释概念了。”([英]维特根斯坦:《游戏规则》,唐少杰等译,“前言”,陕西师范大学出版社2003年版,第18页。)但对于很多行政法现象的解释与建构而言,以“共性”为内核的思维模式明显不及以“家族相似性”为内核的思维模式便捷、有效、令人信服。