

出则不得而知。相比较而言,公共性一方面照应了国家行政和社会行政并存的事实,尤其能够满足现代服务行政的需要;另一方面,其内部又同时蕴含了公共利益乃至私益的成分且兼顾了行政活动的过程与结果,因而能够以其自身的包容性取代公益而成为支配行政运行的最高理念。<sup>①</sup>

## 2. 行政公共性的内涵

在行政法学理上,行政公共性理解的视角呈现多元化的格局,学者弗莱斯曼关于“将公共的概念作为代表国民的一个政府和具有各种各样的不同利害关系的多数市民之间的关系来把握”的观点值得重视。弗氏认为,政府并不是为了特定的个人、集团或者其自身而存在,而是为了各种各样的个人及集团而存在。也就是说,政府是公共的代表者,必然以与其地位相符合的基准来行动。而提供这一基准,便是公共的概念所发挥的作用。<sup>②</sup>沿着这样的思路,笔者试图对公共性概念作如下解释:行政共同体通过对公共事务的管理,向社会成员提供公共服务和公共产品以满足其人道生活的需要。具体而言,行政公共性可以从以下四个方面加以说明:

第一,现代行政的主体是社会成员基于公共生活的需要所产生的共同体。根据哈贝马斯的交往理论,人是社会存在物,为了生存,必须与他人交往。<sup>③</sup>唯有交往,各种社会关系才能形成。因此,在现代社会,公民个人之间始终是彼此联系、相互依存的。在追求自身利益最大化的过程中,社会成员之间的矛盾与冲突在所难免。为了协调各种社会利益关系、构建社会公共生活秩序和维护社会正义,拥有一定公共权力的行政共同体便是不可或缺的。随着市民社会的不断发展,大量非政府组织和社会团体也逐渐同国家、政府一道共同分享公共权力,成为公共行政部门中的一支重要力量。作为公共管理活动的主体,这些行政共同体都具有不同于一般私域组织的公共性特征,如它们都有着明显的代表性。在现代社会,国家、政府都希冀成为最大多数人利益的代表者,在构成上都尽可能吸纳一切可以吸纳的阶层、界别参与其中;而社会团体等第三部门本身就是出于各种利益的需要而结成的共同体,其天然的使命就是代表并维护团体成员的共同利益。可见,行政共同体的存在并不是为了谋求其自身的利益。相反地,它完全是基于公众社会生活的要求而存在的。这是行政的公共性在主体上的具体表现。

第二,现代行政的客体是公共事务。由于公共权力来源于社会成员共同生活的需要,因而其作用的对象也必然是公共事务,即国家事务、政府事务以及社会的公共

<sup>①</sup> 关于公共性与公益的区别,我国台湾地区学者程明修先生曾对日本学者的诸多观点作过详细介绍。他指出:“由静态面之认识以观,公共性乃公益判断之基准,就动态面之公共性分析以观,将被实现之权利或利益与被受害者之权利或利益分裂、对立地客观加以认识,并为两者间之价值序列与体系化之分析(公共性分析),方得以确认行政存在之理由。”参见程明修:《从行政法之观点论行政之公共性》,载城仲模主编:《行政法之一般法律原则》(一),台湾三民书局1994年版,第102—104页。

<sup>②</sup> 转引自杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第423—424页。

<sup>③</sup> 欧力同:《哈贝马斯的“批判理论”》,重庆出版社1997年版,第226页。

法的角度研究,而不能局限于本国和本地区。国家界限之外的行政作用也应当纳入行政法的研究之中。这种研究的出发点应当是如何促进主权国家间的行政法合作。……国际行政法起源于国际私法,调整本国和外国之间的行政法关系,其核心任务是避免和解决公法冲突的规范(冲突法),根据国家间有关简化行政法交流的条约限制国内行政法的适用范围。国际行政法是指调整涉外行政法事件的公法规范以及确定国际(涉外)事件如何适用法律的规则的总和。”<sup>①</sup>不过,所谓的“国际行政法”并不是一个十分成熟的概念。一方面,各国行政法之间的相互借鉴甚至趋同并没有改变行政法作为国内法的本质属性,行政法的主要使命依旧是规范一国行政权的行使;即使存在某些涉外因素(即所谓的“涉外行政法”),它仍然属于国内法的范畴,并非国际行政法。另一方面,作为跨国间共同遵守的行政法以及有关国际行为的规范只能算做国际公法的内容。诚如学者所言:“由于国与国之上,并没有一个更高主权的团体存在,上述国际间的秩序,并非建筑在出自更高公权力的法规范之上,也无法用‘法’来予以规范,毋宁是如同国际公法,以实力与互利原则来运作之,所以这是属于以各个国家为当事人的国际条约所处理之事项。”<sup>②</sup>因此,从根本上来说,行政法是规范行政权的国内公法,即使在全球化进程不断加快、全球治理日渐兴起、“全球行政法”<sup>③</sup>概念开始出现的今天,行政法的这一性质仍然没有改变。

### (三) 行政法与宪法的关系

在现代法律体系中,行政法与宪法的关系最为密切。一方面,作为国家根本大法的宪法的核心内容是对国家权力的实现方式及其运作进行规范,表现出浓厚的政治色彩;行政法关心的则是行政权的存在及其行使的合法性,表现出更多的技术色彩。因此,二者在调整对象、范围及方法上都存在差异。另一方面,出于对限制公共权力、保障公民权利的共同关切,二者在内容、功能上又有颇多相同之处,都被认为是传统公法的重要组成部分。诚如哈耶克所言,宪法“旨在分配权威,限制政府权力”,而行政法指“调整政府机关及其公务员的行为的规则,决定社会资源的配置方式”,二者的核心作用都在于“对政府手中的任意权力加以限制,以免公民个人及其财产沦为政府恣意支配的工具。”<sup>④</sup>正因为行政法与宪法都是研究公法现象的法律部门,因而对二者之间关系的揭示自然就成为公法学研究的重要议题。检阅中外公法学文献,“行政法的宪法基础”、“行政法的宪政背景”、“作为动态宪法的行政法”、“行政法是宪法的具体化”等表述彰显出宪法对行政法的引领作用和行政法的“属宪性”特征;同时,“宪法灭亡,行政法长存”、“宪法易逝,行政法长存”的警句又隐约表达出行政法对宪法的

① [德]汉斯·J·沃尔夫等:《行政法》(第1卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第16—17页。

② 陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第7页。

③ [美]本尼迪克特·金斯伯里等:《全球行政法的产生(上)》,范云鹏译,载《环球法律评论》2008年第5期。

④ 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第258页。

泛性、直接性、主动性、积极性等特点。面对社会政治、经济、科技的发展,行政权的反应最为迅速、敏感、有效,因而行政法能够适应社会变动的需要,进而缓解宪法所面临的窘境。换言之,在特定情况下,行政法的发展对宪法内容具有补充、丰富和拓展的功能,在一定限度内能够消解社会变动与宪法滞后之间的紧张关系。

在西方行政法治的实践中,行政法发展对宪法的补充、完善甚至修正的例证大量存在。其中,美国即是典型代表。例如,正当程序是美国宪法的核心理念,美国《宪法修正案》第5条和第14条都先后明确宣示“未经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产”。在一开始,这些条款仅适用于刑事司法领域,目的在于赋予刑事当事人被公正对待的权利。但随着行政权的不断扩张和膨胀,公民合法权益遭受行政权侵犯的危险日益增大。在这种背景之下,正当程序条款的适用范围也随之扩大,凡是在广义上剥夺公民的基本权利时都必须保障其享有被告知和陈述意见并得到听取的权利。美国1946年制定的《联邦行政程序法》即对当事人在行政活动中所享有的程序性权利作了明确规定,这一具有划时代意义的法典不仅直接导源于宪法的正当程序条款,而且在内涵和范围上都大大地完善了宪法修正案的规定。第二次世界大战结束以后,随着行政民主化、公开化步伐的加快,美国国会于1966年制定了《情报自由法》。该法第一次以成文法的形式保障了私人享有取得政府文件的权利,从而在法律上正式确认了公民的又一基本人权——知情权。正如时任美国司法部长的克拉克在阐述该法的目的时所言:“如果一个政府真正地是民有、民治、民享的政府的话,人民必须能够详细地知道政府的活动。没有任何东西比秘密更能损害民主,公众没有了解情况,所谓自治,所谓公民最大限度地参与国家事务只是一句空话。如果我们不知道我们怎样受管理,我们怎么能够管理自己呢?在当前群众时代的社会中,当政府在很多方面影响每个人的时候,保障人民了解政府活动的权利,比任何其他时代更为重要。”<sup>①</sup>毫无疑问,该法的颁布实施是对美国行政法的重大发展,它大大丰富了公民基本权利的内容,使公民对政府的监督有了切实的法律保障。更为重要的是,该法拓宽了美国“权利法案”的内容,是对美国宪法的重要补充和发展。再如,自19世纪下半叶开始,随着资本主义经济的迅速发展,大量的社会问题、矛盾滋生,美国政府开始对社会经济活动进行广泛干预。以1887年州际商业委员会的创立为标志,一种被称为“第四种权力”的独立管制机构在美国大量涌现。这种机构既不从属于国会,也不从属于法院,又不完全从属于政府。它们“根据有关的法规而运作,那些法规授予机关以‘立法权’:颁布控制个人行为并对违法行为科以民事或刑事重罚的规则;‘行政权’:调查潜在的违反规则或法规的行为并对违法者提起诉讼;以及‘司法权’:裁决

<sup>①</sup> 参见王名扬:《美国行政法》(下),中国法制出版社1995年版,第959—960页。

立地不足”的尴尬处境,应当大力倡导实证分析方法、有效利用比较分析方法、不断引入跨学科分析方法,通过多种研究方法的综合运用,逐步提升我国行政法学研究的整体水准。

(3) 行政法学和谐化。行政法学的和谐化是就行政法学理论体系的逻辑严密、结构合理而言的。一个明显的事实是,行政法学研究成果要想向现实转化,发挥理论本身所固有的现实指导作用,就必须具有一种“规模”效应,即能够建立起体系完整、内部和谐的专业化的知识系统。未来的行政法学研究必须坚持“和谐观”,注重行政法学各个分支领域研究的整体推进,最终形成规模宏大、结构科学、布局合理的行政法学理论体系。为此,需要注意学术研究的分工与合作:“分工”体现了学术研究的个体意识,能够实现行政法学研究的专门化和精细化;“合作”则体现了学术研究的集体意识,能够实现行政法学研究的全面化和规模化。就广义行政法学而言,应当实现行政法学总论与分论的“齐头并进”;就狭义行政法学而言,应当实现行政法学基本原理、行政组织法学、行政行为法学、行政救济法学等四个组成部分的“并驾齐驱”。通过有效整合这种单个学者的“个人行动”与学术共同体的“集体行动”,我国的行政法学派别才能够不断涌现,进而营造行政法学研究的规模效应。可喜的是,近年来我国行政法学者的“集体行动”意识有所增强,一些富有特色的学术派别或研究团队业已初步形成。除了长期致力于行政法基础理论研究的北京大学行政法团队、密切追踪国家立法进展的中国政法大学行政法团队外,一些基于共同研究旨趣、打破区域及年龄界限而自然演化的研究团队已经开始崭露头角,如钟情于经典行政判例分析的研究主体群、痴迷于风险规制分析的研究主体群、着眼于行政审判现代化分析的研究主体群、致力于微观部门行政法分析的研究主体群等。这些个性化研究群体的涌现,是我国行政法学研究正日益走向深入、走向成熟的重要标志,预示着一个和谐的、专业化的行政法学知识体系趋于定型。

(4) 行政法学综合化。行政法学的综合化意指应当在整个社会科学的宏观背景之下,通过分享其他人文社会学科的研究成果,以综合的研究方法构建“开放式”的行政法学知识体系。法学的学术史表明,法学体系的发展达到一定的阶段之后即面临学科分化基础上的综合问题。当今时代,无论中外,不仅社会科学领域的研究日新月异,法学各分支学科的研究也取得了长足发展。具体就我国的法学研究而言,20世纪80年代史学家所惊呼的“法学幼稚”局面已经大为改观。相比较法理学、法律史学等法学基础学科以及刑法学、民法学等部门法学科而言,我国行政法学的知识积累还存在很多欠缺,尚未实现以一种开放的态度接受其他学科研究成果对自身的影响。从某种意义上来说,这也正是行政法学研究陷入自说自话甚至自我欣赏境地的重要原因。事实上,由于行政管理现象的多样性、复杂性,单靠行政法学自身已经无力解释这些社会现象。例如,行政法领域内群体性抗争事件的化解,就不能仅仅冀望于现有的信访、行政复议及行政诉讼制度,还涉及公共政策的理性制定、社会危机的有效应

还是将行政法的渊源理解为行政法律规范的存在形式。<sup>①</sup> 翻检 20 世纪 80、90 年代出版的众多行政法学教材,在讨论行政法的渊源问题时,除了一些细枝末节上的纷争之外,大多将其概括为宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、规章、法律解释及国际条约等成文法。只有少数学者提出,法的一般原则、判例、惯例等行政法不成文的形式也应当值得考虑和重视。<sup>②</sup> 行政法的渊源就是行政法的表现形式或存在形式(即行政法的形式渊源),而行政法的表现形式就是成文法的观点一直在学界占据统治地位。很明显,这种局面的形成与我国法理学关于法渊源的主流认识不无关系。

上述研究状况直到 20 世纪 90 年代后期才发生了些微变化,其主要表现是行政法的不成文法源或非正式法源逐渐得到学界认可。总的来说,学界对行政法不成文法源的探讨主要是通过以下两种方式进行的:一是部分学者在其行政法著作中明确提及了行政法的一般原则、判例、政策等不成文法源。例如,罗豪才教授较早就提出:“行政法就其外延或外部表现形式看,不仅包括一系列行政法规范,而且理应包括一些重要的行政法原则,它们同样具有法的效力。……在我国,由于体制的局限,人们往往忽视了原则的法律约束力,从而不把它列为行政法概念的重要组成部分。这一点应加以修正。”<sup>③</sup>姜明安教授也指出:“在实际的司法和行政执法实践中,法理和判例也有着重要的作用。法官和行政执法者在适用法律时,往往以法理为指导,以判例为参照。权威法学家的著作以及经最高人民法院审判委员会审查,在《最高人民法院公报》上发布的判例,具有准法源的作用。”<sup>④</sup>孙笑侠教授则从法律适用的角度对政策、法理和判例在司法审查中的作用进行了较为深入的实证分析,并将它们列为行政法的非正式渊源。<sup>⑤</sup> 二是一些学者专门撰文对行政法的不成文法源做了整体性研究,或者就其中某类具体形态的不成文法源进行了专门论述。例如,关保英教授发表过有关行政法的非正式渊源的论文<sup>⑥</sup>;朱新力教授等学者发表过有关行政法不成文法源

① 例如,在德国,法律渊源的概念存在着多种不同的定义,但法理通常认为法律渊源是“实在法的识别标志”,它是法律规范得以产生和存在的表现形式。参见〔德〕哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社 2000 年版,第 55 页。在日本,行政法的法源是指关于行政的组织及其作用的法的存在形式,可以分为成文法源和不成文法源两种。参见〔日〕盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社 1999 年版,第 39 页。

② 参见张树义主编:《行政法学新论》,时事出版社 1991 年版,第 17 页;杨海坤:《中国行政法基本理论》,南京大学出版社 1992 年版,第 103 页。此外,王名扬教授还提出,行政法的法渊包括形式的渊源和实质的渊源。其中,行政法的实质渊源是指“构成行政法规则的资料来源于什么地方,行政法规则包括什么内容”。参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社 1988 年版,第 18 页。

③ 参见王锡铨等:《行政法性质的反思与概念的重构——访中国行政法学会总干事罗豪才教授》,载《中外法学》1995 年第 2 期;罗豪才主编:《行政法学》(新编本),北京大学出版社 1996 年版,第 7 页。

④ 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社 1999 年版,第 31 页注。

⑤ 参见孙笑侠:《法律对行政的控制——现代行政法的法理阐释》,山东人民出版社 1998 年版,第 107 页。

⑥ 参见关保英:《市场经济条件下行政法的非正式渊源》,载《法律科学》1995 年第 2 期。

有特别的规定。但是,通过官报公布的方式已经成为长期以来的惯例,在一般国民中被认为是法律规定的必经程序。如此一来,在官报上公布国家法令便成了一种习惯法。地方民众性习惯法是有关公法关系的一定习惯在民众中继续得到维持并获得社会普遍认可的规则,它主要存在于类似河川用水权、原野放牧权等公物利用关系之中。当这些权利在当地民众的意识中确立并固定下来时,行政机关在实施征用公物等活动时就应当接受这一习惯法的约束。<sup>①</sup> 在德国,虽然习惯法也只是作为次要形式渊源而存在的,且其形成需要同时满足“长期的、同样的作法”和“当事人确信这种习惯应成为法律”等条件,但不少习惯法在德国联邦及各州、各地的司法实践中还是被肯定的。<sup>②</sup>

(3) 行政法的一般原则。行政法不成文法源最基本的表现形态应该是法理和行政法的一般原则。对此,各国的称谓不尽相同,在日本和韩国称条理,在法国称为法的一般原理,在德国称为行政法的一般原理。<sup>③</sup> 虽然各国的具体用语不同,但对一般原则的法源地位却都是予以认可的。在英美国家,由于行政法的一般原则多产生于判例当中,因而被判例法所包容,不单独列为一种行政法的渊源。在法国行政法上,法的一般原则概念是20世纪40年代中期由最高行政法院提出来的,是具有法律效力的不成文法规则。当成文法没有规定时,行政机关和行政法院只能根据法的一般原则,决定应当遵守的法律规则。这些原则涉及的范围十分广泛,包括实体法规则和程序法规则。同时,各项原则的法律效力大小也不完全相同,如有的具有宪法规范效力,有的则只有法律规范效力,但它们都能够拘束行政机关,违反一般原则的行政行为将被视为违法行为而由行政法院撤销。法国最经常引用的原则有:公民的基本自由权、公民的各种平等权,包括法律面前、租税面前、公务面前、公共负担面前及其他方面的平等在内,为自己辩护权,行政行为不溯既往原则,既判力原则,不当得利返还原则,尊重既得权原则,行政机关采取对公民不利的行为不能超过达到合法目的必要的程度原则等。<sup>④</sup> 行政法的一般原则在德国行政法上并不是一种独立的法律渊源,它主要是通过司法判决和学理发展而来的。可以作为行政法一般原则效力基础的不同根据包括习惯法、宪法的具体化、参照现行法律规定、从所谓的法律原则中引申。当然,这些根据往往是相互补充和交叉的,如德国行政法上的比例原则长久以来就得到了承认,且以习惯法的方式被肯定下来;同时,该原则在基本法中也有根据(个人基本权利及法治国家原则等条款);此外,该原则既在某些具体法律部门中以实在法形式规定下来,又可以从法律原则推导出来。<sup>⑤</sup> 在日本行政法上,作为合乎正义的普遍原

① 杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第156页。

② [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第62—64页。

③ 张正钊、韩大元主编:《比较行政法》,中国人民大学出版社1998年版,第48页。

④ 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第211—212页。

⑤ [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第65—66页。

### （三）我国行政法不成文法源的发展构想

身处社会急速转型时期的当下中国，成文行政法律规范固有的局限性、行政裁量日益扩展的趋势和行政法规不断更新的规则需求同样存在。为此，打破成文法独霸天下的格局、积极培育各种适宜的行政法源直至最终形成“以成文法源为主、以不成文法源为辅”的新型行政法源结构模式应当是我国未来行政法发展的基本走向之一。近年来，行政法不成文法源的补充作用逐渐为学界所认同。同时，学者们也提出了一些不成文法源具体形态的初步构想。笔者认为，应当注意从当下本土正在发生的行政法治实践去提炼、建构契合中国社会实际的不成文法源。具体来说，以下四种形态的不成文法源尤其值得关注：

#### 1. 行政判例

一般认为，行政判例指的是在行政审判实践中，由具有权威性的审判机关作出的可以影响或在事实上拘束今后审理同类案件的权威性行政裁判。我国虽然不是判例法国家，但改革开放之后判例的作用也逐渐得到了应有的重视。从1983年开始，最高人民法院陆续选编印发了许多案例。最初是为了配合严厉打击刑事犯罪的斗争，选编了几本刑事审判案例。随后，又陆续选编了经济纠纷案例以及有关婚姻、继承和行政诉讼的案例。自1985年起，最高人民法院创办《最高人民法院公报》（以下简称《公报》），迄今为止已经刊登了数百个典型案例，内容涉及刑事、民事、经济、行政、海事等诸多领域。这些案例或者是复杂疑难案件，或者是新型案件，或者是在国内具有重大影响的案件。最高人民法院公报编辑部1995年6月30日在《中华人民共和国最高人民法院公报全集》“出版说明”中对公报公布案例曾经有这样的介绍：“《公报》发布的案例，也是经最高人民法院审判委员会反复推敲、字斟句酌，从众多案件中精选出来的。每个案例都有详细的事实、判决理由和结果，蕴涵了深刻的法律意义。它既不同于用作法制宣传的一般案例，也不同于学者们为说明某种观点而编撰出来的教学案例。它具有典型性、真实性、公正性和权威性特点，是最高人民法院指导地方各级人民法院审判工作的重要工具，也是海内外人士研究中华人民共和国法律的珍贵资料。”从上述表述中不难看出，最高人民法院通过《公报》形式公布典型案例可谓用心良苦：既旗帜鲜明地表达了自己对案件处理结果的态度，又没有强制性地要求各级法院务必“遵循先例”，甚至都没有使用更为准确的“判例”一语。

世纪之交，伴随着司法改革的启动，最高人民法院对典型案例作用的认识出现了明显变化。1999年10月20日，最高人民法院发布《人民法院第一个五年改革纲要（1999—2003）》。其中，第14项明确规定：“2000年起，经最高人民法院审判委员会讨论、决定有适用法律问题的典型案例予以公布，供下级法院审判类似案件时参考。”2000年6月15日，《最高人民法院裁判文书公布管理办法》公布施行。其中，最高人民法院作出的“具有典型意义、有一定指导作用的案件的裁判文书”不定期地在《公报》上公布。2005年10月26日，最高人民法院发布《人民法院第二个五年改革纲要

(2004—2008)》。其中,第13项明确提出:“建立和完善案例指导制度,重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。最高人民法院制定关于案例指导制度的规范性文件,规定指导性案例的编选标准、编选程序、发布方式、指导规则等。”这是最高人民法院首次以正式文件的形式向社会公开发出有关案例指导制度的改革意见,对于长期坚持成文法中心主义的当下中国的法律发展而言,这种明显带有判例法色彩的案例指导制度无疑蕴涵着重大的制度创新与观念创新。也许是出于创新需要谨慎的考虑,直到2010年11月26日,最高人民法院才发布《关于案例指导工作的规定》,明确提出“案例指导工作推行的目标在于总结审判经验、统一法律适用、提高审判质量和维护司法公正”,并要求“各级人民法院在审判类似案例时应当参照最高人民法院发布的指导性案例”。

从“指导地方各级人民法院审判工作”到“供下级法院审判类似案件时参考”、“具有典型意义、有一定指导作用的案件”,再到“各级人民法院在审判类似案例时应当参照”,最高人民法院的积极探索激发了法学界对判例制度的研究热潮。一时间,各种学术观点纷纷亮相,共识也在学术讨论和制度演进中逐渐形成。有的学者认为,最高人民法院公报公布的案例实质上具有先例约束力,因为这些案例所确立的规则对下级法院的效力不是借鉴而是必须遵循,中国实际上已经出现了判例制度的“端倪”。<sup>①</sup>有的学者认为,最高人民法院公报公布的案例有判例之实而无判例之名,虽然有些案例基本上具有判例的某些特征,但由于在称呼上仍然使用的是“案例”而非“判例”,因而并不能直接将其看作是判例。<sup>②</sup>有的学者则提出,判例法制度与我国现行的政治制度及司法方法论均不适合,我国不应采用判例法制度,但应当加强判例的作用。<sup>③</sup>还有的学者则指出:“中国的判例法制度,是指在以制定法为主要法律渊源的前提下,由最高人民法院形成作为非正式法律渊源的判例;最高人民法院和其他法院根据‘同案同判’的原则受这些判例的约束并且在判决书中加以引用,以判例法补充制定法、解释制定法。”<sup>④</sup>在最高人民法院宣布建立案例指导制度之后,有学者对其进行了中国特色式的解读,认为其目的是为了在保持制定法的法律体制下,以依法司法为主要的司法模式,借鉴判例法制度中对我们有用的和有益的东西以弥补制定法的不足,而不是推倒重来,完全和彻底地改造我们既有的法律体制和司法体制。也就是说,实行案例指导制度是一个“折中”的制度选择,当下的主要价值是将“案例”上升到能够“指导”而不是仅仅“参考”的地位。<sup>⑤</sup>

① 陈光中等:《关于建立我国判例制度的思考》,载《中国法学》1989年第2期。

② 陈兴良主编:《刑事司法研究》,中国方正出版社1996年版,第215—216页。

③ 沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第480页。

④ 张骥:《判例法的比较研究——兼论中国建立判例法的意义、制度基础与操作》,载《比较法研究》2002年第4期。

⑤ 刘作翔等:《案例指导制度的理论基础》,载《法学研究》2006年第3期。



如果从实证角度观察,不难发现,经过三十年的制度实践,最高人民法院《公报》所刊登的诸多行政案例,事实上已经起到了行政判例的作用,对下级法院审理类似案件起到了弥足珍贵的指导作用,并推动着行政法律规范的生长。一个典型的例证是,自现行《行政诉讼法》颁行以来,一些行政法官在体制的夹缝之中通过“大胆”受理个案的形式推动着行政诉讼受案范围的扩张,并为行政诉讼类型的创造奠定了坚实基础。以《公报》刊载的典型行政判例为例,很多案件的受理本身就是对现行立法关于受案范围及诉讼类型规定的补充和发展。例如,在“张晓华不服磐安县公安局限制人身自由、扣押财产案”(《公报》1994年第4期)及“黄梅县振华物资总公司不服黄石市公安局扣押财产及侵犯企业财产上诉案”(《公报》1996年第1期)中,最高人民法院显然认可了受案法院对“名为刑事侦查”、实为公安机关“插手干预经济纠纷”案件的审理;在“田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案”(《公报》1999年第4期)及“溆浦县中医院诉溆浦县邮电局不履行法定职责案”(《公报》2000年第1期)中,受案法院实际上通过判决发展了现行法律关于“法律、法规授权组织”的规定,将现实生活中更多的事业单位的履职行为纳入了司法审查范围之内;在“建明食品公司诉泗洪县政府检疫行政命令纠纷案”(《公报》2006年第1期)及“夏善荣诉徐州市建设局行政证明纠纷案”(《公报》2006年第9期)中,江苏省高级人民法院通过终审判决将“电话指示”“住宅竣工验收”等实践中难以归入具体行政行为之列的行为纳入了司法审查范围之内,从而进一步扩大了行政诉讼的受案范围。这些经典个案还只是行政法官能动作用显现的缩影,更多的创新则蕴藏在《公报》所公布的百余个典型行政案件的裁判之中。<sup>①</sup>

除了通过《公报》刊登典型案件之外,最高人民法院在下发案例指导工作的文件后又相继公布了七批共计31个“指导性案例”。其中,指导案例5、6、21、22、26号均属于行政指导性案例。透过这五个指导性案例的裁判要点,可以看出法律适用、法律解释等若干新的行政法规则正在生成。(1)指导案例5号“鲁潍(福建)盐业进出口有限公司苏州分公司诉江苏省苏州市盐务管理局盐业行政处罚案”的“裁判要点”指出:“盐业管理的法律、行政法规没有设定工业盐准运证的行政许可,地方性法规或者地方政府规章不能设定工业盐准运证这一新的行政许可;盐业管理的法律、行政法规对盐业公司之外的其他企业经营盐的批发业务没有设定行政处罚,地方政府规章不能对该行为设定行政处罚;地方政府规章违反法律规定设定许可、处罚的,人民法院

<sup>①</sup> 近年来,从不同视角解读《公报》所登载的典型行政判例并从法院裁判中总结、提炼、发现新的行政法规则,已经成为国内行政法学研究中的一道亮丽风景线。较具代表性的研究成果,可参见杨海坤、章志远主编:《行政判例研究》,中国民主法制出版社2007年版;余凌云:《法院是如何发展行政法的》,载《中国社会科学》2008年第1期;何海波:《司法判决中的正当程序原则》,载《法学研究》2009年第1期;章剑生:《对违反法定程序的司法审查——以最高人民法院公布的典型案例(1985—2008)为例》,载《法学研究》2009年第2期。

十年间,这种超强的行政权更是达到了巅峰,“泛行政化”即是其典型的表现。长期以来,行政权无所不在、无所不能,可以说,只要是在人生活的地方,就有行政权的影子。就企业而言,从成立到解散,从生产到销售,无不受制于政府的计划和命令;就个人而言,从出生到死亡,从就学到就业,无不听从于政府的安排,甚至连日常生活起居等纯粹私人性质的活动(如服饰、发型、娱乐等)也要受到行政权的支配。可见,在改革开放之前的中国,行政权是一个十足的“巨灵怪兽”——它凌驾于社会、组织和个人之上,并渗透到社会生活的每个角落,掌握着一切社会资源配置的垄断权。

然而,肇始于20世纪70年代末期的改革开放却打破了这种行政泛化的格局。伴随着经济体制改革在农村和城市的推进,政企、政事、政社相继分开,中央政府所掌握的权力逐渐下放到地方或基层政府,并部分地放权或还权于社会。在这一过程中,大量原先由政府所管但又管不好、管不了或不应管的事务纷纷转移到市场和社会,或者由市场自发调节,或者由非政府的社会公共组织承担。其中,大量非政府社会公共组织的涌现成为我国改革开放以来行政管理体制变革中的一大亮点。这些组织以其多样性、灵活性、中介性、开放性、公益性等特点在弥补政府管理能力不足、提供公共物品,以及沟通市场、社会成员与政府之间的关系等方面都发挥了不可替代的作用。虽然这些社会公共组织还存在独立性、自主性较差等问题,但它们的出现却改变了国家垄断公共管理职能的状况,标志着国家行政的收缩和社会行政的增长。由此可见,改革开放的过程也就是一个由行政泛化逐渐转向分化、由行政权高度集中垄断向简政放权还权于民的过程,同时也是使市场、社会、公民恢复自由、扩大自由的过程。

## 2. 由单一社会结构走向多元社会结构

在社会学上,社会结构通常指的是人们的社会地位及其社会关系的模式。自新中国成立以后,我国的社会结构呈现出明显的单一化倾向。这种单一化社会结构的基本特征是:虽然社会上存在着众多的个人和组织,但他们都没有独立的主体地位,都在很大程度上依附于国家,听从于国家的安排,国家实际上是真正的也是唯一的主体。具体来说,国家不但垄断了公共领域的一切事务,而且还主宰着私人领域的事务,从而成为一切自然资源和社会资源最终的占有者和分配者。在这种高度集中的体制之下,每一个社会成员都不是以独立的个体方式而存在的,任何人都依附于一定的“单位”,其生老病死都由单位主宰,个人则没有任何自主选择的余地;而“单位”——无论是企、事业单位还是社会团体都隶属于各级政府或其相关的职能部门,完全缺乏作为一个社会组织所应当具有的独立性。因此,在传统的单一制社会结构模式下,政企、政事、政社不分,所有单个的公民和组织都被淹没在国家机器之中,只有国家和政府才具有合法的主体地位。

肇始于20世纪70年代末期的改革开放就是以这样一种无所不包的国家体制作为历史背景的。可以说,整个改革的进程也就是这种“金字塔型”社会结构逐渐被打破的过程。在此期间,以市场化为取向的经济体制改革率先展开,企业逐渐与政府相

会管理和公共服务”,从2003年党的十六届三中全会通过的《关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》所确立的“切实把政府经济管理职能转到主要为市场主体服务和创造良好发展环境上来”到2004年国务院《全面推进依法行政实施纲要》中所要求的“政府的经济调节、市场监管、社会管理和公共服务职能基本到位”,“优化服务”已经成为我国政府的最终定位。<sup>①</sup>在这一新的行政理念的主导下,调动一切可以利用的力量、采取一切行之有效的方式为社会、企业和公众持续不断地提供优质、高效的服务已经成为政府展示其自身价值的最重要途径。

面对中国公共行政改革所呈现出来的三大趋势——从行政泛化到行政分化、从社会结构的单一化到社会结构的多元化、从强化控制到优化服务,一系列至为重要的问题凸现出来:在大规模的行政法制度变革时代,应该以何种理论作为制度建构的指南?在政府、市场与社会三者之间的关系业已发生深刻变化的背景之下,如何重新解释行政法在当下中国存在的正当性?与西方诸国社会转型模式和行政法治道路所不同的是,中国社会变革的主要动力源在政府,那么在中国行政法的制度框架下,我们究竟需要一个什么样的政府?在已经具备较为齐全的民商法律和刑事法律的基础上,作为独立法律部门的行政法在市场经济体制下应当充当何种角色?带着这些疑问,中国行政法学界的一批先知先觉的学者率先破题,提出了行政法理论基础这一具有浓郁原创性的命题,试图站在行政法学的角度对剧烈社会变革所提出的难题作出积极的理论回应。由此可见,行政法理论基础问题的讨论并不是学者的凭空杜撰,而是由外在的制度变革所“催生”的。

## (二) 行政法学科自身发展的现实呼唤

依照学界通行的说法,我国的行政法学研究恢复于20世纪80年代初期。与同时期的刑法学、民法学研究相比,行政法学的发展道路极为曲折。及至90年代初,行政法研究甚至一度陷入“低谷”时期。行政法学科自身的“先天不足”主要凸显为行政法理论基础的缺位。行政法学科体系的整体推进必须到行政法理论基础中寻找原动力。

### 1. 由微观研究走向宏观研究

在我国行政法研究恢复初期,行政法学界绝大多数学者所关注的重点一直集中在若干具体的微观性问题上,先是公务员制度、治安处罚行为,后是行政程序、行政诉讼。即便是纯理论的研究,也仅仅表现为对诸如行政法的基本原则、行政法律关系等具体问题的关注。在一个学科发展的起步阶段,围绕现实立法和拓展学科疆域所进行的微观研究和具体研究无疑是十分必要的。然而,学科发展到一定程度之后,就

---

<sup>①</sup> 著名经济学家樊纲教授曾经指出:“所谓‘政府’,作为一种公共机构,其‘本分’的职能,说到底简单的一句话就是‘组织和执行公共物品的供给’”。参见樊纲:《作为公共机构的政府职能》,载刘军宁等编:《市场逻辑与国家观念》,三联书店1995年版,第12页。

可操作性而难以在实践中发挥作用。

(2) 原则的确立标准过于简单,难以覆盖行政法的所有领域。

作为行政法的基本原则,无疑应当表现出其内在的普遍性(亦可称为基本性、贯穿性),即基本原则必须能够贯穿于行政法的始终,在行政法的各个领域、环节都能得到体现。否则,就不能称之为“基本”原则,而只能算作行政法的某项具体原则(亦即行政法某部分的基本原则)或行政活动的基本原则。在这方面,通说也暴露出某些先天不足。

综观学者们对行政合法性和行政合理性原则的阐述,无论是“依据法律、符合法律、不得与法律相抵触”,还是“客观、公正、符合理性”,其立论的出发点都是行政权力的运用,即是紧紧围绕行政行为的实施来提炼行政法基本原则的。正如有的学者所言:“这两项原则与其说是现代行政法的基本原则,不如说是纯粹控权论行政法的基本原则;与其说是贯穿于行政法始终的基本原则,不如说是贯穿于行政主体及其行政行为始终的一个单方基本原则。”<sup>①</sup>虽然行政行为是行政法体系中的重要组成部分,但行政组织、行政责任、行政救济、司法审查等同样是现代行政法不可或缺的重要内容,上述两个原则在这些领域就很难得到体现。例如,行政合理性原则只能适用于行政裁量权范围内的行为,对于羁束行为则不能适用;只能贯穿于行政执法领域,但在司法审查过程中就不得适用。同样的,行政合法性原则主要适用于传统的干涉行政领域,但套用在新型的服务行政、指导行政、给付行政等领域中则显得牵强,因为有些服务或指导根本就没有直接的法律依据。

事实上,就守法准则而言,在日渐多样化的行政法律关系中,不仅行政主体要按照法律的规定活动,而且行政相对人的行为也应当遵守法律的规定,这些内涵在通说中并不具备。更重要的是,作为行政法的基本原则,除了与守法有关外,还与立法、司法等其他环节息息相关。作为行政机关制定次级行政法律规范时的立法准则,行政合法和行政合理原则显然难担此任。同样地,当行政法规范对某些问题缺乏规定时,司法机关仅仅依靠援用现有的合法和合理原则也难以对行政活动进行有效审查。可见,行政合法性原则和行政合理性原则实际上只是行政主体在实施行政行为时所应当遵循的基本准则,称其为行政法的“基本”原则并不适当。

(3) 原则不能完整地反映出行政法的价值追求和发展趋势,其现实意义难以高估。

在法理学中,法的基本原则被视为“是体现法的根本价值的原则,是整个法律活动的指导思想和出发点,构成法律体系或法律部门的神经中枢”<sup>②</sup>。同样的,行政法的基本原则作为联系行政法理念与规则的桥梁,一方面要能够指导行政法规则的建立,

<sup>①</sup> 方世荣:《论行政相对人》,中国政法大学出版社2000年版,第191页。

<sup>②</sup> 沈宗灵主编:《法理学》,高等教育出版社1994年版,第40页。

金融和外贸的基本制度等事项,国务院则可以根据全国人大及其常委会的的授权率先制定行政法规,这就是所谓的“法律相对保留”。此外,我国《行政处罚法》《行政许可法》和《行政强制法》有关行政处罚、行政许可和行政强制设定权的有关规定也体现了法律保留的要求。二是行政法层面的法律保留原则,即行政活动必须有明确的法律授权根据,只有在法律明确规定行政机关可以采取相应的措施时,行政机关才能作出决定。在现代法治国家,行政权力与公民权利遵循完全不同的运行逻辑:就公民权利而言,法不禁止即自由;就行政权力而言,法无授权即禁止。换言之,只有当法律对某种行为明确加以禁止时,公民才不得为之;对于法律没有明确禁止的事项,公民就可以自由为之。但行政机关则不同,只有当法律对其明确授权时才能实施行政活动;否则,缺乏法律的明确授权,行政机关就不得为之。例如,法律授权行政机关有权处理公开放映黄碟的行为,但对公民个人在私密处所观赏黄碟的行为则并无处理授权。因此,行政机关就不能针对后种行为发动行政权力,“夫妻黄碟案”背后的争点正在于此。

应该说,上述两种层面上的法律保留原则在我国都具有重要意义。其中,前者可以约束行政机关任意自行创制行政法律规范,防止出现行政的自我授权;后者则体现了职权法定的要求,防止行政机关在没有法律授权的情况下恣意行使权力。当然,后一层面的法律保留原则是行政法学所聚焦的重点。有关法律保留原则适用范围和调整密度的理论争议,实际上主要还是针对后一层面展开的。在行政法学理上,对于是否适用法律保留原则并无争议,但在法律保留原则具体适用的范围和密度上则存在分歧,先后出现过“侵害保留说”“全部保留说”“重要事项保留说”等多种学说。<sup>①</sup>随着议会民主的发展、公共行政的变迁和人权保障的兴起,法律保留原则已经突破了传统的侵害行政领域,并日益向给付行政领域延伸。“在社会法治国家,自由不仅来自国家,存在于国家之中,而且需要通过国家。拒绝提供国家给付给公民造成的侵害可能并不亚于对财产和自由的侵害。因此,向自由和财产形式的倒退不符合当今的难题和法律保留的本来意义。”<sup>②</sup>在我国,拒绝给付和给付过度的问题同时存在,尤其是一些地方政府时常对各种体育大赛的夺冠者给予额外重奖,引起了广泛的社会争议。不过,强调法律保留原则适用范围的拓展,既非对“行政国家”的时代背景采取鸵鸟政策,也非有意抑制行政自身的能动性和灵活性。总的来说,在传统的侵害行政领域,往往适用严格的调整密度标准;在给付行政、行政指导等新兴领域,则采用相对灵活弹性的调整密度标准,除非涉及相当重要性事项,否则法律都可以授权行政机关自行处理。正如学者所言:“法律保留之密度与干涉强度成正比:无论奥地利之全面保留理论,或现时德国盛行之重要性理论或国会保留理论,皆允许法律保留之例外,承认

<sup>①</sup> 参见翁岳生编:《行政法》(上),中国法制出版社2002年版,第180—183页。

<sup>②</sup> [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第113页。