

行政法的私权文化与潜能

关保英著

山东人民出版社

公法研究

主编 谢 晖
陈金钊
肖金明

ON PUBLIC LAW

THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS

CHICAGO, ILL.



关保英著

行政法的私权文化与潜能

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政法的私权文化与潜能/关保英著. — 济南: 山东人民出版社, 2003. 5

(公法研究/谢晖, 陈金钊, 肖金明主编)

ISBN 7-209-03235-5

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 034688 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 18 印张 4 插页 450 千字

2003 年 5 月第 1 版 2003 年 5 月第 1 次印刷

印数 1—3000 定价: 35.00 元

《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。

然则更进之问题在于,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，既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家,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

目 录

《公法研究》总序	谢 晖(1)
导言	(1)

第一篇 公权建构的行政法体系之时代误差

第一章	
行政权的有效性与行政权力的有闲性之背反	(7)
1.1 行政权与行政特权	(8)
1.2 行政事务管理与行政对私权的介入	(24)
1.3 行政制裁与个体创新精神的遏制	(39)

第二章	
法治的行政与社会自我之不和谐	(46)
2.1 规范行政与行政的规范	(46)
2.2 依法行政与造法行政	(60)
2.3 行政的合法性与合法的行政性	(72)

第三章	
行政的公共秩序与个体意志的封锁	(84)
3.1 社会秩序的明晰性与人之个性的模糊性	(84)
3.2 保护公益与减少个人选择	(93)
3.3 维护公共秩序与缩小个人生活空间	(106)

第四章 行政的程序规则与个性化之张力 (113)

- 4.1 行政框架的确定状态与个人权利实现的不确定性 (113)
- 4.2 行政的程序规则与个人生活的不便性 (127)
- 4.3 行政救济与相对人经济成本的加大 (137)

第二篇 公权理念下的行政法学

体系之理论危机

第五章 概念阐释的正当切入与演绎逻辑的二难进路 (149)

- 5.1 行政权界定与权利板块掩盖 (150)
- 5.2 行政法概念揭示与命题元素杜撰 (160)
- 5.3 行政法理论基础确定与行政逻辑的不当转换 (172)

第六章 基本制度的应然性求索与制度现实的乌托邦 (182)

- 6.1 行政法关系描述与关系属性抑制 (183)
- 6.2 行政组织法设计与主体根基割断 (197)
- 6.3 行政公职解释与人格转换的丢弃 (205)

第七章 运作过程的法治理想与规范逻辑的循环 (211)

- 7.1 行政行为揭示与非法行政的合法性认同 (211)
- 7.2 行政制裁制度创设与行政首属规则的背反 (225)
- 7.3 行政程序思考与效率精神的遗弃 (234)

第八章 规制技术的探寻与目的物的实现不能 (244)

- 8.1 行政法原则选择与行政法高级背景的偏离 (244)
- 8.2 行政责任假设与权利救济悖论 (259)
- 8.3 行政监控建构与契约精神舍弃 (266)

第三篇 行政法私权展开之合理性证实

第九章 行政法中的人性 (275)

- 9.1 行政法的人性基础 (275)
- 9.2 行政法中的自我与本位 (292)
- 9.3 个人的社会决定与行政决定 (301)

第十章 行政法私权时代的来临 (308)

- 10.1 私权的时代合理性 (308)
- 10.2 市民社会相关机制的行政法引入 (318)
- 10.3 行政法的进步在于对个体活动空间的拓宽 (329)

第十一章 公共利益关系的私益准据 (339)

- 11.1 利益的个体证明 (340)
- 11.2 为私的关系不能被为公的关系取代 (349)
- 11.3 公共权力责任之私人承担 (358)

第十二章 行政法私权价值的回应 (365)

- 12.1 行政法对个人自我保护的肯定 (365)
- 12.2 行政法与个体能量的释放与挖掘 (375)
- 12.3 行政法中公权与私权的关系转换 (384)

第四篇 私权展开下的行政法体系构建	
第十三章	私权与行政法规则系统的定在 (393)
13.1	行政典则的私权源流 (393)
13.2	行政法上的法律优先 (402)
13.3	私权与底界典则 (410)
第十四章	私权与行政法关系的超越 (422)
14.1	行政法关系中主体意志与行为的转换 (423)
14.2	行政法中权责关系的对等 (440)
14.3	行政主体义务的行政法关系构造 (459)
第十五章	私权与行政行为的无为 (474)
15.1	私权的行政创意 (474)
15.2	行政权的自我控制 (498)
15.3	行政执法工具的规范化 (513)
第十六章	行政法制度的私权感应 (526)
16.1	行政误导之责任 (526)
16.2	行政法上的行政禁止 (537)
16.3	行政对弱者的扶持 (553)

导 言

本书是从私权之角度探究行政法的理论和实践问题的。传统行政法学理论和行政法治实践都以公权为基础建构行政法治的规则体系和规范实践。由公权启动的行政法和行政法学问题也许具有历史的渊源,具有它生根延续的土壤,然而,这样的底土会随着时代的发展而不复存在。现代社会中个体权利,或者私权利的普遍性基础完全改换了行政法的底土。因此,公权建构的行政法学体系和行政法治体系已难以对其理论和实践问题进行自我修复。行政法学由于是一门具有直接操作性能的实用学科,故而学者们对问题的研究重于对其规范的探讨,厌理论上的逻辑阐释,沉湎于具体的规则构设是我国行政法学的主要流弊。由于受传统公权理念的制约,所构设的制度跳不出旧学之框架,当笔者对行政法理论和实践问题深入思考时,意外地发现几乎所有弊害都是公权惹的祸,其中的道理当然在于时代变奏的主旋律是私域而不是公域。易而言之,我们以公权为起点的研究是有悖于时代精神的。本著作的论证基础就是在这样的大背景下展开的。由于公权已经成为行政法的主流学说,具有巨大的惯性,作者为了在目前这种巨大惯性下使私权理念得到行政法治实践和行政法学界的接受,便比较谨慎地使用了“行政法的私权文化与潜能”这样的较为柔和又没有完全否定公权的命题方式。并期求通过这样的命题方式少遭同仁们的批评。

本书的基本体系如下:

第一篇题为“公权建构的行政法体系之时代误差”。主要探究

了以公权建构的行政法制度,在对社会关系进行调适过程中存在的时代误差,在保护公众尤其个体权益方面存在的时代误差。在这一部分,作者提出了“行政权力的有闲性”、“行政与社会自我之不和谐”、“公共秩序与个体意志的封锁”、“程序规则与个性化之张力”等命题,通过这样的命题揭示行政法制度与社会以及个体权利的反差。这一部分的论证以相关的法律规则、规则运作过程中的案件、保证规则实施的制度、作为规则后盾的国家强力为正题说明作者在前面列举的反题,再以相关的哲理和法理将正题与反题联结起来。

第二篇题为“公权理念下的行政法学体系之理论危机”。主要对现行行政法学的概念、解释方法、理论基础、价值选择等权威性 or 共识性理论的时代合理性提出质疑。作者提出了“演绎逻辑的二难进路”、“制度现实的乌托邦”、“规范逻辑的循环”、“目的物的实现不能”等反题,这些反题与“概念阐释的正当切入”、“基本制度的应然性求索”、“运作过程的法治理念”、“规制技术的探寻”等正题相反衬。诸正题都是目前行政法学界不断努力的结果,而在笔者看来,每一个努力的背后都存在一个对应的反题,这样的反题使我们的努力不但没有取得时代所呼唤的行政法认知,反倒加大了行政法与时代的误差,根本原因仍然出在公权之惯性上。本部分将共识性的行政法理论作为重点问题提了出来,再以多视角的考察、证明这些传统共识的非科学性。应当说明,作者的论证以理论观点为核心,以论点为行政法学界所接受的广泛性为基点,尽量不与学者个人联系起来,如果有所联系的话,那也是出于无奈,仅仅是纯学术上的联系,与学者们的学术人格无关。

第三篇题为“行政法私权展开之合理性证实”。若前两篇是对行政法之不适和行政法学理论之不周进行“破”的话,这一篇的主题则主要是“立”,即确定私权展开之行政法学体系的理论基础。作者分别探讨了“行政法中的人性”、“行政法私权时代的来临”、

“公共利益关系的私益准据”、“行政法私权价值的回应”等问题。这些问题中的每一个都不是由作者自己杜撰出来的,当我们将行政法置于人性化之基础和当今社会大背景下时,上列问题都自觉不自觉地呈现于人们的面前。为了说明每一个问题的合理性,论证过程中有时从细小的元素着手,有时则从时代的精神变奏着手,最大限度地使每一个问题比较清晰地呈现在读者面前。应当指出,单就本书的此一部分就可以成为一部完整而独立的学术著作,而且会有比现在内容大得多的篇幅,但在本书的宏观架构之下,作者以为这些内容足以使读者领会行政法的私权文化。

第四篇题为“私权展开下的行政法体系构建”。本篇作者试图用私权理论解释行政法治实践中的制度层面和操作层面的一些问题,分别探讨了“私权与行政法规则系统的定在”、“私权与行政法关系的超越”、“私权与行政行为的无为”、“行政法制度的私权感应”等问题。作者所讨论的这些问题是行政法治实践中最为敏感、急需解决的,它们之间不一定有绝对的逻辑上的关联性。用私权构建行政法体系是本研究中的难点。因此,作者没有追求论证过程中的美感。本部分的若干制度构想,作者在以前的论文中基本讨论过,故而,每个单一制度的构架都相对比较完整,既有理论上的论证,又有一些具体的操作方法。

私权文化使我们对行政法的认知有了新的思维进路,私权潜能则可以帮助我们建构诸多非常人性化的行政法律制度,这便是贯穿在本书的两条主线。

奥特弗利德·赫费认为,“法和国家理论主要是由哲学家们写成的”^①,该论点我是非常赞同的。行政法这一法律部门中穿插着比除宪法以外的其他任何部门法更加复杂的权力分配和权力角

^①〔德〕奥特弗利德·赫费著:《政治的正义性》,庞学铨、李张林译,上海译文出版社1998年版,第3页。

第一篇

公权建构的行政 法体系之时代误差