

行政法中的 概念研究 的不确定法律

尹建国 著

On Indefinite Legal Concepts in
Administrative Law

中国社会科学出版社

本书受教育部人文社会科学研究青年基金 (12YJC820129) 、
湖北省社科基金 (2011LZ030) 、
中央高校基本科研业务费 (2011WC039) 及
华中科技大学文科学术出版基金资助

D922.104/40

2012

尹建国
著

行政法中的 不确定法律 概念研究

On Indefinite Legal Concepts in
Administrative Law

中国社会科学出版社

北方工业大学图书馆



C00311602



图书在版编目(CIP)数据

行政法中的不确定法律概念研究 / 尹建国著. —北京: 中国社会科学出版社, 2012. 7

ISBN 978 - 7 - 5161 - 1187 - 1

I. ①行… II. ①尹… III. ①行政法 - 研究 - 中国 IV. ①D922. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 150560 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 宫京蕾
责任校对 刘晓红
责任印制 李 建

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.com.cn>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京奥隆印刷厂
装 订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2012 年 7 月第 1 版
印 次 2012 年 7 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 21.75
插 页 2
字 数 342 千字
定 价 59.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社联系调换
电话: 010 - 64009791
版权所有 侵权必究

目 录

导言	(1)
一 问题的缘起	(1)
二 研究现状：“熟悉的陌生人”	(3)
三 研究意义	(8)
四 研究的思路与方法	(15)
第一章 不确定法律概念的界定	(19)
一 大陆法系行政法中的不确定法律概念溯源—— 以德、奥两国为例	(20)
二 英美法系行政法中的不确定法律概念界定—— 以英、美两国为例	(22)
三 我国行政法中关于不确定法律概念的认识	(24)
四 行政法中不确定法律概念的科学界定	(27)
第二章 不确定法律概念的成因与类型化	(38)
一 不确定法律概念的形成原因	(38)
二 不确定法律概念的存在范围与表现形式	(50)
三 不确定法律概念的类型化：“经验性”与“价值性”不确定 法律概念	(56)
第三章 不确定法律概念具体化的模式构建	(67)
一 德国行政法中“唯一正确答案”命题之反思	(68)
二 与德沃金疑难案件“唯一正解”理论之对比分析与检视	(73)
三 不确定法律概念具体化的目标定位：“主、客观目的” 之对立与融合	(78)
四 不确定法律概念具体化“商谈理性”诠释模式之构建	(87)

五 结论	(91)
第四章 不确定法律概念的规范解释	(93)
一 法律解释：不确定法律概念具体化的基本方法	(93)
二 不确定法律概念具体化的解释方法体系	(96)
三 不确定法律概念规范解释的方法运用与次序整合	(100)
四 不确定法律概念规范解释的实证分析	(108)
第五章 不确定法律概念的价值补充	(133)
一 价值补充：不确定法律概念具体化的专属方法	(133)
二 不确定法律概念价值补充对行政惯例的考量和运用	(136)
三 不确定法律概念价值补充对公共政策的考量和运用	(140)
四 不确定法律概念价值补充对社会效果与目的的考量和运用	(148)
第六章 不确定法律概念具体化的行政参与	(169)
一 行政参与：具体化过程“理想言谈情境”的基本要求	(170)
二 行政参与的主体界定	(176)
三 行政参与的“在场性”要求：正式听证与“陈述及申辩”权	(182)
四 行政参与的实质内容：“参与实效”	(192)
五 行政参与的司法审查	(198)
第七章 不确定法律概念具体化的说明理由	(209)
一 不确定法律概念具体化说明理由的双重功能	(210)
二 说明理由的内容：“逻辑正当理由”与“法律正当理由”	(219)
三 说明理由的方式：对话式“立—驳”结构	(228)
四 说明理由的质量要求	(235)
五 结语	(244)
第八章 不确定法律概念具体化的司法审查	(247)
一 不确定法律概念具体化的定性：“事实问题”还是“法律问题”	(248)

二 我国《行政诉讼法》框架下的司法审查范围与标准	(259)
三 德国“判断余地”基础上的司法审查“原则—例外” 模式	(270)
四 我国不确定法律概念具体化司法审查的制度构建	(285)
五 余论	(311)
参考文献	(313)
后记	(340)

导 言

一 问题的缘起

一般意义上的法律适用，可区分为事实认定和规范适用两个基本阶段。如有学者所言，“目光在事实与法律规范间‘来回穿梭’是法律适用的普遍特征”。^①“无论是行政执法还是司法，都需要依照法定程序认定事实和适用法律。”^②

按照德国行政法学家哈特穆特·毛雷尔的分析，行政主体在行政执法过程中的法律适用，依次包括以下四个阶段：（1）调查和认定事实事实：发生了哪些案件事实，有什么证据？（2）解释和确定法定事实要件的内容：法定事实要件具体包括哪些内容？（3）函（涵）摄：案件事实与是否符合法定事实要件？（4）确定法律后果：如何处理？上述四个阶段并非相互孤立，而是相互联系的：对案件事实的调查应当按法定事实要件进行；解释法律应当考虑具体的案件事实及其各个方面的影响。适用法律不仅是寻求逻辑结果的过程，而且也是一个判断性的认识过程。^③可见，行政主体在作出行政行为时务需将眼光“流转往返于事实与规范之间”，^④以期在全面、客观了解案件事实的前提下，准确地解释、适用法律，从而作出合法、合理之结论。

① [德] 伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社 2003 年版，第 296 页。

② 孔祥俊：《法律解释方法与判例研究》，人民法院出版社 2004 年版，第 35 页。

③ 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 123 页。

④ 参见 [德] 卡尔·拉伦茨《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 160 页以下。

同时,对需要适用的法律规范而言,其本身的构成要素是复杂的:包括法律概念、法律规则、法律原则等。^①其中,法律概念处于基础和核心的地位。而基于立法的不周延性和语言的“开放结构”,^②法律概念包括确定性和不确定性两种面向。故,一般来讲,“法律(概念)必须经由解释,方能适用”。解释与适用不确定法律概念既是行政执法的必经程序,也是行政执法的重点与难点所在。^③

其实,在我国实然行政法规范体系中,不确定法律概念的存在也异常普遍。例如,《中华人民共和国治安管理处罚法》第15条规定:“醉酒的人违反治安管理的,应当给予处罚。”第44条规定:“猥亵他人的,或者在公共场所故意裸露身体,情节恶劣的,处五日以上十日以下拘留;猥亵智力残疾人、精神病人、不满十四周岁的人或者有其他严重情节的,处十日以上十五日以下拘留。”其中,“醉酒的人”、“猥亵”、“裸露身体”、“情节恶劣”、“智力残疾人”、“精神病人”、“严重情节”等都是不确定法律概念。《中华人民共和国行政许可法》第8条第2款规定:“行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,行政机关应当

① 关于法规范的构成要素,历来众说纷纭。有人将法规范的要素归结为单一的“命令”,有人坚持包括规则、原则、政策“三要素”,另有人则归纳为法律规则、法律原则、法律概念和技术性事项四个部分。参见李龙主编《法理学》,人民法院出版社、中国社会科学出版社2003年版,第60—70页。

② 英国法学家哈特认为语言具有“意思中心”(core of meaning)和“开放结构”(open texture):前者指语言的外延涵盖具有明确的中心区域,在此区域,人们不会就某物是否为一词所指之物产生争论;后者指语言的外延涵盖具有不确定的边缘区域,在语言边缘地带,人们会争论语言的意思、内容或范围。参见[英]哈特《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第124页以下。

③ 以“公共利益”这一典型的不确定法律概念为例,2007年重庆发生了引起境内外媒体及社会各界广泛而持久关注的“史上最牛钉子户拆迁案”。该案中,对“公共利益”内涵的界定,直接攸关个案的处理过程及最终结论——如果认定该案的拆迁行为符合“公共利益”,那么行政主体的拆迁行为即是合法的,相对人拒不拆迁,于法无据,行政主体可以申请法院强制拆迁;反之,该案的拆迁行为就是非法的,当事人拒不搬迁合法、合理,行政主体及法院均不得强制拆迁。对不确定法律概念的解释与适用,是该案争议的焦点,也是类似案件矛盾解决的症结所在。参见尹建国《重庆“史上最牛钉子户拆迁案”的法治思考》,《人民法院报》2007年4月10日。

依法给予补偿。”此处的“重大变化”、“公共利益”是典型的不确定法律概念。《中华人民共和国价格法》第18条规定：“下列商品和服务价格，政府在必要时可以实行政府指导价或者政府定价：（一）与国民经济发展和人民生活关系重大的极少数商品价格；（二）资源稀缺的少数商品价格；（三）自然垄断经营的商品价格；（四）重要的公用事业价格；（五）重要的公益性服务价格。”该条款中的“必要时”、“关系重大”、“资源稀缺”、“自然垄断”、“公用事业”、“公益性服务”等概念也属不确定法律概念。此外，网络信息治理活动中对“国家安全”的界定，行政公开事件中对“政府信息”的界定，公务员招录过程中对“品行良好”的界定等，均是此例，不确定法律概念可谓充斥着行政法规范的每一个角落。

基于不确定法律概念在行政法规范中存在之广泛性和其本身的重要性，笔者认为，对其展开深入、系统的研究，十分必要和迫切。在德国，行政法学界自19世纪中叶便开始关注该论题，至今已形成了较为完善、发达的“规范授权”、“判断余地”、“事实不能”、“评价特权”等一系列理论，这些理论对厘清行政裁量与不确定法律概念的范畴边界、行政主体解释不确定法律概念、司法机关审查行政主体对不确定法律概念的具体化行为等均有着重要的引导和规范作用。因此，无论是从本国现实需要出发，还是从法律移植、借鉴他国成熟经验角度出发，在考察他国（尤其是德国）关于“不确定法律概念”的研究成果基础上，系统讨论该范畴的内涵界定、形成原因、存在类型、具体化手段、程序规制、司法审查等问题，具有重要的理论及现实意义，也是我国行政法治发展应当关注的一项不可避免的时代命题。

二 研究现状：“熟悉的陌生人”

行政法中不确定法律概念的研究，在我国尚属起步阶段。然而，放眼世界，法学界对该论题的研究可谓源远流长，体系庞杂。在集中探讨我国不确定法律概念的内涵、外延、类型、解释适用及司法制衡等问题之前，有必要对域内外的既有研究成果进行系统的梳理和总结。

从渊源讲，不确定法律概念一词最早起源于德国学者梅耶

(F. F. Mayer) 之首创, 继梅耶之后, 奥国学者特茨纳 (F. Tezner) 首次将“不确定法律概念”从行政裁量中分离出来, 并奠定了行政法中“不确定法律概念”研究的基石。^① 在其后的发展过程中, 行政法中的“不确定法律概念”研究一直与行政裁量问题相伴而生, 两者的分合之争也一直持续存在。在德、奥, 研究不确定法律概念的论者及论述, 数量颇丰。大致来看, 主要的研究者包括赫尔曼·瑞斯 (Hermann Reuss)、奥托·巴霍夫 (Otto Bachof)、卡尔·赫尔曼·乌勒 (Carl Hermann Ule)、平特纳 (Pintner)、迪特瑞奇·杰奇 (Dietrich Jesch) 和哈特穆特·毛雷尔 (Hartmut Maurer) 等。从研究方法来看, 德、奥等大陆法国家对不确定法律概念的研究, 主要是从不确定法律概念与行政裁量的区别入手的。而且, 在界定不确定法律概念的外延与内涵的同时, 尤其强调司法机关对行政主体解释与适用不确定法律概念的审查范围与标准。^② 总的来讲, 在德、奥等国, 将不确定法律概念从行政裁量中区分出来的观点基本已成通说。^③

英美行政法偏重实用主义, 较少对行政裁量与不确定法律概念作单纯的逻辑分类。故, 在研究行政裁量与不确定法律概念的视点上, “英美学者与德国学者不同, 英美学者往往从行政裁量与法治的关系着眼, 以越权原则为出发点, 以是否接受司法审查为标准研究行政裁量的具体权限, 而不像德国学者更多地从逻辑角度出发去探讨行政裁量的范围及其分类”。^④ 但近年来, 学者和法官在实务工作中却采取了“事实上的区别对待”态度。^⑤ 包括韦德 (Wade)、福赛 (Frosyth) 以及戴维斯

① 参见翁岳生《论“不确定法律概念”与行政裁量之关系》, 载翁岳生《行政法与现代法治国家》, 台湾祥新印刷有限公司1989年版, 第42—44页; 周佑勇、邓小兵《行政裁量概念的比较观察》, 《环球法律评论》2006年第4期等。

② 参见[德]平特纳《德国普通行政法》, 朱林译, 中国政法大学出版社1999年版, 第56—57页; 翁岳生《论“不确定法律概念”与行政裁量之关系》, 载翁岳生《行政法与现代法治国家》, 台湾祥新印刷有限公司1989年版, 第64—86页; 盛子龙《行政法上不确定法律概念具体化之司法审查密度》, 国立台湾大学博士学位论文, 1998年。

③ 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124—147页等。

④ 周佑勇、邓小兵:《行政裁量概念的比较观察》, 《环球法律评论》2006年第4期。

⑤ Wade, *Administrative Law*, 6th edition, Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 446; H. W. R. Wade & C. F. Frosyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2000, p. 35; Paul Craig, *Administrative Law*, 3rd edition, Sweet & Maxwell, 1994, p. 384.

(Davis) 等在内的诸多学者提出, 应将法律要件裁量与法律后果方面的选择权进行区别。法律要件往往是行政机关行使权力的前提条件, 在很大程度上决定行政机关权限范围和权力大小, 如果允许行政机关享有约束程度很小的限制, 实际就等同于允许行政机关自己授予自己权力,^① 其主要应为“判断余地”问题。法律后果方面的选择权才是真正裁量, 其与前者应遵循不同的适法规则。在审判实务中, 也出现了“马伯里案”和迥异的“谢弗林案”, 法院和行政机关依然延续着对解释法律概念决断权的争夺。总体而言, 在立法上统一规定, 但在事实上区别对待, 是英美法系国家对待行政裁量与不确定法律概念的基本态度。

我国台湾地区关于不确定法律概念的研究深受德国行政法的影响, 典型的特点就是将行政裁量与不确定法律概念进行区别对待。翁岳生、吴庚、黄虞、陈敏、陈慈阳、李惠宗、陈清秀、张桐锐、董保城、林鑫桢、盛子龙等学者、法官等都对行政法中的不确定法律概念进行了较为深入的研究, 台湾出版的行政法教科书一般也均设专章或专节探讨“行政裁量与不确定法律概念”这一论题。^② 刘鑫桢在其专著《论裁量处分与不确定法律概念》中, 系统探讨了行政裁量与不确定法律概念的关联与区分, 并着重研究了法院对两者采取的不同司法审查态度、审查密度

^① 参见杨伟东《行政行为司法审查强度研究——行政审判权纵向范围分析》, 中国人民大学出版社2003年版, 第164—165页。

^② 参见黄虞《行政法总论》, 台湾三民书局1996年增订版, 第71页以下; 陈敏《行政法总论》, 作者自刊2004年第4版, 第194—211页; 李惠宗《行政法要义》, 台湾五南图书出版有限公司1989年版, 第185—210页; 翁岳生《论“不确定法律概念”与行政裁量之关系》, 载翁岳生《行政法与现代法治国家》, 台湾祥新印刷有限公司1989年版, 第37—108页; 陈新民《行政法学总论》, 台湾三民书局1997年版, 第221页以下; 李震山《行政法导论》, 台湾三民书局1998年版, 第65—81页; 董保城《判断余地与正当法律程序》, 载董保城《法治与权利救济》, 台湾元照出版公司2006年版, 第155—170页; 翁岳生《行政法院对考试机关考试评分之审查权》, 载翁岳生《法治国家之行政与司法》, 台湾月旦出版有限公司1994年版; 陈清秀《论依法行政与法律的适用》, 载翁岳生编《行政法》, 中国法制出版社2002年版, 第170页以下; 陈慈阳《行政裁量及不确定法律概念——以两者概念内容之差异与区分必要性问题为研究对象》, 载台湾行政法学会主编《行政法争议问题研究》(上), 台湾五南图书出版有限公司2001年版, 第449—472页; 盛子龙《行政法上不确定法律概念具体化之司法审查密度——德国实务发展与新趋势之分析》, 《法令月刊》2000年第51—10期; 蔡震荣《不确定法律概念之探讨》, 《东海法学研究》1996年第10期; 张桐锐《从“判断余地”理论谈司法审查的界限》, 《宪政时代》1995年第3期等。

与范围等问题。该书对不确定法律概念的界定、意义与应用、司法控制密度、宪法评价等问题的研究均有独到之处,是研究不确定法律概念的一本重要参考文献。^① 盛子龙在其博士毕业论文《行政法上不确定法律概念具体化之司法审查密度》中,对不确定法律概念与行政裁量的传统通说理论进行了解构与反思,对德国行政法学界 20 世纪 60 年代之后对不确定法律概念的新的研究成果进行了梳理和归纳,并在此基础上对不确定法律概念的内涵、外延、类型等问题进行了重新界定与论证。文章最终提出了一种以台湾地区“宪法”第 16 条人民诉讼权之保障为中心,建构一个处理不确定法律概念具体化的司法审查密度“原则—例外”模式的理论构想。^②

我国大陆学者对不确定法律概念的集中研究至今没有专门的著作出现,教育部和司法部统编的教科书中也较少设专章或专节研究这一问题。学者主要以论文的形式研究了不确定法律概念,至今,在“中国知识资源总库——CNKI 系列数据库”中以“不确定法律概念”为关键词,可检索到已公开发表的主题论文 20 篇左右。^③ 民法学界的梁慧星教授是较早提及不确定法律概念的国内学者,^④ 行政法学界最早探讨不确定法律概念的则是朱新力教授,他将那些“外延并不十分明确”,并出现于法律条文中的概念称为“不确定法律概念”。^⑤ 其他直接谈及不确定法律概念的论者,主要包括周佑勇、余凌云、郑春燕、沈敏荣、伍劲松、王青斌、邓小兵、魏淑敏、解少君、王朝晖、张力、王亚琴、郭新梅、陈为钢、孙薇、杨利敏、李蕾等。同时,还有大量其他论文间接涉

① 刘鑫桢:《论裁量处分与不确定法律概念》,台湾五南图书出版股份有限公司 2005 年版。

② 盛子龙:《行政法上不确定法律概念具体化之司法审查密度》,国立台湾大学博士学位论文,1998 年。

③ 其中,包括从法理角度探讨不确定法律概念的论文 3 篇,从民法角度探讨不确定法律概念的论文 1 篇,探讨不确定法律概念的行政解释在刑事诉讼中运用的论文 2 篇,集中探讨行政法中不确定法律概念司法审查问题的论文 6 篇,不确定法律概念在行政执法中的界定及适用的论文 2 篇。

④ 梁慧星:《论法律解释方法》,《比较法研究》1993 年第 1 期。

⑤ 朱新力:《行政法律规范中的不确定法律概念及其司法审查》,《杭州大学学报》1994 年第 1 期。

及了不确定法律概念的相关问题。^①另外,还有人以“不确定法律概念”为主题撰写了硕士毕业论文。

整体观之,对我国大陆地区的行政法学界而言,“不确定法律概念”一词绝对算不上陌生。但是,对于这个我们十分“熟悉”的论题,学界在研究的深度和广度上,却仍显欠缺。主要表现在两个方面:

其一,将目光集中于不确定法律概念的司法审查问题。目前我国大陆学者在研究不确定法律概念时,主要涉及的是不确定法律概念的司法审查问题,即谁是行政中不确定法律概念的有权解释主体,法院对行政机关的解释是否享有审查权,这种审查权是一种全面的审查权还是有限的审查权,司法审查的范围和标准有哪些界限等。同时,学者经常将司法审查的问题等同于寻找大陆法系所称的“判断余地”的边界问题。一般倾向于预设一个范围,并认为对范围内的不确定法律概念,行政主体享有最终解释权,此乃行政机关“判断余地”范畴;对范围外的不确定法律概念,司法机关则有权对行政主体的解释进行全面审查。^②

其二,对不确定法律概念的最典型代表——“公共利益”进行个殊化研究,没有从整体层面关照不确定法律概念,没有揭示不确定法律概念的共性,并抽象、提炼出可普适于一切不确定概念的解释与适用等规则。至今,在“中国知识资源总库——CNKI 系列数据库”中以“公共利益”为关键词,可搜到的公开发表文献为 1000 余篇,数量可谓相当

① 我国目前间接或附带涉及不确定法律概念的论著主要包括:周云帆《对行政裁量权的司法审查》,《暨南学报》(哲学社会科学版)2002年第4期;蔡文斌《判断余地与司法救济》,《行政法学研究》2002年第1期;刘兆兴《论德国行政机关的裁量权和司法控制》,《环球法律评论》2001年冬季号;王贵松《宪法概念的认知方法及其反思》,《浙江学刊》2006年第3期;陈芳洲《德英两国行政裁量及比较》;杨伟东《行政行为司法审查强度研究——行政审判权纵向范围分析》,中国人民大学出版社2003年版;赵肖筠、张建康《论行政自由裁量的司法审查》,《山西大学学报》(哲学社会科学版)1998年第4期;姜明安《论行政自由裁量权及其法律控制》,《法学研究》1993年第1期;周永坤《对行政行为司法审查的范围:事实问题——一个比较的研究》,《法律科学》1996年第5期;黄竹胜《行政法解释的理论建构》,山东人民出版社2007年版;余凌云《对行政自由裁量概念的再思考》,《法制与社会发展》2002年第4期等。

② 例如,李蕾:《论行政诉讼中对不确定法律概念的司法审查》,《行政与法》2003年第12期;王亚琴:《对行政机关解释适用不确定法律概念的司法审查》,《人民司法》2004年第7期;魏淑敏:《不确定的法律概念与司法审查》,《河南省政法管理干部学院学报》2006年第2期;王朝晖:《不确定法律概念的行政解释与司法审查》,《上海法治报》2008年1月23日等。

庞大。学界对公共利益的研究涉及了公共利益的内涵、外延、源流、界定方式、程序规制、司法审查、立法制度构建等各个方面。但是,相关的论文在研究了公共利益之后,便戛然而止,没有提及有关公共利益的特点归纳、适用规律揭示、立法理论构建是否可适用于其他的不确定法律概念。^①

可见,不确定法律概念之于我国的行政法学界来说,可称之为一个“熟悉的陌生人”——形式上论著数量众多,实质上却触角有限,言其表却未及其里。本书正意图立基于上述的研究成果,并勉力解决以下问题:不确定法律概念的内涵与外延如何?是否所有的不确定法律概念都具有“授权性”特征?不确定法律概念的产生原因有哪些?不确定法律概念有哪些具体种类?不确定法律概念应如何解释适用?不确定法律概念应采用何种具体化模式?不确定法律概念具体化应遵守哪些“正当程序”?不确定法律概念明确了司法有限审查原则后,“有限”的范围应如何界定?以“公共利益”这一特例为切入点,是否可得出普适于所有不确定法律概念的界定、解释、适用与司法审查规则?不确定法律概念具体化在不存在“判断余地”的情况下,应如何接受司法审查?在存在“判断余地”的情况下,司法审查的广度和强度又如何确定?等等。总之,目前学界对不确定法律概念的研究,从广度上讲有待扩张,从深度上讲则有待加强。

三 研究意义

不确定法律概念的解释与适用,与行政执法过程关系异常紧密。一

① 研究公共利益的论文数量颇丰,例如,叶必丰:《公共利益本位论与行政诉讼》,《杭州大学学报》(哲学社会科学版)1996年第3期;姜明安:《界定“公共利益”,完善法律规范》,《法制日报》2004年7月1日;胡锦光、王锴:《论我国宪法中“公共利益”的界定》,《中国法学》2005年第1期;杨建顺:《公共利益辨析与行政法政策学》,《浙江学刊》2005年第1期;刘丹:《公共利益的法律解读与界定》,《行政法学研究》2005年第2期;张千帆:《“公共利益”的困境与出路——美国公用征收条款的宪法解释及其对中国的启示》,《中国法学》2005年第5期;姚佐莲:《公用征收中的公共利益标准——美国判例的发展演变》,《环球法律评论》2006年第1期;徐健:《城市规划中公共利益的内涵界定——一个城市规划案引出的思考》,《行政法学研究》2007年第1期等。

定程度上可以说,绝大多数的行政执法行为乃是建立在对不确定法律概念的解释与适用基础上。研究不确定法律概念,影响深远,意义重大。

(一) 研究不确定法律概念是行政法学一项重要和必要的课题

盛行于19世纪的传统概念法学认为,法律体系具有“逻辑的完满性”,立法者能充分考量社会生活中的全部利益冲突与选择并能事先通过法律条文加以明示。这种认为法律概念可极为精致,任何现实问题都可以依概念而进行计算的思想由于受自由法思想的冲击,于19世纪后期渐趋没落,到第一次世界大战后,(德国)法学逐渐开始普遍摆脱这已日渐枯燥无味的尝试。^①

事实上,由于多维原因的影响,法规范中往往存在着大量的不确定法律概念。不确定法律概念的出现,有着深刻的理论及现实原因。主要原因在于,由于社会生活纷繁复杂,机械的法律概念无法完整地将法律调整的社会关系准确表达出来。因此,有时立法者不得不借助于某些不确定概念来进行法律规定,通过故意留下一些意义空间,将解释的任务赋予后来的司法机关和行政机关,以便他们能根据实际情况来进行概念内容的界定。哈特认为:“人类立法者不可能预知未来可能发生之所有可能情况的组合。人类在预知未来上的无能为力也造成目标的相对不确定性。”“有些时候,人们从一开始就会认知到某个需以法律加以控制的领域,在其中个案所具有的特征,在具有社会重要性但却无法预测的许多面向上的变化是如此之大,以至于立法机构无力预先架构出可以有效地在各种个案上一体适用的规则,而不需进一步的官方指示。因此,为了规范这样的领域,立法机构制定了相当一般化的标准,然后授权熟悉不同个案类型之行政机关,依照他们之特别需求来制定规则。”^②因此,我们无法一劳永逸地制定出包揽万象、面面俱到的法律规范。在行政法领域,有学者认为,行政立法中不确定法律概念之存在,源于“人

^① 参见[美]格伦顿、戈登、奥萨魁《比较法律传统》,米健等译,中国政法大学出版社1993年版,第26页。

^② [英]哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第124—126页。

类认识能力及定义能力之不足,法律以不确定法律概念规定无法精确预见或定义之事实,使行政保有弹性,而能配合个案状况而行动。此外,采用不确定法律概念,亦系以有意之立法空泛或不完备,授权法律适用者从事法律之解释及具体化,使法律明白完备。在法律内采用不确定法律概念,以及法律有解释之必要,皆无损于法治国家法律应充分明确之要求。”^①而且,“除了难以有限的语言掌握复杂的现实,或为了避免法律过于僵化以致牺牲个案正义等传统的因素之外,现代社会结构的转变更是使得立法者导控能力下降的主因”。这种“社会结构的转变”主要包括“国家任务的转变”、“社会分工的高度专业化”、“科技水平的日新月异”、“利益冲突的多元化”几个层面。^②

总之,由于多维原因的共同作用和影响,不确定法律概念的存在成为了一种普遍的行政法现象。行政主体在执法过程中,必须解释与适用广泛存在于行政法规范之中的各类不确定法律概念。对这一重要的行政法现象进行深入、细致的研究,是现代行政法学不容推辞的一项重任。

(二) 准确界定不确定法律概念的内涵和外延,有利于明确行政权与司法权的运行边界,有利于保障相对人的合法权益,也有利于不确定法律概念与行政裁量专项研究的深化和系统化

不确定法律概念与行政裁量是“如影随形”的一对范畴,研究不确定法律概念的首要问题,便是将其与行政裁量区分开来,在对比研究的基础上,揭示两者的共性与差异。但由于不确定法律概念与行政裁量均系西方国家的舶来品,而大陆法系和英美法系对两者的关系又采取了几乎是截然不同的两种态度。故,我国学者在研究行政裁量与不确定法律概念问题时,对两者的关系也持有不同见解,争论仍在继续。^③

① 李惠宗:《行政法要义》,台湾五南图书出版有限公司1989年版,第195页。

② 参见盛子龙《行政法上不确定法律概念具体化之司法审查密度》,国立台湾大学博士学位论文,1998年,第1页。

③ 关于不确定法律概念与行政裁量相互关系的观点,可归纳为质的区别说、量的区别说、无区别说三种学说。具体可参见吴庚《行政法之理论与实用》,2003年作者自刊增订8版,第125页以下。

笔者对不确定法律概念与行政裁量的区分,持赞同意见。主要原因在于:首先,把不确定法律概念与行政裁量区分开来,有利于从一个侧面明确行政权与司法权的运行边界。不确定法律概念的理论研究实践表明,正确区分不确定法律概念与行政裁量,直接决定着法院对行政行为的司法审查态度、范围及密度,这也正是合理界定司法权与行政权运行边界的一个极佳切入点。对我国来讲,情况更是如此。根据我国《行政诉讼法》第五条的规定,我国人民法院审理行政案件,仅审查具体行政行为的合法性问题,不审查具体行政行为的合理性问题。因此,若采取行政裁量与不确定法律概念不加区分的态度,司法实践中将倾向于对行政主体解释与适用不确定法律概念的行为一般不加审查(行政处罚显失公正除外);反之,司法审查将成为常态。因此,准确界定不确定法律概念内涵,有利于明确司法审查行政行为的范围和标准,有利于厘清司法权与行政权的边界,使司法制衡与行政能动间保持适当的张力,这符合现代法治的客观要求。其次,界定不确定法律概念的内涵与外延,也会间接影响到人民权利保障的充分性问题。根据行政法领域的通说理论,行政主体对不确定法律概念的具体化,以接受司法审查为原则,以行政主体享有判断余地为例外。也即是说,认定不确定法律概念有别于行政裁量,可以最大限度地确保部分行政争议被纳入司法审查的范围,这种区分,有利于人民权利得到充分保障。最后,严格区分不确定法律概念与行政裁量,也有利于学界分别展开对两个论题的专项研究。法律概念乃是解决法律问题所必需的工具,美国学者博登海默曾称:“概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。没有限定严格的专门概念,我们便不能清楚地和理性地思考法律问题。没有概念,我们便无法将我们对法律的思考转变为语言,也无法以一种可理解的方式把这些思考传达给他人。”^①对不确定法律概念与行政裁量的研究也是如此,为确保相关研究的深化和系统化,必须首先准确界定“不确定法律概念”与“行政裁量”的概念,这是一切后续研究的前提和基础。

① [美] E. 博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年修订版,第504页。