



法律程序主义 对预防行政的控制

——以人身自由保障为视角



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果

法律程序主义 对预防行政的控制

——以人身自由保障为视角



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律程序主义对预防行政的控制：以人身自由保障为
视角/曾贇著. —杭州：浙江大学出版社，2011.3

ISBN 978-7-308-08409-3

I. ①法… II. ①曾… III. ①行政法—研究—中国
IV. ①D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 017725 号

法律程序主义对预防行政的控制

——以人身自由保障为视角

曾贇 著

责任编辑 张 明

封面设计 俞亚彤

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址：<http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州大漠照排印刷有限公司

印 刷 杭州日报报业集团盛元印务有限公司

开 本 710mm×960mm 1/16

印 张 21

字 数 302 千字

版 印 次 2011 年 3 月第 1 版 2011 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-08409-3

定 价 39.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话 (0571) 88925591

序

在现代国家后现代化进程中一个具有里程碑意义的政治社会学词汇，即风险社会似乎倾覆了自启蒙时代以来制度社会预设的理性法则。为应对一种不可预测与不可理性计算的风险，政治国家不得不突破宪政原则预设的轨道，政府行政也不得不超越法治原则的藩篱。随着风险社会的降临，公民基本权利难以通过传统行政法治原则的狭窄管道得到应有保障，行政合法性危机随之产生。那么，风险社会背景下政府之行政究竟表现为何种不同于传统行政法研究范式下的新特征？一种什么样的法治形态才可既能保障公共安全，又能保障公民人身自由不受行政之恣意侵害？

风险社会背景下政府之行政显然既不同于自由法治国形态的“干预行政”，又不同于社会法治国形态下的“给付行政”。曾赞这部著作首次提出了“预防行政”概念，从而为行政法学理论研究提供了一个全新的视野与框架。作者在比较“干预行政”、“给付行政”与“预防行政”三者之间社会形态、国家形态、法治形态、国家任务、政府行政活动特征、风险特征、控权模式不同差异基础上，全面论述了预防行政概念的含义与特征。预防行政概念的首次提出突破了行政法学现有理论研究范畴，这对我国行政法学理论研究与范式转换来说有着十分不同寻常的意义。

在政府之行政目的向风险预防转型过程中，政府之行政权随之扩张。传统行政法范式下实体控权渐趋式微，公民人身自由保障之管道愈发狭窄。曾赞这部著作创造性建构法律程序主义控权机制，以期通过预防行政行为合法性的论证商谈来维持安全与自由两者之间的动态平衡。作者基于一种论证商谈理论视角，将法律程序主义界定为一种以语言为媒介、以沟通为取向、以生活世界为界面而编织成的自我导控的程序之网，是主体

间通过对预防行政行为的正当性、形式合法性与主观真诚性之合法性论证,最终促成共识之达成的非建制化与建制化的法律商谈。作者将实体控权置于主体间论证商谈过程中,创造性提出了预防行政过程中法律主义实体控权的三个合法性向度,从而化约了传统行政法范式下实体控权所遭遇的困境,重构了行政合法性诸维度。预防行政行为合法性三个向度的创造性建构可谓作者在行政法学理论研究领域中的一项重大成就。

通过对预防行政行为合法性三个向度的创造性建构,作者成功地将预防行政过程中程序性正当程序融于实体性正当程序之中,从而弥合了实体控权与程序控权、主权与人权之间的巨幅鸿沟。作者将社会公众、舆论、媒体、具体相对人与行政主体之间就预防行政行为合法性进行论证商谈的过程界定为一种实体性正当程序,其所体现的是程序所具有的独立价值。预防行政过程中主体间就预防行政行为合法性进行论证商谈所需的特殊规则与互动形式就表现为程序性正当程序,也即程序的正当过程,其所体现的是独立于实体的程序价值。质言之,预防行政合法性体现为主体间就预防行政行为的正当性、形式合法性与主观真诚性三个要件进行论证商谈的充足程度。实体控权与程序控权浑然融于法律程序主义之中,此可谓行政法学理论研究中的一个重要建树。从法律程序主义出发,我们可以符合逻辑地推导出行政法诸原则。基于行政行为合法性三个向度的论证商谈过程,我们可以推导出人民主权、人权、合理性、依法行政、诚实信用诸原则;基于行政行为合法性论证商谈过程所需的特殊规则与互动形式,我们可以推导出平等、公开、正当程序诸原则。^{〔1〕}

作者在查阅大量文献资料基础上系统规整了两种侵害公民人身自由之尤甚的具体预防行政行为,即预防性拘留与预防性搜查的概念与特征,叩问了预防行政拘留与预防行政搜查两种具体预防行政行为的法律程序主义控权机制,此可谓这部著作的一个突出特色。通过对我国 100 多部预

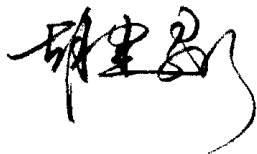
〔1〕 应松年主编:《当代中国行政法》,中国方正出版社 2005 年版,第 70—120 页;胡建森主编:《公法原则》,浙江大学出版社 2005 年版。

防行政法律法规的梳理,作者分析了其中的立法疏漏,在此基础上,提出了完善我国预防行政法律法规的相应对策,此对预防行政过程中人身自由之保障与我国行政法治建设的推进来说无疑有着十分重要的实践意义。

全书行文流畅,资料详尽,观点突出,逻辑严密,富有创新,堪称公法学的又一力作。当然,本书尚存有诸多阙如与不足,有些提法尚值商榷,有些论述尚需斟酌,有些论证尚待深入,但这不足以影响本书的科学价值与理论建树。相信本书的出版将为我国行政法学研究提供一个全新的视域,亦将为我国行政法治提供一个科学的测量标准。

曾赞是我的博士生。该生在行政法学研究方面虽起步较晚,但却勤奋刻苦,学有所成。本书是在他博士论文基础上修改而成的。对于本书的出版,我和他本人一样由衷感到高兴。

是为序。



2010年11月30日

目 录

| | |
|---------------------------------|------|
| 绪 论 | (1) |
| 第一节 问题的提出 | (1) |
| 第二节 研究现状 | (5) |
| 第三节 研究范围、目的与意义 | (9) |
| 一、研究范围 | (9) |
| 二、研究目的 | (10) |
| 三、研究意义 | (10) |
| 第四节 研究方法与本书框架 | (15) |
| 一、研究方法 | (15) |
| 二、本书框架 | (20) |
| 第一章 预防行政概念的提出 | (22) |
| 第一节 预防行政概念提出的背景 | (22) |
| 一、预防行政概念提出的社会背景 | (22) |
| 二、预防行政概念提出的规范背景 | (24) |
| 三、预防行政概念提出的理论背景 | (29) |
| 第二节 预防行政概念的界定 | (30) |
| 一、预防行政的含义及其特征 | (30) |
| 二、预防行政行为的含义及其特征 | (36) |
| 第三节 预防行政过程中限制或剥夺人身自由的行政行为 | (44) |
| 一、人身自由的含义 | (44) |

2 法律程序主义对预防行政的控制——以人身自由保障为视角

二、预防行政过程中限制或剥夺人身自由的行政行为类型 (46)

第二章 预防行政过程中人身自由保障的控权模式——从实体控权迈向法律程序主义 (52)

第一节 预防行政过程中实体控权所遭遇的困境 (52)

一、预防行政过程中实体控权的两种形态 (52)

二、预防行政过程中实体控权所遭遇的困境 (60)

三、对实体控权所遭遇困境的反思 (67)

第二节 从实体控权迈向法律程序主义 (71)

一、为什么迈向法律程序主义 (71)

二、什么是法律程序主义 (73)

三、预防行政过程中法律程序主义的基本定位 (84)

第三节 法律程序主义对预防行政的控制 (87)

一、实体性正当程序对预防行政的控制 (87)

二、程序性正当程序对行政的控制 (99)

第四节 法律程序主义控权的意义 (104)

一、自由与安全之间的紧张趋于缓和 (104)

二、行政合法性危机得以化解 (106)

三、对极权主义的否定 (107)

四、对公民自决实践的保障 (111)

第三章 法律程序主义对预防性拘留的控制 (115)

第一节 人身自由权对预防性拘留的防御功能 (115)

一、预防性拘留的含义 (115)

二、预防性拘留的性质 (116)

三、人身自由权对于预防性拘留的防御功能 (122)

第二节 实体性正当程序对预防性拘留的控制 (128)

| | |
|--|-------|
| 一、预防性拘留的正当性要件····· | (128) |
| 二、预防性拘留的形式合法性要件····· | (133) |
| 三、预防性拘留的主观性要件：主观确信····· | (141) |
| 第三节 程序性正当程序对预防性拘留的控制 ····· | (143) |
| 一、公正的抗辩式听证····· | (144) |
| 二、从可能的理由(probable cause)到“有合理理由相信” (reasonable grounds to believe)：正当程序的根本违 反····· | (147) |
| 三、法院令状适用范围的扩张：司法管辖原则的异化····· | (149) |
| 四、信息公开····· | (150) |
| 五、咨询律师、获得法院及时公正审理以及申请司法审查的 权利····· | (153) |
| 第四节 议会控制抑或法院控制：控制预防性拘留的建制化路 径 ····· | (155) |
| 一、议会控制抑或法院控制：两者之间的基本争论····· | (156) |
| 二、议会控制抑或法院控制：各自的理由····· | (161) |
| 三、议会控制抑或法院控制：两者孰优孰劣····· | (166) |
| 第四章 法律程序主义对预防性搜查的控制 ····· | (170) |
| 第一节 隐私权对预防性搜查的防御功能 ····· | (170) |
| 一、隐私权含义的演进····· | (170) |
| 二、预防性搜查的含义及其特征····· | (173) |
| 三、隐私权对预防性搜查的防御功能····· | (179) |
| 第二节 实体性正当程序对预防性搜查的限制 ····· | (186) |
| 一、预防性搜查的正当性要件····· | (186) |

4 法律程序主义对预防行政的控制——以人身自由保障为视角

| | |
|---|-------|
| 二、预防性搜查的形式合法性要件：预防性搜查的适用情形 与对象····· | (198) |
| 三、预防性搜查的主观要件····· | (201) |
| 第三节 程序性正当程序对预防性搜查的控制····· | (203) |
| 一、隐私权保障的正当性程序在美国司法实践中的流变··· | (203) |
| 二、法院对预防性搜查事先审查程序的具体适用····· | (209) |
| 三、信息公开····· | (223) |
| 四、告知与听证程序····· | (225) |
| 第五章 预防行政在中国：规范分析与立法疏漏····· | (229) |
| 第一节 我国预防行政法律法规的规范结构····· | (230) |
| 一、自然灾害类预防性行政法律法规····· | (230) |
| 二、事故灾害类预防性行政法律法规····· | (232) |
| 三、公共卫生类预防性行政法律法规····· | (233) |
| 四、社会事件类预防性行政法律法规····· | (235) |
| 第二节 我国预防行政过程中法律程序主义控权模式的初步型 构····· | (239) |
| 一、2007年《突发事件应对法》的三大贡献····· | (239) |
| 二、我国预防行政法律法规中实体性正当程序的基本构 架····· | (240) |
| 三、我国预防性行政法律法规对程序性正当程序的初步 型构····· | (260) |
| 第三节 我国预防行政法律法规中法律程序主义控权机制方面的 立法疏漏····· | (270) |
| 一、预防性拘留之法律程序主义控权机制方面的立法疏漏 ····· | (270) |

| | |
|---|-------|
| 二、限制人身自由权的预防行政行为之法律程序主义控权 机制方面的立法疏漏····· | (276) |
| 三、预防性搜查之法律程序主义控权机制方面的立法缺漏 ····· | (281) |
| 代结语：预防行政在中国：实证分析与立法完善 ····· | (284) |
| 一、是专断的拘留抑或危害防止——对我国预防性拘留事例之 检视····· | (284) |
| 二、预防性搜查之滥用：对我国预防性搜查事案之分析····· | (287) |
| 三、完善我国预防性行政法律法规的几点建议····· | (291) |
| 四、对《行政强制法(草案)》的三点修改建议····· | (296) |
| 参考文献 ····· | (307) |
| 后 记 ····· | (320) |

绪 论

第一节 问题的提出

2002年南京汤山“9.14”特大投毒案致42人死亡,300多人中毒。事件发生后,江苏省公安厅连夜发出紧急通报,部署各地公安机关迅速查禁收缴“毒鼠强”等禁用剧毒急性鼠药。公安机关会同经贸、工商、卫生、农林等部门,逐单位、逐场点、逐村逐户开展“拉网式”排查收缴。这种“拉网式”逐户搜查无疑构成对公民住宅隐私权的侵害。那么这种为预防同类事件再次发生的行政行为是否如同卡马拉案所指明的,行政机关在没有美国宪法第四修正案规定之传统意义上的可能的理由情形下,可以公共利益的特别需要为正当性理由,申请法院签发以地区为单位的搜查证而对该地区实施搜查呢?窃以为,上述“拉网式”搜查符合预防性行政行为的正当性要件、主观真诚性要件,但欠缺形式合法性要件与行政程序的正当性过程。从其有效性要件来看,首先,“拉网式”搜查乃在于防止此类事件不再重演,因此,具有风险预防与危害防止目的;其次,当滥用检查权的危险不能消除对地区检查权压倒一切的需要时,这种“拉网式”之正当性要件即已满足;再次,根据我国1995年《人民警察法》以及其他一些预防性行政法律法规的规定,公安机关可以行使对公民住宅的检查权,其他行政机关无此项权力,因此,其他行政机关对公民住宅的检查就属于非法。按照我国相关法律的规定,公安机关对公民住宅的立即检查,即无证搜查,须遇法定的紧急状况才为合法。然而,上述“拉网式”搜查既欠缺紧急状况的法定情形,又无签发以地区为单位的检查证,因此,其法律程序显然存有明显缺漏。

2 法律程序主义对预防行政的控制——以人身自由保障为视角

尽管由于公共利益的特别需要,使得个人住宅这座城堡再也不会坐落于由护城河围起来的孤山上,但个人住宅仍可视为个人的一座城堡。我国宪法明文规定,住宅不受侵犯的权利乃为宪法所保障的权利,但我国工商、税务、盐政、烟草等稽查部门的行政执法者往往拿着一张行政检查证,就堂而皇之地侵入个人住宅进行搜查。这种现象在一些人看来如此习以为常,以至于早已见怪不怪了。这种任意侵入公民住宅,滥用行政检查权的现象与我国宪法与法律在保障公民住宅隐私权之正当性法律程序的缺漏有着极大的关系。根据我国法律的相关规定,对于公民住宅的行政检查只需出示工作证件以及县级公安机关开具的检查证即可,^[1]而无需履行如其他国家的宪法所规定的,须获得法院签发的附可能理由的搜查令状。我国宪法因缺乏公民住宅不可侵犯权利的正当性法律程序保障,因而就仅仅具有某种象征性意义,而不具有实效性。

2004年4月19日,安徽阜阳劣质奶粉事件致171名婴儿出现营养不良综合征,其中因并发症死亡13人。为防止劣质奶粉再次危害婴幼儿健康,4月20日安徽省政府向全省发出紧急通知,要求各地、各有关部门立即组织专门力量,对奶粉市场进行一次拉网式清查。2004年4月22日,国务院调查组根据温家宝总理等国务院领导同志的指示精神,对阜阳劣质奶粉事件进行强化调查。在这次拉网式强化调查中,有42人被刑事拘留,59人被留置审查,203人被依法传讯。因刑事拘留为一种刑事强制措施,其与本书所涉内容不大相关,故不予详述。留置审查则为一种剥夺人身自由的行政强制措施,因而需对其细究。

[1] 2005年《治安管理处罚法》第87条:公安机关对与违反治安管理行为有关的场所、物品、人身可以进行检查。检查时,人民警察不得少于二人,并应当出示工作证件和县级以上人民政府公安机关开具的检查证明文件。对确有必要立即进行检查的,人民警察经出示工作证件,可以当场检查,但检查公民住所应当出示县级以上人民政府公安机关开具的检查证明文件。1996年《行政处罚法》第37条第1款:行政机关在调查或者进行检查时,执法人员不得少于两人,并应当向当事人或者有关人员出示证件。当事人或者有关人员应当如实回答询问,并协助调查或者检查,不得阻挠。询问或者检查应当制作笔录。1995年《人民警察法》第9条第1款前段:为维护社会治安秩序,公安机关的人民警察对有违法犯罪嫌疑的人员,经出示相应证件,可以当场盘问、检查。

留置审查权又可称为继续盘问权,其依据来自于1995年《人民警察法》第9条的规定。^{〔2〕}留置审查的期限计算自相对人被带至公安机关之时起,至相对人可以自由离开之时止。留置审查的期限一般为12小时;对在12小时以内确实难以证实或者排除违法犯罪嫌疑的,可以延长至24小时;对拒不讲真实姓名、住址、身份,且在24小时内仍不能证实或者排除违法犯罪嫌疑的,可以延长至48小时。根据《公安机关适用继续盘问规定》,留置审查的批准程序为:继续盘问12小时的,由公安派出所负责人决定;需要延长至24小时的,由县级公安局或城市公安分局的值班负责人决定;需要延长至48小时的,由县级公安局或城市公安分局的主管负责人决定。

留置审查乃为我国限制或剥夺公民人身自由行政强制措施之冰山一角。除此之外,尚有约束、传唤、强制传唤、强制性教育、收容教养、收容教育、劳动教养、强制戒毒、强行驱散、强制带离现场、立即拘留等。我国各省、自治区、直辖市,设区的市,县(市)均制定了关于应对重大群体性事件的应急预案,在这些紧急预案中几乎都规定了强制带离现场、强制驱散、立即拘留等限制或剥夺公民人身自由的行政强制措施。2006年1月9日,宁波市海曙区市民刘某等近150多人打着横幅,集体跪地,聚集在宁波市政府门口。在海曙区公安分局诸民警的劝导下,多数上访者退至划定的警戒线外,其中有两名上访者由于拒绝交出手中的横幅而被强制带离现场。浙江省金华市婺城区姜美英为了村里水污染的赔偿费问题而多次上访,在其再次到北京上访时被当局强制带回,之后被处一年半的劳动教养。2007年7月25日,北京市东三环双井桥东北侧“天之骄子”小区的60余名业主因房产开发商违背事先承诺,声称要找朝阳区建委评理,遂走上东三环主路,

〔2〕1995年《人民警察法》第9条第1款规定:为维护社会治安秩序,公安机关的人民警察对有违法犯罪嫌疑的人员,经出示相应证件,可以当场盘问、检查;经盘问、检查,有下列情形之一的,可以将其带至公安机关,经该公安机关批准对其继续盘问:(一)被指控有犯罪行为的;(二)有现场作案嫌疑的;(三)有作案嫌疑身份不明的;(四)携带的物品有可能是赃物的;同条第2款规定:对被盘问人的留置时间自带至公安机关之时起不超过二十四小时,在特殊情况下,经县级以上公安机关批准,可以延长至四十八小时,并应当留有盘问记录。对于批准继续盘问的,应当立即通知其家属或者其所在单位。对于不批准继续盘问的,应当立即释放被盘问人。

4 法律程序主义对预防行政的控制——以人身自由保障为视角

致三环主路被堵约半小时。之后,60多名业主(大多是博士或硕士)被强制带至派出所,并被处以5日行政拘留。

从我国关于限制或剥夺人身自由权之行政强制措施的法律规定来看,其非常简便的程序性规定的确有助于提高行政效率,但却无法控制行政权的滥用。相关法律法规在赋予行政机关限制或剥夺公民人身自由权时,几乎未有任何相应的程序性控制机制。对于这些行政强制措施审查批准,无需法院的事先审查,而只需由公安机关或公安派出所负责人决定即可。一个拿着铁链和手铐的执法者则成为可否对相对人实施限制或剥夺自由之行政强制措施的裁判者。退而求其次,法律也应该详细规定公安机关或其派出机构的相关负责人审查批准程的实际性标准。然而,令人遗憾的是,竟然没有任何一部法律列举可以批准的肯定情形或不予批准的否定情形。同时,规定上述行政措施的法律均未赋予相对人抗辩式听证的权利,从而实际剥夺了相对人的陈述申辩机会,也没有赋予行政机关必须及时将相对人带至法官前的义务。于是,公民的人身自由权被行政机关的铁腕粉碎。

在应对突发事件与预防突如其来的风险之际,特别需要的公共利益乃成为预防行政行为正当化的事由,比例原则为预防行政行为正当化的基础。就前述安徽阜阳劣质奶粉事件来看,保障婴幼儿的身体健康成为留置审查的正当性事由。但我们又似乎很难将特别需要的公共利益与留置审查联系起来,因为根据我国《人民警察法》第9条第1款的规定,留置审查并非仅为适用于紧急状况的行政强制措施,而是普通情形下亦可适用。因此,我国在遭遇国内骚乱、叛乱、暴乱、战争,各类突发事件时,似乎没有启用紧急状况之特别规定的必要,而只需依据行政命令即可化险为夷,防患于未然。在大陆法系或英美法诸国法律体系中,宪法往往有关于限制或剥夺人身自由须由法官事先许可的规定,紧急状况下,事先申请法官许可不可能时,则事后应予以补充。在我国,无论是刑事强制措施,还是行政强制措施,均无需法官的事先许可(刑事逮捕由检察院批准)。对于限制或剥夺人身自由权的行政强制,也没有任何一部法律有关于抗辩式听证程序、信

息公开以及获得法院及时审判之程序权利的规定。何故单单在我国,适用一般情形下的行政强制措施却可以适用于任何一种紧急状况(宪法意义上的紧急状态除外)?窃以为,在我国有着重实体轻程序的陋见,认为只要实体规定详尽,即可达到行政控权之目的,此其一;我国一向以保护国家利益、公共利益为立法的价值取向,亦为行政执行之价值追求,对于个人自由则较为漠视,因此,以公共利益为优先考量的立法者所关注的是行政如何有效地预防各种危害公共利益的行为,而个人自由之保护则成为立法者的盲点,此其二。

在我国,善良公民遭遇限制或剥夺人身自由之事例几乎随处可见。2003年孙志刚案虽然敲响了收容遣送制度的丧钟,但却并未迎来一个以法定程序控制行政权滥用的黎明。劳动教养制度的无法可依,收容教育的滥用,留置审查的任意,几乎如同铁笼一般将人身自由囚禁于其中。行政检查制度的混乱不堪,使得公民毫无住宅等隐私权可言。而在一个风险社会时代,由于风险的不可理性计算性与时空范围的广延性,能动型行政机关空前强化其风险预防功能,从而使得持续膨胀的行政自由裁量权构成了对行政法治的严重挑战。公民人身自由之保障亦难以透过实体控权的狭窄管道得以周全。围绕什么是最好的行政与什么是最有效的控权模式两大主题,行政法学者试图透过程序控权来保障公民个人私领域的自治与自为。

第二节 研究现状

伴随着世界风险社会的出现,传统的以理性计算之系统倾向维持稳定均衡为假设的“传送带”模式就难以应对高风险复杂问题与危机。传统行政法范式中的法律优先与法律保留原则,在政府之预防行政活动中受到了前所未有的挑战,行政合法性危机随之产生。作为对行政合法性危机的回应,美国行政法学者理查德·B·斯图尔特以确定的公共利益并不存在为理论假定,以多元主义的合法化为理论前提,试图寻求利益代表

模式来化解行政合法性危机。相应地,司法审查的主要目的因而不再是防止行政机关对私人自治领域的未经授权的侵入,而是确保所有受影响利益在行政机关行使其被授予的立法权力过程中得到公平的代表。^{〔3〕}在斯图尔特看来,古典自由主义所预设的私人自治和国家权力之间的界限已不再清晰可辨,传统的行政合法性模式已经瓦解。作为对后工业社会所引发的行政合法性危机的回应,20世纪80年代的美国行政法尚有以风险与利益平衡分析而见长的成本—利益(cost-benefit-analysis)模式。^{〔4〕}波斯纳认为,在自由与安全之间,一种现实主义的利益平衡模式并不假定自由利益优先于公共安全利益;反之,亦然。^{〔5〕}德国行政法学者汉斯·J·沃尔夫从塑造型法治国之社会特征出发,得出社会行政就是预防行政的结论。基于福利国之给付行政概念不足以涵摄现代行政活动特征之阙如,沃尔夫试图建构起以公共行政活动为核心概念的行政法学体系。在此基础上,他进一步讨论了公共行政活动在多大的空间内享有不受法律拘束的判断余地,包括诸如预测余地、有关个人品格的判断以及高度人身性的专业判断。在他看来,传统法律保留原则是否适合这种由国家所实施的风险控制是值得怀疑的。^{〔6〕}哈贝马斯在对交往行为进行规范语用学分析的基础上,试图通过交往理性来重建一种规范力量。哈贝马斯将交往理性矗立于有效性论证之基石上,并通过事实性与有效性的内在张力来构建一种民主法治理论。

〔3〕 [美]理查德·B·斯图尔特著:《美国行政法的重构》,沈岷译,商务印书馆2002年版,第63—64页。

〔4〕 [美]理查德·B·斯图尔特著:《21世纪的美国行政法》,黄忠译,原载《纽约大学法律评论》第78卷。http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=6236,2007年5月21日访问。另可参见张千帆:《世界行政法体系的形成与发展》,载《比较法研究》2006年第6期。

〔5〕 [美]理查德·A·波斯纳著:《法律、实用主义与民主》,凌斌、李国庆译,中国政法大学出版社2005年版,第345—346页。另外,有关成本效益模式方面的论述还可参见于立深:《成本收益分析方法在行政法上的运用》,载《公法研究》第4卷,中国政法大学出版社2005年版;[美]罗伯特·W·哈恩著,骆梅英译,《政府的规制成本收益分析》,收于吴敬琏、江平主编:《洪范评论》第2卷第2辑,中国政法大学出版社2005年版。

〔6〕 [德]汉斯·J·沃尔夫等著:《行政法》(第一卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第346—373页。