

行政责任问题研究

杨解君 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

行政责任问题研究

杨解君 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

行政责任问题研究/杨解君主编. —北京:北京大学出版社, 2005. 4

ISBN 7-301-08922-8

I. 行… II. 杨… III. 行政执法-责任制-中国-文集 IV. D922.114

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 029717 号

书 名: 行政责任问题研究

著作责任者: 杨解君 主编

责任编辑: 明辉 王晶

标准书号: ISBN 7-301-08922-8/D·1159

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

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

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 北京原创阳光印业有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 21.5 印张 363 千字

2005 年 4 月第 1 版 2005 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 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

序言：行政责任中的问题探讨

行政责任问题是当下我国行政法学研究中较为薄弱的一环,这种“薄弱”从某种角度而言,也可以视作我国法治脆弱现状的一个注脚。行政责任的制度欠缺,已显现出一些并不那么美妙的图景:责任设定空泛、责任主体不明、责任落实含混、责任追究乏力,等等,从而在一定程度上导致行政法律规范的“柔化”与“悬置”。我们也许可以不客气地说,在缺乏行政责任的有效创制与实现的情景之下,行政法的繁荣表象下其实潜藏着某种坍塌的危机。没有有效约束行政主体及其活动的责任机制,行政法治乃至国家法治的实现终将沦为无法兑现的空头支票。作为学者,诚望行政责任的理论研究多少能为实践起点建议或导引作用。

行政责任的理论研究,既不应是对实在法的机械注释,也不应是对域外理论的生搬硬套,它应依托于制度现实但又高于制度现实,是一种对现实素材有所提升、有所综合的解读与拓新。我以为,中国的行政责任理论至少应该考虑如下一些基本问题:第一,行政责任如何界定?其边界何在?我们何以判断和识别?第二,行政责任归属何种性质?现代行政所肩负的政治责任、道德责任和法律责任三者之间应如何衔接?国家责任、组织责任与人员责任三者之间应如何协调?第三,行政责任的主线为何?如何以一条主线建构起兼容行政违法责任、行政侵权责任、行政违约责任、行政赔偿责任和行政补偿责任的理论体系?第四,行政责任的主体应如何确定?行政主体与行政责任主体之间的逻辑断裂如何弥合?第五,主体、行为、效力与责任之间,如何保持其内在的关联性与统一性?尤其是行政责任与行政行为效力的关系问题更有待厘清。第六,行政责任如何类型化和体系化?从体系化的角度应该综合哪些要素来归纳出行政责任的种类和形态?不同种类和形态之间的责任竞合问题应如何处理?第七,行政责任的宪法渊源何在?行政责任在宪法和行政法两个层面上应如何规制?第八,如何设计和安排行政责任?如何保障行政责任制度的实现?等等。这些都是近年来常萦绕我心的问题,我也曾打算以此作为我的博士论文选题,但由于某些原因不得

不放弃了。尽管如此,这些问题却不是能够简单地一挥即去的,这种“无法忘却”之情也正是本书面世之缘起。

这本集子是我指导的七篇硕士学位论文的汇编。之所以选取这七篇论文并汇编成集,原因在于这些文字都是围绕着行政责任这一主题所作的阐发,有其内在的体系性与关联性。

《行政侵权责任制度的经济分析》一文,可以看作是行政法研究方法上的转型尝试。当下,学界运用经济学理论分析行政法现象已屡见不鲜,不过集中于某一具体问题的系统性分析并不多见,且由于所分析的对象往往是一些“大词”或“大问题”,从而弱化了经济分析方法在微观上所凸现的优势。而《行政侵权责任制度的经济分析》一文则是从一个“小问题”入手去展开一种较为全面的经济学分析,这对作者经济学知识的储备无疑是一个挑战。在该文中,作者运用经济学理论分析了行政侵权责任制度的功能和行政侵权责任因果关系的认定等问题,认为:应该强调行政侵权责任的预防功能,补偿功能则应退居次席,只有侵权行为少发生才能少浪费公民的权利资源;对行政行为的控制只有满足“激励相容”条件的才是有效的,在制度的功能定位上,如果不注重将行政主体的行为向自觉预防侵权的方向导引,制度将失去意义;用“过失”及其扩展形态来替代传统因果关系,过失与违法的一元化会使这种替代更有效率。

《行政责任主体与行政责任类型研究》一文的基本思路在于弥合行政主体理论与行政责任主体理论之间的逻辑断裂。在现有理论和制度上,责任主体的二元化和行政主体的一元化架构存在着逻辑上的冲突,行政主体法和行政救济法之间出现了一条巨大的鸿沟,使得行政责任理论缺乏充分展开的基础。在该文中,作者尝试以多元的行政主体结构来填补这一鸿沟,以代理说来建构行政组织体和行政公务人员的关系,认为:行政组织体和行政公务人员之间是一种代理关系,行政机关具有权利能力而不具备行为能力,行政公务人员为其代理人;行政公务人员在其代理权限范围内,依照组织之目的作出法律行为,其法律行为的效果归于行政主体;行政公务人员为“实际主体”,行政机关为“名义主体”;行政行为的概念从本质上看,就是要明确组织体对行政公务人员行为的吸收问题;在责任类型方面,以主体为标准可分为行政组织体的责任与行政公务人员的责任,其中行政组织体的责任又可分为惩罚性责任、补偿性责任和纠正不法性责任,行政公务人员的责任可分为补偿性责任和惩罚性责任等。

在弹性化的服务行政背景下,行政主体除了承担法定责任外还承担约

定义务,不过学界对此类义务和责任的研究尚不充分。《行政约定义务与责任》和《行政执法责任状研究》两篇论文则分别从外部行政关系和内部行政关系两个维度对义务与责任问题展开了研究。

《行政约定义务与责任》集中研究了行政主体和行政相对人之间的约定义务和责任问题,其基本观点为:行政约定义务的发生源自行政许诺、行政契约、行政协定三类行政行为;行政约定义务必须履行,是诚实信用原则在行政约定领域的当然要求;行政违约责任的归责,应采用严格责任原则;行政约定无效时,行政相对人的信赖利益应该受到保护;行政主体依法为自己设定的有效的约定义务等同于其法定义务,违反该约定义务的行为是一种特殊的“行政违法行为”,因此违约责任即等同于违法责任。其结论为:约定即法定,违约即违法。

与《行政约定义务与责任》一文相呼应,《行政执法责任状研究》则以行政执法责任状为切入点,分析了在行政主体和行政公务人员之间形成的内部约定义务和责任问题,认为:对行政执法责任状性质的认定,不能一概而论,而应作具体之分析,一概认定行政执法责任状就是行政契约的观点是不准确的;行政执法责任状约定的内部承担责任不宜以违法原则归责而应以过错原则来归责;行政执法责任状中行政处分有被滥用的趋势,对于开除、辞退等对当事人公务员身份产生根本影响的重大责任形式,没有明确的适用规定;行政执法责任状中行政纪律处分严厉程度远远超过行政处分,其适用没有一定的程序,随意性大,缺乏救济途径,这对公务人员的合法权益造成了重大影响,其权益保障需要救济渠道的畅通。

对于行政责任的归责原则及其适用,现有的研究主要集中在违法责任领域,一种全方位理解和把握行政责任归责原则的视野尚未充分展开。《论行政责任的归责原则》和《无过错责任原则及其他——建构行政责任归责原则体系的一种思路》,则是从行政责任自身的复杂性出发,尝试建立我国行政责任归责原则体系的一种努力。《论行政责任的归责原则》指出,我国行政法应确立以过错推定原则为主,以危险责任原则、公平责任原则、过错责任原则为补充的行政责任的归责原则体系。《无过错责任原则及其他——建构行政责任归责原则体系的一种思路》一文则认为,行政责任的归责必须以行政责任的类型化为前提,并在此基础上建构一个由多种归责原则共同构成的归责原则体系。行政责任的归责原则首先分为过错责任原则和无过错责任原则,过错责任原则又可以分为一般性过错责任原则和违法性过错责任原则,无过错责任原则可以分为违法性客观归责原则和一般性客观归

责原则。各种归责原则分别适用于不同类型的行政责任。

前述各篇论文主要着眼于对行政责任某一理论点的发掘和深化,这些理论能否解决现实中的行政责任问题则有待检验。《试论证券监管主体及其责任》一文,是基于行政责任的理论试图梳理中国证券监管主体责任的尝试。论文的研究围绕中国证监会的组织、地位和行为展开,分别对其规范创制行为、股票发行上市核准行为和稽查执法不作为行为的责任进行了探讨。作者认为:对于规范创制行为的责任应当采取无过错责任原则,以防止行政主体为自己开脱辩解;欺诈公司对于违法性核准行为的赔偿责任负第一赔偿责任,在上市公司丧失赔偿能力时,由证监会承担赔偿责任,为此应建立赔偿基金;对于稽查执法不作为的行政赔偿责任应综合采用分阶段的过错推定原则与无过错责任原则。

从《行政违法论纲》的出版到今天,五年时间过去了。现在我将学生们的论文汇编成此书,以作后续。虽然这些文章并非我所撰写,但是它们已经包容、体现甚至推进了我先前的那些思考。它们并不完美,也还有一些错误,但是它们紧扣了行政责任理论和实践中存在的问题,在这个意义上,不仅具有一定的原创性,而且也富有建设性。在此,借用狄骥的话表达对这些论文的评价,也许较为恰当:“本文所提出的观点,也许并不比本文所驳斥的更为真实。也许我错了,真理是在别的地方;但是我相信没有别的目的,只是为真理服务。”^①

感谢施建辉和叶树理两位教授的协助指导,同时,作为这些作者的硕士指导老师,我也要向各位作者表示感谢,希望这本集子不仅是他们求学生涯的小结,更是其美好未来的开始。

杨解君

2004年12月1日于南京工业大学

^① [法]狄骥:《宪法论》,商务印书馆1959年版,第10页。

CONTENTS 目 录

行政侵权责任制度的经济分析	李平平	1
引言		1
第一节 行政法经济分析的基础理论		5
第二节 侵权经济学与行政侵权责任制度的功能		13
第三节 行政侵权归责原则的经济分析		24
第四节 因果关系的经济学及其改进		44
第五节 结论		55

行政责任主体与行政责任类型研究	张治宇	57
第一节 缘起		57
第二节 行政责任主体的理论基础:行政主体层次论		61
第三节 行政责任的类型化		76

行政约定义务与责任研究	尹 磊	92
绪言		92
第一节 行政约定义务之发生		94
第二节 行政约定义务之履行		112
第三节 违反行政约定之责任		118
第四节 行政约定无效时的信赖保护		130
第五节 代结论:约定即法定,违约即违法		140

CONTENTS 目 录

行政执法责任状研究	张峰振	146
引言		146
第一节 行政执法责任状的涵义及类型		147
第二节 行政执法责任状的定位		153
第三节 行政执法责任状内容构成之一： 行政实体职责与行政程序义务		163
第四节 行政执法责任状内容构成之二： 行政法上的法律责任		170
第五节 行政执法责任状的救济		191
论行政责任的归责原则	肖登辉	193
第一节 行政责任的归责原则之基础理论		193
第二节 行政责任的归责原则若干 观点之剖析		199
第三节 我国行政责任的归责原则 体系之建构		215
无过错责任原则及其他		
——建构行政责任归责原则体系的一种思路		
	孙 隽	233
第一节 归责原则		233
第二节 行政责任的归责原则		242
第三节 从无过错责任原则到一般性 客观归责原则		257

CONTENTS

目 录

试论证券监管主体及其责任	熊 敏	268
引言		268
第一节 证券监管及其模式		269
第二节 证券监管主体		280
第三节 证券监管主体的行政责任概览		294
第四节 证监会的责任		299
第五节 建议		332

行政侵权责任制度的经济分析

李 军 军

引 言

是否法律都有一种“天将降大任于斯人”的自我期许,以至于行政法暗自诩为从天而降的“金甲神人”,担负着“控制公权力,拯救私权利”的重大历史使命?我国行政法学研究历来沉溺于“行政权——公民权”的二元对抗模式,强调公民权利对行政权力的天然反抗和必然优越性。其立论基础是“人性的分裂”,即强化对行政主体的“恶而强”的推测,同时又将行政相对人的“善且弱”推向极致。这在公共选择学派看来早已是不攻自破的谎言,而我国行政法学界对此仍然推崇备至。也正是基于此,行政法习惯于将政府“妖魔化”,而将行政相对人“低能化”。正是在这种对立和分裂的基础上,行政法学将社会整体割裂成两个部分,并将这两个部分之间的张力夸张到水火不容的地步。行政法的惟一任务就是向行政权开火,并尽可能地缚住其手脚,这样公民权利就安全了。

行政法学界对行政法律责任的研究就是在这样的背景下展开的。在行政责任问题上,尤其强调对公民权利之救济,并将这种救济水平视为行政法制建设进步的指标。行政法律责任就是对过去违法行为的清算,是对相对人既有权利的补足。因此,从整体上看,对责任的研究是面向过去的,是强调行政主体对行政相对人的妥协,是一场“零和博弈”。如果跳出这种局限于二元对立的图式,我们就会发现,这不是“零和博弈”,而是一场“负和博弈”。正如经济学家在相当长的时期里忽视了交易成本的实际存在一样,行政法学家们也忽视了行政责任制度中的交易成本问题即制度运行费用。本文指出,制度的运行费用是纯消耗性的,无论由哪一方支付,最终买单的终将是包括行政相对人在内的公民。权利对抗权力的斗争固然很激动人心,但是,研究者有没有关心过:权利主体愿意为权利支付多大代价?笔者相信,学者的许多制度建议都是他们所研究的对象和前人的认识构建的,而不

一定就是现实生活中活生生的人所期望的。过于关注终极理想,也许会忽视正在拥有生活的现时代的人。笔者确信,对理想的追求必须植根于对每个行为主体日常的行为选择模式之中。也许在法学,特别是行政法学中并不适合谈论价值问题。让我们更关注人们是怎样安排自己的行为。对追究行政法律责任这种“交易”而言,研究费用问题也许更实在,因为人们总是在选择隐含费用更低的制度。昂贵的制度不是理性的行政相对人所需要的。基于以上认识,本文试图跳出“法言法语”的桎梏,转向经济学,运用经济学的方法,从全新的角度认识行政侵权责任制度。

一、法学研究方法及其发展

方法论是理论对自身的自觉审视,是学科对本身进行的情况、思考方式、所利用的认识手段之反省。^① 作为法学研究者探索、发现法以及与法有关的知识的手段和工具,一般认为,法学方法包含以下三个层次:一是法学研究的哲学方法,比如阶级分析、价值分析、规范分析以及社会实证分析等;二是法学研究的一般方法,主要是法学方法与政治学方法、经济学方法之间的借鉴,使法学能够吸收到其他学科方法的长处;三是法学研究的特殊方法,并且主要是法律实践即法律推理的方法。

巴甫洛夫指出,“科学是随着研究(方)法所获得的成就而前进的。”^② 对中国当代法学研究方法,批评之声不绝于耳。有学者指出,中国当代法学在研究方法上存在严重的缺陷,认为在法学研究中片面地理解辩证唯物主义与历史唯物主义作为哲学指导的意义,而忽视了法学独特方法之构建;在研究中过分强调以利益对立为基础的阶级分析,忽视了真正的主体是“人”,而导致法学研究本身的空泛与虚化。^③ 论者多主张将法学研究的方法重点转移到法律推理上,以彰显法学之独特个性,弥补阶级分析法之不足。

笔者以为,法学研究方法的革新,必须以实际生活的需要为出发点,而这也意味着理论研究向社会需要的回归。卡多佐法官指出:(对法律的研究)着重点已经从戒律的内容转向实践中戒律的效力,从救济是否存在转向

① [德]卡尔拉·伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第119页。

② [俄]巴甫洛夫:《法学导论》,法律出版社1988年版,第291页。

③ 胡玉鸿:《法学方法论导论》,山东人民出版社2002年版,第101—104页。

为实现该戒律的设计目的而设立的救济能否获得以及是否有效。^①也许我们所讨论的法学方法的更新,从本质上说,不过是一个视角和态度的变化,从注重法律规范体系“内在逻辑一致”转向“法律与社会生活的真正关系”。庞德更是一针见血地挑破了这种变化:在现代法律科学中,最重要的推进也许就是从以分析性态度转向以功能性态度对待法律。^②

法学家们对传统方法的突破,以及对社会学、经济学、心理学等领域知识的接纳,可以看作是对这种转变的适应。这种参照系的变更,用另一视角和世界观取代原有的视角和世界观,往往会开辟一些新的、通向知识和洞见的路径,从而有助于我们更深刻地理解法律在这样的领域中是如何发挥作用的。这种知识的拓展除了带来理论研究的飞跃之外,更重要的是使我们学会了全面体察处于复杂社会关系之中的、集多种社会角色与一体的人是如何对法律作出反应的。从法学研究角度看,这一点尤其重要,因为关心人的行为是关心社会福利的基础。

所以,笔者主张,法学方法的革新,首先是观察视角的调整;应该立足于社会的需要,大力吸收其他学科知识和方法。在我国,行政法学除了患有当下法学研究的“通病”之外,方法问题本身尚未引起足够的重视。因此,探讨行政法学研究的方法问题意义重大。

二、我国目前行政法学研究方法的缺陷

回顾我国行政法学的发展,针对行政法学研究在视角和方法上的缺陷,有学者评论道:就目前的研究现状来说,还存在一些薄弱环节……研究思路不够开阔,视野相对比较狭窄;研究方法仍比较单一,等等。^③根据笔者的理解,我国行政法学研究在方法论上存在的缺陷依次表现如下:

首先,对方法论问题缺乏足够的关注。我国行政法学研究在方法论上不自觉地沿袭了民法学的方法,形成解释法律的规范分析、法条注释和基于前两者的比较分析方法。也许正是这种“拿来主义”的惯性,使得行政法学研究对自身作为独立学科所必要的方法论问题缺乏足够的体认,甚至在其

① Pound, "Administrative Application of Legal Standards," Proceedings American Bar Association, 1919, 第451页;转引自〔美〕本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2002年版,第44页。

② 同上书,第441、449页。转引自〔美〕本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2002年版,第44页。

③ 罗豪才:《我国行政法制和行政法学的继承与超越》,载《法学家》2002年第5期。

他法学学科已经开始关注方法问题的情形下,对自身的问题仍然无动于衷,有关方法论问题的较为系统的文献,更为匮乏。

其次,在方法的运用上囿于传统的法学方法,即规范分析、法条注释以及以此为基础的比较分析。值得注意的是,我国行政法学研究本身就是以概念(更确切地说是学理概念)为起点的,而不是以法规范为起点的,因此规范分析、概念分析难免有自娱自乐、重复循环之嫌。单一的方法限制了学者们发现问题、解决问题的能力,阻碍了行政法学知识的积累与开拓。传统方法不能看到自身之外的广阔领域,故很难保证得出全面、科学的结论。

再次,在思维方式上,行政法学研究缺乏综合的视角。学科的划分固然只是为了研究的方便与深入,但是研究决不可以囿于这种区分。然而,行政法学研究中方法的更新与成果的借鉴,也基本上局限于法学视野内的学科之间,很少将视界扩展到法学之外更为广阔的社会科学领域甚至自然科学领域。作为行政法学研究的对象,人的行为同时也是众多其他社会科学的共同研究对象,区别仅仅在于方法和角度不同。行政法学借鉴其他学科的理论成果和方法,有助于增强行政法学理论的解释力。有的学者已经开始自觉地突破学科分野的桎梏,在行政法学研究中尝试运用经济学方法。^①也有学者尝试在行政法学研究中运用利益法学方法。^②

最后,在方法更新的探索过程当中,学者对经济分析方法的运用尚欠系统,不够全面。为数不多的文献支持了这样的看法:方法的更新并没有成为一种普遍的学术自觉,经济分析方法的运用是修辞性的、点缀性的,缺乏系统性;经济分析方法与行政法学知识的结合十分机械,难以融贯;多数研究者对经济分析的理解尚显狭隘,将经济分析仅仅理解为“成本—收益”分析。笔者认为,经济分析方法是一个以一般社会科学研究方法为基础、以“成本—收益分析”为框架的体系。它既有规范分析,也注重实证分析^③;它对法律

① 笔者收集的近些年发表的研究宪法、行政法文章中,采用经济分析方法的主要有:许传玺:《行政罚款的确定标准:寻求一种新的思路》,载《中国法学》2003年第4期;詹福满:《行政法的成本与收益》,载《法律科学》2001年第4期;刘善春:《行政诉讼裁决的经济效益分析》,载《政法论丛》2000年第5期;崔卓兰、于立深:《行政规章的经济分析》,载《吉林大学社会科学学报》1998年第5期;王学辉:《行政程序法精要》(群众出版社2001年版)中的一章《行政程序的成本—收益分析》。在著作方面,值得一提的是宋功德博士所著的《论经济行政法的制度结构——交易成本的视角》(北京大学出版社2003年版)。在该书中,作者第一次比较系统地采用经济分析的方法(包括博弈论)研究经济行政法。

② 叶必丰:《行政法学》,武汉大学出版社2003年版,第38页。

③ [美]波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康、林毅夫译,中国大百科全书出版社1997年版,第20—23页。

规范的理解既要借助语义分析,也注重对不同经济后果的比较;经济分析以自己独特的眼光回顾历史以阐释法律制度的演变;而运用经济分析方法,如果要获得经验数据的佐证,当然离不开社会调查甚至实验的方法。在经济分析方法的次级层面上,还有替代分析、边际分析、均衡分析、制度分析方法等。

鉴于以上所述,引入一种客观、全面、系统的经济分析方法,既是对行政法学研究方法体系的整体反思,也是对该方法之运用现状的整合与批判。笔者以行政侵权责任制度为切入点,综合运用经济分析的多种方法,深入探求行政法律制度的经济逻辑,尝试以经济学方法为平台解释行政法现象。

第一节 行政法经济分析的基础理论

一、基本假设及其改进

马克思从哲学的层面上,非常宏观地阐述了经济基础与上层建筑之间的关系;经济基础决定上层建筑,上层建筑反作用于经济基础,这种反作用又表现为阻碍或促进经济的发展。这些都是我们耳熟能详的基础知识,但我们的了解也仅限于此,对其中详细的作用机理,我们知之甚少。近世以来的“经济学帝国主义”运动为我们提供了向深处发掘的有力工具。而这首先得益于经济学方法将自己从商业领域解放出来并向广泛的社会生活扩展。贝克尔指出:经济学的特点在于它研究问题的本质,而不是该问题是否具有商业性或物质性。因此,凡是在以多种用途为特征的资源稀缺情况下产生的资源分配与选择问题,均可以纳入经济学的范围,均可以用经济分析加以研究。^① 科斯也认为,经济学本质上是一种方法论,是一组追求效用最大化或者财富最大化的工具。^② 将经济学理解为一种方法论或思维模式,有助于更为顺畅地将其导入行政法学研究。

(一) 经济分析的基本假设

波斯纳关于经济学的定义较好地揭示了经济分析方法的几个基本假设的内容,他说:“经济学是关于我们这个世界的理性选择的科学(the science

^① (美)加里·S. 贝克尔:《人类行为的经济分析》,王业宇、陈琪译,上海三联书店1995年版,第3页。

^② (美)罗纳德·H. 科斯:《新制度经济学》,载〔法〕克劳德·梅纳尔编:《制度、契约与组织——从新制度经济学角度的透视》,刘刚、冯健等译,经济科学出版社2003年版,第11—12页。

of rational choice)——在这个世界里,资源相对于人欲望是有限的。”^①而在资源有限的约束下,理性的行为就是最大化。经济学建立在以下经验假设的基础上:资源稀缺性——行为的外在约束;理性经济人——行为主体的内在特征;最大化——约束条件下理性行为的取向。法律的经济分析脱胎于经济学方法,自然以经济学研究的基本假设为前提,这些假设构成了对行政法进行经济分析的基础。

1. 稀缺性假设。稀缺性是经济学解释社会现象的起点,也是经济学方法赖以立足的基点。稀缺性在很大程度上是一种来自亲身经历的体验,也许将稀缺视为一种基本的事实而不是假设更为确切。我们拥有的任何东西,包括健康身体的精力、毕业之前的最后一个春天、救济权利的机会都是稀缺的。稀缺性的实质是人类不断扩张的欲望与有限资源之间的紧张关系。就整个生命过程来说,稀缺不可能得到改善。

行政法律活动中的稀缺问题同样存在。由于立法和预算的约束,行政机关可利用的资源是有限的,比如行政许可主体必须在最多不超过60天的期限内作出是否许可的决定^②;对于权利受到行政权侵害的行政相对人来说,他用于法律事务的开销(包括时间、金钱和精力)是有限的,而他在法律上能够获得救济的机会也是有限的(包括一次复议、一次诉讼和一次上诉)。因此,参与法律活动的主体必须在不同的资源分配方案中选择:是事前足够谨慎,还是事后应对复议、诉讼;是先复议再诉讼,还是直接起诉,甚至判决后不屈不挠地上诉?稀缺性要求人们必须将有限的资源有目的地运用到某些方面。而确定和实现特定的目的,必定要求行为主体具备某些条件,并能够依据某种标准对自己的行为进行评价。其中,最基本的条件就是具备“经济人”的理性,而该标准就是效用最大化。

2. “理性经济人”假设。所谓“理性经济人”,是指具有保持手段与目的一致性的能力的人。这里的理性是指纯粹的形式理性,对行为的惟一要求是它能够使目的实现到最大程度。^③因此,理性对目的和手段并没有进行伦理价值上的判断。完全理性的经济人具有如下特征:行为人具有完全的信息和计算、比较能力,并且有选择的自由。理性经济人的假设对行为人的要

① [美]波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康、林毅夫译,中国大百科全书出版社1997年版,第3页。

② 参见《行政许可法》第42条。

③ 魏建:《理性选择理论与法经济学的发展》,载《中国社会科学》2002年第1期。

求过于苛刻,行为人总是处于不自由状态。其他人的行为、制度的约束以及获取信息的成本在以下几个方面影响了行为人的选择:备选项充沛程度、比较所依赖的信息的真实和充分程度、对选择的风险的把握程度等。西蒙提出了“有限理性”以修正“完全理性”的假设。他认为:人们不可能对每个选项都有充分的了解和预期,不可能具备完全的知识要求以提出最完美的行动方案,加之前景的不确定性、先入之见和决策成本的存在,使人们事实上不能作出完全理性的决策。^①因此,理性经济人在以上条件下的理性选择只能是:在现有信息的基础上,寻求目的与手段的一致并获得满意。

行政活动中的公务员、领导机构、监督机构的理性也都是有限的。认识到理性的有限,才有可能改善这种有限。有限理性限制了行政行为双方所能够获取的最大利益,而理性的拓展有助于将此利益边界往外推移。所有参与行政法律活动的主体,其理性的拓展都有赖于收集信息成本的降低以及处理信息能力的提高。政府拥有的公共信息和私人拥有的私人信息之间的交流与互换,对拓展双方的理性都有非常重大的意义。公开、公示、说明理由、教示、告知以及真诚、平等的交流都是对理性的积极拓展,从而减少侵权的发生和公共资源的浪费。

3. 最大化假设。基于资源的有限,最大化其资源的效用就是理性经济人的理性选择,它意味着特定目的的充分实现,而不管这一目标是什么。坚持个人是其选择之效用的最佳评价者,与法学坚持的“自由、自主”本质上是相通的。新古典主义经济学认为,人是利己主义的、追求自身利益最大化的经济人,在货币经济条件下追求个人货币财富的最大化。^②但是,经验证明,这种对人性的单向度理解是片面的:行为的动机既非简单的货币财富,也非纯粹主观的个人幸福;而孤立地理解主体的行为,不仅削弱了行为的社会意义,而且导致了对理性的盲目崇拜。心理学的研究成果表明^③,决定人类行为的动机是非常复杂的,在人类行为选择模式的目标函数中,货币财富只是其中的一个变量。社会地位、个人荣誉和对自愿奉献的精神满足都被纳入其决策模型之中。效用最大化承认具体的目标之间存在可替代性,理性的人们总是在不同的约束条件下,谋求物质财富和非物质财富的最优组合,从

① 参见王成:《侵权损害赔偿的经济分析》,中国人民大学出版社2002年版,第49页。

② 冯玉军:《法经济学范式研究及其理论阐释》,载《法制与社会发展》2004年第1期。

③ 在这方面最重要的成果就是马斯洛的“需求层次论”。需求层次论首先表明人类的需要和行为的动机是复数的。参见付子堂:《法之理在法外》,法律出版社2003年版,第147页。