

私权文化
与潜在的
行政法的

关保英 著

THE CULTURE
AND POTENTIAL OF
PRIVATE LAW IN
ADMINISTRATIVE
LAW

山东人民出版社

全国百佳出版单位
国家一级出版社

关保英 著

行政法的 私权文化与潜能

The Culture and Potential
of Private Law in Administrative Law

山东人民出版社

全国百佳出版单位
国家一级出版社

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(2011. 7 重印)

ISBN 978-7-209-03235-3

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

责任编辑:李怀德

封面设计:武 斌

行政法的私权文化与潜能

关保英 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

山东临沂新华印刷物流集团有限责任公司印装

规 格 16 开(169mm×239mm)

印 张 32.5

字 数 450 千字 插 页 1

版 次 2011 年 7 月第 2 版

印 次 2011 年 7 月第 3 次

ISBN 978-7-209-03235-3

定 价 58.00 元

如有质量问题,请与印刷单位联系调换。电话:(0539)2925659

目 录

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 / 22
- 1.3 行政制裁与个体创新精神的遏制 / 36

第二章 法治的行政与社会自我之不和谐 / 42

- 2.1 规范行政与行政的规范 / 42
- 2.2 依法行政与造法行政 / 55
- 2.3 行政的合法性与合法的行政性 / 67

第三章 行政的公共秩序与个体意志的封锁 / 77

- 3.1 社会秩序的明晰性与人之个性的模糊性 / 77
- 3.2 保护公益与减少个人选择 / 85

3.3 维护公共秩序与缩小个人生活空间 / 97

第四章 行政的程序规则与个性化之张力 / 103

4.1 行政框架的确定状态与个人权利实现的不确定性 / 103

4.2 行政的程序规则与个人生活的不便性 / 116

4.3 行政救济与相对人经济成本的加大 / 125

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 / 135

5.1 行政权界定与权利板块掩盖 / 136

5.2 行政法概念揭示与命题元素杜撰 / 145

5.3 行政法理论基础确定与行政逻辑的不当转换 / 155

第六章 基本制度的应然性求索与制度现实的乌托邦 / 164

6.1 行政法关系描述与关系属性抑制 / 165

6.2 行政组织法设计与主体根基割断 / 177

6.3 行政公职解释与人格转换的丢弃 / 185

第七章 运作过程的法治理想与规范逻辑的循环 / 190

7.1 行政行为揭示与非法行政的合法性认同 / 190

7.2 行政制裁制度构设与行政首属规则的背反 / 202

7.3 行政程序思考与效率精神的遗弃 / 211

第八章 规制技术的探寻与目的物的实现不能 / 220

8.1 行政法原则选择与行政法高级背景的偏离 / 220

8.2 行政责任假设与权利救济悖论 / 233

8.3 行政监控建构与契约精神舍弃 / 240

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 / 249

9.1 行政法的人性基础 / 249

9.2 行政法中的自我与本位 / 265

9.3 个人的社会决定与行政决定 / 273

第十章 行政法私权时代的来临 / 279

10.1 私权的时代合理性 / 279

10.2 市民社会相关机制的行政法引入 / 288

10.3 行政法的进步在于对个体活动空间的拓宽 / 298

第十一章 公共利益关系的私益准据 / 307

11.1 利益的个体证明 / 308

11.2 为私的关系不能被为公的关系取代 / 316

11.3 公共权力责任之私人承担 / 324

第十二章 行政法私权价值的回应 / 330

12.1 行政法对个人自我保护的肯定 / 330

12.2 行政法与个体能量的释放与挖掘 / 339

12.3 行政法中公权与私权的关系转换 / 347

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 / 357

13.1 行政典则的私权源流 / 357

13.2 行政法上的法律优先 / 365

13.3 私权与底界典则 / 372

第十四章 私权与行政法关系的超越 / 383

14.1 行政法关系中主体意志与行为的转换 / 384

14.2 行政法中权责关系的对等 / 400

14.3 行政主体义务的行政法关系构造 / 418

第十五章 私权与行政行为的无为 / 431

15.1 私权的行政创意 / 431

15.2 行政权的自我控制 / 453

15.3 行政执法工具的规范化 / 466

第十六章 行政法制度的私权感应 / 478

16.1 行政误导之责任 / 478

16.2 行政法上的行政禁止 / 488

16.3 行政对弱者的扶持 / 503

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、价值选择等权威性或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逐,此特性更使作者在研究过程中不敢受制于既成或待成的规则,将视野拓宽于哲学甚至于更加广泛的领域自然而然地成了作者的一个研究秉性。本书的引注以及若干论点可作佐证。作者希望读者们在读本书时,能够对书中的诸多引注有所领会,并从这些先哲们的深刻思想中求索行政法理论和制度的精髓。

^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

第一章

行政权的有效性与行政权力的 有闲性之背反

法律在本质上是对专制权力行使的一种限制,因此它同无政府状态以及专制政治是敌对的。为了防止具有为数众多而又相互抵触的意志的无政府状态,法律限制了私人的权力。为了防止一个专制政府的暴政,法律控制了统治当局的权力。它试图通过将秩序与规则性引入私人交往以及政府机构运转之中的方法而在上节所描述的两种社会生活的极端形式之间维持一种折衷或平衡。一个完整与充分发达的法律制度,对于无政府状态和专制政治这种截然相对的形式来讲,是处于等距离的位置。通过一个行之有效的私法制度,它就可试图划定私人或私人群体的行为范围,以防止或反对相互侵犯、过分妨碍他人的自由或所有权的行使和社会冲突。通过一个行之有效的公法制度,它就可努力限定与约束政府官员的权力,以防止或救济对应于保障的私人权益领域的不恰当侵损、以预防随意的暴政统治。这样,最为纯粹的最为完善的法律形式,便会在这样一种社会制度中得以实现,在该制度中,已经成功地排除了私人 and 政府专制地或暴虐地行使权力的可能性。

1.1 行政权与行政特权

行政法体系的构建都是围绕行政权展开的,这已经是世界各国的通例。^①日本行政法学家盐野宏在描述日本行政法体系的建立时指出:“行政法要存在,或者说行政法要成立,另外还必须满足如下两个条件:其一,行政这种活动要服从法,这是不言而喻的。在绝对君主制模式中,君主可以自由地、即不受法律制约而侵害私人的财产和自由,因而那里不存在产生行政法的余地。其二,行政所服从的法,是属于与一般民法不同的法。也就是说,行政主体要强制取得私人的财产,或者限制自由,例如,收用土地或者制约营业活动时,那不是行政权主体的恣意为为,而是必须服从法律。那么,假设在这种时候,当行政和私人之间产生纷争时,那里所适用的法是否应该理解为与一般法性质不同的法?当然,在这里已经存在着关于营业规制的法律、关于租税的法律、与行政有关的法律。在这种意义上的行政法存在着,并且,以这种素材为前提,可以叙述实定法的状况。”^②德国的毛雷尔在其巨著《行政法学总论》中一开始就指出“要学习行政法,必须掌握一些有关其客体即行政的知识”。^③可见在毛氏看来行政法的客体就是行政,质而言之,行政法所涉及的关系元素就是以行政的诸方面为核心的。

①约翰·密尔指出:“行政是政府行使直接权力的部门,并且是直接和公众打交道的;个人的希望和恐惧主要地是指向它的,政府的好处,以及政府的恐怖和威信,也都是主要通过它表现在公众眼里的。所以,除非负责制约行政的各政府机关得到这个国家的有效的舆论和感情的支持,行政总是有办法把它们撇在一边,或者迫使它们屈服,并且有把握可以获得对它的这种行为的支持。”这说明人们从行政权出发对行政法问题进行研究在潜意识中对行政权有一种恐惧感,这种恐惧感引导人们常常将行政权置于社会生活的对立面,置于公众权利的对立面,人们对行政权的态度要么是予以限制,即所谓的限权理论,要么予以控制,即所谓的控权论,要么由行政权对社会事务进行安排等等。其实行政权作为一种存在物,如果它对社会是有害的,那么我们就应当通过法律制度让这种权力存在,可以将其转化为自治权等,如果对社会是有益的,那我们又有什么理由去控制它呢?让它存在又对它进行控制这实际上是逻辑上的二律背反。

②〔日〕盐野宏著:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第12页。

③〔德〕毛雷尔著:《行政法总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第3页。

“毫无疑问,宪政的革命和革新会对行政产生影响;但在一般情况下,这种影响不是立刻发生,而是随着时间的推移逐步显示出来。因为宪政需要首先自行消化,然后才能将其效果传播到行政法并且得以实现。行政法向宪法靠齐是一个长期的过程,立法者、执法者和法学家同时参与着这个过程。”^①依他的论点,行政法即便作为宪政的组成部分,亦以行政为宪政运作的中心;英国行政法学家威廉·韦德说:“行政法定义的第一个含义就是它是关于控制政府权力的法。无论如何,这是此学科的核心。政府权力不同于议会,议会作为立法机关是至高无上的和超越法律控制的,但是所有其他公共当局的权力是从属于法律的,就像国王与大臣以及地方政府和其他公共团体一样。所有这些下级权力都有两个固有的特点:第一,它们都受到法律的限制,没有绝对的和不受制约的权力;第二,也是必然的结果,任何权力都有可能被滥用。有时议会制定的法律说:部长也可以下达某种他认为适合某一特定目的的命令,但如果它违反众多的由法官创造的法律之一,法庭可能会宣布这个命令无效,如果它违反议会确定的界限,法庭也将会使之无效。”^②在英美法系将行政法理解为控权法,行政法所控制的权力乃是行政权,自然而然地将行政置于了行政法的聚焦点;王名扬教授对美国行政法的定义作了这样的直评:^③

当代具有代表性的行政法概念有两个:一是流行最广的狭义行政法概念;二是代表较新趋势的广义行政法概念。狭义的行政法概念认为行政法是关于行政活动的程序的法律,不包括行政活动的实体法在内。例如著名行政法学家 K. C. 戴维斯教授认为,就美国普遍使用的意义而言,行政法是关于行政机关的权力和程序的法律,包括法院对行政活动的司法审查在内,也包括行政机关所制定的程序法规在内。行政法不包括行政机关所执行的实体法,不论实体法是立法机关

①〔德〕毛雷尔著:《行政法总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第14页。

②〔英〕威廉·韦德著:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第5页。

③王名扬著:《美国行政法》(上册),中国法制出版社1995年版,第39~41页。

制定的,法院判例产生的,或行政机关制定的,都不是行政法。这些实体法可能是税法、劳工法、反垄断法,但不是行政法。另一美国著名行政学者 B. 施瓦茨认为行政法是控制政府活动的法律,它规定行政机关的权力、权力行使的原则,和人民受到行政活动侵害时的救济手段。行政法的重点是行政机关行使权力的程序,不是它的实体法。行政法涉及实体法时,只是用以说明行政程序和救济方面的问题。他认为在美国,行政法不是关于公共行政的法律,它回答下述三个问题:(1)行政机关具有什么权力;(2)这些权力的界限是什么;(3)用什么方法保持行政机关在其权限界限以内。

在狭义的行政法概念中,行政法不包括实体行政、实体行政法例,如税法、反垄断法是专门的法律,不是行政法。行政法也不包括内部行政法,例如行政机关的组织、文官制度、行政机关的财产管理制度等。这些是关于行政机关或行政系统内部的法律,不是行政机关对人民行使权力的法律,所以不是行政法。行政法所涉及的仅仅是行政机关的权力,权力的行使和救济手段。

很多著名的行政法学者不同意狭义的行政法概念,他们认为行政法是关于公共行政的法律,不仅包括程序行政法,也包括实体行政法;不仅包括外部行政法,也包括内部行政法。例如 R. B. 斯图尔德教授认为,行政法是规定行政机关的组织 and 权力的法律规则 and 原则,它也规定行政机关所使用的程序,确定行政决定的效力,划定法院和其他政府机关在和行政机关的关系中各自的作用。各个行政部门都有相应的实体法和程序法。例如劳动法规定负责劳动关系的行政机关在处理劳动问题时所适用的实体原则和程序;环境法规定环保局和其他负责环境事务的机关,在处理环境问题时所适用的程序和原则。又如 P. L. 斯特劳斯教授认为,在本世纪初期当公共行政发展的时候,学术界发展了行政法概念,