

第十二卷

珞珈法学论坛



LUO JIA JURISTS' FORUM
武汉大学法学院

本刊顾问：马克昌 李 龙

Wuhan University Press
武汉大学出版社

珞珈法学论坛

第十二卷

LUO JIA JURISTS' FORUM

武汉大学法学院主办



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

主	编	肖永平			
副	主	陈本寒			
编	委	(排名不分先后)			
		江国华	徐亚文	柳正权	陈本寒
		宁立志	陈家林	刘学在	李傲
		肖永平	张辉	杨泽伟	秦天宝
秘	书	王浩			

目 录

· 法学专论 ·

论行政法规范的扩张	祝 捷 (1)
法理视阈下的明刑弼教	何 剑 (14)
除斥期间若干问题研究	杨 巍 (32)
论物权法意义上的公共利益	张素华 (45)
论采矿权	温世扬 孟德龙 (58)
股份有限公司股权转让限制制度研究	刘 涛 (70)
检察业务的一般理论	许发民 (87)
行政诉讼与民事诉讼之关系研究	黄启辉 (103)
国际货币制度改革：回顾与展望	陈剑平 (116)
重新审视黄金条款	张晓静 朱小菁 (125)

· 立法与司法实务 ·

新类型担保法律适用问题的思考	陈本寒 (136)
论我国刑事制裁体系的特色、修改与展望	何荣功 (149)

· 法学教育与法学家 ·

梦到酣时不愿醒 ——张耀曾宪政思想述评	江国华 沈寿文 (158)
------------------------------	---------------

· 法学随笔 ·

为权利而斗争：民法的精神教育	王 雷 (174)
----------------------	-----------

法学专论

论行政法规范的扩张

■ 祝捷*

目 录

- 一、行政法规范扩张的适用余地
- 二、行政法规范扩张的限制
- 三、行政法规范扩张的方法
- 四、结语

广义的行政法规范扩张，包括执法或司法机关具有“文献学性质的扩张”，^①即以行政解释或司法解释的形式，对行政法规范进行系统、有计划的扩张。“文献学性质的扩张”，毋宁是立法计划的延伸和细化，且常体现为“再立法”、“二次立法”、“实施性立法”的过程，如最高人民法院颁布有关行政诉讼法的司法解释等，因而可以称为“造法性扩张”。在中国行政法治的语境下，“造法性扩张”的结果在实务中被作为法源引据，因而常常被视为扩张的对象而不是扩张的结果。狭义的行政法规范扩张，仅指在具体案件中，针对具体的法律适用问题而产生的“实践性的扩张”，又可称之为“适法性扩张”。^②本文并不讨论造法性扩张，所称的行政法规范扩张，是指通过法漏洞填补的方法使得行政法规范的含义在实践中产生扩张效应的过程与现象，是行政法规范向具体行政案件适用过程中的扩张，而非行政立法或行政职权意义上的扩张。运用法学方法论的知识，将行政法规范向具体行政执法案件涵摄，是因应行政法规范的抽象性与行政执法活动具体性之需。本于行政法定原则的限制，各种法解释方法及目的性限缩的法内漏洞填补方法在行政法中的运

* 武汉大学法学院副教授，硕士生导师。

本文为武汉大学“70后”学术团队研究的阶段性成果。

① “文献学性质的扩张”，仿自川岛武宜所言“文献学性质的解释”，参见[日]川岛武宜：《现代化与法》，申政武等译，中国政法大学出版社1995年版，第284页。

② “实践性的扩张”，仿自川岛武宜所言“实践性的解释”，参见[日]川岛武宜：《现代化与法》，申政武等译，中国政法大学出版社1995年版，第284页。

用,尚具有正当性,但是,类推适用、目的性扩张等具有扩张效应的法学方法能否运用于行政执法实务中,则在方法之正当性上不无值得讨论之处。本文拟对行政法规范扩张的适用余地、方法及限制进行讨论,以期厘清类推适用和目的性扩张等具有扩张效应之法学方法与行政法定原则之间的关系。

一、行政法规范扩张的适用余地

(一) 行政法规范扩张的界定

尽管本文在开篇即将行政法规范的扩张界定为法律漏洞填补的过程,但此种界定毋宁是试图区分行政法规范在法学方法论意义上的扩张与行政立法或行政职权上扩张,以明确本文的写作范围。对于行政法规范扩张,尚需与相关概念的比较作更进一步的界定。

首先,行政法规范的扩张,是相对行政法规范的限缩而言的。行政法规范的限缩是在行政法规范过于笼统和广泛,以至于在适用时不得不限缩其适用范围的过程与现象。行政法规范限缩的方法主要是目的性限缩。^①行政法规范的扩张与限缩的区别是明显的:行政法规范的扩张是因为其所规定的案件类型过于狭窄,为因应具体案件的需要,不得不运用法学方法将行政法规范的效力向未为该行政法规范规定的案件类型上扩张;而限缩的原因则是因为行政法规范的含义过广,因而必须依法律目的导回原所应有之适用范围。^②由此可见,行政法规范的扩张和限缩的区别主要体现在行政法规范的效力范围上,行政法规范的扩张对于行政法规范的效力范围具有明显的扩张性,而不是限缩其效力范围。

当然,行政法规范的扩张,也不完全等同于行政法规范的目的性扩张。目的性扩张是与目的性限缩相对称的法律漏洞填补方法,系指就规范意旨而为考量,即将法律条文所未涵盖,而合乎规范意旨的类型,纳入该法条适用范围之内,以补充其漏洞。^③目的性扩张可以说构成了行政法规范扩张的重要方法,在效果上具有对行政法规范文义的扩张性,亦即都扩张了行政法规范在文义上所不包含的内容。然而,行政法规范的目的性扩张并不能等同于行政法规范的扩张,前者毋宁是行政法规范扩张的方法之一,而不是行政法规范扩张的唯一方法。行政法规范的扩张依据行政法之法律漏洞的特征,尚包括语词结构的扩张、类推适用和政策性扩张等。

其次,行政法规范的扩张,不同于对行政法规范的扩大解释。后者亦可称为对行政法规范的扩张解释,且在表象上与行政法规范的扩张极为类似,亦即都是在较广的意义上理解行政法规范的含义,都在一定程度上超越了人们在日常语言上对于行政法规范文义的理解。但是,对行政法规范的扩大解释与本文所称之行政法规范的扩张也有着明显的区别:对行政法规范的扩大解释,毋宁仍是文义解释的一种,只不过在行政法规范之含义可能性中,竭尽字义界限之解释,^④而未超越行政法规范的文义射程之外;而行政法规范的扩张,则已经超出行政法规范的文义射程,在行政法规范文义射程之外,根据类推适用、目

① 参见陈敏:《行政法总论》,台湾三民书局1998年版,第124页。

② 陈敏:《行政法总论》,台湾三民书局1998年版,第125页。

③ 参见杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第155页。

④ 参见陈敏:《行政法总论》,台湾三民书局1998年版,第119页。

的性扩张等方法,将行政法规范所规定的构成要件涵摄于尚未为行政法规范规定的案件类型上。因此,是否违反行政法规范的文义,是行政法规范扩张与对行政法规范的扩大解释的根本区别。

值得讨论的是,在实务中,绝大多数行政法规范的扩张会通过行政法规范的扩大解释体现。这一现象在对法规范的目的性限缩与限缩解释的讨论中也曾出现。^①对此,拉伦茨认为,司法裁判仍自称在从事限缩解释的情况,是为了获得更高的“忠于法律”的印象。^②拉伦茨的评论同样适用于实务中将行政法规范的扩张体现为对行政法规范的扩大解释的做法。尤其是在严格的行政法定原则的拘束下,行政法规范的扩张比行政法规范的限缩在违反文义性的程度上更深,因而用对行政法规范的扩大解释包装行政法规范的扩张,以体现对行政法定原则和行政法规范的“忠诚”,显有必要。但即或如此,亦不能混淆两者的区别及界限。

总结起来,行政法规范的扩张具有对行政法规范效力范围的扩张性及违反文义性两大特征。行政法为行政机关行使行政职权、进行行政行为之基本依据,行政法规范得否扩张,涉及依法行政或依法裁判之民主原则、国家权力之划分的原则、构成要件的明确性、法的安定性与平等原则。^③立足于现代文明国家之民主原则、法治原则及权力制约原则,行政机关本应严格行使行政法规范赋予的权力并履行行政法规范规定的义务。如果说行政法规范的限缩,尚且与制约行政权的价值导向具有共通性,那么,行政法规范扩张为何在事实上是存在的,而在法理上也是合理的?亦即:行政法规范的适用余地何在?此一问题关涉到行政法规范扩张存续之合理性,值得讨论。

(二) 行政法规范适用余地的前提:法律漏洞的存在及填补的必要性

有关法律漏洞的填补以及填补法律漏洞所适用之方法的知识,大多数来自于民法学。由于民法之适用不涉公权力的运用,因而在是否得为民法规范之扩张上,并无太多争议,类推适用、目的性扩张等法规范扩张的方法也均肇始于此。但是,学界对于行政法规范的扩张是否具有适用余地的观点并不一致。大陆学者对此问题的论述较少,且持赞同意见者为多。如孔祥俊和伍劲松都认为,在符合行政法立法目的的前提下,对行政法规范之扩张(主要是类推适用和目的性扩张)并无不可。^④台湾地区学者对上述问题有着较多的论述,但主要集中于对于行政法领域是否可以适用类推适用的问题上。陈清秀对此持赞同态度,其认为类推适用不仅可以防止恣意,而且可促进公平正义的实现,只是与私法领域相比,有一定界限,应受法律保留原则以及法安定原则的限制而已。^⑤陈敏虽认为基于法律原则填补法律漏洞,似不致违反法律安定,但也在行政法领域适用类推适用则持否定态度。陈敏引用台湾地区有关判例提出:“公法之适用,以明文规定者为限,公法未设明文者,自

① 王鹏翔:《目的性限缩之论证结构》,载台湾《月旦民商法》2004年6月第4期。

② [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,商务印书馆2003年版,第267页。

③ 黄茂荣:《法学方法与现代税法》,北京大学出版社2011年版,第170页。

④ 参见孔祥俊:《法律规范冲突的选择适用与漏洞补充》,人民法院出版社2004年版,第407页以下;伍劲松:《行政解释研究》,人民出版社2010年版,第188~189页。

⑤ 参见陈清秀:《依法行政与法律的适用》,载翁岳生编:《行政法》(上册),中国法制出版社2000年版,第206页。

不得以他法之规定而类推适用。”^① 陈敏特别提出，在负担（干涉）行政领域应当避免以类推适用之方式“修正”法律。^② 黄茂荣在税法的语境下，根据税捐法定主义引入类推适用及其他法律补充之禁止原则，表明并不赞同行政法规扩张的态度。^③ 相较于类推适用而言，目的性扩张的地位则更为尴尬。陈清秀尚且将其列为法律漏洞填补的方法而未作过多阐述，^④ 陈敏则根本未将其视为行政法补充的方法，^⑤ 黄茂荣亦认为在税法领域不应当适用目的性扩张。^⑥ 至于其他行政法规扩张的方法，则未为上述学者所专门提及。

但是，理论上的知识并未能对行政法实务形成过多拘束。在实务中，行政法规扩张的现象比比皆是。有学者统计《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（2000年）和《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》（2008年）两个司法解释，认为其中对于《行政诉讼法》的目的性扩张有24处之多。^⑦ 最高人民法院运用类推适用、目的性扩张等常用行政法规扩张方法的实务案例亦属常见。因此，不论理论上对于行政法规扩张存在多少质疑，在我国行政法执法与司法的实务上，行政法规的扩张已经为不争之事实。此一现象不仅在事实上无法被否认，而且在理论上亦具有正当性。

行政法规的扩张，是因应行政法规之法律漏洞的必然选择。前文已述，行政法规的扩张，不同于对行政法规的扩大解释，其根本区别在于前者具有违反文义性。但是，此种违反文义性并非能够与违反行政法规等同，后者毋宁是一种抵触行政法规的违法行为，而前者存在的原因是因为行政法规本身存在着法律漏洞。在德沃金看来，法律是一个“完美封闭”的体系，在这个体系中，除了已经由成文法或判例法所确定的规则，而且还有原则。因此，在德沃金法理学中，法理是没有漏洞的，所谓的“法律漏洞”只不过是规则所没有规定的，可以通过原则加以补充，以寻求法律的“唯一正解”。^⑧ 然而，德沃金自己也认识到获取“唯一正解”在实务上的难度，因而专门构想了一位“具有超能才能和永世长存”的赫拉克勒斯式的法官。^⑨ 遗憾的，当然也是现实的是，赫拉克勒斯式的超人法官在行政执法和司法并不常有，因此，尽管理论上可以设定法律是无漏洞的，但在实务中，必须承认法律漏洞的存在。有关法律漏洞之理论，在法学方法论上已经

① 参见陈敏：《行政法总论》，台湾三民书局1998年版，第124页。也有学者认为此判决的说词违反平等原则。参见陈清秀：《依法行政与法律的适用》，载翁岳生编：《行政法》（上册），中国法制出版社2000年版，第211页。

② 在本文语境下，“修正”实应为“扩张”，参见陈敏：《行政法总论》，台湾三民书局1998年版，第127页。

③ 黄茂荣：《法学方法与现代税法》，北京大学出版社2011年版，第180页。

④ 参见陈清秀：《依法行政与法律的适用》，载翁岳生编：《行政法》（上册），中国法制出版社2000年版，第216页。

⑤ 参见陈敏：《行政法总论》，台湾三民书局1998年版，第127页。

⑥ 黄茂荣：《法学方法与现代税法》，北京大学出版社2011年版，第173页。

⑦ 参见王旭：《解释技术、实践逻辑与公共理性——最高人民法院行政法解释活动的实证分析》，载葛洪义主编：《法律方法与法律思维》（第六辑），法律出版社2010年版。

⑧ 参见[美]德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社1996年版，第158页，第300~304页。

⑨ [美]德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社1996年版，第219页。

相当成熟，所谓“违反计划的不圆满性”，已经成为有关法律漏洞概念的通说。^① 由于法律漏洞具有“违反计划”的性质，因而从完成行政任务、开展行政活动、履行行政职责的角度，其“不圆满性”不可恣意地理解为“有法律意义的沉默”或“法外空间”，而应当运用合适的法学方法加以填补。当然，法律漏洞既可能是应有规定而无规定之漏洞，亦可能是应无规定而有规定之漏洞，前者即拉伦茨所称的“开放的漏洞”，而后者即“隐藏的漏洞”。^② 两种漏洞同时存在于行政法规范中，对于“开放的漏洞”，行政执法和司法的需求在于通过以既有行政法规范为基础，对行政法规范予以扩张；对于“隐藏的漏洞”，则需在实务中对其既有行政法规范所涵盖之范围予以限缩。因此，为填补行政法规范之“开放的漏洞”所需，只要行政法规范存在着“开放的漏洞”，就存在着对行政法规范的扩张。

行政法规范的扩张，实质上是法规范对于行政权扩张所作出的反应。在福利国家、社会法治等行政法理念的背景下，行政权不仅应保障公民个人的基本权利和维护市场竞争的基本秩序，而且应对公民的基本生活需求提供基本保障，承担相应的保障义务，并对社会经济活动进行管制和调控。在社会法治国的背景下，行政机关的职能亦随之扩充，从自由法治国时代的守夜人，发展成“从摇篮到坟墓”的全能政府，行政权的范围也呈现出扩张的趋势。行政权之扩张亦是一个动态的过程，而行政法规范则因法安定性的要求以及立法者立法视阈之局限，只能对已有之行政权的运行样态和基本模式作出规定，至多进行有限度的预测性规范；而难以与行政权之扩张保持同步。因此，在行政立法无法因应行政权扩张之需求时，在行政执法和司法活动中，为应对行政权扩张，而对行政法规范进行必要之扩张，为适用行政法规范的题中应有之义。行政法规范扩张对于行政权扩张之意义主要在两点：其一，填补行政法规范所形成之漏洞，为行政执法或司法提供法律依据，使得相对静态的行政法规范得以跟随急剧扩张的行政权，避免行政权在扩张时遭遇“无法可依”的困境；其二，在扩张时渗透保障公民基本权利、规范行政权力运行的价值内涵，引导行政权之扩张向着良性扩张的方向发展，避免行政权的恣意扩张。

二、行政法规范扩张的限制

行政法规范之扩张，因具有违反文义性和扩张性两大特点，所以常常面临是否与行政法定原则之诘问。反对行政法规范扩张之论述，大多数立足于行政法定原则，认为行政法规范的扩张，违背了行政法定原则，使得行政机关可在行政法规范之外活动实施行政行为的空间，有违限制和规范行政权以及行政法治的本旨。如果僵化地理解行政法定原则，以行政法定原则为基础反对行政法规范的扩张，自有其道理。但是，行政法定原则虽强调法律在行政活动及对行政主体之重要性，但其与罪刑法定原则尚存在效力上的落差。立足于此认识，尽管本文承认行政法规范的扩张与行政法定原则之间存在冲突，但并不主张通过否定行政法规范之扩张的方法，弥合两者之间的冲突，毋宁是主张对行政法规范的扩张施加一定的限制，以符合行政法定原则之本旨。

^① 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，作者自刊2006年版，第556页。

^② 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，商务印书馆2003年版，第254页。

（一）行政法定原则与“一般的消极”

行政法定原则，或称依法行政原则，在大多数行政法学教科书或行政法基本原则专论性的著作中，都被作为行政法的首要原则。按一般之理解，行政法定原则包括法律优先和法律保留两项子原则。法律优先是消极的行政法定原则，系指行政行为及其他一切行政活动，均不得与法律相抵触，行政受现行有效法律之拘束，不得采取违反法律之措施。^① 法律优先禁止违反法律规定的行政权运作，行政法规范“违反文义性”的特征，显然与之相违背。法律保留是积极的行政法定原则，系指没有法律授权行政机关即不能合法的做成行政行为。^② 行政法规范扩张的“扩张性”因而又与法律保留原则相违背。因此，孤立地观察行政法定原则，行政法规范的扩张，违背行政法定原则无疑。

然而，对于行政法定原则，除探究其在行政法上的意义与内涵外，还可超越行政法本身，对之加以观察。行政法定原则在一个更为宽阔的视阈中，可以认为是齐特尔特曼所谓“一般的消极”在行政法领域的体现。齐特尔特曼认为法律上有“一般的消极”存在，其意指：除非法律有特别规定，“所有的行为均免于刑责，免于补偿之责”。^③ 齐特尔特曼对于“一般的消极”的论述，是在私法的背景下提出，而在公法背景下，则转换为法律对公民权利之介入为一般消极之事项，非经法律规定，公权力机关不得介入公民权利。^④ 不论私法上有无“一般的消极”，至少在刑法领域，“一般的消极”的确是存在的，即刑法上的“罪刑法定原则”。“一般的消极”也是行政法定原则的基础。按照“一般的消极”，行政机关的职权、行为都属于法律所一般禁止的，因而只有在法律授权或法律有规定的情况下，行政机关方可行使行政职权、实施行政行为。但是，在考虑“一般的消极”对行政法之影响时，尚需考虑“一般的消极”在规范不同法律的“介入”时，有着宽严不同的尺度，即“一般的消极”的规范密度。公权力机关对公民权利的“介入”越强，则“一般的消极”对相应法律的规范密度亦越严格。如前述罪刑法定原则，勘称是诸多“法定原则”（如行政法定、税收法定、物权法定等）中受“一般的消极”规范密度最严格的原则，均因为刑法对公民权利的介入最强，后果最为严重。行政法虽对公民权利亦有介入，但介入程度显然不及刑法，对公民之负担亦距刑法尚远。况且，与刑法纯粹对公民产生负担不同，行政法中的部分行为，如行政许可、行政奖励等，对公民还有授益的效果。因此，用严格的“一般的消极”理解行政法定原则未免有所偏颇。立基于此认识，行政法定原则对公权力之约束程度，并不能与罪刑法定原则等量齐观。在此意义上，行政法规范的扩张与行政法定原则之间的关系，并非如前文所述的那样格格不入。

当然，承认“一般的禁止”对行政法不具有最严格的规范密度，并不意味着行政法定原则如私法一般，“不能承认有此等‘一般的消极原则’存在”。^⑤ 行政权对公民权利之介

① 参见吴庚：《行政法之理论与实用》，中国人民大学出版社2005年版，第52页；陈敏：《行政法总论》，台湾三民书局1998年版，第128页。

② 参见吴庚：《行政法之理论与实用》，中国人民大学出版社2005年版，第53页。

③ [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，商务印书馆2003年版，第255页。

④ “介入”一词，来源于黄茂荣的论述，参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，作者自刊2006年版，第639页。

⑤ [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，商务印书馆2003年版，第255页。

入，不同于公权力机关在私法中扮演之角色。在私法关系中，公权力机关缺乏直接介入性，甚至允许民事主体根据意思自治为法律行为。行政机关对公民权利之介入，显然要强于公权力机关在民事法律关系中对公民权利的介入。因此，“一般的禁止”在行政法领域仍须坚持。在坚持“一般的禁止”，又承认行政法规范的扩张，其间关系的弥合，最佳的方式是引入对行政法规范扩张的限制，亦即在行政法定原则的内涵内规定：在法学方法上设定一些限制规则；一旦行政法规范的扩张未违反这些限制规则，则该行政法规范的扩张并不违反行政法定原则。据此，未违反限制规则的行政法规范扩张被内化为行政法定原则的组成部分，因而所谓“行政法规范扩张”与行政法定原则之间的矛盾问题自然转换为限制规则的设定问题。

（二）行政法规范扩张的限制规则

行政法规范存在的意义，是规范行政权的运行。此处的“规范”既包括对行政权恣意行使的限制，也包括对行政权有效运行的保障，而后者从根本上而言，仍是为保障公民基本权利的实现。从法律漏洞的“违反计划性”上而言，行政法规范的扩张，只有在符合行政法规的立法计划性的基础上，方具有正当性而无违行政法定原则。为保证行政法规范的扩张，符合行政法规范的立法计划，即保障公民基本权利的实现，本文结合相关案例，提出行政法规范扩张的两项限制规则。

1. 扩张理由明确性规则

为填补行政法规范的漏洞，行政法规范的扩张虽为所许，但行政法规范的扩张并非是为解决行政机关执法便利而为之，因而行政法规范的扩张，并不是公权力机关在执法或司法中的断语，而是需要严谨的论证。在论证结构上，为防止行政法规范的恣意扩张，支撑行政法规范扩张的理由需具有明确性，模糊的、过于宽泛和抽象的理由，不得作为行政法规范扩张的理由。如在廖宗荣诉重庆市公安局交通管理局第二支队行政处罚案中，重庆市渝中区人民法院对于本案所涉法律问题，对《行政诉讼法》第32条和《道路交通安全法》第107条进行了扩张。渝中区人民法院对行政法规范的扩张及理由主要有二：^①其一，以《道路交通安全法》第87条第1款的规定“公安机关交通管理部门及其交通警察对道路交通安全违法行为，应当及时纠正”为理由，认定“交通警察对违法行为所作陈述如果没有相反证据否定其客观真实性，且没有证据证明该交通警察与违法行为人之间存在利害关系，交通警察的陈述应当作为证明违法行为存在的优势证据”，在《行政诉讼法》无规定的情况下，赋予了行政机关所提证据的优势地位；其二，以《道路交通安全法》第79条所规定的“简化办事手续”、“高效”为理由，认定交通警察一人执法为合法的具体行政行为，扩张了《道路交通安全法》第107条有关“当场处罚”的规定。

显然，“有权及时纠正”、“简化办事手续”、“高效”等过于抽象且与最终扩张的结果之间不具有直接、明确联系的，且“有权”、“及时纠正”、“简化”、“办事手续”、“高效”等用语本身已经非常模糊，作为交通警察执法的政策性指导原则尚具有一定的合理性，但作为行政法规范扩张理由，显然是不合适的。试想：如果诸如此类不明确的理由可以作为行政法规范扩张的理由，则相对人何以信服行政法规范的扩张？又何以能据此判断行政法

^① 本案案情及判决要旨参见《最高人民法院公报》2007年第1期。

规范扩张的方向？

2. 行政权力恣意扩张禁止规则

行政法规范的扩张，目的在于实现立法计划，以不惜违反文义性为代价。从总的方面来说，保障公民基本权利的实现，是行政法规范扩张的首要任务。陈清秀认为，依法行政原则并不禁止一般的法律漏洞补充或类推适用，尤其法律漏洞补充对人民有利时，则更为法之所许。^① 行政法规范扩张首要地应当考察该扩张是否以保障公民基本权利的实现为目的，并以是否得获致保障公民基本权利实现的效果为评价标准。然而，前文已述，所谓“立法计划”，从行政法整体来看，既包括限制行政权力恣意行使，又维护行政权力有效运行两项，此观点符合平衡论的行政法理念。行政法规范的扩张，如若仅仅执著于保障公民基本权利，而忽视对于行政权力有效运行的维护，则有可能导致行政活动无法正常开展，最终影响公民基本权利的实现。因此，行政法规范扩张的过程，实应与其他行政活动一样，应当注意公益与私益的平衡。但是，为保障公益与私益的平衡，并非意味着当公益需要时，可以恣意侵害行政相对人或相关人的私益。因此，在通过合适的规则，对行政法规范在“平衡公益与私益”间的扩张加以限制，尤为必要。

基于三阶之比例原则第三阶“均衡原则”和平等原则之“恣意侵害禁止”的思想，本文提出限制行政法规范扩张的规则之二，即行政权力恣意扩张禁止规则。三阶之比例原则的第三阶，即“均衡原则”，从比例原则之构成上而言，系在经由第二阶“必要性原则”后，对已选择出的最小侵害手段进行衡量，一当该最小侵害手段仍然对公民基本权利造成过大侵害时，宁愿放弃所追求的行政目的。^② 平等原则之“恣意侵害禁止”，意在虽允许限制公民的平等权以符合实质平等，但仍禁止公权力机关恣意侵害公民的平等权。^③ 本文提出“行政权力恣意扩张禁止规则”，立意与前两项原则的思想类同，即即或允许行政权力借行政法规范扩张行使行政职权，以方便行政执法，以满足公益与私益平衡所需，但行政权力仍不得借由行政法规的扩张，恣意扩充权力，滥行行政职权。

如在郁祝军诉常州市武进区公安局交通巡逻警察大队交通行政处罚案中，对于原告提出仅有交通警察一人的现场目击判断而无其他证据，能否作为证明原告违法的证据，即“目击”证据是否合法的问题，一审法院认定：“对于在红灯禁行时机动车继续通行等稍纵即逝且不留痕迹的违法行为，只能根据执勤警察的现场判断来确定；如果对类似的违法行为均要求执法部门提供技术监控资料、或目击证人、或要求两名以上的执法人员在场，显然会增加更大的执法成本，同时也不利于行政机关提高行政效率”；二审法院支持一审法院的主张，认定原告“未有充分的反驳证据证明其无上述违法事实存在，也未有其他证据证明交通警察存在滥用职权的故意，故交通警察作为亲眼看到即感知到事实的公务人员对该事实的认定，应当予以采信”。^④ 两级法院的观点，事实上将公务人员在特定条件下的“目击”证据列为新的证据形式，扩充了《行政诉讼法》第31条规定的证据形式，且对相

^① 参见陈清秀：《依法行政与法律的适用》，载翁岳生编：《行政法》（上册），中国法制出版社2000年版，第206页。

^② 参见陈新民：《德国公法学基础理论》（下册），山东人民出版社2001年版，第370页。

^③ 参见陈新民：《德国公法学基础理论》（下册），山东人民出版社2001年版，第678页。

^④ 本案案情及判决要旨参见《中国行政审判指导案例》（第1卷），中国法制出版社2010年版。

对人施加了《行政诉讼法》第32条及相关司法解释^①所未规定的举证责任，亦属对上述行政法规范的扩张。但是，将行政执法人员的目击证据作为新的证据形式，且要求相对人对该证据真实性的质疑负举证责任，显然是不当地扩张了行政执法人员的行政职权，并且对相对人施加了不适当的义务，而且有违《行政诉讼法》第31条将主要举证责任分配给被告（行政机关）的立法精神，因而虽对提高行政执法效率，方便交通行政执法有所关照，但未注重公益与私益的平衡，对于行政权力的扩张尚属恣意，并不符合“行政权力恣意扩张禁止规则”。

三、行政法规范扩张的方法

行政法规范的扩张，是行政执法人员和司法人员在特定的法学方法的指引下，结合行政法理论而将行政法规范适用于具体行政案件的过程。特定的法学方法对于行政法规范的扩张而言，有着双重价值：其一，透过外观上严谨的说理与充分的思辨，赋予行政法规范扩张以正当性，本文称之为“正当性的价值”；其二，使行政法规范与行政法规范扩张之间产生某种确定的联系，避免对行政法规范的恣意扩张，增强行政法规范扩张的可预测性，本文称之为“规范性的价值”。因此，选择合适的行政法规范扩张的方法，对于实现行政法规范扩张的目的，有着重要的意义。目前，对于行政法规范扩张的知识，主要来自于民法学背景的法学方法论，依方法为学者所举的频次，可分为三个层次：第一层次为类推适用，为绝大多数学者均承认为行政法规范扩张的方法；第二层次为目的性扩张，为部分学者承认为行政法规范扩张的方法，但另一部分学者认为行政法领域应当排斥目的性扩张；第三层次为举轻明重和举重明轻，仅有少数学者认为其为行政法规范扩张的方法，而多数学者并未提及。本文依扩张暨对行政法规范文义违反程度的强弱，提出行政法规范扩张方法的序列，即类推适用、目的性扩张和政策性扩张，以下结合最高人民法院颁布的指导性案例分述之。

（一）类推适用

类推适用是最为常见，也是最公认的行政法规范扩张方法。所谓类推适用，系指将法律明文之规定，适用到该法律未直接加以规定，但其规范上之重要特征与该规定所明文规定者相同的案型。^②类推适用的本质是对两个不同事实构成在法律后果方面的等置，即将一个事实构成的法律后果归属于另一个事实构成，后者虽然与前者不同，但与前者是如此相似，以至于对法律后果的这一归属在正义感上是必然的。^③类推适用是平等原则“等者等之”思维的运用。

在类推适用上，首先应确定的是未规定之案型在拟类推适用之规范上是否具有类似性。此种类似性不应仅仅是外观上的类似性，而应当是两者的构成要件在与法律评价有关

^① 主要是《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第27条、《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第5条和第6条。

^② 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，作者自刊2006年版，第579页。

^③ 参见雷磊：《类比法律论证》，中国政法大学出版社2011年版，第1页。

的重要观点上彼此相类。^① 在理论上，此种类似性的判断主要有两步：积极地确定待判的案件事实与法律上以规定者相一致；然后是消极地确定两者间的不同之处不足以排斥此等法定评价。^② 但是，积极和消极的确定“无论如何都是一种评价性的思考过程，而非仅形式逻辑的思考操作”。^③ 在实务上，如何为执法和司法人员所把握，存在着诸多的困难。因此，理论上的方法在推理上尽管成立，但在实务上能否成为一项操作规程，值得怀疑。

适用类推适用的方法进行行政法规范的扩张，乃是行政法规范违反文义性比较轻微的额。此种轻微体现在至少能够在行政法规范上发现与最终适用规范之间在语词表述上的连接点。此种连接点主要有两种：其一为表征不完全列举的“等”、“其他”等结尾词；其二为法规范有相同或者类似性表述的词语。以下分述之。

在立法上常常会遭遇到对拟规范之事项难以穷尽，或其穷举太繁琐，但却又不愿挂一漏万地加以规定之难题。立法者在立法技术上通常是在作适当的列示后，紧接着用概括规定来加以穷尽的涵盖，^④ 即所谓“不完全列举的例示性规定”^⑤ 或“例示规定”。^⑥ “例示性规定”在规范的语词结构上使用“列举拟规定的事项+表示不完全列举的结尾词”。“表示不完全列举的结尾词”主要有“等”和“其他”两种。黄茂荣认为例示规定的存在，是因为立法者在规范设计上尚有力不从心之处，尚不能完全知道哪些是应加以规范的，以及对已认为应加规范者，应如何才能清楚地加以规范。^⑦ 因此，借助“表示不完全列举的结尾词”的扩张，属于典型的适法性扩张。如在黄泽富等诉成都市金堂工商行政管理局案中，法院生效判决认为，《行政处罚法》第42条规定应当告知当事人提起听证的行政处罚种类表述为“责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等”，其中“等”系不完全列举，应当包括与明文列举的三种行政处罚种类类似的其他对相对人权益产生较大影响的行政处罚，如本案所涉及的“没收较大数额财产”，从而扩张了《行政处罚法》第42条的规定。^⑧

第二种情况则出现在此法无规定而彼法对于此法中出现的表述或类似表述有规定的情形。第二种情况的出现，仍是立法者力有不逮的体现。值得说明的是，行政法诸多制度和规范用语来自于民法，因而在第二种情况下，类推适用不仅存在于行政法与行政法之间，也存在于行政法和民法之间。但此类类推适用仅为从行政法至民法之单向的类推，至于是否可由民法向行政法类推，本文并不讨论。此类类推的方法在杨庆峰诉无锡市劳动和社会保障局工伤认定行政纠纷案中获得了实践。在该案中，被告提出《工伤保险条例》第17条第2款有关工伤认定申请时效的规定，应为“从事故伤害发生之日”起算，据此认为原告在事故发生一年后才申请工伤认定已经超过时效。但生效判决认为，工伤认定申请时效虽与民事诉讼时效不同，但在判断时效起算时间时，应当参照有关人身损害赔偿诉讼时效

① 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，商务印书馆2003年版，第258页。

② 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，商务印书馆2003年版，第258页。

③ [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，商务印书馆2003年版，第258页。

④ 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，作者自刊2006年版，第579页。

⑤ 《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的会议纪要》，法[2004]96号。

⑥ 刘风景：《例示规定的法理与创制》，载《中国社会科学》2009年第4期。

⑦ 参见黄茂荣：《法学方法与现代民法》，作者自刊2006年版，第566页。

⑧ 本案系最高人民法院颁布的第二批指导案例第6号。

的规定,类推适用《最高人民法院关于适用〈民法通则〉的意见》第168条有关“伤害当时未曾发现,后经检查确诊并能证明是由侵害引起的,从伤势确诊之日起算”的规定,从“伤害后果实际发生之日”起算,扩张了《工伤保险条例》第17条第2款的规定。^①

(二) 目的性扩张

按行政法上法律漏洞的特征,可以分为与既有行政法规范具有较大类似性的法律漏洞和较小类似性的法律漏洞,两者的区别并不在于已为既有行政法规范所规范之案型与未为行政法规范所规范之案型之间是否具有类似性,而在于此种类似性的程度是否达到足以将既有行政法规范适用于未为行政法规范所规范的案型上。与既有行政法规范具有较大类似性的法律漏洞,如需经由行政法规范扩张的方式加以填补,则一般采取类推适用的方法。相应的,填补与既有行政法规范具有较小类似性漏洞的方法,是目的性扩张。^②

目的性扩张的原因,在理论上,是因为未被规范之案型与已被既有行政法规范所规范之案型,在类似性上不足,所以不能适用类推适用以扩张行政法规范。^③但是,对于“类似性不足”等话语,在实务判断上终究存在不确定性,操作性不强,对于行政执法和司法的指导性并无裨益。因此,为形成实务上具有可操作性之方法,有必要讨论目的性扩张在规范上产生的原因。目的性扩张中所谓“类似性不足”的含义,并非是无类似性或仅有少量特征具有类似性,亦即并非从“类似的量”上进行考量,而是认为行政法规范与未被行政法规范所规范之案型上,缺乏规范意义上的类似性。在规范上,体现行政法规范的规定太过具体,对于案型之划分过于类型化,对于案型特征的描述过于狭窄,导致行政法规范的适用范围在明文上被大大限缩,以至于排除了一部分立法者所意欲规定的案型,造成违反计划性的法律漏洞。如《保守国家秘密法》第21条规定,绝密级国家秘密载体未经原定密机关、单位或者上级机关批准,不得复制和摘抄。根据同法第10条规定,国家秘密分为绝密、机密和秘密三个等级,法律仅仅规定绝密级国家秘密载体在复制和摘抄上的限制,而对后两者未作规定。考查同法第26条第1款有关禁止复制国家秘密的规定,第21条显然是过于限缩了有关复制和摘抄国家秘密限制性规定的适用范围,导致在复制和摘抄机密级和秘密级国家秘密载体上无可资适用的规范,违反了《保守国家秘密法》限制复制、摘抄国家秘密的立法目的,因而构成法律漏洞。

然而,并不能因为某一具体案型有规定,而另一具有类似性的案型无规定,则滥用目的性扩张。因为行政法规范的规范范围,为立法者经过精细考量,衡判公权与私权的界限、行政权与其他权力的界限而划定,在实务中不能认为行政法规范的具体规定,都为“太过具体”的规定。如《渔业法》第41条规定:未取得捕捞许可证擅自进行捕捞的,情节严重的,并科以没收渔具。《福建省实施〈中华人民共和国渔业法〉办法》第34条对于情节严重的情形,规定“可以没收渔船”,则不属于目的性扩张,而属于与上位法相抵触

① 本案参见《最高人民法院司法解释·请示答复·指导案例》(行政卷),中国法制出版社2011年版,第123页。

② 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,作者自刊2006年版,第600页。

③ 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,作者自刊2006年版,第600页。

的情形。^①

在具体的操作方法上，目的性扩张要求行政法规范的执法者和司法者先从具体规范中抽象出立法目的，再依循该立法目的去决定扩张的幅度及规范效果。在焦志刚诉和平公安分局治安管理处罚决定行政纠纷案中，人民法院在论证《行政诉讼法》第32条第2款的规定是否适用于行政复议程序的问题上，比较清晰地体现了上述的操作方法。^②由于《行政复议法》的确没有类似于“行政处罚决定被复议机关撤销后，行政机关重新作出的裁决不得加重处罚”的规定，因此，生效判决着力对《行政诉讼法》第32条第2款适用于行政复议程序进行了论证。生效判决的论证分为两步：第一步，从《行政诉讼法》第32条第1款和第2款中，抽象出法律规定当事人不因陈述和申辩而被加重处罚的立法目的；第二步，根据规范分析所抽象的目的，将《行政诉讼法》第32条第2款作目的性扩张。

由此可见，在目的性扩张的具体操作中，关键环节在于如何判定行政法规范的立法目的。对此，可以通过对法律原则、立法目的的规范性宣示（一般在规范性文件的总则部分）等综合把握。如在彭淑华诉宁波市北仑区人民政府工伤行政复议案中，人民法院即根据正当程序原则，把握《行政复议法》第10条第3款允许第三人参加复议的立法目的，认为行政复议机关在拟对利害关系人作出不利决定时未通知利害关系人参加复议的行为，违反法定程序，扩张了《行政复议法》第10条第3款的适用范围。^③

（三）政策性扩张

在当下中国，国家与社会的关系正处于从高度的一元化向二元化转变过程中，政府与社会的关系并未完全理顺，政府一方面在逐渐限缩，另一方面又主导着社会的变革，因而导致了行政法规范在当下中国的窘境之一：行政法规范对某一案型并无规定，亦无规定必要，甚至不可能作出规定，但行政机关却必须应对该案型，而且要为该案型的解决在行政法规范上搜寻到一定的依据。在此窘境之下，依据政策对行政法规范予以扩张，构成了行政法规范扩张的方法，不妨称之为政策性扩张。

政策性扩张，是指根据现行的政策，解决行政法规范未规范之案型，以实现行政法规范的扩张。政策性扩张在更多情况下，并不同于类推适用和目的性扩张，其并非针对具体的、特定的行政法规范，而是针对行政法规范的整体，即行政法规范对某一案型完全无规定，甚至连类似的规定都没有，只能依靠政策性扩张的办法来填补行政法规范在此案型上的漏洞。但是，这并不意味着政策性扩张可以违背对行政法规范扩张限制的扩张理由明确性规则（规则1）。政策性扩张虽为灵活度和扩张性强度最大的扩张方法，但仍应具有明确的扩张理由。只不过此种理由由于行政法规范对其所涉案型完全无规范，因而可以在行政法规范、乃至于法规范之外去寻找。具体而言，政策性扩张中的“政策”，不应理解为抽象的“政策”，甚至简单化为政治观点，而应当是指政府颁布的、不具规范形态的各类

^① 参见《最高人民法院关于人民法院审理行政案件对地方性法规的规定与法律和行政法规不一致的应当执行法律和行政法规的规定的复函》（法函〔1993〕16号）。

^② 本案参见《最高人民法院司法解释·请示答复·指导案例》（行政卷），中国法制出版社2011年版，第52～56页。

^③ 本案案情及判决要旨参见《中国行政审判指导案例》（第1卷），中国法制出版社2010年版。

政策性文件。基于我国特定的国情，考虑到诸多政策文件是以执政党机关的名义颁布，因此，执政党机关颁布的政策性文件在特定情形下，亦可构成政策性扩张的理由。当然，这里的“特定情形”，仅指不但行政法规对此案型完全无规定，连政府颁布的规范性文件对此案型都无规定的情形。

政策性扩张的运用，不仅要求执法者和司法者具备良好的法律水平，还要求其具备良好的政策水平和政治智慧，能够将政策的观点渗透至个案的解决，并且使此种解决个案的方式，不至于违背行政法规所追求的立法本意。更进一步，由于涉及政策性扩张的案件，有时还会成为社会矛盾的聚焦点，因而对于具体个案的解决还在相当程度上还承担着为解决此类社会矛盾给出方向和评判标准的任务。因此，政策性扩张在表面上缺乏直接的行政法规，但本质上更加需要运用法学理论和方法进行严谨的说理和论证，以至少在逻辑上能够自洽。

类推适用、目的性扩张和政策性扩张三种行政法规扩张的方法在排列次序并不是无意义的，亦即：上述排列次序对行政机关构成有拘束力的方法选择次序，行政机关应当优先适用排位在前的扩张方法，只有当前一扩张方法难以奏效时，方适用后续的方法。至于有学者提及的举重明轻、举轻明重，以及在造法性扩张中曾有出现的反向推论等方法，本文认为，都应当为对文义进行分析基础上合乎法律逻辑规则的推理，并不具备违反文义性的特征，因而并不属于行政法规的扩张，本文因而不必要详述。^①

四、结语

尽管在行政法定原则的规约下，对行政法规扩张的必要性和方法，总存在着形形色色的争论，仍有质疑乃至否定行政法扩张的观点存在，然而，就行政法规在执法和司法实务中的状况来看，行政法规的扩张毋宁是行政执法和司法实务中的一种常态和自然现象，对于应对行政法规的抽象性与行政案件具体性之间的落差，有着正面的意义。因此，必要时，在承认行政法规扩张的前提下，遵循行政法规扩张的限制规则，运用合理的方法对行政法规加以扩张，也未见得不是应对行政权扩张与行政案件日益多元之需。本文即是对上述问题的一点初探。

^① 如在国务院法制办对于《行政许可法》的一份解释复函（〔2004〕293号）中，认为《行政许可法》第41条规定，法律、行政法规设定的行政许可，其适用范围没有地域限制的，申请人取得的行政许可在全国范围内有效，可以推论出“一项行政许可如果有地域限制，行政机关作出的准予行政许可决定应当规定行政许可的适用范围”。此种推论在表面上规定了《行政许可法》第41条没有的内容，但通过法律逻辑方法，可以自然地得出上述结论，因而仍然落在《行政许可法》第41条的文义射程内，并不具有违反文义性的特点。