

行政立法与当代行政法

——中国行政法的发展方向

周汉华*

十一届三中全会以来,行政立法在推进改革与开放,建设社会主义法治国家等方面的作用与日俱显,但是,在理论上,人们对行政立法的性质、立法权限、处罚设定权、法律效力及监督等问题尚缺少系统的界说,往往各执一词,众说纷纭。这不但阻碍了行政法学的进一步繁荣与发展,并且在立法、执法、司法实践中有时可能会因为认识上的模糊而给法治建设带来与愿望相反的结果。从人类法律文明演进的规律之中,明确行政立法的地位,从我国特有国情之中,寻找答案,已是法律理论工作者义不容辞的责任。笔者此文,意在抛砖引玉,以期唤起人们对行政法基本理论问题的理性思考。

—

近代资产阶级革命确立了人民主权原则,议会作为行使人民主权的唯一机关独享立法权。行政机关的职能在于执行法律,没有立法权。在欧洲大陆,未经人民或其选举的代表同意,国家不得干预生命、自由或财产,这是法治原则的前提之一。因此,任何实质意义上的法律必须是一种议会的行为,或者至少基于议会的行为之上。^[1]法国人权宣言确认“法律是公共意志的表现。全体公民都有权亲自或经由其代表去参与法律的制定”(第6条),“除非根据在犯法前已经制定和公布的且系依法施行的法律以外,不得处罚任何人”(第8条)。法国1791年宪法明确规定立法权专属国民议会(第3篇第3章第1条),行政权不能制定法律、甚至临时性的法律,行政权只能为了保障法律的实施,制定与法律一致的决定(第3篇第4章第6条)。其他早期法国宪法也都未规定行政立法权。^[2]同样,全德1849年宪法,普鲁士1850年宪法,德意志帝国1871年宪法及魏玛宪法也都确立了议会的专属立法权。^[3]

在美国,宪法的制定者在霍布斯、洛克、卢梭等理论家的社会契约论思想鼓舞之下,坚信国家权力来源于人民的同意。作为接受人民委托的机关,只有国会才有立法权,可以对人身和财

* 中国社会科学院法学研究所助理研究员。

[1] Max Weber, *On Law In Economy and Society*, 47n. 14 (Max Rheinstein ed. 1954).

[2] See, John Bell, *French Constitutional Law*, 8 (1992).

[3] See, David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, 2—6 (1994).

产施加限制。如同亚历山大·汉密尔顿所云：“没有人民的同意和认可，任何法律都无效或没有约束力”。^[4]对于许多人来讲，只有国会可以修改错误的法律，也是再简单不过的道理。^[5]美国宪法第 1 条规定，“本宪法所授与的各项立法权，均属于由参议院与众议院所组成的合众国国会”。宪法第 5 条修正案则规定“非经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产”。在契约论原则的影响下，美国曾长期坚持不授权原则，禁止国会将立法权授予行政部门行使，直到演变成新政期间变革的总统与坚持传统原则的最高法院之间的尖锐冲突与对立。在英国，历经数个世纪的妥协与斗争，最后通过 1688 年的光荣革命，终于确立了议会至上的宪法原则。议会专司立法，没有议会的同意，国王不能停止法律的一般实施，不能在具体的案件中无视法律的规定，不能征税，不能维持常备军。^[6]在边沁看来，由人民代表以外的任何其他其他人制定法律的观念，简直就是异端邪说。^[7]

然而，自十九世纪末、二十世纪初开始，由于从自由资本主义转变为国家调节资本主义所必然引起的国家权力的大幅度扩张，产生于资产阶级革命时期的立法权原则及理论，受到了全面的挑战。自由资本主义时期，国家职能非常有限，仅限于维护秩序、国防与外交事务等。随着资本主义的发展，生产规模的扩大，完全靠市场自发作用进行调节的自由资本主义日益显示其难以解决根本的社会、经济问题的弊端，必须依靠国家干预来解决市场本身不能解决的问题。因此，从十九世纪末、二十世纪初开始，早期工业化国家政府对市场的干预力度越来越大，并开始在政府的推动和参与下，进行大规模的社会与经济改革。国家职能的加强与社会生活的复杂化，对立法数量、立法技术及立法时限的要求越来越高，仅靠议会立法显然已经适应不了工业化时代的需要，必须赋予行政机关以行政立法权。在英国，成立于 1929 年的部长权力委员会经过数年研究，发表了其研究报告，对行政立法提出了如下几点有力的支持理由：(1) 议会受时间的限制，必须将具体的法律细节交由行政机关加以规范；(2) 立法事项的专业化特点使拥有大量专家的行政立法更为适宜；(3) 议会对难以预见的情况很难制定有效的规范；(4) 立法需要一定程度的灵活性；(5) 行政立法灵活且容易修改，适宜于进行社会改革实验；(6) 紧急状态下行政立法更加成为不可或缺。^[8]

同时，伴随自由资本主义向国家调节资本主义的转变，人类认识历程也发生了一次革命性的飞跃，从十七、十八世纪的理性思维时代跨过了实证思维时代的门槛。自十九世纪末、二十世纪初开始，哲学、经济学、政治学、心理学、社会学、人类学、法学等都经历了一次全面的洗礼。^[9]建立在观察、实验基础上的现代社会科学理论，对传统的绝对真理观念发起了全面的挑战，对人性理性化与民有政府的可能性产生了怀疑，对议会立法过程的公正性提出了尖锐的批

[4] Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, 162(1969).

[5] Id 304.

[6] S. B. Chrimes, *English Constitutional History*, 118—120(1967).

[7] Quoted from Bernard Schwartz, *Administrative Law: A Casebook*, 75(1977).

[8] See, *Report of the Committee On Minister's Powers* Cmd 4060 51-53(1932). 该报告通常被称为 *Donoughmore Report*.

[9] 作者将在有关现实主义法律运动与现代行政法产生的文章中，对这一过程进行较为系统的论述。

判。^[0]所有这一切,都客观地要求从理论上和实践上为政府权力合法性提供新的理论依据。本世纪初,尤其是第二次世界大战以来,与多数民主论相对的当代宪政理论的勃兴^[1]及其广泛实践,^[2]无疑为行政立法清除了观念上的障碍。

二

在制度构造上,行政立法主要有自主立法与授权立法两种模式。前者由宪法明确规定行政立法的法律地位,行政立法不需要议会的特别授权;后者由议会通过授权法将立法权授予行政机关行使,没有议会专门授权,行政机关制定的规范性文件没有法律效力。一个国家采取何种立法模式,与其历史传统、法律推理方式及宪法修改的难易程度等密切相关。法国的行政立法主要属于自主立法,其他国家的行政立法大多建立在授权立法的模式之上。

法国宪法几经修改,1799年宪法第44条开始明确政府可以“制定实施法律必须的规章和命令”,承认行政部门某种独立的附属立法权。自此以后,尽管在行政立法权的范围上有较大的差别,历部法国宪法都沿袭了1799年的做法。1958年第五共和国宪法更进一步,除宪法第34条所列举的议会专属立法事项以外,对于其他所有事项,都由行政部门根据宪法第37条的规定享有立法权,议会不得干预。对此,一位著名法国公法教授评论道:“第34条和第37条宣示了行政规章优于或至少平等于法律这一新的原则”。^[3]在法国,刑法典将犯罪区分为三类:重罪、轻罪与违警罪。宪法第34条只明确对前两种罪的犯罪构成及刑罚由法律规定,因此,对于违警罪的构成及其处罚都由行政立法规定。在司法实践中,最高行政法院甚至允许行政立法对行政违法行为设定限制人身自由的行政处罚。^[4]

行政部门根据议会授权制定具有法律效力的规章实际上始于现代民主政府创立之初,但是,大规模的授权立法的出现则是十九世纪末以来的现象。^[5]由于议会大规模地将立法权授予行政部门,使得传统的宪法原则——人身、财产与自由只能由法律加以限制——失去了任何实际意义。^[6]通常,授权立法的范围因授权法的规定而异,有的授权法包含所谓的“亨利第八条款”,允许授权立法修改议会的法律;有的授权法实际上等于一张空白支票,行政机关可以规定任何内容。美国一位著名行政法学者明确提出,“授权立法意味着实际运作规则将存在于国

[0] 例如,公共选择理论用经济学原理分析议会立法过程,将它看作是利益集团与政治家之间互有需求的一个市场,并最终推论出了民主的不可能性定律。有关著述可参见 A. Bentley, *The Process of Government* (1908); D. Truman, *The Governmental Process* (1951); 肯尼思·阿罗:《社会选择与个人价值》,陈志武、崔之元译,四川人民出版社1987年版; Robert E. McCormick & Robert D. Tollison, *Politicians, Legislation and the Economy* (1981)。

[1] See, John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980); Cass R. Sunstein, *Constitutions and Democracies: An Epilogue*, in *Constitutionalism and Democracy* 327 (Jon Elster & Rune Slagstad ed. 1988)。

[2] 这种实践以议会至上原则的式微与宪法至上原则的确立为典型特征。See, Mauro Cappelletti, *Judicial Process in Comparative Perspective* (1989)。

[3] *Supra* n. 2 78。

[4] *Id* 99_ 102。

[5] *Administrative Procedure in Government Agencies*, Report of the Committee on Administrative Procedure, 97-101 (1941), also can see, P. P. Craig, *Administrative Law*, 195 n. 4 (1983)。

[6] Richard B. Steward, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 *Harvard L. Rev.* 1672—1673 (1975)。

会法律汇编之外”。^[17]当然,个别国家(如德国)由于特殊的历史原因,对授权立法控制较严,授权法必须严格限制授权的内容、目的与范围。^[18]同时,对于传统意义上的自由权与财产权的限制,各国仍坚持由议会立法的原则,没有议会明确无误的授权,行政立法不得介入。^[19]对于新兴的社会、经济权利的赋予或限制(如接受福利,获得与中止特许等),则由行政立法规范。^[20]在授权立法模式下,行政机关根据授权法制定的实质性规章一经实施即具有完全的法律效力。除此以外,行政机关还可以自主地制定解释性规章(内部文件),这种解释性规章主要适用于行政机关内部,不对外发生法律效力。但是,在实际生活中,除非有特别重要的其他考虑,法院往往尊重行政机关的解释意见。因此,这种解释性规章实际上也起着界定合法与非非法的作用。

虽然行政立法顺应时代需要,解决了传统立法原则无法解决的问题,但它的大量运用很快便产生了许多新的问题。

与议会立法相比,行政立法不但数量庞大,技术性强,而且,它们往往不太容易引起人们的关注,加上行政立法的修改和废止频率远远超过议会立法,因此,即使对于许多专家来说,要全面掌握行政立法的内容也是非常困难的。尤其对于形式上不具有法律效力而实际上起着重要作用的内部文件而言,一般公众甚至无法知悉其存在。行政立法的这种复杂性、多变性、不公开性,为公众了解法律,遵守法律,并最终认同法律权威增加了困难。

就行政立法程序而言,立法准备工作完全操之于行政机关,对于是否以及何时进行行政立法这样的动议问题,公众无法表达其意志,因此,容易造成行政立法的不当延误。当行政立法进入正式制定程序以后,尽管行政机关往往通过咨询、协商、征求意见等形式收集民意,进行利益协调,但是,真正有财力和人力参与行政立法过程,并影响行政立法结果的往往是实力雄厚的企业和财团,一般公众无法反映自己的利益。结果,行政立法必然会更多地保护企业和集团的经济利益,牺牲无组织的、分散的一般公众的利益。^[21]

人们曾经认为,行政立法的大规模运用,不应以完全推翻传统的立法原则为前提。因为就法律效力而言,议会立法仍高于行政立法,并且,在授权立法模式下,行政机关只是接受议会的委托,行使立法权,这是一种从属性的权力。作为委托人,议会可以通过授权法对行政立法进行广泛的监督。如果行政立法超出授权范围,法院也可以以越权为由,判定行政立法无效。然而,随着行政立法实践的发展,上述推理在现实生活中越来越难实现。由于议会日益习惯于用含义非常广泛的条款授出立法权,因此,指望议会通过授权法对行政立法进行监督几乎是一种奢望;同样,面对着含义模糊的授权法,法院要审查行政立法是否与之相符也成为一种难事,因而不得不对行政立法保持高度的克制,任由行政机关进行政策选择。这样,面对着毫不受制约的行政立法权,人们不得不提出,非经选举产生的官员行使如此巨大的权力,其合法性究竟何在?

行政立法的大规模出现,是现代国家加强对市场干预的结果。然而,随着国家职能的膨胀,人们也开始重新反思以行政立法为代表的政府干预的合理性与有效性。面对着无所不在的国

[17] James M. Landis, *The Administrative Process*, 68_ 69(1938).

[18] *Supra* n. 3 125_ 134.

[19] *Can See*, Z. M. Nedjati and J. E. Trice, *English and Continental Systems of Administrative Law*, 70(1978).

[20] 我国法律所指的行政处罚,实际上同时包括对传统意义上权利与对新兴社会、经济权利的限制,它们在范围上大 于外国法律所指的罚则,因此,不宜简单地在行政处罚与罚则之间划等号。

[21] *See*, A. Kahn, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, 11_ 14(1970); Louis L. Jaffe, *The Effective Limits of the Administrative Process: A Reevaluation*, 67 *Harvard L. Rev.* 1113- 1119(1954).

家权力,人们似乎意识到,市场本身不能解决的问题,国家干预也未必能够奏效。市场并非万能,国家干预同样也非万能,这是福利国家存在近一个世纪以后人们对它理性思考的结论。^[22]在这种认识下分析行政立法,人们这才发现它并非总是那么有效。对工作环境完全标准的立法并未带来事故发生率降低,^[23]对汽车安全标准的规定带来的却是汽车交通事故总量和损失额的提高。^[24]

伴随对国家作用的再认识,包括行政立法在内的政府干预所付出的巨额代价也日益成为人们关注的焦点。美国的一项研究表明,1977年,48家公司仅为遵守联邦政府的规章(主要是环境方面的规定)就花费了26亿美元。1994年,美国国会选举期间,共和党宣称美国企业当年为遵守各项政府规定而支出的费用达5000亿美元。^[25]除此以外,人们研究发现,某些领域政府干预越多,企业发展越缓慢,由此而造成社会供给减少,商品服务价格上升,损害普通消费者的利益。由于行政立法的成本在许多情况下远远大于其收益,迫使人们重新思考其作用和必要性。^[26]

三

尽管各国行政法在产生条件和制度构造上各具特点,但传统行政法无一例外地根植于传统立法权原则之上,以控权为其核心价值。传统立法权原则以议会为唯一立法机关,行政机关只起传送带作用,负责忠实地履行议会的决定。为此目的,行政法以控制行政权力滥用为核心,保证行政机关不超出议会所界定的权限范围。概而言之,各国传统行政法大致都围绕以下四项法律原则而展开:(1)行政机关只能根据议会制定的明确规定对个人权利施加限制;(2)行政程序必须保证行政机关遵守议会的明确法律授权;(3)必须以司法审查来保证行政机关不超越法律规定的权限范围;(4)行政程序设置必须有利于司法审查权的行使。^[27]

仔细推敲,以控权为核心而构筑的传统行政法仅以对行政权力的消极防范为目的,保证行政机关不以超越职权或滥用职权的方式侵犯个人权利。然而,就公共利益与社会发展的观点而言,行政机关不仅必须做到不非法地侵犯个人权利,而且还必须有效地履行其法律义务。传统行政法的致命缺陷,就在于它无法保证行政机关积极有效地履行法律义务。^[28]随着福利国家的发展,议会以越来越模糊的规定对行政机关授权,传统行政法开始崩溃,根本无法回答日益膨胀的行政立法所带来的种种问题。这样,各国不得不超越传统行政法找寻答案,由此而刺激

[22] Posner 明确提出,“市场失败需要辅之以政府干预失败”See, Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 271 (2d ed 1977).

[23] See, Stephen Breyer, *Regulation and Its Reform*, 2(1982).

[24] *Supra* n. 22 278.

[25] Quoted from *USA Today*, Feb 8, 1995.

[26] See e. g. *supra* n. 23

[27] Id 350_ 351. 这种理论实际上也是当前我国学者普遍信奉的,我国学者提出,“现代法制思想认为,行政机关的一切行为都应当有明确的法律依据或者有法律明确的授权并遵守法律规定的程序,也就是说,只有法律明确规定政府做的事政府才能够做。”陈延庆、张世诚:《行政处罚法的意义及其基本原则》,《中国法学》1996年第2期。

[28] *Supra* n. 15 *Administrative Procedure in Government Agencies*, 76; 也可参见罗豪才、沈岷:《平衡论:对现代行政法的一种本质思考》,《中国法学》1996年第4期。

了当代行政法的产生,并使当代行政法在原则、内容、范围和体例等方面均大大不同于传统行政法。当然,当代行政法理论及实践在不同国家的发展是不平衡的。

针对当代行政法的基本问题——行政机关行使广泛的立法权所带来的问题,近三十年来,利益平衡论在各国异军突起,成为取代传统行政法的一种最普遍、最系统的当代行政法原则。利益平衡论的主要目的不在于防止行政立法未经法律授权限制个人权益,而在于保证所有受到行政立法影响的利益都能在行政立法权的行使过程中得到充分的反映和平衡。^[9]利益平衡论认为,立法是在相互竞争的利益之间寻求某种妥协,^[10]因此,行政立法过程中如果所有受到影响的利益都能得到反映,就有可能形成所有人都能接受的妥协。这样,行政立法实际上复制了议会立法过程,并获得了与议会立法同样的合法性根据,议会授权法能不能控制行政立法因而也就显得无关宏旨。^[11]利益平衡论在各国行政法理论及实践中,主要表现在以下四个方面:

(一) 放宽对行政诉讼前置问题的要求,由法院督促行政机关进行利益平衡。

当代行政法的产生,最初源自各国法院创造性的工作,尤其源自对行政诉讼前置问题处理上的革命性变革。司法实践中,法院扩大“合法权益”的范围,允许更多的人具有原告资格,实际上是在告诉行政机关,在行政(立法)决定过程中,必须对所有利益给予考虑,包括对那些原来不被认为非常重要的利益进行考虑,否则,法院将允许有关利益享有者在法院提起诉讼,对行政(立法)决定进行挑战。^[12]同样,各国法院在“法律问题”与“成熟性”要求上的自由化倾向,也给行政机关传递了一个明确无误的信号,在传统上不受司法审查控制的领域,行政机关也有义务进行利益平衡,否则,法院将允许对这些行为提出挑战。^[13]

(二) 以听证权为核心,构筑民众参与行政立法过程的规范与制度。

不论议会立法还是行政立法,只要立法者不是恣意妄为,就必须通过各种途径,使法律规范真正反映社会的现实需要,并得以有效实施。因此,在行政立法过程中,行政机关往往会进行大量的调查、研究,并通过咨询、协商等形式,广泛收集各方面的意见和建议。然而,在绝大多数国家,行政机关对于咨询、协商的所有问题(如是否进行,何时进行,在什么范围内进行,对什么问题进行等)都不负有法律义务,自然公正原则所要求的听证权在行政立法过程中并不适用,公众是否能参与行政立法过程完全取决于行政机关的单方面意愿。首先改变这一状况的当属美国联邦行政程序法,它将行政行为一分为二,行政裁决被拟制为司法过程,规章制定则被拟制为立法过程,而以听证权贯穿其中。^[14]这一制度对各国行政法产生了广泛的影响,^[15]正如加拿大法律改革委员会在其工作报告中所阐明的:“在规章制定过程中,所有利益受到影响者

[9] 我国已有学者意识到新一代行政法与程序,传统行政法与控权的关系,并将这种模式转换与法律模式的转换相联,确为真知灼见。参见笑侠:《论新一代行政法治》,《外国法译评》1996年第2期。

[10] 这是当代多元民主理论的必然引申结果。可参见前引[10]文献。

[11] *Supra* n. 16 1712.

[12] 各国在原告资格上的革命性变化,可参见拙文:《行政诉讼原告资格研究》,载《行政程序法研究》,中国政法大学出版社1992年版,第39页以下。

[13] 各国学者普遍认为,不受司法审查控制的行政(立法)行为,最容易出现权力滥用或为少数人利益服务。因而,司法审查范围的扩大,也就意味着利益平衡原则的延伸。

[14] Robert Rabin, *Federal Regulation in Historical Perspective*, In *Foundations of Administrative Law*, 43 (1994)

[15] 美国行政法教授 Davis 非常自豪地宣称,各国政府都将会采用美国式的行政立法程序。Kenneth Culp Davis, *Administrative Law Treatise*, Vol. 1, 448-449 (1978).

都应有参与的机会。”^[66]

(三) 实行行政机关情报公开, 为公众参与行政(立法)决策过程提供条件。

鉴于当代政府的复杂性给民众参与行政(立法)决策过程所造成的实际困难, 各国纷纷通过立法, 实行行政机关情报公开。一般地, 行政机关除必须公开已制定的行政立法文件和对这些文件的内部指示、解释以及典型的行政执法案例等以外, 还必须公开其内部机构设置, 决策过程, 民众获知信息的地点、方法, 正在制定、修改或废止的行政立法的内容, 公开听证时间, 公众反映意见的方式等信息。1966年, 美国制定情报自由法, 对其他各国产生极大影响。^[67]1978年, 法国议会通过法律, 承认公民有权了解行政机关文件。^[68]1982年, 加拿大和澳大利亚分别实施政府情报公开法律。1977年和1980年, 欧共体部长委员会在一项决议和一项建议中, 两次将政府情报公开作为一项重要的法律原则向成员国政府推荐。^[69]

(四) 要求行政(立法)决定附有充分的理由或说明, 以反映多种利益的实际平衡过程。

行政立法过程中, 行政机关如果对公众的意见仅仅只是听听而已, 可以自由地决定哪些利益应该纳入考虑的范围, 那么民众反映自己要求的听证权就没有多大的实际意义, 它不可能对行政立法的结果产生任何影响。正因为如此, 各国纷纷通过成文法或判例法, 要求行政(立法)决定须附有充分的理由或说明, 以反映多种利益的实际平衡过程。如果行政机关不提供这种理由或说明, 或者这种理由或说明表明某些利益没有被考虑到, 法院可能会推翻行政(立法)决定。^[40]例如, 美国全国环境政策法要求行政机关在制定相应政策(包括行政立法)时, 必须提供详细的说明, 对所有利益进行平衡。欧洲经济共同体条约第190条明确规定委员会和理事会的所有决定(包括法规、法令和决定)都应陈述其理由。法国1979年制定的一项法律要求行政(立法)决定必须附有理由。^[41]

以公众参与为特征的利益平衡论在当代各国行政法的发展中受到了普遍的关注与回应, 代表着当代行政法的最主要发展方向。然而, 另一方面, 利益平衡论本身并非尽善尽美, 更非万能, 其缺陷主要表现在如下几个方面: (1) 由谁来代表公众利益难以确定。行政立法过程中, 公众以个人身份直接参与的情况极为少见, 大多由公益律师服务机构、消费者组织或环保组织, 少数情况下由政府部门来代表公众利益。然而, 这些公众利益的代表者是否能真正代表公众利益并不确定。而且, 在有些行政立法实践中, 由于公众利益本身呈多样性特点, 行政立法机关无法确定由谁来代表公众利益。(2) 受资源限制, 公众利益难以得到充分的表达。与实力雄厚的企业或经济利益集团相比, 公众利益代表者在人力、组织、时间、财力等方面均远远不及, 因而无法反映所有与公众有关的利益, 只能选择实现最重要的利益。这种选择过程不但有违利益平衡论初衷, 而且由于公众利益代表者可以不受公众的任何限制进行选择, 容易造成公众利益代表者与公众之间的疏离, 公众个人可能会根本意识不到自己的“参与”成份。(3) 正式参与程序有时会造成行政立法过程旷日持久, 久拖不决, 浪费行政机关和公众利益代表者的有限资源。

[66] *Independent Administrative Agencies*, 114 (Working Paper 25, 1980)

[67] *Supra* n. 35 ch5.

[68] See, L. Neville Brown and John S. Bell, *French Administrative Law*, 28(1993).

[69] See, *Administrative Justice: Some Necessary Reforms*, Report of the Committee of the Justice - All Souls, ch2 (1988).

[40] 各国的实际变革措施, see *Id* ch3.

[41] *Supra* n. 38 218.

在行政立法过程中,公平与效率的矛盾往往表现得特别突出,规范化的程度越高,公众参与越多,公平的价值就实现得越多,然而,这常常必须以牺牲行政效率和灵活性为代价。参与的机会实际上也就是拖延的机会。(4)增加公众参与是否能对行政立法结果产生实质性的影响并不确定。行政立法机关完全有可能先做决定,后找根据,并且,许多复杂的技术、经济问题并不适宜于通过公开听证的方式解决。(5)参与程序可能瓦解对最后行政立法决定的共识和支持。行政立法过程中,意见未受到采纳的一方会认为结果对自己不公正,是对方经济实力雄厚所造成的,并因而难以接受行政立法。这样,参与越多,尤其是对抗制参与越多,就越难形成对最后结果的认同。

四

利益平衡论的缺陷表明,对于当代行政法的基本问题,很难由一条无所不包的原则全部加以解决。包括利益平衡论在内的当代行政法原则或理论,都有合理的作用范围,也有其固有的缺陷,这是每一原则的相对性特征。对于某一原则不能解决的问题,只有尝试其他的原则或理论,由此而产生了当代行政法以利益平衡论为主,多种原则并存的格局,这是当代行政法原则的多样性特征。除利益平衡论以外,较为有影响的行政法原则还有:

(一) 私法优位论

利益平衡论的理论前提是国家干预的合理性与公法手段的有效性。然而,近数十年来,伴随凯恩斯主义的破产与古典自由主义思想的重新抬头,人们对国家权力的迅速膨胀提出了各种疑问与挑战。市场本身可能会有许多缺陷与不足,但国家干预往往会使结果更糟,行政机关常常用行政立法来限制竞争,限制消费者的选择,造成社会资源的大量浪费,使法律效益大大低于其成本。在这种情况下,与其由行政机关通过公法手段来对市场进行规制,不如限制甚至废除行政(立法)权力,由个人通过私法手段实现其权利,实现资源的有效配置,这是私法优位论的基本理论主张。^[42]西方发达国家近年普遍出现的“不规制”运动,可以说是对私法优位论的最好注解。^[43]

私法优位论虽然对各国的行政立法产生了一定的影响,并在观点上极具感召力,但它有两个难以克服的缺陷:(1)私法优位论忽略了行政管理领域的多样性与复杂性。减少国家干预,限制行政立法权力的主张虽然在某些领域取得了巨大的成功,但能否将这一原则推广到其他的行政管理领域则不能一概而论。对于环境污染这样的问题,理论上虽可完全通过私法(赔偿)规则解决,但要真正防止环境恶化,必须依靠完善的公法措施。另外,对于垄断、劳资关系、大众传媒等众多的领域,也需要强有力的行政立法权。^[44](2)私法优位论极易导致财富决定论。私法优位论的目的是以私法规范代替公法规范,以社会自治代替国家干预,以市场规则代替行政权力。然而,现实生活中社会与经济权利的不平等极有可能使缺少行政权力的私法优位论演变成

[42] *Supra* n. 22 271.

[43] See, Project: Privatization: The Global Scale-Back of Government Involvement in National Economics, 48 *Admin L. Rev* 435(1996).

[44] 例如,自由市场的买卖关系本应完全由私法调整,但长期困扰我国百姓生活的短斤少两问题,只有采取立法措施,取消所有杆秤以后,才有根本性的好转。类似的事例举不胜举。

为以富压贫、以强凌弱的财富决定论,造成事实上的不公平。正因为私法优位论的上述缺陷,有学者指出它“虽然是一项重要的原则,但不是包治百病的药方”。^[45]

(二) 议会监督论

议会监督论源自传统立法权理论,其基本观念在于,即使议会不能亲自立法,其成员也至少应有机会对授权立法进行监督。在英国,部长权力委员会三十年代即建议下院设立一个监督委员会,对授权立法的合法性进行监督。^[46]1944年,英国下院设立监督委员会,1973年,它与上院的一个委员会合并,构成立法性文件联合委员会,对所有提交给议会的立法性文件、规则、命令或计划进行审议,并确定议会是否应该进行干预。议会可以通过肯定与否定两种方式对授权立法进行监督,前者要求授权立法得到议会肯定性的决议,否则不得生效;后者要求授权立法在提交给议会后须等待一定的期限,若在此期限内议会不作出否定性决议,则授权立法可以生效。^[47]

鉴于议会民主对于政治合法性的巨大象征作用,议会监督论在各国都受到了广泛的重视。^[48]然而,它在实践中也遇到了许多困难:(1)议会受时间、议程的限制,不可能对所有的行政立法都进行严格的监督,因此,希望主要通过议会监督来制约行政立法实际上很难行得通。(2)实际生活中,议会监督往往会演变成议会工作人员监督,难以真正反映代表机关的意愿。(3)议会监督的存在,使得利益受到行政立法影响的利益团体可以通过议会牵制行政机关,并且,行政立法涉及的利益越大,特别利益集团游说议会的诱因和能力也就越大。结果,议会往往会在行政立法对利益格局进行根本变革的地方进行制掣,这无疑会影响行政立法的社会作用并妨碍全面性的行政立法改革措施出台。一位英国著名学者评论,“指望议会对授权立法进行任何真正的控制,简直就是一种宪法幻想。”^[49]

(三) 司法能动论

在缺少违宪审查制度的国家,普通法院不得宣布法律违宪。只有在实施违宪审查制度的国家,议会立法才可以在法院受到挑战。对于行政立法,情况则截然不同。尽管行政立法具有完全的法律效力,但几乎所有国家都将行政立法视为一种行政行为,如果它们与法律相悖或超越法律授权,则可以由法院加以撤销。^[50]司法能动论正是在继承传统立法权理论合理因素的基础上,希望通过法院的创造性工作,来维护议会的法律地位,并加强对行政立法的监督。针对宽泛无边的议会授权,司法能动论主张法院复活传统的不授权原则,要求议会授权须辅之以明确的标准、范围和条件,否则即由法院宣布授权无效;^[51]针对广泛授权所必然导致的不易认定行政立法是否与授权法相符问题,司法能动论主张法院减少对行政立法的过度尊重,通过运用法律原则和法律推理,更能动地对行政立法进行严格的监督。^[52]

客观地评价,司法能动论在各国制约行政立法权的努力中,起着不可替代的重要作用,并

[45] *Supra* n. 16 1693.

[46] *Supra* n. 8 67- 69.

[47] *Supra* n. 15 Craig, 201- 205.

[48] *Supra* n. 36 61- 72 and n. 22 357.

[49] *Supra* n. 15 Craig, 203.

[50] *Supra* n. 19 60- 71, 95.

[51] T. Lowi, *The End of Liberalism*, 297- 298(1969); also can see *supra* n. 3 133- 134.

[52] *Supra* n. 23 360.

使法律原则和法律解释等问题在当代行政法中的地位日益突出,然而,这一原则也有它自身无法克服的问题:(1)许多情况下,行政立法带有开创性和试验性等特点,议会无法在授权法中对授权标准和范围等问题作出明确的规定。如果不顾条件地要求所有的授权法都须有明确的标准,理论上不可能,实践中则有可能阻碍社会发展。⁶³⁾(2)在议会授权不明确的情况下,主张法院减少对行政立法的尊重,实际上是让法院承担政策选择的责任。由于法院在人力、物力、时间、专业知识等方面均不及行政机关,由法院进行政策选择未必比行政机关的选择更明智,并且,从国家机关职能分工的角度而言,由法院进行这样的政策选择也不合适。正因为司法能动论的这种不足,使它并不能解决所有的行政立法问题,而只能对特定的行政立法进行制约。

(四) 效益优先论

当代社会以多元利益并存与冲突为突出特征,因此,行政立法在进行利益综合与平衡时,往往难以找到合适的平衡点,难以在不同的价值之间进行选择。效益优先论对于利益平衡的标准提出了其基本主张——以实现资源的有效配置与效益最大化为评判标准。在很大程度上讲,效益优先论是将法律经济学用于分析政府行为的必然结论。它要求行政立法时进行成本效益分析,并尽量采用低成本的行政立法。在美国,福特总统于七十年代中期首先通过行政命令,要求行政立法进行“通货膨胀影响评价”,弄清行政立法将对成本增长产生多大影响,以及是否有更有效的行政立法方法。自此以后,从卡特总统到克林顿总统,历届美国政府均将成本效益分析作为对行政立法的一项基本要求,并在实践中不断加以完善。

尽管效益优先论在某些领域对提高行政立法的质量和立法效益起到了十分明显的作用,并日益受到各国的关注,但它本身的缺陷使它难以成为全盘性的解决行政立法问题的方法。这些缺陷包括:(1)虽然效益是行政立法的一项价值追求,但它不是唯一的价值追求,平等、自由、社会安全等也都是行政立法的追求目标。由于不同价值之间的不可通约性,使得以效益为唯一评判尺度的成本效益分析有时并不能准确反映社会的真正需要。例如,环保立法为公众健康带来的好处就很难用金钱衡量。(2)经济分析理论认为,选择建立在人们对商品和服务的既存偏好之上,并且假定这些偏好是确定的。然而,与个人选择截然不同,政府的(立法)选择由于涉及到巨大的资源,无疑会对未来的偏好产生重大影响。效益优先论本身无法回答究竟应该以现在的偏好还是以未来的偏好作为行政立法的选择依据。⁶⁴⁾(3)效益优先论之下,最后决定权操之于行政立法机关,决策过程是一个单方面的合理性选择过程,并不强调公众的参与。因此,行政机关完全可以先做任何决定,然后再为其决定找根据。结果,效益优先论虽增加了行政机关的工作量,但对实质结果并不会有的影响。

综上所述,当代行政法原则的多样性和相对性表明,对于行政立法所涉及的问题,很难用一条不变的标准加以规范,很难用一种方法解决所有的问题,只能具体问题具体分析,视时间、地点、条件、问题的性质等多种因素,逐个加以解决。覆盖一切的宏大行政法原则既没有出现,也不太可能产生。对于当代社会所面临的公平与效率、平等与自由、形式法治与实质法治、民主与宪政等多种矛盾,行政立法只能在高度复杂的条件下进行艰难的选择。

⁶³⁾ 美国新政时期的最高法院是一个很好的例证。

⁶⁴⁾ See *supra* n. 16 1704- 1706.

五

改革开放以来,随着法制建设的逐步深入,行政立法开始在我国社会生活中发挥越来越大的作用,同时也引发了各种各样的问题。如何构筑当代行政法,以有效地监督日益膨胀的行政立法权,成为当代中国行政法理论和实际工作者不得不思考的重大现实问题。近年来,行政法制建设中集中涉及到对行政立法(尤其是规章)进行制约和价值评判的机会有两次,一次是行政诉讼法关于规章法律效力的处理,一次是行政处罚法关于规章处罚设定权的处理。这两次制度创新,为我们归纳当今中国行政法的走向提供了难得的素材,也为我们构筑当代行政法提供了有益的启示与教训。

从立法目的分析,行政诉讼法关于“依据”法律、法规,“参照”规章的出现,是为了突显法律、法规与规章之间的质的区别,表明法院对规章必须进行审查,只选择适用合法的规章,并由此而加强对泛滥的规章的制约。然而,深入分析,不难发现这种制度构造本身存在着非常严重的缺陷:

第一,法院审理案件,最重要的是事实问题与法律问题。法院在初步查明案件事实以后,如果是疑难案件,可能必须对法律适用作出决定。如果几部法律都可以适用于同一案件,法院可能必须决定适用哪部法律;如果一部法律的不同条款都可以适用于同一案件,法院可能必须决定适用哪一条;如果法律、行政立法都可以适用于同一案件,法院可能必须决定是适用法律还是适用行政立法。有时,选择适用不同的规律规范,会直接决定案件事实的性质和全案的处理结果。这表明,法律选择是所有司法活动的一个必经程序,尤其在疑难案件中,具体的法律规范是否对具体案件起作用,必须首先经过法院的“识别”或“选择”。只有经过法院选择适用的法律规范才对具体的案件有法律效力,未被法院选择的法律规范(不论是法律还是行政立法),对具体的案件则无法律效力可言。

法院通常依据两种标准进行法律选择:(1)在少部分案件中,如果法院确认不同的法律规范之间存在“抵触”,会选择适用上一位阶的法律规范,并可以宣布有关的法律或法规无效(视是否存在违宪审查制度或对行政立法的司法审查制度);如果“抵触”的是同一层级的法律规范,法院则会依据法律规范制定时间的先后或普通法与特别法的关系等标准进行选择。然而,不论是哪种情况,作为“依据”的法律、法规与作为“参照”的规章之间的界限应该是相对的、可变的。相对于规章而言,法规是依据,在两者之间出现抵触时,法院应选择适用法规;而相对于法律和其他法规而言,某一法规可能只是一种参照。同理,相对于法规、规章而言,法律是依据;而相对于宪法、法律的一般原则与其他法律而言,某一法律规则可能只是一种参照,不会在具体案件中为法院所选择。一个国家没有违宪审查制度或对行政立法的司法审查制度,只意味着法院不能宣布有关的法律、法规无效,并不影响法院对法律、法规、规章的选择适用。只要有司法活动,就必然存在对不同法律规范的选择。(2)在绝大多数案件中,并不存在“抵触”问题,法院的法律问题决定过程实际上只是在众多的法律规定之中“选择”最适合于本案事实的规范。因此,一般的法律选择过程并不以法律规范的层级或制定先后为依据,而是以有关规范与本案事实的联系程度为依据,选择适用与本案事实最有联系的法律规范。大量的案件中,法院根据

事实与法律的联系程度,选择适用层级低的法规而不是层级高的法律是常有的事。^{65]}也就是说,只要不存在抵触,层级不同的法律规范的地位是完全一样的,都具有完全的法律效力,都是法院选择的对象。

由此可见,法院不论依据哪种标准决定法律问题,法律、法规与规章都必须同样经过“选择”以后才具有法律效力。在此意义上,应该说它们都处于“参照”的地位。行政诉讼法独将规章列为参照,并未客观地反映司法活动的本质特征,^{66]}而是将违宪审查制度与法院选择适用法律制度混淆的结果。

第二,由于所有的法律规范在适用于具体的事实之前都必须经过法院的选择,因此,即使行政诉讼法不规定“参照”,法院也会对规章进行审查,并只选择适用合法的规章。行政诉讼法对法律、法规与规章进行毫无必要的硬性划分,实际上是在结果不变的情况下,白白增加整个制度的成本。依据与参照的对比,一方面极易使人对规章的法的属性产生疑问,并使其在行政与审判中的地位处于一种不确定状态,难以发挥法律规范应有的指引作用。同时,另一方面,过于强调对规章必须进行选择,必然会在人们心理上产生一种对规章以上的法律规范不必进行选择的反作用,这既不利于司法活动的正常进行,也不利于法制统一原则的实现。^{67]}

第三,从更深层次分析,“参照”的出现反映了传统行政法对我国理论及实务界的潜在巨大影响。对于行政立法所存在的种种问题,当代各国行政法都试图以多样化的原则,将每一项具体的行政立法当作单个的存在,对症下药,实行全方位的监督与控制。对于同样的问题,传统行政法则更多地从传统立法权原则出发,完全根据议会立法与行政立法的性质差异,将所有的行政立法当作一个整体进行否定或限制。根据传统行政法构筑的制度,可以说是“只见森林,不见树木”,具体行政立法部门、种类、调整对象、权限依据、制定程序、监督机制等的特殊性都不见了,剩下的只是一个极其抽象的行政立法概念。“参照”正是这样一种典型的处理方法,它以法律渊源作唯一划分标准,并稍作妥协(将行政法规、地方性法规纳入法律之列),试图从整体上确立规章的地位和效力。然而,传统行政法的失败已经证明,一般性地否定或限制行政立法权的时代已经一去不复返,对行政立法进行类型化的处理很难迎接多种冲突与价值追求并存的时代挑战。

同样,尽管行政处罚法的制定目的之一是为了遏制乱设处罚的混乱现象,但有关规章处罚设定权的规定却存在着与行政诉讼法类似的致命缺陷:

一方面,行政处罚法虽再一次肯定了规章属于自主立法,可以自主规定违法行为的范围及其处罚,但这种自主立法权是非常有限的,受到两方面的限制:(1)规章只能创制设定警告和一定数量的罚款处罚;(2)如果已经制定法律、行政法规,规章只能在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。显然,行政处罚法对规章的这种处理,使

65] 假设对破坏公路林木的行为既有林业法律,又有公路管理法规或工商管理规章调整,法院根据具体案件的事实,完全可以认定某一规章与案件联系更大,并因此选择适用该规章而不是法律。同理,法院一般不会直接引用宪法规定审判案件。

66] 例如,浦城县交通工程队诉县水利局案(载《民法院案例选》,最高人民法院中国应用法学研究所编,总第2辑,第190页)中,需要对水法与矿产资源法进行选择;黎德胜诉土管局案(同上,总第4辑,第196页)中,需要对行政法规与法律进行选择;陈乃信等诉渔政管理站案(同上,总第11辑,第184页)中,需要对地方性法规与法律进行选择;倪金峰诉县公路运输管理所案(同上,总第6辑,第192页)中,需要对行政法规与规章进行选择。

67] 有鉴于此,笔者认为司法实践中应从法律问题审查原则、力度与方式上的差别来解释参照与依据的不同。

其有自主立法之名而无自主立法之实,较之真正的自主立法模式还差得很远。仅仅以警告和一定数量罚款为制裁手段,不可能保证自主立法的有效实施。^[68]

另一方面,就行政处罚法制定过程中的讨论情况来看,立法者实际上接受了传统的立法权原则,认为处罚只能出自代表机关,只是由于我国法律还不很完备,才规定规章可以设定某些处罚。^[69]然而,从我们前面对行政立法的历史沿革的探讨中已经发现,尽管传统立法权原则在当代仍坚持议会是唯一的(处罚)立法机关并坚决反对行政机关的自主(处罚)立法权,但授权立法观念的引入是传统立法权原则在当代得以延续的必要前提。也就是说,尽管一般意义上的自主行政(处罚)立法仍不为传统立法权原则所接受,但基于具体法律授权而存在的行政(处罚)立法则为应付现实所必需。反观我国行政处罚法,不但未能明确作出授权行政(处罚)立法的制度安排,反而试图以有限的自主行政(处罚)立法权来弥补传统立法权原则的不足。根据人们现在对行政处罚法与有关法律关系的看法,行政处罚法完全堵死了规章根据有关具体法律的授权(明示的或默示的)设定某些种类的处罚或对法律、法规已作规定的情形予以补充的可能。^[60]

不言而喻,行政处罚法虽然是在传统立法权原则指导下制定的,却缺少授权(处罚)立法这一核心制度安排,在应该设置授权立法的环节上设置了有限自主行政(处罚)立法,这就使整个制度设置处于一种非常矛盾的立场,将完全不同的自主立法与授权立法两种立法模式硬性地将嫁接到了一起。^[61]

制裁是所有法律规范的有机组成部分,是法律规定得以实现的基本保证。在自主立法模式下,行政机关享有固有的行政立法权,可以自主规定哪些行为构成行政违法,并可以规定对这些行为的相应制裁。在授权立法模式下,行政立法权来源于代议机关授权,不是一种固有的权力,违法行为的范围及制裁措施只能由法律规定或由法律授权行政立法规定。然而,不论哪种模式,行政立法都可以对违法行为施以有效的制裁。我国行政处罚法对规章处罚设定权的规定,既未反映自主立法的需要,又未能吸收授权立法的优点,使其制裁手段严重不足,难以保证规章的有效实施。为避免出现这种结果,各地方、部门肯定会争相为规章升格,将规章“改头换面”变为法规。在利益结构与其他制度均未发生变化的情况下,大量的升格要求势必会冲击法规制定机关的工作,导致法规质量的下降与法规制定机关的信誉降低。目前存在于规章领域的混乱有可能会“搭车”至法规领域。

[68] 罚款处罚的无效性,可参见汪永清主编:《行政处罚运作原理》,中国政法大学出版社1994年版,第45页以下;马怀德:《行政处罚现状与立法建议》,《中国法学》1992年第5期。

[69] 参见《法规可否增加规定行政处罚》,《法制日报》1996年5月31日,第3版。

[60] “行政处罚法是我国关于行政处罚方面的基本法,除行政处罚法明确规定可以适用其他有关法律的规定外,其他有关法律关于行政处罚的规定与行政处罚法的规定不一致的,应当按照行政处罚法的规定执行”,《行政处罚法与有关法律的关系》,《法制日报》1996年6月4日,第3版。

[61] 有鉴于此,笔者认为应将行政处罚法与其他有关法律的关系解释为一般法与特别法的关系,并在现有的实施设立与创制设立之外,引入授权设立概念,允许特别法授权规章对法律、法规已有规定的行为予以补充,或设立警告与罚款以外的处罚。

六

通过以上两个个案分析可以看出, 尽管行政诉讼法与行政处罚法分别进行的制度设计看上去没有什么内在联系, 但这两次制度构造深刻地反映了传统行政法观念对当代中国行政法走向的巨大影响。试图从总体上确立所有规章的“参照”地位与所有规章能够创设的处罚种类, 反映的都是建立在法律渊源划分基础上的传统行政法观念。同样类型化的处理方式, 不但已经反映在拟议的立法法之中, 也已经出现在许可法、收费法等立法倡议之中。在此意义上, 可以说我国行政法已经呈现出一种对行政立法权进行“类型化”处理的发展方向。然而, 当代社会的复杂性, 行政管理的多样性, 行政法价值的多元化与发达国家的经验等都表明, 在概念基础上进行制度构造, 不加区别地否定或限制行政立法权根本不能解决问题。通过前面对我国两项制度的分析, 也得出了同样的结论。这就表明, 当代中国行政法在进行制度创新时, 必须首先从传统行政法的影响中走出来, 从“一刀切”式的简单分类中吸取教训, 深入到具体的行政管理领域之中, 对具体的行政立法进行实证研究, 多层次、全方位进行行政法制构造。如果说在传统行政法观念支配下的制度构造是以分类化处理的立法为其主要推进方式, 从整体上对行政立法进行限制, 在当代行政法原则指引下的制度构造则以整个制度的协调发展作为实现对行政立法权有效制约的前提, 其涉及面远远超出单纯的立法活动, 包括国家职能的界定, 市民社会的形成, 法治目标模式的确定, 立法、执法、司法关系的完善与观念的更新等多个方面, 是一项宏大的系统工程。^[62]在我国, 要真正遏制行政立法过滥的现象, 笔者认为当前可以从如下几个方面进行努力:

(一) 加深对行政立法的理论认识, 培育当代行政法观念。

行政立法被各国普遍接受, 并不是一蹴而就的事, 而是深刻的社会变革与观念更新的结果, 其间发生过无数次的制度碰撞与激烈的理论争论。资产阶级革命与自由资本主义时期, 立法权只能由议会行使, 是资产阶级的基本法治原则之一。到了国家调节资本主义时期, 为了解决经济危机和其他各种复杂的社会矛盾, 迫切要求赋予行政机关行政立法权。这样, 在传统立法权原则与新的变革要求之间就产生了尖锐的对立与冲突。围绕这一社会变革与制度变革, 各主要资本主义国家对行政立法的认识经历了从敌视、排斥、拒绝到宽容、接纳、吸收的漫长发展过程, 新旧制度之间的冲突与新旧观念之间的论争一直未曾平息过。然而, 正是这种对基本原则问题的长期关注与理论上的对峙, 加深了人们对行政立法各个方面的认识, 刺激了各项制度的全面建立。所谓来之不易, 弃之不易。由于行政立法是经过长期痛苦斗争的选择, 当面临它所引发的各种问题时, 各国从未简单地走回头路, 而是围绕它进行全面的行政法律制度变革, 促成了以利益平衡论为主, 多种行政法原则并存格局的形成。

与发达资本主义国家从自由资本主义过渡到国家调节资本主义的历史发展轨迹不同, 我国目前的改革方向是从高度集权的计划经济体制向社会主义市场经济体制转变, 争取根本改变国家管得过多, 统得过死的状况。同时, 与资产阶级国家三权分立制度不同, 我国实行的是人民代表大会制度, 人民代表大会是国家的权力机关, 行政机关只是国家权力机关的执行机关,

[62] 一位著名学者指出, 行政法的渐进演变而非立法创新的发展方式, 使其非常类似于宪法。See, Christopher F. Edley, Jr. *Administrative Law: Rethink Judicial Control of Bureaucracy* 4 n. 2 (1990).

对国家权力机关负责。这两点主要差异决定了我们不可简单地照搬资产阶级国家的行政立法理论,而只能根据我国的国情,对行政立法的必要性、性质、权力来源、范围、监督等基本理论问题作出自己的回答。然而,回顾新中国建国以来的行政法历史不难发现,我们在享受行政立法所带来的便利的同时,并未对行政立法基本理论问题给予足够的关注,诸如人民代表大会制度与行政立法的关系,行政立法与现代行政法的关系,行政立法权的范围,自主行政立法与授权立法的联系与区别,行政立法的内部程序与参与程序,行政立法的司法监督,行政立法的监督体系等重大理论和现实问题,理论上并没有进行严肃的独立探讨。理论界对行政立法权的演变消长只是当作一种现实加以接受,并没有形成能对现实进行描述并进而引导现实发展的独立的行政立法理论和与之相应的现代行政法制度。结果,每当现实生活中出现某些问题,如“三乱”现象等,我们无法在理论的指引下通过制度的协调发展加以克服,而只能求助于刺激反应式的机械运动,头痛医头,脚痛医脚,不断通过单个立法来解决问题。在这种治标不治本的零散式立法运动中,虽然新的制度被不断创造出来,但它们的成本异常高昂,并且每一项新的制度互不关联,甚至相互冲突,难以形成有序的现代行政法制度。在此意义上,我国行政法发展中所呈现的“类型化”处理方式实际上是行政法理论贫乏的直接表现和结果。因此,要从传统行政法的影响中走出来,真正有效地遏制行政立法权的滥用,构筑当代行政法制度,唯有从理论的突破和观念的更新开始。“观念是所有制度的唯一基础”。^{〔63〕}没有现代行政法观念,不可能产生现代行政法。

当然,当代行政立法理论的产生,并不是一个孤立的现象,它几乎完全与资本主义社会结构发生巨变,法治模式发生转化,思维方式从理性到实证,法哲学从机械到现实,议会从神圣到世俗等过程同步,是多元民主、行为科学、公共选择、专家行政、政治分层、利益集团等理论的自然延伸。^{〔64〕}在我国,完全不同的历史阶段与国情,决定了我国现有的政治学、法哲学、宪法学理论很难直接为我国现代行政立法理论的产生提供现成的帮助,而现代行政立法理论的建立又必须以相关理论的突破和发展为前提。因此,当代中国行政法理论的贫乏应该说是相关社会科学理论和法学理论落后的一个缩影。要构筑现代行政法理论,根本上必须从繁荣整个社会科学理论开始。在中国,没有宏大的理论支撑,没有相关制度与观念的变革,没有对超出操作层面的价值问题的关怀,不可能产生现代行政立法理论。对于行政法学来讲,可以做的事情是在对行政法具体问题的研究中,有意识地超越行政法,以对宏大的理论问题的关注和社会变革的投入为出发点,在构筑行政法理论的同时,努力推动相关理论和制度的变革,这显然是一项双重任务。在相关社会科学理论取得重大突破以前,行政法学唯有同时承担双重任务才有发展的可能。前一阶段,中国行政法理论远远落后于现实需要,行政法理论研究无法深入的症结,在于行政法学界固步自封,划地为牢,拘泥于陈旧的行政法体系而无法超越。要构筑现代行政法理论,必须首先更新观念,扩大视野,从行政法的具体问题中,对当代政治发展与政治现代化理论、宪政理论、法学一般理论等作出行政法学者的回答。

(二) 明确国家权力界限,转换政府职能。

我国是一个有两千多年封建专制主义历史的东方大国,国家权力在社会生活中一直起着决定一切的作用。新中国成立后,改革开放以前,受高度集权的中央计划经济体制影响,社会与

〔63〕 Quoted from *supra* n. 4 VII

〔64〕 *Can see e. g.*, Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law: 1870-1960* ch 8 (1992).

个人的积极性无法发挥,政府“管了许多不该管、管不好、管不了的事。”⁶⁵⁾十一届三中全会以来,中央对其他各级主体放权让利,带来了积极的效果,但也出现了一些新的矛盾。由于急功近利的思想影响,人们忽视甚至否定集中的必要性,追求权力的绝对分散化,中央与地方、地方与部门之间也过分引入商品关系,超出了合理的界限,呈现出“诸侯经济”和“部门经济”的局面,统一的国家政策往往被分割为各行其是的地方政策和部门政策。同时,由于我国政治与经济二元化的过程只是初始阶段,政府部门除直接经营着庞大的公共服务行业以外,还各自从其管理的经济活动中抽取着实实在在的利益,而一个部门、地区的经济发展好坏更直接关系到主要领导的政绩。所有这些,无形之中将政府与企业的利益紧紧地捆在了一起。政治与经济的结盟,政府行为尤其是地方政府行为的过分商业化,社会组织的“官本位”化以及法治结构与功能的被分割,使国家权力继续在社会生活的主要方面起着决定一切的作用。而行政立法就常被拿来为部门利益、地方利益服务,负责起草的机关往往把起草法规、规章草案看作是争权夺利的好机会,乘立法之机维护、加强和扩大本位利益。现实生活中,过滥的行政许可、收费、处罚、评比、检查、认证、奖励、集资、摊派、垄断性经营、利益保护、不当干预等常常以行政立法的方式出现,许多地方“立一个法,就增设一个机构,加一层审批手续,多一道收费、罚款”。⁶⁶⁾由此而使行政立法在许多方面成为过大的行政权力的代名词。⁶⁷⁾因此,要真正根除行政立法所表现的各种混乱现象,唯有从明确国家权力界限,转换政府职能开始,明确哪些领域应由国家直接宏观调控,哪些领域应通过间接调控管理,哪些问题应由市场和个人决定,哪些问题应由私法规则解决。在此基础上,形成一种国家与社会分离,政治与经济二元化,小政府、大社会的良性社会结构。

转换政府职能并不只是一个抽象的概念,它要求具体分解每一项具体的行政权力,并对其存在的理由,国家宏观调控的方式以及这种行政权力会给社会带来的成本与收益等进行全面的考察。因此,在转换政府职能原则之下对行政立法的控制是一种个别化与实质性的控制。从表现形式上看,法律并不必然对行政立法的设定权进行一般性的限制,而是通过对具体行政立法所设定的行政权力的个别化考察来实现对行政立法的监督。如果具体行政立法所设定的行政权力与社会主义市场经济体制不符,与转换政府职能的要求不符,或者与相应政府职能所要求的调控力度不符,监督机关应该否定该具体行政立法。如果具体行政立法所设定的行政权力符合社会主义市场经济的要求,而因为种种原因法律一时无法直接加以规定,该具体行政立法应该得到监督机关的支持。例如,对于“持证上岗”的要求,在关系人们生命健康和社会公共利益的领域,如医生职业、制药行业、建筑设计、美容业等,国家必须直接进行强有力的调控,要求有关人员须取得行政部门的许可方能从事,以维护社会稳定与公共利益。然而,高速变化的当代社会使许多新的领域(如人工授精、安乐死等)不断出现,并使法律一时无法直接对相关的领域作出判断。在这种情况下,只能先由行政立法作出规定,积累经验,在社会关系与人们的认识水平成熟以后,再将行政立法上升为法律。因此,在有关法律制定以前,有关的行政立法对“特

65) 《邓小平文选》第 287 页。

66) 高帆:《市场经济与行政权力》,《中国法学》1993 年第 2 期。

67) 北京晚报一篇记者专论以整版探讨了京城因为有“法”而无法办私人收藏馆的现状,多角度地折射了当今的社会现实,读来饶有余味。参见刘一达:《沉甸甸的“办馆梦”——再说京城没有私人收藏馆》,《北京晚报》1996 年 4 月 20 日,第 4 版。

证上岗'的要求只要符合社会主义市场经济体制的要求,符合成本效益原则,符合法制统一原则,监督机关就应该维护它们的权威,以保证政府部门有效地进行社会管理,维护公民权益与社会公共利益。反之,对于许多不需要由国家直接调控的领域,如心理咨询、家庭教育、社会服务、科学研究、发明创造等,应该更多地由行业自律或根本不加规制。对于这些领域的'持证上岗'要求,理论上只能由法律设定。^[68]如果行政立法在无法律授权的情况下设定许可要求,监督机关应该加以撤销,因为它们不符合转换政府职能的要求。

当然,由于政府职能会随时间、地点、条件的改变而发生变化,理论上不必由国家直接调控的领域在特定的时空可能需要加强政府的直接干预(如当前社会服务业中的律师业),原先政府直接调控的领域也可能在社会关系发生变化以后不再需要直接调控(如国家粮食政策从统购统销到放开经营的转变),因此,转换政府职能原则之下对行政立法权的制约是一种动态的、变化的制约,它必须与社会生活同步发展。

以上述分析观照我国行政法发展中所表现出来的'类型化'处理方式,不难发现,它并不涉及转换政府职能这一核心问题,并不涉及对具体行政立法的个别化分析,并不涉及社会生活变化对政府职能的影响,它只是在法律和行政立法之间划分立法权限,并对行政立法的设定权进行一般性的限制。这种处理方式的缺陷在于:(1)由于没有触及转换政府职能这一核心问题,没有区分哪些权力必要,哪些权力不必要,有可能使某些不应由国家直接调控的领域在法律的名义下得以延续,并固化传统的行政管理方式;(2)对于行政立法设定权的一般性限制必然使某些应该加强国家宏观调控的领域因为法律制定不及时而无法实施有效的管理;(3)通过法律与行政立法的区别,仅仅从法律渊源上赋予行政权力以合法性,并不能必然证明该种权力的合理性,也不能必然证明该种权力符合政府职能转换的要求,这种处理方式必然使法制建设游离于经济建设的主旋律之外,造成法律生活与经济生活的'两张皮'现象;(4)法对社会生活的作用,必须以健全的社会结构和协调发展的法律制度的存在为前提,'类型化'的处理方式过于简单地在法律规则和社会生活之间建立一一对应的关系,以为通过具体的单项立法可以解决特定的问题,实际上是对法的作用的一种误解,是一种非常机械的法治观,不可能真正解决社会矛盾;(5)从世界各国的立法例来看,类似我国目前的立法思路,分别制定处罚法、立法法、许可法、收费法等大量的单行法律,对行政立法权进行类化处理的办法,基本上无成例可循。

应该承认,社会关系的普遍联系与多元利益的相互冲突使得在国家应该调控的领域与国家不应该调控的领域之间划一条明显的界限几乎成为不可能。在地球日益变小,人们相互之间的依存度越来越高,公法与私法的界限逐渐模糊的今天,要为个人自治留下一块不受政府干预的空间确实不太容易。政府职能在任何领域似乎都有其存在的合理性。如果是这样,显然不可能通过转换政府职能原则来实现对行政立法权的制约。然而,当代行政法发展的最大贡献就在于它能够通过对具体行政立法的成本效益分析,反推政府职能的合理性。如果某一行政立法所引起的社会成本大于其收益,则在该领域的政府调控缺乏合理的依据;如果某一具体行政立法所获得的社会收益大于其成本,则政府调控的合理性不容置疑。这就是说,尽管我们很难一般性地谈论哪些领域政府应该加强宏观调控,哪些领域政府应该减少干预,但通过对(拟议的)具体行政立法的成本效益分析,我们大致可以判断政府哪些干预手段是合理的,并据此调整相应的政策。

[68] 只有法律才可以对个人自治领域加以限制。

显然,转换政府职能原则之下对行政立法的制约是一种具体的、实证的制约。只有对具体的行政立法进行实证性分析,才有可能实现对行政立法权的有力制约。当前,我国行政法理论和实践过分偏重行政法总论和一般原则与制度,忽视部门行政法和具体的权力运作,幻想通过一纸立法改变社会生活,是造成“类型化”处理方式出现,并使行政法制建设有时远离经济建设中心的根本原因。因此,在转换政府职能原则的指导下,对行政立法进行具体化和实证化的制度设计,是中国行政法理论和实践的唯一出路,也是制约行政立法权的必由之路。^[69]当然,这需要观念、方法与手段的全面更新。

(三) 制定行政程序法,保证公众的了解权和参与权。

行政程序法之于现代社会的重要性,在于行政机关集行政与立法职能于一身之事实无可避免,而议会和法院对于行政立法的监督受到相当的限制,无法完全保证行政立法充分反映社会的公共利益。在此情况下,只能通过加诸行政机关的程序要求,保证结果的公正性。公开是腐败的天敌,参与是最有效的监督。公开与参与原则的制度化与法律化,遂成为当代各国制约行政立法权的一种不可缺少的重要形式。因此,尽管表现形式上并不是每一个国家都有一部统一的行政程序法,但对于行政立法过程的公开、参与要求,却是现代各国的一项基本行政法原则。

我国对于行政立法合法性监督的权力,主要由最高国家权力机关、最高国家行政机关、地方国家权力机关及地方国家行政机关行使,但实际效果并不理想,现有的备案、审查制度极易流于形式。司法实践中,行政诉讼法只适用于具体行政行为,而不适用于抽象行政行为,因此对行政立法的监督就受到限制。加之我国至今仍无一部统一的关于行政程序方面的法律或行政法规,已有的一些行政立法程序性规定“基本上属于行政机关的内部工作程序,程序的‘公开’、‘民主’程度远未达到现代‘行政法治’的要求”,^[70]造成行政立法缺少公众参与,缺少不同部门之间的利益协调,有的规章甚至处于内部掌握状态。现实生活中行政立法所存在的许多问题,实际上是长官意志、地方利益、部门利益、决策武断、盲目照搬等的直接反映,如果对行政立法程序有实质性的要求,本可以在行政立法环节中加以避免。然而,由于我们缺少对行政立法过程的任何实质性要求,使行政立法权毫不受约束地膨胀,成为行政机关追求本位利益的最好工具,并使行政立法处于泛滥状态。在此意义上,“类型化”处理方式的出现,对所有的行政立法进行限制,确实有其产生的客观背景和情感依据。

完善的利益表达渠道与利益综合机制的存在是政治现代化的必要前提和标志,也是我国建国四十多年来的一条宝贵经验与教训。行政立法作为一种资源配置的手段与利益分配的杠杆,涉及到巨大的经济、社会利益,在一定程度上甚至决定着整个社会的发展方向。因此,在行政立法过程中,必须让各种利益都有表达的机会,必须使行政立法过程处于公众的监督之中。改革开放以来,我国多元利益格局的出现与社会结构的变化,客观上已经对行政立法的公开性、参与性提出了要求,“两公开、一监督”、“社会服务承诺制”、办事制度“公示制”等的出现与非规范化、非公开化影响行政立法渠道的产生,实际上喻示着强烈的制度改革信息。只有顺应时代发展需要,因势利导,将对行政立法的公开性、参与性要求制度化,规范化,方能充分发挥行政立法的作用,并将其负面效应减到最小。如果没有程序上的制度变革,我们将不得不一次

[69] 国外学者将行政法的具体化和实证化归纳为当代行政法的“分散化”(disintegration)。Supra n. 16 1805- 1813.

[70] 湛中乐:《论完善我国的行政立法程序》,《中国法学》1994年第3期。

又一次求助于‘类型化’的单项立法,进行“一刀切”式的痛苦选择。

当然,就法律技术而言,制定一部统一的行政程序法是一项异常艰巨的工作。鉴于该法的艰巨性、复杂性及其将会对我国法律制度产生的深远影响,最好由最高国家权力机关牵头,吸收各界人士组成开放的行政程序法起草委员会,并在该委员会的统一部署下,广泛发挥社会各界的力量,首先对现有行政程序的实际运作进行全面的调查、分析、研究、归类,找出问题与相应的对策。然后,组织专门力量进行理论研究和制度设计,在充分吸收各国已有经验的基础上,根据中国的国情,提出详细的行政程序法研究报告和草案,对行政程序法的立法宗旨、立法模式、立法根据、分类方法、范围、体例、重要制度设计、操作中可能出现的问题、与其他国家的比较、与现有制度的对接等作出详细的解释和说明。最后,动员社会各界参与对行政程序法研究报告和草案的讨论,形成一个比较为各方所接受的文本。根据中外各国的经验,行政程序法在进行制度设计时,应尽量利用现有的制度资源,减少不必要的类推处理,避免因为追求制度创新而影响行政效率。^[71]

(四) 加强司法能动性,维护法制统一。

传统行政法的破产意味着法院再也不能指望从议会那里得到事无巨细的规则。对于无所不在的行政立法权,法院更多地只能依靠公平、正义、平等、自由、效益、社会进步、国家利益等宪法和法律的一般原则加以监督,以维护国家的法制统一,而这必须以法院和法官的司法能动性为前提。当代法治的发展过程,实际上与司法权在社会生活中的作用逐步增大的过程同步,尤其在行政法(也许还有侵权法)领域。大陆法与普通法严格规则主义与法官自由裁量权的界分完全消失,行政法带上了鲜明的司法色彩。^[72]

在我国,尽管理论界对司法权和司法能动性问题给予了高度的重视,^[73]但在具体的法律规定,制度设计以及理论解释中,并未为司法能动性的发挥留下足够的空间,^[74]加之受目前的社会环境、法官素质、人员选拔、法院内部的工作制度、考核制度、监督制度等的影响,使相当数量的法院和法官习惯于坐等“红头文件”,不敢创造性地开展工作,不敢越雷池一步。与之形成鲜明对照的是,面对着审判实践中的众多问题和大量的疑问,最高人民法院忙于制定各种解释和批复,实际上承担了大量的立法职能。对于目前最高人民法院所承担的大量工作,放在下面处理,由受案人民法院决定效果会更好。它不但可以保持司法审判的性质,并且可以积累经验,加强监督,锻炼队伍,逐步提高审判水平。事无巨细,一切都由最高人民法院决定,虽在特定的历史时期有其必要性,但随着社会的进步与法制的逐步健全,其缺陷已开始显露无遗。“红头文件”制定得越多,受案法院的依赖性也就越大,结果必然出现恶性循环,不利于司法队伍建设。并且,随着法制进程的深入,继续由司法机关大量制定立法性文件已不适应时代发展的需要。要纠正法院内部这种一端“过”、“一端”“不及”的现状,只有从司法能动性入手,重新确立司法权在社会生活中的地位和合理的作用范围。

实际上,司法能动性的发挥与转换政府职能原则是有效制约行政立法权互为依存的两个

[71] See e. g., *supra* n. 26 254- 258.

[72] "In this field there is no movement in favour of codification" Quoted from *supra* n. 38 3.

[73] 尤以罗豪才教授首倡以司法审查为核心构造我国行政法学体系为代表。参见罗豪才主编:《中国司法审查制度》,北京大学出版社1993年版,第4页。

[74] 参见笔者对我国行政诉讼制度的分析,见拙文:《行政诉讼中的司法能动性—完善我国行政诉讼制度的理论思考》,《法学研究》1993年第2期。

方面。在‘类型化’的处理方式之下,法律规则已为行政立法权的范围划定了硬性界限,法院只是进行‘对号入座’式的例行检查,看行政立法是否在法律所规定的范围之内,因此,这种过程只要求法律规定的周延性,并不需要法院的司法能动性。相反,在转换政府职能原则之下,行政立法权的合理性并不唯一地决定于其法律渊源,而是主要取决于其是否符合转换政府职能的要求,是否有利于经济建设这个中心。因此,法院在判断法律问题时,并不仅仅是进行形式上的审查,而要对行政立法的内容进行实质性的判断,根据‘三个有利于’的标准,判定具体的行政立法是否符合法制统一的原则。可以讲,转换政府职能原则是司法能动性的根据,是判断法院是否正确行使职权的标准;司法能动性是转换政府职能原则得以实现的保障,没有法院和其他监督机关的工作,转换政府职能原则就只是一句空话。在此意义上,司法能动性的发挥,直接关系到审判工作和整个法制建设为经济建设中心服务这一时代要求。维持现状,等待观望,延续‘类型化’的处理方式,只会拉大法制建设与经济建设的距离。

对于后进工业化国家而言,法治的实现过程始终摆脱不了形式法治与实质法治的矛盾与冲突。在缺少法治传统的国度里追求实质法治,得到的可能是一种非法之治;在渴望腾飞的环境中谋求形式法治,可能永远也找不到权威的根基。这是一种两难,也凭添了些许悲壮。对于行政立法权的‘类型化’制约与实质性监督,分别代表的是两种不同的法治观与两种不同的思维方式。这一问题的解决无疑会为中国的整个法治建设提供重要的信息。