



□ 宪法实施

法律中征用条款的合宪性分析

——从疫情防控对国有财产的征用切入·····王 磊 3

地方政府债务风险的宪法学释析·····王世涛 13

我国合宪性审查的宪法属性·····郑贤君 28

□ 行政法基础理论

数据治理与软法·····沈 岿 42

公共治理视野下的软法工具·····王瑞雪 52

比例原则在给付行政中的适用·····梅 扬 61

行政一体原则的功能主义重塑及其限度·····张运昊 71

客观法与主观权利·····[日]山本隆司 著 王贵松 译 88

□ 部门行政法

药物可及性与安全性的衡量

——美国临床试验药物拓展使用法律制度评介·····宋华琳 刘 炫 102

PPP 模式下政府的角色定位

——兼论担保行政法学模式的兴起·····杨彬权 117

烈士评定条款的适用及其漏洞填补·····侯嘉淳 孟鸿志 132

国家知识基础设施的行政法治理

——以行政特许为视角·····翟 翌 刘 杰 149

失信联合惩戒措施的合法性检讨与控制·····聂帅钧 164

人体基因科技风险预防之尊严观的反思与重构·····石 晶 182

证券监管机构如何罚款

——基于行政裁量基准视角的研究·····刘宏光 196

□ 疫情防控法治	
构建我国疫情防控法律体系的探讨·····郭 锋	209
疫情防控中征用对征收规范的借鉴	
——以甲市征用乙市口罩事件为例·····刘连泰	226
疫情防控中的征用补偿：适用范围的思考·····蒋红珍	236
我国紧急采购的法治化：经验与建议·····张小平	245
□ 行政争议解决	
行政复议中止的纠纷化解路径	
——以“实质性解决行政争议”为视角·····张 琦	262
行政机关变更解除行政协议的司法审查·····张青波	276
行政争议的中立评估及其制度构建·····施立栋	290
行政诉讼对刑事执行进行监督的法理·····曾文远	305
行政行为“明显不当”的司法审查·····王正鑫	322
行政行为在德国行政诉讼中的功能变迁·····龙 非	335

法律中征用条款的合宪性分析 ——从疫情防控对国有财产的征用切入

王 磊*

内容提要：我国《宪法》中的征用条款有两个特点：一是征用针对的是非国有财产，二是政府应当补偿，而不论被征用财产是否毁损、灭失或能否归还，但是否毁损、灭失或能否归还是确定补偿数额的重要因素。在疫情防控过程中，一些地方政府错误地使用了征用措施。征用不同于调用，政府对国有财产可以采取调用、使用等措施，且没有补偿的法定义务。我国一些法律中的征用条款或许不符合《宪法》中有关征用的规定，混淆了征用与调用所指向的财产在性质上的区别，同时把征用之后的补偿义务错误地分解为“归还原物无须补偿”和“如有毁损则进行补偿”两种情况。为了有效保障宪法尊严，维护宪法权威，应不断推进合宪性审查。

关键词：征用 调用 私有财产 国有财产 合宪性分析

2019年末，湖北省武汉市出现多起新型冠状病毒感染引起的肺炎病例。2020年2月11日，世界卫生组织将新型冠状病毒感染的肺炎命名为“COVID-19”，同年3月11日，世界卫生组织将新冠肺炎疫情称为全球大流行病。^{〔1〕}在抗击新型冠状病毒疫情期间，公共卫生资源面临巨大挑战，为了扩大医疗场所、提高救治效率、减少传染率，一些地方政府临时征用了党政机关的楼堂馆所或公立学校学生宿舍，那么，地方政府的这些征用行为是否符合法律和宪法呢？

地方政府征用党政机关的楼堂馆所或公立学校学生宿舍有相关依据。首先，符合地方人大常委会的防疫决定。经梳理可以发现，我国抗击疫情期间有22个省、自治区、直辖市的人大常委

* 王磊，北京大学法学院教授。

本文为2017年度教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“世界各国代议制度和中国人代议制度比较研究”（17JJD820001）的阶段性成果。

〔1〕 参见潘亦纯：《世卫组织总干事认为疫情已具大流行特征》，载《新京报》2020年3月13日，第A01版。

会通过了开展疫情防控工作的决定，这些决定在本地方范围内都具有法律效力，其中 15 个省、自治区、直辖市在决定中规定了征用，有的也规定了调用。^{〔2〕} 规定征用的这些决定都有一个共同的特点，即对于被征用的财产是否属于非国有财产没有明确的界定，或者根本不提被征用财产的性质。例如，云南省人大常委会发布的《关于依法全力做好当前新型冠状病毒肺炎疫情防控工作的决定》中虽然提到了征用，但却只字未提什么样的财产可以被征用，没有提到“非国有财产”或“私有财产”。其次，他们的做法符合《突发事件应对法》《传染病防治法》等法律，因为这些法律对于可以被征用的财产也没有从性质上加以区分。

然而，虽然地方政府的征用行为没有违反地方人大常委会的决定和相关法律，但如果我们从宪法角度来检验这些决定和法律就会发现，有关征用的这一类决定和相关法律条款可能存在合宪性问题。实际上，党政机关的楼堂馆所和公立学校资产都属于国有财产，政府对这些国有财产无须采取征用的方式，直接采取调用或使用的方式就可以，因为政府代表国家征用的只能是非国有财产。由于地方人大常委会的决定和相关法律存在相同问题，下面主要对有关征用的法律进行合宪性分析，并对合宪性检验结果产生的原因等进行探讨。

一、《宪法》中的征用条款

新中国成立以来，我国共颁布了 4 部《宪法》，其中 3 部《宪法》即 1954 年《宪法》、1978 年《宪法》和 1982 年《宪法》都规定了征用，只有 1975 年《宪法》没有规定征用。1954 年《宪法》第 13 条规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定的条件，对城乡土地和其他生产资料实行征购、征用或者收归国有。”1978 年《宪法》第 6 条规定：“国营经济即社会主义全民所有制经济，是国民经济中的领导力量。矿藏，水流，国有的森林、荒地和其他海陆资源，都属于全民所有。国家可以依照法律规定的条件，对土地实行征购、征用或者收归国有。”1982 年《宪法》第 10 条规定：“城市的土地属于国家所有。农村和城市郊区的土地，除由法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征用。……”

2004 年《宪法修正案》对《宪法》第 10 条第 3 款和第 13 条分别作了修改，在这两个条文中都分别增加了“征收”和“补偿”的内容，^{〔3〕} 并使得“征用”和“征收”区别开来，正如全国人大常委会时任副委员长王兆国在《关于〈中华人民共和国宪法修正案（草案）〉的说明》中讲到土地的征收征用时所说，“征收主要是所有权的改变，征用只是使用权的改变”；在讲到私有财

〔2〕除了内蒙古、新疆、西藏、广西、湖南、陕西、山西、甘肃、青海的人大常委会没有作防疫决定外，其他省、自治区、直辖市的人大常委会都作了防疫决定。在决定中规定了征用的 15 个省级单位分别是黑龙江、天津、重庆、北京、上海、江苏、河北、安徽、吉林、江西、云南、福建、湖北、宁夏、山东。

〔3〕《宪法修正案》（2004）第 20 条规定：宪法第十条第三款“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征用。”修改为：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。”第 22 条规定：宪法第十三条“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权。”“国家依照法律规定保护公民的私有财产的继承权。”修改为：“公民的合法的私有财产不受侵犯。”“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”

产的征收征用时,指出“这样修改,主要基于三点考虑:一是,进一步明确国家对全体公民的合法的私有财产都给予保护,保护范围既包括生活资料,又包括生产资料。二是,用‘财产权’代替原条文中的‘所有权’,在权利含意上更加准确、全面。三是,我国几个现行法律根据不同情况已经作出了征收或者征用的规定,在宪法中增加规定对私有财产的征收、征用制度,有利于正确处理私有财产保护和公共利益需要的关系,许多国家的宪法都有类似的规定。”〔4〕

《宪法》第13条第3款规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”该条款规定的是对公民私有财产的征用,也就是说,可供征用的财产是有特定范围的,只有对公民私有财产才能使用征用的方式,对于国有财产无须使用征用方式,《宪法》没有规定对国有财产可以进行征用,因为国有财产本身就属于国家所有,由政府代表国家行使所有权,国有资产管理部门及其他部门行使监管权,由国有企业事业单位经营。《宪法》征用条款中的公民私有财产应当理解为既包括公民个人财产,也包括个体经济、私营经济、外资企业等非公有制经济组织的财产。

通过对《宪法》第10条和第13条的分析可知,征用已经成为具有特定宪法含义的法律用语,它主要调整国家与个人、公共利益与私有财产之间的关系。政府与政府之间的权力关系或财产关系与征用无关。《宪法》中的征用有三个特点:第一,征用的对象只能是非国有财产。第二,征用针对的是非国有财产的使用权,是暂时的、临时的。虽然征收针对的也是非国有财产,但征收针对的是所有权,亦即是对所有权的剥夺。第三,只要对非国有财产实行了征用就必须予以补偿,不论被征用的财产是否有损失或能否归还。当然,《宪法》中的征用还有必须符合公共利益这一前提条件以及法律保留、强制性等要求,由于下面将要讨论的法律均满足公共利益、法律保留、强制性的要求,这里省略了公共利益、法律保留、强制性的论述。征用是本文讨论的重点,征收不在本文讨论范围之内。

我国《宪法》关于征用的规定与一些有代表性的国家的宪法相比较,主要的不同点在于,这些国家的宪法对“征收”和“征用”不作区分,而且一般是规定在一个条文里。我国由于土地所有权既有国有又有集体所有这两种情况,且公民不享有土地的所有权,只享有土地的使用权,所以,《宪法》只能将土地和私有财产分两条来规定,这也是《立法法》在第8条出现“非国有财产”而不是“私有财产”的原因。但我国《宪法》和其他一些有代表性的国家的宪法的一个共同特点是征用所针对的都是非国有财产,主要指私有财产,都是需要补偿的。〔5〕所以王兆国在2004年修改《宪法》的说明里讲到征收征用条款时认为“许多国家的宪法都有这样的规定”。但国外多数国家的宪法不作征收和征用的区分,因而在进行比较研究方面就会因为宪法用语的不同

〔4〕 详见全国人民代表大会常务委员会时任副委员长王兆国在《关于〈中华人民共和国宪法修正案(草案)〉的说明》(2004年3月8日在第十届全国人民代表大会第二次会议上)中的第4点和第6点。

〔5〕 法国《人权宣言》第17条规定:“财产是神圣不可侵犯的权利,除非当合法认定的公共需要显然必需时,且在公平而预先补偿的条件下,任何人的财产不得受到剥夺。”德国《基本法》第14条规定:“(1)财产权和财产继承权受到法律保护,其内容及范围由法律规定之。(2)财产权负有义务,即其使用应有利于公众。(3)为公众利益起见,财产可予征收。征收应依法实行,并依法确定征收方式和赔偿金额。偿付时应恰当考虑公众和各有关方面的利益。在赔偿金额上有争执时,可上诉于普通法庭,通过诉讼解决之。”北京大学法律系宪法教研室、资料室编:《宪法资料选编第五辑》,北京大学出版社1981年版,第3页、第105页。美国《宪法》修正案第5条规定:“未经正当法律程序,不得剥夺任何人之生命、自由或财产;凡私有财产,非有恰当赔偿,不得充公。”〔美〕查尔斯·A. 比尔德:《美国政府与政治》,朱曾汶译,商务印书馆1987年版,第939页。

而带来的研究语境上的差异。外国宪法的词语翻译过来可能是“收归公用”“充为公用”“充公”“剥夺”“侵犯”等等。例如，美国《宪法》第5条修正案的“be taken for public use”的“taken”就是一个关键词，但它和同样属于这一条修正案的另外一个词“deprive”，以及美国宪法学界和实务部门发展起来的“警察权力”理论又有一些复杂的关系。^{〔6〕}有的学者认为：“公益征收的主要特征，在于其能侵犯私有财产权利。这种侵犯财产权是以剥夺、限制财产权利之方式为之”，这里的“征收”实际上包括了“征收”和“征用”两个方面。^{〔7〕}也有学者不同意2004年《宪法》修改将“征用”与“征收”分开，认为应当效仿有些国家的宪法用“征收”一词代替现在的“征收”和“征用”。^{〔8〕}由于篇幅限制，本文主要关注两个要点：一是征用对象是非国有财产，主要指私有财产，二是无补偿不征用。下面从法律的层面探讨征用的相关规范并阐明其存在的违宪问题。

二、法律中征用条款的合宪性分析

本文选取现有明确规定“征用”的11部法律，除此之外，还有10部法律规定了征用，但由于条文高度概括，甚至比《宪法》征用条款规定得还原原则，没有讨论价值，本文没有将这10部法律作为分析样本。^{〔9〕}这11部法律分别是《突发事件应对法》《传染病防治法》《反恐怖主义法》《国家情报法》《国防法》《国防交通法》《反间谍法》《军事设施保护法》《物权法》《立法法》《戒严法》，其中完全符合《宪法》有关征用条款的似乎只有1部，即《立法法》。《立法法》第8条规定法律保留事项，其中第7项规定“对非国有财产的征收、征用”属于法律保留事项，《立法法》的这一规定精准地把握了宪法规范的内涵。但是其他10部法律中的征用条款都或多或少地与《宪法》有关征用条款相抵触，最突出的问题是不对国有财产和非国有财产作出区分。事实上将国有财产和非国有财产都作为征用的对象，混淆了征用和调用的区别，在本来可以使用“调用”的应急方式时却错用“征用”的方式。调用与征用的主要区别在于调用更加迅速，政府可以通过直接命令指挥的方式来实现国有财产的调配、使用等，也没有必须补偿的宪法义务。

（一）10部法律中征用条款的考察

10部法律中的征用条款均没有将征用精准地对应非国有财产，这又可以具体分为两种情况。一种情况是法律对于征用的财产是否属于国有或非国有不作区分，这些财产既可能是国有财产，也可能是非国有财产，属于这种情况的有3部法律，规定内容如下：（1）规定征用财产为“房屋、交通工具以及相关设施、设备”（《传染病防治法》）；（2）规定征用财产为“民用运载工具、交通设施、交通物资等民用交通资源”（《国防交通法》）；（3）规定征用财产为“土地、林地、草原、水面、滩涂”（《军事设施保护法》）。

〔6〕 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434-436页。

〔7〕 参见前引〔6〕，陈新民书，第425页。

〔8〕 参见房绍坤、王洪平：《分立抑或再合一：“征收”与“征用”之概念关系辩证》，载《法学论坛》2009年第2期。

〔9〕 这10部法律及相应条款为：《森林法》第21条、《土地管理法》第2条第4款、《外商投资法》第20条、《农村土地承包法》第17条、《船舶吨税法》第9条、《草原法》第39条、《妇女权益保障法》第32条、《渔业法》第14条、《农业法》第71条、《煤炭法》第20条。

另一种情况是明显地将个人财产和其他财产并列规定为征用的对象，而其他财产可能是国有的，也可能是非国有的，总之，没有将国有财产排除在征用之外，这样的法律有 7 部，规定内容如下：（1）规定征用财产为“单位和个人的财产”（《突发事件应对法》和《反恐怖主义法》规定相同）；（2）规定征用财产为“组织和个人的设备设施、交通工具和其他物资”（《国防法》）；（3）规定征用财产为“单位、个人的不动产或者动产”（《物权法》）；（4）规定征用财产为“有关机关、组织和个人的交通工具、通信工具、场地和建筑物，必要时，可以设置相关工作场所和设备、设施”（《国家情报法》）；（5）规定征用财产为“机关、团体、企业事业组织和个人的交通工具、通信工具、场地和建筑物”（《反间谍法》）；（6）规定征用财产为“国家机关、企业事业组织、社会团体以及公民个人的房屋、场所、设施、运输工具、工程机械等”（《戒严法》）。

为了便于阅读，本文将涉及征用的这 10 部法律的相关条文及征用对象汇总为表 1 如下：

表 1 10 部法律中的征用条款

法律名称及条文	内容	征用对象
《传染病防治法》第 45 条	“传染病暴发、流行时，根据传染病疫情控制的需要，国务院有权在全国范围或者跨省、自治区、直辖市范围内，县级以上地方人民政府有权在本行政区域内紧急调集人员或者调用储备物资，临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备。” “紧急调集人员的，应当按照规定给予合理报酬。临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备的，应当依法给予补偿；能返还的，应当及时返还。”	“房屋、交通工具以及相关设施、设备”
《突发事件应对法》第 12 条、第 52 条	“有关人民政府及其部门为应对突发事件，可以征用单位和个人的财产。被征用的财产在使用完毕或者突发事件应急处置工作结束后，应当及时返还。财产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿。” “履行统一领导职责或者组织处置突发事件的人民政府，必要时可以向单位和个人征用应急救援所需设备、设施、交通工具和其他物资，……”	“单位和个人的财产”
《反恐怖主义法》第 78 条第 1 款	“公安机关、国家安全机关、中国人民解放军、中国人民武装警察部队因履行反恐怖主义职责的紧急需要，根据国家有关规定，可以征用单位和个人的财产。任务完成后应当及时归还或者恢复原状，并依照规定支付相应费用；造成损失的，应当补偿。”	“单位和个人的财产”
《国家情报法》第 17 条第 2 款	“国家情报工作机构工作人员根据工作需要，按照国家有关规定，可以优先使用或者依法征用有关机关、组织和个人的交通工具、通信工具、场地和建筑物，必要时，可以设置相关工作场所和设备、设施，任务完成后应当及时归还或者恢复原状，并依照规定支付相应费用；造成损失的，应当补偿。”	“有关机关、组织和个人的交通工具、通信工具、场地和建筑物，必要时，可以设置相关工作场所和设备、设施”

续前表

法律名称及条文	内容	征用对象
《国防法》第48条	“国家根据动员需要，可以依法征收、征用组织和个人的设备设施、交通工具和其他物资。” “县级以上人民政府对被征收、征用者因征用所造成的直接经济损失，按照国家有关规定给予适当补偿。”	“组织和个人的设备设施、交通工具和其他物资”
《国防交通法》第7条	“县级以上人民政府根据国防需要，可以依法征用民用运载工具、交通设施、交通物资等民用交通资源，有关组织和个人应当予以配合，履行相关义务。民用交通资源征用的组织实施和补偿，依照有关法律、行政法规执行。”	“民用运载工具、交通设施、交通物资等民用交通资源”
《反间谍法》第11条第2款	“国家安全机关因反间谍工作需要，按照国家有关规定，可以优先使用或者依法征用机关、团体、企业事业组织和个人的交通工具、通信工具、场地和建筑物，必要时，可以设置相关工作场所和设备、设施，任务完成后应当及时归还或者恢复原状，并依照规定支付相应费用；造成损失的，应当补偿。”	机关、团体、企业事业组织和个人的交通工具、通信工具、场地和建筑物
《军事设施保护法》第13条	“军事禁区、军事管理区范围的划定或者扩大，需要征收、征用土地、林地、草原、水面、滩涂的，依照有关法律、法规的规定办理。”	“土地、林地、草原、水面、滩涂”
《物权法》第44条、第121条	“因抢险、救灾等紧急需要，依照法律规定的权限和程序可以征用单位、个人的不动产或者动产。被征用的不动产或者动产使用后，应当返还被征用人。单位、个人的不动产或者动产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿。” “因不动产或者动产被征收、征用致使使用益物权消灭或者影响用益物权行使的，用益物权人有权依照本法第四十二条、第四十四条的规定获得相应补偿。”	“单位、个人的不动产或者动产”
《戒严法》第17条	“根据执行戒严任务的需要，戒严地区的县级以上人民政府可以临时征用国家机关、企业事业组织、社会团体以及公民个人的房屋、场所、设施、运输工具、工程机械等。在非常紧急的情况下，执行戒严任务的人民警察、人民武装警察、人民解放军的现场指挥员可以直接决定临时征用，地方人民政府应当给予协助。实施征用应当开具征用单据。前款规定的临时征用物，在使用完毕或者戒严解除后应当及时归还；因征用造成损坏的，由县级以上人民政府按照国家有关规定给予相应补偿。”	“国家机关、企业事业组织、社会团体以及公民个人的房屋、场所、设施、运输工具、工程机械等”

（二）10 部法律中征用条款的合宪性

由上考察可知，上述 10 部法律中的征用条款，在征用财产的性质方面或许与《宪法》相抵触，而且在征用的补偿方面也可能存在合宪性问题。

首先，《宪法》规定的征用对象和补偿对象都只能是非国有财产，由于法律层面对征用的财产在性质上不区分国有或非国有，进而导致紧随其后的补偿在对象上也不区分国有财产或非国有

财产,可能产生本不该补偿的补偿了、而该补偿却没有补偿的现象,因而这些法律条款在补偿方面的合宪性值得商榷。

其次,《宪法》中的征用补偿是法定义务,是必须的、无条件的,只要有征用就必须有补偿。法律不能将补偿分解为补偿和无须补偿两种情况。《物权法》与其他9部法律在补偿方面有所不同的是,虽然《物权法》在征用对象上不符合《宪法》,但在征用补偿方面却非常精准地体现了《宪法》的意思,这在其他法律中几乎没有发现。《物权法》第44条规定:“因抢险、救灾等紧急需要,依照法律规定的权限和程序可以征用单位、个人的不动产或者动产。被征用的不动产或者动产使用后,应当返还被征用人。单位、个人的不动产或者动产被征用或者征用后毁损、灭失的,应当给予补偿。”从补偿角度看,《物权法》中的征用分为“被征用”“征用后毁损、灭失的”两种情况,但都要补偿,也就是说不管征用之后被征用财产状况如何都要补偿。

有民法学者在论述《物权法》中的征用补偿时认为:“征用结束后如果没有造成物的毁损灭失,通常需要将征用物返还给被征用人,并给予适当补偿。”^[10]这种观点与《宪法》保持一致。但与《物权法》不同的是,其他9部法律却在补偿方面作出了与《宪法》含义不完全相同的规定,这又可以分为两种情况,一种情况是给补偿限定了一些前提条件,规定征用后毁损、灭失或无法归还的才补偿,可以返还的就不用补偿,属于这一情况的有《传染病防治法》《突发事件应对法》《国防法》《戒严法》,而依据《宪法》的征用规范,补偿不以毁损、灭失或无法归还为前提,只要征用就必须给与补偿,毁损、灭失或无法归还只是考量补偿数额的重要因素。另一种情况是将征用补偿分解为费用和补偿两个方面,属于这一情况的有《反恐怖主义法》《国家情报法》《反间谍法》,依据《宪法》的征用规范,征用规范中的补偿只有补偿这一种形式,没有费用和补偿两种形式,这种情况虽在形式上不符合《宪法》,但在实质上与《宪法》基本一致。《国防交通法》《军事设施保护法》没有将补偿具体化,而是指向了法律法规。

此外,《人民警察法》第13条第2款规定:“公安机关因侦查犯罪的需要,必要时,按照国家有关规定,可以优先使用机关、团体、企业事业组织和个人的交通工具、通信工具、场地和建筑物,用后应当及时归还,并支付适当费用;造成损失的,应当赔偿。”该法虽然没有使用“征用”一词,但实际是征用的意思,而且也存在前述法律所普遍存在的问题,即对于国有财产和非国有财产没有区分,在补偿问题上也没有区分。对于国有的,警察可以临时使用,不用补偿;对于私有的,警察可以征用,但必须补偿。条文中的“赔偿”应当修改为“补偿”。

三、法律中征用条款不符合《宪法》的可能原因

为什么会出现如此多的法律的征用条款在相同问题上不符合《宪法》呢?这种现象应当引起学界高度关注。

首先,纵观世界各国,时间差往往是导致法律违宪的一个重要原因。时间差有两种情况,一种是社会观念发生变化,宪法条文没有变,但宪法的含义随着社会的变迁而发生了变化,也就是

[10] 王利明:《〈物权法〉的实施与征收征用制度的完善》,载《法学杂志》2008年第4期,第16页。

说宪法文字没变，内容有变化，因而导致法律违宪；另一种情况是宪法被修改了，而法律还没有及时修改，从而导致法律违宪。从时间上看，这 10 部法律中有 9 部是在 2004 年《宪法》修改之后通过、修正或修订的，^{〔11〕} 只有《戒严法》是在 2004 年《宪法》修改之前通过的，与《宪法》相抵触的情况似乎有时间差的因素。但是，如果我们把时间回放到中华人民共和国成立，中华人民共和国成立后颁布的 4 部宪法中有 3 部使用了“征用”一词，并且 1954 年《宪法》、1978 年《宪法》将“征用”与“征购”“收归国有”相区别，实际上“征购”“收归国有”就有“征收”的意思。1982 年《宪法》在 2004 年修宪之后，也明确将“征用”与“征收”区别开来。从《宪法》角度看，这 10 部法律都不该出现与《宪法》相抵触的条款，尤其是在 2004 年修宪之后制定的 9 部法律更不该如此。

其次，混淆了“征用”与“调用”的区别，也许是导致违宪的一个原因。“调用”本来不是一个具有严格法律含义的法律术语，也没有引起法律界的关注。但法律中确实经常使用该词以及和该词相近的诸如“使用”“调配”“配置”等一些词语，例如，《传染病防治法》就是用了“调用”一词。政府对国有财产无须采取征用的方式，直接采取调用或使用的方式就可以，因为政府代表国家进行的征用只针对非国有财产，目的是为了保护私有财产。混淆“征用”与“调用”，把本来可以直接使用的更加高效的“调用”手段误当作“征用”来使用，其后果是使得本来可以高效解决突发事件、国家安全、戒严等紧急情况的行动放缓，降低了应对紧急情况的效率。^{〔12〕} 此外，区分“征用”与“调用”有利于避免事后出现不必要的纠纷和矛盾。对于征用就必须予以补偿而无论被征用财产是否损毁、灭失或能否归还，而调用则不是必须进行补偿且程序简单。如果混淆了“征用”和“调用”，事后就容易在补偿问题上产生不必要的纠纷。

再次，学界对征用关注不够。目前有关“征用”的学术论文非常少，而且绝大多数是关于土地征用的，征用的合宪性研究几乎无人问津。在研究征用的论文中，大多也是有关征用的立法建议，例如，建议制定“行政征用法”^{〔13〕}、“统一行政征用法典”^{〔14〕}、“行政征用一般法”^{〔15〕}。此外，一些观点没有把补偿对象定位为“非国有财产”或“私有财产”，而是称为“相对人财产”^{〔16〕}或“行政相对人财产”^{〔17〕}，这些研究成果在征用对象不区分国有财产和非国有财产方面，或许起到了误导立法和政府行为的作用。

学界对于征收比较关注，也许是因为这些年来大规模的拆迁和基础建设工作往往涉及征收问题，对于征收的研究有实际需求。与征收相比，在一般情况下，征用的现实需求没有那么迫切，

〔11〕 这 9 部法律通过、修正或修订的具体时间如下：《突发事件应对法》是 2007 年 8 月，《传染病防治法》是 2013 年 6 月，《反恐怖主义法》是 2018 年 4 月，《国家情报法》是 2018 年 4 月，《国防交通法》是 2016 年 9 月，《反间谍法》是 2014 年 11 月，《军事设施保护法》是 2014 年 6 月，《物权法》是 2007 年 3 月，《国防法》是 2009 年 8 月。此外，《立法法》是 2015 年 3 月修正的。

〔12〕 关于“调用”的相关法律研究，参见王敬波：《略论政府应急征用法律制度的完善》，载《行政法学研究》2011 年第 4 期。

〔13〕 党雷：《突发事件应对中的行政征用补偿制度研究》，载《法治研究》2010 年第 2 期，第 65-69 页。

〔14〕 吴云峰、张晓敏：《我国行政征用法律制度现状及完善》，载《行政与法》2013 年第 3 期，第 74-79 页。

〔15〕 董佩林：《试论我国现行的行政征用制度》，载《法学论坛》2001 年第 3 期，第 12-19 页。

〔16〕 余红丽、张顺彬：《行政征收与行政征用制度比较研究》，载《湖北行政学院学报》2007 年第 3 期，第 268 页；刘东生：《行政征用制度初探》，载《行政法学研究》2000 年第 2 期，第 28 页。

〔17〕 张志泉：《行政征收与行政征用制度比较分析》，载《山东大学学报》（哲学社会科学版）2001 年第 6 期，第 62 页。

往往是在紧急情况或特定情况下才有征用的发生,像本文提到的这10部法律基本属于这类情况,突发事件、传染病、戒严、反恐、反间谍、情报工作、国防军事工作等都属于公共利益中比较紧急的情况。2003年我国发生“非典”疫情时使用过征用手段,之后的2004年《宪法修正案》增加“征收”并在说明中强调“征用”与“征收”的区别,但征用的法律理论研究仍然没有引起学界重视。在这次防控新型冠状病毒肺炎期间,一些地方政府正确地采取了征用措施,在防控传染病的过程中发挥了积极作用;但也有一些地方政府错误地使用了征用措施,这也促使我们反思法律中征用条款不完善的地方。当然,征用并不只在紧急情况下使用,非紧急情况下也可以使用。

四、结 语

一些法律中的征用条款,在征用财产性质方面和补偿方面或许均存在与《宪法》不一致的情况。在新冠肺炎疫情防控过程中,虽然有的地方政府征用党政机关和公立学校的财产,符合地方人大常委会的决定和相关法律,但可能不符合《宪法》。习近平总书记在2018年中共中央政治局第四次集体学习时强调:“宪法具有最高的法律地位、法律权威、法律效力。”^{〔18〕}《宪法》是国家根本法,一切法律、行政法规和地方性法规都不得同《宪法》相抵触。

对法律的合宪性审查既涉及对权力(立法权、行政征用)的限制问题,也涉及权利(私有财产权的征用补偿)的保障问题,建议全国人大常委会对涉及征用的相关法律条文进行合宪性审查,及时使相关法律条款得到修改。由于修改法律程序较为复杂,在时间紧迫的情形下,建议在全国人大常委会审查和修改相关法律之前,执行《突发事件应对法》和《传染病防治法》的国家机关依据《宪法》征用条款来解读这些法律以及其他法律的征用条款,准确区分“征用”与“调用”,充分用足“调用”方式,免去不必要的“征用”,以便提高疫情防控工作效率。

一些法律中的征用条款不符合《宪法》的现象或许不是偶然的,主要原因可能跟学界对该问题的关注不够有关,跟现实中对于征用的理论研究的需求不强烈也有一定联系。同时,学界对于征用财产的定性模糊也对立法和行政执法起到了误导的作用。另外,立法机关本该在制定法律的过程中对《宪法》征用条款加以具体化,但却没能做到这一点,不仅如此,还使《宪法》中本来较为清楚的作为征用对象的私有财产或非国有财产在法律中不但没有得到具体化,反而变得更加模糊起来。当然,对于国有财产和非国有财产的区分在实践中也会出现一些复杂情况。例如,有些公司既有国有股,又有非国有股,笔者倾向于将该公司财产视作非国有财产,因为对国有财产进行从严解释有利于保护企业经营自主权;又例如,有的宾馆饭店属于国有资产,但承包给个人进行经营,笔者倾向于认为该宾馆饭店仍然属于国有财产,可以被调用,而不采取征用措施,但该国有单位应当对承租人按照相关民事法律解决后续遗留问题。

〔18〕《谈宪法,习近平这些话掷地有声》,载 http://www.xinhuanet.com/politics/xxjxs/2018-12/04/c_1123806974.htm, 最后访问时间:2020年4月25日。

由于宪法观念淡薄、宪法意识不强、宪法审查机制不健全等原因，不符合《宪法》的现象并不少见。2018年3月《宪法修正案》将“法律委员会”修改为“宪法和法律委员会”，具体承担“推进合宪性审查、加强宪法监督”等职责，^{〔19〕}未来合宪性审查必定会在我国得到全面展开。

Abstract: The requisition clause in Constitution has two characteristics. One is that the requisition is aimed at the non-state-owned property, and the other is that the government should give compensation, regardless of whether the property is damaged, lost or whether it can be returned. Of course, whether it is damaged, lost or whether it can be returned is an important factor to determine the amount of compensation. In the process of epidemic prevention and control, some local governments have mistakenly used requisition measures. Requisition is different from transfer, and the government can take measures such as transfer and use to state-owned property, and there is no legal obligation to compensate. Some laws on requisition do not comply with the provisions on requisition in the Constitution. They confuse the difference in nature between the property aimed by requisition and the property aimed by transfer, and at the same time, they mistakenly divide the legal obligation of compensation after requisition into two cases: no compensation for the returned original property and compensation for any damage. In order to effectively protect the dignity of the constitution and maintain the authority of the constitution, the constitutional review should be continuously promoted.

Key Words: requisition, calling property, private property, state property, constitutional analysis

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)

〔19〕《全国人民代表大会常务委员会关于全国人民代表大会宪法和法律委员会职责问题的决定》（2018年6月22日第十三届全国人民代表大会常务委员会第三次会议通过）。

地方政府债务风险的宪法学释析

王世涛*

内容提要：地方政府债务风险的处理应当遵循宪法逻辑，即政府与公民是一种信托关系，只要公民权利的需求仍在，政府就没有破产的理由。因此，地方政府破产只是财政破产但行政不破产。在地方政府破产重整程序中，地方政府提供的保障民生的基本公共服务优先于地方债的债权，因为前者保护的是大多数人的基本生存权。诉诸民主体制才能从源头上控制政府的发债权进而从根本上消除地方政府债务风险。只有地方财政自主才能真正确立地方政府的财政主体责任，而央地关系的法治化是明确地方财政主体责任的基础。地方政府破产通常首先由上级行政机关进行干预，但为了保证破产程序的公正性，司法监督应当成为最终保障性程序。预算的议会中心主义原则决定了地方政府债务风险的宪法责任。

关键词：地方债 地方政府债务风险 地方政府破产 地方财政自主

• 13 •

一、引言

公债是政府破产的原因。国债可能导致国家破产，地方债则可能导致地方政府破产。前者需要由国际组织和外国救助，属于国际法范畴。后者则是在一个主权国家内由上级行政机关或司法机关干预，属于国内法的领域。

在自由资本主义时代，公共服务的需求较少且单一，大量的服务由市场提供。然而，随着国家从自由法治国到社会福利国的转变，人们对政府提供公共服务的诉求在不断增长，小政府、少税收的理论被修正，其直接的结果是公共服务的价格虚高。20 世纪中期以后，西方国家的政府职能扩大，财政赤字也因福利国家政策的推行而日趋严重。政府的税收规模日益增加，预算议会主义受到严重贬损。^{〔1〕} 近年来，西方各国越来越多的地方政府出现了债务风险，有的甚至宣告破

* 王世涛，大连海事大学法学院教授。

〔1〕 参见朱孔武：《财政立宪主义研究》，法律出版社 2006 年版，第 111 - 112 页。

产。虽然西方各国通过一定的法律程序处理破产问题，但未必都称其为破产，有的称为“支付不能”，有的称为“财政重整”。据公开资料显示，自20世纪30年代以来，美国已约有655次地方政府破产案例，日本也已有884个地方政府宣告财政重整。德国的《破产法》又称为《支付不能法》，其第12条规定了公法人破产问题。但根据德国《破产法》，联邦或州的财产不准许进入破产程序，这旨在维持国家和公共行政部门的职能。即便无力偿债或欠债过多，也只能靠国家或行政手段来解决。但受州监督的公法人的财产，在州法有特别规定时则可以进入破产程序。近年来欧洲经济危机导致州政府破产成为德国国内讨论的热点。

与西方国家不同，我国地方债产生的原因在于经济市场化背景下财政的地方分权。为重构中央与地方的财政关系，我国于1994年进行了分税制改革，把税源稳定、税基广的税种划给了中央，把税基较小、征收难度较大的税种划给地方。由此使中央财政收入占国家财政收入的比重从分税制改革前一年1993年的22%猛增至1994年的55.7%，此后维持在52%左右的水平；相应地，1994年地方财政收入所占比重较1993年骤降了32%。然而，中央财权增加，却没有相应增加事权；地方政府的财权锐减，但事权却反而逐渐增加。财权上收、事权下沉使地方政府的事权与支出责任非常不匹配，地方政府财政收支不平衡日益加剧。当地方政府土地财政难以维系时，发行地方债成为地方政府迫不得已的选择。然而，地方债的体制弊病和立法缺失又导致其滥发或超发，甚至一度失控。截至2016年，贵州和辽宁的债务率分别达到120.2%、197.47%，云南和内蒙古的债务率分别为111.23%、104.7%，均超过国际上100%债务率红线。^{〔2〕}2020年的疫情使我国的地方财政面临巨大压力，也使地方政府的债务风险增加。

可以说，只有正视破产，将资不抵债的地方政府纳入破产的法律程序才能降低地方政府的财政风险。然而，长期以来我国对“政府破产”却讳莫如深，因为破产对于公有制经济与社会主义国家来说是禁忌。尽管我国经历了经济市场化的改造，企业破产得到理念与制度的认同，政府破产却仍处于意识形态的禁区。但近年来，越来越多的学者认识到，我国地方政府破产是可能的而且是必要的。如果地方政府还不起债，就应该让其破产。^{〔3〕}尽管地方政府的债务以其税收作为担保（而且地方政府的税收在理论上可向未来无限延展，因而是很好的信用担保），地方政府完全可以通过向后代人征税的方式清偿债务，但“远水解不了近渴”，在一定时间内，税收的数量毕竟是有限的。同一预算周期内的税收不足以偿还到期债务时，即当地方政府出现了债务违约时，就不得不“破产”进行财政重整。但地方政府破产只不过是针对其暂时的财政能力而不是针对其公共职能，资不抵债不能导致地方政府丧失主体资格。正如破产法专家曹思源所言：地方政府破产是指地方财政破产，并不等于政府职能破产。^{〔4〕}因此，地方政府破产意味着地方政府的债务风险，破产对于地方政府而言只是一种经济运行危险的警示，并不会产生地方政府作为一个

〔2〕从法律意义上讲，地方政府破产指的是无力偿还到期债务，但各国评判标准各异。一些国家用偿债率指标来评判地方政府是否达到了破产的标准，对偿债率设置上限，超过该限度就被认为濒临破产。哥伦比亚把偿债率定义为偿债支出占经常盈余的比重。俄罗斯将其定义为偿债支出占总预算的比重。日本规定赤字额超过了标准财政规模的5%（都道府县）或20%（市町村）即发生破产。参见财政部预算司课题组：《地方政府举债的破产机制》，载《经济研究参考》2009年第43期。

〔3〕参见廖钦福：《公债财政健全原则之研究》，载刘剑文主编：《财税法论丛》第2卷，法律出版社2003年版，第355页。

〔4〕参见曹思源：《地方政府濒临破产怎么办？》，载《南方周末》2018年11月5日。

政治实体终结的结果。地方政府破产法律程序的适用只是为了避免政府陷入更严重的债务风险之中。^{〔5〕} 尽管地方政府破产可能会危及地方的政治秩序及社会稳定,导致政府公信力的贬损以及公共服务能力的降低,但地方政府破产是防范地方政府债务风险的有效机制:明确可预见的破产机制可以使地方政府时刻具有危机意识,重视财政可持续原则,对举债规模有所顾忌,倒逼政府成为“廉价”政府,从而达到防范债务风险的效果。另外,良好的破产程序能防止可能发生的道德风险。^{〔6〕} 因此,地方政府破产的结果是地方政府自我保护机制的启动——通过财政重整约束其各种非必要支出,通过预算和重整计划严格限制政府的不合理开支,恢复其偿债能力,形成对地方政府财政复兴的反向激励。可以说,对于地方政府而言,破产不是死亡而是重生。

我国地方政府的债务风险如何防范和化解?直接规定应对性的措施和预案只是权宜之计,而治本之策在于宪法体制的完善。因为,地方债及地方政府破产的债务风险背后隐含着宪法逻辑。为什么地方政府财政破产而行政不破产?因为地方政府“因公益而不倒”,政府作为公民权利的附属物,其存在的原因在于提供公共服务,只要公民权利的需求仍在,政府就没有破产的理由。而且政府提供的公共服务对应于一般纳税人,而地方债对应于特殊的债权人。在对地方政府进行破产重整时,对应于一般纳税人的公共服务应当优先于地方债的债权,这是宪法人权保障原则的根本要求。毫不夸张地说,我国地方政府债务风险产生的根源在于宪法体制,如果预算的议会中心主义原则以及人大对政府预算的刚性约束确立的话,地方政府的发债权便能得到有效控制,从而能在源头上防范地方政府的债务风险。倘若我国央地之间事权与支出责任的法治化以及地方财政自主制度能够建立,那么地方政府独立承担偿债的主体责任才能确立,否则中央政府不可避免地为地方政府的债务“背书”。怎样才能更好地处理地方政府破产案件?我国目前采取的单一行政手段虽高效但却有悖于公平原则,司法监督应当成为地方政府破产案件最终的保障性程序。我国目前地方政府债务责任的追究中,通常以法律责任甚至党纪责任代替宪法责任,导致权力与责任的错位,因而不能从根本上治理地方债的乱象。

• 15 •

二、处置地方政府债务风险的根本原则——民生保障优先

税收契约是基础性契约,地方债契约是附属性契约。因为,税收的对价是公共服务,体现的是国家与公民之间的普遍的基本的经济关系;而地方债只是税收的补充形式。税收作为基础性契约是政府之所以产生的原因,地方债作为附属性契约是政府存续的助力。地方债是一次性契约,而税收是永续性契约,地方政府可以因为债而破产,但却因为税收而不灭。

基础性契约权利的效力高于附属性契约权利的效力。即当两种权利发生冲突时,纳税人享受基本公共服务的权利优先于债权人的债权。因为前者具有公益价值取向,而且是更基本的权利——生存权利;而地方债的债权人主要是投资人、食利者(如银行等金融机构)。因地方政府

〔5〕 参见王世涛:《财政宪法学研究》,法律出版社2012年版,第200-203页。

〔6〕 参见孙悦:《地方政府破产与财政重建研究——以日本北海道夕张市为个案》,载《公共行政评论》2011年第1期。

破产造成的损失，在前者是民生保障的侵害，在后者则是少数债权人投资复利的丧失。也就是说，当地方政府出现债务风险时，必须首先保证其基本公共服务的支出——这是基本契约的义务，基本公共服务的满足是地方政府债务清理的前提。

在美国，因地方政府的大部分财产与公共利益的实现息息相关，即使该地方政府进入破产程序，也不允许债权人申请执行地方政府的财产，因为这样会损害其公共服务职能的履行（而晚近兴起的公共信托理论更是认为这些公共财产的所有权属于一般公众，债务却属于地方政府），故法院大部分时候会禁止债权人对地方政府财产的执行行为。因此债权人最为有效的救济方式就是向法院申请对地方政府未来税收的执行令，但即便如此，地方政府的税收收入仍必须首先满足其提供基本公共服务的需要，即地方政府的必要运营费用在破产程序中必须优先于一切普通债权得到满足，如有剩余才能分配给债权人。^{〔7〕}可见，美国地方政府破产制度赋予了地方政府超债务契约的特权，如地方政府有决定是否申请破产以及提出何种债务调整协议的完全自主权，其对于自身事务的管理权一般也不受破产程序的限制。这样地方债的债权人只剩下少得可怜的程序异议权和最终决定是否接受债务调整协议的权利。我国的地方债务处置程序也体现了民生优先的原则。在德国，根据《破产法》，一个州的公法人发生支付不能或者资不抵债的情形时，该公法人的雇员可以依《社会法典》第三编向劳工局和依《关于改善企业养老的法律》向破产保障机构请求薪酬或其他给付。在我国，地方政府实施财政重整计划的基本要求是必须在保障必要的基本民生支出和政府有效运转支出基础上，通过清缴欠税欠费、压减财政支出、处置政府资产等一系列短期和中长期措施，使债务规模和偿债能力相一致，以恢复财政收支平衡。

然而，地方政府债务风险中民生保障优先原则并不是绝对的，毕竟地方债的债权人基于契约享有的权利也应受保护，因此，不能为了公共服务而完全牺牲债权。也就是说，地方政府的公共服务也应当受到合理的限制，应寻求两者的合理平衡，遵循比例原则。首先，纳入破产程序的地方政府通常只提供基本的公共服务，如公共安全秩序、医疗卫生、道路交通等涉及公民基本权利（主要是生存权）的事项。其次，提供的基本公共服务只能是基础性标准，即破产后的地方政府提供的公共服务不可能达到破产之前的水平，其服务的品质和范围应当有一定的限缩，只要能够维持公共秩序的正常运行，不出现重大的公共安全和秩序危险即可。在这一合理的范围内，执行最低标准。这意味着因地方政府破产一般纳税人所享有的公共服务水平会降低，而且还要承受地方政府为还债而增加的税收。如日本夕张市进入破产程序后，终止了除必要最小限度的公共事业以外的一切其他事业，保持全国范围内最低水准的公共服务，而且提高了市税的税率和公共服务费，普遍向市民增税，并导入新型税，增加各种设施的使用费。破产后的四年间，夕张市公务员数量也从309人减少到127人，退休金在这四年里也阶段性地减少了四分之一，公务员的工资与2007年4月相比平均减少30%。^{〔8〕}2008年，美国阿拉巴马州杰斐逊县宣布破产后，该县地方

〔7〕 See Michael W. McConnell, Randal C. Picker, When Cities Go Broke, A Conceptual Introduction to Municipal Bankruptcy, 60 (2) *The University of Chicago Law Review*, 430-431 (1993). 转引自张力毅：《通过破产法解决地方政府债务危机——美国的经验和启示》，载《行政法学研究》2016年第3期。

〔8〕 参见前引〔6〕，孙悦文。

政府实施了一系列的重整措施,如解雇了一部分公务员,压缩了固定资产投资,削减了公共服务项目。但在美国,公民可以行使“用脚投票”的权利——迁徙自由——以规避这一损害。然而,人口数量的减少、财政复兴信心的下降可能会进一步增加地方政府的债务风险。

我国在处理地方政府债务风险时也注重民生保障与债权人权益之间的平衡,如《国务院关于加强地方政府性债务管理的意见》中规定:对于债务风险列入预警范围的地方政府“要通过控制项目规模、压缩公用经费、处置存量资产等方式”偿还债务。《财政部关于对地方债实行限额管理的实施意见》也规定,“列入风险预警范围的地方各级政府……通过控制项目规模、减少支出、处置资产、引入社会资本等方式,多渠道筹集资金消化存量债务”。对进入债务清偿程序的地方政府的财政进行“开源”与“节流”。在“开源”上,地方政府应当适当加大税费征收范围和征收幅度。在“节流”上,地方政府在保障基本公共服务前提下,应当适当减少或降低公共服务数量、规模。

三、防范地方政府债务风险的基本前提——财政民主

地方债的发行应当纳入当地预算审查的范围,遵循议会民主的原则。19世纪80年代,日本确立了“发行地方债务必须通过议会”的原则。后来这一原则被1946年《日本国宪法》进一步明确。正如洛克所言:“政府没有巨大的经费就不能维持,凡享受保护的人都应该从他的产业中支出他的一份来维持政府。但是这仍须得到他自己的同意,即由他们自己或他们所选出的代表所表示的大多数的同意。”〔9〕哈贝马斯程序主义民主观则把所有相关人参与了合理商谈之后的同意作为法律的正当性基础,这一民主观以交往为前提,以话语为核心内涵,可称为民主的话语模式。民主的形成过程是商谈和交往,民主的核心是交往的法治化和制度化。〔10〕哈贝马斯的程序主义民主观契合财政民主主义原则。即国家之收入与支出,对于国民生活有重大影响,应在民主宪制制度所提供的政治公共领域由国民参与,最后由人民对于重大财政事项作出决定。

按照洛克的观点,国家与人民之间不过是信托关系。财政民主原则着眼于财政的民意基础,财政权作为国家权力,其享有和行使必须经过人民的同意和授权才具有正当性。财政民主意味着财政的人民主体性、人民目的性,“取之于民、用之于民”只是财政民主的表层含义,实质意义上的财政民主是指财政的人民主权。国家财政应属于人民所有,受人民管理、制约,并为人民利益而存在。〔11〕财政民主就是经人民同意、按法定程序,公开透明地理财和治财的过程。财政民主基本上包括两个方面的内容,即:必须保障人民真正行使财政事务的权力;保证财政权力真正置于人民的监督之下。〔12〕地方债的发行、使用都应该由人民通过一定的法律程序加以决定。地方债的发行从国家理财到民主理财的转变,实际上是还权于民的过程。因为,公共财政的权利主

• 17 •

〔9〕〔英〕洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第88页。

〔10〕参见任岳鹏:《哈贝马斯:协商对话的法律》,黑龙江大学出版社2009年版,第128-131页。

〔11〕蔡茂寅:《略论财政法之基本原则》,载《第二届中国财税法前沿问题高端论坛:财政立宪与预算法变革论文集》(上),第1页。

〔12〕姚来燕:《论财政民主》,载刘剑文主编:《财税法论丛》第5卷,法律出版社2004年版,第256-258页。

体是人民，国家只不过作为代理人对人民财产进行管理和经营。民主理财意味着财政议会主权对财政行政主导的否定，虽然政府作为人民财产代理人的身份没有改变，但政府财政权力形成于、受制于代议机构。

我国《宪法》第99条第2款规定了县级以上地方人大对地方预算和预算执行情况的审议权。对预算的审查内容就包括发行地方债的数量与规模。因此，我国地方人大对当地地方债的预算审查的民主原则具有宪法的规范依据。这一宪法规定实质上确立了我国财政议会中心主义原则，即保证人大对重大财政事项的最终决策权，这成为财政民主主义的首要内容。这一财政议会中心主义原则通过议会审议以及预算控制对地方债的发行进行严格的审查，包括发行地方债的上限、地方债的规模，在健全财政主义的指导原则下，考量地方债带来的本息支出是否已造成财政僵化的效果，并充分考量偿债能力的高低，以及国民对地方债的忍受程度来综合评判，通过程序的民主性来保证地方债发行规模的适度性。^{〔13〕}

可以说，只有通过一定的民主机制限制地方政府滥发地方债，才能从源头上防范地方债的风险，即将地方政府债务纳入地方政府预算由人大进行审议。当然，这依赖于人大对政府监督权的强化，但不能因为目前的实际效果而否定其制度价值。因为，在我国现行宪法体制下，对地方债的发行，除了人大的预算监督，没有更好的监督方式。政治实体的财政管理与经济实体的财产经营一样会面临风险。地方政府作为政治实体，以一定的财政资金为运行的基本物质保障，因而也有必要进行有效经营，提高政府的资产效能，降低财政运行的成本和风险。政府其实就是纳税人财政资金的经营者，经营不善就应当对纳税人负责。纳税人通过选票选择政府，一个重要的目的就是让称职的政府掌管纳税人的财政资金。因此，防范地方政府破产风险的最根本措施是保障公民对地方政府的选举权及对官员的选择权。地方政府财政风险防控任务与民主制度（财政资金的委托管理）存在意义关联。据此，地方民主选举制度的完善既构成地方债务风险治理的重要条件，也是消解地方政府债务风险的基本前提。

但需明确的是，地方债及地方政府破产机制所涉及的是地方民主，即一定地域范围内的民主。世界各国宪制实践表明，特定地域内的民主机制更具有真实性和有效性。地方民主的正当性理由是：只涉及地方利益的事务由本地公民自主决定，既排除本地政府的专制，也防范中央政府或上级政府以整体利益之名实施的多数人的专制。美国经济学家奥茨在“联邦财政主义理论”中提出“奥茨分权化定理”，其认为地方政府将一个帕累托有效的产出量提供给它们各自的选民，总是要比中央政府向全体选民提供的任何特定且一致的产出量有效率得多。因为与中央政府相比，地方政府更接近自己的民众，更了解其管辖区选民的效用与需求，在他看来，“地方政府之所以被创建出来，是由于偏好在地方区域内都相差无几，而在地方区域之间则相差悬殊”^{〔14〕}。从这个意义上出现了地方民主与地方自主的价值耦合。

然而，地方财政民主也会产生“外部效应”，具体表现为两个方面：

一方面，在市场经济条件下，各地财政之间存在一种竞争关系，基于地方保护，为了局部利

〔13〕 王锴：《论公债的宪法基础》，载《中州学刊》2011年第3期。

〔14〕 Wallace E. Oates, An Essay on Fiscal Federalism, 37 (3) *Journal of Economic Literature*, 1120-1149 (1999).

益,地方议会完全可能不顾当地财政的实际状况而盲目发债。20世纪初,澳大利亚联邦缺乏系统的管理地方政府债券的制度,各州政府都有自主发债权,作为独立主体在市场上分别进行融资。这导致恶性竞争的出现,并使政府债务规模急剧膨胀,产生不良影响。我国各地的地方债也出现了类似的情形。

另一方面,地方债是由地方政府未来税收作为担保的,存在着代际间的公平问题。代际公平的实质是通过一定社会制度实现有关利益或者负担在当代人和后代人之间的分配。如果假定当代人和后代人都是具有道德感的主体,那么代际公平的核心就是要寻找不同时间的一致同意,即一种在一个社会的全部历史过程中公正地对待所有世代的方式。如果税收的正当性基础在于当代人的一致同意,那么可以说地方债的公平性前提在于当代人与后代人的价值信守,其主要约束的是当代人集体的自私的物欲冲动。由于各个世代存在时间上的先后顺序,而且这种时间顺序是不可能逆转的,当代人很容易运用对于后代人的压迫性力量,影响后代人的生存发展和享有人类文明。不同世代的人和同时代的人一样相互之间有种种义务和责任。现时代的人不能随心所欲地行动,而应受制于一定的正义原则的要求。^[15]有鉴于此,自2003年以来,德国后代人权基金会(Foundation for the Rights of Future Generations,简称FRFG)提议在宪法中加入代际公正基本原则的宪法修正案。该草案曾被移送给法律委员会等待进一步的审议。其内容为:“国家必须考虑可持续性原则,在制定政策中必须保护后代人的利益。”另外,其还提议第109条国家财政准则应该增加相应限制公债的内容。^[16]可以说,因地方债引发的代际利益突出尤为强烈,体现为地方债对未来税款的透支,纳税人与享受公共服务者之间出现了时间上的错位:享受公共服务者将来未必纳税,而真正的纳税人将来未必享受该项公共服务。在某种意义上,税收实际上是当期交易,纳税人缴纳税款的对价是现时的公共服务,而且税款的数额与公共服务的内容是双方经过博弈而达成一致的结果。而地方债却是非当期交易,后代纳税人要为前代的纳税人享受的公共服务买单。在宪法体制上,地方债的代际公平体现为先后不同届别的政府之间,决定发债的一届议会通常会将偿债的义务转嫁给下届议会。德国学者普特纳(Püttner)认为:“按民主政治体制下政府之权力系附有期限,不论政府或国会权力均只能行使到下届选期为止。现时对公债之发行,课未来政府以还返本息之义务,此侵犯到未来政府之收入权及未来国家之立法裁量权,而破坏宪法之限制,故属违宪之侵犯职权行为。”^[17]政府官员的任期制加剧了上下届政府之间的代际不公平。在我国,地方政府行政首长任期较短,更关注任期内的政绩,当无足够的财政资金时,多借债融资。发债的地方行政首长会因政绩而异地升迁,而下届政府却陷入财政困境。

总之,地方民主体制是防范地方政府债务风险的基本前提,只有当地方民主机制的结果产生了“外部效应”,中央政府才有必要依法进行调整。但中央政府应避免干预地方自主的活动,在

• 19 •

[15] 参见〔美〕约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社2014年版,第68页。

[16] See Marco Wanderwitz, Peter Friedrich, Anna Luhrmann, Michael Kauch, Changing the German Constitution in favour of Future Generations—Four Perspectives from the young Generation, 转引自冉富强:《公债的宪法控制》,中国政法大学出版社2012年版,第36页。

[17] 葛克昌:《国家学与国家法》,月旦出版社股份有限公司1996年版,第132页。

按照一定基准，满足各地方政府之基本财政收入需要，以维护全国统一的、最低的基本服务后，上级政府应尽可能维持中立，让地方政府自我治理、自主决定，并自行承担相应责任，使“自主”与“责任”相连接，这被称为财政调整的“事务中立原则”。^{〔18〕}

四、确立地方财政主体责任的基础——地方财政自主

地方政府破产涉及地方政府财政的主体责任，但如果地方政府不是独立的财政预算主体，不具有独立公法人资格，其破产必然面临着责任最终无法确立的窘境。而只有地方自主治理，才能确立其独立的公法人地位。中央政府对地方政府破产不救助是上述原则的必然要求。众所周知，地方政府对外发行债务时，是以未来税收及其他财政收入作为担保的，如果央地收入规则明确，地方政府的未来收入是可以测定的，通过对未来收入规模与借债数量的对比，评估机构可以对地方债的信用进行评级，为债券投资者决策提供必要的参考。^{〔19〕}但如果央地收支关系不明确，地方的未来收入就缺乏可预期性，地方债的信用就会降低，这也会增加地方债的风险。因此，地方政府破产的前提仍然是央地关系的法治化，财政纵向分权的规范化。

在联邦制国家，联邦与邦（州）各自预算独立，德国《基本法》第109条第1项即规定：联邦与各邦的财政收支管理各自独立，互不依赖。为实现宪法上的中央与地方均权制度，应确保地方政府的预算独立，地方政府在预算的编制上拥有自主权，此即所谓“预算自主原则”。因此，各邦有举债权，各邦也同样具有破产决定权以及独立承担债务的责任。美国联邦宪法第十修正案规定：“宪法既未委托给合众国，亦未禁止各州（使用）的权力，分别被保留给各州或人民。”由此可以推论：在联邦政府征税和举债之外，州和地方政府仍然享有自己独立的征税权和举债权。在美国，联邦与州是独立财政实体，进行独立预算，因此，州政府发行债券是其当然保留的权力，故而有联邦债券、州债券之区分。但实际上，因为州具有一定主权，所以州债券仍然属于国债的性质，而美国的地方债为市政债券。美国的州与市之间可视为中央与地方的关系，但州不决定市政债券的发行，而是通过立法将市政债券纳入法律控制体系中。美国联邦政府对地方政府的破产采取严格不救助原则，其债务风险由地方政府自行解决，这是地方政府破产的制度前提。其理念是权力自治、责任自负。这是联邦体制处理地方政府债务风险的必然要求。这一原则切断了地方政府对中央政府的财政依赖。如果中央政府对出现债务风险的地方政府给予救助，地方政府有了承担债务的依靠，会失去财政的自我约束能力，从而产生道德风险，而且对其他地方政府会形成扩散效应。与联邦政府原则上不救助相反，州政府一般会参与救助。美国各州对其辖区内的地方政府拥有广泛的权力，州法律对出现债务风险的地方政府通常要求其转让地方事务的控制权，在一定程度上部分接管地方政府的行政权力，包括修改或推翻原有预算方案、整合市政府各部门、削减政府官员薪水、变卖政府资产等重大事权。^{〔20〕}然而，州政府参与地方政府破产的救

〔18〕 参见陈清秀：《财政宪法的基本原则——从比较法的观点探讨》，2017年11月14日在大连海事大学的演讲稿。

〔19〕 参见熊伟：《财政法基本问题》，北京大学出版社2012年版，第146页。

〔20〕 参见赵全厚、王珊珊：《美国地方政府债务危机与债务重组》，载《财政科学》2016年第3期。

助并不意味着州政府最后承担偿债责任。而且美国联邦政府对地方债不救济也不意味着其坐视不管。^{〔21〕} 晚近美国联邦制发展的主流趋势——合作联邦主义理念,体现在联邦层面的地方政府破产机制与州层面的特别财政干预相结合,让联邦与州通力合作以解决地方政府的债务风险。^{〔22〕}

地方政府享有独立发债权并非联邦制国家独有的现象,单一制国家也会如此。法国传统上是一个相对集权的单一制国家,但20世纪80、90年代的地方分权体制改革合理划分了中央与地方权责范围,规范了中央与地方的关系:中央政府主要职责是制定国家战略层面的规划,并对国民经济进行宏观管理,省级政府主要职责是负责实施国家的各项福利和保障政策,市镇政府负责为本辖区的居民提供公共产品服务。^{〔23〕} 此后,市政债券逐渐发展起来。在地方分权改革以前,法国地方政府只能通过中央政府审批后才可以发行债券。改革以后,地方政府可以自主发行地方政府债券。1947年,日本出台了《地方自治法》,允许地方政府在一定条件下发行地方债。地方债券基本上分为普通债券和公共债券。普通债券由地方政府包括都、道、府、县、市、町、村直接发行。但由于财政上的高度集权,日本地方政府举债受到严格限制。2006财政年度前,日本地方政府发行债券实行严格的审批制度:除非中央政府批准同意,地方政府原则上不得举债;地方政府发行债券须向总务省申报,总务省与财务省协商审批后下达各地发债额度。从2006年起,基于分权化改革,日本将严格的审批制转变为协商制。地方政府在一定条件下可直接举债,但报请总务省审批的地方政府可获两项优惠,总务省在计算对地方政府的转移支付时考虑偿债因素。^{〔24〕} 可见,单一制国家的地方政府也可以同样享有财政自主权。这表明,在地方债发行上单一制或联邦制并不是决定性因素,地方政府的自主发债权取决于地方独立的预算权。也就是说,如果地方保有独立的预算权,就应当有独立的发债权。而且只要实行地方自治,地方自治体与层级无关,任何层级都有独立的预算权和发债权以及债务责任能力。^{〔25〕}

• 21 •

不同层级代议制机关只意味着表达民意范围的不同,中央代议制机关体现的是全国范围内的

〔21〕 同属联邦制国家的澳大利亚,在有关地方债的问题上与美国有不同的进路:从放任,到管制,再到宽松,最终通过市场化机制调节联邦与州的发债权。20世纪初,澳大利亚联邦缺乏系统的管理地方政府债券的制度,各州政府都有自主借债权,作为独立主体在市场上分别进行融资。这导致恶性竞争的出现,并使政府债务规模急剧膨胀,产生不良影响。1927年,澳大利亚借款委员会成立,代表联邦接管地方债务,实施严格管理。地方债券由中央政府代发,借款数量、利率、时间和种类都受到管制,这对规范借贷行为、提高政府信用起到了重要作用。但随着经济发展,这种管制政策逐渐暴露出过于僵化的弱点。20世纪50年代后,联邦政府放松了管制,澳大利亚各州通过成立国库公司,对地方债进行市场化运作,既规避了中央政府代发地方债券带来的信息不对称和道德风险问题,又避免了州政府自主发债模式容易产生的过度发债现象。参见陈碧声:《由乱到治:澳大利亚地方债管理式演变的启示》,载 http://www.xinhuanet.com/world/2014-07/18/c_126769891_3.htm,最后访问时间:2014年7月18日。

〔22〕 传统的二元联邦主义往往认为联邦与州的权力泾渭分明,并特别强调州主权不受联邦权力的侵犯,认为这是联邦制存在的必要基石。但随着经济的发展与社会生活的多样化,联邦与州的权力划分与管理范围却不再清晰,越来越多的领域(典型如环保、医疗保健)单纯依靠联邦与州都无法完成有效的治理,而必须有赖于二者的紧密合作,因此合作联邦主义的理念应运而生。地方政府破产对地方经济负有重大负面效应,对其他地方也会产生传导效应。因此,联邦和州有必要合作化解这一债务风险。参见前引〔7〕,张力毅文。

〔23〕 参见黄凯斌:《法国中央与地方政府行政职责划分情况及其启示》,载《江汉论坛》2007年第9期。

〔24〕 参见刘晓风:《美日法地方债制度的变迁及特点》,载《中国财政》2010年第6期。

〔25〕 我国现行《预算法》只允许省级地方政府发行地方债,省级以下地方政府的地方债只能由省级政府代发。实际上我国的地方债多数是由市级地方政府发行的,而且层级越低的地方政府面临着越严重的债务风险。下级政府不具有发债权却是实际的债务人,省级政府发债但却不是真正的债务人。最后的债务责任到底由哪一级政府承担?哪一级政府应当被宣告破产?我国的省级地方政府能破产吗?参见赵晓、陈金保:《“中央不兜底”地方债风险的前提》,载《金融博览》2014年第11期。

民意，而地方代议制机关体现的则是地方范围内的民意。同样作为代议制机关，全国性的代议制机关与地方代议制机关并不存在行政科层的上下级关系。在我国，宪法虽然没有对全国人大与地方人大之间的关系做出明确规定，但是地方人大也拥有其确定范围的法定职权。也就是说，地方人大在地方事务上依法拥有相对独立的法定职权。我国现行《宪法》第3条规定：“中华人民共和国的国家机构实行民主集中制的原则”，“中央和地方的国家机构职权的划分，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性的原则”。上述宪法规定中的“民主集中制原则”中民主是集成的前提，这与人民主权的国体相适应，而“充分发挥地方的主动性、积极性的原则”实际上赋予了地方一定的自主权，当然包括财政自主权。根据《宪法》第96条、第99条的规定，作为地方国家权力机关，地方各级人大有权审查和决定地方的经济建设和公共事业建设计划，有权批准当地的国民经济和社会发展规划、预算以及它们的执行情况的报告。而目前地方债已成为地方国民经济和社会发展规划、预算的一部分。由此可以推论，地方人大发行地方债是宪法赋予地方人大的职权。但宪法的上述规范内涵是引而不发的，被实际运行的财政体制遮蔽了。

我国单一制的宪法体制并不排斥地方政府作为相对独立的财政主体的地位。1994年我国分税制改革后的中央与地方财政分权实行的是所谓的“财政联邦制”，地方政府取得了一定的财政自主权。但“宪制单一制”却严重压制了地方财政主体地位，地方仍不具有独立的财政自主权。在单一制国家，应当相信地方民主机制能够做出理性选择，因为当地民众是地方债的直接利害关系人，他们最有资格也最有能力做出决定。如果让中央替地方决策，实际上是让局外人或无直接利害关系人在替他们决策，而且如果中央代替地方在地方债问题上进行决策，就意味着中央要承担地方债的责任与风险。《企业破产法》适用的前提是企业法人主体资格的确立，如果企业法人主体资格未定、产权不明，就无法适用破产程序，破产还债的责任也无法落实。^[26] 同样，如果不具有独立的公法人资格，不享有独立的财政预算权，地方政府破产也会面临着巨大的体制上的障碍。尽管《预算法》规定一级政府一级预算，并要求各级预算收支平衡，但地方政府并没有独立的收入权，而受制于中央政府的单方决策。^[27] 而且由于我国财政立法权的法律保留，地方政府并无财政立法权，这极大地限制了地方政府财政预算的自主性。地方政府财政权力的非自主性决定了我国地方政府债务责任的非独立性。在地方不自治、财政不独立的体制下，中央不可避免地成为地方债的最后担保人。

1923年《中华民国宪法》在第十二章规定了地方制度，实行地方自治。1947年的《中华民国宪法》按照孙中山“均权主义”思想，确立了地方自治。关于地方债，即省债、县债，这部宪法划分了省、县之间的权限：“省债由省立法并执行之，或交由县执行之”；“县债由县立法并执行之”。由此确立了地方债由相应地方层级的政府享有立法及执法的自主权。这两部曾生效的宪法实际上已经开辟了中央与地方的财政关系的路径，即通过地方自治，让地方自主决定自己的财

[26] 我国1986年12月2日通过《企业破产法（试行）》，载明需等《全民所有制工业企业法》实施满三个月之日才开始试行。因为《全民所有制工业企业法》赋予了全民所有制工业企业自主经营、自负盈亏、独立核算的法人资格。此前全民所有制工业企业并无法人资格。当然，这一法人资格当时也只是理论上的、法定意义上的。因为全民所有制工业企业实际上仍处处受制于政府，并不真正享有自主经营权。结果导致《企业破产法（试行）》实施后相当长的时间内，全民所有制工业企业被宣告破产的寥寥无几。参见前引[19]，熊伟书，第145页。

[27] 参见前引[19]，熊伟书，第146页。

权行使。财权明确, 财政责任自然明晰。然而时至今日, 我国的财政法学者仍在不断地探讨中央与地方财权、事权以及支出责任的关系问题。这是因为我国现行《宪法》关于央地关系的体制上的弊病是财政法无法解决的。可以说, 没有宪法以法治为基础的地方自主治理, 我国的中央与地方的财政关系不可能理顺。

由此可见, 地方自主发债权、地方政府破产的前提是地方自主治理及其财政自主权。我国只有在法治基础上实现地方的自主治理, 才能完全厘清中央与地方的关系, 也才能明确中央与地方之间财权与事权的划分, 进而确立地方财政主体责任。

五、地方政府债务风险的公平性保障——司法监督

地方政府破产的债务风险是地方财政主体性失灵的体现, 是地方自主治理机制出现了“外部效应”的结果, 此时, 对地方政府进行外部干预是必要的。地方政府破产应当由行政机关介入还是由司法机关主持, 各国采用的模式不同。前者强调上级政府的积极干预, 程序简单、效率较高, 但容易导致行政擅断和偏私; 后者则重视司法体系的作用, 法治化与公平性较强, 但成本较高。

在日本, 政府破产要向总务大臣提交申请。由总务大臣作出“财政重建适用团体”的指定以后, 在国家的监督指导下制定财政重建计划。以北海道夕张市为例, 在接受中央政府与北海道厅监督的前提下, 地方政府制定了18年返还353亿日元的财政重建计划, 其财政规模也减少了七分之一。可见, 日本地方政府的破产重整主要是在上级国家机关督导下通过行政程序来完成的。但由于日本的法治化程度比较高, 其重整计划一般能够保证实施。

美国主要采用司法手段, 使法院在其中发挥关键作用。美国1934年批准了《地方政府破产法》(即 Summers-Wilcox Bill)。该法案对联邦破产法院的权力予以约束, 不允许其接管地方政府管辖权或控制地方政府财政, 以保障州政府控制地方政府的权力不受联邦破产法院侵犯。然而, 联邦最高法院并不认可这部法案, 并于1936年以5:4的投票结果判决其违宪。^[28] 根据美国《联邦破产法》的规定, 在地方政府申请破产保护之后, 联邦巡回法院任命一位资深法官来帮助市政当局进行债务重组和谈判。如2013年底特律市正式申请破产保护, 便是通过司法机关进入破产程序。2014年11月7日, 美国联邦法官对底特律市破产退出计划做出许可裁决。债权人实现其债权通常也是通过司法途径执行债务人的财产, 最为有效的救济方式就是向法院申请对地方政府未来税收的执行令。当然, 这并不意味着行政权力完全不发挥作用。美国《联邦破产法》明确规定地方政府在申请破产前必须得到州的特别授权。因此各个州完全可以根据自己的实际情况来决定是绝对禁止、有条件许可还是无条件许可本州的地方政府申请破产。^[29] 而且在实践中, 州政府往往还会参与债务重组, 缓解地方政府破产期间的流动性困境, 即通过向地方政府提供信用担保、提供贷款、协助偿还债券、技术援助等措施化解债务风险, 实现财政复兴。^[30] 经过破

[28] 参见陈松威、朱莎:《地方政府破产制度在我国的适用性研究》, 载《上海金融》2017年第10期。

[29] 参见前引〔7〕, 张力毅文。

[30] 参见前引〔20〕, 赵全厚、王珊珊文。

产的一系统重整措施，使地方政府尽快恢复财政公信及偿债能力。

总体而言，各国在地方政府破产的行政干预手段上存在的最大问题是：上级行政机关倾向于维护地方政府的利益，从而使债权人受到不公平的对待。因为上级政府与下级政府利益攸关，上级政府不可避免成为下级政府破产的隐性担保人。在美国，地方政府申请破产会影响该州内其他地方政府的融资。因为美国的地方政府债券市场已经完全实现了市场化的运作，因而，一旦某个地方政府申请破产，投资者们就会对该州的整体债务偿还能力产生怀疑。因此，州政府会在保护破产地方政府资产的基础上制定债务调整计划，偏重于维护地方政府权利，债权人的利益不免受到挤压。因此，世界上实行地方政府破产制度的国家，多数都会兼容行政与司法两种手段，并将司法审查作为破产案件处理的最终选择。在南非，地方政府出现债务风险时，首先采取行政手段进行干预，努力化解财务风险，若这种干预无效，地方政府仍面临破产的危机，则转而采用司法手段。其实美国的地方政府破产也是行政与司法并用的模式。即当地方政府面临破产时，地方政府可提高税率或收费比率，增加财政储备，以提高偿债能力。但对暂时性或技术性财务风险，地方政府可与债权人直接协商，达成清偿债务的协议，按约定履行偿债义务。如上述债务风险自救机制无效，某些州政府会设立专门机构帮助地方政府摆脱债务风险。如果这一方案仍然无效，则只能依照《联邦破产法》，由司法机关适用破产程序。可见，美国的这一模式是以行政手段为前置程序，司法监督为最终程序。也就是行政手段解决不了的才通过司法手段处理，但司法手段是最后的保障性程序，因为无论如何地方政府破产案件的公正性价值至关重要。

• 24 •

我国对地方政府的债务风险采取的是纯行政手段。2016年11月，国务院发布的《地方政府性债务风险应急处置预案》（以下简称《预案》），应当被认为是我国关于地方政府债务风险的应对机制。《预案》规定：“省级政府对本地区政府性债务风险应急处置负总责，省以下地方各级政府按照属地原则各负其责。国务院有关部门在国务院统一领导下加强对地方政府性债务风险应急处置的指导。”《预案》的上述规定表明，我国地方政府性债务风险应急处置完全限于行政体制内部，并未提及司法权的介入。这是由于受我国财政行政主导的传统观念的支配，我国地方债的发行、使用和偿还被认为属于行政权的范畴，对其监督也封闭于行政权力体系内，而排斥司法监督。表现为：注重对地方债的问责，而忽略了对债权人的救济。然而，我国的上下级政府构成财政利益的共同体，下级政府债务重整的结果决定上级政府的财政总量，从而严重影响上级政府的财政状况和政绩指标。因此，上级政府参与下级政府债务重整，自然会维护政府的共同利益而不利于债权人。《预案》对司法监督的漠视凸显了我国地方政府债务风险处置的局限性，而且由于我国地方政府财政重整的法治化程度较低，也弱化了其救济功能及程序的公正性。

为此，应当实现我国地方政府破产的法治化，通过立法明确将地方政府破产案件纳入司法程序。当然，上级政府的行政干预仍有保留的必要，但司法程序应作为最后的保障性程序。其宪法意义在于，地方政府破产的司法程序构成一道制度屏障，保护公民的财产免受政府的进一步侵害。应当注意到，我国存在着司法地方化的问题，司法机关受制于地方政府特别是地方政府的财政部门，司法机关难以发挥对行政机关的有效监督作用，这在一定程度上限制了司法机关对地方政府破产案件审理的公正性。但这不应当成为否定将地方政府破产案件纳入司法程序的理由。无论如何，司法程序比行政程序公正性更强。正如，不能因为司法机关过分受制于行政机关而否定

将行政案件纳入司法程序一样,否则,整个行政诉讼制度变得毫无意义。

六、地方政府债务风险的责任形式——宪法责任

从某种意义上,地方政府破产责任是一种无限责任而不是有限责任。不能仅以破产清算时地方政府现有的财产为限进行清偿,而应当以未来的财政收入所得进行清偿。20世纪末21世纪初,巴西陷入了地方政府债务风险的泥潭。为此,巴西制定《财政责任法》确立了联邦“不救助”的规则,并以明确的量化指标设定了州政府在支出控制、债务上限、举债途径之禁止等多方面目标,^[31]以此确立了地方政府债务风险的法律风险。然而,基于民主宪制原理,包含地方债的预算案必须由立法机关审议通过,具有法律之形式,故被称为“措施性法律”,有别于通常意义的法律。因此,议会对方地债的预算进行审议并作出决定,承担的是一种政治责任,即宪法责任。在西方国家,因预算产生的财政风险导致的宪制危机时有发生,最终的结果可能是议会解散或内阁下台。然而,地方政府的破产只是财政破产,其政治上的法人主体资格永续,因此,地方政府破产一般不会产生地方政府整体的宪法责任。在美国,在一般情况下,地方政府一旦出现债务风险,州政府可以强势介入,其中最为彻底的一种方案为接管模式,即地方政府由州所任命的紧急管理委员会接管其职权,该紧急管理委员会拥有极为广泛的权力,有权决定原有政府工作人员是否留任,并有权进行财产变卖、税务改革、预算变更、开支审核、先期的财政重整以及决定该地方政府可否申请破产。但在特殊情况下,美国州法会撤销地方政府之政治实体资格,停止其公共权力行使,将此权力收归州所有。地方政府债务风险可能会导致地方政府的权力被取代。^[32]在日本,如果地方政府依照《地方财政再建促进特别措置法》成为财政重建团体的话,就意味着在重建期间其地方自治权被剥夺,而且其预算规模和公共服务范围要受到严格的限制。可以说,地方政府的政治实体资格被收回、地方自治权被剥夺是一种宪法责任。这一宪法责任是建立在地方自治宪法体制基础上的。

我国与西方国家的宪法体制迥异,所以地方债的预算可能会产生财政风险,但不会导致宪制危机。因为地方政府并不具有独立的公法人资格,很难追究地方政府整体的宪法责任。所有预算蕴含的债务风险都会被一院制的代议体制及政治化的纪律责任所消解。但这并不意味着,因地方债的预算产生的风险不存在宪法责任。2018年7月17日,财政部通报安徽、宁波、云南、广西

• 25 •

[31] 具体包括:其一,支出控制。它为各州及其政府分支确定了非常刚性、细化的支出上限。州人事支出不得超过当前净收入的60%,每个分支的人事支出上限是立法3%、司法6%、行政49%、检察官办公室2%。在州长、市长任期结束之前的180日内,不得增加人事支出。如果人事支出超过上述限制,则超出部分必须在此后的两个四月期内被减除。其二,债务上限。各州预期的借款收入不得超出年度《预算法》草案中的资本支出。联邦总统向参议院提交各州总债务数额上限的提案,由后者批准。如果州总债务在四月期结束时超出了其上限,它必须在下面的三个四月期结束前减至法定上限之内,第一个四月期最低削减不少于25%。其三,举债途径之禁止。禁止联邦政府以直接或间接方式接手各州债务,禁止一州向其所控制的金融机构借款,禁止以预期收入为担保进行借款。禁止中央银行购买各州的政府证券、将州债券转为联邦公债(地方债)和授予担保。通过这些禁止性规定,《财政责任法》堵住了此前各州举债的各种途径。参见谭道明:《巴西化解和防控地方债务危机的启示》,载《法学》2014年第4期。

[32] See Omer Kimhi, Reviving Cities, Legal Remedies to Municipal Financial Crises, 88 (3) *Boston University Law Review*, 641 (2008), 转引自前引〔7〕,张力毅文。

等地违法违规举债，对地方人大违法违规出具决议举债的，由上级人大常委会或本级人大全体会议作出决议，撤销原违法违规决议。这是我国首次由上级人大常委会撤销下级人大关于地方债的决议。可以说，这是地方人大承担的关于地方债的宪法责任。然而，令人困惑的是，这一宪法责任的追究却是由财政部通报的。这表明，上述责任并未作为宪法责任而是作为“违反财经纪律”处理的，财政的宪法责任被遗忘是集体无意识的结果。

可见，地方政府债务风险的宪法责任是现实存在的，只不过可能的宪法责任通常会被转化为实际的法律责任甚至是纪律责任。在上述财政部的通报中，同时对负有主要领导责任的时任地方人大常委会领导给予党内警告、行政记过等党纪政纪处分。^{〔33〕}笔者认为，这不符合宪法中关于国家机构的组织原则。与行政机关的首长负责制不同，人大是合议制机关，审议的事项由集体决议，因此，人大对集体决议的结果应当集体负责，人大常委会领导不应当承担个人责任。上述宪法责任的消解意味着权力与责任的分离，“罚不当责”的结果是地方政府债务风险得不到根本的治理。

在我国当下宪法责任缺失的情况下，应当加强人大及专门机关对地方政府财政权力的责任追究。通过预算的事先监督、审计的事后监督以及国家监察机关的特别监督来追究地方政府的财政责任。

七、余 论

• 26 •

地方债作为公债，属于公法范畴，相应地，地方政府破产应当纳入公法调整的范围。由于普通法传统，美国《联邦破产法》作为统一的破产法典在第九章专门规定地方政府破产。^{〔34〕}属于大陆法系的日本并未制定专门的地方政府破产法，但出台了《地方财政重建促进特别措置法》，该法相当于专门的地方政府破产法。我国秉承大陆法的特色，注重区分公法与私法，在《企业破产法》之后，单独制定《地方政府破产法》应当顺理成章。《地方政府破产法》应明确地方政府要承担的债务风险责任，在地方政府资不抵债时，允许地方政府宣告破产，并规定债务重组及债务清偿程序，确定上级及中央政府的责任。^{〔35〕}我国《地方政府破产法》的制定应符合我国的宪法体制，应明确政府可以申请破产的条件、标准，政府破产保护的司法救助程序和制度等内容。^{〔36〕}这是成熟的市场经济国家法律体系的重要组成部分，也是国家治理现代化的要求。

〔33〕 另一起违规发债的典型案列是：2016年8月，云南省宜良县金汇国有资产经营公司与光大兴陇信托公司签订信托融资协议，计划融资金额5亿元。宜良县人大常委会出具决议，承诺将该笔融资资金列入县本级财政公共预算，按时足额偿还贷款本息；宜良县人民政府签订了关于“财产信托标的债权”的《债券债务确认协议》，承担无条件和不可撤销的标的债权支付义务；宜良县财政局出具将相关偿付“财产信托标的债权”列入财政预算和中期财政预算的函。截至2017年2月底，该笔融资到位4.24亿元。整改期间，相关承诺函被撤回。对相关责任人问责处理情况包括，对负有主要领导责任的宜良县人大常委会副主任马某（时任宜良县委常委、常务副县长）给予党内严重警告处分。对负有主要领导责任的宜良县政协副主席许某（时任宜良县人大常委会副主任）给予行政记过处分。

〔34〕 美国《联邦破产法》第九章规定的政府破产不适用联邦政府与州政府，只适用于包括市、县、镇等的“政治性分支”。

〔35〕 参见周潇泉：《未来需研究地方政府破产法》，载《21世纪经济报道》2014年11月13日。

〔36〕 张婉苏：《中央政府不救助地方政府债务的纠结、困惑与解决之道》，载《苏州大学学报》（哲学社会科学版）2016年第5期。

尽管我国尚无《地方政府破产法》，但《预案》所要解决的其实就是地方政府破产的问题。《预案》虽然还不是严格意义上的法律，但其提供了我国地方政府债务风险的应对方案。就总体而言，地方政府的破产机制应该由两部分组成，首先是事前控制和规范，预先防范地方政府财政恶化陷入破产的境地，其次是地方政府破产时的重整。后者是下策，但却构成地方政府破产机制的主要内容。

我国2016年修改的《企业破产法》扩大了该法的适用范围，但并未当然也不可能将地方政府破产作为其调整范围。但政府破产与企业破产具有一定的相似性。在美国，地方政府破产程序在一定程度上是仿照公司破产制度设计的，因为地方政府与公司确实具有较大的相似性。正如地方政府的成立，主要是为当地居民提供公共产品，而公司之成立，主要是为了向社会大众提供产品和服务；就治理模式而言，围绕本地居民、代议机关、行政机关设计的地方政府治理模式，也颇类似于由股东、董事会、法人代表组成的公司治理结构。^{〔37〕}因此，笔者认为，在我国《地方政府破产法》出台之前，地方政府的破产程序可以准用我国现行的《企业破产法》，其意义在于可将地方政府破产纳入司法程序，以确保地方政府破产的合法性和公平性。

Abstract: The local government debt risk follows the constitutional logic. As long as the demand for civil rights is still there, there is no reason for the government to go bankrupt. Therefore, local government bankruptcy is only financial bankruptcy but not administrative bankruptcy. In the process of local government bankruptcy reorganization, the basic public services provided by local government to protect the people's livelihood are prior to the claims of local debts. Only by resorting to the democratic system can we control the government's right to issue debt from the source and then fundamentally eliminate the local government's debt risk. Only local autonomy and financial autonomy can establish the financial responsibility of the local government, and the legalization of the relationship between the central government and the local government is the basis of defining the responsibility of the local financial subject. In order to ensure the fairness of bankruptcy procedure, judicial supervision should be the final safeguard procedure.

Key Words: local government debt, local government debt risks, local government bankruptcy, local financial autonomy

(责任编辑：于文豪 赵建蕊)

〔37〕 See Kevin A. Kordana, Tax Increases in Municipal Bankruptcies, 83 (6) *Virginia Law Review*, 1055 - 1058 (1997).

我国合宪性审查的宪法属性

郑贤君*

内容提要：权力机关宪法监督模式决定了我国合宪性审查的性质是政治审查，其所审查的是政治问题，而非法律问题。法律问题既不同于政治问题，也不同于事实问题。构成法律问题的标准是案件和争议，其理论基础是权力分工，须符合诉讼资格、成熟性和争议性，且须通过法律适用在事实与规范之间往返流连进行涵摄，裁决是否予以保护。我国合宪性审查之所以不是法律问题，在于审查的理论基础、规范依据、审查主体、审查目的、审查对象、审查程序、审查标准、审查效力不同于法院中心的司法审查。我国的合宪性审查是立法机关在宪法权限范围内通过运行立法权力实施宪法、维护宪法权威、确保法治统一的过程，以此体现人民主权原则。

关键词：民主集中制 监督宪法实施 立法机关 规范性文件

在我国，“合宪性审查”是政治问题还是法律问题，取决于我国宪法规定的民主集中制原则、人民代表大会制度、监督宪法实施制度，以及宪法解释制度。我国《宪法》第3条规定国家机构的组织活动原则为民主集中制，规定了人民代表大会的根本政治制度、全国人大是最高国家权力机关；《宪法》第62条规定，全国人大负责监督宪法实施；《宪法》第67条规定，全国人大常委会负责监督宪法实施，解释宪法；2018年修订后的《宪法》第70条规定了“宪法和法律委员会”；2018年6月22日全国人大常委会作出的《关于全国人民代表大会宪法和法律委员会职责问题的决定》规定，宪法和法律委员会在继续履行统一审议法律案的前提下，增加合宪性审查、监督宪法实施、解释宪法等五大职能。凡此种种，结合2004年以来隶属于全国人大常委会的法规备案审查室的审查实践，都可说明，我国监督宪法实施是在依据宪法规定的权力机关宪法监督模式下持续推进的。这一模式既不同于美国法院中心分散的司法审查，也不同于德国集中审查的宪

* 郑贤君，首都师范大学政法学院教授。

本文为国家社会科学基金重点项目“合宪性审查标准的中国化与体系化”（19AFX005）的阶段性成果。

法法院，还不同于法国宪法委员会的事前和事后的双重审查，而是一种政治审查。^{〔1〕} 本文认为，我国合宪性审查所审查的是政治问题，而非法律问题。政治问题不同于法律问题。本文依据宪法一般理论，结合我国宪法监督制度，参考国外宪法监督实践，尝试对我国合宪性审查的性质予以分析。

一、何谓法律问题

判定法律问题的理论基础是权力分工。即使对于法院中心的宪法监督模式而言，何者构成法律问题也是一个值得深入思考的问题。通常，有两组对应的概念：法律问题与政治问题；法律问题与事实问题。对这两个问题的思考，构成了对我国合宪性审查性质认定的前提。

（一）法律问题不是政治问题

涉及立法的问题并非就是法律问题，一个法律问题必须是适合法院裁决的问题。在西方人眼里，负责政策制定的立法机关是民意机关。民意机关是政治机关而非法律机关，其所处理的是政治问题，而非法律问题。立法过程是一个多种政治力量博弈的过程，是各种团体参与表达和争取利益的过程，它不同于由法院主持的争议和纠纷裁决。在美国联邦最高法院的判词中，当法院拒绝给予一个案件以救济时，通常以“该案并非适合法院裁决，而由民主的政治机关决定为宜”，或者“由选举的政治机关决定”等作为托词和借口。这一措辞，除了展示三权分立的丰富内涵之外，还为我们提供了认识法律机构和政治机构、法律问题和政治问题差异的根据。

• 29 •

对于区别政治问题和法律问题，美国有着悠久的传统。早在制宪之初，这一问题就得到充分讨论，并体现在宪法中，这就是美国联邦宪法对司法权的规定，即适合法院管辖的必须是“案件”或者“争议”。《美利坚合众国宪法》第3条第2款规定：“司法权适用的范围如下：一切基于本宪法、合众国法律以及根据合众国权力所缔结的及将缔结的条约而产生的普通法的及衡平法的案件；一切涉及大使、其他使节及领事的案件；一切有关海事法和海事管辖权的案件；以合众国为当事人的诉讼……”

1. “案件”和“争议”

法律问题是由法院裁决的案件和争议。构成适合法院裁决的必须不能是学术问题，也不能是抽象和假定的问题，必须是“案件”和“争议”。“案件”和“争议”的具体标准包括诉讼资格、成熟性、争议性（mootness）等。这些标准成为判定是否属于适合法院裁决的案件的依据，也是认定何为法律问题的标准。诉讼资格是指必须是权利受到实际侵害的个人才有权提起诉讼；成熟性是指实际侵害必须已经发生；mootness是指争议性，必须是争议尚未解决的问题。如果争议已经解决意味着冲突消失，不宜再由法院裁决；或者，如果一部法律已经撤销了，争议也就不存在了。

〔1〕 参见郑贤君：《作为政治审查的合宪性审查》，载《武汉科技大学学报》（社会科学版）2018年第5期。

2. 排除咨询

为了表明其权力范围,依据三权分立原则,美国联邦最高法院开创了不提供咨询的先例。原因在于,提供咨询不属于法律问题,而是政治决策,不在法院的管辖范围之内。美国开国之初,联邦最高法院第一任首席大法官约翰·杰伊在面对杰弗逊就美法条约签署进行咨询之时,断然否决了其要求咨询的提议,从而开创了法院不提供政策咨询的先例。美国人认为:法官履行法官的职责裁决案件和争议,而非像律师那样提供法律咨询;法院不能提供咨询意见,那样做就是违反三权分立;法院只有有限的管辖权,只负责裁决案件和争议。^{〔2〕}美国的法院坚持将法院的权力限制在“司法性”和“裁判性”方面,只负责审理案件和争议,而不涉足政治决策。

但是,德国和法国的宪法裁判机关却与美国不同。德国联邦宪法法院至今仍然被称为“卡尔斯鲁厄占星术”。德国国会在制定法律之时,向设立在卡尔斯鲁厄的联邦宪法法院进行咨询,请其判断拟立之法是否有可能违宪。法国宪法委员会被称为“立法机关的第三院”,至今仍然保留着向议会提供咨询的职能,特别是在涉及总统选举和全民公决的问题上。

无论德国联邦宪法法院和法国宪法委员会在多大程度上运行司法裁判程序,其与美国普通法院始终是不同的机构。德国联邦宪法法院和法国宪法委员会的设立是二战之后的结果,是在传统法院系统之外另设的国家机构,故宪法法院和宪法委员会同属“集中型审查体制”,而美国的司法审查属于“分散型的审查体制”。美国分散型审查体制是由普通法院审理宪法案件。作为专门审理政治案件的机构,宪法法院和宪法委员会是特设的处理政治问题的机构,它们与普通审理民事和刑事案件的法院并不相同,始终带有政治机构的痕迹,不仅审理宪法案件,还负责提供咨询。立法问题、总统选举和全民公决都是典型的政治问题,而非普通的民事和刑事诉讼。反观美国,不仅法院拒绝提供咨询,而且美国任何一家法院,无论联邦法院还是州法院,无论联邦法院和州法院的哪一审级,都有权审理宪法诉讼,联邦最高法院只是作为宪法案件的最后审级。

3. 政治问题不予审查

为了进一步区别法院的管辖范围,美国联邦最高法院创立了政治问题不予审查的先例。政治问题又称为“非司法性理论”(nonjusticiability),在1963年“贝克诉卡尔”^{〔3〕}案中得以确认。该案提出了认定政治问题的六项标准,其实质是宪法解释、司法克制,以及法院尊重国会和行政机关。这六项标准分别是:其一,宪法承诺特定问题由其他平行机关解决;其二,缺乏司法上的可操作标准(judicially-manageable standards);其三,初始政策决定要求非司法性裁量;其四,不藐视其他机关就不可能裁决案件(the impossibility of deciding the case without disrespecting the other branches),指如果裁决案件须冒犯其他机关,即如果一项司法裁决须冒犯其他机关才能作出,等于违反权力分工;其五,不同寻常的需求毫无异议地要求尊重政治机关已经作出的决定;其六,不同机构宣布的决定彼此冲突引发潜在尴尬。对于政治问题理论,联邦最高法院大法官法兰克福特在该案的异议书中痛苦地说道:“根据我国宪法,并不是对于每一项政治纠纷,对

〔2〕 See Thomas E. Baker, Jerre S. Williams, *Constitutional Analysis*, Thomson/West, 2003, p. 65.

〔3〕 *Baker v. Carr*, 369 U. S. 186 (1962).

于每一次立法权的不适当的行使，都有一种司法补救办法。”〔4〕他反对法院介入政治问题，承认法院不能对属于立法行为的政治问题给予司法救济。他认为法院对政治问题无能为力，否则，法院将陷入政治棘丛中难以自拔。传统上属于总统和国会职权领域内的外交、国家安全、战争权力以及宪法修正程序都属于政治问题，法院是不涉足的。〔5〕

简言之，政治问题就是不应由法院裁决的问题，那些由立法机关或行政机关裁决的问题不是法律问题。当然，并非所有由政治和行政机关决定的都是政治问题，即政治问题理论并不排斥所有的“政治问题”，如2000年裁决的“布什诉戈尔”〔6〕案件有关总统选举问题。2019年美国联邦最高法院放弃政治问题理论，对涉及选区划分的问题予以裁决。需要看到的是，总体上，政治问题是一个权力分立问题。布伦南大法官认为：“政治问题的不可由法院审理性从根本上说是一种分权功能。”适合于法院审理的案件必须研究如下问题，即“能在司法上判明所声言的责任，在司法上确定其范围，以及是否可在司法上对所要求的权利提供保护办法”〔7〕。

4. 提供救济

救济的汉语词义是指用金钱和财物帮助生活困难的人，在法律语境下，救济是英美法上的独有术语，是对侵权行为的纠正，实施主体是法院，指法院用特定法律程序矫正个人之间的侵权。《元照英美法律词典》这样定义“救济”：“救济是矫正、纠正和改正已发生的不当行为或业已造成损害或损失的行为。”〔8〕公法救济是由法院实施的针对行政机关侵害个人的一套司法方法，是法院将普通法上的私法救济运用于公法上的结果。〔9〕

英国的公法救济包含七种方式，即人身保护令（habeas corpus）、调卷令（certiorari）、禁止令（prohibiting order）、强制令（mandatory order）、禁制令（injunction）、宣告令（declaration）和损害赔偿（damages）。每一种救济方法都对应着相应的行政侵害行为和对当事人的实际侵害。人身保护令是对行政机关非法拘禁、限制个人自由而发出的特权令。调卷令是一种监控行政和法院系统要求某个部门或者官员呈报的命令。禁止令是专门针对行政机关的越权而发出的一种命令。强制令是法院针对行政机关的不履行或者拖延履行责任而发出的命令。禁制令是专门为了强制行政机关纠正自己的不法行为而发出的。宣告令是针对不合法的行为和决定宣告当事人的法律权利和义务。损害赔偿不是一种单独的救济方法，而是与上述任何一种方法相伴，适用于公权力机关对相对人造成的损害。

美国继受了英国的普通法制度，但是，由于美式司法审查不同于英国不成文宪法的司法审查，故公法救济不仅仅针对行政行为，也包括联邦和州制定法以及法院裁决。例如，宪法上的损害赔偿、宪法宣告令和禁制令。前述七种救济方法同样是美国法院运行司法审查时所使用的宪法

〔4〕〔美〕杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯：《美国宪法概论》，刘瑞祥、潘嘉玟等译，中国社会科学出版社1995年版，第38页。

〔5〕参见前引〔4〕，杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯书，第40页。

〔6〕Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000).

〔7〕前引〔4〕，杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯书，第78页。

〔8〕薛波主编：《元照英美法律词典》，北京大学出版社2013年版，第1177页。

〔9〕参见郑贤君：《基本权利研究》，中国民主法制出版社2007年版，第477页。

救济方法。

（二）法律问题不是事实问题

法律问题不是事实问题，对事实的认定会影响法律判断。《美利坚合众国宪法》第3条规定：“对上述的所有其他案件，无论是法律方面还是事实方面，最高法院有上诉审理权，但须遵照国会所规定的例外与规则。”

美国司法实行陪审团制度，陪审团负责认定事实，法官负责适用法律。美国联邦宪法《权利法案》中有四处涉及陪审团，包括第5条、第6条、第7条，陪审团在刑事和民事案件中事实认定方面承担着重要职责。这一审判职责的区分看似简单，实则事关重大，充分表现在淫秽案件的审判过程中。在淫秽案件中，联邦最高法院认定，只要是属于“淫秽”作品，就不受联邦宪法第一修正案“言论自由”的保护。在此，“淫秽”已经不是事实问题，而是法律问题。同时，在确立何为“淫秽”的问题上，法院将之交给由地方人士组成的陪审团来认定。这就意味着，陪审团掌握了生杀予夺之权。只要陪审团认定某一作品构成“淫秽”，该作品就不受宪法保护。对此，美国宪法评论家认为，这等于让陪审团去做宪法解释的事情，类似于由陪审团作出如同刑事案件中涉及联邦宪法第一修正案的“明显和现实危险”（clear and present danger）的工作。^{〔10〕}

多数批评家认为，在对“淫秽”的认定上，以下几方面是必须予以澄清的。第一，由于淫秽的认定涉及宪法第一修正案，因而应该确立全国性标准，而不应由地方陪审团决定。这类案件不是单纯的界定赌博等刑事案件，而是宪法案件，不应由地方陪审团决定何为“淫秽”。第二，淫秽问题的界定既包含了事实问题，也包含了法律问题，与赌博事实的界定不同。如果淫秽事实成立，当事人将不能享受宪法第一修正案的表现自由；如果赌博事实成立，当事人仅涉及刑事处罚。第三，法官不应将包含法律问题的淫秽标准的认定交由陪审团作出，这种属于宪法解释性质的问题应由法官行使。第四，鉴于“淫秽”的认定既属于宪法上的言论自由，并包含法律问题，在对何为“淫秽”的认定上，须由法院在个人自由与政府权力之间进行分析，判断特定作品究竟属于个人表现自由范围，还是属于政府为追求“健康良好的生活质量”这一紧迫的政府利益之范围，而非提前确立一个一揽子的认定何为“淫秽”的标准，然后交由陪审团裁决。在1973年“米勒诉加利福尼亚”^{〔11〕}一案中，法院以一种类似于立法机关起草法律的方式确立了何为“淫秽”的认定标准：其一，如果普通人适用社区标准发现一部作品从整体而言激发下流欲望；其二，一部作品是否以一种侵犯性的，并且是州法界定的方式直接描述或者刻画了性行为；其三，一部作品从整体而言，缺乏严肃的文学、艺术、政治或者科学价值。

根据美国联邦宪法，法院有最终的事实认定权，且对于一个包含事实与法律的问题而言，法院更应责无旁贷，不能在缺乏逐案分析的情况下交由地方性的陪审团决定，让缺乏专业素养的人士决定宪法问题。评论家认为，“淫秽”是一个结论，而非前提。法院试图逃避这样一个问题，即任何一个有关规制色情的法规都将引起一个涉及第一修正案言论自由的宪法问题，法院不应事先假定淫秽是不受宪法保护的言论，然后由社区性质的陪审团决定何者构成淫秽，这是在没有对

〔10〕 参见前引〔2〕，Thomas E. Baker、Jerre S. Willams书，第164、165页。

〔11〕 Miller v. California, 413 U. S. 15, 24 (1973).

具体案件中个人自由与政府利益之间进行宪法分析的前提下，将包含事实与法律问题的淫秽问题的认定交给了陪审团裁决，因而是恰当的。

简言之，“法律问题”涉及法律适用与法律判断，是法官在审理案件、纠纷或者争议过程中以法律为标准，裁断是非曲直并提供救济的过程，其理论基础是三权分立。在此，法官、争议、适用法律、裁决、是否提供救济构成核心，成为区别事实与法律问题的标准。

二、合宪性审查不是法律问题

政治问题还是法律问题，涉及宪法对国家机关的权力分工。不涉及案件和争议使合宪性审查不属于法律问题，而是在查明事实的前提下通过立法方式采取措施的政治行为。

（一）合宪性审查的主体是立法机关而非法院

我国合宪性审查的主体是立法机关而非法院。这是《宪法》第62条和第67条载明的，是我国宪法监督区别于西方国家以法院为中心的宪法监督体系的重要所在。2018年修宪中，“法律委员会”更名为“宪法和法律委员会”，此后《关于全国人民代表大会宪法和法律委员会职责问题的决定》增加其合宪性审查的职责。作为宪法监督的下位概念，合宪性审查虽然在实践中是由隶属于全国人大常委会的法制工作委员会负责，且由作为法制工作委员会的服务保障机构、设立于2004年的法规备案审查室具体负责，但决定权属于全国人大常委会。前三者，即全国人大、全国人大常委会、全国人大常委会宪法和法律委员会，都是权力机关，后两者，即全国人大常委会法制工作委员会、法规备案审查室，属于工作机关，法规备案审查室是工作机关的工作机构。2017年12月24日、2018年12月26日、2019年12月25日，全国人大常委会法制工作委员会分别向全国人大常委会作当年度的备案审查情况工作报告（以下简称“备案审查工作报告”）。〔12〕此外，根据我国《宪法》规定，鉴于合宪性审查与宪法解释关联密切，地方人大及其常委会并无合宪性审查的权力。〔13〕这说明，将负责宪法监督的权力机关履行合宪性审查的职责定位为法律问题是与事实不相符合的。

（二）合宪性审查的对象是抽象规范性文件而非具体争议

我国合宪性审查对象规范性文件的抽象属性明显不属于“案件”和“争议”。政治问题与法

〔12〕 2017年12月24日，全国人大常委会法制工作委员会主任沈春耀向全国人大常委会作《关于2017年备案审查工作情况的报告》；2018年12月26日，全国人大法制工作委员会主任沈春耀向全国人大常委会作《关于2018年备案审查工作情况的报告》；2019年12月25日，全国人大法制工作委员会主任沈春耀向全国人大常委会作《关于2019年备案审查工作情况的报告》。2017年是首次报告，至今已连续三次，意味着这已经形成惯例。

〔13〕 参见肖蔚云、蒋朝阳：《关于全国人大和地方人大维护宪法实施的不同职责》，载《中国人大》1995年第17期。另参见许崇德、胡锦涛：《关于地方人大是否有宪法监督权问题》，载《人大工作通讯》1996年第2期；郑贤君：《宪法解释：监督宪法实施之匙》，载《人民法治》2015年第21期；前引〔1〕，郑贤君文。肖蔚云教授和许崇德教授都否定地方人大享有宪法监督权，其理由都是出于宪法明示全国人大及其常委会有专属监督宪法实施的权力，并且，监督宪法实施是与宪法解释联系在一起的，而宪法解释是全国人大常委会的权力。许崇德教授认为，地方人大保证宪法遵守和执行的职权受三方面制约：其一，宪法没有进入诉讼，更没有建立宪法诉讼制度，省人大无法要求同级和所属的县、市、区的各级司法机关在办案中适用宪法；其二，监督宪法实施的专属职权属于最高国家权力机关，解释宪法的权力由全国人大常委会行使，宪法规定地方人大的“保证”显然与最高权力机关的宪法实施的监督权、解释权不同。参见许崇德：《浅谈地方人大及其常委会保证宪法遵守执行》，载《许崇德自选集》，中国人民大学出版社2007年版，第442、443页。

律问题的另外一个显著区别是审查的对象。前已述及,构成法律问题须由法院审理的事件必须是“案件”或者“争议”,进一步的具体标准是诉讼资格、成熟性与争议性,但是,我国合宪性审查的对象是规范性文件,而非争议。备案审查工作报告已经说明,除了没有审查全国人大制定的法律、全国人大常委会制定的法律,以及全国人大常委会制定的决定外,实践中,法规备案审查室审理的对象俱为规范性文件,包括行政法规、监察法规、地方性法规、自治条例和单行条例、司法解释等。^{〔14〕}这些规范性文件是抽象的,而非具体争议。

除了全国人大制定的基本法律、全国人大常委会制定的法律,以及全国人大常委会制定的决定之外,其他规范性文件是否属于审查对象尚未明确,包括国际条约、行政协议、立法解释、法律修正案、党内法规。如同其他国家法院判例的形成具有渐进性,可允许审查机构根据情势的需要,在与我国立法机关宪法监督体制相吻合的前提下逐步将这些规范性文件纳入审查范围。2019年12月28日,全国人大常委会作出决定,废止国务院1993年制定的《卖淫嫖娼人员收容教育办法》,而后的依据是全国人大常委会1991年制定的《关于严禁卖淫嫖娼的决定》,这说明,合宪性审查的范围已经扩展到全国人大常委会制定的决定。全国人大常委会制定的决定具有法律性质,在法律位阶上是等同于法律(包括立法解释和法律修正案)的规范性文件。

可以看到,无论是全国人大常委会(法规备案审查室)已经审查过的,还是未曾审查过的,合宪性审查的对象都是抽象性规范性文件,而非具体争议,更非政治行为,如西方国家的选举、弹劾、罢免等。^{〔15〕}这是自明的事实,无需辨明,亦无需争论。

(三) 合宪性审查不涉及法律适用

一个法律问题,无论属于何种性质,都涉及法律适用。所谓法律适用,通常指国家司法机关根据法定职权和法定程序,运用法律处理案件、解决纠纷的活动,它是将抽象的法律规定适用于具体的案件事实、判断是非曲直的过程。适用的具体含义如下:其一,界定问题;其二,确立法律规则;其三,分析法律与事实问题;其四,得出结论。

法律适用也是法律涵摄过程,是指法官在法律规范与事实之间“眼光的往返流转”,将特定法律规范对应于法律事实,比照法律规范,对于事实作出法律上的判断。法律涵摄是确定法律规范与事实之间的对应关系,进而加以判断的过程。任何一个法律事实都要有对应的法律规范,确定法律事实与法律规范之间的关系,将事实涵摄于法律规范,就是检验事实是否满足法律规范的事实构成,并因此产生该规范所规定的法律后果。换言之,法律适用的涵摄就是将具体的案例事实,置于法律规范的要件之下,以获得一定结论的一种思维过程。德国学者齐佩利乌斯说道:“眼光的往返流转是一个多阶段的、逐步深入的选择过程;通过这一过程,不相关的规范、解释可能和事实被一步步地排除出去。”^{〔16〕}易言之,法律适用即认定某特定事实是否该当于法律规范

〔14〕 需要说明的是,两个特别行政区制定的法律亦在全国人大常委会的审查之列,2019年备案审查工作报告再次重申了这一点。

〔15〕 对于审查的对象仅限于规范性文件,且不包括政治行为和宪法,许崇德教授亦有评论。他说:“但立法法仍有不足之处,那就是该法没有涉及对于政治行为的合宪性审查,而仅仅限于对规范性文件的审查,并且,即使对规范性文件的审查,亦只限于对行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例审查,而没有对法律的审查作出决定。尽管如此,它毕竟是一种进步。”前引〔13〕,许崇德文,第442页。

〔16〕 〔德〕齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第130页。

的要件，而确定一定的权利义务关系。

合宪性审查并不涉及法律适用，不需要在特定法律规范与事实之间往返流转，而只是对法律本身予以分析。这是一种抽象的规范分析，类似于美国的“on its face”，以及德国抽象的违宪审查。美国的宪法案件分为两种，一是“as applied”，二是“on its face”。前者是指当一个人挑战一项法律，意味着该人反对该项法律适用于特定的案件或者特定的人。后者是指宪法诉讼允许对一项法律进行抽象的质疑，因该法本身模糊、过宽或者没有限制最小。一个成功的“as applied”并不导致该法的修改，它可使该法依然存留，仅不适用于本案而已，即“leave the law on the books”。而“on its face”就是通常制定法的审查标准，可导致法律的修改。德国联邦宪法法院分别于1974年和1992年审理了“第一次堕胎案”和“第二次堕胎案”，这两个宪法案件都是抽象的规范审查，不涉及案件和争议，以及法律的具体适用。

（四）合宪性审查不适用诉讼程序

法院在适用法律的过程中适用诉讼程序。诉讼程序的原则是不告不理，法院是被动的。法院审理案件采用的是诉讼程序。第一，当事人须在具备资格的前提下对案件审理过程中所适用的法律或者其他规范性文件提出质疑；第二，双方当事人须提出书面摘要意见；第三，被告方须提出抗辩；第四，双方进行辩论；第五，法官须在查明事实的前提下通过解释宪法裁决系争规范性文件合宪与否。

法国宪法委员会早期被认为是一个政治机构而非法律机构，除了其组成人员之外，很大原因在于法国宪法委员会审理案件的程序不同于法院。改革后的法国宪法委员会加强了司法性即裁判性，运行事后的合宪性审查。宪法委员会增强了裁判程序，加强裁判性，包括开放、两造对立、辩论、公开、充分说理的判决理由、允许宪法法官发布反对意见等等，并授权组织法来予以规定。^{〔17〕}

合宪性审查适用的是备案程序，而非诉讼程序。2018年的备案审查工作报告指出：“根据宪法和立法法、监督法的规定，国务院制定的行政法规，地方人大及其常委会制定的地方性法规，以及最高人民法院、最高人民检察院制定的司法解释，应当报送全国人大常委会备案。”备案程序是由立法机关运行的，这种程序并非被动进行的，且不局限于事前还是事后。实践中，全国人大法制工作委员会在进行备案审查时，分别适用三种审查程序：经申请提起的审查、依职权提起的审查和专项审查。其中，经申请提起的审查是被动的，依职权提起的审查是主动的，专项审查是依据监督程序提起的。这三种审查均非对争议的审查，而是在书面审查的前提下，配合调研、咨询、约谈等非正式程序进行。在此过程中，规范性文件制定主体可以说明情况、出示证据。但是，总体上，这三种程序均非正式的诉讼程序。

（五）审查是纠正而非救济

合宪性审查中的“审查”一词何谓？其中心含义是什么？在不同的制度语境之下，审查的含义亦不相同。在以法院为中心的司法审查模式中，审查意味着法院遵循一定标准判断系争规范性

〔17〕 参见王建学：《从宪法委员会到宪法法院：法国合宪性先决程序改革评述》，载《浙江学刊》2010年第4期。

文件合宪与否,并对相应的侵害给予一定救济。立法中心的合宪性审查之“审查”与法院中心的审查不同。这是由立法机关的宪法地位与权限决定的,立法机关只能在宪法规定的权限范围内通过运行立法行为而非以司法方式去“审查”,这决定了其审查断然不是“救济”,而是以立法方式“实施”,即在斟酌的前提下“纠正”。虽然救济也有纠正的含义,但以立法方式实施的纠正不同于法院实施的纠正,其方式是修改、撤销和废除,或者不予实施。

何谓“实施”?一般而言,立法机关对宪法基本权利有实施的权力。实施的含义包括:制定法律;界定基本权利的内容;限制基本权利的行使;确立基本权利的保护。南北战争之后,美国联邦宪法第十三、十四、十五修正案都明确规定国会有权予以立法实施。在相当长一段时间内,在确定禁止奴隶制和歧视的问题上,联邦最高法院尊重国会的判断,认为国会有权通过立法实施这几项修正案,通过制定法律限制歧视,确保对这类权利的保护。但在其后的判例中,联邦最高法院修正了司法哲学,明确了国会的立法保护与法院的司法保护之间的差异,认为法院才是基本权利的最终保护者。法院的核心观点是,基本权利是宪法上的规定,如果国会有权创制基本权利,国会同样有权删除基本权利。恰如《孟子》所云:“赵孟之所贵,赵孟能贱之。”区分国会对基本权利的政治保护与司法保护的关键在于,国会只能通过立法确立宪法基本权利的执行标准,法院则可以通过解释宪法,确定对基本权利的司法保护。

对于美国联邦宪法第十三、十四、十五修正案规定的基本权利,国会实施的权力有哪些?或者说,国会的立法权究竟有多大?早期,“实施”仅指国会对法院宣布违宪的法律提供法律补救。这里的“补救”是国会通过立法根除实践中的种族歧视,即矫正或者纠正。这一法律补救有三方面的含义:其一,废除司法部门准备裁决违宪的州法;其二,对修正案笼统的规定具体化;其三,对法院的裁决予以解释。但是,国会不能通过宪法解释宣布何者违宪,不能通过宪法解释界定宪法基本权利的含义。“允许国会以简单多数对宪法解释问题有最终决定权,这是与宪法体制根本不相容的。”^{〔18〕}由于第十三、十四、十五修正案的规定不同,国会实施的具体方式也不相同。除了废除法院裁决的违宪法律之外,国会是否具有实质性权力去补救违宪立法中的歧视规定呢?这种实质性的权力包括那些呢?

实质性权力的依据是国会的事实调查权。鉴于国会有查明事实真相的能力,国会对实践中的歧视行为享有酌处权。这一酌处权就是国会有不局限于法院裁决违宪的法律对实际中各州存在的歧视行为采取一定的立法方式予以根除的权力。根据酌处权,国会依据其调查事实的能力矫正歧视,否定州具备充分理由采取某种行动,并以立法纠正之。例如,一些州通过文化考试限制投票,这一规定就是歧视,国会可采取立法方式在《投票权法》上予以纠正,限制州以文化考试确定投票权的制度。但是,这一酌处权不是没有宪法限制的,国会不得限制、废止或者削弱宪法保证的权利,也称为“棘轮(ratchet)理论”。即,国会只能顺着宪法规定扩大基本权利的保护,而不能缩小、弱化基本权利。

简言之,国会补救不同于司法救济,国会补救只能在宪法权限范围内以与立法权相适应的方

〔18〕 前引〔4〕,杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯书,第308页。

式进行。我国合宪性审查的主体是权力机关，它只能实施宪法，而不能提供司法救济。在此，审查不等于司法，补救不等于救济，实施仅指立法机关在事实调查的基础上以立法方式在宪法权限范围内对不合宪的抽象规范性文件予以纠正。^{〔19〕} 2018 年的备案审查工作报告指出：“全国人大常委会对报送备案的法规、司法解释进行审查，对与宪法法律相抵触的法规、司法解释有权予以撤销、纠正。”多份备案审查工作报告反复提出，审查的手段是纠正，“落实有错必纠”。“纠正”具有多样性，根据国家机关的性质和权限，有些规范性文件上级机关有权纠正，有些则由各机关自行纠正。

三、合宪性审查是政治问题

我国合宪性审查由权力机关负责决定了其所处理的问题并非法律问题。合宪性审查涉及法规规范的制定，而非仅仅纠纷的裁决，其价值取向是法治统一，且备案审查程序不同于诉讼程序，不涉及法律的适用，这些都决定了我国合宪性审查是政治问题。这方面，我国合宪性审查与改革前的法国宪法委员会进行的合宪性审查可比拟。

（一）提起审查的主体不同

我国《立法法》规定，提起审查要求的机关是国家机构，即五类主体：国务院、最高人民法院、最高人民检察院、中央军委和省、自治区、直辖市人大常委会（当时国家监察委员会尚未成立）。但是，根据 2017 年、2018 年、2019 年三份备案审查工作报告的统计，上述五类机构尚没有提出过审查要求，而公民提出的审查建议数量可观。如何解释这一现象？

在改革前，法国宪法委员会只履行事前审理职责，审查对象只限于组织法，提起审查的主体是国家机构，目的是维护政府机构之间的权力平衡，防止议会逾越行政机关的界限，而并非基本权利保障，由此宪法委员会被称为“政治家的仓库”，而非“法的保护者”，其所运行的并非司法性的裁判程序。^{〔20〕} 改革后，由于加强了对基本权利的司法保护，组织法要求合宪性问题不能由法院依职权提出，只能由普通诉讼的当事人提出，法院作为提起合宪性问题的主体须符合一定条件。只有具备下述三项条件，下级法院才能向最高行政法院或最高司法法院呈交合宪性问题：其一，案件相关性，即合宪性问题只能针对适用于本诉的法律提出；其二，新颖性，即受挑战的法律规定未曾被宪法委员会宣布为合宪，但情势变更的除外；其三，严重性，即所包含的法律问题具有严重性。^{〔21〕} 这说明，宪法委员会前期是一个政治机构，其所审查的是事前的组织法，故提起主体是国家机构，改革后的宪法委员会加强了司法性，提起审查的主体资格发生了变化，普通诉讼当事人成为提起主体，但是依然保留了国家机构如法院提起的资格，且加以严格限制。

我国的合宪性审查由公民提起并非运行诉讼程序，也非出于基本权利保护模式，而应归结为公民行使政治参与权利的热情。我国是权力机关负责审查，即使《立法法》规定和实践中公民提

〔19〕 参见前引〔13〕，肖蔚云、蒋朝阳文。

〔20〕 参见前引〔17〕，王建学文。

〔21〕 参见王建学：《法语国家宪法审查制度设计比较研究——对“政治机构审查模式”的批判》，载《昆明理工大学学报》（社会科学版）2017 年第 1 期。

起审查,都不能与改革后的法国相提并论。改革后的法国宪法委员会允许普通诉讼当事人作为提起主体,这与德国的宪法诉愿、美国的普通诉讼一致,是当事人对法院裁判所适用法律的合宪性提出的质疑,是宪法监督司法化的表现。我国权力机关的抽象规范审查决定公民提起审查是政治参与,是行使《宪法》第41条规定的监督权,而非作为诉讼当事人所进行的行为。至于国家机关一项审查也未提起,只能解释为全体“冬眠”。

(二) 审查目的是保障宪法权威、维护法治统一

各国设立违宪审查制度的初衷并非一致。法国宪法委员会设立的目的在于约束强势议会,确保政府平稳运行,改革后采用司法程序增加事后审查以保障基本权利。美国司法审查并非宪法上的设计,起初在于确保联邦统一,其后法院才成为个人自由的保护者。德国联邦宪法法院的设立在于保护宪法秩序和基本权利,盖因屠杀犹太人的历史留给德国人血的教训。

合宪性审查的目的是保障宪法权威、维护法治的统一。2018年的备案审查工作报告开篇即言:“备案审查制度是保障宪法法律实施、维护国家法制统一的宪法性制度。”这是一个政治目标,既非约束立法权,亦非单纯的基本权利保障。笼统地认为我国合宪性审查的目的在于基本权利保障或者约束立法权是不恰当的。

就基本权利保障而言,虽然提起审查的法规中涉及基本权利,但这些法规多是在形式与程序上违反上位法,如制定主体不合法、超越权限等,这些法规并非法院裁判过程中所适用的法律,而是抽象的规范性文件。偶有诉讼当事人提起审查,如杭州机动车被扣押事件的当事人,但程序与司法裁判审查不同。原审法院并未等待审查后依据解释后的法律再作裁决,而只能撤销原判再审。原因在于,我国合宪性审查采用的是抽象规范审查,而非基本权利保护模式。用德国宪法语言来说,就是“客观法”或者“客观秩序”模式,而非“主观权利”模式。这就决定了基本权利保障不是我国合宪性审查的首要目的。

就约束立法权而言,我国宪法理论和现实与西方国家不同。首先,民主集中制原则不同于三权分立,该原则的目的是在民主的基础上加强权力的统一行使,包括横向的各国家机关之间,以及纵向的中央和地方之间;其次,人民代表大会制度表明全国人民代表大会是我国最高国家权力机关,其与其他国家机构的关系并非制约,而是分工监督;再次,法治统一要求合宪性审查在于确保下位法与上位法以及宪法相一致;最后,从实际情形看,不仅法律是否构成审查的对象未有定论,^{〔22〕}且实践中法律权威未牢固树立意味着全国人民代表大会的地位并非如欧洲国家那样强势,实践中对我国宪法权威构成威胁的并非全国性法律,而是浩如烟海的各类行政法规、部门规章、地方性法规、司法解释等。因此,我国合宪性审查的目的是维护法治统一,确保中央政令畅通。

因此,结合我国宪法理论和现实,合宪性审查的目的在于维护宪法权威、确保法制统一。抽象规范审查不同于诉讼当事人提起的司法审查模式,立法权不应被削弱,而应加强和维护。

〔22〕 2018年的备案审查工作报告指出:“根据宪法和立法法、监督法的规定,国务院制定的行政法规,地方人大及其常委会制定的地方性法规,以及最高人民法院、最高人民检察院制定的司法解释,应当报送全国人大常委会备案。”该报告列举的审查对象没有包括法律、全国人大常委会决定、立法解释和法律修正案等。

（三）审查标准不同

我国合宪性审查除了“抵触”这一较为抽象的宪法审查标准之外，立法法规定的形式和程序审查即“法律保留”是较为具体的审查标准，更为具体的审查标准则是比例原则，以及侵害最小。

美国虽然没有德国意义上的“抽象规范审查”这一概念，但其“on its face”的审查模式与抽象规范审查类似，是执着于对规范本身是否合宪进行的审查。鉴于美国的普通法院审查体制，这种审查标准是法院在具体案件中针对制定法进行的审查，与德国不针对具体案件和当事人的抽象规范审查具有重大区别。这种审查标准分别是模糊、过宽和限制最小。

“模糊”涉及法律的清晰度，指法律本身没有给予普通人以充分的告知（notice）去合理地理解什么是法律明确禁止的行为，什么是法律明确允许的行为。这种法律对个人行为缺乏清晰指引的情形因其缺乏对负有实施法律责任的警察、检察官、勤勉事实发现者（如法官和陪审员）的指引而加剧，这些人必须将法律适用于特定环境。也就是说，一部模糊的法律不仅对个人行为缺乏清晰指引，而且对负有实施法律责任的官员也缺乏指引，且后者加剧了前者行为的可指引性。这样的法律是不公正的，也是违反正当程序的，因而属于不合宪的模糊制定法（an unconstitutionally vague statute）。〔23〕

“过宽”（the overbreadth doctrine）用来衡量一部法律的精确性（precision）。例如，当一部法律的目的是惩罚一种宪法不保护的行为，但假如禁止手段本身已经构成宪法所保护的实质行为，该实质不仅是在绝对意义上，而且同样与制定法合法适用有关，该制定法同样被视为违宪。原因在于，该法规定得过宽，超过了实际需要。换言之，如果一部法律的目的正当，但手段过当，该法同样违宪。一项法律虽然在表面上看是明确的，但如果它不加区别地既用于被保护的表达自由，又用于不被保护的表达自由，则可能牵扯面过宽。例如，一项法律禁止三个以上的人聚集街头从事“骚扰”路人的活动，它既不明确，范围也过宽。这样的法律可能使被保护的表达受到阻挠和压制。它将允许管理官员任意游荡，限制被保护的表达。即虽然当事人从事了不受保护的表达，但这项法律可能会被用于限制被保护的言论。〔24〕“过宽”实际上是对目的和手段之间关系的分析，是比例原则之适当性的具体运用。比例原则由三个子原则组成：适当性、必要性和狭义的比例性。其中，适当性原则又称为妥当性原则、妥适性原则、适合性原则，是指所采行的措施必须能够实现行政目的或至少有助于行政目的达成并且是正确的手段。

“限制最小”是比例原则中必要性原则的具体运用，要求政府在所有限制公民基本权利的手段上必须采取侵害最小的方法。必要性原则又称为最少侵害原则、最温和方式原则、不可替代性原则，具体指在前述“适当性”原则已获肯定后，在能达成法律目的诸方式中，应选择对人民权利最小侵害的方式。美国宪法学家认为，限制最小与过宽原则密切关联。〔25〕限制最小是指虽然政府追求的立法目的具有合理性，但是，当同样的目的可以通过较少限制手段达到时，不能对

〔23〕 参见前引〔2〕，Thomas E. Baker、Jerre S. Willams书，第149页。

〔24〕 参见前引〔2〕，Thomas E. Baker、Jerre S. Willams书，第191页。

〔25〕 参见前引〔4〕，杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯书，第192页。

个人基本自由施以不必要的负担。这种方法是抽象规范审查常用的方法。

模糊、过宽和限制最小都是美国对涉及联邦宪法第一修正案法律进行审查的标准,也是对法律表面的审查(on its face)。涉及法律本身规定得是否清晰、明确,禁止手段是否超过实际需要,以及是否对公民基本自由施加了不必要的负担,虽然这些审查标准带有抽象成分,但归根结底仍需适用到具体案件中,对特定人和事产生影响。

从我国合宪性审查的实践来看,法规备案审查室对规范性文件进行审查在总体上适用《宪法》第5条规定的“抵触”原则,其在实际上适用的是《立法法》第8条与第9条规定的“法律保留”,以及法律保留原则的下位原则“比例原则”。实践中,法规备案审查室提出废止一些省份规定“超生即辞退”的地方性法规,就是使用比例原则之“限制最小”方法。这一审查标准只是对法规范的抽象审查,是对法规范字面规定妥当与否的审查,不涉及法律的具体适用。^[26]

(四) 审查效力具有普遍性

法院裁决的结果只具有个案拘束力,立法机关的决定具有普遍效力。立法包括法律的立、改、废,意味着各国家机关和当事人都须遵守。撤销、修改、废止、停止适用等属于立法行为,其实质是无效,其具体含义是不再实施、执行和适用。这种普遍效力不同于司法的个案拘束力,而是政治行为的结果。

在合宪性审查的情况之下,赢了官司却不能赢得救济是常见的事情。^[27]审查机关可能宣告某一项规范性文件无效、撤销或者废止,但是,这对于当事人却是于事无补。在我国,除非当事人另案提起国家赔偿,否则不会得到具体的救济,但这种国家赔偿是行政诉讼法上的事情。合宪性审查效力上的政治性是造成“赢得了官司赢不了救济”的根源所在。在抽象的规范审查案件中,审查机关只宣布规范性文件违宪,但却不能给当事人提供救济,原因在于这种类型的审查依循的是“客观法模式”,而非“主观权利模式”。在德国,除了抽象的规范审查之外,宪法诉愿是在穷尽法律救济的情况下提起的,即这种诉讼是当事人对普通法院判决提起的诉讼,虽然表面上是对裁判权或者司法权提出的合宪性质疑,但实质上却是对法院所适用法律提出的质疑,而宪法法院判决法令违宪后尚需原审法院再行宣判。对于当事人而言,其判决结果无法对当事人提供救济,宪法法院对违宪法令的宣判是“远水不解近渴”。也就是说,无论是抽象规范审查,还是宪法诉愿,德国模式都是带有政治性的。

我国合宪性审查的效力具有普遍性,无论撤销、修改、废止、停止适用都属于政治行为,不同于法律上的个案拘束力。

四、结 语

法律问题的认定具有特定标准,判定政治问题和法律问题的理论基础是权力分工。我国《宪法》规定的“民主集中制”、人民代表大会制度、《宪法》第62条和第67条、修改后的《宪法》

[26] 参见前引[4],杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯书,第190、191页。

[27] 参见苏永钦:《以人民之名》,载《法令月刊》2014年第12期。

第70条，以及《关于全国人民代表大会宪法和法律委员会职责问题的决定》都说明，在我国，全国人民代表大会是最高国家权力机关，法院是适用法律的机关。我国合宪性审查的规范依据、理论基础、审查目的、审查主体、审查对象、审查程序、审查标准、审查效力等表明，抽象的规范审查是在遵循法治原则下维护宪法秩序及法治统一的努力，确保法治统一的实质是贯彻“中华人民共和国一切权力属于人民”这一伟大的政治原则，因为法律是人民制定的。

Abstract: The mode of constitutional supervision of power organs determines that the nature of constitutional review in China is political review, which examines political issues rather than legal issues. Legal issues are different from political issues as well as factual issues. The standard of legal issues is cases and controversy. Its theoretical basis is the division of power, which must meet the standing, ripeness and mootness. It must be covered by the application of law between facts and norms back and forth, to rule whether it is to be protected. The reason why constitutional review in China is not a legal issue lies in that the theoretical basis, normative basis, review subject, review purpose, review object, review procedure, review standard and review effect of the review are different from the judicial review of the court center. The constitutional review in China is a process in which the legislature implements the constitution, maintains the authority of the Constitution and ensures the unity of the rule of law through the operation of legislative power within the scope of constitutional authority, so as to reflect the principle of people's sovereignty.

Key Words: democratic centralism, supervision of the constitutional enforcement, legislature, normative documents

• 41 •

(责任编辑：于文豪 赵建蕊)

数据治理与软法

沈 岿*

内容提要：“数据治理”起源于企业对其生成和获得的数据进行提高其质量、促进其有效利用的治理。之后，“数据治理”指向基于数据应用的公共治理。政府可以利用数据提升治理水平，企业、社会组织等也可以利用数据参与公共治理。制定规则是数据治理不可或缺的一项重要任务。由于“对数据治理”和“用数据治理”的普遍存在，以及组织之间可能需要的在两个维度上的合作，完全有必要通过软法性质的规则去引导组织自身的“对数据治理”，以及组织或组织之间的“用数据治理”。数据治理的普遍性、技术性、复杂性和应时性，决定了其对软法有着非常大的需求。

关键词：数据 数据治理 软法 软硬法混合治理

我们生活在一个计算机时代、互联网时代，这似乎已经是无须多言的事实。然而，并不是所有人都清楚“计算机栖居”“网络栖居”会给我们带来什么。

我们已经习惯于在网上购买食品、药品，在网上下单购买所需书籍，在网上订购机票、火车票，在网上与客服沟通，在网上与认识的或即将认识的人聊天，在网上浏览新闻、收集信息。可是，我们并没有完全清晰地意识到，所有这些网上行为所产生的数据都已经以数字化的形式存储在网络中了。如果这些数据得以收集、集成、分析，那么，我们喜欢吃什么，有哪些常见小病，偏爱读什么书，何年何月何日曾经去过什么地方，待人接物的方式是什么，有哪些朋友，关注些什么话题，喜爱哪些电影、电视剧、视频或图片，都会被一一挖掘出来，从而可以对我们做一个即便我们自己可能都没有做过的立体画像（portrait）。或许，你可以选择逃离网络，去商场、超市、药店、书店、报纸杂志零售点，由此减少与你个人生活挂钩的数据生成的机会。可是，除非你完全使用现金，一旦你使用微信、支付宝或信用卡，你试图“摆脱留痕”的努力基本是前功尽弃。而你多半不会愿意自己成为时代的弃儿，去追求老古董式的生活。

* 沈岿，北京大学法学院教授。

数据不仅可以用来完成“历史画像”，而且，因为数据中隐含着规律性，对数据的深度分析有助于预测未来趋势。^{〔1〕}当我们早上起来后，手机助手会提醒，还有多长时间可以到我们所在的单位；当我们在网上浏览的时候，时常会遇到弹出的广告页面，恰好与自己最近的购物兴趣有关；当我们查看电子邮箱时，可能还会发现曾经去过的博物馆、剧院或房产中介给我们推送的展览、演出或房源信息。

这些正在发生的事情，让我们感受到了信息技术的力量，感受到了生活内容和方式的革命性变化，感受到了个性化定制的普遍发生和前所未有的便捷，但仔细琢磨，我们又同时产生了不少的担心和害怕。数据对人类的全方位且不断加深的渗透，如同历史上发生的任何一次技术革命一样，都会冲击革命前形成的、基本稳定的、人们安之若素的利益格局，形成双刃剑的效果。相同的逻辑和问题会再次发生：如何利用其好的一面，如何遏制其坏的一面。于是，“数据治理”（data governance）很快成为一个热门话题，并带动了与此相关的规则探索。毕竟，对任何事物的有效利用和遏制，都离不开相对周密、完善且具有高度针对性、匹配性的规则。本文试图从数据治理的自身使命、工作特性以及最佳实践中，发现软法在其中扮演的、作用丝毫不亚于硬法的重要角色。

一、数据治理的理论界定

“数据治理”虽然是一个热词，可并没有形成统一的定义。有人或许会问：数据治理到底是治理数据，还是利用数据进行治理？仅从语词构成的表面上看，两种解读都是有可能的，但答案其实并非简单的二选一。

（一）数据治理内涵的不同观点

根据维基百科，“数据治理”用于宏观和微观两个层面。前者是一个政治（politics）概念，是国际关系和互联网治理的组成部分；后者是一个管理（management）概念，是公司治理的组成部分。在宏观层面，数据治理指向各国对跨境数据流动的治理，所以应更加准确地称之为国际数据治理。这一新的领域包括“治理各类数据的规范、原则和规则”。在微观层面，数据治理指向数据管理，其关心的是组织有能力确保数据在完整生命周期中具有高质量。企业数据治理的焦点包括可得性、可用性、一致性、完整性、安全性，包括建立流程以确保在整个企业中进行有效的数据管理。^{〔2〕}

成立于2003年的“数据治理研究所”（Data Governance Institute, DGI），旨在为全球提供深度的、中立的数据治理最佳实践（best practices）和指引。该机构2004年提出的《DGI数据治理框架》（以下简称《DGI框架》）已经为全球数百个组织所应用。^{〔3〕}这一框架对数据治理给出了简单和复杂的两种定义。简单定义是：数据治理是对数据相关事项进行决策和行使权力。复杂定义是：数据治理是对信息相关过程进行决策的权利和责任系统，该系统按照已经取得共识

〔1〕 参见覃雄派、陈跃国、杜小勇编著：《数据科学概论》，中国人民大学出版社2018年版，第3、7页。

〔2〕 See Data governance, available at https://en.wikipedia.org/wiki/Data_governance, last visited on Sept. 30, 2019.

〔3〕 参见《DGI数据治理框架》，载 <http://www.datagovernance.com>，最后访问时间：2019年9月30日。

的模型执行，模型描述的是谁在什么时候、什么情况下、使用什么方法对什么信息采取什么行动。^{〔4〕}按此定义，对与数据有关的事项作出决策、采取行动以及相应的体系，都在数据治理的范畴之内，无论决策或行动的主体是谁。

英国人文和社会科学院（British Academy）和英国皇家学会（Royal Society）2017年发布的联合报告《数据管理和使用：21世纪的治理》（Data Management and Use: Governance in the 21st Century）使用的“数据治理”一词，就是指向“对数据管理和数据使用的治理”，为了提升对数据管理、数据使用以及衍生技术的信任而设计出来的任何事物，都属于该报告所关注的治理。^{〔5〕}

美国俄克拉荷马州管理和企业服务办公室（Office of Management & Enterprise Services, OMES）的数据治理项目办公室，于2019年4月17日发布的《数据治理概览》（Data Governance Overview）报告指出，数据治理是一个组织过程和结构。它建立对数据的责任，组织工作人员通过系统地创建和实施政策、角色、职责和程序来协作并持续地改进数据质量。因此，它是用来定义关于数据的决策过程的，指向一个战略性的长期过程，通常出现在达到相当成熟水准的组织里。它为管理、使用、改进和保护组织信息的过程增加了严谨性和纪律性。高效的数据治理可以促进跨组织协作和结构化决策，进而提高数据的质量、可用性和完整性。^{〔6〕}

应当指出，虽然维基百科把微观层面上的数据治理等同于数据管理，但在一些研究者看来，二者还是存在差异的。数据治理是政策、程序、结构、角色和责任的组织与实施，旨在为有效管理信息资产，提供和实施有关参与、决策和责任的规则。无论如何定义，底线在于数据治理是运用权力和政策，确保信息资产的妥善管理。因此，数据治理不是由信息管理人员承担的职能。数据治理确定必需的控制、政策和过程，并制定规则，而信息管理人员负责执行这些规则。^{〔7〕}类似地，国内有观点认为，数据治理明确战略方针、组织架构、政策和过程，并制定规则和规范，来评估、指导和监督数据管理；数据管理则是通过计划、建设、运营和监控相关方针、活动和项目，以获取、控制、保护、交付和提高数据资产价值来实现数据治理所作的决策，并向数据治理提供相应的反馈。^{〔8〕}

其实，若是从角色、职能分工而言，对二者加以区分是合理的。但数据治理既然是对数据管理和使用的治理，目的之一是确保数据的有效管理，因此，数据管理就是数据治理的有机组成部分，尽管二者之间绝对不能划等号。故有论者指出：“数据治理是围绕数据资产展开的系列工作，以服务组织各层决策为目标，涉及有关数据管理的技术、过程、标准和政策的集合。”^{〔9〕}

〔4〕 参见《DGI数据治理框架》，第3页，载 http://www.datagovernance.com/wp-content/uploads/2014/11/dgi_framework.pdf，最后访问时间：2019年9月30日。

〔5〕 参见《数据管理和使用：21世纪的治理》，第6页，载 <https://royalsociety.org/~media/policy/projects/data-governance/data-management-governance.pdf>，最后访问时间：2019年9月30日。

〔6〕 参见《数据治理概览》，第4页，载 <https://omes.ok.gov/sites/g/files/gmc316/f/DataGovernanceOverview.pdf>，最后访问时间：2019年9月30日。

〔7〕 See John Ladley, *Data Governance: How to Design, Deploy and Sustain an Effective Data Governance Program*, Elsevier Inc., 2012, p. 11.

〔8〕 参见包冬梅、范颖捷、李鸣：《高校图书馆数据治理及其框架》，载《图书情报工作》2015年第18期。

〔9〕 张宁、袁勤俭：《数据治理研究述评》，载《情报杂志》2017年第5期，第130页。

（二）数据治理的多层次意涵

以上并未穷尽也不可能穷尽所有关于数据治理的定义，只是管中窥豹。可以看出，各种定义虽然表述不同，但指向的基本都是对数据及其管理和使用的治理，甚至最广义的可以指向所有与数据有关的决策和行动及对这种决策和行动过程的治理。在数据治理这个概念最先出现的时候，这个决策和行动的主体更多是指企业，“数据治理最早被企业所重视”^{〔10〕}，“源于企业对数据资产的治理”^{〔11〕}。然而，数据尤其是大数据的利用，不仅可以为企业创造无限的商业价值，而且在政府对经济、社会、环境等公共事务的治理中，也同样有其巨大的用武之地。于是，政府数据治理观念应运而生。

政府数据治理又有不同层次上的意涵。首先，政府如企业一样，需要对其在行政管理和服务过程中产生和使用的数据进行治理，以维护数据质量，保证数据安全。其次，政府应当充分利用数据和数据分析，为其决策和行动提供支撑，提升其治理能力和水平。这就是前文提及的基于数据、利用数据的治理。第三，政府应当对政府数据资源的对外共享和开放利用加强治理，以促进企业和社会乃至个人，利用安全可靠的政府数据，参与公共治理。治理（governance）不同于统治（government），其主体不限于政府，各种公共和私人机构行使权力得到公众认可，就能成为各个层面上的权力中心。^{〔12〕}政府数据资源的开放利用可以促成各方主体的智慧决策，更有助于善治的形成。如第三方机构利用和分析开放的政府数据，形成对企业的信用等级评价或认证。第四，在更为宏观的层次上，政府对数据产业、数字经济乃至整个社会数据化过程进行全方位的、引领式的治理，如国家数据战略。^{〔13〕}由于企业并没有政府那样的治理之责，故狭义的数据治理很少有以上后三个层次的含义。

• 45 •

综上，回到之前提及的问题，本文所用的“数据治理”概念是最广意义上的。简单说，既包括对数据的治理，也指向利用数据进行治理。^{〔14〕}而且，二者经常是相互交织的。政府、企业、社会组织等都需要对其产生、获取的数据进行有效管理和利用，这种需要是大数据时代的应时而为，而非任何法律所强制。政府可以利用数据提升治理水平，企业、社会组织等也可以利用数据参与公共治理。但是，数据的有效管理和利用，都需要一套相适应的、由不同规范构成的制度体系，这就是对数据及其管理和利用进行的治理。没有对数据的良好治理，就不会有基于数据的良好决策，包括企业、社会组织乃至政府的各自决策，更无法利用数据对经济、社会、环境等进行良好治理。

二、数据治理的目标及规则任务

在如此广义的数据治理概念之下，讨论数据治理的目标，是有相当难度的。毕竟，两个关联

〔10〕 谭必勇、陈艳：《加拿大联邦政府数据治理框架分析及其对我国的启示》，载《电子政务》2019年第1期，第11页。

〔11〕 黄璜：《美国联邦政府数据治理：政策与结构》，载《中国行政管理》2017年第8期，第47页。

〔12〕 参见俞可平：《全球治理引论》，载《马克思主义与现实》2002年第1期。

〔13〕 参见前引〔11〕，黄璜文。

〔14〕 参见李重照、黄璜：《英国政府数据治理的政策与治理结构》，载《电子政务》2019年第1期。

的维度——对数据治理和用数据治理——都各有其不同的使命。更何况，即便在其中任何一个维度，又有许多更加具体化、特定化的需求。不过，对多维度、多领域数据治理的复杂性了解越多，就越能意识和理解软法在其中可能发挥的重要作用。

（一）数据治理的第一个维度：对数据的治理

首先，在第一个维度，政府、企业、社会机构等不同形式的组织，都有对其产生、获得的数据进行治理的需要。之所以如此，是因为数据或多或少会面临以下主要问题：（1）数据不完整。缺少关键基础数据，部分辅助数据缺失或不全面，历史数据丢失严重。（2）数据分散、不一致。组织——尤其是略具规模的组织——内部数据入口众多，同一类数据采用的标准、规则不一致。（3）数据质量低。大量数据“堆积”在一起，集成数据的可用性差。（4）数据共享集成成本高。数据标准不统一、分散，数据核对、清理、映射的工作量巨大，导致共享集成数据和数据分析的成本非常高。（5）数据效益不显著。数据决策分析的结果可靠性差，投入与产出不匹配，影响良好决策。^{〔15〕}（6）不良数据散布风险。在数据管理混乱的情况下，不良数据（bad data）也容易散布并产生负面影响。^{〔16〕}（7）数据安全风险。木马、病毒、僵尸网络、黑客等都会使数据存在篡改、泄漏、崩溃的风险。^{〔17〕}（8）数据隐私泄露风险。敏感隐私的数据被泄露或非法利用的可能性加大。^{〔18〕}

当然，不同组织需要解决的数据问题是不尽一致的。为解决不同问题，就需要确定不同的目标，并采取相应的、针对性强的措施。不过，根据《DGI 框架》，数据治理还是存在普遍性目标的，即：（1）确保更好的决策；（2）减少运行的摩擦；（3）保护数据利益相关者的需求；（4）培训管理部门及其人员采取通用方法处理数据问题；（5）构建标准的、可重复的流程；（6）通过协作减少成本、提高效率；（7）保证流程的透明度。^{〔19〕}

与此类似，杨琳等认为，数据治理的目标主要有四项：（1）战略一致。即数据治理应当满足组织持续发展的需要。（2）风险可控。治理同时作为价值来源和风险来源的数据，可以避免决策失败、经济损失。（3）运营合规。治理数据可以让组织的运营符合法律法规和行业规范，降低合规风险，提升组织信誉。（4）价值实现。通过大数据与业务的融合，保证数据价值的实现。^{〔20〕}张一鸣指出，通过有效的数据治理，可以获得：（1）完善的数据管控体系；（2）统一的数据来源；（3）标准化、规范化的数据；（4）提高的工作效率；（5）降低的数据管理、维护、集成成本。^{〔21〕}张宁等给出了更简洁、更直接的目标叙述：数据治理旨在确保数据的准确性、可获取性、安全性、适度分享和合规使用。^{〔22〕}

这些关于数据治理目标的论述尽管不同，却可看出其中包含许多共同的指向，并且都有助于

〔15〕 参见张一鸣：《数据治理过程浅析》，载《中国信息界》2012年第9期。

〔16〕 参见前引〔6〕，第3页。

〔17〕 参见吴沈括：《数据治理的全球态势及中国应对策略》，载《电子政务》2019年第1期。

〔18〕 参见杨琳、高洪美、宋俊典、张绍华：《大数据环境下的数据治理框架研究及应用》，载《计算机应用与软件》2017年第4期。

〔19〕 参见前引〔4〕，第6页。

〔20〕 参见前引〔18〕，杨琳、高洪美、宋俊典、张绍华文。

〔21〕 参见前引〔15〕，张一鸣文。

〔22〕 参见前引〔9〕，张宁、袁勤俭文。

解决前文所述数据存在的问题。要实现这些一般性目标,数据治理的任务会根据目标的特定化差异而有不同的侧重和措施。例如,《DGI 框架》给出了数据治理六个可能的聚焦领域,^[23]并且在每个领域,都指出了应予从事的不同任务。^[24]

需要注意的是,在林林总总关于数据治理目标的叙述中,可以发现一点共性,即制定规则是数据治理不可或缺的一项重要任务。《DGI 框架》就指出,所有的数据治理项目都会采取行动,以完成由三个部分构成的治理任务:创制规则(create rules)、解决冲突(resolve conflicts)和提供持续服务(provide ongoing services)。这是它们的共性所在。^[25]把创制规则放在数据治理任务三个组成部分的首要位置,可见其重大意义。

《数据管理和使用:21世纪的治理》在定义数据治理的时候,也指出它“包括关于活动、惯例和实践的法律规范、道德规范、职业规范和行为规范的制度性结构,以及制定和实施这些规范的制度性机制,这些规范加起来共同对数据的收集、储存、使用和转让进行治理”。^[26]可见,数据治理必定是一个复杂的规范集的治理过程。联系其需要解决的问题,不难想象,若没有有效的规范体系,就无法实现数据的高质量、安全、可靠、协调,也无法实现数据管理和应用的合法、合规与效率。

(二) 数据治理的第二个维度:利用数据进行治理

第二个维度“用数据治理”是与第一个维度紧密交织的,但又有其自身的目标和任务。虽然用数据治理的主体是多元化的,不限于政府,但政府确实是用数据治理体系中的主导者。由于数据时代的来临,政府治理的内容和方式发生急剧的变化。唐斯等就指出,政府用数据治理可以:(1)就公共服务而言,实现公共服务环境的开放化、公共服务方式的推送化、公共服务产品的个性化以及随需所想的公共服务;(2)就社会管理而言,实现“微”决策(运用数据挖掘发现分散、小概率事件背后的问题,发挥提前预警功能)、“被”决策(利用数据把握民意和民智,更多地参考和回应公众意愿)、“智”决策(通过数据分析形成精准报告和预测,有助于实时决策),让参与型社会实质化,更好地实施社会危机和风险治理;(3)就政府绩效管理而言,实现“用数据说话”的政府绩效评估、关联化评估(外部对政府的参与度、评价,内部对工作绩效、组织管理绩效、资金管理绩效、IT资产管理绩效等各种相关因素的综合评估)以及政府绩效的量化评估。^[27]而要实现大数据助推政府治理的目标,也同样需像企业治理数据那样对政府数据进行有效的治理,保证政府数据的安全可靠、有机融合、内部共享、分析利用,以及企业数据治理并不必做的对外开放。^[28]

• 47 •

[23] 这些聚焦领域分别是:(1)政策、标准和战略;(2)数据质量;(3)隐私、合规与安全;(4)数据结构与集成;(5)数据库和商业智能;(6)管理支持。参见前引[4],第7页。

[24] 在此仅举两例说明。若聚焦“政策、标准和战略”,主要任务是:(1)审查、批准和监督政策;(2)收集、挑选、审查、批准和监督标准;(3)保证政策和标准相互一致;(4)制定商业规则;(5)制定数据战略;(6)识别利益相关者并设定决策权利。若聚焦“数据质量”,主要任务是:(1)为数据质量设定方向;(2)监督数据质量;(3)报告数据质量方案的实施情况;(4)识别利益相关者,设定决策权利,厘清责任。参见前引[4],第8页。

[25] 参见前引[4],第6页。

[26] 参见前引[5],第96页。

[27] 参见唐斯、刘叶婷:《以“数据治理”推动政府治理创新》,载《中国发展观察》2014年第5期。

[28] 参见范灵俊、洪学海、黄晔、华岗、李国杰:《政府大数据治理的挑战及对策》,载《大数据》2016年第3期。

把对数据治理和用数据治理更加充分地结合起来的政府数据治理以及基于数据的公共治理(data-based public governance),势必会有更重的规则创制任务。因为,除了对政府生成或获得的数据进行治理、保障这些数据的高质量 and 可用性的需要以外,政府应该如何通过政府信息公开、政府数据的收集和开放、电子政务的实施、政府数据利用与个性化管理、个性化服务的对接、政府数据与不同企业和社会组织数据的分享利用以及个人隐私的保护,来充分提升政府治理乃至公共治理的水平,都需要大量的法律、政策、指令、指导性意见等规则的支撑。这在其他国家的政府数据治理中已经有充分体现。^[29]如李重照等指出,这或许也可以理解为政府数据治理的第三个层面:数据环境治理,即对与数据相关的要素进行治理,通过完善政策法规、建立标准规范、保障数据安全,构建良好的“用数”环境。^[30]

三、数据治理的软法空间

数据治理的规则创制任务是否可以完全由国家法律完成呢?尤其是有强制约束力的国家法律(后文简称为“硬法”)来完成?如前所述,数据治理是现代公共治理体系中一个新的组成部分,由于公共治理需要软法之治已经基本成为共识,^[31]似乎很容易得出一个否定的答案。然而,为更好地理解数据治理的软法空间,仍然有必要脱离这个简单的推理结论,针对数据治理的特殊性,探讨软法为什么以及在什么范围内有助于数据治理。

(一) 数据治理的普遍性需要软法

数据治理并不是一个企业、一个行业或一个政府机构的事情。任何有着一定规模的组织,都会在当下与未来面对如何在数据的管理和应用上最大化其收益的问题,因此都需要通过相应的规则加强数据治理。当然,组织为其自己的数据治理任务而创设的规则,并不属于软法范畴。然而,由于“对数据治理”和“用数据治理”的普遍存在,以及组织之间可能需要的在两个维度上的合作,完全有必要通过软法性质的规则,去引导组织自身的“对数据治理”,以及组织或组织之间的“用数据治理”。

例如,尽管微软公司只是一家企业,但其发布的由五个部分组成的《隐私、保密与合规的数据治理指引》(A Guide to Data Governance for Privacy, Confidentiality, and Compliance),在国际隐私专家协会(International Association of Privacy Professionals)的网站上,作为一种资源得到强力推荐。^[32]而前文提及的《DGI 框架》已经为全球数百个组织所用。这些文件的内容没有传统国家法的色彩,它们提出的数据治理规则都是建议性的、指引性的,却得到了广泛参考

[29] 参见前引〔14〕,李重照、黄璜文;前引〔11〕,黄璜文;前引〔10〕,谭必勇、陈艳文。

[30] 参见前引〔14〕,李重照、黄璜文。

[31] 参见翟小波:《“软法”及其概念之证成——以公共治理为背景》,载《法律科学》2007年第2期;罗鹏兴:《软法:公共治理不可或缺的制度之维》,载《重庆工商大学学报》(社会科学版)2008年第2期;罗豪才:《公共治理的崛起呼唤软法之治》,载姜明安主编:《行政法论丛》第22卷,法律出版社2008年版,第1-5页;姜明安:《完善软法机制,推进社会公共治理创新》,载《中国法学》2010年第5期。

[32] 五个部分分别是“数据治理的情况”“人和程序”“管理技术风险”“能力成熟模型”“走向云计算”。参见《隐私、保密与合规的数据治理指引》,载 <https://iapp.org/resources/article/a-guide-to-data-governance-for-privacy-confidentiality-and-compliance/>,最后访问时间:2019年9月30日。

和应用。

（二）数据治理的技术性需要软法

数据治理之所以需要软法，技术性也是其中一个原因。数据治理是现代信息技术（IT）发展的结果。已有的或可能的技术发展带来什么样的数据治理问题，以及针对这些问题应该如何结合技术特点，制定相应的数据治理规则，是数据治理必须应对的。由于技术性太强，这些规则的提供不可能完全依赖正式国家法律的制定。

例如，云技术是在广域网或局域网内将硬件、软件、网络等系列资源统一起来，实现数据的计算、储存、处理和共享的一种托管技术。为了给新加坡金融机构在外包云技术及相应管理方面提供指引，新加坡银行协会（Association of Bank in Singapore, ABS）于2019年8月2日发布了《ABS云计算实施指南2.0》（ABS Cloud Computing Implementation Guide 2.0 for the Financial Industry in Singapore，以下简称《ABS云计算指南2.0》）。这个指南中的建议都是经过新加坡银行协会网络安全常务委员会讨论和同意的，旨在帮助金融机构了解云技术外包过程中应持续进行的尽职调查、供应商管理和关键点控制。它还专门指出，该指南包含的最佳实践建议和注意事项是为了支持安全使用云技术，但不是一套强制性要求。^{〔33〕}

（三）数据治理的复杂性需要软法

数据治理的复杂性也是其相当程度依赖软法的重要原因。复杂性不仅源于技术，而且与任务的多样性、组织及其所在国家或地区的差异性有关。例如，前文已经提及，《DGI框架》给出数据治理六大聚焦领域的同时，大致说明了每个聚焦领域应予完成的任务，而对应于这些不同的任务，就需要不同的操作规则，包括但不限于政策、标准、策略等。^{〔34〕}又如，IBM公司的《大数据时代信息治理原则和实践》（Information Governance Principles and Practices for a Big Data Landscape，以下简称《IBM信息治理》）也指出，“当企业和信息技术专业人员首次考察信息治理主题时，许多人对这个主题的复杂性感到不知所措。信息系统的数量和相互竞争的企业议程将如此多的变量混杂在一起，以至于手头的任务似乎是无法应付的”。对于许多企业而言，在全球经济时代，它们都需要履行来自国际的、国家的、地区的各种外部规制所提出的不同义务，才能做到合规。^{〔35〕}至于政府利用数据治理，更是牵扯不同的部门、不同的领域、不同的治理任务，显然无法通过屈指可数的国家法规则予以全面覆盖。^{〔36〕}多个变量造成的复杂性，使得软法更具适应性。

（四）数据治理的应时性需要软法

数据治理建立在信息技术发展基础之上，而信息技术的发展速度是极快的。传统上，通过赋

• 49 •

〔33〕 参见《ABS云计算实施指南2.0》，载 <https://abs.org.sg/docs/library/abs-cloud-computing-implementation-guide.pdf>，最后访问时间：2019年9月30日。

〔34〕 参见前引〔4〕，第7-10页。

〔35〕 参见《大数据时代信息治理原则和实践》，第33、37页，载 <http://www.redbooks.ibm.com/redbooks/pdfs/sg248165.pdf>，最后访问时间：2019年9月30日。

〔36〕 例如，美国医疗保健领域的改革呈现“新治理”倾向，数据收集和传播是其中的一个治理手段，该手段本身就被视为是软法的作用。See Louise G. Trubek, New Governance and Soft Law in Health Care Reform, 3 *Indiana Health Law Review*, 168, 139-170 (2006).

予法律（主要是国家法）的强制约束力，可以保证法律在相当一段时期内得到普遍遵守，保证法律具有高度的稳定性，从而维系应有的秩序。但是，现如今，技术的日新月异使问题的产生远远快于问题的解决。如何于迅速变化之中在稳定性和适应性之间寻得平衡，是当代法治必须应对的棘手难题。数据治理就处于如此情境之中。

因此，《IBM 信息治理》指出，数据治理实践必须对技术、客户需求以及内部流程的变化反应灵敏。^{〔37〕}而要做到这一点，比硬法更具有应时性特点和功能的软法，就有了更大的存在空间。^{〔38〕}例如，新加坡银行协会 2016 年 6 月发布了《云计算实施指南》，而仅仅 3 年之后，该协会就对指南进行了更新升级，颁布了《ABS 云计算指南 2.0》。^{〔39〕}

由上分析可知，数据治理的普遍性、技术性、复杂性和应时性，决定了其对软法有着非常大的需求。当然，数据治理对软法有着极大数量的需求，并不意味着其单凭软法或主要依靠软法即可实现数据的安全性、完整性、一致性、可靠性、可得性、可用性及其利用的智慧性、准确性和权益平衡性。其实，如同在许多领域一样，数据治理若没有硬法规定基础性规范，软法也难以发挥真正有效的作用。

例如，加拿大的政府数据治理依靠大量的软法规则，如《信息和技术政策框架》《信息技术管理政策》《信息技术管理指令》《加拿大政府 2016 至 2020 年信息管理和信息技术战略计划》《运营安全标准：信息技术安全管理》《加拿大白皮书：数据主权和公共云》《开放政府伙伴关系第三个双年计划：2016—2018》《加拿大 2018—2020 开放政府行动计划》《关于隐私实践的指令（2014）》《隐私保护政策（2018）》《综合风险管理指南》《国家风险简档》《风险陈述指南》《风险分类指南》等等，不胜枚举。然而，所有这些都建立在比较成熟的硬法体系基础上，如《隐私法》《个人信息保护和电子文件法》《信息获取法》《信息安全法》《加拿大安全信息共享法》《加拿大国家图书档案馆法》等。^{〔40〕}英国、^{〔41〕}美国^{〔42〕}等的政府数据治理也呈现类似硬法、软法混合治理的情形。^{〔43〕}

四、结语：未来的研究

本文是一个相当初步的探索，旨在说明当代不可回避的数据治理对软法的需求。数据治理内含“对数据治理”和“用数据治理”两个相互关联的维度，从个体商家、企业、行业协会、非政府组织，到地区和国家的政府，乃至跨越国境的共同体，不计其数的不同类型的组织或机构都有

〔37〕 参见前引〔4〕，第 37 页。

〔38〕 相对于法律修改程序和流程的复杂和周期的长久，政策的修改和更新速度更能保证对政府数据治理实践的指导。参见前引〔10〕，谭必勇、陈艳文。

〔39〕 参见《ABS 云计算指南 2.0》，载 https://www.abs.org.sg/docs/library/20190802-media-release-on-abs-issues-cloud-computing-implementation-guide-version-2-0_final-ver.pdf，最后访问时间：2019 年 9 月 30 日。

〔40〕 参见前引〔10〕，谭必勇、陈艳文。

〔41〕 参见前引〔14〕，李重照、黄璜文。

〔42〕 参见前引〔11〕，黄璜文。

〔43〕 关于硬法和软法混合治理概念的最先提出，参见罗豪才、宋功德：《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》，载《中国法学》2006 年第 2 期。

数据治理的需要。在其之下的深层世界中，人类正在被难以计量的、快速繁殖的数据“围剿”。对安全、隐私的关怀，同对数据的商业、社会和政治价值的挖掘利用，经常交织在一起，以至于相关的权利、权力边界产生了更多的模糊性、流动性。希冀硬法对此进行常规的、定准的调整，显然是一种奢望。数据治理的普遍性、技术性、复杂性、应时性，都在呼唤硬法与软法的共同构建。

若能就此达成共识，那么，未来的研究将会更多地与数据治理的具体目标和任务——例如，数据质量、安全保障、数据公开、隐私保护等——相结合，探究具体目标和任务之下，哪些规范必须由硬法提供，哪些规范可以考虑由软法供应，以及二者之间如何实现有效的互动与作用。在未来，由于技术将更大范围、更强有力地改变人们的日常生活，对数据治理与法律的研究，对算法、人工智能与法律等的研究，将对传统上更多栖息在人文社科岛屿的法律人提出巨大挑战，当然也给法律人和技术专业人才在规则制定、实施以及研究方面的深度结合提供了契机。

Abstract: “Data governance” originates from the governance of the data that the company generates and obtains to improve its quality and promote its effective use. After that, “data governance” points to public governance based on data applications. Governments can use data to improve governance, and companies, social organizations, etc. can also use data to participate in public governance. Making rules is an important task that is indispensable for data governance. Because of the ubiquity of “data governance” and “using data governance” and the cooperation between organizations in two dimensions, it is absolutely necessary to guide the organization’s own “governance of data” through soft rules, and to guide organizations to “use data governance”. The universality, technicality, complexity and timeliness of data governance determine that it has a very large demand for soft law.

Key Words: data, data governance, soft law, mixed governance of soft and hard law

公共治理视野下的软法工具

王瑞雪*

内容提要：软法工具是从公共治理视野下的软法理论中生发的概念，是指不以法律强制执行的方式直接发挥作用、但具有实际效果的治理工具。软法工具的实施主体多元，软法工具的贯彻尊重人的尊严、促进人的发展的善治理念，兼具理性与非强制性。行政行为、规制工具和政策工具的理论体系中，均发展出了与其核心意旨相关的子概念。在适用软法工具的过程中，须确定具有正当性的合理目标、建立适当的信息获取与分类机制、选择恰当的行为影响工具。制裁性工具不仅须审慎作用于人身与财产权利，亦须格外审慎作用于人的声誉与资格。激励性工具、倡导性工具应当精心规划、理性设计、合理运用，引导符合市场价值、社会价值的行为。

关键词：公共治理 软法工具 尊严

一、引言

软法理论是在公共治理的背景下生发的，正所谓“公共治理呼吁软法之治”^{〔1〕}。在公共治理的语境下，政府不再是提供公共服务的唯一主体，其他社会主体和市场主体也可以承担大量公共任务。国家主导的、自上而下的、控制命令式的管理模式发生了巨大转变。国家、市场主体、社会组织甚至个人，形成了一个开放的治理网络。不同主体既具有自主性和相对独立性，也是复杂治理网络中的一环，于是协商、沟通与合作也就成为了更加重要的决策要素。^{〔2〕}公共治理模式的

* 王瑞雪，南开大学法学院副教授。

本文为天津市社科规划项目“作为政府监管工具的‘评级’研究”（TJFX16-002Q）的阶段性成果。

〔1〕 罗豪才、宋功德：《公域之治的转型——对公共治理与公法互动关系的一种透视》，载《中国法学》2005年第5期，第20页。

〔2〕 参见王瑞雪：《治理语境下的多元行政法》，载《行政法学研究》2014年第4期。

出现不仅导致了公共行政的变革,也进一步造成了公法模式的转型。^{〔3〕}在公共治理领域全面实施“依靠国家强制力保障实施”的硬法之治,既无必要,也不可能,还不合理。^{〔4〕}法律的实现并不仅仅归因于国家的强制命令和民众的被迫接受。持续不断的沟通交流和理性说服,可以使得规范不通过严厉制裁的震慑也能被民众自发地遵守。^{〔5〕}

软法赋予人们更多的自治权,使参与者更多地思考正义的需求,对现状进行反思,对分歧进行协商。^{〔6〕}而且,软法理论所倡导的并非只是国家正式法源之外的规范,更重要的是一种尊重自治、强调协商的软法治理模式。软法治理模式要求政府在活动方式上以尊重主体尊严、有利主体发展为出发点,充分发挥市场主体、社会主体和个人的自主性、能动性,优先适用激励型和宽容型的执法方式,审慎适用强制性程度高的制裁措施。而这也是推进国家治理体系和治理能力现代化、改善营商环境、激发各类市场主体活力的题中之义。本文试图从软法治理模式中提炼出“软法工具”的概念,用以描摹软法治理模式所倡导的政府活动方式与公共治理工具。^{〔7〕}

二、软法工具的界定

(一) 软法工具的内涵

软法是指不能运用国家强制力保证实施的法规范。其概念虽在国际法学界久已有之,但我国学术界在公共治理的视野下将其作为与“硬法”并列的规范形式与治理模式加以研究,是在已故著名法学家罗豪才教授的倡导下进行的。罗豪才教授曾明确指出:“软硬兼施的混合法模式乃是我国解决公共问题的基本模式。”^{〔8〕}与软法概念一脉相承,软法工具指代那些不以法律强制执行的方式直接发挥作用,但具有实际效果的各种治理工具。

软法工具之“软”,并非指向执行力的缺失与实效的不尽人意,而是源于政府对市场、社会的尊重,源于通过更宽容、更温和、更适宜的方式实现善治目标的基本理念。多层次的、回应性的规制与治理体系需要精细设计,弱制裁惩戒性、强劝服激励性的软法工具也是其中重要的组成部分。软法工具通过“更少强制、更多协商、更高自由”的方式手段,与更加强调惩戒与秩序的硬法工具一道,共同构成了规制与治理的工具箱。

〔3〕 参见姜明安:《新时代中国行政法学的转型与使命》,载《财经法学》2019年第1期。

〔4〕 参见罗豪才:《直面软法的问题》(代序),载罗豪才主编:《软法的理论与实践》,北京大学出版社2010年版,第1页。

〔5〕 参见沈岍:《软法概念之正当性新辨——以法律沟通论为诠释依据》,载《法商研究》2014年第1期。

〔6〕 See Deborah E. Rupp, Cynthia A. Williams, The Efficacy of Regulation as a Function of Psychological Fit: Reexamining the Hard Law/Soft Law Continuum, 12 *Theoretical Inq. L.*, 581 (2011).

〔7〕 广义的软法工具,不仅包括作为具体手段的软法工具,也包括“作为工具的软法”。英国著名规制法学者朱莉娅·布莱克(Julia Black)教授曾将政府选择何种规则来进行决策比喻为“将从箭囊中取出哪一支箭”,不同形式的规则是箭囊里的箭,而不是箭囊本身。参见〔英〕朱莉娅·布莱克:《“哪一支箭”:规则类型与规制政策》,卢超译,载《规制研究》第2辑,格致出版社、上海人民出版社2009年版,第193-221页。类似的,选择制定规则还是授予行政机关裁量权,选择硬法还是软法,选择软法中的哪一种形式,不同的规则形态究竟适合规范何种内容、性质、地位与范围的事项,均为“作为工具的软法”的题中之义,都是“箭囊”里不同的“箭”。在这一语境下,“软法工具”是致力于规范性的工具,是非正式的规则表现形式,从而与经典意义上的“软法”概念趋同。

〔8〕 罗豪才、宋功德:《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》,载《中国法学》2006年第2期,第18页。

在信息、数据技术高速发展的当今时代，政府活动方式也在日新月异地发展演变，涌现出越来越多威慑程度极大的新型监管工具。在这样的背景下，在正式规制体系之外同时强调软法治理的理念和软法工具的运用，具有越发重要的现实意义。软法工具往往通过强制性更低的方式影响与纠正人们的行为，具体表现为教育引导、劝服警示、协商合意、激励助推等形式。软法工具是符合软法治理理念的工具。软法治理理念对行政活动方式提出了谦抑与审慎的要求，尤其强调尊重行政相对人的自主性以及保持、培育其可持续发展的能力。软法治理理念不仅强调政府在监管过程中采用协商、沟通、合作等方式选择规制工具，还同时强调市场主体和社会主体的自我规制与第三方规制作用的发挥。扮演治理角色的私人主体在选择治理工具时，也不仅须遵守法律底线要求，还应当注重人文精神、尊重人的尊严、促进人的发展。软法工具概念绝非主张以极端工具主义的视角来看待非正式治理工具，相反，软法工具的适用须格外警惕“目的正当则可以不择手段”〔9〕的极端工具主义理念。软法工具至少与以下三种范畴相区分：

第一，软法工具区分于道德、情感等非法律工具。软法治理虽然强调对话、协商与沟通，但仍然是一种强调规范性与理性的规则之治，与道德、情感等并不属于同一范畴。在一些情境下，尤其是在充满地方性和本土性的基层场域之中，无需法律的秩序在规则之治之外也发挥着重要的作用。在直接面向民众的基层治理理论域，情感治理在实现秩序与认同中扮演了核心角色，以情感表达、情感参与为基础形态的交流沟通是形塑微观社会秩序的重要维度。〔10〕当然，道德、情感等与法律的关系是非常复杂的议题，但总体而言，基于软法属于法律范畴的基本主张，软法治理模式所倡导的实施工具也应当是强调规范性与理性的工具，即便其蕴含了柔性与灵活性的要素。

第二，软法工具区分于违法的规制工具。软法工具应当符合软法治理理念，但在实然层面，表面上具有非正式性的治理工具并不一定都符合软法治理理念。正如软法作为法的下位概念，本身即有善恶之分一样，软法工具也有可能以非正式行政活动的形式掩盖更为随意侵犯个人合法权益的实质，通过免于正式法律程序要求而加剧违法可能性，因此应当格外警惕那些形式上具有非正式性，但实质上却违背了法治原则的规制工具。〔11〕软法工具是依靠非强制手段促使相对人自愿遵守的工具，而不是用逸出法律约束之外的方式强迫相对人遵守的工具。

第三，软法工具区分于硬法工具，后者即依靠行政强制力保障实施的、严厉程度高的制裁与执行手段。硬法工具是政府规制的基石，政府通过严格的、多层次的法律责任和执法体系来确保行政任务的实现。硬法工具在很多情境下是软法工具能够发挥作用的后盾，相对人遵从软法，很有可能是基于硬法工具的威慑，亦即如果不遵从软法，则有可能受到更严厉的硬法工具的影响。但即便如此，软法工具也具有不附庸于硬法工具的独立价值，其精神内核上的宽容性与手段上的灵活性，对于完成公共治理任务、实现善治目标具有重要意义。

〔9〕 Klabbers Jan, Reflections on Soft International Law in a Privatized World, 16 *Finnish Y. B. Int'l L.*, 313 (2005).

〔10〕 参见文军、高艺多：《社区情感治理：何以可能，何以可为？》，载《华东师范大学学报》（哲学社会科学版）2017年第6期。

〔11〕 罗豪才教授指出：“与硬法一样，软法本身也有善恶之分。我们在一般意义上所讲的软法是指通过广泛的民主协商和公共参与形成的，体现公共意志，具有柔性、可接受性等特征的‘良’软法。但是现实并非总是如此，由于人类本性的缺陷等原因，软法在现实中也可能异化为‘恶’软法。……软法可能是恶法的现实要求我们必须将软法置于宪法之下，必须接受相关硬法框架的约束，满足法制统一、法律保留、基本权利保护、软硬法衔接等要求。”前引〔4〕，罗豪才文，第1页。

（二）软法工具的核心特征

软法工具之“软”，在于其精神内核之尊重与宽容，而并非形式上的非正式性。软法工具的核心特征至少包括：

第一，在软法工具的实施主体上，既可以是政府，也可以是其他承担治理任务的市场主体、社会主体。虽然治理主体多元化是公共治理理论与实践的重要特征，但政府之外的其他治理主体所采行的工具并不因其没有法律强制力而自动拥有尊重自愿、自治的秉性。相反，在很多情境下，它们会对个体权利形成隐蔽而巨大的威胁，其合法性与合理性是政府规制和公共治理关注的重点。^{〔12〕}无论实施主体为何，软法工具须为符合软法治理理念的工具。

第二，在基础理念上，软法工具贯彻尊重人的尊严、促进人的发展的善治理念。人的尊严之核心在于个人的自治与自决，人的发展则体现在自主性、能力、声誉等诸多维度。^{〔13〕}人不能够被贬抑至客体与纯粹的手段，即使在商业社会，人也不是某种金钱价值的等价物，即使在信息社会，人也不能成为可任意替代的数值。^{〔14〕}

第三，在作用方式上，软法工具兼具理性与非强制性。一方面，秉承“软法亦法”所彰显的法治价值，软法工具亦须理性设计与规范运行，它是理性回应现实需求的制度工具，只不过采用了更具灵活性和非正式性的方式，不同于独立于法治范畴的道德与情感之治。另一方面，软法工具在大多数情境下，通过劝说、激励、沟通等多元方式促进规则的自愿遵从，更具宽容性，更强调自主性，强制性程度更低。

• 55 •

三、软法工具的理论渊源

软法工具阐发自软法理论。软法理论的核心主张包含两个紧密联系的维度，分别是软法规范理论和软法治理模式理论。软法规范理论着眼于公共治理视野下具有非强制性的规则，强调“软法亦法”；软法治理模式理论着眼于公共治理视野下协商、合意的治理过程，强调在软硬兼施的混合治理模式中发挥软法之治的作用。软法工具的概念和理念更多沿袭自软法治理模式理论，旨在关注软法治理模式中具体的手段方法议题。软法工具并非是孤立的学术概念。为回应真实世界的发展变迁，在行政行为、规制工具和政策工具的理论体系中，均发展出了契合公共治理逻辑、鼓励市场和社会自治的类似概念。

第一，行政行为中“双方行为”“非型式化行政行为”和“非正式行政行为”等概念。行政行为理论中的“双方行为”主要指代行政合同，行政主体通过契约方式实现行政任务。^{〔15〕}“非型式化行政行为”是对行政合同、行政指导等非单方高权行为的概括。^{〔16〕}“非正式行政行为”则指

〔12〕 参见王瑞雪：《论多元主体分担人权责任的类型与机制》，载《浙江学刊》2018年第2期。

〔13〕 蔡维音教授曾将人的尊严划分为更具有操作意义的五项基本价值，分别是自主的人格发展、安全、基础生存所需、平等和福祉的最大化。参见蔡维音：《社会国之法理基础》，正典出版文化有限公司2001年版，第29页。

〔14〕 参见李洪雷：《行政法释义学：行政法学的更新》，中国人民大学出版社2014年版，第99页。

〔15〕 参见闫尔宝：《论作为行政诉讼法基础概念的“行政行为”》，载《华东政法大学学报》2015年第2期。

〔16〕 〔德〕施密特·阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，北京大学出版社2012年版，第378页。

代在主体权限、适用程序或法律效果等方面相较于传统行政行为而言并不完全一样的政府活动方式。^{〔17〕} 相关理念与软法工具不以法律强制执行的方式直接发挥作用的核心内涵具有很强关联。

第二，规制工具中位于“执行金字塔”底端的“非正式规制工具”。在西方规制理论中，经典的“执行金字塔”模型从上到下依次是吊销许可、暂停许可、刑事处罚、民事处罚、警告信和劝说。“回应型规制”要求从金字塔底端向上回溯，扩大底端手段的应用，亦即更多采用非正式规制工具，更加审慎对待正式的、侵益性更高的强制手段。^{〔18〕} “精明规制”则加入了自我规制与第三方规制手段，规制理论尝试与治理理论相融合，建构覆盖政府规制和私人规制的工具箱。^{〔19〕} 在治理理论中，也有学者将强制力更加缓和的治理工具称为“新治理”方式。^{〔20〕} 相关理念与软法工具的更多发挥市场主体和社会主体自主性的目标旨趣具有很强的关联性。

第三，政策工具中的激励性工具与影响性工具。政策工具是非常广阔的概念，一切为实现公共政策目标的公权力活动与公私合作方案被均囊括其中。在公共政策领域，政策工具的“胡萝卜、大棒与说教”（Carrots, Sticks and Sermons）三分方案被广泛接受：胡萝卜代表激励，大棒代表惩戒，说教则代表教育与劝导。^{〔21〕} 在强调正式惩戒措施的同时重视激励型和劝服型手段，与“软硬兼施”的软硬法混合治理模式的理念具有很强关联。

不过，虽然现代行政行为理论、规制工具和政策工具谱系均发展出了与软法工具特质相近的子概念，但这些概念是作为与单方高权行为或正式制裁手段相对应的概念予以阐发的。为强调所有治理主体和所有治理方式相对独立的公法角色，提倡生发于软法理论的软法工具概念具有重要意义。软法工具的概念试图描述适应于软法治理模式的治理工具，试图将双方行为、非型式化行政行为、非正式规制工具、私人治理工具、合作治理工具、激励与劝服型工具等概念中隐藏的逻辑线更加明确地表达出来。对软法工具的提倡，提示我们在正式执法手段之外，应当建构更加多元的工具体系，更多适用严厉程度更低、宽容程度更高的手段，更多适用尊重市场主体和社会主体自主性、有利其发展的手段。

四、软法工具的适用框架

软法工具箱应当尽量丰富，使得政府和其他扮演治理角色的市场主体、社会主体能够根据具体情境进行回应。但软法治理并非主张将所有新型的、非正式的规制与治理工具（很多情形下是穿着创新与非正式外衣的治理工具），或者私人主体参与合作的治理工具杂乱地放入工具箱。软法工具包含着尊重与宽容的精神内核，主张选择适当的政府活动方式时尽量谦抑审慎。下文将提

〔17〕 参见蒋红珍：《非正式行政行为的内涵——基于比较法视角的初步展开》，载《行政法学研究》2008年第2期。

〔18〕 See John Braithwaite, *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford University Press, 2002, p. 31; 卢超：《从规制国到规制资本主义》，载《二十一世纪》2011年2月号。

〔19〕 参见张红：《走向“精明”的证券监管》，载《中国法学》2017年第6期。

〔20〕 参见〔美〕奥利·洛贝尔：《作为规制治理的新治理》，载冯中越主编：《社会性规制评论》第2辑，中国财政经济出版社2014年版，第127-145页。

〔21〕 将政策工具作“胡萝卜”“大棒”与“说教”三分，可参见 Marie-Louise Bemelmans-Videc, Ray C. Rist, Evert Vedung, *Carrots, Sticks & Sermons: Policy Instruments and Their Evaluation*, Transaction Publishers, 1998.

供一个或可参考的软法工具适用进路。^{〔22〕}

（一）确定具有正当性的合理目标

政府选择何种活动方式，以及相应行政决定的实体与程序性规定，均由相应的法律框架来予以框定。虽然法律体系已经设置了不同情境下的行政任务与治理目标，但在当今行政国家和公共治理的时代，行政与治理的根本特征早已不再是法律执行，在任务导向的行政法面向之下，确定行政目标是政府活动的前提，其中蕴含了复杂的目标权衡与综合考量过程。目标正当性要求探究规则制定者和执行者的真意，确保其真实目的为维护公共利益、提高公共福祉、保护公众权利等，而不是推诿责任、施行“懒政”、实现小团体利益等。^{〔23〕}

目标合理性则要求对相互关联的诸多因素进行合理考量。“一管就死”“一放就乱”的说法，不仅形象描述了执法手段的严厉与宽松对市场与社会的影响，更从深层次角度质疑了目标单一性的危害后果：政府规制目标有时只关注秩序，进而希冀通过全面限制来阻却违法行为；有时又走向了只关注发展的另一端，进而希冀通过全面放松规制政策来释放活力。软法理念要求在制度设计的初始即对不同的公法价值取向加以合理考量，贯彻尊重主体尊严、自治、发展等价值，否则过分严苛而硬性的目标很难获得适当的软法工具。

（二）建立适当的信息获取与分类机制

行政检查、行政调查、信息收集、行政评级等均为常见的信息获取与分类机制。政府通过获取相对人与所监管事项的准确信息来建立可靠的问题发现机制，并通过信息分类整理与评价奠定监管决策的事实基础。^{〔24〕}而很多扮演治理角色的市场主体，尤其是网络平台，更是在很大程度上通过信息的大量占有、处理而建构运营模式、形成组织权力。虽然信息获取与分类机制并不直接具有制裁与执行属性，但却是几乎所有治理工具的基础。严密的监控本身也是一种规制，并非只有规制手段才能影响民众的行为与选择。软法理念主张治理主体应当充分尊重信息主体权利，遵循信息与数据收集的必要性与最小化使用原则。在信息获取机制上，治理主体应当严格遵守个人信息保护相关原则，尊重信息主体的自主权，留给其更多的选择可能性；^{〔25〕}在信息分类机制上，治理主体应当注重尊重信息主体的尊严，尽量避免基于算法的歧视。^{〔26〕}

（三）选择恰当的行为影响工具

政府和其他公共治理主体可以分别或同时采用制裁性工具、激励性工具与倡导性工具等实现相关目标。制裁性工具、激励性工具与倡导性工具是治理工具的通行分类，不能简单地将前者认为是硬法工具，将后者认为是软法工具。正如前文所强调的，软法工具之“软”，并非仅指向

• 57 •

〔22〕 在经典的西方规制理论研究中，Christopher Hood、Henry Rothstein 和 Robert Baldwin 教授提出了一般控制体系分析框架来描述规制过程。即（1）某种标准、目标以及价值，用以对其所控制的环境中的进程进行衡量；通过（2）某种监控和反馈机制，进而触发（3）某种形式的措施，去根据既定目标对控制变量进行调整。下文对软法工具的选择的讨论，借鉴了这一框架。参见 Christopher Hood, Henry Rothstein, Robert Baldwin, *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford University Press, 2001, pp. 23-27. 还可参见〔英〕科林·斯科特：《规制、治理与法律：前沿问题研究》，安永康译，清华大学出版社 2018 年版，第 114 页。

〔23〕 参见刘权：《目的正当性与比例原则的重构》，载《中国法学》2014 年第 4 期。

〔24〕 参见王瑞雪：《论行政评级及其法律控制》，载《法商研究》2018 年第 3 期。

〔25〕 参见马长山：《互联网+时代“软法之治”的问题与对策》，载《现代法学》2016 年第 5 期。

〔26〕 参见张凌寒：《算法权力的兴起、异化及法律规制》，载《法商研究》2019 年第 4 期。

形式上的非正式性，而更在于其核心内涵的尊重与宽容。在三类工具的适用上，软法理论和理念均倡导更具柔性、更尊重自主性、更有利于人的发展的手段，在尽量少减损、不剥夺人的发展机会的前提下实现规制目标。

其一，制裁性工具中的宽容手段。为纠正相对人的违法行为，政府设置了以刑罚和行政处罚为核心的制裁性工具体系。强制性的制裁工具，亦即硬法工具，赋予了政府明确的执法权，是实现秩序的基础性手段。在精细的制裁梯度中，严厉的制裁只能对应程度最为严重的违法行为，强制程度更低的软法工具的适用情形则更为广泛，制裁体系应当能够回应复杂的违法情境和行政任务。制裁性工具无论法律属性为何，是通过行政行为还是行政合同制裁条款的方式施加，均选择性或全部地作用于相对人的财产、人身、资格或声誉之上。

在法定权限之内，行政主体应当优先采用单一的、劝服性的、影响程度较小的措施，譬如行政主体在权限范围内建立“首次不罚”制度，^{〔27〕}对经济确有困难的违法相对人给予减轻处罚，^{〔28〕}均是良好的范例。在针对严重违法行为进行复合性制裁时，行政主体亦须审慎考量制裁影响，不应当随意采行多部门、长时间、不确定、覆盖面广泛的制裁手段。在政府规制越发依赖于个人信息与数据的时代，制裁性手段也越来越多地作用于限制人的声誉和资格上，减损人的形象、限制人在一些领域的行为成为越来越便捷、影响力越来越大的制裁性手段，其威慑程度甚至超过了一般意义上的财产与人身限制措施。但无论技术如何发展，规制治理工具如何创新，严格的制裁性工具都只能与严重的违法行为相匹配，而不应当轻易适用。

此外，严厉的制裁方案不仅由政府主导，也有可能由其他公共治理主体主导，或至少由其深度参与；制裁不仅可以产生于高权关系，也可以产生于契约关系，或者更为松散的联结。因此，在制裁性手段中如何选择适当严厉程度的工具，是一个跨越公私法、一事一议的复杂议题。公共治理的网络属性还提示我们，治理主体的多元与合作，使得制裁效果也得以网络化扩大。其他公共治理主体在软法治理过程中采用的制裁性工具也应当将人的尊严置于核心位置。社会主体与市场主体采行的制裁性工具，不仅须审慎作用于人的财产权利，也须格外审慎作用于人的声誉、形象与资格。

其二，激励性工具。政府在规制过程中，常常适用激励性工具引导私人主体作出符合政策导向的选择，譬如政府通过贷款担保、税收优惠、直接金钱义务给付等方式发布行政补贴，对相关主体进行经济激励。^{〔29〕}激励性工具能够发挥重要的公共资源配置功能，不少情境下能够对特定产业、企业产生至关重要的影响。从工具效果来看，在一些情境下对某些主体而言，没有获得相应激励类同于受到制裁，而获得相应激励则能够产生巨大的附随利益。因此，政府采用激励性工具引导相对人行为同样应当以谦抑为前提，尊重市场与社会的自主性，运用成本收益分析等理论与制度工具进行合理考量。

其他公共治理主体也常常通过激励性工具达成治理目标，譬如社会组织通过建立高于法律要

〔27〕 参见章剑生：《罚抑或不罚？——基于行政处罚中“首次不罚”制度所展开的分析》，载《浙江学刊》2011年第2期。

〔28〕 参见谭冰霖：《论行政法上的减轻处罚裁量基准》，载《法学评论》2016年第5期。

〔29〕 参见〔美〕莱斯特·M. 萨拉蒙：《公共服务中的伙伴——现代福利国家中政府与非营利组织的关系》，田凯译，商务印书馆2008年版，第20、21页。

求的自愿性认证体系来引导企业行为,相关认证标识能够起到声誉激励的功效。^[30]治理网络中的不同主体有各自的核心利益与关切,它们的动机与激励性工具的样态也十分迥异。但无论激励性工具以何种形式呈现,均须从尊重个体自主性、加强个体参与能力、尊重人的发展出发,引导行为符合市场价值、社会价值。

其三,倡导性工具。倡导性工具非常庞杂,包括各种形式的宣传、教育、建议、指导,彰显政府或其他公共治理主体希冀采用更加温和的、潜移默化的方式影响民众选择的努力。^[31]倡导性工具需要经过精心规划与理性设计,才能发挥理想功效。譬如在食品规制领域,不同国家的监管部门均不约而同地采取了发布图文并茂的典型事例的方式与民众进行风险交流,使得复杂的风险与收益情况能够被民众了解、理解与关注,并引导其在充分知情的基础上作出理性的自主选择。^[32]倡导性工具更为关注对象行为选择背后的理性倾向与情感倾向,通过引导自愿遵从来实现相应目标,实质上蕴含了看似隐形但实质上十分强烈的干预。^[33]因此,无论是政府还是其他公共治理主体,都应将人的自主自治、人的尊严与发展作为倡导性工具适用的核心考量价值。须十分警惕表面上具备非正式性的倡导性工具,却向相关主体施加不合理的、具有剧烈压迫性的遵从压力。

此外,在信息、数据技术高速发展的当今时代,以信息、数据为载体的规制与治理工具层出不穷。新的规制与治理工具往往没有法律的直接规定,常常是制裁性、激励性与倡导性工具的整合。譬如近年来日益受到广泛关注的信用联合奖惩措施,包含了针对违法失信主体的声誉制裁、资格制裁等种种限制,也包含了针对守法守信主体的声誉激励、资格优先等种种激励,还通过广泛的信用教育、信用宣传发挥作用。这一措施利用信用信息的收集、评价、共享、公开,将复杂、细密的奖惩方案内嵌于整个规制与治理体系之中。^[34]崭新的综合性工具建立了广泛的透明度,实现了广泛的威慑,极大程度地提高了政府规制的强度与密度。但与此同时,也应当强调软法理念和软法工具理性对新型综合性工具的形塑功能,无论科技如何发展,监控如何便捷,“更少强制、更多协商、更高自由”的治理理念仍应当是公共治理重要的精神内核。

• 59 •

五、结 语

“‘好的监管者’往往比‘强硬的警察’更有效,这个监管者应当懂得合适容忍比严格的控制更有效”。^[35]可以说,软法工具就是“好的监管者”在“合适容忍”的情境下所采用的工具箱。

[30] See Gary E. Marchant, Douglas J. Sylvester, Kenneth W. Abbott, A New Soft Law Approach to Nanotechnology Oversight: A Voluntary Product Certification Scheme, 28 *UCLA J. Envtl. L. & Pol'y*, 123 (2010).

[31] See Brian Sheppard, Norm Supercompliance and the Status of Soft Law, 62 *Buff. L. Rev.*, 787 (2013).

[32] 参见沈岩:《风险交流的软法构建》,载《清华法学》2015年第6期。

[33] 参见张力:《迈向新规制:助推的兴起与行政法面临的双重挑战》,载《行政法学研究》2018年第3期。

[34] 参见王瑞雪:《政府规制中的信用工具研究》,载《中国法学》2017年第4期。

[35] Eugene Bardach, Robert A. Kagan, *Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness: A Twentieth Century Fund Report*, Temple University Press, 1982, p. 123, 转引自〔美〕莱斯特·M. 萨拉蒙主编:《政府工具——新治理指南》,北京大学出版社2016年版,第14页。

公共治理呼唤软法之治，而软法治理理念则需要谦抑、审慎、宽容、温和的治理工具，强调尊重主体尊严、促进主体发展。如何设计与选择软法工具，在满足合法性要求的基础上回应复杂实践、解决真实问题，或是摆在软法研究者面前的艰辛课题。

Abstract: The concept of soft law tool originates from the theory of soft law in the context of public governance. It refers to the governance tool that is not enforced by the state but has practical effect. Soft law implements the concept of good governance that respects human dignity and protects human development. It is both rational and non-mandatory. There are also several related concepts in the theoretical system of administrative behavior, regulatory tools and policy tools. In the process of applying soft law tools, it is necessary to determine reasonable and legitimate goals, establish appropriate information acquisition and classification mechanism, and select appropriate behavior impact tools. The sanction tools should not only act prudently on personal and property rights, but also on reputation and qualification. Incentive tools and advocacy tools should be carefully planned, rationally designed and reasonably used to guide behaviors according with market value and social value. The integration of tools should not only pursue deterrence, but also be tolerant and restrained under the soft law governance concept of “less coercion, more consultation and higher freedom”.

Key Words: public governance, soft law tool, dignity

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)

比例原则在给付行政中的适用

梅 扬*

内容提要：比例原则起源并发展于行政处罚等负担行政领域，发挥着权力限制、裁量治理以及法益均衡的功能。作为现代公共行政的基本类型，给付行政的特质与比例原则的适用要件相契合，给付行政中的国家辅助原则也同比比例原则在内涵和目标上具有高度的共通之处。比例原则的适用范围应当扩大到行政救助等给付行政领域。为了更加精准、全面地发挥比例原则的功能，建构在负担行政基础上的适用规则应当作出相应调整，由“最小侵害”变更为“最大保护”，并涵盖给付行政立法创制、给付行政执法过程以及给付行政后果评价等全部阶段。

关键词：比例原则 给付行政 国家辅助原则 最大保护

• 61 •

一、问题的提出

比例原则滥觞于 19 世纪的德国警察法学，经过几百年的发展，其已经形成了丰富的理论体系，并以严谨的适用逻辑和较强的可操作性受到国内外行政法学者的广泛关注。即使是作为温斯伯里合理性原则发源地的英国，这些年也开始逐渐接纳和运用比例原则。^{〔1〕}我国有关比例原则的研究始于 20 世纪 80 年代，其地位和功能日渐凸显，部分行政法教科书甚至明确将其列为行政法的基本原则，^{〔2〕}有些学者还将其奉为行政法的“皇冠原则”。^{〔3〕}

既然将比例原则定性为行政法的基本原则，那么就应当充分展现其基本原则之地位与功能，将其适用于公共行政的全部领域。然而，事实情况却是，学界一直对比例原则在行政处罚等负担

* 梅扬，武汉大学法学院讲师，武汉大学社会学博士后。

本文为中国博士后科学基金第 66 批面上资助项目“比例原则的适用研究”（2019M662722）的阶段成果。

〔1〕 See Alec Stone Sweet, Jud Mathews, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, 47 *Columbia Journal of Transnational Law*, 73, 112-160 (2008).

〔2〕 参见罗豪才、湛中乐主编：《行政法学》，北京大学出版社 2012 年版，第 33-34 页；应松年主编：《行政法与行政诉讼法》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 47-48 页；姜明安、余凌云主编：《行政法》，科学出版社 2010 年版，第 89-90 页。

〔3〕 参见陈新民：《中国行政法学原理》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 173 页。

行政中的适用较为关注，其适用规则也主要是围绕负担行政而建构，其核心意涵是“最小侵害”。相反，对于比例原则在行政救助等给付行政中的适用，学界则鲜有研究。

那么，从传统负担行政发展而来的比例原则究竟能否在给付行政中适用呢？倘若可以的话，比例原则适用的具体价值功能是什么？在当前精准扶贫战略正在深入推进的时代背景下，有必要对这一主题进行系统研究。

二、比例原则的法理意涵及其适用要件

论及比例原则在给付行政中的适用，必须首先明确比例原则适用的逻辑前提。在对本文主题进行具体展开之前，有必要对比例原则的相关理论问题作一番简要地铺陈。根据比例原则的起源过程以及其三个子原则的具体要义和适用规则，比例原则有其特定的法理意涵。这种法理意涵决定了比例原则适用范围上的判断标准，同时也构成了比例原则适用的逻辑前提。

（一）主体：比例原则调整的是国家机关与私主体之间的法律关系

比例原则的形成与两个案件有着密切关联。1882年的“十字架山案”对“必要性”这一核心子原则的确立有着重要影响。从内容来看，该案的焦点主要集中在公民的居住权与警察机关的行政权上，处理的是柏林市警察局与市民之间的行政命令法律关系，以判断警察机关是否滥用行政权力侵犯公民的居住权。1958年的“药房案”则标志着传统“三阶”比例原则的正式形成。^{〔4〕}从内容来看，该案的焦点主要集中在公民的职业自由权与上巴伐利亚政府的行政权上，处理的是上巴伐利亚政府与药剂师之间的行政许可法律关系，以判断上巴伐利亚政府是否滥用行政权力侵犯公民的职业自由权。可见，由适当性、必要性以及均衡性三个子原则所组成的比例原则的功能主要是对限制公民权利的国家权力的限制，其调整的是国家机关与私主体之间的法律关系。^{〔5〕}之所以如此，是因为国家机关与私主体是不对等的法律主体，两者在地位和力量上存在显著差距。这给国家机关在法律关系中滥用国家权力提供了可能，也就需要比例原则的介入对国家权力的行使加以限制，以保护私主体的合法权益。这构成比例原则产生的逻辑起点。“比例原则率先在公法领域实现法制化的根本原因即在于强大的公权与弱小的私权之间存在着天然不对等，且公法领域时刻存在的公权对私权吞噬与凌弱之危险。”^{〔6〕}

（二）客体：比例原则针对的是国家权力行使中的裁量权

根据比例原则三个子原则的具体要义，比例原则主要是从合理性层面对限制公民权利的国家权力加以限制。具体而言，在适当性审查中，国家权力行使的“目的”这一合法性问题虽然也被纳入视野，但通常被置于高高在上的位置，不加考量，而仅仅判断国家权力所延伸出来的“手段”是否有助于“目的”的实现。在必要性审查中，国家权力行使的“目的”直接被置于考察范围之外，只是对那些经过适当性审查所挑选出来的“手段群”进行依次比对，以确定一个对公民权利侵害最小的“手段”。在均衡性审查中，虽然国家权力行使的“目的”被再次引入视野，但

〔4〕 参见刘权：《目的正当性与比例原则的重构》，载《中国法学》2014年第4期。

〔5〕 比例原则也因此常被一些学者认为“权利限制的限制”。参见赵宏：《限制的限制：德国基本权利限制模式的内在机理》，载《法学家》2011年第2期。

〔6〕 杨翰宇：《论比例原则在民法中的地位》，载《河北法学》2017年第12期，第84页。

该“目的”仅仅是作为一个被比对的对象，是一个不变的定量，衡量的重点仍然集中在“手段”上，以最终权衡经过适当性、必要性审查所确定的“手段”是否合理。可见，比例原则的三个子原则都是围绕国家机关在“手段”选择上的裁量权而展开，任务是“对公权力主体限制基本权利时的手段裁量加以限定”〔7〕。其中，适当性解决“手段之多少”的问题，必要性解决“手段之彼此”的问题，均衡性解决“手段之有无”的问题。近些年，国内外虽然有一些学者主张将目的正当性引入比例原则，从而确立全新的“四阶”比例原则，但其内在正当性尚需进一步论证和观察。〔8〕至少就目前的“三阶”比例原则而言，其主要针对的是国家权力行使中的裁量权。

（三）目的：比例原则是为了促进公共利益与个人利益的平衡

根据比例原则三个子原则的适用规则，尽管它们各自审查的侧重点有所不同，但比例原则适用的最终目的，是通过对国家权力行使中的裁量权的治理在国家机关与私主体这种不对等主体之间的法律关系中，实现公共利益与个人利益的平衡。具体而言，适当性相对偏向于对公共利益的维护，因为适当性要求的仅仅是手段“部分有助于”目的的实现而非“完全”实现，其事实上是通过设置一个较为宽松的审查要件为国家机关描绘出一幅“手段之多少”的图谱。必要性相对偏向于对个人利益的保障，因为必要性坚持的是“最小侵害”的严格标准，其事实上是将传统的权力控制理念发挥到了极致。均衡性则是在适当性和必要性的基础上明确指出了比例原则的终极价值，即国家机关行使国家权力所追求的公共利益和其所侵犯的个人利益要合乎一定比例，保持一定度，不能偏向其中任何一端。这也是均衡性被人们称为“狭义比例原则”的原因所在。〔9〕

三、比例原则在给付行政中适用的正当性

• 63 •

由于比例原则适用有其特定的逻辑前提，因此论及其在给付行政中适用的正当性，需要对如下三个问题加以探讨：一是给付行政是否涉及的是国家机关与私主体这种不对等的法律关系；二是给付行政中是否存在裁量权；三是给付行政是否需要确保公共利益与个人利益的平衡。

（一）给付行政调整不对等的法律关系

不同的行政任务决定了不同的公共行政类型。〔10〕在相当长的一段时期内，政府大都扮演着一种消极“守夜人”的角色，其职能主要是维护社会秩序安全和稳定，以确保公民权利不受他人肆意侵犯。当时的公共行政也大都限定在行政处罚、行政强制等负担行政上。这是因为负担行政具有侵益性、压迫性等典型特征，其不仅可以提升政府维护社会秩序的效率，而且也确实可以产生非常不错的管理效果。〔11〕到了20世纪90年代，随着社会的发展与进步，人们的民主意识和法治意识逐渐提升，诉求也随之增加。他们不仅希望政府能够构建一个安定的社会秩序以确保生命财产安全，亦希望政府能够主动提供公共服务以促进自身福祉增长。执政党和政府也逐渐接受

〔7〕 李海平：《比例原则在民法中适用的条件和路径——以民事审判实践为中心》，载《法制与社会发展》2018年第5期，第167页。

〔8〕 See Dieter Grimm, Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence, 57 *U. Toronto L. J.*, 383, 388 (2007).

〔9〕 参见梅扬：《比例原则的适用范围与限度》，载《法学研究》2020年第2期。

〔10〕 参见宋华琳：《宪法引导下的行政行为形式改革》，载《中国社会科学报》2019年5月8日，第005版。

〔11〕 参见陈林跃：《我国公共行政转型对行政法学的影响》，载《江西社会科学》2015年第11期。

了这一价值取向。1998年的《国务院机构改革方案》首次把“公共服务”确立为政府的基本职能。2005年的《政府工作报告》正式将“建设服务型政府”确认为政府的基本目标。2012年党的十八大将“建设人民满意的服务型政府”设定为深化行政体制改革的重要目标。在此背景下，以行政救助为代表的给付行政开始大量兴起，成为现代公共行政的一个基本类型。

作为现代公共行政的基本类型，给付行政调整的也是国家机关与私主体之间的法律关系。虽然相较于传统负担行政，给付行政摒弃了“治民”观念，树立了“为人民服务”理念，其权力色彩有所弱化，但这并不意味着国家机关与私主体在给付行政中的地位就近乎平等。事实上，给付行政中的“服务意识”主要是公共行政目标的一种转变，公共行政过程在很大程度上仍然是国家机关的单方意志之输送。给付行政的权力色彩也只是有所弱化而非完全祛除，国家机关在很多事项上仍然享有支配权和决定权。比如，在行政救助领域，由于现实情况的复杂性以及被救助对象的差异性，行政机关在行政救助过程中往往具有相当强的优位性，对于行政机关作出的给予谁救助、何种形式救助以及多大程度救助的决定，相对人一般只能被动接受。

（二）给付行政存在更为广泛的裁量权

给付行政的直观表现是对相对人利益的增进。这使其潜在的负面效应具有一种隐蔽性的特征，不易察觉。具体而言，负担行政如果出现不当，相对人失去了其原本就享有的东西，涉及的是“既有利益损失”的问题。给付行政则不同，其如果出现不当，相对人则顶多是失去了其本来就没有的东西，涉及的是“额外利益恩赐没有降临”的问题。两者不可等而视之。受此影响，我国一直对负担行政的法律规制比较重视，行政领域的立法也主要集中在负担行政，法律体系相对成熟，法律位阶普遍较高，如《行政处罚法》《行政强制法》《治安管理处罚法》等。“法治主义主要要求从源头上约束限制公民权益的干预行政活动。”^{〔12〕}相反，给付行政领域的立法长期不受重视，立法动力不足，立法进程缓慢。以行政救助为例，目前我国仍然没有全国层面统一的行政救助专门法律，^{〔13〕}相关规定主要散见于《残疾人保障法》《农村五保供养条例》《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》等多部法律法规规章之中。即便是这些零散的规定，也大都只是从宏观层面明确了政府负有开展行政救助的职能和义务，对于行政救助的条件、范围以及标准和程序等诸多微观问题，则涉猎甚少。在理论研究中，有些学者甚至认为，给付行政的内在机理就决定了不应当对其施以过于严格的法律限制。因为给付行政具有积极性和主动性的特质，这是其作用发挥的关键。给付行政如果恪守“法无规定即禁止”的公法定律，将不利于其达成提高人民福祉、促进社会公平之目的。德国著名行政法学家平特纳曾指出：“仅在干预自由和财产时须有法律依据，而对给付行政和涉及行政内部关系的特别权力关系而言，却并非如此。”^{〔14〕}

这种零散的立法模式以及抽象的内容表达直接导致了国家机关在给付行政中享有非常广泛的裁量权，远远超过了其在行政处罚等负担行政中所享有的裁量权。“行政给付通常是以政策为导向，缺乏明晰的法律制度……这在客观上给予了行政权以巨大的裁量空间。”^{〔15〕}以行政救助为例，对于行政救助的时间，法律几乎都不加规定或者是以“及时”“不得超过××”等方式进行

〔12〕 刘艺：《民生立法视域下的给付行政程序辨析》，载《甘肃社会科学》2012年第1期，第134页。

〔13〕 2005年，相关部委就已经开始着手社会救助法的起草工作。2008年，中国政府网正式发布《中华人民共和国社会救助法（征求意见稿）》，向社会公开征集意见。但时至今日，该项法律仍然没有出台。

〔14〕 〔德〕平特纳：《德国普通行政法》，朱林译，中国政法大学出版社1999年版，第46页。

〔15〕 喻少如：《行政给付制度研究》，人民出版社2011年版，第135页。

暗指。于是,国家机关就享有了“何时进行救助”的裁量权,可以根据事情的轻重缓急在合理范围内进行安排。对于行政救助的方式,法律也很少进行规定或者是以“帮助”“救助”“帮扶”等方式进行模糊处理。于是,国家机关就享有了“如何进行救助”的裁量权,可以视具体情形分别采取物质救助、精神扶助以及其他救助方式。对于行政救助的标准,法律虽然有所规定,但采取的也基本上都是一些诸如“一定”“合理”的抽象词汇。于是,国家机关就享有了“给予多大程度救助”的裁量权,可以根据不同对象和不同情况确定不同的救助量。

(三) 给付行政格外需要公私法益的均衡

从表面上看,给付行政是对公民福祉的一种增进,其背后隐藏的却是对国家公共资源的再调节和再分配。公共资源的特殊性决定了给付行政需要格外注重公共利益与个人利益的平衡,既要避免给付不足,也要避免给付过度。“公共行政给付并非简单的政府帮扶,而是意图通过严谨而完整的制度改革,来构建国家、社会与公民个人三位一体的给付体系,以求在国家财力与社会效应之间获取平衡。”^{〔16〕}以行政救助为例,一方面行政救助的对象一般都是在生存、生活或发展上面临一定困难的社会群体,他们需要借助公共资源实现基本的保障;另一方面公共资源的总量是有限的,如果国家机关对公共资源的使用不合理,无法将有限的公共资源用到最有价值的地方,那么就是对公共资源的一种浪费,也会导致纳税人的不满。

在实践中,西方国家出现的“福利陷阱”正好印证了在给付行政中确保公共利益与个人利益平衡的重要性。20世纪初,为了缓和阶级矛盾,欧洲国家开始普遍尝试实行高福利政策。1948年,英国政府率先宣布成为了一个“从摇篮到坟墓”均有保障的“福利国家”。紧接着,欧洲各国纷纷效仿,到了20世纪末,基本上都实现了“福利国家”的愿景。通过这种全方位、高水平的福利政策,欧洲国家社会弱势群体的生存和生活状况确实得到了显著改善。但这种高福利政策也逐渐使个人开始对国家福利产生严重依赖并形成惰性,甚至在现实中出现了一些完全依靠政府救助的“懒汉”,公共资源遭到极大浪费。久而久之,国家的经济发展也因此受到严重拖累,最终反而危及个人利益的保障。这些年,在希腊等国家发生的债务危机就是一个明显例证。

综上,给付行政调整的依旧是国家机关与私主体这种不对等主体之间的法律关系,国家机关在给付行政中享有更为广泛的裁量权,并且作为国家公共资源的再调节和再分配,给付行政格外需要确保公共利益和个人利益的平衡。给付行政的这些特质与比例原则的适用要件相契合,比例原则在给付行政中适用具有充分的正当性,可以发挥其权力限制、裁量治理、法益均衡之功能,继而确保给付行政价值功能的发挥。正如姜明安教授所言:“传统之行政权力所遵循的比例原则,更多的是适用于损益性行政行为中。实际上,比例原则应当扩大到给付行政。”^{〔17〕}

四、比例原则在给付行政中适用的具体展开

(一) 比例原则在给付行政中的适用价值

探讨比例原则在给付行政中的适用价值,无疑需要分析其与给付行政原则也即国家辅助原则之间的关系,以确定两者间是否存在内在之抵牾,可否发挥协同之功效。假设两者存在内在之抵

〔16〕 尹建国、余睿:《公共行政给付中的裁量权治理》,载《环球法律评论》2010年第4期,第59页。

〔17〕 姜明安等:《行政程序法典化研究》,法律出版社2016年版,第94页。

牾或不能发挥协同之功效，那么比例原则在给付行政中适用就没有意义。

国家辅助原则由德国学者厄斯特·福斯多夫在《服务行政的法律问题》一文中首次提出。他认为，二战以后，生存照顾理论面临诸多挑战，因为该理论仅仅预设了国家对人民负有照顾义务，但对于国家到底在什么时候照顾、照顾哪些方面、又照顾到何种程度，并没有指明。这种没有具体界限范围的理论既可能让国家陷入“福利机器”之陷阱，承担漫无边际的责任，也可能让人民遭受国家权力滥用之苦，面临生存和发展的危机。为了修正生存照顾理论存在的缺陷，福斯多夫便提出了国家辅助原则，其核心意涵是救助虽为国家不可推卸的责任，但国家只需承担一种补充性的责任。^{〔18〕} 20 世纪 70 年代，国家辅助原则开始在世界范围内广泛传播，并融入很多国家的法律中。^{〔19〕} 在我国，国家辅助原则在给付行政的相关立法中也有所体现。1999 年国务院颁布施行的《城市居民最低生活保障条例》是我国社会保障方面的最早立法，其第 3 条规定：“城市居民最低生活保障制度遵循保障城市居民基本生活的原则，坚持国家保障与社会帮扶相结合、鼓励劳动自救的方针。”许多学者认为该条款是国家辅助原则在我国给付行政立法中的首次出现。2014 年国务院颁布施行的《社会救助暂行办法》是我国行政救助领域的一个重要法律文件，其第 2 条规定：“社会救助制度坚持托底线、救急难、可持续，与其他社会保障制度相衔接，社会救助水平与经济社会发展水平相适应。”这更加清晰地表露出了国家辅助原则的意思。

可见，在生存照顾理论上发展而来的国家辅助原则不仅需要解决“国家是否介入”的问题，而且还需要解决“国家介入多少”的问题，后者甚至构成其最为重要的任务。^{〔20〕} 国家辅助原则的适用目的是希望确保国家只承担其应当承担且能够承担的责任，国家既不能为了公共利益的维护而置个人利益的保障于不顾，也不能为了个人利益的保障而盲目地牺牲公共利益，其只需要承担一种补偿责任。“国家处于一个困境之中，既不能‘给付不足’又不能‘给付过剩’。辅助性原则就是找寻这一‘中庸之道’的指针。”^{〔21〕} 从这个角度而言，国家辅助原则与比例原则两者之间并不存在抵牾之处，它们都主要是解决给付行政中“国家介入多少”这一裁量性问题，目的亦都是为了在给付行政中实现公私法益的均衡。

那么，在内涵上具有共通之处的比例原则与国家辅助原则在给付行政中适用又可否发挥协同效应呢？这需要回归于比例原则优势的探讨。众所周知，比例原则产生于德国等大陆法系国家，比较注重抽象思维的传统，遵循的是从“一般到个案”的逻辑。时至今日，比例原则的理论体系已经非常完善，通过层层递进的三个子原则，形成了一套普适性的操作规则。再加上比例原则采用的是“目的—手段”的分析模式，这使其在具体适用时的可操作性非常强，干脆利落。^{〔22〕} 如此，比例原则在给付行政中适用可以有效发挥其可操作性上的独特优势，而这正好是国家辅助原则的短板所在。两者可以发挥协同效应，共同助力给付行政目标的实现。

〔18〕 参见〔德〕罗尔夫·施托贝尔：《经济宪法与经济行政法》，谢立斌译，商务印书馆 2008 年版，第 340—361 页。

〔19〕 比如，《德国社会法典》的第 12 部第 1 条就运用了国家辅助原则阐释社会救助的任务：“使受助者能够合乎人类尊严地生活，救助要尽可能地使受助者有能力努力依靠自己的力量独立生活。”日本《生活保护法》第 4 条第 1 款也规定：“生活保护以生活贫困者活用自己可以利用的资产、能力或其他为要件而实施。”《生活保护法》在 2013 年进行了部分修正，增加了“在领取政府生活保护金期间，如果领取者参加工作，并且获得了收入的情况下，将减少其领取的保护金”的规定。

〔20〕 参见毕洪海：《国家与社会的限度：基于辅助原则的视角》，载《中国法律评论》2014 年第 1 期。

〔21〕 喻少如：《论行政给付中的国家辅助性原则》，载《暨南学报》（哲学社会科学版）2010 年第 6 期，第 59 页。

〔22〕 参见杨登峰：《从合理原则走向统一的比例原则》，载《中国法学》2016 年第 3 期。

（二）比例原则在给付行政中的适用规则

行政任务的多样化导致公共行政类型日趋丰富，包括负担行政、给付行政等。不同的公共行政类型呈现出不一样的特征，对相对人利益的影响也有所差异。在此背景下，现代行政法学应当对公共行政进行分门别类地考察并根据各自特征展开有序规制。比例原则也不例外，要想更加精准地发挥其在给付行政中的价值功能，必须对建立在负担行政上的适用规则作出相应调整。

其一，适当性：由“维护社会秩序”到“增进公共福祉”。适当性是比例原则第一个层次的审查，“目的”构成其开展审查的前置性要素，十分关键。也正因为此，适当性的地位非常重要，扮演一种“过滤器”的角色，成为国家权力合法性与合理性的区隔点。如果国家机关采取的手段有违适当性的要求，那么就意味着其不符合立法目的，涉及的是合法性的问题，必要性和均衡性也就没有了再行介入的必要。^{〔23〕}比例原则是对基于公共利益需要而限制公民权利的国家权力的限制。如此，由于负担行政的内在逻辑是国家机关为了“维护社会秩序”这一公共利益而对公民的个人利益进行“减损”，其立法目的是“维护社会秩序”，那么适用于负担行政上的比例原则对适当性的要求则是：国家机关采取的手段必须部分有助于“维护社会秩序”这一立法目的的实现。同理，由于给付行政的内在逻辑是国家机关为了“增进公共福祉”这一公共利益而对公民的个人利益进行“增值”，其立法目的是“增进公共福祉”，那么，适用于给付行政的比例原则对适当性的要求应当适时调整为：国家机关采取的手段必须部分有助于“增进公共福祉”这一立法目的的实现。换言之，在给付行政中，如果国家机关采取的手段对“增进公共福祉”毫无助益，那么这个手段就难以达到适当性之基准。

其二，必要性：由“最小侵害”到“最大保护”。必要性是比例原则第二个层次的审查，传统的“大炮打小鸟”“杀鸡用牛刀”等谚语都是关于其的经典描述。通过适当性的审查，已经圈定了一个有助于达致目的的“手段群”。紧接着，需要对这些手段进行依次比对，以确定一个最佳的手段。因此，必要性的观察点全部集中在“手段”上，它对手段呈现出来的特点格外关注。负担行政的典型特征是对公民的侵益性，为了能够在有效激发负担行政正面价值的同时，最大限度地缩小其可能造成的负面影响，必要性确立了“最小侵害”的适用规则，但此规则能否直接适用于给付行政呢？这需要回归比例原则理论原点进行探讨。如前所述，国家机关与私主体之间的法律关系具有天然的不对等性，私主体处于一种相对弱势的地位。为了防止国家机关滥用优势地位侵犯处于弱势地位的私主体的合法权益，比例原则才应运而生，其理论原点是人权保障。^{〔24〕}正是因为负担行政呈现的是国家机关对公民的“侵益”，所以从保护公民合法权益的角度出发，必要性在负担行政中的适用需要采取“最小侵害”的适用规则。同理，由于给付行政呈现的是国家机关对公民的“授益”，所以从保护公民合法权益的角度出发，必要性在给付行政中的适用需要采取“最大保护”的适用规则。这既与给付行政的本质相符合，也能够最大限度地激发给付行政的内在价值。行政机关在作出给付行政等授益性行政行为时，如有几种程度不同的行为可予选

• 67 •

〔23〕 See Mattias Kumm, Is the structure of Human Rights Practice Defensible? Three Puzzles and Their Solution, in Vicki C. Jackson, Mark Tushnet eds., *Proportionality: New Frontiers, New challenges*, Cambridge University Press, 2017, pp. 62-63.

〔24〕 参见蔡宏伟：《作为限制公权力滥用的比例原则》，载《法制与社会发展》2019年第6期。

择，行政机关应在法律许可的范围内选择使人民受益最大的行政行为而为之。^{〔25〕}更何况，“最小侵害”实质上就是一种“最大保护”，只不过各自的思考视角不同而已，它们适用的最终目的都是为了保护弱势一方公民的合法权益。这在我国的一些立法中也能看出。^{〔26〕}

其三，均衡性：由“合乎比例”到“相互适应”。均衡性是比例原则最后一个层次的审查，其直接指明了比例原则的终极价值：确保公共利益与个人利益的平衡。负担行政和给付行政适用均衡性的目标是一致的，国家机关既不可小题大做，也不可大题小做，只是在具体的适用规则上有所差异。具体而言，对于负担行政，通过适当性、必要性两个层次的审查，可以确定一个对相对人利益“侵害最小”的手段，但有时候会出现这样的情况，即这个手段对相对人利益造成的侵害仍然超过了其所追求的目的。这明显是一个不合理的现象。试想，如果一个对相对人利益侵害最小的手段所造成的侵害明显大于其所要实现的目的，那么这个目的还有追求的必要吗？因此，在负担行政中，均衡性的适用规则为：国家机关选取的手段对相对人利益的损害不能超过其所追求的目的，两者要合乎比例。对于给付行政，通过适当性、必要性两个层次的审查，可以确定一个对相对人利益“保护最大”的手段，但有时候会出现这样的情况，即这个手段对相对人的保护程度超过了现阶段经济水平下国家财政的承受能力。这也明显是一个不合理的现象。这个公共福祉也不是我们所追求的公共福祉。为此，在给付行政中，均衡性的适用规则应当调整为：国家机关选取的手段对相对人利益的增进不能超过现阶段国家财政的承受能力，两者要相互适应。

（三）比例原则在给付行政中的适用场域

根据行政过程论，行政权力的运行是一系列不断运动、相互关联、具有承接性的过程，在整体上可以划分为行政规范创制、行政执法过程以及行政后果评价三个阶段。每一个过程或者阶段都在行政权力运行的整个过程中有着特殊的地位和意义。在该种方法论的指引下，现代行政法学应当将行政权力的运行作为在时间上的一个过程进行能动地、动态地、全面地考察，继而将行政法学的考察视野和研究对象扩展至与行政相关的立法和司法领域。^{〔27〕}比例原则也不例外，要想更加全面地发挥其在给付行政中的价值功能，必须将其适用于给付行政的全过程。

其一，给付行政立法创制。给付行政立法创制是指以给付行政为内容的立法活动，通常位于给付行政过程之顶端，是给付行政执法的依据，因此对其规制十分重要。长期以来，人们规制的重点主要集中在给付行政立法的合法性问题上，而对合理性问题关注甚少。之所以如此，可能是源于如下两个认知：一个是立法机关制定法律的行为是一种民意表达，立法机关只能严格按照民意要求制定法律，其自身是没有裁量权的；另一个是立法权力是用来创制法律规则的，裁量权只是一个法律之下的概念，立法权力中不应当也不可能有裁量权的存在。然而，根据凯尔森的规范理论，法律体系内部之间也是有位阶之别的，上位法与下位法仅仅是一种框架性约束的关系，上位法不可能实际上也没必要事无巨细，由于问题的复杂性、未来的不确定性，其总是或多或少地

〔25〕 参见蔡茂寅：《比例原则在授益行政领域之适用》，载《月旦法学教室·公法学篇》，元照出版股份有限公司2000年版，第62页。

〔26〕 比如，《江苏省行政程序规定》第5条第2款规定：“行政机关行使裁量权应当符合立法目的和原则，采取的措施和手段应当必要、适当；行政机关实施行政管理可以采用多种措施和手段实现行政目的的，应当选择最有利于保护公民、法人和其他组织合法权益的措施和手段。”此处采用的是“最大保护”。《西安市行政程序规定》第9条规定：“行政机关实施行政管理可以采用多种措施实现行政目的的，应当选择对公民、法人或者其他组织权益损害最小的措施。”此处却采用的是“最小侵害”。

〔27〕 参见江利红：《行政过程论在中国行政法学中的导入及其课题》，载《政治与法律》2014年第2期。

为下位法保留一些裁量空间。^{〔28〕}对于给付行政立法而言,由于其内容是一种给付行政事务,其创制过程中的裁量权就更加明显。近年来,在整个立法层面,国家已经开始重视立法的合理性问题,“良法”也被置于越来越重要的政策地位。^{〔29〕}《立法法》明确规定了立法应当遵循的四项原则,即第3条的宪法原则、第4条的法治原则、第5条的民主原则和第6条的科学原则。这其中,科学原则与其他三项原则有着非常明显的区别,它主要是从内容方面对立法提出的一种要求,涉及的是立法的合理性问题。“科学立法原则与宪法原则、法治原则、民主立法原则是两类不同的立法原则……科学立法原则是事实性原则,关注事实性问题,而宪法原则、法治原则、民主立法原则则是价值性原则,并不涉及事实性问题。”^{〔30〕}如此,比例原则在给付行政立法创制中的作用就显现出来。立法机关在起草和审议法律草案时可以主动运用比例原则对法律草案的内容尤其是其中的“目的一手段”条款进行检视,对立法机关所选择之手段保障公民利益的适当性、对公民利益保障的最大化以及公共利益与个人利益的兼顾等问题进行综合评估,以尽可能地确保给付行政立法的质量,实现科学立法。

其二,给付行政执法过程。法的生命在于实施。立法机关制定给付行政法律规范的目的就是要其在实践中得到良好贯彻和执行。同其他法律规范一样,行政机关在执行给付行政法律规范的过程中也会面临着法律普遍性与个案复杂性之间的矛盾,行政机关要想将这掺杂着不确定性的法律规范适用于具体的社会事实并实现个案处理上的正义,就不得不享有裁量权。^{〔31〕}有裁量权就会存在裁量权被滥用的风险,给付行政执法过程中的裁量权规控问题十分重要。时至今日,各国也已经发展出了立法控制、司法控制以及行政自制等多种裁量权规控模式。相对于立法控制和司法控制等外部控制而言,行政自制是行政机关的自我内部控制,其从公权力内部来规范行政权力的运作,能够更加有效地应对行政管理专业化的趋势,发挥灵活、应急的结构性优势,符合低成本、及时补救的效能要求。^{〔32〕}如此,比例原则在给付行政执法过程中的作用就显现出来,它可以作为行政机关行政自制的一种“工具”,以时刻检视自身裁量权的行使是否合理。行政机关在给付执法过程中可以主动运用比例原则为自己从众多执法手段中选择一个最佳的执法手段,或者运用比例原则来检视自己已经确定的执法手段是否有助于立法目的的实现,是否对潜在的相对人的个人利益保护最大,是否与所追求的立法目的达成一种平衡。

其三,给付行政后果评价。给付行政执法的结束并不意味给付行政过程的完结,给付行政执法的后果还要接受司法机关的评价,这是现代法治国家的普遍做法。在我国,由于给付行政诞生较晚以及其负面效果的“隐蔽性”特征,司法机关对其规制并不重视,即便有所重视,也更多的是从合法性层面进行规制,合理性问题则几乎不加介入。比如,1989年颁布的《行政诉讼法》只将“行政机关没有依法发给抚恤金”这类给付行政行为纳入受案范围。在审查标准上,法院也只能针对“行政处罚显失公正”这一负担行政行为作出变更判决。近些年,随着给付行政在社会

• 69 •

〔28〕 参见〔奥〕汉斯·凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第97页。

〔29〕 中国共产党十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出:“法律是治国之重器,良法是善治之前提。建设中国特色社会主义法治体系,必须坚持立法先行,发挥立法的引领和推动作用,抓住提高立法质量这个关键。”党中央首次将“良法”问题置于重要地位。

〔30〕 裴洪辉:《合规理性与合目的性:科学立法原则的法理基础》,载《政治与法律》2018年第10期。

〔31〕 参见周佑勇:《行政裁量基准研究》,中国人民大学出版社2015年版,第22页。

〔32〕 参见崔卓兰、刘福元:《论行政自制之功能——公权规范的内部运作》,载《长白学刊》2011年第1期。

治理中的重要性逐渐提升，国家对其的规制问题也日益重视，法院在给付行政行为上的审查范围和审查标准不断扩大。2014年修改的《行政诉讼法》明确将“行政机关没有依法支付抚恤金、最低生活保障待遇或者社会保险待遇”这些给付行政行为都纳入受案范围之内。至于审查标准，修改的《行政诉讼法》对法院的合理性审查权限进行了明显扩充，不仅在撤销判决中增加了“明显不当”这一审查内容，而且在变更判决中还增加了“其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误”的情形，甚至还专门为给付行政行为增设了新的判决类型即“给付判决”。“行政诉讼法修改将行政处罚显失公正改为行政行为明显不当，实际上大大拓展了对行政裁量权审查的范围。总体上来讲，比例原则的适用空间应当也会获得新的增长。”^{〔33〕}如此，比例原则在给付行政后果评价中的作用就显现出来了。司法机关在审查给付行政行为时，可以将比例原则作为判断给付行政行为是否合理的一个有效基准，发挥其在可操作性上的独特优势。

五、结 语

实际上，近些年随着行政救助等给付行政在现代公共行政中地位的日渐提升，我国已经有部分学者在探讨未来比例原则的研究方向和研究重心时，表露出对“比例原则在给付行政中的适用”这一问题的关注，但也仅仅是停留在建议层面，没有展开深入论证和分析。^{〔34〕}并且，从我国目前的实践运行来看，比例原则的适用仍然主要集中在行政处罚、行政强制等负担行政领域。鉴于此，未来在加大相关理论研究的同时，也应着力推动比例原则在给付行政实践中的应用。^{〔35〕}

• 70 •

Abstract: Proportionality principle originated and developed in the burden administration, and plays the functions of power restriction, discretionary governance, and legal benefit balance. As the basic type of modern public administration, the characteristics of payment administration are in line with the applicable requirements of proportionality principle. The state assistance principle is also in common with proportionality principle in terms of connotation and objectives. The scope of application of proportionality principle should be extended to the payment administration. In order to function more accurately and comprehensively, the applicable rules of proportionality principle based on burden administration should be adjusted accordingly, from “minimum damage” to “maximum protection”, and covering the entire process, including payment administration legislation, payment administration law enforcement, and payment administration justice.

Key Words: proportionality principle, the payment administration, the state assistance principle, maximum protection

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)

〔33〕 王静：《比例原则在中国行政判决中的适用》，载《交大法学》2017年第4期，第33页。

〔34〕 参见黄学贤、杨红：《我国行政法中比例原则的理论研究与实践发展》，载《财经法学》2017年第5期；刘权、应亮亮：《比例原则适用的跨学科审视与反思》，载《财经法学》2017年第5期。

〔35〕 参见刘权：《行政判决中比例原则的适用》，载《中国法学》2019年第3期。

行政一体原则的功能主义重塑及其限度

张运昊*

内容提要：传统理论中，行政一体原则被限缩在“组织一体”的狭窄范围内，其确保手段表征为上下级机关间的科层结构和层级命令关系。现代社会，限缩为“组织一体”的行政一体原则已无法有效应对行政组织分散化的行政实务，亟待更新以适应社会治理“去中心化”和“去官僚化”的需求。然而，域外普遍采取的回归“责任一体”的方案与“组织一体”在本质上分享着同样的理论基础——规范主义，其现实解释力相当有限，更为可行且符合中国实际的更新方案是以功能主义作为行政一体原则的理论基础，并以此重塑行政一体的确保手段。当然，为了避免“泛功能论”的倾向，更新后的行政一体原则也有一定的适用限度，不仅应与行政分权和行政自治保持平衡，也应严守行政法定原则的适用边界。

关键词：行政一体原则 行政组织分散化 责任一体 功能主义 适用限度

• 71 •

一、问题的提出

作为行政组织法最为重要的两大基本原则之一，与行政组织法定原则引发的讨论相比，^{〔1〕}行政一体原则的重要性显然被低估了。^{〔2〕}通说认为，行政一体是指行政整体上作为一体，接受行政

* 张运昊，东南大学法学院博士研究生。

本文系2018年江苏省科研创新项目“三权分置下集体土地征收补偿制度重构研究”（KYCX18_0214）的阶段性成果。

〔1〕 参见步超：《论美国宪法中的行政组织法定原则》，载《中外法学》2016年第2期；付婧、秦前红：《论组织法定原则的适用——基于台湾地区的考察比较》，载《行政法论丛》第17卷，法律出版社2015年版，第122-142页。

〔2〕 目前，已知的文献中仅有1篇期刊论文简要论及行政一体原则的内涵，且仅将其作为组织效率原则的内涵进行研究，并未将行政一体原则作为行政组织法的独立原则对待。参见应松年、薛刚凌：《行政组织法基本原则之探讨》，载《行政法学研究》2001年第2期。

系统内部最高行政首长的指挥和监督,并最终经由对议会负责的途径对作为主权者的人民负责。〔3〕

可见,传统行政一体原则被完全限缩在“组织一体”的狭窄范畴内。在一定的社会背景下,借由“组织一体”确实可以有效完成行政任务,然而,随着行政任务的多元化和政府职能的转变,行政组织日渐呈现分散化的趋势,冲击着行政一体的原有组织基础,有学者开始担忧“行政一体原理的落空”〔4〕。其实,狄骥很早就注意到了法国社会存在着政府权力的分散化和政府活动的产业化。〔5〕即便身处警察国时代,奥托·迈耶也承认国家以主权和国库身份展现的“神秘双面构造”〔6〕。只不过由于当时的行政法理论专注于对抗高权国家,上述社会现象只能沦为论证的修饰和陪衬。当福斯特霍夫以“生存照顾”理论开启给付行政的时代后,马克斯·韦伯构建的由高度形式化、中央集权化与层级结构构成的官僚组织世界,无法对现实广泛存在的非形式的、分权的、通过水平网络及合作关系决定的多元组织世界保持回应性的弊端才逐渐显现。

近年来,我国行政组织同样存在着分散化的行政实践,公私合作、PPP模式、组织民营化等不仅提供了新的政府规制工具,也助推着行政组织的形式创新,现实世界的组织结构日渐呈现“扁平化”和“网络化”。“组织法的基本概念必须能理解并体现现存之法律、社会的现实”〔7〕,在传统行政一体原则已无法对方兴未艾的行政组织分散化的行政实务提供既有弹性又可信赖的框架的背景下,学理上有必要对其概念内涵重新反思。基于此,本文试图基于功能主义的立场回答以下四个方面的问题:第一,行政一体原则的本来面貌是什么;第二,在行政组织分散化的背景下,传统行政一体原则面临哪些挑战;第三,行政一体原则应如何回应行政组织的分散化;第四,在行政组织分散化的背景下,行政一体原则的适用限度又在哪里。

二、行政一体原则的本来面貌

传统行政一体被严格限定为“组织上的一体”,其确保手段包括等级森严的科层制组织体系和上行下效、上命下从的命令指挥式的控制技术。

(一) 确保“组织一体”实现的组织结构

传统行政一体以上行下效的科层制行政组织为组织结构,规模庞大、等级严密、分工细化、责任明确是其典型的特征。“甚至在科层制的典范作用未成为法解释学内容之处,层级制和首长制行政执行也是主流想法。”〔8〕

在这一“金字塔式”的组织体系内部,行政机关间主要体现为上下级行政机关的纵向关系,纵向关系又可以划分为两类:(1)“条条”关系。“条条”关系意指上下级行政机关间直接的命令

〔3〕 参见翁岳生编:《行政法》(上),中国法制出版社2009年版,第322页。

〔4〕 高秦伟:《机构改革中的协同原则及其实现》,载《福建行政学院学报》2018年第4期,第20页。

〔5〕 参见〔法〕莱昂·狄骥:《公法的变迁》,郑戈译,商务印书馆2013年版,第53页。

〔6〕 〔德〕奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2013年版,第128页。

〔7〕 〔德〕施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2009年版,第232页。

〔8〕 陈爱娥:《行政任务取向的行政组织法——重新建构行政组织法的考量观点》,载《月旦法学教室》2003年第5期,第64页。

与服从关系，上级行政机关借由人事、组织、财政预算以及个案中行为的直接命令等“强制性协调手段”确保行政系统内权力行使的统一性。当然，上下级行政机关间的统一协调并不代表上级行政机关可以直接越权代行下级机关的法定职权，上下级行政机关之间的权力分等行使即严格的事权划分是上级机关行使命令指挥权的限度，对此，法国行政法也明确将上级行政机关的“强制代行权”定义为“一种冒犯、令人不快”〔9〕。（2）“条块”关系。这里是指政府及其所属部门间的纵向关系，《宪法》第89条、第107条、第108条和《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第66条规定了“条块”关系的内容，国务院或者地方各级人民政府各自领导其所属的政府部门，基于行政一体，各级政府对所属部门行使的命令指挥权体现为对后者所作不适当决定的“改变权”或者“撤销权”。

另外，“行政主体需要自然人，为其进行活动从而使其具有行为能力”〔10〕。为了实现行政任务，秩序行政下的层级式行政组织的权威、高效和统一运行仰赖于行政机关内部公务员体制的设置。因此，行政机关与公务员间的关系也被纳入这一科层制的组织结构中予以考量。事实上，为了“做到上传下达、政令畅通、行动一致和协调高效”，“下属对上级命令的服从都是天经地义的”〔11〕。为了确保组织整体的意思统一，即便上级机关发出的指挥命令违法，下级机关及其公务员仍应该原则上保持服从，除非明显违法，否则可能受到内部惩戒，对此，我国《公务员法》第60条的规定基本与之保持一致。

（二）确保“组织一体”实现的控制技术

科层制以及公务员体制只是对传统行政一体组织结构的静态描述，为了确保行政组织整体上的意思统一，仍须“通过广泛的指挥监督权限，全方位对合法性和合目的性进行控制，维持行政的一贯性与一体性”〔12〕。不过传统行政法将命令指挥权视为内部行政法的调整范畴被排除在法学的视野外，实际上，即使将其纳入内部行政法调整，也不能忽视内部行政法所具有的“担保行政行为合法性”的外部行政法价值。〔13〕宋华琳教授更是直接强调中国的行政法学界要加强对“行政科层体系内的控制技术”的研究，例如，“各级政府如何控制组成部门，上级政府如何控制下级政府”〔14〕。

实践中，“行政科层体系内的控制技术”纷繁多样、数目众多。根据作用对象的不同，大致可以将其简化为上级行政机关对下级行政机关或者所属机构的控制技术，以及行政机关对公务员的控制技术。另外，在该分类的基础上，又可以进一步根据控制技术个别性与一般性的差异将其划分为内部处分型的控制技术和一般指示型的控制技术。关于我国传统行政一体的控制技术的实践样态，如表1所示。

〔9〕〔法〕让·里韦罗，让·瓦利纳：《法国行政法》，鲁仁译，商务印书馆2008年版，第54页。

〔10〕〔德〕哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第504页。

〔11〕喻少如：《论公务员对违法决定或命令的相对不服从——对〈公务员法〉第54条的立法解读》，载《湖北社会科学》2007年第5期，第148页。

〔12〕袁文峰：《论行政形式自由选择权》，载《财经法学》2018年第1期，第84页。

〔13〕参见章剑生：《作为担保行政行为合法性的内部行政法》，载《法学家》2018年第6期。

〔14〕宋华琳：《国家建构与美国行政法的史前史》，载《华东政法大学学报》2015年第3期，第51页。

表 1 传统行政一体控制技术的实践样态

适用对象	实践样态	具体类型
上级机关对下级机关或者所属机构的控制技术	事前审批、事后备案	内部处分型的控制技术
	撤销与变更	
	执法检查	
	管辖权裁决	
	信息报送	
	行政批示	
	工作指南	一般指示型的控制技术
	裁量基准	
	权责清单	
	行政执法指导案例	
	请示批复	
行政机关对公务员的控制技术	行政处分	内部处分型的控制技术
	过错追责	
	绩效考核	
	荣誉奖励	

• 74 •

“命令指挥式的控制技术”具有如下特征：（1）方向的纵向性。在科层式的组织结构体系内，体系一致性的确保主要通过发挥上级机关的命令指挥权的作用，奉行自上而下的强制性协调来实现，虽然实践中也存在请示汇报、信息报送等自下而上的行为方式，但实际起到的作用很有限。（2）手段的强制性。在传统行政一体的科层制组织结构中，上级行政机关需要对下级行政机关或者公务员的所有行为向权力机关负最终的政治责任。根据权责一致的原则，责任与权力相伴而生，为此，上级行政机关必须对行政事务拥有最终的决定权并赋予其强制服从的效力。关于上级机关强制权的依据，一般情况下都源于法律上的明文规定，但学理的一般见解也认为即使没有法律上的规定，上级机关也当然享有此项权力，^{〔15〕}这被称为“行政权之当然权”^{〔16〕}。以我国行政实践中上级机关广为使用的行政批示为例，尽管没有明确的行为法授权依据或者依据位阶很低，但只要没有超越上级机关法定职权的范围，阶梯式的组织结构本身就足以赋予上级行政机关的行政批示强制下级机关服从的力量。^{〔17〕}（3）效力的内部性。行政科层体系内部的控制技术大多属于内部行政法调整，但内部行政法也有法律效力，只是原则上仅及于行政组织体系内部的行政机关、行政机构和公务员，与外部行政相对人无涉。以上级行政机关公布的裁量基准为例，虽然通过实施，裁量基准具备事实上的外部影响，但是这种作用仍然来自于行政机关的自我拘束，换言之，裁量基准原则上仅对下级行政机关及其公务员具有内部约束力，行政相对人不能以裁量基准作为其拥有请求权的规范基础。

〔15〕 参见〔日〕藤田宙靖：《日本行政法入门》，杨桐译，中国法制出版社2012年版，第23页。

〔16〕 〔日〕南博方：《行政法》，杨建顺译，中国人民大学出版社2009年版，第68页。

〔17〕 参见王学辉：《行政法秩序下的行政批示行为》，载《政治与法律》2018年第5期。

（三）关于“组织一体”的学理解释

传统行政一体以科层制的组织结构和命令指挥式的控制技术为确保手段自有其成立的组织学、政治学和社会学根基。

1. 危险防御性行政任务的组织塑造

行政组织是达成行政任务的手段，行政任务决定着行政组织的设置、规模与结构。传统理论向来以秩序行政作为基础，危险防御性质的行政任务不仅塑造了传统的行政行为理论，使行政的执行手段更偏向高权行政，同时也决定了层级式的组织结构。“质言之，以层级划分的组织为基础的行政层级体制，其具备专业性以及，由上而下贯彻外来之政治命令的特质。”^{〔18〕}另外，传统行政任务所处理的事项大多性质较为类似和重复，具有较为明显的可预见性和稳定性，依靠传统层级制的组织结构已足以应对，^{〔19〕}对于体系之外创设新的组织类型没有实践需求。

2. 传送带理论的民主传送

权力的分立或者分工行使是大多数立宪主义国家的基本遵从，基于此，作为执行权存在的行政权必须受到立法权的严格规训，这是法治国原则的基本要求，议会借由授权或者监督将民主要素传送到行政权内部，行政权据此获得权力行使的正当性和权威，斯图尔特形象地将行政机关称为民主的“传送带”。^{〔20〕}不过，单纯将民主要素注入行政权内部尚不足以确保行政权的整体民主性，作为一个规模庞大的组织体，行政组织必须借由表征为组织一体的科层制组织结构将民主正当性自上而下传送到行政组织的细枝末节，行政对立法的遵从，“法理论上最适宜以涵摄的模型，法律实践上则应以上令下从的行政科层体制为基础”^{〔21〕}。传统行政一体所要求的组织结构的上下一体并非目的实为手段，归根究底，通过上下命令指挥所建构的组织一体不过是为了实现行政整体对议会的政治责任和民主传送。

3. 单位社会组织结构的延续

以上从组织学和政治学的视角对根植于传统行政一体的办公室体制、严格的命令指挥权与公务员体制的学理解释尽管具有相当程度的说服力，但是行政任务的组织塑造作用和行政组织的民主传送理论缺乏对现实制度运行的切实关照。实际上，对中华人民共和国成立以来的中国社会进行简要概览就能为传统行政一体寻找到本土资源。为改变“一盘散沙”的社会格局，或许也出于防范历史上反复出现的地方割据和行政割据，中华人民共和国成立后随即通过国家强势的政治权力建构了一个“一元化社会”，“国家将所有社会组织纳入行政组织系统，从而形成行政隶属系统”^{〔22〕}，由此形成“单位体制”并与韦伯所谓“科层制”的组织结构相吻合。^{〔23〕}

〔18〕 陈爱娥：《行政一体原则与行政分殊化的趋势》，载《东吴公法论丛》2008年11月，第22页。

〔19〕 参见〔日〕大桥洋一：《行政法学的结构性变革》，吕艳滨译，中国人民大学出版社2008年版，第273页。

〔20〕 参见〔美〕理查德·B. 斯图尔特：《美国行政法的重构》，沈岷译，商务印书馆2011年版，第10页。

〔21〕 前引〔8〕，陈爱娥文，第64页。

〔22〕 张树义：《中国社会结构变迁的法学透视——行政法学背景分析》，中国政法大学出版社2002年版，第25页。

〔23〕 参见路风：《单位：一种特殊的社会组织形式》，载《中国社会科学》1989年第1期。

三、行政一体原则的检讨

在一个除了看到邮局和警察才能意识到政府存在的传统社会中，^{〔24〕}为了使行政权力能够以一种最合乎效能且具有民主正当性的方式运行，根据传统行政一体原则建立的科层组织结构以及命令指挥式控制技术既满足了对社会进行统一管理需要，也因其直接受制于议会而具有民主性。不过随着行政任务的多元化，这种静态、僵化、封闭的组织结构与作用机制已无法适应现代社会治理的“去中心化”和“去官僚化”的需求。

（一）行政组织分散化的实践

“行政组织分散化”是指政府民营化、私人参与行政任务、建构出独立的行政组织等行政组织上的分散化现象。^{〔25〕}现代社会的行政任务早已不再局限于传统危险防御型的秩序行政范围，而是显露出日益多元化的倾向。理论通说认为，行政任务大体经历了从传统秩序行政到给付行政的发展变迁。随着风险社会的形成，风险行政也已成为不得不面对的新课题。行政任务的多元化不仅导致行政权力的扩张，对行政组织的形态也具有直接的影响。

1. 秩序行政的组织形态

在以秩序行政为主要行政任务的历史阶段或者社会中，为了确保行政组织体系内部的统一性，行政组织的组织形态往往以科层制为中心进行构建。

2. 给付行政的组织形态

给付行政的到来，使得基本生存照顾、公共服务提供等资源配置型的行政任务被纳入。面对新类型的行政任务，单纯依靠传统科层制的行政组织形态已经很难应对。在20世纪初，狄骥就认识到，随着政府提供公共服务的种类越来越多，如果仍然以传统的科层制组织予以回应，必然导致政府权力实际强化的同时产生政府巨额的预算支出，狄骥开出的药方是“公共服务的分散化”和“政府活动的产业化”。前者是指在许多原有的以及某些新出现的公共服务中，通过采取地方分权、移交独立官员、建立行政性工会组织或者委托给一位在政府控制下活动的个体等方式进行管理；而“政府活动的产业化”则是指使那些具有产业特征的公用事业通过私营公司运营，例如铁路、电话、邮政等系统。^{〔26〕}100多年后的中国行政法学者对给付行政可能带来的行政组织形态变革的认识与狄骥几无二致，行政机关、私法形式的行政组织、承担行政任务的私人等非形式化的、分散化的组织形态在给付行政的背景下都获得了承认。^{〔27〕}

3. 风险行政的组织形态

风险的主要特征是不确定性，贝克认为，“在风险社会中，不明的和无法预料的后果将成为历史和社会的主宰力量”^{〔28〕}。为了适应风险的不确定性，基于应对性质类似和可预见性的行政任

〔24〕 参见〔英〕威廉·韦德：《行政法》，楚建译，中国大百科全书出版社1997年版，第3页。

〔25〕 参见前引〔18〕，陈爱娥文。

〔26〕 参见前引〔5〕，莱昂·狄骥书，第53-54页。

〔27〕 参见胡敏洁：《给付行政与行政组织法的变革——立足于行政任务多元化的观察》，载《浙江学刊》2007年第2期。

〔28〕 〔德〕乌尔里希·贝克：《风险社会》，何博闻译，译林出版社2004年版，第19-20页。

务而采用的传统科层制的组织形态已无法满足风险规制的要求。相比于秩序行政和给付行政阶段，风险社会中的组织形态更为重视组织的中立性、独立性、科学性、参与性和透明性，其内部的领导体制也很少采用科层制体系中的独任制，大多使用多元的合议制机关。^{〔29〕}可见，风险社会也呼唤着新形态的组织类型。

当面对多元行政任务时，组织形态和结构会相应调整，当然这并非意味着在组织法上放弃传统科层形式，而是要在行政组织法体系中加入其他新的、多元的组织形态。阿斯曼教授认为系统发展的行政组织法要包含六种组织形态，即层级结构的组织、合议制结构的组织、学术专业知识的组织、自治行政的组织、经济企业的组织和中间组织的结构。^{〔30〕}在推进国家治理体系与治理能力现代化，以及行政任务日益多元化的背景下，我国也应该充分重视中国铁路总公司等国有公司、银行保险监督管理委员会等事业单位、律师协会等行业组织、村民委员会等自治组织、妇联等人民团体甚至是受委托行使公权力的组织及个人。当然，不论实践中的组织形态多么复杂，这些多元化的组织形态大体可以被分为两类：传统科层式行政组织和分散化行政组织，其中各类组织形态根据任务取向的不同分别承担不同的行政任务。关于组织类型、组织形态及其任务取向的对应关系，如表 2 所示。

表 2 组织类型、组织形态及其任务取向

组织类型	组织形态	典型样态	任务取向
科层式行政组织	行政机关	各级政府及其组成部门等	规制性纲领的行政任务
分散化行政组织	独立行政组织	独立机关、行政法人等	关涉中立、专业或需要进行多元利益衡量的行政任务
	自治行政组织	村民委员会等地方自治组织、行业协会、高等学校等功能自治组织等	自治性的行政任务
	私法形式行政组织	行政性公司、公私合作企业等	给付性或者偏重经济营利和效率的行政任务
	助手型行政组织	受委托行使公权力的组织或者个人	专业性和辅助性的行政任务

基于组织形态的创新，一个不同于“科层组织结构”的“网络组织结构”得以形成，新的组织结构不再仅以科层式组织结构为中心，而体现为多中心、分散性、扁平化的网络化组织结构。网络化组织结构更加符合现代治理理论对治理主体分散化、去中心化和去官僚化的要求。然而，传统行政一体原则是完全奠基于秩序行政时代科层制组织结构和命令指挥模式基础之上的，无法完全统摄给付行政时代的行政实践，更遑论对风险社会的行政任务和组织创新保持适度的回应性。

（二）科层组织结构面临的挑战

“现代行政组织是由，无论就其任务领域、内部组织和可控制性而言，均极为不同的部分构

〔29〕 参见王贵松：《风险行政的组织法构造》，载《法商研究》2016年第6期。

〔30〕 参见前引〔7〕，施密特·阿斯曼书，第238页。

成的,高度分工且个别化的结构体。”^{〔31〕}改革开放以来,我国以同质化为底色的“单位”概念同样呈现多元的色彩。然而,各类分散化的组织形态在实现具体化的利益的同时,却难以与传统行政一体原则相契合,传统行政一体原则的科层结构在面对分散化的行政组织实践时面临种种不适。

其一,无法应对复杂的行政任务。传统科层制组织结构在环境和目的较为稳定,处理可预见的、性质类似事务的情况下往往能够较好地实现行政目的,^{〔32〕}但是在解决类似于风险规制等新的、具有变动性和复杂性的问题时,则显然不足。例如,随着互联网第三方平台的兴起,借助网络平台实现交易的经营者具有与传统实体经营者不同的相对匿名、跨地域和流动性大的特点,传统科层制的行政组织很难通过既往的行政调查、正式程序和形式化的行政决定实现监管目标,现行有效的做法是强化平台的“守门员责任”^{〔33〕},采用“政府管平台,平台管经营者”的合作监管方式,赋予平台以“助手型行政组织”的角色。

其二,难以满足行政实践中的组织需求。科层制组织不能完全掌握行政实践中新的组织结构和形态,在环境法、社会法或者学术法等行政法各论领域中可以找得到的所有公法与私法形式的组织形态,大多很难被层级式的行政机关涵盖。在环境法中,基于专业分工,行政组织的分散化现象明显,这不仅体现为复杂的科学和技术事项的专家咨询,受委托执行环保事项的私法组织也成为重要的组织管制手段。社会行政法以给付行政为主要的行政任务,自我负责和辅助性是其基本原则,“只有当社会不能凭己之力维持稳定时,国家权力才介入”^{〔34〕}。因此,社会给付原则上应该通过社会团体、公益机构等提供,国家行政仅负担支付费用、提供信息或者保证给付质量的担保责任。另外,在学术法中,基于大学自治,传统阶层性的行政组织更是无法适用于学术行政,否则学术自由将荡然无存。

其三,易造成上级机关的信息负担。行政组织也是一个信息取得与处理的机制,科层制的组织结构内部体现为垂直性的职务构造,上级行政机关往往远离基层执法现场,其做出决策的信息必须依赖于下级行政机关的输送,这可以减轻一线执法机关和执法人员的决策负担,但却加重了上级机关特别是高层领导的信息负担。一方面,源源不断的信息供给可能导致上级机关和高层领导被海量的信息淹没,造成信息过载,反而陷入决策的两难;另一方面,信息供给通道的失效又可能导致信息不足,同样难以做出科学决策。^{〔35〕}当然,在行政任务较为单一时,上级行政机关尚能应对自如,但福利社会和风险社会的到来导致行政任务急速增长,且呈现高技术、高风险的特征,最终将致使上级机关的信息负担成倍增加。

(三) 命令指挥式控制技术存在的隐忧

在阶梯式的组织结构内部,“命令指挥式的控制技术”主要通过细节性的指示、命令和层级监督实现上下级机关及其公务人员之间的强制协调。然而,在行政组织分散化的背景下,命令指

〔31〕 前引〔18〕,陈爱娥文,第22-23页。

〔32〕 参见前引〔19〕,大桥洋一书,第273页。

〔33〕 赵鹏:《超越平台责任:网络食品交易规制模式之反思》,载《华东政法大学学报》2017年第1期,第67页。

〔34〕 喻少如:《论行政给付中的国家辅助性原则》,载《暨南学报》(哲学社会科学版)2010年第6期,第57页。

〔35〕 参见前引〔8〕,陈爱娥文。

挥模式却忽视了行政机关与行政机关以及行政机关与各类分散化的行政组织之间的横向关系，更缺乏对于命令指挥手段之外协商合作式的柔性控制技术的观照。

其一，忽略了行政组织间的横向关系。行政机关间的相互关系，包括纵向的上下级关系和不相隶属的横向关系，^{〔36〕} 行政机关与行政机关间的横向关系同样是行政机关内部关系的重要组成部分，尽管建立在横向事务分权的基础上，但是基于行政目标的一致性，横向行政机关间的关系也应受到行政一体原则的规制，以不相隶属的行政机关之间的职务协助为例，通说也认为被请求机关应基于行政一体共同发挥机能的原则提供协助。^{〔37〕} 然而，“传统组织法所欲探究的组织关系，其所呈现的是直线的、垂直进行的决定步骤，而忽略了反馈与网络结构”^{〔38〕}。另外，更加需要注意的是，随着行政组织的日益分散化，传统命令指挥模式不仅忽略了横向行政机关间的关系，对政府公权力与社会公权力、行政机关与其他分散化的行政组织间的横向关系也缺乏解释力。

其二，缺乏对柔性控制技术的观照。“命令指挥式的控制技术”取向于科层制的组织结构，上下级行政机关被置于相互对立的领导与被领导、命令与执行的法律关系之中，这种自上而下的权力与强制秩序缺少对柔性控制手段的观照。然而，确保行政一体原则实现的控制技术远不止强制性手段，在论及行政机关间的关系时，藤田宙靖教授认为“在行政法学中，上级机关的指挥监督权作为行政机关之间意思统一方法是最重要的，但实际使用这种直接的硬性方法并不多，而像协议、利用人事权、预算分配权或者按照下级机关的意志来行动等这种更软性的、间接的方法更多”^{〔39〕}。宇贺克也教授将这种柔性的控制技术称为“调整”，并将其进一步划分为“统合的调整”“分立的调整”、行政机关间的“共管”与“共助”等类型。^{〔40〕} 日本《国家行政组织法》第2条第2款规定，在内阁的统辖之下基于行政一体发挥行政机能的原则，国家行政机关间可以谋求相互“调整”和“联络”，即是这种柔性控制技术的规范体现。^{〔41〕}

其三，过于偏重行为法控制技术。传统“命令指挥式的控制技术”大多具有内部处分性，存在着过度偏重行为法控制技术的弊端，忽略了组织法和程序法等多元的控制手段。实际上，即使在科层制组织结构的内部，上级机关维持行政一体的手段也并不限于行为法机制。例如，近几年实践中由各级行政机关制定的权力清单，是上级行政机关基于行政指挥领导权对下级行政机关及其所属工作人员发布的，关于确定的行政权及其依据和行使程序的“行政自制规范”，权力清单兼具“组织创制性规范”和“程序创制性规范”的内容，承担着组织法和程序法的双重功能，因此权力清单是一种融合组织法、程序法和行为法的综合控制技术。^{〔42〕}

其四，易诱发下级机关的懒政。上级行政机关做出细节性的命令、指示和监督是科层制组织

〔36〕 参见叶必丰：《行政组织法功能的行为法机制》，载《中国社会科学》2017年第7期。

〔37〕 参见吴庚：《行政法之理论与实用》，三民书局2016年版，第180页。

〔38〕 前引〔7〕，施密特·阿斯曼书，第228页。

〔39〕 前引〔15〕，藤田宙靖书，第24-25页。

〔40〕 参见〔日〕宇贺克也：《行政法概说Ⅲ：行政组织法/公务员法/公物法》，有斐阁2010年版，第1编第1部第3章。

〔41〕 参见日本《国家行政组织法》（昭和二十三年法律第一百二十号）第2条第2款，载 http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=323AC0000000120，最后访问时间：2019年4月9日。

〔42〕 参见喻少如、张运昊：《权力清单宜定性为行政自制规范》，载《法学》2016年第7期。

正常运作的必备条件,如果上级机关的指示较为明确,下级机关和公务人员往往能够做好执行者的角色。然而,一旦欠缺上级机关的明确指示,极易导致下级机关的懒政和怠政。以实践中的行政批示为例,作为以行政层级为基础的权力运行规则,行政批示特别是个案批示在实现个案正义时一度发挥了决定性作用,上级机关特别是首长负责制下的行政首长往往通过行政批示将上级机关乃至中央意思表示传递到执法一线,天津滨海新区化学品爆炸事故、山东毒疫苗事件的处理中无不可以看到上级批示的重要作用。然而,对上级批示的过度依赖也诱发了下级机关“没批示不干活”的官僚作风,“要批示”“等批示”往往成为下级机关新的行动理由,法律作为提供行动理由的工具价值被架空。^{〔43〕}

四、行政一体原则的更新

面对现实的行政实践,传统行政一体原则亟待对其理念和内容进行更新以适应纷繁复杂的网络组织世界。对此,虽然域外普遍主张从“组织一体”回归“责任一体”,但“责任一体”的方案其实与“组织一体”分享着同样的理论基础——规范主义,其现实解释力相当有限。本文认为,更为可行且符合中国实际的方案是以功能主义作为行政一体的理论基础,并在此基础上重塑其确保手段。

(一) 行政一体原则的更新方案

1. 回归“责任一体”的方案:规范主义的延续

有学者认为,“组织一体”仅仅是传统行政一体的表象,其实质是借由“组织一体”搭建的垂直通道将代议制机关代表的“公意”传递到行政组织的末端,赋予作为“执行权”的行政权以民主正当性。因此,传统行政一体实际上包含两个面向:“组织一体”和“责任一体”。前者体现为金字塔式的阶层组织和上下级机关之间的隶属关系。然而,通过上下命令指挥所建构的“组织一体”不过是为了实现行政整体对议会的政治责任和议会对行政的民主传送,因此,“责任一体”才是行政一体的根本指向,两者是手段与目的的关系。

综上,行政一体不能与科层制组织结构和命令指挥模式划等号,更不能被直接等同于“层级原则”^{〔44〕},这是对行政一体原则的“矮化”和“降格”。为了能够统摄行政任务分化和行政组织分散化的行政实践,行政一体原则需要回归“责任一体”的本质内涵。质言之,即使现代社会推动传统科层制组织向“地方化”“法人化”“委外化”和“去任务化”方向发展,但只要能够确保各种形态的行政组织维持适当水平的民主正当性,就应该承认行政一体原则与之具有兼容性,不能以“组织一体”的形式标准断然予以否定。具体来说,在网络化的组织结构中,各类公共组织确保“责任一体”实现的手段包括:第一,虽然行政机关不再能够以命令指挥权行使的方式对其他公共组织发布事无巨细的命令和指示,但仍可以对其施加一定程度的监督,由此,各类组织可

〔43〕 参见周赞:《作为提供一种行动理由的立法——立法本质的社会学解释》,载《求索》2019年第2期。

〔44〕 陈淳文:《从法国法论独立行政机关的设置缘由与组成争议》,载《台大法学论丛》2008年第2期,第261页。

以从行政机关那里间接分享民主正当性；第二，通过程序的透明、开放和公众参与程序的引入，各类组织之间可以直接与民意沟通，实现自身的政治问责。

当面对分散化的行政组织与传统行政一体秉持的“组织一体”相冲突时，域外诸多国家也主张回归“责任一体”的方案。法国《第五共和宪法》第20条被认为是行政一体原则在宪法上的体现，该条规定的行政一体几乎等同于组织一体，不过，随着国家通讯暨自由委员会等独立行政机关的建立，随即产生这类机关与宪法上的行政一体原则是否相容的问题，法国宪法委员会认为行政一体并不必然体现为组织上的一体，通过人事、财政或者启动合法性审查的方式亦能确保行政一体的实现。^{〔45〕}在美国，总统同样通过“执行一体论”实现对官僚机构的规训，甚至有发展成“总统行政”的倾向，^{〔46〕}但是，面对日益成为“第四部门”的独立规制机构，^{〔47〕}“执行一体论”也无法完全忽视和轻视行政组织分权的必要性和重要性，并力图通过引入一些新的控制模式维系行政的民主正当性，^{〔48〕}由此，“执行一体论”实质上也开始从传统“组织一体”向“责任一体”转变。在我国台湾地区，围绕“通讯传播委员会”等独立行政机关与行政一体原则是否抵牾的争议也曾引发卷帙浩繁的争论，许宗力教授明确指出，“大法官”释字第613号解释理由书中所称的“行政一体”既不是较高、抽象层次的国家一体，也不是客观上并不存在的“组织一体”，而是“责任一体”，“盖行政法人的组织都已从传统层级式组织独立出去了，拥有自身的法人格，组织一体已不复存在，但之所以仍不发生违反行政一体的疑虑，乃因责任一体没遭破坏，也因此不发生违反行政一体的疑虑”^{〔49〕}。

然而，虽然“责任一体”在域外普遍获得承认，但是却缺乏现实解释力。第一，“责任一体”将行政整体维持一体的理由完全建立在民主需求之上，而民主正当性的来源——不论是作为“传送带”的行政机关的间接传送，抑或借由公众参与程序的直接供给，都在公共行政的外部，这种纯粹宪法层面的、形而上学的逻辑推演很难反映网络组织结构内部维持一体性的真实动因。另外，由于“责任一体”对行政一体原则的理解是建立在行政权应该受到外部监督基础之上的，本质上仍属于一种规范主义的外部控权模式，但实际上，无论是网络化组织结构的形成，还是各类分散的公共组织间一体性的维持，可能都是行政机关自己选择和自我控制的结果，并非外部压迫。第二，“责任一体”虽然能够化解与行政组织分散化的冲突，但是在如何确保行政一体的实现手段上却未能提供充分的解释。何谓行政机关适当的监督？行政机关发挥作用的限度在哪里？“责任一体”很难就这些问题提供答案。

2. 行政一体原则的理论更新：一种功能主义的解释

在回归“责任一体”的方案缺乏现实解释力的情况下，本文主张应基于功能主义的视角探寻现代社会行政一体的真实动因。功能主义是和规范主义相对应的公法研究的两种基本范式，代表

〔45〕 参见前引〔44〕，陈淳文。

〔46〕 See Elena Kagan, Presidential Administration, 114 *Harvard Law Review*, 2245 (2001).

〔47〕 参见宋华琳：《美国行政法上的独立规制机构》，载《清华法学》2010年第6期。

〔48〕 参见毕洪海：《美国执行一体论的源流、内容与未来》，载《行政法学研究》2017年第4期。

〔49〕 许宗力：《独立机关——我国台湾地区行政组织法的难题》，载《行政法学研究》2015年第3期，第85-86页。

了公法研究中两种截然不同的立场,^[50] 公法研究尤其是行政法学研究中的规范主义总是预设一个形而上的抽象价值(或者民主或者自由或者权利),以此为前提,行政权被设想为是一种“必要的恶”,具有侵犯公民自由与权利的天然倾向,因此需要受到立法权的严密控制,成为一个纯粹的“法律执行者”,这便是广为人知的行政法“禁止授权原则”和“控权论”的起源。显然,无论是“组织一体”还是“责任一体”都因其强调立法对行政的外部控制而归属于对行政一体的某种规范主义解释。功能主义最早起源于生物学领域,后被社会学引入,从早期孔德、斯宾塞关于社会宏观结构的研究,到涂尔干关于社会分工与有机团结的理论发展,最后到帕森斯、默顿、J·亚历山大结构功能主义的提出与深化,最终形成一个庞大的系统理论。^[51] 功能主义在引入公法领域后带来了公法研究的范式更新。简言之,公法研究不能仅从一个形而上的抽象概念出发对行政权施加外部控制,一味地通过消极地限制和弱化行政权来保护公民的自由与权利,相反,从社会现实出发,功能主义清晰地认识到,“一个虚弱的行政权力无法维护自由”,^[52] 因此行政权并不仅仅是单纯的“执行权”,也有积极追求效率的一面,应该从满足功能需求的角度出发释放其积极性。

事实上,基于功能主义的视角,无论是网络组织结构的形成还是行政一体的维持所追求的功能需求,都是公共行政的公共性和效率性。应松年教授在早期关于行政组织法基本原则的研究中,就将行政一体定位为组织效率原则的具体体现,这种论点虽弱化了行政一体原则的独立价值,却也是对其功能需求的恰当揭示。^[53] 具体而言,首先,网络组织结构的形成并非源于形而上的逻辑演绎,而是行政机关基于行政效率进行的自主选择,简言之,在秩序行政作为主要行政任务的时期,行政机关通过科层结构垄断行政权力的行使,然而,随着行政任务的多元化,行政机关没有必要也没有能力做到“亲力亲为”,为了更有效率地完成行政任务,也为了自我“减负”,行政机关有动力也必须自发地约束权力行使的欲望,主动选择向地方分权或者向社会放权。由此可见,网络组织结构的形成是行政机关自我选择的结果,蕴含着行政主体对相对人及社会组织的尊重之意,在处理政府与市场、政府与社会的关系方面保持克制。另外,如果一概任由行政权过度分散,公共行政则有遁入私法和逃避公法责任的危险,行政权力过度的“碎片化”也不可避免地冲击传统的行政一体性,反而阻碍行政任务的完成,损及行政权的权威,重塑行政组织结构应防止行政组织结构完全私化而失去公共性和效率。因此,政府在网络组织结构形成后绝不能选择“抽身而退”,为了更好地实现行政机能,行政机关不仅应通过简政放权主动调整组织结构,也要求行政机关进一步发挥主导作用,协调分散的行政权力,通过各种手段维持行政整体的统一性,毕竟,“组织存在于复杂的组织网络中,它们必须互相合作才能成功”^[54]。

[50] 参见〔英〕马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2013年版,第227-248页。

[51] 参见周怡:《社会结构:由“形构”到“解构”——结构功能主义、结构主义和后结构主义理论之走向》,载《社会学研究》2000年第3期。

[52] 麦迪逊曾说:“一个虚弱的国家是无法保卫自由的。”〔美〕马克斯·法伦德:《设计宪法》,董成美译,上海三联书店2006年版,第8页。

[53] 参见前引〔2〕,应松年、薛刚凌文。

[54] 崔卓兰、丁伟峰:《治理理念与行政自制》,载《社会科学战线》2016年第3期,第218页。

（二）行政一体确保手段的重塑

问题在于，由于多元行政组织间普遍不属于直接的上下级隶属关系，反而主要体现为横向关系，不能完全通过细节性的上级命令和指示维持行政组织体系的一体。因此在网络化的组织结构内部维持一定程度的一体性存在诸多难题。不过，从功能主义的视角，网络化组织结构中的多元组织形态也必须取向于特定行政任务进行创设、运行和监督，同样也有对公共行政公共性和效率的追求，因此，尽管网络化组织结构相较于科层式组织结构更为松散，但仍有可能通过行政任务或者行政目标的设定与评估维持一体性。^{〔55〕}可以说，此时行政一体的内涵已转化为“功能一体”。

1. 组织创设中的目标设定

基于严格的规范主义传统，既有的行政组织法理论将行政组织创设权视为立法权的组成部分，奉行严格的组织法定主义，然而，基于组织规制弹性化的社会现实需求，彻底的组织法定原则开始出现缓和的主张。在日本，组织规范就呈现出“法律→政令→省令→训令→决定”这样的阶层性构成，^{〔56〕}不论从哪个层面设置行政组织并形成多么分散化的组织结构，各类行政组织的创设都必须建立在行政任务的考量之上，否则，不受任何目的限制的组织创设存在遁入私法的隐患或者故意规避公法规制的隐忧。至于何种任务应选择何种组织形态，“组织最适诫命”要求拥有行政组织创设权的行政主体采取对实现行政任务最适宜的组织形态，首先对行政任务进行分类，进而判断各类行政任务最适合的实现方式，最后选择一个最适宜承担预先设定的行政任务的组织形态。^{〔57〕}实际上，强调将行政权力配置给适当的机构行使的“功能适当原则”本身就是功能主义在权力配置上的具体运用，黑塞就认为：“为了让各项任务得到符合其特质的良好的落实，不同机构的结构、组成和人员就应该是功能适当的。”^{〔58〕}

2. 组织运行中的任务确保

虽然分散化后的各类公共组织拥有广泛的自主空间，但是仍然必须完成具体的行政任务，网络化组织结构中确保各类组织完成行政任务的技术不再以自上而下的强制手段为主，而具有多元、合作和柔性的特征。“组织法之能发挥功用并非通过个别法规的单独运作，而是通过各种法规间审慎的组合。”^{〔59〕}

其一，程序法的确保机制。这里所说的程序法机制主要是指各类公共组织间的内部合作程序，主要包括网络组织结构内部组织间的信息沟通、互相通报、征求意见和决策参与。在现代社会，随着互联网等信息通信手段的发展，行政一体甚至要求“行政部门之间的电脑系统必须一致”^{〔60〕}。当然，外部公共参与程序的建设也有重要意义，在哈贝马斯看来，现代社会的合法性是一种“程序主义的合法性”，^{〔61〕}“每个人都有平等机会行使对具有可批判性和有效性主张表示态

〔55〕 参见邹焕聪：《公私合作主体的兴起与行政组织法的新发展》，载《政治与法律》2017年第11期。

〔56〕 参见〔日〕盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社1999年版，第533页。

〔57〕 参见詹镇荣：《变迁中之行政组织法——从“组织形式选择自由”到“组织最适诫命”》，载《中研院法学期刊》2013年3月第6期。

〔58〕 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. 20Aufl., S. 211.

〔59〕 前引〔7〕，施密特·阿斯曼书，第223页。

〔60〕 前引〔3〕，翁岳生书，第324页。

〔61〕 参见周赞：《论程序主义的合法性理论——以罗尔斯、哈贝马斯相关理论为例》，载《环球法律评论》2006年第6期。

度的交往自由。”〔62〕多元主体通过开放、透明的程序展开论辩、协商和谈判获得民主正当性。在网络化的组织结构中,诸多公共组织属于一种“介于行政关系和契约关系之间的社会组织形态,既有从属性,又有自主性”〔63〕。这类组织往往与民主的中心相距甚远,但并未与国家体系完全分离,通过引入其他民主确保手段,其同样能够达致足够的正当化水平。由此,“程序主义的路径”成为确保民主正当性的新选择,这种正当性的自主生成模式建立在组织结构的透明度、程序的公开性和可参与性以及最终决定的可接受性的基础之上。〔64〕

其二,组织法和横向行为法的确保机制。实践中的组织法机制形态多样,不具有隶属关系的行政机关间的组织法机制包括从成立协调机构、组建共同行政机关到调整行政区划等程度不一的类型。例如,基于区域一体化的现实需要,为应对跨界公共问题,我国地方政府间创造性地开启了行政权力行使的对等约束、跨区域衔接、管辖权的让渡与转移、成立共同组织等多种横向协调机制,长三角城市经济协调会等区域组织甚至已经具有一定的决策权、执行权和监督权,〔65〕行政机关与其他公共组织之间则主要通过行政事务的委托机制等发挥作用。

横向行为法机制也应成为确保行政一体的重要手段。横向行为法机制主要包括职务协助、行政协议等公法手段,尤其是行政协议,在实践中俨然已经成为一种不可或缺的公共组织间进行合作的行为法机制,甚至传统的职务协助也已呈现“协议化”的倾向。〔66〕不过,在组织民营化的行政实务中,为了确保国营企业的公共目的性,政府作为投资者也可以股东的身份,借助公司法上的私法手段对国营企业保持影响力,实现国营企业公共目的与盈利追求之间的平衡。〔67〕

3. 组织监督中的任务考核

行政一体确保手段的最后一块拼图是对多元公共组织履行行政任务是否在整体上符合预定目标的监督与考核,科层制行政机关的内部行政监督原则上适用监督强度较大的适当性监督,具体表现为上级机关改变和撤销权的行使。〔68〕而在网络化组织结构中,通过绩效考核与评估,只要某一公共组织负责完成预先设定的任务,在此前提之下即拥有较大的独立自主性,因此不能像对待下级机关那样实施适当性监督,对其采取合法性监督已经足够。以高等学校为例,一方面,其并不直接隶属于行政科层体系,另一方面也不完全独立,仍须受到教育行政机关主管,因此,教育行政机关对高校维持某种“合法性监督”即可,应努力避免通过“适当性监督”侵入高校自治的空间,损及高校专业判断权的行使。

〔62〕〔德〕哈贝马斯:《在事实与规范之间》,童世骏译,北京三联书店2003年版,第155页。

〔63〕〔美〕P. 诺内特、P. 塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应性法》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第9页。

〔64〕参见前引〔20〕,理查德·B. 斯图尔特书,第141-184页。

〔65〕参见彭彦强:《论区域地方政府合作中的行政权横向协调》,载《政治学研究》2013年第4期。

〔66〕参见徐健:《论行政协助的协议化——跨区域行政执法的视角》,载《浙江社会科学》2008年第9期。

〔67〕参见詹镇荣:《公股事业之公共目的性及其确保手段》,载《法令月刊》2017年第4期。

〔68〕参见《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第59条。

五、行政一体原则适用的限度

总之，“组织一体”已难以有效应对组织分散化的真实世界，而回归“责任一体”的方案亦缺乏现实解释力，应以功能主义作为行政一体原则的理论基础，并以此为基础重塑行政一体的确保手段。不过，为了避免功能主义的“泛功能论”倾向，对行政一体原则的功能主义解释在强调其促进效率这一正功能的同时，也应尽力避免可能一并带来的负功能，^{〔69〕}为此，也应为更新后的行政一体原则设定一定的适用边界。一方面，行政一体所采取的确保手段应在法治化的轨道内行驶，恪守法治原则。另一方面，如果在网络组织结构内部过于强调“意思的整体统一”或者“整体行政机能的发挥”，也可能会损害行政分权和行政自治的初衷，因此，行政一体应与行政分权和行政自治保持适度的平衡。

（一）行政分权是行政一体原则适用的前提

过度分散的组织结构存在组织“遁入私法”和逃避政府监管的风险，过度的“地方化”“法人化”和“委外化”甚至可能导致反向的“管制俘虏”，“历史悠久的机构被由他们管制的集团给俘虏了”^{〔70〕}。因此，在网络化的组织结构内部仍有维持某种程度“一体性”的必要。然而，如果将行政一体的要求推向极端，过于强调各类组织之间的联结，又有可能完全架空行政分权的根基，剥夺各类新型公共组织自主的空间，阻碍多元行政任务的完成。毫无疑问，行政一体和行政分权构成一对矛盾，应分别将其置于天平的两端进行权衡。

现代社会中，行政一体建立在行政任务分化和行政组织分散化的基础上，因此，行政分权是行政一体的前提，行政一体是分权基础上的一体。“行政一体性与行政分权并不矛盾。行政一体性并不排除在国家之外其他公法人的存在，但所有的行政组织体既有分工又有协调。”^{〔71〕}至于如何实现行政一体和行政分权的平衡，笔者很难提供一个抽象的标准，平衡的实现仰赖于个案中的具体判断。关于此，湖北十堰公交民营化改制引发的风波提供了一个绝佳的解剖样本。作为中国第一个实行公交全盘民营化的城市，十堰市试图通过引入民间资本的方式改善公交运营体制僵化、服务水平低下的问题，本质上属于行政向社会的分权，初心不可谓不好，但改制之所以最终在尴尬中谢幕，产生“多输”的局面，^{〔72〕}根本原因在于政府在改制后选择了“彻底归隐”，任由具有公益属性的公交体制“遁入私法”“自负盈亏”，没有担负起应有的监管责任，未实现民营化所代表的行政分权与政府监管所维护的行政一体性之间的有效平衡。实际上，通过私人承担公共任务的方式进行公交改制的方向并没有问题，但是在改制后政府的角色却不应彻底淡出，必须通过政策解释、目标设定、标准制定与执行、任务考核与评估等多元、柔性的控制手段确保政府与

• 85 •

〔69〕 结构功能主义的代表人物默顿认为正功能或者显功能是有助于系统调试、为系统参与方期望和认可的后果，负功能是观察到的那些削弱系统之调试的后果。参见〔美〕罗伯特·K. 默顿：《社会理论与社会结构》，唐少杰、齐心等译，译林出版社2008年版，第130页。

〔70〕 〔美〕杰里·马肖：《贪婪、混沌和治理》，宋功德译，商务印书馆2009年版，第36页。

〔71〕 前引〔2〕，应松年、薛刚凌文，第14页。

〔72〕 参见丁补之：《十堰公交民营化改制，“多赢”变“多输”》，载《决策探索》2008年第3期。

民营化后的公司之间一定程度上的关联。^{〔73〕}

（二）行政自治是行政一体原则适用的边界

另外，行政分权只是手段，分权的根本目的是为了实现在实现各类组织的相对自治，因此，行政一体原则的适用也应与行政自治之间保持适度的平衡。具体而言，各类分散化的组织寻求自治的理由无外乎对政治中立性、专业性和多元利益代表性等价值的追求，由此，各种维持行政一体的确保手段也不能牺牲各类组织的自治利益。

当然，这种平衡的实现也应在个案中予以判断。例如，如果行政组织自治的理由只是基于专业性的考量，那么行政机关作为监管机关在采取确保行政一体的手段时就不能侵入其专业判断的空间，而如果公共组织取向于政治中立性设立，则一体性的确保手段就应该尽量避免对其采取直接的人事任命等手段。

（三）行政法定是行政一体原则适用的保障

科层式组织结构内部主要通过上级机关的强制命令维持统一，一般认为，只要未越权直接代行下级机关的法定职权，上级机关的命令和指示完全归属于“行政权之当然权”的范畴，无须受到法律保留原则的立法拘束。不过，诚如上文所揭示的那样，网络组织结构内部的各类组织之间大多不具有直接的隶属关系，行政机关不能借由“行政权之当然权”的行使对其他公共组织任意发号施令，因此，确保行政一体的控制手段就应该受到行政法定原则的严格限制。

具体而言，应综合运用组织法、行为法和程序法规范为行政一体的确保手段提供合法性保障。各类创新性公共组织的创设或者组织法机制的运用需要组织法规范提供依据，行为法规范旨在为实践中各类具体的行为法机制的适用供给合法性基础，程序法规范可以对各类行为法机制进行程序控制，例如，姜明安教授起草的《行政程序法（专家建议稿）》第23条、第24条、第25条就分别对行政机关间职务协助的条件、程序和责任作出了明确规范。

六、结 语

由于不被视为“法律人的法律”，无法进入法院视野进行司法适用，组织法的研究长期被行政法学界忽视，这导致组织法领域广泛存在组织法理论与实务的脱节现象，本文所探讨的行政一体原则就与行政组织分散化的行政实践难以契合。如上所述，在现代社会，由于“组织一体”所表征的科层组织结构和命令指挥式控制技术的诸多缺陷，行政一体原则不应继续被限缩于“组织一体”的狭窄范围内，亟待更新。然而，域外普遍采取的回归“责任一体”的方案因其缺乏现实解释力而难当大任，本文主张的更新方式是基于行政法的视角，在行政系统的内部寻求行政一体的真实原因，即以功能主义理论作为行政一体原则的理论基础，在此基础上重塑行政一体的确保手段。具体而言，可通过组织创设中的目标设定、组织运行中的任务确保和组织监督中的任务考核，确保行政一体的实现。当然，行政一体原则也有一定的适用限度，不仅应与行政分权和行政

〔73〕 参见章志远：《民营化、规制改革与新行政法的兴起——从公交民营化的受挫谈起》，载《中国法学》2009年第2期。

自治保持平衡，也应严守行政法定原则的适用边界。

在中国，传统社会、福利社会与风险社会等多种社会形态同时并存，“时空压缩”可谓当下中国最典型的时代特征，当我们尚未完成西方国家近现代的行政任务时，风险社会对风险规制的需求又已成为亟需解决的议程。秩序行政要求权力的集中与统一，给付行政和风险行政却呼唤分权与独立。因此，在中国的现实语境下，行政一体原则可能面临着更为复杂的实践挑战，需要进行适当的理论更新。

Abstract: In the traditional theory, the doctrine of administrative integration is limited to the narrow scope of “organizational integration”. It is expressed as the hierarchical structure and hierarchical command relationship between the higher and lower organs. In modern society, the doctrine of administrative integration with “organizational integration” as the core has been unable to effectively deal with the administrative practice of diversification of administrative tasks and decentralization of organizations. It is urgent to update its ideas and contents to adapt to the needs of “decentralization” and “de-bureaucratization” of social governance. However, the universally adopted “responsibility integration” share the same theoretical basis with “organizational integration”, and its realistic explanatory power is also quite limited. A more feasible and in line with China’s reality update plan is based on the theory of functionalism as the theoretical basis of the doctrine of administrative integration. Of course, the updated doctrine of administrative integration also has certain limits of application. It should not only maintain a balance with administrative decentralization and administrative autonomy, but also strictly abide by the applicable boundaries of the doctrine of administrative statutory.

Key Words: the doctrine of administrative integration, the decentralization of administrative organization, responsibility integration, functionalism, applicable limit

客观法与主观权利

[日] 山本隆司 著 王贵松 译*

内容提要：对于客观法与主观权利的关系，德国行政法学重视个别主体的权利和利益，但客观法是从外侧给国家的行为设定界限，如何与主观权利在内容上关联起来，尚不清楚；法国行政法过去的主流学说重视组织的意义，仅在控制行政的手段意义上承认权利概念，但近年来也出现了重视保护权利和解决纠纷的现象。或许可以实体法和组织法为媒介从两个过程的角度来重构主观权利：第一是客观法的论证过程，即判断什么样的利益符合客观法；第二是沟通过程，即让论证过程中考虑的各种利益在社会上得到沟通。考虑到武器对等的均衡性，对于在沟通过程中诸多主体主张并实现各种利益的法的可能性，也必须构想为主观权利。

关键词：保护规范 公权论 客观诉讼 论证过程 沟通过程

一、课题：客观法与主观权利的关系

1. 在客观法与主观权利两个概念上，各自都存在无数的问题。本文的主题限定于客观法与主观权利的关系。当然，在民事法领域，客观法的主要部分是主观权利的规定，两者关系成为理论问题的情形仅限于此 [不过，另参见本文末尾四（七）]。但是，在行政法领域，两者关系却成为论争的对象，对现实中发生的法律问题也有影响。行政机关通过将客观法适用于事实来实现公益，这是其当然的任务。与此相对应，行政法领域的客观法基本上是采取行政机关的行为规范形式。客观法有时也采取规定主观权利的形式，规定私人向行政机关的申请权等，但这种客观法的规定也仅限于此。尽管如此，主观权利的概念常常被用于划定法院控制行政机关活动的情形和范围。为此，就发生了理论和实际上的问题。

* 山本隆司，东京大学法学部教授；王贵松，中国人民大学法学院教授。

原文为「客観法と主観的権利」長谷部恭男編『岩波講座 現代法の動態 1 法の生成/創設』（岩波書店、2014 年）25 - 46 頁。摘要和关键词为译者所加。

2. 也就是说,根据《法院法》第3条第1款,“法院”“具有裁判一切法律上的争讼以及其他法律特别规定的权限”。日本最高法院将“法律上的争讼”限定为“当事人之间关于是否存在具体权利义务或法律关系的纷争”〔1〕。对于行政诉讼,《行政案件诉讼法》规定了以下四种类型(第2条,以下均为该法的条文):(1)“抗告诉讼”,即“具有法律上利益者”提起的、主张“与自己法律上利益相关”的行政处分“违法”的“撤销诉讼”等(第3条、第9条、第10条第1款、第36条、第37-2条第3款、第37-4条第3款——舍去各个规定的细节问题);(2)“当事人诉讼”,即“关于公法上法律关系的诉讼”(第4条);(3)“民众诉讼”,即“以选举人资格以及其他不涉及自己法律上利益的资格提起的请求纠正国家或公共团体机关不符合法规行为的诉讼”(第5条);(4)“机关诉讼”,即“关于国家或公共团体的机关相互之间权限存在与否以及有关权限行使的纷争的诉讼”(第6条)。以上第(3)(4)种诉讼“仅可在法律规定的情形中由法律规定的主体提起”(第42条)。通说认为,第(3)(4)种诉讼是“以保护法规适用的客观正当或一般公共利益为目的”的“客观诉讼”,第(1)(2)种诉讼属于“法律上的争讼”,是“以保护个人权利或利益为目的”的“主观诉讼”。〔2〕

如此,行政诉讼原则上就是以保护主观权利为目的的诉讼。当然,第(1)种诉讼所列的“法律上的利益”有可能解释为与主观权利不同的概念。但是,根据最高法院的说法,《行政案件诉讼法》第9条第1款所说的“对请求撤销处分‘有法律上的利益者’,是指自己的权利或法律上保护的利益因该处分而受到侵害或必然有受到侵害之虞者。如果规定该处分的行政法规范所包含的目的不限于让不特定多数人的具体利益完全吸收消解于一般公益之中,而是还应当作为所归属的各个人的个别利益予以保护,这时该利益也属于这里所说的法律上保护的利益”〔3〕。如后文二(三)部分所述,这一定式与德国的“保护规范说”基本相同。在德国,将“权利损毁”作为行政行为撤销诉讼的法定诉讼要件,在判例上采用保护规范说作为权利损毁的判断基准。如此,在具体案件中,与德国所指出的保护规范说存在不明确性和不安定性一样,是否存在“法律上的利益”也在日本屡屡成为争点。〔4〕

那么,如果将法律上争讼的判断基准和行政诉讼的诉讼要件从主观权利概念中解放出来,就能解决问题吗?但是,仅仅如此,即使在具体案件中没有法律特别规定可提起诉讼(例如,与居民诉讼相关的《地方自治法》第242-2条),也无法解答什么人在什么情况下可以提起诉讼这种一直在讨论的问题。

3. 本文在关注主观权利与客观法关系的同时,剔除主观权利概念抱有怎样任务的问题,反思主观权利的基础。在此基础上,采取渐进的路径尝试着重构主观权利。首先,针对私人对国家的公法上权利、亦即私人的公权(subjektives öffentliches Recht)概念,批判性地总结在理论和实际上都具有重要地位的德国学说[二(一)~(四)]。其次,概述并不承认私人权利(droit

〔1〕 最判2002年7月9日最高裁判所民事判例集56卷6号1134頁等。

〔2〕 雄川一郎『行政争訟法』(有斐閣、1957年)10頁以下、48頁、50頁以下。该文献虽是《行政案件诉讼法》制定前的文献,但却是经典文献。

〔3〕 最大判2005年12月7日最高裁判所民事判例集59卷10号2645頁。

〔4〕 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ(下)」ジュリスト1239号(2003年)108頁以下。

subjectif) 有德国那样重要性的法国行政法学说 [三 (一)~(三)]。法国的越权诉讼在撤销判决的判决形式上对应于日本的处分撤销诉讼。法国主导性的见解认为,“越权诉讼”是“客观诉讼”。〔5〕如此,通过理解将行政诉讼作为客观诉讼在制度和观念上的意义和界限,反观主观权利概念的意义和界限。如前所述,日本是将处分撤销诉讼作为主观诉讼来说明的,但在主观权利的概念上却并不像德国、法国那样有讨论的积累(另外在德国,主观诉讼和客观诉讼一般也不作为一对概念使用)。〔6〕在这一意义上,也只能说撤销诉讼的主观诉讼性说明流于表面。本文是要概述德国、法国的部分学说,并根据这些分析展开主观权利的重构工作 [四 (一)~(七)]。

之所以这么说,是因为本文对德国、法国学说的概述,并未深入到讨论的种种脉络之中,而是仅限于取其片段的表皮性概述。本文也没有分析实际具体的法律问题,而且也仅限于行政法这一法学中部分领域的讨论。这些局限是要事先说明的。

二、德国:客观法与主观权利的不安定结合〔7〕

与经历过大革命的法国不同,由既得权和各种高权构成的身份制社会的解体在德国徐徐而行,但也在进行。如此,德国一方面将决定什么符合公益、实现公益的权能集中到国家,另一方面也在以个人整体为对象承认基本权利。在这一趋势中,就浮现出如何在法上理解、表达国家与个人之间关系的问题。

(一) 理论的起源:作为介入国家意志形成的意志力的私人公权

对于这一问题,在19世纪后半叶的德国,私人对国家享有“公权”的观念被认为是公法学独立于私法学、并作为与私法学并立的学术领域而发展的基础。私人的公权首先被认为是介入国家组织组成或者要求国家机关作出决定的权利,诸如要求行政行为的申请权、向法院起诉的权利(诉权)等。对于将选举权作为公权,公权论的代表性学者有所踌躇,比如格贝尔,他还残存着既得权的观念;再如耶利内克,根据后述二(二)的国家法人论,他仅在“作为国家机关的承担者承认个人人格”的意义上,将选举权理解为私人对国家的权利对象。但是,无论是谁,都确实是将选举权定位于公权论中的重要论点。如此,如果限定于介入国家组织组成、请求国家机关作出决定的情形来理解私人公权,那么,对于具体在怎样的范围内承认什么样的公权,无论见解如何分歧,理解权利自身都没有多少困难。在如此理解公权时,意志力(Willensmacht)或法之力(Rechtsmacht)就成为定义权利的中心要素。

(二) 界限:国家法人论和法规概念

与此相对,自由是作为基本权利来保障的,将自由理解为公权就带有更大的困难。的确,从

〔5〕对于法国行政诉讼制度的全体图景,参见橋本博之「行政訴訟に関する外国法制調査——フランス(上)」ジュリスト1236号(2002年)85頁以下。

〔6〕对于日本主观诉讼和客观诉讼的概念,伊藤洋一推测认为,二战前“当时精通法国公法的织田万将法国的便利性表达移用于德国法上的学派对立(19世纪各邦设立行政裁判制度之际,围绕以保护主观权利还是维持客观法为目的而产生的争论),这一用语也在日本法上之后存续下来并得到一般化”。伊藤洋一「フランス行政訴訟の研究——取消判決の対世効」(東京大学出版会、1993年)116頁。

〔7〕本节在整体上依据:山本隆司「行政上の主観法と法関係」(有斐閣、2000年)第2章・第3章・第5章第3節。相关文献如该书所示,本文不再反复引用。

抽象、形式上来说，可以将自由“权”理解为要求国家停止违法行为的权利。但是，在根据具体判断是否存在权利、有无违法性来思考时，这里所说的私人权利，与作为权利对象之国家机关所作行为的合法性、违法性在内容上是如何关联的，却未必清楚。

这种困难来自于德国的国家法人论和法规概念的界限。德国的国家法人论一般并不涉足通过法的概念将国家组织的组成过程自身正当化，同时予以规范。在法的概念上，可以说先验地假定国家是单一的权利主体。^{〔8〕}如果说法规是划定主体间意志领域的规范，那么这一意义上法规概念采取的前提就是，在适用于作出行政活动的国家与私人之间的关系时，国家基本上具有私人同样样态的活动自由吗？法规不问公益的内容（公益是将国家行政活动正当化的目的），而是可以说从外侧给国家行政活动设定界限的客观法。如此，从能否将国家行政正当化的内侧而论的脉络中，就欠缺将客观法与主观权利实质性关联起来的视角。

（三）面向行政诉讼论：个别利益与客观法通过保护规范说的结合

这一点并不限于国法理论的构成问题，也扩大为实定法解释论上的问题。也就是说，在德国，“权利损毁”是私人对行政行为提起撤销诉讼的诉讼要件（在现行法上，《基本法》第19条第4款、《行政法院法》第42条第2款）。而且在现在，因行政行为违法而“侵害权利”是撤销诉讼的本案胜诉要件（《行政法院法》第113条第1款）。伴随着这种行政诉讼制度的确立，行政诉讼的诉权基础和前提就要诉诸实体法上的权利观念。而当初〔二（一）〕限于程序法上从理论上构成私人公权就已足够，那种状况已经不复存在。

德国的学说通过将权利要素的重心从意志力转为利益（Interesse），为私人在实体法上的公权奠定基础。在课予国家行政机关行为（包括作为和不作为）义务的法规范（主要是法律）保护私人的个别利益时，就承认私人在实体法上的公权。这就是在20世纪初由布勒定式化、二战后由巴霍夫继承的“保护规范说”。保护规范说是指课予国家行政机关行为义务的个别法规范同时为私人请求履行该义务的权利提供基础，由此就将权利与基于客观法的义务关联起来。但是，同一个法规范规定着权利和义务，仅仅是这样的说明，依然是形式性的。也就是说，还不能说它显示了权利或其要素的个别利益与客观法或基于客观法的义务在内容上是如何关联起来的。此外，如一（一）所述，行政法规范主要是作为行政机关的行为规范而规定的，从中未必容易直接读取出私人的主观权利或者受保护的各个人的个别利益。结果在德国的判例上，“权利损毁”不容易得到承认，承认私人撤销诉讼原告资格的情形和范围与日本一样日益狭窄。

（四）公权论视野扩大的可能性

近来的学说着重强调发挥法解释论的作用，进而积累符合基本权利性解释等法解释的准则，将其作为从行政法规范中读取权利的媒介。施密特-阿斯曼所说的新保护规范说就是如此。下述观点也在学说所说的趋势之中：（1）行政法规范以及据此作出的行政行为多数是以调整相互冲突的各种私益为目的，可以用该私益为主观权利提供基础。（2）私益（个别利益）在性质上与公益

〔8〕 山本隆司「行政の主体」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅰ——行政法の基礎理論』（有斐閣、2011年）89頁以下。

具有连续性，两者无法截然区分。(3) 作为权利要素的个别利益得到强调，但应当重视参政权也包含在私人的权利中。(4) 通过主张在国家实现公益时难以充分主张并考虑的利益（环境利益等），私人也能具有与国家“协作”的权利。^{〔9〕} 在私人的实体法公权上，如果承认各个人的利益受法规保护，就承认意志力或法之力的要素，意志力或法之力要素被抽象化了、几乎失去了实际意义。但是，上述（1）以下的观点具有启发意义，在实体法上的公权上也有必要考虑超出个别利益的要素。

不过，在德国判例上，与法国等欧洲其他国家法以及欧盟法的水准相比，行政诉讼原告资格的狭隘状况仍未得到改善。特别是在团体诉讼上，不仅在判例上原则上不承认，在立法上也迟迟未得到完善。德国在批准环境保护的奥斯陆条约时接受欧共体的指令（RL 2003/35/EG），在2006年制定了国内法，承认环境保护团体的团体诉讼（BGBl. I 2006，2816）。但是，该法律将团体可主张的事项限于行政机关违反“为各个人权利提供基础”的法规范的情形。为此，欧盟法院在2011年5月12日判决该限制主张的做法违反指令（Rs. C-115/09）。德国在2013年取消了该主张限制（BGBl. I 2013，753）。

三、法国：客观法与主观权利的区别

与德国不同，将私人对国家的主观权利作为概念加以雕琢，成为公法学的基础，这样的信条在法国是不存在的。在制度的背景上，法国也不同于德国，法国自大革命以来，司法作用与行政作用彻底分离，行政裁判起源于行政组织的内部监督制度，是作为行政作用来定位的。毋庸置疑，行政诉讼制度逐渐独立于行政活动，日渐发展出裁判的组织和程序。在这一过程中，越权诉讼制度在不要求将“权利损毁”作为诉讼要件等的方向上得到发展。^{〔10〕}

但是，从19世纪后半叶到20世纪初得到发展的德国公权论以及与其密切相关的国家法人论却大大刺激了法国的学说。法国主导性的学说与德国的公权论相对抗，要么拒绝权利概念自身[三（一）狄骥]，要么仅在限定的意义上承认具体实体法关系中的私人权利概念[三（二）奥里乌]。他们还将越权诉讼作为“客观诉讼”来说明。不过，在法国的行政诉讼中，与越权诉讼相并列，对于国家赔偿和履行契约等特定案件类型还承认包括撤销行政决定以外判决形式的全面审判诉讼（完全裁判诉讼）。^{〔11〕} 全面审判诉讼是包含在“主观诉讼”中来说明的。

与此相对，也有学说在具体地思考私人对行政活动的实体法上权利，认为越权诉讼也是“主观诉讼”。但是，这样的学说并未得到支持。当然，近来可以看到的一种现象是，包括越权诉讼在内，行政诉讼制度及其运用正在重视保护实体法上的权利以及解决实体法上的纠纷[三（三）]。

〔9〕 山本隆司「集团的消費者利益とその實現主体・實現手法——行政法學の観点から」千葉恵美子＝長谷部由起子＝鈴木博文編『集团的消費者利益の實現と法の役割』（商事法務、2014年）225頁。

〔10〕 詳見村上裕章「越権訴訟の性質に関する理論的考察」同『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007年）108頁以下（初出1989年）。

〔11〕 全面审判诉讼（完全裁判诉讼），在中文中一般译作“完全管辖权诉讼”。——译者注

以下仅从与德国公权论相对应的视角进行考察，概述法国的学说。^{〔12〕}

（一）法的行为与法的状态的分类——狄骥

莱昂·狄骥彻底排除了德国主观权利的“意志力”要素观念，通过“法规则”的概念来叙述法。也就是说，狄骥考察的“客观法”是，“一旦违反，将引起得到组织化的社会反作用的行为规则”。如此，“一概排除了形而上学性质的要素，完全从现实主义的视角”，否定了主观权利的观念——“为了让意思能对其他意思自行实现而在某种意思中的固有性质”。^{〔13〕}取而代之的是，通过使法秩序发生变化的意图将作为意思行为的“法的行为”关联起来，来理解“个人的法状态”。也就是说：（1）从包含着一般规则的“规则制定行为”直接产生或者以一定的个别行为（“条件行为”，公务员的任用行为等）为条件而产生“客观的法状态”；（2）不是适用客观法的规则，而是通过课予主体特殊义务的具体、个别的“主观行为”（契约等）产生“主观的法状态”。^{〔14〕}

但是，法的行为相互之间，进而是法的状态相互之间的不同，未必得到充分的说明（条件行为与主观行为、客观的法状态与主观的法状态）。这些相互间的关系，也没有像凯尔森所说的法规位阶构造那样（不论赞成与否）^{〔15〕}得到充分整理。

这些问题放大之后就体现为主观诉讼与客观诉讼的区别。狄骥作出如下区分：（1）判断“主观的法状态”的存在与否、范围、实现，“主观行为”的瑕疵，以及因“客观行为”侵害“主观的法状态”的诉讼是“主观诉讼”（其判决均为主观性法的行为）。（2）判断事实行为和“客观性法的行为”违反法规则（刑事责任和侵权行为责任）、事实行为和法的行为侵害“客观性法的状态”的诉讼是“客观诉讼”（判决在处罚诉讼中是条件行为，在赔偿诉讼中是主观性法的行为，在撤销诉讼中是客观性法的行为）。越权诉讼是撤销行政机关法的行为的客观诉讼。^{〔16〕}但是，这一区别是以违法行为的性质还是以被违反的法规则、受侵害的法状态等的性质为基准进行区分，并不清楚。^{〔17〕}

（二）组织与关系的法的表达——奥里乌^{〔18〕}

1. 与此相对，莫里斯·奥里乌认为，“给遵守公共服务理念的组

• 93 •

〔12〕 详见橋本博之「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ（二）」国家学会雑誌 102 卷 11=12 号（1989 年）657 頁以下、682 頁以下；橋本博之「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ（三・完）」国家学会雑誌 103 卷 1=2 号（1990 年）39 頁以下；村上裕章『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007 年）102 頁以下；仲野武志「公権力の行使概念の研究」（有斐閣、2007 年）123 頁以下。富尔基耶在近来出版的毕业论文中，逐一列举出在迄今为止的法国行政法中倾向于回避私人公权概念的论点，表示这种回避的论据是脆弱的，他同时逐一列举了学说和法律实务中私人公权显现的现象。Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés; Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, 2003. 在显示该论文要点的富尔基耶 2013 年论文中附有精心的译注。Norbert Foulquier（興津征雄訳）「フランス行政法における公権論」民商法雑誌 147 卷 6 号（2013 年）492 頁以下。

〔13〕 Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^eéd., t. 1., 1927, p. 14 et s.

〔14〕 Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^eéd., t. 1., 1927, p. 307 et s., p. 325 et s.

〔15〕 山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000 年）130 頁以下。

〔16〕 Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^eéd., t. 2., 1928, p. 458 et s.

〔17〕 村上裕章『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007 年）127 頁。

〔18〕 对比“组织”与“关系”，例如可在 Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^eéd. 1916, p. 45 中看到。奥里乌的见解是徐徐发展的，以下依据的是出自其自身之手的《行政法精义》最终版，在注释中适当参照《公法原理》第 2 版。奥里乌的学说已有很多研究，仅就较为近期的总结文献而言，也有注释 6 以及以下到注释 13 所引用的文献。此外，财政法观点方面，参见木村琢磨『財政法理論の展開とその環境——モーリス・オーリウの公法総論研究』（有斐閣、2004 年）。

政制度”。换言之，公共服务是“承担恒常性、持续性为公众提供在理念语义中由警察思考决定的服务作用，由权力、权限和惯例而组成的公共组织”。〔19〕

德国的公权论和国家法人论是以客观法从外侧给国家活动设定界限，将客观法和主观权利予以概念化〔二（二）〕。如果与此相比较，奥里乌的讨论显示出的志向是要将作为旨在实现公共服务理念的组织而形成国家、从事活动的样态法理化。〔20〕如此，国家与私人之间的关系首先被理解为这种组织与其成员之间的关系，同时，也被理解为作为组织的国家作为从事事业的法人与私人进行法的交换（commerce juridique）关系。〔21〕

也就是说，组织化为“制度”的行政活动是“为了国家政府的利益，同时也为了公众的利益而运营的事务管理事业”。管理公共服务事业是国家作为具有自主权、责任和财产的法人而从事法的交换的实施行为（opération），其中也保持着公权力的特权。〔22〕

2. 对于作为组织和法人的公行政，可以从下述内容中更详细地看到奥里乌的说法。公行政是精神性人格（personnalité morale），更具有法的人格（personnalité juridique）。精神性人格具有取得内部财产的能力，因此是与具有取得外部财产能力相适应的组织。这种精神性人格经过下面三个阶段而形成：（1）仅将成员群与统治机关相区别的“纯粹的单纯社团组织”阶段；（2）“代表统治”的阶段；（3）“集团成员的主权”阶段。第（3）阶段是指将各机关拥有（所有）统治权力意义上的“主权”〔23〕让渡给集团成员。在这种精神性人格中，承认集团成员对机关统治权力的反作用，以实现“权力所有与权力行使的平衡”。法的人格是这种精神性人格在法上的“样式化”，体现为事业、责任和财产的中心点，进而是权利的中心点。所谓权利，是指“作为主体自有之物，以满足主体的理念和利益为目的的力”。公权力的行使也包括在国家的权利对象之中。〔24〕

奥里乌就这样将适于根据现实把握私团体、组织以及私主体相互间关系的概念框架基本推及于理解国家的精神人格性和法的人格。这时，进一步的任务就是，根据国家的情形，在法上更为

〔19〕 Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^eéd., 1927, p. 12 et s.

〔20〕 参见小島慎司『制度と自由——モーリス・オーリウによる修道会教育規制法律批判をめぐって』（岩波書店、2013年）83頁以下的分析。与G. 耶利内克的构成〔二（一）〕相对，奥里乌将选举权明确理解为“关于社会公职（fonction）这种物（chose）的物权”（Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^eéd., 1916, p. 171）。小島慎司一书第230頁以下以此为例作出了分析。与德国学说作整体对比，石川健治认为，“不同于意图将国家—国民的垂直关系一元化的耶利内克的身份论，奥里乌、勒纳尔（G. Renard）的身份设想的是在垂直和水平上都相互关联的多元社会图像”。奥里乌的“制度（Institution）观念终究是发现性的法的理念，背后表现着基尔克当然承认的客观实在体”。石川健治『自由と特権の距離——カール・シュミット「制度保障」論・再考 増補版』（日本評論社、2007年）108頁、180頁。

〔21〕 译者注：所谓法的交换，是指立足于交换正义（justice commutative）而处于已确立之法（droit établi）的世界中，包含着以等价交换法理为首的、不当得利、侵权行为损害赔偿等一般法理。国家或者行政在获得“制度”上的法主体性，进入对其他法主体提供服务的关系中时（公共服务管理的法律关系），就属于这个法的交换世界（兼子仁＝磯部力＝村上順『フランス行政法史』（岩波書店、1990）326～327頁参照）。奥里乌区分临时的法与已确立的法。

〔22〕 Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^eéd., 1927, p. 19 et s.

〔23〕 奥里乌将“法的主权”理解为人民“自由”“服从的意思与服从所包含的法的权能”。这种“主权”不仅体现为“附合（adhésion）于支配权力的命令的权能”，也体现为对人民“进行保障的权能”和“裁判权”。〔Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^eéd., 1916, p. 35 et s., p. 127 et s. 小島慎司『制度と自由』（岩波書店、2013年）69頁以下を参照〕（奥里乌区分政治主权与法的主权，立法权和执行权属于前者，裁判权属于后者。——译者注）

〔24〕 Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^eéd., 1927, p. 286 et s.

明确地分析集团成员“享有”机关统治权力的含义、集团成员对机关统治权力进行“反作用”的含义。^{〔25〕}考虑到公共服务理念有不同于私主体利益和理念的一面，也应当更为深入地在法上分析成为精神性人格和法人目的的“公共服务理念”与成员“利益”之间的关系。因为公共服务的理念不能像私主体的利益和理念那样特定化，而要考虑各种私主体拥有的多样利益和理念并将其具体化。^{〔26〕}

进一步来说，奥里乌在国家从事公共服务、管理、实施行为的场合中来理解作为法人的国家与私人之间的“法的交换”。在国家作出决定的场合中，重视在作为精神性人格和组织的国家中统治机关与成员之间的关系。但浮现的问题就是，能明确区别这两种场合和法的处理吗？进而，如果要宽泛理解实施行为，原本假定为经济交易而形成的法的交换观念^{〔27〕}有时也不适合作为在法上把握国家行政活动的行政主体与私人之间关系的概念框架。^{〔28〕}

3. 这一问题也体现在行政诉讼的区别上。奥里乌对包括越权诉讼在内的撤销诉讼与全面审判诉讼作出了如下区分：前者是法官以撤销（行政）决定执行效果为唯一目的、基本上只审查法律问题的程序，行政不是“当事人”。阻止执行的快速审理（référé）是理想的。而后者并不像前者那样是“对行为的诉讼”，^{〔29〕}而是在有实施行为或执行的事实时，行政客体（私人）主张因执行的事实而发生损害赔偿等的权利，对负有责任、作为精神性人格的行政提起的当事人之间的诉讼。在后者中，也审理事实的评价，判决也能有变更决定等超出撤销决定的效果。^{〔30〕}

在这一诉讼分类中，行政决定的越权诉讼被认为是国家组织内部的成员扮演着“检察官的角色”、为确保“良好行政”而要求行政遵守“纪律”（discipline）的程序。奥里乌认为，行政制度是为了让行政服从制度理念而承认行政客体可以诉讼，将其用作控制行政的手段。^{〔31〕}

另一方面，如此理解越权诉讼，就变得不像德国那样，在诉讼要件和本案胜诉要件中要求案件中行政机关违反的义务（客观法）与原告的不利在法上有关联 [另外，如二（三）所述，在德国，结果也未能成功地明确显示出两者在内容上的法的关联]。的确，奥里乌也要求原告有不利，

〔25〕 与正文指出的问题相关的是，奥里乌完全不区分政治自由和公民自由，从政治和制度中“终究不能安定地总结出公民的自由和交换（commerce）” [小島慎司『制度と自由』（岩波書店、2013年）71頁、202頁、205頁、288頁]。奥里乌还将社团制度内部的法分为三种形态（法源），即纪律法或命令法（droit disciplinaire ou réglementaire）、习惯法、规约法（包含国家场合下的宪法）或法律（droit statutaire ou légal）；他将执行决定（包括行政立法）和越权诉讼定位为可进行实力强制、“直接行动”的纪律法，而不同于通过具有第三方性质的法官介入实施制裁的法律 [Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^eéd., 1916, p. 27 et s. p. 128 et s. 详见磯部力「モーリス・オーリウの行政法学」兼子仁＝磯部力＝村上順『フランス行政法史』（岩波書店、1990）325頁以下；橋本博之『行政法学と行政判例——モーリス・オーリウ行政法学の研究』（有斐閣、1998年）59頁以下]。正文所指出的问题与这种定位也有关系。[在奥里乌的理论中，纪律法对应着临时的法，习惯法对应着已确立的法。执行决定等形成的法律关系是临时的法的问题，具有临时的效力，可通过越权诉讼来控制。而法律基本上属于少数统治者对多数国民命令的范畴，但其经过国会程序制定，被拟制为附着了国民的合意，故而成为第三种类型的法。磯部力「公権力の行使と『法の二つの層』——オーリウのデュギー批判に寄せて」山口俊夫編『東西法文化の比較と交流』（有斐閣、1983年）412-415頁。——译者注]

〔26〕 与奥里乌明确区分理念和利益的评价相关 [小島慎司『制度と自由』（岩波書店、2013年）176頁以下、288頁]。

〔27〕 Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^eéd., 1916, p. 106, p. 173 et s.

〔28〕 Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^eéd., 1927, p. 286 et s.

〔29〕 Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, 2^eéd., 1896, p. 561 et s.

〔30〕 Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^eéd., 1927, p. 376 et s., p. 435 et s.

〔31〕 Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^eéd., 1927, p. 42, p. 385 et s.

才承认撤销诉讼中诉的利益。但是,与德国(过剩地)倾注精力去论证存在公权(权利损毁)和原告适格形成对照,法国诉的利益的判断基准并没有得到理论化,也倾向于大方地承认诉的利益。^[32] 具体而言,奥里乌是将利益通过撤销行为“直接”获得救济、该利益为原告“特有的”(personnel)“正当的”(légitime)利益作为要件。在原告具有个人的既有权利时,或者因过去行政机关的行为课予特定负担或受到不利时,就承认所谓“正当的”利益。^[33]

但从救济实体法上权益或者解决实体法上纠纷的观点来看,越权诉讼的审理范围完全不涉及事实评价,判决形式也仅限于撤销决定,因而,未必就能说越权诉讼具有充分的实效性。

(三) 主观权利观念的端倪

在法国,也存在一些学者,即便没有全面接受,但也比上述学者更为肯定性地接纳德国的公权论和国家法人论,更广泛地肯定私人对行政作用的权利。

1. 有学说认为,只有人才是实在的人格,此外的法人是国家立法者拟制而承认的、与团体成员(的意思)无关的人格。米舒在法人论上作出了浩瀚的研究,他对这些说法提出了如下批判。这里所谓法人拟制说等学说存在的问题有:(1)没有充分说明法人以自然人为基础而构成、但区别于自然人(的集合),却与自然人享有同样的权利能力;(2)并不阻止国家的介入,不能充分说明国家自身的法的人格。有机体说认为,团体与自然人一样是有机体,在法上与自然人同样对待,承认其法的人格。米舒对此也提出了上述第(1)点的批评。^[34] 德国学说将权利定义为根据意志力而在法上受保护的利益。米舒自身参照德国学说认为,可以在人的集团具备利益和意志力要素时承认其法的人格。他将利益理解为人的集团的目的(but),将意志力理解为由组织形成的、行使权利的集团的意思。具备这种利益和意志力、国家根据法规则予以承认的集团具有法的人格。^[35] 如此,在米舒这里也就否定了奥里乌的理论——国家也是法人,公权力的行使是国家权利的行使,在对公权力行为的越权诉讼中行政不是当事人。^[36]

重要的是,米舒批评了德国的法人论,重视由人所构成的组织。但是,像奥里乌那样〔三(二)2〕,他还没有将国家这一组织的行政活动、行政活动相关的“意思”形成和实现过程予以法理论化。^[37] 结果,米舒参照德国基尔克的见解,^[38] 在社团与成员之间固有的“法关系”上,他仅仅举出了基于成员资格的法关系与成员个人权利受社团保护的法关系,并将其也适用于国家

[32] 此外,也要注意,与日本和德国的撤销诉讼不同,法国的越权诉讼对象广泛,也及于行政立法。橘本博之「行政訴訟に関する外国法制調査——フランス(上)」ジュリスト1236号(2002年)90頁以下。另外也有将越权诉讼的撤销判决具有对世效力与客观诉讼性结合起来的讨论。伊藤洋一「フランス行政訴訟の研究」(東京大学出版会、1993年)71頁以下。

[33] Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^eéd., 1927, p. 402 et s.

[34] Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, 3^eéd., 1932, p. 16 et s., p. 70 et s.

[35] Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, 3^eéd., 1932, p. 116 et s.

[36] Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 1, 3^eéd., 1932, p. 298 et s., p. 326 et s.; Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 2, 3^eéd., 1932, p. 74 et s. 对于米舒法人论的定位,参见石川健治「自由と特権の距離」(日本評論社、2007年)90頁以下。米舒生前出版的是1906年、1909年的《法人论》初版。本文依据的是 Louis Trotabas 明示补订之处的第3版。

[37] Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 2^eéd., 1916, p. 91. 奥里乌批评米舒从主观权利的表象为法的人格提供基础。

[38] 山本隆司「行政上の主観法と法関係」(有斐閣、2000年)108頁以下。

（由宪法保障自由权等属于后者的范畴）。〔39〕

2. 以奥里乌为师的巴泰勒米将权利理解为“其自身成为受诉讼保护之理由的利益”。〔40〕如此，他就从在越权诉讼中审理的行政决定的违法事由演绎出私人对行政的权利形态。也就是说，将私人的权利设想为要求行政行使公权力的行为遵守权限、形式、目的等法的条件。〔41〕作为撤销诉讼的越权诉讼区别于作为通常诉讼、以“权利”为对象的全面审判诉讼，越权诉讼的特征在于，它以行政行使公权力行为的“自由”为前提，采取对其加以“限制”的形态。〔42〕

在巴泰勒米这里，不仅是从诉权演绎出实体权利，私人的主观权利和利益与课予行政以义务的客观法、行政决定违法性的关系，也与之后展开的德国实体法上公权论〔二（三）〕相比更为不明确。要求行政决定遵守各个合法要件的“权利”是拉费里埃未联系德国公权论、未作特别理论说明所说的东西。〔43〕单纯假定行政活动“自由”的逻辑，也只能说具有与德国一样的问题〔二（二）〕。

3. 博纳尔强烈地意识到老师狄骥对“意志力”的批判，他将以客观法为基础的“要求之力”作为权利的要素，建立起承认私人公权的理论。〔44〕博纳尔认为，在规定的行政义务不仅旨在实现一般利益，也在于使个别利益（*intérêt particulier*）得到满足时，承认该个别利益的主体具有私人的公权。在私人公权的类型上，他举出了公共服务直接利用者的权利、要求合法行政行为的权利等。在他的观念中，后者的权利被按照违法事由（权限、形式、要件、效果、目的）来“分割”。〔45〕

在法国，可以说博纳尔的公权定义最接近于德国的理论。博纳尔将一般利益作为“匿名的个人利益”，明确地承认一般利益与个别利益的关联，但此外的两者关系并不清楚。这一特征也与德国的公权论相似。不过，要求合法行政行为的权利，其构成与巴泰勒米是一样的，也有与其学说相同的问题。〔46〕

博纳尔指出，因为法行为的合法性可成为在实体性给付和执行上行政义务的先决问题，所

〔39〕 Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. 2, 3^eéd., 1932, p. 9 et s. 参见仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣、2007年）157頁的批判。

〔40〕 Joseph Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français: Contribution à la théorie générale des recours contentieux*, 1899, p. 19 et s.

〔41〕 Joseph Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français: Contribution à la théorie générale des recours contentieux*, 1899, p. 65 et s.

〔42〕 Joseph Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français: Contribution à la théorie générale des recours contentieux*, 1899, p. 112 et s.

〔43〕 Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 2, 2^eéd., 1896, p. 436 et s. 不过另见该书第523页。

〔44〕 Roger Bonnard, *Les droits publics subjectifs des administrés*, RDP 1932, p. 695 et s.; Roger Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration: étude de droit administratif comparé*, 1934, p. 35 et s.

〔45〕 Roger Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration: étude de droit administratif comparé*, 1934, p. 62 et s.; Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, 1935, p. 69 et s. 在背景上，判例上越权诉讼的诉讼标的当时是根据行政决定的各个违法事由来划定，之后集约化为两种，即包含无权限、形式瑕疵的外在违法与包含滥用权限、侵犯法律的内在违法。小早川光郎「取消判決の拘束力——越権訴訟における取消の觀念に関する一考察」同『行政訴訟の構造分析』（東京大学出版会、1983年）228頁以下（初出1976年）。

〔46〕 村上裕章『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007年）173頁以下。

以,关于实体性给付和执行的诉讼与争议法行为合法性的诉讼就会重合,两者都是主观诉讼。^{〔47〕}这一讨论对于奥里乌的二分论〔三(二)2〕的启示是,行政决定的场合与实施的场合是连续的,无法截然区分,这一点颇堪玩味。^{〔48〕}

4. 如上所述,在法国,广泛承认私人对公行政的权利的学说,并未回应法国主导性学说对德国公权论提出的问题,而常常与德国的公权论抱有同种的问题。因而,这种学说尚未富有影响力。

但是,在近来的实务上,越权诉讼虽然一直被定位于客观诉讼,但在其制度形成和运用中,也比以前更能看到反映着保护和实现私人在实体法上权利、解决实体法上纠纷的观点。第一,在越权诉讼中可以看到,通过成本效益衡量型审查深化审查,^{〔49〕}通过承认理由替换、以判决时为基准判断违法性来扩大审理范围,通过引入法院的行为命令等扩大判决权限。^{〔50〕}在这一层面上,它部分摄取了德国撤销诉讼或者保护实体性权利、解决实体法上纠纷性质更为浓厚的课予义务诉讼(德国《行政法院法》第42条第1款)的要素。第二,欧盟法、欧洲法院的判例以及欧洲人权公约、欧洲人权法院的判例也在要求强化权利保护及其裁判程序保障。^{〔51〕}

四、展 望

(一) 程序法平面中客观法与主观权利的关联必要性

如果要概述德国和法国行政法中客观法与主观权利的相关讨论,已然明了的是,两国未必成功地区分两者并明确关联起来,两者的明确关联是理论上的基本课题。在德国,是局限在从客观法的行政法规范直接读取个人的个别利益这种原本的可能范围之内开展讨论。在法国,通过客观法实现公共服务的理念与私人利益的关系也未必在理论上得到明确表达。“意志力”是与利益并列的权利要素,在德国逐渐被抽象化,在主观权利与客观法发生关联的理论定位上没有得到充分应用。法国比德国更加不重视意志力的概念,它是有以国家为(首的法人作为)组织进行法理论化的有益观点,但这一观点未必能用于私人主观权利的理解。

这里,在阐明客观法与主观权利区别并适当关联的理论平面基础上,试着提示这一关联的理论框架。这一理论平面既不偏向于重视个别主体在实体法上权益的德国观点,也不偏向于准确理解组织的法国观点,而是调和两者,是以实体法与组织法为媒介的广义程序法的平面,具体而言有两个理论平面〔四(二)(四)〕。

〔47〕 Roger Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration: étude de droit administratif compare*, 1934, p. 66 et s.

〔48〕 对于两种诉讼相互关系的详细分析,参见橋本博之「フランス行政法における全面審判訴訟の位置づけ(二)」国家学会雑誌102卷11=12号(1989年)662頁以下;橋本博之『行政訴訟改革』(弘文堂、2001年)46頁以下、83頁以下。作为与正文直接相关的论点,行政机关的执行作用是全面审判诉讼的对象,从20世纪初开始,作为从执行作用中“可分离的行为”,承认部分行政决定是越权诉讼的对象,缩小了两种诉讼“平行诉讼的抗辩”的适用领域。对此,包含最近展开的判例和学说,参见上述文献。

〔49〕 亘理格『公益と行政裁量——行政訴訟の日仏比較』(弘文堂、2002年)。

〔50〕 興津征雄『違法は正と判決効——行政訴訟の機能と構造』(弘文堂、2010年)109頁以下;橋本博之『行政訴訟改革』(弘文堂、2001年)35頁以下。

〔51〕 Norbert Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés: Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, 2003, p. 81 et s., p. 201 et s.

（二）客观法论证过程中的利益要素

第一理论平面是判断什么符合客观法的论证过程。这一论证过程典型地表现为法律的解释和适用。在论证过程中，利益成为论证的一个要素和观点。如此，从利益的观点来看，该论证过程就是在考虑各种利益，相互调整，使其均衡，判断多大程度上实现何种利益是符合公益、符合客观法的（毫无疑问，论证的要素和观点并不尽为利益）。这种客观法的论证过程自身就是日常的法解释论等，并不奇特。但在公法领域，过去未必有意识地将其与主观权利的概念结合起来。过去毋宁是以国家机关根据客观法负有义务为前提条件，可谓从其外侧来思考私人的权益。这是难以在内容上将客观法与主观权利关联起来的原因之一。

（三）作为个别利益与公益之媒介的各种利益间关系的多样性

如此，为了区分客观法与主观权利并加以关联，重要的是以个人利益为基础，并在论证过程中，作为将个人利益汇集为公益、客观法的媒介项，考虑多样的利益。它是作为个人利益种种形态的集合化来理解的利益。团体、法人由诸多个人结社形成，其自身的利益（财产性利益）已经与个人利益一样被理解为个别利益。但是，不仅如此，还有必要考虑下述利益：（1）为了以社会全体预防性保护个人利益而保全的不特定多数人的（可分的）利益（例如，公共安全）；（2）为了以社会全体保护个人利益而保全广义的资源，不特定多数人的（不可分的）利益（例如，自然保护）；（3）行政组织的财产是实现种种利益的资源，保全行政组织财产的利益（例如，居民诉讼所主张的利益），等等。

进而，这些种种利益之间也有多样化的关系。（1）对立性利害关系，（2）互换性利害关系（例如，通过 A 和 B 一起负有同样义务才实现公益的关系），（3）垂直的复合关系（例如，通过保护企业的利益来保护顾客利益的关系），等等。^[52]

（四）沟通过程中主观权利与利益主张的均衡

为了在与客观法的关联上理解主观权利，第二理论平面是为了在社会上主张并实现在第一理论平面上所考虑的各种利益的沟通过程。在这一沟通过程中，可将一定主体表达并主张在论证过程得到定位之利益的法的资格作为“主观权利”来理解。对于沟通过程中主张并实现利益的主体，如果以“意志力”为权利要素，那么能否承认无意思能力者的权利，这些问题过去也有论述。^[53]但是，与论证过程中各种利益的多样性相对应、主张并实现利益的主体及其多样化的可能性，未必能说得到了充分的论述。

对于在实现客观法的论证过程中得到考虑的个人利益和法人的财产利益，当然承认该个人、法人主张的权利。与此相对，对于与这种利益相对抗、性质上超出这种利益的不特定多数人的利益，即使在实现客观法的论证过程中要求予以考虑，在法上也不承认明确表达并主张它的“主观

[52] 以上详见，山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000年）第4章。（所谓对立性利害关系是指在受保护的特定或不特定多数主体与负有义务的主体之间是否存在有关权利义务上处于相反方向的利害对立，例如石炭运输业者与遭受其粉尘噪音之害的相邻人之间的关系。而所谓互换性利害关系是指复数的主体在某地位归属于谁、如何组合各人的地位上处于对立状态，亦即在行政机关分配有限的地位时获得分配者与未获得分配者在地位归属上的关系，例如，在有数量限制的职业许可上不同申请人之间的关系。对立性利害关系中的利益是同质的，而互换性利害关系中的利益是异质的。参见山本隆司前掲书，第262-263页。——译者注）

[53] 山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000年）77页。

权利”，而委诸实现公益、客观法的国家和公共团体去考虑，这是常态。但是，在这种状况下，作为实现公益和客观法的沟通过程，只能说还欠缺广义上的“武器对等”。考虑到均衡，对于在沟通过程中诸多主体主张并实现各种利益的法的可能性，也必须构想为主观权利。

（五）个人、作为组织的国家、作为媒介的各种组织

其中如果要考察，在第二理论平面上，也有必要以在第一理论平面的基础上个人主张其个人利益的权利为基础。但是，与其相并列，将个人参与形成实现公益之国家组织的选举权，或者个人监督这种组织活动的参政权（例如信息公开请求权）作为主观权利来讨论时，能比以前更予以重视。也可以注意的一点是，个人基于结社自由而组织的团体或法人主张自己的财产权，已经获得承认。如果由此展开，就可以较以前更为广泛地构想个人形成组织的权利，去主张并实现超出个人利益的利益，以及这种组成的团体主张并实现该利益的权利和权限。

当然，有必要考虑的是，承认这种团体的权利，不能妨碍个人主张权益、国家和公共团体实现公益，相反是要提高其实效性。为此，第一，该团体要向个人和社会开放，而且即使不是与实现公益的国家组织同型的机构，也必须具备与承认主张利益的权利相应的组织机构。^{〔54〕}第二，必须与个人主张权益相协调。也就是说，考虑在沟通过程中难以主张并实现的不特定多数人的利益时，鉴于四（三）所述的个别利益与不特定多数人利益的连续性，应当首先探讨承认有权主张个别利益的个人也有权代表并主张不特定多数人利益的可能性，不特定多数人的利益是其个别利益的延长。如果这样做在法上有困难或者欠缺实效性，就应当构想承认团体的权利。^{〔55〕}

（六）组织中的主观权利

以上是从个人的利益出发构想主观权利。而个人利益的基础在于公益和客观法，如果再根据这一构想，从判断公益和客观法的组织（姑且为国家）出发来思考，也能在这种组织中设想论证过程和沟通过程。在这种组织明确地分节化（采取法人形态的公企业等）、分权化（地方公共团体等），或者与民间团体、个人协作时，可以将这些分节化、分权化、协作的主体相互之间开展一定论证的法的沟通资格作为主观权利来理解。这种分节化、分权化、协作的根据，除了实效性地保护并实现各种利益、扩充参政权之外，有时也在于摄取实现公益的必要专门知识和技术。但是，这种分节化、分权化、协作不能使实现公益的沟通过程不透明，或者搅乱沟通过程。为此，分节化、分权化的公共组织以及与公共组织协作的民间主体，也必须像四（五）所述的团体那样，具备与承认上述主观权利相适应的透明性和组织机构。^{〔56〕}

〔54〕 山本隆司「行政の主体」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅰ——行政法の基礎理論』（有斐閣、2011年）103頁以下。〔这种团体应当在某种程度上像国家组织那样受到法治国家、民主政治等原理的控制，亦即受到山本隆司所说的“私行政法”的规范，应当具备中立性及超出利害关系的独立性（对应于整体的法治国家原理），确保适当处理事务所需的资质、能力及设备（对应于功能性客观意义的法治国家原理），保障相关利益的均等表达机会及均等考虑（对应于功能性主观意义的法治国家原理），平等对待、具备声明异议程序等（对应于古典的法治国家原理），意思决定过程的透明性（对应于功能性民主政治原理）。对此，可参见〔日〕山本隆司：《日本公私协力之动向与课题》，刘宗德译，载《月旦法学杂志》第172号（2009年）。——译者注〕

〔55〕 根据消费者利益作出的具体考察，参见山本隆司「集团的消費者利益とその實現主体・實現手法——行政法學の観点から」千葉恵美子＝長谷部由起子＝鈴木將文編『集团的消費者利益の實現と法の役割』（商事法務、2014年）216頁以下。

〔56〕 详见山本隆司「行政の主体」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅰ——行政法の基礎理論』（有斐閣、2011年）108頁以下。

（七）客观法与主观权利的动态关系

本文的结论只是在说“主观诉讼”“客观诉讼”的概念完全缺乏一义性。德国的主观权利概念含有在理论上缺乏安定性的问题。法国的客观诉讼也不是没有与主观权利的连接点。反过来说，即使说是主观权利，摄取客观诉讼论成果、扩充生成的可能性也是开放的。

在本文的最后，提一点本文未能论及的问题。本文采取的径路是从行政法领域论及客观法与主观权利的关系问题。在行政法领域设想的典型是行政机关适用法律、实现公益的活动。为此，从法律所规定的客观法导出主观权利，或者在更高层次上将主观权利解读到客观法中，就成为关注的焦点。但是，如果像本文这样在动态过程中把握客观法与主观权利的关系，就会在民事法领域浮现出相反方向的论点。那就是从主观权利的主张生成客观法的可能性。诸如所谓现代型诉讼的问题，近来的例子有关于景观诉讼的讨论，^{〔57〕} 还有“软法”的问题等。这些问题在本讲座丛书第4卷、第5卷等中处理，如果本文关于客观法与主观权利关系的框架能有所裨益，亦为荣幸。

Abstract: As for the relationship between the objective law and subjective rights, German administrative law gives carefully attention to rights and interests of the individual subject, while the objective law sets boundaries for the state's behavior from the outside, and it is not clear how could the objective law relate to subjective rights in the content. In the past, the mainstream theory of French administrative law paid attention to the significance of organization and recognized the concept of right only in the sense of means of the executive control. However, there has also been an emphasis on rights protection and conflict resolution in recent years. Perhaps the substantive law and the organic law can be used as the medium to reconstruct subjective rights from perspectives of two processes. The first is the process of argumentation of the objective law, that means the process of judging which interests conform to the objective law. The second is the communication process, during which various interests considered in the process of argument could be communicated in the society. Considering the equality of arms, the possibility of law that many subjects claim and realize various interests in the process of communication must be conceived as subjective rights.

Key Words: protection norm, theory of public rights, objective litigation, process of argumentation, communication process

（责任编辑：于文豪 赵建蕊）

〔57〕 最判 2006 年 3 月 30 日最高裁判所民事判例集 60 卷 3 号 948 頁。

药物可及性与安全性的衡量 ——美国临床试验药物拓展使用法律制度评介

宋华琳 刘 炫*

内容提要：拓展使用临床试验药物是特定患者没有其他可行选择时，在临床试验之外获得临床试验药物的一种特殊途径。拓展使用临床试验药物制度在保证公众用药安全的同时，最大程度上实现用药可及性。临床急需用药的患者对试验药物的迫切需求，推动了美国拓展使用临床试验药物制度的发展。美国对拓展使用临床试验药物的适用条件、审查主体、适用程序、风险规制措施等制定了完备的法律和指南。我国《药品管理法》第 23 条规定了临床试验药物的拓展使用，应当尽快颁布配套的管理办法，明确拓展使用临床试验药物的具体监管要求，规范其适用程序，以保障在新冠肺炎疫情等突发公共卫生事件中的用药可及性。

关键词：临床试验药物拓展使用 药品监管 药物可及性 药物安全性

一、引言

2020 年，全球爆发了新型冠状病毒感染的肺炎疫情，严重危及人类健康，被世界卫生组织定性为“国际关注的突发公共卫生事件”。美国在治疗首例确诊病例过程中，遵循拓展性同情用药（compassionate use）的原则，对患者试用了尚处于研究阶段、治疗埃博拉病毒的药物瑞德西韦，患者的临床症状得到明显的改善。^{〔1〕}虽然瑞德西韦对治疗新冠肺炎是否有效处于待证，但拓展用药的适用，使临床急需用药的患者尽快获得药物治疗，提高了在突发公共卫生事件中用药的可及性，为全球抗击肺炎疫情带来更多希望。

临床试验作为药物研发过程的关键环节，为药品的安全性、有效性提供证据，如果患者符合

* 宋华琳，南开大学法学院教授；刘炫，南开大学法学院硕士研究生。

〔1〕 参见郭宗儒：《由同情用药发展为 III 期临床研究的瑞德西韦》，载《药学报》2020 年第 2 期。

受试者条件，可以通过入组临床试验的方式，通过服用临床试验用药物来治疗疾病；患者使用的是尚处于研究阶段、未经上市许可的临床试验药物。而临床试验药物的拓展使用（expanded access），是指患有严重或危及生命疾病的患者，当缺少替代治疗方案，通过服用已上市药品无法获得有效治疗，也无法加入药物临床试验组时，可以申请在未加入临床试验组的情况下，在特定条件下，使用未经上市审批的临床试验药物。^{〔2〕}

行政机关在制度设计与建构中往往会在多个目标利益中进行平衡，促使制度效益趋于最大化，同时付出最小的成本，即“两害相权取其轻”。^{〔3〕} 保证药品安全有效是药品监管的核心要义，但在特定情形下，为了患有严重危及生命疾病的患者能够及时获得临床急需的药物，需要在药物可及性与安全性之间，做出更侧重于药物可及性的制度安排。因此要在常规药品监管框架之外，设计作为例外情形的临床试验药物拓展使用制度，以保障特定患者的健康权益。

美国对拓展使用临床试验药物已有较为丰富的制度实践，并在法律和规章中对此加以规范，旨在将尚处研究阶段的药物用于对特定患者的诊断、监测或治疗，而不以获取临床试验数据为主要目的。^{〔4〕} 特朗普总统在 2020 年 10 月初罹患新冠，即以拓展同情使用的方式，使用了 Regeneron（再生元）制药公司的实验性新冠抗体鸡尾酒疗法。本文力图对美国拓展使用临床试验药物制度的历史流脉、制度架构加以评介，并梳理相关论争，以期对我国相关制度的完善有所裨益。

二、美国临床试验药物拓展使用制度的历史流脉

在 1987 年之前，美国更为强调新药的有效性和安全性，而将药物的可及性置于相对次要的地位。绝症患者对用药可及性的迫切需求推动了临床试验药物的拓展使用。1987 年，艾滋病的爆发加剧了公众对用药可及性的要求，促使美国联邦食品药品监督管理局（以下简称 FDA）建立了药物临床研究申请（investigational new drug, IND）机制。此后美国一直致力于健全和完善临床试验药物的拓展使用制度。

（一）1987 年以前对临床试验药物拓展使用制度的否认

1937 年，美国发生了磺胺酞剂（Elixir Sulfanilamide）药害事件，造成了至少 107 人死亡，促使国会在 1938 年通过了《联邦食品、药品与化妆品法》（Federal Food, Drug, and Cosmetic Act, FDCA），新法更加注重对药品安全的规制，要求制药公司在药品上市前必须向 FDA 提交新药申请（new drug applications, NDAs），并通过试验证明药品的安全性。^{〔5〕}

1961 年，欧洲发生了反应停（thalidomide）药害事件，大约有 8000 至 9000 名母亲因服用反应停而导致畸形儿的出世。虽然反应停未在美国获批上市，但受此事件影响，美国国会于 1962 年通过了《联邦食品、药品和化妆品法》的基福弗——哈里斯修正案（Kefauver-Harris

〔2〕 See Expanded Access, available at <https://www.fda.gov/news-events/public-health-focus/expanded-access>, 最后访问时间：2020 年 6 月 10 日。

〔3〕 参见沈岿：《论行政法上的效能原则》，载《清华法学》2019 年第 4 期。

〔4〕 参见袁杰等主编：《中华人民共和国药品管理法释义》，中国民主法制出版社 2019 年版，第 84 页。

〔5〕 参见宋华琳：《危机时刻与规制变迁——公共议程的设定与美国 1938 年〈食品、药品和化妆品法〉的形成史》，载傅蔚冈、宋华琳主编：《规制研究》第 1 辑，格致出版社、上海人民出版社 2008 年版，第 161—162 页。

Amendments), 修正案旨在确保“药品的安全、有效及可靠性”, 并为后来的多期药物临床试验制度设定法律框架, 要求药品生产企业在上市许可申请前, 提交关于临床试验药物安全性、有效性的“实质性证据”。〔6〕

由于药物上市前研发和试验时间在不断延长, 晚期患者往往没有合适的诊疗药物, 又无法等到FDA审批的新药上市, 于是患者主张自己有使用临床试验药物的宪法权利。在1975年的Rutherford v. United States案中, 就苦杏仁苷(Laetrile)药物而言, 只有关于安全性、有效性的有限药物临床试验结果, 由于该药并未获FDA批准, FDA不允许跨州运输和销售此药物, 但晚期癌症患者提起诉讼, 主张由于治疗需要, 请求法院解除FDA的禁令。〔7〕

美国第十巡回上诉法院的裁定支持了患者的主张, 认为《联邦食品、药品与化妆品法》中关于“安全”和“有效”的规定不适用于癌症晚期患者。〔8〕但最高法院在1979年的判决中, 推翻了第十巡回法院的主张, 拒绝了晚期癌症患者拓展使用苦杏仁苷药物的诉求。最高法院认为, 《联邦食品、药品和化妆品法》未对治疗晚期患者的药物作出特别规定, 在这部法律的立法史及FDA一贯的行政解释中, 也并未对治疗晚期患者的药物作出例外规定。〔9〕

法院判决未赋予晚期患者拓展使用临床试验药物的宪法权利, 晚期患者只能诉诸非正式的同情用药申请程序, 该程序允许特定患者向FDA提出申请, 提请使用有治疗潜力、但未获批准的药物。其申请程序结果如何, 殊难预料。尽管此程序使得部分患者较早用上了 β -受体阻滞剂和钙通道阻滞剂, 但并未让拓展使用临床试验药物的人数显著增加。〔10〕

• 104 •

(二) 1987 年对“治疗性研究用药物”制度的规定

罗纳德·里根于1981年就任总统后, 在各行政领域推行放松规制举措, 他希望能建立一个项目, 让晚期患者能拓展使用临床试验药物。〔11〕此外, 在20世纪80年代中期, 艾滋病患者从风险—收益分析的角度, 认为由于FDA监管过于严格, 艾滋病药物上市周期过于缓慢, 有些未能入组临床试验的艾滋病患者被迫付出高昂成本, 去其他国家尝试在美国还没被批准的药物, 或去寻找黑市上的药品, 或入组不受规制的违法研究。〔12〕艾滋病患者的抗议和努力初具成效, FDA于1987年修订了规章, 通过“治疗性临床研究申请”(treatment IND)或“治疗方案”(treatment protocol)机制, 使得在临床试验场景之外, 让更多患者能拓展使用临床试验药物, 以期让艾滋病患者受益。

FDA机制的目的是“促使绝症患者尽可能在药物研发过程中的早期用上有希望的新药”。《联邦规章汇编》第312.34节为治疗性临床用药物规定了四个基准:(1)药品旨在治疗“严重

〔6〕 See Sylvia Zaich, An Examination of the Right to Try Act of 2017 and Industry's Potential Path Moving Forward, 92 S. Cal. L. Rev., 337 (2019).

〔7〕 See United States v. Rutherford, 442 U.S. 544 (1979).

〔8〕 See Rutherford v. United States, 582 F. 2d 1234, 1978 U.S.

〔9〕 See United States v. Rutherford, 442 U.S. 544, 99 S. Ct. 2470, 61 L. Ed. 2d 68, 1979 U.S.

〔10〕 See Judy Vale, Expanding Expanded Access: How the Food and Drug Administration Can Achieve Better Access to Experimental Drugs for Seriously Ill Patients, 96 Geo. L. J., 2150 (2008).

〔11〕 See Lewis A. Grossman, AIDS Activists, FDA Regulation, and the Amendment of America's Drug Constitution, 42 Am. J. L. & Med., 700-701 (2016).

〔12〕 参见前引〔10〕, Judy Vale文, 第2150页。

或立即威胁生命”的疾病；（2）必须没有类似的或满意的替代药物、治疗方案，来对处于特定疾病阶段的患者人群加以治疗；（3）药品处于控制性临床试验中，或所有临床试验已完成；（4）临床试验的发起人通常是制药公司，其必须能恪尽职守地积极推进药品上市。在此框架下，是制药公司而非患者，向 FDA 提交“治疗性临床研究申请”。^{〔13〕} FDA 根据对风险和收益的衡量，对申请进行审查。当没有关于药物安全性、有效性的充分证据以支持如此使用时，或可得科学证据在整体上无法为用药提供合理基础时，FDA 可以做出拒绝“治疗性临床研究申请”的决定。^{〔14〕} 以上机制仅针对患有同种疾病的绝症患者群体，对于针对个别患者的拓展用药申请，FDA 继续适用非正式的审查标准。^{〔15〕}

（三）临床试验药物拓展使用制度的法定化

美国国会于 1997 年通过了《食品药品监督管理局现代化法》（FDA Modernization Act, FDAMA），该法将临床试验药物拓展使用制度予以成文法化，规定了患者个体申请拓展用药的标准和程序，该法明确赋予 FDA 批准拓展用药的权力；当不符合法定条件时，FDA 有权拒绝批准拓展用药申请。美国国会首次将“治疗性临床研究申请”与“个体患者拓展用药”相区别，“治疗性临床研究申请”是针对众多患有相同疾病患者的大规模治疗项目，其适用程序与 1987 年规章的规定大体一致。法律中赋予了个体患者拓展使用临床试验药物的权利，当个人患有严重疾病，缺乏替代疗法，且使用临床试验药物治疗的风险低于疾病所带来的可能风险时，允许拓展使用临床试验药物。^{〔16〕}

（四）阿比盖尔联盟案与宪法权利的否认

21 岁的阿比盖尔·伯勒斯（Abigail Burroughs）患有头颈部的鳞状细胞癌，在传统化疗和放疗失败之后，她尝试加入多个临床试验组，但因不符合入组要求未能入组，也未能用上临床试验用药，不久后病故。之后成立的阿比盖尔研发药物更好获取联盟（以下简称“阿比盖尔联盟”）于 2003 年 1 月向 FDA 建议，对于没有其他治疗选择的癌症晚期患者而言，其面临“不同的风险—收益均衡”，应当赋予其试用临床试验药物的选择权。FDA 于 2003 年 4 月拒绝了此建议，认为这条进路“给尽早获得药物的目标赋予过多权重，但所关照甚少却具有重要意义的是，对于要投放市场的药品而言，要对其可能的临床收益和毒性有合理的认识”^{〔17〕}。阿比盖尔联盟将 FDA 诉至法院，认为 FDA 政策侵犯了晚期患者宪法上的隐私权、自由权及关乎生命的正当程序权利。

哥伦比亚特区地方法院否认了阿比盖尔联盟的主张。阿比盖尔联盟上诉至哥伦比亚特区巡回法院，罗杰斯和金斯伯格法官支持了联盟的主张，认为晚期癌症患者有获得未经批准药物的权利。^{〔18〕} FDA 请求哥伦比亚特区巡回法院对此案进行全席审理，巡回法院在全席审理中撤销了此

〔13〕 See 21 C. F. R. § 312.34 (b) (2007), available at <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CFR-2003-title21-vol5/pdf/CFR-2003-title21-vol5-sec312-34.pdf>, last visited on Jun. 10, 2020.

〔14〕 参见前引〔6〕，Sylvia Zaich 文，第 343 页。

〔15〕 参见前引〔6〕，Sylvia Zaich 文，第 343 页。

〔16〕 See 21 C. F. R. § 312.34 (b) (2007).

〔17〕 Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v. von Eschenbach, 495 F. 3d 695, 700 (D. C. Cir. 2007).

〔18〕 See Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v. von Eschenbach, 445 F. 3d 470, 472 (D. C. Cir. 2006).

前的判决。^{〔19〕}法院判决的推理如下:

第一, 尽管阿比盖尔联盟论称, 美国有政府不干预药物准入的传统, 获得临床试验用药的自由权益“深植于美国的历史和传统”。但法院指出, 1938年立法即将药品有效性作为许可标准, 1962年修订的法律明确将有效性作为新药许可的必备条件。因此法院诉诸美国药品监管史, 否认了阿比盖尔联盟的主张。法院进而指出, 即使曾有政府不干预药物准入的历史, 也不能因此推导出, 患者就有获得未被批准药物的权利。^{〔20〕}

第二, 阿比盖尔联盟诉诸普通法上的必要性原则 (doctrine of necessity) 和自卫权利, 来论述获得试用药物的宪法权利。但法院认为, 必要性原则不能逾越立法机关在法律中作的价值判断, 《联邦食品、药品和化妆品法》已经禁止使用未经批准的药品。自卫权利是保障自己的健康和福祉不受伤害, 法院认为: “当晚期患者服用未经证实、可能不安全的药品时, 无法将其公正地定位为, 使用合理的力量来保护自己。”^{〔21〕}法院还认为, 自卫权利并不意味着患者可以从不受限制和控制的第三方处购买药物。

第三, 法院运用合理性审查标准, 认为“FDA限制对研究用药品的使用, 旨在防止患者服用具有未知治疗效果的潜在不安全药品, 同政府保护包括晚期患者在内的患者合法利益有着合理关联”^{〔22〕}。

法院认为, 自己并非合适的角色来评判患者是否可以拓展使用未经批准上市的临床试验药物。法官在判决中采取了避让的姿态, 也是认识到机构能力的局限性, 不愿由司法分支来判断与科学、医学相关的复杂问题。面对科学不确定性的问题, 更为合适的方略或许是让立法机关和行政机关来裁断政策争议。^{〔23〕}

(五) 临床试验药物拓展使用制度的系统建构

2009年, 在阿比盖尔联盟案判决后的两年, FDA修订了临床试验用药的拓展使用规定, 此规定被《美国联邦规章汇编》收录, 明确了患者个人申请拓展用药的程序。为厘清不同患者群体适用的不同标准, FDA确立了包括患者个人、中等规模群体、更广泛患者人群在内的三类拓展用药制度。FDA保留了1987年的标准, 要求拓展使用临床试验用药的患者需患有“严重或危及生命的疾病”, 并且在治疗上“没有类似的或令人满意的替代方案”。^{〔24〕}

国会2016年通过的《21世纪治愈法》(21st Century Cures Act) 中, 对药品生产企业的权利与义务作了详尽规定。药品生产企业应推动急需治疗的危重患者参加拓展用药项目, 有权对患者的拓展用药申请加以评估, 有义务向公众及时公开关于临床试验用药拓展使用的政策信息。据此, 对《联邦食品、药品和化妆品法》第561条的规定作了相应修正。^{〔25〕}

〔19〕 See Abigail Alliance, 495 F. 3d at 701.

〔20〕 See Seema Shah, Patricia Zettler, From a Constitutional Right to a Policy of Exceptions: Abigail Alliance and the Future of Access to Experimental Therapy, 10 *Yale J. Health Pol'y L. & Ethics*, 142 (2010).

〔21〕 See Abigail Alliance, 495 F. 3d at 710.

〔22〕 See Abigail Alliance, 495 F. 3d at 713.

〔23〕 参见前引〔20〕, Seema Shah, Patricia Zettler文, 第163页。

〔24〕 参见前引〔10〕, Judy Vale文, 第2156页。

〔25〕 See 21st Century Cures Act, Sec. 3032, Expanded access policy.

美国 FDA 网站上设有“拓展使用”专题网页，在专题下设有针对患者、医生、产业界等不同群体的不同网页链接，针对不同群体的常见问题加以回答。^{〔26〕} FDA 还就临床试验药物的拓展使用问题出台了若干指导性文件，以问答形式提供指导。^{〔27〕} FDA 的指导性文件“是指南而非指令”，其并无法律上的拘束力，但表达了就此事务能给出的最佳建议，并就行政程序或行政实践的做法向利益相关方传递出有用的信息。^{〔28〕}

（六）拓展用药制度面临的挑战与新药尝试权法案的颁布

药物临床试验旨在推动药物上市，而拓展用药的主旨并非推动药物上市审批，而是拓展药品可及性，因此拓展用药通常不会给制药公司带来收益。^{〔29〕} 出于多种原因，制药公司不愿在现有的临床试验之外提供拓展用药。首先，在药物研发的早期阶段，生产能力往往有限，将少量药物转用于拓展用药，可能会影响临床试验药物的供给。其次，拓展用药可能使Ⅱ期和Ⅲ期临床试验更难招募到受试者，使临床试验难以开展。第三，拓展用药有可能产生严重不良反应，从而影响药物的正常上市许可。^{〔30〕} 因此制药公司基于自身利益，一般拟批准的是安全风险较小、针对个别患者的拓展用药申请。^{〔31〕}

根据 FDA 药品评价与研究中心（Center for Drug Evaluation and Research，以下简称 CDER）对 2005 年至 2014 年数据的统计，CDER 每年收到 1000 多份拓展用药申请，其中 99.7% 的申请都被批准。对于经过制药公司授权后向 FDA 提出的拓展用药申请，FDA 几乎都予以批准，^{〔32〕} 但患者仍认为 FDA 对拓展用药的审批设置了障碍，开始争取直接向制药公司申请拓展用药的权利。

2014 年，美国科罗拉多州议会通过了第一部新药尝试权法（right-to-try law）。其后至少有 36 个州通过了类似的法律，允许制药公司在没有 FDA 授权的情况下，向晚期患者提供研究药物。在联邦层面，国会于 2018 年 5 月通过了新药尝试权法。州和联邦的新药尝试权法规定，对于已成功完成Ⅰ期临床试验的药物，当医生出具证明，证明患者使用现有已批准的药物治疗无效时，制药公司可以向患者免费提供此临床试验药物，或按成本销售。^{〔33〕}

拓展用药制度和新药尝试权法都是美国为提高临床急需药物可及性所作的努力，让特定患者

〔26〕 参见美国 FDA 官方网站，即 <https://www.fda.gov/news-events/public-health-focus/expanded-access>，最后访问时间：2020 年 7 月 9 日。

〔27〕 See Expanded Access to Investigational Drugs for Treatment Use—Questions and Answers Guidance for Industry, available at <https://www.fda.gov/regulatory-information/search-fda-guidance-documents/expanded-access-investigational-drugs-treatment-use-questions-and-answers>, last visited on Jun. 10, 2020.

〔28〕 See Daniel A. Kracov, Robert P. Brady, Food and Drug Administration Advisory Opinions and Guidance Documents after Community Nutrition Institute v. Young, 48 Food & Drug L. J. (1993).

〔29〕 See Meghan K. Talbott, Currents in Contemporary Ethics, 35 J. L. Med. & Ethics, 316, 318 (2007).

〔30〕 See Robert A. Bohrer, Drug Prices, Dying Patients, and the Pharmaceutical Marketplace: A New Conditional Approval Pathway for Critical Unmet Medical Needs, 12 Drexel L. Rev., 1, 14 (2019).

〔31〕 See Jarow J P, Lemery S, Bugin K, et al., Expanded Access of Investigational Drugs: The Experience of the Center of Drug Evaluation and Research Over a 10 - Year Period, 50 Therapeutic Innovation & Regulatory Science, 705, 709 (2016).

〔32〕 参见前引〔31〕，Jarow J P, Lemery S, Bugin K et al. 文，第 709 页。

〔33〕 See Aaron S. Kesselheim, Michael S. Sinha, Jerry Avorn, Ameet Sarpatwari, Pharmaceutical Policy in the United States in 2019: An Overview of the Landscape and Avenues for Improvement, 30 Stan. L. & Pol'y Rev., 421, 443 (2019).

拓展使用临床试验药物。新药尝试权法构成 FDA 临床试验药物监管程序的例外,赋予了晚期患者在未经 FDA 许可的情况下获得临床试验药物的权利。医生根据患者的临床症状,向患者建议是否服用试验药物,患者应当提供书面的知情同意文件,由医生向制药公司提出拓展使用试验药物的申请。法律允许制药公司向医生推荐的患者提供已完成 I 期临床试验的药物。^[34] 尽管新药尝试权法为许多州和联邦政府认可,但实践中,公众的用药安全仍需 FDA 的规制,在此框架下,患者要想在不参与临床试验的情况下使用试验药物,仍需适用拓展用药程序。^[35]

三、美国临床试验药物拓展使用的制度架构

美国临床试验药物的拓展使用,是在特定情形下的特殊程序设计,旨在保障危重患者的生命健康权,让无有效治疗途径且临床急需用药的危重患者及时获得药物治疗。以下将讨论美国临床试验药物拓展使用的制度架构,特别是探讨其适用条件、适用程序及相应的风险控制措施。

(一) 临床试验药物拓展使用的适用条件

临床试验药物的拓展使用让患者在不加入药物临床试验组的情况下,能获得临床试验药物。这是常规药品注册和监管制度的例外情形,是针对特定患者、特定病情,在其他选择已无法奏效时提供的治疗机会,应设定严格的适用条件。根据拓展使用的范围宽窄,现行法律制度将拓展用药分为针对个别患者的申请、针对中等规模群体患者的申请及治疗性临床研究申请三类,法律不仅为拓展用药规定了一般条件,还针对不同治疗群体设定了不同的附加条件。

1. 一般条件

根据《联邦食品、药品和化妆品法》第 561 条的规定,当拓展用药申请符合下列条件时, FDA 可以批准该申请: (1) 医生认为,对于患者而言,没有其他可选择的治疗方案来诊断、监控或治疗疾病,且该研究用药物的治疗风险不高于患者自身疾病的风险; (2) FDA 认定有足够的安全性和有效性证据,来支持临床试验药物的拓展使用; (3) 该拓展用药不会妨碍正常的药物临床试验; (4) 拓展用药的申请人向 FDA 提交了患者的临床治疗方案。^[36]

FDA 在规章中细化了临床试验药物拓展使用的条件。第一,拓展用药的患者需患有严重疾病,或有直接危及生命的疾病或症状,且没有其他类似的、有效的替代疗法来治疗该疾病,处于“无药可救”的紧急状况。“严重疾病”是指对日常生活有重大影响且具有持续性或复发性的疾病,一种疾病是否严重,取决于执业医师的临床判断,判断依据主要是疾病对生存、日常生活等因素的影响,或疾病复发或加重的可能性。“直接危及生命的疾病或症状”是指患者有可能在几个月内死亡,或在不能较早用上治疗药物的情况下,将会过早死亡。^[37] 当患者已穷尽所有的现有可选择的治疗方案而没有治疗效果时,拓展使用构成了最后的治疗手段。

[34] See Rebecca Dresser, The Right to Try Investigational Drugs: Science and Stories in the Access Debate, 93 *Tex. L. Rev.*, 1631, 1641 (2015).

[35] 参见前引 [30], Robert A. Bohrer 文, 第 14 页。

[36] See 21 U.S.C. 360bbb: Expanded access to unapproved therapies and diagnostics.

[37] See 21 C.F.R. § 312.300 (b) (2018).

第二，使用临床试验药物治疗的潜在风险不能高于患者疾病本身的风险，患者拓展使用临床试验药物所带来的潜在收益，可证明就当前疾病状态而言，该治疗的潜在风险能被控制在合理范围内。

第三，由于拓展使用的临床试验药物尚未获得 FDA 批准，也未能充分证实在特定用途上的安全性、有效性，拓展用药有可能带来严重的不良反应。因此 FDA 对拓展用药的申请要严格审评。FDA 要求有该临床试验药物的充分安全性、有效性证据，要权衡该药物治疗的潜在风险与治疗疾病的收益，对药品不良反应予以事先评估。

第四，药物临床试验中入组的受试者有可能服用了临床试验药物，但还有可能被招募入对照组，继而服用无治疗效果的安慰剂，并没能如自己所愿服用临床试验药物。因此患者可能更愿意通过拓展用药机制，来获得临床试验药物，但这有可能让药物临床试验受试者的招募变得更为艰难。FDA 只有当确保临床试验药物的拓展使用不会削减患者参与临床试验的意愿，且不会影响药物临床试验的正常开展和未来的药物研发时，才批准拓展用药申请。^{〔38〕}

2. 附加条件

拓展用药申请中最常见的类型是针对个别患者的申请，是指医生向 FDA 提出特别申请，请求允许针对个别患者拓展使用特定的临床试验药物。FDA 应当确定患者没有正在使用其他的临床试验药物。

针对中等规模群体患者的拓展使用申请是数十乃至数百人提交了类似的申请，请求尽早拓展使用同一种临床试验药物。^{〔39〕} 此类申请人数不止一位患者，但比治疗性临床研究的适用规模要小。当 FDA 收到诸多申请人针对同一种研究药物提交的不同拓展使用申请时，FDA 可以要求申请人将每份单独的申请整合为中等规模群体患者的申请。FDA 在审核此类拓展使用申请时，采取更严格、审慎的态度，FDA 要求必须有足够的证据证明，在拓展用药的剂量和服药期限内，服用该药是安全的；要求有初步的临床证据表明，该药物有效或具有可能的药理作用，^{〔40〕} 使拓展用药成为患者的合理治疗选择。

治疗性临床研究申请是针对更为广泛数量患者的拓展用药申请。这类拓展用药申请一般发生在药物临床试验成功之后，且在 FDA 批准该药物上市前。要求已完成Ⅲ期临床试验，以证明该药物的有效性、安全性，而且要表明药品生产企业正在积极地推进该药物的上市许可，此时才可将该药物拓展使用于更为广泛的患者群体。^{〔41〕}

（二）临床试验药物的拓展使用程序

拓展用药限于对特定疾病、特定群体、特定病情的治疗，需要相对严格的适用程序。拓展用药不仅需要符合法定的条件，还需经患者知情同意、医生申请，并先后获药品生产企业和监管部门的审核同意后，才能适用于特定患者。

〔38〕 See DDI Webinar: An Overview of FDA's Expanded Access Program, available at <https://www.fda.gov/about-fda/fda-pharmacy-student-experiential-program/fda-drug-topics-overview-fdas-expanded-access-program-focus-individual-patient-expanded-access>, last visited on Jun. 20, 2020.

〔39〕 参见前引〔33〕，Aaron S. Kesselheim、Michael S. Sinha、Jerry Avorn、Ameet Sarpatwari 文，第 443 页。

〔40〕 See 21 C. F. R. § 312. 315 (2018).

〔41〕 See 21 C. F. R. § 312. 320 (a) (2018).

1. 拓展用药的申请材料

拓展用药申请有两种方式。第一种方式是提交一份扩展用药的临床研究方案(protocol),作为对已有临床研究申请中临床研究方案的修正。第二种方式是就拓展用药提交一份新的临床研究申请(IND),这不同于任何已有的临床研究申请,其目的只是将临床试验药品拓展使用于危重患者。

只有当存在现有临床研究申请的情况下,发起人才有可能使用第一种方式提交拓展用药申请。此时发起人通常是药品研发者,其以获得上市许可为目的,正在开展临床研究。在此情况下,FDA通常鼓励申请者提交扩展用药的临床研究方案,而非提交新的临床研究申请。这有助于将已有的临床实验和拓展使用整合为一份临床研究申请资料,有助于监管部门更好地确证药物安全性,减少行政程序给发起人和FDA带来的负担,也对药品审评有裨益。^[42]

使用第二种方式是就拓展用药提交新的临床研究申请。原因之一是,目前没有就此药物正在开展的临床研究申请。原因之二是,正在对此药物开展临床试验研究的公司不愿作为发起人提起拓展用药申请。就针对个别患者的拓展用药而言,公司更希望让患者的治疗医生承担申请者和研究者的角色,由医生提交针对个别患者的拓展用药申请。^[43]

申请者应当提交的申请材料包括:(1)提交为临床研究申请所需的FDA1571申请表的首页索引(cover sheet),其内容符合《联邦规章汇编》第21编第312.23节(a)款的要求;(2)说明药物发挥预期作用的基本原理,包括列出在服用临床试验药物之前可用的治疗方案,或说明为什么临床试验药物优于现有的治疗方案;(3)明确选择患者的基准,对于个别患者的拓展用药而言,则说明患者的疾病或症状,包括最近的医疗史和此前的诊治方案;(4)药物的给药途径、剂量和疗程;(5)对生产该药物的设备设施予以记述;(6)有充分的化学、生产和质量控制信息,以确保临床试验药物的鉴定、质量、纯度和效价;(7)有充分的药理学、毒理学信息,以确定该拓展用药的剂量和疗程是安全的;(8)对临床治疗程序、实验室检测或其他必要的监测进行描述,以评估药物疗效,并令风险趋于最小化。^[44]

可以用FDA1571申请表提交拓展用药申请,FDA1571申请表实为药物临床研究的申请表,通过在此表格上勾选相应选项,可说明选择了哪类拓展用药类型,说明其内容为何。^[45]此外,FDA 3926申请表是专门用于针对个别患者的拓展用药申请表,表格内容包括患者姓名、提交日期、是否首次提交申请、临床信息、治疗信息、授权书、医师资质声明、医师信息和附件内容列表等。^[46]

对于中等规模患者群体的拓展用药申请而言,申请必须说明药物是否处于研发阶段,并对需要拓展用药的患者群体加以记述。如果未能对药物进行有力研发,发起人必须解释为何目前不能

[42] 参见前引[27]。

[43] 参见前引[27]。

[44] See 21 C. F. R. § 312. 305 (2018), available at <https://ecfr.io/Title-21/Section-312.305>, last visited on Jun. 10, 2020.

[45] See Form FDA 1571, available at <https://www.fda.gov/media/123543/download>, last visited on Jun. 10, 2020.

[46] See Form FDA 3926, available at <https://www.fda.gov/about-fda/forms/individual-patient-expanded-access-investigational-new-drug-application-ind-pdf-note-if-using-chrome>, last visited on Jun. 10, 2020.

研发，在什么情况下可以研发该药物。如果药物正处于临床试验阶段，发起人必须解释，为什么这些需要治疗的患者无法参加临床试验组，在什么情况下这些患者可以参加临床试验。^{〔47〕}

2. 拓展用药的申请程序

正在从事药物临床研究的制药公司可以提交拓展使用的药物临床研究方案，此时制药公司是拓展用药的发起人，患者的治疗医生是拓展用药的研究者。医生也可以为患者提供一份以拓展用药为目的的单独临床研究申请，此时医生既是发起人，又是研究者。实践中，制药公司往往不愿意发起拓展用药申请，更多时候是医生在为自己的患者申请拓展用药。^{〔48〕} 本部分将着重讨论，为了让个别患者能用上拓展用药，医生申请拓展用药时，需适用怎样的程序。

在美国，医生根据患者的健康状况决定是否为患者提出拓展用药的申请，并同意监督患者的治疗。医生应向患者告知拓展用药的危险性，以及使用处于研发而未获上市许可阶段药物的所有不良反应和潜在风险，并需获得患者的知情同意。医生首先应根据可获得的药物信息和对患者临床诊疗情况的了解，来判定临床试验药物的治疗风险的确低于患者疾病带来的可能风险，^{〔49〕} 然后向研发该药物的公司提交拓展用药申请，以获得该企业的授权书（letter of authorization, LOA）。

拓展用药的相关法规中并未规定制药公司颁发授权书时的审查标准，美国药品研究与制造商协会（PhRMA）、生物技术创新协会（BIO）等行业协会分别就审查标准发布了指导原则，这些指导原则与 FDA 使用的审查标准密切相关。美国药品研究与制造商协会建议制药公司在决定是否同意拓展用药时，考虑以下五个因素：（1）患者是否已穷尽所有可能的治疗方案来治疗严重或危及生命的疾病；（2）制药公司是否在积极推进相应药物临床试验；（3）患者是否不符合临床试验入组条件，或不能参加临床试验；（4）临床试验药物给拓展用药患者带来的可能收益是否高于潜在风险；（5）批准申请是否会干扰临床试验过程的顺利完成。^{〔50〕} 大部分企业在行业协会指导原则的基础上，根据自身情况对审查标准作出了更为严格的限定。企业在实践中会公布审查标准，但不披露收到申请的数量及批准申请的数量，^{〔51〕} 医生、患者甚至 FDA 都很难知晓企业如何适用审查标准。

授权书允许 FDA 在审查执业医师为患者个体提交的拓展用药申请时，去参考该公司开展临床研究申请时提交的申报文件，以获取关于拓展用药的必要信息，如化学、生产、质量控制信息等。这有助于 FDA 对拓展用药申请进行更为全面的审查，而且也不需要研发者向医师披露关于药物的药理学、毒理学、化学或制造过程等商业秘密。^{〔52〕} FDA 没有对企业授权的审查时限加以规定，企业的授权也关系药物研发策略，关系企业商业利益，因此医生获得企业的授权书往往会

〔47〕 See 21 C. F. R. § 312. 315 (2018), available at <https://www.accessdata.fda.gov/scripts/cdrh/cfdocs/cfcfr/CFRSearch.cfm?fr=312.315>, last visited on Jun. 10, 2020.

〔48〕 参见前引〔27〕。

〔49〕 See Expanded Access: Information for Physicians, available at <https://www.fda.gov/news-events/expanded-access/expanded-access-information-physicians>, last visited on Jun. 10, 2020.

〔50〕 参见前引〔6〕，Sylvia Zaich 文，第 350 页。

〔51〕 See Jarow J P, Lemery S, Bugin K, et al. Ten-Year Experience for the Center for Drug Evaluation and Research, Part 2: FDAs Role in Ensuring Patient Safety, 51 *Therapeutic Innovation and Regulatory science*, 248 (2016).

〔52〕 See Expanded Access: Keywords, Definitions, and Resources, available at <https://www.fda.gov/news-events/expanded-access/expanded-access-keywords-definitions-and-resources>, last visited on Jun. 10, 2020.

经历漫长的过程。

医生只有获得研发公司的授权书,才能进一步向FDA提交申请。医生应当向FDA提交患者的临床病史概况、拓展用药申请的理由及拟议的治疗计划,FDA应自收到申请之日起30日内进行审查,并予以回复。^[53]在FDA审查过程中,医生还应获得所在医疗机构伦理审查委员会的批准。

3. FDA对拓展用药申请的审评

FDA将针对患者个体的拓展用药申请分为紧急情况和非紧急情况下的拓展用药。当出现紧急情况,需在提交书面申请材料之前,即对患者使用拓展用药进行治疗,此时FDA可以在没有收到书面材料的情况下,以电话形式批准拓展用药的紧急使用。提出申请的医生应当向FDA说明,该申请如何满足拓展用药的条件,并承诺在FDA批准后的15个工作日内,补交拓展用药的书面申请材料。^[54]

FDA应当对所有拓展用药申请进行审查评估,FDA的审查主要围绕患者是否适格、风险收益分析以及对临床试验的影响三个方面。

首先,适于使用拓展用药的患者或患者群体必须患有“严重或直接危及生命的疾病”,且“没有可比较的或令人满意的替代治疗方案”。FDA此前批准了对诸如肌萎缩性脊髓侧索硬化症、嗜睡症和老年痴呆症等严重疾病的拓展用药申请。FDA将严重的疾病或症状界定为对日常生理机能有实质性影响的疾病或症状。这有赖于临床判断,要考虑存活几率、日常生理机能,要考虑如果不给予拓展用药,患者从不那么严重状况发展到更为严重程度的可能性。^[55]FDA将“没有可比较的或令人满意的治疗”解释为“没有其他可用的治疗方法,或者患者已经尝试过可用的治疗方法,但没有治疗效果,或对治疗方法不耐受”。^[56]

第二,FDA对拓展用药申请进行审查时,需要对药物的临床风险和获益进行充分的分析,确保在此时的疾病状态下,相对于患者的治疗收益而言,使用该药物治疗的潜在风险被控制在合理范围之内。拓展用药申请的种类不同,疾病的严重程度不同,风险收益分析的标准也不同。拓展用药适用的患者人数越多,在权衡时越关注所用临床试验药物的风险;治疗的疾病越严重,则越关注患者的治疗收益。

(三) 拓展用药的风险控制措施

拓展用药使用的药物尚处于临床研究阶段,只有有限的安全性、有效性信息,存在未知的风险,需要采取一定的风险控制措施,确保拓展用药制度的实施。这包括需依法取得患者的知情同意,需接受伦理审查委员会的审查,承担相应的安全报告义务。

临床药物的拓展使用应以依法取得患者的知情同意为前提。纽伦堡审判后,1947年宣布了有关人体试验伦理纲领的《纽伦堡纲领》,指出以人为对象进行医学研究时,“受试者的自发同意是绝对必需条件”,必须“对受试者进行充分说明,让其在理解的基础上作出判断,对于有关联

[53] See 21 C. F. R. § 312. 305 (d) (2018).

[54] See 21 C. F. R. § 312. 310 (d) (2018).

[55] See 21 C. F. R. § 312. 300 (b) (2018).

[56] 参见前引〔27〕。

的各处必须给予受试者足够的知识并让他们充分理解”〔57〕。

FDA 规定申请拓展用药需提供患者知情同意的基本信息，如果患者希望通过拓展用药获得未经批准的药物，他们必须愿意承受临床数据不足的药物带来的风险。由患者决定是否申请拓展用药，医生提交拓展用药申请前，应向患者说明相应研究的目的，说明不同主体的角色，告知患者什么是拓展用药，什么是临床研究药物，告知拓展用药将如何开展，并告知临床研究药物的不良反应和潜在风险，取得患者的书面同意。在拓展用药过程中，应确保患者及时获悉与该药物有关的重大不良反应或风险。〔58〕

伦理审查委员会（institutional review board, IRB）是由机构正式认定的任何委员会、小组或其他团体，其人员由医学、药学及其他背景人员组成，来对涉及人体的生物医学研究的启动进行审批，并对此生物医学研究进行定期审查，其职责是通过独立地审查、同意、跟踪审查试验方案及相关文件，通过获得和记录受试者知情同意所用的方法和材料等方式，确保受试者的权益与安全。伦理审查委员会应依法对拓展用药申请进行审查。

紧急情况下的拓展用药申请仍需 FDA 批准，但不必等伦理审查委员会进行审查，即可开展治疗。研究者应当在紧急拓展使用后的 5 个工作日内，就紧急情况下拓展用药的实施情况告知伦理审查委员会。〔59〕研究者在拓展使用临床试验药物之前，需要经由伦理审查委员会的依法审查，并获其批准。伦理审查委员会应以会议形式对拓展用药申请进行全面审查。医生在提起拓展用药申请时，可以请求豁免于伦理审查委员会的会议审查，当伦理审查委员会主席或主席指定的委员会成员同意对此进行审查时，可以以此审查代替伦理审查委员会的全体会议。

• 113 •

拓展用药的发起人应按时向 FDA 报告拓展用药的安全信息，包括药物临床研究安全报告（简称 IND 安全报告）和年度报告。发起人应当及时审视此拓展用药的安全性信息，这包括临床实践中获取的信息，也包括流行病学调查信息、动物实验或体外实验信息、科学文献信息，以及国外相关监管机构和医药市场的信息。发起人及时向 FDA 提交 IND 安全报告，告知 FDA 药物风险信息。当相应药物发生严重不良反应时，应在确证此信息符合报告条件后的 15 日内进行报告。发起人如收到不曾预计的致命或危及生命的疑似不良反应信息，则应在收到 7 日内进行报告。〔60〕有证据表明药物和不良反应之间存在因果关系时，才能将 IND 安全报告中报告的严重和不曾预期的不良反应认定为疑似不良反应。在每一份 IND 安全报告中，发起人必须去确证，此前提交的 IND 安全报告中是否包含类似的疑似不良反应，并根据此前的类似报告或其他相关信息，来分析疑似不良反应的显著意义。〔61〕

《联邦规章汇编》第 312.33 节规定了年度报告制度。发起人应当在拓展性临床研究用药开始满一年后的 60 天内，提交一份关于研究进展的年度报告。年度报告内容包括对前一年研究计

〔57〕〔日〕植木哲：《医疗法律学》，冷罗生等译，法律出版社 2006 年版，第 310 页。

〔58〕参见前引〔2〕。

〔59〕参见前引〔27〕。

〔60〕See 21 C. F. R. § 312.32 (c) (2018), available at <https://www.accessdata.fda.gov/scripts/cdrh/cfdocs/cfcfr/cfrsearch.cfm?fr=312.32>, last visited on Jun. 10, 2020.

〔61〕参见前引〔38〕。

划完成情况的总结,特别要给出过去一年中拓展用药的安全报告概要,这包括拓展用药中最常出现、最严重的不良反应,包括与理解药物安全性有关的信息。同时还要对下一年度拓展用药计划加以说明。^{〔62〕} FDA 确定拓展用药对试用患者可能带来不合理的重大风险时,应要求发起人暂停或终止研究,发起人在作出暂停或终止研究决定后的5个工作日内停止研究,并通知伦理审查委员会和所有研究人员。^{〔63〕}

四、完善我国拓展使用临床试验药物的建议

美国在法律和行政规章中,为临床试验药物的拓展使用设定了详尽的条件、程序 and 风险控制措施,以保护和促进公众健康,促进用药可及性,并对拓展用药的风险加以管控。这是从保护危重患者利益出发的灵活制度设计,旨在为患者争取可能的治疗手段和生命延续的机会。

在我国,为了提高临床急需用药的患者对试验用药的可及性,原国家食品药品监督管理总局曾于2017年公布《拓展性同情使用临床试验用药物管理办法(征求意见稿)》,但最终未颁布实施。2019年修订后的《药品管理法》第23条中,首次在立法中对拓展使用临床试验药物做出规定,指出“对正在开展临床试验的用于治疗严重危及生命且尚无有效治疗手段的疾病的药物,经医学观察可能获益,并且符合伦理原则的,经审查、知情同意后可以在开展临床试验的机构内用于其他病情相同的患者”。

《药品管理法》第23条明确了拓展用药的适用条件,将适用对象限缩为患有“严重危及生命且尚无有效治疗手段的疾病”的患者。根据该规定,适用拓展用药制度的药物应当“正在开展临床试验”,该药物已经获得我国的临床试验审批并已于处于临床试验阶段。此外,适用拓展用药还应当满足“经医学观察可能获益,并且符合伦理原则”的必要条件,因此需从临床医学的角度对拓展用药进行风险评估,确保药物治疗的潜在风险低于疾病发展所带来的风险。拓展用药作为临床试验的拓展形式,应符合临床试验的伦理原则。为了保障拓展用药的安全性,《药品管理法》第23条还作了限制性规定,开展拓展用药的医疗机构应当是开展临床试验的机构,同时适用拓展用药的患者的病情应当与受试者相同。

但从比较法的角度,我国现行《药品管理法》仅对拓展性同情用药的适用程序作了概括性的规定,目前还缺少具有可操作性的实施细则。法律仅规定“经审查、知情同意后”可以开展拓展用药。但审查主体、审查内容、审查要点为何,都尚有待进一步明确。建议国家药品监督管理部门以《药品管理法》第23条的规定为依据,尽快颁布《拓展性同情使用临床试验用药物管理办法》,或在相关药品注册、药物临床试验的规章、规范性文件中,明确规定拓展使用临床试验药物的类型、审查程序、责任主体等内容。

(一) 明确拓展使用临床试验药物的类型

美国对拓展用药进行分类管理,根据拓展使用的范围宽窄,将拓展用药分为针对个别患者的

〔62〕 See 21 C. F. R. § 312. 33 (2018)。

〔63〕 参见前引〔38〕。

申请、针对中等规模群体患者的申请及治疗性临床研究申请三类，不同的拓展用药类型适用不同的拓展使用条件和程序。对拓展用药进行分类管理，符合量体裁衣式监管的要求，由于流行病学差异，不同临床试验药物的拓展使用有所差异，会面临不同的临床疾病和不同的患者数量。^{〔64〕}我国在拓展使用临床试验药物的制度设计中应当首先明确拓展使用临床试验药物的类型，可以借鉴美国依据患者数量进行分类管理的方式，便于后续在制定申请程序及审批流程中根据不同类型作出区分，灵活设计适用程序，合理规定审批时限，最大程度简化程序，提高危重患者用药可及性。

（二）厘定拓展使用临床试验药物的审查程序

拓展使用临床试验药物作为临床试验的拓展形式，本质上是临床试验的特殊形式，因此，拓展使用临床试验药物的审查可以参考适用临床试验的审查方式。开展拓展使用临床试验药物，应当向国家药品监督管理局药品审评中心（以下简称“药品审评中心”）提出申请，经形式审查后决定是否予以受理。受理后，药品审评中心应当组织药学、医学和其他技术人员对已受理的申请进行审评，^{〔65〕}审查拓展使用临床试验药物申请的合法性、合规性，决定是否批准其实施。开展拓展使用临床试验药物，还应当经伦理委员会审查同意，^{〔66〕}由伦理委员对拓展使用临床试验药物的科学性和伦理性进行审查，针对性地出具伦理意见。^{〔67〕}因此，我国在规范拓展使用临床试验药物的审查主体、审查程序时，可以考虑由药品审评中心和伦理审查委员会分别进行审查，获得批准和同意后方可实施。

拓展使用临床试验药物的适用主体是危重患者，具有危急性和紧迫性，而由药品审评中心和伦理委员会进行两次审查，可能会造成拓展用药的审查程序过于繁琐、审查时限过长，与该制度的设立目的相悖。对于紧急情况下的拓展用药，可以仅由国家药品监督管理局药品审评中心进行事前审查，经药品审评中心批准后即可实施。同时加强事中事后监管，要求拓展用药申请人在实施后的一定期限内向伦理委员会提交申请，由伦理委员会进行伦理审查。

（三）明确拓展使用临床试验药物的各方责任

在拓展用药实施过程中，药物的临床试验申办者即制药公司，作为药物的提供者，应当履行药物质量管理职责，保证药物质量符合法律规定。^{〔68〕}拓展用药发起人（在我国一般指制药公司）承担药物不良反应监测的责任，并及时报告药物不良反应。《药品注册管理办法》中对临床试验申办者的责任有详细规定，“申办者应当定期在药品审评中心网站提交研发期间安全性更新报告”^{〔69〕}，“药物临床试验期间，发现存在安全性问题或者其他风险的，申办者应当及时调整临床试验方案、暂停或者终止临床试验，并向药品审评中心报告”^{〔70〕}。拓展用药发起人与临床试验申办者的身份地位等同，都是用药计划的发起者、启动者。建议我国在制定拓展使用临床试验药物

〔64〕 参见蒋蓉、张宁、邵蓉：《欧盟临床试验药物拓展使用管理制度分析》，载《中国新药与临床杂志》2020年第5期。

〔65〕 参见《药品注册管理办法》第23条。

〔66〕 参见《药品注册管理办法》第25条。

〔67〕 参见《药物临床试验质量管理规范》第12条。

〔68〕 参见《药物临床试验质量管理规范》第31条。

〔69〕 《药品注册管理办法》第28条。

〔70〕 《药品注册管理办法》第30条。

相关规范时,参考《药品注册管理办法》中临床试验申办者的有关规定,明确拓展用药发起人的责任。开展拓展用药的医疗机构应当对药物的拓展使用进行不良反应监测,协助拓展用药发起人收集药物安全性数据。拓展用药的发起人和医疗机构应采取必要的风险控制措施,对用药中出现的风险进行识别、分析、评估和控制。^{〔71〕}建立发起人和医疗机构互相监督的机制,平衡双方的权利义务,确保患者的用药安全 and 健康权益。^{〔72〕}

未来我国应尽快完善并颁布《拓展性同情使用临床试验用药物管理办法》,为拓展用药设计更为完备、周延的法律制度,规定拓展用药的适用条件、申请程序、审查主体、审查内容、审查要点,规定拓展用药的风险防范机制,规定医师的义务。患者在医师指导下使用拓展用药,应以患者知情同意为前提,医师应主动告知患者所使用拓展用药的风险,告知与拓展用药相关的药品安全性、有效性及不良反应信息。

需特别指出的是,可将拓展用药视为一种特殊的药物临床试验形式,其实质上使用的是未经上市审批的药物,更应进一步关注其安全性问题或其他风险。在拓展用药期间,如果发现药物存在安全性问题或其他风险,应根据《药品管理法》第22条的规定,及时调整拓展用药方案、暂停或者终止拓展用药,并向国务院药品监督管理部门报告。必要时,国务院药品监督管理部门可以责令调整拓展用药方案,乃至暂停或者终止拓展用药。

Abstract: Expanded access is a special way to obtain clinical trial drugs outside of clinical trials when there is no other viable option for specific patients. Expanded access system ensures the safety of public drug use and maximizes access to drug use. The urgent demand of patients in urgent need of investigational drugs has promoted the development of the system of expanded access in the United States, and the United States has formulated complete laws, regulations and guidelines on the applicable conditions, approval authority, applicable procedures and risk regulation measures for expanded access. Article 23 of the Drug Administration Law in China recognizes the expanded access, and the supporting regulation measures should be issued as soon as possible to specify the regulatory requirements for expanded access and standardize its applicable procedures, so as to ensure the availability of drugs in public health emergencies such as COVID-19.

Key Words: expanded access, drug regulation, drug accessibility, drug safety

(责任编辑:刘 权 赵建蕊)

〔71〕 参见前引〔64〕,蒋蓉、张宁、邵蓉文。

〔72〕 参见林振顺:《同情用药的法律性质及制度完善》,载《中国医药报》2020年3月13日,第003版。

PPP 模式下政府的角色定位 ——兼论担保行政法学模式的兴起

杨彬权*

内容提要：PPP 是政府和社会资本共担风险、合力达成公共任务的创新模式。在 PPP 模式下政府不再承担公共任务的履行责任，转而承担国家担保责任。政府承担国家担保责任，使得政府的角色从公法上的公共任务的“履行者”转变为“担保者”和“合作者”。政府角色和职能的重大转变导致传统行政法学模式转向担保行政法学模式。担保行政法学模式是以国家担保责任作为 PPP 行政合作法制构建的理论基础，以法律关系作为行政法学体系建构的另一砥柱，通过行政程序的担保化和合作化规制公私合作行为，以合作契约作为 PPP 模式的基本担保管制手段，通过担保纠纷解决机制有效化解纠纷和保护公共利益。

关键词：PPP 模式 担保行政法学 国家担保责任

• 117 •

20 世纪 70 年代以降，福利国家遇到了前所未有的挑战，^{〔1〕}“但资本主义又不能没有福利国家”^{〔2〕}。同理，社会主义更不能没有福利国家。“福利国家已成为几乎无法撼动的图腾，不论何种国家形态皆不会轻易掠其锋，其不但不会消失，反而会继续推动，只是福利国家当初形成的社会环境与现今已有显著不同，福利项目与给付内容亦有所变化，国家财政问题日益恶化迫使必须

* 杨彬权，西北政法大学行政法学院讲师。

本文为司法部 2018 年度国家法治与法学理论研究课题“政府与社会资本合作（PPP）纠纷解决机制研究”（18SFB2013）的阶段性成果；河南省 2017 年度哲学社会科学规划项目“政府与社会资本合作的行政法规制问题研究”（2017BFX014）的阶段性成果；西北政法大学行政法学院中青年教师学术能力提升基金项目“论 PPP 背景下政府的角色定位与行政法学模式的转变”的阶段性成果。

〔1〕 福利国家面临人口挑战、经济挑战、社会挑战、国际挑战和文化挑战。详见〔德〕弗兰茨-克萨韦尔·考夫曼：《社会福利国家面临的挑战》，王学东译，商务印书馆 2004 年版，第 56-121 页。

〔2〕 〔德〕克劳斯·奥菲：《福利国家的矛盾》，郭忠华等译，吉林人民出版社 2006 年版，第 7 页。

对给付国家作全面性的检讨,以便能够在革新后,以新的面貌出现,因应现代社会的需求。”〔3〕由于PPP模式〔4〕将私人部门引入公共服务的提供中,既缓解了公共财政压力,发挥了私人部门的创造性,又引入了债权人监督机制,提高了公共服务质量,〔5〕因此被福利国家作为改革的首选举措推上了历史舞台。在PPP模式中,私人部门承担了公共任务的履行责任,政府不再承担履行责任,那么政府的角色和职能如何定位?这种角色定位对传统行政法学模式提出了哪些挑战?传统的行政法学模式应该如何予以回应?这些都是PPP模式亟需解决的关键问题,事关PPP模式的可持续健康发展和国家治理能力之现代化。

一、PPP模式下政府角色定位的争论与重塑

政府角色是将政府人格化来定位其功能作用。〔6〕整个国家不同的政治、经济、社会运行方式决定了政府扮演不同的角色,又决定了政府所拥有的职能。〔7〕PPP模式下,政府的角色也在发生相应地转变。

(一) PPP模式下政府角色定位的争论

2014年以来,随着PPP模式在我国的大力推进和迅猛发展,学界对PPP模式中政府角色及职能进行了初步研究,主要形成了以下观点:

第一,“双重职能说”。“双重职能说”认为,政府在PPP过程中既是监管者又是参与者或合作者。例如叶晓甦、徐春梅认为,政府在PPP项目上必须定位于促进、主导和管理的功能,但同时又应是参与合作的一方。〔8〕邢会强教授认为,在交易成本公共物品理论之下,政府不再是公共物品的垄断提供者,尤其是在PPP模式之下,政府应该转变角色,转变为合作者和监管者。〔9〕

第二,“三重职能说”。例如湛中乐、刘书燃认为,在PPP模式中政府具有三重角色与职责,分别为规则的制定者与执行者、公共服务的采购者和提供者、公共服务的监管者。〔10〕而王俊豪、付金存则认为,政府及其公共部门在PPP模式中至少承担三种职能:其一,作为公众利益的代表,须保证公共产品的质量和数量符合标准,一旦公共产品数量和质量不能满足公众需要,或在公共服务活动中出现重大事故,政府就必须承担相应的政治责任;其二,作为PPP模式的主要参与主体之一的政府和公共部门还应承担规则制定与执行的职责,包括法规政策和PPP规则程序的制定、违规行为的纠正等;其三,作为公共服务的采购者,公共部门主要承担确定采购标

〔3〕 萧文生:《福利国家与财政行政法——国家辅助私人经费之财政监督》,载台湾地区行政法学会主编:《全球化、福利国家、特别权力关系、公私协力》,元照出版公司2012年版,第55页。

〔4〕 PPP具有广义和狭义之说,广义PPP是指公共和私营部门共同参与生产和提供物品与服务的任何安排。但是由于广义PPP的内涵和外延不好掌控,难以有效规范和约束,因此从多数国家的PPP运作实践来看,一般都是从狭义的意义上来谈论和开展PPP模式。狭义PPP,是指公共部门和私营经济主体间基于自由意愿,透过正式之协议形塑合作关系,并且彼此分担风险与责任的行政任务执行模式。根据财政部《关于规范政府与社会资本合作合同管理工作的通知》(财金〔2014〕156号)文件规定,我国的PPP模式是指在基础设施和公共服务领域,政府与社会资本基于合同建立的一种合作关系。

〔5〕 参见刘尚希、王朝才:《以共治理念推进PPP立法》,中国财政经济出版社2016年版,第46页。

〔6〕 参见彭澎:《政府角色论》,中国社会科学出版社2002年版,第2页。

〔7〕 参见前引〔6〕,彭澎书,第208页。

〔8〕 参见叶晓甦、徐春梅:《我国公共项目公私合作(PPP)模式研究述评》,载《软科学》2013年第6期。

〔9〕 参见邢会强:《PPP模式中的政府定位》,载《法学》2015年第11期。

〔10〕 参见湛中乐、刘书燃:《PPP协议中的法律问题辨析》,载《法学》2007年第3期。

的、选择合格的私方合作者、签订与履行合约等职责。政府主管部门要履行好这些职责就必须由传统的“经营者”向“监管者”转变，由传统的“命令—控制”的管理理念向“经济—激励”的服务导向转变。^{〔11〕}

第三，“多重职能说”。该种观点认为，PPP 模式中政府至少具有四种以上的角色，四种以上的职能。例如有学者认为，PPP 模式中，政府承担四种职能：规则的制定职能；项目的参与职能、公共产品或服务的购买职能；项目的监管职能以及争端的仲裁职能。^{〔12〕}也有学者认为政府的职能更多，例如，王东认为政府在不同的阶段承担着不同的角色与职能：PPP 项目启动阶段的规划者、PPP 项目的发起者、PPP 项目产品的购买者、PPP 项目建设和运行进程的保障者、PPP 项目的监管者及各方利益的协调者。^{〔13〕}

学者们普遍认为，PPP 模式中政府的角色职能不具唯一性，但是对于具体的政府职能认定上存在差异，尚未达成一致。有的学者仅认识到政府公法上的角色和职能，没有认识到其私法上的角色和职能；有的是按 PPP 项目的全生命周期中的阶段不同，来认识政府的角色和职能定位的。从总体上来看，都没有从国家形态的转变和国家责任方式的转变来研究国家的角色定位。上述学者基本上都认为在 PPP 模式中，国家仍然要承担监管职能，可是并没有阐述清楚，PPP 模式中的国家管制或监管职能与给付行政时代国家作为公共任务的直接提供者时的管制职能和管制手段的区别，从而有可能导致陷入传统的管制窠臼，而这显然与国家采用 PPP 模式的宗旨不符。国家采用 PPP 模式不仅是为了融资，更重要的是为了实现公共部门的改革和政府治理模式的转变。另外，虽然大多数学者认识到了 PPP 模式中政府承担的管制责任，但是没有认识到政府应该承担的合作责任。尽管持“双重职能说”观点的部分学者也认识到了政府的合作职能，但却是站在公法的角度来谈论合作职能，而没有站在私法的平等民事主体角度。

• 119 •

（二）重新定位 PPP 模式下的政府角色

PPP 模式中行政任务提供方式和履责模式的转变与革新，使得政府的角色转变为公法上的担保者和私法上的合作者，政府的职能也相应地转变为担保职能和合作职能。

1. 政府作为公法上的担保者

20 世纪后期，受新自由主义思潮的影响，伴随国家形态的转变，公共任务的责任与公共任务的国家履行逐渐脱钩，国家不再承担给付行政任务的履行责任，但仍须承担国家担保责任。所谓国家担保责任（Gewährleistungsverantwortung des Staates），是指在特定行政任务转由私人机构履行的情况下，国家承担的必须通过管制立法与措施，积极促进其符合一定公益与实现公共福祉的责任。^{〔14〕}政府承担的国家担保责任是一种公法上的预期责任。^{〔15〕}作为一种公法上的预期

〔11〕 参见王俊豪、付金存：《公私合作制的本质特征与中国城市公用事业的政策选择》，载《中国工业经济》2014 年第 7 期。

〔12〕 参见任超：《政府和社会资本合作（PPP）模式下政府职能重构》，载顾功耘主编：《公私合作（PPP）的法律调整与制度保障》，北京大学出版社 2016 年版，第 158—167 页。

〔13〕 参见王东：《PPP 主体关系中的政府：角色定位与行为机制框架》，载《中国政府采购》2015 年第 3 期。

〔14〕 Vgl. Wolfgang Weiss, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, DVBl. 2002, S. 1175 ff.; J. Ziekow, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, Wissenschaftliches Gutachten, erstattet für das Bundesministerium des Innern, 2001, S. 179 ff.

〔15〕 所谓预期责任，主要指在一个事件发生前，责任主体应当尽自己最大努力完成的事项，其常常与责任主体具有的特殊角色和地位相关。参见〔澳〕皮特·凯恩：《法律与道德中的责任》，罗李华译，张世泰校，商务印书馆 2008 年版，第 49、50—51 页；〔德〕底特·本巴赫尔：《责任的哲学基础》，易小明、聂文军译，载《齐鲁学刊》2005 年第 4 期。

责任,国家担保责任要求政府积极采取管制监督等措施去促成公益之实现,“不能等到不幸或者危机发生之后才去反应,而必须尽可能预见错误的发展方向,并通过及早的应对措施把它消灭在萌芽当中”〔16〕。如果私人部门出现运营困难,公共服务供给中断或有严重不利于公众的不良事态时,政府应该采取临时接管或最终接管的措施,以保障公众利益不受损。因此,国家担保责任本质上是一种管制、监督和接管的责任,其目的是担保私人主体及其他竞争者能够在一个公平的、开放的市场中进行有序竞争;担保一般公众能够获得普适的、便宜的给付产品和给付服务。〔17〕

PPP模式中政府转而承担确保公益实现的国家担保责任,使得政府的角色定位从“履行者”转变为“担保者”。“担保者”既表明了政府在公共服务提供方面严格贯彻了国家辅助性原则,〔18〕具有行政“辅助者”的角色和地位,又能够证成PPP模式的正当性和合法性,更能凸显行政管制方式的重大革新和转变。担保行政,简单来说就是行政机关落实国家担保责任的行政行为状态或过程模式。〔19〕作为担保国家之展现和作用领域的担保行政是管制、影响与监督的行政,并借由国家最低限度的影响来确保私人执行公共任务可以符合公益或法定之要求。〔20〕然而政府履行担保行政职能所采用的管制和监督手段已经不同于以往所采用的强制性的命令与服从式的管制手段,而是采取比较温和的契约、认证、验证、设置诱因等手段间接“驯服”私人部门,以达成PPP模式之目的。这种管制手段的变化刚好契合政府的“担保者”的角色定位。作为“担保者”,政府管制监督的重点应该是透过公平、公正的具有竞争性的甄选程序选出合格的私人部门,然后持续性地监控私人部门对合作契约之履行。在公私部门伙伴关系的整体调控结构中,如何利用市场竞争机制选定受托执行任务之私人部门,以及决定合作对象后,如何持续性地调控私人部门履行任务之行为,实为公部门担保行政任务得以实现之两大关键问题。〔21〕只要政府立于“担保者”角色,严格依法履行担保行政职能,采用新式的管制手段和措施进行重点监控,PPP模式中的公益必然得以确保,也不会出现所谓“利润私人化,损失国家化”的固有弊端。

2. 政府作为私法上的合作者

在PPP模式中,公共任务的完成必须依靠公私双方的相互协助、真诚合作、严格履约,唯有在双方平等、互信的基础上,尤其是政府要脱下“制服”,换上“便装”,将自己置于私法上的平等地位,成为一个真正的“合作者”,才能完成公共任务的高效提供。在PPP模式中,“热爱多样的公民们,他们会顾及使之联系在一起的相互依存性,自愿接受合作,接受共同体规则,并为共同体的利益和生存而放弃他们的一部分自由”〔22〕。PPP强调各个参与方平等协商的关系和

〔16〕〔德〕迪特儿·格林:《现代宪法的诞生、运作和前景》,刘刚译,法律出版社2010年版,第105页。

〔17〕参见杨彬权:《论国家担保责任:担保内容、理论基础与类型化》,载《行政法学研究》2017年第1期。

〔18〕按照辅助性原则,本于国家权力行使的补充特性,对于公共物品的制造与服务的提供等涉及人民生存照顾之事项,首先应由人民自身透过工作权等自由权行使之方式自由实现,唯有待人民或社会无法自行满足时,国家始得介入,进而扮演给付者与执行者之角色。参见詹镇荣:《民营化法与管制革新》,元照出版公司2010年版,第287页。

〔19〕参见林明锵:《担保国家与担保行政法——2008年金融风暴与毒奶粉事件谈国家的角色》,载《政治思潮与国家法学》(吴庚教授七秩华诞祝寿论文集),元照出版公司2010年版,第584页。

〔20〕参见许登科:《德国担保国家理论为基础之公私协力(ÖPP)法制》,台湾大学法律学研究所2008年博士学位论文,第158页。

〔21〕Vgl. Helmuth Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts J, 2. Aufl., 2012, S. 119.

〔22〕〔法〕皮埃尔·卡蓝默、安德烈·塔尔芒:《心系国家改革——公共管理建构模式论》,胡洪庆译,上海人民出版社2004年版,第116页。

机制，故伙伴关系是其首要特征。^{〔23〕}为了能够实现各自所需，公私双方必须进行具有伙伴关系的合作。其次，PPP 模式中公私双方是一个“责任共同体”，都负有私法上的合作责任。与人民发生私法上法律关系或从事私法上行为，而依私法或契约应负协作与配合责任。最后，各国政府大多陷于“预算赤字”“绩效赤字”“执行赤字”的困局中，为了满足民众多样化需求，提升行政效能和扩大内需，政府借用私人部门的资金、专业技术和先进的管理方式促进和提高行政效率和服务产品质量。

政府作为私法领域的“合作者”应当积极履行合作职能。具体来说，在 PPP 契约履行的全过程中，政府要为私营合作者及时办理和提供 PPP 项目建设所需的各种许可文件与文书，协助办理土地审批、政府补贴、投融资协助、筹资协助等事务，配合私营合作者做好物有所值评价、财政承受能力评价等技术工作，严格依据法律和契约的规定履行合同的相关条款，遇到订立合同无法预料之情势时，及时沟通协商解决，禁止单方擅自变更和调整合同条款。当然，如公共产品和服务的持续供给有中断、停止之先兆时，政府作为公益的“担保者”，在与私人合作者协商未果时，有权单方采取解除合同、临时接管等措施，但应该严格遵守正当行政程序。营运期满，私营合作者移交项目、设施和相关资料时，政府应当积极不迟延的予以配合和接收。PPP 模式出现纷争时，政府应当主动与私营合作者商定或约定纠纷解决管道机制。特别要注意的是，PPP 的本质是合作，^{〔24〕}是共享裁量权^{〔25〕}。因此，应该与私营合作者在共享自由裁量权的基础上就相关的风险、责任与义务进行合理的分配，从而达到既促进公共利益，又能使私人合作者获得合理利润回报的目的。

综上所述，政府在 PPP 模式中的角色定位应当是公法上的“担保者”和私法上的“合作者”，并相应地履行担保行政职能和合作职能。政府“担保者”的角色定位不仅可以正当化政府行为，同时也可以约束政府行为。政府担保行政职能的发挥确保了公共利益不因 PPP 模式而受损害。政府“合作者”的角色定位不仅能够正当化政府的合作伙伴身份，也可以规范政府契约行为。政府的合作职能强调政府应当作为真正的“合作者”积极履行义务，善意配合私营合作者顺利达成公共任务。但是，PPP 模式中政府的两种角色定位虽说都是为了公共利益而设，但也有可能存在冲突。例如，政府作为合作者应该完全按照合同的约定全面履行义务，但是如果严格按照合同履行将要或已经损害公共利益时，政府履行合同的责任就和担保公益的责任发生冲突。平衡和消弭冲突的方法就是在 PPP 契约中细化公共利益，科学论证 PPP 合作契约条款和相关内容，严格履行契约条款，如果履行契约条款危害到公共利益，政府此时应该作为“担保者”履行担保职责。PPP 模式中政府的双重性角色定位决定了对 PPP 模式既有来自公法的规制，又有来自私法的规制，更有来自 PPP 契约群的规制。具体来说，在 PPP 模式之规制中，要以公私法“相互援助秩序理念”^{〔26〕}为指导，发挥公私法秩序之不同管制效能。“两秩序的相互援助过程，目的在

• 121 •

〔23〕 参见刘薇：《PPP 模式理论阐释及其现实例证》，载《改革》2015 年第 1 期。

〔24〕 参见孙洁：《政府和社会资本合作模式概论》，山西出版传媒集团、山西经济出版社 2016 年版，第 20 页。

〔25〕 参见〔美〕约翰·D. 多纳休、理查德·J. 泽克豪泽：《合作：激变时代的合作治理》，徐维译，中国政法大学出版社 2015 年版，第 259 页。

〔26〕 “相互援助秩序理念”联系公私法秩序的不同管控效能，强调公共任务的一体性，在一部分法秩序框架下无法有效达成规制的必要性时，探询与另一法秩序有关之效力要素来使之获得满足。参见〔德〕施密特·阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，林明锵等译，北京大学出版社 2012 年版，第 276 页。

于维持两法秩序之手段上的差异性,同时有意识地重构其复杂结构来总体地提升法体系之问题解决能力。”^{〔27〕}政府角色的重新定位(本文主要指政府的“担保者”角色定位,政府的“合作者”角色将另文论述)对传统的行政法学模式构成了冲击和挑战,亟需传统行政法学模式予以积极回应。

二、PPP模式下政府角色转变对传统行政法学模式的挑战

模式就是“用以解释现象和影响现象的模型”^{〔28〕}。模式的本质就是某一固定的学术共同体认同、接受的基本理论和基本研究方法,这些理论和方法不仅划定了一定时期他们的研究内容和研究领域,也为后续的科学研究的奠定了基础。具体到行政法领域,所谓行政法学模式,就是行政法学者对一定时期内的行政实践及行政法的理念、理论体系、基本观点以及基本方法所形成的一种相对稳定的观察和解释行政法发展和变革的固定模式,其目的是为了能够更好地指导行政立法实践和推动行政法学的发展。传统行政法学模式是建立在国家与社会二元分立基础之上,以行政行为形式理论作为行政法学体系建构的砥柱,主要采用高权管制手段进行社会管制,通过行政程序控制行政权的运作过程,并使法院处于纠纷解决的中心地位的理论模型。PPP模式的兴起对传统行政法学模式提出了巨大的挑战,这些挑战主要体现在以下方面。

(一) 对国家理念和行政法学理论基础的挑战

传统的行政法学模式无论是维持秩序,抑或提供给付服务,基本上都是建立在国家与社会二元对立基础之上。国家独占公共事务,私人原则上不得染指。私人在法律规定的范围内从事自己的事务,行政机关不得非法干涉,是这一时期的国家图像的典型写照。在此基础之上秉持的国家理念就是“行政作为预防主体”的秩序国理念,抑或是“行政作为给付主体”的社会国理念,也即行政作为秩序和给付的履行主体,亲身提供秩序维护和公共服务,并承担由此而产生的全部法律责任。此时行政法学的理论基础只能是建立在两元对立基础之上的“管理论”“控权论”“服务论”等。然而,在公私部门透过PPP模式共同实现公共任务的情况下,私人部门成为公共任务的履行主体,国家行政机关仅承担担保责任,履行担保行政职责,从而使得国家从给付行政的履行主体,转变为公共任务提供的“担保者”和“合作者”。政府这一角色和职能的重大转变使得建立在国家与社会对立基础之上的“秩序国”理念、“社会国”理念和相应的行政法学理论基础无法有效因应。

(二) 对行政行为形式论的挑战

行政行为形式理论,系指有关“行政行为法律形式之学说”(Die Lehre von den Rechtsformendes Verwaltungshandelns),此一理论构成传统行政法教义之核心概念。行政行为形式理论之任务,主要是借由厘清各行政活动基本单元之概念内涵与外延(范围)、容许性与适法性要件,以及法律效果等问题,确保依法行政要求,并同时保障人民权利。^{〔29〕}行政行为形式理论自提出以来,最大的功能和作用在于将行政机关的行为予以类型化和模式化,从而实现了法律的有效规

〔27〕 前引〔26〕施密特·阿斯曼书,第276页。

〔28〕 〔法〕莫里斯·迪韦尔热:《政治社会学——政治学要素》,杨祖功、王大东译,华夏出版社1987年版,第200页。

〔29〕 参见赖恒盈:《行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析》,元照出版公司2002年版,第53页。

制，构成了传统行政法学体系建构的砥柱。

行政行为形式理论只集中观察具有基准行为性质的行政机关意志形成的行政行为，而对于其他法律关系主体特别是人民的行为，则常常忽略；只集中在“瞬间捕捉”（Momentaufnahmen）发生关系的那一个点，而无法掌握行政与人民间之法律关系的时间与程序面向；^{〔30〕} 建立于国家与相对人此一双面法律关系之前提上，先天即有忽略或不重视第三人利益之倾向，对于日趋复杂之行政法律关系或法现象，此一理论亦未提供足够之认识与解释工具。

然而，随着 PPP 模式的兴起和政府角色的变化，私人部门参与了公共服务的提供，成为了公共服务的提供者，其他第三人也以不同的面貌参与了法律关系成为复数利益主体。公私部门之间的合作关系往往不再只是短期的，甚至是单次性的，合作的事项通常也不是单一的，而是彼此之间具有计划执行上紧密关联性的阶段性措施，从而使得行政机关在履行国家行政职责的过程中与相关主体之间发生的法律关系，成为了一种持续性的、长周期性的多边合作法律关系。这种多边合作关系不仅涉及行政主体与行政相对人之间的利害关系，行政主体与第三人之间的利害关系，也涉及行政相对人与第三人之间的利害关系，更涉及公共利益与私人利益之间的平衡协调问题，然而行政行为形式论只能捕捉和解决有限的利害关系，难以掌握和关怀 PPP 模式中的所有关系。此外，PPP 模式的管制手段不再受限于传统的形式化的行政行为，更多地适用和灵活选择未形式化的行政行为，实现行政任务最佳履行的目的追求。^{〔31〕} 由此导致以行政行为形式论为支柱建构的传统行政法学模式无法适应合作行政的结构性变革，无法全面、动态地观察 PPP 模式中的法律关系，无法有效规范公私合作行为，无法有效保护公共利益和正当的私益。

• 123 •

（三）对行政程序理论的挑战

20 世纪以降，由于社会、经济的迅速发展和市场在“自由”运作过程中不断发生“失灵”，政府不得不广泛介入人们的社会、经济生活，从而使得权力作用的领域越来越宽，管理的事务越来越复杂。“分权”制度和“以权力制约权力”的控权机制在 20 世纪中叶以后也开始部分“失灵”，作为事后监督的司法审查构建的控权、救济机制，也随着行政事务的增多和案件复杂程度的增加，导致公民维权需要付出高成本的代价。这些缺陷和不足导致了新的控权机制的出现，这种新的控权机制就是行政程序。相较于实体控权机制，“行政程序可以避免传统实体控权机制的僵硬、死板，用行政程序规范行政权的行使既可不过于束缚政府行为的手脚，又可防止政府实施行政行为的恣意、滥权”^{〔32〕}。但是传统的行政程序主要是建立在国家与社会对立基础之上，是通过控制行政权达到保护公民权益之目的。此时的行政程序就是行政机关行使行政职能所应该遵循的程序，此时的行政程序法适用的主体范围就是行政机关，例如美国联邦《行政程序法》（APA）第 551 条的规定。然而，随着行政任务民营化和 PPP 模式的兴起与发展，私人部门和行政机关以合作方式履行公共任务将成为一种新常态。这种合作履行公共任务的模式，对建立在两元对立基础上的以行政机关为主要规范对象的行政程序理论提出了巨大的挑战。

〔30〕 Vgl. D. Ehlers, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DVBl. 1986, S. 912 (914).

〔31〕 参见章志远：《迈向公私合作型行政法》，载《法学研究》2019 年第 2 期。

〔32〕 姜明安：《行政程序研究》，北京大学出版社 2006 年版，第 5 页。

（四）对传统行政管制方式的挑战

我国传统行政法的建构立基于“高权行政”的行政国家或全能政府思维，公共任务不仅由国家所独占，并且具有上下支配的优越性和隶属性，行政行为形式充满单方性与强制性。国家实现公益主要依靠高权色彩较浓的行政行为形式来完成，确切来说，主要依靠命令服从式的单方行政行为完成。方便性、高效性和易于合法性控制，使得单方行政行为作为一种有效的管制手段成为传统行政法学模式研究的核心内容。然而，PPP模式下，政府的角色发生了重大转变，公益实现的方式由强制命令手段转变为柔性合作方式，行政行为遂趋向契约、协商、诱因或事实行为等多样化发展，特别是契约手段取代了命令与服从的单方管制手段，一跃成为主要的管制手段。契约、协商、诱因以及非正式行政行为等作为PPP模式的管制手段，对以规制单方高权行政行为为内容的传统行政法学模式提出了巨大的挑战，仅靠无限拉伸行政行为内涵和范围已经无法因应PPP模式治理的需要。契约作为PPP模式最主要的管制手段，也对传统行政法学模式下的行政契约范式提出了挑战。传统行政契约范式受到上下（官民）秩序两分关系的限制，是一种具有浓厚的纵向色彩的行为态样，既无法应付多元的利益关系，也缺乏公私合作的理念。与此相适应，传统行政契约法制规范的对象“以取代行政处分的隶属性契约为主，强调对于弱势人民权益的保障，对于对等性的合作契约，欠缺规范的框架，实不足以因应在公私协力趋势下行政与私人合作的多元关系发展所带来的挑战。”〔33〕

（五）对法院纠纷解决中心地位的挑战

传统的行政法学模式中的法律关系相对较为简单，采取司法中心主义的行政诉讼模式对行政行为进行合法性审查，甚至有限的合理性审查，即可达到监督行政和保护行政相对人合法权益的目的。然而，PPP模式的兴起让行政法律关系由双方法律关系演变成多方法律关系，行政法律关系的利益主体增多，复数利益交织且错综复杂，司法审查的解决管道和救济方式就显得有点捉襟见肘、力不从心。另外，PPP项目又都牵涉到公共利益的不中断持续供给，而传统的事后司法审查救济手段旷日持久，效果不彰，难以及时保障公共利益。最重要的是，PPP模式中公私主体之间的角色和责任的重新架构，使得纠纷解决的司法任务民营化于社会组织，从而将法院从行政法的中心转移到纠纷解决的边缘，〔34〕使得其用武之地严重收缩。因此，PPP模式的兴起和政府角色的转变对法院纠纷解决中心地位构成了严峻的挑战。

综上所述，PPP模式的兴起和政府角色与职能的转变，对传统行政法学模式提出了一系列挑战。面对这些新挑战，传统行政法学模式自身难以应对和化解，逐渐陷入困境。走出困境的办法之一也许就是转变传统的行政法学模式，确立新的行政法学模式。

三、PPP模式下行政法学模式的转变

行政法学模式是一个动态系统，是不断由低级向高级发展的，每一新的行政法学模式的出现都是对以往旧的行政法学模式的否定，但不一定是全盘否定。如果旧的行政法学模式在本质上是

〔33〕 江嘉琪：《德国（含欧盟）行政契约理论发展之局势》，载台湾地区行政法学会主编：《行政契约之基础理论、法理变革及实务趋势/行政程序法之最新发展》，元照出版公司2013年版，第5页。

〔34〕 参见〔美〕朱迪·弗里曼：《合作治理与新行政法》，毕洪海、陈标冲译，商务印书馆2010年版，第130页。

过时的，我们应该全盘更替它，如果只是个别的外在形式过时，可以进行适当修改与调整，在此基础上形成新的行政法学模式。^{〔35〕} PPP 模式的兴起，对传统行政法学模式提出了巨大的挑战，传统行政法学模式对此难以积极应对，因此，必须转变行政法学模式。行政法学模式转变的最终目标就是担保行政法学模式，其主要体现在行政法学的国家理念和理论基础、体系建构的砥柱、行政程序、行政管制手段和纠纷救济机制等内容的转变和革新上。

（一）国家理念的更新与行政法学理论基础的调整

1. 国家理念更新——由“给付国家”转变到“担保国家”

传统行政法学模式转变为担保行政法学模式最主要的体现就是国家理念的革新。“理念是重要的，人的行为不仅受到利益的支配，也受理念的支配；社会的变革和人类的进步基本上都是新的理念推动下出现的，没有理念的变化就没有制度和政策的改变”。^{〔36〕} 因此，“没有任何事物比一个时机已经成熟的理念更强有力”^{〔37〕}。一个时机恰当并已经成熟的国家理念对一个国家行政法学模式的影响是巨大的，甚至决定着这个国家的行政法学模式的根本走向。PPP 模式的兴起，代表着国家理念的重大变迁。国家理念从昔日的“给付国家”变迁到今日之“担保国家”。担保国家（Gewährleistungsstaat）理念生根于 20 世纪 90 年代的德国。担保国家理论的代表性人物舒珀特教授（Gunnar Folke Schuppert）认为，“担保国家作为一种具有前瞻性的先进理念，促进了新的历史时期国家与社会之间相互关系的重新构建”^{〔38〕}，其本质上是国家角色与定位的改变。在担保国家理念下，公共任务是一种通过市场自由竞争方式而提供的“私经济活动”。而国家则对涉及公共事务的私经济活动，透过引导、管制和监督等多种担保措施，确保人民所需的相关产品和服务得以如同由自己提供一般，能够由私人部门为普及、无差别待遇，且质与量兼顾地提供，甚至在价格及质量上较国家提供更具优势。担保国家的本质就是国家和社会之间通过合作行政法律制度共同完成公共任务时，国家立于“担保者”的角色，对公共利益履行担保职能，从而形成一个不同于传统给付国家的新的国家形态或理论。“每一种行政法理论背后，皆蕴藏着一种国家理论。”^{〔39〕} 而且，“行政法在任何时候都是与当时流行的国家主导理论直接相关的”^{〔40〕}。因此，当国家理念从给付国家转变到担保国家时，建立在给付国家理念基础上的行政法学模式也就必然要发生相应的变化与革新。

2. 行政法学理论基础的调整

行政法的理论基础“是指能够揭示行政法所赖以存在的基础，并用以解释各种行政法现象以及指导行政法学研究和行政法制建设的最基本理论”^{〔41〕}。“行政法理论基础是要解决一个行政与人民、政府与人民之间基本关系的问题。”^{〔42〕} 行政与人民、政府与人民之间具有什么样的基本关

〔35〕 参见关保英：《行政法模式转换研究》，法律出版社、中央文献出版社 2000 年版，第 13 - 14 页。

〔36〕 张维迎：《理念的力量》，西北大学出版社 2014 年版，序言第 2 页。

〔37〕 Vgl. Von Barga, Außergerichtliche Streitschlichtungsverfahren (Mediation) auf verwaltungsrechtlichem Gebiet in rechtsvergleichender Perspektive, EuR2008, S. 200.

〔38〕 Gunnar Folke Schuppert, “Der Gewährleistungsstaat-modische Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit” ? in ders (Hrsg.): Der Gewährleistungsstaat-Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden, 2005, S. 13ff.

〔39〕 〔英〕卡罗尔·哈洛、理查德·罗林斯：《法律与行政》（上卷），杨伟东等译，商务印书馆 2004 年版，第 29 页。

〔40〕 〔美〕C. 阿曼：《面向新世纪的行政法》（上），袁曙宏译，载《行政法学研究》2000 年第 3 期，第 85 页。

〔41〕 周佑勇：《行政法理论基础诸说的反思、整合与定位》，载《法律科学》1999 年第 2 期，第 41 页。

〔42〕 杨海坤：《行政法的理论基础——政府法治论》，载《中外法学》1996 年第 5 期，第 53 页。

系,相应就有什么样的行政法的理论基础。行政法的规范对象是国家与其公民的关系,因此,无论是基于社会环境事实条件的变迁,还是因为宪法中国家观念的变动,只要国家与其公民之间的关系有重大的改变,行政法体系就不能不随之变化。^[43] 昔日的行政法理论基础例如“控权论”“管理论”“平衡论”都是建立在国家与社会两元分立的基础之上,价值体系单一,无法解释 PPP 模式的新事实和新现象。以 PPP 模式实现公共任务使得国家的形态从“给付国家”迈向“担保国家”;国家的角色从“执行者”转化为“担保者”;国家应负的责任从“执行责任”转化为“担保责任”。国家责任的这种重大转变使得国家与人民之间的基本关系从直接的提供关系转变为间接的担保关系,即国家与人民之间成为了一种担保与被担保的基本关系。国家与人民、政府与人民之间的担保基本关系的确立,必然要求调整这种担保基本关系的行政法的理论基础是“国家担保责任论”。

以“国家担保责任理论”作为行政法的理论基础,一方面,使得政府始终位于“担保者”的立场,明确自己“担保者”的角色和责任,更多地依靠契约、认证和验证等新型管制手段,监督和担保公共产品、公共服务的高质量持续供给;另一方面,责任不仅是政府存在的合理性和治理过程的基础,也是担保行政法律制度建构的根基。从责任的角度出发,摒弃传统行政法学“先权力——后责任”的权力配置程序规则,采用科学的“先责任——后权力”的权力配置程序规则来配置行政权力,理顺了国家责任和行政权力的源与流、目的与手段之正确关系,能够利用责任机制之绳索有效控制 PPP 模式中行政权力的滥用和扩张,从而为 PPP 合作法律制度之构建提供了民主的责任制度根基。^[44] 但是需要说明的是,行政法学没有永恒不变的理论基础,行政法的理论基础只有相对性,没有应用上的绝对性。它要随着时代发展,社会变化而发展变化,是行政法理论源头在特定历史条件下的具体化,具有阶段性。^[45] 因此,“国家担保责任理论”作为行政法的理论基础,是仅就 PPP 模式下的担保国家构建的政府与社会合作法律制度(PPP 法律制度)而言的,而非对任何国家形态下构建的行政法而言,例如秩序行政法和给付行政法。

(二) 法律关系理论作为行政法学体系建构的另一砥柱

行政行为形式理论为传统行政法学体系的建构起到了中流砥柱的作用。然而,面对 PPP 模式中复数的利益主体和多边法律关系,行政行为形式理论难以有效作为担保行政法学体系建构之砥柱,法律关系理论可以作为 PPP 模式中担保行政法学体系建构的砥柱。法律关系论者认为,整体的法秩序是由无数的法律关系所组成,法律关系是由法律规范所形成的两个或多个主体之间的关系。^[46] 法律关系理论以生活关系的连续性和持续性作为观察的重心和焦点。与行政行为形式理论不同的地方,在于法律关系理论不只关心决定,而是以当事人相互间的关系作为联系点,并将之归整为法律关系。^[47] 法律关系理论的提出,能够满足行政行为体系之启发、结构与释义

[43] 参见陈爱娥:《契约作为公私部门合作的行政行为形式》,载《程序正义、人权保障与司法改革》(范光群教授七秩华诞祝寿论文集),元照出版公司 2009 年版,第 315—328 页。

[44] 关于“国家担保责任”作为 PPP 模式下行政法理论基础的缘由及对传统行政法理论基础的缺陷的论述,请详见杨彬权、王周户:《论我国 PPP 行政法规划制框架之构建》,载《河北法学》2018 年第 3 期。

[45] 参见孙笑侠:《法律对行政的控制》,光明日报出版社 2018 年版,第 34—35 页。

[46] Vgl. Norbert Acherberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986, S. 31.

[47] 参见前引〔26〕,施密特·阿斯曼书,第 282 页。

学等不同功能的需求，促使行政法学界跳脱传统的行政行为形式理论的偏狭格局，从全方位的、动态的角度观察和思考 PPP 模式中的行政法问题，并将长周期性和复杂性因素纳入行政法学的思维体系，不再只是捕捉静止的 PPP 事实现象，而是要关照 PPP 全程运作过程中的社会关系。法律关系论下的担保行政立法或政府与社会资本合作（PPP）立法，不再采用行政行为形式理论下的“条件模式”，^{〔48〕}而是采用“目的模式”^{〔49〕}规范和调整公私合作行为，从而实现行政机关维护公共利益之担保行政职责。如果没有法律关系，PPP 模式中不同法律主体及其法律地位均无法从程序法或契约法上获得观察和总结，并最终获得救济。正是由于法律关系理论能够满足行政行为体系之启发、结构与释义学等不同的功能的需求，德国公法学者彼得·哈贝勒（Peter Haberle）宣称行政法律关系将成为行政法学体系重新建构的砥柱。^{〔50〕}

但是，必须注意的是，法律关系理论并非完美无缺，其也面临制度化和体系化程度不高、核心理论难以突破等困局，^{〔51〕}且目前可见者只有基于 PPP 债务法律关系所产生的损害赔偿请求权，以及在确认诉讼中确认 PPP 法律关系存在与否而已。如果过分偏爱“法律关系论”，难免再陷入像“行政行为形式论”那样的单一理论体系之迷思，衍生新的问题与困境，除非“行政行为形式论”因逻辑之谬误不堪，已达到难以修补以致有结构松动或解构之虞，方需扬弃，^{〔52〕}但现实是“行政行为形式论”仍是行政法的砥柱。“法律关系论”与“行政行为形式论”不应该被建构成两个相对立的理论或理念，而应该取长补短、相互支援。“这种结合传统以法律形式为中心与重视法律关系的实质内容要素的补充，有助于一个完备的行政法体系的建构。”^{〔53〕}因此，法律关系理论作为担保行政法学体系建构的另一砥柱实属行政法学模式发展之必然。^{〔54〕}

（三）行政程序担保化并成为公私合作的平台

在 PPP 模式中，社会资本承担了公共任务的具体履行工作，其提供的公共任务的质量优劣、收费高低等会直接影响消费者和一般公众的合法权益。因此，规范和约束行政机关行为、保障公众利益的行政程序应该进行相应的改革，也即要进行行政程序的担保化。所谓行政程序的担保化，就是随着行政任务的民营化和行政机关的角色转变为“担保者”，行政程序相应地从控制行政机关合法履行公共任务撤退到担保公共利益实现所应遵循的程序，也即担保行政程序。担保行政程序主要包括选择私人合作对象的程序、确保私人提供给付产品和服务品质的程序、特许经营的撤回和接管程序、PPP 合作契约条款的设计和瑕疵效力等程序。行政机关严格贯彻和执行这些

• 127 •

〔48〕 条件模式是指法律规定一定的构成要件与效果，一旦构成要件被满足，便会发生一定的法律效果。条件模式与相应之形式理性是传统行政法学模式的基本运作逻辑，也是现代法治国家的基本前提，然而其制式、呆板以及欠缺灵活性使人无法容忍。

〔49〕 所谓目的模式是指法律并不规定明确的构成要件，仅规范要达成的目的，至于达成的手段则须通过个案才能确定。也就是说，行政决定不再着重于过去的事实调查，而是预测行政决定未来之效果。通过取向目的模式的立法，能够确保行政机关切实履行担保行政职能，维护公共利益。

〔50〕 参见李建良：《行政法基本十讲》，元照出版公司 2012 年版，第 185 页。

〔51〕 参见赵宏：《法律关系取代行政行为的可能与困局》，载《法学家》2015 年第 3 期。

〔52〕 参见李震山：《行政法导论》，三民书局 2019 年版，第 234 - 236 页。

〔53〕 张锦盛：《法律关系理论作为行政法体系革新的动力》，载《当代公法新论》（中），元照出版公司 2002 年版，第 58 页。

〔54〕 有学者甚至认为，在民营化架构秩序下，“行政法律关系”势将取代“行政行为态样”的思维模式，在依法行政原则的基础上，不再只是探求、审视行政行为的合法性，而是建立以行政法律关系为基础的“行政法上之请求权体系”。参见李建良：《2011 行政管制与行政争讼——民营化时代行政法的新局势》，新学林出版公司 2012 年版，第 11 页。

具体的担保行政程序,可以有效地确保公共任务的顺利达成。同时由于PPP背景下,私人部门不可避免地要作出决策和行使一部分公法上的权力,例如收费权、进入权等,这有可能会涉及公民宪法权利的保障和公共利益的维护。因此,行政程序的适用范围应该逐渐扩展到承担公共任务履行的私人机构;行政程序法的透明、公平和参与等价值也必须延伸到各种混合的公私制度安排之中,以确保合作关系的正当性。^[55]行政程序适用范围的扩展和程序法价值的延伸渗透,使得私人机构成为了行政程序的适用主体,私人机构适用的行政程序也可以称为私行政程序。因此,PPP模式下的行政程序应该理解为行政机关和私人机构合作履行行政任务应该遵循的程序,也即行政机关作为“担保者”应该履行的担保行政程序和私人机构作为“执行者”履行的私行政程序。私行政程序具有补充功能,是对担保行政程序已经撤回事项范围的补强。由于“程序参与者在角色就位之后,各司其职,互相之间既配合又牵制,恣意的余地自然受到压缩”^[56]。故而,在PPP模式下,将行政机关与私人机构按照不同的角色定位纳入行政程序法的规制范畴,不仅可以控制公私权力之滥用,又可以担保公共利益的顺利达成。

政府和社会资本的合作者地位也要求公私双方抛弃命令服从关系,在平等的基础上进行对话与合作。这必然要求行政程序从传统的对立程序转向为合作程序,行政程序法的建构必须要有合作化的要素。这种合作化要素主要表现在让公众和人民提早参与、及早将潜在的不同意见者及利益第三人纳入行政程序、提早对公众为信息告知和意见听取。例如,为了确认PPP项目在PPP契约签订后是否具有“融资可行性”,政府部门应该考虑在采购程序的早期阶段或者竞标激烈阶段就让贷款银行及相关机构开始参与。由于公私双方借用了行政程序这个合作平台,进行了充分的协商,PPP项目的落地率和成功率会大为增加。在PPP模式的执行、移交和终止阶段,“人民仍应享有向行政机关请求阅览卷宗的权利;相对而言,行政机关据以作成行政行为的资讯或事实基础若有改变,人民亦负有告知的义务,俾利行政机关做进一步的因应”^[57]。因此,在PPP模式盛行之今日中国,行政程序就是公私双方通过对话与合作共同实现公共福祉的合作平台。行政程序法也就相应地从具有隶属关系的公私对立程序法走向具有公私合作因素的行政程序法,也即行政合作程序法。PPP背景下行政合作程序法的目标并不仅在于控制行政权,而是调整公权力部门与私人机构之间的合作关系,引导和担保公私主体顺利达成公共任务。

(四) 合作契约成为重要的管制手段和规制对象

契约是PPP模式运作的主轴和公私部门合作的行政行为形式,同时也是一种重要的管制手段。凡是实行PPP模式的国家,必然是或者正在变成契约国家。这是因为契约是由当事人合意创造拘束彼此之法秩序的手段,在强调公私部门合作(而非公部门单方强制)的领域里,其为形塑双方法律关系的重要手段。^[58]以PPP合作契约条款作为担保国家的主要管制手段,除了可以充分发挥PPP模式的制度特性,也即公私部门双方透过平等对话,共商双方在任务执行以及规范框架、财务、人事等方面的风险及公益责任分担之解决方案,更可以使PPP双

[55] 参见〔美〕C. 阿曼:《由下而上的全球化——一个国内的观点》,林荣光译,载《全球化下之管制行政法》,元照出版公司2011年版,第57页。

[56] 季卫东:《法律程序的意义》,中国法制出版社2012年版,第26页。

[57] 前引〔50〕,李建良书,第184页。

[58] 参见前引〔43〕,陈爱娥文,第317页。

方当事人于形塑合作法律关系时，对于彼此权利义务事项具有预见可能性，并且可以将“给付提供”及“公益实现”视为契约的整体责任，列入双方权利义务具体形塑之考量，使双方当事人于议约时即可以对主要风险及责任分担方式有一定程度的掌握，避免进入履约阶段后，使私人部门产生过多因当初申请时始料未及的“契约外义务”而生之讶异，降低“民间参与失灵”的风险。^{〔59〕}

PPP 合作契约较以往的行政行为或传统的行政契约，涉及公共建设的规划、资助、兴建、营运以至移转和接管等。此种长生命周期取向的特性，使契约关系因长期合作且事项多元，往往呈现出极为复杂而利益交织的事实与法律关系。^{〔60〕}因此，为了落实国家担保责任，履行担保行政职能，保障公共利益，PPP 合作契约就成为行政法重点规制的对象。行政法应该重点规制和调整 PPP 契约缔结前（包括投标人的资格、甄选机制等）、契约履行（包括给付标的、不履行给付、契约的调控与管理、契约的变更与调整等）以及契约的终结（包括接管、财产移交等）三个阶段的法律关系。通过对 PPP 合作契约全程的动态的合法性规制，确保 PPP 契约管制手段的“依约行使”和“依法行使”。当然，由于 PPP 契约的不完备性和无法预见性，“法律对于公私合作的条件规定就不能是事无巨细的、僵化严苛的，法律更宜做出框架性条件规定，而为合作双方未来的合作内容的调整留下灵活处理的空间”^{〔61〕}。

在公私部门合作履行行政任务领域，行政契约法学的重要任务在于透过“法所引导的契约形塑准则”发展不论公法或私法契约皆可适用之合作契约类型与条款。然而由于我国没有行政程序法，也没有相关的部门行政法的指引，行政契约法学形塑契约条款内容的素材只能来自实务中政府与社会资本为合作执行行政任务所缔结的各种 PPP 合作契约。行政法学的任务在于透过法律所引导的观点，整理实务上所运用的契约类型与条款并检验其适法性，以建构并储存适应各种合作契约的基础结构，并提供合法的契约条款以供使用。^{〔62〕}

最后，必须指出的是，除合作契约管制手段外，担保管制手段的“弹药库”十分丰富，例如协商、指南、认证、鉴证、接管等都可以成为 PPP 模式的担保管制手段。

（五）诉讼外纠纷解决机制的地位日益凸显

在 PPP 模式下，公私协力思想和政府角色的转换也使得法院的角色从传统的纠纷的“裁判者”转换为纠纷解决的“担保者”和“监督者”。作为“担保者”，法院不再垄断纷争解决之权力，而是提供多元管道，由当事人选择最符合其利益之途径。法院之功能不仅在于裁判纷争，更应积极提供当事人更多纷争解决途径，^{〔63〕}并与其他纠纷解决主体解决纠纷提供指导和帮助。作为“监督者”，法院不仅要确保其他多元纠纷解决管道合法和有效，而且要确保行政机关不贱卖公共利益。法院“担保者”和“监督者”的角色定位，必然要求协商、调解、仲裁、裁决等诉讼

〔59〕 参见詹镇荣：《国家担保责任之实践与检讨》，载台湾地区行政法学会主编：《现代行政之正当法律程序/公私协力与行政合作法制》，元照出版公司 2014 年版，第 184-185 页。

〔60〕 参见江嘉琪：《我国行政契约法制之建构与发展》，载台湾地区行政法学会主编：《行政契约之基础理论、法理变革及实务趋势/行政程序法之最新发展》，元照出版公司 2013 年版，第 209 页。

〔61〕 马怀德：《行政法前沿问题研究》，中国政法大学出版社 2018 年版，第 334 页。

〔62〕 Vgl. Hartmut Bauer, Verwaltungsverträge, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2Aufl., 2012, S112f.

〔63〕 参见刘建宏：《法治国图像变迁下司法权功能之再探讨——德国行政诉讼中法官调解制度之研究》，载《政法法学评论》2015 年总第 142 期。

外纠纷解决机制逐渐进入 PPP 领域,诉讼外纠纷解决机制为民众提供了便利,帮助当事人节省了时间和金钱,减轻了法院的案件负担,有利于提高民众对司法系统的满意度,有助于保持当事人间原有的合作关系,使纷争得到迅速的解决。^[64]正是基于这些原因,诉讼外纠纷解决机制“前移”到纠纷解决的“前线”,成为纠纷解决的“排头兵”,诉讼机制慢慢地“退隐”于纠纷解决的“第二线”,仅对诉讼外纠纷解决机制的良善运行进行担保和监督。实质上,诉讼外纠纷解决机制就是法院将垄断纷争解决的权力释放由民间行使,由非司法机关和相关机构对 PPP 纠纷做出处理决定,司法机关仅做担保和监督的纠纷解决机制,也即受担保的纠纷解决机制。我们可以将这种由诉讼纠纷解决机制和诉讼外纠纷解决机制形成的“担保与被担保、监督与被监督”的纠纷解决机制称作为“担保纠纷解决机制”。

诉讼外纠纷解决机制在国际上的运用非常普遍,基本上实行 PPP 的国家都在法律法规、政策指南或指导手册中规定了仲裁、调解等诉讼外纠纷解决机制,即使没有明确法律规定的国家对 PPP 模式的诉讼外纠纷解决机制也不明确禁止或排斥。从国内来看,PPP 模式的大力推进和迅猛发展、PPP 专业化和经济化的高压要求,以及社会经济的发展和国家治理体系现代化等多种因素的综合作用也使得仲裁、^[65]调解等诉讼外纠纷解决机制的地位日益凸显,必将成为 PPP 模式下司法权有限撤退后,契约当事人和第三人纷争解决的首选和主要的救济管道。尽管诉讼外救济机制,也即受担保的救济机制成为 PPP 纠纷解决的主要管道,但人民法院基于“担保者”和“监督者”的角色定位,应该担保诉讼外纠纷解决机制不会失灵,以免侵害宪法所要求的民主法治与人权保障的基本秩序。^[66]

• 130 •

四、结 语

政府与社会资本合作模式 (PPP) 导致国家责任发生了重大转变,国家不再承担公共任务的执行责任,转而承担担保责任和合作责任。相应地,PPP 模式中政府的角色从公共任务的“提供者”“垄断者”,转变为“担保者”和“合作者”。从公法的角度来看,这种重大的政府角色和职能转变对传统行政法学模式提出了严峻的挑战,传统行政法学模式在其自身理论框架内难以解释和应对,从而使其发展为新的担保行政法学模式。担保行政法学模式是以国家担保责任作为 PPP 行政合作法制构建的理论基础,以行政法律关系作为行政法学体系建构的另一砥柱,通过行政程序的担保化和合作化规制公私合作行为,以合作契约作为 PPP 模式的基本担保管制手段,通过担保纠纷解决机制有效化解纠纷和保护公共利益。担保行政法学模式是传统行政法学为了回应 PPP 实践以及政府职能向担保行政职能的变革发展而做出的一种理论选择。担保行政法学模式并不是对传统行政法学模式的全盘否定,并非要全然逃脱传统行政法学模式

[64] 参见林福来:《活用诉讼外纷争解决机制解决劳资争议问题——以检视协调、调解机制为中心》,载《国立中正大学法学集刊》2013年总第41期。

[65] 尽管《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》第26条规定,行政协议约定仲裁条款的,人民法院应当确认该条款无效。但对于PPP协议来说,其并非由单一的行政协议组成,而是一个协议群,因此,应该根据行政协议的定义确定具体的PPP协议的法律属性。如果不属于行政协议,而是民事合同,则合同中约定的仲裁方式有效。参见最高人民法院行政审判庭:《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第360页。PPP协议中的大多数纠纷都属于民事纠纷,因此仲裁在PPP协议纠纷解决中具有重要的地位和作用。

[66] Vgl. Wolfgang Hoffmann-Riem, Justizdienstleistung im kooperativen Staat, JZ 1999, S. 422.

及理论体系的束缚，而是在借鉴和吸收传统行政法学模式合理因子的基础上对行政法学理论体系的进一步发展和完善，是对 PPP 模式下政府角色转变和担保行政法律制度建构现实需求更好的回应和解决。

Abstract: PPP is an innovative model in which government and social capital share risks and work together to provide public tasks. In the model of PPP, the government no longer assumes the responsibility for the performance of public tasks, and instead assumes the responsibility of state guarantee. The government's responsibility for state guarantees transforms the role of the government from a "fulfiller" of public tasks in public law to a "guarantor" and a "collaborator" in private law. The significant transformation of the role and function of the government inevitably requires the traditional administrative law mode to turn to a model of guarantee administrative law. The guarantee administrative law model is the administrative jurisprudential model which is based on the theory of state guaranty responsibility as the legal basis of PPP administrative cooperation, takes legal relationship as one of the pillars of the construction of administrative law system, regulates public-private cooperation through privatization and cooperation of administrative procedures, takes cooperative contract as the basic control means of PPP model, and introduces dispute resolution mechanism outside the jurisdiction to effectively solve disputes and protect public interests.

Key Words: PPP mode, guaranteed administrative law model, state guarantee

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)

烈士评定条款的适用及其漏洞填补

侯嘉淳 孟鸿志*

内容提要：新冠肺炎疫情期间死亡的医护人员能否被评定为烈士引发巨大争议，其根源在于和平时期烈士认定的标准不清。烈士评定行为属于包含价值判断的行政确认行为，烈士评定条款的适用应当符合行政法释义的内在逻辑要求。《烈士褒扬条例》第8条规定了烈士评定的法定情形，综合各种法律解释方法可以确定烈士评定条款的规范标准，包括牺牲情节特别突出、值得褒扬和宣传、具有烈士精神品质。经过法律解释后的烈士评定条款的规范标准仍存在法律漏洞，需要通过政策填补和学理填补的方式初步实现漏洞填补，获取烈士评定的非规范标准。透过司法对烈士评定条款的漏洞填补，烈士评定的具体标准可进一步概括为自愿性、有突出事迹、非义务性、利他性、排除意外事件等。

关键词：烈士评定 行政确认 《烈士褒扬条例》

一、问题的提出

2011年国务院制定的《烈士褒扬条例》废止了1980年颁布的《革命烈士褒扬条例》，并在2019年经过两次修订，成为当前我国烈士评定的主要法律依据。但是，进入和平发展时期后，烈士评定行为的具体确认标准并不明确，滥用烈士评定事件时有发生。譬如，一篮球运动员在训练中病逝，被认定为“革命烈士”，让公众难以接受。^{〔1〕}2020年疫情暴发，许多平民英雄为保卫祖国和人民牺牲，烈士评定行为激增，但被评定为烈士的却是少数。不少学者和媒体呼吁“医护人员因公殉职不应当只评定为工伤，还应当评定为烈士”^{〔2〕}，“在防疫工作中牺牲

* 侯嘉淳，东南大学法学院博士研究生；孟鸿志，东南大学法学院教授。

本文为2020年国家社科基金重大项目“突发重大公共卫生事件防控的法治体系研究”（20&ZD189）、2020年江苏省研究生科研创新计划项目“疾病预防控制机构职能法治改革研究”（KYCX20_0065）的阶段性成果。

〔1〕 参见戴佳：《烈士评定，别让人“雾里看花”》，载《检察日报》2012年7月30日，第5版。

〔2〕 陈云良：《建议评定防疫一线牺牲的医护人员为烈士》，载 <http://www.chinawest.com/xwdt/469.html>，最后访问时间：2021年3月21日。

的志愿者也应评定为烈士”〔3〕。根据媒体统计,截至2020年4月3日,在疫情防控期间牺牲的医护人员、民警、志愿者等约有3500人。〔4〕但根据官方披露,2020年4月湖北省人民政府评定牺牲在疫情一线人员为烈士的只有14名。〔5〕

早期烈士评定仅限于革命年代和军事领域,涉及面窄、政治性强,评定对象多属军人、警察群体,以至于法学理论上对烈士评定行为的研究并不多见。学者们主要聚焦于烈士评定之后对“烈士群体”的法律保护。〔6〕然而,进入和平时期后,烈士评定的条件发生了巨大的变化,烈士评定条款如何准确适用亟待研究。《烈士褒扬条例》第8条规定了五项烈士评定的情形,基于文义解释的理解,可能得出这样的结论:只要符合法条中任何一项情形都应当评定为烈士。〔7〕换言之,每一项法定情形都构成烈士评定的充分条件。有学者认为“我国《烈士褒扬条例》对公民评为烈士提供了详细的条件,对哪些人属于烈士有明确规定”〔8〕。但事实上,以《烈士褒扬条例》第8条第2项“抢险救灾或者其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产牺牲”为例,烈士评定条款的规范内涵十分宽泛。以文义解释的方法分析,公民只要参与了抢险救灾等情形不幸牺牲,就应当评定为烈士。规范上的烈士评定条款难以明确烈士评定的具体标准,给烈士评定工作带来困难,不可避免地造成烈士评定滥用、误用等混乱局面。

如何避免烈士评定被滥用、误用?烈士评定是否有人数的限制,是否有身份的要求?烈士评定的具体标准有哪些?诸如此类的疑问,已为烈士评定条款的理解与适用带来了挑战。对此,本文拟采取法释义学方法,在明确烈士评定行为法律性质的基础上,论证烈士评定条款的适用及其漏洞填补,具体研究分为三个步骤:第一,通过法律解释方法论证烈士评定条款的规范标准;第二,通过法律漏洞填补的方法进一步确立烈士评定条款的非规范标准;第三,在案例中获取司法对烈士评定条款的漏洞填补内容,提炼烈士评定的具体标准。

• 133 •

二、烈士评定的法律性质

如何评定烈士,烈士评定行为是否应遵循行政法解释的逻辑要求,首先应当明确烈士评定行为的法律性质。如果烈士评定行为是一项国家的政治行为,〔9〕则本质上未形成法律上的权利义

〔3〕 吴元中:《志愿者因“疫”牺牲,也应评定为烈士》,载《新京报》2020年2月19日,第A02版。

〔4〕 参见邹莹:《3500个不能忘却的纪念》,载 <https://static.nfapp.southcn.com/content/202004/04/c3364929.html>,最后访问时间:2021年3月21日。

〔5〕 参见《湖北14名新冠肺炎疫情防控一线牺牲人员被评定为首批烈士》,载《人民日报》2020年4月3日,第6版。

〔6〕 法学界的研究,主要集中在烈士特殊人格权保护问题上:第一,从解释论的角度,阐述《民法典》第185条中烈士人格权特殊保护的内涵;第二,从诉讼制度的角度,探究烈士人格权保护在公益诉讼制度上的建构;第三,从侵权损害赔偿的角度,确定侵犯烈士人格权的民事责任。参见刘颖:《〈民法总则〉中英雄烈士条款的解释论研究》,载《法律科学》2018年第2期;黄忠顺:《英烈权益诉讼中的诉讼实施权配置问题研究——兼论保护英雄烈士人格利益的路径抉择》,载《西南政法大学学报》2018年第4期;王叶刚:《论侵害英雄烈士等人格权益的民事责任——以〈民法总则〉第185条为中心》,载《中国人民大学学报》2017年第4期。

〔7〕 《烈士褒扬条例》第8条规定:“公民牺牲符合下列情形之一的,评定为烈士……”

〔8〕 康天军:《英烈保护司法实务问题探析》,载《法学论坛》2018年第6期,第127页。

〔9〕 烈士评定行为长期以来是一项面向革命事业牺牲者褒扬的政治行为,这也使得法学上对烈士评定的规范研究颇为鲜见。时至今日,烈士评定仍常被误解为一项只面向军人群体的政治行为,这也是为什么学者、媒体对疫情期间因公殉职医护人员评定烈士进行呼吁的原因。

务关系，难以进一步研究其合法性问题。早期烈士评定具有革命化、政治化色彩，1980年制定的《革命烈士褒扬条例》并未规定公民烈士评定的资格，烈士评定不是公民依申请评定而是行政机关依职权评定，评定程序规范也几乎空白。而且烈士评定情形集中在对敌作战、执行革命任务等革命牺牲情形。^{〔10〕}事实上，能够被评定为烈士的只有军人群体，受特别权力关系理论的影响，烈士评定属于军人内部管理事务，排除司法审查。如果烈士评定是行政机关依职权作出的裁定奖励，或是其他行政机关最终裁决的行政行为，也将难以进行司法的审查。^{〔11〕}现行《烈士褒扬条例》确定的烈士评定是否为行政行为？是什么类型的行政行为？是否具有可诉性？这些问题攸关烈士评定行为的法律性质，决定了烈士评定行为研究的必要性和可行性。笔者认为，申请烈士评定是一项公民的法定权利，烈士评定是一个包含价值评定的行政确认行为，具有可诉性，公民和烈士评定机关之间形成了法律上的权利义务关系。

第一，从公民的角度看，申请烈士评定是一项公民的法定权利。依据《民法典》第13条的规定，自然人的民事权利始于出生，终于死亡。烈士评定发生在公民死亡后，其是否仍享有相应的民事权利存在争议。但承认死者生前的人格财产权益保护，将死者生前人格上之无形财产权，由继承人继承的观点在域外判例学说上已获确认，在我国司法实践上也有所体现。^{〔12〕}此外，《民法典》第185条专门规定了对英雄烈士群体人格权利的特殊保护。虽然烈士评定发生在自然人死亡后，但从权利保障的角度而言仍有必要将其认定为一项公法上的权利。我国《宪法》第45条第2款规定：“国家和社会保障残废军人的生活，抚恤烈士家属，优待军人家属。”这一条款规定的国家对烈士家属的社会补偿制度，是指因战争、自然灾害和公共突发事件对公民造成损害所进行的补偿。^{〔13〕}《宪法》上并未直接将烈士评定规定为公民的法定权利，但从这一条款可以看出，当公民因为在战争、突发公共事件中牺牲，符合评定烈士情形时，国家应当承担起对烈士遗属抚恤的责任。这也就意味着，当公民牺牲符合烈士评定标准时，死者生前所在单位或死者遗属等组织、公民可代为向烈士评定机关请求牺牲者被评定为烈士，从而使烈士遗属获得国家抚恤待遇。《烈士褒扬条例》第8条进一步规定，公民在特定情形下牺牲应评定为烈士。只要牺牲公民符合烈士评定法定情形，行政机关应当履行依法进行烈士评定的义务。

第二，从行政行为的角度看，烈士评定属于行政确认行为。实践中，地方政府在政务服务网站将“烈士评定”的事项类型标注为行政确认。^{〔14〕}行政确认行为是指，行政主体根据法律、法规的规定，依职权或当事人的申请，对一定的法律事实、法律关系、权利、资格或法律地位进行评定、甄别、证明并予以宣告的行政行为。^{〔15〕}简言之，行政确认行为是确认某人的权利或者具

〔10〕《革命烈士褒扬条例》（已废止）第3条规定：“有下列情形之一的，批准为革命烈士：（一）对敌作战牺牲或对敌作战负伤后因伤死亡的；（二）对敌作战致成残废后不久因伤口复发死亡的；（三）在作战前线担任向导、修建工事，救护伤员，执行运输等战勤任务牺牲，或者在战区守卫重点目标牺牲的；（四）因执行革命任务遭敌人杀害，或者被敌人俘虏、逮捕后坚贞不屈遭敌人杀害或受折磨致死的；（五）为保卫或抢救人民生命、国家财产和集体财产壮烈牺牲的。”

〔11〕例如我国《行政诉讼法》第13条规定，国防外交行为、行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定、法律规定由行政机关最终裁决的行政行为，不是行政诉讼的受案范围。

〔12〕参见张红：《死者生前人格上财产利益之保护》，载《法学研究》2011年第2期。

〔13〕参见蔡定剑：《宪法精解》，法律出版社2004年版，第244页。

〔14〕参见浙江政务服务网，载 <http://www.zjzfw.gov.cn>，最后访问时间：2021年6月20日。

〔15〕参见周佑勇：《行政法原论》，北京大学出版社2018年版，第261页。

有法律意义的资格的行为。^{〔16〕}烈士评定行为是典型的行政确认行为。但理论上对于行政确认的法律性质认定却存有分歧。一种观点认为,行政确认行为是“准行政行为”,只能间接产生行政法律效果,具有预备性、中间性及阶段性等特征,原则上不可诉。^{〔17〕}另一种观点认为,行政确认可以分为“独立的行政确认”和“附属性的行政确认”,附属性行政确认是指基于其他行政目的的需要,作为其他行政行为成立的必要前提的行政确认行为,典型情形是行政许可必须以申请人的相关资格进行行政确认作为先决条件。^{〔18〕}附属性行政确认符合“预备性、中间性及阶段性”等准行政行为的特征,被认为研究意义不大。^{〔19〕}而“独立的行政确认”则对特定的行政相对人的权利义务产生实质性影响,是行政机关依法行使职权作出“意思表示”的行为,具有可诉性。^{〔20〕}烈士评定确认牺牲者是否为烈士时,直接产生了资格认定的法律效果,决定了牺牲者遗属能否获得相应的物质抚恤。可见,烈士评定应属独立的行政确认行为,具有可诉性。

行政确认行为意味着,烈士评定应当依照法律和相关规定对特定的法律事实进行确定,只要符合烈士评定的法律事实就应当确认为烈士。由于烈士评定赋予了牺牲者特殊的荣誉称号,极易与行政奖励行为混淆。烈士评定虽然在法律后果上对烈士进行褒扬并对烈士遗属提供一定的物质抚恤,但并不属于行政奖励。如果烈士评定是行政奖励行为,那么就有可能出现“竞争中获胜”^{〔21〕}的做法,即烈士评定被设定为事先有名额限制的评选。在这种情况下,烈士评定只能从基本的行政程序、原则上加以规制,其结果难以获得司法救济。^{〔22〕}而行政确认行为属于羁束行政行为,^{〔23〕}必须严格依照法律规定进行,确保符合条件者应评尽评,不能事先限制烈士评定的人数。

第三,从司法审查角度看,烈士评定争议属于行政诉讼的受案范围。虽然行政确认行为的可诉性有过争议,^{〔24〕}但由于独立的行政确认行为对行政相对人的权利义务产生实质影响,学界通说也趋于将行政确认行为纳入行政诉讼的受案范围。从《革命烈士褒扬条例》到《烈士褒扬条例》的立法变迁来看,烈士评定的程序逐渐规范化、精细化,烈士评定从依职权行政行为转变为依申请行政行为。如前文所述,烈士评定不属于行政奖励的范畴,相关争议具有纳入行政诉讼受案范围的法律基础。烈士评定作为典型的行政确认类型,相关的司法案例早已有之。截至2021年3月,笔者以“烈士评定”“烈士认定”“《烈士褒扬条例》第八条”为关键词,在中国裁判文书网、北大法宝等司法案例数据库中进行检索,搜到相关案例约40个。正所谓“有权利必有救

〔16〕 参见〔德〕哈特穆特·毛雷尔:《行政法总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第207页。

〔17〕 参见皮宗泰、王彦:《准行政行为研究》,载《行政法学研究》2004年第1期。

〔18〕 参见应松年主编:《当代中国行政法》(第四卷),人民出版社2018年版,第1337页。

〔19〕 参见刘志坚:《行政法原理》,兰州大学出版社1998年版,第207页。

〔20〕 参见前引〔18〕,应松年主编书,第1338页。

〔21〕 参见崔卓兰:《行政奖励若干问题初探》,载《吉林大学社会科学学报》1996年第5期。

〔22〕 例如地方创设的见义勇为奖,行政机关对若干相对人进行表彰,某人认为自己作出的贡献最大,而未得到应得的奖励而向法院提起诉讼。由于这种类型的行政奖励的依据并非国家或地方立法,而是由有关行政主体依据自由裁量权作出,相对人与行政主体之间没有形成法律上的权利义务关系。参见林莉红:《行政奖励诉讼初探》,载《法学杂志》2002年第2期。

〔23〕 参见姜明安:《行政法》,北京大学出版社2017年版,第387页。

〔24〕 参见孟昭阳、李伊龄:《论交通事故责任评定的不可诉性》,载《公安研究》2003年第4期;陈建平:《论生产安全事故调查中事故责任评定的性质及可诉性》,载《社科纵横(新理论版)》2008年第3期;戚建刚:《反恐行政评定行为的不可诉性商榷》,载《中外法学》2018年第4期。

济”，一个人获得了救济也就获得了权利。^{〔25〕}烈士评定争议纠纷可获得司法救济，意味着申请烈士评定已经成为一项公法上的权利。如何正确地适用烈士评定条款，作出准确的行政确认，解决烈士评定争议，不仅考验着行政机关，同时也考验着司法机关。行政确认对司法判决发挥辅助性作用，减轻法院认定事实的负担，但行政确认对法院一般不具有拘束力。^{〔26〕}烈士评定案件是否被依法受理，行政机关是否依法作出确认，司法审判机关有权进行审查。

综上所述，烈士评定属于行政确认行为，公民与行政机关之间构成法律上的权利义务关系，烈士评定行为具有可诉性，烈士评定的过程应当符合行政法的内在逻辑要求。据此，行政确认中烈士评定条款的适用及其漏洞填补的规范分析得以展开。

三、烈士评定条款的规范标准

法律的适用离不开对法律条款的解释，对于法律条款的不同情形，可针对性地采取相应的解释方法，以获取对法律条款的规范内涵。萨维尼对法律解释总结为“四个基本要素”，即“语法要素”“逻辑要素”“体系要素”和“历史要素”。^{〔27〕}四个基本要素衍生为不同的法律解释方法，为探求法律条款的规范内涵提供了解释路径。在依法治国背景下，烈士评定首先需要“选择从事法律判断及形成终局案件事实之基础的法条”^{〔28〕}。烈士评定情形条款属于“被类型化了的生活事实”^{〔29〕}，也是行政机关和法官在具体案件中的判断基础。《烈士褒扬条例》第8条、^{〔30〕}《军人抚恤优待条例》第8条^{〔31〕}是我国烈士评定的直接依据，分别规定公民和军人评定烈士的情形。和平时期烈士评定问题的争议焦点是公民的烈士评定情形，2020年新冠肺炎疫情期间死亡的医护人员能否被评定为烈士的系争条款为《烈士褒扬条例》第8条。因此，对烈士评定条款的规范分析将

〔25〕 在英国1703年的“阿什比诉怀特案”中，首席大法官宣称：“如果原告拥有一项权利，他就必然要有维护和保持该方法，如果他在行使权利时遭到侵害则必须要有救济……对权利的需求和对救济的需求是相互的……一个人得到救济，也就得到了权利；失去救济，也就失去了权利。”胡建森：《外国宪法案例及评述》（下卷），北京大学出版社2004年版，第501-502页。

〔26〕 参见前引〔23〕，姜明安书，第391页。

〔27〕 参见〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春等译，法律出版社2005年版，第304页。

〔28〕 〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，五南图书出版公司2013年版，第168页。

〔29〕 〔德〕亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，颜阙安审校，吴从周译，新学林出版股份有限公司2016年版，第105页。

〔30〕 《烈士褒扬条例》第8条规定：“公民牺牲符合下列情形之一的，评定为烈士：（一）在依法查处违法犯罪行为、执行国家安全工作任务、执行反恐怖任务和处置突发事件中牺牲的；（二）抢险救灾或者其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产牺牲的；（三）在执行外交任务或者国家派遣的对外援助、维持国际和平任务中牺牲的；（四）在执行武器装备科研试验任务中牺牲的；（五）其他牺牲情节特别突出，堪为楷模的。现役军人牺牲，预备役人员、民兵、民工以及其他人员因参战、参加军事演习和军事训练、执行军事勤务牺牲应当评定烈士的，依照《军人抚恤优待条例》的有关规定评定。”

〔31〕 《军人抚恤优待条例》第8条规定：“现役军人死亡，符合下列情形之一的，批准为烈士：（一）对敌作战死亡，或者对敌作战负伤在医疗终结前因伤死亡的；（二）因执行任务遭敌人或者犯罪分子杀害，或者被俘、被捕后不屈遭敌人杀害或者被折磨致死的；（三）为抢救和保护国家财产、人民生命财产或者执行反恐怖任务和处置突发事件死亡的；（四）因执行军事演习、战备航行飞行、空降和导弹发射训练、试航试飞任务以及参加武器装备科研试验死亡的；（五）在执行外交任务或者国家派遣的对外援助、维持国际和平任务中牺牲的；（六）其他死难情节特别突出，堪为楷模的。现役军人在执行对敌作战、边海防执勤或者抢险救灾任务中失踪，经法定程序宣告死亡的，按照烈士对待。批准烈士，属于因战死亡的，由军队团级以上单位政治机关批准；属于非因战死亡的，由军队军级以上单位政治机关批准；属于本条第一款第六项规定情形的，由中国人民解放军总政治部批准。”

以《烈士褒扬条例》第8条为核心,通过综合运用多种法律解释方法,全面掌握烈士评定条款的规范标准。

(一) 单一的文义解释造成烈士评定标准过宽

文义解释是获得法律条文规范内涵的首要方式。《烈士褒扬条例》第8条规定了对公民评定烈士的五项情形,包含四种具体情形,以及“其他牺牲情节特别突出,堪为楷模的”兜底性条款。四类烈士评定的具体情形规整地体现了烈士褒扬的价值精神之要求,使得烈士评定条款具备较高的指引作用。但是,如何理解与适用烈士评定具体情形与兜底条款之间的关系,却左右着烈士评定的标准。在规范主义的立场上,司法机关在裁判中很容易形成“《烈士褒扬条例》第8条界定了可以批准为烈士的五种情形,只要符合任何一种法定条件即应评定为烈士”^[32]的结论。如此一来,烈士评定的条件可转化为《烈士褒扬条例》第8条的任一项情形。

法律论证的核心范围(涵摄到法律或其他法规则之下)显示了三段论的结构,^[33]即“从大前提(法律规范)、小前提(法律事实)到结论”的逻辑推论。若认为“符合任一情形即可评定为烈士”,则法律三段论的大前提可以限缩为《烈士褒扬条例》第8条中的任何一项情形。以《烈士褒扬条例》第8条第2项“抢险救灾或者其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产牺牲的”为例,其规范构成要件要素可分为“抢险救灾”(P1)、“其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产”(P2)、“牺牲”(P3)。这一法律规范语句的逻辑可表达为:P1或P2且P3→结论(烈士评定)。评定烈士的判断,只需要通过涵摄的方式,将外延较窄的概念划归外延较宽的概念之下,就能推定事实是否符合法律规范语义的范畴。^[34]通过文义解释可知,“抢险救灾”是指在任务重、危险大等事件中抢救和保卫公民生命财产安全、为国家和集体财产而奋斗的行为,多与自然灾害相关。“抢险救灾”是“其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产”行为的代表。“牺牲”即在抢救行为过程中不幸遇难死亡。新冠肺炎疫情作为突发重大公共卫生事件,具有任务重、危险大的特征,在疫情中抢救、保护公民的行为符合“抢救、保护公民生命”的规范含义,若不幸牺牲,则应当评为烈士。

然而,单从文义解释上对烈士评定进行判断却存在很大的问题。从字面含义看,第8条第2款“抢险救灾或者其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产牺牲的”只是对突发应急事件的概括性规定。新冠肺炎疫情属于典型的突发应急事件,但由于疫情暴发并蔓延至全国,所有政府部门乃至社会各行各业人员都参与到防控疫情的任务中来。不同于自然灾害中参与抢险救灾而牺牲的情形,新冠肺炎疫情具有传播速度快、感染范围广、防控难度大的特点,人人都有感染离世的风险。不仅是医护人员、社区工作者、民警等职业群体,在疫情防控地区内的超市导购员、出租车司机、外卖员等普通行业公民亦面临巨大风险,他们在疫情防控期间工作,都为救治病人、维持医护人员以及患者们生活付出了巨大的努力,其行为均可以解释为“保护公民的生命财产”。是否参与到疫情防控中的所有公民,因病毒感染或其他原因不幸离世,都能评定为烈士呢?若单纯对第8条第2项进行文义解释,仅从客观结果上认定是否属于烈士评定情形,

[32] 参见安徽省宣城市中级人民法院(2016)皖18行终115号行政判决书。

[33] 参见〔德〕乌尔夫里德·诺伊曼:《法律论证学》,张青波译,法律出版社2014年版,第18页。

[34] 参见〔德〕阿图尔·卡夫曼:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2013年版,第180-186页。

无疑会得出这样一个荒谬的结论：所有在疫情中因公殉职的公民，都符合烈士评定的情形。

事实上，《烈士褒扬条例》第8条第2项一直存在被滥用的危险。由于公务人员的工作内容具有公共利益属性，公务人员因公殉职符合文义上“为了保护国家财产而牺牲”的规范意义。依照单一条款对烈士评定进行判断，存在着对烈士评定工作简单化、群体化、脸谱化和宽松化的问题。不考虑立法本意、法条上下的逻辑关系，仅从文义上片面地理解、引用单一规范条款作为烈士评定的判断依据，无疑是烈士评定被误用和滥用的根源。

（二）论理解释方法阐明烈士评定的规范标准

在烈士评定条款的适用过程中，单一的文义解释方法使一些明显违背烈士精神要求的情形也被纳入烈士评定范围。这反映出文义解释的空泛，昭示了单一烈士评定情形无法准确得出烈士评定结果的局限性。通过论理解释^{〔35〕}的相关解释方法，则可以进一步获得烈士评定条款的规范标准。

1. 牺牲情节特别突出

烈士评定情形需要满足标准统一的要求，利用体系解释的方法，“使法条与法条之间，法条前后段间，以及法条内各项、款间，相互补充其意义，组成一个完整的规定”^{〔36〕}。《烈士褒扬条例》第8条规定的五项烈士评定情形中只有兜底条款对牺牲情节的事实情形作出了价值化判断的规定，需要达到“特别突出”的程度，而前四项情形却没有具体价值判断的要求。烈士评定的具体条件是符合相应的情形即可，还是需要满足对牺牲情节的价值要求，存在疑义。

从体系解释来看，烈士评定的兜底性条款应该理解为对前四项评定情形的概括和总结。即前面四项烈士评定情形只是对烈士评定的描述性列举，而兜底性条款则概括了烈士评定的实质要求。《烈士褒扬条例》第8条第2项“抢险救灾或者其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产牺牲”的适用需要与第5项“其他牺牲情节特别突出，堪为楷模”相结合。易言之，第2项烈士评定情形仍需要符合“牺牲情节特别突出，堪为楷模”的要求。如此方能实现烈士评定标准的统一。

此外，《军人抚恤优待条例》规定的烈士评定条件也是体系解释的重要考量依据。《军人抚恤优待条例》第7条对依法可享受抚恤的军人死亡区分为病故、因公牺牲和烈士三种类型，烈士是最高荣誉性称号。军人因公死亡，但死难情节尚未达到烈士认定标准的，不能评定为烈士，而是认定为“因公牺牲”。在统一的法律体系下，公民烈士评定应参照《军人抚恤优待条例》的评定标准，需要考虑牺牲情形的壮烈程度，而不能仅以牺牲结果作为评定依据。换言之，烈士评定的实质标准需要满足“牺牲情节特别突出，堪为楷模”的规定。

2. 值得褒扬和宣传

“法律的适用自非只是单纯逻辑的机械推演，而是带有某种程度之评价作用与创造成分的思维过程。”^{〔37〕}从烈士评定的目的来看，应当考虑牺牲者是否具有值得褒扬和宣传的事迹。《烈士

〔35〕 论理解释，是指参考法规范制定的成因和目的、法理、法规范历史沿革等等与法律相关的因素，阐明行政法规范的意义的方法。不拘泥于法律条文文字，带有浓厚的价值判断色彩，包括体系解释、目的解释和历史解释三种。参见高秦伟：《行政法规范解释论》，中国人民大学出版社2008年版，第54页。

〔36〕 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社2013年版，第107页。

〔37〕 李建良：《行政法：第十一讲——行政裁量与判断余地》，载《月旦法学教室》2010年第98期，第36页。

褒扬条例》第2条和《英雄烈士保护法》第2条,作出了“在保卫祖国和社会主义建设事业中牺牲”与“为了争取民族独立和人民解放,实现国家富强和人民幸福,促进世界和平和人类进步而毕生奋斗、英勇献身”的规定,体现了我国对评定烈士的价值要求。^[38]从《烈士褒扬条例》的立法目的来看,具有超乎常人的品质和为了集体牺牲自我的事迹,能激励我国公民为建设祖国、保卫祖国而贡献力量,为实现中华民族伟大复兴而奋斗的,才值得褒扬并被评定为烈士。唯有为了国家和人民的利益,主动舍弃自己生命的行为,才称得上“牺牲”。牺牲者的事迹和精神是决定烈士评定的核心标准。单纯将烈士评定解释为描述性规范,无疑会扩大烈士评定范围,放宽烈士评定标准。不对牺牲者的具体情形和事迹进行实质的价值判断,会出现损害烈士英雄形象的不良后果。现实中存在这样的案例,一群人结伴游玩,同伴不幸落水,而救助同伴者也不通水性,溺水身亡。^[39]这种情形虽然也符合《烈士褒扬条例》第8条第2项规定“抢救公民生命财产而牺牲”的情形,但同伴之间结伴出行存在救助义务,与烈士褒扬的精神要求存在一定差距,尚未达到“值得褒扬和宣传”的立法目的。判断是否“值得褒扬和宣传”,可以参照社会主义核心价值观。在疫情防控期间,习近平总书记强调:“我们弘扬社会主义核心价值观,全国各族人民风雨同舟、和衷共济,爱国主义、集体主义、社会主义精神广为弘扬,涌现出大批英雄模范,铸就起团结一心、众志成城的强大精神防线。”^[40]以大批英雄模范的典型事迹为参照,依照目的解释的方法,可以最大限度地避免烈士评定被滥用,损害烈士的荣誉和形象。

3. 符合历史上烈士评定制度的价值要求

历史上的烈士评定制度为当代烈士评定制度提供了参照,基于对烈士评定制度的历时性考察,探寻法律发展所遵循的并将继续遵循的路线,可以将法律的稳定与法律的变化统一起来。^[41]

新中国成立以来,我国烈士评定制度经历了去革命化、去职业化的变迁,但烈士的精神价值却一直传承下来。为了国家独立和民族解放投入革命而牺牲的革命先驱们,集中体现了爱国主义、集体主义的精神。建国初期,国家便着手开展对革命烈士的褒扬抚恤工作。1950年12月,原内务部公布了《革命军人牺牲、病故褒恤暂行条例》《革命工作人员伤亡褒恤暂行条例》《民兵、民工伤亡抚恤暂行条例》,奠定了我国烈士褒扬制度的基础。评定为烈士者,是为国家独立和民族解放伟大事业而牺牲的人。1980年《革命烈士褒扬条例》规定评定烈士应属于“壮烈牺牲”的情形,凸显了对牺牲情节“特别突出,堪为楷模”的内在要求。2011年颁布的《烈士褒扬条例》删除了“壮烈”一词,并非《烈士褒扬条例》不再考虑牺牲情节,而是因为“壮烈”一词不是规范的法律术语,这是为了规范立法语言而作的删改。^[42]《革命烈士褒扬条例》第3条规

• 139 •

[38] 《烈士褒扬条例》第2条规定:“公民在保卫祖国和社会主义建设事业中牺牲被评定为烈士的,依照本条例的规定予以褒扬。烈士的遗属,依照本条例的规定享受抚恤优待。”《英雄烈士保护法》第2条第2款规定:“近代以来,为了争取民族独立和人民解放,实现国家富强和人民幸福,促进世界和平和人类进步而毕生奋斗、英勇献身的英雄烈士,功勋彪炳史册,精神永垂不朽。”

[39] 参见广东省揭阳市中级人民法院(2016)粤52行终6号行政判决书。

[40] 《中共中央召开党外人士座谈会 习近平主持并发表重要讲话》,载 http://www.xinhuanet.com/2020-05/08/c_1125958977.htm,最后访问时间:2021年6月25日。

[41] 参见〔美〕罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,商务印书馆2017年版,第14-15页。

[42] 参见民政部优抚安置局、民政部政策法规司、国务院法制办公室政法人力资源社会保障法制司编著:《〈烈士褒扬条例〉释义》,中国社会科学出版社2012年版,第29页。

定，除了四项与革命战争相关的烈士评定情形外，还明确了在和平年代“为保卫或抢救人民生命、国家财产和集体财产壮烈牺牲”的情形可评定为烈士，为革命年代转向和平年代的烈士评定工作提供了制度衔接条款。革命烈士精神价值在和平年代得以传承，和平年代保卫国家财产和人民生命而牺牲的情形，成为烈士精神价值的新体现。

通过对烈士评定制度的历史梳理可以发现，从革命年代到和平年代，随着时代特征的改变和立法技术的提高，立法规范中的烈士评定情形不断地细化和完善，烈士精神也传承至今。烈士评定具有一定的价值要求，烈士的事迹和精神应当是人民学习的典范。符合烈士评定情形只是申请评定为烈士的条件，行政机关还需要根据牺牲的具体情节作出行政确认。烈士评定机关可以通过历史解释的方法，以历史上烈士评定的立法规范和烈士评定的人物事迹作为参照，分析牺牲者是否具有同等值得褒扬的情节和事迹，再作出评定。

四、烈士评定条款的非规范标准

通过法律解释的方法，可以探求到规范原本要表达的内容，但也仅限于法律条款规范的文字本身，而不能对条款的规范内涵进行增减。^{〔43〕}诚然，综合运用多种法律解释方法，可以获得规范性的法律意义，但无论如何准确地解释法律，仍不能确保法律规范的内涵可以对具体的事件提供答案，而必然存在法律漏洞。因为，法律漏洞是伴随着法律的产生而出现的法律现象。^{〔44〕}前文虽然通过法律解释方法排除了以《烈士褒扬条例》第8条中任一项情形就确认为烈士的错误评定方式，并进一步论证出烈士评定应包含牺牲情节特别突出、值得褒扬和宣传、符合历史上烈士评定制度的价值要求等规范标准。但是，这些规范标准并不能对评定烈士提供精准的指引，此外烈士评定所依据的“法律事实”也具有强烈的主观价值判断色彩。烈士评定条款的规范标准包含价值性不确定法律概念，不仅需要进行具体化解释，更需要通过法律漏洞填补的方式补充规范标准之外的“非规范标准”。

理论上法律漏洞类型^{〔45〕}具有不同的分类标准，其填补方式^{〔46〕}也各有不同。依据法律解释方法所获取的《烈士褒扬条例》第8条的规范标准的特征，可以将其归类于“开放的法律漏洞”，

〔43〕 参见前引〔28〕，卡尔·拉伦茨书，第219页。

〔44〕 参见孔祥俊：《裁判模式、自由裁量与漏洞填补》，载《法律方法论》第3卷，人民法院出版社2007年版，第1395页。

〔45〕 如拉伦茨将法律漏洞分类总结为“真正的漏洞”和“不真正的漏洞”、“规范漏洞”和“规整漏洞”、“开放的漏洞”和“隐藏的漏洞”、“自始的漏洞”和“嗣后的漏洞”。参见前引〔28〕，卡尔·拉伦茨书，第218-290页。学者李秀芬将法律漏洞分为宪法漏洞、法律漏洞、行政法规漏洞、地方性法规漏洞等；从部门法学来看，分为刑法上的漏洞、行政法上的漏洞、民商法的漏洞等；根据法律语言的构成要素，分为概念漏洞、修辞漏洞与格式漏洞。参见李秀芬：《法律漏洞的特征与填补路径》，载《华东政法大学学报》2019年第6期。

〔46〕 王利明将填补法律漏洞的方法分为类推适用、目的性扩张和目的性限缩、基于习惯法的漏洞填补、基于比较法的漏洞填补和基于法律原则的漏洞填补五种类型。参见王利明：《法律解释学导论：以民法为视角》，法律出版社2017年版，第583页。梁慧星将法律漏洞填补的方法分为依习惯填补、依法理填补、依判例填补三类。参见梁慧星：《民法解释学》，法律出版社2015年版，第271页。拉伦茨依据不同的法律漏洞类型将漏洞填补方式总结为类推适用、目的论限缩、目的论扩张等不同方式。参见前引〔28〕，卡尔·拉伦茨书，第290-312页。李秀芬将法律漏洞填补方式分为立法填补、司法填补、法官的裁量与学理填补。参见前引〔45〕，李秀芬文。刘作翔将法律漏洞的填补方式总结为习惯、司法解释、指导性案例、国家政策、权利推定五种方式。参见刘作翔：《司法中弥补法律漏洞的途径及其方法》，载《法学》2017年第4期。

在“法律内法的续造”下，主要可通过政策填补和学理填补两种方式填补相关法律漏洞，进而总结出烈士评定条款的非规范标准。

（一）烈士评定条款漏洞的政策填补

由于成文法具有有限性、模糊性、滞后性等弊端，将成文法视为法治的唯一圭臬容易陷入形式法治的牢笼，难以适应社会秩序的动态发展。烈士评定立法的规范条款同样存在这样的弊端。为克服成文法弊端，狄骥提出“规则行为说”，认为公法上的行政规定和特许行为中的规章条款具有弥补实定法的价值。^{〔47〕} 德沃金在批判法实证主义时提出“规则—原则—政策”法律模式（渊源）理论。^{〔48〕} 可见，政策填补是法律漏洞填补重要方式。行政机关制定的行政规范性文件属于狄骥所言“弥补法律漏洞的行政规定”，在法律基础上对法律漏洞进行政策填补，可以将法律上抽象的政策目标明确化和细致化。^{〔49〕}

曾主管烈士评定的民政部颁布过一系列烈士评定政策文件，为烈士评定提供了具体的政策指引，一定程度上实现了对烈士评定条款的漏洞填补。民政部出台行政解释文件对《革命烈士褒扬条例》中“壮烈牺牲”“因战牺牲”“受折磨致死”“事迹特别突出”等概念作出进一步的解释。^{〔50〕} 例如，“壮烈牺牲”是指“为保卫或抢救人民生命、国家财产和集体财产，勇于献身，给人民群众树立了堪为学习榜样的”。此外，行政机关颁布了两个文件专门就《革命烈士褒扬条例》第3条“因执行革命任务遭敌人杀害”的条款规定增列具体情形。^{〔51〕} 在《烈士褒扬条例》颁布后，民政部颁布文件对第2条的“牺牲”作出解释，即“被评定为烈士的，应当死难情节突出，堪为楷模”^{〔52〕}。

• 141 •

2020年退役军人事务部及时发布了针对新冠肺炎疫情防控期间烈士评定的政策指引。退役军人事务部提出，“医务人员和防疫工作者因履行防控工作职责感染新冠肺炎以身殉职，或者其他牺牲人员，符合烈士评定（批准）条件的，应评定（批准）为烈士”^{〔53〕}。该文件从三个方面提出了疫情防控期间的烈士评定要求：第一，明确了疫情防控期间烈士评定褒扬的精神价值为“舍弃个人安危，敢于担当，勇于作为，英勇奋战”；第二，在把握烈士评定条款的规范内涵下，进一步限缩了烈士评定的范围，提出以“直接接触”为具体认定范围；第三，聚焦赴湖北的医疗救援人员牺牲情形的烈士评定。

这些行政规范性文件结合了时代变迁特点在一定程度上填补了烈士评定规范标准的不足，在统一的法秩序下创制了新的评定标准，更好地指引烈士评定工作展开。烈士评定工作在行政政策

〔47〕 参见〔法〕狄骥：《宪法论》，钱克新译，商务印书馆1962年版，第236页。

〔48〕 参见张文显：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社2006年版，第320-323页。

〔49〕 参见鲁鹏宇：《法政策学初探——以行政法为参照系》，载《法商研究》2012年第4期。

〔50〕 参见《民政部关于贯彻执行〈革命烈士褒扬条例〉若干具体问题的解释》（民发〔1980〕63号）（已废止）。

〔51〕 参见《民政部关于对〈革命烈士褒扬条例〉第三条第（四）项“因执行革命任务遭敌人杀害”的解释》（民〔1982〕优26号）（已废止）；《民政部关于对〈革命烈士褒扬条例〉第三条第（四）项“因执行革命任务遭敌人杀害”的补充解释》（民〔1983〕优89号）（已废止）。

〔52〕 《民政部、人力资源社会保障部、财政部、总政治部关于贯彻实施〈烈士褒扬条例〉若干具体问题的意见》（民发〔2012〕83号）。

〔53〕 《退役军人事务部 中央军委政治工作部关于妥善做好新冠肺炎疫情防控牺牲人员烈士褒扬工作的通知》（退役军人部发〔2020〕6号）。

的填补下，评定范围更为明确。

（二）烈士评定条款漏洞的学理填补

学理填补是一项非正式填补，不具有应然的效力，一般是指由学者或其他个人及组织对法律规定所作的不具有法律约束力的填补。^{〔54〕}学理填补虽然不具备有权机关进行法律漏洞填补的效力，但从学理角度阐明规范漏洞填补的思路和方向，具有重要的借鉴意义。学者通过论文写作、立法建议等方式阐明实定法的缺陷，可以为立法填补法律漏洞做准备。疫情中因公殉职医护人员曾引发“应评定为烈士而非工伤”的呼吁。从《工伤保险条例》和《烈士褒扬条例》的规定看，两者在保障待遇、名誉价值和优待范围上都有所差别。从某种意义上而言，烈士评定是对工伤死亡评定的进一步优抚。评定为烈士者不仅有更多财产补偿，^{〔55〕}而且还具有特殊名誉权，烈士人格权受法律特殊保护，^{〔56〕}烈士遗属享有多方面的优待^{〔57〕}。事实上，我国《宪法》以及多个部门法都有抚恤烈士的规定，构成完备的烈士优抚制度体系。^{〔58〕}

为何法律需要对烈士制定如此优厚的抚恤保障？烈士优抚与历史上人类早期军事冲突密切相关，由于军人对国家政权的取得和巩固具有重要地位，历代统治者都将优抚军人特别是阵亡烈士视为激励军人忠勇作战、维护军队稳定的国策加以推行，并逐步向法制化方向发展。^{〔59〕}为烈士提供丰厚待遇保障的理论基础，可以从行政征收补偿理论“特别牺牲说”中获得支持。奥托·迈耶提出，对于特定人所遭受的特别牺牲，应由全体成员负担而对之进行补偿，如此才能符合公平正义的精神。^{〔60〕}“对于因公共福祉而牺牲权利及利益之人，国家应予补偿。”^{〔61〕}虽然“特别牺牲说”主要适用于行政征收补偿领域，但从某种意义上来说，烈士可以视为国家对人的“征用”。在国家和民族危难之际，正是需要个人为社会和国家挺身之时，能够自告奋勇身往困境，因此不幸牺牲者，堪为世人楷模。国家对个人的财产征收征用都必须予以补偿，为了公共福祉而牺牲宝贵生命者，更应当予以补偿，乃至优抚。故而，出于对烈士精神品质的褒扬，法律赋予烈士显著高于工伤评定的财产抚恤，并对烈士名誉权予以特殊保护。

烈士褒扬制度表明，烈士优抚不只是对客观上牺牲结果的利益补偿，也是对烈士主观精神价值的褒扬。与一般的行政确认事项不同，烈士的评定不只是对牺牲的客观结果确认，还包含着对牺牲情形主观价值层面的评定。

〔54〕 参见前引〔45〕，李秀芬文。

〔55〕 一般公民烈士评定待遇主要规定在《烈士褒扬条例》第14条至17条中，包括：（1）烈士褒扬金；（2）遗属特别补助金；（3）一次性工亡补助金；（4）烈士遗属定期抚恤金。

〔56〕 《民法典》第185条规定：“侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉，损害社会公共利益的，应当承担民事责任。”

〔57〕 《英雄烈士保护法》第21条第1款规定：“……英雄烈士遗属按照国家规定享受教育、就业、养老、住房、医疗等方面的优待。……”

〔58〕 我国烈士抚恤制度的相关规定包括《宪法》第45条第2款、《兵役法》第56条、《国防法》第66条、《耕地占用税法》第7条第4款、《邮政法》第15条第2款等。

〔59〕 参见周士禹、李本公主编：《优抚保障》，中国社会科学出版社1996年版，第5页。

〔60〕 参见曹竞辉：《国家赔偿法立法与案例研究》，台湾三民书局1988年版，第9页。

〔61〕 翁岳生主编：《行政法》，台湾翰芦图书出版公司2000年版，第1429页。

五、司法对烈士评定条款的漏洞填补

在德国法学家卡尔·拉伦茨看来,法官在审理案件过程中采取超越解释界限的“法的续造”是法律漏洞的填补方式之一,法官不仅能进行“法律内法的续造”,还能进行“法律外法的续造”。^[62]这反映在司法上,可以归纳为两条法律漏洞填补路径:规则引入(有规则填补)与规则创设(无规则填补)。^[63]司法对法律漏洞的填补具有更大的自由裁量空间。在私法领域,法官往往直接承载着对法律漏洞填补的任务,在判例法国家中,法官作出的判决具有确立先例的效力,司法填补成为法律漏洞填补最主要的方式。案例是法治的细胞,对于烈士评定条款的漏洞填补来说,审视烈士评定案件中司法形成的个案裁判规则,对填补烈士评定条款漏洞具有重要价值。实践中,司法机关处理烈士评定纠纷可以分为两类,第一类是对革命烈士追认的历史遗留问题,第二类是在和平时期各种意外身亡能否评定为烈士的纠纷,如在刑事犯罪中被害、^[64]在见义勇为中牺牲、^[65]公职人员在执行公务时因意外事件丧生^[66]等情形。与革命烈士评定相比,和平时期的烈士评定情形具有多元性、复杂性和差异性。

(一) 烈士评定纠纷的司法审查模式

1. 程序标准审查为主

烈士评定的程序规定在《烈士褒扬条例》第9条,包含受理(县级政府退役军人事务部门)、初审(县级政府退役军人事务部门)、申办(县级政府)、审核(省级政府退役军人事务部门)、申报(省级政府退役军人事务部门)、评定(省级政府)、告知与备案(各个部门)等程序,《烈士褒扬条例》对不同情形的烈士评定作出具体化规定,形成规范化、体系化的烈士评定程序制度。由于烈士评定程序规定不涉及行政机关的专业评定,属于完全的规范解释范畴,法官在处理涉及烈士评定纠纷中的程序问题时进行全面审查。譬如,在“刘云卿与河南省人民政府案”中,法院通过对《烈士褒扬条例》第9条的解释,指出“刘乃龙所在单位直接向被告河南省人民政府提出评烈申请不符合《烈士褒扬条例》规定的申报程序,被告不具有直接受理刘乃龙评烈申请并予以批准的职权”^[67]。在“罗山县人民政府、张明涛民政行政管理案”中,罗山县政府因为未履行《烈士褒扬条例》第9条“逐级上报”的制度规定导致败诉。^[68]需要说明的是,行政机关在烈士评定纠纷案件中败诉,并不意味着应当对申请人的烈士评定申请作出肯定答复,只是需要按照规定规范烈士评定的受理、评定和答复工作。

行政确认本质是行政机关行使职权的行为,法院可以纠正,但是不方便直接代为行使行政职权,可以选择作出确认违法判决,并责令行政机关重新作出行政行为。法院对烈士评定的行政确

[62] 参见前引[28],卡尔·拉伦茨书,第278页。

[63] 参见黄泽敏:《法律漏洞填补的司法论证》,载《法学研究》2020年第6期。

[64] 参见河南省郑州市中级人民法院(2017)豫01行终354号行政判决书。

[65] 参见广东省高级人民法院(2017)粤行申4号行政裁定书。

[66] 参见湖南省怀化市中级人民法院(2017)湘12行终38号行政判决书。

[67] 河南省郑州市中级人民法院(2016)豫01行初312号行政判决书。

[68] 参见河南省高级人民法院(2016)豫行终2155号行政判决书。

认行为往往只是进行形式审查，而不进行实质审查。

2. 弱实质标准审查为辅

实践中，司法机关对烈士评定纠纷作出判决类型以确认判决、撤销判决为主，鲜少直接作出责令行政机关确认烈士身份的实体性履行判决。譬如，“刘某等诉郑州市金水区民政局不履行法定职责案”载明，司法机关对是否评定为烈士的情节进行了论证，并倾向原告所提供的申请材料足以评定亡者的烈士身份，然而，即使司法机关对烈士评定材料作出了实质的审查，在判决中还是告知烈士资格“由相应审批权的行政机关进行审核批准”，而并未直接作出确认烈士身份评定的判决。^{〔69〕}只要行政机关事实上履行了烈士评定事项的答复，并且评定程序符合法律规定，其烈士评定的判断结果通常都能获得法院的尊重。

（二）司法有限审查凸显行政评定结果的价值性

烈士评定本质上是行政机关基于亡者生前事迹材料，形成对牺牲者烈士品质的确认。根据大陆法系司法审查的一般理论，事实的判断只是认知问题，法院具有完全的司法审查权，^{〔70〕}依此逻辑，法院似乎应当对烈士资格的确认保持弱尊重，可以根据自己对相关规范的解释判断推翻行政机关对烈士的评定。然而，规范条款中包含着价值性不确定法律概念，行政机关对事实的确认渗透着行政权威和价值判断，因而享有该领域内的“判断余地”，法院应对此保持相当程度的尊重。

在德国，法院对行政机关的“判断余地”的类型化，具体包括考试法或公务员法中考试成绩评分或高度属人性决定、文化法领域的决定、地方自治机关所为合法性判断的审查、环保法和计划法制等判断余地类等，^{〔71〕}基于“权限分配”“功能最适”“民主正当”“规范授权”等理论，法院仅能对行政机关评定事项进行有限度的审查。^{〔72〕}美国“谢弗林案”确立了法院对行政机关司法审查的限度，提出“国会在立法对行政机关行为未进行明确规定或规定的概念模糊时，法院不可简单以自己的解释，而应判断行政机关的解释是否为法律所准许，只要行政解释是合理的，法院就应当予以尊重”^{〔73〕}。法国行政法院奉行不干预行政政策（l'opportunité），但不允许政策与行政道德的原则相违背。^{〔74〕}在行政机关享有“绝对的”裁量权领域，行政法院通常在一般原则的基础上，判断是否有干预行政行为的权限，确保行政机关无法律上或事实上的错误，以及没有“权力挪用”，当没有这一权限时法院不能干预行政机关的专业判断，因为“行政法官不是行政主体的上级”^{〔75〕}。

〔69〕 参见河南省郑州市中级人民法院（2018）豫01行终350号行政判决书。

〔70〕 参见林锡尧：《行政法要义》，台湾三民书局1998年版，第215页。

〔71〕 参见张志伟：《专家知识作为行政决定的关键因素——以委员会组织之判断余地类型为检视对象》，载《东吴法律学报》2019年第1期。

〔72〕 参见盛子龙：《行政法上不确定法律概念具体化之司法审查密度——德国实务发展与新趋势之分析》，载《法令月刊》2000年10期。

〔73〕 Chevron, U. S. A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U. S. 837 (1984).

〔74〕 参见〔英〕L·赖维乐·布朗、约翰·S·贝尔、〔法〕让-米歇尔·加朗伯特：《法国行政法》，高秦伟、王锴译，中国人民大学出版社2006年版，第242页。

〔75〕 前引〔74〕，L·赖维乐·布朗、约翰·S·贝尔、让-米歇尔·加朗伯特书，第243-245页。

我国《行政诉讼法》规定,只有在行政机关作出行政行为合理性存在“明显不当”〔76〕时,法官才能进行撤销判决,确立了以合法性审查为主、有限的合理性审查为辅的司法审查模式。烈士评定作为行政确认行为,关键问题是审查烈士评定情形的事实评定。而在我国行政诉讼中,事实评定的核心是自由裁量权的问题。法院在司法审查中对事实问题审查的实质是合理性问题,〔77〕应“切忌以自己认为正确的事实结论‘代替’行政主体的事实结论”〔78〕。

实践中司法机关审理烈士评定纠纷的审查模式也主要集中在审理法律适用和烈士评定程序的问题,呈现出“程序标准审查为主,弱实质标准审查为辅”的司法审查模式。行政机关凭借专业知识、经验和政策所作的解释,只要不是严重违背法律原则、明显缺乏合理性,法院应予尊重。〔79〕面对烈士评定这一事实问题,由于行政机关拥有专业性的判断,其所提出烈士评定标准的观点往往成为具体案件中牺牲者能否被评定为烈士的最终标准。就此而言,法院在烈士评定纠纷案件中,对于行政机关作出的烈士评定行为进行回应和认可,既形成个案中烈士评定的具体标准,也是对烈士评定条款的司法填补。

(三) 司法案例中烈士评定的具体标准

行政机关虽然通过政策填补的方式弥补了烈士评定条款的规范漏洞,使烈士评定工作更具操作性,但在实践中依旧存在新的情形需要行政机关对烈士评定工作说明理由。评定为烈士除了需要在形式上满足《烈士褒扬条例》第8条中所列举的情形外,还需要符合“牺牲情节突出,堪为楷模”的具体标准。有学者提出,行政机关在具体行政行为中形成的说明理由内容,是“具体行政行为的解释”,即具体行政行为作出后,行政机关对该具体行政行为的内容进行解释。〔80〕从司法判决中法院对行政机关解释的确认来看,可以构建出个案中烈士评定应当遵循的具体标准。

1. 对“突出事迹”的具体化解释

符合评定为烈士的情形必须是牺牲情节突出堪为后人楷模的情形。若牺牲情节不够突出而被评定为烈士,不仅有违烈士称号的严肃性,而且容易造成不良的社会影响,违背烈士褒扬的本意。在“王某某诉连山壮族瑶族自治县民政局行政确认纠纷案”中,法院认定“评定邓某在维护社会治安过程中的见义勇为行为不具有‘英勇搏斗’等特征”,因而“不符合追认为革命烈士的条件”〔81〕。在“张开富诉麻阳苗族自治县民政局等撤销案”中,一名政府值班巡逻人员不幸被撞身亡,民政局做出不予评定为烈士的答复,提到“张刚同志的牺牲情节没有感人肺腑的情景,达不到牺牲情节十分突出,堪为楷模的烈士评定条件”〔82〕。从这些判决中可以看出,在满足烈士评定情形的前提下,死难情节包含突出事迹是实践中烈士评定的重要实质标准。

〔76〕《行政诉讼法》第70条规定:“行政行为有下列情形之一的,人民法院判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出行政行为:……(六)明显不当的。”

〔77〕参见朱新力:《司法审查的基准:探索行政诉讼的裁判技术》,法律出版社2005年版,第430页。

〔78〕前引〔77〕,朱新力书,第431页。

〔79〕参见何海波:《具体行政行为的解释》,载《行政法学研究》2007年第4期。

〔80〕参见前引〔79〕,何海波文,第3页。

〔81〕广东省高级人民法院(2017)粤行申4号行政裁定书。

〔82〕湖南省怀化市中级人民法院(2017)湘12行终38号行政判决书。

2. 烈士评定“利他性”的要求

评定为烈士者应当具有崇高的精神品质，集中表现出为国家、集体或他人的利益而献身，即“舍生取义”的精神，其重要特征之一是“利他性”。“利他性”在烈士评定的情节中应作狭义理解，指牺牲情节与牺牲者本人无直接利益关联，如疫情中为拯救他人生命而奔赴疫区的医护人员，在地震、火灾等灾害中拯救他人的战士、消防员、志愿者们，而若拯救的他人生命是亲属、朋友则不满足“利他性”的要求。譬如，在“庞敬高、陈丽坚烈士评定纠纷案”中，庞宗钊在广州市为抢救晕倒在井下的姑丈张有兴而中毒窒息，后经抢救无效死亡。法院在判决书中认为，“庞宗钊救助相邻居住且又是近亲属的姑丈，具有明显道义上的救援义务，不符合烈士评定的价值要求”〔83〕。

3. 烈士评定“自愿性”的要求

符合评定为烈士的情形必须是能体现敢于牺牲精神的情形。在保卫祖国和社会主义建设事业中为了国家和人民的利益，勇于献出自己生命的行为，是一种主动献身的行为，死难情节中应包含直面危险、奋不顾身、敢于牺牲的主观态度和具体行为表现。在“刘某等诉郑州市金水区民政局不履行法定职责案”中，行政机关认为“沈某某被杀害时并不知道对方是抢劫犯，打斗中不知道罪犯的动机，主观上不存在保护集体财产的意愿；整个事件过程中，沈某某表现也仅能评定为自我防卫，其死亡原因不能算是因抢险救灾或者其他为了抢救、保护国家财产、集体财产、公民生命财产牺牲”〔84〕。而法院的最终判决也强调《烈士褒扬条例》第8条第2款的“牺牲”应当是“勇于献出自己的生命，体现敢于牺牲的精神，是一种主动献身的行为”。可见，在烈士评定的实质标准中，主观上认识到危险，仍旧自愿献身的精神方符合烈士评定的实质标准。

4. 烈士评定“非义务性”的要求

正如里格斯诉帕尔默案（Riggs v. Palmer）中法官所确立的“无人应当从他自己的错误中获得好处”〔85〕原则一样，能够评定为烈士的事迹应当是非因本人过错造成的情形。易言之，若因自身错误或履行义务而亡，死难情节难以堪称楷模。在一起结伴出游救助落水同事而身亡的事件中，行政机关提出：“评定烈士要考虑系列因素：参与抢救或者保卫的死难人员与被救对象是否有利害关系或救援义务，特别是那些恋爱期间的男女犯险相救，好朋友好伙伴之间的犯险相救，主观上与奋不顾身抢救和保卫人民群众生命安全有一定的距离，必须慎重对待。”〔86〕该解释最终获得法院的认可。现实中因救助落水者而牺牲的事件较为典型，实践中也有不少地方将牺牲者评定为烈士。〔87〕从烈士评定的严肃性和目的性来看，存在救助义务者应当排除在烈士评定的情形之外，非义务性应作为实践中评定烈士的具体标准之一。

〔83〕 广西壮族自治区玉林市中级人民法院（2018）桂09行终31号行政判决书。

〔84〕 山东省济南市中级人民法院（2016）鲁01行初123号行政判决书。

〔85〕 本案提出，不允许一个谋杀了立遗嘱的遗产继承人，享有遗嘱收益。参见〔美〕本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆2019年版，第20-21页。

〔86〕 广东省茂名市茂南区人民法院（2016）粤0902行初43号行政裁定书。

〔87〕 2011年10月22日上午，为抢救相约外出游玩溺水同伴而牺牲的张世鸿，被广东省人民政府批准评定为烈士。参见王漫琪等：《饶平14岁少年被迫认为革命烈士》，载《羊城晚报》2013年8月8日，第6版。

需要特别说明的是,“义务性”应当与“职务性”相区分。打击犯罪、抢险救灾和拯救公民生命是警察、消防员、医护人员等职业人员的职务要求,但这并不影响其牺牲时评定为烈士。在烈士评定案件审核过程中,行政机关提出“非义务性”标准应作狭义理解,即因自身先行为产生的义务,由于本可以避免的个人过失造成自身死亡的,不能评定为烈士。例如,在森林中某人不小心丢弃烟头引发火灾,随后进行救灾时不幸牺牲。单从牺牲的情形来看,完全符合《烈士褒扬条例》第8条第2项“抢险救灾而牺牲”的情形,但因牺牲情节不符合“非义务性”的具体标准而不应当评定为烈士。

5. 排除意外事件

符合评定为烈士的情形应当与意外死亡的情形严格区分。符合评定烈士情形的,应该是在执行相应任务中导致的牺牲情形,牺牲情形的发生是由所执行的任务直接导致或者与所执行的任务直接相关的,而不是在执行任务过程中因其他原因导致的或者与执行任务间接相关的。因此,符合评定烈士的情形,就不包括执行任务的途中或者在执行任务过程中因意外事件死亡以及因病猝死的情形。^{〔88〕}譬如,在一起交通事故中,大足县养路段安全办公室负责人李明玖在执勤过程中被强行撞岗的汽车碾压身亡,单位申请评定为烈士,大足区政府批复高度认可了李明玖同志的事迹,但认为根据有关条例的规定,李明玖同志尚不符合追认烈士的条件。^{〔89〕}可见,烈士评定实质标准应排除意外事件情形。

六、结 语

• 147 •

新冠肺炎疫情期间死亡的医护人员能否被评定为烈士引发的讨论,暴露出和平时期烈士评定条款的解释与适用问题。避免烈士评定被滥用、误用需要以烈士评定条款为前提,论证烈士评定的规范标准,并透过法律漏洞填补的方法明确烈士评定的非规范标准,在司法中进一步明确个案中烈士评定的具体标准。经过分析可知,烈士评定是包含价值评定的行政确认行为,不属于行政奖励的范畴,因而不能限制烈士评定人数。烈士评定经过去革命化、去政治化的制度变迁后,已经不再限制评定者的身份。疫情防控期间,并不只是医护人员牺牲才可以评定为烈士,也不是所有牺牲的医护人员均可评定为烈士。部分人员在保卫祖国和社会主义建设事业中,因正常执行公务而殉职,虽然其精神也值得弘扬,但其牺牲情节与烈士的要求还有一定的距离,不宜评定为烈士。^{〔90〕}烈士评定标准应当采取“形式上从宽,实质上从严”的方式,减少因程序问题而导致无法评定为烈士的情况,严格把关烈士评定的实质标准,避免烈士评定泛化。法律不外乎人情,因公殉职人员即便达不到烈士评定标准,也可以通过其他表彰形式追授相关荣誉。在疫情中不幸感

〔88〕 参见前引〔42〕,民政部优抚安置局、民政部政策法规司、国务院法制办公室政法人力资源社会保障法制司编著书,第53页。

〔89〕 参见重庆市大足区人民法院(2017)渝0111行初18号行政裁定书。

〔90〕 参见前引〔42〕,民政部优抚安置局、民政部政策法规司、国务院法制办公室政法人力资源社会保障法制司编著书,第54页。

染病毒或者因其他原因去世的同胞们，都值得纪念和缅怀。^{〔91〕}

Abstract: Whether the medical staff who died during the corona virus disease epidemic can be assessed as a martyr has caused great controversy, which rooted in the unclear standards for martyrs assessment in peacetime. Martyrs assessment is an act of administrative confirmation including assessment of value, and the application of the clause of martyrs assessment should meet the inherent logic requirements of administrative law interpretation. The article 8 of Regulations on Honoring Martyrs stipulates legal circumstance of martyrs assessment, and normative standards of the clause of martyrs assessment can be determined by synthesizing legal interpretation methods, including particularly outstanding sacrifice plots, worthy of praise and publicity, and spiritual qualities of martyrs spirit. After legal interpretation of normative standards of the clause of martyrs assessment, there remain law loopholes which require to be filled preliminary by policies and theoretical analysis, in order to capture the non-normative standards of martyrs assessment. By means of loophole filling of the clause of martyrs by judiciary, the specific standards for martyrs assessment can be further summarized as voluntary, having outstanding deeds, non-obligation, altruism, exclusion of accidents and so on.

Key Words: martyrs, administrative affirmation, Regulations on Honoring Martyrs

(责任编辑：于文豪 赵建蕊)

〔91〕 在2020年5月21日，全国政协十三届三次会议开幕式上，全体政协委员为新冠肺炎疫情牺牲烈士和逝世同胞默哀一分钟。参见《全国政协十三届三次会议在京开幕》，载《人民日报》2020年5月22日，第1版。

国家知识基础设施的行政法治理 ——以行政特许为视角

翟 翌 刘 杰*

内容提要：中国知网是重要的国家知识基础设施，对其进行行政法治理具有必要性。中国知网并不是普通许可，而是具有行政特许之法律属性，向用户过于频繁提价、不提供普遍及平等的服务等，违背了其应有的公共性定位。可从行政特许的视角对中国知网进行相关治理，明确中国知网是在完成国家知识基础设施的公共性任务。监督中国知网切实履行相关的公共性义务，中国知网应设置特殊的定价机制使其对各用户的报价不会过高，确保其提供的产品或服务价格的稳定性而不能随意进行任意幅度之调价，对不同主体的收费标准应体现公平性。中国知网应履行普遍、平等服务等公共性义务，让更多社会公众可以便利、平等、普遍的使用国家知识基础设施。应规范中国知网的特殊权利和垄断地位，加强相关信息的披露和公开。国家知识基础设施的建设与运营不仅事关公民社会权、文化权的实现，也是高等学校、科研院所等教学科研人员工作的基础与工具，亦是我国面对国际科技竞争的重要基本资源，并事关国家总体安全的维护，有必要对其从行政特许角度进行治理。

关键词：国家知识基础设施 中国知网 行政特许 社会文化权

• 149 •

一、问题的提出：逐年跳涨的使用费与不普遍、不平等的服务

近期我国多所高校对中国知网（CNKI）之服务价格过高及涨价问题提出质疑。如武汉理工

* 翟翌，重庆大学法学院教授；刘杰，重庆大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金青年项目“行政特许基础理论研究”（18CFX023）、司法部国家法治与法学理论研究中青年课题“‘国民经济和社会发展规划’实现‘公民社会权’研究”（17SFB3010）、重庆大学中央高校基本科研业务费项目（2021CDJSKJC32）（2018CDJSK 08 PT 15）、专业学位研究生教学案例建设项目“行政法与行政诉讼法前沿案例教学研究”的阶段性成果。

大学表示，学校将暂停中国知网的使用，原因是续订价格太过高昂，且每年报价都在上涨，2010—2016 年之间，中国知网的使用费共上涨高达约 132%，年均涨幅约 19%，学校已无力承担；北京大学也因为续订中国知网的价格大幅上涨，在学校官网发布即将停用中国知网的通知；〔1〕2019 年，太原理工大学亦在官网上发布暂停使用中国知网的通知，理由仍然是报价上涨过多过快，学校无法就续订价格与中国知网达成一致〔2〕。还有河北、山东、云南等地的多所高校也都曾因中国知网使用费问题而引发停用风波。

实际上，中国知网已然成为高校师生（尤其是人文社会科学学科）进行科学研究的基础性工具，重要性不言而喻。因此原先宣布停用中国知网的各高校不久便被迫重新订用了中国知网服务，但这并不意味着中国知网同高校之间的相关问题得到了妥善解决。中国知网向各高校收费的逐年走高，对学术电子资源市场造成了一定的负面影响。如影响资源的优化配置，使学术电子资源配置出现低效率；高校教师及学生承担的间接成本越来越高昂，负外部性越来越严重；中国知网和国家知识基础设施密切相关，但其服务价格却未体现基础设施工程所应具备的稳定性和公益性，国内各大高校已成为中国知网强势调价行为的利益受损者，进而影响了我国高校的学术研究。故近年来各界对中国知网存在的问题都颇为关注，在 2020 年召开的两会上，上海市教委副主任倪闽景明确指出中国知网需要转型。〔3〕

此外，中国知网作为一个收集和存储我国期刊论文、报刊文章、学位论文、会议论文、统计年鉴、工具书、专利信息等众多知识成果的平台，对科研工作发展、文化普及和繁荣有着极为重要的基础性作用。但是在现实中，除了对高等院校、科研院所等收取逐年走高的服务费用外，中国知网对社会上的众多个人或非单位用户实际上采取了并不友好的态度：一方面，对个人或非单位用户采取更为高昂的收费方式（按下载论文的页数计费，如期刊论文每页 0.5 元，学位论文 15~25 元每本等〔4〕），使得个人客户使用中国知网下载资料十分昂贵。另一方面，中国知网的一些服务如“学术不端检测服务”，仅由能购买该服务的高校本科生、研究生管理部门限制使用，并不对个人用户、社会个体用户开放使用权限，即便是必须使用“学术不端检测服务”的高校毕业生也只能从学校处获得 1~2 次的检测机会，但随着“翟天临事件”后各高校对研究生学位论文学术规范的重视，不开放且过少的重复率检测机会已难以满足高校学生的需求，为了顺利毕业，不少学生被迫以高价从“不正当渠道”购买中国知网的学术不端检测服务，价格畸高之下的该种现象成为某些“商家”牟取暴利的工具，也严重损害了学生群体的正当利益。近日，武汉一高校的大四学生论文查重账号被盗，而这种情况近年来常有发生，中国知网法务部的相关负责人

〔1〕 参见《中国知网大幅涨价 多所高校暂停续订》，载 <http://news.sohu.com/20160412/n443952046.shtml>，最后访问时间：2021 年 7 月 17 日。

〔2〕 参见《关于 2019 年暂停访问“CNKI 中国知网系列数据库”的通知》，载 <http://www2017.tyut.edu.cn/info/1026/11127.htm>，最后访问时间：2021 年 7 月 17 日。

〔3〕 参见《倪闽景委员：中国知网，免费？免费？》，载 <http://www.rmzxb.com.cn/c/2020-05-21/2577013.shtml>，最后访问时间：2021 年 7 月 17 日。

〔4〕 参见《中国知网会员·流量计费标准表》，载 <https://vipcard.cnki.net/ec/czzx/account/account.html>，最后访问时间：2021 年 7 月 17 日。

提到存在学校内部人员倒卖知网账号的可能性。^{〔5〕}这些现象的发生正是由中国知网所提供的服务有限导致的。

可见,从社会功能的整体角度看,中国知网不向具有知识、科研需求的社会公众和其他用户提供普遍、平等服务的做法,对全社会知识水平提升、科研事业发展等产生了极为负面的影响。

中国知网与公共利益有着直接关系,但其单方面逐年大幅度提高产品使用费的行为,以及虽然收集、存储来自社会的知识及科研成果,却不对有使用需求的非单位及个人用户提供普遍、平等服务的做法,对我国知识信息的传播、学术电子资源的正常使用和科研工作造成巨大负面影响。故如何在行政法学视阈下,对中国知网进行性质界定,并提出恰当的规制方案,有着重要的实践意义。

二、作为国家知识基础设施的中国知网

(一) 国家知识基础设施的内涵

“基础设施指支持一个国家社会经济运行的一系列系统,是一国经济活动得以进行的基础。”^{〔6〕}有形的基础设施如常见的铁路、公路等交通基础设施,电话、网络等通信基础设施。世界银行的报告提到了在交通、能源、通信等三大有形基础设施外的第四类基础设施即“National Knowledge Infrastructure, NKI”(国家知识基础设施)。^{〔7〕}国家知识基础设施是一个复杂、完善的基础设施系统,它集合了各个学科的公共知识,且融入了各个学科专家的学术知识与成果。^{〔8〕}它的建设促进了全社会知识资源的传播、共享、应用,为社会提供了多样、全面的知识服务,是经济社会发展和学术科研的重要基础之一,加强知识基础设施的建设是知识经济时代的必然要求。

基础设施涉及社会众多群体及个人,故其与公共服务密切相关,作为国家知识基础设施,亦与其他类型的基础设施一样,具有以下特性:首先,应具备普遍服务性,即为人们提供平等的、标准化的知识服务,不会因为性别、肤色、地域、文化水平、贫富差距等原因而区别对待。其次,要保持服务内容的全面性和丰富性,提供多样化的知识服务,满足不同群体的不同需求,提供的知识服务应涵盖各方面学科内容。再次,国家知识基础设施是政府于国家层面进行的统筹规划,应与国家的知识传播与科研、实现相关公民文化社会权利等战略一致。

(二) 中国知网是重要的国家知识基础设施

20世纪末,我国认识到知识作为国家软实力在世界各国竞争中的重要性,将“科教兴国”作为国家战略提出。在此基础上,“1999年3月,以全面打通知识生产、传播、扩散与利用各环

〔5〕 参见《论文查重费暴涨10倍?多名大学生免费知网账号遭盗卖……》,载 <https://kd.youth.cn/mobile/detail?id=q9b8ne3myXKLv0lpjr2RaBJX50EIWaxP5OAdZD6NYMBgwzVQGW>,最后访问时间:2021年7月17日。

〔6〕 黄元元:《国家知识基础设施建设刍议》,载《华东经济管理》2000年第4期,第6页。

〔7〕 参见孙家枢:《关于〈国家知识基础设施〉》,载《天津理工学院学报》1999年第3期。

〔8〕 参见曹存根:《国家知识基础设施的意义》,载《中国科学院院刊》2001年第4期。

节信息通道，打造支持全国各行业知识创新、学习和应用的交流合作平台为总目标，王明亮提出建设中国知识基础设施工程（China National Knowledge Infrastructure, CNKI）”〔9〕。中国知网从建设之初，便从全国、全局的立场出发，与科教兴国、人才强国战略保持一致。而在 21 世纪初进入知识经济时代时，中国知网也把目标从提供信息服务向提供知识服务转变。〔10〕随着计算机技术的发展，中国知网也随之更新，资源的丰富多样、获取手段的快速便捷使其得到了众多高校、研究者的倚重。根据其学术推广网页上的介绍，中国知网是全球最大的学术论文数据库和学术电子资源集成商，而且市场占有率极高，处于绝对的主导地位。可见，无论是中国知网建立时的初衷，还是其现时在实践中展现的部分功能，都体现中国知网作为国家基础设施的定位。

另外，随着市场需求及相关投入的增长，在中国知网诞生后，逐渐亦有其他类似知识数据库及公司诞生。除中国知网以外，目前我国学术电子资源市场上的其他知识库还包括：万方数据知识服务平台、龙源数据库、维普期刊资源整合服务平台、超星数据库等。这些知识库经营的业务与中国知网具有相似之处，从功能来看，它们事实上亦发挥着类似的功能。这些其他数据库暂远未达到中国知网具有的支配地位和市场占有率，但该行业存在着共性的问题，相关的行政法治理策略亦存在共通之处。本文探讨作为国家知识基础设施的中国知网的行政法治理措施，亦可在将来应用于其他与国家知识基础设施相关的数据库或平台的治理上。

三、行政法视野下中国知网法律性质的重新定位

（一）并非普通许可：中国知网现有行政法定位存在问题

根据公开的资料，目前与中国知网相关的经营许可证主要有：国家新闻出版广电总局颁发的（总）网出证（京）字第 271 号“中华人民共和国网络出版服务许可证”，许可《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司经营社会科学、科学技术、文学、艺术（含动画、图片）、教育内容互联网出版业务；〔11〕北京市新闻出版广电局颁发的新出发京批字第版 170001 号“中华人民共和国出版物经营许可证”许可《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司经营图书、报纸、期刊、电子出版物批发、零售、网上销售的业务〔12〕。《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司作为市场化主体，在政府许可下，获得了参与国家知识基础设施工程建设与运营资格。

在学理上，普通许可是指“只要申请人依法向主管行政主体提出申请，经有权主体审查核

〔9〕《CNKI 工程》，载 <https://cnki.net/gynki/gynki.htm>，最后访问时间：2021 年 7 月 17 日。

〔10〕参见赵蓉英、邱均平：《CNKI 发展研究》，载《情报科学》2005 年第 4 期。

〔11〕参见“中华人民共和国网络出版服务许可证”，载 <https://piccache.cnki.net/index/images/gb/271.jpg>，最后访问时间：2021 年 7 月 17 日。

〔12〕参见“中华人民共和国出版物经营许可证”，载 <https://piccache.cnki.net/index/images/gb/170001.jpg>，最后访问时间：2021 年 7 月 17 日。同方知网（北京）技术有限公司、中国学术期刊（光盘版）电子杂志社公司、同方知网数字出版技术股份有限公司等单位共同运营“中国知网”。笔者在中国知网官方网站上查找到《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司获得的以上两个许可证。

实,符合法定的条件的,该申请人就能够获得从事某项活动的权利或者资格”^[13]。《行政许可法》第12条规定了普通许可的类型,^[14]普通许可本质上是对权利人自身权利的解禁。中国知网近年来向各大高校频繁提高报价,作为许可主体的政府对该行为并未进行特殊的限制。在实践中,中国知网在服务价格上的调价自主权,实际上被认为是其经营上的自由,这符合对普通许可的定位。

这种对中国知网运营业务的普通许可定位,不仅忽视了其国家知识基础设施工程的性质,也忽略了它应承担的职责,进而影响了相关的公共性服务。我们认为,目前中国知网相关的学术电子资源服务出现系列问题的一个重要原因在于其行政法性质的定位模糊不清,或被错误地定位为普通许可,使得它的国家知识基础设施工程的属性被忽视。基于此,本文将尝试从行政特许的角度出发,矫正中国知网定位存在的偏差,为解决相关问题提供思路与方案。

(二) 应明确中国知网的行政特许法律定位

1. 行政特许及其与普通许可的区别

我国《行政许可法》第12条规定了在公共资源的配置、有限自然资源之开发利用、直接关系公共利益特定行业之市场准入领域可设定行政特许。^[15]姜明安教授指出,“特许是基于行政、社会或者经济上的需要,将本来属于国家或者某行政主体的某种权利(力)赋予私人的行政行为”^[16]。结合一些学者的观点可见,行政特许是在有限资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等非干涉行政领域,作为特许人的行政主体赋予受许人与自己相似的特殊权利以便于从事与行政主体相似的活动,促进行政任务的完成,同时受许人亦需承担与行政主体相似的公共义务。与此同时,在行政特许中,行政主体也承担着一定的潜在义务。受许人(被许可人)与作为特许人的行政主体在从事活动、享有的特殊权利、负有的义务等各方面的“相似性”是行政特许的本质特征之一。^[17]实施行政特许的重要目的之一,在于“透过对特许经营权的授予,交换民间机构对公共设施的建设与运营……,增加公共产品与服务的供给,改善产品与服务质量”^[18]。

• 153 •

[13] 姜明安:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社2015年版,第221页。

[14] 《行政许可法》第12条规定:“下列事项可以设定行政许可:(一)直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动,需要按照法定条件予以批准的事项……”一般认为,该款规定是普通许可在实定法上的体现。参见杨景宇:《关于〈中华人民共和国行政许可法(草案)〉的说明——2002年8月23日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议上》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2003年第5期。

[15] 《行政许可法》第12条规定:“下列事项可以设定行政许可:……(二)有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等,需要赋予特定权利的事项……”在行政许可法的草案中,将该款认定的行政许可内容定性为行政特许,尽管在最后的法律文本中取消了“特许”的明确称谓,但一般将该条款的内容认为是行政特许。参见王克稳:《论行政特许及其与普通许可的区别》,载《南京社会科学》2011年第9期。

[16] 前引[13],姜明安书,第223页。

[17] 这一对行政特许的界定是对研究者各种观点之概括与综合,还可参见杨建顺:《日本行政法通论》,中国法制出版社1998年版,第413-414页;Mark A. Jamison, Should Google Be Regulated as a Public Utility? 9 *Journal of Law, Economics & Policy*, 4 (2013);朱芒:《日本的行政许可——基本理论和制度》,载《中外法学》1999年第4期;翟翌:《基于“相似性”本质的行政特许界定及其应用》,载《中国法学》2016年第1期等。根据《行政许可法》第12条第(二)项,行政特许类型大致包含公共资源配置的行政特许、直接关系公共利益特定行业市场准入的行政特许、对有限自然资源进行开发利用的行政特许等几大种类,该从受许人和作为特许人之行政主体在从事的活动、负有的义务、享有的权利上之“相似性”视角对行政特许所作的界定可以解释及涵盖这几种行政特许种类,具有较完备之解释能力。

[18] 邓敏贞:《论公用事业特许经营中的政府责任》,载《山东社会科学》2010年第9期,第139页。

普通许可与行政特许有着重要的差别，主要体现在：首先，权利来源不同。普通许可中的被许可人经许可后从事活动的权利本身就属于被许可人，经许可后，被许可人的权利被恢复。行政特许则是赋予了被许可人新的原本不属于他的权利。其次，公益性程度不同。由于行政特许往往是行政主体利用受许人完成特定的行政任务（如公用事业特许等），故有着较浓厚的公益属性。而普通许可由于主要是对被许可人原有自由的解禁，故并不一定具有该属性，或者该属性并不浓厚。再次，裁量性不同。由于普通许可是对被许可人自由的恢复，故满足一定的条件后，行政主体即给予其许可，一般无裁量权。而行政特许由于往往是行政主体选择公私合作的伙伴，故其对行政特许权的授予有一定的自由裁量权，受许人获得特许的前提是行政主体愿意将该权利出让。最后，被许可人享有的特殊权利和负担的特殊义务不同。普通许可中的被许可人享有的权利和负担的义务与作为特许人的行政主体并不具有相似性。而行政特许中，为了让受许人更好地完成相应的行政任务，作为特许人的行政主体授予受许人与自己相似的权利，同时由于事关公共利益，受许人还需要负担与行政主体相似的公共性义务，且行政特许的受许人负担的义务相较于其享有的特殊权利而言，义务更为重要。

2. 中国知网行政特许性质之论证

基于上文对行政特许内涵及其与普通许可区别的论述，我们认为，中国知网的法律性质应定位为行政特许而不是普通许可，主要理由如下：

第一，中国知网学术电子资源行业属于特许相关的“公共资源的配置”范畴。根据《行政许可法》的规定，在一些公共资源的配置中，需要赋予特定权利的事项属于行政特许。至于什么是公共资源，《行政许可法》并没有对其内涵及范围予以明确，目前理论上对公共资源的概念亦未有清晰的共识，但一般认为公共资源可包括航道、无线电频谱资源、航线、出租车的运营执照、市政设施等。^{〔19〕}结合《行政许可法》相关规范的意旨及国家知识基础设施的内涵，我们认为，中国知网（学术电子资源市场）作为国家知识基础设施的一部分，属于学术、科研资料等的公共资源配置，是与公共利益密切相关的行业，需国家特别规制和许可，故可归入“公共资源配置，需要赋予特定权利”行政特许类型。

第二，国家知识基础设施事关重大公共利益，政府对其有运营权，通过特许使受许人获得了运营中国知网等国家知识基础设施的资格，享有与行政主体自己运营该设施时相似的特殊权利。根据《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第59条规定的政府职权^{〔20〕}及其内涵

〔19〕 参见王智斌：《行政特许的私法分析》，北京大学出版社2008年版，第75页。

〔20〕 《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第59条规定：“县级以上的地方各级人民政府行使下列职权：（一）执行本级人民代表大会及其常务委员会的决议，以及上级国家行政机关的决定和命令，规定行政措施，发布决定和命令；（二）领导所属各工作部门和下级人民政府的工作；（三）改变或者撤销所属各工作部门的不适当的命令、指示和下级人民政府的不适当的决定、命令；（四）依照法律的规定任免、培训、考核和奖惩国家行政机关工作人员；（五）执行国民经济和社会发展规划、预算，管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、环境和资源保护、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作；（六）保护社会主义的全民所有的财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的合法财产，维护社会秩序，保障公民的人身权利、民主权利和其他权利；（七）保护各种经济组织的合法权益；（八）保障少数民族的权利和尊重少数民族的风俗习惯，帮助本行政区域内各少数民族聚居的地方依照宪法和法律实行区域自治，帮助各少数民族发展政治、经济和文化的建设事业；（九）保障宪法和法律赋予妇女的男女平等、同工同酬和婚姻自由等各项权利；（十）办理上级国家行政机关交办的其他事项。”

的解释,包括国家知识基础设施在内的各基础设施的建设运营属于行政主体职权范畴。国家知识基础设施事关我国知识资源、学术期刊论文、博硕士学位论文、会议论文、专利、工具书等大量的中文学术信息的存储、使用,是我国高校、科研机构、企事业单位进行科研的基础性工具,有着关键的公共性、重要性,故其与普通许可只是对被许可人自由的恢复不同。“公私合作制……逐步发展成为各国政府实现其经济目标和提升公共服务水平的核心理念与措施”^[21],行政特许是公私合作完成行政任务的典型方式之一。中国知网作为国家知识基础设施,对其进行建设和运营是政府的权利,现许可市场主体进行中国知网的建设与运营,表明行政主体已将该权利出让,通过公私合作的方式促进行政任务的完成。受许人在运营国家知识基础设施的过程中,享有一些特殊权利。如教育部、科技部、新闻出版总署、国家版权局、国家计委给予其大力支持,^[22]“1999年4月30日CNKI主体工程被列为国家级火炬计划项目……1999年10月国家科技部、国家税务总局、国家对外贸易经济合作部、国家质量技术监督局、国家环保总局等五部委将CAJ-CD评为‘国家重点新产品’重中之重项目”^[23],除此之外,还可享受其他在经营方面的特殊优惠条件。这是普通许可所不具有的,类似于政府自己运营该设施时享有的一些特殊权利。

第三,作为国家知识基础设施,中国知网的公共性、重要性决定了其应承担与行政主体相似的公共性义务。首先,中国知网提供的服务应面向公众,目的在于满足公众对知识的需求,提供的均等化服务对促进人的全面发展、提升国民素质、推动精神文明建设具有重要意义。其次,中国知网应致力于提供标准化、规范化的知识,使知识能够被我国科研机构、科研人员利用,其提供的产品及服务是我国科学研究、高等教育的基础性资源。再次,作为国家知识基础设施,中国知网对于我国学术和文化的传承、丰富及发展有重要意义。一方面,中国知网对知识的系统留存,使文明成果能够被传承下去;另一方面,通过与国外相关学术科研机构合作,对国外的知识文化进行汲取和引进,使我国的国家知识内容更加丰富。作为国家知识基础设施,由于其重要的公共性,中国知网应承担保持业务事业运营不中断、平等对待用户、接受政府基于特许的较为强力的监管、承担运营中的延续性责任等与行政主体相似的特殊义务。^[24]

• 155 •

四、从行政特许角度规制中国知网的必要性与优越性

(一) 从行政特许角度规制中国知网的必要性

在论证了中国知网的法律性质应被定位为行政特许而不是普通许可,从而具有公共性后,从行政特许角度对中国知网进行规制是必由之路,存在着必要性。

首先,有利于维护国家知识基础设施的公益属性。中国知网作为国家知识基础设施的一部分,与其他国家基础设施如通信、电、水、气等类似,相关服务具有公益性及公共性,尤其是中

[21] 李嘉娜:《市政公用事业监管的行政法研究》,中国政法大学出版社2012年版,第20页。

[22] 参见中国知网官网,载 <http://service.cnki.net/project/project.html>,最后访问时间:2021年7月17日。

[23] 前引[10],赵蓉英、邱均平文,第628页。

[24] 参见〔法〕让·里韦罗、让·瓦利纳:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第480-482页。

国知网作为中国科研与学术的重要基础性工具，对我国高校和科研机构的科研工作起着不可或缺的重要作用。只有明确中国知网的公益性，并从行政特许角度对其进行必要的规制，方可保持这一重要国家知识基础设施的公益性。如果混淆其许可性质，仅认定行政主体对中国知网的许可是普通许可，将被许可人通过行政许可获得的权利视为被许可人自身的权利，完全市场化，那么有可能导致市场的失灵，且对被许可人将难以进行基于公益性的足够规制。“出于对公共利益和公共需要的反应，政府必须介入市场，目的是防止企业对价格进行垄断或者对消费者滥用权力。”^{〔25〕}因此，为了确保我国科研、学术资源的公益性和可获得性，避免完全市场化带来的负面效应，应从行政特许的角度，对中国知网进行必要的规制。

其次，是政府履行其法定职责的必然要求。对中国知网国家知识基础设施运营的行政许可属于行政特许，而在行政特许中，行政主体对接受特许服务的公民或用户仍负有间接潜在义务，这包括行政主体对受许人规制的职责。行政特许是公私合作的方式之一，“从本质上来看，公私协作就不应被理解成是单纯的‘国家从公共事业的撤退’”^{〔26〕}，“仅意味着国家责任由原来的‘履行责任’转变为‘保障责任’与‘补充责任’，是责任承担方式的转变却并非对政府责任的免除”^{〔27〕}。行政特许的性质定位要求行政主体不可忽视其应尽的职责。只有行政主体积极地承担起应有的职责，对中国知网进行必要的规制，才能保障中国知网这一特许事业的公益性和持续运营。

再次，有利于维护国家知识基础设施用户的合法权益。为确保中国知网这一有普遍使用需求的国家知识基础设施之用户可以便利地使用其进行工作，相关的服务价格应保持稳定性，所提供的服务也应确保普遍性。然而，作为国家知识基础设施工程，中国知网的产品及服务的价格却连年持续上涨，陡增教学科研单位等用户的负担，且其不提供普遍、平等服务的做法也加大了非单位用户的压力，进而影响了国家知识基础设施被普遍、广泛的运用。另一方面，目前几乎所有高校都需要购买中国知网的使用权方能维持学校的科研运行，个人进行科学研究也离不开中国知网所提供的资源及服务，但由于中国知网在被许可进行国家知识基础设施的建设和运营时一家独大，处于实质的支配地位，实力强大，与各用户处于不平等的状态，如果不进行必要的规制，将导致中国知网可能滥用自身的优势地位，从而影响我国科研、学术事业的发展。政府从行政特许视角对中国知网进行规制，通过干预将使用费维持在一个合理水平，并监督中国知网对各用户提供普遍、平等的服务，这对国家知识基础设施用户而言收益无疑是巨大的，而且也会促使中国知网进一步提升自身运营水平和效率，而不是把收益的希望仅放在提高服务价格上。

（二）从行政特许角度规制中国知网的优越性

从行政特许角度对中国知网进行规制不仅存在必要性，而且也具有优越性。在我国相关部门

〔25〕 杨海坤、郭朋：《公用事业民营化管制与公共利益保护》，载《当代法学》2006年第5期，第50页。

〔26〕 杜仪方：《公私协作中国家责任理论的新发展——以日本判决为中心的考察》，载《当代法学》2015年第3期，第40页。

〔27〕 前引〔18〕，邓敏贞文，第140页。

法的规定中,对中国知网的规制思路,除行政特许外,主要还可依据《反垄断法》展开。但根据《反垄断法》第3条、第17条的规定,^[28]即使可认定中国知网滥用支配地位或构成垄断并依此进行规制,却仍无法解决中国知网在运营中存在的问题,反而可能会出现新的问题。正如其他类型的基础设施如电网、自来水、天然气等一样,由于自然垄断和经济成本等因素(同一区域架设一套以上的管网系统会导致浪费,没有必要),在同一区域一般只有一个或有限数量的运营商,国家知识基础设施的治理可能基于类似因素(经济成本、知识信息数据的国家安全、便于管理等),亦可能采取这样的管理思路,故若片面地按《反垄断法》对中国知网进行反垄断规制,可能会影响相关政策目的的达成,实际上《反垄断法》第7条亦豁免了某些情形的反垄断审查。^[29]

相较于反垄断这样的干涉行政的规制方式,从行政特许视角对中国知网进行治理具有显著优势。行政特许作为一种公私合作的方式和社会多元参与治理的途径,相比于传统的行政规制手段,其强制性色彩较弱,更有利于以平等协商的方式达致行政目的。行政主体与中国知网运营双方可协商在国家知识基础设施运营中所要达致的公法性任务,中国知网负有的公法性义务、享有的特殊权利等。首先,行政主体可与作为受许人的中国知网运营方协商和确定国家知识基础设施特许要实现的公共服务、实现公民社会文化权等公法性任务,明确其并非普通的营利性商业活动。其次,行政主体可以与中国知网运营方约定其作为受许人所需负担的特殊义务,如提供普遍、平等服务的义务,不得随意调价的义务等。再次,为了更好地确保实现国家知识基础设施所欲实现的公共性任务,及基于中国知网运营方负担了公共性义务等因素,行政主体可与作为受许人的中国知网运营方协商约定和确定中国知网可保持一定的市场优势地位,及相应税收等方面的政策优待、特殊权利等。可进一步通过双方订立行政特许契约的方式,明确中国知网的公法任务和缔约双方的权利义务等内容,以平衡中国知网公共任务的完成和运营方适度盈利的双重目标。

• 157 •

五、基于行政特许对中国知网规制措施的完善

基于本文对中国知网运营许可的行政特许性质之论证,及对其进行规制的必要性和优越性,

[28] 《反垄断法》第3条规定:“本法规定的垄断行为包括:(一)经营者达成垄断协议;(二)经营者滥用市场支配地位;(三)具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。”《反垄断法》第17条规定:“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为:(一)以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品;(二)没有正当理由,以低于成本的价格销售商品;(三)没有正当理由,拒绝与交易相对人进行交易;(四)没有正当理由,限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易;(五)没有正当理由搭售商品,或者在交易时附加其他不合理的交易条件;(六)没有正当理由,对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇;(七)国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。本法所称市场支配地位,是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件,或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。”

[29] 《反垄断法》第7条第1款规定:“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业,国家对其经营者的合法经营活动予以保护,并对经营者的经营行为及其商品和服务的价格依法实施监管和调控,维护消费者利益,促进技术进步。”

我们认为，从行政特许角度，可对知网这一国家知识基础设施进行相关的社会性规制。一般认为，行政规制包括经济性规制和社会性规制，经济性规制的历史早于社会性规制，行政主体最早在经济领域进行规制，后来才发展到社会其他领域，对存在信息不对称的领域（如保险、银行业等）和自然垄断领域一般实行经济性规制，对涉及公共安全、健康、卫生等领域一般实行社会性规制。^{〔30〕} 知网涉及的是教育、文化领域，这些领域与一般的纯为牟利的商业领域不同，应当对其进行社会性规制。

（一）明确知网是在完成国家知识基础设施的公共性任务

国家知识基础设施建设的目标在于实现全社会知识资源传播共享与增值利用，^{〔31〕} 知网在进行国家知识基础设施建设和运营中，需要围绕这一目标完成相应的公共性任务。尽管知网实际上进行了国家知识基础设施建设与运营，但如前文所言，既往对知网相关许可定性为普通许可，导致对知网建设运营所完成的任务性质并未能明确，从而使得知网过度以营利为目标。

在明确知网的行政许可性质为行政特许后，以行政特许对知网的建设与运营进行规制首先需对其应承担的公共性任务予以明确。具体包括：第一，加大国家知识基础设施的资源建设，充足的资源是进行知识创新与再生产的前提条件。知网作为国家知识基础设施的重要组成部分，还需要加大对知识信息资源的大规模集成与整合，保障知识信息资源的多样化、全面化。第二，推动知识信息资源的传播与共享、传承与发展，为知识的创新化、高效化利用提供条件，为社会各方面提供知识服务。提供均等化的服务是推动知识的传播与共享之前提，知网要推动均等化服务的更进一步实现，应使公众获取知识服务的手段更为便捷、成本更为低廉、资源更加优质。要推动文化的传承与发展，既要不断利用先进的技术，也要注重对国外优质知识资源的吸收。第三，推动图书业、文化出版行业的线上发展，促使其转型升级和做大做强，从推动文化的传播与共享角度来说，知网与传统出版行业的目标是一致的，平衡好电子出版行业与传统出版行业、纸质期刊等之间的关系是知网重要的公共性义务。第四，知网在推动文化传播的过程中需注重对知识产权的保护及人才的培养，随着知识经济时代的发展，保护知识产权得到了越来越多的重视，对于知识产权的保护程度反映了一个国家科技文化的发展水平，在国家知识基础设施建设的过程中，更应该注重对知识产权的保护，这不仅是对创作者的激励，也保证了我国科技文化产业的有序发展。同时，国家知识基础设施的建设离不开对人才的培养，对文献检索人才、技术人才等人才的培养是知网应承担的重要任务之一。第五，知网应注重国家利益、国家秘密的甄别与分类存储，作为国家知识基础设施工程，知网包括了我国科技论文及相关科研数据、专利信息等重要知识资产，在目前中美科技竞争加剧的背景下，应对知网的重要性予以高度关注。

〔30〕 参见王俊豪：《政府管制经济学导论》，商务印书馆 2017 年版，第 42 页。

〔31〕 参见中国知网官网，载 <http://service.cnki.net/project/project.html>，最后访问时间：2021 年 7 月 17 日。

（二）监督中国知网切实履行相关公共性义务

为了行政任务能更有效率地完成，行政主体将国家知识基础设施建设与运营的资格特许给中国知网运营者，其也因此负有与行政主体相似的义务。

首先，中国知网应设置特殊的定价机制，使其对各用户的报价不应过高。国家知识基础设施的建设和运营是基于公共利益，目的是使公众和高校师生、科研院所研究人员等可以便利、低价地获取知识和文献，对国家基础设施提供的服务即便收费，费用一般应较低。正如公共交通特许经营中，行政主体将进行公共运输服务的资格通过行政特许赋予公交公司，公共交通的票价低廉。通过特殊的定价机制降低中国知网对高等院校、科研院所及社会个体用户的报价，使该报价与中国知网的国家知识基础设施工程地位相匹配，这是中国知网应承担的义务。在科技传播使科研成本增加的背景下，国际学界普遍认可开放获取（open access）、知识共享是学术出版的未来，尽管出现了一些新问题，但开放获取运动仍发展迅速。^{〔32〕}在我国，开放获取学术资源在短时间内可能还难以实现，设置特殊的定价机制、降低中国知网的报价是现今保护各用户权益、推动科研资源传播的必要之举。行政主体需加强对中国知网定价机制的监督，确保中国知网定价的科学性、合理性、低廉性。

其次，中国知网应确保其提供的产品或服务价格的稳定性，不能时间随意、任意幅度地调价。如公交车行政特许中，公司不能随意上涨票价，若基于成本等情况确需上调价格，应按法定程序进行，如征求公众意见，经行政主体审核等程序方可作出价格调整。另外，中国知网的服务价格上涨幅度和频率也不应过高，以使更多的社会主体可以经济地使用国家知识基础设施提供的知识服务。高校、科研院所是中国教学科研的核心单位，对国家科研竞争力有重要价值，故行政主体尤需加强对中国知网面向高校、科研院所定价机制的监督，避免中国知网随意涨价影响我国高校科研、教学工作开展。

再次，中国知网对不同主体的收费标准应体现公平性。作为具有公共性服务特征的国家知识基础设施，中国知网对各用户应同等对待，不能对不同用户设置不同的收费标准。实际上，根据中国知网网站上发布的信息，其收费标准存在较大的不公平性，其对单位用户（高校、科研院所、医院等）实行包年收费，但对社会个人用户，则采取常规下载论文（包括会议论文）0.5元每页、独家数字出版（新产品）1元每页、硕士学位论文15元每本、博士学位论文25元每本的标准进行收费，^{〔33〕}针对个人用户的收费标准畸高。中国知网这种因购买产品或服务的对象不同采取不同收费标准的行为属于不合理的考虑，这种收费模式违反了行政特许中的公平原则，应当予以纠正。行政主体应通过监督收费标准的制定，甚至直接参与该收费标准的制定过程，保证作为国家知识基础设施重要组成部分的中国知网对各用户公平对待。

最后，中国知网应该履行普遍、平等服务的公共性义务，让更多的社会公众可以便利、平

〔32〕 参见《博士论文被盗卖，谁让开放获取成为开放盗窃？》，载 https://www.sohu.com/a/477871477_199523，最后访问时间：2021年7月17日。

〔33〕 参见前引〔4〕。

等、普遍地使用国家知识基础设施。社会、经济、文化的发展取决于人口的知识水平，中国知网的数字资源目前主要提供给购买了其服务的高校、科研院所、医院、杂志社等单位，一些基于国家知识基础设施、数据资源的服务不向社会其他用户、个人主体提供，这违反了国家知识基础设施行政特许本应具有的普遍服务义务要求。比如以国家知识基础设施为基础进行海量数据分析的中国知网学术不端检测（查重）等服务，目前仅针对单位用户，且一般仅能由高校内部负责管理研究生论文查重的研究生院、研究生科、本科毕业论文教务管理人员、编辑部内部编辑等使用该查重权限，中国知网还对测试数量严密监控，如果发现测试数量多的账号，可能对其实施警告、削减使用次数，甚至停止账号使用等处罚。^{〔34〕}而个人包括高校内的教师、学生以及其他社会个体作者，由于正当的教学科研和学术合作需要使用该服务（如导师监督所带研究生学位论文初稿是否存在学术不端以决定是否同意其进入毕业答辩环节、教师监督论文合作学生是否有抄袭剽窃、导师监督学生撰写的公开发表论文投稿是否有抄袭剽窃等），却无任何正当途径（包括付费购买）获得该服务。正是中国知网的学术不端检测系统仅向机构提供服务，才导致了盗用或窃取账号行为、高价查重产品买卖等现象的出现。中国知网的这种行为没有体现国家知识基础设施的公益性和普遍服务性，影响了我国科研合作、导师对研究生的管理、诚信建设等教学工作，应该改进其服务模式，以使更多的社会公众可以使用中国知网资源，构建知识型社会，推动我国学术合作及科研的发展。行政主体也应积极参与中国知网服务模式转型升级的过程，监督中国知网履行提供普遍、平等服务的义务。

除以上提到的公共性义务外，还可参照《基础设施和公用事业特许经营管理办法》的相关规定，要求中国知网运营方履行其作为国家知识基础设施运营方应尽的其他义务。

以上所阐明的义务是作为行政特许之受许人的中国知网运营方应当承担的公共性义务，其更好地履行相关义务，离不开具有特许人和监管者双重身份的行政主体的干预。除上文所顺带提及的一些监管措施外，行政主体还可通过特许相关的行政契约来明确中国知网的义务。一方面，行政主体需事先明确中国知网应承担的公共性义务，如在特许合同中对其义务加以明确，“利用资源的服务目标、绩效、质量、期限、价格、普遍服务义务、消费者投诉机制等等，都是公共利益的细化。而这些行业规范或行业标准等事项完全可以转化为合同条款明确下来”^{〔35〕}；另一方面，行政主体需对中国知网履行公共性义务的行为进行切实有效的监督，为促使中国知网履行明确的公共性义务，应重视行政契约责任条款的功能，对中国知网不履行义务的行为，应进行相应的惩罚及处理。

（三）规范中国知网的特殊权利

行政主体将国家知识基础设施建设和运营权利特许给中国知网运营方，使其获得一些与行政主体所具有的权利相似的特殊权利，且包括某些特殊的强势地位。包括：相对支配优势的经

〔34〕 参见中国知网（<https://check.cnki.net/>）右下角弹出的《中国学术期刊（光盘版）》电子杂志社有限公司提示，通知时间为2020年4月7日，最后访问时间：2021年5月2日。

〔35〕 许军：《论资源配置行政特许的私法定性》，载《深圳大学学报（人文社会科学版）》2014年第1期，第108页。

营地位、获得某些财政上支持、得到一些国家知识基础设施工程相关的政府政策的支持等。由于中国知网运营公司获得政府的支持以运营国家知识基础设施,并且由于中国知网“在目前国内高校(含职院)、科研机构的市场占有率高达99%”^[36],其竞争对手如万方数据、龙源数据库、超星数据库、维普数据库等市场占有率相较中国知网而言微不足道,故中国知网实际上处于极为强势的地位,这些特殊权利和地位是一般的市场竞争主体不具备的。因此,为了防止中国知网滥用其优势及不当侵害高校、科研院所等用户的正当利益,需对这些权利加以规范。

对中国知网享有的特殊权利和垄断地位进行规制可从以下几个方面着手:第一,适度降低给予中国知网的各方面政策乃至财政支持。由于中国知网实际上在建设及运营国家知识基础设施的过程中形成了一家独大的近似垄断地位,故不宜再给予其太多的支持。第二,加强和提升对中国知网的规制措施。一方面,需在相关规定或特许合同中明确中国知网享有的特殊权利相应的边界,这是对其进行规范的前提和依据;另一方面,行政主体要规范中国知网行使特殊权利、优势地位的手段、方式、程序,防止其滥用权利。第三,可适当以优惠政策扶持其竞争对手万方数据、龙源数据库、超星数据库、维普数据库等,以形成竞争较为充分、合理的国家知识基础设施多方运营格局。

(四) 加强有关信息的披露和公开

《政府信息公开条例》规定了公共企事业单位的政府信息公开义务。《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第45条规定了政府和受许人的信息公开义务,依法披露行政特许的相关信息是行政主体及特许经营者的义务。通过信息的披露,有利于用户和公众在了解相关信息的基础上保护自身权利,监督政府和受许人履行相关义务。依据相关规定,具体而言,中国知网相关的国家知识基础设施运营中的信息公开可主要从政府和中国知网运营方两个方面着手:

首先,政府具有公开国家知识基础设施相关政府信息的义务。《基础设施和公用事业特许经营管理办法》明确了政府对行政特许相关信息的公开义务,^[37]作为特许人和监管者的政府,应依《政府信息公开条例》的一般规定和《基础设施和公用事业特许经营管理办法》的相关规定,将中国知网运营方建设和运营国家知识基础设施的相关政府信息主动或依当事人申请予以公开,从而使社会或相关用户可以依据公开的政府信息更好地监督政府履行特许人及监管者职责的情况,督促政府更好地促进国家知识基础设施的建设和管理。

其次,中国知网运营方应履行信息公开的相关义务。《政府信息公开条例》第55条第1款规定:“教育、卫生健康、供水、供电、供气、供热、环境保护、公共交通等与人民群众利益密切相关的公共企事业单位,公开在提供社会公共服务过程中制作、获取的信息,依照相关法律、法规和国务院有关主管部门或者机构的规定执行。全国政府信息公开工作主管部门根据实际需要可以制定专门的规定。”中国知网运营方作为国家知识基础设施的建设和运营方,符合该条规定的

[36] 中国知网推广网站,载 <https://a.cnki.net>,最后访问时间:2021年7月17日。

[37] 《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第45条规定:“县级以上人民政府应当将特许经营有关政策措施、特许经营部门协调机制组成以及职责等信息向社会公开……”

“公共企业单位”的性质定位，故其具有履行信息公开的义务。而《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第45条亦规定：“……实施机构和特许经营者应当将特许经营项目实施方案、特许经营者选择、特许经营协议及其变更或终止、项目建设运营、所提供公共服务标准、监测分析和绩效评价、经过审计的上年度财务报表等有关信息按规定向社会公开。特许经营者应当公开有关会计数据、财务核算和其他有关财务指标，并依法接受年度财务审计。”而现实中亦存在中国知网未向学位论文、期刊论文作者廉价付费，却对外高价销售作者的论文成果等种种情形。故中国知网运营方应将国家知识基础设施的行政特许经营中的相关成本、价格、服务、下载使用情况、服务社会情况等信息依法予以公开，接受社会公众和用户的监督。相关信息的公开化、透明化不仅可以用户使用户对中国知网的产品及服务价格进行更好的监督，也可增加社会公众对该行政特许经营事业各方面的了解，在此基础上，亦可促使社会公众增加对国家知识基础设施的参与。

六、结 语

中国知网的行政法治理并非只是一个行政法上的技术性问题，而是与社会权、文化权利密切相关。公民的受教育权、科学研究权、文化活动权等经济、社会和文化权利，并不能自动实现，它们的实现和发展需要国家投入额外的资源或进行相关政策的配套，故需要政府的积极介入。作为宪法上受教育权、科学研究权、文化活动权实现的重要基础之一，中国知网相关的国家知识基础设施的建设与运营，仅由中国知网以市场化的手段去实施往往难以有效达到相关目的。政府将国家知识基础设施建设的权利特许给中国知网运营方，该特许经营由于横亘公私两个领域，同时具备市场性、公益性，片面地强调其私法属性，对其公法属性及政府的应有监管措施的忽视，将导致国家知识基础设施建设和运营的公共性目标难以实现。明确和丰富行政主体对中国知网等国家知识基础设施的规制措施，有着重要的权利实现意义。

应当高度重视中国知网等国家知识基础设施的建设和运营，为我国高等院校、科研机构、医院等单位的科研人员和学习者提供良好、平等、充足、便利的全方位知识服务。同时，由于中国知网为代表的国家知识基础设施，存储了我国期刊论文、报刊文章、学位论文、会议论文、统计年鉴、工具书、专利、科技成果、国家标准、学术图片等众多知识成果，有必要在促使中国知网等国家知识基础设施在国内更广泛提供平等服务的同时，要求国家知识基础设施运营商认真履行相关的保密等国家安全义务。总之，完善对中国知网等国家知识基础设施的治理，是贯彻科教兴国、人才强国战略的必然要求，有利于推动我国在未来的科技竞争中占据优势地位，有利于实现关键技术独立自主，最终有利于实现中华民族伟大复兴。

Abstract: CNKI is an important entity of the national knowledge infrastructure, and it is necessary to conduct administrative law governance on CNKI. CNKI is not an ordinary license, but has

legal attributes of an administrative franchise. It raises prices too frequently to users year by year, and does not provide universal and equal services, etc., which violates its due public positioning. Relevant regulations can be made on CNKI from perspective of administrative franchise. It is clear that CNKI is completing the public tasks of the national knowledge infrastructure. It is important to supervise CNKI to fulfill the relevant public obligations. CNKI should set up a special pricing mechanism so that the price quotations to users should not be too high, and ensure the stability of the prices of the products or services which it provides, and not to adjust the prices at any time and in any range, and the charging standards for different entities should reflect fairness. In addition, public obligations such as universal and equal services should be fulfilled so that more public can use the national knowledge infrastructure conveniently, equally and universally. The special rights and monopoly position of CNKI should be regulated, and the disclosure and publicity of relevant information should be strengthened. The construction and operation of national knowledge infrastructure is not only related to the realization of civil social rights and cultural rights, but also the basis and tools for teaching and research work of teaching and research personnel in universities, scientific research institutes, etc. It is an important basic resource for our country to face the international technological competition, and it is related to the maintenance of overall national security. Thus, it is of great significance to govern from the perspective of administrative franchise.

Key Words: national knowledge infrastructure, CNKI, administrative franchise, social and cultural right

• 163 •

(责任编辑: 刘 权 赵建蕊)

失信联合惩戒措施的合法性检讨与控制

聂帅钧*

内容提要：失信联合惩戒措施作为一种新型的复合行政行为，在社会治理各个领域得到广泛运用，但其有效性与合法性之间存在张力，可能会不当限制公民的人格尊严、隐私权、平等权、财产权等基本权利，所以需要进行合法性控制。通过运用依法行政、职权法定、禁止不当联结、比例原则、平等原则以及生存照顾义务等公法原理加以检讨，可以发现失信联合惩戒措施在形式与实质合法性两个层面均存在一定的问题。为了防止失信联合惩戒措施的泛化与滥用，确保其制度发展符合法治国家的建设方向，有必要从立法设定、实施程序、权利救济三方面予以完善。

关键词：失信联合惩戒措施 复合行政行为 公法原理 合法性控制

一、问题提出：解决有效性与合法性之间的张力

当前，我国正处于经济高速发展和社会急遽转型的时期，多元价值并存、利益诉求迥异、社会结构分化等因素共同加剧了社会治理的难度与风险。面对纷繁复杂的社会治理问题，传统行政执法手段日渐式微，无法应对逐年激增的行政管理事务，“徐玉玉电信诈骗”“高铁霸座”等事件接踵发生即为明证。于是，失信联合惩戒措施作为社会信用体系建设中的具体制度安排，在行政执法的诸多领域被广泛运用且适用范围迅速扩张，现已成为整个国家治理体系的重要组成部分。

从发生学上考察，失信惩戒制度的促成^{〔1〕}至少得益于三点因素：一是由计划经济向市场经

* 聂帅钧，上海交通大学凯原法学院博士研究生，安徽法治与社会安全研究中心研究人员。

本文为安徽法治与社会安全研究中心项目“行政法视野下的信用惩戒制度法治化研究”（fzsh2018cx-17）的阶段性研究成果。

〔1〕亦有全国人大常委会法工委相关负责人指出多种因素综合促成了失信惩戒制度的形成和不断强化。具体参见朱宁宁：《发挥失信惩戒功效适度且合法》，载《法制日报》2019年6月18日，第5版。

济的转轨。市场化改革打破了国家与社会高度一体化的格局,为市场经济交易中信任机制的发挥提供了制度生成土壤。二是消除司法执行赤字的需要。伴随《最高人民法院关于限制被执行人高消费的若干规定》《最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》等文件的相继发布,以失信被执行人为中心的惩戒制度初步建立,此后,地方立法进一步将失信惩戒制度从司法执行扩散到行政管理活动的各个领域(如烟花爆竹管理、生活垃圾管理等),失信惩戒制度的行政权力特征不断强化。三是便捷的信息技术提供了技术支持。大数据、云计算、人工智能等互联网科技的发展,促使行政机关能够及时、有效地获取自然人和法人的失信信息,从而精准定位失信主体并增强惩戒措施的边际威慑力。实践表明,作为一种社会治理的创新手段,失信联合惩戒措施在确保义务履行、提高行政效能、增强信用意识、维护公共利益等方面发挥了重要作用。较为典型的例子比如,在外务工人员张某因被列入失信黑名单无法乘坐高铁回沙县过端午节,后积极主动还清欠款;^[2]又如,刘某因担心其失信记录影响女儿公务员考试政审,主动缴纳了执行款^[3]。

然而,近年来失信联合惩戒措施的泛化滥用已严重侵入私权领域,其有效性与合法性之间呈现出张力、撕扯乃至冲突的状态。同时,其适用范围不断扩大的态势随时可能会突破基本权利限制的边界并打破行政法治的基本框架,从而在一定程度上面临着合法性危机,这一危机也引发了公法学界的重点关注与积极回应。总体上看,既有研究成果聚焦于社会信用体系的法治化建设这一议题,或从立法论出发直接提出立法建议,^[4]或从整体视角切入理解社会信用体系建设的制度逻辑,^[5]或从制度构造上厘清失信行为标准、^[6]明确备忘录的运作逻辑;^[7]等等。尽管这些激烈的学术讨论从不同侧面触及失信联合惩戒措施的合法性问题,共同表达了对失信联合惩戒权滥用的警惕以及公民基本权利保护的忧虑,但是缺乏对行政活动中最后呈现法律效果之惩戒措施(手段)的重点关注,尤其是没有对其合法性基础进行深入系统且逻辑严密的学理论证。不容置疑,失信联合惩戒措施的设定与实施不能仅仅考量有效性指向,还应追求以保障个人权利为主的合法性基础。对此,全国人大常委会法工委在关于2018年备案审查工作情况的报告中明确指出了这个问题;^[8]《国务院办公厅关于进一步完善失信约束制度构建诚信建设长效机制的指导意

• 165 •

[2] 参见《福建沙县:无法购票回家过端午 被执行人主动还款》,载 <https://www.chinacourt.org/index.php/article/detail/2020/06/id/5313881.shtml>,最后访问时间:2020年6月26日。

[3] 参见周凌如:《担心女儿政审,老赖秒交执行款》,载《潇湘晨报》2018年6月11日,第A05版。

[4] 参见刘松山:《失信惩戒立法的三大问题》,载 <http://www.aisixiang.com/data/119102.html>,最后访问时间:2020年6月26日。

[5] 参见戴昕:《理解社会信用体系建设的整体视角——法治分散、德治集中与规制强化》,载《中外法学》2019年第6期。

[6] 参见杨丹:《联合惩戒机制下失信行为的认定》,载《四川师范大学学报》(社会科学版)2020年第3期。

[7] 参见吴增琳、刘恒:《信用联合奖惩合作备忘录:运作逻辑、法律性质与法治化进路》,载《河南社会科学》2020年第3期。

[8] 全国人大常委会法制工作委员会主任沈春耀指出:“有关方面通过出台规范性文件,建立信用惩戒制度,推动社会信用体系建设;同时也引发了一些滥用信用惩戒侵犯公民隐私权和其他合法权益的担忧……针对这些情况,我们加强对有关规范性文件的审查研究,跟踪了解有关立法动态,防止出现侵犯公民合法权益的情况,防止出现超越立法权限和违背上位法规定的情形。”(朱宁宇:《收到公民组织审查建议来信来函1229件》,载《法制日报》2018年12月26日,第02版。)亦有学者指出当下的社会信用体系建设存在致命的合法性问题。(参见沈岩:《社会信用体系建设的法治之道》,载《中国法学》2019年第5期。)

见》（国办发〔2020〕49号）也强调“合理把握失信惩戒措施，坚决防止不当使用甚至滥用”。基于此，为了深刻认识与科学评估失信联合惩戒措施对法治中国建设所造成的影响，本文将依循“实践考察—学理定位—制度检讨—制度完善”的逻辑思路，先从宏观上描摹我国失信联合惩戒措施的实践特征，尔后基于既有行政法学的概念体系分析该措施的法律属性，同时根据公法原理探讨失信联合惩戒措施的合法性，并回归法治国家立场，提出如何对该措施进行合法性控制，从而保障失信联合惩戒措施实施的有效性和合法性。

二、理论基础：失信联合惩戒措施的特征与性质

就失信联合惩戒措施这一研究对象的概念内涵而言，本文将其限定在以下三个方面：其一，本文将围绕针对相对人具有侵益性的惩戒措施展开合法性分析，不包括受益性的守信激励措施。其二，本文所讨论的是由政府主导（非市场自发形成的）实施的惩戒措施，^{〔9〕}不包括司法机关。就实施主体而言，表现为行政主体与社会主体的联合，不仅包括行政机关及被授权的组织，还包括部分履行公法义务的私人主体；^{〔10〕}不仅是同一地区不同行政主体之间的分工合作，还是跨地区、跨部门之间行政机关的执法联动。其三，本文聚焦于行政机关或授权行政主体针对行政相对人所实施的具体惩戒措施，不是分析整个社会信用制度，但包括公布黑名单行为。这是因为黑名单事实上已经具备了惩戒性质，^{〔11〕}所以可将其视为一种惩戒措施。

（一）失信联合惩戒措施的实施特征

本文通过梳理19部^{〔12〕}关于社会信用的省级地方性法规，将失信联合惩戒措施不周延地分为四类，并总结出各类措施包含的具体内容和所涉及的基本权利。（见表1）需说明的是，表1仅列举了现行法律规范中具有代表性的几种失信联合惩戒措施，并不全面，可能有所遗漏，且惩戒措

〔9〕 有学者根据党和国家的信用政策，将我国失信惩戒措施分为市场性惩戒、行业性惩戒、社会性惩戒、行政性惩戒和司法性惩戒5个层面。（参见王伟：《失信惩戒的类型化规制研究——兼论社会信用法的规则设计》，载《中州学刊》2019年第5期。）本文主要探讨中央与地方之间、横向部门之间、政府与私人部门之间行政性惩戒的合法性问题，也就是行政权力介入社会信用体系中的部分，而不讨论社会自治、商业交易过程中所形成的信用制度。

〔10〕 例如，国家信息中心与滴滴出行签署《信用信息共享合作协议》，旨在推动各类信用信息共享共用，严厉惩戒失信行为，扩大联合奖惩应用效果。（参见《国家信息中心与滴滴出行签署信用信息共享协议并举办“信易行”项目启动仪式》，载 <http://www.sic.gov.cn/news/87/8869.htm>，最后访问时间：2021年1月17日。）又如，国家发改委与阿里巴巴集团签署《关于推进商务领域诚信体系建设合作备忘录》，双方围绕信用信息数据共享、守信联合奖励与失信联合惩戒等方面加强合作。（参见《国家发改委与阿里巴巴共建商务领域诚信体系建设》，载 http://www.ce.cn/xwzx/gnsz/gdxw/201612/02/t20161202_18347172.shtml，最后访问时间：2021年1月17日。）

〔11〕 参见李富莹：《信用惩戒在地方立法制度设计中的应用研究》，载《北京人大》2012年第6期。

〔12〕 截至2021年1月17日，全国共出台了20部关于社会信用的省级地方性法规，其中陕西省出台了《陕西省公共信用信息条例》和《陕西省社会信用条例（草案）》，本文仅选取前者作为分析对象，是故，分析样本数量为19部。这些地方性法规以是否施行作为标准可分为两类。一类是已实施的省级法规，分别是《天津市社会信用条例》《山东省社会信用条例》《河南省社会信用条例》《辽宁省公共信用信息管理条例》《浙江省公共信用信息管理条例》《河北省社会信用信息条例》《上海市社会信用条例》《湖北省社会信用信息管理条例》《陕西省公共信用信息条例》。另一类则是草案或征求意见稿，分别是《陕西省社会信用条例（草案）》《海南省社会信用条例（草案）》《重庆市社会信用条例（草案）》《黑龙江省社会信用条例（征求意见稿）》《内蒙古自治区公共信用信息管理条例（草案）》《江苏省社会信用条例（草案）》《广东省社会信用条例（草案修改征求意见稿）》《青海省公共信用信息条例（送审稿）》《吉林省社会信用条例（草案送审稿）》《贵州省社会信用条例（草案）》《甘肃省公共信用信息条例（送审稿）》。

施所规制的对象是自然人而不包括企业法人。就本表所涉基本权利的种类而言，有些权利（如出行权、个人信息权等）能否作为基本权利在学界也尚未形成通说，但它们至少都属于宪法上未列举的基本权利，可根据《宪法》第 38 条的人格尊严规范，通过宪法解释推导出来。

表 1	失信联合惩戒措施的实践样态	
类型	具体措施的例举	所涉的基本权利
资格限制	1. 限制相关任职资格 2. 限制进入相关行业 3. 限制参加政府采购等市场活动 4. 取消依据信用承诺获取的资格 5. 限制享受财政资金补助	财产权、劳动权、社会保障权、平等权
日常监管	1. 列为重点监管对象，增加检查频次 2. 在行政许可等工作中不适用告知承诺等简化程序 3. 取消已经享受的行政优惠措施 4. 书面警示、约谈告诫 5. 列入重点关注名单 6. 限制出境	平等权、人格尊严、人身自由、隐私权（个人信息权）
剥夺荣誉	1. 撤销相关荣誉称号 2. 在表彰奖励中给予限制 3. 取消参加政府组织的各类表彰奖励资格	人格尊严
限制消费	1. 限制乘坐高级交通工具 2. 限制购买不动产 3. 限制旅游度假	财产权（出行权）

从表 1 可以看出失信联合惩戒措施具有以下特征：第一，从内容上看，失信联合惩戒措施已广泛运用于财政补助、政府采购、市场准入等诸多政府监管领域，呈现出一种泛化趋势。这也说明在执法资源稀缺与监管任务繁重的双面压力下，传统行政执法手段的治理效果愈发显得捉襟见肘，失信联合惩戒措施已在事实上承担着社会管控功能。但仍需深思失信联合惩戒措施是否真的能够做到包治百病，对其过度依赖是否会架空已建立起来的行政管理法律制度，其究竟是对原有监管手段的修正、补充、改造，还是要替代原有监管手段。厘清这一点对于旧有法律制度与作为政府规制手段的信用工具^{〔13〕}之间的衔接设计具有重要现实意义。对此，有学者指出社会信用体系的“信任规则”治理模式正从根本上改变我国法律体系：一方面，“信任规则”通过对失信行为施加额外制裁来增强我国薄弱执法制度的执行效果；另一方面，“信任规则”实际上在很多方面破坏了法治理想，并极有可能取代依法治国的宪法原则。^{〔14〕}从行政活动流程上观察，失信联合惩戒措施的兴起已促使行政决定的作出发生了两点结构性变化：（1）将信用信息嵌入行政行为

〔13〕 参见王瑞雪：《政府规制中的信用工具研究》，载《中国法学》2017 年第 4 期。

〔14〕 See Yu-Jie Chen, Ching-Fu Lin, Han-Wei Liu, “Rule of Trust”: The Power and Perils of China’s Social Credit Mega-project, 32 (1) *Columbia Journal of Asian Law*, 3 (2018).

作出决定之中。行政机关在作出决定之前需要主动核查行政相对人是否存在失信情形，^{〔15〕}并根据相对人的信用状况采取增加检查频次、取消评奖评优或从严审批程序等相应措施。（2）实现失信联合惩戒的自动化决定。行政机关借助联合奖惩监管系统，在办理行政许可、资金安排等管理活动过程中，对失信主体信息进行自动比对、自动警示、自动拦截、自动惩戒。然而，鉴于惩戒措施属于负担行政，可能会对相对人权利造成严重损害，所以应保留人工介入的要求。^{〔16〕}

第二，从效果上看，失信联合惩戒措施涉及公民多项基本权利。概括而言包括：（1）人格尊严。在声誉机制作用下，失信信息公示会不当减损信用主体的人格尊严，使其标签化、污名化，造成类似于罗马法上“人格减等”的法律效果。进言之，无论是侵犯自由权还是社会权的惩戒措施均可能会触及人的尊严这一人权核心内涵，所以说其一般化影响是侵犯人格尊严。从社会结构层面观察，当前我国已从身份社会走向契约社会，但这种基于信用状况而采取分类惩戒措施的制度安排，在一定意义上将公民分为三六九等，重塑了个人身份，可视为从契约关系退回到身份关系。（2）隐私权（个人信息权）。^{〔17〕}失信联合惩戒的逻辑在于让可识别的信息为社会公众知晓并接受社会评判，进而调动私人决策，可这恰恰是损害公民的隐私权，因为其不是去识别化，而是特定化。比如，中国人民银行副行长陈雨露表示：“我们看到很多女孩找男朋友，未来的岳母说你得把人民银行的个人征信报告拿来让我看看。”^{〔18〕}（3）平等权。联合奖惩是依公共信用状况的不同，在履行职责或提供服务过程中对公民予以区别对待，此种区别对待实际上关乎平等权限制的问题。^{〔19〕}当然，针对某一特定失信联合惩戒措施所引发的区别对待是否属于合理差别也不无探讨空间。此外，平等权具体通过政治平等权、经济平等权、文化平等权与社会平等权体现其权利的价值。这就意味着损害平等权时，必然会限制其他基本权利，如限制任职资格会同时损害劳动权和平等权。（4）财产权。行政机关和公共事业组织往往会限制失信主体买房、乘坐高铁飞机等消费行为。在学理上，限制高消费的实质是对财产处分权的限制。^{〔20〕}当然，失信联合惩戒措施还会限制其他基本权利，以上仅是不完全列举。

（二）失信联合惩戒措施的法律属性

目前学界针对失信联合惩戒措施的法律属性争议很大，至今仍未形成通说。根据各学者研究立场和观察角度的不同，可将现有的理论大致归纳为以下四种。（1）行政处罚说。如有学者认为列入“黑名单”的处罚兼有精神罚（上网声誉受损）、财产罚（限贷、限购等）、资格罚（取消许可资格等）和人身罚（禁止出国旅游限制了人身自由）等单一功能或多种功能，其处罚的严厉程度远

〔15〕《国务院关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》（国发〔2016〕33号）明确要求“各级人民政府及其部门应将全国信用信息共享平台信用信息查询使用嵌入审批、监管工作流程中，确保‘应查必查’、‘奖惩到位’”。地方性法规贯彻了这一要求，如《湖北省社会信用信息管理条例》第24条；《厦门经济特区社会信用条例》第14条；《浙江省公共信用信息管理条例》第21条。

〔16〕参见查云飞：《人工智能时代全自动具体行政行为研究》，载《比较法研究》2018年第5期。

〔17〕本文将隐私权视为个人信息权的上位概念，但也有学者认为个人信息这一概念远远超出了隐私权的范畴。（参见王利明：《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》，载《现代法学》2013年第4期。）

〔18〕刘孙恒：《“丈母娘看征信报告”或将成社会常态》，载《春城晚报》2019年3月11日，第A16版。

〔19〕参见沈毅龙：《公共信用立法的合宪性考察与调整》，载《行政法学研究》2019年第1期。

〔20〕参见谭秋桂：《论限制债务人高消费的法理基础及其制度完善》，载《时代法学》2011年第6期。

超过警告和罚款。^[21] (2) 行政强制说。如有学者认为对不履行法定义务失信人,失信联合惩戒是强制其履行义务的措施,在诉讼领域属于司法强制执行,在行政管理领域属于行政强制执行。^[22] (3) 事实行为说。如有学者认为违法信息行政公告的行为目的是追求一种社会效果,而非法律效果,其虽带有信息惩罚的意味,却没有强制约束力,是一种典型的行政事实行为。^[23] (4) 类型化说。如有学者将联合惩戒视为由多重行政行为叠加而成的制度整体,实践中既可能呈现为行政检查、行政指导等行政事实行为,亦可呈现为行政处罚、行政许可、行政合同、行政补贴等行政法律行为。^[24] 学者们对失信联合惩戒措施的法律属性有着不同的认识。但客观地分析,各说各话背后实质隐藏着深层次的内在共识,即上述各种学说都是建构在行政行为这一“阿基米德支点”之上,采用了行政行为形式理论的研究范式。学者们对失信联合惩戒措施的法律定性其实就是抓取惩戒措施的某些特征,如是否产生外部法律效果以及产生何种法律效果,尔后将其比附于型式化行政行为的构成要素,进而将其归入某类行政行为(如行政处罚、行政强制等),以求得“唯一正解”与“标准答案”。

这种试图将惩戒措施纳入已型式化行政行为,以既有行政行为体系来解释惩戒措施法律属性的研究进路固然值得肯定,但也存在明显的缺陷,即无法在真正意义上穷尽惩戒措施的类型。具言之,在行政行为形式理论的指引下,惩戒措施能否妥当安置在行政行为体系之中取决于“行政行为库”的完备程度。但面对多样复杂的行政现实时,行政行为形式理论已“令人无法忍受地与现实严重脱节”^[25]。从实用主义出发,再去纠结失信联合惩戒措施到底属于何种行政行为似乎不具有太多现实意义,原因无外乎两点:其一,由于观察角度的差异,各种针对惩戒措施法律属性的理论论战陷入了自说自话的困境,甚至不是在同一平面上展开对话讨论,难免出现“鸡同鸭讲”的情况。“行政处罚说”主要专注惩戒措施对行政相对人所产生的制裁效果,“行政强制说”重点关注生效法律文书所课予被执行人的义务,“事实行为说”侧重考察行政机关作出惩戒措施是否具有意思表示,“类型化说”则从不同角度进行观察定性,这就导致学界不能形成统一的见解与结论。尽管不同学者共享着行政行为形式理论的思考路径,但如果继续拘泥于行政行为类型化的研究范式,实际上无法对种类繁多的失信联合惩戒措施法律属性作出准确定位,也很难得出一个“放之四海而皆准”的定论。其二,依托型式化行政行为的既有各种学说难以对惩戒措施进行全景式描述。复杂的行政实践使得许多非正式的行为形式很难予以恰当的类型化。^[26] 随着行政主体行使自由裁量权与适应现代社会行政管理需要的双轮驱动,产生了诸多未型式化行政行为。尤其是在惩戒措施适用范围日益泛化的背景下,量大面广的惩戒措施在现有行政行为理论体系中是无法完全被“正名”的,难免发生挂一漏万的情形。

为解决以上两方面问题,笔者将失信联合惩戒措施界定为一种复合行政行为,其不是单一的

[21] 参见胡建森:《行政诉讼法学》,法律出版社2019年版,第157页。

[22] 参见徐继敏:《明确黑名单性质功能避免泛化滥用》,载《法制日报》2019年12月11日,第5版。

[23] 参见禹竹蕊:《权利保障视野下的违法信息行政公告研究》,知识产权出版社2017年版,第67-68页。

[24] 参见沈毅龙:《论失信的行政联合惩戒及其法律控制》,载《法学家》2019年第4期。

[25] 赵宏:《法治国下的目的性创设:德国行政行为理论与制度》,法律出版社2012年版,第452页。

[26] 参见朱新力、唐明良:《行政法基础理论改革的基本图谱:“合法性”与“最佳性”二维结构的展开路径》,法律出版社2013年版,第89页。

行政行为，而是多种行政行为组合的制度叠加。较之现有“百家争鸣”的理论而言，这种观点另辟蹊径，不再纠缠于惩戒措施多种类型之间的差异，而是基于当前惩戒措施已是一种行政行为的学理共识，^{〔27〕}采用“复合”这样一种标签式的前置描述，凸显惩戒措施法律属性的独特、复杂多样与不确定性，不失为一种理想的解决方案。之所以作出这样的界定是因为：（1）尝试以某一种单一行政行为来界定惩戒措施的性质不具有现实可行性。失信联合惩戒措施在规制行政相对人过程中自身属性浮现出多重面孔，很难从理论上予以精准定性，需要依据具体事实作出个案判断。无论作为裁量因素还是构成要件，其最终要么依附行政处罚等法律行为，要么表现为行政检查等事实行为。纷繁复杂的惩戒措施样态构成了对其定性的最大障碍。所以，在某种程度上可将其视为多种行政行为的集合叠加，是一种具有多种表现形式与多重法律效果的复合行政行为。如此，既固守了传统的行政行为形式理论，又避免了肢解目前尚未型式化的惩戒措施。（2）复合行政行为的定性具有较大的理论包容性，能够统合型式化行政行为与未型式化行政行为。随着行政法调整对象的发展变化，新的行政行为不断出现。既有的行政行为模式必然无法包容某些新型惩戒措施，姑且不论对这些新型惩戒措施予以类型化作业的可行性如何，若一定要将其“对号入座”，势必会扩大现有行政行为模式的内涵外延，以至于产生“削足适履”的不良后果。表1里面种类繁多的惩戒措施已说明其非单一类型的行政行为所能囊括，有学者也指出失信联合惩戒措施的类型有1000多种。^{〔28〕}因此，将其定性为复合行政行为是一种折中妥协的理论表达，既体现了从行政法学框架思考惩戒措施的定位问题，又为新型惩戒措施的开发创设留下了法律空间。

• 170 •

三、症结诊断：失信联合惩戒措施的合法性检讨

作为一种常态化的行政管理方式，失信联合惩戒措施会对公民合法权益产生重大影响，必须具备合法性。尽管其具有赖以存在的社会基础，但仅能说明惩戒措施的必要性与可行性，而不能成为证成其合法性的论据。下文将根据公法原理诊断失信联合惩戒措施的合法性。其中，检讨惩戒措施是否符合依法行政、职权法定两项原则的要求属于形式层面的审查，而检讨其是否违反禁止不当联结、比例原则、平等原则以及生存照顾义务将涉及对其否合理的实质判断。

从研究进路上讲，以失信联合惩戒措施的合法性为研究对象，存在着“群案”定量与“个案”定性两种范式。前者是对现有全部失信联合惩戒措施进行整体性样本分析，在既有法律体系之中寻找这些惩戒措施的合法性依据，从统计学意义上精确得出惩戒措施在多大程度（或比例）上合法或违法。后者则是通过在微观意义上随机选取某一规范、个别事例进行细致深入分析，以达到对惩戒措施合法或违法的总体认识。基于惩戒措施种类繁多的现实考量，本文采取了后一种研究进路，选取法律规范、实践事例作为个案研究素材。这种研究进路不是以偏概全，而是严格

〔27〕 国内主流学说认为行政行为是指行政主体为行使职权而作出的具有行政法意义的法律行为，是一个能涵盖事实行为和法律行为、抽象行为和具体行为，并适应行政法制建设需要的基础性范畴。从这个意义上讲，作为各类行政机关实施行政管理职权而存在的失信联合惩戒措施，应当归属于行政行为的范畴。（参见姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社2019年版，第149页。）

〔28〕 参见王锡铭：《社会信用体系的概念地图及实践展开》，载 <https://mp.weixin.qq.com/s/NSMIwJoFOvm-iueQTEWJQQ>，最后访问时间：2021年1月17日。

秉持“合法”与“违法”的二元区分立场，在形式逻辑上将两者视为并列且对应的不同范畴，遵循“部分违法即违法”的判断思路。就惩戒措施的合法性问题，在合法与违法之外不存在第三种中间状态，“部分违法”“部分合法”因包含违法因素，当然不应归入合法范畴，而应归入违法范畴。

正如“良性违宪”也是违宪一样，就本质而言，部分违法根本上也是违法，同全部违法没有实质差别，两者均不符合法治国家的建设方向。只要认定实践个案中的某一项具体惩戒措施在形式上不存在合法性依据，或者在实质上不具有内容合理性，就能充分说明现实中至少部分惩戒措施是存在一定的违法性，亦即证伪了其在制度整体上具有合法性这一命题。反过来看，如果失信联合惩戒措施在制度整体上具有合法性，那么不会也不应该出现违法的惩戒措施，反例的存在即否定了整个制度的合法性。退一步讲，即便经过全样本实证数据的分析检验，证明违法的惩戒措施只占很小比例，但也不能以此为由否定这些违法惩戒措施的存在，更不能淡化它们对整体法秩序的严重破坏，甚至忽视它们对民主、法治、人权等宪法原则的抵牾。无论在实践中还是理论上，惩戒措施的部分违法现象更值得我们深思与警惕，如果不及时加以纠正，一旦全方位无漏网地实施失信惩戒，失信联合惩戒权的运行完全可能会脱离法治的轨道。

（一）形式合法性检讨

1. 偏离依法行政原则的要求

失信联合惩戒措施作为一种复合行政行为，理应纳入依法行政的规制范围。而依法行政原则具有两大构成要素，其一为法律优先原则，其二为法律保留原则。^{〔29〕}

（1）法律优先原则的拷问

法律优先原则要求一切行政活动均应符合法律的要求，而不得违反现行的法律。^{〔30〕}其中的“法律”是指由全国人大及其常委会通过立法程序制定的法律。法律优先实质上强调的是法律效力高于其他法律规范，维护的是法律权威。据此原则，失信联合惩戒措施的实施依据不得与法律相抵触，惩戒措施的设定权不得与《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》等上位法的规定相冲突。但若根据“行政三法”的框架检视实践中的惩戒措施，则不难发现一些违法之处。

其一，置于行政处罚的框架内，存在扩大处罚种类与形式的情况。例如，《社会团体登记管理条例》第29条规定社会团体在申请登记时弄虚作假的，由登记管理机关予以撤销登记，但《社会组织信用信息管理办法》第17条却规定撤销登记情形被列入严重违法失信名单两年后才可移出，该部门规章在撤销登记的基础上又增设了失信公示这一申诫罚，明显违背了《行政处罚法》关于部门规章的规定权限。其二，置于行政许可的框架内，存在改变许可要件的情况。例如，《郑州市城市管理领域信用信息管理暂行办法》第13条规定“对列为较重失信行为的单位和个人，三个月内不予办理郑州市城市管理领域的各项行政许可事项”，很显然，该办法在原有行政许可条件的基础上增加了3个月这一时间要件，违反了《行政许可法》第17条。其三，置于行政强制的框架内，存在超越设定权限的情况。例如，《门头沟区企业失信行为联合惩戒实施办

〔29〕 参见陈敏：《行政法总论》，新学林出版有限公司2016年版，第156页。

〔30〕 参见王贵松：《论行政法上的法律优位》，载《法学评论》2019年第1期。

法》规定“对有履行能力但拒不履行的严重失信主体实施限制出境”，而限制出境已具有限制公民人身自由的外观，根据《行政强制法》第10条之规定，此类措施应由法律设定，而不能由该办法设定。综上，鉴于当前惩戒措施多数由规范性文件设定，仅有少数为部门规章或地方性法规所创设，这就决定了失信联合惩戒措施很容易逃逸出“行政三法”设定权的分配框架，违反不抵触原则，难以通过法律优先原则的拷问。

（2）法律保留原则的拷问

从法理上讲，部分失信联合惩戒措施涉嫌构成对公民基本权利的限制，而此种限制可能会在一定程度上剥夺公民的基本权利。根据基本权利限制的法律保留，对于基本权利的限制必须由法律来规定，或者说公权力对基本权利的限制行为必须有法律的授权。^{〔31〕} 据此原则，在审查失信联合惩戒措施的合法性时，形式上要求其必须有法律上的根据，不能是规范性文件。凡是限制基本权利的失信联合惩戒措施必须由全国人大及其常委会通过法律作出明文规定，或者在法律授权的情况下才可由行政机关作出规定，如果法律未规定或未授权行政机关时，行政机关不得实施失信联合惩戒措施。回归到实定法层面，《立法法》第8条第5项规定了限制人身自由属于法律保留领域事项。根据举轻以明重之法理，高于人身自由的人格尊严自然也是法律保留。这就意味着，凡涉及减损人格尊严的惩戒措施，必须采用法律的形式，否则就涉嫌违反《立法法》第8条之规定。很显然，在既有法律尚未对惩戒措施予以明定以及全国层面尚未出台统一《社会信用法》的情况下，无论是中央各部门联合签订的备忘录，还是地方人大出台的社会信用条例，都无法为减损人格尊严的惩戒措施提供正当化的法律依据。因此，鉴于相关法律、行政法规的缺位，影响基本权利或减损人格尊严的失信联合惩戒措施很难经受住法律保留原则的拷问。

2. 对职权法定原则的松动

以上是从外部行政法视角考察失信联合惩戒措施的合法性，如果转换视角，将目光投向内部行政关系，可以看到，为了达成“一处失信、处处受限”的联合惩戒目标，行政机关之间开展了多种合作，具体包括签订行政协议、召开联席会议以及成立领导小组。这些行政组织结构虽然能大幅提高行政效率、加强部门之间互动合作以及有效完成联合惩戒的行政任务，但也极可能会背离法治的要求。从实质面上考察，由于其牵涉人财物等行政资源的重新分配以及既定行政权力的再次组合，不免违反职权法定原则的约束。例如，签订的行政协议会“授予”行政机关所不拥有的行政权力，临时召开的联席会议因不具有明确的组织法地位而缺乏法律保障实施机制，成立的领导小组也可能会“创设”某些非法定的工作机构而处于违法状态。

职权法定原则为行政机关的内部行政活动划定了边界，这些行政机关内部的协调组织作为失信联合惩戒权的运行载体，也理应服从该原则的基本要求，在各自职权范围内从事行政活动。根据职权法定原则，行政机关的行政权必须依法授予，任何法外的行政都不具有合法性。该原则包含三层含义：一是行政职权来源于法；二是行政职权受制于法；三是越权无效，并应承担法律责任。^{〔32〕} 作为行政依据的“法”是指“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、国

〔31〕 法律保留原则为现代宪法普遍接受的原则，具体参见张翔：《基本权利的规范建构（增订本）》，法律出版社2017年版，第109页。

〔32〕 参见周佑勇：《行政法基本原则研究》，法律出版社2019年版，第143-147页。

务院部门规章和地方政府规章”三类五种的集合体，^{〔33〕} 不包括行政规范性文件。这表明，行政组织的权限、机构设置、具体任务等是不能由行政机关通过的会议纪要、备忘录、通知等规范性文件加以设定或变更的。相应的，目前以规范性文件的形式宣布召开联席会议、成立领导小组的做法均可能有失妥当。如果只注重职能部门的协调沟通，过分重视失信联合惩戒措施的有效性，却忽视对内部行政行为的监督与约束，不仅会加剧行政组织的混乱，还会违反职权法定原则。

（二）实质合法性检讨

行政法治的关键不是政府行为是否符合形式上的法律，而是政府行为是否符合法律的“正义性”。^{〔34〕} 这就意味着，我们不仅需要关注惩戒措施设定与实施主体的形式合法性问题，更应该注重惩戒措施是否合理的实质正当性问题。为了贯彻实质法治国的意旨以及防止惩戒措施不当扩大、漫无边界，需要引入不当联结禁止原则检验可不可以采取这种惩戒措施，引入比例原则检验所采取的惩戒措施是否达到目的与手段之间最佳平衡，引入平等原则检验惩戒措施的后果是否造成差别待遇，引入生存照顾义务检验公用企业是否尽到公共服务的责任。

1. 违反不当联结禁止原则

不当联结禁止原则要求行政机关追求一定行政目的之同时，须认真考虑对相对人之侵害是否合理妥当。^{〔35〕} 就失信联合惩戒措施的实施而言，它要求行政机关采取的惩戒措施与所欲实现的行政目标之间具有合理、正当的关联，不能根据不相关因素选择行政手段，即不能为了实现 A 目的而采取与之无关的 B、C 手段。倘若所采取的措施与追求的目的不具有事理上关联，惩戒措施即可能构成违法，且行政机关有滥用职权之嫌；反之，若具有事理上关联，则不为该原则所禁止。判断“事理上关联”时必须回头探寻法律对系争措施所设定之要件或规范意旨，若行政机关所联结之事项与系争法规意旨相同或类似，即属具有合理之关联。^{〔36〕} 而合理关联本身也是一个不确定法律概念，需要在个案中依具体情形做出判断。表面上看，这种内在合理关联的判断，是根据社会常识作出认定，但本质上也掺杂了价值判断因素。

其中，较为稳定的判断标准是，行政机关所采取的惩戒措施是否符合特定行政管理领域法律规范的立法目的，如若惩戒措施与该领域立法目的之间没有正当关联性，则这一联结不具有正当性。例如，我们很难在“限制司机购房买车”与避免出租车司机拒载议价的服务管制目的之间找到合理关联，^{〔37〕} 同样的，也很难在“限制担任金融行业公司的高管”与促进公民在婚姻登记领域诚信的目的之间发现合理关联^{〔38〕}。上述两个例子中的联结执法行为确能提高执法效率、降低行政成本以及完成行政任务，并从整体目的上考察也符合公共利益的要求，但根据普通公众的经验与直觉，很难认定这种联结具有本质上的因果联系，毕竟限制购房买车、限制担任高管的目的

〔33〕 参见方润、邢昕：《论权力清单与职权法定的内在逻辑》，载《广西政法管理干部学院学报》2016年第5期。

〔34〕 参见胡建森：《关于中国行政法上的合法性原则的探讨》，载《中国法学》1998年第1期。

〔35〕 参见赵义德：《析论不当联结禁止原则》，载城仲模主编：《行政法之一般法律原则》（一），台湾三民书局1994年版，第223页。

〔36〕 参见周佳育：《行政法基本原则》，台湾三民书局2016年版，第151页。

〔37〕 参见成希：《的哥信用差将致贷款入户难》，载《南方日报》2016年5月5日，第A06版。

〔38〕 《关于对婚姻登记严重失信当事人开展联合惩戒的合作备忘录》（发改财金〔2018〕342号）规定了婚姻登记领域严重失信当事人可能会受到限制招录（聘）为国家公职人员、限制登记为事业单位法定代表人等十四项惩戒措施。

可能是为了实行宏观调控、稳定金融市场，与治理出租车行业乱象、维护婚姻登记秩序的目的并不相同。此外，这种联结的内在合理性也缺乏令人信服的实证数据作为政策支持。简言之，如果根据失信主体在特定领域的行为，无法预测该主体在其他社会生活领域也会同样失信，那么此种联结就是不当的，是行政裁量权的滥用，更是一种“有罪推定”的思维定势。

就不当联结禁止原则与比例原则之间的关系而言，二者虽然都是从实质层面判断失信联合惩戒措施合法性的技术工具，且均着眼于目的与手段之间的关系，但这两个原则还是有着明显的区别，不能混为一谈。实际上，不当联结禁止原则与必要性原则、狭义比例原则是比较容易区分的，必要性原则关注损害最小，狭义比例原则是一种利益衡量（即是否合乎比例），不当联结禁止原则重点考察目的与手段之间应具有实质上的关联。问题在于，不当联结禁止原则与广义比例原则中的妥当性原则极为相似，确实容易混淆。如果将其置于“四阶论”比例原则^{〔39〕}的操作流程中加以定位，可以发现不当联结禁止原则在某种程度上与第二层次的妥当性原则发生了竞合：即从适用合法性审查工具的逻辑顺序来看，若判断目的与手段之间违背了妥当性原则，其自然也无法通过不当联结禁止原则的检验，更无需进入比例原则下个层面的判断；若通过检验的，一般情形下也会满足不当联结禁止原则的要求。但这并不意味着比例原则完全可以替代不当联结禁止原则，不当联结禁止原则没有独立存在的必要，否则的话，比例原则也就成为无所不包的“万能原则”了。换言之，不当联结禁止原则具有自身独特的功能，可以作为独立的行政法原则，其与妥当性原则之间存在细微差别。不当联结禁止原则要求目的与手段之间具有合理关联，是一种质的要求，而妥当性原则更多考虑手段能否实现目的，要求的是成比例的关系，是一种量的判断。前者的审查强度要高于后者，某些情形下的惩戒措施虽能通过妥当性原则的审查，但可能无法通过不当联结禁止原则的检验。

2. 不符合比例原则的要求

立足实质法治的立场，公权力的行使须受到比例原则的约束，失信联合惩戒措施自不例外。新近以来，比例原则已由传统上的三阶论发展为四阶论，因此，下文将依据目的正当性、妥当性、必要性以及狭义比例原则的审查顺序分析惩戒措施的实质合法性。

第一，失信联合惩戒措施的目的难谓正当。如果从立法目的条款考察，可以看到诸如“增强公众诚信意识”“营造诚实守信的社会环境”等目的具有充足的正当性。但若从体系角度考察这些法律规范，则不难发现信用信息已包含行政处罚信息、不履行生效法律文书的执行信息等违法信息，现有的公共信用立法已将失信与违法这两个概念混同。^{〔40〕}立法将一些与信用根本无关的信息纳入公共信用档案，意图实现一般性社会管控以及促进执法、推行政策的目的是不当的。^{〔41〕}因此，当前社会信用立法将违法内容注入“诚信”内涵之中的这种目的难谓正当，其实质上是通

〔39〕 参见刘权：《目的正当性与比例原则的重构》，载《中国法学》2014年第4期。

〔40〕 就失信与违法两者之间的关系而言，学界一直颇有争议。有学者认为偏重于经济领域的信用观有失偏颇，违法行为与社会信用存在关联关系，社会信用可以被界定为信用主体履行法定或者约定义务的客观状态。（参见罗培新：《善治须用良法：社会信用立法论略》，载《法学》2016年第12期；罗培新：《社会信用法：原理·规则·案例》，北京大学出版社2018年版，第56-57页。）也有学者的观点与此相反，认为失信与违法是两个不同概念，前者偏于不诚实、言行不一、违反自己的承诺，后者偏于违反国家制定的规则。（参见前引〔8〕，沈岷文。）

〔41〕 参见前引〔19〕，沈毅龙文。

过失信联合惩戒措施弥补既有法律约束的不足。

第二,失信联合惩戒措施基本达到妥当性。妥当性原则指所采取的措施必须能实现行政目的或至少有助于目的的达成,其以有效性为基本导向。从实施效果上观察,“一处失信、处处受限”的惩戒效果有助于达成建设诚信社会的目标。各类惩戒措施都能或多或少地促进社会信用体系建设,但是也存在部分与失信领域诚信建设无关联的惩戒措施。这些惩戒措施或许符合妥当性原则的要求,但因违反了不当联结禁止原则而不具有实质合法性。

第三,失信联合惩戒措施是否符合必要性仍值得商榷。必要性原则要求行政机关在有多种行政手段可供选择时,选择一种对失信主体基本权利侵害最小的措施。然而,各地所实施的失信联合惩戒措施未必损害最小。首先,如果还可以通过加强原有行政管理措施的执法力度来治理失信问题,就无须实施惩戒措施。其次,不同惩戒措施的规制力度相差较大,如增加检查频次的损害程度就远远小于限制行业准入,但实践中并未依循规制力度由弱到强的次序拾级而上,而是多种惩戒措施相辅而行。最后,不是所有的失信行为都需要多部门联合惩戒,如果单个部门的惩戒措施已能取得治理效果,就无需启动失信联合惩戒。

第四,失信联合惩戒措施是否符合狭义比例原则仍有待讨论。狭义比例原则要求惩戒措施应与失信主体的失信行为相当。但现有惩戒措施已不局限在失信主体的某一失信领域,而是浸入其社会生活的方方面面,甚至影响子女的公务员录用、^{〔42〕}限制失信主体的子女就读高中、^{〔43〕}限制家庭成员领取困难补助,^{〔44〕}这种要求子女等家庭成员承担连带责任的做法已明显具有连坐嫌疑,不仅违反了罪责自负的现代法治精神,突破了行政行为的相对性,还侵犯了子女的受教育权以及家庭成员的社会保障权。以例示之,熊某女儿高考达到某重点特殊院校的录取分数,却因熊某被列为失信被执行人导致女儿入学资格“政审不合格”而落榜。^{〔45〕}从深层次上讲,失信治理连带责任在法理上是存在瑕疵的,会增加失信惩戒制度异化为侵权工具的风险。^{〔46〕}基于此,惩戒措施对失信主体家庭成员的限制是否与所追求之目的成比例还有讨论的余地。

3. 不符合平等原则的要求

根据行政法上平等原则之要求,“相同的,相同对待;不同的,不同对待”^{〔47〕}。为保障人民法律地位上的实质平等,同领域的失信惩戒措施应适用同一标准,而不得有恣意的差别对待,否则即违反平等原则的要求。实践中,各地各部门的惩戒标准不尽相同,这就会导致因同一事由被列入惩戒对象的失信主体在不同地区遭受不同的惩戒措施。具体而言:一方面,不同省份针对同一领域的惩戒标准相差较大。以兵役义务领域为例,天津市相关规定相较于陕西省而言,在惩戒

〔42〕 参见胡斌:《怕影响儿子考公务员,“老赖”主动还款》,载《河南法制报》2018年7月19日,第20版。

〔43〕 参见陈有谋:《家长有失信记录,孩子禁报名》,载《华商报》2018年4月27日,第B2版。

〔44〕 《关于对拒服兵役新兵张欣处理的通报》中的惩戒措施包括“其本人和家庭成员不得纳入困难补助及保障性安居工程保障范围”。(参见《警示!新兵拒服兵役,被部队除名,地方再重罚!》,载http://m.sohu.com/a/283868283_601257,最后访问时间:2021年1月17日。)

〔45〕 参见《岳阳一父亲被列失信被执行人,致其女儿考上重点院校却政审不合格而落榜》,载<https://new.qq.com/omn/20200618/20200618A0REGA00.html>,最后访问时间:2020年6月28日。

〔46〕 参见李声高:《失信治理连带责任的法理质辩与规则适用》,载《法学杂志》2019年第2期。

〔47〕 陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第40页。

对象方面排除了民兵这一主体，并且多了限制交通工具和限制电信服务这两种惩戒措施。^{〔48〕} 另一方面，即使是在同一省份，各地的惩戒措施也不一致。以在江苏省内实施的城市管理领域惩戒为例，扬州市规定对自然人严重失信行为采取缓评相关职称、引导商业银行提高贷款利率等措施，宿迁市则规定对自然人严重失信行为采取不予办理机动车驾驶教练员资格证、限制办理执业登记等措施。^{〔49〕}

各地差别化的惩戒措施既会增加跨地区协同推进联合惩戒的难度，又会降低失信惩戒措施的可接受性。在本质上，其是由地方分散立法的格局所传导决定的。那么，判定惩戒措施是否符合平等原则就转换成作出惩戒措施所依据的法规范是否符合平等原则之要求，即地方规定惩戒措施是否是在具有正当理由前提下的合理、适当之差别对待。答案是否定的。根据法律保留原则，设置何种惩戒措施须由法律统一规定，而不能由地方加以创设。当然，考虑到地区间差异以及地方自主性，各地在实施具体种类的惩戒措施时可以设置差异化的操作标准，但这是制度实际操作层面的问题。类似于刑罚中的盗窃罪，尽管全国范围内统一实施盗窃罪，但有关数额标准认定仍可由各省自主确定。同样的，各领域失信行为的认定标准也应采取全国统一标准，否则就会导致被甲地政府认定成失信行为的却在乙地无须惩戒，与平等原则有所违背。

4. 克减生存照顾义务的疑虑

随着民营化改革的推进，惩戒措施除由行政机关直接实施外，还交由公用事业企业主体加以执行，诸如铁路航空公司、供水供电企业。从法律定位上看，这些企业所提供的服务与应履行的职能都具有公共属性，其要承担许多行政法上的义务。^{〔50〕} 公用事业企业承担着与行政主体相似的给付行政功能，这就决定了其应履行对公民的生存照顾义务，且须提供普遍公共服务以保障公民的生存权和发展权。从实定法上看，《行政许可法》第 67 条第 1 款对此做了明文要求。据此规定，航空公司取得了《公共航空运输企业经营许可证》，铁路公司取得了《铁路运输许可证》，所以它们均需承担提供普遍服务的责任，不能随意拒绝提供这些服务。但在实践中，失信主体被限制乘坐火车、民用航空器，被禁止驶入高速公路，甚至被断水断电、暂停通信服务的现象屡见不鲜。表面上看，尽管公用事业企业与接受公共服务的公民之间是民事法律关系，但本质上讲，这些惩戒措施无疑剥夺了公民在现代社会生活中的行为能力，在一定程度上造成了对生存照顾义务的克减，进而面临着合法性质疑。从私法角度表达，公用企业的生存照顾义务其实就是合同法中的强制缔约义务，因此，克减生存照顾义务的合法性问题就被转化为公用企业能否解除强制缔约义务这一命题。

从法律的角度来看，强制缔约制度中受要约人的强制承诺义务实质上是一种法律上的作为义务，即对相对人的要约非有正当理由不得拒绝承诺。^{〔51〕} 这就意味着公用企业基于其在市场经济

〔48〕 分别参见《关于对全省履行兵役义务领域失信主体实施联合惩戒的合作备忘录》（陕发改财金〔2018〕1185号）、《关于对全市履行兵役义务领域失信人员实施联合惩戒的实施方案》（警动〔2019〕36号）。

〔49〕 分别参见《扬州市城市管理领域失信联合惩戒实施意见》（扬城管〔2019〕44号）；《宿迁市市区城市管理领域失信联合惩戒办法（试行）》（宿信用办〔2016〕30号）。

〔50〕 参见高秦伟：《私人主体的行政法义务？》，载《中国法学》2011年第1期。

〔51〕 参见刁伟民：《航空旅客“黑名单”的法律分析》，载《法学杂志》2012年第7期。

条件下的优越性、垄断性和服务性特征,仅享有有限的缔约自由。以铁路运输为例,承运人(铁路公司)的承诺自由受到限制,无权自主地选择是否做出承诺。^[52]但这种强制缔约义务并不是绝对的,公用企业在具有正当理由的情况下可以拒绝与要约人签订合同。因此,问题的关键就在于认定要约人的失信行为是否构成正当理由。若是,公用企业(受要约人)豁免强制缔约义务就是正当行使权利,惩戒措施即为合法;反之,即为违法,其还可能涉嫌侵犯消费者的合法权益。

四、完善路径:失信联合惩戒措施的合法性控制

基于形式和实质两个层面考察,可以发现失信联合惩戒措施存在合法性不足的问题,因而需对其设定和实施进行合法性控制,遏制政府运用惩戒措施的管制冲动。在设置失信联合惩戒措施的合法性控制机制时,应采用体系性反思的视角,正确评估其对我国既有行政管理法律制度所带来的冲击与变革,然后矫正与完善失范之处,使制度走向公权控制与私权保护的平衡,以促使失信联合惩戒权运作得更为合法、合理。

(一) 对惩戒措施设定的立法控制

根据依法行政原则,失信联合惩戒措施应当由法律和授权行政法规加以设定,而不能通过地方性法规加以创设。然而,大量地方性法规在整个行政管理领域设定了失信惩戒这一新的行政处罚种类。^[53]这种地方先行立法的模式已严重破坏了《立法法》所采取的设定权分配方式,并极大削弱了全国人大及常委会的立法权威。惩戒措施的设定不是地方事务,而须由中央设立全国统一标准,如果完全交由地方决定,则不仅会带来违反平等原则的问题,更不利于解决跨行政区的联合惩戒问题。比如,实施失信联合惩戒措施地区的企业在未实施惩戒地区将会面临不公平竞争的问题。又如,究竟什么失信构成严重失信以及失信到何种程度应予以联合惩戒将会面临标准不一的问题。所以应及时通过制定法律的方式明确失信联合惩戒措施的设定权,这也是做到重大改革于法有据的必然要求。对此,有学者立足中央与地方之间立法权划分的视角,建议《行政处罚法》第8条第7项修改为“法律、法规规定的其他行政处罚”,给地方性法规留出创设处罚的空间,并提出《行政处罚法》应规定符合比例、动态适时调整等基本要求。^[54]但是,这一观点值得商榷。原因在于,社会信用体系建设具有一定的综合性,在《行政处罚法》中明确失信联合惩戒措施的设定权,虽能为地方立法中的惩戒措施提供法律根据,但并不能对社会信用信息的收集共享、失信行为的认定标准以及失信主体的权利救济等问题作出制度安排,尤其是无法规定守信激励措施。因此,保障失信联合惩戒措施的最佳路径是制定一部全国统一的《社会信用法》,对整个社会信用制度法律框架进行全面的顶层设计。尽管全国社会信用立法已被列入立法规划,

[52] 参见张长青、项琰:《铁路旅客黑名单制度的问题分析与破解》,载《北京交通大学学报》(社会科学版)2019年第4期。

[53] 参见李晴:《论地方性法规处罚种类创设权》,载《政治与法律》2019年第5期。

[54] 参见余凌云:《地方立法能力的适度释放——兼论“行政三法”的相关修改》,载《清华法学》2019年第2期。

《社会信用法（草案）》也正在征求各方意见，^{〔55〕}但受制于立法资源有限以及新冠疫情的影响，其立法进程难免受到减缓，预计短期之内难以出台。

《社会信用法》应采用框架立法的模式，准确界定信用、社会信用、失信行为、守信行为等基础概念或范畴，明确社会信用信息收集共享和联合奖惩的原则、组织、程序、救济等法律框架，赋予地方人大或政府因地制宜的设定权限，至于更为细致的规范内容可授权其他单行法律或行政法规予以补充。同时，还要通过立法过程中的专家论证、公众参与等程序提高地方立法的质量。此外，大量惩戒措施还须由中央部门、地方政府及其工作部门印发的规范性文件进行具体化，这就需要借助前置审查制度和备案审查制度纠正越权设定惩戒措施的规范性文件，从而维护国家法制的统一。一方面，通过建立规范性文件前置审查制度，由地方政府法制机构将失信惩戒规范性文件中与上位法相抵触的内容过滤掉，从而在源头上预防违法规范性文件的公布实施。另一方面，通过修改《监督法》第29、30条的规定将备案审查范围扩大至所有规范性文件，同时引入说明理由与适当性审查制度。进一步讲，各级人大常委会要在规范性文件的审议报告中就该规范性文件的合法性做出科学、详细的说明，使合法性审查结论作为审议报告的组成部分；并且，各级人大常委会在进行备案审查时，须对失信联合惩戒措施的种类、幅度进行适当性审查，并就未通过适当性审查的规范性文件，向制定部门提出审查意见。

为了实现从源头上控制惩戒措施的不当创设，可推广构建失信惩戒措施清单这种辅助性方案，对惩戒措施的种类与数量进行固定。根据国办发〔2020〕49号文件的要求，在中央层面，要制定全国失信惩戒措施基础清单，以确保惩戒措施的种类实现全国统一；在地方层面，可在地方性法规的授权范围内，制定适用于本地的失信惩戒措施补充清单，以应对地方纷繁复杂的管理实践。当然，无论是基础清单还是补充清单，都要听取不同主体的利益表达，吸收专家的意见建议，以最大限度地确保清单制定过程的民主性和科学性。同时，惩戒措施清单还应当建立一种动态化调整机制，保持必要的开放性与灵活性，如此方能因应信用管理的现实需要。

（二）对惩戒措施实施的程序控制

行政主体对失信主体实施联合惩戒，涉及对公民基本权利的限制与克减，需要严格遵循正当程序作出。这也是基本权利客观功能面向中程序保障的内在要求，^{〔56〕}如此方能确保惩戒措施的实质合法与可接受性。但是，惩戒措施是一种复合行政行为，其所包含的不同种类惩戒措施对行政相对人权益的减损程度差异较大，所以应建构层级化的正当程序，根据惩戒措施所影响公民基本权利的重要性程度设置阶梯式的程序规范。其中，针对严重影响行政相对人基本权利的惩戒措施应采取较高的行政程序要求，反之，则须适用相对简化的程序规定。

首先，行政主体收集、利用与共享信用信息应获得信用主体的事先授权。这是最低限度的程序要求，因为所有惩戒措施的作出均是以信用信息作为基础。行政主体在采集失信主体信息时，

〔55〕 目前全国社会信用立法位列第三类立法项目。〔参见《十三届全国人大常委会立法规划（共116件）》，载《中国人大》2018年第18期。〕国家发改委副主任连维良指出，国家层面的《社会信用法（草案）》正在征求各地方和相关部门意见。（参见《国家发改委：加快推动信用立法进程》，载 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_10401166，最后访问时间：2021年1月17日。）

〔56〕 参见张翔：《基本权利的双重性质》，载《法学研究》2005年第3期。

应明确告知其信用信息的使用范围、目的与方式,并取得信用主体的同意。即便是为了实现联合惩戒的目的,行政机关之间实施的通报、抄送违法信息等内部共享也需要取得信用主体的授权,遵循知情同意规则,因为信用信息共享可视为一种收集信用信息的方式。也就是说,信息的收集者和持有者未经信息权利人同意,不得实施信息共享行为;^[57]如果未经过信用主体授权而共享信用信息,就会使被共享行政主体依据信用信息作出惩戒措施的合法性受到质疑。

其次,行政主体作出惩戒措施前应履行充分的告知与说明理由义务。行政主体应当把作出惩戒措施所依据的规则、查明的事实、决定的理由以及有关证据材料以书面形式送达失信主体,同时还要在作出惩戒措施的法律文书中载明救济渠道、救济期限。当然,并非所有惩戒措施均需履行告知义务,对失信主体不产生权利义务影响的措施就无需告知,比如增加检查频次等措施。

再次,行政主体应当保障失信主体的陈述申辩以及听证权利。当然,听取陈述申辩和举办听证也仅限于对失信主体造成实际影响的惩戒措施。各地的社会信用立法有必要制定专门程序规则明确陈述申辩的方式、内容和时间,以及规定失信主体有权就涉及重要权利的惩戒措施申请听证。只有失信主体有效参与到失信联合惩戒措施的实施程序之中,才能保证失信主体的合法权益,提高惩戒措施实施的正当性与可接受性。

最后,行政主体所实施的惩戒措施应设定合理期限和评估机制。一方面,实施惩戒措施必须有相应的期限限制,如果对失信主体一直实施惩戒措施而不解除,就会挫伤其改正自身失信行为的积极性,无助于实现提升诚信意识、预防违法行为的监管目标。而是否对相对人予以惩戒则与其是否被列入联合惩戒黑名单相挂钩,因此这就要对黑名单实行动态管理,设计相应程序规则将失信主体及时移出黑名单,进而解除失信联合惩戒措施。另一方面,为了实现行政目标与惩戒措施之间的有效匹配,需要检视行政目标的实现效果并对惩戒措施的必要性、关联性进行及时评估。在惩戒措施设立时和实施后也需要再进行评估,以便进行动态调整,取消那些不具有实质合法性的惩戒措施。

(三) 对联合惩戒对象的权利救济

失信联合惩戒措施对失信主体的权益影响巨大,应建立行之有效的权利救济途径,着重可从以下两个方面展开:一是信用信息的行政救济,二是行政诉讼的司法救济。

其一,健全信用救济制度。在惩戒措施作出之前的信用信息收集利用阶段,若信用主体认为行政机关收集披露的信用信息有错误、遗漏或侵犯个人隐私的,可向有关部门提出异议,要求其更正相关信用信息。而在运用惩戒措施完成预期行政目标后,应允许失信主体按照一定条件、程序撤销自身的失信记录,行政机关应及时更新失信主体的信用状态,并依规定解除惩戒措施。这既是保障失信主体被遗忘权的必然举措,又是重建其社会信用的内在要求。对此,行政机关需根据失信行为的不同情形设定相应的信用修复条件,针对较为严重的失信行为可不予修复信用,但应对失信主体充分说明理由。当然,如果从实际效果上考察,仅仅从数据库中删除特定当事人的失信记录是不能够完全修复其名誉的,这是因为在“互联网+”时代,信用信息会迅速传播流动并被其他不特定的人所使用。在权利救济方面,若行政机关拒绝失信主体的信用修复申请,失信

[57] 参见王利明:《数据共享与个人信息保护》,载《现代法学》2019年第1期。

主体可以通过复议或诉讼进行救济。^{〔58〕}同时，为了防止行政机关在信用修复过程中滥用裁量权，还须明文规定行政机关处理信用修复的期限、方式，加强国家权力机关（如各级人大及其常委会、人民检察院等）和社会媒体对信用修复行为的监督。

其二，发挥行政诉讼功能。实践中许多受到失信联合惩戒的相对人救济无门，不符合司法最终救济的法治国家原则。就具有法律效果的惩戒措施而言，失信主体可像遭受传统行政行为侵害一样提起诉讼，^{〔59〕}法院应将其纳入司法审查范围，并撤销违法的惩戒措施。就不具有法律效果的惩戒措施而言，法院的制约作用就很难实现。比如，作为要件裁量、增加检查频次等惩戒措施。原因在于，这些惩戒措施因属于高度专业性领域而具有判断余地，法院出于对行政机关专业判断的尊重，很难对惩戒决定的作出过程进行实质性审查，否则就会导致司法权僭越行政权的边界，产生司法不当干预行政管理事务的后果，此时也就形成了决策黑箱。但是，针对明显不当的惩戒措施，法院还是要压缩行政机关的裁量空间，并再次审视行政机关的首次判断权。而对于错误信用评价结果所引发的失信联合惩戒措施，法院可基于“违法性继承”的考量对信用评价行为进行审查，因为前阶段的信用评价行为与后阶段的惩戒措施之间在整体上构成了多阶段行政行为。

五、结论：亟待纠偏的失信联合惩戒措施

失信联合惩戒措施是一把“双刃剑”。就行政机关而言，其能够补足原有管制手段的欠缺，提高行政效能，契合有效实现目标和效益最大化原则；^{〔60〕}就行政相对人而言，不当或过度使用失信联合惩戒将会误伤公民及法人的合法权益，瓦解行政法治的基本精神，引发法治大厦的坍塌。从国家治理视角来看，作为一套自上而下推动建构的国家治理策略和社会治理技术，尽管失信联合惩戒措施极大提升了行政效率并有效实现了多元行政任务，但对行政相对人的权利保护仍不容乐观。例如，因父亲失信而被取消录取资格、^{〔61〕}录取后不入学会限制志愿填报数量、^{〔62〕}因体罚学生而进信用黑名单、^{〔63〕}闯红灯将会记入个人信用、^{〔64〕}在公共场所不佩戴口罩属于失信行为，^{〔65〕}……诸多事例表明，失信联合惩戒措施已经全面铺开实施，深度介入社会生活的方方面面，并且出现了异化、脱法的现象。

必须看到，失信联合惩戒措施的合法性基础仍面临着不少质疑和诘问：就形式上的合法性要求而言，部分惩戒措施不具备法律形式，一些内部行政活动在一定程度上悖离了职权法定原则；

〔58〕 参见胡元聪、闫晴：《纳税信用修复制度的理论解析与优化路径》，载《现代法学》2018年第1期。

〔59〕 参见最高人民法院（2017）最高法执复50号执行决定书；最高人民法院（2016）最高法委赔监65号赔偿决定书。

〔60〕 沈岍：《论行政法上的效能原则》，载《清华法学》2019年第4期。

〔61〕 参见《儿子考上知名大学，差点因爸爸的这个行为无法被录取》，载 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_2258456，最后访问时间：2021年1月17日。

〔62〕 参见杜晓：《河南规定考生被录取后不入学会受信用惩戒引关注》，载《法制日报》2018年8月6日，第5版。

〔63〕 参见《山东五莲县“教师体罚进信用黑名单”：官方撤销追加处理决定》，载 <http://society.huanqiu.com/article/2019-07/15210849.html?agt=959>，最后访问时间：2021年1月17日。

〔64〕 参见《南京市文明交通信用管理实施细则》第10条第1款第1项。

〔65〕 参见《关于在疫情防控新型冠状病毒疫情期间信用激励与惩戒的适用规定》（荣信建办〔2020〕1号）。

就实质上的合法性要求而言,部分惩戒措施违反了不当联结禁止原则、比例原则、平等原则以及克减了生存照顾义务。从制度建设角度来看,失信联合惩戒措施亟待纠偏,其设定与实施应在法治框架下运行,并要解决有效性与合法性之间的张力。为防范失信联合惩戒措施脱法的危险,加快社会信用立法势在必行。

Abstract: As a new type of compound administrative act, joint punishment of dishonesty measures are widely used in all areas of social governance, but there is a tension between their effectiveness and legitimacy, and they may limit citizens' basic rights such as personal dignity, privacy, equality, property rights, etc, so legality control is needed. Based on the review of the principle of public law, such as administration by law, legal functions and powers, prohibition of improper connection, proportionality principle, the principle of equality and survival care obligation, it can be found that there is a lack of legitimacy in joint punishment of dishonesty measures in both form and substance. In order to prevent the generalization and abuse of the joint punishment of dishonesty measures, and to ensure its institutional development that it conforms to the construction direction of the rule of law, it is necessary to put it on the track of rule of law from three aspects: legislative setting, implementation procedure, and rights relief.

Key Words: joint punishment of dishonesty measures, compound administrative act, principle of public law, legality control

人体基因科技风险预防之尊严观的反思与重构

石 晶^{*}

内容提要：人体基因科技风险的预防立场取决于相应的价值观念。自由尊严观坚持尊严自主论，强调自尊和自主决定，相应的科技风险预防立场为弱式风险预防。秩序尊严观包括主客二分论、自然中心论、人性中心论，相应的科技风险预防立场为强式风险预防。自由尊严观和秩序尊严观存在论证疏漏和内涵空洞等理论弊端。与之相应的弱式风险预防指向不明，强式风险预防缺乏理性，二者在指引国家公权力预防人体基因科技风险时均会产生实践危害。人体基因科技风险预防的价值应当被重构为包含平等、自由、安全和共同福利四个维度的正义尊严观。正义尊严观涵括的风险预防立场为充分风险预防，充分风险预防较其他预防立场更具有优势。

关键词：人体基因科技风险预防 自由尊严观 秩序尊严观 正义尊严观 充分风险预防

一、问题的提出：人体基因科技风险预防的价值遵循

科技发展影响着人类的生活方式和生活质量，人体基因科技甚至影响了生命形态，由此产生了一系列的技术风险和伦理风险。风险预防原则作为一项法律原则回应科技风险尤为必要。然而，风险预防在理论和实践中存在多种版本，^{〔1〕} 即便其作为一项法律原则也蕴含多种价值理念。风险预防在本质上是一个价值判断和价值选择的过程。不同的价值理念决定了不同的预防立场，国家预防行为的立场选择同样遵循此种认识论规律。价值立场的选择体现了国家对于人体基因科技发展和风险预防的价值偏好，表明了国家意志，进而，国家通过立法等行为体现国家意志。然而，国家的权力并不能够说明什么样的法律是正确的法律，国家权威的正当性无法建立在权力之

^{*} 石晶，东北师范大学政法学院博士后研究人员。

〔1〕 See Richard B. Stewart, Environmental Regulatory Decision Making Under Uncertainty, 20 *Research in Law & Economics*, 74-76 (2002).

上，人性尊严是国家权力伦理的正当性根据，或者说，人性尊严在本质上是法的原则，并且，人性尊严作为宪法的基本原则能够从公民文化中找到依据。^{〔2〕}可见，人性尊严是国家意志的核心关照。人体基因科技风险对人性尊严构成了威胁，这必然要求风险预防将人性尊严作为核心要义。因此，尊严观念是国家预防人体基因科技风险的价值依据和内在理由。这种将风险预防与尊严观念进行本体与价值勾连的观点属于风险预防的尊严内置论。而尊严属于一个诠释性概念，具有可争议性，不同主体对尊严存在不同的解释性观念。^{〔3〕}这意味着无法对风险预防的尊严内置论进行单一解读，需要对不同尊严观及其涵括的不同风险预防强度进行拆分式解读。多向度的尊严观念阐释有助于为人体基因科技风险预防的立场选择提供价值依据。

从学界关于人体基因科技风险预防的研究现状看，法学研究者更多地从风险规制措施的制度层面建构国家预防科技风险的法治路径，^{〔4〕}哲学研究者更倾向于从伦理原则、^{〔5〕}伦理界限^{〔6〕}和“帕累托改善”^{〔7〕}等道德哲学角度分析现代科技的价值选择问题。鲜有学者从尊严内置论的角度阐释风险预防的价值立场。既有研究仅将人性尊严作为风险预防的外在影响因素，并未对风险预防进行充分的价值解读，也未提出明确的风险预防立场。这会导致风险预防原则的价值指引不明确，无法一以贯之地将特定尊严观念落实到国家风险预防的制度构建中。本文将运用法学与哲学交叉研究方法，从风险预防的尊严内置论视角探讨国家预防人体基因科技风险的价值遵循和立场选择问题。本文研究的问题聚焦于，应当选择什么样的尊严观念作为国家预防人体基因科技风险的价值基础。该问题的重要性在于，价值立场的选择决定了风险预防应当达到何种程度。

• 183 •

二、自由尊严观与弱式风险预防

人体基因科技的发展无法脱离自由尊严观。自由尊严观坚持以自尊为核心的人的尊严，且自尊与自主决定密不可分，德沃金主张的伦理个人主义的尊严自主论便属于自由尊严观。自由尊严观对于人体基因科技秉持着全面支持的态度，此种自由伦理观的价值立场对人体基因科技的研究和应用缺乏必要限制。

（一）尊严自主论的自由尊严观

尊严自主论体现为人性尊严两原则：一为客观重要性原则，即任何人的生命一旦开始便应当是成功的而非失败的，生命的潜力应当被实现而不应当被浪费，这对每个人的生命在客观上都同

〔2〕 参见〔德〕瓦尔特·施瓦德勒：《论人的尊严：人格的本源与生命的文化》，贺念译，人民出版社2017年版，中文版导言第3-5页、第149、159页。

〔3〕 参见朱振：《基因编辑必然违背人性尊严吗？》，载《法制与社会发展》2019年第4期。

〔4〕 参见郑戈：《迈向生命宪制——法律如何回应基因编辑技术应用中的风险》，载《法商研究》2019年第2期。

〔5〕 参见陆俏颖：《人类基因编辑与基因本质主义——以CRISPR技术在人类胚胎中的应用为例》，载《自然辩证法通讯》2019年第7期。

〔6〕 参见李建军、王添：《人类胚胎基因编辑研究引发的伦理关注和规制策略》，载《自然辩证法研究》2016年第11期。

〔7〕 参见姚大志：《基因干预：从道德哲学的观点看》，载《法制与社会发展》2019年第4期。

样重要。所谓的“客观”重要性是强调,一个人生命的成功不仅对他自己或他身边的人重要,而且人们都有理由关心其他人的生命,并希望他拥有一个成功的人生。二为自主决定原则,即在承认每个人的生命具有客观重要性的基础上,每个人对自己的生命都具有一个特殊的责任,根据这种具有内在美德的特殊责任,个人有权作出关于什么是成功的人生的基本决定。〔8〕

这两个原则作为伦理命令具有实际效力,均体现出了尊严观的自由向度。第一条原则强调自尊(self-respect),即每个人都应该认真对待自己的生活,承认自己的生活应当是一次成功的表现,而非一次机会的浪费。这里的“自尊”是承认性尊重(recognition respect),是基于人之地位的承认而必须表现出的尊重,体现为生命同等重要的尊严观,是对内在于事物本身超然价值(detached values)自身的尊重,不同于评价性尊重(appraisal respect),并非根据某个人的品质或成就表现出对人的尊重,与存在于特定主体利益之中、涉及效用和公正的派生价值(derivative values)不同。〔9〕第二条原则强调本真性(authenticity),即每个人都有一种特殊的个人责任,确定在自己的生活中什么算是成功,以及通过自己认同的前后一贯的叙述创造这种生活的个人责任。〔10〕自尊和本真性构成自由尊严观的双重向度:自我尊重是尊严的首要方面,每个“自我”均具有承认自身具备尊严的自由,且这种自由具有本真性指向的伦理独立性,在自己和他人的关系中试图作出确立尊严的决定时,这种决定应当由本人自主作出。

自由尊严观为人体基因科技辩护:人体基因科技利于提升自尊,它并不涉及具体人群的利益,而是关系到了以何种方式产生什么样的人这一问题。基于伦理道德反对人体基因科技的理由不能为终止相关研究提供恰当理由。〔11〕人体基因科技的研究会带来诸多医学收益,会使人类后代的生命更长久、更富有才华,并因此取得更大的成就,其本身并没有错。如果扮演上帝意味着努力改善我们人类物种,在漫长的自然发展过程中加入我们有意识的设计,那么,客观重要性原则会认同这种努力,并且,根据自主决定原则,在缺乏确定的证据能够证明危险时,禁止阻碍那些自愿引领改善人类物种的事业、为此付出努力的科学家和医生。〔12〕据此可知,自由尊严观对人体基因科技秉持的价值是:人体基因科技发展符合自由尊严观的自尊原则和本真性原则,公众以道德和伦理信念为根据反对人体基因科技会阻碍科学进步和人类发展。

(二) 自由尊严观涵括的弱式风险预防

在自由尊严观之下,由于每个拥有生命的人都有权作出关于什么是成功生活的基本决定,因此,政府应当让人们自由地为自己作出关于生活成功标准的决定。〔13〕本真性原则所具有的伦理独立性具有明确的自由指向,其伦理意义在于,国家的刑法或者其他形式的国家行为所施加的或者潜在的强制,在保护“好好生活”所要求的个人尊严方面起到作用,但是,珍惜自己尊严的人

〔8〕 See Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2000, pp. 448-449.

〔9〕 参见前引〔8〕, Ronald Dworkin 书,第 428 页。

〔10〕 参见〔美〕罗纳德·德沃金:《刺猬的正义》,周望、许宗立译,中国政法大学出版社 2016 年版,第 224-227 页。

〔11〕 参见前引〔8〕, Ronald Dworkin 书,第 447 页。

〔12〕 参见前引〔8〕, Ronald Dworkin 书,第 451-452 页。

〔13〕 参见前引〔8〕, Ronald Dworkin 书,第 449 页。

必须拒绝基于对社会和政治制裁的恐惧而塑造自己的伦理价值观。^{〔14〕} 与之相应的国家预防立场则体现为弱式风险预防。弱式风险预防指公权力机关不得以缺乏科学确定性为由拒绝采取风险应对措施，其为公权力机关拒绝采取行动排除了缺乏充分的科学确定性这一理由，^{〔15〕} 在实质上仅提出了一个反对采取预防措施的可能理由。^{〔16〕}

弱式风险预防的本身蕴含自由尊严观，秉持着自由的价值立场，其坚持法律保障每个人在主观和客观的各个层面得到最大限度的自由发展状态，^{〔17〕} 这种发展导向每个人所追求的具有客观重要性的成功。自由尊严观推导出来的国家预防立场也有所特指：自尊原则为派生价值提供了理由，主张应当以取得“成本—收益的效用”为根据展开国家预防行为，本真性原则要求伦理独立性，旨在解决超然价值问题，只有个人才能够决定什么是以及如何达至成功的人生，而不应当受到国家行为的威慑而被迫进行伦理选择。基于此，国家对于人体基因科技的干预是极为有限的，在缺乏确定的证据能够证明危险的情况下，禁止对科学家和医生所从事的人体基因科技活动进行干预。基于这种自由尊严观的立场，德沃金主张用“成本—效益”的分析方法解决派生价值的问题，同时强调风险的科学确定性，这指向了国家对人体基因科技的弱式风险预防。

从风险预防的尊严内置论看，自由尊严观与弱式风险预防的内在关联在于：第一，从衡量方法看，弱式风险预防排除了缺乏确定性的损害证据作为拒绝监管的理由，通常运用成本效益分析方法对风险决策进行考虑。^{〔18〕} 自由尊严观基于派生价值同样对人体基因科技作出评价，要求衡量一部分群体的收益和另一部分群体的损失，以及成本和效益存在的公平性问题。^{〔19〕} 二者均遵循本益衡量的方法论。第二，从证明机制上看，弱式风险预防强调国家不得以缺乏风险的科学确定性为理由拒绝采取风险预防行动；自由尊严观主张，只有存在明确证据足以证明危险的存在，才可以对科学家和医生的行为予以限制。且客观重要性原则强调，国家应基于超然价值对人体基因科技进行评价，并建立相应的制度和政策。^{〔20〕} 可见，二者均为国家采取预防措施提供正当性或合法基础，虽然并未涉及采取何种干预手段，对预防手段类型的证明要求较低，但是对采取预防措施提出了“危险存在”的证明要求。

（三）自由尊严观与弱式风险预防的弊端

自由尊严观本身存在难以克服的逻辑悖论。尽管自由是人拥有尊严的最终秘密，是最直接明了的、不可再还原的规范性道德起点，^{〔21〕} 也是任何主体不可或缺的利益和法律必须保障的价值，

〔14〕 参见前引〔10〕，罗纳德·德沃金书，第234页。

〔15〕 See Cass R. Sunstein, *Beyond the Precautionary Principle*, 151 *University of Pennsylvania Law Review*, 1013 (2003).

〔16〕 See Julian J. Koplin, Christopher Gyngell, Julian Savulescu, *Germline Gene Editing and the Precautionary Principle*, 34 *Bioethics*, 51 (2019).

〔17〕 参见卓泽渊：《法的价值论》，法律出版社2006年版，第463页。

〔18〕 参见前引〔15〕，Cass R. Sunstein文，第1007页。

〔19〕 参见前引〔8〕，Ronald Dworkin书，第428页。

〔20〕 参见前引〔8〕，Ronald Dworkin书，第429页。

〔21〕 参见前引〔2〕，瓦尔特·施瓦德勒书，译者导言第22页。

但是, 纯粹的实践理性和理性法则的反思会将我们带入一个无条件的价值理念, 自由并非毫无限度, 特定主体无限制的自由必然会影响其他主体的自由。自由尊严观在客观重要性方面强调的“成功标准”会威胁本真性原则下的自主决定, 使“自主”背离其本质而成为“他主”, 由此产生了自由尊严观反而会危害自由的逻辑悖论。

自由尊严观涵括的弱式风险预防同样存在理论弊端。弱式风险预防被视为微不足道, 如果预防原则仅声称完全的确定性不是采取预防措施的先决条件, 那么, 它实质上没有明确的预防指向, 因为这是每一个理性决策制定者都已然接受的。^[22] 桑斯坦认为, 预防是规制风险的一种粗糙的、有时是反常的方式, 可以通过其他更好的途径实现这些目标, 弱式风险预防原则是没有用处的, 它“不会把人引入任何方向”, 只会因为可识别的认知机制而给人一种(虚假的)可行的假象, 这种认知机制导致人们的视野狭窄。^[23] 其他学者同样认为, 弱式风险预防“弱得无益”, 难以为决策提供任何方向上的指导, 表现得微不足道, 其只是拒绝了决策者在采取预防措施之前完全确定威胁存在的要求, 事实上, 它没有规定任何具体方法来衡量现代科技可能的成本和效益, 其适用范围非常狭窄。^[24]

自由尊严观及其涵括的弱式风险预防不仅存在理论弊端, 在国家预防人体基因科技风险的实践中同样会产生危害。如果国家秉持自由尊严观并遵循弱式风险预防, 则会导致国家对于任何存在危害预期的人体基因科技风险均保持谨小慎微的态度, 国家的立法权和行政权均无法对公民的科研自由、行为自由进行事前干预, 国家对具有自由属性的公民行动进行限制会被视为违反过度禁止原则的公权力肆意。国家预防行为在立法上缺乏基于风险理由限制私主体自由的明确法律规范, 由此导致缺乏对科技风险进行事前预防的风险行政机制, 国家对具有科学不确定性的人体基因科技风险保持相对消极的态度, 无法及时精准定位科技风险并采取积极的风险规制措施。其实践危害为, 一旦国家对自由保障的程度过重, 则会影响与自由价值相对应的秩序价值的实现, 也会反过来危害自由本身。国家预防科技风险时的公权力行使因保障公民自由而止步不前, 则无法对社会秩序进行有效维持, 缺乏必要限度的自由尊严观和弱式风险预防会导致无序状态。此外, 自由尊严观支持自由主义优生学, 对于任何类型的人体基因科技研究与应用均缺乏必要限制, 其涵括的弱式风险预防难以发挥规制风险的理论效用。

三、秩序尊严观与强式风险预防

相较于自由尊严观, 面对人体基因科技存在更为保守的人性尊严观, 这种尊严观蕴含着秩序的价值内核, 诉诸秩序的内在价值, 存在着对确定性、可预见性的价值诉求, 因此被称为秩序尊严观。

[22] See Daniel Steel, *Philosophy and the Precautionary Principle: Science, Evidence, and Environmental Policy*, Cambridge University Press, 2015, p. 17.

[23] 参见前引[15], Cass R. Sunstein 文, 第 1008-1011 页。

[24] 参见前引[16], Julian J. Koplin、Christopher Gyngell、Julian Savulescu 文, 第 51-52 页。

（一）秩序尊严观的三种形态

1. 主客二分论的秩序尊严观

欧盟对人体基因科技秉持主客二分论的秩序尊严观。1997年欧盟《〈人权和生物医学公约〉关于禁止克隆人类的附加议定书草案》规定：克隆使人类选择性繁殖成为可能，将人类视为储存零件的仓库，使人类工具化，把人从主体变成客体，违背了人本身的目的性存在，故侵犯了人的尊严。^{〔25〕}1998年《欧盟议会关于克隆人的决议》要求成员国颁布立法，对克隆人实行具有法律约束力的禁令。^{〔26〕}相较于克隆技术，欧盟对人体基因科技采取了相对宽容的态度，但依然强调人作为目的的绝对地位。1997年欧盟《人权和生物医学公约》规定：“必须认识到确保人类尊严的重要性和滥用生物科技可能危害人的尊严的行为”，“修改人类基因的干预只能用于防治疾病目的，且不得对后代的基因进行任何修改。”^{〔27〕}尽管如此，由于改造胚胎被视为对人的亵渎，胚胎与人类一样，具有全部的道德地位，^{〔28〕}治疗型的人体基因科技同样备受诟病。

欧盟坚持康德的主客二分论的尊严内涵，人与物的绝对分裂思想一直充当着限定人性尊严的原理：在目的的王国中，一切东西要么有一种价格，要么有一种尊严，有价格的东西可被其他等价物取代，与此相反，超越一切价格、不容许有等价物的东西则具有一种尊严。^{〔29〕}而欧盟的尊严立场恰恰在于，人作为目的性存在，不能够被当成客体地位的工具，胚胎同样具有完全的道德地位。这种对目的与手段进行严格区分的价值秩序观，与自由尊严观忽略人类胚胎的道德地位迥异。

2. 自然中心论的秩序尊严观

桑德尔主张的尊严观以自然为核心，体现为自然秩序主导的尊严观，其坚持人体基因科技应用以自然为限度。基因改良最深层次的道德疑虑在于，“对人类地位的理解和提升人类地位的愿望”，但伦理上的自主、平等及技术上的不安全均不足以成为禁止该技术的理由，真正的理由是自然的道德地位，^{〔30〕}即自然存在的生命是自然的馈赠，这种馈赠与生俱来，不能被其他生命操控^{〔31〕}。自然中心论的秩序尊严观并不反对合理的技术应用（如救死扶伤），而反对超越自然界限的滥用（如基因增强制造“比好更好”的完美），其中的“度”即是自然的状态。^{〔32〕}一个以往由自然命运决定的领域不应当成为可以进行人为选择的竞技场。^{〔33〕}

自然中心论的秩序尊严观认为，“技术是对自然所给定的秩序和结构的否定，它可以按照人

〔25〕 See Draft Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings (1997).

〔26〕 See Resolution on Human Cloning, European Parliament (1998).

〔27〕 Convention on Human Rights and Biomedicine (1997).

〔28〕 参见〔美〕弗朗西斯·福山：《我们的后人类未来：生物科技革命的后果》，黄立志译，广西师范大学出版社2017年版，第175页。

〔29〕 参见〔德〕康德：《道德形而上学基础》，李秋零译，中国人民大学出版社2005年版，第443页。

〔30〕 参见〔美〕迈克尔·桑德尔：《反对完美：科技与人性的正义之战》，黄慧慧译，中信出版社2013年版，第10、46页。

〔31〕 参见前引〔30〕，迈克尔·桑德尔书，第119页。

〔32〕 参见前引〔30〕，迈克尔·桑德尔书，导论第X、XIII页。

〔33〕 参见前引〔30〕，迈克尔·桑德尔书，第86页。

类的欲求而‘万能地’改变自然之所是 (the nature as it is), 把自然变成它所不是的那样 (what it is not)”, “对此应设定限制规则, 包含具体的、适合人类生命初始之谜的道德约束”〔34〕。此种秩序尊严观强调尊重自然之道、自然的偶然创造, 人类的改造行为应与自然秩序相吻合, 而自然秩序下的伦理观与物种的自然属性相关联, 且这种自然属性被其置于规范金字塔的顶端, 比“自主权”“公正”和“个人权力”更重要。〔35〕在此观念之下, 人体基因科技应用以自然为限度, 低于生命自然标准的疾病被视为可以运用人体基因科技治疗, 但禁止超越生命自然限度地打造完美状态。

3. 人性中心论的秩序尊严观

哈贝马斯主张的尊严观以人性为中心, 坚持尊严的人性秩序内核, 属于人性中心论的秩序尊严观。他认为, “人的尊严”是在严格的道德和法律意义上的对称关系, 表明了一种“不可侵犯性”〔36〕, 其核心指向了人的内在本质, 即人性。然而, 至今仍然缺乏对人性的明确界定。〔37〕根据人性中心论的秩序尊严观, 物种遗传的优化不能够被看作是增加了个体自主性, 相反, 它会破坏独立生活、彼此尊重的人性规范。〔38〕如果把人的生物基础理解为不可丢弃的人性, 那么, 保护基因遗传的完整性则被视为正当的。而干预人体基因则意味着, 生命体在诞生前受到了支配, “设计生命”的干预行为侵犯了人的存在方式; 设计者以不可撤销的方式改变生命的初始条件, 从内部侵入了另一个人的自主意识, 成为他人生活的共同创造者 (co-author)。〔39〕

这实际上强调, 只有基于偶然事实自然出生的人才能确保其在道德意义上的自主性, 经过基因设计的生命体无法从根本上摆脱其与设计者的从属、控制关系。〔40〕生命的偶发性决定了人类生命道德形态, 〔41〕人性要求出生的偶然性和个人作为生命中的“唯一作者”, “设计生命”的干预行为打破了生命的偶然性和自主性, 被视为对人性的侵犯。对人生命体的根本改造使“自然人”“自然生命”沦为“技术人”“人工生命”, 彻底改变人的本性与结构, 从根本上颠覆了作为道德起点的人性基础。〔42〕故人性中心论的秩序尊严观要求, 在人类的生命发展史上要维护以人性为基础的秩序尊严观, 排除对基因进行的人为干预。

(二) 秩序尊严观涵括的强式风险预防

秩序尊严观强调人的尊严不能违逆人作为绝对目的的秩序、自然的秩序和人性的秩序, 秩序尊严观论者相较于自由尊严观论者而言, 对人体基因科技持有更保守的态度, 其风险偏好更低, 且往往将国家视为维护秩序的积极行动者, 秉持强式风险预防的规制立场。强式风险预防指, 当存在严重威胁他人 (包括后代) 健康或破坏环境的风险时, 即使这种风险存在科学不确定性, 也

〔34〕 前引〔30〕, 迈克尔·桑德尔书, 第119页。

〔35〕 参见前引〔2〕, 瓦尔特·施瓦德勒书, 第79页。

〔36〕 Jürgen Habermas, *The Future of Human Nature*, Polity Press, 2003, pp. 27-29.

〔37〕 参见前引〔28〕, 弗朗西斯·福山书, 第129页。

〔38〕 参见前引〔36〕, Jürgen Habermas书, 第30-33页。

〔39〕 参见前引〔36〕, Jürgen Habermas书, 第53、81页。

〔40〕 参见朱振:《反对完美?——关于人类基因编辑的道德与法律哲学思考》, 载《华东政法大学学报》2018年第1期。

〔41〕 参见前引〔36〕, Jürgen Habermas书, 第75页。

〔42〕 参见樊浩:《基因技术的道德哲学革命》, 载《中国社会科学》2006年第1期。

应当作出防止此类情况发生的决策，除非有足够的证据表明损害不会发生。^{〔43〕}强式的积极预防强调必须采取广泛的预防行动，以完全消除对人类福祉的任何潜在威胁，而不考虑预防行动的成本、威胁可能发生的程度以及威胁造成的危害程度。^{〔44〕}强式风险预防的意涵在于，即使存在着风险不确定性，依然要求国家积极作为，同时并未对举证责任进行限定，国家采取积极预防措施不以能够证明确定损害为前提，也不受制于成本效益分析方法，甚至在面对事关重大的风险的情况下被视为一种不计代价的国家预防行为。^{〔45〕}秩序尊严观相较于自由尊严观更追求稳定和可预期性，这种价值偏好影响了风险预防强度。

主客二分论的秩序尊严观严禁不以诊断或治疗疾病为目的干预人类基因的行为，且主张对任何修改后代基因的行为均予以禁止。^{〔46〕}该尊严观诉诸禁止性命令进行预防。主客二分论蕴含着强式积极预防中的禁止性预防方式，即通过禁止可能造成重大损害的活动来预防风险，除非该活动的支持者表明该活动不存在损害危险。^{〔47〕}禁止性预防是强式风险预防中力度最强硬的规制手段，从根源上杜绝了行为引起风险的任何可能性，因此，禁止性预防也是效果最明显的风险规避方式。主客二分论的秩序尊严观通过禁止的方式排除克隆技术和非治疗型人体基因科技带来的风险，涵括强式风险预防的禁止性预防手段。

自然中心论的秩序尊严观主张以恢复自然状态为限度对人体基因科技进行合理利用。这种秩序尊严观区别于自由尊严观支持的自由主义优生学（市场化的逻辑），而主张对人体基因科技的发展设置自然状态的限度，即对增强型的人体基因科技予以禁止，同时对于人体干细胞的研究设定限制规则，由此保持尊严内涵的自然道德地位。^{〔48〕}自然中心论的秩序尊严观对特定增强型的基因科技同样采取禁止措施，且阐明人体基因科技的限度立场，这实际上与强式风险预防的积极作为禁令方式一脉相承，主张对相关科学研究设置限制规则，且并不要求国家对采取积极预防措施进行举证。

人性中心论的秩序尊严观要求对与生命体相关科技活动采取谨慎、适度的措施，通过道德共同体所创造的法律，用权利和义务对相关事项予以规范。^{〔49〕}可见，该秩序尊严观并非通过禁止这种效力最强的措施进行绝对限制，而是通过立法规制相关科技活动。在这个意义上，人性中心论的秩序尊严观对风险预防的态度并非像其他秩序尊严观一样诉诸最强意义的禁止性风险预防，而是通过法律配置权利义务的方式要求道德共同体制定法律。而所立之法需要尊重以偶然事实为基础、具有道德意义上的自主性的人性，确保个人作为自己生命“唯一作者”。这种主张国家通过制定法律的积极作为方式应对人体基因科技风险的观点契合强式风险预防所要求的国家积极作为面向，且这种积极预防措施相较于禁止而言更具开放性，能够为不同类型的人体基因科技提供

〔43〕 参见前引〔15〕，Cass R. Sunstein 文，第 1013 页。

〔44〕 参见前引〔16〕，Julian J. Koplin、Christopher Gyngell、Julian Savulescu 文，第 51 页。

〔45〕 参见前引〔15〕，Cass R. Sunstein 文，第 1013、1017-1018 页。

〔46〕 参见前引〔27〕。

〔47〕 参见前引〔1〕，Richard B. Stewart 文，第 76 页。

〔48〕 参见前引〔30〕，迈克尔·桑德尔书，第 119 页。

〔49〕 参见前引〔36〕，Jürgen Habermas 书，第 33 页。

多样化的风险预防空间。

（三）秩序尊严观与强式风险预防的弊端

秩序尊严观存在内涵空洞的理论弊端，且对自由价值构成排他性限制。尽管康德将自由视为原初规范的道德起点，但他却用尊严主体目的论对人性尊严进行了绝对的主客二分。主客二分论的秩序尊严观即是将康德诉诸主体性的人性尊严观予以落实的体现。虽然主客二分论观点鲜明，但却论证无力，以空洞的价值观回避对真正问题的论证，即主客二分论既未界定“尊严”或“尊重”的明确内涵，也未阐明尊严的理论基础，仅将尊严当作一个不可再简化的绝对价值，欧洲议会的议员们受到了多个人权公约和保护人性尊严基本原则的影响，实际上遵循了价值观至上的立场。^{〔50〕} 自然中心论和人性中心论的秩序尊严观都注重机遇（chance）的偶发性，二者能够为国家对不同类型的人体基因科技采取不同预防手段提供理由，但并未彻底解决胚胎的道德地位，并未阐明生物人与位格人的同一性。^{〔51〕} 与此同时，秩序尊严观将主体目的、人性、自然的价值秩序予以最大化保留，具有限制自由的倾向。

强式风险预防的理论弊端在于欠缺理性。强式风险预防断言，任何具有不可忽略的损害风险的活动都是不允许的，通常会以禁止命令方式进行风险预防，而此类禁令措施本身会带来不利后果。^{〔52〕} 强式风险预防最严重的问题在于，它没有提供指导，而是禁止了所有的行动，包括不作为。由于风险存在于社会状况的各个方面，而管制行为也会因产生替代风险而违反预防原则。这意味着，任何普遍预防的努力都将使运转瘫痪，政府在风险广泛存在且不确定的情况下采取严格的监管措施，将在事实上赋予政府和国家决定权以及采取监管行动的广泛事由，为政府过度限制公民基本权利提供正当理由。^{〔53〕} 此外，强式风险预防的非理性表现为不计成本地进行预防。预防的成本高昂不仅是消除了“机会利益”或增加了替代风险，而且会造成巨大损失，使得预防措施难以实施。由于预防措施的成本支出本身就带有风险，故不应当对任何可能致害的风险都花费大量资金来进行预防。^{〔54〕}

秩序尊严观涵括的强式风险预防不仅存在理论弊端，也会产生实践危害。国家权力秉持秩序尊严观意味着，国家权力的行使遵循着绝对主体性、自然与人性的抽象秩序价值，这些价值决定了国家预防人体基因科技风险的立场遵循如下逻辑：除非有证据表明人体基因科技风险造成的损害不会发生，否则国家机关应当积极采取行动预防该科技风险。此时国家机关基于保障秩序尊严观下的抽象公共利益，不再以私主体的自由作为行使公权力的界限。这便为国家公权力介入公民基本权利提供了正当化的理由，且介入程度并不存在明显的限度，国家预防行为在缺乏明确限度的情况下会过度限制公民基本权利。此外，国家预防人体基因科技风险主要诉诸禁止的手段，导致了秩序的维持将以牺牲公民普遍的行动自由为代价，对科技风险的过度规制会阻碍科技发展，

〔50〕 参见前引〔40〕，朱振文。

〔51〕 See John Finnis, *Intention and Identity (Collected Essays: Volume II)*, Oxford University Press, 2011, pp. 277 - 301.

〔52〕 参见前引〔22〕，Daniel Steel 文，第 17 页。

〔53〕 参见陈景辉：《捍卫预防原则：科技风险的法律姿态》，载《华东政法大学学报》2018 年第 1 期。

〔54〕 参见前引〔15〕，Cass R. Sunstein 文，第 1020 - 1028 页。

进而影响人体基因科技进步带来的福利。

四、人体基因科技风险预防的价值选择

当前关于生物科技的论辩已经极化为两大阵营：一大阵营为坚持自由至上者，其主张不对新技术发展施加限制，要求去除管制的自由市场，且能够从被松绑的技术进步中获利；另一大阵营为对生物技术有道德担忧的异质性群体，包括宗教信徒和新技术的反对者、担忧优生学卷土重来的人士。这两种极化状态下的观点，不论是主张对生物技术的发展完全放任自流抑或进行大范围禁止，都具有误导性。^{〔55〕} 自由尊严观和秩序尊严观反映了这两大阵营的价值观取向。而不同的价值取向所对应的风险偏好和风险预防强度不同，只有承认尊严观与情感或知觉紧密相连，才能真正连接“实然”与“应然”，^{〔56〕} 才能在特定的尊严观指导下明确国家预防人体基因科技风险的立场和强度。接下来要解决的问题是，我们应秉持何种尊严观应对人体基因科技风险。可以根据既有尊严观建构人体基因科技风险预防的价值依据。

（一）正义尊严观的证成

自由尊严观和秩序尊严观具有逻辑悖论、过于绝对、内涵空洞、论证疏漏等特点，不仅存在理论弊端，而且会导致实践危害，不足以成为人体基因科技风险预防的价值基础。人体基因科技风险预防的价值遵循需要吸收上述不同尊严观的合理内核。

由于每个人的生命具有同等的客观重要性，因此，应当将每个公民的生命视为具有平等的重要性。与此同时，每个人都应当受到尊重具有正当性，而不论其遗传特征如何，都不能因个人的遗传特征使人的尊严受到贬低，应当同样尊重个体的独特性和多样性。^{〔57〕} 客观重要性能够推导出平等价值。其中，尊严之平等从消极层面而言是指，所有个体的人格都拥有不可侵犯的尊严，一种不可剥夺且须受法律保护的权利；从积极层面而言是指，每个单独的个体基于道德法则所体现出来的德性并不相同，从而配享的尊严并不完全相同，前者指法权，后者指德性。^{〔58〕} 基于此，客观重要性原则中的平等应作为重构的尊严观的内核之一。

从整体的自由尊严观看，其提供的重要价值内核为自由。一方面，客观重要性原则要求每个生命都应遵循成功标准，人体基因科技的发展在实践层面体现为技术福利，这种福利作用于通过基因治疗提升生命质量。这种福利也提升了尊严，是实现客观重要性的重要手段。而该技术发展在价值层面取决于科研自由，因此，自由及其实践指向的福利应作为重要因素被提取。且基于平等的福利表达为共同福利。另一方面，本真性原则强调的自主决定从生命个体层面体现了尊严内涵。自由尊严观通过本真性建构尊严的内涵，由此最大程度地排斥公权力主体对个人自主决定的领域进行干预。若放任客观重要性之下的自由，则会对生命自主决定产生影响，从而减损生命个体的

〔55〕 参见前引〔28〕，弗朗西斯·福山书，第182-183页。

〔56〕 参见前引〔28〕，弗朗西斯·福山书，第117页。

〔57〕 See Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights (1998).

〔58〕 参见前引〔2〕，瓦尔特·施瓦德勒书，译者导言第19页。

人性尊严。因此,自由不能成为没有边界的价值遵循,应当为自由尊严观之下的自由价值划定界限。

秩序尊严观不失为限定自由价值的有效手段。将人作为目的、坚守人性和自然无疑为限定自由价值提供了有益的参考,但是目的、人性和自然本身过于绝对和抽象,甚至这种秩序尊严观仅为对生物技术有道德担忧的异质性群体所持有。尽管未受到人体基因科技干预的生命状态符合人性、自然和人是目的的抽象秩序观念,但是对于被疾病所困扰的生命体而言,尊严的价值极为有限。因此,从秩序尊严观中提取的价值要素不仅构成自由的限度,也要弥补秩序价值观本身的缺陷。从秩序尊严观的内涵构成看,秩序存在安全性和可预见性两方面的诉求,其中,安全性是可预见性诉求的目的,可预见性是安全性诉求的手段。^[59] 此种安全观能够弥补秩序尊严观仅关注价值秩序的抽象缺陷,安全价值要求对技术风险采取预防措施,安全是人体基因科技得以应用的前提,也是科技应用的标尺,超越安全限度被视为违反人性和自然,由此克服秩序尊严观过于绝对的缺陷。与此同时,安全是风险预防的目的,风险预防受到国家履行安全保障义务的指引。^[60] 鉴于上述理由,安全应当作为风险预防尊严内置论的核心价值之一。

上述论证初步证成了重构的尊严观应当包含四个维度,即平等、自由、安全和共同福利。任何一个维度都并非绝对的,而需要以其他价值作为限度。在法学领域,与平等、自由、安全和共同福利产生直接价值关联的乃是正义,法律被视为正义的综合体。^[61] 在伦理学领域,正义被视为“应然之理”,包含“自然之理”和“人性之理”。^[62] 因此,蕴含着多重维度的尊严观可被概括为正义尊严观。

(二) 正义尊严观涵括的充分风险预防

与自由尊严观和秩序尊严观均不相同,正义尊严观指向了包含价值界限的四重价值维度,其所涵括的风险预防强度也不同于前两种尊严观所涵括的弱式风险预防和强式风险预防。学界通过吸收二者的合理性对风险预防原则予以发展和改造,提出了充分风险预防作为对强式和弱式风险预防的弥补。充分风险预防涵括于正义尊严观,并可以通过正义尊严观在既有充分预防原则版本的基础上,对其进行内涵填充,进而将其作为人体基因科技风险预防的价值依据。

充分预防原则(sufficientarian precautionary principle, SPP)建议对实现或维持“足够水平”福祉的威胁采取预防措施。然而,就像其他版本的预防原则一样,面临特定类型的风险时,充分风险预防要求偏离标准的成本效益分析,这被视为积极预防的决定性特征。就人体基因科技而言,如果健康安全具有内在价值,则不应仅根据最高预期效用作出可能影响公共健康的决策,还应当避免对健康安全造成重大威胁。这种权重安全性的目的是降低可能远远大于潜在效益的损失风险。充分风险预防在很大程度上体现了这种安全的重要性,它特别重视避免可能导致个体降

[59] 参见于文轩:《生物安全立法研究》,清华大学出版社2009年版,第108页。

[60] 参见王贵松:《论法治国家的安全观》,载《清华法学》2021年第2期。

[61] 参见〔美〕E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第298-339页。

[62] 参见李德顺:《中西“正义”理念之异同》,载《北京日报》2020年6月29日,第010版。

至某种极端福利水平以下的威胁。^{〔63〕}

正义尊严观中的自由、平等、安全和共同福利与充分风险预防的内在关联体现为：充分风险预防关注的健康安全观与正义尊严观的安全面向具有内在一致性，旨在对威胁人生命健康的技术风险进行预防。同时，这种安全阈值并不以最高预期为标准，而强调需要考虑在整体福利水平以下的特定个体的健康安全。这便是对原本处于健康弱势状态的个体的重视，在充分水平的限度内给予这些个体以足够尊重，体现了正义尊严观的平等价值。此外，充分风险预防能够矫正自由尊严观：自由价值仅为人体基因科学研究提供了一个理由，这些研究旨在保持基因健康，增强人类物种的长期生存能力，却忽略了风险存在，过度促进健康而超过充分的程度。充分预防原则对风险有更充分的关注，力图避免换取短期利益的情形，将后代面临不平衡的长期损害风险降至最低。^{〔64〕}充分风险预防对弱式风险预防的无力和强式风险预防的严苛进行了弥补，同时吸收这两种风险预防的合理性。通常而言，尽管弱式风险预防在某些情况下可能实用，但其对人体基因科技政策的辩论几乎没有作用；强式风险预防更为相关，存在采取积极行为进行风险预防的指向，充分风险预防吸收了其积极指向，特别重视避免在认知上被低估、理解不足的威胁、对实现充分福利水平的威胁以及对健康安全的威胁。虽然很难从多个版本的必要预防措施中获得任何直接的政策建议，但充分风险预防体现的正义尊严观仍具有合理性。^{〔65〕}这便是充分风险预防在不忽略风险的同时，意识到人体基因科技创造共同福利的一面，这同时也是对自由的尊重，且是通过吸收弱式风险预防将自由限定在平等和安全的限度内。

（三）充分风险预防的优势

首先，充分风险预防能够为风险预防提供相对明确的方向指引，增强可行性。通常而言，在具体应用场景之下，风险预防原则包含两个要素：第一，风险损害后果的严重性，该原则适用于对环境或人类健康产生潜在不利影响并可能造成严重后果的情况；第二，即使没有“完整的”科学证据，存在科学争论或知识分歧，政府也应该采取行动。^{〔66〕}在人体基因科技领域，充分风险预防旨在预防生命健康、人的主体地位、社会秩序等方面的潜在威胁，风险预防的指向性被该领域的风险特征和风险类型所限定。存在科学争议、知识分歧等不确定性因素的情况下，国家是否以及如何采取预防措施取决于正义尊严观的四重指向，这弥补了弱式风险预防“不会把人引入任何方向”的缺陷。

其次，充分风险预防能够最大限度地避免强式风险预防可能导致的国家公权力过度行使，进而防止公权力侵犯公民基本权利。强式风险预防缺乏明确法律定位和法定约束力，同时也没有必要的法定条件和程序对其规制措施予以审查，由此对公民基本权利构成威胁。充分风险预防则意味着，科技领域的国家预防措施行使不再是完全由国家机关（特别是行政机关）自由裁量的事

〔63〕 参见前引〔16〕，Julian J. Koplin、Christopher Gyngell、Julian Savulescu 文，第 57 页。

〔64〕 参见前引〔16〕，Julian J. Koplin、Christopher Gyngell、Julian Savulescu 文，第 58 页。

〔65〕 参见前引〔16〕，Julian J. Koplin、Christopher Gyngell、Julian Savulescu 文，第 59 页。

〔66〕 See René von Schomberg, The Precautionary Principle and its Normative Challenges, in Elizabeth Fisher, Judith Jones, René von Schomberg ed., *Implementing the Precautionary Principle: Perspectives and Prospects*, Edward Elgar, 2006, p. 23.

项。充分风险预防促使国家风险预防成为一项遵循正义尊严观的法定义务。正义尊严观之下的平等、自由、安全和共同福利对国家风险预防的条件、程序和内容存在特定要求和法定限度。正义尊严观为公民基本权利不受侵犯提供制度性保障的价值指引,避免国家机关的强式风险预防侵犯公民基本权利。

再次,充分风险预防能够通过充分性限度防止预防成本过高,并克服成本效益分析的价值困境。风险预防的适当应用必须通过预防程度予以确定,而预防程度恰恰是风险预防的难点:预防程度过高或者过低都会影响预防科技风险的正当性与实效性,若预防程度过高则会加大预防成本,导致收效甚微、抑制技术发展;若预防程度过低则无法起到预防效果、威胁秩序。充分风险预防遵循预防人体基因科技风险的充分性限度。一方面,在援引预防原则、确定特定领域和时间段内的预防程度时,一致性、非歧视和比例性构成预防程度的充分性限定,^[67]由此确保风险预防的成本达到合理水平,风险预防措施受到成本效益分析的约束。另一方面,充分风险预防并不完全受成本效益分析方法的限制,其在价值的不可通约性方面仍然尊重公民的主体地位,遵循正义尊严观的伦理限度,不完全以成本效益作为行使预防措施的标准。

最后,充分风险预防尊严内置论的价值平衡有助于实现利益平衡。正义尊严观克服了价值绝对化倾向,其蕴含的平等、自由、安全和共同福利四重价值互为界限,进行风险预防决策时根据特定价值的重要性或分量这种类似于原则的方式予以权衡。^[68]正义尊严观涵括的充分风险预防也会采取重要性权衡的方式平衡国家利益与个人利益,平衡科技创新利益与科技风险,以确保科研自由、自主决定、技术福利维持在充分水平。

五、结论:正义尊严观的风险预防指引

本文在尊严内置论的视角下立足于解决人体基因科技风险预防的价值依据和预防立场问题,这不仅是一个法律问题,同时也是复杂的哲学和伦理学问题。本文研究表明,自由尊严观涵括的弱式风险预防与秩序尊严观涵括的强式风险预防均存在理论弊端和实践困境,正义尊严观涵括的充分风险预防能够为预防人体基因科技风险提供价值依据。

在正义尊严观之下,自由表达为,每个个体具有自主性、具备自由发展的能力,如果在生命体发展的最初阶段运用基因技术手段使生命体受到过度干预,则违背了自主决定。平等的约束力体现为,对突破自然力和生命规律的生命个体进行基因增强,会造成生命体之间悬殊且难以通过后天弥补的差距,国家对人体基因科技应用范围的干预应当避免造成基因改造人与自然人之间的极化差异。安全则要求,个体的生命、健康免除技术威胁,人体基因科技应当满足安全标准。共同福利意味着,国家并不禁止全部类型的人体基因科技,其所带来的共同福利对于弥补在自然状态下存在严重缺陷的特定生命体具有不可或缺的矫正作用。综上,正义尊严观派生出了遵循必要

[67] 参见前引[66],René von Schomberg文,第24页。

[68] 参见[美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,孙健智译,五南图书出版股份有限公司2013年版,第74页。

限度的人体基因科技应用，在技术安全的前提下，对任何一个尚未达到普遍健康水平的生命状态予以矫正，这构成了在人体基因科技领域充分风险预防的内涵。充分风险预防遵循正义尊严观的指引，在价值、利益、公权力与私权利之间划定充分性限度。需要说明的是，充分风险预防作为决策工具尚须厘清其实质权重和临界值，对充分风险预防进行大量的细化和澄清后，才能将其用于具体决策。^{〔69〕} 总之，正义尊严观及其涵括的充分风险预防为预防人体基因科技风险的制度性建构提供了相对明确的价值指引和预防限度，充分风险预防在规则层面的建构有待于法学、哲学和伦理学学者共同探讨。

Abstract: The prevention position of human genetic technology risk depends on the corresponding values. The freedom dignity view adheres to the theory of dignity autonomy, emphasizes self-respect and the independent decision, and the corresponding prevention position of technological risk is weak risk prevention. The order dignity view contains subject-object dichotomy, nature-centrism and humanity-centrism, and the corresponding prevention position of technological risk is strong risk prevention. The freedom dignity view and the order dignity view have theoretical drawbacks such as omissions in argumentation and hollow connotations. The corresponding weak risk prevention is ambiguous and the strong risk prevention lacks rationality, both of which will produce practical harm when exercising the state public power to prevent human genetic technological risk. The value of preventing human genetic technological risk should be reconstructed as the justice dignity view including equality, freedom, security and common welfare. The risk prevention position contained in the justice dignity view is sufficientarian risk prevention, which has more advantages than other prevention positions.

Key Words: human genetic technological risk prevention, the freedom dignity view, the order dignity view, the justice dignity view, sufficientarian risk prevention

(责任编辑：赵 真 赵建蕊)

〔69〕 See G. Owen Schaefer, What is the Sufficientarian Precautionary Principle? 33 *Bioethics*, 1083 (2019).

证券监管机构如何罚款？ ——基于行政裁量基准视角的研究

刘宏光*

内容提要：罚款是境内外证券监管机构执法的重要手段，但如何确定罚款数额，防范罚款行为的滥用与误用是证券监管机构面临的突出难题。新《证券法》进一步提高了对证券违法行为的罚款幅度，监管机构在实施罚款时拥有更大的裁量空间。这一变革一方面有利于强化对违法行为的打击，但同时也增加了罚款行为被误用和滥用的可能性。从境外实践观察，不少国家和地区制定发布了行政罚款指引，详细规定确定罚款金额时应考量的因素，甚至规定特定类型违法行为的基准数额，以指导监管人员更加公平、高效地确定罚款金额。从行政裁量基准理论分析，英国、德国和我国香港特区的证券罚款指引呈现出在适用范围方面覆盖重要违法行为类型、在情形细化方面涵盖主客观裁量情节、在效果格化方面运用不同模式、设置逸脱条款以保持罚款裁量的灵活性等特点。我国在证券监管罚款指引的制定中，除应在情节细化、效果格化方面保障其合理性外，还应注重逸脱条款的设置与运用，在强调平等对待的同时兼顾个别考量。

关键词：罚款指引 裁量基准 罚款 行政处罚

2019年12月修订的《中华人民共和国证券法》（以下简称新《证券法》）于2020年3月1日起施行。相较于旧法，新《证券法》的一大亮点就是加大对证券违法行为的处罚力度，显著提高证券违法违规成本，监管机构在实施罚款时有更大的裁量空间，可以更有力地打击违法违规行为。^{〔1〕}但同时，也衍生出社会公众对监管机构裁量权被误用或滥用的担忧：个案中的罚款金额是

* 刘宏光，上海证券交易所员工。

本文仅代表作者个人观点，不代表所在单位意见。

〔1〕以虚假陈述为例，原《证券法》第193条规定的罚款幅度是30万元至60万元，而新《证券法》第197条区分未披露信息行为与披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏行为，所规定的罚款幅度是50万元至500万元和100万元至1000万元。在欺诈发行方面，原《证券法》第189条区分是否完成发行行为，对发行人的罚款幅度分别是30万元至60万元和非法募集资金金额的1%至5%，而新《证券法》第181条分别提高到200万元至2000万元和10%至1倍。

否畸轻而不能实现监管目的；是否畸重而损害行政相对人的利益；类似案件在罚款金额上是否相当；不同执法主体的处罚尺度是否一致。为规范监管机构裁量权的行使，不少国家和地区制定发布了行政处罚指引，详细规定确定罚款金额时应考量的因素，甚至规定特定类型违法行为的基准数额。本文在行政裁量基准理论指导下对英国、德国和我国香港特区的证券监管罚款指引制度进行研究，归纳其在覆盖范围、情节细化、效果格化以及逸脱条款设置等方面的特点，分析新《证券法》实施背景下我国制定证券市场罚款指引的实践需求，并提出保障罚款指引合理性与灵活性的方法。

一、证券监管罚款：实践难题与解决思路

（一）罚款是境内外证券监管机构执法的重要手段

罚款是最常见的行政处罚措施类型之一，通过剥夺行为人一定数额的经济利益，可以有效影响其行为。无论是境内还是境外，无论是治安管理领域还是经济金融领域，罚款都有广泛运用。以证券市场为例，鉴于其参与者众多、投机性强、敏感度高、风险传染快等特征，各国普遍制定专门法律，并设立专业监管机构，对证券市场的违法违规行为进行全力打击。随着20世纪末证券监管由自律监管向行政监管转型，各国金融监管机构纷纷获得独立的罚款权或罚款权得到强化。^{〔2〕}例如，英国通过《2000年金融服务与市场法》明确金融服务监管局（FSA）的行政执法权。^{〔3〕}再如，德国1994年颁布《有偿证券交易法》，然后设立联邦层面专门的证券监管机构。^{〔4〕}

• 197 •

实践中，证券监管领域的罚款数额往往都比较大，社会关注度也较高。美国证监会（SEC）在2019财年对各类违法行为处以罚没款的总额超过43亿美元。^{〔5〕}英国金融行为监管局（Financial Conduct Authority, FCA）^{〔6〕}2019年的罚款总额也超过3.9亿英镑。^{〔7〕}德国金融监管局（BaFin）2018年的罚款总额为780万欧元。^{〔8〕}我国香港特区证监会仅2019年第四季度对五家持牌机构及个人的罚款总额即达到4.13亿港元。^{〔9〕}中国证监会2018年罚没款金额也破纪

〔2〕 在此之前，很多境外金融监管机构往往并无对违法行为直接处以罚款的权力，只能通过向法院提起执法诉讼的方式请求法院对违法行为人判处罚款或将案件移送刑事司法机关追究刑事责任，如英国。

〔3〕 参见吴国培主编：《英国金融市场》，中国金融出版社2016年版，第3-4页。

〔4〕 参见高基生：《德国证券市场行政执法机制研究》，载《证券市场导报》2005年第4期。

〔5〕 See SEC Division of Enforcement, 2019 Annual Report, November 2019, available at <https://www.sec.gov/reports/>, last visited on Jun. 14, 2020.

〔6〕 在2013年之前，英国金融市场上的主要监管者是FSA，《2012年金融服务法》将FSA拆分为FCA与PRA，并于2013年1月1日生效。此后，FSA金融市场行为监管方面的职责由FCA承继，PRA主要负责宏观审慎监管，称为“双峰模式”。

〔7〕 See FCA 2019 Fines, available at <https://www.fca.org.uk/news/news-stories/2019-fines>, last visited on Jun. 14, 2020.

〔8〕 See BaFin, 2018 Annual Report, Jul. 19, 2019, p. 151, available at https://www.bafin.de/EN/PublikationenDaten/Jahresbericht/jahresbericht_node_en.html, last visited on Jun. 14, 2020.

〔9〕 参见《证监会发表季度报告》，2020年2月22日，载 <https://sc.sfc.hk/gb/www.sfc.hk/edistributionWeb/gateway/TC/news-and-announcements/news/doc?refNo=20PR18>，最后访问时间：2020年6月14日。

录地达到 106.41 亿元人民币。^{〔10〕} 在个案方面,部分案件中的罚款数额也相当惊人。2018 年,因埃隆·马斯克发表不当推特言论,特斯拉公司和马斯克本人分别被美国证监会起诉内控失当和证券欺诈,最终以各缴纳 2000 万美元和解金告终。^{〔11〕} 因在长达十年的期间内向客户多收款项及犯有系统性内部监控缺失,香港特区证监会 2019 年 11 月对瑞银作出谴责并罚款 4 亿港元。^{〔12〕} 我国证券市场目前金额最高的罚款是中国证监会于 2018 年 4 月针对北八道集团有限公司及相关责任人(以下简称“北八道”)作出的,罚没款总额达 56.7 亿元人民币。^{〔13〕}

(二) 确定罚款数额是证券监管机构面临的突出难题

罚款作为以数额为衡量标准的财产性处罚,其遏制违法行为、维护市场秩序功能的实现主要体现在数额上。罚款既是行政处罚措施中最容易标准化、程序化的类型,也是最容易滥用、误用的部分。证券市场是一个公开、统一且高度敏感的市场,对证券市场违法行为的罚款不但意味着一定数额财产的剥夺,而且往往伴随着股价的波动,涉及成千上万投资者的利益。因此,证券市场对罚款数额的准确程度要求更高,监管机构在对证券违法行为处以罚款时也应更加审慎。

从行政法角度分析,罚款作为一类行政处罚措施,属于行政法上的具体行政行为,在实施中应遵守行政法上的比例原则,做到过罚相当。^{〔14〕} 从规制理论角度观察,罚款数额的确定还应关注监管目的的实现。罚款金额的确定过程实质上是行政裁量权的行使过程,需要着重避免因裁量权的滥用与误用导致的裁量恣意和裁量失当。具体而言,证券罚款金额确定中至少会面临如下拷问:个案中的罚款金额是否因畸轻而不能实现监管目的;是否因畸重而损害行政相对人的利益;类似案件在罚款金额上是否相当;不同执法主体的执法尺度是否一致。

从实践情况观察,罚款数额的确定在境内外证券监管中都是突出难题。境外不少国家和地区的证券立法对罚款并未规定具体的数额限制,或者规定的幅度非常宽,在确定罚款数额时,监管机构的自由裁量权很大。如英国《2000 年金融服务与市场法》第 123 节规定了金融行为监管局对违法行为的罚款权,但该条未规定罚款数额的上下限。德国《有偿证券交易法》规定的罚款幅度也非常宽泛。从我国证券行政处罚实践看,2015 年之前,社会各界对我国证券罚款的诟病主要是罚款数额过低,其原因在于:受制于原《证券法》的规定,中国证监会对上市公司虚假陈述行为最高仅能处罚 60 万元,对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员最高仅能处罚 30 万元。对内幕交易和操纵市场方面的处罚,虽然原《证券法》采用了违法所得倍数的计算方法,但实际罚款的数额也普遍不高。^{〔15〕} 近年来,中国证监会加大了对内幕交易和操纵市场等行

〔10〕 参见《2018 年证监会行政处罚情况综述》,载 http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/201901/t20190104_349383.html, 最后访问时间:2020 年 6 月 14 日。

〔11〕 See Elon Musk Settles SEC Fraud Charges, Tesla Charged With and Resolves Securities Law Charge, Sept. 29, 2018, available at <https://www.sec.gov/news/press-release/2018-226>, last visited on Jun. 14, 2020.

〔12〕 参见黄希:《犯下“五宗罪”,瑞银收香港证监会 4 亿港元天价罚单》,载《国际金融报》微信公众号“国际金融报”,2019 年 11 月 11 日。

〔13〕 参见《中国证监会行政处罚决定书(北八道集团有限公司、林庆丰、林玉婷等 4 名责任人员)》(〔2018〕27—29 号)。

〔14〕 关于过罚相当原则的理论,参见杨登峰、李晴:《行政处罚中比例原则与过罚相当原则的关系之辨》,载《交大法学》2017 年第 4 期。

〔15〕 参见邢会强:《证券欺诈规制的实证研究》,中国法制出版社 2016 年版,第 356—389 页。

为的处罚力度，北八道案、^{〔16〕}鲜言案、^{〔17〕}明利股份案^{〔18〕}等案件都被处以“天价”罚款。新《证券法》大大提高了对违法行为的处罚，无论是针对欺诈发行、虚假陈述，还是对操纵市场、内幕交易等行为，罚款幅度都大大提高。这一法律变革固然有利于打击违法违规行为，但也进一步加剧了社会公众对裁量权被误用或滥用的担忧。

（三）制定罚款指引是规范罚款行为的重要路径

约束行政裁量权、保障合理行政是行政法的重要任务，也是一大难题。在传统行政法框架下，规范行政裁量的手段主要是事前的立法控制、事中的程序控制和事后的司法审查。^{〔19〕}近年来，行政裁量基准日益成为一种重要的手段。^{〔20〕}行政裁量基准是指行政机关在法律规定的裁量空间内，依据立法者意图以及比例原则等的要求，并结合执法经验的总结，按照裁量涉及的各种不同事实情节，将法律预先规范的裁量范围加以细化，并设以相对固定的具体判断标准。^{〔21〕}行政裁量基准的出现不是为了扼杀行政裁量权，而是引导行政裁量的正确行使。^{〔22〕}科学合理的裁量基准确立，可以有效地避免执法者由于不相关考察而产生的裁量恣意或不当等问题。^{〔23〕}从比较法上看，尽管名称不一，但行政裁量基准制度在其他国家或地区普遍存在，日本、德国、法国、韩国、我国台湾地区都存在行政裁量基准或类似制度。^{〔24〕}

罚款指引，也称罚款指南，是规范行政机关行使罚款裁量权、准确确定罚款金额的具体标准，本质上属于行政处罚类裁量基准。为规范证券监管机构罚款权的行使，境外不少国家和地区制定发布了行政处罚指引，详细规定确定罚款金额时应考量的因素，甚至规定特定类型违法行为的基准数额。从发布主体看，罚款指引均由行使罚款权的监管机构制定发布。从形式上看，有的罚款指引以独立法律文件的形式发布，如《德国证券交易法行政处罚指南》、我国香港特区《证监会纪律处分罚款指引》等；也有罚款指引作为综合性行政处罚基准的一部分存在，如英国《决定程序与罚款手册》既规定了罚款的适用，也规定了暂停资格、公开谴责的适用。从功能上看，罚款指引的存在与适用有利于规范罚款权的行使，使罚款数额不致畸高畸低，提高行政行为的统一性和公平性，更好地实现监管目的。

• 199 •

〔16〕 参见前引〔13〕。

〔17〕 参见《中国证监会行政处罚决定书（鲜言）》（〔2017〕29号）。

〔18〕 参见《中国证监会行政处罚决定书（广西明利创新实业股份有限公司、林军、唐映等15名责任人员）》（〔2019〕148号）。

〔19〕 参见胡淑珠、姜勇：《论行政裁量权的规范》，载《法律适用》2010年第2、3期；张红：《证券行政法专论》，中国政法大学出版社2017年版，第152-153页。

〔20〕 虽然没有采用统一的称谓，有的称为“裁量标准”“细化标准”，也有的称为“若干规定”“指导意见”“实施办法”，但行政裁量基准在我国广泛存在。近年中央部委发布的行政裁量基准包括《文化市场行政处罚自由裁量权适用办法（试行）》（文市发〔2012〕50号）、《财政部门行使行政处罚裁量权指导规范》（财法〔2013〕1号）、《海事行政许可裁量基准》（海政法〔2017〕7号）、《税务行政处罚裁量权行使规则》（国家税务总局公告2016年第78号）、《公安机关对部分违反治安管理行为实施处罚的裁量指导意见》（公通字〔2018〕17号）、《住房和城乡建设部工程建设行政处罚裁量基准》（建法规〔2019〕7号）等。

〔21〕 参见周佑勇：《裁量基准的正当性问题研究》，载《中国法学》2007年第6期。

〔22〕 参见郑雅方：《行政裁量基准研究》，吉林大学2010年博士学位论文，第33页。

〔23〕 参见周佑勇：《裁量基准的技术构造》，载《中外法学》2014年第5期。

〔24〕 参见章志远：《行政裁量基准的兴起与现实课题》，载《当代法学》2010年第1期。

二、境外证券监管机构罚款指引的规则与应用

从比较法观察,境外不少国家和地区都制定发布了证券监管罚款的相关指引。但鉴于英国、德国和我国香港特区的罚款指引代表性较强,本文主要以其为研究对象。

(一) 英国

英国《2000年金融服务与市场法》第123节规定了FCA对违法行为的罚款权,但该条未规定罚款数额的上下限,授权监管机构在个案中根据实际情况决定。^[25]为规范罚款行为,FCA依照《2000年金融服务与市场法》第124节的要求,发布了《决定程序与罚款手册》(Decision Procedure and Penalties Manual, DEPP)(以下简称为《FCA罚款手册》),其第6.5节规定了行政罚款数额确定的原则与步骤。从适用范围看,《FCA罚款手册》未限制适用范围,理论上可适用于FCA对《2000年金融服务与市场法》下各类违法行为的处罚。^[26]

《FCA罚款手册》具体规定了确定罚款数额的五步骤方法。第一步,没收行为人从违法行为中获取的利益。第二步,根据违法行为的严重性确定一个基本罚款数额。《FCA罚款手册》将涉案行为从轻到重分为五档:在处罚对象为公司时,五档对应的处罚基本罚款金额分别是公司相关业务收入(relevant revenue)的0%、5%、10%、15%和20%。在处罚对象为公司雇员时,当涉案行为是内幕交易、操纵市场等市场滥用行为时,五档对应的基本罚款金额是该人薪酬收入(relevant income)的0%、10%、20%、30%和40%,或获利的0倍、1倍、2倍、3倍和4倍;当涉案行为是其他违法行为时,五档对应的基本罚款金额分别是该人薪酬收入的0%、10%、20%、30%和40%。在确定行为严重性档次方面,FCA主要考虑涉案行为影响、涉案行为性质以及行为人的主观心态等。第三步,考虑加重或减轻情节对第二步确定的数额进行调整,主要考虑因素包括涉案主体在被调查时的配合程度、涉案主体采取补救措施的情况、涉案主体事先是否被告知其行为的违法性、涉案主体是否转移资产以规避罚款、涉案主体以往受处罚情况等。第四步,根据实际情况调高前三步中确定的金额以体现威慑作用,主要考虑因素包括罚款绝对值是否过低、罚款数额是否足以威慑市场上的同类行为等。第五步,若案件进行了和解,则根据和解情况对第四步中确定的金额进行调减,但调减比例一般不得超过30%。最后,将第一步所确定金额和第五步所确定金额合并计算即为最终应罚款金额。^[27]

本文以FCA处罚的迈克尔·柯西亚(Michael Coscia)案为例剖析罚款确定过程。柯西亚是一名高频交易员,于2011年9月至10月间使用高频交易手段在ICE欧洲期货交易所的原油、油气等合约上发出大量无意执行的幌骗订单,获利279920美元,被FCA认定违反了《2000年金融服务与市场法》第118条,于2013年7月被处罚约90.3万美元。从处罚决定书看,FCA在确定

[25] 参见刘宏光:《英国如何监管幌骗行为?》,载陈洁主编:《商法界论集》第2卷,法律出版社2018年版,第57-72页。

[26] 值得说明的是,英国罚款处罚的适用,除FCA独立罚款程序外,还有FCA向法院提起民事执法诉讼的程序,但《FCA罚款手册》仅适用于FCA确定罚款金额的过程中,对法院在司法程序中确定罚款金额时不具有拘束力。See Tariq Carrimjee v. FCA, [2015] UKUT 0079 (TCC), paragraph 95 above.

[27] See DEPP 6.5.3、6.5A.2、6.5B.2、6.5C.2.

罚款金额时，分以下五步：第一步，没收柯西亚的收益，将罚款金额确定为 279920 美元。第二步，考量行为的严重性程度，FCA 认为涉案行为性质较为严重。由于该案属市场滥用行为，适用以获利金额为基准的罚款基本金额确定方法。FCA 决定将行为人获利金额乘以 3 倍，为 839760 美元。第三步，综合考量加重情节和减轻情形，FCA 认为第二步所规定的金额无须调整。第四步，FCA 认为第三步所确定的金额足以实现对类似行为的威慑，未做调整。第五步，考虑到柯西亚与 FCA 达成了行政和解，FCA 对第四步所确定金额给予 30% 的减免，即 $839760 \times 30\%$ ，得出金额 587800 美元（FCA 对最后两位数字做了四舍五入处理），再加上违法所得 279920 美元及违法所得相应利息 35456 美元，得出最终处罚金额 903176 美元。^[28]

总体而言，《FCA 罚款手册》适用于《2000 年金融服务与市场法》下对各类主体、各类行为的罚款，其特点是未规定具体数额，主要以处罚对象的相关营业收入、薪酬收入或获利金额作为基准进行增减以确定最终罚款金额，操作步骤比较明确，处罚决定书中的说理也比较透彻，并区分法人、自然人采用不同的处罚幅度。

（二）德国

在德国证券监管实践中，罚款也是重要的处罚措施。根据德国联邦金融监管局（Federal Financial Supervisory Authority, BaFin）的统计数据，在 2015 年 7 月至 2016 年 12 月间办结的 654 件案件中，约 30% 的案件适用了罚款处罚。^[29] 为规范罚款的适用，BaFin 于 2013 年 11 月发布《证券交易法行政罚款指南》（WpHG Administrative Fine Guidelines）（以下简称为《BaFin 罚款指南》）。^[30] 《BaFin 罚款指南》对 BaFin 在特定案件中确定罚款数额的考量因素与适用程序进行了规定，是事实上的行政处罚裁量基准。^[31] 2017 年 2 月，为落实欧盟金融监管立法，BaFin 对《BaFin 罚款指南》进行修订，发布“升级版”《BaFin 罚款指南》，设定了更多样化的罚款设定标准，大幅提高了罚款上限。^[32]

在体例上，《BaFin 罚款指南》分为“一般规定”（Generalities）与“具体规定”（Specifics）两部分。前者规定了适用范围、基本原则与基本步骤；后者对各类违法行为不同档次对应的基础罚款金额进行了详细规定。《BaFin 罚款指南》主要适用于与欧盟《市场滥用条例》[Market Abuse Regulation, MAD, (EU) No 596/2014]第 17（1）条，^[33] 德国《有偿证券交易法》第 21（1）节

[28] See The Financial Conduct Authority, The Final Notice for Mr Coscia, Jul. 3, 2013, available at <https://www.fca.org.uk/publication/final-notice/coscia.pdf>, last visited on Jun. 14, 2020.

[29] 其余约 70% 的案件中，约 68% 因为事实或法律原因中止执法程序。See Anja Rodde, Jana Kornett, Administrative Fines: Data and Facts Regarding Sanctions in Securities Supervision, Dec. 4, 2017, available at https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Fachartikel/2017/fa_bj_1711_Ahndungspraxis_en.html, last visited on Jun. 14, 2020.

[30] See WpHG Administrative Fine Guidelines, available at https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/EN/Leitfaden/WA/dl_lf_bussgeldleitlinien_2013_en.html?nn=9866146, last visited on Jun. 14, 2020.

[31] See Dr Julia von Buttlar, Assessment of Administrative Fines For Breaches of Requirements Relating to Ad Hoc Publication, Voting Rights and Financial Reporting Enforcement, Dec. 16, 2013, available at https://www.bafin.de/EN/Homepage/homepage_node.html, last visited on Jun. 14, 2020.

[32] See WpHG Administrative Fine Guidelines II, available at https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/EN/Leitfaden/WA/dl_lf_bussgeldleitlinien_2017_en.html, last visited on Jun. 14, 2020.

[33] 原为德国《有偿证券交易法》第 15（1）节第一句。2016 年 7 月 3 日，欧盟《市场滥用条例》生效，由于条例在欧盟境内相对于成员国法律具有优先效力，其第 17（1）条取代德国《有偿证券交易法》第 15（1）节第一句的相关规定。

第一句、第 25 (1) 节第一句、第 25a (1) 节第一句、第 26 (1) 节第一句、第 26a (1) 节第一句、第 37v (1) 节和第 37w (1) 节所规定的临时公告、大额持股信息报告与披露、上市公司年度与半年度财务报告披露相关的违法行为。^[34]

罚款数额的确定分为两个阶段,第一阶段是根据行为性质确定涉案行为的罚款上限。在确定上限时,法律规定了固定数额、成交额的 5% (仅适用于法人) 和获利金额的 2 倍 (同时适用于自然人和法人) 三种方式,以三者或二者中较高者为准。固定金额根据涉案行为类型及涉案人性质而有所不同。对于违反《市场滥用条例》第 17 (1) 条临时公告的行为,对法人和相关自然人罚款的固定金额上限分别是 250 万欧元和 100 万欧元;对于违反《有价证券交易法》第 37v (1) 节第三、四句和第 37w (1) 节第三、四句的行为,对法人和相关自然人罚款的固定金额上限均为 500 万欧元;针对其他违法行为,对法人和相关自然人罚款的固定金额上限分别为 1000 万欧元和 200 万欧元。

第二阶段是确定个案具体的罚款金额,又细分为三个步骤。第一步,根据涉案行为人规模大小和涉案行为严重程度确定一个基础金额。涉案行为人在规模上根据其市值区分为 A (市值超过 200 亿欧元)、B (市值在 40 亿至 200 亿欧元之间)、C (市值在 5 亿至 40 亿欧元之间)、D (市值在 1 亿至 5 亿欧元之间)、E (市值在 1000 万至 1 亿欧元之间)、F (市值低于 1000 万欧元) 六类。涉案行为在严重程度方面被分为特别严重、非常严重、严重、一般和轻微五个档次。《BaFin 罚款指南》包含了对各类违法行为罚款基础金额的表格,违反《有价证券交易法》第 37v (1) 节第二句和第 37w (1) 节第二句所规定年度和半年财务报告公开义务行为的各档次基础罚款金额如表 1 和表 2 所示。^[35] 第二步,根据减轻或加重情节对基础金额进行调整,减轻情况主要包括涉案行为系过失行为、行为人主动坦白、行为人配合调查、行为人承诺或采取改进措施、涉案行为与处罚相隔时间较长,加重情节主要包括多次违法、实现特定威慑目的。第三步,考虑处罚对象的经济状况进行调整。在某些特殊情况下,行政罚款可以分期付或在截止日期前一次付清。^[36] 值得注意的是,《BaFin 罚款指南》允许 BaFin 基于个案特殊情况决定不适用这种方法或设定另外的基础金额。

表 1 违反财务报告披露义务行为的基础罚款金额 (适用于法人) 单位: 万欧元

罚款金额		涉案公司规模					
		A	B	C	D	E	F
违法 严重性	特别严重	800	700	600	500	400	300
	非常严重	700	600	500	400	300	200
	严重	500	250	200	150	120	90
	一般	350	200	150	120	90	60
	轻微	200	150	100	90	60	30

数据来源:《BaFin 罚款指南》。

[34] 这几类行为也是 BaFin 执法中罚款最多的行为类型。参见前引 [8], BaFin 文, 第 151 页。

[35] 违反财务报告披露义务可能会同时处罚公司及相关责任人员。

[36] 参见前引 [19], 张红书, 第 138 页。

表 2

违反财务报告披露义务行为的基础罚款金额（适用于自然人）

单位：万欧元

罚款金额		涉案公司规模					
		A	B	C	D	E	F
违法 严重性	特别严重	120	100	80	70	60	40
	非常严重	100	80	70	60	50	30
	严重	80	40	24	12	8	6
	一般	56	28	16	8	6	4
	轻微	28	14	8	6	4	2

数据来源：《BaFin 罚款指南》。

总体而言，《BaFin 罚款指南》首先设定特定行为的罚款上限，然后根据涉案行为的发生频率、危害后果、行为人主观心态、行为人事后认错态度、采取补救措施情况以及行为人自身的经济情况确定罚款金额。德国证券监管罚款指引制度适用于几类多发的违法行为类型，既考虑了主观原因，也考虑了客观情况，还兼顾了行为人的经济情况，能够较好地实现惩罚与教育的平衡，可操作性也比较强。但由于采用绝对值的方法，易失之僵化，故《BaFin 罚款指南》允许 BaFin 在特定个案中根据具体情况决定不适用指引。

（三）我国香港特区

我国香港特区《证券及期货条例》第 194（2）条、196（2）条赋予香港证监会（SFC）对违反规定的“受规管人士”^[37] 施以罚款的权力，并规定罚款上限为 1000 万港元，或“受规管人士”因失当行为而获取的利润/避免的损失金额的三倍，以两者中金额较大者为准。同法第 199（1）（a）条还要求证监会制订相应的实施办法。为履行《证券及期货条例》设定的义务，香港证监会参考英国金融服务局和美国商品期货交易委员会的做法，于 2002 年 4 月发布《证监会纪律处分罚款指引》（以下简称《SFC 罚款指引》），详细规定了《证券及期货条例》纪律处分个案罚款额相关的考虑因素。2018 年 8 月，为强化对违规行为的处罚，香港证监会对《SFC 罚款指引》进行修订，允许香港证监会在确定罚款额度时，对于行为人属于同一性质的多个失当行为分别确定罚款金额，及将受失当行为影响的人数作为乘数，事实上提高了罚款上限。^[38]

根据《SFC 罚款指引》，香港证监会在确定罚款时，首先根据“一般考虑因素”，将涉案行为分为严重性较高的行为和严重性较低的行为。其中，蓄意或罔顾后果的行为、损害证券期货市场廉洁稳健的行为、对他人造成损失或使他人承担支出的行为，以及行为人从中获利的行为被视为严重性较高的行为；而疏忽的行为、只违反规则而无损市场廉洁稳健及未造成他人损失的行为、行为人从中获利很少或无获利的行为，则被认为是严重性较低的行为。在明确行为的严重程度后，香港特区证监会再根据涉案行为的性质、行为的持续时间及频繁程度、累计获利的利润或累计规避的损失金额、过往类似案件的处理、其他监管机构是否可能对此行为施加惩罚以及第三人可能提出民事诉讼情况等“具体考虑因素”确定具体罚款数额。同时，“具体考虑因素”还包括

[37] 根据香港特区《证券及期货条例》第 194（7）条和第 196（8）条规定，“受规管人士”是指持牌人、注册机构或持牌机构及注册机构的负责人员、业务管理人员等。

[38] 参见《有关〈证监会纪律处分罚款指引〉的通函》，2018 年 8 月 10 日，载 <https://www.sfc.hk/edistributionWeb/gateway/TC/circular/doc?refNo=18EC60>，最后访问时间：2020 年 6 月 14 日。

处罚对象的相关情况,比如,罚款不应导致处罚对象陷入经济困境、处罚对象与证监会的合作程度、有无采取补救措施、处罚对象以前是否有类似违法行为等。

总体而言,《SFC 罚款指引》根据“一般考虑因素”和“具体考虑因素”确定罚款数额,并注意处罚对象的经济条件,强调不应因罚款行为使处罚对象陷入经济困境。但与英国、德国立法例不同,《SFC 罚款指引》可操作性不强。^{〔39〕}

三、境外证券监管机构罚款指引的立法经验分析

虽然英国《FCA 罚款手册》、德国《BaFin 罚款指南》和我国香港特区《SFC 罚款指引》性质上均为行政处罚裁量指引,考量因素大致相同,目的均在于规范证券监管机构实施罚款时的自由裁量权,实践中也都发挥着规范证券监管机构行政处罚权的作用,但三者 in 适用范围、立法技术上还存在诸多不同。以行政裁量基准理论为视角观察,上述罚款指引呈现出如下特点:

(一) 适用范围:覆盖重要违法行为类型

境外不同国家和地区的证券罚款指引适用范围不同,但都覆盖重要的违法行为类型。英国《FCA 罚款手册》适用于所有主体、所有类型的金融市场违法行为。德国《BaFin 罚款指南》虽然仅适用于临时公告、大额持股申报与披露、上市公司年度与半年度财务报告披露相关的违法行为,但上述行为是德国证券市场的主要违法行为类型。从2018年执法情况看,在BaFin 2018年处以罚款的118件证券市场违法行为案件中,临时公告、大额持股申报与披露、上市公司年度与半年度财务报告披露相关分别占6件、79件和10件,三类案件占比超过80%。^{〔40〕}而我国香港特区《SFC 罚款指引》仅适用于对“受规管人士”的处罚中,而“受规管人士”是证券市场的关键少数,对其的罚款是证券市场执法的关键部分。可见,虽然德国和我国香港特区证券罚款指引分别在适用行为类型和适用主体方面受到限制,但也都覆盖重要的违法行为类型。

(二) 情形细化:涵盖主客观裁量情节

学者研究认为,裁量基准在技术构造上分为情节细化和效果格化两个方面。其中,情节细化是指对案件相关情形和环节作出认定并加以类型化区分的过程,是指向不同效果格次的基准和依据。在内容方面,裁量情节主要包括与违法行为相关的裁量情节、与违法行为人相关的裁量情节。前者主要包括行为动机、主观心态、违法手段、违法频次、违法对象、危害结果等,后者主要包括违法行为人责任能力、违法后的补救情况、行为人的经济状况等。^{〔41〕}

从英国、德国和我国香港特区的罚款指引观察,在裁量因素方面都兼顾主客观方面,涵盖与违法行为及违法行为人相关的情节。在操作层面,英国《FCA 罚款手册》在适用中先考察行为影响、行为性质等客观因素,再考察行为人在调查中的配合程度、采取补救措施的情况等主观因

〔39〕 在制定罚款指引过程中,香港证监会也曾考虑过列出可能会引致纪律处分的行为类别,以及就各类行为事先规定若干罚款额。但由于纪律处分背后的理据可能具有很大差异,可能无法准确地分类或难以达致并无争议的区分,甚至可能引发行为性质划分方面的争议,可能导致无法对涉案行为做出适当的罚款,最终香港证监会主动放弃该立法模式。参见《证监会纪律处分罚款指引草拟本咨询文件》,2018年8月10日,载 <https://sc.sfc.hk/gb/www.sfc.hk/edistributionWeb/gateway/TC/consultation/enforcement/doc?refNo=01CP4>,最后访问时间:2020年6月14日。

〔40〕 参见前引〔8〕,BaFin文,第151页。

〔41〕 参见前引〔23〕,周佑勇文。

素。德国《BaFin 罚款指南》同样是先考虑客观情况，再考察主观情况。我国香港特区虽然未规定主客观因素的适用顺序，但其对因素的规定中，客观因素占更大比例。在具体考量因素方面，英国、德国和我国香港特区的罚款指引中的考量因素大致相同，主要包括行为系故意还是过失、行为人目的与动机、行为发生频率、行为人获利或避损的数额、违法行为给他人造成的损失、行为人是否配合调查、行为人是否主动采取补救措施、案件是否达成和解，以及行为人自身的经济条件等因素。

（三）效果格化：不同模式下运用

效果格化是行政裁量基准的关键，是指将法定的裁量幅度分割为若干裁量格次，一般分为较轻、较重、严重三个格次，并预设每一格次的裁量标准。^{〔42〕}在效果格化的方法上，主要有“经验评估法”、“中间线法”和“基准点法”三种。其中，“经验评估法”没有严格的适用程序，其主要特征是裁量基准制定者基于自身经验，根据涉案违法行为对公共利益的影响程度和行为人自身情况等一次性估量出相应的法律后果。^{〔43〕}“基准点法”主张在“暂不考虑各种从严从宽的情节”的前提下，仅根据行为本身的社会危害性程度，在法定刑幅度内确定一个“基准点”，然后再根据各种从重和从轻情节对“基准点”进行调节。^{〔44〕}而“中间线法”则直接以裁量幅度的中间线为基础，从重处罚的皆在中间线以上量刑，从轻处罚的皆在中间线以下量刑，然后再根据各类从重或从轻情节进行调整。^{〔45〕}

具体而言，我国香港特区采纳“经验评估法”，未规定各类违法行为的罚款基础值，仅规定了严重性较高和严重性较低情况的判断因素，个案中监管机构根据经验估量出具体罚款额度。德国采用“基准点法”，对每类违法行为根据严重性程度确定了若干罚款基础金额，根据个案情况选定一个罚款基础金额，后续根据其他裁量情况进行调整。英国模式虽未根据涉案行为严重性程度规定具体的基础罚款金额，而是主要根据违法行为主体相关业务收入的比例或获利金额倍数确定罚款的基础金额，但也应归入“基准点法”的范畴。总体而言，英国、德国和我国香港特区的罚款指引在效果格化方面体现了不同的立法思路。英国和德国强调规则性，列出具体的步骤及各步骤应考虑的因素，确定过程高度程式化，便于操作；而我国香港特区罚款指引以原则为导向，未设定具体步骤，只列出考量因素，灵活性有余但可操作性不足。

（四）逸脱条款：保持灵活性的“必要配置”

与缺乏行政裁量基准可能导致裁量权滥用或误用一样，过度僵化地适用裁量基准会导致个案中过与罚的失衡，偏离设定行政裁量基准的“初心”。而逸脱条款的设置给具体执法者留出必要的灵活处理空间，使行政机构在执法时可以根据个案情况而超越裁量基准边界，选择不予适用或者变更适用基准，在个案中更好地实践个案正义。^{〔46〕}逸脱条款并不是对罚款指引的根本背离，而是在特定情形下实质正义对形式正义的纠偏，以更好地实现执法的目的，其本质上是对裁量基

〔42〕 参见陈婴虹：《行政处罚自由裁量基准设定的适当性——以近年浙江省行政处罚自由裁量基准为观察点》，载《行政论坛》2010年第3期。

〔43〕 参见前引〔23〕，周佑勇文。

〔44〕 参见何秉松：《刑法教科书》，中国法制出版社1995年版，第462-463页，转引自前引〔42〕，陈婴虹文。

〔45〕 参见李光灿、森汉宁、马克昌：《中华人民共和国刑法论》，吉林人民出版社1984年版，第544页，转引自前引〔42〕，陈婴虹文。

〔46〕 参见周佑勇、钱卿：《裁量基准在中国的本土实践——浙江金华行政处罚裁量基准调查研究》，载《东南大学学报》（哲学社会科学版）2010年第4期。

准的变通适用。

从境外证券市场罚款指引看,德国《BaFin 罚款指南》明确设置了逸脱条款,规定《BaFin 罚款指南》只是为计算行政罚款提供了一般方法,但在个案特定情况下,不使用这一方法或这一方法设定的基础金额有可能更具有正当性。^[47]英国《FCA 罚款手册》虽未明确设置典型意义上的逸脱条款,但其设置的基本罚款金额中有0%或0倍的档次,事实上可以将罚款金额确定为零,发挥逸脱条款的作用。我国香港特区《SFC 罚款指引》由于在效果格化方面采用经验评估方法,并未针对各类违法行为设置明确的基础罚款金额,仅列明了确定罚款金额时需要考量的因素,不会导致僵化,相应也就未设置逸脱条款。可见,罚款指引在效果格化方面越具体,其适用灵活性就越低,出现个案失衡的可能性就越大,相应地,对逸脱条款的需求也越强烈。

四、新《证券法》背景下我国证券市场行政罚款指引的构建

(一) 制定罚款指引的必要性

自1992年10月成立以来,中国证监会一直是我国证券市场的监管主体,对证券市场违法行为履行处罚职责。在中国证监会近三十年的执法实践中,罚款一直是重要的执法手段。如前所述,近年来,中国证监会加大了对违法行为的罚款力度,“天价罚单”不断涌现。资本市场在给予高度关注的同时,也存在对罚款数额的疑虑。在新《证券法》背景下,罚款幅度显著提高,监管机构的裁量权显著加大,如何规范罚款裁量权的问题显得更加突出。因此,在我国证券执法中,如何确定恰当的金额,使罚款既能对违法行为人起到足够的制裁效果又不致被滥用,既确保罚款有效又保证罚款公平是一个重要课题。

在行政处罚实施方面,中国证监会于2007年发布了《证券市场内幕交易行为认定指引(试行)》《证券市场操纵行为认定指引(试行)》,于2011年发布了《信息披露违法行为行政责任认定规则》等规则,对虚假陈述、内幕交易、操纵市场等常见违法行为规定了行政处罚的实施规则。上述规则规定了量罚的主客观考量因素及从轻或减轻、从重、不予处罚的情形,对包括罚款在内的各类行政处罚措施的适用具有很强的指导作用,一定程度上充当了罚款指引。^[48]对照实践需求,前述规则尚存在以下问题:一是覆盖的违法行为类型有限,对于证券公司、证券服务机构违法等实践中突出的违法行为类型缺少规定;二是仅规定了各类从轻或从重情节,未规定不同类型违法行为的具体罚款基准金额和调整程序,类似于香港特区证监会的罚款指引,缺少效果格化,操作性不强。

基于上述情况,我国制定证券市场罚款指引的需求非常突出。中国证监会相关负责人也多次在不同场合强调要制定违法行为处罚的量罚基准。^[49]实践中,中国证监会处罚委在总结实践经

[47] 参见前引[32]。

[48] 参见《证券市场内幕交易行为认定指引(试行)》第24-25条、《证券市场操纵行为认定指引(试行)》第52-53条及《信息披露违法行为行政责任认定规则》第11-14、19-23条等。

[49] 参见《证监会召开行政处罚工作座谈会》,2019年5月31日,载 http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/201905/t20190531_356597.html, 最后访问时间:2020年6月14日;《阎庆民调研指导行政处罚工作:下一步要在八个方面重点发力》,2018年6月22日,载 http://guba.eastmoney.com/news/zssh000001_768275879.html, 最后访问时间:2020年6月14日。

验的基础上，已经形成了针对某些证券违法行为的量罚尺度的考量、从轻处罚的标准等，^[50] 为罚款指引的制订奠定了基础。

（二）罚款指引合理性的技术保障

体例与内容是罚款指引的形式与实质、血肉与灵魂，良好的罚款指引不但应在体例上得当，还应在内容上合理。在适用范围方面，全面涵盖各类违规行为的指引更具有指引意义，德国《Bafin 罚款指南》仅覆盖有限的行为类型，我国香港特区《SFC 罚款指引》仅覆盖持牌或注册主体，两者都无法充分回应实践需求。在立法体例上，我国既可以就证券行政罚款发布专门的指引文件，也可以发布适用于包括罚款在内所有类型处罚措施的综合性行政处罚指引。

在内容方面，制定罚款指引的核心要义是科学合理地进行情节细化和效果格化。在情节细化方面，应以“相关考虑”^[51] 和“不相关考虑”^[52] 理论为指引，一方面尽可能将所有应考虑的情节纳入其中，另一方面排除不相关情节的干扰。在考虑具体情节时，应立足于证券市场违法行为的特点，兼顾主客观方面的情节，将法定情节和酌定情节都纳入其中，并尽量使用可量化的语言以增强情节的明确性。在适用顺序方面：法定情节必须适用，且应优先于酌定情节适用；酌定情节应在法定情节之后适用，且执法人员在适用酌定情节时应保有自由空间。效果格化是裁量基准的有机组成部分，缺少效果格化的裁量基准甚至不能称为完整的裁量基准。在新《证券法》背景下，借鉴德国的做法采用“基准点法”更能适应我国证券市场实践的需要。原因在于，新《证券法》第 13 章对各类违法行为的罚款，无论是适用百分比或倍数的计算方法，还是采用固定数值区间的模式，所规定的罚款数额普遍较大、幅度普遍较宽。以新《证券法》第 181 条对欺诈发行的规制为例，其中涉及的罚款幅度包括“200 万元以上 2000 万元以下”“所募资金金额 10% 以上 1 倍以下”及“100 万以上 1000 万元以下”。^[53] 如果仅采用“中间线法”，无法细分出更多的效果格次，裁量空间仍然显著偏大；而采用“基准点法”则可以设置更多的效果格次，对应更多档次的罚款基准金额，能更有效地规范罚款权的行使。

（三）重视逸脱条款的设置与运用

在我国证券市场罚款指引构建中，还应重视逸脱条款的设置与运用，在保障裁量基准合理性、可操作性的同时，兼顾裁量权行使的灵活性。实践中应以适用裁量基准为原则，以适用逸脱条款为例外。^[54] 逸脱条款的适用以情势必要为前提，必要性的判断可以以“如严格适用罚款指引将导致严重不良后果，造成国家、社会公众利益的重大损失或与社会公众感情产生重大背离”为标准。有学者认为，行政机关适用逸脱条款时只能“向下逸脱”，而不能“向上逸脱”，即逸脱条款的设置应按照有利于行政相对人的方向设计以保护行政相对人的信赖利益，^[55] 笔者亦赞同这一观点。

[50] 参见前引〔19〕，张红书，第 155 页。

[51] 关于“相关考虑”理论，参见张淑芳：《行政行为中相关考虑的价值及基本范畴》，载《政法论坛》2015 年第 2 期。

[52] 关于“不相关考虑”理论，参见关保英：《行政行为中的不相关考虑》，载《社会科学辑刊》2014 年第 6 期。

[53] 新《证券法》第 181 条规定：“发行人在其公告的证券发行文件中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容，尚未发行证券的，处以二百万元以上二千万元以下的罚款；已经发行证券的，处以非法所募资金金额百分之十以上一倍以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处以一百万元以上一千万元以下的罚款。”

[54] 参见郑琦：《行政裁量基准适用技术的规范研究——以方林富炒货店“最”字广告用语行政上处罚案为例》，载《政治与法律》2019 年第 3 期。

[55] 参见熊樟林：《论裁量基准中的逸脱条款》，载《法商研究》2019 年第 3 期。

基于逸脱条款的“非常态”属性，执法机构在适用逸脱条款时应更加审慎，确保其不被滥用。具体而言，逸脱条款的适用应遵循以下原则：第一，正当程序原则，即在逸脱条款的适用中遵守程序方面的限制，如行政机关负责人集体讨论决定制度，召开专家咨询会。第二，说理公开原则，即在适用逸脱条款的个案中，加强说理及信息公开，接受社会监督。^{〔56〕}第三，加强行政案件指导制度的运用，行政案例指导制度通过典型个案对行政裁量权的行使起到指引作用，能够为“行政执法人员逸脱裁量基准提供制度保证”^{〔57〕}，从而提高逸脱条款适用的准确性。

Abstract: Financial penalty is an important means of law enforcement by domestic and overseas securities regulatory agencies. However, how to determine the amount of penalty and prevent the abuse and misuse of penalty rights are intractable problems faced by securities regulatory agencies. The new Securities Law increases the range of financial penalties for securities violations, and regulatory agencies are authorized greater discretion when implementing penalties. This transform is conducive to strengthening punishment on illegal acts, whereas advances the possibility of misuse and abuse of penalty rights. Observed from overseas practice, many countries and regions have issued guidelines of administrative financial penalties, which stipulate detail factors that should be considered when determining the amount of financial penalties, and even specify benchmarks of certain types of illegal acts, in order to guide supervisors to make decisions more fairly and efficiently. From the Perspective of the theoretical analysis on administrative discretion benchmarks, the Securities Penalty Guidelines in the United Kingdom, Germany and Hong Kong of China have showed some characteristics such as covering important types of illegal acts in terms of application scope, covering objective and subjective discretion circumstances, employing different models in terms of legal effect stratification and setting escape clauses to maintain the flexibility of penalty. In the context of the new Securities Law, penalty guidelines of securities market are supposed to be formulated. And the guidelines should give emphasis to escape clauses which stress both equal treatment and individual considerations, in addition to ensuring the reasonableness of circumstances refinement and legal effect stratification.

Key Words: guidelines of financial penalties, discretion benchmarks, financial penalties, administrative sanction

(责任编辑: 刘 权 赵建蕊)

〔56〕 参见前引〔55〕，熊樟林文。

〔57〕 张雪薇、冷勇：《行政裁量基准的逸脱技术——以湖南省实证文本为考察对象》，载《辽宁行政学院学报》2013年第4期，第50页。

构建我国疫情防控法律体系的探讨

郭 锋*

内容提要：新冠肺炎疫情暴发及其防控是对依法治国、依法行政的一次考验，将深刻影响我国的国家治理。我国疫情防控、应急处置的法律制度基本具备，但没有形成系统完备、科学规范、运行有效、职责明确的疫情防控法律体系，法律的集成效应没有发挥出来。为解决疫情防控治理短板，应当在国家战略层面，把传染病视为威胁国家安全的一种新的人类安全危机，把重大传染病防控作为实施健康中国的核心战略，把重大传染病纳入防范化解重大风险的核心风险。疫情防控取得阶段性重要成果的制度和基本经验，为疫情防控法律体系构建提供了基本遵循、指导思想。如果既具有好的法律和体制，又具有执行法律的制度优势，那么就是最理想的有效应对公共卫生突发危机的国家治理模式。疫情防控法律体系的构建应当致力于满足四方面的结构要素：主体结构系统完备、法条内容科学规范、制度运行高效便利、参与主体职责明确。需要处理好中央与地方权力配置关系、疫情报告多元路径关系、政府依法管控信息与公众知情权监督权的关系、维护个人私权与保护公共利益的关系、政府主导与司法介入的关系。

关键词：新冠肺炎疫情 突发公共卫生事件 疫情防控 法律体系 国家治理

• 209 •

截至2020年4月初，新冠肺炎疫情（以下简称疫情，文义泛用疫情概念时除外）已蔓延全球200余个国家和地区，超过百万人感染，发展成为百年未遇的“全球大流行病”。我国疫情防控虽然取得阶段性重要成果，但仍然面临“外防输入，内防反弹”的严峻形势和艰巨任务。^{〔1〕}无论是官方观点还是学界言论均普遍认为，这次疫情暴发和疫情防控是对依法治国、依法行政的一次考验，将深刻影响我国的国家治理。美国历史学家麦克尼尔在《瘟疫与人》一书中提出一个著名论断：传染病是决定人类历史进程的一个重要因素。^{〔2〕}从历史上看，14世纪欧洲“黑死病”造成巨大灾难，但推动了人类对自身的反思，促进了欧洲文艺复兴、宗教改革和启蒙运动。中华

* 郭锋，中央财经大学法学院教授，最高人民法院研究室副主任。

〔1〕 在国务院应对新型冠状病毒感染肺炎疫情联防联控机制2020年3月13日15时召开新闻发布会，国家卫健委新闻发言人、宣传司副司长米锋表示，我国疫情防控形势积极向好，取得阶段性重要成果。

〔2〕 参见〔美〕威廉·麦克尼尔：《瘟疫与人》，余新忠、毕会成译，中信出版社2018年版。

民族从来就是在灾难中磨砺淬炼和获得新生,进行社会转型和变革。在这次应对疫情的关键时刻,党中央史无前例地强调依法防控、依法治理,凸显了国家治理能力、危机管控水平提升到了新高度,既重视法律制度优势,也重视治理效能优势。唯有法治能为突发公共灾害事件的防控处置、经济恢复、社会秩序重建提供制度保障,平衡好个人权利与公共健康、公共秩序之间的关系。正因为如此,习近平总书记要求从立法、执法、司法、守法各环节发力,全面提高依法防控、依法治理能力,为疫情防控工作提供有力法治保障,并特别强调要完善疫情防控相关立法,“构建系统完备、科学规范、运行有效的疫情防控法律体系”〔3〕。诚如美国学者柯恩所言,如果一个法律体系的决定没有公开、清楚、有力的理由支持,那么这一法律体系会被认为不符合法治。〔4〕本文循“理由之治”的思路,通过总结这次疫情防控经验教训,结合学界研究成果,对构建我国疫情防控法律体系进行初步研究探讨。

一、我国疫情防控的治理短板与法律体系构建的顶层定位

这次疫情防控暴露出来的短板与问题,引起全民反思讨论。政治学学者们从政府治理层面进行反思检视。比如,有的学者指出,这次疫情已经暴露了我国治理体系和治理能力存在一定的短板和不足,各地发展不平衡、治理体系不完善、治理能力不足的矛盾显现。〔5〕政府治理方面存在的诸多问题,归根到底是在行政理念、价值观和体制机制上出了偏差。〔6〕实际上,在2003年“非典”疫情暴发后,学术界针对疫情应急管理就展开过“立法中心论”还是“法律运行中心论”的讨论,〔7〕但这其实是因果相连、并不完全对立的两个命题。立法是法律运行的前提,而以行政和司法为主要载体的法律运行,是立法不断修正、完善的驱动力。对法学家来说,需要思考的是,这次抗疫治理体系中出现的问题,与疫情防控法律制度不完善、法律体系不健全有没有关系、是什么关系,以及应当如何弥补和完善。

要回答这个问题,首先需要了解我国疫情防控法律制度目前是什么状态。应该说,我国疫情防控制度建设具有一定基础,疫情防控、应急处置的法律制度、顶层设计基本具备。用栗战书委员长的话来说:“经过多年努力,我国已经形成一整套疫情防控和公共卫生法律制度。”〔8〕笔者认为,可以从两方面来观察。一方面,经历1998年特大洪水灾害、2003年“非典”疫情、2008年汶川地震等重大灾害事件以后,国家应急反应和抗击重大灾害能力显著提高。立法日益完善,调整公共卫生、应急处置的法律、行政法规有十多部,执法司法保障机制日益健全,由此奠定了这次抗击疫情的制度基础和强大实力,迅速实现从中央决策到地方、部门高效执行的快速衔接,

〔3〕这是习近平总书记2020年2月5日在中央全面依法治国委员会第三次会议上的讲话中提出的。习近平:《全面提高依法防控依法治理能力 健全国家公共卫生应急管理体系》,载 http://www.qstheory.cn/dukan/qs/2020-02/29/c_1125641632.htm,最后访问时间:2020年4月10日。

〔4〕参见〔美〕玛蒂尔德·柯恩:《作为理由之治的法治》,杨贝译,载《中外法学》2010年第3期。

〔5〕参见余江、冯雷鸣:《疫情防控——国家治理体系和治理能力面临的一次大考、一堂大课》,载 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1658769514641394817&wfr=spider&for=pc>,最后访问时间:2020年4月1日。

〔6〕参见许耀桐:《疫情中暴露出的政府治理问题及其症结所在》,载《国家治理》2020年第7-8期。

〔7〕参见张剑源:《从“非典”反思应对突发事件联运机制的建构》,载《苏州大学学报》(法学版)2015年第1期。

〔8〕栗战书:《在第十三届全国人大常委会第十六次会议上的讲话》(2020年2月24日),载 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202003/6a3feb2287884897ab62a4c71974bae8.shtml>,最后访问时间:2020年3月15日。

铺就一张从城市到社区和农村的全国疫情防控大网，开展一场声势浩大、悲壮英勇的疫情防控人民战争。正如世界卫生组织总干事谭德塞评价：“中方行动速度之快、规模之大，世所罕见，展现出中国速度、中国规模、中国效率，我们对此表示高度赞赏。这是中国制度的优势，有关经验值得其他国家借鉴。”〔9〕另一方面，党的十八大以来，党中央、国务院高度重视健康中国建设，2016年10月发布《“健康中国2030”规划纲要》，2019年7月发布《国务院关于实施健康中国行动的意见》，国家卫健委也制定了一系列文件。这些政策文件明确要求加强重大传染病防控、完善传染病监测预警机制，应对肝炎、结核病、艾滋病等重大传染病和流感、手足口病、登革热、麻疹等重点传染病以及血吸虫病、疟疾、包虫病等疫情，加强突发急性传染病防治，积极防范输入性突发急性传染病，加强鼠疫等传统烈性传染病防控，强化重大动物源性传染病的源头治理，实施传染病防控行动。鉴于上述情况，认为我国疫情防控制度缺失、顶层设计不到位观点，显然不够客观公正。〔10〕因此，笔者在本文中用“治理短板”而不用“制度短板”的概念也许更为准确，当然这两者在文义上存在交叉现象。

其次，需要认识我国疫情防控的治理短板究竟是什么。笔者认为，可以归纳为两个方面。一是从立法层面看，立法存在碎片化、条块化、部门化特征，没有形成系统完备、科学规范、运行有效、职责明确的疫情防控法律体系，法律的集成效应没有发挥出来。其一，没有建立起横贯疫情防控的统一立法理念。比如，《传染病防治法》强调保障人体健康和公共卫生，《突发公共卫生事件应急条例》强调预防、控制和消除突发公共卫生事件危害，保障公众身体健康与生命安全，但均未强调维护公共安全、公共利益。其二，一些疫情防控领域存在立法空白。比如缺乏《生物安全法》《医疗物资储备法》《传染病患者隔离救治与权益保障法》等。有的疫情防控领域配套制度缺失，如医疗物资生产、储备、分配，防控救治费用负担等。其三，有的法律规定较为原则、笼统。如《传染病防治法》对属地管理权限规定不清楚，对地方政府发布疫情信息职责规定模糊；《野生动物保护法》对野生动物范围的界定狭小，仅限于珍贵、濒危的陆生、水生野生动物和有重大生态、科学、社会价值的陆生野生动物；关于突发事件的补偿，《国家突发公共卫生事件应急预案》只规定了政府组织征收征用补偿，具体的补偿规定则相当欠缺。〔11〕其四，有的法律之间有冲突，如《传染病防治法》和《突发事件应对法》对疫情控制征用主体、征用范围规定不一致。

二是从行政执法层面看，一些地方政府、部门依法行政意识淡薄，依法行政的理念、能力欠缺，在其辖区内没有建立起严格执行法律法规的体制机制。不少党政官员不熟悉疫情防控法律法规，不清楚自己的职能、义务和责任。一些地方政府、基层组织超越执法权限，出台防控措施不符合法定程序，个别部门执法不规范、执法尺度不统一。习近平总书记指出：“有一些地方和部门面对突如其来的疫情进退失措，出台的一些防控措施朝令夕改。”〔12〕总体上看，地方政府、卫生健康部门没有将党中央、国务院的顶层设计政策落实落细，没有建立起贯彻执行的效果评估机制，不少措施停留在文件、会议部署上。

〔9〕 白洁：《习近平会见世界卫生组织总干事谭德塞》，载《人民日报·海外版》2020年1月31日，第1版。

〔10〕 参见丁蕾等：《新型冠状病毒感染疫情下的思考》，载《中国科学：生命科学》2020年2月23日在线发表。文中认为：公共卫生总体规划和顶层设计薄弱，公共卫生法律体系不完善。

〔11〕 参见刘士国：《突发事件的损失救助、补偿和赔偿研究》，载《中国法学》2012年第2期。

〔12〕 前引〔3〕，习近平文。

以上治理短板的原因固然是多方面的,但从国家治理层面反思,源于在国家宏观制度设计上,没有专门突出重大传染病防控的重要性、紧迫性,没有从重大风险防范和国家安全危机管控战略层面规划对重大传染病进行防控。因此,仅靠对现有法律“打补丁”式小修小补无济于事。为此,首先需要从顶层设计着手,在国家战略层面,把传染病视为威胁国家安全的一种新的人类安全危机。在全球范围内,最近十多年来的理论研究和政府决策已经将传染病视为国家安全新威胁,把生物武器扩散与生物恐怖主义危害视为世界安全新隐患。政治家和学者们普遍认为,全球化加剧了传染病的全球传播,构成人类安全的新危机。^[13] 美国兰德公司发表的研究报告指出,在后冷战时期,病原微生物威胁已超过来自敌对国家直接的军事威胁,成为国际社会及各国政府面临的严重挑战。^[14] 传染病暴发损害个人生命和尊严,损害经济安全、政治安全、环境安全、社会安全,其破坏力甚至超过恐怖主义、常规战争。历史和现实表明,在人类社会面临的所有疾病中,传染病是对人类群体的最大威胁。中世纪鼠疫“黑死病”使欧洲 2500 万人丧生,占当时欧洲总人口的 1/3。明末的 1644 年,鼠疫造成北京 20%~30% 的人口死亡。1918 年“西班牙大流感”导致美国一个月内死亡 20 万人,全球死亡 2000~4000 万人,约有 10 亿人感染。最近数十年来,全球每年死亡人口中约有 1/4 死于传染病,非洲达到 60% 以上。^[15] 艾滋病已使 2000 多万人丧生,病毒携带者和患者(HIV/AIDS)人数从 2013 年末的 3430 万人增至 2018 年末的 3790 万人。^[16] 传染病暴发和流行对交通运输、旅游、酒店、餐饮、贸易的影响极为明显,并通过人流、物流、资金流相继减损的链条传递,造成大量劳动力损失,增加医疗需求,加重家庭、社会和国家经济负担,最终影响区域经济、国家经济、世界经济发展。

然而,即便学界具有相当共识,但一些政府的关注点并没有从传统安全危机上有所转移。2020 年 4 月 2 日,纽约城市学院国际关系学教授拉詹·门农(Rajan Menon)和查尔斯·科赫研究所(Charles Koch Institute)研究和政策事务部副主任威廉·鲁格(William Ruger)在《洛杉矶时报》发表评论认为,在过去 20 年间,美国政府在应对国家威胁时,重点防范“9·11”式的恐怖袭击,认为这是“毫无疑问”的重中之重。然而,对美国人生命安全的最新威胁,却来自一个甚至肉眼都看不到的微生物 COVID-19。^[17] 我国一些地方、一些部门也存在盲目乐观现象,在平时和这次疫情暴发初期极度轻视其危害性。面对如此严峻的公共卫生形势和国家安全危机,我们有必要把重大传染病防控作为实施健康中国的核心战略,将重大传染病纳入防范化解重大风险的核心风险。传染病暴发的核心在于病毒的传染力度、人口聚集度与扩散速度。我国城镇化、节假日带来的人口聚集度大幅提高,高铁、飞机等现代化交通带来的人口扩散快速攀升,使得疫情感染人群规模大、疫情扩散速度快。基于“健康是促进人的全面发展的必然要求、是经济社会

[13] 参见龚向前:《传染病全球化与全球卫生治理》,载《国际观察》2006 年第 3 期。

[14] 2003 年 5 月,在全球抗击 SARS 公共卫生危机之际,美国兰德公司发布题为《新型与重现传染病的全球威胁:重建美国国家安全与公共卫生政策的关系》的研究报告。Jennifer Brower 和 Peter Chakk 教授在报告中提出这一观点。参见翟坤:《传染病威胁国家安全 兰德公司推出〈新型和再生传染病的全球威胁〉》,载 <http://www.people.com.cn/GB/paper68/9113/847589.html>,最后访问时间:2020 年 3 月 9 日。

[15] 参见百度百科词条“欧洲中世纪大瘟疫”“明末大鼠疫”“西班牙大流感”,载 <https://baike.baidu.com>,最后访问时间:2020 年 3 月 9 日。

[16] 参见李彦昕:《2019 年全球艾滋病(HIV)现状及竞争格局分析》,载 <https://new.qq.com/omn/20191101/20191101A03C0000.html>,最后访问时间:2020 年 4 月 2 日。

[17] See Rajan Menon, William Ruger, Coronavirus Makes Clear the U.S. Government Has Focused on the Wrong Threats, Los Angeles Times, Apr. 2, 2020.

发展的基础条件”这一认识,《“健康中国2030”规划纲要》明确指出:实现国民健康长寿,是国家富强、民族振兴的重要标志。世界卫生组织2005年颁布、被学者誉为“标志着传染病控制国际法的历史性发展”的《国际卫生条例》将对疫情防控能力界定为“国家核心能力”,并设定了具体标准。^[18]过去我们往往强调政治、意识形态、经济、科技、社会、外部环境等领域的重大风险,强调危化品、煤矿、消防等重点行业领域风险,而忽视了威胁到人类生存的疫情风险。这次疫情说明,保障人民群众的生命安全,不仅体现在国防军事、防暴反恐等领域,也体现在公共卫生、防御重大传染病领域。把保障人民生命安全和身体健康放在第一位,这既是疫情防控的最高价值目标,也是制度获得人民认可和拥护的力量源泉。^[19]

在理念上明确了顶层定位以后,具体目标、路径、方法等问题就迎刃而解了。在立法领域,需要明确构建我国疫情防控法律体系的指导思想、基本目标、基本原则、实施步骤、配套制度、保障措施等,可以考虑制定《构建疫情防控法律体系规划纲要》。立法机关需要组织力量加强对疫情防控有关领域专门立法的研究,以此为基础,统筹规划,按轻重缓急分步推进完善。比如,制定急需的《生物安全法》《医务人员权益保障法》《医疗物资储备法》等;将一些部门规章上升为法律;扩大《刑法》保护野生动物范围;要求各地对全国人大常委会2020年2月24日通过的《关于全面禁止非法野生动物交易、革除滥食野生动物陋习、切实保障人民群众生命健康安全的决定》制定配套落实措施,全面禁止食用野生动物和以食用为目的猎捕、交易、运输,等等。在行政执法领域,要进一步通过立法制度设计,有效落实政府在医疗卫生、食品、药品、野生动物、环境等健康领域的全面监管职责,追究违法失职责任;要把重大行政决策纳入到公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查、集体讨论决定等依法决策程序中,确保决策程序正当、过程公开、责任明确。即使是应急处置,也要把风险评估作为重大行政决策的法定程序。在司法领域,要创新司法理念和审判体制机制。比如,对有关疫情防控案件可以实行“三合一”综合审判(刑事、行政、民事);对危害公共安全的案件采纳公益诉讼制度;加强对政府疫情防控履职的司法监督;进一步加强对医务人员的权益保护。应该说,这些都是构建疫情防控法律体系的核心问题和有机组成部分。

• 213 •

二、我国疫情防控的制度优势与法律体系构建的结构要素

(一) 中美两国疫情防控的简要比较

鉴于这次疫情防控是全球性的,有必要进行国际对比。客观地说,世界现代史上的抗疫,如果从20世纪初“西班牙大流感”算起,西方有上百年的经历和经验。即便从目前横向对比来看,西方发达国家无论是立法制度,还是公共卫生体制机制建设、医疗卫生科技水平都保持领先地位。^[20]以美国为例,美国重大疫情防控的立法和体制机制都比较健全,主要体现在:

[18] 参见龚向前:《传染病控制与当代国际法变革的新趋势——以〈国际卫生条例〉(2005)为例》,载《法学评论》2011年第1期。

[19] 参见周建超:《在疫情防控中淬炼和提升治理能力》,载《中国教育报》2020年3月5日,第5版。

[20] 参见刘发鹏:《美国重大疫情防控系统机构设置及对我启示》,载 <https://xw.qq.com/amhtml/20200321A0JUWC00>,最后访问时间:2020年4月5日。

第一,在立法上,联邦层面的《美国法典》^[21]为传染病防治提供了依据。其第42编“公共健康与福利”第6章“公共健康服务”第7节“检验检疫部分”第264条至272条,明确规定了传染病防治措施。^[22]如:禁止从特定地方入境及进口;战争期间的特别隔离检疫;隔离地点、场所及港口;执行官及其他官员的隔离检疫责任;健康证明书;有关民航隔离检疫的规定;违反隔离检疫法规的处罚以及隔离检疫官遵守行政程序等内容。针对传染病患者可采取逮捕、拘留、检测等强制措施。其中第264条(b)明确规定,强制医疗措施的适用对象,是总统在听取国务卿会同卫生部长建议后通过发布行政令指定的传染病。就州立法而言,约翰·霍普金斯大学法律与公共卫生中心2001年12月21日公布了草拟的《州紧急卫生权力示范法》,为各州实施公共卫生紧急计划、公共卫生紧急事件的发现与追踪、宣布进入公共卫生紧急状态、公共卫生紧急状态财物的处理、公共卫生紧急状态人民的保护、公共卫生紧急状态信息公开等提供了示范条款。赋予州宣布紧急状态时公共卫生主管部门采取强制预防接种和强制治疗措施的权力,州政府享有对抗严重传染病以及生物恐怖主义攻击的权力。“9·11”事件之后,许多州针对生物恐怖攻击及流行病防控,依照示范法制定了因应流行性疾病疫情、新型及高度致命传染病的强制性规定。^[23]

第二,在体制机制上,从三方面采取措施。一是在联邦层面,美国卫生和公众服务部(HHS)是保证公民健康福祉、促进医学进步、提供公共卫生和社会服务的机构,是联邦政府卫生保障机构和美国医疗系统官方最高管理机构。^[24]它下辖两大核心部门,即负责民众层面的美国疾控中心(CDC)^[25]和负责军队层面兼顾民众层面的美国公共卫生军官团(PHSCC)。二是建立了覆盖全美的三级公共卫生应急管理体系,形成以美国疾控中心、各州医院应急准备系统(HRSA)和地方大都市医疗应对系统(MMRS)为主干的立体化应急管理网络。特别是在人口稠密、易遭受突发事件袭击的城市,建立了97个较完备的城市医疗系统,2000多个公共卫生实验室,1.7万个医院实验室,确保在公共卫生危机发生的48小时内应对。建立医院突发事件指挥系统(HICS),专门用于应对各类突发公共卫生事件的协调和指挥。三是在危机发生时,国防部、联邦调查局、卫生与公众服务部、联邦应急管理局、环境保护局和能源部立即参与进来,共同建立危机应对体系,发挥联邦层面强有力的指挥功能。根据卫生与公众服务部要求,各州成立突发事件应急委员会,建立综合协调、战略管理、系统评估等机制应对突发事件。当总统宣布启动“联邦反应计划”时,联邦应急管理局(FEMA)进行全部应急事件的总协调。

由此可见,美国的立法和公共卫生突发事件应急管理体制应该说在全世界最为完善,国内不少学者都将其视为楷模。但这次防控疫情的事实是,根据美国疾控中心公布的数据,截至2020

[21] 美国将建国以来由国会制定的所有立法加以整理编纂,按50个类目系统地分类编排,命名为《美国法典》(U. S. Code, 简称USC)。

[22] 2020年1月31日,正是依据《美国法典》第42编第247d节,美国卫生部部长Alex Azar宣布,自1月27日起,全美进入公共卫生紧急状态,要求全美医药卫生界对新冠病毒暴发做出响应。

[23] 参见雷娟:《美国传染病强制医疗制度及启示》,载《比较法研究》2014年第6期。

[24] See About HHS, available at <https://www.hhs.gov/>, last visited on Apr. 5, 2020.

[25] CDC隶属于HHS,但有相对独立和明确的权责,负责全国范围内的疾病监测及发布、制定全国疾病控制和预防战略、公共卫生领域的管理人员培训、资源整合、突发事件应对,以及对国际疾病预防和控制予以支持。

年4月30日，全美冠状病毒感染者为1031659例，死亡人数为60057例。^{〔26〕}中国卫健委在同一天数据则为：累计确诊病例为82874例，累计死亡病例为4633例。^{〔27〕}而且，尽管美国建立了全国医药器械应急物品救援快速反应系统，建立了12个专用药品和医疗器械的物资存放基地，但在这次防控疫情中，其消毒剂、口罩、防护服等生产、储备严重不足。这充分说明，美国设计的制度在运行中出了问题。根源何在？

从对这次美国抗疫的实证观察来看，笔者认为，美国行政主导体制出于党派利益、竞选政治、经济发展等考量，基本上将现有疫情防控体制机制架空，漠视、排斥公共卫生专业系统和专业人士意见。加之美国宪法基于分权理论，授予联邦中央政府的权力是有限的、明文的，州政府的权力是大量的、不明确的，即享有剩余权力，^{〔28〕}联邦对各州无法发号施令，并导致利益冲突、相互掣肘。更深层次则要从资本主义的精神基因上观察。资本主义本身就是以经济利益最大化、经济持续发展为驱动力，正如马克斯·韦伯所说，资本主义确实等同于靠持续的、理性的、资本主义方式的企业活动来追求利润并且是持续再生的利润。^{〔29〕}《华盛顿邮报》在评论特朗普总统的应对措施时毫不掩饰地指出：“有时，他对股票市场的走势表达的担忧要比对病毒在美国的传播更为真切，对美联储主席等人的指责更加强烈，他似乎从未对可能的美国大规模感染表现出过强烈的关注。”^{〔30〕}广大民众的生命健康和福祉，被一批操纵政党政治的资本家们牺牲，甚至以人权、自由、就业、全民免疫为借口予以蔑视，这使得原始积累时期贪婪无人道的资本主义罪恶再现。故此，尽管从疫情防控和公共卫生能力来说，按约翰·霍普金斯大学布隆博格公共卫生学院发布的2019年全球卫生安全指数排名，在全球195个国家排名中，美国以83.5分位列第1位，英国以77.9分位列第2位，中国以48.2分位列第51位，^{〔31〕}但是中国的抗疫取得了阶段性成果，得到国际国内普遍认同。《华盛顿邮报》同时指出：尽管采取了各种极端措施，而且美国一向被认为是应对流行病准备最充分的国家，但最终却被新型冠状病毒灾难性地击败，伤亡人数比其他任何国家都要多，最终死于新冠病毒的人数可能会超过美国在朝鲜战争、越南战争、阿富汗战争和伊拉克战争伤亡的总和。另外，在首席科学顾问主张“群体免疫”的英国，知名医学杂志《柳叶刀》主编理查德·霍顿在BBC一档节目上公开指责英国政府防疫措施是“国家丑闻”。^{〔32〕}相比之下，尽管中国在这次疫情早期预警、监测、管控、信息发布方面存在诸多失误、教训深

• 215 •

〔26〕 See Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Cases & Latest Updates, available at <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/cases-updates/cases-in-us.html#cumulative>, last visited on May 1, 2020.

〔27〕 参见《截至4月30日24时新型冠状病毒肺炎疫情最新情况》，载 <http://www.nhc.gov.cn/xcs/yqtb/202005/11f6b5e28be64f28b5b84eed2984ed60.shtml>，最后访问时间：2020年5月1日。

〔28〕 参见〔美〕托马斯·佛莱纳-格斯特：《联邦制、地方分权与权利》，载〔美〕路·亨金、阿·J·罗森塔尔编：《宪政与权利》，郑戈等译，三联书店1996年版，第3-27页。

〔29〕 参见〔德〕马克斯·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社2007年版，第19页。

〔30〕 Yadmeen Abutaleb, Josh Dawsey, Ellen Nakashima, Greg Miller, The U.S. was beset by denial and dysfunction as the coronavirus raged, The Washington Times, Apr. 4, 2020.

〔31〕 “全球卫生安全指数”（Global Health Security Index, 简称GHS Index）是2019年10月由美国约翰·霍普金斯大学布隆博格公共卫生学院（Johns Hopkins Bloomberg School of Public Health）联合核威胁倡议（Nuclear Threat Initiative, NTI）和经济学人智库（Economist Intelligence Unit, EIU）发布的，对195个国家的卫生安全进行全面评估。See GHS Index Map, available at <https://www.ghsindex.org/#1-section-map>, last visited on Apr. 5, 2020.

〔32〕 参见《柳叶刀主编：中国传递的信息非常清晰，我们却浪费了整个二月》，载 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1662904948830755731&wfr=spider&for=pc>，最后访问时间：2020年4月4日。

刻,但自从党中央直接决策部署在全国打响疫情防控的人民战争后,防控局面出现根本性转折,制度优势迅速凸显出来。这种制度优势,在突发事件应对中,可以弥补法律不完善、体制机制暂时不健全的弊端,可以在特定时期、一定程度上消弭官僚主义、形式主义的危害。因此,我们可以得出结论:好的法律和体制,如果不被政府和执法者遵循,其产生的正效能将转为负效能;相反,如果具有在科学思维指导下,以人民利益为中心的集中决策、统一动员的制度优势,即使法律体系、应急体制存在欠缺,也可以有效应对突发事件。当然,如果既具有好的法律和体制,又具有执行法律的制度优势,那么就是最理想的有效应对公共卫生突发危机的国家治理模式。而这正是我们构建疫情防控法律体系的目标方向。

(二) 我国疫情防控的制度优势

在这次疫情防控中,我们的制度优势究竟体现在哪些方面呢?无论是官员、专家学者,还是网上普通民众,都总结了很多观点。主流观点一致认为,抗疫成功彰显了中国共产党的领导和中国特色社会主义制度的显著优势,包括党的集中统一领导、人民当家作主、基本经济制度、先进文化制度等方面的优势。^[33]从笔者的角度观察,主要体现在以下四个具体方面:

第一,统一领导、集中决策。党的集中统一领导是打赢疫情防控阻击战的坚强政治保证。^[34]早在10多年前,有学者就通过研究发现,尽管当时全国各地各部门制定的应急预案有130多万件,但预案中严重缺乏部门之间的合作协调。^[35]但是,该学者也没有提出有效解决办法。有的学者在总结应对“非典”疫情经验时往前跨出一步,指出在尚未具备充分应急管理能力情况下,政府自上而下的强大动员能力对于应急工作的开展极其重要。^[36]这次疫情暴发后,党中央成立应对疫情工作领导小组,在中央政治局常委会领导下开展工作;向湖北等疫情严重地区派出中央指导组。党中央提出“突出重点、统筹兼顾,分类指导、分区施策”的部署要求。经国务院批准,国家卫健委第一时间发布公告,明确将新冠肺炎纳入《传染病防治法》规定的乙类传染病,并采取甲类传染病的预防、控制措施,全国31个省(区、市)相继启动重大突发公共卫生事件一级响应。自1月25日以后的3个月内,中央政治局常委会召开多达10余次会议,专门或重点研究部署疫情防控和经济社会发展工作。应该说,党中央的坚强统一领导、科学决策部署解决了学者们以往所担心的各自为政、无法协调的问题。

第二,联防联控、分工协作。重大风险的发生演变会打破常态管理中的专业化分工界限,出现跨地区、跨部门、多层级、多主体的特点,这就需要建立协同机制,形成防控合力。国务院及时成立“国务院应对新型冠状病毒感染肺炎疫情联防联控机制”(以下简称“联防联控机制”),由国家卫健委牵头,成员单位共32个部门。联防联控机制印发一系列指导性文件,对各地各有关部门实行分区分级精准防控,统筹疫情防控与对经济社会秩序恢复提出明确要求;高频率召开新闻发布会,向国内国际介绍应对疫情最新进展及各种防控政策措施,在保障人民知情权、稳定社会预期、消除恐慌情绪等方面发挥了重要作用。尽管曾有学者质疑由国务院作为应对特别重大突发事件的领导、指挥和协调机关的合理性,甚至认为由于一级政府专业性不足,我国《突发事

[33] 参见吴家华:《抗疫规模和速度彰显中国制度优势》,载《红旗文稿》2020年第5期。

[34] 参见中央全面依法治国委员会办公室:《为赢得疫情防控胜利提供法治保障和服务》,载《求是》2020年第5期。

[35] 参见张红:《我国突发事件应急预案的缺陷及其完善》,载《行政法学研究》2008年第3期。

[36] 参见前引〔7〕,张剑源文。

件应对法》作这样的规定“其实犯了一个错误”，^{〔37〕}但事实证明，如果没有国务院联防联控机制，仅靠国家应急管理部门或国家卫健委牵头，要在全中国范围动用各种资源打赢这场人民战争是不可想象的。

第三，政府主导、社会参与。一方面，政府在突发疫情管控、应急医疗救助、征用人员场地、应急物资保障等方面发挥了主导、决定性作用，国有企事业单位、公立医院作出巨大贡献。如在保障医用防护服、医用防护口罩生产供应方面，截至2020年3月26日，应急批准医用防护服生产企业191家，总数达到232家，最大产能135.96万件/日，应急批准医用防护口罩生产企业59家，总数达到112家，最大产能293.8万个/日。^{〔38〕}国家通过财政金融手段确保医疗机构先采购、后付费，对患者实施医药手术费豁免。另一方面，与既往我国对公共突发事件的处置主要靠政府力量，对民间资源利用不重视，没有把民间力量和资源纳入应急体系相比，^{〔39〕}这次社会力量广泛参与，大量民营企业、互联网公司、民间组织、志愿者纷纷加入。社会力量积极开展款物捐赠、提供应急服务、关怀特殊群体、搭建协作平台等活动。一些地方把疫情防控纳入城乡社区网格化治理，建立包括疾控部门、医疗部门、公安部门和社会组织、互联网平台、社区的数据信息合作体系，采取综合措施严控输入性病例、分割疫情传播链、厘清新病例源头、及时采集防控信息。

第四，技术引领、科学防控。大数据、人工智能、云计算等数字技术广泛运用于这次疫情监测分析、病毒溯源、防控救治、资源调配等方面。一些地区利用互联网平台，引导和安排涉疫人员根据交通距离、疫病程度和医疗机构饱和度就诊、留观、隔离或咨询；通过网络远程进行跨区域合作诊治；利用手机定位系统、扫码功能，进行空间定位、轨迹跟踪和数据监测；利用互联网企业积累的大数据资源和研发能力，将疫情防控的人流动态、物流保障、信息流分析等设定为应用场景；利用大数据实时监测客流、物流、复工情况和疫情影响；开展在线信息填报、数据分析、会议研讨等工作。应该说，我国数字技术在这次疫情防控中立下了汗马功劳。

以上制度优势，其实也是我国疫情防控取得阶段性重要成果的基本经验，为疫情防控法律体系构建提供了基本遵循、指导思想、主要机制。比如，我们可以把坚持中央统一领导、集中决策这一打赢疫情防控阻击战的制胜法宝，作为疫情防控法律体系建设的指导思想。将加强党对疫情防控工作的领导作为一项基本原则，并进一步理顺应急管理体制上的党政关系和军地关系，充分发挥党横跨军队与地方、政府与社会的统筹协调能力。^{〔40〕}也可以把“联防联控、分工协作”“政府主导、社会参与”“技术引领、科学防控”作为疫情防控法律体系建设的主要制度贯穿于各个具体法律之中。有关立法可以明确联防联控机制的法律地位、基本职能、所颁布文件的效力等，理顺《突发公共卫生事件应急条例》规定国务院设立全国突发事件应急处理指挥部、省级政府成立地方突发事件应急处理指挥部与联防联控机制的关系。可以通过立法确认政府主导、社会参与的多元防控疫情机制，鼓励发挥信息技术优势、完善疫情防控技术支撑。当然，正如有的学者理性指出的，在大灾大难面前，我国可以实施举国体制，这一制度优势是资本主义社会无法比拟

〔37〕 参见戚建刚：《非常规突发事件与我国行政应急管理体制之创新》，载《华东政法大学学报》2010年第5期。

〔38〕 参见李利、焦红：《全力保障疫情防控药品医疗器械上市供应和质量安全》，载《求是》2020年第7期。

〔39〕 参见邓仕仑：《美国应急管理体系及其启示》，载《国家行政学院学报》2008年第3期。

〔40〕 参见马怀德、汤磊：《总体国家安全观视角下的公共应急管理法治化》，载《社会治理》2015年第3期。

的,但举国体制不可多用,否则会形成灾难“大锅饭”,而忽略地方政府的管理责任。^[41]因此,在构建法律制度及其体系时,要合理分配中央和地方权限,对此后文将展开论述。

(三) 实现抗疫制度效能向完善法律体系的转化

应对突发公共卫生事件中形成的好制度、好经验、好办法,只有上升为法律,以国家意志进行规范性表达,才能产生持久性治理效能,为以后应对类似事件提供规范指引。而且,弥补如前所述的治理短板,其根本措施也在于完善立法制度。

提出“回应型法”概念的美国法学家P. 诺内特、P. 塞尔兹尼克认为,应对公共秩序危机(如罢工、示威、暴乱等),再坚持那些已经不适宜的法律规则是无益的,应当鼓励推动对危机整体解决方案的制度探求,即立法必须对公共秩序危机进行回应。^[42]构建我国疫情防控法律体系,就是实现法律制度对这次疫情引发的公共危机的针对性反应,实现抗疫制度效能向完善法律体系的转化。

为此,首先需要对我国现有疫情防控法律体系作一个基本评估。到2019年底,我国现行有效法律275件、行政法规619件、地方性法规9000多件,部门规章9500多件,地方政府规章23400多件。包括相继颁布实施《传染病防治法》及其实施条例、《野生动物保护法》《动物防疫法》《疫苗法》《突发公共卫生事件应急条例》等与公共卫生、应急处置相关的法律、行政法规。其中一些法律是吸取“非典”疫情沉痛教训适时制定或不断修改完善的,如《突发公共卫生事件应急条例》。正如前文所论,我国已经初步形成了比较完备的传染病防控制度体系,亦如中央全面依法治国委员会办公室所判断:“总体上实现了疫情防控有法可依。”^[43]而且,从实践层面看,这些法律为打赢这场疫情防控的人民战争、总体战、阻击战,提供了强大的制度支撑和根本遵循,可以说起到了救死扶伤、抗疫安邦、稳定社会的巨大作用。但是,如前文所述,立法存在四个方面的短板和问题。另外,有一些涉及医疗机构、执业医师、护士的行政法规、部门规章明显滞后,无法体现近年来的医疗卫生改革成果,对权益保障规定不足。为此,全国人大常委会已经决定加快修改《野生动物保护法》《动物防疫法》《传染病防治法》以及《陆生野生动物保护实施条例》《水生野生动物保护实施条例》《渔业法》《进出境动植物检疫法》《治安管理处罚法》等,其中有的立法修改工作已经启动。^[44]立法机关需要在总结这次疫情防控经验教训基础上,进一步完善有关疫情防控的立法修法理念,提出思路建议,广泛征求专家、公众意见后,补充纳入全国人大常委会的立法规划。

其次,需要在指导思想明确构建疫情防控法律体系的定位。法律体系通常是一个国家全部现行法律规范分类组合为不同的法律部门而形成的有机联系的统一整体。^[45]按照法理通说和《立法法》的规定,这个体系由宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例以及行政规章等层次,宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法等法律部门组成。在我国已经形成比较完备的传染病防控制度体系条件下,显然我们不是进行

[41] 参见林毓铭:《深刻认知突发公共卫生事件暴露的应急管理短板》,载《国家治理》2020年第7-8期。

[42] 参见〔美〕P. 诺内特、P. 塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第103页。

[43] 前引〔34〕,中央全面依法治国委员会办公室文。

[44] 参见前引〔8〕,栗战书文。

[45] 参见赵振江、付子堂:《现代法理学》,北京大学出版社1999年版,第416页。

新的法律制度及其体系构建，而应当是以现有疫情防控法律、行政法规及其他立法为基础，通过废改立等方式优化现有法律的内容、结构、体系，必要时进行清理编纂，最终形成一个内涵科学、逻辑严密、体系完善，基本上可以全面覆盖公共卫生、应急突发事件处置的中国特色社会主义疫情防控法律的制度体系。就定位而言，在指导思想上应当把握好三点。一是疫情防控法律体系是中国特色社会主义法治体系中的子体系，是以防控重大、突发传染病为目标而对公共卫生领域法律法规的体系化梳理完善，以强化该领域法律适用的系统集成、整体效应。因此，需要遵从中国特色社会主义法治体系的理念、目标和基本原则，需要以宪法为根本依据，以民法、刑法、行政法等二级立法为上位法。按笔者的理解，这个法律体系更多是观念上的、法律解释学上的，而非形式立法。二是疫情防控法律体系具有交叉性、包容性。疫情防控涉及国家治理所有领域、社会生活各个方面，包括经济、政治、文化、社会、生态文明等领域，关系到人民安全、政治安全、经济安全、军事安全、文化安全、社会安全。因此，凡是与疫情防控直接间接有关的法律、行政法规、其他规范性文件都应该纳入修改完善范畴。三是构建疫情法律体系应当突出重点难点，以弥补这次应急处置过程中暴露出来的立法空白、制度瑕疵、法条漏洞为优先，避免不分主次、全面出击，避免单纯追求“形式完美”的立法主义倾向。比如，当前应该把《生物安全法》作为急迫立法任务，以有效防控重大新发突发传染病、动植物疫情，规范生物技术研究、开发、应用，保障实验室生物安全，保障我国生物资源和人类遗传资源安全，防范外来物种入侵、生物恐怖袭击，防御生物武器威胁。还应当适应各国加强对医务人员立法保护的趋势，^{〔46〕}研究制定《医务人员权益保障法》，维护医务人员安全工作环境与人身权、工作权，规定其职业发展与福利待遇、医疗责任保险与风险分担、参加突发公共卫生事件处置的责任豁免等。

• 219 •

（四）我国疫情防控法律体系构建的结构要素

建立疫情防控法律体系无疑是一个任务艰巨的系统工程，不可能一蹴而就。为此首先需要设定一个总目标，并以此为基础确定构建的结构要素。结合党的十九届四中全会决定精神、中国特色社会主义法律体系建设任务以及健康中国建设规划，笔者认为，我国疫情防控法律体系构建的总目标应当是：适应推进国家治理体系和治理能力现代化、不断健全中国特色社会主义法律体系需要，通过完善公共卫生、应急处置等领域法律法规，构建系统完备、科学规范、运行有效、职责明确的疫情防控法律制度体系，为处置重大公共卫生突发事件、全面防范化解重大疫情风险、严格依法实施防控措施提供法律依据，提高疫情防控法治化水平，切实保障人民群众生命健康安全，促进社会和谐稳定，维护国家长治久安。为达成这一总目标，法律体系的构建工作应当致力于满足以下四个方面的结构要素：

1. 主体结构系统完备

立法机关的任务，应当是以宪法为根本法依据，建立健全各位阶、各领域的疫情防控法律法规体系，为疫情防范、疫情预测、疫情管控、疫情处置、信息发布、应急预案、物资储备、科研攻关、工作机制等提供全面法律遵循。为此，第一，建议《宪法》中写入疫情防控有关内容。

〔46〕 比如，资料显示，美国约40个州政府通过专门立法保障医务人员权利，强化对施暴者的刑事处罚，卫生主管机构制定了加强医院安检，配备金属探测器、应急呼叫按钮和武装警卫等安全措施；英国2009年修正的刑事司法与移民法增设了在医疗场所实施暴力伤医行为的滋扰行为罪，处以1000英镑以上罚金和比普通暴力行为更长的自由刑；澳大利亚昆士兰州2014年出台法案，规定对医护人员实施暴力者可判14年监禁。参见朱静：《全球在行动！对恶性“暴力伤医”事件“零容忍”》，载 <http://m.news.cctv.com/2019/12/28/ARTIX65eplGKpiU0huhA1pTZ191228.shtml>，最后访问时间：2020年4月3日。

《宪法》第21条规定,国家“开展群众性的卫生活动,保护人民健康”,建议增加规定:国家完善公共卫生制度,加强重大传染病防控,采取有效措施处置突发公共卫生事件。第二,构建以《基本医疗卫生与健康促进法》《传染病防治法》《野生动物保护法》《疫苗管理法》《生物安全法》《突发公共卫生事件法》等为主干,以行政法规为支撑,“两最高”司法解释为保障,地方人大立法、部门和地方政府规章为补充的疫情防控法律体系。适应疫情防控新形势,研究制定一系列新的法律法规。第三,统一修法理念与原则。建议在加强法律实施效果评估基础上,尽量统一修法理念与原则,防止出现治标不治本、受部门或地方利益影响、各法之间不衔接等情况。

2. 法条内容科学规范

通过立法建立科学规范的疫情预防控制体系、防控救治体系、医疗保险和救助制度、应急物资保障体系全环节的疫情防控制度体系。为此,可重点采取以下对策:第一,注重对传染病的预防和早期管控。预防作为最经济最有效的健康策略,已经列入国家规划,立法应当体现预防为主的健康工作方针,避免小病酿成大疫、地区传染病发展为区域性乃至全国性传染病。立法要重视科研机构的作用,用制度激励科研人员加强对冠状病毒的生物学特性、传播规律、致病机理的持续攻关,研发相关疫苗、抗体和药物。第二,理顺和完善疫情防控体制机制,减少多头管理、相互推责情况。完善公共卫生重大风险研判、评估、决策、防控、协同的体制机制,健全科学研究、疾病控制、临床治疗的有效协同机制,健全重大疫情应急响应机制,完善应急救治管理体系,将分级、分层、分流的传染病等重大疫情防控救治机制法定化。第三,将云计算、大数据和人工智能全面运用到疫情防控制度体系中。约翰·霍普金斯大学卫生安全中心通过“Clade X”“Event 201”模拟新型冠状病毒流行桌面推演,发现美国公共卫生系统漏洞,评估疫情影响程度,提出应对措施,帮助美国政府决策。我国数字技术具有显著优势,立法要积极鼓励运用数字技术,建立相关实验室,为预测、防控疫情和政府决策服务。

3. 制度运行高效便利

高效便利的判断标准应当是有法可依、执法必严、违法必究、追责及时、适用简便,核心是法律规定切实有效得到执行,而不是落空。党和政府的决策、指挥、部署应当依法进行;疫情报告和发布必须符合法定内容、程序、方式、时限;疫情防控及应急处置措施必须于法有据;破坏疫情防控的违法犯罪行为应及时受到打击;对行政违法行为惩处要坚持比例原则,平衡好对公众造成的损害与社会获得的利益之间的关系。国家医疗保障局局长胡静林曾表示,总的来看,在应对新冠肺炎疫情过程中,医保部门采取的一些救治保障政策和措施是成功的、有效的,但也暴露出一些问题,比如临时性、应急性措施多,缺乏法定的医疗保障制度安排。^{〔47〕}这就需要在完善法律制度时针对疫情防控中暴露出来的问题进行应对。

4. 参与主体职责明确

疫情防控法律制度应当实现中央部门、地方政府、医疗机构、相关组织、社会公众、患者之间的职责明确、权利义务清楚。为此,要将联防联控机制职责法定化,完善政府及其行政机关科学决策、严格执法、程序规范、权责统一的决策和管理制度;医疗卫生健康管理部门承担主管责任;地方政府履行属地责任;医疗机构落实首诊负责制;科研部门负责有效药物和病毒溯源等科

〔47〕 参见胡静林:《奋力解除全体人民的疾病医疗后顾之忧》,载《求是》2020年第6期。

研攻关；医疗物资部门负责药品、消毒物品、防护用品、救治器械等防控物资的供应保障；公益基金组织依法筹集、管理、运用捐赠物资；社会公众树立公民责任意识，增强卫生健康观念，自觉支持配合各种防控措施；患者积极配合隔离救治，防止传染他人。要特别注重完善法律责任体系，明确防控主体的行政处罚责任、刑事责任，防止追责不力、只强调公共危机管理中官员问责制的政治责任色彩，^{〔48〕}防止以党纪、政纪处分代替法律追究。另外，立法要以这次疫情防控为契机，在确保国家安全、社会稳定情况下，进一步放松对非公有制经济、社会组织的管制政策，为社会力量的参与创造良好环境，使疫情防控的人民战争真正以人民群众为主力军。

三、构建我国疫情防控法律体系需要处理好的几个关系

（一）处理好中央与地方权力配置关系

在中央与地方的权力配置方面，需要从立法上解决好三个问题：第一，科学划分中央和地方疫情防控权力边界。我国地域辽阔，民族众多，14 亿人口位居全球国家之首，超千万人口的城市有 16 座，说整个国家构成一个巨型社会毫不为过。尽管我国是单一制国家，但这样的国情决定了在国家治理中必须发挥地方的作用。《宪法》第 3 条第 4 款规定：“中央和地方的国家机构职权的划分，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性的原则。”就疫情防控而言，中央应当主要制定政策、颁布法律、制定规划，实行全国一盘棋。在疫情暴发蔓延后，中央举全国之力应对。但应考虑如何在中央统一领导下，发挥好地方党委和政府的自主性、主动性和积极性。其实，在美国，有关法律也明确规定州政府处于应急管理第一线，只有当灾害超出其控制范围后，才由联邦政府介入。^{〔49〕}第二，全面正确界定属地责任。按照《宪法》规定，地方各级人民政府是地方各级国家权力机关的执行机关，是地方各级国家行政机关，实行省长、市长、县长、区长、乡长、镇长负责制。属地责任，就是疫情发生在何地，何地的党委、政府及其负责人就要扛起主体责任，在按照法定程序上报的同时，必须第一时间采取果断处置措施。如果在涉及新冠肺炎疫情这样重大公共卫生突发事件时，还得层层上报、消极等候中央发令才处置管控，就必然形成灾难性事件。属地责任落实后，地方政府及其负责人未依法履行报告职责，或者隐瞒、谎报、缓报传染病疫情，或者在传染病暴发、流行时未及时组织救治、采取控制措施的，就必须依法承担责任，构成犯罪的，依法追究刑事责任。第三，将疫情预测、防控、信息发布的权力更多下放给地方。需要反思、检讨《传染病防治法》《突发公共卫生事件应急条例》等法律法规，将对传染病的类型确定、防控措施、启动响应级别一律交由中央部门行使的正当性、合理性。如《传染病防治法》第 4 条将“传染性非典型肺炎”“其他乙类传染病和突发原因不明的传染病”的预防、控制措施批准权赋予国务院，只将“本行政区域内常见、多发的其他地方性传染病”的管理和公布权交由省级人民政府行使。建议对此予以修改，赋予省（市、区）对传染病类型确定、防控措施、启动响应级别的相应权力，赋予地方政府临机处断权，只有涉及跨省域、全国性的疫情，国务院才直接行使权力。建议修改《传染病防治法》第 20 条，把地方政府和疾病预防控制机构按照传染病预防、控制预案采取相应的预防、控制措施，提前到国务院卫生行政部

• 221 •

〔48〕 参见林鸿潮：《公共危机管理问责制中的归责原则》，载《中国法学》2014 年第 4 期。

〔49〕 参见吴大明、宋大钊：《美国应急管理法律体系特点分析与启示》，载《灾害学》2019 年第 1 期。

门或者省级政府发出传染病预警之前。

（二）处理好疫情报告多元路径关系

疫情发生、暴发不可避免会造成社会恐慌，迅速而可靠的信息是抑制疫情扩散的“消毒剂”，是凝聚社会共识的“强心剂”。^{〔50〕} 东汉史学家荀悦在《申鉴·杂言》中说，对于风险要“防为上，救次之，戒为下”。2003年“非典”疫情的最大教训就是初期的信息失真、信息隐瞒，在反思基础上促成了政府有关应急管理法律措施的出台。《国家突发公共卫生事件应急预案》有针对性地要求“做出快速反应，及时、有效开展监测、报告和处理工作”。为此，必须摆脱单纯依靠行政系统层层报送、领导层层审批的做法，在法律上建立政府与民间相结合、行政人员与专业人员相结合、专家调研与媒体采访监督相结合的多元化报告路径。美国南卡罗来纳州《传染病法》规定，医生要对本州出现的已知或疑似传染病病例在24小时内报告给卫生部门，否则将犯不端行为罪，受到罚款和关押处罚。加拿大安大略省《健康保护与促进法》规定，医生、医院和学校都有义务向本地区公共卫生机构报告传染性病例，卫生主管部门有权力采取强有力措施制止病情传播，可以启动本部门应急计划，可建议启动全国或各省应急机制。结合我国国情，建立医生、医院将疫情同时直报疾病预防控制中心、卫生健康部门，由这两个机构分别报告当地政府，同时报告国务院卫生行政部门的制度，建立医生、医院直接通过全国电子信息平台报送国家疾控中心，国家疾控中心直报国务院的制度。拒不报送和压制报送的，依法追究法律责任。疫情发生地政府要保障国家有关部门委托调查的专家、依法采访的媒体记者的调查权、采访权。从立法上完善重大疫情信息公开机制，加大对瞒报、错报疫情信息等行为的行政、刑事处罚力度，建立对专业人员刻意垄断数据信息资源、贻误防控时机的惩戒制度。

（三）处理好政府依法管控信息与公众知情权监督权的关系

我国的言论自由有两个现实特点。其一，一些政府负责人基于传统“维稳”思维、家长主义观念以及粉饰政绩的需要，“把与突发事件相关的信息当作‘秘密’，担心公布信息会引起公众焦虑和恐慌”^{〔51〕}，容不得批评意见。其二，一些敌对势力、别有用心的人攻击我国基本制度，危害国家安全，煽动民族、宗教问题，危害社会稳定。后一种“言论自由”不但要管控，而且要坚决打击。但对前一种言论自由，必须旗帜鲜明地保护。言论自由不是绝对自由，但管控要讲科学性、合理性。从号称言论最自由的美国来看，其法官也通过判例设定了行使言论自由的边界，为政府管控提供法理依据。例如，他们发展出一套称之为“双阶理论”的规则，将言论区分为高价值言论和低价值言论。高价值言论包括政治性言论、宗教性言论、文化及艺术性的言论，这类言论受到法律、司法严密保护，立法、政府不得随意限制；低价值言论包括商业性言论、猥亵性言论、诽谤性言论、挑衅或仇恨性言论，对这类言论的法律保障程度则较低，其触法可能性大。根据我国国情和政治制度特点，可以借鉴“双阶理论”规则原理，把人民群众的意见、呼声，对民生安全问题的关切，对政府工作的监督批评等作为基本言论予以特别保护，非依法律规定，不得限制、剥夺；把对政治、民族、宗教、意识形态、人格权、隐私权、淫秽色情等的言论视为特殊言论，依法予以从严管理。现实教训表明，只有紧紧依靠广大人民群众，保障言论自由，落实好

〔50〕 参见李建伟、赵铮：《完善重大疫情防控体制机制 健全国家应急管理体系》，载《光明日报》2020年2月19日，第11版。

〔51〕 参见贾俊强：《当前我国突发事件政府话语权面临的困境》，载《湖北警官学院学报》2015年第5期，第53页。

《突发公共卫生事件应急条例》所规定的突发事件举报制度，才能在第一时间发现风险、控制风险，最终低成本消除风险。

（四）处理好维护个人私权与保护公共利益的关系

从比较法的角度看，很多国家或地区，如美国、日本法律上均规定，为防控传染病，赋予行政主管机关某种程度的强制权力，限制公民的人身自由权，居住及迁徙自由，言论、讲学、著作及出版自由，集会及结社自由，工作权及财产权等基本权利。此乃由于传染病若未受到控制，对于社会及人民将产生极大损害，故而必须限制甚或牺牲少数人的权利，保护大多数人的利益。^{〔52〕}最高人民法院江必新大法官指出，为有效应对紧急突发事件，法律可以授予政府紧急行政权，包括发布限制人身自由的措施，征用房屋和交通工具，强制疏散、强制隔离，实行宵禁和新闻管制，实行互联网和通信管制，禁止或者限制集会、游行、示威、举行会议等群体性活动，推迟举行选举，中止特定社会团体的活动，限制个别经济活动，延长被拘留和服刑人员的监禁期限等。^{〔53〕}但我们也要看到，在这次疫情防控中，出现了越法滥权现象。有的地方限行设卡，封村断路，一律劝返，锁死家门，封死出口；有的管控主体强制扣留不戴口罩者，野蛮执法，过激执法。正如全国人大常委会法工委负责人所说的，这些措施超出必要和限度，影响公民的合法权益和经济社会的正常运行，既不合法，也不合理。^{〔54〕}必须认识到，公民人身自由权、住宅不受侵犯是宪法权利，必须得到尊重和保护。我国《宪法》禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体，禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害，禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。在此前提下，要把握好三点：其一，为了公共利益，在特定情况下，可以依法对公民人身权、财产权进行限制、处置。为了应对传染病对公共安全的威胁，各国均赋予政府公共卫生权力，对传染病患者、疑似传染病患者采取强制隔离治疗等措施。如美国针对传染病患者可采取逮捕、拘留、检测等强制措施，联邦法律特别强调对传染病患者行动及迁徙自由进行限制。^{〔55〕}澳大利亚新的《生物安全法》第103条、107条规定，卫生官员一旦发现传染病患者或疑似患者，就有权强制对方接受隔离，若拒绝则可以将其逮捕，其将面临最高5年监禁等惩罚。^{〔56〕}日本1999年4月制定的《关于感染症预防及感染症者医疗的法律》第17条、第19条规定，第1、2类感染力强、病症危重度高、危险性大的所有患者、疑似患者、无症状病原体携带者均须强制健康检查或强制住院入院。在我国，按照《传染病防治法》等法律，为防控疫情需要，政府部门有权对患者进行隔离救治。任何组织和个人应当接受、配合医疗卫生机构为预防、控制、消除传染病危害依法采取的调查、检验、采集样本、隔离治疗、医学观察等措施。其二，限制、处置公民人身权、财产权必须符合主体适格、手段合法、措施适度的法律要求。从法理上说，个人自由并不具有绝对性，在很多时候都要受到必要的限制，以达到维护集体安全的目的；但另一方面，出于集体安全的考虑并不足以正当化任何限制个人自由的措

〔52〕 参见林玉玲、李寿星：《“传染病防治法”强制规定之比较法研究》，载《金陵法律评论》2013年第1期。

〔53〕 参见江必新：《用法治思维和法治方式推进疫情防控工作》，载《求是》2020年第5期。

〔54〕 参见《公众关心的疫情防控相关法律问题，法工委权威解答来了！》，载 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202002/23100ec6c65145eda26ad6dc288ff9c9.shtml>，最后访问时间：2020年4月6日。

〔55〕 参见前引〔23〕，雷娟文。

〔56〕 参见本书编委会：《澳大利亚生物安全法》，中国质检出版社、中国标准出版社2018年版，第42-44页。

施。^[57] 因此,有关措施只能由政府等法定主体依法决定和实施,要统筹把握好疫情防控与经济社会正常运行、保障公民合法权益的关系,采取的措施要与疫情可能造成的社会危害的性质、程度和范围相适应,不得超出必要限度。任何单位和个人不得擅自采取封门堵路等措施封闭村庄、小区。不得限制已采取防护措施并配合接受体温检测的非隔离治疗业主或租户返家。对个人实施隔离的,在隔离期间,应当对被隔离人员提供生活保障。征收征用财产的,要依照法律规定给予补偿。其三,在突发公共卫生事件情况下,任何公民都应当树立维护公共安全、他人利益的观念,适当限缩自己的权利自由。自由和权利的行使,以不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利为前提,否则依法承担法律责任。按照《传染病防治法》,对拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗的,可以由公安机关协助医疗机构采取强制隔离治疗措施。

(五) 处理好政府主导与司法介入的关系

在疫情防控中,政府无疑担负着一线的领导组织、部署落实重任。对司法机关来说,要提供坚强法治保障,首要的是维护社会秩序、经济秩序、国家安全,打击违法犯罪,保护人民群众生命健康安全。人民法院作为行使审判权的司法机关,要通过及时高效的刑事审判、行政诉讼支持公安机关、检察机关进行的治安处理、提起的刑事诉讼。但在其他领域的司法介入要持稳妥慎重策略。首先,对政府依法采取的隔离管控等措施要尊重、支持,不能进行司法审查。这一点不能借鉴美国等西方国家法院的做法。在美国,虽然美国法律规定公共卫生行政部门享有隔离、检疫、强制住院三项拘禁权力,但法院通过司法令状限制强制隔离紧急权的行使,从一开始就介入公共卫生机构的隔离行为。法院对行政机关提交的符合条件的行政紧急强制颁发授权令状。没有令状,行政机关不能实施强制隔离。在我国,法律已充分授权政府和政府部门、医疗机构对公共卫生突发事件进行处置、管控,对此进行司法审查于法无据。其次,对在疫情防控期间出现的执法过度,一些非法定主体、非授权主体实施的违法隔离管控行为,要依靠党委、政府来解决,也就是纳入诉源治理机制予以及时、高效、妥善处理。我国没有西方一些国家的治安法官制度,现有一审、二审、再审诉讼机制不能在非常时期迅速解决矛盾纠纷,如果将这些行为纳入诉讼解决机制将影响疫情防控大局、束缚政府处理突发事件的手脚,最终损害人民群众安全利益和社会公共利益。事实上,对一些地方在疫情防控中的违法、过度执法行为,在全国人大常委会法工委解读法律规定以后,当地党委、政府已经责令迅速纠正。再次,人民法院可以通过制定有关司法政策为疫情防控提供司法指引,规范各个主体行为,同时要加强涉疫情民商事案件的审判执行工作。比如,制定司法政策支持鼓励地方行政机关、卫生主管部门尽职履责,加强对患者的救治与关怀;禁止其他单位、个人随意扩大强制隔离治疗对象范围;支持医疗机构、企事业单位为受到隔离或检疫者提供安全、健康的环境,防止出现交叉感染、次生灾难;反对不公正或对弱者的歧视;禁止没有法律依据、未经法定程序以疫情防控为由剥夺他人自由;不支持对非病患者采取隔离和过度管控措施。另外,要及时补足司法短板。比如对强制医疗,由于法律依据不足,司法不能直接应对。可以借鉴美国一些判例中所建立起来的相关司法审查标准和原则,美国法院确立的四个限制标准,即对象必须实际感染或接触过传染病、安全宜居的条件、公正不歧视、正当法律

[57] See Lawrence O. Gostin, *Public Health Law: Power, Duty, Restraint*, University of California Press, 2000, pp. 14-21.

程序，并要符合合理限制原则。^{〔58〕} 人民法院可以通过这次疫情防控期间积累的司法案例，借鉴国外立法、司法有益经验，提出修改完善立法的建议，积极创新裁判规则。^{〔59〕} 同时，要及时依法受理审理涉疫情民商事纠纷案件、劳动争议案件、侵犯医护人员合法民事权益案件，及时化解矛盾、定分止争，为统筹疫情防控和经济发展、复工复产提供司法服务保障。

Abstract: The robustness of the political and judicial systems of China has been placed firmly under the microscope during the COVID-19 outbreak and the ensuing prevention and control measures which were implemented, as it is a test of the rule of law of the country. The Chinese legal system has a rudimentary capacity to respond and prevent the propagation of epidemics but is yet to identify a robust, calculated and standardized legal system which facilitates the efficient operation of the respective organs of law and government. It is essential to consider infectious disease as a new form of threat to national security and subsequently adopt the measures into law. This would promote the development of a “healthy China” and simultaneously enable the country to temper risks and commensurate responses. The establishment of an epidemic prevention and control legal system stemmed from the provision of primary references and guiding ideologies. In order for this system to be effective, it must have good policy underpinning it and institutional advantages for implementing laws. This makes it the most preferable form of national governance model which is capable of responding to public health emergencies such as these. Constructing a legal framework and architecture to address the control and prevention of epidemics ought to focus on developing a structural system within which it operates, scientific and standardized provisions and regulations, an efficient and convenient system and a delineation of responsibilities which each main body will be expected to perform. It is essential to address the power balance between central and regional powers, the relationship between public awareness of the prevailing circumstances and risk they face and the centralization of information, the maintenance of privacy while acting in the public interest and ensuring the judiciary still has a role to play. These measures will make it possible to amalgamate the best of politics and law in response.

Key Words: COVID-19, public health emergencies, epidemic prevention and control, legal system, national governance

(责任编辑：于文豪 赵建蕊)

〔58〕 参见前引〔23〕，雷娟文。

〔59〕 参见姜启波、郭锋、袁春湘：《为统筹推进疫情防控和经济社会发展提供司法保障》，载《中国审判》2020年第4期。

疫情防控中征用对征收规范的借鉴 ——以甲市征用乙市口罩事件为例

刘连泰*

内容提要：行政征用是对财产使用权的剥夺，行政征收是对财产所有权的剥夺。如果被征用的财产是一次性使用的物品，使用后无法返还或者返还根本没有意义，征用就应转化为征收，即形式上是征用，法律效果上是征收。征收、征用的对象是“公民的私有财产”，一个政府机构不能征用另一个政府机构的财产，只能请求另一个政府机构支援。征收和征用的程序有一定的联系，征用程序大体上是简化征收程序的结果，但不能违背正当程序的基本价值。征用对应的政府义务首先是返还被征用物品，其次是损失补偿。补偿的损失包括财产被征用期间的使用权损失和被征用财产毁损、灭失的损失。

关键词：征用 紧急情形 正当程序 补偿

2020年2月2日，甲市卫生健康委员会征用乙市新冠肺炎疫情防控指挥部向甲市某公司购买的一批口罩，该批口罩尚在快递公司未运出，存放在甲市辖区内某快递公司仓库。作出征用决定后，甲市卫生健康委员会通知乙市新冠肺炎疫情防控指挥部申请补偿，逾期不申请即视为放弃补偿要求。一石激起千层浪，人们不禁追问，这种征用合法吗？

在疫情肆虐时期，医疗资源严重不足，常态的医疗秩序受到巨大冲击。急需的抗疫物资无法通过正常的市场交易获得，鉴于时间的紧迫性，政府可以采用征用措施。然而，学界对征收征用的研究多聚焦于征收，征用问题常常一带而过；预设的场景也多是常态秩序，非常态秩序少有考量。出于防控疫情的需要而征用物资或场所，目的基本具有正当性，但政府面对紧急需要时只能进行征用，不能实施征收吗？谁的物资和场所可以被征用？依据什么程序征用并进行补偿？返还和补偿是什么关系？这些问题在甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部口罩事件中悉数呈

* 刘连泰，厦门大学法学院教授。

本文为厦门大学中央高校基本科研业务费专项资金项目“疫情防治中的征用问题”（20720201050）的阶段性成果。

现。我们可以看到疫情防控中医疗资源供给不足，但我们选择性忽略了与医疗资源供给不足并行的制度资源供给匮乏。任何疫情都不会持续太久，但制度的研究需要长期储备。本文以甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部口罩事件为例，依次讨论上述问题。

一、征用还是征收：由征用转化的征收

征用是对财产使用权的剥夺，征收是对财产所有权的剥夺。^{〔1〕}甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部的口罩后，乙市疫情防控指挥部要求返还物资，甲市卫生健康委员会先答复物资已经发放，无法返还，只能补偿，随后答复返还口罩（当然不是收回已经发送完毕的口罩再返还，事实上只能是同型号的其他口罩）。这不是征收吗？甲市卫生健康委员会为什么不直接征收，而是征用乙市疫情防控指挥部的口罩？

此事件涉及的相关法条规定如下：^{〔2〕}《宪法》第13条第3款规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”《物权法》第42条第1款规定：“为了公共利益的需要，依照法律规定的权限和程序可以征收集体所有的土地和单位、个人的房屋及其他不动产。”《物权法》第44条第1款规定：“因抢险、救灾等紧急需要，依照法律规定的权限和程序可以征用单位、个人的不动产或者动产。”《传染病防治法》第45条第1款规定：“传染病暴发、流行时，根据传染病疫情控制的需要，国务院有权在全国范围或者跨省、自治区、直辖市范围内，县级以上地方人民政府有权在本行政区域内紧急调集人员或者调用储备物资，临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备。”《突发事件应对法》第12条第1款规定：“有关人民政府及其部门为应对突发事件，可以征用单位和个人的财产。”上述规范之间的关系是什么？彼此的含义如何融贯？

（一）限制征收征用法律条款的合宪性

部门法在明晰《宪法》文本中的征收征用含义，使之进一步类型化的过程中，渐次收缩国家征收征用权，是否具有合宪性？根据《宪法》第13条第3款的规定，政府出于公共利益的需要，既可以对公民的私有财产实施征收，也可以实施征用；既可以征收不动产，也可以征收动产。但政府显然不能直接依据《宪法》征收征用公民的私有财产，只能“依照法律”，“依照法律”为立法机关设定了立法义务。全国人大通过系列立法，将上述条款具体化。《宪法》第13条第3款只从受到影响的权利种类区分征收和征用，《物权法》增加了两个区分维度：是否紧急；是动产还是不动产。“征收和征用的另一个区别，征收是和平环境的法律制度，征用是紧急状态下的特别措施。”^{〔3〕}征用的对象既可以是不动产，也可以是动产，而征收只能针对不动产。^{〔4〕}《传染病

• 227 •

〔1〕 参见王兆国：《关于〈中华人民共和国宪法修正案（草案）〉的说明》——2004年3月8日在第十届全国人民代表大会第二次会议上》，载《中国人大》2004年第6期。

〔2〕 甲市所在的省也有地方立法，即该省《突发事件应急征用与补偿办法》，是省人民政府办公厅发布的规范性文件，不涉及征收征用概念，本部分不涉及。

〔3〕 梁慧星：《谈宪法修正案对征收和征用的规定》，载《浙江学刊》2004年第4期，第119页。梁慧星教授发表这一观点时，《物权法》尚未通过。王利明教授也发表了类似的观点，稍微缓和一些。后来通过的《物权法》完整贯彻了上述概念。

〔4〕 《物权法》只规定了针对不动产的征收，没有关于动产的征收。

防治法》和《突发事件应对法》与之相应，只规定了行政应急状态下的征用。在甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部口罩事件中，甲市卫生健康委员会对口罩只能征用，原因有二：一是口罩属于动产，征收只能针对不动产；二是紧急状态下只能征用，不能征收。《物权法》将征用的情形限制为“紧急需要”，没有授予政府“紧急需要”情形下的征收权；将征收的对象仅限于不动产，不授予政府征收动产的权力，这是对《宪法》征收征用条款的“完善”，还是对《宪法》征收征用条款的僭越？〔5〕

宪法中的财产权需要法律形成，作为对财产权进行限制的征收征用同样需要法律形成。立法机关完成宪法规定的立法任务时有“形成空间”，有“立法裁量权”，但立法裁量要接受合宪性审查。合宪性审查包含形式审查和实质审查两个维度。形式审查是对立法权限和立法程序的审查。实质审查包括两方面内容：是否侵犯公民基本权利；是否有助于序言和总纲中国家目标、国家任务的实现。〔6〕判断一项立法是否侵犯公民基本权利时，合宪性审查的重点是立法是否限缩了公民基本权利，限缩理由是否正当，限缩是否合乎比例原则。〔7〕《宪法》第13条第3款“依照法律”的表述意味着立法委托，立法机关制定《物权法》《传染病防治法》和《突发事件应对法》，限制征收征用的适用空间在形式上具有合宪性。《物权法》将征收征用作为对物权的限制来表述，《传染病防治法》和《突发事件应对法》规定特殊情形中的征用，构成特殊情形的征用特别法。上述立法是对国家征收征用权的限制，并未限缩公民的财产权，侵犯公民财产权无从谈起；对国家征收征用权的限制与《宪法》序言和总纲中的国家目标无关。因此，《物权法》《传染病防治法》和《突发事件应对法》限制征收征用的适用空间在实质上是合宪的。

（二）征用能否转为征收

《物权法》《传染病防治法》和《突发事件应对法》限制征收征用的适用空间合宪，这就意味着，即便甲市健康卫生委员会是出于征收乙市疫情防控指挥部的口罩的意图，但按照《物权法》《传染病防治法》和《突发事件应对法》也只能征用，否则就是超越法定职权。但问题是征用只涉及对财产使用权的剥夺，事后需要返还原物，如果被征用的财产是一次性使用的物品，使用后无法返还或者返还根本没有意义，如何处理呢？法律规定了补偿。《突发事件应对法》第12条规定：“有关人民政府及其部门为应对突发事件，可以征用单位和个人的财产。被征用的财产在使用完毕或者突发事件应急处置工作结束后，应当及时返还。财产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿。”征用了一次性使用的物品，使用即意味着毁损或者灭失，没有“及时返还”的空间，补偿事实是指向征收的，因为征用补偿只涉及财产使用权的价值，而征收补偿才涉及财产所有权的价值。以合法的征用开始，以合法的征收补偿结尾，能否在法律体系中求得圆融的解释？这就涉及征收法上一个传统的问题：征用能否转为征收。

日本和我国台湾地区对征收和征用进行了区分。中国清末引进日本的征收立法，区分征收和

〔5〕 王利明教授认为，似乎是对《宪法》征收征用条款的完善。参见王利明：《物权法草案中征收征用制度的完善》，载《中国法学》2005年第6期。

〔6〕 参见王锴：《合宪性、合法性、适当性审查的区别与联系》，载《中国法学》2019年第1期。

〔7〕 参见前引〔6〕，王锴文。

征用，国民政府时期的立法沿袭下来，征收和征用的概念界分后被台湾地区沿用。^{〔8〕}上述做法区分征收和征用概念的同时，认可征用可向征收转化。征用在两种情形下可以转为征收：第一种情形是征用期限太长（我国台湾地区规定为三年），超出征用概念中的“临时”界限；第二种情形是对使用权的剥夺影响财产的其他用途（比如本来只使用土地的地上权作为航道，但噪音太大，影响土地的其他用途），使财产的价值几乎归零，剥夺的财产权超出征用中的“使用权”概念，^{〔9〕}类似于德国法上所说的所有权本质内涵遭受不可逆的损害。^{〔10〕}《突发事件应对法》第12条规定的“财产被征用或者征用后毁损、灭失的，应当给予补偿”，可以归类在“转化的征收”概念之下。值得注意的是，征用转化来的征收仍然是合法的征收，而不是侵权，《突发事件应对法》第12条用“补偿”而不是“赔偿”，暗含了这样的意蕴。在甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部口罩事件中，口罩作为一次性使用的物品，用过即为“毁损”，财产权的本质内涵被侵蚀，甲市卫生健康委员会对乙市疫情防控指挥部口罩的征用转化为征收，即形式上是征用，实质上是征收。

二、政府可以征用的财产：征用的权力半径

在甲市卫生健康委员会征收乙市疫情防控指挥部口罩事件中，甲市政府机构能否跨区域征用乙市的财产？被征用的口罩所有人系政府机构，一个政府机构能否征用属于另一个政府机构的物资？

（一）地方政府能否跨区域征用

一种解释进路认为，甲市没有征用权，因为按照《传染病防治法》的规定，人民政府只能征用本辖区内的物资，超过本辖区的物资征用，只能由国务院实施。^{〔11〕}也就是说，征用的概念半径仅及于人民政府管辖的区域。这种说法的规范依据是《传染病防治法》第45条第1款：“传染病暴发、流行时，根据传染病疫情控制的需要，国务院有权在全国范围或者跨省、自治区、直辖市范围内，县级以上地方人民政府有权在本行政区域内紧急调集人员或者调用储备物资，临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备。”县级以上人民政府只能在“本行政区域内”征用财产，跨省的征用只能由国务院实施。那么，如何理解“在本行政区域内”呢？

本行政区域内的财产存在两种可能的解释：属地的解释和属人的解释。从属地的角度看，在本行政区域内的财产就在可征用之列，不管作为财产权人的个人、单位住所在哪里；从属人的角度看，本行政区域内单位、个人所有的财产才在可征用之列，不管他们的财产在哪里。认为甲市

〔8〕 参见童旭、丁亚兰：《“土地征收”概念的中国缘起——以民国时期“土地征收”概念的演变和发展为中心》，载《中山大学法律评论》第12卷第1辑，广西师范大学出版社2014年版，第3页。

〔9〕 参见我国台湾地区“土地征收条例”第57条、第58条。

〔10〕 参见王锴等：《疫情防控下，哪些场所会被行政征用？事后如何补偿》，载《检察日报》2020年2月11日，第3版；赵宏：《疫情防控下个人的权利收缩与尊严保障》，载 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_5796374，最后访问时间：2020年3月1日。

〔11〕 参见叶必丰：《规则抄袭或细化的法解释学分析——部门规则规定应急征用补偿研讨》，载《法学研究》2011年第6期。

没有征用权的学者,显然是从属人的角度理解的。如果结合《传染病防治法》的非常态法特征,从征用便利的角度看,应该做属地理解,即县级以上地方人民政府有权征用本行政区域内的财产,不管这些财产所有人的住所是否在本行政区域内。从这个角度看,甲市卫生健康委员会的征用不能理解为跨区域征用。

(二) 政府机构能否征用另一个政府机构的财产

《宪法》第13条第3款将征收征用的对象规定为“公民的私有财产”,《立法法》第8条将征收征用对象规定为“非国有财产”,《物权法》第44条和《突发事件应对法》第12条将征用的对象规定为“单位、个人的财产”。“公民的私有财产”“非国有资产”和“单位、个人的财产”这几个概念是什么关系?“尽量避免宪法问题”是合宪性解释的基本要求。《宪法》第13条规定征收征用的对象是“公民的私有财产”,那么“公民”是否单指自然人?如果这样解释,法律规定征收征用单位的财产就违宪了。好在这个障碍容易跨越,公司和一些单位可以理解为公民的集合,中国《宪法》许多规定公民基本权利义务的条款都可以自然延伸到公民集合。问题是如何理解“私有财产”。

在中国《宪法》文本中,“私有”是和“公有”对应的概念,“公有”包括“国家所有”和“集体所有”。《宪法》第13条第3款规定的征收征用对象为“私有财产”,是否意味着国家所有的财产和集体所有的财产都不能征收。《宪法》第10条第3款规定了集体所有的土地的征收,这意味着征收对象可以包括作为公有财产的集体所有财产,征收征用的排除对象仅仅是作为公有财产的“国有财产”,《物权法》第44条和《突发事件应对法》中作为征用对象的“单位、个人”的财产应指作为“非国有财产”的“单位、个人”的财产。个人的财产肯定不是“国有财产”,但作为“非国有财产”的“单位财产”指哪类财产?国家出资企业的财产是不是“非国有财产”?能不能作为征收征用的对象?国家出资企业的资产尽管最终归国家所有,但国家出资设立企业后,就形成了与国有财产分离的“企业财产”,即《立法法》第8条所指的可能作为征收征用对象的“非国有财产”,国家不能无偿调拨,征收征用应予补偿。《企业国有资产法》第16条规定:“国家出资企业对其动产、不动产和其他财产依照法律、行政法规以及企业章程享有占有、使用、收益和处分的权利。国家出资企业依法享有的经营自主权和其他合法权益受法律保护。”作为市场主体的国家出资企业,与其他市场主体平等,没有国家公权力,是“私人”而不是享有公权力的主体,国家出资企业对财产享有的权利与其他市场主体对财产享有的权利并无不同,当然可以作为征收征用的对象。

经过以上分析,可以得出的结论是:不能作为征收征用对象的“国有财产”就指国家所有,并未分离出其他非国家机构所有权的财产。回到甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部口罩事件,乙市疫情防控指挥部购买的口罩无疑属于乙市疫情防控指挥部所有,是国有资产,而且没有分离出其他非国家机构所有权,不能作为征收征用的对象。如果甲市卫生健康委员会确实需要使用乙市疫情防控指挥部的物资,但乙市疫情防控指挥部的物资又不能成为征用对象,那么该怎么办呢?只能由《突发事件应对法》第52条第1款规定提供正当性,第52条第1款规定:“履行统一领导职责或者组织处置突发事件的人民政府,必要时可以……请求其他地方人民政府提供人力、物力、财力或者技术支援,……”此时应当适用政府间关系的规则,而不应适用处理

国家和非国家机构关系的规则。

从征用的目的要件看，甲市卫生健康委员会也不能征用乙市疫情防控指挥部的口罩。《宪法》第13条第3款规定的征用的目的为公共利益，表明公共利益相对于私人利益具有优位性。然而，乙市疫情防控指挥部的物资服务于公共利益，甲市卫生健康委员会征用物资的目的也是为了公共利益，其中涉及公共利益之间的权衡。在征收征用的公益性评估中，的确存在多种公共利益的平衡，“公共利益并非一块整石，……具有多种利益组合而成的结构”^{〔12〕}，要计算构成公共利益的多种指标的权重——社区居民生活关系重建、国家的粮食安全、对生态的影响等。^{〔13〕}但在甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部口罩事件中，涉及的公共利益是同质的——甲市卫生健康委员会征用口罩的目的是为了防疫，乙市疫情防控指挥部购买口罩的目的也是为了防疫，二者并无高下轻重之分，甲市的公共利益不能成为限制乙市公共利益的理由。

甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部的口罩也不符合比例原则。《宪法》《物权法》《突发事件应对法》《传染病防治法》规定的征用都是“可以征用”“有权征用”，而不是“应当征用”或者“必须征用”，暗含了征用机关的裁量权。法律对公民私有财产权的保护是一般情形，征收和征用是例外情形，国家机关行使征收征用权应符合比例原则，还应在一般意义上符合成本收益分析。比例原则包含四个内容：目的正当性、适当性、必要性、法益相称性。^{〔14〕}必要性原则要求最小损害，甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部口罩，可能有利于甲市疫情防控，但代价却是乙市疫情防控物资不足。以牺牲乙市疫情防控收益为成本，收获甲市疫情防控的公益，不符合比例原则所要求的最小损害原则。

• 231 •

三、征用与征收的正当程序：如何快而不乱

甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部的口罩后，公告要求口罩所有人申请补偿，声明逾期不申请即视为放弃补偿要求。甲市卫生健康委员会公告的规范依据是该市所在省的政府办公厅颁布的规范性文件《突发事件应急征用与补偿办法》。^{〔15〕}

立法总是着眼于常态秩序，中国法将征用的适用情形限制为“紧急需要”，程序规范付诸阙如。紧急情形下的征用，程序设计不能过于严苛，“在政府与自由的永久话题上，危机意味着更多的政府而较少的自由”^{〔16〕}。相较而言，征收的程序立法相对完善。《物权法》《传染病防治法》

〔12〕 〔美〕E·博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第20页。

〔13〕 参见陈明灿：《土地征收导论》，新学林出版股份有限公司2013年版，第52页。

〔14〕 参见刘权：《行政判决中比例原则的适用》，载《中国法学》2019年第3期。

〔15〕 甲市所在省的《突发事件应急征用与补偿办法》系该省人民政府办公厅发布，载明“经省人民政府同意”。根据《立法法》第85条和第96条规定，省人民政府规章应由省长签署命令予以公布，并及时在省人民政府公报和中国政府法制信息网以及在本行政区域范围内发行的报纸上刊载。因此，甲市所在省的《突发事件应急征用与补偿办法》不属省人民政府规章，只能理解为规范性文件。

〔16〕 Cecil T. Carr, Crisis Legislation in Great Britain, 40 *Columbia Law review*, 1324 (1940).

《突发事件应对法》没有规定具体完整的征用程序,地方立法有无形成空间?形成空间有多大?^[17]《立法法》第8条将“非国有财产的征收、征用”立法列入法律保留的范围,这是否意味着甲市卫生健康委员会征用所依据的地方立法抵触上位法?如果是这样,那就意味着甲市卫生健康委员会在行使征用权过程中,所有的程序问题都只能自由裁量。如果甲市所在省人民政府办公厅为了细化裁量权,经省政府同意,发布了具有“裁量基准”意义的实施办法,可以理解为裁量权的自我收缩。而且,《立法法》授予地方的立法权逻辑上包含两个部分:创制性立法和实施性立法。地方的创制性立法仅限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面,但实施性立法,即为了实施上位法,其立法范围不限于上述几个方面。《突发事件应对法》规定了政府应急征用的权力,地方立法就紧急征用权的行使进一步细化规定,可以理解为是《突发事件应对法》的实施办法。因此,我们不必纠结于甲市所在省是否有权限制定该省的《突发事件应急征用与补偿办法》,以细化上位法的规定。

问题是甲市所在省的《突发事件应急征用与补偿办法》规定征用不告知财产权人,仅一般性公告,要求财产权人申请补偿,是否合法呢?如前文所述,征收的适用情形不是“紧急需要”,法律规定了相对复杂的程序,给予财产权人最大限度的保护。这就意味着,征用程序借鉴征收程序必须有限度。但由于征收和征用都构成对公民私有财产权的限制,征收和征用程序有大致相同的底色。域外一些有关征用程序的立法,大体上是简化征收程序的结果。^[18]征收的哪些程序可以在征用程序中简化,哪些不能简化,值得探讨。

(一) 征用征收程序的比较考察

美国法上没有征用程序,但有快速征收程序,快速征收程序事实上是改造了的征收程序。《美国法典》第40卷第3114节规定,^[19]在某些情况下,允许政府在法院对征收做出判决前“宣告征收”某些财产,随即可以占有被征收的财产。但政府在宣告征收财产时,必须将预期的补偿款交给法院。这种改造主要是先后顺序的改变:先决定还是先占有——典型征收是先由法院作出判决,然后政府占有不动产,而快速征收是政府先占有不动产,之后法院作出判决;补偿是先确定还是先支付——典型征收是先确定公平市场价值,然后预存入法院账户,而快速征收程序是先将预期的补偿款交给法院,事后再评估公平市场价值。无独有偶,法国的快速征收也是借鉴一般征收的程序,只是将征收程序简化,事后补偿。^[20]征用准用征收程序规定得最明确的是我国台湾地区。我国台湾地区“土地征收条例”规定了紧急情况下的征用,但未单独规定征用程序,第58条第2款规定:“第二章规定,于征用土地或土地改良物时,准用之。但因情况紧急,如迟延履行土地或土地改良物,公共利益有受重大危害之虞者,得经中央主管机关核准后,先行使用该

[17] 一些学者主张地方没有立法形成空间。参见前引[11],叶必丰文,第89-91页;马怀德:《地方立法不宜涉及行政征用》,载《法制日报》2010年10月12日,转引自法治政府网:<http://fzfyjy.cupl.edu.cn/info/1138/3623.htm>,最后访问时间:2020年3月14日。

[18] 日本、韩国、意大利、我国台湾地区和澳门地区区分征收和征用概念,但涉及征用的条款不多,有关征用程序的更少,征用一般准用征收程序。参见房绍坤、王洪平:《分立抑或再合一:“征收”与“征用”之概念关系辩证》,载《法学论坛》2009年第5期。

[19] 40 U. S. C. A. § 3114.

[20] 参见许中缘:《论公共利益的程序控制——以法国不动产征收作为比较对象》,载《环球法律评论》2008年第3期。

土地或土地改良物。”从该条规定可以看出，我国台湾地区征用一般适用征收程序，特殊情形下，经过主管机关批准后，将本来是最后一道程序的土地使用提前。

从美国、法国和我国台湾地区的前述规定可以看出，因为紧急，征用可以简化征收程序，顺序可以调整，但一些基本的要素不能或缺：依然需要主动地补偿，仍然要遵守基本的正当程序。面对紧急情形，政府如何依法行政，公法学上有两种进路：“有限的超法律主义”和“宽松的法律主义”。〔21〕前者主张政府在紧急情形下，可以在一定限度内超越法律的具体规定；后者主张主要考量法律的目的、原则和精神，而不拘泥于法条。其实这两种主张的内核是一致的，都可以归类为实质的法治主义，即不拘泥于法条，更看重法治背后的原理和精神。正当程序的价值是法治背后重要的价值之一，这就意味着，即便紧急情形，正当程序的基本价值仍应遵守。

（二）征用应遵守正当法律程序原则

征用前要不要听取利害关系人意见呢？作出对利害关系人不利的决定要听取利害关系人意见，这是正当程序最古老的诫命之一。参照征收程序，行使征用权的人民政府也应该听取财产权人的意见。《土地管理法》第47条第2款规定：“县级以上地方人民政府拟申请征收土地的，应当开展拟征收土地现状调查和社会稳定风险评估，并将征收范围、土地现状、征收目的、补偿标准、安置方式和社会保障等在拟征收土地所在的乡（镇）和村、村民小组范围内公告至少三十日，听取被征地的农村集体经济组织及其成员、村民委员会和其他利害关系人的意见。”在甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部口罩事件中，如果无法及时查询到财产权人，在紧急情况下通过公告方式告知似乎尚具有一定的合法性，但不听取利害关系人意见，则明显违反了正当法律程序原则的基本要求。如果听取利害关系人意见耗时费力，至少可以按照简易程序听取财产权人的口头意见。如果甲市卫生健康委员会听取了乙市疫情防控指挥部的意见，就不一定会作出征用决定。事实证明，乙市疫情防控比甲市更紧急，事后甲市撤回了征用决定，相关责任人也受到相应的处分。

如前文所述，征用程序简化了征收程序，但主动补偿的要求不能改变。甲市在征用口罩后，没有主动补偿，而是要求财产权人申请补偿，某省《突发事件应急征用与补偿办法》要求申请才补偿是违法的。政府在征收中的补偿是依职权的行为，无须财产权人提出申请，征用补偿程序亦是如此。征用是政府依职权主动做出的行政行为，为什么补偿就需要财产权人申请呢？给财产权人施加这种义务的依据是什么？情况紧急是否可以作为规定申请补偿的理由呢？不能，情况紧急只能是补偿滞后的理由。征用机关或许会以不知道被征用物资的价格或者财产权人的损失为由，要求财产权人提出申请，先行申报价格和损失，但损失补偿可以协商，征用机关可以在紧急情况消除后主动与财产权人协商。协商补偿可以按照公平市场价值补偿，而无须要求财产权人申请。补偿不是授予财产权人权利，既不是许可，也不是备案，无须当事人申请。不申请就视为放弃补偿的规定，剥夺了利害关系人的财产权，必须有明确的上位法依据。甲市所在省《突发事件应急征用与补偿办法》要求申请补偿，增加了财产权人的义务，并非收缩裁量权，没有明确的上位法

〔21〕 参见沈岿：《风险治理决策程序的应急模式——对防控甲型 H1N1 流感隔离决策的考察》，载《华东政法大学学报》2009年第5期。

依据,超越了《立法法》规定的立法权限。

四、返还还是补偿:不是问题的问题

甲市卫生健康委员会征用乙市疫情防控指挥部口罩事件发酵后,乙市疫情防控指挥部要求甲市卫生健康委员会返还物资,拒绝接受补偿,甲市卫生健康委员会同意返还口罩。当然,征用的口罩由于已经发放,返还的口罩只能是同型号的另一批口罩。

补偿对应财产权人的损失。征用由于只是对使用权的临时剥夺,征用机关的首要义务是返还原物,这一点不存疑问。要追问的是,政府返还被征用财产后,政府是否还有补偿义务。《宪法》第13条第3款明确规定征用补偿,政府返还被征用财产后依然有针对使用权损失的补偿义务。《传染病防治法》第45条也规定了政府针对使用权损失的补偿义务,第45条第2款规定:“……临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备的,应当依法给予补偿;能返还的,应当及时返还。”但《物权法》和《突发事件应对法》的规定稍有不同。《物权法》第44条规定:“因抢险、救灾等紧急需要,依照法律规定的权限和程序可以征用单位、个人的不动产或者动产。被征用的不动产或者动产使用后,应当返还被征用人。单位、个人的不动产或者动产被征用或者征用后毁损、灭失的,应当给予补偿。”《突发事件应对法》第12条规定与《物权法》第44条的规定类似:“有关人民政府及其部门为应对突发事件,可以征用单位和个人的财产。被征用的财产在使用完毕或者突发事件应急处置工作结束后,应当及时返还。财产被征用或者征用后毁损、灭失的,应当给予补偿。”《物权法》第44条和《突发事件应对法》第12条规定财产“被征用或者征用后毁损、灭失的,应当给予补偿”,如何理解?政府返还被征用财产,被征用财产没有“毁损、灭失”就不需补偿吗?从字面上看,这种解释似乎也在规范的含义范围内。但如果这样解释,《物权法》第44条、《突发事件应对法》第12条就与《传染病防治法》第45条冲突,与《宪法》第13条第3款抵触。

合宪性解释要求“尽量避免宪法问题”^[22],体系解释要求尽量将法律解释得没有矛盾^[23]。我们必须寻求在规范含义范围内的其他解释方案,事实上,财产“被征用或征用后毁损、灭失的,应当给予补偿”,可以解释为两种补偿:财产“被征用的补偿”和财产“被征用后毁损、灭失的补偿”,财产“被征用的补偿”对应财产使用权的损失,财产“被征用后毁损、灭失的补偿”对应财产恢复原状的损失和所有权的损失。这种解释方案就能与《宪法》第13条第3款、《传染病防治法》第45条融贯。征用的损失补偿逻辑上可以分解为两种情形:被征用财产未毁损、灭失的,返还被征用财产+财产被征用期间的使用权损失;被征用财产毁损、灭失的,返还财产被

[22] The Avoidance of Constitutional Questions and the Preservation of Judicial Review: Federal Court Treatment of the New Habeas Provisions, 111 *Harvard Law Review*, 1578-1595 (1998); 王书成:《论合宪性解释方法》,载《法学研究》2012年第5期,第52页。相关文献还可参见〔德〕克劳斯·施莱希、斯特凡·科里奥特:《德国联邦宪法法院——地位、程序与裁判》,刘飞译,法律出版社2007年版,第448页;〔美〕路易斯·亨金、阿尔伯特·J.罗森塔尔编:《宪政与权利——美国宪法的域外影响》,郑戈、赵晓力、强世功译,生活·读书·新知三联书店1996年版,第52页。

[23] 参见韩大元:《论合宪性推定原则》,载《山西大学学报》(哲学社会科学版)2004年第5期;张翔:《两种宪法案件:从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》,载《中国法学》2008年第3期。

征用期间的使用权损失+被征用财产毁损、灭失的损失。

甲市卫生健康委员会返还乙市疫情防控指挥部同型号口罩，已不再是征用立法要求的返还被征用财产原物，而属于补偿。征收法上的补偿方式有两种：货币或者安置，^{〔24〕}征用补偿也可以参照征收法上的补偿方式，被征用人有选择补偿方式的权利。在甲市卫生健康委员征用乙市疫情防控指挥部口罩事件中，乙市疫情防控指挥部选择实物补偿。如前文所述，被征用财产毁损、灭失的，补偿应包括两部分：财产被征用期间的使用权损失和被征用财产毁损、灭失的损失，但乙市疫情防控指挥部并没有要求补偿口罩被征用期间的使用权损失。

五、结 语

疫情留给我们许多需要深入思考的问题，征用与征收就是其中之一。疫情防控中法律人的贡献或许只能是制度的阐释。如果能在疫情之后，阐释出征用与征收的一般法理，建构出征用与征收的一般规范，为未来实施的征用与征收储备必要的智识资源，也算法律人对疫情防控作出的可能贡献。

Abstract: Requisition is the deprivation of the right to use of property, while expropriation is the deprivation of the title to property. If the requisitioned property is disposable, it can't be returned after use, or it is meaningless to return, and requisition is converted into expropriation. That is requisition in form, but expropriation in legal effect. The object of expropriation and requisition is "private property of citizens". One government agency can't requisition the property of another government agency, but can only request another government agency to provide support. The expropriation and requisition procedures have roughly the same background. The requisition procedures are generally the result of simplifying the expropriation procedures, and it can't violate the basic value of due process. The corresponding government obligation of requisition is firstly to return the requisitioned property and secondly to compensate for the loss. The loss of compensation includes the loss of the right to use during the period of requisition, and the loss of damage or destruction of the requisitioned property.

Key Words: requisition, a state of emergency, due process, compensation

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)

〔24〕 参见《国有土地上房屋征收与补偿条例》第21条、《土地管理法》第48条第4款。

疫情防控中的征用补偿：适用范围的思考

蒋红珍*

内容提要：疫情防控过程中大量进行的政府征用面临着疫情过后补偿机制的落实任务。厘定征用补偿机制的适用范围成为首要课题。就规范框架所展开的征用补偿机制而言，需要排除“名为征用、实为征收”和“由征用转化而成的征收”，并特殊处理国有资产的征用问题。在可能扩充的范围上，可以考虑“名为限制性措施、实为征用”和人力、服务等非有形物的征用。同时，征用导致特定主体的额外“特别牺牲”，以及在平台经济模式下电商平台是否可能构成新的征用样态，也值得关注。

关键词：疫情防控 征用 征收 补偿

一、问题的提出

在2020年新型冠状病毒（2019-nCoV）防控过程中，政府通过“征用”的方式，临时性地对大型场馆、公共性场所和其他物资进行紧急调配和处置，征用确实是不可或缺的防控手段。在应急征收征用补偿制度建设已经纳入《国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》的背景下，^{〔1〕} 补偿机制的有效落实是法治政府建设面临的急迫课题。“征用补偿机制”涉及补偿原则、标准、程序及救济等多个方面，但其首要的前提是弄清征用补偿机制适用的范围，即究竟哪些政府征用措施需要进入事后补偿机制。这里有两个核心问题需要梳理：其一是究竟哪些行为属于征用；其二是究竟哪些征用行为必然进入后续的补偿机制。

就第一个问题而言，首先需要将征用与征收机制予以区别。尽管存在着一定的同构性，甚至

* 蒋红珍，上海交通大学凯原法学院教授。

本文为上海交通大学科技发展研究基金“新型冠状病毒防治专项”（2020RK25）的阶段性成果。

〔1〕 2004年国务院出台的《全面推进依法行政实施纲要》明确提出“要建立健全行政补偿制度”。

有学者从财产权限制的角度质疑过征收与征用两分法的妥当性，〔2〕但作为我国《宪法》所确立的两种并列的制度体系，有必要加以区分处理〔3〕。其次，征用机制除了常态的公共利益需要，还存在“抢险、救灾”等紧急状态下的适用。〔4〕然而，本次疫情防控力度之强、覆盖地域之广、涉及群体之众，以及由此所牵涉的人力、物力、财力之巨，都是常规的传染病防控或者突发事件应对难以比拟的。是否存在针对传统物资之外的新型征用样态，或者需要兼及次生损害引发对征用机制的扩张理解，需要进行探索性的论证。

就第二个问题而言，尽管将征用与补偿视为“唇齿关系”的说法较为常见，但就本次疫情防控中是否所有征用行为都必然伴随后续补偿机制，似乎已有异议。一种异议认为征用行为必须区分针对国有财产还是非国有财产。如若是国有财产，行为性质本就不是“征用”，也就没有必须予以补偿的要求。〔5〕另一种可能的异议观点在于，考虑到本次疫情的特殊性，尤其是对民众权益限制的普遍性，是否能够有效证成补偿机制适用中“特别牺牲”之法理就值得思考。〔6〕此外，由于征用针对的是使用权的临时限制，“财产返还”究竟在补偿机制中如何定性值得关注。本文试图结合上述两个层面的问题，探讨疫情防控中“征用补偿机制”的适用范围，从而为补偿机制的落实提供基础。

二、征用补偿机制适用的规范框架

从《宪法》依据角度看，征用补偿机制涉及两个条款。第10条第3句规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”。第13条第3句规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”这两个条款中，前者针对土地，后者针对公民的私有财产。同时，征收与征用机制并立，且伴随补偿机制的适用。以此归纳，从《宪法》为征用补偿机制适用提供的适用条件、对象和后果这三个要素来分析，如果说“补偿”是适用后果，那么有必要梳理作为适用条件的“公共利益需要”和“依照法律规定”，以及适用对象的范围。

（一）公共利益的需要

公共利益需要是征用机制适用的前提条件之一。自2020年1月20日国家卫健委发布公告“将新型冠状病毒感染的肺炎纳入《中华人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病，并采取

〔2〕我国《宪法》文本中将“征收”和“征用”并列，主要是制宪者当时将“征收”局限于传统意义上的理解，即“所有权转移”的情形。然而在今天，国家对私有财产权限制的情形纷繁复杂，将《宪法》中的“征收”局限于传统上的理解无法有效保障公民的私有财产权。参见陈征：《征收补偿制度与财产权社会义务调和制度》，载《浙江社会科学》2019年第11期。

〔3〕有关征收和征用的制度介绍，可参见胡建森主编：《中国现行行政法律制度》，中国法制出版社2011年，第125-179页。

〔4〕《物权法》第44条第1款规定：“因抢险、救灾等紧急需要，依照法律规定的权限和程序可以征用单位、个人的不动产或者动产。”

〔5〕参见王磊：《防疫误用了“征用”和“调用”并建议全国人大审查相关立法》，“法学学术前沿”微信公众号，2020年2月18日。

〔6〕行政补偿以无义务的特定人所受的特别损失为要件。参见杜仪方：《行政补偿制度》，载胡建森主编：《中国现行行政法律制度》，中国法制出版社2011年版，第497页。

甲类传染病的预防、控制措施”之后，各地纷纷对新冠疫情采用极为严格的预防和控制措施。在几乎可用“举国抗疫”来形容本次新冠疫情防控的情势下，“公共利益需要”似乎成为不证自明的前提。但事实上，即使在这种背景下，本次抗疫过程中不少被“征用”措施冠以正当化的“公共利益需求”，依然有值得斟酌和思考的地方。比如，与公共利益形成利益衡量对应关系的依然是公共利益，如何处理？〔7〕再比如，与公共利益所还原的权利一致，征用措施可能损害的私人权益同样是“生命健康权”，又该如何处理？〔8〕法律论证的利益衡量需要落定于个案中具体细致的“公共利益”与“私人权益”分析，突发事件应对中政府治理体系和治理能力的水平面临考验。即使是基于疫情防控的公益目的，公权机关对个体的权利限制也并非毫无限度。〔9〕据此，网传某地政府在征用高校学生宿舍作为方舱医院时，从高空弃落学生宿舍中的私人物品致其毁损，就容易引发公众普遍的“必要性”质疑。〔10〕

（二）依照法律规定

尽管采用的“可以依照法律规定”的表述，但不少学者认为“有法律依据”应当成为私有财产征收或征用的前提。尤其是，针对公民私有财产的征收征用，应将“可以”作“应当”来加以解释。〔11〕由于未宣布“紧急状态”，〔12〕与本次抗疫中征用措施密切相关的法律主要涉及《传染病防治法》和《突发事件应对法》。〔13〕其中，《传染病防治法》第45条第1款规定：“传染病暴发、流行时，根据传染病疫情控制的需要，国务院有权在全国范围或者跨省、自治区、直辖市范围内，县级以上地方人民政府有权在本行政区域内紧急调集人员或者调用储备物资，临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备。”进而，第45条第2款规定政府“临时征用房屋、交通工具以及相关设施、设备的，应当依法给予补偿；能返还的，应当及时返还”。《突发事件应对法》第12条第1句规定：“有关人民政府及其部门为应对突发事件，可以征用单位和个人的财产。”第52条规定：“履行统一领导职责或者组织处置突发事件的人民政府，必要时可以向单位和个人征用应急救援所需设备、设施、场地、交通工具和其他物资，请求其他地方人民政府提供人力、物力、财力或者技术支援，要求生产、供应生活必需品和应急救援物资的企业组织生产、保证供给，要求提供医疗、交通等公共服务的组织提供相应的服务。”第12条第2句规定：“被征用的财产在使用完毕或者突发事件应急处置工作结束后，应当及时返还。财产被征用或者征用后毁

〔7〕 通常而言，与公共利益形成利益衡量的对象是私人权益，但以“大理口罩事件”为例，涉及的是公共利益与公共利益之间的对峙问题。

〔8〕 按照阿列克西的权利原则论，国家根据权利原则确定目标，目标本身就是一个基本权利。换言之，公共利益和私人权益都可以还原到基本权利。See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, p. 68.

〔9〕 参见赵宏：《疫情防控下个人的权利限缩与边界》，载《比较法研究》2020年第2期。

〔10〕 必要性原则属于比例原则的范畴。《突发事件应对法》第11条第1款规定：“有关人民政府及其部门采取的应对突发事件的措施，应当与突发事件可能造成的社会危害的性质、程度和范围相适应，有多种措施可供选择的，应当选择有利于最大程度地保护公民、法人和其他组织权益的措施。”对该条款的比例原则分析，可参见陈越峰：《突发事件应对中的最大保护原则》，载《行政法学研究》2012年第1期。

〔11〕 根据《立法法》第8条规定的法律保留事项中的第7项“对非国有财产的是征收、征用”，应该也可以证成这样的解释工作。

〔12〕 2004年《宪法修正案》将“戒严”改为“紧急状态”，但《戒严法》依然存在并且未做相应修改。

〔13〕 《行政强制法》第3条的规定，即“发生或者即将发生自然灾害、事故灾难、公共卫生事件或者社会安全事件等突发事件，行政机关采取应急措施或者临时措施，依照有关法律、行政法规的规定执行”，实际上是扩大了相关应急措施或临时措施的规范范围，比如《突发事件应急预案管理办法》《突发公共卫生事件应急条例》等，可在法律规范之下具体细化。

损、灭失的，应当给予补偿。”

根据相关条款，除了“征用”和“临时征用”可以明确作为征用措施之外，涉及“调集人员”“调用储备物资”“请求提供人力、物力、财力或者技术支援”“要求生产、供应生活必需品和应急救援物资的企业组织生产、保证供给”“要求提供医疗、交通等公共服务的组织提供相应的服务”等行政措施类型的归属及法律后果有待论证。比如，“要求企业组织生产、保证供给”究竟是什么性质，它能否纳入征用并匹配后续的补偿机制？

（三）适用对象

疫情防控过程，存在着土地和公民私有财产的临时征用，这里的问题是：其一，是否存在并非针对公民私有财产的征用；其二，征用是否包括“非私有财产”？《突发事件应对法》第52条规定征用的财产权利人可以是“单位和个人”，其中“单位”的属性比较复杂。例如，武汉广发肿瘤医院2月13日被临时征用以集中诊治新冠病患。^{〔14〕}检索这家医院的信息，发现它由广发信德（珠海）医疗产业投资中心和佛山薪源联达投资有限公司为投资股东，按照“有限责任公司（自然人投资或控股）”的企业类型进行的注册。^{〔15〕}同时，这家医院具有公共属性，是武汉市城镇基本医疗保险定点医院、肿瘤重症门诊定点医院、新农合定点医疗机构、湖北省慈善总会定点医院，本身经湖北省卫生厅批准设立、武汉市卫生局核准登记注册。在本次抗疫过程中，私立医院被征用作为抗疫定点医院并非个案，甚至有法院通过特殊程序解封某私立医院已经进入被执行程序到医院院区和相关医疗设备，用于突发应对之用。^{〔16〕}

那么，征用对象是否包含非私有财产？以隔离场所征用为例，根据湖北省人民政府网发布的信息，2月2日湖北省新型冠状病毒感染肺炎疫情防控指挥部会议决定“征用酒店、招待所、闲置厂房等，抓紧建立备用隔离场所”。^{〔17〕}有学者认为，“在同样能满足防控疫情需求的前提下，应当优先征用国有资产”，“在穷尽国有资源的情况下，可以征用个人财产，但应当最后考虑那些价值减损不可逆、后续影响大、国家难以合理补偿的场所”。^{〔18〕}在这份国有资产场所征用的建议名单中，包含了各地党校宿舍，国家机关、国有企事业单位的培训中心或招待所。当然，公共属性并不等同于财产属性。为救治新冠肺炎被征用的医院，以及为建设轻症病患隔离之需的方舱医院而临时征用的学校宿舍等场馆，很多涉及公共属性，但并非必然属于国有财产。

• 239 •

三、征用补偿机制适用的排除范围

因抗疫之公共利益需要而实施的政府征用，属于强迫部分人为公共利益承受负担的特别牺

〔14〕 参见《武汉广发肿瘤医院被暂时征用，眷属口述癌症患者被强制出院后遭遇》，载 <https://www.sg120.com/jibing/27399.html>，最后访问时间：2020年3月18日。

〔15〕 这是经过股权变更后的股东名单。相关企业信息，可查见“百度企业信誉”，载 <https://xin.baidu.com/>，最后访问时间：2020年3月18日。

〔16〕 参见《抗疫征用被执行医院，法官“唤醒”医院“沉睡”设备，及时保障入院病患使用》，载 <http://toutiao.huayuncc.com/wuli/social/398/20200204/6828108.html?noadaptive>，最后访问时间：2020年3月21日。

〔17〕 同日，政府发布《武汉市新型肺炎防控指挥部通告（第10号）》。2月3日北大法学院薛军和沈岍教授发文建议“征用写字楼、宾馆、教育培训基地、疗养院等”进行有效医学隔离。参见薛军、沈岍：《紧急呼吁：依法征用隔离场所，有效防疫抗疫》，载 http://iolaw.cssn.cn/fxyjdt/202002/t20200204_5084838.shtml，最后访问时间：2020年3月21日。

〔18〕 车浩：《三问疫情隔离：场所？对象？方式》，“中国法律评论”微信公众号，2020年2月5日。

牲,应该得到补偿。但这并不意味着所有称为“征用”的政府措施,都需要纳入“征用补偿机制”的适用范围。

(一) 名为征用、实为征收

以征收和征用的制度区分为前提,“名为征用、实为征收”就意味着补偿机制应该是“征收补偿”而非“征用补偿”。在疫情防控过程中,政府统筹、调配、占用相关场所和物资,似乎一直存在着征用与征收在对象和概念上的混淆。实际上,就法律性质而言,两者并不相同。通说认为,征收乃政府代表国家将被征收之物收归国有,实现物的所有权转移。它属于“财产的单向流转,一经征收不再返回,也不给予对价性的回报”^{〔19〕}。而征用则是政府代表国家将被征用之物的使用权进行暂时性转移,被征用人仍然是物的所有权人,只是临时失去对物的支配和使用权。正因为如此,征收没有返还之说,而征用则附有事后归还的义务。按照沈岿教授的观点,如口罩、药剂、防护服以及食品等消耗品,如果适用“征用”,根本谈不上归还。因此,即便名义上政府做出“征用”决定,其实质依然是“征收”。^{〔20〕}

确实,由对象物的物理属性所决定,消耗性物品即使名义上移转使用权,所有权价值亦归于消灭。就此而言,无论名义上是否采用“征用”的概念,事实上都构成“征收”。广受争议的“大理口罩事件”,从行为性质的法律效果看:一是不具备返还“物理形态上之原财产”可能性的征用属性;二是“违法扣押”之物资经政府委托制造运输,已经不存在《国家赔偿法》意义上针对违法征收的行政赔偿对象。^{〔21〕}考虑到现有《突发事件应对法》和《传染病防治法》只规定“征用”而未规定“征收”,从而造成口罩等消耗品似乎不具有成为可征用对象的可能性,有学者提出未来在修法过程中应将“征收”写入该法条的建议。^{〔22〕}

(二) 由征用转化而成的征收

除了消耗品因为使用后无法返还或者返还丧失意义从而本质上构成“征收”之外,有学者提出的“由征用转化的征收”概念,能够适用于征用制度的排除范围。征用制度的本质,除了对使用权限限制外,还包含对使用权的“临时限制”这一特点。换言之,即使可能存在“应然意义”上使用权的移转和返还,但如果遭遇对使用权的限制时间超过通常意义上的“临时”界限,或者对使用权的限制强度过大,最终侵蚀到财产的所有权、对财产所有权构成实质意义上的剥夺时,从法律效果来看已然可能构成征收。

由此可见,与“名为征用、实为征收”不同,“由征用转化的征收”认定需要看“使用权临时限制”的后续法律效果。尽管政府措施以“征用”之名启动、限制的是使用权,但如若使用权限制的时间过长或者程度过深,可能会导致从“原有征用”到“后续征收”的转化。有学者提出:“如果有强有力地科学证据表明被临时征用的房屋、交通工具以及相关设施、设备已经无法再合理使用,相关权利人要求作出征用决定的政府征收这些财产的,政府应当满足被征用人的这

〔19〕 胡建森:《行政法学》,法律出版社2015年版,第400页。

〔20〕 参见沈岿:《大理“征用”口罩引发的修法问题》,“博雅公法”微信公众号,2020年2月10日。

〔21〕 《国家赔偿法》第4条规定:“行政机关及其工作人员在行使行政职权时有下列侵犯财产权情形之一的,受害人有取得赔偿的权利:……(三)违法征收、征用财产的……”

〔22〕 参见前引〔20〕,沈岿文。

一要求。”^{〔23〕} 权利人申请“更改征用决定为征收”的建议，姑且不论相关申请程序的合理性，其有助于对“由征用转化的征收”权利人的利益保障。这里所谓“无法再合理使用”其实就是对原有使用权征用之后超出必要限度，构成对所有权的实质性剥夺。

（三）国有资产的难题：以是否进入市场领域为界分

就国有资产是否能够成为征用对象存在争议。一种观点认为：国有资产本身就不应成为征用对象。换言之，征用并不适用于国有资产。另一种观点则认为，国有资产不仅可以构成征用对象，并且“在同样能满足防控疫情需求的前提下，应当优先征用国有资产”^{〔24〕}。从《宪法》看，没有明确确立国有资产不得设置征用的禁止性规定；就土地征用条款而言，似乎也并未包含排除国有土地适用征用的显著意图。《立法法》第8条的相对法律保留条款仅规定“非国有财产的征收和征用”需要由法律规定，^{〔25〕} 但就文义看，“非国有财产”这一界定对于征收和征用制度而言，究竟是确定属性还是区分类型，似乎并没有明确。

之所以不能简单地得出“国有财产不适用征用”的结论，是因为：一方面，对于国有土地使用权而言，^{〔26〕} 假使有公司获得国有土地使用权正在建设过程中，为了新冠疫情防控之用而被临时性限制，比如在若干城市的城际高速进出口附近，政府设置简易帐篷作为临时检验或隔离之用，此时国有土地使用权被临时限制，符合政府征用的法律性质。^{〔27〕} 另一方面，“国有财产”这个概念本身在规范层面和事实运作中具有高度复杂性。国有资产监督管理委员会履行出资人职责的国有资产，一旦进入市场领域，就应当承担一定程度上遵循市场规则的法律义务，即使出于公共利益需要被临时限制，建议依然纳入“征用”体系从而保障市场规则。从相关规范层面看，确实存在着“征用”与“调用”在规范用语上的模糊性，^{〔28〕} 即使根据《企业国有资产监督管理暂行条例》第9条的规定，即“发生战争、严重自然灾害或者其他重大、紧急情况时，国家可以依法统一调用、处置企业国有资产”，如何就市场领域中国有资产的调配给予后续补偿进行规则补充，也是值得讨论的问题。

• 241 •

四、征用补偿机制适用的可能扩充范围

正如同不能对“名义上叫征用”的政府措施必然适用后续的征用补偿机制一样，也不能够对“名义上不叫做征用”的政府措施一律排除后续征用补偿机制的适用。一方面，可能存在尽管名

〔23〕 程雪阳：《防治新型冠状病毒过程中，政府临时征用权的行使规范》，载 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_5632419，最后访问时间：2020年1月25日。

〔24〕 《疫情期间应急征用的法律分析：应急征用篇》，载 https://www.sohu.com/a/374846907_223863，最后访问时间：2020年3月28日。

〔25〕 《立法法》第9条设置了绝对法律保留条款，但“非国有财产的征收和征用”是否属于此类并不明确。

〔26〕 《国家建设征用土地条例》（已废止）第5条规定：“征用的土地，所有权属于国家，用地单位只有使用权。”

〔27〕 “国有土地使用权被国家征用”，按照《国家税务总局关于单位和个人土地被国家征用取得土地及地上附着物补偿费有关营业税问题的批复》（国税函〔2007〕969号）中的意见，“对于使用国有土地的单位和个人来说是将土地使用权归还土地所有者”。

〔28〕 比如《防洪法》和《防汛条例》中，对于“临时性使用权的占用”，全然采用的是“调用”的法律概念，但就行为类型上，已经符合行政征用的法律特征。

义上不是征用、但实际上构成征用的情形；另一方面，由于本次疫情的特殊性，可能需要适度拓展征用补偿机制的范围。

（一）相关限制性措施的“征用”属性

在针新冠病毒防控过程中，形形色色的限制性措施不胜枚举。既有以人身自由为主要限制对象的“封城封村”，也有以营业自由限制为核心的“停业关店”，有必要具体甄别这些管控措施的法律属性。事实上，不少商家店铺被强制性地禁止营业，存在不同层面的经济损失。其一是因为营业而带来的预期收益（这部分需要与可能的租金、水电等营业性费用进行比对）损失；其二是原本配置的货物因为过期而价值归于无效；其三，即使等到开门营业时，相关物品尚在保质期限内，但实际上因为疫情期间的营业禁止缩短了销售时间从而产生了损失。这三种不同层面的损失中，由于禁止营业导致货物过期，其实际效果相当于对货物“由征用转化而来的征收”，因为货物所有权从前期的被临时性措施限制到最终归于消灭。但就营业收益部分和货物保质期缩短的相关损失，是否仿效征用补偿机制加以适用更为合适，值得进一步研究。

（二）有形物之外的征用

《传染病防治法》规定临时征用的对象包括“房屋、交通工具以及相关设施、设备”；《突发事件应对法》规定对“单位和个人征用应急救援所需设备、设施、场地、交通工具和其他物资”。总体而言，两者将征用对象主要锁定在有形物范围。然而，现代财产具有多元化的载体，已经超出有形物的范围。前文曾提到，如何定性《突发事件应对法》所规定的对相关企业“要求组织生产、保障供给”，对相关公共服务组织要求“提供公共服务”的法律性质？假使湖北省政府要求省内口罩生产加工企业将所有库存物资进行紧急生产加工，保障一线医疗救援的医用物资供给，武汉市政府要求市内某车队提供特殊时段运输的交通服务，是否也应适用征用补偿机制，将生产加工企业的“人力”、车队提供交通运输的“服务”等计入征用补偿范围？^{〔29〕}

事实上，对相关应急状态中征用制度的规范类比可以借鉴《防洪法》。《防洪法》第45条规定：“在紧急防汛期，防汛指挥机构根据防汛抗洪的需要，有权在其管辖范围内调用物资、设备、交通运输工具和人力，决定采取取土占地、砍伐林木、清除阻水障碍物和其他必要的紧急措施；必要时，公安、交通等有关部门按照防汛指挥机构的决定，依法实施陆地和水面交通管制。依照前款规定调用的物资、设备、交通运输工具等，在汛期结束后应当及时归还；造成损坏或者无法归还的，按照国务院有关规定给予适当补偿或者作其他处理。……”在这个条款中，通篇没有明确提及“征用”的概念，但相关具体措施及其后续机制（如及时返还、补偿或其他处理），无不包含着征用补偿机制适用的思路。^{〔30〕}

（三）因征用导致的额外“特别牺牲”

在推进疫情防控的过程中，征用大型场馆和公共性场所作为隔离点，用于隔离确诊病例的密切接触者，是不少专家和学者建议的防控措施，并且得到有力实践。比如，在征用校舍作为方舱

〔29〕 有关“劳力的征用”可参见前引〔19〕，胡建森书，第405页。

〔30〕 类似的规范条款，还可以参见《防汛条例》第32条第1款规定，即“在紧急防汛期，为了防汛抢险需要，防汛指挥部有权在其管辖范围内，调用物资、设备、交通运输工具和人力，事后应当及时归还或者给予适当补偿。因抢险需要取土占地、砍伐林木、清除阻水障碍物的，任何单位和个人不得阻拦。”

医院时，对于疫情防控而言，宿舍作为场所符合公共利益目标设定下的征用对象，但宿舍中的学生的私人物品并不在征用需求的范围内。从私有财产所有权人角度看，学生有权要求宿舍在征用时确保相关私人物品获得妥善保管，包括集中存放和后续认领等。但根据相关媒体披露的信息：在征用宿舍期间，出现学生私人用品被随意丢弃的现象，其中一些物品毁损。就此而论，对于因场所被征用后扩大使用权限涉及到的私有物品，一方面是要扩大征用对象，比如校舍中由学生出资安装的电热水器、空调等，当场所被征用时，相关私人物品也附着被征用。另一方面是在场所被征用后个人物品的毁损灭失，则有必要考虑因相关责任主体为不恰当的处置行为而毁损灭失时启动后续的赔偿机制。^{〔31〕}

因征用导致的补偿外延的扩大，可能还需要考虑部分场馆在合法征用之后导致的次生危害。比如在医院被征用之后，特殊病患原定的护理和临终关怀无法实现；部分病患取消或拖延原定手术介入或相关疗程的安排。实际上，这些都是以个体的人身健康权甚至生命权作为代价，为受新冠肺炎威胁的人身健康权或者生命权保障所担负的“特别牺牲”。此外，封城封地使异地务工人员无法返家所导致的在人身权、财产权等方面的损害，尽管是短期的临时性限制所致，是否也能适度纳入实现公共利益目标下的“特别牺牲”予以事后补偿呢？

（四）平台经济模式下的新型样态

关于本次抗疫过程中的政府征用，还有必要关注平台经济模式下作为新型业态的电商平台。一方面，传统形态的仓储物资，比如淘宝、京东商城等大型电商自身存储物资是否涉及紧急征用或征收需要甄别；另一方面，值得思考的是依托于平台模式的新经济兴业态是否提供了新的征用形态。比如，大型电商平台后端的“物流”管道，涉及基础设施投入、地域和网络布局、信息和管理模式创新，以及人力资源和服务调配的统合性能力。在本次疫情引发多地“封城封村”的背景下，电商平台的“物流”服务已经不仅仅是防控措施的必要手段，而且还承担了大量必需物资配送和生存照顾义务履行的功能。^{〔32〕}倘若这种物流是应政府调配而进行，该如何界定其行为属性呢？^{〔33〕}

除了基础设施、物资和物流，这些互联网模式下的新兴经济业态是否还在仓储和智能配送、数据存储、云端计算等其他平台性能力和服务性功能方面，突破传统通过市场机制调整价格的规律，额外地承担起疫情突发时期的公共性任务，也值得在探讨后续征用补偿机制的适用范围中得以延续性地思考。尽管无论从企业责任还是从财产性权利的角度看，电商平台都有承担“社会性义务”的设定，但就法治政府而言，如果市场主体确实因为承担特殊的公共性义务而作出“特别牺牲”的话，就需要从补偿机制加以考虑。所有电商平台的服务在本质上都不涉及对所有权的长

〔31〕 沈岍教授提出：“在征用时，充分尊重和保护财产权的原则，不仅仅适用于被征用不动产的所有权人，还应当适用于被征用不动产的使用权人。因此，当学生宿舍因为紧急收治或隔离观察的需要而被征用时，一定要认真整理和保管好学生放假离开宿舍时留下的物品，也请被收治的、使用学生宿舍的人，珍惜学生的公益真情，善待没有及时整理而留下的学生物品，不得侵犯学生的个人隐私。”沈岍：《大疫之下善待每一个人的基本权利》，“博雅公法”微信公众号，2020年2月17日。

〔32〕 媒体报道称：“京东物流承担了全国400多家企业及机构的物资运输工作，尽可能的保证物资第一时间送达医院，为一线救援的前线和后勤保障做出了巨大贡献。”《京东物流：已承接400多家爱心机构的物资运输需求》，载 <http://www.ebrun.com/ebrun/go/zb/371533.shtml>，最后访问时间：2020年3月18日。

〔33〕 伴随餐饮、商场、超市、生鲜服务区等中小企业陆续关闭停业，以美团、达达、盒马生鲜等为代表的零售配送平台，借助其强大的“物流”管道，为民众和定点隔离场所提供日常生存所需的必备物资。

期的占用和调配,因此,似乎从使用权角度,以临时性的征用对其加以类型化更值得推荐。当然,对于新业态模式中不同属性的对象该如何确立补偿原则和标准,则可能是更为复杂的话题。

五、结 语

新冠肺炎疫情给国人甚至整个人类命运共同体带来的伤痛,是必须冷峻面对的现实问题。如何尽可能地减少疫情的后续影响,围绕着从民生、家庭到心理建设的方方面面,考验着国家治理体系和能力的现代化水平。征用补偿机制的落实是法治政府建设的需要,2004年国务院出台《全面推进依法行政实施纲要》时就曾明确提出“要建立健全行政补偿制度”。落实政府征用补偿机制,既需要在“法治”的轨道上准确界定疫情防控中征用的范围,又需要按照征用对使用权临时限制的特殊机制,厘清“归还”法定程序与“补偿”标准确定之间的关系。同时,由于疫情防控的特殊性,无论是在征用范围,还是在补偿的原则、标准、程序和救济等方面,设置新的具有包容性的征用补偿机制似乎值得探索。比如就补偿原则和标准而言,已经有学者提出是否应该按照矫正正义的基本要求,尽可能使疫后补偿做到如同损害没有发生一样,因为“唯有公平、充分的补偿,才能让被征用人不至于牺牲过大”^{〔34〕}。就程序而言,或许应当采取主动补偿和申请补偿相结合的方式,在政府主动履职的前提下能够关注到部分适用主体的特殊需求。

• 244 •

Abstract: A large number of government requisition in the course of epidemic fighting will face the task of implementing the post-epidemic compensation mechanism. Determining the scope of application of the compensation mechanism for requisition will be the first task. In terms of the compensation mechanism of requisition initiated by the normative framework, it is necessary to exclude “expropriation by name, requisition for actual purpose” and “requisition transformed from expropriation”, and deal with requisition of state-owned assets in particular. In the scope of possible expansion, consideration needs to be given to the use of “named restrictive measures, actual requisition” and non-tangible items such as manpower and services. At the same time, it is also worth paying attention to the extra “special sacrifice” of specific subjects caused by requisition, and whether e-commerce platforms constitute a possible new mode of requisition under the Internet economic model.

Key Words: prevention and control of epidemic, requisition, expropriation, compensation

(责任编辑:刘 权 赵建蕊)

〔34〕 参见前引〔31〕,沈岿文。

我国紧急采购的法治化：经验与建议

张小平*

内容提要：紧急采购是国家治理能力建设的重要组成部分。紧急采购与常规采购的核心区别在于是否突破采购的计划性。在财政责任的约束下，采购主体需要为采购行为寻找合法性，由此逐步形成了紧急采购的一些惯例，包括授权启动、合理价格、多元采购、事后监督等。完善我国紧急采购立法，一方面要总结这些良好实践经验，另一方面应当深入探讨紧急采购授权启动的范围和程序、灵活购买机制的构建、紧急采购的事权划分、紧急采购的监督救济，以及紧急采购与供给侧管理之间的关系等问题。应在总结我国经验并借鉴其他国家立法经验的基础上，采取硬法和软法相结合的模式，尽快完善我国紧急采购立法。

关键词：紧急采购 政府采购 新冠疫情防控 灵活采购机制 软法

• 245 •

一、引言

在自然灾害和大规模流行性传染病等突发事件中，政府承担着维持社会秩序和组织救灾应对的重要职责。在此类事件中，政府在秩序行政方面会拥有更大的权限，同时在给付行政方面要承担超过平常时期的职责。无论是秩序行政职能还是给付行政职能，其正常履行均需要经由采购渠道获得的货物、工程和服务做支撑。

2020年初，新冠肺炎疫情暴发，感染人数在短时间内大幅度上升，口罩、消毒液、防护服等防疫物资出现巨大缺口，引发社会广泛关注。在突如其来的疫情面前，一方面，社会各界筹集大量物资，以捐赠的方式解燃眉之急；另一方面，各级政府进行了大规模、大批量的超常规紧急物资采购，弥补物资缺口，并通过以火神山医院、雷神山医院和多家方舱医院为主要内容的紧急

* 张小平，中央财经大学法学院副教授。

本文为国家社科基金项目“公共资源竞争性分配规则研究”（19BFX050）的阶段性成果。

工程采购迅速扩张收治能力,全面落实中央关于“应收尽收”的救治方针,成为扭转疫情防控形势的关键一步。在防控疫情的过程中,紧急采购发挥了重要的支持作用,同时也暴露出诸多问题。2月3日,习近平总书记在中央政治局常委会会议研究应对新型冠状病毒肺炎疫情工作时的讲话中指出:“这次疫情暴露出重点卫生防疫物资(如防护服等)储备严重不足,在其他储备方面还可能存在类似问题。”2月14日,习近平总书记在中央全面深化改革委员会第十二次会议上指出,要“建立国家统一的应急物资采购供应体系”,这是国家应急管理体系建设的重要内容。

紧急采购制度在国家治理体系和治理能力建设中发挥着重要作用,是广义政府采购的一部分。政府采购制度设计的基本思路,是通过公开和竞争性的程序,保证公共资金的使用效益,赋予公共资金的使用以合法性。与一般意义上的政府采购相比,紧急采购有两个突出的特点:首先是时间上的矛盾性。紧急采购活动关系国家安全和人民生命财产安全,采购时间紧迫,采购程序要求紧凑简单,对采购对象的质量要求更高。其次是采购方法多变与采购行为规范化的矛盾。紧急采购由于时间紧迫,采购部门会根据采购时限的要求有选择地利用相应的采购模式,过于强调采购活动的规范性,可能导致采购模式僵化,采购活动迟滞。以本次新冠肺炎疫情为例,截至3月4日,各级财政已安排疫情防控资金1104.8亿元。^[1]这些资金除了支付患者治疗费用、为医疗人员发放专门津贴以外,相当大一部分被用于紧急采购。在如何权衡效率与规范化之间的紧张关系上,存在着不同的观点。有的研究者认为,紧急采购的首要目标是“满足紧急采购需求”,并不强调竞争,或者说在紧急采购需求下往往并不存在竞争空间,提高效益、廉政建设等其他目的均处于次要地位。^[2]但也有观点认为,即使在疫情之下,也不代表着采购可以无序和随意,具体操作还应当有较为规范的方式、流程和相应的监管,既要高效便捷,也要落实公开、公平、公正的原则。^[3]本文尝试从对采购法的体系性理解出发,对我国紧急采购制度的现状进行分析,并就构建体现绩效财政和透明财政理念、裨益于国家整体治理能力提升的紧急采购制度提出建议和展望。

二、我国紧急采购制度的法律框架

(一) 我国紧急采购的基本法律规定

《政府采购法》第2条规定:“……本法所称政府采购,是指各级国家机关、事业单位和团体组织,使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。……”《政府采购法》所定义的“政府采购”,特指集中采购目录以内或限额以上,一般情况下通过竞争性方式进行的采购。在发生严重灾害和其他不可抗力事件时,如果仍然按照《政府采购法》所要求的方式和程序进行采购,将无法满足实际需要。因此,《政府采购法》第85条规定:“对因严重自然灾害和其他不可抗力事件所实施的紧急采购和涉及国家安全和秘密

[1] 参见王桦宇:《把钱用在最需要的地方:疫情防控中的法治财税保障》,载 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_6488057,最后访问时间:2020年3月22日。

[2] 参见李德华、李帅:《论应急公共采购的内涵——以新冠病毒疫情防治为例》,载《中国政府采购》2020年第2期。

[3] 参见刘亚利:《针对疫情,应建怎样的紧急物资采购保障体系?》,载《政府采购信息报》2020年2月24日,第2版。

的采购，不适用本法。”这是紧急采购制度在法律上的基本依据。《政府采购法》第4条规定：“政府采购工程进行招标投标的，适用招标投标法。”《招标投标法》第66条规定：“涉及国家安全、国家秘密、抢险救灾或者属于利用扶贫资金实行以工代赈、需要使用农民工等特殊情况，不适宜进行招标的项目，按照国家有关规定可以不进行招标。”此处的“抢险救灾”，也可以视为一种紧急采购。

（二）对紧急采购条款适用的正确理解

《政府采购法》第30条规定可以使用竞争性谈判的条件之一是，“采用招投标所需时间不能满足用户紧急需要的”；第31条规定可以使用单一来源采购的条件之一是，“发生了不可预见的紧急情况不能从其他供应商处采购的”。这两个条款中“紧急”与“紧急采购”中的“紧急”字面表述相同，但有根本的差异。第30条中的“紧急”产生的原因是“采用招投标所需时间不能满足用户紧急需要”，第31条中的“紧急”是“发生了不可预见的紧急情况而不能从其他供应商处采购”，而第85条中的“紧急”则是“严重自然灾害和其他不可抗力事件”所导致的。换言之，第30条、第31条中的紧急，只是出现了工作中一般的不可控状态，为保证采购任务的顺利进行，转而采用竞争程度较低的采购方式；而第85条中的“紧急采购”，即真正意义上的“紧急采购”，其所针对的应是不能预见、不能避免、不能克服的严重事态，其法律后果是排除《政府采购法》的适用。

区分第30条、第31条和第85条的关键，在于其与《政府采购法》第33条的关系。该条规定：“负有编制部门预算职责的部门在编制下一财政年度部门预算时，应当将财政年度政府采购的项目及资金预算列出，报本级财政部门汇总。……”结合此条，可以做这样的理解：即第30条、第31条所称的“紧急情况”和第85条所称的“紧急采购”之间的关键区别，在于采购的“计划性”，即该项采购是否列入采购计划。第30条、第31条所称的“紧急情况”，实际是在采购计划之内发生的“紧急”，而第85条的“紧急采购”，是超出采购计划原先预估情形的“紧急”，这是两者的核心差别。

（三）紧急采购条款的适用程序

从采购程序上讲，第30条、第31条中提及的“紧急情况”，和第85条中的“紧急采购”，处理方法亦不相同。在第30条、第31条中的紧急情况下，采购主体因紧急而要求使用竞争程度相对较低的采购程序，按财政部《政府采购非招标采购方式管理办法》相关规定，需要经主管预算单位同意后，向设区的市、自治州以上的人民政府财政部门申请批准。其中单一来源采购在批准前还要进行不少于5个工作日的公示。^{〔4〕}就《政府采购法》第85条规定的“紧急采购”而言，《政府采购法》本身没有规定这一条的适用程序。从实践来看，一般是由中央或省一级财政部门确认紧急状态的存在，并授权启动“紧急采购”程序。

三、我国紧急采购的实践探索

如前所述，《政府采购法》第85条的核心内容，是在发生紧急采购的情况下，不适用《政府

〔4〕 参见《政府采购非招标采购方式管理办法》（财政部第74号令）第4条、第38条。

采购法》规定的方式和程序。但紧急采购怎样实施,法律、行政法规及部门规章等均未做明确规定。而政府资金的使用,要按照《预算法》的规定,进行“全覆盖式”的审计监督。^{〔5〕}审计评价的内容,包括经济活动的真实性、合法性、效益性。审计评价的依据,是有关财政收支、财务收支的法律、法规,以及国家有关政策、标准、项目目标等方面的规定。^{〔6〕}自《政府采购法》于2003年1月施行以来,我国先后有过2003年“非典”疫情、2008年汶川地震、2010年玉树地震以及2020年新冠疫情等多次紧急采购的实践。在这些紧急采购的实践中,在法律、行政法规、部门规章、地方法规、地方政府规章等对于紧急采购实施未做出具体规定的情况下,为了解决资金使用的合法性问题,强化内部控制,财政部下发过一些通知,甘肃、辽宁、山东、天津等地出台过一些地方的规范性文件,初步形成了一些惯例,一定程度上填补了《政府采购法》对相关问题未做详细规定的缺陷。

(一)“紧急采购”的授权

2008年5月,财政部发布《关于加强汶川地震救灾采购管理的紧急通知》,确认“在汶川地震灾害应急救援和灾后恢复重建工作中,涉及灾民紧急救治、安置、防疫和临时性救助的采购活动可以作为紧急采购项目,在保证采购货物、工程和服务质量的前提下,由采购单位自行以合理的价格向一个或多个供应商直接购买”^{〔7〕}。本次新冠疫情暴发后,财政部发布《关于疫情防控采购便利化的通知》,指出“各级国家机关、事业单位和团体组织……使用财政性资金采购疫情防控相关货物、工程和服务的,应以满足疫情防控工作为首要目标,建立采购‘绿色通道’,可不执行政府采购法规定的方式和程序,采购进口物资无须审批”^{〔8〕}。发改委也发布相关文件,明确“对于疫情防控急需的应急医疗设施、隔离设施等建设项目,符合《招标投标法》第六十六条规定的,可不进行招标,由业主采用非招标方式采购或在招标时斟酌缩短有关时限要求”^{〔9〕}。除上述中央层面的授权外,也有省一级的授权。例如2010年,江西省财政厅授权全省各国家机关、事业单位及团体组织使用财政性资金采购抗洪救灾物资的,可以按紧急采购方式处理。^{〔10〕}在一些省份,紧急采购的授权权限甚至放到了县级以上人民政府。^{〔11〕}

(二)合理价格原则

2008年财政部发布的《关于加强汶川地震救灾采购管理的紧急通知》中在授权紧急采购的同时,要求采购单位以“合理的价格”开展采购。尽管“合理价格”是一个开放的概念,但是各地在落实紧急采购的过程中,不断探索和创造体现合理价格原则的方法。在甘肃省的规范性文件中,要求“严控价格,就近采购”^{〔12〕}。辽宁省的相关文件中,要求“省直部门实施紧急采购,要

〔5〕 参见《预算法》第89条。

〔6〕 参见《国家审计准则》第6条、《审计法实施条例》第5条。

〔7〕 《关于加强汶川地震救灾采购管理的紧急通知》(财库〔2008〕43号)。

〔8〕 《关于疫情防控采购便利化的通知》(财办库〔2020〕23号)。

〔9〕 《关于积极应对疫情创新做好招投标工作保障经济平稳运行的通知》(发改电〔2020〕第170号)。

〔10〕 参见《江西省财政厅关于抗洪救灾物资实行紧急采购的通知》(赣财购〔2010〕18号)。

〔11〕 例如,《吉林省自然灾害救助办法》第20条规定:“储备的自然灾害救助物资不能满足自然灾害应急救援和灾后恢复重建中涉及紧急抢救、紧急转移安置和临时性救助需要的,受灾地区县级以上人民政府民政部门经本级人民政府同意,可以组织自然灾害救助物资紧急采购。”

〔12〕 《甘肃省应急项目政府采购管理暂行办法》第6条。

采取与一个或者多个供应商谈判以及价格比较的方法，在保证物资质量和交付时间的前提下，以合理的价格直接购买”^{〔13〕}。四川绵阳四〇四医院在本次新冠疫情紧急采购中，在采购口罩、防护服、护目镜、防护面罩等医疗物资时，将供货单价与医院前期进货价进行对比，若高于前期进货价，则要求供货商提供其进价等价格资料以核实是否随意涨价。^{〔14〕}

（三）采购实施方法的多样性

常规的政府采购组织方式分为集中采购和分散采购两种。《政府采购法实施条例》第4条中明确了两者的分工范围：集中采购限于采购人将列入集中采购目录的项目委托集中采购机构代理采购，或者进行部门采购的行为；而分散采购则是指采购人对采购限额标准以上的未列入集中采购目录的项目自行采购，或者委托采购代理机构的行为。无论是集中采购还是分散采购，均统一适用《政府采购法》规定的采购方式（如公开招标、邀请招标、竞争性谈判、单一来源采购、询价等）。近年来，随着“放管服”改革的推进，各省分散采购限额有不断提高的趋势。在分散采购限额以下的采购不是《政府采购法》意义上的采购，目前没有较为明确的规定。实践当中，各采购单位的做法主要有三种：一是参照政府采购程序实施，采用的主要方式有询价、竞争性谈判、竞争性磋商、单一来源；二是对一些办公物品耗材，采用就近货比三家采购的做法；三是定点或协议采购。^{〔15〕}

紧急采购尽管不受《政府采购法》的约束，但是从内部控制的角度出发，各省市现有的紧急采购相关规定都在一定程度上模仿或者改造原有的常规采购组织方式和采购程序。有些虽然仿照分散采购，但坚持事前审批。例如《甘肃省应急项目政府采购管理暂行办法》第9条规定：“应急采购实行以自行采购为主的组织形式。采购人需紧急采购的，应写出书面报告，经同级人民政府应急管理部门或相关主管部门签署意见并经财政部门同意后方可自行组织采购。对确属特别紧急，来不及逐级报告的项目，相关部门可先行采购，事后备案。财政部门收到采购人报送的紧急采购计划，应立即审核并给出答复。”《辽宁省省直部门应对突发事件物资采购管理暂行办法》第7条则规定，省直部门要在实施紧急采购前就采购项目相关事宜通报省财政部门政府采购管理办公室。这一规定体现出更大的灵活性。

从目前来看，紧急采购方式主要体现两个原则：一是效率原则，如上例中提到的，财政部门在收到上报的紧急采购计划后必须立即审核；又如，天津市在“非典”疫情防控采购中，制定实施了“现场报价、现场论证、现场验货、现场谈判、现场采购”等5项现场采购措施。^{〔16〕}二是内部牵制原则和经济责任原则，如财政部《关于加强汶川地震救灾采购管理的紧急通知》第4条指出：“采购单位应当指派专人负责采购活动，并落实采购人员工作岗位责任制。……紧急采购项目的采购应当由两名以上采购人员组织实施。采购人员及供应商必须在发票等购买凭据上背书签字。”第5条规定：“……所采购货物、工程和服务的种类和数量出现问题的，应当由采购单位及其采购人员承担相应责任。所采购货物、工程和服务的质量出现问题的，应当由供应商承担相

〔13〕《辽宁省省直部门应对突发事件物资采购管理暂行办法》（辽财采〔2008〕745号）第4条。

〔14〕参见朱勇：《疫情防控形势下医院紧急采购的探索和思考》，载《中国政府采购》2020年第2期。

〔15〕参见蒋守华：《应急采购等“非政府采购项目”》，载《中国政府采购报》2020年2月18日，第4版。

〔16〕参见《紧急采购管理迈向制度化》，载《中国招标》2013年第19期。

应责任；涉及采购单位及其采购人员的，依法从严追究责任。”在甘肃、辽宁等地的规范性文件中，也有类似规定。

近年来，由于对党内纪律和行政监察的重视，出现了纪检监察人员全过程参与应急采购的做法。例如，四川省财政厅在2013年4月22日发布的《关于加强“4.20”芦山7.0级地震救灾紧急采购管理的通知》，要求紧急采购项目的采购应当由二人以上采购人员和本部门纪检监察人员组织实施。

（四）注重事后审计监督和社会监督

因为紧急采购具有突破“采购计划性”的特点，所以难以进行事前控制；又因为紧急采购在操作上具有分散自主采购和突出效率性的特点，所以只能有非常有限的事中控制。监督的重点，在于事后的审计监督和社会监督。

财政部在《关于加强汶川地震救灾采购管理的紧急通知》中提出两项要求：一是妥善保管紧急采购项目文件和凭据，以备财政、审计、监察等部门监察；二是任何单位和个人发现采购单位及采购人员存在徇私舞弊等违法违纪行为的，应及时向同级财政部门或有关部门举报。甘肃、辽宁两省的相关文件中，也有类似规定。财政部在《关于疫情防控采购便利化的通知》中也指出，“各采购单位应当加强疫情防控采购项目采购文件和凭据的管理，留存备查”，同时就举报问题，做了与汶川地震期间相同的规定。在甘肃、辽宁等地的规范性文件中，还有公布紧急采购结果、接受社会监督的规定。^{〔17〕}这些都是值得肯定的做法。

由上可见，尽管我国在紧急采购方面没有详细的法律规定，亦无专门的规章，但是在采购的具体过程中，出于责任财政、绩效财政和透明财政的要求，为满足内部控制的需要，通过部委和地方的规范性文件，逐步形成了紧急采购的基本框架，总结、稳定了一些行之有效的做法。在紧急采购法治化的进程中，这些做法具有非常重要的价值。这些在非法律渊源的规范性文件乃至非规范性文件中所体现的内容，是“法的半成品和预备库，或未然的法和可能的法”^{〔18〕}。这些实践中探索总结的规则，是未来紧急采购法治化的重要素材。

四、完善我国紧急采购制度的建议

我国紧急采购制度仍然有一些基本的结构性缺陷，亟待完善。

（一）把握紧急采购的核心特征，完善紧急采购的启动程序

紧急采购与常规采购的核心区别在于突破“采购计划性”，由此使紧急采购获得了不适用《政府采购法》的特殊豁免，至少体现在两个方面：一是紧急采购可以免于发布采购公告；二是紧急采购可以免于适用竞争性的采购程序，或者在适用竞争性较低的程序时免于审批手续。

在政府采购中，“采购计划性”是一种具有多重意涵的制度。采购主体的年度采购计划要在预算中编列，并经过批准，体现预算约束的要求，解决过去随意采购、监督缺乏依据、不能形成

〔17〕 参见《甘肃省应急项目政府采购管理暂行办法》第13条、《辽宁省省直部门应对突发事件物资采购管理暂行办法》第7条第2款。

〔18〕 周旺生：《法的渊源与法的形式界分》，载《法制与社会发展》2005年第4期，第128页。

规模采购效益等问题。这一要求体现在《政府采购法》第6条中。采购主体同时应对外发布采购计划，从而使潜在的供应商有充分的时间计划和准备投标事宜，提高参与度和竞争力。目前我国《政府采购法》对此未做要求，《政府采购法实施条例》第8条仅要求在指定媒体上发布采购项目信息。世界贸易组织的《政府采购协定》（Government Procurement Agreement, GPA）第8.4条规定：“鼓励采购实体以附录3中列明的适当纸质或者电子媒体，尽早发布每一财政年度内有关未来采购计划的公告……计划采购公告应该包括采购标的和意向采购公告的计划刊登时间。”^[19]我国正在谈判加入世界贸易组织《政府采购协定》，并正在筹划为谈判进行国内法律调整。考虑到中国政府采购管理的已有水平，以及中国国内政府采购市场的受关注程度，未来国内法律调整很可能将这一建议性的要求转化为义务性的规定。由此可见，“采购计划性”是整个政府采购制度核心和关键的制度，是提高采购资金使用效益、展开后续竞争性采购程序的基础。

紧急采购之所以特殊，是因为紧急情势突破了这种预先的计划性，从而使得后续竞争性采购程序的展开失去基础，这是整个紧急采购制度赖以存在的正当性前提。由此出发，有下列几个问题需要注意。

一是因严重自然灾害和其他不可抗力事件所实施的紧急采购具有特殊性。这与因发生不可预见的紧急情况不能从其他供应商处采购而实施的单一来源采购，以及因招标所需时间不能满足用户需要而进行的竞争性谈判，有着本质的区别。在实务中，确实存在混淆这两者区别的做法。例如《深圳市政府应急项目政府采购管理规定》中，将应急项目界定为包括：已列入年度计划，完工、交付使用时间与计划批复时间间隔不超过6个月，且按正常程序采用招标所需时间不能满足用户紧急需要的项目；因自然灾害、突发公共事件需紧急采购的项目；未列入年度计划、因发生不可预见的急需或者突发事件，不宜采取招标方式，且临时追加并需要紧急采购的政府重点项目。^[20]这种处理方法，混淆了《政府采购法》第30条、第31条、第85条以及《预算法实施条例》中对预算用途调整的相关规定，统一采用集中审批方式管理，使上述不同法条的立法目的存在落空的可能，殊为不妥。

二是判定启动紧急采购的标准。《政府采购法》第85条使用了“因严重自然灾害和其他不可抗力事件”的措辞，但未做进一步阐述。特别是我国自《政府采购法》实施以来，紧急采购的实践次数有限，尚不足以建立类型化的具体标准。可以借鉴法国2019年新颁布的《公共采购法典》所提出的认定重大紧急情况的三项标准，即：事件的不可预测性、与现有程序性时限规定的不可调和性、该事件与紧急情况之间的因果关联性，使紧急采购适用条件的认定标准具体化，客观化。^[21]

三是完善启动紧急采购的程序。我国实践中已经形成了财政主管部门授权启动应急采购的做法，但有两个问题值得进一步探讨：其一，是否应当在相关法律法规中对授权进行分级管理，即：发生于一省之内的紧急采购由省级乃至更低层级财政部门授权启动；具有跨省影响的紧急采

[19] Revised Agreement on Government Procurement, Art. 8.4, available at https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm, last visited on Mar. 27, 2020.

[20] 参见《深圳市政府应急项目政府采购管理规定》（深府办〔2007〕9号）第1条。

[21] 参见王澍、杨蔚林：《当变则变，尽快完善我国紧急状态下的政府采购制度》，载《中国政府采购》2020年第2期。

购由财政部授权启动。其二,政府临时成立的应急协调指挥机构是否可以启动应急采购授权。^[22]《突发事件应对法》将各种处置权限保留给了“履行统一领导职责的人民政府”;而《突发公共卫生事件应急条例》第33条、第34条规定了突发事件应急处理指挥部的权限,其中不包括启动紧急采购的权限。^[23]因此,从行政合法性原则的要求出发,较为妥当的做法应当是由突发事件应急处理指挥部确认紧急事态的存在,而由财政部门依法定职权启动紧急采购。

四是要关注采购活动紧迫性的变化,及时做出调整。应急采购大体可以划分为立即响应、灾害救助和灾后重建三个阶段,各自对应着不同的紧急程度。^[24]当“采购计划性”得以恢复的时候,应终止紧急采购状态,恢复正常采购秩序。2008年汶川地震中,财政部对紧急采购的授权范围为“在汶川地震救灾应急救援和灾后恢复重建工作中,涉及灾民紧急救治、安置、防疫和临时性救助的采购活动”,但是在重灾区什邡市,在大地震100多天之后的8月29日,什邡市国土局还是以紧急采购的方式购买了移动硬盘。因此,紧急采购的授权,既要强调采购目的的相关性,还要说明“采购计划性”恢复之后,紧急采购的授权何时终止。过于笼统的授权容易留下一些操作上的模糊空间,影响正常的采购秩序。以本次新冠疫情防控采购为例,财政部《关于疫情防控采购便利化的通知》仅授权使用财政性资金采购疫情防控相关货物、工程和服务的,可以开启“绿色通道”,不执行《政府采购法》规定的方式和程序,很多省份的财政厅都进行了原文转发。随着全国生产生活秩序的恢复,特别是疫情防控相关物资产能的恢复,在疫情响应终止之日,应当停止疫情采购便利化中的相关紧急采购授权,恢复为常规的采购程序。

(二) 完善各种简化采购程序,使紧急采购有章可循

《政府采购法》规定了各种竞争程度不同的采购程序,但分散采购限额以下的采购,则由各单位自行组织,缺乏具体规定。紧急采购事出突然,但仍需要有章可循。制度本身的惯性,以及责任财政、透明财政对紧急采购的制约,使得紧急采购在具体实施过程中,仍然有着模仿或类推其他采购程序的倾向。《政府采购法》只对集中采购和限额以上的分散采购有程序规定,从而使紧急采购要么仍然向正规采购方式靠拢,要么陷入无规定可依循的状态。根本原因在于目前对于采购方式的制度设计未能形成一个连续的光谱,使紧急采购在借鉴常规采购经验时出现空白区域。从世界范围来看,各个国家和地区解决紧急采购程序的思路主要有三种:援用和扩展事先设定的简化灵活程序;以加急方式使用常规程序;具有弹性的合同安排。

1. 援用和扩展事先设定的简化灵活程序

以美国为例,美国联邦政府采购法的立法思路,经历了一个变化的过程。以1984年《合同竞争法》(The Competition in Contract Act)和《联邦采购条例》(Federal Acquisition Regulation, FAR)为标志,确立了采购活动中“充分、公开竞争”的原则,要求联邦采购机构在采购

[22] 例如,2010年青海玉树地震后,由青海省政府成立青海省玉树抗震救灾指挥部,再由青海省玉树抗震救灾指挥部成立救灾物资集中采购工作协调小组,又由采购工作协调小组发布《关于玉树抗震救灾物资紧急采购有关事宜通知》(青政采办[2010]1号)。

[23] 参见《突发公共卫生事件应急条例》第33条、第34条第1款规定。

[24] See Ministry of Business, Innovation and Employment, New Zealand Government, Quick Guide to Emergency Procurement, available at <https://www.procurement.govt.nz/assets/procurement-property/documents/guide-emergency-procurement.pdf>, last visited on Mar. 27, 2020.

活动中通过充分、公开的竞争后才能签订合同。但是，这种充分、公开的竞争要求遵循严格负责的采购程序，会影响到采购效率、增加行政管理成本，影响中小企业参与政府采购的积极性。^{〔25〕}完全公开竞争程序实施 10 年后，由于实践中发现这一原则过于严苛，使采购程序过于复杂，降低了采购效率，1994 年，美国出台《联邦采购简化法案》（The Federal Acquisition and Streamlining Act），确立了简化采购原则，大幅度简化联邦采购程序，推出了一系列具有灵活性的措施。^{〔26〕}在美国的紧急采购程序中，可以援引的灵活性措施分为两部分：一部分是常规的灵活性措施，另一部分是专门针对紧急状态的灵活措施。其中前一个部分主要规定在 FAR 第 18 部分的第一个子部分，后一部分的灵活措施规定在 FAR 第 18 部分的第二个子部分。

在第一个子部分中规定的一般灵活性措施包括：使用 FAR 第 13 部分中规定的简易采购程序，不受 FAR 第 6 部分竞争要求的约束，以及资格预审来源之间竞争的约束；在不超出建议采购程序限额的情况下，合同官在特定情况下可以进行单一来源采购；特定情况下可以进行部门间采购（即利用另外一个部门的合同进行采购或者在采购时获得另外一个部门的帮助）；对于重复性的需求可以使用“多项授予合同”（类似于“框架协议”）或交付订单合同；以单一来源方式或竞争方式与经济落后地区小企业、退伍残疾军人开办的小企业等快速签约；在特定情况下口头进行招标；运用商业物品采购程序购买非商业物品（主要指服务）；免交投标保证金；采购机构有权创新和做出合理的业务判断，使用法律没有明确承认的做法。^{〔27〕}在第二个子部分中，规定在紧急情况下，额外可以使用的灵活性措施，包括：免于在中央合同官注册系统（CCR）中登记，可以不使用电子支付系统等。除此之外，紧急情况分为紧急行动，国防或遭受特定攻击后的恢复重建，以及具有国家影响的重大事件、宣布紧急状态、宣布发生重大灾害三种。在这三种紧急情况中，可以使用的灵活性措施包括提高小额采购、简化采购的限额，扩大简化采购程序的运用范围，运用国防优先分配系统进行经济动员等。^{〔28〕}

2020 年 3 月 13 日，美国总统特朗普宣布新冠肺炎暴发构成“国家紧急状态”。^{〔29〕}这一行为触发了 FAR 第 18 部分第二子部分的适用条件。以美国能源部为例，在特朗普发布上述文告后，对紧急采购所适用的灵活性措施做出如下决策：（1）提高小额采购的限额，美国国内进行的采购提高到 2 万美元，在国外进行的采购提高到 3 万美元；（2）提高简化采购程序的限额，美国国内进行的采购提高到 75 万美元，在国外进行的采购提高到 150 万美元；特定商业物品简化采购程序的限额提高到 1300 万美元；（3）FAR 18.2 部分中的额外灵活性措施仅适用于应对本紧急

〔25〕 参见张幸临：《美国联邦政府采购法律体系介评》，载《中国政府采购》2019 年第 10 期。

〔26〕 参见刘磊：《完全竞争与简化采购相辅相成》，载《中国政府采购报》2013 年 1 月 22 日，第 4 版；宋雅琴：《美国联邦采购改革述评——新公共管理模式的适用与反思》，载《中国政府采购》2007 年第 5 期。

〔27〕 See Office of Federal Procurement Policy, Emergency Acquisitions Guide, available at https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/omb/assets/procurement_guides/emergency_acquisitions_guide.pdf, last visited on Mar. 28, 2020.

〔28〕 See Federal Acquisition Act, Part 18 “Emergency Acquisitions”, available at <https://www.acquisition.gov/content/part-18-emergency-acquisitions>, last visited on Mar. 28, 2020.

〔29〕 See Proclamation on Declaring a National Emergency Concerning the Novel Coronavirus Disease (COVID-19) Outbreak, available at <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/proclamation-declaring-national-emergency-concerning-novel-coronavirus-disease-covid-19-outbreak/>, last visited on Mar. 28, 2020.

事态,不得在其他采购中援用;(4)其他法律中规定的各种限额保持不变。〔30〕

2. 以加急方式使用常规采购程序

以英国为例,新冠疫情暴发后,英国的内阁办公室于2020年3月就应对疫情的采购政策发布通告,对紧急采购的适用范围、生效时间、背景情况以及可能使用的各种紧急采购手段进行了汇总阐述。其中提到,除了一些紧急情况下使用的特殊采购程序外,还可以依照英国《公共合同法规》(Public Contract Regulation 2015)的相关规定,以加速的方式使用常规采购程序,包括开放程序、限制程序和竞争性谈判程序:(1)就开放程序而言,英国《公共合同法规》规定的接受投标的最短期限为自合同通知发布起35日,在紧急情况下可以缩减为15日;(2)就限制程序而言,英国《公共合同法规》规定的接受投标的最短期限为自合同通知发布起30日,在紧急情况下可以缩减为自合同通知发布起15日或自邀请投标通知发出起10日;(3)就竞争性谈判程序而言,英国《公共合同法规》规定的接受参加要求的最短时间为自合同通知发布起或自预通知确认之日起30日,在紧急情况下可以缩减为自合同通知发布起15日或自邀请投标通知发出起10日。

《公共合同法规》中没有明确规定此种紧急情况是否一定是不可预见或无法归因于采购方,但是采购方在欧盟官方公报(OJEU)上发布通知的时候应写明以加急方式使用常规采购程序的正当理由,例如:“新冠肺炎暴发引发对某物品的紧急需求,采购方没有充分的时间遵守标准的采购程序时间表。采购方认为,这显然构成一种紧急事态。因此,采购方将在本次采购中加急使用《公共合同法规》中规定的开放程序/限制程序/竞争性谈判程序。”〔31〕

3. 具有弹性的合同安排

以我国台湾地区为例,在发生紧急事件时,其“采购法”规定紧急采购可以利用的采购方式有特殊紧急采购和利用既有契约采购两种。其特殊紧急采购规定在“采购法”第105条,内容与《政府采购法》第85条规定相类似,即发生战争、自然灾害、防疫或财政经济上的重大变故,及人民生命、身体、健康、财产遭遇紧急危难,需紧急处置之采购事项,不适用“本法”招标、决标之规定。所谓利用既有契约采购,包括如下一些内容:(1)一般招标契约,订有开口合约者,依照原契约单价,直接向承包商采购相关事项。本方式为利用正常开口合约执行立即性采购,在原来契约下无须增加任何采购行为,即可达成紧急采购目的。(2)一般招标契约,订有扩充条款者,依契约扩充范围、条件直接向承包商采购相关事项。本方式使用前提为在原招标公告及招标文件中说明扩充的期间、金额或数量。此种采购行为不需要另行公开招标,但仍然需要进行议价操作。如果超出原契约范围,需要得到有关机关批准。(3)一般契约,无开口合约机制,亦无扩充条款者,可依照原契约工项及单价,径行办理契约变更。在实务中,大多会预留采购单位与承揽厂商可依原工项、单价之扩充机制。但这种做法需要得到采购方行政首长或其授权人员同意办

〔30〕 See PF 2020-19 Emergency Acquisition Flexibilities for Coronavirus Disease2019 (COVID-19), available at <https://www.energy.gov/management/downloads/pf-2020-19-emergency-acquisition-flexibilities-coronavirus-disease-2019-covid>, last visited on Mar. 28, 2020.

〔31〕 Procurement Policy Note-Responding to COVID-19, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/873521/PPN_01_-_20_-_Responding_to_COVID19_v5__1_.pdf, last visited on Mar. 29, 2020.

理契约变更，并进行议价程序。

利用既有契约采购的优点是迅速且较有保障，缺点是在重大紧急事态中，承包商的供给能力可能无法满足短期内巨大的需求，故仍需借助特殊紧急采购机制。^{〔32〕}

上述分别以美国、英国和我国台湾地区为例，讨论了紧急采购方式的三种思路。事实上，较为典型的国家和地区的紧急采购制度，大体上都是这三种思路不同程度的混合运用。就我国而言，《政府采购法》的规制范围在于集采目录之内、分散采购限额以上，并且立法的取向，着重在于规范政府采购行为，强调竞争，特别是强调招投标程序的运用，对灵活机制尚未有足够的制度供给。^{〔33〕}未来可以考虑从规范限额以下采购出发，设计一些指导性的灵活机制，在紧急采购中通过直接提高限额的方式借用或类推使用。在我国紧急采购的实务中，也已经出现了加急适用常规采购程序的实践。例如，今年2月，青海省农业农村厅在紧急采购农村牧区防控新型冠状病毒感染的肺炎疫情防护物资及重大动物疫病防控物资的过程中，采用了公开招标的方式，但由于时间紧迫，不再对各投标供应商进行资格条件审查，而是由各供应商提供承诺函，同时将提交投标文件的截止日期缩减为自公告发布起4日。^{〔34〕}我国现行《政府采购法》的重点在合同授予上，合同管理尚未得到足够的重视，虽然初步引入了框架协议，^{〔35〕}但复杂合同结构的制度及相关实践仍有待发展和积累。

（三）紧急采购的事权划分

本次疫情暴发，适逢春节假期，大量生产销售企业放假，许多公共服务处于低位运行状态。抗疫一线各类物资一度告急，多次出现所谓“紧平衡”的说法，直至后期才随着各地支援物资的陆续抵达及生产企业的复工逐步缓解。由此引出一个值得探讨的问题：紧急采购究竟是分散为宜还是集中为宜。

在这个问题上，存在两种不同的倾向。财政部《关于疫情防控采购便利化》的通知中体现的是对各采购单位的充分授权，有分散化管理的倾向。与此同时，面对物资紧张的局面，也有专家主张应急防护物资应由国家统一无偿配给。^{〔36〕}从现有法律规定的角度看，《突发事件应对法》第32条提出的是分级管理的体制，《传染病防治法》对这个问题只有原则规定，难以落地，《国家医药储备管理办法》中规定的是中央和省两级管理体制。^{〔37〕}对于分散和集中的利弊，不能做抽象的理解，必须放到具体的制度语境中，以问题为导向，方能有合理的答案。

〔32〕 参见李纲、魏铃芳、王隆昌：《两岸紧急采购制度之比较分析》，载《西南政法大学学报》2011年第5期。

〔33〕 参见王周欢：《构建全过程政府采购管理的法律制度：问题与对策》，载《中国政府采购》2020年第1期。

〔34〕 参见《青海省农业农村厅关于紧急采购农村牧区防控新型冠状病毒感染的肺炎疫情防护物资及重大动物疫病防控应急物资的公告》，载 http://nynct.qinghai.gov.cn/Html/2020_02_03/230537_244780_2020_02_03_276793.html，最后访问时间：2020年3月28日。需要指出的是，财政部《关于疫情防控采购便利化的通知》以及青海省财政厅的转发文件中，仅对新冠肺炎疫情防控采购开启了绿色通道，而未对农村动物疫情防控授权进行应急采购。本次采购的总金额为148.5万元。青海省2019—2020年度省级分散采购的限额标准为50万元。如果本次采购中涉及新冠肺炎防控的部分超过98.5万元，则本次合并采购加急使用公开招标程序可以视为合规。

〔35〕 例如，《财政部关于加强中央预算单位批量集中采购管理有关事项的通知》（财库〔2014〕120号）中提到了框架协议，但其使用范围非常有限。

〔36〕 参见《法大校长马怀德：应急防护物资应由国家统一无偿配给》，载 http://k.sina.com.cn/article_1655444627_62ac149302000zbf.html?from=local，最后访问时间：2020年3月29日。

〔37〕 参见《突发事件应对法》第32条、《传染病防治法》第63条、《国家医药储备管理办法》第2条和第25条规定。

首先,在应急管理中,政府采购不是提供相关物资的唯一方法。除紧急采购外,动用国家储备也是提供应急物资的重要手段。正确理解“国家统一的应急物资采购供应体系”的提法,不能将关注点仅放在紧急采购上。物资储备制度从其功能定位及优化储备规模的角度而言,以集中统一为宜,重要战略物资的储备和使用应该划归于中央事权,或以中央事权为主。而紧急采购制度应与预算分级管理制度联系在一起,以分散为宜。这两者之间的有机配合,能充分保障救灾物资需求,提高资金使用效益。

其次,在发生突发事件的情况下,中央政府往往需要支持地方政府的救灾工作。但是支持以实物形态进行,还是以转移支付等资金形态进行,需要根据具体情况做出判断。如果以实物形态进行支持,则采购主体为中央政府部门;如果以资金方式进行支持,则采购主体为地方有关部门。在汶川地震中,中央成立抗震救灾总指挥部,在指挥部下,由民政部牵头,发改委、商务部、财政部等部委组成群众生活组,办公室设在民政部救济救灾司,下设应急救援、物资保障、灾情信息、救灾援助、后勤保障五个小组。为保证灾区群众生活安全问题,民政部将全部近15万顶储备帐篷陆续运往灾区。与此同时,民政部会同财政部联合召开紧急物资采购工作会议,启动紧急物资采购工作,在一个多月内又采购90万顶帐篷送至灾区。^[38]在青海玉树地震中,食品、棉被、帐篷等也由中央各相关部委、中国红十字会、非受灾省份及青海省共同采购。^[39]

从两次地震救灾的实践看,很难将发生于某一地区的突发事件的紧急采购完全地界定为中央事权或是地方事权。从采购主体的需求管理和采购活动的响应速度而言,应急采购应以地方采购、分散采购为原则,以中央采购(以及中央储备动用)为补充。中央介入的标准,应当是“地方采购能力与采购任务的匹配性”,即地方的采购能力是否足以完成紧急采购任务。如果认定紧急采购任务没有超出地方采购能力,则紧急采购依原有预算管理分级机制进行,中央在必要时通过转移支付或其他渠道予以资金支持;^[40]如果认定地方的采购能力较弱,或因突发事件本身受到影响,或事态严峻程度超乎寻常,不足以完成紧急采购任务,特别是在紧急响应阶段、在关键物资上能力与任务之间差距过大的话,则应由中央政府介入,由中央相关部委作为采购主体,进行紧急采购,以实物形态支持突发事件应对工作。

(四) 紧急采购中的救济与监督

《政府采购法》第六章规定了“质疑和投诉”,这是政府采购供应商的重要救济机制,也是政府采购监督管理部门行使主管监督职责的重要机制。按照该法第85条的规定,紧急采购不适用该法。从文义解释的角度看,这也意味着紧急采购的供应商无法就采购活动向采购人提出质疑,向政府采购监督管理部门提出投诉。

2020年3月26日,中国疾病预防控制中心(CDC)在中国政府采购网发布《中国疾病预防

[38] 参见刘瑾:《救灾帐篷紧急采购进行时》,载《中国政府采购》2008年第6期。

[39] 参见《民政部:目前玉树地震灾区已收到棉帐篷5.6万顶》,载 http://www.gov.cn/jrzq/2010-04/23/content_1590992.htm,最后访问时间:2020年3月29日。

[40] 例如在本次新冠疫情防控工作中,国家发改委紧急下达中央预算内投资3亿元补助火神山和雷神山医院建设,而工程采购具体由武汉市政府负责实施。

控制中心及中国疾病预防控制中心病毒病预防控制研究所高通量基因测序仪采购项目应急采购谈判（采购编号：0701-204160120171）》，使用财政资金 500 万元采购高通量基因测序仪，邀请合格供应商参加应急采购谈判。招标文件发售时间仅为 3 日，采购结果公示期仅为 1 日，由此可以推知，尽管公告中所使用的措辞为“应急采购谈判”，但实际是加速使用竞争性谈判程序的紧急采购。2020 年 4 月 2 日，中国疾病预防控制中心在中国政府采购网发布公告，宣布推荐成交候选人为北京微未来科技有限公司，提供的产品为美国 Illumina 公司的便携式高通量基因测序仪。^{〔41〕}

2020 年 4 月 3 日，华大基因旗下华大智造在其网站公开发布《程序不正义，结果无意义——致中国疾控中心的一封公开质疑信》。^{〔42〕} 信中提出三点质疑意见：第一，技术需求部分的描述具有单一指向性和排他性，存在“定向招标”之嫌；第二，成交价高出市场价格近一倍（以同品目产品 2019 年在中国市场的成交价做对比）；第三，公示期只有 1 天，少于竞争性谈判要求的 3 天，而当前中国疫情已经得到了有效的控制。

4 月 4 日，中国疾病预防控制中心在官网发布声明，称此次采购是依据财政部有关文件进行的紧急采购，具体答复工作由代理方中技国际招标有限公司负责。同日，中国疾病预防控制中心在官网转载了《中技国际招标有限公司关于华大智造的声明》，称“本项目采购文件、采购过程及采购结果公平、公正，完全符合相关法律法规规定，质疑问题不成立”。此外，又称“深圳华大智造科技有限公司于 2020 年 4 月 3 日向我司提交了本项目成交结果的书面质疑函，针对书面质疑函和上述质疑信中所述问题，我司已按照《政府采购质疑和投诉办法》（财政部 94 号令）关于质疑处理的相关规定，书面逐条答复深圳华大智造科技有限公司”^{〔43〕}。

• 257 •

本次质疑是紧急采购制度推行以来，首个进入公众视野的紧急采购纠纷，利益相关方提出了很强理由的质疑意见，采购方及其代理方尽管回复简略甚至武断，但并不敢主张紧急采购不受《政府采购法》第六章的约束，可以不予回复。这一案件至少给我们以下启示：第一，采购结果的公开对于紧急采购的监督非常重要，在质疑和投诉机制可能无法适用的情况下，需要由社会监督来限制和制约可能产生的滥用紧急采购的情形；第二，同样是为了限制可能产生的滥用紧急采购的情形，要确立合理价格原则在紧急采购中的指导作用，并确立采购方对异常成交价格的说明义务；第三，从本案的典型性来考虑，对《政府采购法》第 85 条的文义解释理解，即紧急采购是否使用质疑和投诉机制，有必要重新进行审视，至少在一定金额以上的紧急采购中，有必要保留常规采购中的质疑和投诉制度。

〔41〕 参见《中国疾病预防控制中心及中国疾病预防控制中心病毒病预防控制所高通量近因测序仪采购项目应急采购谈判（采购编号：0701-204160120171）》，载 http://www.ccgp.gov.cn/cggg/zygg/qtgg/202003/t20200326_14071812.htm，最后访问时间：2020 年 4 月 3 日；《中国疾病预防控制中心高通量基因测序仪采购项目成交公告》，载 http://www.ccgp.gov.cn/cggg/zygg/cjgg/202004/t20200402_14102296.htm，最后访问时间：2020 年 4 月 3 日。

〔42〕 《程序不正义，结果无意义——致中国疾控中心的一封公开质疑信》，载 <https://www.mgitech.cn/news/250>，最后访问时间：2020 年 4 月 3 日。

〔43〕 中国疾病预防控制中心：《声明》，载 http://www.chinacdc.cn/yw_9324/202004/t20200404_215800.html，最后访问时间：2020 年 4 月 4 日；《中技国际招标有限公司关于华大智造的声明》，载 <http://www.chinaitc.com.cn/387-1042-14156.aspx>，最后访问时间：2020 年 4 月 4 日。

（五）紧急采购中的供给侧管理

政府采购背后所潜藏的理念，是通过市场手段来取代政府直接提供公共产品，因此，其制度设计的基本前提是市场有充分的供给，并且通过在合格供应商之间组织竞争来确保公共资金使用“物有所值”。紧急采购的特点是：首先在于效率要求和竞争程序充分展开之间的冲突，因此必须在采购程序上做出各种灵活性的安排；其次，在突发事件发生的时候，市场供给有可能不是处于充裕状态，而是短期内处于紧张乃至短缺的状态。常规采购一般只考虑需求侧的问题，紧急采购则有可能需要考虑供给侧的问题，考虑供应商的培育、支持和管理的问題。

本此疫情防控紧急采购的一个突出特点，就是原有采购秩序被打破，出现各地抢购甚至截留防疫物资的情况。疫情防控的关键期正值春节假期，工厂开工率低，市场上防疫物资不足，尤其是医用防护口罩、医用外科口罩、防护服、护目镜、面屏、手套、靴套、消毒液、测温仪等关键物资，“采购市场由买方市场完全转变为卖方市场。政府采购市场呈现紧急与短缺并存的现象”^{〔44〕}。实际上，早在汶川地震之后，我国研究者就注意到了平时采购与紧急采购物资的品种、数量都有很大差异，平时建立的供货关系难以适应紧急采购的需要。在应对汶川地震的紧急采购过程中，就曾出现了寻找供应商难、质量控制难、价格协商难和货款支付滞后等问题。^{〔45〕}因此，与常规采购不同的是，紧急采购要想发挥预期的作用，必须在一定程度上包含对供给侧管理的内容。以美国为例，《联邦采购法规》（FAR）第18部分关于紧急采购的规定中，在专利使用、运用联邦设施进行生产所需缴纳的租金方面，对供应商有支持措施。此外，FAR第11部分还建立了国防优先分配系统（Defense Priorities and Allocation Systems, DPAS），以便支持已批准的国防、应急准备和能源计划，在国家紧急情况时促进工业动员。^{〔46〕}

DPAS的实施与美国的《国防生产法》有直接联系。3月18日，美国总统特朗普签署命令，援引该法，要求美国企业优先生产与疫情防控有关的医疗物资，并对销售进行管制。^{〔47〕}依据该法，总统有权要求个人（包括企业和公司）优先考虑并接受必要的物资和服务合同；有权运用包括贷款、贷款担保、直接购买和购买承诺、在私人设施中直接安装和购买设备等措施来刺激国内产业部门扩大产能，增加关键物资和商品的供给；有权与私营部门缔结自愿协议；有权暂停威胁国家安全的外国公司并购活动；有权征召经验丰富、能力卓越的人士组成管理团队，为国防产业服务。如果参众两院联合通过决议批准，总统还可以进行工资和价格管制。^{〔48〕}

在本次疫情防控中，国务院应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情联防联控机制物资保障组（以下简称“保障组”）也在供给侧管理方面出台了相关政策。2020年1月29日，保障组印发《关

〔44〕 谢焱：《紧急采购应以问题导向精准施策》，载《中国政府采购报》2020年2月11日，第4版。

〔45〕 参见刘凯峰：《面对重大突发事件的政府应急保障模式研究》，载《经济体制改革》2009年第5期。

〔46〕 See Federal Acquisition Act, Art. 18. 120, Art 18. 126, available at <https://www.acquisition.gov/content/part-18-emergency-acquisitions>, last visited on Mar. 29, 2020; Federal Acquisition Act, Art. 11. 601-604, available at <https://www.acquisition.gov/content/part-11-describing-agency-needs#i1113975>, last visited on Mar. 29, 2020.

〔47〕 See Executive Order on Prioritizing and Allocating Health and Medical Resources to Respond to the Spread of Covid-19, available at <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-prioritizing-allocating-health-medical-resources-respond-spread-covid-19/>, last visited on Mar. 29, 2020.

〔48〕 See Congressional Research Service, The Defense Production Act (DPA and COVID-19: Key Authorities and Policy Considerations, available at <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IN/IN11231>, last visited on Mar. 29, 2020.

于疫情期间防护服生产使用有关问题的通知》（工信明电〔2020〕7号），指出在医用防护服不足的情况下，可以在隔离留观病区、隔离病区使用紧急医用物资防护服，并对紧急医用物资防护服实行定点生产制度。为了刺激企业尽快扩张产能，满足防护用品需求，2月7日，国家发改委、财政部、工信部联合印发《关于发挥政府储备作用支持应对疫情紧缺物资增产增供的通知》（发改运行〔2020〕184号），对医用防护服、N95医用级防护口罩、医用外科口罩、医用一次性使用口罩、生产医用防护服和医用口罩等重要原材料、医用护目镜/防护面屏/负压防护头罩、医用隔离衣、新型冠状病毒核酸检测试剂盒、全自动红外体温检测仪、经卫生健康和药监部门依程序确认有效的药品和疫苗10类产品实行政府兜底收储，收储物资由国家统一管理、统一调拨，并且完善重点支持企业名录，给予相关支持政策。2月6日，财政部和国家税务总局发布《关于支持新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控有关税收政策的公告》（财政部税务总局公告2020年第8号），对疫情防控重点保障物资生产企业为扩大产能新购置的相关设备，允许一次性计入当期成本费用在企业所得税中税前扣除，此类企业可以按月向主管税务机关申请全额退还增值税增量留抵税额。对纳税人运输疫情防控重点保障物资取得的收入，免征增值税。2月18日，发改委办公厅向财政部、国家税务总局提供《疫情防控重点保障物资清单》（发改办财金〔2020〕145号），作为执行上述税收优惠政策的依据。与此同时，联防联控机制建立了国家重点医疗物资保障调度平台，主要用于收集、统计、分析、监控、调度各类物资的产能、产量、库存以及运输等情况，用信息化手段提升医疗物资的保障有效性和时效性。^{〔49〕}通过上述一系列措施，实现了重点医疗物资从“严重短缺”到“紧平衡”到“当日平衡、来日有望、后日有备”再到“充分供应”的快速跃升。

• 259 •

从本次疫情防控的上述政策措施也可以看出，特殊情况下的紧急采购具有大范围、大规模、大批量的特点，会在短期内改变市场供求格局。仅仅在需求侧进行制度构建无法满足采购需求，无法实现紧急采购的预期目的，无法解决采购秩序混乱乃至非理性抢购等问题。本次疫情防控实践也为紧急采购中央和地方的事权划分总结了宝贵的经验：紧急采购按照预算分级管理和突发事件应急属地管理原则，属于地方事权；通过宏观调控促进产能扩张、保障供给为中央事权。这样一种事权的划分方式和政策调控方式，标志着我国紧急采购制度的进一步成熟。

五、结 语

紧急采购法治化的时机已经成熟。在疫情结束之后，尽快出台我国紧急采购立法，完善相关配套制度，补齐制度短板，已经成为社会各界的共识。再加上对包括新冠肺炎疫情防控紧急采购在内的多次紧急采购的实践经验的总结，以及对国外相关立法的研究和借鉴，制定《紧急采购条例》或部门规章的时机已经基本成熟。

紧急采购立法的基本组成部分，应当包括紧急采购的授权启动机制，紧急采购的合理价格原则，紧急采购的组织实施，紧急采购的监督救济，紧急采购与物资储备、产能管理之间的衔接

〔49〕 疫情防控国家重点医疗物资保障调度平台的网址为 <http://www.miit.gov.cn/n973401/n7674704/index.html>。

等。紧急采购需经授权方可启动,授权应进行分级管理,并明确授权的事项范围及时间范围。紧急采购中必须贯彻合理价格原则,建立对异常价格的说明义务。紧急采购的灵活性机制可以通过多种方式实现。紧急采购应当注重审计监督和社会监督。紧急采购在管理上宜分散进行,战略物资储备和产能管理宜以集中方式进行。

紧急采购是与常规采购相对的概念。一方面,紧急采购与常规采购由于在“采购计划性”上的差别,而在制度设计上有所不同;另一方面,紧急采购的完善程度,离不开常规采购所能提供的制度资源。我国现行采购法在立法结构上的偏重于合同授予、灵活性机制不足、对限额以下的分散采购缺乏规定等结构性缺陷,限制了紧急采购立法发展。所以紧急采购立法的完善,和我国《政府采购法》本身的结构性改革,有着密切的关系。或者说,《政府采购法》本身的改革,是紧急采购制度完善的前提条件。一般政府采购均兼有实施某些社会政策的功能,例如通过优先采购某些企业的产品促进中小企业发展、促进节能环保、促进性别平等等。紧急采购是否要豁免这方面的义务,是一个政策抉择的问题。在紧急采购分级管理的情况下,可以考虑紧急程度较低的采购仍然负有此类义务,而紧急程度较高的采购则可以豁免此类义务。

每一次突发事件的采购需求都有特殊性,因此在基本的法律规范之外,需要具有个性化的弹性指导。也就是说,紧急采购应当采取硬法和软法相结合的模式,在《紧急采购条例》或其他规范性文件之外,针对每一次大型的突发事件,出台相应的政策指南。在本次新冠疫情防控采购中,新西兰政府发布了一份《紧急采购指南》,向采购机关解释了在采购法上与紧急采购有关的法律规则,并且就采购决策的考虑因素、灵活使用采购程序、实施采购活动的关键因素、确保可以追责等提出了详细的指导意见。例如,该《紧急采购指南》提出,在实施采购活动时,应考虑以下关键因素:(1)要确定当前的情况属于“紧急事态”,从而使运用灵活采购方法具有正当性;(2)优先实施对本机构而言最为迫切或最能保证业务连续性的采购活动;(3)要从接地气(on the ground)的角度考虑操作环境和条件;(4)了解其他政府机构或非政府机构正在做什么,在可能的情况下进行合作采购;(5)对于供应商也要尽到合理注意义务,采取妥善措施不要让他们蒙受不必要的风险。在“确保可追责”部分,该《紧急采购指南》指出:(1)要保留记录,清晰记录采购过程以及关于紧急状态本身的说明;(2)要妥善处理利益冲突问题;(3)要注意紧急采购中价格虚高、欺诈、行贿和腐败等问题,采取措施加以预防;(4)可以使用现有的采购组织,也可以建立一个临时的应急响应机构,来管理紧急采购;(5)尽管紧急采购可以免于事先公告,但是超过一定限额的合同授予事后要在政府电子投标系统中予以公告,并标明该项采购属于紧急采购。^[50]

硬法具有刚性、确定性、普适性、单方性、强制性、权力性等特点;软法具有柔性、回应性、灵活性、协商性、互动性、共时性、亲和性等特点。应当“立足于法治发展的现实需要,结合软法与硬法自身长短属性,按照法律调整的边际效益原理,在不同领域、不同层面、不同阶段上理性界分软法与硬法的调整对象,以便构建起一种体系完整、结构匀称、功能齐全、富有实

[50] See Ministry of Business, Innovation and Employment, New Zealand Government, COVID-19-Emergency Procurement Guidance, available at <https://www.procurement.govt.nz/about-us/news/covid-19-emergency-procurement-guidance/>, last visited on Mar. 29, 2020.

效”的法律体系。^{〔51〕} 未来中国的紧急采购立法，也需遵循这一规律。

Abstract: Emergency procurement is an important component of national governance capacity-building. The key difference between emergency procurement and normal procurement is whether it is within the intention and scope of procurement plans. Under the constraint of financial accountability, in order to justify the procurement, procurement entities has gradually formed some usual practices in terms of emergency procurement, such as the authorization of emergency procurement, the principle of reasonable price, the diversified procurement method, and the ex-post supervision, etc. To improve the laws of emergency procurement in China, it is necessary to summarize these good practices, and probe in depth into some relevant issues, including the scope and procedures of the authorization, the establishment of flexible procurement mechanisms, the division of administrative powers between the central and the local governments in this regard, the remedy and supervision during acquisition, and the interaction between emergency procurement and supply side management. It is the right time to complete the task. Based on summarizing our own experiences and drawing lessons from other jurisdictions, we should improve the legislation concerning the emergency procurement as quick as possible by covering the main content discussed above and combining hard law and soft law.

Key Words: emergency procurement, government procurement, containing COVID-19, flexible procurement mechanism, soft law

• 261 •

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)

〔51〕 参见罗豪才、宋功德：《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》，载罗豪才等：《软法与公共治理》，北京大学出版社 2006 年版，第 63 页。

行政复议中止的纠纷化解路径 ——以“实质性解决行政争议”为视角

张 琦*

内容提要：我国行政复议中止制度仅对中止事由进行了详细规定，而如何启动行政复议中止及恢复案件审理的规定都不明晰，这使得实践中极易引发行政复议中止纠纷。在行政权主动扩张和司法权过度谦抑的背景下，申请人既没有提出异议的行政渠道，转而寻求法院进行司法审查的效果亦十分有限，从而造成了对行政复议及时原则和司法最终救济原则的破坏。具有丰富内涵的“实质性解决行政争议”命题对此能提供一定的思路，在这一理论的指引下，当发生行政复议中止纠纷时，行政复议机关应当允许行政复议申请人先向其提出异议，以追求纠纷的最便利解决；当行政复议内部救济未果，法院应当对符合条件的行政复议中止进行实质审查，确保司法最终救济原则的实现；而随着检察机关在行政争议实质性解决中的重要性不断攀升，应当发挥其对行政复议中止纠纷解决的监督作用。

关键词：行政复议 中止 实质性解决行政争议 行政诉讼 行政检察

行政复议和行政诉讼是我国行政救济的两种程式化制度，二者对公民、法人和其他组织合法权益的维护均具有重要作用。近年来，我国为建立“大复议、中诉讼、小信访”的行政争议解决格局作出了诸多努力，最新公布的《中华人民共和国行政复议法（修订）（征求意见稿）》（下文简称《征求意见稿》）第1条也明确规定了“发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用”。相较于行政诉讼，行政复议具有及时性^{〔1〕}的特点，能使公民、法人和其他组织的合法权益得到快速的救济。要而言之，其一旦启动即应当持续不间断地进行。但为确保复议决定的正确性，在遇有

* 张琦，武汉大学法学院博士研究生。

本文为国家社科基金青年项目“行政程序瑕疵的类型化及其司法审查研究”（18CFX019）、国家“2011计划”司法文明协同创新中心资助项目（教技函2013〔26〕号）的阶段性成果。

〔1〕《中华人民共和国行政复议法》第4条规定：“行政复议机关履行行政复议职责，应当遵循合法、公正、公开、及时、便民的原则，坚持有错必纠，保障法律、法规的正确实施。”《征求意见稿》将“及时”替换为“高效”，笔者认为二者皆是对行政复议机关办案效率的原则性规定，“高效”在“及时”的基础之上，提高了对行政复议机关办案质量的要求。

法定事由时,行政复议机关得暂时中止复议程序,待相关问题明确后再行恢复,中止的时间也不计入行政复议的审理期限内。^{〔2〕}从规范层面来看,《中华人民共和国行政复议法》(下文简称《行政复议法》)第26条、第27条和《中华人民共和国行政复议法实施条例》(下文简称《实施条例》)第41条、第42条第2款对行政复议中止制度作出了相应的规定,^{〔3〕}由此可将行政复议中止分为五类:因申请人的原因^{〔4〕}所造成的中止、因被申请人的原因^{〔5〕}所造成的中止、因行政复议案件本身的原因^{〔6〕}所造成的中止、因附带审查规范性文件所造成的中止以及其他中止情形。因申请人自身原因和附带审查规范性文件所造成的中止,《行政复议法》和《实施条例》对中止期限及期限届满后的后果作出了明确的规定,实践中不易发生争议,而其余情形的中止期限则无明确规定,行政复议机关对中止后何时恢复案件的审理具有相当的话语权。除此之外,复议机关中止案件的审理后,申请人对此能否提出异议,其是否有权向复议机关申请恢复案件的审理,又应当以何种方式提出申请,复议机关应否予以回复等相关程序问题,在《行政复议法》和《实施条例》中均未有进一步的制度安排。这就导致实践中部分行政复议机关滥用行政复议中止,进而突破复议审查的最长期限,从而在申请人与行政复议机关之间产生新的纠纷,不利于行政争议的实质性化解。申请人就此向复议机关提出异议后无法获得有效的反馈,进而导致其无法在法定期间内实现对自身权利的救济。此时,申请人转而向法院寻求对行政复议中止的司法审查,法院囿于司法谦抑性和成熟性原则未必能实现申请人的诉求,于申请人而言审查效果不甚理想。如此一来,行政争议在行政复议中止后无法得到及时有效的解决。为此,笔者拟在重新审视行政复议中止制度的前提下,考察实践中行政复议中止之纠纷化解渠道的运行状况,试图以“实质性解决行政争议”理论为基础,对解决该纠纷的具体路径作一探讨。

一、现状检视:行政复议中止缺乏直接的救济途径

(一) 行政复议内部未提供救济渠道

我国1999年正式颁布的《行政复议法》仅规定了对行政行为作出依据进行审查时可以中止行政复议,并设有明确的中止期限。2007年,为发挥行政复议制度在构建和谐社会中的重要作用,把《行政复议法》规定的各项制度具体化,进一步增强行政复议制度的可操作性,国务院制定了《实施条例》。^{〔7〕}在该条例征求意见的过程中,许多地方和部门提出“《行政复议法》关于

〔2〕 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2015年版,第396页。

〔3〕 《征求意见稿》已将上述多个条文整合为第45条,并且增加了“因调解双方当事人同意中止”这一情形,由此将行政复议中止的规定全部上升至法律层面。

〔4〕 如作为申请人的自然人死亡、丧失参加行政复议的能力、下落不明或者被宣告失踪,作为申请人的法人或者其他组织终止等情形。

〔5〕 如被申请人发生不可抗力情形。

〔6〕 如案件涉及法律适用问题、需要有权机关作出解释或者确认的,案件审理需要以其他案件的审理结果为依据、而其他案件尚未审结的情形。

〔7〕 参见2007年6月8日国务院法制办负责人就《中华人民共和国行政复议法实施条例》答记者问,载 <https://www.pkulaw.com/lawexplanation/28a6222a8e144a687d0074ceb6341f8ebdfb.html?keyword=%E8%A1%8C%E6%94%BF%E5%A4%8D%E8%AE%E6%B3%95%E5%AE%9E%E6%96%BD%E6%9D%A1%E4%BE%8B%E7%AD%94%E8%AE%B0%E8%80%85%E9%97%AE>,最后访问时间:2020年8月25日。

行政复议中止的情形规定太少，实践中行政复议案件情况复杂，行政复议案件审理期限比较短，有时难以及时结案，因此需要增加行政复议中止的种类”〔8〕。《实施条例》即在结合行政复议实践需要的基础上，比照着诉讼中止对复议中止的情形进行了列举规定，扩充了行政复议中止的情形，并以“其他需要中止行政复议的情形”兜底。〔9〕由此，实践中行政复议机关在案件审理过程中作出行政复议中止的比率大大提升。“在法律规范对程序没有作出明确规定时，行政裁量权本身蕴含着程序是否启动的可能性和具体的选择。”〔10〕行政复议机关适用兜底条款作出中止决定即属于其行政裁量权行使的结果。但行政裁量权的行使必须具备一定的前提，即“在一个逻辑法条主义的环境中，自由裁量权只被容许作为一种令人遗憾的最后补救措施，而且只能存在于令人满意的严格规制无法设计出来的场合”〔11〕。因此，作为一种备位性权力，裁量权的行使应当接受必要的约束——通过正当程序保障其合法行使，以避免出现行政机关滥用该权力的情形。遗憾的是，《行政复议法》和《实施条例》对此均未作出相应的规定，这也导致实践中行政复议中止具有随意性和频发性。再者，根据《实施条例》第41条第2款的规定，行政复议中止的原因消除后，应当及时恢复行政复议案件的审理。然而，关于“及时”究竟为何时，《行政复议法》和《实施条例》仅对个别情形〔12〕进行了规定，而其余大部分情形则未有明确规定。

“权利救济是行政复议制度的基本功能。”〔13〕从现有的制度安排来看，《行政复议法》和《实施条例》对行政复议中止的规定较为粗疏，行政复议机关具有较大的裁量空间，而行政复议申请人在其中的程序权利则被忽视。具言之，《行政复议法》和《实施条例》仅规定行政复议机关是有关中止和恢复案件审理的主体，但行政复议如何中止和恢复审理并无明确的规定。实践中，行政复议机关不仅可以依职权主动作出中止决定，还能依据申请人、被申请人以及相关案外人的申请作出该决定。总体而言，申请人在行政复议中止的启动程序中都较为被动。一方面，当行政复议机关依职权作出中止复议程序的决定时，立法并未对申请人创设提出异议的渠道，即便申请人对此发表异议，法律也没有规定行政复议机关必须对该异议进行审查或者给出答复。另一方面，如果行政复议的中止是由被申请人或者相关案外人提出的，行政复议机关是否需要向申请人征求意见也无明确规定，其有权直接决定是否中止行政复议。如此一来，行政复议被迫中止，申请人意欲通过行政复议获得快速权利救济的愿望落空，却也无法在行政复议程序中对此发表异议，其在行政复议中止制度中的权利保障遭遇冷落。此外，当中止事由消失后，行政复议机关应当主动作出恢复案件审理的决定，但恢复与否的决定权仍掌握在行政复议机关手中。申请人是否有权向复议机关提出恢复案件审理的申请、应当以何种方式提出，行政复议机关对此应否回应以及如何

〔8〕 邵风涛主编：《中华人民共和国行政复议法实施条例释解与应用》，人民出版社2007年版，第165页。

〔9〕 实际上，我国行政复议制度自创立之初便内含有一定的司法化特征，行政复议中诸如受案范围、复议不停止执行、决定方式等内容几乎照搬了行政诉讼的规定，对复议中止也仿照诉讼中止进行规定也不足为奇。参见马超：《“主渠道”定位下的行政复议“司法化”反思——兼谈行政复议的改革方向》，载《河南财经政法大学学报》2020年第6期。

〔10〕 杨建顺：《行政裁量的运作及其监督》，载《法学研究》2004年第1期，第9页。

〔11〕 〔美〕米尔伊安·R.达玛什卡：《司法和国家权力的多种面孔》，郑戈译，中国政法大学出版社2015年版，第80页。

〔12〕 参见《行政复议法》第26条、第27条以及《实施条例》第42条第2款，这三个条款以规定期限的方式确立了在部分情形下行政复议中止后应当在三十日或六十日内恢复。

〔13〕 章剑生：《论作为权利救济制度的行政复议》，载《法学》2021年第5期，第49页。

回应等问题均无明确的法律规定。^[14] 因此,申请人在整个行政复议中止的过程中都较为被动,行政复议中止后,申请人所提请的行政争议无法及时解决,而《行政复议法》和《实施条例》对此却并未给予有效的程序回应,有违程序正当原则。

(二) 行政诉讼排斥单独审查行政复议中止

当行政复议中止并非基于申请人的本意时,极易引发申请人对行政复议中止的不满,但正如上文所述,申请人向行政复议机关寻求内部救济往往会陷入“于法无据”的困境,故而无法取得恢复案件审理的效果。此时申请人会转向法院寻求司法审查,既包括直接对原争议的行政行为提起诉讼,也包括对行政复议中止不服而提起的诉讼。从行政复议和行政诉讼的衔接来看,一旦当事人选择了行政复议这种救济渠道,在行政复议仅仅被中止而非终结的情况下,是不能针对同一行政行为再提起行政诉讼的,故而第一种诉讼往往不能得到法院的支持。那么,申请人是否有权在行政复议决定尚未作出之前即请求法院审查行政复议中止这一程序行为,进而督促复议机关恢复案件的审理呢?为考察实践中的具体做法,笔者在北大法宝上共检索得到188份有效的裁判文书。^[15]通过这些裁判文书,可以探知司法权对行政复议中止这一行政权行使的监督力度。

首先,司法实务大规模否认行政复议中止的可诉性,导致申请人意欲通过司法渠道倒逼行政复议机关尽快作出复议决定的愿望落空。在笔者检索到的188个案例中,共有149个案件法院否定行政复议中止的可诉性并裁定不予立案或驳回起诉,致使案件未进入实体审理。具体来看,法院作此认定的理由有以下三种:第一,行政复议中止对当事人权利义务不产生实际影响;^[16] 第二,行政复议中止是一种过程性行为而不属于受案范围;^[17] 第三,将行政复议中止认定为“行政不作为”或者“不履行法定职责”没有事实依据^[18]。无论是何种理由,其内在的理论依据均为成熟性原则,即诉请法院审查的必须是行政机关成熟的、最终的行政行为,行政复议中止则不满足这一条件,其只能在法院审查行政复议决定时一并接受审查。但行政复议中止是否当然对申请人权利义务不产生实际影响、过程性行为是否当然不属于受案范围、行政复议中止是否当然不构成“行政不作为”或“不履行法定职责”,并非毫无疑问。毕竟行政复议中止不仅仅表现为一纸《行政复议中止通知书》,还包括中止事由是否符合法律规定、中止事由在起诉时是否已经消失、中止时间是否已超过合理期限等问题。因此,仅凭行政复议中止是一种通知行为为由,即否

• 265 •

[14] 在朱长英、杨守芳等诉马鞍山市人民政府房屋拆迁管理行政复议一案中,原告申请中止行政复议,中止事由消失后,原告多次与被告电话沟通催促恢复行政复议,并征询是否需要申请恢复,被告未予以正面答复,致使行政复议在中止一年后才恢复审理,但法院却认为被告决定中止和恢复审理行政复议均履行了相关法律程序,符合法律规定。事实上,由于法律并未对申请人是否有权申请恢复案件的审理及如何申请进行规定,导致恢复案件的审理仅表现为行政复议机关的权力,而忽略了行政复议申请人在其中的程序权利。参见马鞍山市中级人民法院(2017)皖05行初125号行政判决书。

[15] 检索条件的设置如下:案由选择“行政”,案件类型选择“行政案件”,再将关键词“行政复议中止”限定在“法院认为”部分,共得到449份有效裁判文书。其中,法院将诉的对象认定为“行政复议中止”的案件共有188件。

[16] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第1条第2款第(十)项规定,对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为不属于人民法院行政诉讼受案范围。这一规定延续了《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(已失效)第1条第2款第6项。

[17] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第1条第2款第(六)项规定,行政机关为作出行政行为而实施的准备、论证、研究、层报、咨询等过程性行为不属于人民法院行政诉讼受案范围。

[18] 《行政诉讼法》第49条第(三)项规定,提起诉讼应当有具体的诉讼请求和事实根据。法院认为行政复议申请人以行政复议中止为由认为行政复议机关不履行法定职责,与行政复议尚在进行中的事实不符,故而缺乏事实根据。

认其可诉性，未能充分保护申请人的合法权益。在蒋波诉中国证券监督管理委员会中止审理通知书一案中，复议机关以“案件涉及相关问题复杂”为由中止复议程序两年半之后仍不予恢复审理，法院不考虑中止时间过长对申请人所造成的权利损害，仅简单适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》（以下简称《适用解释》）第1条第2款第（十）项的规定否定复议中止行为的可诉性，不仅使得申请人的权利无法得到及时的救济，同时也损害了司法权威。^{〔19〕}可见，直接否定行政复议中止的可诉性、作出不予立案或驳回起诉的裁定有可能导致已经侵犯当事人合法权益的行为无法进入法院接受审查，使得原本赋予当事人的权利救济选择权——行政复议或行政诉讼，在当事人选择行政复议而又被中止后，反而成为束缚当事人的枷锁。

其次，法院对已进入实体审理的行政复议中止的审查情况也不容乐观。其一，对行政复议中止的审查仅限于中止通知的作出是否符合法律规定，包括中止事由是否法定、是否依法履行通知和送达等程序义务，而对当事人提出的“中止事由已经消灭、应当恢复行政复议程序”不予审查。在何佛荣诉广东省人民政府行政不作为一案中，广东省人民政府以行政复议被申请人正在与当地有关部门协商处理为由，中止行政复议两年之久，对于何佛荣向其提出恢复案件审理的请求置若罔闻，法院在该案的审理中认为行政复议中止的作出符合法律规定，但是否恢复审查是行政复议机关依法审查行政复议案件的过程性行为，不属于其对外应当履行法定职责的范围，故而驳回何佛荣要求“确认被告对原告的行政复议申请未在法定期限内作出复议决定的行为违法”的诉讼请求。^{〔20〕}其二，对中止事由的审查流于形式。《实施条例》第41条第1款第（八）项是行政复议中止事由的兜底条款，^{〔21〕}行政复议机关对其有自行解释的裁量权，实践中有部分复议机关将“情况复杂”解释为“其他需要中止行政复议的情形”。^{〔22〕}但从规范层面来讲，“情况复杂”并不宜作为兜底条款的具体适用。根据《行政复议法》第31条第1款的规定，“情况复杂”乃是行政复议审理期限得以延长的条件，且延长期限最多不能超过30日。^{〔23〕}一方面，从下位法不得抵触上位法的原则出发，《行政复议法》应当优先于《实施条例》得到适用；另一方面，在法律有明确规定的情形下，不存在行政裁量权行使的空间。因此，如果行政复议机关认为案件情况复

〔19〕 参见北京市第一中级人民法院（2018）京01行初503号行政裁定书；北京市高级人民法院（2018）京行终4468号行政裁定书。本案中蒋波在裁定生效后向最高人民法院申请再审，最高人民法院维持了原审裁定，驳回了其再审申请。与此相反，在陈孝宽等诉山东省人民政府不履行行政复议法定职责再审案中，最高人民法院则认为虽然法律未明确规定中止期限，但山东省人民政府将行政复议中止了四年时间，明显超过了合理期限，造成陈孝宽等人获得法律救济的复议请求权不能在合理的期限内实现，已经对其合法权益产生了实际影响，其复议请求权应当得到复议机关的尊重和保障。参见最高人民法院（2017）最高法行申3680号行政裁定书。

〔20〕 参见广东省广州市中级人民法院（2014）穗中法行初字第339号行政判决书。与此相类似的案件还可参见安徽省合肥市中级人民法院（2019）皖01行初191号行政判决书、广东省高级人民法院（2016）粤行终282号行政判决书、广东省广州市中级人民法院（2014）穗中法行初字第171号、340号行政判决书、湖南省长沙市中级人民法院（2018）湘01行初402号行政判决书、黑龙江省哈尔滨市中级人民法院（2018）黑01行终590号行政判决书、黑龙江省哈尔滨市香坊区人民法院（2017）黑0110行初101号行政判决书。

〔21〕 《征求意见稿》第45条保留了兜底规定。

〔22〕 在笔者检索到的188个裁判文书中，以兜底条款为由作出行政复议中止的案件共有59例，其中将其他事由进一步解释为“案情复杂”的案件便有16例，但法院均未认定该中止事由不符合法律规定。

〔23〕 《征求意见稿》第83条延续了这一规定，若行政复议机关继续将“案情复杂”认定为其他需要中止的情形，则变相将至多可延长三十日的行政复议期限无限期延长，使这一条款实际上被架空。

杂,仅有权依据《行政复议法》将审理期限延长,而无权中止行政复议。从法院对此类案件的实体审理来看,法院对这一中止事由却并未作出否定性评价。在金妹珍诉上海市浦东新区人民政府不履行行政复议法定职责一案中,浦东新区人民政府以“案情复杂”为由中止行政复议,法院认为《中止行政复议通知书》中明确记载中止审理的原因及依据,被告于庭审中亦明确说明中止原因,故原告的诉讼请求不能成立,但法院却没有意识到“案情复杂”并非合法的中止事由,最终未能对行政申请人的权利予以救济。〔24〕

二、因果探析:司法权的过度谦抑与双重原则的背离

实践中,行政复议中止纠纷缺乏直接的救济途径,首先与立法的不完善有一定的关系。我国向来主张“宜粗不宜细”的立法风格,条文内容也多重实体而轻程序,导致与行政复议申请人息息相关的程序权利未被纳入行政复议立法之中。但立法的缺憾并不必然造成权利无可救济,司法最终救济原则若能承担起其应有的责任,也可保证行政复议中止纠纷得以妥善解决。遗憾的是,在“强行政、弱司法”的背景下,司法权过度谦抑使得司法最终救济原则无法实现,与此同时还损害了行政复议的及时原则。

(一) 司法权的过度谦抑

行政复议申请人权利遭到损害,寻求行政复议内部救济未果,便向法院提起行政诉讼。此时问题就转移到司法权对行政权的审查与监督上来。司法要在有限的范围内对行政权进行审查,既要实现对行政权的有力制衡,又要避免对行政权的过度干预。〔25〕这里所说的避免过度干预就是指司法应当保持一定的谦抑性,对行政权保持必要的尊重与谦让。司法谦抑主要表现为司法审查的三大原则:成熟性原则、穷尽行政救济原则和最终性原则。〔26〕其中,成熟性原则是指行政程序必须发展到适宜由法院处理的阶段,即已经达到成熟的程度,才能允许进行司法审查。〔27〕我国的行政行为接受司法审查前也应当符合成熟性的要求。〔28〕从当前我国法院对行政复议中止行为的审查来看,一般认为在行政复议机关尚未作出行政复议决定前是不满足成熟性原则的,此时出于对行政权的必要尊重,法院不能对行政复议中止行为进行审查。表面上看,法院是在恪守司法谦抑原则,但实际上这种僵化的谦抑已然超过其该有的限度,并对行政复议申请人的权利造成了二次伤害。事实上,法院过分青睐“司法谦抑”并非是毫无缘由的。在“诉讼爆炸”的时代,司法谦抑有利于减少案件负担和个案中的审判工作量,是法院解决有限的司法精力与无限的权利诉求之间矛盾的良策。〔29〕此时的司法谦抑就是一个合法的理由可以用来回避对行政案件的审理,不仅能减轻其工作量,还能尽量与行政复议机关(大多数都是各级人民政府)友好共处。但随之所产生的结果或许就是行政诉讼中原告的诉讼请求得不到支持,权利得不到应有的保障。

〔24〕 参见上海市第一中级人民法院(2017)沪行初275号行政判决书。

〔25〕 参见江必新:《司法审查强度问题研究》,载《法治研究》2012年第10期。

〔26〕 参见〔美〕理查德·J·皮尔斯:《行政法》(第二卷),苏苗罕译,中国人民大学出版社2016年版,第933-1074页。

〔27〕 参见王名扬:《美国行政法》(下册),北京大学出版社2016年版,第479页。

〔28〕 参见江必新:《论行政诉讼司法解释对行政诉讼制度的发展和创新》,载《法律适用》2018年第7期。

〔29〕 参见黄先雄:《司法谦抑论——以美国司法审查为视角》,法律出版社2008年版,第75页。

从司法谦抑的各种理论来看，司法谦抑强调的是司法权对立法权和行政权的尊重。行政复议有别于一般的行政行为，它具有一定的特殊性。行政复议是立基于行政系统内部的行政争议解决机制，它既有柔性行政性质，又带有一定的司法色彩。^{〔30〕}因此，法院审理行政复议案件不单单是对行政权进行审查，同时还包含着对准司法权的审查。这也就意味着，不同于一般的行政案件，司法谦抑在行政复议案件中的适用必须进行适当的压缩。在我国行政救济的制度设计中，行政复议和行政诉讼是两种并行的救济途径，除了复议前置的情形外，当事人可以任意选择行政复议或者行政诉讼实现自身权利的救济，但司法仍然是最终救济的方式。因此，行政复议一旦被中止，不仅行政复议程序无法进行下去，行政复议申请人寻求进一步司法救济的途径也被堵塞了。从这个意义上讲，行政复议中止不同于一般行政行为的中止，它所阻断的是行政复议申请人在原行政行为侵害其合法权益后获得行政复议救济的权利，如果法院保持对一般行政权的谦抑，对行政复议中止行为不予审查或仅作形式审查，那么行政复议申请人将彻底失去权利救济的途径，只能继续等待行政复议机关依靠其自觉性来履行行政复议职责。如此一来，“维护合法权益作为司法谦抑不可突破的底线”^{〔31〕}之目标则无从实现。

（二）双重原则的背离

1. 破坏行政复议的及时原则。及时原则作为约束行政复议机关审理行政复议案件的原则之一，要求其在正确、合法的前提下，提高工作效率，在行政复议的各个环节（受理、审查、决定和执行）都不拖延、不积压案件，切实保障公民、法人或者其他组织的合法权益。^{〔32〕}但是，“原则允许有例外，它们不要求绝对的排他性（全有或全无的适用性）”^{〔33〕}。行政复议中止便是及时原则的例外，它既是行政复议“正确性”和“及时性”相互博弈的结果，又是平衡实体正义与程序正义的产物，它允许行政复议机关在追求最终决定的“正确性”时，得暂时推后对及时原则的遵循。

然而，行政复议中止必须建立在合法的前提之下，且这种“例外”的使用必须审慎。具体来看，行政复议中止发生在行政复议期间，其主要在审查和决定环节对及时原则的实现产生一定的影响。如上文所述，当申请人缺乏对行政复议中止提出异议的可能性时，行政复议机关对于行政复议中止具有相当的权力，若行政复议机关无正当理由中止或不予恢复案件的审理，将会破坏行政复议的及时原则，进而对行政争议的解决造成阻碍。首先，当行政复议中止的事由不符合法律规定时，意味着不满足及时原则的例外所应具备的“正确性”要求，此时本应迅速而有效进行的行政复议被无理由叫停，加之中止的期限不被计入行政复议的审理期限内，所导致的后果就是行政复议决定将会被推迟作出，与及时原则相悖。其次，当行政复议中止期限已超出合理的限度，对申请人所产生的程序不正义已明显超出所谓的“正确性”追求所能承受之重，那么出于法安定性考量，不宜再对行政复议中止给予正当性评价，因而构成对及时原则的违背。最后，当法定中

〔30〕 参见莫于川：《行政复议机制和方法创新路径分析——从修法提升行政复议规范性、效率性和公正性的视角》，载《行政法学研究》2019年第6期。

〔31〕 黄永维、郭修江：《司法谦抑原则在行政诉讼中的运用》，载《法律适用》2021年第2期，第74页。

〔32〕 参见林莉红：《中国行政救济理论与实务》，武汉大学出版社2000年版，第68页。

〔33〕 Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, transl. by Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford University Press, 1989, p. 4.

止事由已消失,表明行政复议中止作为及时原则例外的条件已不复存在,若行政复议机关仍未恢复案件的审理,也直接构成对及时原则的违背。

2. 违反司法最终救济的原则。司法最终救济原则作为行政救济的原则之一,特指行政权力侵犯公民权利时应当设置司法救济的途径,使权利在受到侵害时可以直接地或者间接地通过司法的途径获得救济。^{〔34〕}直接的方式就是对侵害公民、法人或其他组织合法权益的行政行为设置司法救济途径,间接的方式则是指当其他救济途径不发挥作用时,司法权有权介入这种不作为,使行政诉讼成为当代中国权力制约“切实可行的突破口”^{〔35〕}。在这一意义上,司法最终救济是对有权利即有救济原则的进一步阐释,它要求司法在权利救济体系中发挥兜底作用,以切实保障当事人的权利。

行政复议中止作为一种程序行为,一般不直接对公民、法人或者其他组织的权利义务产生实际影响,不宜径直对其设置司法救济方式,其与行政复议决定一并接受司法审查更符合诉讼经济原则。但行政复议中止在突破其本身应有的限度时,司法权仍保持刻板的谦抑则会有损司法最终救济原则。一方面,行政复议申请人对于行政复议中止不服或者认为中止事由不复存在,向行政复议机关请求恢复案件的审理,行政复议机关对此置之不理,法院也持有一种保守的态度,否认行政复议中止的可诉性,将会使申请人陷入救济无门的困境中,造成对司法最终救济原则的背离。此时,法院本身存在的必要性会被质疑,诚如波斯纳所言,“若自制走的太远,那么法院在制衡体系中就不再能够扮演制定给他们的角色”^{〔36〕}。另一方面,行政复议不同于一般的行政行为,行政复议机关在此过程中发挥着“准司法权”的作用,行政复议不当中止将会对行政复议申请人造成二次伤害,因此,在行政复议中止案件中司法的谦抑性应当有所抑制,司法最终救济原则理应成为司法谦抑原则的底线。

• 269 •

三、理论预设:实质性解决行政争议

行政相对人针对行政行为申请行政复议,意味着对原权暂时无法通过行政诉讼的途径予以救济,而中止则意味着对原权的行政复议救济路径也被阻断。表面上来看,行政相对人对行政复议中止不满是对救济权行使不畅的不满,但其最终目的还是获得对原权的救济。因此,行政复议中止纠纷的解决也是为了实现原权的合法救济,也即解决原行政争议。如此看来,该纠纷的解决具有一定的复杂性和连环性。源自行政审判实践的“实质性解决行政争议”理论强调行政纠纷的一次性解决,恰好与行政复议中止纠纷解决所欲求达至的目标相吻合,可为行政复议中止纠纷的解决提供理论思路。

(一)“实质性解决行政争议”的基本意涵

自1989年第一部《行政诉讼法》颁布以来,我国行政审判实践已走过了三十余年。2014年修正《行政诉讼法》时,为了回应司法实践的需要,同时也为了凸显行政诉讼的基本功能,我国

〔34〕 参见林莉红:《论行政救济的原则》,载《法制与社会发展》1999年第4期。

〔35〕 参见喻中:《权力制约的中国语境》,法律出版社2013年版,第141页。

〔36〕 〔美〕理查德·A.波斯纳:《联邦法院:挑战与改革》,邓海平译,中国政法大学出版社2002年版,第347页。

正式新增“解决行政争议”作为《行政诉讼法》的立法目的之一。在此之前，最高人民法院已经提出“实质性解决行政争议”的实践命题，并不断围绕这一命题出台有关行政审判的司法解释和规范性文件。从提出背景来看，“实质性解决行政争议”意在解决我国社会转型期所形成的司法供给与社会需求之间的尖锐矛盾与冲突，其要求在经过行政审判或调解结案后真正达成“官了民也了”的实质结果，避免行政诉讼程序空转，以推进实质法治主义。^{〔37〕}就这一命题所欲追求的效果而言，“实质性解决行政争议”是对《行政诉讼法》“解决行政争议”立法目的的更高要求，其重点在于如何理解“实质性”的含义。江必新从实质法治主义的角度出发，强调纠纷的实质性解决应当具有微观和宏观两个层面的意思，微观层面要求案件已经裁决终结且纠纷彻底解决，宏观层面则要求此类案件的处理界限得以明晰。^{〔38〕}贾亚强从实体和程序两个方面对“实质性解决行政争议”进行阐释，实体上要求纠纷解决的妥善性，程序上则要求纠纷解决的一次性和迅速性。^{〔39〕}王万华认为，“实质性”理当包含“行政诉讼程序终结后未再启动新的法律程序”和“行政实体法律关系经由行政诉讼程序获得实质处理”两方面内容。^{〔40〕}章志远对其进行法理解读时，强调司法审查广度上的整体性、深度上的一揽式、厚度上的可接受性。^{〔41〕}从上述各学者的观点来看，“实质性”至少要求行政争议在行政诉讼中的解决具有斩断效应，即本案诉争在一次行政诉讼程序中得以彻底解决，在不告不理的原则之下，行政诉讼的原告此后并未再次启动新的法律程序即为行政争议得以实质性解决的直接体现。

（二）“实质性解决行政争议”的最新发展

“实质性解决行政争议”虽源自行政审判实践，但并不意味着这一命题仅在行政诉讼中具有适用空间。在同样具有解决行政争议功能的行政复议领域，有学者指出，行政复议具有自我监督功能，行政复议可利用其高效、有效实现自我监督的天然优势，发挥过滤行政争议的作用，并使大量行政争议在行政复议程序中得到实质性化解。^{〔42〕}在修订《行政复议法》的背景下，也有学者提出，行政复议制度的定位已逐渐转向行政争议解决机制，因而有必要将“实质性解决行政争议”引入《行政复议法》的修订中。^{〔43〕}

在行政诉讼和行政复议两种解决行政争议的法定途径之外，有学者建议，将行政检察作为解决行政争议的第三条道路。^{〔44〕}实践中，全国检察机关自2019年10月起也开始开展“加强行政检察监督促进行政争议实质性化解”专项活动，着力解决行政争议得不到实质化解的问题。^{〔45〕}“检察机关推进行政争议实质性化解，是指检察机关通过履行对行政诉讼实行法律监督等法定职权，

〔37〕 参见江必新：《论行政争议的实质性解决》，载《人民司法》2012年第19期。

〔38〕 参见江必新：《论实质法治主义背景下的司法审查》，载《法律科学》2011年第6期。

〔39〕 参见贾亚强：《论行政诉讼实质性解决行政争议的实现——以争讼行政法律关系的确定为研究进路》，载《法律适用》2012年第4期。

〔40〕 参见王万华：《行政复议法的修改与完善——以“实质性解决行政争议”为视角》，载《法学研究》2019年第5期。

〔41〕 参见章志远：《行政争议实质性解决的法理解读》，载《中国法学》2020年第6期。

〔42〕 参见曹彦：《作为化解行政争议主渠道的行政复议：功能反思及路径优化》，载《中国法学》2020年第2期。

〔43〕 参见前引〔40〕，王万华文。

〔44〕 参见解志勇：《行政检察：解决行政争议的第三条道路》，载《中国法学》2015年第1期。

〔45〕 参见闫晶晶：《最高检部署开展“加强行政检察监督 促进行政争议实质性化解”专项行动》，载《检察日报》2020年3月8日，第001版。

运用监督纠正、公开听证、引导和解、司法救助等多种方式,促进解决行政机关在实施行政管理等活动中与行政相对人产生的争议,最终实现案结事了、政通人和。”〔46〕从当前的工作部署来看,检察机关主要通过行使行政诉讼法律监督的职权,间接达成推进行政争议实质性化解的目的。

由此可见,“实质性解决行政争议”已从行政审判领域延伸至其他行政争议解决渠道,理论界和实务界正在共同对其进行全局性的鸟瞰,以促进其在整个行政争议解决机制中发挥更为显著的作用。成为共同关注的话题后,“实质性解决行政争议”下一步应当着力解决各种纠纷解决渠道之间的衔接问题。

(三) 行政复议中止纠纷中的“实质性解决行政争议”

作为解决行政争议“2.0版”的实质性解决行政争议〔47〕虽然是一项宏观命题,但这一宏观命题也只有运用到微观案件中才能真正发挥其作用,行政复议中止纠纷即是具体的行政争议案件。解决因行政复议中止而引发的纠纷,虽然直观上体现为对“救济权”的救济,但其所产生的连锁反应是对“原权”的继续救济。正如学者所言:“原权与救济权、救济权与诉讼请求、诉讼请求以及判决内容上都保持着相当程度的一致性和连贯性,甚至是完全一致的。”〔48〕因此,在行政复议中止纠纷的解决中强调“实质性解决行政争议”至少应当包含以下内容:

首先,发挥行政复议的首要作用。因行政复议中止而产生的纠纷发生在行政复议程序中,行政复议机关对于这一纠纷的解决具有“近水楼台先得月”的优势,从追求便民、高效的角度出发,纠纷在行政复议程序中得以解决最符合实质性解决行政争议的本质要求。其次,发挥行政诉讼的辅助作用。尽管法院应当坚持司法最终救济的原则,但审判程序的启动也必须遵循不告不理的基本原则。由此,在因行政复议中止所引发的纠纷解决中,行政诉讼所充当的角色处于一种辅助性的地位,行政复议仍应当是解决这一纠纷的主阵地。最后,发挥行政检察的补充作用。行政检察并不具有直接解决行政争议的功能,其对于因行政复议中止所引发的纠纷之化解仅有间接作用,且这种间接作用必须依附于法律监督权,在前两种渠道发挥主要作用的前提下,行政检察补充促进纠纷的实质性化解即可。需要注意的是,这三种解决行政争议的途径不当被割裂看待,即除了强调在各自程序中追求行政争议的实质性解决外,还应当强调行政复议中止纠纷在整个行政争议解决机制中得以实质性化解。

通过上文的分析可以看出,行政复议中止的纠纷化解遵循上述思路将会产生双重效果,具体体现为:第一,因行政复议中止而引发的纠纷得以实质性化解;第二,对原行政争议的实质性解决具有促进作用。意即,行政复议中止纠纷得以化解之后,行政复议程序将依法进行,从而有效推动原行政争议的实质性解决。

四、因应之策:行政复议中止纠纷化解的规范化路径

行政复议中止纠纷发生的起因是申请人对中止的不满,纠纷解决的目的是为了行使行政复议得

〔46〕 闫俊瑛、张昊天:《推进行政争议实质性化解的理论根据与职责定位》,载《检察日报》2020年11月23日,第003版。

〔47〕 参见前引〔41〕,章志远文。

〔48〕 张旭勇:《行政判决的分析与重构》,北京大学出版社2006年版,第23页。

以继续进行。因此，在行政复议程序中对中止纠纷予以解决最符合经济原则，对申请人的权利保护最为有利，同时也能达到实质性解决行政争议的最佳效果。行政复议程序无法实现对行政复议中止纠纷的解决时，应当允许行政复议申请人就此提起行政诉讼，以确保司法最终救济原则的落实。与此同时，检察机关通过行使法律监督权，也可助力行政复议中止纠纷的解决。

（一）行政复议内部解决

笔者发现，此次《征求意见稿》增加了上级机关对行政复议中止有权进行监督的规定，^{〔49〕}说明立法者注意到实践中行政复议中止的频发性及其对行政复议及时原则的破坏，这对于解决现实问题具有重要意义。上级机关有权主动监督行政复议机关作出的行政复议中止，此乃行政机关层级监督的具体体现。行政复议申请人在不服行政复议中止决定时，也可依据宪法所规定的申诉、控告和检举的权利，请求上级行政机关履行其监督职能。但“行政机关内部督察，不对被监察对象以外的当事人的权利义务产生实际影响，因此不属于人民法院的受案范围”^{〔50〕}。也就是说，申请人向行政复议机关的上级机关请求其监督行政复议机关的中止行为，更多只是提供了层级监督的线索，而对于自身争议的解决，并不是最直接有效的方式，且会增加争议解决的复杂性。因此，与其舍近求远将行政复议机关的上级机关牵涉其中，不如直接赋予申请人向行政复议机关提出异议的权利。从《行政复议法》和《实施条例》对行政复议中止的规定来看，是否中止或恢复案件审理的裁量权在于行政复议机关，只需书面告知当事人即可。但“行政权力的行使应当遵循最低限度公正行政程序制度，其内容表现为行政权力行使者的义务，相应地表现为相对人的程序权利”^{〔51〕}。故此，赋予行政复议申请人对行政复议中止提出异议的权利是遵循最低限度公正行政程序的应有之义，同时也是化解行政复议中止纠纷的第一步。具言之，当行政复议机关中止案件的审理时，行政复议申请人若认为不属于可中止审理的情形并对此表示不服，可向行政复议机关提出异议，要求其恢复案件的审理。当行政复议申请人认为行政复议中止事由已经消失或中止时间过长，也可向行政复议机关提出恢复案件审理的书面申请，当行政复议机关收到行政复议申请人的异议时，应当作出必要的回应。

理想状态下，行政复议中止纠纷按照上述路径即可在行政复议程序内部予以解决，不必再诉诸其他途径，符合“实质性解决行政争议”的要求。于当事人而言，在纠纷产生的源头即对其予以化解，是最便利和快捷的权利救济方式。值得肯定的是，实践中有部分部门规章从保障申请人合法权益的角度对行政复议中止进行了细化。例如，自然资源行政复议中，双方当事人书面提出协商解决申请时，行政复议机构应当审核中止是否有利于实质性解决纠纷、维护申请人合法权益，且为确保案件审理不被拖延，双方当事人必须明确协商解决的期限，在期限届满未能协商解决的，案件恢复审理。^{〔52〕}又如，《国家发展和改革委员会行政复议实施办法》将《实施条例》所规定中止事由消除后应当“及时”恢复案件审理的期限确定为“7日内”。^{〔53〕}这些细化规定是正

〔49〕《征求意见稿》第46条规定：“行政复议期间，行政复议机构无正当理由中止行政复议的，上级行政机关应当责令其恢复审理；必要时，上级行政机关也可以直接审理。”

〔50〕最高人民法院（2018）最高法行申712号行政裁定书。

〔51〕应松年：《中国行政程序立法展望》，载《中国法学》2010年第2期，第9页。

〔52〕参见《自然资源行政复议规定》第25条第1、2款。

〔53〕参见《国家发展和改革委员会行政复议实施办法》第17条第3款。

当程序的具体体现,对于在行政复议内部解决行政复议中止纠纷具有促进作用,此次行政复议法修改时可斟酌参考之。

需要明确的是,行政复议本身是一种纠纷解决程序,理应具备程序正义的基本要素。^[54] 在发生行政复议中止纠纷时,应当首先寻求行政复议内的救济,即只有在行政复议内部未能给予有效救济的情况下,才允许行政复议申请人寻求他种救济途径,如此才更符合“实质性解决行政争议”在整个行政争议解决机制中的定位与要求。如若不然,只会进一步减损行政复议的公信力,在行政复议案件本就少于行政诉讼案件的背景下,想要发挥行政复议化解行政争议的主渠道作用,怕是更加难以实现。

(二) 行政诉讼最终救济

司法是维护社会公平正义的最后一道防线,当行政复议申请人寻求复议内救济未果时,行政诉讼应当发挥“司法最终救济”的功能。有学者指出,当被诉行政行为存在违法侵犯当事人合法权益情形时,即便不符合起诉条件,法院也应当发挥行政诉讼的制度优势和体制优势,通过司法建议、多元化解行政争议平台等路径,实质解决争议。^[55] 面对行政复议中止纠纷,笔者以为首先可按照上述学者的观点对争议进行处理,以避免给当事人产生救济无门的错觉。而另一方面,法院也应当对符合起诉条件的行政复议中止进行司法审查。正如前文所述,行政复议申请人针对行政复议中止向法院提起诉讼,大部分法院都否定了其可诉性。有观点认为:“作为程序性行为的复议中止之所以不可诉,并非因司法机关不能替代复议机关进行权利救济,而是因为复议机关在权利救济上的功能优势,促使司法机关处理行政纠纷时保持谦抑的立场。”^[56] 但笔者从搜集到的188个案例中发现,法院对于行政复议中止可诉与否的判断过于僵化,此种僵化主要体现在对《适用解释》第1条第2款第(六)项和第(十)项的机械适用,认为行政复议中止作为一种程序性行为不会对申请人权利义务造成实际影响,而对于中止是否已经影响到当事人的合法权益并不加以审查,从而遗漏了一些已经对当事人合法权益造成损害的案件。诚然,法院在适用法律时必须遵循形式逻辑的约束,但法官也必须考虑实质法治的维度,否则,极易形成将诉讼程序作为遁词,回避实质判断的诉讼程序形式主义。^[57] 因此,在面对行政复议申请人针对行政复议中止提起的诉讼,法院应当灵活区辨不同的案件类型,对于不具有中止事由、中止事由消灭后仍不恢复案件审理以及中止期限过长等情形,且当事人已提供初步的证据予以证明时,不宜再固执地认为行政复议中止应当与行政复议决定一并接受审查,而应当将其首先纳入行政诉讼的受案范围。

其次,行政复议申请人向法院提起诉讼,应当提供其已向行政复议机关寻求过内部救济的证据,证明自身已穷尽行政内部救济。司法权要对行政权保持必要的谦抑,要求申请人穷尽行政内部救济即是为了确保司法谦抑的实现。但司法谦抑并非毫无限制的退让,否则将会异化为法院对

• 273 •

[54] 参见梁君瑜:《行政复议的功能定位再辨——兼评〈行政复议法(修订)(征求意见稿)〉》,载《苏州大学学报(法学版)》2021年第2期。

[55] 参见前引[31],黄永维、郭修江文。

[56] 沈福俊、徐海建:《行政复议中止的可诉性研究》,载《华东政法大学学报》2020年第3期,第188页。

[57] 参见刘艺:《检察机关促进行政争议实质性化解的必要性与可行性分析——以冒名登记结婚“过期之诉”为切入点》,载《人民检察》2021年第15期。

司法权的放弃，进而导致行政复议申请人丧失其诉权。正如有学者所提出的，可以将“是否具有法定救济途径”作为行政行为可诉性的补强标准。^{〔58〕}该标准是根据司法最终救济原则所延伸出的具体化标准，为司法最终救济原则的贯彻落实提供了可操作的方法。对应到行政复议中止纠纷中，行政复议申请人应当首先寻求行政复议内的救济方式，以此实现纠纷的最便利化解，同时满足实质性解决行政争议的要求。在申请人向行政复议机关寻求救济未果的情况下，应当首先肯定行政复议中止的可诉性，以避免行政复议申请人在行政复议中止后缺乏法定救济渠道。

最后，法院对行政复议中止应当进行一定程度的实质审查。我国明确列举的行政复议中止情形多达十种，《实施条例》甚至还设定了兜底条款，《征求意见稿》对此也予以延续，从而增加了行政复议机关适用行政复议中止的可能性。为此，从“实质性解决行政争议”的视角出发，法院应当对已经进入审理程序的行政复议中止进行实质的审查，而不单单只是从行政复议中止是否履行通知、送达程序的角度进行形式审查，以避免造成行政诉讼程序的空转。具体来看，对行政复议中止是否确有必要、是否满足法定条件等实质要件法院应当予以审查，唯有如此，行政复议中止纠纷才能得以化解，原行政争议才能尽快在行政复议程序中予以实质性解决。

（三）行政检察补充监督

在提倡“加强行政检察监督促进行政争议实质性化解”的背景下，行政检察在行政复议中止纠纷的解决中也占有一席之地。党的十八届四中全会作出的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出：检察机关在履行职责中发现行政机关违法行使职权或者不行使职权的行为，应该督促其纠正。据此，最高人民检察院曾制定《行政违法行为监督试点方案》，但因国家监察体系改革的需要，检察机关未能开展行政违法行为检察监督的试点工作。^{〔59〕}近年来，检察机关发挥行政检察监督职能多集中在行政诉讼监督方面，而对行政权的直接监督有所忽略。“行政检察监督的根本价值应在规制国家公权、构建检察权威和保障公民权利之间寻求平衡。”^{〔60〕}一方面，行政复议作为一种行政司法活动，其本质仍是行政行为，行政复议机关履行复议职责应当接受检察机关的监督。且检察机关适度介入行政程序是促进行政争议实质性化解的可行路径，其“法律监督机关”的定位可突破法的形式主义，实质性维护法律秩序。^{〔61〕}另一方面，行政复议中止与行政诉讼中止具有一定的相似性，二者都是纠纷解决机关暂时性停止纠纷处理的情形，在检察机关有权监督行政诉讼中止^{〔62〕}的情况下，行政复议中止也应当接受其监督。

具体而言，当检察机关在履行职责中发现行政复议机关违法作出行政复议中止或者不依法恢复案件的审理时，应当发挥其行政检察监督的职能，督促行政复议机关予以纠正。在监督方法上，根据最高人民检察院发布的《人民检察院检察建议工作规定》，检察机关可以向行政复议机

〔58〕 参见宋国涛：《“是否具有法定救济途径”：行政行为可诉性之补强标准》，载《学习论坛》2019年第8期。

〔59〕 参见刘艺：《行政检察与法治政府的耦合发展》，载《国家检察官学院学报》2020年第3期。

〔60〕 秦前红：《两种“法律监督”的概念分野与行政检察监督之归位》，载《东方法学》2018年第1期，第179页。

〔61〕 参见前引〔57〕，刘艺文。

〔62〕 《人民检察院行政诉讼监督规则》第104条规定：“人民检察院发现人民法院行政审判活动有下列情形之一的，应当向同级人民法院提出检察建议：……（七）诉讼中止或者诉讼终结违反法律规定的……”

关提出社会治理检察建议。^{〔63〕}此乃在司法监督以外,对行政复议机关在执行与行政复议中止相关法律时所作的监督,不仅有效规制了国家公权,同时也间接保护了行政复议申请人的合法权利。除此之外,检察机关在诉讼监督中认为法院所作出的有关行政复议中止的裁判违反法律规定,可向人民法院提起抗诉,以实现行政复议中止纠纷的全面监督。如此一来,检察机关通过法律监督的方式,促进了行政复议中止纠纷的化解,实现了对行政复议申请人权利的全方位保护,同时也达到了行政争议实质性解决的实际效果。

Abstract: The suspension system of administrative reconsideration in China only stipulates the reasons for suspension in detail. But it is not clear that how to start the suspension of administrative reconsideration and resume administrative reconsideration. This makes it very easy to cause disputes over administrative reconsideration in practice. In this regard, the applicant has no administrative channels to raise objections, and the effect of seeking judicial review by the court is limited. It constitutes a breach of the principle of timely administrative reconsideration and the principle of final judicial relief. The proposition of “substantive resolution of administrative disputes” with rich connotations can provide certain ideas for this problem. Under the guidance of this theory, when an administrative reconsideration suspension dispute occurs, the administrative reconsideration agency should allow the administrative reconsideration applicant to raise an objection to it in order to pursue the most convenient settlement of the dispute. When the internal remedy of the administrative reconsideration fails, the court shall conduct a substantive review of the suspension of the administrative reconsideration that meets the conditions to ensure the realization of the principle of judicial final remedy. As the importance of procuratorates in the substantive resolution of administrative disputes continues to rise, they should play their role in supervising the suspension of administrative reconsideration disputes.

Key Words: administrative reconsideration, suspension, substantive settlement of administrative disputes, administrative litigation, administrative prosecution

• 275 •

(责任编辑:于文豪 赵建蕊)

〔63〕《人民检察院检察建议工作规定》第11条规定:“人民检察院在办理案件中发现社会治理工作存在下列情形之一的,可以向有关单位和部门提出改进工作、完善治理的检察建议:……(四)相关单位或者部门不依法及时履行职责,致使个人或者组织合法权益受到损害或者存在损害危险,需要及时整改消除的……”

行政机关变更解除行政协议的司法审查

张青波*

内容提要：司法解释未明确行政机关变更解除行政协议的标准及裁判事由。行政机关行使优益权变更、解除行政协议，限于依据法律、法规、规章之规定，或为避免严重损害国家利益、社会公共利益。社会公共利益可具体化为明确规定的公共利益和由不特定多数人皆可分享的利益。行政机关可变更之协议应为其内容涉及公共服务之提供者。基于优益权变更、解除行政协议应遵守比例原则和协商、说理程序步骤，并补偿损失。行政机关可依民法规定，根据合同的法定解除权或情势变更而变更、解除行政协议。如果行政机关违法变更、解除行政协议，法院应分别以违反法定程序、适用法律法规错误、主要证据不足或明显不当为由予以撤销。

关键词：行政协议 行政诉讼 优益权

一、问题的提出

2014年修改后的《行政诉讼法》在国家立法层面正式承认了行政协议，2019年12月颁布的《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》（简称《行政协议规定》）对行政协议案件司法审查做出了专门规定。《行政协议规定》第11条第1款规定：“人民法院审理行政协议案件，应当对被告订立、履行、变更、解除行政协议的行为是否具有法定职权、是否滥用职权、适用法律法规是否正确、是否遵守法定程序、是否明显不当、是否履行相应法定职责进行合法性审查。”第16条又承接《行政诉讼法》第78条而规定：在履行协议过程中，被告变更、解除协议，原告请求撤销，变更、解除行为合法，法院判决驳回诉讼请求；给原告造成损失的，判决被告补偿。变更、解除行为违法，判决撤销。

* 张青波，中南财经政法大学法学院副教授。

本文为国家社科基金后期资助项目“行政协议案件司法审查研究”（19FFXB063）的阶段性成果。

《行政协议规定》第11条第1款不仅针对变更、解除协议，还涵括了订立、履行行政协议的行为，而第16条显然是专门针对变更、解除协议所设定的。就此而言，第16条构成相对第11条的特别规则，应先于第11条审查变更、解除协议的合法性，第11条对第16条则应发挥拾遗补缺的作用。不过，就变更、解除协议来说，第11条其实并未比第16条规定更多的审查要件。第11条第1款所列的审查要件中“是否履行相应法定职责”为第16条指示适用的《行政诉讼法》第70条列举的撤销情形所无。在行政法学界，早就存在职权规范隐含相应行政职责的观点。^{〔1〕}如果说就变更、解除行为而言，司法解释没有必要重复规定同一个审查要件，那么第11条第1款中“是否履行相应法定职责”应是针对行政机关未订立行政协议导致当事人诉请法院依《行政诉讼法》第72条判决被告履行法定职责、订立协议而言的。在被告业已签订了行政协议的情况下，法院所要审查的应是被告是否具有法定职权（即有无超越职权）和有无《行政诉讼法》第70条中的其他违法情形，不必对是否履行法定职责再费周折。如此理解《行政协议规定》第11条第1款，则以优益权单方变更、解除协议的司法审查依据就集中由第16条所规定。

这样看来，优益权的行使条件取决于第16条中的“可能出现严重损害国家利益、社会公共利益的情形”，对此应如何理解？行政机关究竟在何种情形下得行使单方变更、解除协议的优益权？进一步来说，如何将《行政协议规定》列举的主要证据不足、适用法律法规错误、违反法定程序、超越职权、滥用职权乃至明显不当作为行政优益权纠纷案件的裁判事由？这些事由又各自针对何种具体情形？与此同时，按照《行政协议规定》第27条第2款，参照民法规范，行政机关和相对人双方也皆有权在一定情形下变更、解除协议。那么，法院应当如何判断行政机关按照民法变更、解除协议是否合法？尤其是为了避免将源于合同法的变更、解除混淆于行政优益权，更有必要澄清两者的差别。本文拟根据相关法律规范、判例和学理，探讨行政机关变更、解除行政协议的实体情形、依循规则和程序条件，并释明法院针对各种违法行为之裁判事由，以利司法审查的合理开展和统一推行。

• 277 •

二、实体和程序的统一：行使优益权变更解除行政协议的标准

《行政协议规定》将行政机关单方变更、解除行政协议，明确作为行政行为，该行为自然应受行政程序规制。事实上，学理和实践都颇为重视其程序合法性。^{〔2〕}然而，程序既不能保证结果是不可错误的，也不能保证结果是意义明确、准时出现的。^{〔3〕}因而，纯粹靠双方在程序中的博弈很难实现对行政权的控制。^{〔4〕}程序权利仅具有有限的功效，私人必须在单纯的程序权利外获得更加坚实的保障。^{〔5〕}那么，为了合理控制行政机关变更、解除行政协议之优益权，司法审查不仅应考虑程序机制，还必须重视实体规范。

〔1〕 参见朱新力：《论行政不作为违法》，载《法学研究》1998年第2期。

〔2〕 参见韩宁：《行政协议行为司法审查规则研究》，载《浙江学刊》2018年第3期。

〔3〕 参见〔德〕于尔根·哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，三联书店2003年版，第582页。

〔4〕 参见余凌云：《行政法讲义》，清华大学出版社2014年版，第80页。

〔5〕 参见李洪雷：《行政法释义学：行政法学的更新》，中国人民大学出版社2014年版，第331页。

（一）行政机关单方变更解除行政协议的事由

行政机关变更、解除行政协议的优益权，可谓悬在相对人头上的一把达摩克利斯之剑，实践中往往因为行政机关行政优益权的不当或违法行使引发诉讼。^{〔6〕}那么，如何把握单方变更、解除协议之优益权的事由，才能既允许行政机关行使这一权力以保护公共利益，又能防范行政机关对其的滥用呢？

纵向来看，《行政协议规定》第16条虽然摒除了2015年颁布、现已失效的《最高人民法院关于适用〈行政诉讼法〉若干问题的解释》（简称“2015解释”）第15条第3款中的“其他法定理由”，但并不意味着专门的立法规定不能作为优益权的行使依据，如最高人民法院在“2015解释”失效后仍承认，行使行政优益权可出于其他法定事由。^{〔7〕}综合而言，行政机关以优益权变更、解除行政协议的事由应为：

1. 依据法律法规、参照规章

依《行政诉讼法》第63条第1款，法院依据法律法规审理行政协议案件。按照《立法法》第80条第2款、第82条第6款，规章不得独立设定负担性规范。就此而言，规章本不得作为行使单方变更解除权从而导致相对人权利缩减的法律依据。但是另一方面，实践中规章规定行政协议单方变更、解除的事由并不鲜见，^{〔8〕}完全否认规章中对行政机关单方变更解除行政协议之规定恐不现实。若规章并未抵触上位阶立法，可由法院依《行政诉讼法》第63条第3款参照。况且，规章所规定的单方变更解除条件更未必能称得上过分宽泛而构成对相对人的过大威胁。而对于行政协议这种新型行政行为，有相应的规范至少强于没有规范。因而应承认规章能够作为变更解除权的参照规范。

进而言之，应否承认规章以下的规范性文件作为单方变更解除权的参照规范？沈广明认为，对行政协议的单方变更解除权的行使条件限制过于苛刻，容易降低行政效率，浪费行政资源，因而公共利益或其他变更解除事由，应该是法律、法规、规章、规范性文件所规定的公共利益需要或其他理由。^{〔9〕}然而，行政机关基于法律、法规、规章之规定单方变更解除行政协议的条件未必能称得上过于苛刻。如果任由规范性文件规定这种事由，恐将导致行政机关自我编程或诉诸上级来决定协议的变更解除，“看人下菜碟”地在行政协议签订前后出台规范性文件，豁免自己的协议义务，减损相对人的权益。^{〔10〕}若要求法院对规范性文件予以参照，形同放弃对单方变更、解除合法性的审查。就此而言，规范之位阶仍以规章以上为宜。^{〔11〕}

对此，司法实践中有其适例。在张素兰诉漳平市教育局不履行教育行政合同案中，法院指出，漳平市教育局仅凭漳平市政府发布的规范性文件，单方变更合同约定违法无效。^{〔12〕}而在最

〔6〕 参见曾哲、韩锦霞：《我国行政合同司法审查的实践梳理及完善路径》，载《江西社会科学》2016年第6期。

〔7〕 参见最高人民法院（2018）最高法行申3008号行政裁定书。

〔8〕 如《市政公用事业特许经营管理办法》第18条、《基础设施和公用事业特许经营管理办法》第36、38条。

〔9〕 参见沈广明：《行政协议单方变更或解除权行使条件的司法认定》，载《行政法学研究》2018年第3期。

〔10〕 参见最高人民法院行政审判庭编著：《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第229页。

〔11〕 参见梁风云：《行政协议案件适用合同法的问题》，载《中国法律评论》2017年第1期。

〔12〕 参见福建省龙岩市中级人民法院（2002）岩行终字第68号行政判决书。

高人民法院发布的“崔某某诉徐州市丰县人民政府招商引资案”中,法院也认为规范性文件对当时承诺的界定,是对优益权的滥用,表明规范性文件不宜作为优益权的行使依据。

因而,只有法律、法规、规章可以作为变更、解除行政协议的依据或参照规范,否则不啻承认行政机关可借出台规范性文件而轻易课予相对人义务。

2. 为了避免严重损害国家利益或社会公共利益

《行政协议规定》第16条^[13]中“严重损害国家利益或社会公共利益”属于不确定的法律概念。不确定法律概念虽然难以通过文义解释、体系解释加以界定,但仍应按照解释方法,并参考规范目的而努力澄清,不得过早放弃证成工作并遁入主观评价。^[14] 查阅各种辞典,所谓“利益”,通常理解为好处。而“严重损害”则为程度大、影响深的减少、丧失等消极不利后果。相比之下,在法学语境中迭生争议的却是何为国家、社会公共之利益。

首先,国家利益应作为国家代表公民享有的社会公共利益。沃尔夫等将公共利益区分为一般公共利益与特殊公共利益:前者包括国家所表达或阐明的公共大众利益以及经正确认识的国家共同体的利益,后者是特定地方或国家之内各种共同体的利益以及具有国家或大众意义的利益或作为公共机构的任务予以保护的个别成员的利益。^[15] 可见,国家利益可以理解为公共利益的下位概念,乃是由整个国家代表所有公民所享有的一种公共利益,它与作为国家成员的每个公民之利益息息相关,如国防利益,外交利益,国有资产占有、使用、收益等方面的利益。作为处理公共事务的一种组织形式,国家本身就是为了实现一定的重要目标而存在。^[16] 因此,严格来说,国家并无完全独立于社会公共利益之外的利益,而能够正当化行政优益权之行使的国家利益,更应具备公共性。不过,既然《行政协议规定》承袭《行政诉讼法》第74条第1款第1项等立法规定,将国家利益独立于社会公共利益之外,则应将国家利益这种特殊的社会公共利益与其他社会公共利益相提并论,并列作为优益权的行使依据。

其次,社会公共利益应予类型化。如果说国家利益是国家作为直接主体的社会公共利益,那么就必须明确社会公共利益的内涵。在司法实践中,法院往往援用社会公共利益,或者将国家利益和社会公共利益一并作为裁判标准,很少单纯依据国家利益,^[17] 这更彰显了社会公共利益的重要性。结合学说和实务,社会公共利益可以分为两个类型。

第一,法律、法规、规章及规范性文件所规定的公共利益需要。^[18] 在判断何者为应追寻之公益时,应主要以法律为认定标准。^[19] 故此,公共利益首先是由法律、法规、规章或合法有效的规范性文件之规则或其蕴含之原则承认、保护的利益。比如《宪法》第37、13条对个人人身自由和私有财产的尊重与保护;《传染病防治法》第1条所保障的人体健康和公共卫生;《招标投标

[13] 在法律、法规、规章对行政机关单方变更、解除协议有所规定时,行政机关应按此规定,不宜再援用《行政协议规定》第16条,既可避免法律、法规、规章相应规定丧失意义,又可防止两方面规定抵牾时无所适从。

[14] Hans Peter Bull/Veith Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, Heidelberg 2009, S. 241-244.

[15] 参见〔德〕汉斯·J·沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第一卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第326-329页。

[16] 参见〔德〕莱因荷德·齐佩利乌斯:《法哲学》,金振豹译,北京大学出版社2013年版,第226页。

[17] 参见最高人民法院(2017)最高法行申8519号行政裁定书;最高人民法院(2015)行监字第881号行政裁定书。

[18] 参见前引〔9〕,沈广明文。

[19] 参见陈敏:《行政法总论》,新学林出版股份有限公司2013年版,第7页。

标法》第3条第1款第1项规定的大型基础设施、公用事业；《土地管理法》第45条第1款、《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条所列举的各种事项；《环境保护法》等环境立法所体现之环境保护原则要求予以保护的大气、土壤、水等环境介质。

第二，在不能找到法律规则或原则的依据时，公共利益不能等同于某个群体、部分社会成员的利益，而应当是属于整个国家或特定地方不特定多数人、由社会成员皆可分享的利益，典型如公共安全的保障、政府职能的正常履行、文化教育的发展、为贫困人群提供的物质帮助等。如最高人民法院认为，社会公共利益为社会全部或者部分成员所享有的利益，强调利益享有者的公共性，受益范围一般是不特定多数人。^{〔20〕}王海峰法官也认为，行政协议目的语境下的公共利益，只能是全民共享的公共资源和公共秩序。^{〔21〕}

（二）变更行政协议仅限提供公共服务者

对单方的变更权与解除权，还有必要加以区分并考虑其各自不同的成立前提和行使范围。因为行政机关对某一协议能否单方行使变更权，对相对人的权益其实有着不容小觑的影响。盖解除权只是单纯地卸除缔约人的原始契约义务，并未增加任何新负担，故与变更契约内容显有不同，解除权对原始契约关系所造成的伤害不如变更权。所以契约解除权在一般私法契约中亦十分常见，非属公法范畴专有。^{〔22〕}况且，如果说相对人在缔结行政协议时多少可能考虑到行政机关行使优益权而解除协议所产生的法律后果，那么相对人对于行政机关如何变更协议、如何调整法律关系则根本无从预计。因而变更协议对相对人预期的损害也会更大。

在比较法上，法国的政府在行政合同履行过程中享有的优益权，完全是基于公共服务原则。行政机关的单方变更和解除权，其实都渊源于行政机关自然享有的组织公共服务的权力。为始终良好地组织公共服务，行政机关应可单方变更协议中约定的公共服务组织条款。^{〔23〕}行政机关很难在成为“协议当事人”后便完全抛弃“公共事务管理者”身份，须在必要时运用公法人权力，强制相对人进行承诺外的给付。^{〔24〕}而相对人则不能中断公共服务的提供，只能承担意外增加的义务。^{〔25〕}与德国法相比，法国传统的行政契约之内容原则上并不直接涉及公权力之行使，反而与私法契约较为相近。因此，主要是继续性契约构成了单方变更权最主要的适用场域。非继续性契约则只有契约解除的问题，无契约之变更或终止等问题。如德国法上常见的行政契约，因涉及直接行使公权力之事项，属行政决定之作成而不具继续性质，无单方变更权之适用机会。相反，如果行政契约之运用大多数仍与公权力之行使相联结，则法国法上之单方变更权即使使用的机会未必很多，仍然令人担忧。若摆脱“公权力”之束缚，而改以“公共服务”或“公共利益（公共照顾）之需求程度”之高低作为行政契约之界定指标，则在此领域中存有单方变更权，不仅不会

〔20〕 参见最高人民法院（2016）最高法行再2号行政裁定书。

〔21〕 参见王海峰：《试论行政协议的边界》，载《行政法学研究》2020年第5期。

〔22〕 参见陈淳文：《论行政契约法上之单方变更权——以德、法法制之比较为中心》，载《台湾大学法学论丛》2004年第2期。

〔23〕 参见陈天昊：《行政协议中的平等原则：比较法视野下民法、行政法交叉透视研究》，载《中外法学》2019年第1期。

〔24〕 参见陈天昊：《行政协议的识别与边界》，载《中国法学》2019年第1期。

〔25〕 参见李颖轶：《优益权的另一面：论法国行政合同相对人保护制度》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2020年第2期。

阻碍行政契约之普遍运用,而且还是必需的制度设计。〔26〕

章程主张优益权应限于提供公共服务的继续性行政协议,并提出,国有土地使用权出让合同即便是行政协议,行政机关也不能行使变更、解除的优益权。〔27〕但是,如果无涉公共服务之非继续性行政协议并无优益权存在的余地,那么德国《联邦行政程序法》第60条第1款所设之单方解除权岂非多余?况且,若果真如此,《行政协议规定》第2条所列举的行政协议中,就只有特许经营协议、政府与社会资本合作协议可能存在优益权,行政机关将不能在其他行政协议中主张优益权以维护公共利益,比如不能以规划变更为由主张变更、解除协议。这恐怕不是一个合理的结论。〔28〕

其实,公共服务作为行政协议的内容,所应决定的并非优益权之有无,而是优益权的大小。保障性住房租赁买卖协议、土地房屋征收补偿协议、自然资源使用权出让协议,不宜由行政机关以优益权变更。因为它们并非是为了提供公共服务,与公共服务并无直接关系:土地房屋征补协议是为了柔性执法、促动相对人的配合,在行政机关与相对人达不成协议时,行政机关即可转而作出具体行政行为。比如房屋征收部门若与被征收人在签约期限内达不成补偿协议时,可作出补偿决定。再如自然资源使用权出让协议是为了优化自然资源使用效率、规范自然资源开采利用而签订,其签订是开采资源之行政许可(自然资源所有权、使用权登记)的前置程序。〔29〕而保障性住房租赁买卖协议,即便具有扶助弱势群体的公共服务目的,但从《廉租住房保障办法》第21条来看,作为协议必备内容的有停止发放补贴或配租之解除协议情形或调整租金之变更协议情形,这类协议应无出于公共利益需要而由行政机关在约定外单方变更协议之必要。如果将“行政法上的权利义务”作为判断行政协议的核心标准,〔30〕那么这三类行政协议倒是颇为契合德国《联邦行政程序法》第54条所规定以公法关系为内容的行政契约,与法国主要的行政契约〔31〕迥然有间。故此,将不直接涉及公共服务的这三类协议一并纳入行政机关可以单方予以变更的范围,至少不能以确保公共服务作为正当理由。

司法实践也可印证征收补偿协议并不需要行使变更的优益权。在多个征收补偿协议案件中,〔32〕行政机关解除或部分解除协议是因为不具备签约资格的相对人虚构、隐瞒事实或者由于行政机关工作失误导致与不具备签约资格的相对人签约,行政机关提出为避免公共利益损失而解除。最高人民法院于征收补偿协议的裁判中也主张,变更权应基于相对人欺诈、胁迫、不正确或不完整陈述,以及协议显失公平等情形。〔33〕但在协议存在这些违法瑕疵时,行政机关其实不必诉诸优益

• 281 •

〔26〕 参见前引〔22〕,陈淳文。

〔27〕 参见章程:《论行政协议变更解除权的性质与类型》,载《中外法学》2021年第2期。

〔28〕 司法实践中,法院多将规划变更作为行政机关出于公共利益需要而对征收补偿或招商引资协议行使优益权的正当事由。参见最高人民法院(2017)最高法行申4587—4595号行政裁定书;最高人民法院(2020)最高法行申3928号行政裁定书;辽宁省朝阳市中级人民法院(2018)辽13行终63号行政判决书。

〔29〕 参见《矿业权交易规则》第26条、《矿产资源开采登记管理办法》第6条、《最高人民法院行政审判庭关于行政机关颁发自然资源所有权或者使用权证的行为是否属于确认行政行为问题的答复》。

〔30〕 参见韩宁:《行政协议判断标准之重构》,载《华东政法大学学报》2017年第1期。

〔31〕 参见〔法〕让·里瓦罗/让·瓦利纳:《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第544—546页。

〔32〕 参见安徽省高级人民法院(2016)皖行终753号行政判决书;安徽省淮南市中级人民法院(2017)皖04行终61号行政判决书;湖南省永州市中级人民法院(2018)湘11行终4号行政判决书。

〔33〕 最高人民法院(2018)最高法行申8980号行政裁定书;最高人民法院(2018)最高法行申9010号行政裁定书。

权。行政机关可于履约过程中，根据《民法典》第153条之规定，以行政协议违反法律、行政法规的强制性规定^{〔34〕}或违背公序良俗为由，主张协议无效或部分无效，不予履行并要求相对人返还给付。^{〔35〕} 相对人不服即可诉诸法院。这种做法在司法实践中亦为法院认可。^{〔36〕}

综上，对于不涉及公共服务、带有较强公权力色彩（如替代具体行政行为）的行政协议，除了法律、法规、规章赋予行政机关的单方变更权，行政机关在这些协议中既没有理由、也没有必要行使变更权。比如德国法上只承认行政机关对行政契约的单方解除权，并不有碍公共利益需要。因此，在这类协议中，行政机关不应基于公共利益单方行使对协议的变更权，由此，方可确保相对人不会被迫履行自身未承诺的义务，实现公共利益与相对人权益的平衡。相反，对目的在于提供公共服务的特许经营协议、政府与社会资本合作协议等，则不应排除行政机关基于国家或公共利益对协议的单方变更或解除。

（三）比例原则的制约

具备前述事由尚不足以表明行政优益权行为即为实体合法。我国台湾地区“行政程序法”第146条第1款对于行政机关单方调整或终止隶属契约的权力，要求其行使须于必要范围内。这提示行政机关行使变更或解除行政协议的权力应遵循比例原则的要求。梅杨认为，行政机关决定变更、解除行政协议乃至如何变更等问题时，皆涉及裁量合理性的问题，应符合比例原则。^{〔37〕} 因而，具有前述变更、解除事由只是判断行政机关之单方变更、解除是否合法的必要条件，还需考虑比例原则。现代行政法不能偏执于个人利益、集体利益与全社会的公共利益中的某一者，而是应当追求各种利益的各得其所与相互协洽，避免无谓的浪费或牺牲。由于缺乏一个由所有法益及法价值构成的确定阶层秩序，以便像读取图表一样获得结论，就必须采取在个案中的法益衡量方法。^{〔38〕} 对各种利益，不能脱离个案情境抽象预定何者优先、何者退后，而是必须根据个案的实际情况考量。即使为了实现某种利益而必须牺牲其他利益，也要促使各种利益能够尽可能兼容并存，实现整个社会各种利益的最优化。只有为了实现更有价值的利益，牺牲某种利益才有正当性。行政机关在变更、解除行政协议时，应当依循比例原则，确保变更、解除协议确实能够有助于公共利益，对缔约相对人不构成不必要的损害，并且不得为了分量较小的公共利益而牺牲分量较大的相对人利益。

对此，司法实践中不乏例证。如在湖北草本工房饮料有限公司诉荆州经济技术开发区管理委员会案中，最高人民法院曾指出，行政优益权须符合比例原则，将副作用降到最低。^{〔39〕} 在另一个案例中，最高人民法院认为，仅以多支出补偿款就认定政府可单方变更协议，对相对人不公，他有值得保护的信赖利益。^{〔40〕} 后一个案例虽未明确提到比例原则，但却意味着，行政机关不应

〔34〕 强制性规定是保护具有一定重要性的公益或私益的规范。参见江必新：《行政协议的司法审查》，载《人民司法（应用）》2016年第34期。

〔35〕 章程反对在此参照《民法典》第153条，理由是行政机关无法提起无效之诉。参见前引〔27〕，章程文。但不能提起诉讼，不意味着不可以协议无效为由拒绝履约。

〔36〕 参见辽宁省沈阳市中级人民法院（2018）辽01行终58号行政判决书。

〔37〕 参见梅杨：《比例原则的适用范围与限度》，载《法学研究》2020年第2期。

〔38〕 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第279页。

〔39〕 参见最高人民法院（2017）最高法行申3564号行政裁定书。

〔40〕 参见最高人民法院（2018）最高法行申8980号行政裁定书。

以避免多支出补偿款有利于公共利益,即可要求相对人无条件地牺牲其信赖利益。毋宁说,只有在借由单方变更协议所能实现的公共利益,明显大于相对人不得不牺牲的个人权益时,行政机关方得单方变更行政协议,即变更权必须符合比例原则中的均衡性要求。哈贝马斯认为,利益或价值的权衡如果缺少合理的排序标准,就只能或者是任意进行的,或者是根据熟悉的标准和序列而非反思地进行的。^{〔41〕}因此,在适用比例原则中的均衡性要求时,应当尽可能参考和援用包括上述判例在内的相关判例所形成的既有客观标准。

(四) 单方变更解除行政协议的程序要求

优益权行为还须符合正当程序的要求。杨解君主张以听证、信息公开、说明理由、回避、教示等程序防止行政机关于行政协议中滥用权力。^{〔42〕}但是,过于繁杂的程序也会过度影响行政效率。因而,程序应主要有两个方面:

第一,协商沟通。行政机关基于公共利益必须行使单方变更权时,原则上应先行与其缔约伙伴沟通协商。若非时间异常紧迫,行政机关断无径行行使该权,不顾缔约伙伴反应的道理。^{〔43〕}此即行政机关所负之再交涉义务。^{〔44〕}也只有通过协商沟通,才能确保行政机关听取相对人的陈述、申辩,择取最适当的措施。最高人民法院于裁判中强调,行使行政优益权应履行正当程序,保障相对人的陈述、申辩等程序权利,充分听取其意见,否则为明显违反正当程序原则、程序严重违法。^{〔45〕}地方也有法院于裁判中主张协商之必要性。^{〔46〕}

第二,说明理由。行政机关必须充分论证公共利益存在被侵害之虞,方可正当化其优益权之行使。^{〔47〕}为此,宜仿效德国《联邦行政程序法》第60条第2款和我国台湾地区“行政程序法”第146条第3项,要求行政机关以书面方式对相对人叙明其变更、解除协议的理由,以促使行政机关反省其单方变更、解除协议是否具备正当性,并便于法院事后审查。这只不过是将被告诉讼中依《行政协议规定》第10条第1款承担的举证责任予以提前而已。在前引湖北草本工房案中,最高人民法院亦持此立场。而贵州省高级人民法院也主张,行政机关单方变更解除行政协议,应释明并以证据证实公共利益的具体情形。^{〔48〕}

(五) 补偿损失

在法国,根据最高行政法院的判例,对于单方变更或解除给相对人造成的损失,必须全额赔偿,包括合同相对人所承受之直接损失及预期收入的损失。这种赔偿构成了再平衡机制,以弥合打破合同既有承诺的调适行为所导致的合同关系失衡,维持合作关系的稳定。^{〔49〕}借由全额赔偿,方可维护契约的经济平衡,保护相对人在缔约时对成本及收益的预期。当事人还可约定赔偿的计

〔41〕 参见前引〔3〕,哈贝马斯书,第320页。

〔42〕 参见杨解君:《中国行政法的变革之道——契约理念的确立及其展开》,清华大学出版社2011年版,第174页。

〔43〕 参见前引〔22〕,陈淳文。

〔44〕 参见严益州:《论行政合同上的情势变更:基于控权论立场》,载《中外法学》2019年第6期。

〔45〕 参见最高人民法院(2018)最高法行申3007、3008、3009号行政裁定书;最高人民法院(2018)最高法行申8913号行政裁定书。

〔46〕 参见广东省湛江市中级人民法院(2018)粤08行初395号行政判决书。

〔47〕 参见李颖轶:《法国行政合同优益权重述》,载《求是学刊》2015年第4期。

〔48〕 参见贵州省高级人民法院(2019)黔行终451号行政判决书。

〔49〕 参见陈天昊:《在公共服务与市场竞争之间——法国行政合同制度的起源与流变》,载《中外法学》2015年第6期。

算方法，甚至约定金额可以超过相对人的实际损失^{〔50〕}。此即“契约财务平衡原则”^{〔51〕}。就此而言，无过错相对人不能因为合法行政行为蒙受不利。^{〔52〕}无论如何，完整补偿才能既让行政机关审慎行使优益权，也让相对人不致惮于缔约。^{〔53〕}

同样，在我国，行政机关行使优益权也应补偿相对人损失，借以缓和优益权可能引发的争议。《行政协议规定》第16条第1款对此亦有规定。对补偿数额，有约定的按照约定，没有约定的适用民法规范，而不是按照较低的国家赔偿标准。^{〔54〕}单方变更、解除行政协议，等同于一种违约行为。应充分赔偿，^{〔55〕}综合考虑相对人的实际损失、预期利益、有无存在过错等因素判定^{〔56〕}。按照《民法典》第584条，补偿额度应是协议主体在签订合同时能预料的解除或变更协议产生的损失。^{〔57〕}这种观点也获得了司法实践的认同。^{〔58〕}

三、重在事由：依据民法变更解除行政协议的条件

基于行政协议对民法之援用，行政机关可依民法变更、解除行政协议。如何看待行政机关依优益权与依据民法变更解除协议之间的关系？在很多情形下，行政机关其实并无必要诉诸优益权，完全可以援用民法来变更、解除协议。在湖北草本工房案中，最高人民法院即提出，如相对人违约，行政机关可依民法采取措施，无行使优益权的必要。不过，也有法院在判断合同法规定之解约事由成立后又进一步审查优益权能否支持解除协议，^{〔59〕}似乎多此一举。但也不乏法院对此有清晰的认识。如在宁波高登控股有限公司与泗阳县人民政府土地行政管理案、深圳华腾生物医疗电子科技有限公司诉江西进贤经济开发区管理委员会案中，法院均认为被诉解约行为并非优益权之行使。^{〔60〕}

（一）基于民法变更解除行政协议的事由

参考司法实践，行政机关可诉诸民法相关规范变更、解除协议的情形为：

第一，根据合同的法定解除权解除协议。行政机关或相对人均可根据《民法典》第563条规定的4种情形，解除合同。^{〔61〕}相对人对行政机关解除协议不服的，可按照《民法典》第565条第1款，请求法院确认解除的效力。

〔50〕 参见前引〔23〕，陈天昊文。

〔51〕 前引〔22〕，陈淳文文，第243页。

〔52〕 参见前引〔47〕，李颖轶文。

〔53〕 参见前引〔22〕，陈淳文文。

〔54〕 参见前引〔11〕，梁风云文；前引〔10〕，最高人民法院行政审判庭编著书，第231页。

〔55〕 参见黄永维、梁风云、杨科雄：《行政协议司法解释的若干重要制度创新》，载《法律适用》2020年第1期。

〔56〕 参见南京铁路运输法院课题组：《行政协议案件判决方式研究》，载《法律适用》2019年第2期。

〔57〕 参见前引〔34〕，江必新文。

〔58〕 参见最高人民法院（2018）最高法行申154号行政裁定书；辽宁省鞍山市中级人民法院（2018）辽03行终122号行政判决书。

〔59〕 参见广东省湛江市中级人民法院（2018）粤08行初395号行政判决书。

〔60〕 参见最高人民法院（2017）最高法行申8467号行政裁定书；南昌铁路运输法院（2018）赣7101行初686号行政判决书。

〔61〕 参见前引〔11〕，梁风云文；最高人民法院（2016）最高法行申2513号行政裁定书；最高人民法院（2018）最高法行申6335号行政裁定书。

第二,基于缔约后的情势变更。《民法典》第533条对情势变更作出了规定,允许行政协议适用民法规范,则行政机关当可基于情势变更而变更、解除协议。虽然行政机关不能为此向法院提起诉讼,但《行政协议规定》既然规定的是“参照适用民事法律规范”,就应避免不合时宜的等量齐观。^{〔62〕}因此,行政机关得于诉讼外主张情势变更而对行政协议予以变更、解除。司法实践中的确存在持肯定态度的判例,^{〔63〕}也不乏令人信服的理由:情势变更可能导致显失公平,须防止公益损失^{〔64〕}。

于此又会涉及行政机关根据优益权变更解除与依据民法规范变更解除之间的关系问题:如果说行政机关基于情势变更而主张单方变更、解除行政协议的理由无外仍是避免公共利益的损失,那么这与履约过程中为避免严重损害国家利益或社会公共利益而行使优益权之情形究竟有无区别呢?

在《行政协议规定》颁布前,司法实践认为二者不分轩輊。如最高人民法院的不少裁判主张,优益权的行使应在国家法律政策、协议基础事实发生重大变化之时。^{〔65〕}蔡小雪撰文认为,因情势变更,行政机关可对行政协议行使行政优益权。^{〔66〕}严益州也指出,我国行政法所主张的情势变更制度是一种以行政优益权为基础的特殊制度。^{〔67〕}但在《行政协议规定》生效后,由于情势变更而变更、解除协议和避免严重损害公益之优益权,就不容混为一谈了。

首先,若两者可等量齐观,则《行政协议规定》第16条第1款之规定就略显多余了:行政机关大可凭借对情势变更的援引,主张变更、解除协议确保公共利益。但是,只有规范环境的演变导致在今天适用法律会造成全无目的、全无意义的结果时,才可不再适用法律。^{〔68〕}因此,不能将甫一生效的《行政协议规定》第16条第1款解释为并无独立存在的价值。

其次,就比较法言之,在毛雷尔看来,所有法律行为都会涉及在行为做出后,如果其所依据的事实或法律状况发生变化,会产生何种法律效果的问题。对于行政契约,决定性的条款是德国《联邦行政程序法》第60条第1款第1句,即“如果对于确定契约内容具有决定性的状况,自缔约后发生了根本变化,以至于不可期待缔约一方坚持最初的契约条款,那么该方可要求契约内容适应变化的状况,或者只要适应不可能或对一方是不可期待的,则可解除契约”。要求变更契约的请求权,针对缔约对方提出,通过双方协商一致行使,必要时也可通过给付之诉实施。而发挥辅助作用的解除契约,则是一个单方的意思表示,自其到达对方时生效。与第60条第1款第1句规定的辅助解除不同的是第2句所规定的特别解除之优益权,即“行政机关可解除契约,以预防或消除对公益的重大损害”。在行政机关据此解除契约后,应类推适用第49条第6款对相对人予以赔偿。^{〔69〕}德国法对两者分别设置了不同规范,表明两者的根据有所不同。

〔62〕 参见前引〔38〕,拉伦茨书,第141页。

〔63〕 参见贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院(2018)黔27行终212号行政判决书。

〔64〕 参见前引〔34〕,江必新文。

〔65〕 参见最高人民法院(2017)最高法行申7679号行政裁定书;最高人民法院(2017)最高法行申4595号行政裁定书;最高人民法院(2018)最高法行申9005号行政裁定书;最高人民法院(2018)最高法行申8980号行政裁定书。

〔66〕 参见蔡小雪:《审理涉行政协议行为案件与审理民事合同纠纷案件的区别》,载《山东法官培训学院学报》2019年第4期。

〔67〕 参见前引〔44〕,严益州文。

〔68〕 参见前引〔38〕,拉伦茨书,第225-226页。

〔69〕 Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Muenchen 2011, S. 414 f.

再次，基于情势变更对行政协议的变更解除，与行政机关为避免公益受严重损害而行使的优益权有着判然不同的功能。前者试图确保协议公平性和达成当事人目的，因而缔约双方皆可主张，只不过对于作为缔约方的行政机关，达成其目的不过就是实现特定公益；而后者则力图彰显作为一类行政活动的行政协议不能导致公益的严重损害，故此只能由作为公益担保人之行政机关单方行使。

最后，在具体行使条件上，区隔也有其必要。避免严重损害公益之优益权的实体情形如前所述，而成立情势变更，则要求在合同成立后，合同的基础条件发生了缔约时无法预见又不属于商业风险的重大变化，导致继续履行对一方明显不公。这种变化，如古里特所言——“由于行政契约的对象易受法律改变和事实变化的影响，要根据《联邦行政程序法》第60条第1款第1句来衡量”^{〔70〕}——既可能是法律规范的变动，也可能是客观事实的变化。在行政机关基于情势变更主张变更、解除协议时，由于情势变更而履行原约定将导致协议目的即公共利益不能得到实现即为已足，不必要求此时履行协议势必严重损害公益，正如相对人若以情势变更主张变更、解除协议时，也只需要申述其缔约时的目的将无从实现，无须说明对其是否会产生严重损害。况且，行政机关主张单方变更、解除之优益权的情形，未必如情势变更般于缔约时不可预见，比如导致原协议不能继续履行的规划变更，就很难说是无法预见的变化。

总之，基于情势变更而变更、解除行政协议，并非优益权行为。相对人可因情势变更而诉请法院判决变更、解除行政协议，行政机关则可单方做出非属行政行为之变更、解除协议的公法意思表示。^{〔71〕} 相对人对此不服时，即可诉诸法院以资救济，法院于审判时应根据《行政协议规定》第27条第1款参照《民事诉讼法》第64条第1款规定的“谁主张、谁举证”规则，要求主张情势变更的行政机关承担举证责任，足以化解对此可能滥用的顾虑。

（二）依民法变更解除行政协议无须遵守其他要求

陈敏指出，在行政机关与人民之行政契约法律关系中，若双方皆可能行使解除权，则解除之表示，为公法上之意思表示，并非行使公权力。^{〔72〕} 那么，行政机关行使民事权利时似不应再受制于前述制约公权力的比例原则、程序规则和补偿要求。^{〔73〕} 但另一方面，学说上公认，行政事项进入私法范围，不受公法原则之支配势必损害法治国家之基础。^{〔74〕} 为了防止行政机关“遁入私法”而规避公法约束，必须要求行政机关在以私法方式活动时，不能摆脱宪法基本权利、管辖规定和行政法原则的制约。^{〔75〕} 那么，行政机关此时应否遵守约束优益权的那些其他要求呢？

严格来说，行政机关签订、履行行政协议并非以私法方式活动，只不过由于行政法规范力所不逮而不得不援用民法规范，不能混同于行政私法活动而要求其遵循行政法原则。实际上，在行政机关依据民法变更、解除行政协议时，不必虑及前述比例原则和正当程序，自民法规范中也能

〔70〕 Elke Gurlit, Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen, in: Dirk Ehlers/Hermann Puender (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin/Boston 2016, S. 765 f.

〔71〕 参见前引〔19〕，陈敏书，第608页；前引〔27〕，章程文。

〔72〕 参见前引〔19〕，陈敏书，第316页。

〔73〕 参见闫尔宝：《行政机关单方解约权的行使与救济检讨》，载《行政法学研究》2020年第5期。

〔74〕 参见吴庚：《行政契约之基本问题》，载《台湾大学法学论丛》1978年第2期。

〔75〕 参见前引〔69〕，Maurer书，第49-53页。

推导出与其相当之界限。首先,民事主体变更、解除合同时,其范围应有合适限度,但这并非基于比例原则所致,而是因受制于《民法典》第563、633条所规定之“不能实现合同目的”,故不得对其目的尚能实现之合同标的主张变更、解除。可见,此乃民法规则而非比例原则之要求。在由于相应合同目的不能实现而为了保护自身权益不得不变更、解除合同时,也无从谈起服从狭义比例原则的均衡性要求以进行利益权衡。其次,民事主体依民法之不可抗力、情势变更等事由变更、解除合同时,皆负有源自诚信原则的附随义务,应实施通知、提供证据乃至再交涉等行为,〔76〕《民法典》第533条甚至明确要求与对方协商。此于行政机关自无不同,但却与正当程序无关。最后,在民法上更无补偿对方损失之说,对行政机关亦无理由如此要求,何况《民法典》第563条所针对的情形中不乏对方违约所致者。〔77〕

四、如何撤销:裁判事由的具体运用

在根据上文所述之标准认定行政机关变更、解除行政协议违法后,法院应如何裁判?根据《行政协议规定》第16条第2款,法院应做出撤销判决。行政机关依据民法变更、解除行政协议,虽在性质上不属于行政行为,而是公法意思表示,但鉴于这类行为由行政机关所为,亦可参照《行政诉讼法》的规定。那么,行政机关违法变更、解除行政协议的不同情形又如何对应《行政诉讼法》第70条规定的各种裁判事由呢?

第一,行政机关行使优益权,未遵循协商沟通、说明理由的必要程序步骤,法院应以程序违法为由判决撤销。

第二,行政机关变更、解除协议所提出的事由不符合法律、法规、规章规定或不是为避免国家利益、社会公共利益严重损害的,乃至行政机关变更协议并非出于确保公共服务的目的,或者不符合《民法典》第563条规定事由或情势变更事由,法院应以适用法律法规错误为由撤销变更、解除协议的行为。

第三,根据《行政协议规定》第10条第1款,被告对于自己变更、解除行政协议等行为的合法性承担举证责任。因而,行政机关若不能提供适足证据证明存在必须行使优益权或者依民法变更、解除协议的客观事实,法院应以主要证据不足为由撤销变更、解除协议的行为。〔78〕

第四,行政机关能够证明存在需行使优益权的客观事实,同时该事实符合优益权之行使前提时,变更、解除行政协议尚须符合比例原则而适合、必要且均衡,否则法院应以明显不当为由撤销变更、解除协议的行为。因为明显不当涉及的是对行政行为实体裁量问题的审查标准,涉及行政机关对法定多重处理方式的裁量选择。〔79〕

第五,超越职权的裁判事由,于此却并无用武之地。行政机关缔结行政合同应当符合法定权

• 287 •

〔76〕 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第486、510页。

〔77〕 参见前引〔27〕,章程文。

〔78〕 参见贵州省高级人民法院(2020)黔行终288号行政判决书。

〔79〕 参见何海波:《论行政行为的“明显不当”》,载《法学研究》2016年第3期。

限。^{〔80〕}法官也多认为，行政合同合法有效的前提是行政机关必须有相应的法定职权，法定职责范围外签订的行政协议可以迳行确认无效。^{〔81〕}因而，若行政机关所订协议并未因为超越职权而无效，行政机关行使优益权自无超越职权之可能。换言之，凡有缔约职权的行政机关，自然有变更、解除的职权。

第六，行政优益权的行使即便带有不当目的，也不大可能构成滥用职权。滥用职权是行政机关关于其职权范围内，基于不正当动机，以合法行为掩盖其非法意图所实施的行为。为使这种带有鲜明主观色彩的审查标准客观化，应审酌行政机关就相关对立利益有无适度衡量，以及若未适用裁量基准和指导案例时有无正当理由。^{〔82〕}然而，若行政机关行使优益权时权衡失当，据不重要的公益而严重损害相对人权益，乃是违反比例原则而构成明显不当的违法。至于行政机关行使优益权的行为若无视行政先例或未遵循裁量基准，也应作为明显不当予以撤销。^{〔83〕}况且就行政协议这一新型行政行为中优益权之行使，还鲜见裁量基准和指导案例。这意味着，至少对优益权的行使，行政机关并无滥用职权可言。超越职权和滥用职权之不予适用，凸显了法院审查单方变更、解除行政协议与审查具体行政行为有所不同。

此外，需要补充说明的是，若行政机关基于优益权或民法规范变更、解除协议违法而被法院撤销的，法院可按照《行政协议规定》第16条第3款、《民法典》第577条，判决被告继续履行协议、采取补救措施，造成原告损失的，还应判决赔偿损失。但在违反民法规范的情形，应以原告提出相应的诉讼请求为前提。^{〔84〕}行政机关优益权行为合法但给原告造成损失的，也应判决补偿损失。

• 288 •

五、结 语

陈天昊认为，若希望确保相对人权益免于公权力威胁，宜限缩行政协议的边界。但若要让通过此类协议提供的公共服务得到行政机关的根本保障，则难免将此类协议纳入行政协议之中。因而，作为公共利益与私人权益二者平衡结果的行政协议边界，必然呈现出流变性与开放性。^{〔85〕}由此不难理解民法学者对行政协议经久不绝的怀疑。如王利明认为行政协议范围之扩张将导致行政机关任意解除合同，有害交易安全和秩序。^{〔86〕}崔建远力主为了将行政权力关进制度的笼子，将国有土地使用权出让合同等合同不视为行政合同而作为民事合同。^{〔87〕}然而，这些见解却不尽符合《行政协议规定》第2条对行政协议外延的划定。如果能够假定在我国当下，行政协议在客

〔80〕 参见叶必丰：《行政合同的司法探索及其态度》，载《法学评论》2014年第1期。

〔81〕 参见倪志凤：《教育行政协议中免费师范生的配合与协助义务——黄某诉江苏省教育厅教育行政协议案》，载《法律适用》2017年第4期；李广宇：《新行政诉讼法司法解释读本》，法律出版社2015年版，第268页。

〔82〕 参见周佑勇：《司法审查中的滥用职权标准》，载《法学研究》2020年第1期。

〔83〕 参见前引〔79〕，何海波文。

〔84〕 参见前引〔27〕，章程文。

〔85〕 参见前引〔24〕，陈天昊文。

〔86〕 参见王利明：《论行政协议的范围》，载《环球法律评论》2020年第1期。

〔87〕 参见崔建远：《行政合同族的边界及其确定根据》，载《环球法律评论》2017年第4期。

观上有其存在必要,行政机关于履约中变更、解除行政协议有其必要,那么关键的问题就不在于行政协议之外延大小,而是对行政优益权之合理控制。限定优益权的发动前提,同时明确行政机关援用民法变更解除行政协议的事由,不仅有助于法院开展司法审查,有效解决行政协议纠纷,而且还能让相对人获得较为稳定的规范期待、较为可靠的权益保障和较为有效的救济渠道。否则,相对人将视行政协议为畏途,遑论让行政协议担当推进治理现代化和公共服务改革之重任。

依据既有见解和司法实践,行政机关单方变更、解除行政协议应依据法律、法规、规章之规定,或者是为了避免严重损害国家利益或社会公共利益。为了防止后一事由的滥用,国家利益应为国家代表公民享有的社会公共利益,而社会公共利益则或者源于法律、法规、规章之规定,或者为由不特定多数人共享之利益。鉴于单方变更协议对相对人意思之过度凌驾,应将其限于提供公共服务的行政协议之中。另外,优益权行为尚须符合比例原则并遵循协商、说理的程序步骤,并应对相对人的损失予以补偿。同时,基于行政协议的合同性质及其对民法规范的援用,在行政法不敷使用时,如同相对人一样,行政机关既可根据合同的法定解除权主张解除协议,又可基于情势变更要求变更、解除协议。在行政机关变更、解除协议违法时,法院应分别以违反法定程序、适用法律法规错误、主要证据不足或明显不当为由予以撤销。

Abstract: The judicial interpretation of administrative agreement by the Supreme People's Court does not clarify the standard with which the administrative organ changes or cancels administrative agreement and the corresponding cause for judgment. The administrative organs should exercise the privileges above according to the authorization by laws, administrative rules and regulations or to avoid serious damage to the national interests and social public interests which should be defined as public interests listed in legal norms or the interests that can be shared by members of the society. The agreement that can be changed by the administrative authority shall be those whose content involves public service. Based on the principle of proportionality, the procedure of negotiation and reasoning should be followed and the loss should be compensated. According to the civil law, the administrative organ can change or cancel the agreement according to the legal right to cancel the contract or the change of circumstances. When the administrative organ changes or cancels the administrative agreement illegally, the court should revoke it on the grounds of violating the legal procedures, applying the laws and regulations wrongly, insufficient evidences or obviously improper.

Key Words: administrative agreement, administrative litigation, privilege

行政争议的中立评估及其制度构建

施立栋*

内容提要：行政争议的中立评估机制是指由具备专门解纷知识的中立评估员对纠纷进入行政复议、行政诉讼等渠道的审理前景进行预测的一种制度。它能在降低当事人过高的解纷期望、促成当事人之间达成和解、克服评估式调解的弊端等方面发挥积极作用，亟待引入我国行政争议解决领域之中。中立评估机制处于合意型行政争议解决机制与决定型行政争议解决机制的连接点上，能克服这两类纠纷解决机制间的相互对峙状况，实现二者的有效衔接。从比较法上看，中立评估机制存在着两种模式，分别是独立于行政诉讼过程、评估意见供纠纷当事人参考的英美模式，以及附设于行政诉讼过程、评估意见供法官参考的欧陆模式。我国应借鉴英美模式构建行政争议的中立评估机制，并从评估员的遴选、评估事项、运行程序等方面展开具体的制度构建。

关键词：行政争议解决 替代性纠纷解决机制 中立评估 公开报告人

一、引言

近年来，我国行政管理领域开展了引入第三方评估机制的改革。通过吸纳独立的评估机构的参与和监督，该机制能够提升行政活动的客观性、科学性与公信力，被高层决策者视为推动政府管理方式改革创新的一种重要手段。^{〔1〕}目前，在行政立法、政府绩效管理等领域中，第三方评估机制已陆续建立。^{〔2〕}遗憾的是，此种改革浪潮尚未延伸至行政争议解决这一“下游”领域之中。

* 施立栋，苏州大学王健法学院副教授，南京师范大学中国法治现代化研究院特邀研究员。

本文为司法部国家法治与法学理论研究课题“行政争议的中立评估机制研究”（16SFB5010）、苏州大学2019年高等教育教改研究课题“案例教学融入行政法课程体系的路径研究”的阶段性成果。

〔1〕 在2014年8月27日举行的国务院常务会议上，李克强总理提出要用第三方评估促进政府管理方式改革创新，并使之成为今后政府工作的常规机制。（参见肖楠：《李克强：用第三方评估促进政府管理方式改革创新》，载 http://www.gov.cn/xinwen/2014-08/27/content_2741169.htm，最后访问时间：2021年1月10日。）

〔2〕 参见《全国人民代表大会常务委员会办公厅关于争议较大的重要立法事项引入第三方评估的工作规范》（常办秘字〔2017〕238号）；《财政部关于推进政府购买服务第三方绩效评价工作的指导意见》（财综〔2018〕42号）。

在当前行政争议数量居高不下,而行政复议、行政诉讼等正式的纠纷解决机制又难以有效化解纠纷的背景下,引入中立评估机制来改善行政争议解决状况的必要性和紧迫性日益凸显。

所谓行政争议的中立评估机制,是指在发生行政争议后,该纠纷被提交至具备专门知识的中立评估员,由该评估员对该案件进入行政复议、行政诉讼等渠道的前景作出独立预测,并出具评估报告供相关主体参考的一种纠纷解决机制。这一机制具有如下四个方面的特点。一是专业性。在中立评估机制中,行政争议被提交给专门的评估员进行评估。评估员精通法律知识,能够对案件进入行政复议、行政诉讼等渠道之后的前景进行准确预测。二是中立性。评估员依照自己对案件事实和相关法律的判断独立出具意见,不服务于任何一方当事人的立场或利益。就此而言,评估员与英美法上的法庭之友(amicus curiae)不同,后者往往代表其中一方当事人的利益。^{〔3〕}三是非拘束性。评估员作出的评估意见仅供相关主体参考,不具有约束力。在这一点上,中立评估有别于行政复议、行政诉讼、信访等具有约束力的纠纷解决机制。四是非自足性。评估员出具的意见能够对当事人选择相互和解或诉诸行政复议、行政诉讼产生影响,但它只有与当事人后续选择的这些机制结合起来才能化解纠纷。中立评估机制本身不能独立化解纠纷,毋宁是一种推动纠纷解决的催化剂和媒介。

在理论上,行政争议的中立评估机制归属于替代性纠纷解决机制(ADR)之范畴。在我国行政法学界,对于替代性纠纷解决机制的探讨为时已久,并形成了海量的研究文献。但纵观这些文献,学者们普遍将目光放在行政复议、信访、和解、调解等机制之上。相比而言,对中立评估机制的关注严重不足。仅有一些学者在介绍域外行政争议解决机制时,提及了英美法上的早期中立评估(Early Neutral Evaluation)、小型审判(Minitrial)以及法国法上的政府专员等机制。^{〔4〕}但这些为数不多的文献,存在着如下三个方面的不足之处:一是侧重于引介特定国家中一种或数种具体形态的中立评估机制,未将域外的中立评估机制作整体的比较法考察;二是没有从整个行政争议解决体系的视角出发,对中立评估机制与其他行政争议机制之间的关系进行深入论述;三是对我国应如何构建行政争议的中立评估机制缺乏具体阐述。有鉴于此,本文将对行政争议的中立评估机制的功能、制度定位等理论问题进行阐述,并通过考察与比较域外中立评估机制的主要模式,提出我国相应的制度构建方案。

• 291 •

二、行政争议领域引入中立评估机制的意义

当前我国的行政争议解决面临着当事人的解纷预期过高、当事人之间难以有效达成和解、行政复议与行政诉讼受案负担较重、调解活动呈现出评估化的不良倾向等诸多问题。而引入行政争

〔3〕 See Kirsten Borgsmidt, The Advocate General at the European Court of Justice: A Comparative Study, 13 *European Law Review*, 106, 116 (1988).

〔4〕 参见王锡铤:《规则、合意与治理——行政过程中 ADR 适用的可能性与妥当性研究》,载《法商研究》2003 年第 5 期(介绍了美国的小型审判机制);余军:《私法纠纷解决模式在行政法上的运用——替代性纠纷解决(ADR)之理论原型、妥当性及其影响》,载《法治研究》2007 年第 4 期(介绍了美国的早期中立评估和小型审判机制);余凌云:《论行政复议法的修改》,载《清华法学》2013 年第 4 期(介绍了英国的早期中立评估机制);张莉:《法国行政诉讼政府专员制度改革述评》,载《国家检察官学院学报》2011 年第 4 期(介绍了法国的政府专员制度)。

议的中立评估机制，有助于克服这些问题。

（一）降低当事人在纠纷解决中的过高期望

在法律现实主义者霍姆斯大法官看来，所谓法律，乃是行为主体对法院将会作出何种判决的一种预测。^{〔5〕}但在真实的行政争议解决情境中，霍姆斯的这种理论其实并不现实。当事人很难精确地开展此类预测，他们很容易对案件进入行政复议、行政诉讼等解纷渠道的前景产生不切实际的期望。理由有两点：

第一，当事人容易对案件事实作出高于实际情况的估算。从心理学上看，在发生纠纷之后，各方当事人在“本方有理”的心理驱使下，往往不会全面、客观地收集案件的所有证据，相反，更倾向于搜集支持本方主张的证据。即便当事人能够获取不利于支持本方主张的证据，在排斥心理的支配下，也往往会对对方证据的说服力作出抵触性的低估。^{〔6〕}在这些情形下，会导致当事人对本方证据的获胜概率作出高于真实情况的乐观估计。

第二，当事人难以具备解决行政争议的专门法律知识。对于行政相对人一方而言，他们往往是基于自身朴素的法感情，向纠纷解决机构提出权利救济诉求；而对于行政机关一方来说，在科层制运作逻辑的支配下，更多是基于政治、行政而非法律的逻辑行事。这就导致在发生纠纷之际，行政争议的各方当事人都会因不熟悉或不重视法律，对案件进入行政复议、行政诉讼等渠道可能获取的法律救济或产生的法律后果形成错误认知。

需要指出的是，对于当事人的上述认知偏差，无论是当事人的代理律师，还是行政复议人员与法官，都难以说服其加以纠正。一方面，对于代理律师而言，为了获取当事人的信任以及追求案件的代理费，往往可能会夸大当事人一方获胜的可能性。一项实证研究即显示，律师群体中也普遍存在着与当事人类似的对案件结果进行过高估计的情况。^{〔7〕}即便律师对案件的风险作了理性客观提示，也可能会因当事人对于本方胜算的过于自信而难获采纳，甚至会反过来使当事人对律师产生不信任感。另一方面，对于行政复议人员或者法官来说，让他们通过风险提示来削减当事人的不合理期望，容易让当事人认为其是对方当事人的“说客”，损害他们中立裁决的地位，这非但不能让当事人回归到理性的状态，反而会损害行政复议人员和法官的公信力。

因此，有必要诉诸独立于案件代理律师以及行政复议人员、法官以外的专业人员，由他们来承担对案件前景的评估工作，这样才能确保评估意见的准确性、中立性和公信力，削减当事人对案件的过高期望。

（二）促成当事人之间达成和解

在发生行政争议后，当事人之间在心理上已互生芥蒂，极易形成和解上的僵局，即谁也不愿

〔5〕 参见〔美〕小奥利弗·温德尔·霍姆斯：《法律的道路》，载〔美〕小奥利弗·温德尔·霍姆斯：《霍姆斯读本——论文与公共演讲选集》，刘思达译，上海三联书店2009年版，第17-18页。

〔6〕 See Jeffrey M. Senger, *Federal Dispute Resolution: Using ADR with the United State Government*, Jossey-Bass, 2004, pp. 20-21.

〔7〕 有美国学者在2010年调查了481个民事、行政和刑事案件，发现在44%的案件中，律师对处理结果作了过高估计，案件结果与预期结果相吻合的比例仅为32%，另有24%的案件律师作了过低估计。[See Jane Goodman-Delahunty et al., *Insightful or Wishful: Lawyers' Ability to Predict Case Outcomes*, 16 *Psychology, Public Policy, and Law*, 133, 140-141 (2010).]

意主动迈出第一步尝试与对方进行沟通谈判。这是因为,一旦提议与对方进行和解,会被对方解读为本方理亏或者本方急切地想结束纠纷,这会使本方在后续的谈判活动中处于不利地位。^{〔8〕}而在引入中立评估机制后,由于和解的提议工作将由评估员而非当事人来承担,此时可以有效避免上述僵局。更为重要的是,评估员作出的评估意见能帮助各方当事人客观地分析案件的是非曲直,以及其进入行政复议、行政诉讼等机制中的前景,避免当事人因过于自信而草率地将案件提交至行政复议、行政诉讼等决定型纠纷解决机制,从而显著提升行政争议中当事人达成和解的概率。这一点,已经被国外的相关实践所证明。例如英国在一个行政裁判所开展的运用早期中立评估机制的试点中,在运用早期中立评估之前,该裁判所中上诉人撤诉以及被上诉人改变原先决定的比率仅为9%,而在运用该评估机制之后,这一比率提升到了23%。^{〔9〕}

当然,中立评估机制要想发挥出促成和解的功能,需要满足一定的条件。一般来说,其前提是评估结果显示各方在决定型机制中的取胜概率大致相当。当行政相对人一方显然缺乏取胜可能性之时,要想让争议双方达成和解协议显得极为困难。此时,对于行政相对人一方来说,较为明智的选择是削减乃至放弃自己的不合理诉求。但反过来讲,当行政机关一方显然存在着违法行为的情况下,只要相对人一方具有和解意愿(例如当事人基于理性计算认为起诉会耗费过多时间、金钱等成本),双方之间达成和解协议是有可能的。此时,应由行政机关以主动纠正违法行政行为、采取其他补救措施等方式来达成和解方案。

(三) 减轻决定型纠纷解决机制的负担

引入行政争议的中立评估机制,还可以发挥减轻行政复议、行政诉讼等决定型机制负担的功能,具体表现为以下三个方面:

其一,如果通过中立评估促使当事人之间达成和解协议,这将使案件最终免于诉诸决定型机制。如此一来,案件就能被分流出去,当前困扰纠纷解决机构的“案多人少”矛盾,^{〔10〕}也可在一定程度上获得缓解。由此节省的司法资源可以使复议机关和法院从容用于其他案件之中,使紧缺的司法资源配置于更需要运用决定型机制裁决的案件之上。

其二,即便在经过中立评估之后,当事人并未达成和解协议,而是仍选择诉诸决定型机制,此时当事人对于本方在案件中的优势和劣势将十分清晰,诉求也将变得更为理性。这样一来,决定型机关可以从当前对当事人进行普法、说教以及帮助其降低不合理期望等繁重的事务性工作中解脱出来,将更多精力聚焦于对案件的裁决工作。

其三,在案件仍进入决定型机制的情况下,中立评估员所提供的评估意见也为当事人提供了一个大致的心理预期基准点,使得在解纷决定作出后,当事人不会因与自己的心理预期差距过大而造成失落感。在这一意义上,中立评估机制还具有促使当事人服判息讼的功能。

〔8〕 See Lawrence Susskind, Jeffrey Cruikshank, *Breaking the Impasse: Consensual Approaches to Resolve Public Disputes*, Basic Books, 1987, p. 96.

〔9〕 See Carolyn Hay, Katharine McKenna, Trevor Buck, *Evaluation of Early Neutral Evaluation: Alternative Dispute Resolution in the Social Security and Child Support Tribunal*, MOJ Research Series 2/10, 2010, p. 44.

〔10〕 2014年修订的《行政诉讼法》第51条规定了登记立案制度,法院不能再以“不立不裁”等法外行为将案件阻挡在法院大门之外。这导致大量案件涌入法院,法院内的人案矛盾变得更为突出。

（四）克服评估式调解的弊端

需要指出的是，对行政争议的前景进行预测，并非是中立评估机制所独有的功能。在行政争议的调解过程中，为了说服当事人接受调解，无论是调解人还是当事人一方聘请的律师、亲友或其上级机关，在事实上均扮演着对系争案件进入行政复议、行政诉讼等渠道的胜败前景进行评估的角色。在一些调解活动中，当事人明确要求调解人对案件进入决定型机制之后获得决定机关支持的可能性及其成本进行预测，然后再决定是否参加调解活动。在过去的30年间，这种被称为“评估式调解”（evaluative mediation）的纠纷解决机制，在英、美等普通法世界以及其他国家逐步兴起，成为各国纠纷解决机制发展的一种潮流。^{〔11〕}

从内在构造上看，评估式调解同时融合了中立评估以及调解这两种纠纷解决机制，呈现出复合性的特征。但是，在调解活动中，让调解人、律师等主体同时承担中立评估以及促成和解的职能，存在着如下四点重大缺陷。第一，对案件进入决定型机制的前景进行评估与预测，需要具备极为专业的法律知识，在这方面，调解人以及当事人的亲友、上级机关等主体是难以胜任的。如果在调解活动中严格坚持这一专业性要求，就会人为地抬高调解人及其他参与主体的准入门槛，无法动员各种资源参与调解；而如果不坚持这一专业性要求，又无法保证评估意见的准确性。这就会陷入两难境地。第二，为了确保评估意见的准确性，不仅要求评估员具备丰富的法律素养，还需要诸如当事人举证与相互辩论、禁止法官单方接触等一系列程序制度的保障。^{〔12〕}但是，调解程序与这些程序要求之间是难以兼容的。例如，辩论制的引入，会强化纠纷当事人之间的对抗，使得整个调解活动变得富有竞争性，无法引导当事人展开建设性的合作。第三，当前我国行政争议调解人的设置实行“调审合一”的模式，即在一个案件中，法官、复议人员等决定人员同时出任调解人，让这些人员对案件的前景进行评估，无法防止他们基于完成调解率、撤诉率等考核指标或者惰于作出案件裁决等不良动机，向当事人歪曲评估结果以诱导他们接受调解。^{〔13〕}第四，即便调解人作出的是客观中立的评估意见，调解活动的特殊性质也决定了其意见不易获得当事人的信赖。这是因为调解人常常会陷入所谓的“当事人化”的困境之中，^{〔14〕}即只要调解人出具的是有利于一方当事人的评估意见，都会使得另一方当事人认为其与本方相对立，从而质疑其中立性，使评估意见难以获得充分信赖。

考虑到评估式调解活动存在的上述诸种缺陷，有必要贯彻“调评分离”的程序要求，在调解机制之外另行构建独立的中立评估机制。而行政争议的中立评估机制，正可以满足此种要求。

三、中立评估机制在行政争议解决体系中的定位

引入中立评估机制需思考的问题是，应如何定位它在整个行政争议解决体系中的角色，它与

〔11〕 参见〔英〕西蒙·罗伯茨、彭文浩：《纠纷解决过程：ADR与形成决定的主要形式》，刘哲玮等译，北京大学出版社2011年版，第247页；范愉：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社2000年版，第100页。

〔12〕 参见〔日〕棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社1994年版，第57页。

〔13〕 对行政争议调解“调审合一”模式的弊端更为深入的分析，可参见施立栋：《行政诉讼调解人应实行“调审分离”》，载《中国社会科学报》2017年8月30日，第5版。

〔14〕 参见王亚新：《对抗与判定：日本民事诉讼的基本结构》，清华大学出版社2002年版，第64-65页。

其他行政争议解决机制之间构成何种关系。对于中立评估机制的功能,也可从这一更为宏观的视角获得进一步认识。

(一) 两种“理想类型”的行政争议解决机制及其二律背反

在法社会学上,行政争议解决机制的谱系极广。位居这一体系最左端的解纷机制是忍受或者避让,即当事人以消极的方式让行政争议搁置;位居最右端的则是私力救济,即当事人通过诉诸自身力量寻求行政争议的解决。这两类极端的解纷机制尽管在现实中发挥着终结纷争的作用,但它们均是凭借其中一方当事人的意志与力量,即以非制度化的方式来寻求行政争议之解决,这在文明社会不应加以提倡。而在这两极之间,存在着行政复议、信访、申诉、复核、自行协商、调解等多种制度化的行政争议解决机制。以纠纷解决权力的归属为标准,可以将这些纠纷解决机制划分为两种类型,分别是合意型行政争议解决机制和决定型行政争议解决机制。^[15]前者是指通过纠纷当事人之间达成合意的方式来化解纠纷,自行协商和调解属于典型的例子;后者是通过某个主体单方作出裁断的方式来化解纠纷,其中,有权作出裁断的主体既可以是当事人以外的第三方(如行政复议以及向第三方机关进行的申诉),也可以是行政争议中的行政机关这一方当事人(如向原机关进行的申诉、复核)。^[16]合意型机制与决定型机制共同构成了文明社会中两种“理想类型”的行政争议解决方式,二者除了在纠纷解决权力的归属上存在差异之外,在纠纷解决的规则来源、当事人之间的关系、程序本质、运行过程等方面亦存在着显著不同。^[17]

我国当前行政争议解决体系的运行实况,存在着合意型解纷机制与决定型解纷机制之间的二律背反状况。一方面,由于受限于实定法规定、体制环境等多重因素,作为法定解纷机制的行政复议、行政诉讼等决定型机制,无论在法律层面上还是事实层面上均难以完全有效地化解纠纷。以行政诉讼为例,在制度设计层面,现行《行政诉讼法》在受案范围、审查标的、审查标准、救济手段等方面存在着诸多局限;另外,在实践层面上,还存在着当事人不想告、法院不愿审、判决难执行等问题。^[18]这就导致大量的行政争议不得不流向自行协商、调解等合意型解纷机制寻求解决。但另一方面,合意型行政争议解决机制在实际运行中又呈现出背离法治的状况,即日本法哲学家田中成明教授所说的“反法化”(anti-legalization)现象。^[19]在实践中,行政机关与行政相对人之间在法外达成交易、合谋侵害公共利益的现象比比皆是,从而偏离了纠纷解决的法治化轨道,这也是我国行政法学者对自行协商、调解等合意型解纷机制持反对意见的核

• 295 •

[15] See Patricia M. Wald et al., Use of Alternative Dispute Resolution: Better Ways to Resolve Some Public Sector Controversies, 1 *Administrative Law Journal*, 479, 487 (1987).

[16] 有学者认为,在决定型纠纷解决机制中,作出决定的主体仅为当事人以外的第三方。(参见前引[12],棚濑孝雄书,第7-8页;〔日〕六本佳平:《日本法与日本社会》,刘银良译,中国政法大学出版社2006年版,第79页。)这种观点在行政争议解决领域并不确切,例如,行政法上的复核机制便是由原机关作为纠纷解决裁断主体的。

[17] 对二者的详细比较,参见施立栋:《合意型行政争议解决机制刍议》,载《法制与社会发展》2015年第4期。

[18] 对行政诉讼在法律层面和事实层面存在的诸多局限的具体分析,参见何海波:《行政诉讼法》,法律出版社2016年版,第37-42页。

[19] 对“反法化”的分析,参见〔日〕田中成明:《现代社会与审判——民事诉讼的地位和作用》,郝振江译,北京大学出版社2016年版,第22-43页。

心理由。^{〔20〕}

（二）作为衔接合意型解纷机制与决定型解纷机制的中立评估机制

合意型行政争议解决机制与决定型行政争议解决机制之间的紧张关系已经引起了顶层设计者的关注。早在2006年，中共中央办公厅和国务院办公厅联合发布的《关于预防和化解行政争议 健全行政争议解决机制的意见》就提出，要建立行政复议、行政诉讼与调解有效结合的机制。2015年，中共中央办公厅和国务院办公厅联合发布的《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》进一步指出，“要着力完善制度、健全机制、搭建平台、强化保障，推动各种矛盾纠纷化解方式的衔接配合”，并强调要“坚持依法治理，运用法治思维和法治方式化解各类矛盾纠纷”。遗憾的是，到目前为止，在我国行政争议解决领域，此类具体的衔接机制尚未有效构筑起来。

笔者认为，行政争议的中立评估机制恰好能够化解合意型解纷机制与决定型解纷机制之间存在的对峙状况，实现二者的有效衔接。一方面，中立评估机制是一种依法评估机制，从该机制的运作机理来看，它需要建立在对案件事实和相关法律法规的评估之上，就此而言，其运作机理与行政复议、行政诉讼等机制颇为类似，是对行政复议、行政诉讼等制度的一种预先、潜在的运用。由于聚焦于对特定案件事实背景下当事人的法定权利之判定，中立评估机制与行政复议、行政诉讼等纠纷解决机制一样，均属于权利导向的纠纷解决机制。^{〔21〕}在运用这一机制的过程中，法的形式价值得以维护，从而可以满足顶层设计者所提出的依靠法治思维和法治方式化解行政争议的基本要求，克服单纯的合意型行政争议解决机制在运行过程中罔顾事实与法律进行“和稀泥”、当事人之间合谋侵害公共利益等“反法化”之弊。另一方面，评估员出具评估意见后，又往往能够引导当事人更为理性地看待案件的前景，促使当事人达成和解，进而为行政复议、行政诉讼等决定型机制减负，实现案件的有效分流。即便案件最终进入行政复议、行政诉讼等决定型机制，该评估结果也有帮助当事人限缩案件争点之效。而在复议或诉讼的结果与评估意见相吻合的情况下，更能提升决定机关所作决定的说服力和可接受性，促使当事人服判息讼。

行政争议的中立评估机制之所以能够衔接上述两类行政争议解决机制，是由其所处的制度相位决定的。将行政争议解决机制划分为合意型机制与决定型机制，毕竟是一种基于“理想类型”的划分。在现实的行政争议解决体系中，上述二元划分并未能够穷尽所有的解纷机制。行政争议的中立评估机制便是一个实例。实际上，中立评估机制恰好处于合意型机制与决定型机制的空缺地带。这种制度相位，再加上其运作机理与决定型机制一致、运作结果又具有合意促成功能的复合性特征，决定了它能发挥出黏合两种“理想类型”的行政争议解决机制的功能。

〔20〕 参见张旭勇：《论行政诉讼和解的正当性困境及其化解》，载《法商研究》2010年第5期。英、美、德等国学者也多持此批判理由。[See Michael Supperstone, Daniel Stilitz, Clive Sheldon, ADR and Public Law, 2006 *Public Law*, 299, 313-314 (2006); Keith Werhan, Delegalizing Administrative Law, 1996 *University of Illinois Law Review*, 423, 460-466 (1996); Wolfgang Hoffmann-Riem, Irene Lamb, Negotiation and Mediation in the Public Sector: the German Experience, 72 *Public Administration*, 309, 315 (1994).]

〔21〕 参见前引〔6〕，Jeffrey M. Senger书，第37页。

四、行政争议中立评估机制的两种域外模式及其特质

从比较法的视野上考察,行政争议领域的中立评估机制呈现出英美模式和欧陆模式两种样态。二者在纠纷介入时点、评估员的身份、程序的性质、制度功能等方面存在显著差异。

(一) 独立于行政诉讼过程、评估意见供纠纷当事人参考的英美模式

在美国和英国的行政争议解决实践中,存在着早期中立评估、小型审判等具体形态的中立评估机制。

早期中立评估机制是在行政争议发生后的较早阶段,由当事人将纠纷提交至具备专业知识的评估员,由后者对案件进入决定型机制的可能结果做出评估的一种机制。该制度最初是由美国加州北区联邦地区法院于1985年创设出来的一项纠纷解决机制,起初仅适用于对民事案件的评估,随后被扩展适用到行政争议案件之中。例如,在联邦政府合同纠纷中,当事人往往会共同聘请该领域的专家对案件进行评估;当案件被诉至法院之后,法院也常常会任命一位评估员对案件的结果进行预测。此类纠纷的评估程序较为简单,通常由评估员主持评估过程,由各方当事人提交证据,在此基础上由评估员作出评估意见,随后依据该评估意见,在当事人之间展开达成和解协议的尝试。^{〔22〕}在英国,同样存在着有关早期中立评估的制度与实践。在2004年7月发布的一份有关行政救济机制改革的白皮书,就将早期中立评估制度列为替代性纠纷解决机制的具体形态之一。^{〔23〕}受此影响,在2007年9月至2009年1月间,英国社会保障和儿童抚养上诉裁判所在其受理的有关护理补贴和残疾生活补贴的行政案件中,开展了运用早期中立评估制度的试点项目。在该项目中,由一名地区裁判所法官担任评估员,他在裁判所服务局受理上诉案件的四周时间内,通过书面审查来对案件的可能结果作出评估,并以此为基础促成当事人之间达成和解。一旦和解失败,曾担任过评估员的这名裁判所法官不得再参与该案件的后续审理活动,后续审理该案件的法官甚至不会被告知该案曾经历过中立评估。^{〔24〕}

小型审判制度则是一种更为程式化的中立评估机制。所谓小型审判,是指行政争议各方当事人中拥有和解拍板权的高层代表出席一个协商会,就案件的解决进行协商,该协商会由中立的第三方进行主持,在当事人的要求下,该中立第三方可以作为评估员,对案件的是非曲直以及案件进入审判后法官的可能判决结果作出预测,在此基础上,各方当事人再决定是否进一步展开和解。在开始协商会之前,各方当事人需要在律师的协助下,在指定的时间内(通常为1至3个月)就案件中的主要事实问题交换证据,并可以引入证人。^{〔25〕}该程序实际上划分为两个独立的阶段,即评估阶段与调解阶段,中立第三方分别在这两个阶段承担评估员和调解人的角色,其中

〔22〕 See Frank Carr, *Alternative Means of Dispute Resolution in Federal Contract Disputes*, in Marshall J. Breger ed., *Federal Administrative Dispute Resolution Deskbook*, American Bar Association, 2001, pp. 262-263.

〔23〕 See Department for Constitutional Affairs, *Transforming Public Services: Complaints, Redress and Tribunals*, Cm. 6243, para. 2.11 (2004).

〔24〕 参见前引〔9〕, Carolyn Hay、Katharine McKenna、Trevor Buck 文,第1-3页。

〔25〕 See Philip J. Harter, *Points on a Continuum: Dispute Resolution Procedures and the Administrative Process*, 1 *The Administrative Law Journal*, 141, 147-148 (1987); 前引〔22〕, Frank Carr 文,第258-260页。

前一阶段出具的评估意见是直接服务于后续的调解活动的，是促使当事人之间达成纠纷解决合意的一种手段。正是在这一意义上，有学者指出：“小型审判其实根本不是审判，而是一种高度结构化的和解程序”。〔26〕在美国，1996年的《行政争议解决法》明确将小型审判列为替代性行政争议解决机制中的一种。〔27〕

（二）附设于行政诉讼过程、评估意见供法官参考的欧陆模式

在欧洲大陆，虽然行政争议解决领域并不存在直接冠以“中立评估”之名的机制，但从功能比较的视角看，法国的公开报告人（Rapporteur Public）以及欧盟的法务官（Advocate General），也扮演着类似于英美法系的中立评估机制的角色。

公开报告人是法国行政法院内负责在行政诉讼过程中对案件的事实和法律问题独立发表评估意见的人员。它被视为法国行政诉讼的核心制度和象征。〔28〕这一制度的历史源远流长，可追溯至1831年在法国国家参事院中设立的“行使检察官职能的查案官”（又称“国王专员”）职务；自1849年起，这一职务被更名为“政府专员”。〔29〕但政府专员的名称常被人们误解为代表政府出具法律意见之人，这与其代表法律独立出具意见的实际角色不相符，为此，其在2009年1月7日被更名为“公开报告人”。公开报告人本身属于行政法院的一名法官，他与其他法官在法律地位上是平等的，只是在所从事的工作上存在分工。为了能够胜任案件评估之职责，公开报告人须从行政法院内具有丰富行政案件审判经验的法官中进行选拔。由公开报告人对行政案件进行评估，这是法国行政诉讼的一项法定程序，除紧急审案件、出入境等7类案件外，〔30〕其他案件必须要由公开报告人进行评估。公开报告人有权获得在预审阶段所形成的案卷材料。在阅读案卷材料后，他可以进一步调查任何其认为必要的问题。在对案件涉及的事实和法律问题形成意见后，公开报告人在庭审阶段中公开宣读该意见。在规范层面，公开报告人出具的意见并不具有强制拘束力，法官有权在作出判决时决定是否采纳。但从实际运行情况来看，公开报告人的意见具有极高的权威，通常会被审理案件的法官采纳，进而体现在判决之中。在贝尔教授看来，这一事实使得法国的行政诉讼程序呈现出“明显的联合领导元素”〔31〕，换言之，行政审判的权力在一定程度上被公开报告人共享了。不仅如此，由于公开报告人在行政案件审理方面具有丰富经验和卓越素质，其往往能在宣读的意见中提出十分重要的观点，法国行政法上的很多重要原则正是从该意见中生发出来的，其在很大程度上引领着法国判例法的发展方向。〔32〕

受法国行政法的影响，在欧盟的司法体系中也存在着与之类似的法务官制度。这一制度亦被

〔26〕 Jethro K. Liebermant, James F. Henry, Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement, 53 *The University of Chicago Law Review*, 424, 427 (1986).

〔27〕 See 5 U. S. C. § 571 (3).

〔28〕 参见陈天昊：《公正、效率与传统理念——21世纪法国行政诉讼的改革之路》，载《清华法学》2013年第4期。

〔29〕 参见前引〔4〕，张莉文。

〔30〕 参见《法国行政诉讼法典》，陈天昊译，载何海波编：《中外行政诉讼法汇编》，商务印书馆2018年版，第538、595页。

〔31〕 [英] 约翰·贝尔：《法国法律文化》，康家昕等译，清华大学出版社2012年版，第269页。

〔32〕 参见[法] 让·里韦罗、让·瓦利纳：《法国行政法》，鲁仁译，商务印书馆2008年版，第850页。

视为“整个欧盟法律体系中最为重要的一项制度”^{〔33〕}。其产生背景是，在1951年的《巴黎条约》谈判过程中，有欧洲煤钢共同体的成员国提议在共同体法院中建立法官发表异议制度，但未获采纳。作为妥协方案，法国提出可建立类似于该国的政府专员制度，这一提议获得接受，最后通过的《巴黎条约》上设立了法务官制度协助法官判案。^{〔34〕}根据2007年通过的《欧盟运行条约》第252条的规定，欧洲联盟法院内设有8名法务官，其职责是完全公正、独立地提出附具理由的意见。法务官与欧洲联盟法院法官的法律地位是平等的。法务官在诉讼程序启动之初便介入案件之中，他可以全程参与案件的审理，直至庭审结束。期间，他有权阅读案卷材料，参与案件的预审，并对有关诉讼参与人进行提问。^{〔35〕}在法院庭审活动结束之际，法务官会对案件发表独立的意见，并公开发布。当然，如果系争案件并未涉及新的法律问题，法务官无需出具意见。法务官提交的意见虽不具有约束力，但法官在最后做出裁决时往往会遵从其意见。比如，在1996年上半年法务官出具意见的96个案件中，只有6份意见未获采纳。^{〔36〕}另外，法务官出具的意见由于说理透彻，往往会在之后的案件中被援引，它引领着欧盟判例法的发展。

（三）英美模式与欧陆模式之间的差异

无论是英美模式还是欧陆模式，都发挥着对系争案件中涉及的事实和法律问题进行评估的功能。但由于历史传统、问题情境等因素的不同，两种模式在具体的制度特质方面存在着不小的差异，具体表现为如下六个方面：

第一，程序的独立性不同。英美式的中立评估机制是独立于诉讼程序的一项解纷机制，而欧陆模式是附设于诉讼过程之中的一项制度。这一差异意味着，英美式的中立评估机制的适用范围要广于欧陆模式，其不仅可以被用于对诉讼前景的评估，还可以被用于对行政复议、仲裁等决定型机制前景的评估，而欧陆制度只能用于评估行政诉讼的前景。

第二，对行政争议的介入时点不同。由于英美式的中立评估机制是独立于行政诉讼机制的解纷机制，它们可以在当事人提起诉讼前便介入纠纷的处理；相反，欧陆式的中立评估机制必须在诉讼程序正式开启之后才开始运行。此种差别使得欧陆式的中立评估机制无法起到阻止案件进入法院的功能，而在英美式的中立评估机制中，若评估员在出具意见后当事人选择和解，则能够在诉前实现案件的分流。

第三，评估员的身份不同。在英美模式中，评估员一般是由退休法官或者律师担任，实现了与行政复议机关、法院等机构的完全分离；而在欧陆制度中，评估员由法院内的现职人员担任，但评估员独立履行职责，不受所在法院内审案法官及其他人员的影响，这是一种相对的职能分离制度。

第四，评估意见的受众不同。在英美模式中，评估员出具的意见是提交给纠纷当事人参考

• 299 •

〔33〕 Philip Moser, Katrine Sawyer eds., *Making Community Law: The Legacy of Advocate General Jacobs at the European Court of Justice*, Edward Elgar Publishing Limited, 2008, p. 6.

〔34〕 See Noreen Burrows, Rosa Greaves, *The Advocate General and EC Law*, Oxford University Press, 2007, p. 2.

〔35〕 参见前引〔34〕，Noreen Burrows、Rosa Greaves书，第23-30页。

〔36〕 See Takis Tridimas, *The Role of the Advocate General in the Development of Community Law: Some Reflections*, 34 *Common Market Law Review*, 1349, 1362-1364 (1997).

的；而在欧陆模式中，该意见的受众主要是法官，其核心功能是用于启发法官的判案思路，而帮助当事人知晓、理解法院裁判理由只是其附带性功能。尽管法国在晚近改革了公开报告人制度，允许当事人提前知晓公开报告人意见的结论部分，并在公开报告人发表意见后允许当事人对之发表意见，^{〔37〕}这在一定程度上加强了公开报告人与当事人之间的对话，但其与英美模式中评估意见仅供当事人参考的制度相比，还是存在着显著差异。

第五，程序的强制性不同。在英美制度中，中立评估机制属于一项任意程序，当事人有权自己决定是否将案件提交至该程序进行评估；而在欧陆制度下，除特定类型的案件外，中立评估机制原则上属于一项法定程序，尤其是当案件涉及重大复杂的法律争议时，由评估员对案件出具意见成为一种必经程序。

第六，制度功能存在差异。在欧陆模式下，中立评估机制并不止步于对案件作出评估的功能，还被寄寓了推动判例法发展的功能。评估员的目光并不拘限在当下个案之中，而是要超越个案，寻求推动法律发展之契机。从欧盟法院的实践来看，法务官往往会倾向于从比案件争点更宽广的背景中来分析案件，因而其意见往往比法院作出的裁判文书篇幅更长，涵盖主题更广。^{〔38〕}也正因为如此，法务官出具的意见不免带上如有的学者所评价的“东拉西扯的风格”（discursive style）^{〔39〕}。在法国，公开报告人也需要将其在案件中提出的解决方案与判例法联系起来，以便出具的意见能够影响判例法的发展。^{〔40〕}凡此种种，是英美式的中立评估机制难以企及的。

• 300 •

五、我国构建行政争议中立评估机制的模式选择与制度展开

（一）制度模式的取舍

行政争议的中立评估机制，并非仅是比较法上的一种言说。事实上，为了应对日益高发的行政争议案件，提升纠纷解决的品质，我国一些地方法院在近年来已陆续参考域外制度，开展了运用中立评估机制的试点。自2012年起，上海市黄浦区人民法院便开始试点在行政诉讼中引入“独立报告人”制度，规定在重大疑难复杂的案件中，由法院内部不属于案件合议庭成员的青年法官担任独立报告人，负责独立地出具有关案件处理意见的报告，并将该报告提供给审理案件的法官参考。^{〔41〕}从这一制度中可见，黄浦区人民法院的中立评估机制完全模仿了法国的公开报告人制度。更早开展中立评估机制试点的四川省成都市各基层法院和海南省第一中级人民法院，也以法国制度作为模板，并直接冠以了法国的“公共报告人”的名称，只是在评估员的选取上作了

〔37〕 参见前引〔4〕，张莉文。

〔38〕 See John Fairhurst, *Law of the European Union*, Pearson Education Limited, 2010, p. 155.

〔39〕 前引〔33〕，Philip Moser、Katrine Sawyer主编书，第6页。

〔40〕 参见〔英〕L·赖维乐·布朗、约翰·S·贝尔：《法国行政法》，高秦伟、王锴译，中国人民大学出版社2006年版，第98页。

〔41〕 参见王川：《“民告官”法庭现“神秘专家” 揭密“独立报告人”制度》，载《上海法治报》2014年9月1日，第2-3版。

改造,邀请法学教授、律师等非法院成员担任案件的评估员。^[42]从上述三地的实践可以看出,我国目前在行政争议领域试点运行的中立评估机制,受欧陆模式的影响至深。但笔者认为,欧陆式的中立评估机制存在着诸多局限,不宜作为我国构建该制度的模板。理由有三:

第一,适用范围狭窄,难以完整地覆盖所有纠纷解决过程。如前所述,欧陆式的中立评估机制只能用于对行政诉讼案件的评估。然而,在行政执法争议、行政复议案件、行政信访案件等领域,同样存在着引入中立评估制度的迫切需求。以行政信访为例,在目前居高不下的信访案件总量中,有相当一部分是因当事人的纠纷解决期望不切实际所致。正是考虑到这一点,中央政法委于2015年6月8日发布《关于建立律师参与化解和代理涉法涉诉信访案件制度的意见(试行)》,提出在信访案件中引入中立评估机制的要求。^[43]因此,在建立行政争议的中立评估机制之时,不能仅将目光限定在行政诉讼案件之上,而欧陆式的中立评估机制显然难以担当此任。

第二,介入纠纷的时点较晚,无法引导案件在诉前实现分流。欧陆式的中立评估机制,是在行政诉讼程序开启之后才开始进行案件评估的,其介入时点晚,无法在诉前阻止纠纷进入法院,因而仍然会占用有限的司法审判资源,难以使案件分流。

第三,由现职法官担任评估员,存在着诸多缺陷。首先,由现职法官担任评估员,很难阻断其与审理案件的法官之间的相互影响,其客观、中立地出具评估意见的条件难以得到保证。其次,与法国在普通法院外另行设置一套行政法院系统不同,我国的行政审判组织设置于各个普通法院内,是一种分散化的管辖制度,^[44]如果推行法国式的公开报告人制度,意味着要在各普通法院内一一设置相应的专职评估员,为此需要增设的岗位非常多,此一改革的难度和成本巨大。最后,在当前司法公信力不足的现实背景下,由现职法官出具评估意见难获当事人的充分信服。因为如果出具的评估意见与司法裁判相一致,当事人容易产生“官官相护”之怀疑;如果二者不一致,则易使当事人以法院内部对案件的处理意见不一致为由,质疑司法裁判的效力。而一旦邀请法院以外的专业人士担任评估员,则可以克服上述缺陷。这可以解释为何前述四川与海南两地法院在引入法国的公开报告人制度时,特意选择邀请法院外的专业人士担任评估员。

综上,当前我国实践部门以欧陆模式为蓝本所开展的中立评估机制试点,存在着诸多局限。相比而言,英美模式无论在适用范围、纠纷介入时点还是评估结果的可靠性方面均更具优势,适合作为我国构建中立评估机制的模板。为此,需要结合本土实际,从评估员的遴选、评估事项、运行程序等方面展开具体的制度构建。

[42] 成都市中级人民法院自2011年起,在所属的基层法院中引入了公共报告人制度。(参见王鑫等:《行政案件审理试点“公共报告人”》,载《成都商报》2012年2月17日,第8版;晨迪:《审理行政诉讼“公共报告人”首次出庭》,载《成都日报》2012年11月12日,第9版。)海南省第一中级人民法院在2012年也引入了公共报告人制度。(参见余德厚:《海南:庭审观摩“扎堆”推进》,载《人民法院报》2012年6月2日,第6版。)

[43] 该意见指出:“依据案件事实和相关法律规定,在调查核实案情基础上,由律师事务所或涉法涉诉信访法律服务机构对信访人的信访事项和诉求作出评议分析,研究解决问题的方案”,“经过分析、评议,认为原案件处理正确、信访人诉求不当的,通过摆事实、讲道理、析法理,耐心劝导信访人服判息诉。仍不息诉的,可邀请相关领域专家、对方当事人、群众代表、有信访经历的人员等,公开评议信访人的诉求是否有理合法。”

[44] 当然,目前正在进行改革试点的跨行政区划法院、集中管辖法院以及知识产权法院等改革举措,属于对行政案件的集中式管辖。此种改革涉及面虽较广,但改革后普通法院仍然保留着部分行政案件的审理权限。

（二）行政争议中立评估机制的具体构建

1. 评估员的遴选

对行政争议解决前景的研判与预测，涉及专业的法律及纠纷解决知识的运用，这项工作应交由在行政复议、行政诉讼等领域拥有长期从事经验的资深人士来承担。对此，首先应聘请退休的法官和退休的行政复议人员担任评估员。之所以应遴选此类人员，理由有三点：第一，退休的法官、行政复议人员在长期的任职过程中形成了良好的从业经验，有能力胜任预测案件结果这一工作。第二，在我国，法官和行政复议人员同属公务员序列，均实行年龄届满强制退休的制度。^{〔45〕}但这一规定与法官和行政复议人员所从事的工作性质并不契合，因为该工作主要属于智力判断活动，其工作能力并不会随着年龄的增大而有所降低。现行的强制退休制度，在一定程度上导致了行政复议人员和法官的智识资源浪费的情况，而让这部分退休人员承担评估工作，可以克服此种缺陷。第三，让退休的而非现职的公务员承担评估工作，可以使评估员免受原隶属机关各项考核管理制度的约束，并阻隔其与现职决定人员之间的相互影响，确保评估员的超脱中立地位。

此外，还可以聘请在系争案件领域有长期执业经验的律师参与行政争议案件的评估工作。律师具有“体制外”的独特身份，这决定了其开展评估工作将更为独立，更容易获得当事人的信任。但是，在律师参与案件评估时，需要注意防止其与案件代理律师之间存在利害关系。原则上，承担案件评估职责的律师，不能与当事人一方的代理律师来自于同一律师事务所，除非各方当事人知晓这一情况并书面同意该律师继续担任评估员。

无论是从评估活动所要求的纠纷客观中立预测的属性着眼，还是从其潜在的防范纠纷进入后续行政复议与诉讼渠道的功能来看，行政争议的中立评估活动均表现出较强的公共属性。因此，评估行业不宜实行市场化的运作模式。在具体制度设计上，应由各级司法行政机关负责组建当地的行政争议评估员名册，将前述退休的法官、退休的行政复议人员、律师等人员列入其中，并开展定期培训。在发生行政争议之后，由当事人向司法行政机关提出申请，挑选评估员。评估员的培训开支以及在具体个案中发生的评估费用，应由国家财政经费予以保障。

2. 评估的事项

评估员应对下述事项作出预测：一是案件进入行政复议、行政诉讼后的审理结果，既包括当事人的诉求获得裁决机关支持的可能性，也包括裁决机关可能为相对人提供的救济方式，以及行政机关可能要承担的法律后果。这是从法律层面对案件进入决定型机制之后的可能前景所作出的预测。二是运用决定型机制解决纠纷所需花费的时间、金钱等成本。这是对当事人运用决定型机制需要付出的经济成本所给出的一个评估。在时间成本的估算上，不仅应包括进入特定决定型机制所需花费的时间，还包括后续的上诉、再审、申诉等程序所将耗费的时间。而对于金钱成本，应包括案件审理费、律师代理费以及当事人自身的机会成本等。三是在案件进入决定型机制后可能面临的不确定性风险，包括受到政策变动的影响、受到有关机关干预的可能性等。这是从事实层面对运用决定型机制将遇到的困难作出的分析与评估。

〔45〕 虽然《法官法》（2019年修订）第62条规定“法官的退休制度，根据审判工作特点，由国家另行规定”，但目前我国并未出台有关法官退休年龄的特别规定，因而在退休年龄上法官与其他公务员仍适用同一规则。

3. 评估的程序

(1) 中立评估程序的启动。中立评估机制的启动,应基于行政争议当事人的一致同意,这样才能最大限度地发挥该制度在削减当事人不合理诉求方面的功能,同时,当事人双方的参与使得评估员能够兼听双方之词,在此基础上能查清案件事实继而得出更为准确的评估结论。为此,当事人之间可以通过事先订定协议,约定在发生争议之后将案件提交至中立评估机制。没有事先协议的,当事人之间也可以在发生争议之后,通过共同商定将纠纷提交至评估员进行评估。

(2) 禁止单方接触。在评估过程中,评估员不得私底下单独会见案件中的一方当事人或其代理律师。这一项程序要求的目的在于,确保据以评估的证据材料均为各方当事人所知晓,不存在评估员私下获得的其他材料,以保证最后出具的评估报告的公信力。^[46]

(3) 举行评估会议。评估会议由评估员主持。各方当事人应提交证据,并可以就相关事实和法律问题展开对质与辩论。当事人还可邀请证人在评估会议上作证,并进行交叉询问。

(4) 保密性保护。评估的过程应秘密进行,评估员和当事人均不得将相关的信息披露给其他人员,当事人也不得在案件进入决定型机制后使用在评估活动中获取的证据。保密性保护的目的在于避免使中立评估机制成为当事人探知对方证据情况的工具,同时可以消除当事人因害怕提前泄露行政复议与诉讼中的策略而惮于使用中立评估机制之顾虑。^[47]

(5) 出具评估报告。评估报告应当清楚地写明评估意见,同时简明扼要地载明评估意见的事实依据和法律根据。评估报告应仅提供给当事人,不得向包括后续审理案件的复议人员、法官等在内的其他人员公开。

(6) 尝试促成和解。评估员在出具报告后,应负责向当事人解释评估报告的内容。如果当事人展现出和解意愿,评估员可在各方当事人的一致同意下,将其身份切换成调解人,参与案件的调解。

• 303 •

六、结 语

行政法处于永恒的变动之中。美国行政法学家施瓦茨教授曾感喟道:“这是一个充斥着变动的领域。唯一不变的是它的变动性。”^[48] 行政争议解决机制作为行政法的具体场域之一,亦不能例外。为了提供贴合于个案情况且令当事人满意的纠纷解决服务,英、美、法、欧盟等地相继创设并使用了行政争议的中立评估机制。该机制兼具权利判定与合意促成的性质,具有降低当事人过高的纠纷解决期望、促使当事人达成和解、减轻正式纠纷解决机制负担等方面的积极意义,可以有效回应我国顶层设计者所提出的“运用法治思维和法治方式化解矛盾”“促进诉讼与非诉讼纠纷解决机制的有机衔接”等要求。中立评估机制在我国有着广阔的应用前景,能够运用于行政

[46] See Wayne D. Brazil, *Early Neutral Evaluation*, American Bar Association, 2012, p. 74.

[47] 关于纠纷解决过程信息的保密理由,更为深入的分析,可参见施立栋:《行政争议调解过程信息的保密性规则之构建》,载《法商研究》2018年第4期。

[48] Bernard Schwartz, Recent Administrative Law Issues and Trends, 3 *Administrative Law Journal*, 543, 543 (1989-1990).

诉讼案件、行政复议案件、行政信访案件乃至更为“上游”的行政执法争议案件之中，有助于推动行政争议理性、经济地得到解决，为社会转型期化解日益频发的行政争议提供一种新的思路。

倡议引入中立评估机制，或许将面临如下一种质疑：我国行政争议解决领域已有疑难案件的专家论证制度，如若再引入具有类似功能的中立评估机制，是否会造成制度上的叠床架屋。笔者认为，这种质疑是难以成立的。理由在于，本文所论述的中立评估机制，是一种由超脱于各方当事人且具有长期实务经验的人员担任评估员，评估员受到各方当事人合意选任、禁止单方接触等程序机制约束，并就案件胜败前景、纠纷解决成本等事项进行全面预测的机制，这与多服务于论证召集方之立场、参与人士未必具有专门实务经验、运行过程较少受到程序保障且评估内容并不全面的专家论证制度之间，有着云泥之别。事实上，在我国，专家论证制度无论是在人员的中立性、专业能力还是论证结论的公信力、可问责性等方面均备受质疑，在此背景下，仍期待借助该制度促使行政争议当事人息讼止争，是不现实的。这也是英美和欧陆国家纷纷在专家论证制度之外另行构建起中立评估机制的深层次原因。质言之，对于行政争议解决前景的评估，应交给专门的中立评估机制来承担，如此方能妥善化解行政争议。

Abstract: Neutral evaluation is a kind of alternative dispute resolution which predicts the possible outcomes of adjudication if the case is referred to the administrative litigation or reconsideration process. Introducing the neutral evaluation into the areas of administrative dispute resolution can cut the disputants' unrealistic expectations, promote the possibilities of settlement among disputants as well as overcome the harmful tendency of evaluative mediation. Neutral evaluation locates in the connection point of consensual dispute resolution mechanisms and adjudicative dispute resolution mechanisms, and thus can help to interlink these two ideal types of administrative dispute resolution mechanisms. In comparative administrative law, there are two distinctive models of neutral evaluation. The first one is the Anglo-American model whose evaluative opinion is for disputants' reference and this model is independent of the administrative litigation process. The second one is the European model whose evaluative opinion is for judges' reference and this model is annexed to the court. The Anglo-American model is more adaptable for China to construct the systems of neutral evaluation.

Key Words: administrative dispute resolution, alternative dispute resolution, neutral evaluation, rapporteur public

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)

行政诉讼对刑事执行进行监督的法理

曾文远*

内容提要：我国多元化的刑事执行体制蕴含着对行刑权的非独立性考量。刑事执行权被天然地视为刑事司法权，由此建立的刑事执行监督是一种诉讼监督，体现为一种刑事诉讼内部权力制约机制，即检察机关的一元化监督。这一制度设计不合法理，亦与现代法治发展相悖，其在现实运行中问题丛生。统一刑罚执行体制建设不仅要求刑事执行机关的统一，更呼吁刑事执行权的独立性。在法理上，包括行刑权在内的刑罚权不能作刑事司法权的理解，否则不符现代国家权力分权制衡原则。行刑权的行政权本质决定着刑事执行的行政行为的性质，行政诉讼由此介入刑事执行监督具有正当性。刑事执行监督体制改革的一个方向，就是恢复被执行人在刑事执行中应有的行政法律关系主体地位，对此，破除特别权力关系的消极思想势在必行。行政诉讼是对刑罚权中刑事执行权行使合法性的审查机制，刑事诉讼是对刑罚权中刑事公诉权行使合法性的审查机制，从某种意义上讲，行政诉讼和刑事诉讼都是刑罚权行使合法性的证成机制。

关键词：刑事执行 刑事司法权 刑罚权 行刑权 行政诉讼

• 305 •

一、问题的提出

对行为人科以刑罚之刑事制裁是刑罚权行使的直接目的所在，刑事审判作出了对刑事追诉行为合法有效的判断，也就意味着被告罪行成立，刑罚权切实施于其身；换言之，刑事追诉行为的合法性和正当性得以确立之时，严格的刑事诉讼也就伴随着刑事审判的结束而结束。法院裁判须得以执行，这对于法治是不言而喻的，刑事裁判亦不例外，经有罪裁判宣告后对其内容之执行就是刑事执行，它亦是刑罚权行使行为。刑事执行是法院所认证之国家刑罚权的真正落实，其以实现刑罚等刑事制裁为目的，刑罚则以犯罪人的自由、财产甚至生命的剥夺为内容；刑事执行因刑罚内容具有法院裁判之确定性，故其理应在法院确定的范围内不打折扣地完成，如在执行内容上

* 曾文远，中国人民公安大学侦查学院讲师。

有所变更则须经法院之再次认证。未依法院确定之内容而进行的刑事执行，或表现为执行懈怠，如应当执行之内容而不予执行、迟延履行、减轻执行等，或表现为执行逾越，典型者如加重执行。刑事执行是作为刑罚权的行刑权的体现，而行刑权是追诉权之后的刑罚权，刑事审判在于对刑事追诉权行使的合法性予以审查，对行刑权行使的合法性审查非刑事审判之要旨，这时对刑事执行中懈怠行为和逾越行为理应通过其他方式进行监督。

但是，从我国的刑事执行现状来看，受行刑权是刑事司法权的通说所囿，我国确立起的刑事执行监督体制主要是通过检察机关的法律监督予以实现。根据权威学者的观点，检察机关的“法律监督权在本质上是具有司法监督性质的国家权力”，检察机关必然是“以诉讼为基点和依托”，“控制和约束刑事司法权并保障其正当运行的制度性措施”〔1〕。换言之，行刑权是刑事司法权的具体表现，刑事执行就是刑事司法活动。〔2〕以此理论出发，我国构建起的现有刑事执行监督体制必然是一种内部监督体制，刑事执行监督的效能高低主要取决于检察机关的能力大小和积极与否。受检察机关监督的刑事执行是司法的，但检察监督行为本身则是非司法的，从体制运行的现实来看，刑事执行的检察监督基本上处于封闭状态，除非检察机关主动公开抑或偶尔由当事人爆料，社会公众是绝难窥视其中一二的。即使我们姑且认为检察机关永远公正无私，但其具有的制度资源也是难以胜任对刑事执行的全面监督之责的。之所以如此，恐怕和学界的研究忽视有关。相较于刑罚权体系其他权力样态来说，行刑权问题一直是学界研究的薄弱点。传统诉讼法学主要是研究刑事审判如何将国家刑罚权行使行为合法化和正当化这一过程，至于宣判后如何刑事执行则成为了相应执行机关的“自留地”，其具体运作形似密不透风的“黑箱”，对其规范和监督往往流于形式，更罔论基本法治要素的具备，现实中屡屡报道的虐囚事件便是对此鲜明的写照，这不仅是对法院裁判的莫大挑战，也是对基本人权的悍然侵犯。因此，本文拟从我国刑事执行的现状入手，特别是在指出现有监督体制存在问题的基础上，反思这一监督体制得以确立的“行刑权具有刑事司法权属性”的正当性，进而探索一条更符合刑事执行运行规律的监督之路，从而在根本上保障被执行人在已遭受必要之刑事制裁痛苦时仍保有起码尊严和其他未依法院裁判被宣告剥夺的权利。

二、我国刑事执行及其监督现状

刑事执行，也称行刑，是国家特定的行刑权机关将为法院司法判断权所肯定之刑罚内容予以实现之公权力行为；换言之，刑事执行就是刑罚执行。〔3〕我国刑罚的种类较多，依不同标准，

〔1〕 樊崇义：《检察机关深化法律监督发展的四个面向》，载《中国法律评论》2017年第5期，第38页。

〔2〕 参见邱兴隆、许章润：《刑罚学》，中国政法大学出版社1999年版，第311页。

〔3〕 刑罚执行说，亦称广义说，这是我国学界主流的观点。与此相对的，我国还有狭义说和最广义说的不同观点。狭义说认为刑事执行仅指国家狱政机关对自由刑（包括死缓）的执行。参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2003年版，第471页。最广义说认为刑事执行不仅包括刑罚的执行，也包括非刑罚处罚的执行和保安措施。参见邵名正：《我国刑事执行法的立法构想》，载《中国监狱学刊》1999年第6期。因为犯罪是社会危害性和应受刑罚惩罚性的统一，如果丧失了刑罚惩罚性，刑罚权对犯罪之追究也就没有意义。刑罚权的目的是通过刑罚追究对社会秩序具有一定破坏性和危害性的犯罪人及其活动的刑事责任；行刑权是刑罚权之前权力形态的自然延伸，在刑罚内容上具有一致性，这就决定了不存在脱离刑罚内容的刑事执行。因此，狭义说将刑事执行限定在自由刑，且只是狱政机关所执行的自由刑，显然大大缩小了刑罚的内容，也存在着刑罚权体系在运行中的断裂现象。最广义说生硬地将强制隔离戒毒、对精神病人的强制医疗等纳入刑事执行范畴，使得行刑权概念产生不周延性，迫使整个刑罚权权力体系出现断裂，因为这些非刑罚内容的执行往往并不依赖于国家刑罚权的作用而发生，有的甚至无需法院审查。

有不同划分,如可分为主刑和附加刑、自由刑和财产刑、监禁刑和非监禁刑等。不同种类的刑罚,其内容也有所不同,这决定了其执行方式的不同。不同种类的刑罚是否需要不同国家机关予以执行,构成了不同的刑罚执行体制。将不同种类的刑罚交由不同国家机关予以执行,实际上就是刑罚执行权的多元化配置,由此产生的是多元化刑事执行体制;将不同种类的刑罚交由同一国家机关予以执行,由此产生的是一元化刑事执行体制。^{〔4〕}我国现有的刑事执行属于前者,是多元刑罚执行体制,但是我国刑事执行监督体制始终是一元的,即由检察机关行使刑事执行监督权。

(一) 多元化的刑事执行体制

中国的刑事执行体制源自新民主主义革命实践的司法实践探索,后伴随着新中国的发展而不断完善,历经了由单一的人民法院执行到人民法院和公安机关共同执行,再到人民法院、公安机关和司法行政机关共同执行的体制转变。^{〔5〕}从我国《刑法》《刑事诉讼法》《社区矫正法》和《监狱法》等有关法律规定来看,我国的刑事执行体制呈现出主体多元化、权力分散化、职能碎片化等典型特点,也就是说,人民法院、刑事侦查机关和司法行政机关(具体为监狱、社区矫正机关)均享有一定的刑事执行权,对特定的刑罚种类予以执行。^{〔6〕}根据《刑事诉讼法》第262条、第271条和第272条的规定,法院享有对死刑、罚金和没收财产三种刑罚的刑事执行权,其中对死刑和罚金的执行为法院专属,对没收财产的执行为法院与公安机关共享。根据《刑事诉讼法》第264条第2款、第270条,《刑法》第35条、第43条以及《监狱法》第15条第2款等规定,公安机关享有对拘役、剥夺政治权利、驱逐出境、有期徒刑、没收财产的刑事执行权。其中,对拘役、剥夺政治权利和驱逐出境的执行为公安机关专属;有期徒刑由公安机关补充监狱执行,仅限于行刑发生时犯罪人仅剩不到3个月刑期;对没收财产的执行为公安机关与法院共享,公安机关主要发挥其协助作用。根据《刑事诉讼法》第264条的规定,监狱享有对死刑缓期二年执行、无期徒刑和有期徒刑的执行权,除公安机关看守所代行行刑时不足3个月刑期的有期徒刑外,对这些刑罚的执行均为监狱专属。根据《刑事诉讼法》第269条和《社区矫正法》第2条的规定,社区矫正机关享有对管制、宣告缓刑、假释以及暂予监外执行的刑事执行权。

相比较刑事侦查权和刑事公诉权而言,刑事执行权由各种主体行使。其中有些主体甚至并非专门的刑事执行机关,这与刑事执行要求的专业性不符合,导致的结果就是其将刑事执行工作视为自己的附属工作,“有力抓则抓,无力抓则放”的情形经常发生,这些主体很显然并没有将刑事执行视为本职工作来履行相应职责。刑事执行机关的分散化往往导致不同主体的“各自为战”,缺乏协同意识,“不利于各种执行方式之间的协调配合、统筹兼顾,无法实现执行权行使效益的最

• 307 •

〔4〕 一元化刑事执行体制又称分散式刑事执行体制,俄罗斯为此典型立法例国家,多元化刑事执行体制又称统一式刑事执行体制,世界绝大多数国家均采此立法例。可详见王平:《刑罚执行现代化:观念、制度与技术》,北京大学出版社2017年版,第323-335页。

〔5〕 参见周勇主编:《统一刑罚执行体制研究》,法律出版社2018年版,第51-58页。

〔6〕 也有人认为:“根据《刑事诉讼法》第4条的规定,国家安全机关在办理危害国家安全的刑事案件时,行使与公安机关相同的职权,成为法定刑罚执行机关之一,负责因实施危害国家安全行为而被判处有期徒刑(剩余刑期在3个月以下)、拘役、剥夺政治权利、驱逐出境的罪犯的刑罚执行工作。”前引〔5〕,周勇主编书,第61页。

大化，也不利于执行方式的创新和发展，更难以达到国家对刑事执行所赋予的目的和要求”〔7〕。

更为重要的是，这种多元化体制必然会损害刑事执行的公正性。裁执相分离是现代法治主义的一项基本原则，法院享有刑事执行权将极大地侵蚀这一原则。法院的意义在于居中裁判和决断，具有消极性，行刑权作为一种国家公权力，具有主动性，行刑权不是也不能是一种司法权。行刑权是刑罚权的重要内容，司法权与之发生关系，更多的是一种监督与被监督关系，即法院通过司法权判断刑罚权行使行为的合法性，法院本身不能参与到刑罚权的行使中来。法院享有刑事执行权，意味着法院既是刑罚权行使主体，又是刑罚权行使是否合法的判断主体，这显然有悖法治要求。司法权威源于自身公正与高效，审判权与执行权集于一身极大地蕴含着不公正的因素。另外，我国现有司法资源严重不足，法院审判事务繁重异常，再使之承担大量刑事执行任务，无疑雪上加霜，影响法院本职工作的开展，繁重的执行任务使得法院不可能将全部精力专注于审判，也就不可能高效，这样司法权威必将受到严重削弱。特别是通过财产刑的科处，大量的金钱和财物都由法官经手，且我国亦没有关于罚金和财物上缴国库程序的明确规定，许多地方政府财政紧张，给予法院的财政划拨捉襟见肘，法院就将执行财产刑获得的金钱和财物用作自己的财政经费，甚至有些地方明确将此作为业绩考核的标准，法院不可避免发生“以罚代刑”现象。〔8〕公安机关享有刑事执行权与法院一样面临着效率和公正的拷问。公安机关在履行大量治安行政任务和刑事立案侦查任务的同时，再承担拘役、剩余刑为3个月以下有期徒刑和协助法院没收财产的刑事执行任务，这会令公安机关负担过重。另外，刑事侦查权和刑事执行权重合，违背权力分工和制约要求，看守所是羁押犯罪嫌疑人的场所，公安机关在实践中不乏将施予短期自由刑的犯罪人监禁于此的情形，这实际上将犯罪嫌疑人与犯罪人地位相提并论，这不符合对犯罪嫌疑人无罪推定之保护。〔9〕

（二）一元化的刑事执行监督体制

相比较刑事执行体制的多元化而言，我国刑事执行监督体制总体上却是一元的。也就是说，除各刑事执行机关基于层级管理的内部监督以外，检察机关承担着对我国刑事执行机关所有行刑行为的外部监督职责，这也是为我国《刑事诉讼法》第276条所明确规定的。〔10〕当然，检察机关获得这一完全监督权并不是一蹴而就的，而是经历了劳改监督、监所监督再到刑事执行监督这一过程。

我国检察机关是法律监督机关，从《刑事诉讼法》第276条、《监狱法》第6条和《社区矫正法》第8条等法律条款的规定来看，检察机关对刑事执行的法律监督是一种合法性审查活动。现代刑罚不仅具有报应目的，更具有教育和恢复的目的，这就使得为达到“社会修复”之目的

〔7〕 谭世贵、郭林林：《我国刑事执行权配置：现状、问题与优化》，载《浙江工商大学学报》2014年第1期，第68页。

〔8〕 “法院往往以被告人能否缴纳以及缴纳多少罚金作为量刑的情节，导致出现‘有能力缴纳罚金就少判、不能缴纳罚金就多判’的情况。”陈卫东主编：《刑事诉讼法实施问题对策研究》，中国方正出版社2002年版，第352页。

〔9〕 因为在我国大部分地区，公安机关基于资源整合考虑，并不单独设置执行拘役和3个月以下有期徒刑的场所，而是将拘役所与看守所二者合一，甚至与拘留所二者合一。详见杨永明：《对我国刑事执行权配置模式的探讨》，载《福建政法管理干部学院学报》2005年第1期。

〔10〕 该条规定：“人民检察院对执行机关执行刑罚的活动是否合法实行监督。……”《监狱法》第6条、《社区矫正法》第8条第2款和《看守所条例》第41条等规定在不同的刑事执行领域再次明确检察机关的监督权。

刑事执行,不再只具有附随于刑事审判的程序意义,更具有明显社会形成性的实体效应,必然是漫长且复杂的独立执法行为。因而,从时间跨度来看,检察机关对刑事执行的监督是一种全过程监督,即无论是法院刑事执行,还是监狱刑事执行,抑或社区行刑,它们从执行交付开始,到执行中的管理,再到执行完毕,均由检察机关监督和审查。检察机关对刑事执行的监督方式主要有纠正意见和检察建议两种,但二者适用刑事执行的种类有所差异,如对看守所对剩余刑期在3个月以下的有期徒刑的违法执行,检察机关似只能采用提出纠正意见的监督方式,^[11]但对社区行刑机关对管制、宣告缓刑、假释和暂予监外执行等的违法执行,检察机关可以通过提出纠正意见和检察建议两种方式予以监督。^[12]检察机关提出纠正意见和检察建议,是对刑事执行违法性经审查后所作的判断,但这种违法性判断不具有对行刑机关的拘束力,行刑机关对其只有回复义务,并没有当然接受采纳的义务。

我国现行的刑事执行及其监督体制决定了检察机关对不同机关刑事执行的监督必然呈现出一种“小牛拉大车”的样态。一方面,检察机关根据法律规定享有的法律监督权太广泛,包括侦查权、批捕权、公诉权、公益诉讼权、抗诉权、刑事执行监督权,等等,从这些职权来看,刑事执行监督权显然并非检察机关职权之重心,刑事执行监督亦非检察机关之能事。另一方面,从现实来看,尽管最高人民检察院数次出台文件,要求“优化刑事执行检察队伍结构,重点配强刑事执行检察官”,但基于我国检察资源并非充裕的现实,各地检察机关刑事执行检察部门都或多或少地存在边缘化倾向,人员配置较少,如有些基层检察院压根儿就未设置刑事执行监督部门,这种人多事少的紧张关系使得检察机关对刑事执行监督不免是“心有余而力不足”,刑事执行监督难以落在实处。

• 309 •

检察机关是法律正义的守护者,其行使法律监督权更多地是以启动审查程序的方式开展,如其自行对违法行为予以审查判断,将侵蚀其他国家机关的权能。以我国监禁刑的监督为例,我国检察机关主要是通过派驻检察、巡回检察、专项检察和巡视检察四种形式进行监督,其中派驻检察是最主要形式。“截至2018年4月底,全国检察机关共设置667个派驻监狱检察室承担监狱检察任务,对全国监狱派驻检察的比例达到了97%以上。”^[13]但这种派驻检察监督效果甚不理想,派驻检察官“重配合轻监督,重统计轻分析,重纠正轻查处的现象”^[14]普遍存在,其实际上与刑事执行机关基本变成了同事关系,即检察内部化问题严重,这就不可能存在实质性的监督与被监督关系。行刑机关的刑事执法违法行为,其实质是一种公法争议和纠纷,检察机关作为国家和公共利益的代表,本身不具有对纷争的裁判权,其主要是通过提起诉讼来维护公共利益的。检察内部化的现实和检察机关的性质决定着检察机关审查刑事执行行为的合法性,不合法理。

[11] 《看守所条例》第42条规定:“看守所对人民检察院提出的违法情况的纠正意见,应当认真研究,及时处理,并将处理结果告知人民检察院。”

[12] 《社区矫正法》第62条规定:“人民检察院发现社区矫正工作违反法律规定的,应当依法提出纠正意见、检察建议。……”

[13] 徐盈雁:《改“派驻”为“巡回”,监狱检察方式迎来重大改革》,载《检察日报》2018年6月1日,第1版。

[14] 卢言海、张贵才:《试论刑事诉讼法修改后刑罚执行监督面临的挑战与解决路径》,载《中国检察官》2012年第10期,第42页。

三、对行刑权作为刑事司法权的批判

我国刑事执行体制视行刑为刑事侦查、刑事审判程序的自然延续，未突出行刑的独立实体意义，因此，刑事执行权也就不是独立的权力，其天然地附属于侦查权和审判权，即刑事执行权是刑事司法权，这一观念是我国多元刑事执行体制产生的根本思想因素。从暴露出的问题来看，行刑权这一性质界定越来越不符合刑罚现代化的发展，我国刑事执行体制也越来越与现代法治精神相悖。从世界刑事执行体制的历史演变和发展态势来看，我国刑事执行主体过多以及法院和公安机关享有刑事执行权等问题必然会伴随着执行机构的单一化而予以解决，但机构调整只有工具意义，但更重要的是刑事执行权力的独立。行刑权的性质决定着刑事执行监督体制的构建，检察机关对刑事执行的法律监督是一种诉讼监督，也就是对刑事司法权的监督，本质上是将行刑权侵害被执行人的情形视为司法争议，当然排除司法救济。由此可见，我们若要从根本上改变我国刑事执行监督乏力的状况，必须对其构建之基础即“行刑权是刑事司法权”这一观点予以反思和批判。另外，刑事执行是对法院裁断后认为合法的刑罚权内容的执行，其最实实在在地与犯罪人发生关系，而作为刑罚权内容的刑事侦查权、刑事起诉权不过是“纸上谈兵式地使刑罚与犯罪人联系”^{〔15〕}。近代刑罚理念经历了从报复论到预防论再到改造论和防卫论的发展，刑罚目的的多元化已是业内共识，相比较其他刑罚权的行使来说，经由刑事执行将行刑权内容落实到位，更能直观地体现着刑罚权的本质，故对行刑权的重新合理界说必须从刑罚权的本质说起。

（一）刑罚权不是司法权

行刑权是刑罚权的表现形式，欲探明行刑权，必先明确刑罚权。关于刑罚权，学界通行观点并不直面其本质，而是从内容入手，将其视为“国家运用刑罚惩治犯罪的权力”，认为其包括制刑权、求刑权、量刑权和行刑权四个方面。^{〔16〕}这种把国家权力中所有涉及刑罚和犯罪的要素笼统纳入刑罚权这一概念之中的做法，显然无益于刑罚权内涵的准确把握。因为这种概念方式使得刑罚权贯穿于所有国家权力的运行之中，依此逻辑，所有涉及行政事务的国家权力都可以命名为“行政权”，那行政权不可避免地被分割为行政创制权、行政决定权、行政审判权和行政执行权等，由此将得出“行政权是一切国家权力”的结论。很显然，这是不符合近代法治发展以来的国家权力分工要求的。而且，更加诡异的是，主流的刑罚权观点又理所当然地将刑罚权视为一种司法权，^{〔17〕}或者说是一种刑事司法权；即使我们抛却具有明显立法权特征的制刑权^{〔18〕}不言，将求刑权、量刑权和行刑权一概纳入到司法权的范畴予以考虑也是有失妥当的。

司法权不是一个不证自明的概念，特别是在我国，作为法律概念的“司法”在不同的法律中

〔15〕 邱兴隆、许章润：《刑罚学》，群众出版社1988年版，第312页。

〔16〕 参见邱兴隆、许章润：《犯罪学》，群众出版社1988年版，第61页；陈兴良：《论刑罚权及其限制》，载《中外法学》1994年第1期。

〔17〕 “作为公权力的刑罚权，属于司法权的范畴。”时延安：《刑罚权的边界：犯罪的定义与被定义的犯罪——对新一轮犯罪定义争鸣的基本态度》，载《法学论坛》2009年第2期，第11页。

〔18〕 立法权较之行政权和司法权而言，是最易辨明者。根据国家权力法定原则，只有法律予以授权，方产生刑罚权。故刑罚权一定不是立法权，所谓的制刑权是先于刑罚权而存在的，不是刑罚权本身的内容。

有着不同的理解。历经司法权“四权力说”^{〔19〕}和“三权力说”^{〔20〕}的论争,我国学者对司法权的研究逐渐从组织机构维度转向职能作用维度,即对司法权予以一种本质化界定,将司法机构与司法权主体予以区分。马克斯·韦伯曾言:司法权获得独立形态的标准有四个,即一套法律组织体系、法院组织机构独立性、审判程序和专门从事裁判案件的人员。^{〔21〕}后来学界基本上是从韦伯四个标准的不同侧面予以不同论述,由此产生关于司法权本质的裁判权说、独立权力说、案件权力说、判断权说,等等。笔者认为裁判权说最能精确概括司法权的本质,故采此说。质言之,具有独立权力形态的司法权只有在将一般法律规则适用于具体案件时才有意义,这种法规则之适用过程,实质上是法官对案件法律问题和事实问题的判断,因此司法权是一种判断权,其体现为法院的审判权,包括审理权和裁判权两部分内容,审理权是判断权实现的基础和前提,裁判权则是判断权的体现和结果。唯有中立,才能有着公正的可能,才能具有判断终局性的地位,中立意味着法官与判断结果无任何利害关系。司法权的判断终局性特别来源于其与其他国家权力保持距离,不参与行使其他国家权力。犯罪是严厉破坏既有法秩序的行为,而且现代行政犯罪的增多使得越来越多的犯罪不存在着直接受害者,这时为了保障有效社会秩序,必须赋予特定机关以刑事侦查和公诉权(即求刑权),以主动、积极姿态发现这些犯罪人及其活动,并对其予以相应的法律制裁,因此,求刑权是一种主动性很强的权力,享有刑罚权的机关需要“密切注意公民的安全”,“以(国家的)名义对各种犯罪提起公诉”^{〔22〕},并在法院对犯罪人定罪量刑之后予以执行。很显然,求刑权行使的逻辑和司法权完全不同:求刑权带有非常强烈之追究犯罪的目的,其行为往往是主动实施;司法权则是在中立者角度奉行“不告不理”原则,对求刑权行使行为之合法性(即被告是否有罪和罪责大小)予以判断。这种司法权与求刑权的区别是建立在对专制主义下纠问式刑事诉讼的深刻反思之上。纠问式诉讼注重对犯罪的打击,法官不但行使求刑权,且其自我判断求刑权的适当性,被告人成为完全的诉讼客体,这就使得统治者能随意动用求刑权将异己者之自由甚至生命予以剥夺。对专断的否定、对权利和自由的讴歌是近代法律思想发展的基本精神,刑罚权直接关系到公民自由、财产甚至生命,对其必须予以限制。刑事诉讼的现代化就是首先抛弃纠问式模式,将求刑权与司法权彻底分离,体现为控审职能分别由不同机关行使,并且使得刑事司法权的最核心意义在于判断公诉机关刑罚权行使行为的合法性。

学界将刑罚权归为司法权的另一观点是:法官通过定罪量刑实施刑罚权,这也被称为刑罚权中的量刑权。如果从字面上来看,定罪量刑确实是行使有关犯罪和刑罚的权力,但其果真是刑罚权吗?笔者对此持否定态度。首先我们从定罪问题说起,受起诉形式原则制约,法院只能就被告之被指控行为予以审理,且法院也只能在公诉机关所指控的罪名内予以裁判,^{〔23〕}其不能将“对

〔19〕 参见胡夏冰:《司法权:性质与构成的分析》,人民法院出版社2003年版,第235-266页。

〔20〕 参见章武生、左卫民:《中国司法制度导论》,法律出版社1994年版,第2-4页。

〔21〕 参见信春鹰、李林主编:《依法治国与司法改革》,中国法制出版社1999年版,第130-137页。

〔22〕 〔法〕孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1978年版,第82页。

〔23〕 现实中亦会发生起诉指控罪名与法院审判认定之罪名不符合的情形,我国司法解释曾作出支持法院改变指控罪名作出裁判的规定,但笔者认为,这种变更应该采取司法建议方式,告知检察院以变更之罪名重新起诉,而不宜采取法院直接变更方式,否则有法院“自己做自己案件法官”之嫌。相反的观点,可详见蒋石平:《论法官拥有变更指控罪名权》,载《现代法学》2000年第3期。

该所审理之案件范围……扩大他人或扩大同一行为人之其他法律上独立之犯罪行为”〔24〕，也不能径行变更指控罪名。法院对罪之“定”仍然是对公诉机关指控犯罪行为合法有效与否的判断，宣判有罪是对公诉机关刑罚权行为的肯定，宣判无罪则是对其的否定，司法权本身并不是对犯罪嫌疑人施以刑罚。其次我们再看量刑问题，一定的罪名对应一定的刑罚，这是罪行相适应原则的要求。从理论上而言，对特定人定罪后，相应的刑罚也应当予以确定，法官在定罪后应作出相应的刑罚宣告。尽管法官在刑之“量”上具有一定的裁量权，裁量意味着法官的独立判断或者在判断时的自主性，但这种裁量更多的是在实质合理性方面来阐释判断，而且现在许多国家都已经通过量刑听证会方式对犯罪人宣告刑罚，只要最终听证笔录中双方达成的量刑事项无“计算、技术上的错误或其他明显错误”，法官即可予以宣告犯罪人刑罚。因此，所谓的“量刑权”仍可将之归为司法判断权范畴，即法官判断公诉机关行使刑罚权合法有效与否的权力；将“量刑权”与刑罚权保持距离并予以反向制约刑罚权，是符合刑事诉讼现代化的。

（二）行刑权不是（刑事）司法权

刑罚权以国家刑罚制裁权为核心，但其并不一定总以刑罚方式得以实现。法院经严格审查，肯定国家追诉权行使行为的合法有效性，对刑事被告作出符合指控之罪名判断的基础上，既可作出刑罚之量刑判断，又可作出非刑罚其他刑事制裁方式之量刑判断。但无论如何，作出刑事裁判之后，刑事司法权的运作也就结束，对刑罚和其他刑事制裁方式的执行问题与法院无关。将所谓的“行刑权”或刑事执行权归为司法权的观点，〔25〕实是无视判断与执行的本质区别。我国《刑事诉讼法》确实赋予了法院死刑立即执行、罚金和没收财产等的刑事执行权，对此学界有两种不同的解读：一是肯定观点，认为“执行行为……在沿革上是作为诉讼的一部分，其程序构造亦是法院就对立双方当事人的参与而设置”〔26〕；二是否定观点，认为赋予法院执行权“客观上容易在社会大众的心理层面上形成法院‘血腥’、‘暴力’的‘刀把子’印象，从而破坏法院中立的审判者形象”〔27〕，这很明显是不符合司法权本质的，易破坏司法之中立和独立地位，降低司法权威性。正如上文所述，笔者自然赞同否定观点，主张将行刑权彻底从法院权限中剥离出去，以减轻实践中法院不堪重负的执行任务，切实将法院的职责定位在司法审判上，从而防止潜在的司法腐败发生，进而有利于提高法院的公正性和权威性。法院裁判结束后刑罚权存在着两种可能，一是法院对刑事追诉权行使正当性与合法性作出否定性判断而导致刑罚权之终止，二是法院对刑事追诉权行使正当性与合法性作出肯定性判断而使得刑罚权以行刑权样态呈现，且行刑权之内容也已由法院判断确定。行刑权不过是对经由法院裁判予以合法化的国家追诉之刑罚意志的一种执行而已，本身不再牵涉判断问题。如因情势变更需对行刑权内容予以变更，则必须再行通过法院裁判，且这种变更一定是在确定内容范围内的刑罚减弱而非加强，因为刑罚加强意味着国家追诉权的再次发生。

〔24〕〔德〕克劳思·罗科信：《刑事诉讼法》，吴丽琪译，法律出版社2003年版，第99页。

〔25〕参见俞静尧：《刑事执行权机制研究》，群众出版社2005年版，第79页。

〔26〕江伟、赵登举：《论执行行为的性质与机构》，载中国人民大学法学院《人大法律评论》编辑委员会编：《人大法律评论》2000年第1辑，中国人民大学出版社2000年版，第124页。

〔27〕万毅：《刑事执行制度之检讨与改造》，载《甘肃政法学院学报》2005年第6期，第22页。

四、作为行政行为的刑事执行

我们从消极方面厘清行刑权不是（刑事）司法权之后，还应当从积极方面回答行刑权是什么以及刑事执行是什么性质的问题。

（一）刑罚权多呈行政权样态

现代法治是随着民族国家的兴起而发展的，法律的国家化是法治进程的一个普遍现象。“刑罚的本质是对犯罪的惩罚性，亦即刑罚是对犯罪的惩罚。”^{〔28〕}罪刑法定原则要求犯罪和刑罚具体内容必须由国家法予以明确规定，这种对私刑禁止的国家法原则使得运用刑罚应对犯罪的权力和资格始终掌握在国家手中，毫无疑问，刑罚权是国家权力，即“不论犯罪侵害了什么法益，也不论犯罪侵害的对象是公民个人、社会大众还是国家，国家都享有刑罚权来制裁犯罪人”^{〔29〕}。根据传统国家权力类型划分，自亚里士多德的《政治学》问世以来立法、行政、司法三分就成为了经典理论，近代民主宪政兴起，各国建制也无不以此三种权力的分立（分工）为假设，但刑罚权作为国家权力中最具强制性者，其本质为何物，却鲜有人予以正面回答。尽管坊间关于刑罚权著述颇多，但大抵均是将刑罚权当然直接归为司法权而论之，这种主流观点可以表达为：刑罚权是法院代表国家依法对犯罪分子予以制裁的刑事司法权。^{〔30〕}其证成方式为：国家治权有立法权、行政权和司法权，其中司法权又有刑事司法权或刑事管辖权，刑事司法权又以刑罚权为核心，所以刑罚权是司法权。如前所述，司法权的本质在于判断，刑罚权不具有判断性，不是司法权。无论何种国家权力，其均来自于作为政治权力的国家统治权（主权），政治权力的实在法（宪法和法律）化才产生我们通常所言的三权。在笔者看来，刑罚的本质决定着刑罚权是国家统治权的最后保留权，动用暴力镇压不是统治权的内容，而是统治权丧失的表现。经历了对专制人治统治的近代否定，国家“是由法律所形成的功能构造”^{〔31〕}被认为是具有正当性统治的基础，法治是现代国家实现统治权的基本模式；换言之，国家统治秩序就是通过有效法规范所规制的共同体秩序。犯罪是最严重的破坏共同体秩序的行为，刑罚权则是法律实证化的作为国家捍卫秩序的最后一种权力。确实，刑罚权的最终是否实现，其关键在于经法院审判后的定罪量刑，不过不能由此就将刑罚权当然视为法院司法权。

在行政国家中的一道亮丽法律风景，就是行政刑法的勃兴，尽管行政权主要是执行法律和维护既有法秩序，但行政具有的社会形成性使得行政参与到法秩序的塑造中来，甚至整个国家法秩序渐趋演变成行政形塑之秩序；大量的行政犯罪被视为对该秩序的严重破坏，刑罚权理所当然地必须予以回应。行政犯罪的一个比较明显的特点就是传统的直接被害人缺位，而且越来越呈隐蔽化和智能化，这种情形下，刑罚权必须主动出击，如现实中通过诱惑侦查、控制下交付等措施达

• 313 •

〔28〕 马克昌主编：《刑罚通论》，武汉大学出版社2000年版，第39页。

〔29〕 王志亮：《刑罚学研究》，中国法制出版社2012年版，第109页。

〔30〕 参见前引〔16〕，陈兴良文；前引〔28〕，马克昌主编书，第39页；前引〔3〕，张明楷书，第393页以下；前引〔29〕，王志亮书，第107页以下。

〔31〕 〔德〕齐佩里乌斯：《德国国家学》，赵宏译，法律出版社2011年版，第64页。

到人赃并获，这种刑罚权运行方式显然已经远远背离了司法权的判断性，再将其称为司法权显然是自欺欺人之举。一切治权均来自国家统治权，刑罚权亦不例外。从政治权力意义而言，刑罚权与立法权、行政权和司法权不同，立法权、行政权和司法权是国家统治权的常态治权，以此实现国家刑罚权是国家统治权中最后保留的权力，是在法秩序依赖于其他三权无法得以维持时迫不得已而发动的权力，故是一种非常态治权。但在权力运行上，刑罚权又不得不借助常态治权的权力样态出现，鉴于其运行中所体现的主动性（程序启动）、效率性（价值目标）、命令性（组织体制）等特征，笔者认为它在实际中多呈现为行政权样态而运作。

换言之，行刑权具有行政权的执行性本质特征，刑事执行是一种社会形成性的执法活动，任务在于通过执行经法院刑事裁判所确定的刑罚内容而实现对已被破坏的社会秩序的恢复性管理。效率原则成为行刑权运行的最根本价值追求，尽管行刑机关在保障权力运行结果的相宜性时，会有不止一种行动方案予以取舍和选择，这种选择不是非此即彼式的选择，而是亦此亦彼的权衡性选择，因此必须对不同方案之利弊进行综合进而形成更合理的最后行动方案，行刑机关在这一过程中所进行的不是判断，而是为追求最大灵活性和最佳效果的协调与折中，判断所具有的非此即彼性思维方式不能满足行政执行性要求。^{〔32〕}行政权的本质决定了效率是刑事执行的基本目标，这就使得行刑权在组织构成（官僚性、多元性）、运行规则（主动性、单方性）、行为效果（强制性、非终局性）等各方面具有自己独特的面貌。

（二）刑事执行是行政行为

行刑权就是这样一种典型的行政权，体现了鲜明的执行性特征。行刑权的本质决定了刑事执行行为的性质。刑事执行是作为公权力之刑罚权行为的重要内容，毋庸置疑的是，刑事执行是对法院刑事裁判所认证的刑罚予以执行的活动，而法院司法裁判本质为对系争事项的审查判断，刑事执行不可能是司法活动。刑事执行中权利义务法律关系均已明确，不存在着纠纷，尽管关于刑事执行的法规范主要见于《刑事诉讼法》，但并不能由此认为刑事执行是（刑事）司法行为。尽管在我国，依据现有法律，法院在特定刑罚内容上也承担者刑事执行任务，但这种活动不是法院司法权的体现，而是一种管理和执行权的反映；法院行为并不仅仅是司法审判行为，不能因法院成为刑事执行的主体就将刑事执行认为是司法行为，根据“裁执分离”的权力分工原则，法院能否成为刑事执行主体都不无商榷之处。无论如何，刑事执行当然属于典型的行政行为，即它亦是行政主体基于行政职权针对特定人和特定事项所为的影响相对人权利义务的处理行为。从主体来看，刑事执行机关为行政主体，包括行政机关和社会公权力组织，在我国如公安机关、狱政机关和社区矫正机关。从执行内容来看，刑事执行主要涉及对犯罪人生命、财产、资格的褫夺或者剥夺社会一般性行动自由，将其限定在特定场所进行管制、教育、改造，可以说，刑事执行是特定

〔32〕 行政国家下行政权也发生着重构和解构的剧烈变革，行政机关在享有本质为执行权的行政权的同时，亦因法律授权获得了部分立法权与司法权。“行政机关的活动范围打破了以前民事纠纷最终由法院裁断且只能由法院裁断、行政机关只行使行政权而不裁决处理民事纠纷的传统，获得了对民事纠纷的裁决权。”姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第254页。有学者认为这种裁决权也属于行政权，不过因其“在整个行政权体系中并不具有典型意义。从这个角度看，行政权也不具有判断权性质”。参见孙万胜：《司法权的法理之维》，法律出版社2002年版，第20页。笔者认为，不能将行政机关所拥有的司法权纳入行政权体系中来，否则会导致行政权本质既是执行权又是判断权的结论，必然产生概念上的不纯洁和逻辑上的混乱。

公权力主体依其职权对犯罪人实施的管理行为,具有一般行政权的执行性、主动性和单向性特征。从法律效果而言,刑事执行涉及的公权力行为的合法性与被执行人权利保障性问题,执行行为不能自行予以擅断,这时其须接受司法机关的最终性审查。也有学者将刑事执行行为划分为单纯刑事执行行为和刑事执行变更行为两种,将单纯刑事执行行为视为行政行为没有问题,刑事执行变更主要有罪犯又犯罪和罪犯申诉处理、死缓执行、减刑、假释、监外执行等活动,对其认识存有争议。笔者认为,罪犯又犯罪的处理是刑事追诉机关对正予执行罪犯新的犯罪活动的启动刑罚权行为,其涉及刑事立案、刑事侦查、刑事公诉等行为,不再是简单刑事执行行为,或者说是刑事执行中发生其他刑罚权行使行为。罪犯申诉是被执行人认为其被科以的刑罚与自己行为不符而提起的救济,对其的处理往往是通过检察机关的审判监督程序而发动法院再审,这也不是刑事执行行为。死缓执行、^[33] 减刑、假释、监外执行等,面临的最大问题是法院对此有着决定作用,但法院在其中也并不行使其审判职能,而是管理职能,而且将死缓执行、减刑、假释、监外执行决定权限赋予法院也是存在着较大问题。法院拥有对刑事案件的审查判断权,但这种审查判断权与此类问题的决定权在运行机制上完全不同,这些原本就是属于行政事务,应当还权于相应行政主体行使。当然,死缓执行、减刑、假释、监外执行的决定机关可以是刑事执行机关,亦可以是其他的行政主体(如独立的委员会)。

对于一般行政行为,其成立一般都有主体、接受方、内容和程序等要件;刑事执行是行政行为,其亦具备执行主体、执行对象、执行内容和执行程序等要件,由此确立起刑事执行行政法律关系。

刑事执行主体是指依法享有行刑权,将刑事裁判所确定之刑罚执行落实的公权力组织。刑罚不会自行落实兑现,必须有刑事执行机关执行。不同的国家,刑事执行机关不同。刑罚最常见的形式是自由刑,它是对犯罪人自由的限制与剥夺,故监狱“是国家以来世界范围内的人类对付犯罪人的带有普遍性意义的措施称谓”^[34],在刑事执行机关中具有主导地位,监狱在我国承担着“被判处死刑缓期二年执行、无期徒刑、有期徒刑”^[35]等大量刑事执行任务。监狱在法律上是一种具有独立主体地位的公法设施(oeffentliche Anstalt),即“由人与物作为手段之存在体,持续性地对特定公共行政目的服务”^[36],它因“执行特定行政任务需要特别的专业知识和特别的物质手段”^[37],是特别行政机关。随着刑罚目的的多元化,刑事执行的主体亦开始多元化,刑罚之目

• 315 •

[33] 关于死刑缓期执行的性质,有人认为既有司法性质,又有行政性质。如对于死缓犯在缓期执行期间是否故意犯罪的认定是一个纯司法的问题,而对死缓犯是否有悔改表现、是否有重大立功表现的判断则属于纯行政问题,因此在司法行为与行政行为交织的情形下应当秉承司法优先的原则,将其归属于司法权的范畴。同时,他指出对死刑缓期二年执行罪犯的处理虽然属于司法权的范畴,但我国目前法律规定的解决方式却不符司法权的基本特征,有违程序正义的基本要求。如对于死缓犯在缓期执行期间是否故意犯罪的判断及死刑的执行,一般都是由下级法院直接上报上级法院,上级法院则经常以书面方式直接作核准死刑的裁定,而不是按照现行《刑事诉讼法》的规定,在经过必要的侦查、起诉、审判等正当程序之后再进行处理。可详见陈瑞华:《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》,中国人民大学出版社2003年版,第37-38页。笔者认为,该学者混淆了死刑缓期执行与在执行期间内又故意犯罪之处理,把问题复杂化,对前者还是应秉持行政行为说,后者则属于刑事诉讼刑罚权行使行为和审判行为的混合体,亦不能一概曰司法行为。

[34] 前引[29],王志亮书,第248页。

[35] 参见我国《监狱法》第2条第2款。

[36] O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I. Bd., 3. Aufl., S. 268.

[37] [德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第577页。

的不仅在于“阻止罪犯再重新侵害公民，并规诫其他人不要重蹈覆辙”〔38〕，而且在于矫正犯罪人，使之重返社会，刑事执行亦需将犯罪人重返社会作为行政目标，以社区行刑代替监禁就成为了可行性措施，这也是公共行政社会化的体现。这样，刑事执行主体虽笼统说是司法行政机关，但具体来说最重要者大抵有两类，一类是监狱，另一类是社区行刑机关。监狱是在封闭的环境内对服刑人执行刑罚，刑场就是监狱，社区行刑机关是在开放的社会环境内对服刑人执行刑罚，刑场就是社区。刑事侦查权、刑事公诉权、刑事执行权是刑罚权的不同部分，鉴于刑罚权的强大国家强制性及其对公民权益侵害的巨大性，必须将不同刑罚权交由不同主体行使，刑事侦查机关原则上不能行使刑事执行权，相反亦然，除非其基于特别法的授权被赋予了原不属于自身的刑罚权内容。刑事司法权（审判权）是对刑罚权行使合法性进行判断的权力，其不是刑罚权，法院亦不能行使刑事执行权。在我国，法院和刑事侦查机关也是刑事执行机关，这违背了权力分立和裁执分离原则，是不可取的。另外，我们必须将刑事执行主体与刑事执行领导机关区分开来，后者如司法行政机关不是真正意义的刑事执行主体，其并不负责具体的刑事执行事务。

与行政主体相对的一方是行政相对人，有刑事执行主体就必然有刑事执行的承受者，刑事执行对象就构成了与刑事执行主体相对的范畴，其亦可称为被执行人或刑事执行相对人。〔39〕刑事执行对象最主要者就是在监狱和社区里服刑的犯罪人，是自然人，当然刑事执行对象也包括被判处罚金、没收财产、资格刑和驱逐出境的犯罪人，可以是自然人，也可以是法人和其他组织。

刑事执行的内容就是刑罚，如各种自由刑、生命刑、财产刑和资格刑等。刑罚的具体内容决定了刑事执行权的边界，尽管被执行人因法院所认证的刑罚权被施予诸多权利的限制和剥夺，这样其“法律地位绝对不等同于守法公民的法律地位，……处于受惩罚、被改造、受保护的法律效力”〔40〕，但其被限制和被剥夺者也仅仅是刑罚所剥夺的权利，对于其他权利如健康权和人格权等，其仍享有之。在监禁刑的执行中，囚犯被剥夺了行动自由，但并不意味着他沦落为“国家和监狱的奴隶”，失去了所有权利，完全成为刑事执行的客体，德国联邦宪法法院 1972 年的判决〔41〕和美国最高法院 20 世纪 70 年代的一系列案件判决彻底打破了刑事执行的自留地，对原本作为奴隶的囚犯进行了权利性的解放，掀起了囚犯权利运动序幕，就是典型例证。

五、刑事执行监督的行政诉讼之路

刑事执行主体的过多，集中体现为刑事司法机关和刑事侦查机关亦是刑事执行机关。同时，刑事执行监督的检察化体现的是一种权力制约关系。把这些问题归结到一点，就是我国现行的刑

〔38〕〔意〕切萨雷·贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京大学出版社 2008 年版，第 29 页。

〔39〕有人认为刑事执行相对人是刑事执行对象的上位概念，“刑事执行相对人是指参与刑事执行法律关系、对刑事执行机关享有权利和履行义务的法人、组织和个人，它既包括刑事执行机关的行为直接引起的对象，如正在服刑的罪犯和被采取刑事强制措施犯罪嫌疑人等，也包括与刑事行政行为结果有权利义务利害关系的其他法人、组织和个人，如前者的近亲属和受前者委托行使会见权的律师等”。耿光明：《论刑事执行相对人的权利构成——以囚犯的权利为范例》，载《法学评论》2011 年第 3 期，第 60 页。

〔40〕前引〔29〕，王志亮书，第 252 页。

〔41〕BVerfGE 33, 1.

事执行体制主要是试图通过行刑权的分工以及权力的制约来确保刑罚目的的实现。很显然,这种体制是将被执行人视为刑事执行的客体,或者说视为“国家或监狱的奴隶”,即将其彻底剥夺法律地位于刑事执行之外,这也就形成不了刑事执行中执行主体和被执行人之间的法律关系。“秦失其鹿,天下共逐之。”^{〔42〕}刑事执行也就演变成各种国家机关争夺刑罚权(行刑权)的场所。通过上文的论证,笔者认为,解决上述问题的关键,就是将行刑权作行政权的解释,将刑事执行回归到行政行为的基本性质定位,恢复被执行人在刑事执行法律关系中应有的主体地位,变现有的以权力制约权力为核心的传统刑事执行体制为以权利制约权力为核心的刑事执行体制。

值得注意的是,尽管行刑权是行政权,刑事执行是行政行为,其属于行政法所调控的范畴,但大陆法系行政法学说长期以来并未当然地视被执行人为这种法律关系的主体,而是以特别权力关系理论为基础对被执行人的“奴隶”地位予以辩护。英美普通法系国家虽然没有类似特别权力关系的理论,但亦在较长的时期内“对监狱放任自由、推崇酷刑的所作所为,作为国家法律裁判机关的法院,在贯彻理性主义国家职能上则表现为不干预主义”^{〔43〕}。显然,肯定刑事执行的性质并不必然就意味着被执行人享有针对执行机关的主观公权利。我国是成文法国家,和大陆法系国家许多法律传统相似,在刑事执行领域,亦有不少人开始将其视为一种行政特别领域,在此领域内刑事执行主体和被执行人形成不同于一般的行政法律关系,即被执行人不享有一般公民的基本权利,刑事执行主体对其权利的侵害被视为当然的管理权限,这种观念实则是特别权力关系理论阴魂不散的写照。因此,欲构建以被执行人权利保障和救济为核心的刑事执行体制,必须首先阐述特别权力关系理论的时代局限性和破除必要性。

特别权力关系为传统德国行政法学对行政法律关系所作的类型化归类,其相对于一般行政法律关系而言。特别权力关系理论为拉班德首创,而为奥托·迈耶作系统之阐述。特别权力关系理论认为,特别权力关系意指“国家得于一定范围内,要求相对人强制履行无定量之义务”^{〔44〕},换言之,即指国家或公共团体等行政高权一方基于特别之法律原因而对相对一方享有概括之命令强制权,而相对一方处于更加附属之地位,负有特别服从之义务。基于该理论,法律保留原则和司法救济遭到排斥,即在特别权力关系中行政主体虽无法律规定或者法律授权亦能作出各种命令,而相对方必须绝对服从。刑事执行领域是该理论运用最显著者,因为刑罚报应主义和功利主义均将犯罪人彻底丧失公民权视为正当的,至于其刑事执行中遭受多大的痛苦和摧残均是罪有应得的。我们不能说刑事执行关系属于特别权力关系是对法治的背弃,因为至少在自由法治国家时期,法律保留原则是针对政府与一般公民关系的,而很少涉及其内部行为(刑事执行实则将被执行人纳入行政内部予以管理);对于侵害行政来说此时的法律保留原则是全面保留,而对于特别权力关系而言则甚至为零保留。特别权力关系理论的存在在这种背景下是具有其自身合理性的,它弥补着法律保留原则(或法治主义)之漏洞,与其并行不悖。只有到了社会法治国家之后,法律保留原则不仅关注政府对于公民财产与自由之侵害,而且关注政府为公民之生存与发展之给付,即法律保留原则涵及侵害行政与给付行政。同时,依照实质法治国家的原则,行政法律关系

• 317 •

〔42〕《史记·淮阴侯列传》。

〔43〕前引〔29〕,王志亮书,第254页。

〔44〕翁岳生编:《行政法》(上册),中国法制出版社2008年版,第299页。

没有一般关系和特别权力关系之分，其仅仅就是一般的行政法律关系，因而基本权利尤其是人权的高扬使法律保留原则调整范围超出了政府以往的外部活动，更将触角伸入到特别权力关系这片新的领地，这种情况下原有的特别权力关系理论的正统性就开始动摇了。在德国，法律保留原则在特别权力关系领域的扩展是首先通过司法实践实现的。其中最为重要的判例是1972年3月14日联邦宪法法院作出的一个有关刑罚执行的判决。^{〔45〕}在此判决中，联邦宪法法院抛弃了以往的立场以及高等法院之见解，明确地指出，基本权利可以适用于刑罚执行，在刑罚执行关系中行政主体一方须通过或者根据正式法律方能对相对方之自由权利加以限制。此判例具有极大的辐射力，其直接对之后与特别权力关系相关之判决产生巨大影响力，对于刑事执行的意义就是：只要刑事执行主体对被执行人采取之措施涉及其基本权利以致足以影响个人地位，即可纳入司法审查范围之列。因而联邦宪法法院认为，凡是这些涉及公民基本权利以致足以影响个人地位的事项都是法律保留的内容，不容许行政主体擅自为之，这就是德国行政法（也含国家法）上对特别权力关系理论重大打击的重要性理论。^{〔46〕}

另外，行政属于国家权力中除立法、司法之外的国家作用，属于保留性国家权力，只要属公法争议而在既有公法救济渠道无法救济者，均可纳入行政诉讼中，行政诉讼也是公法诉讼的保留性、补充性诉讼。^{〔47〕}因此，在明了其行政行为性质后将刑事执行纳入司法审查毫无疑问，即使存在性质之争亦不影响其行政可诉性。视被执行人是刑事执行的客体，实际上是威慑刑时期重刑主义的延续，即“其用意不在于刑罚的对象而在于重刑所产生的社会影响效果”^{〔48〕}。现代刑事訴訟发展的一个普遍规律就是刑罚权相对人在整个刑事诉讼中主体地位的确立，对其在刑事立案和刑事侦查中遭受到的不法侵害可以寻求司法救济是犯罪嫌疑人主体地位确立的标志，控辩审三角结构是刑事被告在审判中主体地位确立的标志，被执行人在刑事执行过程中也应当确立主体地位，其标志就是被执行人也是“人”，也享有尊严和基本权利，在受到执行行为侵害时并不仅限于行政内部救济，更应当可以通过司法途径寻求救济。被科以自由刑的被执行人，人身自由遭到限制和剥夺，但其他人身自由权并不意味着受到剥夺，2001年的浙江郑雪梨案引发了法学界对“囚犯生育权”的热烈讨论。^{〔49〕}再如思想和通信自由亦未属于所科以之刑罚内容，1972年德国联邦宪法法院的判决强调，即使是服刑人员，其基本权利亦需受到保护，不能为刑事执行任意侵

〔45〕 该判决涉及的案情为：一个服刑人员给监狱外的某人写信，该信件在例行的检查中因含有对监狱长等刑事执行人员和监狱内部的“侮辱性的和轻蔑性叙述”被扣押。检查和扣押信件根据的是监狱的管理条例，该条例具有内部行政规则特征。该服刑人员以通信自由遭受侵害为由向法院起诉，而法院认为：“对被关押人的基本权利可以像以前那样在设施目的需要的范围内予以限制；法律依据是没有必要的，这符合特别权力关系的传统理论。”联邦宪法法院受理服刑人员的宪法诉愿，并宣称：“基本权利可以适用于刑罚执行，只能通过或者根据正式法律加以限制。”参见前引〔37〕哈特穆特·毛雷尔书，第114-115页。笔者认为，法律保留原则必须通过司法审查才能得以保障，这也就意味着刑事执行关系同一般行政管理关系并无二致，被执行人一样也享有侵害防御权和给付受益权。

〔46〕 关于特别权力关系理论这部分内容，参见曾文远：《论特别权力关系理论的否定——以德国法学家乌勒二分理论为视角》，载《广东广播电视大学学报》2012年第4期。

〔47〕 德国《基本法》第19条第4款确立了一切公法争议均能寻求司法救济的原则，这在德国《行政法院法》第40条第1款中进一步明确，即所有的非宪法性公法争议都是行政法院之审查范围。

〔48〕 前引〔29〕，王志亮书，第323页。

〔49〕 相关报道可详见《死囚妻子申请人工授精 请求可能再被驳回》，载<http://news.sina.com.cn/s/2001-12-03/411462.html>，最后访问时间：2019年3月12日；《杀人犯罗峰昨被绑赴现场 死囚“生育权”终成泡影》，载<http://news.sohu.com/08/71/news147697108.shtml>，最后访问时间：2019年3月12日。

害之。无独有偶,美国最高法院在1974年的普罗库尼尔诉马丁内斯一案的判决中也指出通信自由是囚犯和“监狱大墙之外”的非囚犯公民的权利,对其限制必须是处于公共利益和社会安全的需要,也就是必须基于宪法第一修正案和第十四修正案方能予以限制。除了对刑事执行侵害享有消极防御请求权外,被执行人也享有一定的受益权,如生活和发展所必需的物质保障、就医权等。我国政府于1998年签署了《公民权利与政治权利国际公约》,该国际公约和其他一系列国际公约都规定,被执行人有寻求司法审查的权利。刑事执行,无论是强制性较浓的监狱行刑,还是协商性较强的社区行刑(行政协议行为),都不是“国家行为”,对其提起行政诉讼没有任何理论障碍,有的只是观念和制度的障碍。因此,从观念上破除特别权力关系理论的阴魅,从制度上还被执行人主体地位,畅通其权利遭受行刑权侵害时寻求救济的渠道,这是构建以权利制约权力为核心的刑事执行监督体制的基础内容。

六、余论:指向刑罚权

行政诉讼是近代自由主义思想发展下人们基于对行政权有意识的反思而建立的权力控制和权利保障机制,其从产生以来矛头就直指行政权。刑事诉讼的目的是追诉严重违法秩序违反行为以保障既有统治的稳定性和连续性,从其发生学意义而言,刑事诉讼更多的是国家对抗个人的制度设计。近代宪政主义对国家权力有着整体性的恐惧,特别是对含有主动性和具体性的权力更是如此。刑罚权的运用是迫害政治异己、实施独裁统治的有力手段,对刑罚权的反思就使得传统刑事诉讼实现价值取向的转型,即从针对个人走向针对刑罚权本身,刑事诉讼也就成为了对刑罚权进行控制和对犯罪嫌疑人的权利进行保障的机制。现代语境下的行政诉讼与刑事诉讼都是控(限)权法,^[50]即通过司法审判以判断行政权和刑罚权行使行为的合法性与有效性;二者也都是保权法,是通过司法审查制度保障公民合法权益不遭受行政权和刑罚权违法行使的侵害。传统刑事诉讼以刑事审判为核心,以审查公诉权行为正当性为己任,但刑罚权的扩张越来越使得传统刑事诉讼面临着大量刑罚权实际运行的非公诉权样态,这又在无形中为新的国家专制制造了制度漏洞。刑事诉讼是刑罚权的实施程序法,但刑罚权往往会在实际运行中表现出鲜明的亲行政权特征,这时行政诉讼可以介入。

通过本文的论证,我们可以得出这样一个基本结论:行政诉讼可以对刑罚权中刑事执行权行使行为合法性进行审查,^[51]将行政诉讼引入刑事执行的监督机制中去,具有法理的正当性,也符合法治发展的要求。当然,这并不意味着行政诉讼是刑事执行监督的唯一渠道。从这个意义上

• 319 •

[50] 行政诉讼是控权法,目的在于公民权益的有效保护,这是与行政法的控权品质一致的,这种观念基本上已经在学界达成共识。德国法学家何意志教授对此明确指出:“行政法从根本上而言是由议会立法、行政活动和法院审查构成的‘控权法’制度。”〔德〕奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,代中文版序,第8页。刑事诉讼是控权法,目的在于被追诉人权益的有效保护,这一观念并非为学界所普遍接受,但随着“人权保障”写入《刑事诉讼法》,越来越多学者开始对刑事诉讼目的重新反思。笔者坚持“刑事诉讼(法)的所有制度、规则,均在于防止政府恣意地干预、剥夺公民的基本权利,防止政府恣意侵入公民的个人隐私”的观点,并认为仅依赖于刑事诉讼既有制度和规则,仍不能防止国家刑罚权有滥用之虞,故须将刑罚权予以有效解构,通过公法诉讼最后补充手段之行政诉讼的介入,弥补刑事诉讼既有体系力有不逮的不足。

[51] 同理,行政诉讼当然亦可对刑罚权中其他权力行使行为的合法性予以审查,如行政相对人对刑事侦查行为提起行政诉讼,这从法理上是成立的。对此,笔者将另行撰文论述。

来讲，行政诉讼是对刑罚权中的行刑权行使行为合法性的审查活动，刑事诉讼又是对刑罚权中的刑事公诉权行使行为合法性的审查。在这里，我们不难发现，行政诉讼和刑事诉讼存在着一种对刑罚权行使行为合法性审查的分工关系，二者同时是刑罚权行使行为合法化审查机制，形成一种诉讼协作关系。笔者认为，行政诉讼与刑事诉讼之间能够形成这些关系内容，是由统一的公法诉讼本质决定的。传统诉讼法学主要是“从差异性和特殊性角度来看，不同诉讼领域内的司法权主体在功能定位、职责范围、权力大小、行为方式和运行机制等方面，都有着极大的区别”^{〔52〕}。毫无疑问，这种分门别类式研究不可能也无需追求什么是公法诉讼，因为其对于实体法之公法亦无自觉的本质认识。鉴于此种情形，一种对现实“公权力和公权利关系”严重不均衡状态的整体性、反思性理论得以产生，这就是以罗豪才教授为首提出的平衡论（及其发展之统一公法学理论）。该理论立足于行政国家下社会法治时代背景，直面现代国家两种“面相”（消极国家和积极国家），强调公权力主体和公民之间权利义务的总体平衡，以此构建的公法制度必然“围绕规范公共权力、保障公民权利来彼此呼应、协调一致并形成合力”，即“不同公权力的行使应当通过相互交织、相互借鉴和相互配合来共同解决公法争议”^{〔53〕}。平衡论在话语上将公权力作为元概念，它只是在公法层面上方有意义。虽然平衡论最初是作为行政法基础理论而提出，^{〔54〕}但现代行政权的两面性无非是现代国家和公民自由两面性的最直接反映，该理论努力的方向是“调动（行政权和公民权）两者的积极因素，最大可能地抑制其各自的消极因素”^{〔55〕}。笔者认为，平衡论这种理论格调已然超脱了行政法范畴，可以上升为公法学的一般性指导理论，更能为公法诉讼的整体认识所用，行政诉讼与刑事诉讼关系亦是从权力与权力的制约和平衡中实现权力与权利的平衡。

平衡论强调的“平衡”是一种动态平衡，^{〔56〕}它讲求权力和权利之间的良性互动，公权力主体和公权利主体都是受到尊重的价值主体，他们之间没有绝对的支配和附属关系。行政诉讼与刑事诉讼关系的特定语境是社会法治国，在这种法治范式中，行政相对人和刑罚权相对人（刑事嫌疑人、刑事被告、被执行人）都获得了诉讼法中的主体性。从形式上来看，公法诉讼是对因公权力行使而发生的纠纷的化解，但纠纷化解的背后则是不同主体利益的协调和均衡，其目的在于实现一种“自由和秩序并存”的理性和谐状态。^{〔57〕}行政国家下的刑罚权行使，越来越呈现为对行政犯罪的刑事追究，这种无传统被害人的秩序犯罪只能借公共利益之名追惩之。经由行政诉讼和刑事诉讼，仅仅是实现了纠纷化解，但公权力主体和公权利主体双方（或一方）如仍存有利益失

〔52〕 袁曙宏等：《现代公法制度的统一性》，北京大学出版社2009年版，第30页。

〔53〕 前引〔52〕，袁曙宏等书，第14页。

〔54〕 参见罗豪才、袁曙宏、李文栋：《现代行政法的理论基础——论行政机关与相对一方的权利义务平衡》，载《中国法学》1993年第1期。

〔55〕 罗豪才、沈岍：《平衡论：对现代行政法的一种本质思考——再谈现代行政法的理论基础》，载《中外法学》1996年第4期。

〔56〕 “程序上的非对等性与实体上的非对等性是‘倒置’的，并且存在于不同的侧面，不同的过程中，因此，在总体上，就形成相互牵制、相互抗衡的作用……平衡与不平等都不是绝对的，两者总是相互交织在一起，我们讲的平衡，是一种动态的平衡。”罗豪才主编：《行政法学》，中国政法大学出版社1999年版，第22页。“努力维护两者的平衡应当是刑事诉讼改革和程序设计的指导思想。当然，刑事诉讼价值的平衡是动态的平衡，而非静态的平衡。也就是说，像在平衡木上左右摇摆的平衡，是不断调整着的平衡。”陈光中、郑旭：《追求刑事诉讼价值的平衡——英俄今年刑事司法改革述评》，载《中国刑事法杂志》2003年第1期。

〔57〕 参见袁曙宏、宋功德：《统一公法学原论——公法学总论的一种模式》（上），中国人民大学出版社2005年版，第39-42页。

衡,这样只会徒增彼此间的隔阂和猜忌,而双方在现代行政国家下总是不可避免地发生着关系,很显然,单纯的争议解决只是行政诉讼与刑事诉讼关系的附带形式结果,^[58]并非其本质所在。公共利益和私人利益的相对性,使得刑罚权行使行为并非具有天然的正当性,行政诉讼和刑事诉讼由此成为一种由法院主持的权威性利益分配机制,其不仅进行现有纷争的事后解决,而且也面向未来促进刑罚权主体和刑罚权相对人长期之平衡状态的实现,这也是现代恢复性刑罚的要旨所在。进一步说,平衡论正视公权力相对于公权利的现实优越性,对公权力的规范和制约始终是平衡论的主要方面,这在行政诉讼与刑事诉讼关系中的体现就是二者共同在赋予刑罚权相对人诉讼主体地位前提下发挥着对刑罚权行使行为合法性证成机制的功能。

Abstract: The diversified criminal execution system in China contains non-independence consideration of the power of criminal execution. The power of criminal execution is naturally regarded as criminal jurisdiction. The criminal execution supervision thus established is a kind of litigation supervision, which is embodied as a mechanism of internal power control of criminal procedure, that is, the unified supervision of the procuratorial organ. The design of this system is not in line with legal theory and contradicts the development of modern rule of law, and its problems arise in the actual operation. The construction of a unified criminal execution system not only requires the unification of criminal execution organs, but also calls for the independence of criminal execution power. The power of punishment, including the power of criminal execution, cannot be understood as the power of criminal jurisdiction, otherwise it does not conform to the principle of modern state power separation and balance. The nature of the executive power of the criminal execution power determines the nature of the criminal administrative act, so it is justified that the administrative litigation is involved in the supervision of criminal execution. One direction of the reform of the criminal execution supervision system is to restore the subject status of the administrative law relationship that the executed person should have in criminal execution. In this regard, it is imperative to break the negative thinking of the special power relationship. Administrative litigation is a review mechanism for the legality of criminal execution power in the power of punishment, and criminal procedure is a review mechanism for the legality of criminal public prosecution power in the power of punishment. In a sense, administrative litigation and criminal procedure are both justification mechanisms for the legality of the exercise of criminal power.

Key Words: criminal execution, criminal jurisdiction, power of punishment, power of criminal execution, administrative litigation

(责任编辑:于文豪 赵建蕊)

[58] 没有各自利益平衡和裁判结果共识的公法诉讼,尽管其能定纷止争,但诉讼结束后实质的对峙仍将存在,甚至变本加厉。

行政行为“明显不当”的司法审查

王正鑫*

内容提要：法官大范围地适用“明显不当”标准，有力地破除了多年来“显失公正”与“滥用职权”标准所遭遇的法律适用困境。法官在“明显不当”项下归纳衍生出多项子标准，从而形成过程性的行政裁量控制机制，有利于实现对行政裁量瑕疵的精准纠治。为了使“明显不当”标准符合行政裁量司法审查标准的立法定位，避免破坏司法审查标准体系的内在协调，应矫正将其作为其他司法审查标准兜底条款的泛用趋向。借助“明显不当”标准，法官将非法定程序瑕疵作为程序性裁量瑕疵予以纠正，间接补足了“违反法定程序”标准的功能缺陷，有助于落实正当程序原则的核心理念，并由此形成正当程序原则的中国意涵。

关键词：行政行为 明显不当 行政裁量 司法审查标准

一、引言

1989年《行政诉讼法》在实施二十余年后的2014年被整体修订，行政裁量司法审查标准发生嬗变。“明显不当”取代“显失公正”，与“滥用职权”共同构成新的行政裁量司法审查标准。对于此次立法调整，有一个官方解答可供参考：“对于行政机关行使自由裁量权过程中极端不合理的情形纳入合法性范围，增加规定明显不当。”^{〔1〕}换言之，为加强对行政裁量的监督，2014年《行政诉讼法》修订时^{〔2〕}通过扩大合法性审查原则的内涵，将“明显不当”的行政行为纳入司法审查范围。^{〔3〕}“明显不当”背负着一项立法目的性预设，即“扩大合法性审查意涵，加强对行政

* 王正鑫，清华大学法学院博士研究生。

〔1〕 全国人大常委会法制工作委员会行政法室编著：《中华人民共和国行政诉讼法解读》，中国法制出版社2014年版，第197页。

〔2〕 2014年《行政诉讼法》虽于2017年被再次修订，但“明显不当”条款未被改动。

〔3〕 参见童卫东：《进步与妥协：〈行政诉讼法〉修改回顾》，载《行政法学研究》2015年第4期。

裁量的监督”。

学界对“明显不当”的认知从两条路径展开：一是因循法释义学路径，对“明显不当”条款进行理论层面的规范分析。^{〔4〕}关注“明显不当”的内涵及判断标准、属于违法抑或不合理行为的性质界定、应适用合理性抑或合法性审查的司法审查原则、与“滥用职权”的关系等问题。二是基于案例进行经验分析。^{〔5〕}主要关注“明显不当”的适用范围及认定标准、司法变更权的行使标准、判决类型的选用等问题。前述学术探讨多从“司法权监督行政权”而非“司法权监督行政裁量权”的层面认识“明显不当”。即便强调“明显不当”对行政裁量的规制，也多是在理论层面作宽泛剖析，并未细致体现“明显不当”在规范行政裁量方面的具体功用。立法为加强行政裁量的司法监督而确立“明显不当”标准，关注“明显不当”的行政裁量司法审查功能实属必要。

值得探讨的问题在于，在诉讼实务中，法官是如何适用“明显不当”标准的？具体而言，法官是否敢于适用“明显不当”，是否将其用于纠正行政裁量瑕疵，又是如何在个案中完成行政裁量的监督任务的？有鉴于此，本文立足于行政裁量的司法审查功能，借由案例考量“明显不当”的司法适用状况。

在论述展开之前，有两点尚需强调。首先，本文将从形式层面、实质层面和拓展层面，对法官如何适用“明显不当”作一管窥。形式层面关乎“明显不当”的形式适用，实质层面关乎“明显不当”规范行政裁量的功能效果，拓展层面则关乎“明显不当”在与其他司法审查标准产生适用联系时的功用发挥。其次，本文内容将基于113个案例展开，^{〔6〕}所涉案例均以明确适用2014年《行政诉讼法》第七十条第（六）项，^{〔7〕}或第77条第1款为限^{〔8〕}。

• 323 •

二、形式层面：“明显不当”标准的广泛适用

“明显不当”标准是立法为司法审查行政裁量所提供的一件工具，那么法官是否勤于使用这件工具，便成为检视“明显不当”司法适用状况的起点。为了直观地观察法官适用“明显不当”

〔4〕 相关文章请参见张峰振：《论不当行政行为的司法救济——从我国〈行政诉讼法〉中的“明显不当行政行为”谈起》，载《政治与法律》2016年第1期；高鸿、殷勤：《论明显不当标准对行政裁量权的控制》，载《人民司法》2017年第19期；何海波：《论行政行为“明显不当”》，载《法学研究》2016年第3期；于洋：《明显不当审查标准的内涵与适用——以〈行政诉讼法〉第70条第（六）项为核心》，载《交大法学》2017年第3期；史笔、曹晟：《新〈行政诉讼法〉中行政行为“明显不当”的审查与判断》，载《法律适用》2016年第8期。

〔5〕 相关文章请参见张怡静、陈越峰：《公正适当裁量中的“相关考虑”——从对中国行政审判案例第71号的讨论切入》，载《法律适用》2019年第4期；石俊峰、李衡：《司法变更权的适用条件及强度把握——以某制药公司上诉某区市场和监督管理局行政处罚案为研究视角》，载《法律适用》2020年第16期；黄雪娇：《行政判决“明显不当”标准之探讨——以〈最高人民法院公报〉和最高人民法院指导性案例中的行政处罚案例为样本的分析》，载《河南财经政法大学学报》2017年第2期；王锴：《行政诉讼中变更判决的适用条件——基于理论和案例的考察》，载《政治与法律》2018年第9期。

〔6〕 在北大法宝、中国裁判文书网等案例检索网站，分别以“行政诉讼法第70条第（六）项”“行政诉讼法第77条第1款”为关键词作全文检索，共选择案例113件。所选案件以经二审以上程序为主，同时包括个别一审案件。

〔7〕 《行政诉讼法》第70条第（六）项规定：“行政行为有下列情形之一的，人民法院判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出行政行为：……（六）明显不当的。”

〔8〕 《行政诉讼法》第77条第1款规定：“行政处罚明显不当，或者其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误的，人民法院可以判决变更。”

的频次、范围，本文将选择1989年《行政诉讼法》中的“滥用职权”与“显失公正”作为参照。

（一）旧司法审查标准的适用困境

1989年《行政诉讼法》确立“滥用职权”与“显失公正”，并由此形成长达二十余年的行政法意象，“即行政诉讼法所提供的诸多司法审查标准之中，用来检验行政裁量的主要是‘滥用职权’和‘显失公正’”^{〔9〕}。那么在2014年《行政诉讼法》修订之前，“显失公正”与“滥用职权”的适用状况如何呢？

有学者专就此做过统计分析，发现“显失公正”的适用状况不容乐观，整体适用频次低，被法院限定适用于行政处罚领域。“显失公正”并未成为监督行政裁量的有力手段。^{〔10〕}既然“显失公正”在规范行政裁量方面已经折戟沉沙，那么“滥用职权”又能否独挑大梁呢？现实状况同样令人担忧，“滥用职权”鲜被适用。^{〔11〕}一方面，学理以及实务往往将“滥用职权”与行政机关的主观过错相联系，^{〔12〕}从而使其不能完全涵盖行政裁量权的行使情形，这极大地限缩了“滥用职权”的功用发挥；^{〔13〕}另一方面，法院对于“滥用职权”的适用具有回避倾向，这便直接将“滥用职权”阻却在法律适用阶段^{〔14〕}。

（二）学理与立法对“明显不当”的肯认

早在《行政诉讼法》修订之前，“显失公正”与“滥用职权”所遭遇的适用困境便被学界关注，学者尽力探求问题的成因所在并提出应对之方。在这次学理讨论中，“明显不当”首次出现。有学者认为，“明显不当”是为解决“显失公正”与“滥用职权”的适用难题而被引入的。“明显不当”是要确立一个包容性、实用性更强的标准。^{〔15〕}同时保留“滥用职权”标准，将之作为“最后的、剩余的司法审查标准”^{〔16〕}。更有学者坦言，“滥用职权”主要考虑行政机关的主观恣意，“明显不当”则要转向客观存在的法律规定和行政惯例。^{〔17〕}因此，在学理论述中，“明显不当”的提出是对“显失公正”和“滥用职权”的集中纠偏，目的在于以“明显不当”所具有的包容性消解掉“显失公正”和“滥用职权”的狭隘侧面，进而破除该两项司法审查标准的适用困境。

学理思辨得到了立法回应，立法者于2014年修法时，采用“明显不当”，同时保留“滥用职权”，并将“显失公正”删去。或许立法者已经觉察到，在司法实践中，受“法条主义”影响，法官倾向于认为不违反法律的明文规定便不属于违法，因而不愿监督行政裁量，也不愿适用“滥

〔9〕 沈岍：《行政诉讼确立“裁量明显不当”标准之议》，载《法商研究》2004年第4期。

〔10〕 参见前引〔5〕，黄雪娇文。

〔11〕 参见余凌云：《对行政机关滥用职权的司法审查——从若干判案看法院审理的偏好与问题》，载《中国法学》2008年第1期。

〔12〕 参见罗豪才：《中国司法审查制度》，北京大学出版社1993年版，第407-409页。

〔13〕 参见前引〔9〕，沈岍文。

〔14〕 参见前引〔11〕，余凌云文。

〔15〕 “（明显不当）这个标准可以涵盖行政机关因认知偏差、疏忽或失误而作出的与立法目的和精神、基本法治原则、一般公平正义观念或常理明显相背的裁量决定。”前引〔9〕，沈岍文，第35页。

〔16〕 前引〔9〕，沈岍文，第35页。

〔17〕 参见郑春燕：《论“行政裁量理由明显不当”标准——走出行政裁量主观性审查的困境》，载《国家行政学院学报》2007年第4期。

用职权”。而“显失公正”限于行政处罚，范围过窄。因此，“滥用职权”与“显失公正”的适用困境直接导致合法性审查的内涵被不当限缩，而“明显不当”得以被立法者采用，正是期冀其可以“扩大合法性审查意涵”。至于为何会保留“滥用职权”，原因在于保留“滥用职权”以纠正“行政职权目的不适当”。〔18〕

（三）“明显不当”标准得被法官广泛适用

只有在了解“明显不当”标准的历史过往之后，我们才可以理解，正是因为“明显不当”承载着破除旧标准适用困境的使命，所以需要首先观察法官是否勤于适用“明显不当”。而在司法实践中，法官正在凭借“明显不当”有力地克服旧标准所造成的适用困境。这主要体现于两方面：

其一，从行政处罚“显失公正”到行政行为“明显不当”。“任何行政行为都可能存在是否‘显失公正’的问题”〔19〕，但将其与行政处罚牢牢勾连实在是立法之过。“明显不当”的确立本身便有着纠错的意味，其不仅成为“行政处罚明显不当”适用变更判决的裁判依据，而且与“滥用职权”并列成为撤销判决的适用依据。经由观诸诉讼实践，可以得知“显失公正”与行政处罚之间的不当勾连已被打破。“明显不当”不仅被适用于行政处罚的司法审查，而且涵盖行政许可、行政强制、行政征收等各种行政行为。“明显不当”涵盖行政行为类型的案件列举，请参见表1。立法纠错得到了司法实践回应，二者走向契合归一。

表1 “明显不当”涵盖行政行为类型案件例举

行政行为类型	案由案号
行政处罚	曲兴林等与大石桥市公安局行政处罚纠纷上诉案，辽宁省营口市中级人民法院（2016）辽08行终227号行政判决书
行政许可	刘金裕与海林市规划局行政许可纠纷再审案，黑龙江省高级人民法院（2017）黑行申278号行政裁定书
行政强制	黎锦添与广州市南沙区人民政府等强制拆除违法建设决定纠纷上诉案，广州铁路运输中级人民法院（2020）粤71行终1429号行政判决书
行政确认	孙启文与岳阳市人力资源和社会保障局行政确认纠纷上诉案，湖南省岳阳市中级人民法院（2017）湘06行终52号行政判决书
行政登记	李巨虎与李积海、临高县人民政府行政登记纠纷上诉案，海南省高级人民法院（2018）琼行终42号行政判决书
行政给付	梁厚华等与德庆县民政局行政给付纠纷上诉案，广东省肇庆市中级人民法院（2016）粤12行终103号行政判决书
行政裁决	索贝尔实业有限公司与包头市东河区人力资源和社会保障局等行政裁决纠纷上诉案，内蒙古自治区包头市中级人民法院（2019）内02行终152号行政判决书

〔18〕 参见前引〔3〕，童卫东文。本文作者时任全国人大法工委行政室副主任，其所做解读在一定程度上可以代表立法者的考量。

〔19〕 前引〔11〕，余凌云文，第29页。

续前表

行政行为类型	案由案号
行政征收	欧源房地产开发有限公司与肃宁县自然资源和规划局行政征收纠纷上诉案，河北省沧州市中级人民法院（2019）冀行终 412 号行政判决书
政府信息公开	严常福等与兰州新区国土资源局政府信息公开纠纷上诉案，兰州铁路运输中级法院（2020）甘 71 行终 68 号行政判决书

其二，“明显不当”表征行政裁量的客观性审查。法官对行政裁量所进行的司法审查仍然主要是客观性审查，而非主观性审查。^{〔20〕}学界多认为，“滥用职权”易导向行政裁量的主观性审查，“明显不当”则是在客观结果层面判断行政行为是否存在裁量瑕疵。^{〔21〕}换言之，法院无需对行政机关的主观意志进行评价便可纠正行政裁量瑕疵。经由案件检索发现，“明显不当”有助于澄清修法前行政裁量的主观性审查误区，法院敢于直接适用“明显不当”条款作出裁判。^{〔22〕}

（四）“明显不当”的泛用趋向

法官敢用、勤用且较大范围地直接适用“明显不当”作出裁判，这使得“明显不当”并未沦为宣示性条款。但同时需要注意，广泛适用并不意味着恰当适用。在部分案件中，法官已经显露出泛用“明显不当”的趋向。当其他司法审查标准无法适用时，法官选择将“明显不当”作为最后的保留手段，实质上是将“明显不当”作为一般性违法对待。此时，“明显不当”等同于“违法”，“明显不当”的行政行为便是“违法的行政行为”，从而导致“明显不当”被作为其他司法审查标准的兜底条款。而这显然已经脱离了“明显不当”作为行政裁量司法审查标准的立法定位。这一泛用趋向的出现，根源于可供法院使用的司法审查标准不够丰富的客观现实。

在我国，与判决类型相匹配，《行政诉讼法》详细列明了六项司法审查标准。这意味着法院在对一项行政行为进行合法性审查时，不能直接认定行政行为违法继而将其撤销或作其他处理，行政行为合法与否的判定是与司法审查标准逐项比对的结果。这样的合法性判断方式并无问题，真正的问题存在于司法审查标准的设置方式上。《行政诉讼法》第 70 条明列六项司法审查标准，且呈现为穷尽式列举而未设有兜底条款，潜在的立法表达似乎是此六项司法审查标准足以涵盖行政行为的所有合法性瑕疵。

但是，六项司法审查标准均是针对行政机关的行为过错而设置，如若一项行政行为的合法性瑕疵完全归咎于相对人而与行政机关无涉，法院又将如何处理呢？如因相对人提供虚假材料而导致行政登记违法，行政机关因尽到审查义务并无过错，此时单因结果违法而适用“明显不当”是否适宜恐不无商榷余地。如在程某诉濮阳市华龙区民政局行政登记纠纷案中，法院便认为：“被告已尽到审慎义务，原告诉求确认结婚登记行为无效于法无据。但被诉结婚登记行为确因违反

〔20〕 参见前引〔11〕，余凌云文。

〔21〕 参见前引〔4〕，史笔、曹晟文；前引〔5〕，黄雪娇文。

〔22〕 以北大法宝为例，以“行政诉讼法第七十条第（六）项”为关键词进行全文法律适用检索，可得适用“明显不当”的案例 1300 余件；以“行政诉讼法第七十七条第一款”为关键词进行全文法律适用检索，则可得适用“明显不当”的案例 180 余件。检索截止日期为 2021 年 5 月 19 日。

《中华人民共和国婚姻法》第五条的规定,明显不当。”^[23]在王海珍诉合阳县民政局行政登记纠纷案中,法院更是直接宣称:“虽然被告在办理离婚登记过程中本身不存在违法行为,其依法履行了一定的审查义务,但不能否定原告为限制民事行为能力人的客观事实。被告作出的行政行为违反了《婚姻登记条例》第十二条一款(二)项的规定,其作出的离婚登记行为明显不当。”^[24]

为矫治“明显不当”的泛用趋向,法官应致力于弥补现有司法审查标准未能覆盖的合法性“漏洞”,从而将“明显不当”从一般性违法的兜底条款中解放出来,使其回归行政裁量司法审查标准的法律角色,被专用于纠正行政裁量瑕疵。具体可从以下两个方面着手改进:其一,细化解释现有司法审查标准。通过细化解释现有司法审查标准使其涵盖非裁量性的合法性瑕疵。比如前文所提到的行政登记事项,或许法官可将行政机关基于相对人提供的虚假材料作出的行政决定认定为“主要证据不足”,继而将之撤销或做其他处理。其二,在规则缺失之处适用法律原则。基于一般法理,在法律适用的过程中,当规则缺失,法院尚可以根据法律原则作出裁判。当既有的司法审查标准无法满足法院的手段需求时,法院便可转而适用法律原则以作裁判。在前文提到的行政登记案件中,法院或可适用行政合法性原则,继而作出是否存在合法性瑕疵的司法判定。

三、实质层面:行政裁量控制机制的形成与调适

从形式层面检视法官是否敢用、勤用“明显不当”并不足够,因为这尚未触及行政裁量控制的实质层面。下文将进入实质层面的考量,即法官如何借助“明显不当”来纠正行政裁量瑕疵。

• 327 •

(一) 行政裁量控制机制的形成

作为适用“明显不当”的前提步骤,法官首先需要判定行政行为是否构成“明显不当”。借由案例可知,“明显不当”正在被经由个案归纳而来的子标准予以明确。一项项子标准为“明显不当”的判定提供了更为直观的标尺,我们亦可以借助这些子标准检视法官纠正行政裁量瑕疵的方式。通过案例可归纳出如下子标准。

(1) 未考虑相关因素。如在刘红军与湘潭市公安局雨湖分局行政处罚及行政复议纠纷上诉案中,二审法院认为,行政机关“明显没有考虑潘某的行为已构成犯罪的 facts 及作出行政处罚裁量的有关情节,该处罚决定存在不当”^[25]。在徐小强与孟津县工商行政管理局行政处罚纠纷上诉案中,二审法院认为,行政机关“没有全面考虑徐小强违法行为的性质、程度及后果,不具有合理性,违反了行政合理性原则,明显不当”^[26]。

(2) 处罚结果畸轻畸重。如在陈超与济南市城市公共客运管理服务中心行政处罚纠纷再审案中,再审法院认为,行政机关“处罚幅度和数额畸重,不符合罚当其过的原则。原审法院判决认为被诉处罚决定属于行政诉讼法第七十条第(六)项所规定的明显不当情形,该认定并无不

[23] 河南省濮阳县人民法院(2016)豫0928行初106号行政判决书。

[24] 陕西省合阳县人民法院(2016)陕0524行初12号行政判决书。

[25] 湖南省湘潭市中级人民法院(2019)湘03行终49号行政判决书。

[26] 河南省洛阳市中级人民法院(2016)豫03行终129号行政判决书。

当”^{〔27〕}。在广州市畅顺物流有限公司与广州市南沙区环保水务局行政处罚纠纷上诉案中，二审法院认为：“行政机关作出的行政处罚决定，如果与事实、性质、情节以及社会危害程度不相称，明显超过合理裁量范围，导致处罚结果畸重，就不符合‘过罚相当’原则，构成《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第（六）项规定的‘明显不当’。”^{〔28〕}

（3）违反比例原则。如在朱伯仁与兴化市综合执法局等行政纠纷上诉案中，一审法院认为：“直接作出限期拆除决定必然将对朱伯仁的权益造成过度损害，不符合比例原则的要求，应属明显不当。”^{〔29〕}在梁卫英与广州市南沙区横沥镇人民政府行政强制纠纷上诉案中，一审法院认为：“被告未对涉案建筑的征收补偿标准和具体情况进行调查，迳行作出穗南横政府处字〔2019〕00084号《违法建设行政处理决定书》……该决定书明显不当，不符合行政行为的比例原则。”^{〔30〕}

（4）违反平等原则。如在曾宪荣与邵东市公安局行政处罚纠纷上诉案中，二审法院认为：“仅对曾宪荣给予处罚，对同案违法行为人金贻军既未立案查处，亦未说明任何正当理由，不能排除选择性、差别执法的合理怀疑。……故可以认定邵东县公安局对曾宪荣所作行政处罚决定有违行政处罚的平等原则，存在明显不当。”^{〔31〕}在梁德钦与三穗县公安局行政处罚纠纷上诉案中，二审法院认为：“在梁德钦辱骂黄某的过程中，黄某亦对梁德钦进行了辱骂，上诉人三穗县公安局仅对梁德钦进行治安管理行政处罚，不符合公平公正原则，依法应予撤销。”^{〔32〕}

（5）法律依据适用错误。如在郭四清与焦作市解放区城市管理局城乡建设行政管理纠纷上诉案中，一审法院认为：“被告区城管局超期保存先行登记保存物品没有法律依据、明显不当。”^{〔33〕}在谭某诉佛山市禅城区张槎街道办事处、佛山市禅城区人民政府行政确认及行政复议纠纷上诉案中，一审法院认为：“张槎街道办依据《张槎村章程》，认为谭某属于第一次界定股东资格后才出生的人员，按照《张槎村章程》第十条的规定，谭某不属于下会经济社、张槎经联社的配股对象，对谭某申请的事项不予处理，适用依据错误，处理明显不当。”^{〔34〕}

（6）存在程序性瑕疵。如在九台区东湖街道办事处金雨牧业小区与长春市工商行政管理局九台分局等行政处罚纠纷上诉案中，二审法院认为：“行政许可有效期届满的，登记机关有权视情况决定撤销注册登记或者吊销营业执照，或者责令当事人依法办理变更登记，但是，决定适用何种程序应当符合行政合理性原则……九台工商局直接对金雨牧业小区作出吊销营业执照的处罚决定，取消其作为商事主体进行经营的权利，并由其承担行政处罚的不利法律后果明显不当。”^{〔35〕}在赵全福等与黔西县城规划局、毕节市城乡规划局行政处罚及行政复议纠纷上诉案中，一审法

〔27〕 山东省高级人民法院（2018）鲁行申538号行政裁定书。

〔28〕 广州铁路运输中级法院（2018）粤71行终1892号行政判决书。

〔29〕 江苏省泰州市中级人民法院（2020）苏12行终266号行政判决书。

〔30〕 广州铁路运输中级法院（2020）粤71行终1605号行政判决书。

〔31〕 湖南省邵阳市中级人民法院（2020）湘05行终66号行政判决书。

〔32〕 贵州省黔东南苗族侗族自治州中级人民法院（2016）黔26行终100号行政判决书。

〔33〕 河南省焦作市中级人民法院（2020）豫08行终190号行政判决书。

〔34〕 广东省佛山市中级人民法院（2017）粤06行终531号行政判决书。

〔35〕 吉林省长春市中级人民法院（2019）吉01行终153号行政判决书。

院认为：“黔西县规划局2013年4月15日又针对涉案房屋作出黔规通字（2013）第20409号《责令立即拆除通知书》……而被告时隔两年后，才于2015年3月30日对原告已经修建完毕的一栋两层占地586平方米建筑面积为1172平方米的房屋作出行政处罚告知，于2015年4月8日作出行政处罚决定，被告的行政行为存在明显不当，违反了程序正当性原则。”〔36〕

（7）追求不适当目的。如在刘洪艳与北京市海淀区城市管理综合行政执法监察局等行政处罚及行政复议纠纷上诉案中，二审法院认为：“行政行为的作出应当符合法规规范的目的……城市管理综合执法部门的执法活动均须以此为依托，方能体现其正当性。”〔37〕在高志伟等诉延吉市林业局行政许可纠纷案中，法院认为：“行政机关作出的行政行为应当符合行政目的，原告看护房圈舍已经行政机关批准建设十年，原、被告及第三人并无异议。现因第三人意欲转让争议土地，而申请被告撤销《关于在果树地内建看护房的批复》，有理由认为被告因此作出的行政行为行政目的不当。”〔38〕

（8）未尽到合理审慎的审查义务。如在临汾市兴国实验学校与临汾市尧都区人民政府等行政登记纠纷上诉案中，二审法院认为：“临汾市尧都区人民政府未尽审慎审查义务登记，发证行为明显不当。”〔39〕在李巨虎与临高县人民政府等行政登记纠纷上诉案中，一审法院认为：“临高县政府及相关部门在颁证当时的相关审核、审批材料存在重大瑕疵，明显不当。”〔40〕

（9）事实认定错误。如在李自斌与绵阳市人力资源和社会保障局行政确认纠纷上诉案中，一审法院认为：“被告作出编号×××认定工伤决定书，符合法定程序，但认定事实明显不当，适用法律错误。”〔41〕在孙启文与岳阳市人力资源和社会保障局行政确认纠纷上诉案中，一审法院更是直接宣称：“事实认定过程因其武断而表现出明显不当，故该行政认定行为应当撤销后予以重作。”〔42〕

（10）其他标准。〔43〕如违反一事不再罚原则、〔44〕行政复议决定违反禁止不利变更原则、〔45〕依照法院判决重新做出的行政行为加重相对人义务〔46〕等。

我们可以尝试作进一步的分析，法官为明确何谓“明显不当”，在个案中归纳、细化出诸项子标准，这些子标准同时指向行政裁量瑕疵。诸项子标准既是“明显不当”的判断标准，同时也是裁量瑕疵的识别标准。相应地，“明显不当”已经成为一个涵括诸多子标准的上位概念，其所表征的乃是一个概念体系或概念集。也正是在这一概念细化的过程中，“明显不当”规范行政裁量的法效力得以被体系性地扩张延展。法官可凭助多项子标准对接至“明显不当”，进

• 329 •

〔36〕 贵州省毕节市中级人民法院（2016）黔05行终96号行政判决书。

〔37〕 北京市第一中级人民法院（2018）京01行终367号行政判决书。

〔38〕 吉林省延吉市人民法院（2016）吉2401行初121号行政裁定书。

〔39〕 山西省临汾市中级人民法院（2016）晋10行终78号行政判决书。

〔40〕 海南省高级人民法院（2018）琼行终42号行政判决书。

〔41〕 四川省绵阳市中级人民法院（2020）川07行终147号行政判决书。

〔42〕 湖南省岳阳市中级人民法院（2017）湘06行终52号行政判决书。

〔43〕 鉴于客观上无法统览司法实践全貌，也无法将子标准全部梳理出来，所以使用“其他”作为兜底项列明。

〔44〕 参见河北省张家口市中级人民法院（2019）冀07行终86号行政判决书。

〔45〕 参见湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院（2019）湘31行终65号行政判决书。

〔46〕 参见河北省邢台市中级人民法院（2016）冀05行终77号行政判决书。

而纠正裁量瑕疵。而这便是“明显不当”在诉讼实务中所形成的行政裁量控制机制。关于该机制请参见图 1。

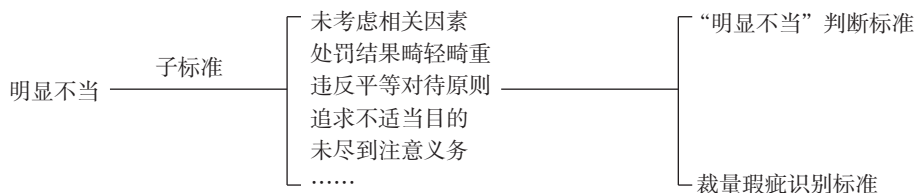


图 1 行政裁量控制机制示意图

（二）行政裁量控制机制的过程性特征

若对上述子标准作细致分析，则会发现它们不是在结果意义，而是在过程意义上而言的，是对行政裁量过程所课予的准则要求。行政机关行使裁量权进行判断选择，要对相关因素进行充分考虑、平等对待相对人、追求适当目的、避免程序性瑕疵并尽到合理注意义务。即便是“处罚结果畸轻畸重”，其所关注的也并非仅是行政裁量结果，而是会回溯至行政行为的做出过程，审查行政机关是否充分考虑违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度，进而判断处罚结果是否与前述因素相当。

可以认为，行政裁量是一个过程，法院原则上并不能指挥行政机关作出非 A 即 B 的选择，但却可以要求行政机关在存有选择和判断余地时恪守裁量准则，以此在最大程度上消除行政恣意，经由这一过程所作出的裁量结果便是可以被接受的。可以看到，以“明显不当”为上位标准的诸项子标准正在构建过程性的行政裁量控制机制，发挥控制行政裁量的规范效力。

（三）行政裁量控制机制的运行调适

“明显不当”被法官扩展延伸为过程性的行政裁量控制机制，继而对行政裁量瑕疵进行有针对性的纠正，这是一件值得称道的司法创举。但是，若对各项子标准作细致观察，则可以发现部分子标准所指征的合法性瑕疵已被其他司法审查标准所涵盖。“明显不当”与其他司法审查标准的效力范围出现了不适宜的交叉，审查标准之间的边界有被模糊的危险。这一问题在证据事实与法律适用方面表现得最为明显。

其一，将证据事实问题归入“明显不当”的调整范围。前文已经提及，在诉讼实务中，法官将“事实认定错误”作为“明显不当”的认定标准之一。此外，法院还依据“明显不当”纠正其他证据事实瑕疵。如在江生才与武夷山市交通综合行政执法大队行政处罚纠纷上诉案中，二审法院认为：“本院对被上诉人违法取得的证据不予采用。因此，被上诉人作出行政处罚证据不足，应予撤销。”^{〔47〕}

其二，将法律适用问题归入“明显不当”的调整范围。法官将“法律依据适用错误”作为“明显不当”的认定标准之一。如在石家旺与龙岩市公安局交通警察支队行政处罚纠纷上诉案中，一审和二审法院均认为被诉行政处罚决定适用法律错误，一审法院未适用《行政诉讼法》第 70

〔47〕 福建省南平市中级人民法院（2019）闽 07 行终 56 号行政判决书。

条第(二)项的“适用法律、法规错误”条款,而是仅适用“明显不当”撤销被诉行政处罚决定,二审法院对此亦予以认可。^[48]

较为明确的是,事实认定问题,属于证据规则的调整范围,对应《行政诉讼法》第70条第(一)项“主要证据不足的”;法律适用问题,则对应《行政诉讼法》第70条第(二)项“适用法律、法规错误的”。法官现将事实认定与法律适用方面的合法性瑕疵均通过“明显不当”予以矫正,客观上易导致其他司法审查标准被虚置,而“明显不当”标准的内涵外延也将随之无限扩张。更为重要的是,《行政诉讼法》第70条并列规定六项司法审查标准,潜在逻辑便是六项司法审查标准之间存有不同,不可混同适用。对任何一项司法审查标准的适用均需要照顾体系的和谐,“确保不同审查根据既有区分又能衔接,不能指望一个‘明显不当’包打天下”^[49]。法官动辄适用“明显不当”来纠正已为其他司法审查标准涵盖的合法性瑕疵,会破坏司法审查标准体系的内在协调性。

为应对上述问题,法官需要对既已成型的行政裁量控制机制做以下调整:首先,重新审视“明显不当”项下的子标准,将“法律适用错误”“事实认定错误”等可被其他司法审查标准所涵盖的子标准剔除,从而缓解“明显不当”与其他司法审查标准之间的适用紧张,维护司法审查标准体系内在的协调性。其次,立足“明显不当”的行政裁量司法审查功能,经由个案所生成的子标准需要侧重于裁量瑕疵的识别,从而实现对行政裁量瑕疵的精准纠治。

四、拓展层面:行政程序瑕疵的司法矫正

• 331 •

作为一项司法审查标准,“明显不当”并不孤单,《行政诉讼法》同时规定了其他五项标准。接下来所要探究的是,当“明显不当”与“违反法定程序”标准产生适用关联时,法官所进行的法律适用操作。之所以关注“明显不当”与“违反法定程序”标准之间的适用关联,乃是因为在司法实践中,通过认定程序性瑕疵构成“明显不当”,进而将行政行为予以撤销已经成为法院适用“明显不当”的主流方向之一。而除“违反法定程序”标准外,“明显不当”与其他四项司法审查标准之间的适用关联并不明显。

需要强调的是,此处所讨论的适用关联不包括上文提及的“明显不当”与其他司法审查标准的适用交叉问题。适用交叉乃是“明显不当”不适宜地侵入其他司法审查标准的效力范围。适用关联则是关注“明显不当”在纠正行政裁量瑕疵的过程中,客观上对“违反法定程序”标准所起到的补足作用。

(一)“明显不当”对“违反法定程序”的功能补足

《行政诉讼法》对行政程序瑕疵采取“违反法定程序”与“程序轻微违法”的二分法。^[50]根据学界主流观点,“违反法定程序”中的“法”包括法律、法规、规章,但是否还包括宪法与行

[48] 福建省龙岩市中级人民法院(2020)闽08行终90号行政判决书。

[49] 前引[4],何海波文,第75页。

[50] 参见梁君瑜:《行政程序瑕疵的三分法与司法审查》,载《法学家》2017年第3期。

政规范性文件则尚存争议。^{〔51〕}不管宪法与行政规范性文件是否可被涵括其中，应无疑义的是，《行政诉讼法》所言的“程序”主要是指可寻得法律规范依据的行政程序。由于我国尚未制定一部行政程序法典，单行法中法定程序的规定既不全面，也不系统，这将直接限制“违反法定程序”标准的功能发挥。尤其是在行政行为未有法定程序可供遵循，法定程序标准难以发挥作用之时，如何经由司法手段纠正行政行为的程序性瑕疵便成为掣肘所在。

前已述及，“明显不当”的一项子标准便是“存在程序性瑕疵”。当行政行为的作出程序无实定法依据，或者虽有实定法依据，但行政机关就程序性事项具有选择权限，法院便可以“存在程序性瑕疵”为由适用“明显不当”，从而纠正行政行为的程序性裁量瑕疵。如在阿拉斯加杰克海产公司诉国家工商行政管理总局商标评审委员会行政管理纠纷案中，法院便认为：“一般来说，除了法律明文制定的羁束性程序规定外，应当属于行政机关自由裁量的范围，但自由裁量的行使并非没有限制，应当遵循一定的原则和规则……若行政机关对于行政程序不予提前告知，行政相对人亦无法依据惯例予以预判，则制约了行政相对人履行程序性义务的可能性，由行政相对人承担其带来的不利后果明显不当。”^{〔52〕}

因此，当法律规范未具明文，行政机关就履行何种、是否履行以及如何履行行政程序存有判断和选择余地时，作为行政裁量司法审查标准的“明显不当”便有了用武之地。更为重要的是，法官在借助“明显不当”纠正程序性裁量瑕疵的同时，客观上还可以补足“违反法定程序”标准的功能漏洞。具体来说，借助“明显不当”，法官将“非法定程序性瑕疵”作为“程序性裁量瑕疵”予以纠正，附带地填补“违反法定程序”标准难以覆盖的空白区域。

（二）行政程序瑕疵司法矫正机制

在司法实践中，通过认定程序性瑕疵构成“明显不当”，进而将行政行为予以撤销已然成为法院适用“明显不当”的主流方向之一。在此举出数例以供参详：超越合理期限实施行政行为明显不当、^{〔53〕}从程序上制约相对人权利行使明显不当、^{〔54〕}未充分履行告知义务和公开义务明显不当^{〔55〕}。

可以看到，在纠正非法定程序瑕疵方面，法官敏锐地觉察到“明显不当”的潜力所在。经由司法操作，“违反法定程序”与“违反非法定程序”均被司法审查所涵括，而程序性瑕疵司法矫正机制也在这一过程中渐渐成型。具体而言，程序性瑕疵司法矫正机制由“违反法定程序”标准和“明显不当”共同构成。“违反法定程序”标准负责纠正违反有法律规范依据的行政程序瑕疵，而“明显不当”则用于纠正无法律规范依据的行政程序瑕疵。由此，针对行政行为程序性瑕疵的司法审查，法官已经探索出一种新的模式。

〔51〕 相关文献如章剑生：《对违反法定程序的司法审查——以最高人民法院公布的典型案例（1985—2008）为例》，载《法学研究》2009年第2期；章剑生：《论行政程序违法及其司法审查》，载《行政法学研究》1996年第1期；张步峰：《违反法定程序的诉讼法律后果——评〈行政诉讼法修正案（草案）〉的“违反法定程序”条款》，载《河北法学》2014年第11期；杨伟东：《行政程序违法的法律后果及其责任》，载《政法论坛》2005年第4期。

〔52〕 北京知识产权法院（2016）京73行初5973号行政判决书。

〔53〕 参见河南省洛阳市中级人民法院（2017）豫03行终215号行政判决书。

〔54〕 参见湖南省岳阳市中级人民法院（2017）湘06行终78号行政判决书。

〔55〕 参见重庆市第一中级人民法院（2016）渝01行终736号行政判决书。

（三）正当程序原则的发展危机与新动向

“违反法定程序”标准自被1989年《行政诉讼法》确立，一直延续至今。早在2014年修订《行政诉讼法》规定“明显不当”之前，“违反法定程序”标准无法涵盖非法定程序瑕疵的功能短板便受到关注。^{〔56〕}在当时，为纠正法律、法规及规章无明文规定的行政程序瑕疵，正当程序原则被推上台面。学理希冀法官通过适用正当程序原则，来纠正无法被“违反法定程序”标准所覆盖的行政程序瑕疵。而在司法实践中，法官亦有意无意地运用正当程序原则裁判案件。伴随一系列典型个案的出现，正当程序原则的轮廓逐渐清晰，内涵亦不断丰富。^{〔57〕}在学者与法官的合力下，正当程序原则已经涓汇成流，颇有可能成长为一项可被独立适用的法律原则。有学者将正当程序原则的这一发展态势喻作“晨光初现”。^{〔58〕}

然而，《行政诉讼法》确立“明显不当”标准后，该标准被法官用于纠正无法律规范依据的行政程序瑕疵，正当程序原则的上述发展态势似乎被中道“斩断”。换言之，即便离开抽象缥缈且无实定法依据的正当程序原则，法官也可以凭借“明显不当”来纠正“非法定程序瑕疵”，同时还可以避免脱离实定法裁判案件的指摘。而在事实上，“违反法定程序”标准与“明显不当”也已共同构筑起行政程序瑕疵的司法矫正机制，并间接阻断了正当程序原则的原有发展路径。基本可以预见的是，正当程序原则很难成长为一项可被独立、直接适用的法律原则。

原有发展路径被阻却的同时，新的发展方向或许已被开启。在正当程序原则的要求下，行政行为的作出程序不管是否有实定法依据，均应遵循基本的程序正义。换言之，正当程序原则是作为一个整体概念而存在，并不局限于行政程序缺失实定法依据的情形。“不得违反法定程序”，同样构成正当程序原则的内在要求。因此，“违反法定程序”标准与“明显不当”所缔造的行政程序瑕疵司法矫正机制，致力于将有法定依据与无法定依据的程序瑕疵均纳入司法审查范围，这本身便是正当程序原则的要求。由此可以认为，法官借助“明显不当”来纠正“非法定程序瑕疵”，虽然此举阻断了正当程序原则的原有发展路径，导致正当程序原则很难成长为一项可被独立、直接适用的法律原则，但却将正当程序原则的理念以司法审查标准的方式固定下来。

进一步言之，在“违反法定程序”标准与“明显不当”的加持下，正当程序原则正呈现出一种新的本土化发展动向：不再倚仗立法采纳或法官适用而成为有形体的纸面条文，而是依托“违反法定程序”与“明显不当”两项司法审查标准来落实其核心理念，正所谓“形体不具而理念长存”。

五、结 语

凭借适当的司法审查标准，法官才可以撕裂行政裁量所依凭的自由壁垒，真正实现司法控制行政裁量的法治目标，而“明显不当”正是立法为法官纠正行政裁量瑕疵所提供的有效工具。基于诉讼实务状况，法官凭借“明显不当”正有力推动行政裁量的司法监督：将“明显不当”广泛

〔56〕 参见何海波：《司法判决中的正当程序原则》，载《法学研究》2009年第1期。

〔57〕 参见前引〔56〕，何海波文。

〔58〕 参见何海波：《实质法治：寻求行政判决的合法性》，法律出版社2020年版，第93-132页。

适用于各类行政行为的合法性审查，细化“明显不当”的子标准并构建过程性的行政裁量控制机制，以及补足“违反法定程序”标准的功能缺陷。同时也要注意，“明显不当”是抽象的法律条款，当被适用于具体个案时，尚需完成一系列复杂的法律适用工作，其中就包括对裁量的识别、确定“明显不当”的适用范围等具体问题。法律适用过程中的任一环节出现失误，行政裁量的司法控制效果便会大打折扣，而法官对“明显不当”的不合理适用便是例证。

法官对“明显不当”的不合理适用，也表明应对“明显不当”的适用方式进行调整，及时纠正“明显不当”作为其他司法审查标准兜底条款的泛用趋向，并恰当处理“明显不当”与其他司法审查标准的适用关系。与此同时，行政裁量的司法控制是一个长期的过程，司法实践一直向前推进从未终止，鲜活的案例素材正在不断生成进而更加充盈。对“明显不当”的司法适用状况应保有持续性的关切，以及时发现问题并不断进行动态调试。

Abstract: Judges make judicial review on administrative behavior in accordance with Obvious Improperness boldly and frequently, which has effectively overcome obstacles to the application of law presented by Abuse of Power and Obvious Injustice. A series of sub-standards developed by judicial practice around Obvious Improperness are forming a procedural normative mechanism of administrative discretion, which means focusing on the procedural control and correcting defects of administrative discretion precisely. However, as a judicial review norm of administrative discretion, Obvious Improperness should not become a fallback provision of other judicial review standards. Judges have made up the drawback of Violation of Legal Procedure with the help of Obvious Improperness by considering non legal procedural defects as procedural discretion defects. As a result, the judicial correction mechanism of administrative procedure defects has been constructed, and the Chinese meaning of due process principle is taking shape.

Key Words: administrative actions, obvious improperness, administrative discretion, standards of judicial review

(责任编辑：刘 权 赵建蕊)

行政行为在德国行政诉讼中的功能变迁

龙 非*

内容提要：行政行为概念功能的变迁，同行政诉讼制度的功能定位有着密切联系。行政行为是为划定公权力边界而创造的概念，当权利保护进入无漏洞救济的时代，行政行为无力承担这一功能，从而不得不让位于主观公权利。如果对行政行为做过于宽泛的界定，可能会导致其本来肩负的程序法上的定型化功能和诉讼法上的类型化功能的衰竭甚至丧失。如果我国行政诉讼也要确立无漏洞权利保护机制，可能要考虑加强对“合法权益”等概念的研究，以适应权利保护的完整逻辑体系。

关键词：行政行为 主观公权利 行政诉讼 无漏洞权利保护

• 335 •

在我国《行政诉讼法》中，行政行为承担着界定受案范围的功能。几乎每一次关于扩大行政诉讼受案范围的争论，都同时伴随着扩展行政行为范围的讨论。2014年修改《行政诉讼法》时将“具体行政行为”改为“行政行为”，核心目的之一就是尽可能地扩大行政诉讼受案范围。^{〔1〕}但是，行政行为在扩展范围的同时也给法学研究和司法审判带来了一系列挑战。从法学的角度来看，宽泛的外延和模糊的内涵，会导致概念丧失其应有的类型化功能；从司法审判的角度而言，“大一统”的行政行为概念也难以承担精细化行政审判的需求。

传统行政行为的概念来自于19世纪末德国学者奥托·迈耶的界定。在德国，以行政机关的行为作为行政诉讼标的也具有相当悠久的历史，^{〔2〕}但在《行政法院法》实施之后，其第40条第1款以“非宪法的公法争议”作为受案范围的标准，并进一步结合该法第42条第2款关于诉讼权能的规定，共同划定了行政法院的审判权限范围。自此，行政行为这个概念在行政诉讼法上不再用于划定受案范围，而仅仅作为划定诉讼类型的依据，并作为一种法定行政活动类型为行政程序

* 龙非，中国证券投资者保护基金有限责任公司法律部副总监。

〔1〕 参见童卫东：《进步与妥协：〈行政诉讼法〉修改回顾》，载《行政法学研究》2015年第4期。

〔2〕 实际上，即使在《行政法院法》实施之后，在相当长的一段历史时期内，司法实务也将能否构成行政行为作为判断行为是否可诉的重要标准。Vgl. BVerwGE 3, 258.

提供定型化的基础。

行政行为这一概念在德国行政诉讼中的功能为何会发生转变?探究这一问题的答案无疑对于我国行政行为概念的发展具有重要的参考意义。本文将对德国行政诉讼受案范围的发展历史进行梳理,以探究行政行为概念在行政诉讼中功能变迁的原因。

一、中世纪至19世纪中叶——行政行为产生之前的德国行政审判

德国的行政诉讼制度萌芽于16世纪上半叶,其自诞生之初就带有强烈的个人权利保护色彩。虽然行政诉讼的标的主要以行政机关的行为作为连接点,但行为所指称范围比较宽泛,并不具有严格意义上界定受案范围的功能。

(一) 枢密司法时期

1495年,神圣罗马帝国成立了帝国枢密法院(Reichskammergericht),其后又成立了帝国最高参事院(Reichshofrat),这一时期的司法审判又被称为枢密司法(Kammerjustiz)。不过,这些机构并不是为审理行政诉讼案件而成立的。^{〔3〕}1525年“农民战争”之后,帝国统治者在强力镇压暴动的同时,也认识到需要给底层民众提供一个法律化的反映诉愿的渠道,允许其向法院提起诉讼成为首选的方案。^{〔4〕}于是,帝国枢密法院以及帝国最高参事院开始审理臣民起诉邦君侵犯其权益的案件,这些被称为“臣民诉讼”(Untertanenprozess)的案件成为行政案件的最早雏形。

“臣民诉讼”主要包括两类:一类是集体诉讼,是具有自治权的乡镇针对邦君的侵害行为提起的诉讼,其请求保护的是村民集体性的权利;另一类则是臣民个人针对州君主的侵害行为提起的个人臣民诉讼。^{〔5〕}虽然并没有针对这些“民告官”的案件单独设计诉讼程序,但是其在诉讼性质上已经与行政诉讼非常接近。这种案件发展非常迅速,据统计,到16世纪末的时候,帝国枢密法院每年审理的臣民诉讼案件已经达到700件左右。^{〔6〕}

这一时期并无特定的法律概念来指称受案范围,比如1555年《帝国枢密法院法》就规定,臣民针对邦君的管理行为不服,如果在州法院无法提起诉讼,可以向帝国枢密法院提起诉讼。^{〔7〕}这里的“管理行为”范围非常宽泛,可以涵盖行政管理活动的各个方面,对于界定受案范围的角度并不具有实质意义。这一时期无论是从法学研究的体系化角度,还是司法审判的精细化角度,都没有就行政机关的行为予以类型化的需求。虽然行为的范围比较宽泛,但是基于这一时期奉行的所谓“良好警察”的观念,统治者的行为原则上并不具有可诉性,只有在例外的情况下,如果臣民认为邦君的行为侵犯其“既得权利”(wohlerworbene Rechte),才可以通过向法院提起诉讼

〔3〕 Vgl. Karl-Peter Sommermann, Bert Schaffarzik, Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, Springer-Verlag, 2018, S. 16-17.

〔4〕 参见前引〔3〕, Sommermann、Schaffarzik书,第5页。

〔5〕 参见前引〔3〕, Sommermann、Schaffarzik书,第16-17页。

〔6〕 Vgl. Heinz Schilling, Höfe und Allianzen. Deutsche Geschichte von 1648 bis 1763 (Siedler Deutsche Geschichte, 5), Berlin 1989, S. 114.

〔7〕 Vgl. Reichskammergerichtordnung 1555, S. 191.

的方式寻求救济。^{〔8〕}因此，德国的行政审判从一开始就与个人权利保护功能紧密相关。

（二）法院司法与行政司法

1806年神圣罗马帝国灭亡，帝国枢密法院和帝国最高参事院也随之终结。以普鲁士为代表的北德地区将原来的行政案件交给独立的普通法院进行审理，称为法院司法（Gerichtsjustiz）。由于受三权分立观念的影响，关于行政权会被让渡给司法权的担忧逐渐占据上风。虽然法院独立于行政机关，但在能否受理相关行政争议方面，普通法院在相当程度上会受制于行政机关的意见。^{〔9〕}再到后来，越来越多的法律规定将大量的行政争议明确排除于司法审查。^{〔10〕}1842年，《涉及警察处理行为的法律途径适法性法》明确规定，针对各种警察处理行为的异议都由其上级机关负责处理，实际上排除了司法审查，最终导致行政审判的范围受到了极大限制。即便如此，也保留了一个重要的例外情形，如果原告认为警察措施对其私人财产权造成侵害，仍然可以向法院提起诉讼，^{〔11〕}通过行政诉讼为公民提供私权救济的法律之门仍然没有关闭。

与普鲁士地区刚好相反，以巴登、符腾堡为代表的南德各州借鉴法国模式，在行政系统内部设立机构行使行政审判权，即所谓“行政司法”（Administrativjustiz）。“行政司法”制度的观念基础其实也是权力分立原则，基于这一原则，行政争议不能由普通法院审理，而是应当由行政系统自行处理。“行政司法”建立的初衷并不是为个人权利提供救济途径，而是立足于对行政活动的客观合法性进行控制。^{〔12〕}但是，客观合法性控制的功能并未得到体现，在实践中仍然转向了个人权利救济。^{〔13〕}而且，由于审判机构欠缺独立性，行政司法并没有取得应有的效果。到了1848年，《法兰克福宪法》第182条规定：“行政司法终止，一切权利侵害均通过法院救济”，否定了行政司法模式。^{〔14〕}

这一时期行政诉讼的标的通常是行政机关的处理（Verfügung）或者决定（Entscheidung）。^{〔15〕}比如1819年《符滕堡王国宪法典》第60条第1款规定：“枢密委员会职掌针对部长之处理行为的申诉审查。”^{〔16〕}“处理”“决定”这些概念也成为后来行政行为概念的重要基础，但是，其范围十分宽泛，其主要功能是对诉讼的审理对象进行描述而非严格的界定。直到德国现行《行政程序法》第35条对于“行政行为”的定义，也使用了这些表述方式。^{〔17〕}

〔8〕 参见前引〔3〕，Sommermann、Schaffarzik书，第24-25页。

〔9〕 参见前引〔3〕，Sommermann、Schaffarzik书，第210-211页。

〔10〕 参见前引〔3〕，Sommermann、Schaffarzik书，第213页。

〔11〕 参见前引〔3〕，Sommermann、Schaffarzik书，第213页；Gesetz über die Zulässigkeit des Rechtswegs in Beziehung auf polizeiliche Verfügung von 11. 05. 1842, GS, S. 192.

〔12〕 Vgl. André Niesler, Individualrechtsschutz im Verwaltungsprozess: Ein Beitrag zur Neujustierung des Rechtsschutzsystems der VwGO, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2012, S. 79.

〔13〕 Vgl. E.-U. Erichsen, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß, Verlag Athenäum, 1971, S. 215.

〔14〕 Die Verfassung des deutschen Reiches vom 28. März 1849, § 182.

〔15〕 Vgl. Otto Kuhn, Die Trennung der Justiz und Administration: Ein Beitrag zur Staatsphilosophie und zum positiven deutschen Staatsrechte, Verlag Wigand, 1840, S. 103.

〔16〕 Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg, § 60 Abs. 1.

〔17〕 德国《行政程序法》第35条第1款规定，行政行为是指行政机关为解决公法领域中的具体事件所采取的，具有外部法律效力指向的任何决定、命令或其他高权措施。

二、19 世纪下半叶至二战以前——行政行为与主观公权利的竞夺

从 19 世纪下半叶开始,德国现代行政诉讼制度逐步成型,行政行为这一概念也开始得到长足发展。但与此同时,另一个概念也几乎同时得到发展并体系化,这就是主观公权利。行政行为和主观公权利,在德国行政法学体系中形成相互并行的体系脉络,并进一步竞夺行政法体系基石概念的地位。

(一) 行政行为概念的产生背景

其实,在“行政行为”使用之初,其指称的范围相当宽泛。例如,1845 年弗里德里希·施密特赫纳所著的《一般或者理想国家法的基本方针》一书中,就提到了这一概念,该书认为行政机关修建道路或者建设文化设施等各种行为,都属于行政行为。^{〔18〕}

但是,随着 19 世纪中叶权力分立观念的进一步广泛传播,立法权、行政权以及司法权之间需要有一个概念工具来划分边界。基于这一背景,行政行为这一概念很快就从宽泛的指称转而强调其处理对象的具体性以及国家意志的单方性,以与立法行为的普遍性及司法裁判的中间性相区分。^{〔19〕}例如,1874 年奥托·吉尔克所著的《国家法的基本概念》一书,在使用行政行为这一概念时,就主要是与立法行为(Gesetzesakt)相对应。^{〔20〕}又如 1886 年艾德蒙德·贝尔纳茨克所著的《司法裁判与实体法律效力》一书,将行政行为定义为:“由法规授权的行政机关组织,根据抽象规定的行政程序所作出的一种宣告,该宣告在于有目的地针对具体的事件确定其法律关系。”^{〔21〕}该定义已经与现代意义上“行政行为”的指称范围相当接近。

19 世纪下半叶,关于行政诉讼制度功能定位的争论达到顶峰,由此出现了所谓的北德方案和南德方案之争。北德方案强调行政诉讼制度应当立足于对行政行为的客观合法性进行审查,而南德方案则强调行政诉讼制度应当立足于救济公民权利。1863 年,南德地区的巴登州成立了巴登州最高行政法院,这个法院就采取典型的个人权利保护模式,原告必须主张行政机关的处理行为对其权利造成侵害方可提起诉讼。到了 1875 年,北德地区的普鲁士成立了普鲁士高等行政法院,采取客观合法性审查模式与个人权利救济相结合的模式。不过,客观合法性审查仅限于特定行政管理领域,采取严格的列举主义,而在个人权利救济层面上则采取概括受案范围模式。

北德地区的概括受案范围有两种确定标准。一种是行政机关的行为,比如符腾堡州 1873 年《行政裁判管辖法》第 13 条规定:“除下列情形以外,任何个人、团体或者组织认为行政机关基于公法依据而作出的裁决或者处理不合法,并且侵害自己的权利或者施加了本来没有的义务时,高等行政法院有权就其针对该裁决或者处理所提出之异议作出裁判。”^{〔22〕}另一种则是以“行政争议”作为受案范围的判断标准,比如在汉堡和不莱梅,法院对于公法争议均有权作出裁判,而不必限于特定

〔18〕 Vgl. F. Schmittbenner, Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts, Gießen 1845, S. 499.

〔19〕 Vgl. Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Verlag Mohr, 1892, S. 342.

〔20〕 Vgl. Otto Gierke, Die Grundbegriffe des Staatsrechts, Verlag H. Laupp, 1874, S. 36.

〔21〕 E. Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886, S. 64.

〔22〕 Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, Ausgabe 3, Verlag Springer, 1931, S. 314.

行为。^{〔23〕} 行政诉讼受案范围从行政行为扩展至行政争议，为后来行政行为的式微埋下了伏笔。

（二）奥托·迈耶对行政行为的体系化

德国学界一般认为，现代行政法中的行政行为这一概念，是由迈耶塑造而成的。迈耶将行政行为定义为：“归属于行政的一种决断，其在个案中确定臣民的权利与义务。”^{〔24〕} 迈耶将行政行为作为其行政法体系核心概念的主要目的，是希望找到一个能够将行政活动统一于法治国背景下的概念工具。正如其在《德意志行政法》第二卷中所指出的：“行政行为这一概念首要的功能是以最简洁的方式描述行政法律程序，这一概念使得行政法学在使用行政行为这一概念时，就能够表明其具有的法律效力。”^{〔25〕} 在迈耶看来，行政行为这个概念完美地统一了警察国时期的各种行政活动形态，在此之前所使用“处理”和“决定”等概念均可纳入其中，^{〔26〕} 而在此基础上将各种行政活动置于法律框架之内，进一步体现了法治国的精神和要求。

迈耶认为行政行为这个概念已经可以囊括几乎所有在法治国语境下需要法治化的行政活动，因此臣民提起行政诉讼的基本前提之一就是诉讼对象应当是行政行为。^{〔27〕} 行政行为不仅作为划定权力边界的概念工具，同时也成为划定行政诉讼受案范围的标准。迈耶对于个人权利保护并不感兴趣，恰恰相反，他反对以保护权利作为行政诉讼的出发点。迈耶认为行政诉讼的重点不在于保护个人权利，而在于维护客观的行政合法性秩序。^{〔28〕} 他甚至认为，如果从保护权利的角度去建构行政诉讼，会导致许多不直接涉及个人权利的行政活动难以得到有效监督，从而导致合法性监督出现漏洞。^{〔29〕} 在迈耶看来，行政行为这个概念正好成为实现行政审判无漏洞法律监督功能的最佳基石，行政诉讼的受案范围当然也就应当以行政行为作为核心判断标准。

迈耶通过行政行为确实完成了对最典型行政活动予以定型化和法治化的任务，但行政行为这一概念显然无法囊括行政活动的全部形态，即使在迈耶所处的时代也已经捉襟见肘。为了解决这一难题，迈耶将那些无法纳入行政行为概念范围的行政活动直接排除于司法审查范围之外。比如，迈耶认为行政裁量权属于行政权的专属领域，行政机关行使其自由裁量权的行为应当排除司法审查；^{〔30〕} 他强调特别权力关系理论，将军队、公务员、教育甚至公共设施的利用等诸多管理活动均界定为不应受到司法审查的特别权力活动；^{〔31〕} 他也不承认公民享有对于国家的给付请求权，从而进一步排除了行政诉讼中那些不以行政行为为对象的给付之诉。

（三）主观公权利体系的崛起

与行政行为的发展几乎同时，主观公权利这一概念开始受到关注并逐渐体系化。主观公权利这个概念也产生于法治国的背景之中，但是不同于行政行为从权力边界角度去塑造法治国，主观

〔23〕 参见前引〔22〕，Walter Jellinek 书，第 314 页。

〔24〕 Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, Verlag Duncker & Humblot, 1895, S. 84.

〔25〕 Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, Verlag Duncker & Humblot, 1896, S. 32.

〔26〕 参见前引〔25〕，Otto Mayer 书，第 64 页。

〔27〕 参见前引〔24〕，Otto Mayer 书，第 162 页。

〔28〕 参见前引〔24〕，Otto Mayer 书，第 149 页。

〔29〕 参见前引〔24〕，Otto Mayer 书，第 163 页。

〔30〕 参见前引〔24〕，Otto Mayer 书，第 164 页。

〔31〕 Vgl. Manfred Abelein, Rechtsstaat und Besonderes Gewaltverhältnis, Zeitschrift für Politik, vol. 14, no. 3, 1967, pp. 315.

公权利更强调从国家与公民的权利义务关系角度去建构法治国的基本体系。

1852年,卡尔·格贝尔发表了《论公权利》一文,属于德国学术界第一次专门针对公权利问题进行系统性研究的文献。^[32] 在此之后,格奥尔格·耶利内克对公权利理论进行了更为系统性的研究。1892年,耶利内克出版了《主观公权利体系》一书,成为主观公权利体系化的里程碑著作。耶利内克认为,主观公权利指向了国家应当为个人的利益而作为或不作为的一种义务,但是国家应当如何作为或不作为,则必须通过公法规范予以规定。主观公权利不仅通过客观法得以产生并获得保护,同时也通过客观法得以实现。在耶利内克看来,行政诉讼当然具有保障国家机关依法履行职责的功能,但行政诉讼制度的首要功能就是保护个人权利,并非所有的法律事件都能够纳入行政诉讼的受案范围,而是需要通过法律规范来确定哪些属于个人的请求权范畴。^[33] 因此,与迈耶希望通过行政行为这个概念来实现无漏洞的合法性监督不同,耶利内克更强调行政诉讼的权利救济功能。由此可以看出,行政行为和主观公权利这些概念从其发展之初,就与行政诉讼的功能定位存在着紧密的关系。

1914年,另一位学者奥特玛·比勒在其《主观公权利及其在德国的行政司法保护》一书中,对主观公权利的体系进一步予以了完善,并提出了保护规范理论(Schutznormtheorie)。根据比勒的定义,所谓主观公权利是指基于法律行为或者为保护个人利益而制定的法律规范,臣民针对国家享有一种法律地位,基于这种法律地位臣民可以要求从国家获得一定的利益或者要求国家实施特定行为。^[34] 基于上述定义,比勒认为构成主观公权利必须满足三个要素:第一,强制性的法律规范构成主观公权利的基础;第二,具有强制性的法律规范必须服务于个人利益的保护;第三,权利主体应当能够基于法律规范主张这一权利。比勒将主观公权利这个概念的地位提到了一个相当高的位置,认为承认公民对国家享有主观公权利,是建构法治概念体系的基础。^[35] 比勒对于主观公权利的上述界定,也成为保护规范理论的最早形态。

这一时期,另外一位学者同样明确地将行政诉讼的功能定位于主观公权利保护,就是格奥尔格·耶利内克的儿子瓦尔特·耶利内克。1925年,瓦·耶利内克在德国国家法教师联合会上做了题为《通过普通法院及行政法院保护公权利》的报告。瓦·耶利内克在这一报告中指出,对主观公权利的保护同时也能够起到维护客观法秩序的作用,但维护客观法秩序未必能保护主观公权利。必须在国家与个人利益之间进行理性平衡的边界内,对公民权利予以维护,而法院的职责应当致力于保护公民权利。^[36] 瓦·耶利内克认为,行政审判的审理对象应当是那些与个人主观权利相关而又不属于行政裁量权范围的“权利争议”。^[37] 从瓦·耶利内克的思想中,已经能够看到无漏洞权利保护理论的萌芽,其将行政诉讼的受案范围从行为扩展到争议,也为后来德国行政诉

[32] Vgl. Carl Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, Verlag Tauchnitz, 1865, 3. Auflage, § 11.

[33] Vgl. Georg Jellinek, System der Subjektiven Öffentlichen Rechte, Verlag Mohr (Siebeck), 1892, S. 342.

[34] Vgl. Ottmar Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Verlag W. Kohlhammer, 1914, S. 224.

[35] Vgl. Hans Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Mohr (Siebeck), 1965, S. 147.

[36] Vgl. Walter Jellinek, Der Schutz des öffentlichen Rechts. Die neueste Entwicklung des Gemeindeverfassungsrechts: Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Leipzig am 10. und 11. März 1925. Mit Eröffnungs- und Begrüßungsansprachen sowie einer Zusammenfassung der Diskussionsreden.

[37] Vgl. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, Ausgabe 3, Verlag Springer-1931, S. 302f.

讼受案范围的扩大奠定了重要的理论基础。

不过，作为迈耶的学生，瓦·耶利内克仍然试图尝试让“行政行为”这一概念承担行政法体系的核心功能，但是又面临行政行为范围过于狭窄的问题。于是，瓦·耶利内克提出，“唯一的办法就是在迈耶的基础上对行政行为作更为宽泛的解释”，“将行政活动范畴内针对个人所作出的所有行为均纳入行政行为的范围”。^{〔38〕}瓦·耶利内克的上述观点也反映出，在这一时期，德国行政法学在选择基础性概念的问题上仍然存在争议和摇摆。

三、二战以后——无漏洞权利救济与行政行为的式微

（一）《基本法》实施之前

“二战”之前的法律实践发展，基本上已经确立了德国行政诉讼制度的基本功能为保护个人权利，但是，行政行为与主观公权利这两个概念究竟哪一个能够作为行政诉讼的基础性概念，仍未分明。这种摇摆直接地反映在二战结束后美、英、法三国军事占领区的行政诉讼立法之中。二战结束后不久，盟军管委会就颁布了《管制委员会法令》第36号，第1条即规定：“各占领区及柏林应当针对行政案件成立行政法院予以裁决。”^{〔39〕}该法中并未将行政法院的受案范围限定于“行政行为”，而是使用了较为宽泛的“行政案件”（Verwaltungssachen）。

1946年10月，在以瓦·耶利内克为代表的起草小组的努力下，美占区各州相继出台了关于行政法院管辖的法律，史称“行政法院管辖法”（Verwaltungsgerichtsbarkeitsgesetz, VGG）。以巴登-符腾堡州为例，其《关于行政法院管辖之第110号法令》第22条第1款就规定：“针对行政机关之处理行为或者特定行政行为之撤销，以及其他公法上之争议（政党争议），若未交由其他特别行政法院、仲裁法院或者根据帝国法律应由民事法院裁判者，则由行政法院裁决之。”^{〔40〕}上述规定较为明确地将行政行为作为最为主要的行政诉讼审理对象，同时包含政党争议等其他公法争议，并且还引入了公法关系的确认之诉以及规范审查程序等。

1948年，英占区先后制定了第141号军管法令和第165号军管法令，统一了英占区的行政审判制度。通过这些规定，英占区各州将行政诉讼的受案范围扩展到了所有行政行为，明确以行政行为作为概括受案的连接点。特别是第165号指令，第一次在法律层面对行政行为这个概念给出了定义，明确行政行为是指“行政机关在公法领域内为规制具体事件而作出的处理、命令、决定或者特定措施”，这一定义后来也成为德国《行政程序法》关于行政行为定义的重要基础。^{〔41〕}

1952年，联邦层面颁布了《联邦行政法院法》（Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht）。该法第9条第1款明确列举了六种联邦行政法院受理的案件类型，包括针对联邦行政机关作出的行政行为提起的撤销之诉、联邦行政机关之间就公法关系是否存在的确认之诉、联邦与州以及州之间非宪法争议的公法争议等。虽然行政行为被作为主要的审理对象，但行政诉讼的受案范围已

〔38〕 Walter Jellinek, Verwaltungsrecht: Ausgabe 3, Verlag Springer-1931, S. 246.

〔39〕 Kontrollratsgesetz Nr. 36, § 1.

〔40〕 Gesetz über die Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 12. Mai 1958, § 1.

〔41〕 Dr. 7/910 S. 57.

经扩展到一般确认之诉,以及行政主体之间的非宪法争议的公法争议。

(二) 奥托·巴霍夫的主观公权利体系

行政行为在行政诉讼法中的基础地位并没有能够坚持很长时间。20世纪50年代初,奥托·巴霍夫在前人的基础上发展了新的主观公权利体系,并由此进一步完善了行政诉讼的诉讼类型体系,这些发展从理论上动摇了行政行为在行政诉讼中的基础性地位。

巴霍夫首先确认了公民对国家的给付请求权,基于这一请求权,行政诉讼不再局限于撤销之诉,而是扩展至义务之诉(Verpflichtungsklage),从而将民事诉讼中的三大诉讼类型即形成之诉、给付之诉和确认之诉,均完整地引入了行政诉讼之中。^{〔42〕}巴霍夫将后果清除请求权、损害赔偿请求权以及针对事实行为的排除妨碍请求权等权利,都纳入了公法的请求权体系之中,进一步形成了体系完备的公法给付之诉。巴霍夫对行政诉讼类型的这些发展,大大突破了迈耶所确立的行政法体系架构。

在将行政诉讼类型化的同时,巴霍夫注意到诉讼标的在不同诉讼类型中的差异。在传统的撤销之诉中,诉讼标的是典型的行政行为,但是在给付之诉或者确认之诉中,诉讼标的不再是典型意义的行政行为。即使在拒绝性答复之诉中,虽然行政机关已经对相对人作出了一个否定性的行政决定,但是仅仅撤销这个决定仍然是不够的,诉讼标的还包含着相对人请求行政机关作出特定行为的请求权。^{〔43〕}在后果清除请求权中,也存在着不依附于行政行为,而仅针对事实行为的清除请求权。在确认之诉中,诉讼标的是法律关系是否存在的确认,而非行政行为。主要针对撤销之诉的行政行为这一概念,已经难以适应复杂的行政争议和诉讼类型。

巴霍夫认为,德国行政诉讼的历史传统是保护个人权利,无论是在义务之诉中还是在撤销之诉中,权利受到侵害都是提起诉讼的起诉条件。^{〔44〕}而这里所指的权利,只能是基于法律规范所保护的利益,因为超出法律规范的范畴讨论应受保护的利益是没有边界的。^{〔45〕}因此,行政诉讼所保护的就是主观公权利,而能够统摄各种诉讼类型的核心概念也是主观公权利。通过上述推演,巴霍夫在理论层面将主观公权利推到了行政诉讼的核心地位。

(三) 从《基本法》到《行政法院法》

如果说巴霍夫的主观公权利和诉讼类型体系动摇了行政行为作为核心概念的理论基础,那么几乎同一时期由《基本法》和《行政法院法》确立的“无漏洞权利保护原则”,则进一步从法律规范层面掏空了行政行为作为基石性概念的根基。

1949年颁布的《基本法》第19条第4款规定:“任何人的权利受到公权力的侵害,有权通过法律途径获得救济。”这一规定被称为“权利保护保障”条款。相比于《魏玛帝国宪法》第107条的表述,《基本法》已经完全放弃了对行为类型的限定,而是以公民的权利受到公权力的侵害作为开启公法诉讼的唯一条件。这意味着无论是什么行为类型,只要公民的权利受到公权力之侵

〔42〕 Vgl. Otto Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Verlag Mohr Siebeck, Aufl. 2, 1968, S. 55.

〔43〕 参见前引〔42〕, Otto Bachof书,第49页。

〔44〕 参见前引〔42〕, Otto Bachof书,第49页。

〔45〕 参见前引〔42〕, Otto Bachof书,第79页。

害，就应当获得法律救济，这一规定所确立的原则就被称为“无漏洞权利保护原则”。

1953年，联邦政府向议会提交了《行政法院法草案（第一版）》（以下简称《草案》）。在这一版的第38条就明确规定，行政法院的受案范围是除宪法争议以外的公法争议。相比于《联邦行政法院法》而言，《草案》已经采取更为明确的概括模式，将公法争议的范围从政党争议扩展到了所有非宪法争议的公法争议。^{〔46〕}在第40条，《草案》也参考民事诉讼的诉讼类型，规定了行政诉讼的三大诉讼类型，即形成之诉、确认之诉及给付之诉，从而与第38条形成一个周严的框架，将行政诉讼的受案范围进行了概括性的框定，而不再以行政行为作为确定受案范围的标准。

《行政法院法》上述规定的直接依据是1949年颁布实施的《基本法》第19条第4款。在《草案》的说明部分，《行政法院法》的立法者明确指出：“行政诉讼途径应当为所有的公法争议敞开，一方面需要考量《基本法》第19条第4款，基于该规定，任何人的权利因公权力措施而受到侵害，皆得诉至行政法院。由此行政诉讼途径对于所有的公法争议均应当敞开，无论是否存在一个公权力措施，亦无论该公权力是否直接参与系争议的法律关系。”^{〔47〕}在此框架下，如果《行政法院法》仍然以行政行为作为受案范围的立法模式，显然将面临行政行为这个概念无法承担无漏洞权利救济功能的难题，而主观公权利自然承担起了这一功能。

（四）《行政程序法》——回归实体法上的定型功能

制度的变迁从来都不是一蹴而就的。实际上在《行政法院法》实施之后很长时间，联邦行政法院仍然将行政行为作为判断是否符合起诉条件的重要标准。比如直到1968年，联邦行政法院仍然认为：“行政行为这一概念是行政法学的带有目的性的创造。通过这个概念，公民针对公权力的权利保护获得保障，因此对这一概念的解释和适用对于公民的权利保护需要具有重要意义。”^{〔48〕}

不过，在1973年《行政程序法草案》对行政行为这一概念予以明确界定之后，行政行为的定位就更加明确。正如立法说明中所指出的，行政行为这个概念不是诉讼法层面的概念，而是行政程序法和实体法层面的概念。立法说明特别强调，在审查《基本法》第19条第4款的过程中，无须考虑行政行为的问题。^{〔49〕}行政行为这一概念回归到了迈耶创设这一概念的初衷，即在行政程序法层面对特定行政活动予以定型化。

正如Kopp及Schenke在其所著《行政法院法评注》中所指出的，行政行为这个概念在行政诉讼中，对于确定特定诉讼类型的起诉条件，以及在行政实体法上均仍然具有重要作用。但是，基于《基本法》第19条第4款对于高权行政活动的宪法保障，以及将上述规定具体化的《行政法院法》第40条的概括受案范围规定，行政活动能否构成行政行为对于能否获得法律保障已经不再具有决定性的意义。因此，没有必要为了确保行政诉讼法上的法律保护范围，而对行政行为的观念予以宽泛的界定。^{〔50〕}

〔46〕 Dr. 4278-1953 S. 33.

〔47〕 Dr. 4278-1953 S. 33.

〔48〕 NJW 1970, 1989.

〔49〕 Dr. 7/910 S. 57.

〔50〕 Vgl. Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, Verlag C. H. Beck, 15. Auflage, 2007, Anh § 42, Rn. 1.

四、结 语

从德国行政行为概念的发展历程来看,其功能的变迁与行政诉讼制度的功能定位有着密切联系。行政行为是在法治国的背景下,为划定公权力边界而创造的概念,与个人权利保护其实并不处于同一脉络。在行政审判提供的权利保护范围较为有限的时代,以宽泛的行为作为受案范围的判断标准尚不会产生任何明显的影响。但是,当权利保护进入无漏洞救济的时代,用以描述特定行政活动的行政行为就再也无力承担这一功能,这是行政行为概念在行政诉讼法上功能式微的主要原因。

德国之所以没有选择通过扩大行政行为的范围来解决这一冲突,主要原因有三个方面:一是有主观公权利这一概念专门解决这一问题,没有必要舍近求远通过扩大行政行为的范围来满足“无漏洞权利救济”的需要;二是行政行为这一概念本来的功能就是描述特定的行政活动类型,如果对这一概念做宽泛的界定,反而会导致其原有功能的衰竭甚至丧失;三是行政行为还承担着确定诉讼类型的功能,如果予以扩大,还会导致行政诉讼类型之间的界限模糊不清。

值得注意的是,我国行政诉讼在扩大受案范围时,同样需要考虑切入点的选择问题。目前的选择路径是通过扩大行政行为的范围来实现权利救济范围的扩大,但可能带来行政行为对行政活动定型化、行政诉讼类型化所承担的区分功能的衰竭甚至丧失等问题。如果不能很好地解决行政行为问题,那么就可能需要考虑加强对“合法权益”等概念的研究,弥补我国行政法体系中权利概念的薄弱之处,通过建构我国行政法上的权利体系来适应无漏洞权利保护的需要。

Abstract: The development of function of the concept administrative act is closely related to the function of administrative litigation system. Administrative act is a concept created to delimit the boundary of divisions of public power. When the conception of private rights protection enters the era of relief without loopholes, the administrative act cannot bear this function anymore, so it has to give way to the concept of subjective public right. If the administrative act is defined too broadly, it may lead to the failure or even loss of its original function. If we want to establish the principle of relief without loopholes in administrative litigation, we may need to strengthen the research on the concept of “legitimate rights and interests” to adapt to the logic of right protection.

Key Words: administrative act, subjective public right, administrative litigation, relief without loopholes

(责任编辑:刘 权 赵建蕊)