

论行政规避法律

张淑芳

摘要 行政规避法律是一种游离于法律状态之外的非理性行政行为，应当与目前行政实在法中认定的行政违法行为和行政不当行为相并列，并用相应的规范来规制它。因为，行政规避法律对行政法治的危害是巨大的，它会导致已有行政法典则处于虚无状态、行政造法对抗立法价值、行政过程自我封闭。应当建立行政规避法律的定性机制、防范机制、监督机制和问责机制。

关键词 行政主体 规避法律 行为范畴 控制机制

作者张淑芳，上海财经大学法学院教授（上海 200433）。

中图分类号 D9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2018)05-0088-13

法治行政或依法行政的理念已为中国宪法和其他相关法律法规所肯定^①，相应的，一些行政法典则对对抗法治行政或依法行政的行为方式也作了某些列举，如行政上的滥用职权、行政行为不当等等。^②关于对抗法治行政或依法行政的非理性行为的研究在中国已形成了较为完整的理论体系，当学者们揭示这些对抗法治行政或依法行政的行为表现时，其着眼点都框定在行政实在法和具体的行政法关系形式中，即行政实在法对某一行政权力的行使作了相应规定，而行政主体的行为明显或暗含地对抗了这些规定。然而，行政权行使实践中，还有一些情形为人们所忽视，即行政主体常常会通过一些行为方式将自己的行为处理得与行政实在法不予关联，这样就将行政实在法与行政权力行使割裂开来，使二者成为两张皮。而在行政实在法没有将行政主体的此种行为予以适当处理的情况下，这种行为还不可以直接被定性为依法行政或行政法治的对立物，有时甚至可以使这种行为转化为合法状态。本文从学理角度将这种现象称之为行政规避法律，即行政主体在行政权的行使中有意识地将行政职权与法律原则和法律规则相分离，进而使行政过程和行政行为与法律形成两张皮的行为状态。这样的状况在中国行政法治中已经非常普遍而且有进一步泛化之势，如有学者曾揭示的行政主体不当利益合法化就是行政规避法律的一个典型表现。^③显然，行政规避法律的情形已经成为中国法治国家建设进程中的一个巨大障碍，但目前学界和法治实践对这一问题的关注程度还显不足，基于此，本文试图就相关问题作些思考。

① 1999年中国颁布了《宪法》第13条修正案，该修正案规定中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。在中国《宪法》中首次确立了法治的概念，即由原来的法制到现在的法治。这一概念的提出意味着依法治国就是要很好地依法规范包括行政权在内的国家公权。在此基础上，中国出台了一系列规范行政权的法律典则，如《行政许可法》《行政强制法》等。国务院也颁布了几个重要的规范性文件，如《全面推进依法行政实施纲要》《法治政府建设实施纲要（2015-2020）》，对中国依法行政和法治政府建设作了全面规定。

② 《行政处罚法》第55条、《行政强制法》第61条、《行政复议法》第28条、《行政诉讼法》第70条都涉及此规定。

③ 行政主体不当利益合法化表现为行政运作过程往往以行政主体为本位，行政主体在利益合法化的全过程中起着十分重要的作用。而不当利益合法化过程的实现是行政主体对行政权不当行使的结果。参见关保英：《行政法学》下册，北京：法律出版社，2013年，第457页。

一、行政规避法律的构成要件

行政规避法律从性质来讲和其他非理性行政行为一样都是对法律优位原则的背反，法律优位原则强调“行政机关为之行政行为不得抵触宪法或法律”。^①但笔者认为，不能将行政规避法律与其他违法行政或不当行政予以混淆，因为行政规避法律与不当行政和违法行政存在较大区别，这种区别不仅仅是量的问题，更为重要的是质的问题。那么如何在理论上甚至实在法上定性行政规避法律就是一个必须考虑的问题。从各国法律的规定看，对非理性的行政权行使状态有两类不同的定性方式：一种为范畴定性方式，另一种则为类型定性方式。前者是指通过有关范畴理论确定行为的属性，中国《行政诉讼法》就将非理性的行政行为用违法和不当两大范畴进行定性。后者是指通过有关的具体类型确定行为的性质，《西班牙行政程序法》就将非理性行政权行使定性为这样一些类型：“(A)明白的由无权限之机关所为者。(B)行为内容不可能、或者构成犯罪。(C)对于为了该行政行为法律所要求之程序或者为了构成合议制机关意思之重要规定内容之法令，完全且绝对的未予重视之情形。”^②类型化的定性在行政行为定性中有一定的好处，它能够使行政权的责任规避具体化。理论上讲，行政规避法律可以用上列两种文法进行定性，既可以定性于不当或违法行为任一范畴之下，也可以作为一个独立的行为类型而存在于行政法制度及其责任追究之中。然而，从目前实在法的规定看，又存在一个复杂问题，当我们采取范畴定性时，在各范畴之下又将具体行为方式作了细化^③，而在这些细化中行政规避法律不在其中。因此，本文认为，行政规避法律的定性就目前而论应当选择类型定性的方式，即将行政规避法律与行政违法行为、行政不当行为并列起来。基于上述考虑，行政规避法律的构成要件可作如下解读。

第一，行政规避法律的主体是行政主体。从行文上讲，行政规避法律可以理解为有关主体在行政权行使过程中对法律的规避，即只要某种主体的活动空间与行政权的行使有关，与行政权的调控有关，而其又实施了远离法律的行为，其就是行政规避法律的当然主体。如果按照这种思路理解或框定行政规避法律的主体，那么，行政相对人以及参与到行政法关系中的所有当事人都可以成为行政规避法律的主体。然而，行政规避是一个特指的概念，它不是行政法中远离法律的行为，而是行政职权行使中行政主体对法律的态度。其中‘行政’二字是行政规避法律的核心概念，是这一概念中最为基本的元素。进一步讲，我们是用‘行政’这一基本元素来框定行政规避法律的主体，而不是也不能用行政法关系的概念框定行政规避法律的主体。由此出发，我们认为，行政规避法律的主体只能是行政主体，主体的单一性构成了行政规避法律的基本内涵和属性。换句话说，行政规范法律的构成要件之一是主体的特定性，而这个特定性只能被框在行政主体身上。大体上有三个范畴：一是作为行政大系统的行政主体。作为大系统的行政主体是指将行政系统与立法系统、司法系统相并列的行政主体类型。即是说，行政大系统本身就能够成为规避法律的主体，其理论依据在于：“行政是对未来的能动的形成作用。具有法的执行作用的行政基本上是现实地、具体地实现法的规定作用。但这并不意味着行政总是机械地执行法的作用。在法律的界限内，行政根据自发的独立判断，进行活动的情况也很多见。”^④二是行政机构体系（尤其在某一行政管理范畴行使行政权的机构体系）的行为规避法律之主体的可能。行政法治中的联合执法便与此有关，所谓联合执法“是指在某一行政管理领域享有执法权的几个行政机关各自派出执法人员，共同审查办理行政相对人的有关申请，或者共同对行政相对人进行监督检查的行政执法方式”。^⑤三是作为行政机关的行政主体。指一个具有独立法律资

① 周佳有：《行政法基本原则》，台北：三民书局，2016年，第64页。

② 萧榕主编：《世界著名法典选编（行政分卷）》，北京：中国法制出版社，1997年，第296页。

③ 最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释第57条规定：“人民法院认为被诉具体行政行为合法，但不适宜判决维持或者驳回诉讼请求的，可以作出确认其合法或者有效的判决。”有下列情形之一的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决：（一）被告不履行法定职责，但判决责令其履行法定职责已无实际意义的；（二）被诉具体行政行为违法，但不具有可撤销内容的；（三）被诉具体行政行为依法不成立或者无效的。

④ 金东熙：《行政法I》，赵峰译，北京：中国人民大学出版社，2008年，第5—6页。

⑤ 宋大涵主编：《行政法教程》，北京：中国法制出版社，2011年，第181页。

格对外行使行政管理权并作出抽象或具体行政行为的机关。绝大多数行政行为都是通过这样的主体实施的，其在作出行政行为时就有可能成为规避法律的主体。总之，行政规避法律的主体是特定的，这种特定性排除了行政相对人和其他社会主体。同时，在这个特定性之中又有着复杂的类型划分，而这种复杂的类型划分需要在每一个行政法律规范的个案中具体把握。

第二，行政规避法律的主观表现是故意。行政规避法律作为外化了的的行为是在一定的心理机制作用下实施的，一方面，一定的心理机制能够决定一个行为是否要实施，即在相对克制的心理机制之下，某一主体即便有实施行为的想法，也会用主观上的克制而停止原本试图实施的行为。反之，在心理机制相对冲动的情况下，某种本不该实施的行为就由于这个冲动而实施了。另一方面，心理机制所形成的是该决定行为的程度，即任何一种行为实施到什么程度都决定于心理机制的预期。正因为如此，任何一个部门行政法在对主体的行为进行定性时都与其心理机制结合起来，刑事法律中犯罪的故意和过失就是这种心理分析的具体表现。行政规避法律作为一种非理性的行政职权行使行为，其心理机制与该行为的关系是我们对其进行理论分析不可缺少的。那么，行政规避法律究竟是一种什么样的心理机制，笔者认为，行政规避法律的心理机制是一种主观上的故意，而不是过失。所谓主观上的故意是指当行政主体实施规避法律的行为时，其主观上是知晓这个行为的，而且希望这个行为能够发生。这个故意对于行政主体而言具有一定的典型性，即行政主体常常有意识地规避法律以使行政权与行政法律规定成为两张皮。那么，在行政规避法律中究竟是否存在过失，如果我们把行政规避法律作为一个不理性行使行政权的行为方式来看，过失在这里是不存在的。当然，在有些情况下，行政主体疏于对法律的认知而使自己的行为游离于法律之外，本该依此法律而为之，结果不当选择了彼法。这种心理状态客观上尽管使某一行政行为与法律成了两张皮，但不能以规避法律论之。在刑事法律上有法律认识错误的理论^①，即一个行为一旦被宣布为对法律的认识错误则会导致另一种法律后果，同样行政上法律认识的错误也不能与行政规避法律成为同一事物。深而论之，主观上的故意是判定行政规避法律的核心要件之一，一旦行政主体在某一疑似规避法律的行为中以过失的心理状态出现，这个规避法律的行为就成了另一种非理性行政权行使的状态。由此可见，主观故意是区分行政规避法律与其他非理性行政权行使行为的基本标准。

第三，行政规避法律的法律是指广义的法律典则和原则。行政规避法律行为一样有一定的客体，这个客体同样决定了这个行为的性质，也是该行为的基本构成要件。行政规避法律中的最为实质意义的概念是法律，究竟如何理解行政规避的法律就是一个十分关键的问题。一方面，能否简单地认为行政规避法律中的法律就是行政部门法呢？回答是否定的。即是说，不能用行政法来判定行政规避法律中的法。显然，行政规范法律从其最为表象的意义看是一个行政法上的问题。事实上，如果要对行政规避法律控制进行制度设计的话，也以行政法制度为基本制度，甚至可以说这样的控制制度只能是行政法制度。但是，我们不能因此将行政规避法律中的法仅仅限制在行政法的范围之内，在本文看来，行政法只是行政规避法律中的一个部门法。在一国行政权的控制体系中，有诸多法律门类，如宪法及其宪法性法律就是控制行政权的首要法律门类，除此，其他一些调控行政关系的法律也在一定程度上控制着行政权，如与市场机制相关的经济法，德国的《反限制竞争法》就具有代表性。^②至于私法是否能够用来控制行政权则是一个有争议的问题，一些学者认为私法由于仅调控私权关系，因而不可以控制行政权。但在笔者看来，私法对行政权的控制同样是非常重要的，例如，民事法律中的侵权行为法就直接或间接地控制了行政权。无论如何，行政权的行使不仅仅涉及到行政法，这一点决定了行政规避法律中的法不能用单一的行政法来判定。具体地讲，我们不能将行政规避法律限制在行政法这一狭窄的视野之内，应当从国家法律体系的总体格局中去判定。另一方面，能否简单地认为行政规避法律中的法律就是一些法律典则呢？回答同样是否定的。毫无疑问，行政

^① 法律认识错误是刑事法律上的一个概念，指行为人在实施犯罪时对法律的认识和判断出现了误差，就是行为人认为实施某一行为应当是合法的，但实质上则违反了法律规定，这是其在对法律判断上出了问题。事实上，刑事法律中有关法律认识错误的理论在其他部门法中也同样存在，行政主体在行政执法中也存在一个法律认识错误的问题，如行政权行使中的误用职权有些情形就可以归入此类。

^② 乌尔里希·施瓦贝尔、丹尼尔·齐默尔：《卡特尔法与经济学》，顾一泉、刘旭译，北京：法律出版社，2014年，第366页。

规避法律的前提是国家制定了一系列法律典则，而行政主体在规避法律行为的实施中亦首先针对的是这些典则，如行政主体对《行政许可法》的规避等。然而，行政主体对法律典则的规避只是其规避的法的形态之一，在典则形态出现的法之外，行政主体还规避了一定的法律原则。因为，行政主体的职权行使中有一部分是自由裁量权，而实施裁量权的法律依据主要是法律原则而不是法律典则中的具体内容。例如，行政主体在对某一行为进行裁量处置时它应该作相关的考虑却由于各种原因而没有作这样的考虑，而且这个考虑与否本身就是比较模糊的，此种情形只能用法律原则来衡量。行政规避法律在这个范畴中所占的比重同样是很大的，当然，行政自由裁量权行使中也存在行政违法问题，但行政主体在行政自由裁量权行使中的违法行为与其规避法律原则的行为是不能等同的。

第四，行政规避法律的客观表现是法律失控。深而论之，行政规避法律所反映的是行政与法律之间的一种非理性关系。之所以这样说是因为在现代法治国家，行政与法律的理性关系应当是法律对行政的有效控制和行政过程对法律的依从和服从。正如有学者指出的：“控制政府权力的法，是管理公共当局行使权力、履行义务的一些列普遍原则。”^①而在行政与法律处于非理性关系的情形下，行政与法律之间的逻辑关系则发生了一定的变化。现代公法理论用诸种原理或概念概括了行政与法律的诸种非理性关系形式，如用行政超越职权的理论概括行政凌驾于法律之上的非理性形式，用行政违法概括行政背反法律的非理性形式，用行政滥用职权概括行政与法律的非理性形式，等等。然而，这些概念都不能准确概括行政规避法律作为一种非理性行政职权行使的客观表现。显然，行政规避法律使行政对法律有所超越，但由于行政法上已经确定了行政越权的概念，因此，行政超越法律还不是行政规避法律的本质，规避法律主要反映的是行政机关受法律约束的问题。毛雷尔指出：“任何国家权力及其机关必须遵守法律的约束。立法机关受宪法和宪法制度的约束，行政机关和司法机关受法律、权利和法治的约束。”^②行政超越法律的内涵是确定的，行政超越法律从一定意义上讲是行政主体对法律的蔑视，这似乎也构成了行政规避法律的本质属性，但是，行政蔑视法律只是行政主体对法律的一种态度，这种态度还不足以导致其离开法律。而且从心理机制上讲，在蔑视法律的情况下，该主体并不一定恐惧这个法律。而行政规避法律的动机中最为核心的动机是规避法律的行政主体对法律的恐惧，由于恐惧它就有意识地使行政职权与法律成为两张皮，有意识地逃避法律原则和法律典则中的内容。这样的逃避、这样的导致法律与行政成为两张皮的最为本质的客观表现是法律失去了对行政的控制。一般的行政不当和行政违法中，法律并没有完全失去对行政的控制，即使有暂时的失控，也可以通过后来的救济手段或其他手段将其纳入法律控制之中。即是说，就整个行政违法或不当的行为表现来看，行政还在法律的控制之中。然而，行政规避法律则不然，由于规避行为几乎使行政与法律成了两个完全不依赖的事物，结果导致法律失去了对行政的控制。总之，上述四个方面缺一不可，我们可以依据四者建构行政规避法律的相关控制制度。

二、行政规避法律的行为范畴

行政规避法律的理论和制度构建在中国行政法学研究和行政实在法制度中还是一个空白。一则，到目前为止，行政法教科书还没有提到行政规避法律的概念。二则，中国行政法制度中还没有行政规避法律的构建，甚至这个制度的相关雏形也没有。比较典型的《湖南省行政程序规定》基本上对发生于现实中的非理性行政作了列举规定^③，但在这些列举中没有看到任何有关行政规避法律的内容。我们是否可以依目前理论界和法律制度的状况就得出结论说，行政规避法律要么是个伪命题，要么其已经被归入到其他行政法理论

① 威廉·韦德：《行政法》，徐炳等译，北京：中国大百科全书出版社，1997年，第5—6页。

② 哈特穆特·毛雷尔：《行政法总论》，高家伟译，北京：法律出版社，2000年，第106页。

③ 第162条规定，具有下列情形之一的，行政执法行为应当撤销：（一）主要证据不足的；（二）适用依据错误的；（三）违反法定程序的，但是可以补正的除外；（四）超越法定职权的；（五）滥用职权的；（六）法律、法规、规章规定的其他应当撤销的情形。行政执法行为的内容被部分撤销的，其他部分仍然有效，但是除去撤销部分后行政行为不能成立的，应当全部撤销。行政执法行为被撤销后，其撤销效力追溯至行政执法行为作出之日；法律、法规和规章另有规定的，其撤销效力可以自撤销之日发生。行政执法行为被撤销的，如果发现新的证据，行政机关可以依法重新作出行政执法行为。

或制度之中去了?笔者认为,这两个方面都是不存在的。我们说行政规避法律不是伪命题是有充分理由的,尽管国内绝大多数学者还没有系统研究这个问题,但绝大多数学者还是承认行政规避法律这一概念的,而且也承认在行政法治实践存在大量行政规避法律的行为方式。

从行政规避法律的外在表现可以将其概括为下列诸方面:一是行政规避立法典则。即行政权在行使中规避了国家有关行政立法的典则。例如,某一行政事实本该制定政府规章,而制定主体为了使制定规章的行为不受法律监控就将规章降格为行政规范性文件,因为行政规范性文件到目前为止还没有一个系统的控制程序,这也是中国行政规范性文件在行政法治中泛滥的原因。二是行政规避体制法典则。中国行政法典则中有一些是有关体制行政的,依体制行政法行政机关应当依有关编制原理而设定,一些行政主体为了免受行政编制原理的控制便将行政机关予以调整,成立临时机构或者其他形态的机构,因为有关行政组织的法典规范常设机构而不规范临时机构,行政主体便通过临时机构的设定而规避了体制行政法。^①三是行政规避部门行政管理法。此类行政规避法律在行政法治中是最为多见的。行政主体的诸多实体权利和义务都由部门行政管理法赋予和设定,在一些部门法对行政主体的义务赋予行为作出过多限制的情况下,在这个法律典则之外进行义务设定行为,这种义务设定行为游离于部门行政管理法之外,但不是明显的行政违法,中国行政法治中行政主体乱摊派中的诸多义务设定都以部门行政法为之。四是行政规避行政执法典则。行政执法典则在中国有些是专项性的,例如《行政处罚法》《行政许可法》《治安管理处罚法》等;有些则是综合性的,如《全面推进依法行政实施纲要》等。上列两类行政法典则行政主体在执法中都有规避的可能,其往往通过将具体行政行为转化的方式为之,即如果某一法律典则对行政处罚行为作了规定,而没有规定行政强制行为,行政主体便在这个领域的执法中实施行政强制行为,从而使这个部门法失去对该行政主体行政执法行为的控制。之所以这样说是因为行政上的违法是有确切内涵的,行政主体所违反的法律是具体的,至少在行政诉讼中人民法院对行政行为的司法审查必须有严格的法律依据,而行政主体在法典之外实施这样和那样的行为就使得人民法院的司法审查失去了法律依据。人民法院很难在没有法律依据的情形下对行政行为的性质作出判定。有学者就强调了在庭审中法律规则的重要性:“当然,法律规则的具体化在其提高司法的公正性意义上,会增强人们对法律制度公正性的认识……而作为警告,在法庭上对正义的某种破坏,或许可被视为是对法典化所带来收益的一种必要的交换。”^②上列诸方面是行政规避法律的主要表现,如果我们将问题向深层推进一步,便可以发现行政规避法律的行为范畴常常体现在下列方面,这些方面可以被视为行政规避法律的外延,它的决定因素便是行政规避法律的内涵。

第一,行政立法中授权拓展的法律规避。《中华人民共和国立法法》关于行政法的规定有两个方面是值得引起注意的:第一个方面是该法确定的有关行政立法的制度是以授权为基础的制度。随着国家行政权力的泛化,“行政国”出现:“就是指行政制度相当发达的国家。在‘行政国’中,行政事务、行政职能、官员制度等等都相当发达。在‘行政国’,政府的职能主要的已经不再是‘警察局’和‘邮政局’的职能了。”^③行政系统取得一定的法律制定权几乎是一个不可逆转的趋势,这个趋势既体现于法治发达国家,也体现于法治进程相对较慢的国家。然而,不论哪种类型的国家,其对行政系统的立法权都采取了极为谨慎的态度,即在肯定行政系统有行政立法权的同时,确定了严格的控制制度。西方代议民主制国家用“委任立法”的制度限制行政立法。所谓委任立法就是行使立法权的代议机关通过委托的方式让行政系统制定某一方面行政管理的法律,“将法律制定权委任给各部,只是宪法之下的立法权碎片化这一更广泛现象的一部分”。^④这种委任是一种严格的法律制度,既有严格的程序又有严格的条件。例如,一事一委托是委托立法的一个基

① 中国行政系统设立的临时机构,一是类型多,如一些地方的灭鼠办、打狗办、馒头办等。二是存续时间长,有些地方设立的临时机构持续了十多年的时间,这些临时机构实质上已经和常设机构没有区别。三是变化多,一些地方设立临时机构几乎成了一种习惯或常态,往往通过临时机构完成常规的行政职能。

② 彼得·H·舒克:《行政法基础》,王诚译,北京:法律出版社,2009年,第99页。

③ 龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,北京:法律出版社,2003年,第6页。

④ 特伦斯·丹提斯、阿兰·佩兹:《宪制中的行政机关——结构、自治与内部控制》,刘刚等译,北京:高等教育出版社,2006年,第275页。

本原则，即一项委托行为只能包括一个事项。换言之，行政系统只能通过一次委托取得一个较为具体的立法权限。中国立法和法律所选择的不是委托立法的制度而是授权立法的制度，即行政主体通过立法机关的授权而取得一定的行政立法权限。《中华人民共和国立法法》第65条、第80条、第82条都是有关行政立法的授权条款。第二个方面是该法确定了法律保留原则，即有些事项只能由最高立法机关制定，其他任何机关都不能通过授权而获得这样的权力：“法律保留原则，要求行政须有法律之授权始能作成行政行为。法律保留原则，积极要求作成行政行为之法律依据，因此亦称为积极之依法行政原则。”^①从理论上讲，这两个关于行政立法的规定目的在于使行政立法处于最高立法机关的监督和控制在之下。然而，在行政法治实践中，法律保留原则并没有得到非常好的实施，以维护人身自由的行政制裁行为为例，依法律保留原则，行政主体是不可以设定的，但在行政法治实践中，行政主体设置强制人身自由的制裁措施是一种客观存在。^②在这个问题上，关键不在于有关行政主体实施了违法行为，而在于该主体通过拓展立法中的授权而规避了法律。这种规避大多采取偷换授权概念的方式，例如，法律授权行政主体在某一方面强化行政管理并制定相应规则，行政主体便据此理解为通过规则对社会进行严格控制等。在这样的授权规避中，行政主体名义上严格执行法律，实际上逃脱了法律对行政权的控制。对于此种规避法律的方式除了具有直接利害关系的行政相对人有所认识外，立法机关并不能作出明确判断，即便意识到了也没有有效的制度予以校正。显然，此一范畴的行政规避法律不是一个简单的具体行政法律的规范，而是一个规避行为常常会带来无以数计的不良后果。

第二，行政秩序设定中法位选择的法律规避。行政秩序设定是指行政主体在行政权行使中对有关行政管理秩序的认识、确定和规范。中国行政法理论中没有行政秩序设定的专门理论，之所以会失去对这一问题的理论构建，与中国行政法学理论长期以来侧重于行政行为而疏于行政秩序的研究有关。换言之，中国学者常常侧重于对行政行为的研究，而不重视对行政秩序的研究。从深层次讲，行政秩序设定与行政行为是一个事物的两个方面，二者不可以分开。而且行政秩序设定是行政行为的基础，即如果要对行政行为作出深刻领会就必须对行政秩序设定作出合理判断。在行政行为中，有一部分是实现行政秩序的，一部分直接设定行政秩序，无论前者还是后者都与行政秩序的设定有关。在行政秩序的设定中有两个方面的问题是需要引起注意的：一是行政主体依据什么设定行政秩序。由于行政法体系的多元性和行政法典则的法群性，决定了行政秩序设定的依据是一个较为复杂的问题，行政主体完全可以依据不同的规则设定不同的行政秩序。具体地讲，行政主体对秩序设计的固有规则可以进行选择，而这个选择具有非常大的主观性。通常情况下，行政主体秩序设定的规则选择只应当有相对较完美的标准。但是，行政法体系的多元性和法群性使行政秩序设定中的规则选择主观性大于客观性，多样性大于一致性。在这样的选择中便有可能出现行政主体规避法律的情形。例如，某市机动车牌拍卖的行政秩序设定就有两个可以选择的依据，一是《中华人民共和国行政许可法》，另一是《X市道路交通管理条例》。由于行政许可法对此一范畴的事项虽然有原则规定但无具体条款，这样行政主体便既可以选择《行政许可法》，也可以选择《X市道路交通管理条例》，而且在这两个选择中不存在违反法律的问题。X市政府制定的设定机动车牌照拍卖的行政规范性文件所选择的依据是后者而不是前者，这个选择在法律形式上虽然没有错，但在实质上则是一种规避行为，因为其规避了对行政系统不利的规则。二是行政主体以什么样的行政法形式设定行政秩序。由于行政主体的行政法文件从行政法规到规范性文件乃至行政命令共有四种形式，在这四种形式下，哪怕最低层次的行政主体也至少有两种不同的选择，即其既可以用行政规范性文件设定行政秩序，也可以用一个具有命令性的抽象行

① 陈敏：《行政法总论》，台北：新学林出版有限公司，2016年，第157页。

② 《戒毒条例》第27条规定：“强制隔离戒毒的期限为2年，自作出强制隔离戒毒决定之日起计算。被强制隔离戒毒的人员在公安机关的强制隔离戒毒场所执行强制隔离戒毒3个月至6个月后，转至司法行政部门的强制隔离戒毒场所继续执行强制隔离戒毒。执行前款规定不具备条件的省、自治区、直辖市，由公安机关和司法行政部门共同提出意见报省、自治区、直辖市人民政府决定具体执行方案，但在公安机关的强制隔离戒毒场所执行强制隔离戒毒的时间不得超过12个月。”强制戒毒行为实质上是对当事人人身自由的强制，而依据《立法法》的规定，强制措施只能由全国人大及其常务委员会设定，而《戒毒条例》则是由国务院制定的。

政行为设定行政秩序。在这种不同的行政法文件的选择中,行政主体若避重就轻或者有其他主观动机,便有可能规避法律,例如,《中华人民共和国立法法》将规章作为中国行政立法的一种形式,而没有将行政规范性文件作为行政法渊源,但行政规范性文件的确是行政权行使的重要渊源:“行政规范的本质属性来看,行政规范和法律、法规、规章一样,具有国家意志性和国家强制性。”^①行政主体就某一事项设定行政秩序时,如果以规章的形式设定就有可能违反《立法法》,反之,若以行政规范性文件的形式设定则不违反《立法法》,这样的行为至少不会带来立法监督的麻烦。这样,行政主体便大摇大摆地规避了《立法法》。正如前述,行政规范性文件已经成为行政法治的一大治理难题。^②

第三,行政义务实施中行为转换的法律规避。行政主体行政违法的制度构建在中国一直缺少一个体系,行政违法责任追究的法律前提是部门行政法和行政程序法,其次才是行政救济法。就行政实体法而论,没有一个总则性的规定,有关行政主体的行政违法大多存在于部门行政管理法之中,例如,《中华人民共和国草原法》第61条规定:“草原行政主管部门工作人员及其他国家机关工作人员玩忽职守、滥用职权,不依法履行监督管理职责,或者发现违法行为不予查处,造成严重后果,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不够刑事处罚的,依法给予行政处分。”这样的规定方式非常分散,在一部行政法典中认可的正当行为可能到另一个行政法典中就成了违法行为,反之亦然。发达法治国家都有一个行政程序法典对行政主体的违法类型作出规定,虽然这些程序典则的规定往往是程序性的,但它对行政违法的概括相对统一。上列两个方面的行政法体系在中国都不完善,这便导致行政违法本身就没有一个确定的内涵。目前对行政主体行政违法作出规定的主要是行政救济法,一是《行政复议法》,二是《行政诉讼法》,三是《国家赔偿法》。这些法律典则在规定行政违法的类型时只将着眼点限制在救济条款之中。总体上讲,它们并没有使行政违法在中国形成体系,而且这些法律典则所列举的需要承担法律责任的行为类型只有少量的几个,绝大多数纵使对行政相对人造成侵害的行政行为并没有责任追究条款。这样,行政主体在行政义务实施中便常常转换行政行为的形式,通过转换规避法律。例如,行政许可行为一旦实施就有可能给行政主体带来法律上的麻烦,其便将个别化的具体行政许可变成普通行政行为,成为普通行政行为的许可无论结果如何都不会进入诉讼程序。正如行政主体一旦实施行政收费便有可能带来法律上的麻烦,一些行政主体便在实施中将一些行政收费行为转换成具有一定回报的行政指导行为,而中国法律暂时还没有对行政指导行为设置法律责任,这在2000年最高人民法院所作的司法解释中规定得十分明确。还如,行政主体一旦实施行政决定行为就有可能带来法律上的麻烦,而一旦行政主体将行政决定抽象化为行政决策,将一个本来属于法律范畴的问题变成了技术问题,从而规避了法律。行政诉讼过程中的庭外和解就是又一明显例证。依《行政诉讼法》的规定,一旦进入诉讼阶段,行政原告和被告要保持相对的独立性乃至对立性,对调解行为的禁止就是为了保证这种独立性和对立性确定的措施。这个措施对于行政权行使的严谨性和规范化意义重大,它主要作用在于对行政主体以后的行政行为有良性影响。一些行政主体便将行政诉讼法规定的不能调解转化为和解,这样的转化并没有违反行政诉讼法的具体规定,但它必然对抗了《行政诉讼法》的精神。行政主体在行政义务实施中转化具体行政行为是一个较为普遍且复杂的行政法问题,由于这种转化是规避法律的行为,目前中国行政法制度对于这样的转换基本上无能为力。行政主体在行政执法中对行政相对人施加压力的行为、引诱行政相对人实施法律禁止的行为都是这种转换的具体形式,对此应当引起行政法学的普遍关注。

第四,行政制裁中主体变更的法律规避。行政职权运作起来以后,有三种不同类型的主体存在于这个过程中。一是行政主体,指实施行政行为的行政机关或法律、法规授权的组织。二是行政相对人,指承受行政权力的公民、法人和其他组织。三是第三人,指与行政主体行政行为有利害关系的公民、法人和其他组织。前两种主体类型在中国行政法理论中已经基本完善,也在行政法制度中有所规范,《行政诉讼法》《行政复议法》等都对这两个主体类型作了规定。第三人主体类型没有在中国行政实在法律中作出规定,但

① 周佑勇:《行政法专论》,北京:中国人民大学出版社,2010年,第119—120页。

② 为了有效解决行政规范性文件的问题,中国一些地方制定了规范行政规范性文件的行为规则,如上海市就制定了《行政规范性文件制定与备案规定》,徐州市制定了《徐州市规范性文件制定办法》等。

是，规定与否并不影响其作为一种客观存在成为行政法关系当事人的事实。中国学者近年来提出了行政第三人的概念，笔者以为，行政第三人其形态既不同于行政主体又不同于行政相对人，其权利与义务也与行政相对人不一致，因此，其作为一种独立的主体类型应当得到行政实在法的肯定。上列三个类型的主体及其关系形式是行政法运作的基本元素，也是行政主体的职权行使和行政相对人的权利享受以及主体义务履行的前提。如果上列主体被人为地变更便有可能导致行政法律本来规定的权利和义务有所变化，有些变化甚至完全走到了反面。以行政主体为例，其在法律上有独立人格，若要发生主体的变更其就必须通过法定程序为之。如行政主体要将其权力交由某一行政机关以外的组织履行就必须通过法律上的委托而进行，而整个委托活动都应当依法定程序而为之。然而，一些行政主体在职权行使中不适当地将自己的权力交由其他组织行使，而这个转交行为常常是在非常暧昧的关系形式中进行的，既没有明示的委托意向，又没有依严格的委托程序进行，但行政机关的确有明示或暗示的委托意向。在该组织实施了行政制裁行为以后，行政相对人若无异议，这个行为就完成了，若有异议行政主体则溜之大吉，通过转换行政主体实施行政行为进而规避法律在行政法实践中非常普遍。正因为如此，《中华人民共和国行政处罚法》对行政处罚中的委托作了严格规定，令人遗憾的是这个委托的规定只适用于行政处罚这一种制裁行为，而在行政法治实践中行政主体的制裁行为还有许多。行政主体实施制裁的另一种规避法律的行为是变更制裁对象，如将双重违法中的行政相对人作为一个主体进行制裁，从而有可能规避法律。即在单位和个人共同实施违法行为时，行政主体只选择制裁单位而不制裁个人，由于单位是以“公共”的形式出现的，就有可能将原本应当具有的救济诉求淹没在公共性之中，以此种形式规避法律的情形非常多见。

上列四个方面是我们对主要的行政规避法律所作的概括，在行政法治实践中，行政规避法律还有其他形式，在此不能穷尽列举。

三、行政规避法律的危害与根源

行政规避法律作为一种非理性的行政权力行使行为，其对行政法治是非常有害的。由于中国行政法学界基本上没有展开对行政规避法律的研究，因此，关于其危害也无从作出系统考察。在笔者看来，对行政规避法律危害性进行分析是十分必要的，如果我们能够确定这个行为的危害性，那么，对其进行有效控制就顺理成章了。质而言之，只要某种行为对行政法治有害就应当自然而然地得到行政法的控制。

（一）行政规避法律的危害

行政规避法律对于行政法治的危害至少可概括为以下方面：

1. 行政规避法律会导致行政法典则虚无。行政法典则是行政实在法的表现形式，正是这种形式的实在性才使行政法成为一种法律实在。当然，行政法的实在性不单单表现为有客观存在的典则，还表现在这个典则的确能够调整社会关系和行政关系。而行政规避法律则使行政主体的一部分行政行为游离于法律之外，这种游离于法律之外的行政行为往往不好确定其就是违法的，如果行政主体常常能够通过一些手法使自己的行为避开法律，那么，行政法典则至少对于行政主体而言是一种虚无，进而使整个行政实在法成为一种虚无。一国大量存在行政实在法虚无的状况下无法体现法律对行政法治的价值。

2. 行政规避法律会导致行政造法价值化。行政造法可以作褒义和贬义两种不同进路的理解。褒义的行政造法是一个中性词，指行政主体在法律允许的范围合理制造行政法规范的行为，也就是我们通常所说的行政立法。贬义的行政造法是指行政主体通过主观意志在超越国家立法权的情况下产出法律的行为。贬义行政造法情形下，行政主体将自己的意志法律化，将存在于主观的东西客观化，将不法行为合法化。我们此处所讲的行政造法是在贬义上使用的，指行政主体在不适当的、违反立法价值的情况下制造法律的行为。行政造法本身就是不当的，而在行政规避法律的情况下，行政上的造法常常会成为一种独立的法律价值。或者说，行政主体把自己的价值判断通过行政法规范体现出来，而真正的立法价值与行政主体造法时所体现的价值是两种不同性质的价值。行政造法价值化以后，行政与立法的意志不再是一个意志，而是两个意志。从法理上讲，行政是没有独立意志的：“是国家在其法律制度范围内，为实现国家目的而进行的除司法

以外的活动。”^①任何法治国家的概念中都不会使立法与行政的意志二重化或对立化。这种行政规避法律的弊害是十分明显的。

3. 行政规避法律会导致行政过程的封闭化。行政过程是一个行政体现立法意志的过程，是一个行政与社会交换能量的过程，是一个行政与其他国家权力在进行社会控制中相互支持和相互配合的过程。然而，行政规避法律则会将行政封闭在一个相对狭窄的范围之内。上面已经指出，某种权力行使一旦进入规避法律的状态之中，它就必然与法律成为两张皮，法律的价值体系不可以在行政规避法律的情况下进入行政系统中，行政系统的封闭性正是通过对法律的否定而为之的。

总之，行政规避法律的最终危害是行政法治的不能实现。一国行政法治从法律形式看，典则的存在是最为基本的。但是，进一步讲，典则只是行政法的形式要件，而不是行政法治的实质要件，只是行政法治的要件之一，而不是行政法治要件的全部。中国一些学者常常用行政法典则的出台以及典则的数量衡量行政法治的状况，但行政规避法律的命题则使我们对这种传统的认识有所质疑，因为实在的法律与法律运作中的实在是两个命题，实在的法律并不能代表法治运作的实在，而法治运作的实在在一定程度上依赖于实在的法律。在行政规避法律的情况下，只有实在的法律，而没有法律运作中的实在。进而言之，一国行政规避法律若普遍存在，那么该国离真正意义上的行政法治还有非常长的距离。

（二）行政规避法律的根源

揭示行政规避法律的弊害只是我们研究这个问题时必须注意的因素之一，若想有效地控制行政规避法律，就必须从深层次探讨和分析行政规避法律形成的社会基因，即在中国形成的深层原因。笔者试将行政规避法律在中国形成的根源作如下分析。

第一，行政系统存在自利性。行政系统的自利性是指行政系统在其权力行使和机制的运行中追逐自身利益并使其独立化与合法化的格局。这一概念表明，一方面，行政机构体系本身就是一个利益的集合体。中国在计划经济体制下是不承认行政系统作为利益集合体这一事实的。因为计划经济所实行的是一元化的政治机制，即国家的立法权、行政权、审判权等在一个机制之中，它们之间只有软性的分工而没有刚性的分工，如果行政系统有利益的话，那就是国家利益、公共利益或者政府利益，而不存在单独的行政利益。进入市场经济以后，尤其强化了行政机构体系与其他国家权力系统分工制约的理念之后，行政系统成了相对独立的实体，其作为一种具有法律上人格的系统要受到立法的制约、司法的制约，一旦制约格局成为法治运作的主流，不同的政治实体就有了不同的利益。也许，这样的利益还不是纯粹的经济利益，但利益本身的存在就使得行政主体在权力运作中既是一个政治实体，也是一个利益角逐的实体。在美国公共行政的研究中，有一种公共选择理论，该论认为在政府行政系统的权力行使系统中，无论公职人员还是作为整体的政府，都追逐着各种利益：“在政府中，各种利益集团相互作用、相互竞争，追求构成利益集团的个人利益与偏好。”^②法治发达国家在建构行政与其他权力的制约格局时将行政规避法律的问题已经考虑进去了，而中国在认可行政具有独立法律人格的同时，并没有注意到其也是一个要制约的政治实体，因此，也没有在制度设计中控制这种自利性。即是说，自利性是行政规避法律的根本原因，因为在自利性的理念下，行政将自己与法律机制中的其他主体予以区分，并且可能使自己的行为方式独立化，使自己不再受包括立法机关内的其他机关的控制。上文已经指出，在行政规避法律的情形下，行政上的价值与法律上的价值是两种不同类型的价值，正是这种对独立价值的追求使行政规避法律有了原动力。

第二，行政权威原则的历史传统。行政权威原则是一个非常古老的行政法命题，中国古代行政法中行政的权威性就是不可动摇的。在中央政府，行政的权威性主体体现在皇权之中，而在地方上，行政权威性则主要体现于地方长官的权力之中。现代行政权威原则在中国宪法典中得到了肯定。与其他任何事物一样，行政权威原则也是一把双刃剑，一方面，该原则对于强化国家行政权力的效率化意义重大，正是有行政系

^① 奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，北京：商务印书馆，2002年，第14页。

^② H. 乔治·弗雷德里克森：《公共行政的精神》，张成福等译，北京：中国人民大学出版社，2013年，第21页。

统的高度权威，使行政权行使中对问题的处置相对方便。另一方面，该原则使行政系统形成了唯我独尊的心理定式，中国行政系统及其公职人员在权力、权威和法律、规则的选择上更愿意选择前者而不是后者。行政法在中国被理解为管理法就是例证，即当行政法能够成为行政主体进行管理的工具时，其便非常乐意适用行政法的手段。反之，当行政法成为制约行政系统的工具时，行政主体则不大乐意接受这样的法律。中国行政系统及其公职人员经常运用权力进行管理，运用权力设定行政义务，这实质上都是行政权威原则的表现。应当指出的是，行政权威原则不仅仅体现在行政机关与相对一方的关系中，而且体现于行政主体与其他国家机关的关系之中。进一步讲，当行政主体与行政相对人发生关系时其常常喜欢用权威原则的思维定式，这在中国是不争的事实。而在行政主体与其他国家机关的关系中，也大多是这样的思维定式，现代国家的“行政国”理念就体现了这一点，这一理念表明一国的立法权要围绕行政权运转，一国的司法权也要围绕行政权运转。^①行政系统的内心驱动力也以行政为核心，对于来自立法机关的规则其从心理上就不是自觉自愿的执行和遵守，更谈不上有什么法律信仰。对于来自司法机关的法律审查同样不是自觉自愿地接受的。由于现代宪法理念与行政权威原则并不是同一价值取向的东西，现代宪法理念对行政主体有非常强烈的约束作用，行政主体要明着对抗法律显然没有以前那么方便，这就自然而然地使其由相对刚性的对抗转化为相对柔性的对抗，而规避就是这种柔性对抗的最好形式。

第三，行政相对人法治介入不足。有人对法治作过这样的解读：“在任何法律制度中，法治的内容是：对立法权的限制；反对滥用行政权力的保护措施；获得法律的忠告、帮助和保护大量的和平等的机会；以及在法律面前人人平等。”^②这一解读基本上反映了现代法治的精神实质，即法治的目标和对象是国家的权力行使主体，凡手上握有权力的主体都应当受到法律的约束。这一法治概念同时意味着权力的主体应当是广大社会公众，而不是国家机构。该理论表明，中国行政法治的过程应当是一个以行政相对人为主导因素的过程，行政相对人在这个过程中能够控制行政主体的行政行为。然而，中国目前的行政法治无论如何都是在政府行政系统，之所以这样说，是因为当我们强调行政法治时，并没有把目标对准行政系统，而主要是对准行政相对人。中国行政系统是行政法的执法机关，同时还是行政法的立法机关，而行政相对人则是不折不扣的行政法的守法者。显然，守法者和执法者在法律体系中的地位是截然不同的，如果说执法者是主动运用法律达到对社会进行控制的目的的话，那么，守法者则是被动地被执法者控制的对象。在中国，行政相对人目前的定位只是纯粹的守法者，我们认为，其即便不能成为执法者也应当成为用法者，换句话说，行政相对人应当能够主动地运用行政法并用之来获取个人利益乃至社会利益。在行政法的社会控制中，也许一定范围内承认行政相对人为了维护自身的权益而用法，但并不积极地主张行政相对人为了维护社会利益和社会秩序而用法，公益诉讼在中国长期无法建立起来就是一个非常典型的例证，因为公益诉讼中的权益主要是社会不特定主体的利益。当一国的社会公众仅仅为了自身利益而用法，而不是为了社会利益而用法时，法治在这个国家就只是一个片面的概念。反过来说，正是由于中国公众对行政法的参与程度不高，使行政主体成了行政法的绝对用法者，该绝对性使其常常觉得对自己有利的法律就运用之，而不利的法律就拒绝之，这显然是行政规避法律的基本土壤。总之，当行政相对人对行政法的介入不足时，行政主体规避法律就有了巨大的空间，而中国行政相对人对行政法的介入还远远不够，从而导致了行政主体规范法律的自如性。

第四，法律规制行政权技术疏漏。行政规避法律的要件之一是法律失去了对行政的控制，然而，从现代行政法的本质属性看，对行政权的控制是其基本职能。中国行政法学理论和行政法治实践虽然不以控权作为行政法的理论基础和价值，但是，不争的事实是中国自1989年制定《行政诉讼法》以来，出台的一系列行政法典则都具有控制行政权的功能，或者说，一定意义上选择了行政控权的价值理念。以两个为行政行为提供秩序的行政法典则为例，其有着非常明显的行政控权属性，例如，《中华人民共和国行政处罚法》

^① 在行政法学中有一个理论叫“行政中心”说，该说认为现代国家公权是以行政权为核心的，立法权的目的在于为行政提供规则，而司法权的目的是排除行政权行使过程中的障碍，它们都要围绕行政权运转。

^② 戴维·M. 沃克主编：《牛津法律大辞典》，北京：光明日报出版社，1988年，第790—791页。

首先将行政处罚的设定权作了严格限制,通过这个限制去掉了一些行政机关以前所具有的行政处罚设定权,而在行政处罚的决定程序中,更是增加了听证程序,使行政处罚决定置于行政公开之中。《中华人民共和国行政许可法》同样对行政许可的设定权作了严格限制,尤其去掉了国务院部委的行政许可设定权,在行政许可程序中更是体现了控权原则,该法第 30 条规定:“行政机关应当将法律、法规、规章规定的有关行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限以及需要提交的全部材料的目录和申请书示范文本等在办公场所公示。申请人要求行政机关对公示内容予以说明、解释的,行政机关应当说明、解释,提供准确、可靠的信息。”由此可见,对行政权的控制是中国行政法的基本价值之一,不论我们以什么概念代替行政法的控权属性,都不能否认控权作为中国行政法价值的事实。这样便存在一个悖论,即一方面是行政法的控权价值,而另一方面则是行政对法律的规避。这种相悖的状况说明中国行政法在规范行政权的过程中存在一定的技术障碍,这个技术障碍是导致行政规避法律发生的另一原因。在笔者看来,中国行政法在行政权的控制技术存在这样一些导致行政规避法律形成的疏漏。一则,中国行政法没有穷尽非理性行政权行使的行为类型,即是说目前行政法典则关于行政违法和行政不当的行为类型的列举是不周延的,无论行政违法还是行政不当都不能替代行政规避法律的概念。正如前述,这两个概念的内容是确定的,在它们中间并不包含行政规避法律,同时,这两个概念所反映的是行政对已经存在的行政法规范的违反,只有在行政法典则较为确定的前提下才能以行政不当和行政违法论之。行政规避法律则是与法律规定完全不相干的两张皮关系形式。二则,中国法律在对行政权进行规范时,常常只有一个兜底条款,在这个兜底条款中,行政机关可以装进不少东西,而这个兜底条款常常所装的东西是与一定的法律原则不一致的。例如,《中华人民共和国行政处罚法》在行政处罚种类的规定中留下了一个兜底条款,即法律法规规定的其他行政处罚形式,这个兜底条款使行政处罚种类的规定大打折扣,甚至变得失去固有意义。因为一些行政主体可以根据这一条款设定诸多自认为适当的行政处罚形式,而这种对新的行政处罚种类的规定实质上规避了《行政处罚法》关于行政处罚种类的规定。三则,立法与行政是一对辩证的事物,当立法所占的地盘相对较大时,行政所占的地盘就相对小些。反之,当行政所占的地盘相对较大时,立法所占的地盘就相对小些。中国立法机关在制定法律典则时为行政系统留下了非常大的空间,以中央层面的行政法规范为例,全国人大及其常务委员会所制定的总量只占到 3%,其余都是由行政系统制定的,如此巨大的立法权限自然会成为行政规避法律的温床。

四、行政规避法律的控制对策

行政规避法律在中国行政权行使的实践中已经成为一种客观存在,而且作为一种行政权非理性行使现象普遍存在于行政过程之中。一定意义上讲,行政规避法律对行政法进程的危害要大于其他非理性的行政权行使,同时无论作为违法的非理性行政权行使,还是作为不当的非理性行政权行使,其中最终没有失去法律的控制,行政规避法律则是一种典型的法律失控。然而,对于这样一种对行政法治进程带来强大阻滞作用的非理性行政行为,中国法律仍然没有对其进行有效的控制。在笔者看来,对这一非理性行为失去控制的因素之一是中国行政法学界没有建立起行政规避法律的理论。中国行政法学理论中有行政违法理论、不当行政理论,还有行政超越职权理论、行政滥用职权理论等等,就是没有行政规避法律的理论。也许,正是没有这个成熟的理论才使行政规避法律没有严格的制度设计。基于此,笔者认为,中国行政法学界应当展开对行政规避法律问题的研究,对其有一个理论上的合理定位,或者将其与行政违法理论、行政不当理论予以并列,或者将其与行政滥用职权、行政超越职权予以并列,至于究竟使该理论怎样进一步完善,则是一个仁者见仁,智者见智的问题。当然,行政法学对该问题研究的不成熟并不影响我们设计一些初步的制度对行政规避法律进行控制。

1. 建立行政规避法律的定性机制。法治实践中的行为定性是一个非常重要的问题,也是法治构成的基本环节。中国行政法治中有一系列的定性机制,每一种机制都针对一定的行为或者行政权行使的一定状态。不同的定性机制使中国在对非理性行政权行使中的定性有了不同的分工。如果行政主体在行政立法中有非理

性的权力行使，定性机制就存在于立法系统之内，《中华人民共和国立法法》在法律的“适用与备案”一章就规定了若行政主体的立法发生冲突就应当通过一定的裁决机制为该行为定性，进而确定某一法律典则的效力。行政主体违法或不当行政行为的定性在中国同样是有机制的，《中华人民共和国行政复议法》和《中华人民共和国行政诉讼法》都规定了这样的定性机制。通常情况下，通过行政复议制度和行政诉讼制度的责任追究是一回事，而对某一行为进行定性则是另一回事，在行政法治实践中，相关的责任追究毕竟是个案的，而对行为的定性则是普遍的。同时，行为定性是责任追究的前提条件，行政公职人员有关违反行政法律的定性机制在中国同样是存在的，监察系统就承担着这样的职能。中国行政法在有些方面将定性机制与责任追究等机制予以区分，而在有些情况下则将定性机制与责任追究机制合而为一。就目前而论，有关行政主体立法行为的定性问题都归属于立法系统，但是，中国的立法系统基本上没有承担责任追究的职能，即便对行政主体的不当行为亦是如此。行政规避法律究竟是行政立法问题，还是行政立法与行政执法兼而有之的问题？上文已经指出，行政规避法律是一个复合性问题，即在行政立法中有行政规避法律的问题，在行政执法中亦有行政规避法律的问题，这种综合性就使行政规避法律的定性机制建构的难度相对较大，因为我们既不可以将其完全归于立法系统，也不可以将其完全归于司法系统。那么，是否能够成立一个有关行政规避法律问题的委员会，由它确定行政规避法律的行为性质，这是一个值得探讨的问题。总之，行政规避法律应当有一个行为定性机制，因为这是行政规避法律其他制度的制度基础。

2. 建立行政规避法律的防范机制。行政规避法律在目前中国的行政法治中基本上是一个巨大的漏斗，即是说，没有任何一个机制能够防范行政规避法律的发生。基于此，笔者认为应当建立行政规避法律的防范机制。上文分析了行政规范法律产生的根源，它们是行政规避法律形成的根本原因。那么，在建立有关防范机制时就应当充分考虑使行政规避法律形成的这些内外在原因，并根据这些原因建立针对性的防范机制。例如，行政系统的自制性是行政规避法律形成的最基本的原因，我们就应当有一些手段专门解决行政系统的自制性。中国长期以来是不承认行政系统作为一种自利实体的，由于不承认，因此也没有针对性的予以防范。事实上我们应当承认或者适度承认行政系统作为一个自利实体这一事实，并允许行政系统在一定范围内追逐自身的利益。但是，行政系统的任何自利性都应当在行政公开原则的支配下进行，如果我们从相对客观的角度认可了行政主体自利性的事实，又有一套公开化或其他手段对其自利性进行有效控制，那么，行政系统就不会通过规避法律的方式实现其自身利益。还如我们尽可能在宪法和法律之中认可行政权威，并通过一系统的制度强化行政权威，同时，我们所认可的行政权威是在行政法治支配下的权威，而不是由行政主体进行任意演绎的权威。更不能够避开行政权威基本事实一味地强调行政法的服务意识。在笔者看来，行政系统的服务意识只是我们对行政系统的一个正向的价值，只要行政系统手中握有行政权力，其就必然会以权力主体的身份出现于行政过程中。而我们对其应当具有的权威视而不见，只强调其服务属性，这必然会给行政主体一个在行为上的两难境地，正是这种两难境地使其选择以规避法律的形式寻求出路。可见，通过认可行政权威的正当性同样可以达到防范行政规避法律的目的。上文提到，中国行政系统获取了可观的行政立法权，而这个权力必然是行政规避法律的前提条件，如果在立法制度中多一些立法机关设定行政关系，让行政主体的立法权空间相对小些，其结果必然是行政规避法律的数量日益减少。总之，行政规避法律的防范机制是一个综合性问题，是一个系统工程。在目前情况下，这种防范机制的龙头应当归属于立法机关，至于这种防范机制的结构等则是一个需要进一步探讨的问题。

3. 建立行政规避法律的监督机制。对行政的法治监督是一国政治制度和法律制度的基本构成部分，中国的行政法治监督单就监督主体而论是最为全面的。一则，人民代表大会有权对行政系统及其权力行使进行监督。依《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》规定，人民代表大会有权对行政系统的监督不单表现在立法监督方面，其对行政主体的日常行政行为，乃至行政公职人员履行职责的行为亦有权进行监督。二则，人民法院有权对行政系统及其行政行为进行监督，这个监督主要发生在人民法院对行政行为进行司法审查的过程中，行政法制度除了具有权利救济的功能之外，还有一个重要的功能就是人民法院对行政机关的监督功能。三则，人民检察院有权对行政系统及其公职人员进行监督。检察机关本身就是法律

监督机关,其对行政系统的监督是理所当然的。四则,专门监督机关的监督。如《中华人民共和国监察法》第15条规定:“监察机关依法行使监察权,主要职能是:(一)维护宪法和法律法规;(二)依法监察公职人员行使公权力的情况,调查职务违法和职务犯罪;(三)开展廉政建设和反腐败工作。”五则,行政系统上下级行政机关之间的监督。《中华人民共和国宪法》第89条就规定了国务院对地方各级国家行政机关的监督权,《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》则规定了地方上级机关对下级机关的监督权限。法律虽然没有明文规定下级机关对上级机关的监督,但上下级之间作为一种法律关系,下级同样有权对上级进行监督。在国家权威体系之外,还有执政党的监督,人民政协的监督等等。但是,中国目前的监督体制之中并没有关于行政规避法律的监督。行政规避法律的监督机制是不可缺少的,对此我们可以有两个思路,一是以目前的监督制度为基础,在一些监督制度中加进关于行政规避法律的监督内容,例如,在《监督法》之中就可以专门规定人民代表大会对行政规避法律问题的监督。二是建构一个新的监督机制,从监督的机构实体到监督的具体内容上都与行政规避法律紧紧结合在一起,使这个新的监督机制在中国行政法治监督中起到自己独有的作用。上列两个选择进路中,第二个应当更加合理和科学一些。行政规避法律最为主要的是一个行政与法律的关系问题,因此,在行政规避法律的监督机制中,立法机关应当是主要的监督主体,或者以立法机关为龙头,构建行政规避法律的监督制度。还应指出,行政规避法律的个案性非常明显,即在一些监督机关的日常监督活动中常常会遇到行政规避法律的个案,若有这样的个案发生,便可以由各个监督主体在案件处理中分别予以处置。

4. 建立行政规避法律的问责机制。行政问责制近年来在中国不断完善和发展,到目前为止中国不少地方都制定了专门的行政问责的规定。就目前行政问责的法律制度而论存在下列一些偏颇,一是行政问责的机制设计基本上都是由行政系统进行的,笔者注意到诸多的行政问责机制都是以政府规章的形式出现的。^①显然,以行政规章出现的问责机制其法律效力就要相对低一些。二是行政问责所问的是一些行政公职人员,或者行政首长,或者行政主管人员,或者直接责任人,即是说我们的行政问责主要是问个体,而没有问行政机构实体。三是行政问责的处置力度相对较弱。行政问责的目的在于使被问责者对行政不法或不当行为付出代价,而目前问责中的责基本上没有与行使人的行为保持量上的一致性。但不论如何,行政问责是一种非常好的追究非理性行政的法律制度,这样较为科学的制度引进到行政规避法律的责任追究之中是非常合理的。上面我们说到了行政规避法律的定性机制、行政规避法律的监督机制等,而行政规避法律的问责机制则是上列制度的延续。进一步讲,如果没有建立起行政规避法律的问责制度,那么,行政规避法律的定性制度和监督制度就没有实质意义。显然,行政规避法律的问责对象既包括行政系统中的个体,即行政首长或主要管理人员和直接责任人,还应当包括行政系统中的组织机制,后者应当是行政规避法律问责的重点。因为行政规避法律的行为侵害对象是法律机制,而侵害过程中的受益者是行政系统或者行政主体,个体只是行政规避法律受益者的外在形式。当我们研究行政规避法律时,也是从行政体系与法律体系的关系出发的。基于此,笔者认为行政规避法律的问责对象应当主要框定于行政系统和行政主体之中。如果有这样的针对行政体系群体的问责制度,那么,行政问责便可以用一些现代理念支配下的制度进行,如让行政机关首长辞职,行政机关在相对较大的范围内承担赔偿责任等等。行政规避法律有时出现于一定的个案之中,并且在一个具体的行政规避的案件中会给行政相对人的权益造成侵害,若出现了这样的情形行政规避法律就发生了性质上的转化,即由一个特殊的行政权的非理性行使变成了行政不当或行政违法,此时,行政规避法律的主体应当承担双重法律责任。

(责任编辑:王胜强)

^① 例如,深圳市人民政府就制定了《深圳市行政决策责任追究办法》规定了行政决策的问责制。第8条规定:“行政机关在本单位重大事项决策中,有下列情形之一的,应当追究行政机关或者有关责任人员的行政责任:(一)未按规定建立重大事项决策议事规则的;(二)超越权限决策的;(三)违反法律、法规、规章或者政府决定、命令决策的;(四)按照议事规则应当由领导集体讨论决定的重大事项,以传阅会签或个别征求意见等形式代替集体议事和会议表决的;(五)研究决定重大事项的会议,未按规定达到半数以上领导集体成员到会或者分管此项工作的领导集体成员未到会又未在会前征求其意见的;(六)研究重大事项,未按规定做好会前协调等会前准备工作的;(七)集体讨论时,行政首长未听取领导集体其他成员的意见决策的;(八)未按规定做好重大事项决策会议记录、形成会议纪要印发领导集体成员和有关部门,或者未按规定形成和保存重大事项决策会议档案的;(九)重大突发事件和紧急情况,没有充足时间集体议事和会议表决,领导集体成员处置后,未及时向行政首长或领导集体报告的。”

(下转第110页)