

论行政法中技术标准的运用

关保英^{*}

内容提要 行政法的发展改换了传统法规范以原则和规则两个基本元素为构成的状况,就是在行政法典则和规范体系中渗入了技术标准这一新的元素。而且技术标准的运用已成为现代行政法治的基本精神,尤其在法治发达国家,几乎充斥了行政法的各个领域。然而,通常情况下,技术标准并不体现于行政法典则之中,大多数是以非正式行政法渊源的形式出现的,就是说它的主要内容存在于国家颁布的正式行政法典则之外。为此,如何鉴定技术标准、技术标准具有什么样的法律地位、如何在行政法治实践中运用、其在行政法体系中的发展方向等一系列问题都需要从理论上予以澄清。

关键词 行政法规范 技术标准 适用程序

行政法中的技术标准是指为行政法治实践提供相应参考的数据、规格、技术要求、质量标准以及其它可以进行量化的规范。大多数情况下,它们是以非正式行政法渊源的形式出现的,就是说其主要内容存在于国家颁布的正式行政法典则之外。当然,法治实践中不排除个别行政法典中包含一些技术标准,但它并非技术标准存在的主要领域,或者说它并非技术标准的主流。传统行政法及其体系中,构成典则和规范的主要是原则和规则两个元素,二者共同支撑起了行政法典则,并使之在运行过程中正当的调整相应的社会关系。然而,当代行政法的发展却动摇了传统行政法中这两个基本元素的定位,就是在行政法典则和规范体系中渗入了技术标准,即当代行政法典则不应当是原来的二元结构,而应当是现在的三元结构,即原则、规则和技术标准。^①那么,技术标准究竟如何进行鉴定,具有什么样的法律地位,如何运用,以及在行政法体系中的发展方向等问题的澄清就显得非常重要。我国行政法学界目前还缺乏行政法中技术标准的系统和专门研究,正是基于这样的考虑,笔者撰就本文。

^{*} 上海政法学院教授、博士生导师。本文系“上海市高原学科(行政法)”、“中央财政支持地方高校建设专项(行政法)”资助项目的阶段性成果。

^① 参见[美]劳伦斯·索伦《法理词汇》,王凌峰译,中国政法大学出版社2010年版,第143页。

一、行政法中技术标准的法律地位

行政法存在于我国的法律体系和法治体系之中,而我国的法治体系在《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中已经有所规定,它包括法律的规范体系、法治实施体系、法治监督体系、法治保障体系和党内法规体系等。行政法中的技术标准,可以从法治体系的大系统中进行解读,也可以从行政法的规范体系中进行解读,就本文而论,行政法中技术标准的地位,应当从行政法中的规范体系中进行解读和认知。进入21世纪后,行政法作为一个社会现象已经发生了深刻变化,它的变化概括地讲体现于下列三个方面。第一个方面是行政法体系的变化,就是作为静态的行政法典则体系和规范体系的变化。在这个变化中,有一个明显的倾向,那就是软法概念及其规范的出现。在传统法律理念中,人们对行政法的理解往往与国家强制力放置在一起,认为行政法体系和典则既是国家强制力的结果,也是国家强制力进一步运行的依据,而这样的强制性所刻画的基本命题就是,行政法中典则和规范的刚性而非柔性。近年来,行政法中的这种传统格局无论是在认知上还是在法实在中似乎都发生了深刻变化,那就是软法已经成为行政法典则和规范中的基本构成,而人们对软法的理解,主要有两个客观定向,一是存在于行政实在法内部的软法,即是说,在行政实在法中,柔性的规范越来越多,它对刚性规范做了必要的补充。德国规章制定中的说明理由内容就是较为典型的软法“发布规章的机关尽管有时候在地方政府公报或者部门公报中必须说明各种理由,但是,德国并不存在任何必须说明制定该规章理由的一般条件。同样,如果规章并非不能被理解,或者在特定情况下说明制定规章的理由十分恰当,那么,提交给联邦参议员供其批准的规章,则应附上有关的理由。”^②另一个则是存在于行政实在法之外的行为规则越来越多,例如乡规民约、市民公章、行业章程或其它团体章程,这些行为规则存在于行政实在法体系之外,但它们却可以有效规范行政权。而它们对行政权的规范,主要是提供柔性规则。这已经不仅仅是一个行政法学问题,更为重要的是,它已经在行政法体系中成为客观现实,换言之,行政法体系中的软法与硬法具有同等重要的地位。行政法体系的这个变化,也为技术标准的渗入提供了可能。第二个方面是行政法渊源的变化。在行政法教科书有关行政法渊源的讲解中,学者们普遍会提到法律、行政法规、地方性法规、政府规章、法律解释、行政判例等^③,诸多教科书甚至将它们与行政法的渊源相对应,就是说在这些行政法渊源之外,再不存在其它行政法渊源。而近年来关于行政法渊源的理论认知也在发生变化,学者们已经提出了行政法非正式渊源的概念,在行政法非正式渊源中,包括了诸多规范形态^④,其中相应的技术标准也是行政法的非正式

② [印]M. P. 塞夫《德国行政法——普通法的分析》,周伟译,山东人民出版社2006年版,第47-48页。

③ 参见[日]清水澄《〈行政法泛论〉与〈行政法各论〉》,金泯澜等译,中国政法大学出版社2007年版,第22-23页。

④ 参见胡建森《行政法学》,法律出版社2015年版,第13页。

渊源之一。我们应当客观面对行政法非正式渊源已经普遍存在于行政法渊源之中的这一事实,深而论之,行政法的非正式渊源已经成为行政法渊源的有机构成,它与行政法的正式渊源一样,同样调整着特定范围内的行政法关系。应当说,行政法渊源及其理论的变化,也佐证了行政法中技术标准存在的必要性和客观性。第三个方面是行政法规制方式的变化。与上列两个方面的变化相比,行政法规制方式的变化一是不存在多大的争议,二是变化的节奏相对较快。众所周知,在英美法系国家,行政法规制方式的发展经过了“红灯理论”、“黄灯理论”、“绿灯理论”、“契约理论”、“参与行政理论”、“给付行政理论”等若干历史阶段。例如有学者就对红灯理论和绿灯理论做了这样的区分:“在红灯理论者看来,答案在于法院、法治和分权理论。然而,绿灯理论者对于法官和法律界人士所持的态度截然不同。他们公开提倡改革陈旧的法律制度,认为法律界太过老套以至于不能自我革新。”^⑤每一个历史阶段都有着相应的社会背景,同时也构成了行政法独特的规制方式。近年来,行政法的规制方式已经由给付方式向社会自治发生微妙变化,对于社会自治,我国党和政府文件已经有所涉及,2013年我们提出了“社会治理”的概念,后又将社会治理的概念深化为社会自治,这实际上对行政法的规制方式是有所冲击的。在新的规制方式之下,诸多的行政过程可以从传统的行政职能中游离出去,可以由私方主体按照私权的运作模式进行运作。规制方式的变化同样是至关重要的,行政法中的规制方式以社会自治为特征,恰恰契合了技术标准普遍化的这一事实。这三个方面的背景对我们领会行政法中的技术标准的法律地位是不可缺少的。具体地讲,行政法中技术标准的地位可以概括为下列方面:

第一,技术标准可以提供一定的关系范式。行政法中的关系范式是行政法现象的核心内容。概括地讲,行政法原则不一定能够提供具体的关系范式,因为原则本身是相对抽象和概括的,正因为如此,人们常常把行政法原则理解为制约规则的较为高级的规范,它的相对高级的属性,便是它的抽象性和概括性。而这恰恰是它提供范式方面是具有劣势的,与之相比,行政法规则则是能够提供具体范式的,行政法的运行存在于一个一个的关系形式中,存在于一个一个的行政法事实之中,这其中包括特定的主体、特定的权利和义务、特定主体之间的能量交换,正是这种若干的特定性,构成了行政法中的若干范式图。摆在我们面前的就是这些复杂的范式图,它们构造了有序的社会生活和社会过程。在传统行政法制度中,正如上述,这些范式图都具有强烈的社会性和人文性,它们要么受制于一国的国家体系和社会传统,要么受制于民风民俗和文化传统。应当说明的是,我国鲜有学者从法哲学的高度来解读行政法中的关系范式以及由它所构成的范式图。与之相比,法治发达国家的行政法学理论则高度重视行政法学中的关系范式问题,例如德国学者毛雷尔就曾用主观公权力的概念来分析德国行政法中的相关问题,他指出“主观权利是一个一般法理概念,是指法律规范赋予主体的权能,即为了实现个人利益,要求他人为或者不为一定的行为、容忍或者不作为的权利。主观权利可

^⑤ [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155-156页。

以私法或者公法为根据确立,这里介绍后者。主观公权力——从公民的角度看——是指公法赋予个人为实现其权益而要求国家为或者不为特定的权能。”^⑥近年来,随着互联网+新的时代的来临,传统的关系范式已经不能够保证原来的那种稳定性和长期性,其中最为明显的是,关系范式中的社会属性和人文属性在日益淡化,而相应的科学属性和技术属性则在日益深化。在这个深化过程中,技术标准起到了决定性的作用,而由于行政法规范在制定过程中,以及行政法在调整社会关系中,仍然由国家机关为主导,人们便忽视了这种关系范式形成中技术标准的作用,但通过我们仔细考察,便可以发现技术标准提供了诸多的关系范式。例如环境领域的诸多技术规则和严格的量化指标使得环境主管机关与相关的市场主体有了新的关系形式,还如行业标准对参与到标准中的当事人所确定的行为方式也使行政主体的职能有所淡化,甚至有些职能已经远离了相关的行业,这同样是技术标准对关系范式的影响。技术标准形成大量的新的关系范式已经成为行政法调整社会关系中一道亮丽的风景线,而问题在于,我们对它的研究还是相对滞后的。更为让人担忧的是,我们有关行政法规范的制定并没有对技术标准改变新的关系范式这一状况给予关注。一定意义上讲,技术标准对行政法关系范式的影响以及由它所提供的新的关系范式已经动摇了行政法的基础,进而动摇了行政法治的基础,这样的动摇并不表示我国的行政法治存在什么危险,而是给传统的行政法及其行政法治注入了新的元素和活力。

第二,技术标准可以提供新的调控方式。行政法的调控方式是一个动态化的过程,是一个不断发展变化的过程。在英美法系国家,由“红灯理论”到“给付行政理论”并没有经过太长的历史时段,但两种调控方式以及在其中发生的蜕变却是非常深刻的。我国的行政法调控方式所走的是另一条道路,由“管理论”发端,其中经过了微弱的“控权理念”和较为强势的“平衡理念”^⑦到现在的“自治理念”也没有用太长的历史时间,但这三个较为典型的调控方式在我国行政法治中确实存在过,而在特定历史时段中,它们确实超越其它任何调控方式。目前新出现的社会自治的调控方式还没有得到我国学界和实务部门的普遍关注,但这样的调控方式已经不可逆转,而这种调控方式与行政法中的技术标准究竟是什么关系呢?在笔者看来,社会自治的调控方式与行政法中技术标准的普遍运用是相辅相成的,它们二者有着高度的契合性,一则技术标准存在于民间之中,是由民间规则所主导的,而民间性恰恰就具有社会自治的属性;二则技术标准在调控过程中常常不需要国家强力的保护,更不需要行政高权的干预,它能够以相对自觉的方式被相关主体所接收,这同样契合了社会自治的新的调控方式。无论如何,行政法中技术标准的运用和普遍化都能够对行政法的调控方式产生影响,通过技术标准可以提供传统行政法中所没有的新的调控方式,而这些新的调控方式究竟有多大的

⑥ [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152页。

⑦ “平衡论作为行政法的理论基础,是由罗豪才教授为代表的部分行政法学者提出的,现在似乎已成为我国行政法学的主要学说。该论认为,行政法本质上是一种平衡法。行政法调整对象的特殊性和行政权的特殊性决定,平衡是现代行政法的基本精神。”参见叶必丰《行政法与行政诉讼法》,高等教育出版社2012年版,第11页。

空间,究竟有多大的能量还需要我们在行政法治实践中再做进一步认知。

第三,技术标准可以更明晰地提供责任清单和负面清单。2015年12月国务院发布的《法治政府建设实施纲要(2015-2020)》(以下简称《实施纲要》)规定“大力推行权力清单、责任清单、负面清单制度并实行动态管理。在全面梳理、清理调整、审核确认、优化流程的基础上,将政府职能、法律依据、实施主体、职责权限、管理流程、监督方式等事项以权力清单的形式向社会公开,注意厘清与行政权力相对应的责任事项、责任主体、责任方式。”^⑧这表明权力清单、责任清单和负面清单将成为我国今后权力法治中的常态调控行为。无论我们接受何种类型的行政法理论基础,现代行政法制度对行政权进行必要的控制和约束则是不争的事实,甚至是行政法治的主旋律。而如何理性地约束行政权,如何对日益膨胀的行政权进行降温,则是人们一直探讨的问题。对行政权的日益膨胀,学者们引起了高度警惕。“这样的结果是行政机关典型地集立法权与司法权于一身。它们有权制定具有法律效力的规章,这是立法性权力;有权裁判案件,这是司法性权力。通过行使制定规章权和裁判权,行政机关得以决定私人的权利和义务。因为这些机关通过行使制定规章之权和裁判具体案件之权影响到私人利益,故行政法学家主要注视它们。对于个人和他们的律师来说,制定规章和裁决案件是行政武器库中的真实武器。”^⑨现在问题的关键在于我们必须有能够对行政权进行降温的方式和方法,对其进行降温的技术方法等。在《实施纲要》中所提出的三个清单就目前行政法治的水准来说,则是非常好的控制行政高权的方式和方法。事实上,近年来我国一些地方政府和相关的职能部门已经梳理本部门的责任清单和负面清单以及权力清单,有些清理已经非常具有成效^⑩。笔者认为,这些清单都具有强烈的数量化的色彩,就是用一定的量化标准将行政系统能够行使的权力和不能够行使的权力以及在权力行使过程中和权力行使以后所承担的责任用数字予以说明,这些清单与数字的对应无需有所争论,就目前的权力清单制定而论,所体现的数字化特征是有所不够的,有些并没有严格的数据约束,只是简单地将法律典则规定的行政主体能够有所为和不能为的作了简单列举。技术标准在行政法中的引入只能够使责任清单和负面清单与数字予以对应,因为技术标准本身就是由数据、规格、限度、标准等要素构成的,如果我们在三个清单的设计中大量运用技术标准,或者用技术标准来构型这三个权力清单,那行政法对行政权的有效规范

⑧ 权力清单、责任清单和负面清单的制定和实施某种意义上讲给我国行政法治带来了革命性变化,之所以这样说是因为我国传统的行政法治主要是从质的方面规范行政权力,而没有很好地从量的方面对行政权进行规范,这三个清单的制定和实施便能够使我们对行政权的规范和约束由质转为量。事实上诸多部门在制定权力清单时就存在一定的困惑,该困惑表现为以传统的行政法典则去梳理权力清单,行政系统似乎仍然享有非常大的自由裁量权,这表明相关行业如果有细密的技术标准,其便能够制定出较为量化的权力清单、责任清单和负面清单。

⑨ [美]伯纳德·施瓦茨《行政法》,徐炳译,群众出版社1986年版,第6-7页。

⑩ 权力清单、责任清单和负面清单的制定乃至施行在我国已全面展开,以上海市为例各职能部门权力清单、责任清单和负面清单的制定和梳理工作已基本完成,但在笔者看来,目前我国三个清单的制定还仅仅存在于行政系统内部,它还仅仅是一种内部行政行为,如何使它们在行政法治实践中发挥作用,就存在一个实践上的问题,那就是如何将内部权力清单转化为与外部行政管理有关的行为。

就会达到相应的高度。我们还应当指出,行政法在运作中是通过主体之间的权力和义务以及交换关系而得以实现的,在传统行政法中之所以会出现较大的争议,或者行政纠纷,往往是由权利和义务的不明晰所造成的。我们注意到,我国实在法中有关权力和义务的设计相对较为抽象,对这个现象的原因也有学者做过如下较为婉转的分析:“在讲行政法律关系核心时,我们不能只强调行政主体的权利,而不强调其所应承担的义务;不能只讲个人的义务,而不讲个人的权利,更不能使个人的权利为客体。在我国行政法制相对还不健全的今天,如果把行政主体与行政相对一方的行政法律关系仅仅归结为权力与服从关系,那就会扭曲我国人民和政府的关系,就会给滥用权力的人找到借口。”^⑪这便在操作层面上带来了麻烦,技术标准便能够对传统权利和义务的模糊性进行适当的改变,这是技术标准的另一个重要作用。

第四,技术标准可以提供相应的程序规则。技术标准究竟是行政法中的实体内容还是程序内容我们无法作出精确的判断,而必须引起注意的是,在我国行政法治中,行政程序的地位越来越突出,虽然我们还没有制定出统一的行政程序法,但我们的一些主要行政行为如行政许可、行政处罚等却有着专门的行政程序规则^⑫,其他行政行为也通过行政部门法做了些许的程序上的规范,例如《土地管理法》有关土地的征用就规定了相应的程序,《道路交通安全法》关于道路交通的管理也对程序进行了较为全面的规定。在行政法中,程序规则究竟应当具有什么样的规定,向来是有争议的。有些国家的行政法甚至被认为是行政程序法,有学者就指出“美国狭义的行政法概念和欧洲大陆国家的行政法概念完全不同。欧洲大陆国家的行政法概念,同时包括程序法和实体法,外部行政法和内部行政法。美国狭义的行政法概念,排除了实体行政法和内部行政法。”^⑬无论如何,行政程序至少在我国行政法中是需要进行强化的,它的地位也日益突出,那么行政程序的内涵是否一成不变呢?行政程序与行政实体的关系是否非常间接呢?对此我们都应作出否定的回答。换言之,行政程序的内涵是不断变化和深化的,而行政程序也不能够脱离行政实体而单独存在,它应当服务于行政实体规则。我国传统的行政程序在内容设计上似乎都强调了行政过程中的顺序、环节、过程等,却没有太多的关注决定这些顺序、环节、过程乃至期限的基础要素。客观地讲,行政法中的技术标准无论你是否从实体的视角观察还是从程序的视角观察,它都必然决定行政法中的程序设计。例如,互联网的运行过程就有一套严格的技术性的程序,这些技术性的程序并不是下意识的决定行政过程的程序的,它必须通过立法中的认知来对行政程序发生作用,来决定行政程序的规范化和科学化。

⑪ 罗豪才主编《行政法学》,中国政法大学出版社1996年版,第22页。

⑫ 我国的行政程序立法被学者们认为所走的是分散立法的道路,就是针对特定的行政行为而制定相应的行政程序法典,例如目前的《行政许可法》《行政处罚法》和《行政强制法》便针对行政许可、行政处罚和行政强制三个行政行为而制定,这与法治发达国家走统一立法的道路相比立法效率是相对低下的,因为这会使得尚未制定程序法典的行政行为游离于行政程序法之外。

⑬ 王名扬《美国行政法》(第2版),中国法制出版社2005年,第38-43页。

二、行政法中技术标准的本质属性

行政法原则和规则所着重追求的是对社会关系的设定,对社会角色的分配,对社会秩序的构造。这些构造注重的是行政法中的实施要素和规范要素,它们即使包含某种数据也是较为间接和少数的。与之相比,技术标准都充斥着一定的数据、一定的规格、一定的技术参数等,这种严格的量化性与原则和规则形成了鲜明的对照。它之所以能够称为独立于原则和规则的东西,就是由于它包括了这种严格的数据和定量。技术标准一般体现于行政法的操作过程中,在行政法治实践中,诸多原则和规则包含着一定的价值体系,包含着某种宣示,而这样的宣示还不能够与行政法规范的实施、行政法规范的操作同日而语,而技术标准则没有相应的宣示功能,更不具有行政法上的价值判断,它是一种纯粹的技术化的东西,而它技术化的属性便体现在一个行政法原则或者一个行政法规则的操作过程中,若离开了操作层面,技术标准就会失去自身的价值。这是我们理解和认知技术标准属性不能忽视的。但从更为深层一点的角度分析,行政法中的技术标准的本质属性应该包括下列若干方面:

第一,具有民间性。《实施纲要》规定“推进社会自治,发挥市民公约、乡规民约、行业规章、团体章程等社会规范在社会治理中的积极作用。”^⑭这表明在我国今后的行政法体系中,民间性的典则和规范将越来越多,它们必然会在我国行政法治中起到补充国家行政实在法的作用。该纲要所提到的这些民间的行政法典则和规范是多元化的,它们中间包括着具有人文属性的那些规范,例如乡规民约、团体章程等,同时也包括相应的技术规范,例如行业规章。该规定使我们有理由认为存在于民间的或者是人文要素的典则,或者是技术要素的规范,会成为今后我国行政法中的一道风景线。而我们要说明的是,行政法中的技术标准大多存在于行政实在法体系之外,正如上面所提到的,它们绝大多数是行政法中的非正式渊源。那么我们如何理解技术标准的民间性呢?一方面,这些存在于民间的技术标准是由一些特定行业制定和颁布的,^⑮而这些行业所从事的活动本身就具有强烈的技术色彩。例如生产食品的行业可以对特定的食品制定相应的质量标准、包装标准、运输标准等。另一方面,这些民间标准还可以由国际普遍公认

^⑭ 国务院在2004年发布了《全面推进依法行政实施纲要》,该纲要对依法行政的基本问题作了全面规定,其在规范依法行政方面起到了非常积极的作用,应当说该纲要所强调的是国家行政实在法尤其正式的行政法文件在规制行政权中的作用。而2015年发布的《法治政府建设实施纲要(2015-2020)》则在依法行政的规制体系中强调了诸如市民公约、乡规民约、团体章程等的规范作用,这实质上改变了我国传统行政法的结构和构成,也为技术标准在行政法中的运用提供了正式的依据。

^⑮ 例如《阿里巴巴食品行业标准》、《淘宝网食品行业标准》等等。

的技术标准来提供^{①⑥}。在目前全球化经济格局的情况下,一些产品或者民间使用的物品都有国际通用的标准,这些标准显然不是行政实在法的内容,存在于民间之中。我们注意到,在经济全球化、社会全球化的格局下,诸多行业、诸多的资质都有国际通用的技术标准,当然,我国对于这些技术标准并没有完全予以适用和接受,而相当一部分已经成为我国同样行业和同样领域的技术标准,一旦被我们广泛接受,它就属于我们的技术范畴。我们说行政法中的技术标准具有民间性,是就技术标准本身而言的,它们是否能够成为技术标准,是否能够成为行政法中的适用对象,可能需要一种正式的机制或者正式的典则予以确认,而这样的确认应当属于正式的法律行为。所以技术标准的民间性是一个相对意义的概念,即是说,民间性和实在法的法属性在有些情况下是交织在一起的。

第二,具有规范性。在行政法中,无论构成原则的那些东西还是构成规则的那些东西,都具有强烈的规范性。所谓规范性,就是它能够比较完整和严谨地为相关主体的行为提供规则。那么行政法中的技术标准是否具有这样的属性呢?回答是肯定的。而且可以说,行政法中的技术标准往往高于原则和规则的规范性程度,这一点非常关键。在行政法中,原则和规则都是行政法典则规范的有机构成,而我们所提出的技术标准同样是行政法典则规则的构成,所不同的是,它在大多数情况下是由非正式渊源所提供的。我们知道,行政法的非正式渊源的核心标准就是具有规范力“非正式的行政法渊源之所以能在一定条件下调整行政管理关系,在于其与行政权有着千丝万缕的联系,或者反映了行政权行使中的逻辑,或者体现了行政权的实质,或者为行政权的行使提供了符合公意的、符合客观规律的范式。换言之,行政法的非正式渊源有规制行政权的取向,其规制作用有时并不亚于正式渊源。”^{①⑦}若没有规范力,它就不能够成为行政法的非正式渊源,当然也不能成为行政法的正式渊源。也许在规范力这个属性上,行政法的技术标准与行政法的原则和规则并没有质的区别,而我们要强调的是,行政法中的技术标准,其规范力或者说规范中的科学含量要高于原则和规则。因为原则和规则所提供的是有关的行为规则,而技术标准所提供的则是这些行为规则应当具有的更加细小的规制方式和行为模式。如何将技术标准的规范性与原则和规则的规范性区分开来,是行政法法学研究中的一道难题,因为原则和规则体现于正式的行政法渊源之中,而技术标准大多体现于非正式渊源之中。该属性是至关重要的,因为该属性强调了技术标准的系统性和可以提供相应行为方式的构成要件。在行政法治实践中,一些原则和规则的适用是

^{①⑥} 现在诸多领域都存在着国际上普遍认可的认证标准,这些认证标准的形成过程是非常复杂的,有些是由相关国家制定的、有些则是由民间组织制定的。这些国际性的认证标准虽然不具有正式的法律效力,但这些标准或者由于一时的原因,或者由于其他方面原因得到了人们的普遍认同,这便使这些认证标准的规制力超越了国界。以我国高校所设置的相关专业为例,有些专业在国际上就形成了公认的认证标准,我国国内相关专业如果要规范化和更加有效化,这些认证标准就是我们必须遵守的。上海市教委在前两年启动了高、本、硕连读的人才培养工程,某一高校若要获得这样的人才培养计划,就必须适用或者符合相关的国际认证标准。

^{①⑦} 关保英《行政法学》(上册),法律出版社2013年版,第165页。

需要一定的数据、规范来支持的,而这些零散的数据和标准则不能够成为行政法中的技术标准。因为它们在适用中附着于一个具体的行为过程,而且仅仅与该行为过程相对应,离开了该行为过程,这个技术标准也就失去了存在价值。所以,它们还不能够与行政法中严格的技术标准画等号。深而论之,能够称为行政法中技术标准的那些东西,是具有规范力的,而这个规范力是可以反复适用的,是不因一次性行为而丧失规制力的。从这个角度讲,行政法中技术标准的规范性也是衡量它是否能够称为技术标准的客观要件。

第三,具有技术性。法律规范是由法律制定主体制定的行为规则,它具有严格意义上的主观性。虽然我们在理论上讲法律规范框定为客观的东西而非主观的东西,在笔者看来,法律规范的客观性是它作为一国实在法以后能够有序地调控社会关系所带来的属性,但就法律规范的制定和其中包含的要素而论,它具有极大的主观性。一方面,任何法律规范都是人们主观认知的结果,而且常常是各种不同认知博弈后所形成的某种妥协,在这个过程中,其主观性得到了充分的证明。另一方面,法律规范都包括一定的价值判断,它或者与该国的意识形态相一致,或者与该国的实在法体系相一致。孟德斯鸠就曾指出“这些法律应该量身定做,仅仅适用于特定的国家;倘若一个国家的法律适用于另一个国家,那是罕见的巧合。各种法律应该与业已建立或想要建立的政体性质和原则相吻合,其中包含藉以组成这个政体的政治法,以及用以维持这个政体的公民法。”^⑧这种主观性还可以通过法律规范的社会性予以佐证。所谓法律规范的社会性,是指法律规范之中所隐藏的大多是人文关系和人文要素,它所面对的也是相应的社会主体,正因为如此,人们常常将科学规范与法律规范予以区分。所谓科学规范,就是通过自然力发生作用而形成的迫使人民必须予以执行的行为准则,例如机器的操作必须有自己的操作规程,这些操作规程不能由人进行简单而粗暴的设计,而必须由机器运作的规律而运作。在现代技术的发展中,科学准则或者由科学准则所延伸的技术准则越来越普遍,我们必须承认,它们与法律规范是有所区别的,甚至是泾渭分明的。^⑨行政法中的技术标准就属于后者而非前者,即是说,它们的形成、产生和普遍认可都来源于事物内部质的规定性,都是客观的东西,都是由客观规律决定的。所以它们都具有强烈的技术性,这些技术性作为一种规律制约着相关主体的行为,具体地讲,如果我们违反了技术元素本身的要求,即使我们出于善良动机,也会带来不好的行为后果。在现代行政法治中,这些由科学因素决定的技术标准,它的技术性越来越精细,它的技术含量也越来

^⑧ [法]孟德斯鸠《论法的精神》(上卷),许明龙译,商务印书馆2012年版,第15页。

^⑨ 法律规范与技术准则的区分是一个较为敏感的问题,该问题之所以具有敏感性,主要原因在于法律规范多具有政治学上的属性,尤其在我国传统的法学理论法律规范界定中这种政治学上的属性是不可以被疏忽的。该属性并不认可法律规范中的普遍性和一般性问题,而常常将法律与特定的政治统治联系在一起。与法律规范的这种属性相比,技术准则很少具有这种强烈的政治属性,它们在大多数情况下是普遍的、一般的。也许正是因为这一点,我国学界尤其行政法学界关于行政法规范与行政法中技术标准的比较研究是非常少的,这制约了我国行政法规范对技术标准的吸收和运用。

越高,而这其中一个关键要素就在于这些技术要素从源头上制约着传统行政法中的原则和规则^{②0}。这便引出了一个深层次的行政法哲学问题,那就是行政法中的行为规范在今后的发展中究竟应当强调技术性还是应当强调人文性?该问题不是本文研究的重点,但我们必须强调技术标准已经非常强势地渗入到原则和规则的运行之中。也许,在传统行政法之中,一些原则尤其一些规则也包含了相应的技术要素,但是在这些原则和规则中,技术要素并非不可或缺,而行政法中技术标准的技术要素则完全不可缺少,若缺少了技术性,它就不能够成为技术标准,这也正是技术标准能够独立于原则和规则的原因之所在。

第四,具有可运用性。在现代高科技的社会机制中,技术性的规范充斥着整个社会过程,这些技术规范具有非常复杂的类型和结构,也存在于非常广泛的领域之中。而且不可忽视的事实是,这些技术标准一旦形成,它们就会以这样或那样的方式发生作用,以这样或那样的方式约束特定主体的行为。对于存在于现代社会过程中的海量的技术准则,我们是否不加选择地都将它们归入到行政法治中呢?或者说我们将通过一定的法律行为将与行政法有直接关系的确定为技术标准,而将其他的排出在技术标准之外呢?笔者认为,我们应当选择后者而非前者。一方面,在海量的技术标准中,有些可能属于纯粹民间性的,他们尽管能够发挥调控社会关系的作用,而这样的调控还不具有行政法上的属性,这些不具有行政法属性的技术标准,当然不能归入到行政法中来。法理学者认为法必须具有行使上的规范化和标准化“法律、法规、规章产生于不同主体、不同方面,如果没有统一的规格和标准,就会滋生混乱、矛盾、相互脱节和其它弊病,并由此影响法的体系的和谐一致和整个法制的统一和尊严,使人无所适从,给法的实行造成困难。”^{②1}另一方面,有些技术标准可能具有非常抽象的特性,可能属于纯粹技术范畴的东西。例如,有关学科中的定理、定律,它们虽然包括了强烈的技术规则,也的确能够起到规制人们行为的作用,但它们属于纯粹技术范畴的东西,几乎与行政实在法或行政法治过程不会发生哪怕是间接的联系,像这样的技术标准,就不能够成为行政法中的技术标准。还有一种情况,那就是在不同的行业和领域中,不同群体所形成的技术标准是相互冲突的,甚至是相互对立的,在这种情形下,一个行政法治过程是没有办法进行选择 and 取舍的。这样的技术标准并不具有普遍性,尤其不能在行政法治实践中进行操作

^{②0} 例如在现代互联网的管理中就有一个带有强烈技术色彩的概念叫做“经营者优势地位”,就是指互联网的经营者在互联网经营中处于相对乃至绝对的优势地位,而该地位对有关互联网的立法产生了实质性的影响,有关互联网管理的规则和原则便必须从经营者优势地位进行推导和演绎。我们注意到《韩国互联网多媒体广播业务法实施细则》在附件《禁止实施的行为类型及标准》第5条中就有这样的规定“滥用其对于互联网多媒体广播经营者的优势地位,法令第17条第(1)款第5项禁止实施的行为指以下任一项行为:A.利用其优势地位,通过在合同中限制对互联网多媒体广播内容经营者的损害赔偿责任,或限制互联网多媒体广播内容经营者的合同解除权,而使该合同对互联网多媒体广播内容经营者明显不利;B.利用其优势地位,要求相关互联网多媒体广播内容经营者拒绝与其他互联网多媒体广播经营者签订内容供应合同,或要求其与他人签订歧视性合同;C.利用其优势地位,向相关互联网多媒体广播内容经营者进行明显不合理的、或明显超出正常水平的、或明显不足的利润分配。”

^{②1} 周旺生主编《法理学》,北京大学出版社2007年版,第322页。

作,它们也不能成为行政法中的技术标准。基于此,笔者认为,可适用性是行政法中技术标准的又一重要属性,而这个属性也要求我们应当在行政法体系的构建中对相应的技术标准进行整合,对相应的技术标准进行规范性的设计,事实上,《标准化法》中的有些内容已经包含了这样的含义。^②

三、行政法中技术标准运用对行政法治的促进

行政法中技术标准的运用已经成为当代行政法治的基本精神,在法治发达国家,几乎充斥了近年来行政法发展的各个领域。我们所谓的“新行政法”就与技术标准有着千丝万缕的关系,因为新行政法的精神气质之一就是合作治理,就是私方主体对有关公权的行使。在这个过程中,传统的行政实在法只能提供原则性和框架性的内容,诸多的内容还必须由行政系统与其他社会主体进行协商,而能够规范这种合作关系的领域,调控该合作关系领域的典则便具有强烈的技术色彩。因此,在西方新行政法概念之下,技术标准大量渗入到行政法体系中来,或者大量对行政法体系进行了补充。我国2014年通过的依法治国的纲领性文件中,强调了合作治理的问题,强调了私方当事人行使行政权的问题,也强调了技术标准在行政法治中的应用,《实施纲要》将这些问题作了进一步细化,但对技术标准的认知还需要深化。不管怎么说,行政法中技术标准的运用已经是一个不以人们意志为转移的问题。对我国行政法治而言,技术标准的运用至少会带来如下助益:

第一,技术标准使行政法治更加社会化。毋庸置疑,社会化并不是法治所自然包含的要素,正因为如此,中共中央在对依法治国进行顶层设计时,指出了依法治国的三个范畴,一个是法治国家,一个是法治政府,另一个则是法治社会,这三个范畴的有机贯通性是不可否认的。同时,三者也是相对独立的,即是说,法治国家区别于法治政府,而法治政府又区别于法治社会,以此类推。行政法治主要存在的领域为法治政府,而非法治社会和法治国家,这不论从典则构成上还是从调整对象上讲都是如此。我国行政实在

^② 例如《中华人民共和国标准化法条文解释》第6条就有这样的规定:“1. 对国家标准、行业标准、地方标准和企业标准的制定部门和各类标准的适用范围的规定。2. 对需要在全国范围内统一的下列技术要求,应当制定国家标准(含标准样品的制作):通用技术术语符号代号(含代码)、文件格式、制图方法等通用技术要求和互换配合要求;保障人体健康和人身、财产安全的技术要求;基本原料、燃料、材料的技术要求;通用基础件的技术要求;通用的试验、检验方法;工农业生产、工程建设、信息、能源、资源和交通运输等通用的管理技术要求;工程建设的勘察、规划、设计、施工及验收的重要技术要求;国家需要控制的其他重要产品和工程建设的通用技术要求。国家标准由国务院标准化行政主管部门编制计划,组织草拟,统一审批、编号、发布。其中,药品、兽药的国家标准,分别由国务院卫生主管部门、农业主管部门审批编号、发布;食品卫生、环境保护国家标准分别由卫生主管部门、环境保护主管部门审批;国务院标准化行政主管部门编号、发布;工程建设国家标准,由工程建设主管部门审批,由国务院标准化行政主管部门统一编号,由国务院标准化行政主管部门和工程建设主管部门联合发布。3. 对没有国家标准而又需要在全国某个行业范围内统一的技术要求,可以制定行业标准(含标准样品的制作)。制定行业标准的项目由国务院标准化行政主管部门确定的行业标准主管部门确定。行业标准由国务院有关行政主管部门编制计划,组织草拟,统一审批、编号、发布,并报国务院标准化行政主管部门备案。行业标准在相应的国家标准实施后,自行废止。”

法的体系构成乃至实施和保障系统都突出了这种面向法治政府的格局,而在法治发达国家行政法的社会化倾向呈现出了“井喷式”发展的格局,有学者就对德国行政法的发展做出了如下评价:“揭橥‘社会法治国家原则’的联邦德国宪法(即《德意志联邦共和国基本法》)虽然规定了联邦德国实行社会主义市场经济原则,但在20世纪70年代以前的相当长的时间内,联邦德国在实施社会改革方面,除政府控股企业民营化、辅助性业务委托于民营企业等措施外,并没有实行任何诸如当今联邦铁路改革、联邦邮政改革为代表的彻底的行政改革措施和民营化政策。进入20世纪80年代后半期,联邦德国开始在联邦、各州、地方团体等不同层面上实施各种改革措施,受世人瞩目。……当今的德国,仍然在进行‘瘦身国家(Schlanker Staat)’化的行政改革,并围绕行政的‘现代化(Modernisierung)’改革展开讨论。”^{②③}而技术标准在行政法体系中的渗入和普遍化,则使行政法由法治政府的惟一内涵渐渐地转化为法治政府与法治社会的多元内涵。我们用一个简单的话语来概括,那就是行政法治在技术标准的助力之下,越来越社会化,显然这种社会化标志着行政法治的巨大进步,而我们在《实施纲要》中也从诸多新的制度设计上认可了这样的社会化。当然,行政法治的社会化还会给我国行政法治带来其他方面的革命性变化,在此笔者不予以展开。

第二,技术标准使行政法治更加柔和化。有学者曾经认为,在当代社会中,能够促进社会发展的有效立法必须坚持“积极奖励与消极惩罚”的原则^{②④},这是对法治在推进社会发展中积极性和主动性的高度概括。我们从这个命题和判断中可以看出,在传统行政法治中,惩罚性可能是占主流的,行政法中的刚性内容要多于柔性内容。我国行政法制度中的行政处罚制度和行政强制制度都是非常刚性的。技术标准在行政法中的运用则大大降低了行政法治中的刚性或者强制性,提升了它的柔和性。这样说的理由在于技术标准绝大多数是没有经过国家强制认可的,它们存在于社会机制当中,存在于行政高权之外,那么行政法中的这种柔和的调控方式从社会效果来看,优于刚性的调控方式。中共中央关于依法治国的决定和国务院的实施纲要都用大量笔墨强化行政法在调控过程中的柔和性,这是技术标准对我国行政法治带来的另一个新的气象。

第三,技术标准使行政法治更加自觉化。人们在谈论行政和司法的区别时,认为司法行为是相对消极的,而行政行为是相对积极的,而且诸多学者将主动原则作为行政法的一项基本原则,“行政机关处理业务应主动适用法规;行政法规构成各种行政业务的规范,而执行法律乃是行政机关的职责。故行政机关处理业务案件,均应本于职责主动适用各种有关法规,所作行政处分应有法令依据。此种情形应无待人民请求,且不得任意拒绝适用其职权范围内的法规,因如此即有悖于其职守。”^{②⑤}当人们在谈论行政系统主动性的时候,却没有关注行政法在社会体系中的运用,这往往呈现出较大的消极性,就

②③ [日]米丸恒治《私人行政——法的统制的比较研究》,洪英等译,中国人民大学出版社2010年版,第3-4页。

②④ 参见[美]罗杰·科特威尔《法律社会学导论》,彭小龙译,中国政法大学出版社2015年版,第60页。

②⑤ 张家洋《行政法》,台湾三民书局1998年版,第230页。

是说行政法在社会系统中的执行和实施并不是自觉自愿的,这才导致行政系统必须经过行政高权强力为之,这才导致行政系统必须主动实施相应的行政行为,而技术标准的运用则改变了这种传统格局。显然,私法主体提供行政服务、行政上的外包、合作治理都以技术标准的广泛适用为特征,而这恰恰反映了行政系统以外的当事人和其他社会主体在行政法治面前所表现出来的自愿性和自觉性。《实施纲要》所提到的社会自治的概念非常好的阐释了这种自觉性。当然,行政法中技术标准的运用与行政法治的自觉性还包含着深层次的法哲学原理,这需要我们做进一步的阐释和思考。

第四,技术标准使行政法治更加精确化。行政法治的运行包含质和量两个方面,一定的质决定一定的量,而一定的量也决定或影响一定的质,质和量的统一才能使行政法治予以完美。我国的行政法治包含着比较明显的价值判断,例如政治体制因素、意识形态因素、法治原则因素等等,这些价值判断非常好地把握了行政法治的质的方面,所以,我国的行政执法人员在行为的定性方面,在行政执法的导向方面常常不会发生较大的偏差。而与定性相比,我国的行政法治定量则是相对较差的,我们缺少定量分析的意识,更缺少定量分析的方法和技术。《实施纲要》在定量分析中有着新的要求,例如权力清单、责任清单、负面清单就与定量密不可分,技术标准一定意义上讲就是严格的量化指标和量化体系,因为它包含了丰富的数字、丰富的数据、丰富的技术参数等等。毋须证明,我国行政法治已经进入到了一个定量分析的时代,如果说在行政法治中强调定性分析是一种较为粗放的行政法治的话,那么行政法治中的定量分析则追求的是精确化,基于此,我们认为技术标准在行政法治中的应用是我国行政法治由粗放型向精确型的转化。

四、行政法中技术标准适用的范围

行政法中技术标准适用的范围既决定于行政法治过程,也决定于技术标准本身的情况,甚至决定于我们对技术标准认知和认识的程度。基于此,笔者认为要很好的确定行政法中技术标准的适用范围,首先应当对技术标准有一个理论和实践上的认知,就是说,对于行政主体而论,在掌握行政实在法知识的同时,也要掌握有关行政法技术标准的知识,应当认识到行政法技术标准在当代行政法治中的地位。我国行政执法人员通过近年来国家采取的诸多行政法治的强化手段,他们对行政实在法知识有较为深刻的认知和感悟,但他们并不一定熟知行政法中的技术标准,所以,提升行政法技术标准的认知便是确定行政法技术标准适用范围的首要环节。其次,应当有一套行政法中技术标准的理论。技术标准是存在于行政实在法之外的,它以非正式的行政法渊源存在于行政法体系之中,但是技术标准作为行政法的构成应当有一个理论体系,例如它与软法的理论体系的关系、它作为一种存在于民间的规则与正式行政法渊源的关系,它在行政法治实践中的规制力等都应当有一个成体系的说法。《实施纲要》提出了行业章程等概念,而技术标准究竟属于什么样的范畴,怎么样进行鉴定都需要从理论上予以阐释。三

是应当给技术标准以适当的名分和构成规格。即是说,我们用什么样的法律称谓来对技术标准进行命名,符合什么构成要件的规则才能够归入到技术标准的技术范畴之内。在现代技术化的社会格局中,科学性的规范和与之相适应的技术标准多之又多,而正如上述它们并不都是行政法的构成要素,它们并不都能有资格调整社会关系和行政关系。进一步讲,我们应当通过一定的法律机制来鉴定和规范技术标准。标准化法关于技术标准有诸多原则性的规定,尤其关于技术标准的构成和适用范围也都有相应的规定,但这些规定还不够具体和规范,如果我们能够给技术标准适当的法律上的名分,它的适用范围问题便迎刃而解。从我国行政法治的实践来看,技术标准的适用范围主要存在于下列方面:

第一,在一般行政执法中的适用。行政执法在行政法治中有非常特殊的地位,它既是行政职能的系统化,也是行政行为作出的大背景,即是说,没有行政执法这个相对较大概念的存在,行政行为也就无从作出。令人遗憾的是,我国对有关行政执法与行政职能的关系、行政执法与行政行为的关系很少进行研究,有学者对行政执法做过这样的界定“行政执法是指行政主体运用行政职权,将法律、法规及规章等直接应用于个人、组织等,使国家行政管理职能得以实现的活动。行政执法具有主体与对象的特定性和国家意志性等特征。一般认为,行政执法主要由以下基本要素构成:行政执法的依据;行政执法的主体;行政执法的行为和行政执法的监督。”^{②6}由此可见,行政执法是行政主体将行政法规范运用到案件事实中的行为过程。在通常情况下,行政执法的法律依据都存在于部门行政法之中,然而,诸多执法环节是必须受制于技术标准的。我国制定了一系列与标准化法相关的标准化行政法规范,如《企业标准化管理办法》、《能源标准化管理办法》、《新闻标准化管理办法》、《地方机动车大气污染排放标准审批办法》,这实质上肯定了行政执法中技术标准的法律地位。令人欣慰的是,这些典则中或多或少包含了相关的技术标准的具体内容,例如《地方机动车大气污染排放标准审批办法》就有这样的规定“城市一年中一氧化碳(CO)或二氧化氮(NO₂)日平均浓度超过《环境空气质量标准》中二级标准的天数达到30天以上,或者一年中发生臭氧(O₃)超过《环境空气质量标准》中二级标准的天数达到30天以上,并且在城市空气污染物排放量中,机动车排放的一氧化碳和二氧化碳的分担率分别超过40%和30%。”这非常好的为此一领域的行政执法提供了技术标准。而我们要强调的是,在绝大多数行政执法中,若需要适用技术标准,还必须通过其他的非实在法中的技术标准予以支持,例如,有关某种化妆品标准的鉴定,其标准并不是由国家通过行政实在法规范具体地规定的,而是由相关行业所制定的,这些技术标准虽然存在于实在法之外,但是它在一般的行政执法之中会被经常运用。

^{②6} 应松年、董皞:《行政法与行政诉讼法案例教程》,法律出版社2011年版,第62页。

第二,在协商管理中的适用。参与行政虽然是行政法调控方式的一个特定历史阶段^{②7},但它作为一种有效的行政法治方式,在当代行政法治中被普遍运用,它的理论基础便可以通过协商民主得到解释,同时它也促成了现代协商治理制度的形成。所谓协商治理,就是在行政治理过程中,行政主体与相关的利害关系人以及社会主体通过平等以及契约化的方式所进行的行政管理活动。这种治理是私法行为公法化的体现,就是将有关的私法上的契约理念引入到行政法治中来。我国目前的契约化治理已经延伸到诸多方面,包括服务外包、土地承包、管理外包、公共物品的管理与使用。协商管理是公权和私权的相互合作,其中一部分行为方式存在于行政系统内部,而另一部分则存在于民间之中,在这个过程中,纯粹的行政实在法往往不能够起到具体的规范作用,尤其在一些特殊行业的协商管理中,它必须借助于相应的技术标准。例如在公共物品的契约化管理中,物品的管理和使用就必须有相应的技术标准,而这个技术标准并不是由行政系统单方面制定的。协商管理中的技术标准在一些发达国家,其形成过程已经比较成熟,例如诸多国家通过协商立法的形式,形成这种契约化管理中的技术标准。^{②8}这便提出了一个新的行政法问题,就是有关的技术标准可以通过协商行政立法的形式予以解决。在这个过程中,行政主体与协商管理的另一方常常都有较为积极的行为取向,而这也使得这个范畴中的技术标准比较接近于行政立法。当然,存在于民间的技术标准在协商管理中的运用占多少比重,通过协商立法形成的技术标准占多少比重是需要根据每一个协商管理的事项予以确定的。在一些必须通过标准化法确定强制指标的协商管理领域,协商立法的技术指标应该占主要地位,反之,由市场调节的协商管理领域,民间制定的技术标准应该占主要地位。

第三,在行业管理中的适用。随着我国行政法治的深化,行业管理以及与行业管理相适应的行业执法将会越来越多,我们在这里所讲的行业管理,实质上是那些具有半行政与半民间的管理领域或管理状态。在我国行政法治实践中,行业管理越来越普遍,较大的行业性组织也越来越多,各种各样的协会普遍出现就是例证。应当说,绝大多数这种行业性的管理都有行政权的适当介入,而行政权对它们的介入有一定的间接性,这种间接性虽然保证了行业管理中的相对独立,但它没有使行政权完全失去对相关行业的监控,例如保险业、证券业、电信业等。我国目前的行业管理诸多设计到民生问题,这也正是由于它具有行政性的原因之所在。换句话说,行政系统不能轻易放弃在这个管理过程中的作用,至于其是如何发挥管理作用,则是需要进行探索和尝试的。从管理过程

^{②7} 对参与行政的本质,有学者做过这样的描述:“行政主体和行政权力的多元化、社会化发展,行政相对人更广泛、更主动地参与行政管理过程,在行政相对人的财产权利和人身权利受到更充分保障的前提下,其政治权利和社会权利将受到更多关注,更加注重依法保障公共参与、行政公开、非强制行政方式的采用等各项行政民主制度的逐步扩大与有效实施。”参见莫于川《民主行政法要论》,法律出版社2015年版,第3页。

^{②8} 例如美国20世纪90年代在环保署的邀请下许可设立的协商委员会包括石油、化工、制药行业的代表、州与地方行政机关的代表以及环保组织,全国自然资源保护委员会的代表与1990年通过协商达成合意并于1994年颁布了《危险有机物国家排放标准规则》的H部分。参见[美]朱迪·弗里曼《合作治理与新行政法》,毕洪海等译,商务印书馆2010年版,第61页。

的运营来看,行业主体的地位相对比较突出,其中行业协会享有规则制定权,他们制定的规则有一部分是非技术性的,有一部分则是技术性的。其中非技术性的内容显然不能够构成行政法中的技术标准,例如行业成员所形成的章程,仅仅涉及到成员之间的权利义务关系。与之相比,该行业的经营技术和管理技术以及附着于这些技术中的管理规则则具有技术标准的属性。在行政法治中,此类技术标准是一个独立的适用范围,它与一般行政执法中的适用标准不同,也与契约化管理的适用标准不同,三者都有着微妙的区别,包括适用的范围和方式等。

第四,在服务外包中的适用。“福利国家”是人们对20世纪中期以后国家职能发生变化后的国家特征的一个新的概括。^{②9}它的基本内容是“一种由国家通过立法来承担维护和增进全体国民的基本福利的政府形式。它的基本要素包括这样的立法,即保障个人和家庭在遭受工伤、职业病、失业、疾病和老年时期维持一定的固定收入并获得其他各种补助。”^{③0}即是说,在这样的国家形态下,国家必须为社会公众提供公共服务,而且所提供的公共服务是全方位的,包括物质和精神等若干方面。毫无疑问,国家的公共服务职能主要是通过行政系统体现出来的,行政主体是公共服务的主要提供者,这从逻辑上来讲,是适当的。然而,它存在着一个比较明显的悖论,那就是一方面我们要剥离行政职能,另一方面又要求国家所提供的公共服务质量不能有所减损,这个悖论如果没有很好的机制去解决,就有可能或者是行政职能回到了传统,即行政高权时代,或者是广大公众不能够接受来自于政府的正当服务,法治发达国家为了解决这个悖论,便设计了公共服务外包的治理模式。就是说,行政系统要大大减少自己的行政管理职能,但不能够克减自己对公共服务的提供,必须在克减行政职能的同时让其他社会主体为公众提供公共服务,这就是现在普遍使用的公共服务外包。我国已在多方面适用这个服务外包,例如有些城市就将垃圾的收集与处置交由私人组织去实施。与法治发达国家相比,我国的公共服务外包范围还相当有限,在有些国家甚至像监狱管理这样传统的国家管理职能都交由私人公司。^{③1}总而言之,公共服务外包在我国目前并不是什么新鲜事,而服务外包中也会涉及到诸多的技术标准,该技术标准同样可以通过行政系统与服务当事者在协商的基础上予以制定。

第五,在社会自治中的适用。社会自治是行政法调控方式的最新阶段,也许是最高阶段,通过社会自治,将行政系统与民间的治理完全予以分离,行政系统已经不需要介入到属于社会自治的范畴之中。在这个治理过程中,社会主体具有非常高的治理权威,

^{②9} 福利国家的概念在我国的接受有一个过程,应当说20世纪80年代之前,我国学界和实务部门并不接受有关福利国家的概念,并认为该概念掩盖了资本主义的固有矛盾,但是近年来我国学界和实务部门已经接受和认可了该概念并从相对中性的角度来理解福利国家概念的内涵,而我国的社会政策也常常从福利国家概念所包含的内容出发来理解和构建我国的社会救助制度以及民生立法。

^{③0} [英]戴维·米勒等《布莱克维尔政治学百科全书》,中国问题研究所等译,中国政法大学出版社1992年版,第796页。

^{③1} 参见[美]B·盖伊·彼得斯(B. Guy Peters):《政府未来的治理模式》,吴爱明等译,中国人民大学出版社2013年版,第37页。

一般意义上讲,只要这些治理主体的治理规则不违反宪法、不违反法律,它们就是合理的。而行政主体或者行政系统对归属于社会自治的治理就应当保持不干预、不介入。但是,从理论层面上讲,社会自治就一些自治范畴和自治方式而论,仍然属于行政法治的范畴。行政系统的不介入和不干预只是行政法治的一种新的状态,它并不能够否认这些治理主体可以任意为之,可以在没有规制的情况下进行治理,事实上,当《实施纲要》认可社会自治的概念时,已经赋予了它相应的规则,例如市民公约、乡规民约、团体章程等等。社会自治所涉及的客体不同,就有不同的行为规则,涉及的有些客体的社会自治可能不需要相应的技术标准,但是涉及到另一些治理客体时,则需要技术标准的支撑。前不久,有城市对火锅的生产和使用标准制定了非常细密的技术标准,对于这个治理客体而论,它与行政管理是非常密切的,因为它属于食品管理的范畴,这个技术标准涉及到火锅的生产标准、食用标准、卫生标准等等,这样的技术标准行政系统是无法制定出来的,而在火锅生产和食用这一与行政法有关的客体中,由行业制定的技术标准就能够起到行政法调控的作用,就能够予以具体的适用,这是行政法中技术标准的又一个适用范围。

五、行政法中技术标准适用的程序

总体上讲,在我国行政法仍以制定法为核心渊源的格局下,技术规则的运用是有所选择的,就是我们必须根据行政执法实践的需要决定是否运用技术标准。同时,技术标准的应用应当由行政主体决定,之所以要强调这一点,是因为我国当下的行政法治还不可能达到给付行政和社会自治普遍化这样的境界。换句话说,行政法治过程还必须由行政主体进行主导,虽然我们不能够认可在这个过程中行政高权的有益性,但是行政主体对技术标准适用的决定权却是不能够否认的,至少行政主体应当通过一定的法律程序监督有关技术标准的运用。在行政法治实践中,尤其在服务外包、社会自治的行政法治领域,一些技术标准可以由民间主体进行选择 and 适用,行政主体在这个过程中处于第三者的地位,但在笔者看来,它不是一般意义上的第三者,更不是一般意义上的第三人,而它应该以裁判者的身份监督技术标准在这些特定领域内的适用。我们还要强调,技术标准具有一定的法律效力,它的效力与行政实在法的效力如何处理是一个敏感问题。从立法法的规定来看,无论什么样的技术标准,其地位都不能高于行政实在法,这在逻辑上讲是成立的。然而技术标准与行政实在法相比,它是科学范畴的东西,有些技术标准就是客观规律的具体体现,而每一个行政实在法的规范,则不具有这种属性,因为它们更多的体现了社会性和人文性。从这个角度讲,在行政实在法与技术标准发生冲突以后,它应当有一定的让渡,这种让渡能够体现行政法调控过程中的科学性和可行性。

行政法中技术标准适用的程序应当是一个独特的程序范畴,它应当定位为行政执法程序,就是有关行政主体在行政执法过程中所遵循的程序规则。我国诸多地方制定了规范行政执法的程序规则,如《河南省行政机关执法条例》、《四川省规范行政执法裁

量权规定》等^⑫。这些地方立法补充了中央立法在行政执法程序设计上的不足,对我国行政法治的完善有着积极意义,而这些行政执法程序中,很少涉及技术标准问题,很少对行政法中技术标准的适用设计相应的程序。这就表明在我国行政法治实践中,人们还没有意识到技术标准适用程序是行政执法程序的一部分,同时技术标准适用的程序应当有一个完整的程序体系,该程序体系应当区别于行政执法程序中的其他程序规则,即是说,该程序规则是独立的、完整的、成体系的,例如该程序中的程序主体、该程序中的程序环节、该程序中的其它程序构成要件。我们还要强调行政法治中技术标准运用的程序应当和其它程序一样具有法律效力。行政主体或者其他社会主体在适用技术标准时,必须按照相应的程序去做,若我们在行政法中设置了技术标准的适用程序,就对行政主体或其他主体具有约束力,某一主体的行为若与已经设计好的技术标准相对抗,其就构成了行政法上的违法,这也是行政法上其他程序效力的普遍要求。行政法中技术标准的适用程序还应设定一些特殊的规则而区别于一般的程序规则,技术标准中有一些是具有强制性的,就像标准化法规定的强制标准一样,而在这样的强制程序中,行政主体或者其他主体都丧失了对程序的自由裁量权,至于我们通过行政实在法如何为技术标准适用的程序确定规则,则需要在今后的行政法治实践中予以解决。笔者认为,行政法中技术标准适用的程序应当包括以下内容,而这些内容是有机地联系在一起的。

第一,技术标准适用主体的确定。技术标准在行政法中的适用范围非常广泛,除了一般行政执法之外,还可以在协商治理、服务外包、行业管理、社会自治等方面予以适用,表明其在行政法治实践中非常复杂。而且技术标准本身有些具有行业性,有些则具有部门性,有些是强制性的技术标准,有些则是非强制性的技术标准,有些是由行政系统制定的,有些则是由行政系统与民间共同制定的,而大部分是民间制定的。在一个行政执法过程中,有些技术标准与行政主体的行政行为有关,另一些技术标准则与民间主体的行为有关,还有一些技术标准则与行业组织中的群体或个体有关,那么哪些主体有资格适用技术标准便是技术标准程序规则中遇到的首要问题。例如,纯粹存在于民间的技术标准行政主体很有可能没有使用该技术标准的资格;属于此一地方的技术标准,彼一地方的行政法主体有可能没有相应的资格;此一行业的技术标准,彼一行业的主体

^⑫ 《湖南省行政程序规定》中专章设置了“行政执法程序”,对行政执法的概念、依据、权限、责任等内容作了详细规定,例如第63条规定行政执法直接影响当事人权利、义务且不属于必须立即执行的,行政机关应当先采用教育、劝诫、疏导等手段,促使当事人自觉履行法定义务、纠正错误。当事人违法情节轻微,经教育后自觉履行法定义务,且未造成危害后果的,可以不予追究法律责任。违法行为轻微并及时纠正,没有造成危害后果的,不予处罚。第64条行政执法程序依法由行政机关依职权启动,或者依公民、法人和其他组织的申请启动。行政机关依职权启动程序,应当由行政执法人员填写有统一编号的程序启动审批表,报本行政机关负责人批准。情况紧急的,可以事后补报。公民、法人或者其他组织认为自己的申请事项符合法定条件,可以申请行政机关启动行政执法程序。第74条规定具有下列情形之一的,行政机关在作出行政执法决定前应当举行听证会:(一)法律、法规、规章规定应当举行听证会的;(二)行政机关依法告知听证权利后,当事人、利害关系人申请听证的;(三)行政机关认为必要的;(四)当事人、利害关系人申请,行政机关认为确有必要的。

也不能够成为正当主体;有些行政法关系主体则与特定的技术标准予以对应。主体的确定十分关键,因为主体资格问题是行政程序的首要问题,所以在行政法技术标准适用的程序设计中,首先要明确技术主体。这里面还会涉及到作为个人的主体资格与作为组织的主体资格,作为民间的主体资格与作为公权主体的主体资格。一些法治发达国家在行政法中区分了公法人与私法人的概念,他们存在于不同的行政法领域,并且承担着不同的行政法上的权利义务,例如“以赢利为目的的法人是那些民办商业公司,追求金钱利润是一切。它们最早领受了19世纪法律的恩宠,而今仍然受惠于极为广泛的合法权利。这可从国家推行经济自由主义和技术进步的角度加以解释。经济自由主义推动政府为最大限度地追求利润提供方便,而技术进步又要求资本集中,以使企业能够利用强大而耗费甚巨的资源。目前,这种优待意识并不排除国家对赢利法人实施一定的监督。”^③我们可以借鉴法治发达国家的这些称谓,将技术标准中的程序主体进行细化。

第二,技术标准的认定。行政执法存在于社会机制之中,哪怕行政主体有意识地将行政执法与其他社会过程予以隔离,也不能够否认这种行政执法的社会属性。而在给付行政,尤其社会自治的行政法调控方式中,行政执法过程与社会环境、社会过程、社会事实、社会关系以及其他一些深层社会现象水乳交融。存在于社会系统中的大量带有科学和技术属性的规范,是行政执法经常遇到的。正如上述,有些规范虽然具有科学性和技术性,但它并不能构成技术标准,也许因为它与行政权没有直接关系,也许它不具有普遍性的规范力,也许它是由于高度抽象的等等。具体的讲,行政执法中所遇到的带有科学属性的技术标准能不能够适用于具体的行政执法是需要进行判断和认定的。我们可以依据标准化法依据的原则,对特定领域内的技术标准作出事先的规定,就是由国家机关通过相对概括的手段,认定一些技术标准,而将不是技术标准的规范排除在技术标准之外,这样的认定同样是技术标准适用的重要程序,如果缺失了这个程序,就有可能导致将不是技术标准的规则用于调整行政行为,这将会导致比较严重的后果。

第三,技术标准的选择。在行政法适用中存在一个法律规范的选择问题,该选择在行政法治中非常普遍。一方面,一个行政法治实践中出现的事实是否要通过行政法规规范进行调整是需要选择的,这个选择可以决定某个行为究竟是法律行为或者是其他事实行为,另一方面,行政法上出现的事实常常与多种行政职能交叉。例如一个违法行为可能同时与公安、税务、物价、环保等行政部门有关联,这便引申出了行政法治实践中的联合执法。“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。”^④而行政主体在对这个案件事实进行处理时,就面临着部门规范选择问题。其三,由于我国行政法规范是一个网状结构,在它的内部既涉及到层级关系,也涉及到部门关系,无论在什么情况下,都可能会遇到规则选择中的冲突问题,一旦遇到冲突,行政

^③ [法]让·里韦罗等《法国行政法》,鲁仁译,商务印书馆2008年版,第59-60页。

^④ 宋大涵主编《行政执法教程》,中国法制出版社2011年版,第181页。

机关一样要作选择。行政实在法在有成文法律的情况下都面临着如此复杂的选择,自然而然的行政法技术标准的适用会面临更加复杂的技术标准的选择。技术标准对于一个行政执法而论,常常不止一个,而且随着社会的发展,技术标准是越来越成体系的,而在一个复杂的技术标准的体系中,可能排列着非常多的技术规则,相关的主体必然要在这些复杂的技术标准中进行选择。在行政法适用过程中,法律选择是非常严格的,如一般法与特别法冲突后,选择特别法,上位法与下位法冲突后,选择上位法等。技术标准究竟怎么样选择,目前我国行政实在法没有很好地解决这个问题,没有为此提供一个答案,这便决定了技术标准适用中的选择是其程序中的难点,但它更是不可或缺的。

第四 技术标准的公示。技术标准并不像行政法原则和规则那样,明明白白的摆在法律关系主体面前。它更多地隐藏在案件事实的背后,隐藏在法律规范的背后。在技术标准适用的执法过程中,行政法关系主体的类型和状况复杂了许多倍,即是说,没有涉及技术标准的技术标准行政法关系其主体是相对较为清晰的,例如我们可以简化为行政主体、行政相对人、利害关系人等。这种简化是模式化的,但它在一个具体的行政法关系中,能够使特定主体对号入座,各自排好自己的座次。而用技术标准决定的行政法关系中,主体身份要复杂很多,例如在服务外包中,提供服务的主体究竟是行政相对人还是行政主体,享受服务的社会个体究竟是利害关系人还是行政相对人?同时技术标准的强烈社会化还使它与隐形的利害关系人有着千丝万缕的联系。这都不能够使由技术标准形成的行政法关系主体对号入座。基于此,技术标准带来了非常复杂的行政法上的权利与义务,带来了多元的行政法关系主体及其身份的变化。那么当一个技术标准在适用时怎样应对这种状况?笔者建议在这个适用程序中应当有一个公示程序,就是将将要选择或者已经选择的技术标准予以公示,让该行政法关系的主体有所认知,让该行政法关系之外的主体有所认知。该程序在普通的行政程序中是不必要的,因为普通的行政程序其主体身份和主体的权利和义务往往通过行政实在法都做了很好的分配和确定。

第五 技术标准的处理。行政法中的技术标准与行政法原则和规则共同构成了典则和规范,这也决定了行政法中的技术标准常常附着于行政法规则之中,它是对规则的必要补充,它是对原则更加精巧的细化。同时,技术标准内部也存在着诸多非常复杂的情形,例如上面提到的强制性的技术标准与非强制性的技术标准,间接性的技术标准与直接性的技术标准,指导性的技术标准与规范性的技术标准等等。《中华人民共和国标准化法条文解释》第6条第1款规定“对需要在全国范围内统一的技术要求,应当制定国家标准。国家标准由国务院标准化行政主管部门制定。对没有国家标准而又需要在全国某个行业范围内统一的技术要求,可以制定行业标准。行业标准由国务院有关行政主管部门制定,并报国务院标准化行政主管部门备案,在公布国家标准之后,该项行业标准即行废止。对没有国家标准和行业标准而又需要在省、自治区、直辖市范围内统一的工业产品的安全、卫生要求,可以制定地方标准。地方标准由省、自治区、直辖市标准化行政主管部门制定,并报国务院标准化行政主管部门和国务院有关行政主管部门备案,在公布国家标准或者行业标准之后,该项地方标准即行废止。”第2款规定“企业

生产的产品没有国家标准和行业标准的,应当制定企业标准,作为组织生产的依据。企业的产品标准须报当地政府标准化行政主管部门和有关行政主管部门备案。已有国家标准或者行业标准的,国家鼓励企业制定严于国家标准或者行业标准的企业标准,在企业内部适用。”该规定较为粗略的提出了技术标准的相关类型,例如国家标准与行业标准等的必要区分,国家标准与地方标准等的必要区分。行政法关系主体尤其是行政执法主体首先必须处理技术标准与行政实在法中原则与规则的关系,更为重要的是它要处理技术标准与案件事实的关系。行政法中的案件事实是不是要适用一个特定的技术标准,必须进行处理,如果要适用特定技术标准的话,适用哪一个也需要进行处理。这样的处理是技术标准适用程序的关键之所在,因为没有这样的处理程序,技术标准就无法得到具体的应用。^⑤

Abstract: The development of Administrative Law changed the situation that traditional legal norms are constituted by two basic elements: principles and rules, that is, putting technical standards, the new element, into the code and normative system of Administrative Law. And the use of technical standards has become the basic spirit of the current rule of Administrative Law, especially in the rule of law developed countries, where technical standards almost flood into all areas of Administrative Law. In general, however, technical standards are not reflected in the code of Administrative Law, most of which appeared in the form of informal source of Administrative Law. In other words, its main contents do not exist in the formal code of Administrative Law issued by the state. Therefore, how to identify technical standards, what kind of legal status do technical standards have, how to put it into practical use of rule of Administrative Law, and what is its developing direction in the administrative law system, all these questions need to be clarified theoretically.

(责任编辑:吴雷)

^⑤ 行政执法都要有一个行政处理决定,行政处理决定是行政主体或相关主体对案件事实的定性和所下的结论。通常情况下,行政决定书有着比较严格的格式,如行政处罚法关于行政处罚决定书就规定了严格的格式,包括处罚机关的状况、被处罚人的状况、案件的事实、所适用的法律法规、当事人的权利和义务、行政机关的签名和公章等等。在技术标准适用的情况下,就引申出了一个问题,那就是这些技术标准是否需要写进行政执法的决定书?笔者认为,现代行政法治越来越规范,行政执法的决定书是严格的法律文书,而该法律文书除了强调它的格式之外,执法者对法律适用的认知,违法行为的认知,有可能是个性化的,这些个性化的东西不一定受严格的格式的制约,尤其在行政执法决定书要让行政相对人和其他当事人尤其社会公众信服的情况下,应当有一个逻辑上的推论和论证,技术标准体现于行政执法决定书之中就是一个很好的论证过程。