

田思源 著

多向度的法治思考

清華法學文叢



清華



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

華法學文叢

田思源 著

多向度的法治思考


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

多向度的法治思考 / 田思源著. —北京: 法律出版社, 2014. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7448 - 1

I. ①多… II. ①田… III. ①社会主义法制—建设—研究—中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 008249 号

多向度的法治思考

田思源 著

责任编辑 黄琳佳

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 27 字数 422 千

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 7448 - 1

定价: 70.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

田思源

男，内蒙古满洲里人。清华大学法学院副教授，法学博士，体育法研究中心主任。1986年至2003年任教于吉林大学法学院，1997年至2002年留学于日本神户大学法学研究科，2003年至今任教于清华大学法学院。兼任中国法律咨询中心专家委员会委员、中国人民大学宪政与行政法治研究中心研究员、中国监狱工作协会常务理事、中国体育法学研究会理事、北京市体育法学与奥林匹克法律事务研究会常务理事、北京市军事法学研究会理事、“北京市依法行政讲师团”成员等。研究领域为行政法学、宪法学、体育法学、军事法学。著作有《国防行政法与军事行政法》、《行政法与行政诉讼法学》、《犯罪被害人的权利与救济》等十余部，论文有《论我国国防行政体制的改革》、《论政府责任法治化》、《中国行政法学的时代挑战》、《我国〈体育法〉修改理念分析——兼论〈体育事业促进法〉的制定》、《对“体育基本法”的反思——再论〈体育事业促进法〉》等五十余篇。座右铭：“落其实者思其树，饮其流者怀其源”。

寻找 21 世纪的大学之道和法治精神

——新清华法学 20 周年丛书序

清华大学法学教育最早可以追溯到 20 世纪初庚子赔款的放洋生 (1909—1925), 他们当中有一部分当年远渡重洋学习法律, 是最早一批到美国读法律的中国人, 他们毕业后带着西方法治文明, 回到多灾多难的故土报效祖国。1928 年清华学校改制为大学, 法学院是最早设立的四大学院之一。新中国成立后, 1952 年全国大学院系调整, 清华大学被改造为工科学府, 文科专业并入其他高校。几十年里, 人们对清华工科院校的形象已经固化, 似乎忘记了清华本来就是综合大学, 今天教育部仍然把清华划归“理工”类院校。

1995 年 9 月 8 日, 在那个秋高气爽、天高云淡的早晨, 清华大学校长王大中院士宣布恢复法学教育, 复建法律学系。1999 年 4 月 24 日在法律学系基础上, 清华大学复建法学院。20 年后, 作为亲历这一过程的教师, 我仍然十分佩服清华大学领导当年的远见和果断。

20 年来, 81 位教师前后在这里全职任教, 目前在职 68 位, 还有 20 多位兼职教师曾经传道于此。20 年来, 八千多优秀法治人才从这里毕业, 走向法治建设和各行各业第一线。这是一个高端“移民社会”, 每一位学人的到来都有一个故事, 有一段曲折的道路。有的离开长期执教的学校, 加盟这家新式学堂, 尝试新理念, 探索 21 世纪的大学之道, 希望人生有一个全新的开始; 有的不远万里, 从大洋彼岸来到北京, 耕耘在这片法学新天地; 有的初出茅庐, 踌躇满志, 从世界各地的著名学府直接走入清华园, 开始自己对法学和法治精神的追寻。清华一度成为法学精英心中的“延安”或者说“新大陆”, 带

给人们无限的想象空间。英雄不问出处,无论何种原因“移民”到这里,大家都看上了清华园这块学术沃土和教育重镇,毅然决然迈出人生这关键的一步。一个学生在这里学习几年,称其为校友。这些老师大部分不在清华本校毕业,也许称不上严格意义的“校友”,但他们在清华的时间远远超出任何一个学生,那是十多年、几十年乃至一辈子的承诺、坚守、守望!正是这些老师的到来,才有新清华法学的故事和奇迹。

清华再次与法学相结合,不仅仅是物理上的叠加和积累,更是奇特的化学反应,形成了独特的气派、精神和品格,产生了“新清华法学”这一法学新流派。每一个人都是一个例外。每一个大学、每一个学院也都有自己与众不同的精神特质。大学的精神特质或者说品质特征是由老师、学生、校友在特定的地方、历史和文化背景下创造出来的共同的价值追求。那么,清华大学法学院,或者说清华法律学人具有什么样独特的精神特质呢?

最突出的一点,清华法律学人无论研究理论实务,公法私法,实体程序,国内国际,无不秉承清华大学“自强不息,厚德载物”的校训,具有强烈的家国情怀,承载崇高的责任使命,饱含对人民、对国家深厚的感情。清华大学诞生于多灾多难的旧中国,起源于血雨腥风的战火,可谓民族耻辱的产物。从诞生那天起,清华大学就注定对这个国家、这个世界承担着特殊责任。也许正是戴着“赔款大学”这顶屈辱的帽子,使得一代又一代清华人特别爱国,历代清华师生先天下之忧而忧,以天下为己任,为民族复兴和国家崛起而发奋努力。从1910年第一位赴美国攻读法律的张福运,到1946年参加远东国际军事法庭审判日本战犯的中国法官梅汝璈和检察官向哲浚,以及钱端升、王铁崖、端木正、陈体强、龚祥瑞等等,一直到2010年把生命奉献给清华和国家法治事业、“一切学术为了中国”的何美欢,我们都能感受到一脉相承的清华特质和清华品格:他们精通国际,洞悉世情,又非常爱国,广阔的国际视野和发自内心对国家的热爱、对事业的执着完美结合在一起。一切学术为了中国,为了人类和平进步事业,为了那比阳光都珍贵的公平正义!这就是清华法律学人一贯的价值追求,也是永恒的大学之道。

清华法学的另一个特质就是对“道”、对真理的不懈追求。法学不仅仅是古代的“律学”或者近现代的法律学,也不仅仅是一套知识体系和技能技巧,而是关于公平正义、治国理政的大学问,终极追求是建构公正和谐的社会

秩序,保障基本人权,实现国家治理体系和治理能力的现代化。法治不仅是按照法律条款治理,更重要、更根本的是追寻法治的真谛,按照理性和法治精神治理。但法律的职业属性很容易走向只重视“术”、而忽视“道”的追求和传承。丧失理想和价值追求的职业是纯粹的技术技巧,是迷失方向的知识传授,是可怕的“术”。因此,法学研究绝非简单的职业技能研究,必须同时也是关于“大道”和真理的研究。只有建立在道德理性和人文关怀基础上的法治,才具有可持续性,因为不道德比非法更可怕。法律人永远不能让知识技巧超越人类美德的底线,不能忘记天上的星空和心中的道德律。古人讲“天理、国法、人情”表达了同样的期望和诉求。大学是文明的灯塔,是讲大道、讲真理、讲理想的地方,要引导社会,而非完全被社会所引导。大学之道,在明明德。1932年清华法学院增设法律学系就提出“本学系宗旨,系对于应用及学理两方面,务求均衡发展,力避偏重之积习,以期造就社会上应变人才,而挽救历来机械训练之流弊”。今日清华法律学人继承了清华法学这一光荣传统,追求法治的大道大德和独立精神,带着崇高的理想和对真理的热切追求开展理论和实务研究。我们为此把“独立之精神,自由之思想”十个大字印在《清华法学》封面上,作为清华法律学人共同的学术座右铭,互勉互励。法学院大楼取名“明理”也有这方面的用意。

历史上的清华法学常常中断,命运多舛,这本身就是中国百年历史的真实写照,反映了法律、法学在中国命运的变迁。这20年来我也常常担心法学院会不会再次关门,这种忧虑曾经长期挥之不去。一直到2014年中共十八届四中全会,在中华民族历史上开启波澜壮阔的法治建设工程,我才坚信清华法学院今后再也不会关门!一个国家坚持开办自己的法学院,一百年、二百年乃至永远不动摇,不信法治建不成!只要有法学院在,法治就有希望。有位清华老领导当年参观百年哈佛法学院,看到十多栋雄伟的大楼屹立在法学院校园中,说了一句意味深长的话:光看哈佛法学院这么多大楼,就知道这个国家建设法治的决心有多大,就知道这是世界一流法学院。

20年来,清华法律学人在学校大力支持下,一方面广筹资源,兴建大楼,让法学院永远扎根清华园沃土和中华大地上,表达对法治建设的坚定承诺;另一方面,在继承清华法学优良传统基础上,锐意改革,推陈出新,极大扩展了法学的内涵和外延,为法治中国建设贡献才智,为中国法学增添新的光彩

和荣誉。这20年既是历史的延续,也是伟大的开端。清华法学的故事时隔多年,不仅延续下来,而且扎根、升华,不断发扬光大,深入人心。在全面推进依法治国新的历史起点上,在决定中华民族前途命运的这场“广泛而深刻的革命”中,清华法律学人没有缺位,也不能缺位,必将发挥更大的作用,扮演更重要的角色。清华法学必将不负众望,不辱使命,焕发出新的生机与活力,再造新的辉煌,“历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光”。

在这个特殊的历史时间节点上,在全面推进依法治国元年,为庆祝清华大学恢复法学教育20年,清华法律学人把自己多年的学术成果汇编成册,分批出版,意义非凡。尽管大家研究的具体领域不同,学术理想和观点也有差异,语言风格自然也各不相同,但是透过每篇文章的字里行间,人们仍然能够看到其中的共性,看到新清华法学鲜明的精神特质和价值追求。每一篇文章,每一行文字,都是呕心沥血之作,都是用真心、带着理想和深厚的情感写出来的学术精品。我不善于写序,也无法完全概括同事们取得的学术成就,只是把我所理解的清华法律学人对21世纪大学之道和法治精神的探寻加以初步总结归纳,与诸君切磋共勉,并聊以为序。

王振民

2015年5月5日

于清华园明理楼

中国行政法学的时代挑战（代序）

1983年,新中国成立以来公开出版的第一本行政法教材——《行政法概要》(由王珉灿主编、法律出版社出版、法学教材编辑部组织编写的高等学校法学试用教材)的问世,成为了开创新时期中国行政法研究的标志性成果,虽然该成果有着较深的“移植”痕迹,甚至连行政法的调整对象和调整结果的关系也没能表述清楚,但它毕竟开始了中国真正现代意义的行政法研究,由此,20余年过去了。

20年的时间可谓短暂,短暂得不足以“弹指一挥”,但中国行政法制20年的发展有目共睹,成就辉煌。仅是一个“民告官”,就承载了中国法治的丰富意蕴,更不要说行政法学基本体系和行政法制基本构架的建立。

20年中国社会剧烈之变迁,经济改革、政治民主、法制建设、人权保障,向行政法研究提出了一个又一个新课题。可以说行政法研究的这20年是不断发展的20年,是迎接时代挑战的20年,也是从幼稚逐渐走向成熟的20年。

20年的成就使我们难掩喜悦,亦使我们充满希望,但当我们不无自满地挺起腰杆走路的时候,请不要忘记当年成立的行政立法小组是要起草行政法典而不是行政诉讼法典的行政立法“大跃进”;请不要忘记《走出低谷的中国行政法学》(中国政法大学出版社1991年版)出版的背景和书名的深刻寓意。我们有过无奈、困惑、彷徨和挫折,复杂的“中国国情”使我们深感行政法治建设举步维艰;庞杂而深奥、多样而鲜活的行政法理论与实践更令我们痛感学识之浅薄,学力之不足。反省和检讨自己,充实和提高自己,树立信心,增强勇气,迎接时代的挑战,这是本书出版的出发点,并愿以此与学界同仁共勉。

时代的挑战赋予了我们历史的责任,无论是过去、现在,还是未来。

时代挑战之一:责任政府与法制政府

责任政府是讲政府责任。政府责任有对外和对内之分,对外是国际法学和国际关系学等的研究领域,这里我们谈的是政府的对内责任,是政府对其国民,对其国民所生存的社会所应承担的责任。这种责任有三:道义责任、政治责任和法律责任,也有人提出了第四种责任,叫做民主责任,即对选民所承担的责任。

从“为人民服务”,“人民当家做主”开始,我们就一直在强调政府责任的道义性,扶贫救助、抚恤优待、赈灾救济、安置补助。凡此种种,用传统的话来说这是政府的关怀,社会主义制度优越性的体现,用时尚的话来讲这是服务政府,执政为民。政府的道义责任使人民对政府产生了某种特殊的信念,决定了人们采纳政府的某些态度以及用什么方式对政府做出某种行为。由于道义责任的人道性,政府道义责任的“受益者”往往对政府感恩戴德,高呼万岁,但也由于道义责任的非确定性,当政府不尽某些道义责任时,社会弱者要么申诉上访、串联静坐(这些常常有破坏安定团结之嫌),要么掩面而泣、痛度余生。政府道义责任的范围是什么?政府承担道义责任的方式和程度如何?公民认为政府疏于或怠于履行道义责任的救济途径何在?

关于政府的政治责任问题,郭道晖先生在《法的时代精神》(湖南出版社1997年版)中指出:如果政府决策失误或行政行为有损于国家与人民利益,虽不一定违法,不受法律追究,却要承担政治责任。政治责任由政治责任的主体——政治官员以个人名义承担,其后果意味着政治责任主体政治上受信任的程度降低,它体现为执政党、权力机关和上级政府等的监督(权力制约是政治责任实现的基本原则)。目前政治责任的追究和承担方式已经逐渐发展成为“问责制”了。这里的“问责制”实则是一种狭义的“问责”,广义上的“问责”恐怕不是“引咎辞职”、政治信誉和政治生命等所能涵盖的吧。

政府的法律责任是法定的政府责任,这里我们强调的是“法定”。依法确认政府责任,将政府责任法制化,是法制国家的必然要求,亦是公民人权实现的可靠保证。主张个人的权利自由固然重要,但脱离政府的法律责任而争取个人的权利和自由则是纸上谈兵,其所得到的权利、自由是恩惠和施舍,是

随时可能被收回的。

大家都知道我国有一个“低保”制度,该制度是根据国务院 1997 年 9 月发出的《关于在全国建立城市居民最低生活保障制度的通知》(以下简称《通知》)而建立的,《通知》庄严宣告:“最低生活保障制度的建立和实施,充分体现了社会主义制度的优越性,体现了党和政府全心全意为人民服务的宗旨,有利于维护社会稳定,促进经济体制改革的顺利进行。”这里我们看不到政府的法律责任。

15 年前,《中华人民共和国行政诉讼法》的颁布标志着中国统一而独立的行政诉讼制度的建立,它强调个人价值,强调对抗,强调平等,强调权利的司法救济和权力的司法监督。由此公权力与私权利的冲突纳入了司法审查的范围,依法行政成为了政府工作的必然要求。然而行政诉讼仅仅是解决行政纠纷的程序法则,在行政实体法制不完备,行政权力不断膨胀扩张的今日中国,法制政府的建立又谈何容易?

建立法制政府的关键是政府责任的法制化,在我们大谈责任政府的时候,切不可用道义责任、政治责任来代替和冲击法律责任,使本应纳入法律责任范围的责任通过道义责任和政治责任予以解决,否则,责任政府只能是与政府法制背道而驰,与依法行政、依法治国背道而驰,这将是极其危险的。

时代挑战之二:中央与地方关系法

制定国家统一法在港、台引起了轩然大波(2005 年制定了《反分裂国家法》)。台湾地区是中国的一个部分,只是由于历史原因而使其与中国内地长期处于分离状态,国家统一势在必行。国家统一既是一个政治问题又是一个法律问题,在政治解决国家统一问题以前如何发挥法律的作用是需要认真研究的。

香港和澳门也都是中国的一个地区,一个特殊的地方,我们通过设立特别行政区解决了其法律地位的问题,并用基本法的形式规范其权利义务关系。

我国是一个统一的多民族国家,国家在少数民族聚居的地方实行区域自治,并制定了民族区域自治法。

我国幅员辽阔,人口众多。沿海和内地、城市和农村、富裕地区和贫困地

区(老、少、边、山等),其民俗民风、宗教信仰、资源分布、观念意识、经济发展、生活水平等都有很大的差异。我们面临着让一部分人先富起来,然后走共同富裕的道路的后半程的问题,为此中央提出了“西部大开发”和“振兴东北”的方略。

上述种种,涉及一个共同的议题,这就是中央与地方的关系。

根据我国宪法,中央与地方的关系准则是: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;国务院统一领导全国地方各级国家行政机关的工作,规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分;地方各级人民政府对上一级国家行政机关负责并报告工作;全国地方各级人民政府都是国务院统一领导下的国家行政机关,都服从于国务院。

如何将宪法规定的中央与地方关系的基本准则具体化呢?现有的国务院组织法和地方人民政府组织法都是各自分立的,只是确立各自的法律地位及其职责权限等,而很少涉及中央和地方的相互关系。可以说在中央与地方关系的立法上我们是一片空白,中央与地方关系的调整依靠的是政策和权威而不是法律。我们有必要制定一部中央与地方关系法。

近年来,中央与地方的关系呈现出越来越复杂的态势。首先,在计划经济体制下,全国一盘棋,下级服从上级,地方服从中央;改革开放 20 多年来,地区差异拉大,地方利益膨胀。为了充分发挥中央、地方两个积极性,处理好发达富裕地区与贫困落后地区协调发展的关系,我们有必要用法律手段代替过去的行政手段来调整中央与地方的关系。其次,在特殊地区与中央关系的调整上,我们虽然有民族区域自治法、香港特别行政区基本法和澳门特别行政区基本法,但我们没有关于台湾问题的法律,而且上述三法和将来的国家统一法不会也不应该排斥笔者所建议制定的中央与地方关系法。我们首先应该将民族自治地方特别是港、澳、台地区纳入中央与地方关系法调整的范围内,这是一个大前提,也是具有战略意义的。其次要明确民族自治地方和港、澳、台与中央政府关系的基本原则和基本制度等,至于如何协调其与现有的民族区域自治法、香港特别行政区基本法和澳门特别行政区基本法的关系,那是下一步立法技术的问题了。

时代挑战之三:知情权运动

在中国,关于知情权问题的研究并非始于今日,相关的立法研讨工作也在有序地进行着。在关于知情权的宪法依据的分析中,学者们提到了《宪法》的第2条和第27条,即“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务”,“一切国家机关和国家工作人员必须依靠人民的支持,经常保持同人民的密切联系,倾听人民的意见和建议,接受人民的监督,努力为人民服务”。关于知情权的性质,有三种意见,即知情权是公民的政治权利;是公民的自由权利;是公民的生存权和发展权。其中的主流意见是“知情权是公民的政治权利”,这与其宪法依据(即《宪法》第2条和第27条)是一致的。据此,知情权的内容便是要求政府信息公开,知情权立法便成了政府信息公开立法了。

笔者曾试图从《宪法》第2条和第27条的规定中去解读其中所“隐含”的知情权,去体会公民行使“管理”权和“监督”权当然要以“知情”为前提的逻辑关系,但努力显然没有收到预期的效果。如果用“隐含”的方法去诠释公民的权利,那么《宪法》第2条的前半部分的规定就足够了——“中华人民共和国的一切权力属于人民”。

知情权首先应该是公民的一项自由权利,以保护个人权利自由为起始和目的,当公民对涉及自身权益的情报都不知情、无权知情时,以“管理”和“监督”为目的的作为政治权利的“知情权”是不是有超越“初级阶段”之嫌呢?实际上,知情权当然包括对政府信息的知情,而且这是知情权的一项非常重要的内容,然而这并非知情权的全部,我们不能人为地限定知情权。同时,在中国确立公民的一项政治权利是非常慎重的,政治权利的司法救济也有待于进一步放宽。既然如此,我们为何一定要将公民的知情权理解为是一种“管理”、“监督”等的政治权利呢?把它作为一项公民的自由权利该有多好(其中包含了“管理”和“监督”的所谓政治权利),在中国法治发展的漫漫征程中,我们需要法学家智慧的引导。

纵观知情权发展的历史,常有知情权运动的推动,知情权运动又常由某一特定事件而引发,美国也好,日本也罢,均是如此。冥冥之中我似曾期待着

中国知情权运动的契机——一个偶然事件的发生。然而当这个契机从天而降,并轰然拉开中国知情权运动重重帷幕的时候,那是让中国人怎样心痛的记忆——一场天灾,一场人祸,一个是“非典”事件,一个是孙志刚事件。

中国的知情权运动由此开始了。

知情权的法律保护与救济,及其相关联的情报公开制度、隐私权保护、国家保密制度等都有待我们去研究、探索,特别是新闻自由问题恐怕是再也无法回避的问题了。

时代挑战之四:行政行为新模式的法律控制

随着行政管理模式的转变,越来越多的所谓非强制性行政行为被广泛运用,与行政命令、行政强制、行政处罚等传统的、强制的、带有浓厚管理色彩的行为方式相比,行政指导、行政承诺、行政奖励、行政合同等行为方式更容易为行政相对人所接受,更容易实现行政主体行政管理之目标。行政主体行为模式的转变有其深刻的社会背景,但转换过程中非但没有来自行政主体方面的阻力,反而却得到了行政主体积极的配合和推动,倒是令人有些始料不及的。

先说行政指导。行政指导没有强制力,故原则上也不存在法律责任问题。据查我国只有《农业技术推广法》(2012年作了修正)规定了行政指导的责任问题,即“未经技术部门实验而予以推广的技术指导给农民造成损害的,承担赔偿责任”。行政指导无责任,行政主体当然乐于这样的指导了,但无责任的前提是无强制力。关于行政指导的强制力问题,最高人民法院在《关于执行行政诉讼法若干问题的解释的意见》中指出:“不具有强制力的行政指导行为”不是行政诉讼的受案范围。这里它强调行政指导是不具有强制力的(当然这一规定可以产生歧解,即除了具有强制力的行政指导以外,还存在不具有强制力的行政指导。这是该司法解释表述上的瑕疵)。

行政指导无强制力也就无须承担法律责任了,问题是我们的很多行政指导间接体现了强制和命令,相对人接受行政指导往往具有被迫性。当前行政指导的科学性和公正性问题还没有得到解决,再加上行政指导的间接强制性和无责任性,使行政指导行为双方当事人的矛盾日显突出。当行政指导行为无限制地任意扩大,就会逐渐演变为依行政指导行政而非依法行政,从而导

致法制的“空洞化”。

再说行政承诺和行政奖励。行政承诺是行政主体主动、单方做出的待条件成熟时履行相应义务以及便民利民措施等的信守性允诺,它以执政为民理念为指针,以行政管理目标的实现为目的,以法定行政职权为范围,以政府信用、信誉为担保,是近年来行政主体常常采用的一种行为方式(沈阳市公安局一次便做出了70项便民承诺)。然而,由于我们对行政承诺行为缺乏研究,对行政承诺的前提、范围、程序、责任、救济等都欠缺明确的法律规定,致使行政承诺满天飞,行政承诺的中途撤销、部分不履行、完全不履行的情况也越来越多,行政承诺的公信力下降,一诺已不再值千金了。

行政奖励有时是行政承诺的一项内容,即奖励性承诺,有时是一项独立的行为方式。严格说来,行政奖励并不属于新的行为模式,但由于它对行政相对人而言是一项受益的行政行为,受益对象又比较狭窄,故长期以来对其研究不够深入。奖励分为物质奖励和精神奖励,无论哪类奖励,奖励的资源都是有限的(即便奖励资源无限,亦需有限使用,以达奖励之目的),因此我们应该考虑怎样利用有限的奖励资源来达到政府对社会行为的评价、激励和指引作用。否则,如果不适当地运用行政奖励措施甚至滥施奖励权,不仅起不到行政奖励应有的积极作用,反而会影响行政相对人的积极性及其对政府的信赖,甚至损害所有纳税人的利益,因为行政奖励资金往往是政府税收所得。如何规制行政奖励行为呢?需要统一的行政奖励立法,来明确行政奖励的目的、基本原则、主体、对象、条件、范围、内容、程度、程序、资金来源、责任和救济等问题。

至于行政合同,它既体现了双方当事人合意的契约性,又体现了政府实现行政管理目标的行政性。行政主体和相对人在平等、自愿、有偿的基础上通过行政合同的订立、履行,完成国家行政管理的任务,这是一个非常好的可以调动双方积极性的行为模式。但是,要保证行政合同行为的健康发展,一要禁止将行政命令通过行政合同的方式来实现;二要保证当事人之间的平等缔约权;三要防止通过行政权变相给予相对人合同方合同以外的利益。

当年行政许可行为风行于各级政府机关大楼,无许可便无行政。行政指导、行政承诺、行政奖励、行政合同等行为模式切勿重蹈覆辙,及早规制,防止滥用,此乃明智之举。

时代挑战之五:作为行政救济手段的行政申诉

在中国,行政申诉其实是最传统的权利救济手段,亦为广大人民群众所习惯采用。行政申诉的一项重要制度是人民群众来信来访即信访制度。随着行政复议、行政诉讼这样的准司法、司法程序解决纠纷形式的出现和发展,人们开始意识到行政申诉(包括信访制度)还是寄希望于“组织”和“清官”来解决纠纷,是“人治”而不是“法治”,它与“民告官”的行政诉讼理念相背离,应逐步被淡化。在“官本位”的中国,强调行政复议与行政诉讼的功能和价值当然是正确的;但目前行政申诉仍大量存在,其数量大大超过行政诉讼和行政复议,这种现实状况又使我们不得不重新审视行政申诉的功能和价值。

这里我们把行政申诉区分为两大类:一类是申诉人不知道或者不希望通过行政复议和行政诉讼的方式解决纠纷而提起的申诉;另一类是申诉人希望通过行政复议或者行政诉讼的方式来解决纠纷,但其争议可能不是行政复议或者行政诉讼的受理范围,或者是丧失了行政复议的申请权、行政诉讼的起诉权,或者是经过了行政复议、行政诉讼,但对生效了的行政复议决定、行政诉讼判决不服等而提起的申诉。无论哪一类行政申诉,其存在都是客观的、必然的,是行政复议和行政诉讼等权利救济方式所无法替代的。

由此,一个难题摆在了我们的面前,这就是如何处理各种行政救济方式之间的关系的问题,在制度和观念上使各种行政救济手段协调发展而不至于相互冲突。既要承认行政申诉是行政救济的必要手段,促进行政申诉制度发挥作用,又要进一步强化和树立司法解决行政纠纷的理念和权威。在笔者看来,解决这个难题的办法还是要制定申诉方面的法律,将行政申诉法制化。

时代挑战之六:行政程序法典化与泛滥了的听证程序

始于20世纪90年代的程序法研究热潮,至今热度不减。行政法学界高举程序正义的大旗,高奏行政听证的凯歌,向行政程序法典化进军。《行政处罚法》、《价格法》、《立法法》、《行政许可法》等法律赫然规定了“听证”制度,虽有诸多缺陷,但意义不容低估。然而,伴随着我们前进的步伐其危险也悄悄地降临了,这就是泛滥了的听证程序。

如果说行政程序法典化的决心来自于行政听证制度成功建立的话,听证

程序的泛滥无疑将会打击我们的信心。据报道,华东政法学院于2000年开始,针对学生处分意见举行听证会,今后该校还将把听证延伸至收取学费、评奖学金、教师职称职务聘任等领域;北京中小学从2004年开始实行“处分学生听证制”;北京拟采取立法听证会形式制定地方性法规……与此同时,行政法规、地方性法规、行政规章也在大量地生产着“听证”。“听证”成了中国21世纪最时髦的“新新”法律语言之一。

听证是万能的吗?什么可以听证,如何听证,哪些听证是法律意义上的听证,听证的作用怎样发挥?面对泛滥了的听证,面对公民对听证的信任危机,我们有义务保护“听证”。

《行政处罚法》首次规定了听证程序,但影响巨大的却是价格听证。《价格法》规定“应当建立听证制度”,但价格听证制度的诞生却源于“乔占祥诉铁道部春运铁路客票上浮案”。然而乔先生并无缘参加铁路春运客票上浮的价格听证会,他申请了,还有那个打假的王海,但都没有得到批准。人们开始怀疑听证的公正了。

听证是用公正的程序来保障公正,如果听证程序不公正,听证的公正也只能走向它的反面。

行政程序立法当然要规制听证程序。但在此之前,我们必须考虑应该做些什么。

时代挑战之七:“国赔法”还是“不赔法”?

19岁少女麻某某的“处女嫖娼案”发生在人类进入了21世纪的文明中国,实在令我们感到痛心与悲哀。麻某某是陕西泾阳县龙泉乡人,2001年1月8日被两名公安干警从她姐姐麻某某所开发廊处无故强行带回公安派出所轮流单独讯问,1月9日,泾阳县公安局出具了一份《治安管理处罚裁决书》,以“嫖娼”为由决定对麻某某行政拘留15天。2月6日,麻某某按照公安机关的要求,在具有法医鉴定资格的咸阳215医院作了“处女膜完整”医学鉴定,结果证明她仍是处女,麻某某一纸诉状将公安机关告上法庭,这就是比指鹿为马还令人瞠目结舌的所谓的“处女嫖娼案”。

诉讼结果是麻某某“胜诉”了,她获得了74.66元,作为公安机关限制其两天人身自由的国家行政赔偿金。令人汗颜、尴尬的74.66元,是依据《国家