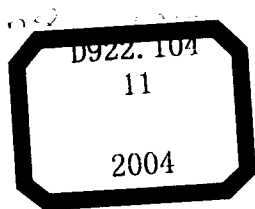


法治行政 的逻辑

肖金明·著

中国政法大学出版社



法治行政的逻辑

肖金明 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法治行政的逻辑/肖金明著. —北京:中国政法大学出版社,
2004.12

ISBN 7-5620-1038-2

I.法... II.肖... III.行政法-理论研究-中国 IV.D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 136424 号

书 名 法治行政的逻辑

出 版 人 李传敢

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

开 本 880×1230 1/32

印 张 11.625

字 数 295 千字

印 数 0 001—4 000

版 本 2004 年 12 月第 1 版 2004 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-1038-2/D·988

定 价 24.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803

电子信箱 z5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

目 录

上篇 法治行政的原理

第一章 法治行政背景分析	(3)
一、依法治国	(3)
二、市场经济	(10)
三、人权保障	(15)
四、中国人世	(24)
第二章 法治行政基本关系	(30)
一、行政权与政治权	(30)
二、行政权与立法权	(33)
三、行政权与司法权	(35)
四、行政权与公民权	(37)
第三章 法治行政基本理念	(41)
一、公共行政理念	(42)
二、平衡行政理念	(47)
三、法治行政理念	(51)
四、程序行政理念	(55)

第四章 法治行政基本原则	(64)
一、立法与执法平等原则	(65)
二、合法与合理并行原则	(71)
三、权力与权利平衡原则	(79)
四、公平与效率协调原则	(86)
第五章 政府权力的重构	(93)
一、政府权力弱化	(93)
二、政府权力分化	(95)
三、政府权力转化	(96)
四、政府权力强化	(98)
五、政府权力净化	(101)
六、政府权力法制化	(103)
第六章 行政相关人的概念及其制度化	(106)
一、问题的提出	(106)
二、传统法律关系模式的不足及行政相关人概念解析	(111)
三、行政相关人的意义	(116)
四、行政相关人的法律保护	(120)
第七章 法治政府指标	
——兼论行政许可法制的意义	(124)
一、适度政府与行政许可法制	(124)
二、统一政府与行政许可法制	(132)
三、开放政府与行政许可法制	(139)
四、信用政府与行政许可法制	(147)

五、服务政府与行政许可法制	(156)
六、责任政府与行政许可法制	(166)
第八章 政府法制改革的基点	
——权利、程序和司法	(177)
一、认真对待权利	(177)
二、认真看待程序	(181)
三、认真面对司法	(185)
下篇 法治行政的过程	
第九章 中国立法检视与反省	
——侧重于行政领域的立法检讨	(193)
一、立法误区：万能与膨胀	(194)
二、立法权力：有限与制约	(202)
三、立法思维：平衡与协调	(208)
四、立法秩序：稳定与发展	(211)
五、立法制度：程序与实体	(218)
第十章 政府抽象行为品位及其提高	(225)
一、政府抽象行为及其品位	(226)
二、政府抽象行为品位的提高	(228)
第十一章 行政执法的问题与对策	(237)
一、行政执法观念	(238)
二、行政执法权力	(242)
三、行政执法根据	(246)

四、行政执法程序	(249)
五、行政执法救济	(252)
第十二章 政府自由裁量及其立法控制	(256)
一、政府自由裁量及其表现	(256)
二、完善政府自由裁量的立法控制	(263)
第十三章 行政许可法制的意义与发展	(270)
一、政府、市场及其他	(270)
二、行政许可法制的发展	(274)
三、行政许可法制的意义	(278)
第十四章 行政征收的理念、原则与制度	(285)
一、行政征收的理念	(286)
二、行政征收的原则	(289)
三、行政征收的制度	(293)
第十五章 行政处罚与相关法律责任	(296)
一、行政处罚与刑罚	(296)
二、行政处罚与刑罚合并适用规则	(302)
三、行政处罚与民事责任	(305)
四、行政处罚与民事责任合并适用规则	(309)
第十六章 行政强制规则	(312)
一、公共强制及其规则	(313)
二、行政强制制度	(315)

第十七章 政府执法方式及其变革	(323)
一、从封闭到公开	(324)
二、从单方意志到双方交涉	(325)
三、从双边到多边	(326)
四、从强制到说服	(328)
五、从分散执法到集中执法	(330)
六、从行政管理到行政司法	(331)
七、从限制权利到保障权利	(336)
附论 香港行政法制的启示	(339)
参考文献	(355)
后记	(362)

Content

Part One: the elements of administration under rule of law

- Chapter 1. the background of administration under rule of law/3
- Chapter 2. the basic relations of administration under rule of law/30
- Chapter 3. the basic concepts of administration under rule of law/41
- Chapter 4. the basic principles of administration under rule of law/64
- Chapter 5. the reconstruction of governmental powers/93
- Chapter 6. the conception of the administrative relative party and its being regulated /106
- Chapter 7. the index of law-ruling government—affiliated discussion of the significance of the legal system of administrative admission /124
- Chapter 8. the reform of governmental legal system; how to treat right, procedure and jurisdiction/177

Part Two: the process of administration under rule of law

- Chapter 9. the inspection and self-examination of china's legislation/193
- Chapter 10. the improvement of governmental nonobjective action's quality/225
- Chapter 11. problems and countermeasures of administrative execution of law/237

2 content

- Chapter 12. governmental free judgement and legislative control/256
- Chapter 13. the meaning and development of administrative admission/270
- Chapter 14. the concepts, principles and system of administrative expropriation/285
- Chapter 15. administrative punishment and relative legal liability/296
- Chapter 16. regulations of administrative compulsion/312
- Chapter 17. the way of government execution of law and its reform/323
- Supplementary. revelation from Hongkong's administrative legal/339

上篇 法治行政的原理

第一章 法治行政背景分析

20 世纪末，经历了深刻的思想观念的革新和广泛的政治经济体制的变革，中国社会致力于建设和发展社会主义市场经济，启动“依法治国，建设社会主义法治国家”治国方略的实施，并在政治、经济、社会、文化等广阔领域热烈地关注着人权，加入世界贸易组织后，更是加快并加深了这一发展态势。依法治国、市场经济、人权保障以及中国人世已构成中国法制建设的多彩背景并成为跨越世纪的热门话题。这四个法学领域越来越普通的话题，为行政法理研究、行政立法和行政执法研究甚至部门行政法研究提供了广阔而厚重的话语空间，围绕法治行政的行政法制研究逐渐形成了符合时代精神的行政和法的新思维。由这种新思维引导行政领域的法制化，对于实施依法治国战略、生成和发展市场经济形态和促进人权的制度与现实保障具有重大意义。

一、依法治国

早在 20 世纪 90 年代初，人们就已提出“依法治国，建设社会主义法制国家”的命题，后几经发展和变化被写进宪法修正案成为具有宪政意义的治国方略。^{〔1〕} 对于“依法治国”的理解，学界

〔1〕 该命题的变化和发展是显著的。主要的发展标志是该命题先出现在法制讲座中，后为政府报告和党的报告所接受，再后被写入宪法。而主要的变化标志则是由“依法治国，建设社会主义法制国家”变化为“依法治国，建设社会主义法治国家”。由“法制”到“法治”之所以称变化而非发展，是因为我们对两词不作质的或根本的区别。

4 法治行政的逻辑

多有不同,但无论将“依法治国”与依法行政或者依法治吏或者依法治权或者其他相联系,大都表现为观察角度或理解层面有别,而理念并无二致。基于同样的理念,我们认为如果没有执政党的依法执政,没有立法机关的依法立法,没有政府及其部门的依法行政,没有司法机关的司法公正,缺少上述任何环节,“依法治国,建设社会主义法治国家”的命题都无法成立。

民主时代的政治是政党政治,政党政治的核心是执政问题,民主政治同时又是法治政治,法治政治与政党政治的统一必然是执政党依法执政。“依法治国,建设社会主义法治国家”不是一个独立的某个学科的命题,作为党领导人民实施的治国方略,它是民主政治的具体运作,也是政党政治的生动展现。“党治”^{〔1〕}概念一般不会被接受,是因为人们往往将“党治”与“人治”或“一党专制”相联系。如果不去作这种联系,“党治”作为政党政治的缩语就意味着政党在民主政治生活中的领导作用,或者可以理解为执政党在国家生活中领导国家政权走法治之路。由于政党特别是执政党在民主政治中的特别地位和作用,在“依法治国,建设社会主义法治国家”这一治国方略的实施中,执政党依法执政具有特别的意义。“党在宪法和法律范围内活动”已成为具有重要意义的宪法观念,党领导人民制定法律,又领导人民遵守和实施法律,被视为社会主义民主与法制建设的必由之路,这无疑是执政党依法执政和推进民主政治的具体体现。如果从“依法治国,建设社会主义法治国家”这一命题出发,执政党依法执政的内涵要深刻的多,它应当表现为执政党领导人民制度化地参与和监督国家政权,以符合

〔1〕 在论及法治时,人们可能会联系若干相关概念,比如人治、民治、党治,甚至法治框架内的人治、人治推动下的法治,等等,并根据各自的内心确认或学术需要不同地表达对这些概念的态度。由于学术上讲究品位和提倡宽容,类似情况已为普遍和正常学术现象。

宪政精神和风格的方式为国家政权运作导向，建设和发展国家权力间的制度化的监督和制约关系，在国家政治生活中热情倡导和充分实践对民主和法制的追求和信仰。

在多数人那里，法治被简约为良善法律与普遍守法的结合。^{〔1〕}无论讲求良善法律还是追求制度文明，法治进程中立法自然越来越受关注。在多数人的认识里，法治与分权相联系，无论国家权力如何划分和构建怎样的关系，法治过程中立法权与行政权一旦结合会格外为人注目。人们无法对委任立法权和行政立法权的存在和发展提出异议，但已经对如下立法现象心存疑虑：作用于立法过程各类因素中是否应包括行政利益而且凭什么行政利益主导立法或在立法中被作出特别安排；有权力不预设责任和有权利不提供救济，立法为什么不能公平地对待权力和权利反而使强者更强弱者更弱；主张权利必须有序而行使权力可以无序，立法为何使权利者面对重重

〔1〕 法治等于良法加上守法，这是亚里士多德描绘的法治公式，是其法治观的基本内容之一。亚里士多德在《政治学》一书中系统地阐述了法治，他认为，“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”亚里士多德：《政治学》，商务印书馆1981年版，第199页。近十几年来，人们普遍使用亚里士多德的公式描述法治，至少表明了中国法治观的进步：一是形成了对法律的价值评判意识，反思法律规范的“义务本位”和“权力本位”，倡言制度文明，立法应当符合社会正义，恶法非法；一是发展了守法的意义，守法不再是与立法、执法、司法并列的法的实施的环节，而是法的实施的主线，守法的主体不单是权力对象，而是社会全体，而且立法、执法和司法过程中权力者守法更是法治的焦点。

程序阻力而权力者却几乎不遇程序压力。^{〔1〕} 这些疑虑和“依法治国，建设社会主义法治国家”这一命题促使人们瞩目立法上的价值判断，多方位地描绘良善法律的基本特征，努力走出立法的若干误区，倡言和追寻制度文明。十几年来“权力本位”观念的逐渐削弱，在相当程度上助长了有利于制度文明发展的立法新思维；“法律保留”原则明确区别了还不够森严的立法等级，大体上维护了规范制定体系内的有序和统一；“法律面前人人平等”原则在立法领域的效应，从根本上全面排除特权观念从而顺应了法制概念的新发展；程序立法对对等、对话、对抗机制的构建，从特定侧面展现了与立法新思维一脉相承的法治新理念。就实施“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略而言，立法、行政、司法在比较和定位中，立法为起点，行政为中间，司法为终端。立法为依法治国提供真实和有效的前提，须坚持法制化、民主化、科学化的基本走向；对立法权作出合乎理性的制度化安排，应内含着立法须循法律规范以及克服立法行政化和行政立法化倾向；立法实践须坚定“任何权力都有异化可能所以都应受监督和制约”的观念，并坚信立法上“恶法非法”的价值判断。

迈向法治社会，法治必然聚焦行政领域展示法律对行政的特别关照。前法治社会大都被人喻为行政社会，行政社会里行政与法律并肩造就社会显示出行政对社会的无比优势。开明行政或许会给予

〔1〕 不独委任立法和行政立法，在国会、议会、杜马或其他所谓的立法机关运作的立法领域，上述立法现象亦不鲜见。由于委任立法和行政立法的普遍存在以及政府及其部门对立法机关立法的广泛和深入地参与、主导甚至操纵，产生了对立法的种种怀疑和忧虑。人们普遍认为，这类现象一定程度上显示了立法权与行政权的结合，威胁了自由和瓦解着法治，这实际上在一定程度上应验了孟德斯鸠的断言。孟德斯鸠在《论法的精神》一书中颂扬英国的君主立宪，认为行政、立法和司法的分权，相互制衡，是公民自由的保障。他断言：“当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手，自由便不复存在了”。〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），张雁深译，商务印书馆1961版，第156页。

社会以秩序并带来社会的相对公平和相当效率，但行政社会的结局无非是“官本位”与权力至上、行政恣意与法律工具主义、牺牲权利和自由价值与特权滋生、人文精神缺失和体制与秩序呆板及僵化。“依法治国，建设社会主义法治国家”，换言之，即由行政社会迈向法治社会，须为桀骜不驯的行政权力套上法律的缰绳，依法行政是依法治国的根本。尽管严格法治主义时代已经结束，“没有法律就没有行政”的命题已不合时宜，甚至已产生“没有行政就没有法律”的事实判断，^{〔1〕}立法情愿容许行政自由裁量，但在法律与行政的比较中法律表现出比行政的优势和对行政的权威，法律至上的信仰和依法行政的原则，展现着法治的基本精神并体现了法治行政的基本倾向。法治社会要求行政认真看待权利，法律应当明示行政作用于社会的限度和守护权力与权利的边界，防止行政专横和权力滥用，特别期望行政权以对等姿态宽容和善待公民权利和社会自由。行政领域人文主义精神勃兴蕴含着对权利和自由价值的关爱，公道和人道的政府及其行政在兑现其公共承诺和保障及发展人权方面实践“以人为本”的时代理念。在当今社会，民主与法制共生共存。无论人们对民主制度存在这样或那样的忧虑，民主生存

〔1〕 在论及行政与法律关系时，“没有法律就没有行政”与“没有行政就没有法律”是常被提及的两个判断。在政治上强调议会主权、经济上推行市场自由主义、社会上崇尚个人自由本位的严格法治主义时代，政府职能限于维护公共安全和秩序，政府权力受法律规则的严格控制，没有法律规则就没有政府行政，公民人身自由和财产权利倍受关怀和保障；随着现代福利国家的到来，政府职能扩展，行政权力扩张，政府及其部门在越来越广的范围和越来越高的程度上影响甚至主导着法律的形成过程，越来越多的法律基于行政需要而产生，给人以没有行政就没有法律的感觉。这一感觉已衍生出人们对行政权侵占立法权的传统领地、行政权与立法权结合、社会自由和公民权利受威胁的种种忧虑。这些忧虑催人反思，于是，控权思想、平衡理论被反复“炒作”并影响着行政法制度设计的基本思路 and 行政法制度发展的大致走向。这一制度走向与人权精神同路，在行政与法律的关系上与法治行政同归。