



ZOUXIANG FAZHI DE QUESHI YANSHUO
FAZHI TULIN YU XINGZHENGFA SHISHI WENTI PINGXI

走向法治的缺失言说

3

法治推进与行政法实施问题评析

杨解君 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



ZOUXIANG FAZHI DE QUESHI YANSHUO
FAZHI TUIJIN YU XINGZHENGFA SHISHI WENTI PINGXI

走向法治的缺失言说

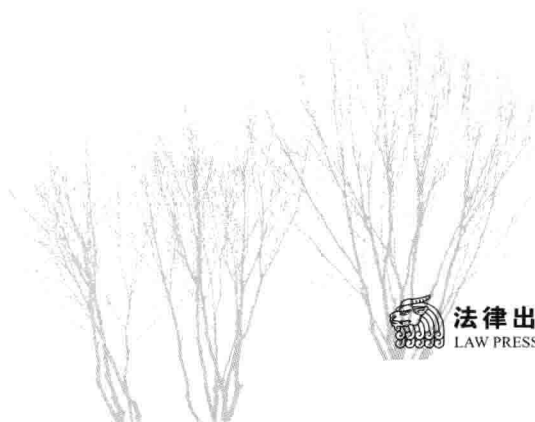
③

法治推进与行政法实施问题评析

杨解君 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



图书在版编目(CIP)数据

走向法治的缺失言说. (三), 法治推进与行政法实施问题评析 / 杨解君著. —北京: 法律出版社, 2014. 7

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6480 - 2

I. ①走… II. ①杨… III. ①社会主义法制—建设—研究—中国②行政法—研究—中国 IV. ①D920.0
②D922.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 111298 号

走向法治的缺失言说(三)
——法治推进与行政法实施问题评析

杨解君 著

责任编辑 潘洪兴
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

版本 2014 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 固安华明印业有限公司

印张 14 字数 210 千

印次 2014 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 6480 - 2

定价: 40.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

走向法治的缺失言说(三)序

法律实施——法律生命力的探问与彰显

亚里士多德曾说过,法治包含两重含义:一是大家所服从的法律本身是制订得良好的法律,二是已成立的法律获得普遍的服从。因而,为实现法治,我们至少需要做到“良法”与“法律的服从”。《十一届全国人大常委会工作报告》(2013年3月20日)明确宣布:到2010年底中国特色社会主义法律体系已如期形成,今后的立法任务将主要是法律完善,并强调要更加注重宪法和法律的有效实施。由此可见,中国法治建设还需要不断健全和完善法律体系,以满足法治的“良法”要求,而且还要解决当前更为突出的问题——法律实施,即法律是否得到普遍遵循与服从的问题。

透视我国法治推进进程,我们不难发现诸多宪法和法律权威受到挑战、法律形同虚设、法律得不到执行、或者被变异执行、或者“选择性执法”的情形与事例。在我国,立法与执法之间存在着巨大的“落差”。法治建设成效的评判,不只在法律,更在于其实施,更在于其实效。法律制定得再多、再好,如果得不到执行,也就不具有法律的意义,“如果法律的意义失去了,法律本身也就失去了”。法律的生命力即在于实施。

在明确“法律的生命力即在于实施”这一基本命题之后,我们就应解决“应该如何实施法律”、“应该如何保障法律有效实施”的问题。现实中,一些法律及其规定成为了得不到执行或者弹性执行的“软法”,而另有一些法律规定或法律制度却得到了不折不扣的实施而成为“冷酷”的“硬法”甚至激起民怨,或者法律的实施效果与立法预期目标相差甚远,等等。所有这些法律执行中的现实情景与问题无疑值得我们去深思、去探寻。

对于法律实施问题的解决,必须置于今日“法治中国”建设这一大的

时代背景之下。对于“仍在路上”的“法治中国”而言,也许正处在“问题丛林”之境,前行之路依然漫长。在当下“法治中国”的推进中,诸多人治因素、权力因素、体制因素、观念因素和社会因素等无不在影响着正常的法治化进程,这就要求我们通过改革来消除种种不利因素,并在法治的目标和框架之下从立法、行政、司法、守法和护法等众多环节全方位地来推进,重点在保障法律的有效实施方面进行施治。

本书是继《走向法治的缺失言说——法理、行政法的思考》(原辑一,法律出版社2001年1月出版)、《走向法治的缺失言说(二)——法理、宪法与行政法的诊察》(北京大学出版社2005年1月版)之后的第三辑,书名为《走向法治的缺失言说(三)——法治推进与行政法实施问题评析》。该书依然保持了前两辑的风格与体例,但与前两辑略有差异。前两辑更多的是“天女散花”式的散论,而此次探讨主题相对集中,其内容主要涉及法治进程与行政法改革、行政法实施的现状与困境,其中重点围绕行政法的实施问题并结合现实中的个案而展开分析。

全书由两大部分共14章构成,第一部分“法治推进与改革”共3章,评析了法治推进过程中的若干现象,分析了全球化对于中国行政法改革的推动,结合具体事例探讨了我国财政体制机制的改革创新问题;第二部分“法律实施”,结合事例具体分析了法律实施过程中的“软”“硬”现象、法律实施困境、行政立法、执法体制及改革、行政执法方式、行政诉讼体制等问题。本书中的部分内容已先行作为文章刊载于《法学》、《行政法学研究》、《中国地质大学学报》(社会科学版)、《南京社会科学》、《河北法学》、《江苏社会科学》、《江海学刊》、《南京工业大学学报》(社会科学版)等刊物。其中,部分是与朋友或学生共同合作完成的、或者得到他们的诸多协助,他们是谭宗泽、蔺耀昌、张治宇、张黎、陈咏梅、姜海、蓝飞宇等,在最后的修改、整理和定稿过程中还得到了余然、向亮、王露、张卓尔等同学的帮助,在此谨对他们的贡献表达谢意。最后谨向法律出版社潘洪兴先生诚恳致谢,正是他的辛勤工作使得本书能尽早与读者见面。

杨解君

2014年3月14日

于广东外语外贸大学

走向法治的缺失言说(二)序

法治推进——在探索与反省中努力

在西方,法治端赖其深厚的文化底蕴,源远流长;在中国,法治之行,虽百年却成效甚微,尚须努力。中国法治之欠缺,究其原因主要在于法治文化的先天不足与法律制度的残缺不全。现今,在将法治的理想转化成实际的行动中,诸多弊病亦暴露无遗。如何将舶来的法治与一个不同的文化母体相结合,且避免其已经产生或可能产生的流弊,无疑是今日中国法治推进所面临的难题。从智识上解决这一难题,应是中国学者无可推卸的使命。

当今中国日新月异,人治传统日渐式微,法治氛围日益形成,可谓一片繁荣景象,但也存在诸多弊病。对法治现实中的弊病,我们可以看到多种不同的态度:一是迎合,掩盖病象,甚至将败笔说成是政绩;二是逃避,视而不见,顾左右而言他;三是批驳,只言欠缺,一丑破百俊。于此不必苛求,因为学者们的志趣不同、学术取向不同,对法治的态度自然各有千秋。在我看来,也许一种批判性的建设态度较为可取:以建设的心态拿起批判的武器,以批判的方法从事建设的事业,在批判中建设,在建设中批判。这正是我思考中国法治建设过程中所持的基本态度。现实的世界每多扞格抵牾,制度构建不可能尽善尽美,观念更新不可能革除全部陋习,思维改变不可能彻底改变传统定式,尤为苦恼的是我们在剔除宿疾时又伴生新痛,这就需要我们凭借智慧加以适当的抉择,秉持一种弃旧扬新的建设性态度,保持一个批评反省的头脑,不断加以修正和完善,而不可因循懈怠,抱残守缺,故步自封,更不可随风跟进,东风吹来向西倒,西风吹来向东倒。

现代社会乃多元化社会,在意识领域中不应只有正统的一元意识,而应允许多元意识共存。如果只有一种声音,一种观点,则不仅单调而且还显反常。对某一特定问题的认识,人们会因价值预设、逻辑前提和分析方法等的不同而得出不同的结论,对法治现象的评判同样也会见仁见智。在法治的认识世界里,其风景亦应是气象万千,既有鸟语花香、赞许之音,也有奇花异草、批评之声,且它们并非势不两立、相互排斥,而是各呈异彩、交相辉映。法治中国是一项规模宏大的事业,非一时之功可以奏效,非一地之力能够实现,非一人之能得以完成,但无论如何我们应当对法治的未来充满梦想与希望。弱水三千,我只取一瓢饮,以我有限的智力来品评法治建设之成败,虽未免妄言和片面,但我希望依循批判性建设的学术路径勉力而行,为开拓法治未来的新境界而努力,为中国法学的大厦添砖加瓦。“缺失言说”系列,集中体现了本人一以贯之的批判与建设的风格。

《走向法治的缺失言说——法理、行政法的思考》(原辑)成书于2000年,由法律出版社2001年1月出版,至今已四年。当初尝试着将一些有关法治现实指向和理论探索的论文汇集成册,不免惶惶,担心论文选编的做法遭人诟病。孰知该书付梓印行后,读者表现出相当的认同,学界同仁也颇多鼓励,海峡对岸的先进们亦不乏溢美之词。这极大地鼓舞了我继续沿着此路走下去的勇气。几年来学思不敢荒怠,笔耕不愿停辍,陆续成就了一些篇章,大多与法治、行政法制相关,间或亦涉及宪法问题。现选取其中具有批判性或建设性的文章续成此辑,并保持了原辑的风格与体例,经与北京大学出版社李霞女士协商,此次书名定为《走向法治的缺失言说——法理、宪法与行政法的诊察》。

全书由20章构成,其中既有发表于各种报刊之论文,也有首次见于本书者。这些文章或恢复原貌、或酌补删减、或综合加工,以求大体完满。本书共分为五个部分:第一部分“法治与宪法的评说”,计五章,其中两章原辑未能刊载,该部分主要分析了法治推进中的碎片化、地方化和运动化等现象,评述了中国修宪所面临的困境与选择以及法律与政策的关系理顺等问题;第二部分“法律的检讨”,指陈了行政许可法存在的立法局限与实施难题和国家赔偿法的制度欠缺及其完善;第三部分“行政法制的考察”,从不同的视角探讨了行政法制与可持续发展、投

资环境改善的关系,界定了依法行政的服务向度与诚信旨要,对行政许可、行政强制、公益收用、行政处罚、行政诉讼等若干具体制度作了现实性的检讨和探索;第四部分“法学的沉思”,收录了有关行政法的哲学分析和经济分析方法应用的文章;第五部分“讨论与争鸣”,一为因论而争理,一为因事而辩理。这些文章的主旨在于品评法治特别是行政法制建设中的长短得失。从某种意义上来说,本书是一种职业忧虑的产物,但并非言之无物、无病呻吟,亦非恣意褒贬、乱加评价,所感所言,皆有事实可考,有理据可循。当然,既是个人之浅见,就难免管中窥豹。除欢迎批评指正外,还希望读者能从我的错误中获得某种启迪,也算错有所值了。

收入本书的一些文章,先后发表于《光明日报》、《法制日报》、《法学》、《法商研究》、《江海学刊》、《江苏社会科学》、《南京社会科学》、《湖南社会科学》、《南京大学学报》、《东南大学学报》等报纸杂志,在此,谨对编发拙文的编辑朋友们致以谢忱;在所选取的文章中,有些是与我的合作者共同完成的,虽然在正文中已经注解说明,但在此我仍要对各位合作者的贡献表达谢意;在文章的取舍和文字处理上,我的学生汪自成、谭继风、顾冶青、赖超超等提供了诸多帮助,最后承蒙北京大学出版社杨立范先生、李霞女士的美意,使得本书能尽早与读者见面。

杨解君

2004年11月8日

于南京工业大学

走向法治的缺失言说(一)序

法治(人们更乐意通俗地称之为“依法治国”,将它作为“依法治国,建设社会主义法治国家”的简称),无疑是当今中国的热门话题之一。它不仅为法学理论带来了荣光和研究的强大动力,而且还实实在在地对中国社会发挥着某种改造和推动的作用,并将最终培育起民主、自由、理性的文化氛围从而使我们彻底摆脱专制、人治、奴役与愚昧。

法治方略的提出与认可,旨在使国家权力置于法律的控制与支配之下,这一事件对推进中国社会的进步与良性发展具有无与伦比的重要意义,它表达了人民摆脱人治与专制的强烈愿望,令国人欣喜。在欣喜中我们看到了国家不断前行的步伐,现实的图景似乎给人一种法治正在实现或已经实现的感觉。但对法治建设的现实,我们应有一个清醒、理智的认识,不仅要看到成就更应找到困难与失误。为避免误解或虚假的感觉,我们宜将法治理想或理念与追求理想法治的努力相区别。我们为法治方略的提出而欢欣鼓舞,但这种欣喜之情绝不是一种凯旋之举。我们在迈向法治的道路上,还只是刚处于起始阶段,或者说正处于从“人治”向“法治”转型的过渡期。犹如婴儿断奶一样,这一转型是痛苦的,但社会毕竟要进步,法治也终归要走向成熟。为使法治走向成熟,我们必须“断奶”,必须切断与“人治”的联结,以获取“法治”充分成长的多种养料。

法治在中国的实现,并不是一个轻松的话题。尽管我们有着追求法治的激情与渴望,但现实也使我们面临诸多困境。法治以民主自由为基础,需要民主的力量,而我们的法治却是官方在发动和推进,民众似乎处在旁观者的地位而表现出被动与冷漠;实施法治意在约束权力,而我们的法治却依附于权力;一方面我们极力通过法律来限制权力,另一方面又存在权力的滥用与肆虐;我们既看到了各地方积极实施“依法治国”策略并将它具体化的行动(如“依法治省”、“依法治市”、“依法治县”等),却又看到了在这些具体化的行动中存在架空法治的做法;一方面是法律的大

规模创制,另一方面是大量的法律“白条”;法治要求政府为民服务,而行政机关却不时追求自身利益或“与民为恶”;法治要求法院独立公正,另一方面却又表现为法院处处受制于他人;诸如此类,不胜例举。这些自相矛盾的种种表现,是我们这样一个国家从传统人治社会转向现代法治社会所必然要经历的痛苦与迷惑。当然,对此我们没有必要悲观。中国的法治化进程,虽然是在这种尴尬和无奈中进行的,但它毕竟开始了。尽管法治化的现实离法治理念还有相当大的距离,但这种努力必将触动每一个国人的神经、使其警醒,由警醒而追求其人权的实现、人格的独立与人性的自由,当民众达到这一境界时,他们就为法治建设提供了强大的社会基础与动力。

面对现实法治建设的困境,我们如何才能摆脱呢?我想,我们应以一种冷静、理智的态度对待现实中的困境。这种困境的摆脱将取决于如下几个方面:一是把准法治的精神实质,使法治的追求不至于背离根本目标;二是检视所走过的历程,不断反省、修正错误,调适不适当的观念和做法,探索一条适合于本土的法治之路;三是接受时间的“洗礼”。如此,法治终归要实现的。

法治,说得直白一点,就是“以法扰官”、“以法保民”。当为官者行使权力却背离为民服务的目的时,法律就要使为官者受到干扰和不利;以法律促进公共利益、个人利益的实现并保障公民的权益不受为官者的侵害。基于此种法治精神,法律制度的设计与构建也许不会劳而无功或矛盾重重。

法治从技术层面上看,须以法制为基础。新中国法制的构建,成就非同一般,然而弊端也在所难免。对法制高唱赞歌恐非学者之应为,学者对法制应力图从批判的角度寻找缺失和漏洞,以便让人们对法制有一个清醒的认识,从而不断予以改进。正如一位德国极负盛名的行政法学者福斯多夫所说:“法学者是个警告者、控制者及刹车者。”正是从法治的理念和这一批判的视角,作者对我国法治建设进程中的缺失、现行法律及其制度漏洞常有所指陈,以期通过这样的批判能够促进中国法治建设的更加完善。

本书主要收录了作者自1995年到南京以来写成的与法治、行政法制批判有关的文章,其中既有公开发表的(有些文章发表时曾有删削,借此

次机会恢复原貌),也有首次见于本书的论文或专论共计19篇。本书由五大部分构成:第一部分法治的评说,主要是从法理的角度阐述了法治、法治的道德与文化环境以及与政策的关系、现实立法的弊端;第二部分法律的检讨,阐述了法律漏洞的一般理论、与行政权力控制有关的现行法律的漏洞及实施欠缺;第三部分行政法制的考察,对依法行政中的一些现实问题作了调查分析;第四部分法学的沉思,对法学和行政法学研究的贫乏谈了些粗浅的看法;第五部分讨论与争鸣,阐述了关于行政法基本理论问题的个人之见。尽管我渴望那种具有宽广学术视野的综合批评能力,也努力扩充知识,然而由于受制于学科背景(自1986年以来即专攻行政法学),这些文章多聚焦于行政法学领域,偶尔也斗胆涉及法理问题。因此,这些文章的观点只是本人的肤浅认识和一孔之见,但愿“愚者千虑,必有一得”,对读者有所裨益或者能为读者立一“靶子”。

本书中的部分文章曾发表于国内多家刊物上,感谢这些刊物及其有关主编和编辑对本人及其文章历年不懈地关心、鼓励与支持。他们是《法学》主编郝铁川先生和编辑王申先生、《中国法学》主编周国均教授和编辑吴雷女士、《江海学刊》张春莉编辑、《南京大学学报》周亦杨编辑、《江苏社会科学》钱继秋编辑、《南京社会科学》朱未易先生、《法商研究》方世荣先生和童之伟先生、《法律科学》前主编刘作翔先生、《行政法学研究》马怀德教授和刘莘教授、《法制与社会发展》崔卓兰教授等。

本书在集结出版之前,好友范忠信教授(中南财经政法大学)、张中秋教授及杨春福博士(南京大学)、王振强律师(北京天元律师事务所)、杭仁春律师(东大律师事务所,杭律师具有深厚的哲学与法学功底,本书序言即是在与他讨论的基础上写成的,他的意见颇具启迪意义)以及南京大学的年轻教师及研究生肖泽晟、吴卫星和刘金根等,在文章的取舍、修改及整理方面,提出了宝贵的意见,特致以深切的谢意。最后,谨向法律出版社吕山先生、潘洪兴先生、伍远超先生(特别是潘洪兴先生为本书策划、编辑付出了辛劳)诚恳致谢,正是他们为我提供了出版本书的机会。

作 者

2000年8月10日

目 录

第一部分 法治推进与改革

第一章 角色定位:法治推进中的若干现象评析	3
一、法治推进中的正当性:遵循法治基本规律,摒弃非正当化举措	3
二、党在法治中的定位:加强党的政治领导,避免不当干预与关系错位	5
三、立法机关在法治中的定位:当好立法者,不宜担当裁判者	9
四、行政机关在法治中的定位:强化行政职能,防止行政过度政治化	11
五、司法机关在法治中的定位:在公正之下实现“为民服务”功能	14
六、地方在法治中的定位:促进法治中国建设,防止“法治”区划泛化	15
第二章 改革路径的分析:全球化与中国行政法的应对	18
一、问题的提出:全球化与中国行政法的发展	18
二、已然之路:中国行政及其行政法的改革进展与检讨	21
三、应变之路:中国行政及其行政法改革的转向与新思路	26
四、前行之路:中国行政法的发展趋势与未来	29

第三章 财政预算决策弊端与体制机制创新研究

——以中央财政出资治理北京及周边地区雾霾为例的分析	33
一、雾霾治理举措与“钱治”新闻回顾	33
二、正面意义与问题提出	34
三、财政决策的正当性之问	35
四、财政决策正当性的保证:体制机制创新及其法治化	42
五、结语:深化改革与法治推进互动	49

第二部分 法律实施

第四章 法律实施的困境分析:以环境治理困局及其突破为对象	53
一、“法律治理”的困境:环境保护法的实施问题	54
二、“法律治理”的贫困:环境治理中的现实场景	55
三、“法律治理”困境的突破:多主体的合作“共治”	65
四、法律有效实施的保障:使民主运转起来	69
第五章 法律实施中的“软”与“硬”:规则的不服从与服从	75
一、问题的提出:法律实施中的“软”与“硬”	75
二、悲惨事件的过程昭示:良心与规则的服从困境	76
三、守法抉择与制度环境的关系:为何选择服从规则?	78
四、原则与规则的适用问题:本不应遵循的规则	81
五、抵抗权问题:规则的不服从	83
六、结论:法制应回归人性	86
第六章 公共治理为何失灵:以“汽车限购”为例的实证分析	87
一、问题的提出:公共治理为何失灵	87
二、负效应还是正能量:公共决策的过程与结果分析	88
三、法益单一还是多元:公共决策的利益取向分析	92
四、守法还是违法:公共决策的依据、内容、程序及形式分析	94

五、有效治理的保障:对公共决策的责任约束	101
第七章 服务行政的解读和提升:“双服务”理念的确立及其应用	103
一、解读——服务行政的评析和梳理	103
二、提升——“双服务”理念支配下的行政	107
三、运用——武汉“禁麻”案的实证分析	110
第八章 行政立法中的信息利用:应然分析与现实检讨	114
一、行政立法的信息利用:必要与需要	114
二、行政立法的信息利用——范围与方式	117
三、行政立法中信息利用的现实:检讨性分析	124
四、行政立法中信息的有效利用——基于理论的提升	131
第九章 行政立法中民主和监督的困境突破:沟通与协商机制的确立及其完善	134
一、行政立法的双重困境	134
二、沟通与协商机制在行政立法中的引入	137
三、沟通与协商的欠缺及其制度完善	141
第十章 行政法治系统和谐的实现	
——以行政执法为中心的分析	146
一、和谐理念与行政法治	146
二、行政执法系统内的和谐	147
三、行政立法与行政执法之间的和谐	151
四、行政执法与行政司法、行政审判之间的和谐	154
第十一章 综合视野下的行政执法:传统认知的反思与校正	160
一、现状与问题:行政执法概念的梳理	160
二、质疑与反思:行政执法究竟是什么?	163

三、整合与提升:行政执法是行为与关系的统一	165
第十二章 城管综合执法体制:反思与重塑	171
一、城管综合执法体制之由来与现状	171
二、城管综合执法体制对行政法治的挑战	174
三、从城管体制改革到行政管理体制改革——对改革通病的反思	179
四、行政执法与城管理念的反思及重塑	183
五、城管体制改革的新出路	186
六、结语	191
第十三章 行政合同的纠纷解决:现状、问题与路径选择	192
一、行政合同及其纠纷状况	193
二、行政合同纠纷的解决办法	199
三、可供选择的路径及其评析	205
四、状况溯源与基本主张	207



第一部分 法治推进与改革

